

한국노동법학회 · 서울시립대학교 법학연구소
2014년 국제학술대회

쟁의행위와 책임

일 시 2014년 9월 26일(금) 09:30~17:50
장 소 국회도서관 대강당(지하 1층)
주 최 한국노동법학회
서울시립대학교 법학연구소
후 원 한국연구재단



서울시립대학교
법학연구소

"이 발표논문집은 2014년도 정부재원(교육부)으로
한국연구재단의 지원을 받아 발간되었음."

목 차

【제1발표】

| | | |
|---------------------------|------------------|----|
| 쟁의행위와 책임 — 독일의 상황 — | Wolfgang Däubler | 1 |
| 토론문 | 유 성 재 | 27 |

【제2발표】

| | | |
|-----------------------|-----------------|----|
| 프랑스에서의 쟁의행위와 책임 | Emmanuel Dockés | 31 |
| 토론문 | 조 용 만 | 55 |

【제3발표】

| | | |
|--------------------|-------------|----|
| 영국의 쟁의행위와 책임 | Keith Ewing | 59 |
| 토론문 | 심 재 진 | 97 |

【제4발표】

| | | |
|-------------------------|-----------------|-----|
| 쟁의행위와 책임— 일본 사례 — | 나카쿠보 히로야(中窪 裕也) | 101 |
| 토론문 | 강 성 태 | 123 |

【제5발표】

| | | |
|--------------------|------------------|-----|
| 한국의 쟁의행위와 책임 | 조 경 배 | 125 |
| 토론문 | 권 혁 | 157 |
| | Wolfgang Däubler | 349 |
| | Emmanuel Dockès | 351 |
| | Keith Ewing | 353 |
| | Hiroya Nakakubo | 357 |

초대의 말씀

쟁의행위를 둘러싼 책임 문제는 노동법에서 중요한 쟁점이고 노사 간에 입장 대립도 많은 내용입니다. 이러한 특징을 반영하듯 최근 우리나라의 노동현장(쌍용차, 코레일)에서 발생한 쟁의행위에 관해 손해배상, 업무방해죄, 해고 사건 등이 법원에서 진행 중에 있습니다. 노동법 연구자들이 쟁의행위와 책임에 관해 많은 연구와 발표를 하여 왔으나 노동현장에서 제기되는 의문점을 완전하게 해결해 주지 못하고 있는 실정입니다.

한국노동법학회와 서울시립대학교 법학연구소는 영국, 독일, 프랑스, 일본의 노동법 전문가를 초청하여 『쟁의행위와 책임』이라는 주제로 국제학술대회를 개최하게 되었습니다. 이번 학술 대회에서 쟁의행위에 관해, 선진 4개국의 법제와 판례법리를 정확히 파악하고, 한국의 그것과 비교하여 유사성과 차이점을 비교하면서, 한국에서 쟁의행위의 위법성 및 그에 따른 책임 문제에 관해 합리적인 해결방안에 대해 시사점을 얻고자 합니다. 회원여러분과 관심 있는 많은 분들의 참여를 기대합니다.

고맙습니다.

2014년 9월

한국노동법학회 회장 박수근
서울시립대학교 법학연구소 소장 노상현

프로그램

제1부

진행사회: 조임영 (영남대)

09:30 ~ 09:50 등 록

09:50 ~ 10:00 개회식

- 개회사
- 박수근 회장(한국노동법학회, 한양대)
 - 노상현 소장(서울시립대 법학연구소)

사회: 하경효 (고려대)

10:00 ~ 11:00 제1발표 : 독일의 정의행위와 책임

- 발표: Wolfgang Däubler (Bremen University)
- 토론: 유성재 (중앙대)

11:00 ~ 12:00 제2발표 : 프랑스의 정의행위와 책임

- 발표: Emmanuel Dockès (University Paris Ouest Nanterre La Défense)
- 토론: 조용만 (건국대)

12:00 ~ 13:30 중 식

제2부

사회: 이철수 (서울대)

13:30 ~ 14:30 제3발표 : 영국의 정의행위와 책임

- 발표: Keith Ewing (King's College London)
- 토론: 심재진 (서강대)

14:30 ~ 15:30 제4발표 : 일본의 정의행위와 책임

- 발표: Hiroya Nakakubo (Hitotsubashi University)
- 토론: 강성태 (한양대)

15:30 ~ 15:50 Coffee Break

15:50 ~ 17:20 제5발표 : 한국의 정의행위와 책임

- 발표: 조경배 (순천향대)
- 토론: 권혁 (부산대)

독 일 - Däubler 교수 영 국 - Ewing 교수
프랑스 - Dockès 교수 일 본 - Nakakubo 교수

17:20 ~ 17:50 청중 질의응답 및 폐회

쟁의행위와 책임

— 독일의 상황 —

Wolfgang Däubler (University of Bremen)

I. 서론: 쟁의권

1. 이중적 구조와 파업발생 건수

독일의 파업 발생 건수는 매우 낮다. 독일노동조합연합¹⁾이 발표한 통계자료에 의하면 2013년 약 100만명의 근로자들이 파업에 참가하였다고 한다. 전체 근로자 수가 3,600만 명이라는 점을 감안하면 이는 매우 빈약한 숫자이다. 약 3%의 근로자가 파업에 참가한 것이다. 일반적으로 파업은 몇 시간에 걸쳐 거행해지기 때문에 오직 55만 근무일 만큼의 작업만이 중단되었다.²⁾ 이에 대하여 약간의 설명이 필요하다.

독일에서는 근로자의 이익이 세가지 경로를 통하여 대변된다¹⁾.

1. 사업장 근로자들에 의하여 선출된 근로자대표위원회
2. 대기업 감사회의 근로자를 대표하는 이사
3. 단체협약의 체결을 주된 목적으로 하는 노동조합

세 가지의 경로들은 밀접하게 연계되어 있으며, 그리고 모든 이익대변 활동들이 대략 동일한 방향으로 움직이도록 하기 위한 다양한 공식 및 비공식적인 규칙들이 적용되고 있다. 이러한 기여는 노동조합의 권리, 특히 단체교섭과 파업에 초점이 맞추어져 있다. 그들의 역할은 오직 다른 형태의 분쟁해결 방법을 염두에 둘 때 비로소 이해될 수 있다. 근로자대표위원회 제도에 대한 약간의 설명이 필요하다고 보여진다.

5인 이상의 사업장에서는 반드시 근로자대표위원을 선출하여야 한다. 적어도 사업조직법은 이와 같이 규정하고 있지만, 현실은 매우 다르다. 오직 약 10%의 사업장에만 근로자대표위원이 선출되어 있다. 지금까지 이는 대체적으로 높은 편에 속하지만, 그럼에도 불구하고 전체

¹⁾ WSI - Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut

²⁾ Details see *Dribbusch*, Böckler impuls 5/2014 p.3.

근로자의 약 50%만이 근로자대표위원회에 의하여 대변되고 있다.³⁾ 근로자대표위원회는 해당 사업장의 전체 근로자에 의하여 선출되며, 노동조합의 조합원인지 여부는 법적으로 아무런 의미가 없다. 근로자대표위원회는 매우 정교한 지위를 가지고 있다.

근로자대표위원회는 자신의 역할을 근무시간 중에 수행할 수 있는 권리가 있으며, 회사에 의하여 급여가 지급된다.⁴⁾ 이는 그들의 주례회동과 근로자들과의 교류를 위하여 특히 중요하다. 후자는 근로자대표위원회의 상담시간에 출석하거나 다른 근로자대표위원회와 교류하는 것과 유사한 취급의 대상이 된다.⁵⁾ 근로자들은 자신들의 고충과 의견을 근무시간 중에 임금의 손실 없이 근로자대표위원회에게 전달할 권리가 있다. 노동조합의 대변인을 만나는 것은 휴식시간이나 근무시간 전 또는 후에만 가능하다.

200인 이상의 사업장에서는 근로자대표위원 중의 한 명이 전임으로 일하게 할 수 있는 권리를 가진다.⁶⁾ 모든 근로자대표위원의 임금은 그들의 활동을 이유로 축소되지 아니한다. 근로자대표위원들은 역할을 수행하는데 필요한 정보를 얻기 위하여 세미나에 참석할 수 있다. 결론 중에도 이들의 임금과 세미나 참석비용은 사용자가 지불한다.⁷⁾ 이와 비교될 수 있는 노동조합 활동은 존재하지 않는다. 사용자는 근로자대표위원회에 회의실, 사무실, 전화, 컴퓨터 및 인터넷 연결과 같은 필요한 설비를 제공하여야 한다. 노동조합의 대변인에 대하여 유사한 권리를 보장하는 것은 상상조차 할 수 없다. 이는 사용자 측으로부터 노동조합의 독립이 위협받는 것을 고려한 것이다.

근로자대표위원회는 중대한 잘못을 범한 경우에만 해고될 수 있다.⁸⁾ 그러한 경우에 해당되는 경우에도 두 번째 조건이 적용된다. 사용자의 해고는 반드시 근로자대표위원회에 의하여 동의될 것을 필요로 한다.⁹⁾ 만약 근로자대표위원회가 동의하지 않으면, 사용자는 지방노동법원에 판단을 청구할 수 있다. 소송이 계속되는 동안(통상 6개월에서 12개월이 소요된다) 근로자대표위원회는 계속해서 자신의 역할을 수행하고, 사업장에서 일할 수 있다. 다시 한번 말하면, 노동조합의 대변인은 절대 이러한 방법으로 보호받지 못한다.

근로자대표위원회는 사용자로부터 사업장에 관한 모든 정보를 통보 받을 포괄적인 권한을 가지고 있다.¹⁰⁾ 근로자대표위원회는 물론 신문, 인터넷 또는 근로자들과 같은 다른 경로를 통해서도 정보를 얻을 수 있다. 충분한 정보를 가지는 것은 근로자대표위원회가 협의와 공동결정에 관

3) *Ellguth*, Quantitative Reichweite der betrieblichen Mitbestimmung, WSI-Mitteilungen 56 (2003), 194 - 199.

4) Article 37 § 2 Works Constitution Act.

5) Article 39 § 3 Works Constitution Act.

6) Article 38 § 1 Works Constitution Act.

7) Articles 37 § 6 and 40 Works Constitution Act.

8) Article 15 § 1 Act Protecting against Dismissals.

9) Article 103 Works Constitution Act.

10) Article 80 § 2 Works Constitution Act.

한 자신의 권리를 행사하기 위한 기본적인 조건이라고 생각된다.

협의를 공동결정에 관한 권한은 법률에 규정되어 있지만, 단체협약에 의하여 확대될 수 있다(그리고 가끔 존재한다). 협의와 관련하여 (넓은 의미에서의) 근로조건에 관한 계획의 변경은 근로자대표위원회에 통지되고 그 위원들과 협의되어야 한다는 일반적인 원칙이 존재한다.

공동결정에 관한 권한은 훨씬 더 중요하다. 공동결정이란 사용자와 함께 내린 일부 결정에 대하여 공동으로 책임을 지는 것을 의미한다. 이는 훨씬 높은 수준의 정보를 요구한다. 공동결정이 적용되는 분야에서는 사용자와 근로자대표위원이 공동으로 결정하여야 한다. 실제로는 결정은 근로자대표위원의 동의를 받아 사용자가 하게 된다. 일방적인 결정은 법적 효력이 없고, 어떠한 근로자도 이를 준수할 의무가 없다. 덧붙여 근로자대표위원은 노동법원에 가처분을 신청할 수 있다.¹¹⁾ 단시일 안에 법원의 결정은 사용자에게 근로자대표위원회의 동의를 있을 때까지 그러한 조치를 철회할 것을 강제할 수 있다.

사용자와 근로자대표위원 사이의 협의가 결렬되면, 당사자 일방은 조정위원회에 결정을 신청할 수 있다. 일반적으로 위원회는 노사 각 측 출신의 두 세 명의 위원과 외부 출신의 중립적 의장으로 구성된다. 일반적으로 위원회에서는 타협점을 도출한다. 특별한 경우에 다수결로 결정한다. 결정의 합법성은 일방 당사자의 신청에 의하여 노동법원에 의하여 검토될 수 있다. 전체과정에서 파업이 발생할 가능성은 없다. 이는 사업조직법에 의하여 분명히 금지되고 있다. 공동결정과 관계 없이도 근로자대표위원회는 파업을 주도하거나 지원하는 것이 전적으로 금지된다.¹²⁾

공동결정의 대상은 법률에 의하여 규정되고 있다. 이러한 대상에는 작업과 직접 관련되지 않는 근로자들이 지켜야 할 사항도 포함되어 있다.¹³⁾ 예를 들어 유니폼의 착용 또는 근로자가 동의하면 1년에 6주를 넘는 질병의 의학적 또는 사회적 원인에 대한 토론에 대한 의무가 여기에 포함된다. 또 다른 대상으로는 초과근로, 단축근로 그리고 시무 및 중무 시간 등이 있다.¹⁴⁾ 비디오 카메라와 같은 기계장치를 통한 근로자 감시 또는 전화의 감청 또한 포함된다.¹⁵⁾ 또 다른 중요한 대상으로는 근로자들 사이의 특별급여의 분배기준에 관한 것¹⁶⁾과 사업장 전체 또는 일부의 폐지를 포함한 사업장의 근본적인 변경에서의 사회적 계획에 관한 것이 있다.¹⁷⁾

근로자대표위원회 제도는 쟁의행위 없이 해결되는 많은 분쟁을 흡수하고 있다. 이것이 독일

11) BAG 3.5.1994 - 1 ABR 24/93, DB 1994, 2450; BAG 23.7.1996 - 1 ABR 13/96, DB 1997, 378.

12) Article 74 § 2.

13) Article 87 § 1 No. 1 Works Constitution Act.

14) Article 87 § 1 Nos. 2 and 3 Works Constitution Act.

15) Article 87 § 1 No.6 Works Constitution Act.

16) Article 87 § 1 No.10 Works Constitution Act.

17) Article 112 § 2 Works Constitution Act.

노사관계의 특징이다. 그것은 독일에서 프랑스나 캐나다와 같이 비교할 만한 산업화된 국가에 비하여 훨씬 적은 파업이 발생하는 근본적인 원인의 하나이다.¹⁸⁾

2. 노동조합과 근로자대표위원회의 역할분담

독일 기본법(헌법) 제9조 제3항은 모든 사람이 노동조합을 결성하거나 노동조합에 가입할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 연방노동법원과 특히 연방헌법재판소는 단결권이 내용과 같은 것으로까지 확대하였다. 즉, 노동조합의 존재뿐만 아니라 근로조건과 경제적 지위의 향상 및 유지를 위한 모든 그들의 활동이 보장된다.¹⁹⁾ 여기에는 특히 다음과 같은 것들이 포함된다.

1. 단체협약의 체결에 관한 권리²⁰⁾
2. 새로운(그리고 더 나은) 단체협약(그리고 어쩌면 다른 목적)을 위한 파업 또는 다른 쟁의행위를 할 수 있는 권리²¹⁾
3. 근로자대표위원회 및 감사회의 근로자를 대표하는 이사와 협력할 수 있는 권리²²⁾
4. 홍보물을 배포할 수 있는 권리 및 근로자들에게 e-mail을 발송할 수 있는 권리²³⁾ 및 노동조합의 대표자가 사업장에 출입할 수 있는 권리²⁴⁾
5. 공익단체나 정당과 연계하여 근로자들의 이익을 대변할 수 있는 권리²⁵⁾

동시에 단결권(및 사용자 단체결성권)에 관한 판례는 그 한계도 형성하였다. 노동조합의 권리는 사용자의 기본권과 조화를 이루어야 하며, 공공의 이익에 관한 규정에 의하여 제한될 수 있다.²⁶⁾ 1995년 이전에 연방헌법재판소는 필수적인 활동만이 헌법에 의하여 보장될 수 있다

¹⁸⁾ See *Dribbusch*, Böckler impuls 5/2014 p.3: In an average year between 2005 and 2012, in Germany 16 working days had been lost by strikes calculated on the basis of 1000 employees. In Canada the number of days was 112 and in France 150.

¹⁹⁾ See BVerfG 18.11.1954 - 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 ff.; BVerfG 6.5.1964 - 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 27.

²⁰⁾ See BVerfG 18.11.1954 - 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 ff.; BVerfG 6.5.1964 - 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 27.

²¹⁾ See BVerfG 26.6.1991 - 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 221, 224; BVerfG 4.7.1995 - 1 BvR 2/86 u.a., DB 1995, 1464 and 4b below.

²²⁾ BVerfG 30.11.1965 - 2 BvR 64/52, BVerfGE 19, 303, 313.

²³⁾ BAG 20.1.2009 - 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615.

²⁴⁾ BAG 28.2.2006 - 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798; LAG Niedersachsen 17.11.2008 - 11 SaGa 1433/08, NZA-RR 2009, 209.

²⁵⁾ BVerfG 26.5.1970 - 2 BvR 686/65, BVerfGE 28, 295, 305.

²⁶⁾ BAG 22.9.2009 - 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

는 원칙에 따라 단결권도 오직 그 '핵심'만이 보장된다고 판단하였었다.²⁷⁾ 이러한 방법으로 많은 노동조합의 활동들이 헌법에 의하여 보장받지 못했다. 사업장 내의 노동조합 대변인 선출? 이는 버스 안에서도 실행될 수 있다는 이유에서 필수적이지 못했다. 노동조합 활동을 근로자들에게 소개하기 위한 노동조합 대표자의 사업장 출입? 이는 이미 노동조합에 가입한 근로자들에 의해서도 수행될 수 있다는 이유에서 필수적이지 못했다. 이 모든 것들이 현재는 변경되었다. 모든 노동조합의 활동은 독일 기본법 제9조 제3항에 의하여 보장된다, 그러나 사용자의 기본권과 조화를 이루어야 한다. 작업공정이 심각하게 침해되지 않는다면, 이러한 활동이 불법으로 취급될 이유가 없다.

만약 근로자대표위원회가 노동조합으로부터 완전히 독립해 있다면, 근로자대표위원회는 단지 근로자들의 일상 생활상의 이익을 대변하는 기구에 불과할 것이다. 개별 근로자들에게는 근로자대표위원회에게 가서 도움을 요청하는 것이 문제를 해결하는 최선의 방법이 될 것이다. 노동조합은 고립되게 될 것이다. 무슨 이유로 사람들이 자신의 자유시간에 사업장에서 아무런 영향력이 없는 조직을 방문할 것인가? 그것은 저항을 공포하는 것이다, 그 이상 아무것도 아니다. 공동결정권은 일반적으로 산업전체 또는 적어도 그 일부에 적용되는 단체협약의 결과일 수 있다. 개별 근로자들의 소규모의 문제들은 단체교섭과 같은 곳에서는 들어설 자리가 없다.

법과 현실은 보다 조화된 시스템을 확립하였다. 입법자들은 노동조합을 보호하고 근로자대표위원회가 그것을 대체하는 것을 방지하기 위한 다양한 조정장치를 마련하였다.

노동조합은 근로자대표위원회의 구성에 중요한 역할을 수행한다. 그들은 선거의 요구 또는 선거관리위원회의 설치를 제안할 수 있다.²⁸⁾ 그러나 노동조합의 제안이 필수적인 것은 아니며, 노동조합의 아무런 도움 없이도 근로자대표위원회는 설치될 수 있다.

노동조합은 근로자대표위원회에 확보된 의석을 가지고 있지 않으며, 양자 사이에 공식적인 연계는 존재하지 않는다. 노동조합은 노동조합 간부가 아닌, 사업장의 근로자들로 구성된 노동조합의 단체후보목록을 가지고 근로자대표위원의 선거에 참여할 수 있다. 그러나 노동조합 단체후보목록의 후보자들이 선출되면, 그들은 노동조합을 대표해서가 아니라 개인으로서 그들의 권한을 행사하게 된다.

단체협약은 사용자와 근로자대표위원회에 의하여 준수되어야 한다. 양자는 사용자와 노동조합이 공동으로 결정해 놓은 테두리 안에서만 활동 할 수 있다. 특히, 임금 및 근로시간에 대한 공동결정은 단체협약에 의하여 규정되지 않고 남겨진 사항에 대해서만 적용한다.

개별 근로자대표위원들은 그들의 노동조합 활동으로부터 자유롭다.²⁹⁾ 이들은 예를 들어 근

²⁷⁾ BVerfG 14.11.1995 - 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 et seq. 최근의 판례는 이를 종종 „오해 “되고 있는 종전 판례에 대한 해석이라고 표현하였다.

²⁸⁾ For details see *Däubler*, *Gewerkschaftsrechte im Betrieb*, 11th edition, Baden-Baden 2010, para. 91 et seq.

²⁹⁾ Article 23 § 1 Works Constitution Act.

로자대표위원회에만 적용되는 평화의무에 구속되지 않는다.

노동조합은 근로자대표위원들이 동의하면 그들의 임무수행을 위하여 돕고 있다. 노동조합은 근로자대표위원에게 그들이 필요로 하는 지식을 제공하는 다양한 강좌를 제공하고 있다. 근로자대표위원(소수의 근로자대표위원도)은 노동조합의 간부가 모든 그들의 모임에 참석할 것을 요청할 수 있다.

노동조합은 근로자대표위원의 활동을 감독할 권한을 가지며, 자신의 의무를 광범위한 범위에서 소홀히 한 특정 근로자대표위원의 활동중단을 노동법원에 신청할 수 있다.³⁰⁾

통상 모든 이들 메커니즘은 노동조합과 근로자대표위원회의 밀접한 협력을 유도하게 된다. (최근 근로자들의 노동조합 가입률이 보통 20%에도 못 미치고 있음에도 불구하고) 약 70%의 근로자대표위원이 노동조합의 조합원이다. 과거에는 근로자대표위원에게 노동조합에 대한 엄격한 법적 중립의무가 존재한다는 사실에도 불구하고, 근로자대표위원들이 새로운 노동조합 조합원의 모집에 중요한 역할을 하였다.

노동조합을 근로자대표위원회 보다 강하게 하는 가장 중요한 도구는 단체협약이다. 단체협약은 임금 및 주당 근로시간 그리고 특별급여에 관한 사항을 다루는 반면, 근로자대표위원의 주된 임무는 작업수행 방법에 대한 영향력의 행사이다(예를 들면 시무 및 종무 시간, 초과근로, 기계장비를 통한 근로자 감시 등). 만약 단체협약이 특정한 사항을 규율하고 있다면, 근로자대표위원회는 동일한 사항에 대하여 노사협정을 체결하는 것이 금지된다. 사업조직법 제77조 제3항에 의하면 이러한 협정은 물론 사업장에서 '통상' 단체협약에 의하여 규율 되지만 특정 사용자에게는 그러한 단체협약의 준수가 요구되지 않는 문제에 대한 협정까지도 불법이다. 누군가가 노동조합과 근로자대표위원 사이의 이러한 분업을 요구한다면 - 근로자대표위원은 일상 생활과 관련된 문제를 해결하기 위하여 노력하는 반면, 노동조합은 임금이나 근로시간과 같은 근본적인 문제를 다루게 된다. 노동조합이 파업을 계획하고 이러한 방법으로 진정한 경제적 향상을 성취할 수 있는 유일한 주체이다. 사용자의 소유에 속하는 장소에 출입할 권리와 같은 사업장 단위의 권리는 새로운 단체협약에 대한 협상의 준비나 다른 목적을 위하여 활동하는 사람들을 위하여 매우 중요하다.

3. 법과 현실

근로자대표위원회와 노동조합의 역할 분담에 관한 구상은 독일 사업장의 일반적인 현실과는 일치하지 않는다. 세 가지 점을 언급하려고 한다.

a) 근로자대표위원이 단체교섭에 미치는 영향

³⁰⁾ Article 23 § 1 Works Constitution Act.

근로자대표위원회는 종종 사용자들의 경제관을 일부 공유하며, 기업의 이윤을 우선시 한다(예를 들어 충분한 이윤의 창출). 이는 공개적으로 선언되지는 않았지만, 단체교섭에 참여한 사람들 사이에 이러한 태도가 존재하는 것은 분명하다. 이는 강력한 노동조합의 요구와 파업권의 행사를 강요하고 있다. 실제로 근로자대표위원들이 노동조합의 정책 결정에 결정적인 역할을 수행하게 되는데, 왜냐하면 파업은 일반적으로 비공식적인 경로를 통하여 사업장 단위의 근로자들에게 영향력을 미치려는 근로자대표위원들의 각오에 영향을 받기 때문이다. 최근 모든 노동조합들이 근로자대표위원이 절대다수를 점하는 교섭위원단을 구성하려고 하고 있다. 교섭위원단은 구속력이 있는 의견이 아닌 단지 권고를 할 뿐이지만, 이들의 의견은 상당히 중요하다. 사업조직법에 규정된 사회적 동반자 관계라는 법적 원칙이 그래서 노동조합의 행동에 영향을 미치게 된다. 노동조합과 근로자대표위원회의 상호작용은 과거 몇 년 동안의 보다 절제된 임금요구에 분명히 기여하였다. 따라서 단체협약에 의하여 보장되는 근로자 임금의 평균이 2000년과 2008년 사이에 4%밖에 오르지 않은 반면, 프랑스, 영국 및 스웨덴과 같은 비교할 만한 국가들에서는 그 비율이 훨씬 높다는 사실은 놀라운 일이 아니다. 만약 모든 근로자들의 실질 임금을 기준으로 하였다면, 그 성장은 훨씬 더 두드러졌을 것이다. 독일에서는 임금이 0.8% 감소한 반면, 스페인에서는 4.6%, 이탈리아에서는 7.5%, 네덜란드에서는 12.4%, 스웨덴에서는 17.9% 그리고 영국에서는 26.1%가 증가하였다.³¹⁾ 노동조합의 조합원 수가 1993년 약 1,130만 명에서 2010년 약 620만 명으로 감소한 것³²⁾은 놀라운 일이 아니다. 노동조합이 사회적 동반자 관계라는 정책과 절제를 위하여 지불하여야 하는 비용은 매우 크다. 이러한 상황에서 독일식 모델이 오랫동안 유지될 수 있을까? 답은 아직 알 수 없다. 그 답은 보다 공격적인 임금협상 전략을 조합원 수의 증진을 위한 캠페인과 연결시킬 수 있는 노동조합의 역량에 달려 있을 것이다.

b) 새로운 노동조합의 출현

최근 전문직 근로자들이 독자적인 노동조합을 결성하였다. 조종사와 항공기 승무원(스튜어디스 및 사무장)들이 1990년 초 그렇게 했다. 항공관제사와 병원의 의사들이 그 뒤를 이었다. 기관사들은 항상 거대노조인 철도노조와 밀접한 협력하는 독자적인 노동조합을 가지고 있었으며, 그들은 자신들이 가지고 있는 교섭권을 포기하였다. 2002년 조직의 분리가 발생하였다. 이 모든 사례에서 전문가 집단은 거대 노조가 단체교섭을 통하여 달성한 결과에 불만이었다. 사실 언급된 모든 집단들은 독자적인 활동, 통상 파업의 실시를 통하여 보다 나은 결과를 달성할 수 있었다.

³¹⁾ Thorsten Schulten, Europäischer Tarifbericht des WSI 2007/2008, www.boeckler.de/pdf/impuls_2008_14_1.pdf

³²⁾ 현재까지 이러한 수준이 계속 유지되고 있다.

전통적인 노동조합들은 이를 이기적인 행위를 추종하는 무리들이라고 비난하였다. 그들이 가지고 있는 경제적 수단을 더 이상 특별한 지원을 필요로 하는 전문화 되지 못한 근로자들이 사용할 수 없게 되었다. 빈자와 부자들 사이의 간격이 더 커졌다. 반면에 이는 분배될 금전의 양이 영향을 받지 않는 경우에만 사실이다. 그러나 2000년과 2008년 사이의 임금인상을 개관해 보면, 이러한 가설은 매우 현실적이지 않은 것으로 보여진다. 또 다른 주장은 거대 노동자들이 '강력한' 이들 집단의 파업 참여를 촉구하는 방식을 통하여 사용자측에 압력을 행사하려고 노력하지 않는다는 것이다. 항공관제사, 기관사 및 병원의 의사들의 영향력은 대중들은 물론 근로자 자신들에게도 분명하다. 왜 이들이 예를 들어 노동조합이 파업을 결행할 노력도 없이 조정자의 제안을 받아들여 채택된 물가상승률을 밀도는 임금인상률을 받아 들여야 하는가? 이들에게는 한번도 그 분야의 모든 근로자들의 보다 나은 임금을 위하여 싸울 기회가 제공되지 않았다. 그것은 오로지 최후의 수단으로만 행사되었다.

새로운 노동조합의 출현은 이중적 구조에 특별한 영향을 미쳤다. 의사 또는 기관사들이 근로자대표위원회에서 다수를 차지하는 경우는 드물었으며, 자동적으로 다른 집단의 도움을 기대하기 힘들었다. 일상적 근무에서 발생하는 문제는 다른 사업장에서와 달리 근로자대표위원회를 통하여 해결될 수 없었다. 필요한 조치를 취할 것인지는 노동조합이 결정할 문제이다. 사례를 하나 소개하겠다. 병원의 의사들은 통상 야간에 비상근무를 할 의무를 진다. 이에 대하여는 정규 근무에 비하여 적은 임금이 지불된다. 단체협약에 의하면 비상근무에서는 전체 시간의 50%만 근무하는 것이 허용된다. 만약 이러한 제한이 고려되지 않는다면 의사들은 밤을 꼬박 새워 근무한 것과 동일한 임금을 받았을 것이다. 따라서 모든 의사들이 비상근무 동안에 하였던 일을 기록하는 일종의 근무일지를 작성하는 것은 필수가 되었다. 일반적인 상황에서는 근로자대표위원회가 의사들에게 그렇게 할 것을 이야기하고, 공동행동 까지도 준비하였을 것이다, 그러나 이러한 사례는 아직 병원에서 찾아 볼 수 없다. 자주성을 가지고, 이 (작은) 발걸음을 앞으로 내 디딜 것인지는 의사들 노동조합이 결정할 문제이다. 놀라운 결과는 이 분야에서는 독일이 일원적 구조를 가지고 있다는 점이다. 새로운 노동조합의 출현에 따른 또 다른 중요한 결과는 파업의 중요성이 증대하고 있다는 점이다.

c) 노동조합과 근로자대표위원회를 모두 갖지 못한 근로자

근로자대표위원회에 의하여 대변되지 못하고, 노동조합에 의해서도 대변되기를 원하지 않는 50%의 근로자는 어떻게 된 것인가? (근로자대표위원회 대신에 사용자의 의사에 반하여 노동조합 단체를 창설한다는 것은 훨씬 더 위험하기 때문에, 노동조합의 조합원 단체를 가지고 있으면서 근로자대표위원회를 가지고 있지 못한 경우는 거의 있을 수 없는 일이다.) 이들 우리 노사관계의 어두운 절반에게는 사용자에게 의하여 그 성격이 대부분 결정되는 비공식적인 형태의 근로자 대표제도만이 존재할 뿐이다. 만약 사용자가 문제점은 드러날 것이고, 앞으로 해결될

것이기 때문에 근로자들과 의논하여야 한다는 것을 깨달았다면, 그는 고층에 귀 기울이거나 대규모사업장에서는 근로자들을 대변할 수 있는 대표기구를 설치할 수도 있을 것이다.³³⁾ 그러나 만약 사용자가 자신이 항상 옳다고 생각한다면, 그는 권위적인 방법으로 일을 처리할 것이고 근로자들은 이에 순종하여야 할 것이다.³⁴⁾ 이에 대한 개선은 오직 근로자들이 노동시장에서 좋은 위치에 있는 경우에만 현실화될 수 있다. 근로자들이 사업장을 떠날 것을 협박하거나, 실제로 그렇게 할 수도 있을 것이다. 직장에서 단결할 수 있는 권리는 다른 사업장에서처럼 인정되지만, 누구에게나 그것을 행사할 용기가 있는 것은 아니다. 그것은 책에 있는 법이고, 살아 있는 법은 아니다.

4. 쟁의권 - 다른 서유럽 국가들과의 차이점

a) 헌법적 보장

독일 기본법 제9조 제3항은 단체행동권, 특히 파업권을 함축하고 있다. 이는 헌법재판소가 단체행동권은 "핵심영역"만이 보장된다는 과거의 입장을 폐기한 이후 의문의 여지없이 인정되고 있다.³⁵⁾ 쟁의행위에 관한 법률의 제정에 대한 요구는 노사 양측이 모두 자신들의 활동이 제한될 것을 두려워하여 아무런 성과를 내지 못한 채 남아 있다.

b) 파업권의 제한

실질적으로 가장 중요한 제한은 평화의무이다. 단체협약이 존재하는 경우에는 그것으로부터 자동적으로, 즉 묵시적 조건의 형태로 그러한 의무가 도출된다. 단체협약이 유효하게 폐기되지 않는 한, 쌍방 당사자는 단체협약에 규정된 사항과 관련하여 상대방에 대항하는 어떠한 행동도 하지 않을 의무를 부담한다. 그 이외의 사항에 대해서는 당사자들이 구속을 받지 않는다. 하지만 당사자들은 평화의무를 가톨릭교 또는 개신교 교회가 군림하고 있는 기관에서만 행해지고 있는 모든 가능한 사항으로 확장할 수 있다.

파업권에 대한 또 다른 제한은 사용자의 기본권에서 도출된다. 사용자의 직업의 자유 및 (아마) 그의 소유권이 파업은 비례의 원칙을 준수하여야 한다는 사실에 영향을 미칠 것이다. 파업은 모든 다른 수단이 실패한 경우에만 사용할 수 있는 최후의 수단(ultima ratio)이어야 한다. 그것은 단체교섭에 대한 매우 정교한 사법적 통제를 초래할 수 있지만, 연방노동법원은 이러한 방법을 추구하지 않았다. 파업 이외의 다른 방법이 무용한지 여부는 노동조합이 판단

³³⁾ Däubler, Privatautonome Betriebsverfassung?, in Festschrift für Hellmut Wißmann, editors: Wolfhard Kohte, Hans-Jürgen Dörner & Rudolf Anzinger, München 2005, 275 et seq.

³⁴⁾ I. Artus, Interessenhandeln jenseits der Norm, Frankfurt 2008, 209 et seq.

³⁵⁾ BVerfG 14.11.1995 - 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 et seq.

할 사항이다. 오직 남용에 대한 예외를 만들 필요가 있지만, 이러한 경우는 한 번도 발생하지 않았다.

기관사들이 파업권을 행사하여, 자동차가 없는 사람들은 자신의 일을 수행하기 위하여 자신들의 직장이나 다른 목적지에 갈 수가 없었다? 이러한 파업이 있고 나서 몇 년이 지난 후에 법원들은 이러한 작업중단이 불균형적인 지에 대해 의견을 달리하였다. 철도회사들은 파업을 금지하는 명령을 받으려고 하였다. Nürnberg에서 그들은 성공하였다,³⁶⁾ 그러나 약간의 시간이 흐른 후에 Chemnitz에 있는 Saxonia지방법원은 이러한 파업이 적법하며 금지될 수 없다고 판단하였다.³⁷⁾ 이 사건들은 금지명령에 대한 소송으로 지방법원에서만 다루어지고, 당사자 누구도 본안소송을 통한 명확한 판단을 요구하지 않아 연방노동법원의 판단을 받지는 못하였다.

이미 설명한 전체 체계를 고려하면, 단체협약이 노동조합 활동에서 결정적인 역할을 하는 것은 매우 명확하다. 만약 단체교섭이 합의에 이르지 못하면, 통상 노동조합과 사용자는 강제적이지 않은 조정("Schlichtung")에 호소하게 된다. 일부 산업(예: 은행)에는 이러한 절차가 전혀 존재하지 않고, 일부 산업에는 그것이 적절하다고 생각되면 각 당사자가 조정절차를 개시할 수 있도록 하는 자발적인 협정이 있다. 통상 조정의 결과는 구속력이 없으며, 당사자는 거부할 권리를 가진다. 법적으로는 그 결과가 자동적으로 받아들여지게 하는 규정을 만들 수 있지만, 실제 그런 경우는 거의 없다. 조정의 중요성은 정치적인 것이다. 거부한 쪽은 대중들의 논의에서 나쁜 이미지를 얻게 된다.

c) 단체협약 또는 다른 목적 역시?

노동조합이 단체협약 이외의 목적을 위해서도 파업을 주도할 권리가 있는 지는 분명하지 않다. 독일은 유럽사회헌장을 비준하였는데, 동 헌장 제6조 제4항은 보다 넓은 파업권을 인정하고 있다. 유럽의회의 각료위원회는 3분의 2의 다수로 독일에 대하여 법적 환경을 바꾸고 다른 목적을 위한 파업과 다음 항목에서 언급할 이른바 비공인파업 허용할 것을 권고하였다.³⁸⁾ 입법부는 쟁의행위에 대한 규율을 사회적 동반자 양측이 모두 반대한다는 것을 이유로 아무런 조치를 취하지 않고 있다. 연방노동법원(Bundesarbeitsgericht)은 두 번에 걸쳐 이 문제를 구체적인 사건에서 해결될 필요가 없는 "미결 과제"라고 선언하였다.³⁹⁾ 민사책임이 면제되지 못하는 점을 감안하면 노동조합이 감히 단체협약의 결정과 관계없는 목적으로 파업을 주도할 수는 없을 것이다.

³⁶⁾ ArbG Nürnberg 8.8.2007 - 13 Ga 65/07, AuR 2007, 320; in the same sense ArbG Chemnitz 5.10.2007 - 7 Ga 26/07, AuR 2007, 393.

³⁷⁾ LAG Chemnitz 2.11.2007 - 7 SaGa 19/07, AuR 2007, 439.

³⁸⁾ Text of the recommendation in AuR 1998 p. 154 et seq.

³⁹⁾ BAG 10.12.2002 - 1 AZR 96/02, NZA 2003, 735, 740; BAG 24.4.2007 - 1 AZR 252/06, NZA 2007, 997, 994 para. 79.

d) 비공인파업의 불법성

프랑스, 이탈리아, 스페인 및 포르투갈과 달리 독일은 노동조합이 아닌, 근로자 집단에 의하여 주도된 비공인파업을 인정하지 않고 있다. 이는 파업참가자들의 해고가 정당화 되고, 그들의 민사책임을 초래할 수 있는 계약위반과 연결될 수 있다. 1969년 9월 69개 사업장의 16만 명이 참여한 "야생적" 파업이 있었으나, 그들의 요구는 실현되었고 아무런 제재도 가해지지 않았다. 1973년에는 335개 사업장의 27만 5천 명의 근로자가 파업에 참가하였는데, 이 때에는 약간의 해고가 있었다. 1996년에도 질병에 걸린 경우에 임금 전액의 계속적 지급을 요구하는 또 다른 투쟁 활동이 있었는데, 법적 위험을 줄이기 위하여 조업중단을 3개월에 한번 씩 근무시간 중에 개최할 수 있는 정기총회로 위장하였다.⁴⁰⁾ 2004년 Bochum의 Opel 사업장이 폐쇄될 위기에 처했을 때에도 같은 경우이다. 노동조합이 근로자들을 충분히 지원하지 않았기 때문에, 근로자들이 6일 간의 총회를 개최하였다(그 정당성이 매우 의심스러웠지만, 아무도 이를 문제삼지 않았다).⁴¹⁾

e) 파업과 그 외의 압박수단

쟁의행위는 파업과 동일하지 않다. 연방노동법원은 새로운 단체협약을 위한 협상 중에 노동조합에 의하여 주도된 플래쉬몹의 정당성을 인정하였다.⁴²⁾ 구체적인 사례로 사용자가 파업참가자의 업무를 대체할 파업파괴자를 채용하여 파업이 매우 비효율적인 소매업(예: 슈퍼마켓의 계산대)에서 발생하였다. 노동조합은 문자전송서비스를 통하여 동-Berlin의 슈퍼마켓에 특정 시간(오전 10시)에 조합원과 다른 관심 있는 사람들을 모이게 하였다. 약 50명이 슈퍼마켓에 들어 갔다. 이들 대부분은 모든 종류의 상품을 카트에 담았고, 그리고는 이를 방치하였다. 몇 명은 성냥 또는 터무니 없는 가격의 물건을 구입하고, 계산대에서 기다렸다. 두 명이 많은 물건으로 그들의 카트를 가득 채워서, 계산원에게 간 다음 마지막에 말했다. "죄송해요. 지급을 압박했습니다." 두 시간 동안 슈퍼마켓은 정상적으로 운영되지 못했다. 이러한 형태의 플래쉬몹은 기본법 제9조 제3항이 적용될 수 있는 영역의 행동으로 여겨지고 있다 - 적법한 파업으로서의 효과는 더 클 것이고, 이러한 방식의 압력의 행사는 노동법원에 의해서도 인정되고 있다. 최근 헌법재판소는 이것이 헌법에 저촉되지 않는다고 선언하였다.⁴³⁾

40) 만약 이미 총회를 개최했다면, 사업조직법은 긴급한 사안을 위한 총회를 두 번 더 개최할 수 있도록 규정하고 있다.

41) Details in *Gester/Hajek*, Sechs Tage der Selbstermächtigung. Der Streik bei Opel in Bochum 2004, Münster 2005.

42) BAG 22.9.2009 - 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

43) BVerfG 26.3.2014 - 1 BvR 3185/09, NZA 2014 p.493.

f) 직장폐쇄와 그 외의 사용자의 수단

파업에 대한 사용자의 전통적인 대응 방법은 직장폐쇄이다. 노동법원은 매우 이른 1955년부터 이를 인정하였다.⁴⁴⁾ 그 다음해 법원은 이 판결을 수정하였다. 직장폐쇄는 통상 근로관계를 (최초의 판단에서 말한 파괴가 아니라) 유보하는 것이며, 폐업되는 사람의 수가 파업에 참여한 수보다 더 많지 않아야 하는 의미에서 비례의 원칙이 준수되어야 한다.⁴⁵⁾

25년 이상 직장폐쇄는 행사되지 않고 있다. 이는 직장폐쇄가 통상 불균형적인 것으로 만드는 하루간의 단기 파업이 작업중단의 지배적인 형태를 이루고 있는 사실에 부합되는 것이다. 여론은 직장폐쇄가 분쟁을 확대하고, 합의를 어렵게 할 것이라는 것이라는 이유로 이에 대하여 매우 비우호적이다.

하지만 사용자들이 그들의 이익을 방어하는 다른 수단이 있다. 그들은 파업에 참여하지 않은 근로자들에게 추가임금을 제안한다. 근로자들에게 특별한 자격이 요구되지 않은 분야에서는 파업파괴자를 고용하는 것이 용이하다. 호텔이나 가정에서 청소를 하는 일이 그 예가 될 것이다. 열차, 항공기 또는 병원의 일부를 청소하는 사람들의 경우에는 상황이 다르다. 여기에는 모두 특수과정을 이수한 전제로 하는 자격증이 요구된다. 이러한 조건을 충족하는 충분한 수의 근로자를 확보하는 것은 매우 힘들다.

g) 논거로서의 근로의 권리

ILO 결사의 자유 위원회가 파업파괴자의 고용이 ILO협정 제87호의 결사의 자유에 대한 심각한 침해라고 판단하였음에도 불구하고, 파업파괴자의 활동이 문제없이 정상적으로 받아들여지고 있다.⁴⁶⁾ 파업파괴자들의 "일할 권리"가 때때로 문제 되지만, 정말 중요한 문제는 아니다. 파업파괴자의 채용을 정당화 시켜주는 것은 사용자가 자신이 원하는 사람과 근로계약을 체결할 수 있는 사용자의 자유뿐이다. 지배적 견해로서는 이것이 단순하고, 명백하게 설득력 있는 해결책이다, 왜냐하면 파업권은 한 번도 진정으로 주관적 권리의 체계에 편입된 적이 없었기 때문이다. 만약 누군가가 그렇게 한다면, 사용자의 행동은 예를 들어 소유권에 근거하여 명백히 정당성이 인정되지 않는 한 이러한 권리를 침해한 것이 된다. 일부에서는 독일 기본법에는 "근로의 권리"가 포함되어 있지 않다고 덧붙일 것이다. 이를 국제협약으로부터 도출하는 것은 (이는 매우 쉬운 일이다) 노동조합과 파업을 좋아하지 않는 사람들의 일반적인 주장은 아니다.

⁴⁴⁾ BAG 28.1.1955 - GS 1/54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴⁵⁾ Detail *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 16 th edition, Reinbek 2006, para. 600 et seq.

⁴⁶⁾ See *Lörcher*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Auflage, Baden-Baden 2011, § 10 No. 93.

II. 정당한 쟁의행위의 범위

1. 파업권의 한계로서의 경영권과 단체협약?

앞(I)에서 이미 설명한 바와 같이 (보다 나은) 단체협약을 획득하기 위한 작업중단은 이론의 여지가 없이 정당한 파업의 전형적인 경우에 해당한다. 그러므로 단체협약의 일부가 될 수 있는 것이, 또한 쟁의행위의 대상이 된다. 사업의 이전이나 폐쇄와 같은 "경영판단"(Unternehmerentscheidungen)이 단체협약의 적법한 대상이 될 수 있는 지에 대한 의문이 제기된다. 또는 쟁의행위에 의하여 침해될 수 없는 "경영 특권"이라는 것이 존재하는가?

독일에서는 이 문제가 특히 많은 기업들이 그들의 활동의 일부를 중국, 인도 또는 제3세계 국가로 이전하였던 1990년대에 논의되었다. 연방노동법원이 판단을 하기 전까지는 의견의 대립이 있었다.⁴⁷⁾

해당 사례는 보기에 따라서 예외적인 경우이다. 기계를 생산하는 사업은 폐쇄되었지만, 생산은 다른 나라에서 계속되었다. 금속노조는 부정적인 판결을 받을 위협과 파업의 경우에 배상해야 할 손해가 너무 커 보였기 때문에 사업이전의 포기나 독일에 머물 것을 요구하지 않았다. 대신에 노동조합은 3개월을 최소로 하고, 근속년수 1년에 대하여 1개월을 추가하는 해고예고기간의 연장을 요구하였다. 이 기간이 종료하고 나면, 사용자는 3년간 계속하여 임금을 지급하여야 하며, 만약 근로자가 새로운 직업활동으로의 진입을 위한 자격을 얻기 위한다면, 이로 인하여 발생하는 비용을 부담하여야 한다. 연방노동법원은 이러한 사항들은 단체협약에 의하여 규율 될 수 있다고 판단하였다 - 해고에 있어서 예고기간 및 추가적 지불은 근로조건의 전형적인 부분이다. 나아가 법원은 요구가 높은 지 낮은 지, 합리적인 지 비합리적인 지는 국가가 판단할 필요가 없다고 하였다. 부당하거나 비합리적인 규정들을 제거하고 타협점을 찾는 것은 사회적 동반자들의 문제이다. "경영적 판단"이 단체협약의 대상이 될 수 있는지는 판단되지 않았고, 법원은 이를 미해결 과제로 특징 지었다. 그러나 중요한 구절을 추가하였다. 기업가의 결정에 영향을 미치는 요구가 있어도, 단체협약과 파업의 정당성은 문제없이 유지된다. 설사 기업의 이전이 경제적으로 "무의미" 하게 되는 경우에도, 이는 단지 협약자치의 결과일 뿐 아무런 법적 효과를 유발하지 않는다. 따라서 파업은 적법하다고 선언되었다. 이와 같이 단체협약을 통한 협박으로 사용자의 결정이 수정 또는 폐지된 수 많은 사례를 찾을 수 있다.⁴⁸⁾ 그러나 근로자들과 그들의 노동조합이 그러한 행동을 고려할 만큼 충분히 강하지 못한 경우가 더 많다.

47) BAG 24.4.2007 - 1 AZR 252/06, DB 2007, 1924 = NZA 2007, 987.

48) Examples see Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 14. Aufl., Frankfurt/Main 2014, § 111 Rn. 15.

2. 필수적 업무

독일법은 "필수적 업무"라는 개념을 사용하지 않고 있다. 파업이 다른 국민들의 기본권을 침해하거나, 공익을 침해하여서는 아니 된다. 두 제한은 사람의 수와 파업에 의하여 영향을 받는 기능에 대한 제한으로 이어진다.

병원의 의사들은 파업권을 가지며 이를 행사할 수도 있지만, 환자들은 보호되어야 한다. 건강과 생명에 대한 권리는 기본법 제2조 제2항에 의하여 보장되고 있다. 약 50년 전 의사들이 진료는 계속하면서, 그들이 취한 구체적인 조치의 기록을 거부하였다. 따라서 병원은 개인 또는 건강보험에 완전한 청구서를 보낼 수 없었다 - 중요한 손실은 의사들에게 유리한 단체교섭을 가속화 시켰다. 이러한 형태의 행동은 "연필 파업"이라 불리었으며, 기술적인 수단에 따라 당시 사용되었다. 컴퓨터로 인하여 상황이 바뀌었다. 최근에는 의사들이 환자를 계속 진료하지만 - 응급의 경우를 제외하고는 - 새로운 환자를 받지 않았다. 파업은 항상 일부 병원으로 제한되기 때문에, 환자들은 다른 병원에서 자리를 찾을 수 있다. 열악한 근무환경(장시간 근로)으로 인하여 지난 10년 간 많은 파업이 발생하였지만, 환자들이 파업으로 인하여 치료를 제대로 받지 못했다고 주장할 수 있는 사례는 없었다.

공항에서는 파업이 비교적 자주 발생한다. 만약 보안검사를 하는 사람들이 작업을 거부한다면 전체 공항은 비행기로 물려드는 승객들로 막혀 버릴 것이다. 응급업무가 유지된다면, 이는 인정된다. 정부에 소속된 사람들의 비행기는 언제든지 이륙하고 착륙할 수 있어야 한다. 이는 항공관리기관과 노동조합 사이의 "긴급업무협정"에 규정되어 있다. 다른 승객들은 독일이나 스위스, 프랑스, 룩셈부르크, 네덜란드 또는 덴마크와 같이 기차로 쉽게 도달할 수 있는 인접국의 다른 공항으로 갈 수 있다. 특정 시간에 비행기를 탈 수 있는 기본권은 존재하지 않는다. 승객들은 화가 나고 실망할 수 있지만, 이는 파업을 금지할 수 있는 충분한 근거가 되지 못한다.

3. 구체적 사례

한국의 경험에 의하면, 몇 가지 구체적인 의문이 제기된다.

(1) 노동조합이 경영해고 계획의 철회를 요구한다. 독일법 하에서는 그 상황이 꽤 분명하다. 사용자가 근로자를 해고할 수 있는 권리는 제한될 수 있다. 특별한 집단의 근로자와 특별한 기간 중에 있는 모든 근로자에 대한 통상해고는 금지된다. 잘 알려진 단체협약에 의하면, 40세 이상으로 공공분야에서 15년 이상을 근무한 공공분야의 근로자는 경영상 또는 다른 이유로 해고되지 아니한다. 중대한 잘못에 근거한 즉시해고가 유일한 예외이다.⁴⁹⁾ 특별 기간 동안

⁴⁹⁾ § 34 Abs. 2 TVöD - Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (article 34 § 2 of the collective

의 통상해고의 배제는 종종 경제적 어려움에 처한 기업에서 특별 단체협약의 일부가 된다. 근로자들은 2년 또는 3년 동안의 낮은 임금의 수령에 동의하고, 반면에 그들은 해고로부터 강력한 보호를 받는다. 이러한 방법으로 집단해고를 방지하는 것에 대한 법적인 장애물은 없다.

만약 이미 해고가 예고되었다면 상황은 달라진다. 이 경우 해고의 철회 및 근로자의 재고용을 위한 파업은 불법이 되는데, 왜냐하면 해고가 충분한 근거를 가지고 있는지 여부는 법원이 결정할 문제이기 때문이다. 그러나 엄격한 의미의 해고는 받아 들이고, 관련된 근로자들을 위하여 새로운 근로계약을 요구하는 것은 필시 가능할 것인데, 이에 대한 법원의 판단은 존재하지 않는다.

(2) 방송의 공정성과 국가 및 거대자본으로부터의 독립은 독일에서는 단체협약을 통하여 해결될 수 있는 문제가 아니다. 이는 의회에서 다루어져야 할 정치적 문제이다. 여기에는 하나의 작은 예외가 있다. 만약 오직 사용자의 의견만을 언급하는 언론 및 방송국에서의 파업이라면, 근로자들 역시 적절한 방법을 통하여 자신의 입장을 표명할 권리를 가져야 할 것이다. 70년대에 있었던 신문사 파업에서 인쇄공들은 사용자의 의견을 전달하는 것 까지도 거부하였다. 신문의 (작은) 공간이 공란으로 발행되었다.⁵⁰⁾ 모든 사람들이 그것이 무엇을 의미하는지 알았다.

(3) 민영화는 기업가적 결정으로 취급된다. 따라서 그것이 단체협약과 파업의 대상이 될 수 있는지는 의문이다. 독일의 노동조합들은 불법파업의 주도과 그것으로 인한 하여 발생할 수 있는 모든 결과에 따른 위험을 절대 무릅쓰지 않을 정도로 매우 조심스럽다. 그러나 그들은 단체협약을 통하여 민영화의 결과를 규제할 수 있다. 이는 꾸준히 행해지고 있으며, 상당히 성공적인 방법이다. 하나의 좋은 예가 Bremen市の 폐기물 관리업체의 민영화이다. 근로자들은 민간기업의 임금을 받지만, 매우 특별한 조건이 있었다. 그들은 그들의 기득의 권리만을 유지하였던 것은 아니다. 이 분야에서 1년 이상 근무한 모든 사람은 중대한 잘못을 제외하고는 민간기업에 의하여 더 이상 해고되지 않는다. 민간기업이 파산하면, Bremen市가 모든 근로자들을 다시 받아 들이고, 그들을 그 분야에 다시 고용할 의무가 있다. 보기에 따라서는 그들은 민영화 후에 더 나아졌다.

(4) 인건비를 줄이기 위하여 병원이 자회사나 지점을 설립하는 것은 독일에서 잘 알려져 있다. 심지어 이러한 사례를 다룬 매우 중요한 연방노동법원의 판결도 있다.⁵¹⁾ 병원이 자회사가 무엇을 하여야 하는 지에 대한 발언권은 보유한 채, 청소업무를 그 자회사에 위탁하였다.

agreement for the public service)

⁵⁰⁾ See Hensche in: Däubler (ed.), *Arbeitskampfrecht*, op. cit., § 18 Rn. 122 ff.

⁵¹⁾ BAG 26.9.2002 - 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549.

일부 청소 아주머니들이 자회사로의 이동을 거부하였고(이는 독일 민법 제613a조 제6항에 의하여 가능하다), 이들은 해고되었다. 연방노동법원은 사용자가 매각 당시 작업현장의 인원을 감축하지 않았을 정도로 잉여인력이 존재하지 않는다는 것을 이유로 해고가 정당하지 못하다고 판단하였다. 만약 자회사가 결정에 대한 자신의 권한을 보유하고 있었다면, 상황은 달라진다. 단체협약 및 파업이 위탁을 금지할 수 있는지는 의문이다. 이는 기업가적 결정의 다른 경우이다. 그러나 위탁의 결과는 앞에서 언급한 Bremen 사례에서와 같이 단체협약에 의하여 규율 될 수 있을 것이다.

(5) 하청근로자들이 원청회사에 고용되기를 원한다. 독일법 하에서 이러한 목적을 달성하기 위해서는 두 가지 방법이 있다.

만약 하청업체의 근로자들이 원청업체의 유사한 업무에 종사하는 근로자들과 동일한 조건을 요구한다면 법적 위험은 발생하지 않는다. 이는 파견근로에서 일반적으로 인정된 일종의 "동일임금"이다.⁵²⁾ 이 원칙을 하청근로자에게 적용하는 데는 법적 장애가 존재하지 않는다. 임금과 그 밖의 근로조건은 다른 사람에 대한 가치를 참조하여 결정될 수 있다. 원청회사 근로자들의 근로조건을 단순히 참조만 하는 것이 옳은 것인지, 법원이 서면화된 단체협약상의 요구를 어떻게 해석하느냐에 달려있다.

다른 방법은 원청회사와의 근로관계를 적용하는 것이다. 근로자들은 특정 사용자에게 고용될 것을 요구할 수 있다 - 그것은 단체협약법 제1조 제1항에 의하여 단체협약의 부분으로 인정될 수 있는 가능한 사항이다. 또한 근로자들은 근로관계의 해체를 - 사안의 경우 하청회사의 사용자를 상대로 - 요구할 수 있다. 단체협약법 제1조 제1항은 근로관계의 "종료"(일반적으로 해고로부터의 특별한 보호에 대한 합의)를 단체협약의 부분으로 언급하고 있다. 양자의 결합은 매우 이례적이다. 나는 지금까지 법원이 이러한 경우에 대하여 결정한 것을 보지 못했다. 하청업자가 원청회사와 동일한 금액을 지불하는 것을 원하지 않으려 하기 때문에 (또는 지불할 수 없기 때문에), 나는 아마도 동일한 결과를 도출할 수 있는 첫 번째 방법을 택할 것이다. 파업을 끝내기 위해서는 근로자들을 (또는 근로자의 일부를) 인수하겠다는 원청회사의 제안이 있어야 할 것이다.

(6) 근로자(Arbeitnehmer)가 아닌 종업원(abhängig Beschäftigte)이라도 유사근로자(arbeitnehmerähnliche Personen)에 해당하는 경우에는 단체교섭에 참여할 수 있다. 이들은 한편으로는 스스로 고용된 존재이면서, 다른 한편으로는 하나 또는 두 개의 기업에 경제적으로 종속된 사람이라고 정의된다. 이들을 대기업에 종속된 기업들과 구별하기 위하여 이들은 통상

⁵²⁾ 이는 파견근로에 관한 유럽연합의 입법지침에서 그 근거를 찾을 수 있다.

다른 사람들의 도움 없이 일을 하고, 근로자와 비슷한 방법에 의한 보호를 필요로 해야 한다고 한다. 단체협약법 제12a조는 이들 집단을 위한 단체협약을 허용하고 있으며, 이들은 노동조합에 의하여 주도된 파업에 참여할 수 있는 권한 역시 가지고 있다. 헌법재판소는 수년 전 유사근로자들이 기본법 제9조 제3항의 보호를 받으며, 이는 단체협약의 체결과 파업을 주도할 수 있다는 것을 의미한다는 것을 인정하였다. 다른 노동법 분야에서는 "유사성"이 더 많이 제한되었다. 이 집단은 부당한 해고로부터 법의 보호를 받지 못하며, 사업조직법에 포함되지 못한다. 다른 한편 이들은 근로자와 동일한 연차휴가에 대한 권리를 가지고, (일반 법원이 아닌) 노동법원에 제소할 수 있으며 기타 다른 노동관계법의 적용을 받는다.⁵³⁾

특히 국가가 소유한 방송국과 텔레비전 회사에서 일하는 "자유협업자"들은 단체협약을 획득하고 (단시간) 파업에까지 참여하였다. 예를 하나만 들면, Berlin-Brandenburg 라디오 방송국(RBB)의 근로자들이 더 높은 임금에 대하여 이사회와 교섭하였다. "유사근로자"를 대표하는 두 개의 노동조합 역시 교섭에 참여하였다. 노동조합은 다양한 "경고파업"을 주도하였으나, 라디오와 텔레비전 방송국은 파업파괴자들의 작업과 다른 라디오 방송국의 프로그램을 활용하여 그들의 프로그램을 계속 유지하였다. 어느 날 저녁 파업파괴자들이 Berlin 시내 한복판에서 많은 사람들과 인터뷰를 실시하였다. 파업참가자들이 큰 현수막을 들고 나타나 인터뷰 상대의 근처에서 멈춰 섰으로써 시청자들이 그들의 구호를 볼 수 있었다. 이 순간이 지난 후 "유사근로자"까지 당연히 포함된 협상은 아주 신속하게 마무리 되었다. 다른 분야에서는 이렇게 하는 것이 매우 힘든데, 왜냐하면 이들 독립적 종사자들은 열악한 근무조건에도 불구하고 통상 조직화 않았기 때문이다.

III. 형사 책임

파업 또는 다른 형태의 쟁의행위가 불법이면, 형사적 제재에 관한 의문이 제기된다. 독일의 상황과 관련해서는 역사를 거슬러 올라가 보는 것이 유용할 것이다.

1. 과거의 형사책임

1차 세계대전 이전에는 파업권이 존재하지 않았다. 그러나 1869년 근로자 이익의 집단적 표현을 금지하는 규정이 폐지되었다. 사전에 예고하지 않은 파업은 계약위반이지만, 그것을 처벌할 수는 없었다. 그러나 제국 최고법원(Reichsgericht)은 지나간 기간에 대하여 추가 임금

⁵³⁾ Details Däubler, Für wen gilt das Arbeitsrecht? Festschrift Wank, 2014 (in print)

의 지불을 요구한 근로자들을, 파업의 실행하겠다는 주장은 본인 또는 제3자의 이익을 위한 심각한 손해의 위협으로 여겨지기 때문에 그들의 행동은 공갈미수에 해당된다고 선고하였다 (형법 제253조).⁵⁴⁾ 이것이 이런 종류의 유일한 판결은 아니다.⁵⁵⁾ 특히, 정치적 목적을 가진 파업에 참가한 자는 처벌되었다.⁵⁶⁾

Weimar 공화국 시절에는 누구도 불법파업으로 형을 선고 받지 않은 것으로 보여진다. 파시즘 시절에는 파업이 금지되었다. 매우 드물게 발생했지만, 약간의 사례가 알려져 있다. 1936년 Rüsselsheim의 Opel에 근무하던 262명의 근로자들이 복잡한 도급 시스템 때문에 그들의 임금이 감소된 것을 이해할 수 없다는 이유로 작업을 중단하였다. 그들은 정보를 입수하고 액수를 수정하기 위하여 행정관청으로 갔다. 행정관청은 그들과 대화를 할 준비가 되어 있지 않았고, 경찰의 출동을 요청한다고 협박하였다. 근로자들은 고집을 부리지 않았고, 작업장으로 복귀하였다. 이 모든 행위에 20분이 소요되었다.⁵⁷⁾ 경찰과 행정관청의 다른 부서는 그들이 사용자에게 근로자들을 해고할 것을 요구하였다는 통지를 받았다. 이는 실행되었으며, 근로자 12명은 Mayence 노동법원에 의하여 소송에서 패소하였다. 해고된 근로자들 가운데 70명은 Nazi 조직의 당원이었다. Nazi당의 선도적 대표자들은 그들의 제명을 요구하였다. 당 재판부가 결정을 해야 했다, 그러나 이들은 지도부와 의견을 같이 하지 않았다. 왜냐하면 도급 근로의 대금은 정말 광장히 불명확했기 때문이다. 따라서 그들은 그들의 조직에 남을 수 있었다. "파업참가자" 가운데 7명은 체포되었으며 교도소 또는 집단 수용소로 보내졌지만, 몇 개월이 지난 후에 추가적인 처벌 없이 돌아왔다.

2. 연방공화국 초기시대의 상황

2차 세계대전 후에는 어떤 파업도 결코 처벌할 수 없는 것으로 여겨졌다. 근로자나 노동조합의 간부에 대하여 유죄를 선고한 법원의 판결은 존재하지 않는다. 폐업이 잦았던 1950년대 및 1960대에도 사용자들은 근로자를 교도소로 보내려는 시도를 하지 않았다.⁵⁸⁾

법학 서적의 대부분은 관대하지 않았다. 1950년대에 출판된 많은 출판물들은 정치적 목적을 가진 파업, 근로자대표위원회에 의하여 주도된 파업, 협상이 진정으로 실패하기 전에 실시된 불균형적인 파업, 사업장 입구에서 작업을 하려는 사람들을 방해하는 파업, 전기, 가스 및

⁵⁴⁾ RG 6.10.1890, RGZ 24.114, 119.

⁵⁵⁾ See *Rainer Schröder*, Die strafrechtliche Bewältigung der Streiks durch Obergerichtliche Rechtsprechung zwischen 1870 und 1914, Archiv für Sozialgeschichte 1991, S. 85 ff.

⁵⁶⁾ Overview see *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. 2006, Rn. 88; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, München 2002, § 2 Rn. 16 ff.

⁵⁷⁾ See the description at *Kittner*, Arbeitskampf. Geschichte - Recht - Gegenwart, München 2005, p.532.

⁵⁸⁾ See *Kalbitz*, Aussperrungen in der Bundesrepublik, Frankfurt/Main 1979.

물 등의 공급을 마비시키는 파업과 같은 특별한 종류의 파업을 처벌할 수 있다고 하였다.⁵⁹⁾ 모든 이러한 견해들이 아마 노동조합과 그 조합원들에게 파업을 억제하는 영향을 주었을 것이다. 그러나 그들은 법원에서 아무런 결과를 가져오지 못했다.

3. 최근의 상황

오늘날 이러한 종류의 문헌들은 다소 의미가 축소되었다. 독일의 쟁의행위에 관한 안내책자⁶⁰⁾는 불법파업이 형사적 제재를 받을 수 있는지에 대한 의문에 대하여 언급하고 있는데, 그러나 이들은 이에 대하여 많은 주의를 기울이지 않고 있다. *Kissel*⁶¹⁾은 이론적으로 적용될 수 있는 형법전의 중요한 두 개의 조항, 즉 제240조(타인에게 작위, 수인 또는 부작위 하게 하는 폭행의 사용에 대한 협박 - 강요죄) 및 제253조(공갈죄) 만을 언급하고 있다. *Otto*⁶²⁾는 심지어 형사법은 첫 번째로 쟁의행위 기간에 개별 근로자가 저지른 모욕, 신체적 손상의 야기 및 절도와 같은 무절제에 대하여 적용된다고 하면서 이 문제를 다루지 않았다. *Reinfelder*⁶³⁾는 두 규정의 폭력의 사용 또는 해악의 협박이 희망하는 성과의 성취를 위한 목적으로 비난 가능할 것을 요구한다고 하면서 이 문제를 해결하였다. 이는 관계된 모든 이해의 균형 속에서 판단될 수 있다. 또 다른 저자는 40년 보다 더 이전에 어떠한 행위의 적법성에 대하여 사회에 상이한 견해가 존재하는 경우에는 "비난 가능"("verwerflich") 하지 않다고 하였다.⁶⁴⁾

4. 형법을 적용하지 않는 이유

무엇이 법원과 저자들을 자제하게 하는 원인인지에 대한 자세한 연구가 필요한가? 형법 규정의 적용은 명백히 근로자들의 이해에 반한다, 그러나 또한 이는 사용자의 이익에도 반한다. 만약 근로자대표위원 또는 일반 근로자가 "폭력배의 두목"과 같이 1개월 또는 2개월 동안 교도소에 보내진다면, 어떤 일이 일어날까? 그들 사이에는 커다란 연대감이 형성되고, 사용자 및 법원에 대한 비난이 신문과 텔레비전에 등장할 것이다. 이러한 상황은 독일 노사관계의 전형적인 사회적 동반자관계를 교란시키게 된다. 이것은 계급적 양심의 부활에 대한 기여가 아닌가? 그것은 더 거대한 악마가 아닐까?

⁵⁹⁾ *Siebrecht*, Das Recht im Arbeitskampf, Kiel 1956, S. 162; *Knodel*, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, München und Berlin 1962, S. 125; *Mertz*, AR-Blattei, Arbeitskampf VI A I 1 b; *Niese*, Streik und Strafrecht, Tübingen 1954, S. 82.

⁶⁰⁾ 쟁의행위에 관한 법이 존재하지 않아, 해설서도 존재하지 않는다.

⁶¹⁾ See Footnote 56, § 34 No. 21.

⁶²⁾ Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 15 Rn. 10.

⁶³⁾ In: Däubler, Arbeitskampfrecht, third edition, Baden-Baden 2011, § 15 Rn 62.

⁶⁴⁾ *Däubler*, Strafbarkeit von Arbeitskämpfen, in: Baumann/Dähn (Hrsg.), Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, Tübingen 1972, p. 104 et seq.

다른 요인은 불법적인 파업의 희소성이다. 민사책임과 중대한 비행으로 인한 해고의 위험성 때문에 노동조합과 근로자는 통상 많은 토론이 수반된 장시간의 총회와 같은 사용자에게 압력을 가할 수 있는 다른 가능성을 찾는데 매우 신중하다.

마지막으로 이러한 입장을 확인시켜주는 약간의 사례가 있다. 1970년대 말과 1980년대 초에 있었던 평화운동 중에 많은 사람들이 미군의 군사시설 입구를 봉쇄하였다. 많은 사람들이 형법 제240조에 의하여 기소되었다. 그러나 이 소송의 결과는 매우 조신하였다. 부과된 벌금은 적었고, 마지막에 헌법재판소는 앉아 있는 것은 "폭력의 사용"이 아니며, 오직 통행의 방해일 뿐이라고 판단하였다. 다른 한편으로는 작가와 예술가와 같은 많은 유명인들이 이 행동에 동참했기 때문에 평화운동이 많은 언론의 관심을 얻었다.⁶⁵⁾

비슷한 경우에 형법은 역시 적절해 보이지 않는다. 독일의 "Lufthansa"가 망명신청이 거절된 사람들을 그들의 국가로 송환하였다. 송환은 이들에게 커다란 위협이었고, 한 시민단체가 이들이 독일에 머무는 것을 도우려고 하였다. 이 단체는 인터넷에 Lufthansa가 이러한 방법으로 돈을 번다고 비판하는 결의문을 발표하였다(그들은 일반석, 2등석 그리고 강제 송환석을 제공하였다). 한 수단 사람이 사망한 채 수단에 도착하였을 때, 그는 두 명의 경찰관을 동반하였다는 사실에도 불구하고 시위는 격화되었다. 몇 명의 단체의 회원들이 1초에 3장의 이메일을 Lufthansa에 발송하는 소프트웨어를 개발하였다. 짧은 시간 안에 컴퓨터는 작동이 멈추었다. 이 행동은 2시간 동안 실시되었다. 소송대리인이 단체의 한 사람에 대하여 다시 한 번 형법 제240조에 근거한 형사절차를 시작하였다. 1심 법원은 그에게 900유로를 선고하였으나, 항소법원에 의하여 그는 무죄를 선고 받았다.⁶⁶⁾ 폭력과 협박이 적용되지 않았으며, 데이터의 삭제(형법 제303a조)도 발생하지 않았다.

5. 입법부가 이러한 상황을 바꿀 수 있을까?

불법파업을 처벌할 수 있게 하는 것이 위헌인지에 대한 문제는 독일에서는 매우 이론적인 문제이다. 현행 규정들은 불법파업이 처벌될 수 있음을 밝히기에 충분하다. 그러나 이러한 가능성이 이용되지 않는 것은 여론과 사회의 일반적인 태도의 문제이다. 50년 이상 후에는 누군가가 쟁의행위의 형법으로부터의 배제는 이미 관습법이 되었다고 말할 수 있을 것이다.

⁶⁵⁾ Cf. *Vogel*, in: Rieble/Giesen/Junker (ed.), *Arbeitsstrafrecht im Umbruch*, München 2009, p.152.

⁶⁶⁾ OLG Frankfurt/Main 22.5.2006 - 1 Sa 319/05, MMR 2006, 547 = CR 2006, 684 = StV 2007, 244.

IV. 민사 책임

실제로 민사책임은 노동조합에게 확실히 중요하다. 법적으로 노동조합의 간부와 불법파업에 참가한 개인 또한 책임이 있다, 그러나 이를 계산에 넣는 경우는 매우 적다.

1. 노동조합의 민사책임

현존하는 단체협약으로부터 자동적으로 도출되는 평화의무를 노동조합이 위반하면, 노동조합은 그 손해를 배상하여야 한다. 이는 노동조합의 요구 중의 하나가 이미 체결되어, 폐기되지 않은 유효한 단체협약상의 규정에 반하는 것으로 충분하다.⁶⁷⁾

불법파업은 이미 수립되고 그리고 수행되고 있는 영업("Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb")을 방해할 수 있고, 그 결과 영업의 주체에게 그 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 여기에는 반드시 충족되어야 할 두 가지 조건이 있다. 방해가 직접 기업을 대상으로 하여야 하며, 노동조합이 적어도 과실에 의하여 행동했어야 한다. 평화의무의 위반은 계약법상의 청구권을 창출하지만, 그것은 불법행위법상의 청구이다. 독일법 하에서는 양자가 공존할 수 있다.

"직접적" 방해는 자주 문제를 야기한다.

Frankfurt 공항의 항법사들은 독일연방이 소유하고 있는 유한책임회사인 "독일항공안전"과 근로계약을 맺고 있었다. 그들의 노동조합이 평화의무를 위반하여 파업을 주도하였다. 항공사들이 약 4백만 유로의 손해배상을 요구하였다. 이들의 청구는 Frankfurt 지방노동법원⁶⁸⁾에 의하여 파업이 직접 "독일항공안전"을 상대로 행하여 졌고, 항공사를 상대로 행해지지 않았다는 이유로 기각되었다. 항공사들이 손해를 입었다는 사실은 법적으로 중요하지 않았다. 이것은 특히 제3자가 영향을 받는 서비스 분야에서의 파업의 통상적인 결과이다. 평화의무와 관련하여 그 목적은 단체협약의 상대방을 보호하는 데 있지, 제3자를 보호하는데 있지 않다. 그러므로 손해배상청구에 대한 법적 근거가 없다.

다음 문제는 과실에 관한 문제이다. 노동조합은 노동법원에 의하여 형성된 현존하는 판례를 신뢰할 수 있다. 만약 이것이 파업이 발생한 후에 반복된다면, 노동조합은 그 규정의 위반에 대하여 무죄이다.⁶⁹⁾ 만약 법학 문헌들 사이에서 어떠한 문제에 대하여 다양한 결론을 가지고 논의되고 있다면, 어떻게 되겠는가? 노동조합은 파업을 주도할 수 있지만, 작업중단의 확대에 대해서 매우 신중해야 한다.⁷⁰⁾ 파업감시요원이나 다른 조합원들이 모욕과 같은 범법행위를 했

⁶⁷⁾ See LAG Hessen 25.4.2013 - 9 Sa 561/12, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 92a.

⁶⁸⁾ See footnote 67.

⁶⁹⁾ BAG 9.4.1991 - 1 AZR 332/90, DB 1991, 2295 = NZA 1991, 815.

다고 하여, 정당한 파업이 불법파업이 되는 것은 아니다.

노동조합은 자신이 파업을 주도하였을 경우에만 책임이 있는 것이 아니다. 연방노동법원에 의하면 예를 들어 파업참가자들에게 돈을 지불하여 그들이 파업을 지속할 수 있도록 하는 파업참가자에 대한 지원으로 충분하다. 소위 비공인파업의 경우에 노동조합이 이를 인수하여, 이를 "공식적 파업"으로 전환할 수 있다,⁷¹⁾ 그러나 이는 오직 평화의무를 위반하지 않은 경우에만 타당하다.⁷²⁾

만약 노동조합의 조합원이 노동조합의 주도 없이 파업을 하였다면, 노동조합은 자신들이 그 행동을 지원하지 않았음을 분명히 하여야 한다. 만약 이에 대하여 침묵한다면 그들 역시 책임이 있는 것으로 여겨지는 상황이 발생할 수 있다.⁷³⁾

2. 개인의 민사책임

불법파업에 참가한 근로자는 자신의 근로계약을 위반하게 된다. 또한 그들은 그들의 사용자의 수립되고 수행되고 있는 영업을 방해하게 된다. 계약법 또는 불법행위법에 의하여 그들은 손해를 배상할 책임이 있다. 노동법원은 노동조합과 개별 근로자 사이에 차이를 두지 않고 있다.

실제로 근로자가 행위의 불법성을 인지하지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 총칙에 따르면 착오를 피할 수 없었던 경우에는, 근로자는 귀책사유 없이 행동한 것으로 간주된다. 만약 파업이 노동조합에 의하여 주도되었다면, 그 적법성이 추정된다.⁷⁴⁾ 만약 노동조합이 파업이 적법하다고 선언한 경우에는 근로자들은 과실에 대하여 책임이 없다.⁷⁵⁾ 다른 한편 법원은 과거의 판단(오늘날에는 아마도 반복되지 않을 것이다)에서 매우 엄격하였다. 심지어 이탈리아에서 온 이주 노동자가 독일어를 잘 하지 못하고, 그의 국가에서는 소위 비공인파업이 일반적으로 인정된다는 사실에도 불구하고 책임이 인정되었고, 손해를 배상하여야 했다.⁷⁶⁾

노동조합 간부의 책임은 독일에서는 토론의 특별한 주제가 아니다. 그들은 노동조합 및 근로자들과 함께 범한 수립되고, 수행되고 있는 영업의 방해에 대하여 책임이 있다.

노동조합, 근로자 및 노동조합 간부의 책임은 공동책임이다, 즉 그들은 연대책무자이다. 법

⁷⁰⁾ BAG 21.3.1978 - 1 AZR 11/76, AP Nr. 62 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 10.12.2002 - 1 AZR 96/02, NZA 2003,734, 741.

⁷¹⁾ BAG 5.9.1955 - 1 AZR 480-489/54, AP Nr. 3 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 20.12.1963 - 1 AZR 429/62, AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷²⁾ BAG 17.12.1958 - 1 AZR 349/57, AP Nr. 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

⁷³⁾ BGH 31.1.1978 - VI ZR 32/77, NJW 1978, 816.

⁷⁴⁾ BAG 19.6.1973 - 1 AZR 521/72, AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁵⁾ BAG 29.11.1983 - 1 AZR 469/82, AP Nr. 78 zu § 626 BGB.

⁷⁶⁾ BAG 20.12.1963 - 1 AZR 428/62, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 20.12.1963 - 1 AZR 429/62, AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

적으로 각자에게 전체 손해가 청구될 수 있고, 그는 다른 채무자에게 구상권을 가진다.

사례: 500명의 근로자가 50만 유로의 손해에 대하여 책임이 있다. 그들 중의 한 명이 50만 유로의 지불을 청구 당할 수 있다. 나중에 그는 다른 499명에게 각자 1천 유로씩 지불할 것을 요구할 수 있다. 이는 매우 비현실적인 해결이다. 경영인에게 적합한 규칙이 모든 근로자들에게 적합한 것은 아니다.

3. 지불되어야 하는 손해

파업의 경제적 효과는 매우 다양하다.⁷⁷⁾ 만약 사용자가 자신의 제품을 판매하는데 어려움이 있다면, 재고를 막을 수 있는 파업은 환영 받을 것이다. 많은 경우에 파업으로 인하여 중단된 작업시간이 몇 일 또는 몇 주 후면 회복된다.

사례: 1978년에 있었던 인쇄산업의 파업기간 동안 " Süddeutsche Zeitung"은 460면에 달하는 (대가가 좋은) 광고를 잃었다. 파업이 종료된 후 4주 만에 신문은 광고가 포함된 400면의 추가 지면을 발행하였다.⁷⁸⁾

일부 특별한 경우에는 실제 손해가 있지만 그러나 사용자가 완벽한 회계장부의 공개 없이는 이를 증명하는 것이 어려울 것이다. 쉽게 증명할 수 있는 손해는 연장근로에 대한 임금 또는 파업에 참가하지 않고 계속 근로한 사람에게 지불한 상여금이다. 또한 독일 노동법원은 사용자가 구성 비용 및 특정 퍼센트의 간접비용으로 구성되는 소위 최소 손해를 입은 것으로 추정하는 방식으로 입증을 수월하게 하고 있다.⁷⁹⁾

4. 법과 현실

노동조합이 손해의 배상을 청구 받는 것은 매우 드물고, 법원이 사용자를 지지하는 판단을 하는 것은 더욱 드물다. 대부분의 중요한 사례는 1950년대의 것이다.

금속노조는 파업을 주도하였고, 평화의무가 만료되기 전에 투표를 실시하였다. 연방노동법원은 평화의무를 위반하여 투표를 실시하였다고 판단하고, 노동조합이 전체 손해를 배상하여야 한다고 선고하였다.⁸⁰⁾ 그것은 연방공화국의 역사상 가장 긴 파업(114일)이었으며, 손해는 어렵잡아 9천 만 마르크 이상이였다. 이 노동조합은 청구를 받았고, 연방노동법원은 노동조합에게 책임이 있다고 하였다. 정확한 액수는 확정되지 않았다. 이 막대한 금액의 지불을 강요하는 협박은 노동조합이 사용자에게 매우 유리하고 10년 이상 단체교섭의 결과에 영향을 미

77) Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, Düsseldorf 1974, p.38.

78) Wolter AuR 1979, 200.

79) BAG 5.3.1985 - 1 AZR 468/83, AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

80) BAG 31.10.1958 - 1 AZR 632/57, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

치는 화해 합의를 체결하도록 유도하였다.

소송은 노동조합이 사회적 동반자관계의 정책에 따를 것을 강요하는 전략의 하나이다. 최근 까지 노동조합은 파업을 시작하기 전에 매우 신중하며, 연방노동법원의 규칙들을 따를 수 있는 모든 방법을 행하고 있다.

사례: 매우 권위적인 소유주의 가족을 가진 작은 기업에서의 파업. 경영진은 외부로부터 파업파괴자들을 고용하였고, 생산의 대부분을 유지하였다. 연방노동법원은 지금까지 이러한 행동의 정당성 그 자체에 대하여 명확히 판단하지 않고 있다. ILO의 전문가 위원회와 결사의 자유 위원회 양자는 파업파괴자의 고용은 ILO 협약 제87조에 위반된다고 선언하였다.⁸¹⁾ 그럼에도 불구하고 노동조합은 사용자를 상대로 파업파괴자를 더 이상 고용할 수 없게 할 수 있는 소송을 포기하고 있다.

이러한 상황 아래에서 노동조합이 매우 드물게 손해를 배상하도록 선고 받는다는 것은 놀라운 일이 아니다. 노동조합과 근로자대표위원회의 대표가 12,291 마르크(약 6,500 유로)를 배상하도록 한 사례가 있다.⁸²⁾ Düsseldorf의 한 신문사가 비공인파업에 참가한 80명의 근로자에게 15만 마르크 이상(7,500 유로 이상)을 청구한 또 다른 사례가 있다.⁸³⁾ 연방노동법원은 원칙적으로 이 청구는 근거가 충분하지만, 손해에 대한 세부사항이 분명히 되어야 하며 사건이 지방법원으로 환송되어야 한다고 판단하였다. 양측은 타협하였다. 사용자는 3만 유로를 노동조합으로부터 (비공식적으로) 받았다. 이유는 신문사가 돈을 징수하기 위하여 정말로 집달관을 근로자의 집으로 보낸다면, 독자와 고객을 잃을 것이 염려되었던 것이다. 상황은 형사적 제재의 경우와 유사하다. 확정된 판결을 얻고 이를 집행하면, 사용자가 원하지 않는 연대를 유발할 수 있다.

구체적인 사례에서 근로자가 총액을 5페니 동전으로 회사에 가져가서, 출입문 앞에 커다란 무더기를 만들 계획을 세웠다. 지역 텔레비전은 와서 기사를 쓰기로 약속하였고, 다른 신문사들은 매우 흥미로워 했다.

V. 징계 책임

불법파업에 참가한 근로자는 예고 없이 해고될 수 있다. 이는 독일 민법 제626조의 일반원칙("중대한 사유")에 규정된 규칙이다. 그러나 이 규칙에는 다양한 예외가 존재한다.

첫 번째는 형식적인 것이다. 민법 제626조 제2항은 해고는 2주 전에 예고 되어야 한다고

⁸¹⁾ ILO, Genreal Survey 1994, para. 174; ILO Digest 2006 para. 632.

⁸²⁾ LAG Hamm 16.6.1981 - 6 Sa 436/78, DB 1981, 1571.

⁸³⁾ BAG 7.6.1988 - 1 AZR 372/86, DB 1988, 2102.

규정하고 있다. 기간은 파업이 종료되거나 근로자가 참여를 중단하였을 때 개시된다.

두 번째 예외가 더 중요하다. 양측 이익의 균형이 해고를 정당화 하여야 한다. 사용자가 다른 파업참가자들도 역시 해고하였는지 여부가 중요한 요소 중의 하나가 된다.

근로자 A는 B, C, D 및 F처럼 단순히 파업에 참여하였다. B, C 및 D는 해고되지 않았다. A와의 근로관계를 소멸시키려는 사용자의 이해는 명백히 설득력이 없다. 그러나 만약 A가 파업 주도자의 한 명이거나, 전단지를 살포하거나 또는 총회에서 발언을 하였다면, 상황은 달라진다.

유명한 사례("Erwitte")에서 파업근로자들이 연방노동법원에 의하여 불법으로 여겨지고 있는 사업장 점거를 하였다. 사용자가 소송을 제기한 거의 모든 근로자들을 해고하였다. 연방노동법원은 해고가 근거가 없다고 판단하였다. 사용자는 근로자대표위원의 특권을 무시했으므로, 근로자들은 자신들이 적법하고 올바른 방법으로 행동했다고 생각하였다. 연방노동법원의 견해에 따르면 이는 잘못된 것이다, 그러나 이 착오("오류")는 근로자들에게 유리한 중요한 요소이다. 또 다른 중요한 요소는 연대가 매우 광범위 했으며(심지어 모든 정당의 대표자들이 근로자들의 요구를 지지하기 위하여 사업장을 방문하였다), 연대를 깨고 그들만의 길을 가는 것이 근로자들에게 지극히 어려웠다는 것이다.⁸⁴⁾ 승리는 2년 후에 다가 왔지만, 그래도 그것은 여전히 승리이다.

다른 사건에서 근로자들이 3일 간의 파업에 참여하였다. 그들은 파업을 주도한 그들의 노동조합을 따랐다. 그러나 실제로는 사업장이 노동조합의 관할 지역에 속하지 않았고, 따라서 파업은 불법이었다. 그러나 근로자들은 이 잘못을 인식하지 못했다. 이 경우 예고 없는 해고는 물론 직무태만으로 인한 통상해고를 위한 충분한 근거도 없다.⁸⁵⁾

또 다른 중요한 예외는 해고제한법 제15조 및 사업조직법 제103조에 근거한 근로자대표위원과 해고로부터 유사한 보호를 받는 사람에 관한 것이다. 해고는 오직 중대한 비행과 근로자대표위원회의 동의가 있어야 가능하다. 동의가 없으면, 사용자는 정말로 중대한 비행이 존재한다면 이를 대신할 수 있는 소송을 제기할 수 있다.

파업 사건에서 근로자대표위원회의 해고에 대한 심의권은 연장이지 그 자체에 대한 보호는 아니다. 사용자는 근로자대표위원의 처신이 정말 중대한 비행인지 아닌지를 검토하는 소송을 직접 법원에 제기할 수 있다.⁸⁶⁾ 만약 다른 파업참가자들은 계속 근무함에도 불구하고 오직 근로자대표위원만이 해고되었다면, 법원은 통상 근로자대표위원에 대한 불법적인 차별로 생각할 것이다.⁸⁷⁾

⁸⁴⁾ BAG 14.2.1978 - 1 AZR 76/76, AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁸⁵⁾ BAG 29.11.1983 - 1 AZR 469/62, NZA 1984, 34 = DB 1984, 1147 = BB 1984, 983.

⁸⁶⁾ BAG 14.2.1978 - 1 AZR 54/76, AP Nr. 57 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁸⁷⁾ LAG Hamm 10.4.1996 - 3 TaBV 96/95, AiB 1996, 736.

긴 예외 목록이 규칙이 사라진 의미로 오해되어서는 안 된다. 근로자가 소위 비공인파업에 참여하면 해고될 위험이 매우 높고, 노동조합이 파업을 주도하면 그 위험이 낮다. 심지어 들 비공인파업의 경우에도 사용자의 판단은 전체 직원의 지지와 지역 단위의 여론에 달려 있다. 만약 신문이 파업 참가자들에게 우호적인 기사를 쓴다면, 파업참가자들이 해고되는 것은 (제외되는 것이 아니라) 있을 수 없는 일이다.

만약 파업이 합의의 형식을 통한 타협으로 끝난다면, 당사자들은 통상 파업의 참가를 이유로 한 모든 형태의 제재를 금지하는 규정을 포함시킨다.

“쟁의행위와 책임: 독일의 상황”에 대한 토론문

유 성 재 (중앙대학교 법학전문대학원)

먼저 바쁘신 와중에도 한국을 방문해 주신 것에 감사드리며, 저명하신 교수님의 토론을 맡게 되어 영광입니다.

1. 먼저 쟁의행위의 목적의 정당성과 관련하여 두 가지 질문을 드리겠습니다.

첫 번째 질문은 쟁의행위의 목적이 단체협약으로 정할 수 있는 것으로 제한되는가에 관한 것입니다. 독일 판례는 쟁의행위는 단체협약으로 규율할 수 있는 목적을 위해서만 행사될 수 있다고 보고 있습니다. 그런데 독일이 비준한 유럽사회헌장(European Social Charter) 제6조 제4항은 보다 넓은 쟁의권(Streikrechts im Fall von Interessenkonflikten)을 인정하고 있고, 유럽의회각료위원회는 독일에 대하여 단체협약의 대상이 아닌 목적을 위한 쟁의행위를 허용할 것을 권고하였습니다. 그럼에도 불구하고 독일 법원이 계속하여 쟁의행위의 목적을 단체협약으로 규율할 수 있는 것으로 제한하는 것은 유럽사회헌장 제6조 제4항에 위반되는 것이 아닌지 궁금합니다. 그리고 만약 위와 같은 독일의 판례가 유럽사회헌장 제6조 제4항에 위반이라면, 그 위반에 따른 법효과는 어떤 것이 있으며, 위와 같은 독일의 판례를 수정할 수 있는 법적 장치는 없는지 궁금합니다.

두 번째 질문은 정리해고 등 경영권의 행사와 관련된 사항에 대하여도 쟁의행위를 할 수 있는지에 관한 것입니다. 정리해고는 근로조건과 관련이 있으므로, 이에 반대하는 쟁의행위는 독일의 경우 기본법(Grundgesetz) 제9조제3항에 의하여 보장된 단체행동권의 하나로 그 행사가 원칙적으로 허용된다고 보아야 할 것입니다. 그러나 정리해고에 반대하는 쟁의행위는 사용자의 경영권을 침해할 수 있으며, 이러한 쟁의행위는 사용자의 경영권과 조화를 이루어야 할 것입니다. 문제는 이러한 사용자의 경영권이 기본법에 의하여 보장된 기본권으로, 근로자들의 쟁의권과 대등한 지위에 있는가 하는 점입니다. 즉, 독일에서는 사용자의 경영권을 기본법에 의하여 보장된 기본권으로 보고 있는지, 그리고 만약 그렇다면 기본법의 어떠한 규정을 근거로 이를 기본권으로 인정하고 있는지 궁금합니다. 만약, 기본권으로 인정될 수 없다면, 기본법에 의하여 보장된 쟁의권과 그렇지 않은 사용자의 경영권이 충돌한다면 경영권보다는 쟁의권이 우선적으로 보장되어야 한다고 보는데, 이에 대한 교수님의 의견을 부탁드립니다.

2. 다음으로 불법쟁의에 따른 형사처벌에 관한 질문을 드리도록 하겠습니다.

정당성이 없는 형사처벌과 관련하여 독일에서는 사용자들이 파업참가자들에 대한 형사처벌을 원하지 않는다고 하셨습니다. 그런데 불법파업의 경우 적용될 가능성이 높은 독일 형법 제 240조의 강요죄(Nötigung) 및 제253조(Erpressung)는 모두 친고죄나 반의사불벌죄가 아닌 것으로 알고 있습니다. 그러면 피해자인 사용자가 파업참가자들의 처벌을 원하는지 여부는 형사처벌에 영향을 미치지 않는 것이 아닌지요?

3. 다음은 정당성 없는 쟁의행위와 관련된 손해배상에 대하여 질문 드리겠습니다.

2012년 항공안전노동조합(GdF: Gewerkschaft der Flugsicherung)에 의하여 행하여진 파업과 관련하여 Frankfurt 노동법원(ArbG Frankfurt am Main)¹⁾은 파업으로 인하여 발생한 손해라도 다음과 같은 손해는 노동조합이 배상할 책임이 없다고 보았습니다. 즉, 파업으로 인하여 발생한 손해가 평화의무를 위반하는 주장이 없이도 파업이 동일한 장소와 시간에 동일한 방법 및 수단으로 거행되었을 것이고, 이러한 적법한 파업의 경우에도 발생하였을 손해라면 노동조합은 그 손해를 배상할 책임이 없다고 보았다.²⁾ 이 판결이 특이한 것은 불법파업임에도 불구하고 손해배상이 인정되지 않았다는 점이다. 그리고 노동조합이 부수적인 요구사항과 관련하여 평화의무를 위반하였으며, 이러한 요구가 파업의 목적에서 제외하였다면 파업의 정당성이 인정되었을 것이라는 점이다.³⁾ Frankfurt 노동법원의 판결에 대하여 Air Berlin과

1) ArbG Frankfurt a.M., Urteil vom 25. 3. 2013 - 9 Ca 5558/12. 독일 항공안전노동조합(GdF)의 2009년 파업과 관련하여 항공사(Lufthansa, Air Berlin, TUIfly 및 Germanwings)들이 손해배상을 청구한 사건이 있었으나, Frankfurt 노동법원은 항공사의 손해가 파업에 의한 직접적인 손해에 해당하지 않음을 이유로 원고들의 청구를 기각하였다(ArbG Frankfurt a.M., Urteil vom 27. 3. 2012 - 10 Ca 3468/11). 그리고 이 판결에 대한 항소심이 교수님의 발표문 각주 67에 있는 판결(LAG Hessen 25. 4. 2013 - 9 Sa 561/12)이다.

2) **Entscheidungsgründe I. 1. f)** Die beklagte Gewerkschaft haftet gleichwohl nicht für die durch den Hauptstreik verursachten Schäden, da sie sich mit Erfolg auf den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens berufen kann. Denn die von der Klägerin zu 3) behaupteten Schäden wären ebenso eingetreten, wenn die Beklagte die §§ 18 Abs. 8, 35 Abs. 6a und 49 der der Schlichtungsempfehlung beigefügten Synopse von vornherein nicht in ihre Streikforderung aufgenommen hätte. Damit sind ihr die durch den Hauptstreik entstandenen Schäden nicht zuzurechnen.

Leitsätze 5. Eine Gewerkschaft haftet gleichwohl nicht für die durch den Streik verursachten Schäden, wenn feststeht, dass der Streik nicht auch aus anderen Gründen rechtswidrig war und der Streik auch ohne die friedenspflichtverletzende Forderung am selben Ort, zur selben Zeit und in derselben Art und Weise stattgefunden hätte und damit die durch den Streik verursachten Schäden auch bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten eingetreten wären. Dann sind ihr die durch den Streik entstandenen Schäden nicht zuzurechnen.

3) 이 사건에서 항공사들의 청구는 그 손해가 파업으로 인하여 직접 발생한 손해가 아니라는 이유로 일

Fraport가 항소를 제기하였으나, Hessen州 노동법원(LAG Hessen)도 노동조합의 배상책임을 인정하지 않았다고 합니다.⁴⁾

이 사건과 관련하여 교수님께 몇 가지 질문을 드리겠습니다. 먼저, Frankfurt 노동법원과 같이 위와 같은 이유로 노동조합의 손해배상책임을 부정한 법원의 판결이 이전에도 있었는지 궁금합니다. 그리고 이 사건이 연방노동법원에 계류 중인 것으로 알고 있는데, 연방노동법원의 판결에 대하여 어떻게 전망하시는지 궁금합니다. 나아가 이러한 결론에 대한 교수님의 의견을 듣고 싶습니다.

4. 다음은 이중적 구조를 가진 독일 노사관계의 특징에 관한 질문을 드리겠습니다.

교수님께서서는 근로자대표위원회(works councils)가 쟁의행위 없이 많은 노사의 분쟁을 해결하고 있으며, 이것이 독일 노동관계의 특징이라고 보셨습니다. 그리고 이것을 독일에서 파업이 다른 나라에 비하여 적게 행해지는 이유라고 하셨습니다. 그런데, 사업조직법(Works Constitution Act: Betriebsverfassungsgesetz) 제77조 제3항은 “단체협약상의 규율이 있거나 또는 통상적으로 단체협약에 의해 규율되는 임금 기타 근로조건은 사용자와 근로자대표간의 서면합의의 대상이 될 수 없다. 이는 단체협약이 보충적인 사용자와 근로자대표 간의 서면합의의 체결을 허용한 경우에는 적용되지 아니 한다”고 규정하고 있다. 따라서 원칙적으로 노동조합과 근로자대표위원회의 역할은 엄격히 구별되는 것으로 보여 집니다. 그리고 독일에서 쟁의행위가 줄어든 것은 경기가 좋지 않아 근로자들이 위기감을 느끼고 있어 노동조합 활동이 위축된 결과라고 볼 수는 없는지 궁금합니다.

마지막으로 실제 사업조직법 제77조 제3항 제2문에서와 같이 단체협약이 보충적으로 사용자와 근로자대표가 서면합의를 할 수 있도록 허용하고 있는 경우가 있는지, 있다면 그 수가 얼마나 되는지 궁금합니다. 그리고 교수님께서서는 새로운 형태의 노동조합의 등장(The emergence of new unions)과 관련하여 이러한 분야에서는 이중적 시스템(dualistic system)이 아닌 일원적 시스템(one channel system)이 작동하고 있으며, 이러한 분야에서의 쟁의행위의 중요성이 증대하고 있다고 말씀하셨습니다. 궁금한 것은 새로운 노동조합이 등장한 분야(일원적 시스템이 작동하고 있는 분야)에서 이중적 시스템이 적용되는 분야에 비하여 쟁의행위가 더 많이 발생하고 있는지 궁금합니다. 즉, 이들 분야에서의 쟁의행위 실태에 대하여 말씀해 주시기 바랍니다.

적부터 그 청구가 기각되었다. 이 사건에서 쟁점이 된 것은 프랑크푸르트공항 운영업체인 Fraport의 손해배상청구에 관한 것이다.

4) LAG Hessen, Urteil vom 5. 12. 2013 - 9 Sa 592/13.

프랑스에서의 쟁의행위와 책임

Emmanuel Dockés (University Paris Ouest Nanterre La Défense)

1. 프랑스 단체행동권의 일반적 특징

1.1. 프랑스(와 유럽)에서의 단체행동권의 법원(法源)

유럽에서 파업권은 프랑스 국내법에 우선하는 효력을 가지는 여러 유럽 조약들¹⁾에 의해 인정되고 있다. 그런데 유럽연합(European Union)과 유럽회의(Council of Europe)라는 두 유럽 단체로부터 복잡성의 한 측면이 유래한다. 유럽연합 차원에서는 특히 유럽연합기본권헌장 제 28조가 “파업을 포함하여 자신의 이익을 옹호하기 위하여 단체행동을 할” 권리를 인정한다. 유럽회의 차원에서는 1996년 유럽사회헌장 제6조의4가 “파업권을 포함하여 이익분쟁에서 근로자와 사용자의 단체행동권 ...”을 규정하고 있다.

위 두 규정의 문언은 매우 유사하지만, 그 의미와 구속력은 집행기관에 의해 결정되고 집행기관은 유럽차원에서 동일하지 않다. 유럽사법법원(European Court of Justice)은 유럽연합 조약과 유럽연합기본권헌장을 담당하고 있는 유럽연합의 최고법원이다. 유럽인권법원(European Court of Human Rights)과 유럽사회권위원회(European Committee of Social Rights)는 유럽회의조약을 담당하고 있다. 이 기관들은 파업권에 관해 매우 다른 해석을 한다.

유럽사법법원은 사회권 일반³⁾ 특히 파업권에 관해 매우 낮은 인식을 가지고 있다. 이 법원은 파업권을 서비스의 자유로운 이동이나 설립의 자유(freedom of establishment)⁴⁾와 같은 경제적인 기본적 자유보다 낮은 권리로 본다.

반면에 유럽사회권위원회는 파업권을 매우 존중한다. 이것이 이 위원회와 유럽사법법원 간

1) 프랑스가 비준한 것.

2) 보다 정확히 말하면, 유럽인권법원은 인권 및 기본적 자유의 보호를 위한 협약을, 유럽사회권위원회는 유럽사회헌장을 담당한다.

3) ECJ 15 janv. 2014, aff. C-176/12 Association de médiation sociale ; *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11, note P. Rodière: 이 사건에서 유럽사법법원은 근로자 또는 근로자대표에 대한 정보 제공과 협의를 보장하는 유럽연합기본권헌장 제27조의 직접적 구속력을 부정한다. 이러한 권리가 구속력을 가질 만큼 정확하지 않다고 한다. 이와 같은 이유라면 유럽연합기본권헌장의 모든 사회권이 비구속적인 것으로 될 수 있다.

4) ECJ 11 déc. 2007, *Viking*, C-438-05, esp. §.44 ; CJEU 18 déc. 2007, *Laval*, C-341-05, esp. §.91.

의 직접적 충돌을 낳는다.⁵⁾ 유럽인권법원의 입장은 유럽사회권위원회만큼 분명치 않지만, 파업권을 보호하고 있고,⁶⁾ 아마도 유럽사회권위원회가 열어놓은 길을 따르게 될 것이다.

파업권에 관한 이러한 충돌은 국내적 차원에서는 커다란 자유를 창출한다.⁷⁾ 유럽 차원의 문제가 아닌 한 파업은 유럽사법법원의 관할권 밖이다. 이러한 이유로 프랑스에서 파업에 관한 법은 거의 전적으로 국내법적 차원에서 규율되고 있다.

프랑스에서 파업권은 헌법상의 권리이다.⁸⁾ 헌법은 비록 법률에 의한 틀을 언급하고 있지만 “파업권은 이를 규율하는 법률의 틀 내에서 행사되어야 한다.”고 규정하고 있다.

그러나 그러한 틀은 민간부문 관련 법률에는 실제로 존재하지 않는다. 프랑스 노동법전상 파업권에 관한 규정은 매우 적다. 노동법전은 파업권의 행사를 이유로 하는 차별을 금지하고 있고(노동법전 L.1132-2조, 이하 ‘노동법전’ 생략함), 중대한 과실(a gross fault)의 경우를 제외하고 파업 관련 이유로 근로자를 해고하는 것을 금지하고 있다. 그 외 다른 규정들은 공공 부문에서의 파업에 관한 것이다(L.2512-1조 이하).

법률에 의한 제한을 언급하고 있는 헌법과 그러한 법률의 극소수라는 프랑스의 상황은 여러 결과를 낳는다. 가장 중요한 두 가지 사항은 다음과 같다.

- 프랑스 파업법은 대부분 판례법이다.
- 법률만이 파업권을 제한할 수 있다. 이는 단체교섭으로 파업권을 제한할 수 없다는 의미다. 따라서 일정 기간 파업을 금지하는 단체협약상의 평화조항은 근로자들의 파업권에 아무런 영향을 미치지 않는다. 단체협약은 근로자에 대해 구속력을 가지는 파업의 사전 예고 또는 파업에 앞선 교섭절차를 창설할 수 없다. 이는 파기원(Cour de cassation, 프랑스 최고 사법법원)의 분명한 입장이다.⁹⁾

1.2. 다른 국가와는 다른 파업권의 특징

영국, 미국 또는 독일과 달리 프랑스법에서 파업권은 개인적 권리이다. 이는 파업 여부의 선택은 개인적인 것이라는 의미다. 근로자들은 노동조합의 지지 없이 파업할 수 있다.¹⁰⁾ 영어

⁵⁾ ECSR 3 July 2013, n°85/2012, *Semaine sociale Lamy* n°1616/2014, p.5, note S. Laulom ; *Revue de droit du travail*, 2014, 160, étude K. Chatzilaou. 이 결정에 의해 위에서 언급한 CJEU의 2007년 12월 18일 Laval 판결을 받아들인 “Lex Laval”이라 불리는 스웨덴법은 유럽사회헌장을 위반한 것으로 간주된다.

⁶⁾ ECHR 21 April 2009, *Enerji Yapı Yol Sen*, req. n. 68959/01.

⁷⁾ 한 사람이 두 주인을 섬길 수 없다(마태복음 6장 24절).

⁸⁾ 1946년 헌법의 전문(前文)의 규정과 1958년 헌법.

⁹⁾ Soc. 7 juin 1995, n°93-46448 P, *Grands arrêts* n°197: “단체협약은 헌법으로 인정된 근로자들의 파업권의 행사를 제한하거나 규제하는 효력을 가지지 않으며 ... 오직 법률만이 근로자들에 대한 구속력을 가지는 파업의 사전 예고기간을 창설할 수 있다.”

¹⁰⁾ Soc. 19, Feb. 1981, *D.* 1981. 417, note R. Bonneau: “노무제공의 거부가 노동조합의 요청으로 이

로 Wildcat strikes라고 불리는 즉흥적인 자발적 단체행동은 합법이다. 파업자들이 소수일수도 있다.¹¹⁾ 비록 다수가 쟁의행위를 중단하고 작업에 복귀하더라도 소수에 의한 파업의 지속은 합법이다.¹²⁾ 달리 말하면, 노동조합이나 근로자 과반수는 단체행동을 금지할 수 없다. 근로자 총회에서 승인되지 않는 파업, 노동조합의 의사에 반하는 파업이라 할지라도 합법이다.

다른 한편, 파업자들은 파업하지 않을 권리, 즉 근로자들의 노동의 자유를 존중하여야 한다. 이러한 자유는 프랑스법에서 강한 영향력을 가진다.

1.3. 노동의 자유와 그것이 파업권에 미치는 영향

노동의 자유는 알라르드(Allarde) 데크레로 불리는 1791년 3월 2일 및 17일의 데크레에서 기원한다. 노동의 자유는 파기원이 승인하는 기본적 자유지만, 엄밀히 말하면 헌법적 권리는 아니다.¹³⁾ 그렇지만 노동의 자유는 강력하게 보호되고 파업권에 중요한 제한을 가한다.

다수 근로자들이 파업을 지지하더라도 계속근로를 원하는 소수 근로자들은 그렇게 할 자유가 있다. 근로자는 어떤 상황에서도 파업이탈자(strikebreaker)가 될 권리를 가진다. 프랑스 형법전 제431-1조에 의하면 협박에 의한 노동의 자유에 대한 공모방해의 형벌은 15,000유로 이하의 벌금 또는 1년 이하의 구금형이다. 이러한 범죄행위가 이루어지지 않더라도 또 다른 위험이 있다. 노동의 자유에 대한 방해는 통상적으로 해고를 정당화하는 중대한 민사적 과실(귀책사유, a civil gross fault)에 해당한다.

노동의 자유는 특히 두 가지 면에서 쟁의행위를 제한한다. 첫째 제한은 작업도구의 소지, 둘째 제한은 직장점거에 관한 것이다.

작업도구의 소지와 관련하여 회사의 트럭 또는 그 열쇠를 갖고서 파업에 참여하는 트럭기사에 관한 여러 사례가 있다. 노동의 자유에 대한 방해가 없는 한 사용자는 그러한 행위에 대하여 징계할 수 없다는 것이 파기원의 입장이다(해당 사건에서 사용자는 일부 근로자들이 회사의 트럭을 운전하려고 시도하였다는 점을 입증하지 못했다).¹⁴⁾ 그러나 일부 근로자들이

루어지지 않았다는 이유로 파업의 합법성이 상실되지 않는다.”

11) “노무제공의 거부가 근로자 과반수에 의해 이루어지지 않았다는 이유만으로 파업의 합법성이 상실되지 않는다”. Soc. 3 oct. 1963, Goazioux, *Bull. civ.* IV, n° 645 ; D. 1964. 3, note G. Lyon-Caen ; Grands arrêts, n. 188.

12) Soc. 19, June 1952, *Dr. soc.* 1952. 533.

13) 헌법 분야의 프랑스 최고법원인 헌법원(Conseil constitutionnel)은 아직까지 이러한 자유를 헌법적 권리로 인정하지 않고 있다. 근로자의 노동을 금지하거나 근로자가 원하는 노동을 선택하는 것을 금지하는 행위 또는 규칙은 노동의 자유에 반한다. 프랑스법에서는 노동의 자유와 일할 권리(the right to work)를 혼동하지 않는 것이 중요하다. 후자는 개인이 고용될 권리이고 1946년 헌법 전문(前文)과 1958년 헌법에 규정되어 있다. 일할 권리는 실업정책과 정당한 해고의 법적 한계를 뒷받침한다. 일할 권리는 헌법적 권리로 승인되고 있다.

14) Soc. 9, May 2012, two decisions, nos°10-26497 Pet 11-15579 ; Soc. 13 mai 2009, n.08-41337.

운전을 시도하여 노동의 자유에 대한 방해가 입증된 유사한 상황에서 트럭이나 트럭의 키를 소지한 기사는 중대한 과실을 범한 것이고 해고가 정당화된다.¹⁵⁾ 비슷한 동기로 일부 근로자들이 작업하고 있던 기계를 차단하는 것은 중대한 과실로 판단된 바 있다.¹⁶⁾

노동의 자유에 대한 방해가 없는 한 사업장에서의 파업은 합법이다.¹⁷⁾ 다른 한편 직장점거는 노동의 자유를 방해하는 경우에 한하여 불법이다.¹⁸⁾

1.4. 사용자의 경제적 자유와 파업권

재산권 및 기업의 자유(freedom of enterprise)와 달리 노동의 자유는 쟁의행위로부터 분명히 보호된다. 파업권은 본질적으로 사용자의 경제적 권리를 제한한다. 파업권이 인권인 한 그런 제한은 합법이고 다른 인권의 행사와 마찬가지로 보호된다. 이는 파업권이 의미상(by definition) 사용자의 경제적 권리에 앞선다는 뜻이다. 보다 정확히 말하면 프랑스법에서 경제적 자유는 실제로 파업권에 대적할 수 없다는 것이다.

그 이유는 다음과 같다. 인권은 강자로부터 약자를 보호하고 권력으로부터 개인의 자유를 보호한다. 인권과 마찬가지로 경제적 자유는 국가와 같은 상위 권력으로부터 사용자들을 보호하지만 근로자들이 쟁의행위를 통해 사용자의 권력에 저항할 권리로부터 사용자들을 보호하지는 않는다.

유럽사법법원은 달리 생각한다(각주 4 참조). 파업권은 약한 인권이고 사용자의 경제적 권리가 우선되어야 한다는 것이 이 법원의 입장이다. 따라서 파업이 필수적이고 비례적인 경우에만 합법이다. 달리 말하면 파업은 거의 합법적이지 않다는 것이다. 그렇다면 유럽사법법원은 파업권을 실제로는 인정하지 않는 것으로 볼 수 있다. 반면에 유럽사회권위원회와 유럽인권법원의 입장은 프랑스법과 유사하고 파업권을 실제로 인정한다(각주 5, 6 참조).

2. 정당한 쟁의행위의 범위

2.1. 정당한 파업의 일반적 범위

정당한 파업의 범위와 관련해 세 가지 제한이 있다.

¹⁵⁾ Soc. 7, July 1983, n. 81-40191 P. 파업불참자들이 운전하는 버스를 가로막는 행위는 일할 자유에 대한 제한으로 해고를 정당화하는 중대한 과실에 해당한다고 본 다른 사례로 Soc. 10, Feb. 2009, n° 07-43.939.

¹⁶⁾ C.E. 1, Apr., 1992, n° 112826, *Dr. soc.* 1992. 689, concl. D. Kessler.

¹⁷⁾ Soc. 26, February 1992, n°90-40760 P ; Soc. 9 mars 2011, n. 10-11588.

¹⁸⁾ Soc. 21, June 1984, n° 82-16596 P., *Dr. soc.* 1985. 19, note J. Savatier.

첫째는 파업권의 정의에 따른 제한이다. 파업의 개념에 해당하지 않는 단체행동은 계약위반 일 뿐이다. 둘째는 권리남용론상의 제한이다. 단체행동이 파업에 해당하고 근로자들이 자신의 파업권을 행사하지만 그 방법 때문에 파업권의 행사가 남용적일 수 있다. 셋째는 정당한 파업 중일지라도 금지되는 위법행위 관련 제한이다. 이 문제는 항을 달리하여 후술한다.

2.1.1. ‘파업’ 기본권의 정의

판례법에 의하면 파업은 직업적 요구를 옹호하기 위한 노무제공의 집단적 거부이다.¹⁹⁾

집단적 행위가 이러한 정의의 요소를 충족하지 못하면 파업에 해당하지 않기 때문에 근로자들은 더 이상 보호되지 않으며 그들의 행위는 계약위반으로 간주된다. 앞에서 이미 보았듯이 “집단적”이 의미하는 바는 적다. 프랑스법에서 파업권은 개인의 권리이기 때문이다(1.2. 참조). 이제 남는 것은 두 가지 요소, 즉 노무제공의 거부와 직업적 요구이다.

a) 노무제공의 완전한 거부

노무제공의 거부는 전면적인 것이어야 한다. 따라서 태업이나 부분적 작업처럼 흔히 ‘파업’이라고 불리는 많은 쟁의행위는 정당한 파업의 범위 밖에 있다.

이는 프랑스 판례법의 전통적 입장이다.²⁰⁾

예컨대, 안전업무를 수행하면서도 승차권 점검을 거부한 철도 승무원들은 업무의 일부를 행하고 있었기 때문에 ‘파업 중’인 것으로 인정되지 않았다. 따라서 그들은 보호되지 않았고, 자신들의 직무를 완전히 수행하지 않은 이유로 해고가 가능하였다.²¹⁾ 프랑스전력(EDF)의 근로자들에 대해서도 같은 판단이유가 적용되었다. 엄밀히 말해 이들의 단전행위는 노무제공의 완전한 거부에 해당하지 않았기 때문에 단전을 이유로 징계되었다.²²⁾

이러한 결과는 특히 노무제공의 거부가 생산을 중단시키지 않고 잠시 동안 사용자에게 손해를 가하는 상황에서는 가혹해 보인다. 이는 프랑스 학설에서 현재 논의되고 있다.²³⁾

이 점에 관하여 유럽인권법원은 프랑스법보다 덜 엄격한 것으로 보인다. Dilek 사건에서 동

19) 특히 Soc. 18, January 1995, Soc. 18, January 1995, *Publicom*, *Bull. civ.* V, n. 27 ; *Dr. soc.* 1995. 186, note Ph. Waquet ; *Grands arrêts*, n. 196 ; Soc. 18, June 1996, *Bull. civ.* V, n°243, *Grands arrêts*, n° 195 등 참고 바람.

20) Soc. 5 March 1953, *Dunlop c. Plisson*, *Bull. civ.* IV, n. 185 ; *Dr. soc.* 1953. 226 ; *Grands arrêts*, n. 186 ; Soc. 16, May 1989, *Bull. civ.* V, n. 360 ; Soc. 16, March 1994, *Bull. civ.* V, n. 92. 최고행정법원(the Conseil d’Etat)의 입장은 모호하다. CE 17 March 1997, 2e esp., n° 123912, *Dr. soc.* 1997, 533, obs. J.-E. Ray.

21) Soc. 16, March 1994, *Bull. civ.* V, n. 92.

22) Soc. 26, January 2000, *Bull. civ.* V, n. 38 ; *Dr. soc.* 2000.451, obs. A. Cristau.

23) E. Dockès, *Insubordination, propriété et action collective*, *Sem. Soc. Lamy*, 1631/2014, supp., p. 41.

법원은 “원고들이 행한 3시간의 태업”은 “노동조합의 권리라는 맥락에서 볼 때 일반적인 단체행동”이라고 판시하였다.²⁴⁾ 이러한 이유는 일부 자동차들을 무료로 통과시킨 고속도로 통행료 징수 근로자들을 보호하기 위해 이용되었다. 엄격히 말해 그것은 노무제공의 완전한 거부가 아니었지만 유럽인권법원의 입장에서는 보호의 가치가 있었다.

b) 직업적 요구: 쟁의행위의 목적

프랑스법에서 파업은 ‘직업적 요구’를 옹호하기 위한 것을 요건으로 한다.

이러한 요건은 매우 넓게 이해된다.

개별적 노동관계 또는 집단적 노동관계와 관련된 요소가 ‘직업적 요구’이다.²⁵⁾ 사회보장, 의료, 실업, 가족수당, 연금 등에 관한 요구도 직업적 요구이다.²⁶⁾ 또한 파업의 목적은 사용자의 능력을 넘어서는 것일 수 있고(1), 불합리한 것일 수 있다(2). 파업은 권리분쟁을 지원하는 것일 수 있다(3). 그리고 파업은 사용자의 경제적 자유 내지 권한에 반하는 것일 수도 있다(4). 그러나 파업자들은 자신들이 요구하는 바를 파업 그 자체에 의해 자동적으로 관철해서는 아니 된다(5).

- b1) 사용자의 능력을 벗어난 요구

사용자에 대한 불만은 없으나 제3자에 대한 요구를 가진 근로자들의 파업은 프랑스법에서 합법이다. 2007년 RTM 사건에서 파업은 마르세이유 시당국의 결정에 반대하는 것이었다. 사용자인 RTM시는 그러한 공적 결정에 대항할 힘이 없다고 주장했다. 그러나 파기원은 “근로자들의 요구를 충족할 수 있는지에 관한 사용자의 능력은 파업의 정당성에 아무런 영향을 미치지 않는다.”고 분명히 판시했다.²⁷⁾ 2006년 Lamy Lutti 사건에서²⁸⁾ 사용자는 사탕 생산 기업이었고, 파업은 정부와 의회가 결정한 퇴직연금 삭감에 반대하는 전국적인 쟁의였다. 어쨌든 이 파업은 완전히 합법적인 것이었다.

다른 사용자의 근로자들을 지지하기 위한 외부연대파업(external sympathy strikes)도 당연

²⁴⁾ ECHR 17, juillet 2007, *Dilek et a.*, n. 74611/01, 26876/06 et 27628/02, spec. §; 57 (case first called *Satilmis and alii.*, but corrected by 30/01/2008 adjudication).

²⁵⁾ 예컨대 Soc. 17, December 2003, *Bull. civ. V*, n. 317 ; Soc. 18, January 1995, *Bull. civ. V*, n. 27. Soc. 30, March 1999, *Bull. civ. V*, n. 140 등 참고 바람.

²⁶⁾ 예컨대 Soc. 15, February 2006, *Lamy Lutti*, n° 04-45738 P, *Bull. civ. V*, no 65 ; *Dr. soc.* 2006. 577, note C. Radé (national strike against the new pension law) 참고 바람.

²⁷⁾ “La capacité de l'employeur à satisfaire les revendications des salariés est sans incidence sur la légitimité de la grève” Soc. 23 octobre 2007, RTM, n° 06-17802, P. 이 사건에 관해서는 E. Millard, *Encore et toujours à propos du droit de grève...*, *Droit ouvrier* 2006. 430 (http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/12/57/77/PDF/Doctrine_MILLARD_09-2006_corrige.pdf) ; E. Dockès, *Lafinalité des grèves en question*, *Dr. soc.* 2006. 881 참고 바람.

²⁸⁾ 전술한 Soc. 15, February 2006, *Lamy Lutti*, n° 04-45738 P. 참고 바람.

히 합법적인 것으로 보인다. 그러나 현재까지 파기원에서 논의된 바 없기 때문에 이 문제는 아직 확정되지 않은 사항이다.²⁹⁾ (이른바 ‘내부연대파업’에 관해서는 후술하는 b4 참조)

- b2) 불합리한 요구(unreasonable demands)

법관은 근로자들 주장의 가치를 평가하지 않아야 한다. 법관이 근로자들의 요구의 타당성이거나 근거에 관해 자신의 견해를 피력할 수 있다면 이는 파업권에 반하게 된다.³⁰⁾

이러한 해법은 필수적이다. 파업 동안에 제기된 주장은 정상적인 기업경영을 위해 수락 가능한 범위를 넘어서는 경우가 흔하다. 그러한 주장은 장래 교섭을 위해 의도적으로 과장된 첫 번째 입장이다. 4% 임금 인상을 원하는 자는 교섭의 여지를 두기 위해 8%를 주장할 것이다. 그러한 주장은 불합리한 것으로 보일 수 있다. 그러나 불합리한 주장을 금지하면 대부분의 파업을 금지하게 될 것이다. 프랑스 판례법이 쟁의행위 목적의 타당성에 관한 법관의 평가를 금지하는 것은 위와 같은 논리에 의해 정당화된다.

- b3) 권리분쟁

파업자들의 요구는 법원에서 해결 가능한 권리분쟁 사항일 수 있다.³¹⁾ 이는 프랑스 제도에 서 파업이 최후의 수단이 아니고 경우에 따라서는 대안적 분쟁해결수단(an alternative dispute resolution)이 될 수 있다는 점을 보여준다.

- b4) 징계권을 제외하고 단체행동의 목적이 미치지 않는 권한의 성역은 없음

이 원칙은 프랑스법에서 명확하다. 경제적 자유와 재산권은 파업권을 제한하기 위해 사용될 수 없다. 파업이 기본권이라면 이는 근로자들이 사용자의 권한, 사용자의 사업경영에 영향을 미칠 권리를 가진다는 의미다. 파업권은 본질상, 정의상 사용자의 경제적 자유를 축소하는 권리이다. 근로자들의 불합리한 요구는 가능하다. 그리고 파업은 합법적으로 사용자를 파산시킬 수 있다. 이러한 위협은 파업권과 불가분하다.

그렇지만 프랑스 판례법은 이러한 논리에 대한 하나의 제한을 가한다. 즉 ‘직업적’ 요구는 개인적인 요구가 아니라는 것이다. 그리고 파업의 목적은 사용자가 결정한 개인적인 조치에

²⁹⁾ E. Dockès, La finalité des grèves en question, *Dr. soc.* 2006, p.887 참고 바람.

³⁰⁾ Soc. 2, June 1992, Zaluski, 90-41368 P, *Dr. soc.* 1992. 696, 1st case, report Ph. Waquet, note J.-E. Ray ; Grands arrêts, n° 193: “헌법적으로 승인된 권리의 자유로운 행사에 대한 침해가 없이 법관이 파업자들의 요구의 타당성 또는 근거에 관한 파업자들의 평가를 자신의 평가로 대체할 수 없다.” 예컨대 Soc. 19 octobre 1994, Bull. civ. V, n. 281, *Dr. soc.* 1994. 958, note Ph. Waquet 참고 바람. 이 사례들은 1986년에 파기원이 반대의 방향으로 선고(파업의 동기가 불합리하다는 이유로 파업예고가 유예되었다)한 사례(Assemblée plénière 4 juillet 1986, Bull. Ass. plén., n° 11)에 대한 반작용이다. 1992년의 Zaluski 사건 이후로 그러한 넓은 해법은 명확히 포기되었다.

³¹⁾ Soc. 9, February 1961, *JCP* 1961. II. 12186 bis.

대한 반대여서는 아니 된다. 이러한 이유 때문에 징계조치에 반대하는 파업은 허용되지 않는다.³²⁾ 내부연대파업(internal solidarity strikes)은 불법이다.

그러나 이러한 파업은 간접적인 직업적 요구에 해당하는 것일 수 있다. 예를 들어 작업일지의 작성을 거부한 근로자의 해고에 반대하는 파업은 합법으로 판단되었는데, 파업자들도 간접적으로 이러한 작업일지에 반대하고 있었다는 점에서 그렇다.³³⁾ 특히 경영상 해고에 반대하는 파업은 정당하다. 왜냐하면 그러한 파업은 간접적이지만 필수적인 ‘직업적’ 및 집단적 목적, 즉 전반적인 고용안정(employment stability in general)³⁴⁾이라는 목적을 가지기 때문이다. 결국 징계권에 반대하는 파업만이 불법이다.

- b5) 그러나 파업자들은 주장을 표출해야 하고, 자신들이 요구하는 바를 저절로 성취해서는 아니 됨

자기충족적 쟁의(self-satisfaction action)는 허용되지 않는다. 이는 1978년 11월 23일 Bardot 사건³⁵⁾에서 시작되었다. 이 사건은 토요일 휴무를 요구하는 근로자들이 토요일마다 파업한 사례였다. 이러한 종류의 사안에서는 요구가 실재하지 않고, 근로자들은 자신들이 요구하는 바를 스스로 취하고 있다. 이에 대한 금지는 여러 차례 확인된 바로서 특히 연장근로시간에 연장근로에 반대하는 파업의 경우가 그러하다.³⁶⁾

이러한 종류의 쟁의행위가 합법적이라면 근로자들은 동시에 다른 주장을 제기하기만 하면 된다. 그러면 파업은 완전히 자기충족적인 것으로 되지 않을 것이고, 합법적인 것으로 될 것이다.³⁷⁾

³²⁾ Soc. 18, mars 1982, Cora, n° 80-40576, *Bull. civ. V*, n.182 (고객을 모욕한 근로자의 해고에 반대한 파업) ; Soc. 30, May 1989, *Bull. civ. V*, n. 405 ; Soc. 11, July 1989, Sogarde, *Bull. civ. V*, n. 569 ; *Dr. soc.* 1989. 717, note J. Déprez, *Grands arrêts*, n. 192 ; Soc. 16, November 1993, *Bull. civ. V*, n. 268 ; *Dr. soc.* 1994. 35, report Ph. Waquet, note J.-E. Ray.

³³⁾ Soc. 30, November 1977, *Bull. civ. V*, n° 655. 또한 Soc. 27 November 1985, *Dr. soc.* 1988. 152 ; 5 janv. 2011, n. 10-10692, P (해고의 위협을 받은 조합원과의 연대는 합법적이다. 왜냐하면 파업은 해당 조합원의 주장과 맞는 것이었기 때문이다.)

³⁴⁾ Soc. 27, February 1974, *Bull. civ. V*, p. 131 ; Soc. 22 November 1995, 93-44017 P, *Dr. soc.* 1996. 204.

³⁵⁾ *Bull. civ. V*, n. 790 ; *D.* 1979. 304, note J.-C. Javillier et IR. 226, obs. J. Pélissier ; *Grands arrêts*, n. 189.

³⁶⁾ Soc. 7, November 1984, *Bull. civ. V*, n° 418 ; Soc. 16 May 1989, *Bull. civ. V*, n° 361 ; Soc. 21 June 1989, *Bull. civ. V*, n° 457 ; *D.* 1990. Somm. 167, obs. G. Borenfreund.

³⁷⁾ Soc. 12, April 1995, *Bull. civ. V*, n. 129 ; rapp. Soc. 25 June 1991, *Dr. soc.* 1992. 60, concl. J. Graziani (연장근로시간에 연장근로에 반대하는 파업이었으나 신규채용의 요구도 있었기 때문에 합법) ; Soc. 18 April 1989, *Bull. civ. V*, no 278 (근로자들이 반대하고 있었던 연장근로의 일부를 행하였기 때문에 합법).

2.1.2. 남용적 파업

몇몇 쟁의행위는 비록 파업의 정의 요건을 충족한다 하더라도 불법일 수 있다. 쟁의행위의 방법이나 절차가 ‘남용적’인 경우가 그렇다. 이러한 남용은 구체적으로 평가된다. 어떤 종류의 방법이나 절차를 일반적으로 금지하는 일반원칙은 없다. ‘핵심부파업 stopper strikes’(소수 근로자들에 의한 근로제공의 중단이 모든 생산 공정을 마비시키는 파업),³⁸⁾ 순환파업(rotating strikes),³⁹⁾ 단기간의 반복적인 파업⁴⁰⁾ 등은 그 방법이 대단히 효과적이지만 원칙적으로 합법이다. 그러나 이러한 파업이 파괴적이고 (근로자들이 입는 매우 적은 임금손실에 비해) 완전하고도 과도한 불균형의 손해를 낳는 경우에는 ‘남용적’ 파업에 해당할 수 있다.⁴¹⁾ 남용이 인정되면 쟁의행위는 보호되지 않으며 징계처분은 합법이다.

종합하자면, 허용되는 요구의 범위는 매우 광범위하다. 이번 학술대회 주최 측이 요청한 질문에 대한 답은 대체로 긍정적이다. 구체적 내용은 다음과 같다.

2.1.3. 파업 목적의 정당성 여부 판단 시 이른바 경영권이 어느 정도로 보호되는지?

자기충족적 파업과 징계처분에 반대하는 파업은 원칙적으로 허용되지 않는다. 그 외에 경영권은 프랑스법에서 파업의 목적을 제한하지 않는다. 이는 프랑스법이 유럽연합 판례법⁴²⁾과는 매우 다른 점이다.

a) 파업의 목적 면에서 다음과 같은 파업은 합법적인가?

① 경영상 해고 자체의 철회를 요구하는 노동조합의 쟁의행위

이러한 파업은 합법적이다.⁴³⁾

② 방송의 공정성 및 국가 또는 자본으로부터의 독립성을 요구하는 방송사업 관련 노동조합의 쟁의행위

우리의 경우 그러한 사례는 없지만, 프랑스법에서는 합법적인 것으로 볼 수 있을 것이다.

③ 공공부문의 민영화 철회를 요구하는 공공부문 노동조합의 쟁의행위

프랑스법에서는 이러한 파업 역시 분명히 합법적인 것으로 될 것이다. 이는 너무도 당연하기 때문에 이런 사건이 법원에 제기된 바 없다. 아무튼 RTM 사건⁴⁴⁾이 유사한 사례다. 이 사

³⁸⁾ Soc. 5, June 1973, *Bull. civ.* V, n° 360 (핵심부파업은 합법).

³⁹⁾ Soc. 14 Jan. 1960, *Dr. soc.* 1960. 491 ; 22 janv. 1981, *Dr. ouvrier* 1981. 195.

⁴⁰⁾ 단기간의 반복적인 파업이 파업권의 정당한 행사로 판단된 사례로 Soc. 25 Jan. 2011, n° 09-69030, P ; Soc. 7 avril 1993, n. 91-16834 P ; Soc. 11 March 1964, *Bull. civ.* IV, n° 194 참고 바람.

⁴¹⁾ Soc. 30 May 1989, *Bull. civ.* V, n° 404 ; 7 Apr. 1993, *Dr. soc.* 1993. 607.

⁴²⁾ 각주 4에 인용한 Viking 사건과 Laval 사건 참고 바람.

⁴³⁾ 각주 34 참고 바람.

건에서 근로자들은 시당국이 새로운 전차선로를 사기업에 배정하는 것에 대해 반대했다. 이러한 배정은, 마르세이유 내의 모든 전철과 버스의 운영을 담당하는 공기업인 RTM(the Régie des Transports Marseillais)의 근로자들에게 있어서 공공교통서비스에 대한 위협이었다. 사기업에 대한 새로운 전차선로의 배정은 공공서비스 독점을 깨고 공공교통서비스의 일부를 민영화하는 것이었다. 이러한 결정에 반대하는 파업은 합법으로 인정되었다.

④ 영리 추구의 자회사를 설립하려는 병원의 정책에 반대하는 병원노동조합의 쟁의행위

이러한 주장은 직업적인 것으로서 프랑스법에서는 합법적인 파업으로 될 것이다. 이 또한 프랑스법에서 물을 필요도 없이 당연한 것이다.⁴⁵⁾

b) 사내하청 근로자들이 원청회사가 자신들을 직접 고용하여야 한다고 주장하면서 파업하는 경우 이러한 파업은 합법적인가?

프랑스법에서 이러한 파업 또한 분명히 정당할 것이다. 내가 알고 있는 한 아직 이러한 사례가 파기원에 제기된 바는 없다. 하지만 매우 유사한 사례가 있다. 하청회사에 고용되어 원청회사에서 일하고 있던 근로자가 원청회사를 상대로 행한 파업에 대해 파기원은 2003년에 합법으로 판단했다. 이 근로자는 원청회사와 직접적인 고용계약을 체결하지 않았지만 원청회사와 직업적 관계가 있었기 때문이다.⁴⁶⁾

파업자들이 원청회사의 근로자들이라면 이러한 연대파업의 합법성 여부가 이차적으로 문제 될 것이다. 이 경우 (불법으로 허용되지 않는) ‘순수한’ 내부연대파업에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있는 많은 간접적 목적, 즉 근로자 공동체 내의 통일, 근로자들 간의 평등 등을 발견할 수 있을 것이다. 이처럼 직업적 목적을 쉽게 찾을 수 있다. 이러한 이유로 위 질문상의 파업은 합법이라고 답할 수 있다.

c) 해고제한법과 같은 개별적 노동관계법이 적용되지 않는 넓은 의미의 노무제공자들(workers)이 행하는 쟁의행위는 집단적 노동관계법상 합법적이고 보호되는가? 그렇다면 그 이유 및 헌법적 근거는 무엇인가?

파업권 주체의 통상적인 범위는 피용자(employee)이다. 파업권 주체의 범위는 매우 넓다. 프랑스법에서는 피용자 범주가 상대적으로 넓기 때문이다. 그럼에도 불구하고 문제가 완전히 해결되지는 않았다. 특히 학생, 의사, 택시기사는 피용자가 아니지만 자신들의 직업적 요구를 옹호하기 위하여 몇몇 단체행동을 조직한다. 파업권이 이들을 보호하고 있는가? 이 문제에 대

44) Soc. 23 Oct. 2007, RTM, n° 06-17802, P 및 각주 28 참고 바람.

45) 기업그룹 소속의 여러 계열사에서 발생한 외주화에 반대하는 파업 사례로 Soc. 18 juin 2014, n. 12-18.589 P 참고 바람. 이 사건에서는 그러한 파업의 정당성이 의문시되지 않았다. 이 사건은 파업을 해결하는 약정에 관한 것이었다.

46) Soc. 17, December 2003, 01-46.251 P, Dr. soc. 2003. 327, obs. Radé.

한 명확한 답은 아직 없다. 일부 학자는 파업권이 이들에게 이익이 된다고 한다.⁴⁷⁾ 그러나 우리는 이들에 관한 판례법이 없다. 이러한 껍은 다음과 같이 설명할 수 있다. 이러한 노무제공자(workers) 대부분은 그들 자신이 고용주(employer)이고 자신에게 불리한 조치를 취하지 않을 것이다. 그리고 대학은 파업 학생들에 대해 대개 징계조치를 하지 않는다.

d) 공공서비스처럼 특정 영역의 업무와 관련하여 쟁의행위에 대한 법적 제한이 있는가?

파업권의 존재를 선언한 1946년 헌법의 영향 하에 국사원(Consil d'Etat, 프랑의 최고행정법원)은 종전 판례를 변경하여 공무원의 파업권을 인정하였다.⁴⁸⁾ 이를 입법화한 것이 1983년 제정 법률이다.⁴⁹⁾

그러나 법률은 일부 범주의 공무원들을 파업권으로부터 배제하였다. 이들은 주로 군인,⁵⁰⁾ 경찰,⁵¹⁾ 교도관,⁵²⁾ 법관⁵³⁾이다.

3. 형사책임

3.1. 불법파업에 대한 형사적 제재의 폐지

과거에 불법파업은 ‘단결공모’(coalition)죄로 처벌되었다. 이 형사범죄는 프랑스혁명의 시기에 1791년 6월 14일 법률, 즉 ‘샤플리에(Le Chapelier)’ 법에 의해 창설되었다. 그 이유는 노동의 자유와 산업의 자유를 보호하기 위해서였다. 프랑스혁명가들은 가격과 임금에 관한 개인의 자유로운 협상을 제한할 수 있는 모든 것을 두려워했다. 당시에 단결공모죄는 파업뿐만 아니라 근로자의 결사도 금지했다. 1810년 형법전 제414조는 보다 구체적인 규정으로 오늘날 쟁의행위로 이해되고 있는 행위를 단결공모라는 이름으로 처벌하였다. 단결공모죄의 형벌은 최고 3개월의 구금이었다. 그러나 주모자들은 5년 형에 처해졌다. 19세기 동안에 파업과 형사 처벌은 빈번했다.

자유제국(liberal Empire)으로 알려진 제2제국의 초반기에 단결공모죄는 에밀 올리비에

47) G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, Sirey 1990.

48) CE 7, juin 1950, Dehaene, *JCP* 1950.II.5681, concl. A. Gazier ; *D.* 1950. 538, note A. Gervais (이전 판례법은 공무원의 파업권을 인정하지 않았다. CE 7 August 1909.3.145, note M. Hauriou 참고 바람)

49) 1983년 7월 16일 법률 제10조: “공무원은 법률이 규율하는 범위 내에서 자신의 파업권을 행사한다.”

50) 1972년 7월 13일 법률.

51) 1947년 12월 27일 법률 및 1948년 9월 28일 법률.

52) 1958년 8월 6일 오르도낭스(ordonnance).

53) 1958년 12월 22일 오르도낭스 제10조.

(Emile Ollivier)가 주도한 1864년 5월 25일 법률에 의해 폐지되었다.⁵⁴⁾ 이 법률은 ‘노동의 자유에 대한 제한’이라는 범죄를 창설했다. 오늘날에도 존재하는 이 범죄는 파업이탈자에 대한 협박 또는 폭행을 금지한다(1.3 참조).

1864년 이후로 프랑스법에서 파업참가는 더 이상 형사범죄가 되지 않는다.⁵⁵⁾ 그러나 1946년이 되어서야 파업권이 헌법상의 기본권으로 되었다. 1864년과 1939년⁵⁶⁾ 사이에 파업은 형사범죄도 아니고 헌법적 권리도 아니었다. 파업이 불법은 아니지만, 일반적으로 근로자에 의한 고용계약의 묵시적 해지로 해석되었다.⁵⁷⁾ 근로자가 자신의 고용계약을 종료할 수 있는 권리는 인정되었고, 파업은 고용계약을 종료하는 근로자의 묵시적 의사로 해석되었다. 이러한 이유로 사용자는 쟁의행위가 끝난 후에 근로자가 작업복귀하는 것을 거부할 수 있었다. 그리고 근로자는 불평할 수 없었다. 고용계약의 파기자로 간주될 것이기 때문이었다. 예외적으로 단기파업의 경우에 법원은 때때로 고용계약을 종료하려는 근로자의 의사가 명확하지 않음을 고려하여 고용계약의 단순한 정지로 결정했다.⁵⁸⁾

이러한 판례법에 의해 쟁의행위가 불법으로 여겨지지는 않았다. 몇몇 저자들은 단결공모(coalition)가 근로자들을 위한 권리라고까지 말했다.⁵⁹⁾ 파기원도 뒤따랐다.⁶⁰⁾ 그리하여 근로자는 민사책임을 부담하지 않았다. 그러나 근로자는 여전히 일자리를 상실하고 있었다. 이러한 이유로 근로자는 실제로 보호되지 않았다.

이러한 방식은 1946년 헌법상 파업권의 승인에 영향을 받은 1950년 4월 11일 법률에 의해 종식되었다. 그 이후로 파업은 고용계약을 종료하지 않는다. 고용계약은 단지 정지된다. 그리고 근로자의 중대하고도 의도적인 과실만이 해고를 정당화할 수 있다.

3.2. 불법 쟁의행위에 대한 형사적 제재

공동으로 폭력 또는 협박에 의해 노동의 자유를 방해하는 것은 형법전 제431-1조에 의해 1만 5천 유로 이하의 벌금 또는 1년 이하의 구금에 처한다. 이러한 심각한 범죄는 실제로 이용되지 않는다.

그러나 쟁의행위 중에 형사법은 정지되지 않는다. 불법감금,⁶¹⁾ 폭력,⁶²⁾ 파괴, 훼손 및 손

54) 1848년 2월 25일과 29일 사이에 단결공모가 허용되어 결사의 자유가 승인되었으나 1849년 11월 27일에 다시 금지하였다.

55) 1940-1944년 비시정권 시기를 제외하고 그렇다.

56) 1939년에 전쟁 때문에 파업은 금지되었다. 파시스트 비시정권(1940-1944)은 이러한 금지를 유지·강화했다.

57) Civ. 15, May 1907, DP 1907.1.369 ; note A. Colin ; Civ. 1st May 1923, DP 1923.1.66.

58) Civ. 16, Nov. 1927, DP 1928. 1. 33 ; Civ. 5 June 1937, DP 1938.1.23.

59) Paul Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle* 1st éd. 1894, p.486.

60) Cass. civ. 16, novembre 1927, DP 1928, I, p. 33.

61) 형법전 제224-1조.

상,⁶³⁾ 타인을 위협에 처하는 행위⁶⁴⁾ 등 많은 형사범죄가 쟁의행위 중에 발생할 수 있다.

다음 두 가지를 구별할 필요가 있다.

- 형사범죄가 아니고 민사적 과실(a civil fault)도 아니며 보호되는 권리의 행사인 노무제공의 거부 그 자체
- 피켓팅, 직장점거, 파괴 등 위법할 수 있고 형사범죄가 되는 다른 행위

- 불법파업(노무제공의 완전한 거부)에 대한 형사제재를 폐지하면서도 민사책임을 유지하는 이유는?

1864년에 단결공모에 대한 형사제재가 폐지되었을 때 프랑스법에서 단결공모가 적법하거나 근로자의 자유(권리)라는 점이 즉각적으로, 만장일치로 받아들여지지 않는 않았다. 일부 학자들은 여전히 단결공모를 민사적 과실로 보고자 했다.

그러나 그러한 견해가 다수의 학자와 파기원을 설득하지는 못했던 것 같다.⁶⁵⁾ 어쨌든 단순히 노무제공을 거부한 파업자들 또는 노무제공의 집단적 거부를 지원한 노동조합의 책임을 부인하는 판결례들이 이어졌다.

비록 일부 학자가 달리 생각했을지라도 단결공모죄가 폐지된 1864년 이후로(1939-1944년 제외) 프랑스법에서 노무제공의 거부 그 자체는 결코 불법이 아니었다.

하지만 프랑스에서 일부 쟁의행위(자기충족적인 노무제공의 거부 또는 태업 등)는 불법이다. 이러한 행위는 ‘파업’이 아니거나 파업권의 남용적 행사이기 때문이다. 이러한 행위 자체가 형사범죄는 아니지만, ‘과실’(fault)에 해당하고 일반 계약책임이 적용된다. 그 과실이 중대한 것이면 해당 근로자는 책임을 부담할 수 있다(프랑스법에서 중대한 과실은 중하고 고의적인 과실에 해당한다). 이러한 책임은 판례법에 의해 엄격히 제한되지만 존재한다(후술).

형사범죄는 아니지만 근로자의 책임이 인정되는 중대한 과실이라 할지라도 민사적 과실이 인정되는 것이 합리적인 것 같다. 민사책임의 논리는 형사책임의 논리와 다르기 때문이다. 물론 위와 같은 결론은 민사책임이 엄격히 제한된다는 점을 전제로 한다. 그렇지 않다면 민사책임이 형사처벌보다 더 나쁜 것으로 될 것이고 그 합리성을 잃게 될 것이다.

- 당신의 국가에 불법파업(노무제공의 완전한 거부)에 대한 일반적인 형사제재가 법률로 존재한다면 그것이 해석상 헌법 위반인가?

62) 형법전 제222-7조 이하.

63) 형법전 제322-1조 이하.

64) 형법전 제223-1조 이하.

65) 앞의 3.1, 및 Civ. 15, May 1907, DP 1907.1.369 ; note A. Colin ; Civ. 1, May 1923, DP 1923.1.66 참고 바람.

프랑스법에서 위와 같은 일반적인 형사제재는 헌법상의 파업권과 모순되기 때문에 불가능해 보인다.

근로자들의 행위가 정당한 쟁의행위의 범위 내에 있다면 권리행사로서 보호된다.

근로자들의 행위가 정당한 쟁의행위의 범위 내에 있지 않다면 그 이유는 여러 가지일 수 있다. 폭력행위이기 때문에, 이리저리한 법원칙(태업의 금지, 노동의 자유 방해 등)을 준수하지 않았기 때문에 등등. 어떤 행위가 정당한 행위의 범주에서 벗어난다는 것은 법원칙을 위반했기 때문이다. 이러한 위반은 해당 근로자에게 책임을 물을 수 있는 과실이다(태업은 계약위반이고, 징계 대상이 되는 과실이다. 노동의 자유에 대한 방해는 형사범죄이다). 과실의 수는 쟁의행위 동안에 근로자가 위반할 수 있는 틀의 수만큼 있을 수 있다. 이러한 모든 과실들을 불법파업에 대한 ‘일반적’ 형사제재라는 포괄적인 하나의 틀로 묶는 것은 그러한 과실 행위들 각각이 이리저리한 특별원칙의 위반으로서 제재되지 않는다는 것을 의미한다. 또한 그러한 과실 행위들은 쟁의행위의 일부분이기 때문에 제재된다는 것이다. ‘일반적’ 형사제재라는 것은 ‘파업’ 또는 ‘쟁의행위’라는 개념을 범죄구성요건의 하나로 사용하는 것이다. 이는 마치 파업 참여가 일종의 가중처벌 요소가 되는 것처럼 ‘파업’ 또는 ‘쟁의행위’가 범죄를 정의하기 위해 이용되는 것이다.

이것은 파업권과 직접적으로 모순된다. 파업권이 (특히 헌법에서) 존재할 때 이는 쟁의행위가 민주사회에서 필수적인 권리라 할 수 있는 사용자의 법적·경제적 권한과 균형을 유지할 권리로서 존중된다는 것을 의미한다. 이러한 맥락에서 볼 때 쟁의행위 과정에서 어떤 (불법적) 행위가 발생한다는 사실이 가중처벌의 사정이 되거나 범죄를 구성하는 요건으로 악화되어서는 아니 된다. 오히려 반대로 쟁의행위가 보호되는 권리인 경우 쟁의행위 과정에서 행해진 과실은 쟁의행위라는 맥락 때문에 정상참작의 사정으로 파악해야 한다.

어떤 행위가 합법성에 근접할수록 과실은 더 적어진다. 파업이 헌법적 권리라면 쟁의행위 과정에서 행해진 과실은 동일한 과실이 쟁의행위가 아닌 상황에서 행해진 경우보다 덜 심각한 것이다.

- 앞서의 질문들과 관련한 법률과 판례가 있다면 소개해 달라.

2008년 파기원은 아주 어려운 사건을 판결했다.⁶⁶⁾ 동료가 산재보상급여를 받을 수 있도록 하기 위해 선원 시위대가 지역해양기관의 사무실로 갔다. 그들은 파괴를 위협했고, 사무실 직원들은 일할 수 없었다. 이러한 행위는 3시간 동안 지속되었고, 그들은 마침내 뜻을 이루었다. 항소법원은 시위대의 행위자들에 대해 노동의 자유에 대한 방해죄로 처벌했다. 하지만 파기원은 항소법원의 판결을 파기했다. 파기원은 노동의 자유에 대한 실질적 방해가 아니라 단지 직

⁶⁶⁾ Crim. 3, juin 2008, 07-80079 P, RDT 10/08, 603, obs. N. Olszak.

업 활동에 대한 단순한 곤란으로 보았다.

위 선원들의 집단적 행위는 ‘파업’의 개념에 해당하지 않았다. 하지만 폭력행위는 없었고 단지 3시간 동안이었으며, 일할 수 있는 가능성을 완전히 차단하지 않았다. 그럼에도 그들의 행위는 노동의 자유에 대한 방해와 매우 유사해 보였으나, 파기원은 인정하지 않았다. 내가 보기에 파기원의 관용은 인권으로서의 단체행동이 의미하는 바를 분명히 보여준다고 생각한다. 즉 비록 불법이라 할지라도 쟁의행위의 국면에서 행해진 과실 행위의 경우에는 관대, 관용을 요한다는 의미다. 과실이 권리의 행사와 동떨어진 것이 아니라면 용서할 수 있는 가벼운 것임을 의미한다.

4. 민사책임

4.1. 역사적 배경

프랑스에서 파업이 합법화된 이후로 쟁의행위에 대한 손해배상청구소송이 완전히 사라지는 않았지만 드물게 되었다. 그런데 1979-1980년에 공기업인 르노사(자동차회사)의 중요 사건이 언론에 회자되었다. 르노사는 공장에서의 태업을 이유로 프랑스의 주요 노동조합인 CGT를 상대로 소를 제기했다. CGT에게 2천 9백만 프랑(오늘날로 대략 1천 5백만 유로 내지 220억 원)의 배상금 지급이 선고되었다.⁶⁷⁾ 프랑스의 노동조합 상황(프랑스 노동조합의 조직력은 상대적으로 취약하다)에서 이러한 판결은 CGT의 생존에 대한 위협이었다. 르노사가 소를 취하해 사건은 일단락되었지만, 이 사건으로 인해 불법적인 쟁의행위에 대한 손해배상 소송의 위협성이 분명히 드러났다.

쟁의행위는 통상적인 노동관계의 파기이자 사용자의 권한에 대한 저항이다. 이러한 맥락에서 볼 때 비록 파업권이 인정된다 하더라도 손해배상소송의 실재는 종종 법의 영역을 넘어선다. 쟁의행위에 대한 민사책임을 넓게 인정된다면 노동조합의 생존 자체가 위태롭다. 프랑스의 상황에서 르노사건은 이를 깨닫게 해주었다. 1981년에 사회당이 선거에서 승리했고, 의회는 이 문제를 다루었다.

1982년 10월 28일 법률로 성립하게 될 법안이 같은 해 10월 초에 채택되었다. 이 법안은 집단적 쟁의 과정에서 발생한 행위에 대하여 근로자, 노동조합의 간부 및 조합원, 노동조합 그 자체에 대한 일반적 면책을 창설했고, 당시 노동법전 L.521-1조의 내용으로 될 예정이었다.⁶⁸⁾ 이 규정은 “쟁의행위를 원인으로 하거나 쟁의행위 과정에서 발생한” 손해에 대한 배상

⁶⁷⁾ Court of Appeal of Anger 22, oct. 1980, *Dr. soc.* 1980. 547, note J. Savatier ; *D.* 1981. 153, note G. Lyon-Caen.

청구소송을 금지하는 것이었다. 이 규정이 인정한 유일한 예외는 형사범죄로 인한 손해와 쟁의행위 내지 조합활동과 무관한 행위로 인한 손해였다.

그러나 헌법원은 1982년 10월 22일에 해당 법안이 피해자의 권리, 법적 평등, 공적 책임의 평등이라는 면에서 헌법에 위배된다고 결정했다.⁶⁹⁾ 그 후 의회는 손해배상책임 자체를 줄이려는 시도를 중단했고, 또다시 불법행위법이 유일한 틀이 되었다. 즉각적으로 파기원이 나섰다. 불법행위법이 쟁의행위 및 결사의 자유에 미치는 불안정한 효과를 감소시키는 새로운 판례법이 시작되었다. 이러한 판례법은 헌법원의 결정이 있는 후 단 2주 만인 1982년 11월 9일 뒤 비존 노르망디(Dubigeon-Normandie) 사건⁷⁰⁾에서 비롯되었다.

쟁의행위에 대한 민사책임은 민법전 제1382조에 의해 규율된다. 동조에 의하면 “타인에게 손해를 가한 자의 행위는 자신의 과실로 손해를 발생시킨 자에게 손해를 배상케 할 의무를 부과한다.” 이 규정은 세 가지 책임요건, 즉 과실, 손해, 양자 간의 인과관계를 요구한다. 새로운 판례법의 핵심은 과실 및 인과관계의 해석에 있다. 해석의 결과로 여러 가지 중요한 원칙들이 도출된다. 가장 중요한 것은 다음과 같다. 노동조합은 오로지 자신의 행위에 대해서만 책임을 진다는 것과 과실이 있는 사람은 오로지 그의 과실로 인한 손해에 대해서만 책임을 진다는 것이다.

4.2. 노동조합은 오로지 자신의 행위에 대해서만 책임진다.

전통적인 프랑스 불법행위법에서 사람(단체)은 자기 자신의 행위로 인해 발생한 손해뿐만 아니라 자신의 감독 하에 있는 자의 행위에 대해서도 책임을 부담한다(민법전 제1384조 제4항). 이에 근거하여 사용자는 노동조합의 대표자, 간부, 조합원에 의해 발생한 손해에 대한 노동조합의 책임을 주장하였다.

이러한 주장은 받아들여지지 않았다. 노동조합은 책임을 질만한 충분한 권한을 가지고 있지 않다. 노동조합은 그 구성원들의 사용자도 주인(master)도 아니기 때문이다.⁷¹⁾ 쟁의행위와 관련되었을 때 노동조합의 조합원, 심지어 사업장에서 노동조합을 대표하는 자(shop steward)도

⁶⁸⁾ "Aucune action ne peut être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel élus ou désignés ou d'organisations syndicales de salariés, en réparation des dommages causés par un conflit collectif de travail ou à l'occasion de celui-ci, hormis les actions en réparation du dommage causé par une infraction pénale et du dommage causé par des faits manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical. Ces dispositions sont applicables aux procédures en cours, y compris devant la Cour de cassation"

⁶⁹⁾ Cons. const. 22, oct. 1982, n° 82-144 DC, D. 1983. 189, note F. Luchaire, *Dr. soc.* 1983. 162, note L. Hamon.

⁷⁰⁾ Soc. 9, Nov. 1982, D. 1982. 621 et 1983. 531, note H. Sinay, *Dr. soc.* 1983. 175, note J. Savatier, *Grands arrêts*, n° 210-211. 또한 같은 날의 Traylor 사건(동일한 문헌들) 참고 바람.

⁷¹⁾ 위의 Soc. 9, Nov. 1982, Dubibeon-Normandie 사건.

자기 자신의 파업권을 행사하는 것이고, 오로지 자신의 행위에 대해서만 책임을 진다. 노동조합은 그에 대한 책임이 없다.⁷²⁾

1990년 7월 17일의 제네랄 쉬크리에르(Générale Sucière) 사건이 좋은 예다.⁷³⁾ 이 사건에서 근로자들이 사업장을 점거하고 피켓팅을 행하며 노동의 자유를 전적으로 방해했다. 이러한 쟁의행위는 금지되며, 당시 이 점은 논쟁의 여지가 없었다. 문제는 관련 노동조합이 책임을 부담하는가 하는 점이었다. 해당 노동조합은 처음부터 파업을 지지했다. 노동조합은 직장점거를 요청했고, 근로자들의 행위에 반대하는 어떤 것도 언급하지 않았다. 오히려 노동조합은 해당 쟁의행위가 자신의 행위라고 주장했다. 이러한 이유로 항소법원은 직장점거로 인한 손해에 대한 노동조합의 책임을 인정했다. 그러나 파기원은 다음과 같은 이유로 항소법원의 판결을 파기했다. 파업자들이 비록 해당 사업장에서 노동조합을 대표하는 자들이거나 심지어 노동조합의 간부라 할지라도 개인적으로 자신의 파업권 행사를 중단하지 않은 것이다. 그들의 불법행위는 그들의 것이지만 노동조합의 불법행위가 아니다. 노동조합은 불법행위에 대한 책임이 없다. 노동조합은 오로지 자기 자신의 불법행위에 대해서만 책임을 부담할 뿐이다. 이 사건에서 노동조합은 단지 직장점거를 선동하였을 뿐이다. 노동조합은 문을 닫고 파업불참자들이 일할 수 없게 하라고 요구하지 않았다. 따라서 노동조합은 어떤 불법행위도 하지 않았다. 이러한 이유로 노동조합은 책임이 없다.

뒤비죤 노르망디(Dubigeon-Normandie) 사건도 매우 유사하다. 노동의 자유에 대한 폭력적 방해와 더불어 직장점거가 있었다. 파괴 및 훼손도 발생했다. 노동조합이 쟁의행위에 대한 명백한 지도력을 가지고 있었지만 위와 같은 불법행위를 명시적으로 요구한 바가 없었기 때문에 책임이 인정되지 않았다. 불법행위에 대한 노동조합으로부터의 직접적 지시는 입증되지 않았다.⁷⁴⁾ 따라서 어떤 책임도 인정되지 않았다.

사업장 차단이 발생했던 다른 사건에서 지역노조의 대표자가 현장에 있었다. 그러나 사용자는 그 자가 거기에 있었다는 점만 입증했다. 이는 노동조합 자체의 책임을 입증하기에 부족했다. 노동조합의 책임은 인정되지 않았다.⁷⁵⁾

결국 유인물 또는 노동조합 간부에 의한 지시와 같이 노동조합의 이름으로 불법행위를 하라는 노동조합의 직접적인 지시가 입증되는 경우에만 노동조합의 책임을 물을 수 있을 것 같다.⁷⁶⁾

⁷²⁾ Soc. 21, janv. 1987, *Dr. soc.* 1987. 426, note J.-E. Ray ; Soc. 17 juill. 1990, 87-20055 P ; Soc. 19, décembre 1990, Société des Kaolins du Finistère, *Grands arrêts* n° 213.

⁷³⁾ 같은 날 유사한 두 가지 사례로 17, July 1990, n.88-11937 P., 17, July 1990 n° 88-13494 P. 참고 바람.

⁷⁴⁾ 또한 Soc. 14, nov. 2007, n° 06-14074, Syndicat CGT et Fédération nationale énergie v. EDF-GDF 참고 바람. 이 사건에서 근로자들이 가스와 전기를 차단했다. 사용자는 이러한 차단이 노동조합의 지시에 의해 이루어진 것임을 입증할 수 없었다. 따라서 노동조합은 이러한 차단행위에 대한 책임을 지지 않았다.

⁷⁵⁾ Soc. 29, Jan. 2003, n° 00-22290.

4.3. 근로자는 오로지 자신의 중대한 과실(gross faults)에 대해서만 책임진다.

이것은 사용자에게 대한 근로자의 책임을 규율하는 일반원칙이다.⁷⁷⁾ 이러한 책임제한은 고용 계약에 있는 것으로 여겨지는 묵시적인 효력규정이다. 그 효과는 사용자에게 대한 파업자들의 책임을 제한하는 것이다. 중대한 과실은 극히 심각한 과실(통상적인 민법에서의 중대한 과실) 일 뿐만 아니라 의도적, 고의적인 과실이어야 한다.

이러한 제한은 근로자에 대한 보호이나 쟁의행위 국면에서는 그리 중요하지 않다. 쟁의행위 과정에서 이루어진 과실(은 통상적으로 사용자에게 손해를 가하는 것으로 이해된다. 따라서 그것은 의도적인 것이다. 주요 제한은 과실의 중대성 여부 평가다. 하지만 쟁의행위 국면에서의 통상적인 과실은 흔히 중대한 것으로 평가된다.

예를 들어 폭력행위,⁷⁸⁾ 기업 임원의 불법감금,⁷⁹⁾ 노동의 자유 행사에 대한 방해⁸⁰⁾ 등은 중대하고 의도적인 과실로 인정되었다.

과도한 책임으로부터 근로자들을 보호하는 주요한 원칙은 다음과 같다.

4.4. 과실이 있는 사람은 오로지 자신의 과실로 인한 손해에 대해서만 책임을 진다.

쟁의행위 과정에서 불법행위가 발생하면 사용자는 보통 생산의 손실, 파업불참자들에 대한 임금지급의 손실, 고객 상실의 손실 등 모든 손해의 전보를 원한다. 이러한 희망은 통상적으로 이루어지지 않는다. 사용자는 과실과 손해 간의 인과관계를 입증해야 하기 때문이다. 앞에서 언급한 정당한 파업 과정에서의 불법행위와 불법적인 집단행위의 구별이 중요하다. 불법행위는 파업의 정의(2.1.1 참조)에 해당하지 않는 집단행위 또는 남용적 쟁의행위(2.1.2 참조)이다. 정당한 파업 과정(즉 직업적 요구를 옹호하기 위한 남용적이지 않은 노무제공의 집단적 거부)에서 피켓팅이나 파괴 등과 같은 일부 불법행위가 발생할 수 있다(3.2 참조).

⁷⁶⁾ Soc. 30, Jan. 1991, 89-17332 P. (피켓팅 및 노동의 자유 방해에 대한 직접적이고 입증된 지시), Soc. 26 Jan. 2000, 97-15291 P., *Dr. soc.* 2000. 451, obs. A. Cristau (EDP에서 요금부과체계를 중단시킨 직접적이고 입증된 지시).

⁷⁷⁾ Soc. 27 Nov. 1958, Société des forges stéphanoises, *Bull. civ.* IV, n° 1258 ; *Grands arrêts*, n° 47 ; *D.* 1959. 20, note R. Lindon ; Soc. 21 Oct. 2008, n° 07-40809, P, *RDT* 2009. 112, note G. Pignarre ; Soc. 6 mai 2009, n° 07-44.485 P.

⁷⁸⁾ Soc. 19 novembre 1987, *Bull. civ.* V, n° 654 ; Soc. 13 janvier 1993, *Bull. civ.* V, n° 7.

⁷⁹⁾ Soc. 1, Apr. 1997, *Bull. civ.* V, n° 131.

⁸⁰⁾ Soc. 31, March 1998, *Bull. civ.* V, n° 180 ; Soc. 1, July 1998, *Dr. soc.* 1998. 850 ; Soc. 15 May 2001, *Bull. civ.* V, n° 166, 2e esp. ; Soc. 17 Déc. 2002, *Dr. soc.* 2003. 448, obs. F. Duquesne.

- 정당한 파업 과정에서 발생한 불법행위의 경우

정당한 파업 과정에서 불법행위가 발생하는 경우 손해를 구분해야 한다. 손해의 일부는 정당한 파업으로부터 발생한다. 이러한 손해를 발생시킨 불법행위는 존재하지 않는다. 그 손해는 권리행사로 인한 것이다. 따라서 그에 대한 손해배상은 있을 수 없다.

불법행위로 인한 여타의 손해는 배상될 수 있다. 과실과 직접적으로 연결되는 이러한 손해 부분을 결정하는 것은 사용자에게 있어서 어려운 일이다.

인과관계 입증의 어려움을 보여주는 많은 사례가 있다. 불법적인 공장점거에 관한 1994년 사건이 있다. 이 사건에서 공장이 강제로 차단되었다. 사용자는 파업불참자들에게 지급한 임금에 대한 손해배상을 원했다. 파기원은 불법점거와 파업불참자의 노동 불능 간의 인과관계가 입증되지 않았다고 보았다. 공장의 차단은 입증되었으나, 법원은 파업자들이 공장을 차단하지 않았더라도 파업불참자들이 할 일이 없었을 것이라고 본 것이다. 피켓팅과 임금상실 간의 인과관계는 입증되지 않았다. 사실상 피켓팅에 기인한 직접적인 손해는 입증되지 않았고, 항소 법원이 과실에 대한 손해배상을 1프랑으로 평가한 것은 옳다고 하였다.⁸¹⁾ 2007년 EDF(국영 전기공급사) 사건에서 노동조합은 불법행위(전기 및 가스의 차단)를 직접 지시했다. 그러나 입증된 지시는 아침의 손해에 관한 것인데 사용자는 저녁의 손해를 전보 받으려고 했다. 이러한 이유로 손해에 대한 노동조합의 책임은 인정되지 않았다.⁸²⁾

- 파업에 해당하지 않는 불법적 쟁의행위의 경우

파업에 해당하지 않는 불법적인 쟁의행위는 생산의 손실을 초래하는 과실(a fault)이다. 이 경우 사용자가 인과관계를 입증하기는 쉽다. 불법행위를 직접 지시한 노동조합의 과실은 생산 손실의 원인이고, 노동조합은 생산손실에 대한 책임을 부담할 수 있다.⁸³⁾

근로자들 또한 위와 같은 불법적 쟁의행위에 참여한 것을 이유로 생산손실의 일부에 대한 책임을 부담할 수 있다. 다만 이러한 참여가 중대한(그리고 의도적인) 과실에 해당하는 경우에 한하여 그렇다. 중요한 점은 근로자는 자신의 개인적 행위에 기인하는 손해에 대해서만 책임을 진다는 것이다. 파기원은 불법 쟁의행위가 사용자에게 가하는 손해 전체에 대한 근로자들의 공동불법행위책임을 인정하지 않는다. 그리고 특정의 근로자 개인이 가한 손해를 분리하는 것은 어렵다.

81) Soc. 19, Oct. 1994, n. 92-11795. 유사한 사례로 피켓팅에 따른 손해를 1프랑으로 평가한 것으로 Soc. 16 June 1993, n. 91-15292 참고 바람.

82) 앞의 Soc. 14, Nov. 2007, n° 06-14074 참고 바람.

83) Soc. 11, Jan. 2006, 04-16114 P (트럭기사들이 파업을 행하지 않고 기름저장소로의 접근을 차단한 사건으로 해당 단체의 책임이 인정됨).

4.5. 공동불법행위책임(Joint responsibility)

파기원은 불법 쟁의행위 또는 합법적인 파업 과정에서 이루어진 불법행위와 관련된 근로자들의 공동불법행위책임을 인정하지 않는다.⁸⁴⁾ 이러한 이유로 사용자는 해당 근로자가 정확히 어떤 행위를 하였고, 이러한 행위로 인해 어떤 손해가 발생했는지를 입증해야 한다. 해당 근로자는 그렇게 입증된 손해에 대해서만 책임을 진다.⁸⁵⁾ 근로자들 간의 공동불법행위책임을 인정되지 않듯이 노동조합과 근로자 간의 공동불법행위책임도 인정되지 않는다. 그러나 노동조합 간에는 공동불법행위책임을 성립할 수 있다.

이런 중요한 보호는 오로지 근로자들을 위한 것으로 보인다. 종업원이 아닌 외부인들이 쟁의행위 과정에서 불법행위를 하는 경우(예를 들어 피켓팅 지원) 외부인들은 공동불법행위책임을 부담할 수 있다.⁸⁶⁾

종업원(employees)과 비종업원(non-employees) 간의 이러한 차이는 파기원 사회부(Social Chamber)와 민사 제2부(2nd Civil Chamber)의 견해차에 기인하는 것일 수 있으나, 파업권의 보호로도 설명할 수 있다. 종업원들은 파업권의 보유자이다. 그리고 이러한 권리는 정당한 파업에 대한 보호를 의미할 뿐만 아니라 쟁의행위 국면에서 행해진 과실에 대한 어느 정도의 관용을 의미한다.

4.6. 경찰이 입은 손해

경찰이 불법 쟁의행위를 이유로 근로자들을 체포하는 과정에서 근로자들의 폭력적 저항으로 입은 손해에 대한 민사소송을 제기한 사례는 없는 것으로 안다. 위와 같은 폭력이 발생했을 수 있겠지만, 내가 알기로 지금까지 손해배상소송은 없었다.

민사책임에 관한 결론

결론적으로 프랑스 판례법은 쟁의행위 민사책임의 범위를 현명하게 제한하고 있다고 말할 수 있다. 손해배상청구소송은 가능하지만 오로지 특별한 상황에서, 대개는 합리적인 금액에 한하여 그러하다. 그리고 이러한 결과는 어떤 특별한 법률 없이 일반적인 불법행위법의 해석으로 도출되었다.

⁸⁴⁾ Soc. 30, Jan. 1991, pourvoi n°89-17332 P.

⁸⁵⁾ 앞의 Soc. 30, Jan. 1991 참고 바람.

⁸⁶⁾ Civ. 2°, 28, June 2007, n° 06-15.744 P, D. 2007. 2031.

5. 징계책임

이와 관련하여 정당한 파업 과정에서 발생한 불법행위에 대한 징계책임과 파업에 해당하지 않는 불법적 쟁의행위에 대한 징계책임을 구별할 필요가 있다(3.2 및 4.4 참조 바람).

5.1. 정당한 파업 과정에서의 불법행위

정당한 파업 중에는 사용자의 징계권은 정지된다. 따라서 근로자들이 과실을 행하고 있더라도 징계조치가 불가한 것이 원칙이다. 그 이유는 다음과 같다. 파업 중에 사용자의 지시권은 정지된다. 지시권이 없다면 징계권도 있어서는 안 된다.

이러한 원칙의 중요한 예외가 한 가지 있다. ‘중대한’ 과실(노동법에서는 중요하고도 의도적인 과실을 의미함)의 경우 사용자는 해당 근로자를 해고할 수 있다(L.2511-1조). 이러한 예외는 엄격히 해석된다. 파기원 판례에 의하면, 중대한 과실이 없으면 사용자는 징계처분을 할 수 없다.⁸⁷⁾ 과장되어서는 안 되겠지만 이러한 제한은 중요하다. 파업 과정에서 몇몇 중대한 과실이 자주 발생하기 때문이다(4.4 참조).

프랑스법에서 아직 해결되지 않은 유일한 문제는 중대한 과실의 경우에 해고보다 약한 징계조치가 가능하지 여부이다. 이러한 조치는 위법으로 보아야 타당하다고 생각한다. 노동법전 L.2511-1조상의 예외는 엄격히 해석되어야 하고, 중대한 과실은 그 정의상 사용자가 해당 근로자와 계약관계를 더 이상 유지할 수 없는 정도로 중요한 과실이기 때문에 중대한 과실에 대한 경한 징계처분은 타당성이 없기 때문이다. 그러나 이러한 해결은 아직까지 파기원이 인정할 바 없는 것이다.

5.2. 불법적 쟁의행위

불법적 쟁의행위는 파업이 아니고 정당성의 요건을 충족하지 않기 때문에 이러한 행위의 근로자들은 보호될 수 없다. 징계권은 정지되지 않으며 쟁의행위가 없는 경우와 마찬가지로 통상적으로 적용된다. 예를 들어, 태업은 노무제공의 불완전 이행, 계약위반, 징계 대상이 되는 과실에 해당한다. 이러한 과실이 중대하거나 의도적인 것일 필요는 없다. 사용자가 징계(제한)법을 준수하는 한 징계처분이 가능하다.⁸⁸⁾ 이는 주로 징계처분과 과실(징계사유) 간의 비례성을 의미한다. 경한 과실은 경한 징계처분으로 징벌할 수 있다.

불법 쟁의행위를 하나로 볼 수는 없다. 그것은 개별적이고 구별되는 계약위반 행위들의 리

⁸⁷⁾ Soc. 16, Dec. 1992, EDFc. Moens, *Dr. soc.* 1993. 291, note J. Savatier ; *D.* 1993. Somm. 265, obs. E. Dockès ; Soc.7, June 1995, *Bull. civ.* V, n° 181.

⁸⁸⁾ Soc. 16, Nov. 1993, *Dr. soc.* 1994. 35,rep. Ph. Waquet, note J.-E. Ray.

스트일 뿐이다.

6. 프랑스에 고유한 질문에 대한 답

- 파업에 이르지 않는 불법 쟁의행위와 정당한 파업 과정에서의 불법행위의 차이점은?

3.2. 및 4.4. 참고 바람.

- 손해액 산정과 관련하여 위와 같은 차이점이 어떤 의미를 갖는가?

그렇다. 4.4. 참고 바람

- 1982년 11월 9일 프랑스 최고법원 판결(Cass. soc., 9 Nov. 1982, Dr. soc. 1983. 175)의 내용과 그 함의

4.1. 및 4.2. 참고 바람

- 2013년의 푸조(Peugeot) 파업처럼 경영상 해고 그 자체의 반대를 목적으로 하는 쟁의행위의 정당성에 관한 분쟁 사례

2.1.1. b4)와 Soc. 22 November 1995, 93-44017 P, Dr. soc. 1996. 204 참고 바람.

- ‘Régie des Transports de Marseille’ 사건에 대한 프랑스 최고법원의 판결 내용과 그 함의

2.1.1. b1) 및 2.1.3 a) ③ 참고 바람.

- 2012년 EDF 사건처럼 용역계약을 통해 하도급 근로자를 사용하는 도급인 사용자를 상대로 하도급 근로자들이 하도급업자 변경 계획의 철회를 요구하는 파업의 정당성 여부

2012년 EDF 사건에서 150명의 하도급 근로자들이 EDF를 상대로 파업을 하였다. 그들의 요구는 자신의 사용자인 에소(Essor)와 체결한 관리계약을 갱신하라는 것이었다. 이 파업은 성공했고, 계약이 갱신되어 하도급 근로자들은 EDF 사업장에서 자신들의 일자리를 유지할 수 있었다(그리고 그들의 사용자인 에소는 관리계약을 유지할 수 있었다). 이러한 종류의 파업의 정당성은 프랑스 판례법에서 문제되지 않는다. 위 질문과 같은 상황의 사건은 없지만 앞에서 언급한 RTM 사건과 2003년 12월 17일 사건(2.1.3. b) 참조)에 비추어 보면 파업의 정당성은 명확해 보인다. 오늘날 생산의 분산화(productive decentralization)가 일상적으로 전개되고 있어서 다른 해결책은 너무도 많은 근로자들로부터 효과적인 파업권을 박탈하는 것에 다름 아

니다. 파업권과 같은 기본권은 모든 근로자들에게 유익해야 한다.

- 파업의 목적이 여러 가지이고 그 중 주된 목적에서는 불법 쟁의행위이나 부수적인 목적에서는 적절한 쟁의행위인 경우에 “파업권의 단순한 행사에 기인하는 손해 외의 손해”(dommage autre que celui découlant du simple exercice du droit de grève)를 산정하는 것과 관련하여 적용되는 법원칙이 있는가?

쟁의행위의 목적이 합법적이라면 비록 그 합법적 목적이 부수적이라 할지라도, 쟁의행위가 일부 불법적인 목적을 갖는다고 해서 해당 쟁의행위 자체가 불법으로 되지는 않는다.⁸⁹⁾ 그 이유는 직업적 목적을 필요로 하는 파업권의 정의에 있다. 직업적 목적이 있는 한 파업은 정당하다. 다른 목적이 있고 그것이 중요할지라도 이로 인해 파업의 정당성이 부정되지 않는다. 이러한 파업에 따른 손해는 합법적 쟁의행위, 즉 권리의 행사에 의한 것이기 때문에 배상되지 않는다.

물론 파업은 가짜가 아닌 합법적 목적을 가지고 있어야 한다. 직업적 목적이 단지 구실 내지 핑계에 불과하다면 파업은 합법적이지 않다.⁹⁰⁾ 이 경우 모든 손해는 과실에 기인하는 것이다. 이런 상황에서는 모든 손해에 대한 책임을 물을 수 있다. 허위의 목적은 파업의 일부를 구제하지 않는다.

자기충족적 파업(self-satisfaction strikes)의 경우에는 위와 같은 논리가 의문시될 수 있다. 파업의 목적이 파업 자체에 의해 부분적으로가 아니라 전적으로 실현된다면 해당 파업은 대개 자기충족적 (불법) 파업이다. 그러나 해당 파업은 몇몇 진정한 직업적 요구(즉 자기충족적이지 않는 요구)에 의해 부분적으로 뒷받침될 수 있다. 이러한 경우에는 파업 전체가 합법이다.⁹¹⁾

⁸⁹⁾ Crim. 29, Oct. 1969, D. 1970. 128, note H. Sinay: 주된 목적은 (직업적 목적이 아닌) 정치적인 것이었으나 부차적인 목적이 직업적인 것이었고 파업은 정당한 것으로 인정되었다.

⁹⁰⁾ Soc. 23, march 1953, Bull. IV, n° 253, *Grands arrêts* n° 186.

⁹¹⁾ Soc. 18, April 1989, Bull. civ. V, n° 278 (근로자들이 불평하고 있었던 연장근로의 일부를 하였기 때문에 파업은 합법으로 판단되었다).

약어

| | |
|---------------------|--|
| Bull. civ. | Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation. |
| D. | Recueil Dalloz |
| DP. | Recueil Dalloz périodique |
| Dr. soc. | Droit social |
| C. Cass. | Cour de cassation (French Supreme Court for private law) |
| Civ. 2 ^e | 2e Chambre civile de la Cour de cassation (2nd Civil Chamber of the French Supreme Court of Justice for civil law). |
| Cons. const. | Conseil constitutionnel (French Supreme Court for constitutional law) |
| C.E. | Conseil d'Etat (French Supreme Court for public law) |
| Lab. Code | French Labour Code (Code du travail). |
| ECHR | European Court of Human Rights |
| ECJ | European Court of Justice (Court of Justice of the European Union) |
| ECSR | European Committee of Social Rights |
| esp. | Especially |
| Grands arrêts | J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, Les Grands arrêts du droit du travail (Great Cases of Labour Law), Dalloz, 4e éd., 2008: |
| i.e. | idem est (same as...) |
| prev. | previously mentioned |
| RDT | Revue de droit du travail |
| Soc. | Cour de cassation, Chambre sociale (Social Chamber of the French Supreme Court of Justice) |
| Sem. Soc. Lamy | Semaine sociale Lamy |

“프랑스에서의 쟁의행위와 책임”에 대한 토론문

조 용 만 (건국대학교 법학전문대학원)

1. 파업에 대한 입법적 규율

○ 프랑스의 법률(노동법전)에는 공공부문을 제외하고 민간부문의 파업을 제한하는 규정이 없음에 반해 한국의 법률(노조법)에는 공공부문과 민간부문 모두에서 파업을 제한하는 다수의 규정이 존재한다. 프랑스는 노동분쟁을 예방하고 해결하기 위한 입법적 개입이 강한 국가로 알고 있는데, 특히 파업에 관한 입법적 규율이 상대적으로 적은 이유가 무엇인지 궁금하다.

2. 파업의 정당성

1) 근로자의 파업권과 사용자의 경제적 자유

○ 프랑스법에서는 근로자의 파업권과 사용자의 재산권 및 경제적 자유가 충돌할 때 전자가 후자에 우선하는 것으로 보고 있는 듯하다. 이는 한국법과 구별되는 프랑스법의 특징이다.

○ 그렇다면 프랑스법에서 위와 같이 보는 이유 내지 근거는 무엇인지 궁금하다. 프랑스에서 파업권이 헌법상의 기본권으로 인정된다는 점은 알겠지만, 사용자의 재산권이나 경제적 자유도 헌법상의 기본권에 해당하지 않는가?

2) 파업의 정의

○ 프랑스법에서 태업(slowdown)은 정당한 쟁의행위가 아니라고 본다. 이와 달리 한국법에서는 태업을 정당한 쟁의행위의 한 종류의 본다.

○ 프랑스법에서 태업을 부당한 쟁의(압력)수단으로 보는 이유는 무엇인가? 파업과 마찬가지로 태업에 대한 임금삭감이 가능하다면 정당한 쟁의수단으로 허용하는 것이 근로자의 권리 보호에 더 충실한 것 아닌가 하는 의문이 든다.

3) 파업의 주체

○ 한국의 법률은 노동조합이 주도하지 않는 파업(이른바 wildcat strikes)을 금지하고 있다. 반면에 프랑스법의 가장 큰 특징은 파업권을 근로자의 개인적 권리로 본다는 점에 있다.

○ 파업권의 주체가 근로자 개인이라고 할지라도 파업의 집단적 성격을 고려할 때 근로자 1인에 의한 파업은 위법하다고 보아야 하는 것이 아닌지 궁금하다. 혹시 근로자 1인에 의한 파업도 적법한 것으로 볼 수 있다면 파업(권리의 행사)과 결근(고용계약상의 채무불이행)의 구별이 현실적으로 가능한지 의문이다.

4) 파업의 목적

○ 한국의 판례법은 정리해고(economic dismissals), 민영화, 외주화 등 기업의 구조조정에 반대하는 파업을 불법으로 본다. 또한 한국의 판례법에 따르면 파업의 부수적 목적이 정당하더라도 주된 목적이 부당한 경우에는 해당 파업은 불법으로 된다. 프랑스법에서는 그렇지 않는 것 같다. 프랑스법은 한국법과 달리 파업이 정당화될 수 있는 목적의 범위를 매우 넓게 인정하고 있다.

○ 위와 같은 프랑스법의 태도는 유럽연합 회원국의 국내법에서 보편적으로 발견할 수 있는 일반적인 특징이라고 말할 수 있는가? 그렇지 않다면 위와 같은 프랑스법의 특징이 유지될 수 있었던 법적, 사회적 또는 역사적 배경이 무엇인지 궁금하다.

○ 자기충족적 파업(self-satisfaction strikes)을 불법으로 보는 프랑스법과 관련하여 다음과 같은 의문이 든다.

- 파업자들의 요구를 사용자가 수락하지 않고 파업이 종료되면 파업자들이 요구하였던 근로조건은 파업 전후에 변함이 없게 된다. 그럼에도 불구하고 파업을 통한 요구사항의 자동적인 달성이라고 볼 수 있는지 의문이다.

- 자기충족적 파업을 불법으로 본다는 것은 파업에 의해 침해될 수 없는 사용자의 권한 영역을 특별히 설정하기 위해 파업권의 자유로운 행사를 제약하는 것이라는 비판이 가능할 것 같다.

- 파업자들의 요구 예컨대, 연장근로의 반대와 이를 관철하기 위한 파업의 시간이 완전히 일치하면 자기충족적 파업에 해당하여 불법인데, 양자가 일치하지 않으면 합법인지 궁금하다. 만일 그렇다면 그러한 구별이 너무 인위적인 것 같다.

3. 형사책임

○ 프랑스 형법전은 노동의 자유에 대한 방해로 범죄로 규정하고 있다. 이와 관련 유죄를 선고한 항소법원의 판결을 파기한 2008년 파기원 판결례를 소개하면서 단체행동(collective action)의 국면에서 발생한 과실(faults)에 대한 관용(indulgence)을 언급하고 있다. 프랑스 법원은 일반적으로 이러한 관용의 입장에서 노동의 자유에 대한 방해죄 형사사건을 다루고 있다고 평가할 수 있는지 궁금하다.

4. 민사책임

○ 프랑스법에서는 노동조합이 근로자들의 불법행위를 지지·선동하였다고 하더라도 직접 지시한 경우에 해당하지 않으면 노동조합은 불법행위에 대한 민사책임을 부담하지 않게 된다. 이것은 결국 불법행위를 행한 근로자들의 민사책임을 내세워 노동조합의 책임을 면하게 해주는 것이 아닌가 하는 의문을 가지게 한다. 프랑스 노동조합의 조직률이 낮아 조합재정 역시 취약하겠지만 그래도 노동조합의 경제력 능력이 근로자 개인의 경제적 능력보다는 낫기 때문에 위와 같은 의문이 든다.

○ 프랑스법에서는 불법적 쟁의행위로 사용자가 입은 손해 전체에 대한 근로자들의 공동불법행위책임을 인정하지 않고, 근로자 개인은 자신의 중대한 과실로 인해 발생한 손해에 대해서만 책임을 지며, 통상적으로 사용자가 입은 전체 손해에서 특정 근로자 개인이 가한 손해를 구별하기 어렵다고 한다.

- 예를 들어, 근로자들의 태업으로 사용자에게 손해를 가한 경우 개별 근로자의 손해배상액은 태업으로 인한 전체 손해액 중에서 개별 근로자의 태업시간 비율에 따라 계산된 손해액이 되는가? 그리고 근로자별로 태업에 따른 근로제공의 불완전성 정도를 객관적으로 계산할 수 없는 경우에 사용자는 태업에 참가한 근로자들에 대하여 손해배상책임을 물을 수 없게 되는가?

○ 프랑스에서 불법행위로 사용자에게 손해를 가한 근로자가 손해배상책임을 이행할 경제

적 능력이 없다는 점을 사용자가 잘 알면서도 해당 근로자를 상대로 민사소송을 제기한 경우 이를 소권의 남용(즉 권리남용)으로 보는 판결례 또는 학설이 있는지 궁금하다.

5. 징계책임

○ 프랑스법에 따르면 정당한 파업 과정에서 개별 근로자가 중대한 과실에 해당하는 불법 행위를 행한 경우 사용자는 해당 근로자를 해고할 수 있다. 이와 관련하여 중대한 과실에 대하여 해고보다 가벼운 징계처분을 할 수 없다고 보는 것이 타당하다는 견해를 제시하고 있다. 그런데 개별 근로자의 입장에서 보면 고용상실을 초래하는 해고보다는 고용을 유지할 수 있는 경한 징계처분이 더 낫다. 그렇다면 위와 같은 견해는 결국 사용자에게 해고처분을 강제하는 것과 다름이 없지 않는가 하는 의문이 든다.

영국의 쟁의행위와 책임

Keith Ewing (King's College London)

1. 법제(The legal framework)
2. 쟁의행위의 보호 범위
3. 찬반투표 실시에 대한 고지
4. 찬반투표
5. 찬반투표 후
6. 쟁의행위의 제한
7. 해고와 징계
8. 유럽인권협약
9. 결론

1. 법제(The legal framework)

노동조합의 쟁의행위 지시는 판례법(common law)상 불법행위책임을 불러일으킨다. 법원판결의 결과로서 쟁의행위는 근로자로 하여금 사용자와 체결한 고용계약을 파기하도록 유도하는 것을 이유로 그리고 또한 다른 이유로 불법행위가 될 수 있다.¹⁾ 그러므로 사용자는 쟁의행위가 일어날 경우 그것을 막기 위해 법원의 금지명령(injunction)을 받아 내거나 쟁의행위로 일어난 손해를 배상받으려 한다. 이러한 판례법상의 배상책임에 대해 입법은 불법행위책임으로부터 법적으로 보호하기 위해 다양한 형태의 제도를 창설하는 것으로 대응하여 왔다. 첫 번째로 1906년 노동분쟁법(Trade Disputes Act 1906)이 도입된 이후 많은 개정과 증보를 거쳐 보호를 수행하여 왔다.

따라서 영국에서 쟁의행위는 이러한 법적인 보장의 범위에 포섭되지 않는다면 통상적으로 불법이 될 수 있다. 따라서 이 법적 보장의 범위는 결과적으로 쟁의행위의 당사자와 목적에 대해 문제시하는 것에 의존하게 된다. 쟁의행위의 합법성은 또한 상세한 절차적인 의무를 이행하였는지에 달려 있다. 이는 의무적으로 파업 전 복잡한 고지에 따라 찬반투표를 해야 하는

¹⁾ H. Collins, K. D. Ewing and A. McColgan, Labour Law(Cambridge, 2012), ch.16 참조

영국의 노동조합들에게는 주요한 걸림돌이 되고 있으며 노동조합은 이를 반드시 준수하여야 한다. 위의 두 번째 의무는 최근 법률적으로 가장 논쟁적이며 사용자들이 많은 사례에서 쟁의 행위를 억제하는 수단으로 이용되고 있다.

보호받지 못하는 쟁의행위가 야기할 가능성이 가장 큰 결과는 사용자들이 법원으로부터 받은 쟁의행위 금지명령으로 노동조합이 쟁의행위가 금지되는 것이다. 근로자들이 해고되지 않을 것이고, 더더욱 사용자가 노동조합에 손해배상을 청구하지 않을 것이다. 그리고 만약 피케팅이 폭력적이지 않다면 형사상의 범죄행위로서 누군가가 기소된다는 것은 거의 생각할 수 없는 일이다. 그러나 특히 쟁의행위를 함에 있어 상당히 엄격하면서 절차적인 통제를 하며, 조합활동의 자유가 헌법적으로 보장되는 국가에서 금지명령은 사용자들이 사용할 수 있는 강력한 무기이다.

대부분의 국가들은 노동법제에 있어 파업과 기타 쟁의행위의 양태에 대해서 일종의 제한을 가한다. 많은 국가들은 전형적으로 단체협약의 유효기간 내에 행해지는 쟁의행위에 대해서는 제한을 가한다. 특이하게도 영국은 예외인데 단체협약(과 분쟁을 해결하기 위한 절차)이 법적으로 구속력이 없다고 중국적으로 추정된다.²⁾ 다른 한 편으로 영국의 법은 또 다른 종류의 절차적 의무들이 특징인데, 그것은 그 복잡성 또한 특이한 것이다. 이것들은 법정 고지의무와 찬반투표 규정 등으로 이후 설명될 것이다. 파업권과 관련하여 최근 영국에서의 집착을 강조하기 위하여, 이러한 후자의 방법들에 대해서는 충분히 다루어주는 것이 필요하다.

2. 쟁의행위의 보호 범위

쟁의행위를 할 자유는 개정 노동조합 및 노동관계법(이하 ‘노조법’이라 함)에 의해 현재 보장되고 있다. 이 법률은 공모죄와 계약 파기의 유인, 또는 협박죄의 책임으로부터 쟁의행위를 보장하고 있다. 노동분쟁의 숙고나 진척과정에 있는 쟁의행위와 관련해서도 법정 보호가 적용된다.³⁾ 노동분쟁은 노조법 제244조에서 그 목적에 따라 정의되는데 다음과 같은 사항 중 하나 이상에 대해 전적으로 또는 주로 관련이 되어야 한다.

- (a) 근로자가 일하도록 요구 받는 고용조건이나 물리적 조건
- (b) 근로자 1인 이상의 고용 여부, 또는 고용이나 고용상 의무의 종료 및 정지
- (c) 근로자들 또는 근로자 집단 간의 업무 또는 고용상 의무의 할당
- (d) 징계 문제
- (e) 근로자의 노동조합 가입 여부

2) 노동조합 및 노동관계(통합)법 1992, ss 178, 179. (이하 TULRCA 1992).

3) 노동조합 및 노동관계(통합)법 1992, s 219.

- (f) 노동조합 간부를 위한 편의제공, 그리고
- (g) 교섭 또는 협의와 이러한 절차를 수행하는 데 있어 근로자를 대표할 노동조합의 권리에 대한 사용자 또는 사용자 단체의 인정을 포함하여, 위의 문제들과 관련한 교섭 또는 협의와 기타 절차를 위한 제도

이러한 정의는 서로 다른 두 주제를 중요시한다. 분쟁의 당사자와 주체이다. 보호 영역 외의 분쟁 사항에 대해서는 이하에서 보듯이 보호되지 않으며 금지명령에 의해 억제될 수 있다.

• 당사자들

노동분쟁은 근로자들과 그들의 사용자 사이의 분쟁이다. 그것은 쟁의행위에 대한 보호가 노동조합과 정부 사이의 파업이라는 뜻의 정치적 파업이나 두 조합 사이의 분쟁으로 유발된 파업(과거에는 흔했지만 현재는 드문), 또는 노동조합과 분쟁에 관련된 근로자들을 고용하지 않은 사용자 간의 파업에는 적용되지 않는다는 것이다.⁴⁾ 기업구조는 그 성격이 복잡하기 때문에 분쟁은 근로자들과 그들의 사용자 사이에서 일어나야 한다는 조건은 예측불가능하고 예상하지 못한 결과를 야기한다.

2010년 전국언론조합은 다수의 지역신문사를 소유한 Johnston 언론사에 고용된 노조원들을 대상으로 찬반투표를 실시하였다. 분쟁에는 기사 작성실의 재원과 보건 및 안전을 포함하여 많은 쟁점들이 연관되어 있었다. 노동조합에 의하면 550명의 근로자들이 쟁의행위에 압도적으로 찬성표를 던졌다.

Johnston 언론사가 제기한 쟁점은 자신들은 사용자가 아니므로 보호되는 노동분쟁의 당사자가 아니라는 것이다. 노동조합에 의하면, Johnston 언론사는 자신들이 어떤 기자들도 고용하지 않았다는 것을 주장하는 600면의 진술서를 법원에 제출하였다고 한다. 비록 JP라는 직인이 기사 직함으로 일하는 그들의 봉급명세서 찍혀있는데도 말이다, JP사의 핸드북이 전체 직원들에게 배포가 되었다, Johnston 언론 유한책임회사는 고충처리정책과 징계절차, 그리고 보건과 안전을 포함하여 회사 전반에 관한 절차적 사항을 사내 인트라넷에 게시하였다, 이 기업집단의 연례보고서에서의 주장에도 불구하고 사보(社報)와 외부 발간물에서는 자신들이 1,900명의 기자들과 7,000명 이상의 근로자들을 고용하고 있다고 하였다. 기업 전체에 걸쳐 최근 임금동결과 연금, 그리고 고용조건에 관한 결정이 이루어졌음에도 불구하고 Johnston 언론사는 그러한 주장을 하였다.⁵⁾

그렇지만, 이미 설명한 바와 같이 영국법은 노동조합은 노동분쟁의 고려나 진척과정과정에 있을 때 쟁의행위를 할 수 있다. 노동분쟁은 사용자와 그의 근로자들 사이의 분쟁을 의미한다. 만일 지주회사가 (근로자들을 고용하는데 개별적인 책임을 지는) 많은 자회사들을 거느리고 있다면 독립된 사용자는 바로 개별 자회사이다. 그래서 지주회사를 겨냥한 쟁의행

4) 앞서의 Collins, Ewing and McColgan, pp 669~674를 볼 것.

5) Ibid., pp 673~4.

위는 보호받지 못하는 행위가 된다. (비록 분쟁의 사안에 대해 결정을 내리는 것은 지주회 사이지만 말이다)

사용자의 주장이 제기되면서, 노동조합은 ‘금지명령의 위협, 소송비용, 부당해고로부터의 보호받을 수 있는 권리의 상실과 가혹한 손해배상을 감안하여’ 쟁의행위를 철회해야만 했다. 그렇게 해서 노동조합은 다음과 같이 설명하였다.

Johnston 언론 유한책임회사는 소유 기업 전체에 걸쳐 퇴직연금제도를 폐지하였다. Johnston 언론 유한책임회사는 소유 기업 전체에 걸쳐 임금동결을 시행하였다. Johnston 언론 유한책임회사는 소유 기업 전체에 걸쳐 ATEX 관리시스템을 도입하였다. 그러나 Johnston 언론 유한책임회사는 반(反)노동조합적 법률 아래 우리가 Johnston사가 아닌 개별적으로 회사가 완전히 소유한 모든 자회사와 싸워야 한다는 것을 확신시키는데 최선을 다하였다. 이는 명백한 부당함이며 법은 명칭이다.⁶⁾

금지명령은 실제로 노동조합에 내려졌고, 이는 영국법의 과도한 형식주의를 잘 보여주고 있다. 비록 노동조합이 금지명령을 따랐지만 노동조합은 그럼에도 불구하고 사용자들에게 적지 않은 소송비용을 지불을 요구받았다. 이는 약 3만 파운드로 추정된다. 우려되는 것은 노동조합이 쟁의행위의 철회를 연기할수록 감당해야 할 비용도 증가할 수 있다는 것이다. 이 사례는 그러한 이유로 쟁의행위가 흔들리는 유일한 사례는 아니다.⁷⁾

• 노동분쟁의 대상

위에서 지적한 바와 같이, 노동분쟁은 전부 또는 주로 노조법 제244조에서 열거한 항목의 하나 이상과 관련되어야 한다. 이것이 규제로서 어떻게 작동하는지 보여주는 예시는 *Mercury Communication plc v. Scott-Garner* 사건인데,⁸⁾ 이 사안에서 노동조합(the Post Office Engineering Union)은 전자통신업의 경쟁화(liberalisation)를 반대하는 캠페인을 조직하였다. 당시 브리티시 텔레콤은 공기업이었고 노동조합은 자유주의화가 완전한 민영으로 가는 길의 첫 번째 단계로 염려를 하였다. 이는 추후 기정사실이 되었다.

자유주의화는 사기업이 당시 BT의 전자통신 네트워크에 접근할 수 있게 해주는 과정이었고 그럼으로써 사기업은 경쟁자적인 서비스를 제공할 수 있게 되었다. 접근권을 얻기 위해, BT의 엔지니어들은 기술적인 업무를 수행할 것을 요구받았는데 그들은 이를 거부하였다. 노동조합은 경쟁화와 마침내 이루어질 민영화가 BT에서 정리해고를 일으킬 것을 두려워하여서 경쟁화에 반대하는 공공 캠페인을 조직하고 조합원들에게 Mercury사가 BT의 시스템에 접근하도록 하는 기술적 업무에 동참하지 말 것을 지시하였다.

이로 인해 Mercury사는 노동조합의 고위 간부들을 상대로 BT와의 계약관계를 방해한다는 것을 이유로 한 소송을 제기하였다. 노동조합 간부들은 법 제244조상의 ‘직업(trade)’적인 문

⁶⁾ D. Ponsford, ‘Johnston Press Legal Challenge Blocks Group Wide Strike’, *Press Gazette*, 2010. 5. 18.

⁷⁾ *Dimbley and Sons Ltd v. NUJ* [1984] 1 WLR 427 참조.

⁸⁾ [1984] ICR 74.

제와 전부 또는 주로 관련되어 있으므로 노동분쟁을 고려하거나 진행 중임을 들어 변론을 하였다. 그러나 이는 항소법원(Court of Appeal)에서 받아들여지지 않았는데, 항소법원은 분쟁이 BT 직원들의 고용안정성과 연결되어 있음에도 불구하고 그것은 주로 BT의 경쟁화와 민영화에 관한 분쟁이라고 판결하였고 그 결과 보호받지 못하게 되었다.

이러한 사례는 공공서비스 분야의 민영화에 대한 조합의 저항이라는 맥락에서 현재의 ‘노동분쟁’ 개념의 문제점을 부각시킨다. 민영화가 일자리와 근로조건에 미칠 영향을 우려한 노동조합은 자신이 조직하는 특정한 행동의 일환으로 빈번하게 민영화에 반대하는 공공 캠페인에 참여한다. 그러나 노동조합의 진정한 관심사는 일자리임에도 불구하고, 이러한 식으로 반대운동의 범위를 넓힘으로써 노동조합은 분쟁이 노동분쟁의 성격보다는 실질적으로 정치적인 분쟁의 성격으로 되고 있다는 주장에 직면해야 하는 위험에 처한다.⁹⁾

영국 법원은 일반적으로 ‘정치적인 분쟁’으로 간주되는 것에는 그리 호의적이지 않다. ‘정치적 분쟁’이란 노동조합이 직업상의 목적보다는 정치적 목적을 위해 파업이라는 무기를 사용하는 것으로 간주되는 분쟁을 말한다. 가장 대표적인 예로는 *BBC v Hearn* 사건¹⁰⁾으로 노동조합(방송국 직원협회)은 1977년 FA컵 결승전을 남아프리카 공화국으로 중계하는 것에 대해서 BBC와 분쟁 중이었는데 노동조합은 당시 남아프리카 공화국이 행하던 인종분리정책에 반대를 하였기 때문이었다.

후자의 경우 BBC는 전 세계적으로 방송되는 결승전을 남아프리카 공화국에는 중계해서는 안 된다는 노동조합의 주장을 묵살하였다. 그러자 곧 노동조합은 조합원들이 경기를 일체 방송하지 않아 전 세계인들 중 누구도 경기를 시청하지 못하게 할 것이라고 경고하였다. 항소법원은 현(現)노조법 244(1)조의 ‘고용계약의 조건(terms and conditions of employment)’이란 용어는 광범위하게 해석된다고 보았지만 여러 이유로 금지명령을 내렸고 그 이유들을 이해하기란 항상 쉽지만은 않다.

BBC v Hearn 판결을 지지하면서 그러나 대법원은 그 이후로 다른 사건에서 *Hearn* 사건에서의 노동조합의 행동은 ‘고용의 조건과는 아무런 관련이 없는 것’이라고 설명하였다.¹¹⁾ Hoffman경(卿)의 말에 따르면 *Hearn* 사건에서의 분쟁은 ‘단지 근로자들이 그들의 계약을 파기하려는 위협을 가하고 있었기 때문에 노동분쟁이 될 수 없었고, 방송중계와 관련한 업무는 분쟁의 대상이 되지 않았다’는 것이다.¹²⁾ 그의 시각으로는 그 결정은 옳았는데 ‘그 분쟁은 근로자들이 수행하도록 요구받는 업무와 아무런 관련이 없는 분쟁이었기 때문’이다.¹³⁾

9) 공공서비스 분야의 외주화와 관련하여 비슷한 문제에 대하여 *UCL Hospitals NHS Trust v Union* [1999] ICR 204.를 볼 것. 그리고 또한 *UNISON v United Kingdom* [2002] IRLR 497 참조.

10) [1997] 1 WLR 1004.

11) *P v NAS/UWT* [2003] ICR 386, para 30.

12) *Ibid.*, para 31.

13) *Ibid.*

그러나 이것은 다소 진실하지 못해 보인다. 비록 ‘BBC의 근로자들이 그들의 업무에 관한 면에 대해 주장을 한 것이 아닌 것’은 맞지만 ‘그들의 업무의 결과로 남아프리카 공화국에 즐거움을 줄 수 있는 결과가 나오기에 반대를 한 것’이고, 계약 조건의 불이행이 어떻게 당시의 법에서 요구한 바대로 고용계약의 조건과 ‘연결되지’ 않는지를 살펴보는 것은 어려운 일이다. 분쟁이 ‘전부 또는 주로’ 노조법 제244조의 사항 중 하나와 관련되어야 한다는 것은 1982년에 도입되었다.

• 연대행위

법적 책임으로부터 ‘노동분쟁의 고려나 진척과정 중인’ 때의 모든 행동을 보호해야 한다는 것이 기억될 것이다.¹⁴⁾ 파업은 (만일 앞서 언급한 노동분쟁의 정의에 부합된다면) 연대행위의 형태로도 보호될 수 있다. 2차 쟁의행위와 동정행위는 연대행위를 의미한다. 이러한 용어들은 종종 서로 교환되어 사용되지만, 전자가 분쟁 중인 사용자에게 경제적인 압력을 행사하도록 계획되는 것으로 가장 잘 이해되는 반면, 후자는 분쟁 중인 근로자들을 지지하는 것을 보여주기 위해 계획된다.

전통적으로 위의 쟁의행위의 두 형태들은 보호받는 행위로 간주되어져 왔다. 그 이유는 그것들이 쟁의행위는 노동분쟁을 고려하거나 진행 중인 상태라고 여겨졌기 때문이다.¹⁵⁾ 이것이 법원이 전통적으로 비난하여 온 지점이다. 그리고 1970년대 특별하게 항소법원은 여러 형태의 연대행위를 확대 보호하는 것을 피하기 위해 다양한 법률 해석을 개발하였다. 그러나 대법원은 일련의 사건에서 항소법원이 헌법적 권한을 넘어섰다고 비판하면서 항소법원의 결정을 뒤집었다.¹⁶⁾

1970년대 후반의 법원들 간의 갈등은 1980년대 연대행위를 제한하는 법률을 도입하게 되는 기반이 되었고, 1990년대에는 아예 금지되었다. 현행법은 노동조합이 근로자가 고용계약을 위반하도록 유인하나(a) 그 근로자가 노동분쟁의 당사자인 사용자가 고용한 사람이 아닌 경우 (b). 이러한 규정은 1차 행위는 보호를 유지하지만 연대행위에 대해서는 보호를 철회하는 효력을 낳게 한다.¹⁷⁾

앞서 설명한 바의 결과로 만일 노동조합이 사용자와 분쟁 중인 조합원들을 지원하기 위해 연대행위를 조직할 경우, 노동조합은 행위를 조직하였다는 이유로 금지명령으로 제지될 수 있으며, 그 결과에 따라 발생한 손해에 대해 제소될 수 있다. 제한은 다른 근로자들과의 연대과업뿐만 아니라 문제시되는 연대행위를 함으로써 근로자들로 하여금 계약을 위반하도록 하는

14) 노조법 1992, s 219.

15) *Conway v Wade* [1909] AC 909.

16) 앞서의 *Collins, Ewing and McColgan*, pp 693-6을 볼 것.

17) 노조법 1992, s 224.

모든 형태의 행위에 적용된다. 그러한 행위로 노동분쟁 중인 사용자가 생산한 상품의 불매운동(boycott)을 들 수 있다.

부분적으로 이러한 이유로, 실제 연대행위는 상당한 정도로 일어나지는 않는다. 그러나 그 금지는 최근 유럽인권재판소(European Court of Human Right)가 결정한, 한 중요한 사건에서 유럽인권협약(European Convention on Human Right)을 위반한다고 도전을 받게 되었다. *RMT v United Kingdom*¹⁸⁾에서 두가지 논점 중의 하나는 노동조합이 근로조건에 대해서 분쟁 중인 조합원들을 도울 활동을 할 수가 없었다는 점이다. 법원이 결정해야 할 문제는 유럽인권협약(ECHR)에 연대행위를 할 권리를 포함하여 단체결사의 자유가 있는지 여부였다.

이 사례에서 문제가 되고 있는 20명의 근로자들은 Jarvis 그룹의 회사들에서 Hydrex로 불리는 이 그룹의 다른 회사로 이직된 상태였다. 노동조합은 Hydrex의 근로자들은 ‘확연히 급여가 적기’¹⁹⁾ 때문에 이직으로 급여가 필연적으로 삭감될 것을 우려하였다. 아주 확실하게, 전직 Jarvis 직원들은 나중에 Hydrex로부터 ‘어려운 시장 상황 때문에’²⁰⁾ 그들의 급여가 36~40% 삭감될 것을 통고받았다. 그리고 나서 쟁의행위가 발생하였고 회사가 분쟁을 해결하기 위해 제기한 여러 제안들은 관련된 RMT 조합원들에 의해 거부되었다.

노동조합에 의하면, 조합원들은 수가 적어 -회사에 유의미한 영향을 미치기에는 너무나도 소수여서- 매우 불리한 위치에 놓여 있었고 조합원들의 활동은 실질적으로 회사에 어떤 방해도 끼치지 않았다.²¹⁾ 또한 노동조합에 따르면, 만일 역시 Jarvis의 조합원들을 동원할 수 있었다면 조합원들의 이익을 보다 효과적으로 보호할 수 있는 입장에 설 수 있었을 것이라 한다.

이 정도 규모의 파업의 간단한 위협과 더욱 더 강력한 실제 조업중단으로 Hydrex가 근로 조건을 유지하도록 좀 더 의미 있는 압력을 행사할 수 있었을 것이다. 청구인은 Jarvis의 근로자들이 Hydrex의 동료들을 지원하기 위한 파업을 벌일 의도가 있었음을 밝혔다. 그럴 수가 없어 Hydrex의 조합원들은 홀로 있어야만 했고 결국 어떤 선택지 없이 새로운 근로조건을 받아들여야만 했다. 그들은 마지못해 그렇게 했다.²²⁾

유럽인권재판소는 제11(1)조는 파업할 권리와 함께 연대행위를 할 권리를 보장한다고 보았다. 그러나 매우 불만족스럽게도 재판소는 또한 협약 제11(2)조에 의해 ‘법에 규정된 대로’ 그리고 ‘민주주의 사회의 필요에 따라’ ‘타인의 권리와 자유를 보호하기 위해’ 영국의 연대행위에 대한 전반적인 금지는 정당하다고 실시하였다. 이러한 결정은 영국에서는 협약의 권리가

¹⁸⁾ Application No 31045/10, 8 April 2014.

¹⁹⁾ Ibid., para 14.

²⁰⁾ Ibid., para 15.

²¹⁾ Ibid., para 16.

²²⁾ Ibid., para 17.

결코 실행될 수 없다는 특이한 - 아마 전례가 없는 - 결론을 낳았다.

3. 찬반투표 실시에 대한 고지

지금까지의 입장은 파업을 한다는 것은 판례법에서는 거의 확실하게 불법일 수밖에 없지만, 판례법상의 책임을 대체하기 위한 보호입법이 존재한다는 것이다. 그러나 보호입법은 오직 노동분쟁의 숙고나 진척과정일 때에만 적용이 된다. 이는 분쟁의 당사자와 분쟁의 목적에 따라 보호받는 행위를 제한하게 된다. 법률은 또한 다양한 형태의 2차 행위를 보호하는 것을 철회했다.

앞서 말한 쟁의행위에 대한 실질적인 저지에 더해, 주요한 절차적인 제한 또한 존재한다. 이것의 복잡성 때문에 노동조합이 절차를 준수했다는 것을 입증하는 것은 매우 어렵게 되었다. 국가는 노동조합이 사용자에게 쟁의행위와 관련하여 다양한 고지를 할 의무를 정했으며, 역시 참여하는 근로자들에게도 국가가 정해진 절차에 따라 찬반투표를 할 의무를 정하고 있다.²³⁾

• 찬반투표 실시에 대해 고지할 의무

노조법 제226조에 의해 노동조합은 쟁의행위에 대해서 사용자에게 찬반투표를 개시하는 것을 고지해야 하며, 이것은 적어도 찬반투표일 7일 전에 이루어져야 한다. 노동조합은 찬반투표에 참여할 근로자들의 분류별 명부와 함께 영향이 미칠 근로자들이 일하는 사업장의 목록을 제공하여야 한다. 더불어 관련한 근로자의 총 인원수와 각 분류별 그리고 각 사업장별 총 인원수도 알려야 한다.²⁴⁾ 정보는 ‘노동조합이 가진 정보를 고려하여 합리적으로 활용될 만큼 정확하여야 한다.’²⁵⁾

이러한 규정들이 발생시키는 문제점들은 2009년과 2010년에 법원이 노동조합에게 사용자에게 제공하여야 할 정보들에 관하여 과중한 요구를 부여함으로써 집중 조명을 받았다. 다음과 같은 사례에서 이러한 문제점들이 드러났다.²⁶⁾

²³⁾ 전체적인 설명을 위해서는, 앞서의 Collins, Ewing and McColgan, pp 674-690을 볼 것.

²⁴⁾ 노조법 1992, s 226A (2A), (2B).

²⁵⁾ 노조법 1992, s 226A(2D), 적어도 찬반투표일 3일 전에 노동조합은 사용자에게 찬반투표 용지의 사본을 제공하여야 한다. 노조법 1992, s 226A (1)(b).

²⁶⁾ *British Airways plc v Unite the Union(No 1)* [2009] EWHC 3541 (QB) (17 December 2009)도 볼 것; *Network Rail Infrastructure v RMT* [2010] EWHC 1084 (QB) (1 April 2010).

EDF 에너지 v RMT [2009] EWHC 2852 (QB)

(2009년 10월 23일)

전국 철도항만노동조합(RMT)와 EDF 에너지와의 임금에 관한 분쟁은 3군데 발전소의 비교적 소수의 근로자들과 관련된 것이었다. 노동조합은 찬반투표 실시를 계획하였고 사용자에게 노조법에 따라 찬반투표를 실시할 의사를 고지하면서 사용자에게 52명으로 이루어진 ‘엔지니어/기술자’ 찬반투표를 할 것을 알렸다. 사용자는 다른 요건으로 근로자들을 분류하였는데 ‘설비기술자, 접합기술자, 실험실 감독관, 주간 실험자, 교대제 실험자와 OLBI 설비기술자’로 구분하였다. 그리고 노동조합이 제공한 정보는 부적합한 것이라고 주장하였다.

법원은 노동조합이 근로자들을 ‘엔지니어/기술자’로 분류하여 고지한 것은 충분하지 못하다는 이유로 이 사건에서 실시될 찬반투표를 멈추라는 명령을 내렸다. 앞서 지적한 바와 같이, 노동조합이 제공하는 정보는 ‘노동조합이 보유하고 있는 정보를 고려하여 합리적으로 활용될 만큼 정확하여야 한다.’ (노조법 제226A (2D)조) 이 사안에서 노동조합은 소유할 수 있는 정보를 가지지 못했다. 그러나 법원은 이것이 ‘매우 중요한’ 고려사항임에도 불구하고, ‘결정적’이지 못하다는 시각을 가졌다.

법원에 따르면, 노동조합은 필수적인 그 기준을 충족시키고, 노동조합이 제공하는 정보를 어떻게 획득했는지를 최대한 설명하기 위해 합리적으로 최선을 다할 의무를 부담하고 있다. 이 사안에서 법원은 노동조합은 노동조합의 현장 대표에게 청구하여 추가적인 정보를 얻을 수 있었으며, 따라서 ‘사용자는 협상의 관점에서 찬반투표에 임할 사람들이 누구인지 그리고 노동분쟁에서 찬반투표를 행사하도록 요구되는 사람들이 누구인지 알 자격이 있었다는 것이다.’ 이러한 입장을 취함으로써 법원은 또한 ‘만일 사용자가 위협에 처한다면, 가령 설비기술자와는 대비되는 실험실 감독관(test room inspector)이 업무를 중단해버리는 경우, 그것은 사용자에게 매우 중요한 차이점이라는 것’을 인정하였다.

그러나 이것은 다른 직무 각각의 직무책임에 대한 증명을 듣지 않고 내려진 결정이었다. ‘법원이 대조되는 역할에 대해서 세부적인 어떤 정보도 제공받지 못했다’는 것을 인정한 판사는 ‘그들이 가진 다른 기술, 공정에서의 다른 역할, 그리고 한 명의 손실이 다른 이의 업무에 방해할 가져올 중요한 차이를 지닌 영향력을 가졌다는 것을 상상해 버린 것이다. 항소는 항소법원에 의해 기각되었고, RMT는 유럽인권재판소에 찬반투표 고지에 관한 의무는 유럽인권협약 제11조를 준수해야 할 영국 정부의 의무를 위반한 것이라는 점을 이유로 소를 제기하였다. 살펴본 바와 같이 이러한 논점의 청구는 받아들일 수 없는 것으로 결정되었다.

EDF 사건 - 그리고 당시 결정된 비슷한 사례에서²⁷⁾에서의 입장은 *RMT v Serco Ltd* 사건 및 *ASLEF v London & Birmingham Railway Limited* 사건²⁸⁾에서 항소법원의 중요한 결정에 의해 개선되었다. 이 사건은 각기 다른 분쟁에서 내려진 금지명령에 대해 두 노동조합이 항소한 것을 병합한 것이었다. 1심 법원이 금지명령을 내린 주요한 이유 중 하나는 노동조합이

27) 각주 26에서 언급한 사례를 볼 것.

28) [2011] EWCA Civ 226, [2011] ICR 848.

찬반투표 고지에 있어 부정확한 정보를 제공하였다는 것이다. 부주의하게 노동조합이 실수로 투표할 자격이 있다고 착각한 두 조합원의 정보를 포함하였기 때문에 그 고지는 부정확하고 그래서 당연히 효력이 없다는 것이었다.

그러나 두 노동조합의 변호사인 John Hendy의 설득에 항소법원은 법률에 따른 노동조합의 고지의무는 노동조합이 실제 취득할 수 있는 정보와 관련하여 정확하게 고지를 하면 될 뿐이라고 설시하였다. 다시 말해서, 노동조합은 사용자의 편의나 기분을 만족시켜 주기 위해 정보를 찾을 의무는 없다는 것이다. 항소법원의 이러한 관점은 앞서 검토한 EDF 에너지를 포함하여 초기의 사례에서 RMT에게 내려진 금지명령의 효력에 대해 의문을 가지게 하였다.

이러한 결정에, Elias 판사는 EDF 사건에서 Blake 판사의 주장 즉 ‘만일 노동조합의 의무가 오직 이미 갖고 있는 존재하는 서류기록에서만 정보를 추출하는데 한정된다면, 법률의 제정 목표를 무력화시키기 위해 노동조합은 최소한의 정보만을 기록하도록 권유될 것이다’고 하는 점을 논박하였다.²⁹⁾ Elias 판사는 다음을 인정하였다.

노동조합은 노동조합 간부들과 근로자들로부터 관련된 서류를 얻고 관련 목록과 수치를 합리적인 수준에서 가능한 한 정확하게 사용자에게 제출하기 위해 정보를 수집 및 분석할 의무가 있다. 더욱이 개인적인 견해로는 노동조합이 정보가 실제 틀렸다는 것을 알고 있을 때 그 자료기록으로부터 도출된 정보를 제공하는 것은 의무 위반이라고 생각된다. 고지의무는 단순히 노동조합이 보유하고 있는 정보를 기계적으로 복사하는 것 이상이어야 한다.³⁰⁾

그러나 Elias 판사는 계속하여 ‘고지의무 실현의 전단계로서 필요한 것은 노동조합이 이미 갖고 있는 정보로부터 도출하여 사용자를 도와야 한다는 것’이라고 말하였다. ‘정보는 “노동조합의 목적을 위해”³¹⁾ 취합된 정보로서 정의된다’는 사실이 이러한 결론의 바탕이 된다. 그러나 항소법원은 정의행위를 할 자유는 법률가가 발명한 영리한 논거에 의해 억압될 수 없다고 강조하였다. ‘합법적이지 않은 목적이나 활동을 하는 노동조합에게 함정이나 장애물을 설치하는 것’이 법원의 역할은 아니라는 것이었다.³²⁾

• 설명을 이행해야 할 의무

노조법 제226A조의 2A에 따라 **목록들**과 동조의 2B에 따라 **수치들**을 제공할 의무와 더불어 찬반투표에 대한 고지는 또한 이러한 수치들이 어떻게 나왔는지에 대한 설명도 포함되어

²⁹⁾ Ibid., para 60.

³⁰⁾ Ibid., para 71.

³¹⁾ Ibid. 이는 ‘정보는 단순히 법령상의 의무를 수행하기 위한 특별한 목적이라기보다는 상당히 분리된 개별 목적의 노동조합과 관련하여 획득된 정보’를 제공하는 것이라 일컬어진다(Ibid).

³²⁾ Ibid., para 94.

야 한다. 즉, 관련된 근로자의 총 인원수에 관련한 수치(a)와 관련된 근로자들을 소속된 분야별로 각각 나눈 수치(b), 그리고 관련된 근로자들이 일하는 사업장 단위로 각각 분류한 수치(c)를 제공하여야 한다.

노동조합원의 조합비가 사용자에게서 바로 원천 징수(체크오프(check off)제도)되는 곳에서는 노동조합은 통상적인 방법으로 목록과 수치를 제공할 수 있다. 그렇지 않다면 대신하여 노동조합은 사용자로 하여금 미리 관련 근로자들의 인원수(a)와 관련 근로자들이 소속된 각 분야들과 그러한 분야별 근로자들의 인원수(b), 그리고 관련된 근로자들의 일하는 사업장과 사업장별 일하는 근로자들의 인원수를 추정하게 할 수 있다. 대체적인 방법이 채택된 곳은 체크오프가 되는 조합원과 관련한 설명자료를 제공할 필요는 없다. 그러나 쟁의행위에 체크오프를 하는 조합원과 그렇지 않는 조합원이 섞여 있을 경우 특별한 문제가 발생한다.

이러한 난점들은 *Metrobus v Unite the Union* 사건³³⁾에서 전적으로 드러났는데 이 사건에서 설명을 이행해야 할 의무는 근로조건에 대해서 발생한, *Metrobus*와 버스 근로자들 간의 쟁의행위를 합법의 범위를 벗어나게 하는데 사용되었다. 노동조합은 사용자에게 다음과 같은 형식으로 찬반투표를 실시할 의도를 고지했다.

이 서한은 본 노동조합이 쟁의행위에 대한 찬반투표를 실시할 의도가 있음을 귀사에 알려드리는 것입니다. 찬반투표는 2008년 8월 18일에 실시될 것입니다. 투표권을 가지고 있는 귀사의 근로자들은 *Crawley*, *Croydon*과 *Orpington* 지부에서 다음과 같은 영역, 운송종사자(운전기사)로 귀사에 종사하고 있는 *Unite the Union* 노동조합의 T & G 조합원들입니다. 상기 영역의 조합원들은 개별적인 영역들과 사업장들을 포함하여 체크오프를 통해 조합비를 납부하고 있다는 것을 본사는 알고 계시며, 이들의 인원수는 776명으로 사료됩니다. 69명으로 생각되는 조합원들은 체크오프가 아닌 다른 방식으로 조합비를 납부하고 있습니다. 첨부된 표(matrix)는 체크오프를 하지 않는 조합원들의 개별적인 영역에 대해 노동조합이 갖고 있는 이러한 정보를 제공하고 있습니다. 그러므로 (체크오프 조합원과 비체크오프 조합원을 가리지 않고) 찬반투표에 참여할 자격이 있는 귀사의 총 근로자의 수는 845명입니다. 본 고지에서 정리된 정보는 고지가 이루어진 시점에서 노동조합이 가진 정보의 측면에서 가능한 정확한 것입니다.³⁴⁾

고지가 전달되었을 때는 어떤 이의도 없었으며, 다수가 파업에 찬성하는 찬반투표가 실시된 이후에 노동조합은 파업의 의사를 고지하였다. 그리고 나서 이틀간의 파업이 일어났다. 노동조합이 두 번째 파업을 실시할 계획을 알리자, 사용자는 노동조합이 본 분쟁에 참여한 비체크오프 조합원들과 관련하여 찬반투표의 고지에 있어서 수치에 대한 특별 설명 의무를 제대로 이행하지 않았다는 점 등을 포함하여 여러 이유를 들어 쟁의행위 금지 명령을 청구하였고 이

³³⁾ [2009] EWCA Civ 829, [2010] ICR 173.

³⁴⁾ *Ibid.*, para 57.

것이 받아들여졌다.

금지명령을 승인하면서 항소법원은 비체크오프 조합원과 관련하여 ‘노동조합은 수치가 어떻게 계산된 것인지를 설명할 의무를 회피해서는 안 된다’고 실시하였다.³⁵⁾ 그리고 포함된 비체크오프 조합원들의 수가 비록 소수이기는 하지만 이것은 ‘비체크오프 근로자들에 관해서 주어진 수치를 제공하지 않는 것은 명확하게 부정확한 것’이라고 하였다.³⁶⁾ 항소법원의 판사 중 1인은 후자의 관점에서 대해 다수의견의 입장은 너무 ‘엄격하다’고 판단하며 반대의견을 내놓았다.³⁷⁾

사용자가 ‘비체크오프 근로자들에 대한 설명을 받지 못했다’다는 것을 인정하면서도 ‘이러한 설명은 종종 정형적이거나 용이하게 작성되는 것이 허용될 수 있다’는 것이 소수의견이었다.³⁸⁾ 그러나 후자의 의견은 몇몇 법정에서 -특히 *Network Rail* 사건³⁹⁾에서- 설명의무에 대한 미숙한 판단임이 밝혀졌다. 이 사건에서는 법원은 ‘결론(conclusion)’과 ‘설명(explanation)’의 불명확한 차이점에 근거하여 ‘정형화된’ 설명의무는 충분하지 못하다고 함으로써 이 논점에 대한 노동조합의 주장을 비판하였다.

찬반투표를 알릴 고지의무에서, 설명의무는 *Serco* 사건⁴⁰⁾에서도 또한 검토되었다. 이 사건에서 노동조합은 사용자에게 찬반투표에 대한 제공된 정보는 정확성을 위해 갱신되고 검증된 조합원에 관한 기록을 바탕으로 작성된 것이라고 설명하였다. 이 정보는 사용자에게 충분히 좋은 것이 아니었다고 하면서 사용자는 노동조합이 누가 언제 무엇을 하였는지를, 그리고 언제 기록이 최신으로 갱신되었는지를 정확하게 밝혔어야 했다고 주장했다. 뿐만 아니라 고지는 ‘설명’이라기보다는 ‘결론’이라는 이유로 치명적인 오류가 있다고 주장하였다.

그러나 여기서는 또한 현실주의의 기조에 부딪혔다. 항소법원은 이러한 주장을 기각하며, ‘어떤 간부가 정보를 수집해야 하는지, 어느 일시에 해야 하는, 지부 간부와 전자우편 또는 전화로 접촉하여야 하는지 진술하여 얻을 수 있는 것은 없다’고 실시하였다.⁴¹⁾ 이러한 관점에서 역시 *Serco* 사건은 적어도 허울만 그럴 듯한 협소한 이유로 주의깊게 준비된 쟁의행위를 억제하려고 하는 것은 전적으로 받아들여질 수 없다는 반론을 충족시킨다는 데 어느 정도 도움이 되었다.

35) Ibid., para 94.

36) Ibid., para 128.

37) Ibid., para 124.

38) Ibid.

39) [2010] EWHC 1084 (QB) (1 April 2010).

40) 앞서의 *RMT V Serco Ltd; ASLEF v London & Birmingham Railway Limited.*

41) Ibid., para 94.

4. 찬반투표

앞서 설명한 바를 고려하면, 찬반투표에 대한 의무는 상당히 지시(指示)적이며 상세하고 시간이 소요된다는 점을 예상할 수 있다. 노동조합은 스스로 정한 규칙과 절차에 따라 쟁의행위에 대한 찬반투표를 할 수 없다. 대신에 정부가 정한 상당히 지시(指示)적인 법률상의 절차를 준수하여야 한다. 최근 들어 이는 쟁의행위를 억제하려는 사용자가 주목한, 협소한 초점이 되어왔다.⁴²⁾

찬반투표에 대한 상당히 지시(指示)적인 의무를 해야 할 의무와 더불어, 노동조합은 찬반투표가 실시된 이후 추가적인 고지의무를 가진다. 찬반투표 실시에 대한 고지의무와 유사하게 노동조합은 쟁의행위를 하기 전 7일 전에 알려야 한다. 또한 이 고지의무는, 비록 이 단계에서 제공해야 할 추가적인 정보가 있지만, 찬반투표에 대한 고지의무와 거의 흡사하게 법령상의 요구사항을 준수해야 한다.⁴³⁾

• 찬반투표

찬반투표에서 투표권을 포함하여 법률은 광범위한 요건을 규정하고 있는데, 이는 ‘찬반투표 시기에 노동조합에 의해 쟁의행위로 유도된 모든 조합원들이 동등하게 투표권이 부여되는 것이 타당하다는 것’이다.⁴⁴⁾ 노동조합은 타인이 찬반투표에 참여하지 않도록 하여야 하며,⁴⁵⁾ 법규는 명확하게 노동조합은 그렇게 요건이 되지 않음을 알면서도 쟁의행위에 찬성표를 던질 근로자들의 지지를 확보하기 위해 투표권자의 수를 늘려서는 안 된다고 규정되었다.

법률의 지시(指示)적인 성격은 이러하여 투표의 방식뿐만 아니라 투표용지 또한 상세하게 표준을 규정하고 있다. 따라서 투표는 우편으로 이루어지는데, 노동조합은 보통우편으로 투표용지를 모든 조합원들에게서 되돌려 받기 위해 우표가 첨부된 회신용 봉투에 넣어 발송하여야 한다. 그러므로 찬반투표에 드는 비용은 꽤 높다.⁴⁶⁾ 투표용지는 독립된 투표참관인에 대한 정보가 포함되어야 하며 누구에게 언제 투표용지가 전달되어야 하는지가 구체화되어야 한다.⁴⁷⁾ 또한 적어도 다음과 같은 질문 중 하나를 포함하여야 한다.

(a) (어떤 형식이든) 응답자가 파업에 참여할 것에 대해, 또는 만일의 경우 파업을 계속할 준비가 되어 있는지에 대해서 ‘예’ 또는 ‘아니오’로 답하도록 하는 질문

42) 전체적인 설명은, 앞서의 Collins, Ewing and McColgan, pp. 679-86을 볼 것.

43) 노조법 1992, s 234A.

44) Ibid., s 227(1)

45) Ibid.

46) Ibid., s 230(2).

47) Ibid., s 229(1A).

(b) (어떤 형식이든) 응답자가 연장근로 거부 등 파업에 미치지 못하는 쟁의행위에 참여할 것에 대해, 또는 만일의 경우 이런 쟁의행위를 계속할 준비가 되어 있는지에 대해서 ‘예’ 또는 ‘아니오’로 답하도록 하는 질문⁴⁸⁾

위 설명에 덧붙여, 투표용지는 다음과 같은 서술을 포함하여야 한다. “만일 파업 및 기타 쟁의행위에 참여할 경우, 당신은 고용계약을 위반할 수 있습니다.”⁴⁹⁾ 투표절차 중 주요한 단계에서 위협의 효과를 가져 올 목적으로 계획된 것이기에 이 문구는 ‘어떤 단서나 언급 없이’⁵⁰⁾ 포함되어야 한다. 1990년 이후 앞서 언급한 서술에는 다음과 같은 또 다른 내용이 첨가되었다.

그러나 만일 공식적으로 소집되고 그 외 합법적인 파업 또는 기타 쟁의행위에 참가하여 해고된다면, 참여한 쟁의행위가 발생한 지 12주 내에는 그 해고는 부당하며 12주 후라도 상 황에 따라서는 부당한 해고가 될 수 있다.⁵¹⁾

찬반투표에 참여하는 자는 노동조합의 방해 없이 투표를 할 수 있다.⁵²⁾ 그러나 노동조합이 ‘찬성’ 캠페인을 벌일 수는 있다.⁵³⁾ 이미 지적인 바와 같이, 투표권자는 자택으로 그들에게 보내진 투표용지를 받으며, 자비 부담 없이 우편으로 투표할 편리한 기회를 받아야 한다.⁵⁴⁾ 따라서 투표비용은 노동조합이 부담한다. 사업장에서 투표할 수는 없으며, 전자투표도 불가능하다. 그 결과 노동조합이 쟁의행위를 선언하기 위해서는 투표권자 다수의 지지가 필요함에도 불구하고 회신되는 총 투표용지의 수는 종종 적다.

투표율이 아주 낮다고 하더라도, 한 번 찬반투표가 행사되면, 노동조합은 조합원들과 사용자에게 투표 결과를 발표하여야 한다.⁵⁵⁾ 게다가, (찬반투표를 감독하기 위해 노동조합에 의해 지명된) 독립된 투표참관인은 찬반투표와 관련하여 어떠한 법적 의무의 위반도 없었음을 확신한다는 것을 확인해야 한다.⁵⁶⁾ 투표참관인은 절차상 중요한 역할을 담당하지만, 사용자가 하는 소송 위협에는 취약하다. 비록 (아는 바로는) 이러한 소가 제기된 적은 없지만, 사용자의 법조팀이 투표참관인에게 위협적인 대화로 간주될 수 있는 것을 한다는 것은 알려지지 않는 일이라고 할 수 없다.

48) Ibid., s 229(2).

49) Ibid., s 229(4).

50) Ibid.

51) Ibid.

52) Ibid., s 230(1)(a).

53) *Newham LBC v NALGO* [1993] IRLR 83.

54) 노조법 1992, s 230(1), (2).

55) Ibid., ss 231, 231A.

56) Ibid., s 231B.

노동조합이 완벽하게 이러한 의무들을 수행하는 것은 매우 필수적이다. 왜냐하면 이렇게 하지 않는다면 법원에 의해 쟁의행위는 저지될 것이기 때문이다. 그러므로 (i) 개최된 찬반투표에서 조합원인 자가 (ii) 투표권을 행사하지 못한 채 (iii) 그 이후 노동조합에 의해 파업에 참여하게 유도된 경우는 특정 쟁의행위는 찬반투표의 인준을 받지 못한 것으로 규정되어 있다.⁵⁷⁾ 그렇다면 파업이 시작된 이후에 노동조합에 가입하고 노동조합에 의해 파업에 참여하게 된 조합원의 경우는 어떻게 되는지에 대한 의문이 과거 일어났다. 이럴 경우에는 노동조합은 법적 보호를 상실하지 않는다.⁵⁸⁾

앞서 설명한 바에도 불구하고, 사소하고 우연히 어긴 규정 탓에 찬반투표의 결과가 달라지는 경우는 드물다. 이러한 경우 규정위반은 무시될 수 있는데, 비록 사용자들은 그럼에도 불구하고 소송에서 이를 이용한다. 후자의 예시가 상기한 Serco 사건으로 고등법원은 노동조합이 부주의하게 투표권이 없는 조합원 2인을 투표에 참여시킨 것을 이유로 금지명령을 내렸다. 항소법원이 밝힌 바와 같이, 투표용지는 605명의 운전기사에게 보내졌고, 이 중 472명이 투표했다(78%의 응답률). 그리고 410명(87%)이 쟁의행위에 찬성을 하였다.

항소법원은 1심법원의 결정을 번복하며 투표권이 없는 2인이 우연히 참여한 것은 사소한 것이며 용납이 되는 것이라 결정하였다. 그러나 이는 ‘우연한(accidental)’이란 용어가 법령에 사용되기 때문에 그 뜻을 장시간 토의한 결과이었다. 그러므로 사용자는 ‘실수가 고의가 아니었다는 단순한 이유 때문에 그것이 우연한 것으로 취급되어서는 안 된다. 우연히 되기 위해서는 그것은 부주의했어야 한다’는 주장을 제기하였다. 그러나 항소법원은 다음과 같이 실시하였다.

여기서 노동조합은 관련된 운전기사 외에는 아무도 투표하지 않았다고 믿었다. 인간적인 실수와 결함 탓에 객관적이지만 자격 없는 2인의 투표로 투표는 달성되지 못했다. 본 법원의 판단으로는 232B 조는 정확하게 이런 경우를 맞추어 고안된 것이며, 법원은 이 조항을 적용하지 않는 것은 타당하지 못하다고 판단한다.

• 찬반투표의 부담

*Balfour Beatty Engineering Services Ltd v Unite*⁵⁹⁾ 사건은 Unite the Union 노동조합의 조합원들과 Balfour Beatty Engineering Services Ltd(BBES) 사이에서 후자가 산업별 단위의 전체단체교섭에서 빠지겠다는 통보를 하여 발생한 분쟁이다. 분쟁의 진척과정에서 2011년 11월 찬반투표가 시작되었지만 후에 중단되었다. 두 번째 찬반투표가 2012년 1월 19일과 2월 2

⁵⁷⁾ Ibid., s 232A.

⁵⁸⁾ *British Railways Board v NUR* [1989] IRLR 349.

⁵⁹⁾ [2012] EWHC 267(QB), [2012] ICR 822.

일 사이에 실시되었다. 집계된 444인의 유효표 중 313표가 사용자의 지휘명령 거부 행위 (short of a strike)를 하는데 찬성을 하였고, 295표는 파업을 하는데 찬성을 하였다.

사용자는 Eady 판사가 다음과 같은 이유를 포함한 것으로 설명한 많은 근거들을 바탕으로 고지와 투표 절차를 문제삼았다.

첫째, BBES의 각 사업장의 근로자들을 분류한 수치를 잘못 특정한 결함이 있었으며 직위에 대한 혼선 또한 있었다. 둘째, Unite는 장소를 올바르게 또는 충분히 정확하게 분류하는데 실패하였다고 한다. 셋째, 비체크오프 조합원들(즉, 조합비가 원천징수가 되지 않는 이들)의 수가 (외관상으로는 있을 수 없을 정도로) 2011년 11월의 1차 투표에서의 308명으로부터 최근의 투표를 위해 639명으로 늘어난 사실이 우려스러웠다.

그러나 Eady 판사가 지적한 바대로, 이 사안에서의 논쟁은 주로 노동조합이 투표할 기회는 투표권을 가진 모든 이들에게 확대되어야 한다는 노조법 제230조를 준수하였는지 여부였다. 모든 노동조합에서의 문제는 2003년 대법원의 재판에서 알려진 대로 조합원에 관한 기록이 완벽하지 않다는 것이다.

모든 노동조합은 법률에 의해 그들의 조합원 명부를 유지할 것이 요청된다(법 24조를 볼 것). 그러나 어떤 규모의 노동조합도 항상 변동하는 조합원들의 성명과 주소를 완벽하고 정확하게 기록하고 유지할 수 없다는 것이 사실이다. 더군다나 현 사업장과 직종별 분류 및 급여 수준은 더 말할 나위 없다.⁶⁰⁾

건설업에서 특히 문제가 되는데, 그 분야는 성격상 조합원들이 일과 사용자들을 정기적으로 바꾸어서 노동조합이 완벽하게 정확한 조합원 기록을 유지한다는 것은 불가능하다.

고지와 찬반투표에 관하여 쟁의행위법은 후자의 문제에 대해 거의 여지를 허용하지 않는다. 비록 법률은 ‘되도록 타당할 정도로 실현가능하게’ 투표용지를 투표권을 가진 모든 사람들의 집주소로 보내져야 한다고 규정되었지만 말이다. 어떤 특정한 사안에서는 노동조합이 어느 범위까지 ‘타당할 정도로 실현가능하게’ 하였는지를 확신시켜야 하는가가 문제되었다. 이 경우에서 Eady 판사는 ‘노동조합이 갖고 있는 정보들을 확인하기 위해 (의심할 바 없이 시간 소요와 비용이 들어가며) 애를 썼는지에 대해 Unite의 증거, 특히 [노동조합 간부인] Nick Drysdale의 증언으로부터’ 명확하다고 인정하였다. 취해진 조치들은 다음과 같다.

- i) 2011년 9월 Drysdale은 Unite 노동조합의 데이터베이스에서 BBES에 근로자로 기록된

⁶⁰⁾ 앞서의 *P (A Minor) v National Association of Schoolmasters/Union of Women Teachers*, (Lord Walker)

모든 조합원들의 목록을 출력하였다.

ii) 1차 (11월) 투표를 위하여 Unite 직원들이 6일 이상 Joint Industry Board가 보유한 정보를 대조하여 검토하였다.

iii) 2차 (1월/2월) 투표를 위해 Unite는 자신들의 데이터베이스를 BBES의 체크오프 조합원의 목록과 비교하여 보았다(비록 기대했던 것만큼 정보를 얻을 수 없었지만). 12월에 Unite의 회비담당인 Bell은 (그가 명확히 확인한 것처럼) 주간(週間) 근무자의 체크오프 조합원들에 관한 명단을 발견하였다. Drysdale은 BBES에 고용되었다고 주장하지만 목록에는 없는 체크오프 근로자 25명이 있다는 것을 확인하였다. 그들 중 13명은 월간(月間) 체크오프 근로자로 목록에 포함되어 있었다(이는 1월 9일 Unite의 다른 간부가 Balfour Beatty Pension Plc와 급여 자료를 다루는 또 다른 독립된 회사가 조사를 마친 후 획득한 것이다). 월간 체크오프 근로자 목록은 모두 162명이었지만 BBES가 실제로 고용하지 않아서 선거권이 없는 사람들은 포함될 수가 없기 때문에 모든 개별 근로자들에게 투표용지를 보낸다는 것은 적합하지 못할 수가 있었다.

iv) 12월 6일 Unite는 Balfour Beatty 그룹 내 어떤 기업에서든 일하고 있는 조합원으로 등록된 사람들에게 설문지(우편 2,447통과 이메일 1,065통)를 보내 각 경우의 개별 취업 회사의 소속 여부를 물었다.

v) Unite는 Mass1에게 의뢰하여 그룹 내의 어떤 회사든지 고용되었다고 기록된 모든 조합원들을 접촉하여 그들의 전화번호가 맞는지 확인하게 했다. Mass1은 가까스로 거의 6,000명을 전화번호로 접촉하여 그럼으로써 획득한 정보는 572명의 조합원과 관련하여 Unite의 데이터베이스의 세부사항을 최신으로 갱신하기 위해 사용되었다.

vi) Unite의 지역 사무국은 이러한 조사자들이 제공한 정보를 바탕으로 한 목록을 제공받았고 전화로 BBES나 Cruikshanks 또는 Haden Young에 근무한다고 기록된 모든 조합원들과 관련된 정보를 찾아내도록 요청받았다. 2009년의 합병 때문에 BBES의 우산 아래 들어감으로써 (뒤이은 분할이 없다고 가정하고) Cruikshanks 또는 Haden Young에서 근무하는 것으로 기록된 조합원들을 분류하는 것이 당시로서는 적합하다는 것이 공통된 의견이다.

vii) Unite는 크리스마스 뉴스레터에 현 사용자에 대한 정보를 최신으로 갱신할 것을 각 조합원들에게 요구하는 추가적인 질문지를 보냈다. 이것은 12월 22일에 Balfour Beatty사 또는 기타 회사에서 근무한다고 기록된 모든 조합원들에게 진행 중인 단체교섭을 끝내기 위한 목적으로 보내졌다.

viii) 추가적으로 3,593개의 질문지가 “전체 구축(General Construction)” 코드 아래 데이터베이스에 기록된 모든 Unite 조합원들에게 동시에 발송되었다. 그러므로 모두 8,847개의 질문지가 우편으로, 1,065개의 질문지가 이메일로 보내진 것으로 보인다.

ix) 얻어진 정보는 Drysdale의 감독 아래 조합원 기록을 최신으로 갱신하는데 사용되었고 자연스럽게 각각의 고용회사에 관한 정보를 포함하였다.

x) 요구되는 정보들 간에 차이가 존재하는 곳에서는 1월 9일까지 개별적으로 관련 조합원들과 접촉하기 위한 추가적인 시도가 있었다. 이것은 정보 갱신을 더욱 최신으로 이끌었다.

xi) Unite의 법무부서의 조언에 따라 그 후 추가적인 조사가 이루어졌다.

xii) [또 다른 조합 간부인] McAulay는 압박한 찬반투표를 Unite 조합원들에게 알리기 위해 어떤 추가적인 조치를 취했는지를 설명하였다.

증거는 이러한 조사를 하는데 Unite의 관계 부서 직원들이 대략 500시간 이상 일했다는 것을 보여준다. 그러므로 ‘Unite는 통상적으로 기대되는바 이상으로 여겨지는 민주적 정당성을 보장하기 위해 할 수 있는 바를 다했다는 것’이 받아들여졌다. 또한 ‘행해진 노력이 상당하다’는 것도 인정되었고, 그 결과 ‘상당히 실현가능할 정도로 투표권을 가진 모든 사람들은 그에게 보내진 투표용지를 가졌고 또한 우편으로 투표를 할 수 있는 편리한 기회를 누릴 수 있었다.’ 그러나 이것이 매우 반가운 결정이지만, 이것은 모든 사람들이 투표용지를 받았다는 것을 보장하기 위해 어느 정도까지 해야 하는가하는 풀리지 않는 질문을 남긴다. 법령상의 의무를 준수하기 위해 이러한 정도로 노력을 해야 하는가? 그렇지 않다면 어느 정도까지 해야 하는가? 보다 적절하게, 이런 복잡하고 불확실한 규정들이 ILO 협약 제87호의 제3조에 의해 인정되는 노동조합과 조합원의 기본권과 일치하는가?

5. 찬반투표 후

따라서 찬반투표 규정은 부담스러운 것이어서 그 성격상 노동조합은 그 절차과정에서 실수를 저지르기 쉽다. 문제는 앞서 고려한 찬반투표 규정에 대한 고지의무뿐만 아니라 찬반투표 실시 후 의무로 주어지는 다양한 고지의무에 의해 복잡해진다. 여기서 우리는 세 가지 개별적인 의무를 이행해야 한다. - 노동조합원과 사용자 모두에게 찬반투표의 결과를 알릴 의무(만일 양 경우를 모두 충족하는 데 실패한다면 사용자로 하여금 쟁의행위가 보호받지 못한다고 주장할 수 있게 한다), 그리고 사용자에게 어떠한 쟁의행위를 할 것인지 사전 고지를 할 의무이다.

• 찬반투표의 결과를 알릴 의무

노동조합이 조합원에게 찬반투표의 결과를 고지할 의무와 관련하여서는, 법령은 다음과 같이 규정하고 있다.

찬반투표를 실시한 이후 합당하게 이행할 수 있는 최대한 이른 시기에 노동조합은 투표권을 가진 모든 사람들에게 (a) 찬반투표수와 질문에 (b) “예”를 답한 투표수 또는 사정에 따

라 각 질문에 대해 (c) “아니오”를 답한 투표수, 역시 때에 따라 각 질문에 대해 (d) 무효처리가 된 투표수를 고지할 것을 보장하는데 적당히 필요한 수단을 취해야 한다.⁶¹⁾

찬반투표의 결과를 조합원에게 알려야 할 의무와는 별개로, 노조법 제231A 조는 ‘찬반투표를 실시한 이후 합당하게 이행할 수 있는 최대한 이른 시기에’ ‘관계되는 모든 사용자가 231조에 규정된 사항들을 알 수 있도록 보장하기 위한 적당히 필요한 수단을 취해야 한다.’ (즉, 찬반투표의 결과와 관련된 규정이다)

(1) 조합원에게 고지할 의무

Network Rail Infrastructure v RMT 사건⁶²⁾에서 노동조합은 조합원들에게 SMS 메시지를 보내 규정의무를 준수하려 했다. SMS 메시지에는 ‘쟁의행위 찬성의 굳건한 표결’이라고 나와 있고, 총결과를 보기 위해서 노동조합의 웹사이트 주소를 링크할 수 있게 하였다. 이는 조합원들에게 충분하지 못한 고지라고 한다. Sharp 판사에 따르면:

표면적으로 보기에는 231조는 정보를 제공하기 위해 적극적인 조치를 요구하는 것으로 보인다. 그러나 관련 조합원들에게 정보를 보내는 적극적 조치와 조합원들이 원할 경우 정보를 찾아서 볼 수 있게 확인토록 하는 것 사이에는 실질적인 차이가 존재한다. 오늘날은 대부분의 사람들이 컴퓨터를 사용할 수 있고 그것에 접근할 수 있지만 그렇다고 그것이 추정될 수는 없다. 정책상의 정당한 이유를 위해서는 조합원들이 정보를 알기 원한다면 가서 얻으라고 단순히 알려주기보다는 231조에 따라 적극적으로 조합원들이 가질 자격이 있는 정보를 제공하는 것이 중요하다.⁶³⁾

Sharp 판사는 이 경우 무엇이 노동조합의 접근법이 의회가 의도한 바에서 미치지 못했다고 하기 위한 ‘정책상의 정당한 이유’인지는 설명하지 않았다. 그러함에도 불구하고, 이는 금지명령을 내리는 데 주요한 근거 중 하나를 제공하였고, 즉 사용자는 노동조합이 판사가 규정한 바대로 조합원들에게 찬반투표의 결과를 알려주는데 실패했다는 부분적인 이유로 금지명령을 받을 수 있었다. 심지어 조합원들 중 아무도 그 결과를 알 수 없었다는 것에 이의를 제기하지 않았지만 말이다.

다음의 *British Airways - UNITE* 분쟁에서도 동일한 쟁점이 발생하였다. 고지를 잘못해서 내려진 금지명령의 결과,⁶⁴⁾ 노동조합은 제2차 찬반투표를 실시하였는데 높은 투표율과 압도적인 찬성율을 보였다. 두 번째 찬반투표(항소법원은 투표가 흠잡을 데 없이 이루어졌다고

61) 노조법 1992, s 231.

62) [2010] EWHC 1084 (QB).

63) *Ibid.*, para 47.

64) *British Airways plc v Unite the Union* [2009] EWHC 3541 QB, [2010] IRLR 432.

말했다) 이후 사용자는 노동조합이 조합원들에게 그 결과를 적합하게 고지하지 않았다고 항의하였다. 이때 노동조합은 조합원들에게 SMS 문자 메시지로 고지하였고, 투표 결과의 상세한 내용은 노동조합의 웹사이트에 게시하였으며 조합원들에게 이메일을 발송하였다.

그러나 이러한 방법으로는 노동조합은 노조법 231조가 요구하는 모든 정보들을 전달하지 못하였기에, 사용자는 노동조합이 법리 정한 규정들을 이행하지 못했다고 항의했다. 이 사건 역시 금지명령이 내려졌다. 그러나 이 경우에서 금지명령이 항소심에서 (다수의견으로) 취소되었는데, 항소심의 판사 중 1인은 다음과 같이 설시하였다. ‘노동조합은 문자 그대로 자격을 가진 모든 조합원들에게 직접 모든 결과를 담은 개개의 보고서를 발송하였음을 증명할 것이 요구되지는 않는다. 이러한 엄격한 심사는 비현실적일 것이다’⁶⁵⁾

그러나 반가움에도 불구하고, 주목할 점은 후자가 다수의견이었다는 것이다. 그리고 *Network Rail* 사건에서 Sharp 판사의 접근법이 ‘보편적으로 적용된다면 법정 요건에 대한 왜곡이 될 것’이라는 근거로 부정되었지만, 노동조합이 법정 의무를 충족하기 위해 무엇을 해야 하는지에 대해서는 확고하게 확정되지 않았음이 진행 중이다. 그것은 전적으로 개별 사건의 사실관계에 달려 있을 것이다. *UNITE(No 2)* 사건에서는 조합원들 상당수가 컴퓨터를 다룰 줄 알기 때문에 조합원들에게 웹사이트를 방문토록 한 것이 허용되었다. 그러나 다른 사안이었다면 상황이 어땠을까?

(2) 사용자에게 고지할 의무

사용자에게 찬반투표의 결과를 알릴 노동조합의 의무는 앞서 살펴본 *Metrobus Ltd*와 *Unite the Union* 사이에서 발생한 분쟁에서 또 다른 법적 쟁점이었다. 금지명령이 내려진 근거 중 하나는 노동조합이 노조법 231A조를 준수했음을 주장하는데 실패했다는 것이다. 항소법원은 노동조합에게는 ‘일시적으로 어려운 부담’이지만 법령은 ‘합리적 시간 내’보다는 ‘합리적으로 실행될 수 있는 빠른 시간 내’ 정보를 전달할 것을 요구한다는 것 또한 중요하다는 것이다.

법률의 어이없는 어리석음을 표현하자면, *Metrobus* 사건에서의 찬반투표는 9월 1일 정오에 마감이 되었지만 독립된 투표참관인은 노동조합에게 그 다음 날(9월 2일) 오후 3시 15까지 고지를 하지 않았다. 그래서 노동조합은 9월 3일 오전 11시 15분에 사용자에게 고지하였다. 이것은 합리적으로 실행될 수 있는 빠른 시간 내라고는 볼 수 없으며 금지명령이 내려진 이유라고 말해졌다. 비록 법령은 노동조합이 사용자에게 적어도 일주일 전에 파업 예고를 하지 않고서는 쟁의행위를 할 수 없다고 규정하지만 말이다.⁶⁶⁾

1심 법원 판사에 의하면(항소법원이 승인한 구절에서), ‘피고는 찬반투표의 결과를 근거로

⁶⁵⁾ *British Airways v Unite the Union (No 2)* [2010] EWCA Civ 669.

⁶⁶⁾ 노조법 1992 s 234A. 아래를 볼 것.

한 쟁의행위의 고지를 할지 여부를 결정하는 동안이라도, 찬반투표의 결과를 사용자에게 하루 조차라도 늦게 고지할 ... 자격은 없었다.⁶⁷⁾ 이러한 근거로 금지명령을 유지하면서, 항소법원은 노동조합의 의무에 대해 매우 확고한 견해를 표명하였다.

- 첫째, 노동조합은 사용자에게 비록 투표 결과가 쟁의행위를 지지하는 것으로 나와 그것을 근거로 쟁의행위의 실시 여부를 결정하지 못했더라도 사용자에게 그 결과를 알려야 한다. '231A 조는 노동조합에게 독립된 의무를 부여하는데, 이것은 설사 노동조합이 쟁의행위를 결의하지 않고 이행해야 하고, 당시 시간 상황과는 관련이 없다.'⁶⁸⁾
- 둘째, 노동조합이 독립된 투표참관인으로부터 즉시 보고를 받지 못했다는 점은 변명의 사유가 되지 않는다. '결과에 대한 사전 통신이 없었기에, UNITE가 ERS에게 9월 1일 오후가 끝나기 전에 진행상황에 대해 묻는 것은 적당하고 합리적인 것이었다.'⁶⁹⁾

게다가, 비록 노동조합이 'ERS로부터 실제 결과를 통보받기 전까지 정보를 전달할 의무가 없다고 하더라도' 항소법원은 UNITE는 합리적으로 실현가능한 정도로 빨리 사용자에게 정보를 전달하는데 실패했다고 결론을 내렸다.⁷⁰⁾ 결과는 사용자에게 노동조합의 간부가 수신한 시간인 9월 2일 오후 3시 30분에 전달되어졌어야 했다. 노동조합의 관련 간부가 정보를 전달할 권한이 없다는 사실은 '노동조합이 사용자로부터 정보를 넘겨주지 않아도 된다는 믿음에 대한 근거가 되지 않는다.'⁷¹⁾

항소법원이 요구하는 시간의 범위 내 사용자에게 고지를 할 의무를 했음을 어떻게 보여줄 수 있는가는 어려운 것이다. 사용자는 고지가 9월 2일이든 3일이든 어떤 손실도 입지 않지만, 노동조합은 쟁의행위를 할 것을 7일 전에 알릴 추가적인 고지를 하기 전까지 찬반투표의 결과에 따라 행동할 수조차 없게 된다. 반면 노동조합은 명백한 이유 없이 고유의 규정과 절차를 뒤집을 것이 요구된다. 그럼으로써 법원은 '노동조합의 행정과 활동을 조직할' 권리⁷²⁾를 완벽히 생략시킴으로써 부정의를 악화시켰다.

• 파업의 의사를 고지할 의무

앞서 설명한 의무에 더하여, 노동조합은 사용자에게 파업 기타 쟁의행위를 할 의사가 있음을 고지할 의무가 있다. 이러한 규정은 사용자에게 노동조합의 적법한 행위를 좌절시킬 또 다른 기회를 제공한다.⁷³⁾ 파업(또는 다른 쟁의행위)을 할 의사의 고지는 법령에 규정된 양식으

67) *Metrobus Ltd v Unite the Union* [2009] EWCA Civ 829, [2010] ICR 173.

68) *Ibid.*, para 73.

69) *Ibid.*, para 80.

70) *Ibid.*, para 82.

71) *Ibid.*

72) ILO 협약 제87조 제3호.

로 찬반투표 실시의 고지 의무와 사실상 동일하여야 한다.

(1) 의무의 성질

쟁의행위를 시작하기 7일 전에, 노동조합은 제안된 쟁의행위에 관한 정보를 제공하여야 하며, 노조법 234A조의 요건은 광범위하게 ‘사용자에 대해 제공되는 정보로서 근로자들의 인원, 분야, 그리고 사업장에 관한’이라는 226A조의 규정을 반영하고 있다. 이를 위하여 ‘영향을 받는 근로자들의 총인원수’는 ‘노동조합이 쟁의행위에 참여할 것을 유도하거나, 이미 참여하고 있는 쟁의행위를 계속할 것을 유도하고 있다고 합리적으로 믿어지는’ 사용자들의 근로자들이라고 정의된다.⁷⁴⁾

노조법 226A(2D)조와 유사하게 노동조합이 제공하는 정보는 노동조합이 보유하고 있는 정보의 측면에서 합리적으로 활용될 만큼 정확하게 제공되어야 한다.⁷⁵⁾ 법령상의 절차에 따른 찬반투표 실시에 대한 고지를 하지 못해 쟁의행위를 제지하는 금지명령을 사용자가 얻어 낸 사건들은 전형적으로 또한 노조법 234A조에서 정한 법령상 절차에 따른 파업을 할 의사를 고지하지 않았다는 추가적인 이유를 들어 동일한 사용자가 금지명령을 얻어낸 것들이다.

그러므로 예를 들자면 *British Airways plc v Unite the Union* 사건에서,⁷⁶⁾ 노동조합은 조합원들에게 쟁의행위의 실시에 대한 찬반투표를 실시하였다. 10,288명이 투표를 하였는데, 이는 조합원 중 약 80%가량의 투표용지가 접수된 것으로 보인다. 10,288표 중 9,514표가 파업에 찬성하였다. British Airways는, 파업이 시작되기 전에 자진해서 명예퇴직을 하려 했던 상당수의 조합원들을 배제하지 않았다는 이유로, 노동조합이 적합한 찬반투표 고지를 하지 않았음을 주장하였다. 이들의 투표 참여가 찬반투표의 결과에는 아무런 영향을 미치지 못했다는 것이 사실임에도 불구하고 말이다.

이 사안에서 사용자는 파업 고지가 명예퇴직을 자진한 인원들을 포함해서 진행되었기에 226A(2D)조와 관련된 위반사항이 심각해졌다고 주장하였다. British Airways에 따르면, ‘UNITE는 합리적으로 보면 이러한 인원들이 “영향을 받은 근로자”라는 것을 앞서 정의된 바대로 생각할 수 있었을 것이라 한다.’ 따라서 ‘234A조에 따라 제공된 수치는 합리적으로 활용할 정도로 정확하지 않았다는 것이다.’⁷⁷⁾ 226A(찬반투표 고지의무)조를 준수하는 데 실패했기에 금지명령이 내려진다는 이유는 그대로 234A(파업 고지의무)조에도 적용되었다.

⁷³⁾ 노조법 1992, s 234A.

⁷⁴⁾ Ibid., s 234A(2).

⁷⁵⁾ Ibid., s 234A(3D).

⁷⁶⁾ [2009] EWHC 3541 QB, [2010] IRLR 432.

⁷⁷⁾ Ibid., para 21.

(2) 추가적인 요건

쟁의행위에 참가하도록 유도된 근로자들과 그들이 일하고 있는 장소에 대해 상세하게 내용을 명시할 의무에 더하여, 노동조합은 또한 쟁의행위가 계속적인 것인지 아니면 단속(斷續)적인 것인지를 발표하여야 한다.⁷⁸⁾ 만약 쟁의행위가 계속적인 것이라면, 쟁의행위 개시일을 고지하여야 한다. 그리고 만일 쟁의행위가 단속적인 것이라면 제시된 쟁의행위의 날짜를 고지하여야 한다.⁷⁹⁾ 쟁의행위가 목적을 위해 단속적이라면 쟁의행위는 그것을 할 수 있는 기회가 있는 오직 그날에만 일어날 수 있다.⁸⁰⁾

Milford Haven Ports Authority v Unite the Union 사건⁸¹⁾에서 쟁의행위의 성질에 대한 고지무는 도전을 받았는데, 사안은 연금에 대한 분쟁이었고, 노동조합이 쟁의행위를 위한 찬반투표를 하는 과정에서 사용자에게 다음과 같은 고지를 발송하였다.

쟁의행위는 연속적이고도 동시에 단속적일 것입니다. 연속적인 쟁의행위는 연장근로 거부, 작업규칙 준수, 출장서비스 제공 거부, 결근자 업무 거부 그리고 선의(goodwill)의 철회로 구성되며 2010년 2월 18일 오전 6시부터 시작될 것입니다. 덧붙여, 우리 관련 조합원들은 2010년 2월 20일 오전 6시부터 65,000톤 이상의 선박은 운행하지 않을 것입니다. 단속적인 쟁의행위는 2010년 2월 18일 오전 6시부터 48시간 동안의 조업중단으로 2010년 2월 20일 오전 6시에 종료될 것입니다.

사용자는 이 고지에 대해 두 가지 이의를 제기하였는데, 첫 번째는 동일한 고지에서 연속적인 쟁의행위와 단속적인 쟁의행위를 함께 고지한다는 것은 충분치 않으므로, 한 장의 종이 보다는 독립된 두 문서에 고지가 이루어져야했기에 그 고지는 위반이라고 주장하였다. 금지명령이 조잡한 근거를 이유로 내려졌다는 것은 다소 우려스러운 일이다. 노동조합은 항소를 하며 ‘같은 봉투에 두 장의 고지서가 들어가야 한다는 것이나 단순히 관련 간부가 가위질을 하여 관련 단락을 두 장으로 만들지 못했다는 이유로 노동조합이 보호받는 것이 거부된다는 것은 그야말로 받아들일 수 없는 것’이라고 주장하였다.

항소법원은 ‘물론 만일 그 고지가 법령의 요건을 충족하였다면 하나의 고지로 연속적인 쟁의행위와 단속적인 쟁의행위를 동시에 알리는 것은 충분하였다는 것’을 인정하기 전에 노조법 234A(3)(b)조가 분리적인지(disjunctive) 아닌지에 대해 (물론 기본권을 제한하는 법령에 대한 문법적인 질문의 수준이 적합하지 못하다) 숙고하였다. 그러나 항소법원이 따라서 고지의 유효함을 인정했음에도 불구하고, 노동조합은 (a) 그렇게 진부하고 사소한 문제로 항소를 해야

78) 노조법 1992, s 234A(3)(b).

79) 노조법 1992, s 234A(3)(b).

80) 노조법 1992, s 234A(6)(a).

81) [2010] EWCA Civ 400.

하는 입장에 있지 않았어야 했으며 (b)항소심이 열리기 전에 새로운 고지를 발부해야 하는 예 방책을 취해야 했다는 점에서 별로 위안이 되지 않은 것이었다.

6. 쟁의행위의 제한

쟁의행위가 발생하는 것을 막는 실질적인 제한과 매우 까다롭고 균형이 맞지 않는 절차적 규정은 차치하고도, 오랫동안 금지명령으로 손쉽게 쟁의행위를 저지하려는 사용자에 대한 우려가 있어왔다. 사용자가 쟁의행위를 정지시키기 위한 금지명령을 청구하는 것은 통상적인 과정이다. 신청은 보통민사법원(1심법원)에 하는데, 이러한 문제를 다룰 목적의 특별한 노동법원이 존재하지 않는다. 판사는 일반적으로 노동법에 미숙하며 종종 상법지식을 배경으로 한다. 금지명령의 위반은 법정모욕죄인데, 이는 벌금형 또는 징역형이 선고될 수 있다. 금지명령을 따르는 것이 노동조합의 현대적인 관행이다.

• 금지명령

(1) 임시 금지명령과 법의 지배

금지명령(injunctions, 스코틀랜드에서는 interdicts)을 내리는 절차는 노동조합이 불법적인 행동을 하고 있다는 늘 그런 이유가 아니라, 다소 불법적인 행위를 할 수도 있다는 이유로 노동조합의 근본적인 자유가 법원에서 제한받고 있다는 점에서, 법의 지배에 대한 심각한 우려를 낳고 있다. 영국(그리고 스코틀랜드)의 절차법은 법원으로 하여금 (i)판단해야 할 심각한 쟁점이 있고, (ii) 편의성의 균형점(balance of convenience)이 정식재판에 앞서 금지명령을 내리는 방향으로 향할 때, 영국의 소송법은 임시금지명령을 내릴 것을 요구한다. 이 단계에서 법원은 (iii)소송에서 노동조합의 승소 가능성을 고려할 것이 요구된다.⁸²⁾

이러한 임시금지명령소송에서 노동조합은 자신의 쟁의행위가 조합원들로 하여금 사용자와의 고용계약을 파기하도록 하는 유인으로서 위법하다고 추정되는 불이익을 받으며 시작한다.⁸³⁾ 그 후 노동조합은 그들의 쟁의행위가 법령의 보호를 받는다는 것을 보여줘야 한다. 반면 사용자는 간단하게 노동조합의 쟁의행위가 법령의 보호범위 바깥에 있다는 것을 법원이 의심하도록 할 것만 요청된다. 이것은 금지명령이 노동조합의 쟁의행위가 불법으로 규명되었다는 이유가 아니라 ‘불법인 것으로 주장될 수 있다’는 근거 위에 명해진다는 것을 의미한다.

⁸²⁾ *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd* [1975] AC 396.

⁸³⁾ 앞서의 *Network Rail* 사건에서 다시 상세히 설명한 요점.

따라서 영국법의 입장은 금지명령은 쟁의행위에 대해서 논쟁 중인 쟁점들이 증거와, 분쟁을 해결하며 법원이 내린 적합한 판단에 의해 충분히 심사되는 단계인 정식공판이 이루어지기 전까지 현 상태를 유지하도록 구상된 임시적이거나 일시적인 구제의 형태라는 허구를 토대로 한다. 그러나 진실은 정식공판은 적당한 시기에 개시되지 않기에, 임시 금지명령은 실제 사안을 최종적으로 처리하게 된다. 이것은 따라서 영국법에서의 파업권은 노동조합이 불법적으로 행동하였다는 설정이 아니라 노동조합이 위법적으로 행동했을 수도 있을 것이라는 주장에 근거를 두고 있다.

이러한 입장은 법원은 노동조합이 위법적으로 행동했을 수 있다고 주장하는 사용자에게 임시적인 구제를 하기로 결정할 때, 당사자가 타방이 자신의 권리를 침해했다고 주장하는 법률 소송에서 통상적으로는 적절하지 않는, 무관련의 사항에 대해 고려를 해야 할 것이라는 점에서 더욱 더 받아들일 수 없다. 이러한 관련 없는 고려에는 제3자에게 미친다고 추정되는 영향까지 포함되어 있다(비록 제3자들은 증거를 제시하도록 요청받지 않더라도, 그들 모두는 사용자들을 지원하는 것으로 간주된다). 이와 같은 논점은 최근의 세 사건에서 보이는 다음과 같은 단락들로부터 확인할 수 있다.

‘현재 크리스마스 시즌에 일어난 12일 이상의 이러한 종류의 파업은 본 법원의 관점에서는 연중 다른 시기에 일어난 파업보다 근본적으로 British Airways에게 더욱 치명적이며, 확실히 광범위한 대중들에게도 그러하다.’⁸⁴⁾

‘사용자측 변호사인 Bear는 더불어 본 법원으로 하여금, 비록 본 법원이 재판의 예상결과에 관한 견해를 형성할 수는 없었다고 하더라도, 통상의 American Cyanamid 사건의 원리에 따라 Network Rail 사건이 진지하게 다루어 불만한 사안이라는 결론을 내리게 했다. 따라서 그는 이러한 사정 아래 파업이 Network Rail과 국가적으로 미칠 손해의 정도를 고려하여 법원이 금지명령을 내리는 것은 정당하다는 주장을 하였다. 노동조합측 변호사인 Reynold는 본 법원에 그러한 사안을 주장하지 않았다. 그러나 본 법원은 확인되고 만일 파업이 계속된다면 발생할 심각한 손해를 고려하여((본 법원은 [사용자 증인인] MacFarlane의 증언서 104-108 단락에서 증언한 바의 맥락을 참조하여), 파업의 결과가 특히 심각할 것이고, 이러한 논점이 주장될 만한 함에 따라 임시금지명령이 내려지는 것이 적절하다고 믿는다. 본 법원의 견해로는 불법이라고 주장되는 파업을 유지하면서 신속한 재판을 기다려야 하는 노동조합에게 발생하는 피해보다는 Bear가 주장하는 타인들에게 끼치는 불균형적인 손해가 명백히 더욱 막중하다.’⁸⁵⁾

‘편의의 균형점을 고려할 때, 본 법원은 제안된 쟁의행위가 교통수단을 이용하는 대중들에게 미칠 심각한 불편을 고려해야 한다. 본 법원의 판단으로는 편의의 균형점은 확고하게 불편의 경감을 승인하는 데 있어야 한다.’⁸⁶⁾

⁸⁴⁾ *British Airways plc v Unite the Union* [2009] EWHC 3541 QB, [2010] IRLR 423.

⁸⁵⁾ *Network Rail Infrastructure Ltd v RMT* [2010] EWHC 1084 (QB).

⁸⁶⁾ *Metroline Travel Ltd v Unite the Union* [2012] EWHC 1778 (QB).

(2) 허술한 근거를 기초로한 금지명령 승인

임시금지명령에서 사용자의 손실과 (분쟁의 당사자가 아닌) 제3자에게 발생할 수 있는 손실에는 많은 관심이 가는 반면, 노동조합과 조합원들이 입은 손실에 대해서는 별 관심이 없다.⁸⁷⁾ 노동조합과 관련해서는 기본권의 침해뿐만 아니라, 장기간에 걸쳐 비싼 비용이 소요되는 찬반투표 절차가 행해진 후에 쟁의행위를 포기함으로써 발생하는 상당한 경제적 손실이 존재한다.

이러한 비용은 우리가 이미 알아본 종류의 행정적인 비용뿐만 아니라 우편비용(찬반투표가 우편으로 이루어진다는 것은 노동조합이 조합원에 대한 발송과 수신비용을 모두 부담한다는 것을 의미한다), 그리고 법령이 또한 지명하도록 요구하는 독립된 투표참관인의 비용까지 포함한다. Cox 판사가 *British Airways v Unite the Union* 사건에서 설명한 바와 같이, 사용자가 주장하는 바의 성격, 즉 그것이 사소한 기술적인 면, 비록 전문적인 위반이 아니라 기교적인 법률의 위반을 근거로 하여 주장된다는 점을 고려하지 않았다.⁸⁸⁾

그 결과 금지명령은 사소한 절차상의 하자라는 허술한 이유로 상투적으로 승인된다. 이것은 앞서 언급한 내용으로부터 매우 명백한 것이다. 그러나 위에서 논의한 사건들에서 개요를 말하자면, 금지명령은 다음과 같은 이유로 승인되었다.

- 노동조합이 사용자에게 엔지니어/기술자 찬반투표 계획을 고지하였을 때, 사용자는 어떤 ‘설비기술자, 집합기술자, 실험실 감독관, 주간 실험자, 교대제 실험자와 OLBI 설비기술자’가 참여할 것인지 알기를 요구하였다.⁸⁹⁾
- 노동조합은 찬반투표를 할 의사를 고지하였고 정리하고 때문에 쟁의행위에 참여하지 않을 조합원들까지 투표를 하였지만 그들의 참여는 그 결과에 영향을 미치지 않는 환경이었다.⁹⁰⁾
- 법률의 진진정한 불확실성이 법원에 의해 인정된 상황에서 노동조합은 어떻게 찬반투표에서 소수 근로자들의 수를 계산하고, 분야를 나누었는지, 파업의 고지가 전달되었는지를 설명하지 못했다.⁹¹⁾
- 사용자에게 찬반투표의 결과를 며칠 지연해서 노동조합이 알렸다(부분적으로는 노동조합의 실수가 아닌, 행정적인 실수의 결과로서).⁹²⁾
- 노동조합은 연속적인 쟁의행위와 단속적인 쟁의행위의 방식을 두 건의 문서가 아닌 한 건의 문서로 고지하였다. 이 결정에서 아마도 실질을 형식으로 대체하는 사법 시스템의 깊이가 가늠된다.⁹³⁾

⁸⁷⁾ 특히 *BT Plc v Communication Workers Union* [2004] IRLR 58 (QB) 사건을 볼 것.

⁸⁸⁾ *British Airways v Unite the Union* [2009] EWHC 3541 QB, [2010] IRLR 423.

⁸⁹⁾ *EDF Energy v RMT* [2009] EWHC 2852 (QB).

⁹⁰⁾ *British Airways plc v Unite the Union* [2009] EWHC 3541 QB, [2010] IRLR 423.

⁹¹⁾ *Metrobus Ltd v Unite the Union* [2009] EWCA Civ 829, [2010] ICR 173.

⁹²⁾ *Ibid.*

마지막 사안에서 1심법원의 결정이 항소심에서 번복되었다는 것은 사실이다. 그럼에도 불구하고, 노동조합은 정말 하찮은 이유로 명해진 금지명령에 의해 원래 제안된 날에 쟁의행위를 하는 것이 금지되어 버렸다. 그리고 계획된 날보다 5일이나 지나 쟁의행위를 할 것이라는 새로운 고지를 해야 했다. 항소심에서 금지명령이 내려진 이유 중 하나와 관련하여 노동조합이 승리했다는 것은 큰 위안이 되지 않는다. 항소법원의 결정은 제안된 시기에 했을 쟁의행위를 할 권리를 회복시켜 주지 않을 뿐만 아니라, 노동조합의 권리가 제한되었고 계속 항소를 하였다는 것과 관련한 또 다른 문제에 대해서는 해결하지 못했다.⁹⁴⁾

• 손해

쟁의행위를 저지하는 금지명령을 신청하는 것에 더해 사용자는 쟁의행위로부터 발생한 경제적 손실을 배상받을 여지가 있다. 손해배상에 있어 노동조합의 책임은 1900년에 *Taff Vale Railway Co Ltd v Amalgamated Society of Railway Servants* 사건⁹⁵⁾에서 대법원의 유명한 판결로 성립되었다. 이 사안에서 노동조합들은 그들의 근로자들과 대리인들이 범한 불법행위에 대해 대위적으로 책임을 져야 할 것과 준법인체로서 그들에게 손해배상을 묻는 소송절차를 수행할 법인격을 갖고 있다고 판결이 내려졌다.⁹⁶⁾

Taff Vale 사건에서 노동조합은 신호수에 대한 보복조치로 인해 촉발된 회사에 대한 격렬한 파업 과정에서 발생한 많은 불법행위에 대해 책임질 것을 판결 받았다. 배상책임액은 23,000파운드로 평가되었는데, 거기에 더해 노동조합은 법정 비용으로 치러야 할 19,000파운드를 지급해야 했다. 비록 사용자가 실제로 집행하지는 않은 것으로 보도되었지만, 오늘날 이는 약 2,500,000파운드에 달하는 것이다. 그럼에도 불구하고, 이 판결의 영향으로 감당할 수 없는 결과에 대한 두려움 때문에 파업 횡수는 감소하였다. 파업은 노동조합을 파산시킬 수 있었다.

Taff Vale 판결은 유명하게도 1906년의 노동분쟁법(Trade Disputes Act 1906)으로 전복되었는데, 이 법률은 노동조합에서 불법행위에 대한 책임을 면제해 주었다.⁹⁷⁾ 이는 노동조합이 금지명령으로 제한당하거나, 1906년 법에 의해 역시 도입된 법령상의 보호 바깥 범위의 파업으로 인해 발생한 손해배상에 대해서 소를 제기당하지 않는다는 것을 의미하였다. 만약 사용

⁹³⁾ *Milford Haven Ports Authority v Unite the Union* [2010] EWCA Civ 400.

⁹⁴⁾ 노동조합이 의도적으로 절차상의 규정을 회피해버리고 시작한 사안에서는 다른 의견이 없다는 것이 지적된다. 한 사례에서는 법원은 이러한 의견을 확실히 거부했다. *British Airways plc v Unite the Union* [2009] EWHC 3541 사건에서 Cox 판사의 의견.

⁹⁵⁾ [1901] AC 426.

⁹⁶⁾ 이 극적인 사건의 설명에 대해서는 G Lockwood, 'Taff Vale and the Trade Disputes Act 1906'. in K D Ewing and J Hendy(eds), *The Right to Strike: From the Trade Disputes Act 1906 to the Trade Union Freedom Bill 2006* (Institute of Employment Rights, 2007)을 볼 것.

⁹⁷⁾ 앞서의 J Saville, 'The Trade Dispute Act of 1906', in Ewing and Hendy (eds)을 볼 것.

자가 (쟁의행위가 노동분쟁의 진척과정이 아닌 때 발생한 이유로) 보호받지 못하는 쟁의행위를 멈추기를 원한다면, 발생한 쟁의행위를 지도하고 있는 노동조합 개별 간부에 대해 청구를 해야 했다. 노동조합의 간부는 종종 사무총장이었다.

비슷하게, 만일 사용자가 보호받지 못하는 파업의 결과로 발생한 손해를 배상받고 싶어 한다면, 그 손해를 발생시킨 행위를 한 개인에게 청구해야 했다. 그 개인은 발생한 쟁의행위를 지도한 간부였으며 종종 사무총장이 되곤 했다. 노동조합이 비록 대위로서 (가령 사무장 같이) 노동조합의 근로자들의 불법행위에 대한 책임이 있다고 하더라도, 1906년 법이 창설한 면책 때문에 소송이 제기될 수 없었다. 사용자가 노동조합 간부들에게 손해배상을 청구한, 알려진 사례가 없다.

1906년도의 합의는 노동조합을 법률 위에 뒤서 왕의 면책보다 더 높은 법정 면책을 부여한다는 우파들의 주장에 의해 논란이 되어왔다. 그럼에도 불구하고 1906년 법은 1971년에 폐지될 때까지 존속하였고, 다시 실질적으로 1974~1976년 사이에 재입법되었다. 이 법률은 다시 1979년의 대처 정부의 선거 이후 바뀌었다. 1982년 의회는 불법행위에 대한 노동조합의 법정 면책을 제거해버렸다. 그럼으로써 사용자들은 노동조합에게 보호받지 못하는 쟁의행위로 인해 발생한 손해에 대해 배상책임을 묻는 소를 제기할 수 있게 되었다.

1982년 이후, 앞서 설명한 방식대로, 노동조합은 법원의 결정으로 보호받지 못하는 쟁의행위를 제한하는 금지명령을 자신의 이름으로 받을 수 있다.⁹⁸⁾ 노동조합은 또한 이러한 쟁의행위로 발생한 손해에 대해서도 (사안과 같이) 그들의 쟁의행위가 불법행위라는 것을 전제로 소를 제기당할 수 있다. 그러나 의회는 이러한 조치를 취하면서, 효과적으로 다른 영역의 법률과 비슷하게 책임한정의 원칙을 창설함으로써, 청구인이 보상받을 수 있는 손해배상액의 최고 한도를 설정하였다.⁹⁹⁾

| 노동조합의 조합원 수 | 최대 손해배상액 |
|--------------------|-------------|
| 5,000명 이하 | 10,000 파운드 |
| 5000명 ~ 25,000명 | 50,000 파운드 |
| 25,000명 ~ 100,000명 | 125,000 파운드 |
| 100,000명 이상 | 250,000 파운드 |

그러므로 보호받지 못하는 노동조합의 쟁의행위로 인해 받게 되는 손해배상액은 노동조합의 규모에 달려있다. 손해배상액은 1982년 법률이 도입된 이후 달라지지 않고 있다. 그리고 법률을 개정하여야 한다는 진지한 제의도 최근 몇 년 동안에는 진지하게 제기되지 않고 있다.

⁹⁸⁾ 현 노조법 1992, s 20을 볼 것.

⁹⁹⁾ Ibid., s 22. 만약 다수의 청구권자가 있다면, 각각 최대액을 배상받을 수 있다는 것을 유의해야 한다.

보다 중요한 것은, 파업 후 손해배상을 청구하는 사용자가 거의 없다는 것이며, 1988년 이래 청구되어 손해배상을 받은, 공간된 판례도 없다.¹⁰⁰⁾ 이제까지 미공간의 판례가 적어도 하나 있지만,¹⁰¹⁾ 공간된 사례가 없다는 것은 주요하게 사용되지 않는 법적 수단이라는 것을 나타내고 있다.

지금까지 아는 바로는, 사용자의 이러한 침묵을 설명하는 출판된 학술저작물은 없다. 따라서 우리는 오직 (i)사용자가 무기로서 손해배상을 이용하는 문화가 영국에는 없다는 것과 (ii)소송에서의 (관련된 모든 사람들에 대한) 논란, 불편함과 불확실성, 그리고 (iii)분쟁의 결과를 되돌아보는 것보다는 앞으로 나아가는 것이 낫다는 당사자들의 필요 등으로 그 이유를 추측할 수 있다.¹⁰²⁾ 그러나 손해배상소송의 위협이 사용자들에 의해 교섭과정에서 노동조합의 쟁의행위를 끝내기 위한 압박수단으로 사용되는지 여부와 쓰인다면 어느 정도까지인지는 알려진 바가 없다.

형 법

형법은 1875년 쟁의행위를 조직하거나 참가에 대한 처벌로서 주요하게 폐지되었다.¹⁰³⁾ 그리고 그 이후 평시의 쟁의행위에 대해서는 거의 적용되지 않았다. 파업을 조직하거나 참여한 것에 대한 형사책임은 존재하지 않으며, 형사책임이 부활되어야 한다는 것은 상상조차 할 수 없는 것이다.

그러나 여전히 법령집에서는 19세기의 잔재가 남아 있다. 노동조합 및 노동관계(통합)법 240조는 ‘단독으로든 집단으로든 계약을 파기한, 개연성 있는 결과가 (a)생명과 신체에 해악을 끼치거나, (b)물적·인적 재산의 파괴와 심각한 손상을 유발한다는 것을 알거나 믿을 수 있는 합리적인 이유가 있으면서도 ‘고의적이고 악의적으로’ ‘근로계약이나 채용계약’을 파기하는 것은 위법이라 규정한다.

만일 근로자들이 ‘고의적이고 악의적으로’, 그리고 그들의 쟁의행위가 (a) 또는 (b)와 같은 결과를 일으킨다면, 기술적으로 이 조항은 계약을 위반하며 파업 중인 근로자들에 대해 적용될 수 있다. 후자의 규정은 1875년 공모 및 재산보호법(Conspiracy and Protection Act 1875) 5조에 기원하고 있다. 1968년의 법을 재검토하면서, ‘노동조합과 사용자의 결사체에 관한 국가위원회(Royal Commission on Trade Unions and Employers’ Association)는 이러한 규정으로 선고된 유죄판결을 알아내지 못했다. 그러나 이 위원회는 이 조항의 폐지를 권고하지는 않았다. 그 이후 이 규정으로 기소된 어떤 것도 알지 못한다.¹⁰⁴⁾

¹⁰⁰⁾ *Boxfield v NGA* [1988] ICR 752.

¹⁰¹⁾ *Willerby Holiday Homes Ltd v UCATT* [2003] EWHC 2608, QBD.

¹⁰²⁾ 최근 스코틀랜드에서의 치열한 분쟁에서 사용자가, 사안이 해결된 것으로 보이지만, Unite the Union을 명예훼손으로 고소하겠다고 위협한 사례가 보고되었다.

¹⁰³⁾ 1875년 모의 및 재산보호법(Conspiracy and Protection Act 1875) s 3, *R v Bunn* 사건(1872) 12 Cox 316을 파기. 많은 예외들이 4조(현재 폐지)와 5조(현 노조법 s 240)에서 도입되었다.

¹⁰⁴⁾ Royal Commission on Trade Union

파업 기간 동안 한 행동에 대해서 형사책임의 문제가 다른 방식으로 발생할 수 있다. 파업을 진행하는 것에 대해 형사책임이 존재하지는 않지만, 파업에 참가하는 사람들은 피케팅이나 시위에 참가하는데 있어 어떤 공공질서도 침해하지 않도록 주의할 필요가 있다. 그러나 법은 최근 몇 년 동안 완화되는 것 같아 보이고, 현재는 방해 행위를 일으키지 않는 평화적인 피케팅에 대해서는, 특히 사업장 바깥이라면, 체포되지 않을 것이다.¹⁰⁵⁾

형법은 물론 1984~1985년의 탄광 파업 기간 동안 널리 적용되었다. 이 파업은 영국의 현대사에서 매우 역사적인 사건이었다. 그럼에도 불구하고 당시 형사책임은 파업 기간 동안 문제시된 광부들이 파업에 참가하였다는 이유가 아니라, (경찰들을 방해하고, 공공도로를 막는 것과 같은) 공공질서를 침해한 이유로 적용되었던 것으로 보인다.¹⁰⁶⁾ 그러므로 본인이 아는 한 모의 및 재산보호법 5조(현 노조법 240조)의 규정으로 기소된 적이 없었다.

7. 해고와 징계

93. 앞서 5장에서 논의된 해결책들은 노동조합에 대척하는 사용자들에게 활용될 수 있는 방법들이다. 파업에 참가한 근로자들은 해고되거나 징계를 받을 수 있으며, 또는 정말 계약 위반에 대한 손해배상으로 소가 제기될 수 있다는 점에서 파업참가자에 맞서는 방법 역시 존재한다. 여기서는 징계와 해고에 집중해 살펴볼 것이다. 사용자가 계약위반에 대한 손해배상을 청구한 근래의 사례가 없다. 사용자가 이러한 조치를 취했다고 보고된 마지막 사례는 1959년이며, 그리고 이전에 1927년에 그러한 적이 있었다. 이것은 사용자가 취하는 보기 드문 방법이다.

• 해고에 대한 (불충분한) 보호

관례법에서 사용자가 파업 또는 쟁의행위를 하는 근로자를 해고하는 것은 일반적으로 가능하다. 파업을 하는 행위는 예고 없는 즉시 해고를 정당화하는데 충분한 계약의 위반으로 간주된다. 그렇지 않다면 사용자는 계약을 종료하기 위해 항상 고지를 해야 한다.¹⁰⁷⁾ 근로자가 파업과 관련된 해고를 부당해고로 구제신청을 했던 사례는 없다. 1971년 이후, 근로자는 부당하게 해고되지 않을 법문상의 권리를 갖게 되었지만, 쟁의행위와 관련한 해고에 관해서는 여전히 존재하는 있는 특별한 규정이 있다.

1999년과 2004년에 이루어진 개정에 따라, 노조법 238A조에 제시된 현재의 규정내용은 다음과 같다.

105) 구체적인 내용은 Collins, Ewing and McColgan, ch 16을 볼 것.

106) P Wallington, 'Policing the Miners' Strike' (1985) 14 ILJ 145을 볼 것.

107) 관례법에 대한 설명은 K D Ewing, The right to Strike (Oxford, 1991), ch 2를 볼 것.

- 앞서 협의로 정의된 바와 같은 **보호받는 쟁의행위**에 참가한 것을 이유로 부당하게 해고되지 않을 권리가 존재한다. 따라서 영국의 근로자들은 따라서 ILO 협약 제87호가 요구하는 완전한 정도까지 보호를 받지는 못한다.
- 보호는 명백하게 분쟁의 첫 12주 동안 적용되며, 그 이후는 사용자의 행동에 따라서 그리고 사용자와 노동조합이 분쟁을 해결하기 위해 하는 조치에 따라서 달라진다.
- 비록 보호받는 쟁의행위에 참가하여 부당하게 해고되지 않을 권리가 있다고 하여도, 부당한 해고가 일어난 곳으로 원직복귀할 권리는 없다.
- 그러므로, 비록 원직복귀명령이 내려져도, 사용자가 그것을 실행하라고 강요할 수는 없다. 이것은 쟁의행위에 의한 해고를 포함하여 **모든** 부당해고에 적용된다.
- 보호받는 쟁의행위에 참가한 근로자는, 비록 파견업체에 의해 임시적으로 파견되는 대체근로자에 대한 제한이 있긴 하지만, 따라서 합법적으로 영구적으로 대체될 수 있다.

쟁의행위가 보호받지 못할 때 어떤 일이 일어나는가? 이러한 경우에는 사용자는 해고의 자유가 있으며 만약 해고기일에 쟁의행위에 참가한 모든 근로자들을 해고하는 경우라면 부당해고에 대한 면책이 주어진다.¹⁰⁸⁾ 보호받지 못하는 쟁의행위에 참가한 인원 중 선별하여 해고를 한 곳에서는, 해고당한 근로자는 부당해고를 주장할 수 있다. 이는 부당해고에 대한 일반원칙에 따라 결정될 것이다. 문제되는 근로자들의 주장 이유와 환경에 관계없이, 비공인 쟁의행위에 참가하여 해고된 근로자들은 일체 보호하지 않는다.¹⁰⁹⁾

앞서 말한 바와는 달리, 해고와 관련한 파업은 드문 것이 아니다. 최근의 주목할 만한 예는 British Airways와 승무원들 사이의 비행시 적정인원수에 대한 분쟁이었다. 항공사와의 분쟁과 관련한 일 때문에 ‘British Airways의 80명 이상의 승무원들이 정직되었고, 13명은 해고’되었다는 주장이 제기되었다.¹¹⁰⁾ 이것은 또한 앞서 거론한 Johnstone 언론사 사건에서, 그 분쟁에서 쟁의행위를 철회하였을 때, 노동조합의 간절한 고민사항은 다른 것 중에서도 만일 노동조합이 제안된 쟁의행위를 계속할 경우 조합원들이 별 구제방법 없이 해고의 위협에 빠질 것에 대한 염려였던 것으로 보인다.

• 해고 외의 징계행위

앞선 언급한 승무원과 British Airways의 분쟁에서 드러난 두 번째 쟁점은 영국법이 심지어 합법적인 파업에 참가하였다 해서 보복의 대상이 된 근로자들을 보호할 적당한 방법을 제시하지 못한다는 것이다. 사용자라도 쟁의행위에 참가한 근로자들의 근로계약 조건을 일방적

¹⁰⁸⁾ 노조법, s 238.

¹⁰⁹⁾ Ibid., s 237. 이는 명백한 ILO 협약 제87호 위반이다.

¹¹⁰⁾ *The Herald*, 2010년 9월 1일. 이 분쟁에 대해 더 자세한 설명은 K D Ewing, *Fighting Back - Resisting Union Busting and Strike Breaking in the BA Dispute* (Institute of Employment Rights, 2010)을 볼 것.

으로 변경하지 못하는 것이 사실이다. 이러한 경우는 계약의 위반이 될 수 있으며 근로자가 손실을 회복하기 위한 다양한 계약상 또는 법률상의 구제를 신청할 수 있다.¹¹¹⁾

그러나 사용자의 요구가 계약상(또는 법령상) 권리가 아닌 것의 제공에 대한 조건을 철회하거나 변경해버리는 곳에서는, 영국 근로자들은 이러한 행위로부터 보호받지 못하는 것으로 보인다. 심지어 근로자가 쟁의행위에 참여하였다는 것이 직접적인 결과로 된 곳에서 그러하다. 그러므로 British Airways와 승무원들 간의 분쟁에서, British Airways는 직원들에게 지급되던 여비수당을 철회한다고 발표하였는데, 이러한 여비수당은 관련된 많은 직원들에게 더 불리한 조건으로 뒤이어 다시 지급되었다고 보고되었다.¹¹²⁾

노동조합에 가입했거나 활동 때문에 근로자가 차별을 받은 경우와는 달리, 근로자가 쟁의행위에 참여하여서 사용자로부터 이러한 불이익을 받은 경우에는 법문상의 보호가 존재하지 않는다. 이와 같이 (i)노동조합에 가입한 것, 또는 (ii)독립된 노동조합의 활동에 참여한 것(또는 조합의 지원을 받은 것)을 이유로 하여 해고 기타 차별이 일어난 곳에서는 노조법 146조와 152조의 보호를 받는다. 그러나 후자의 경우 보호는 근로시간 외 또는 사용자가 인정한 근로시간 내 행해진 활동에 대해서만 오직 적용된다.

일반적으로 근로자들은 사용자의 동의를 받아 쟁의행위에 참여하지 않는다. 이것은 후자의 보호가 적용되지 않는다는 뜻이다. 법의 이러한 괴리는 ILO 협약 제87호가 보호하는 파업권과 양립할 수 없는 것이다. 이러한 문제는 법률이 근로자가 적법한 쟁의행위(영국법에서는 최소한의 ILO 기준을 충족시키기 위해 매우 확장될 필요가 있는 개념이다)에 참여한 것을 이유로 해고당하지 않을 권리를 가지는 것뿐만 아니라 그러한 행위에 참여했다고 해서 다른 불이익을 받지 않을 권리 또한 가져야 함을 규정하는 입법에 의해서만 다뤄질 수 있다.

8. 유럽인권협약

영국은 대부분의 국가들이 취한 형식인 공식적인 성문헌법을 갖고 있지 않다. 그러나 유럽인권협약 제11조는 결사의 자유권을 공식적으로 보호한다고 규정하고 있다. 후자의 규정은 다음과 같다.

- (1) 모든 사람은 평화적으로 집회를 할 자유권과, 자신의 이익을 보호하기 위해 노동조합을 형성하고 가입할 권리를 포함하여 타인과 결사할 자유권을 가지고 있다.

¹¹¹⁾ 그러나 파업을 하거나 쟁의행위에 참가한 근로자들은 임금을 받지 못하며, 이는 심지어 지휘명령 거부 행위 과정이라도 그러하다는 것을 주의해야 한다. *Miles v Wakefield MDC* [1987] IRLR 193.

¹¹²⁾ 전체적인 내용은 앞서의 *Ewing, Fighting Back*을 볼 것.

(2) 이러한 권리들은 국가안보 또는 무질서와 범죄의 예방, 건강과 도덕의 보호, 타인의 권리와 자유 보호를 위한 공공안전을 위해서 민주주의 사회에서 필요와 법률에 의해 규정된 것 외에는 어떠한 제한도 있어서는 아니 된다. 이 조문은 군인과 경찰, 기타 정부의 공무원들의 권리 행사에 합법적인 제한을 가하는 것을 금지하는 않는다.

1998년의 인권법(the Human Rights Act 1998)에 의하여, 국내 법원은 국내 법령을 인권협약에 맞추어 해석할 의무가 있으며, 국내법이 인권협약과 상충된다고 확인할 수 있다. 그러나 법원은 인권협약과 일치하지 않는 법령을 적용하는 것을 거부할 권한은 없다. 노동조합은 또한 유럽인권재판소에 협약상의 권리로 제소할 수 있다. 유럽인권재판소의 결정은 유럽회의(the Council of Europe)의 가입국을 구속한다.

• 파업권의 승인

앞서 *Serco* 사건에서 항소법원이 인정한 것처럼, ‘판례법은 이 나라에서 파업권을 부여하지 않는다.’ 또한 ‘파업을 한 근로자들은 보통 고용계약을 위반하는 것’임을 언급한다.¹¹³⁾ 더군다나 ‘파업을 조직한 사람들은 통상 계약 파기의 유인과 때때로 파업기간 동안 행해진 경제적 불법행위에 대해 책임을 져야 한다.’ 발생 가능한 책임으로부터 어떤 보호도 없다면, ‘실제 모든 쟁의행위는 불법이 될 것이다.’¹¹⁴⁾

그러나 파업권에 대한 영국법의 현실을 인정하면서도, 항소법원은 처음으로 국제노동협약문제를 언급하였고, 유럽인권재판소의 적용영역이 급속하게 확장되는 맥락에서 국제노동협약의 중요성을 평가하고 있는 것으로 보였다.

비록 판례법은 파업권을 인정하지 않지만, 그것을 인정하는 다양한 국제문서들이 있다. 예로 유럽회의의 사회헌장 제6조와 ILO 국제협약 제98호와 제151호를 들 수 있다. 더 나아가 유럽인권재판소는 많은 사건에서 파업권이 유럽인권협약 제11(1)조(영국인권법에 의해 효력이 발휘되는)에 의해 부여되는 권리인 결사의 자유의 요소로서 주어지고 있는 점을 확인하였다. 이 권리는 무제한은 아니고 제11(2)조에 의해 제한이 정당화될 수 있다.¹¹⁵⁾

또한 법원의 이러한 결정에서 중요한 점은 법관들이 의회가 사용자의 이익이 항상 우위에 있을 것을 의도한다는 가정 아래, 법령은 엄격하게 노동조합에 불리하게 적용되어야 한다는 추정을 더 이상 하지 않는다는 것이다. 게다가, 항소법원은 법관들이 법령에서 정한 것 이상으로 파업권을 제한하는 새로운 것들을 발명해서는 안 된다는 견해를 취하였다. 다소 초기 하

113) 상기 *RMT v Serco Ltd; ASLEF v London & Birmingham Railway Limited*, para 2.

114) *Ibid.*

115) *Ibid.*, para 8.

급심 판결에 대한 비난처럼 보이지만, 노동조합에게 ‘합정과 장애물’을 만드는 것은 법원의 역할이 아니라는 것이었다.

이것의 의미는 국내법에서의 파업권의 지위를 향상시킨 것으로 보인다는 것이다. 국제노동기준과 인권 규정의 영향을 받아, 사용자의 관례법상의 권리를 우선하기 위해 법령상의 보호가 노동조합에 적대적으로 좁게 해석된다는 추정이 더 이상 적용되지 않아야 한다는 것이다. *Serco* 사건에서 이러한 원칙들이 적용되면서, 항소법원은 효율적으로 쟁의행위에 대한 찬반투표 전에 사용자에게 해야 하는 고지와 관련한 여러 사항들에 관한 법률의 해석방향을 수정하였다.

• RMT v United Kingdom

Serco 사건에서의 이러한 발전은 *RMT v United Kingdom* 사건¹¹⁶⁾에서 유럽인권재판소의 결정에 의해 더욱 강화된다. 이 사건에서 노동조합은 스트라스부르크(Strasbourg) 법원에 앞서의 EDF 사건에서 명해진 금지명령의 결과 협약상의 권리가 침해되었다는 것과 국내법으로는 근로조건에 대해 사용자와 분쟁 중인 조합원들의 소집단을 지원할 연대행위를 할 수 없다는 것을 이유로 제소하였다. 소송을 기각되었는데, 첫 번째 주장은 여기에서는 다를 필요가 없는 이유로 인정되지 않았고, 두 번째 주장에 대해서는 연대행위는 유럽인권협약 제11(2)조에 의해 제한이 정당화될 수 있다고 하였다.¹¹⁷⁾

그럼에도 불구하고 특별히 법원이 유럽인권협약 제11(1)조에 의해 파업권이 현재 명백히 보호되어야 한다는 것을 받아들일 것을 강제되었다는 이유에서 이 결정은 중요하다. 그러나 그것이 제11조 보장사항의 본질적인 요소인가 하는 문제는 풀리지 않은 채로 남아 있다.¹¹⁸⁾ 앞서 논의된 *Metrobus* 사건에서 Lloyd 판사가 ‘영국법은 물론 파업권을 인정하지 않는다’고 말할 때 수세기 동안의 법리상의 정설을 반복하였다. 같은 사건에서 Maurice Kay 판사는 ‘이 나라에서 파업권은 구호나 법적인 비유 이상의 것이 결코 아니다. 이러한 권리는 법령에 의해 부여되지 않고 있었다’고 말하였다.¹¹⁹⁾

RMT v United Kingdom 사건 이후, 이것은 더 이상 사실이 될 수 없다. 파업권은 현재 존재한다. 비록 법령에 의해 창설되었다기보다는 구축된 것이고, 목적으로 제안된 법령이 아니라 인권법으로부터 뜻밖에도 돌출한 것이기는 하지만 말이다. 그러나 이것은 이렇게 하여 파

¹¹⁶⁾ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v United Kingdom*, Application No 31045/10, 8 April 2014.

¹¹⁷⁾ 전체 내용의 이해를 위해서는, A Bogg and K D Ewing, ‘The Implications of the RMT case’ (2014) 43 ILJ 참조.

¹¹⁸⁾ *Ibid.*, para 83.

¹¹⁹⁾ [2009] EWCA Civ 829, [2010] ICR 173. R Dukes (2010) 39 ILJ 82를 볼 것.

업권을 문입구 쪽에 던져두었을 뿐이고 훨씬 덜 명확한 것은, 파업에 대한 제한이 유럽인권협약을 준수하는 것이 되는지에 대한 새로운 질문이 쟁의행위소송에서 제기되어야 한다는 사실을 넘어, 이것이 실제로 무엇을 의미하는가이다. 이러한 정도까지는 이 결정은 *Serco* 사건에서의 항소법원의 논증을 발전시킨 것으로 보인다.¹²⁰⁾

우리가 본 바대로, *Serco* 사건에서 Elias 판사는 쟁의행위에 대한 법적 보호는 좁게 해석되어야 한다는 전통적인 견해를 거부하였다. 더 이상 ‘법령은 어느 쪽으로도 편향되지 않게 단순히 통상의 방법으로 해석되어야 한다.’¹²¹⁾ 하지만 유럽인권재판소의 결정 이후 접근방식은 재논의되어야 하는데, 법이 (i)법령상의 보호가 정당화되어하는 접근법으로부터 (ii)중립적인 접근법 또는 (iii)법령상의 (파업권에 대한) 제한이 현재 정당화되어야 한다는 접근법으로 움직인 상황에서 그러한 접근법은 재검토되어야 한다. 이것은 중요한 앞으로의 도약이다. 비록 물론 실제 어떤 - 만약 있다면- 영향을 남길지는 살펴보아야겠지만 말이다.

파업권과 EU법

British Airline Pilots' Association(BALPA)가 제의한 쟁의행위에서 드러난 바대로 파업권에 대한 새로운 위협이 EU법으로부터 발생하였다. 이 사건에서 British Airways의 조종사들은 사용자가 프랑스에서 부분적으로 기업 활동을 하는 것과 이것이 그들의 근로조건이 끼칠 영향을 염려하였다. 노동조합은 회사로부터 다양한 보장을 요구하였고 교섭이 실패하자, 노동조합은 영국법의 구체적인 절차에 따라 파업에 대한 찬반투표를 실시하였다. 그리고 그 외 영국법을 준수하여 쟁의행위를 하였다.

사건번호 C-438/05, *Viking Line v ITF* 사건¹²²⁾에서 유럽재판소의 결정 이후, BALPA는 노동조합이 국내법을 위반하였다는 이유가 아니라 제안된 쟁의행위가 EC조약 제43조(현재 EU의 기능에 대한 조약(TFEU 제49조)에 따른 사용자의 권리를 침해할 수 있다는 이유로 법정 소송의 위협을 받았다. 그래서 BALPA는 제1심법원에 그들의 쟁의행위가 합법적이라는 확인의 소를 제기하는 혼치 않는 수단을 택했다. 반면 사용자는 ‘BALPA가 파업에 대한 찬반투표 고지만을 이행했다는 사실만에 의해 발생한 손해를 포함하여 무제한의 손해배상’을 청구하는 반소를 제기하였다.¹²³⁾

노동조합의 확인 소송은 시작된 지 3일 만에 중단되었다. 그리고 쟁의행위도 불법일 수도 있다는 불안감과 그것으로 인해 발생하는 사용자의 손해를 노동조합이 책임질 수 있기에 중단되었다. 국내 소송이 중단되면서 BALPA는 ILO의 결사의 자유 위원회에 진정을 제기하였는데, 진정은 ILO의 전문가 위원회로 회부되었다. 전문가 위원회는 현재 진정에 대해 두

¹²⁰⁾ *Serco Ltd v RMT* [2011] EWCA Civ 226, [2011] ICR 848. R Duke (2011) 40 ILJ 302을 볼 것.

¹²¹⁾ *Ibid.*, para 9.

¹²²⁾ [2007] ECR I-10779, 또한 Case C-341/05, *Laval v Svenska Byggnadsarbetareförbundet* [2007] ECR I-11767을 볼 것.

¹²³⁾ 사건의 전체적인 내용은 K D Ewing and J Hendy, ‘The Dramatic Implication of *Demir and Baycara*’ (2010) 39 ILJ 2을 볼 것.

번 보고서를 제출하였으며, 이 보고서는 BALPA 사건에서 반영된 것으로서의 *Viking* 사건의 영향으로 영국이 더욱 더 심각한 정도로 ILO 협약 제87호의 위반상태에 있다는 것을 단호한 표현으로 명백히 하였다.

2009년에 전문가 위원회는 심각한 우려를 보이며 이 사건에서 BALPA 조합원들의 파업권의 실질적인 행사가 사실상 제약됨을 확인하였다. 위원회에 따르면, 쟁의행위에 대한 손해배상으로 노동조합의 파산이라는 어디에나 존재하는 위협은, 현재 *Viking*과 *Laval* 사건의 결정으로 가능한데, 협약에 따른 권리가 실행될 수 없는 상황을 낳게 한다. 비록 BALPA 사건에서 국내법원이 어떠한 판결도 내리지 않았지만, 위원회는 그럼에도 불구하고 ‘노동조합의 존재에 대한 위협이 존재하며, 금지명령 청구와 법정 절차에 따라 필연적으로 뒤따르는 지연이 쟁의행위를 무력하고 의미 없게 만들 수 있다’는 점을 고려했다.¹²⁴⁾

9. 결론

그렇다면 영국의 시스템에서 특징적인 점은 무엇인가? 첫째, 전통적으로 파업권이 없었다는 것과 판례법상의 책임으로부터 일련의 법령상의 보호만이 있었다는 것이다. 비록 그것이 의도하지 않게도 변화를 시작하고 있지만 말이다. 둘째, 쟁의행위를 조직하거나 한다고 해서 형사 책임을 지지 않으며, 현재에 형법이 사용되었다고 알려진 예도 없다. 비록 영국이 홀로 그러한 것은 아니지만 말이다. 셋째, 단체협약에서의 평화의무가 법적으로 구속되지는 않지만, 도의상 지켜진다는 점에서 쟁의행위를 시행할 때에 대한 시간적인 제한이 없다. 그러나 노동조합의 자유에 대한 심각한 제한을 가하는 절차상의 다른 규정들이 존재한다.

영국 시스템의 또 다른 특징은 단일한 노동법 체계와 쟁의행위에 대한 단일한 노동법 체계라는 점이다. 앞서 언급한 규정들은 전 부류의 근로자들에게 적용된다. 규정들은 민간 및 공무원들을 포함한 공공분야의 근로자들에게 적용된다. 필수적인 업무에 종사하는 근로자들에 대한 예외는 없다. 다만 교도관과 경찰관을 포함한 몇몇 분야의 근로자들은 파업이 금지된다. 비록 비상사태라도 할지라도 법은 정부가 쟁의행위를 할 자유를 제한하는 권한을 부정한다. 심지어 문제되는 쟁의행위에 의해 비상상황이 발생한다고 해도 그러하다.¹²⁵⁾ 그 대책은 자발적으로 최소한의 노무를 제공할 협약을 교섭하거나 다른 곳에서부터 대체인력을 제공받는 것이다.

그러나 노동조합 편에서는 영국법에서의 파업권에 대한 엄격한 제한에 대한 진지한 우려가

¹²⁴⁾ ILO Committee of Experts, Observation 2009 (2010). 위원회는 또한 ‘최근의 세계화 흐름에 따라 이러한 사건들이 보다 더 보편적일 수 있으며 특히 항공과 같은 특정 고용분야에서 그러하므로, 이러한 분야의 근로자들이 근로조건에 영향을 끼칠 사안에 대해 사용자와 유의미하게 교섭할 수 있는 영향력이 크게 감퇴할 것’을 우려하고 있다.

¹²⁵⁾ Civil Contingencies Act 2004 s 22.

있다. 이러한 우려는 쟁의행위를 합법적으로 하기 전에 사용자에게 해야 하는 여러 고지들에 대한 절차성의 제한들에 관해 주된 초점이 모아진다. 비록 이미 매우 엄격하지만, 보수당은 다음 총선에서 승리한다면 이러한 제한들을 더욱 더 엄격하게 하는 안을 발표하였다. 현행법은 노동조합이 찬반투표에서 다수표를 획득해야지만 쟁의행위를 소집할 수 있도록 한다. 투표용지의 회송률이 낮아 투표권자 소수의 지지를 얻은 경우는 쟁의행위가 소집될 수 있을까하는 염려가 있다. 보수당은 투표권자들의 최소 50%의 지지를 요구할 것이라고 공언하였다.

노동조합은 현재 존재하는 제한들에 대해 우려할 권리가 있는 것처럼, 이러한 최근의 제안에 대해 우려할 권리가 있다. 현존하는 제한들의 결과 중 하나는 영국의 노동조합으로 하여금 자진하여 ILO의 감독절차를 받도록 하게 한 것이었다. ILO의 감독절차는 보호받는 쟁의행위의 한정된 영역과 연대행위에 대한 전반적인 금지가 ILO 협약 제87호와 양립할 수 있는지를 의문시한다. 그리고 전문가 위원회는 최근 복잡한 고지 의무에 대한 진정을 심사하고 있다. 노동조합이 직면한 도전은 (어느 정당이든) 정부로 하여금 국제법상의 규정들을 국내법으로 전환하도록 설득하는 것이다. 법의 지배가 최상위의 토대에 놓인 국가에서 이것은 신기하게도 어려운 과제임이 증명되었다.

“영국의 쟁의행위와 책임”에 대한 토론문

심재진 (서강대학교 법학전문대학원)

1. 보호받는 단체행동의 범위

○ 노동쟁의(trade dispute)는 근로자들과 그들의 사용자사이의 분쟁이라고 영국의 1992년 노동조합 및 노동관계법(the Trade Unions and Labour Relations (Consolidation) Act 1992. 이하 영국노동조합법)은 정의하고 있다. 이에 따르면 노동분쟁의 정의는 노동분쟁의 당사자를 노동조합으로 한정되지 되지 않는다. 그런데 영국노동조합법은 노동조합에 의해 승인되지 않는 파업에 참여한 것을 이유로 근로자를 해고한 경우 해당 근로자는 부당해고법의 보호를 받지 못하고 규정한다. 그럼에도 불구하고 그 당사자가 노동조합으로 한정되지 않는, 앞의 노동쟁의의 정의에 근거해 노동조합에 의해 승인되지 않는 파업을 보호받는 단체행동으로 보아 불법행위 손해배상책임으로부터 면책될 수 있는가?

○ 법원 등 다른 구제기관을 통해 해결 가능한 근로조건에 관한 분쟁(해고당한 근로자의 복직, 체불임금 등)이라고 하더라도 영국노동조합법 제244조의 (a)에서 (g)에 주로 관련되는 사항에 관한 것이면, 이러한 분쟁의 해결을 위한 단체행동은 보호받는 단체행동에 해당하는가?

○ 한국의 법원은 목적과 관련하여 정리해고나 사업조직의 통폐합, 공기업의 민영화의 실시 자체를 반대하는 모든 단체행동은 정당성이 없다고 본다. 발표문에 소개되는 사건(*Mercury Communications plc v Scott-Garner*)의 개요로 보면, 경쟁화(liberalisation)에 관해 영국법원도 한국법원과 유사한 논리를 취하고 있는 것으로 보인다. 그런데 이 경쟁화는 이 사건에서 법률에 의해 이루어지는 것으로 보인다. 법률에 의해 강제되는 이러한 유형의 경쟁화나 민영화와 구별하여, 만약 사기업에서 ① 회사의 사업 조직을 통폐합하거나 일부분을 외주화하거나 혹은 양도하는 경우, ② 그리고 경영상황이 매우 안 좋은 것을 이유로 해서 회사가 경영상 해고를 실시하는 것 경우 ①과 ②의 실시 자체를 반대하는 파업은 동일한 취지로 목적면에서 정당하지 않는 것인가? 혹은 ①과 ②를 구별하여 ②에 대해서는 TULRA 1992. s. 244 (b)에 근거하여 그 목적면에서 정당성을 인정할 수 있는 여지가 없는가?

○ 단체행동에 대해 조합원의 직접, 비밀, 무기명 투표를 거치도록 규정한 한국과 달리 영국은 단체행동 찬반투표를 우편으로만 수행하도록 하고 있다. 다른 방법을 배제하고 이러한 방법만을 의무화한 특별한 이유는 무엇인가?

2. 위법파업과 민사책임

○ 발표문은 불법파업에 대한 노동조합 혹은 노동조합 간부에 대한 손해배상책임이 문제가 된 사례가 거의 없다고 한다. 그런데 발표문에서 소개된 *Taff Vale* 사건에서 노동조합에 대해 불법행위 손해배상액이 £23,000으로 결정되었다. 이러한 금액은 어떤 방식과 근거로 산출되었는가? 현실에서는 없었지만, 가상적으로 이 금액 전체에 대해 해당 파업을 주도한 노동조합의 간부들에게 청구할 수 있는가? 만약 불법행위책임이 있는 노동조합 간부 전체가 아니라 특정한 노동조합 간부에게만 이 금액 전체를 청구할 수 있는가? 손해배상책임을 이행할 능력이 없는 것이 명확한 개인을 대상으로 한 이러한 청구를 소권의 남용으로 보는 법리는 없는가?

○ 발표문에서는 단체협약이 법적으로 효력이 없는 것으로 종국적으로 추정되어 단체예를 들어 다른 나라에서 단체협약상의 유효기간중에 단체행동을 할 수 있는 상황을 제한하지만, 영국에서는 그렇지 않다고 설명한다. 만약 가상적으로 단체협약이 서면으로 작성되고 법적으로 효력이 있는 계약이라는 취지의 조항이 있는 경우 단체협약상의 유효기간 중에 노동조합이 단체행동을 하는 경우 이 단체행동은 판례법상의 불법행위 책임이 면제되는 ‘보호받는 단체행동’인가?

○ 발표문은 단체행동을 제약하는데 임시금지명령(*interim injunction*)이 큰 역할을 한다고 본다. 파업에 대한 영국노동조합법의 복잡하고 과도한 제한을 없애는 것 이외에 임시금지명령의 남발을 제한할 수 있는 소송법상의 대안은 있는가?

3. 위법파업과 형사책임

○ 영국노동조합법 제240조와 같이 특정의 단체행동에 대해서는 처벌하는 규정이 존재한다. 그럼에도 발표문은 위법단체행동과 관련하여 영국에서는 형사책임이 사실상 발생하지 않고, 이 조항에 대해서도 처벌은 물론 기소된 사례 자체가 없다고 한다. 이러한 상태에 대해 부연 설명이 필요하다. 기소된 사례 자체가 없는 것은 인간생명을 위협에 처하게 하거나 심각한 신체적 부상을 야기할 정도의 단체행동이 전혀 없었기 때문인가? 아니면 그러한 경우가 아주 적으나마 있었어도 관련당국이 이 조항의 적용을 기피하였기 때문인가? 만약 기피한 것이라

면 그 이유는 무엇인가? 이 조항은 사실상 사문화된 조항이라고 볼 수 있는가?

4. 위법파업과 징계

○ 발표문은 단체행동이 보호받지 못하는 행동일 때, 사용자는 해고를 자유로이 할 수 있다고 하면서도 선택적으로 해고하는 경우에는 불공정해고법의 적용을 받는다고 한다. 이렇게 예외적으로 불공정해고법의 적용을 받도록 하는 이유는 무엇인가? 적용을 받는 경우 문제되는 해고가 공정한지 아닌지는 어떠한 기준에 의해 판단하는가? 이 점 때문에 파업참가를 이유로 한 해고가 제한된다면, 정당한 파업에 참여한 것을 이유로 해고를 금지하는 다른 나라의 규정과 똑같은 기능을 수행하는 것은 아닌가?

5. 단체행동과 관련한 법체계

○ 발표문에서 지적한 단체행동과 관련한 영국법의 여러 문제는 어떻게 해결될 수 있는가? 영국의 법관이 영국이 비준한 유럽인권협약이나 ILO협약의 취지에 따라 국내의 법률을 해석할 경우 해소될 수 있는 문제인가? 아니면 이러한 문제들은 근본적으로 단체행동에 대한 보호가 판례법상의 불법행위로부터의 면책의 권리로만 인정되기 때문에 발생하는 것인가? 만약 후자라면, 파업권을 원천적으로 부정하는 영국의 판례법체계에서 면책의 권리가 아닌 적극적 인(positive) ‘단체행동권’으로 보장될 수 있는 입법적 개혁방법이 궁금하다. 이에 대한 영국내의 논의가 있으면 소개를 바란다.

쟁의행위와 책임

— 일본 사례 —

나카쿠보 히로야 (中窪 裕也)

히토쓰바시 대학 (一橋大学)

서

1. 일본에서 집단적 노동분쟁의 경향
2. 쟁의행위의 헌법적·법률적 틀
3. 정당한 쟁의행위의 범위
4. 정당성 없는 쟁의행위로 인한 책임
5. 일본에 특유한 질문에 대한 답변

결론

서

파업 등 쟁의행위 문제는, 한국과 달리, 일본에서는 큰 관심을 끌지 못하고 있다. 주된 이유는 오늘날 일본에서는 쟁의행위를 거의 볼 수 없기 때문이다. 이따금 발생하는 항공 근로자들의 파업을 제외하고는, 파업 등 쟁의행위에 대한 보고는 거의 없다. 이른바 춘투(春闘)라 불리는 연례적 임금협상 기간 중에도 파업은 손가락을 꼽을 정도인데, 대중들에게 영향을 미치지 않는 일부 지방 버스회사의 파업이 그 전형이다. 실제로 최근 수년간 파업은 점차 사라지고 있어, 반(半)농담조의 언론 보도에 따르면, 노조간부들조차 파업이 필요한 경우 과연 자신들이 파업 조직 방법을 기억할 수 있을 지 의문이라고 한다. 물론 근로자의 단체행동권에 대한 헌법적 보장에 따라 근로자와 노동조합은 그들의 단체행동이 ‘정당(正當)한’ 한도에서는 형사책임이나 민사책임으로부터 면책된다는 점은 확고하게 확립되어 있다. 그리고 공장을 폐쇄하고 근로자를 해고하고자 하는 사용자의 계획에 반대하는 파업이 부당한 것으로 추정되지 않는다는 점도 분명하다.

이하에서는 집단적 노동분쟁의 역사적 흐름을 간략하게 살펴본 후, 일본에서 쟁의행위의 법적 규율을 서술한다. 최근의 자료가 거의 없기 때문에 이하에서 언급하는 판결과 학설의 대다

수는 지난 세기의 것이다.)¹⁾

1. 일본에서 집단적 노동분쟁의 경향

일본에서 집단적 노동분쟁은, 부록의 표 1과 표 2에서 보듯이, 지난 수십 년간 현저히 감소하고 있다. 2012년에는 노동분쟁발생건수가 597건에 불과한데,²⁾ 이는 현행 조사방법이 채택된 1957년 이래 가장 낮은 수치이다. 파업 등 쟁의행위를 수반한 노동분쟁의 수는 79건으로 4년 연속 100건 미만에 머물고 있다. 2분의 1일 이상 지속된 파업은 38건이고, 참여한 연(延) 근로자는 1,233명이다. 가장 대조를 보인 해는 1995년으로 각 수치는 208건과 37,528명이다. 이 숫자는 지금의 눈으로 보면 크게 보이지만, 그 이전의 연도들에는 파업이 훨씬 더 많았다.

제2차 세계대전 후 법적 토대를 획득한 일본의 노동운동은 1940년대 후반과 1950년대 초반에 걸쳐 폭발적인 형성의 시기를 지냈다. 1950년대 중반까지 총평(總評, 일본노동조합총평의회) 및 다른 몇 개의 경쟁 조직들에 의해 노동운동은 현대적으로 재편되었는데, 그 시기 일본의 국민경제는 급속하게 성장했고 연례적인 춘투협상의 관행 역시 같은 시기에 시작되었다. 이러한 전후(戰後) 노동관계의 기본 틀 하에서 1960년대를 통하여 쟁의행위의 수는 증가하였다. 정점은 생계비가 제1차 오일쇼크 이후 천정부지로 치솟았던 1974년이었다. 그 해 집단적 노동분쟁은 10,462건이었고, 그 중 9,581건이 쟁의행위를 수반했다. 2분의 1일 이상 지속된 파업은 5,197건이었고, 그보다 짧은 파업은 6,378건이었다. 이듬해인 1975년 또한 일본국철 소속의 노동조합들이 11월 하순에 전례(前例) 없는 전국적 파업을 벌여 일주일간 일본국철의 전체 운행을 정지시켰다는 점에서 유명하다. 이 파업은 그 목적이 법 개혁을 통해 공공부문에 서의 파업을 합법화하는 것이었기 때문에 일반적으로 ‘파업권을 위한 파업’이라고 불리는데, 결과는 처절한 실패였다. 이 사건은 확실히 일반 국민뿐만 아니라 노사의 마음에도 파업의 효과에 대한 의심의 그림자를 드리웠다. 그러나 1980년대 중반까지는, 비록 이전보다는 지속일 수는 좀 더 짧아진 파업이 늘어났지만, 노동분쟁 및 파업의 수는 여전히 많았다.

1) 단체행동을 포함하여 일본 노동법의 개관을 위해서는 Kazuo Sugeno, *Japanese Employment and Labor Law* (Leo Kanowitz 번역), Carolina Academic Press, 2002, pp 616-666; Tadashi Hanami & Fumito Komiya, *Labour Law in Japan*, Wolters Kluwer, 2011, pp 182-196. 일본어를 읽을 수 있는 독자의 경우는 다음의 책들이 도움이 될 것이다. 菅野和夫, *労働法*(10版), 弘文堂, 2012; 西谷敏, *労働組合法*(3版), 有斐閣, 2012. 菅野和夫 교수의 책은 많은 사람들에게 이 분야에서 가장 권위 있는 책으로 받아들여지고 있으며, 이 책의 이전 판이 위에 언급된 영어판으로 번역되었다. 西谷敏 교수 또한 매우 존경받는 학자이며 근로자 입장을 보다 잘 이해하는 관점을 보여주고 있다.

2) 후생노동성, *노동분쟁통계조사*. 이 조사에서 노동분쟁은 쟁의행위를 수반하는 경우(파업, 직장폐쇄 등) 또는 도도부현노동위원회와 같은 제3자에게 조력을 신청하는 경우를 집단적 노동분쟁으로 정의한다.

1980년대 후반에 이르러 집단적 노동분쟁이 감소한 것은 노동조합 조직률의 하락을 포함한 다양한 요인들에 의해 설명될 수 있겠지만, 아마도 가장 중요한 사실은 1985년(전신&전화, 담배&소금)과 1987년(국철)에 이루어진 3 공사(公社)의 민영화일 것이다. 새롭게 민영화된 회사의 근로자들은 합법적으로 파업을 할 수 있었지만, 대다수 근로자들은 보다 덜 전투적인 노동조합을 선택하였다. 그리고 일본 노사관계의 큰 그림 그 자체도 온건한 민간 부문 노동조합의 리더십 하에서 본질적으로 바뀌었는데, 1989년 렌고(聯合, 日本勞動組合總聯合會)라는 거대 조직의 형성에서 정점을 이루었다.

곧이어 1990년대 초반에 거품경제의 붕괴가 시작되었고 다음으로 긴 침체가 이어졌다. 대다수 노동조합들은 여전히 매년 봄에 임금협상에 돌입하였지만, 쟁의행위에 의존하는 경우는 점차 흔치 않게 되었다. 또 하나 주목할 만한 사실은 노동분쟁의 주제로서 ‘임금 인상’이 수적으로도 급격하게 줄어들어 심지어 ‘해고 반대’보다도 적게 되었다(표 3). 어쨌든 집단적 노동분쟁과 파업은 위에서 언급한 시기에는 점차 보기 어려워졌다. 이 점은 같은 시기에 개별적 노동분쟁이 증가한 것과 대조를 보인다. 개별적 노동분쟁의 증가는 이러한 분쟁들을 효율적으로 처리하기 위한 새로운 법령들의 제정 즉 2001년의 「개별노동관계분쟁 해결의 촉진에 관한 법률」과 2004년의 「노동심판법」의 제정을 추동하였다.

2. 쟁의행위의 헌법적·법률적 틀

(1) 역사적 발전

일본 노동조합은 19세기에 형성되기 시작하였으나, 혹독한 법적 환경 속에서 살아야 했다. 특히 악명 높았던 것이 1990년의 치안경찰법이다. 이 법률은 순수한 노동분쟁 상황에서 평화롭게 조업중단을 호소하는 행위도 형벌로써 처벌하였다. 또한 일반 근로자들도 노동조합에 가입하거나 노동조합의 활동에 참가한 경우 사용자로부터 해고 그 밖의 징계를 당할 수 있었다. 상황은 1925년에 약간 개선된다. 그 해, 사회가 노동운동에 대해 더욱 호의적으로 되어가는 있는 상황에 발맞추어, 치안경찰법의 가장 문제되던 규정이 폐지되었다. 그러나 경찰은 여전히 다른 법령들을 사용하거나 종종 관련 법령을 부적절하게 확대 해석함으로써 근로자들의 단체행동을 억압할 수 있었다. 1920년대에는 노동조합의 설립과 그 활동을 적절한 한도에서 합법화하려는 시도가 여러 차례 있었지만, 매번 논의는 걸들기만 했으며 전시동원체제로 전환한 1930년대에는 마침내 관련 논의조차 완전히 사라진다.

혁명적인 변화는 제2차 세계대전 후 미연합국의 일본 점령시기(1945-52)에 찾아왔다. 1945년 12월에 (舊)노동조합법이 제정되었다.³⁾ 이 법률은 파업을 포함한 합법적인 노동조합 활동

에 형사적·민사적 보호를 역사상 처음으로 부여했다. 1946년 노동관계조정법은 집단적 노동 분쟁의 조정을 위한 절차를 확립했다. 근로자의 단체행동권 보장을 포함하고 있는 일본국 헌법도 같은 해 제정되어 1947년 5월부터 발효했다. 현행 노동조합법은 1949년에 새로이 제정되었다. 같은 법률은 1945년 법에 따른 조합활동에 대한 보호를 승계하면서 동시에 약간 강화하였다. 그 후 60년 이상 이러한 헌법적 그리고 법률적 틀에는 변화가 없다.

(2) 관련 규정

[a] 헌법 일본국 헌법은 근로자의 집단적 권리를 다음과 같이 보장한다.

제28조 근로자의 단결할 권리 및 단체교섭 기타 단체행동을 할 권리는 보장된다.

이 규정은 일반적으로는 근로자의 세 가지 기본권 즉 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권의 보장으로 알려져 있다. ‘단체행동’의 권리에 파업권이 포함된다는 점에는 이론(異論)이 없다.

헌법 제정 과정에서, 일본 측에서 준비한 법안은 이러한 권리들을 포함하고 있지 않았다. 점령군 측에서 현행 제28조를 비밀리에 작성하여 다른 진보적 규정들과 함께 일본 정부에 건넸다는 것은 오늘날 널리 알려진 사실이다.

대다수 학자들이 동의하듯이, 제28조는 ‘직접적’ 효력을 가진다. 임금, 근로시간, 휴식 그 밖에 근로조건은 법률로써 정한다고 규정하고 있는 제27조 제2항과 달리 제28조는 추가적 입법에 의존할 필요가 없다. 물론, 실제로는 노동조합법이 제28조상의 근로자 권리들을 구체화하고 더욱 보충하기 위해 존재한다. 그러나 그러한 법률이 없다고 해도, 노동조합과 근로자는 헌법상의 규정을 통해 직접적으로 그들의 정당한 행위에 대한 형사적·민사적 보호를 주장할 수 있다.

[b] 노동조합법 노동조합법은 근로자에게 쟁의행위에 참가하는 경우 세 종류의 보호를 규정하고 있다.⁴⁾ 그것은 각각 (a) 형사면책, (b) 민사면책 및 (c) 불이익취급으로부터의 보호이다.

3) 이 법률은 영문으로는 『the Trade Union Law of 1945』(1945년 노동조합법)으로 인용되지만, 일본 정부는 2006년 일본 법령의 번역에서 미국식 표현을 사용하기로 결정하였다. 나는 1946년의 노동관계조정법과 1949년의 노동조합법을 포함하여 이차대전 후의 법령 번역에서 이 규칙을 따른다.

4) 이하에서는 근로자 측의 쟁의행위에 집중하겠다. 사용자가 직장폐쇄라는 유형의 쟁의행위를 할 ‘권리’를 가지고 있는가에 대해서는 논쟁이 있다. 노동조합법과 헌법은 모두 이 점에 관해 침묵하고 있지만, 최고재판소는 극히 제한적인 상황 즉 사용자가 노동조합의 가혹한 쟁의활동으로 인해 긴박한 상황에서만 이 권리를 실행할 수 있다고 확인했다. (丸島水門 사건, 最高裁判所, 1975. 4. 25 判決, 民集 제29권 제4호 481면)

먼저, 형사면책이라 함은 해당 행위가 형벌로써 처벌되지 않음을 말한다. 그러므로 참가자는 형사소추 및 유죄 판결로부터 자유롭다.

*제1조 제2항 형법(1907년 법률 제45호) 제35조는 노동조합이 단체교섭 기타의 행위로서 전항에서 규정하고 있는 목적을 달성하기 위해서 행한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만 어떠한 경우에도 폭력의 행사는 노동조합의 정당한 행위로 해석되어서는 아니 된다.*⁵⁾

이 규정은 쉽게 이해될 수 있는 조항은 아니지만, 형법 제35조는 법령에 따른 행위 또는 적법한 업무수행 행위는 처벌하지 않는다고 선언하고 있다. 통상적인 해석에 따르면, 환자를 수술하는 의사는 비록 그의 행위가 상해에 해당한다고 해도 그것은 적법한 업무로서 불법적인 요소를 포함하지 않기 때문에 형사책임을 지지 않는다. 그와 유사하게, 파업 그 밖의 쟁의 행위도 만약 그것이 정당하고 노동조합법의 목적을 달성하기 위해 수행된 경우에는 범죄를 구성하지 않는다.⁶⁾

둘째, 노동조합법 제8조는 정당한 쟁의행위에서 노동조합과 조합원의 민사책임을 면제하고 있다.

제8조 사용자는 동맹파업 그 밖의 쟁의행위로서 정당한 행위에 의한 손해를 이유로 노동조합 또는 그 조합원에 대해 배상을 청구할 수 없다.

따라서 사용자는 정당한 쟁의행위로부터 발생한 손해에 대해 계약 위반이나 불법행위 어느 것에 근거하든 그 배상을 구할 수 없다. 반면에 파업참가자도 노사 사이의 버티기로 낭비한 시간에 대해 임금을 청구할 수 없다.

셋째, 근로자는 노동조합법 제7조 제1호에서 규정하는 바와 같이 사용자의 해고 그 밖에 불이익한 취급으로부터 보호된다.

제7조 사용자는 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

-
- 5) 2006년 정부가 노동기준법 그 밖의 법령의 영문명을 변경함에 따라 노동기준법의 semi-official 번역에 일부 변화가 있었다(각주 3 참조). 그 때 이 조항 및 제8조와 제7조 제1항의 ‘proper’라는 용어는 ‘justifiable’이라는 용어로 대체되었다. 그러나 필자는 앞의 용어가 일본어 원어((正當な)의 어감에 보다 충실하다고 생각하기 때문에 앞의 용어를 계속 사용하겠다.
- 6) 동조 제1항은 다음과 같이 규정한다. 노동조합법의 목적은 “근로자가 사용자와의 교섭에서 대등한 입장에서 서는 것을 촉진함으로써 근로자의 지위를 향상시키고, 근로자가 그 근로조건에 대해서 교섭을 하기 위해서 스스로 대표자를 선출하며, 그 밖의 단체행동을 하기 위해서 노동조합을 조직하고 단결하는 것을 옹호하고 사용자와 근로자의 관계를 규제하는 단체협약을 체결하기 위한 단체교섭 및 그 절차를 조성하는 것으로 목적으로 한다.”라고 규정하고 있다.

근로자가 노동조합의 조합원이라는 것, 노동조합에 가입하거나 노동조합을 결성하려고 한 것, 노동조합의 정당한 행위를 한 것 등을 이유로 하여 그 근로자를 해고거나 그 외에 그 근로자를 불이익하게 취급하는 것 ...

위와 같은 행위는, 단체교섭의 거부(2호), 노동조합의 설립과 운영에 대한 지배와 개입(3호), 노동위원회에 신고하거나 그 밖에 협조한 근로자에 대한 보복(4호)과 함께 사용자의 '부당노동행위'를 구성한다.

'노동조합의 정당한 행위를 한 것'이라는 핵심적인 문구는 1946년 구(舊)노동조합법에 추가되어 1949년 노동조합법에 승계되었다. 두 법률의 중요한 차이점은 현행법은 노동위원회가 사용자에게 구제명령을 발할 수 있도록 한 것이다.⁷⁾ 해고의 경우, 도도부현 노동위원회는 전형적으로 (사용자에게) 근로자에 대한 해고기간중의 소급임금지급과 함께 원직으로의 복귀를 명령한다. 사용자는 이 명령에 대해 중앙노동위원회 그리고/또는 관할 지방법원에서 다툴 수 있으며 궁극적으로는 최고재판소의 판단을 받을 수 있다.

이 시스템은 미국의 법령 즉 1935년 연방노동관계법을 모델로 한 것이지만, 양자 사이에는 상당한 차이가 있다. 한 가지 차이는 일본에서는 노동위원회가 구제의 전속권을 가지지 않는다는 점이다. 노동위원회의 절차에 더하여 혹은 그 절차를 대신하여 근로자는 사용자를 상대방으로 하여 당해 해고가 위법하여 무효라고 주장하는 소(訴)를 직접 관할 법원에 제기할 수 있다. 이 경우, 관할 법원은 노동위원회의 구제명령을 심사하지 않고 다른 민사사건과 마찬가지로 처음부터 사실 심리를 할 수 있다. 법원은, 그 해고가 실제로 제7조 1호를 위반하였다고 판단하면, 일반적으로 해당 사용자와 근로자 사이의 근로계약은 여전히 유효하고 사용자는 위법한 고용종료 이후의 임금을 지급하라고 판결한다.

(3) 공공부문에서 파업의 금지

헌법 제28조상의 단체행동권 보장에도 불구하고, 공공부문의 근로자는 쟁의행위가 금지된다. 여기서 상세한 서술은 하지 않겠지만,⁸⁾ 이 주제는 매우 격렬한 논쟁의 주제가 되고 있기 때문에 간략하게나마 개관하는 것이 적절할 것 같다.

국가 차원에서, 국가공무원법은 공무원에 의한 파업, 태업 그 밖의 쟁의행위를 전면적으로 금지하며(제98조 제2항), 심지어 그러한 행위의 선동자도 처벌하는 규정을 두고 있다. 국가

7) 구법에서 사용자는 그 위반에 대해 벌칙을 받을 수 있었다. 노동위원회는 사건을 조사하고 검찰에 송치할 수는 있었지만 사용자에게 명령을 발할 수는 없었다.

8) 일본 공공부문 노동관계법에 관한 개괄적인 묘사는 Ryuichi Yamakawa, "Japan's Collective Labor Relations Law in the Public Sector: Constitutional Conflict Between Union Rights and Democracy", *Comparative Labor Law & Policy Journal* 349 (2013).

정부의 대다수 근로자는 그들의 노동관계에 대해 국가공무원법의 규율을 받는 반면에, ‘특수 독립행정법인’에 속한 일부 근로자들은 다른 법령인 「특수독립행정법인노동관계법」의 적용을 받는다. 이 법률은 노동조합과 단체교섭에 관해서는 민간 부문의 노동조합법에 상당히 근접하고 있다. 그러나 같은 법률은 파업, 태업 그 밖의 쟁의행위를 단호하게 금지한다(제17조 제1항). 다만 선동자를 형사벌하지는 않는다.

지방 차원에서도 유사한 패턴이 있다. 두 개의 상이한 법령 즉 지방공무원법과 지방공기업 노동관계법이 있다. 후자는 적용 대상이 상대적으로 적으며 내용상으로는 노동조합법과 매우 유사하다. 두 법률 모두 파업 그 밖의 쟁의행위를 금지하지만, 약간의 차이는 후자의 경우 선동자에 대한 형사벌이 결여되어 있다는 점이다.

한 때 최고재판소는 헌법 제28조에 따라서 그러한 금지의 범위를 매우 좁게 해석하는 자유주의적 입장을 취한 바 있다.⁹⁾ 그러나 이러한 판례의 흐름은 아주 짧은 시기에만 있었다. 최고재판소는 그 후 자신의 입장을 바꿔 계속하여, 문구의 의미상 광의의 금지가 맞고 그런 해석이 합헌적이라고 판결했다.¹⁰⁾ 그러므로 계속된 학계의 비판에도 불구하고, 공공부문에서 파업은 곧바로 위법하고 부당한 것으로 해석되고 공공부문 근로자는 위에서 언급한 세 종류의 보호가 적용되지 않는 아웃사이드라는 사실은 일본법상 확립되어 있다고 하겠다.

한편, 공공부문은 특히 국가 차원의 공공부문은 민영화의 결과로써 그 규모가 상당히 줄어들었다. 위의 1.에서 언급한 바와 같이, 1980년대에 3 공사가 민영화 되었고, 2007년 그 때까지 최대 규모의 국가 기업이었던 우편 사업도 민영화되었다.¹¹⁾ 새로이 민영화된 기업이 근로자는 노동조합법의 적용을 받아 파업 그 밖의 쟁의행위에 대해 완전한 권리를 가진다. 비록 실제로 이러한 권리를 실행한 예는 거의 없지만 말이다.

3. 정당한 쟁의행위의 범위

(1) 개관

노동조합법에 의해 보호를 받기 위해서는 쟁의행위는 정당해야 하며, 헌법 역시 같은 요건

9) 全遞東京中郵 사건, 最高裁判所, 1966. 10. 26 判決, 刑集 제20권 제9호 901면; 全司法仙台 사건, 最高裁判所, 1969. 4. 2 判決, 刑集 제23권 제5호 685면.
10) 全農林警職法 사건, 最高裁判所, 1973. 4. 25 判決, 刑集 제27권 제4호 547면; 全遞名古屋中郵 사건, 最高裁判所, 1977. 5. 4 判決, 刑集 제31권 제3호 182면.
11) 공기업과 국영기업의 근로자들은 민영화되기 이전에는 「특수독립행정법인노동관계법」과 유사한 법률의 적용대상이었다. 1984년 기준, 74만 명의 근로자가 3 공사 소속이었고 31만 명의 우편 근로자가 있었다. 이와 비교할 때 2013년의 정규직 국가공무원의 수는 자위대 직원, 법원 직원 그 밖의 특별 정부기관의 직원을 제외하면 대략 34만 1천 명 정도이다.

을 요구하는 것으로 이해된다. 그런데 노동조합법에는 제1조 제2항의 문구, 즉 폭력행위는 노동조합의 정당한 행위가 될 수 없다라고 하는 문구를 제외하고는 정당성에 대해 정의하고 있지 않다. 법원은 일반적으로 해당 쟁의행위의 목적과 방법을 살펴, 사회에서 일반적으로 받아들여지고 있는 규범 즉 사회통념(社會通念)에 따라 그 쟁의행위가 정당한지를 결정한다. 때때로 문제가 된 쟁의행위의 당사자와 관련 절차를 고려하기도 한다.

정당성 기준은, 비록 그러한 경우가 상대적으로 매우 드물기는 하지만, 노동조합법의 상이한 목적들에 따라 다를 수 있다. 예를 들어 어떤 단체행동이 형사면책의 목적에서는 정당성의 범위에 속하는 경우에도 민사면책의 목적에서는 부당할 수도 있을 것이다.

(2) 쟁의행위의 목적

노동조합은 사용자와의 정당한 교섭 대상 예를 들어 임금, 근로시간 그 밖의 근로조건에 관해 파업을 할 수 있다. 여기에는 특정 근로자의 대우를 포함된다. 조합원인 근로자가 해고되거나 징계된 경우, 징계 정도를 낮추라는 요구는 파업의 정당한 대상이 될 수 있을 것이다. 사용자와 노동조합 사이의 문제 예를 들어 노동조합 사무소를 위한 회사 공간의 임대 등의 문제 역시 포함된다. 이러한 문제들에 관해서는 사용자는 교섭할 법적인 의무가 있고 노동조합 역시 파업을 할 수도 있다. 노동조합의 요구가 외견상 과도하거나 비현실적이라고 해도 다르지 않다. 무엇을 어떻게 요구할 것인가는 노동조합에 달린 문제로서, 법이 노동조합에 대해 현명하게 행동하도록 요구할 수는 없다. 가끔 노동조합은 예를 들어 공장에서 심각한 산업 재해가 발생한 경우에는 ‘항의(抗議) 파업’을 조직하기도 한다. 이 역시 정당한데, 그 노동조합은 실제로 보다 안전한 작업장을 요구하였기 때문이다.

노동조합이 비조합원의 문제에 대해 요구를 한 경우에는 논란이 되겠지만, 법원은 이 문제에 대해 관대하게 해석하고 있다. 구 노동조합법하의 사건에서, 근로자들은 공장장을 그 직위에서 파면할 것을 촉구하는 파업을 벌였다. 외견상 경영전권에 속하는 사항에 대한 개입이었음에도 불구하고, 최고재판소는 하급심의 판단 즉 공장장이 예비교섭 자리에서 노동조합의 임금인상 요구를 완강한 태도로 거부하였기 때문에 이 사안에서 실질적인 문제는 임금이었기 때문에 그 파업은 목적의 측면에서 정당하다는 하급심의 판단을 지지하였다.¹²⁾ 또 다른 사건에서 사용자에게 비조합원인 두 명의 관리직에 대한 해고를 철회하라고 요구한 파업에 대해, 최고재판소는, 하급심 법원과 마찬가지로, 그 요구는 보다 나은 공정한 인사시스템의 설정을 포함하는 것으로서 그 목적상 정당성을 인정하였다.¹³⁾ 이러한 요구는 확실히 모든 근로자의

¹²⁾ 大浜炭鑛 사건, 最高裁判所, 1949. 4. 23 判決, 刑集 제3권 제5호 592면. 사용자는 파업을 주도한 노동조합을 해고한 혐의로 기소되었다.

¹³⁾ 高知新聞 사건, 最高裁判所, 1960. 4. 26 判決, 民集 제14권 제6호 1004면. 노조 간부에 대한 징계 해고는 위법 무효로 판결되었다.

관심사이다. 최고재판소는 이러한 요구가 파업이 시작된 이후에야 분명해졌다는 점도 문제가 되지 않는다고 보았다. 그러므로 만약 노동조합이 사용자에게 공장폐쇄 계획이나 신기계 도입 계획의 철회를 요구하는 파업을 벌인다면, 아마도 법원은 해고 반대와 같이 조합원들이 받는 영향에 대한 묵시적 요구들을 발견할 것이고 따라서 해당 파업은 정당성의 범위 내에 있다고 할 것 같다.

정치파업이 정당한지에 대해서는 논쟁이 있었고 현재에도 그렇다. 일부 학자는 적극적 견해를 취해, 정치적 사안도 어떤 식으로든 근로자의 상황에 불가피하게 영향을 미친다고 주장한다. 그러나 최고재판소는 일관되게 이러한 입장을 거부하여 왔다.¹⁴⁾ 비교적 최근 사건에서 최고재판소는 고장 난 핵추진함의 사세보(佐世保)항 정박을 허용한 정부의 결정에 대해 항의 파업을 주도한 노조간부에 대한 징계 정직을 인정하면서, 헌법 제28조에는 근로자의 경제적 지위 향상을 위하여 사용자에게 대한 요구와 직접적으로 관련되지 않는 정치적 목적의 쟁의행위가 포함되지 않는다고 실시하였다.¹⁵⁾

유사하게, 관련 없는 사용자의 다른 노동조합을 지지하기 위한 ‘동정(同情)’ 파업 역시 직접 사용자의 처분권 너머의 것으로 정당하지 않은 것으로 본다. 동정파업은 일본에서는 드물어 이런 사건은 단지 상대적으로 오래된 지방법원 판결에서만 발견된다.¹⁶⁾

(3) 쟁의행위의 방법

파업 즉 집단적 작업 거부는 가장 전형적인 쟁의행위이다. 직장점거나 피켓라인에서의 폭력 등 부수적인 불법에 따른 오염만 없다면, 파업은 어떤 식이든 정당하다. 노동조합은 모든 근로자가 참여하는 총파업을 벌일 수도 있고, 일부만 참여하는 부분파업을 벌일 수도 있다. 수일 혹은 수주 이상의 장기파업도 몇 시간의 짧은 파업도 가능하다. 일회성 파업이든 반복 파업이든 무관하다.

그러나 일반적으로 인정되듯이, 생명을 위태롭게 하거나 사업설비에 회복할 수 없는 손해를 가져오는 파업은 정당하지 않다. 노동관계조정법은 이 원칙을 제36조에서 다음과 같이 규정하고 있다. “사업장의 안전을 유지하기 위한 시설의 정상적인 유지 또는 운영을 정폐(停廢)하거나 이를 방해하는 행위는 쟁의행위라고 하더라도 할 수 없다.”

또한 전력시설과 탄광에 관해 1953년 제정된 법령이 있다.¹⁷⁾ 여기서는 공중에 대한 전력공

14) 예를 들어 앞의 각주 10) 全農林警職法 사건 참조.

15) 三菱重工業 사건, 最高裁判所, 1992. 9. 25 判決, 勞働判例 제618호 14면.

16) 杵島炭鑛사건, 東京地裁, 1975. 10. 21 判決, 勞民集 제26권 제5호 870면.

17) 『전력기업과 석탄광산에서의 파업규제법』은 대중적으로는 ‘파업규제법’으로 알려져 있다. 이 법령은 1952년 여름, 이들 산업의 노동조합들의 전술을 무력화하기 위해 노동 측의 격렬한 반대를 무릅쓰고 제정되었다.

급을 방해하거나 탄광의 필수적인 안전설비의 작동을 교란하는 쟁의행위를, 비록 위반 행위자에 대한 특별한 제재를 정하고 있지는 않지만, 금지한다. 그러한 행위들은 노동관계조정법 제 36조와도 관련된 것으로 노동조합법상 정당하지 않은 것으로 판단될 것이다.

다른 한편, 병원에 고용된 의사나 간호사라고 해도 단체행동권을 가진다. 최고재판소는 환자들이 필요한 돌봄과 치료를 받을 수 없다는 이유로 파업이 곧바로 부당하게 되는 것은 아니라고 판시했다. 물론 그와 함께 파업참가자들은 응급상황에서는 사용자와 협조해야 한다는 설명을 덧붙였지만.¹⁸⁾

평소보다 느린 속도나 낮은 강도로 작업을 하는 ‘태업’은 일본에서는 단체행동의 정당한 방법이라고 본다. 근로자들이 사업장에 머물기 때문에 통상적인 파업보다 사용자에게 더 해로울 수 있다. 그러나 태업은 근로자들이 단순히 작업의 일부를 유보하는 한 허용될 수 있다고 한다. 반면에 근로자들이 예를 들어 결함 있는 상품의 의도적인 생산과 같이 적극적으로 위해(危害) 행위를 하는 것은 정당하지 않다.

또한 파업참가자가 공장시설을 점거하여 사용자 측의 접근을 막는 것은 정당한 쟁의행위가 아니다. 제2차 세계대전 직후 일부 노동조합은 공장시설을 점거하여 직접 사업을 경영하기도 했다. 최고재판소는 이러한 소위 자주관리(自主管理) 또는 생산관리(生産管理) 전술을 사용자의 재산권에 대한 과도한 침해로서 정당성을 부정하였다.¹⁹⁾ 유사하게 버스회사의 근로자가 파업기간 중 차량을 가져가서 보관함으로써 대체근로자들이 운영을 할 수 없게 된 사건에서, 최고재판소는 이러한 행위는 과도하고 부당하다고 하면서 근로자들에 대한 형사소추를 인용하였다.²⁰⁾

또 다른 부당성의 원천은 피켓 라인에서 근로자들의 행동이다. 일부 학자들은 물리력의 사용도 상황에 따라 일정한 한도에서 불가피하고 허용된다는 입장을 취한다. 그러나 최고재판소는, 파업의 본질은 어디까지나 근로자가 자신의 직무상 의무를 수행하지 않는 것이기 때문에, 비록 피켓 라인이라고 해도 어떠한 폭력, 위협, 침입도 허용될 수 없다고 여러 번 계속해서 판결하였다.²¹⁾ 택시 회사의 운전사들이 파업 때 차고 정문에 앉아 대체근로자들에 의한 차량 운영을 방해한 비교적 최근의 사건에서, 최고재판소는 동일한 기준을 반복하면서 운전사들의

18) 新鴻精神病院 사건, 最高裁判所 1964. 8. 4 判決, 民集 제18권 제7호 1263면. 사용자는 파업을 주도한 노조간부를 해고했지만 노동위원회는 구제명령을 내렸고 최고재판소는 이를 지지했다.

19) 山田鋼業吹田工場 사건, 最高裁判所 1950. 11. 15 判決, 刑集 제4권 제11호 2257면. 노조간부에게 절도죄가 인정되었다.

20) 山陽電氣軌道 사건, 最高裁判所 1978. 11. 15 決定, 刑集 제32권 제8호 1855면.

21) 朝日新聞 사건, 最高裁判所 1952. 10. 22 判決, 民集 제6권 제9호 857면; 羽幌炭鉱 사건, 最高裁判所 1958. 5. 28 判決, 刑集 제12권 제8호 1694면. 전자의 사건에서는 비조합원인 근로자에 의한 업무를 물리적으로 저지한 조합원의 해고가 인정되었다. 후자의 사건은 형사사건인데 이 사건에서 조합원인 근로자들은 업무를 강제적으로 저지하였기 때문에 유죄 판결을 받았다(전자의 사건과 본질적으로 동일한 행위임).

행위는 정당성이 없어 노동조합법상 보호 바깥에 있다고 판시했다.²²⁾

(4) 정당성에 영향을 미치는 다른 요인들

노동조합이 행하는 쟁의행위의 정당성에 영향을 미칠 수 있는 몇 가지 다른 요인들이 있다.

첫째, 쟁의행위는 노동조합의 주도하에 적절한 사람들에 의해 실행되어야 한다. 만약 어느 분파의 근로자들이 노동조합의 승인 없이 파업을 개시하였다면 그것은 정당성이 없는 ‘비공인’(wild-cat) 파업이다. 그러나 유의할 점은 심지어 노동조합이 존재하지 않는 경우라 해도 근로자들은 사용자와 근로조건에 대해 교섭하기 위하여 임시적인 쟁의단을 결성할 수 있다는 점이다. 헌법 제28조에 의해 보호되듯이, 근로자들은 필요한 경우 그룹으로서 파업 그 밖의 쟁의행위를 할 수 있다.

둘째, 때때로 당사자 사이의 단체협약에 따라 파업에 사전 예고가 요구되기도 한다. 이런 경우에 노동조합은 사전 예고 의무를 이행해야 하며, 만약 그렇게 하지 않으면 파업은 정당한 것으로 보지 않는다. 그러한 약정이 없는 경우라도 사실관계에 따라서는 노동조합의 행위가 정당성이 없는 것으로 해석될 수도 있다. 예를 들어 노동조합의 예고 없는 태업은 전체적으로 불공정하고 부당하다는 지방법원의 판결도 있다.²³⁾ 고등법원 역시, 노동조합이 사전에 통지된 시간보다 12시간 먼저 파업을 시작함으로써 사용자가 대응할 수 있는 시간이 단 5분에 불과했던 사건에서, 비슷한 결론을 내린 바 있었다.²⁴⁾

셋째, 기간을 정해 단체협약이 체결된 경우 양 당사자는 유효기간동안 단체협약의 구속을 받으며 노동조합은 그 유효기간 중 단체협약의 변경을 요구하는 파업을 할 수 없다. 일부 학자들은 이른바 단체협약에서 ‘평화의무’는 매우 중요한 것이기 때문에 그러한 파업은 전혀 수용할 수 없고 부당하다고 주장한다. 다른 일부 학자들은 그에 반대하면서 평화의무는 사적 협약에 대한 상대적으로 사소한 침해에 불과하다고 주장한다. 최고재판소는 이 쟁점을 판단할 기회가 있었지만, 명확한 답을 내리지는 않았다.²⁵⁾

마지막으로 대중교통, 통신, 전력, 가스, 의료서비스 등 공중(公衆)에 필수적인 서비스를 제공하는 ‘공익사업(公益事業)’에 관해서는 쟁의행위 개시 10일 전에 노동관계조정법 제37조 제1항은 노동위원회와 후생노동성 장관(大臣) 또는 도도부현 지사에게 그 뜻을 통지하도록 정하고 있다. 최고재판소는 현재까지 만약 노동조합이 이 규정에 위반하면 파업은 정당성이 없다

22) 御國ハイヤー사건, 最高裁判所, 1992. 4. 10. 判決, 勞働判例 제619호 8면. 노동조합원들은 사용자의 손해배상 청구에 책임을 부담한다고 판결되었다.

23) Texas Instruments Japan 사건, 浦和地裁, 1974. 12. 6 判決, 勞民集 제25권 제6호 552면.

24) 東日本旅客鐵道株式會社 사건, 東京地裁 2001. 9. 11 判決, 勞働判例 제817호 57면.

25) 弘南バス 사건, 最高裁判所 1968. 12. 24 判決, 民集 제22권 제13호 3194면. 노동조합 대표자에 대한 징계해고는, 평화의무 쟁점에 대한 충분한 설명 없이, 위법 무효로 선고되었다.

고 판단하는 반면, 대다수 학자들은 이 규정은 단순히 사회의 편의를 위한 것으로 따라서 쟁의행위의 정당성에 영향을 미칠 수 없는 것이라는 이유로 최고재판소의 판단에 회의적이다.

4. 정당성 없는 쟁의행위로 인한 책임

(1) 형사책임

쟁의행위가 정당성이 없는 경우, 노동조합법 제1조 제2항이나 헌법 제28조 어느 것도 행위자들에게 형사면책을 주지 않는다. 그런데 무엇이 구체적으로 범죄를 구성하는지에 대해서는 의문이 남는다.

파업은 그 자체로는 범죄가 아니라는 사실은, 적어도 민간 부문에서는, 일반적으로 받아들여지고 있다. 헌법과 노동조합법은 파업은 근로자가 사용자와 효과적으로 교섭할 수 있도록 하기 위해 불가결하고 합법적인 수단임을 인정한다. 파업참가자들은 사용자가 그들의 요구를 수용하도록 사용자에게 의도적으로 경제적 손해를 가하는 것임도 인정된다. 파업은 정당한 쟁의행위로서 정당화되지 않는 한 위력에 의한 업무방해 또는 불법적인 강요에 해당한다고 주장하는 것이 전혀 불가능한 것은 아니지만, 필자가 이는 한 그러한 입장을 취하는 사람은 없다. 이 점은 태업 및 완전히 평화로운 피켓팅에서도 동일하다. 형사 소추는 오직 파업참가자들이 폭행, 상해, 주거침입, 손괴 등 과도하거나 그 밖에 위해적인 행동을 한 경우에만 지시되어 왔다.

이 점과 관련하여, 우편 업무가 민영화되기 이전에 우편 근로자의 상황을 살펴보는 것이 도움이 될 것 같다. 앞서 2 (3)에서 서술한 바와 같이, 우편 근로자들은 『특수독립행정법인노동관계법』의 전신(前身) 법령의 적용을 받았는데, 같은 법령은 파업과 쟁의행위를 금지하였다. 또한 우편 업무의 특수성에 기초하여 우편법은 누구든지 서신 전달을 막거나 늦추기 위해 우편 사무에 개입하는 것을 범죄라고 규정하였다. 우편노조가 파업을 개시하자 그 지도자들은 이 범죄의 교사 및 방조 혐의로 기소되었는데, 최고재판소는 이 파업은 위법하고 따라서 정당성이 없다면서 기소를 인용하였다.²⁶⁾ 그러나 다른 한편 노조 지도자들이 주도한 파업에 참가한 일반 근로자들은 처벌할 수 없다는 점을 부가하였다. 물론 이 1977년 판결은 노동 측으로부터 극히 보수적이라고 비판을 받고 있지만, 최고재판소는 파업참가자들의 형사벌에 일정한 제약을 가하였다.²⁷⁾

26) 全農林警職法 사건, 앞의 각주 10.

27) 민영화된 이후에도 우편법에는 동일한 규정이 남아 있다. 그러나 오늘날 우편 근로자들은 노동조합법 하에서 정당한 쟁의행위를 할 수 있다. 그 목적이 예를 들어 정치적인 것이어서 정당한 파업으로

국가공무원법 또는 지방공무원법의 적용을 받는 정부 근로자에 관한 한, 파업은 여전히 위법하고, 2 (3)에서 설명하였듯이, 그 선동자들은 형사벌을 받는다. 그러나 단순히 노무거부에 참가한 일반 조합원을 처벌하는 규정은 없다. 다른 한편 선동자들은 형사책임을 벗어날 수 없다. 최고재판소는 한 때 이 규정을 특히 공격적인 파업에서의 중한 선동 행위로 제한함으로써 일반적인 방식의 통상적인 파업을 계획하고 지도한 노조 간부가 벌칙의 적용을 받지 않도록 했다.²⁸⁾ 그러나 최고재판소는 곧이어 입장을 바꿨고 이후 다수의 사건에서 노조간부의 형사책임을 인정하였다.²⁹⁾

(2) 민사책임

근로자들이 파업이나 태업을 한 경우, 그들은 근로계약상 의무를 완전하게 혹은 불안전하게 이행하지 않은 것이다. 이는 계약위반으로 만약 파업이나 태업이 정당한 쟁의행위가 되지 않는다면 각각의 위반 행위로서 사용자에게 가한 손해에 대한 민사책임을 져야 한다. 그리고 일반 근로자에게 쟁의행위를 지시한 노조 간부는 그러한 권리 침해의 교사자로서 민법 제719조 제2항의 불법행위 규정에 따라 연대하여 사용자의 전체 손해에 대해 책임을 지게 될 것이다.

다른 한편, 근로자가 위법한 피켓팅, 직장점거, 시설 파괴 등에 참가한 경우 법적 책임의 근거는 파업에 수반한 과도한 행위이다. 가해자는 민법 제709조에 따라 그 행위로부터 발생한 불법행위 손해에 대해 책임을 져야 할 것이고, 그러한 행위를 지시한 노조 간부는, 자신이 가해자가 아니라면, 민법 제719조 제2항에 따라 교사자로서 연대하여 책임을 지게 될 것이다.

또한 위의 두 가지 사례에서 노동조합 자신은 노동조합의 법적 신분과 쟁의행위의 성질에 따라 민법 및 관계 법령의 관련 규정에서의 사용자 책임을 질 것이다. 일부 학자는, 쟁의행위는 통일적인 집단의 행위이기 때문에 개별적인 조합원이나 조합 간부가 아니라 오직 노동조합만이 손해배상 책임을 진다고 주장한다. 다른 학자들은 노동조합도 책임을 지기 때문에 개인의 책임은 간단히 없어져야 한다는 주장에 반대한다. 반면에 후자의 학자들은, 사용자는 해당 쟁의행위가 노동조합의 승인에 의한 것인 한 노동조합으로부터 완전하게 배상을 받지 못한 경우에만 근로자와 노조간부에게 손해배상의 청구를 할 수 있다는 주장을 더함으로써 그들의 부담을 일정하게 경감하려고 노력한다. 그러나 법원들은, 비록 손에 꼽을 정도의 하급심 판결밖에 없지만, 개인 조합원들과 조합간부는 노동조합과 연대하여 그리고 각각 전체 손해에

판단되지 않는 경우라고 해도, 그 파업의 일반적인 참가자가 그 규정 위반으로 처벌받을 지는 의문이다.

28) 全司法仙台 사건, 앞의 각주 9; 東京都教組 사건, 最高裁判所 1969. 4. 2 判決, 刑集 제23권 제5호 305면.

29) 全農林警職法 사건, 앞의 각주 10; 岩教組學テ 사건, 最高裁判所 1976. 5. 21 判決, 刑集 제30권 제5호 1178면; 日教組 사건, 最高裁判所 1989. 12. 18 判決, 刑集 제43권 제13호 882면; 등.

대해 책임을 진다고 판결하고 있다.³⁰⁾ 그러므로 사용자는 자신이 원하는 바에 따라 처음부터 개인 조합원이나 조합 간부를 상대방으로 하여 자유롭게 손해배상을 청구할 수 있다.

사례가 많지 않기 때문에 손해가 어떻게 산정되는 지를 말하기는 어렵다. 더욱이 필자는 각 판결이 어느 정도나 옳은 지 혹은 사용자가 손해 산정에서 자신이 본 손해보다 많은 손해를 포함시킴으로써 이익을 보았는지 확인할 수 없다. 다만 독자들에게 이 문제에 대한 약간의 조망을 줄 수 있도록 이하에서 네 가지 사례를 보여주겠다.

첫째, 화학공장에서의 7일간 파업이, 노조가 쟁의행위 시작 전에 평화적으로 교섭하기로 한 단체협약의 의무를 준수하지 않았기 때문에, 정당성이 없다고 판단된 사건에서, 법원은 노동조합에 대해 (a) 파업으로 인한 생산 감축 (b) 파업기간 중 낭비한 고정비용 (c) 파업 개시로 인해 못쓰게 된 불안전 공정의 제품 (d) 파업 종료 후 시설 재가동을 위한 추가 비용 (e) 파업에 대비하기 위한 특별 인건비 등으로부터 사용자가 입은 금전적 손해를 배상해야 한다고 법원은 판결했다.³¹⁾

둘째, 식료품 제조 공장에서의 5일간 파업 사건에서 공장 시설을 막아 사용자의 접근을 막도록 한 노동조합의 전술이 정당성이 없는 것으로 판단되었다. 사용자는 냉장고에 보관하던 저장물품을 처리할 수 없어 일부는 완전히 부패하고 일부는 저가품에 사용해야 했다. 노동조합과 그 간부에게는 (a) 부패한 재료의 가치 및 (b) 저가품의 생산으로 인한 수익저하에 대해 배상하라는 판결이 내려졌다.³²⁾

셋째, 택시회사 사건에서 운전사 노동조합의 조합원들은 2일간의 파업 기간 동안 차고 앞에 앉아 사용자가 차고 안에 있는 6대의 차량을 운행할 수 없도록 했다. 이 전술은 정당성이 없는 것으로 선고되었고 조합원들에게는 사용자의 손해 즉 (a) 이틀간의 [평균운행수입 - 평균운행비용(연료, 오일, 차량의 감가상각, 인건비)] 및 (b) 변호사 비용에 대한 배상이 명해졌다.³³⁾

넷째, 두 개의 서점을 운영하는 한 회사에서 있었던 예외적으로 장기에 걸친 파업 사건에서, 소수의 근로자를 조직하고 있었던 노동조합은 대략 2년에 걸친 파업을 벌였다. 회사는 개

30) 미스즈豆腐 사건, 長野地裁, 1967. 5, 28 判決, 勞判集 18권 2호 237면; 書泉 사건, 東京地裁, 1992. 5. 6 判決, 勞働判例 제625호 44면; 百井運輸 사건, 東京地裁 2006. 12. 26 判決, 勞働判例 제934호 5면; 등.

31) 電氣化學青梅工場 사건, 新潟地裁, 1949. 9. 30 判決, 勞判集 제5호 26면. 사용자가 주장하기로는 총 손해액은 200만엔이었다. 법원에 따르면 사용자는 700만엔 이상의 지급 판정을 받을 수 있었다. 이 사안에서 노동조합의 위반행위가 이 모든 손해와 합리적으로 관련되어져 있는지에 대해 의문이 제기된다.

32) 미스즈豆腐 사건, 앞의 각주 30. 총 손해액은 약1,100만엔이었다.

33) 御國ハイヤー사건, 高松地裁, 1986. 5, 5 判決, 勞働判例 제537호 67면. 총 손해액은 약23만엔 이었다. 이 사건은 결국 최고재판소로 올라갔다. 각주 22 참조.

별 근로자와 함께 노동조합을 상대방으로 하여 첫 3개월 동안의 손해에 대한 배상을 청구하였다. 그 기간 중 파업참가자들과 그 지지자들은 손님을 내쫓았는데 가끔씩은 물리력도 사용하였고, 판매고는 거의 영(零)으로 떨어졌다. 그러한 행위는 정당성이 없었기 때문에 법원은 회사의 손실 이익 즉 $\{(a) [3개월의 평균 판매액 * 평균수익률] - (b) 동일 기간 중 파업참가자에게 지급하지 않은 임금\}$ 의 배상 청구를 인용하였다.³⁴⁾

사용자의 고객 등 제3자에 대한 노동조합과 조합원의 민사책임에 관해서는 쟁의행위가 정당한 한 사용자에게 대해 책임을 지지 않는 것과 마찬가지로, 그들은 민사책임을 지지 않는다.³⁵⁾ 노동조합법 제8조의 문구는 이 점을 특히 명시하고 있지는 않지만, 상이한 결론은 노동조합법과 헌법의 목적에 반하는 것이 될 수 있음은 일반적으로 수용되고 있다. 쟁의행위가 정당하지 않다면 이 면책은 적용되지 않는다. 그러나 근로자와 사용자는 사용자의 고객들과 아무런 계약 관계가 없다. 따라서 계약 책임에 관한 한, 고객이 정당성 없는 파업으로 손해를 본 고객이 있다면 그 고객에 대해서는 사용자가 책임을 져야 할 것이다. 그리고 난 후 사용자는 노동조합 그리고/또는 근로자에게 구상을 요구할 수 있을 것이다. 다른 한편, 만약 제3자가 피켓 라인에서의 폭행처럼 근로자의 행위로 인해 직접 고통을 당한 경우에는 근로자 그리고 경우에 따라서는 노동조합이 당연히 그러한 불법행위 손해에 대해 책임을 져야 한다.

(3) 해고와 징계

파업이나 태업에 참가한 근로자에 의한 고의적인 의무 불이행은, 그것이 정당한 쟁의행위로서 합법화되지 않는 한, 해고 그 밖의 징계의 원인이 될 수도 있다. 쟁의행위에 수반한 근로자의 폭력, 주거침입 그 밖의 범죄행위 역시 동일하다. 사실, 대다수 사용자는 노동조합이나 근로자를 상대로 비용도 많이 들고 실익도 적은 손해배상 소송을 제기하기보다는 근로자에 대한 징계를 더 선호한다. 사용자는 해고와 징계 처분을 함에 있어 취업규칙의 관련 규정을 준수해야 한다. 노동조합법 제7조 제1호는 사용자가 정당성 없는 쟁의행위를 실행한 근로자를 해고하거나 징계하는 것을 금지하지 않는다.

여기서 다시, 일부 학자들은 노동조합이 비난받아야 하기 때문에 개별 근로자에게 책임을 물을 수 없다는 입장을 취한다. 징계 처분에 반대하는 또 다른 유형의 주장도 있는데, 그 내용은 취업규칙 규정은 통상적인 시기의 기업의 질서 유지를 위한 것이므로 노동분쟁의 시기의 근로자의 행위에 적용될 수 없다는 것이다. 그러나 법원들은 어렵지 않게 비록 노동조합이 조직한 파업 기간 중이라고 해도 개별 근로자는 자신의 위반 행위에 따라 해고되거나 징계될

³⁴⁾ 書泉 사건, 앞의 각주 30. 총 손해액은 약97만7000엔 이었다.

³⁵⁾ オーエス映畫劇場, 大阪地裁, 1948. 6. 24 決定, 勞裁集 제1호 80면.

수 있다고 판시했다.

노동조합의 간부는 일반 조합원에 비해 좀 더 중한 징계를 받는 것이 일반적이며, 오직 간부만이 징계를 받는 경우도 많다. 일부는 이러한 관행을 비판하면서, 노동조합 간부가 오직 그들의 지위를 이유로 다른 조합원에 비해 더 엄하게 처벌받아서는 안 된다고 주장한다. 그러나 이 주장에 대하여 노동조합 간부는 그의 지위가 아니라 정당성 없는 쟁의행위에서 가령 전략이나 전술의 기획 또는 현장 조합원들에 대한 지시 등 그가 수행한 실제의 역할로 인해 처벌된다는 주장도 있다. 대부분의 법원들은 후자의 입장을 취하여, 노동조합 간부에 대한 징계도 해당 징계가 실제 행위에 비추어 적절한 수단인 한에서는 인용하고 있다.

물론 노동조합법 제7조 제1호의 보호가 없더라도 해고와 징계 처분은 일반적으로 적용되는 법리에 구속된다. 따라서 징계해고는 그것이 문제가 된 행위에 비해 과도하게 엄할 때에는 위법 무효이다. 또한 사용자는 근로자를 징계할 경우 적정 절차의 요건을 준수해야 한다. 나아가 만약 사용자가 실제로는 노동조합에 대한 자신의 숨겨진 악의에 기하면서도 정당성 없는 쟁의행위를 구실로써 그러한 조치를 했다면, 그 징계 조치는 노동조합법 제7조 제1호 위반이 될 수 있다.

5. 일본에 특유한 질문에 대한 답변

(1) 1946년 업무방해죄가 폐지되었는가? 만약 그렇다면 그 배경은 무엇인가?

앞의 2 (1)에서 언급한 바와 같이, 1900년 치안경찰법은 전쟁 전 일본에서 근로자의 단체 행동에 재갈을 물리려는 목적의 가장 악명 높은 법령이었다. 이 법률은 1925년 개정됨으로써 평화적으로 통상적인 파업을 권유하는 행위를 처벌하는 규정은 삭제되었다. 그러나 회합과 거리 시위를 규제하는 다른 규정들은 여전히 남아 경찰은 보다 편리하게 이를 적용할 수 있었다. 동시에, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률이라고 새로운 법령이 제정되었는데, 같은 법률은 폭력, 협박, 파괴, 위력에 의한 회합 강요 등을 금지하였다. 또한 1925년의 치안유지법은 사회주의, 공산주의 그 밖의 반정부 활동을 금지하였는데, 이를 통해 정치적으로 적극적이었던 많은 근로자와 노동조합을 억압하였다. 그리고 형법 제234조에 위력에 의한 업무방해죄가 있어, 다른 제반 법령들과 함께 노동운동을 제약하기 위해 사용되었다.

2차 대전 후, 연합군의 최종 목표는 일본 사회의 민주화였고, 노동조합을 자유화하고 촉진하는 것이 이 목표를 달성하는 필요하다고 생각되었다. 종전(終戰)이 된 지 채 두 달이 지나기 전인 1945년 10월, 점령군에 의해 일본 국민의 정치적, 시민적 그리고 종교적 자유를 제약하는 모든 법령을 정지시킨다는 명령이 내려졌다. 곧이어 11월 말 치안유지법과 치안경찰법

이 폐지되었고 1945년 12월에 노동조합법이 제정되었다.

위력에 의한 업무방해죄에 관해 보자면, 이 규정은 여전히 형법 제234조에 남아있다. 폭력 행위 등 처벌에 관한 법률도 마찬가지이다. 파업이 폭력 그 밖의 위력적 요소를 수반함으로써 정당성이 없게 되면, 이러한 형사법 규정들은 적용될 수 있다. 그러나 경찰의 태도는 근로자의 집단적 권리에 대한 헌법상 보장이라는 관점에서 신중해야 할 것이다.

(2) 입증책임과 관련하여 노동조합의 책임과 개별 조합원의 책임 사이에 차이가 있는가?

그렇지 않은 것 같다. 위의 4 (2)에서 언급한 바와 같이, 법원은 개인 책임과 노동조합 책임 사이의 차이에 관심을 두지 않는 것 같다. 일단 파업이 정당성이 없다고 판단되면, 개인과 노동조합은 연대하여 그리고 각각 사용자의 전체 손해에 대해 책임을 지게 된다. 피켓 라인에서의 폭력의 경우에도 그것이 노동조합의 쟁의행위에 수반된 결과인 한에서는 동일하다. 반면에 폭력이 전적으로 그 성질상 개인적인 것이고 노동조합과 무관한 경우라면 노동조합은 책임으로부터 벗어난다. 이러한 의미에서 노동조합의 사용인 책임은 입증하거나 반증할 수 있는 더 많은 요소들을 가지고 있지만, 이것이 ‘입증책임’의 문제인지는 잘 모르겠다.

(3) ‘합법적인 쟁의행위의 범위와 민사책임’과 관련하여 일본철도(JR)의 민영화 사례에 대해 알려주시기 바란다.

위의 2 (3)에서 설명한 바와 같이, 종전의 일본국철(JNR)의 근로자들은 특수독립행정법인노동관계법의 전신의 적용을 받았는데, 같은 법률은 파업 그 밖의 쟁의행위를 금지했다. 그러나 실제로 일본국철의 근로자들은 자주 쟁의행위를 했고, 그 결과 그 참가자와 노동조합 간부들은 해고되거나 징계를 받았다. 형식적 관점에서는 그러한 파업 모두가 위법하겠지만 그 중 일부의 파업은 정당성을 가질 수 있다고 주장하는 상대성 논의가 있었지만, 최고재판소는 이러한 주장을 결국 배척하였다.³⁶⁾

민영화 이후, 6개의 철도회사와 한 개의 전국적 화물운송회사가 설립되었다. 노동관계에 관한 한, 그들은 모두 일반 근로자들이다. 노동조합도 민간부문의 다른 노동조합들과 마찬가지로 자유롭게 파업을 할 수 있다. 철도는 노동관계조정법상 ‘공익사업’에 포함되기 때문에 노동조합은, 앞서 3 (4)에서 말한 대로, 쟁의행위를 개시하기 10일 전에 통지를 하여야 한다. 그러나 이는 중한 부담이 아니며 어떤 경우에도 쟁의행위의 정당성에 영향을 미치지 않을 것 같다. 그러므로 민영화 이전과 이후의 합법적 쟁의행위의 범위에는 큰 차이가 있다.

³⁶⁾ 全農林警職法 사건, 앞의 각주 10 참조.

사실의 문제로서, 민영화이전에도 사용자는 노동조합 또는 근로자들에게 불법파업을 이유로 하는 손해배상의 청구가 특별히 좋은 아이디어라고 여기지는 않았던 것 같다. 그러나 1975년의 대담한 ‘파업권 획득을 위한 파업’에 대응하여 일본국철은, 보수 정치권으로부터의 상당한 압력을 받아, 파업을 주도한 두 개의 노동조합들을 상대방으로 손해배상 청구 소송을 제기했다. 일본국철은 국가 전체와 일본 국철이 입은 커다란 타격을 반영하여 202억 엔(円)이라는 천문학적인 액수를 청구했다. 이 사건은 지방법원에서 아주 천천히 진행되었고, 1980년대 일본국철에서의 가장 중요한 이슈는 민영화였다. 두 개의 피고 노동조합들 중 상대적으로 소규모인 일본국철동력차노동조합(日本國鐵動力車勞動組合)이 사용자의 민영화계획에 협력하기로 결정하자 일본국철은 그들의 변화된 태도를 인정하면서 1986년 소송을 취하했다. 반면에 국철노동조합(國鐵勞動組合)은 민영화계획에 대한 그들의 반대를 유지했다. 그 때까지 일본국철에서 가장 큰 노동조합이었던 그들은 민영화 과정에서 이런 저런 이유로 조합원의 대다수를 잃었다. 민영화이후에도 여전히 질질 끌던 소송은 1994년 일본국철 자산의 승계인과 노동조합 사이에서 해결되었다. 노동조합은 오랫동안 사용자로부터 임대하여 왔던 동경역 근처의 건물 하나를 돌려주는 것으로 사용자와 화해했다. 그에 따라 민사손해배상 소송은 법원의 확정 판결을 이끌어내지는 못했으나, 일본국철과 그 승계자들에서의 복잡하게 얽힌 노동관계에서 일정한 역할을 했다.

(4) 파업 중 시설 일부의 점거는 합법적인가?

오늘날의 지배적인 학설에 의하면 그렇지 않다. 근로자들이 파업기간 중 이런 저런 이유로 회사 시설에 체류하는(stay) 것은 합법이 될 수도 있다. 그 전제 조건은 그들이 사용자 측의 접근과 활동을 방해하지 않는다는 것이다. 그러나 ‘점거’(occupy)라면 설명은 달라질 것이다. 근로자들이 콘크리트 믹서를 6시간 동안 점거하고 사용자의 차량 접근을 막았던 비교적 최근 사건에서, 믹서가 작동하지 않음으로써 근처 설비들이 같은 기간 멈추었다는 점을 들어 고등법원은 이는 정당하지 않은 행위라고 선고했다.³⁷⁾ 일부 학자들은 파업기간 중 사용자의 시설에 근로자들이 임시로 체류하는 것의 허용을 다른 학자들보다 더 옹호하려고 한다. 그러나 근로자들이 시설을 점거하고 사용자의 접근을 완전히 배제할 수 없다는 점은 논쟁의 여지가 없다.

결론

일본에서 파업이 거의 없는 것을 불평할 수는 없다고 생각한다. 파업은 불가피하게 다수

37) 岡惣 사건, 東京高裁, 2001. 11. 8 判決, 勞働判例 제815호 14면.

사람들의 생활을 교란하는 일종의 경제적 전투이다. 그러나 만약 사회가 점점 무파업 상태에 익숙해지게 되면, 사람들은 파업이 근로자들의 합법적인 무기라는 사실을 잊을 수 있다. 사람들은 파업을 만나게 되면 분노하고 비이성적으로 반응할 수 있다. 그리고 이 점은 판사의 경우도 마찬가지 일 것이다. 2012년 8월 미에(三重) 현에 있는 어느 병원에서 노동조합이 파업을 시작하자, 사용자 측은 지방법원에 파업중지를 위한 가처분을 신청했고 법원은 노동조합으로부터의 청문 없이 가처분결정을 내렸다. 예비 교섭에서의 논점은 근로조건 및 관련 문제에 대한 의견불일치였다. 병원은 공익사업이기 때문에 노동조합은 관할 현의 지사 등에게 사전 통지를 했다. 또한 노동조합은 파업기간 중, 특정한 사람들을 돌보라는 사용자의 특별 지시는 거부하였지만, 환자들의 생명과 안전이 위태롭게 되지 않도록 돌보았다.

훗날 노동조합은 병원을 경영하는 병원장을 상대방으로, 병원장의 가처분 신청은 불법행위를 구성하는 근로자들의 파업권에 대한 침해라고 주장하면서, 손해배상을 청구했다. 같은 지방법원은, 다른 판사가 사건을 맡아, 이 주장을 받아들여 사용자로 하여금 노동조합에 손해배상으로 165만 엔을 지급하도록 했다.³⁸⁾ 과연 이 잘못된 가처분결정에 대해 사용자 혼자만이 책임을 져야 할까라는 의문은 여전히 남는다. 근로자의 집단적 권리들이 실제 세상에서 생명력을 가질 수 있도록 하기 위해서는 확실히 우리의 노력을 필요로 한다.

38) 鈴鹿さくら病院 사건, 津地裁, 2014. 2. 28. 判決 (공고 예정).

부록

<표 1> 집단적 노동분쟁 발생 건수 1960-2012 (연도 발취)

| 연도 | 노조 조직률 (%) | 노동분쟁 총수 | 쟁의 행위를 수반한 노동 쟁의 수 | 쟁의 행위를 수반한 노동쟁의 수 | |
|------|---------------|------------|--------------------------|-------------------|----------------|
| | | | | 1/2일 이상의 파업 | 1/2일 미만의 파업 |
| 1960 | 32.2 | 2,222 | 1,707 | 1,053 | --- |
| 1965 | 34.8 | 3,051 | 2,359 | 1,527 | 871 |
| 1970 | 35.4 | 4,551 | 3,783 | 2,256 | 2,356 |
| 1975 | 34.4 | 8,435 | 7,574 | 3,385 | 5,475 |
| 1980 | 30.8 | 4,376 | 3,737 | 1,128 | 3,308 |
| 1985 | 28.9 | 4,826 | 4,230 | 625 | 3,834 |
| 1990 | 25.2 | 2,071 | 1,698 | 283 | 1,533 |
| 1995 | 23.8 | 1,200 | 685 | 208 | 549 |
| 2000 | 21.5 | 958 | 305 | 117 | 216 |
| 2005 | 18.7 | 708 | 129 | 50 | 99 |
| 2010 | 18.5 | 682 | 85 | 38 | 56 |
| 2012 | 17.9 | 596 | 79 | 38 | 52 |

자료: 후생노동성, 노동분쟁통계조사

<표 2> 파업 발생 건수 1960-2012 (연도 발취)

| 연도 | 노동분쟁 총수 | 1/2일 이상의 파업 | | | 1/2일 미만의 파업 | |
|------|------------|-------------|-----------|-----------|-------------|-----------|
| | | 파업 수 | 참가 인원 | 지속 일수 | 파업 수 | 참가 인원 |
| 1960 | 2,222 | 1,053 | 917,454 | -- | -- | -- |
| 1965 | 3,051 | 1,527 | 1,670,285 | 5,474,681 | 871 | 854,437 |
| 1970 | 4,551 | 2,256 | 1,719,551 | 3,769,956 | 2,356 | 1,294,428 |
| 1975 | 8,435 | 3,385 | 2,731,209 | 7,974,133 | 5,475 | 2,449,088 |
| 1980 | 4,376 | 1,128 | 562,752 | 998,165 | 3,308 | 1,355,749 |
| 1985 | 4,826 | 625 | 123,257 | 256,919 | 3,834 | 1,266,571 |
| 1990 | 2,071 | 283 | 84,289 | 140,386 | 1,533 | 638,221 |
| 1995 | 1,200 | 208 | 37,528 | 72,813 | 549 | 192,549 |
| 2000 | 958 | 117 | 15,312 | 35,050 | 216 | 70,561 |
| 2005 | 708 | 50 | 4,119 | 5,629 | 99 | 23,746 |
| 2010 | 682 | 38 | 2,480 | 23,244 | 56 | 19,016 |
| 2012 | 596 | 38 | 1,233 | 3,839 | 52 | 11,284 |

자료: 표 1과 동일

<표 3> 주된 요구조건 별 노동쟁의 1960-2012 (연도 발췌)

| 연도 | 노동분쟁 총수 | 임금 인상 | 반년 간 보너스 | 근로 시간 변경 | 해고 반대 | 사업 축소, 이전 등의 반대 |
|------|------------|-------|-------------|-------------|-------|-----------------------|
| 1960 | 2,222 | 805 | 638 | 16 | 93 | 15 |
| 1970 | 4,551 | 2,131 | 1,260 | 16 | 137 | 28 |
| 1980 | 4,376 | 3,236 | 722 | 48 | 112 | 26 |
| 1990 | 2,071 | 954 | 1123 | 39 | 40 | 16 |
| 2000 | 958 | 310 | 224 | 7 | 147 | 32 |
| 2010 | 682 | 91 | 89 | 11 | 174 | 24 |
| 2012 | 596 | 89 | 65 | 3 | 148 | 12 |

자료: 표 1과 동일

“쟁의행위와 책임: 일본 사례”에 대한 토론문

장 성 태 (한양대학교 법학전문대학원)

나카쿠보 히로야 교수님의 발표를 잘 들었습니다. 일본의 쟁의행위 법제와 사례를 체계적이고 간략하게 정리해주셨고, 특히 ‘일본에 특유한 질문들’에 대해서도 친절하게 설명해 주셨습니다. 먼저 감사의 뜻을 전합니다. 발표문을 통해 이미 많은 궁금증이 해소되었기 때문에, 이하에서는 우리나라에서 특히 자주 논란이 되고 있는 문제들을 중심으로 다시 한 번 확인 또는 보충 설명을 부탁드립니다.

1. 예비적 질문

우선, 일본국 헌법은 단결의 권리 및 단체교섭 그 밖의 단체행동의 권리를 ‘근로자’만의 기본권으로 정하고 있습니다. 이 점은 우리나라도 같습니다. 그런데 국제적으로 보면 이러한 권리들을 근로자만의 권리로 한정하고 있는 국가가 예외적인 것 같습니다. 또한 현실적으로는 많은 취업자들을 노동조합의 보호로부터 배제하는 결과를 낳기도 합니다. 일본 노동법학계에 이 점과 관련한 논의가 있다면 소개를 부탁드립니다.

다음으로, 교수님께서서는 일본어의 ‘正当な’의 어감에 충실하기 위해서 ‘justifiable’이라는 용어가 아니라 ‘proper’라는 용어를 계속 사용한다고 말씀하셨습니다. 양자가 답을 수 있는 행위의 범위나 양태가 다른 것이지요? 이해가 쉽도록 ‘justifiable’과 ‘proper’에 의해 차이가 나는 점을 구체적으로 한 두 가지 예를 들어주십시오.

2. ‘쟁의행위와 책임’에 관한 질문

먼저 쟁의행위의 목적상 정당성과 관련하여 질문드리겠습니다.

교수님께서서는 서론에서 “공장을 폐쇄하고 근로자를 해고하고자 하는 사용자의 계획에 반대하는 파업이 부당한 것으로 추정되지 않는다는 점도 분명하다.”고 하셨고, ‘3. 정당한 쟁의행위의 범위 (2) 쟁의행위의 목적’에서는 몇 가지 판례들을 소개하면서 그에 비추어 볼 때 “만약 노동조합이 사용자에게 공장폐쇄 계획이나 신기계 도입 계획의 철회를 요구하는 파업을 벌인다면, 아마도 법원은 해고 반대와 같이 조합원들이 받는 영향에 대한 묵시적 요구들을 발견할 것이고 따라서 해당 파업은 정당성의 범위 내에 있다고 할 것 같다.”고 하셨습니다.

우리나라에서는 정리해고나 구조조정에 반대하는 파업의 목적상 정당성이 지금도 매우 뜨

겹게 논쟁 중에 있습니다. 이 부분에 대해 일본의 사례와 노동법학계의 논의를 좀 더 자세하게 설명하여 주시기 바랍니다.

또한 교수님께서서는 정치파업의 정당성과 관련하여 최고재판소의 판결을 소개해 주셨습니다. 그런데 그 사건에서 문제된 이른바 ‘순수 정치파업’이 아니라 근로자의 경제적·사회적 지위와 관련된 국가의 노동·사회정책에 대한 요구나 항의를 목적으로 하는 이른바 ‘경제적 정치파업’에 대해서는 일본의 법원이나 학계는 어떻게 보고 있는지 설명을 부탁드립니다.

한편, 일본국유철도(JNR)를 비롯한 3 공사의 민영화 과정에서 ‘민영화 반대 파업’은 없었는지요? 만약 있었다면 그 경과에 대한 설명을 부탁드립니다. 그리고 그러한 파업의 정당성에 대해 일본의 법원과 학계는 어떻게 보고 있는지에 대해서도 설명을 부탁드립니다.

다음으로 쟁의행위와 민사책임에 관해 질문 드립니다.

교수님께서서는 쟁의행위와 민사책임에 대해 설명하시면서 현재 몇 건의 하급심 판결밖에 없지만, “법원들은, 개인 조합원들과 조합간부는 노동조합과 연대하여 그리고 각각 전체 손해에 대해 책임을 진다고 판결하고 있다.”고 소개해 주었습니다. 즉 “사용자는 자신이 원하는 바에 따라 처음부터 개인 조합원이나 조합 간부를 상대방으로 하여 자유롭게 손해배상을 청구할 수 있다.”고 하였습니다. 이에 대한 학계와 교수님의 의견은 어떤지 궁금합니다.

또 손해배상액 산정과 관련하여 네 가지 사례를 소개해 주셨는데 이것으로써 통일적인 손해배상의 기준 혹은 일정한 판례의 경향을 도출할 수 있을까요?

3. [일본에 특유한 질문에 대한 답변]에 대한 보충 질문

먼저, 업무방해죄와 관련해서 현재 업무방해죄가 파업 등 쟁의행위에 적용된 사례가 있으면 소개를 부탁드립니다.

둘째, 우리나라에서는 파업으로 인한 민사책임의 경우 노조 간부나 개별 조합원의 책임을 노동조합보다 경감해야 한다는 주장이 많습니다. 우리 법원은, 불법파업을 주도한 노조 간부에 대해서는 일본 법원과 같이 노동조합과 연대하여 그리고 각각 사용자의 전체 손해에 대해 책임을 지게 하지만, 단순히 참가한 조합원에 대한 손해배상 청구는 기각하고 있습니다(가령 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30610 판결). 일본에서도 유사 사례가 있으면 소개하여 주십시오.

셋째, 직장점거와 관련한 저희 질문의 취지는 “근로자들이 파업 기간 중 회사 시설 내에 체류하는 것이 정당한 지, 그리고 정당성을 가질 수 있는 조건이나 방식은 무엇인지?” 하는 것입니다. 보충 설명을 부탁드립니다.

좋은 발표에 다시 한 번 감사를 드립니다. 고맙습니다.

한국의 쟁의행위와 책임

조 경 배 (순천향대학교 법학과)

- I. 헌법과 쟁의권 보장의 법적 구조
- II. 합법적인 쟁의행위의 범위
- III. 형사책임
- IV. 민사책임
- V. 징계책임
- VI. 결론을 대신하여

I. 헌법과 쟁의권 보장의 법적 구조

한국의 헌법 제33조 제1항은“근로자는 근로조건외의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정함으로써 근로자의 단체행동권을 헌법적 차원에서 보장하고 있다. 여기서 사용된 단체행동이란 용어는 좁은 의미의 단결활동이나 단체교섭과는 구별되지만 파업을 포함하여 노동자의 집단적인 행동을 포괄하는 넓은 의미로 이해되고 있다. 실제로도 노동쟁의가 발생하는 경우 노동조합이나 노동자단체는 파업뿐만 아니라 태업, 피케팅, 직장점거 등 다양한 전술을 구사한다. 이에 따라‘노동조합 및 노동관계조정법’(이하‘노조법’이라 한다)은 별도로 쟁의행위라는 용어를 두고 파업을 포함하여 노동관계당사자가 정상적인 업무의 운영을 저해하는 다양한 행위들을 포괄하는 매우 넓은 개념으로 정의하고 있다. 이와 동시에 노조법은 제3조에서“사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.”고 규정하고, 제4조에서는“형법 제20조(정당행위)의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다.”고 규정함으로써 쟁의행위에 대한 국가 및 사용자에 의한 민·형사상의 책임추궁을 금지하고 있다. 이 조항들의 입법취지에 대하여는 법률에 의하여 새로운 법적효과를 창설한 것이 아니라 헌법상의 쟁의권을 구체적으로 실현하기 위한 확인규정으로 이해하는 것이 일반적이다.

이와 같이 한국의 경우 파업보다 넓은 개념인 단체행동 또는 쟁의행위라는 표현을 사용하

여, 이를 헌법 차원에서 보장하고 있고 또한 노조법의 면책조항도 노동자의 쟁의행위를 권리로서 폭넓게 인정하고 있는 것처럼 보이지만 현실은 이와는 너무나 다르다. 집단적인 의사표현의 형태로서 쟁의행위가 가진 기능과 역할에 대해 지나치게 부정적인 의식이 지배적이어서 국가기관에 의한 형벌권의 남용과 사용자의 손해배상책임 추궁 및 보복적인 해고에 의하여 완전히 무력화되고 있다. 쟁의행위를 광범위하게 제한·금지하는 개별 노동관련 법률들과 이에 터 잡은 법원의 자의적인 법해석 및 검찰·경찰 등 형사사법기구의 무차별적인 법집행으로 인하여 합법적인 쟁의행위가 실제로는 매우 제한된 범위 내에서만 인정되고 있다. 이런 탓에 평화적인 파업조차 불법행위에 기한 손해배상책임은 물론이고 각종 노동관련 법률에 따른 형벌 조항뿐만 아니라 업무방해를 이유로 한 일반 형법상의 책임까지도 질 수 있다.

쟁의행위와 법적 책임에 관한 한국의 상황을 가장 뚜렷하게 보여주는 전형적인 사례는 2011년 3월 17일과 24일 일주일 간격으로 있었던 최고법원인 대법원의 두 판결이다. 대법원은 2006년에 있었던 전국철도노동조합의 단 4일간의 평화적인 파업에 대하여 노조대표자에게는 형법상 업무방해죄를 적용하여 벌금형을, 노동조합에게는 업무중단으로 인한 영업이익의 손실에 대하여 약 70억 원을 배상하도록 판결하였다. 이 판결들은 한국에서 쟁의권을 보장한 헌법과 현실과의 거리가 얼마나 먼지, 또한 한국에서는 아무리 평화적인 파업이라고 할지라도 노동관련 법률과 법원의 해석에 의하여 얼마든지 제재를 받을 수 있다는 것을 보여준다. 철도 파업에서 법원이 평화적인 파업을 불법으로 판정한 이유는 지극히 단순하다. 지금은 폐지된 구 노조법(2006.12.30. 폐지)에 의하여, 쟁의행위가 금지된 '직권중재'기간 중에 파업을 했다는 것이다.¹⁾ 이 직권중재제도는 파업권을 실질적으로 금지하는 것이라는 국제노동기구(ILO) '결사의 자유위원회' 등 국내외의 수많은 비판을 받고 폐지되고 그 대신 필수유지업무제도가 새로이 도입되었다. 뒤에서 다시 언급하겠지만 이 필수유지업무제도 역시 ILO에서 파업권의 정당한 제약사유로 보는 필수서비스(essential services)와는 그 범위나 보장수준에서 현격한 차이가 있다. 그런데도 헌법재판소와 대법원은 직권중재제도가 합헌이라는 종전의 입장을 굽히지 않았다. 또한 직권중재제도가 설사 폐지되었다고 하더라도 파업이 법률의 개정 전에 발생한 것이기 때문에 책임을 면할 수 없다거나 필수유지업무제도를 ILO에서 말하는 필수서비스 개념과 같은 것으로 보는 등 국제노동기준에 대한 무지를 보여주었다. 그간에 노사관계의 제3자 개입 금지, 노조의 정치활동 금지, 복수노조 금지 등 노동기본권을 침해하는 일부 조항들이 폐지되는 등 노동법령에 일부 긍정적인 변화도 있었다. 하지만 무엇보다 중요한 것은 이 두 판결에서 볼 수 있듯이 타인에게 피해를 가하거나 적극적으로 방해하는 행위가 전혀 없는 순수한 평화적인 파업이라도, 즉 노동자가 자신이 가진 노동력을 제공하지 않는 행위만으로도 민·형사상의 책임을 져야한다는 법 구조는 여전히 변함이 없다는 사실이다.

1) 이 법에서는 필수공익사업장에서 쟁의가 발생할 경우 중앙노동위원회가 직권으로 중재회부 결정을 하면 15일 동안 쟁의행위를 할 수 없도록 하고 이를 위반하면 형벌을 가하도록 하였다.

II. 합법적인 쟁의행위의 범위

1. 법원에 의한 쟁의행위의 제한

(1) 쟁의행위에 대한 부정적인 사고와 법적추론 방식

한국에서 쟁의행위에 대하여 과도하게 법적 책임을 묻는 직접적인 근거는 무엇보다도 후술하는 수많은 노동관련 법률에 의한 제약이지만(뒤의 쟁의행위와 관련된 형벌조건표 참조) 이러한 법률들을 해석하고 적용하는 법원의 법적추론 방식도 쟁의권을 위축시키는데 크게 기여하였다. 법원은 헌법이 보장한 노동기본권(단결권, 단체교섭권, 쟁의행위를 포함한 단체행동권)을 노동자의 생존을 보장하기 위하여 필요한 단지 부차적인 권리 내지 수단적인 권리로만 이해하는 경향이 강하다. 노동기본권이 가진 자유권으로서의 적극적인 의의는 거의 부정한다. 이 때문에 노동자가 스스로 주체가 되어 서로 연대하여 능동적으로 생존권을 실현하고자 하는 노동기본권의 의의는 경시되고 노동자를 단지 국가에 의하여 시혜를 받는 수동적인 대상 정도로 바라보고 있다. 이러한 사고의 편향성은 헌법재판소나 대법원의 판례에서 볼 수 있듯이 보편적인 국제노동법규를 무시하고 노동기본권에 대한 제한이나 금지를 너무나도 쉽게 용인하는 태도로 나타나고 있다. 또한 노동기본권을 국가에 의하여 '주어진' 또는 '허용된' 범위 내에서만 행사할 수 있다는 식으로 매우 협소하게 이해하는 경향을 낳았다. 여기에 노동기본권 가운데 단결권과 단체행동권을 단체교섭권의 수단 또는 보충적인 것으로만 이해하는 단체교섭 중심의 법리구성은 그러한 왜곡을 더욱 부채질하는 결과를 가져왔다. 이리하여 단체교섭의 합법적인 범위를 매우 좁은 의미의 노사당사자 간의 '근로조건의 결정'으로 제한하고 쟁의행위의 목적과 단결권의 주체를 여기에 직접 결부시킴으로써 노동기본권의 전 영역을 극도로 왜소화시키고 만 것이다.

이와 같이 쟁의권에 대한 부정적인 사고는 쟁의행위의 합법성여부를 판단하는데 치명적인 결과를 초래하였다. 현행 노동관련 법률에는 노동기본권의 행사에 대한 제한·금지 조항이 매우 광범위하게 존재하고 있고, 그 위반에 대하여는 대부분 형사책임을 묻고 있기 때문에 이러한 추론 방식은 단결활동의 합법성, 즉 민·형사면책의 판단에서 소극적일 수밖에 없는 것이다. 따라서 쟁의행위를 포함한 대부분의 단결활동이 형벌, 불법행위, 징계 등의 법적 책임을 면하기 어렵게 된다. 그 결과 노동기본권은 헌법 및 노조법의 본래의 취지와는 전혀 다르게 사실상 권리로서의 의의를 거의 상실할 수밖에 없는 것이 현실이다.

(2) 쟁의행위의 '정당성' 판단기준에 의한 합법적인 쟁의행위의 범위 축소

쟁의권의 행사가 헌법에 의하여 보장되어 있음에도 불구하고 법원이 합법적인 쟁의행위의 범위를 매우 좁게 해석함으로써 보호받을 수 있는 쟁의권의 범위가 극도로 축소되어 있다. 쟁의행위에 관련된 노조법상의 규제(위반 시 별도의 형벌이 적용된다.)도 많지만 쟁의행위에 적용되는 가장 일반적인 죄목이 노조법이 아니라 일반 형법상의 '위력에 의한 업무방해죄'(형법 제314조 제1항)이다.²⁾ 아무리 평화적인 파업이라도 일단 업무방해죄의 구성요건에 해당되어 위법성이 추정되고 '정당성'이라는 특별한 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 위법성이 조각되는 것으로 해석되어 왔다.³⁾ 쟁의행위의 형법상의 합법성 판단기준에 대하여 처음으로 일반론을 제시한 1990년 서울지하철공사 사건에서 대법원은 다음과 같이 판결하였다.

근로자의 단체행동권의 하나인 쟁의권행사는 그것이 정당할 때에 한하여 형법상의 위법성이 부정되어 처벌되지 않는다(구 노동조합법 제2조). 그리고 쟁의행위의 정당성은 첫째로, 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자에 의하여 행해진 것이어야 하고 둘째로, 노사의 자치적 교섭을 조성하기 위하여 하는 것이어야 하며 셋째로, 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때에 개시하되, 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 사전 신고를 거쳐서 행하여야 하고(구 노쟁법 제16조) 넷째로, 쟁의권의 행사방법은 노무의 제공을 전면적 또는 부분적으로 정지하는 것이어야 함은 물론 공정성의 원칙에 따라야 할 것임은 노사관계의 신의칙상 당연하며 사용자의 기업시설에 대한 소유권 기타의 재산권과도 조화를 기해야 하고 폭력의 행사는 신체의 자유, 안전이라는 법질서의 기본원칙에 반하는 것이므로 허용될 수 없다(구 노쟁법 제13조).⁴⁾

이 판결은 그간의 일부 법률의 변화에 의하여 약간의 수정을 거치긴 하였지만 기본적인 내용은 그대로 유지되고 있다. 즉 보호받을 수 있는 쟁의행위의 범위를 주체, 목적, 절차, 수단과 방법의 네 가지 측면에서 모든 요건을 갖춘 경우로 매우 엄격하게 제한하고 있는 것이다. 따라서 ① '단체교섭의 주체'로 될 수 있는 자만이, ② '근로조건 개선'이란 협소한 목적만을 위하여, 그것도 ③ 사용자가 근로자의 '구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부'하였을 때 개시해야 하고 조합원의 찬성결정 등 '노동법령에서 규정한 절차'를 모두 거쳐야 하며, ④ 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야만 보호를 받을 수 있다는 것이다. 그런데 쟁의행위의 형사면책 범위를 왜 그렇게 좁게 한정해야 하는지에 대하여는 별도의 논거를 제시하지 않았다. 단지 쟁의행위의 의의에 대하여 극히 수사학적인 설명을 부가했을 뿐이다. 법원의 이러한 해석방식은 수많은 제한·금지 범규와 연결되어 쟁의행위를 조직하고 참여할 자유를 전면적으로 제한하는 것이나 다름없게 된다. 즉 위 조건을 하나라도 갖추지 못할 경우에는

2) 주거침입죄, 퇴거불응죄, 명예훼손죄 등 다른 일반 형법상의 죄도 다수 적용되고 있다.

3) 헌결 1998.7.16, 97헌바23.

4) 대판 1990.5.15, 90도357.

어떠한 폭력행위나 파괴행위가 없어도 쟁의행위를 조직하거나 참여했다는 사실만으로 곧바로 업무방해죄로 처벌을 받을 수 있는 위협에 놓이게 된다. 쟁의행위에 대한 이러한 광범위한 구속은 UN의 사회권위원회에 의해 '경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제인권규약'의 명백한 위반이란 지적과 함께 ILO 결사의 자유위원회의 개정 권고를 수차례 받았다.

한편 쟁의행위의 민사책임에 관하여는 형사책임보다 더욱 폭넓게 인정되고 있다. 형사책임에 있어서는 그나마 업무방해죄의 구성요건인 위력의 개념에 대하여 법원이 어느 정도 제한을 가하는 태도를 보였지만 민사책임에 대하여는 아무런 제한적인 해석을 하지 않은 것이다. 법원은 쟁의행위의 불법행위책임을 판단하는데 중요한 요건인 쟁의행위의 위법성을 쉽게 인정하는 경향을 보이고 있다(상세한 것은 민사책임부분에서 후술한다).

(3) 법원에 의한 쟁의행위 제한의 대표적인 사례

1) 목적의 제한

a. 정리해고 반대 등 고용보장 요구 파업에 형벌 적용

기업의 구조조정(정리해고·조직의 통폐합 등), 사업이나 영업의 변경과 처분(합병·양도), 공기업의 민영화 등 고용 및 근로조건에 직접적으로 영향을 미치는 경영상의 결정에 반대하는 쟁의행위는 그 목적이 위법하여 업무방해죄의 대상이 된다는 것이 법원의 일관된 태도이다. 이러한 사항들은 경영주체에 의한 '고도의 경영상 결단' 또는 '경영권'에 속하는 사항으로서 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 비록 그 실시로 인하여 노동자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다는 것이다.⁵⁾

경영권이란 용어는 본래 그 개념이 모호하고 법률상으로도 없는 것이지만 대법원은 헌법상의 권리로 인정하여 노동기본권을 제약할 수 있는 근거로 제시하였다.⁶⁾ 하지만 근로조건에 관한 사항이 아니라도 이에 직접적으로 영향을 미치는 것이거나 보다 넓게는 노동자의 직업적 이익 및 경제적 사회적 지위의 향상에 관련된 것인 경우에는 파업의 목적이 될 수 있다는 것이 국제적으로 보편화된 사고라는 점에서 경영권을 이유로 쟁의권 행사의 정당성을 부정하는 법원의 판단은 문제가 많다. 오늘날 대부분의 국가에서 구조조정과 관련된 사항이 노사갈등의 가장 큰 원인이 되고 있다. 하지만 한국처럼 구정조정에 반대하는 파업 그 자체를 이유로 조합원을 체포하거나 구금하는 예는 거의 없다.

5) 대판 2003.12.26. 2001도3380.

6) 대판 2003.11.13. 2003도687. 이 판결에서 대법원은 기업의 경쟁력, 국가경제 등과 같은 지나친 국가주의 논리를 펴기도 하였다.

b. 경제적 정치파업에 대한 형벌 적용

정치파업에 대한 법적 논란은 대부분의 국가에서 민사책임의 유무를 가리기 위한 것이지만 한국의 경우에는 파업행위 그 자체에 대하여 형벌을 가한다는 점에서 큰 차이가 있다는 점에 주의할 필요가 있다. 한국의 법원은 쟁의행위의 목적이 '노사' 간의 '단체교섭'을 위한 것일 경우에만 정당하다고 인정하고 있어 순수한 정치파업이든 경제적 파업이든 모두 형벌에 처해질 수 있도록 되어 있다. 또한 정부도 자주 노동자들의 삶에 중요한 영향을 미치는 경제정책이나 사회정책에 항의하는 파업을 불법이라고 선언하고 이를 엄단하겠다고 공언해왔다. 하지만 이는 쟁의권의 기능과 역할 및 노동인권으로서의 의의를 지나치게 좁게 이해하는 것이다. 특히 정치파업 가운데 경제적 정치파업은 적법하다는 것이 ILO나 대다수 국가들이 취하고 있는 입장이다. 근로조건의 결정뿐만 아니라 노동자의 경제적·사회적 지위향상도 쟁의권의 목적이 될 수 있고 물가, 세금, 사회보장 등에 관한 정책결정이나 노동법령의 제·개정도 근로생활에 직접적으로 영향을 미치는 것이기 때문에 이에 대한 항의나 요구의 경제적 정치파업도 적법하다고 본다. 하지만 한국의 경우에는 이러한 목적의 파업은 그 정당성을 인정받기 어렵다. 파업의 상대방이 직접적인 근로관계를 맺고 있는 사용자가 아니어서 성격상 법률로 정해진 단체교섭의 절차나 쟁의조정 절차를 거칠 수 없기 때문에 업무방해죄나 노조법상의 형벌을 받을 수 있다.

2) 주체의 제한: 비정규직 노동자

a. 노동자가 아니라는 이유로 쟁의행위가 사실상 금지되는 특수형태노동자

법을 위반할 경우 사용자가 형벌을 받게 되는 근로조건보호법 영역과는 달리 집단적인 근로관계에서 쟁의행위를 할 수 있는 주체를 엄격한 의미의 노동자로 한정할 필연적인 근거는 없다. 그것은 단체행동권을 포함한 집단적인 권리는 자유권으로서의 법적 성질을 가지기 때문이다.⁷⁾ 하지만 한국에서는 노조법에서 정한 노동자의 정의규정에 해당하지 않는다는 이유로 쟁의행위는커녕 단결의 자유조차 인정받지 못하는 노동자들이 있다. 이른바 '특수고용노동자' (또는 특수형태근로종사자)로 불리는 보험모집인, 골프장경기보조원, 학습지교사, 레미콘차량운전자, 개인화물운송사업자 등을 말하는데 그밖에도 매우 광범위한 직업군에 분포되어 있다. 이러한 직업군에 종사하는 노동자는 자기의 계산으로 사업의 위험을 스스로 부담하고 고객을 자유롭게 선택하는 등 독립사업자로서의 성격이 거의 없다. 더욱이 노동법상의 의무를 회피할

7) ILO도 고용관계의 존재여부를 기준으로 하여 결사의 자유가 보장되는 자의 범위를 결정하여서는 안 된다는 입장을 취하고 있다. 따라서 일반적인 자영업자(self-employed workers in general)나 자유직업 종사자(those who practise liberal professions)와 같이 고용관계가 존재하지 않는 사람도 노동자와 마찬가지로 단체결성의 권리를 향유할 수 있다(ILO, *Freedom of Association: Digest of Decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fourth(revised) edition, 1996, para. 235*).

목적으로 기존의 정규직에서 특수고용형태로 전환한 형태가 상당부분 포함되어 있음에도 고용관계의 존재여부에 대한 판단기준의 모호성으로 인하여 노동기본권을 박탈당하고 있다.

특수고용노동자는 노동자의 정의를 매우 엄격하게 해석하는 법원이나 행정관청에 의하여 대부분 법적으로 개인사업주로 취급되어 쟁의행위를 할 수 없다. 이들은 자신들의 직업적인 이익을 옹호하기 위하여 노동조합 등 단결체를 조직하거나 가입하려해도 아무런 법적 보호 장치가 없어 사업주의 일방적인 계약해지의 위협에 직면하게 된다. 또한 사업주들은 이러한 노동자들의 단체교섭요구를 거의 무시하거나 거부하고 있으며 심지어 집단적인 단체행동의 경우에는 평화적인 노무제공의 거부만으로도 업무방해죄로 처벌되는 등 국가와 사용자로부터 노동기본권을 전혀 보장받지 못하는 상황에 처해있다. 그 결과 이들의 근로조건이 지속적으로 악화되고 노동의 불안정이 심화되고 있다. 따라서 이들에 대한 적절한 노동기본권의 보장이 시급한 과제가 되고 있지만 한국 정부는 매우 미온적인 태도를 취하고 있다. 오히려 정부는 2003년 2차에 걸쳐 진행된 전국운송하역노동조합의 준조합원 조직인·화물운송특수고용직노동자연대(화물연대)의 파업을 기회로 화물자동차운수사업법을 개정하여‘업무복귀명령제도’를 도입하였다. 이는 화물운송사업자 또는 운수종사자가 화물운송을 거부함으로써 화물운송에 현저한 지장을 주어 국가경제에 심대한 위기를 초래하거나 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 사유가 있는 때에는 주무장관이 업무개시명령을 발령할 수 있도록 하고, 그 명령을 거부한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처하거나 화물자동차운수사업의 허가의 취소·정지 또는 화물운송종사자자격의 취소·정지처분 등을 할 수 있도록 하였다.

b. 직접적인 고용계약의 당사자가 아니라는 이유로 간접고용 노동자의 쟁의행위의 제한

한국에서 간접고용의 실태는 고용계약서상의 사용자가 전혀 실체가 없는 명목상의 존재에 지나지 않는 위장도급의 사례부터 합법적인 도급에 이르기까지 다양한 스펙트럼이 존재한다. 비정규직 중에서도 간접고용의 확산은 한국 사회의 갈등과 모순의 집약적인 표현이라고도 말할 수 있다. 하나의 사업장내에서 같이 일하면서도 하청회사 소속이라는 이유로 근로조건 차별은 물론이고 인격적인 모멸감까지 감내해야 하는 매우 비인간적인 실상들이 종종 보고되고 있다. 또 사용자사업주는 간접고용 노동자의 노동기본권 행사를 노골적으로 방해하기도 한다. 즉 노조의 결성 및 가입을 이유로 파견 내지 용역계약을 해지하거나 해지하겠다고 위협하기도 하고 조합원이란 이유로 교체를 요구하거나 회유·협박을 통하여 조합탈퇴를 종용하는 경우도 많다. 또한 단체교섭거부와 관련해서는 사용자사업주는 형식상 근로계약의 직접적인 당사자가 고용사업주이기 때문에 사용자사업주는 노조법상의 교섭의무가 없다고 하면서 단체교섭에 응하지 않는 경우가 대부분이다. 특히 쟁의행위와 관련해서는 대부분의 사용자사업주가 계약 내용에 노조활동, 파업 시 계약해지 조항을 넣어 두고 간접고용 노동자의 쟁의행위를 원천적으로 봉쇄하는 경우가 허다하다.

이와 같이 간접고용은 대부분 사용자사업주가 노무도급계약이라는 법 형식을 가장함으로써 타인의 노동력을 이용하여 이익을 얻으면서도 노동자에 대한 법적 책임은 자신에게 지배·종속된 영세기업에게 전가하는 탈법적인 수단으로서 이용되고 있다. 따라서 배후에서 고용, 근로조건, 단결활동 등 노동자의 모든 노동법상의 지위에 실질적인 결정권 또는 영향력을 가진 사용자사업주에게 가능한 한 폭넓게 사용자성을 인정하고 노동법상의 각종 책임을 부담시키는 것이 필요하다. 하지만 정부는 계약자유의 원칙을 들어 노조법의 적용을 꺼려하고 있으며 법원 또한 직접적인 고용관계의 부존재를 이유로 부당노동행위의 규제에 미온적인 태도를 취해왔다. 최근에 와서야 비로소 간접고용 문제의 심각성이 사회적인 큰 의제로 떠오르자 법원은 기존의 태도에서 벗어난 보다 적극적인 입장을 보이기도 하였다.⁸⁾ 하지만 쟁의행위에 있어서는 여전히 법원은 사용자사업주를 상대로 한 일련의 단체행동권 행사에 대하여 사용자가 신청한 업무방해금지가처분사건이나 시위금지금지가처분사건에서 사용자사업주가‘노사계약상의 사용자’로서 책임이 없다는 이유로 사업장 내의 단체행동을 금지시키는 결정을 내리고 있다.⁹⁾

2. 노조법 등 법률에 의한 쟁의행위의 제한

노조법 등 노동관련 법률은 합법적인 쟁의행위의 범위를 매우 세부적이고 구체적으로 명시하는 방식으로 쟁의행위를 제한하고 있다. 노동쟁의의 발생에서부터 쟁의행위로 진행되는 전 과정에서 노동조합이나 노동자가 지켜야 할 규칙이나 처벌 조항은 가득한 반면 사용자가 준수해야 할 규칙은 거의 없다. 그야말로 사용자가 절대적인 권력을 휘두를 수 있도록 되어 있다. 개괄적으로 요약하면 다음과 같다.

(1) 엄격한 쟁의행위 준수 규칙의 설정과 노조 책임의 강조

합법적인 쟁의행위의 범위를 엄격하게 제한하기 위하여 노조법은“쟁의행위는 그 목적·방법 및 절차에 있어서 법률 기타 사회질서에 위반되어서는 아니 된다”(제37조 제1항)고 규정하고 쟁의행위에 대한 노동조합의 책임을 강화하여 노조에게 쟁의행위가 적법하게 수행될 수 있도록 지도·관리·통제할 의무를 부과하고 있다(제38조 제항). 이 조항들은 쟁의행위의 기본원칙이란 이름으로 1996년에 신설되었는데 쟁의행위의 합법성 판단과 관련하여 중요한 의미를 가진다. 쟁의참가자의 구체적인 행위가 무엇인지와는 상관없이 쟁의행위라는 집단적인 행위 전체를 단위로 하여 일단 위법하다고 가정한 다음, 일정한 요건을 갖춘 경우에만 비로소 위법성을 면할 수 있다는 법원의 자의적인 판단방식에 법률적인 근거를 제공하고 노동조합에

8) 대판 2010.3.25, 2007두8881.

9) 수원지법결정 2002.1.29, 2001카합3550; 서울지법결정 2002.8.27, 2002카합2168; 서울지법결정 2002.8.27, 2002카합1831 등.

계 단체 책임을 묻기 위하여 도입된 것이다.

(2) 쟁의행위 주체의 제한

1) 노조법외의 다른 법률에 의한 쟁의행위의 원천적인 금지

한국의 경우에는 노조 조직권을 포함하여 노동기본권이 일체 인정되지 않는 노동자로서 군인과 경찰 외에도 소방·교정공무원을 포함하여 여러 특정한 직무의 종사자 전부, 일정한 직급(5급) 이상의 모든 영역의 공무원, 민간인 신분의 청원경찰과 사립대학 교원이 있다. 이들의 경우에는 쟁의행위뿐만 아니라 노조의 조직, 집회나 시위를 비롯한 일체의 집단적인 행동이 공무원관련법에 의하여 금지되어 있고, 위반 시는 해고와 함께 형벌을 받게 된다. 이 가운데에는 공무원 신분도 아닌 사립학교 교원과 청원경찰이 포함되어 있는데 이들의 경우에는 헌법상의 명시적인 제한 근거가 없음에도 헌법재판소는 합헌이라고 판결하였다.¹⁰⁾

한편 단결권과 단체교섭권이 일부 보장된 초중등학교 교원과 특정 공무원의 경우에도 평화적인 파업을 비롯한 일체의 쟁의행위와 집단적인 표현의 자유가 전면적으로 금지되어 있고, 위반 시에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하는 등 무거운 처벌을 받게 된다(교원노조법 제8조, 제15조제1항, 공무원노조법 제11조, 제18조). 또한 공공부문에 종사하지 않는 노동자로서 단결권과 단체교섭권은 보장되지만 쟁의행위는 일정한 경우에 금지되는 분야로는 선원과 주요 방위산업체에 종사하는 노동자가 있고, 쟁의행위가 일체 금지되는 경비업 법상의 특수경비원¹¹⁾이 있다.

2) 노조법상의 제한

a. 노조설립심사제도 등 노조의 자격통제를 통한 쟁의행위의 원천적인 봉쇄

노조법상 보호를 받을 수 있는 합법적인 쟁의행위를 하기 위해서는 일단 노조로서의 자격을 갖추고 쟁의찬반투표나 쟁의조정절차 등 필요한 절차를 모두 거쳐야 하는데 노조법은 노조설립 자체를 정부가 통제함으로써 합법적인 쟁의행위를 원천적으로 봉쇄할 수 있는 구조로 되어 있다. 정부는 노조설립신고의무와 설립신고서반려제도를 이용하여 관리직 노동자의 노조 가입 및 조직권을 부정하고, 일부 조합원의 노동자로서의 자격을 문제 삼아 노조 자체를 부정하는 태도를 종종 보이고 있다. 노조법은 노조자격을 인정하지 않는 5가지 사유를 열거하고 여기에 하나라도 해당하는 노동단체는 노동조합으로 보지 않는다고 규정하고 있다.¹²⁾ 이와 함

¹⁰⁾ 헌결 1991.7.22, 89헌가106; 헌결 2008.7.31, 2004헌바9. 사립학교 교원 가운데 초중등 사립학교 교원은 이후 교원노조법의 제정으로 단결권이 보장되었다.

¹¹⁾ 민간경비업체에 소속된 일반 노동자로서 공항 등 국가중요시설의 경비나 보안검색 등의 업무를 행하고 있는 특수경비원은 헌법이 특별히 개별적 유보조항을 두고 있는 공무원이나 주요방위산업체 종사자가 아님에도 단체행동권을 전면적으로 금지하고 있다. 하지만 헌법재판소는 이들 업무의 공공성, 무기 휴대 등의 특수성을 이유로 위헌이 아니라고 한다(헌결 2009.10.29, 2007헌마1359).

계 설립신고의무 및 신고증교부제도를 두고 행정관청이 사전에 심사하도록 함으로써 사실상 허가주의로 운영되고 있다. 노조법은 신고증교부가 노동조합의 성립요건임을 전제로 한 조항을 두고 있고(제12조 제4항) 법원도 일찍부터 신고증교부를 노동조합의 성립요건으로 인정해 왔다.¹³⁾ 설립신고증을 받지 못한 노동조합은 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 없다(제7조 제1항). 또 노동조합이라는 명칭조차 사용할 수도 없으며 이를 위반하면 벌금형에 처하도록 하고 있다(제7조 제1항, 제93조). 이와 같이 노조로서의 자격을 인정받지 못한 노동단체는 법의 해석상 또는 사실상 쟁의행위의 보호를 받지 못하게 된다.

b. 비공인 쟁의행위 및 비노조원의 쟁의행위 금지

노조법은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 조합원의 쟁의행위를 금지하고 이에 위반하는 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금이라는 무거운 벌칙조항을 두고 있다(제37조 제2항, 제89조 제1호). 헌법에는 ‘근로자’ 개인을 쟁의권 행사의 주체로 정하고 있는데도 이를 노동조합으로 한정하면서 일반 조합원의 비공인 쟁의행위를 금지하고 있는 것이다. 또한 노조법은 노동조합이 전제되지 않는 쟁의행위의 가능성을 부정하는 구조로 되어 있기 때문에 비노조원들의 집단적인 쟁의행위는 아무리 평화적일지라도 형법상 업무방해죄의 처벌까지 받을 수 있다.

(3) 쟁의행위 목적의 제한

법률에 의하여 명시적으로 쟁의행위의 목적을 제한하는 경우는 두 가지이다. 노조법은 노조 전임자 또는 근로시간면제 한도를 초과하는 급여의 지급을 요구하고 이를 관철할 목적으로 하는 쟁의행위를 금지하고 형벌을 적용한다(제24조 제5항, 1천만 원 이하의 벌금, 제92조 제1호). 이 경우에는 사용자도 부당노동행위로 처벌된다. 또 쟁의기간에 대한 임금의 지급을 요구하는 쟁의행위를 금지하고 위반 시에는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제44조 제3항, 제90조).

(4) 쟁의행위의 수단 및 방법의 제한

노조법에서는 쟁의행위의 수단과 방법을 제한하는 여러 규정들을 두고 있고 쟁의행위가 이러한 틀을 벗어나면 일반 형법과는 별도로 노조법상의 형벌을 받게 된다.

12) 이 가운데 해고자 등 근로자가 아닌 자의 가입을 허용한 경우가 자주 논란의 대상이 되고 있고, 이 조항을 근거로 2013년에는 교원단체인 전교조가 노조가 아니라는 통보를 하여 현재 법적 보호를 받을 수 없는 법외노조가 되어 있다.

13) 대판 1969.12.23, 69누100.

a. 피케팅(picketing)의 제한과 형벌 적용

노조법은 피케팅의 합법성의 범위를 매우 제한하는 방향으로 규정되어 있다. 노조법 제38조는 노동조합에게 쟁의행위가 적법하게 수행될 수 있도록 지도·관리·통제할 책임을 규정하면서“쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입, 작업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니 되며 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행·협박을 사용하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 이 조 위반의 피케팅에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

b. 쟁의행위 중 사용자의 재산 보호를 형벌로 강제

노조법 제38조 제2항은“작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업은 쟁의행위 기간 중에도 정상적으로 수행되어야 한다.”고 규정하고 있다. 이 조 위반의 경우에는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금형에 처하도록 하고 있다. 인명이나 신체의 안전을 보호하기 위한 시설의 유지운영과 같은 쟁의권행사의 합리적인 제약과는 달리 사용자의 물적 시설의 보호를 법률로 강제하는 것은 쟁의권에 대한 과도한 제한이 될 수 있다. 이러한 사항은 노사자치의 영역에 속하는 것으로 법률로 강제할 것은 아니라고 본다. 입법례로서도 보기 드문 규정이다. 또한 이 조는 그 책임의 주체를 명확하게 규정하고 있지 않다. 조문의 제목을‘노동조합의 지도와 책임’으로 하고 있는데 노조가 징역형의 대상이 될 수는 없고, 만약 개별 조합원이 그 책임의 주체가 될 수 있다고 보게 되면 쟁의권행사를 전면적으로 금지하는 것과 다름이 없어서 타당하지 않다.

c. 폭력·파괴행위의 금지 및 직장점거 제한

노조법 제4조 단서조항은 쟁의행위의 형사면책과 관련하여“어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 또한 제42조 제1항은“쟁의행위는 폭력이나 파괴행위 또는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없다”고 규정하고 있고 이 조 위반의 쟁의행위에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제89조). 폭력이나 파괴행위가 쟁의행위의 수단이 될 수 없는 것은 당연하지만 형법과는 별도로 노조법에서 이러한 사항을 규정한 것은 쟁의행위 중 일부 조합원에 의하여 이러한 행위가 있을 경우 쟁의행위 전체가 위법하게 판단될 수 있는 여지를 주게 된다.

d. 안전보호시설의 쟁의행위의 제한

노조법 제42조 제2항은“사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다”고 규정하고 있다.‘안전보호시설’

은 사람의 생명이나 신체에 대한 위해방지나 위생상 필요한 물적 시설을 말하고 이러한 시설의 정지·폐지 또는 방해가 생명이나 신체의 안전에 구체적인 위협을 초래할 수 있는 경우에 비로소 이 조항의 위반이 된다. 그런데 이 조항은 그 성격상 특정한 쟁의당사자의 책임을 구체적으로 명시하고 있지 않으며 쟁의행위 과정에서 지켜야 할 하나의 규칙을 설정하는 정도의 의미를 가진 것으로 보인다. 그런데 노조법은 위반행위자에 대한 벌칙조항(1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금)을 두고 있는데 이는 보호대상인 안전보호시설의 개념이나 책임의 소재가 매우 불명확한 상태에서 형벌조항을 두고 있다는 것 자체가 죄형법정주의에 어긋나고 해석여하에 따라 쟁의권에 대한 과도한 제한이 될 수도 있다. 하지만 헌법재판소는 안전보호시설 조항의 수범자에게 예측가능성을 제공하는 한편 안전보호시설조항을 해석·집행하는 기관들에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행을 배제하고 있으므로 명확성원칙에 위반되지 아니하여 위헌이 아니라고 보았다.¹⁴⁾

e. 지나치게 광범한 필수유지업무의 쟁의행위 금지

노조법은“필수유지업무의 정당한 유지·운전을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다”고 규정하고 이를 위반하면 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 매우 무거운 형벌규정을 두고 있다(제42조의2 제2항, 제89조). 여기서 말하는 ‘필수유지업무’란 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무’를 말한다(같은 조 제1항). 필수유지업무에 관한 쟁의권 제한은 기존의 필수공익사업에 대한 강제중재제도를 폐지하고 새로 도입된 제도이다. 이는 필수공익사업의 업무내용 가운데 일부를 필수유지업무로 지정하고 이 업무에 대하여만 쟁의행위 금지와 함께 대체근로를 허용하였다. 이는 필수공익사업에 종사하는 노동자 전부에게 쟁의권을 절대적으로 금지하는 것은 아니지만 쟁의행위의 실질적인 효과를 저지함으로써 쟁의권행사에 대한 중대한 제약을 초래하게 된다.

노조법은 필수유지업무의 범위(철도와 도시철도사업, 항공운수사업, 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제와 석유공급사업, 병원사업, 혈액공급사업, 한국은행사업, 우편 등 통신사업)를 공중의 일상생활에 영향을 미치는 영역까지 지나치게 넓게 규정하고 있다. 이렇게 되면 필수유지업무에는 파업권이 제한될 수 있다는 본래의 취지를 벗어나게 된다.¹⁵⁾ 나아가 필수유지

¹⁴⁾ 헌결 2005.6.30, 2002헌바83.

¹⁵⁾ ILO는 필수유지업무를 업무의 정지로 인하여 생명, 신체의 안전 또는 인구의 전부나 일부의 건강을 위협할 수 있는 것으로 한정하고 있다. 또한 명백하고 긴급한 위협(clear and imminent threat)이 존재해야 한다는 기준을 추가적으로 제시하고 있다. ILO가 예시하고 있는 필수유지업무는 병원, 전기공급, 수도공급, 전화서비스, 항공통제업무 등이다. 반면에 필수유지업무로 보지 않는 사업으로는 방송사업, 석유사업, 항만, 은행, 관세 및 조세징수를 위한 컴퓨터서비스, 백화점과 놀이공원, 금속 및

업무를 수행한다는 이유로 파업권이 제한되거나 금지되는 노동자에게는 그들의 이익을 보장할 수 있는 적절한 보상조치가 이루어져야 한다. 필수유지업무의 정지를 막기 위하여 행정당국이 취하는 조치라고 하더라도 그것이 달성하고자하는 목적에 비례하는 것이어야 하고 지나쳐서는 안 되는 것이다.

(5) 쟁의행위의 절차적 제한

노조법에서는 쟁의행위의 개시 및 조정중재절차와 관련하여 여러 가지 제한·금지규정을 두고 그 위반에 대하여는 징역형이 포함된 형벌의 제재를 가하도록 하고 있다. 또 이와는 별개로 일반 형법에 의한 업무방해죄의 책임을 지거나 민법의 불법행위에 기한 손해배상 책임을 지게 된다.

a. 쟁의행위의 사전 찬반투표

노동조합이 쟁의행위를 하려면 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성이 있어야 한다(노조법 제41조 제1항). 이 조항 위반에 대하여는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제91조). 또 찬반투표의 공정성 및 투명성을 제고 시킨다는 이유로 조합규약에 찬반투표 결과의 공개, 투표자 명부 및 투표용지 등의 보존·열람에 관한 사항을 명시하도록 하였다. 정부는 쟁의행위를 원하지 않는 다수 조합원의 이익보호와 신중한 판단을 기한다는 명분을 내세웠으나 실제로는 관련 당사자인 조합원들은 이를 법적으로 문제로 삼은 적이 없었다. 오히려 사용자와 정부가 찬반투표 과정의 정당성을 문제 삼아 민·형사상의 책임을 물었던 사실에 비추어보면 쟁의권 행사를 어렵게 만들고자 한 것 외에 다른 의도가 없어 보인다. 그런데 이 조항은 논리상 사용자나 일반 공중의 이익을 보호하기 위한 것이 아니기 때문에 투표의무의 이행유무가 사용자 또는 국가의 입장에서 책임을 묻는 민·형사책임의 면제요건이 될 수 없다. 하지만 대법원은 투표의무의 이행유무를 가지고 업무방해죄의 적용과 관련하여 쟁의행위 전체의 정당성 판단의 중요한 기준으로 삼고 있다.¹⁶⁾

b. 조정·중재 절차 위반의 쟁의행위에 대한 형벌 적용

노조법은 조정절차를 거치지 아니하면 쟁의행위를 행할 수 없다고 규정하고 있고(제45조 제2항), 중재기간 중(제63조)과 중재재정 및 재심결정 후(제69조 제3항), 긴급조정시(제77조)에도 역시 쟁의행위를 금지하고 있다. 그리고 조정절차를 거치지 않은 쟁의행위나 중재기간중

광산업, 운송업, 냉동업, 호텔업, 건설업, 자동차제조업, 조폐·정부간행사업, 술·소금·담배판매사업, 항공기수리, 농업, 식량공급과 유통, 교육, 도시운수업, 우편업무 등이다(Rubin, Neville, *Code of International Labour Law*(Vol. 1)(Cambridge University Press, 2005), 213-214쪽).

16) 대판 전원합의체 2001.10.25, 99도4837.

의 쟁의행위에 대하여는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금이(제91조), 중재재정 및 재심결정 후(제69조 제3항)나 긴급조정 시(제77조)의 쟁의행위에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제90조). 또한 따로 벌칙조항을 두고 있지는 않지만 노동쟁의의 발생 시 노사당사자에게는 각각 서면통지의무(제45조 제1항)가 있고 조정위원회나 단독조정인의 견해가 제시될 때까지는 조정안의 해석 또는 이행에 관하여 쟁의행위를 금지하고 있다(제60조 제5항). 조정·중재절차는 국가가 단순히 제3자로서의 지위에만 머무르지 않고 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지하기 위하여 마련된 제도라고 할 수 있다. 따라서 이러한 절차 위반에 대한 벌칙규정도 노사당사자 가운데 어느 일방의 권리와 이익을 보장하기 위해서가 아니라 국가가 공정한 조정·중재자로서의 역할을 제대로 수행할 수 있도록 제도적인 실효성을 보장하기 위한 것으로 이해되어야 한다. 하지만 노조법과 법원은 조정중재절차의 위반자, 주로 노동조합과 쟁의참가자에게 별도로 민·형사상의 책임을 지우고 있다. 대법원은 조정전치의 규정에 따르지 않은 절차위반의 쟁의행위에 대해서는 사전투표 위반과는 달리 일반 형법(업무방해죄)상의 위법성이 조각될 수 있다고 판결한 바가 있으나,¹⁷⁾ 노조법상의 형벌 조항은 그대로 적용된다.

c. 단체협약 위반의 쟁의행위에 대한 형벌 적용

노조법 제92조는 단체협약의 내용 중에서 쟁의행위에 관한 사항을 위반한 경우 1천만 이하의 벌금형을 처하도록 규정하고 있다. 이 조항은 노동조합과 사용자 간에 체결되는 단체협약의 실효성을 확보하기 위한 것으로 이해할 수 있지만 쟁의행위에 관한 사항이 쟁의권 행사의 제한을 내용으로 할 경우에는 문제가 될 수 있다. 쟁의권은 헌법상의 권리이므로 이를 제약하기 위해서는 법률에 의하여야 하고 단체협약으로 쟁의개시 사전통지의무나 평화의무 절차조항 등을 새로 설정할 수 없기 때문이다. 따라서 쟁의행위가 이러한 단체협약에 위반하였다고 하여 정당성을 상실하는 것은 아니라고 보아야 한다. 하지만 법원은 평화의무가 노사관계의 안정과 단체협약의 질서형성적 기능을 담보하는 것이라는 이유에서 단체협약의 유효기간 중에 단체협약에서 정한 근로조건 등에 관한 내용의 변경이나 폐지를 요구하는 쟁의행위를 해서는 안 되는 평화의무가 있다고 보고 단체협약이 체결된 직후 조합원들이 자신들에게 불리하다는 이유만으로 단체협약의 무효화를 주장하면서 쟁의행위를 했다는 이유로 정당성을 부인하고 업무방해죄까지 적용하였다.¹⁸⁾

17) 대판 2007.5.11, 2005도8005.

18) 대판 2007.5.11, 2005도8005.

d. 노조에 대한 광범위한 형벌 적용

노조법에서는“법인 또는 단체의 대표자, 법인·단체 또는 개인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인·단체 또는 개인의 업무에 관하여 제88조 내지 제93조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인·단체 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다.”(제94조)는 양벌규정을 두고 있다. 이에 따라 쟁의참가자는 물론 노조도 벌금형의 처벌을 받을 수 있다.

Ⅲ. 형사책임

1. 법적 책임의 기초

(1) 노조법상 쟁의행위와 형법상 업무방해죄의 개념적 동일성

앞서 보았듯이 한국에서 쟁의행위에 적용되는 대표적인 죄목은 형법의‘업무방해죄’이다. 노조법은 쟁의행위에 대하여“과업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적 운영을 저해하는 행위”(제2조 제5호)로 정의하고 있다. 한편 형법 제314조 제1항은‘위력으로써 사람의 업무를 방해한 자’를 업무방해죄로 처벌하도록 규정하고 있다. 노조법상의 쟁의행위가 형법상 업무방해죄의 구성요건과 개념적으로 거의 일치하는 것이다. 다만‘위력’이란 용어가 해석상 의문이 있을 수 있는데 대법원은“쟁의행위는 근로자들이 단결하여 사용자에게 압박을 가하는 것이므로 본질적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있다”¹⁹⁾고 보았다. 나아가 쟁의행위는 노사의 대립 과정에서 집단적으로 표출되는 갈등현상이기 때문에 어느 정도의 위력과 물리적 충돌이 동반되는 경우가 적지 않다. 특히 노사의 대립국면이 개별 기업차원에서 전개되는 한국에서는 직장점거와 같이 직접적으로 사용자의 권리행사를 방해하는 수단이 사용되는 경우가 많다.²⁰⁾ 이 때문에 대부분의 노동쟁의 과정에서 조합원과 조합간부가 자신이 직접 행한 구체적인 행동이 무엇이었는지에 관계없이 포괄적으로 업무방해죄로 처벌되는 것이 일반적이다. 쟁의행위는 한편으로는 헌법상의 기본권의 행사가 될 수도 있고 다른 한편으로는 형법상의 범죄가 될 수도 있는 모순된 상황에 놓여있는 것이다. 이러한 모순을 법리적으로 해결하기 위한 법적추론 방

19) 대판 1991.1.29, 90도2852; 1991.4.23, 90도2771 등.

20) 한국에서 직장점거가 주요한 쟁의행태가 된 것은 국가에 의한 억압적인 노동통제 정책의 산물이다. 군사쿠데타로 권력을 장악하였던 신군부정권에 의하여 개정된 1980년 노동쟁의조정법은 노동자의 파업이 정치권에 미치는 영향력을 우려하여 쟁의행위를 사업장 밖에서는 일체 할 수 없도록 금지하였던 것이다.

식이 바로 앞서 말한 쟁의행위의 정당성 판단인데, 쟁의행위가 전체로서 정당성을 갖춘 경우에만 위법성이 조각되어 업무방해죄의 처벌을 면할 수 있게 된다. 이와 같이 한국의 쟁의법질서는 보기 드물게 쟁의참가자 개개인의 구체적인 행동과 관계없이 쟁의행위 전체에 대한 포괄적인 위법성평가에 기초하여 곧바로 개인에게 형벌을 가할 수 있도록 되어 있다. 그 결과 단순히 집단적인 노무제공의 거절만으로도 업무방해죄가 적용될 수 있는 것이다.

(2) 업무방해죄에 대한 헌법재판소의 합헌결정과 단결금지법리

쟁의권 행사에 대하여 형사책임을 묻지 않는다는 것은 국가에 의한 형벌권의 행사로부터 자유를 의미한다. 쟁의권 확립의 역사적 과정에서 알 수 있듯이 국가는 노동자의 단결 자체를 직접적으로 금지하는 것부터 비롯하여 근로계약의 위반 또는 보통법상의 공모법리 등을 근거로 여러 가지 방식으로 형벌을 가하였다. 따라서 형사면책이란 이러한 방식들의 부정을 의미한다. 쟁의권이 확립된 오늘날 특별히 폭력이나 파괴행위 등 물리력을 행사하지 않는 파업 그 자체에 대하여 형벌을 적용하는 입법례는 거의 없다. 이러한 점에서 단순한 노무제공거절에 지나지 않는 파업에 대한 업무방해죄의 적용을 합헌이라고 선언한 헌법재판소의 결정²¹⁾은 시대착오적인 것이다.

한국 형법의 업무방해죄의 규정형식이나 또는 파업에 대한 그 적용을 합헌이라고 한 헌법재판소의 논리는 형사면책 법리가 확립되기 이전 단계인 단결금지시대 법리의 사고방식과 거의 유사한 특징들을 보여주고 있다. 즉, ①업무방해죄의 규정형식이 위법한 쟁의행위의 유형을 개별적이고 구체적으로 특정하지 않고 포괄적이고 광범위하게 규정하고 있다는 점, ②쟁의행위는 원칙적으로 위법한 행위이지만 단지 일정한 요건을 갖춘 경우에 제한적으로 허용된다고 하는 추론방식, ③위법한 쟁의행위를 주도한 노동조합이나 조합원은 사용자가 입은 손해를 배상할 만한 충분한 자력을 가지고 있지 않기 때문에 형사책임을 묻는 것이 불가피하는 논리, ④업무방해의 결과가 구체적으로 발생하지 않더라도 추상적 위험만으로도 충분하다는 해석, ⑤업무방해죄의 규정형식이 단순히 쟁의행위만을 대상으로 하고 있지는 않지만 입법 경위나 실제 적용에 있어서 주로 쟁의행위를 포괄적으로 규제하는 기능을 하고 있다는 점 등에서 그러하다. 쟁의권의 확립이 바로 이러한 요소들을 제거함으로써 이루어졌다는 점을 생각한다면 파업에 대한 업무방해죄의 적용이나 헌법재판소의 논리는 보편적으로 승인된 형사면책 법리에 따른 것이라고 보기는 어렵다. 업무방해죄와 같이 포괄적으로 쟁의행위를 범죄로 규정하는 조항은 노동자의 쟁의행위가 헌법상의 권리임을 전제로 하는 형사면책 법리와는 양립할 수 없는 것이다.

21) 헌결 1998.7.16, 97헌바23.

(3) 쟁의행위의 합법성 판단에 관한 헌법재판소 및 대법원의 일부 태도 변화

쟁의행위에 적용되는 업무방해죄는 쟁의행위를 원칙적으로 또한 포괄적으로 범죄로 규정하고, 그 합법성을 부분적이고 제한적으로만 인정하기 때문에 노동기본권을 보장하는 헌법 조항과 양립하기가 어려웠다. 하지만 헌법재판소는 이러한 인식이 별로 없었고 최근에 와서야 비로소 기존의 대법원 판례에 대하여 어느 정도 비판적인 견해를 밝히면서 단체행동권의 보호영역을 지나치게 축소시켜서는 안 된다는 결정을 내렸다²²⁾. 이 결정 이후, 대법원에서 “파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 그 집단적 노무제공의 거부 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다.”고 하여 종전의 입장을 약간 수정하였다.²³⁾

이 판결의 함의와 관련하여 학계에서는 논란이 분분한데 종래의 처벌관행에 제동을 걸었다는 평가도 있고 반드시 그렇게 볼 것만은 아니라는 평가도 있다. 하지만 쟁의행위는 파업 외에도 피케팅, 직장점거 등 다양한 쟁의전술과 함께 이루어지기 마련이어서 통상 어느 정도 위력의 요소를 포함하는 것인데 업무방해죄의 죄책을 면하기 위해서 사용자의 의사를 제압·혼란케 하지 않는 순수하게 노무제공의 거부만으로 이루어져야 한다는 것은 매우 비현실적 가정이라고 할 수 있다. 또한 “사업계속에 관한 ‘자유 의사’가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우”라는 사용자의 ‘주관적인 의사’를 합법성의 판단기준으로 삼고 있어 그 기준이 모호하고 추상적이기는 마찬가지이다. 나아가 합법적인 파업으로 인정받으려면 그밖에도 쟁의행위의 주체, 목적, 절차 등 복잡하고 까다로운 노조법상의 여러 정당성 요건을 모두 갖추어야하기 때문에 얼마든지 사용자가 예측하지 못했다는 이유로 처벌될 수 있는 가능성을 열어두고 있다. 여전히 검찰이나 경찰의 자의적인 법집행의 여지가 많은 것이 사실이다. 실제로 이 판결에서도 비록 평화적인 파업이었지만 노조가 직권중재 기간 중의 파업금지 조항을 위반할 것이란 사실을 사용자가 예측할 수 없었다는 이유로 유죄가 인정되었다. 다만 최근의 하급심에서는 이 판결을 취지를 적극적으로 해석하여 업무방해죄를 적용을 부인하는 사례²⁴⁾도 나타나고 있긴 하지만 일반적인 경향이 될 수 있을지는 미지수이다.

2. 법적 책임의 주체

(1) 조합원 및 비조합원의 책임

22) 헌결 2010.4.29, 2009헌바168.

23) 대판 2011.3.17, 2007도482.

24) 서울남부지판 2014.6.19., 2013고단2882.

폭력이나 파괴행위 등 쟁의과정에서 발생한 쟁의참가자 개인의 위법한 행위에 대하여 각자가 개별적으로 형사책임을 지는 것은 당연하다. 그런데 쟁의행위에 대한 업무방해죄의 적용은 이러한 형법상 개인책임의 원칙을 무시하고 쟁의참가자가 행한 구체적인 행동과 관련 없이 쟁의행위에 참가하였다는 사실만으로 형사책임을 지도록 되어 있다. 또한 노조법상의 각종 형벌조항도 쟁의행위라는 포괄적인 개념을 사용하여 쟁의행위에 참여한 조합원 개인에게도 연대책임을 지우도록 되어 있다. 그밖에 노조법상의 쟁의행위의 주체가 아닌 비조합원이 집단적으로 노조법상의 규정을 위반하고 파업에 참여했을 때 노조법상의 형벌을 적용할 수 있는지는 의문이지만 업무방해죄의 책임은 피하기 어렵게 되어 있다.

(2) 노동조합의 책임

민사책임의 영역에서는 노동조합 자체의 단체책임이 인정되는데 비하여 형사책임 영역에서 죄형법정주의 원칙의 당연한 귀결로서 단체책임은 특별한 규정이 없는 한 인정되지 않는다. 따라서 업무방해죄 등 형법상의 형벌과 관련해서는 노동조합의 책임이 별도로 인정될 여지가 없지만 노조법에서는 노동조합의 형사책임을 광범위하게 규정하고 있다. 즉 노조법에서는 “법인 또는 단체의 대표자, 법인·단체 또는 개인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인·단체 또는 개인의 업무에 관하여 제88조 내지 제93조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인·단체 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다.”(제94조)는 양벌규정을 두고 있다. 제88조에서 제93조는 노조법상의 모든 금지의무에 대한 형벌조항을 포괄하고 있기 때문에 결국 쟁의행위와 관련된 조합간부나 조합원의 의무위반에 대하여 노동조합도 벌금형의 처벌을 받을 수 있다.

(3) 조합간부의 책임

형사책임은 행위에 대한 책임이어야 하므로 조합간부라는 지위에 있다고 해서 위법한 쟁의행위의 결과에 대한 책임을 별도로 인정해서는 안 된다. 법률에 의하여 책임을 명시하지 않는 한 조합간부라고 해서 특별한 책임을 부담하는 것은 아니기 때문이다. 또한 조합간부라는 지위에 기초하여 별도로 위법한 쟁의행위를 방지해야 할 의무를 지우는 것도 개인책임의 원리에 어긋난다. 따라서 일반 형법의 법리에 따라 실현된 위법한 쟁의행위와 구체적인 관련의 정도에 따라 공동정범, 교사범, 방조범의 책임을 질 수 있을 뿐이다. 하지만 판례는 쟁의행위를 전체적으로 평가하여 위법성을 판단한 후 위법한 쟁의행위의 결의나 지시 자체가 업무방해죄의 공동정범에 해당된다는 입장을 취하고 있다.²⁵⁾ 쟁의행위에 대한 업무방해죄의 적용이 얼마나 광범위하게 쟁의행위를 억압할 수 있는지 보여주고 있는 것이다.

²⁵⁾ 대판 1992.11.10, 92도1315.

3. 소결

쟁의행위와 형사책임의 문제는 쟁의행위를 구성하는 쟁의참가자 각자의 행위에 대하여 유형별로 구체적인 범죄의 구성요건 및 보호법익과 직접 결부하여 위법성여부를 판단할 필요가 있다. 쟁의행위는 다양하고 복합적인 행위들로 구성되어 있고 따라서 이를 일률적으로 적법하다거나 또는 위법하다고 전제하여 평가하는 것은 타당하지 않다. 또한 노조법상의 쟁의행위 개념은 국가에 의한 금지나 제한, 조정중재절차 등 독자적인 목적을 위하여 형성된 것인 만큼 노조법에 위반된다고 하여 노동법적인 평가를 넘어서서 일반적인 형법상의 범죄행위로 취급해서는 안 될 것이다. 쟁의권이 헌법상의 권리로 인정된 이상 이와 양립할 수 없는 형법상의 각종 범죄는 적용될 수 없고 형사책임의 추궁은 쟁의권의 행사라고 볼 수 없는 경우에 한하여 구체적인 태양에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없다.

입법론으로서의 위력에 의한 업무방해죄와 같이 역사적으로나 논리적으로나 쟁의권과 양립할 수 없는 포괄적인 범죄유형을 형법전에서 삭제하거나 적어도 쟁의행위에는 적용하지 않는다는 규정을 노조법에 두는 것이 궁극적인 해결책이 될 것으로 생각된다. 나아가서는 집단적 자치의 원리상 노조법상의 각종 형벌조항도 삭제하여 당사자의 자율에 맡기고 쟁의과정에서 발생하는 일탈행위에 대해서는 일반 형법에 따라 처리하는 것이 바람직하다고 본다.

IV. 민사책임

1. 합법적인 쟁의행위의 범위를 엄격하게 제한하는 법원의 태도

한국의 민법상 불법행위 조항의 위법성이 인정되는 범위는 매우 광범위하다. 따라서 쟁의행위의 위법성 여부를 판단할 때 노동법의 이념이나 쟁의행위의 특수성을 고려하지 않으면 합법적인 쟁의권의 행사는 사실상 불가능해진다. 왜냐하면 쟁의행위는 본질적으로 사용자에게 손해를 가하는 것을 전제로 하고 있기 때문이다. 하지만 현행 노동관계 법령의 규정과 법원의 지배적인 경향은 이러한 측면을 거의 고려하고 있지 않다.

민사면책의 범위와 관련하여 대법원은“민사상 그 배상책임이 면제되는 손해는 정당한 쟁의행위로 인한 손해에 국한된다고 풀이하여야 할 것이고, 정당성이 없는 쟁의행위는 불법행위를 구성하고 이로 말미암아 손해를 입은 사용자는 노동조합이나 근로자에 대하여 그 손해배상을 청구할 수 있다”고 판결하였다.²⁶⁾ 노조법 제3조에서는 단지‘이 법에 의한…… 쟁의행위’라고만 표현되어 있음에도 노조법에는 없는 정당성요건을 면책의 근거로 제시한 것이다. 따라서

²⁶⁾ 대판 1994.3.25, 93다32828, 32835.

쟁의행위의 정당성여부가 면책의 요건이 되고 정당성이 없으면 곧바로 불법행위가 된다는 논리이다. 그런데 정작 정당성여부의 구체적인 판단기준에 대하여는 그동안 불법행위 소송사건에서는 대법원이 명시적으로 제시한 바가 없었다. 아마도 대부분의 쟁의행위가 형법 및 노조법상 금지되어 있기 때문에 굳이 민사상의 위법성요건을 별도로 따질 필요가 없었기 때문이 아닌가 한다. 최근에 와서야 비로소 대법원은 ‘정당성’의 의미를 일종의 민사상 위법성 조각사유로 파악하고 종래 대법원이 형사사건에서 적용한 판단기준을 동일하게 사용하고 있다. 즉 “정당한 쟁의행위라고 하기 위해서는 우선 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 또 단체교섭과 관련하여 근로조건의 유지, 개선 등을 목적으로 하는 것으로서 목적이 정당하여야 하며, 시기와 절차가 법령의 규정에 따른 것으로서 정당하여야 할 뿐 아니라, 방법과 태양이 폭력이나 파괴행위를 수반하는 등 반사회성을 띤 행위가 아닌 정당한 범위 내의 것이어야 한다.”고 판결하였다.²⁷⁾ 그 결과 손해배상책임을 면할 수 있는 쟁의행위는 형사면책의 경우와 동일한 기준에 따라 주체, 목적, 절차, 수단과 방법 등에서 모두 정당성을 갖출 경우로 제한되었다.

이와 같이 민사면책과 관련하여 쟁의행위의 정당성여부의 판단기준을 판례는 특별히 형법상 정당성 판단기준과 구분하지 않고 있다. 그나마 평화적인 파업에 대한 업무방해죄 적용과 관련해서는 위력이라는 구성요건 개념의 축소해석에 의하여 형사책임을 어느 정도 제한하려는 노력을 보인 반면 민사책임과 관련해서는 그러한 제한조차 없다. 더구나 쟁의행위의 주체, 목적, 절차 및 수단·방법 등과 관련된 노조법상의 수많은 제한·금지규정은 민사면책을 받을 수 있는 합법적인 쟁의행위의 범위를 극도로 축소시킨다. 민사책임과 관련하여 쟁의행위의 위법성을 판단할 때는 쟁의권을 제한하는 목적과 그것에 의하여 보장하고자 하는 법익이 사용자의 손해와 어떤 관련이 있는지를 구체적으로 밝힐 필요가 있음에도 법원은 쟁의행위가 각종 제한·금지법규에 위반된 경우에는 일률적으로 위법하다고 판단하고 있다.²⁸⁾ 관련 조항의 성격을 고려하여 피해자의 보호법익과의 관계에서 위법하다고 평가할 수 있는지 엄밀히 판단해야 하는데도 법원은 공중의 일상생활의 보호 등 다른 목적을 가진 정책적·기술적 성격을 가진 제한·금지법규 위반의 경우조차 불법행위책임을 인정함으로써 사용자의 이익을 보장하기 위하여 쟁의권을 과도하게 제한하고 있다.

법원에 의한 쟁의권의 훼손이라고도 할 수 있는 이러한 법해석이 가진 문제점은 형사책임의 경우와 동일하다. 기본적으로는 파업을 포함한 노동자의 단체행동이 합법적인 권리임을 헌법상 명백히 규정하고 있음에도 법원의 추론방식은 이와는 반대이다. 쟁의행위를 원칙적으로 위법한 행위로 보고 단지 예외적으로 일정한 범위 내에서만 책임을 면제받을 수 있는 것으로 보기 때문에 보호를 받을 수 있는 노조활동의 범위가 매우 협소하게 된다. 이 때문에 평화적

27) 대판 2011.3.24, 2009다29366.

28) 대판 2011.3.24, 2009다29366.

인 파업의 경우에도 광범위한 손해배상책임이 인정된다. 법원은 노동조합, 조합 임원, 조합원 등 쟁의행위 관련 당사자의 어떠한 행위가 어떠한 이유로 불법행위가 되는지 구체적으로 따지지 않는다. 불법행위의 성립여부를 판단함에 있어서 노동쟁의 과정을 전체적으로 하나의 행위로 평가하여 정당성유무를 판단한 다음 그 노동쟁의에 단지 관여하였다는 이유만으로 모든 손해에 대하여 공동불법행위의 연대책임을 지우는 것이다. ILO에서 말하는 쟁의참가자가 쟁의과정에서 행한 '구체적인 행위의 위법성'이나 '중대성', 위법행위와 제재간의 '비례성' 등은 거의 고려되지 않는다. 이와 같이 합법적인 쟁의행위의 범위를 좁게 해석하기 때문에 조합 임원이나 특정 조합원에 대한 선별적인 해고, 거액의 손해배상과 가압류 청구와 같은 보복적인 성격의 민 소송이 빈번하게 일어나고 있는 것이다.

2. 책임의 주체

한국에서 쟁의행위와 민사책임의 관계에 대한 논의는 주로 손해배상의 책임을 누구에게 지울 것인가 하는 문제에 집중되었다. 대부분 노동조합의 책임에 대하여는 법리적인 구성의 차이를 제외하고 긍정하는 입장을 취하고 있는데 이는 거꾸로 노동조합의 제정의 보호와 조직유지를 위하여 단체책임의 부정에 온 힘을 기울였던 서구의 경험과는 대조를 이룬다.

(1) 노동조합

노동조합도 단체로서 독자적으로 불법행위 책임을 질 수 있다. 법원은 노동조합의 집행기관이라고 할 수 있는 조합간부들이 위법한 쟁의행위를 기획, 지시, 지도하는 등으로 주도한 경우에 법인의 불법행위책임을 규정한 민법 제35조 제1항을 유추 적용하여 노동조합의 책임을 인정하고 있다.²⁹⁾ 하지만 쟁의행위는 같은 단체의 행동이라도 일반 회사·법인 등의 거래와 같이 대표자가 전체를 대표하여 행하는 다른 단체와는 달리 단체 구성원의 직접적이고 구체적인 집단적 행동에 의하여만 실현된다는 점에서 민법상의 대리나 대표의 관념과는 어울리지 않는다. 왜냐하면 집단적인 현상이라는 점에서는 유사하지만 노동조합과 조합간부 또는 조합원 간의 관계는 일반 회사·법인 등의 거래와 같이 대표자가 전체를 대표하여 행하거나 피용자와 사용자의 관계에서 선임 및 감독 책임을 부담하는 관계가 아니기 때문이다. 이런 점에서는 노동조합 기관의 결정이나 지시에 의하여 이루어진 위법한 쟁의행위라도 이를 일반 법인의 경우처럼 기관의 불법행위책임을 유추적용하거나 사용자책임을 묻는 것은 타당하지 않다.

또한 쟁의과정에서 우발적으로 발생한 조합원의 쟁의권남용으로 인한 손해에 대해서도 노동조합이 당연히 책임을 지는 것도 아니다. 원칙적으로 쟁의권은 쟁의참가자들이 개인적으로 행

²⁹⁾ 대판 1994.3.25, 93다32828, 32835.

사하는 것이기 때문에 쟁의행위의 참가를 호소·설득했다는 이유만으로 폭력이나 파괴행위 등 쟁의과정에서 개별 쟁의참가자가 저질은 위법한 행위에 대하여 노동조합이 책임을 지는 것은 아니다. 발생한 손해의 원인이 쟁의참가자가 저질은 위법한 행위이지 쟁의행위 자체에 대한 호소가 아니기 때문에 발생한 손해와 노동조합의 행위 사이에는 인과관계가 없는 것이다.

쟁의행위와 관련하여 노동조합이 불법행위책임을 부담해야 하는 때는 노동조합의 적극적인 지시에 의하여 쟁의참가자가 저질은 위법한 행위로 발생한 손해이다. 노동조합이 위법행위에 가담한 행위자들이 책임져야 할 행위의 실행을 부추기면서 지속적으로 위법한 운동을 조직·주도한 경우처럼 노동조합의 직접적인 가담행위와 발생한 손해 사이에 인과관계의 존재한다면 노동조합의 불법행위책임을 인정된다. 노동조합이 책임주체가 되기 위해서는 노동조합의 행위로 볼 수 있는 총회 또는 대의원회의 위법한 결의에 기한 것이거나 집행기관의 위법한 행위 등 노동조합의 직접적인 가담행위가 있어야 한다.

(2) 조합간부

조합대표자 등 조합간부에 대해서도, 법원은 조합간부들의 행위는 일면에 있어서는 노동조합 단체로서의 행위라고 할 수 있는 외에 개인의 행위라는 측면도 아울러 지니고 있고, 일반적으로 쟁의행위가 개개근로자의 노무정지를 조직하고 집단화하여 이루어지는 집단적 투쟁행위라는 그 본질적 특징을 고려하여 볼 때 노동조합의 책임 외에 불법쟁의행위를 기획, 지시, 지도하는 등으로 주도한 조합의 간부들 개인에 대하여도 책임을 지우는 것이 상당하다고 하여 조합간부들의 개인의 불법행위책임을 인정하였다.³⁰⁾ 이에 따라 쟁의행위의 합법성을 인정받지 못하면 조합 임원은 대부분 해고되거나 거액의 손해배상책임을 지게 된다. 하지만 이는 쟁의행위에 대한 책임을 지나치게 확대하는 것이다. 조합 임원의 책임을 지나치게 강조하는 것은 결사의 자유에 대한 중대한 위협이 될 뿐만 아니라 조합원의 균등한 참여와 운영이라는 조합민주주의의 기본원리에도 맞지 않는다. 한국법의 구조상 쟁의권은 개별 근로자의 권리이고 조합간부라는 직책이 쟁의참가 근로자를 대표할 권한을 부여하거나 쟁의참가자가 행한 위법한 행위의 결과에 대하여 책임을 질 최소한의 위임인의 자격도 부여하는 것은 아니다. 따라서 노동조합의 임원이든 단순 쟁의참가자이든 간에 각자가 자신의 쟁의권을 행사하는 것이고 그것의 남용으로 위법한 행위가 있었다면 각자가 쟁의과정에서 행한 구체적인 위법행위에 대해서만 책임을 질뿐이라고 보아야 한다.

(3) 참가 조합원

쟁의행위로 인한 손해배상책임과 관련하여 한국의 법원은 원칙적으로 개인책임을 긍정하는

³⁰⁾ 대판 1994.3.25, 93다32828, 32835.

입장이다. 민법학의 일반론에 따라 위법행위가 있으면 당연히 행위자인 개인이 책임을 부담해야 하고 그 개인의 책임이 어느 범위까지 단체에도 미치는가만 문제로 된다고 본다. 쟁의행위는 단체인 노동조합의 행위인 동시에 조합원 전원의 행위이고 위법한 쟁의행위가 행해진 경우에는 실제 거기에 가담한 모든 사람에게 책임이 있다는 것이다. 따라서 쟁의행위가 정당성이 없는 경우에는 조합과 참가조합원 전원의 공동불법행위가 되고 참가조합원 개개인이 노동조합과 똑같이 쟁의행위로 발생한 전 손해에 대하여 연대책임을 부담하게 된다. 하지만 이러한 논리가 개인에 대하여는 지나치게 가혹한 결과를 초래할 수 있다는 사정을 고려하여 쟁의행위를 조직화·집단화한 행위에 주도적으로 참여한 자와 노동조합의 지시에 따라 단순히 참가한데 불과한 일반 조합원의 책임을 구분하여 일정한 경우 단순참가자의 책임을 부정하는 태도를 취하고 있다. 쟁의행위의 집단적 성격과 헌법의 단결권보장 정신을 고려하여, “일반 조합원의 경우에 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 해칠 수도 있는 점, 쟁의행위의 정당성에 관하여 의심이 있다 하여도 일반조합원이 노동조합 및 노동조합 간부들의 지시에 불응하여 근로제공을 계속하기를 기대하기는 어려운 점 등에 비추어 일반조합원이 불법쟁의행위 시 노동조합 등의 지시에 따라 단순히 노무를 정지한 것만으로는 노동조합 또는 조합 간부들과 함께 공동불법행위책임을 진다고 할 수 없다. 다만, 근로자의 근로내용 및 공정의 특수성과 관련하여 그 노무를 정지할 때에 발생할 수 있는 위험 또는 손해 등을 예방하기 위하여 그가 노무를 정지할 때에 준수하여야 할 사항 등이 정하여져 있고, 당해 근로자가 이를 준수함이 없이 노무를 정지함으로써 그로 인하여 손해가 발생하였거나 확대되었다면, 그 근로자가 일반조합원이라고 할지라도 그와 상당인과관계에 있는 손해에 대하여는 이를 배상할 책임이 있다.”³¹⁾ 고 보았다.

이와 같이 공동행위자의 참여정도에 따라 책임을 달리하는 법원의 접근방식의 문제점은 그 논거의 준거점이 객관적 수준에서의 행위의 위법성 판단의 단계가 아니라 주관적인 책임 단계에서 처리하고 있다는 것이다. 즉 위법성 인식의 가능성과 합법적인 행위의 기대가능성이 없다는 이유로 일반 조합원의 책임을 원칙적으로 물을 수 없다고 하는 식이다. 하지만 원칙적으로 위법한 쟁의행위에 대한 개인책임을 긍정한다고 하더라도 쟁의행위를 조직화·집단화한 행위에 주도적으로 참여한 자와 노동조합의 지시에 따라 단순히 노무를 정지한 일반 조합원의 책임을 다르게 취급해야 한다는 주장은 반드시 타당하다고 보기 어렵다. 물론 판례가 들고 있는 위법성 인식의 가능성과 합법적인 행위의 기대가능성 여부는 일반원칙으로서 불법행위의 성립요건인 ‘고의·과실’이나 책임을 조각할 수 있는 사유가 될 수는 있다. 하지만 상대적으로 조직화·집단화를 이유로 조합간부의 책임을 중시하는 논리는 쟁의행위를 근원적으로 위법시하는 관점이다. 또한 조합간부의 책임을 지나치게 강조하는 것은 조합원의 균등한 참여

31) 대판 2006.9.22, 2005다30610.

와 운영이라는 조합민주주의의 기본원리와도 맞지 않는다. 노동조합의 간부이든 단순 노무정 지자이든 간에 각자가 자신의 쟁의권을 행사하는 것이고 그것의 남용으로 위법한 행위가 있었다면 각자가 쟁의과정에서 행한 구체적인 위법행위에 대해서만 책임을 질뿐이라고 보아야 한다.

3. 쟁의행위에 대한 보복적 성격의 연대배상책임

법원은 민법상의 공동불법행위로 인한 손해배상에 대한 연대책임은 쟁의행위의 경우에도 성립할 수 있다고 보았다. 쟁의행위가 위법하다고 인정되면 노동조합과 조합임원 그리고 참가 조합원 모두가 전체 손해액에 대하여 공동으로 연대책임을 지게 된다. 그런데 집단적인 노동 관계에서 연대책임은 손해배상의 목적 외에도 보복적인 제재라는 이중적인 기능을 가진다는 점에서 신중을 기할 필요가 있다. 민법상 연대책임을 인정하는 주된 목적은 채무의 확실한 이행을 담보하여 피해자를 두텁게 보호하기 위한 것이지만 집단적 노동관계에서는 보복적인 제재의 수단으로 오용될 수 있기 때문이다. 사용자는 채무자선택의 자유를 이용하여 장래 근로자의 집단행동에서 양보를 얻어내기 위한 위협수단으로 이용하거나 특정 노동자나 노동조합에 대한 탈법적인 부당노동행위수단으로 이용할 수 있는 것이다. 하지만 판례는 이러한 집단적인 갈등의 특수성을 고려하고 있지 않다. 실제로 법원은 회사가 불법쟁의행위를 주도한 노동조합의 간부들 상당수와 노동조합 자체에 대하여는 불법쟁의행위로 인한 손해배상책임을 묻지 않으면서, 정리해고무효확인 소를 제기하여 고용관계를 정리하지 아니한 조합원들에 대해서만 손해배상청구를 유지하고 있더라도 소권을 남용한 것으로 볼 수 없다고 보았다.³²⁾ 어떤 경우에는 손해배상 청구 대상자에서 빼주는 조건으로 자진 사직을 유도하는 사례도 있다. 이런 상황이라면 노조든 개인이든 쟁의행위 한번 잘못하면 존립 자체가 파탄이 날 수 있기 때문에 노조활동이 극도로 위축될 수밖에 없는 것이다.

쟁의권이 일차적으로 근로자 개인의 권리임을 고려한다면 행위와 손해간의 상당인과관계를 엄격하게 해석할 필요가 있다. 쟁의참가자의 연대책임을 묻기 전에 각자의 과실과 그에 따른 손해에 대한 개별적이고 구체적인 입증이 있어야 한다. 따라서 쟁의참가자 각자가 직접 가담한 위법행위를 특정하지 않고 위법행위로부터 발생한 손해의 전부에 대하여 연대책임을 물어서는 안 된다고 보아야 할 것이다.

4. 무제한의 손해배상 책임

위법한 쟁의행위로 인한 손해배상의 범위에 대해서도 특별한 제한이 없다. 법원은 쟁의행위

³²⁾ 대판 2006. 9. 22, 2005다30610.

가 전체적으로 위법할 경우와 쟁의행위를 구성하는 개별적인 수단이나 절차 등이 위법할 경우를 구분하지 않고 쟁의행위를 전체로서 위법성여부를 판단한 후 쟁의행위에 관련된 모든 손해에 대해 배상책임을 인정한다. 사용자 측이 주장하는 손해 가운데 가장 큰 금액을 차지하는 것이 조업중단으로 인한 영업이익의 손실이다. 단순한 노무제공의 거절로 인하여 발생한 영업이익의 손실에 대하여 배상책임을 인정함으로써 배상액의 규모가 노조나 쟁의참가자가 감당할 수 없는 규모로 늘어나게 된다. 2014년 2월 기준으로 불법 쟁의행위를 이유로 사용자가 노조와 노조간부들에게 손해배상을 청구하여 소송이 진행 중인 금액이 모두 1,691억6천만 원에 이른다고 한다. 이 가운데 가압류 금액만도 182억8천만 원이나 되고 300억 원 이상을 청구당한 노조도 세 곳이나 된다(아래 표 참조). 2007년의 철도파업의 경우에는 단 4일간의 파업으로 약 70억 원(총 손해액 116억여 원 중 사용자의 과실을 고려하여 60%인정)의 손해 배상책임을 인정되었다. 당사자가 대규모 사업장임을 고려하더라도 기업별 노조와 그 간부들에 대하여 이와 같은 엄청난 액수의 금액 청구나 가압류는 노동자의 쟁의권을 무력화시키는 효과적인 수단으로 이용될 수 있음을 보여주는 전형적인 사례들이다.

그런데 집단적 노무제공의 거절로 인한 조업중단으로 발생한 영업이익의 손실은 파업 자체가 금지되어있거나 파업의 목적 자체가 위법하여 쟁의권의 남용행위로 볼 수 없는 한 배상의 범위에 포함시켜서는 안 되는 것이다. 직접 갈등관계에 있는 노사당사자 간의 기업내부적인 측면에서 볼 때 영업활동이라는 것 자체가 근로계약이라는 법적인 매개수단을 통하여 자본과 노동의 결합, 즉 사용자와 노동자의 상호 협력에 의하여 이루지는 것이고 거기에 노동자가 집단적으로 협력하지 않았다고 해서 이를 채무불이행을 넘어 위법한 침해의 가해행위로까지 볼 수는 없는 것이다. 바로 이러한 집단적인 협력의 거절행위를 권리로서 파악한 것이 현대 법질서의 핵심적인 권리인 파업권의 요체이다. 또한 쟁의행위의 본질을 영업권을 침해하는 조직적이고 집단적인 '가해행위'로 파악하는 것은 쟁의권을 헌법적 권리로 선언한 법체계와도 맞지 않는 논리이다. 파업 자체는 노동자가 자신의 것인 노동력에 대한 처분의 자유의 표현이고, 사용자의 재산권을 침해하는 것이 아니라 그 사용수익에 협력하지 않음으로써 재산권 보장 효과의 일부를 제약할 뿐이다. 따라서 사용자의 영업이익은 적어도 파업과 관련해서는 원칙적으로 존중받아야 할 보호법익이 될 수 없다. 영업이익의 손실은 파업을 권리로 인정한 이상 당연히 감수해야 할 손해가 된다. 그래서 사용자 입장에서도 영업 손실을 줄이려면 협상에 나설 수밖에 없는 것이다. 다만 폭력이나 파괴행위와 같이 인격권 및 재산권에 대한 직접적인 위해를 통하여 영업의 존립 자체를 위협하거나 쟁의행위의 직접적인 당사자가 아닌 쟁의비참가자나 사용자의 거래상대방과의 거래를 방해하는 경우 등과 같이 쟁의권이 남용될 경우에는 영업권의 침해가 문제될 수 있다.

[표. 2014. 3. 현재 민주노총 사업장 손해배상 및 가압류 청구 현황]

| 사업장 | 손해배상 청구액 | | 가압류 |
|---------------|-----------|---------------------|---------|
| | 청구금액 | 청구이유 변경 및 소송 인정액 반영 | |
| 쌍용자동차지부 | 302억 | 158억15천만 | 28억 9천만 |
| KEC 지회 | 300억 | 156억5천만 | 5천만 |
| 한진중공업 | 158억1천만 | 158억1천만 | - |
| 철도노동조합 | 313억2천만 | 227억 | 116억 |
| MBC | 195억1천만 | 195억1천만 | 22억 |
| 유성 | 57억5천만 | 13억4천만 | - |
| 현대차 울산 비정규직지회 | 225억6천만 | 225억6천만 | - |
| 현대차 아산 사내하청지회 | 16억7천만 | 16억7천만 | 4천만 |
| 현대차 전주 비정규직지회 | 25억6천만 | 25억6천만 | 5천만 |
| 한국3M | 2억6천만 | 4억9천5백만 | 4천 7백만 |
| 발레오 만도 | 26억 5천만 | 1천8십만 | - |
| 상신브레이크 | 10억 | 11억 | 4억 1천만 |
| 만도지부 | 30억 | 30억 | - |
| DKC지회 | 26억 | 26억 | 10억 |
| 보쉬전장 | 2억1천만 | 2억1천만 | - |
| 콘티넨탈 | 3천만 | 3천만 | - |
| 기아차지부 | 3천3백만 | 3천3백만 | - |
| 계 | 1,691억6천만 | 1,250억9천 | 182억8천 |

출처: 민주노총 정책보고서 「2014 민주노총 요구와 과제」(2014. 4)

V. 징계책임

1. 징계의 법적 근거

한국은 근로자에 대한 징계를 명시적으로 인정하는 법률상의 규정이 없다. 오히려 정당한 이유 없이는 근로자를 해고, 정직 등 징벌을 하지 못하도록 법률로서 엄격히 제한하는 규정을 두고 있다(근기법 제23조 제1항). 또한 근로자에게 감급의 제재를 할 경우에도 1회에 평균임금의 1일분의 2분의 1을, 그 총액은 임금지급기 총액의 10분의 1을 초과하지 못하도록 그 상한선을 두고 있다(제95조). 하지만 이러한 사용자의 징계에 대한 제한은 역으로 반대해석에 의하여 폭넓게 인정된다. 법원은 사용자의 징계처분을 기업질서의 확립과 유지를 위하여 필요 불가결한 것으로 보고 징계처분의 필요성을 인정하고 있다. 비록 적극적인 권리로서의 성격을

부여하지는 않으나 법률이나 단체협약과 같이 다른 상위규범에 반하지 않는 범위 내에서 자유로이 형성할 수 있는 것으로 해석하고 있다. 다만 사용자가 임의로 작성하는 것이긴 하지만 기업 내 내부규칙인 취업규칙에 따라야 한다는 최소한의 요건을 부가하고 있을 뿐이다.³³⁾ 징계의 종류와 관련하여, 어떠한 징계처분을 할 것인지는 원칙적으로 징계권자의 재량에 속하는 것으로 보고 있지만 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에는 무효라고 본다.³⁴⁾ 징계 가운데 가장 무거운 처분인 해고에 대하여 법원은 “사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 그 정당성이 인정된다.”³⁵⁾고 보고 있다. 물론 쟁의행위에 대하여 징벌을 할 수 있는 아무런 취업규칙상의 규정이 없더라도 정당한 이유가 있다고 인정되는 한 징벌은 합법적으로 인정될 수 있다. 따라서 징계사유와 징계절차에 관한 취업규칙의 규정은 사용자가 스스로 정한 규칙에 대하여는 적어도 법적인 구속을 받는다는 소극적인 의미를 가질 뿐이다.

2. 쟁의행위와 징계

쟁의행위가 합법성의 범위를 벗어난 경우에는 거의 예외 없이 징벌권의 행사는 정당한 것으로 인정된다. 정당성을 인정받지 못하는 파업³⁶⁾ 또는 위법한 쟁의행위³⁷⁾의 경우에는 평화적인 파업, 즉 단순한 근로제공의 거절만으로도 취업규칙에 의하여 무단결근 행위 또는 직장질서의 파괴행위로서 회사의 운영에 중대한 지장을 준 것으로 보아 정당한 해고사유가 된다. 나아가 법적으로 응할 의무가 없는 사용자의 연장근로의 제의나 휴일근로의 지시에 대하여 집단적으로 이를 거부하고 연장근로를 하지 말라고 권유하는 행위를 쟁의행위로 보아 사용자의 업무를 방해했다는 이유로 징계해고가 유효하다고 판단한 경우도 있다.³⁸⁾ 심지어는 쟁의행위의 정당성 여부에 관계없이 노동관계법 규정을 위반하여 사업장 밖에서 쟁의행위를 하는 것은 사용자의 이미지에 부정적 평가를 갖게 할 우려가 있고 또한 사용자의 명예를 훼손할 수도 있기 때문에 해고사유가 된다고 본 사례도 있다.³⁹⁾

현행법상 평화적인 파업을 비롯한 모든 쟁의행위는 개념정의상 업무방해와 직장질서문란 행위가 될 수밖에 없고 엄격하고 좁은 합법성의 기준을 통과하지 못하는 한 징계처분의 사유가 되게 된다. 쟁의행위는 근로자의 헌법적인 권리의 행사이고 따라서 일상적인 노동관계가

33) 대판 1999.3.26, 98두 4672; 대판 2000.9.29, 99두10902.

34) 대판 2000.10.13, 98두8858, 대판 2002.9.24, 2002두4860.

35) 대판 2003.7.8, 2001두8018.

36) 중노위재심 1995.1.18, 94부해301.

37) 대판 1992.9.22, 91다4317; 대판 1993.11.9, 92다46943.

38) 대판 1992.9.25, 92다18542.

39) 대판 1995.3.28, 94다45175.

정지됨으로써 기본적으로 징계처분을 할 수 있는 기반 그 자체가 상실되는 것임에도 법원은 그러한 인식이 결여되어 있다. 쟁의과정에서의 근로자의 구체적인 행동이 정상적인 쟁의권 행사의 범위를 벗어나서 별도의 귀책사유를 구성하지 않는 한 징계처분의 사유가 될 수 없다고 보아야 하는 것이다. 또한 징계처분은 근로자 개인의 귀책사유에 대한 제재인데도 쟁의행위 전체가 위법하다고 하여 모든 근로자에게 집단적인 책임을 묻는 것도 개인책임의 원리에 맞지 않는다. 더구나 주로 노조임원들을 대상으로 행해지는 선별적인 해고는 쟁의행위에 대한 보복적인 성격을 띠고 있어 쟁의권을 보장한 헌법정신과도 어울리지 않는다.

VI. 결론을 대신하여

쟁의행위의 법적 책임과 관련하여 한국에서 합리적인 쟁의법질서의 정착을 어렵게 하는 배경에는 과거 오랜 기간 동안 국가의 노동통제 정책 아래서 형성되어 온 수많은 쟁의행위 제한·금지 법규들과 노동3권에 대한 부정적인 사회인식 및 이에 더 얽은 법원의 판례, 기업별 노조라는 한국 특유의 조직형태 등 복합적인 사정들이 자리하고 있다. 이와 같은 근본적인 원인에 대한 종합적인 성찰 없이는 끝없는 구속과 수배, 해고, 무분별한 손해배상·가압류와 같은 작금의 사태를 해결하기 어렵다. 노조탄압 역사의 어두운 과거 유산으로부터 벗어나지 않고서는 제대로 된 쟁의법질서를 마련할 수 없다는 사실을 무엇보다도 먼저 유념할 필요가 있다는 것이다.

오늘날 대부분의 나라에서 집단적인 노사관계는 노사의 자주적인 해결에 맡기고 있고 간혹 규제조항을 두는 경우에도 노동자의 단결활동을 방해하여 공정성을 해치는 사용자의 부당노동행위만을 금지할 뿐이다. 하지만 우리의 노동법질서는 이러한 경향과는 아주 거리가 멀다. 현행 노동조합법은 금지와 처벌조항으로 가득 차 있다. 그것도 노동자와 노동조합을 겨냥한 조항이 대부분이어서 노동3권을 보장하기 위하여 만들어졌다는 입법취지를 전혀 무색하게 한다. 심지어 평화적인 파업조차도 그 목적이나 수단, 절차 등이 부당하다는 이유로 관련자 모두가 형법상의 업무방해죄로 처벌되거나 손해배상책임을 질 수 있다. 한국에서 합법적인 파업은 여전히 거의 불가능에 가까운 것이 현실이다. 불법 파업이 문제가 아니라 파업의 총체적인 불법화가 문제인 것이다. 이런 까닭으로 지금의 노동법질서는 노동자의 단결권을 보장한다는 진정한 의미의 노동법이라기보다는 단결활동을 불법시하고 원천적으로 차단하는 치안경찰법이라고 하는 편이 더 올바른 평가일 것이다. 바로 이러한 형법과 노동관계법령의 수많은 제한금지 조항들이 다시 쟁의행위의 합법성 판단, 특히 파업을 둘러싼 손해소송에서 법관들의 판결 태도에 절대적으로 영향을 미치고 있는 것이다. 따라서 민형사상의 위법성 판단의 주된 근거

로 작용하고 있는 노동조합법상의 각종 형벌조항들을 삭제하고 형법의 업무방해죄를 파업에 는 적용할 수 없도록 하는 것이 가장 우선적인 과제가 되어야 한다. 그리고 노동자의 쟁의행 위가 원칙적으로 합법적인 권리임을 전제로 한 노동법질서의 전면적인 개편이 필요하다는 점 을 마지막으로 강조해두고 싶다.

참고: 쟁의행위와 관련된 형벌조건표

| 노동조합 및 노동관계조정법 | | |
|--------------------------------------|---|-------------------------|
| 관련 조문 | 금지 내용 | 형벌 |
| 제41조제2항 (쟁의행위의 제한과 금지) | 「방위사업법」에 의하여 지정된 주요방위산업체에 종사하 는 근로자중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자의 쟁의행위 | 5년 이하의 징역, 5천 만원 이하의 벌금 |
| 제37조제2항 (쟁의행위의 기본원칙) | 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위 | 3년 이하의 징역, 3천 만원 이하의 벌금 |
| 제38조제1항 (노동조합의 지도와 책임) | 쟁의행위가 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하거나, 쟁 의행위의 참가를 호소·설득하는 행위로서 폭행·협박을 사 용한자 | |
| 제42조제1항 (폭력행위의 금지) | 폭력이나 파괴행위 또는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설을 점거하는 형태의 쟁의행위 | |
| 제42조의2제2항 (필수유지업무에 대한 쟁의 행위의 제한) | 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해 하는 쟁의행위 | |
| 제44조제2항 (쟁의행위 기간 중의 임금지 급 요구의 금지) | 쟁의행위 기간에 대한 임금지급을 요구하여 이를 관철할 목적으로 한 쟁의행위 | |
| 제77조 (긴급조정시의 쟁의행위중지) | 긴급조정의 결정이 공표된 후의 쟁의행위 | 2년 이하의 징역, 2천 만원 이하의 벌금 |
| 제38조제2항 (노동조합의 지도와 책임) | 쟁의행위 기간 중 작업시설의 손상이나 원료·제품의 변 질 또는 부패를 방지하기 위한 작업의 수행의무 불이행 | 1년 이하의 징역, 1천 만원 이하의 벌금 |
| 제41조제1항 (쟁의행위의 제한과 금지) | 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 과반수의 찬성으 로 결정하지 아니한 쟁의행위 | |
| 제42조제2항(폭력행위 등의 금지) | 사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 쟁의행위 | |
| 제45조제2항 (조정절차의 전치) | 조정절차를 거치지 아니한 쟁의행위 | |
| 제63조 (중재시의 쟁의행위의 금지) | 노동쟁의가 중재에 회부된 날부터 15일간이 지나지 않은 쟁의행위 | |

| | | |
|-------------------------|---|--------------------------------------|
| 제43조제1항 (사용자의 채용 제한) | 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체한 사용자 | |
| 제43조제2항 (사용자의 채용제한) | 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급을 준 사용자 | |
| 제43조제4항 (사용자의 채용제한) | 노동조합과 사용자는 필수유지업무에 종사하는 근로자가 소속된 노동조합이 2개이상인 경우에는 각 노동조합의 해당 필수유지업무에 종사하는 조합원 비율을 고려하여야 한다. 이를 위반한자 | |
| 제46조제1항 (직장폐쇄의 요건) | 노동조합이 쟁의행위를 개시하기 이전의 직장폐쇄 | |
| 제24조제5항 (노동조합의 전임자) | 노조 전임자의 급여 지급을 요구하고 이를 관철할 목적으로 하는 쟁의행위 | 1천만원 이하의 벌금 |
| 제31조제1항 (단체협약의 작성) | 체결된 단체협약의 내용 중 쟁의행위에 관한 사항의 위반 | |
| 형 법 | | |
| 관련 조문 | 금지 내용 | 형벌 |
| 제307조제1항 (명예훼손죄) | 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자 | 2년 이하의 징역, 금고, 500만원 이하의 벌금 |
| 제307조제2항 (명예훼손죄) | 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자 | 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지, 1천만원 이하의 벌금 |
| 제311조 (모욕죄) | 공연히 사람을 모욕한 자 | 1년 이하의 징역, 금고, 200만원이하의 벌금 |
| 제314조제1항 (업무방해죄) | 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자 | 5년 이하의 징역, 1,500만원이하의 벌금 |
| 제319조제1항 (주거침입죄) | 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자 | 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금 |
| 제319조제2항 (퇴거불응죄) | 전항의 장소에서 퇴거요구를 받고 응하지 않은 자 | 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금 |
| 제320조 (특수주거침입죄) | 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 전조의 죄를 범한 때 | 5년 이하의 징역 |
| 국가공무원법 | | |
| 관련 조문 | 금지 내용 | 형벌 |
| 제66조제1항 (집단행위의 금지) | 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외하고 노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니 된다. | 1년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금 |
| 지방공무원법 | | |
| 관련 조문 | 금지 내용 | 형벌 |
| 제58조 | 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외하고 노동운동이 | 1년 이하의 징역, 500 |

| | | |
|----------------------------|--|--|
| (집단행위의 금지) | 나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니 된다. | 만원 이하의 벌금 |
| 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 | | |
| 관련 조문 | 금지 내용 | 형벌 |
| 제11조 (쟁의행위의 금지) | 노동조합과 그 조합원은 파업, 태업 또는 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 방해하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다 | 5년 이하의 징역, 5천만원 이하의 벌금 |
| 사립학교법 | | |
| 관련 조문 | 금지 내용 | 형벌 |
| 제55조제1항 (복무) | 사립학교의 교원의 복무에 관하여는 국공립학교의 교원에 관한 규정을 준용한다. | 1년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금 |
| 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 | | |
| 관련 조문 | 금지 내용 | 형벌 |
| 제8조 (쟁의행위의 금지) | 노동조합과 그 조합원은 파업·태업 기타 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위를 하여서는 아니 된다. | 5년 이하의 징역, 5천만원 이하의 벌금 |
| 청원경찰법 | | |
| 관련 조문 | 금지 내용 | 형벌 |
| 제5조제4항 (직권남용 금지 등) | 청원경찰의 복무에 관하여는 「국가공무원법」 제66조제1항을 준용한다. | 1년 이하의 징역, 200만원 이하의 벌금 |
| 경비업법 | | |
| 관련 조문 | 금지 내용 | 형벌 |
| 제15조제3항 | 특수경비원은 파업·태업 그 밖에 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위를 하여서는 아니 된다. | 1년 이하의 징역, 1천만원 이하의 벌금 |
| 선원법 | | |
| 관련 조문 | 금지 내용 | 형벌 |
| 제25조 (쟁의행위의 제한) | <p>선원은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 선원 근로관계에 관한 쟁의행위를 하여서는 아니 된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 선박이 외국 항에 있을 경우 2. 여객선이 승객을 태우고 항해중인 경우 3. 위험물 운송을 전용으로 하는 선박이 항해 중인 경우로서 위험물의 종류별로 국토해양부령으로 정하는 경우 4. 제9조에 따라 선장 등이 선박의 조종을 지휘하여 항해 중인 경우 5. 어선이 어장에서 어구를 내릴 때부터 냉동처리 등을 마칠 때까지의 일련의 어획작업 중인 경우 6. 그 밖에 선원근로 관계에 관한 쟁의행위로 인명이나 선박의 안전에 현저한 위해를 줄 우려가 있는 경우 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 쟁의행위를 지휘, 지도적 임무에 종사한 자: 3년 이하의 징역 2. 쟁의행위 모의에 적극적으로 참여하거나 선동한 자: 1년 이하의 징역, 1천만원 이하의 벌금 |

“한국의 쟁의행위와 책임”에 대한 토론문

권 혁 (부산대학교 법학전문대학원)

1. 노동조합설립신고제도 관련

o 발표문에서는 노동조합설립제도가 허가제도로 운영되고 있다는 평가를 하고 있습니다. 법외 노조로서의 법리가 존중된다면, 설립신고제도 그 자체에는 문제가 없다고 보는데, 과연 설립신고제도를 어떻게 개선해야 할 것인지에 대한 설명을 듣고 싶다.

2. 쟁의행위에 따른 노동형벌 부과 관련

(1) 쟁의행위에 대한 형사 책임 법리의 변화

o 형법 제314조 제1항 상의 업무방해죄는, 위계, 위력으로 사람의 업무를 방해하는 행위에 대하여 형벌로서 처벌하는 것을 내용으로 한다. 다른 한편 한국 노동조합법 제2조 제6호에 따르면, 쟁의행위는 노사관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위라고 명시하고 있다.

o 과거 한국은 매우 형식적인 잣대로 노동조합 및 조합원에게 업무방해죄 규정을 적용하여 왔던 바가 있었다. 그래서 쟁의행위가 불법이면 곧장 형법상 업무방해죄로 처벌하였다. 이에 대해 그동안 한국에서는 이러한 단순하면서도 형식적인 법 적용은 지나치게 형식적인 것이라는 비판이 있어 왔다. 노동조합 또는 조합원의 행위가 쟁의행위의 일환으로서가 아니라, 개인으로서 행하는 폭력, 파괴행위로 평가될 수 있는 경우에만 비로소 업무방해죄가 인정되어야 한다는 것이다.

o 최근 한국 대법원은 이러한 점을 인식하고, 2011년 3월 17일자 판결에서, 노동조합 및 조합원에게 형법상 업무방해죄 성립에 보다 엄격한 입장을 보였다. 판결에 따르면, 단순한 불법 그 자체를 넘어서서 사용자의 사업운영 자체를 유지할 수 없을 정도로 심대하게 침해하였다고 평가할 수 있어야만 업무방해죄가 성립된다고 하였다(대판 2011.3.17. 2007도482). 이러한 대법원의 입장은 쟁의행위제도와 형법상 업무방해죄를 법리적으로나 실무적으로 분리한 것으로서, 향후 쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 문제 개선에 상당히 기여할 것으로 보인다.

(2) 폭력과 쟁의행위의 결별 필요성

○ 다만 종래 우리나라의 쟁의행위는 다소 폭력적인 면이 없지 않아서, 이러한 점은 고쳐져야 할 것으로 보인다. 쟁의행위라는 명분으로 폭력이 정당화될 수는 없기 때문이다. 이는 사용자의 경우도 마찬가지이다. 노사 모두 평화로운 쟁의행위 질서를 구축하는 것이 무엇보다 시급해 보인다.

3. 쟁의행위의 목적적 정당성 문제관련

○ 최근 쟁의행위의 불법성과 관련하여 쟁점은 정리하고 철회 등 경영사유에 대한 쟁의행위의 불법성에 있다.

○ 원칙적으로 경영상 판단에 속하는 사항에 대하여, 노동조합의 쟁의행위를 통한 의사 관철은 허용될 수 없다고 보아야 할 것이다.

○ 다만, 경영상황에 대한 정보의 배제 등 사업장 내 노사 간 폐쇄성이 정리하고 등 경영현안에 대한 노사 간의 갈등을 불러 일으키고 있다고 보아야 한다.

○ 실제로 정리하고나 합병 등 기업조직의 변화 등은 근로자의 근로조건에 매우 본질적인 변화를 유발하는 것이다. 이러한 점에서 단지 경영사항이기 때문에 무조건 사용자의 고유영역에 속한다고 볼 것은 아니다. 오히려 근로자의 정보 제공이나 인식이 더 필요하다.

○ 이러한 점에서 경영사항에 대한 노사 간의 정보 공유나 합리적 범위에서 경영참여 제도가 시급하게 구축 및 재정비 될 필요가 있다고 본다. 근참법의 개편을 의미하는 것이기도 하다.

○ 요컨대 형해화된 경영참여제도가 결과적으로 경영사항에 대한 쟁의행위라는 불필요한 논란을 불러 일으키는 것으로 생각된다.

4. 쟁의행위의 불법성이 갖는 의미 재평가

○ 쟁의행위로의 법적 평가가 갖는 가장 중요한 의미는 민형사책임을 면제하는 것이다. 이는 반대 해석하면, 일련의 업무방해 또는 채무 불이행행위가 쟁의행위로 평가될 수 없는 한, 민형사 책임을 부담하게 된 것을 의미한다. 결국 현행 법 체계에서, 쟁의행위의 위법성 여부는 곧 민형사 책임 부담여부를 의미하는 것이 된다.

○ 그러나 쟁의행위의 정당성 여부에 대하여, 절차나 주체, 목적 등 다양한 전제요건이 제시되는데, 이러한 전제요건들은 경우에 따라서는 전문가조차 의견을 달리 할 수 있을 정도로 그 판단이 모호할 수 있는 것이다. 이를 두고, 노동조합이나 조합원 개개인으로서 하여금 그 정당성을 담보하는 제반 요건들의 충족여부를 판단하고, 그 판단이 오류에 그칠 경우 민형사책임

을 감수하라는 것으로서 기대하기 어렵다. 요컨대 이는 조합원이나 노동조합으로 하여금 법률 전문가가 되라는 요구에 다름 아니다.

o 입법론적으로는 쟁의행위로서의 정당성과 민형사상 면책 문제를 전면적으로 대응관계에 두지 않는 것이 필요해 보인다. 예컨대 쟁의행위의 절차적 정당성 흠결시에는 비록 쟁의행위의 정당성이 긍정되지 아니하더라도 민형사책임을 면제하는 등의 방안이 있을 수 있을 것이다.

International Conference 2014

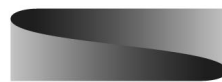
Industrial Action and Liability

DATE **26 September 2014**

VENUE **Auditorium, National Assembly Library, Seoul, Korea**

ORGANIZED BY **Korea Society of Labour Law**
Law Research Institute, University of Seoul

SPONSORED BY **National Research Foundation of Korea**



서울시립대학교
법학연구소

"This work was supported by the National Research Foundation of
Korea Grant funded by the Korean Government."

CONTENTS

【First Session】

| | | |
|--|------------------|-----|
| Industrial Action and Liability The Situation in Germany | Wolfgang Däubler | 161 |
| Discussion | Seong-jae Yu | 191 |

【Second Session】

| | | |
|---|-----------------|-----|
| Industrial action and Liability in France | Emmanuel Dockès | 195 |
| Discussion | Yong-man CHO | 223 |

【Third Session】

| | | |
|---|-------------|-----|
| Industrial Action and Liability in the United Kingdom | Keith Ewing | 227 |
| Discussion | Jaejin Shim | 271 |

【Fourth Session】

| | | |
|---------------------------------|-----------------|-----|
| INDUSTRIAL ACTION AND LIABILITY | | |
| — JAPANESE REPORT — | Hiroya Nakakubo | 275 |
| Discussion | Seong Tae KANG | 299 |

【Fifth Session】

| | | |
|--|------------------|-----|
| Industrial Action and Liability in Korea | Kyung Bae Cho | 303 |
| Discussion | Hyeok GWON | 345 |
| | Wolfgang Däubler | 349 |
| | Emmanuel Dockès | 351 |
| | Keith Ewing | 353 |
| | Hiroya Nakakubo | 357 |

INVITATION

It is our pleasure to invite you to the International Conference on “Industrial Action and Liability”, which will take place on 26th September 2014 in Seoul Korea. It is organized by Korean Society of Labour Law(KSSL) and Law Research Institute at University of Seoul.

The overall theme of the conference is “Industrial Action and Liability”, which is an important and old, but still debatable issue in the labour law.

Especially, Korean law still imposes criminal liability for an illegal strike (total cessation of work) itself. The employers increasingly use civil actions for damages for illegal industrial action against trade unions and their officials. The amount of damages ordered to pay by courts is huge and appears harsh on the workers’ side.

In order to objectively assess the state of Korea on the regulation of ‘Industrial Action and Liability’, we invite prominent labour law scholars from the following four countries : Germany, France, the United Kingdom and Japan.

In the conference, they will present the current status and precedents in their own systems and compare them to Korea’s.

The conference will examine and discuss the issues related to the scope of illegality of the industrial action, as well as the liability surrounding it in Korean Law. It also will look at reasonable solutions.

We look forward to your participation in the conference.

Sincerely,

Su-keun Park
President of Korean Society of Labour Law
Sang-heon Roh
Director of Law Research Institute, University of Seoul

International Conference 'Industrial Action and Liability' Programme

| Time | Programme by Session | Chair |
|----------------------------|---|---|
| Part I 10:00~ 12:00 | 09:30~10:00 Registration | Kyung-Hyo Ha (Korea University Law School) |
| | 09:50-10:00 Opening Remarks Su-keun Park (President, the KSSL) and Sang-heon Roh (Director, Law Research Institute, University of Seoul) | |
| | 10:00~ 11:00 The First Session: Industrial Action and Liability in Germany Presenter: Wolfgang Däubler (Bremen University) Discussant: Seong-jae Yu (Chungang University) | |
| | 11:00~ 12:00 The Second Session: Industrial Action and Liability in France Presenter: Emmanuel Dockès (University Paris Ouest Nanterre La Défense) Discussant: Yong-man CHO (Konkuk Law School) | |
| | 12:00~13:30 Lunch | |
| Part II 13:30~ 17:50 | 13:30~ 14:30 The Third Session: Industrial Action and Liability in the UK Presenter: Keith Ewing (King's College London) Discussant: Jaejin Shim (Sogang Law School) | Cheol-Soo Lee (School of Law, Seoul National University) |
| | 14:30~ 15:30 The Fourth Session: Industrial Action and Liability in Japan Presenter: Hiroya Nakakubo (Hitotsubash University) Discussant: Seong Tae Kang (School of Law, Hanyang University) | |
| | 15:30~15:50 Coffee Break | |
| | 15:50~ 17:20 The Fifth Session: Industrial Action and Liability in Korea Presenter: Kyung Bae Cho (Department of Law, Soonchunhyang University) Discussant 1: Hyeok Gwon (Pusan National University Law School) Discussant 2: Däubler Discussant 3: Dockès Discussant 4: Nakakubo Discussant 5: Ewing | |
| | 17:20~17:50 Questions from the Audience | |

Industrial Action and Liability The Situation in Germany

Wolfgang Däubler (University of Bremen)

I . Introduction: The right to industrial action

1. Dualistic System and number of Strikes

In Germany, the number of strikes is quite low. According to statistical figures published by the scientific institute of the German Trade Union Congress,¹⁾ about one million of employees participated in strikes in 2013. In relation to 36 million employees, this is a quite modest number: About 3 % of all workers went to strike. In the typical case, a strike took some hours, because only 550.000 working days were lost.²⁾ This needs some explanation.

In Germany, workers' interests can be represented via three channels:

1. works councils elected by all employees in a plant;
2. workers' representatives on the supervisory board of large companies; and
3. trade unions whose main function is to conclude collective agreements.

The three channels are closely interrelated, and various sets of formal and informal rules are applied to ensure that representatives' activities are all moving more or less in the same direction. This contribution is focused on trade union rights, especially collective bargaining and strike. Their role can be understood only if one bears in mind the other forms of conflict resolution. Some information about the works council system seems to be necessary.

In all plants employing at least five employees a works council must be elected. At least, this is what the law on works councils provides, but the reality is very different.

¹⁾ WSI - Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut.

²⁾ Details see *Dribbusch*, Böckler impuls 5/2014 p. 3.

Only in about 10% of plants, works councils are elected. However, since these are generally the larger ones, nevertheless about 50% of all employees are represented by a works council.³⁾ A works council is elected by all employees working in the plant the union membership being legally without any importance. The works council has a well elaborated position.

Works councillors are entitled to exercise their functions during working time, paid by the company.⁴⁾ This is especially important for their weekly meetings and for contacting workers. The latter are subject to similar conditions when attending the consulting hours of the works council or contacting one of its members:⁵⁾ they are entitled to bring forward grievances or ideas to works council members during working time without losing pay. Contacting union spokesmen would be possible only during breaks or before the beginning and after the end of the work.

In plants with at least 200 employees, one member of the works council has the right to function on a full-time basis.⁶⁾ The wages of all works councillors must not be reduced because of their activities. Members of the works council may go to seminars to acquire the know-how they need to exercise their functions. During their absence, their wages are paid by the employer as are the costs of participating in the seminar.⁷⁾ Comparable possibilities for trade union activists do not exist. The employer must also provide the works council with the necessary equipment, such as meeting room, office, phone, computer and internet access. Unconceivable to give similar rights to trade union spokesmen; it would be considered to endanger the independence of the union from the employer's side.

Works council members can be dismissed only for grave misconduct.⁸⁾ Even in that case, a second condition applies: an employer's dismissal request needs to be approved by the works council.⁹⁾ If the works council does not agree the employer may ask the local labour court to decide. In the course of the lawsuit (which may take between 6 and 12 months) the works councillor continues to exercise his or her functions and to work at the

³⁾ *Ellguth*, Quantitative Reichweite der betrieblichen Mitbestimmung, WSI-Mitteilungen 56 (2003), 194 - 199

⁴⁾ Article 37 § 2 Works Constitution Act

⁵⁾ Article 39 § 3 Works Constitution Act

⁶⁾ Article 38 § 1 Works Constitution Act

⁷⁾ Articles 37 § 6 and 40 Works Constitution Act

⁸⁾ Article 15 § 1 Act Protecting against Dismissals

⁹⁾ Article 103 Works Constitution Act

plant. Once more, union representatives are never protected in the same way.

The works council has a comprehensive right to be informed by the employer about everything related to the plant.¹⁰⁾ The council may also obtain information from other sources such as newspapers, websites or the workforce. Having sufficient information is considered to be an elementary condition for the council to exercise its rights of consultation and codetermination.

The rights to consultation and codetermination are laid down in the law but can be extended by collective agreement (and sometimes are). With regard to consultation, there is a general rule that planned changes in working conditions (in a broad sense) must be communicated to the works council and discussed with its members.

The right to codetermination is much more important. Codetermination means joint responsibility for certain decisions taken together with the employer. This requires an even higher standard of information. In fields in which codetermination applies, council and employer must take a joint decision. In practice, the decision is made by the employer with the consent of the council. A unilateral decision would have no legal effect; no employee would be obliged to follow it. In addition, the works council could go to the labour court asking for an injunction.¹¹⁾ Within a few days, a court decision would force the employer to withdraw the measure until an agreement with the works council has been reached.

If negotiations between employer and works council fail, either side may ask a conciliation board to decide. Normally, the board consists of two or three members from each side and an impartial chair from outside the plant. As a rule, the board reaches a compromise; in exceptional cases it takes a majority decision. Its legality can be supervised by the labour court if one side requests it. A strike must not occur during the whole procedure; it is explicitly forbidden by the Works Constitution Act. Even outside codetermination, the works council is generally forbidden to organize or support a strike.¹²⁾

The areas of codetermination are laid down in the law. They comprise rules to employees, which are not directly linked to work.¹³⁾ This includes for instance the

¹⁰⁾ Article 80 § 2 Works Constitution Act

¹¹⁾ BAG 3.5.1994 - 1 ABR 24/93, DB 1994, 2450; BAG 23.7.1996 - 1 ABR 13/96, DB 1997, 378.

¹²⁾ Article 74 § 2.

¹³⁾ Article 87 § 1 No. 1 Works Constitution Act

obligation to wear a uniform or to discuss the medical or social reasons for an illness exceeding six weeks in a year if the worker agrees. Another field is overtime, short time work and beginning and end of working time.¹⁴⁾ Monitoring workers by means of technical equipment, such as video cameras or listening into phone calls, is comprised, to o.¹⁵⁾ Other important fields are the distribution criteria for fringe benefits among employees¹⁶⁾ and the social plan in the case of "fundamental change" of the plant, such as its partial or total closure.¹⁷⁾

The system of works councils absorbs a lot of conflicts which are resolved without any industrial action. This is a feature which characterizes German industrial relations. It is one essential reason why much less strikes occur in Germany than in comparable industrialized countries like France or Canada.¹⁸⁾

2. The division of labour between unions and works councils

Article 9 § 3 of the German Basic Law (Constitution) guarantees the right of all individuals to form a union or to join an existing one. The Federal Labour Court and especially the Federal Constitutional Court have extended the guarantee to unions as such: their existence is protected as well as all their activities in pursuit of the defence and the improvement of working conditions and economic conditions.¹⁹⁾ This includes, in particular:

1. the right to conclude collective agreements;²⁰⁾
2. the right to strike or take other collective actions in pursuit of a new (and better) collective agreement (and perhaps other aims);²¹⁾
3. the right to cooperate with works councils and workers' representatives on the

¹⁴⁾ Article 87 § 1 Nos. 2 and 3 Works Constitution Act

¹⁵⁾ Article 87 § 1 No.6 Works Constitution Act

¹⁶⁾ Article 87 § 1 No.10 Works Constitution Act

¹⁷⁾ Article 112 § 2 Works Constitution Act

¹⁸⁾ See *Dribbusch*, Böckler impuls 5/2014 p.3: In an average year between 2005 and 2012, in Germany 16 working days had been lost by strikes calculated on the basis of 1000 employees. In Canada the number of days was 112 and in France 150.

¹⁹⁾ See BVerfG 18.11.1954 - 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96, 106; BAG 24.2.1967 - 1 AZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG

²⁰⁾ See BVerfG 18.11.1954 - 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 ff.; BVerfG 6.5.1964 - 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 27

²¹⁾ See BVerfG 26.6.1991 - 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 221, 224; BVerfG 4.7.1995 - 1 BvF 2/86 u.a., DB 1995, 1464 and 4b below.

supervisory board;²²⁾

4. the right to distribute leaflets and to send e-mails to workers;²³⁾ trade union representatives also have a right of access to workplaces;²⁴⁾
5. the right to represent workers' interests in relation to public authorities and political parties.²⁵⁾

At the same time, the judge-made law conferring these rights to unions (and employers' associations) has established limits, too. Trade union rights must be balanced against the fundamental rights of the employer and can be restricted by statute in the public interest.²⁶⁾ Before 1995, the Federal Constitutional Court had decided that the union rights were only guaranteed in their 'core', a rule, which implied that only indispensable activities were protected by the Constitution.²⁷⁾ By this way, a lot of trade union activities were not protected by the Constitution: Election of trade union spokesmen within the plant? Not indispensable because it can be organized in a bus. Access of trade union representatives to the plant in order to inform workers on trade union activities? Not indispensable because it can be done by workers being already members of the union. All this has now been put away: all kinds of trade union activities are protected by article 9 § 3 of the Constitution, but have to be balanced against the fundamental rights of the employer: If the workflow is not seriously disturbed there is no reason to consider these activities to be unlawful.

If the works council would be completely independent from the union it would be the only representation of workers' interests in daily life. For an individual worker the best way to solve a problem would be to go to the works council and ask for support. The union would be marginalized. Why should one go during one's free time to an organization, which would have no real influence in the plant? It could publish a protest, nothing more. Its 'codetermination' would be the conclusion of a collective agreement, which normally applies to the whole branch or at least to a part of it. The small problem

²²⁾ BVerfG 30.11.1965 - 2 BvR 64/52, BVerfGE 19, 303, 313

²³⁾ BAG 20.1.2009 - 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615

²⁴⁾ BAG 28.2.2006 - 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798; LAG Niedersachsen 17.11.2008 - 11 SaGa 1433/08, NZA-RR 2009, 209

²⁵⁾ BVerfG 26.5.1970 - 2 BvR 686/65, BVerfGE 28, 295, 305

²⁶⁾ BAG 22.9.2009 - 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347

²⁷⁾ BVerfG 14.11.1995 - 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 et seq. The new case-law is described as an „interpretation“ of former judgments which were often “misunderstood.”

of an individual has no place in such a kind of collective negotiations.

Law and reality establish a much more balanced system. The legislator has established numerous coordination mechanisms to protect unions and prevent their replacement by works councils.

Unions play an important role in the creation of works councils. They can take the initiative to call for elections or install an election committee.²⁸⁾ However, the union's initiative is not essential and a works council can be established without any union support.

The union does not have a reserved seat on works councils and there is no formalized link between the two. Unions can participate in works council elections with a union list, made up of company employees and not trade union staff. However, if candidates on a trade union list are elected, they enjoy their mandate as individuals and not as union representatives.

Collective agreements must be respected by the employer and the works council; both can act only within the framework defined by the mutual decisions of unions and employers. In particular, codetermination with regard to wages and working time applies only to matters left unregulated by the collective agreement.

Individual works councillors are free in their union activities.²⁹⁾ They are not bound by the peace obligation, which is addressed only to the works council as such.

Unions help works councils to perform their functions if the latter accept it. Unions offer many courses to provide works councillors with the knowledge they need. The works council (even a minority of its members) can request that a union official take part in all its meetings.

Unions have the right to supervise the behaviour of works councils and to ask the labour court to end the office of a particular works council if it has neglected its duties to a considerable extent.³⁰⁾

Normally, all these mechanisms lead to close cooperation between works councils and unions. About 70% of all works councillors are union members (whereas the union density among workers in general is nowadays less than 20%). In former times works councils

²⁸⁾ For details see *Däubler*, *Gewerkschaftsrechte im Betrieb*, 11th edition, Baden-Baden 2010, para. 91 et seq.

²⁹⁾ Article 74 § 3 Works Constitution Act

³⁰⁾ Article 23 § 1 Works Constitution Act

had an important role in recruiting new trade union members despite the fact that there is a legal obligation of neutrality towards unions for works councils as such.

The most important instrument to make the union stronger than the works council is the collective agreement. It deals with wages, weekly working time and some fringe benefits whereas the main task of the works council is to influence the way how the work is performed (e.g., beginning and end of work, overtime, monitoring of workers by technical means etc.). If a collective agreement has regulated a certain matter the works council is prohibited to conclude works agreements on the same topic. According to Article 77 § 3 of the Works Constitution Act, these agreements are illegal even in the case that 'usually' the questions are regulated by collective agreement in the firm; it is not required that the concrete employer is bound by them. One may call this a division of labour between works councils and unions - the works council tries to solve the questions of daily life whereas the union deals with the fundamental questions of wages and working time. The union is the only agent entitled to organize a strike and to bring by this way real economic progress. The rights on workplace level like the right to accede to the premises of the employer are of a high importance in preparing negotiations about a new collective agreement or in trying to activate people for other aims.

3. Law and reality

The concept of a harmonious division of labour between works councils and unions cannot be identified with a general reality in German plants. Three points should be mentioned.

a) Influence of works councils on collective bargaining

Works councillors often share some economic views of their employers and prioritize the interests of the enterprise (e.g. to get sufficient profit). This will not be openly declared, but the existence of such an attitude is obvious for those who are involved in collective bargaining. This constrains radical trade union demands and the use of the right to strike. In practice, works council members play an active role in defining trade union policy because a strike depends normally on their readiness to influence workers at plant level in an informal way. In nearly all unions, one will find a collective bargaining committee in which works councillors have a clear majority. The committee offers only a

recommendation, not a binding opinion, but its position is of considerable importance. The legal principles of social partnership laid down in the Works Constitution Act influence, therefore, the behaviour of the union. The interaction between unions and works councils has certainly contributed to more modest wage demands over the past years. It is, therefore, not surprising that the average income of workers protected by collective agreements grew by only 4% between 2000 and 2008, whereas in comparable countries, such as France, Great Britain and Sweden, the percentage was much higher. If one takes the real wages of all workers, the development is still more striking: while in Germany wages have decreased by 0.8%, they have increased by 4.6% in Spain, 7.5% in Italy, 12.4% in the Netherlands, 17.9% in Sweden and 26.1% in Great Britain.³¹⁾ It is not surprising that trade union membership has decreased from about 11.3 million people in 1993 to about 6.2 million in 2010;³²⁾ the price unions had to pay for their policy of social partnership and modesty is a quite high one. Will the 'German model' survive for long under these circumstances? The answer is still unknown. It may depend on the capacity of unions to link a more aggressive wage bargaining strategy with a campaign to increase membership.

b) The emergence of new unions

In recent years, groups of specialized employees have formed their own unions. Pilots and cabin staff (stewardesses and pursers) have done it in the beginning of the 1990s. They were followed by the air controllers and the doctors in hospitals. The engine drivers always had their own union, which closely collaborated with the big union of railwaymen renouncing on collective bargaining by their own. In 2002 a dissociation of the organizations took place. In all these cases, the specialists were dissatisfied by the results the big unions had attained in collective bargaining. Indeed, all the groups mentioned could reach better results by acting alone, normally organizing strikes.

The traditional unions reproached them to follow an egoistic trip. Financial means they receive would no more be available for the less qualified people who would need special support; the gap between the 'rich' and the 'poor' widens. On the other hand, this is true only if the quantity of money that is to be distributed cannot be influenced. The overview

³¹⁾ Thorsten Schulten, Europäischer Tarifbericht des WSI 2007/2008, www.boeckler.de/pdf/impuls_2008_14_1.pdf

³²⁾ Until now, it has remained on this level.

on the wage increases between 2000 and 2008 shows, however, that this assumption does not seem to be very realistic. Another argument is that the big unions did not try to exercise pressure on the employers' side by calling these 'strong' groups to participate in a strike. The power of air controllers, engine drivers and doctors in hospitals is obvious, not only for the public but also for the employees themselves. Why should they accept, for example, a wage increase below the inflation rate because the union accepts the proposal of a mediator without trying to organize a strike? Never were they given a chance to fight for better wages for all workers of the sector; doing it alone was the ultimate way-out.

The emergence of new unions had a specific impact on the dualistic system. Doctors or engine drivers will rarely have a majority in the works council and cannot automatically count on the support of the other groups. Problems in daily work will not be solved by the works council like in other plants; it is up to the union to take the necessary steps. Let me give an example. Doctors in hospitals are often obliged to do an on-call service during the night. It is less paid than ordinary work. According to the collective agreements, on-call service permits only 50% of the time being spent with work. If this limit is not respected the doctor has to be paid as if he or she had worked during the whole night. It is, therefore, essential that each doctor writes a kind of diary about the work done during the on-call service. Under normal circumstances, the works council would tell the doctors to do so and even organize a coordinated action, but there are no examples for this in hospitals. It is up to the doctors' union to take the initiative and to take this (modest) step forward. The surprising consequence is that in these fields we have a one-channel system in Germany. Another important consequence of the emergence of new unions is the growing importance of strikes.

c) Workers without works councils and unions

What about the 50% of workers who are not represented by a works council and who will not be represented by a union? (To have a group of union members and no works council is an extremely improbable situation, because it is much more dangerous to create against the will of the employer a union group instead of a works council.) In this 'dark half' of our industrial relations there is only an informal kind of workers' representation whose character depends more or less on the employer. If he is convinced that workers

should be consulted because problems will become visible and can be solved afterwards, he will have an open ear to grievances or, in bigger plants, even install a representation body that can be the speaker of the workers.³³⁾ If he thinks to be always on the right way he will practice an authoritarian style and workers have to obey.³⁴⁾ A correction can only be realized by workers having a good position in the labour market; they can threaten to leave the plant or effectively do it. Union rights on the workplace exist as in other plants but one does not dare to use them. They are law in the books, not law in action.

4. Right to industrial action - differences to other West-European Countries

a) The constitutional guarantee

Art. 9 § 3 contains implicitly a right to collective action, especially a right to strike. This is uncontested since the Constitutional Court has refrained from its former opinion that collective activities are guaranteed only in a "core area".³⁵⁾ Demands to create an industrial action act remained without any success because both sides were anxious to be restricted in their activities.

b) Limits of the right to strike

In practice, the most important limit is the peace obligation. If a collective agreement exists such a obligation is derived automatically from it, a kind of implied condition. As long as the collective agreement is not effectively denounced, both partners are obliged not to take any action against the other side related the subject-matters contained in the collective agreement. As to other subject-matters they are not bound. They can, however, extend the peace obligation to all possible matters what is done only in institutions dominated by the catholic or the protestant church.

Other limits of the right to strike are derived from the fundamental rights of the employer. As his freedom of professional activity and (perhaps) his property is affected the strike has to respect the principle of proportionality. The strike has to be the last

³³⁾ *Däubler*, Privatautonome Betriebsverfassung?, in Festschrift für Hellmut Wißmann, editors: Wolfhard Kohte, Hans-Jürgen Dörner & Rudolf Anzinger, München 2005, 275 et seq.

³⁴⁾ *I. Artus*, Interessenhandeln jenseits der Norm, Frankfurt 2008, 209 et seq.

³⁵⁾ BVerfG 14.11.1995 - 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 et seq.

resort (*ultima ratio*) which can be used only if all other means have failed. That could lead to a very detailed judicial control of collective bargaining but the Federal Labour Court did not pursue this way: It is up to the union to decide whether all other means besides the strike would be useless. Only for misuses an exception must be made but such a case never happened.

Do engine drivers have a right to strike so that people without a car cannot reach their workplaces or other destinations in order to fulfil their duties? When such a strike arrived some years ago, courts disagreed about the question whether such a work-stoppage would be disproportionate. The railway company tried to get an injunction forbidding the strike. In Nürnberg they succeeded,³⁶⁾ but after some time, the regional court of Saxonia in Chemnitz decided that such a strike is legitimate and cannot be forbidden.³⁷⁾ The case has not been decided by the Federal Labour Court, because the procedure on injunctions goes only to the regional court and a definite decision within the main proceedings was requested by neither of the parties.

Considering the described system as a whole it is quite obvious that collective agreements play a decisive role in trade union activities. If bargaining does not lead to an agreement, unions and employers normally recur to conciliation ("*Schlichtung*") which, however, is not compulsory. In some branches (e.g. banking), there is no such procedure at all, in others there is a voluntary agreement enabling each side to start a conciliation procedure if it considers this to be adequate. The result is normally not binding; each side keeps the right to refuse. Legally, one could establish a clause that the result would be accepted automatically, but in practice, this would be very exceptional. The importance of conciliation is a political one: The refusing side would have a bad image in public discussions.

c) Collective agreements or other aims, too?

Whether trade unions have a right to organize a strike for other aims than collective agreements is doubtful. Germany has ratified the European Social Charter which guarantees in its article 6 § 4 a much wider right to strike. The Committee of Ministers of the Council of Europe as recommended to Germany by a two-thirds majority to change the

³⁶⁾ ArbG Nürnberg 8.8.2007 - 13 Ga 65/07, AuR 2007, 320; in the same sense ArbG Chemnitz 5.10.2007 - 7 Ga 26/07, AuR 2007, 393

³⁷⁾ LAG Chemnitz 2.11.2007 - 7 SaGa 19/07, AuR 2007, 439

legal situation and to admit strikes for other aims and - which will be discussed in the next paragraph - to admit the so-called wild-cat strike.³⁸⁾ The legislator did not take any measures because both social partners are hostile to a legal regulation of industrial conflicts. The Federal Labour Court (Bundesarbeitsgericht) declared two times that this is an "open question" which had not to be decided in the concrete case.³⁹⁾ Considering civil liability which cannot be excluded trade unions would not dare to organize a strike having other aims than the conclusion of a collective agreement.

d) The illegality of the so-called wild-cat strike

Unlike France, Italy, Spain and Portugal Germany does not accept the wild-cat strike which is not organized by a union but by a group of workers. It is considered to be a breach of contract which can legitimate dismissals of the strikers and cause their civil liability. In September 1969, there was a "wild" strike movement comprising 160.000 workers from 69 plants but their demands were fulfilled and no sanction was inflicted. In 1973, 275.000 workers from 335 plants participated but there were some few dismissals. In 1996, there was another movement fighting for the full continued remuneration in case of illness; in order to restrict the legal risks, the work stoppages were normally disguised as staff "assemblies" which are permitted once every three months during working time.⁴⁰⁾ This was also the case in 2004 when the plant of Opel Bochum was threatened to be closed: Because the union did not (fully) support the workers they organized an assembly of six days (whose legality was quite doubtful but nobody questioned it).⁴¹⁾

e) Strikes and other means of pressure

"Industrial action" is not identical with strike. The Federal Labour Court has admitted a flashmob action organized by the union during the negotiations on a new collective agreement.⁴²⁾ In the concrete case, there was a strike in the retail trade which was not

³⁸⁾ Text of the recommendation in AuR 1998 p. 154 et seq.

³⁹⁾ BAG 10.12.2002 - 1 AZR 96/02, NZA 2003, 735, 740; BAG 24.4.2007 - 1 AZR 252/06, NZA 2007, 997, 994 para. 79

⁴⁰⁾ If it had already taken place: The Works Constitution Act provides for two additional assemblies during the year for urgent matters

⁴¹⁾ Details in *Gester/Hajek*, Sechs Tage der Selbstermächtigung. Der Streik bei Opel in Bochum 2004, Münster 2005.

⁴²⁾ BAG 22.9.2009 - 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347

very effective because the employers recruited strike-breakers who took over functions of the strikers (e.g. at the cashpoints in supermarkets). The union, therefore, called members and other interested persons by SMS to be at a certain moment (10 o'clock in the morning) at a supermarket in East-Berlin. A group of about 50 people entered a supermarket. Most of them laid all kinds of goods into the trolleys and abandoned them afterwards. Some other people bought matches or other articles with ridiculous prices and queued up at the cashpoint. Two people filled their trolleys with numerous goods, went to the cashier and declared at the end: "Oh sorry, I have forgotten my purse". During two hours the supermarket could not function correctly. This kind of flashmob was considered to be an action within the field of application of article 9 § 3 of the Constitution - as the effect of a legal strike would be much higher, this method of exercising pressure was accepted by the labour courts. Recently, the Constitutional Court stated that this was not in contradiction to the Constitution.⁴³⁾

f) Lock-out and other means of employers

The traditional counter-measure of employers against strikes is the lock-out. The labour courts have admitted it from the very beginning in 1955.⁴⁴⁾ In the following year they modified this decision: The lock-out would normally suspend (and not disrupt as said in the first decision) the labour relationship, it has to respect the principle of proportionality which means that the number of people being locked out should not be much superior to the number of persons being in strike.⁴⁵⁾

Since more than 25 years, the lock-out has no more been applied. This corresponds to the fact that short-time strikes of one day are the dominating form of work-stoppages; lock-outs would often be disproportionate. Public opinion would not appreciate lock-outs very much because they would expand the conflict and make an agreement more difficult.

There are, however, other means how employers defend their interests. They offer additional money to those you do not participate in the strike. Recruiting strike-breakers is easy in sectors where workers do not need a special qualification. The cleaning service in households and hotels may stand as an example. The situation is different with people cleaning trains, aircrafts or some parts of hospitals: They all need a licence based on

⁴³⁾ BVerfG 26.3.2014 - 1 BvR 3185/09, NZA 2014 p. 493

⁴⁴⁾ BAG 28.1.1955 - GS 1/54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

⁴⁵⁾ Detail *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 16 th edition, Reinbek 2006, para. 600 et seq.

special courses; it would be extremely difficult to find a sufficient number of workers meeting these conditions.

g) The right to work as an argument

The activity of strike-breakers remains normally unchallenged despite of the fact that the ILO-committee for the freedom of association has decided that recruiting strike-breakers is a "grave violation" of the freedom of association in the sense of ILO-Convention 87.⁴⁶⁾ The "right to work" of strike-breakers may be evoked from time to time, but is of no real importance: It is just the freedom of the employer to conclude labour contracts with whom he wants that legitimizes the recruiting of strike-breakers. For the prevailing opinion this is a simple and apparently convincing solution because the right to strike has never been really integrated into the system of subjective rights. If one would do this the behaviour of the employer would be a violation of this right if there would be no explicit justification by referring e.g. to the right of property. One may add that the "right to work" has not been included into the German Constitution; to derive it from international conventions (which would be quite easy) is not a very popular argument among people who do not like strikes and trade unions.

II. The Scope of Legitimate Industrial Action

1. Business prerogatives as limits to strikes and collective agreements?

As was explained in part I, a work-stoppage to get a (better) collective agreement is the main case of an uncontested legal strike. What can be part of a collective agreement can, therefore, be an object of industrial action, too. The question arises whether "entrepreneurial decisions" (Unternehmerentscheidungen) like closing or relocating the enterprise can be a legitimate object of a collective agreement. Or will there be "management prerogatives" which cannot be touched by industrial action?

In Germany, this question was discussed especially in the 1990ies, when a lot of enterprises relocated parts of their activities to China, India or to countries of the third

⁴⁶⁾ See *Lörcher*, in: Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Auflage, Baden-Baden 2011, § 10 No. 93.

world. The views were divided before the Federal Labour Court took a decision.⁴⁷⁾

The case was in a certain way an extraordinary one. A plant producing machines was to be closed; the production should continue in another country. The metalworkers union did not ask to give up this intention and to stay in Germany because the risks of getting a negative judgment and being obliged to pay damages in case of strike seemed to be too high. The union, therefore, demanded that the period of notice should be prolonged: Three months as a minimum and one additional month for each year of service. After the end of this period, the employer should continue to pay the salary for three years and take over the costs which would arise if the worker would qualify himself into a new professional activity. The Federal Labour Court decided that these subject matters can be regulated by collective agreement - period of notice and additional payments in case of dismissal are a traditional part of working conditions. And the court continued: Whether a demand is high or low, reasonable or unreasonable has not to be decided by the state; it is up to the social partners to find a compromise which will put aside inadequate or unreasonable rules. Whether "entrepreneurial decisions" could be an object of a collective agreement was not to be decided; the court characterized it to be an open question, but added an important phrase: If there is a demand whose realisation would influence an entrepreneurial decision, the legality of the collective agreement and the strike remains unchallenged. Even if the relocation of the enterprise would become in such a case economically "uninteresting" this would be just a consequence of the collective autonomy without triggering any legal consequence. The strike was, therefore, declared to be legal. Meanwhile one can find a lot of cases in which the threat of such a collective agreement modified or cancelled the decision of the employer,⁴⁸⁾ but there are much more cases in which the workers and their unions were not strong enough to consider such an action.

2. Essential services

German law does not use the notion of "essential services". Strikes must not violate fundamental rights of other citizens or damage the public interest. Both limits lead to a restriction of the number of persons and functions which could be affected by a strike.

⁴⁷⁾ BAG 24.4.2007 - 1 AZR 252/06, DB 2007, 1924 = NZA 2007, 987

⁴⁸⁾ Examples see Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 14. Aufl., Frankfurt/Main 2014, § 111 Rn. 15

Doctors in hospitals have a right to strike and use it, but patients have to be protected. Their right to life and health is guaranteed by article 2 § 2 of the Constitution. Some 50 years ago, doctors continued to work but refused to take notes of the concrete measures they had taken. The hospital could, therefore, not send complete bills to individuals or the health insurance - an important disadvantage accelerating the collective negotiations in a good sense for the doctors. This form of action was called "pencil strike" according to the technical means used at that time. With the computer, things have changed. In recent times, doctors continue to take care of their patients but do not accept new ones - urgent cases excluded. As the strike is always limited to certain hospitals, ill people can find a place in other hospitals. Due to bad working conditions in hospitals (very long working time) many strikes have taken place during the last ten years but there was not one case in which a patient could claim not to be treated correctly because of the strike.

Strikes in airports are relatively frequent. If people doing the security check refuse to work the whole airport is blocked for passengers raking a plane. This is accepted if an emergency service is uphold: The aircrafts of government members should always be able to start and land. This is fixed in "urgent services agreements" between the management of the airport and the unions. Other passengers can go to other airports in Germany or in the neighbour states like Switzerland, France, Luxemburg, the Netherlands or Denmark which can be easily reached by train. There is no "fundamental right" to get a flight at a certain time; passengers may become angry or disappointed but this is no sufficient reason to forbid a strike.

3. Concrete cases

According to Korean experiences, some concrete questions have been evoked.

(1) A union calling for withdrawal of an economic dismissal plan. Under German law, the situation is rather clear: The right of the employer to dismiss employees can be restricted. The ordinary dismissal can be prohibited for a certain group of workers or for everybody during a certain period. According to a well-known collective agreement, employees in the public service who are at least forty years old and who have worked in the public service for at least fifteen years can no more be dismissed for economic or other reasons. The only exception: extraordinary dismissal for grave misconduct.⁴⁹⁾ The

⁴⁹⁾ § 34 Abs. 2 TVöD - Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (article 34 § 2 of the collective

exclusion of the ordinary dismissal for a certain time is often part of a special collective agreement with enterprises in an economically difficult situation: The workers agree to get lower wages for two or three years; on the other hand they get a strong protection against dismissals. Legally, there would be no obstacle to forbid collective dismissals in this way.

The situation changes if the dismissal is already pronounced: In this case a strike to withdraw the dismissals and get the workers reintegrated would be illegal because it is up to the courts to decide whether the dismissals are well founded or not. It would, however, probably be possible to accept the dismissals as such but demand new labour contracts for the workers concerned, but there is no court decision about this point.

(2) Fairness of broadcasting and independence from the state and big capital is a question which could not be solved by collective agreement in German law. It is a political question which the Parliament should deal with. There is one very small exception: If there is a strike in the media and the broadcasting station only refers to the employers' views the workers should have the right to pronounce their position in an adequate way, too. In a newspaper strike during the seventies, the printers have even refused to bring the employers' view; the (small) edition of the newspaper was published with so-called blank spots.⁵⁰ Everybody knew what it meant.

(3) Privatization is treated as an entrepreneurial decision. It is therefore doubtful whether it can be an object of a collective agreement and a strike. As German unions are quite cautious they would never run the risk of organizing an illegal strike with all the consequences it can have. But they can regulate the consequences of privatization by collective agreements. This is done regularly in a more or less successful way. A good example is the privatization of the waste management in the city of Bremen. The workers became employees of the private firm, but with very special conditions: They did not only keep the rights they had acquired. Everybody who had worked in this sector for at least one year could no more be dismissed by the private enterprise except for grave misconduct. If the private enterprise would go bankrupt, the city of Bremen would be obliged to take all workers back and employ them in their field. In a certain way, they were better off after privatization.

agreement for the public service)

⁵⁰ See Hensche in: Däubler (ed.), *Arbeitskampfrecht*, op. cit., § 18 Rn. 122 ff.

(4) Hospitals creating a sub-company or a branch in order to reduce the wage costs are well known in Germany. There is even an important decision of the Federal Labour Court dealing with such a case.⁵¹⁾ A hospital had outsourced the cleaning service to a sub-company keeping the power of telling the sub-company what to do. Some cleaning ladies refused to go to the sub-company (what is possible according to art. 613a § 6 of the German Civil Code) and were dismissed. The Federal Labour Court decided that the dismissals were illegal because there was no "redundancy" as the employer had not reduced the number of workplaces at his disposal. If the sub-company would have its own power of decision, the situation would be different. Whether a collective agreement and a strike could forbid the outsourcing, is doubtful; this is another case of an entrepreneurial decision. But the consequences of the outsourcing could be regulated by collective agreement like in the Bremen case mentioned in the preceding paragraph.

(5) Contract workers want to be employed by the principal's company. There would be two ways to reach such an aim under German law.

No legal risk would arise if the workers of the contractor's company would ask to get the same conditions as the comparable workers of the principal's company. This would be a kind of "equal pay" which is generally recognized in the field of temporary agency work.⁵²⁾ There is no legal obstacle to transfer this principle to contract workers. Wages and other working conditions can be fixed by copying what is valid for other people. Whether a pure reference to the conditions of the workers of the principal's firm would be correct depends on the way how the requirement of a "written" collective agreement is interpreted by the courts.

Another way is the transfer of the employment relationship to the principal's company. Workers may ask to be employed by a certain employer - that is a possible rule admitted as part of a collective agreement by article 1 § 1 of the Law on Collective Agreements. Workers may also ask the dissolution of an employment relationship - in this case to the contractor's company. Article 1 § 1 of the Law on Collective Agreements mentions also "the ending" of an employment relationship as a part of a collective agreement (normally dealing with a special protection against dismissal). The combination of both is quite unusual; I do not see that a court has ever decided over such a case. I would prefer the

⁵¹⁾ BAG 26.9.2002 - 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549

⁵²⁾ It can be found in the EU-Directive on temporary Agency Work

first way which will probably lead to the same effect as the contractor will not be willing (or able) to pay the same amount as the main company. In order to end the strike, there would be an offer of the main company to take over the workers (or some of them).

(6) Workers (= abhängig Beschäftigte) who are no employees (= Arbeitnehmer) may participate in collective bargaining if they are persons "assimilated to employees" (= arbeitnehmerähnliche Personen). Such a person is defined by being self-employed on the one hand but economically dependant on one or two enterprises on the other. In order to distinguish them from firms which depend on a big company they have to work regularly without the help of other persons needing therefore protection in a comparable way as employees. Article 12a of the Law on Collective Agreements admits collective agreements for this group of persons; they are entitled to participate in a strike organized by a union, too. The Constitutional Court has acknowledged a lot of years ago, that workers assimilated to employees are covered by article 9 § 3 of the Basic Law which means that collective agreements can be concluded and strikes organized. In other fields of labour law, the "assimilation" is much more restricted; this group is not protected by the law against inadequate dismissals and not included in the Works Constitution Act. On the other hand, they have the same right to annual leave as employees, they can go to the labour courts (instead of the ordinary courts) and are included in many other labour law rules.⁵³⁾

Especially in the state-owned broadcasting and television companies the "free riders" have attained collective agreements and participated in (short-time) strikes, too. Just to give an example: The workers of Radio Berlin-Brandenburg (RBB) negotiated about higher wages with the board of directors. In these negotiations participated two unions both representing "workers assimilated to employees", too. The unions organized different "warning strikes" but the radio and television station continued its programme working with strike-breakers and using the programme of other radio stations. One evening the strike-breakers had organized interviews with a lot of people in the centre of Berlin. The strikers came with big banners and stopped near the interview partners so that the spectators could see their slogans. After this moment, the negotiations came to an end quite quickly including, of course, the workers "assimilated to employees", too. In other

⁵³⁾ Details *Däubler*, Für wen gilt das Arbeitsrecht? Festschrift Wank, 2014 (in print)

fields this would be much more difficult, because these independent workers are normally not unionized despite of bad working conditions.

III. Criminal Liability

If a strike or another form of industrial action is illegal, the question of criminal sanctions may arise. Concerning the situation in Germany, it may be useful to go back to history.

1. Criminal liability in the past

In the years before the First World War, there was no right to strike. But rules prohibiting the common representation of workers' interests were cancelled in 1869. A strike without previous denouncement was a breach of contract but it was not punishable. The supreme court of the Reich (Reichsgericht) condemned, however, workers who had asked an additional payment for the past: Their behaviour was considered to be an attempted blackmailing because the argument that a strike will take place was considered to be a threat of serious harm in order to enrich themselves and third persons (Section 253 of the Criminal Code).⁵⁴⁾ This was not the only judgment of this nature.⁵⁵⁾ Especially strikers having political aims were persecuted.⁵⁶⁾

In the years of the Weimar Republic, nobody seems to be condemned to prison for unlawful striking. During fascism strike was forbidden. It happened rarely but some cases are known. In 1936, 262 workers at Opel Rüsselsheim stopped working because they could not understand why their wages had decreased due to a complicated system of piece-work. They went to the administration to get information and to correct the amounts. The administration was not ready to discuss with them and threatened to ask the police to come. The workers did not insist and went back to their workplaces. The whole action took twenty minutes.⁵⁷⁾ The police and other parts of the administration were informed;

⁵⁴⁾ RG 6.10.1890, RGZ 24.114, 119

⁵⁵⁾ See *Rainer Schröder*, Die strafrechtliche Bewältigung der Streiks durch Obergerichtliche Rechtsprechung zwischen 1870 und 1914, *Archiv für Sozialgeschichte* 1991, S. 85 ff.

⁵⁶⁾ Overview see *Däubler*, *Das Arbeitsrecht* 1, 16. Aufl. 2006, Rn. 88; *Kissel*, *Arbeitskampfrecht*, München 2002, § 2 Rn. 16 ff.

they urged the directors to dismiss the workers. This was done; the complaints of 12 workers were denied by the labour court of Mayence. Among the dismissed persons, 70 were members of Nazi organisations. A leading representative of the Nazi Party asked to expel them. A party court had to decide, but did not share the view of the leading person, because the system of piece-work payment was indeed quite unclear. They could remain in their organisations. Seven members of the "strikers" were arrested and sent to prison or a concentration camp, but after some months returned without any further sanctions.

2. The situation in the first years of the Federal Republic

After the Second World War, no strike was ever considered to be punishable. There is no court decision which would have condemned a worker or a trade union official. Even in cases of lock-out which were quite frequent in the 1950-ies and 1960-ies the employers did not try to get a worker into prison.⁵⁸⁾

Legal literature was in its majority less indulgent. Numerous publications in the 1950-ies declared that specific kinds of strikes were punishable: Strikes with political aims, strikes organized by a works council, disproportionate strikes which take place before negotiations really fail, strikes preventing persons willing to work from entering the plant, strikes which paralyse the supply of electricity, gas and water etc.⁵⁹⁾ All these opinions may have developed a deterring effect on unions and their members but they had no consequence in court.

3. The actual legal situation

Today, this kind of literature is more or less marginalized. The manuals of industrial conflicts in Germany⁶⁰⁾ mention the question that illegal strikes may have criminal sanctions, but they do not pay much attention to it. *Kissel*⁶¹⁾ mentions just the two main

⁵⁷⁾ See the description at *Kittner*, *Arbeitskampf. Geschichte - Recht - Gegenwart*, München 2005, p.532.

⁵⁸⁾ See *Kalbitz*, *Aussperrungen in der Bundesrepublik*, Frankfurt/Main 1979

⁵⁹⁾ *Siebrecht*, *Das Recht im Arbeitskampf*, Kiel 1956, S. 162; *Knodel*, *Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, München und Berlin 1962, S. 125; *Mertz*, *AR-Blattei, Arbeitskampf VI A I 1 b*; *Niese*, *Streik und Strafrecht*, Tübingen 1954, S. 82

⁶⁰⁾ There are no „commentaries“ because there is no law on industrial conflicts

articles of the Penal Code which could theoretically be applied: article 240 (using threats of force to cause a person to do, suffer or omit an act - Nötigung) and article 253 (blackmail - Erpressung). *Otto*⁶²⁾ even does not treat the problem writing that criminal law applies "in the first line" to excesses like insult, causing bodily harm and burglary committed by individuals at the time of an industrial action. *Reinfelder*⁶³⁾ picks up the problem writing that both articles require that the use of force or the threat of harm is deemed inappropriate for the purpose of achieving the desired outcome. This could be judged only in balancing all interests involved. Another author wrote more than 40 years ago that an action cannot be "inappropriate" ("verwerflich") if there are different views about its legitimacy in society.⁶⁴⁾

4. Reasons not to use criminal law

Which are the reasons for the reluctance of courts and authors to go into a deeper analysis? To apply criminal law rules would be obviously against the interests of the workers, but would be also in contradiction to the interests of the employers. What could happen if a works council member or just a worker would be sent to prison as a "gang leader" for one or two months? There would be a lot of solidarity with him and a lot of criticism against the employer and the court in the press and in television. Such a situation would disturb the social partnership so typical for industrial relations in Germany. Would it not be a contribution to the renaissance of class conscience? Would that not be a much bigger evil?

Another factor is the rareness of illegal strikes. Because of the civil liability and the risk to be dismissed for grave misconduct, unions and workers are quite cautious; normally one finds another possibility like long assemblies with a lot of discussion to impose pressure on the employer.

Finally there are some experiences confirming this position. During the peace movement in the end of the 1970-ies and the beginning 1980-ies a lot of people blocked the entrances of military installations of the US army. Many people were prosecuted based on

⁶¹⁾ See Footnote 56, § 34 No. 21.

⁶²⁾ *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht*, München 2006, § 15 Rn. 10

⁶³⁾ In: *Däubler, Arbeitskampfrecht*, third edition, Baden-Baden 2011, § 15 Rn 62

⁶⁴⁾ *Däubler, Strafbarkeit von Arbeitskämpfen*, in: *Baumann/Dähn (Hrsg.), Studien zum Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen 1972, p. 104 et seq.

article 240 of the Penal Code. But the outcome of all these proceedings was quite modest: The fines inflicted were small and in the end the Constitutional Court decided that sitting is not "use of force" but only an obstacle to the traffic. On the other hand, the peace movement got a lot of publicity because many prominent persons like writers and artists participated in the actions.⁶⁵⁾

In a comparable case criminal law seemed to be inadequate, too. The German "Lufthansa" had transported people back to their countries because their request to get asylum was refused. To come back was a big risk for these people; an initiative of citizens tried to help them staying in Germany. In the internet, the initiative published a lot of resolutions criticizing Lufthansa for making money by this way ("they offer economy class, business class, and deportation class"). When a Sudanese citizen arrived dead in Sudan despite of the fact that he was accompanied by two policemen, the protest escalated. Some members of the initiative developed a software which sent three e-mails every second to the Lufthansa computer. Within a short time the computer was out of service. The action took about two hours. The procurator started a criminal procedure against one of the initiators based once more on article 240 of the Penal Code. The court of first Instance condemned him to pay 900 Euro, but he was acquitted by the court of appeal: ⁶⁶⁾ There was no force applied and no threat; even a suppression of data (article 303a of the Penal Code) did not occur.

5. Could the legislator change the situation?

The question whether it would be unconstitutional to make illegal strikes punishable is a quite theoretical one in Germany. The existing rules would be sufficient to declare an illegal strike punishable, but it is a question of public opinion and general attitude in society that this possibility is not used. After more than 50 years one may even say that the exemption of industrial actions from the Criminal Code has become customary law.

⁶⁵⁾ Cf. *Vogel*, in: Rieble/Giesen/Junker (ed.), *Arbeitsstrafrecht im Umbruch*, München 2009, p. 152

⁶⁶⁾ OLG Frankfurt/Main 22.5.2006 - 1 Sa 319/05, MMR 2006, 547 = CR 2006, 684 = StV 2007, 244

IV. Civil liability

In practice, civil liability is of a certain importance for unions. In law, trade union officials and individuals participating in an illegal strike would be liable, too, but there are very few cases in which this was taken into account.

1. Civil liability of unions

If a union violates the peace obligation which is derived automatically from an existing collective agreement it has to pay damages. It is sufficient that one of the union's demands is in contradiction to a rule in a valid collective agreement which it had concluded before and which has not been denounced.⁶⁷⁾

An illegal strike may also interfere in the established and pursued business enterprise ("Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"); the consequence would be an obligation to pay damages to the owner of the business enterprise. But there are two conditions which must be fulfilled: The interference must be directed against the enterprise and the union must have acted at least by negligence. That would be a claim in tort law whereas the violation of the peace obligation creates a claim in contract law. Both may co-exist under German law.

The "direct" interference makes sometimes problems.

Flight navigators at the Frankfurt airport have an employment contract with the "Deutsche Flugsicherung", a limited company owned by the Federal Republic. Their union organized a strike which violated the peace obligation. Air lines asked for damages of about 4 million Euros. Their complaint was dismissed by the regional labour court of Frankfurt⁶⁸⁾ because the strike was directed against the "Deutsche Flugsicherung" and not against the airlines. The fact that the airlines suffered damages was without legal importance; it is a normal consequence of a strike especially in the service sector that thirds will be affected. As to the peace obligation, its aim is to protect the partner of the collective agreement, not to protect third persons. It is therefore no legal basis for a damages claim.

Another problem is the question of negligence. The union can trust in the existing case

⁶⁷⁾ See LAG Hessen 25.4.2013 - 9 Sa 561/12, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 92a

⁶⁸⁾ See footnote 67.

law established by the labour courts. If it is overruled after the strike occurred, the union is not guilty of having broken the rules.⁶⁹⁾ What will happen if a question is discussed in legal literature with different results? The union can organize a strike but has to be very cautious as to the extent of the work-stoppage.⁷⁰⁾ If pickets or other members commit illegal actions like insults a legal strike will not become illegal.

The union is responsible not only if it is the organizer of a strike. According to the Federal Labour Court it would be sufficient to aid the strikers, e.g. to pay them some money which will enable them to continue their strike. In the case of a so-called wild-cat strike the union can take it over and transform it into an "official strike",⁷¹⁾ but this is reasonable only if the peace obligation is not violated.⁷²⁾

If the union's members go to strike without the union organizing it, the union has to clarify that it does not support the action. If it remains silent it can happen that it will be considered to be responsible, too.⁷³⁾

2. Civil liability of individuals

Employees participating in an illegal strike commit a breach of their employment contract. They also interfere in the established and pursued business of their employer. In contract as in tort, they are liable to pay damages. The labour courts make no difference between the union and the individual worker.

In practice, it may often happen that a worker is not aware of acting unlawfully. According to general rules the worker should be deemed to have acted without guilt if the mistake was unavoidable. If the strike is organized by a union, there is a presumption in favour of its legality.⁷⁴⁾ If the union declares that the strike is lawful the worker will not be responsible for negligence.⁷⁵⁾ On the other hand, the Court was quite severe in an old decision (which would probably not be repeated today): even a guest-worker from Italy

⁶⁹⁾ BAG 9.4.1991 - 1 AZR 332/90, DB 1991, 2295 = NZA 1991, 815

⁷⁰⁾ BAG 21.3.1978 - 1 AZR 11/76, AP Nr. 62 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 10.12.2002 - 1 AZR 96/02, NZA 2003,734, 741

⁷¹⁾ BAG 5.9.1955 - 1 AZR 480-489/54, AP Nr. 3 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 20.12.1963 - 1 AZR 429/62, AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

⁷²⁾ BAG 17.12.1958 - 1 AZR 349/57, AP Nr. 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht

⁷³⁾ BGH 31.1.1978 - VI ZR 32/77, NJW 1978, 816

⁷⁴⁾ BAG 19.6.1973 - 1 AZR 521/72, AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

⁷⁵⁾ BAG 29.11.1983 - 1 AZR 469/82, AP Nr. 78 zu § 626 BGB

was responsible and should pay damages despite of the fact that he did not speak sufficiently German and that in his country the so-called wild-cat strike was generally recognized.⁷⁶⁾

The liability of trade union officials is no special subject-matter of discussion in Germany. They would be liable for interference into the established and pursued business enterprise, committed together with the union and the workers.

The liability of the union, the workers and the union officials is a common one; they are "joint and several debtors". In law, each person can be sued for the whole damage and may take recourse to the other debtors.

Example: 500 workers are liable for a damage of 500.000 Euro. One of them can be sued to pay the 500.000 Euros. Afterwards he can ask the other 499 to pay him 1.000 Euros per person This is not a very realistic solution; a rule adequate for businessmen is not at all adequate for workers.

3. The damage to be paid

The economic effects of strikes can be very different.⁷⁷⁾ If the employers have difficulties to sell their products the strike is welcome because it prevents stockpiling. In many cases the working hours which were cancelled because of the strike are caught up after some days or some weeks.

Example: During the strike in the printing industry in 1978 the newspaper "Süddeutsche Zeitung" lost 460 pages with (well-paid) advertisements. Four weeks after the end of the strike the newspaper had already published 400 additional pages with advertisements.⁷⁸⁾

In some specific cases there may be real damages but it is difficult for the employer to prove it without opening completely his books. Damages to be easily proven are overtime payments or bonuses for those who did not participate in the strike and continued to work. In addition, the German Labour Courts facilitate the proof in the sense that the employer is supposed to have a so-called minimum damage comprising expenses for components and a certain percentage of the overhead costs.⁷⁹⁾

⁷⁶⁾ BAG 20.12.1963 - 1 AZR 428/62, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 20.12.1963 - 1 AZR 429/62, AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

⁷⁷⁾ Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, Düsseldorf 1974, p. 38

⁷⁸⁾ Wolter AuR 1979, 200

⁷⁹⁾ BAG 5.3.1985 - 1 AZR 468/83, AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

4. Law and reality

It is quite rare that unions are sued for damage and even rarer that courts decide in favour of an employer. The most important case dates from the 1950-ies.

The metalworkers' union had organized a strike ballot before the peace obligation had expired. The Federal Labour Court decided that the ballot violated the peace obligation and condemned the union to pay the whole damages.⁸⁰⁾ As it was one of the longest strikes in the history of the Federal Republic (taking 114 days) the damage was estimated to be more than 90 million Deutsche Mark. The union was sued and the Federal Labour Court stated that it was liable; the exact amount was never fixed. The threat to be forced to pay this enormous sum induced the union to conclude a conciliation agreement which was very favourable to the employers and influenced the outcome of collective negotiations during more than ten years.

The complaint was a strategic one to force unions to follow a policy of social partnership. Until nowadays, unions are quite cautious before starting a strike and do everything possible to follow the rules of the Federal Labour Court.

Example: Strike in a small firm with a very authoritarian owners' family. The management recruited strike-breakers from outside and continued a big part of the production. The Federal Labour Court did not pronounce itself clearly about the legality of such a behaviour until now. The Commission of Experts and the Commission for the Freedom of Association of the ILO both have declared that recruiting strike-breakers violates the ILO-Convention No. 87.⁸¹⁾ Nevertheless the union renounced to make a lawsuit against the employer not to recruit strike-breakers any more.

Under these conditions, it is not surprising that unions are rarely condemned to pay damages. There is one case in which the union and the chairman of the works council had to pay 12.291,48 Deutsche Mark (about 6.500 Euros).⁸²⁾ In another case,⁸³⁾ a newspaper company from Düsseldorf sued 80 employees who participated in a wild-cat strike to pay more than 150.000,- Deutsche Mark (more than 75.00 Euros); the Federal Labour Court decided that this was well-founded in principle, but some details of the damage had to be clarified and remanded the case to the regional labour court. Both sides

⁸⁰⁾ BAG 31.10.1958 - 1 AZR 632/57, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

⁸¹⁾ ILO, Genreal Survey 1994, para. 174; ILO Digest 2006 para. 632.

⁸²⁾ LAG Hamm 16.6.1981 - 6 Sa 436/78, DB 1981, 1571

⁸³⁾ BAG 7.6.1988 - 1 AZR 372/86, DB 1988, 2102.

made a compromise; the employer got 30.000 Euros which were paid (unofficially) by the union. The reason was that the newspaper company was anxious to lose readers and other customers if they would really send the bailiff to the workers' houses to get the money. The situation is similar to that of criminal sanctions: Get a definite judgment and execute it, would lead to a solidarity process which is not desired by the employers.

In the concrete case the workers had the plan to bring the sum in pieces of five pennies (Pfennig) to the firm and put a big heap in front of the entrance door. The local television had promised to come and make a report, another newspaper was very interested...

V. Disciplinary liability

An employee participating in an illegal strike can be dismissed without notice. This is the rule which is laid down in a general formula ("grave ground") in Article 626 of the German Civil Code. But there are different exceptions to the rule.

Firstly, there is a formal one. Article 626 § 2 of the Civil Code provides that the dismissal has to be declared within two weeks. This delay starts when the strike ends or when the employee ends his participation.

The second exception may be much more important. The balancing of the interests of both sides has to justify the dismissal. One of the important points would be whether the employer has dismissed other strikers, too.

The employee A has just participated in the strike like B, C and D. B, C and D are not dismissed; the interest of the employer to dissolve the labour relationship with A is obviously not very convincing..

That would be different if A was one of the organizers of the strike, distributing leaflets or making a speech to an assembly.

In a famous case ("Erwitte"), striking workers had occupied the plant which was considered to be illegal by the Federal Labour Court. The employer dismissed nearly all his workers who immediately went to court. The Federal Labour Court decided that the dismissals were not founded. As the employer had neglected the prerogatives of the works council the workers thought that they acted legally and in a correct way. In the view of the Federal Labour Court this was wrong, but the mistake ("the error") was an important factor in favour of the workers. Another point was that the solidarity was a very broad

one (even deputies from all political parties came to the plant supporting the workers' demands) and that it would have been extremely difficult for a worker to break solidarity and go his own way.⁸⁴⁾ The victory arrived after two years, but it was still a victory.

In another case workers had participated in a strike for three days. They followed their union which organized the strike. But in reality the plant did not belong to a sector where the union was competent, so the strike was illegal. But the workers could not recognize this mistake; there was no sufficient reason for a dismissal without notice, even not for an ordinary dismissal for neglecting duties.⁸⁵⁾

Another important exception deals with works council members and other persons having a comparable protection against dismissal based on article 15 of the Act protecting against dismissals and on article 103 of the Works Constitution Act. A dismissal is possible only for grave misconduct and with the agreement of the works council. If the agreement is not reached, the employer can go to court where it is replaced if there is really a grave misconduct.

In a case of strike, the right of the works council to deliberate about the dismissal is suspended but not the protection as such: The employer has to go directly to the labour court which will examine whether the behaviour of the works council member was really a grave misconduct or not.⁸⁶⁾ If only works council members shall be dismissed whereas other strikers can continue the court will normally think that this is an illegal discrimination of the works council members.⁸⁷⁾

The long list of exceptions should not be misinterpreted in the sense that the rule disappears. The risk of being dismissed is high if the worker participates in a so-called wild-cat strike and it is low if the union organizes the strike. Even in cases of wild-cat strikes the decision of the employer depends on the support of the whole personnel and the public opinion on the local level: If the newspaper writes a friendly article on the strikers it is quite improbable (not: excluded) that a striker is dismissed.

If the strike ends with a compromise in the form of an agreement the partners normally include a clause which prohibits all kinds of sanctions based on the participation in the strike.

⁸⁴⁾ BAG 14.2.1978 - 1 AZR 76/76, AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

⁸⁵⁾ BAG 29.11.1983 - 1 AZR 469/62, NZA 1984, 34 = DB 1984, 1147 = BB 1984, 983

⁸⁶⁾ BAG 14.2.1978 - 1 AZR 54/76, AP Nr. 57 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

⁸⁷⁾ LAG Hamm 10.4.1996 - 3 TaBV 96/95, AiB 1996, 736

Discussion

“Industrial Action and Liability The Situation in Germany”

Seong-jae Yu (Chungang University Law School)

First of all, thank you for taking the time to visit Korea in spite of your busy schedule. I am honoured to have the opportunity to have this discussion with you.

1. I have two questions on the legitimacy of a trade dispute.

The first question is this: is the purpose of a trade dispute limited to the conditions set forth by the collective bargaining agreement? Precedents in Germany indicate that a trade dispute may take place only for purposes that can be regulated by the collective agreement. However, Article 6.4 of the European Social Charter, ratified by Germany, recognises the right to collective action (Streikrechts im Fall von Interessenkonflikten) in a broader sense, and the Committee of Ministers of the Council of Europas has recommended Germany to allow the occurrence of trade disputes with purposes other than those set in the collective agreements. Nonetheless, the German courts continue to limit the scope of trade disputes, and I wonder if this is a breach of Article 6.4 of the European Social Charter. Furthermore, if the aforementioned precedents are a breach of the Charter, what are the legal ramifications of this? Is there any legal framework in which the precedents can be revised?

My second question concerns whether trade disputes are legally protected when conducted to protest management decisions such as redundancy dismissal. Since redundancy dismissal concerns an employee's working condition, the trade dispute that is held against the dismissal should be deemed a part of the right to collective action as guaranteed by Article 9.3 of the Basic Law (Grundgesetz) of Germany and therefore should be allowed by principle. It should however be noted that industrial action against redundancy dismissal could infringe on the management right of an employer. The industrial action work in conjunction with the employer's management rights. However, the issue here is whether the

employer's management right is guaranteed by the German Basic Law (Constitution) and whether that right is treated equally as the right to collective action. In other words, is the employer's management right a fundamental right guaranteed by the Basic Law in Germany? If so, where in the Basic Law is the relevant clause found? If, however, the employer's management right cannot be seen as a fundamental right of the constitution, then it would appear the right to collective action should take precedence over the management right when a conflict arises between the right to collective action, which is a guaranteed basic right, and the employer's management right, which is not a basic right. Please share your thoughts on this.

2. My next point is on criminal liability in relation to unlawful industrial action.

You mentioned that employers do not want to hold strikers criminally liable. Now, Article 240 Coercion (Nötigung) and Article 253 (Erpressung) of the German Criminal Code are the most likely to be applied to an unlawful strike. However, both are offenses which can be applied regardless of the victim's desire to pursue prosecution or submission of a complaint (Antragsdelikt). Therefore the employer - the victim - has no say in the criminal prosecution. Is this not the case?

3. I would like to move on to damages in relation to illegitimate industrial action.

Regarding the strike organized by GdF (Gewerkschaft der Flugsicherung) in 2012, the Labour Court of Frankfurt (ArbG Frankfurt am Main) ruled that the labour union did not have to compensate for the following damages incurred by the strike.¹⁾ The strike would have taken place at the same time, at the same location and in the same means regardless of the outcome.²⁾ The Court thus ruled that if the loss would have occurred regardless of

¹⁾ ArbG Frankfurt a.M., Urteil vom 25. 3. 2013 - 9 Ca 5558/12. In this case, Lufthansa, Air Berlin, TUIfly and Germanwings sought damages for the 2009 strike of GdF. The Labour Court dismissed the employers' claim on the ground that the employers' damages was not directly given rise to by the strike (ArbG Frankfurt a.M., Urteil vom 27. 3. 2012 - 10 Ca 3468/11). There is a judgement of the appeal court on the contrary (LAG Hessen 25. 4. 2013 - 9 Sa 561/12. footnote 67 in Prof. Däubler presentation paper).

²⁾ **Entscheidungsgründe I. 1. f)** Die beklagte Gewerkschaft haftet gleichwohl nicht für die durch den Hauptstreik verursachten Schäden, da sie sich mit Erfolg auf den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens berufen kann. Denn die von der Klägerin zu 3) behaupteten Schäden wären ebenso eingetreten, wenn die Beklagte die §§ 18 Abs. 8, 35 Abs. 6a und 49 der der

the legitimacy of the strike, then the labour union would not be held liable for damages. This is notable because it protects the union from liability for damages even if the strike is deemed unlawful. If the union breaches the established peace obligations with respect to its minor demands and if such demands were excluded from the original purpose of the strike, the legitimacy of the strike is still recognised.³⁾ Air Berlin and Fraport sent an appeal for the ruling to the Labour Court of Frankfurt. However, the Labour Court of Hessen (LAG Hessen) similarly ruled to not recognise liability in damages.⁴⁾

I have a few questions regarding this case. First, I want to know if there has been any court ruling that has denied the union's liability in damages as the Labour Court of Frankfurt had on the same grounds. It is my understanding that this case is pending at the Federal Labour Court, and I would like to know how you expect the Federal Court to rule and what your thoughts are on drawing such a conclusion.

4. My next concern is on German labour relations and its dualistic structure.

You said that the work councils have resolved various labour conflicts without resorting to industrial action and that this is characteristic of labour relations in Germany. You said this is the reason that there are relatively fewer cases of industrial action in Germany than in other countries. However, § 77 III of the Work Constitution Act (Betriebsverfassungsgesetz) states: "Work agreements shall not address remuneration and other conditions of employment that have been fixed or are normally fixed by collective agreement. Forgoing shall not apply where a collective agreement expressly authorises the making of supplementary work agreements." It seems that the roles of the union and the work council are clearly distinguished. I want to know if the reason for the relatively low

Schlichtungsempfehlung beigefügten Synopse von vornherein nicht in ihre Streikforderung aufgenommen hätte. Damit sind ihr die durch den Hauptstreik entstandenen Schäden nicht zuzurechnen.

Leitsätze 5. Eine Gewerkschaft haftet gleichwohl nicht für die durch den Streik verursachten Schäden, wenn feststeht, dass der Streik nicht auch aus anderen Gründen rechtswidrig war und der Streik auch ohne die friedenspflichtverletzende Forderung am selben Ort, zur selben Zeit und in derselben Art und Weise stattgefunden hätte und damit die durch den Streik verursachten Schäden auch bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten eingetreten wären. Dann sind ihr die durch den Streik entstandenen Schäden nicht zuzurechnen.

³⁾ In this case, the claim of the airlines was dismissed on the ground that the damages was not directly given rise to by the strike. What was at issue in this case was concerned with the claim of Fraport, which operates the Frankfurt Airport.

⁴⁾ LAG Hessen, Urteil vom 5. 12. 2013 - 9 Sa 592/13.

incidence rate of industrial action and activities by the labour unions in Germany could partly be from the workers feeling a sense of insecurity due to the unfavourable economy.

Lastly, I would like to know if there has been any case where a collective agreement has authorised the making of supplementary work agreements by the employer and the works council, and if yes, I am curious as to how many cases there have been. With regard to the emergence of new unions, you mentioned that the one-channel system, rather than a dualistic system, is at work, and that the significance of collective action is growing. I wonder if there are more incidences of industrial action in areas where these new unions have emerged (where the one-channel system is at work) than in areas where the dualistic system is still applied. I would appreciate it if you can provide information on industrial actions that take place in each of these areas.

Industrial action and Liability in France

Emmanuel Dockès

(University of Paris Ouest Nanterre la Défense, CEJEC)

1. General characteristics of the right to collective action in France
2. The Scope of Legitimate Industrial Action
3. Criminal liability
4. Civil liability
5. Disciplinary liability
6. Special answers about France

1. General characteristics of the right to collective action in France.

1.1. Sources of the right to collective action in France (and Europe).

In Europe, the right to strike is enforced by several European treaties^[1], that have in France precedence over domestic laws. An element of complexity is coming from the two different European organizations: the European Union and the Council of Europe. At the European Union level, there is especially the Charter of Fundamental rights of the European Union, article 28, which recognizes the right “to take collective action to defend their interests, including strike action”. At the Council of Europe level, the European Social Charter of 1996, article 6.4, provides: “The right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike...”.

The letters of these two texts are very close, but their meaning and binding strength depend on the authorities in charge with their enforcement. And those authorities are not the same at the European level. The European Court of Justice is the Supreme Court of the European Union, in charge with the European Union Treaties in general, and

especially with the Charter of Fundamental rights of the European Union. The European Court of Human Rights and the European Committee of Social Rights are in charge with the Council of Europe Treaties[2]. And these different authorities have very different interpretation of the right to strike.

The European Court of Justice has a very low vision of social rights in general[3], and especially of the right to strike. It considers this right to be inferior to economic fundamental freedoms, like free movement of services or freedom of establishment[4].

In the opposite, the European Committee of Social Rights has a high respect for the right to strike. And it leads to a direct conflict between this Committee and the European Court of Justice[5]. The European Court of Human Rights opinion is not as clear as the European Committee of Social Rights, but it also enforces the right to strike[6], and will probably follow the path opened by the European committee of Social Right.

This European conflict about the right to strike creates a great freedom at the National level[7]. And anyhow, when no European level question is at stake, the strike is out of the European Court of Justice jurisdiction. For these reasons, in France, strike law is nearly exclusively ruled at a National law level.

In France the right to strike is in the Constitution[8], which provides: “The right to strike shall be exercised within the framework of the laws governing it”. The Constitution is though referring to a framework created by the French Statute Law.

But such a framework does not really exist, in private statute Law. The French Labour Code has very few texts about the right to strike. It only prohibits any discrimination for exercising the right to strike (art. L. 1132-2 C. trav.) and forbids the employer to dismiss an employee for any reasons related to strike, except in case of a gross and wilful misconduct (art. L. 2511-1 C. trav.). Only few more rules exist that limits strike in public services (L. 2512-1 et seq. C. trav.).

This French context, with a Constitution referring to statute law limitations and very little statute laws, has a several consequences. The two most important one’s are the following.

- French strike law is mostly case law.
- Only statute law is entitled to limit the right to strike. It means that collective bargaining cannot limit the right to strike. A clause of social peace that prohibits the right to strike for some time could not limit in any way the right to strike of the employees. A collective agreement could not either create a binding collective action notice or a

binding procedure of bargaining before the strike for the employees. The Cour de cassation (French Supreme Court of Justice) is very clear on this[9].

1.2. Distinctive element of the right to strike, in comparison with other countries.

Unlike the United Kingdom, USA or Germany Law, for instance, in French law the right to strike is an individual right. It means that the choice to strike or not, is an individual one. Employees can go on strike without any Trade Union support[10]. This kind of spontaneous collective action, called wildcat strikes in English and “grèves sauvages” in French, are legal. Strikers may also be a minority of the employees[11]. Continuation of strike by a minority is legal, even if the majority has decided to stop the collective action and is back to work[12]. In other words, neither the Trade Union nor the majority of the employees can prohibit a collective action. The strike is legal even if disapproved at a general meeting of the workers, even against the will of the Trade Unions.

On the other hand, the strikers must respect the right not to strike, the freedom of labour of the employees. This freedom has a high influence in French Law.

1.3. Freedom of labour and its influence on the right to strike.

The freedom of labour has its origin in the décret d'Allarde of 2 and 17 March 1791. It is a fundamental freedom recognized by the Cour de cassation, but strictly speaking it is not a Constitutional right in French Law[13]. Still, it is strongly protected and it draws important limits to the right to strike.

Even if the strike is supported by most workers, the minority who wants to keep on working has the freedom to do so. Any employee, under any circumstances, has the right to be a strikebreaker. Concerted obstruction, with the use of threats, to the exercise of the freedom of labour is punished with a fine 15,000 euros maximum or with a no more than one year prison penalty, by the article 431-1 of the French penal Code. Even though this criminal offense is not used any more, it remains as a threat. And obstruction to the freedom of labour is usually a civil gross fault that justifies a fair dismissal.

Freedom of labour especially draws very important limits to legal collective action in

two contexts. The first one is the retention of working tools. The second one is the workplace occupation by the strikers.

On the working tools retention, we have had several cases about truck drivers going on strike and keeping the company trucks or keeping the keys of those trucks. For the French Cour de cassation, those actions can not be punished by the employer, as long as there is no obstruction of the right to work (the employer did not prove that some employees were ready to drive those trucks)[14]. In turn, in a similar situation but with a proved impediment to the exercise of the freedom of labour, with some employees ready to drive, the truck drivers withholding the keys or the trucks are guilty of a gross fault, and their dismissal is justified[15]. With a similar motive, the employee blocking a machine on which some employees were working are judged guilty of a gross fault[16].

To strike on the workplace is legal, as long as there is no obstruction of the freedom of labour[17]. On the other hand, the workplace occupation is illegal when obstructing the freedom of labour[18].

1.4. Economic freedom of the employer and the right to strike.

Freedom of labour is clearly protected against collective action, when property rights and freedom of enterprise are not. The right to strike is in essence a restriction of economic rights of the employer. As long as the right to strike is a human right, those restrictions are legal and protected as any human right exercise must be. It means that the strike right must prevail on economic rights of the employer. More precisely, in French Law, we could say that economic freedoms do not really compete with the right to strike. Human right do protect the weak against the strong. As human rights, economic freedoms are protecting the employers against the strength of superior authorities, like the State. They do not protect them against the employees and their right to resist, with their collective action.

The European Court of Justice thinks differently (see note 4). For this Court the right to strike is a weak human right, and the economic rights of the employer must prevail. Strike is therefore legal, only if it is necessary and proportionate, in other words it is approximately never legal. With this kind of motive, it is possible to think that this European Court does not *really* accept the right to strike. In the opposite direction, The European Committee of Social Rights and the European Court of Human Rights are similar

to the French law rationale, and do really accept the right to strike (see note 5 and 6).

2. The Scope of Legitimate Industrial Action

2.1. General scope of legitimate strike

Three limits are drawing the scope of legitimate strike.

The first one is the definition of the right to strike. When a collective action is not qualified a “strike”, it becomes a simple contract breach. The second one is coming from the abuse of rights theory. The collective action is a “strike”, the employees are using their right to strike, but because of the method, the use of this right is called abusive. The third one is about some illegal acts that are forbidden, even during a legitimate and legal strike. This third question will be seen later. That lives us with two questions.

2.1.1 The definition of the fundamental right to « strike ».

Strike is defined by Case law as a collective cessation of work to support a professional demand[19].

If a collective actions do not fulfil one element of this definition, it is disqualified. The employees are not protected any more, and their acts are considered as contract breaches. We have already seen what “collective” means, and that it means little, because in French Law, the right to strike is an individual one (see 1.2). Two elements of the definition remains: a work stoppage and a professional demand.

a) A complete cessation of work

The cessation of work must be complete. This element of definition excludes from the scope of Legitimate Strike, and though from the protection, many collective actions yet called "strike" in common language, as go slowdown strike or partly done work.

The disqualification of those actions is traditional in French case law[20].

For instance, train controllers refusing to check the tickets but doing their security job were not qualified “on strike” because they were doing part of their job. For this reason, they were not protected, and their dismissal was possible on the motive that they were not

fulfilling their tasks[21]. The same kind of reasoning was applied against the employee of the French national electricity producer (EDF). Those employees were punished for cutting power, because this act was not exactly a work stoppage[22].

This solution can be seen as severe, especially in some contexts, when stopping the work is not stopping the production. It is actually discussed in French doctrine[23].

The European Court of Human Rights seems less strict than the French Law. In the *Dilek* case, it said that the « the three hours slowdown of work done by the applicants » were a « general collective action in a trade union rights context” [24]. This motive was used to protect motorway toll employees who let some divers pass freely. It was not, strictly speaking, a work stoppage. But it still deserved some protection, in the European Court of Human Rights opinion. Because of this case, the European Court seems to be more protective than the traditional French Case Law.

b) A professional demand: the purposes of industrial action

A strike can not have any kind of purposes in French Law. It needs to support a “professional demand”.

This requirement is quiet widely understood.

Every element of individual or collective labour relationship is a "professional"[25], but also social security, healthcare, unemployment, family allowances, pensions...[26]. The purposes of strike may exceed the employer's ability. And it can be unreasonable. And it may be against any economic freedom or power of the employer.

- A demand out of reach for the employer

Strikes from employees who have no grievance against their employer but who have demands for someone else are legal in French Law. In the RTM case of 2007 the strike was against a decision of the Urban Community of Marseille. The employer, the RTM company, argued that it had no power against this decision. The Cour de cassation answered clearly that “the ability of the employer to meet the demands of the employees has no influence on the legitimacy of the strike”[27]. In the Lamy Lutti case of 2006[28], the employer was a sweets manufacturing company, and the strike was a national action against retirement pensions cuts decided by the Government and the Parliament...

Sympathy strikes, from employees who want to show support to the employees of another employer, also seems to be legal, even if this question has not been discussed

recently in front of the Cour de cassation[29].

- Unreasonable demands

The judge must not evaluate the merits of the claims. It would be against the right to strike if the judges were to give their opinion on the legitimacy or on the rationale of the employees demands[30].

The solution is essential. Claims made during a strike are often beyond what is acceptable for the sound management of the company. They are a first position, deliberately exaggerated for future bargaining. Who wants a 4% pay raise will claim 8%, in order to keep a room for negotiation. Such a claim can easily appear unreasonable. Prohibiting unreasonable claims would prohibit most strikes ... This justifies the prohibition by the French Court of any judges' evaluation of the legitimacy of the purposes of the collective action.

- Legal disputes

Strikers' demands may be based on a legal dispute, they may be demands that could gain satisfaction in Court[31]. This proves that strike, in the French system, is not to be the last solution.

- There is no power sanctuary out of reach for collective action demands... except disciplinary power.

The principle is clear in French law: no economic freedom, no property right can be used to limit the right to strike. If the strike is a fundamental right, it means that the employees have a right to influence the employer's power, the employer's business management. The right to strike is by essence, by definition, a right to reduce the economic freedom of the employer. There is no balance to make: unreasonable demands by the employee are possible. And the strike can ruin legally an employer. This threat is inseparable of the right to strike.

Still, the French case law has a limit to this logic. It says that "professional" demands are not individual demands. And the strike purpose must not be a complaint against some individual measures decided by the employer. For this reason, strike against disciplinary measures are not allowed[32]. It is said that internal solidarity strikes are illegal.

But those strikes may have indirect professional demands. For instance, a strike against the dismissal of an employee who refused to keep a production book was legal: the strikers were also, indirectly, protesting against this production book[33]. In particular, a strike against economic dismissal is valid, because it has an indirect but necessary “professional”, collective, purpose: the employment stability in general[34].

- But the strikers have to present demands: they should not take by themselves what they are asking for.

Self-satisfaction action is not allowed. This outcome started with the Bardot case of 23, November 1978[35]. The case was about employee asking not to work on Saturday morning, and striking fittingly on Saturday mornings. The idea is that, in this kind of cases, there is no real demand. The employees are taking by themselves what they ask for. This has been confirmed many times, especially for strikes against overtime work, during the overtime periods[36].

To make this kind of collective action legal, the employees just have to present some other claims at the same time. This way the strike will not be of complete self-satisfaction, and the collective action will become legal again[37].

2.1.2 - Abusive Strikes

Some collective actions may be illegal even if they do respect the strike definition, for the organization or the procedure of the collective action is “abusive”. This abuse is concretely appreciated. There is no general rule who generally prohibits a kind of organization or of procedure. Are in principle legal “stopper strikes” (in a shift work context a minority of employee stop working and this blocks all the factory)[38], rotating strikes[39] or short and repetitive cessation of work[40]. But in some circumstances, when these organizations are extremely destructive and are creating a complete and excessive disproportion of damage (in comparison with the very little loss of salary by the employees), these strikes may be called “abusive”[41]. If the abuse is recognized, the collective action is coming out of the scope of protection, and disciplinary measures are legal.

All together, the scope of allowed claims appears quite broad. To the special cases asked for, the answers are generally positive. To be more precise:

2.1.3 - To what extent is what is so called "business" prerogative protected in determining whether strike is legitimate in terms of its purposes?

Strikes of self-satisfaction and strikes against disciplinary penalties are, in principle, disqualified (see above). Except for that, business prerogative is not, in French law, a limitation to strike purposes. This makes French Law quite different than European Union Case Law[42].

a) In particular is strike as follows legal in terms of purposes of strike?

① A trade union takes industrial action, calling for withdrawal of an economic dismissal plan itself.

This strike is legal[43].

② A trade union, which is concerned with broadcasting industry, takes industrial action, calling for fairness of broadcasting and independence from a state or capital.

We have had no such a Case, but the strike will indeed be considered legal in French law.

③ A trade union, which is concerned with public services, takes industrial action, calling for withdrawal of privatization of such services.

This strike will also be clearly legal in French Law. We have no such a case, because it goes without asking. Anyhow, the RTM case[44] was close to this situation: the employees were fighting the allocation by the City community of a new Tramway to a private company. This allocation was, in their eyes, a danger to public transport service: the RTM, the Régie des Transports Marseillais, is a public company, in charge of all the metro and the buses in Marseille: to allocate the new tramway was breaking the public service monopoly and privatizing a part of the public transportation in Marseille.

④ A trade union, which organizes workers of a hospital, takes industrial action, calling for withdrawal of its policy in which a hospital establishes a sub-company whose aim is to make a profit.

This claim would indeed be a professional claim and the strike would have been legal in French Law. This also goes without asking in French Law[45].

b) In particular, is it legal if contract workers who are formally employed by a contractor company but works in a principal's company (what are called in-house contract workers) go on a strike, demanding that the principal's company should employ directly such workers ?

This strike would also be clearly valid in French Law. There is no such a case that came up to the Cour de cassation. But a very close case exists. The strike of a worker

formally employed by a contractor's company and working in a principal's company, against this principal company, was formally judged legal in 2003 by the Cour de cassation, because this employee had professional concerns with this company, even if he had no direct contract with it[46].

c) In particular, is industrial action taken by workers in a broad sense to whom individual employment law, such as unfair dismissal law, does not apply, lawful and protected under collective labour law? If so, what is the rationale for this? If so, moreover, describe what constitutional grounds of such workers' right to industrial action are?

The qualification of "employee" is the usual scope of the right to strike. This scope is quite large as the qualification of « employee » is relatively open in French law. Nevertheless the question remains. Especially students, doctors, and Taxi drivers are not employees and still they do organize some collective actions, in support of their professional demands... Is the right to strike protecting them ? The question is not clearly answered yet. Some authors have said that this right, may benefit to them[47]. But we have no case law about them. This gap can be explained: most of these workers are their own employer and will not take any measures against themselves... and universities do not usually take disciplinary measures against striking students.

d) Is there any legal restrictions of industrial action with regard to particular areas of work like public services ?

Within the influence of the Constitution of 1946, proclaiming the existence of a right to strike, the Conseil d'Etat (French Supreme Court for public law) has reversed its Case Law and has recognized the right to strike in public services, for public servants[48]. A statute law of 1983 has recalled this solution[49].

However, statute law has excluded some categories of public servants of the right to strike: mainly these are military[50], police[51], staff of prison[52] and judges[53].

3. Criminal liability

3.1. The abolishment of criminal sanction for an illegal strike in France

The illegal strikes were punished under the « coalition » offense. This criminal offense was created during the French revolution in the 14 June 1791 Statute Le Chapelier. The idea was to enforce freedom of labour and of industry. The French revolutionaries were afraid by anything that could limit a free individual negotiation of the price and salary. Coalition offense was then prohibiting not only strikes and collective actions, but also any union of employee. The article 414 of the Code penal of 1810 was more specific and was punishing what is nowadays understood as a collective action, under the name of coalition. The penalty for coalition offense was three month prison maximum. But the leaders were incurring a five years sentence. During all the 19th century strikes (and criminal punishment) were anyhow frequent.

During the first part of the second Empire, which is known as the liberal Empire, this coalition offense was abrogated by the 25 May 1864 statute law, initiated by Emile Ollivier[54]. This law created another offense: the restraint on freedom of labour. This offense, which prohibits threats or violence against strikebreakers, still exists (see 1.3).

Since 1864, engaging in a strike has not been any more a criminal offense in French Law[55]. But French law waited until 1946 to make the right of strike a fundamental and constitutional right. In between, between 1864 and 1939[56], the strike was in between. It was generally interpreted as a tacit termination of the employment contract, done by the employee[57]. It was not illegal. The right for the employee to terminate its contract of employment was accepted, and the strike interpreted as a tacit will of the employee to do so. For this reason, the employer could refuse to let the employee come back to work after the collective action was over. And the employee could not complain: he was the contract breaker. For short term strikes, by exception, the Courts sometime considered that the will of the employee to terminate the contract was not clear, and decided a simple suspension of the contract[58].

With this case law, the collective action was not considered illegal. Some authors even said that coalition was a right for the employees[59]. They were followed by the Supreme Courts[60]. And thus the employee had no civil liability for it. But he was still losing his job. And for this reason, he was not really protected.

This solution ended with the 11 April 1950 Statute law, influenced by the 1946 Constitution and its recognition of the right to strike. Since then, strike does not terminate the employment contract. This contract is only suspended. And only a gross et intentional fault of the employee could justify a dismissal.

3.2. Criminal sanctions for illegal industrial action.

Obstruction of the freedom to work concertedly and using violence or threat is punished with a fine 15,000 euros maximum or with imprisonment for no more than one year, by the article 431-1 of the French penal Code. This severe criminal offense is not used in practice.

During the collective action, criminal law is not at all suspended. Many criminal offenses may happen during such an action, as illegal restraint[61] ; acts of violence[62], destruction, damage and defacement[63], the exposure of another person to an immediate risk[64], ...

The central distinction is between:

- the cessation of work itself, which is not a criminal offense, not even a civil fault but, in the opposite, the exercise of a protected right ;
- other acts, like picketing, workplace occupation, destruction... that may be illegal, and even be criminal offenses.

-What is the rationale for abolishing the criminal sanction for an illegal strike (total cessation of work), still preserving civil liability for it?

When the criminal sanction for coalition was abolished in 1864, it was not immediately and unanimously considered in French Law that coalition was legal or was a freedom for the employee. Some authors still wanted to consider it was a civil fault.

But this opinion seemed not persuading to most authors and to the Cour de cassation[65]. And anyhow no liability cases succeeded against strikers for having only stopped working or against Trade Unions for having only supported a collective cessation of work.

Even if some authors might have think differently, since the coalition offense has been abrogated, cessation of work has never been illegal in itself in French Law since 1864 (except for the 1939-1944 period).

However, some collective action are indeed illegal in France (like self-satisfactory cessation of work or slowdown work). These acts are disqualified, because they are not “strikes” or because they are an abusive exercise of the right to strike. They are not criminal offenses in themselves. But they are qualified of “fault” and common contractual liability does apply to them: if the fault is gross and intentional, the employee may be considered responsible. This liability is strictly limited by case law but it exists (see

below). In the same time, these illegal actions are not criminal offenses.

It seems reasonable to have some civil faults, that are not

- If general statutory criminal sanction for an illegal strike (total cessation of work) existed in your country as a statute, would this violate your constitution by interpretation?

Such a general statutory criminal sanction is a contradiction in terms, seems impossible in French Law.

If the acts of the employees are in the scope of a legitimate industrial action, they are protected as the exercise of right must be.

If the acts of the employees are not in this scope, it can be for many reasons. Because they are acts of violence, because they do not respect of this or this rule of law (the prohibition of slowdown work, freedom of labour impediment, ...). Each time an action comes out of the scope of legitimate action, it is because *a* rule of law has been broken. This breach is the fault that may be opposed to the employee (slow work is not a correct way of work, and it is a disciplinary fault ; impediment to the exercise of the freedom of labour is a criminal offense, ...). There are many possible faults. As many as there is rules that could have been broken by the employee during a collective action. To put all these faults in one global package, in a *general* criminal sanction for illegal strike, means those acts are not punished in themselves, as an infringement of this or this special rule. They are also punished because they are part of a collective action. The qualification of “strike” or of “collective action”, with this *general* criminal sanction, is used as one of the characteristics constituting the offense. The character “strike” or “collective action” is used to define a criminal offense, as if to go on strike was some kind of aggravating factor.

This directly contradicts the right to strike. When this right exists (especially in the Constitution), it means collective action is respected for what it is, a right to balance the legal and economic powers of the employers, a right that is necessary in any democratic society. In such a context, the fact that an (illegal) act takes place in the context of a collective action shall not be an aggravating circumstance, or worse a characteristic constituting a criminal offense. In the opposite, when collective action is a protected right, a fault done in this collective action context finds, because of this context, an attenuating circumstance.

The closer to legality an act is, the smaller the fault is. If strike is a constitutional right, a fault done in a collective action context is less serious than the same fault done outside any collective action.

- Please show us, if any, relevant law and cases with regard to the above items.

In 2008 the Cour de cassation adjudicated in a quiet hard case[66]. A seamen demonstration came into the office of the maritime affairs district, for they want a colleague to have a work accident pension. They used threat of destruction, stopping the employee working freely. The action lasted for three hours, then they got satisfaction. The Court of appeal did punish the actors of this demonstration for impediment to the exercise of the freedom of labour. Still, the Cour de cassation broke this judgment and send the Seamen free of charges. For the Supreme Court it was only a simple trouble to the professional activity, not a real obstruction...

The collective action of the seamen did not deserve the qualification of “strike”. But still, no violence was used, it was “only” for three hours, they did not block completely the possibility to work, but it looked very much like a impediment to the exercise of the freedom of labour ... Still this qualification was refused by the Supreme court. This indulgence of the Supreme Court shows clearly, in my opinion, what strike as a human right means: it means lenience, indulgence, for faults done in the context of a collective action, even if illegal. If the fault is not far from the exercise of a right, it means that it is venial, minor.

4. Civil liability

4.1. Historical background

Since strike became a legal right, liability actions for collective actions became very unusual in France, even if they were not completely unknown. But in 1979-1980 an important case in the public Company Renault (car industry) brought up the question in the media. The Renault company sued the CGT, French main Trade Union, for a slowdown action in a factory. The Trade Union was ordered to pay 29 million Francs

prejudice (approximately 15 million today's Euros, or 22 billion KRW)[67]. In the French Trade Union context (French Trade Unions are comparatively poor in Europe), this judgment was a threat to the very survival of the CGT. The case was closed with a withdrawal of action from the Renault Company. But with this case, dangers of the liability action for illegal collective actions became visible.

Collective actions are breaches in the usual labour relations and a revolt against employers' power. In this context, the reality of the actions does often exceed the strict scope of the law, even when the right to strike is recognized. If the liability for collective actions is widely understood, the very survival of trade unions is at stake. The Renault Case helped to realize this, in the French context. In 1981 the social democrats won the elections and this question was brought to Parliament.

A bill, that was to become the 28 October 1982 Statute Law, was finally adopted by the French National Assembly, in early October. This statute created a general immunity for employees, Trade union official and members, and for Trade Unions themselves, for any action taking place in a collective action context: this was to be the article L 521-1 of the Labour Code[68]. This article was forbidding any liability judicial action for damage « caused by a collective action or in the context of a collective action ». The only legal exceptions admitted by this text were criminal offenses and acts unlinked to any collective action or trade union action.

But this Bill was considered contrary to the Constitution by the Conseil constitutionnel (French Supreme Court for constitutional law), on 22, October 1982[69], in the name of victim rights, legal equality and public charge equality. Since then, the Parliament has stopped trying to reduce the liability itself, and again basic tort law became the only rule. The Cour de cassation immediately took up the torch. It was the beginning of a new case law reducing the destabilizing effect of tort law on collective actions and freedom of association. This case law, started with Dubigeon-Normandie case of 9, November 1982[70], only two weeks after de Conseil constitutionnel decision.

Civil liability for and during collective actions is ruled by the article 1382 of the Civil Code, which says: « Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it ». This article requires three conditions: a fault, a damage, and a cause between those two. The new case law keys are within the interpretation of the fault and of the cause. The results are two important principles: The trade union is only liable for its own acts ; the person at fault is only

liable for the damage caused by his fault.

4.2. The trade union is only liable for its own acts

In traditional French tort law, someone is liable not only for the damage he caused by its own acts, but also for the acts of the people that are under its authority (art. 1384 al. 4 of the Civil Code). This was an argument for the employers to make the trade union liable for the damages caused by the trade union officials, representatives and members.

This argument was rejected. The trade union does not have enough authority to be liable: it is not the employer nor the master of its members[71]. A member of the trade union, and even a shop steward (*délégué syndical*), is exercising his own right of strike when involved in a collective action. He is the only responsible for his actions. And the trade union is not liable for it[72].

The *Générale Sucrière* Case, of the 17 July 1990 (n°87-20055 P), is a good example of this solution and of the rationale at stake[73]. In this case, the employees were occupying the work place, picketing and had completed a total obstruction of the freedom of work. This kind of collective action is forbidden and this was not in debate. The question was to know whether the trade unions involved had liability in this or not. The trade union has supported the strike since the beginning. It called for the workplace occupation and never said a thing against the employees acts. In the opposite the trade union was claiming this collective action to be its action. For these reasons, the Court of Appeal recognized the liability of the trade union for the damage caused by the workplace occupation. The Cour de cassation quashed the Court of Appeal's decision, with the following motives. Strikers, even if they are union representatives in the Company or even trade union official, do not cease to individually exercise their right to strike. Their illegal acts are theirs, they are not illegal acts from the trade Union. The trade union is not liable for them. The trade union can be only liable of its own wrongs. And in this case, the trade union only instigates the occupation of the workplace. It did not ask to shut the doors and to stop the non-strikers work. So it did not do any wrong. The trade union, for these reasons had no liability at all.

The *Dubigeon Normandie* case is very close. There was a collective action, a workplace occupation, with a violent obstruction to the freedom of labour. Some destruction and defacement did also happen. The Trade Union again had no liability, for it did not

expressly call for these illegal acts, even if it had the clear leadership of the collective action. No direct instructions to do the illegal acts, from the trade union, were proven[74]. And so, no liability was recognized.

In an other case, the Secretary of the district Union (the top local union executive) was on site when the workplace obstruction happened. But the employer only proved he was there. And this was not enough to prove a fault of the trade union itself. Again the trade union was not liable[75].

It seems, in the end, that only a direct and proved instruction from the trade union to do an illegal act, like a leaflet or an instruction given by one of the trade union officials, in the name of the trade union, could make the trade union liable of something[76].

4.3. The employees are only liable for their gross and intentional faults

This is a general rule governing the employees liability toward the employer[77]. This liability limitation is an implicit and imperative clause, supposed to be in any labour contract. Its effect is to limit the strikers' liability toward their employers.

This limit is a protection for the employee, but is not so important in the collective action context. The fault done during a collective action is usually meant to create a prejudice for the employer. So it is intentional. The main limit is to evaluate the “gross” character of the fault. Still, the usual faults in a collective action context are often qualified gross.

For instance, acts of violence[78], illegal restraint of the company leaders[79] and obstruction to the exercise of the freedom of labour[80] were qualified gross and intentional faults.

The main protection of the employees against excessive liability is coming from the following rules.

4.4. The person at fault is only liable for the damage caused by his fault.

After some wrongs done during the collective action, the employer usually wants to recover his complete prejudice, his lost of production, his lost of the non strikes pay, his clients lost... This hope is usually dashed in French case law, for the employer has to prove de direct link between the fault and the prejudice he wants compensation for. The

suggested distinction between *illegal action during legitimate strike* and *illegal collective action* anyhow, is meaningful. An illegal action is a collective action which is not in the definition of the strike (see 2.1.1) or which is abusive (2.1.2). During a legitimate strike (i.e. a non-abusive collective cessation of work to support a professional demand) some illegal acts such as like picketing or destruction, may happen (see also 3.2).

- In case of illegal action during legitimate strike:

When a wrong happens during a legitimate strike the prejudice has to be divided. A part of the prejudice arises from the legitimate strike. There is no wrong causing this prejudice. It is caused by the exercise of right. For this reason, it will never be compensated. There might also be some extra damage, caused by an illegal act. And only this extra-prejudice may found compensation. To determinate this part of the prejudice is a difficult task for the employer.

We have many examples of this solution: the direct cause link is often difficult to prove. There is a 1994 case about the illegal occupation of a factory. The Court said that the cause between the illegal occupation and the deprivation of work of non-strikers was not proved: even if the strikers did not block the factory, it was not sure that non-strikers would have had some work to do. So the prejudice proven *caused* by the fault was only symbolic and rightly evaluated by the Court to one franc[81]. In an 2007 EDF case (an electricity provider) the trade union gave direct instructions to commit illegal acts (electricity and gas cuts). But the proven instructions were for the morning, and the employer was only trying to recover the night damage. So the trade union was not liable[82].

- In case of illegal collective action which is not a strike.

The illegal collective action which does not amount to a strike is a fault which causes the production loss. The proof of the cause is then easier for the employer. The trade union's fault in giving direct instructions to do the illegal action is a cause of the production loss. And the trade union may become liable of the production loss that its instruction to commit an illegal collective action has caused[83].

The employee may also be found liable of part of this production loss for having participated in the illegal collective action, but only if this participation is qualified a gross

and intentional fault. And most importantly, he is liable only for the exact prejudice his personal participation has done. The Cour de cassation refuses any joint responsibility of the employee for the entire prejudice that an illegal collective action may have done to the employer.

4.5. Joint responsibility.

Joint responsibility of the employees involved in an illegal collective action or in some illegal acts done during a legal strike, is refused by the Cour de cassation[84]. For this reason, the employer must prove what act has exactly done the employee he is suing and the damage directly caused by this act. The employee will be liable only for this damage[85]. There is no joint responsibility between trade union and the employee, as there is no joint responsibility of the employees.

This very important protection seems to be only for employees. When some exterior, non employees, do come to do wrong during the collective action (helping for the picketing for instance), they may have a joint responsibility[86].

4.6. Prejudice suffered by the police

There is no cases I know in which the police brought a civil action for damages for the loss they suffered because of violent resistance by workers while they were trying to arrest them for illegal industrial action. This kind of violence might happen, but there have been no liability dispute after that I know.

Conclusion on civil liability

To conclude, I could say that French case Law has wisely limited the scope of civil liability during a collective action. This way, liability action is still possible, but only in special circumstances and, usually, only for a reasonable amount. And this result came with simple interpretation of the general tort law, without any special statute law.

5. Disciplinary liability

Again, it is needed to separate disciplinary liability for illegal action during legitimate

strike and for illegal collective action which is not a strike (see also 3.2 and 4.4).

5.1. Illegal acts, during a legitimate strike

During a legitimate strike the disciplinary power of the employer is suspended. Therefore, the principle is that no disciplinary measures are possible against the employees, even if they are doing some faults. This is logic: during the strike the direction power of the employer is suspended. And if there is no more direction power, there should be no disciplinary power.

One important exception limits this rule: in case of an intentional and gross fault, the employer can dismiss the employee (art. L. 2511-1 of the labour Code). And this exception is strictly interpreted: the Cour de cassation said many times that without any gross and intentional fault, no disciplinary measure may be taken by the employer[87]. This limit is important, even if it must not be exaggerated: some gross and intentional faults are quiet often done during strikes... (see 4.4).

The only question that remains open in French law is, in case of a gross and intentional fault, whether disciplinary measures smaller than a dismissal are possible or not. The logic is that these measures should be illegal: the exception of article L. 2511-1 shall be interpreted strictly and there is no logic in a small disciplinary fault for a gross and intentional fault, which is, by definition a fault so important that the employer can not keep a contractual relation with the employee. But this solution has not been confirmed yet by the Cour de cassation.

5.2. Illegal collective action

An illegal collective action is disqualified, it is not a real “strike” and no protection can be asked for the employees during this action. The disciplinary power is not suspended and applies normally, as if there was no collective action at all. For instance, a slow-work action will be qualified as a badly done work, as contractual breach, and as a disciplinary fault. This fault does not need to be qualified gross or intentional. A disciplinary measure is possible as long as disciplinary law is respected by the employer[88].

The illegal collective action is no longer seen as one, it is only a list of individual and separated contractual breaches.

6. Special answers about France

- What are the differences between illegal collective action which does not amount to a strike and illegal action during legitimate strike?

See above, 3.2 and 4.4

- Is there any implications of such differences with regard to calculating damages?

Yes: see above, 4.4.

- Contents of the Judgment of the French Supreme Court on the day of 9, Nov. 1982 (Cass. soc., 9. Nov. 1982, Dr.soc. 1983. 175) and its implication

See 4.1 and 4.2.

- Example of dispute over legality of industrial action aiming to object to economic dismissal itself, such as Peugeot strike in 2013.

See 2.1.1 b), 4th point and, for instance, Soc. 22 November 1995, 93-44017 P, *Dr. soc.* 1996. 204.

- Please let us know about the French Supreme Court's judgment in the case of 'Régie des Transports de Marseille' and its implication

See 2.1.1 and 2.1.3 a) 3.

- Please deal with legality of contract workers' strike against an employer who uses their work through service provision contract with their direct employer, calling for the withdrawal of the plan of that employer to change providers of such service, such as the EDF case in 2012.

In the EDF case in 2012, 150 employees went on strike against EDF. They were asking EDF to renew the maintenance and logistics contract it had with their employer (Essor). This strike was a success, the contract was renewed and the employee could keep their job at the EDF plant. The legality of this kind of strike is not a problem in French case law. There is no case with this exact situation. But the RTM case above mentioned is very clear on this and the 17 December 2003 case (above mentioned in 2.1.1 b) makes the solution very clear. With productive decentralization which is so usual and developed nowadays, any other solution will take any efficient right to strike away from many employees. And a fundamental right, like the right to strike, must benefit to all employees.

- Is the legal principle with regard to the calculation of damages, "dommage autre que celui découlant du simple exercice du droit de grève" applicable where, if there are

several purposes of a strike, it amounts to illegal collective action in terms of its main purpose but amounts to legal industrial action in terms of its ancillary purpose?

For a collective action, to have an illegal purpose does not make this collective action in itself illegal, as soon as there is also a legal purpose, even if this legal purpose is ancillary[89]. The rationale for this is in the right to strike definition: a professional purpose is needed. As soon as there is such a professional purpose the strike is valid. If there are some other purposes, even if they are important, it does not disqualifies the strike. If the strike causes a damage, the complete damage is caused by a legal collective action, by the exercise of a right. It will not be compensated at all.

Of course, the strike must have a legal purpose that is not fake. If the professional purpose is only a pretext, an excuse, the strike is not legal[90]. Then it is not legal at all. And the whole prejudice is caused by a fault. Some liability for the whole prejudice may, in this context, be found. The excuse does not save part of the strike.

The same kind of rationale is at stake in the context of self-satisfaction strikes (2.1.1 b, 5th point). If the purpose of the strike is not completely realised with the strike itself, but only partly realized, the strike is mainly a self-satisfaction (illegal) strike and do partly have some true professional *demands* (i.e. not satisfied). In this situation the whole strike is legal[91].

List of abbreviations

| | |
|-----------------------|--|
| Bull. civ. | Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation. |
| D. | Recueil Dalloz |
| DP. | Recueil Dalloz périodique |
| Dr. soc. | Droit social |
| C. Cass. | Cour de cassation (French Supreme Court for private law) |
| Civ. 2 ^e | 2e Chambre civile de la Cour de cassation (2cd civil Chamber of the French Supreme Court of Justice for civil law). |
| Cons. const. | Conseil constitutionnel (French Supreme Court for constitutional law) |
| C.E. | Conseil d'Etat (French Supreme for public law) |
| C. trav. | Code du travail (French Labor Code). |
| ECHR | European Court of Human Rights |
| ECJ | European Court of Justice (Court of Justice of the European Union) |
| ECSR | European Committee of Social Rights |
| esp. | Especially |
| Grands arrêts | J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, Les Grands arrêts du droit du travail (Great cases of Labour Law), Dalloz, 4e éd., 2008. |
| i.e. | <i>idem est</i> (same as...) |
| prev. | previously mentioned |
| RDT | Revue de droit du travail |
| Soc. | Cour de cassation, Chambre sociale (Social Chamber of the French Supreme Court of Justice). |
| <i>Sem. Soc. Lamy</i> | <i>Semaine sociale Lamy</i> |

- [1] Ratified by France.
- [2] More precisely, the European Court of Human Rights is in charge of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and the European Committee of Social Rights with the European Social Charter.
- [3] ECJ 15 janv. 2014, aff. C-176/12 Association de médiation sociale ; *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11, note P. Rodière: in this case the ECJ refuses any direct binding force to the article 27 of the Charter of Fundamental rights of the European Union, which is about guaranteed information and consultation of the Workers or their representatives. This right is said not precise enough to be binding. With this kind of reasoning, all the social rights of the Charter of Fundamental rights of the European Union could be said unbinding.
- [4] ECJ 11 déc. 2007, *Viking*, C-438-05, esp. §.44 ; CJEU 18 déc. 2007, *Laval*, C-341-05, esp. §.91.
- [5] ECSR 3 July 2013, n°85/2012, *Semaine sociale Lamy* n°1616/2014, p.5, note S. Laulom ; *Revue de droit du travail*, 2014.160, étude K. Chatzilaou. By this decision, the Swedish law called "Lex Laval", law that repeated the conclusions of the above mentioned CJEU Laval judgment of 18 déc. 2007, is regarded as breaching the European Social Charter...
- [6] ECHR 21 April 2009, *Enerji Yapi Yol Sen*, req. n. 68959/01.
- [7] lang="EN-GB";> No one can be a slave of two masters (Matthew 6:24)
- [8] 7th point of the preamble of 1946 Constitution, repeated in 1958 Constitution.
- [9] Soc. 7 juin 1995, n°93-46448 P, *Grands arrêts* n°197: "une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et (...) seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux" (a collective agreement can not have the effect of limiting or regulating the exercise of the constitutionally recognized right to strike for the employees and only statute law can create a period of notice binding the employees).
- [10] Soc. 19, Feb. 1981, *D.* 1981. 417, note R. Bonneau: « un arrêt de travail ne perd pas le caractère de grève licite du fait qu'il n'a pas été déclenché à l'appel d'un syndicat » (a work stoppage does not lose the character of lawful strike because it was not raised in the call for a Trade Union).
- [11] « Un arrêt de travail ne perd pas le caractère d'une grève par le seul fait qu'il n'a pas été observé par la majorité du personnel » (a work stoppage does not lose the character of a strike by the mere fact that it was not observed by the majority of the employees): Soc. 3 oct. 1963, Goazioux, *Bull. civ.* IV, n° 645 ; *D.* 1964. 3, note G. Lyon-Caen ; *Grands arrêts*, n. 188.
- [12] Soc. 19, June 1952, *Dr. soc.* 1952. 533.
- [13] The Conseil constitutionnel, French Supreme court specialized in constitutional law, has not (yet ?) recognized this freedom a constitutional one. The freedom of work is opposed to any act or rule that is prohibiting a worker from working and to choose the kind of work he wants. In French Law, it is important not to confuse this freedom and the right to work, "le droit d'obtenir un emploi", which is the right for the individual to be employed and is the 5th point of the preamble of 1946 Constitution, repeated in 1958 Constitution. This right support the politics against unemployment and the legal limits of fair dismissal. It is recognized a constitutional right.
- [14] Soc. 9, May 2012, two decisions, n°10-26497 P et 11-15579 ; Soc. 13 mai 2009, n. 08-41337.
- [15] Soc. 7, July 1983, n. 81-40191 P. See also Soc. 10, Feb. 2009, n° 07-43.939, to block buses driven by non strikers is attempting to their freedom of work and deserves a "gross fault" qualification.
- [16] C.E. 1, Apr. 1992, n° 112826, *Dr. soc.* 1992. 689, concl. D. Kessler.
- [17] Soc. 26, February 1992, n°90-40760 P ; Soc. 9 mars 2011, n. 10-11588.

- [18] Soc. 21, June 1984, n° 82-16596 P., *Dr. soc.* 1985. 19, note J. Savatier
- [19] See spec. Soc. 18, January 1995, Soc. 18, January 1995, *Publicom*, *Bull. civ.* V, n. 27 ; *Dr. soc.* 1995. 186, note Ph. Waquet ; *Grands arrêts*, n. 196 ; Soc. 18, June 1996, *Bull. civ.* V, n°243, *Grands arrêts*, n° 195...
- [20] Soc. 5 March 1953, *Dunlop c. Plisson*, *Bull. civ.* IV, n. 185 ; *Dr. soc.* 1953. 226 ; *Grands arrêts*, n. 186 ; Soc. 16, May 1989, *Bull. civ.* V, n. 360 ; Soc. 16, March 1994, *Bull. civ.* V, n. 92. The Conseil d'Etat is more ambiguous: CE 17 March 1997, 2e esp., n° 123912, *Dr. soc.* 1997, 533, obs. J.-E. Ray.
- [21] Soc. 16, March 1994, *Bull. civ.* V, n. 92.
- [22] Soc. 26, January 2000, *Bull. civ.* V, n. 38 ; *Dr. soc.* 2000. 451, obs. A. Cristau
- [23] E. Dockès, *Insubordination, propriété et action collective (disobedience, property and collective action)*, *Sem. Soc. Lamy*, 1631/2014, supp., p. 41.
- [24] ECHR 17, juillet 2007, *Dilek et a.*, n. 74611/01, 26876/06 et 27628/02, spec. §; 57 (case first called *Satilmis and alii.*, but corrected by 30/01/2008 adjudication).
- [25] See eg Soc 17, December 2003, *Bull civ* V, n. 317 ; Soc 18, January 1995, *Bull civ* V, n. 27. Soc 30, March 1999, *Bull. civ.* V, n. 140...
- [26] See eg Soc. 15, February 2006, *Lamy Lutti*, n° 04-45738 P, *Bull. civ.* V, n° 65 ; *Dr. soc.* 2006. 577, note C. Radé (national strike against the new pension law).
- [27] "la capacité de l'employeur à satisfaire les revendications des salariés est sans incidence sur la légitimité de la grève" Soc. 23 octobre 2007, *RTM*, n° 06-17802, P. On this case, see E. Millard, *Encore et toujours à propos du droit de grève...* (Again and ever about the right to strike...), *Droit ouvrier* 2006.430 (http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/12/57/77/PDF/Doctrine_MILLARD_09-2006_corrige.pdf) ; E. Dockès, *La finalité des grèves en question (Strikes purposes in debate)*, *Dr. soc.* 2006. 881.
- [28] Soc. 15, February 2006, *Lamy Lutti*, n° 04-45738 P, prev.
- [29] See E. Dockès, *La finalité des grèves en question (Strikes purposes in debate)*, *Dr. soc.* 2006, p. 887.
- [30] Soc. 2, June 1992, *Zaluski*, 90-41368 P, *Dr. soc.* 1992. 696, 1st case, report Ph. Waquet, note J.-E. Ray ; *Grands arrêts*, n° 193: «le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien-fondé de ces revendications ». See eg Soc. 19 octobre 1994, *Bull. civ.* V, n. 281, *Dr. soc.* 1994. 958, note Ph. Waquet. Those cases were reaction to a former case ruled by the Assemblée plénière of the Cour de cassation in 1986 (Assemblée plénière 4 juillet 1986, *Bull. Ass. plén.*, n° 11) in an opposite direction (a strike notice was suspended for its motives were "unreasonable"). Since the *Zaluski* case of 1992, this old solution is clearly abandoned.
- [31] Soc. 9, February 1961, *JCP* 1961.II.12186 bis.
- [32] Soc. 18, mars 1982, *Cora*, n° 80-40576, *Bull. civ.* V, n. 182 (strike against the dismissal of an employee who had insulted a client) ; Soc. 30, May 1989, *Bull. civ.* V, n. 405 ; Soc. 11, July 1989, *Sogarde*, *Bull. civ.* V, n. 569 ; *Dr. soc.* 1989. 717, note J. Déprez, *Grands arrêts*, n. 192 ; Soc. 16, November 1993, *Bull. civ.* V, n. 268 ; *Dr. soc.* 1994. 35, report Ph. Waquet, note J.-E. Ray.
- [33] Soc. 30, November 1977, *Bull. civ.* V, n° 655. See also Soc. 27 November 1985, *Dr. soc.* 1988. 152 ; 5 janv. 2011, n. 10-10692, P (solidarity with a Union member threaten of dismissal is legal, because the strike "was not alien to claims" this Union member was making.
- [34] Soc. 27, February 1974, *Bull. civ.* V, p. 131 ; Soc. 22 November 1995, 93-44017 P, *Dr. soc.* 1996. 204.
- [35] *Bull. civ.* V, n. 790 ; D. 1979. 304, note J.-C. Javillier et IR. 226, obs. J. Pélissier ; *Grands arrêts*, n. 189.
- [36] Soc. 7, November 1984, *Bull. civ.* V, no 418 ; Soc. 16 May 1989, *Bull. civ.* V, no 361 ; Soc. 21 June 1989, *Bull. civ.* V, no 457 ; D. 1990. Somm. 167, obs. G.

- Borenfreund.
- [37] Soc. 12, April 1995, *Bull. civ. V*, n. 129 ; rapp. Soc. 25 June 1991, *Dr. soc.* 1992. 60, concl. J. Graziani (strike against overtime work, during this overtime, but legal strike because new hirings were also claimed) ; Soc. 18 April 1989, *Bull. civ. V*, no 278 (strike is legal because the employee were doing part of the overtime work they were complaining about).
- [38] Soc. 5, June 1973, *Bull. civ. V*, n° 360 (the “stopper strike” is legal).
- [39] Soc. 14, Jan. 1960, *Dr. soc.* 1960. 491 ; 22, janv. 1981, *Dr. ouvrier* 1981.195.
- [40] For examples of short and repetitive cessations of work that are legitimate exercise of the right to strike, see Soc. 25 Jan. 2011, n° 09-69030, P ; Soc. 7 avril 1993, n. 91-16834 P ; Soc. 11 March 1964, *Bull. civ. IV*, n° 194.
- [41] Soc. 30, May 1989, *Bull. civ. V*, n° 404 ; 7, Apr. 1993, *Dr. soc.* 1993. 607.
- [42] See the Viking and Laval Cases, quoted in note 4.
- [43] See note 34.
- [44] Soc. 23 Oct. 2007, *RTM*, n° 06-17802, P, on this case see also note 28.
- [45] For an example of a case with a strike against externalisation, that took place in several companies of a group, see, Soc. 18 juin 2014, n. 12-18.589 P. The validity of the strike was not questioned, the case was about the agreement that settled the strike.
- [46] Soc. 17, December 2003, 01-46.251 P, *Dr. soc.* 2003. 327, obs. Radé.
- [47] G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, Sirey 1990
- [48] CE 7, juin 1950, *Dehaene*, *JCP* 1950.II.5681, concl. A. Gazier ; *D.* 1950. 538, note A. Gervais (the former case law was refusing this right to strike to public workers: See esp. CE 7 August 1909.3.145, note M. Hauriou).
- [49] 16, July . 1983 statute law, art. 10: « Les fonctionnaires exercent le droit de grève dans le cadre des lois qui le réglementent ». (“the public workers shall exercised their right to strike within the framework of the statute laws governing it”).
- [50] 13, July 1972 Statue law.
- [51] 27, déc. 1947 et 28 sept. 1948 Statue law.
- [52] 6, August 1958 ordonnance.
- [53] 22, Dec. 1958 ordonnance (art. 10).
- [54] Coalition were also admitted between the 25-29 February 1848, which recognizes the freedom of association and the 27 November 1949, who prohibited them again.
- [55] Except during the Vichy period from 1940-1944
- [56] In 1939 strikes were forbidden because of the war. The fascist regim of Vichy (1940-1944) keep and reinforced this prohibition.
- [57] Civ. 15, May 1907, DP 1907.1.369 ; note A. Colin ; Civ. 1st May 1923, DP 1923.1.66.
- [58] Civ. 16, Nov. 1927, DP 1928. 1. 33 ; Civ. 5 June 1937, DP 1938.1.23.
- [59] “La coalition est un droit pour les patrons et les ouvriers”: Paul Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle* (Elementary treaty of industrial legislation) 1st éd. 1894, p. 486.
- [60] Cass. civ. 16, novembre 1927, DP 1928, I, p. 33.
- [61] Sequestration, art. 224-1 of the Penal Code.
- [62] Violences, art. 222-7 et seq. of the Penal Code.
- [63] Destructions, dégradations et détériorations, art. 322-1 et seq. of the Penal Code.
- [64] Mise en danger d’autrui, art. 223-1 et seq of the Penal Code.
- [65] See pt. 3.1, and Civ. 15, May 1907, DP 1907.1.369 ; note A. Colin ; Civ. 1, May 1923, DP 1923.1.66.
- [66] Crim. 3, juin 2008, 07-80079 P, RDT 10/08, 603, obs. N. Olszak
- [67] Court of Appeal of Anger 22, oct. 1980, *Dr. soc.* 1980.547, note J. Savatier ; *D.* 1981. 153, note G. Lyon-Caen.
- [68] "Aucune action ne peut être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel élus ou désignés ou d'organisations syndicales de salariés, en réparation des

- dommages causés par un conflit collectif de travail ou à l'occasion de celui-ci, hormis les actions en réparation du dommage causé par une infraction pénale et du dommage causé par des faits manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical. Ces dispositions sont applicables aux procédures en cours, y compris devant la Cour de cassation"
- [69] Cons. const. 22, oct. 1982, n° 82-144 DC, *D.* 1983. 189, note F. Luchaire, *Dr. soc.* 1983. 162, note L. Hamon.
- [70] Soc. 9, Nov. 1982, *D.* 1982. 621 et 1983.531, note H. Sinay, *Dr. soc.* 1983. 175, note J. Savatier, *Grands arrêts*, n° 210-211. See also, on the same day, the Trailor case (same references).
- [71] Soc. 9, Nov. 1982, Dubibeon-Normandie, *prev.*
- [72] Soc. 21, janv. 1987, *Dr. soc.* 1987. 426, note J.-E. Ray ; Soc. 17 juill. 1990, 87-20055 P. ; Soc. 19, décembre 1990, Société des Kaolins du Finistère, *Grands arrêts* n° 213.
- [73] See also two other cases, similar, of the same day: 17, July 1990, n.88-11937 P., 17, July 1990 n°88-13494 P.
- [74] See also Soc. 14, nov. 2007, n° 06-14074, *Syndicat CGT et Fédération nationale énergie v. EDF-GDF*: employees had cut gaz and electricity. The employer was not able to prove that those cuts were done on specific orders of the trade union. The trade union had no liability in thoses acts.
- [75] Soc. 29, Jan. 2003 , n°00-22290.
- [76] Soc. 30, Jan. 1991, 89-17332 P.: direct and proven instruction to commit picketing and freedom of work obstruction. Soc. 26 Jan. 2000, 97-15291 P., *Dr. soc.* 2000. 451, obs. A. Cristau: direct an proven instructions to stop the tarification system in EDF.
- [77] Soc. 27 Nov. 1958, *Société des forges stéphanoises*, *Bull. civ.* IV, n° 1258 ; *Grands arrêts*, n° 47 ; *D.* 1959. 20, note R. Lindon ; Soc. 21 Oct. 2008, n° 07-40809, P, *RDT* 2009. 112, note G. Pignarre ; Soc. 6 mai 2009, n° 07-44.485 P.
- [78] Soc. 19 novembre 1987, *Bull. civ.* V, n° 654 ; Soc. 13 janvier 1993, *Bull. civ.* V, n° 7
- [79] Soc. 1^{er} Apr. 1997, *Bull. civ.* V, n° 131.
- [80] Soc. 31, March 1998, *Bull. civ.* V, n° 180 ; Soc. 1^{er} July 1998, *Dr. soc.* 1998. 850 ; Soc. 15 May 2001, *Bull. civ.* V, n° 166, 2^e esp. ; Soc. 17 Déc. 2002, *Dr. soc.* 2003. 448, obs. F. Duquesne.
- [81] Soc. 19, Oct. 1994, n. 92-11795. For a similar case, and an other picketting damage evaluated at one franc, see Soc. 16 June 1993, n. 91-15292.
- [82] Soc. 14, Nov. 2007, n° 06-14074, *prev.*
- [83] Soc. 11, Jan. 2006, 04-16114 P (truck drivers were blocking the access of a oil depot and were not striking, the truck drivers association is liable).
- [84] Soc. 30, Jan. 1991, pourvoi n°89-17332 P.
- [85] See Soc. 30, Jan. 1991 *prev.*
- [86] Civ. 2^e, 28, June 2007, n° 06-15.744 P, *D.* 2007. 2031. This difference between employees and non-employees may come from a different opinion of the Social chamber of the Cour de cassation and the 2cd civil Chamber of the Cour de cassation.
- [87] Soc. 16, Dec. 1992, *EDF c. Moens*, *Dr. soc.* 1993. 291, note J. Savatier ; *D.* 1993. Somm. 265, obs. E. Dockès ; Soc. 7, June1995, *Bull. civ.* V, n° 181.
- [88] Soc. 16, Nov. 1993, *Dr. soc.* 1994. 35, rep. Ph. Waquet, note J.-E. Ray.
- [89] Crim. 29, Oct. 1969, *D.* 1970. 128, note H. Sinay: the main purpose was politic (which is not a professional prupose) but an ancillary purpose was professional and the strike was valid.
- [90] Soc. 23, march 1953, *Bull.* IV, n°253, *Grands arrêts* n°186.
- [91] Soc. 18, April 1989, *Bull. civ.* V, no 278 (strike is legal because the employee were doing part of the overtime work they were complaining about).

Discussion

“Industrial Action and Liability in France”

Yong-man CHO (Konkuk University Law School)

1. Legislative Regulation on Strikes

○ French law (the French Labour Code) does not have a legal framework that restricts industrial action in the private sector, but Korean law imposes various regulations that limit strikes in both public and private sectors. It is my understanding that France is characterized by its strong legislative intervention, used as a means to prevent and resolve labour conflicts. I am curious as to why there are relatively fewer legislative regulations on strikes and strike laws.

2. Justifiability of Strikes

1) Economic Freedom of the Employer and the Right to Strike

○ It seems that French law views the right to strike to prevail over the economic freedom of the employer when they are in conflict. This is one of the elements that distinguishes French law from Korean law.

○ I would like to know on what grounds such a view was formed. I understand that the right to strike is guaranteed by the Constitution in France but isn't the property right or economic freedom of an employer also guaranteed by the Constitution?

2) The Definition of Strike

○ French law does not regard slowdown as a legitimate action whereas Korean law considers it to be a lawful form of industrial action.

○ Why does French law view slowdown as an illegitimate act of dispute (pressure)? It would seem to me that if, as with strike, pay could be cut due to a slowdown, it would be more pursuant to the protection of the workers' rights to allow slowdown as a legitimate act of dispute.

3) Strikers

○ Korean law prohibits strikes that are not conducted by a trade union (so-called wildcat strikes). In contrast, French law sees the right to strike as an individual right of a worker.

○ Considering the collective nature of strike, it would seem that a strike led by one worker could be deemed unlawful, even if the legitimate party of strike is an individual. If such strike by one worker is seen legitimate, how is strike (or exercise of one's right to strike) distinguished from absence (failure to fulfill one's duty as prescribed by the employment contract)?

4) The Objective of a Strike

○ Korean law considers strikes against corporate restructuring (i.e., economic dismissals, privatization, and outsourcing) to be unlawful. Moreover, a strike is illegal when its main objective is illegitimate even if its minor objectives are not. It seems that this is not the case in France. French law has a quite broad scope of legitimate objectives.

○ Can these general characteristics be universally found in the domestic law of leading EU members? If not, what are the legal, social and historical environments that have led to these characteristics of French law?

○ As to the view of French law which deems self-satisfaction strikes unlawful, I have following the notes:

- When a strike is terminated without the employer accepting the demands of the strikers, the working conditions remain unchanged after the conclusion of the strike. It is questionable if such strike can be seen as self-satisfying.

- Considering self-satisfaction action to be unlawful could be criticised for restricting the right to strike, for making a special exception where an employer's right cannot be infringed upon by the strike.

- For example, if a strike against overtime work is conducted exactly during the overtime period, it constitutes as a self-satisfaction strike and is therefore illegal. Does this mean that it is legal if it is not conducted exactly during the period? If so, it seems too artificial.

3. Criminal Liability

○ According to the French penal code, the impediment to freedom of labour constitutes an offence. The presentation introduced the 2008 case of the Cour de Cassation where it broke the judgment by the Court of Appeal, with a comment on indulgence for faults conducted in the context of a collective action. I would like to know if you believe that the French courts generally uphold this view of indulgence when they address criminal cases on the impediment to freedom of labour.

4. Civil Liability

○ In France, a trade union is not subject to liability in tort if it did not directly give instructions, even if it supported or incited an unlawful action by its workers. Then the question arises, that it may grant immunity to the union by only passively providing civil liability for the workers who are involved in the unlawful action. Because the number of unions formed in France is relatively low, their finances would not be robust, but the question still remains, as the financial stability of a union is better than that of an individual worker.

○ In France, employees are not jointly liable for the total damage suffered by the employer due to unlawful action, and the individual workers are only liable for the damages directly caused by their individual actions. Generally, it is difficult to tell how much of the total damage has been specifically caused by a certain individual.

- For example, if slowdown by workers has caused damage to the employer, does an individual pay the amount of damages calculated in proportion to the hours of slowdown

for which he or she is responsible? If it cannot be determined objectively the manner of how individual workers partially failed their duty to work, will the employer be prevented from making claims for damages against the workers involved in the slowdown?

○ Please share an example or theory that believes it is an abuse of right to bring legal proceedings for an employer to bring a civil suit against a worker who caused damage to the employer, knowing full well that the worker cannot afford to pay damages.

5. Disciplinary Liability

○ According to French law, an employer can dismiss employees who partake in an unlawful action and are responsible for a gross fault during a legitimate strike. In case of a gross fault, the presenter is of an opinion that disciplinary measures smaller than a dismissal are not possible. From the perspective of the worker, however, a less severe disciplinary action is better than a dismissal, as with the former, the contractual relation is maintained. So, doesn't the French law, as interpreted in this way, force the employer to dismiss the worker in effect?

Industrial Action and Liability in the United Kingdom

Keith Ewing (King's College London)

1. The Legal Framework
2. The Scope of Protected Industrial Action
3. Notice of Intention to Ballot
4. The Ballot
5. After the Ballot
6. Restraining Industrial Action
7. Dismissal and Discipline
8. The European Convention on Human Rights
9. Conclusion

1. The Legal Framework

The calling of industrial action by a trade union gives rise to liability in tort at common law. As a result of judicial decisions, industrial action will be tortious on the ground that it induces employees to break their contracts of employment with their employers, and possibly for other reasons as well.¹⁾ The taking of industrial action could thus lead to employers seeking an injunction to have the action stopped, and/or damages for losses incurred as a result. The legislative response to these common law liabilities has been to create various forms of statutory protection from civil liability. First introduced in the Trade Disputes Act 1906, these protections have undergone a number of revisions and amendments since.

In the United Kingdom, industrial action will thus normally be unlawful unless it falls within the scope of the statutory protection, which in turn will depend on the parties to and purpose of the action in question. The legality of the industrial action will also

¹⁾ See H Collins, K D Ewing and A McColgan, *Labour Law* (Cambridge, 2012), ch 16.

depend on whether detailed procedural obligations have been complied with, this being a major obstacle for trade unions in the United Kingdom, where mandatory pre-strike ballots are accompanied by complex notice requirements, with which the union must comply. It is this latter obligation that has been the most contentious area of the law in recent years, and one which employers have exploited in many cases to have industrial action restrained.

The most likely consequence of unprotected industrial action is that the union will be restrained from taking the action by means of an injunction obtained by the employer in the High Court. It is unlikely that workers will be dismissed, and even less likely that an employer would seek damages against the union. And unless there is violent picketing, it is almost inconceivable that anyone will be prosecuted for having committed a criminal offence. However, the injunction is a powerful weapon available to employers, particularly in a jurisdiction where there are tight substantive and procedural controls on taking industrial action, and where there is constitutional guarantees of trade union freedom.

Most national labour law systems impose restraints of some kind on strikes and other forms of industrial action. Many countries typically restrict the circumstances in which industrial action may be taken during the lifetime of a collective agreement. Unusually, that is not the case in the United Kingdom, where collective agreements (and their procedures for resolving disputes) are conclusively presumed not to be legally binding.²⁾ On the other hand, British law is characterised by procedural obligations of another kind, which are equally unusual for their complexity. These are the statutory notice and ballot provisions, dealt with fully below. It is necessary to give full coverage to these latter measures, to emphasise current preoccupations in the United Kingdom in relation to the right to strike.

2. The Scope of Protected Industrial Action

The freedom to take industrial action is now protected by the Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 (as amended). This provides protection from liability

²⁾ Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, ss 178, 179. (Hereafter TULRCA 1992).

for conspiracy, inducing breach of contract, or intimidation. The statutory protection applies in relation to action taken in contemplation or furtherance of a trade dispute.³⁾ A trade dispute is defined for these purposes by Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, s 244, as meaning a dispute which relates wholly or mainly to one or more of the following matters:

- (a) terms and conditions of employment, or the physical conditions in which any workers are required to work;
- (b) engagement or non-engagement, or termination or suspension of employment or the duties of employment, of one or more workers;
- (c) allocation of work or the duties of employment between workers or groups of workers;
- (d) matters of discipline;
- (e) a worker's membership or non-membership of a trade union;
- (f) facilities for officials of trade unions; and
- (g) machinery for negotiation or consultation, and other procedures, relating to any of the above matters, including the recognition by employers or employers' associations of the right of a trade union to represent workers in such negotiation or consultation or in the carrying out of such procedures.

It will be noted that this definition places a premium on two different issues: the **parties** to the dispute and its **subject matter**. A dispute that falls outside the scope of this protection is unprotected and may be restrained by injunction, on which see below.

- The Parties

7 A trade dispute is a dispute between workers and their employer. It means that the protection does not apply to political strikes, in the sense of strikes between a trade union and the government, or to strikes caused by a dispute between two unions (common in the past but uncommon today), or to strikes between a union and an employer who is not the employer of the workers involved in the dispute.⁴⁾ Because of the complicated nature of corporate structure, the requirement that a dispute must be between workers and their employer can have unpredictable and unexpected results:

³⁾ Ibid., s 219.

⁴⁾ See Collins, Ewing and McColgan, above, pp 669-674.

In 2010 the National Union of Journalists (NUJ) balloted its members employed in the Johnson Press, which owned a number of regional newspapers. The dispute was concerned with a number of issues, including the resourcing of newsrooms as well as health and safety matters. According to the union, the 550 workers who had been balloted had voted ‘overwhelmingly’ for industrial action.

The claim by Johnson Press that it was not an employer. According to the union, Johnston Press produced a 600-page court submission purporting to show that the group ‘employs no journalists’ -- despite the JP stamp on the pay slips of staff working on their titles; the JP company handbook issued to all staff; the Johnston Press plc intranet that publishes company-wide procedures including policies on grievance, disciplinary procedure and health and safety; despite the group's claims in the annual report, in company bulletins and external publications that it employs 1,900 journalists and more than 7,000 employees. Johnston Press made the claim although there were group-wide decisions on the recent pay freeze, pensions, and employment terms and conditions.⁵⁾

Nevertheless, as already explained under English law a trade union may take industrial action only in contemplation or furtherance of a trade dispute. A trade dispute means a dispute between an employer and his or her workers. If a holding company owns a number of subsidiary companies (each responsible for employing staff), it is each subsidiary company that is a separate employer, and action directed at the holding company will not be protected action (even though it is the holding company that makes the decisions which are the subject of the dispute).

Presented with the employer’s claim, the union was forced to call off its action, ‘given the threat of injunctions, legal costs, the loss by individual members of their protection against unfair dismissal and punitive damages being imposed’. In so doing, the union explained further that

Johnston Press plc closed the group-wide pension scheme. Johnston Press plc imposed the group-wide pay freeze. Johnston Press plc imposed the group-wide introduction of the ATEX content management system. Yet Johnston Press plc has worked hard to ensure that under the anti-trade union laws, we are forced to have a dispute not with it, but with each and every one of its wholly owned subsidiaries. It is patently unfair and the law is an ass.⁶⁾

An injunction was in fact granted against the union, highlighting the need to address the excessive formalism of English law. Although the injunction was unopposed by the union, the union was nevertheless required to pay the employer’s not inconsiderable legal costs, which are believed to have been in the region of £30,000. The concern was that the longer the union delayed calling the action off, the greater would be the costs it

⁵⁾ Ibid., pp 673-4.

⁶⁾ D Ponsford, ‘Johnson Press Legal Challenge Blocks Group Wide Strike’, *Press Gazette*, 18 May 2010.

would have to meet. This is not the only case in which industrial action has faltered on such grounds.⁷⁾

- The Subject-Matter

As pointed out above, a trade dispute must relate wholly or mainly to one or more of the matters listed in TULRCA 1992, s 244. An example of how this operates as a restraint is *Mercury Communications plc v Scott-Garner*,⁸⁾ where the union (the Post Office Engineering Union) organised a campaign against the liberalisation of telecommunications. At the time, British Telecom was a publicly owned corporation, and the union was concerned that ‘liberalisation’ was a first step in the road to full-scale privatisation, which proved subsequently to be the case.

Liberalisation was a process whereby a private company could gain access to what was at the time the BT telecommunications network, so that it could provide a rival service. In order to gain this access, BT engineers would be required to carry out the technical work, and this they refused to do. The union was fearful that liberalisation and eventually privatisation would lead to redundancies at BT, and so organised a public campaign against liberalisation, and also instructed its members not to engage in technical work that would enable Mercury gain access to the BT system.

This in turn led to Mercury to bring proceedings against a senior official of the union for interfering with its contractual relations with BT. The official’s defence was that he had acted in contemplation or furtherance of a trade dispute, on the ground that his action were related wholly or mainly to the ‘trade’ matters in s 244. However, this was rejected by the Court of Appeal, which held that although the dispute was connected with the job security of BT staff, it was mainly a dispute about the liberalisation and privatisation of BT, and therefore unprotected.

This case highlights the problems of the current definition of a trade dispute in the context of union resistance to the privatisation of public services. A union worried about the impact of privatisation on jobs and working conditions is likely to engage in a public campaign of opposition to privatisation of the particular activity in which it organises. But even though the real concern of the union is with jobs, by widening the scope of

⁷⁾ See *Dimbleby and Sons Ltd v NUJ* [1984] 1 WLR 427.

⁸⁾ [1984] ICR 74.

opposition in this way, it risks having to face the claim that the dispute is really a political dispute rather than a trade dispute.⁹⁾

The English courts have generally taken a dim view of what they consider to be 'political disputes', that is to say disputes where the union is perceived to be using the strike weapon for a 'political' rather than a 'trade' purpose. The best example is *BBC v Hearn*,¹⁰⁾ where the union (Association of Broadcasting Staff) was in dispute with the BBC about the broadcast of the FA Cup Final of 1977 to South Africa, because of the union's opposition to the policy of apartheid being pursued by the South African government at the time.

In the latter case the BBC refused the union's request that the football match - which was to be broadcast worldwide - should not be relayed to South Africa. The union thereupon threatened that its members would not to broadcast the match at all, so that none of the world-wide audience would be able to watch. The Court of Appeal held that the term 'terms and conditions of employment' in what is now TULRCA 1992, s 244(1)(a) was to be widely construed, but nevertheless granted the injunction for a number of reasons, which are not always easy to follow.

In upholding the decision In *BBC v Hearn*, however, the House of Lords has since explained in another case that the conduct of the union in *Hearn* 'had nothing to do with terms and conditions of employment'.¹¹⁾ In the words of Lord Hoffmann, the dispute in *Hearn* 'did not become a trade dispute merely because the workers were threatening to break their contracts. The work involved in transmitting the broadcasts was not what the dispute was about'.¹²⁾ In his view, the decision was correct, 'because the dispute did not relate to anything which the workers were called upon to do'.¹³⁾

This, however, may seem rather disingenuous. Even if it is true that 'the BBC workers had no complaint about any aspect of their work', and that the 'objection was simply that one result of their work would be to give pleasure in South Africa', it is difficult to see how their refusal to perform the terms of their contract was not 'connected with' terms and conditions of employment, as the law at the time required. The tighter provision

⁹⁾ For similar problems relating to the out-sourcing of public services see *UCL Hospitals NHS Trust v UNISON* [1999] ICR 204. See also *UNISON v United Kingdom* [2002] IRLR 497.

¹⁰⁾ [1977] 1 WLR 1004.

¹¹⁾ *P v NAS/UWT* [2003] ICR 386, para 30.

¹²⁾ *Ibid.*, para 31.

¹³⁾ *Ibid.*

requiring that the dispute must 'relate wholly or mainly' to one of the matters listed in TULRCA 1992, s 244, was introduced in 1982.

- Solidarity Action

It will be recalled that the protection from legal liability applies to all action that is in 'contemplation or furtherance of a trade dispute'.¹⁴⁾ A strike would be protected (provided that it falls within the definition of a trade dispute above), as would solidarity action. By solidarity action is meant secondary action and sympathy action. These terms are often used interchangeably, but the former might best be understood as meaning action designed to put economic pressure on an employer in dispute, while the latter is designed to demonstrate support for workers in dispute.

Traditionally, either forms of action would be regarded as being protected action because the action would be regarded as being in furtherance of the trade dispute.¹⁵⁾ This is a position against which the courts traditionally railed, and in the 1970s in particular the Court of Appeal developed a number of interpretations of the legislation to avoid extending protection to solidarity action of various kinds. However, the Court of Appeal was overturned by the House of Lords in a series of cases in which the Court of Appeal was charged with exceeding its constitutional mandate.¹⁶⁾

That conflict between the courts in the late 1970s laid the foundations for the introduction of legislation restricting solidarity action in 1980, and prohibiting it altogether in 1990. The current law now provides that there is no protection for a union which (a) induces a worker to break his or her contract of employment, (b) where the worker in question is not employed by the employer who is the party to the trade dispute. This formulation has the effect of retaining protection for primary action but withdrawing it from solidarity action.¹⁷⁾

The effect of the foregoing is that if a union were to organize solidarity action in support of members in dispute with their employer, the union could be restrained by an injunction for organizing the action, and sued in damages for losses caused as a result. The restriction applies not only to strikes in solidarity with other workers, but to any form

¹⁴⁾ TULRCA 1992, s 219.

¹⁵⁾ *Conway v Wade* [1909] AC 909.

¹⁶⁾ See Collins, Ewing and McColgan, above, pp 693 - 6.

¹⁷⁾ TULRCA 1992, s 224.

of support which may involve a breach of contract by the workers taking the solidarity action in question, such as a boycott of the products of the employer engaged in the trade dispute.

Partly for this reason, in practice solidarity action does not now take place to any significant extent. However, the prohibition was challenged as violating the European Convention on Human Rights in an important case recently decided by the European Court of Human Rights. One of the two complaints in *RMT v United Kingdom*,¹⁸⁾ was that the union had been unable to take action to assist members in dispute about working conditions. The question for the court was whether the right to freedom of association in the ECHR included the right to take solidarity action.

In this case 20 workers in question had been transferred from the Jarvis group of companies to another company called Hydrex. The union was concerned that the transfer would inevitably lead to a reduction in pay, given that Hydrex workers were 'paid significantly less'.¹⁹⁾ Sure enough, the ex-Jarvis staff were subsequently informed by Hydrex that their pay would be cut by 36-40% 'because of difficult market conditions'.²⁰⁾ Industrial action then took place and various offers by the company to settle the dispute were rejected by the RMT members concerned.

According to the union, its members were in a very weak position because of their small number - there were far too few of them to have any appreciable impact on the company, the activities of which 'had not really been disrupted at all'.²¹⁾ Also according to the union, it would have been in a position to defend its members' interests more effectively if it had been able to mobilise Jarvis members as well:

The simple threat of a strike on this scale, and *a fortiori* an actual stoppage, would have exerted significantly more pressure on Hydrex to maintain existing terms and conditions. The applicant stated that Jarvis employees would have been willing to strike in support of their colleagues in at Hydrex. Instead, the Hydrex members had had to stand alone, and in the end had no option but to accept the new terms and conditions. They did so under protest.²²⁾

¹⁸⁾ Application No 31045/10), 8 April 2014.

¹⁹⁾ *Ibid.*, para 14.

²⁰⁾ *Ibid.*, para 15.

²¹⁾ *Ibid.*, para 16.

²²⁾ *Ibid.*, para 17.

The European Court of Human Rights held that Art 11(1) protected both the right to strike **and** the right to take solidarity action. But in a highly unsatisfactory decision, it also held that the total prohibition on solidarity action in the United Kingdom could be justified under Art 11(2) of the Convention as being ‘prescribed by law’, and ‘necessary in a democratic society’, for the protection of the ‘rights and freedoms of others’. This has led to the curious - and perhaps unprecedented - outcome of a Convention right that in the United Kingdom can never be exercised.

3. Notice of Intention to Ballot

The position so far then is that the taking of strike action will almost certainly be unlawful at common law, but that there is protection by statute to displace common law liability. However, the protection applies only to action in contemplation or furtherance of a trade dispute, which restricts protected action according to the parties to the dispute and the purposes of the dispute. Legislation has also withdrawn protection from various forms of secondary action.

In addition to the foregoing substantive restrictions on industrial action, there are also important procedural restrictions, which because of their complexity have proved to be very difficult for trade unions to comply with. These are duties imposed by the State to give notices of various kinds relating to the industrial action to the employer, as well as a duty to conduct a ballot of the workers involved, in accordance with procedures imposed by the State.²³⁾

- The Duty to Give Notice of an Intention to Ballot

Under TULRCA 1992 s 226 a trade union must give *notice to the employer of its intention to hold a ballot* about industrial action, and this must be done at least seven days before the ballot takes place. The union must provide a **list** of the categories of employees to which those who are to be balloted belong, as well as a **list** of the workplaces at which the affected employees work; in addition to the total **number** of

²³⁾ For a fuller account, see Collins, Ewing and McColgan, above, pp 674 - 690.

employees concerned and the total number in each category and at each workplace.²⁴⁾ The information ‘must be as accurate as is reasonably practicable in the light of the information in the possession of the union’.²⁵⁾

The problems these provisions cause are highlighted by a number of cases in 2009 and 2010 where the courts imposed heavy demands on trade unions in terms of the information that must be supplied to the employer. These problems are indicated by the following case:²⁶⁾

***EDF Energy v RMT* [2009] EWHC 2852 (QB)
(23 October 2009)**

A pay dispute between the National Union of Rail and Maritime Workers (RMT) and EDF Energy involved a relatively small number of employees at three electricity stations. The union arranged for a ballot to be held, and gave notice to the employer of its intention to conduct a ballot under TULRCA 1992, notifying the employer that it proposed to ballot ‘engineers/technicians’, of whom it had 52 members. The employer categorised workers in other terms – ‘fitters, jointers, test room inspectors, day testers, shift testers and OLBI fitters’, and claimed that the information provided by the union was inadequate.

An injunction was granted in this case to stop the ballot being held on the ground that the union’s notice categorising the workers as engineers/technicians was not sufficient. As pointed out above, the information supplied by the union ‘must be as accurate as is reasonably practicable in the light of the information in the possession of the union at the time’ (TULRCA 1992, s 226A (2D)). In this case the union did not have the information in its possession. However, the court took the view that although this was a ‘highly material’ consideration, it was not ‘decisive’.

According to the High Court, the union was under ‘a duty to do their reasonable best to address the essential criteria and to explain as far as they can how they got to the information that it supplies’. In this case, the Court took the view that the union could have obtained the additional information by asking its shop stewards, and that ‘the employer would be entitled to know who was being balloted in respect of those trades and who might be called out pursuant to ballot in an industrial dispute’. In taking this position the court also accepted that ‘it would make a material difference to the employer

²⁴⁾ TULRCA 1992, s 226A (2A), (2B).

²⁵⁾ TULRCA 1992, s 226A (2D). At least three days before the ballot, the union must also supply the employer with a copy of the ballot paper: TULRCA 1992, s 226A (1)(b).

²⁶⁾ See also *British Airways plc v Unite the Union (No 1)* [2009] EWHC 3541 (QB) (17 December 2009); *Network Rail Infrastructure v RMT* [2010] EWHC 1084 (QB) (1 April 2010).

if he had to face the risk, for example, of a test room inspector withdrawing his labour as opposed to a fitter’.

But this was a judgment reached without hearing any evidence of the respective responsibilities of these different positions, the judge admitting that ‘the court has not been informed in any detail of what the contrasting functions are’, being left ‘to imagine that they may have different skills, different roles in the operation, and the loss of one may have significantly different effects to the loss of the labour of another’. An appeal was dismissed by the Court of Appeal, and a complaint was made by the RMT to the European Court of Human Rights on the ground that the obligations relating to ballot notices violate the British government’s obligations under the European Convention on Human Rights, Art 11. As we have seen, the application on this point was ruled inadmissible.

The position in *EDF* - and similar cases decided at the time²⁷⁾ - has been ameliorated by the important Court of Appeal decision in *RMT v Serco Ltd; ASLEF v London & Birmingham Railway Limited*,²⁸⁾ which was a consolidated appeal by two unions against which injunctions had been granted in separate disputes. One of the grounds for the High Court granting the injunction was that the union had provided inaccurate information in the ballot notice. The notice was said to be inaccurate - and therefore invalid - for inadvertently including the details of two members who the union had mistakenly thought were entitled to vote.

At the prompting of John Hendy QC for both unions, however, the Court of Appeal held that the duty on the unions under the legislation is simply to provide a notice that is accurate in relation to the information actually held by the union. In other words, the union is not under a duty to go looking for information to satisfy the convenience or whim of the employer, the Court of Appeal’s decision in this respect calling into question the validity of the injunctions granted against RMT in earlier cases, including *EDF Energy* considered above.

In so holding, Elias LJ rejected the argument of Blake J in the *EDF* case that ‘if the union was limited to deriving the information solely from existing documentary records already in its possession, this might encourage it to record minimal information so as to frustrate the purpose of the statute’.²⁹⁾ Elias LJ accepted that there will be a duty on the union to obtain any relevant documents from union officers and employees and to collate

²⁷⁾ See cases referred to in note 26.

²⁸⁾ [2011] EWCA Civ 226, [2011] ICR 848.

²⁹⁾ *Ibid.*, para 60.

and analyse that information to enable it to supply the relevant lists and figures to the employer as accurately as it reasonably can. Moreover, it would in my view be in breach of the duty to provide information drawn solely from documentary records when the union knew that the information was actually wrong. The duty is more than simply to replicate in a mechanical way the information in the union's possession.³⁰⁾

Elias LJ proceeded to say, however, that 'what is required, as in the previous incarnations of this duty, is that the union should assist the employer by drawing upon information it already has', a conclusion supported by the fact 'the information is defined as information held "for union purposes"'.³¹⁾ However, the Court of Appeal stressed the freedom to take industrial action was not to be constrained by clever arguments invented by lawyers. Nor was it the role of the court to 'set traps and hurdles for the union which have no legitimate purpose or function'.³²⁾

- The Duty to Provide an Explanation

In addition to the duty under TULRCA 1992, s 226A to provide the **lists** in subsection (2A) and the **figures** in subsection (2B), the ballot notice must also include **an explanation of how these figures were arrived at**. That is to say the figures relating to (a) the total number of employees concerned, (b) the number of the employees concerned in each of the categories of employee to which the employees concerned belong, and (c) the number of the employees concerned who work at each workplace in the workplaces at which the employees concerned work.

Where the union members have their union subscriptions deducted at source by the employer (a system known as the check off), the union may provide the lists and figures in the normal way. Alternatively, it may otherwise provide such information as will enable the employer (a) readily to deduce the total number of employees concerned, (b) the categories of employee to which the employees concerned belong and the number of the employees concerned in each of those categories, and (c) the workplaces at which the employees concerned work and the number of them who work at each of those

³⁰⁾ Ibid., para 71.

³¹⁾ Ibid. This was said to suggest that 'the information has been obtained in connection with some quite separate union purpose rather than simply for the specific purpose of complying with the statutory duty' (ibid).

³²⁾ Ibid., para 94.

workplaces. Where this alternative is adopted, there is no need to provide the 'explanation' in relation to the check-off members. Particular problems arise, however, where the industrial action involves both members (a) who pay their subscriptions by check off, and (b) those who do not.

These difficulties were fully ventilated in *Metrobus Ltd v Unite the Union*,³³⁾ where this duty to provide an explanation was used to de-rail legitimate industrial action by bus workers in a dispute with Metrobus about terms and conditions of employment. The union gave notice to the employer of an intention to conduct a ballot, in the following form

This letter is to give you notice that this union intends to hold a ballot for industrial action. The ballot will open on 18 August 2008. Your employees who will be entitled to vote will be those who are members of the T & G Section of Unite the Union employed by you at Crawley, Croydon and Orpington depots in the following category, operating Staff (drivers). Those members in any of the above category who pay union subscriptions through check-off are known to you, including their individual categories and workplaces, and I believe that they number 776. A number of, I believe 69 members pay union subscriptions by means other than check-off. The attached matrix provides such information as the union possesses about the numbers in particular categories of the non check-off members. I believe that the total number of your employees who will be entitled to vote in the ballot (both check-off non check-off) is therefore 845. The information set out in this notice is as accurate as possible in the light of the information in the possession of the union at the date this notice is given.³⁴⁾

No objection was taken to this notice at the time it was given, and after conducting a ballot which produced a majority in favour of strike action, the union gave notice of intention to strike. A two-day strike then took place. When the union announced its intention to hold a second strike, the employer sought and obtained an injunction to restrain the action on a number of grounds, including the claim that the union had failed to comply with this particular duty to explain how the figures in its ballot notice had been arrived at in relation to the non check off members involved in the dispute.

An injunction was granted, the Court of Appeal holding that 'the union cannot avoid the obligation to provide an explanation of how the figures were arrived at' in relation to non-check-off members.³⁵⁾ This is despite the small numbers of non- check-off employees

³³⁾ [2009] EWCA Civ 829, [2010] ICR 173.

³⁴⁾ *Ibid.*, para 57.

involved, ‘and the absence of suggestion that the figures supplied in respect of non check-off employees were materially inaccurate’.³⁶⁾ One member of the Court of Appeal dissented on this latter point, observing that the position of the majority was ‘too strict’.³⁷⁾

Acknowledging that the employer ‘was denied "an explanation" in relation to the non-check-off employees’, it was also acknowledged by the judge in the minority that ‘such an explanation is often permissibly formulaic or anodyne’.³⁸⁾ The latter, however, proved to be a premature judgment about the ‘explanations’, with some courts – notably in *Network Rail*³⁹⁾ – pulling up trade unions on this point by insisting that a ‘formulaic’ explanation was not enough, drawing an opaque distinction between a ‘conclusion’ and an ‘explanation’.

As with the duty to provide ballot notices, the duty to provide an explanation was also considered by the Court of Appeal in *Serco*.⁴⁰⁾ In that case, the union explained to the employer that the information in the ballot notice was based on union membership records, updated and audited to ensure accuracy. This was not good enough for the employer, which argued that the union should have disclosed precisely who did what and when as well as when the records were last updated. Not only that: the notice was fatally flawed for being a ‘conclusion’ rather than an ‘explanation’.

But here too a note of realism was struck, the Court of Appeal rejecting these arguments, taking the view that ‘nothing is to be achieved by stating which particular officer obtained the information, or on which particular day, or whether contacts with local officers were by email or phone’.⁴¹⁾ In this respect too, the *Serco* case thus goes some way at least to meet the objections that it is wholly unacceptable that it should be possible to restrain carefully prepared industrial action on such specious narrow grounds.

4. The Ballot

In light of the foregoing, it is to be expected that the ballot obligation will be highly

³⁵⁾ *Ibid.*, para 94.

³⁶⁾ *Ibid.*, para 128.

³⁷⁾ *Ibid.*, para 124.

³⁸⁾ *Ibid.*

³⁹⁾ [2010] EWHC 1084 (QB) (1 April 2010).

⁴⁰⁾ *RMT v Serco Ltd*; *ASLEF v London & Birmingham Railway Limited*, above.

⁴¹⁾ *Ibid.*, para 94.

prescriptive, detailed and time - consuming. Trade unions are not permitted to conduct industrial action ballots in accordance with their own rules and procedures, but must instead comply with a highly prescriptive statutory procedure imposed by the State. In recent years this has been only a limited focus of the attention of employers seeking to restrain industrial action.⁴²⁾

In addition to the duty to comply with the highly prescriptive ballot obligation, trade unions also have additional notice obligations after the ballot has been held. These mirror the duty to give notice of the intention to ballot, and require the union to give 7 days' notice of its intention to take industrial action. This notice must also comply with statutory requirements almost identical to the duty to give ballot notice, though there is additional information to be provided at this stage.⁴³⁾

- The Ballot

The legislation deals with a wide range of matters, including entitlement to vote in the ballot, which 'must be accorded equally to all the members of the trade union who it is reasonable at the time of the ballot for the union to believe will be induced **by the union** to take part in the industrial action'.⁴⁴⁾ The union must make sure that no one else is included in the ballot,⁴⁵⁾ a provision clearly designed to ensure that the union does not seek to enlarge the ballot constituency with a view to securing the support of workers who may vote in favour of industrial action in the knowledge that will not be required to do so.

The prescriptive nature of the law is such that even the method of voting and the ballot paper must meet detailed regulatory standards. Thus voting must be by post, the union required to send by regular mail a ballot paper with a stamped addressed envelop for its return to every member, so that the cost of conducting a ballot is thus high.⁴⁶⁾ The ballot paper must include information about the independent scrutineer, and specify to whom and by when it must be returned.⁴⁷⁾ It must also contain at least on the of the following

⁴²⁾ For a fuller account, see Collins, Ewing and McColgan, above, pp.679-86.

⁴³⁾ TULRCA 1992, s 234A.

⁴⁴⁾ Ibid., s 227 (1).

⁴⁵⁾ Ibid.

⁴⁶⁾ Ibid., s 230(2).

⁴⁷⁾ Ibid., s 229(1A).

questions:

(a) a question (however framed) which requires the person answering it to say, by answering "Yes" or "No", whether he is prepared to take part or, as the case may be, to continue to take part in a strike; or

(b) a question (however framed) which requires the person answering it to say, by answering "Yes" or "No", whether he is prepared to take part or, as the case may be, to continue to take part in industrial action short of a strike.⁴⁸⁾

In addition to the foregoing, the ballot paper must include the following statement: "If you take part in a strike or other industrial action, you may be in breach of your contract of employment".⁴⁹⁾ This must be included 'without being qualified or commented upon',⁵⁰⁾ in a measure designed to have an intimidatory effect at a critical stage in the balloting process. Since 1990, however, the foregoing statement must be accompanied by another statement, which reads as follows:

However, if you are dismissed for taking part in strike or other industrial action which is called officially and is otherwise lawful, the dismissal will be unfair if it takes place fewer than twelve weeks after you started taking part in the action, and depending on the circumstances may be unfair if it takes place later.⁵¹⁾

Those who take part in the ballot are entitled to do so without interference by the union,⁵²⁾ though the union is entitled to campaign for a 'yes' vote.⁵³⁾ As already pointed out, those voting must have a ballot paper sent to them at home, and to be given a convenient opportunity of voting by post, without incurring any personal expense.⁵⁴⁾ The ballot costs must thus be incurred by the union. There is no opportunity of voting at the workplace, and no opportunity to vote electronically. As a result ballot turnouts are sometimes low, though the union needs only the support of a majority of those voting to authorize the calling of industrial action.

⁴⁸⁾ Ibid., s 229(2).

⁴⁹⁾ Ibid., s 229(4).

⁵⁰⁾ Ibid.

⁵¹⁾ Ibid.

⁵²⁾ Ibid., s 230(1)(a).

⁵³⁾ *Newham LBC v NALGO* [1993] IRLR 83.

⁵⁴⁾ TULRCA 1992, s 230(1), (2).

As will be considered more fully below, once the ballot has taken place, the union must inform its members and the employer of the ballot result.⁵⁵⁾ Moreover, the independent scrutineer (appointed by the union to oversee the ballot) must confirm that he or she is satisfied that there were no breaches of any statutory duty in relation to the ballot.⁵⁶⁾ The scrutineer occupies a crucial role in the process, but as such is vulnerable to threats of litigation by employers. Although no such action has been initiated (to my knowledge), it is not unknown for the employer's legal team to engage in what may be regarded as a menacing dialogue with the scrutineer.

It is absolutely essential that the union fully complies with these obligations, for failure to do so may lead to the action being restrained by the courts. Thus, it is expressly provided that industrial action will not have the support of a ballot if (i) any person who was a member of the union at the ballot was held, is (ii) not given an opportunity to vote, and (iii) is subsequently induced by the union to take part in the ballot.⁵⁷⁾ Questions have arisen in the past about members who join the union after the strike has started, and are then induced by the union to take part. The union does not lose legal protection in these circumstances.⁵⁸⁾

Despite the foregoing, provision is made for small, accidental failures that are unlikely to affect the ballot result. In these cases the failures are to be disregarded, though employers may nevertheless seek to exploit them in litigation. An example of the latter is the *Serco* case, above, where an injunction was granted by the High Court because the union had inadvertently included in the ballot two members who were not entitled to vote. As reported by the Court of Appeal, ballot papers had been sent to 605 drivers, of whom 472 voted (a turnout of 78%), with 410 (87%) voting in favour of industrial action.

The Court of Appeal reversed the High Court, and held that the accidental inclusion of the two members not entitled to vote was trivial and therefore excusable. But it did so only after a lengthy discussion of the meaning of 'accidental', as that term is used in the statute. Thus, it was argued for the employer that an 'error could not be treated as accidental simply because it was not deliberate. In order to be accidental it had to be inadvertent'. However, the Court of Appeal preferred to say that

⁵⁵⁾ *Ibid.*, ss 231, 231A.

⁵⁶⁾ *Ibid.*, s 231B.

⁵⁷⁾ *Ibid.*, s 232A.

⁵⁸⁾ *British Railways Board v NUR* [1989] IRLR 349.

Here the union believed that it was balloting the relevant drivers and no-one else. Because of human errors and failings, it did not achieve that objective but extended the vote to two members not entitled to it. In my judgment section 232B was designed to cater for precisely this kind of case, and the judge was wrong not to apply the section

- The Burden of the Ballot

*Balfour Beatty Engineering Services Ltd v Unite*⁵⁹⁾ arose out of dispute between construction workers who were members of Unite the Union and Balfour Beatty Engineering Services Ltd (BBES) about the proposal of the latter to withdraw from the sector-wide collective bargaining structures in the industry. In furtherance of this dispute, a ballot was opened in November 2011, but subsequently aborted. A second ballot took place between 19 January and 2 February 2012. Of the 444 valid papers counted, 313 voters were in favour of industrial action short of a strike, and 295 were in favour of strike action.

The employer challenged the notice and ballot procedures on a number of grounds explained by Mr Justice Eady as including the following:

first, that there had been a failure to specify the number of each category of worker at each of BBES' workplaces and that there were also muddles about job titles. Secondly, it was said that Unite had failed to categorise sites correctly or with sufficient precision. Thirdly, concern was expressed over the fact that the number of "non-check off" members (i.e. those whose union dues were not deducted at source) had (apparently inexplicably) increased from 308 in an earlier ballot, conducted in November 2011, to 639 for the purposes of the recent ballot

As pointed out by Mr Justice Eady, however, the arguments in the case related mainly to whether the union had complied with TULRCA 1992, s 230, concerned mainly with whether the opportunity to vote was extended to all those entitled to do so. The problem for all unions is that their membership records may not be complete, for reasons recognized judicially in the House of Lords in 2003:

Every trade union is required by law to maintain a register of its members (see section 24 of the 1992 Act). But it is a fact of life that no trade union of any size can keep

⁵⁹⁾ [2012] EWHC 267 (QB), [2012] ICR 822.

completely full and accurate records of the names and addresses of its ever-changing body of members, still less their current places of work, trade categories and pay grades ...⁶⁰)

This is a particular problem in construction, where the nature of work is such that union members change jobs and employers on a regular basis, making it impossible for trade unions to maintain fully accurate membership records.

The industrial action law relating to notices and ballots makes little allowance for this latter problem, though the legislation does say that 'so far as is reasonably practicable' a ballot paper must be sent to the home address of every person who is entitled to vote. The question for a trade union in any particular case is how far must it go to ensure that it has done all that is 'reasonably practicable'? In this case Mr Justice Eady acknowledged that it was very clear from 'the evidence of Unite, and in particular from the witness statements of Mr Nick Drysdale [an officer of the union], that he and others at Unite [had] gone to painstaking (and no doubt also time-consuming and expensive) lengths to verify the information in their possession'. The steps taken were outlined as follows:

i) In September 2011 Mr Drysdale printed off a list of all the members on the Unite database in respect of whom BBES was recorded as the employer.

ii) For the purpose of the first (November) ballot, it was checked against the information held by the Joint Industry Board over six days of visits by Unite staff.

iii) For the second (January/February) ballot, Unite checked its database against a BBES list of check-off payers (although not as informative as had been hoped). In December Mr Bell from the Unite subscriptions department (as he confirmed in evidence) found a list relating to check-off members who were weekly staff. Mr Drysdale identified that there were 25 check-off payers who had claimed to be employed by BBES but who did not appear on that list. Only 13 of them were found to be included on the list of monthly check-off payers (obtained on 9 January by another Unite official following enquiries made of Balfour Beatty Pensions Plc and also of the independent company which deals with the pay source). This list of monthly payers contained altogether 162 names, but it would have been inappropriate to send papers to all those individuals, since it was quite possible that it included people who were not actually employed by BBES and who would therefore be outside the constituency.

iv) On 6 December, Unite sent out questionnaires (2447 by post and 1065 by email) to those members recorded as working for any company within the Balfour Beatty Group

⁶⁰) *P (A Minor) v National Association of Schoolmasters/Union of Women Teachers*, above (Lord Walker).

asking them to identify, in each case, his or her particular employing company.

v) Mass 1 was engaged by Unite to contact every member who was recorded as working for any company within the Group and for whom a telephone number was available. Mass 1 managed to contact nearly 6000 of the telephone numbers and the information thereby obtained was used in order to update the details on Unite's database in relation to 572 members.

vi) The regional offices of Unite were sent lists based on the information yielded by these researches and asked to chase up, by telephone, information relating to any members recorded as working for BBES, Cruikshanks or Haden Young. It is common ground that because of a merger in 2009 it would now be appropriate to classify members recorded as working for Cruikshanks or Haden Young as falling under the BBES umbrella (assuming no subsequent departures).

vii) A yet further questionnaire was sent out with the Unite Christmas newsletter requesting that individual members should update the information on their current employer. This went out on 22 December to all those members recorded as working for a Balfour Beatty company or for any other company seeking to end existing collective bargaining arrangements.

viii) A further 3593 questionnaires were sent out at the same time to all Unite members who were recorded on its database under the "General Construction" code. Thus, it seems that a total of 8847 questionnaires were sent by post and 1065 by email.

ix) The information obtained was used under the supervision of Mr Drysdale to update membership records and this naturally included the information as to the individual's employing company.

x) Where there remained gaps in the information required, further attempts were made to contact the relevant member individually up to 9 January. This led to further updating.

xi) On the advice of the Unite legal department, yet further enquiries were made thereafter.

xii) Mr McAulay [another union officer] described how further steps were taken to alert Unite members to the imminent ballot.

The evidence indicates that these enquiries took some 500 hours or more of work on the part of the Unite staff involved. It was thus accepted that 'Unite went to considerable lengths to ensure democratic legitimacy which might be thought to exceed what would ordinarily be expected'. It was also accepted that 'the efforts made were formidable', and that as a result 'so far as reasonably practical, every person entitled to vote had a voting paper sent to him/her and also was afforded a convenient opportunity to vote by post'. But while this is a very welcome decision, it leaves unresolved the question of how far a union needs to go to ensure that everyone is sent a ballot paper? Is it necessary to go to

these lengths to comply with the statutory obligations? If not, how far is it necessary to go? **More to the point, are obligations of this complexity and uncertainty consistent with the fundamental rights of trade unions and their members recognized by ILO Convention 87, Art 3?**

5. After the Ballot

The ballot obligation is thus onerous, and of such a nature that it is quite likely that the union will make mistakes in the process. The problems are compounded by the notice to ballot obligations considered above, but also by the various notices that must be given after the ballot has taken place. Here we have three separate duties - a duty to inform both the members of the union of the ballot result (a failure to comply with which in both cases will enable the employer to claim that industrial action is unprotected), and a duty to give the employer advance notice of any industrial action.

- The Duty to Give Notice of the Ballot Result

So far as the duty of the trade union to inform its members of the ballot result is concerned, the legislation provides that:

As soon as is reasonably practicable after the holding of the ballot, the trade union shall take such steps as are reasonably necessary to ensure that all persons entitled to vote in the ballot are informed of the number of—(a) votes cast in the ballot, (b) individuals answering "Yes" to the question, or as the case may be, to each question, (c) individuals answering "No" to the question, or, as the case may be, to each question, and (d) spoiled voting papers.⁶¹⁾

Apart from the duty to inform members of the ballot result, TULRCA, s 231A requires the union 'as soon as reasonably practicable after the holding of the ballot' to 'take such steps as are reasonably necessary to ensure that every relevant employer is informed of the matters mentioned in section 231' (that is to say the provisions relating to the ballot result).

⁶¹⁾ TULRCA 1992, s 231.

(1) Duty to Notify Members

In *Network Rail Infrastructure v RMT*,⁶²⁾ the union sought to comply with the obligation to notify its members by sending them an SMS message, which referred to ‘a solid vote for industrial action’, and then giving a link to the union’s website for the full result. This was said to be insufficient notice to the members. According to Mrs Justice Sharp:

It seems to me that section 231, on the face of it, requires active steps to be taken to provide information. I think there is a real distinction between taking active steps by sending information to the members concerned, and identifying for them a place where they can go and get the information if they wish to have it. It may be in this day and age most people would be able to use a computer and have access to it, but that cannot be assumed. It seems to me that for good policy reasons, it is important that members are given the information which they are entitled to by section 231 actively, rather than merely being told where they can go and get it if they wish to have it.⁶³⁾

Mrs Justice Sharp did not explain what are the ‘good policy reasons’ to suggest that the approach of the union in this case fell short of what Parliament intended. Nevertheless this provided one of the grounds for the granting of the injunction, that is to say the employer was granted an injunction in part because the union had failed to notify its members of the ballot result in the manner that the judge prescribed, even though none of the members of the union complained that they were unaware of the result.

The same issue arose following in the BA - UNITE dispute. As a result of an injunction for notice irregularities,⁶⁴⁾ the union held a second ballot, again producing an overwhelming majority on a high turnout. Following the second ballot (which was said by the Court of Appeal to have been ‘impeccably conducted’), the employer complained that the union had not given adequate notice of the result to its members. On this occasion the union notified its members by SMS text message, and details of the result were put out on all the Union's websites and e-mailed to members.

By these means, however, the union did not convey all the information required by TULRCA 1992, s 231, and the employer complained that the union had not fulfilled its obligations under the Act. In this case too an injunction was granted, but in this case the

⁶²⁾ [2010] EWHC 1084 (QB).

⁶³⁾ *Ibid.*, para 47.

⁶⁴⁾ *British Airways plc v Unite the Union* [2009] EWHC 3541 QB, [2010] IRLR 423.

injunction was discharged on appeal (in a majority decision), with one of the appeal judges saying that ‘the Union is not required to prove that literally every eligible member was personally sent his or her own individual report of the full results. A test of such strictness would be unrealistic’.⁶⁵⁾

But although welcome, it is to be noted that the latter was a majority decision; and although the approach of Sharp J in the *Network Rail* case was disapproved on the ground that ‘universally applied it represents a gloss on the statutory requirements’, there continues to be considerable uncertainty about what a trade union must do to meet its statutory obligations. It will all depend on the facts of each case: in the *UNITE (No 2)* case it was permissible to direct the members to a website because they were highly computer literate. But what is the situation in other cases?

(2) Duty to Notify the Employer

The union’s duty to notify the employer of the ballot result was another of the legal issues in the dispute between Metrobus Ltd and Unite the Union considered above. One of the other grounds for granting the injunction was the union’s alleged failure to comply with TULRCA 1992, s 231A, said by the Court of Appeal to be ‘a hard temporal burden’ for the union, it being said also to be significant that the legislation requires the information to be given ‘as soon as reasonably practicable’, rather ‘within a reasonable time’.

To illustrate the utter stupidity of the law, the ballot in the Metrobus case closed at noon on 1 September but the independent scrutineer had failed to notify the union until 3.15 pm on the following day (2 September), with the union notifying the employer at 11.15 am on 3 September. This was said not to be as soon as reasonably practicable and the union’s failure was one reason for the granting of the injunction, even though the legislation provides that no industrial action may take place without the union giving the employer a strike notice at least one week in advance.⁶⁶⁾

According to the High Court judge (in a passage approved on appeal by the Court of Appeal), ‘The defendant was not entitled . . . to delay informing the employer of the result, even by one day, while it determined whether to give notice of industrial action

⁶⁵⁾ *British Airways v Unite the Union (No 2)* [2010] EWCA Civ 669.

⁶⁶⁾ TULRCA 1992, s 234A. See below.

based upon that result'.⁶⁷⁾ In upholding the injunction on this ground, the Court of Appeal took a very robust view of the union's obligations.

First, the union must inform the employer of the result, even though it has not yet decided to take industrial action on the basis of a vote supporting such action: 'section 231A imposes a free-standing obligation on the union, which must be performed even if the union does not initiate industrial action, and which is independent in its timing'.⁶⁸⁾

Secondly, it was no defence that the union had not received a prompt report from the independent scrutineer: it would not have been 'anything other than proper and reasonable, in the absence of prior communication of the result, for UNITE to have asked ERS about progress before the end of the afternoon of 1 September'.⁶⁹⁾

But in addition, even if the union 'came under no obligation to pass the information on until it actually received it from ERS', the Court of Appeal concluded that UNITE had failed to convey the information to the employer as soon as reasonably practicable.⁷⁰⁾ The result should have been sent to the employer on the 2 September at 3.30 pm, the time by when it was received by an officer of the union: the fact that the officer concerned had no authority to communicate this information 'is not a reason which the union can rely on for withholding the information from the employer'.⁷¹⁾

It is difficult to see how an obligation to give notice to the employer within the time required by the Court of Appeal can be justified. The employer suffers no loss whether the notice is given on 2 or 3 September, the union being powerless to act on the ballot result until it gives an additional 7 days' notice of its intention to take industrial action. The union on the other hand is required to subvert its own rules and procedures for no obvious reason, the court compounding the injustice by completely eliding the right of the union 'to organise its administration and activities'.⁷²⁾

- The Duty to Give Notice of Intention to Strike

In addition to the foregoing obligations, the trade union has a duty to give the

⁶⁷⁾ *Metrobus Ltd v Unite the Union* [2009] EWCA Civ 829, [2010] ICR 173.

⁶⁸⁾ *Ibid.*, para 73.

⁶⁹⁾ *Ibid.*, para 80.

⁷⁰⁾ *Ibid.*, para 82.

⁷¹⁾ *Ibid.*

⁷²⁾ ILO Convention 87, art 3.

employer notice of its intention to strike or take other industrial action, an obligation which has provided another opportunity for employers to frustrate legitimate trade union action.⁷³⁾ The notice of intention to strike (or take other industrial action) must also be in a prescribed statutory form virtually identical to the duty to give notice of the intention to ballot.

(1) Nature of the Duty

Seven days before the industrial action starts, the union must give information about the proposed action, the requirement in TULRCA, s 234A largely reflecting the provisions of s 226A, 'in relation to the provision of information to an employer as to the numbers, categories and workplaces of employees'. For this purpose 'the total number of affected employees' is defined to mean those employees of the employer 'the union reasonably believes will be induced by the union or have been so induced to take part or continue to take part in the industrial action'.⁷⁴⁾

A similar provision to TULRCA 1992, s 226A(2D) provides that the information supplied by the union must be as accurate as is reasonably practicable in the light of the information in the possession of the union.⁷⁵⁾ Cases where employers were granted an injunction to restrain industrial action because of a failure to give notice of an intention to ballot in accordance with the statutory procedure are typically also cases where the same employer was granted an injunction on the additional ground that the union failed to give notice of intention to strike in accordance with the statutory procedure set out in TULRCA, s 234A.

Thus, in *British Airways plc v Unite the Union*,⁷⁶⁾ for example, the union 69 balloted its members with a view to take industrial action. 10,288 votes were cast, representing about 80% of those to whom ballot papers were sent, and of those 10,288 votes, 9,514 voted in favour of strike action. BA argued that the union had failed to give a proper ballot notice, because it had failed to exclude a number of members who were likely to take voluntary redundancy before the strike started. This is despite the fact that their participation in the ballot could not have affected the outcome.

⁷³⁾ TULRCA 1992, s 234A.

⁷⁴⁾ *Ibid.*, s 234A(2).

⁷⁵⁾ *Ibid.*, s 234A (3D).

⁷⁶⁾ [2009] EWHC 3541 QB, [2010] IRLR 423.

It was argued by the employer in that case that the failures in relation to s 226A (2D) were compounded by the strike notice which continued to include those who had taken voluntary redundancy. According to BA, 'UNITE could not reasonably have believed such persons to be "affected employees", as defined'; and, therefore, 'the figures provided under section 234A were not as accurate as was reasonably practicable'.⁷⁷⁾ The reasons which led to the granting of an injunction for failing to comply with s 226A (the ballot notice) applied also to s 234A (the strike notice).

(2) An Additional Requirement

In addition to the duty to specify details of the workers to be induced to take part in industrial action and the places at which they are employed, the union must also state whether the industrial action is intended to be continuous or discontinuous.⁷⁸⁾ If it is continuous, the notice must state the intended date of the commencement of the action, and if it is discontinuous it must state the intended dates of the proposed action.⁷⁹⁾ Action is discontinuous for these purposes where it is to take place 'only on some days on which there is an opportunity to take the action'.⁸⁰⁾

The duty to give notice of the nature of the action was challenged in *Milford Haven Ports Authority v Unite the Union*,⁸¹⁾ where there was a dispute about pensions, in the course of which the union balloted for industrial action and issued the following notice to the employer:

This action will be continuous and discontinuous. The continuous action will consist of an overtime ban, work to rule, not providing a call out service, not covering absenteeism and withdrawal of goodwill will commence on February 18th 2010 at 6 am. In addition, our members concerned will not handle any ships of more than 65,000 gross tonnes from 6 am on the 20th February 2010. The discontinuous action will consist of a 48 hour stoppage commencing 6am on February 18th 2010, concluding 6 am on February 20th 2010.

The employer took two exceptions to this notice, arguing first that it was not sufficient

⁷⁷⁾ Ibid., para 21.

⁷⁸⁾ TULRCA 1992, s 234A(3)(b).

⁷⁹⁾ TULRCA 1992, s 234A(3)(b).

⁸⁰⁾ TULRCA 1992, s 234A(6)(a)

⁸¹⁾ [2010] EWCA Civ 400.

to give the notice of discontinuous action and continuous action in the same notice and that the notice was irregular because it should have been given on two separate pieces rather than one single piece of paper. It is a matter of some concern that an injunction was granted on this flimsy ground, it being argued by the union on appeal that 'it is simply untenable to require two notices to be put in the same envelope or to deny the union protection simply because the relevant officer failed to take a pair of scissors and cut between the relevant paragraphs to create two notices'.

This then led to a consideration in the Court of Appeal about whether TULRCA 1992, s 234A(3)(b) is 'disjunctive' or not (surely an inappropriate level of grammatical inquisition for legislation restricting a fundamental right) before it was accepted that 'one notice was sufficient for both continuous and discontinuous action, providing, of course, that the notice otherwise satisfied the requirements of the legislation'. But although the appeal court thus accepted the validity of the notice, it was of little consolation to the union which (a) ought not to have been placed in a position of having to appeal on a matter of such banal inconsequence, and (b) had taken the precaution to issue fresh notices before the appeal was heard.

6. Restraining Industrial Action

Apart from the substantive limits as to the purposes for which industrial action may be taken and the onerous and disproportionate procedural obligations, there have been concerns for many years about the ease with which employers can restrain industrial action by injunctions. The normal procedure is for the employer to seek an injunction to have the industrial action stopped. The application is made to the ordinary civil courts (the High Court); there is no specialist labour court for this purpose. The judges are generally inexperienced in labour law and often have a commercial law background. Breach of an injunction is a contempt of court, which could lead to a fine and/or imprisonment. It is the modern practice of trade unions to comply with injunctions.

- Injunctions

- (1) Interim Injunctions and the Rule of Law

The procedure for granting injunctions (or interdicts in Scotland) gives rise to serious rule of law concerns, in the sense that the fundamental freedoms of trade unions are being restrained in the courts not always because the union has acted unlawfully, but on the rather different ground that the union **may** have acted unlawfully. This is because English (and Scottish) procedural law requires the court to grant an interim injunction where (i) there is a serious issue to be tried, and (ii) the balance of convenience lies in favour of granting the injunction pending the full trial. At this stage the courts are (iii) directed only to have regard to the likelihood of the union succeeding at the trial.⁸²⁾

In these interim proceedings, the trade union starts from the disadvantage that its action is presumed to be unlawful as an inducement to break the contracts of employment of its members.⁸³⁾ Thereafter the union has to show that its actions are covered by the statutory protection, the employer required simply has to cast serious doubt in the mind of the court that union's action is beyond the scope of the legislation. This means that an injunction is granted on the basis that the action of the union is 'arguably unlawful', not on the ground that it is established to be unlawful.

The position in English law is thus based on the fiction that the injunction is a form of interim or temporary relief that is designed to maintain the status quo until the full trial of the action, at which stage the disputed questions will be fully tested by evidence and a proper judgment given by the court in resolution of the dispute. But in truth the full trial at some distant date never takes place, the interim injunction in practice finally disposing of the matter, which means that the right to strike in English law is thus based upon arguments that the union *may have* acted unlawfully, not on it being established that the union *has* acted unlawfully.

The position is all the more unacceptable for the fact that in deciding to grant interim relief to an employer who contends that the union may have acted unlawfully, the court will have regard to extraneous considerations which would not normally be relevant in legal proceedings in which one party claims that another has violated its rights. These extraneous considerations include the presumed concerns of third parties (though these third parties are never called upon to give evidence, yet it is assumed that they will all support the employer). The point is made from the following passages from three recent cases:

⁸²⁾ *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd* [1975] AC 396.

⁸³⁾ A point made explicitly again in the *Network Rail* case above.

‘A strike of this kind taking place now, over twelve days of the Christmas period, is in my view fundamentally more damaging to BA, and indeed to the wider public, than a strike taking place at almost any other time of year’.⁸⁴⁾

‘Mr Bear [for the employer] has invited me in addition to conclude, even if I could not form a view as to the likely outcome of the trial, that Network Rail has a seriously arguable case under normal American Cyanamid principles. Therefore, he submits, the court will still be justified in the circumstances in granting an injunction having regard to the level of damage which a strike would cause to Network Rail and nationally. That matter has not been argued before me by Mr Reynold [representing the union]. But I am satisfied having regard to the significant damage which is identified, and will obviously result if the strike goes ahead (I refer in this context to what is said by Mr MacFarlane [a witness for the employer] in paragraphs 104-108 of his first witness statement) that the consequences of the strike are likely to be particularly severe, and that as the case is clearly arguable it would be appropriate in any event for an interim injunction to be granted. Any harm to the Union in having to await a speedy trial in my view would be clearly outweighed by the disproportionate damage done to others as Mr Bear submits, by holding a strike which is arguably unlawful’.⁸⁵⁾

‘In having regard to the balance of convenience, I take into account the very serious inconvenience that the proposed action is likely to cause the travelling public. The balance of convenience, in my judgment, lies firmly in favour of granting relief’.⁸⁶⁾

(2) Injunctions Granted on Flimsy Grounds

While much attention is paid in interim injunction proceedings to the losses of the employer and the losses that may be incurred by third parties (who are not parties to the *lis*), little attention is paid to the losses of the union or its members.⁸⁷⁾ So far as the union is concerned, there is not only the loss of a fundamental right, but also the considerable economic loss involved in having to abort industrial action after a lengthy and expensive balloting procedure has been conducted.

These costs are not only the administrative costs of the kind to which we have already referred, but also the costs of postage (the ballots are fully postal which means the union must pay postage both to and from the members), as well as the costs of the independent scrutineer, the appointment of whom is also required by the legislation. Nor is account

⁸⁴⁾ *British Airways plc v Unite the Union* [2009] EWHC 3541 QB, [2010] IRLR 423.

⁸⁵⁾ *Network Rail Infrastructure Ltd v RMT* [2010] EWHC 1084 (QB).

⁸⁶⁾ *Metroline Travel Ltd v Unite the Union* [2012] EWHC 1778 (QB).

⁸⁷⁾ See especially *BT plc v Communication Workers Union* [2004] IRLR 58 (QB).

taken of the nature of the employer's claim, or that it may be based on a minor technicality, albeit not a technical breach but a breach of a technical obligation, as explained by Cox J in *British Airways v Unite the Union*.⁸⁸⁾

As a result, injunctions are granted routinely on flimsy grounds of alleged petty procedural lapses. This is very clear from the foregoing. But to recap from cases discussed above, injunctions have been granted because

The union notified the employer of its plans to ballot engineers/technicians', the employer demanding to know which 'fitters, jointers, test room inspectors, day testers, shift testers and OLBI fitters' would be involved;⁸⁹⁾

The union gave notice of an intention to ballot and balloted members who because of redundancy would not be taking part in the action, in circumstances where their participation did not affect the result;⁹⁰⁾

The union did not explain how numbers and categories of a minority of workers in the ballot and strike notices were arrived at, in circumstances where the genuine uncertainty of the law was recognized by the court;⁹¹⁾

The union delayed by a few days (as a result of an administrative oversight, for which in part the union was not at fault) in informing the employer of the ballot result;⁹²⁾

The union gave notice of continuous and discontinuous industrial action on one rather than two pieces of paper, in a decision that perhaps plumbs the depths of a legal system in which form has replaced substance.⁹³⁾

It is true that in the last case the High Court was overturned on appeal. Nevertheless, the union was thus prevented by an injunction issued on the most petty grounds from taking industrial action on the original date proposed. Fresh notices had to be issued for the action to begin five days later than planned. The fact that the union won on appeal in relation to one of the grounds on which the injunction was granted is of little consolation: the decision of the appeal court did not restore the right to take the action at the time proposed, nor did it resolve the other question in relation to which the union was restrained and subsequently appealed.⁹⁴⁾

⁸⁸⁾ *British Airways plc v Unite the Union* [2009] EWHC 3541 QB, [2010] IRLR 423.

⁸⁹⁾ *EDF Energy v RMT* [2009] EWHC 2852 (QB).

⁹⁰⁾ *British Airways plc v Unite the Union* [2009] EWHC 3541 QB, [2010] IRLR 423.

⁹¹⁾ *Metrobus Ltd v Unite the Union* [2009] EWCA Civ 829, [2010] ICR 173.

⁹²⁾ *Ibid.*

⁹³⁾ *Milford Haven Ports Authority v Unite the Union* [2010] EWCA Civ 400.

⁹⁴⁾ It is to be noted that there is no suggestion in any of the cases that the union had set out

- Damages

In addition to seeking an injunction to restrain industrial action (either before or after it has started), it is open to an employer to seek damages from the union for any economic loss suffered as a result of the industrial action. Trade union liability in damages was established in 1900, in the famous decision of the House of Lords in *Taff Vale Railway Co Ltd v Amalgamated Society of Railway Servants*.⁹⁵⁾ It was held in that case that trade unions were vicariously liable for the torts committed by their employees or agents, and that as quasi-corporate bodies they had sufficient legal personality to enable proceedings to be brought against them for damages.⁹⁶⁾

In the *Taff Vale* case, the union was held liable for a number of tortious acts committed in the course of a bitter strike against the company, precipitated by the victimisation of a signalman. Liability was assessed at £23,000, on top of which the union was had to pay £19,000 in legal costs. Today, that would be the equivalent of about £2,500,000, though it is reported that the employer never cashed the union's cheque. Nevertheless, the effect of the decision was to lead to a decline in the number of strikes for fear of their crippling consequences. A strike could bankrupt a trade union.

The *Taff Vale* decision was just as famously reversed by the Trade Disputes Act 1906, which gave trade unions an immunity from liability in tort.⁹⁷⁾ This meant that the trade union could not be restrained by injunction or sued in damages for losses caused by a strike which fell outside the scope of the statutory protection, also introduced by the 1906 Act. If the employer wanted to stop unprotected industrial action (because it was not in furtherance of a trade dispute), the claim would have to be against the individual officer of the union who gave the instructions for the action to be taken, often the general secretary.

deliberately to evade the procedural obligations. In one case any such suggestion was expressly repudiated by the judge. According to Mrs Justice Cox in *British Airways plc v Unite the Union* [2009] EWHC 3541 QB, [2010] IRLR 423: 'BA's submission that the evidence is indicative of a deliberate decision by the union to include the VR leavers in the balloting process'. In her view, 'the state of the evidence does not permit such a finding and UNITE strongly denies the allegation' (para 51).

⁹⁵⁾ [1901] AC 426.

⁹⁶⁾ For an account of this dramatic case, see G Lockwood, 'Taff Vale and the Trade Disputes Act 1906', in K D Ewing and J Hendy (eds), *The Right to Strike: From the Trade Disputes Act 1906 to the Trade Union Freedom Bill 2006* (Institute of Employment Rights, 2007).

⁹⁷⁾ See J Saville, 'The Trade Disputes Act of 1906', in Ewing and Hendy (eds), above.

Similarly, if the employer wished to recover damages for losses incurred as a result of an unprotected strike, the claim would have to be brought against the individual whose action caused the loss. This would be the official who gave instructions for the action to be taken, often the general secretary. Although the union is vicariously liable for the torts of its employees (such as the general secretary), it could not be sued because of the immunity created by the 1906 Act. There are no known examples of employers seeking damages against trade union officials.

The 1906 settlement was controversial, with those on the political right claiming that it put trade unions above the law, and gave them a legal immunity greater than that of the Crown. The 1906 Act nevertheless survived until it was repealed in 1971, though it was substantially re-enacted in 1974-76 (with some modification). The law was changed again following the election of the Thatcher government in 1979. In 1982, Parliament removed the legal immunity of trade unions from liability in tort, thereby enabling employers to sue the union for losses incurred as a result of unprotected industrial action.

Since 1982, trade unions can now be sued in their own name for injunctions to restrain unprotected industrial action, in the manner described above.⁹⁸⁾ They may also be sued for damages caused by such action, assuming (as is likely to be the case) that the action is tortious. In taking this step, however, Parliament placed a cap on the amount of damages that may be recovered by an applicant, effectively creating a principle of limited liability that is familiar in other areas of the law:⁹⁹⁾

| Number of members of union | Maximum award of damages |
|-----------------------------------|---------------------------------|
| Less than 5,000 | £10,000 |
| 5,000 - 25,000 | £50,000 |
| 25,000 - 100,000 | £125,000 |
| 100,000 or more | £250,000 |

The amount of damages that may be recovered from a union for losses caused by unprotected industrial action thus depends on the size of the union. These amounts have

⁹⁸⁾ See now TULRCA 1992, s 20.

⁹⁹⁾ *Ibid.*, s 22. It is to be noted that if there are multiple claimants, each may recover up to the maximum.

not been changed since the law was introduced in 1982, and no serious proposals have been made in recent years to change the law. More importantly, there are very few instances of employers seeking damages after a strike, and no reported case of damages having been sought or awarded since 1988.¹⁰⁰⁾ There is at least one unreported case since,¹⁰¹⁾ but the lack of reported cases is indicative of a jurisdiction that has largely failed to ignite.

So far as I am aware, there is no scientific work yet published to explain this reticence by employers. So we can only speculate about (i) the lack of a culture in the United Kingdom of employers using damages as a weapon; (ii) the trouble, inconvenience and uncertainty (for everyone involved) of litigation, and (iii) the need of the parties to move on rather than look back at the end of a dispute.¹⁰²⁾ Having said that, however, it is not known whether, and to what extent, the threat of litigation for damages is used by employers in negotiations as a means of putting pressure on a union to bring industrial action to an end.

Criminal Law

The criminal law was largely removed as a sanction for organizing or participating in industrial action in 1875,¹⁰³⁾ and has played little if any part in dealing with industrial action in peacetime since. There is no criminal liability for organizing or taking part in a strike, and it is inconceivable that criminal liability should be restored.

There is, however, still a relic of the 19th century still on the statute book, with the Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, s 240 providing that it is an offence 'wilfully and maliciously' to break 'a contract of service or hiring, knowing or having reasonable cause to believe that the probable consequence' of so doing, 'either alone or in combination with others, will be (a) to endanger human life or cause serious bodily injury, or (b) to expose valuable property, whether real or personal, to destruction or serious injury'.

Technically this could be deployed against workers who strike in breach of their contracts, provided they act 'wilfully or maliciously', and provided their action has the effects in (a) or (b). This latter provision has its origins in the Conspiracy and Protection of Property Act 1875, s 5. Reviewing the law in 1968, an important Royal Commission

¹⁰⁰⁾ *Boxfoldia v NGA* [1988] ICR 752.

¹⁰¹⁾ *Willerby Holiday Homes Ltd v UCATT* [2003] EWHC 2608, QBD.

¹⁰²⁾ It has been reported that in a recent bitter dispute in Scotland, the employer threatened to sue Unite the Union for defamation, though it appears that the matter has been settled.

¹⁰³⁾ Conspiracy and Protection of Property Act 1875, s 3, reversing *R v Bunn* (1872) 12 Cox 316. A number of exceptions were introduced in ss 4 (now repealed) and 5 (now TULRCA 1992, s 240).

on Trade Unions and Employers' Associations was unaware of any conviction under this provision, though it stopped short of recommending its repeal. I am not aware of any prosecution under this provision since.¹⁰⁴⁾

Otherwise, criminal liability may arise in the course of conduct committed during a strike. Although there is no criminal liability for going on strike, those taking part in a strike need to be careful not to commit any public order offences while picketing or participating in demonstrations. But here the law appears to have relaxed in recent years, and it is now unlikely that anyone would be arrested for peaceful picketing which does not cause an obstruction, especially if it takes place outside the picket's own place of work.¹⁰⁵⁾

The criminal law was of course extensively deployed during the miners' strike of 1984-85, which was one of the great historic events of modern Britain. But although it may not have seemed like it at the time, criminal liability arose not because the miners in question had taken part in a strike, but because of public order offences (such as obstruction of the police, and obstruction of the highway) committed during the strike.¹⁰⁶⁾ So as I am aware there was no prosecution under what was then the Conspiracy and Protection of Property Act 1875, s 5 (now TULRCA 1992, s 240).

7. Dismissal and Discipline

The remedies discussed in Part 5 above are remedies available to the employer against the union. There are also remedies against the workers who take part in the strike, in the sense that they may be disciplined or dismissed, or indeed sued for damages for breach of contract. In this section we concentrate on discipline and dismissal: there is no example in recent years of an employer suing workers for damages for breach of contract. The last reported case in which an employer took this step was in 1959, and before then in 1927. It would be an extraordinary step for an employer to take.

- (Inadequate) Protection from Dismissal

At common law it would generally be possible for an employer to dismiss a worker for

¹⁰⁴⁾ Royal Commission on Trade Unions and Employers' Associations 1965-1968, *Report*, Cmnd 3623 (1968), paras 840 - 47.

¹⁰⁵⁾ For fuller details, see Collins, Ewing and McColgan, above, ch 16.

¹⁰⁶⁾ See P Wallington, 'Policing the Miners' Strike' (1985) 14 ILJ 145.

going on strike or otherwise taking part in industrial action. The action of going on strike might be regarded as a repudiation of the contract sufficient to justify instant dismissal without notice, failing which the employer could always give notice to bring the contract to an end.¹⁰⁷⁾ There is no reported case in which a worker has brought a claim for wrongful dismissal as a result of a strike-related dismissal. Since 1971, employees have had a statutory right not to be unfairly dismissed, but special rules have always existed in relation to dismissal in connection with industrial action.

Following amendments to the law made in 1999 and 2004, the current position - as set out in TULRCA 1992, s 238A - is as follows:

There is a right not to be unfairly dismissed for taking part in **protected industrial action**, as narrowly defined above. British workers are thus not protected to the full extent required by ILO Convention 87;

The protection applies unequivocally for the first 12 weeks of the dispute, and is thereafter conditional on the conduct of the employer, and the steps which the employer and the union make to resolve of the dispute;

Even though there is a right not to be unfairly dismissed for taking part in protected industrial action, there is no right to be reinstated where an unfair dismissal does take place.

Thus, even if a reinstatement order is made, an employer cannot be required to implement it. This applies to ALL unfair dismissals, including industrial action dismissals.

Workers who take part in protected industrial action may thus be lawfully be permanently replaced, though there are restrictions on the use of temporary replacements supplied by an agency.

What happens in cases where the industrial action is **not protected action**? In these cases, the employer is free to dismiss and has an immunity from unfair dismissal provided he or she dismisses everyone taking part in the action at the date of dismissal.¹⁰⁸⁾ Where there have been selective dismissals of those taking part in the unprotected action, those who have been dismissed may be able to bring a claim for unfair dismissal, which will be decided in accordance with normal unfair dismissal principles. There continues to be no protection whatsoever for workers dismissed for taking part in unofficial industrial action, whatever the circumstances and whatever the provocation of the workers in question.¹⁰⁹⁾

¹⁰⁷⁾ For an account of the common law, see K D Ewing, *The Right to Strike* (Oxford, 1991), ch 2

¹⁰⁸⁾ TULRCA 1992, s 238.

Despite the foregoing, strike related dismissals are not uncommon. A notable example recently is the dispute between British Airways and its cabin crew about manning levels on planes. Here it has been claimed that ‘more than 80 British Airways cabin crew have been suspended and 13 sacked because of incidents related to their dispute with the airline’.¹¹⁰⁾ It appears also to be the case that in the *Johnson Press* case referred to above, a keen consideration of the union in calling off its industrial action was the concern – among others – that if the union went ahead with the proposed action its members would thereby be vulnerable to dismissal, with little prospect of a remedy.

- Action Short of Dismissal

A second issue to emerge from the BA dispute with its cabin crew referred to above is that British law fails to provide adequate protection for workers who are subjected to detriment for taking part even in lawful strike action. It is true that the employer may not unilaterally vary the contractual terms and conditions of employment of workers who have taken part in industrial action. In these cases, it would be a breach of contract and it may be possible for workers to seek contractual or statutory remedies of various kinds to recover any losses.¹¹¹⁾

Where, however, the employer withholds or varies the terms and conditions for the receipt of what the employer claims are not contractual (or statutory) entitlements, British workers appear to be unprotected from such action, even where it is done as a direct result of the workers’ participation in industrial action. Thus, in the BA dispute with cabin crew, BA announced that it was withdrawing the travel allowances that had been made available to staff, these allowances reported to have been subsequently re-instated on much less favourable terms to many of the staff involved.¹¹²⁾

Unlike in the case of employees discriminated against because of their trade union membership or activities, there is no statutory protection for workers who are subjected to

¹⁰⁹⁾ *Ibid.*, s 237. This is a clear breach of ILO Convention 87.

¹¹⁰⁾ *The Herald*, 1 September 2010. See further for a full account of the dispute, K D Ewing, *Fighting Back – Resisting Union Busting and Strike Breaking in the BA Dispute* (Institute of Employment Rights, 2010).

¹¹¹⁾ Note, however, that workers who strike or take part in industrial action are not entitled to be paid wages, even for work done in the course of industrial action short of a strike: *Miles v Wakefield MDC* [1987] IRLR 193.

¹¹²⁾ For fuller details, see Ewing, *Fighting Back*, above.

such action by their employer because of their participation in industrial action. TULRCA 1992, ss 146 and 152 thus provide protection from dismissal or other discrimination where this is for reasons of (i) trade union membership, or (ii) participation in the activities (or using the services) of an independent trade union. However, protection in the latter case applies only where the activities take place outside working hours or during working hours with the consent of the employer.

Workers generally do not take part in industrial action with the consent of the employer, which means that the latter protection does not apply. It is thought that this gap in the law is incompatible with the right to strike as protected by Convention 87. This problem can be addressed only by legislation which provides clearly not only that workers have the right not to be dismissed for taking part in lawful industrial action (a concept which in British law needs greatly to be expanded to meet minimum ILO standards), but a right also not to suffer detriment by reason of having taken part in such action.

8. The European Convention on Human Rights

The United Kingdom has no formal written constitution in the form of most other countries. However, formal protection of the right to freedom of association is to be found in the European Convention on Human Rights, Art 11. The latter provides as follows:

(1) Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

(2) No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.

By virtue of the Human Rights Act 1998, the domestic courts have the duty to interpret domestic legislation consistently with Convention rights, and may also declare domestic

law incompatible with Convention rights. But the courts have no power to refuse to apply legislation that is inconsistent with Convention rights. Trade unions may also pursue Convention rights in the European Court of Human Rights, the decisions of which are binding on Member States of the Council of Europe.

- Recognition of the Right to Strike

As the Court of Appeal recognized in the *Serco* case discussed above, ‘the common law confers no right to strike in this country’, noting also that ‘workers who take strike action will usually be acting in breach of their contracts of employment’.¹¹³⁾ Moreover, ‘those who organise the strike will typically be liable for inducing a breach of contract, and sometimes other economic torts are committed during the course of a strike’. Without some protection from these potential liabilities, ‘virtually all industrial action would be unlawful’.¹¹⁴⁾

But although recognizing the reality of British law on the right to strike, the Court of Appeal appeared to engage for the first time with international labour conventions, and appeared to appreciate their significance in the context of the rapidly expanding jurisprudence of the European Court of Human Rights:

Although the common law recognises no right to strike, there are various international instruments that do: see for example Article 6 of the Council of Europe's Social Charter and ILO Conventions 98 and 151. Furthermore, the ECHR has in a number of cases confirmed that the right to strike is conferred as an element of the right to freedom of association conferred by Article 11(1) of the European Convention on Human Rights which in turn is given effect by the Human Rights Act. The right is not unlimited and may be justifiably restricted under Article 11(2).¹¹⁵⁾

Also important in the decision of the court was a holding that judges were no longer to start from the assumption that the legislation should be strictly applied against trade unions, with a presumption that Parliament intended that the interests of employers should always hold sway. In addition, the Court of Appeal took the view that judges should not invent new additional restrictions on the right to strike beyond those in the legislation: it

¹¹³⁾ *RMT v Serco Ltd; ASLEF v London & Birmingham Railway Limited*, above, para 2.

¹¹⁴⁾ *Ibid.*

¹¹⁵⁾ *Ibid.*, para 8.

was not the role of the courts to create ‘traps and hurdles’ for trade unions, in what some may see as a rebuke for lower court judges in earlier decisions.

The significance of this is that it appears to elevate the status of the right to strike in domestic law. Informed by international labour standards and human rights obligations, it is no longer to be presumed that the statutory protection is to be narrowly construed against the union, in order to give priority to the employer’s common law rights. Applying these principles in the *Serco* case, the Court of Appeal effectively changed the direction of the law on several admittedly inane matters relating to the notice to be given to the employer before an industrial action ballot.

- *RMT v United Kingdom*

The developments in the *Serco* case are reinforced by the decision of the European Court of Human Rights in *RMT v United Kingdom*.¹¹⁶⁾ In that case the union complained to the Strasbourg court that its Convention rights had been violated as a result of the injunction issued in the EDF case above, and because it had been unable by domestic law to take solidarity action to support a small group of its members who were in dispute with their employer about terms and conditions of employment. The action failed, first because the first claim was inadmissible for reasons that need not be explored here, and secondly because the ban on solidarity action could be justified under ECHR, Art 11(2)).¹¹⁷⁾

The decision is nevertheless important, not least because the Court was forced to accept that the right to strike is now ‘clearly protected’ by Art 11(1) of the ECHR, leaving unresolved the question whether it is ‘an essential element of the Article 11 guarantee’.¹¹⁸⁾ In the *Metrobus* case considered above, Lloyd LJ rehearsed centuries of legal orthodoxy when he said that ‘English law does not of course recognise a right to strike’. In the same case Maurice Kay LJ was heard to say that the ‘in this country, the right to strike has never been much more than a slogan or a legal metaphor. Such a right has not been bestowed by statute’.¹¹⁹⁾

¹¹⁶⁾ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v United Kingdom*, Application No 31045/10, 8 April 2014.

¹¹⁷⁾ For full details, see A Bogg and K D Ewing, ‘The Implications of the RMT case’ (2014) 43 ILJ ____.

¹¹⁸⁾ *Ibid.*, para 83.

Following *RMT v United Kingdom*, that can no longer be the case. There is now a right to strike, albeit forged rather than created by statute, and albeit emerging improbably from the Human Rights Act rather than purposefully from a statute drafted for this purpose. But having thus deposited a ‘right to strike’ on our doorstep, what is much less clear is what if anything this means in practice, beyond the fact that a new question must now be asked in industrial action litigation about whether any restraint is Convention compliant. To this extent the decision appears to take forward the reasoning adopted by the Court of Appeal in *Serco*.¹²⁰⁾

As we have seen, in *Serco* Elias LJ rejected the time-honoured view that the legal protection for industrial action had to be narrowly construed. Not any more – ‘the legislation should simply be construed in the normal way, without presumptions one way or the other’.¹²¹⁾ Following the decision of the ECtHR, however, that approach must be revisited with the law having moved from (i) one where statutory protection has to be justified, to (ii) one of neutrality, to (iii) one where statutory restrictions (on the right to strike) must now be justified. That is an important leap forward, though of course it remains to be seen what – if any – impact it will have in practice.

The Right to Strike and EU Law

A new threat to the right to strike has emerged from EU law, as revealed by industrial action proposed by the British Airline Pilots’ Association (BALPA). In that case, British Airways’ pilots were concerned about their employer’s decision to base part of its operations in France, and the implications this might have for their terms and conditions of employment. The union sought various assurances from the company and when negotiations failed, the union conducted a strike ballot in accordance with the detailed procedures of British law, and otherwise acted in accordance with British.

BALPA were threatened with legal action not because the union had acted in breach of domestic law, but because its proposed action would constitute a breach of the employer’s right under the EC Treaty, Art 43 (now Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Art 49) following the decision of the European Court of Justice in *Case C-438/05, Viking Line v ITF*.¹²²⁾ BALPA then took the unusual step of seeking a declaration in the High Court that its action

¹¹⁹⁾ [2009] EWCA Civ 829, [2010] ICR 173. See R Dukes (2010) 39 ILJ 82.

¹²⁰⁾ *Serco Ltd v RMT* [2011] EWCA Civ 226, [2011] ICR 848. See R Dukes (2011) 40 ILJ 302.

¹²¹⁾ *Ibid.*, para 9.

¹²²⁾ [2007] ECR I-10779. See also *Case C-341/05, Laval v Svenska Byggnadsarbetareförbundet* [2007] ECR I-11767.

was lawful, while the employer counterclaimed seeking 'unlimited damages, including damages in respect of damage alleged to have been sustained by it by the mere fact that BALPA had served notice to ballot for strike action'.¹²³⁾

The union's action for a declaration was discontinued only three days after it commenced, and the industrial action was discontinued for fear that it might be unlawful, with the risk that the union might be liable in damages for all the losses suffered by the employer as a result of the dispute. Having discontinued the domestic litigation, BALPA made a complaint to the ILO Freedom of Association Committee, a complaint that was referred in turn to the ILO Committee of Experts. The latter has now reported twice on the complaint, making it clear in uncompromising terms that the effect of *Viking* as reflected in *BALPA* was to take the United Kingdom even deeper in breach of Convention 87.

In 2009, the Committee of Experts observed 'with serious concern', the practical limitations on the effective exercise of the right to strike of the BALPA [members] in this case'. According to the Committee, 'the omnipresent threat of an action for damages that could bankrupt the union, possible now in the light of the *Viking* and *Laval* judgments, creates a situation where the rights under the Convention cannot be exercised'. Although no judgment was granted by the domestic courts in the *BALPA* case, the Committee considered that there was nevertheless 'a real threat to the union's existence and that the request for the injunction and the delays that would necessarily ensue throughout the legal process would likely render the action irrelevant and meaningless'.¹²⁴⁾

9. Conclusion

So what then are the distinguishing features of the British system? First, there has traditionally been no right to strike, but only a series of statutory protections from common law liability, though that may be beginning unintentionally the change. Secondly, there is no criminal liability for organising or taking industrial action, and no known

¹²³⁾ For full details of this affair, see K D Ewing and J Hendy, 'The Dramatic Implications of *Demir and Baycara*' (2010) 39 ILJ 2.

¹²⁴⁾ ILO Committee of Experts, *Observation 2009* (2010). The Committee was also concerned that 'in the current context of globalization, such cases are likely to be ever more common, particularly with respect to certain sectors of employment, like the airline sector, and thus the impact upon the possibility of the workers in these sectors of being able to meaningfully negotiate with their employers on matters affecting the terms and conditions of employment may indeed be devastating'.

examples of the criminal law being used in modern times, though the United Kingdom is hardly alone in that. Thirdly, there are no temporal limits on when industrial action may be taken, in the sense that any peace obligation in a collective agreement is not legally binding, but binding in honour only. There are, however, other procedural obligations which impose serious burdens on trade union freedom.

The other distinguishing feature of the British system is that there is a single system of labour law and a single system of labour law for dealing with industrial action. The foregoing provisions apply to all categories of worker. They apply to both private and public sector workers, including civil servants. There is no exception for workers in essential services, with only a very few categories of workers prohibited from striking, these including prison officers and police officers. Even during states of emergency, the law has denied to the government the power to impose restrictions on the freedom to take industrial action, even where the emergency has been caused by the industrial action in question.¹²⁵⁾ The strategy has been by voluntary means to negotiate minimum service agreements or provide cover from elsewhere.

There is, however, considerable concern on the part of trade unions about the tight restrictions on the right to strike in British law. The main focus of that concern has been the procedural restraints around the various notices that must be given to the employer before industrial action may lawfully take place. Although already very tight, the Conservative party has announced proposals to make these restraints tighter still, should it win the next general election. The law currently enables a trade union to call industrial action with the support of a majority of those voting in a ballot. There is concern that industrial action may be called with the support of only a minority of those eligible to vote where there is a low turnout. The Conservatives have announced that they will require at least 50% of those eligible to vote to do so.

Trade unions have a right to be concerned about these latest proposals, just as they have a right to be concerned about the existing restraints. One consequence of the existing restraints has been the willingness of British trade unions to engage with the supervisory processes of the ILO. The latter have questioned whether the limited scope of protected action and the total ban on solidarity action are compatible with ILO Convention 87, and the Committee of Experts is currently examining complaints about the complex notice

¹²⁵⁾ Civil Contingencies Act 2004, s 22.

obligations. The challenge for trade unions is how to persuade the government (of whichever party) to convert international legal obligations into domestic law. In a country where the rule of law is placed on the highest pedestal, this has proved to be a curiously difficult task.

Discussion

“Industrial Action and Liability in the United Kingdom”

Jaejin Shim (Sogang University Law School)

1. The Scope of Protected Industrial Action

○ The Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 (TULRCA 1992 hereinafter) defines a trade dispute to be a dispute between workers and their employer. This means that by definition the party partaking in a trade dispute is not limited to only trade unions. However, TULRCA 1992 stipulates that a worker is not protected from being unfairly dismissed for taking part in an industrial action that was not authorised by the union. Then, can an industrial action, in accordance with the aforementioned definition of trade dispute, where a party of such action is not limited to trade unions and that action was not authorised by the union, fall within the scope of protected action and be given immunity from liability in tort?

○ If a dispute occurs mainly over matters stipulated in (a) to (g) of TULRCA 1992, s 244, even though it relates to working conditions that may be resolved by courts or other relevant authorities (such as the reinstatement of a dismissed worker or payment of an unpaid wage), does an industrial action taken to resolve such dispute fall within the scope of statutory protection?

○ As to the subject matter, the Korean courts do not deem unlawful any industrial action pursuing complete objection of redundancy dismissal, merge of business organisations or privatisation of public institutions. The case of *Mercury Communications plc v Scott-Garner* indicates that the English courts also apply similar logic with regard to liberalisation. In this case, however, it seems that the law was made to ensure that “liberalisation” takes place. Apart from such cases of liberalisation or privatisation enforced by law, in the case that a private company plans ① to merge with another business

organisation, or outsource or hand over part of its business, or ② dismiss its workers due to unfavourable management conditions, is a strike demanding complete withdrawal of ① and ② unlawful in terms of its subject matter? Or is there the possibility where ① and ② are treated as separate cases and ② is protected based on its subject matter pursuant to TULRCA 1992. s. 244 (b)?

○ In Korea, an industrial action is to be determined by direct/secret/unsigned ballot by union members. In contrast, voting is to be done via post in the UK. Is there a special reason for making this specific method mandatory over other options?

2. Unlawful Strike and Civil Liability

○ According to the presentation, “It is unlikely that workers will be dismissed, and even less likely that an employer will seek damages against the union.” However, liability in the *Taff Vale* case was assessed at £23,000. How was the amount calculated and on what grounds? Is it possible to hypothetically hold the union officials who led the action liable for the whole amount? Can specified officials, not all the union officials, be held liable for the torts? Is there any legal reasoning by which it is considered an abuse of the right to bring legal proceedings to hold the individuals, who clearly do not have the ability to pay for damages, liable?

○ It was explained in the presentation: “Many countries typically restrict the circumstances in which individual action may be taken during the duration of a collective agreement. Unusually, that is not the case in the United Kingdom, where collective agreements (and their procedures for resolving disputes) are conclusively presumed to be not legally binding.” Assume hypothetically then that there is a clause which states that a written collective agreement is legally binding. What happens when a trade union takes a collective action during the lifetime of the collective agreement? Is this action protected? Are there statutory protections from common law liability?

○ It was also explained that interim injunction plays a big role in limiting collective action. Is there any alternative for restrictions in civil procedural law on the abuse of interim injunction, apart from removing complex restrictions imposed on strike by

TULRCA 1992?

3. Unlawful Strike and Criminal Liability

○ There are provisions, such as TULRCA 1992, s 240, that take punitive measures against certain collective actions. It was however mentioned during the presentation that there is no criminal liability for taking an unlawful collective action and that there could be no conviction or “any prosecution under this provision.” A more detailed explanation of this statement would be appreciated. Is there no liability because there has been no collective action that has endangered human life or caused serious bodily injury, or has there has been such collective action but were the relevant authorities reluctant to apply this provision? If the latter is the case, why? Can it be said that the provision is in effect ‘dead’?

4. Unlawful Strike and Discipline

○ It was said that if an industrial action is not a protected action, the employer is free to dismiss it, but may be subject to unfair dismissal principles if it is found that there have been selective dismissals of the workers who took part in such unprotected action. What is the reason for this exception? In such cases, by which standard is it determined whether the dismissal in question was fair or not? Has this provision the same function as a provision in other countries in which a dismissal on the ground of participating an lawful industrial action is prohibited.

5. Legal Framework Relating to Industrial Action

○ What are the possible solutions to the problems with British law with regard to industrial action? Would it be solved if British judges interpreted domestic law in accordance with the European Convention on Human Rights or ILO Convention? Or do these problems arise due to the fact that the protection of industrial action is fundamentally considered a right to immunity from liability in tort at common law? If the answer is the latter, it is of particular interest to further discuss whether there could be a particular option of legislative reform wherein an industrial action could be guaranteed a positive right to industrial action rather than as a right to immunity from liability in tort

at common law in the UK where the right to strike as a positive right is rejected in principle. I would like to ask you to introduce the discussion on this matter, if any, in the UK.

INDUSTRIAL ACTION AND LIABILITY

— JAPANESE REPORT —

Hiroya Nakakubo (Hitotsubashi University)

Introduction

1. Trends of Collective Labor Disputes in Japan
 2. Constitutional and Statutory Framework of Industrial Actions
 3. Scope of Proper Industrial Actions
 4. Liabilities for Improper Actions
 5. Answers to Japan-specific Questions
- Conclusion

Introduction

In contrast to Korea, the issue of strikes or other industrial action is not attracting much attention in Japan. This is primarily because we see very few industrial actions today. Except for sporadic strikes by airline employees, there is almost no report of strikes or other acts of industrial dispute. Even during the period of annual wage negotiations called *shunto* (spring labor offensive), only a handful of strikes occur, typically at some local bus companies that do not affect many people. In fact, strikes have become so rare in recent years that, according to half-joking news reports, union officials are not sure if they will remember how to call a strike when necessary. Still, under the constitutional guarantee of workers' right to act collectively, it is firmly established that workers and their unions are immune from criminal or civil liability, so long as their collective actions are "proper." And it is quite unlikely that a strike to oppose the employer's plan to, say, close a plant and dismiss the employees will be deemed improper.

In the following pages, I will describe the legal aspects of Japanese industrial actions

after reviewing briefly the historical trend of collective labor disputes. Given the scarcity of recent materials, most of the court decisions and academic arguments mentioned therein will be from the last century.¹⁾

1. Trends of Collective Labor Disputes in Japan

Collective labor disputes have decreased markedly in the past decades in Japan, as shown in Tables 1 and 2 of the Appendix. In 2012, there were only 597 cases of such disputes²⁾ -- the lowest figure since the current method of survey was adopted in 1957. The number of labor disputes accompanying strikes or other industrial action was 79, remaining below 100 for four consecutive years. There were 38 cases of labor disputes accompanying strikes for a half-day or longer, in which 1,233 workers participated in the aggregate. By contrast, those numbers were 208 and 37,528, respectively, in 1995. These numbers look large in the eyes of today, but there were far more strikes in the preceding years.

The Japanese labor movement, which gained legal foundations after the end of World War II, had volatile formative years in the late 1940s and the early 1950s. It was streamlined under *Sohyo*, or the General Council of Trade Unions of Japan, and a couple of other competing organizations by the middle of the 1950s, when the rapid growth of the national economy began and the practice of annual *shunto* negotiations started. Under this post-war framework of labor relations, the number of industrial actions increased throughout the 1960s. The peak was reached in 1974, when the cost of living skyrocketed

¹⁾ For an overview of the Japanese labor law including that of collective actions, see Kazuo Sugeno, *Japanese Employment and Labor Law* (Translated by Leo Kanowitz), Carolina Academic Press, 2002, pp616-666; Tadashi Hanami & Fumito Komiya, *Labour Law in Japan*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 182-196. Those who can read Japanese language will find the following two textbooks helpful. Kazuo Sugeno, *Rodo-ho (10th ed.)*, Kobundo, 2012; Satoshi Nishitani, *Rodokumiai-ho (3d ed.)*, Yuhikaku, 2012. Prof. Sugeno's book is widely regarded as the most authoritative in this field, and its earlier version was translated into English as cited above. Prof. Nishitani is also a highly respected scholar and shows a more understanding view of the workers' position.

²⁾ Ministry of Health, Labor and Welfare, *Survey on Labor Disputes Statistics (Rodo-sogi tokei-chosa)*. Labor disputes are defined in this survey as collective labor disputes either accompanying acts of dispute (strikes, lockouts, etc.) or in which help of the third party such as the Prefectural Labor Relations Commission was sought.

after the first oil crisis. There were 10,462 cases of collective labor disputes in that year, among which 9,581 accompanied industrial action. Strikes lasting a half-day or longer occurred in 5,197 cases, in addition to 6,378 cases of shorter strike. The next year, 1975, was also notable in that the unions of the then Japanese National Railways (JNR) staged an unprecedented nation-wide strike in late November, halting its entire operation for a week. The strike, generally referred to as the "strike for a right to strike" because it was aimed at legal reform to legalize strikes in the public sector, was a bitter failure. This certainly cast a shadow of doubt about the effectiveness of a strike in the minds of labor and management, as well as the general public. However, the number of labor disputes and strikes remained rather high until the middle of the 1980s, although shorter strikes became more prevalent than longer ones in the later years.

The decrease of collective labor disputes in the late 1980s may be explained by a number of factors including the continued decline of unionization rate, but probably the most important being the privatization of the three public corporations in 1985 (telegraph and telephone, tobacco and salt) and 1987 (national railways). The employees of the new, privatized companies were legally eligible to strike, but the majority of them chose to belong to the less militant unions. And the larger picture of Japanese industrial relations itself was transformed substantially under the leadership of moderate private-sector unions, culminating in the formation of a giant umbrella organization called *Rengo*, or the Japanese Trade Union Confederation, in 1989.

Then came the bursting of the bubble economy in the early 1990s and the long slump that followed. Most unions continued to engage in wage negotiations each spring, but it became less frequent for them to resort to industrial action. It is also noteworthy that as for the subject of labor dispute, "wage increase" dropped drastically in number and became even fewer than "objection to dismissal." (Table 3) In any event, collective labor disputes and strikes have become very scarce in these years as described above. This marks a contrast to the increase in individual labor disputes in the same period, which prompted the enactment of new statutes -- the Act on Promoting the Resolution of Individual Labor Disputes of 2001 and the Labor Tribunal Act of 2004 -- to deal with them more effectively.

2. Constitutional and Statutory Framework of Industrial Actions

(1) Historic Development

Japanese labor unions started to be formed in the late 19th century, but they had to live in a hostile legal environment. Especially notorious was the Public Order and Police Law of 1900, which criminally punished even peaceful inducement of a work stoppage in a genuine labor dispute. Workers also could be terminated or otherwise retaliated against by the employer when they joined a labor union or participated in its activities. The conditions somewhat improved in 1925, when the most intrusive provision of the Public Order and Police Law was abolished as the society became more accommodative of labor movements. However, there were other laws and regulations the police could utilize, often with an unduly expansive reading of the relevant legal text, to suppress workers' collective actions. Attempts were made repeatedly in the 1920s to adopt a law on labor unions to legalize their establishment and activities with appropriate restraint, but they ran aground each time, only to disappear completely in the 1930s under the wartime mobilization regime.

It was after the end of World War II, and during the American-led Allied Occupation of Japan (1945-52), that a drastic change was brought about. The (old) Labor Union Act³⁾ was enacted in December 1945, providing criminal and civil protection for legitimate union activities, including strikes, for the first time in history. Then the Labor Relations Adjustment Act of 1946 (hereinafter LRAA) established the procedures for adjustment of collective labor disputes. The Constitution of Japan, which contains a guarantee of workers' right to act collectively, was adopted in the same year and took effect in May 1947. The current Labor Union Act (hereinafter LUA) was newly enacted in 1949. It retained, and slightly strengthened, the protection for union activities under the 1945 Act. Since then, there has been no change to this constitutional and statutory framework for more than 60 years.

³⁾ It was common to cite this act in English as the Trade Union Law of 1945, but the Japanese government decided in 2006 to use Americanized expressions in the translation of Japanese laws. I will follow this rule for the post-WWII statutes, including the Labor Relations Adjustment Act of 1946 and the Labor Union Act of 1949.

(2) Relevant Provisions

[a] Constitution The Constitution of Japan guarantees workers' collective rights as follows.

Article 28. The right of workers to organize and to bargain and act collectively is guaranteed.

This is popularly known as the guarantee of the three basic rights of workers - to organize, to bargain collectively, and to act collectively. It is undisputed that the right to "act collectively" includes the right to strike.

In the process of making the Constitution, the draft prepared by the Japanese side did not contain any of these rights. It is well known today that a branch of the occupational forces wrote the present Article 28 in secret and then handed it, together with other progressive provisions, to the Japanese government.

Most scholars agree that Article 28 has "direct" effects. In contrast to Article 27 (2), which says that standards for wages, hours, rest and other working conditions shall be fixed by law, Article 28 does not have to rely on additional legislation. Of course, in reality, the Labor Union Act does exist to materialize and better implement the workers' rights under Article 28. However, even without such an act, unions and workers could invoke the constitutional provision directly to enjoy the criminal and civil protection for their proper activities.

[b] Labor Union Act The LUA provides three kinds of protection to workers when they engage in industrial action.⁴⁾ They are, respectively, (a) immunity from criminal liability, (b) immunity from civil liability, and (c) protection from unfavorable treatments.

Firstly, immunity from criminal liability means the action in question is not punishable. The participants are therefore free from criminal prosecution and conviction. Article 1,

⁴⁾ I will concentrate on industrial action of the workers' side, but there has been a debate whether the employer has a "right" to engage in industrial action in the form of a lockout. Although the LUA and the Constitution are both silent on this point, the Supreme Court has affirmed the existence of such a right in a very limited situation where the employer has been brought to a dire situation by the union's fierce acts of dispute. Marushima Suimon case, Supreme Court, Judgment of April 25, 1975, *Minshu* 29-4-481.

paragraph 2 of the LUA provides for this protection as follows.

Article 1, paragraph 2. Article 35 of the Penal Code (Act No. 45 of 1907) shall apply to collective bargaining and other acts of labor unions which are proper and have been performed for the attainment of the purposes of the preceding paragraph. Provided, however, that in no case shall exercises of violence be construed as proper acts of labor union.⁵⁾

This is not a very intelligible provision, but Article 35 of the Penal Code declares that an act performed in accordance with laws and regulations or in the pursuit of lawful business is not punishable. According to a common explanation, a doctor who performs an operation on a patient is not subject to criminal liability, even though his/her act looks like a bodily injury, because it is a legitimate business and involves no illegal element. Likewise, strikes and other acts of dispute by workers do not constitute a crime if they are proper and have been performed for the attainment of the purposes the LUA.⁶⁾

Secondly, Article 8 of the LUA relieves the civil liability of unions and its members for proper acts of dispute as follows.

Article 8 An employer may not make a claim for damages against a labor union or a union member for damages received through a strike or other acts of dispute which are proper acts.

Thus, the employer cannot recover damages suffered from a proper strike, either on breach of contract or tortious grounds. On the other hand, the strikers are not paid wages

⁵⁾ There were some changes to the semi-official translation of the Labor Standards Act in 2006, when the government changed the English names of this and other statutes (See note 3). The word "proper" was replaced at that time by "justifiable" in this Article, as well as in Article 8 and 7(1). However, I stick to the former word because it seems to convey more the positive nuance of the original Japanese word (*seito-na*).

⁶⁾ Paragraph 1 of the same article provides that the purposes of the LUA are "to elevate the status of workers by promoting their being on equal standing with their employer in their bargaining with the employer; to defend the exercise by workers of voluntary organization and association in labor unions so that they may carry out collective action, including the designation of representatives of their own choosing to negotiate working conditions; and to promote the practice of collective bargaining, and procedures therefore, for the purpose of concluding collective agreements regulating relations between employers and workers."

for the wasted time, staging a game of endurance between the labor and the management.

Thirdly, workers are protected from termination and other unfavorable treatment by the employer, as is shown in Article 7, item 1 of the LUA.

Article 7 The employer shall not commit the acts listed in any of the following items:

(1) to discharge or otherwise treat in a disadvantageous manner a worker by reason of such worker's being a member of a labor union, having tried to join or organize a labor union, or having performed proper acts of a labor union...

Such a treatment constitutes an "unfair labor practice" of the employer, along with refusal to bargain (item2), domination and interference with the formation and administration of a union (item 3), and retaliation against workers' filing of a charge with, or otherwise cooperating with, the Labor Relations Commission (item 4). .

The critical phrase of " having performed proper acts of a labor union" was added in 1946 to the old Labor Union Act and was carried over to the LUA in 1949. A significant difference between the two Acts is that the Labor Relations Commission can issue a remedial order to the employer under the current Act.⁷⁾ In case of a discharge, the Prefectural Labor Relations Commission typically orders that the worker be reinstated with back pay to the former position. The employer may appeal the order to the Central Labor Relations Commission and/or to the competent district court, which may end up eventually with a decision of the Supreme Court.

This system was modeled after a U.S. statute -- the National Labor Relations Act of 1935 -- but there are considerable differences as well. One such difference is that in Japan the Labor Relations Commission is not the exclusive venue for redress. In addition to, or instead of, the proceedings at the Commission, the worker may sue the employer directly before the district court, claiming that the discharge is illegal and therefore null and void. In this case, the court does not review the order of the Labor Relations Commission but decide *de novo* like any other civil case. If the court finds that the discharge in fact violated Article 7 (1), it usually declares that the employment contract

⁷⁾ Under the old Act the employer was subject to criminal punishment for the violation. The Labor Relations Commission had the authority to investigate and send the case to the prosecutor's office but could not issue an order to the employer.

between the employer and the worker is still alive, and makes the employer pay the wages due after the illegal termination.

(3) Prohibition of Strikes in the Public Sector

In spite of the guarantee of the right to act collectively found in Article 28 of the Constitution, workers in the public sector are prohibited from resorting to acts of dispute. I will not go into details here,⁸⁾ but a short overview would be appropriate because this has been a subject of heated controversy.

At the national level, the National Public Service Act prohibits strikes, slowdowns, and other acts of dispute by national public servants across the board (Article 98, paragraph 2) and there is even a provision to punish the instigator of such acts. While most of the employees of the national government are governed by the National Public Service Act with respect to their labor relations, some of them who belong to "specified independent administrative agencies" are placed under a different statute -- the Act on Labor Relations of Specified Independent Administrative Agency -- which is somehow closer to the LUA of the private sector as regards unions and collective bargaining. However, this Act also flatly prohibits strikes, slowdowns, and other acts of dispute (Article 17, paragraph 1), although it does not criminally punish the instigator.

There is an analogous pattern at the local level. There are two different statutes, that is, the Local Public Service Act and the Local Public Enterprise Labor Relations Act, the latter being much smaller in the number of covered employees and more resembling the LUA in contents. They both prohibit strikes and other acts of dispute, however, and the slight difference is the lack of criminal punishment for the instigator under the latter Act.

At one time, the Supreme Court took a liberal position to construe the scope of such prohibition quite narrowly in deference to Article 28 of the Constitution.⁹⁾ This judicial trend was only short-lived, however. The Court held repeatedly in the following years, reversing itself, that the broad prohibition should be given a literal meaning and it is constitutional as such.¹⁰⁾ Thus, despite repeated criticism from academics, it is firmly

⁸⁾ For a more thorough picture of Japanese public sector labor relations law, see Ryuichi Yamakawa, "Japan's Collective Labor Relations Law in the Public Sector: Constitutional Conflict Between Union Rights and Democracy," 34 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 349 (2013).

⁹⁾ Zentei-Tokyo-chuyu case, Supreme Court, Judgment of October 26, 1966, *Keishu* 20-8-901; Zen-shiho Sendai case, Supreme Court, Judgment of April 2, 1969, *Keishu* 23-5-685.

established in Japanese law that a strike is automatically regarded as illegal and improper in the public sector and the workers are outside of the above-mentioned three kinds of protection.

In the meantime, the public sector, especially at the national level, shrank in size considerably as a result of privatization. The three public corporations were privatized in the 1980s as described earlier at 1, and so was the postal service, which used to be by far the largest national enterprise, in 2007.¹¹⁾ The workers of the newly privatized companies have a full-fledged right to resort to strikes and other acts of dispute under the LUA, even though they rarely exercise this right in reality.

3. Scope of Proper Industrial Actions

(1) General

Industrial actions must be "proper" in order to be protected by the LUA, and the Constitution is understood to be predicated on the same requirement. However, there is no definition of properness in the LUA except the proviso of Article 1, paragraph 2, which says that exercises of violence cannot be proper acts of labor union. The courts usually look into the objective and the manner of the action in question and, relying on *shakai-tsunen* or generally accepted norms of the society, decide whether it was proper or not. Sometimes they also consider the parties to the act or procedural questions involved.

The standard of properness can vary according to different purposes of the LUA, though this happens only in relatively few instances. For example, a collective action may be regarded as not proper with regard to immunity from civil liability even when it is still within the range of properness for the purpose of immunity from criminal liability.

¹⁰⁾ Zen-norin case, Supreme Court, Judgment of April 25, 1973, *Keishu* 27-4-547; Zentei-Nagoya-chuyu case, Supreme Court, Judgment of May 4, 1977, *Keishu* 31-3-182.

¹¹⁾ The workers of the public corporations and national enterprises were covered by the equivalent of the Act on Labor Relations of Specified Independent Administrative Agency before privatization. As of 1984, there were about 740,000 workers at the three public corporations and 310,000 postal workers. For comparison, the number of regular national public servants in 2013 is about 341,000, excluding Self-Defense Forces personnel, judiciary staff, and other special government officials.

(2) Objective of the Action

There is no question that labor unions may call a strike regarding proper issues of bargaining with the employer, such as wages, hours, and other conditions of employment. They include treatments of particular employees. When an employee who belongs to the union is discharged or disciplined, the demand that the measure be rescinded would be a proper objective of a strike. Matters between the employer and the union, such as the renting of office space to the union on the premises, are also included. The employer has a legal duty to bargain, and it is permissible for the union to call a strike, with respect to these matters, too. It does not make a difference if the union's demand is seemingly excessive or unrealistic. It is up to the union to demand what and how, and the law cannot dictate it to act wisely. Sometimes unions call a "protest strike" when, for example, a serious accident has happened at the plant. This is proper, too, because the union is in effect demanding a safer workplace.

A question arises when a union makes demands about the matters of non-members, but the courts put a generous construction on them. In a case under the old Labor Union Act, workers went on strike urging that the plant manager be ousted from the position. Although this seems like an intrusion into the prerogative of management, the Supreme Court agreed with the lower court that the real issue was the wages of union members, and therefore the strike was proper in its objective, because the manager had refused the union's wage demands in an arrogant manner at a prior bargaining session.¹²⁾ In another case in which a strike was called demanding the employer rescind the discharge of two managerial, non-union employees, the Supreme Court, as well as the lower court, upheld the properness of its objective, saying that the demand included the establishment of a better and fairer personnel system.¹³⁾ It was surely a matter of concern for all the workers, and the Court did not think it a problem that this demand was articulated only after the strike had begun. Accordingly, if a union calls a strike urging that the employer withdraw a plan to shut down the plant or to introduce new machinery, it is probable that implicit demands affecting the union members, such as opposition to their dismissal, will be found by the court, which in turn will keep the strike within the scope of properness.

¹²⁾ Ohama Coal Mine case, Supreme Court, Judgment of April 23, 1949, *Keishu* 3-5-592. The employer was convicted for discharging union officials who led the strike.

¹³⁾ Kochi Shimbun case, Supreme Court, Judgment of April 26, 1960, *Minshu* 14-6-1004. Disciplinary discharge of union officials was held to be null and void.

There was, and still is, some controversy whether a political strike is proper. Some academics adopt the affirmative view, contending that political matters inevitably affect the conditions of workers one way or another, but the Supreme Court has consistently refused such a position.¹⁴⁾ In a relatively recent case, it sustained disciplinary suspension of union officials who directed a strike in protest against the government's decision to let a troubled nuclear-powered ship dock at Sasebo Port, holding that Article 28 of the Constitution does not embrace an act of dispute for political purposes that is not directly related to the demands vis-à-vis the employer for the betterment of the workers' economic standing.¹⁵⁾

Likewise, a "sympathy" strike to support another union of an unrelated employer is not regarded as proper because it is beyond the control of the immediate employer. Such a strike is rare in Japan and we can only find a rather old decision of a district court concerning this issue.¹⁶⁾

(3) Manner of the Action

A strike, or concerted stoppage of work, is the most typical act of dispute. Unless marred by collateral illegality such as occupation of the plant or violence at the picket line, a strike is, by any means, proper. The union may call either a total strike by all of the workers, or a limited strike carried out by some of them; either a long strike lasting days or weeks, or a short strike for a couple of hours: either a single strike, or repeated strikes.

However, it is generally accepted that a strike should not endanger human lives or cause irreparable damage to the facilities. The LRAA declares this principle in Article 36, providing that "an act which hampers or causes the stoppage of normal maintenance or operation of safety equipment at factories or other workplaces shall not be resorted to even as an act of dispute." In addition, a statute was adopted in 1953 regarding electric power facilities and coal mines.¹⁷⁾ It forbids acts of dispute that would prevent supply of

¹⁴⁾ For example, see the Zen-norin case, *supra* note 10.

¹⁵⁾ Mitsubishi Heavy Industries case, Supreme Court, Judgment of September 25, 1992, *Rodo-hanrei* 618-14.

¹⁶⁾ Kishima Coal Mine case, Tokyo District Court, Judgment of October 21, 1975, *Rominshu* 26-5-870.

¹⁷⁾ The Act to Regulate Strikes in Electricity Enterprises and Coal Mines, popularly known as "Strike Regulation Act." This statute was adopted, overriding fierce opposition from the labor side, to curb the tactics the unions of these industries deployed in autumn 1952.

electricity to the general public or disrupt essential security measures of the mine, and although there is no special sanction against violators, which is also the case with Article 36 of the LRAA, such acts will not be regarded as proper under the LUA.

On the other hand, even doctors and nurses employed at a hospital have a right to act collectively. The Supreme Court recognized that such a strike is not automatically improper because the patients are not given necessary care and treatment, although it intimated at the same time that the strikers should cooperate with the employer in cases of emergency.¹⁸⁾

A "slowdown", which entails working at a reduced pace or with less intensity than usual, is regarded as a proper means of collective action in Japan. It could be more harmful to the employer than an ordinary strike in that the workers remain at the workplace. However, it is settled that a slowdown is permissible so long as the workers are simply withholding a part of their work. By contrast, it is not proper for them to engage in positively injurious acts, such as intentional production of defective goods.

It is also not a proper act of dispute if the strikers occupy the facility and block access of the employer's side. Immediately after World War II some unions not only occupied the facility but also ran the business on their own, but the Supreme Court denounced this so-called *seisan-kanri* or "production management" tactic as entailing an excessive infringement on the employer's property rights.¹⁹⁾ Similarly, when the workers of a bus company took away and kept the vehicles during the strike so that they may not be driven by replacements, the Supreme Court decided that their action was excessive and unjustifiable and upheld their criminal conviction.²⁰⁾

Another source of impropriety is the workers' conduct at the picket line. Some academics take the position that the use of physical power is inevitable and permissible to a certain degree, depending on the circumstances. However, the Supreme Court held repeatedly that any violence, threat or trespass should not be allowed even at the picket line because the substance of a strike is no more than workers' non-performance of their job duties.²¹⁾ In a relatively recent case where the drivers of a taxi company, at the time

¹⁸⁾ Niigata Mental Hospital case, Supreme Court, Judgment of August 4, 1964, *Minshu* 18-7-1263. The employer discharged the union officials who led the strike, but the Labor Relations Commission issued a remedial order and the Supreme Court sustained it.

¹⁹⁾ Yamada Kogyo case, Supreme Court, Judgment of November 15, 1950, *Keishu* 4-11-2257. The union officials were found guilty of theft.

²⁰⁾ Sanyo Denki-kido case, Supreme Court, Decision of November 15, 1978, *Keishu* 32-8-1855.

of strike, sat down in front of the garage to prevent the vehicles from being operated by replacements, the Court, reiterating the same rationale, held that the drivers' action was not proper and therefore fell outside of the protection of Article 8 of the LUA.²²⁾

(4) Other Factors Affecting Properness

There are some other factors that may affect the properness of industrial actions by labor unions.

Firstly, an act of dispute must be executed by appropriate persons under the control of a labor union. If a fraction of workers start a strike without authorization from the union, it is an improper "wild-cat" strike. Yet, it should be noted that even when there is no labor union, workers may form a temporary "*sogidan*," or dispute group, to deal with the employer over working conditions. Protected by Article 28 of the Constitution, they can resort, as a group, to strikes or other acts of dispute if necessary.

Secondly, an advance notice of a strike is sometimes required by the collective bargaining agreement between the parties. In such a case, the union should comply with the prior notification requirement, or the strike will not be considered to be proper. Even when there is no such agreement, the union's action may be condemned as improper in view of the facts of the case. For example, a district court held that an unannounced slowdown by union workers was grossly unfair and improper.²³⁾ An appellate court came to a similar conclusion in a case where the union started a strike twelve hours earlier than its prior notice, giving the employer only five minutes to react to the change.²⁴⁾

Thirdly, when a collective bargaining agreement is concluded for a fixed period of time, both parties are bound by it for the period and the union should not call a strike demanding mid-term changes to the agreement. Some argue that such a strike would be

²¹⁾ Asahi Simbun case, Supreme Court, Judgment of October 22, 1952, *Minshu* 6-9-857; Haboro Coal Mine case, Supreme Court, Judgment of May 28, 1958, *Keishu* 12-8-1694. In the former case, discharge of union members who physically obstructed the operation of business by non-union workers was upheld. The latter is a criminal case in which union members were found guilty of forcible obstruction of business for a similar conduct.

²²⁾ Mikuni Haiya case, Supreme Court, Judgment of April 10, 1992, *Rodo-hanrei* 619-8. Union members were found to be liable for the employer's claim of damages.

²³⁾ Texas Instruments Japan case, Urawa District Court, Judgment of December 6, 1974, *Rominshu* 25-6-552.

²⁴⁾ East Japan Railway case, Tokyo High Court, Judgment of September 11, 2001, *Rodo-hanrei* 817-57.

totally intolerable and improper because the so-called "peace obligation" under the collective bargaining agreement is critically important. Others disagree, regarding it as a relatively minor infraction of a private agreement. The Supreme Court had an opportunity to address this issue, but did not provide a clear answer.²⁵⁾

Finally, as for "public welfare undertakings" which provide essential services to the general public, such as transportation, telecommunication, electricity or gas supply, or medical services, Article 37, paragraph 1 of the LRAA requires that ten days' notice be given to the Labor Relations Commission and the Minister of Health, Labor and Welfare or the prefectural governor before an act of dispute is commenced. The Supreme Court is yet to decide if a strike becomes improper when the union fails to comply with this requirement, but most scholars are doubtful, saying that this provision is only for the convenience of the society and should not therefore affect the properness of the act.

4. Liabilities for Improper Actions

(1) Criminal Liability

When an act of dispute is not proper, neither Article 1, paragraph 2 of the LUA nor Article 28 of the Constitution provides criminal immunity to the actors. Still, the question remains what exactly constitutes a punishable crime.

It is generally accepted, at least in the private sector, that a strike is not a crime by itself. The Constitution and the LUA recognizes this as an indispensable and legitimate weapon for workers with which to deal effectively with the employer. Admittedly, strikers are intentionally inflicting economical damages on the employer aiming to make it yield to their demands. It would not be totally impossible to argue that strike is a forcible obstruction of business or an illegal extortion when it is not justified as a proper act of dispute, but as far as I know there is nobody who takes this position. The same is true with slowdowns and completely peaceful picketing. Criminal convictions have been upheld

²⁵⁾ Konan Bus case, Supreme Court, Judgment of December 24, 1968, *Minshu* 22-13-3194. Disciplinary discharge of the head of the union was to be found null and void, without sufficient reasoning as to the issue of peace obligation.

only in cases where the strikers engaged in excessive or other offending conduct, such as assault, bodily injury, trespass, or the damaging of property.

In this regard, it would be helpful to touch on the situation of postal workers before the privatization of the postal service. As described earlier at 2 (3), they were covered by the predecessor of the Act on Labor Relations of Specified Independent Administrative Agency, which prohibited strikes and other acts of dispute. In addition, as a unique feature of the postal service, the Postal Act made it a crime for anyone engaging in postal work to abandon or delay the handling of mail. When a postal union called a strike and its leaders were prosecuted for aiding and abetting this crime, the Supreme Court upheld their conviction, holding that the strike was illegal and therefore could not be proper.²⁶⁾ However, it added that rank-and-file workers who participated in the strike as directed by their leaders should not be punished. Although this 1977 decision has been criticized by the labor side as reactionary, the Court did place some restraint on the criminal punishment of strikers.²⁷⁾

As for the government employees who are placed under the National Public Service Act or the Local Public Service Act, strikes are still illegal and, as explained before at 2 (3), instigators are subject to criminal punishment. However, there is no provision to punish ordinary members who simply participated in the walkout. On the other hand, the instigators cannot escape criminal liability. The Supreme Court once limited this to the acts of aggravated instigation in especially offensive strikes, leaving the union officials who planned and directed an ordinary strike in a normal manner unpunishable.²⁸⁾ However, the Court subsequent changed its attitude and has since upheld the conviction of union officials in a number of cases.²⁹⁾

(2) Civil Liability

²⁶⁾ Zentei-Nagoya-chuyu case, *supra* note 10.

²⁷⁾ The same provision remains in the Postal Act after the privatization, but a postal strike can be a proper act of dispute under the LUA today. Even when it cannot be regarded as proper because, for example, its objective is a political one, I doubt that ordinary participants of the strike will be punished for violating the provision.

²⁸⁾ Zen-shiho Sendai case, *supra* note 9; Tokyo-to-kyoso case, Supreme Court, Judgment of April 2, 1969, *Keishu* 23-5-305.

²⁹⁾ Zen-norin case, *supra* note 10; Iwate-ken-kyoso case, Supreme Court, Judgment of May 21, 1976, *Keishu* 30-5-1178; Nikkyoso case, Supreme Court, Judgment of December 18, 1989, *Keishu* 43-13-882; etc.

When workers go on strike or slowdown, they are abandoning their duties, either totally or partially, under the employment contract. This is a violation of the contract, and they must assume civil liability for the damage inflicted on the employer by their respective violation if the strike or the slowdown is not a proper act of dispute. And the union officials who directed the act to the rank-and-file members are concurrently responsible for the total damage of the employer as an abettor of such inexcusable violations, pursuant to a tort provision of Article 719, paragraph 2 of the Civil Code.

On the other hand, when workers engage in violent picketing, occupation of the workplace, or destruction of facilities, the source of liability is such excessive acts accompanying the strike. The perpetrators are liable for tort damages resulting from the act under Article 709 of the Civil Code, and the union officials who directed the act are concurrently responsible as an abettor under Article 719, paragraph 2 of the Civil Code if they are not perpetrators themselves.

In addition, in either case, the labor union itself assumes vicarious liability under the relevant provisions of the Civil Code and a related law, depending on the judicial status of the union and the nature of the act. Some academics argue that only the union, and not the individual union members nor officials, should be responsible for the damage, emphasizing that an act of dispute is a unified, collective action. Others disagree that the liability of those individuals should simply disappear because the union is also liable. Still, they try to relieve the plight of workers and union officials somehow by adding that the employer cannot claim against them until it has claimed unsuccessfully against the union, so long as the act in question had been authorized the union. However, the courts have held, although we can find only a handful of lower court decisions, that the individual members and officials are jointly and severally liable, together with their union, for the entire amount of damages.³⁰⁾ The employer is therefore free to claim against the individual members or officials first, if it so desires.

It is difficult to tell how the damages are calculated because there have been so few cases. Moreover, I am not sure how correct each of these decisions was, or if the employer could have recovered more losses by including them in the calculation. However, just to give readers some perspective on this question, four examples will be shown

³⁰⁾ Misuzu Tofu case, Nagano District Court, Judgment of March 28, 1967, *Rominshu* 18-2-237; Shosen case, Tokyo District Court, Judgment of May 6, 1992, *Rodo-hanrei* 625-44; Shirai Transport case, Tokyo District Court, Judgment of December 26, 2006, *Rodo-hanrei* 934-5; etc.

below.

Firstly, in a case where a seven-day strike at a chemical factory was held to be improper because the union did not observe its obligation under the collective bargaining agreement to bargain peacefully before resorting to an act of dispute, the union was held liable for the employer's monetary loss from (a) reduced production resulting from the strike, (b) wasted constant costs during the period, (c) partially-processed products ruined by the start of the strike, (d) additional expenses incurred to restart the facilities after the strike, and (e) special personnel costs to prepare for the strike.³¹⁾

Secondly, in a case of a five-day strike at a food-manufacturing factory, the union's tactic to blockade the facility and deny the employer's access was held to be improper. Because the employer could not handle the perishable materials stored in the refrigerator, some were totally ruined and the others had to be used for lower-priced products. The union and its officials were ordered to pay for (a) the value of the ruined materials, and (b) the reduced profits from the production of the lower-priced products.³²⁾

Thirdly, in a case of a taxi company, members of the drivers' union sat down in front of the garage and made it impossible for the employer to operate the six cars kept inside during the two-day strike. This tactic was held to be improper, and the union members were ordered to pay for the employer's loss, that is, (a) average operating profit minus average operating cost (fuel, oil, depreciation of vehicles, and personnel) for the two days, and (b) attorney's fees.³³⁾

Fourthly, in a case of an unusually long strike at a company operating two bookstores, the union that organized a minority of workers were on strike for almost two years. The company sued the union as well as the individual workers for the

³¹⁾ Denki-kagaku Industry case, Niigata District Court, Judgment of September 30, 1949, *Rohanshu* 5-26. The total amount of the damages was 2 million yen, which was as far as the employer demanded. The employer could have been awarded more than 7 million yen, according to the court. One could question if the union's failure in this case was reasonably related to all of these losses.

³²⁾ Misuzu Tofu case, *supra* note 30. The total amount of the damages was about 1.1 million yen.

³³⁾ Mikuni Haiya case, Takamatsu District Court, Judgment of May 5, 1986, *Rodo-hanrei* 537-67. The total amount of the damages was about 230,000 yen. This case eventually went to the Supreme Court. See *supra* note 22.

damages for the first three months, during which the strikers and the supporters scared away the customers, sometimes with physical force, and the sales dropped almost to zero. Because such an act was improper, the company was awarded damages for the lost profit, that is, (a) average sales for the three months multiplied by the average rate of profit, minus (b) the amount of saved wages of the strikers during the period.³⁴⁾

As for the civil liability of the union and the workers in relation to the third party, such as a customer of the employer, they are exempted from liability, just as they are not liable towards the employer, so long as their act of dispute is proper.³⁵⁾ The wording of Article 8 of the LUA does not specify this, but it is generally accepted that a different conclusion would be contrary to the purpose of the LUA and the Constitution. When an act of dispute is not proper, this immunity does not apply. However, the workers and the union have no contractual relationship with the customers of the employer. Accordingly, so far as contractual liabilities are concerned, the employer should assume the liability, if any, towards the customers for the loss incurred by an improper strike, for example, and then demand the union and/or the workers to compensate. On the other hand, if the third party suffers directly from the act of the workers such violence at the picket line, the workers, and possibly their union, are naturally responsible for the tort damages.

(3) Discharge and Disciplinary Measures

Willful abandonment of duties by the worker who engages in a strike or slowdown can constitute a cause for a discharge or other disciplinary action as well, if it is not legitimized as a proper act of dispute. So can the worker's violence, trespass, and other offending actions accompanying a strike. In fact, most employers prefer taking disciplinary measures to suing the union and/or the workers for damages, which is costly and unrewarding. The employer must abide by the provisions of its work rules regarding discharges and disciplinary actions, but otherwise Article 7, item 1 of the LUA does not prohibit the employer from discharging or disciplining a worker who performed an improper act of dispute.

³⁴⁾ Shosen case, *supra* note 30. The total amount of the damages was about 97.7 million yen.

³⁵⁾ OS Movie Theater case, Osaka District Court, Decision of June 24, 1948, *Rosaishu* 1-80.

Here again, some academics take a position that individual workers should not be held responsible because the union is the one to blame. There is also a different type of argument against disciplinary actions, which says that provisions of work rules are for the sake of discipline and order of the enterprise and therefore only meant for ordinary times, that is, not applicable to the worker's action at the time of a labor dispute. However, the courts have found no difficulty holding that the individual workers may be discharged or disciplined for their own infractions even during a strike organized by the union.

It is common that the union officials are disciplined more severely than rank-and-file members, including cases where only the officials are disciplined at all. Some criticize such a practice, asserting that union officials could not be punished heavier than other members of the union simply because of their positions. However, there is a countervailing argument that the union officials are not being punished for their positions but for the actual roles they played -- such as planning the strategy and tactics, or directing the members on site -- in an improper act of dispute. Most courts take the latter view, upholding such disciplinary actions against union officials so long as the measures are suitable for their respective actual conduct.

Of course, even without the protection of Article 7, item 1 of the LUA, discharge and disciplinary actions are subject to generally applicable rules. Thus, a disciplinary discharge may be held to be null and void when it is disproportionately severe for the conduct in question. And the employer should comply with requirement of due process before disciplining the workers. Furthermore, if the employer is actually motivated by its underlying hostility towards the union and uses the improper act of dispute as a pretext, the disciplinary action may well be a violation of Article 7, item 1 of the LUA.

5. Answers to Japan-specific Questions

- (1) Was there the abolishment of the offense of the obstruction of businesses in 1946? If so, what was the background behind it?

As mentioned above at 2 (1), the Public Order and Police Law of 1900 was the most notorious piece of legislation in pre-war Japan aimed at curbing the workers' collective activities. It was amended in 1925 and a provision punishing even peaceful inducement of

an ordinary strike was abolished. However, the other provisions regulating meetings and street demonstrations remained for the police to apply rather conveniently. At the same time, a new statute called the Law concerning Punishment of Physical Violence and Others was enacted, which prohibited violence, threat, destruction, forcible demand of meeting, etc. In addition, the Public Security Preservation Law of 1925 prohibited socialism, communism, or other anti-governmental activities, suppressing many politically active workers and unions. And there was the offense of forcible obstruction of business in Article 234 of the Penal Code, which was utilized, along with even more laws and ordinances, to restrict labor movements.

After World War II, the ultimate goal of the Allied Powers was to democratize Japanese society, and it was thought crucial for this purpose to liberalize and promote labor unions. In October 1945, less than two months after the end of the war, a memorandum was issued by the occupational forces, which suspended all the laws and regulations restricting political, civil, and religious liberty of Japanese people. Then, the Public Security Preservation Law and the Public Order and Police Law were both abolished by the end of November, and the Labor Union Act was adopted in December 1945.

As for the offense of forcible obstruction of business, it still remains in Article 234 of the Penal Code. So does the Law concerning Punishment of Physical Violence and Others. When a strike is accompanied by violence or other forcible factor and therefore improper, these criminal provisions are applicable. However, the attitude of the police should be modest in view of the constitutional guarantee of the workers' collective rights.

(2) Is there any difference between liability of a trade union and that of individuals in relation to burden of proof?

Probably no. As described above at 4 (2), the courts do not seem to care about the difference between the liability of individuals and that of a union. Once a strike is found to be improper, they are jointly and severally responsible for the entire loss of the employer. The same applies in the case of violence at the picket line, so long as it is an incidental result of the union's act of dispute. However, if the violence is totally personal in nature and has nothing to do with the union, the union may be relieved of liability. In this sense, union's vicarious liability has more factors to be proved or disproved, but I am

not sure if this is an issue of "burden of proof."

- (3) Please let us know the case of the privatization of JR with regard to the scope of legitimate industrial action and civil liability.

As explained above at 2 (3), the workers of the former Japanese National Railways (JNR) were covered by the predecessor of the Act on Labor Relations of Specified Independent Administrative Agency, which prohibited strikes and other acts of dispute. They frequently resorted to such acts in reality, however, and the participants and the union officials were discharged or disciplined as a result. There was an argument for relativity, saying that some of their strikes can be proper despite their illegality in a formalistic sense, but the Supreme Court eventually rejected this argument.³⁶⁾

After privatization, six regional railway companies and a nation-wide freight company were established. So far as labor relations are concerned, they are all ordinary employers. The unions are as free to call a strike as any other union in the private sector. Because railways are included among "public welfare undertakings" under the LRAA, the union must give ten days' notice before starting an act of dispute, as explained above at 3 (4). However, this is not a heavy burden and probably will not affect the properness of the action in any event. Thus, the difference is huge with regard to the scope of legitimate industrial action between before and after privatization.

As a matter of fact, even before privatization, the employer did not seem to regard it as a particularly good idea to sue the union or the workers for damages for illegal strikes. However, in response to the audacious "strike for a right to strike" of 1975, the JNR, under considerable pressure from conservative politicians, filed an action for damages against the two unions which initiated the strike. It demanded an astronomical amount of 20.2 billion yen, reflecting the huge blow it afflicted on the JNR as well as the entire nation. As this case proceeded very slowly before the district court, privatization became a predominant issue at the JNR in the 1980s. The Nihon National Railway Motive Power Union (*doro*), the smaller of the two defendant unions, decided to cooperate with the employer for the privatization plan, and the JNR withdrew the claim against it in 1986, acknowledging their changed attitude. The other, the National Railway Workers' Union (*kokuro*) maintained their opposition to the privatization plan. It was by far the largest

³⁶⁾ See Zentei-Nagoya-chuyu case, *supra* note 10.

union at the JNR, but lost most of its members, for one reason or another, during the process of privatization. The litigation dragged on well after the privatization, but the successor of the JNR's assets and the union settled the case in December 1994. The union agreed in this settlement to return a building near Tokyo Station that it had rented from the employer for a long time. Thus, the action for civil damages did not produce a final decision of the court, but it did play a role in the tangled labor relations at the JNR and its successors.

(4) Is it legal to occupy some part of premise during a strike?

No, according to today's prevalent theory. It may be regarded as legal for the workers to stay on the premises during a strike for various purposes, on the condition that they will not hinder the access and activities of the employer's side, but "occupy" seems to imply otherwise. In a relatively recent case, in which the workers occupied a concrete mixer for six hours, denying the employer's access to the vehicle, and because it could not be moved a nearby facility remained idle for the entire period, a high court decided that it was not a proper act of dispute.³⁷⁾ Some academics are more willing than others to allow the workers' incidental presence on the employer's premise during a strike. However, it is not disputed that they cannot occupy the facility and exclude the employer's access completely.

Conclusion

I do not think we should complain that there are too few strikes in Japan. A strike is a form economic warfare that inevitably disrupts the lives of many people. However, if the society becomes too accustomed to a scarcity of strikes, people may forget that it is a legitimate weapon for workers. People may become upset and react irrationally when they come across a strike. And perhaps judges may do so, too. When a union started a strike at a hospital in Mie Prefecture in August 2012, the employer's side asked the district court for an injunction to suspend the strike and it was granted summarily without hearing

³⁷⁾ Okaso case, Tokyo High Court, Judgment of November 8, 2001, *Rodo-hanrei* 815-14.

from the union. The issue at the prior bargaining sessions was a disagreement on working conditions and related matters. Because a hospital is a public welfare undertaking, the union had given a proper notice to the prefectural governor and others. It also took care not to endanger the lives and safety of the patients during the strike, although it refused the employer's specific request to secure certain persons.

The union later sued the chairman of the medical corporation that ran the hospital for damages, claiming that his petition for the injunction was a tortious infringement on the workers' right to strike. The same district court, presided by a different judge, accepted this rationale and ordered the employer to pay 1.65 million yen to the union as damage s.³⁸⁾ There remains a question if the employer was solely responsible for the misguided injunction. However, it will certainly take our efforts to keep the workers' collective rights viable in the real world.

³⁸⁾ Suzuka Sakura Hospital case, Judgment of February 28, 2014, (*to be reported*).

Discussion

“Industrial Action and Liability: Japanese Report”

Seong Tae KANG (School of Law, Hanyang University)

Thank you for your insightful presentation, Professor Hiroya Nakakubo. You have provided a systematic summary of the legal framework and examples regarding industrial action in Japan, especially with your answers to Japan-specific questions. Above all else, I would like to thank you for taking this time with us. Many of the questions I had have already been answered by your presentation, and so I am going to ask you for further explanation on the issues that are controversial in Korea.

1. Preliminary Questions

The Constitution of Japan guarantees the right to organise, bargain and act collectively as a basic right of workers only. This is the same in Korea. Across the world, however, there are few countries where such rights are specifically limited only to workers. As a result, many working people, who include economically dependent self-employed, are excluded from the protection of trade unions. If there are any discussions in Japan concerning this matter, please introduce them to us.

Next, you mentioned that you stick to the word “proper” instead of “justifiable” to convey the more true nuanced definition of the Japanese word (seito-na ‘正当な’). Is the aspect or scope of these two words different? Could you give me an example or two to make it easier to understand the difference between “justifiable” and “proper”?

2. Questions on Industrial Action and Liability

My first question is on industrial action that is proper in terms of its purpose.

In the introduction, you commented, “It is quite unlikely that a strike to oppose the employer's plan to, say, close a plant and dismiss the employees will be deemed improper.” In (2) Objective of the Action under “3. Scope of Proper Industrial Actions,”

you introduced some of the cases and said, “If a union calls a strike urging the employer to withdraw a plan to shut down the plant or to introduce new machinery, it is probable that implicit demands affecting the union members, such as opposition to their dismissal, will be found proper by the court, which in turn will keep the strike within the scope of properness.”

In Korea, one of the hotly debated topics is the “properness” of the objective of an industrial action against redundancy dismissal or restructuring. Could you elaborate more on similar cases and discussions in Japan?

As to the properness of a political strike, you talked about a Supreme Court ruling, where the political strike in question was purely political in nature. Could you elaborate more on how the Japanese courts and academia view the economic-political strike that purports to make demands for or resist the national labour or social policies relating to the economic and social status of workers?

I also want to know if there was any strike against privatisation of the three public corporations, including Japanese National Railways (JNR). If there was any strike, please explain what happened and what the Japanese courts and scholars think of the properness of such strike.

My next question is about industrial action and civil liability.

You mentioned that there are “only a handful of lower court decisions” concerning the matter but that they ruled “that the individual members and officials are jointly and individually liable, together with their union, for the total value of the damages. The employer is therefore free to claim against the individual members or officials first, if it so desires.” I wonder what the academia thinks of this and how you personally feel about this.

You also introduced to us four examples of how damages are calculated. Could these serve as a uniform standard for damage calculation or for a certain consistency in the cases?

3. Supplementary Questions to “Answers to Japan-specific Questions”

First of all, please share an example where the offence of business obstruction has been applied to a strike or other industrial action.

Second, there are many voices in Korea that argue that the burden of civil liability due to a strike should be less for union officials and individual members than it is for the union as a whole. Like the Japanese courts, the Korean courts hold the union officials who led an unlawful strike jointly and individually liable with the union for the total value of the damages but they overrule the claims for damages against members whose involvement were limited to mere participation (for instance, the Supreme Court of Korea ruling 2005Da30610 dated 22 September 2006). Please share with us if there has been any such similar case in Japan.

The third question concerns occupation of the work premises. Is it proper for workers to remain on the company premises during a strike and what are the conditions or methods that justify their stay? If you can share your thoughts on that, it would be greatly appreciated.

I would like to thank you again for your insightful presentation and I hope to hear you speak on the issue again in the future.

Industrial Action and Liability in Korea

Kyung Bae Cho (Department of Law, Soonchunhyang University)

- I. The Constitutional and Legislative Structure with Regard to the Guarantee of the Right to Strike
- II. Scope of Lawful Industrial Action
- III. Criminal Liability
- IV. Civil Liability
- V. Disciplinary Liability
- VI. In Place of a Conclusion

I. The Constitutional and Legislative Structure with Regard to the Guarantee of the Right to Strike

The Constitution of the Republic of Korea guarantees workers the right to collective action pursuant to Article 33.1: "To enhance working conditions, workers shall have the right to independent association, collective bargaining, and collective action." While the term "collective action" used here can be defined as organised activities or collective bargaining in a narrow sense, it is understood in a wider context to also embrace collective actions taken by workers, including strikes. During labour disputes, trade unions employ various tactics, aside from strikes, such as slowdown, picketing or workplace occupation. Accordingly, the Trade Union and Labour Relations Adjustment Act (the "Union Act" hereinafter) defines the term "labour dispute" very broadly to include various types of actions taken by the parties in the labour relations that hinder a normal operation. Article 3 of the Union Act also provides that "employers shall not claim compensation from the union or workers for any loss suffered from collective bargaining or labour disputes carried out pursuant to this Act," and Article 4 specifies that "the provisions of Article 20 (Justifiable Act) of the Criminal Act shall apply to the justifiable act of

collective bargaining, strike and others taken by the trade union to accomplish the objective stipulated in Article 1," prohibiting the state and employers from subjecting the participants in the industrial action to civil and criminal liabilities. As to the legislative purpose of these provisions, it is not that they have not created new legal effects; they are instead understood widely as the provisions that confirm the exercise of the right to strike guaranteed by the Constitution.

As such, the preferred terms of use in Korea are "collective action" or "industrial action," which are broader than "strike" in concept, and are guaranteed by the Constitution. Moreover, the immunity clauses in the Union Act recognise industrial action as an extensive right of the workers. In reality, however, such is not the case. An intensely negative view prevails with regard to the functions and roles of industrial action - a form of collective communication and expression of opinion - and, as such, industrial action is rendered powerless and vulnerable by the government's abuse of its punitive power as well as by the employers' claim for damages and retaliatory dismissal. Due to labour-related laws that broadly limit and prohibit labour disputes as well as the court's arbitrary interpretation of these laws based on the former and indiscriminate execution of the law by the criminal justice system (i.e., prosecutors office, police), the scope of lawful industrial actions is extremely limited. Consequently, even peaceful strikes may lead to liability for damages, which are applicable to unlawful actions, as well as to punitive measures pursuant to labour-related provisions and criminal liability for interfering with business.

The situation regarding labour disputes and liability is best embodied by the two Supreme Court rulings given only a week apart from each other, on March 17 and March 24, 2011. When Korean Railway Workers' Union held a four-day peaceful strike in 2006, the Court sentenced the union representatives to a fine for interfering with business pursuant to the Criminal Act, and also demanded the union compensate for the revenue loss of 7 billion KRW incurred by the interruption to business operations. These decisions show how far the Constitution, which guarantees the right to strike, is from the reality and how even the most peaceful strike can be suppressed by labour-related laws and arbitrary interpretations of the court. The reasoning cited by the Court for ruling the peaceful railway strike unlawful is quite simple: that the strike was carried out during a period of "arbitration by authority," which was forbidden in accordance with the former Union Act (later repealed on December 30, 2006).¹⁾ This system of arbitration by authority was later abolished after being fiercely criticized by various organisations both at home

and abroad, including the International Labor Organization's (ILO) Committee of Freedom of Association which argued that the system infringed on workers' right to strike. The existing system was then replaced by a new minimum essential services system. Before going into details, what can be said about this newly introduced system is that its scope and depth of guaranteed rights are significantly different from those of the essential services (the ILO also limits the right to strike in these sectors). Nonetheless, the Constitutional Court of Korea and the Supreme Court did not change their ruling or views that the arbitration by authority system is constitutional. Their ignorance of the international labour standards is evident from the fact that they maintained that the liability still retained legal standing, even after arbitration by authority was abolished, as the strike had taken place before the revision of the law and as they understood the concept of the minimum essential services system to be the same as that of the ILO's essential services. Since then, there have been some positive changes to the labour laws and some of the laws that previously breached basic labour rights were repealed, such as those that prohibited third party intervention in labour relations, political activities by the union, or multiple trade unions. What is more important however is that, as seen in the aforementioned rulings, the law maintains that workers are subject to civil and criminal liabilities simply for their decision to not provide their labour, even during the most peaceful strikes that do not bring harm to others or cause active interference.

II. Scope of Lawful Industrial Action

1. Court Restrictions on Industrial Action

(1) Industrial Action: Negative Awareness and Legal Reasoning

While the direct basis for exacting liabilities on industrial action overwhelmingly originates from numerous labour-related laws that will be covered in the following pages (refer to the table on punitive measures in respect to disputes in the last pages), the legal reasoning of the courts in their interpretation and application of these laws also played a

¹⁾ Under this act, a central labour committee could decide to take a case to arbitration by authority when a dispute occurred in the essential public services sector. In such cases, industrial action was prohibited for the duration of 15 days. If breached, punitive measures were applied.

significant role in restricting the right to strike. There is a strong tendency for the courts to understand fundamental labour rights (right to organise, right to collective bargaining, and right to collective action including industrial action) guaranteed by the Constitution to be only secondary or instrumental to the survival of the workers. The proactive pursuit of civil liberty, a vital part of fundamental labour rights, is almost always denied. Because of this, the significance of fundamental labour rights - where workers take the lead and work in solidarity to proactively pursue their rights to life - is belittled and workers are only viewed as those who are on the receiving end of government benefits. Such bias manifests itself in the form of blatant disregard for international labour laws and in the form of thoughtless support for the restriction/prohibition of fundamental labour rights. Such inclination has also led to the narrow understanding of labour rights, that they can only be exercised when "granted" or "allowed" by the government. In addition, the legal structure, centered on collective bargaining, perceives the rights to organise and to collective action to be merely supplementary to the right to collective bargaining, fanning the distortion even further. In the end, the lawful scope of collective bargaining is narrowly restricted to simply reaching a "decision on working conditions" between the participants of the labour relations. The objective of the industrial action and those who own the right to organise are limited to this understanding, heavily diminishing all sectors of the fundamental labour rights.

The overwhelmingly negative perception of the right to strike has proven critical in the determination of the legality of industrial action. Under current labour laws, there are extensive restrictions and prohibitions on exercising labour rights and the violator is deemed liable pursuant to the Criminal Act. As a result of this logic, the rulings on civil and criminal immunity - the legality of organised activities - are decided passive. Subsequently, most organised activities, including industrial action, cannot but be viewed unlawful and condemned by liability, punitive measures and disciplinary actions. Contrary to the original intention of the Constitution and the Union Act, labour rights have lost their effect and significance that other basic rights enjoy.

(2) Reduced Scope of Lawful Industrial Action Based on Justification for Industrial Action

Although the right to strike is guaranteed by the Constitution, it is severely confined in its scope and only very specific situations are protected by the law due to the narrow

interpretation of what is lawful. While there a number of regulations in the Union Act (which, if violated, have provisions for punishment to be imposed separately), the charge that is most commonly brought against industrial action is "Interference with Business" of the Criminal Act (Article 314.1).²⁾ However peaceful a strike is, it may be deemed unlawful as it has the elements of that which constitute as interfering with business, unless it meets the special conditions that comprise "justifiability."³⁾ In the 1990 Seoul Metro Corporation case where the general doctrines defining lawful industrial action were proposed for the first time, the Supreme Court ruled as follows:

The exercise of the right to strike, which is one of the workers' rights to collective action, is not punished only when it is proven justifiable and its illegality is denied under the Criminal Act and Article 2 of the former Union Act. Industrial action is justified when, first, it is performed by the legitimate party in the collective bargaining; second, it is for the independent bargaining of the labour and management; third, it is held after rejection of an employer of collective bargaining attempts on the specific demand from the workers on the improvement of working conditions or refusal of an employer refusal of such demand at the time of collective bargaining, provided that it is in principle reported in advance unless there is a special circumstance (Article 16 of the former Union Act); fourth, it is reasonable to stop providing part or all of the labour as a way to exercise the right to strike, to be fair in good faith with respect to labour relations, and to be in accordance with the employer's ownership of the company facilities as well as of other property, but the use of violence is not acceptable as it is in violation of the basic principles of law and order, which uphold personal liberty and safety (Article 13 of the former Union Act).⁴⁾

While the decision has been revised due to changes to the relevant laws, the basic framework remains. In other words, industrial action that can be protected by the law is strictly confined to those that meet the four criteria: entity, purpose, procedure and means. Therefore, ① only "the legitimate party in the collective bargaining" may, ② for the narrow purpose of "the improvement of the working conditions", ③ initiate industrial action when the employer has "[rejected] collective bargaining on the specific demand of the workers on the improvement of the working conditions" and must follow "the

²⁾ Forced entry, refusal to leave, defamation and other charges are also applied pursuant to the Criminal Act.

³⁾ The Constitution Court of Korea decision: 1998.7.16, 97HeonBa23.

⁴⁾ The Supreme Court of Korea ruling: 1990.5.15, 90Do357.

procedures set forth by the labour-related provisions," such as those regarding ballots held by the union members. ④ Only when the means and methods are in accordance with the employer's property rights, can industrial action be protected. However, it is not explained as to why the scope of immunity from criminal prosecution is so narrowly limited, save for the highly rhetorical comment on the significance of the industrial action. The courts' interpretation is then linked with innumerable legal restrictions and prohibitions, turning the ruling into nothing more than a full injunction against the freedom to organise and participate in industrial action. If even one of the aforementioned requirements is not met, those who have organised or participated in the industrial action, even without the use of violence or destruction of any kind, are put at risk of being prosecuted for interfering with business. Such restrictions on industrial action have been highlighted by the UN Committee on Economic, Social, and Cultural Rights as being in explicit violation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) and the ILO's Committee of Freedom of Association have advised the court to revise their views for compliance on numerous occasions.

Civil liability, in contrast, is more widely accepted than criminal liability. The courts have applied restrictions to some degree on the concept of threat of force - one of the elements of interfering with business - but no restriction of such kind has been placed on the interpretation with regard to civil liability. In fact, the courts seem to recognise the illegality of industrial action - one of the most important factors in determining whether an industrial action is unlawful or not - without much difficulty (relevant details will be discussed in the section on civil liability in the following pages).

(3) Examples of Court Restriction on Industrial Action

1) Restriction on Purpose

a. Punitive Measures on Strikes for Job Security (against Redundancy Dismissal, etc.)

The courts consistently uphold the belief that industrial action against corporate restructuring (redundancy dismissal, integration, closing, etc.), change or disposal of business or sales (merger, transfer), privatisation of public institutions, or management decisions that directly affect employment and working conditions is unlawful in its purpose and that it constitutes as interfering with business. Because such decisions are deemed to be "high-level management decisions" or part of the "management rights," they cannot be

discussed in collective bargaining; unless there is a special circumstance (i.e., a decision is made with an ulterior motive without any business urgency or reasonable cause), industrial action and its intention cannot be deemed justifiable, even if the decision leads to inevitable changes to the status or working conditions of workers.⁵⁾

The term "management rights" is ambiguous in its meaning and its concept is non-existent in the legal terms. However, the Supreme Court has recognised it and placed it under the protection of the Constitution, proposing that it may be the grounds on which fundamental labour rights can be restricted.⁶⁾ In any case, it is internationally accepted that even if the issues are not about the working conditions but could be directly influential or, in a broader sense, relate to the direct benefit as well as the economic and social status of workers, they may be seen as a cause for strike. In consideration of such, court rulings that cite management rights as the reason for denying the exercise of the right to strike harbours a number of problems. Nowadays, restructuring and relevant issues are among the primary causes for labour conflict in most countries around the world, but there is rarely any country that arrests or detains union members just because they have staged a strike against restructuring, as South Korea does.

b. Punitive Measures on Economic-Political Strike

In most countries, the legal debate on political strike is centered on whether there is civil liability. However, Korea is markedly different in that a strike itself is punishable. The Korean courts recognise an industrial action to be justifiable only when its purpose is "collective bargaining" between the management and the labour, and thus any strike, whether purely political or economic, can be punished. The government has often stated that it views those strikes held in protest against economic or social policies that substantially affect the lives of workers to be illegal and will therefore respond sternly. However, this perspective is unduly restrictive of the role and function of the right to strike as well as of its purport as a key aspect of basic labour rights. The ILO and most countries maintain that out of all political strikes, economic-political strikes are especially lawful. It is widely accepted by the international community that improving working conditions as well as the economic and social status of workers are legitimate causes for

⁵⁾ The Supreme Court of Korea ruling: 2003.12.26. 2001Do3380.

⁶⁾ The Supreme Court of Korea ruling: 2003.11.13, 2003Do687. In this ruling, the Supreme Court asserted its excessively nationalist claims on corporate competitiveness and national economy.

strike. Because the policies on prices, tax and social security or enactment/revision of labour-related provisions directly affect how people work, economic-political strikes held to make relevant protests or demands are also deemed legal. In Korea, however, a strike with such purpose is unlikely to be deemed justified. In fact, it may be punishable by the Union Act or for interfering with business because the strike is not held against an individual who is in the direct employment relationship, and therefore the individual in principle cannot be involved in the procedure for collective bargaining or mediation as required by the law.

2) Restriction on the parties: the Casual Worker

a. Special Employment Status Not Classified as Worker and Prohibited from Industrial Action

In contrast to the domain of law where working conditions are protected and the employer who violates such laws is punished, there is no defined basis in which the parties that can engage in an industrial action within the framework of the employment relationship is limited to employees in a strict sense. This is because collective rights, including the right to collective action, are considered to be part of the civil liberties by law.⁷⁾ In Korea, however, there are those who are prohibited from engaging in industrial action or exercising their right to organise, just because they do not satisfy the requirements of being a worker as defined by the Union Act. These people fall into the category of Special Employment Status (or Special Work Type), and they include insurance sales agents, golf player assistants, visiting franchise tutors, RMC truck drivers, independent freight transportation contractors and many others across extensive fields. Those who are in these fields are distinctly different from sole traders who take their own business risks and choose their clients as they like. Unfortunately, many people have been shifted from full-time employment status to special employment status so as to purposely evade the duties prescribed by the labour law. The ambiguous standards defined under

⁷⁾ The ILO is also of the position that whether a person is classed as worker in an employment relationship or not shall not determine the scope by which the freedom of association is guaranteed. Therefore, those who are not in an employment relationship, such as self-employed workers in general or those who practise liberal professions, can enjoy the right to organise and the right of freedom of association as those who are in such a relationship do (ILO, Freedom of Association: Digest of Decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fourth(revised) edition, 1996, para. 235).

these laws make it difficult to determine whether an employment relationship exists, thereby robbing these workers of their basic labour rights.

Most of the people in this Special Employment Status category are deemed to be sole traders by administrative bodies and courts which have very strict definitions of workers and claim that these traders cannot engage in industrial action. There is no law that protects these traders, even if they want to join a trade union or organise to protect their occupational interests, and they are often faced with the threat of contract termination by their contractual parties. The contractual parties neglect or refuse to respond to requests by these people for collective bargaining; if and when these workers act as a group, they can be and are punished for interfering with business, just for refusing to provide labour, even in a peaceful manner. They are in a situation where the most basic labour rights are denied. As a result, their working conditions and job security continue to deteriorate. Guaranteeing their basic rights is one of the most urgent issues at hand, but the Korean government has been very reluctant to address the growing need for greater labor rights. In fact, the government took it a step further in the opposite direction; when Solidarity of Special Employment Status Workers in Cargo Transportation (the Cargo Solidarity), a quasi-organisational body of the National Transportation Trade Union, staged two strikes in 2003, the government took the opportunity to revise the Truck Transportation Business Act and introduced a system that forced these special workers back to work. As per the change, the Minister of the relevant authorities was granted the power to issue an order to force workers to return to work when it was reasonably considered that the refusal by the transportation or cargo workers to provide their services did or could potentially cause a serious threat to transportation and thus to the national economy. If such order were denied, these special workers could be sentenced for up to three years in prison or fined for up to 10 million KRW. Even worse, their truck transportation business licenses could be cancelled or terminated, or the worker's license in cargo transportation could be cancelled or suspended.

b. Restrictions on Industrial Action by Indirectly Employed Workers on the Grounds that They Are Not Signatories of the Direct Employment Contract

The spectrum of indirect employment in Korea is wide and varied, from lawful contractors to fraudulent contractors whose user as indicated in the employment contract exists only on paper. Of all the casual workers, the spread of this indirect type of

employment mirrors the conflict and irony of Korean society. Oftentimes, there are reports on inhumane conditions where workers must endure discrimination and personal humiliation from others in the same workplace, simply because they are employed by subcontractors. At times, users openly interrupt the indirectly employed workers as the workers attempt to exercise their basic labor rights. Examples include: threatening to terminate the secondment or business contract when workers join or organise a union, or when they do join or organise a union, asking such workers be replaced; or urging or threatening the members to leave the union. With respect to dismissing collective bargaining, the users would reasons that he/she is not required to negotiate under the Union Act as he/she is not the direct employer as indicated in the contract that is required to negotiate. With regard to industrial action in particular, most users include provisions that allow them to terminate the contract if the workers join a union or participate in a strike and thus often prevent the industrial action of indirect workers before even it takes place.

Indirect employment is used as a tool to circumvent the law by taking advantage of the labour contracts and of the labour of the workers for profit while simultaneously transferring legal liability to a small business subordinate to or controlled by the user. It is therefore necessary to extensively acknowledge the use by the user and subject the user to the relevant liability under the labour law, as the user has the authority and influence over the status and rights of the workers with respect to their employment, working conditions and organised activities under current labour laws. The government however supports the liberty of the contracts and is reluctant to apply the Union Act these indirectly employed. The courts have also been noncommittal in regulating unfair labour practices for the reason that no direct employment relationship can be found. It was not until recently when the serious issue of indirect employment was brought into the limelight that the courts showed a more committed attitude than before.⁸⁾ With regard to industrial action against the user, the courts still issue injunctions against collective action within the workplace on the grounds that the employer has no responsibility as the "user in the management and labour relations" in a case where the employer requests injunction against interfering with business or protest.⁹⁾

⁸⁾ The Supreme Court of Korea ruling: 2010.3.25, 2007Du8881.

⁹⁾ Suwon District Court decision 2002.1.29, 2001KaHap3550; Seoul District Court 2002.8.27, 2002KaHap2168; Seoul District Court decision 2002.8.27, 2002KaHap1831, etc.

2. Restriction on Industrial Action Pursuant to the Relevant Law such as the Union Act

The Union Act and other labour-related laws impose restrictions on industrial action by defining lawful acts in a strict and detailed manner. Throughout the whole process beginning with the start of an industrial action, the provisions are filled with rules and punitive measures made for the trade unions and workers but such rules are virtually non-existent for the employer. The employer is allowed to wield a nearly absolute power over the trade union and workers. The provisions can be summarized as follows:

(1) Strict Rules for Industrial Action and Emphasis on Union Liability

To maintain tight control on the scope of lawful industrial action, the Union Act sets forth that "industrial action in its purpose, method and procedure shall not violate the law and other social orders" (Article 37.1). The Act assigns greater responsibility to the trade union and makes the union liable for instructing, managing and controlling the industrial action so that it is kept lawful (Article 38.3). These provisions were added in 1996 as part of the basic principles for industrial action, and are vital to determining the legality of an industrial action. Irrespective of the intention behind the industrial action of a participant, the industrial action taken by a group of people is presumed to be illegal and only those that meet the specific requirements can avoid being branded as such. The law provides the legal ground on which the courts make such arbitrary decisions and hold the unions liable as a group.

(2) Restriction on the Entity in an Industrial Action

1) Prohibition of Industrial Action at Its Source by Other Laws

In Korea, workers who cannot exercise their basic labour rights, including the right to organise a union, include: military servicemen, police, public fire fighters, correctional officers, workers in designated fields of work, civil servants of and above a certain grade (Grade 5) across all sectors, security officers in civilian status, and teaching faculty at private universities. These workers are prohibited by a law that prohibits civil servants from engaging not just in an industrial action but also in collective actions, such as organising a union or taking part in an assembly or protest. If violated, workers are

dismissed and subject to punitive measures. Among these people are the teaching staff at private schools and civilian security officers. While there are no explicit grounds for restriction on these groups of people, the Constitutional Court has ruled these restrictions to be constitutional.¹⁰⁾

The teaching staff at the private primary/middle/high schools and some designated civil servants whose rights to organise and to collective bargaining are partly guaranteed similarly cannot engage in any kind of industrial action, including a peaceful strike, nor can they exercise their right to collective expression. Upon violation, they are heavily punished - imprisonment for up to five years or a fine of up to 50 million KRW (Article 8, Article 15.1 of the Teachers Union Act; Article 11 and Article 18 of the Civil Servants Union Act). Those workers who are not in the public sector and are guaranteed the right to organise and to collective bargaining but are prohibited from engaging in industrial action in certain cases include sailors and workers in the major defense industries. Those who are prohibited from taking part in industrial action include special security guards¹¹⁾ under the Security Industry Act.

2) Restrictions under the Union Act

a. Prohibition on Industrial Action at Its Source by Controlling Eligibility within the Union, such as by the Union Review System

For an industrial action to be lawful and protected by the Union Act, the union must be eligible for legal recognition as a union and must thus adopt the necessary procedures, such as strike ballot or dispute mediation. The structure of the Union Act is such that a lawful industrial action can be prevented before it is initiated by allowing the government to decide the establishment and legality of a union. The government often utilises the duty of the union to report its formation or employs its own authority to reject applications for

¹⁰⁾ Constitution Court of Korea decision 1991.7.22, 89HeonGa106; Constitution Court of Korea decision 2008.7.31, 2004HeonBa9. Among the teaching staff at private schools, the teaching staff at private primary/middle/high schools were later guaranteed the right to organise by the newly enacted Teachers Union Act.

¹¹⁾ Special security guards who work for private security service providers and are engaged in the security of facilities of national importance (i.e., airport) are explicitly forbidden from exercising the right to collective action, even though they are not civil servants specially defined by the Constitution or are not in the major defense industries. However, the Constitutional Court decided that this is not unconstitutional, considering the public nature of their work and their use of and right to carry a weapon (Constitution Court of Korea decision 2009.10.29, 2007HeonMa1359).

such report so as to deny the rights of managerial workers to join or organise a union. The government also questions the eligibility of the union members in order to dismiss the union itself. The Union Act enumerates five causes for disallowing the union, and any labour organisation found to be in violation of any of these five provisions cannot be recognized as a trade union.¹²⁾ In addition, a new union must apply for and receive proper registration. The relevant administrative office then must review the union and its formation in advance. In effect, a union must be permitted by the government. There is a clause in the Union Act (Article 12.4) stating that receiving a registration certificate from the government is a prerequisite to being established as a lawful union, and the courts have long recognised this registration certificate to be one of the requirements.¹³⁾ Those unions that have not received this registration certificate cannot request the Labour Relations Commission for the mediation of dispute or apply for relief from unfair labour practices (Article 7.1). They also cannot call themselves a union; if they do, they are subjected to fines (Article 7.1, Article 93). Any labour organisations that are not acknowledged as a union cannot be protected in their dispute, neither by the interpretation of the law nor in reality.

b. Prohibition of Unofficial Industrial Action or of Industrial Action by Non-union Members

The Union Act does not allow for any industrial action not led by the union including those led by individual members. Anyone who violates this provision may be heavily punished - up to three years in prison or 30 million KRW in fines (Article 37.2, Article 89.1). The Constitution stipulates that an individual "worker" can be the party in exercising his or her right to strike, but the courts deliberately confine it to unions, thereby banning any unofficial industrial action by individual union members. In any case, the Union Act structurally rejects the possibility of an industrial action without the presence of a union, and thus an industrial action carried out by non-union members as a group is punishable by the Criminal Act for interfering with business, no matter how peaceful it may be.

¹²⁾ There is much controversy over the issue of allowing people who are not currently employed workers (for example, those who were dismissed) to join the union. Based on the provisions, it was declared in 2013 that the Korea Teachers & Educational Workers' Union was not a union. Currently, it is a non-statutory union that is not protected by the law.

¹³⁾ Supreme Court of Korea ruling: 1969.12.23, 69Nu100.

(3) Restrictions on the Purpose of an Industrial Action

There are two cases where the law explicitly restricts the purpose of an industrial action. An action initiated to request the payment of wages in excess of that of full-time union members or maximum time-off is forbidden by the Union Act and is deemed punishable (Article 24.5, up to 10 million KRW in fines; Article 92.1). In this case however, the employer is also punished for engaging in unfair labour practice. Moreover, any action to request for the payment of wages during the period of dispute is prohibited; violation can lead to up to two years of imprisonment or 20 million KRW in fines (Article 44.3, Article 90).

(4) Restrictions on Means and Method

The Union Act has a number of regulations on the means and method of an industrial action. If any industrial action violates the designated scope, it is punishable by the Union Act in addition to the Criminal Act.

a. Restrictions on Picketing and Punitive Measures

The Union Act strictly limits the legality of picketing. Article 38 requires the union to instruct, manage and control an industrial action within the legal boundaries, stating that "an industrial action shall not be conducted in the way that it interferes with entry to a workplace, performing of work, of persons who are irrelevant to the action or who wish to provide labour, and the normal operation of work, or use violence or threats as a way to urge participation or persuade people to take part in the action." Any picketing that violates this clause can result in up to three years in prison or 30 million KRW in fines.

b. Punishment Used to Enforce Protection of Employer Property during a Dispute

Article 38.2 of the Union Act stipulates that "work required to prevent facility damage or spoiling or decomposition of the materials/products shall be performed as normal even during the dispute." Violation of this clause is punishable by up to a year in prison or a 10 million KRW fine. Unlike the reasonable restrictions on the right to strike to maintain the facilities for the protection of human life and safety, demanding the protection of the employer's physical facilities by law can be construed to an unreasonably excessive degree. Such provisions should be left to the labour and management and should not be regulated

by the law. It is indeed a rare legislative case. Furthermore, this clause does not clarify who the liable entity is. The provision is titled "Guidance and Liability of the Trade Union"; since the union cannot be imprisoned, an individual union member would be considered to be liable, in which case it would be invalid as it is nothing more than a complete ban on the right to strike.

c. Prohibition of the Act of Violence or Destruction and Restrictions on Workplace Occupation

The proviso clause of Article 4 of the Union Act asserts, with regard to criminal immunity of an industrial action, that "in no case shall the act of violence or destruction be interpreted as justifiable." Moreover, Article 42.1 states that "an industrial action shall not allow for violence, destruction or occupation of the facilities that are related to production or other major work or such facilities that are designated by Presidential Decree". Anyone who violates this clause is subject to up to three years in prison or a fine of up to 30 million KRW (Article 89). It is only fair that violence or destruction cannot be part of the industrial action. However, this provision within the Union Act itself, separately from the Criminal Act, sets forth a loophole whereby if an individual union members engages in such a destructive act, the entire industrial action as a whole may be deemed unlawful.

d. Restrictions on Industrial Action over Safety Facilities

According to Article 42.2 of the Union Act, "no industrial action shall suspend, terminate or interrupt the normal operation and maintenance of safety facilities at the workplace." Here the safety facilities refer to the physical facilities required for good hygiene or prevention of any hazard to human life or safety, and only when the suspension, termination or interruption of such facilities leads to the material hazard of human life or safety, is it constituted as a violation of this clause. This clause by nature does not specifically clarify the liability attributable to the parties of an industrial action and it is generally understood as having set up a rule to be adhered to during an industrial action. However, the Union Act sets forth a provision on punitive measures (up to one year in prison or 10 million KRW in fines) on the violator. The fact that there exists a penalty clause when the concept of the safety facilities or the liable party is ambiguously undefined is against the principle of *nulla poena sine lege*, and it may be

construed as undue restriction on the right to strike. However, the Constitutional Court ruled it constitutional for the reason that it does not go against the principle of clarity, reasoning that the provision defines what the potential violators can expect and prescribes meaning sufficiently to the institutions that interpret/execute the provision, thereby eliminating the possibility of arbitrary interpretation and execution of the law.¹⁴⁾

e. Prohibition of Industrial Action over the Minimum Essential Services with an Excessively Broad Scope

The Union Act stipulates that "no industrial action shall suspend, terminate or interrupt the normal operation and maintenance of the minimum essential services;" the penalty for violation is heavy - up to three years in prison or up to 30 million KRW in fines (Article 42.2, Article 89). The minimum essential services are defined as those "services among the essential public projects as designated by Presidential Decree that, if suspended or terminated, may substantially threaten the life and health, bodily safety or daily life of the public" (Paragraph 1 of the aforementioned article). The restriction on the right to strike with regard to the minimum essential services was newly adopted, replacing the compulsory arbitration system previously set on the essential public projects. From among the essential public projects, some were designated to be minimum essential services, which were completely excluded from the realm of industrial action and for which replacement workers were allowed. Not all workers in the essential public projects are denied the right to strike but it certainly counters the effect of dispute, thereby seriously limiting this right.

The Union Act sets an excessively broad scope (railway, metro, air transportation, waterworks, electricity, gas, oil refinery and supply, hospital, blood supply, Bank of Korea, post and communications) comprising the minimum essential services, extending across all sectors that affect the daily life of the public. This defeats the original purpose, that the right to strike may be limited with respect to the minimum essential services.¹⁵⁾

¹⁴⁾ The Constitution Court of Korea decision 2005.6.30, 2002HeonBa83.

¹⁵⁾ The ILO limits the scope of the essential services to the services that, if suspended, could threaten human life or safety, or the health of part or all of the population. It also adds that there must be a clear and imminent threat. The examples cited by the ILO include hospitals, power supply, water supply, telephone and aviation control but do not include broadcasting, oil, ports, banks, computer services for customs and tax collection, department stores and amusement parks, metal and mining, transportation, cold storage, hotels, construction, automobile manufacturing, mint/government publication, alcohol/salt/tobacco monopoly, airplane repair,

Furthermore, the workers whose right to strike is limited or prohibited because they are in the minimum essential services will need adequate compensation to ensure their interests. The measures taken by the administrative authorities to prevent the suspension of the minimum essential services should be in line with the purpose and should not be overbearing.

(5) Procedural Restrictions on an Industrial Action

The Union Act places various limitations and bans on the initiation of an industrial action and on the mediation/arbitration procedures. Violation of these provisions is punishable in various forms, including imprisonment. Furthermore, the violator may also be punished for interfering with business under the Criminal Act or be liable for the damages incurred by these unlawful acts as defined by the Civil Act.

a. Ballot before Industrial Action

In order for a union to initiate an industrial action, it must secure a majority of votes by direct/secret/unsigned ballot (Article 41.1 of the Union Act). Violation of this clause is punishable by up to one year in prison or up to 10 million KRW in fines (Article 91). To ensure fairness and transparency, the union rule book must also specify that the ballot results be disclosed and the voter list/ballot paper be kept and made available for viewing. The government claims that this must be done to protect the interests of the majority of the union members who do not wish for industrial action and to ensure a careful decision process, but in reality, the union members themselves have never made an issue of this matter legally. Considering that it was the employer and the government that raised the question over the justifiability of the voting process and brought criminal prosecution and civil actions, it is reasonable to think that the only intention here was to make it more difficult for workers to exercise their right to strike. Since this clause by its logic was not designed to protect the interests of the employer or of the general public, whether the duty to vote was performed or not cannot lead to immunity from civil and criminal liability. However, the Supreme Court uses this requirement to vote as a crucial basis upon ruling whether an industrial action is justifiable and whether to apply the interference

agriculture, food supply and distribution, education, city transportation or post (Rubin, Neville, Code of International Labour Law(Vol. 1) (Cambridge University Press, 2005), p. 213-214).

with business clause.¹⁶⁾

b. Punishment for Industrial Action that Violates Mediation and Arbitration Procedures

The Union Act provides that industrial action cannot be performed if it does not follow the outlined mediation procedure (Article 45.2) and also forbids industrial action during the period of arbitration (Article 63), after arbitration award or decision for retrial (Article 69.3), and during emergency mediation (Article 77). Industrial action that does not follow the mediation procedure or one carried out during the mediation process can result in imprisonment of up to one year or a fine of up to 10 million KRW (Article 91). An industrial action taken after arbitration award or a decision for retrial (Article 69.3) or during emergency mediation (Article 77) is punishable by up to two years of imprisonment or up to 20 million KRW in fines (Article 90). While there is no separate penalty clause, the relevant parties are obligated to make written notification (Article 45.1) in the event of industrial action. Until the mediation committee or independent mediator presents an opinion, no industrial action is allowed with respect to the interpretation or implementation of the agenda at hand (Article 60.5). For all intents and purposes, the mediation and arbitration procedures were designed to ensure industrial peace and to contribute to the national economy by preventing and resolving labour disputes by fair means, in all of which the government should not stay as an unconcerned third party. Thus the penalty for procedural violation should not be understood as a means of guaranteeing the rights and interests of a single party but as a way to ensure the government fulfills its role as an impartial mediator/arbitrator and to maximize the effectiveness of the institutional framework. Nonetheless the Union Act and the courts subject the violators of the mediation/arbitration procedures - typically the union and participants in an industrial action - to civil and criminal liability. In regard to industrial action not pursuant to mediation protocols and thus in violation of the above provisions, the Supreme Court once ruled that illegality as stipulated by the Criminal Act (Interference with Business) may be denied, unlike with the violation of preliminary voting,¹⁷⁾ but the penalty as specified in the Union Act still applies.

c. Punitive Measures on Industrial Action that Violates the Collective Bargaining

¹⁶⁾ Supreme Court of Korea ruling: Unanimous en banc 2001.10.25, 99Do4837.

¹⁷⁾ Supreme Court of Korea ruling: 2007.5.11, 2005Do8005.

Agreement

Article 92 of the Union Act states that violating the provisions on an industrial action as defined in the collective bargaining agreement is punishable by a fine of up to 10 million KRW. While this article can be understood to ensure the authority of the collective agreement, signed between the union and the employer, it can also be an issue if it in effect limits the right to strike. The right to strike is a right guaranteed by the Constitution. To limit this right in any way, the relevant law must be adhered to, and the collective agreement cannot reset provisions listed in prior notifications of industrial action or peace obligations. Therefore, an industrial action that is in violation of the collective agreement cannot be seen to have lost its justifiability. However, the court viewpoint is that peace obligations guarantee the stability of the labour relations and the functions of the collective agreement, and that no industrial action shall demand the change or termination of working conditions set forth by the collective agreement while it is effective. Because the union members argued for the invalidity of the collective agreement after it was signed on the grounds that it was disadvantageous to them and engaged in an industrial action, the courts denied the justifiability of the action and imposed a penalty for interfering with business.¹⁸⁾

d. Extensive Punitive Measures Imposed on the Union

The Union Act imposes a joint penalty: "If and when the representative of a legal entity or group, or the employee other than the agent/employer of the legal entity/group/individual commits violations as specified in Article 88 or Article 93 with regard to the work of the legal entity/group/individual, the very person as well as the legal entity/group/individual shall be subject to the fine as set forth in the relevant provisions" (Article 94). This indicates that not only those who participate in an industrial action but also the union may be fined.

III. Criminal Liability

1. Basis of Statutory Liability

¹⁸⁾ The Supreme Court of Korea ruling: 2007.5.11, 2005Do8005.

(1) Conceptual Similarity between an Industrial Action under the Union Act and Interference with Business under the Criminal Act

As seen earlier, one of the most common penalties imposed on an industrial action in Korea involves "interference with business" as stipulated by the Criminal Act. The Union Act defines an industrial action as "the action taken by the parties in the labour relations, such as strike, slowdown or lockout, with the intention to achieve their goal as well as to interrupt the normal operation of business" (Article 2.5). In the meantime, Article 314.1 of the Criminal Act stipulates that "anyone who hinders business with threat or force" will be punished for interfering with business. Conceptually, the industrial action in the Union Act is almost completely in line with the elements that constitute the penalty for interfering with business, except that the term "threat or force" is open to interpretation. The Supreme Court upholds the view that "an industrial action is an action where workers unite to apply pressure on the employer and by nature it includes an element of business interference by the usage of threat or force"¹⁹⁾. Because an industrial action creates friction that accompanies the conflict between labour and management, it comes with some level of threat, force and physical confrontation. In Korea where the confrontation between labour and management takes place at the individual corporate level, one of the most widely employed methods is workplace occupation, used to directly hinder the exercise of the employer rights.²⁰⁾ For this reason, most industrial actions, regardless of what the individual union members and executives do specifically, are punished for interfering with business. Ironically, an industrial action on one hand is a basic right guaranteed by the Constitution while on the other hand it is classified as a crime under the Criminal Act. The legal reasoning used to help resolve such irony from a juridical approach is the justifiability of an industrial action as mentioned earlier; only when an industrial action as a whole is justifiable can its illegality be denied and can the union avoid penalty for interfering with business. Unusual though it may be, law and order in Korea can deal out sentences to individuals based on the comprehensive evaluation on the illegality of an industrial action as a whole, no matter what such individuals have or have not specifically

¹⁹⁾ Supreme Court of Korea ruling: 1991.1.29, 90Do2852; 1991.4.23, 90Do2771, etc.

²⁰⁾ Workplace occupation has become one of the preferred methods of dispute as a direct result of the oppressive policy and labour control by the state. The new military administration had risen to power after a coup d'état and revised the Labour Dispute Adjustment Act in 1980. This Act prohibited all kinds of dispute outside the place of work for fear that the strike staged by workers could have a serious impact on the political community.

done. As a result, a simple refusal to provide labour collectively constitutes as an offence of interfering with business.

(2) Decision by the Constitutional Court on the Offence of Interference with Business and Anti-Strike Law

Criminal immunity from the potential penalty accompanied by the exercise of the right to strike indicates that one is free from the state's authority to administer punishments. As can be seen in the history of how the right to strike was established, the state has the authority to impose penalties based on various grounds, from the direct prohibition of the right to organise to the violation of the employment contract or the law of conspiracy under common law. The ability to grant criminal immunity is also the ability to deny it. It is rarely the case that a penalty is imposed on a strike, unless there is violence, destruction or use of force. In this regard, it is anachronistic that the Constitution Court decided²¹⁾ that it is constitutional to view a simple refusal to provide labour as interfering with business.

The logic of the Constitution Court - as to how the Criminal Act of Korea defines interference with business and how it is applied to a strike - is reflective of the logic from past times when the right to organise was prohibited, before the doctrine of criminal immunity was set in place. The similarities are: ① the fact that the types of unlawful industrial action that constitute an interference with business are not specified or targeted but comprehensive and extensive; ② the logic that an industrial action is in principle unlawful but could be allowed to a limited extent only when it meets certain requirements; ③ the logic that criminal liability is inevitable for the union or its members that lead the unlawful industrial action as they do not have the ability to compensate for damages incurred by the employer; ④ the interpretation that the abstract idea of risk from interference with business is sufficient without the completion of the actual resulting action; and ⑤ the fact that, while interference with business does not target an industrial action alone, its main target is indeed the industrial action in general, to regulate and control labour disputes comprehensively in the legislative process and during the actual application of the provision. Considering that the right to strike was established by eliminating the aforementioned elements, it cannot be said that the view that strikes

²¹⁾ Constitution Court of Korea decision 1998.7.16, 97HeonBa23.

interfere with business or the Constitutional Court's logic are pursuant to the universally accepted doctrine of criminal immunity. These provisions that comprehensively define an industrial action as a crime cannot coexist alongside criminal immunity that assumes the right to industrial action by workers is guaranteed by the Constitution.

(3) Minor Changes to the Constitutional Court and the Supreme Court with Respect to the Decision on the Legality of Industrial Action

The interference with business clause broadly defines industrial action in principle and recognises the legality of industrial action only partially and in a limited scope; it is thus incompatible with the Constitution that guarantees basic labour rights. The Constitutional Court had not attached much attention to the matter until recently, when it expressed its somewhat critical opinion on the existing legal precedents set forth by the Supreme court and decided that the protected scope of the right to collective action shall not be reduced inordinately²²⁾. Following this, the Supreme Court also changed its former stance in some measure, stating that "a strike cannot be seen to be interfering with business at all times, and only when it is staged at a time unforeseeable by the employer, causing serious damage/loss or confusion to the operations of the employer, and is deemed to potentially suppress or confuse the free will of the employer on business continuity, in light of the surrounding circumstances, can the collective refusal to provide labour be considered a threat or use of force and therefore as having interfered with business."²³⁾

With respect to the implications of this ruling, the academic community has been riven by controversy. Some say it puts a stop to the existing practice of imposing penalty, while others disagree. However, an industrial action usually accompanies a strike, picketing, workplace occupation or other tactics that involve the element of threat or force. It would be very unrealistic to only refuse to provide labour without suppressing or confusing the employer simply to avoid interfering with business and its penalty. Furthermore, the clause "potentially suppress or confuse the free will of the employer on business continuity" indicates the basis for determining legality is subjective to the opinion of the employer, which could be ambiguous and abstract at best. In order for a strike to be recognised lawful, it must meet all the complicated requirements - parties, purpose, procedure, etc. -

²²⁾ Constitution Court of Korea decision 2010.4.29, 2009HeonBa168.

²³⁾ Supreme Court of Korea ruling: 2011.3.17, 2007Do482.

of the Union Act which leaves room for great potential penalty in the case that the employer decides that it could not foresee the industrial action. It leaves much room for arbitrary execution of the law by both prosecutors and the police. In fact, even a peaceful strike has been found unlawful because the employer could not foresee that the union would violate the no-strike clause during the period of arbitration by authority. In recent lower instances however, this ruling was interpreted proactively and some industrial actions were not found to have interfered with business²⁴). Even so, it is not clear whether such could be settled as an ordinary occurrence.

2. Liable Party

(1) Liability of Union and Non-Union Members

It is only right that the individual who participates in an industrial action that involves violence or destruction be subject to criminal liability for his/her offences. However, to apply the interference with business clause is to disregard the principles of having individuals take liability for their own actions as defined under the Criminal Act, by forcing the participants to be criminally liable for the actions taken by other individuals, regardless of what each participant has done. The penal provisions in the Union Act also accept this broad understanding of industrial action and apply joint responsibility to individual union members. It is questionable whether the penal provisions of the Union Act are applicable when a non-union member who is not the parties of the dispute as defined by the Union Act violates the Union Act by participating in the strike, but it is very unlikely that the liability from interfering with business is avoidable.

(2) Liability of the Union

In the realm of civil liability, organisational liability of the union is recognised whereas with criminal liability, organisational liability - a natural consequence of the doctrine of *nulla poena sine lege* - is not, unless there are special relevant provisions. This implies that the union is not to be held liable for interfering with business or criminal offense. However, according to the Union Act, criminal liability of the union is defined rather broadly. The Union Act imposes joint penalty: "If and when the representative of a legal

²⁴) Seoul South District Court ruling: 2014.6.19., 2013GoDan2882.

entity or group, or the employee other than the agent/employer of the legal entity/group/individual commits violations as specified in Article 88 or Article 93 with regard to the work of the legal entity/group/individual, the very person as well as the legal entity/group/individual shall be subject to the fine as set forth in the relevant provisions" (Article 94). Articles 88 to 93 enumerates the penal provisions on all prohibited actions set forth by the Union Act; in the end, the union may be fined for the violation of the duty to prohibit by the union executives or members related to an industrial action.

(3) Liability of Union Officials

Because criminal liability should be liability applied to an act, a union executive should not be held liable separately for the consequences of unlawful industrial action only for the fact he/she holds the position and title of executive. Unless it is stated otherwise by the law, union executives do not take special responsibility. It is also against the principle of individual liability to specially require union executives to prevent any unlawful industrial action. As such, a union executive can only be liable as an accomplice, solicitor or facilitator pursuant to the general principle of the Criminal Act, as per the circumstances of the unlawful industrial action and the degree to which it is committed. Precedent however has determined the legality of this situation by assuming a loose understanding of the industrial action and has held that adopting resolutions or giving instructions for unlawful action is equivalent to being an accomplice to interrupting business.²⁵⁾ This clearly shows how broadly the business interference clause applies and how far it can be stretched to restrict industrial action.

3. Sub-conclusion

Concerning industrial action and criminal liability, it is necessary to determine the legality of the industrial action by examining the types of action taken by the individual participant and by associating the specific elements that constitute an offence and that can be protected by the law. The dispute can be composed of various and complex types of actions, and it is not reasonable to rule all of them lawful or unlawful uniformly. Under

²⁵⁾ The Supreme Court of Korea ruling: 1992.11.10, 92Do1315.

the Union Act, the concept of industrial action was formulated for the sole purpose of prohibition, restriction or mediation/arbitration by the state. An industrial action in violation of the Union Act cannot be treated solely as a criminal offence simply because it violates the Union Act without taking it into consideration other labour laws. As long as the right to strike is guaranteed by the Constitution, criminal offences are incompatible and do not apply, and criminal liability will have to be determined on a case-by-case basis, limited to those cases where an industrial action cannot be considered an exercise of the right to strike.

From a legislative perspective, the ultimate solution would be to remove this broad definition of offence - for instance, the clause on interference with business by threat or use of force, which can never be compatible with the right to strike, both historically and logically - from the penal code or at least stipulate in the Union Act that such offence is not be applicable to industrial action. Furthermore, the penal provisions in the Union Act can also be removed in light of the principle of collective autonomy and thus industrial relations can be left in the hands of the involved parties. As for anything that is not in compliance during an industrial action, it would be ideal to address such, pursuant to the general penal code.

IV. Civil Liability

1. Severe Limitation in the Scope of Lawful Industrial Action

Under the Korean Civil Act, the scope in which an action is deemed unlawful is quite extensive. In determining the legality of an industrial action, it is vital to consider the spirit of the labour law or specific nature of an industrial action; otherwise, it becomes virtually impossible to exercise one's right to strike because the assumption is that industrial action by nature causes harm to the employer. Nonetheless, current labour provisions and regulations as well as the courts do not take such notion into account.

With regard to the scope of civil immunity, the Supreme Court has ruled that civil immunity "shall be interpreted such that the loss exempt from the civil liability in damages is confined to the loss incurred by justifiable industrial action. Any industrial action that is not justifiable is deemed unlawful, and any employer that has suffered loss

due to such action may make a claim for damages against the trade union or workers."²⁶⁾ While Article 3 of the Union Act only states "the industrial action... by this law," justifiability requirements that are not included in the Union Act are laid down as the grounds for immunity. The logic herein is the justifiability of an industrial action determines immunity; if an industrial action cannot be justified, it will immediately be deemed unlawful. So far however in cases against unlawful acts, the Supreme Court has not explicitly specified what constitutes as justifiable, most likely due to the fact that most industrial actions are prohibited by the Criminal Act and the Union Act and that it has not been necessary to argue for the illegality of an industrial action under the Civil Act. It was only recently that the Supreme Court began to view justifiability as a reason to deny illegality under the Civil Act and to use the same basis used in criminal cases. In other words, the Court ruled that "in order for an industrial action to be justifiable, the parties should be able to act as the legitimate parties in collective bargaining; the purpose should be justifiable, to maintain or improve the working conditions as discussed in collective bargaining; the timing and procedures should be justifiable and pursuant to regulations and the law; and the methods should be within socially acceptable and justifiable boundaries, without the use of violence, destruction or such."²⁷⁾ As a result, an industrial action that is protected by immunity from damages liability is limited to those that are only justified in their entity, purpose, procedure, means and methods - the same as with criminal immunity.

In relation to civil immunity, legal precedents do not distinguish the justifiability requirements for an industrial action under the Civil Act from those under the Criminal Act. While there have been some efforts to limit criminal liability by restricting the interpretation of threat or force before applying the interference with business clause to a peaceful strike, there have been no such efforts with civil liability. Scores of restrictive and prohibitive provisions in the Union Act with regard to the entity, purpose, procedure, means and methods of an industrial action severely reduce the scope of lawful industrial action that can be protected by civil immunity. In determining the legality of an industrial act under the Civil Act, it is necessary to shed light on the logic behind the restrictions in the right to strike as well as the legal protection guaranteed accordingly, and the relevance to the loss suffered by the employer. However, the Court has decided that an

²⁶⁾ Supreme Court of Korea ruling: 1994.3.25, 93Da32828, 32835.

²⁷⁾ Supreme Court of Korea ruling: 2011.3.24, 2009Da29366.

industrial action is uniformly unlawful when it breaches the relevant prohibitive and restrictive provisions.²⁸⁾ The Court should thoroughly examine the nature of relevant provisions and determine whether an industrial action is unlawful in relation with the legal rights of the victim, but the Court has ruled it unlawful to violate the prohibitive and restrictive provisions that are policy/technology-oriented in their nature and have other purposes, such as to protect the daily life of the public, thereby applying a severe restriction on the right to strike to protect the interests of the employer.

This interpretation of the law which can be deemed as an infringement on the right to strike by the Court leads to the same issues as found in criminal liability. The Constitution explicitly states that the strike and other collective actions taken by workers are guaranteed and lawful, but the Court's reasoning is just the opposite. The scope of the actions protected by the law is very limited because the dispute is at its basis unlawful but is protected by immunity only when it is found to be within a severely restricted boundary. Thus even peaceful strike is exposed to extensive liability in damages. The Court does not even inquire into the specific reasoning that makes an action of the parties - the union, executives and members - involved in an industrial action unlawful. The Court sees the whole process of labour dispute as a single act, determines its justifiability and deals out joint responsibility for all losses incurred by the act to the involved parties, simply on the basis of their involvement. The illegality of a specific action taken by the parties to an industrial action, and the significance or proportionality between the unlawful act and sanctions are rarely considered. This narrow interpretation of lawful industrial action is what causes the frequent targeted dismissal of certain union executives/members or retaliatory lawsuits, resulting in astronomical damages and provisional seizure of property.

2. Liable Party

In Korea, the discussion on the relationship between industrial action and civil immunity has focused largely on to whom the liability in damages is attributed. The liability of the union is widely affirmed, perhaps with some differences with regard to legal reasoning. This offers a marked contrast to the experiences in the West where much effort has been made to deny collective liability in order to protect the union's finance and organisation.

²⁸⁾ Supreme Court of Korea ruling: 2011.3.24, 2009Da29366.

(1) Trade Union

As an organisation, a trade union can be found to be solely liable for an unlawful act. When union executives who can be viewed as the executive body of the union plan, instruct, guide or lead the unlawful industrial action, the Court recognises that the union is liable by analogy based on Article 35.1 of the Civil Act which enumerates the liability of a legal entity for an unlawful act.²⁹⁾ However, an industrial action, even if it is by the same organisation, can only be carried out by the direct and collective action of the members, unlike other actions wherein the representative moves on behalf of the whole, as in the transactions of a company or legal entity; in this context, the concept of agent or representative is not the same as that under the Civil Act. They are both collective in their nature, but the relationship of the union, union executives and members is not the same as that of a general company or legal entity where a representative represents all or has the responsibility to employ or supervise as does the employer. That being said, it is not reasonable to opt for an analogical application of an unlawful act or to hold the employer liable, even if the unlawful industrial action is carried out based on the decision or instruction of the union organisation.

The union is also not liable for loss incurred accidentally by the abuse of the right to strike during an industrial action. In principle, the right to strike is exercised by individual participants, and having appealed to and persuaded the individuals to take part in an industrial action alone cannot be the reason for the union to be responsible for the unlawful act, which can include violence or destruction, conducted by the individuals. The cause of the incurred loss is the unlawful act taken by the participant, not the appeal made to them to participate in the industrial action; there is no relationship between the loss and the act taken by the union.

The union is liable for an unlawful industrial action when the loss is incurred by the unlawful act of an individual participant who has acted on proactive instruction from the union. The union is held liable for the unlawful act if there the union's active involvement has directly incurred loss, as with when the union instigates the participants to carry out the acts that the individuals are responsible for and continually organise and lead unlawful campaigns. In order for the union to be the liable entity, the act must be pursued by the general assembly of the union or the unlawful resolution of a delegate meeting, or there

²⁹⁾ Supreme Court of Korea ruling: 1994.3.25, 93Da32828, 32835.

should be a direct involvement of the union, such as unlawful acts committed by the executive body.

(2) Union Executives

With respect to union representatives and executives, the Court upholds the view that the act of union executives is in part considered an act of the union as an organisation as well as in part an act of the individuals. Considering that an industrial action is in general a collective protest wherein workers as a whole are organised to stop offering the labour of the individual workers, the Court sees it reasonable that, aside from the liability of the union, individual union executives who plan, instruct, guide or lead an unlawful industrial action are also held liable.³⁰⁾ Accordingly, union executives are likely to be dismissed or held liable for damages of astronomical figure, if the industrial action is proven to be illegal. However, this is an excessive stretch of the liability. This broad emphasis on the responsibility of union executives not only is a grave threat to the freedom of association but also goes against the basic principles of union democracy founded on balanced equal participation and operation. Within the structure of the Korean law, the right to strike is guaranteed to individual workers, and the position as union executive does not confer the authority on executives to represent workers participating in an industrial action nor does it mandate executives in the least to take the responsibility for the consequences of an unlawful act committed by participants. Whether it is an executive or simply a participant, each individual is exercising his or her individual right to strike, and if the abuse of such right results in an unlawful act, each responsible individual should be liable for the specific act which he or she commits during the industrial action.

(3) Participating Union Member

In Korea, the Court in principle affirms individual liability for damages incurred by an industrial action. By the general theory of civil jurisprudence, a responsible individual shall be liable for the consequences of an unlawful act and the only issue is the extent to which the individual's liability affects the group. Industrial action is conducted by a union as a group as well as by all union members. If an industrial action is unlawful, all who participates are responsible. Where an industrial action is not justifiable, it is an unlawful

³⁰⁾ Supreme Court of Korea ruling: 1994.3.25, 93Da32828, 32835.

act jointly committed by all members who participate and the individuals are jointly liable for the loss incurred by the industrial action, just as the union is. As this logic can lead to harsh consequences to an individual, liability for an industrial action is divided and applied to those who lead the organisation of the action and those who only participate under instruction of the union, and the liability of the latter is denied. In light of an industrial action that is collective in nature and in light of the right to organise guaranteed by the Constitution, "an ordinary union member cannot be jointly liable for an unlawful act alongside the union and executives only for refusing to provide labour under instruction of the union, as requiring ordinary union members to determine the justifiability of an industrial action on every account may infringe on their right to organise and as it cannot be expected of ordinary union members to disobey the union or executives, even if the justifiability of the industrial action is suspect. However, if there are compliance requirements to be met upon refusing to provide labour in order to prevent the risk or loss that could be incurred when labour is not provided due to the special nature of work or process and if the loss is incurred or expanded because the worker stopped providing labour in noncompliance, the worker, even if he or she is an ordinary union member, is liable for damages for the loss incurred."³¹⁾

The problem with the Court's approach of differentiating degree of liability based on the extent of participation is that illegality of an act is not determined by an objective opinion but by a subjective basis. This is to say that ordinary union members cannot be held liable because the recognition of illegality and legal compliance cannot be expected. Even so, it is not reasonable that the liability of those who lead the organisation of an industrial action should be different from those who simply refuse to provide labour under instruction from the union, even if individual responsibility for an unlawful industrial action is confirmed. Of course the recognition of illegality and expectation for legal compliance may be the grounds on which intent and negligence constitute an unlawful act or allow for liability to be denied, but the logic that places a heavier weight on the liability of union executives for their role in organising a collective action is to view industrial action as unlawful fundamentally. The undue emphasis on the liability of union executives is also against the policy of inclusion and equality of members. Both executives and members who refuse to provide labour are simply exercising their right to strike, and

³¹⁾ Supreme Court of Korea ruling: 2006.9.22, 2005Da30610.

if the abuse of such leads to an unlawful consequence, each responsible party should be liable for the unlawful act that they specifically commit.

3. Joint Liability for Damages That Is Retaliatory in Nature

The Court maintains that joint liability for damages caused by a jointly committed unlawful act may also apply to industrial action. Once an industrial action is recognised as unlawful, a trade union, executives and participating members are held jointly liable for the total damages. Caution should be used because joint liability in collective labour relations serves dual functions: damages and retaliatory sanction. Under the Civil Act, the main purpose of recognising joint liability is to ensure compliance with obligations and to fully protect the victim, but it can well be abused as a retaliatory sanction in collective labour relations. That is, the employer can take advantage of the situation by choosing the obligor to obtain concession from workers in their collective action in the future or it can be used to circumvent the law for unfair labour practices for certain workers or the union as a whole. However, the precedents do not take into account the potential conflict in the collective relations. In fact, the Court decided that it was not an abuse of the right of the employer to bring forth legal action and make a claim for damages against union members - who filed a suit regarding the validity of the redundancy dismissal and thus still remained in the employment relationship - involved in an unlawful industrial action, even when the employer had not held the union and its executives who led such unlawful dispute liable for damages.³²⁾ In some cases, employees were encouraged to stop working and leave voluntarily on the condition that they are removed from the claim for damages. Under such circumstances, simple participation, whether by the union or by individuals, in an industrial action could endanger the very existence of the industrial action, frustrating the union activities to an extreme degree.

Bearing in mind that the right to strike is a fundamental right of an individual worker, it is imperative that the causation between an act and resulting loss be interpreted in the most rigorous manner. Before holding the parties of an industrial action jointly liable, it should be corroborated specifically as to how each individual has acted and how such action has led to such a loss. No individual should be held jointly liable for all losses incurred by an unlawful act, without examining and bringing to light in which unlawful

³²⁾ Supreme Court of Korea ruling: 2006. 9. 22, 2005Da30610.

act the individual was specifically and directly involved.

4. Unlimited Damages

There is no defined limit to the extent of damages in loss incurred by an unlawful industrial action. The Court does not distinguish an industrial action that is unlawful in its entirety from an industrial action in which constituting individual means or procedures are individually unlawful; instead, the Court decides whether an industrial action is unlawful or not and recognises liability for damages for all losses relevant to the industrial action. The loss of the employer highest in amount is revenue loss from the stoppage of production. The Court recognises liability for damages for revenue loss caused by a simple refusal to provide labour, and the size of such damages is well beyond what the union or the participants can handle. As of February 2014, the amount of the lawsuits brought against unions and executives by employers for being involved in unlawful industrial actions totals at 169.16 billion KRW. Of this, provisional seizure amounts to 18.28 billion KRW. Three trade unions were asked to pay more than 30 billion KRW each (refer to the table below). In case of the railway strike in 2007, a 4-day strike was recognised by the Court to have caused a loss of 7 billion KRW (60% of the total confirmed loss of 11.6 billion KRW as the employer was also held accountable for some part of the overall loss). Of course these workplaces were grand in size, but even so, it can be seen that such overwhelming amount seized or claimed against the unions and executives serves as an effective way to incapacitate workers and their will to exercise their right to strike.

Unless it is proven to be an abuse of the right to strike because the strike itself is prohibited or the purpose of the strike is unlawful, revenue loss caused by collective refusal to provide labour and the consequential stoppage of work should not be included in the scope of the damages. From the perspective of the employer, which is also party to the direct conflict with labour, sales revenue comes from the mutual cooperation of the employer and workers - a combination of capital and labour - via the legal medium that is the employment contract. The fact that the workers did not provide their cooperation collectively cannot be seen as nonperformance or as unlawful breach and wrongdoing. That this very collective refusal to provide cooperation is a guaranteed right is a key to the right to strike, one of the core rights upheld by modern law and order. Furthermore, seeing an industrial action as an organised and collective act that harms the right to

<Table> Claims for Damages and Provisional Seizure at Korea Confederation of Trade Unions Workplaces as of March 2014

| Workplace | Damages Claim | | Provisional Seizure |
|--|----------------|---|---------------------|
| | Amount in KRW | Change of Reason for the Claim and Inclusive of the Amount Recognised for Cost of Proceedings | |
| Ssangyong Motors | 30.2 billion | 15.815 billion | 2.89 billion |
| KEC Branch | 30 billion | 15.65 billion | 50 million |
| Hanjin Heavy Industry | 15.81 billion | 15.81 billion | - |
| Korean Railway Workers' Union | 31.32 billion | 22.7 billion | 11.6 billion |
| MBC | 19.51 billion | 19.51 billion | 2.2 billion |
| Yoosung | 5.75 billion | 1.34 billion | - |
| Ulsan Casual Workers Branch, Hyundai Motor | 22.56 billion | 22.56 billion | - |
| Asan Internal Subcontractors Branch, Hyundai Motor | 1.67 billion | 1.67 billion | 40 million |
| Jeonju Casual Workers Branch, Hyundai Motor | 2.56 billion | 2.56 billion | 50 million |
| 3M Korea | 260 million | 495 million | 47 million |
| Valeo Mando | 2.65 billion | 10.8 million | - |
| Sangsin Brake | 1 billion | 1.1 billion | 410 million |
| Mando Branch | 3 billion | 3 billion | - |
| DKC Branch | 2.6 billion | 2.6 billion | 1 billion |
| Bosch Electrical Devices | 210 million | 210 million | - |
| Continental | 30 million | 30 million | - |
| Kia Motor Branch | 33 million | 33 million | - |
| Total | 169.16 billion | 125.09 billion | 18.28 billion |

Source: Korea Confederation of Trade Unions Policy Report 「Demands of Korea Confederation of Trade Unions and Challenges, 2014」 (April 2014)

conduct business is not in accordance with the legal system where the right to strike has been already established as a constitutional right. The strike itself is an expression of the workers' freedom to dispose of their own labour as they see fit. It does not infringe on the employer's property rights; it only partially restricts the effect of the property right which might have been ensured by labour, by refusing to be used to the effect of earning revenues. Therefore employer revenue cannot be something that is protected over other basic rights guaranteed by the law, at least with regard to the strike. The revenue loss is

a loss that has to be borne, as the strike is a guaranteed right. On their part, the employer has no choice but to negotiate in order to reduce revenue loss. However it can be maintained a breach of the right of business if the right to strike is abused (i.e., a threat to the very presence of the business from the direct harm to personal or property rights via violence or destruction or interference with transactions of the parties that are not directly involved in the dispute, such as the non-participant or the employer's partner).

V. Disciplinary Liability

1. Legal Grounds for Disciplinary Action

In Korea, there are no legal provisions that explicitly acknowledge disciplinary action against workers. On the contrary, the law strictly limits dismissal, suspension and other disciplinary actions without a justifiable cause (Article 23.1, Labour Standards Act). If a pay cut is to be set, it cannot, within a single cut, be greater than half of the daily portion of the average wage and the total amount of the pay cut cannot exceed a tenth of the total amount of the paid period (Article 95). This limit however can be interpreted to the contrary and become even broader. The Court sees that the employer's disciplinary action is inevitable in establishing and maintaining corporate order and recognises the necessity of it. While it is not viewed as a proactive right, it is rather freely considered and applied, as long as it does not violate higher laws, collective agreements or such. The required conditions are minimal, that the rules of employment, although written by the employer at his or her discretion, must be met with compliance.³³⁾ As to the types of disciplinary action, it is up to the one who deals out the action to decide what and how, but it may be made null and void if the action is substantially unreasonable and socially unacceptable and therefore regarded as an abuse of authority.³⁴⁾ Concerning dismissal, the most serious of all disciplinary actions, the Court has stated that it is only "justifiable when it is recognised and socially acceptable that the worker is liable for preventing the

³³⁾ Supreme Court of Korea ruling: 1999.3.26, 98Du4672; Supreme Court of Korea ruling: 2000.9.29, 99Du10902.

³⁴⁾ Supreme Court of Korea ruling: 2000.10.13, 98Du8858, Supreme Court of Korea ruling: 2002.9.24, 2002Du4860.

continuation of the employment relationship."³⁵⁾ Of course, even in a situation where there is no clause whatsoever in the rules of employment that would allow disciplinary action against the worker for involvement in an industrial action, such action can be deemed lawful if there is justifiable cause. This is passive in a sense as it means that the rules of employment for the reason of bringing forth disciplinary action and its procedure make the employer legally bound by the rules that it has set forth.

2. Industrial action and Disciplinary Action

When an industrial action surpasses legal boundaries, disciplinary action is recognised as justifiable with almost no exception. In an unjustified strike³⁶⁾ or unlawful industrial action³⁷⁾, even if it is peaceful and workers only refuse to provide labour, workers will be treated as having been absent without leave or having disrupted the workplace order in accordance with the rules of employment, in which case the act is seen to have caused a serious problem to the operation of the company and therefore becomes a justifiable cause for dismissal. Furthermore, there was a case in which workers sought to collectively reject the employer's request for overtime work or for holiday work, to which the workers were not bound by law to accept. This act was seen as an industrial action; the Court saw that it interfered with the employer's work and ruled that disciplinary dismissal was valid.³⁸⁾ In another case, it was ruled that, regardless of justifiability, engaging in an industrial action outside the workplace in violation of the labour relations act could lead to a negative view of the employer's public image and to damage to the employer's reputation and therefore could be cause for dismissal.³⁹⁾

Under current law, all industrial actions, including peaceful strike, in their concept and definition, cannot but interfere with business and disrupt workplace order, and it could well be cause for disciplinary action if it does not pass the stringently narrow test of legality. An industrial action is the exercise of the worker's constitutional right and thus the basis upon which disciplinary action is dealt out is naturally lost when the ordinary

³⁵⁾ Supreme Court of Korea ruling: 2003.7.8, 2001Du8018.

³⁶⁾ National labour Relations Commission retrial: 1995.1.18, 94BuHae301.

³⁷⁾ Supreme Court of Korea ruling: 1992.9.22, 91Da4317; Supreme Court of Korea ruling: 1993.11.9, 92Da46943.

³⁸⁾ Supreme Court of Korea ruling: 1992.9.25, 92Da18542.

³⁹⁾ Supreme Court of Korea ruling: 1995.3.28, 94Da45175.

course of labour relations is suspended. Nevertheless, the courts have not held such views. Unless a specific act of a worker during an industrial action is outside the boundaries of the right to strike and constitutes a separate cause for liability, it cannot be the reason for disciplinary action. Furthermore, disciplinary action is brought on by the act attributable to an individual worker; maintaining that an industrial action is unlawful in its entirety and holding all workers collectively liable defies the principle of holding individuals liable for individual actions. Targeted dismissal, which usually aims at union executives, is retaliatory in its nature and is not compatible with the Constitution that guarantees the right to strike.

VI. In Place of a Conclusion

The reasons that it is difficult to see reasonable law and order with regard to industrial action and liability are varied: numerous provisions that restrict and prohibit industrial action, established under policies which sought to control labour for a prolonged time in the past; a negative social awareness of the three fundamental labour rights and court precedents grounded on such perception; and the unique organisational structure of enterprise-based unions in Korea. If there is no extensive and close examination of the fundamental causes, then endless detention, search, dismissal, exorbitant damages and provisional seizure will continue as they do today. Before further progress can be made, it is critical to understand that there will be no law and order unless the state can escape the dark history in which unions were oppressed.

In most countries nowadays, collective labour relations are left to be resolved by the labour and management; even when there are regulations, they mostly address issues to prevent unfair labour practice that might infringe on the workers' right to organise. Korean labour law is far from such. The current law is filled with restrictive and punitive provisions, and most of them target workers and trade unions, defying the purpose of legislation - to guarantee the three fundamental labour rights. No matter how peaceful a strike may be, those who are involved could be punished for interfering with business under the Criminal Act or be subject to a claim for damages on the grounds that the purpose, means and procedures of the industrial action are not compliant with established provisions. The reality in Korea is that a lawful strike is near impossible. The point here

is not that workers engage in illegal strikes but that a strike itself is made and seen unlawful by definition. For this reason, it would be better to describe the current labour law as a law made convenient for the state in making organised actions illegal and preventing them before they even begin, rather than as labour law in a genuine sense, which guarantees the workers' right to organise. The restrictive provisions of the Criminal Act and other labour related laws in turn have an absolute impact on the judges in their ruling of the legality of industrial action, especially in the lawsuits surrounding a strike and liability in damages. Above all, the most urgent challenge is to remove the various punitive provisions which exist in the Union Act that serve as the major basis on which the legality of an industrial action is determined and to ensure that the interference with business clause in the Criminal Act is not applied to an industrial action. In closing, it should be rightly emphasized that the labour law needs complete and extensive restructuring, to doubly ensure that industrial action by workers is a lawful right in application as well as in principle.

Reference: Comparison of Penalties with Regard to Industrial Action

| Trade Union and Labour Relations Adjustment Act | | |
|--|--|---|
| Relevant Clause | Prohibition | Penalty |
| Article 41.2 (Restriction on and Prohibition of Industrial Action) | An industrial action by workers who are engaged in major defence businesses subject to the 「Defence Acquisition Program Act」, involved in electricity, water or in the production of defence goods | Up to 5 years in prison (with penal labour), or up to 50 million KRW in fines |
| Article 37.2 (Basic Principles of Industrial Action) | Any industrial action that is not led by a trade union | |
| Article 38.1 (Guidance and Responsibility of Trade Unions) | An industrial action conducted by way of obstructing or interrupting normal services by individuals who are not related to the dispute or wish to provide labour; use of violence or threat as a way to induce individuals to participate in industrial action | Up to 3 years in prison (with penal labour), or up to 30 million KRW in fines |
| Article 42.1 (Prohibition of Acts of Violence) | An industrial action that involves violence, destruction, or occupation of facilities related to production or other important businesses or such equivalent facilities | |
| Article 42-2.2 (Restrictions on Industrial Action in Minimum Services to Be Maintained) | An industrial action that stops, discontinues or obstructs proper maintenance and operation of minimum essential services | |
| Article 44.2 (Prohibition of Demands for Wage Payment during Industrial Action) | An industrial action with an intent to demand the payment of wage during the period of industrial action | Up to 2 years in prison (with penal labour), or up to 20 million KRW in fines |
| Article 77 (Suspension of Industrial Action during Emergency Adjustment) | An industrial action after the announcement of emergency adjustment | |
| Article 38.2 (Guidance and Responsibility of Trade Union) | Nonperformance of the duty to prevent damage to operational equipments or prevent impairment or deterioration of raw materials or manufactured goods during a period of industrial action | |
| Article 41.1 (Restriction on and | An industrial action that is not held by a vote by a majority of its union members via direct, secret, and | |

| | | |
|---|--|--|
| Prohibition of Industrial Action) | unsigned ballot | |
| Article 42.2 (Prohibition of Acts of Violence) | An industrial action that stops, suspends, or interrupts the normal maintenance and operation of safety and security facilities of a workplace | |
| Article 45.2 (Mediation before Industrial Action) | An industrial action that has not undergone mediation procedures | |
| Article 63 (Prohibition of Industrial Action during Arbitration) | An industrial action occurring within 15 days from the date when labour disputes have been referred to arbitration | |
| Article 43.1 (Restriction on Hiring by employer) | A employer that hires persons who are not related to their business operations, or use replacements during a period of industrial action so as to continue work which has been stopped by an industrial action | Up to one year in prison (with penal labour), or up to 10 million KRW in fines |
| Article 43.2 (Restriction on Hiring by employer) | A employer that contracts or subcontracts out work which has been suspended due to the industrial action during a period of industrial action | |
| Article 43.4 (Restriction on Hiring by employer) | The union and the employer must consider the percentage of the union members who are in the minimum essential services sector if there are two or more unions that such workers in the aforementioned sector joined. It is prohibited from violating this clause | |
| Article 46.1 (Requirements for Lockout of Workplace) | Lockout before the trade union commences an industrial action | |
| Article 24.5 (Full-time Official of Trade Union) | An industrial action held to demand the payment of wages | Up to 10 million KRW in fines |
| Article 31.1 (Establishment of Collective Agreements) | Violation of the provisions on industrial action in the collective bargaining agreement that has been concluded | |
| Criminal Act | | |
| Relevant Clause | Prohibition | Penalty |
| Article 307.1 (Defamation) | A person who defames another by publicly alleging facts | Up to 2 years in prison (with or without penal labour), or up to 5 |

| | | |
|--|--|---|
| | | million KRW in fines |
| Article 307.2 (Defamation) | A person who defames another by publicly alleging false facts | Up to 5 years in prison (with penal labour), up to 10 years of suspension of license, or up to KRW 10 million in fine |
| Article 311 (Insult) | A person who publicly insults another | Up to a year in prison (with or without penal labour), or up to 2 million KRW in fines |
| Article 314.1 (Interference with Business) | A person who interferes with the business of another by threat of force | Up to 5 years in prison (with penal labour), or up to 15 million KRW in fines |
| Article 319.1 (Intrusion upon Habitation) | A person who intrudes upon one's residence, structure under management, ship, airplane or occupied room | Up to 3 years in prison (with penal labour), or up to 5 million KRW in fines |
| Article 319.2 (Refusal to Leave) | A person who refuses to leave such a place upon demand as specified in the preceding paragraph | Up to 3 years in prison (with penal labour), or up to 5 million KRW in fines |
| Article 320 (Special Intrusion upon Human Habitation) | A person who commits the crimes of the preceding Article through the threat of collective force, or by carrying a dangerous weapon | Up to 5 years in prison (with penal labour) |
| State Public Official Act | | |
| Relevant Clause | Prohibition | Penalty |
| Article 66.1 (Prohibition of Collective Action) | Except for the public officials who are engaged in work, the officials shall not be involved in a collective action or labour campaign for purposes other than official work | Up to one year in prison (with penal labour), or up to 5 million KRW in fines |
| Local Public Official Act | | |
| Relevant Clause | Prohibition | Penalty |
| Article 58 (Prohibition of Collective Action) | Except for the public officials who are engaged in work, the officials shall not be involved in a collective action or labour campaign for purposes | Up to one year in prison (with penal labour), or up to 5 |

| | | |
|--|---|--|
| | other than official work | million KRW in fines |
| Act on the Establishment and Operation, Etc., of Public Officials' Trade Union | | |
| Relevant Clause | Prohibition | Penalty |
| Article 11 (Prohibition of Industrial Action) | A trade union and its members shall not take any action, including strikes, slowdowns and other activities undermining normal business operation | Up to 5 years in prison (with penal labour), or up to 50 million KRW in fines |
| Private School Act | | |
| Relevant Clause | Prohibition | Penalty |
| Article 55.1 (Duties) | The provisions concerning the duties of the teachers of national and public schools shall apply <i>mutatis mutandis</i> to the duties of the teachers of private schools | Up to a year in prison (with penal labour), or up to 5 million KRW in fines |
| Act on the Establishment, Operation, Etc., of Trade Unions for Teachers | | |
| Relevant Clause | Prohibition | Penalty |
| Article 8 (Prohibition of Industrial Action) | A trade union and its members shall be prohibited from taking any industrial action, including strikes, slowdowns or other activities that hinders normal business operation | Up to 5 years in prison (with penal labour), or up to 50 million KRW in fines |
| Police Assigned for Special Guard Act | | |
| Relevant Clause | Prohibition | Penalty |
| Article 5.4 (Prohibition of the Abuse of Authority, Etc.) | The duties of the police officer assigned as a special guard shall be pursuant to Article 66.1 of the State Public Officials Act | Up to one year in prison (with penal labour), or up to 2 million KRW in fines |
| Security Services Industry Act | | |
| Relevant Clause | Prohibition | Penalty |
| Article 15.3 | Special security guards shall be prohibited from taking any industrial action, including strike and slowdown, that hinders normal operation of the security service | Up to a year in prison (with penal labour), or up to 10 million KRW in fines |
| Seafarers Act | | |
| Relevant Clause | Prohibition | Penalty |
| Article 25 (Restrictions on Actions in Labour Dispute) | Where a ship falls under any of the following subparagraphs, no seafarer shall take action in labour dispute concerning seafarer labour relations: 1. Where a ship is in a foreign port; 2. Where a passenger ship is sailing with passengers | 1. The entity that orchestrated or led the industrial action: up to 3 years in prison (with penal |

| | | |
|--|---|--|
| | <p>onboard;</p> <p>3. Where a ship for exclusive transport of dangerous articles is sailing, the dangerous articles of which are prescribed by kind by the Ordinance of the Ministry of Land, Transport and Maritime Affairs;</p> <p>4. Where a ship is sailing under the command of steering by the captain, etc. pursuant to Article 9;</p> <p>5. Where a fishing vessel is conducting a series of fishing operations, from the time it casts fishing implements in a fishing ground until the time it completes freezing and other treatments;</p> <p>6. Where other action in a labour dispute concerning the seafarer labour relations is apt to do remarkable harm to the security of human lives or a ship</p> | <p>labour)</p> <p>2. The entity that instigated or actively participated in the conspiracy of the dispute: up to one year in prison (with penal labour), or up to 10 million KRW in fine</p> |
|--|---|--|

Discussion

“Industrial Action and Liability in Korea”

Hyeok GWON (Pusan National University Law School)

1. Duty to report the formation of a trade union

o You mentioned in your presentation that trade unions are required to obtain permission for formation. In respect to the trade unions outside the legal boundary according to legal principles, this system of granting permission to a trade union does not seem to be a problem itself. I want to hear your ideas as to how this reporting system should be improved.

2. Criminal offence: involvement in industrial action

(1) Changes in the legal principles of criminal liability for industrial action

o With regard to the offence of interfering with business, Article 314.1 of the Criminal Act stipulates that any act that obstructs business with the use of threat or force is a criminal offence and is therefore punishable. According to Article 2.6 of the Trade Union and Labour Relations Adjustment Act, a labour dispute is an act obstructing normal operation of business by the parties of the labour relations with the intent of having their demands met.

o In the past, Korean law had applied a cursory standard and an offence of interfering with business to many trade unions and their members. If a dispute was deemed unlawful, the person at fault was punished for interfering with business as per the Criminal Act. Concerning this, there have been criticisms within Korea that such a simple and effortless application of the law is excessively perfunctory. The voices argued that the offence of interfering with business can only be recognized when the action of a trade union or its members is deemed violent or destructive, not simply an extension of a dispute.

o In response to these views, the Supreme Court of Korea gave a ruling that was more stringent on what constitutes an offence of business interference on March 17, 2011. According to the ruling, an offence of obstructing business can only be applied when an action goes beyond the legal boundaries of industrial action and commits a serious infringement as to preventing the user from operating its business (Supreme Court of Korea ruling 2011.3.17. 2007Do482). This view by the Supreme Court in effect separate a trade dispute from an offence of interfering with business under the Criminal Act, both practically and legally. Such change is expected to contribute substantially to improving the circumstances where the offence of business obstruction is applied to a trade dispute.

(2) A Need to Separate Trade Dispute from Violence

o It cannot be denied that trade disputes in Korea are rather violent in some respect and there is a room for improvement in this regard. No trade dispute can justify violence. It is the same for the user as well. The first and foremost task for both labour and management would be to create an order of peace.

3. Justifiability of Objective

o One of the recent issues concerning the illegality of a trade dispute is whether it is unlawful to take action against management decisions such as redundancy dismissals.

o In principle, a trade union cannot call an industrial action against management decisions.

o However, it cannot be denied that failure to disclose management information as well as rigidity and closed-mindedness in labour relations have resulted in labour conflict when it comes to management issues (i.e., redundancy dismissal).

o In fact, redundancy dismissal, merger and other changes to corporate structure cause a fundamental change in working conditions. With that in mind, management decisions cannot be deemed to belong only to the realm of a user or employer. Information must be made transparent to the workers so they have greater awareness of their working conditions.

- o It is therefore of utmost importance to adopt and/or reshuffle a system where the management shares management information with labour or encourages labour to take part in management to a reasonable degree. This would mean a revision of the Act on the Promotion of Worker Participation and Cooperation.

- o It is believed that a system that encourages labour to participate in management cannot be properly supported and that such a system would naturally lead to unnecessary conflict and trade dispute regarding management decisions.

4. Reviewing the significance of the illegality of trade dispute

- o One of the greatest aspects of the legal analysis of trade dispute is the potential immunity from civil and criminal liability. This also means that as long as an act of interfering with business or non-performance of obligation is not construed as a trade dispute, civil and/or criminal liability is unavoidable. Under current law, a trade dispute that is ruled unlawful leads to civil and/or criminal liability.

- o In determining the legitimacy of trade dispute, criteria such as procedure, entity and purpose are considered, but these limited criteria leave room for ambiguity. Even experts have varying views on the same matter. With that in mind, it cannot be expected of trade unions or their individual members to determine if their action satisfies the criteria for legitimacy and to accept liability when their decision is proven contrary to their belief. This is tantamount to asking unions and members to become experts in law.

- o Legislatively, it is necessary to ensure that the legitimacy of a trade dispute does not directly lead to civil/criminal liability. For example, if a trade dispute is found to have procedural faults, it does not have to lead immediately to civil/criminal liability, even though the action is proven to be illegitimate.

Discussion

“Industrial Action and Liability in Korea”

Wolfgang Däubler (Bremen University)

It is quite difficult to evaluate the situation which exists in Korean collective labour law. Professor Cho's Report gives a comprising and highly interesting overview about all the restrictions to the right of industrial action which legislator and courts have developed. To change the situation, will be in the first line a social and not a legal problem. I would, therefore, ask some questions.

Which is the relationship between the unions and the judges? Do union leaders or unions lawyers know personally the judges deciding about collective labour law questions? Are there sometimes conferences in which judges participate (normally without telling their opinion, which is quite understandable)? Are there judges inclined more to the employers' side and judges inclined more to the workers' side? Or does the upper class of society decide about the living conditions of the lower classes?

Which is the relationship between legal scholars and judges? Is there a common culture of discussion? Among professors and other legal scholars, can one find persons being more on the side of the workers?

Is there among lawyers (including judges) and in the public opinion a position which advocates a social partnership between capital and labour? Would it not be better to make compromises instead of putting people into prison and provoking thus new conflicts? Would it not be better for the productivity and the innovative forces of the economy to recognize legitimate interests of the workers? In a lot of countries in Europe, especially in the prosperous ones, the majority of employers are quite favourable to social partnership.

As to the legal questions, the report mentions “arbitrary interpretations”. Are there examples one can give? Are there scientific reviews and congresses where this is criticized?

Some improvements of the legal situation have been mentioned, e.g. the “arbitration by authority” which has been abolished (page 2). Which were the conditions of such a

measure? Can they be reproduced in other cases?

The report criticizes “the ignorance of international labour standards”. This is a wide-spread phenomenon in many other countries, too. One can perhaps improve the situation by giving much more information to the workers and the scientific community. One should confront many times the employers and the government with the findings of ILO and UN supervisory commissions.

The report mentions that industrial actions directed against corporate restructuring are considered to be unlawful. Despite the fact, that in Germany the Federal Labour Court did not decide the question, the German unions would never dare to organize a strike against a relocation of a business. But in many cases they asked for a lot of compensation (e.g. salary for three years) which would make the relocation economically uninteresting for the employer. The Federal Labour Court has recognized the legality of such a demand. Could a comparative way of acting be conceivable in Korea?

Discussion

“Industrial Action and Liability in Korea”, by Pr. Kyuong-bae Cho

Emmanuel Dockès (University of Paris Ouest Nanterre la Défense)

This paper gives rise to two main reactions. The first one is about Korean Law. The second one is about the Pr. Kyuong bae Cho's criticisms on Korean Law.

1) On Korean Law.

It seems that Korean Law contradicts itself. In the one hand, the right to strike is clearly guaranteed by Article 33.1 of the Constitution. In the other hand, the right to strike is not guaranteed by case law, neither by the Constitutional Court of Korea, nor by the Supreme Court of Korea.

Of course, in all legal systems, we know how much the interpretation may turn one rule to another. And formally, the right to strike is recognized by these Courts. But, it seems indeed, in this case, very formal. From an exterior point of view, the Korean Case law seems hypocritical, as it seems quite impossible to find any strike, in Korean law, that is not at risk to be harshly punished, by criminal or civil liability. The 1990 Seoul Metro Corporation Case¹⁾ is very clear on that. “The collective action is not punished only if proved justifiable”. If the collective action is a right, it should be the other way round: the collective action should never be punished, unless proved illegal. This case also asks the strike to be “reasonable”. Such a concept used in such a context means that any strike is under suspicion. As to go on strike is never an easy decision, it is never clearly “reasonable”. Within its interpretation power, this case law enables any judge to forbid any collective action. With these two examples, and many others, it seems clear that, in Korean case law, strike is, in principle, illegal. There is no right to strike in this context. Simply collective action might become tolerated, under very restrictive conditions. Even

¹⁾ 1990.5.15, 90Do357

worse, with the use of standard concepts, such as “reasonable” or “justifiable”, whether this or this collective action might be tolerated seem unpredictable. To go on strike is, in this legal context, to take great risks for the employees. The exercise a fundamental right should be protected. In Korean Law, it puts oneself into great legal danger of civil or criminal punishment.

The lack of respect of the right to strike in Korean Law creates some contradictions.

Democracy, opposed to tyranny, is a regime that intends to limit any kind of power. The right to strike is a fundamental right in all democratic countries because it is a limit to power, a countervailing power, opposed to the employer’s strength on the employees. It means that the stronger the power is, the more the right to strike is needed. In Korean law, in the opposite, the stronger the power is, the less the right to strike is legal: if the strike is against “high level management decision”, the strike is illegal...²⁾ With this logic, the right to strike is not only denied in practise, it is denied in its ratio legis, in its fundamental rationale.

2) On Pr. Kyuong bae Cho’s paper.

Pr. Kyuong bae Cho’s critics on Korean strike law are extremely convincing. The strength of its rationale extends far beyond national or even continental boundaries. It proves that despite very important differences between national legal systems, a common view on fundamental human rights and on main legal reasoning is indeed possible, at least at an academic level. It helps to be optimistic on the possibility to create a global law to limit the dangers of the global economy.

²⁾ Supreme Court of Korea ruling, 2003.12.26. 2001Do3380.

Discussion

Industrial Action and Liability in Korea A Response to Professor Kyuon-bae Cho

Keith Ewing (King's College London)

1. Professor Kyuon bae Cho has provided a very full and admirable account of the law of industrial action in Korea. In the process he has highlighted a number of important legal restrictions on the right of workers to take industrial action.

2. In addressing the questions raised by the Professor Kyuon bae Cho's paper, it is important to recall that Korea is a member of the International Labour Organisation and as such is bound by the constitutional principle of freedom of association on which that organization is based.

3. In addition, Korea has signed the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, by which it undertakes to accept the four core ILO principles, including the right to freedom of association. Korea has reinforced its commitment to this latter principle in the free trade agreements with the US and EU respectively.

4. However, Korea has not ratified ILO Convention 87 (the Freedom of Association and Right to Organise Convention, 1948). This is unusual, this Convention having been ratified by 153 countries. Korea has ratified only four of the eight so called fundamental conventions.

- The CFA

5. Complaints that an ILO member state has failed to comply with freedom of association obligations may be made to the tripartite Committee on Freedom of Association. Ten complaints have been made by Korean trade unions against Korea since

Korea became a member of the ILO in 1991.

6. These complaints raise a number of different questions relating to freedom of association. Most of them are concerned to some extent with the restrictions on the right to strike imposed by Korean law. The CFA has interpreted the constitutional principle widely to include the right to strike.

7. In one case, which was referred to the Committee in 1993 relating mainly to restrictions on strikes by teachers, the Committee said that

As regards the right of private and public school teachers to take collective action, the Committee recalls that the right to strike is one of the fundamental rights of workers and their organizations being one of the essential means through which they may promote and defend their occupational interests; it can only be restricted and prohibited in the public service (public employees being those who act as agents of the public authority) or in essential services in the strict sense of the term. 1996 and which has been the subject of supervision since - addressed two questions relating to the right to strike.¹⁾

8. The Committee has since addressed a number of other questions. So in Case No 1865, the CFA recalled that 'the right to strike should not be limited solely to industrial disputes that are likely to be resolved through the signing of a collective agreement; workers and their organizations should be able to express in a broader context, if necessary, their dissatisfaction as regards economic and social matters affecting their members interests'.²⁾ In the same case the Committee requested the Government to take the necessary measures to ensure that strike action may be carried out beyond the limited question of industrial disputes for the signing of a collective agreement, in accordance with these principles, and that the legality of such action is not dependent upon the representative status of the organization.³⁾

9. The complaints have raised a wide range of other issues, leading to a number of questions about domestic law. These relate to restrictions on strikes in essential services,

¹⁾ ILO, Committee on Freedom of Association, Report No 286, March 1993, para 575.

²⁾ ILO, Committee on Freedom of Association, Report No 363, March 2012, para 118.

³⁾ Ibid.

the government being asked – also in Case No 1865 – ‘once again’ to confine the restrictions ‘to operations that are strictly necessary to avoid endangering the life or normal living conditions of the whole or part of the population’.⁴⁾ Other issues addressed by the CFA include the penalties imposed on those who take part in legitimate strikes or other industrial action. In Case No 2569, the Committee

considers that sanctions for strike action should be possible only where the prohibitions in question are in conformity with the principles of freedom of association. In view of the fact that the restrictions imposed on teachers in the Republic of Korea with regard to their right to collective actions are not in conformity with freedom of association principles, the Committee requests the Government to take the necessary measures in order to fully compensate those who suffered material or other damages as a result of their participation in rallies. It requests the Government to keep it informed in this respect. The Committee further expects that no penal sanction will be imposed on trade unionists for the organization and participation in peaceful collective actions.⁵⁾

- ILO Convention 87

10. In addition to supervision by the CFA, most countries are subject to supervision also by the ILO Committee of Experts, which was established in 1926 to monitor compliance by member states with their obligations to comply with Conventions they have ratified. Most countries have ratified ILO Convention 87, and are subject to regular supervision by the Committee of Experts on freedom of association grounds as a result.

11. ILO Convention 87 provides by Art 3 that

(1) Workers' and employers' organisations shall have the right to draw up their constitutions and rules, to elect their representatives in full freedom, to organise their administration and activities and to formulate their programmes.

(2) The public authorities shall refrain from any interference which would restrict this right or impede the lawful exercise thereof.

It is true that the foregoing does not expressly refer to the right to strike. Nevertheless, the right to strike has been read into Art 3 and to be impliedly protected by Art 3.

⁴⁾ Ibid, para 119.

⁵⁾ ILO, Committee on Freedom of Association, Report No 351, November 2008, para 641.

12. Indeed there has developed an enormous jurisprudence on the right to strike, as the ILO Committee of Experts has subjected legal restrictions on the right to strike to close examination. As a result of that examination, a number of principles have been established in relation to the legitimate subjects of industrial action, the parties to industrial action, the tactics that may be deployed during industrial action, the procedures that unions may be required to follow before industrial action, and the sanctions for taking part in industrial action.⁶⁾

13. But although Korea has not ratified ILO Convention 87, as pointed out in para 3 above Korea has signed the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work of 1998. This is subject to a follow up procedure by which each of the four core ILO principles (freedom of association, prohibition on forced labour, elimination of discrimination, and the prevention of child labour) are subject to scrutiny every four years, with concerns highlighted in a Global Report produced by the ILO. There are now three reports dealing specifically with freedom of association, the first published in 2000.

14. The most recent ILO Report under the Follow up procedure specifically highlights the case of Korea in the context of 'progress made and remaining challenges'.⁷⁾ The Report claims that there has been discussion recently about the ratification of Convention 87 by Korea but that no timetable has been set. A number of issues continue to be raised in relation to freedom of association generally, and it will be for others better informed than me about the situation in Korea to assess just how much progress has really been made in relation to the right to strike specifically.

KDE

14.ix.14

⁶⁾ See B Gernigon, A Odero and H Guido, 'ILO Principles Concerning the Right to Strike' (1998) 137 *Int Lab Rev* 441. It should be noted that the interpretation of Convention 87 to include the right to strike has recently been challenged by employers. For a convincing rebuttal, see J Bellace, 'The ILO and the Right to Strike' (2014) 153 *International Labour Review* 29.

⁷⁾ ILO, *Freedom of Association in Practice: Lessons Learned* (2008), p. 13.

Discussion

A Short Comment on the Korean Situation Described in Prof. Cho's Paper

Hiroya Nakakubo (Hitotsubashi University)

My knowledge about the legal rules, industrial relations, and societal conditions of Korea is very limited, but after reading Prof. Cho's paper I cannot help feeling that the constitutional guarantee of a workers' right to collective action is rather insubstantial.

Particularly unsettling is the fact that criminal sanctions are being applied to strikes so readily, including "interference with business" under the Criminal Act. And the Trade Union and Labor Relations Adjustment Act seems to aggravate this, not only placing tough hurdles for strikes to be qualified as "justifiable" but also adopting penal provisions of its own. As I wrote in my paper, criminal cases are limited to violence and other excessive conduct in Japan, so long as the private sector is concerned. People would agree that police should be kept away from labor disputes except for truly unavoidable situations.

It is also surprising that the Korean Supreme Court considers a strike against redundancy dismissal to be unlawful in its purpose. While management is free to adopt corporate restructuring plans, the workers are naturally affected by their consequences. It would be prudent to let the union resort to strikes, if it desires, in an effort to protect their jobs and/or interests in the process. The current rule seems very harsh, resulting in not only criminal responsibilities but also a large amount of civil liabilities for the union and individual workers.

As a whole, the Korean law on strikes and other collective actions is far more restrictive than the Japanese counterpart. However, the Japanese law has not been tested in reality in recent years, and this theme has been almost forgotten among labor law scholars. I hope to be vigilant and see if our constitutional guarantee of workers' collective rights will remain viable in the years to come.