

韓国におけるスト権に関する研究

朴 洪 圭*

1. 団体行動権行使の事例

(1) 大邱東山医療院の場合

韓国における団体行動とそれに対する法的処理について検討するために、一つの典型的な事例を分析することにする。これは、1990年代に起こった大邱直轄市にある東山医療院の労組の団体行動を巡るものである。

同医療院の1,400余人の従業員中、800余人が加入していた労組は、1990年12月20日から、1991年度の団体協約および賃金協約のための団体交渉を19回、そして同年3月17日から9回にかけて賃金交渉を行い、労組は基本給の28%引き上げ、労組推薦の3人を含む懲戒委員会の構成などを要求したが、使用者は9%以内引き上げを固守したため合意をみなかった。

同労組は旧労争法にもとづき、1991年5月4日に大邱直轄市の中区役所と地方労働委員会（以下「地労委」とする）に対し、労働争議の発生申告をした。韓国では、団体交渉の決裂時、すぐに団体行動を行うことはできず、必ず法令による調整手続きを踏まなければならない。つまり団体行動権は、国家によって制限されている。このような事前制限とともに、以下に述べるように、事後における過酷な民・刑事および懲戒責任の追及がある。

5月17日に地労委は、当事件に関する斡旋と調整を経て調整案を提示したが、それは当事者双方に拒否された。5月18日に当事件は、大邱市の中区庁長の要請によって仲裁に回され、5月29日に定額の8,000ウォンの引き上げ、および定率9.5%の引き上げなどの仲裁裁定が成立し、翌日労使両側に通達された。

* 神戸大学大学院国際協力研究科客員教授
嶺南大学校法科大学教授

しかし労組としては、28%の賃上げ要求が9.5%の調整に止まったということは、使用者が提示した9%内引き上げと何ら異なるところがないと判断し、5月30日に労組臨時総会を召集して組合員投票により仲裁裁定の拒否を決意した。ついで5月31日、労組は非常対策委員会を召集してストライキを決意し、仲裁裁定書の通達日から10日以内に再審を申請しなかった。

労組は6月3日から同月30日まで、組合員の400名から650名余りが参加してストライキを行った。ストライキは午前8時から午後5時30分まで、出勤と同時に外来診療室の入口で組合員が集結して労働歌とスローガンを唱え、3階の大講堂や屋外の芝生などにおける教育の実施および労働歌とスローガンの斉唱、医療院構内での行進、退勤時の人員点検後における当日のストライキ内容に対する評価と広告後の解散という形で平和的に展開された。しかしその過程で、組合幹部の主導のもと一部組合員らにより、医務記録室の占拠籠城と医療院の占拠籠城がそれぞれ2、3日ずつあった。ストライキ終了後、組合員7人が拘束されて29人が解雇され、79人が懲戒をうけた。拘束された組合幹部の7人は、1991年12月26日に旧労争法違反（つまり仲裁裁定後に争議行為を再び行うために、再度争議行為の発生を届け出て冷却期間を置かなかったという事由）、「集会および示威に関する法律」（以下「集示法」とする）違反（つまり屋外集会）、旧労組法違反（つまり団体協約違反）、刑法の財物損壊罪および業務妨害罪の違反などの

理由で、懲役1年その他の刑事処罰を受けた。

刑事処罰以外に使用者側に解雇された組合幹部について、出入停止仮処分申請及び民事訴訟が提起された。解雇幹部らは、解雇無効確認訴訟を申し立ててあるので、被解雇者は旧労組法第3条の4号によって組合員の身分が保たれているという理由で、出入停止仮処分とは認められないと主張したが、1992年4月28日、裁判所はその理由ではなく、著しい損害が発生する事由がないとする理由などにより仮処分申請を棄却した。

一方損害賠償請求訴訟において原告側は、旧労争法第38条は、仲裁申請が違法や越権によると認められる場合の10日以内に再審を申請し、再審決定に同じような事由があれば15日以内に行政訴訟を請求するように規定しており、その他の場合、関係当事者は裁定を守らなければならないため、当件は不法ストライキであると主張した。そしてストライキの結果、医療院は6月3日から11日まで約5億ウォンの減収などの損害を被ったとして、労組と労組委員長に5,000万ウォン、幹部組合員の37人に4億ウォン以上の損害賠償、そして訴状送達の日から完済日まで、年2割5分の利子を請求した。

それに対して被告側は、当ストライキは団体行動権の行使であると主張し、争議行為が不法であるとしても、それが使用者の営業権を故意に侵害するという高度の不法性ないし違法性を持つ場合にのみ責任が認められるものであり、しかも労組側の責任のみが認められるものであって組合員個人の民事責任は認

められないと主張した。

ところが、1992年9月18日に裁判所はその主張を退けて原告の請求を受け入れ、労組および組合員の民事責任を認め、5,000万ウォンの損害賠償と延滞損害金支給を宣告した。そしてその他の損害賠償は棄却された¹。高等裁判所²と最高裁判所³でもそのまま認定された。

判決確定後の1996年12月に被解雇者の自家用自動車が仮押留され、1997年7月から利子分7,550万ウォンを含む1億2,500万ウォンの執行が、毎月の労組組合費の全額に対して執行された。1次の1,260万ウォンの仮押留後、同年の10月に2次仮押留の2,100万ウォン、1998年1～2月に3次仮押留の2,100万ウォンが執行されて5,000万ウォンに対する仮押留は終わり、1998年12月から現在まで利子分7,550万ウォンに対する仮押留が執行された。これは組合費の仮押留が執行された最初の事件である。現在同労組は瓦解状態にある。

(2) 事例の問題点

1990年代の団体行動においてこの判決は、1987年の労働大闘争に対して政府と企業が選択した労働弾圧の新しい形の一つとして表れた。したがって労働者側は、裁判所を利用した法的闘争どころか、保守的な裁判所による新しい弾圧に対応しなければならない事態に陥った。

このような判決によれば、韓国では団体行

動はありえない。それはいつも労組法の複雑な手続きの違反になって、場合によっては集示法及び刑法、ひいては国家保安法に違反するからである。上の判決は、労組法に違反すれば無条件に不法ストライキと見なして刑事処罰や損害賠償を認める、裁判所の一貫した態度を反映したものである。

裁判所は法規違反の団体行動について、無条件に民・刑事責任を負わせてきた⁴。上の事例をはじめとした多くの判決には、それが正当であるという当事者また弁護人の主張に対する判断がない。大部分の判決には法律論が見られず、検事が作成した控訴状をそのまま写した冗漫な事実論があるばかりで、それが構成要件に当たるとして刑法条文が適用される（これは韓国の裁判の一般的な傾向である）。従ってこの過程で、争議行為の正当性に関する問題は最初から無視され、構成要件該当性から推定される違法性を認定して適用する。また違法性阻却事由は被告人側に立証責任が負荷され、ほとんど認定しない。

また組合役員を処罰する際に、組合役員らの行為に対する確実な事実認定はなく、不明確な発生結果に対しても責任を負わず。上の事例では、労組委員長が医療院長との面談中にドアを蹴り、テーブルのガラスを割って器物を損壊し、争議行為申告および冷却期間遵守を守らずにストライキを行い、法令に違反し、屋外集会を申告せず、集示法に違反し、団体協約に違反したという罪に問うている。

契約の一つにすぎない団体協約違反を刑事

1 大邱地判1992.9.18、91が合12459、13780（併合）。

2 大邱高判1993.5.27、92な8928、8935（併合）。

3 大判1994.3.25、93た32328、32835（併合）。

4 大判1990.7.10、90と755。

処罰の理由とする国は韓国しかない。手続きの規定違反を理由に団体行動を不法ストライキとする判決は、すでに最高裁判所によって確立されている⁵。しかしそれは、そのことによって正当性を喪失することはないという労働法の基本法理を否定する重大な誤謬である。また不法ストライキだとしても、労働団体権の行使に対して刑事法を適用する際には、憲法上の人権規定を基本的に尊重すべきであるという点を無視する態度であるといえる。団体行動の展開過程では、力の対決が表れるのは必至である。それを全て業務妨害や暴力として厳格に処罰するとしたら、団体行動の行使は実際不可能である。

さらに問題になるのは、一つの労働争議において事前および事後手続きを経れば、争議行為は正当に行使されうるはずであるが、上の判決によれば韓国ではそれが不可能であるという点である。つまり一つの労働争議が申告されると、冷却期間を経て（事件当時、一般事業は10日、公益事業は15日、現在はその2倍）、斡旋と調整が行なわれた後、再び仲裁が入れば15日間争議行為が禁止され、仲裁が終了された後、再び申告と冷却期間、斡旋、調整、仲裁を延々と反復しなければならない。つまり争議行為は成立しえず、構造的に団体行動それ自体が禁止されているのである。

特に民事責任について、韓国最初の判決である1990年7月3日の判決⁶が出た後の同年10月22日、政府がいわゆる「犯罪との戦争」を

宣言した直後、まるで「犯罪との戦争」のための武器の一つであるかのように、労働部長官は全国勤労監督官が集まった会議の席で、民事損害賠償請求訴訟を積極的に用いるという指針を下した。そのさい労働部長官は、1990年の判決を模範事例として提示した。その後、民事損害賠償請求訴訟は増えて1991年には約20件となったが、大部分の場合は労組と組合員側の責任が認定された。結果的に、憲法で認められた人権の行使は犯罪と不法行為の一つとしてみなされた。

韓国の判例⁷と通説は、主としてドイツの争議行為法理に依拠し、団体行動は団体交渉の主体となる労使が、法令に規定された期間と手続きを経ることにより正当性を有するという。従って団体交渉をせずに行った団体行動は、憲法ではなくてその下位の法令に違反するという理由により、憲法の基本権である団体行動権は制限・禁止される。このような立場によって、韓国では多くの団体行動が厳格に法的責任を追及されるのである。

その理由の一つである、団体交渉権が保障されると団体行動権が制限されるという判例や通説の立場は、本来日本における公務員の団体行動権制限の論理で提示されたものであるが、韓国ではすべての労働者に対する団体行動権制限の論理に拡張され、提示されている。この、日本の公務員に対する論議が韓国ではすべての労働者にあたる点とするのは、その他の労働団体権に対する規制と同じく、韓

5 大判1990.7.10、90と755。

6 大邱地判1990.7.3. 89か13541。

7 大判1990.10.12、90と1431；大判1991.1.21、91ぬ5204；大判1992.9.22、92と1855。

国ではすべての労働者を公務員として見るという基本観点からくるものである。そしてすべての争議行為を公共的なものと考え、日本や外国の緊急調整と同じような手続きをすべての争議行為に適用するのも同様の態度である。

(3) 韓国団体行動の特殊性

社会関係において争訟の可能性が不可避であるように、労使関係において争議行為の可能性は不可避である。韓国では、日本占領期(1910—1945年)と維新时期(1971—1979年)に争議行為が禁止されていたにもかかわらず発生していたことがこれを証明している。

ドイツではナチスによるストライキ禁止措置のため、ナチス統治期間中、ストライキに関する論議さえなされなかったように、韓国でもこの分野に関する論議が貧弱である。ナチスドイツにおいてでは、ストライキについて百害無益論(Schadlichkeitsargument)を主張する判例まであり、法律や判決でストライキを制限する必要があると主張された。⁸ 韓国の場合も同様である。韓国では、そのような判例や学説を神のように崇め奉り、ドイツを物神化する傾向まで生じた。ストライキに対するこのような論議は、ストライキが莫大な経済的損失をもたらすことを根拠としているが、韓国では1995年の労働損失日数は

392,000日であり、当時の雇傭労働者数を約1,000万人とすると、1人当りの労働損失日数は0.03日にすぎない。したがってストライキは、労働条件に関する紛争を解決する方法として、最少の摩擦損害ですむ手段と考えられるべきである。

また争議行為は、社会秩序を攪乱するようなものではなく、職場の平穩を害するに止まるのが普通である。特に韓国の場合は企業別労組であるため、争議行為はほぼ個別企業単位で発生しており、政治ストライキや同情ストライキはもちろん、ピケティングやボイコットなどはほとんどない。したがって労使紛争解決のための中心的課題は、ストライキに対する抑圧をすることよりも、労使自治の団体交渉を促進してストライキの発生原因を除去することである。¹⁰ このような理由から大部分の国では、団結権、団体交渉権、ならびに団体行動権を保障している。

団体行動は、使用者と労働者の対立関係が存在すれば当然発生する。しかし団体行動は現実的に、労組の組織形態や労働運動の伝統およびその環境によって規制される。韓国の団体行動も、企業別組織の形態と伝統、そして労働運動に対する国家の過度な政治的抑圧という歴史的・社会的要因によって規制されている。

第一に、韓国の団体行動は主としてストライキ(労務拒否)と職場占拠という形で行なわれる。1987年から1990年6月までの労使紛

8 Richard Osswald, Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitsgerichte, 1954, S.7.

9 BAG (GS) vom 28. 1. 1955, AP Nr.1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

10 Kahn-Freund, Labour and Law, Stevens and Sons, 1977 p.226.

糾7,491件のうち、労務拒否と職場占拠は60.7%の4,543件であった。その次が単純労務拒否の2,731件(36.5%)であり、デモは94件(1.2%)であった。これは旧労争法上、争議行為が事業場内に制限され、「集会およびデモに関する法律」によって屋外集会が禁止されたためであった。また、労組組織が企業別労組であることにも原因があった。

第二に、多くが短期間(約20日前後)で終わり、主張を貫徹することを目的とするのではなく警告的性格をもっている。短期間で終る理由は、企業別組合はその財政的基盤が脆弱で、一つの企業に限定された長期争議は企業の存立を脅すからである。その底辺には、企業一家主義の意識もある。特に1980年代末から、従来 of 慣行であったストライキ期間中の賃金支給が政府によって禁止されたことにより、ストライキ期間はさらに縮まった。

第三に、韓国の団体行動の性格は警告的ではあるものの、普通は実力行使が伴う。これは企業別組合が労働市場を統制する力が弱く、企業内では団体行動が一般的であり、団体行動のなかで政府と使用者から攻撃されるからである。そのため、救社隊や警察によるストライキの強制鎮圧の際に傷害や損壊が発生し、「暴力行為など処罰についての法律」で処罰されるというケースが多い。したがって実力行使発生の原因は、企業および政府側にあるといえる。

第四に、韓国の団体行動は様々な戦術を駆使して行なわれる。例えば部分ストライキや違法闘争、一斉休暇闘争などである。それに

はいくつかの理由があるが、政治的抑圧もその一つである。実質的に争議行為が禁止されている状況においては、このような合法的戦術も取らざるを得ないであるが、それさえも違法行為として業務妨害罪などの処罰を受けてきた。

第五に、韓国の団体行動は組織的に行なわれる。つまり労組内部の討議や投票で決定され、執行部の指揮下に多数の組合員が一斉に参加するのである。これは裁判所が団体行動ではないとして判断する場合、誰がどのような責任をとるのかという問題と関連して、重要な意味を持つ。特に韓国では長きにわたる軍事独裁政権の影響による社会的体質のため、指導者を中心とする集団主義がドイツや日本よりずっと強い。

第六に、ここ最近、韓国では団体行動が急速に減少している。もちろんそれは労組の闘争力の低下による例外的な現象であって、今後も団体行動は発生しうる。しかしながら今日の韓国では、他のどの国よりも争議行為の発生率は低いほうに属するといえる。

以上の特徴のうち、第二から第六は日本の状況¹¹と非常に類似している。これは、企業別労組という共通性に由来するものであろう。しかし団体行動を巡る法制度とその適用の状況は、あまりにも異なっている。韓国の労働法制は団体行動を極端に制限禁止しており、行政と司法は警察力の動員と刑事処罰、また民事賠償の認定により、団体行動をさらに制

11 西谷敏、労働組合法、有斐閣、1998、pp.384-385。

限している。

2. 法律による労働団体権の制限と禁止の概況—日本法との比較

(1) 概 況

韓国の労働団体の基本法である労組法は、憲法第33条が規定する労働団体権の保障により、労働団体組織の育成と活動の増進を規定すべきであるので当然、労働団体権を侵害してはならない。にもかかわらず韓国の労組法は、むしろ労働団体組織の抑圧と活動の禁止を規定しており、基本的に憲法違反であるのみならず、他の先進国や国際基準ではとうてい見られないような過度の禁止、制限規定とともに、膨大な処罰規定を置いている点にその基本的な特徴がある。したがって労組法の大部分が違憲であり、後進的かつ非国際的である。判例や行政解釈、労働慣行や学説などにおいても同様であり、重大な問題である。

労働団体法は雇用法や労働条件法とは異なり、本来その性格は私法に近い。つまり労組の組織は民法の法人規定、団体協約は契約規定、争議行為は債務不履行や不法行為規定に準じて理解されるほど、それは私法に近いといえる。したがって処罰規定はもちろん、制限規定も元来存在自体がなじまない。西欧の場合、近代初期には処罰規定があったが、近代末に至ってほとんどなくなった。しかし、他国と違って憲法において労働団体権を規定する韓国法には、西欧近代初期のものより厳しい処罰規定が存在している。それも、憲法上の労働団体権を大きく侵害する形で成り立っ

ている。

韓国憲法上、労働団体権の制限は、第37条2項の事由による場合のみ可能で、その場合も本質的な内容を侵害することはできないと規定されているが、下で見るように韓国の労働団体法は甚だしく違憲的要素を含んでいる。以下、韓国と似た憲法規定を持ち、韓国労働団体法の母法でもある日本の労働団体法を、特に刑罰賦課の面で韓国法と比べることにする。

(2) 刑罰が賦課される場合

A. 労働団体権一般に対する処罰

(A) 日 本 法

韓国労組法の母法である日本の労組法は、使用者による労働団体権の侵害である不当労働行為に関連した罰則のみを規定している。つまり不当労働行為に対する労働委員会の命令（第27条）が確定判決によって支持された場合、命令に違反すると1年以下の懲役、あるいは10万円以下の罰金に処する規定（第28条）をはじめ、労働委員会委員の秘密維持義務（第23条）違反時における1年以下の懲役、あるいは3万円以下の罰金（第29条）、労働委員会への虚偽報告（第22条）などに関する3万円以下の罰金（第30条）、不当労働行為救済に対する裁判所の判決（第27条の8項）違反時における10万円以下の科料（第32条）が規定されている。

(B) 韓 国 法

韓国の場合、旧労組法では、労働委員会の

命令が確定判決によって支持される前であっても、それに違反すれば2年以下の懲役、あるいは3,000万ウォン以下の罰金に処する(第46条—日本の2倍以上の懲役で、罰金は30倍以上)と規定された。この規定は、1997年の改正時において日本法と同じように、確定された救済命令に違反した場合は3年以下の懲役、あるいは3,000万ウォン以下の罰金に処する(第89条の2項)と改正された。

また不当労働行為禁止に違反すると、日本では処罰されないが韓国の旧労組法では1年以下の懲役、あるいは1,500万ウォン以下の罰金に処され(第46条の2)、現行法では2年以下の懲役、あるいは2,000万ウォン以下の罰金となり、その刑量は引き上げられた(第90条)。また日本法のように1997年の改正時に新設された不当労働行為の救済に対する裁判所の判決(第85条の5項)に違反したときは、500万ウォン以下の過料(第32条)がかけられる。

また労働委員会委員の秘密維持義務(労働委員会法第28条)に違反した場合の1年以下の懲役、あるいは300万ウォン以下の罰金(労働委員会法第30条)、労働委員会への虚偽報告(労働委員会法第23条)などについての500万ウォン以下の罰金(第30条)は、日本法に比べ、その刑量は過多である。

B. 団結権の行使に対する処罰

日本をはじめ外国では、団結権の行使に対する罰則は当然ない。しかし韓国法では、日本法には規定すら見られない、労組に対する

行政官庁の資料提出(第27条)違反にさいし、旧法では3ヶ月以下の懲役、あるいは20万ウォン以下の罰金(第47条)が科せられており、現行法では500万ウォン以下の過料に処される(第96条1項の2号)。

その他にも、韓国法特有の処罰規定は多い。例えば、労組法上の労組ではない団体が労組の名称を使うと(第7条3項)、旧法では20万ウォン以下の罰金(第48条)、現行法ではその25倍である500万ウォン以下の罰金に処される。また労組の規約並びに決意処分に対する労働部長官の是正命令(第21条)に違反すれば、やはり500万ウォン以下の罰金に処される(第93条)。

これも旧法では20万ウォンの罰金であったのが、25倍も引き上げられたものである。また労組が書類備置義務(第14条)に違反した場合は、500万ウォン以下の過料(第96条1項の1号)、変更事項の申告(第13条)や解散事由の申告(第28条の2項)をしない場合、300万ウォン以下の過料(第47条)に処される。

C. 団体交渉権の行使に対する処罰

日本をはじめ外国では、前述の団結権、および団体交渉権の行使に対する罰則は当然ない。しかし韓国法には、日本法では全く処罰されない、団体協約(第31条1項)および地域的拘束命令(第36条1項)違反においても、1,000万ウォン以下の罰金に処される(第92条の1号)。また団体協約の是正命令(第31条3項)に違反すれば、やはり500万ウォン

以下に処される（第93条）。これは旧法で20万ウォンの罰金だったのが、やはり25倍も引き上げられたものである。また団体協約を通報（第31条の2項）しなかった場合、300万ウォン以下の過料（第47条）に処される。

1997年の改正時に新設された団体協約に対する労働委員会の解釈などに関し、仲裁裁定と同一の効力が認定されるため（第34条3項）、その違反については2年以下の懲役、あるいは2,000万ウォン以下の罰金に処される（第90条）。

D. 団体行動権の行使に対する処罰

(A) 日本法

日本の労働関係調停法の場合、公益事業の争議行為にさいして10日の予告規定（第37条）に違反した場合、使用者またその団体、労働者の団体などは10万円以下の罰金に処される（第39条1項）。この場合、1個の争議行為について罰金の総額が10万円以下であることを意味する（第39条3項）。また緊急調整中の50日間の争議行為禁止規定（第38条）に違反した場合、労働委員会の請求（第42条）により、労使団体などに対し20万円以下の罰金に処される（第40条の1項）。この場合も、1個の争議行為についての罰金の総額が10万円以下である（第40条2項）。

(B) 韓国法

a. 日本法と同一の行動についての処罰

韓国労組法の処罰は、日本のそれとは比較にならないほど、非常に重いものである。日

本法と共通した規定違反に対する処罰を比較してみよう。韓国法の公益事業の調停期間は15日である（第54条1項）ので、日本より5日長い。それに違反すれば韓国の場合は無条件で、違反したすべての者に1年以下の懲役、あるいは1,000万ウォン以下の罰金が科せられる（第91条）。つまり、日本法には最初から存在しない懲役が1年も科せられるだけでなく、罰金も日本法（10万円）の10倍となる。これは1997年の改正時に、旧法の100万ウォンを10倍も引き上げたものである。また日本法の場合、懲役刑は初めから問題にならないが、韓国の場合はあらゆる違反者がそのような処罰を受け、10万 명이 1つの争議行為において規定に違反すれば罰金額は1,000億ウォンにいたることになる。これは日本の10万倍に到達する、天文学的な数字である。

また緊急調整時の争議行為中止期間は、韓国法の場合は30日（旧法では20日だったが1997年の改正により30日に引き上げられた）であるが（第77条）、日本法の場合とは違って、調整期間が15日（第54条の1項、ただし延長時は30日）、仲裁時の15日間の争議行為禁止（第63条）を合わせると、日本法より10日長いことになる。その上それに違反した場合、旧法では首謀者が2年以下の懲役、あるいは100万ウォン以下の罰金に処されたが（第46条）、1997年の改正以後は、全参加者に2年以下の懲役、あるいは2,000万ウォン以下の罰金が科せられることになった（第90条）。つまり日本法にはありえない、労使団体が基本的な処罰対象である懲役刑が2年以下に規

定されており、罰金も20倍に至る。それもまた参加者が多ければ多いほど、日本の数千倍、数万倍となる。

b. 韓国法特有の処罰規定

日本法では処罰されないことが韓国法では処罰される、多くの事項について検討する。それは、日本法にも韓国法と同様の規定があるものの処罰はされないものと、規定自体が初めからないものとに区分される。

i. 日本法においても規定はあるが、処罰されないもの

(i) 仲裁裁定などの不服

韓国労組法で仲裁裁定や再審決定が確定した場合（第69条4項）、当事者がこれに従わなければ2年以下の懲役、あるいは2,000万ウォン以下の罰金に処される（第90条）。これは、1997年の法改正時に旧法では500万ウォンであったものを4倍も引き上げたものである。日本法にも仲裁裁定（第33条）や再審決定はあるものの、前者は団体協約の効力を賦与するもの（第34条）で、後者は団体協約の問題である。つまり、刑事処罰ではなく民事的効力の問題になる。

(ii) 調整などの不服

韓国法では、受諾された調停案（第61条の1項）や仲裁裁定（第68条）を遵守しなければ、1,000万ウォン以下の罰金に処される（第92条の2項）。日本法にはこのような処罰規定はないが、韓国法ではこの2

つには団体協約の効力も認められる。日本法とは異なり、調整にそのような規範的効力を認めることも問題であるが、韓国法ではその違反時に刑罰まで受けることになる。さらに仲裁裁定について、再審申請期間の前（仲裁裁定書の通告後10日以内）に違反すれば1,000万ウォン、再審申請期間に再審を申請しない場合は、期間終了後に違反すれば2年以下の懲役、あるいは2,000万ウォン以下の罰金に処される。再審申請時期の違いだけで、刑罰の内容が全く違うことになる。

(iii) 安全維持義務

韓国の労組法（第42条2項）や日本の労働関係調停法（第36条）では、安全維持義務が認められている。日本法の場合、その違反は刑法によって処理される。しかし韓国労組法は、刑法とは別に1年以下の懲役、あるいは1,000万ウォン以下（旧法では100万ウォンだったものを1997年に10倍も引き上げた）の罰金に処すると規定している（第91条の1項）。

(iv) 団体行動時の事前投票

韓国法では、争議行為をする前に組合員過半数の賛成を得なければならない（第41条1項）。日本法では、それは労組規約の記載事項にすぎないが、韓国法ではそれらの手続きをせずに争議行為を行えば、1年以下の懲役、あるいは1,000万ウォン以下の罰金（旧法では100万ウォンだったもの

を1997年に10倍も引き上げた)に処される(第91条1項)。しかし日本法の場合、それは規約違反にすぎない。

ii. 日本法には規定すらない規定

日本法では初めから規定もされていないが、韓国法にだけ規定され、その規定によって処罰されるものとしては次のようになっている。

(i) 争議行為の禁止

旧労争法では、国家、地方自治団体、ならびに防衛(軍需)産業体に従事する労働者が争議行為をした場合(第12条の2項)、当該事業所以外の場所で争議行為をした場合(第12条3項)、また第三者が介入した場合(第13条の2)、最高刑である5年以下の懲役、あるいは1,000万ウォン以下の罰金に処していた(第45条の2)。1997年の法改正によって、公務員は公務員法によって処罰されるようになり、防衛産業体は法定最高刑である5年以下の懲役、あるいは5,000万ウォン以下の罰金に処される(第88条)ようになった。また第三者の場合、3年以下の懲役、あるいは1,000万ウォン以下の罰金に処される(第90条)。

1997年の法改正時、労組による団体行動ではないもの(第37条2項)、ピケットをはること(第38条1項)、職場占拠の3つが禁止され(第42条1項)、違反時にはそれぞれ3年以下の懲役、あるいは3,000万ウォン以下の罰金に処される(第90条)ことになった。また争議行為期間中の賃金支

給を目的とする争議行為が禁止され(第44条2項)、その違反時には2年以下の懲役、あるいは2,000万ウォン以下の罰金に処される(第90条)ことになった。さらに作業施設損傷などを招来する争議行為が禁止され(第38条2項)、違反時には同様の処罰を受け、団体行動以前の職場閉鎖(第46条1項)も同様となった。

日本では問題にさえならないのに、韓国では法定最高刑により処罰されるということ、どのように理解すればよいのであろうか。日本だけではなく、世界中どこにも制限規定さえないものが、韓国では法定最高刑で処罰されるということ、をどのように理解すればよいのであろうか。

(ii) 調整期間、採用制限、仲裁時の争議行為の禁止、中止命令

韓国労組法には、日本法にはない調整期間の規定(第54条)、争議行為期間中の採用制限(第43条)、仲裁時争議行為の禁止規定(第63条)、安全義務違反に対する行政機関の中止命令(第42条3項)があり、それに違反すると1年以下の懲役、あるいは1,000万ウォン以下の罰金に処される(第91条の1項。旧法では100万ウォンだったものを1997年に10倍も引き上げた)。

(3) 刑罰が賦課されない場合

A. 団結権の行使に対する制限

日本の労組法は労組を定義し(第2条)、それが不当労働行為救済を申請する(第7条)

ためには、民主的内容を持つ規約を持たなければならぬと規定している(第5条)。

一方で韓国の労組法は、労働者ではない者の加入を差し止めて(第2条の4号)単一企業内の複数労組の設立も暫定的に差し止め(付則第5条)、日本法にはない設立申告手続きを規定している(第10—13条)。設立申告は行政機関が担当し、被解雇者が組合員である場合等は申告が拒否されると規定しているため、労組設立は許可主義である。したがってこれは、明白に憲法第33条に違反するものである。

また韓国労組法には、日本法にはない書類備置(第14条)と規約の総会議決事項(第16条)、臨時総会の召集(第18、19条)、表決権の特例(第20条)、役員選挙(第23条)、専従者賃金支給の禁止(第24条)、解散(第31条)等が規定されている。その他、会計監査(第25条)は日本法では規約事項にすぎない。このような規制も、ほとんど組合の自治権に対する侵害、過度の制限であり違憲といえる。

B. 団体交渉権の行使に対する制限

韓国労組法では、団体交渉の委任時に相手にその事実を通告しなければならない(第29条の3項)。

C. 団体行動権の行事に対する制限

日本の労働関係調停法は、争議行為が発生すれば届け出るように規定しており(第9条)、調整手続きとして斡旋、調整、仲裁、緊急調整を認めているという点において、少なくと

も形式的には韓国の旧法と同様であったが、韓国法は1997年の改正時に斡旋を削った。韓国法では、労組法ではなく労組令第17条で争議行為の申告を要求している。

(4) 違憲問題

上の規定がほとんど違憲であるという点については第5章で検討するが、以下、これまで憲法裁判所で問題になったものについて考察してみる。これは、憲法裁判所が違憲判断に関していかに消極的であるかを理解するためである。

A. 第三者介入禁止の違憲問題

(A) 問題点

労働団体法と関連して憲法裁判所に違憲提訴がなされたものの一つは、第三者介入禁止条項であったが、憲法裁判所は合憲と決定した¹²。この規定は、唯一韓国法にのみ規定されるものであり、1980年の国家保衛立法会議で制定された。その後、1986年の法改正において「全国連合団体である労組、また当該労組が加入した産業別連合団体である労組」は、第三者とはみなさないという規定が補足された。

1997年の労組法の改正により、旧労組法及び労協法上の第三者介入禁止は削除されたものの、現行労組法第40条は「当該労組が加入した産業別連合団体また全国連合団体」、「当該使用者が加入した使用者団体」、「当該労組また当該使用者が支援を受けるために労働部

¹² 憲裁1990.1.15、89憲か103。

長官に申告した者」の以外の者は、「団体交渉また争議行為に関与したり、操縦・煽動してはならない」と規定しているため、第三者介入禁止は依然として存在しているといえる。

(B) 憲法第33条の侵害

違憲提請申請者は、労働団体権には労働者の労働団体権の行使において知識の脆弱性や洞察力の不足により、他人の助力などを受けて実質化することが含まれると主張し、それを包括的に禁止することは、憲法第33条の1項と第37条の2項に違反すると主張した。これについて憲法裁判所は、専門家の助力を受ける権利は、第三者介入禁止ではないと解し、そのような解釈を前提に合憲としたが、このような解釈は、少なくとも現行法規定の正しい解釈ではなかった。つまり専門家の助言行為を許容するという解釈は、「操縦、煽動、妨害その他これに影響を及ぼす目的で介入する行為」であるという従前専門家の助言を第三者介入としていた包括的規定からみて、包括的規定自体を合憲とした憲法裁判所の解釈は明らかに矛盾を内包するものであった。

しかし上のような論議が問題なのではなく、第三者介入禁止条項は企業別労組、企業別団体交渉ならびに団体協約、そして企業別団体行動を強制し、その他の組織並びに活動形態は操縦等に当たる犯罪であり処罰されるべきものとして、憲法第33条が保障する労働団体権の行使を大きく制約しているという点が、根本的な違憲の問題点だといえる。

(C) 平等原則の違反

違憲提請申請者は、労働者は貧弱な経済力と知識のため使用者と対等な地位に立つことは困難であり、したがって専門家の助力を否認するのは労使の実質的対等性を否定するものであるとして、憲法第11条1項の平等原則に違反すると主張した。これについて憲法裁判所は、第三者介入禁止条項は労使双方に適用されるものであるとして否認した。しかしその規定は明らかに労働者側にのみ不平等に適用されているが、憲法裁判所はそのような現実を無視し、形式的な平等を主張した。

(D) 表現の自由などに対する違反

違憲提請で論議された問題ではないが、第三者介入禁止によって憲法第21条1項の表現の自由（演説などの場合）¹³や第10条の幸福追求権また第37条1項に含まれる一般的な行動自由権（激励金の伝達、籠城への参加）が侵害されていると見られる。

(E) 罪刑法定主義と適法手続き違反

違憲提請申請者は、操縦、煽動、妨害などはその犯罪構成要件が不明確であり、憲法第12条1項の罪刑法定主義に反すると主張したが、憲法裁判所はそれが明確であるとした。

13 Human Rights Committee, Views, Communication No.518/1992, U.N. Doc, CCPR/C/54/D/518/1992, (3 August 1995); ILO, 286th Report of the Committee of the Freedom of Association, Case No.1629, March 1993, Minutes of the Governing Body GB. 255/5/11, paras, 514-575; ILO, 291st Report of the Committee of the Freedom of Association, Case No.1629, June 1994, Minutes of the Governing Body GB. 260/5/4, paras, 218-274.

しかし実際に、そのような行為は客観化されていないため、憲法裁判所の主張は不当である。

B. 強制仲裁制度の違憲問題

旧労争法上、公益事業一般について認められていた強制仲裁制度に対して、裁判所は違憲性を否定した。その理由としては、公益事業はその性質上、公共福利による争議権の制限必要性が認められており、争議権は団体交渉と団体協約を成立させるための手段であるため、相当の代償処置が認められる場合は、争議権が否認されてもその本質の侵害ではないということだった。¹⁴

この判決はまず第一に、基本権の制限を必要性によって認定したが、これは、制限する場合であってもその禁止の方式、範囲、規制違反については制裁を最少限にするという基本権最少制限の原則に違反する。第二に、代償措置論は団体行動権を手段としてみる立場であり、憲法上団体行動権を否定するものである。第三に、公益事業労働者に対する差別待遇として、平等権に反する。

現行法上、強制仲裁は必須公益事業に限定しているが、その範囲は広範であり、依然として問題は残っている。特に公衆運輸事業、銀行事業、通信事業が問題である。

3. 刑法の適用

(1) 刑法適用の問題点

14 憲裁1996.12.26、93憲バ17；大判1990.5.25、90ちお52；大判1994.3.25、93た32838、32835（併合）。

韓国法では、私企業部門の団体行動自体を処罰する刑罰規定はないが、刑法上の脅迫（第283、284条）、不法監禁（第276、278条）、恐喝（第350条）、強要（第326条）、（威力）業務妨害（第314条）、住居侵入（第319条）、公務執行妨害（第136条）などは該当する可能性があり、実際そうになっている。また郵便法上の郵便取扱拒否の罪（第50条）などのように、団体行動自体に当たる刑罰規定が存在する。これは違憲であり、当然改正される必要がある。解放後、国家保安法は、労組（全評）への加入自体に適用されたのを始めとし、団体行動にも頻繁に適用されてきた。特に1979年以来の第5、6共和国においてその適用はさらに頻繁になった。

韓国の判例における主な問題としては、ストライキ中の作業場等で連座籠城をする場合の業務妨害罪の適用、連座籠城を救社隊や警察が強制鎮圧する過程における衝突に対する暴力行為など、処罰に関する法律違反、そして労組法上の手続き違反に関する処罰などである。

1988年3月から1992年4月まで、拘束事由が確認された労働者は2,600名に至り、その内業務妨害罪で拘束された者は887名で約30%に至り、1992年4月には約50%になる。これは、検察と裁判所の脱法的法適用態度とともに、業務妨害罪規定の広範性と曖昧性にもその原因がある。

裁判所は、団体行動に関連する行為が業務妨害罪の構成要件に該当すれば、有罪判決をする傾向を見せている。その結果、憲法上の

団体行動権の保障がほぼ無意味であるという評価を可能にする。違法闘争や集団行為などの作業拒否行為が、生産、販売など、会社の正常的運営に蹉跌を招来する程度になれば業務妨害罪に該当するとする判決がその例である。¹⁵

最高裁判所は、争議行為の正当性を判断する基準として、第一に主体が団体協約の締結能力をもつ労組であること、第二に目的が労働条件の向上のための労使間の自治的交渉のみであること、第三に手段や方法が消極的に業務の正常運営を阻害するものであることとして、使用者に打撃を与えるものと考えている。¹⁶これは、団体行動の概念を極端に狭めるものである。

したがって労働条件の向上を目的としない団体行動は、無条件で業務妨害罪に該当すると判断し、拘束労働者の釈放要求行為を、違法集団行為としている。¹⁷特に手続きに関する規定まで、団体行動の正当性の判断基準としている。¹⁸しかしそのような手続きに関する規定に違反した団体行動は、労組法上の罰則適用は受けても、刑事法の適用から除外される正当性までは喪失しない。また判決の中には、業務妨害罪の構成要件に該当すれば違法集団行為であると判断して、憲法と労組法の第2条を完全に無視するような例もある。¹⁹

(2) 組合幹部の責任

韓国の判例は組合幹部の責任について、事実を具体的に判断することなく無条件に認定している。²⁰しかし第一に、組合幹部が違法争議行為の実行を決定する場に不参加であった場合には、当然責任はない。²¹第二に合法的争議行為を遂行する過程において、一部組合員が暴行や損壊行為をした場合にも、その違法行為者だけが責任をとるべきである。

これに関して、違法制止義務説をとる日本の判例があるが、刑事責任は懲戒責任以外にも身体の自由を直接制限する強度の責任であるため、連帯責任や代理責任はありえず、他人の行為を阻止しなかったということは、行為犯の実行行為として評価すべき行為類型である実行行為ではなく、結果に対する故意もない。また、違法制止義務は不真正不作為犯であり、刑事処罰をとまう法的な作為義務とはいえず、懲戒責任もその義務は組合員に対する義務であって、使用者に対する義務とは認められないのに、まして刑事責任は問えない。

第三に、違法争議行為を単純に共謀した場合、単純な共謀だけでは刑事責任には問えないという原則が該当するため、その責任は否定されなければならない。韓国判例のように共謀共同正犯の成立を認定するとしても、行為支配説の立場から「犯罪の実現について共同の実現と判断するに足る力と強度を具備し

20 大判1992.11.10、92と1315；大判1991.4.23、90と2771；大判1992.3.31、92と58。
21 神戸地判、昭和25.4.10、刑事裁判資料48-148。
22 福岡高判、昭和39.9.29、労民集3-6-497。

15 大判1991.4.23、90と2771。

16 大判1990.10.12、90と1431。

17 大判1991.1.29、90と2852。

18 大判1990.7.10、90と755；ソウル南部地判1985.12.7、85高単2898；ソウル南部地判1988.6.28、88高単2018；ソウル東部地判1989.4.13、307、1124。

19 大判1990.7.10、90と755。

た場合」²³、また機能的行為支配説の立場から²⁴「犯罪を組織して指揮、あるいは犯罪の実行者を指定して実行する時のように、全体計画の大事な機能を担当したと認められる場合」に限定するのが妥当であるため、単純な共謀に対する処罰は不適切である。しかし韓国の判例はこのような法理を一切無視し、組合幹部の責任を認めている。

(3) 業務妨害罪の適用

A. 業務妨害罪の条項に対する合憲決定の問題点

(A) 憲法裁判所の決定と経過

1998年7月16日憲法裁判所は、旧刑法の第314条（現行刑法の第314条の1項）の業務妨害罪とこれを労務提供拒否行為に適用した最高裁判所判例が、憲法に違反するものではないものの、それを違法闘争に適用した最高裁判所の判例は憲法に違反すると決定した²⁵。

その経過を調べてみると、請求人は、労務提供拒否行為に関する業務妨害罪の適用は強制労役禁止の原則に違反しており、団結権を侵害するもので、業務妨害罪の5年の懲役刑は過剰禁止の原則に違反していて、個別的な労働拒否は処罰せずに集団的な労働拒否を処罰するのは平等権を侵害し、業務妨害罪の業務などが広範で曖昧な罪刑法定主義に違反するという5つの理由により違憲法律審判提請申請をしたが、1997年3月3日に裁判所は何

の理由説明もなく違憲提請申請を棄却し、法務省長官らは違憲ではないと反論した。1997年3月、請求人たちは憲法裁判所に違憲訴願の審判請求をし、憲法裁判所は1998年、以下に説明する理由によって上のように決定した。

(B) 業務妨害罪自体が違憲であるか？

日本の刑法にも業務妨害罪があるが（その他の国にはない）、日本では違憲論争がない。なぜならば日本は韓国とは違い、その条項が大部分の争議行為、特に単純な労務提供の拒否や単純な手続き規定違反に当たらないためである。

日本では戦前から、単純労務提供の拒否である同盟ストライキについては、いかなる刑事責任も発生しないとする判例が確立された²⁶。このように日本では、争議行為の禁止が極限状態にあった1935年代でさえ刑法による処罰はなかったのに、韓国では民主化時代といわれる2000年にもこのような判例が存在し、それが憲法裁判所により合憲決定までされているという事実を一体どう理解したらよいか？

しかし業務妨害罪は、日本や韓国の争議行為にのみ該当するわけではない。したがって問題になるのはその条項自体ではなく、その条項を争議行為に「無分別に」適用する最高裁判所判例の傾向である。つまりそのような最高裁判所の判例を、憲法裁判所が違憲としないことが問題なのである。

23 林種律、争議行為と刑事責任、経文社、1982、p.136。

24 李在祥、刑法総論、博英社、1988、p.426。

25 憲裁1998.7.16、97憲ば23。

26 日本大判、昭和10.3.14刑集14.261；昭和24.8.8、労発317。

(C) 憲法裁判所及び最高裁判所の非常識

a. 原則的に不作為を処罰しないという常識と不作為も処罰するという非常識

問題になった労務提供拒否は不作為のものであり、刑法上処罰する根拠は皆無である。したがって韓国刑法の業務妨害罪規定を持つただ二つの国である日本では、このような問題は初めから起こりようがない。しかし韓国ではそれが問題になる。これは非常識な、最高裁判所及び憲法裁判所の態度から生じる現象である。

最高裁判所と憲法裁判所は、作為と不作為という人間行為の基本的な区別さえつかないでいる。つまり、刑法上特別に決められた構成要件を充足する例外的な不作為の他に、不作為は犯罪の構成要件自体と無関係であるという点がわかっていないのである。このような不作為の団体行動の代表的な事例が、単純な労務提供拒否と違法闘争である。

そのような団体行動には、作為が付随行為で表れる場合がある。それがピケットと職場占拠などである。したがって刑法上論議の余地が生じる。それで韓国を除外したすべての国では、その刑事責任が問題になる。しかし他の国では業務妨害罪規定がないので問題とはならず、ただ韓国と日本だけで問題になるのである。

b. 「単純に働かないこと」を「威力」として見る非常識

単純な労務提供の拒否や違法闘争は「単純に働かないこと」であるが、憲法裁判所と最

高裁判所はそれを5年以下の懲役に処しうる重大な犯罪の構成要件である「威力」としてみている。そのような不作為があれば、すぐ威力に該当するということである。その理由は、個人による労務提供拒否ではなく、相互意思の連絡（合意）下に成立した集団の労務提供拒否であるというのである。

このような合意を共謀と判断して処罰したという事例は、歴史的に見ると19世紀まで持続した英米刑法の共謀罪（conspiracy）法理のみで見られる。しかし1842年のハント判決²⁷以来、米国では目的と手段の正当性（Means-Ends Test）を理由に共謀罪で処罰することをやめ、²⁸英国でも1875年の共謀及び財産保護法（Conspiracy and Protection of Property Act）で、「争議行為の計画また奨励を目的とした行為のために2人以上の者が合意、または団結しても、その行為が1人によって行なわれた場合、犯罪ではない限り共謀罪では起訴されない（第1—3条）」という「黄金律（Golden Formula）」²⁹規定により、それ以来、争議行為とされることはなかった。³⁰またドイツでは、1869年6月21日の北ド

27 Commonwealth v. Hunt, 45 Mass (4 Met), 111, (1842).

28 B. D. Meltzer and S. D. Henderson, Labor Law: Cases, Materilas, and Problems, 3rd., ed., Little, Brown & Co., 1985, p.24; J. G. Getman and B. B. Pogrebin, Labor Relations: The Basic Process, Law and Practice, The Foundation Press, 1988, p.222; W. B. Gould IV., A Premier on American Labor Law, 3rd., ed., The MIT Press, 1993, p.10.

29 K. W. Wedderburn, The Worker and the Law, London: Stevens & Sons, 1983, p.327.

30 Paul Davis, Mark Freedland, Kahn-Freud's Labour Law and the Law, Stevens & Sons, 1983, pp.293-308; Paul Davis, Labour Law: /

イツ連邦営業法第152条1項により、一般営業法の取り締まり法規が廃止された。したがって韓国の憲法裁判所や最高裁判所の見解は、19世紀水準であるといえる。

このような時代錯誤的な非常識を、一体どう理解したらよいのか？最高裁判所や憲法裁判所が認定するところの、個人が働かなくても犯罪ではないが集団が働かなければ犯罪になるという場合が、争議行為の他にあるのだろうか？不作為ではなく、作為の場合もない。集団で存在するという点だけでも罪にならない。刑法の第265条は、特殊暴行罪として「団体また多重の威力」で暴行することを処罰しているが、その際も単純に威力を利用したり威力下にあるだけではいけない。

c. 構成要件に該当すれば犯罪が成立すると見る非常識

このように、作為的な争議行為が業務妨害罪の構成要件に該当すると見られる場合にも、次に違法性の次元で正当性を検討するのが当然である。しかし韓国の最高裁判所は、構成要件に該当すれば即正当な争議行為ではないと断定し、違法性についての判断もせずに業務妨害罪の成立を認める判決³¹まで下している。

d. 手続きに関する規定違反を犯罪とする非常識

上の判例は、まさに常識外れのこととして

\Text and Materials, London: Weidenfeld & Nicholson, 1979, pp.600-602; Roger W.Rideout, Principles of Labour Law, London: Sweet & Maxwell, 1979, p.294, pp.307-23.

31 大判1990.7.10、90と755。

例外的なことのように見えるが、大部分の判例が違法性の次元においても、労組法上の手続きに関する規定に違反したという理由だけで正当性がないと示し、業務妨害罪の成立を認定しているという点でやはり非常識であるといえる。手続きに関する規定の違反については、罰則があるのでそれで処理すれば十分であるのに、それを理由に刑法上の犯罪である業務妨害罪で処罰するということは、まったくもって非常識である。

これは、学生が授業を拒んだとすれば学則によって処罰するのが当然だが、教師や学校の業務を妨げたという理由で刑法を適用することはできないのと同じ論理である。労組法上の罰則は、学則と同じく労働争議の調整という、刑法のそれとは相違した場合を想定した法にすぎない。

ところで韓国の労組法には、他の国ではとうてい見られない複雑な手続きが決められている。したがって、それらの手続きを完璧に充足させる争議行為をするのは、容易なことではない。だからこそ大部分の争議行為は、その手続きに違反して行なわれる。ならばその手続きはもっと簡単なものに改正される必要があるが、国会はその意向は全くないように見える。したがって韓国では、大部分の争議行為が手続きに関する違反を理由に正当性がないと判断され、刑法上の犯罪で処罰される。

韓国の1989年の拘束労働者数は946人であるのにそのうち業務妨害罪違反が248人、暴力行為など、処罰についての法律違反が247

人、労争法違反が176人、集会ならびにデモについての法律違反が89人、公務執行妨害罪違反が23人、国家保安法違反が31人、その他の132人である（1人に1つ以上の違反があるので、合計は総高速労働者数に一致しない）。

1989年を頂点として1990年には691人、1991年には564人となり拘束労働者数は減っているが、依然として存在している。1991年の場合は団体行動発生件数が234件なので、1件当たりの平均拘束労働者数は2.01人である。このことは、多くの団体行動が実際は犯罪扱いされているという現実を示している。このような大量の拘束事態が、全て適法かどうかについては疑問視されている。

B. 憲法裁判所決定の問題点

(A) 憲法裁判所の団体行動権と争議行為の理解

a. 憲法裁判所の団体行動権の理解

憲法裁判所は違憲性の判断以前に憲法の団体行動権を、「労働争議が発生した場合に争議行為できる争議権」を意味するとし、また労組法第2条6号の争議行為の定義規定によって「勤労者が自己の主張を通すために業務の正常な運営を阻害する行為をしうる権利」と解し、「争議行為は『業務の阻害』という属性上それ自体が市民刑法上の様々な犯罪の構成要件に当たるにもかかわらず、それが正当性を持つ場合には民・刑事免責が認められる」としている。

憲法裁判所は、団体行動権自体を国民の基本権として見てはおらず、その行使は刑法上

の犯罪を成す構成要件に該当するが、それが正当性を持つ場合のみその民・刑事免責が認められるとしている点で、争議行為の刑事免責についていわゆる構成要件該当性阻却説ではなく違法性阻却説をとることを示している。しかし憲法における基本的権利の行使を犯罪構成要件に当たるとみている点で、憲法裁判所の見解にはどうも賛同しえない。

そして憲法裁判所は、団体行動権を争議権として、したがって団体行動を争議行為とみている。ところで争議行為には、正当なものと同様に違法なものがある。そして原則的に団体行動は、正当な争議行為をさす。したがって、団体行動を争議行為と理解した憲法裁判所の態度は、妥当であるとはいえない。

また憲法裁判所が団体行動権について、「労働争議が発生した場合」のみ認めるという見解には賛成できない。憲法上それは明文で、「勤労条件の向上のために自主的な」ことなら認められるからである。労働法の改善のための団体行動も同様である。したがって労働争議が発生しなくても団体行動は可能である。その点を否定する憲法上根拠はない。

何しろ団体行動権を「勤労者が自己の主張を貫徹するために、業務の正常な運営を阻害する行為をなしうる権利」とする憲法裁判所の見解中の「自己の主張を貫徹」するには特別な意味がないので、憲法条文によって「勤労条件の向上のために自主的」とかえる必要がある。そうすれば団体行動権を、「労働者が労働条件の向上のために自主的に業務の正常な運営を阻害する行為をする権利」と定義

できる。

団体行動権をそのように定義すれば、その属性である「業務の阻害」は当然のこととして刑法の適用対象から除外され、それが刑法上の構成要件に当たることもない。この点を無視しているという点において、憲法裁判所は憲法を正確に理解しているとはいえない。

b. 憲法裁判所による争議行為の正当性判断

(a) 憲法裁判所による争議行為の「内在的限界」の理解

憲法裁判所は、争議行為の正当性をその内在的な限界の問題で判断する。本来内在的限界とは、いわゆる絶対的自由権を規定するドイツ憲法の理論に表れたものとして、すべての基本権に対する制限を認める憲法第37条2項のため、絶対的基本権がない韓国では不要である。しかし憲法裁判所の内在的限界とは、そのようなドイツ概念と同じく団体行動の内在的限界を判示している。

争議行為は、労働関係当事者が賃金及び勤務条件等を決める団体協約を締結するにおいて、さらに有利な結果を自己に招来するため行使する最後の強制手段である。したがって争議行為は、主に団体協約の対象となりうる事項を目的とする場合のみ許容されており、団体協約の当事者になりうる者によってのみ可能である³²。

このように憲法裁判所が争議行為を「団体協約の有利な締結のための最後の強制手段」

と規定しているのは妥当か？憲法裁判所は何の根拠も提示していないが、学説のなかではその根拠として労組法第45条の労働争議発生時の事前通報規定などを例示する立場がある³³。しかしこれは、労組法上の労働争議の調整手続きにすぎず、それ自体が争議行為の正当性を判断する基準ではない。

また、憲法裁判所が争議行為の目的を「主として団体協約の対象となりうる事項」に限定しており、その主体を「団体協約の当事者」に限定しているのはどこに根拠があるのか？それは憲法規定上「勤労条件の向上のための自主的なこと」と「勤労者」としてそれぞれ明示されたことを不当に狭小に解釈することではないか？最高裁判所も「団体交渉の主体になりうる者」に限定する³⁴。

またその目的においても、「勤労条件向上のための自主的なもの」であるかぎり労働法改善のための立法運動における団体行動は、憲法上では団体行動となりうるが、憲法裁判所の見解によるとそれは団体協約の対象ではないため団体行動にならない。このような解釈は当然不当なものである。

(b) 正当性判断の基準

憲法裁判所は、争議行為にその内在的限界があり、労組法第4条但し書の暴力や破壊の禁止、第37条の法令その他社会秩序違反の禁止ならびに非組合員の争議行為禁止を正当性

33 金亨培、労働法、第11版（新版）、1999、博英社、p.638；張英敏、労働争議行為と業務妨害罪の関係、韓国刑事政策研究院、1996、p.63。

34 大判1990.5.15、90と357。

32 憲裁1990.1.15、89憲か103、判例集2、14。

判断の基準とみている。したがって上の法条項に違反すれば正当性が無いと判断されるが、実際は第37条によって労組法など法令と「社会秩序」に違反する場合、無条件で正当性が無いこととして認められて業務妨害罪などで処罰される。

法令違反の争議行為は、その法令の処罰をうけることは実定法適用上妥当であるが、暴力と破壊行為、安全施設停廃行為などを除外した、単純な手続きに関する規定違反により正当性を喪失することはないという最高裁判所判例³⁵がある。したがってこの点については、憲法裁判所の見解よりも最高裁判所の見解が妥当である。

(B) 最高裁判所の業務妨害罪判決に対する
憲法裁判所の違憲性判断

a. 最高裁判所の業務妨害罪適用に対する
違憲性判断

憲法裁判所は、最高裁判所判例が不当な争議行為を業務妨害罪で処罰するのは、憲法上の「勤労三権」の内在的限界を越えた行為を規制することであるため、強制労役禁止、「勤労三権」ならびに平等権に違反しないと

(a) 刑事責任賦課の問題点

i. 憲法裁判所の論理

憲法裁判所は、労働法上違法になる争議行為は当然に刑法上違法な争議行為だとみて、「正当性を欠如した争議行為に対しては民事

35 大判1992.9.22、92と1855。

責任の追及だけで十分だという主張は実定法と労働現実を度外視した机上空論にすぎないから刑事責任まで賦課しなければならないし、「使用者が労組や組合員を相手にして違法な争議行為に因る損害賠償を請求する民事訴訟を提起した場合、勤労者がその訴訟の取り下げを要求し、新しい争議行為をする例もすくなくないから」刑事責任を賦課しなければならないと主張する。

これについて「刑法は規範体系の内ではいちばん強い規範保障手段である刑罰制裁手段で」、「刑法は社会紛争状況を解決するために国家が持つ最後手段³⁶であるので、労働法上違法と評価される争議行為について刑法第20条によって判断しなければならない³⁷」としながら、上のような憲法裁判所の態度は「規範全体体系と機能の多様性を忘却した無理な論理展開」で「民事責任と刑事責任の二元化を無視して被害者救済の効率性のみ傾倒されて現実に存在する様々な社会的紛争に対する合理的な処理を抛棄して、刑事訴訟の民事訴訟化を正当化しようと態度である」という批判がある。進んで憲法裁判所の使用者の民事訴訟提起時の争議行為に備えて刑事責任を賦課しなければならないという論理は、法治国家刑法の最後手段性をすっかり無視したことだと批判する³⁸。しかし憲法裁判所が争議行為の正当性問題を刑法第20条によって判断するというかぎり、上のような批判は結果的に憲法裁判所の

36 金亨培、単純な集団的労務提供拒否行為に対する包摂の違憲性、労働法律、中央経済社、1998年9月号、p.15。

37 金亨培、ibid、p.16。

38 金亨培、ibid、p.17。

結論と同一である。

ii. 問題の本質

(i) 刑法が適用される争議行為の範囲

争議行為の正当性問題は刑法第20条や刑法自体と無関係な場合が多い。つまり憲法裁判所決定で問題になった単純労務提供と同じような不作為の場合や単純な手続き法規違反の争議行為がその代表的な事例である。最高裁判所や憲法裁判所はこのように刑法と最初から無関係した行為を処罰することで根本的な問題があるのは繰り返して指摘したところである。

次に正当性が認められる場合には刑法とやはり無関係であるから刑法適用が問題にならない。たとえ正当性が認められなくても、単純労務提供の拒否や手続き違反であるかぎり刑法とは無関係である。この例が政治的目的のストライキである。なぜならば、争議行為の目的に正当性がないとすること「だけ」を理由にして設定された犯罪構成要件は、少なくとも私企業の場合には存在しないからである。従ってこの場合は、免責問題ではなく刑法適用自体がなされえないのである。

労働法上で正当性が否定されて刑法適用が問題になる場合は、労務提供の拒否だけではなく、それに伴ってピケッティングや職場占拠が惹起される場合であるが、この場合にも随伴行為が軽微な場合には刑法適用が問題にならない。つまり、労働法上で正当性が認められれば刑法上問題にならな

い。従って、刑法の適用が可能なのは、随伴行為が軽微ではない例外的な場合だけである。

(ii) 正当性概念の相対性

憲法裁判所は、正当性を欠如した争議行為については民・刑事責任を賦課しなければならないという主張をするが、その責任の程度については具体的に説明していない。

憲法裁判所が争議行為の正当性が欠如した場合、無条件に刑事責任を賦課しなければならないということは、違法性阻却説によって一応構成要件に該当するとみて、刑法第20条を媒介としてその違法性を検討するというにすぎない。従って、これは結果的に構成要件該当性阻却説と論理構造上の違いがあることではない。

しかし実質的には大差がある。それは理論上違法性阻却説とする場合、刑法第20条を規範論的に解釈することを含むが、最高裁判所や憲法裁判所は、恣意的に争議行為の内在的限界を設定して、それに合わなかったり法令に違反する場合、一律的に民・刑事責任の賦課を認定するからである。これを極端的に言えば機械論的な絶大的適用にすぎなくて、正当性概念の相対性を徹底的に無視することになる。

しかし、違法性阻却説はもちろん構成要件該当性阻却説も否定する筆者は、刑法の適用が可能な場合は争議行為の随伴行為が軽微ではない場合だけであると主張する。従って労務提供拒否は初めから刑法の適用

対象になり得ない。また、これは違法性阻却説をとるにせよ、構成要件該当性阻却説をとるにせよ、論理的に当然なことである。しかし以下に見るように、最高裁判所及び憲法裁判所は、それを正当性が無い争議行為であり、業務妨害に当たる犯罪と見ている。

(iii) 業務妨害罪と争議行為の正当性の関係に
対する最高裁判所判例の問題点

違法性阻却説は、争議行為が一応業務妨害罪の構成要件に該当するが、それが正当であるとすれば違法性を阻却すると見る学説であり、最高裁判所は大体そういう論理に立っている³⁹。しかし場合によっては、業務妨害罪の構成要件に該当すれば正当性を認められないので、違法性が阻却されないという論理を構成する⁴⁰。これは伝統的な犯罪論構成体系を破壊するものであり、危険な論理で、違法性阻却説がすべての争議行為を一応業務妨害罪の構成要件に該当すると見るかぎり、それだけで即刻すべての争議行為は違法なものと判断する点において、実に恐るべき論理である。

(b) 単純労務提供拒否の構成要件該当性—

「威力」と「業務」

i. 威力

単純な労務提供の拒否はいわゆる「不作為」である。そのような「不作為」自体に刑罰を

適用する規定は存在しない⁴¹。

しかし、憲法裁判所と最高裁判所は、それを不作為犯に処罰することのではないと強弁する。つまり大裁判所が単純労務提供拒否の争議行為は無条件に業務妨害罪の構成要件である、「威力」に該当するとみて、正当性が認められて違法性が阻却されない限り、業務妨害罪として処罰することを違憲ではないと見る。そのような理由によって、憲法裁判所は多数労働者の相互意思連絡により成り立った労務提供の拒否は、労働者個人の労務提供の拒否と比して、その勢力の程度や危険性の面で同等でないので、本質的にその性格を異にしているという点を挙げる。それにより「作為犯」として処罰することができるというのである。

つまり、「団体」という団体行動権の本質的要素を、最高裁判所や憲法裁判所は業務妨害罪の構成要件である「威力」の自明な要素とみなしている。しかし、業務妨害罪の構成要件である「威力」を、団体によるものであるなら無条件に認定しなければならない論理的な理由はない。むしろ個人的な次元で威力が行使されることもある。もちろん憲法裁判所はこれを明示的に否定するものではないが、団体自体を当然に威力としてみなす点が問題である。

しかし、ここでさらに本質的な問題として指摘されなければならない点は、集団的な労

41 東京大学労働法研究会、註釈労働組合法、上巻、有斐閣、1980、p.100。

42 大判1991.1.29、90と2852；大判1991.4.23、90と2771。

39 大判1991.11.8、91と326。

40 大判1990.7.10、90と755。

務提供拒否はある行為を「する」ことではなく、労務提供という行為をするのを拒むこと、つまり「しないこと」にすぎないということである。言わば作為ではなく不作為である点である。実際に労働者が会社に出勤しないストライキの場合、休んだことではあってもいかなる具体的な行為をするものではない。それは行為ではなく、ある状態にすぎない。

このように状態にすぎないことを、その集団化の契機を持って「威力」だとみるのは、論理的にどうて理解することができない。たとえ集団自体を威力があるものとして見るとしても、業務妨害罪は「威力」自体を処罰することではなく、「威力として」、つまり威力を行使した場合の構成要件が問題になるのである。

このような最高裁判所と憲法裁判所の判断によれば、個人によることは犯罪にならずとも集団による同様の行為は、当然にその勢力や危険性の面で本質的に異なるので後者は重罰に処されるという論理になる。このような論理は集団行為を文句なしに不法視する個人主義思想の残滓だといえる。集団行為が犯罪の構成要件である威力に該当すると見ることはできない。これは憲法上の基本権行使である集会や結社が集団性を持つとしても、いかなる犯罪の構成要件にも当たらないことと同一である。

従来、最高裁判所は「威力」の程度によって構成要件該当性を判断した。たとえ多数によっても微力なこと、例えば最高裁判所は、50名の労働者のなかで4名が団体行動をした

ことは威力に該当しないとし⁴³、しかし一方で1,000名に対する7名の存在を威力として認めるなど⁴⁴、大体その数字を問題としない。

ii. 業 務

(i) 見解の対立

集团的労務提供の拒否で妨害される業務とは何であるのか？これについて憲法裁判所は、使用者の業務は生産手段と労働者の労働力の結合によって遂行されるから、労働者の労働力提供は使用者の業務の一要素であって全部ではなくて、従って労務提供拒否によって労働者の業務が存在しなくても、使用者の業務は相変わらず存在しているとみている。従来、最高裁判所はこのような理由説明なく、無条件に使用者の業務が妨害されると判示した。

これについて学説⁴⁵と下級審⁴⁶は同じような理由で、つまり使用者の業務は生産手段と労働者の労働力の結合によって遂行されるから、労働者の労働力提供拒否によって使用者の業務は存在しないと主張する。

(ii) 検 討

このような見解の対立はなぜ起こるのか？同じ理由によって全く異なる他の結論が出

43 大判1991.4.23、90と2961。

44 大判1990.7.10、90と755。

45 宮内裕、労働争議と刑事責任、日本労働法学会 労働法講座、有斐閣、第3巻、1961、p.559；金淳泰、業務妨害罪に関する研究、仁荷大博士学位論文、p.161；金淳泰、業務妨害罪小考、民主主義法学研究会 民主法学、第5号、1992、p.53以下；張榮敏、op.cit、p.87。

46 釜山高判1990.10.25、90の782。

る理由はなぜか？憲法裁判所の見解によると、企業が存在するかぎり労働者がなくても使用者の業務は存在することになる。労働者の労働を必要としない人事管理や販売契約等は使用者によって行われうる。

これに対し、反対説はそれが労働者の労働力提供拒否によって妨害されるのではなく、たとえ妨害される場合があるとしても、それは労働力提供拒否に因る反射的結果であって、労働力提供拒否がそのような妨害を目的としたと見る事ができないので、憲法裁判所の見解は不当であるとしている。

この見解によると、労働力提供拒否は争議行為ではないことになる。なぜならば、争議行為であるためには適法であるか、法律上正当な使用者の業務に何らかの支障を来たされなければならないからである。⁴⁷

少なくとも使用者が操業を完全にあきらめないかぎり、ストライキの中にも業務を遂行することができ、またストライキに対して、操業を続けるために必要な対抗手段をとることができるし、単純な操業の継続だけでなく、操業を続けるために必要な行為も業務に含まれることができる。

従って、反対説はとれない。反対説は業務妨害罪の構成要件該当性を否定するために考案されたものだが、妨害は争議行為の本質的な要素であるので、それに該当しないという論理を操作する必要はない。むしろ、使用者の業務は妨害さけるが、たとし

ても正当な争議行為はもともと業務妨害罪を構成するものではないと見るべきである。

使用者の業務がないと認められる場合は、使用者が操業意思を放棄した場合だけである。そうでないかぎり、使用者の業務は存在するものとしていつも認められる。

(c) ILO の第105号条約の判断

強制労役禁止について ILO 第105号条約を理由とする点について、憲法裁判所は第105号条約について韓国が批准しておらず、憲法第6条の1項の「一般的に承認された国際法規」でもない主張したが、すでに100カ国以上が批准した条約であるところから、そのような消極的な解釈には問題がある。

b. 最高裁判所の違法闘争の刑事処罰に対する違憲性判断

憲法裁判所が、延長労働の拒否など違法闘争を刑事処罰する最高裁判所判例を覆し、団体行動権の保障の趣旨に沿った決定をした点は歓迎されなければならないが、これに対する違憲決定宣告の必要性をあえて否認する消極的な態度は理解し難い。次の違憲性認定の理由説明は単純労務提供の拒否の場合と比べると理解しにくい。

なぜならば、争議行為の正当性の判断基準が必ず明らかではなく、特に争議行為の当事者として法律の門外漢だといえる労働者の立場からみれば、その正当性を判断するのがさらに難しいことであるのに、延長労働の拒否などのような場合にも違法性が阻却されない

47 外尾健一、労働団体法、筑摩書房、1975、p.398。

として業務妨害罪の成立を肯定するならば、結局労働者に或いはあるかもしれない刑事処罰を甘受して争議行為に進んでいくのを躊躇させることであり、従って団体行動権の行使は、実際は制約をうけるようになるからである。

上の説明を前の単純労務拒否の業務妨害罪の成立認定に対する次のような説明と比べて見よう。

「結局請求人らの主張は…刑事処罰までするものは正当性についての判断基準に関した専門知識が無い労働者の労働3権の行事を萎縮させて事実上で意思に反する労働を強要する結果に至るということだ…。最高裁判所判例は労働3権の内在的限界を越えた行為を規制することだけで…請求人らの主張は理由がない。」

結局、同一な理由が前者の場合、違法闘争の業務妨害罪の処罰の違憲性根拠で、後者の場合業務妨害罪の合憲性根拠で提示されている。前者が正しいとすれば後者は否定されなければならない。

(C) 憲法裁判所の業務妨害罪の条項自体に対する違憲性判断

a. 用語の違憲性問題

業務妨害罪の条項自体について、憲法裁判所は「威力」などのような用語が不正確なものではないので罪刑法定主義に違反すると見ることではできず、最高裁判所が業務妨害罪を抽象的危険犯で解釈することに対しては、それは一般法規の問題であるから憲法裁判所の

審判対象にはならないとした。しかし、用語の曖昧なところはたしかに問題点であり、ある法規に対する裁判解釈が憲法の原則である罪刑法定主義に違反するかどうかの問題を憲法裁判所の審判対象ではないと見ることはできない。

(a) 用語の問題

憲法裁判所は業務妨害罪の用語を解釈した後、「このような解釈は健全な常識と通常的な法感情を持った一般人としても十分に認識することができる」として、いかなる行為がこれにあたるか疑いを有するほどに不確かな概念だと見られない」とする。しかし最高裁判所と下級審間においても「業務」に対する理解が矛盾し、学説上でも対立があるものを、一般人らが十分に理解することができるという理解するとはいえない。

(b) 法規の解釈と適用

憲法裁判所は、ある法規に対する裁判解釈が憲法の原則である罪刑法定主義に違反するかという問題を憲法裁判所の審判対象ではないと見るが、憲法裁判所が違憲の疑問がある判決を審判対象とする以上、業務妨害罪を抽象的危険犯で解釈する最高裁判所判例も審判対象になると見なければならない。そうでなければ単純労務提供の拒否に業務妨害罪を適用する最高裁判所判例に対する憲法裁判所の合憲性認定や、違法闘争に対して業務妨害罪を適用する最高裁判所判例を違憲だとする憲法裁判所の決定も不当であることになる。

う。

b. 業務妨害罪の量刑の違憲性問題

憲法裁判所は、業務妨害罪に対する5年以下の懲役を規定したことは過剰禁止違反にならないと主張するが、憲法上の基本権行使に対する制限としては過度な刑罰であるに違いない。請求人らが主張したように、身体に対する暴行が2年以下（刑法第260条の1項）、威力などの暴行が5年以下（同第261条）、脅迫が3年以下（同第283条の1項）である点に比べて、暴行や脅迫もない単純な業務の妨害についての5年の懲役刑まで課するのは過度であるといえよう。

C. 業務妨害罪の分析

(A) 意義と沿革並びに法益

a. 意義

(a) 社会的機能と問題点

刑法の第314条の1項の業務妨害罪は「虚偽の事実を流布したり、偽計また威力で人の業務を妨害した」時に成立する犯罪で、5年以下の懲役あるいは1,500万ウォン以下の罰金に処される。

業務妨害罪の実際的な社会的機能は様々である。第一に、業務妨害罪は市民や企業の財産的利益を保護するために、財産危険犯あるいは財産犯の補充的作用を遂行する。従ってそれは財産罪としての機能を持つ。

第二に、業務妨害罪は市民運動や労組運動など様々な非営利的性格の業務活動を保護するために、またそれを弾圧するための治安立

法で用いられて来た。労組の総会などに対する妨害行為が労組の業務活動に対する侵害として規制されたり、労働運動や市民運動の実力行使が対象企業の業務活動に対する妨害として禁止される。

第三に、1995年の刑法の改正によって新設されたコンピューター業務妨害罪は、通信のように公益性が高い社会的制度の機能を維持するための社会的利益を保護するために用いられる。以上の機能のなかで、特に問題になるのは偽装された治安立法としての否定的な機能である。その点を除けば、業務妨害罪は様々な社会的機能を遂行する点で、その機能を刑法で保護する根拠があるといえる。従ってそれ自体を違憲だと見ることはできない。

しかし業務妨害罪が持つ様々な社会的機能が、その処罰範囲が不明であるという問題点を正当化するものではないので、それは解釈論で克服されなければならない。

第1、業務妨害罪の法益を明確にしなければならない。法益は犯罪類型の解釈基準として、その解釈を明確にする必要があるからである。この点について何よりも業務妨害罪が個人的法益に対する罪という刑法体系上の地位を強調する必要がある。

第2、後に見るように、業務妨害罪はその構成要件が業務を「妨害した」場合として規定されていて、その沿革からも本来結果犯で想定されたという点を積極的に解釈して、その処罰範囲を明確にする必要がある。

第3、特に注意しなければならない点は、業務妨害罪が偽装された治安立法として悪用

される解釈の可能性があるという点である。

b. 沿革並びに比較法的考察

業務妨害罪は、日本刑法第233条と第234条を統合したもので、後者の刑量は3年以下の懲役あるいは1,000円以下の罰金であるが、その二つを統合した韓国刑法の第314条は日本改正刑法仮案の第415条と同一である。従って日本刑法上の沿革を調べて見る必要がある。ところで、日本刑法はドイツとフランス法の影響を受けているので先にその二つから検討する。

1794年に制定された Freussen 普通 Land 法で、不正競争に因る加害行為は民事上不法行為として規定され、これに立脚して刑法でも「何人も権利なく他人の名誉、健康、身体、生命、自由あるいは財産を侵したり、危険にさらしてはならない」という規定を個人的犯罪の頭に置いて（第2部の第20章の第9節の第509条）その可罰性を宣言したが（同第510条）、具体的にどんな業務妨害がどう処罰されるかに対しては明文規定を挙げなかった。1871年のドイツ帝国刑法典も関連規定を挙げず現在まで至っている。しかし、1909年に制定された不正競争防止法は虚偽で企業経営を害する者を処罰すると規定した。韓国の不正競争防止法も、業務妨害罪に該当しない不正競争行為（第2条の1、2号）を処罰する。

一方、1810年に制定されたフランス刑法では、団結禁止法だった1791年の Le Chapelier 法を振り替えるために、1864年法律によって規定された「製造、商業並びに技術に関する

規則の違反」（第3巻の第2編の第2章の第2節の第5款の第413条の以下）の中に、産業と労働の自由を侵す行為（第414条）に対して「賃金の引上また切り下げを強制したり、産業また労働の自由な実施を妨げる目的で暴力行為、暴行、脅迫また欺罔手段によって協議によって労働の中止を発生させたり、これを継続させた者…は6日から3年以下の拘禁、あるいは500フラン以上の10、800フラン以下の罰金、あるいはこれを並課する」と規定して、それは財産犯の一種として位置したが、1992年刑法改正によって削除された。

1880年に制定された日本旧刑法は、フランス旧刑法によって「商業並びに農工業を妨害する罪」（第267—272条）として偽計、威力並びに虚偽の風説流布に因る包括的な農工商業の妨害を規定したが、それを個人的犯罪として規定したフランス刑法とは違って、第1篇の「公益に対する罪」の第8章に位置させ、フランス刑法の当条項よりその構成要件が大幅に拡大された。つまり、フランス刑法の行為手段である「暴力行為、暴行、脅迫また欺罔手段」が日本の旧刑法では「偽計、威力並びに虚偽の風説流布」と、さらに広範に規定され、侵害内容である「協議による労働の中止を発生させたり、これを継続させた」ことが包括的な「農工商業の妨害として規定された。

1907年に改正された日本現行刑法は、旧刑法の適用範囲である「農工商業の妨害」を「業務の妨害」と改正し、さらに広げた。反面、旧刑法の公益に対する罪から、個人に対

する罪として業務妨害罪を規定した。これは個人の利益が現実的に侵害されて、現実的に一定の結果が発生した場合のみ処罰しようとしたものであった。⁴⁸しかし、その後日本の判例は業務妨害罪を結果犯ではなく、危険犯として解し、その処罰範囲が当初の立法意図とは異なり、拡大された。⁴⁹しかし日本での通説は結果犯説である。

そして業務妨害は「信用毀損」という異質な犯罪と一緒に規定されて、その罪質がずいぶん曖昧なものになった。つまり財産犯の性格、自由侵害犯の性格、経済犯性格などの多様な側面を持つものとして、理解される可能性が生じた。また電子計算器損壊などによる業務妨害罪が新設されて、社会的法益を保護する罪として機能する可能性もでてきた。このような事情は韓国の場合も同じようである。

フランス（旧刑法体制下）や日本では、業務妨害罪を巡って違憲論争ができたことはない。フランスではそれが団体行動に適用された事例が無く、日本では生産管理と職場占拠及びピケティングなどに例外的に適用された場合はあるが、韓国のように大部分の団体行動に包括的に適用されない。従って問題は刑法条項ではなく、刑法適用である。

48 京藤哲久、業務妨害罪、刑法理論の現代的課題、日本評論社、1996、p.118。

49 平野竜一、刑法概説、1977、p.188；大谷実、刑法講義各論、第4版、1994、p.134；中山研一、刑法各論、1984、p.152；曾根威彦、刑法各論、新版、1995、p.70；中森喜彦、刑法各論、1991、p.71。

c. 法 益

業務妨害罪を、業務の経済的側面に着眼し財産を法益とする財産罪説⁵⁰、また業務が人の社会的行動で行われる側面に着眼して業務活動の自由を法益とする自由罪説⁵¹もあるが、今日には少数説に止まり、通説は併有説⁵²をとる。しかし日本の最近の通説は自由罪説⁵³である。

財産罪説は業務妨害罪が財産犯の補充的機能を遂行し、業務妨害罪によって業務行為が保護された結果として財産的利益が保護される場合もあるので、合理性がある見解ではあるが、だからといって財産を業務妨害罪の法益ということはできない。

併有説が通説となった理由は、業務妨害罪の内容が明確ではなく、それが信用毀損罪と一緒に規定され、その二罪が名誉毀損罪と財産犯の中間に規定されていることを理由とする。しかし業務妨害罪と信用毀損罪との法益を別に考えることが正しい。法益によって犯罪類型を体系的に分類して、それによって処罰範囲を明確にするという観点から自由罪説が妥当である。

50 劉基天、刑法学（各論講義上）、一潮閣、1972、pp.177-189。

51 李建鎬、刑法学概論、高麗大出版社、1977、p.509。

52 黄山徳、刑法各論、邦文社、1984、p.240；鄭榮錫、刑法各論、法文社、1982、p.279；徐宥教、刑法各論、博英社、1982、p.111；金種原、刑法各論上、法文社、1973、p.164；鄭成根、刑法各論上、法志社、1988、p.229；姜九鎮、刑法講義各論1、博英社、1983、pp.230-231；李在祥、刑法新講各論1、博英社、1989、p.226；秦械浩、刑法各論、大旺社、1983、p.205。

53 李建鎬、op.cit、p.509。

(B) 構成要件

a. 保護客体一人の業務

業務妨害罪は「人」の「業務」を妨害するものとして成立する犯罪である。

(a) 人

「人」とは、自然人はもちろん、法人あるいは法人格の無い団体も該当する⁵⁴。ところでその人が具体的に誰であるかが問題である。ある法人の労働者何人かが団体行動をし、団体行動に参加せずに業務を続ける労働者らに、威力でその業務の継続を妨げたとすれば、後者の労働者らがここでいう人である。しかし韓国判例はその人は法人またはその使用者だとする。業務妨害者は、他人をして労務提供を拒否させて彼らの業務を妨げたとはいえるが、法人の業務を妨げたとはいえない。法人業務の妨害は労働者の労務拒否による結果にすぎないである。

もちろん法人業務自体の妨害に当たる事例も有り得る。それは生産管理のように、労働団体が使用者の意に反して、企業施設や機資材の全てまた一部を占有して、企業自体の管理や運営を行う場合である。

(b) 業務

i. 業務

「業務」という概念は刑法上さまざまな所に使用されるが、業務妨害罪という「業務」は「一般的に職業または社会生活上の地位に

54 李建鎬, op.cit, p.510; 鄭英錫, op.cit, p.282; 黄山徳, op.cit, p.240。李在祥, op.cit, p.230。

従って継続的に従事する事務や事業⁵⁵」を言っ
て、経済的な事務はもちろん精神的な事務も
含める⁵⁶。ここで注意する必要がある点は、業
務は具体的な業務を言うという点である。た
とえ何人かが労働者らを煽動して労務提供を
拒否させた場合、妨害された業務は法人やそ
の使用者のそれではなく、労働者のそれだと
する点である。しかし韓国最高裁判所は、こ
れについて先に見たように、無条件に法人あ
るいはその使用者の業務だとみなしている。
しかし争議行為の要素である「業務」はここ
に該当しない。なぜならば、その業務の妨害
が当然予定されているためである。

ii. 業務と公務

刑法の第136条並びに第137条の公務執行妨
害罪は、行為の手段が暴行並びに脅迫（第
236条）と偽計（第137条）に限定されて、行
為の客体も公務員に限定されるから、暴行並
びに脅迫以外の威力で公務執行を妨害した場
合や、非公務員が公務に従事するものを暴行
及び脅迫で妨害した場合、業務妨害罪が成立
するかどうかなどを巡って論争がある。しか
し日本判例上、解釈の変化はあるが、韓国に
は関連判例がない。

日本の判例は初期に一貫性が無い態度を取っ
たが、1951年には争議行為中に組合員が自分
を検挙しようとする警察官などに暴行や脅迫
にならない威力を加えた事案で、公務員の職

55 大判1989.3.28、89と110; 大判1989.9.12、
88と752; 大判1991.6.28、91と944; 日本大判
大正2.1.27; 大正10.10.24。

56 日本大判大正10.10.24、刑録27. 643。

務は業務に含まれないと判決した。⁵⁷このようなきびしい解釈は日本の場合、労働関係法によって公共企業体などの職員及び労組は争議行為をできず（第17条）、それに違反する場合の制裁は解雇に止まり刑事的制裁が認められない。

しかしそのような争議行為について刑事責任は別の問題である。これについて違法であるが可罰的違法性がないとする理由で刑法適用を否定した判決がある。⁵⁸

b. 妨害行為

(a) 妨害行為の方法

妨害行為の方法は虚偽事実の流布、偽計、そして威力である。労働者の行為で主として問題になることは偽計と威力である。

偽計とは相手の誤りや不知を利用する一切の行為を、威力とは人の自由意思を制圧するのに十分な勢力を言う。従ってそれは必ず多数による必要はなく、個人による場合もあって、多数であるから必ず威力が存在することで見ることもない。

団体や多数の力を誇示することは威力に該当するが、それが憲法第33条の行使であるかぎり、問題にならない。

(b) 故意

威力による業務妨害罪は、威力として人の業務を妨げるといふ認識を必要とする。⁵⁹ところで業務妨害罪を侵害犯として見るか、それ

とも危険犯として見るかによって故意の内容は変わる。侵害犯として見れば、業務を侵すということの認識が、具体的危険犯として見れば、危険に対する認識がおのおの故意の内容になって、抽象的危険犯として見れば、危険に対する認識は故意の内容になる必要がない。

(c) 保護法益の侵害程度

韓国と日本の判例並びに韓国の通説は業務妨害罪を危険犯と解している。⁶⁰しかし法文上「妨害した者」と規定されるから侵害犯として解釈する必要がある。⁶¹

D. ストライキに対する刑法適用の比較法

先進国ではストライキ自体を処罰しない。フランスでは1864年になくなり、米国でも処罰目的で強化された罰科賠償（punitive damages）がなくなった。イタリアではファシスト時代に処罰されたが、これは1960年違憲判決を得た。反面、ストライキ保護のための使用者に対する刑事処罰はある。ドイツでは事業場正門前の集会を強制解散した場合に

60 大判1991.6.28、91と944；大判1960.8.3、4293刑上397；日本大判、昭和1.5.7；劉基天、op.cit、p.189；黄山徳、op.cit、pp.243-244；鄭英錫、op.cit、p.283；李建鎬、op.cit、p.510；金種原、op.cit、p.168；陳械浩、op.cit、p.209；李在祥、op.cit、p.234；姜九鎮、op.cit、p.236。

61 金淳泰、op.cit、p.61；張英敏、op.cit、p.33；内田文昭、刑法各論上、青林書院新社1979、p.182；岡野光雄、刑法要説各論、成文堂、1985、pp.55-56；大谷実、刑法各論の重要問題、立花書房、1990、pp.155-156；前田雅英、刑法各論講義、東京大学出版会、1989、pp.173-174。

62 Franz Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band. I, Beck, München 1997, S.1119.

57 最判、昭和26.7.16、刑集5巻1491項。

58 最大判、昭52.5.4、刑集31巻3号182頁。

59 大判、1962.4.12、62と17。

処罰がなされ⁶³、フランスでは1983年法が争議行為に対する介入を差し止める⁶⁴。ドイツでは1869年北、ドイツ聯盟の営業令が第152条1項で団結禁止を撤廃したが⁶⁵、その後もストライキ期間中の賃金を要求して行ったストライキの脅危を強要罪 (Erpressung) として処罰した⁶⁶。1919年、Weimar 憲法に団結権が規定されたが、ナチはドイツ労働戦線を構築してストライキを差し止めた⁶⁷。ストライキは1934年の国家労働秩序法によって、煽動 (Verhetzung) で処罰された。1949年基本法は第9条の3項に団結権を保障して、州憲法では団体行動権まで保障したが、基本法では団体行動権は保障されなかった⁶⁸。

ドイツでは団体行動について判例法が成り立っているが、刑事上問題になったことはない。1952年、労働法案に反対した48時間の新聞ストライキについてそれを適法と見たベルリン州労働裁判所を除いて、労働裁判所は政治ストライキだと見て社会的適正性を否認し

63 Löwisch/Krauß Schlichtungs- und Arbeitskämpfrecht, 1989, Nr.934 ff.

64 Ray, Les Pouvoirs de l'employeur, à l'occasion de la grève, 1985, 178ff.

65 Bundesgesetzblatt der Norddeutschen Bundes 1869, S. 245 ff, zit nach Thomas Blanke u.a. (Hrsg.): Kollektives Arbeitsrecht. Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrecht in Deutschland I 1840-1932. Reinbek 1975, S.60.

66 Wolfgang Däubler: Das Arbeitsrecht I.15 Aufl, Reinbek 1998. S. 92.

67 §7Abs. 2 der Vorordnung des Führers und Reichskanzlers über Wesen und Ziel der Deutschen Arbeitsfront vom 24. 20. 1934, Thomas Blanke u.a. (Hrsg.): Kollektives Arbeitsrecht. Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrecht in Deutschland II 1933-1974. Reinbek 1975, S.67.

68 Wolfgang Däubler (Hrsg.): Arbeitskämpfrecht. 2 Aufl, Baden-Baden 1987, S. 95.

て、損害賠償判決を下した。しかしベルリン州労働裁判所は、政治ストライキを形式的に判断すれば、労組活動の自由が受忍できないほどに狭くなると見た。連邦憲法裁判所はこの問題をいまだ判断しないている。

ドイツ刑法の第240条は脅迫 (Nottigung)、第252条は強要を処罰する。第252条の強要は、脅迫の構成要件上で構成される。第240条第1項によると、「他人に威力 (Gewalt) あるいは鋭敏な害悪に因る強迫 (Drohung mit einem empfindlichen Übel) を通じて作為、受認、また不作為を違法に強要した者」は、3年以下の懲役または罰金に処罰され、第2項によると、「違法は追求する目的によって使われる威力あるいは害悪に因る危険が非難可能性 (verwerflich anzusehenist) がある場合を言う。」

従って威力だけを構成要件とする韓国刑法の脅迫罪 (第283条) や業務妨害罪 (第314条) に比べて、とても厳しい規定といえる。従って、争議行為が相手に一定した行為を強いる目的を持った場合、鋭敏な害悪に因る強迫に該当しても非難可能性が無いから、第240条に該当しない。しかし、労働希望者について事業場出入の強制阻止でストライキ参加を強ければ当たることがある⁶⁹。

ドイツでは労務提供拒否は刑法第240条の威力ではない。それはストライキが違法な場合にも同じである。つまり、単純に民事法規定を違反したことだけでは非難可能性の要件

69 Alfred Söllner, Grundriss des Arbeitsrechts, 11Aufl. Vahlen, München 1994, S.102.

が充足されない⁷⁰。これは刑罰の過度な制裁を許容しないという比例性の原則によることとして、この規定は極めて例外的な不法ストライキに対してのみ許容されるという学説⁷¹があるが、第2次大戦以後、ストライキ自体が脅迫で有罪判決を受けたことはない。

学説上、非難可能性は労働法上の違法よりはずっと高度な水準で判断される⁷³。つまり労働法上の違法行為は刑法上の違法とは異なる。しかし実際の判断においては、単純な労働法上の違法が非難可能性で取り扱われて来た⁷⁴。もう一つの問題は、ストライキが刑法第80条の内乱罪 (Hochverrat) 上の憲法機関に対する威力に当たるかということである。ドイツ労働組合聯盟 (DBG) が再武装阻止ストライキを訴えたことについて、地域的で限定され、一定の産業並びに職業分野に限定されたストライキは、そのような威力ではないが、民衆ストライキまたゼネストの場合、これに

70 Manfred Löwisch (Hrsg.): *Arbeitskampf und Schlichtungsrecht*. Heidelberg 1997, S.438 mit weiteren Nachweisen.

71 BVerfG, Urteil vom 11. 11. 1986 1 BvR 713-83 NJW 1987, 43 ff, 48.

72 Hueck-Nipperdey: *Grundriss des Arbeitsrechts*. 4Aufl., Berlin und Frankfurt a. M.1968 S.297.

73 ueck-Nipperdey, a. a. O. S. 1053; Wolfgang Däubler, *Strafbarkeit von Arbeitskämpfen? "Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, J.C.B. Mohr, 1972, S.105; Niese, a. a. O., S. 55; Manfred Löwisch, "Arbeitskampf und öffentliche Ordnung (Arbeit-skampf IV)," Arbeitsrecht-Blatt [D], Forkel Verlag, 1975, S. 1; BGH vom 4. 3. 1964 BGHSt 19, 263 (268); BayObLG vom 17. 11. 1970 Neue Juristische Wochenschrift, 1971, S. 769.*

74 Däubler, a.a.O. S.106-7.

75 Walter Ammann: *Die Problematik des vorverlegten Staatsschutzes*. In Car Nedelmann u.a. (Hrsg.): *Kritik der Strafrechtsreform*. Frankfurt am Main 1968, 121 ff, 126.

当たると見た⁷⁶。しかし政権退陣を要求した後者に対して、ストライキそれ自体を積極的な力の行使だとして、内乱罪の暴行の概念を心理的平穩を侵す脅迫としてのストライキに適用したことは、罪刑法定主義原則にもとることだった⁷⁷。

その後、連邦議会で刑法改革特別委員会がこの問題を検討した。委員会はストライキが政治的闘争として社会的適正性を有した場合、違法ではなく、それを欠如した場合にも威力をととは言えず、威力はストライキが物理的暴力手段と同一に表れる時、つまり社会全体の生活必需品、水道または動力供給の中断によって、住民の生活が脅威を受ける時に認められるとした⁷⁸。

最後の問題は刑法第105条の憲法機関に対する脅迫罪である。1952年の新聞ストライキの際に、労働裁判所の第1審は損害賠償を認定したが、連邦検察はそれが社会的適正性を持つと見た⁷⁹。旧刑法第90条は反国家的サボタージュの一つでストライキを規定したが、ストライキに対して適用されたことは無く、現刑法第88条の反憲法的サボタージュからはストライキが削除された。

ドイツでは、1976年の言論ストライキ時に、

76 BGH, Urteil vom 4. 6. 1955St E1/52-, NJW 1956, 231=BGHSt8, 102ff; Heinemann-Posser, "Kritische Bemerkungen zum politischen Strafrecht in der Bundesrepublik," *Neue Juristische Wochenschrift*, 1959, S. 121f; siehe auch BGH, Urteil vom 3.11. 1954-6 StR 146/54 NJW 1955,110.

77 Däubler, a. a. O. S. 94-101.

78 BT-Drucksache V/2860, Manfred Schumann: Däubler (Hrsg.): *Arbeitskampfrecht*, S. 215f.

79 Schmann, a.a.O.

新聞輸送車輛の出口に連座籠城をしたことが問題とされたが、有罪判決は下されず、今日問題になるのはどれほどの集中的ピケティングが違法として仮処分によって中止され、損害賠償が提起されるかである。

(4) 特殊公務執行妨害罪の適用

数百名の警察が令状を執行するという名目で、連座籠城の現場へ進入して、組合幹部をはじめとした労働者を拘束しようとするのを妨げれば、特殊公務執行妨害罪が適用される。問題はそれが適法な公務であるのかどうかなのだが、実際はストライキを破壊する手段として行われる場合が大部分である。これは次に検討する。

(5) 「集会並びに示威についての法律」の適用

「集会並びに示威に関する法律」が適用される場所は、旧法では「道路その他屋外場所」だったのだが、1989年の改正時に「道路、広場、公園など公衆が自由に通行する場所」と制限されて、会社や工場は除外された。にもかかわらず、上の東山医療院事例では屋外場所を依然として適用したのであった。

4. 救社隊と警察力の動員

韓国では救社隊と警察力によって籠城ストライキを強制解散するケースが多い。救社隊のストライキ破壊は、当然に不当労働行為であり不法である。一方、警察の強制鎮圧は、ほとんど令状執行や現行犯逮捕などの事由を挙

げる。しかし労組法の第39条は争議期間中、現行犯以外の拘束を禁じている。この規定の「現行犯」は、争議行為と関係しない個人的な犯罪の現行犯を意味すると解釈する見解もありえるが、疑問である。警察官職務執行法の第6条の1項は、犯罪行為が日前で行われ、その行為によって人命身体に危害、財産に重大な損害を及ぼす懸念があって緊急を要する場合であると規定している。

しかし争議行為が違法だとして警察が介入することは、正当化することができないというのがドイツの通説である⁸⁰。つまり、就労希望者が威力によって事業場の出入を封鎖されたり、ピケット労働者らによって殴打を受けたりするなどの事実があったとしても、比例性原則と補充性原則が適用されなければならない。

第一、比例性原則の面で、警察投入により発生する損失（就労希望者に道を開ける時、発生する負傷または住民間に醸成される不安）が救済利益（労働希望者の操業継続）に比べて過ぎてはいけぬ。占拠籠城者の解散が短期的処置にすぎず、使用者に操業継続を許容するとするなら、比例性原則に違反する⁸¹。従って結局実際はいかなる警察投入もこの原則に違反する。

第二、比例性原則が認定され、裁判所によって保護を適時に得られず、警察力投入がなければ権利実現が不可能であり、本質的に難しくなる時だけ、許容されるというのが補充性

80 Wolfgang Däubler: Das Arbeitsrecht I. 18. Aufl., Reinbek 1998, S. 331.

81 Naudit, AuR 1987, S. 58.

原則である。

5. 民法の適用

(1) 問題点

韓国の判例は、労組法上の制限法規の違反時においても、団体責任はもちろん個人責任まで認め、損害賠償を判決している。韓国ではこのような事例は全無であったが、1990年末労働部の指示によって損害賠償請求訴訟が現れたという奇異な沿革が存在する。つまり政府主導で労働運動弾圧の一環として、使用者に強要されたのである。そして裁判所も政府の趣旨に沿って損害賠償を認めている。

(2) 民事責任の帰属

韓国と日本では正当性が無い争議行為の場合、労組自体の責任と組合幹部の責任はもちろん、個別労働者の責任まで認める傾向がある。⁸²特に問題になることは個別労働者の責任問題である。ドイツの通説や判例が、労働者の意思が団体に埋没するという理由で、個人責任を否定する両面集団説であるの⁸³に比べて韓国と日本では個人責任を認定している。⁸⁴⁸⁵

しかし、個人責任説は団体行動の集団性を

82 大判1994.3.25、93た32828・32835（併合）；金亨培、op.cit、p.561；李丙泰、労働法、増補版、玄岩社、1996、p.354；李相潤、労働法、博英社、1998、p.744；林種律、労働法、博英社、1998、p.205；菅野和夫、労働法、第3版、弘文堂、1993、p.515。

83 G.A.Bulla, "Das Zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes", Festschrift für H. C. Nipperdey zum 60 Gebuerstag, C.H. Beck'sche Verlag, 1955, S.163；BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG, Arbeitskampf.

84 金亨培、op.cit、p.560-564。

85 菅野和夫、争議行為と民事責任、東京大学出版会、1978、193。

全く無視したことである。⁸⁶一旦、団体行動を多数決によって決定する点では、それが違法争議行為を目的としたものだと見ることができない。問題はその後、行為の展開によって違法争議行為へと変化されるとすることである。そのような場合にも、きびしく個人の責任を追及することはできない。したがって、争議行為が労働者個人の完全な自由な意思によって決まると見ることは、少なくとも現実的には必ず肯定され難い虚構に過ぎない。

また、企業別労組が一般的である韓国や日本では、責任を労働者個人に負わせた場合の結果に表れる苛酷性、つまり労組自体の瓦解によって、このような責任の賦課は労働団体活動に対する労働者の参加を阻害することであり、労組法の基本政策上否認されると見なければならぬ。韓国では損害額の執行が組合費全額に課せられ、実際は労働団体権を麻痺させる結果を来した。組合費も実際は賃金の一部だが、賃金に対する民事訴訟法第579条第4号と同じ2分の1の押留限度の制限がない。

また損害額を、違法な争議行為がなかった前年度の同じ期間に対応する収入と対比した減少分で算出した後、その収入を得るための諸費用を控除することとして、その額が使用者が求める損害額を超過するとして、使用者の請求額をそのまま認めた点にも問題がある。

労働法の理念と団体行動の特殊な性格、特に団体行動は本来、使用者に経済的損失を負

86 以下の説明は西谷敏、op.cit、pp.428-440による。

わせることを前提として、基本権として認められている点、争議行為の適法性の判断は微妙で事前の予測がほぼ不可能だという点、労組に対する不法行為責任の追及が労組の財政的基盤を脅かして、場合には労組を破滅状態に陥らせるという点などは、違法性や過失の判断をする時に重大に考慮されねばならない要素である。

これらの点は性格上、憲法第33条の団体行動権行使で認められる行為とそれによって認定されない行為の区別なく認定される原則で、両者に関する違法性判断の方法は異なることもある。しかし、単純な労務提供拒否は違法性を否定する要素になる。そして制限禁止法規に違反した場合にも、それが違憲ではない限り、公衆の日常生活の保護を目的とする政策技術的規定であるから使用者との関係では当然、違法したことになる。

違法集団行為が不法行為だと認められる場合、損害賠償の範囲は違法集団行為との相当因果関係によって決まる。それが全体的に違法であると評価される場合、集団行為と相当因果関係にあるすべての損害が対象になるが、集団行為を構成する個別の手段が違法であると判断される場合、賠償の範囲は、当該違法手段との相当因果関係にある損害に限定されなければならない。

損害の内容としては消極的損害と積極的損害が全部包含されるが、実際ではその算定が困難である。また違法集団行為と相当因果関係にある損害全額の賠償を、労働団体に義務づける場合、労働団体が財政的理由で壊滅さ

れる懸念がある。

6. 懲戒処分

使用者による責任の追及行為として最も頻繁に行われるのは懲戒処分⁸⁷で、韓国と日本の判例並びに学説⁸⁸はこれを認定する。これは一般的に労組役員が従業員だとする点、懲戒処分は損害賠償請求とは異なり労働者側の対応を待つ必要なく、難なく報復の効果を上げる手段であるという理由などによる。

一般的に懲戒処分は、債務不履行に対する制裁として予定される解雇や損害賠償とは別に、対等当事者という使用者と労働者間で、前者が後者を「罰する」性格を持つことだから、その妥当性自体に疑問がある。しかし、日常的な業務運営を前提とする職場規律を維持する上において、解雇や損害賠償では不十分な場合、それを補完するために使用者は団体協約や就業規則を根拠として懲戒処分ができるので、懲戒処分は例外的な場合にのみ認められなければならない。

おわりに

以上、韓国では大部分の団体行動が、法規違反を理由として、単純な労務提供の拒否であっても民刑事責任と懲戒責任を受けて、結局労働団体自体が瓦解させられる現実を検討した。これはただ使用者にだけでなく、国家権力の主導により行われている点で問題は

87 大判1992.12.28、92ぬ1094。

88 日本 最高裁、昭和53.7.18、民集 32巻5号。

89 菅野和夫、op.cit (労働法)、p.563；金亨培、op.cit、p.678。

さらに深刻である。従って韓国での労働団体権、特に団体行動権は何よりも国家権力からの自由により追求されなければならないという現実的な必要性がある。従って、団体行動自体の法的性質に対する再検討が必要である。

A Study on the Right to Strike in South Korea

PARK Hong-kyu*

Abstract

This paper is consisted in six clauses.

clause 1-A case of strike in South Korea

clause 2-Legal restrictions and prohibitions of strike comparing to Japanese law

clause 3-Application of criminal law

clause 4-Company relief and police action in strike

clause 5-Application of civil law

clause 6-Disciplinary punishment of union leaders in strike

In first clause, it is suggested that a case of strike in South Korea shows many legal problems with strike. The main causes are from South Korean Constitution and labor law. The right to strike in Constitution means the effect of civil law and criminal law of strike is legal, but actually such effect is not guaranteed.

In second clause, it is suggested that there are many restrictions and prohibitions in South Korean civil, criminal and labor law comparing to Japanese laws. There are many illegal strike cases with or without criminal punishment and civil responsibility.

In third clause, it is investigated that applications of criminal law, specially business disturbance penalty ("gyomubogaizai" in Japanese) is always applied in strikes. Generally, the guarantee of the right to strike in Constitution means exception of criminal responsibility, but, in South Korea, it is not guaranteed by State, Constitution Court and general courts. Therefore such legal problems are criticized in many points. In South Korea, business disturbance penalty (Criminal Law, clause 314) has applied in strikes. In 1998, Constitution Court took a decision of constitutionality of such clause, but it was contrary to common sense that forbearance, work-stop, and violation of procedure were not guilty.

*Visiting Professor, Graduate School of International Cooperation Studies, Kobe University.
Professor, Yeungnam University, College of Law.

Besides, there are many problems concerning to the extent of criminal law's application, the conception of the legality of strike, and the conception of business disturbance.

In fourth, fifth and sixth clause, those are suggested that company-relief action and police action in strike are illegal. civil responsibility of union and disciplinary punishment of union leaders in strike is not illegal, but such illegal decisions have made in South Korea.