

不當勞動行爲의 救濟命令에 관한 研究*

林 基 燁

(建國大學校 法科大學 法學科)

目 次

- | | |
|-----------------------|------------------|
| I. 序 論 | 2. 黃犬契約 |
| II. 不當勞動行爲의 立法比較 | 3. 團交拒否 |
| 1. Wagner法上の 法理 | 4. 支配介入 |
| 2. Taft-Hartley法上の 法理 | IV. 不當勞動行爲의 救濟命令 |
| 3. 韓國勞動組合法上の 法理 | 1. 規範의 救濟의 問題點 |
| III. 不當勞動行爲의 成立類型 | 2. 填補의 救濟의 必要性 |
| 1. 不利益待遇 | V. 結 論 |

I. 序 論

不當勞動行爲는 勤勞者의 自主的인 勞組活動을 수행함에 있어서 使用者의 不當한 干涉, 妨害, 抑壓, 解雇 등의 不利益이나 支配介入을 除去함으로써 組合活動을 자유롭게 촉진시키기 위한 制度的 裝置이다.¹⁾ 즉 不當勞動行爲는 勤勞者의 團結力을 약화시키려는 使用者의 諸般行爲를 沮止함으로써 勤勞者의 勞動權을 보장하려는 데 그 의의가 있다.²⁾ 이러한 不當勞動行爲制度는 1930年代 美國의 經濟大恐慌을 극복하기 위한 뉴딜(New Deal)정책을 실현하는 데 있어서 勤勞者들에게 團結權·團體交涉權·團體行動權을 보장함으로써 自由市場經濟의 商品購買力을 증대시켜 美國經濟를 구출하려는 Wagner法의 立法精神에서 출발하였다.³⁾ 따라서 不當勞動行爲는

* 본 논문은 1995년도 건국대학교 연구비 지원으로 집필한 것임.

- 1) 이는 첫째로 團結權을 中心으로 하는 勞動三權의 侵害를 제거하고, 둘째로 勞使關係에 있어서 使用者의 不當한 妨害를 배척하는 데 있다. 李乙珩, 勞動法(서울: 大旺社, 1994), 250-251面; 松岡三郎, 勞動法-權利의 歷史と理論(東京: 弘文堂, 1970), 6面; 片岡論, 勞動法(東京: 有斐閣, 1981), 165面; John A. Fossum, Labor Relations(Boston: Irwin, 1992), pp. 77-78; Archibald Cox, Derek Curtis Bok, Robert A. Gorman, Labor Law-Cases & Materials(New York: The Foundation Press, Inc. 1991), at 105-113.
- 2) John A. Fossum, Ibid, pp. 77-79; Archibald Cox, Derek Curtis Bok & Robert A. Gorman, Ibid, pp. 69-80; Lim Ki Yop, Legal Aspects of Unfair Labor Practices in the United States and South Korea, Journal of Social & Policy Research Institute, Kon-Kuk Univ. 1994, 2-3面.
- 3) New Deal의 基本政策은 종래 自由放任으로 인한 經濟體制의 矛盾을 除去하고 國家權力에 의한 統制, 干涉 및 計劃을 強化함으로써 企業活動의 自由를 促進하는 데 있었다. 49 Stat 449(1935), 29 U. S. C. S. 151 (1952); Glenn W. Miller, American Labor and the Government(New York: Prentice-Hall, 1958), 314; Louis G. Silverberg, The Wagner Act: After Ten Years(Washington D. C.: Bureau of National Affairs, 1954), 14.

원래 獨占禁止法(Antitrust Act)의 不正競爭(unfair competition) 理論에 입각하여 勞動市場에 있어서 勞使間의 不正한 去來手段으로 이해되었던 것이며⁴⁾ Wagner法에서 勞使間의 交渉力의 平等(balance of bargaining power)을 실천하기 위한 制度的 裝置로 立法化한 것이다.⁵⁾ 더욱이 Taft-Hartley法은 勞動組合側의 不當勞動行爲까지 마련함으로써 강력한 勞組의 組織力을 牽制하려는 勞使對等(balance of power between employees and employers)을 실천하려는 데 主眼을 두고 있다. 따라서 이러한 使用者의 不當勞動行爲는 團結權의 侵害가 되며 勞組側의 不當勞動行爲는 權利濫用이라는 관점에서 파악되었다.⁶⁾ 그러나 韓國에 있어서 이러한 不當勞動行爲는 勞使關係에 있어서 通商의 自由로운 流通에 따른 產業平和의 維持 또는 勞使交渉力의 不平等을 是正하기 위한 것이라는 것보다는 勤勞者의 經濟的·社會的 地位를 향상하기 위하여 마련된 生存權的 勞動權을 實質적으로 保障하기 위한 것으로 이해되고 있다.⁷⁾

이와 같이 韓美 兩國의 不當勞動行爲制度는 각기 그 立法背景과 理論的 根據를 달리하고 있으나 兩國의 勞動法制는 궁극적으로 다같이 團結權과 團體交渉權 그리고 團體行動權을 保障하려는 데에는 의심할 여지가 없다. 따라서 不當勞動行爲制度의 法的 意義는 이러한 勤勞者의 勞動權에 대한 使用者의 侵害行爲만을 형식적으로 類型化하는 데 그치지 않고 이에 대한 실질적인 救濟策을 마련하는 데 있다. 즉 不當勞動行爲의 實在는 不利益行爲나 黃犬契約行爲 그리고 團體交渉拒否行爲나 支配介入行爲 등 다양하게 전개되고 있으므로 이에 대한 有效適切한 救濟策이 마련되지 않으면 안 된다. 그러나 勞使關係에 있어서 그 동안 韓美 兩國는 不當勞動行爲를 범한 使用者에게 적절한 中止命令이나 復職命令을 통한 救濟策을 모색해 왔으나 이러한 傳統的인 原狀回復의 救濟命令에 대한 不滿과 批判이 제기되고,⁸⁾ 이에 대한 새로운 補償措置를 강구함으로써 不當勞動行爲의 보다 효율적인 救濟方案의 필요성이 要請되고 있다.

本 論文은 이러한 不當勞動行爲에 관하여 韓美 兩國의 法制와 理論을 比較檢討하고 특히 앞으로 韓國의 不當勞動行爲에 있어서 原狀回復에 따르는 救濟命令을 보다 實效있게 하기 위하여 美國의 勞動委員會와 裁判過程에서 論亂이 되어 온 填補賠償(Make-Whole Remedy)⁹⁾의 救濟命令을 美國의 判例를 中心으로 檢討해 보고자 한다.

4) Douglas L. Leslie, Labor Law(St. Paul, MN:West Publishing Co. 1992), pp. 3-4; Cox, Bok & Gorman, op. cit, pp. 69-75; John A. Fossum, op. cit, p. 47; 李奉儀, “獨占規制法上の 適用除外”, 競爭法研究, 第3卷, 서울, 1991, 89面; 李義榮, “美國獨占禁止改案의 期間別 分析”, 競爭法研究, 1991, 102面.

5) James B. Atleson, Robert J. Rabin, George, Schatzki, Herbert L. Sherman Jr. & Eileen Silverstein, Collective Bargaining in Private Employment(Washington D. C.:The Labor Law Group, 1984), 78.

6) Ibid, pp. 79-80.

7) 李炳泰, 最新勞動法(서울:玄岩社, 1995), 217面; 李乙珩, 前掲書, 253-254面; 朴相弼, 不當勞動行爲制度의 比較法的 研究, 博士學位論文, 釜山大學校 1975, 33面.

8) Lim, Ki Yop, A Compensatory Remedy in Refusal to Bargain Practices, Kon-Kuk Graduate School of Public Administration, p. 2; Address by Board Member Gerald A. Brown, Exploring the World of Remedies, 1967 Lab. Rel. Yearbook 251 and 253.

9) Note, An Assessment of the Proposed “Make-Whole” Remedy in Refusal-to-Bargain Cases, 67, Mich. L. Rev. 374 and 378(1969); 426 F. 2d 1243(D. C. Cir. 1970), cert. denied, 400 U. S. 950(1970).

II. 不當勞動行爲의 立法比較

오늘날 각국의 不當勞動行爲法規는 일반적으로 그 內容과 態樣을 같이하면서도 그의 立法政策과 救濟制度에 있어서는 각기 그 입장과 解釋이 다르다. 즉 勤勞者의 勞動三權을 憲法上的 權利로 인식한 나머지 이를 保障하기 위한 制度的 裝置로서 不當勞動行爲를 파악하려는 韓國과 日本의 法제도 있고 使用者의 不當한 侵害를 除去하여 勞使對等を 실현하려는 데에서 不當勞動行爲를 選擇한 美國도 있다. 이와 같이 不當勞動行爲制度는 各國이 勞動三權을 保障하고 保護함으로써 勤勞者의 經濟的·社會的 地位를 向上시키려는 立法政策도 있고 勞使對等の 實現과 產業平和의 維持를 도모하려는 立法政策도 있다. 이러한 不當勞動行爲의 實定法的 法理를 이해하기 위하여 韓國의 勞動組合法과 美國의 Wagner法 및 Taft-Hartley法에서 規定하고 있는 不當勞動行爲의 成立要件을 比較·檢討할 필요가 있다.¹⁰⁾

1. Wagner法上の 法理

1935년 制定된 美國의 Wagner Act¹¹⁾는 급속한 資本主義 經濟成長에 따른 勞使間의 相互對立을 規制하여 勞使交渉力을 통한 勤勞條件을 改善함으로써 產業平和를 達成하려는 데 그 目的을 두었다.¹²⁾ 따라서 Wagner法 第7條는 勤勞者로 하여금 自主的인 勞動組合을 結成하고 그들의 代表者로 하여금 團體交渉할 權利를 가지며 勤勞者의 相互扶助를 위하여는 集團行動을 취할 수 있는 權利가 있다고 밝혔다. 더욱이 勤勞者의 團結權과 團體交渉權 및 團體行動權을 妨害 또는 沮止할 目的으로 행하는 使用者의 諸般行爲에 대해서는 不當勞動行爲로 規定하여 이를 엄격히 制限하였다. 즉 Wagner法 第8條는 勤勞者의 組合活動에 있어서의 干涉, 強制, 雇傭條件에의 差別行爲 또는 團體交渉拒否나 解雇行爲는 使用者의 不當勞動行爲라 하여 다음과 같이 列舉하고 있다.¹³⁾

첫째로 本法 第7條에서 保障된 權利를 行使하는 勤勞者에 대하여 干涉하고 이를 妨害 또는 強制하는 것, 둘째로 勞動團體의 結成이나 이의 管理·運營을 支配하거나 介入 또는 이에 財政上的 援助를 提供하는 것, 셋째 雇傭 또는 이의 繼續 기타 勤勞條件에 대하여 差別을 둠으로써 特定 勞動團體의 組合員이 될 것을 獎勵하거나 妨害하는 것, 넷째 勤勞者가 本法에 의하여 提訴

10) Lim, Ki Yop, Legal Aspects of Unfair Labor Practices in the United States and South Korea, Kon-Kuk University, pp. 26-32.

11) 일명 National Labor Relation Act(全國勞動關係法)로 불리우고 있으며, 이는 上院議員 Robert Wagner에 의해 提案되었으므로 일반적으로 Wager Act라고 불리운다. Wagner Act of 1935, 49 Stat, 449(1935).

12) Keyserling, The Wagner Act: Its Origin and Current Significance, 29 Geo. Wash. L. Rev. 199, 202-203 (1960); Douglas L. Leslie, op. cit., pp. 4-5.

13) Wagner Act, Section 8 全文 參照 要.

또는 證言한 것을 理由로 解雇 또는 差別待遇하는 것, 다섯째 勤勞者가 本法 第9條 2項에 의하여 勤勞者의 代表와 더불어 團體交渉을 拒否하는 것을 不當勞動行爲의 類型으로 分類하였다.

이와 같이 Wagner法의 立法精神은 勞使間의 社會的 不平等과 對立을 現實的 事實로 인식한 나머지 商業流通過程에 있어서 交渉力の 維持에 그 目的을 두고 있다. 이는 勞使間 交渉力の 不平等 原因이 勞動紛爭을 야기하고 더욱이 商業의 自由로운 流通을 阻害한다고 보기 때문이다. 따라서 勞使交渉力の 平等을 回復하는 것이 商去來의 安定을 維持할 수 있으며 이와 같은 목적을 달성하기 위하여 使用者의 支配介入과 干涉 및 差別行爲로부터 勤勞者와 勞動組合을 保護하려는 데서 不當勞動行爲制度를 채택한 것이다.

2. Taft-Hartley法上的 法理

1947년 制定된 Taft-Hartley Act¹⁴⁾는 Wagner Act에서 規定한 使用者의 不當勞動行爲 이외에 勤勞者團體와 그 代理人에 대한 不當勞動行爲도 新設하였다. 즉 Wagner法에 대한 企業家들의 不滿과 修正運動이 제기됨으로써 Wagner法에 대한 反省과 改正이 불가피하게 되었다. 특히 全國製造業協議會는 Wagner法上の 不當勞動行爲에 대한 全國勞動委員會의 運用을 批判·攻擊함으로써 雇傭에 있어서 差別에 관한 經營權의 問題, Closed Shop과 Sit-down Strike 그리고 Wild-cat Strike와 Boycott 등의 諸問題를 내세워 Wagner法의 改正을 주장하였다.¹⁵⁾

이러한 Taft-Hartley法의 立法精神은 急進的으로 성장한 勞動組合의 越權과 腐敗를 糾彈함으로써 강력한 勞組의 組織力을 牽制하여 勞使對等을 실천하려는 데 그 目的을 두고 있다. 따라서 Taft-Hartley法은 Wagner法 第7條에서 勤勞者는 勞組의 結成·加入 기타 團體行動을 하지 않을 權利가 있음을 밝힘으로써 다음과 같은 勤勞者側의 不當勞動行爲를 追加로 新設하였다.¹⁶⁾

첫째로 第7條에서 보장된 勤勞者의 權利行使를 抑制 또는 強制하고 團體交渉과 不平處理를 위한 使用者의 代表選出에 있어서 抑制 또는 強制하는 것, 둘째로 使用者로 하여금 特定 勤勞者에 대한 差別待遇를 強要 또는 試圖하는 것, 셋째로 本法 第9條에서 規定한 勤勞者의 代表者가 使用者와의 團體交渉을 拒否하는 것, 넷째로 使用者 또는 其他人으로 하여금 다른 生産加工業者 또는 製造業者의 商品使用, 輸送 및 取扱의 中止를 要求하거나 他者와의 去來中止를 요구하는 것, 다섯째 勤勞者에 대하여 諸般事情下에 過重한 또는 差等的 組合費를 要求하는 것, 여섯째 使用者를 強制하여 不必要勞務에 대한 代價手段으로 金錢 또는 有價物支給을 強要하거나 企圖하는 것을 勞動組合 및 그 代理人의 不當勞動行爲로 規定하고 있다.

14) 일명 Labor Management Relations Act(勞使關係法)로 불리우고 있으며 이는 상원의원 Rdoert A. Taft와 하원의원 Fred Hartley의 제안에 의하여 하원을 통과, 하원의 법안심의과정에서 결합되어 통과되었으므로 이를 일반적으로 Taft-Hartley Act라 불리운다. Taft-Hartley Act of 1947, 61 Stat. 136(1947); Douglas L. Leslie, op. cit, p. 6.

15) Archibalt Cox, Some Aspects of the National Labor Relations Act, 61 Harvard L. Rev. 124(1947).

16) Taft-Hartley Act, Section 8(b) 全文 參照 要.

이와 같이 Taft-Hartley法은 Wagner法을 修正・補完함으로써 勞動組合과 그 代理人의 不當勞動行為를 新設하여 勤勞者의 團結에 따르는 諸問題를 制約하는 한편 勞使對等を 실천함으로써 産業平和를 維持하는 데 그 목적을 두고 있다.

3. 韓國勞動組合法上の 法理

1953년 制定된 舊勞動組合法上の 不當勞動行為는 주로 美國의 Wagner法을 주축으로 하는 Taft-Hartley法을 계수한 것이었다.¹⁷⁾ 이것은 1947년 日本의 勞動組合法에 많은 영향을 받은 舊勞動組合法이 美國의 Taft-Hartley法을 무비판적으로 採擇한 데 그 原因이 있다.¹⁸⁾ 즉 韓國의 舊勞動組合法은 Wagner法을 기초로 하여 Taft-Hartley法을 모방함으로써 使用者側의 不當勞動行為뿐만 아니라 勞動組合側의 不當勞動行為도 規定하였다. 그러나 이러한 勤勞者團體의 不當勞動行為에 대하여는 勞動運動의 전통이 없고 勞組組織이 극히 부진한 당시 現實에서 組合活動을 沮害할 뿐만 아니라 團體交渉을 有名無實하게 만든다고 하여 이에 대한 批判과 是正이 要求되었다.¹⁹⁾

따라서 舊勞動組合法에 있어서 不當勞動行為는 勤勞者의 團結權保障과 侵害防止에 그 實效를 기할 수 있는 實定法 規定의 미비점을 補完하기 위하여 1963년 改正勞動組合法的의 출현을 보게 된 것이다. 즉 現行勞動組合法 第39條는 Wagner法上の 不當勞動行為에 대한 實定法規를 존중한 나머지 勤勞者에 대한 不當勞動行為規定을 削除하는 한편 使用者에 대한 不當勞動行為規定을 다음과 같이 列舉하고 있다.²⁰⁾

첫째로 勤勞者의 勞組加入 및 組織 기타 勞組業務를 위한 行為를 理由로 解雇 또는 不利益을 주는 것, 둘째로 勤勞者의 勞組加入 및 脫退를 雇傭條件으로 하거나 特定勞組의 組合員이 될 것을 雇傭條件으로 하는 것, 셋째로 勞組代表者와의 團體協約 締結 기타 團體交渉을 正當한 理由 없이 拒否 또는 懈怠하는 것, 넷째로 勤勞者의 勞組組織 및 運營을 支配하거나 介入 또는 組合運營費를 援助하는 것, 다섯째 勤勞者의 團體行動參加 또는 勞動委員會에 대한 本法의 違反申告 및 證言 기타 行政官廳에의 證據提出을 理由로 解雇하거나 不利益을 주는 것을 使用者의 不當勞動行為로 規定하고 있다.

이와 같이 現行勞動組合法上の 不當勞動行為는 勞使對等の 實現이나 勞使交渉力の 均衡을 고

17) 李炳泰, 前掲書, 218面; 李乙珩, 前掲書, 251-252面; 金洙福, 勞動法(서울:中央經濟社, 1991), 940面; 舊勞動組合法 第10條는 ① 勤勞者가 勞動組合을 組織하거나 이에 加入하여 勞動組合에 관한 職務를 執行하는 權利에 干涉 기타 影響을 주는 행위와 ② 어느 勞動組合의 一員이 傭을 禁止 또는 獎勵할 목적으로 勤勞條件에 差別을 두거나 또는 勞動組合에 참가한 것을 이유로 解雇 기타 不利益을 주는 行為를 使用者의 不當勞動行為라 하였고 勞動爭議調整法 第34條에서 使用者의 團交拒否뿐만 아니라 勞組의 團交巨富도 禁止함으로써 Taft-Hartley법의 영향을 받은 것으로 이해되고 있다.

18) 朴洪圭, 勞動法論(서울:三英社, 1995), 1125面.

19) 南大熙, 不當勞動行為制度에 관한 法理論의 考察, 碩士學位論文, 建國大學校 1984, 21-23面.

20) 現行勞動組合法 第39條 全文 參照.

려하지 않은 채 단순히 憲法上 保障되어 있는 勤勞者의 勞動三權을 保障하는 데 그 역점을 두고 있는 것이다.²¹⁾ 따라서 韓國勞動組合法은 勤勞者側의 不當勞動行爲條項을 削除하는 한편 使用者側의 勤勞者에 대한 自主的 團結의 支配·介入과 이의 侵害를 不當勞動行爲로 규정하는 法理를 정립하였다.²²⁾

III. 不當勞動行爲의 成立類型

韓國의 勞動組合法 第39條는 憲法 第33條 ①項의 精神에 따른 勤勞者의 勞動基本權을 保障하기 위하여²³⁾ 이에 대한 使用者의 侵害를 不當勞動行爲라 하고²⁴⁾ 美國의 Wagner法 第8條는 同法 第7條에서 밝힌 勤勞者의 自主的인 勞組結成과 勞組代表者를 통한 團體交渉 내지 相互扶助을 위한 團體行動을 保障하는 장치로 不當勞動行爲制度를 마련하고 있다.²⁵⁾

이와 같이 韓美兩國의 勞動法制는 使用者의 勤勞者 各 個人에 대한 不當勞動行爲와 勞組 自體에 대한 不當勞動行爲로 구별하여 前者의 경우에는 差別行爲와 黃犬契約 및 解雇行爲로 규정하고 後者の 경우에는 團交拒否와 支配·介入, 強制 및 資金支援行爲로 규정하였다.²⁶⁾ 따라서 Wagner法上的 不當勞動行爲는 不利益의 手段으로 interfere, restrain, coerce, discriminate, discharge를 중시하였고, 韓國勞動組合法上的 不當勞動行爲는 勞組運營과 組合活動에 있어서 解雇, 不利益處遇 등과 같은 不利益의 結果를 보다 중시하고 있다.

1. 不利益待遇

勞動組合法 第39條 1號는 勤勞者가 勞動組合에 加入 또는 組織하려고 하였거나 勞組業務를 위한 正當한 行爲를 한 것을 이유로 解雇 또는 不利益을 주는 경우 그리고 Wagner法 8(a)(1)은 勤勞者에게 보장된 勞動三權의 權利行使를 수행함에 있어서 이를 干涉하고 妨害하는 것을 使用者의 不當勞動行爲라고 規定함으로써, 不當勞動行爲의 전형적인 形態는 勤勞者의 勞組活動과 組合運營에 있어서 團結權과 團體行動權의 沮止 또는 妨害行爲를 말하고 있다. 즉 勤勞者가 勞組加入原書를 提出하거나 加入意思를 表示했거나 勞組結成 準備作業을 한 경우 이를 侵害하

21) 李乙珩, 前掲書 253-254面.

22) 李乙珩, 前掲書 252-253面; 朴洪圭, 前掲書, 1125面.

23) 憲法上 保障된 勞動基本權(憲法 第33條 ①項)을 具體적으로 規定한 것이 勞動組合의 正當行爲에 대한 刑事免責(勞動組合法 第2條)과 民事免責(勞動爭議調整法 第8條) 그리고 不當勞動行爲(勞動組合法 第39條)이다.

24) 裴浩得, 不當勞動行爲 理論과 事例(서울:中央經濟社, 1993), 31面.

25) 49 Stat.452(1935), 29 U. S. C. S. 158(b)(1952); Sandburg & Naimark, "The National Labor Relations Board and Its Operations," 6 Buffalo L. Rev. 104-134(1956-1957).

26) 韓美兩國의 勞動法制는 個別 勤勞者에 대한 不當勞動行爲(勞組法 第39條 1號, 2號, 5號; Taft-Hartley法 第8條(a) 1, 3, 4)와 勞組 自體에 대한 不當勞動行爲(勞組法 第39條 3號, 4號; Taft-Hartley法 8(a) 2; 5)로 區別되고 있다.

는 使用者의 差別行為가 客觀적으로 입증될 때에는 不當勞動行為가 된다.²⁷⁾ 더욱이 勤勞者가 團體交涉과 集團行為는 물론 組合運營上 諸般行為를 수행했다는 이유로 不利益을 惹起하는 경우에도 당연히 不當勞動行為가 成立하는 것이다.

이러한 不當勞動行為의 不利益形態는 解雇, 退職強要, 採用拒否, 配置轉換, 差等賃金, 昇級差別, 出勤停止 및 勞組活動 妨害 등 광범하게 나타나고 있으므로²⁸⁾ 不利益行為는 該勤勞者와 他勤勞者를 비교해 볼 때 현저히 不利益한 差別待遇를 말하는 것으로²⁹⁾ 有型的 經濟的 不利益뿐만 아니라 無形的 精神的 不利益도 포함되는 一切의 法律行為 및 그 事實行為를 지칭하고 있다.³⁰⁾

따라서 不當勞動行為의 구체적인 成立要件은 勞組活動과 組合運營 등 勤勞者의 團結과 團體交涉 그리고 團體行動을 수행하는 데 있어서 使用者의 不當한 干涉과 妨害, 支配와 強制를 수반하는 一切의 行為를 포함하고 있다. 또한 韓美兩國의 勞動法制는 勤勞者側의 勞動委員會에 대한 不當勞動行為의 提訴나 證言 또는 證據의 提出을 理由로 不利益取扱을 하는 경우에도 不當勞動行為가 구성된다고 하였다. 즉 勞動組合法 第39條 5號와 Wagner法 8(a)4는 勞動委에 대한 使用者의 違反事實申告나 行政官廳에의 證據提出을 이유로 勞組活動의 合法的 提訴를 否認하고 差別待遇하는 경우 Wagner法은 이를 報復의 差別行為(flagrant violation)라고 하였다.³¹⁾ 더욱이 勤勞者側에 대한 解雇行為는 勤勞者의 生存權 및 勞動權을 박탈하는 使用者의 不當勞動行為로 엄격히 다스리고 있다. 여기에서 勞使相互間의 合意解止는 法律上 하등 解雇事由에 해당되지 않는다고 해도³²⁾ 勞組活動에 따르는 使用者의 強迫이나 威脅이 立證되는 경우에는 당연히 不當勞動行為가 成立되는 것이다. 따라서 使用者의 懲戒解雇나 人員整備 또는 勤勞者의 健康上 理由이든 解雇事由에 상당성이 缺如되면 不當勞動行為가 되는 것이다.³³⁾

27) NLRB v. Milk & Dairy Employees, Local 338, U. S. Ct. of App. 2nd Cir, 1976, 531 F. 2d 1162; Radio Officers Union v. NLRB, 347 U. S. 17, 39-42, 74 S. Ct. 323, 335-337, 98 L. Ed. 455, 476-478(1954).

28) 李乙珩, 前掲書, 257面; 裴浩得, 前掲書, 257面; 한국전기통신공사 부당노동행위사건, 中勞委, 1984. 9. 28 判定; 예문종합인쇄사 부당노동행위사건, 부산지방노동위원회, 1984. 9. 5 判定.

29) James B. Atleeson & others, op. cit, pp. 344-349; Archbald Cox, op. cit. at 249-259; Phelps Dodge Corp. v. NLRB; Supreme Ct. of U. S. 1941; 313U. S. 177, 61 S. Ct. 845, 85 L. Ed. 1271.

30) 李乙珩, 前掲書, 257面.

31) Lim, Ki Yop, op. cit, p. 7; The Board used the word "technical violator" to characterize a violation of 8 (a)(5) committed by the employer only for the purpose of seeking judicial review of the Board order. A "flagrant violator," on the other hand, describes an employer who is engaged in a "manifestly unjustifiable" refusal to bargain based on objections to the elections that are "patently frivolous."

32) 大判 1987. 1. 14. 86다가1875; 조광섭유(주) 부당노동행위사건(韓國中勞委, 1963. 9. 25 判定4號)에서는 근로자가 자진 사퇴했다고 할지라도 組合活動을 이유로 한 사용자의 強要에 의한 辭退는 不利益으로 인한 처우로 인정했다.

33) 大判 1993. 10. 20, 93 나 1717; 大判 1993. 12. 21, 93 다 43866; 1992. 9. 17. 근기 01254-156; 李炳泰, 前掲書, 493面; NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp. 301, U. S. 1(1937); NLRB v. Mackey Radio and Telegraph Co., 304 U. S. 333(1938).

2. 黃犬契約

勞動組合法 第39條 2號는 勤勞者가 勞組加入을 하지 않을 것과 勞組脫退를 雇傭條件으로 하는 경우 또는 特定勞組의 組合加入을 雇傭條件으로 하는 行爲는 不當勞動行爲로 規定하고 있다. 이것은 勤勞者에 대한 使用者의 雇傭武器로써 Wagner法 第8(a)(3)는 採用 또는 雇傭條件에 差別을 둠으로써 特定勞組員이 될 것을 獎勵하거나 妨害하는 行爲는 不當勞動行爲가 된다고 하는 데 있다.

이와 같이 雇傭 및 採用條件과 勤勞條件에 있어서 差別을 둠으로써 勞組의 自主性を 해칠 뿐 아니라 使用者의 御用化를 排擊하기 위해서도 黃犬契約에 따른 行爲를 使用者의 不當勞動行爲로 규정하고 있는 것이다. 이러한 黃犬契約의 成立要件은³⁴⁾ 勞組에 대항하는 使用者의 무기로써 勞組에 加入하지 않을 것과 勞組에 協力하지 않을 것을 要件으로 이는 文書에 의한 約定은 물론 口述에 의한 解雇의 威脅까지 포함하고 있다.³⁵⁾ 이 경우 黃犬契約의 約定으로 인한 勤勞契約의 約定 自體는 無效라 할 수도 있으나³⁶⁾ 無條件 契約 自體가 全部無效가 되는 것은 아니며 어디까지나 勤勞者의 基本權을 侵害하는 것이면 당연히 不當勞動行爲가 되는 것이다. 즉 勤勞者 3분의 2 이상을 代表하고 있는 勞動組合에 있어서 當該 勞組의 組合員이 될 것을 雇傭條件으로 하는 團體協約의 締結이 있는 때에는 不當勞動行爲가 成立되지 않는 것이다. 따라서 黃犬契約은 法律上 勞使間의 合意에 의한 勤勞條件으로 이의 適法性이 주장되고 있으나³⁷⁾ 이는 어디까지나 勤勞者의 團結權을 보호하고 使用者의 勞組御用化를 防止하는 데 있으므로 勤勞者의 基本權을 剝脫하는 採用條件이나 勤勞條件은 당연히 不當勞動行爲가 되는 것이다.³⁸⁾

3. 團交拒否

勞動組合法 第39條 3號와 Wagner法 第8(a)(5)는 勞動組合의 代表者와의 團體交渉을 正當한 理由없이 拒否하는 行爲를 使用者의 不當勞動行爲로 하였다. 이것은 使用者가 비록 勞組結成을 인정하면서도 실제로 있어서 團體交渉을 방해하는 경우엔 勤勞者의 勤勞條件改善을 기대할 수 없기 때문에 이의 實效를 保障하기 위하여 마련된 것이다. 따라서 勤勞者 代表者와 事前協議없이 使用者가 일방적으로 賃金引上을 決定하고 勞動爭議中이라는 理由로 交渉代表者와의 相互面

34) 원래 黃犬契約(yellow-dog contract)은 使用者의 壓力에 굴복하여 自己의 權利를 拋棄하는 勤勞者의 行爲를 전제로 하는 條件附 雇傭契約를 말한다. D. Ernest, "The yellow-dog and Liberal Reform, 1917-1932," Labor History 30(1989), pp. 251-274; Robert Mathews, Labor Relations and the Law(Boston: Little Brown & Co., 1953), p. 555.

35) 李乙珩, 前掲書, 268面.

36) 李乙珩, 前掲書, 267-268面; 李炳泰, 前掲書, 235面; 大判 1993. 12. 21, 93 다 11463.

37) 片岡, 前掲書, 181面.

38) 日本東京地勞決, 昭和 36. 9. 7. 中勞委編, 不當勞動行爲事件, 命令集 24卷 25號 55面.

接을 拒否하는 行爲는³⁹⁾ 당연히 不當勞動行爲가 된다. 이러한 團體交涉拒否의 成立은 交涉拒否, 交涉中止, 交涉遲延, 不誠實한 交涉態도와 資料提供拒否 등 다양하게 전개되고 있다.⁴⁰⁾

여기에서 문제로 제기되는 것은 勞動組合法 第39條 3號는 團體交涉에 따르는 團體協約의 締結拒否도 使用者의 不當勞動行爲가 成立된다고 規定하고 있으나⁴¹⁾ Wagner法 第8(a)(5)는 이를 排除하고 있다. 즉 Wagner法은 團體交涉의 義務가 결코 團體協約의 締結을 포함하지 않으며 法の 保護對象은 어디까지나 協約締結에 이르기까지의 團體交涉 自體에 있다는 것이다.⁴²⁾ 말하자면 團體交涉에 있어서 協約締結 그 自體는 法이 기대하는 最上の 課題이지만 法이 결코 強制하는 것은 아니라고 보는 것이다.⁴³⁾ 그러므로 Wagner法은 團體協約에 관한 規定없이 團體交涉을 광범하게 解釋하고 있으나 勞動組合法은 團體協約을 明文으로 規定하여 團體交涉에 따른 協約의 履行까지 보장하고 있는 것이다.

그러나 團體交涉에 있어서 實定法이 비록 協約의 締結을 強制하는 것은 아니라 해도 이를 侵害하는 一切의 장애물을 除去함으로써 事實상의 協約締結을 기대할 수 있으므로 무엇보다도 信義誠實(Good Faith)에 의한 團體交涉이 이루어져야 한다.⁴⁴⁾ 즉 團體交涉拒否라고 하는 不當勞動行爲는 勞組를 無視하는 行爲와 故意로 團體交涉을 遲滯하는 使用者의 非協助的인 交涉態도를 懲戒하는 데 있으므로 이러한 使用者의 交涉態도는 결국 이를 종합적으로 평가 판단할 수밖에 없다. 어디까지나 韓美兩國의 勞組法制는 勞使間의 團體交涉을 積極的으로 보장하고 이의 誠實한 履行을 추구함으로써 勞使間의 協力體制를 조성하고 產業平和를 이룩하겠다고 하는 데에서

39) 61 Stat. 141(1947), 29 U. S. C. S. 158(b)(1-3)(1952); NLRB v. Katz, 369, U. S. 736., 82 S. Ct. 1107, 8 L. Ed. 2d 230(1962); H. J. Heitz Co. v. NLRB, 311 U. S. 514(1941). 한국중노위, 1990. 12. 10, 90 부노 233.

40) 즉 1) 勤勞條件에 관한 討議拒否 2) 勞組代案에 대한 代案提示拒否 3) 組合要求를 無條件否認 4) 組合討議에 대한 交涉中斷 5) 交涉合意 事項에 대한 成文化를 拒否하는 것이다.; Aluminum Products Co. v. NLRB, 68; NLRB. v. Columbian Enameling Co., 306 U. S. 292(1939).

41) 韓國中勞委, 1990. 3. 30. 90부노 47; 李炳泰, 前揭書, 237面.

42) Archibald Cox, The Legal Nature of Collective Bargaining Agreements, 57, Mich. L. Rev. 1(1958); Feller, A General Theory of the Collective Bargaining Agreement, 61 Calif. L. Rev. 663(1973); Summers, Collective Agreements and the Law of Contracts, 78 Yale L. J. 525(1969).

43) 美聯邦 上下兩院의 보고서는 「團體交涉은 團體協約의 締結을 目的으로 하는 것이나 法の 保護對象은 協約締結에 이르기까지의 團體交涉이며 協約締結 그 自體는 法の 기대하는 바이지만 法の 強制는 아니다」라고 밝혔다.; Nolde Bros. v. Baksey Workers, 430 U. S. 249, 94 LRRM 2753(1977); Goya Foods, Inc. 238 NLRB 1456-67.

44) Douglas L. Leslie, op. cit. pp. 181-192; Joy Silk Mills, Inc. v. NLRB, 85N. L. R. B. 1263(1949); Snow & Sons, 134 N.L.R.B. 709(1961); Linden Lumber Div., Summer & Co. v. NLRB; U.S. surp. Ct., 1974, 149U.S. 301, 95 S. ct., 429, 42 L.Ed. 2d465; NLRB는 使用者側의 團體交涉態度에 있어서 Goog Faith의 기준을 다음과 같이 설정하고 있다. 즉 ① 使用者가 勞動者側의 代表者와 잘 만나지 않거나 勤勞條件에 관한 논의를 拒否해서는 안 되고, ② 使用者는 組合의 제안에 대한 대안을 제시하고 이 대안에 대하여 NLRB는 타당성 여부를 판정한 후 양 당사자가 협약을 체결토록 조력하며, ③ 交涉이 진행되다가 의견의 불일치가 된 경우에는 使用者에게 誠意가 없다고 할 수 없으나, 다시 交涉條件과 內容이 변경된 경우 使用者는 交涉을 재개하여야 하고, ④ 使用者는 組合의 요구를 받아들이기 전까지는 항상 交涉에 응할 義務가 있고, 罷業이나 職場閉鎖하더라도 이 義務가 면제되는 것은 아니며, ⑤ 만약 협정이 성립된다면 勤勞者側의 요구에 따라 이를 成文化하여야 하고, ⑥ 성문화는 協商의 대상이 아니지만 이를 拒否하는 것은 使用者에게 誠意가 없는 것으로 인정된다는 것이다.

團體交渉拒否로 인한 不當勞動行爲를 排斥하고 있는 것이다.

4. 支配介入

勞動組合法 第39條 4號는 勤勞者가 勞動組合을 組織하고 運營하는 것을 支配하거나 介入하는 行爲를 不當勞動行爲라 하였고, Wagner法 第8(a)(2)는 勤勞者團體의 組成이나 管理를 支配하고 介入하는 行爲를 不當勞動行爲라 하여⁴⁵⁾ 韓美兩國의 勞動法制는 다같이 勞組活動에 대한 支配·介入을 使用者의 不當勞動行爲로 規定하고 있다. 더욱이 兩法은 다같이 勞動組合의 運營費 提供을 使用者의 實質的 支配·介入이라고 하여 勞組의 御用化를 基本的으로 否認하고 있다.⁴⁶⁾

이와 같이 不當勞動行爲에 있어서 支配·介入은 勞組組織과 組合運營 특히 勞組에 대한 使用者의 經濟的 支援을 말하는 것으로 勞組法은 이를 배척함으로써 勤勞者의 自主的 活動을 保障하는 데 있다. 그러나 이러한 勞組의 組織이나 運營에 대한 使用者의 支配·介入은 그 手段과 方法에 있어서 다양하기 때문에 不當勞動行爲가 각기 獨立된 形態로 발생하기도 하지만 相互關聯해서 나타나기도 한다.⁴⁷⁾ 즉 個個의 行爲를 각각 分類해서 검토해 본다면 不當勞動行爲의 支配·介入이 성립되지 않는 경우에도 이를 전체로 통찰해 볼 때 不當勞動行爲의 支配·介入임을 否認할 수 없는 경우가 많다.⁴⁸⁾ 따라서 使用者의 支配·介入은 개개의 行爲를 個別的으로 分類評價할 것이 아니라 이를 총체적으로 檢討해야 할 것이며 Wagner法 第8條 各號 全般에 걸쳐 支配介入의 문제가 검토되어야 할 것이다.

더욱이 Wagner法 第8條(a)(1)은 同法 第7條에서 보장된 勤勞者의 自主的 勞組를 結成할 權利와 勞組代表者와의 團體交渉 및 集團行動할 權利를 行使함에 있어서 使用者의 不當한 干涉(interfer), 妨害(restrain), 強制(coerce)는 不當勞動行爲가 된다고 하여⁴⁹⁾ 同法 第8條(a)(1)는 不當勞動行爲 전반에 걸친 包括規定(derivative violation)으로 運營되고 있다.⁵⁰⁾ 그러므로 Wagner法에서 이러한 干涉, 妨害, 強制와 같은 反組合的 要素를 排斥하고 있는 것은 勤勞者의 團結과 團體交渉 및 團體行動을 保障하는 데 그 意義가 있는 것이며 韓美兩法制가 使用者의 支配介

45) Virginia Ferry Corp. v. NLRB. 730; Reagal Shirt Co. v. NLRB, 367; Bethlehem Steel Co. v. NLRB., 120F. 2nd, 641(C.C.A. Dis Col, 1941); NLRB v. Sun Shipbuilding and Dry Dock Co. 135 F. 2d, C.C.A. 3rd, 1943.

46) National Labor Relations Board Sixteenth Annual Report, June 30, 1951, pp. 155-159; Midwest Piping & Supply Co., Inc. 63 NLRB, 1060; 李乙珩, 前掲書, 276-277面; 松岡, 前掲書, 140面.

47) Wright Line, Inc. v. NLRB, 1980, 251 NLRB 1083, 105 LRRM, 1169; Mt. Healthy City School District Board of Education v. Doyle, 429 U.S. 274(1977).

48) NLRB v. Billen Shoe Co., Inc., 297 F. 2d 801, 68 LRRM 2699(1st, cir. 1968).

49) NLRB v. Federbusk Co. 121 F. 2nd, 954, 957(C.C.A. 2d(1941)); NLRB v. American Tuhe Bond Co. 134 F. 2nd, 993(C.C.A. 2d 1943), Fruehauf Trailer Co, v. NLRB; Friedman-Harry Marks Co. v. NLRB 411; Millfay Mfg. Co. v. NLRB. 919.

50) A Layman's Guide to Basic Law under the National Labor Relations Act, p. 19; 여기에서 現行勞動組合法 第39條 4號는 法條文의 解釋上 包括規定이라기보다는 列舉主義로 解釋하는 見解도 있다. 崔槓·康世旭, 不當勞動行爲(서울:博英社, 1963), 51面.

入을 禁止하고 있는 것은 勤勞者의 自主性を 保障하는 데 있으므로 勤勞者의 自主的 活動을 侵害하는 行爲에 대해서는 여하한 경우에도 使用者의 支配·介入·強制·妨害의 意思與否를 不問하고 不當勞動行爲가 成立되는 것이다.

이상과 같이 使用者의 不當勞動行爲는 黃犬契約이나 解雇과 같은 法律行爲도 있고 團交拒否나 支配介入과 같은 事實行爲도 있으며, 差別待遇라는 直接的 妨害行爲도 있으나 勞組活動을 沮害하는 間接的 妨害行爲도 있으므로 이러한 不當勞動行爲의 特性和 類型 그리고 勞組活動의 實情과 將來 등을 綜合的으로 검토하여 이에 대한 救濟策이 要求되는 것이다.

IV. 不當勞動行爲의 救濟命令

不當勞動行爲에 대한 解決方法에는 裁判制度를 통한 司法的 救濟와 勞動委員會의 自由裁量에 의한 行政的 救濟가 있다. 그러나 勞使間의 紛爭으로 惹起되는 勞動問題는 國民經濟와 產業平和에 中대한 影響을 미치므로 그의 特殊性和 重大性에 입각하여 勞動委員會의 行政處分에 의한 救濟命令으로 解決하는 것이 일반적이다.⁵¹⁾ 즉 勞動委員會의 命令은 使用者의 不當行爲가 有效인가 無效인가, 또는 그러한 侵害行爲가 違法인가 適法인가 判斷하는 法院의 判決과는 엄연히 다르다. 다시 말하면 勞動委員會의 救濟命令은 私法上的 法律關係에 있어서 그 效果를 確認하는 데 있지 아니하고 그 侵害行爲에 대한 原狀回復을 본래의 事명으로 한다.⁵²⁾ 즉 不當勞動行爲에 의한 解雇가 發生한 경우 이의 解雇를 取消하거나 無效를 確認하는 데만 그치지 아니하고 그 被解雇者의 復職과 賃金의 溯及拂을 命令하는 行政的 救濟가 Wagner法의 立法精神인 것이다. 그러므로 使用者의 不當한 干涉이나 妨害 또는 支配·介入 등의 不當勞動行爲에 대하여는 이를 禁止시키는 中止命令이 요구되고 解雇나 團體交渉의 拒否로 인한 不當勞動行爲에 대해서는 被解雇者의 賃金溯及拂을 포함한 復職命令과 團體交渉을 수행케 하는 積極的 命令이 요구되고 있다.

51) 독일, 불란서, 일본, 한국은 司法的 救濟에 대한 合法的 節次를 마련하고 있다. 李乙珩, 前掲書, 253面. 그러나 不當勞動行爲에 대한 救濟命令은 原狀回復을 이루기 위한 行政的 救濟이지 刑罰的 救濟는 아니다. 이것은 Consolidated Edison Co v. NLRB 事件에서 처음으로 採擇된 것으로 美聯邦大法院은 「不當勞動行爲에 있어서 Affirmative Action은 NLRB의 權限이지만 그것은 救濟權이지 刑罰權은 아니다」라고 판시했고, Carpenters Local 60 v. NLRB事件에서도 大法院은 「Affirmative Action은 科罰이 아니고 救濟이다」고 다음과 같이 판시했다. 「This authority to order affirmative action does not go so far as to consider a punitive jurisdiction enabling the Board to inflict upon the employer and penalty it may choose because he is engaged in unfair labor practices, even though the Board be of the opinion that the policies of the Act might be effectuated by such an order. The power to command affirmative action is remedial, not punitive...」 U. S. 197(1938). Republic Steel Corp. v. NLRB, 311 U.S. 7(1947); U.S. 197 235-36(1938); Republic Steel Corp. v. NLRB, 311 U.S. 7, 12 (1940); James E. Davis, The Exclusive Jurisdiction of The NLRB as a Limitation on the Application of Rico to Labor Disputes, 76 Ky. L. J. 207(1987-1988).

52) 365 U.S. 651. 655-56(1961); Keyserling, the Wagner Act: Its origin and Current Significance, 29 Geo. Wash. L. Rev. 199, at 202-205(1960); NLRB v. Mooney Aircraft, Inc.에서도 不當勞動行爲가 없었다면 증진되었을 賃金을 기준으로 溯及拂支給을 명령했다.

1. 規範的 救濟(Standard Remedy)의 問題點

Wagner法 第10(c)에 의하면 全國勞動委員會(National Labor Relations Board-NLRB)⁵³⁾는 被提訴者가 不當勞動行爲를 행하였거나 또는 현실적으로 행하고 있다고 판단되는 경우엔 事實發見(its findings of fact)이 있는 경우 이에 대한 不當勞動行爲의 中止(cease and desist)⁵⁴⁾ 및 賃金 遡及拂을 수반하는 또는 수반하지 않는 復職(reinstatement with or without back pay)을 포함하여 本法의 政策을 實效 있게 하는(as will effectuate the policies of the act) 積極的 措置(affirmative action)를 취하도록 명령할 수 있다.⁵⁵⁾ 즉 NLRB의 不當勞動行爲에 대한 救濟命令은 消極的인 中止命令(cease and desist)과 積極的인 強制命令(affirmative action)을 내리는 權限을 가지고 前者에 있어서는 使用者가 組合員에 대한 差別待遇 또는 組合運營을 支配介入했을 경우 이의 差別待遇나 支配介入을 中止시키는 命令을 말하며 後者에 있어서는 이와 같은 中止命令에 부수해서 團體交渉의 開始 또는 被解雇者의 復職을 要求하는 積極的 命令으로 이는 Wagner法의 立法精神을 實效 있게 實現하기 위한 規範的 救濟(Standard Remedy)이다.⁵⁶⁾ 그러나 不當勞動行爲의 個個사건에 대하여 具體적으로 어떠한 措置가 Wagner法의 立法精神을 실효 있도록 수행할 수 있는지를 결정하는 것은 그렇게 용이하지 않으며 이것은 어디까지나 NLRB의 自由裁量(discretionary power)에 속하는 문제이다.

이와 같이 Wagner法은 本法의 政策을 實效 있게 修行할 수 있는 Affirmative Action을 原狀回復의 基本으로 設定하고 NLRB는 使用者의 不當勞動行爲에 대한 Affirmative Action을 다음과 같이 정립하고 있다. 즉 첫째로 被解雇者의 復職과 賃金遡及拂命令 둘째로 團體交渉開始와 協約締結命令, 셋째로 黃犬契約의 無效 및 破棄命令 등 原狀回復을 위한 積極的 措置를 취해 왔으나 이러한 救濟命令에 대한 불만과 비판이 오늘날 새롭게 제기되고 있다. 특히 使用者의 團體交渉拒否로 야기되는 不當勞動行爲의 경우에 있어서 NLRB는 團體交渉拒否行爲를 中止하는 동

53) Since 1935, when Congress established National Labor Relations Board as an independent Federal Agency to administer the National Relations Act, the NLRB has two functions : 1) to prevent and remedy unfair labor practices, whether committed by labor organizations or employers, and 2) to establish, usually by secret ballot elections, whether or not certain groups of employees wish to be represented by labor organizations for collective bargaining purposes. Beuars D. Mabry, Labor Relations and Collective Bargaining (New York: The Ronald Press Co., (1966), pp. 179-189.

54) Burgie Vinegar Co., 71 NLRB 829(1946). Kauper, Cease and Desist: The History, Effect, and Scope of Clayton Act, Orders of the Federal Trade Commission, 66 Mich. L. Rev. 1095(1968).

55) Organizing Warth Its Salt: The Protected Status of Paid Union Organizers 108 Harv. L. Rev. 1341(1995) Schlossberg & Silard, The Need for A Compensatory Remedy in Refusal-To-Bargain Cases, 14 Wayne. Rev. 1059(1968); Jones & Laughein, Mackay, and Santa Cruz, 301 U.S.K(1937); 304 U.S. 333(1938).

56) A standard remedy upon a finding of an employer's refusal to bargain has been an order to cease and desist from refusing to bargain and an order to bargain given by the Board to the employer. Burgie Vinegar Co., 71 NLRB 829 (1946) Address by Board Member Gerald A. Brown, Exploring the World of Remedies. 1967. Lab. Rel. Yearbook 251 and 253.

시에 團體交渉開始를 命令해 왔으나 規範의 救濟가 가지는 문제는 그러한 命令이 단지 將來에 대한 것이므로 團體交渉拒否로 인하여 發生된 過去의 損害에 대한 補償을 해결할 수 없다는 데 그 問題點이 지적되고 있다.⁵⁷⁾ 더욱이 使用者의 團體交渉이 遲延되는 경우 勞組의 團結力이 약화됨은 물론 團體交渉懈怠로 인한 使用者의 附隨的 利益은 정당치 못하다는 것이다.⁵⁸⁾ 따라서 團體交渉에 순응해야 할 使用者의 義務違反에 대한 規範의 救濟命令은 原狀回復을 지향하는 行政的 救濟로써 不適合하다는 것이다. 즉 使用者의 團體交渉이 懈怠 또는 拒否되지 않았을 경우에 당연히 누릴 수 있었던 逸失利益을 추구해야 할 法理上의 必要性이提起된 것이다.⁵⁹⁾

2. 填補的 救濟(Make-Whole Remedy)의 必要性

團體交渉拒否사건은 使用者가 團體交渉 代表者를 認定하면서도 勤勞者의 交渉代表者와 이의 交渉을 懈怠하거나 拒否하는 경우에 발생한다. 즉 團體交渉에 있어서 使用者의 拒否行為는 賃金の 引上이나 勤勞時間의 短縮 기타 勤勞條件을 중심으로 한 交渉義務를 違反한 行為이다.⁶⁰⁾ 이와 같이 團體交渉이 拒否된 경우 使用者가 勞組代表者와 信義誠實(good faith)로⁶¹⁾ 交渉을 수행했다더라면 賃金이나 기타 利益을 逸失하지 않았을 受惠內容을 補償하도록 내리는 勞動委員會의 命令을 填補賠償(Make-Whole Remedy)이라 한다.⁶²⁾ Ex-Cell-O 事件에서 NLRB는 「종래 團體

57) 本 論文에서 설명하는 Tiidee와 Ex-Cell-O 두 事件 參照 要; Keith N. Hylton, An Economy Theory of the Duty to Bargain, 83 Geo. L. J. 19(1994).

58) 29U.S.C. § 128(d)(1964) Robert F. Duvine, "The Duty to Bargain: Law in Search of Policy," Col. L. Rev. LXIV(1964), 248.

59) Note, An Assessment of the Proposed "Make-Whole" Remedy in Refusal-to-Bargain Cases, 67 Mich. L. Rev. 374 and 378 (1969). 우리 民法上의 逸失利益은 被害者가 그가 事故를 당하지 않았더라면 얻을 수 있었던 所得의 喪失이 본래의 수입원으로 算定해서 認定하게 된다. 따라서 他人에게 損害를 加한 者는 그 損害를 賠償할 責任이 있다(民法 第750條).

60) Section 8(a)(5) obligates the employer to recognize these representatives and to negotiate in good faith toward a collective bargaining agreement. This obligation imposed by law to bargain encompasses those subjects which pertain to "wages, hours, and other terms and conditions of employment," so called mandatory subjects for collective bargaining.

61) Douglas L. Leslie, Labor Law, (St. Paul, MN: West Publishing Co, 1992), 181-192; NLRB v. American National Ins. Co.(U.S. 1952); NLRB v. Reed & Prince Mfg. Co.(1st cir. 1953); NLRB v. Truitt Mfg. Co. (U.S. 1956); NLRB v. ACME Industrial Co.(U.S.1967); Detroit Edison Co. v. NLRB(U.S. 1979) NLRB v. Katz(U.S. 1962); NLRB v. Cone Mills Corp(4th Cir. 1967), Hilton Davis Chemical Co. v. NLRB; General Electric Co. v. NLRB(2d cir 1969).

62) A "Make-Whole" remedy in a refusal to bargain case is an order by the Board for the employer to compendstate the employees for wages and other benefits they would have recieved if the employer had bargained in good faith. 426 F 2d 1243 (D. c. 1970), 65, . D.C. at 11801; Leed & Northrup Co. v. NLRB에서도 使用者의 團體交渉巨富로 인하여 받지 못한 보너스의 지급을 명령했다. Walter E. Oberer, Kurt L. Hansloue, Jerry R. Anderson, Timothy J. Heinsz, op. cit, 605-625; H.K.Porter Co. v. NLRB, Supreme Court of the United States, 1970, 397 U.S. 99 S. ct, 821, 25L. Ed. 2d 146; Ex-Cell-O Corp. v. NLRB, 1970, 185 N.L.R.B. 107; NLRB v. Hedkis, Supreme Court of the U.S. 1974, 417 U.S.1, 94 S. Ct. 2074, 40 L. Ed. 2d 612. 우리 民法上의 填補賠償은 債務者의 過失로 인하여 債務履行이 不可能하게 되거나 遲滯된 경우 債權者가 본래의 給付를 받는다 해도 별이익이 없다면 履行에 갈음하는 請求賠償은 가능하다(民法 第395條)고 하였고, 1993년 大法院 判例는 勤勞者는 使用者에게 精神的 苦痛에 대한 補償도 請求할 수 있다고 판시하였다(大判 1993. 12. 21, 선고 93 다 11463).

交渉의 開始만을 促求하는 Affirmative Action은 2년 이상 團體交渉을 遲延시켜 온 不當行爲를 根絶시키지 못했다」고 是認하고 「Wagner Act 第8(a)(5)의 違反事件에 대한 規範의 救濟命令은 不適合하다」⁶³⁾는 것을 認定했다. 더욱이 Tiidee事件에서 法院은 「使用者가 數年後에 勞組와의 團體交渉命令을 받았을 때 勞組는 極히 一部勤勞者를 代表하게 되므로 使用者는 法을 違反함으로써 二重的 利益을 獲得하게 된다」는 것이며 오히려 「使用者는 勞組의 瓦解 또는 交渉力の 弱화로 인하여 交渉命令 이후에도 계속적으로 낮은 勞動經費를 누릴 수 있었다」⁶⁴⁾고 주장했다.

이와 같이 Ex-Cell-O 사건에서의 委員會와 Tiidee 사건에서의 法院은 다른 어떠한 이유보다도 그러한 害惡的 行爲를 중시하고 Wagner法 第8(a)(5)의 違反行爲에 대해서는 Make-Whole Remedy에 따르는 填補賠償의 必要性을 認定했다. 그러나 使用者의 解雇가 없었고 勤勞者와의 團體交渉이 誠實히 수행되었더라면 受惠될 수 있었던 引上賃金이나 附加給付가 喪失되었을 경우 이를 여하히 原來의 狀態로 回復할 수 있느냐 하는 問題提起로 오늘날 美國의 法院과 全國 勞動委員會는 심각한 論難을 거듭하고 있다.

(1) H. K. Porter 事件

H. K. Porter(H. K. Porter Co. v. NLRB)⁶⁵⁾는 勞組의 組合費徵收協議事項(Check-off Arrangement)에 있어서 使用者는 組合費徵收가 勞組業務(Union's Business)에 해당되므로 이를 받아들일 수 없다고 하여 Taft-Hartley Act 第8(d) 違反으로 提起된 事件이다.⁶⁶⁾ 本件에서 勞組는 勞組活動에 필요한 組合費는 勤勞者의 給與中에서 控除해 줄 것을 요구했으나 使用者는 組合費 徵收가 勞組의 固有業務事項이라고 하여 이를 拒否하였다. 이에 대하여 NLRB는 使用者의 組合費 控除를 協助하지 않는 것은 保險料 徵收를 시행하고 있는 會社運營정책에 반하는 것이며 會社側이 他事業場에서 組合費徵收가 있었던 사실도 있었음을 지적하였다.⁶⁷⁾ 法院은 이러한 使用者의 組合費徵收 拒否가 會社業務上 運營에 의한 것이 아니라 勞組에 대한 會社의 協助를 排除하는 데 있었다고 하여 Taft-Hartley Act 第8(d) 違反을 認定했다. 결국 NLRB는 이와 같은 組合費徵收를 이유로 한 使用者의 團體交渉 拒否는 不誠實(bad faith)에 기인하는 것으로 인정하였고 法院은 使用者의 團體交渉 拒否를 中止하고 勤勞者와 團體交渉의 開始를 命令한 NLRB의 決定을 지지하였다.⁶⁸⁾

63) Archibald Cox, Dered C. Bok, Robert A Gorman, Labor Law: Case and Materials(New York: The Foundation Press, Inc., 1991) at 501-510.

64) Cox, Bok & Gorman, Ibid, at 510-511.

65) H. K. Porter Co. Supreme Court of the United States, 1970, 397 U. S. 99, 73 LRRM 2561.

66) James B. Atleron, Robert J. Rabin, George Sherman Jr. & Eileen Siluerslein, Collective Bargaining in Private Employment(Washington D. C.: The Labor Law Group, 1984) at 442-446.

67) NLRB v. American Ins. Co., 343 U. S. 395, 404(1952); NLRB v. Insurance Agents, 361 U. S. 477, 487 (1960).

즉 컬럼비아 순회항소법원은 司法的 審査를 이유로 한 使用者의 團體交渉拒否에 있어서는 勤勞者의 金錢的 損失에 대한 填補賠償이 필요하지만 團交拒否에 대한 使用者의 正當한 事由로 인하여 論爭의 여지가 있는 事案(fairly debatable)으로 團體交渉이 지연된 경우에는 填補賠償이 부적합하다고 밝혔다. 그러나 團體交渉을 故意로 拒否하거나 遲延시킬 目的으로 취해진 使用者의 不當勞動行為에 있어서 將來의 利益에 대한 것보다도 過去의 逸失에 대한 적절한 補償을 요구하는 填補賠償의 필요성이 제기된 것이다.

(2) Tiidee 事件

Tiidee(NLRB v. Tiidee Products, Inc.)⁶⁹⁾는 使用者가 勞組의 投票를 妨害할 目的으로 作業場에 대한 閉鎖壓력과 一時解雇을 취함으로써 Wagner Act 第8(a)(1)(3)(5) 違反으로 提訴된 사건이다. 本件에서 勞組는 使用者가 團體交渉을 遲延시켰다고 하여 NLRB의 심리와 더불어 적절한 救濟의 命令을 要請했고 NLRB는 이에 대한 救濟策으로 中止命令과 賃金溯及을 포함한 復職命令을 決定하였다. 이에 대하여 勞組는 NLRB의 그러한 規範的 救濟가 不適當한 命令이라고 하여 이의 再審을 要求하였고 法院은 이러한 勞組의 주장은 正當하다고 認定하여 填補補償의 救濟命令을 提案하면서 이를 NLRB로 還送했다.⁷⁰⁾ 즉 法院은 勞組選舉(union election)에 대한 使用者의 명백한 妨害目的은 궁극적으로 團體交渉의 拒否에 있으므로 이는 당연히 填補賠償이 되어야 한다는 입장을 밝힌 것이다. 동시에 法院은 使用者의 違反이 “論爭의 여지가 있는 事案(즉 團交拒否에 대한 正當事由)”⁷¹⁾이라면 填補補償의 선택은 부적절한 것이라고 하여 H. K. Porter (United Steelworkers v. NLRB)⁷²⁾ 사건에 있어서 “論爭의 問題”로 인한 NLRB의 中止命令(cease and desist order)을 지지했다.⁷³⁾ 그러나 法院은 그러한 命令이 Tiidee 事件決定 이전에 문제되었다는 이유로 填補補償의 必要性을 強調했다.⁷⁴⁾

68) Robert N. Strassfeld, Counterfactuals in the Law, 60 Geo. Wash. L. Rev. 339(1992) 使用者의 Bad Faith는 ① 使用者가 組合代表와 논의하는 것을 拒否한 경우(Suburban Lumber Co., 3 NLRB 58(1937)), ② 組合에서의 交渉要請書에 대만하여 使用者가 交渉拒否의 의사가 추정되는 경우(Warfield Co., 6 NLRB 58(1938)), ③ 組合側에서 제출된 稟정서 기타의 문서의 수리를 拒否하는 경우(Taylor Trunk Co., NLRB 32(1938)), ④ 예정된 組合과의 會議에 이유 없이 출석치 않는 경우(National Licorice Co., 7 NLRB 811(1937)), ⑤ 使用者側이 組合代表者와의 회의에서 시종 주도권을 가지고 組合側에 제안의 기회를 주지 않는 경우(Lee Clay Products Co., 3 NLRB 811(1937)) 등이라고 判定하였다. 이에 대하여 결국 法院도 團體交渉에 대한 使用者의 義務를 광의로 해석하여 사실상 團體交渉의 체결을 강제하려는 NLRB의 견해를 점차 지지하게 되었다. 즉 聯邦最高法院은 Sands Mfg Co 사건(1939)에서는 Jones and Laughlin 사건에서의 태도를 버리고 “Wagner法 趣旨는 勤勞者와의 團體交渉을 使用者에게 強制하여 當事者에게 구속력 있는 團體協約을 체결하게 하는 것이다”라는 태도를 취하였다; 또한 Heinz Co. 사건(1941년)에서는 “使用者가 協約에 서명하기를 거부하는 것은 團體交渉의 拒否”라고 판단하였으며, Medo Photo Supply Co. 사건에서는 “勤勞者의 과반수 찬성으로 團體交渉代表가 선정된 후 使用者가 個別的인 交渉을 하는 것은 不當勞動行為”라고 판단하였다.

69) Tiidee Products, 426 F. 2d 1243, 1249(D.C. Cir. 1970).

70) 426 F. 2d at 1253(D.C. Cir. 1970).

71) IUE v. NLRB(D.C. Cir. 1974).

72) 397 U.S. 99(1970), noted in 84 Harv. L. Rev. 202 (1970).

73) 430 F. 2d 519 (D.C. Cir 1970).

(3) Ex-Cell-O 事件

Ex-Cell-O(NLRB v. Ex-Cell-O Corporation)⁷⁵⁾는 勞組가 組合選舉를 오도하고 있다는 理由로 使用者가 이의 司法審査(Judicial Review)를 구함으로써 團體交渉을 拒否한 Wagner Act 第8(a)(1)(5) 違反으로 提訴된 事件이다.⁷⁶⁾ 本件에서 勞組는 使用者가 團體交渉을 拒否함으로써 喪失된 給付의 補償을 要求하였고 使用者側은 NLRB가 이러한 逸失賠償을 채택할 수 없으며 이는 어디까지나 勞使當事者間의 解決事案이라고 주장했다.⁷⁷⁾ 이에 대하여 事件審理官(Trial Examiner)은 團體交渉 拒否로 惹起된 勤勞者의 經濟的 損失은 全部補償되어야 한다고 결정하였고 NLRB는 使用者의 司法的 審理는 適法節次에 따른 것이며 이는 “論爭의 여지가 있는 事案”이므로 H. K. Porter 事件의 法理에 立脚하여 逸失賠償의 救濟命令은 온당치 못하므로 이를 排斥한다고 결정하였다.⁷⁸⁾ 그러나 컬럼비아 抗訴法院(D. C. Circuit Court)은 填補補償을 要求하고 勞組의 主張을 받아들여 오히려 Tiidee 事件의 決定에 一致하는 再審의 必要를 위해 이를 NLRB로 移送하여 적절한 填補補償을 강구토록 하였다.⁷⁹⁾

V. 結 論

不當勞動行爲의 救濟는 勤勞者가 自主的인 勞組를 結成하고 그들의 代表者로 하여금 團體交渉을 수행하며 勞組의 團結力을 통한 團體行動을 감행함에 있어서 使用者의 부당한 干涉과 妨害 그리고 抑壓과 解雇 등의 不利益과 侵害行爲를 제거함으로써 이의 原狀回復을 강구하는 데 그 목적이 있다. 그러나 使用者의 不當解雇에 대한 復職命令과 賃金遡及命令 그리고 團交拒否에 대한 團交開始命令 등과 같은 종래의 規範的 救濟는 勤勞者의 過去損害에 대한 補償을 해결할

74) Furthermore, the court in Tiidee was specifically speaking to the appropriateness of the make-whole remedy when it said the following : when the company is finally ordered to bargain with the union some years later, the union may find that it represents only a small fraction of the employees. Thus the employer may reap a second benefit from his original refusal to comply with the law : he may continue to enjoy lower labor expenses after the order to bargain either because the union is gone or because it is too weak to bargain effectively. 426 F. 2d at 1249.

75) Ex-Cell-O Corporation, 449 F. 2d 1058 (D.C. Cir. 1971).

76) 426 F. 2d 1245(D.C. Cir 1970), cert. denied, 400 U.S. 950(1970).

77) 74 LRRM, at 1743.

78) UAW v. NLRB, per curiam, Nos. 24, 557, 24, 715, 76 L.R.R.M. 2753(D.C. Cir. 1971). In No. 24557, the union's petition for review of the Board's refusal to grant the make-whole remedy, the union moved for summary reversal on the ground that the Board's decision was in direct conflict with Tiidee.

79) Elliot H. Shaller, The Availability of Punitive Damages in Breach of Contract Actions under Section 301 of LMRA, 50 Geo. Wash. L. Rev. 219(1982); 76 L.R.R.M. at 2754. The Board held that awarding a make-whole remedy would require the imposition of substantive contract terms in contravention of H. K. Porter v. NLRB. We ... are in complete agreement with his Trial Examiner finding that current remedies of the Board designed to cure violations of section 8(a)(5) are inadequate. A mere affirmative order that an employer bargain upon request does not eradicate the effects of an unlawful delay of two or more years in the fulfillment of a statutory bargaining obligation. It does not put the employees in the position of bargaining strength they would have enjoyed if their employers had immediately recognized and bargained with their chosen representative.

수 없다는 데 그 문제점이 지적되고 있다. 따라서 使用者의 不當勞動行為로 인하여 야기된 不當解雇와 團交拒否의 경우에는 통상의 規範的 救濟보다도 過去의 損害를 補償할 수 있는 填補賠償의 行政的 救濟가 더욱 요청되고 있다. Tiidee 事件과 Ex-Cell-O 事件 그리고 H. K. Porter 事件에서도 이러한 使用者의 不當勞動行為에 대한 中止命令이나 交渉命令이 不充分한 救濟임이 立證되었다.⁸⁰⁾ 또한 不當勞動行為로 인한 侵害行為를 救濟하는 데 있어서 勞動委員會의 광범한 裁量權 行使가 실행되었고 法院은 이러한 NLRB의 救濟命令이 不適合하다는 것을 인정하였다.⁸¹⁾ 더욱이 컬럼비아 抗訴法院(D.C. Circuit Court)은 Tiidee Products와 Ex-Cell-O Co.의 두 事件에서 NLRB의 救濟命令은 將來의 契約條件의 強制가 아니라 過去의 被害補償을 고려할 수 있는 填補賠償을 모색해야 된다고 주장하였다. 이것은 團體交渉이 충실히 履行되었다라면 相互合意에 到達했을 決定이 排斥되었으므로 그러한 拒否行為는 명백한 違法이며 이에 대한 적절한 填補賠償(Make-Whole Remedy)이 필요하다는 데 있다.

그러나 NLRB는 두 가지 중요한 이유로 填補賠償이 Wagner法의 立法政策을 積極적으로 實效 있도록 할 수 없다고 反論을 제기했다. 그 하나는 填補賠償(Make-Whole Remedy)은 課罰的性質을 갖는 것이고 또다른 理由는 填補賠償이 H. K. Porter 事件에서 내린 美聯邦大法院(U.S. Suprem Court)의 判決에 違背된다는 것이다.⁸²⁾ 즉 NLRB는 Wagner法의 實效性 있는 立法政策을 과도히 도전하지 않았고 단순한 司法的 審理를 통한 救濟策만을 강구하는 데 있었다.⁸³⁾

이와 같은 상황에서 使用者는 勞組와의 交渉을 계속적으로 拒否할 수 있게 되었고 소모적인 司法審査의 方法을 선택함으로써 使用者의 交渉義務를 무한정 回避할 수 있게 되었다. 결국 使用者는 勞組와의 交渉命令이 強制되어도 날이 갈수록 勞組의 位置는 弱化되고 勤勞者는 심각한 經濟的 威脅에 직면하게 되었다는 데 問題點이 있다.⁸⁴⁾ 그러므로 Tiidee와 Ex-Cell-O에서 나타난 NLRB의 救濟命令은 다음과 같은 法的 根據에서 排斥될 수 있다. 첫째로 Wagner Act 10(c)에 규정하고 있는 적절한 救濟를 취할 수 있는 NLRB의 權限이 광범하게 修行되어 왔음에도⁸⁵⁾ 불구하고 金錢賠償에 따르는 救濟命令은 소홀히 해왔음을 否認할 수 없다. 따라서 종래

80) Ross, Analysis of Administrative Process Under Taft-Hartley, 1966 Lab. Rel. Yearbook 299(1966). Professor Ross's study is based on an examination of 1,008 cases closed by the NLRB between 1957 and 1962 in which there was a finding or an inference of a violation of the duty to bargain under 8(a)(5).

81) U. A. W v. NLRB. 425 F. 2d 1243(D.C. Cir 1971), 65, DC at 11801.

82) Although its remedial authority is broadly construed the NLRB had two guidelines to consider in devising remedies: first the remedy must not be in the form of a penalty; secondly, the Board cannot impose contract terms thus the Board relied heavily on United Steelworkers v. NLRB(H. K. Porter Co.) in determining that the make-whole remedy would be an imposition of contract terms. Peter G. Earle, Note: The Impasse Doctrine, 64 Chi-Kent L. Rev. 407(1988).

83) 74 L. R. R. M. at 1742.

84) Ross, supra note 22, at 1-32; Note, The Need for Creative Orders under Section 10(c) of the National Labor Relations Act, 112 U. Pa. L. Rev. 69-71 (1963).

85) In Phelps Dodge Corp. v. NLRB, the Supreme Court stated that Section 10(c) invests the Board with wide remedial powers unconfined by the narrow principles of equitable relief. The term "reinstatement with or without back pay" was deemed illustrative and not as a limitation on the Board's power. These wide dis-

NLRB의 救濟命令에 의하면 비록 使用者의 不當勞動行爲가 추후에 발견되어도 勞組는 이의 損失을 감수할 수밖에 없는 입장에 있게 되는 것이다. 이것은 使用者가 故意的으로 團體交渉을 拒否했을 때 발생한 損失을 勤勞者에게 補償해 줄 수 있는 NLRB의 救濟權限이 不充分하다는 데 있다.⁸⁶⁾ 둘째로 使用者는 團體交渉의 遲延 전략을 통하여 勞組를 약화시킴은 물론 將來에 勞動費用의 節減으로 附隨的 利益을 얻을 수 있게 된다는 것이다.⁸⁷⁾ 비록 NLRB의 金錢的 救濟가 損害의 額數를 추정할 수 없다고 할지라도 使用者가 交渉을 拒否하지 않았음을 입증할 수 없다면 交渉妥結 以前에 생긴 利得에 대한 合理的 計算을 算定함으로써 填補賠償(Make-Whole Remedy)이 가능하다는 것이다. 이러한 法理論的 觀點에서 填補賠償의 正當性이 認定된다면 解雇로 인한 不利益을 回復할 수 있을 뿐만 아니라 團體交渉의 拒否로 인한 逸失의 賠償도 가능할 것이다.

참 고 문 헌

- Archibalt Cox, Some Aspects of the National Labor Relations Act, 61 Harvard L. Rev. 124 (1947).
 Archibalt Cox, The Regal Nature of Collective Bargaining Agreements, 57, Mich. L. Rev. 1 (1958).
 Archibalt Cox, Derek Curtis Box, Robert A. Gorman, Labor Law-Cases & Materials, New York : The Foundation Press, Inc., 1991.
 Douglas L. Leslie, Labor Law, St. Paul, MN : West Publishing Co., 1992.
 Feller, A General Theory of the Collective Bargaining Agreement, 61 Calif. L. Rev. 663 (1973).
 Gerald A. Brown, Exploring the World of Remedies, Lab. Rel Yearbook 251 and 258 (1967).
 James B. Alterson, Robert J. Rabin, George Sherman Jr. & Elieen Siluerslein, Collective Bargaining in Private Employment, Washington D. C. : The Labor Law Group, 1984.
 Kenneth G. Dau-Schmidt, A Bargaining Analysis of American Labor Law and the Search for Bargaining Equity and Industrial Peace, 91 Mich. L. Rev., 419 (1992).
 Lim, Ki Yop, Legal Aspects of Unfair Labor Practices in the United States and South Korea, Journal of Social Science IV, Research Institute of Social Science, Kon-Kuk University, 1994.

cretionary powers were needed because Congress could not catalogue all the devices and stratagems for circumventing the policies of the Act. Nor could it defined the whole gamut of remedies to effectuate these policies in an infinite variety of specific situations.

86) Kenneth G. Dau-Schmidt, A Bargaining Analysis of American Labor Law and the Search for Bargaining Equity and Industrial Peace, 91 Mich. L. Rev. 419(1992).

87) H. K. Porter Co. v. NLRB; A lengthy delay means an extended period during which the employer can withhold benefits that would come from a union contract. Tiidee Products, 426 F. 2d 1243, 1249 (D. C. Cir. 1970); Schlorsberg S. Silard, The Need for A Compensatory Remedy in Refusal-To-Bargain Cases, 14 Wayne. L. Rev. 1059(1968).

- Louis G. Silverberge, *The Wagner Act : After Ten Years*, Washington D. C. : Bureau of National Affairs, 1954.
- Naimark, *The National Labor Relations Board and Its Operations*, 6 *Buffalo L. Rev.* 104-134 (1956-1957).
- Note, *An Assessment of the Proposed "Make-Whole" Remedy in Refusal-to-Bargain Cases*, 67, *Mich. L. Rev.* 374-378 (1969).
- Peter G. Earle, Note : *The Impasse Doctrine*, 64 *Chi-Kent L. Rev.* 407 (1988).
- Robert F. Duvine, "The Duty to Bargain : Law in Search of Policy," *Col. L. Rev.* LXIV (1964).
- Schlossberg & Silard, *The Need for A Compensatory Remedy in Refusal-To-Bargain Cases*, 14 *Wayne. Rev.* 1059 (1968).
- Summers, *Collective Agreements and the Law of Contracts*, 78 *Yale L. J.* 525 (1969).

SUMMARY

A Remedial Order for Unfair Labor Practices

Lim, Ki Yop

(Department of Law, College of Law, Kon-Kuk University)

This study of the compensatory remedial orders under provisions of the Wagner Act and Korean Labor Union Law provides evidence that cease and desist orders, in refusal to bargain, are inadequate to remedy the employer's violations in unfair labor practices. On two occasions, in *Tiidee Products and Ex-Cell-O Corporation*, it has indicated that under certain circumstances the issuance of a bargaining order is an insufficient remedy for a refusal to bargain. In these cases, the court considered appropriate a "make-whole" remedy, limiting the scope of its remand to the Board to consideration of past damages not to compulsion of future contract terms. The D. C. Circuit Court further insists that the Supreme Court decision in the *Porter* case is no bar to make-whole remedies.

However, the Board had decided that for two principal reasons the make-whole remedy would not effectuate the policies of the Wagner Act: first it would be punitive, and secondly, it would require the imposition of contract terms that would arguably violate the ruling of the Supreme Court in *H. K. Porter*. Within this context, an employer can refuse to bargain with the union and avoid his bargaining responsibility almost indefinitely by pursuing the administrative process and exhausting the avenue of judicial review. Even though the employer is finally compelled to bargain with the union, years have elapsed, the union may have lost its majority status, and the union's economic strength may have been seriously impaired. These undesirable effects of the employer's violation may go unredressed because the Board's present remedies for a refusal to bargain are ineffective in many situations.

Therefore, adoption of the Board's remedial orders in *Tiidee* and *Ex-Cell-O* can be attacked on two legal grounds. First, although the Board's authority to fashion appropriate remedies under the provision of Wagner Act has been construed broadly, its remedial or-

ders to make monetary awards under that provision have been construed narrowly. With the present Board remedies, the union generally bears the loss even though the employer is later found to have committed unfair labor practice. It can be said that the Board lacks the statutory authority to compensate employees for benefits lost when their employer has unlawfully refused to bargain. Secondly, in addition to the loss of benefits there are certain chilling effects on the union caused by the unlawful delay. If an employer does weaken the union through long delays of bargaining he may also acquire an additional advantage in that his labor costs will be lowered in the future. Even though the Board's monetary remedies must satisfy the common law principles, that the fact of damages must be clearly established, the Board's remedy may be defective because the fact that a contract would have been executed if the employer had not refused to bargain may be impossible to prove and the benefits that would have occurred under the contract may not be susceptible of reasonable calculation.

In this regard, a "make-whole" remedy is logically considered so that the affected employees may be reimbursed for any benefits they would have obtained if the employer had not refused to bargain and a contract had resulted. This make-whole remedy obviously is measured by the pecuniary loss to the employees. Therefore, it is strongly recommended that the make-whole remedy would be appropriate if employers are engaged in a manifestly unjustifiable refusal to bargain which causes serious injury to employees. It can be concluded that the make-whole remedy applying to the employer's refusal, to bargain with the representatives of his employees, is the best available legal remedy for unfair labor practices in both the United States and South Korea.