

# 업무방해죄 판례의 비상식성

박 홍 규\*

## I. 업무방해죄 조항에 대한 합헌 결정의 문제점

### 1. 헌법재판소의 결정과 경과

1998년 7월 16일, 헌법재판소는 구 형법 제314조(현행 형법 제314조 1항)의 업무방해죄와 이를 노무제공 거부행위에 적용한 대법원 판례가 헌법에 위반되지는 않으나, 그것을 준법투쟁에 적용한 대법원 판례는 헌법에 위반된다고 결정했다.

그 경과를 살펴보면 청구인들은 노무제공 거부행위에 대한 업무방해죄 적용이 강제노역 금지의 원칙에 위반되고, 단결권을 침해하며, 업무방해죄의 5년 징역형이 과잉금지의 원칙에 위반되고, 개별적인 근로거부는 처벌하지 않으면서 집단적 근로거부를 처벌함은 평등권을 침해하며, 업무방해죄의 업무 등이 광범하고 애매하여 죄형법정주의에 위배된다고 하는 다섯 가지 이유에서 위헌 법률 심판 제청 신청<sup>1)</sup>을 했으나, 1997년 3월 3일 법원은 아무런 이유 설명도 없이 위헌제청 신청을

---

\* 영남대 법과대학 교수

1) 96초2194

기각했고,<sup>2)</sup> 법무부장관 등은 위헌이 아니라고 반론했다.<sup>3)</sup> 1997년 3월, 청구인들은 헌법재판소에 위헌소원의 심판 청구를 했고, 헌법재판소는 1998년 아래에서 설명하는 이유에 따라 위와 같이 결정했다.<sup>4)</sup>

## 2. 기존의 평석과 문제점

### A. 평석의 논점

김형배는 위 결정을 평석<sup>5)</sup>하여, 당해 사건인 문화방송 노조의 쟁의행위의 정당성 문제를 다루지 않은 점, 당해 사건은 절차의 불법으로 인한 부당한 쟁의행위였다는 점, 정당성을 결여한 쟁의행위에 대해 민사책임만이 아니라 형사책임까지 부담시켜야 한다는 헌법재판소의 주장이 무리라는 점, 위력과 다수를 혼동한 헌법재판소 및 대법원 판례에는 문제가 있다는 점, 단순한 노무 제공 거부 행위는 형법상 업무방해죄의 구성요건에 해당되지 않고 그 처벌시에는 강제노역에 해당될 수 있다고 하는 점 등을 지적하며 헌법재판소 결정을 비판했다. 그의 청구인들이 제시한 과잉금지, 평등권, 죄형법정주의 문제와 그것들에 대한 헌법재판소의 판단에 대해서는 언급하지 않았다.

### B. 평석의 문제점

김형배가 '단순한 노무 제공 거부 행위는 형법상 업무방해죄의 구성요건에 해당되지 않는다'<sup>6)</sup>고 한 것은 구성요건 해당성을 조각한다는 뜻으로 이해된다.<sup>7)</sup> 그러나 부작위에 불과한 단순한 노무 제공 거부 행

2) 우리 나라 법원은 이유를 설명하지 않은 점에서 권위와 지조 및 전통을 자랑한다.

3) 법무부장관 및 서울지방검찰청 남부지청장의 의견은 준법투쟁에 관한 것을 제하면 헌법재판소의 의견과 대동소이하다.

4) 1998.7.16, 97헌바23.

5) 김형배, 단순한 집단적 노무제공거부행위에 대한 포섭의 위헌성, 노동법률, 1998년 9월호, 13-17쪽.

6) 김형배, 위의 글, 17쪽.

위는 형법상 업무방해죄의 구성요건에 해당되지 않는 것이 아니라, 아예 그러한 구성요건 자체가 존재하지 않는 것으로 보아야 한다.<sup>8)</sup> 따라서 그 경우에는 형법 규범의 존재와 무관하게 용인되는 것이다.

나는 이 점을 특히 중요시한다. 왜냐하면 나는 헌법상의 노동단체권 행사에 대해서는 민형사법이 아예 적용될 수 없다고 생각하기 때문이다. 이에 대하여 흔히 민형사'면책'이라는 용어를 사용하고 단체행동에 대하여 구성요건 또는 위법성의 차원에서 논의함은 문제점이다. 그러나 이 글은 업무방해죄의 위헌성을 다루는 것이므로 나는 이 글에서 이 점을 상세히 논의하지는 않겠다.<sup>9)</sup>

또한 김형배는 단순한 근로제공거부는 근로계약상 위반의 문제가

7) 김형배교수는 쟁의행위의 형사면책에 대하여 구성요건해당성조각설을 취하고 있다. 김형배, 노동법, 박영사, 1988, 465-466쪽.

8) 동지; 東京大學勞動法研究會, 註釋 勞動組合法, 上卷, 有斐閣, 1980, 65쪽.

9) 그러나 역사적인 사실 몇 가지는 밝혀둘 필요가 있다. 영미법에서는 불법공로 단체행동을 처벌하다가 19세기 이래 그것이 입법 또는 판례로 금지되어 현재는 사기, 협박, 폭행 등이 수반되지 않는 한 단체행동은 처벌되지 않는다.

한편 독일과 프랑스 등 대륙법에서는 단결금지법과 형법 등에 의해 단체행동이 규제되었으나 단결금지법의 철폐 이후 단체행동 자체가 처벌되지는 않았다. 그러나 헌법상 단체행동권이 인정되지 않는 독일은 물론이고, 헌법상 인정되는 프랑스에서도 그것은 '법률의 범위내에서' 인정되는 것에 불과하므로 단체행동은 일반적인 행위 자유의 발현으로 취급되어 형법상의 구성요건에 해당하는 단체행동에 대하여 특별한 법리가 인정되지 않는다. 따라서 단체행동이 구성요건에 해당하는 경우, 위법성 조각사유가 존재하면 위법성이 조각됨은 당연하나 그 경우에도 노동조합의 단체행동권이라고 하여 당연히 위법성 조각사유가 되는 것은 아니다.

따라서 영미는 물론 독일과 프랑스에서도 사기, 협박, 폭행 등의 구성요건에 해당하는 한 위법성 조각사유가 인정되지 않으면 쟁의행위는 당연히 처벌된다. 그러므로 이론적으로도 위법성조각설이 당연히 옳다. 물론 그 어느 나라에서나 관련된 구성요건 자체가 없는 단순근로제공거부를 처벌하는 경우는 없다. 이는 업무방해죄를 우리와 같이 두는 일본에서도 마찬가지이다.

이에 반해 일본과 한국에서는 단체행동권이 헌법상 기본적 인권으로 규정된다는 점을 특히 유의할 필요가 있다. 곧 일본과 우리는 영미는 물론 독불과도 다르다.

따른다고 한다. 그러나 그것이 김형배도 인정했듯이 근로조건개선과 밀접한 관련을 갖는 것<sup>10)</sup>이므로 헌법상 단체행동으로서 민사법의 적용도 인정될 수 없다. 물론 현행 노동조합법(이하 노조법이라고 한다) 제3조에 의해 노조법의 절차를 위반하면 민사법 적용제외는 인정되지 않는 듯이 보이나 동 제3조는 합헌적인 것이라고 볼 수 없다.

나아가 김형배는 사안의 행위가 법절차위배를 이유로 부당한 쟁의 행위라고 하나 헌법상 단체행동인 한 절차위배가 부당성을 결정하는 요소일 수 없다. 특히 우리 나라 법원은 대부분의 쟁의행위 사안에서 그 절차의 위법을 이유로 정당성이 없는 부당한 쟁의행위라고 보고 업무방해죄의 성립을 인정하는 점이<sup>11)</sup> 가장 중요한 문제점임에도 불구하고 헌법재판소의 결정이나 김형배의 평석에서 그 점은 전혀 다루어지지 않았다.

그밖에도 필자는 위 김형배가 비판한 점 중에서 헌법재판소의 심판 대상이 당해 사건은 아니었다는 점도 지적할 필요가 있다고 생각한다.

### 3. 과연 업무방해죄 자체가 위헌인가?

여기서 먼저 유의해야 할 점은 업무방해죄 조항 자체가 과연 위헌인가 하는 점이다. 뒤에서 보듯이 그것과 동일한 조항이 일본 형법에도 규정되어 있으나(그의 다른 나라에는 없다) 일본에서는 위헌 시비가 없다. 왜냐하면 일본에서는 우리 나라와 같이 그 조항이 대부분의 쟁의행위, 특히 단순한 노무 제공의 거부나 단순한 절차 규정 위배에 적용되고 있지 않기 때문이다. 일본에서는 일제시부터 단순노무제공의 거부인

10) 김형배, 위의 글, 16쪽.

11) 단 절차위반이 정당성을 상실하는 것이 아니라고 하는 최근의 대판은 1992.9.22, 92도1855.

동맹과업에 대해서는 어떤 형사책임도 발생하지 않는다고 하는 판례<sup>12)</sup>가 확립되었다.<sup>13)</sup> 일본에서는 정의행위에 대한 금지가 극한에 이르렀던 1935년대에도 단순노무제공의 거부인을 형법으로 처벌하지 않았는데 한국에서는 군사독재시대도 아니고 민주화시대라는 1998년에 와서도 이러한 판례가 ‘너무나도’ 성행하고 그것이 헌법재판소에 의해 합헌 결정까지 받는 것을 도대체 우리는 어떻게 이해해야 하는가?

또한 업무방해죄는 일본이나 한국 어느 나라에서나 정의행위에만 적용되는 것이 아니다. 따라서 문제가 되는 것은 그 조항 자체가 아니라 그 조항을 정의행위에 ‘무분별하게’ 적용하는 대법원 판례의 경향이다. 곧 그러한 대법원 판례를 헌법재판소는 위헌으로 보지 않았기에 문제가 있다는 것이다.

#### 4. 헌법재판소 및 대법원의 비상식

##### A. 원칙적으로 부작위를 처벌할 수 없다는 상식과 부작위도 처벌한다는 비상식

사실 이 문제는 이 글과 같은 논문으로 다룰 필요조차 없는 지극히 상식적인 차원의 문제이다. 문제가 된 노무제공거부는 부작위로서 형법상 처벌할 근거가 전혀 없다. 그래서 우리 형법과 같은 업무방해죄를 유일하게 두는 일본에서는 이 문제가 처음부터 생기지 않는다는 것은 앞서도 지적했다. 그러나 우리 나라에서는 그것이 문제된다. 이는 한 마디로 지극히 비상식적인, 말하자면 상식 이하의 대법원 및 헌법재판소의 태도 때문에 생겨나는 것이다.

대법원과 헌법재판소는 작위와 부작위라고 하는 인간 행위의 기본적인 구별조차 이해하지 못하고 있다. 곧 형법상 특별하게 정해진 구성

12) 日本 大判 昭和10.3.14刑集14.261

13) 동지의 행정해석은 昭24.8.8勞發317.

요건을 충족하는 지극히 예외적인 부작위 외에 부작위는 범죄의 구성 요건 자체와 무관하다는 점을 이해하지 못한다는 것이다. 이러한 부작위 단체행동의 대표적인 사례가 바로 단순한 근로제공거부와 준범투쟁이다.

반면 그러한 단체행동에는 작위가 부수행위로 나타나는 경우가 있을 수 있다. 그것이 바로 피켓팅과 직장점거이다. 따라서 형법상 논의가 될 수 있는 여지가 생긴다. 그래서 우리 나라를 제외한 모든 나라에서는 그 두 가지의 형사책임이 문제된다. 그러나 다른 나라에서는 업무방해죄 규정이 없으므로 그것으로 문제되지는 않고 오직 우리와 같이 업무방해죄를 규정하는 일본에서 그 두 가지가 문제되는 것이다.

#### B. '단순히 일하지 않는 것'을 '위력'으로 보는 비상식

단순한 근로제공의 거부나 준범투쟁은 '단순히 일하지 않는 것'이나, 헌법재판소와 대법원은 그것을 5년 이하의 징역을 내릴 수 있는 엄청난 범죄의 구성요건인 '위력'으로 본다. 그러한 부작위가 있으면 바로 위력에 해당된다는 것이다. 그 이유는 개인의 근로제공거부가 아니라 상호 의사의 연락(합의)하에 이루어진 집단의 근로제공거부이기 때문이라는 것이다.

이러한 합의를 공모라고 보아 처벌한 것은 역사적으로 보아 19세기까지 지속된 영국 형법의 공모죄(conspiracy)법리에서만 볼 수 있다. 그러나 그것은 1875년법에서 '쟁의행위의 계획 또는 장려를 목적으로 행위를 하거나 하게 하려고 2인 이상의 사람이 합의하거나 단결했다고 하여도 그 행위가 1인에 의해 행해진 경우 범죄로 처벌받지 않는 한, 공모죄로 기소되지 않는다'는 규정에 의해 쟁의행위에는 더 이상 적용되지 않게 되었다. 따라서 우리 헌법재판소나 대법원의 견해는 19세기 차원에 머물고 있다고 할 수 있다.

도대체 이러한 비상식을 어떻게 이해해야 하는가? 대법원이나 헌

법재판소가 인정하는, 개인이 일을 안하면 범죄가 안되는데 집단이 일을 안하면 범죄가 되는 경우는 정의행위 외에 또 어떤 경우가 있을까?

부작위가 아니라 작위의 경우도 없다. 집단으로 존재한다는 것만으로는 죄가 안 된다. 예컨대 형법 제265조는 특수폭행죄를 ‘단체 또는 다중의 위력을 보여’ 폭행을 한 경우를 처벌하는데 그 경우에도 단순히 위력을 이용하거나 위력하에 있는 것으로는 안 된다.

### C. 구성요건에 해당하면 바로 범죄가 성립한다고 보는 비상식

이러한 작위적인 정의행위가 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 볼 수 있는 경우에도 그 다음의 위법성 차원에서 정당성을 따지는 것이 당연한 논리이다. 그러나 우리 나라 대법원은 구성요건에 해당하면 바로 정당한 정의행위가 아니라고 단정하고서 위법성에 대한 어떤 판단도 없이 업무방해죄의 성립을 인정하는 판결<sup>14)</sup>까지 내리고 있다.

### D. 절차규정에 위반하면 바로 범죄라고 하는 비상식

위의 판례는 그야말로 상식을 벗어난 것으로서 예외적인 것이라고 볼 수도 있으나, 대부분의 판례가 위법성 차원에서 노조법(구 노동쟁의조정법, 이하 구 노쟁법이라고 한다)상의 절차규정을 위배했다고 하는 이유로 정당성이 없다고 판단하고 업무방해죄의 성립을 바로 인정한다는 점에서 역시 비상식적이라고 할 수 있다. 절차규정 위배에 대해서는 노조법상 벌칙이 있으므로 그것으로 처리하면 충분한 것인데 그것을 이유로 형법상 범죄인 업무방해죄로 처벌한다는 것은 전혀 상식적이라고 할 수 없다.

예컨대 학생들이 수업을 거부했다고 하면 학칙에 따라 처벌을 받는 것이 당연하다고 하여도 교사나 학교의 업무를 방해했다는 이유로 형법의 적용을 받을 수 없는 것과 똑같은 논리이다. 노조법상의 벌칙은

14) 대판 1990.7.10, 90도755

학칙과 마찬가지로 노동쟁의의 조정이라고 하는 형법의 그것과 상이한 경우를 예정해서 만든 법에 불과하다.

그런데 우리 나라 노조법에는 다른 나라에서는 도저히 볼 수 없는 복잡한 절차가 정해져 있다. 따라서 그 절차를 완전히 충족시키는 쟁의 행위를 하기란 그야말로 쉽지 않다. 그래서 대부분의 쟁의행위는 그 절차를 위배하고 행해진다. 그렇다면 그 절차는 좀더 간단하게 개정될 필요가 있으나 국회는 그럴 의향이 전혀 없는 것처럼 보인다. 따라서 우리 나라에서는 대부분의 쟁의행위가 절차 위반을 이유로 정당성이 없다는 판단 아래 형법상 범죄로 처벌된다.<sup>15)</sup>

#### E. 고작 상식의 확인이 우리의 학문인가?

따라서 이 글은 학문적인 논의라기보다도 비상식에 대한 상식의 확인 정도에 그치는 것이다. 그런 까닭으로 나는 학문적인 열정보다도 이런 비상식이 판을 치는 나라에 살고 있는 일개 인간으로서 느껴야 되는 비애를 통감하지 않을 수 없다. 평소 국가보안법 문제나 여타의

---

15) 예컨대 1989년 구속 근로자수는 946명인데 그 중 업무방해죄 위반이 248명, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반이 247명, 노동쟁의조정법 위반이 176명, 집회 및 시위에 관한 법률 위반이 89명, 공무집행방해죄 위반이 23명, 국가보안법 위반이 31명, 기타 132명이다(한 사람에게 한 개 이상의 위반이 있으므로 합계는 다르다.)

이러한 구속 근로자는 단체행동이 아닌 위법집단행위를 했다(주로 그 주동급이다)는 이유로 구속되었다. 1989년을 정점으로 하여 1990년에는 691명, 1991년에는 564명 등으로 구속 근로자수는 줄어지고 있으나 여전히 끊이지 않고 있다. 1991년의 경우 단체행동 발생건수가 234건이므로 1건당 평균 구속자수는 2.01명이다. 이는 대부분의 단체행동이 사실상 위법집단행위 취급을 당하고 있음을 보여주고 있다. 이러한 대량의 구속 사태가 과연 적절한 것인지에 대해서는 여러 가지로 의문이 있다.

민사배상의 경우도 마찬가지이다. 1989년부터 시작된 사용자측의 손해배상 청구는 1991년에 23건에 이르렀고 그 대부분에 대하여 법원은 손해배상을 인정하는 판결을 내렸다. 형사처벌의 경우와 마찬가지로 민사배상의 경우에도 의문이 있다.

노동악법 문제를 다룰 때와 마찬가지로 학문다운 학문을 해보지도 못하고 이 따위의, 한 마디로 웃기는 것들을 논의해야 되는 자신이 서글프기 짝이 없다. 학문이란 최소한 상식 위에서 검토되어야 하는 것이 아닌가? 아니 인간은 최소한 상식이 지배하는 땅 위에서 살아야 하지 않는가?

도대체 우리는 언제까지 다른 나라에서는 범죄가 되지도 않는 일로, 그것도 헌법상 기본권으로 보장된 양심의 자유나 노동단체권을 행사했다는 이유로 범죄인이 되어야 하는가? 게다가 다른 나라와 똑같은 범죄를 규정한 경우에도 다른 나라에서는 똑같은 행위가 범죄가 되지 않는 것이 상식인데도 우리 나라에서는 범죄가 되어야 하는가? 이 나라의 입법부나 사법부는 도대체 어떻게 되먹은 것인가?

## II. 헌법재판소 결정의 문제점

### 1. 헌법재판소의 단체행동권 이해

#### A. 헌법재판소의 단체행동권 이해와 문제점

##### (A) 헌법재판소의 단체행동권 이해

헌법재판소는 위헌성 판단의 적법성을 인정하고서 그 판단을 하기에 앞서 헌법의 단체행동권은 '노동쟁의가 발생한 경우 쟁의행위를 할 수 있는 쟁의권'을 의미한다고 하고서, 다시 노조법 제2조 6호의 쟁의 행위 정의 규정에 따라 '근로자가 그의 주장을 관철하기 위하여 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 할 수 있는 권리'라고 해석하며, '따라서 쟁의행위는 '업무의 저해'라는 속성상 그 자체가 시민형법상의 여러 가지 범죄의 구성요건에 해당될 수 있음에도 불구하고 그것이 정당성을 가지는 경우에는 민형사면책이 인정된다'고 한다.

## (B) 헌법재판소의 단체행동권 이해의 문제점

## a. 헌법재판소의 단체행동권 이해 구조의 문제점

이러한 판단은 정당한가? 헌법재판소는 단체행동권 자체를 국민의 기본권으로 보지 않고, 그 행사가 형법상 범죄를 이루는 구성요건에 해당하나 그것이 정당성을 갖는 경우에만 그 형사면책이 인정된다고 보는 점에서, 쟁의행위의 형사면책에 대하여 이른바 구성요건해당성 조각설이 아니라 위법성조각설을 취하는 것으로 보인다. 헌법상의 기본적인 권리의 행사를 일단 범죄 구성요건에 해당하는 것으로 보는 점에서 헌법재판소의 이러한 견해에는 도저히 찬성할 수 없다.

## b. 헌법재판소의 단체행동권 이해 자체의 문제점

## (a) 단체행동은 쟁의행위인가?

헌법재판소는 단체행동권을 쟁의권으로, 따라서 단체행동을 쟁의행위로 보고 있다. 노조법상 쟁의란 쟁의행위 또는 노동쟁의를 말하는 것으로 혼용되는 경우도 있으나 두 가지는 엄격하게 구별되어야 한다. 곧 쟁의행위는 행위이나 노동쟁의는 노사의 분쟁상태를 말한다. 그러므로 '쟁의권'이라고 하는 경우 그것은 당연히 쟁의행위권을 말한다.

헌법재판소의 이러한 단체행동권 이해에 대해서는 학설상 다른 해석이 있다. 이는 헌법상의 단체행동권이란 헌법 자체에 의해 그 개념이 규정되어 있지 않고 단결권 및 단체교섭권과 구별되고 있을 뿐이기 때문이다. 한편 그것에 근거하는 노조법에는 단체행동이라고 하는 용어가 일체 사용되지 않고 있다.

따라서 단체행동이라는 개념은 사용하는 사람에 따라 주관적으로 그 내용이 판단될 수 있는 가능성을 가지고 있다. 예컨대 단체행동이란 말 자체만을 가지고 논의한다면, 집단적 행위 일체를 뜻하는 것으로 볼 수도 있다. 그렇게 보는 경우 근로자측만이 아니라 사용자측의 단체행동도 있을 수 있다. 그리고 근로측의 단체행동은 '동일한 목적을 추구하는 다수 당사자의 의식적이며 의욕적인 공동행위'를 말한다고 한

다.<sup>16)</sup>

그러나 법 개념이 국어사전식의 자의적인 해석에 의하여 파악될 수는 없다. 그것은 어디까지나 법체계 전체의 구조 속에서 파악되어야 한다. 먼저 단체행동은 헌법상 근로자의 행동으로 규정된 점을 주의해야 한다. 곧 그것은 노사 모두에게 사용되는 개념이 아니다.

다음 단체행동과 유사한 개념은 노조법 제2조 6호의 쟁의행위이나, 쟁의행위에는 근로자의 단체행동과 함께 그것에 대한 사용자의 대항행위도 포함된다는 점을 주의하여야 한다. 따라서 헌법재판소가 노조법 제2조 6호가 규정하는 쟁의행위 중 근로자의 쟁의행위를 단체행동이라고 보는 것에는 충분한 근거가 있다. 왜냐하면 노조법상 쟁의행위에는 근로자의 쟁의행위 외에 사용자의 쟁의행위가 포함되기 때문이다.

그런데 이러한 개념의 사용에서 일본법과 한국법에는 차이가 인정된다. 일본 헌법은 제28조에서 ‘근로자의 단결하는 권리’와 ‘단체교섭 기타 단체행동을 하는 권리’를 인정하고 있다. 곧 단체교섭이 단체행동에 포함되고 있다. 그리고 일본 노조법 제1조는 “노동자가 사용자와의 교섭에서 대등한 입장에 서는 것을 촉진함에 의해 노동자의 지위를 향상시키는 것, 노동자가 그 노동조건에 관하여 교섭하기 위해 스스로의 대표자를 선출하는 것 기타 단체행동”이라는 문장을 두고 있다. 따라서 일본법의 경우 단체행동권에는 단체교섭권과 쟁의행위권,<sup>17)</sup> 나아가 단체활동권까지 포함된다고 이해될 수 있다. 그러므로 일본 노동관계조정법에서는 쟁의행위라는 개념을 별도로 인정할 실익이 있다.

그래서 일본에서는 단체행동에는 노동조합의 정당한 쟁의행위 이외에 노조활동이 포함된다고 보는 견해<sup>18)</sup>가 있을 수 있으나, 적어도 한

16) 김형배, 노동법, 박영사, 1992, 524쪽(김형배의 이러한 견해는 헌법재판소의 그것과 명백하게 다름에도 불구하고 평석에서 이의를 제기하지 않고 있다); 장영민, 위의 책, 44쪽.

17) 동경대학노동법연구회, 56쪽.

18) 菅野471,

국의 경우 그러한 견해<sup>19)</sup>의 근거는 납득하기 어렵다. 예컨대 리본투쟁, 포스터붙이기, 뼈라배부, 가두시위, 가두집회 등의 노조활동은 단결권에 근거하는 것으로서 일상적인 단결활동에 불과하다는 것이 일본에서도 일반적인 견해이나, 단체행동권에 대한 헌법상 제한이 논의되지 않는 일본의 경우 그러한 단결활동도 단체행동에 포함시키는 뜻풀이도 무방하다. 그러나 일본의 경우와는 달리 한국의 경우 단체행동은 헌법에서부터 제한되므로 가능한 한 좁게 해석할 필요가 있다. 따라서 일본에서의 논의를 무비판적으로 수용하여 노조활동을 단체행동에 포함시키는 경우 한국에서는 그것의 헌법적 제한을 광범위하게 초래한다는 비판이 가능해진다.

특히 한국에서는 단체행동이 소위 행정당국(1988.5.11, 노사32281-6917)과 기업이 주장하는 무노동무임금원칙에 의해 임금을 공제 당했고, 1997년의 노조법 개정에도 의해 쟁의기간 중의 임금지급의무가 부정되었으므로 그 범위를 지극히 좁게 해석할 필요가 있다.

따라서 단체행동을 쟁의행위로 이해한 헌법재판소의 태도는 타당하다고 할 수 있다.

#### (b) 헌법재판소의 협소한 단체행동권 인정의 문제점

그러나 헌법재판소가 단체행동권을 '노동쟁의가 발생한 경우'에만 인정하는 견해에는 찬성할 수 없다. 헌법상 그것은 명문으로 '근로조건'의 향상을 위하여 자주적인' 것이면 인정되기 때문이다. 예컨대 근로기준법의 개선을 위한 단체행동이다. 따라서 노동쟁의가 발생하지 않아도 단체행동을 얼마든지 할 수 있다. 그 점을 부정할 헌법상 근거는 없다.

여하튼 우리는 단체행동권을 '근로자가 그의 주장을 관철하기 위하여 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 할 수 있는 권리'로 보는 헌법재판소의 견해를 받아들여, '그의 주장을 관철'을 헌법 조문에 따라 '근로조건'의 향상을 위하여 자주적'으로 바꿀 필요가 있다. 그렇다

19) 김형배524; 장영민, 44

면 우리는 단체행동권을 ‘근로자가 근로조건의 향상을 위하여 자주적으로 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 할 수 있는 권리’로 이해할 수 있다.<sup>20)</sup>

헌법상의 단체행동권을 그렇게 규정한다면 그 속성인 ‘업무의 저해’는 당연한 것으로서 형법의 적용대상에서 제외되는 것이지 그것이 형법상의 구성요건에 해당될 수조차 없다. 이 점을 무시하는 점에서 헌법재판소는 헌법을 제대로 이해한다고 할 수 없다.

그러나 여기서 헌법재판소의 결정을 제대로 이해하기 위해서는 헌법재판소의 논지에 따라 설명하지 않을 수 없다.

#### (c) 쟁의행위의 개념 문제

노쟁법 제2조 6호의 쟁의행위는 ‘노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위’로 정의되어 있다. 따라서 그 밖의 행위는 쟁의행위가 아니다.

여기서 몇 가지 문제가 발생한다. 첫째 ‘노동관계 당사자’란 주체에는 노동조합이 아닌 근로자의 단체나 쟁의단 또는 근로자 개인은 제외되어야 한다고 보는 견해가 있다.<sup>21)</sup> 이는 1997년 노조법 개정시에 삽입된 노조법 제37조 2항에 의해 명시되고 있다. 그러나 헌법상 단체행동권의 주체는 명백하게 근로자이고, 그 단체도 단체행동권을 부정당할

20) 형법학자들은 업무방해죄를 적용할 경우 노조법 정의와는 달리 헌법론의 입장에서 쟁의행위를 ‘주장을 관철 또는 시위하기 위한 근로자의 집단적 업무저해행위’라고 정의한다.(김순태, 업무방해죄에 관한 연구, 인하대학교 법학박사 학위논문, 1993, 78쪽; 임중률, 쟁의행위와 형사책임, 경문사, 1982, 13쪽). 그러나 이러한 쟁의행위의 정의는 노조법 제2조 6호의 그것과 유사하다. 도리어 헌법론의 차원에서 쟁의행위를 정의한다면 본문에서 내가 정의한 바와 같아야 할 것이다.

21) 현재 1990.1.15, 89헌가103; 대판 1990.5.15, 90도357; 김형배 526-527; 장영민 45쪽. 그러나 장영민 52-56쪽에서는 비노조파업과 비공인파업의 정당성을 인정하는 모순을 보이고 있다.

이유가 없다.

둘째 ‘그 주장을 관철할 목적’에는 동정파업이나 정치파업 또는 사용자의 인사권과 경영권의 부분적 쟁취를 목적으로 하는 것은 제외된다는 견해<sup>22)</sup>가 있다. 그러나 그러한 경우에도 헌법상의 근로조건의 개선을 위한 것이라면 제외시킬 이유가 없다.

셋째 ‘업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위’이므로 그러한 결과를 낳지 않는 일상적인 단체활동 등은 쟁의행위가 아니다. 이와 관련하여 실무상 준법투쟁 등이 쟁의행위인가 아닌가가 문제된다. 헌법재판소는 연장근로의 거부, 정시출근, 집단적 휴가와 같은 준법투쟁을 쟁의행위로 보고 그것을 형사처벌하는 대법원 판례가 위헌이라고 결정했다.

그러나 종래 우리 대법원은 잔업거부 등이 단체행동이 아니라는 이유에서 무죄를 선고하거나,<sup>23)</sup> 잔업거부가 준법투쟁이나 쟁의행위가 아니라고 보았으며<sup>24)</sup> 반대로 연장근로의 거부라는 준법투쟁을 쟁의행위로 보기도 하는 등 판례의 일관성이 없었다.<sup>25)</sup>

## B. 헌법재판소의 쟁의행위 정당성 판단

### (A) 헌법재판소에 의한 쟁의행위의 ‘내재적 한계’

헌법재판소는 쟁의행위의 정당성을 그 내재적인 한계의 문제로 본다. 여기서 내재적 한계란 구체적으로 무엇인가? 헌법 규정상 그것은 앞서 보았듯이 ‘근로조건의 향상을 위한 자주적인’ 것으로 명시되어 있다. 따라서 그러한 것이라면 민형사상 책임을 질 수 없다. 그러나 이에 대해 헌법재판소는 아무런 논의없이 다음과 같이 독자적으로 단체행동의 내재적 한계를 판시한 바 있다.

22) 김형배, 527; 장영민 45. 그러나 장영민 58-63쪽은 정치파업과 동정파업 등의 정당성을 부분적으로 인정하는 모순을 보이고 있다.

23) 대판 1979.3.13, 76도3657

24) 대판 1991.11.8, 91도326

25) 대판1991.10.22, 91도600

쟁의행위는 노동관계 당사자가 임금 및 근로조건 등을 정하는 단체협약을 체결함에 있어서 보다 유리한 결과를 자신에게 가져오게 하기 위하여 행사하는 최후의 강제수단이다. 따라서 쟁의행위는 주로 단체협약의 대상이 될 수 있는 사항을 목적으로 하는 경우에만 허용되는 것이고, 단체협약의 당사자가 될 수 있는 자에 의하여서만 이루어져야 하는 것이다.<sup>26)</sup>

이와 같이 헌법재판소가 쟁의행위를 '단체협약의 유리한 체결을 위한 최후의 강제수단'으로 규정하는 것은 과연 타당한 것인가? 그 근거로서 노조법 제45조의 노동쟁의 발생시의 사전 통보규정 등을 들고 있으나<sup>27)</sup> 이는 노조법상의 절차에 불과한 것이지 그 자체가 쟁의행위의 정당성을 판단하는 기준이 아니다.

또한 위에서 헌법재판소가 쟁의행위의 목적을 '주로 단체협약의 대상이 될 수 있는 사항'에 한정하고, 그 주체를 '단체협약의 당사자가 될 수 있는 자'에 한정하는 것은 어디에서 근거하는가? 그것은 헌법 규정상 '근로조건을 향상을 위한 자주적인 것'과 '근로자'로 각각 명시된 바를 부당하게 좁혀 해석하는 것이 아닌가? 대법원도 '단체교섭의 주체로 될 수 있는 자'<sup>28)</sup>에 한정한다.

또한 그 목적에 있어서도 예컨대 '근로조건을 향상을 위한 자주적인 것'인 한 근로기준법 등의 개선을 위한 입법운동을 위한 단체행동은 헌법상에서는 단체행동이 되나, 위 헌법재판소의 견해에 의하는 한 그것은 단체협약의 대상이 아니므로 단체행동이 아니게 된다. 이러한 해석은 당연히 부당한 것이 아닌가?

## (B) 정당성 판단의 기준

### a. 헌법재판소의 판단기준

헌법재판소는 쟁의행위에 그러한 내재적 한계가 있고, 노조법 제4

26) 헌재 1990.1.15, 89헌가103, 판례집 2, 14.

27) 김형배, 544; 장영민, 63

28) 대판1990.5.15, 90도357

조 단서의 폭력이나 파괴의 금지, 제37조의 법령 기타 사회질서 위반의 금지 및 비노동조합원의 쟁의행위 금지를 정당성 판단의 기준으로 보고 있다. 따라서 위 법 조항에 위반하면 정당성이 없는 것으로 인정되는데, 사실상 제37조에 의해 노조법 등 법령과 '사회질서'를 위반하는 경우 무조건 정당성이 없는 것으로 인정되어 업무방해죄 등으로 처벌된다.

그런데 법령에는 쟁의행위 금지의 위반에 대한 별도의 처벌 조항이 있다. 따라서 법령 위반에 따른 처벌과 형법상 업무방해죄에 따른 처벌이 동시에 성립한다.

이러한 논리구조를 전제한다면, 우리 나라에서는 모든 쟁의행위는 일단 업무방해죄의 구성요건에 해당하고, 다음 위법성 단계에서 위의 정당성 판단기준으로 위법성에 해당하는가를 따지게 된다.

#### b. 법령 위반 쟁의행위의 정당성

법령 위반의 쟁의행위는 그 법령의 처벌을 받는 것은 실정법 적용상 타당하나 폭력과 파괴행위, 안전시설 정폐행위 등을 제외한 단순한 절차규정을 위반했다고 하여 바로 정당성이 상실되는 것은 아니다.<sup>29)</sup> 따라서 이 점에 관한 한 헌법재판소의 견해보다도 대법원의 견해가 타당하다.

#### c. 수단에 따른 정당성

헌법재판소의 판단기준에 따라 쟁의행위의 정당성을 따지는 경우 수많은 문제가 있다. 그러나 헌법재판소의 업무방해죄에 대한 위헌성 판단을 다루는 이 글에서는 그 수단, 특히 '위력'이 문제된다. 이에 대해서는 아래에서 업무방해죄를 고찰하면서 살펴본다.

29) 대판1992.9.22, 92도1855

## 2. 대법원의 업무방해죄 해석에 대한 헌법재판소의 위헌성 판단

### A. 대법원의 업무방해죄 적용에 대한 위헌성 판단

헌법재판소는 대법원 판례가 부당한 쟁의행위를 업무방해죄 위반으로 처벌함은 헌법상 ‘근로3권’의 내재적 한계를 넘어선 행위를 규제하는 것이므로 강제노역금지, ‘근로3권’ 및 평등권에 위배되지 않는다고 한다.

#### (A) 형사책임 부과 문제점

##### a. 헌법재판소의 논리

헌법재판소는 노동법상 위법한 쟁의행위는 당연히 형법상 위법한 쟁의행위라고 보고, ‘정당성을 결여한 쟁의행위에 대해서는 민사책임의 추궁만으로 충분하다는 주장은 실정법과 노동현실을 도외시한 탁상공론에 불과하므로 형사책임까지 부담시켜야 하’며, ‘사용자가 노동조합이나 조합원을 상대로 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상을 청구하는 민사소송을 제기한 경우 근로자들이 그 소송의 취하를 요구하며 새로운 쟁의행위를 하는 예도 적지 않으므로’ 형사책임을 부과시켜야 한다고 주장한다.

##### b. 김형배의 비판

이에 대해 이미 김형배는 ‘형법은 규범 체계 안에서 가장 강력한 규범보장수단인 형벌 제재수단으로 하’고, ‘형법은 사회분쟁상황을 해결하기 위해 국가가 가지는 최후수단일 수밖에 없’<sup>30)</sup>으므로 노동법상 위법으로 평가되는 쟁의행위에 대하여 형법 제20조에 따라 판단해야 한다<sup>31)</sup>고 하면서, 위와 같은 헌법재판소의 태도는 ‘규범 전체 체계와 기능의 다양성을 망각한 무리한 논리전개’로 ‘민사책임과 형사책임의 이원화를 외면하고 피해자 구제의 효율성에만 경도되어 현실에 존재하는

30) 김형배, 위의 글, 15쪽.

31) 김형배, 위의 글, 16쪽.

다양한 사회적 분쟁에 대한 합리적인 처리를 포기하는 한편, 형사소송의 민사소송화를 정당화하려는 태도'라고 한다.<sup>32)</sup> 나아가 헌법재판소의 사용자의 민사소송 제기시의 쟁의행위에 대비하여 형사책임을 부과해야 한다는 논리는 법치국가 형법의 최후수단성을 완전히 무시한 것이라고 비판한다.<sup>33)</sup>

그러나 헌법재판소가 쟁의행위의 정당성 문제를 형법 제20조에 의해 판단한다고 하는 한 위와 같은 김형배의 비판은 결과적으로 헌법재판소의 결론과 동일하다.

#### c. 문제의 본질

##### (a) 형법이 적용될 수 있는 쟁의행위의 범위

쟁의행위의 정당성 문제는 형법 제20조, 아니 형법 자체와 무관한 경우가 많다. 곧 헌법재판소 결정에서 문제가 된 단순노무제공과 같은 부작위의 경우나 단순한 절차 법규 위반의 쟁의행위가 그 대표적인 사례이다. 우리 대법원이나 헌법재판소는 이같이 형법과 아예 무관한 행위들을 처벌하는 데 근본적인 문제가 있음은 앞서도 누누이 지적한 바이다.

다음 정당성이 인정되는 경우에는 형법과 역시 무관하므로 형법 적용이 문제될 수 없다. 설령 정당성이 부정되었다고 하여도 단순노무제공의 거부나 절차위반에 그치는 한 형법과는 무관하다. 예컨대 정치적 목적의 파업이 그것이다. 왜냐하면 쟁의행위의 목적에 정당성이 없다고 하는 것'만'을 이유로 하여 설정된 범죄구성요건은 적어도 사기업의 경우에는 존재하지 않기 때문이다. 따라서 이 경우에는 면책문제가 아니라 형법 적용 자체가 없는 것이다.

노동법상 정당성이 부정되면서 형법 적용이 문제될 수 있는 경우는 노무제공거부에 그치지 않고 그것에 수반된 피켓팅이나 직장점거하

32) 김형배, 위의 글, 16쪽.

33) 김형배, 위의 글, 17쪽.

야기되는 경우이나, 이 경우에도 수반행위가 경미한 경우에는 형법 적용이 문제되지 않는다. 곧 노동법상 정당성이 인정되면 형법상 문제가 되지 않는다.

따라서 형법의 적용이 가능한 것은 수반행위가 경미하지 않은 예외적인 경우뿐이다.

#### (b) 정당성 개념의 상대성

앞서 보았듯이 헌법재판소는 정당성을 결여한 쟁의행위에 대해서는 민형사책임을 부과해야 한다는 주장을 하나 그 책임의 정도에 대해서는 구체적으로 설명하지 않고 있다. 이에 대해 김형배교수는 민형사책임의 분리와 상대적 평가를 주장하나 헌법재판소가 그러한 점을 설명하지는 않지만 이를 염두에 두지 않고 있다고는 상식적으로 말할 수 없다.

헌법재판소가 쟁의행위의 정당성이 결여된 경우 무조건 형사책임을 묻는다는 것은 위법성조각설에 따라 일용 구성요건에 해당한다고 보고 형법 제20조를 매개로 하여 그 위법성을 검토한다는 것에 불과하다. 따라서 이는 결과적으로 김형배 교수의 구성요건해당성 조각설과 논리구조상 차이가 있는 것은 아니다.

그러나 실질적으로는 큰 차이가 있다. 그것은 이론상 위법성조각설이라고 하는 경우 형법 제20조를 규범론적으로 해석하는 것을 포함하나, 우리 대법원이나 헌법재판소는 자의적으로 쟁의행위의 내재적 한계를 설정하고 그것에 맞지 않거나 법령에 위반되는 경우 일률적으로 민형사책임을 인정하기 때문이다. 이를 극단적으로 말하면 기계론적 절대적 적용에 불과하고 정당성 개념의 상대성을 철저히 무시하는 것이다.

그러나 앞서 설명했듯이 위법성조각설은 물론 구성요건조각설조차 부정하는 나쁜 형법의 적용이 가능한 경우로는 쟁의행위의 수반행위가 경미하지 않은 경우뿐이라고 다시 주장한다. 따라서 노무제공거부는 처

음부터 형법의 적용대상이 될 수 없다. 이는 위법성조각설을 취하든 구성요건해당성조각설을 취하든 논리적으로 당연한 것이다. 그러나 아래에서 보듯이 우리 나라 대법원 및 헌법재판소는 그것을 정당성이 없는 쟁의행위이자 업무방해죄에 해당하는 범죄로 보고 있는 것이다.

(c) 업무방해죄와 쟁의행위 정당성의 관계에 대한 대법원 판례의 문제점

위법성조각설은 쟁의행위가 일용 업무방해죄의 구성요건에 해당하나 그것이 정당하다면 위법성을 조각한다고 보는 학설로서 대법원은 대체로 그러한 논리를 펴고 있다.<sup>34)</sup> 그러나 경우에 따라서는 업무방해죄의 구성요건에 해당하면 정당성을 인정할 수 없으므로 위법성이 조각되지 않는다<sup>35)</sup>고 하는 해피한 논리를 구성하기도 한다. 이는 전통적인 범죄론 구성체계를 파괴하는 것으로서 참으로 위험한 논리라고 할 수 있고, 위법성조각설이 모든 쟁의행위를 일용 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 보는 한 그것만으로 즉각 모든 쟁의행위는 위법한 것으로 판단하게 하는 점에서 참으로 가공할 논리라고 하지 않을 수 없다.

(B) 단순노무제공 거부의 구성요건해당성 - '위력'과 '업무'

a. 위력

단순한 노무제공의 거부는 이른바 '부작위'이다. 그러한 '부작위' 자체에 형벌을 부과하는 규정은 존재하지 않는다.<sup>36)</sup>

그러나 헌법재판소는 대법원이 그것을 부작위범으로 처벌하는 것이 아니라고 강변한다. 곧 대법원이 단순노무제공의 쟁의행위가 무조건 업무방해죄의 구성요건인 '위력'에 해당한다고 보고, 정당성이 인정되어 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄로 처벌하는 것<sup>37)</sup>을 위헌이 아니라고 본다. 그 이유로 헌법재판소는 다수 근로자의 상호 의사 연락하

34) 예컨대 대판1991.11.8, 91도326

35) 대판1990.7.10, 90도755

36) 東京大學勞動法研究會, 위의 책, 100쪽.

37) 대법원 1991.1.29, 선고 90도2852; 1991.4.23 선고, 90도2771.

에 이루어진 노무제공의 거부는 근로자 개인의 노무제공거부에 비해 그 세력의 정도나 위험성의 면에서 서로 같다고 할 수 없기 때문에 본질적으로 그 성격을 다르다는 점을 들고 있다. 그래서 ‘작위범’으로 처벌하는 것이 된다는 것이다.

곧 ‘단체’라고 하는 단체행동권의 본질적 요소를 대법원이나 헌법재판소는 업무방해죄의 구성요건인 ‘위력’의 당연한 요소로 보고 있다. 그러나 김형배가 지적했듯이 업무방해죄의 구성요건인 ‘위력’을 단체에 의한 것이면 무조건 인정해야 할 논리적인 이유도 없다.<sup>38)</sup> 도리어 개인적인 차원에서 위력이 행사될 여지가 생길 수도 있다. 물론 헌법재판소는 이를 명시적으로 부정하는 것은 아니나, 단체 자체를 당연히 위력으로 보는 점에 문제가 있다.

그러나 여기서 더욱 본질적인 문제로 지적되어야 하는 점은, 집단적인 근로제공거부는 어떤 행위를 ‘하는’ 것이 아니라 근로제공이라는 행위를 함을 거부하는 것, 곧 ‘하지 않는 것’에 불과하다는 것이다. 말하자면 작위가 아니라 부작위라고 하는 것이다. 실제로 근로자들이 회사에 출근하지 않는다고 하는 파업의 경우 모두 집에서 쉬는 것이지 어떤 구체적인 행위를 하는 것이 아니다. 그것은 행위가 아니라 어떤 상태에 불과하다.

이같이 상태에 불과한 것을 그 집단화의 계기를 가지고 ‘위력’이라고 봄은 논리적으로 도저히 이해할 수 없다. 설령 집단 자체를 위력이 있는 무엇으로 본다고 하더라도 업무방해죄는 ‘위력’ 그 자체를 처벌하는 것이 아니라, ‘위력으로써’, 곧 위력을 사용한 경우에 비로서 그 구성요건이 문제되는 것이다.

이러한 대법원과 헌법재판소의 판단에 따르면 개인에 의한 것은 범죄가 되지 않아도 집단에 의한 동일한 행위는 당연히 그 세력의 면이나 위험성의 면에서 본질적으로 다르기 때문에 후자는 중벌에 처해

38) 김형배, 위의 글, 17쪽.

져야 한다는 논리로 연결될 수 있다. 이러한 논리는 집단행위를 무조건 불법시하는 반단체주의적 개인주의 사상의 잔재<sup>39)</sup>라고 할 수 있다. 집단행위가 바로 범죄의 구성요건인 위력에 해당한다고 볼 수는 없다. 이는 헌법상의 기본권 행사인 집회나 결사가 집단성을 갖는다고 하여 어떤 범죄의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없는 것과 마찬가지로이다.

그런데 실무의 차원에서 종래 대법원은 '위력'의 정도에 따라 구성요건해당성을 판단했다. 곧 비록 다수에 의한 것이라도 미력한 것, 예컨대 50명의 근로자에 대하여 4명이 단체행동을 취한 것은 위력에 해당되지 않는다고 보았다.<sup>40)</sup> 물론 이는 절대적인 기준이 될 수는 없으나 이러한 기준에서 본다면 예컨대 1천명에 대한 위력이기 위해서는 적어도 1백명 정도의 다수가 위협적으로 존재해야 위력으로 볼 수 있는 최소한의 조건이 성립된다고 볼 여지는 있을 것이다. 그러나 대법원은 1천명에 대한 7명의 존재를 위력으로 인정하는 등<sup>41)</sup> 대체로 그 숫자를 문제삼지 않는 경향이 있다.

## b. 업무

### (a) 견해의 대립

집단적 노무제공의 거부로 방해받는 업무란 무엇인가? 이에 대해 헌법재판소는 사용자의 업무는 생산수단과 근로자의 노동력의 결합에 의해 수행되므로 근로자의 노동력 제공은 사용자의 업무의 한 요소이지 전부가 아니고 따라서 노무제공 거부에 의해 근로자의 업무는 존재하지 않아도 사용자의 업무는 여전히 존재한다고 보고 있다. 종래 대법

39) 역사적으로 볼 때 이는 19세기 영미법에서의 공모죄(conspiracy)의 법리를연상시킨다. 그것에 의해 쟁의행위는 공동모의라는 범죄에 해당되었다. 그후 1842년의 헌트 판결 이래 미국에서는 목적과 수단의 정당성을 이유로 공모죄로 처벌하지 않게 되었다. 그리고 1875년 영국의 '공모죄·재산 보호법'은 개인이 단독으로 행한 경우에 범죄성을 갖지 않는 행위는, 쟁의행위의 기획이나 수행을 위해 단결하여 행해진 경우에도 처벌되어서는 안된다고 하는 것을 규정했다.

40) 대판 1991.4.23, 90도 2961.

41) 대판 1990.7.10, 90도 755

원은 이러한 이유 설명없이 무조건 사용자의 업무가 방해받는 것이라고 판시했다.

이에 대해 학설<sup>42)</sup>과 하급심<sup>43)</sup>은 위와 같은 이유에서, 곧 사용자의 업무는 생산수단과 근로자의 노동력의 결합에 의해 수행되므로 근로자의 노동력 제공 거부로 인해 사용자의 업무란 존재하지 않게 되는 것이라고 주장한다.

#### (b) 검토

이러한 견해의 대립은 왜 생기는 것일까? 똑 같은 이유에서 전혀 다른 결론이 나오는 이유는 무엇인가? 헌법재판소의 견해에 따르면 기업이 존재하는 한 근로자가 없어도 사용자의 업무는 존재하는 것이 된다. 물론 생산업무와 같이 근로자의 근로를 필요로 하지 않는 인사관리나 판매계약 등은 사용자에게 의해서만 행해질 수도 있다.

이에 대해 반대설은 그것이 근로자의 근로제공거부에 의해 방해받는다고 할 수는 없고, 설령 방해받는 경우가 있다고 하여도 그것은 근로제공거부로 인한 반사적 결과이지 근로제공거부가 그러한 방해를 목적으로 한 것이라고 볼 수 없으므로 헌법재판소의 견해는 부당하다고 보는 것이 된다.

그러나 이러한 견해에 의하면 근로제공거부는 쟁의행위가 아니게 된다. 왜냐하면 쟁의행위이기 위해서는 적법하거나 법률상 정당한 사용자의 업무에 어떤 지장이 초래되지 않으면 안되기 때문이다<sup>44)</sup>이다.

뿐만 아니라 적어도 사용자가 조업을 완전하게 포기하고 있지 않는 한 파업중에도 업무를 수행할 수 있고, 또한 파업에 대하여 조업을 계속하기 위해 필요한 대항수단을 취할 수도 있으며, 단순한 조업의 계

42) 宮內裕, 勞動爭議之刑事責任, 勞動法講座, 제3권, 1061, 559쪽; 김순태, 업무방해죄에 관한 연구 161 ;김순태, 업무방해죄소고, 민주법학, 제5호, 1992, 53쪽 이하; 장영민, 노동쟁의행위와 업무방해죄의 관계, 한국형사정책연구원, 1996, 87쪽.

43) 부산고법 1990.10.25, 90노782

44) 外尾建一, 勞動團體法, 梵摩書房, 1975, 398쪽.

속 만이 아니라 조업을 계속하기에 필요한 행위도 업무에 포함될 수 있다.

따라서 반대설은 취할 수 없다. 반대설은 업무방해죄의 구성요건 해당성을 부정하기 위하여 고안된 것이라고 생각하나 업무방해는 쟁의 행위의 본질적인 요소이므로 굳이 그것에 해당되지 않는다는 식으로 논리를 조작할 필요는 없다. 도리어 사용자의 업무는 방해되지만 그렇다고 하여 정당한 쟁의행위가 처음부터 업무방해죄를 구성하는 것이 아니라고 보는 것이 옳다.

사용자의 업무가 없다고 인정될 수 있는 경우는 사용자가 조업 의사를 포기한 경우뿐이다. 그렇지 않는 한 사용자의 업무는 언제나 인정될 수 있다. 김형배는 이를 문제삼지 않으나 나는 이 점이 매우 중요하다고 생각한다.

#### (C) 국제노동기구 제105조약의 판단

강제노역 금지에 대해서 청구인들이 국제노동기구 제105호 조약을 이유로 삼은 점에 대해서 헌법재판소는 국제노동기구 제105호 조약은 한국이 비준한 것이 아니고 헌법 제6조 1항에서 말하는 '일반적으로 승인된 국제법규'에 해당되지도 않는다고 했으나, 이미 100개국 이상이 비준한 조약인 바 그러한 소극적인 해석에는 문제가 있다. 김형배교수는 이 점에 대한 평석은 하지 않았다.

#### B. 대법원의 준법투쟁 형사처벌에 대한 위헌성 판단

헌법재판소가 연장근로의 거부 등 준법투쟁을 형사처벌하는 대법원 판례는 단체행동권 보장 취지에 적합하지 않다고 결정한 점은 환영되어야 할 것이나, 이에 대한 선고의 필요성을 굳이 부인하는 소극적인 태도도 이해하기 어렵다.

그런데 다음과 같은 그 위헌성 인정의 이유설명은 타당하면서도 단순노무거부의 경우와 비교하면 이해하기 어렵다.

왜냐하면 쟁의행위의 정당성의 판단기준이 반드시 명백한 것이 아

는데다가 특히 쟁의행위의 당사자로서 법률의 문외한이라고 할 수 있는 근로자의 입장에서 보면 그 정당성을 판단하기가 더욱 어려울 것인데, 연장근로의 거부 등과 같은 경우에도 위법성이 조각되지 않는다 하여 업무방해죄의 성립을 긍정한다면 이는 결국 근로자로 하여금 혹시 있을 지 모를 형사처벌을 감수하고라도 쟁의행위에 나아가게 하는 것을 주저하게 만들 것이고 따라서 단체행동권의 행사는 사실상 제약을 받게 될 것이기 때문이다.

위의 설명을 그 바로 앞의 단순노무거부의 업무방해죄 성립 인정에 대한 다음과 같은 설명과 비교하여 보자.

결국 청구인들의 주장은... 형사처벌까지 하는 것은 정당성에 관한 판단기준에 관한 전문지식이 없는 근로자들의 근로3권의 행사를 위축시키고 사실상으로 의사에 반하는 노동을 강요하는 결과에 이른다는 것이다... 대법원 판례는 근로3권의 내재적 한계를 넘어서 행위를 규제하는 것일뿐 ... 청구인들의 주장은 이유없다 할 것이다.

결국 동일한 이유가 전자의 경우 준범투쟁의 업무방해죄 처벌의 위헌성 근거로, 후자의 경우 업무방해죄 합헌성 근거로 제시되고 있다. 전자가 옳다면 후자는 부정되어야 마땅하다.

### 3. 헌법재판소의 업무방해죄 조항 자체에 위헌성 판단

#### A. 용어의 위헌성 문제

업무방해죄 자체에 대하여 헌법재판소는 <위력> 등과 같은 용어가 불명확한 것이 아니므로 죄형법정주의에 위배된다고 볼 수 없고, 대법원이 업무방해죄를 추상적 위험범으로 해석함에 대해서는 그것이 일반 법규의 문제이므로 헌법재판소의 심판 대상이 아니라고 했으나, 용어의 애매한 점은 분명히 문제점이고, 나아가 어떤 법규에 대한 재판 해석이 헌법의 원칙인 죄형법정주의에 위반되는가 아닌가의 문제를 헌

법재판소의 심판 대상이 아니라고는 볼 수 없다.

(A) 용어의 문제

헌법재판소는 업무방해죄의 용어들을 해석한 뒤에 '이러한 해석은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인으로서도 능히 인식할 수 있는 것으로서 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고 볼 수 없다'고 한다.

그러나 대법원과 하급심 사이에서도 예컨대 '업무'에 대해 이해가 엇갈리는데다가 학설상으로도 대립이 있는데 그것을 일반인들이 능히 이해할 수 있다고 함은 이해할 수 없다.

(B) 법규의 해석과 적용

헌법재판소는 어떤 법규에 대한 재판 해석이 헌법의 원칙인 죄형 법정주의에 위반되는가 아닌가의 문제가 헌법재판소의 심판 대상이 아니라고 하나, 헌법재판소가 위헌의 의문이 있는 판결을 심판 대상으로 하는 이상 업무방해죄를 추상적 위험범으로 해석하는 대법원 판례도 심판 대상이 된다고 보아야 한다. 그렇지 않다면 단순노무제공의 거부를 업무방해죄에 적용하는 대법원 판례에 대한 헌법재판소의 합헌성 인정이나, 준법투쟁에 업무방해죄를 적용하는 대법원 판례를 위헌이라고 본 헌법재판소의 결정도 부당한 것이 될 것이다.

B. 업무방해죄 처벌량의 위헌성 문제

헌법재판소는 구 업무방해죄(현 업무방해죄도 같다)가 5년 이하의 징역형을 규정한 것은 과잉금지 위반에 해당되지 않는다고 하나 헌법상 기본권 행사에 대한 제한으로서는 과도한 형벌임에 틀림이 없다. 청구인들이 주장했듯이 신체에 대한 폭행이 2년 이하(형법 제260조 1항), 위력 등의 폭행이 5년 이하(동 제261조), 협박이 3년 이하(동 제283조 1항)인 점에 비하여 폭행이나 협박없이 단순한 업무의 방해에 대하여 5년의 징역형까지 부과함은 과도함에 틀림없다.

#### 4. 결론

이상의 논점 중에서 C 부분은 다양한 주관적인 판단에 의해 그 논의가 객관성을 담보하기 어려운 점이 있다. 곧 '위력'이 명확한 것이냐 아니냐, 5년 이하 징역형이 과도한 것이냐 아니냐에 대한 논쟁은 보기 나름이라는 것이다. 따라서 이 글에서는 그 점을 더 이상 다루지 않도록 한다. 결국 논점은 A와 B로만 모아진다.

### III. 업무방해죄의 분석

#### 1. 의의와 연혁 및 법익

##### A. 의의

##### (A) 서설

형법 제314조 1항의 업무방해죄는 '허위의 사실을 유포하거나 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한' 때에 성립하는 범죄이다. 그리고 경범죄처벌법 제1조 12호의 업무방해는 '다른 사람 또는 단체의 업무에 관하여 못된 장난 등으로 이를 방해한' 때에 성립한다. 전자는 5년 이하의 징역 또는 2만5천원 이하의 벌금, 후자는 구류 또는 과료의 형에 처한다.

업무방해죄의 구성요건은 '허위사실 유포', '위계' 또는 '위력'으로써 '업무'를 '방해'하는 것이다. 그런데 이러한 개념들은 광범하고도 모호하므로 죄형법정주의에 합치되는 것이냐에 대하여 의문이 있을 수 있다. 이에 대해서 앞서 보았듯이 헌법재판소는 그것들이 불명확한 것이 아니라고 했다.<sup>45)</sup>

45) 헌재1998.7.16, 결정97헌바23

그러나 업무방해죄의 처벌범위는 불명확한 점이 적지 않다. 판례를 통해서도 그것은 명확하게 나타나지 않는다. 이는 업무방해죄가 다양한 사회적 기능을 갖기 때문에 생기는 문제이기도 하다.

#### (B) 사회적 기능과 문제점

##### a. 사회적 기능

업무방해죄의 실제적인 사회적 기능은 다양하게 나타난다. 첫째 업무방해죄는 시민이나 기업의 재산적 이익을 보호하기 위해 재산위험범으로 또는 재산범의 보충적 작용을 수행한다. 따라서 그것은 재산죄로서의 기능을 갖는다.

둘째 업무방해죄는 시민운동이나 노동조합 운동 등 다양한 비영리적 성격의 업무활동을 보호하기 위해, 또는 그것을 탄압하기 위한 기능적 치안입법으로 이용되어 왔다. 노동조합의 총회 등에 대한 방해행위가 노동조합의 업무활동에 대한 침해로써 규제되거나, 노동운동이나 시민운동의 실행행사가 대상기업의 업무활동에 대한 방해로도 규제된다.

셋째 1995년 형법 개정에 의해 신설된 컴퓨터 업무방해죄는 통신과 같이 공익성이 높은 사회적 제도의 기능을 유지하기 위한 사회적 이익을 보호하기 위해서도 이용된다.

이러한 기능 중에서 문제가 되는 점이 변장된 치안입법으로서의 부정적인 기능이다. 그러나 그 점을 제외하면 업무방해죄는 다양한 사회적 기능을 수행한다는 점에서 그 기능을 형법으로 보호할만한 근거가 있다고 할 수 있다.

##### b. 해석론의 과제

그러나 업무방해죄가 갖는 다양한 사회적 기능이 그 처벌 범위가 불명확하다는 문제점을 정당화시키는 것은 아니므로 그것은 해석론으로 극복되어야 한다.

첫째 업무방해죄의 법익을 명확하게 해야 한다. 법익은 범죄 유형의 해석 기준으로서 그 해석을 명확하게 하기 때문이다. 이 점에 관하

여 무엇보다도 업무방해죄가 개인적 법익에 대한 죄라고 하는 형법 체계상의 지위를 강조할 필요가 있다.

둘째 뒤에서 보는 바와 같이 업무방해죄는 그 구성요건이 업무를 '방해한' 경우로 규정되어 있고, 그 연혁에서도 본래 결과범으로 구상되었다는 점을 적극적으로 해석하여 그 처벌범위를 명확하게 할 필요가 있다.

셋째 특히 주의할 점은 업무방해죄가 변장된 치안입법으로 악용될 해석의 가능성이다.

#### B. 연혁 및 비교법적 고찰

본죄는 일본 형법 제233조와 제234조를 합친 것이나 후자의 형량은 3년 이하의 징역 또는 1천엔 이하의 벌금이다. 그 둘을 합친 한국 형법 제314조는 일본 개정형법 가안 제415조와 동일하다. 따라서 일본 형법상의 연혁을 살펴볼 필요가 있다. 그런데 일본 형법은 독일과 프랑스법의 영향을 받았으므로 먼저 그 둘부터 검토한다.

1794년 제정된 프로이센 보통란트법에서는 부정경업에 의한 가해행위는 민사상 불법행위로 규정되었고, 이에 입각하여 형법에서도 “누구도 권리없이 타인의 명예, 건강, 신체, 생명, 자유 또는 재산을 침해하거나 위험에 빠뜨려서는 안 된다.”는 규정을 개인적 범죄의 서두에 두고(제2부 제20장 제9절 제509조) 그 가벌성을 선언했으나(동 510조), 구체적으로 어떤 업무방해가 어떻게 처벌되어야 하는가에 대해서는 명문 규정을 두지 않았다. 1871년의 독일제국형법전도 관련 규정을 두지 않고 현재까지 이르고 있다. 그러나 1909년에 제정된 부정경쟁방지법은 허위로 기업 경영을 해하는 자를 처벌한다고 규정했다.<sup>46)</sup>

한편 1810년에 제정된 프랑스 형법에서는, 단결금지법이었던 1791년의 르 샹프리에 법을 대체하기 위하여 1864년 법률에 의해 규정된

46) 우리 나라의 부정경쟁방지법도 업무방해죄에 해당되지 않는 부정경쟁행위(제2조 1, 2호)를 처벌한다.

‘제조, 상업 및 기술에 관한 규칙의 위반’(제3권 제2편 제2장 제2절 제5관 제413조 이하) 속에 산업과 노동의 자유를 침해하는 행위(414조)에 대하여 “임금의 인상 또는 인하를 강제하거나, 산업 또는 노동의 자유로운 실시를 방해할 목적으로 폭력행위, 폭행, 협박 또는 기망수단에 의하여 협의에 의한 노동의 중지를 생기게 하거나, 이를 계속하게 한 자 또는 이를 생기게 하거나 계속하게 한 자는 6일 이상 3년 이하의 구금 또는 500프랑 이상 10,800프랑 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과한다.”고 규정했고 그것은 재산법의 일종으로 위치되었으나 1992년 형법 개정으로 인해 삭제된 후 현재에 이르고 있다.<sup>47)</sup>

1880년에 제정된 일본 구형법은 프랑스 구형법에 따라 ‘상업 및 농공업을 방해하는 죄’(제267-272조)로 위계, 위력 및 허위의 풍설 유포에 의한 포괄적인 농공상업의 방해로 규정했으나, 그것을 개인적 범죄로 규정한 프랑스형법과는 달리 제1편의 ‘공익에 관한 중죄 경죄’의 제8장에 위치시켰고, 프랑스 형법의 당해 조항보다 그 구성요건이 대폭 확대되었다. 곧 프랑스 형법의 행위수단인 ‘폭력행위, 폭행, 협박 또는 기망수단’이 일본 구형법에서는 ‘위계, 위력 및 허위의 풍설 유포’라고 하는 보다 광범한 것으로 규정되었고, 침해 내용인 ‘협의에 의한 노동의 중지를 생기게 하거나, 이를 계속하게 한 자 또는 이를 생기게 하거나 계속하게 한’ 것이 포괄적인 ‘농공상업의 방해’로 규정되었다.

1907년에 개정된 일본 현행 형법은 구형법의 적용범위인 ‘농공상업의 방해’를 ‘업무의 방해’로 개정하여 더욱 넓혔다. 반면 구형법의 공익에 대한 죄를 개인에 대한 죄로 업무방해죄를 규정하는 것으로 개정되었다. 이는 개인의 이익이 현실적으로 침해되고 현실적으로 일정한 결과가 발생한 경우에만 처벌하고자 한 것이다.<sup>48)</sup> 그러나 그 후 일본 판례는 업무방해죄를 결과범이 아니라 위험범으로 이해하게 되어 그

47) 김순태, 업무방해죄에 관한 연구, 14쪽은 위력업무방해죄가 프랑스형법에도 독일형법에도 존재하지 않는 일본 독자의 것이라고 하나 의문이다.

48) 京藤哲久, 業務妨害罪, 刑法理論と現代の課題, 日本評論社, 1996, 118쪽.

처벌 범위가 당초의 입법의도와는 달리 확대되었다.<sup>49)</sup>

그리고 업무방해는 '신용훼손'이라고 하는 이질적인 범죄와 함께 규정되어 그 죄질이 상당히 애매한 것이 되었다. 곧 재산법적 성격, 자유침해법적 성격, 경제법적 성격 등의 다양한 측면을 갖는 것으로 이해될 가능성이 생겼다. 또한 전자계산기 손괴 등에 의한 업무방해죄가 신설되어 공익을 보호하는 사회적 법익을 보호하는 죄로 기능할 가능성도 생겼다. 이러한 사정은 한국의 경우도 같다.

프랑스(구형법 체제하에서)나 일본에서는 업무방해죄를 둘러싸고 위헌 논쟁이 생긴 적은 없다. 프랑스에서는 그것이 단체행동에 적용된 사례가 없고, 일본에서는 생산관리와 직장점거 및 피켓팅 등에 예외적으로 적용된 경우는 있으나 우리 나라와 같이 대부분의 단체행동에 포괄적으로 적용되지는 않는다. 따라서 대체로 문제가 되지 않으나 우리 나라에서는 그 적용이 너무나도 일반적이기 때문에 문제가 된다. 따라서 문제는 형법 조항이 아니라 형법 적용이다.

### C. 법익

업무방해죄를 업무의 경제적 측면에 착안하여 재산을 법익이라고 생각하는 재산죄설<sup>50)</sup> 또는 업무가 사람의 사회적 행동으로 행해지는 측면에 착안하여 업무활동의 자유를 법익으로 생각하는 자유죄<sup>51)</sup>로 보는 학설도 있으나 오늘날에는 소수설에 그치고 있고, 통설은 병유설<sup>52)</sup>

49) 그러나 일본에서의 통설은 결과법설이다. 예컨대 平野龍一 刑法概説, 1977, 188; 大谷實, 刑法講義各論, 제4판 1994, 134; 中山研一, 刑法各論 1984, 152; 曾根威彦 刑法各論 신판 1995, 70; 中森喜彦 刑法各論 1991, 71 등

50) 유기천, 형법학(각론강의 상), 일조각, 1972, 177-189쪽.

51) 이진호, 형법학개론, 고려대출판사, 1977, 509쪽.

52) 황산덕, 형법각론, 방문사, 1984, 240쪽; 정영석, 형법각론, 법문사, 1982, 279쪽; 서일교, 형법각론, 박영사, 1982, 111쪽; 김종원, 형법각론, 상, 법문사, 1973, 164쪽; 정성근, 형법각론, 상, 법지사, 1988, 229쪽; 강구진, 형법각론의 각론1, 박영사, 1983, 230-231쪽; 이재상 형법신강, 각론1, 박영사, 1989, 226쪽; 진계호, 형법각론, 대왕사, 1983, 205쪽.

을 취한다. 그러나 일본의 최근 통설은 자유죄설이라고 할 수 있다.

재산죄설은 앞서 보았듯이 업무방해죄가 재산범의 보충적 기능을 수행하기도 하고, 업무방해죄에 의해 업무행위가 보호된 결과 재산적 이익이 보호되는 경우도 있으므로 일리가 있는 견해이나, 그렇다고 하여 재산을 업무방해죄의 법익이라고 할 수는 없다.

병유설이 통설이 된 이유는 업무방해죄의 내용이 명확하지 않고, 그것이 신용훼손죄와 함께 규정되어 있으며, 그 두 죄가 명예훼손죄와 재산범 사이에 규정된 것을 이유로 한다. 그러나 업무방해죄와 신용훼손죄의 법익을 별도로 생각하는 것이 옳다.

법익에 따라 범죄유형을 체계적으로 분류하고 그것에 의해 처벌범위를 명확하게 한다는 관점에서 자유죄설이 타당하다.

## 2. 구성요건

### A. 보호객체 - 업무

#### (A) '사람'의 '업무'

본죄는 '사람'의 '업무'를 방해함으로써 성립하는 범죄이다.

##### a. 사람

'사람'에는 자연인은 물론 법인 또는 법인격없는 단체도 해당한다.<sup>53)</sup> 그런데 그 사람이 구체적으로 누구냐 하는 것이다. 예컨대 어떤 법인의 근로자 몇 명이 단체행동을 하면서 단체행동에 참가하지 않고 업무를 계속하는 근로자들에게 위력으로 그 업무의 계속을 방해했다고 하면 그 근로자들이 여기서 말하는 사람이다. 그러나 우리 나라 판례는 줄기차게 그 사람은 법인 또는 그 사용자라고 한다. 업무방해자는 타인으로 하여금 노무제공을 거부하게 하여 그들의 업무를 방해했다고는 할 수 있으나 법인의 업무를 방해했다고는 할 수 없다. 법인 업무의 방

53) 이건호, 형법학개론 510쪽; 정영석, 형법각론 282쪽; 황산덕 240쪽. 이재상 230쪽.

해는 근로자의 노무거부로 인한 결과에 불과한 것이다.

물론 법인 업무 자체의 방해에 해당하는 사례도 있을 수 있다. 예컨대 생산관리와 같이 노동단체가 사용자의 뜻에 반하여 기업시설이나 기재의 전부 또는 일부를 점유하여 기업 자체의 관리나 운영을 행하는 경우이다.

#### b. 업무

##### (a) 업무

‘업무’라는 개념은 형법상 여러 곳에서 사용되나 업무방해죄의 그것은 ‘널리 직업 또는 그 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무나 사업’<sup>54)</sup>을 말하고, 경제적인 사무는 물론 정신적인 사무도 포함한다.<sup>55)</sup> 여기서 주의할 점은 업무가 구체적인 업무를 말한다는 점이다. 가령 몇몇 사람이 근로자들을 선동하여 노무제공을 거부하게 한 경우 그 방해된 업무는 법인이나 그 사용자의 그것이 아니라 근로자의 그것이라고 하는 점이다. 그러나 우리 나라 대법원은 이에 대하여 앞서 본 바와 같이 무조건 법인 또는 그 사용자의 업무라고 본다.

그러나 노조법상 쟁의행위의 요소인 ‘업무’는 여기에 해당되지 않는다. 왜냐하면 그 업무의 방해가 당연히 예정되어 있기 때문이다.

##### (b) 업무와 공무

형법 제136조 및 제137조의 공무집행방해죄는 행위의 수단이 폭행 및 협박(제136조)과 위계(제137조)에 한정되고 행위의 객체도 공무원에 한정되므로, 폭행 및 협박 이외의 위력으로 공무집행을 방해한 경우나, 비공무원이 공무에 종사하는 것을 폭행 및 협박으로 방해한 경우 업무방해죄가 성립하는가 등을 둘러싸고 논쟁이 있다. 그러나 일본 판례상 해석의 변화는 있으나 우리 나라에는 관련 판례가 없다.

일본 판례에서는 초기에 일관성이 없는 태도를 취했으나, 1951년

54) 대판1989.3.28, 89도110; 대판1989.9.12, 88도1752; 대판1991.6.28, 91도944; 日本大判 大正 2.1.27; 大正 10.10.24.

55) 日本 大判 大正10.10.24, 刑錄27.643

에는 쟁의행위 중의 조합원이 자신을 검거하려는 경찰관 등에게 폭행이나 협박에 이르지 않은 위력을 가한 사안에서 공무원의 직무는 업무에 포함되지 않는다고 판결했다.<sup>56)</sup> 이와같은 엄격한 해석은 일본의 경우 공공기업체 등 노동관계법에 의해 공공기업체 등의 직원 및 노동조합은 쟁의행위를 할 수 없고(동법 제17조), 그것을 위반하는 경우의 제재는 해고에 그치며 형사적 제재가 인정되지 않기 때문에 매우 중요하다.

그러나 그러한 쟁의행위에 대한 형법상의 형사책임은 다른 문제이다. 이에 대해 그것은 위법이긴 하나 가벌적 위법성이 없다고 하는 이 점에서 형법적용을 부정한 판결이 있다.<sup>57)</sup>

## B. 방해행위

### (A) 방해행위의 방법

방해행위의 방법은 허위사실의 유포, 위계, 그리고 위력이다. 근로자의 행위로써 주로 문제되는 것은 위계와 위력이다.

#### a. 위계

위계란 상대방의 착오나 부지를 이용하는 일체의 행위를 말한다.

#### b. 위력

위력이란 사람의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력을 말한다. 따라서 그것은 반드시 다수에 의할 필요는 없으므로 개인에 의한 경우도 있을 수 있고 다수가 존재한다고 하여 반드시 위력이 존재하는 것으로 볼 것도 아니다.

단체나 다중의 힘을 과시하는 것은 위력에 해당되나, 그것이 헌법 제33조의 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권의 행사인 한 문제가 되지 않는다.

56) 最判 昭和26.7.16刑集5卷1491項

57) 이른바 全通名古屋中郵 사건,

## (B) 고의

위력에 의한 업무방해죄는 위력으로써 사람의 업무를 방해한다는 인식을 필요로 한다.<sup>58)</sup> 그런데 본죄를 침해범으로 보느냐 아니면 위협범으로 보느냐에 따라 고의의 내용은 달라진다. 침해범으로 보면 업무를 침해한다는 것의 인식이, 구체적 위협범으로 보면 위협에 대한 인식이 각각 고의의 내용이 되고, 추상적 위협범으로 보면 위협에 대한 인식은 고의의 내용이 될 필요가 없다.

## (C) 보호법익의 침해 정도

우리 나라와 일본의 판례 및 우리 나라의 통설은 업무방해죄를 위협범으로 해석하고 있다.<sup>59)</sup> 그러나 법문상 '방해한 자'라고 규정되므로 침해범으로 해석함이 타당하다.<sup>60)</sup>

# IV. 업무방해죄 적용의 실제

## 1. 위계에 의한 업무방해죄 적용

위계에 의한 업무방해죄 적용으로서는 위장취업에 의한 것과 노동조합의 무단 휴무결정의 사례가 있다.

58) 대판1962.4.12, 62도17.

59) 대판 1991.6.28, 91도944; 대판 1960.8.3, 4293형상397; 日本 大判 昭和15.7; 유기 천 189쪽; 황산덕 243-244쪽; 정영석 283쪽; 이건호 510쪽; 김종원 168쪽; 진계호 209쪽; 이재상 234쪽; 강구진 236쪽.

60) 동지; 김순태, 업무방해죄에 관한 연구, 61쪽; 장영민, 위의 책, 33쪽; 內田文昭, 刑法各論 上, 青林書院新社 1979, 182쪽; 岡野光雄, 刑法要說 各論, 成文堂, 1985, 55-56쪽; 大谷實, 刑法各論 重要問題, 立花書房, 1990, 155-156쪽; 前田雅英, 刑法各論講義, 東京大學出版會, 1989, 173-174쪽.

A. 위장취업

(A) 협의사실

피고인은 노동운동을 하기 위해 타인 명의로 허위의 학력과 경력을 기재한 이력서와 생활기록부 등을 작성하고 회사에 제출하여 입사했다.

(B) 판결요지

원심과 대법원<sup>61)</sup>은 이를 위계에 의해 회사 근로자로서 적격자를 채용하는 업무를 방해하였다는 이유로 업무방해죄 성립을 인정했다.

(C) 검토

이에 대해 '노동3권은 헌법과 노동관계법령이 보장하는 권리'이므로 '노동운동이란 목적은 불법하지도 않거니와 이를 감추고 취업했다고 해서 위계가 될 수 없다'고 보는 견해<sup>62)</sup>가 있으나 위계는 허위 서류를 작성했다고 하는 점에 있다. 따라서 문제는 그 작성이 위계냐 아니냐 하는 것인데 이는 행정관청에 허위사실을 출원하여 인허가를 받은 것이 행정관청의 불충분한 심사에 의한 것이지 위계로 공무집행이 방해된 것이 아니라고 본 판례<sup>63)</sup>와 같이 위계로 보아야 하는 것이 아니다.

B. 노동조합의 무단 휴무결정

대법원은 노조 집행부가 회사와 협의없이 일방적으로 휴무를 결정하고 유인물을 배포하여 유급휴일로 오인한 근로자들의 결근으로 인하여 공장가동이 불가능하게 된 경우 위계에 의한 업무방해죄의 성립을 인정했다.<sup>64)</sup>

---

61) 대판 1988.9.27, 87도2174.

62) 장영민, 위의 책, 30쪽.

63) 장영민, 위의 책, 30쪽.

64) 대판 1992.6.9, 91도2221

## 2. 위력에 의한 업무방해죄 인정

### A. 단순한 근로 제공의 거부

#### (A) 판단의 원칙

정당한 쟁의행위인 근로자의 노무 제공 거부는 민사법상의 문제도 발생시키지 않으며 형법상으로도 범죄행위에 해당되지 않는다. 곧 그것이 헌법상의 단체행동인 한 민사법상의 문제도 있을 수 없다. 단체행동은 기본적으로 노무 제공의 거부로 나타난다. 그것은 단순한 노무 제공 거부에 불과하므로 폭행이나 협박 등 위법적인 요소를 가질 수가 없다.

문제가 되는 점은 특별법상 우편법 제50조의 우편취급 거부의 죄 등, 전기통신사업법 제70조 1호의 전기통신 역무의 거부, 전기사업법 제68조 2호의 전기공급업무의 거부시에는 처벌된다된 점이다. 이러한 단순노무의 제공 거부를 범죄로 처벌함에는 헌법상 강제노동 금지의 법리에 위배된다고 할 수 있고, 특히 그것이 단체행동으로 나타나는 경우 처벌은 있을 수 없다. 이에 반해 도시가스사업법 제19조 및 제54조 1항 1호는 가스 공급의 거절시에 1백만원 이하의 과태료에 처한다고만 규정한다.

#### (B) 판례의 경향

##### a. 농성의 주도

##### (a) 혐의사실

노조 간부가 다른 회사의 노조 탄압에 대한 규탄대회를 열어 회사의 앞 광장에서 이 회사 소속 근로자 1천여명을 모아놓고 구호를 외치고 노동가를 부르는 등으로 농성을 주도한 것을 다중의 위력으로 위 회사의 생산업무를 방해하였다'고 판시했다.<sup>65)</sup>

이 사건에서 노조측은 '그 행사는 농성이 아니라 노조 위원장이 노조 내부의 의사 결정과정을 거쳐 적법하게 노조 임시총회를 개최한

65) 대판 1990.4.13, 90도162; 대판 1991.8.13, 91도1324.

것이고, 당해 간부는 조직부장으로서는 임시총회에 참석하여 직책상 한두 번 사회를 보았을 뿐이며, 노조가 임시 총회를 개최함은 노조의 적법한 권리행사로서 그곳에 참여한 근로자들이 일을 못했다고 하여 업무를 방해한 것이 아니다'라고 주장했으나, 항소법원 및 대법원은 아무 이유 설명도 없이 업무방해죄의 성립을 인정했다.

(b) 검토

이 사안은 단순 노무제공의 거부에 불과하므로 (노조측의 주장대로 임시총회였다고 하여도 그것이 무단으로 행해진 점에서 노무제공거부에 해당하는 점은 부정할 수 없다) 그것에 대한 민사책임은 물을 수 있으나 형사책임은 물을 수가 없다. 대법원은 회사의 업무를 위력으로 방해했다고 하나, 노조 간부는 근로자로 하여금 노무제공을 거부하게 하여 그들의 업무를 방해했다고는 할 수 있으나 회사의 업무를 방해했다고는 할 수 없고, 회사 업무의 방해는 근로자의 노무거부로 인한 결과에 불과한 것이라고 하는 비판이 있다.<sup>66)</sup> 그러나 그 행위를 쟁의행위라고 본다면 회사 업무에 대한 방해를 인정해야 할 것이다.

또한 1천명의 근로자가 그 다수의 위력으로 사용자의 업무를 방해했다고 하면 그 1천명을 모두 업무방해죄로 처벌해야 한다. 물론 법원으로서서는 형소법 제248조의 공소 효력의 인적 범위를 이유로 그것을 부정할 수 있겠지만 원칙적으로는 당연히 1천명 모두 처벌되어야 한다.

한편 대법원은 노조위원장인 노조원 3명과 함께 노동관계 집회에 참석한다는 명목으로 3시간 정도 조기 퇴근하여 사용자의 제품생산 업무를 방해한 혐의로 업무방해죄에 문의된 사안에서 위력에 의한 업무방해의 정도가 약하므로 업무방해로 볼 수 없다고 판결했다.<sup>67)</sup>

그럼에도 불구하고 대판은 근로자들이 집단적으로 조기 퇴근하여 회사 종합운동장에서 집회를 개최하고, 구속 근로자의 석방 촉구를 위

66) 宮內裕, 위의 글, 559쪽; 김순태, 업무방해죄에 관한 연구, 161쪽; 장영민, 위의 책, 87쪽.

67) 대판 1991.4.23, 90 도 2961.

하여 법원 앞에 집결키로 하고 집단적으로 월차 휴가를 신청, 결근한 경우 그 주동자인 노조위원장을 회사 업무를 다중의 위력으로써 방해한 것이라고 판시했으며,<sup>68)</sup> 일과 시간에 집단적으로 작업에 임하지 않고 노조 간부 석방 등을 위한 집회 및 시위에 참가하게 함으로써 회사의 조업에 차질을 가져오게 하여 집단행동을 통한 위력으로써 회사의 업무를 방해한 공동정범이라고 판시하여 업무방해죄의 성립을 인정했다.<sup>69)</sup>

그 밖에도 노조 간부의 주도 하에 사용자와 협의 없이 일방적으로 휴무일로 정하여 집단 조퇴하거나 결근한 경우,<sup>70)</sup> 집회를 가짐으로써 근무개시시간을 지연시킨 경우,<sup>71)</sup> 노조 간부의 주도하에 야간 작업을 거부한 경우,<sup>72)</sup> 노조 간부의 주도하에 준법투쟁으로써 근무개시시간을 지연시킨 경우<sup>73)</sup> 등에도 업무방해죄의 성립을 인정했다.

#### b. 집회 및 시위<sup>74)</sup>

##### (a) 혐의 사실

피고인은 노조 기획실장으로서 노조 대의원 간담회의 결의를 거쳐 1일 1개 분과별로 조합원인 근로자 약 1천명 또는 1천5백명으로 하여금 그 일과 시간에 집단적으로 작업에 임하지 아니하고 집회 및 시위에 참가하게 함으로써 회사의 조업에 차질을 가져오게 하였다.

##### (b) 판결 요지

원심<sup>75)</sup>은 업무방해죄의 성립요건인 '위력'은 범인의 위세, 인원수 및 주의의 정황에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하는데 족한 범인

68) 대판 1991.1.29, 90도 2852

69) 대판 1991.4.23, 90도 2771; 대판1991.8.13, 91도 1324; 대판1991.1.29, 90도2852.

70) 대판 1992.3.31, 92도58; 대판1991.4.23, 90도2961.

71) 대판 1991.3.31, 92도58.

72) 대판 1991.11.8, 91도326.

73) 대판 1991.11.8, 91도326.

74) 대판 1991.4.23, 90도2771.

75) 부산고법 1990.10.25, 90노782.

측의 세력을 의미한다고 전제하고, 위의 경우 위력의 결과로 근로자들이 그 의사에 반하여 업무를 수행하지 못하는 경우로 볼 수 없고, 기타 집회 및 시위에 참가한 근로자들에 대해서도 위력을 행사하여 근로자들이나 회사측 직원들의 업무수행을 방해하였다고 볼 수 없으므로 업무방해죄가 성립할 수 없다고 보아 무죄 판결을 내렸다.

그러나 대법원은 집단행동이 '노동관계법령에 따른 정당한 쟁의행위'에 해당하지 아니하는 한, 집단행동을 통한 위력으로써 회사의 업무를 방해한 공동정범으로서의 책임을 면할 수 없고, 근로자들에게 위력을 행사한 결과로 근로자들이 회사의 업무를 방해한 경우에만 업무방해죄의 책임을 진다고 볼 것은 아니라고 하여 업무방해죄 성립을 긍정했다.

#### (c) 검토

위 사안에서 대법원은 단순한 노무제공의 거부라도 그것이 업무방해죄에 해당된다고 하고 있다. 그러나 원심은 업무의 주체를 근로자로 보고 있으나 대법원은 회사로 보는 점에 큰 차이가 있다.

그런데 업무의 담당자가 근로자인 바 그 업무의 거부가 다른 사람의 업무를 방해한 것이라고 볼 수 없다. 대법원은 회사 또는 사용자의 업무라고 하나, 사용자의 업무란 자신의 생산수단과 근로자의 근로의 결합에 의해 수행되므로 '방해될 수 있는 사용자의 업무'란 근로자의 업무 거부시에는 존재할 수조차 없다.

설령 다른 업무가 방해받았다고 하여도 이는 노무제공거부로 인한 결과에 불과한 것이지 노무제공거부의 근로자들이 사용자의 그러한 업무를 방해하고자 한 것이 아니다. 또한 그런 업무를 방해하고자 위계 또는 위력이 행사된 적도 없다. 따라서 업무방해죄가 성립될 수 없음에도 불구하고 대법원은 그 성립을 인정한 것이다.

## B. 준법투쟁

### (A) 헌법재판소의 위헌 결정과 판례의 경향

앞서 보았듯이 헌법재판소는 종래 대법원 판례가 준법투쟁을 업무방해죄로 처벌한 것에 대해서 위헌이라는 결정을 내렸으므로 앞으로는 그러한 대법원 판례가 나오리라고는 생각되지 않으나 과거 판례의 문제점을 검토할 필요가 있다.

준법투쟁이 정의행위인가 아닌가에 대해서는 논쟁이 있으나 일반적으로 정의행위에 해당한다고 보며, 그것이 근로의 부분적인 거부에 그치는 한 민사책임은 예컨대 평화의무위반 문제 등을 야기할 수 있으나, 형사책임은 없다고 봄이 일반적인 견해이다.

그러나 종래 우리 대법원은 잔업거부 등이 단체행동이 아니라는 이유에서 무죄를 선고한 적도 있었으나,<sup>76)</sup> 잔업거부가 준법투쟁이나 정의행위가 아니며 정의행위라고 해도 법질차를 위배하여 정당한 정의행위가 아니므로 업무방해죄에 해당한다고 보았다.<sup>77)</sup> 또한 연장근로의 거부라는 준법투쟁을 근로조건의 유지 향상을 위한 정당한 정의행위가 아니라고 하는 이유에서 업무방해죄에 해당한다고 보았다.<sup>78)</sup>

### (B) 사례의 분석

#### a. 혐의사실

노조 위원장인 피고는 대의원 간담회에서 결정한 지침에 따라 조합원으로 하여금 조기 퇴근 또는 월차 휴가를 신청하게 하였다. 검찰은 조합원투표를 거치지 않은 점을 이유로 구 노쟁법 위반, 그리고 업무방해죄로 기소했다.

#### b. 판결

원심<sup>79)</sup>은 조합원들이 피고에 의한 위력의 결과 업무를 수행하지

76) 대판 1979.3.13, 76도3657

77) 대판 1991.11.8, 91도326

78) 대판 1991.10.22, 91도600

79) 부산고법 1990.11.22, 90노785

못한 것이 아니라 자발적으로 조기 퇴근 등을 했다는 등의 이유로 업무방해죄 부분을 무죄로 선고했다.

그러나 대법원은 집단 결근 등을 다중에 의한 위력으로 보아 업무방해죄의 성립을 인정했다.<sup>80)</sup>

#### c. 검토

집단 결근 등 근로제공거부를 업무방해죄로 볼 수 없음은 앞에서 누누이 지적한 바이다.

#### C. 피켓팅

##### (A) 판례와 입법의 경향

우리 나라에서만 특유하게 문제된 앞의 두 가지 경우와는 달리 피켓팅과 직장점거는 다른 나라에서도 흔히 문제가 되는 것들이다. 직장점거는 뒤에서 별도로 논의하고 여기서는 피켓팅의 경우만을 검토한다.

이와 관련하여 1997년 노조법 개정시에 다음의 제38조 1항이 신설되었다는 점을 주의할 필요가 있다. 곧 피켓팅의 한계를 정한 것인 '쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니되며 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행·협박을 사용하여서는 아니된다'는 규정이다. 이른바 평화적 설득의 범위를 규정한 것으로서 종래의 대법원 판례<sup>81)</sup>를 입법화한 것이다.

대법원 내지 헌법재판소는 위 규정이 단순한 절차규정도 아니고 실체규정이므로 그것을 쟁의행위 정당성의 기준으로 원용할 것임에 틀림없다. 따라서 언어적 설득의 범위를 넘은 실력저지행위의 정당성을 부정할 것임에 틀림없다.

그러나 위 조항을 폭행이나 협박에 이르지 않은 실력에 의한 저지

80) 대판 1991.1.23, 90도2852

81) 대판1990.10.12, 90도1431. 일본 판례도 유사하다. 일최판소화33.6.20; 35.5.26; 53.11.15

행위를 금지하는 것은 아니라고 해석해야 할 것이다. 따라서 연좌, 스크럼, 또는 물건을 이용하여 바리케이드를 치는 등으로 통행 또는 출근 등을 저지하는 것은 정당하다고 보아야 한다.

(B) 사례

a. 버스운행 저지 등

(a) 혐의사실

피고인 등 7명은 도로를 차단하여 1천여명이 분승한 통근버스의 운행을 저지하고 그 버스에 탑승한 광원들을 하차시키는 등 차량운행을 가로막음으로써 육로의 교통을 방해하고 버스운전사의 차량운행업무를 방해했으며, 탈의실에서 철제 옷장으로 출입구를 봉쇄하고 바리케이트를 설치한 후 300여명의 근로자들이 탈의실에 들어가지 못하게 하고 입갱하지 말도록 선동, 점거하였다.

(b) 판결

제1, 2심은 업무방해죄를 인정하면서 구 노쟁법상의 적벌절차를 밟지 않았다고 하는 이유에서 정당한 노동조합활동이라고 볼 수 없다는 이유를 내세웠고,<sup>82)</sup> 대법원은 위 행위가 위력으로 사람의 업무를 방해한 것이라고 보고 절차위반이므로 정당한 쟁의행위가 아니라고 했다.

(c) 평석

나는 1천명에 대한 7명의 존재를 위력으로 볼 수 없고, 버스 운행 저지 등의 평화적 설득에 그쳤으므로 업무방해죄에 해당되지 않는다고 본다.<sup>83)</sup>

b. 위협적 언사

(a) 혐의사실

피고인 등은 파업 중, 작업을 하던 10명의 여자 근로자들에게 ‘전 조합원이 노조에 동참하여 연장근로를 거부하고 퇴근했는데 왜 동참하

82) 춘천지법 1990.1.18, 89노601, 89노634(병합), 1990.1.22, 89노601, 89노634(병합)

83) 동지: 김순태, 업무방해죄에 관한 연구, 위의 글, 181-182쪽; 장영민, 위의 책, 100쪽

지 않고 잔업을 하느냐, 즉시 중지하지 않으면 신상에 좋지 않을 것이다'라고 위협했다.

(b) 판결

제1, 2심<sup>84)</sup>은 업무방해죄 성립을 인정했고 대법원도 마찬가지였으나 어느 경우에도 쟁의행위의 정당성에 대한 판단은 하지 않고 구 노쟁법의 절차위반을 이유로 정당성이 없으므로 업무방해죄에 해당한다고 보았다.

(c) 평석

판결에서는 논의되지 않았으나 문제의 핵심은 '신상에 좋지 않다'라는 말이 과연 평화적 설득의 범위를 넘는 협박이나 하는 것이다. 그러나 그것이 늦은 밤 골목에서 강도가 한 경우와 달리 쟁의행위 중에 파업에 동참할 것을 종용하는 취지로 행해진 이상 협박이라고는 볼 수 없다.<sup>85)</sup>

D. 직장점거

(A) 판례와 입법의 경향

우리 나라나 일본의 노동조합이 기업별 조합이라고 하는 이유에서 쟁의행위의 부수적 행위로 흔히 발생하는 직장점거는 사용자의 사적 소유권과 대립되므로 그 정당성에 대해서는 논의가 있다. 이에 대해 일본 판례<sup>86)</sup>나 우리 나라 판례<sup>87)</sup>는 사용자의 수인의무를 인정하면서 '배타적이고 전면적인 직장점거는 허용되지 않으나 사용자의 점유를 병존시키고 점거도 부분적인 경우에는 허용된다'는 입장을 취했다.

그런데 1997년 노조법 개정시 제42조 1항에 '생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을

84) 마산지법 1991.2.6, 90노968

85) 동지: 김순태, 업무방해죄에 관한 연구, 위의 글, 184-185쪽; 장영민, 위의 책, 102-103쪽.

86) 東京地裁 昭和44.10.18

87) 대판1990.10.12, 90도1431; 대판1991.1.15, 90누6620

점거하는 형태로' 쟁의행위를 행할 수 없다는 규정이 포함되었고, 그 위반시 동 재89조 1호에 의해 3년 이하의 징역 등에 처한다고 규정하며, 동 시행령 제21조는 전기·전산 또는 통신시설 등을 그러한 시설로 규정하고 있다.

## (B) 사례

### a. 혐의사실

피고인 등은 10층 건물에서 1층 로비, 2층 보험금부와 경리부 영업장, 4층 계단, 5층 계약부 영업장, 7층 용자부 영업장, 10층 의무실 앞 복도를 점거했고, 출입을 배제한 것도 아니었다.

### b. 판결

제1, 2심<sup>88)</sup>은 구 노쟁법상의 절차규정 위배를 이유로 정당성이 없는 쟁의행위라고 보고서 업무방해죄 성립을 인정했고, 대법원은 일반론 으로서는 부분적 점거의 인정을 내세우면서도 위 사안은 전면적 또는 배타적 점거에 해당하므로 업무방해죄에 해당한다고 보았다.<sup>89)</sup>

### c. 평석

위 판결에는 논리가 있다고 말할 수 없다. 건물 일부분의 점거에 불과했고, 출입이 거의 불가능하게 되었다거나<sup>90)</sup> 출입자를 통제하고 감금한 경우<sup>91)</sup>도 아닌데도 불구하고 전면적 또는 배타적 점거라고 본 것은 무리이다.<sup>92)</sup>

88) 서울형사지법 1991.1.17, 90노6800

89) 대판1991.6.11, 91도383

90) 대판1991.1.15, 90누6620

91) 대판 1992.4.10, 91도3044

92) 동지: 김순태, 업무방해죄에 관한 연구, 201-202; 장영민, 114-115쪽.