

勞働爭議行爲의 可罰性에 관한 研究

- 우리나라 大法院判例를 중심으로 -

孫 在 權

(建國大學校 法科大學 法學科)

< 目 次 >

I. 序	3. 未遂時期와 有關한 업무 방해죄의 保護程度
II. 刑法上 業務妨害罪에 대한 약간의 先考察	IV. 違法性的 問題
1. 意義	1. 刑事免責規定의 '정당한 쟁의행위'와 범죄체계적 문제
2. 違憲性 論議	2. 노동관계법령과도 일치하는 근로자의 쟁의 행위
III. 構成要件 該當性的 問題	3. 노동관계법령 等を 위반한 근로자의 쟁의행위
1. 僞計에 의한 業務妨害	V. 맺는말
2. 威力에 의한 業務妨害	

I. 序

우리나라에서 1987년의 6.29선언 이후 폭발적으로 노동쟁의가 증가함으로 인하여 이제는 노동쟁의가 중요한 사회적 문제로 등장하고 있다. 특히 1997년말에 시작된 IMF 외환위기와 그에 따른 구조조정으로 인하여 해고위기에 처한 노동자들의 쟁의행위는 새로운 모습의 쟁의형태를 제시하고 있다. 즉 종래의 단체쟁의행위가 더 나은 근로조건, 더 많은 봉급을 위한 투쟁이었다면, IMF 이후에는 일자리 그 자체에 대한 생존차원의 투쟁이 일반화된 것이다. 그런데 그 동안 우리나라에서의 노동쟁의는 노사간의 자율적 교섭에 의한 쟁의타결 보다는 제3자 또는 공권력의 개입에 의해서 해결되어 온 측면이 많았다. 특히 사법부는 근로자의 단체쟁의행위에 대해 형법상 업무방해죄를 주로 적용하여 왔다. 이 때에 사법부의 태도는 근로자의 단체쟁의행위는 '일반적으로' 업무방해죄의 구성요건에 해당하는 것을 전제로 정당한

쟁의행위에 한하여 형법 제20조의 정당행위로서 위법성을 조각하는 것으로 보고 있다. 우리나라 형법 교과서의 기술도 이러한 사법부의 태도와 동일하다. 그러나 이러한 견해에 의한다면 노동관계법령에 따른 쟁의행위 조차도 업무방해죄의 구성요건에 해당하게 된다. 과연 아무런 노동관계법적 하자가 없고 최고의 실정법인 헌법이 기본권으로 보장하고 있는 근로자의 권리행사에 대해 형법적으로 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 보는 것이 타당한 것인지 의심스럽다. 이는 형법 제20조에 포함된 '법령에 의한 행위'가 구성요건 및 구성적 위법성에는 해당하나 그 위법성만이 예외적으로 조각된다는 형법상의 통설에 대한 의문으로도 연결된다.

그리고 우리나라 판례는 본문에서 보는 바와 같이 노동쟁의행위에 대하여 광범위하게 업무방해죄의 성립을 인정하고 있다. 물론 판례 중에는 바람직한 방향으로 판시한 것도 있지만, 본인이 파악하는 바에 의하면 경우에 따라서는 업무방해죄의 구성요건해당성이 의문시되는 사안이나, 위법성이 조각되는 정당한 쟁의행위에 포섭시켜야 될 사안에 대해서도 종국적으로 업무방해죄의 성립을 인정한 판례도 없지 아니하다. 아래에서는 노동쟁의행위에 대해 업무방해죄를 적용한 최근의 대법원판례를 중심으로 이러한 형법적 문제점에(한하여)¹⁾ 접근해 보고자 한다. 이를 위하여 우리나라 형법에 규정된 업무방해죄에 대한 기초이론을 먼저 간단히 살펴보기로 한다.

II. 刑法上 業務妨害罪에 대한 약간의 先考察

1. 의의

업무방해죄는 허위사실을 유포하거나 위계 위력으로써 사람의 업무를 방해함으로써 성립하는 범죄이다(제314조 1항).²⁾ 우리 형법상 업무방해죄의 연혁을 되돌아 보면 우리가 계수한 것은 일본 형법상의 업무방해죄이고, 그 기초가 된 것은 일본 구형법이다. 그런데 일본 구형법과 그 원형인 프랑스 구형법에 의하면 업무방해죄는 바로 노동쟁의행위를 규율하고자 하는데 입법취지가 있었음을 알 수 있다.³⁾ 다만 프랑스 형법에서는 쟁의행위가 폭력의 행사를 수반한 경우에만 형사처벌되도록 개정되었으나, 일본형법(이를 계수한 우리 형법)에서는 위력이라는 광범위한 개념을 포함시켜 폭행·협박에도 못미치는 행위까지 형사처벌될 여지가 남게 되었다. 여하튼 현행 형법상 업무방해죄의 보호법익이 무엇인가에 대하여는 견해의 대립이 있다. 외형적으로는 업무 자체를 보호법익으로 보는 견해와⁴⁾ 업무 그 자체가 아니라

1) 관련되는 노동법적 이론 및 법규는 가능한 논의하지 않기로 한다.

2) 개정형법에 의해 신설된 컴퓨터관련업무방해죄(同條 2항)는 최근 은행퇴출직원인 은행컴퓨터전산망을 다비시킴으로써 문제화 되었다.

3) 자세한 연혁에 대해서는 장영민/박강우, '노동쟁의행위와 업무방해죄의 관계', 한국형사정책연구원, 1996, 20면 이하

그 업무를 수행하는 사람의 활동의 자유로 보는 견해의⁵⁾ 대립이 그것이다. 그런데 업무의 개념을 靜的인 價値物로 본다면 이것과 대비되는 동적 개념인 사람의 활동의 자유와 정적 가치물인 업무는 서로 다른 것이고 따라서 양자의 견해대립은 실익이 있게 된다. 반면에 업무의 개념을 사람의 활동으로 본다면 '업무=사람의 활동'이 되므로 양자의 견해대립은 실익이 없게 된다. 그런데 업무방해죄의 행위객체인 업무는 사람이 사회생활상의 지위에서 계속적으로 종사하는 사무로 정의되는 것이 통설이다.⁶⁾ 여기의 사무는 재산적인 것은 물론⁷⁾ 정신적인 것도 포함된다. 따라서 시험문제를 누설하면 출제관리업무라는 정신적 사무를 방해한 것이 된다. 그리고 주된 사무에 한하지 않고 부수적 사무도 포함되며 보수의 유무, 영리목적의 유무도 불문한다. 또한 본죄의 업무는 업무상 과실의 죄와 같이 생명에 대한 위험한 업무일 필요도 없다. 그러나 공장 경영자가 공장을 이전하는 것과 같은 일시적 업무⁸⁾ 또는 오락을 위한 업무는 개념적으로 여기에 포함될 수 없다. 그리고 본죄의 업무는 보호법익이기 때문에 형법상 보호할 가치없는 업무는 여기에 포함될 수 없다. 그런데 형법상 보호가치있는 업무인가의 여부는 사무가 실제 평온한 상태에서 일정기간 계속적으로 운영됨으로써 사회적 생활의 기반을 이루고 있느냐에 따라 결정된다.⁹⁾ 따라서 그 업무가 반드시 적법하거나 유효한 업무수행일 필요는 없다.¹⁰⁾ 여하튼 업무방해죄에서의 업무개념은 '계속적으로 행하는 사무활동', 즉 "업무=사람의 활동"을 의미하기 때문에 보호법익을 둘러싼 상기한 견해의 대립은 그 실익이 없게 된다.

2. 違憲性 論議

(1) 立法內容上의 違憲性

우리 헌법 제12조 제1항 후문은 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다"고 규정하고 있다. 이러한 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고,

4) 이재상, 형법각론, 신정판, 189면; 배종대, 형법각론, 1994, 238면

5) 김일수, 형법각론, 159면; 박상기, 업무방해죄에서의 업무방해의 의미, 형사판례연구 제2집, 215면; 이형국, 업무방해죄, 고시연구 95년 9월, 74면

6) 판례로는 대판 1977.3.22 선고, 76 도 2928; 대판 1991.6.28 선고, 91 도 944

7) 따라서 업무방해죄의 본질에 대해 우리나라의 다수설은(권문택, 업무방해죄의 문제점, 고시계 79년 5월, 44면; 장성근, 형법각론, 1988, 229면; 이재상, 형법각론, 1996, 186; 김순태, 업무방해죄에 관한 연구, 인하대 박사학위논문, 1993, 12면), 사람의 경제생활에서의 인격적 법익을 보호하기 위한 범죄이지만 재산죄의 성격도 지니는 범죄로 파악한다.

8) 일시적 업무에 대해서 업무방해죄의 성립을 부정한 판례로는 대판 1989.9.12 선고, 88 도 1752; 대판 1985.4.9, 선고, 84 도 300

9) 대판 1986.12.23. 선고, 86 도 1372

10) 대판 1991.6.28. 선고, 91 도 944

그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형법법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울뿐더러 범죄의 성립여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다. 그런데, 형법 제314조의 구성요건은 형법의 기본원칙인 죄형법정주의에 비추어 볼 때 '위계', '위력', '업무', '방해' 등의 광범위하거나 모호한 행위유형을 사용하고 있는데 이러한 구성요건은 죄형법정주의의 핵심원칙인 명확성의 원칙에 반한다는 견해가 있다.¹¹⁾ 즉 입법자는 무엇이 범죄이고 그에 대한 형벌은 어떤 것인가를 될 수 있으면 명확하게 규정해야 하는데, 구성요건을 별다른 어려움없이 구체화할 수 있는 경우에도 이러한 광범위하고 모호한 행위유형을 사용하는 것은 명확성의 원칙에 반한다는 것이다.

그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다. 그렇게 보지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다. 그러므로 법규는 그 규정의 문언에 표현력의 한계가 있을 뿐만 아니라 그 성질상 및 입법기술상 어느 정도의 추상성을 가지는 것은 불가피하다.¹²⁾ 특히 형법에는 그 의미를 法適用者가 평가하여야 하는 규범적 구성요건 요소도 적지 않게 존재하고 있다. 예컨대 형법 제243조와 제244조에서 규정하는 음란은 평가적 정서적 판단을 요하는 대표적인 규범적 구성요건 요소이다. 그리고 업무방해죄의 행위 객체인 업무도 여기에 해당한다고 볼 수 있다. 그런데 전자의 음란이란 개념이 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것이라고 풀이되고, 후자의 업무란 개념이 사람이 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무라고 풀이되고 있으므로 이를 불명확하다고 볼 수는 없다. 그리고 기타 '위계', '위력', '방해'의 개념에 대해서도 이미 일반적으로 개념정리가 되어 있거나 체계적 목적론적 관점에서 합리적으로 해석되고(또는 될 수) 있다. 따라서 종합적으로 결론을 내린다면, 업무방해죄의 구성요건은 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙에 반하는 것이라고 단정할 수 없다.¹³⁾ 다만 그 해석에 있어서는 합리성과 엄격성이 요구되는 것은 틀림없

11) 이재상, 집회 및 시위에 관한 법률과 죄형법정주의, 사법행정 88년 3월, 66면; 장영민/박장우, 앞의 논문, 34면

12) 대판 1995.6.16 선고, 94 도 2413

13) 최근에 '헌재 1998.7.16, 97헌바23'도 합헌성을 인정하였다.

다. 특히 과거의 연혁적 입법취지, 즉 노동쟁의행위를 규율하는 수단으로서의 규정취지가 근로자의 쟁의행위를 헌법적 기본권으로 보장하는 오늘날에까지 그대로 적용되지 않도록 엄격히 해석되어야 한다.

(2) 司法適用上의 違憲性

쟁의행위에 대해 근로자에게만 업무방해죄를 인정하는 지금까지의 사법관행은 헌법이 정한 평등원칙의 취지에 반하지 않는가? 고용단체의 업무활동자는 사용자와 근로자로 구성되어 있다. 따라서 업무방해죄의 보호법익의 요소인 업무는 보호가치있는 업무이어야 할 뿐만 아니라, 그 보호는 사용자와 근로자 모두에게 평등하게 이루어져야 한다. 왜냐하면 고용계약은 사용자와 근로자의 평등관계에서 체결되는 것이기 때문이다. 그런데 지금까지의 사법관행은 근로자의 쟁의행위에 대하여는 예외없이 업무방해죄의 적용을 문제삼는데 반하여, 사용자의 대응적 쟁의조치(예컨대 사용자측의 직장폐쇄, 일방적인 휴업조치 등)에 대해서는 업무방해죄의 적용을 거의 문제삼지 않고 있다. 이러한 사법관행은 헌법이 정한 평등원칙의 취지에 반한다. 노동자의 단체적 쟁의행위에 업무방해죄의 실질이 있다면 사용자의 대응적 쟁의조치에도 업무방해죄의 실질이 있다고 보아야 한다. 이것은 사용자의 수가 노동자의 수보다 현저히 적다는 것만으로 부정될 수는 없다. 왜냐하면 적은 수의 사용자는 많은 수의 노동자와 대등한 사회적 지위에 있는 것이므로 적은 수의 사용자에 의한 대응적 쟁의조치는 근로자에 대해서는 '위력'이 될 수 있기 때문이다. 예컨대 독일의 판례는 조합가입의 뜻이 있는 근로자에게 경제적 손해를 가하겠다고 고지하여 노동조합의 가입을 저지한 사용자에 대하여 강요죄(Nötigung)를 인정하였다¹⁴⁾. 따라서 사용자 또는 근로자의 쟁의관련행위는 그것이 노동관계법령에 어긋나지 않으면 모두다 '형법상' 업무방해죄의 적용을 문제삼지 않거나, 그것이 노동관계법령에 어긋나면 모두다 '형법상' 업무방해죄의 구성요건해당성을 문제삼는 것만이 우리 헌법이 정한 평등의 원칙에 합치하는 것이다.

III. 構成要件 該當性의 問題

1. 僞計에 의한 業務妨害

업무방해죄의 구성요건은 허위의 사실을 유포하거나 기타 위계 또는 위력을 사용하여 사람의 업무를 방해하는 것으로 형성되어 있다. 여기서 구성요건적 행위 자체는 '업무방해'이고, 그 수단은 "허위의 사실을 유포하거나 기타 위계 또는 위력을 사용하는 것"이다. 허위사실을 유포하는 수단은 本稿의 대상인 노동쟁의행위와 관련성이 거의 없으므로 논의에서 제

14) BayObLGSt. 60, 296; Schäfer, Leipziger Kommentar, § 240 Rn. 104

외하기로 한다. 다음으로 행위수단 중에서 僞計란 상대방의 不知나 錯誤를 이용하는 일체의 행위를 말한다. 이에 의한 업무방해에는 예컨대 경쟁업자에 대한 허위내용의 전단을 살포하는 행위, 시험장에서 행하는 부정행위, 동종 또는 유사한 상호를 사용하는 행위 등이 해당된다. 本稿에서 특히 문제되는 노동운동과 관련된 '僞計에 의한' 업무방해의 최근판례를 들면 다음과 같다. 우선 노동조합 간부들이 "대의원회를 개최하여 일방적으로 체육대회를 휴무로 결정한 후, 같은 취지의 유인물을 참석대의원들에게 배포하여 위 회사 인천공장 소속 근로자들로 하여금 당일을 유급휴일로 오인하여 출근하지 않도록 함으로써 위 회사 인천공장의 정상가동을 불능케 하였다면 이는 위계에 의한 업무방해죄를 구성한다"는 판례가 있었다.¹⁵⁾ 이 판례에 대해서는 특별한 문제점이 보이지 않기 때문에 더 이상의 논의는 생략하기로 하고, 학자들에 의해 비판받는 僞裝就業에 관한 대법원 판례를 좀더 자세히 살펴보기로 한다.

[사안 및 판시내용] 피고인이 노동운동을 하기 위하여 서울대학 정치과의 입학학력과 국가보안법위반죄의 처벌전력을 숨기고 타인 명의로 허위의 학력과 경력을 기재한 이력서와 고등학교생활기록부 등의 서류를 작성 제출하여 주객관식의 입사시험에 합격한 사안에 대해 대법원은 '근로자에 대한 입사시험은 단순히 응모자의 노동력을 평가하기 위한 것만이 아니라 노사간의 신뢰형성 및 기업질서유지를 위한 응모자의 지능과 경험, 교육정도, 정직성 및 직장에 대한 적응도 등을 감안하여 회사의 근로자로서의 고용할 만한 적격자인지 여부를 결정하기 위한 자료를 얻기 위한 목적이 있다. 그런데 피고인의 행위는 위계에 의하여 이러한 회사근로자로서 적격자를 채용하는 업무를 방해하였으므로 위계에 의한 업무방해죄가 인정된다'고 하였다.¹⁶⁾

[평석] 이 판례는 다음과 같은 이유 등으로 비판받고 있다.¹⁷⁾ ① 노동운동이라는 목적은 불법하지도 않거니와 이를 감추고 취업하였다고 해서 위계가 될 수 없다. 그리고 이를 회사에 알려야 할 의무가 있는 것도 아니다. ② 일정 수준이상의 학력을 요구하는 회사의 지원조건에 고학력을 숨긴 것만으로 회사의 업무가 실질적으로 방해되었다고 볼 수는 없다. ③ 취업지원자의 학력 경력사칭은 전형권을 가지고 있는 회사가 실질적으로 심사하여 해결할 문제이지 당사자가 형법적 책임인 업무방해죄의 처벌을 받아야 할 문제가 아니다. 책임이 있다면 私法上 責任만이 문제될 뿐이다.

이 비판 중에서 행위자가 노동운동의 목적을 가지고 있었다는 것을 근거로 업무방해죄를

15) 대판 1992.3.31 선고, 92도58

16) 대판 1988.9.27 선고, 87도2174

17) 박상기, 업무방해죄에서의 업무방해의 의미, 형사판례연구 2, 219면; 배종대, 형법각론, 245면; 장영민/박강우, 앞의 논문, 30면; 김일수, 형법각론, 161면

인정하여서는 안된다는 논거 ①은 우선적으로 타당하다. 왜냐하면 형법상 범죄는 행위에 의해서 결정되는 것이지 행위자의 동기·목적에 의하여 결정되는 것은 아니기 때문이다. 그리고 논거 ②와 같이 자신의 학력·경력을 숨기는 단순한 소극적 부작위만으로는 업무방해죄의 행위가 되기 어렵다. 특히 경력·학력을 하향적으로 숨기는 것은 더욱 그러하다. 그리고 회사의 입사시험이 단순히 노동쟁의에 뜻이 없는 근로자를 채용하려는 것이었다면 이 경우에 형법상 보호가치 있는 업무가 있었다고 볼 수도 없다. 만약 이것도 형법상 보호가치 있는 업무로 본다면 이는 노동쟁의행위를 근로자의 기본권으로 선언한 헌법의 취지에 반하게 되기 때문이다. 그러나 피고인이 타인명의 및 타인경력의 서류를 회사에 제출하고, 시험장에서도 타인으로 행세하는 등의 적극적 행위를 계속하였다면 이는 업무방해죄에서 말하는 방해행위가 된다고 보아야 한다. 다른 판례가¹⁸⁾ 대리시험이나 시험문제를 누설하는 행위에 대해 업무방해죄를 인정한 것도 동일한 취지에서 나온 것이다. 그리고 회사도 단순히 쟁의행위에 뜻이 없는 근로자를 채용하려는 것이 아니라 업무와 관련하여 전체적으로 근로자로서의 적격자를 채용하려는 것이었다면 피고인의 행위는 형법상 보호가치 있는 회사의 정신적 업무를 침해하였다고 볼 수 있다. 그렇게 되면 피고인의 행위는 종국적으로 업무방해죄가 성립된다. 만약 상기의 대법원판례가 이러한 관점에서 피고인에게 업무방해죄를 인정하였다면 타당성을 갖추는 것으로 판단된다.

2. 威力에 의한 業務妨害

(1) 위력의 의미

업무방해죄의 구성요건에서 위력이란 범인의 위세, 사람수 및 주위의 상황에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기에 족한 세력을 말한다. 폭행 협박과 같은 유형적 세력은 물론이고 무형적 세력도 여기에 해당할 수 있다. 그리고 사회적 경제적 정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 여기에 포함된다. 예컨대 뱀을 식당에 풀어 놓는 행위(일본의 판례사안), 영업장에서 난동을 부리는 행위(대판 1961.2.24, 4293 형상 864), 다방을 명도받기 위하여 출입문을 폐쇄하는 행위(대판 1962.4.12, 62 도 17), 점포영업을 못하도록 단전조치하는 행위(대판 1983.11.8, 83 도 1798), 마이크탈취·현수막제거·대의원입장저지 등의 단체행동을 통하여 유럽총회의 회의개최를 방해한 행위(대판 1991.2.12, 90 도 2501) 등의 실제사안이 이에 해당한다. 그리고 우리나라의 대법원판례는 근로자의 단체쟁의행위를 비롯하여 각종의 단체행동에 대해서 개념적으로 위력에 의한 업무방해를 인정한다. 아래에서는 본고에서 특히 문제되는 근로자의 단체행동과 위력에 의한 업무방해의 관계를 논점별로 나누어 상술하기로 한다. 먼저 다루어야 할 논점은 다른 근로자에게 위력을 사용하지 않은 일부 근로자의 단체적

18) 예컨대 대판 1991.11.12 선고, 91도2211

쟁의행위도 위력에 의한 업무방해가 될 것인가에 있다.

(2) 다른 근로자들에게 위력을 사용하지 않은 경우에도 '위력에 의한' 업무방해가 되는가?

① 보호법익과 행위수단 사이의 인과관계

기술한 바와 같이 업무방해죄의 보호법익은 사람이 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 행하는 사무활동의 자유이다. 만약 보호법익을 정적인 가치물로서의 업무 자체로 본다면 위력이라는 행위'수단'이 인과연관되어서 업무자의 활동의 자유가 방해받는 중간 인과과정이 없더라도 업무방해죄의 성립이 가능할 것이다. 그러나 보호법익이 사람의 업무적 활동자유라면 위력이라는 행위수단에 의하여 업무자의 활동자유가 방해받아야 업무방해죄가 성립할 수 있을 뿐이다. 그런데 기술한 바와 같이 업무방해죄의 보호법익은 계속적으로 행하는 사무라는 동적 개념으로서의 업무활동이다. 따라서 위력이라는 행위'수단'과 사람의 업무활동이라는 보호법익 사이의 인과관계를 요구하는 후자의 태도가 타당한 것이 된다. 그러나 어떠한 견해이든 위력이라는 행위수단이 업무수행자의 활동자유에 작용을 하고 결과적으로 업무 자체가 방해(위협)되는 경우에 업무방해죄의 구성요건이 충족될 수 있는 것은 명백하다. 따라서 예컨대 파업지도부가 근로현장에 들어가려는 노동의사자에 대하여 폭력으로 저지하는 경우에 독일에서는 그 행위에 대해 강요죄(Nötigung)가 성립되고¹⁹⁾, 우리나라에서는 경우에 따라 업무방해죄가 성립될 수 있다. 그러나 근로자의 단체적 쟁의행위는 단체행동(개념적으로 위력)과 업무방해의 결과(가능성)만 있을 뿐 중간에 그 행위'수단'에 의해 업무수행자의 활동의 자유가 방해받는 인과과정이 없는 경우가 허다하다. 그럼에도 불구하고 우리나라 판례의 일반적인 태도는 이러한 경우에도 구성요건상 "위력에 의한" 업무방해를 인정한다. 즉 우리나라 판례가 정의하는 위력이란 범인의 위세, 사람수 및 주위의 상황에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기에 족한 세력을 말하는 것이고 '현실적으로 피해자의 자유의사가 제압된 것을 요하는 것은 아니다'.²⁰⁾ 이렇게 보면 우리나라 판례는 위력이라는 행위수단과 업무자의 활동의 자유라는 보호법익의 방해 사이에 인과과정을 요구하지 않는 것임을 알 수 있다. 그러나 이것이 업무방해죄의 성립에는 행위객체가 되는 업무활동자가 존재하지 않아도 된다는 해석으로 발전되어서는 안된다. 왜냐하면 형법이 규정한 보호법익은 '사람의' 업무이기 때문이다. 이것은 법적으로 업무의 주체가 구성원이 아니라 단체 자체인 경우에 특히 의미가 있다. 단체의 업무는 곧 그 단체를 이루는 구체적인 사람의 업무로 이루어 질 수밖에 없다. 그런데 범인이나 단체란 그 자체 고유한 자유의지가 있을 수 없고 또한 단체를 이루는 개인과 분리

19) S/S/Eser, § 240 Rn. 25; Däubler, Strafbarkeit von Arbeitskämpfen, 1972, S. 91 ff.

20) 대판 1987.4.28 선고, 87도453

되어 업무를 수행하는 실체가 있을 수 없다. 따라서 단체가 업무방해죄의 피해자가 될 수 있는 것은, 현실에서는 단체를 이루는 개개인의 업무가 방해되었지만, 그로 인한 피해의 부담자, 즉 업무의 궁극적인 주체가 단체일 경우 단체의 업무를 처리하는 개인을 실질적인 피해자라고 할 수 없기 때문에 단체 자체가 피해자가 될 수 있다는 뜻에 지나지 않는 것이다. 따라서 전혀 업무활동을 수행하는 자연인이 없는 단체, 사실적으로 업무를 행하지 않는 단체, 휴업상태에 있는 단체에 대한 업무방해죄의 성립은 개념상 불가능한 것으로 보아야 한다.

② 업무활동자로서의 사용자

그러면 근로자 모두에 의한 -즉 다른 근로자의 업무활동을 방해하지 않은- 단체적 쟁의행위가 업무방해죄의 구성요건에 해당한다면 여기서 업무활동자는 누구인가? 업무활동자가 없다면 업무방해죄의 성립은 불가능하다. 그러나 이 경우에는 업무활동자를 사용자라고 보아야 할 것이다. 고용단체에서의 업무에 관련된 활동자로는 근로자만 있는 것이 아니라 사용자도 있기 때문이다. 따라서 노동쟁의와 관련한 위력에 의한 업무방해는 다른 근로자에 대한 위력의 행사가 없더라도 그것이 사용자에 대한 위력행사가 되는 경우에는 그 성립에 있어 불가능한 것으로 볼 수는 없다. 즉 “다른 근로자들에게 위계 또는 위력을 행사한 결과로 근로자들이 회사의 업무를 방해한 경우에만 업무방해죄의 책임을 진다고 볼 것은 아니다”²¹⁾ 다만 그 위력행사가 사용자의 의사를 제압하기에 족한 세력이 되어야 한다. 따라서 ‘노동조합위원장이 다른 2명과 함께 조합원 1명을 대동하고 근로관계집회에 참석하기 위하여 3시간 정도 조기퇴근한 것만 가지고 막바로 위력에 해당한다거나 위력으로 업무를 방해한 경우에 해당한다고 볼 수 없다’는 대법원판례의 태도는²²⁾ 올바른 것이다.

(3) 단순한 노무제공거부에 대한 업무방해죄의 성립여부

다음으로 다루어야 할 논점은 단순히 노무제공을 거부하는 단체행동이 위력에 의한 업무방해죄를 충족시킨다고 볼 것인가에 있다. 이에 대해 우리나라 대법원은 업무방해죄의 성립을 인정하고 있다.²³⁾ 그리고 대법원의 이러한 태도는 최근 헌법재판소에 의해서 합헌성을 인정받고 있다.²⁴⁾ 그러나 단체적 노무제공의 거부행위가 단순한 부작위라면²⁵⁾ 업무방해죄의

21) 대판 1991.4.23 선고, 90도2771

22) 대판 1991.4.23 선고, 90도2961

23) 예컨대 대판 1991.4.23 선고, 90도 2771: “다수의 근로자들이 상호 의사연락하에 집단적으로 작업장을 이탈하거나 결근하는 등 근로의 제공을 거부함으로써 사용자의 생산 판매 등 업무의 정상적인 운영을 저해하여 손해를 발생하였다면 그와 같은 행위가 노동관계법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌한, 다수의 위력으로써 타인의 업무를 방해하는 행위에 해당하여 업무방해죄를 구성한다”. [태준의 판례로는 대판 1991.11.8 선고, 91도 326]

24) 헌재 1998.7.16, 97헌바23

25) ‘헌재 1998.7.16, 97헌바23’은 사용자의 자유의사를 제압하기에 족한 다수의 근로자가 상호 의사연락하는 것을 작위의 일종인 위력으로 파악하여 전체적으로 작위범으로 보고 있다. 그러나 다수의 근로자가 상호 의사연락하는 것

성립에는 적지 않은 장애가 있게 된다.²⁶⁾ 즉 단순한 '부작위' 행위에 대하여 업무방해죄의 구성요건해당성을 '일반적으로' 인정하는 것은 타당하지 않다. 그 이유는 다음과 같다.

형법각칙의 구성요건은 그 행위가 직접 부작위로 법정되지 않는한(즉 부작위 행위 자체를 구성요건적 행위로 법정하는 진정부작위범의 경우가 아닌한), 그 법정된 행위는 작위를 의미하는 것으로 보아야 한다. 이렇게 해석하는 것이 형법의 대원칙인 보충성의 원칙 및 엄격해석의 원칙에도 상응하는 것이다. 따라서 업무방해죄의 행위인 '방해'에 대하여 입법자는 원칙적으로 작위적 방해행위를 규정한 것으로 보아야 한다. 다만, 입법자가 예외적으로 노무제공 거부의 부작위를 업무방해죄의 행위유형으로 법정하였을 때에는 업무방해죄의 성립은 가능할 것이다. 그러나 그러한 명시규정이 현행법에 없을 뿐만 아니라 설령 그러한 규정이 법에 존재한다고 하더라도 그 법규정은 위헌판결을 받을 것이다. 왜냐하면 일하지 않는 것 자체를 처벌하는 것은 강제노동에 해당하며 강제노동은 인간의 존엄성을 최고원리로 하는 현대민주주의의 헌법이론에 반하기 때문이다.²⁷⁾ 더 나아가 이러한 입법은 동맹파업에 참가한 것에 대한 제재를 강제노동으로 보아 이를 금지하는 국제노동기구 제105호 제1조 d의 취지에도 반하는 것이다.²⁸⁾

이로부터, 노무제공거부에 의한 업무방해죄의 성립은 소위 부진정부작위범(unechtes Unterlassungsdelikt)에 관한 형법총칙의 규정 내지 이론에 의해서만 가능하게 된다. 그러나 부진정부작위범의 성립에는 엄격한 조건이 충족되어야 한다. 그것은 부작위에 의한 구성요건의 실현이 작위에 의한 구성요건의 실현과 同價値性(Gleichwertigkeit)이 있다고 평가되어야 하는데 있다. 그 평가를 가능하게 하는 최소요건이 행위자에게 보증인적 지위가 있어야 하고 법익침해를 방지하여야 할 작위의무가 있어야 한다는 것이다. 그런데 경우에 따라 근로자는

은 업무방해죄의 행위수단에 해당하는 '위력'에 대해서만 작위가 되는 것이지, 업무방해죄의 행위 그 자체인 '방해'에 대하여까지 작위가 되는 것은 아니다. 오히려 업무'방해'에 해당하는 것은 노무제공거부, 즉 부작위가 될 뿐이다.

26) 독일에서는 장래의 부작위를 고지하는 협박이 강요죄의 구성요건을 충족할 수 있는가에 대하여 견해대립이 있다. 즉 부작위범의 일반원칙에 따라서 작위의무가 존재할 때에만 위법성이 인정된다는 견해(Haffke, ZStW 84(1972), S. 71 Fn. 135; Tiedemann, Wettbewerb und Strafbarkeit, 1976, S. 20 ff.; RG 14, 265; 63, 425; BGH GA 60, 278; BGH NSTZ 82, 287; Arzt/Weber, BT I, Rn. 590; Blei, BT, 1983, § 18 III 1 b; Horn, SK, § 240 Rn. 16; Wessels, BT II/1, S. 80f.; Krey, BT I, Rn. 387)와 법적 의무없는 작위를 행하지 않았다는 부작위의 고지도 강요가 된다는 견해(Bergmann, Das Unrecht der Nötigung, 1983, S. 130 ff.; Dreher/Tröndle, § 240 Rn. 18; Gössel, BT I, § 18 Rn. 68; Lackner, § 240 Rn. 14; Niese, Streik und Strafrecht, 1954, S. 22f.; S/S/Eser, § 240 Rn. 20; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 13 Rn. 28)의 대립이 그것이다.

27) 참고로, 우편법 제50조, 전기통신사업법 제70조 제1호, 전기사업법 제68조 제2호 등은 노동제공거부를 처벌하는 특별규정을 두고 있다. 그러나 이 규정들은 문제되는 급부의 공익성과 독점성 때문에 급부제공을 거부할 경우 일반국민이 인간적 생존에 치명적 결과를 초래한다는 점에 근거를 둔 것으로 보아야 한다. 즉 이 규정들은 일반공중의 법익 즉 사회적 법익에 관한 죄를 규정한 것이지 형법상 업무방해죄와 같이 업무자 개인의 법익에 관한 죄를 규정한 것으로 이해하여서는 안된다. 따라서 이 규정들도 문제된 사업체에서 개별근로자가 사용자에 대한 관계에서 노무제공을 거부하는 것을 처벌한다기 보다는 공공적 급부를 독점한 사업주체가 그 지위를 악용하여 소비자에게 급부제공을 거부하여 고통을 주는 것을 처벌한다는 뜻으로 보아야 한다.

28) 그런데, 강제노동의 폐지에 관한 국제노동기구(ILO)의 제105호 조약은 우리나라가 비준하지 않았다.

제3자의 적극적 방해행위에 대하여 그로부터 사용자의 업무를 보호하여야 할 보증인적 지위와 작위의무를 인정할 수는 있을 것이다. 그리고 노동관계법령이나 근로계약에 근거하여 근로자에게 회사업무에 대한 '형식상의' 보증인적 지위까지 인정할 수도 있을 것이다. 그러나 쟁의행위하는 근로자에게 일하여야 하는 실질적 작위의무를 부과할 수는 없다. 기업의 근로관계는 근로자가 개별적으로 회사와 근로계약을 체결함으로써 형성되는 것이다. 근로자가 기업과 체결한 근로계약에 따라 근로를 제공하는 여부는 근로자와 사용자 사이의 私法上 권리의무관계의 문제가 될 뿐이다. 따라서 근로자가 근로계약에 위반하여 근로를 제공하지 않는 것은 민사적 채무불이행에 해당한다. 이러한 민사적 채무불이행은 경우에 따라 형법상의 의무범(예컨대 배임죄)으로 확대될 여지가 반드시 성립된다는 의미가 아니다. 있을 수 있지만, 타인에 대한 법적 의무를 요소로 하지 아니하는 일반범(예컨대 여기서 문제되는 업무방해죄)으로까지 확대될 수는 없다. 만약 후자의 경우에도 형사범으로 확대한다면 이는 공공의 평화로운 사회질서의 유지를 위하여 불가피한 최후의 수단(ultima ratio)으로서만 형사제재로서 개입한다는 형법의 보충성원칙(Subsidiaritätsprinzip)에 반한다. 그리고 '어느 누구도 계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금되지 아니한다'는 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(1990.6.13. 조약 1007호, 이른바 B규약) 제11조(우리 헌법 제12조 제1항 후문과 같은 취지의 조문)에도 반하는 것이다. 특히 헌법 및 노동관계법이 근로자에게 단체파업할 수 있는 '권리'를 부여하면서 그와 정반대되는 일할 '의무'를 동시에 부과한다는 것은 그 자체가 모순이 된다.

그리고 이러한 논리는 노무제공거부를 집단적으로 하였다고하여 바뀌는 것은 아니다. 왜냐하면 단체행동은 업무방해죄의 구성요소인 '위력'의 표지에 영향을 미칠 수 있을 뿐이고, 그 부작위행위가 '방해'라는 구성요건적 행위에 포섭될 것인가의 문제에는 아무런 영향을 미칠 수 없기 때문이다. 만약 근로자의 집단행동을 근거로 달리 해석한다면, 이는 근로자의 단결 자체를 금지하고 범죄로 처벌하는 결과가 되어 헌법이 보장한 단결권이라는 근로자의 기본권을 침해하는 위헌적 해석일 뿐만 아니라, 오로지 근로자라는 신분에 대하여 불이익을 주는 것으로서 헌법이 규정한 평등권도 침해하는 위헌적 해석이 된다.²⁹⁾

이상으로부터, 근로자의 쟁의행위가 단순한 부작위이고 근로관계법이 허용하는 쟁의방법이라면³⁰⁾ 그것은 아예 업무의 '방해'라는 구성요건해당성을 충족하지 못하거나(다만, 단체에 의한 노무제공거부라는 부작위는 방해의 수단이 되는 사용자에 대한 '위력'은 될 수 있을 것이다. 그러나 행위의 수단이 되는 위력이 된다고하여 업무방해죄의 구성요건이 종국적으로 충족되는 것은 아니다), 일반적으로 부진정부작위범에서 위법성의 구성적 실질요소로 파악되는 -폐쇄적 구성요건개념이 일반화된 작위범에서는 '불법'구성요건의 요소에 해당되는- 보증의무

29) 상기한 내용과 동일한 취지로는 조용환(변호사), '누가 이 나라의 주인인가: 파업에 대한 형사처벌의 위법성과 그 의미', in: 민주사회를 위한 변호사의 모임, 독재의 망령을 파헤치며, 69면 이하

30) 이 경우에 우리나라에서는 보통 위법성단계에서 정당행위의 문제로서만 다루어 진다.

가 근로자에게 없는 것으로 보는 것이 타당할 것이다.³¹⁾

남은 문제는 단체적 노무제공의 거부행위가 근로관계법령이 허용하지 아니하는 방법으로 이루어지는 경우에 있게 된다. 이 경우에는 개인이 무단으로 노무제공을 거부하거나 단체라도 합법적 절차를 거쳐서 하는 것과는 달리 부진정부작위법의 성립이 가능할 것으로 판단된다.³²⁾ 왜냐하면 근로자에게는 근로관계법령을 위반하지 않아야 할 법적 의무가 있고, 그 의무반이 파업과 같은 단체행동과 결부되면 위력에 의한 업무방해로서 평가될 수 있기 때문이다. 그러나 본인은 이 때에 근로자에게 문제되는 것은 근로관계법령의 위반 그 자체에 있기 때문에 가능한 형법의 업무방해죄가 아닌 동법의 벌칙조항에 의해서 해결하는 것이 입법론상 바람직할 것으로 생각한다. 결국, 비합법적 절차를 거쳐서 집단적으로 노무제공을 거부하는 행위에 대해서 근로관계법령의 위반에 상응하는 형사처벌의 범위를 넘어서 형법상 업무방해죄의 성립까지 인정한 우리나라 대법원 판례(및 헌법재판소)의 태도는 결코 입법론적 관점에서는 바람직하다고 볼 수 없다.

3. 既遂時期와 관련한 업무방해죄의 保護程度

형법 제314조의 구성요건은 “... 위력으로써 사람의 업무를 방해‘한’ 자는...” 이라고 정하고 있다. 이에 대해 우리 말의 문법상, 그리고 언어관용상 ‘방해한’이라 함은 현실로 방해되는 결과가 일어난 것을 뜻하는 것으로 볼 수 있다. 그리고 형법은 업무방해죄의 미수범 처벌규정을 두고 있지 않다. 이것은 업무방해죄의 실행에 착수하였더라도 업무를 침해하는 결과가 발생하지 않은 경우에는 처벌할 수 없다는 의미의 침해범으로 해석될 수도 있다.³³⁾ 그러나 반드시 그렇게만 해석되는 것은 아니다. 동조의 ‘방해한’을 방해하는 ‘결과를 야기한’으로 해석할 수도 있고, 방해하는 ‘행위를 한’으로도 해석할 수 있다. 전자와 같이 보호법익을 현실로 침해하여야 성립하는 범죄를 침해범이라고 하고(침해범은 위험범과 같이 결과범의 하나이다. 그런데 구체적 위험범의 경우는 입법자가 보통 이를 구성요건요소로서 명시하기 때문에 여기서 해석가능한 결과범은 침해범에 한한다), 후자와 같이 행위 자체만으로 또는 행위 자체가 정형적으로 담고 있는 보호법익에 대한 위험성과 결부하여 성립하는 범죄를 거동범(형식범) 내지 추상적 위험범이라고 한다(추상적 위험범은 개념상으로는 기수범성립을 위해서 행위 뿐만 아니라 추상적 위험성이라는 결과를 요구하는 결과범의 일종이나 실질적으로는 거동범과 비슷하다). 따라서 업무방해죄에 대해서는 구체적 위험범을 제외하고 침해범, 거동

31) Ostendorf, Kriminalisierung des Streikrechts, 1987, 35 ff.; 적법하다(rechtmäßig)는 Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 522

32) 또한, 집단적 노무제공거부(부작위)와 결합되어 다른 작위적 범위반행위(예컨대 시위중의 폭력행사 내지 파괴행위)가 수반된 경우에도 당연히 (작위범으로서) 처벌할 수 있다.

33) 이러한 해석으로는 장영민/박강우, 앞의 논문, 34면

법, 추상적 위험범의 어느 하나를 인정하는 것은 해석상 모두 가능하다. 이를 어떻게 해석할 것인가는 법해석자(법관 또는 학자)의 이성 내지 형사정책에 의한 결정에 열려 있다고 보아야 한다. 이와 같이 '보호의 정도'와 관련하여 법해석자의 판단에 열려 있는 구성요건은 허다하며 이는 결코 죄형법정주의에 반한다고 볼 수 없다. 또한 미수범의 처벌규정이 없다는 것은 행위와 결과 중에서 침해적 결과발생없이는 기수가 될 수 없다는 해석도 가능하지만, 역으로 기수범성립을 위해서는 보호법익의 침해까지 요구하지 않고 구성요건적 행위의 완료 내지 보호법익에 대한 추상적 위험성만으로 족하다는 해석도 가능하다. 이상과 같은 이유로 국내의 통설(판례포함)이 업무방해죄를 추상적 위험범으로 파악하더라도 결코 잘못되었다고 볼 수 없다.³⁴⁾ 다만 업무방해죄가 성립되는 방해'행위'는 그 자체만으로 보호법익에 대한 추상적 위험성을 인정할 수 있을 정도가 되어야 한다. 따라서 단순히 실행에 착수하는 행위만으로 이미 업무방해죄(기수)가 인정될 수는 없다. 이와 관련하여 대법원판례가 피고인들이 대전 선병원의 일과시간이 시작되기 전 또는 점심 휴식시간에 주로 병원의 행정업무부서와 약국 등이 위치한 현관로비에서 단지 구호를 외치거나 노래를 부르는 등의 방법으로 시위를 한 사안에 대해 "... 시위행위가 위 병원의 업무개시 전이거나 점심시간을 이용하여 이루어진 것이 분명하므로 특별한 사정이 없는 한 이로 인하여 업무방해가 있다고 볼 수 없고, ... 다만 업무시간 중의 시위행위는 적어도 업무방해의 결과를 초래할 위험성이 있으며, 업무방해죄는 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하지 아니하고 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하는 것이라면 족하다..."고 판시한 것은³⁵⁾ 업무시간중의 시위행위에는 원칙적으로 업무방해의 추상적 위험성이 이미 인정될 수 있다는 것으로서 설득력 있는 논거로 사료된다.

IV. 違 法 性 의 問 題

1. 刑 事 免 責 規 定 의 '정당한 쟁의행위'와 범죄체계적 문제

구 '노동조합법' 제2조와 개정 '노동조합 및 노동관계조정법' 제4조는 "형법 제20조의 규정은 노동조합의 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 제기한 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만 어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 아니된다"고 규정하고 있다. 이 조항을 형사면책규정이라고 한다. 형사판례에 의하면 여기서 말하는 "정당성의 요건은 쟁의행위가 단체교섭과 관련하여 근로조건 유지·개선 등을 목적으로 하는 것이어서 그 목적이 정당하여야 하고, 쟁의행위의 시기와 절차가 법령의 규정에 따른 것이어서 정당하여야 하며, 또한 쟁의행위의 방법과 태양이 폭력

34) 최근의 '헌재 1998.7.16, 97헌바23'도 비슷한 취지의 판시를 하고 있다.

35) 대판 1992.12.8, 92도1645; 후자의 이유부분과 同旨의 관례로는 대판 1992.11.10, 92도1315

또는 파괴행위를 수반하거나 기타 고도의 반사회성을 띤 행위가 아닌 정당한 범위 내의 것이어야 한다.”³⁶⁾ 그런데 이 형사면책규정의 범죄체계론적 지위에 대하여는 ‘정당한 쟁의행위’를 유형별로 나누어 보지 않고 일반적인 관점에서 구성요건해당성조각설과 위법성조각설이라는 견해의 대립이 있다. 전자는 헌법상의 쟁의권보장의 취지에 비추어 볼 때 정당한 쟁의행위는 권리행사로서 처음부터 범죄행위로서의 성격을 가지지 않는 것이며 민사상의 불법행위나 채무불이행으로도 되지 않는다는 것이다.³⁷⁾ 반면에 후자는 정당한 쟁의행위는 업무방해죄의 구성요건에는 해당하지만 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각될 뿐이라는 견해로서 우리나라의 판례 및 형법학자가 통설로서 취하는 것이다. 그러나 본인은 아래와 같이 정당한 쟁의행위를 유형적으로 구분하여 접근하는 것이 타당하다고 생각한다.

2. 노동관계법령과도 일치하는 근로자의 쟁의행위

노동관계법령에 완전히 일치하여 행하는 근로자의 쟁의행위가 구 ‘노동조합법’ 제2조와 개정 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제4조에서 규정하는 ‘정당한’ 쟁의행위에 해당하는 것은 아무런 의문이 있을 수 없다. 문제는 그것의 범죄체계론적 위치이다. 이에 대하여 우리나라의 판례와 형법학자들의 통설은 형법 제20조의 정당행위에 해당하는 위법성조각사유로 본다. 그러나 최고의 실정법인 헌법이 기본권으로 보장하고 있는 법령에 의한 행위에 대하여 형법상 구성요건해당성을 전제로 하면서 그 위법성을 조각하는 것으로 보는 견해는 타당하지 않다. 형법상 위법성이 조각된다는 의미는 그것이 구성요건에 해당하고 위법성구성의 실질이 존재하는 것을 전제로 하여 예외적으로 일정한 요건하에서 그 위법성이 조각된다는 것이다. 그런데 오늘날 일반화된 불법구성요건(Unrechtstatbestand)의 개념에서는 위법성의 구성적 실질은 구성요건에 이미 담겨있고, 그리고 폐쇄적 구성요건(geschlossener Tatbestand)의 개념하에서는 위법성의 구성적 실질은 구성요건에만 갇혀서 담겨있다. 따라서 이러한 일반화된 구성요건개념에 의하면 근로자의 ‘정당한’ 단체적 쟁의행위가 업무방해죄의 위법성을 조각할 뿐 구성요건에는 일반적으로 해당한다는 관념은 이미 위법성의 구성적 실질도 인정하는 것이 된다. 그러나 헌법에 보장된 근로자의 기본권을 적법하게 행사하는 것에 대하여 그 하위법인 형법이 이러한 의미의 불법구성요건에 포섭시킨다는 것은 법단계의 논리상 설득력이 없다.³⁸⁾ 다만 민법 또는 행정법과 같이 형법과 同列의 ‘법령에 의한 행위’는 보통 형법적 구성요건에는 해당되지만 법질서의 통일성(Einheit der Rechtsordnung)이라는 관점에서 법질

36) 대판 1992.12.8 선고, 92도1645의 이유

37) 김형배, 노동법, 신정판, 1992, 538면; vgl. 임종률, 쟁의행위와 형사책임, 87면

38) 따라서 독일에서는 노동관계법에 일치하는 쟁의행위는 강요죄의 위법‘구성적’ 요소인 비난가능성(Verwerflichkeit)이 이미 부정된다(이에 대해서는 Horn, SK, § 240 Rn. 48). 그러나 우리나라의 업무방해죄에는 독일형법이 강요죄에서 위법구성적 요소로서 비난가능성을 명시한 것과 같은 문언이 없기때문에 그것은 폐쇄적인 불법구성요건으로 보아야 할 것이다.

서 전체와의 상치 모순을 의미하는 위법성이 조각되는 것으로 볼 수 있다.³⁹⁾ 즉 형법과 같은 序列의 다른 법령에 의한 행위에 대해서만 형법 제20조의 정당행위에 의한 위법성조각이 인정될 수 있을 뿐이다. 따라서 형법보다 상위에 있는 헌법이 허용하는 적법한 쟁의행위에 대해서는 오늘날 불법구성요건 내지 폐쇄적 구성요건의 개념하에서 이미 구성요건에 담겨있어야 하는 위법성의 구성적 실질이 부정되는 것이지 그것의 존재를 근거로 예외적으로 위법성이 조각되는 것은 아니라고 보아야 한다. 우리나라의 판례 및 통설과 같은 해석은 구성요건을 불법구성요건으로 이해하지 않고 단순히 형식적으로 이해하는 것일 뿐이다.

3. 노동관계법령 등을 위반한 근로자의 쟁의행위; 특히 遵法鬭爭의 경우

노동관계법령 등을 위반한 근로자의 쟁의행위에 대해서는 먼저 그것이 형사면책되는 '정당한 쟁의행위'에 포섭될 수 있는가가 문제된다. 이에 대하여 우리나라 대법원판례는 절차와 관련된 위반사항에 대하여는 경우에 따라 '정당한 쟁의행위'에 포섭시키고 있다. 예컨대 냉각기간이나 사전신고에 관한 규정(최근 노동법 개정으로 노동쟁의 서면통고와 조정전치주의로 대체되었음)을 위반한 사례에 대해서도 "---냉각기간이나 사전신고에 관한 규정의 취지는 분쟁을 사전조정하여 쟁의발생을 회피하는 기회를 주고 또 쟁의발생을 사전예고케 하여 손해방지조치의 기회를 주려는 데에 있는 것이지 쟁의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니므로, 쟁의행위가 위 냉각기간이나 사전신고의 규정이 정한 시기와 절차에 따르지 아니하였다고하여 무조건 정당성이 결여된 쟁의행위라고 볼 것이 아니고, 그 위반행위로 말미암아 사회 경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않는 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래할 우려가 있는지의 여부 등 구체적 사정을 살펴서 판단되어야 할 것이다"라고 판시하여⁴⁰⁾ 노동관계법령상의 절차규정은 정당성여부를 판단하는 기준이 되지 않음을 확인하고 있다.

그리고 취업시간중의 노동조합의 활동의 경우에도 '정당한 쟁의행위'로서 인정한 아래와 같은 내용의 바람직한 판례도 있다: "(가) 노동조합의 활동이 정당하다고 하기 위하여는 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 수권 또는 승인을 받았다고 볼 수 있는 것으로서 근로조건의 유지 개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결강화에 도움이 되는 행위이어야 하며, 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행 또는 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 취업시간 외에 행하여 저야 하고, 사업장 내의 조합활동에 있어서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하며, 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야

39) 이에 대한 상세한 논의로는 Roxin, AT Bd. 1, 1992, S. 380 f.

40) 대판 1992.9.22. 92도1855

한다. (나) 쟁의행위에 대한 찬반투표 실시를 위하여 전체 조합원이 참석할 수 있도록 근무 시간중에 노동조합 임시총회를 개최하고 3시간에 걸친 투표 후 1시간의 여흥시간을 가졌더라도 그 임시총회 개최행위가 전체적으로 노동조합의 정당한 행위에 해당한다.”⁴¹⁾

노동관계법령에 위반하면서도 정당한 쟁의행위로 포섭되는 상기의 경우에 있어서 그 행위의 범죄체계론적 지위는 형법 제20조 정당행위 중에서 ‘기타 사회상규에 반하지 아니하는 행위’의 실질에 해당한다고 볼 수 있다. 이것은 위법성판단의 자료가 되는 ‘법’을 초과하는 사유이기 때문에 위법성의 구성적 실질을 인정하면서 예외적으로 조각되는 것으로 즉 통설과 같이 위법성조각사유로 보는 것이 바람직할 것이다.

전술한 것을 제외한 정당성판단에 기준이 되는 기타요소, 즉 목적, 수단과 방법 등에 관하여 판례는 엄격히 해석함으로써 이를 충족하지 아니하는 쟁의행위에 대해 형법적인 정당성을 부여하지 않고 있다. 먼저 목적에 있어서 대법원 판례는 근로조건의 유지 또는 향상 등의 목적을 엄격히 요구하면서, 예컨대 대외적 노동관계집회 또는 정치집회에 단체적으로 참석하는 경우에 대해 대체적으로 위력에 의한 업무방해죄의 성립을 인정한다.⁴²⁾ 그리고 수단과 방법에 있어서 대법원 판례는 “소극적으로 업무의 정상운행을 저해함으로써 사용자에게 타격을 주는데 그쳐야 한다”고 하면서, 예컨대 직장을 점거하여 통행저지, 구호 노래 쟁가리에 의한 소음발생, 몸싸움 등의 행위를 한 사안의 경우에 “...직장점거는 사용자측의 점유를 완전히 배제하지 아니하고 그 조업도 방해하지 않는 부분적, 병존적 점거일 경우에 한하여 정당성이 인정되는 것이고 이를 넘어 사용자의 기업시설을 장기간에 걸쳐 전면적 배타적으로 점유하는 것은 사용자의 시설관리권능에 대한 침해로서 부당하다고 할 것이다”고 판시하고 있다.⁴³⁾ 더 나아가 절차를 지키지 않고 행한 정시출근과 같은 준법투쟁의 방법에 관하여도 우리나라 대법원은 대체적으로 업무방해죄의 성립을 인정하고 있다.⁴⁴⁾

그러나 이러한 판례의 태도는 결코 올바른 것이 아니다.⁴⁵⁾ 왜냐하면 노동관계법령에 의한

41) 대판 1994.2.22 선고, 93 도 613

42) 특히 대판 1991.1.29. 선고, 90 도 2852

43) 대판 1990.10.12, 90도1431; 同旨 대판 1991.6.11, 91도383

44) 예컨대, 대판 1996.5.10. 선고, 96 도 419: “단체협약에 따른 공사 사장의 지시로 09:00 이전에 출근하여 업무준비를 한 후 09:00부터 근무를 하도록 되어 있음에도 불구하고 피고인이 쟁의행위의 적법한 절차를 거치지도 아니한 채 조합원들로 하여금 09:00시 정각에 출근하도록 지시를 하여 이에 따라 수백, 수천명의 조합원들이 집단적으로 09:00 정각에 출근함으로써 전화교환수리가 지연되는 등으로 위 공사의 업무수행에 지장을 초래하였다면, 이는 실질적으로 피고인 등이 위 공사의 정상적인 업무수행을 저해함으로써 그들의 주장을 관철시키기 위하여 한 쟁의행위라 할 것이나, 쟁의행위의 적법한 절차를 거치지 아니하였음은 물론 이로 인하여 공익에 커다란 영향을 미치는 위 공사의 정상적인 업무운영이 방해되었을 뿐만 아니라 전화교환수리 등을 받고자 하는 수요자들에게도 상당한 지장을 초래하게 된 점 등에 비추어, 정당한 쟁의행위의 한계를 벗어난 것으로 업무방해죄를 구성하고 피고인의 이와 같은 행위가 노동3권을 보장받고 있는 근로자의 당연한 권리행사로써 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당한다고 볼 수 없다”.

45) 최근의 ‘헌재 1998.7.16, 97헌바23’도 연장근로의 거부, 정시출근, 집단적 휴가의 경우와 같이 일면 근로자들의 권리행사로서의 성격을 갖는 쟁의행위에 대해서 정당성이 인정되지 않는다고 하여 바로 형사처벌할 수 있다는 대법원 판례(대법원 1991. 11. 8. 선고 91도326; 1996. 2. 27. 선고 95도2970; 1996. 5. 10. 선고 96도419 판결 등)의

위법이 있다고 하여 막바로 형법상의 위법성이 인정되는 것은 아니기 때문이다. 형법상의 위법성은 형법의 보충성원칙(Subsidiaritätsprinzip)에 의해 형벌을 가할 정도의 위법실질이 있어야 한다.⁴⁶⁾ 따라서 정치파업에 있어서도 그것이 근로조건의 향상과 관계있는 것이라면 순수정치파업과 구별하여 목적의 정당성이 인정되어야 할 것이다.⁴⁷⁾ 또한 직장점거도 대체노동을 저지하기 위하여 필요한 범위내에서 이루어지는 한 그 정당성을 인정할 수 있을 것이다.⁴⁸⁾ 그리고 절차를 위반한 정시출근과 같은 준범투쟁의 방법에 대해서 대법원판례가 일반적으로 업무방해죄를 인정하는 것도 근로자에게 오히려 위법행위를 장려하거나 업무방해죄의 보호법익을 사용자의 지시권 내지 사법상의 계약 자체로 보는 것으로서 타당하지 않다. 업무방해죄의 규범목적이 사법상의 계약 자체 내지 사용자의 지시권이 아님은 형법의 보충성원칙상 명백하다. 따라서 더 일찍 출근하라는 사용자의 지시를 근로자들이 정시에 출근함으로써 이행하지 않은 단순한 부작위의 경우와 교통법규를 준수하면서 느장으로 업무를 이행해 가는 작위의 경우는 적어도 업무방해죄의 위법성이 조각되는 것으로 보아야 한다. 그리고 근로자들의 준범투쟁으로 인해 결과적으로 사용자에게 재산적 손해가 있었다고 하더라도 그것은 더 이상 형법문제로서가 아니라 민법 또는 노동법적 문제로서 다루어져야 할 것이다.

V. 맺는 말

본문에서 살펴본 바와 같이, 근로자의 단체적 쟁의행위에 대한 우리나라 판례의 태도에 대해서는 일부 긍정적인 면도 포함되어 있으나 대체적으로 근로자의 단체행동을 과도하게 형사처벌하는 부정적인 면이 큰 것으로 평가할 수 있다. 이것은 바로 노동쟁의행위를 규율하고자 만들어진 업무방해죄의 과거의 입법취지가 쟁의행위 자체를 근로자의 기본권으로 보장하는 오늘에 이르기까지 그대로 유지하고 있음을 나타내는 셈이다. 특히 단순한 노무제공거부의 부작위와 절차를 위반한 준범투쟁방법에 대해서 우리나라 대법원이 「노동法」의 형사처벌 내지 「民事」의 문제는 별개로 하고, 중국적으로 형법상의 업무방해죄를 각기 인정한 것은 너무 과도한 논리인 것으로 사료된다. 오늘날의 민주화된 평등사회에서 노동쟁의행위를 과도하게 형사문제로서 다루는 이러한 우리나라 판례의 경향은 앞으로 점차 시정되어야 한다. 이를 위해서는 근로자의 단체행동 모두를 개념적으로 포섭시킬 수 있는 우리 형법상의 威力이라

태도는 지나치게 형사처벌의 범위를 확대하여 근로자들의 단체행동권의 행사를 사실상 위축시키는 결과를 초래하여 헌법이 단체행동권을 보장하는 취지에 부합하지 않고 근로자들로 하여금 형사처벌의 위협하에 노동에 임하게 하는 측면이 있음을 지적하고 있다.

46) Roxin(a.a.O., S. 380, Rn. 32)은 다른 범형의 금지규범은 각범형의 특수한 법효과(예컨대 민사상 손해배상)의 발생을 우선목적으로 하므로 형법이 그것보다 더 강력한 제재를 가지고 무제한적으로 개입하여서는 안된다고 하였다.

47) 장영민/박강우, 노동쟁의행위와 업무방해죄의 관계, 형사정책연구원, 59면

48) 장영민/박강우, 앞의 논문, 134면

는 행위수단을 노동쟁의에 관련한 특별히 엄격하게 해석하려는 노력이 있어야 할 것이다. 이러한 해석론보다 더욱 바람직한 것은 현행법의 위력 대신에 -強要罪에서와 같은- 폭력이라는 어느 정도 제한적인 행위수단으로 대체하는 改正立法論이 될 것이다. 즉 독일과 같이 단체쟁의행위에 따른 형법상 범죄문제는 사람(업무활동을 계속하려는 사용자 또는 쟁의불참 노동자)의 활동자유를 침해하는 경우에만 '강요죄로서' 심사되고, 기타의 생산·영업손해는 형법아닌 노동관계법에 의해서 규율되는 방향으로 나아가야 할 것이다.

《參考文獻》

- 권문택, 업무방해죄의 문제점, 고시계 1979년 5월.
- 김순태, 업무방해죄에 관한 연구 -쟁의행위와 관련하여-, 인하대학교 박사학위논문, 1993년.
- 김일수, 형법각론, 박영사, 1996년.
- , 한국형법 III [각론 상], 박영사, 1994년.
- 김형배, 노동법(신정판), 박영사, 1992년.
- 박상기, 업무방해죄에서의 업무방해의 의미, 형사판례연구(제2집), 박영사, 1994년.
- , 형법각론(개정판), 박영사, 1997년.
- 배종대, 형법각론(개정판), 홍문사, 1996년.
- 이재상, 형법각론(신정판), 박영사, 1996년.
- , 집회 및 시위에 관한 법률과 죄형법정주의, 사법행정 1988년 3월.
- 이형국, 업무방해죄, 고시계 1995년 9월.
- 임종률, 쟁의행위와 형사책임, 경문사, 1982년.
- 장영민/박강우, 노동쟁의행위와 업무방해죄의 관계, 한국형사정책연구원, 1996년.
- Arzt/Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, LH 1, 3. Aufl., 1988.
- Bergmann, Das Unrecht der Nötigung, 1983.
- Blei, Strafrecht II, Besonderer Teil, 12. Aufl., 1983.
- Däubler, Strafbarkeit von Arbeitskämpfen, in: Studien zum Wirtschaftsstrafrecht(1972), 91.
- Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 46. Aufl., 1993.
- Gössel, Strafrecht, Besonderer Teil, Band 1, 1987.
- Heinitz, Nötigung, Aufruhr und Landfriedensbruch bei Streikausschreitung, JR 1956, 3.

Lackner, Strafgesetzbuch, 20. Aufl., 1993.

LK, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar.

Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 7. Aufl., 1988.

Niese, Streik und Strafrecht, 1954.

Ostendorf, Kriminalisierung des Streikrechts, 1987.

Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl.

Rudolphi/Horn/Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2,
Besonderer Teil.

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl.

Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975.

Tiedemann, Wettbewerb und Strafbarkeit, 1976.

Wessels, Strafrecht, Besonderer Teil/1, 17. Aufl., 1993.

Zusammenfassung

Strafbarkeit von Arbeitskämpfen

Dong-Kwun Son

(Juristische Fakultät der Kon-Kuk Universität)

In Korea werden die Arbeitskämpfen von Rechtsprechung zu weitgehend bestraft. Die Begründung der Strafbarkeit von Arbeitskämpfen beruht normalerweise auf § 184 des koreanischen Strafgesetzbuches. Nur erlaubt ist Geschäftsbeeinträchtigung durch Streik im Rahmen eines Arbeitskampfes insoweit, als Mittel und Zweck in einem adäquanten Verhältnis zueinander stehen. Die Drohung mit Arbeitsniederlegung oder Fortsetzung der Arbeitsverweigerung ist in solcher Bedingung heute als legales Kampfmittel der Art nach anerkannt. Insbesondere garantiert der Art. 33 des koreanischen Verfassungsgesetzes ausdrücklich in der Regel das Grundrecht auf Arbeitskampf für die Arbeitnehmer. Nach herrschender Meinung, gestützt auf § 4 des kor. Arbeits- und § 20 des kor. Strafrechts, wird der zwar tatbestandmäßige aber sozialadäquante Arbeitskampf wegen Mangels an die Rechtswidrigkeit nicht bestraft. Aufgrund der Stufe der Rechtsordnung spreche ich mich sogar bereits für Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit der mit dem Verfassungsrecht in Einklang stehenden Streiken aus. An Befreiung von der Strafe fehlt es aber z.B. bei gewaltsamer Hinderung Arbeitswilliger am Betreten des Arbeitsplatzes durch Streikposten. Schließlich bin ich der Meinung, daß die Tendenz zur allgemeinen Strafbarkeitsanerkennung der Arbeitskämpfen von der koreanischen Rechtsprechung in Zukunft so weit wie möglich zurückgetreten werden soll.