[논 문]

노동쟁의와 형법상 범죄개념*

- 근로자의 단순한 노무제공거부행위를 중심으로 -

송 진 경**

≪차 례≫

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 근로자의 노무제공거부 행위에 대한 종래 판례의 태도와 학계의 비판
Ⅲ. 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결에 대한 비판적 검토
Ⅳ. 근로자의 노무제공거부 행위와 형법상 범죄의 개념에 대한 비판적 검토
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 문제의 제기

헌법 제33조는 근로3권을 근로자의 기본권으로서 보장하고 있다. 우리나라는 1990년 국회의 비준동의를 거쳐 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)을 체결하였고 해당 조약은 1990년 7월 10일 조약 제1006호로

* 이 논문은 2012. 6. 18. 제133회 영남형사판례연구회에서 발표한 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결에 대한 평석인 '노동쟁의와 형법상 범죄개념'의 내용을 발전시켜 전개한 것임
이 논문은 2011년도 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음 (NRF-2011-35C-B000395)
** 법학박사, 동의대학교 시간강사

www.kci.go.kr

발효됨으로써 국내법과 동일한 효력을 가지게 되었다. A규약 제8조는 규약의 당사국이 노동기본권을 보장할 것과 아울러 노동기본권의 보장을 저해하려는 입법조치를 취하거나, 이를 저해하려는 방법으로 법률을 적용하지 말아야 함을 명시하고 있다.

그럼에도 근로자의 쟁의행위는 업무방해죄 등의 범죄성립 여부가 문제되어 왔으며,[1] 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결에서도 전국철도노조 파업과 관련하여 전국철도노조의 집행부에 대해 형법 제314조 제1항의 위력에 의한 업무방해죄를 적용하여 형사처벌 할 것인지 여부가 판단의 대상이 되었다.[2]

종래 대법원은 정당한 쟁의행위라고 하더라도 업무방해죄의 형식적 구성요건을 언제나 충족한다고 보았다.[3] 하지만 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결은 쟁의행위로서 파업이 항상 업무방해죄를 구성한다고 볼 것은 아니며, 다만 사용자가 예측할 수 없는 시기에 이루어져 그의 사업운영에 심대한 혼란이나 막대한 손해를 끼침으로써 사용자의 자유의사가 제압될 수 있을 때 위력에 해당하여 업무방해죄를 구성할 수 있을 것이라고 판시하였다.

이에 앞서 헌법재판소는 2010. 4. 29. 2009헌바168 전원재판부 결정[4]에서 "헌법상 단체행동권이라고 하는 기본권의 행사에 본질적으로 수반되는 업무에 대한 지장의 초래에 대해 당연히 업무방해에 해당한다고는 볼 수 없으며, 노조법 제4조에 대해서도 헌법적으로 정당화되는 행위를 범죄행위의 구성요건에 해당하는 행위임을 인정하되 다만 위법성을 조각하도록 한 취지라고 할 수는 없다."고 하면서도, 결론에 있어서는 형법 제314조 제1항에 대한 위헌소

---

1) 1988년 3월부터 1991년 7월까지 업무방해죄를 적용하여 구속된 노동자의 숫자는 785명이고(김순태, 업무방해죄 소고 -쟁의행위와 관련하여-, 민주법학 제5권, 민주주의법학연구회, 1992, 33-34면), 2002년부터 2006년까지 제1심사건 중 쟁의행위와 관련하여 업무방해죄가 적용된 경우가 2,304건(전체 쟁의행위 사건의 30.2%)으로 나타났다(김기덕 외, 노동사건에 대한 형벌적용 실태조사(판결을 중심으로) 보고서, 국가인권위원회, 2007, 170면 참조).

2) 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결【업무방해】(공2011, 865).

3) 대법원 1991. 4. 23. 선고 90도2771 판결; 대법원 1991. 11. 8. 선고 91도326 판결; 대법원 2004. 5. 27. 선고 2004도689 판결; 대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3450 판결; 대법원 2006. 5. 25. 선고 2002도5577 판결 등 참조.

4) 헌재 2010. 4. 29. 2009헌바168 (헌집 22-1, 74).

www.kci.go.kr

원에서 '위력으로써 사람의 업무를 방해한 자' 부분이 헌법에 위배되는 것은 아니라고 하였다.

위와 같은 대법원과 헌법재판소의 판례변경은 정당한 쟁의행위라고 하더라도 업무방해죄의 형식적 구성요건을 언제나 충족한다고 보았던 기존의 판례의 태도와 비교할 때 진일보한 것으로 평가할 수 있는 측면이 없지는 않다. 하지만 위와 같은 헌법재판소의 결정으로 인해 업무방해죄의 문제상황이 모두 해결되었다고 평가되고 있지는 않다.[5)]

따라서 최근의 헌법재판소와 대법원의 판례변경 이후에도 여전히 남아있게 되는 문제점은 무엇인지 검토하고, 해당 문제에 대한 해결방안으로서는 어떠한 제안이 가능한지에 대한 심도 있는 연구가 여전히 필요하다고 여겨진다. 이하에서는 먼저 근로자의 노무제공거부행위에 대한 종래 대법원과 헌법재판소의 입장과 그에 대한 학계의 그동안의 비판을 간략히 살펴보고, 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결을 분석한 다음 헌법상 기본권으로서 근로3권의 실질적 보장이라는 차원에서 과연 노동자들의 평화적인 노무제공거부를 형법상 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 접근하는 것이 타당한지에 대해 논의하고자 한다.

Ⅱ. 근로자의 노무제공거부 행위에 대한 종래 판례의 태도와 학계의 비판

1. 종래 대법원과 헌법재판소의 입장

노동조합과 사용자 또는 사용자단체라고 하는 노동관계 당사자 간에 임금, 근로시간, 복지 등 근로조건의 결정에 대해 서로 간의 합의가 이루어지지 않는 경우에 근로자로서는 파업, 태업 등 쟁의행위로 나아가게 된다. 그런데 쟁

5) 도재형, 노동판례리뷰 "정당한 쟁의행위는 범죄 구성요건에 해당하지 않는다 -헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2009헌바168 결정-", 노동법학 제35호, 한국노동법학회, 2010, 405면.

www.kci.go.kr

의행위란 '노동관계 당사자가 그 주장을 관철하기 위하여 행하는 행위로 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위'를 말한다(노조법 제2조 제6호). 형법 제314조는 업무방해죄의 행위수단의 하나로서 '위력으로써 사람의 업무를 방해'하는 것을 포함하고 있다.

이와 같은 개념정의를 토대로 근로자들이 단결하여 파업 등 쟁의행위로 나아가는 경우를 형식적으로 검토해 보면, 근로자들이 단결하는 것은 사용자 측의 자유의사를 제압·혼란하게 할 만한 세력으로서 '위력', 파업 등 쟁의행위는 '업무의 정상적인 운영을 저해'하게 되므로 근로자의 쟁의행위는 '위력에 의한 업무방해'의 요소를 내재할 수밖에 없는 것이 된다. 따라서 형법 제314조의 업무방해죄 중에서 특히 '위력에 의한 업무방해'는 위헌이 아닌가하는 의문이 제기되어 왔다.

그러나 헌법재판소는 1998. 7. 16. 97헌바23 결정, 2005. 3. 1. 2003헌바91 결정 등에서 합헌결정을 내려온 바 있다. 종래 대법원의 판례가 근로자들이 집단적으로 근로의 제공을 거부하여 사용자의 정상적인 업무운영을 저해하고 손해를 발생하게 한 행위가 당연히 위력에 해당한다고 보고, 노동관계 법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한 업무방해죄를 구성한다고[6] 본 것도 이와 마찬가지 맥락에서였다고 여겨진다.

(1) 근로자의 단순노무제공 거부에 대한 종래 대법원의 판단

종래 대법원은 쟁의행위는 업무방해죄의 구성요건에 해당한다는 전제에서 정당성이 인정되는 경우에 한하여 예외적으로 위법성이 조각될 수 있다는 입장을 취하고 있었다.

대법원은 2003. 12. 26. 선고 2001도1863 판결[7]에서 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바23 결정을 인용하여 "집단적 노무제공의 거부가 본질적으로 위력

6) 대법원 1991. 4. 23. 선고 90도2771 판결; 대법원 1991. 11. 8. 선고 91도326 판결; 대법원 2004. 5. 27. 선고 2004도689 판결; 대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3450 판결; 대법원 2006. 5. 25. 선고 2002도5577 판결 등.

7) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001도1863 판결【업무방해·노동조합및노동관계조정법위반】(공2004, 277).

www.kci.go.kr

성을 가져 외형상 업무방해죄의 구성요건에 해당한다 하더라도 그것이 헌법과 법률이 보장하고 있는 범위 내의 행사로서 정당성이 인정되는 경우에는 위법성이 조각되어 처벌할 수 없는 것인바, 이는 헌법이 보장하는 근로3권의 내재적 한계를 넘어선 행위(헌법의 보호영역 밖에 있는 행위)를 규제하는 것일 뿐 정당한 권리행사까지 처벌하는 것은 아니므로, 본인의 의사에 반하여 강제노역을 강요하는 것이라고 할 수도 없고(헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바23 결정 참조)"라고 판시하였다.

대법원과 헌법재판소의 입장에 따라서 근로자의 단순파업을 비롯한 쟁의행위가 그것이 비록 평화적인 차원에서 이루어졌다고 하더라도 순(純) 형식적으로 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 할 때, 형사제재로부터 자유롭기 위해서는 위법성조각사유로서 정당행위의 요건을 충족하여야만 한다. 대법원은 2003. 11. 13. 선고 2003도687판결 등에서 쟁의행위가 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각된다고 하기 위해서는 "첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다(대법원 2000. 5. 12. 선고 98도3299 판결, 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결 참조)."라고 판시하였다.

(2) 형법 제314조 제1항 위력업무방해죄에 대한 종래 헌법재판소의 판단

헌재 1998. 7. 16. 97헌바23 형법 제314조 위헌소원[8]을 제기한 청구인들은 문화방송의 직원들이자 문화방송 노동조합의 간부들이다. 청구인들은 1996. 3. 14.부터 같은 해 4. 5.까지 서로 공모하여 노무제공을 거부하는 등 위력으로써 방송제작업무를 방해하였다는 사실로 업무방해죄로 기소되었다. 따라서

8) 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23 (헌집10-2, 243).

www.kci.go.kr

청구인들은 형법 제314조 중 위력업무방해죄에 대해 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자 위헌소원을 제기한 것이다.

헌법재판소는 해당 사건에서 근로자 '개인'의 노무제공 거부는 헌법상 강제노역금지 규정에 비추어 볼 때 형사처벌의 대상이 될 수 없다고 하면서도, 근로자들의 모임으로서 노동조합 차원에서 단체행동은 상대방인 사용자 측의 '자유의사를 제압하는 힘'의 행사 곧 위력에 해당한다고 판시하였다. 이후에도 헌법재판소는 2005. 3. 1. 2003헌바91 결정에서 해당 결정을 그대로 원용하면서 형법 제314조 제1항의 위력업무방해죄 부분에 대해 합헌으로 판단하였다.

요컨대 헌법재판소는 동맹파업이라고 하는 집단적 노무제공 중단은 '사용자에게 압력'을 가하는 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 보았으며, 대법원의 판례를 참조하면서 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각되는 등의 특단의 사정이 없는 한 폭행·협박이나 다른 근로자들에 대한 실력행사 등을 수반하지 아니하여도 처벌할 수 있다고 하는 점에 의견을 같이하고 있었다.

2. 종래 대법원과 헌법재판소의 결정에 대한 학계의 비판

학계에서는 근로자의 쟁의행위를 위력에 의한 업무방해죄로 취급하는 판례의 태도에 대해서도 다양한 비판이 제기되어 왔다. 예컨대, 단체행동권의 행사로서 쟁의행위의 경우를 제외하고는 기본권을 행사하는 것 그 자체가 범죄행위로서 구성요건에 해당한다고 보는 사례를 찾아볼 수 없다는 점[9], 쟁의행위를 포괄적으로 업무방해죄의 구성요건으로 포섭한 후, 위법성조각 여부를 검토하는 것은 사용자의 영업의 자유를 일방적으로 우위의 가치로 고려하는 정책이 된다는 것[10], 단체행동권이 헌법상 보장된 의미는 쟁의행위의 합법성의 추정에 있기 때문에, 근로자 단체의 노무제공거부 행위는 사용자의 의사를 제압하기에 충분하기에 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건을 충족한다고 접근하고 다만 형법 제20조에 따른 위법성조각 여부를 검토하는 것은 헌

9) 이호중, "노동쟁의와 형법", 비교형사법연구 제8권 2호, 한국비교형사법학회, 2006, 654면 참조.
10) 이호중, 앞의 논문, 655면 참조.

www.kci.go.kr

법적 원리에 충실한 형법해석론이 아니라는 비판이[11] 꾸준히 제기되어 왔다. 단순한 집단적 노무제공 거부행위를 형법상 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당하는 행위로 보는 것은 노동조합이나 그 구성원의 쟁의행위 참가를 주저하게 하기에 단체행동권을 사실상 제약하는 결과를 초래한다는[12] 점 역시 지적된 바 있다.

3. 업무방해죄의 포괄적 규정형식과 연혁에 대한 비판

학계에서는 업무방해죄의 규정형식과 관련하여서도 해당 규정의 구성요건이 단순하고 포괄적이며, 유사 입법례는 일본형법을 제외하고는 찾아보기 어렵다는 점이 지적된 바 있다.[13] 입법연혁으로 볼 때 1953년 제정된 우리 형법은 일본개정형법가안을 많이 참조하여 제정되었다.[14] 일본개정형법가안은 그 이름에서도 드러나는 것처럼 실제 일본에서 시행되지 아니하고 가안의 형태에 머물렀다. 그러나 우리의 경우에는 일본개정형법가안은 형법 제정 과정에서 주요한 대본이 되었다. 일본개정형법가안의 각칙부분이 성안될 당시[15] 일본 사회는 제2차 세계대전의 추축국(樞軸國)으로서 군국주의 하에 있었다. 따라서 법정형이 평상시에 비해 상향되어 있는 전시(戰時) 형법의 특성을 보여주고 있다.

업무방해죄의 규정만 비교하여 보더라도 현행 일본형법은 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자에 대해 3년 이하의 징역이나 50만엔 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(일본 형법 제2324조). 이에 비해 일본개정형법가안에서는 위력으로 공사(公私) 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 5000엔 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있었다.[16] 따라서 우리 형법상 위력에 의

---

11) 조국, "쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 비판", 비교형사법연구 제12권 1호, 한국비교형사법학회, 2010, 123면.
12) 김영문, "쟁의행위의 위력에 의한 업무방해죄 규정의 위헌성", 노동법학 제8호, 1998, 466면.
13) 김태명,"채권추심을 목적으로 한 전화공세가 형법상 업무방해죄에 해당하는지의 여부", 형사법연구 제21권 4호, 한국형사법학회, 2009, 495-496면 참조.
14) 신동운, "제정형법의 성립경위", 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003, 18면 참조.
15) 일본개정형법가안은 1907년에 제정된 일본형법을 개정하기 위해 마련되었던 시안으로서 총칙부분은 1931년, 각칙부분은 1940년에 공표되었다(신동운, 가인 김병로 선생과 법전편찬 -형법과 형사소송법을 중심으로-, 법학연구 제25권, 전북대학교 법학연구소, 2007, 19면).

www.kci.go.kr

한 업무방해죄의 법정형 중 징역형이 5년 이하로 규정되어 있는 것도 이와 무관하지 않다고 여겨진다.[17]

하지만 1953년 형법 제정 당시 초기의 교과서에서도 동맹파업은 처벌의 대상이 아니라고 서술하고 있는 것을 확인할 수 있다. 예컨대 1953년 10월 3일 형법이 시행된 당일에 발간된 김용진의 신형법해의에서는 동맹파업은 다수 노동자들이 단결하여 사용자의 의사를 압박하는 것이지만 스스로의 권리를 옹호하기 위한 것이기에 위법성이 없으며 범죄가 되지 않는다[18]고 아래와 같이 설명하고 있다.

> 동맹파업(同盟罷業)은 다수(多數) 노동자(勞動者)의 단결(團結)에 의하여 기업자(企業者)의 의사(意思)를 압박(壓迫)하는 것이나 일반적으로 노동자(勞動者)가 스스로의 권리(權利)를 옹호(擁護)하기 위한 것으로 위법성이 없는 것이며 범죄(犯罪)가 되지 않는다.

그 외에도 서울지방검찰청 검사로 활동한 강서용의 신형법요의를 보면 동맹파업은 일종의 위력(威力)이기는 하나 현대의 법질서가 인정할 수 있는 적당한 한도에서는 범죄를 구성하지 않는다는 것이 통설이라고 서술하면서, 적법한 동맹파업 중이라고 할지라도 폭행·협박, 위계 등을 사용하여 업무를 방해하면 위법하다고 아래와 같이 설명하고 있다.[19]

> 동맹파업(同盟罷業)이 위력(威力)인가 하는 점에 대하여 각자의 권익(權益)을 주장하기 위하여 단체세력(團體勢力)에 의하여 기업자(企業者), 판매자(販賣者)를 제압(制壓)하는 것은 일종의 위력(威力)이기는 하나 현대의 법질서상 인정될 만한 적당한 한도에 있어서 행하는 경우는 범죄를 구성하지 않으나(通說)[20], 적법한 동맹파업 중이라 할지라도 폭행·협박 위계 등의 행위를 하여

---

16) 法務大臣官房調査課, 法務資料 別冊 第23号 刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記錄, 1957, 422면.

17) 같은 취지의 지적으로 장영민·박강우, 노동쟁의행위와 업무방해죄의 관계, 한국형사정책연구원, 1995, 34면.

18) 신형법해의, 지구당, 1953.10, 326면. 책의 표지에는 김용진이 서울고법판사, 법전편찬위원, 釜大, 成大, 國大 강사라고 소개되어 있다.

19) 강서용, 신형법요의(제4판), 법제신보사, 1956, 367면 이하. 책의 표지에는 강서용이 서울지방검찰청 검사, 신흥대학교(現 경희대학교), 이화여자대학교 강사라고 소개되어 있다.

20) 밑줄에 의한 강조는 본고에서 한 것임.

www.kci.go.kr

업무를 방해하는 것은 위법임을 면하지 못한다.

[사례] 三越(Mitsukoshi)의 경영하는 5층 식당에 이르러 휴대한 독사 204[마리]를 동(同) 식당(食堂) 배선부(配膳部)를 향하여 방산(放散)하여 때마침 만원(滿員) 중의 동(同) 식당(食堂)을 대(大) 혼란(混亂)에 빠트린 것은 위력(威力)을 사용하여 동(同) 회사의 업무를 방해한 것이다(日昭 七, 一〇, 一〇).

[사례] 노동쟁의(勞動爭議)에 동맹파업(同盟罷業)이 위법(違法)이 아니라고 하여 처벌(處罰)되지 않는 것은 소론(所論)과 같다 … (日昭 一〇, 三, 一四)

위의 설명에서 범죄를 구성하지 않는다고 하는 부분이 범죄성립의 3단계 중에서 구성요건해당성 자체를 부정하는 것인지 아니면 구성요건해당성이 긍정되나 위법성 등이 조각되어 결국 범죄를 구성하지 않는다는 것인지는 확실하지 않은 측면이 있다. 하지만 폭행이나 협박이 수반되지 않는 동맹파업은 현대의 법질서가 인정하는 것으로 처벌되지 않는다고 당시의 실무가가 서술하고 있다는 점에서는 적지 않은 의미를 가진다고 여겨진다.

그동안 학계에서는 1880년 일본구형법상 상업 및 농공업방해죄가 일본 형법상 업무방해죄의 시초이며 일본구형법이 프랑스형법을 계수하는 과정에서 업무의 범위가 확대되고 행위태양이 '위력'에까지 확장되었다고 하는 계수사적 관점에서의 비판[21]도 제기되어 왔다. 과거 산업화 시절 유럽의 여러 나라들에서도 노동자들의 파업이 국익을 해한다고 생각하여 파업을 금지하는 법들을 가지고 있었지만 이미 해당 법들을 폐지하였다.[22] 더욱이 우리와 현재 가장 유사한 위력에 의한 업무방해죄 규정을 가지고 있는 일본마저도 노동자들의 단순파업에 대해서 해당 규정을 적용하지는 않고 있다. 일본의 경우에는 폭행이나 협박과 같은 폭력을 행사한 경우에만 위력에 의한 업무방해죄의 성립이 문제된다.[23] 따라서 노동자들의 집단적 노무제공거부 즉 단체행동권의 행사라고 할지라도 사용자가 예측할 수 없는 시기에 이루어져 그의 사업운영

21) 김순태, "파업에 대한 업무방해죄적용불가론 및 업무방해죄의 위헌성" -업무방해죄의 연혁 및 적용사례에 대한 검토를 중심으로, 민주법학 제12호, 민주주의법학연구회, 1997, 101-107면; 김태명, 앞의 논문, 495-497면; 도재형, "쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 법리에 관한 검토", 성균관법학 제20권 3호, 성균관대학교 법학연구소, 2008, 123-124면; 이근우, "노동쟁의에 대한 업무방해죄 적용의 축소가능성", 비교형사법연구 제12권 2호, 한국비교형사법학회, 2010, 33면 참조.

22) 정영화, "헌법상 단체행동권과 업무방해죄 법리에 대한 대법원 판례의 비판", 세계헌법연구 제17권 2호, 국제헌법학회 한국학회, 2011, 283면 참조.

23) 大塚 仁 [共]編, 大コンメンタール刑法 第12卷(第2版), 東京: 青林書院, 2005, 134-135면 참조.

www.kci.go.kr

에 심대한 혼란이나 막대한 손해를 끼침으로써 사용자의 자유의사가 제압될 수 있을 때에는 '위력에 해당하여 업무방해죄'를 구성할 수 있다고 보는 나라는 한국이 유일하다는 비판[24]을 받게 되었다.

Ⅲ. 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결에 대한 비판적 검토

1. 사실관계

한국철도공사는 필수공익사업장이고 전국철도노동조합은 한국철도공사의 근로자들을 가입대상으로 조직된 노동조합이다. 전국철도노조와 한국철도공사는 2005. 8. 31.부터 2005. 11. 4.까지 총43회에 걸쳐 단체교섭을 진행하였으나 합의에 이르지 못하였다. 이에 전국철도노조가 2005. 11. 10. 노조법 53조에 근거하여 중앙노동위원회에 노동쟁의조정신청을 하자, 중앙노동위원회가 노조법 제72조에 따라 구성한 특별조정위원회는 사전조정회의 2회를 거쳐 2005. 11. 25. 본 조정회의를 개최하여 209건에 달하는 노사 간의 쟁점사항을 조정하고자 하였으나 노사 간의 현격한 주장차이로 인하여 조정안의 제시가 어려워 조정이 성립될 가능성이 없다고 판단하여 조정안을 제시하지 아니하고 조정을 종료하였다.

전국철도노조는 2005. 11. 25. 개최된 특별조정위원회에서 '자율교섭으로 타결하기 위하여 2005. 12. 16.까지 파업 없이 성실히 교섭할 것을 서면으로 확약한다'는 내용의 확약서를 제출하였고, 특별조정위원회는 중앙노동위원회에 전국철도노동조합의 자율교섭의지를 존중하여 "우선 중재회부를 보류하고 향후 노동조합이 약속을 지키지 아니하고 쟁의행위에 돌입할 가능성이 현저한 경우에는 당해 사업장을 중재에 회부할 것을 권고한다."는 내용의 조건부

24) 박경신, "한국에만 있는 '위력에 의한 업무방해죄", 2013년 2월 11일자 경향신문기사 참조.

www.kci.go.kr

중재회부를 권고하였다.

중앙노동위원회위원장은 법 제75조에 따라 공익위원에게 의견을 요청하여 공익위원으로부터 조건부 중재회부가 타당하다는 의견제시를 받은 후 2005. 11. 25. 전국철도노동조합과 한국철도공사에게 공익위원의 조건부 중재회부 권고를 밝히면서 '2005. 12. 16.까지 중재회부를 보류하되, 향후 전국철도노동조합이 약속을 지키지 아니하고 쟁의행위에 돌입할 가능성이 현저한 경우 즉시 중재에 회부하겠다'는 내용의 중재회부 보류결정을 통지하였다.

그 후 전국철도노동조합이 2005. 12. 16.경 "2006. 1. 31.까지 파업 없이 성실히 교섭한다."는 취지의 확약서를 다시 제출하자, 중앙노동위원회위원장은 2005. 12. 16. 다시 "2006. 1. 31.까지 중재회부를 보류하겠다."는 내용의 통지를 하였다. 그 후 2006. 1. 31.에 이르러 전국철도노동조합이 더는 파업을 자제하겠다는 약속을 할 수 없다는 견해를 표명하였으나, 중앙노동위원회위원장은 당시 노사 교섭이 계속 진행되고 있고 구체적인 파업 일정이 확정되지 않은 점을 고려하여 노사 자치에 의한 교섭과 노동기본권을 최대한 보장하고자, 2006. 1. 31. 전국철도노동조합과 한국철도공사에게 "노사 자율교섭이 진행되고 있으므로 2005. 11. 25.자 특별조정위원회의 중재회부 보류권고와 공익위원의 의견을 존중하여 중재회부 보류를 연장하겠다."는 내용의 중재회부 보류결정을 통지하였다.

전국철도노조는 2006. 2. 7. 쟁의대책위원회에서 총파업일정을 2006. 3. 1. 01:00경으로 결의한 가운데 한국철도공사와 단체교섭을 계속하였으나 2006. 2. 28. 최종적으로 노사 간의 교섭이 결렬되었다.

이에 중앙노동위원회위원장은 2006. 2. 28. 20:00경 "노사가 자율교섭을 계속하였으나 쟁점사항에 대하여 최종 합의점을 찾지 못하였고 전국철도노동조합이 총파업을 예고하고 있는데, 파업시 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하고 국민경제를 현저히 저해할 것이 예상되어 2006. 2. 28. 21:00부로 중재회부를 결정한다."는 내용으로 직권중재회부결정을 하고, 같은 날 전국철도노조와 한국철도공사에 중재회부결정을 송달하였다.

당시 노조법 규정에 의하면 필수공익사업장의 경우 직권중재 기간 중에는 파업이 금지되었다.[25] 그러나 갑을 비롯한 전국철도노조 집행부는 2006. 3. 1.

www.kci.go.kr

01:00경 조합원들에게 중앙쟁의대책위원회 투쟁명령 제3호를 통하여, '전 조합원은 3. 1. 01:00경을 기해 총파업에 돌입하고, 각종 유언비어 및 확인되지 않은 소문 등에 현혹되지 말고 총파업 대오를 유지하라'는 취지의 방침을 전파하고, 이어 정부의 강경 대응방침 천명과 그에 따른 후속 조치로 주동자 체포영장 발부 등 사법처리절차에 직면하자, 2006. 3. 2. 조합원들에게 중앙쟁의대책위원회 투쟁명령 제4호를 통하여, '전 조합원은 산개 투쟁을 지속하고 지역본부는 제2거점을 확보하여 파업을 지속하라'는 취지로 지시하였다.

이에 전국철도노조 조합원들은 2006. 3. 1. 01:00경부터 같은 달 4. 14:00경까지 서울철도차량정비창 등 전국 641개 사업장에 출근하지 아니한 채 일제히 업무를 거부하여 한국철도공사의 KTX 열차 329회, 새마을호 열차 283회 운행이 중단되도록 하였고, 그로 인해 한국철도공사는 영업수익 손실과 대체인력 보상금 등 총 135억 원 상당의 손해를 입었다.

갑은 위와 같은 사실관계에서 이 사건의 파업은 단체행동권의 행사로서 정당한 쟁의행위임 주장하였다. 그 논거로서는 첫째, 이 시건 파업은 주체, 수단, 목적 등에 있어서 정당하며, 중앙노동위원회의 직권중재회부 결정 자체에는 중대한 하자가 있으므로 절차적으로 정당하다. 따라서 정당한 단체행동권의 행사에 해당한다. 둘째로 이 사건 파업은 소극적 노무제공 거부에 불과하기에 업무방해죄의 '위력'에 해당한다고 볼 수 없다. 셋째로 부작위에 의한 업무방해죄가 성립하려면 부진정부작위범의 행위주체성 즉 보증인적 지위가 필요한데 근로계약에 근거한 근로제공의무만으로는 근로자들이 사용자에 대하여 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없다. 넷째로 이 사건 파업이 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 하더라도, 파업의 경위 등에 비추어 볼 때 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각된다는 점을 들었다.[26]

---

25) 필수공익사업에 대한 직권중재제도는 2006. 12. 30. 노조법의 일부개정으로 폐지되었다. 개정이유를 보면 "쟁의권 행사와 공익보호가 조화를 이룰 수 있도록 필수공익사업에 대한 직권중재제도를 폐지하는 대신 필수공익사업에 필수유지업무를 도입하고 대체근로를 허용하는 등 쟁의행위 관련 규정을 정비"하기 위함이라고 한다.

26) 대상판례의 원심인 서울중앙지방법원 2006. 12. 20. 선고 2006노1532 판결【업무방해】 이유 중 피고인의 항소이유 요지 부분 참조.

www.kci.go.kr

2. 사건의 경과

검사는 갑을 업무방해죄로 기소하였다. 제1심법원은 갑에게 유죄를 인정하여 징역 10월에 집행유예 2년을 선고하였다.[27] 갑은 항소하였다. 항소심은 양형부당을 이유로 제1심판결을 파기하고 1,000만원의 벌금형을 선고하였다. 이에 갑이 다시 상고하였다. 대법원은 근로자들의 집단적 근로제공 거부를 '위력'으로 보고 여기에 정당행위의 이론을 적용하던 종전의 판례를 폐기하는 데에 견해가 일치하였다. 그러나 단순한 집단적 근로제공 거부를 '위력'에서 제외할 것인지 일부 포함되는 경우를 인정할 것인지에 대해 견해가 나뉘었다. 대법원은 다수의견에 따라 후자의 입장을 취하여 갑의 상고를 기각하였다.

3. 대법원의 판결이유

업무방해죄는 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 경우에 성립한다(형법 제314조 제1항). 위력이라 함은 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력을 말한다.

근로자가 그 주장을 관철할 목적으로 근로의 제공을 거부하여 업무의 정상적인 운영을 저해하는 쟁의행위로서의 파업(노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제6호)도, 단순히 근로계약에 따른 노무의 제공을 거부하는 부작위에 그치지 아니하고 이를 넘어서 사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실력행사이므로, 업무방해죄에서 말하는 위력에 해당하는 요소를 포함하고 있다.

그런데 근로자는 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한될 수 있고 그 권리의 행사가 정당한 것이어야 한다는 내재적 한계가 있어 절대적인 권리는 아니지만, 원칙적으로는 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다(헌법 제33조 제1항).

그러므로 쟁의행위로서의 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로

27) 서울중앙지방법원 2006. 5. 24. 선고 2006고단1724 판결【업무방해】.

www.kci.go.kr

볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 그 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 봄이 상당하다.

4. 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결에 대한 비판적 검토

종래 대법원은 근로자들이 집단적으로 근로의 제공을 거부하여 사용자의 정상적인 업무운영을 저해하고 손해를 발생하게 한 행위가 당연히 위력에 해당하는 것을 전제로 노동관계 법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한 업무방해죄를 구성한다고 보았다.[28] 이에 비해 대상판례인 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 판결은 '쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니'라고 함으로써 정당한 쟁의행위라고 하더라도 업무방해죄의 형식적 구성요건을 언제나 충족한다고 보았던 기존의 태도와 비교할 때 진일보한 것으로 평가할 수 있는 측면이 없지는 않다.

하지만 다수의견은 '쟁의행위로서 파업은 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실력행사'이므로 '위력'에 해당하는 요소를 포함하고 있다고 아래와 같이 판시하였다.

> "업무방해죄는 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 경우에 성립하며(형법 제314조 제1항), '위력'이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력을 말한다. 쟁의행위로서 파업(노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제6호)도, 단순히 근로계약에 따른 노무의 제공을 거부하는 부작위에 그치지 아니하고 이를 넘어서 사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실력행사이므로, 업무방해죄에서 말하는 위력에 해당하는 요소를 포함하고 있다."

---

28) 대법원 1991. 4. 23. 선고 90도2771 판결; 대법원 1991. 11. 8. 선고 91도326 판결; 대법원 2004. 5. 27. 선고 2004도689 판결; 대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3450 판결; 대법원 2006. 5. 25. 선고 2002도5577 판결 등.

www.kci.go.kr

위의 판시만을 보면 다수의견이 쟁의행위로서 파업이 '노무의 제공을 거부하는 부작위'라고 본 것인지 아니면 작위로 평가한 것인지 분명하지 않다. 하지만 앞뒤의 문맥에 따라서 판단하여 보면 작위로 평가한 것으로 볼 수 있다.[29] 반대의견도 다수의견의 위와 같은 판단은 '단순 파업'을 소극적인 부작위가 아닌 적극적인 작위로 평가한 것이라고 아래와 같이 해석하고 있다.

> "다수의견은 폭력적인 수단이 동원되지 않은 채 단순히 근로자가 사업장에 출근하지 않음으로써 근로제공을 하지 않는 '소극적인 근로제공 중단', 즉 '단순 파업'이라고 하더라도 파업은 그 자체로 부작위가 아니라 작위적 행위라고 보아야 한다는 것이나, 이러한 견해부터 찬성할 수 없다.

일상적인 언어감각에 의하면 작위는 적극적으로 신체동작을 하는 것, 부작위는 아무 것도 하지 않는 것을 말하지만, 형법적 관점에서 작위는 해서는 아니 될 일을 하는 것이고, 부작위는 반드시 해야 할 일을 하지 않는 것을 의미한다.[30] 만약 대상판례에서 대법원 다수의견과 같이 근로자가 근로를 제공하지 않는 것을 적극적인 작위라고 평가하게 되면 '근로자들은 근로를 제공하지 않는다고 하는 해서는 아니 되는 일'을 하였다는 의미가 될 것이다. 그러나 이렇게 해석하는 것은 첫째로 단체행동권을 헌법상 기본권으로 규정하고 있으면서 다른 한편으로는 '근로자들이 단체로 근로를 제공하지 않는 것은 해서는 아니 되는 일'이라고 보게 되는 모순을 초래하게 된다. 둘째로 '근로자들이 단체로 근로를 제공하지 않는 것'을 하지 않아야 한다는 것은 근로계약을 체결하였다면 항상 근로를 제공하여야만 한다는 것이 된다. 그렇다면 근로조건의 유지와 향상을 위한 목적으로 단체행동권을 행사할 수 있는 여지마저 박

---

29) 헌법재판소는 근로자의 노무제공 거부행위에 대한 종래 대법원의 판례에 대해 '해당 행위를 작위의 일종인 위력으로 파악한 것'이라고 판단한 바 있다. 즉 헌법재판소는 "대법원 판례는, 사용자의 자유의사를 제압하기에 족한 다수의 근로자가 상호 의사 연락 하에 집단적으로 노무제공을 거부하는 것을 작위의 일종인 위력으로 파악하여 이것이 별도의 독자적인 구성요건에 해당한다고 보는 것이고, 이는 다수 근로자의 상호 의사 연락 하에 이루어진 노무제공의 거부는 근로자 개개인의 그것과는 본질적으로 그 성격을 달리한다는 점을 전제로 하는 것이다(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23 참조)." 라고 하였다.

30) 신동운, 형법총론(제7판), 법문사, 2013, 88면 참조.

www.kci.go.kr

탈하게 된다. 여기에서 아울러 생각해 볼 수 있는 의문은 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결이 '쟁의행위로서 파업이 항상 업무방해죄를 구성한다고 볼 것은 아니며, 다만 사용자가 예측할 수 없는 시기에 이루어져 그의 사업운영에 심대한 혼란이나 막대한 손해를 끼침으로써 사용자의 자유의사가 제압될 수 있을 때 위력에 해당하여 업무방해죄를 구성할 수 있을 것'이라고 판시하였다는 점에서, 사용자가 예측할 수 없는 시기에 이루어지지 않는다면 단체행동권의 행사가 가능하지 않는가 하는 것이다. 그런데 원심이 확정한 대법원 2007도482 판결의 사실관계를 들여다보면 전국철도노동조합은 쟁의행위에 앞서 조정을 신청하는 등 자율적인 교섭을 위해서 노력하였다. 구 노조법 제54조 등에 따르면 공익사업의 경우에는 조정신청일로부터 30일 이내에 중재회부결정이 이루어져야 하지만, 중앙노동위원회가 중재회부보류결정을 내린 까닭에 3개월이 훨씬 지난 시점에서야 직권중재회부결정이 내려졌다. 전국철도노동조합은 직권회부결정이 내려지기 1개월 정도 이전에 이미 중재회부보류결정의 근거가 된 파업 자제의 약속을 더 이상 유지할 의사가 없음을 명확히 표시하고 총파업 시기를 결정하여 한국철도공사에 예고한 상황이었다. 이러한 제반사정에 비추어 보면 한국철도공사로서는 파업을 충분히 예견할 수 있었다고 할 것이다. 따라서 전국철도노동조합의 파업이 사용자인 한국철도공사가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어진 것이라고 보기도 어렵다.[31]

대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 반대의견은 근로자의 근로제공 의무 불이행은 '부작위'임이 명백하다고 평가하면서도, 이때 부진정부작위범의 성립을 긍정하기는 곤란하다고 아래와 같이 보았다.

> "근로자가 사업장에 결근하면서 근로제공을 하지 않는 것은 근로계약상의 의무를 이행하지 않는 부작위임이 명백하고, 근로자들이 쟁의행위의 목적에서 집단적으로 근로제공을 거부한 것이라는 사정이 존재하다고 하여 개별적으로 부작위인 근로제공의 거부가 작위로 전환된다고 할 수는 없다."

---

31) 같은 취지의 지적으로 정영화, 앞의 논문, 294-295면 참조.

www.kci.go.kr

반대의견은 근로자의 근로제공 의무불이행이 '부작위'이기는 하지만 이른바 부작위에 의하여 작위범의 구성요건을 실현시키는 부진정부작위범의 성립에서 검토되는 '부작위의 작위와의 동가치성'이 부정된다는 것이다.

한편 대상판례의 소수의견이 나오기 이전에도 노무제공 거부가 업무방해죄의 구성요건에 해당하지 않는다는 해석은 크게 3가지 방향에서 전개되어 왔는데, 첫째로는 집단적 노무제공 거부는 '위력' 개념에 해당하지 않는다는 비판이고, 둘째로는 근로자가 노부제공을 거부한 경우 방해받는 업무가 존재하지 않는다는 해석이며, 셋째로는 근로제공 거부가 부작위라는 측면에 주목하여 보면 근로자가 사용자의 업무에 대해 보증인적 지위에 있다고 볼 수 없고 따라서 부진정부작위범으로서 업무방해죄의 구성요건해당성이 없다는 것이다.32)

그런데 여기에서 아쉬운 점은 근로자들의 쟁의행위를 부작위라고 접근하는 것 자체의 한계이다. 왜냐하면 작위인가 부작위인가를 논의한다는 것은 형법상의 범죄행위에 포섭된다는 것을 전제로 하기 때문이다. 형법이 민사상 손해배상이나 행정법상 행정제재만으로는 법익을 보호하고 사회질서를 유지할 수 없는 경우에 비로소 최후의 수단으로만 사용되어야 하고, 형벌의 본성이 인간이 참기 어려운 고통이자 해악이라고 한다면 형벌 부과의 전제가 되는 사람의 행위도 인간의 모든 사회적인 행위가 아니라 적어도 형법상 범죄로 다룰 정도로 사회에 해를 끼치는 것이어야 한다. 무엇보다도 단체행동권은 헌법상 보장되는 기본권인데 하위 법률인 형법에서는 근로자들이 해야 할 행위로서 노무제공을 하지 않고 거부하였다는 차원에서 일종의 범죄 즉 부작위범이 된다고 한다면 헌법보다 마치 형법이 우위에 서있는 것이 되어 헌법의 최고규범성을 침해하게 되는 문제가 발생한다.

백보 양보하여 근로자의 쟁의행위를 부진정부작위범으로 접근하는 경우에도 문제가 없지 않다. 부진정부작위범의 행위주체는 작위의무 있는 자로 한정된다. 보증인적 지위에 있는 자는 작위범의 구성요건이 실현되지 않도록 담보해야 한다. 이를 파업과 위력에 의한 업무방해죄에 적용하면, 사업주의 업무

32) 이호중, "노동쟁의와 형법", 비교형사법연구 제8권 2호, 한국비교형사법학회, 2006, 657-658면 참조.

www.kci.go.kr

가 방해되지 않도록 해야 할 보증인적 지위에 있는 근로자들이 작위의무에 위반하여 사업주의 업무를 방해한 경우에는 그 결과에 따라서 처벌해야 한다는 것이 된다. 이러한 논리구조에 따라서 근로자가 근로계약상의 근로제공의무를 불이행한 경우를 형법상의 부작위라고 하게 되면, 근로자에게 근로계약상의 근로제공의무를 이행해야 한다고 하는 작위의무를 부여하게 되고, 결국 근로제공을 강제하는 것이 되어 버린다. 이러한 결과는 헌법상 보장된 단체행동권의 형해화(形骸化)를 초래할 위험이 적지 않다.

요컨대, 근로자들의 단순한 노무제공거부를 부작위가 아니라 '사용자 측의 의사를 제압하기에 충분한 세력'의 행사로서 작위로 보고, 근로계약에 따른 노무제공의무의 불이행이라고 하는 일종의 채무'불이행'을 적극적인 작위로 평가하는 것은 '해서는 아니 될 일을 하는 것'이라고 하는 작위범의 개념에 비추어 볼 때 무리한 해석이라고 여겨진다. 아울러 동맹파업을 부진정부작위범으로 구성하는 경우 역시 특히 보증인적 지위와 그에 따른 작위의무를 부여하게 되는 점에서 근로제공의 강제에 이르게 되어 단체행동권이라는 기본권 보장의 차원에서 동의하기 어렵다고 할 것이다.

Ⅳ. 근로자의 노무제공거부 행위와 형법상 범죄의 개념에 대한 비판적 검토

1. 헌법상 보장된 단체행동권의 행사로서 근로자의 노무제공거부 행위와 형법상 범죄의 개념

형식적 의미에서 범죄는 구성요건에 해당하고 위법하고 책임 있는 인간의 행위라고 정의된다. 그런데 형법은 한편으로는 사회구성원들이 인간다운 삶을 평화롭게 누리면서 개인의 인격을 최대한 꽃피울 수 있게 하려는 목적을 가지면서, 다른 한편 이러한 목적달성을 위해 형벌이라는 가장 강력한 수단을 가지고 있다. 형벌의 본질은 해악이기에 형법은 민사상 손해배상, 행정제재

www.kci.go.kr

등 다른 수단으로 사회평화를 달성할 수 없는 경우에 최후의 수단으로 개입해야 한다. 다시 말해서 형벌의 본질이 해악이라고 할 때, 형벌의 전제가 되는 법적 요건으로서 범죄성립 여부를 검토함에 있어서 판단의 대상이 되는 '인간의 행위' 역시 인간의 모든 사회적 행위가 아니라 그 중에서도 범죄로 다룰 만큼 타인에게 해악을 끼치는 것으로서 사회적으로 용납할 수 없는 정도의 것이어야 할 것이다.[33]

순(純) 형식적 관점에서 접근하여 본다면, 노동조합원들의 단체적 노무제공거부행위는 '근로자들이 단결하여 사용자 측의 자유의사를 제압·혼란하게 할 만한 세력으로서 '위력'에 해당하고, 노무제공거부행위는 '업무의 정상적인 운영을 저해'하게 되기에 위력에 의한 업무방해의 구성요건을 충족하는 것으로 보인다. 그러나 이러한 접근방식은 '근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모'하려는 목적에서 비롯된 단체행동권의 행사를 '사회유해적 행위'로서 암묵적으로 바라보게 된다는 점에서 문제의 소지가 없지 않다. 같은 취지에서 노동법학계에서는 어떤 행위가 범죄 구성요건에 해당한다는 말은 "그 행위가 일반적으로 사회적으로 유해하다"라는 것을 뜻하기에, 근로자들의 [평화적] 쟁의행위가 범죄 구성요건에 해당하고 다만 위법성이 조각될 뿐이라는 판례 법리는 헌법상 기본권 행사를 사회적으로 유해한 행위로 평가하는 논리 구조라는 점에 대해 반론을 제기한다. 아울러 쟁의행위에 대한 형사면책 법리의 핵심적 쟁점은 평화적인 쟁의행위를 형법상 범죄(업무방해죄)로 취급하는 법리 그 자체이며, 정당한 쟁의행위가 구성요건을 조각하는지 아니면 위법성조각사유에 해당하는지는 그 다음의 문제임에도 불구하고, 헌법재판소가 단결금지 법리의 본질적 문제점은 건드리지 못하고 핵심쟁점에 대한 위헌 판단을 회피하였다고 비판하고 있다.[34]

단결권·단체교섭권 그리고 단체행동권이라고 하는 근로 3권은 헌법적 차원에서 보장되는 기본권의 지위를 가진다(헌법 제33조 제1항). 근로자의 단체행동권은 근로자가 작업환경의 유지·개선을 관철시키기 위해서 집단적으로

33) 허일태, "범죄행위의 불법성", 형법연구 I, 세종출판사, 1997, 126면; 허일태, "형사실체법 정비를 위한 근본적 고찰", 형법연구 III, 진원사, 2007, 52면 참조.
34) 도재형, 앞의 논문, 405면 참조.

www.kci.go.kr

시위행동을 함으로써 업무의 정상적인 운영을 저해할 수 있는 권리이며, 단체행동권은 노동3권 중에서 가장 강력하고 본질적인 권리이다.[35] 헌법은 이해관계를 달리하는 여러 사회세력들이 어떤 구심점을 찾아서 공존하기 위해서 제정된 것이기에 그 국가사회의 최고 가치로서 존중되어야 한다는 의미에서 최고규범성을 가진다. 그러므로 형법도 헌법적 가치에 위배되어서는 아니 된다.[36]

그럼에도 현행법은 여전히 단체행동권의 행사 즉 쟁의행위를 한편으로는 헌법상의 기본권이라고 하면서, 다른 한편으로는 위력에 의한 업무방해죄라고 하는 형법상의 범죄로 취급할 수 있는 구조를 가지고 있다는 점에서 모순을 내포하고 있다. 같은 맥락에서 학계의 일각에서는 "현행법은 쟁의행위를 한편으로는 헌법상의 기본권으로 다른 한편으로는 형법상의 범죄로 규정하고 있다."고 지적하면서, "기본권이자 범죄행위라는 서로 양립할 수 없는 요소를 동시에 내포하고 있는 쟁의행위를 하나의 법질서 내에서 통일적으로 자리매김하는 것이 쟁의행위법의 중요한 과제 중의 하나"라는 견해가 제시된 바 있다.[37]

2. 헌법상 기본권으로서 근로자의 단체행동권과 경영자의 재산권의 충돌에 대한 검토

(1) 근로자의 단체행동권과 경영자의 재산권의 충돌에 대한 검토

헌법 제33조 제1항은 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이라고 하는 이른바 근로 3권을 기본권으로서 보장하고 있다. 다른 한편 헌법 제23조 제1항은 재산권을 보장하고 있다. 근로자가 단체행동권을 행사하여 파업 즉 노무제공거부행위를 하게 되면 사업주로서는 사업운영에 지장을 받게 되고 영업 손실이 불가피하다. 따라서 노동자가 근로조건의 유지나 향상을 위해 행사할 수 있는

35) 허영, 한국헌법론(전정8판), 박영사, 2012, 534면 참조.
36) 허영, 헌법이론과 헌법(신6판), 박영사, 2013, 32면 참조.
37) 조경배, "형사면책법리와 쟁의행위 정당성론의 논의구조", 노동법학 제9호, 한국노동법학회, 1999, 319-320면 참조.

www.kci.go.kr

권리 중 가장 강력하고 효과적인 수단은 단체행동권이라고 할 수 있다.[38] 근로자의 단체행동권의 행사에 따라서 사용자의 재산권은 제약을 받게 된다고 할 때, 헌법상 보장되는 기본권 상호 간에 충돌이 발생하게 되고 이를 어떻게 조화롭게 해석할 것인가에 대한 문제가 발생하게 된다.[39]

헌법학계와 노동법학계에서는 근로자의 노동3권이라는 기본권을 행사함에 있어서 사용자의 재산권이라고 하는 양자의 기본권이 충돌하는 측면이 논의의 대상이 되고 있다. 일반적으로 재산권은 기본권 중에서 자유권에 속하고, 근로자의 단체행동권을 포함한 근로3권은 사회권에 속한다고 한다. 한편 헌법학계의 일각에서는 노동3권이 국가권력의 간섭 없이 자주적으로 행사되고 근로자와 사용자 사이에 체결되는 단체협약이 국가적인 간섭이나 방해 없이 자율적으로 이루어질 수 있도록 보장한다는 의미에서는 노동3권의 자유권적 성격을 부인할 수 없고, 다른 한편 노동 3권의 실현은 국가의 제도적인 뒷받침에 의해서 비로소 가능하다는 점에서는 생활권적 성격을 무시할 수 없다고 보고 있다. 요컨대 근로자의 노동3권은 자유권이면서 생활권이라는 복합적인 성질의 기본권이라고 한다.[40] 사회권이란 사회적 기본권, 생존권, 경제적·사회적·문화적 권리라고도 한다. 헌법상 사회적 기본권의 근거로서는 헌법전문에서의 실질적 평등사회 건설의 이념, 제10조의 인간의 존엄과 가치·행복추구권 그리고 국가의 불가침의 기본적 인권 보장의무, 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리를 들 수 있다. 제32조의 근로의 권리, 제33조의 노동3권을 비롯하여 제31조 교육을 받을 권리, 제34조 사회보장을 받을 권리, 제35조 환경권, 제36조 양성평등 등이 사회적 기본권으로 분류되고 있다.[41] 노동3권

---

38) 같은 취지에서 허영 교수님은 "단체행동권…근로자의 쟁의권이 행사되면 사용자의 해고권에 의해서 근로자가 받는 불이익만큼이나 심각한 불이익이 사용자에게 돌아가기 때문에 노동3권 중에서도 가장 강력하고 본질적인 권리임에는 틀림없다"고 서술하고 계신다(허영, 한국헌법론(전정8판), 박영사, 2012, 534면).

39) 같은 지적으로 송강직, "미국의 단체행동의 정당성", 노동법학 제42호, 한국노동법학회, 2012, 211면.

40) 허영, 앞의 책, 527-528면 참조. 같은 맥락에서 "사회권도 사실 그 구체적 내용을 살펴보면 국가로부터 간섭받지 아니할 자유권적 측면과 국가에 대하여 일정한 환경이나 조건의 조성을 요구하는 청구권적 측면이 있다."는 서술로 이성환, "사회권의 법적 성격", 법학논총 제22권 2호, 국민대학교 법학연구소, 2010, 138면 참조.

41) 김종보, 사회적 기본권의 구체적 권리성 여부, 법학연구 제49권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2008, 76-77면 참조.

www.kci.go.kr

이 헌법상 인정되는 까닭은 경제·사회생활영역에서 근로자와 사용자 혹은 경영자 간에 심한 불균형을 시정함으로써 실질적인 평등을 실현하고 사회공동체의 통합을 촉진하기 위해서이다.[42]

헌법 제23조 제1항은 재산권을 보장하면서도 그 내용과 한계를 법률로 정한다고 명시하고 있고, 제2항에서는 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다고 하여 제한을 설정하고 있다. 이에 비해 헌법 제33조 제1항은 근로자의 근로3권을 보장하고 있다. 물론 헌법 제33조 제1항을 포함한 구체적인 기본권 조항 자체에서 기본권의 한계를 설정하고 있지는 않다고 하더라도 헌법 제37조 제2항에 따라서 '국가안전보장·질서유지 또는 공공복리'를 위하여 필요한 경우에 법률에 의해 제한을 받을 수 있다. 생각건대 헌법 제37조 제2항의 한계규정이 없다고 하더라도 개인이 자유와 권리를 향유하고 자신을 꽃피우고 평화롭게 살아가기 위해서는 타인의 자유와 권리 또한 존중하여야 한다는 점에서 본다면 기본권의 행사에는 본질적인 한계와 제약이 있을 수밖에 없다고 여겨진다. 그러나 헌법 제37조 제2항에서 아울러 강조하고 있듯이 기본권을 제한하는 경우에도 본질적인 내용을 침해할 수는 없다. 노동3권을 본질적으로 침해할 가능성이 큰 행위의 예로서는 쟁의행위를 심히 제한하는 법률을 제정하는 행위가 포함된다.[43]

아울러 현행 헌법은 1980년 헌법에서 단체행동권 행사의 법률유보조항을 두고 있던 것을 삭제하였고, 1972년 헌법이 근로자의 노동3권은 법률이 정하는 범위 안에서 보장된다고 규정하였던 것과 달리 근로자는 노동3권을 가진다고 규정하고 있다.[44] 2002년부터 2006년까지 쟁의행위 사건에서 가장 많이 적용된 죄명은 업무방해죄(30.2%)이고 그 외에 폭력행위등처벌에관한법률위반(이하 '폭처법', 세부적으로는 주거침입, 폭행, 상해, 손괴, 체포·감금, 협박,

---

42) 허영, 앞의 책, 528면 참조.

43) 허영, 앞의 책, 538면 참조.

44) 현행 헌법상 근로자의 노동3권에 관한 규정과 같이 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."(밑줄에 의한 강조는 본고에 의함)고 한 표현은 1962년 개정되고 1963년 12월 17일 시행되었던 헌법 제29조 제1항에서도 확인할 수 있다. 한편 제헌헌법부터 1960년 시행된 제5호 헌법까지는 "근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위 내에서 보장된다. 영리를 목적으로 하는 사기업에 있어서는 근로자는 법률의 정하는 바에 의하여 이익의 분배에 균점할 권리가 있다."고 하였다.

www.kci.go.kr

공갈 순으로 나타남), 집회및시위에관한법률위반 등이 주로 문제되고 있다. 하지만 쟁의행위의 수단·방법으로 폭력이나 파괴행위가 수반된 경우는 전체 쟁의행위 사건 중 34.1%로 파악되고, 명예훼손죄와 모욕죄를 포함하면 36.4%를 차지했다.[45] 여기에서 확인할 수 있는 사실은 쟁의행위 자체가 폭력, 파괴행위 등 평화적이지 않은 방식을 취했기 때문에 쟁의행위에 참가한 근로자들이 처벌받은 것이라고 평가할 수는 없다는 점이다.

따라서 근로자의 노동3권 중 특히 단체행동권을 헌법상의 기본권으로서 보장하면서도 실력행사가 없는 근로자의 단순한 파업 또는 평화적 파업에 대해서도 형법상 위력에 의한 업무방해죄로 처벌하거나, 파업을 하기 이전에 준수해야할 절차를 지키지 않은 경우에 형사제재를 받도록 규정하는 법률[46]을 둠으로써 사실상 정당한 파업을 어렵게 하는 현실은 과연 기본권의 본질적 부분에 대한 침해금지라고 하는 헌법에 부합하는 것인지 의문이다.[47] 더 나아가서 법원이 기본적으로 '쟁의행위=불법'이라는 전제 하에 노동조합 측에서 쟁의행위의 주체, 목적, 절차, 수단의 정당성을 모두 입증하여야 비로소 위법성이 조각된다고 하는 것에 반해, 사용자의 직장폐쇄에 대해서는 그것이 비록 노동3권과 같은 헌법상의 기본권이 아니라 노동조합 및 노동관계조정법에 근거할 뿐임에도 대항성과 방어성 요건만 갖추면 적법하다고 보며 그 인정범위도 상당히 넓다는 지적[48]을 법 앞의 평등이라는 차원에서 경청해 볼 필요가 있다고 여겨진다.

(2) 근로자의 단체행동권과 '경영자의 경제적 활동의 자유'의 충돌

그런데 여기에서 조금 더 깊이 고찰해 보아야 할 것은 과연 노동자의 쟁의행위로 인해 사용자의 재산권이 직접 침해되는 것인가 하는 점이다. 즉 근로자의 쟁의행위에 대해 형법상 위력에 의한 업무방해죄의 성립 여부가 문제

45) 김기덕 외, 앞의 보고서, 170면 참조.
46) 예컨대 노동조합 및 노동관계조정법 제91조 벌칙에 대한 규정만 보더라도 조정절차가 종료되기 전에 쟁의행위를 한 경우 등에 대해 '1년 이하의 징역'이나 1천만원 이하의 벌금이라고 하는 형벌을 가할 수 있도록 하고 있다.
47) 같은 취지의 지적으로 송강직, "노동법학에서 헌법학의 역할", 동아법학 제48호, 2010, 839-840면.
48) 민주사회를 위한 변호사모임, 2012 한국인권보고서, 120-121면 참조.

www.kci.go.kr

된다고 할 때, 위력에 의한 업무방해죄의 보호법익을 확인하고 넘어가야 할 필요가 있어 보인다. 업무방해죄의 보호법익이 '재산'인지 아니면 '사람의 사회적 활동의 자유'인지 혹은 둘 모두인지에는 견해가 나누어지고 있다. 업무란 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업으로서 일정 기간 사실상 평온하게 이루어져 사회적 활동의 기반이 되는 것을 말하며, 업무방해죄의 업무는 반드시 경제적 업무에 한정되는 것은 아니며, 문화적 또는 비경제적 활동도 보호대상이 된다.[49] 따라서 업무방해죄는 '업무활동의 자유'를 보호하는 것에 중점이 있다고 판단된다. 경영자의 재산권을 비롯한 경제적 면은 업무활동의 자유를 보호함으로써 발생하는 부수적인 효과라고 할 것이다.[50] 특히 업무방해죄의 성격을 재산에 대한 범죄로 보게 되면 형벌확대를 정당화하는데 이용될 염려가 있다는 지적[51]을 경청할 필요가 있다고 여겨진다.

하지만 헌법상 보장되는 기본권으로서 노동3권과 재산권이 충돌한다고 보는 경우이든 아니면 업무방해죄의 보호법익을 감안할 때 근로자의 노동3권과 사용자의 기업경영이라고 하는 일종의 사회활동의 자유와 충돌한다고 보는 경우이든 기본권충돌 또는 상충이라는 문제가 발생한다. 노동자와 사용자라고 하는 기본권 주체가 자기 기본권을 주장할 때 국가는 쌍방 당사자가 주장하는 기본권의 내용과 효력을 이익형량에서 합헌적인 해결책을 도출해야할 책무를 진다.

현대국가의 구조적 원리로서 사회국가원리는 실질적인 '자유'와 '평등'의 실현을 핵심으로 한다. 우리 헌법도 노동3권을 포함한 '사회적 기본권'을 규정함으로써 사회국가원리를 수용하고 있다고 이해된다.[52] 사회국가원리가 나오게 된 배경에는 19세기 자유주의적 근대시민사회에서의 형식적 법치국가이념과 오로지 형식적인 평등한 자유·권리의 강조에 의해 초래된 실질적 불평등과

---

49) 같은 맥락에서 대법원은 유림총회를 개최하지 못하게 한 사안(대법원 1991. 2. 12. 선고 90도2501 판결), 입시부정과 관련된 사안(대법원 1993. 5. 11. 선고 92도255 판결), 해고근로자가 회사에 출입한 사안(대법원 1991.9.10. 선고 91도1666 판결)에서 업무방해죄의 성립을 인정하고 있다.

50) 같은 취지에서 업무방해죄의 본질을 '사람의 사회적 활동의 자유'에 있다고 서술하는 견해로 장영민·박강우. 앞의 연구보고서, 19-20면 참조.

51) 장영민·박강우. 앞의 연구보고서, 19면 참조.

52) 이성환, 앞의 논문, 136면; 허영, 앞의 책, 159면; 홍성방, 인권과 기본권의 역사적 전개, 한림법학 FORUM 제7권, 1998, 87-88면 참조.

www.kci.go.kr

그에 따른 여러 가지 사회적 갈등과 부조화 현상을 해결하고 실질적인 평등을 구현하기 위함에 있다. 노동자의 평화적인 쟁의행위에 대해서까지 위력에 의한 업무방해죄를 적용하는 것은 사용자의 경영활동의 자유나 재산권에 대한 보장일 수는 있겠지만, 근로자의 노동3권 특히 단체행동권에 대한 실질적 보장이라고는 할 수 없어 보인다.

3. 노동조합 및 노동관계조정법상 형사면책 규정과 형법 제20조에 대한 재해석

노동조합 및 노동관계조정법 제4조는 정당한 쟁의행위의 경우에 형법 제20조의 정당행위에 대한 규정을 적용한다고 명시하고 있다. 그런데 해당 규정이 의도하는 바가 '정당한 쟁의행위라고 하더라도 단체의 위력을 행사한 것으로서 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당하는 행위임을 인정하되, 다만 위법성을 조각하도록 한 취지라고는 할 수 없다'는 점은 헌법재판소[53]에서도 설시한 바 있다.

이제 문제는 형법 제20조를 헌법이 보장하는 기본권으로서 단체행동권의 행사라는 의미와 모순되지 않게 해석하는 것이다. 형법학계의 통설은 형법 제20조를 위법성조각사유로서 해석한다. 하지만 노동형법의 영역에서 형법 제20조의 '벌하지 아니 한다'는 문언을 해석함에 있어서는 구성요건해당성 조각의 의미도 포함한다고 보자고 하는 견해[54]가 유력하게 제기되고 있다는 점을 주목할 만하다.

물론 견해에 따라서는 구성요건해당성을 부정하든 아니면 위법성조각사유로서 정당행위를 인정하든 결론에 있어서는 범죄가 성립하지 않게 되므로 논의의 실익이 없다는 주장도 제기될 수 있다. 그러나 어떠한 행위가 범죄의 구성요건에 원칙적으로 해당하나 예외적으로 위법성이 조각될 수 있다는 것과

---

53) 헌재 2010. 4. 29. 2009헌바168 【형법 제314조 제1항 위헌소원】.

54) 김대휘, "쟁의행위에 있어서 업무방해와 정당성", 형사판례연구 제2호, 1994, 75-76면 각주 18; 이호중, "노동쟁의와 형법", 비교형사법연구 제8권 2호, 한국비교형사법학회, 2006, 656-657면; 조국, "쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 비판", 비교형사법연구 제12권 1호, 한국비교형사법학회, 2010, 124-125면 참조.

www.kci.go.kr

처음부터 헌법상 보장된 권리의 행사로서 범죄의 개념과는 차원이 다르다고 접근하는 것은 해당 행위에 대한 법적·사회적 평가의 관점에서 본질적인 차이가 있다고 할 것이다.[55]

Ⅴ. 결 론

우리나라는 '경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)'에 가입하였고, 이 규약은 1990년 7월 10일(조약 제1006호)부터 국내에서 발효되었다. 해당 조약은 1990년 3월 16일 국회의 비준동의를 거친 것으로서 국회가 제정한 국내법과 같은 효력을 가진다(헌법 제6조 제1항). A규약은 제8조에서 규약의 당사자국은 모든 근로자가 노동조합을 결성하고 이에 가입할 수 있는 권리를 확보할 수 있도록 해야 하고, 1948년 국제노동기구협약이 보장하는 결사의 자유 및 단결권을 저해하는 입법조치를 취하거나, 또는 이를 저해하려는 방법으로 법률을 적용해서는 아니 된다고 규정하고 있다.

비교법적인 관점에서 보면, 예컨대 독일형법은 위력에 의한 업무방해를 처벌하는 규정을 두고 있지 않고 컴퓨터업무방해(독일형법 제303b조)만을 규정하고 있다. 현재 우리와 유사한 입법례는 일본형법상 위력업무방해죄(일본형법 제234조)에서 볼 수 있을 뿐이다. 현행 일본형법(1907년)이 업무방해죄를 규정하게 된 배경은 노동운동을 탄압하기 위한 것이었다고 한다.[56] 그러나

---

55) 같은 취지에서 조국 교수님은 "그러나 어떠한 행위가 범죄구성요건에 해당하느냐 자체가 그 행위에 대한 사회적 판단에 영향을 준다는 점, 그리고 공범의 종속성에 대한 학설에 따라—'최소한 종속형식설'에 따를 경우—공범인정에 있어서 차이를 가져온다는 점에서 실익이 있다. 더 중요한 것은 형사절차에서의 실익이다. 정당한 쟁의행위가 위법성조각사유라고 하면 수사기관은 위법성조각 여부를 추후 법원에서 다툰다는 계획 아래 수사를 진행한다. 구성요건해당성이 없다고 하면 애초에 쟁의행위는 '비범죄화'되는 것이므로 수사의 착수 자체가 금지된다."라고 설명하고 있다(조국, 앞의 논문, 125면).

56) 김순태, "파업에 대한 업무방해죄적용불가론 및 업무방해죄의 위헌성" -업무방해죄의 연혁 및 적용사례에 대한 검토를 중심으로, 민주법학 제12호, 민주주의법학연구회, 1997, 101-107면; 장영민·박강우, 앞의 연구보고서, 34면; 이근우, "노동쟁의에 대한 업무방해죄 적용의 축소가능성", 비교형사법연구 제12권 2호, 한국비교형사법학회, 2010, 33면 참조.

www.kci.go.kr

일본판례의 경우에는 단순한 동맹파업은 위법하지 않고, 다만 파업 중 행해진 협박, 모욕 등을 수단으로 한 업무방해의 경우에만 가벌성을 잃지 않는다[57] 고 판시한 것을 볼 수 있다.

그러므로 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결은 종래 대법원이 근로자의 집단적 노무제공거부 행위는 언제나 예외 없이 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 본 것에 비해서는 진일보한 측면이 없지는 않다. 그러나 여전히 근로자들의 단순한 노무제공거부 행위에 대해서까지 -사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우-라고 한다면 '집단적 노무제공의 거부'는 위력에 해당한다고 본다는 점에서는 한계를 가진다고 할 것이다.

왜냐하면 형법상 행위는 인간의 모든 사회적인 행위가 아니라 그 중에서도 범죄로 다룰 만큼 타인에게 해악을 끼치는 것으로서 사회적으로 용납할 수 없는 정도의 것이어야 하는데,[58] '근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모'하려는 목적에서 비롯된 단체행동권의 행사를 과연 '사회에 유해한' 범죄행위로서 평가하여도 좋은지 여전히 의문이 남겨지기 때문이다.

투고일 : 2013. 04. 01.	심사일 : 2013. 04. 22.	게재확정일 : 2013. 04. 30.

57) [日本]大審院, 昭和10年 3月14日, 昭9(れ) 1779号 判決【脅迫侮辱業務妨害被告事件】.
58) 허일태, "범죄행위의 불법성", 형법연구 Ⅰ, 세종출판사, 1997, 126면; 허일태, "형사실체법 정비를 위한 근본적 고찰", 형법연구 Ⅲ, 진원사, 2007, 52면 참조.

www.kci.go.kr

참고문헌

<단행본>

강서용, 신형법요의(제4판), 법제신보사, 1956.
김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2008.
김용진, 신형법해의, 지구당, 1953.10.
김일수・서보학, 새로쓴 형법총론(제11판), 박영사, 2006.
남흥우, 형법총론(개정판), 박영사, 1975.
박상기, 형법총론(제7판), 박영사, 2007.
배종대, 형법총론(제9개정판), 홍문사, 2008.2.
손동권, 형법총론(제2개정판), 율곡출판사, 2005.
신동운, 형법총론(제6판), 법문사, 2011.
신동운, 신판례백선 형법총론, 경세원, 2009.
이건호, 형법강의 총론(개정판), 일조각, 1961.
오영근, 형법총론(제2판), 박영사, 2009.
유기천, 형법학 총론강의, 일조각, 1975.
유병진, 한국형법총론, 서울: 고시학회, 1956.
이형국, 형법총론(제4판), 법문사, 2007.
임웅, 형법총론, 법문사, 2005.
정성근・박광민, 형법총론(제4판), 삼지원, 2008.
정영석, 형법총론, 삼중당, 1961.
정창운, 형법학총론(제3정판), 박영사, 1960.
조준현, 형법총론(제3정판), 법원사, 2004.
차용석, 형법총론강의[Ⅰ], 고시연구사, 1984.
김성돈, 형법각론, 성균관대학교 출판부, 2008.
김일수・서보학, 새로쓴 형법각론(제7판), 박영사, 2007.
박상기, 형법각론(제7판), 박영사, 2008.

www.kci.go.kr

배종대, 형법각론(제6전정판), 홍문사, 2007.
손동권, 형법각론(제2개정판), 율곡출판사, 2007.
오영근, 형법각론(제2판), 박영사, 2009.
이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
임웅, 형법각론(개정판 보정), 법문사, 2005.
조준현, 형법각론(개정판), 법원사, 2005.
정영일, 형법각론(개정판), 2008.
신동운・허일태, 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부, 2003.
허영, 한국헌법론(전정8판), 박영사, 2012.
허영, 헌법이론과 헌법(신6판), 박영사, 2013.
大塚 仁 [共]編, 大コンメンタール刑法 第12卷(第2版), 東京: 青林書院, 2005.

<논문>

김경제, “근로자의 단체행동권”, 공법학연구 제4권 2호, 한국비교공법학회, 2003.
김동현, “쟁의행위의 정당성 문제”, 법학연구 제21권 2호, 충남대학교 법학연구소, 2010.
김선수, “쟁의행위의 절차적 정당성”, 노동법연구 제12호, 서울대학교 노동법연구회, 2002.
김순태, “업무방해죄 소고-쟁의행위와 관련하여-”, 민주법학 제5호, 민주주의법학연구회, 1992.
김순태, “파업에 대한 업무방해죄적용불가론 및 동조의 위헌성”, 민주법학 제12호, 민주주의법학연구회, 관악사, 1997.
김영문, “쟁의행위의 위력에 의한 업무방해죄 규정의 위헌성”, 노동법학 제8호, 한국노동법학회, 1998.
김일수, “근로자의 쟁의행위와 업무방해죄”, 고려법학 제36호, 고려대학교 법학연구원, 2001.
김완수・나국현, “위법쟁의행위에 대한 형사귀책”, 노동법논총 제3집, 한국비

www.kci.go.kr

교노동법학회, 2000.
김홍영, “쟁의행위 법제도의 개선”, 성균관법학, 제21권 3호, 성균관대학교 법학연구소, 2009.
김희성, “단순한 집단적 노무제공거부행위와 위력에 의한 업무방해죄”, 노동법논총 제20집, 한국비교노동법학회, 2010.
도재형, “정당한 쟁의행위는 범죄 구성요건에 해당하지 않는다”, 노동법학 제35호, 한국노동법학회, 2010.
_____, “쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 법리에 관한 검토”, 성균관법학 제20호, 2008.
박종희, “독일 쟁의행위 법제에 관한 소고”, 고려법학 제42호, 고려대학교 법학연구원, 2004.
박주현, “쟁의행위와 형사책임”, 노동법연구 제1호, 서울대학교 노동법연구회, 1991.
박재필, “쟁의행위의 목적 및 절차의 정당성”, 안암법학 제14호, 안암법학회, 2002.
송강직, “노동법학에서 헌법학의 역할”, 동아법학 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010.
_____, “일제 강점기하의 한국내의 쟁의행위와 재일한국인 쟁의행위 비교”, 법사학연구 제35호, 한국법사학회, 2007.
_____, “쟁의행위와 민사책임”, 노동법학 제9호, 한국노동법학회, 1999.
_____, “미국의 단체행동의 정당성”, 노동법학 제42호, 한국노동법학회, 2012.
손동권, “노동쟁의행위의 가벌성에 관한 연구-우리나라 대법원판례를 중심으로-”, 일감법학, 건국대학교 법학연구소, 1998.
신권철, “쟁의행위와 민사책임”, 법조, 법조협회, 2011.
이근우, “노동쟁의에 대한 업무방해죄 적용의 축소가능성”, 비교형사법연구 제12권 2호, 한국비교형사법학회, 2010.
이광택, “쟁의행위와 형사책임”, 1999년 하계정기학술대회, 한국노사관계학회, 1999.
_____, “쟁의행위의 정당성에 관한 몇 가지 고찰”, 노동법학 제11호, 한국노

www.kci.go.kr

동법학회, 2000.
_____, “노동법의 선진적 개정 방향”, 법학논총 제23권 1호, 국민대학교 법학연구소, 2010.
이상희, “위법쟁의행위와 손해배상책임에 관한 해석 및 입법의 한계”, 노동정책연구 제6권 3호, 한국노동연구원, 2006.
이성환, “사회권의 법적 성격”, 법학논총 제22권 2호, 국민대학교 법학연구소, 2010.
이을형, “쟁의행위의 한계와 쟁의행위의 법리”, 노동법논총 제1집, 한국비교노동법학회, 1998.
이호중, “노동쟁의와 형법-쟁의행위에 대한 형법의 판단구조”, 비교형사법연구 제8권 2호, 한국비교형사법학회, 2006.
임지봉, “업무방해죄의 적용에 관한 헌법적 고찰-헌법재판소 결정의 규범적 이해, 노동법학 제34호, 2010.
우희숙, “쟁의행위와 위력업무방해죄의 관계”, 노동법논집 제20집, 한국비교노동법학회, 2010.
정영화, “최근 노동법 및 노동제도 변화와 헌법사실의 관계”, 홍익법학, 홍익대학교 법학연구소, 2012.
정영화, “헌법상 단체행동권과 업무방해죄 법리에 대한 대법원 판례의 비판(대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결”, 세계헌법연구, 국제헌법학회 한국학회, 2011.
정인섭, “쟁의행위의 개념”, 노동법학 제9호, 한국노동법학회, 1999.
정인섭, “쟁의행위의 질곡”, 노동법연구 제26호, 서울대학교 노동법연구회, 2009.
정진경, “쟁의행위의 절차적 정당성과 업무방해죄”, 저스티스 제72호, 한국법학원, 2003.
정진연 · 조규태, “쟁의행위의 형법상 지위와 정당성의 한계”, 노동법논총 제1집, 한국비교노동법학회, 1998.
조경배, “형사면책법리와 쟁의행위 정당성론의 논의구조”, 노동법학 제9호, 한국노동법학회, 1999.

www.kci.go.kr

_____, “쟁의행위와 민사책임에 관한 프랑스법리”, 노동법학 제19호, 한국노동법학회, 2004.
_____, “쟁의행위와 민사책임에 관한 영국법리”, 노동법학 제24호, 한국노동법학회, 2007.
_____, “쟁의행위 정당성론의 논리구조에 관한 비판과 민사면책법리의 재정립에 관한 연구”, 민주법학 제36호, 민주주의법학연구회, 관악사, 2008.
_____, “형법상 업무방해죄와 쟁의권-헌법재판소 2010. 4. 29. 선고, 2009헌바168 결정을 중심으로-”, 민주법학 제44호, 민주주의법학연구회, 관악사, 2010.
조 국, “쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 비판”, 한국노동법학회·서울대공익인권법센터·국가인권위원회 2010년 학술세미나 발표자료집, 2010.
하경효, “쟁의행위의 정당성에 관하여”, 저스티스 제33권 3호, 한국법학원, 2000.
홍기갑·박경배, “위법쟁의 행위에 대한 손해배상책임 구성의 문제점 및 대안”, 기업법연구 제19권 3호, 기업법연구, 2005.

<학위논문>

정인섭, 쟁의행위의 개념, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1997.
김순태, 업무방해죄에 관한 연구, 인하대학교 박사학위논문, 1993.

<연구보고서>

김기덕, 노동사건에 대한 형벌적용실태조사 보고서, 국가위원회, 2007.
이승욱·조용만·강현주, 쟁의행위 정당성의 국제비교, 한국노동연구원, 2000.
장영민·박강우, 노동쟁의행위와 업무방해죄의 관계, 한국형사정책연구원, 1995.

www.kci.go.kr

<국문요약>

노동쟁의와 형법상 범죄개념

송 진 경

형법은 한편으로는 사회구성원들이 인간다운 삶을 평화롭게 누리면서 개인의 인격을 최대한 꽃피울 수 있게 하려는 목적을 가지면서, 다른 한편 이러한 목적달성을 위해 형벌이라는 가장 강력한 수단을 가지고 있다. 형벌의 본질은 해악이기에 형법은 민사상 손해배상, 행정제재 등 다른 수단으로 사회평화를 달성할 수 없는 경우에 최후의 수단으로 개입해야 한다. 다시 말해서 형벌의 본질이 해악이라고 할 때, 형벌부과의 전제로서 범죄성립 여부를 검토함에 있어서 판단의 대상이 되는 '인간의 행위' 역시 인간의 모든 사회적 행위가 아니라 그 중에서도 범죄로 다룰 만큼 타인에게 해악을 끼치는 것으로서 사회적으로 용납할 수 없는 정도의 것이어야 한다.

헌법은 근로자의 노동3권을 보장하고 있다. 현대국가의 구조적 원리로서 사회국가원리는 실질적인 '자유'와 '평등'의 실현을 핵심으로 한다. 우리 헌법도 노동3권을 포함한 '사회적 기본권'을 규정함으로써 사회국가원리를 수용하고 있다고 이해된다. 그럼에도 근로자의 평화적 파업에 대해서도 형법상 위력에 의한 업무방해죄의 성립 여부가 문제되고 있는 것이 현실이다. 어떠한 행위가 형법상 범죄라고 할 수 있는지를 판단할 때에는 해당 행위가 범죄로 다룰 만큼 '사회에 해악을 끼치는 행위'여야 한다. 그렇다면 '근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모'하려는 목적에서 비롯된 단체행동권의 행사를 형법상 '사회에 유해한' 범죄행위라는 시각으로 접근하는 태도는 지양되어야 할 것이다.

주요어: 노동쟁의, 단체행동권, 범죄개념, 사회적 기본권, 형법의 최후수단성

www.kci.go.kr

<Abstract>

A Critical Study on Labor Dispute and the Notion of Crime

Song, Jin-Kyung

One of the goal of criminal law is to help members of society enjoy meaningful quality of life peacefully and flourish individuality to the fullest. On the other hand, criminal law uses punishments as the most powerful means in order to achieve the goal. We should use criminal punishment at the last moment when the use of compensation for damages or administrative penalty is ineffective for supporting social peace because the essential nature of criminal punishment is harm. In other words, people's act to become subject to judge whether the act comes under a certain crime before imposing criminal punishment is not every act but harm other people and unacceptable level if we can understand that the nature of criminal punishment is harm.

The constitution of the republic of korea ensures three fundamental rights of workers. The core of the principle of social state as a structural principle of the modern countries is the realization of practical freedom and equality. We can say that the constitution have adopted the principle of social state by stipulating fundamental social rights including three fundamental rights of workers. But in reality, the legal issues have been discussed whether strikes of workers violates the interference with

www.kci.go.kr

business by the threat of force in criminal law even if workers went on a peaceful strike. In order to judge whether an act constitutes a crime or not, the precondition is that the act has a harmful influence in society appropriating for regarding it as a crime. As a result, the viewpoint which regards the exercise of right of collective actions that has a goal to support and make better working conditions and improve the socioeconomic status for workers as a crime that has a bad impact in society should be sublated.

Key Words: labor dispute, right of collective actions, the notion of crime, fundamental social rights, 'ultima-ratio'principle

www.kci.go.kr