

## 업무방해죄의 해석과 쟁의행위 중 파업과의 관계

박성민\*

### 국 | 문 | 요 | 약

이 논문은 업무방해죄와 파업의 관계를 형법해석학의 관점에서 접근하고 있으며, 업무방해죄의 구성요건에 대한 해석과 집단적 노무제공 거부에 대한 행위분석을 통해 파업에 대해 업무방해죄의 적용을 긍정하되 신중해야 한다는 점을 강조하였다.

파업에 대한 업무방해죄 적용의 당부(當否)를 판단하기 위해서는 먼저 업무방해죄의 성격과 구성요건에 대한 해석을 전제로 파업이라는 집단적 노무제공거부가 형법 제314조의 업무방해죄의 구성요건에 해당하는지를 살펴볼 필요가 있다. 이 논문에서는 논증을 통해 파업이 업무방해죄의 업무방해성과 위력성을 가진다는 점을 확인하였다.

더불어 파업에 대해 업무방해죄를 적용하는데 있어 헌법이나 노조법의 제약여부도 살펴보았다. 노무제공거부인 파업을 형사처벌하는 것은 노무를 강제하는 것으로 헌법상의 강제노역금지에 반한다는 비판이 있다. 그러나 집단적 노무제공거부는 사적계약위반인 일반적 노무제공거부와 구별해야 하며, 파업이 사용자의 기본권인 영업의 자유를 침해하게 되면 기본권은 제한될 수 있다는 점에서 헌법상의 강제노역금지에 대한 규정을 업무방해죄를 제한하는 근거로 사용할 수 없다는 점을 확인하였다. 그리고 노조법 제4조와 제39조의 해석을 통해 노조법이 형법상의 업무방해죄의 적용을 제한하지 않는다는 점도 살펴보았다.

한편 파업은 노무제공을 거부하는 부작위임에도 불구하고 우리 판례는 이를 적극적 작위로 이해하고 있다. 노사공동번영이라는 현대적 노사관계의 이상을 위해서 법원이 업무방해죄의 적용에 신중을 기할 필요가 있다는 점에서 파업은 부작위로 파악하는 것이 타당하다.

❖ 주제어 : 업무방해죄, 파업, 형법, 노동조합 및 노동관계조정법, 부작위

## I. 문제제기

노사간 근로조건에 관한 교섭이 합의에 이르지 못하면 노동자와 사용자는 쟁의행위를 통해 자신들의 요구조건을 관철할 수 있다. 쟁의행위는 교섭실패를 반전시키기 위해 물리력이 수반된다는 점에서 상대방의 업무영역에 대한 압박수단으로 사용된다. 쟁의행위에는 파업·태업(준법투쟁 포함)·피케팅·직장점거 등 노동자에 의한 쟁의행위와 직장폐쇄 같은 사용자에 의한 쟁의행위로 구분할 수 있다. 그런데 쟁의행위의 종류를 보면 노동자의 쟁의행위는 다양한 반면, 사용자의 쟁의행위는 직장폐쇄가 거의 유일하고 그마저도 노동자의 쟁의행위에 대한 소극적·방어적 권리<sup>1)</sup>로 기능함을 알 수 있다. 이는 소위 무기대등의 원칙상<sup>2)</sup> 사용자가 불리한 위치에 있는 것으로 비춰질 수 있다. 그러나 사용자는 그 어떤 쟁의행위보다도 효과적인 수단을 가지고 있는데, 그것이 바로 노동자의 쟁의행위에 대해 업무방해죄로 대응하는 것이다.

문제는 우리 법률이 쟁의행위에 대한 국가 공권력 작용을 제한하고 있다는 점이다. 이러한 취지는 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노조법이라 한다)에 반영되어 있는 바, 동법 제39조를 보면 “근로자는 쟁의행위 기간 중에는 현행법 외에는 이 법 위반을 이유로 구속되지 아니한다.”라고 해서 쟁의행위기간 중 근로자의 구속제한을 규정하고 있다. 노조법이 구속제한규정을 통해 달성하고자 하는 취지는 노사간의 문제를 노사내부에서 평화적으로 해결하라는 것이다. 그러나 판례는 노동자의 쟁의행위에 대해 업무방해죄 적용을 광범위하게 인정하고, 수사기관은 쟁의행위참가자를 업무방해죄로 구속하여 수사하고 있다. 이에 따라 동 규정의 취지는 그 의미를 상실한 것이 아닌가 하는 비판이 제기된다.<sup>3)</sup>

1) 노동조합 및 노동관계조정법 제46조 제1항 “사용자는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있다.”

2) 물론 쟁의행위에 무기대등의 원칙이 적용되는 것은 아니다. 하지만 노조법이 노동관계의 공정한 조정을 목적으로 하고 있는 만큼 노사관계는 공정성확보가 중요한 화두일 수 있다. 사용자의 입장에서 쟁의의 수단이 한정적이라는 것은 그만큼 불리할 수 있다는 반증이며, 노동관계의 공정성에도 반하는 것으로 볼 여지가 있다.

3) 실제 이러한 입장으로는 조국, “쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 비판”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 2010, 104면.

동 규정의 해석과 관련한 문제는 본문에서 다루겠지만, 노사간의 문제를 노사내 부에서 평화적으로 해결하도록 하려는 노조법의 취지는 충분히 공감할 수 있다. 그렇다면 평화적 분쟁해결을 지향하는 노조법의 취지에도 불구하고, 쟁의행위에 대해 업무방해죄를 적용하는 것이 정당화될 수 있는가. 이에 대해 우리 판례는 업무방해죄의 적용을 인정하고 있다.<sup>4)</sup> 반면에 최근 노동법학자들을 비롯한 학계의 주류적 견해는 업무방해죄의 적용에 비판적이다.<sup>5)</sup> 쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용에 비판적인 견해들을 보면 업무방해죄의 구성요건이 죄형법정주의에 반한다거나,<sup>6)</sup> 쟁의행위에 대해 업무방해죄를 적용하는 것은 위헌이라고 하거나<sup>7)</sup>, 업무방해죄를 제한적으로 해석함으로써<sup>8)</sup> 쟁의행위가 업무방해죄의 구성요건에 해당하지 않음을 역설하고 있다.

그러나 그 어떤 이론적 근거에도 불구하고 결국 업무방해죄의 적용을 긍정하는 판례는 쟁의행위에 의한 국가·경제적 손실이라는 문제에서 자유로울 수 없고, 학자들은 사회적 약자인 노동자를 외면할 수 없다. 이 논문은 이러한 판례와 학계의 이론적 토대에 대한 근본적인 의문에서 출발하고 있다. 형법을 해석하는데 있어서 사회일반의 보편적 가치를 무시할 수는 없지만, 판례와 학계의 입장은 각자의 논리에 매몰되어 있다는 인상을 지울 수 없기 때문이다. 따라서 필자는 보다 냉철하게 형법 해석학의 관점에서 쟁의행위와 업무방해죄의 관계를 살펴보고자 한다.

이 논문은 먼저 노동쟁의행위에 대한 분석과 업무방해죄의 해석을 통해 쟁의행위

4) 대판 2011.10.27, 2010도7733; 대판 2011.03.17, 2007도482; 대판 2011.01.27., 2010도11030; 대판 2005.06.09 선고 2004도7218 등.

5) 김순태, 파업과 위력업무방해죄의 관계, 국민대학교 법학논총 제12집, 2000. 2; 김영문, “쟁의행위의 위력에 의한 업무방해죄 규정의 위헌성”, 노동법학 제8호, 1998; 김희성, “단순한 집단적 노무제공 거부행위와 위력에 의한 업무방해죄”, 노동법논총 제20편, 2010; 도재형, “파업과 업무방해죄”, 노동법학 제34호, 2010; 우희숙, “쟁의행위와 위력업무방해죄의 관계”, 노동법논총 제20편, 2010; 이근우, “노동쟁의에 대한 업무방해죄 적용의 축소가능성, 비교형사법연구 제12권 제2호, 2010; 조국, “쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 비판”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 2010; 주승희, “현행 형법상 ‘위력’에 의한 업무방해죄의 문제점과 개선방안, 안암법학 34권, 2011; 반면에 쟁의행위에 대한 업무방해죄의 적용에 긍정적인 입장으로는 김동현, “정당행위의 정당성 문제”, 충남대학교 법학연구 제21권 제2호, 2010; 김일수, “근로자의 쟁의행위와 업무방해죄”, 고려법학 제36집, 2001.

6) 대표적으로는 도재형, 앞의 논문, 100면.

7) 김순태, 앞의 논문, 367면.

8) 이근우, 앞의 논문, 37면 이하.

가 업무방해죄의 구성요건에 해당할 수 있는가를 살펴본다. 이를 위해 업무방해죄의 성격을 분석하여 재정립하고, 이를 토대로 쟁의행위에 대한 행위분석을 시도한다. 이 논문은 이러한 논증과정을 통해 쟁의행위에 대해 업무방해죄를 적용하는 것이 타당한 것인가를 살펴보는 데 목적이 있다. 다만 쟁의행위의 범위가 광범위한 만큼 이 논문에서는 쟁의행위 중 파업으로 그 대상을 제한한다. 파업은 노동자의 쟁의행위 중 가장 보편적으로 활용되는 수단이라는 점에서 그 시사점이 크다 할 것이다.

## II. 파업의 의의와 업무방해죄의 해석

### 1. 파업의 개념 및 현황

파업(부분파업을 포함한다)이란 노동조합 기타의 근로자 단체의 통제하에서 그 소속원이 집단적으로 노무의 제공을 정지하는 것을 내용으로 하는 쟁의행위를 말한다. 파업의 쟁의행위적 특징을 한마디로 설명하면 집단적 노무제공거부라 할 수 있다. 파업은 노무제공을 ‘거부’하는 소극적 부작위라는 점에서<sup>9)</sup> 작위에 의한 직장점거나 피케팅과 구별되고, 노무제공의 거부가 ‘전면적’이라는 점에서 표면적으로는 사용자의 업무지휘에 응하는 태업이나 준법투쟁과 구별된다.

현재 노동현장에서의 파업 관련 통계를 보면, 2010년도 노사분규<sup>10)</sup> 발생건수는 86건으로 전년(121건) 대비 28.9% 감소하고, 근로손실일수는 511,307일로 전년(626,921일) 대비 18.4% 감소한 것으로 나타나 있다. 노사분규는 2004년 462건을 정점으로 2005년 287건으로 감소한 이후 매년 감소기조를 형성하고 있다.<sup>11)</sup> 그렇지만 노사분규 참가자 수가 2009년 80,964명에서 2010년 39,736명으로 전년대비

9) 그러나 집단적 노무제공거부를 작위로 이해하는 견해로는 김동현, 앞의 논문, 252면. 관례도 집단적 노무제공거부를 작위로 파악한다(대판 2011. 3. 17, 2007도482 -전원합의체).

10) 우리나라의 노동현장에서는 1일 근로시간 기준으로 8시간 이상 작업이 중단된 경우에 노사분규로 이해한다. 따라서 일상용어에서 노사간의 다툼을 뜻하는 노사분규(勞使紛糾)는 실제 노동현장에서는 파업과 유사한 의미로 사용된다.

11) 2011년 노사분규통계, 고용노동부.

50% 이상 감소한데 반해<sup>12)</sup>, 근로손실일수의 감소는 그에 못미치는 18.4%라는 점에서 파업에 의한 노사분규의 강도는 더욱 강력해졌다고 볼 수 있다.<sup>13)</sup>

## 2. 형법 제314조 업무방해죄에 대한 해석론

### 1) 업무방해죄의 성격

일반적으로 업무방해죄는 추상적 위험범으로 이해된다.<sup>14)</sup> 국민의 기본권을 적극적으로 보호할 의무를 지고 있는 국가로서는 회복할 수 없는 기본권 침해가 예상되는 경우에는 단순히 사후적·응보적 처벌에 그칠 것이 아니라 사전적·예방적 조치에 의해서라도 위험을 차단시켜 법익을 보호할 필요가 있다.<sup>15)</sup> 따라서 위험범이라는 입법형식을 부정할 수는 없다. 그러나 위험범이라는 입법형식의 불가피성을 인정한다고 하더라도 이와 같은 예방적 관점에서의 선규제는 형법의 최후수단성을 부정하는 결과를 초래하여 결국 전통적 책임주의가 효율성에 의해 변질되고 개인에게 부여된 자유영역의 축소를 가져올 우려가 크다는 점에서, 입법단계에서 위험범의 입법을 자제하고 형법을 해석적용함에 있어서도 가능한 한 위험범의 사고가 남용되지 않도록 주의해야 한다.<sup>16)</sup> 이러한 관점에서 업무방해죄 또한 위험범이 아닌 침해범으로 이해할 여지는 없는지 다시 한번 확인해 볼 필요가 있다.

어떤 범죄가 침해범인지 아니면 위험범인지를 구별할 때 보호법익의 보호정도에 대한 입법자의 결단을 확인할 수 있는 경우<sup>17)</sup>를 제외하고는, 구성요건적 행위의 속

12) 2011년 노사분규통계 참조.

13) 일반적으로 고용노동부는 전년대비 근로손실일수의 단순감소를 근거로 파업의 정도가 약해졌다고 주장하는데, 이는 노사분규 참가자 수를 비교하지 않은 것으로 지표해석에 문제가 있다고 할 것이다. 노사분규 참가자수의 감소율에 비해 근로손실일수의 감소율이 적다는 것은 노사분규 참가자들이 전년에 비해 오랫동안 파업을 했다고 할 수 있으므로 개별사업장의 파업강도는 더욱 강력해진 것으로 보아야 한다.

14) 대판 2002. 10. 25, 2000도5669; 2006. 12. 21, 2006도4487 등. 업무방해죄를 추상적 위험범으로 보는 학자로는 김성돈, 형법각론, skkup, 2009, 208면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2009, 240면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2011, 225면; 정성근/박광민, 형법각론, 삼영사, 2011, 221면 등.

15) 이훈동, “추상적 위험범의 확대경향과 문제점-독일에서의 논의를 중심으로-”, 외법논집 10집, 2001, 133면.

16) 김태명, “위험범의 문제점과 제한적 해석·적용”, 동아법학 제51권, 2011, 109면.

성과 그 행위가 보호법익에 대해 미치는 효과 등을 실질적으로 평가하는 과정을 거쳐야만 침해범인지 아니면 위험범인지를 판단할 수 있다.<sup>18)</sup>

일반적으로 업무방해죄를 위험범으로 파악하는 입장은 후자의 방법, 즉 업무방해죄의 구성요건적 행위인 위계 및 위력이 보호법익인 업무에 대해 미치는 효과를 잘못 이해한 것으로 판단된다. 위계를 타인을 속임으로써 의사의 자유를 침해하는 일체의 행위로 정의하고, 위력을 의사의 자유를 제압하는 유무형의 힘으로 정의했을 때, 위계와 위력은 의사의 자유를 침해(위태화를 포함)하는 행위라고 할 수 있다. 문제는 업무방해죄의 보호법익이 의사결정의 자유가 아니라 업무라는 점이다. 업무방해죄의 보호법익을 의사결정의 자유로 이해한다면 의사결정의 자유에 대한 침해여부는 피해자마다 차이가 있을 수 있기 때문에 이를 위험범으로 해석할 수도 있지만, 보호법익을 업무로 이해하는 한 그 침해여부는 업무의 현실적인 방해라는 구성요건적 결과를 확인하여 확정해야 한다.

업무방해죄가 위험범인지 아니면 침해범인지는 업무방해죄의 구성요건에서 보다 명확히 확인할 수 있다. 업무방해죄의 구성요건은 “위계 또는 위력으로 타인의 업무를 방해한 자는.....”으로 되어 있는데, 여기서 업무방해죄의 보호법익이 ‘업무’라는 점에 이견은 없다. 또한 해당 구성요건은 업무를 ‘방해한’ 자를 처벌한다고 규정하고 있다. 방해의 사전적인 의미는 ‘남의 일을 간섭하고 막아 해를 끼침’이라는 점에서,<sup>19)</sup> 이를 추상적 위험범으로 보기보다는 침해범으로 보는 것이 타당하다고 할 것이다. 만약 구성요건이 “정당한 업무를 수행하는 자에 대해 위계나 위력을 행사한 자는...”으로 되어 있다면 업무에 대한 방해를 요건으로 하지 않기 때문에 업무방해죄를 추상적 위험범으로 해석할 수도 있다. 하지만 우리 형법의 조문체계는 이와 다르다는 점을 잊어서는 안될 것이다.

17) 김성돈 교수는 그 예로 살인죄와 도로교통법상의 주취운전죄를 들고 있다. 먼저 살인죄의 경우에는 보호법익이 사람의 생명이고, 살인죄가 성립하기 위해서는 생명에 대한 침해인 사망의 결과가 발생해야 한다는 점에서 침해범으로 해석할 수 있고, 주취운전죄의 경우에는 도로교통에 대한 안전이 보호법익이므로 이의 현실적인 침해여부는 무관하게 주취상태하에서의 운전행위만으로 이 죄가 성립된다는 점에서 위험범으로 해석한다(김성돈, “침해범/위험범, 결과범/거동범, 그리고 기수/미수의 구별기준”, 형사판례연구(17), 2009, 7-8면).

18) 김성돈, 앞의 논문, 8면.

19) 네이버 국어사전(<http://krdic.naver.com>) 참조.

한편 업무방해죄가 침해범이라는 점은 공무집행방해죄와 비교해 보아도 잘 알 수 있다. 공무집행방해죄의 보호법익은 공무이다. 하지만 구성요건에는 업무방해죄의 업무처럼 공무를 명시하지 않고, 직무를 집행하는 공무원에 대한 폭행·협박행위가 있으면 처벌하는 것으로 규정하고 있다.<sup>20)</sup> 즉 공무집행방해죄는 직무를 수행하는 공무원에 대한 위해행위를 처벌하도록 규정하고 있을 뿐, 업무방해죄처럼 ‘방해’를 구성요건으로 하지 않는다. 따라서 공무집행방해죄는 거동범으로써 ‘보호법익인 공무에 대한 위법행위의 성격’을 가지는 것으로 이해할 수 있지만,<sup>21)</sup> 업무방해죄를 그와 같이 볼 수는 없다.

결론적으로 업무방해죄는 보호법익인 ‘업무’에 대해 ‘방해’라는 침해를 요구하는 침해범으로 이해하여야 한다.<sup>22)</sup>

## 2) 업무방해죄의 구성요건

### ① 위력의 의미

업무방해죄의 실행행위는 위계와 위력이다. 그러나 파업은 집단적인 노무제공거부를 통해 사용자에게 압박을 가하는 것이므로 상대방의 착오나 부지를 이용하는 위계는 문제될 여지가 없다. 따라서 본고에서는 위력의 개념을 중점적으로 살펴본다.

위력은 사람의 의사를 제압할 수 있는 유·무형의 힘을 말한다. 위력을 행위태양으로 하는 범죄로 형법은 업무방해죄 이외에 특수공무집행방해(제144조), 위력에 의한 살인(제253조), 특수폭행(제261조), 특수체포·감금(제278조), 특수협박(제284

20) 제136조(공무집행방해) 제1항 “직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.” 제2항 “공무원에 대하여 그 직무상의 행위를 강요 또는 조지하거나 그 직을 사퇴하게 할 목적으로 폭행 또는 협박한 자도 전항의 형과 같다.”

21) 이와 관련하여 형법 제136조의 공무집행방해죄의 실행행위는 폭행·협박이고, 제137조의 위계에 의한 공무집행방해죄는 위계 및 위력으로써 그 행위반가치에 차이가 있음에도 불구하고 법정형이 동일한 것은 결과반가치의 차이에 있다는 점에 착안하여 제136조의 공무집행방해는 위법범으로 파악하고, 제137조의 공무집행방해는 침해범으로 이해하는 입장이 있다.(김태명, 앞의 논문, 110면) 어쨌든 이 입장도 제136조의 공무집행방해죄를 위법범으로 이해한다.

22) 업무방해죄를 침해범으로 보는 입장으로는 김태명, 앞의 논문, 113면; 장영민/박강우, 「노동쟁의 행위와 업무방해죄의 관계」, 한국형사정책연구원, 1996. 33면.

조), 미성년자간음 및 추행(제302조) 등을 규정하고 있다. 각각의 구성요건을 보면 업무방해죄나 위력에 의한 살인, 미성년자 간음 및 추행의 경우에는 단순히 ‘위력’을 규정하고 있고, 특수폭행이나 특수체포감금, 특수협박의 경우에는 ‘단체나 다중의 위력’으로 규정하고 있다. 또한 단체나 다중의 위력의 경우에는 위력을 ‘보일 것’을 요구한다. 즉 세를 과시할 것을 요구하는 것이다. 이로 미루어 보아 우리 형법의 위력개념에는 단체나 다중의 세력을 과시할 것까지는 요하지 않는 것으로 보아야 한다.

한편, 위력개념을 사람의 의사를 제압할 수 있는 유·무형의 힘이라고 정의하는 한, 위력은 폭행이나 협박을 포함하는 광범위한 개념으로 이해할 수 있다.<sup>23)</sup> 즉 위력은 무형의 힘을 포함한다는 점에서 유형력의 행사인 폭행과 다르고, 해악의 고지라는 실행행위성에 제한되지 않는다는 점에서 협박과도 다르다. 결국 위력의 의미는 폭행이나 협박을 포함하는 광범위한 개념이며 단체나 다중의 세력을 과시할 필요도 없다. 사람의 의사를 제압할 수 있다면 그것으로 충분하며 업무방해죄의 위력개념이라고 이와 다를 수 없다.

## ② 업무의 개념

업무방해죄의 업무는 보호법익으로써 “사람이 사회생활상의 지위에 기하여 계속해서 행하는 사무”를 말한다.<sup>24)</sup> 본죄의 업무는 보호법익으로서의 업무이므로 사회생활상 용인되는 업무일 것을 요한다. 따라서 무면허의료행위나 사설도박장 운영행위는 본죄의 업무로서 보호받을 수 없다. 사회생활상 용인되는 것이면 반드시 적법한 업무일 것을 요하는 것은 아니다. 예를 들면 무허가의 포장마차 영업은 불법이지만, 사실상 평온하게 영위되어 사회생활상 용인되고 있으면 업무방해죄의 보호대상이 된다.<sup>25)</sup>

한편 업무방해죄의 업무개념이 죄형법정주의에 반하는 불명확한 개념이라는 견

23) 다만 조문체계상 미성년자간음 및 추행의 경우에는 강간죄나 강제추행죄의 폭행 협박의 정도에 이르지 않아야 한다는 예외적 해석이 가능하므로(임웅, 형법각론, 190-1면), 미성년자 간음 및 추행의 경우에 있어 위력의 의미는 폭행·협박의 정도에 따른 제한해석이 가능하다.

24) 대판 1989. 9. 12, 88도1752; 대판 2004. 10. 28, 2004도1256 등.

25) 임웅, 형법각론, 229면.

해가 있다.<sup>26)</sup> 그러나 이러한 입장에는 동의할 수 없다. 업무방해죄의 업무는 단순한 구성요건이 아니라 보호법익으로서의 업무이다. 형법해석상 보호법익과 보호객체는 반드시 일치하는 개념은 아니며, 일반적으로 보호객체는 구체적·실질적인 반면에 보호법익은 추상적·관념적이다. 예를 들어 살인죄의 보호객체인 사람은 구체적이고 실질적인 반면에, 보호법익인 생명은 추상적이고 관념적이다. 업무방해죄의 업무도 보호법익이므로 업무개념은 불명확한 것이 아니라 덜 구체적이고 더 관념적일 뿐이다. 보호법익인 업무가 범죄구성요건에 의해 보호될 수 없다는 비판은 다른 범죄구성요건에 의해 보호되는 보호법익-예를 들면 신용훼손죄의 신용이나 비밀침해죄의 비밀개념- 또한 보호가치 없는 것으로 해석될 여지가 있다는 점에서 타당하다고 할 수 없다.

### III. 파업과 업무방해죄의 관계

#### 1. 기본권인 파업권의 한계

헌법 제33조 제1항은 노동자가 근로조건의 향상을 위하여 단결권과 단체교섭권 외에 단체행동권을 가진다고 규정하고 있다. 노동자의 쟁의행위로서 파업권은 단체행동권에 의해 보장되는 것으로 그 자체로 헌법이 인정한 기본권임을 부정할 수는 없다. 그러나 노동자의 파업권은 무제한 인정되는 것이 아니라 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한될 수 있다(헌법 제37조 제2항). 파업권이 노동자의 기본권이라 하더라도 절대적으로 보장되는 것은 아니고, 그 행사에 있어 법률상의 제한을 받을 수 있으며 한계를 넘는 쟁의행위에 대해서는 형사처벌도 가능하다.

노동자의 파업권을 제한하는 대표적인 법률은 노조법이다. 우리 노조법은 제37조 제1항에서 쟁의행위가 목적·방법 및 절차에 있어서 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 안된다고 규정하고 있다.<sup>27)</sup> 이와 관련하여 노조법은 노조가 주도한 파업만을

26) 주승희, 앞의 논문, 189면 이하.

인정한다(노조법 제37조 제2항). 그리고 파업을 하고자 하는 노조는 노동위원회의 조정을 거친 후(동법 제45조 제2항), 조합원 과반수의 찬성이 있어야 파업을 할 수 있다. 이처럼 노조법은 절차적 정당성을 담보해야만 정당한 파업으로 인정받을 수 있다. 한편 노조법 제42조의 2는 필수공익사업 중 필수유지업무<sup>28)</sup>로 지정된 사업장의 경우 파업을 하더라도 핵심업무를 정상적으로 가동할 수 있는 필수인력을 남겨둬야 한다고 규정하고 있다. 파업이란 노무를 전면적이고 집단적으로 거부해야만 그 효과를 극대화할 수 있다는 점에서 이 규정은 헌법 제37조 제2항에 근거한 파업권의 실질적 제한이라 할 수 있다.

문제는 노조법을 위반한 파업에 대해 불법파업으로서 노조법에 의한 처벌을 받는 외에 형법상의 업무방해죄가 성립할 수 있는가 하는 점이다. 절차적 정당성을 확보한 파업은 노조법의 벌칙조항의 구성요건에 해당하지 않는 것과는 별도로, 형법상의 업무방해죄가 문제되더라도 -업무방해죄의 구성요건해당성을 긍정한다고 하더라도- 위법성이 조각될 것이다. 이는 노조법 제4조에<sup>29)</sup> 잘 구현되어 있다.<sup>30)</sup> 따라서 논의의 초점은 파업이 언제나 절차적 정당성이 담보된 파업이라 하더라도- 형법상의 업무방해죄의 구성요건에 해당하는가 하는 점에 집중되고 있다. 파업이 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당하는가는 파업이 업무방해성과 위력성을 가지는가와 관련이 있다.

27) 쟁의행위는 근로조건의 유지·향상을 위한 집단적 이익분쟁 사항에 대한 주장을 관철하기 위한 목적에서 행해져야만 하며(목적의 정당성), 사용자와의 교섭으로 해결되지 않은 상황에서 노조법에서 규정한 절차에 의하여야 한다(절차적 정당성). 쟁의행위를 하는 경우에는 어떠한 폭력·과괴행위도 용납되지 않는다(방법의 정당성).

28) 사업의 업무가 정지·폐지되는 것이 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로 대통령령에 의해 정해진다. 필수유지업무로 지정될 수 있는 사업에는 철도, 해운 등 운송사업과 수도사업 및 병원 등이 있다.

29) 노조법 제4조 “형법 제20조의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만 어떠한 경우에도 폭력이나 과괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 안된다.”

30) 노조법 제4조의 해석과 관련해서는 이를 위법성조각으로 볼 것인지 아니면 구성요건해당성도 조각하는 것으로 이해할 것인지에 대해 이견이 있다. 이에 대해서는 후술한다.

## 2. 파업에 대한 업무방해죄 구성요건 해당성 검토

### 1) 파업의 업무방해성

정당한 파업이 업무방해죄의 구성요건에 해당하는가를 살펴보기 위해서는 파업의 업무방해성을 확인할 필요가 있다. 이는 집단적 노무제공거부라는 쟁의행위가 사용자의 업무를 방해하는 행위로서 기능할 수 있는가에 대한 문제이다.

우리 노조법은 파업의 업무방해성을 긍정한다. 노조법은 쟁의행위를 ‘업무저해행위’로 정의한다.<sup>31)</sup> 저해(沮害)와 방해(妨害)의 사전적 의미에 차이는 없지만, 노조법은 저해와 방해를 구분해서 사용하고 있어<sup>32)</sup> 그 의도가 주목된다. 이는 쟁의행위라는 정당한 권리행사를 개념 정의하는 데 있어 범죄구성요건의 실행행위로서 ‘방해’라는 단어를 사용하지 않으려는 입법자의 배려일 뿐, 이로써 쟁의행위에 대한 방해행위성을 부정하는 논리가 될 수는 없다.

파업은 사용자의 사업계속의 의사에 반해서 이루어지고, 집단적인 노무제공의 거부를 통해 사용자의 계속적인 영업활동을 방해하게 된다는 점에서 업무방해성을 가진다고 할 수 있다. 노동자의 파업권 못지않게 사용자의 영업활동의 자유도 기본권으로서 보호되어야 하므로, 파업이 사용자에 대해 업무방해성조차 가지지 않는다고 이해하는 것은 약자보호 논리에 편향된 해석으로 받아들일 수 없다. 또한 노사관계의 공정성확보라는 노조법의 취지도 고려하지 않을 수 없다.

한편 사용자의 쟁의행위인 직장폐쇄는 노동자의 쟁의행위에 대한 방어적 성격을 띠고 있으므로,<sup>33)</sup> 직장폐쇄를 노동자의 업무저해행위로 설명하는 것은 무리가 있다. 직장폐쇄로 저해되는 업무는 노동자의 쟁의행위이며, 이는 노동자의 지위에서 ‘계속적으로’ 수행하는 업무로 보기 힘들기 때문이다. 그래서 일반적으로 쟁의행위로서 업무저해행위라 함은 사용자에 대한 행위로서 노동자의 쟁의행위에 한정한다.<sup>34)</sup>

31) 노조법 제2조 제6호 “‘쟁의행위’라 함은 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다.”

32) 노조법 제38조 제1항, 제42조의 2 제2항 등 참조.

33) 노조법 제46조 제1항.

34) “업무저해행위는 민·형사책임을 지는 것이 원칙이지만 헌법상 노동3권을 보장하고 상대적으로

이와 같이 노조법은 노동자의 쟁의행위를 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위로 정의함으로써 이미 형법상의 업무방해죄를 적용할 수 있는 근거를 마련하고 있다.

파업의 업무저해성(업무방해성)을 긍정한다 하더라도 파업이 업무방해죄의 위력성을 가지는가는 또 다른 문제이다. 업무방해죄는 위력(또는 위계)에 의한 업무방해만을 처벌하고 있기 때문이다.

## 2) 파업의 위력성

우리 판례는 종래 정당한 쟁의행위에 대해 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건해당성을 인정하였다. 즉 정당한 파업이라 하더라도 본질적으로 업무방해죄의 위력성을 긍정하는 입장에 있었다.

“형법 제314조 소정의 업무방해죄에서 말하는 위력이란 폭행이나 협박은 물론 사람의 의사의 자유를 제압, 혼란케 할 세력을 가리키는 것으로서, 노동쟁의행위는 근로자들이 단결하여 사용자에게 압박을 가하는 것이므로 본질적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있는 것이고, 따라서 근로자들이 근무시간에 집단적으로 근무에 임하지 아니한 것은 다른 위법의 요소가 없는 한 근로제공의무의 불이행에 지나지 않는다고 할 것이지만, 단순한 노무제공의 거부라고 하더라도 그것이 정당한 쟁의행위가 아니면서 위력으로 업무의 정상적인 운영을 방해할 정도에 이르면 형법상 업무방해죄가 성립될 수 있는 것이다”(대판 2003. 12. 26, 2001도 1863).

“파업 등의 쟁의행위는 본질적 필연적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있어 폭행 협박 또는 다른 근로자들에 대한 실력행사 등을 수반하지 아니하여도 그 자체만으로 위력에 해당하므로 정당성이 인정되어 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄로 형사처벌할 수 있다는 대법원 판례는 비록 단체행동권의 행사가 본질적으로 위력성을 가져 외형상 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 하더라도 그것이 헌법과 법률이 보장하고 있는 범위 내의 행사로서 정당성이 인정되는 경우에는 위법성이 조각되어 처벌할 수 없다는 것으로 헌법이 보장하는

사회적 약자인 노동자들의 교섭력을 보전하여 노사 자치주의를 실현할 수 있도록 노조법상 요건을 갖춘 정당한 쟁의행위는 보호하고 있다(노사가 지켜야 할 정당한 쟁의행위의 범위와 한계, 노동부, 2009. 2. 1번).

근로3권의 내재적 한계를 넘어서 행위(헌법의 보호영역밖에 있는 행위)를 규제하는 것일 뿐 상당한 권리행사까지 처벌함으로써 본인의 의사에 반하여 강제노역을 강요하거나 근로자라는 신분만으로 불합리한 차별을 하는 것은 아니라고 판단되므로 위 대법원의 해석방법이 헌법상의 강제노역금지원칙, 근로3권 및 평등권 등을 침해하지 않는다.”(1998. 7. 16, 97헌바23-헌법재판소 전원재판부)

대법원과 현재의 판결은 노동쟁의행위가 정당하다고 하더라도 일단 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당한다는 전제하에, 이러한 논리가 강제노역을 금지하고 근로 3권을 보장하고 있는 헌법에 위배되지 않는다고 보았다.

그러나 이후 헌법재판소는 파업에 대한 업무방해죄의 적용이 위헌이 아님을 재확인하면서도, 종래 정당한 쟁의행위에 대해서도 업무방해죄의 위력성을 긍정하던 논리에 변화를 주었다.

“형법상 업무방해죄는 모든 쟁의행위에 대하여 무조건 적용되는 것이 아니라, 단체행동권의 내재적 한계를 넘어 정당성이 없다고 판단되는 쟁의행위에 대하여만 적용되는 조항임이 명백하다고 할 것이므로, 그 목적이나 방법 및 절차상 한계를 넘어 업무방해의 결과를 야기시키는 쟁의행위에 대하여만 이 사건 법률조항을 적용하여 형사 처벌하는 것은 헌법상 단체행동권을 침해하였다고 볼 수 없다.

다만, 헌법 제33조 제1항은 근로자의 단체행동권을 헌법상 기본권으로 보장하면서 단체행동권에 대한 어떠한 개별적 법률유보조항도 두고 있지 않으며, 단체행동권에 있어서 쟁의행위는 핵심적인 것인데, 쟁의행위는 고용주의 업무에 지장을 초래하는 것을 당연한 전제로 하므로, 헌법상 기본권 행사에 본질적으로 수반되는 것으로서 정당화될 수 있는 업무의 지장 초래의 경우에는 당연히 업무방해죄의 구성요건에 해당하여 원칙적으로 불법한 것이라고 볼 수 없다. 단체행동권의 행사로서 노동법상의 요건을 갖추어 헌법적으로 정당화되는 행위를 범죄행위의 구성요건에 해당하는 행위임을 인정하되, 다만 위법성을 조각하도록 한 취지라는 해석은 헌법상 기본권영역을 하위 법률을 통해 지나치게 축소하는 것이기 때문이다.(2010. 4. 29, 2009헌바168)

해당 결정에 따르면 노동법상의 요건을 갖추어 ‘헌법적으로 정당화’된 노동쟁의 행위에 대해 일단 형법적으로 범죄구성요건에 해당하고 다만 위법성을 조각할 수 있다고 하는 해석은 기본권 영역을 하위법률을 통해 지나치게 축소하는 것으로 타당하다고 할 수 없다는 것이다. 이러한 현재의 해석은 일단 98년의 해석과는 차이가 있다. 즉 단체행동권의 행사가 ‘본질적으로’ 업무방해죄의 위력성을 가진다는 점을 부정함으로써 정당한 쟁의행위에 대해서는 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다는 점을 천명하였다.

이러한 헌법재판소의 결정이 있는 후 우리 대법원 판례<sup>35)</sup>는 파업에 대한 위력개념에 변화를 보인다. 즉 파업이 본질적·필연적으로 업무방해죄의 위력성을 가지는 것이 아니라 일정한 요건하에서만 위력성을 가지는 것으로 보았다. 대법원은 그 요건으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 것을 요구하였다.

“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 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.”(대판 2011. 3. 17, 2007도482 - 전원합의체)

이상 판례의 입장을 종합해 보면, 판례는 파업에 대한 위력업무방해죄의 적용을 긍정하면서, 파업에 대해 본질적·필연적으로 업무방해죄의 위력성을 긍정하던 입장에서 한발 물러나 사업자의 사업계속에 관한 의사를 침해한 경우에만 파업이 위력성을 가지는 것으로 해석하고 있다. 즉 ‘파업은 언제나 업무방해죄의 구성요건에 해

35) 대판 2011. 3. 17, 2007도482 - 전원합의체; 대판 2011. 10. 27, 2011도7733.

당한다’ 에서 ‘파업은 일정한 요건하에 업무방해죄의 구성요건에 해당할 수 있다’로 입장을 변경하였다.

파업이 업무방해죄의 위력성을 가지는가에 대한 문제는 업무방해죄의 위력개념에 대한 해석을 통해 해답을 찾을 수 있다. 앞서 본고에서는 업무방해죄의 위력을 폭행이나 협박을 포함하는 광범위한 개념으로서 단체나 다중의 세력을 과시할 필요 없이 단지 사람의 의사를 제압할 수 있다면 충분한 것으로 보았다. 해당 판례가 사용자의 사업계속의 의사를 변수로 위력개념을 설명한 것은 이러한 업무방해죄의 위력개념의 해석에 충실한 것으로 타당하다고 생각한다. 아울러 해당 판례의 입장변화에 대해서는 단순히 업무방해죄의 위력개념에 대한 확인 정도로 폄하하기 보다는 위력개념의 엄격한 적용을 통해 파업에 대한 업무방해죄의 적용에 신중을 기할 수 있게 되었다는 점에서 그 의미를 부여할 수 있을 것이다.

한편 업무방해죄의 위력개념이 너무 광범위해서 대부분의 노사분쟁에 있어서는 해당 구성요건에 포섭되기 때문에 업무방해죄의 위력의 정도를 세분화하여 특정지음으로써 그 적용을 제한하려는 입장이 있다.<sup>36)</sup> 위력이라는 행위태양이 업무방해죄에만 사용된다면 이러한 제한 해석이 가능할 수도 있지만, 전술한 바와 같이 위력은 형법구성요건에 광범위하게 사용되고 있어 그 통일적 해석이 불가피하다고 할 수 있다. 따라서 미성년자 간음 및 추행죄의 경우처럼 다른 구성요건-강간죄나 강제추행죄에 의해 제한해석할 여지가 없는 한, 업무방해죄만의 위력개념만을 별도로 상정하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

또한 위력을 폭행이나 협박처럼 객체와 정도에 따라 분류하게 되면 폭행이나 협박의 수단을 공유하게 되는 위력의 특성상 폭행죄 및 협박죄와의 구별이 어려워질 수밖에 없다는 점도 고려되어야 할 것이다.

36) 이근우, 앞의 논문, 40면.

## IV. 파업에 대한 업무방해죄 적용의 타당성 여부

파업이 업무방해성을 가지며, 제한적이지만 위력성도 가질 수 있다는 점은 앞에서 살펴보았다. 그러나 파업에 대해 업무방해죄의 구성요건요소들을 인정할 수 있다 하더라도 형법의 적용을 위해서는 헌법과 다른 법률과의 관계를 살펴볼 필요가 있다. 여기서는 헌법 및 노조법과의 관계를 살펴보기로 한다. 왜냐하면 파업이 사회적으로 용인되는 행위로 정당성을 부여받는 것은 헌법과 노조법에 근거하기 때문이다. 따라서 헌법이나 노조법에 업무방해죄의 적용을 배제할 수 있는 근거규정이 있다면, 파업이 업무방해성이나 위력성을 가진다고 하더라도 업무방해죄를 적용할 수 없다.

### 1. 파업에 대한 형사처벌의 위헌성 검토

파업에 대해 업무방해죄를 적용하는 것은 위헌이라는 견해가 있다. 이에 따르면 파업을 업무방해죄로 처벌하는 것은 실질적으로 강제노역부과를 의미하는 것으로서 헌법 제12조 제1항 후단의 강제노역을 받지 아니할 권리에 반하는 위헌적 조치라는 것이다.<sup>37)</sup>

전술한 입장에 따르면 노무제공거부의 처벌자체를 부정하는 것으로 보인다. 일하지 않는 것을 처벌하는 것은 역(逆)으로 일할 것을 강제한다는 논리인데, 노무제공거부에 대한 처벌을 이와 같이 단순논리화 할 수 있는지는 의문이다. 노무제공거부에 대한 업무방해죄 적용의 당부(當否) 이전에, ‘근로자의 노무제공거부 즉 일하지 않는 것-를 처벌할 수 있는가’에 대한 본질적인 문제를 확인할 필요가 있다.

쟁의행위의 일환으로 행해지는 파업, 즉 집단적 노무제공 거부에 대한 사회적 의미를 단순히 ‘일하지 않는 것’으로 단정지을 수는 없다고 생각한다. 노동자는 근로계약에 따라 사용자에게 대해 노무를 제공하고 그에 대한 대가로 임금을 지급받는다. 따라서 일반적인 노무제공거부는 근로계약위반으로써 계약책임을 부담하는 것이 원칙이며, 이에 대한 형사처벌은 전술한 입장처럼 강제노역을 금지한 헌법에 반하

37) 김순태, 앞의 논문, 367면.

는 위헌적 조치일 수 있다.

그러나 집단적 노무제공거부는 사적계약위반인 일반적 노무제공거부와 구별할 수 있다. 집단적 노무제공거부는 노사분쟁의 한 형태로 사법(私法)이 아닌 노조법의 통제를 받는데, 절차적 정당성을 담보하지 못하면 그 행사가 제한될 수 있으며 관련자는 노조법에 의거하여 처벌받을 수 있다. 다시 말하자면 집단적 노무제공거부는 기본권에 근거하지만, 제한될 수 있고 또 제한된 기본권을 남용하는 경우에는 형사처벌도 가능하다. 이러한 점은 앞서 살펴본 바이지만, 파업에 대해 업무방해죄를 적용할 수 있는가도 동일한 관점에서 접근할 수 있다. 즉 파업이 사용자의 기본권인 영업의 자유를 침해하게 되면, 기본권은 제한될 수 있고 형사처벌도 가능하다고 할 것이다. 이 점에서 파업에 대해 업무방해죄의 위력성이 인정되기 위해서는 사용자의 사업계속의 자유를 침해하였는가를 살펴야 한다는 대법원 판례도 일응 수긍할 수 있다.

그리고 전술한 입장은 ‘집단적 노무제공거부 = 처벌’이라는 공식을 일반화하고 있다. 그러나 집단적 노무제공거부라는 유의미한 행위에 대한 형법적 평가는 그렇게 간단하지 않다. 집단적 노무제공거부가 어떤 범죄의 구성요건에 해당하는지, 위법성조각사유는 없는지, 책임조각사유는 없는지를 검토한 후에야 처벌여부를 확정할 수 있다.

결국 파업에 대한 처벌을 일하지 않는 것에 대한 처벌로 단정지음으로써 노역을 강제하는 위헌적 조치로 이해하는 것은 타당하다고 할 수 없으며, 종래 집단적 노무제공 거부에 대해 업무방해죄의 적용을 부정하는 입장에서 강제노역금지를 근거로 제시하는 것은 바람직한 논리전개방식이라 볼 수 없다.

## 2. 파업에 대한 업무방해죄 적용과 노조법과의 관계 검토

### 1) 노조법 제4조와의 관계

노조법 제4조는 정당행위라는 표제하에 “형법 제20조의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만, 어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석

되어서는 아니된다.”라고 규정하고 있다.

본조의 해석과 관련해서 노조법상의 정당한 쟁의행위에 대해 형법 제20조의 적용을 규정하고 있으므로, 형법 제20조의 규정을 해석함에 있어 노조법과 같은 노동형법의 경우에는 단순히 위법조각의 의미가 아니라 구성요건해당성을 조각하는 의미도 포괄하여 가지는 것으로 이해하는 견해가 있다(이원론적 해석).<sup>38)</sup> 형법 제20조를 이원적으로 해석하는 입장에서는 2010년의 헌법재판소 판례를 근거로 제시한다.<sup>39)</sup> 그러나 이러한 입장에는 찬성할 수 없다.

먼저 형법 외의 법역(法域)에서 형법 제20조의 위법성조각사유가 구성요건해당성을 조각하거나 또는 구성요건해당성 및 위법성 조각의 양자를 포괄하는 의미로 구분하여 해석될 수 있는지는 의문이다.<sup>40)</sup> 이는 법적 안정성의 도모라는 형법해석론의 당연한 전제를 몰각하는 것으로 받아들이기 어렵다. 형법총론상의 위법성조각사유는 형식적 의미의 형법에만 국한하여 적용하는 것이 아니라 노동형법에도 당연히 적용되어야 한다. 한편 형법총칙에 대한 각칙 우선의 원칙에 따라 형법각칙이 총칙에 우선한다고 하더라도 해당 원칙은 형법총칙규정에 반하는 각칙상의 규정이 존재하더라도 그것이 죄형법정주의에 반하지 않는다는 의미이며, 총칙상의 규정을 각칙에 따라 이원적으로 해석해도 된다는 것은 아니다.

관건은 헌법의 해석에 반하지 않으면서도 노조법의 취지에 부합하도록 노조법 제4조를 해석하는 것이다. 전술한 견해는 정당한 쟁의행위에 대해 노조법 제4조에 의한 해결만을 주장한다.<sup>41)</sup> 따라서 정당한 쟁의행위에 대해서는 형법 제20조만으로

38) 조국, 앞의 논문, 124-5면.

39) “노동법 제4조는 노동조합의 쟁의행위로서 노동법의 목적 달성을 위하여 한 정당한 행위에 대하여 위법성 조각사유에 관한 형법 제20조를 적용하도록 하고 있으나, 이것이 단체행동권의 행사로서 노동법상의 요건을 갖추어 헌법적으로 정당화되는 행위를 범죄행위의 구성요건에 해당하는 행위임을 인정하되 다만 위법성을 조각하도록 한 취지라고 할 수는 없다. 그러한 해석은 헌법상 기본권의 보호영역을 하위 법률을 통해 지나치게 축소시키는 것이며, 위 조항은 쟁의행위가 처벌의 대상이 되어서는 안 된다는 점을 강조한 것으로 이해해야 할 것이다”(헌재 2010.04.29, 2009헌바168).

40) 이 입장에서는 형법 제20조를 해석함에 있어 시민형법의 영역에서는 형법학계의 통설적인 입장과 마찬가지로 위법성조각사유로 이해하면서, 노동형법의 영역에서는 형법 제20조를 구성요건해당성 조각과 위법성 조각을 포괄하는 의미로 해석한다(조국, 앞의 면).

41) 이 입장에서는 “노조법 제4조가 명시적으로 형법 제20조에 따른 해결을 규정하고 있기에.....”라고 하여 정당한 쟁의행위에 대해서는 노조법이 형법 제20조에 따른 해결만을 추구하고 있는 것으로 해석하고 있다(조국, 앞의 논문, 125면).

해결하게 되고, 형법 제20조를 이원해석하는 결과를 도출하게 되는 것이다. 이는 정당한 쟁의행위를 판단하는 데 있어 노조법 제4조를 ‘특별하고 유일한 규정’으로 이해하는 데서 기인한다.

생각건대 정당한 쟁의행위에 대한 형법적 해결을 형법 제20조의 적용만으로 국한하는 것은 노조법의 취지에 부합하는 해석이라고 할 수 없다. 정당한 쟁의행위에 대해서는 업무방해죄의 구성요건해당성을 조각하는 경우도 있고, 위법성을 조각하는 경우도 있다. 구성요건해당성을 조각하는 경우는 해당 쟁의행위에 대한 업무방해죄해석을 통해 가능하며, 위법성을 조각하는 것은 형법 제20조의 적용을 통해 가능하다. 다시 말하자면 쟁의행위에 대해서는 업무방해죄의 구성요건에 대한 해석을 통한 해결과 형법 제20조에 의한 해결을 함께 고려하여야 한다. 결국 노조법 제4조는 노동쟁의행위에 대해 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각되는 경우 ‘만’을 설치한 ‘당연규정’으로 이해하여야 한다.

헌법재판소의 결정도 노조법 제4조를 정당한 쟁의행위가 처벌의 대상이 되어서는 안 된다는 점을 강조한 것으로 해석할 수 있다. “이것(노동법 제4조)이 단체행동권의 행사로서 노동법상의 요건을 갖추어 헌법적으로 정당화되는 행위를 범죄행위의 구성요건에 해당하는 행위임을 인정하되 다만 위법성을 조각하도록 한 취지라고 할 수는 없다.”는 헌법재판소의 해석은 ‘정당한 쟁의행위를 노조법 제4조를 적용하여 형법 제20조에 의한 위법조각만으로 해결해서는 안된다’의 의미로 이해하여야 할 것이다. 결론적으로 노조법 제4조는 파업에 대한 업무방해죄의 구성요건해당성을 부정하는 근거조문이 될 수 없다.

## 2) 노조법 제39조와의 관계

노조법 제39조는 “근로자는 쟁의행위기간 중에는 현행범 외에는 이 법 위반을 이유로 구속되지 아니한다.”고 규정하고 있다. 동법은 쟁의행위기간 중 노동자의 구속을 제한하고 있지만, 두 가지의 예외를 인정하고 있다. 먼저 노동자가 현행범일 경우이다. 즉 노동자가 범죄 실행 중이거나 범죄실행 직후인 자<sup>42)</sup>라면 쟁의행위기간

42) 형사소송법 제211조 제1항. 해석상 동법 제2항의 준현행범도 본조의 현행범의 의미에 포함시킬 수 있을 것이다.

중이라 하더라도 구속할 수 있다. 이 경우 범죄의 종류는 문제되지 않는다. 형법상의 업무방해죄는 물론, 노조법의 별칙규정을 위반한 경우라 하더라도 구속할 수 있다.

다음으로 구속제한범죄가 노조법상의 별칙규정에 제한된다는 점이다. 동법은 “...이 법 위반을 이유로..”라고 하고 있으므로 노조법 이외의 범죄에 대해서는 동법이 적용되지 않는다. 이 경우 현행범이 아니라도 상관없다. 이에 따르면 노조법 아닌 형법상의 범죄, 즉 업무방해죄의 경우에는 구속제한규정이 적용되지 않는 것으로 이해해야 할 것이다. 결론적으로 노조법 제39조는 형법 제134조의 업무방해죄의 적용을 위한 수사를 제한하는 규정으로 작용할 수 없다. 이러한 해석이 동법을 둔 입법자의 취지에 반한다고 하더라도 형법해석이 그 문언의 범위를 벗어나 유추에 이르는 것을 허용할 수는 없다. 이는 목적론적 해석이 문언해석의 한계를 넘을 수 없는 이치와 동일하며, 문제가 있다면 해석론이 아닌 입법론으로 해결해야 할 것이다.

결국 파업에 대한 업무방해죄의 적용은 정당한 기본권 제한이다. 그리고 노조법 제4조와 제39조도 파업에 대한 업무방해죄 적용을 제한하지 않는다. 따라서 파업은 정당한 쟁의행위라 하더라도 업무방해죄의 구성요건해당성을 인정할 여지가 있다. 다만 판례가 위력성에 대한 판단에 있어서는 신중해졌음을 확인하였고, 이러한 점에서 이전과 달리 구성요건해당성의 판단이 보다 엄격해졌다고 평할 수 있을 것이다.

### 3) 노조법과 업무방해죄의 죄수관계

업무방해죄는 사업자의 업무라는 개인적 법익을 보호 영역으로 하는 반면, 노조법의 별칙조항은 산업평화의 유지와 국민경제의 건전한 발전이라는 공공적 법익을 보호법익으로 한다.<sup>43)</sup> 그리고 업무방해죄의 경우 업무의 방해는 구성요건적 결과지만, 노조법의 별칙조항에서 업무의 방해는 구성요건적 행위<sup>44)</sup>라는 점에서 차이가

43) 노조법 제1조 “이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”

44) 업무방해죄의 행위태양은 위력이나 위계이고, 방해는 보호법익인 업무에 대한 침해의 결과라는

있다. 노조법의 벌칙조항은 업무방해를 통해 산업평화의 유지와 국민경제의 건전한 발전이라는 공공적 법익을 위태롭게 하는 경우에 성립하는 범죄(위험범)인 반면에, 업무방해죄는 보호법익인 업무를 방해하는 결과범이면서 침해범의 성격을 가진다고 이해할 수 있다.

따라서 형법상의 업무방해죄와 노조법에서 업무방해를 행위태양으로 하는 벌칙조항은 별개의 독립된 구성요건으로 이해할 수 있다. 결국 노조의 파업으로 인해 업무방해죄가 성립한다고 할 때 노조법의 벌칙조항 중 업무방해와 관련 있는 규정들은 단순한 법조경합의 관계라기보다는 과형상 일죄로서 상상적 경합의 관계에 있는 것으로 이해할 수 있다.

### 3. 기타 파업에 대한 업무방해죄 적용의 문제점

파업에 대해 업무방해죄의 구성요건요소를 인정하고, 업무방해죄를 적용할 수 있다고 하더라도 파업에 대한 업무방해죄의 적용과 관련해서는 몇 가지 부수적인 문제가 남아있다.

먼저 파업에 직접가담하지 않은 노조집행부에 대한 업무방해죄의 적용문제이다. 노조집행부는 파업에 직접적으로 가담하지 않는 경우가 많기 때문에 노조집행부의 파업주도를 범죄화하기는 어렵다. 특히 제3차개입금지조항의 적용이 어렵게 된 상황에서 단위노조에서 이루어진 파업과 관련하여 연합단체나 총연합단체의 지도부들을 처벌하기는 더더욱 어려워졌다.<sup>45)</sup> 그래서 법원은 파업을 주도했지만 파업에 직접가담하지 않은 노조집행부에 대한 처벌을 공모공동정범의 법리로 해결하고 있다.<sup>46)</sup> 공동정범은 공동가공의 의사와 실행행위의 공동을 요건으로 하지만, 공모공동정범을 긍정하는 견해는 실행행위를 분담하지 않은 공모자에게도 공동정범의 죄

점을 앞에서 살펴보았다. 그러나 노조법의 구성요건 형태는 이와 다르다. 먼저 노조법 제38조 제1항은 “쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니되며...”라고 하고 있고, 노조법 제42조의2 제2항도 “필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다”라고 하여 방해를 구성요건적 행위수단으로 규정하고 있다.

45) 도재형, 앞의 논문, 86면.

46) 대판 2008. 11. 13, 2006도755.

책을 지을 수 있다는 점에서 많은 비판을 받고 있다. 필자 또한 공모공동정범을 부정하는 입장이다. 하지만 그 당부(當否)는 별론으로 하고 공모공동정범의 법리에 따른 처벌의 확대가능성을 업무방해죄 적용의 타당성과 결부시키는 것<sup>47)</sup>에는 동의할 수 없다.

판례가 인정하는 공모공동정범의 법리는 공판절차에서 법관이 증거조사와 심리를 수월하게 하기 위한 사법편의주의의 단편이라 할 수 있다. 공동정범과 관련하여 판례가 결과적 가중범의 공동정범을 인정하는 것이나 과실범의 공동정범을 인정하는 것도 마찬가지이다. 공동정범의 일부실행 전부책임 원칙으로 인해 법관이 공범자들에 대한 심리절차를 진행하는데 있어 신속을 기할 수 있다는 점이 작용한 것으로 이해할 수 있다. 이처럼 공모공동정범의 문제는 사법심사의 한계와 그로부터 기인하는 편의도모라는 점에서 비판받아야 할 문제일 뿐이며<sup>48)</sup>, 파업에 대한 사법적 평가와는 무관하다고 할 수 있다. 공모공동정범이론 자체의 문제를 업무방해죄 적용의 부당함의 근거로 제시하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

한편 업무방해죄의 공모공동정범을 노동자에게만 적용하고 사용자에게는 적용하지 않는 형사처벌의 형평성 문제를 업무방해죄 적용의 부당함의 근거로 제시하는 것도<sup>49)</sup> 적절하지 않다고 생각한다. 이와 관련해서는 사측에 대해 업무방해죄를 적용할 수 있는가를 살펴보는 것이 전제가 되어야 한다. 우선 노조의 업무가 본죄의 업무에 해당하는가를 살펴보면, 일반적으로 노조의 활동은 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 행하는 사무라고 볼 수 없지만, 노조법상의 근로시간면제자나 노조전임자<sup>50)</sup>의 경우에는 노조활동이 이들의 소임이므로 해당 업무를 사회생활상의 지위에 기하여 계속해서 행하는 사무로 이해될 수 있다. 따라서 해당 업무는 본죄에

47) 이러한 입장으로는 도재형, 앞의 논문, 87면.

48) 이는 법원이 공모관계에서의 이탈이론을 형성하여 그 적용을 완화하려고 시도한 것만 보아도 잘 알 수 있다. 즉 법원도 이 이론의 법리적 한계를 인식하고 있는 것으로 이해된다.

49) 도재형, 앞의 논문, 90-1면.

50) 노조법 제24조 제1항에 따르면 노조는 단체협약이나 사용자의 동의가 있으면 근로를 제공하지 않고 노조의 업무에만 종사할 수 있는 노조전임자를 둘 수 있게 하고 있다. 그리고 노조법 제24조 제4항은 사용자와의 교섭·협의를, 고충처리 등 건전한 노사관계의 발전을 위한 노동조합의 유지·관리 업무를 수행하는 근로시간면제자를 둘 수도 있다. 노조전임자는 노동조합 업무에만 종사하는 자로서 사용자의 급여지급이 금지되지만, 근로시간면제자는 근로시간면제한도 이내에서 임금의 손실 없이 해당 업무를 볼 수 있다.

의해 보호되는 업무이며, 사측이 이들의 업무를 위계 또는 위력으로 방해한 경우에는 본죄가 성립할 수 있다.

업무방해죄에 의해 보호되는 노조의 업무를 보다 구체적으로 살펴보면, 대체로 노조의 통상적인 업무활동으로써 근로자 고충처리, 산업안전보건에 관한 활동, 단체 교섭 준비 및 체결에 관한 활동 등 노무관리적 성격이 있는 업무에 한정된다고 할 수 있다.<sup>51)</sup> 그러나 쟁의여부를 묻는 찬반투표나 선전활동 등, 쟁의행위를 위한 사전 업무와 쟁의행위 자체는 비상시(非常時)의 업무로서 노조의 지속적이고 영속적인 업무가 아니다. 그러므로 업무방해죄의 보호객체인 업무에 해당한다고 할 수 없다. 다만 선전활동의 경우, 노조가 지속적으로 유지하고 관리하고 있다는 특단의 사정이 있다면 계속적인 업무로서 보호될 여지가 있다고 할 것이다.

이처럼 사측에 대해서도 업무방해죄를 적용할 수 있다는 것은 확인하였지만, 형법적 불법판단은 개별행위에 대한 분석을 통해 이루어지며 다른 행위주체와의 형평을 고려할 문제가 아니다. 불법에는 형평이나 평등이 있을 수 없는 것과 같은 이치이다. 검찰이나 사법부가 노조에 비해 사측의 업무방해죄 적용에 관대하다면 이는 법적용에 형평을 기하지 못했다는 점에서 당국의 법집행에 대한 비판으로 한정해야 할 문제이며, 이를 다른 행위주체에 대한 업무방해죄 적용의 부당함에 대한 근거로 삼을 수는 없다.

그러나 법적용의 형평성 이전에 실제에 있어서 노조가 사측을 업무방해로 고발한 예는 드물다.<sup>52)</sup> 왜냐하면 노동자들은 사용자에 비해 쟁의행위에 대한 선택의 폭이 넓고, 형사고발은 분쟁해결을 위한 근본적인 수단이 되기 힘들 뿐 아니라 기간도 오래 걸린다는 점에서 쟁의행위보다 효율적이지 못하기 때문이다.

51) 해당 업무는 타임오프제에 따라 노조 전임자에 대해 임금지급이 가능한 근무로 인정되는 것들이다.

52) 2007년 이랜드 노조 울산분회는 노조업무 수행활동에 대한 사측의 방해활동을 검찰에 고발하였다. 당시 노조측의 주장에 따르면 매장 1층 계산대 앞에서 평화적으로 선전활동과 조합원 보고활동을 해왔고 고객 통로도 확보해왔는데, 사측이 매대를 갖고 내려와서 입점업체를 중심으로 대형 앰프를 틀고 대항집회를 하는 것은 명백한 업무방해라고 주장하였다.

## V. 파업에 대한 업무방해죄의 구조

파업은 집단적 노무제공의 거부라는 점에서 소극적인 부작위라 할 수 있다. 그러나 판례는 작위로 파악한다.

“업무방해죄는 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 경우에 성립하며, 위력이란 사람의 자유의사를 제약·혼란케 할 만한 일체의 세력을 말한다. 쟁의행위로서 파업도 단순히 근로계약에 따른 노무의 제공을 거부하는 부작위에 그치지 아니하고 이를 넘어서 사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실력행사이므로 업무방해죄에서 말하는 위력의 요소를 포함하고 있다.”(대판 2011. 3. 17, 2007도482 -전원합의제)

대법원은 ‘근로계약에 따른 노무제공의 거부’와 ‘사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실력행사’를 구별하고 있다. 대법원의 입장은 전자는 부작위로서 계약상의 책임에 불과하지만, 후자는 작위로서 형사상의 책임을 부담하는 것으로 이해한다. 그러나 이러한 판례의 입장에는 찬성할 수 없다.

먼저 ‘근로계약에 따른 노무제공의 거부’와 ‘사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실력행사’를 비교해보면, 전자는 가치 판단을 배제한 사실에 불과하고, 후자는 행위에 대한 사회일반의 가치판단을 포함한 설명이다. 후자의 ‘사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철’이라고 하는 것은 노무제공거부의 목적을 설명하는 것이며, ‘실력행사’도 근로자의 노무제공거부를 사용자의 관점에서 의미부여한 것에 불과하다.<sup>53)</sup> 따라서 후자의 개념에서 일체의 가치판단을 배제하면 집단적인 노무제공거부만이 남게 되는데, 결국 판

53) ‘구별’은 나누어진 각각의 것에서 차이를 인식하는 것이다. 각각의 것을 구별하기 위해서는 단일한 기준에 의해 차이점을 인식할 수 있어야 한다. 가령 여자와 남자의 구별이나 예쁜 여자와 못생긴 여자의 구별은 각각 성별(性別)과 미추(美醜)라는 단일 기준에 의해 구별할 수 있지만, 여자와 예쁜 여자를 구별하려는 것은 논증의 타당한 제시라고 할 수 없다. 따라서 위와 같은 경우 양자를 구별하는 것은 애초에 ‘여자’와 ‘예쁜 여자’를 구별하는 것만큼이나 넌센스다.

례는 개별적인 근로거부와 집단적 근로거부를 구별함으로써 집단적 근로거부의 형법적 의미가 작위로서의 업무방해라는 결론에 이르게 되는 것이다.

문제는 형법이 개인책임의 원칙에 따라 단체책임을 부인한다는 것이다. 판례는 ‘개별적인 근로거부의 경우에는 부작위로서 민사책임’을 진다고 하면서, ‘집단적 근로거부의 경우에는 작위로서 형사책임’을 부담한다고 함으로써 형법상 단체책임을 인정하는 듯한 뉘앙스를 비친다. 이는 바람직한 태도라고 할 수 없다. 노동자의 근로거부에 대한 형사책임(업무방해)여부는 개별적이냐 집단적이냐의 관점이 아니라 사용자의 영업계속의 의사를 제압·혼란케 할만한 것이냐 아니냐를 기준으로 결정되어야 한다. 다만 집단적인 경우에는 사용자의 영업계속의 의사가 제압·혼란될 여지가 큰 것만은 부인할 수 없다.

또한 양자는 개별적이냐 집단적이냐의 차이가 있을 뿐, 근로제공의 ‘거부’라는 부작위라는 점에는 차이가 없다.<sup>54)</sup> 대법원이 부작위에 의한 위력을 부정하는 입장인지는 모르겠으나, 위력이란 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 힘의 행사로 유형력뿐만 아니라 무형력도 포함한다는 점에서 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 것이면 부작위에 의한 위력도 가능하다고 할 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 위력의 의미는 무형의 힘을 포함한다는 점에서 유형력의 행사에 불과한 폭행과 다르고, 해악의 고지라는 실행행위성에 제한되지 않는다는 점에서 협박과도 다르다. 즉 위력의 의미는 행위수단이 광범위하고 그 정도도 다양할 수 밖에 없다. 따라서 부작위에 의한 위력도 충분히 가능하다고 할 것이다.

노무제공의 거부라는 ‘부작위’가 업무방해죄의 위력이 되기 위해서는 보증인적 지위와 보증인의 의무가 필요하다고 할 수 있다. 대법원의 소수견해는 근로자에게 기업활동의 자유를 보호할 의무는 없다는 입장이지만, 필자의 생각은 다르다. 대법

54) 본 판결의 소수 입장은 이점을 분명히 하고 있다. “다수의견은 폭력적인 수단이 동원되지 않은 채 단순히 근로자가 사업장에 출근하지 않음으로써 근로제공을 하지 않는 소극적인 근로제공 중단, 즉 단순파업이라고 하더라도 파업은 그 자체로 부작위가 아니라 작위적 행위라고 보아야 한다는 것이나, 이러한 견해부터 찬성할 수 없다. 근로자가 사업장에 결근하면서 근로제공을 하지 않는 것은 근로계약상의 의무를 이행하지 않는 부작위임이 명백하고, 근로자들이 쟁의행위의 목적에서 집단적으로 근로제공을 거부하는 것이라는 사정이 존재한다고 하여 개별적으로 부작위인 근로제공의 거부가 작위로 전환된다고 할 수 없다”(대법관 박시환, 김지형, 이홍훈, 전수안, 이인복의 반대견해).

원의 소수견해는 근로자의 근로계약을 ‘근로자는 노무를 제공하고 사용자는 임금을 지불하는 대립적인 채권채무관계’로 이해한다.<sup>55)</sup> 그러나 이는 오히려 초기 자본주의의 노사관계를 대변하는 입장이라 할 수 있다. 최근의 노사관계는 노조활동의 증진과 업종간의 경쟁 및 이로 인한 규제의 강화 등 기업환경의 변화로 인해 사용자가 독자적으로 기업활동의 자유를 누릴 수 있는 구조가 아니다. 근로자는 근로계약의 범위내에서 기업의 기업활동의 자유를 보호하고, 기업은 근로자의 후생복지와 생계 안정을 보장해야 한다. 따라서 근로자에게 기업활동의 자유를 보호할 작위의무가 없다는 견해는 타당하다고 할 수 없다.

관건은 노무제공거부라는 부작용이 작위에 의한 위력과 동일한 정도의 의미를 가지고, 사용자의 영업활동의 자유를 침해했는가(작위와의 동가치성) 하는 점이 될 것이다. 따라서 노무제공거부를 통해 사용자의 영업의사가 제한되고, 이로 인해 사용자의 업무가 방해되는 경우(침해범)에만 파업에 대해 업무방해죄의 성립을 인정할 수 있을 것이다.

예컨대 노조가 파업을 하기 전에 충분한 생산활동을 통해 파업기간동안의 재고물량을 확보한 상태에서 파업을 시행하는 등 사용자가 파업에 충분히 대비할 수 있었다면, 비록 그 절차가 노조법의 규정에 위반하여 불법한 쟁의행위가 되어 노조법위반여부가 문제되는 것은 별론으로 하더라도 노동자의 노무제공거부가 기업활동의 자유의사를 제압할 정도에 이르렀다거나 사용자의 업무가 방해된 것으로 볼 수는 없다. 이는 사용자의 최소한의 영업활동 유지를 위해 노조가 자발적으로 부분파업을 한다거나 노조법상의 필수유지업무에 필요한 인력을 남겨 두는 경우에도 마찬가지이다.

55) “무엇보다 근로자측에게 위법한 쟁의행위로서 파업을 해서는 안된다는 작위의무를 인정한다는 것은 서로 대립되는 개별적·집단적 법률관계의 당사자 사이에서 상대방 당사자인 사용자 또는 사용자단체에 대하여 당사자 일방인 근로자측의 채무이행을 담보하는 보증인적 지위를 인정하는 것이어서 받아들일 수 없고.” (대판 2011. 3. 17, 2007도482 -전원합의제).

## VI. 결론

이 논문은 업무방해죄와 파업의 관계를 형법해석학의 관점에서 접근하고 있으며, 업무방해죄의 구성요건에 대한 해석과 집단적 노무제공 거부에 대한 행위분석을 통해 파업에 대해 업무방해죄의 적용을 긍정하되 신중해야 한다는 점을 강조하였다.

우리 형법상의 업무방해죄는 태생부터 쟁의행위를 탄압하기 위해 형성된 조문일 지도 모른다. 그러나 이러한 역사적 사실만으로 형법 제314조 자체를 부정할 충분한 이유는 될 수 없다. 반대로 그만큼 ‘입법자의 의사’는 명확하다고 파악할 수 있다. 또한 이미 50년 이상 우리 형법체계에 받아들여져 있어서 쟁의행위 이외에도 많은 적용례들을 가지고 있다는 점도 이 조문의 연혁적 유래가 하나의 참고는 될 수 있어도 직접 그 정당성을 부정하는 논거가 되기에는 부족하다고 할 수 있다.<sup>56)</sup>

결국 파업에 대해 업무방해죄를 적용할 수 있는가는 가부(可否)로 일도양단할 문제는 아니다. 먼저 업무방해죄의 성격과 구성요건에 대한 해석을 전제로 파업이라는 집단적 노무제공거부가 형법 제314조의 업무방해죄의 구성요건에 해당하는지를 살펴볼 필요가 있었다. 이는 파업이 업무방해성과 위력성을 가지는가가 관건이 되었다. 파업의 업무방해성은 노조법에서도 인정하고 있는데, 파업은 집단적인 노무제공의 거부를 통해 사용자의 사업계속의 의사에 반하여 계속적인 영업활동을 방해하게 된다는 점에서 업무방해성을 가진다고 보았다. 또한 종래 판례에 의하면 파업은 본질적·필연적으로 업무방해죄의 위력성을 가지는 것으로 보았다. 하지만 최근의 판례는 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있는 것으로 평가될 때에만 위력성을 가지는 것으로 이해하였고, 이는 업무방해죄의 위력개념에 대한 해석과 부합한다는 점을 확인하였다.

더불어 파업에 대해 업무방해죄를 적용하는데 있어 헌법이나 노조법의 제약여부도 살폈다. 노무제공거부인 파업을 형사처벌하는 것은 노무를 강제하는 것으로 헌법상의 강제노역금지에 반한다는 비판이 제기되었지만, 행위가 협법상의 기본권에 근거한 것이라 하더라도 제한될 수 있으며 그 남용에 대해서는 형사처벌이 가능하다는 점도 확인하였다. 그리고 노조법 제4조와 제39조의 해석을 통해 노조법이 형

56) 이근우, 앞의 논문, 37면.

법상의 업무방해죄의 적용을 제한하지 않는다는 점도 살펴보았다.

하지만 파업은 노무제공을 거부하는 부작위임에도 불구하고 우리 판례는 이를 적극적 작위로 이해하였다. 이는 위력개념의 해석에 대한 오해에서 기인한 것으로 본고에서는 파업이 부작위라는 전제하에 업무방해죄를 적용하기 위해서는 노동자에 대해 보증의무와 작위와의 동가치성에 대한 판단이 필요함을 역설하였다. 특히 부작위는 작위에 비해 범죄성립요건이 까다로우므로 노무제공거부를 부작위로 판단하는 것은 노사공동번영이라는 현대적 노사관계의 이상을 위해서 법원이 업무방해죄의 적용에 신중을 기할 수 있게 된다는 점에서 그 의미가 자못 크다 할 것이다.

## 참고문헌

- 김동현, “정당행위의 정당성 문제”, 충남대학교 법학연구 제21권 제2호, 2010.
- 김성돈, “침해범/위협범, 결과범/거동범, 그리고 기수/미수의 구별기준”, 형사판례연구 (17), 2009.
- 김순태, 파업과 위력업무방해죄의 관계, 국민대학교 법학논총 제12집, 2000.
- 김영문, “쟁의행위의 위력에 의한 업무방해죄 규정의 위헌성”, 노동법학 제8호, 1998.
- 김일수, “근로자의 쟁의행위와 업무방해죄”, 고려법학 제36집, 2001.
- 김태명, “위협범의 문제점과 제한적 해석·적용”, 동아법학 제51권, 2011.
- 김희성, “단순한 집단적 노무제공거부행위와 위력에 의한 업무방해죄”, 노동법논총 제20편, 2010.
- 도재형, “파업과 업무방해죄”, 노동법학 제34호, 2010.
- 우희숙, “쟁의행위와 위력업무방해죄의 관계”, 노동법논총 제20편, 2010.
- 이근우, “노동쟁의에 대한 업무방해죄 적용의 축소가능성, 비교형사법연구 제12권 제2호, 2010.
- 이훈동, “추상적 위협범의 확대경향과 문제점-독일에서의 논의를 중심으로-”, 외법논집 10집, 2001.
- 조국, “쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 비판”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 2010.
- 주승희, “현행 형법상 ‘위력’에 의한 업무방해죄의 문제점과 개선방안, 안암법학 34권, 2011.
- 김성돈, 형법각론, skkup, 2009.
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2009.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2011.
- 임웅, 형법각론, 법문사, 2011.
- 장영민/박강우, 「노동쟁의 행위와 업무방해죄의 관계」, 한국형사정책연구원, 1996.
- 정성근/박광민, 형법각론, 삼영사, 2011.
- 노사가 지켜야 할 정당한 쟁의행위의 범위와 한계, 노동부, 2009. 2
- 노사분규통계, 2011, 고용노동부.

## Interpretation on crime of interference on business and the relationship with strike among labor dispute

PARK Sung Min\*

Our case are positive on application of crime of interference on business to laborers' strike. Meanwhile, the mainstream scholars including labor law jurists are critical thereon. However, prudence is required when judging on socially meaningful acts based on Criminal Act. In this regard, this paper shed new light to the relationship between strike and crime of interference on business, by defining components of crime of interference on business and behavior analysis on collective refusal on providing labor.

This paper firstly confirms the characteristics of crime of interference on business pursuant to Criminal Act Article 314 and establishes the power concept as type of behavior, and then reviews whether strike as collective refusal on providing labor falls into components constituting crime of interference on business pursuant to Criminal Act Article 314. Regarding this, whether strike interferes business and whether strike has power were the key points. 「Trade Union and Labor Relations Adjustment Act (hereafter referred to as Trade Union Act)」 affirmed that strikes do interfere with other's business, and case affirmed such power in strike. However, traditional cases found out that strike fundamentally and inevitably has the power of crime of interference on business. Recent cases understand that strike has power only when employer's free intention of continuing business is assessed as susceptible to be suppressed or fallen into confusion due to strike.

Additionally, this study reviewed whether there is any limitation in the Consti-

---

\* Sungkyunkwan University the Institute of Legal Studies Senior Research Fellow, Ph. D. in Law

tutional Law or Trade Union Act in applying crime of interference on business to strikes. There are critics arguing that if strike as refusal to provide labor criminally is penalized, then the result is coercion of labor and hence in violation of prohibition on compulsory labor pursuant to the Constitutional Law. However, regarding strike pursuant to Trade Union Act, the issue is not whether labor contract is simply violated but whether social agreement for mutual prosperity between employer and laborers is violated. Therefore, it is confirmed that penalty on refusal of providing labor is not a violation of Constitutional Law. And through interpretation of Trade Union Act Article 4 and 39, this paper reviewed the point that the Act does not limit application crime of interference on business pursuant to Criminal Act.

However, though strike is nonfeasance whereby workers refuse to provide labor, our case understood strike as active feausance. This is due to misunderstanding on interpretation of power concept, and based on the premise that strike is nonfeasance, this paper argues that when applying crime of interference on business to strike, judgment is required on laborers' guarantee obligation and equivalency with feausance. Especially, non feausance is more strict in requirement for establishment of crime compared with feausance. It is very meaningful to judge refusal to provide labor as non-feausance in that the court becomes prudent in application of crime of interference on business for the ideal modern employer-labor relation of mutual prosperity between user-employees.

❖ Key words : crime of interference on business, strike, Criminal Act, Trade Union and Labor Relations Adjustment Act, nonfeasance.

