형사정책연구 Korean Criminological Review
제25권 제1호(통권 제97호, 2014 · 봄)

소비자 불매운동의 헌법적 허용한계와 형법적 규제의 타당성에 관한 연구*

우 희 숙**

국 | 문 | 요 | 약

2013년 대법원은 소비자 불매운동에 대하여 업무방해죄, 강요죄 및 공갈죄를 적용하여 유죄를 선고한 원심판결이 타당하다고 판단하였다. 이렇게 함으로써 대법원은 노동영역에 적용했던 형벌구성요건을 소비자영역으로까지 확장시켰다. 물론 소비자 불매운동은 그 본질상 집단적 의견표명행위를 전제로 하기 때문에 업무방해죄의 '위력', 강요죄 및 공갈죄의 '협박'과 외형상 유사성을 가진다. 그러므로 대법원 판례가 '헌법 및 법률에 반하여' 소비자 불매운동을 '범죄화한 것'이라고 비판할 수는 없다. 대법원 입장에서 '집단적 항의전화걸기'는 대상 기업의 업무를 방해하는 것이고, '불매운동의 고지'는 대상 기업의 의사결정권자로 하여금 겁을 먹게 하여 의사결정 및 의사실행의 자유를 침해하는 것이기 때문이다. 더욱이 오늘날 대법원 판례는 대상 기업의 경제적 손실을 고려하지 않을 수 없었을 것이다.

그러나 불매운동이 헌법적으로 보장되어 있는 한 대법원 판례는 이러한 헌법적 지침을 신중하게 고려하여야 한다. 헌법이 어떠한 행위를 기본권으로 보장한다는 것은, 그러한 기본권 행사에 불가피하게 수반되는 '불이익'을 감수하여야 한다는 것을 의미하기 때문이다. 그러므로 소비자 불매운동에 대한 범죄화를 포기하고, 불매운동을 행사하는 소비자(단체)의 사회적 책임을 신뢰하는 것이 더욱 나은 방법일 수 있다. 소비자 불매운동이 그 목적을 성공적으로 달성하려면 단순히 경제적 실력을 행사하는 것이 아니라, 다른 소비자(들)의 이해에 의존해야 하기 때문이다. 만약 불매운동의 목적이 상호 이해를 구하지 못한다면, 그것은 대법원 판례가 염려하는 기업의 손실로 이어지지 못할 것이다. 이는 오늘날 기업에 대해 사회적 책임과 윤리를 점점 강하게 요구하고 있는 것과 맥락을 같이 한다.

❖ 주제어 : 소비자 불매운동, 헌법적 허용한계, 사회적 상당성, 위력, 협박

* 이 논문은 2012년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2012S1A5B5A07038106)
** 강원대학교 법과대학 강사, 법학박사

Ⅰ. 들어가며

2013년 대법원은 소비자 불매운동에 대하여 업무방해죄,[1] 강요죄 및 공갈죄[2]를 적용하여 유죄를 선고한 원심판결이 타당하다고 판단하였다. 이렇게 함으로써 대법원은 노동영역에 적용했던 형벌구성요건을 소비자영역으로까지 확장시켰다.[3] 그러나 소비자 불매운동에 대한 형법적 판단구조와 관련하여 원심과 대법원 판결 사이에는 차이점이 존재한다. 논의의 편의를 위해 ―대법원 판례가 제시한― 사안을 먼저 소개하고자 한다.[4]

[사안 A] 인터넷카페의 운영진인 피고인들이 카페 회원들과 공모하여, 특정 신문들에 광고를 게재하는 광고주들에게 불매운동의 일환으로 지속적 · 집단적으로 항의전화를 하거나 항의글을 게시하는 등의 방법으로 광고중단을 압박함으로써 위력으로 광고주들 및 신문사들의 업무를 방해하였다. 이에 대법원은 피고인들의 행위가 광고주들에 대하여는 업무방해죄의 위력에 해당하지만, 신문사들에 대하여는 직접적인 위력의 행사가 있었다고 보기에 부족하다고 판단하였다.[5]

---

1) 이는 2008년 광고주에 대한 광고중단 압박운동에 업무방해죄의 유죄를 선고한 것이다. 서울중앙지방법원 2009.2.19. 선고 2008고단5024, 2008고단5623(병합) 판결; 서울중앙지방법원 제5형사부 2009.12.18. 선고 2009노677 판결.

2) 이는 2009년 광고주의 상품에 대한 불매운동에 강요죄 및 공갈죄의 유죄를 선고한 것이다. 서울중앙지방법원 2009.10.29. 선고 2009고단4470 판결; 서울중앙지방법원 제4형사부 2010.10.5. 선고 2009노3623 판결.

3) 대법원은 집단적 노무제공거부행위를 주로 업무방해죄의 '위력'으로 해석 · 적용하였다. 반면 독일에서는 공갈죄를 통하여 노동조합의 쟁의행위를 금지하였다. 이에 대한 비판으로 Zechlin, L., Streik, Strafrecht, Polizei, Köln: Bund-Verlag, 1986, S. 15ff; Ostendorf, H., Kriminalisierung des Streikrechts, Neuwied: Luchterhand, 1987, S. 14.

4) [사안 A] 및 [사안 B]에서 문제가 된 것은 신문사(들)에 대한 불매운동이 아닌, 신문사(들)에 광고를 게재하는 광고주(들)에 대한 불매운동이었다. 이는 원심에서 제2차 불매운동이라고 언급되었다. 하지만 본 논의에서는 '제3자를 대상으로 한 불매운동'이라 지칭하고자 한다. 원심이 언급한 제2차 불매운동은 공정거래법상 불매행위자의 담합이나 시장지배력 행사를 통해 경쟁자들을 도태시키는 것을 막기 위한 개념이기 때문이다. 이에 대한 자세한 논의로는 박경신, "소비자들의 2차불매운동의 합법성", 국회의원 천정배/미디어행동 공동주최 「불매운동, 불법인가 소비자의 정당한 권리인가」 토론회 자료집, 2010 참조.

5) 대법원 2013.3.14. 선고 2010도410 판결.

[**사안** B] 피고인이, 甲 주식회사가 특정 신문들에 광고를 편중했다는 이유로 기자회견을 열어 甲 회사에 대하여 불매운동을 하겠다고 하면서 특정 신문들에 대한 광고를 중단할 것과 다른 신문들에 대해서도 동등하게 광고를 집행할 것을 요구하고 甲 회사 인터넷 홈페이지에 그와 같은 내용의 팝업창을 띄우게 하였다. 이에 대법원은 제반 사정을 고려할 때, 피고인의 행위가 강요죄나 공갈죄의 수단인 협박에 해당한다고 판단하였다.[6)]

[사안 A]는 피고인들이 신문사(들)가 아닌 신문사의 광고주(들)에게 '지속적 · 집단적인 항의전화걸기 또는 항의글을 게시하는 행위'가 업무방해죄의 '위력'에 해당한다는 것이다. [사안 B]는 피고인들의 광고주에 대한 '불매운동의 고지행위'가 강요죄 및 공갈죄의 '협박'에 해당한다는 것이다. 이러한 원심 판결 이후 형법학계에서는 다음과 같은 비판이 제기되었다. 즉 소비자 불매운동은 헌법 제124조에 의해 보장되는 소비자보호운동의 일환으로서 업무방해죄의 '위력', 강요죄 및 공갈죄의 '협박'으로 해석 · 적용될 수 없다는 것이다.[7)] 그리고 이러한 비판은 어떠한 형태로든 2011년 헌법재판소 결정에 영향을 미친 것으로 보인다.[8)] 왜냐하면 헌법재판소는「헌법이 보장하는 소비자보호운동의 일환으로 행해지는 소비자 불매운동이 헌법적 허용한계를 가지는지 여부」와 관련하여 불매운동이 헌법적 허용한계의 범위 내에 존재하기 위한 정당성 요건을 제시하였기 때문이다.[9)] 그러나 이 또한 형법학계의 비판의 대상이 되었는데, 그 이유는 헌법재판소가 제시한 정당성 요건이 원심 판결의 그것과 차이가 없었기 때문이다.[10)] 이후 이러한 비판이 대법원 판결에 영향

6) 대법원 2013.4.11. 선고 2010도13774 판결.

7) 원심 판결에 대한 형법학계의 비판으로 이호중, "소비자 운동으로서 집단적 항의전화걸기와 위력에 의한 업무방해죄", 형사법연구 제23권 제4호, 2011, 137-156쪽; 조국, "소비자 불매운동의 법적 지위와 형사처벌의 당부", 형사법연구 제23권 제3호, 2011, 382-390쪽; 우희숙, "소비자 불매운동의 정당성", 비교형사법연구 제13권 제2호, 2011, 95-108쪽; 박지현, "언론사 광고주에 대한 불매운동의 고지행위의 형사책임", 민주법학 제44호, 2010, 257-267쪽; 박지현/김종서, "위력에 의한 업무방해죄와 광고주 불매운동", 민주법학 제40호, 2009, 96-119쪽; 김재경, "제3자에 대한 소비자불매운동에 있어서 형사법적 고찰", 법학논문집 제33집 제2호, 2009, 173-179쪽; 주승희, "소비자불매운동의 의의 및 법적 허용한계 검토", 경영법률 제19집 제3호, 2009, 533-538쪽.

8) [사안 A]와 관련하여 피고인들은 항소심 계속 중 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되어, 2010년 1월 22일 헌법소원심판을 청구하였다. 그리고 [사안 B]와 관련하여 마찬가지로 항소심 계속 중 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되어, 2010년 10월 22일 헌법소원심판을 청구하였다.

9) 헌법재판소 2011.12.29. 자 2010헌바54 결정.

을 미친 것인지는 확인할 수 없지만, 2013년 대법원은 제3자를 대상으로 한 불매운동이 사회적 상당성을 갖추지 못한 경우에'만' 업무방해죄의 '위력', 강요죄 및 공갈죄의 '협박'에 해당한다는 판단을 하였다. 즉 2009년 원심이 제3자를 대상으로 한 불매운동에 대하여 <'위력', '협박'의 형벌구성요건 ○ → 형법 제20조의 위법성조각사유 ×>라는 판단구조를, 2011년 헌법재판소가 <'필요성' 및 '긴밀한 상관관계' × → '위력', '협박'의 형벌구성요건 ○ → 형법 제20조의 위법성조각사유 ×>라는 판단구조를 취했다면, 2013년 대법원은 <'사회적 상당성' × → '위력', '협박'의 형벌구성요건 ○ → 형법 제20조의 위법성조각사유 ×>라는 판단구조를 취하였다. 그렇다면 원심과 대법원 판결 사이에는 다음과 같은 차이점이 존재한다. 즉 원심은 소비자 불매운동이 헌법 제124조에 의하여 보장되는 기본권 행사의 일환이라도 '우선' 형벌구성요건인 '위력', '협박'에 해당하며, 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각되지 않는 한 형사책임이 면책되지 않는다고 말이다. 반면 대법원은 소비자 불매운동이 헌법 제124조에 의해 보장되는 기본권 행사이기 때문에 '사회적 상당성'을 결여한 경우에'만' 형벌구성요건인 '위력', '협박'에 해당하며, 이러한 경우에도 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각되어 형사책임이 면책될 수 있다고 말이다. 즉 원심과 대법원 판결은 제3자를 대상으로 한 불매운동의 헌법적 허용한계를 판단하는데 있어 차이점을 보이고 있다. 그렇다면 이러한 판단구조의 차이점이 제3자를 대상으로 한 불매운동의 형벌구성요건에의 해석규칙에도 영향을 미쳤는지를 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 결론에 있어서는 원심과 대법원 판결 사이에 차이점이 존재하지 않기 때문이다. 만약 원심의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위', 헌법재판소의 '필요성' 및 '긴밀한 상관관계'와 대법원의 '사회적 상당성' 판단이 소비자 불매운동의 헌법적 허용한계를 결정하는데 있어 동일한 요소를 가지고 있다면, 원심과 대법원 판결 사이에 결정의 차이점이 존재하지 않는 이유가 납득될 것이고, 그러한 한에서 대법원 판례에도 원심 판결에 대한 형법학계의 비판이 그대로 해당될 것이다. 그리고 이러한 한에서 노동영역에 적용되는 형벌구성요건의 판단구조 및 해석규칙이 소비자영역에도 확장되었다는 문제의식은 타당할 것이다.

10) 헌법재판소 결정과 원심 판결의 유사점에 대한 비판적 분석으로는 우희숙, "소비자 불매운동에 대한 형법적 규제의 타당성", 법학연구 제15집 제2호, 2012, 161-166쪽.

Ⅱ. 소비자 불매운동의 헌법적 허용한계

소비자 불매운동은 소비자기본법 제5조 제1항[11]에 따라 정당하게 행사되어야 한다. 그러나 그것의 구체적 요건은 소비자기본법에 규정되어 있지 않다. 이에 헌법재판소 및 대법원도 불매운동의 헌법적 허용한계를 형법적 규제 여부에 앞서 판단하고 있는 것이다. 그러나 앞에서도 언급한 바와 같이 2011년 헌법재판소는 소비자 불매운동의 헌법적 허용한계를 2009년 원심 판결의 그것과 동일하게 판단하였다. 다만 원심이 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'를 위법성조각사유를 판단하는데 있어 언급하였다면, 헌법재판소는 원심이 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'를 언급하면서 제시한 '필요성' 및 '긴밀한 상관관계' 요건을 헌법적 허용한계를 판단하는데 언급하였다. 한편 대법원은 형법학계의 비판을 의식한 것인지는 모르지만 불매운동의 헌법적 허용한계를 '사회적 상당성' 여부로 판단하고 있다. 과연 이러한 대법원 판례의 판단구조가 원심 판결 및 헌법재판소 결정과 거리를 두는 것인지는 이하에서 더욱 자세하게 분석하고자 한다.

1. 위법성조각사유로서 '필요성' 및 '긴밀한 상관관계'

헌법재판소는 소비자 불매운동이 헌법 제124조에 의해 보장되는 기본권이라 할지라도 모든 경우에 있어 정당성이 인정될 수는 없고, 헌법이나 법률의 규정에 비추어 정당하다고 평가되는 경우에만 형사책임이 면제된다고 언급한다. 그리고 불매운동의 헌법적 허용한계를 판단하는데 있어 다음의 4가지 요건을 제시한다. ① 객관적으로 진실한 사실을 기초로 할 것, ② 불매운동에 참여하는 소비자의 의사결정 자유가 보장될 것, ③ 불매운동의 과정에서 폭행, 협박, 기물파손 등 위법한 수단을 동원하지 않을 것, ④ 제3자를 대상으로 한 불매운동인 경우, 그 경위나 과정에서 제3자의 영업의 자유 등 권리를 부당하게 침해하지 않을 것이 그것이다. 그리

11) 소비자기본법 제5조 제1항 "소비자는 사업자 등과 더불어 자유시장경제를 구성하는 주체임을 인식하여 물품 등을 올바르게 선택하고, 제4조의 규정에 따른 소비자의 기본적 권리를 정당하게 행사하여야 한다."

고 나아가 ④와 관련하여 '필요성' 및 '긴밀한 상관관계'가 있어야 정당성을 인정할 수 있다고 언급한다.[12] 즉 헌법재판소는 상대방이 누구인지의 여부에 따라 직접 상대방을 대상으로 한 경우에는 ①-③의 요건을 갖출 것을, 제3자를 대상으로 한 경우에는 ①-④의 요건을 갖출 것을 요구한다. 그리고 이러한 요건을 갖추지 못한 불매운동은 형법 제20조에 해당하지 않는 한 업무방해죄의 '위력', 강요죄 및 공갈죄의 '협박'에 해당한다고 언급한다.

그러나 제3자를 대상으로 한 불매운동의 헌법적 허용한계를 판단하는데 있어 헌법재판소는 원심이 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'를 판단한 내용과 유사점을 보이고 있다. 즉 1심은 제3자를 대상으로 한 불매운동이 '위력' 및 '협박'에 해당하며, 그 행위가 '목적', '수단 및 방법', '절차'의 정당성을 흠결한 경우에는 업무방해죄, 강요죄 및 공갈죄에 해당한다고 판단하였다.[13] 그리고 2심은 1심과 동일한 판단구조를 취하면서 위법성이 조각되기 위해서는 "목표 기업체와 거래 기업체의 관계가 어느 정도 긴밀한지, 양 기업체 사이의 거래의 성질과 내용이 소비자 운동이 목표로 삼는 문제와 어느 정도 관련성이 있는지"[14]를 고려하여야 한다고 언급하였다. 이러한 판단에는 제3자를 대상으로 하는 불매운동을 넓게 허용할 경우 기업의 영업활동의 자유 등을 심각하게 침해할 수 있기 때문에, 그 수단 · 방법의 상당성 및 허용한도가 더 엄격하게 심사되어야 한다는 것이 전제되어 있다.

그러나 원심 판결 및 헌법재판소 결정은 소비자영역에서의 패러다임 전환을 제대로 이해하지 못하고 있다. 왜냐하면 소비자영역에서 기존 불매운동의 목적이 '가격'에 초점이 맞추어져 있었다면, 오늘날에는 '사회적 · 정치적 쟁점'에 맞추어져 있기 때문이다.[15] 그리고 이는 제3자를 대상으로 한 불매운동의 목적과도 맞닿아

12) '필요성' 요건은 "불매운동의 취지나 목적, 성격에 비추어 제3자를 불매운동 대상으로 선택해야 할 필요성이 있었는지 여부"로, '긴밀한 상관관계' 요건은 "제3자를 대상으로 이루어진 불매운동의 내용과 그 경위 및 정도와 사이에 긴밀한 상관관계가 존재하는지 여부"로 결정된다고 한다. 헌법재판소 2011.12.29. 자 2010헌바54 결정.

13) 서울중앙지방법원 2009.2.19. 선고 2008고단5024, 2008고단5623(병합) 판결; 서울중앙지방법원 2009.10.29. 선고 2009고단4470 판결.

14) 서울중앙지방법원 제5형사부 2009.12.18. 선고 2009노677 판결; 서울중앙지방법원 제4형사부 2010.10.5. 선고 2009노3623 판결.

15) Balabanis, G., Surrogate Boycotts against Multinational Corporations: Consumers' Choice of Boycott Targets, British Journal of Management, Vol. 24, 2013, p. 1; Braunsberger, K/Buckler,

있다.[16] 이는 소비자기본법에 규정되어 있는 소비자 권리에서도 확인할 수 있다.[17] 소비자 기본법 제4조 제4호는 '소비생활에 영향을 주는 국가 및 지방자치단체의 정책과 사업자의 사업활동 등에 대하여 의견을 반영시킬 권리'를 규정하고 있는데, 이에는 전통적 의미의 '가격' 뿐만 아니라 '사회적 · 정치적 쟁점'도 포함되어 있기 때문이다. 또한 동법 제3조는 "소비자의 권익에 관하여 다른 법률에 특별한 규정을 두고 있는 경우를 제외하고는 이 법을 적용한다"고 규정하고 있는데, 이를 통해 형법 제314조 제1항, 제324조, 제350조가 제3자를 대상으로 하는 불매운동의 목적을 배제한다고 해석할 수는 없기 때문이다.

그러므로 소비자 불매운동의 헌법적 허용한계는 그것의 상대방이 누구이냐에 따라 달리 평가될 수 없다. 즉 그것이 헌법재판소가 제시한 ①-③의 요건을 충족하면, 헌법 및 소비자기본법에 의하여 정당성이 인정되는 것이다. 그렇다면 헌법재판소는 [사안 A] 및 [사안 B]에서 이러한 요건이 충족되었는지를 살펴보았어야 한다. 그러나 앞에서도 언급한 바와 같이 헌법재판소는 ―원심 판결과 마찬가지로― 제3자를 대상으로 한 불매운동이 형벌구성요건인 '위력' 및 '협박'에 해당하는지에 중점을 두었을 뿐이다. 이는 당연한 것일지도 모른다. 왜냐하면 원심 및 헌법재판소는 마이클잭슨 내한공연반대 사건에 나타난 대법원 판결을 전제로 삼았기 때문이다.[18] 비록 이 사건은 민사상 불법행위책임에 관한 것이지만, 이후 [사안 A] 및 [사

B., What motivates consumers to participate in boycotts, lessons from the ongoing Canadian seafood boycott, Journal of Business Research, Vol. 64, Issue 1, 2010, pp. 96-102.

16) 예를 들어 초기 소비자 불매운동이 상품가격의 과도한 인상을 저지하기 위해 '가격'에 중점을 두었다면, 오늘날 그것은 환경보호, 동물의 권리(animal rights), 인권보호, 노동관행(labour practice), 건강관심(health concern) 등 사회적 · 정치적 쟁점을 소비자들이 쉽게 접근할 수 있는 시장공간으로 전환시켜 전개하고 있다. Walsh, G/Mitchell, V/Jackson, P/Beatty, S., Examining the antecedents and consequences of corporate reputation: a customer perspective, British Journal of Management, Vol, 20, Issue 2, 2009, pp. 187-203.

17) 소비자기본법 제4조는 ① 물품 또는 용역으로 인한 생명 · 신체 또는 재산에 대한 위해로부터 보호받을 권리, ② 물품 등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리, ③ 물품 등을 사용함에 있어서 거래상대방 · 구입장소 · 가격 및 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리, ④ 소비생활에 영향을 주는 국가 및 지방자치단체의 정책과 사업자의 사업활동 등에 대하여 의견을 반영시킬 권리, ⑤ 물품 등의 사용으로 인하여 입은 피해에 대하여 신속 · 공정한 절차에 따라 적절한 보상을 받을 권리, ⑥ 합리적인 소비생활을 위하여 필요한 교육을 받을 권리, ⑦ 소비자 스스로의 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 활동할 수 있는 권리, ⑧ 안전하고 쾌적한 소비생활 환경에서 소비할 권리를 규정하고 있다.

안 B]의 정당성 및 형사책임을 판단하는데 있어 중요한 영향을 미쳤다.[19] 이 사건에서 대법원은 불매운동의 상대방이 누구이냐에 따라 제1차 불매운동 및 제2차 불매운동으로 구분하고, 전자에 대해서는 정당성을 후자에 대해서는 (민사상) 불법행위책임을 인정하였기 때문이다. 그리고 그것의 논리는 1심 및 2심 판결, 더 나아가 헌법재판소 결정의 전제가 되었다. 그러나 헌법적 허용한계의 기준이 상대방 여부에 따라 달라지는 것은 경계하여야 한다. 왜냐하면 이는 더 나아가 형법적 규제의 시작점을 알리기도 하기 때문이다. 그러나 불매운동의 상대방 여부가 적법과 위법의 구별기준으로서, 즉 가벌성의 내용을 지시하는 기준이 될 수는 없다. 이러한 문제의식은 2013년 대법원 판례에도 나타나고 있는 듯하다. 왜냐하면 대법원은 원심판결 및 헌법재판소 결정과는 달리 제3자를 대상으로 한 불매운동의 '사회적 상당성' 여부를 언급하고 있기 때문이다. 그러나 '사회적 상당성'이 헌법재판소가 제시한 ①-③의 요건을 포착하고 있는 것인지, 아니면 ④의 요건을 포착하고 있는 것인지는 더욱 자세하게 살펴볼 필요가 있다.

2. 구성요건배제사유로서 사회적 상당성

2013년 대법원은 제3자를 대상으로 한 불매운동에 대하여 다음과 같은 판단구조를 취하였다.

> "… 다만 그 소비자 불매운동이 헌법상 보장되는 정치적 표현의 자유나 일반적 행동의 자유 등의 점에서도 전체 법질서상 용인될 수 없을 정도로 사회적 상당성을 갖추지 못한 때에는 그 행위 자체가 위법한 세력의 행사로서 형법 제314조 제1항의 업무방해죄에서 말하는 위력의 개념에 포섭될 수 있[다]."[20]

18) 대법원 2001.7.13. 선고 98다51091 판결.

19) 이에 대한 비판으로 우희숙, "소비자 불매운동의 정당성", 비교형사법연구 제13권 제2호, 2011, 91-93쪽.

20) 대법원 2013.3.14. 선고 2010도410 판결. 이러한 판단구조는 강요죄 및 공갈죄의 유죄를 선고한 판결에도 동일하게 나타난다. "… 다만 대상 기업에 특정한 요구를 하면서 이에 응하지 않을 경우 불매운동의 실행 등 대상 기업에 불이익이 되는 조치를 취하겠다고 고지하거나 공표하는 것과 같이 소비자 불매운동의 일환으로 이루어지는 것으로 볼 수 있는 표현이나 행동이 정치적 표현의 자유나 일반적 행동의 자유 등의 관점에서도 전체 법질서상 용인될 수 없을 정도로 사회적 상당성

즉 대법원은 제3자를 대상으로 한 불매운동이 사회적 상당성을 결여한 경우에 형벌구성요건인 '위력', '협박'에 해당된다고 언급하고 있다. 그렇다면 대법원이 언급하는 '사회적 상당성'은 무엇을 의미하는가? 이는 중요한 질문에 속한다. 왜냐하면 대법원은 사회적 상당성을 결여한 불매운동은 '그 자체' 형벌구성요건인 '위력', '협박'에 해당한다고 판단하기 때문이다. 즉 사회적 상당성이 형법적 규제의 시작점을 알리는 기준이 된다. 그러나 대법원은 이에 대해서 구체적인 언급을 하고 있지 않다. 그렇다면 사회적 상당성이 현재 형법학계 및 실무에서 어떠한 의미로 사용되고 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 형법학계는 ―그 인정여부에 대해서는 논란이 있지만― 사회적 상당성을 헌법상 기본권 행사의 형벌구성요건을 배제하는 사유로 보고 있다(ⓐ).[21] 즉 '역사적으로 형성된 사회윤리적 공동생활의 질서 내에 속하는 행위'는 사회적으로 상당하며, 그러한 행위는 비록 구성요건의 문언에 합치하는 경우에도 실질적으로는 구성요건에 해당하는 불법으로 평가할 수 없다는 것이다(구성요건배제사유). 반면 대법원 판례는 사회적 상당성을 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'의 판단기준으로 사용하고 있다(ⓑ).[22][23] 즉 어

을 갖추지 못한 때에는 그 행위 자체가 강요죄나 공갈죄에서 말하는 협박의 개념에 포섭될 수 있다[다]." 대법원 2013.4.11. 선고 2010도13774 판결.

21) 노동영역에서 '사회적 상당성'의 이론구성을 긍정하는 주승희, "현행 형법상 '위력'에 의한 업무방해죄의 문제점 및 개선방안", 안암법학 제34권, 2011, 195-197쪽. 한편 '사회적 상당성'의 이론구성과 동일한 의미에서 '가벌적 위법성'의 도입을 긍정하는 윤상민, "가벌적 위법성론의 재음미", 법학연구 제32집, 2008, 308-313쪽. 반면 이러한 '사회적 상당성' 및 '가벌적 위법성'에 대한 비판적 견해로는 이덕인, "형법민주화의 상징으로서 형법 제20조의 사회상규", 경남법학 제21집, 2006, 177-179쪽.

22) "형법 제20조가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 처벌하지 아니한다고 규정한 것은 사회상규 개념을 가장 기본적인 위법성 판단의 기준으로 삼아 이를 명문화한 것으로서 그에 따르면 행위가 법규정의 문언상 일응 범죄구성요건에 해당된다고 보이는 경우에도 그것이 극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회생활 질서의 범위 안에 있는 것이라고 생각되는 경우에 한하여 그 위법성이 조각되어 처벌할 수 없게 되는 것이며, 어떤 법규성이 처벌대상으로 하는 행위가 사회발전에 따라 전혀 위법하지 않다고 인식되고 그 처벌이 무가치할 뿐 아니라 사회정의에 배반된다고 생각될 정도에 이를 경우나, 자유민주주의 사회의 목적 가치에 비추어 이를 실현하기 위해 사회적 상당성이 있는 수단으로 행하여졌다는 평가가 가능한 경우에 한하여 이를 사회상규에 위배되지 아니한다고 할 것이다." 대법원 1983.2.8. 선고 82도357 판결.

23) 대법원 판례가 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'의 판단기준을 자의적으로 판단하여 죄형법정주의에 반할 수 있다는 비판적 견해로는 김성돈, "한국 형법의 사회상규조항의 기능과 형법학의 과제", 성균관법학 제24권 제4호, 2012, 271-277쪽.

떠한 행위가 '역사적으로 생성된 사회생활 질서의 범위 안에 있는 것'이라면, 그 행위가 법규정의 문언상 범죄구성요건에 해당하더라도 위법성이 조각되어 처벌할 수 없다는 것이다. 그렇다면 [사안 A] 및 [사안 B]에서 대법원은 사회적 상당성을 어떠한 의미로 사용하고 있는가? ⓐ의 구성요건배제사유로 사용하고 있는가 아니면 ⓑ의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'의 판단기준으로 사용하고 있는가?

[사안 A] 및 [사안 B]의 판결요지를 살펴보면 <사회적 상당성 × → 그 행위 자체 '위력' 및 '협박' ○>으로 구조화할 수 있다. 그리고 대법원은 '이러한 관점에서 어떠한 소비자 불매운동이 형벌구성요건에 해당하는 지 여부'를 판단하면서「대법원 2001.2.23. 선고 2000도4415 판결」을 참조한다. 그리고 '위력' 및 '협박'에 해당하는 소비자 불매운동이 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'에 의하여 위법성이 조각되기 위한 요건을 언급하면서'도' 동일한 대법원 판례를 참조한다.[24] 이는 '피해자의 정신병원에서의 퇴원 요구를 거절해 온 피해자의 배우자(甲)가 피해자에 대하여 재산이전요구를 한 것'이 공갈죄의 '협박'에 해당하는 지를 판단한 것이다. 이 사안에서 대법원 판례는 甲의 재산이전요구는 공갈죄의 수단인 해악의 고지에 해당하고, 이러한 해악의 고지가 권리의 실현수단으로 사용되었더라도 그 수단방법이 사회통념상 허용되는 정도나 범위를 넘는 것으로서 공갈죄를 구성한다고 판단하였다. 즉 甲의 재산이전요구는 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'에 해당하지 않는다는 것이고, 이에 제시된 판단기준을 대법원 판례가 참조한 것이다. 이는 다음과 같다.

> "형법 제20조 소정의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 할 것인바, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴

24) 다만 [사안 B]에서는「대법원 2003.5.13. 선고 2003도709 판결」을 참조하나, 이 판결이 다시「대법원 2001.2.23. 선고 2000도4415 판결」을 참조한다는 점에서 [사안 A]와 동일하다고 판단할 수 있다.

급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다."[25]

그렇다면 대법원 판례는 사회적 상당성을 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'와 동일시한다고 볼 수 있다. 이를 다시 도식화하면 다음과 같다. 즉 <제3자를 대상으로 한 불매운동 → '사회상규에 위배되지 아니하는 행위' × → 사회적 상당성 × → 그 자체 '위력', '협박' ○ → 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위' ×>가 그것이다. 이를 통해 대법원은 제3자를 대상으로 한 불매운동의 불법성을 결론짓고, 형식적으로만 그것이 위법성을 조각하는 지 여부를 다루고 있다는 것을 알 수 있다. 즉 대법원은 사회적 상당성을 구성요건을 배제하는 사유(ⓐ)가 아닌 위법성을 조각하는 사유(ⓑ)로 사용하고 있는 것이다. 그렇다면 대법원도 원심 판결 및 헌법재판소 결정과 동일한 판단구조를 취하고 있는 것이다.

대법원의 판단구조에 대한 잠정적 결론을 내리자면, 제3자를 대상으로 한 불매운동의 헌법적 허용한계는 형법적 규제의 타당성 여부가 끝나는 곳에서 '비로소' 시작된다고 할 수 있다.[26] 즉 그것은 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'의 엄격한 판단기준을 통과한 후에야 헌법적으로 정당한 권리행사가 되는 것이다. 이처럼 '사회적 상당성'과 위법성조각사유로서 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'를 동일하게 바라보는 대법원 판례는 기본권 행사가 원칙적으로 불법하다는 인식을 전제로 하는 것이다.[27] 왜냐하면 대법원 판례가 형법학계의 비판을 제대로 인식하였다면, 제3자를 대상으로 한 불매운동의 헌법적 허용한계와 관련하여 위와 같은 판단구조가 아닌 구성요건을 배제하는 도구로 사회적 상당성을 사용하였을 것이기 때문이다.[28]

---

25) 대법원 2001.2.23. 선고 2000도4415 판결.

26) 그러나 소비자 불매운동에 대한 형법적 규제의 타당성은 헌법적 허용한계가 끝나는 곳에서야 '비로소' 시작될 수 있다.

27) 동일한 비판으로 박지현, "군사독재시대의 형법학의 자취 ― 형법학의 정치학", 법학논총 제32집 제1호, 2012, 263쪽.

28) 이러한 점에서 필자는 사회적 상당성 이론의 도입을 긍정한다. 같은 견해로 이호중, "소비자 운동으로서 집단적 항의전화걸기와 위력에 의한 업무방해죄", 형사법연구 제23권 제4호, 2011, 137쪽.

Ⅲ. 소비자 불매운동에 대한 형법적 규제의 타당성 여부

물론 ―앞에서도 언급한 바와 같이― 소비자 불매운동이 헌법상 기본권의 행사라 할지라도 무제한적으로 보호받는 것이 아닌 이상, 그것은 정당하게 행사되어야 한다. 그리고 그것의 구체적 판단기준은 헌법재판소가 언급한 ①-③이어야 한다. 그러므로 제3자를 대상으로 한 불매운동도 ①-③의 요건을 충족하지 못한다면, 그것은 헌법적 허용한계를 벗어난 것으로 형법적 규제의 대상이 될 수 있다. 그렇다면 [사안 A] 및 [사안 B]의 제3자를 대상으로 한 불매운동이 ―헌법적 허용한계를 넘었다는 것을 전제로 하여― 대법원 판례의 태도처럼 업무방해죄의 '위력', 강요죄 및 공갈죄의 '협박'으로 해석 · 적용될 수 있는 지를 살펴보고자 한다.

대법원 판례는 사회적 상당성을 갖추지 못한 불매운동은 '그 자체' 업무방해죄의 '위력', 강요죄 및 공갈죄의 '협박'에 해당한다고 언급하고 있다. 그리고 '위력' 및 '협박'을 판단하는데 있어 ① 소비자 불매운동의 목적, ② 불매운동에 이르게 된 경위, ③ 대상 기업의 선정이유 및 불매운동의 목적과 연관성, ④ 대상기업의 사회 · 경제적 지위와 거기에 비교되는 불매운동의 규모 및 영향력, ⑧ 그에 대한 상대방 내지 대상 기업의 반응이나 태도 등을 동일한 판단기준으로 제시한다.[29] ①-④는 불매운동의 헌법적 허용한계로 헌법재판소가 언급한 ①-④ 요건과 동일하므로,[30] 이하에서는 대법원 판례가 '위력' 및 '협박'을 판단하는데 있어 차이점을 보이는 ⑤-⑦ 요건을 살펴보고자 한다.

1. 불매운동에 수반되는 행위의 가벌성: '위력'

대법원 판례는 '위력'을 판단하는 기준으로 ①-④ 외에 ⑤ 불매운동 참여자의

29) 대법원 판례는 불매운동에 수반되는 행위가 '위력' 및 '협박'에 해당하는지와 관련하여 ①-④, ⑧을 공통적인 요건으로 제시하고 있다. 그리고 ―제시되지 않은― ⑤-⑦ 요건은 '위력' 및 '협박'을 판단하는데 있어 다르게 제시하고 있다. 그러므로 ⑤-⑦ 요건은 불매운동에 수반되는 행위가 '위력' 및 '협박'에 해당하는지를 판단하면서 따로 논의하고자 한다.

30) 이에 대해서는 우희숙, "소비자 불매운동의 정당성", 비교형사법연구 제13권 제2호, 2011, 95-108쪽 참조.

자발성, ⑥ 불매운동 실행과정에서 다른 폭력행위나 위법행위의 수반 여부, ⑦ 불매운동의 기간(ⓐ) 및 그로 인하여 대상 기업이 입은 불이익이나 피해의 정도(ⓑ)를 제시한다. ⑤는 소비자기본법 제4조 제6호의 '소비자 스스로의 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 활동할 수 있는 권리'와 관련된다. 즉 ⑤는 '단체 조직의 자발성', '단체 참여에의 자발성'이라는 이중적 의미를 가진다. 그러므로 불매운동이 이러한 자발성을 충족하지 못한 경우, 헌법적 허용한계를 넘어선 것으로서 형벌구성요건에 포섭될 수 있다. 그러나 이러한 경우에도 강요죄에 해당될 수 있음은 별론으로 하더라도 '사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력'을 의미하는 '위력'에는 해당될 수 없다. '집단적' 의견표명행위를 본질로 하는 불매운동을 업무방해죄의 '위력'으로 제한하려는 의미가 아니라면 말이다. 한편 ⑥은 불매운동의 과정에서 개별 행위자의 행위가 폭행 등의 형벌구성요건에 해당하는지를 판단할 문제에 불과하다. 그렇다면 ⑦이 남게 되는데, 이는 헌법재판소 결정에도 언급되어 있다. 즉 헌법재판소는 불매운동이 다수의 참여자에 의하여 장기간 이루어질 경우(ⓐ) 단순히 어느 한 기업체의 매출감소나 경제적 수입의 감소, 이미지 훼손 차원에 그치는 것이 아니라 기업의 파산이라는 결과를 초래할 수 있는 막대한 영향력을 가지고 있다(ⓑ)고 언급한다.[31] 그리고 이러한 불매운동이 제3자를 대상으로 한 경우에는 영업의 자유를 부당하게 침해할 소지가 있기 때문에 '필요성' 및 '긴밀한 상관관계'를 요구한다고 한다.

이는 원심 판결에서 더욱 노골적으로 드러난다. [사안 A]에서 문제가 된 행위는 '각 신문사에 대한 광고게재의 중단 또는 이미 체결한 광고계약의 취소 등 요구', '이에 응하지 아니할 경우에 집단적인 전화걸기를 통한 세의 과시', '광고중단 요구에 불응할 경우 더 강력한 방식으로 진행할 것 같은 겁박', '전화걸기 그 자체를 수단으로 하여 그 전화에 일일이 응대하도록 하거나 다른 고객과의 전화통화가 불통되도록 하는 방식'(ⓐ)이다. 그리고 이러한 행위로 '광고주들이 업무방해로 인한 경제적 손실을 우려하여 부득이 본의 아니게 위 각 신문사와 체결한 광고계약을 취소하거나 광고계약을 더 이상 체결하지 않거나 광고횟수를 줄이는 등의 결과를 가져왔다면'(ⓑ) 이는 '상대방으로부터 자유로운 결정을 할 기회를 박탈한 것', 즉

31) 헌법재판소 2011.12.29. 자 2010헌바54 결정.

업무방해죄의 '위력'에 해당한다는 것이다. 그러나 불매운동의 장기성은 그 목적과 관련하여 상대방의 변화를 이끌어내는 수단의 하나로서 기업이 감수하여야 할 문제이지 국가가 기업의 매출감소, 이미지훼손, 파손 등을 형법을 통하여 보호하여야 할 문제는 아니다. 더욱이 기업의 매출감소 및 영업실적의 악화가 불매운동으로 인하여 발생한 것인지도 확실하지 않다. 왜냐하면 [사안 A]에서 광고주(들)가 소비자(단체)가 제시한 조건을 받아들이지 않음으로써 감소될 매출을 우려하여 그러한 조건을 받아들인 것인지 아니면 그것의 예고가 없었더라면 발생하였을 매출 감소를 그러한 조건을 받아들임으로써 회피하게 되었는지(이익)가 확실하지 않기 때문이다. 이는 마이클잭슨 내한공연반대 사건의 원심 판결에서도 언급된다. 물론 대법원 판례에 의해 받아들여지지 않았지만 말이다. 이는 다음과 같다.

> "공연 주관회사와 계약을 맺고 입장권을 판매하려던 은행 등이 '마이클 잭슨 내한공연반대 공동대책위원회'로부터 예매계획을 중지하지 않으면 불매운동을 전개하겠다는 취지의 항의 서한을 받았다고 하여 공연주관회사에 대하여 입장권 판매 대행계약을 취소할 정당한 사유가 있다고 보기는 어렵고, 또한 위 은행들이 위 판매대행계약을 취소한 것은 '마이클 잭슨 내한공연반대 공동대책위원회'의 위협으로 인하여 불가피한 것이었다고 보기도 어려우며, 그 계약을 이행함으로써 얻을 수 있는 이익(ⓐ)과 '마이클 잭슨 내한 공연반대 공동대책위원회'의 불매운동으로 인하여 발생하게 될지도 모르는 영업손실(ⓑ)을 비교하여 자신의 자율적인 영업판단에 따라 내린 결정이라고 봄이 상당하므로, 입장권 판매 대행계약이 취소됨으로써 발생한 손해는 위 은행들의 계약취소에 따른 손해에 불과하고, 불매운동 위협행위와 사이에 직접적인 인과관계가 있다고 보기 어렵다."[32]

즉 ⓐ와 ⓑ 사이의 인과관계가 확실하지 않다면 ―설사 확실하더라도― 이는 업무방해죄의 '위력'에 해당하지 않는다. 한편 불매운동의 대상 기업이 일정한 매출 또는 이윤에 대한 '권리'를 가지고 있는 것도 아니다. 소비자기본법 제5조 제1항에도 규정되어 있듯이 '소비자와 더불어 자유시장경제를 구성하는 주체'인 기업의 존립이 '권리'로서 보장되는 것은 아니기 때문이다. 그러나 대법원 판례는 형벌구성요건

32) 서울지방법원 1998.2.12. 선고 97가합34520 판결. (밑줄은 필자 주)

의 포섭을 통해 기업의 일정한 매출 또는 일정한 이윤을 그들의 '권리'로 보장해주는 역할을 하고 있다. 이는 노동영역에서 대법원 판례가 보이는 태도에서도 나타난다. 대법원 판례는 헌법상 보장되는 쟁의행위에 업무방해죄의 '위력'을 해석 · 적용하였는데, 노동법학계 및 형법학계의 비판이 지속되자 2011년 전원합의체 판결을 통해 '전격성' 및 '심대한 혼란 및 막대한 손해의 초래' 요건을 충족한 경우에'만' '위력'에 포섭된다고 입장을 전환하였다.[33] 즉 노동영역에서도 대법원 판례는 기업의 존립을 보장하고자 한다. IMF 이후 노동영역에서 대법원 판례가 사용자의 경제활동상의 자유를 '노골적'으로 우위에 둔 언급이 떠오르는 지점이다.[34]

2. 불매운동에 수반되는 행위의 가벌성: '협박'

일반적으로 대법원 판례는 강요죄 및 공갈죄의 '협박'을 협박죄의 그것과 동일하게 파악한다. 협박죄의 '협박'은 "사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악을 고지하는 것"[35]을 의미한다. 또한 '협박'은 그 내용이 위법하지 않은 것이어도 상관없다고 한다.[36] 그러나 해악의 사전적 의미는 '해로움과 악함을 아울러

33) 대법원 2011.3.17. 선고 2007도482 전원합의체 판결. 이에 대한 비판으로 우희숙, "근로자 형법으로서 쟁의행위형법에 대한 연구", 법학연구 제16집 제1호, 2013, 216-218쪽.

34) "경영권과 노동3권이 서로 충돌하는 경우 이를 조화시키는 한계를 설정함에 있어서는 기업의 경제상의 창의와 투자의욕을 훼손시키지 않고 오히려 이를 증진시키며 기업의 경쟁력을 강화하는 방향으로 해결책을 찾아야 함을 유의하여야 한다." 대법원 2003.7.22. 선고 2002도7225 판결.

35) "협박죄에 있어서의 협박이라 함은, 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니한다고 할 것이고, 다만 행위자의 언동이 단순한 감정적인 욕설 내지 일시적 분노의 표시에 불과하여 주위사정에 비추어 가해의 의사가 없음이 객관적으로 명백한 때에는 협박행위 내지 협박의 의사를 인정할 수 없다 할 것이나, 위와 같은 의미의 협박행위 내지 협박의사가 있었는지의 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 주위상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다." 대법원 2006.8.25. 선고 2006도546 판결.

36) "공갈죄의 수단으로서 협박은 구체적 사정을 참작하여 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말하고, 고지하는 내용이 위법하지 않은 것인 때에도 해악이 될 수 있으며, 해악의 고지는 반드시 명시의 방법에 의할 것을 요하지 않고 거동 또는 피해자와의 특수한 사정에 의하여 상대방으로 하여금 어떠한 해악에 이르게 할 것이라는 인식을 갖게 하는 것이면 족하다." 대법원 2001.2.23. 선고 2000도4415 판결.

이르는 말'이다. 그러므로 '불매운동의 고지'가 해악으로서 '협박'에 해당하기 위해서는 '해로움' 뿐만 아니라 '악함'도 아울러야 한다. 즉 불매운동의 고지가 상대방에 대한 '해로움'을 넘어 형법상 불법을 인정할 수 있을 정도의 '악함'을 포함하고 있어야 한다. 예를 들어「대법원 2000.2.25. 선고 99도4305 판결」의 '피고인이 채무변제를 추궁하면서 상해한 경우'와 같이 불매운동의 고지가 범죄수행을 포함하는 경우에만 '협박'으로 평가될 수 있다.[37] 그렇다면 대법원 판례도 이러한 의미로 '불매운동의 고지'를 강요죄 및 공갈죄의 '협박'으로 포섭하는 것인지를 살펴볼 필요가 있다.

대법원은 '협박'을 판단하는 기준으로 ①-④ 외에 ⑤ 대상 기업에 고지한 요구사항과 불이익 조치의 구체적 내용, ⑥ 그 불이익 조치의 심각성과 실현가능성, ⑦ 고지나 공표 등의 구체적인 행위태양을 제시한다. 이러한 대법원 판례의 판단기준은 협박의 '내용' 및 '실현가능성'과 관련되어 있다. 즉 협박의 '내용'이 불이익 조치를 담고 있는지, 그러한 불이익 조치가 '실현가능한 것'인지를 문제 삼는다. 이는 '협박'에 관한 대법원 판례와 통설의 입장과 맞닿아 있다. 대법원 판례 및 통설은 형벌의 대상이 되는 '협박'과 형벌의 대상이 되지 않는 '경고'를 구별하기 위해 그것의 내용 및 실현 능력을 제시하기 때문이다.[38] 그러나 협박의 '내용'과 관련하여 대법원 판례 및 통설은 그것의 근거를 제시하지 못하고 있다. 즉 어느 내용을 포함하는 경우에 '협박'이 되고, 어느 내용을 포함하지 않는 경우에 '경고'가 되는지 말이다. 이는 '불매운동의 고지'와 관련한 대법원 판례의 태도에서도 확인할 수 있다. 대법원 판례는 [사안 B]에서 문제가 된 행위를 다음과 같이 판단하였다. 즉 甲 회사에 대한 '불매운동의 고지'로서 그 내용이 ⓐ 불매운동의 철회조건으로 언론사에 대한 광고중단 요구, ⓑ 한겨레, 경향신문 등에 대한 동등광고 집행 요구, ⓒ 甲 회사 인터넷 홈페이지에 이 사건에 관한 팝업창을 띄우게 한 행위를 포함하고 있으므로 '협박'에 해당한다는 것이다. 그리고 이러한 ⓐ-ⓒ를 포함한 '불매운동의 고

37) 박지현 교수 또한 불매운동의 고지가 '협박'에 해당하기 위해서는 그것이 신체에 대한 폭행이나 범죄수행을 고지하는 경우이어야 한다고 언급한다. 박지현, "언론사 광고주에 대한 불매운동 고지 행위의 형사책임", 민주법학 제44호, 2010, 260쪽. 그리고 불매운동이 영업소의 기물파손 및 사무실을 점거하는 행위 등을 통해서 이루어진 경우 '협박'으로 평가될 수 있다는 김재경, "제3자에 대한 소비자불매운동에 있어서 형사법적 고찰", 법학논문집 제33집 제2호, 2009, 173쪽.

38) 이에 대한 분석으로 조기영, "협박과 경고의 구별", 형사법연구 제24권 제3호, 2012, 159-160쪽.

지'가 甲 회사의 의사결정권자로 하여금 그 요구를 수용하지 아니할 경우, 이 사건 불매운동이 지속되어 영업에 타격을 입게 될 것이라는 겁을 먹게 하여 그 의사결정 및 의사실행의 자유를 침해하였다고 판단한다.

그러나 이는 불매운동의 특징을 무시한 것이다. 소비자 불매운동은 상대방의 행동변화를 목적으로 하므로, 그 실행력을 담보하기 위하여 ⓐ-ⓒ를 포함한 수단을 사용할 수 있기 때문이다. 이를 Friedman의 불매운동에 대한 개념 정의 및 정도의 분류에 따라 살펴보면 다음과 같다. Friedman은 불매운동을 그 정도에 따라 ① 행위검토형(action-considered boycotts), ② 행위촉구형(action-requested boycotts), ③ 행위조직화형(action-organized boycotts), ④ 행위실행형(action-taken boycotts)으로 분류한다.[39] ①은 단순히 불매운동을 검토하고 있다는 취지의 의견을 표명하는 행위, ②는 다른 소비자들에게 불매운동을 촉구하는 행위, ③은 불매운동 실행을 위한 조직행위, ④는 직접적으로 불매를 실행하는 행위에 해당한다.[40] 그리고 [사안 B]에서 문제가 된 ⓐ-ⓒ는 ①의 행위검토형과 ②의 행위촉구형에 해당한다. 즉 甲 주식회사에 불매운동을 하겠다는 취지의 의견을 표명하면서(ⓐ), 甲 회사로 하여금 불매운동에 참여할 것을 촉구하는 행위(ⓑ와 ⓒ)라고 할 수 있다. 물론 이로부터 甲 회사의 의사결정권자가 '겁'을 먹었을 수도 있다. 그리하여 ⓐ-ⓒ의 요구조건을 받아들일 수도 있다. 그러나 받아들이지 않을 가능성도 존재한다.[41] 더 나아가 ⓐ-ⓒ는 甲 주식회사로 하여금 합리적 의사결정을 내릴 수 있도록 하는 구체적 요구조건으로 해석될 수 있다. 왜냐하면 甲 회사의 의사결정권자 입장에서 보면 소비자(단체)가 불매운동을 하는 이유가 무엇인지, 그리고 그것의 요구조건이 무엇인지를 구체적으로 알아야만 합리적인 의사결정으로 나아갈 수 있기 때문이다.[42] 그렇다면 ⓐ-ⓒ는 형벌의 대상이 되는 '협박'이 아니라 형벌의 대상이 되지

39) Friedman, M., Consumer Boycotts: A Conceptual Framework and Research Agenda, Journal of Social Issues, Vol. 47, No. 1, 1991, p. 152.

40) 이는 헌법재판소의 언급에 대응한 것이다. 즉 헌법재판소는 "불매행위에는 단순히 불매운동을 검토하고 있다는 취지의 의견을 표현하는 행위뿐만 아니라, 다른 소비자들에게 불매운동을 촉구하는 행위, 불매운동 실행을 위한 조직행위, 직접적으로 불매를 실행하는 행위 등이 모두 포괄될 수 있다." 헌법재판소 2011.12.29. 자 2010헌바54 결정.

41) 실제로 원심 판결의 사실관계를 살펴보면, 불매운동의 요구조건에 대하여 태도를 바꾸지 않은 기업도 상당수 존재한다.

않는 ‘경고’에 가깝다고 할 수 있다. 즉 [사안 B]에서 문제가 된 ⓐ-ⓒ는 해로움과 악함을 아우르는 ‘협박’ 보다는 조심하도록 미리 주의를 환기시키는 ‘경고’에 해당한다고 할 수 있다. 그렇다면 ―결과적으로― 대법원 판례는 협박의 ‘내용’이 아닌 그것의 ‘실현 능력’에 초점을 맞추었다고 평가할 수 있다. 이는 비조직적 단체의 불매운동을 형사처벌하지 않는 현실에서도 간접적으로 확인할 수 있다. 그러나 이럴 경우 대법원 판례는 다음의 비판에서 자유롭지 못할 것이다. 즉 비조직적 단체의 불매운동을 조직적 단체의 그것과 비교하여 해악의 실현가능성을 부정함으로써, 결과적으로는 소비자기본법 제4조 제7호의 ‘소비자 스스로의 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 활동할 수 있는 권리’ 규정에 반하는 소비자(형법)정책을 실현한다고 말이다.

Ⅳ. 결 론

앞에서 언급한 바와 같이 소비자 불매운동은 그 본질상 ‘집단적 의견표명행위’를 전제로 하기 때문에 업무방해죄의 ‘위력’, 강요죄 및 공갈죄의 ‘협박’과 외형상 유사성을 가진다. 그러므로 소비자 불매운동은 업무방해죄, 강요죄 및 공갈죄의 형벌구성요건에 포섭될 수 있다. 이러한 한에서 대법원 판례가 ‘헌법 및 법률에 반하여’ 소비자 불매운동을 ‘범죄화한 것’이라고 비판할 수는 없다. 대법원 입장에서 ‘집단적 항의전화걸기’는 대상 기업의 업무를 방해하는 것이고, ‘불매운동의 고지’는 대상 기업의 의사결정권자로 하여금 겁을 먹게 하여 의사결정 및 의사실행의 자유를 침해하는 것이기 때문이다. 그러므로 업무를 보호법익으로 하는 업무방해죄, 개인의 행위자유와 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 강요죄 및 공갈죄를 적용하지 않는 것이, 오히려 대법원 입장에서는 ‘헌법 및 법률에 반하는 것’으로 인식될

42) 이는 다음의 경험적 사례분석에 근거하였다. Alhaider, R/Berg, F., Surrogate Boycotts - And the effects on companies and marketing, Dissertation in International Marketing, 30 ECTS, 2011, pp. 66-69. 이는 불매운동의 대상 기업(들)이 불매운동의 목적을 구체적으로 알고, 더 나아가 그러한 요구가 현실적으로 실행 가능한 것인지를 알아야만 합리적 의사결정이 가능하다는 결론을 경험적 사례분석을 통해 제시하였다.

수 있기 때문이다. 더욱이 대법원 판례는 ―'위력'과 '협박'의 판단기준의 구별에도 불구하고― 대상 기업의 경제적 손실을 고려하지 않을 수 없었을 것이다.

그러나 불매운동이 헌법적으로 보장되어 있는 한 대법원 판례는 이러한 헌법적 지침을 신중하게 고려하였어야 한다. 물론 이에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다. 대법원 판례는 원심 판결 및 헌법재판소 결정과 달리 불매운동의 '사회적 상당성' 여부를 신중하게 검토한 후 형법적 규제의 타당성을 살펴보았다고 말이다. 더 나아가 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'로서 위법성이 조각될 수 있는지도 살펴보았다고 말이다. 그러나 앞에서도 언급한 바와 같이 대법원 판례는 '사회적 상당성'을 구성요건을 배제하는 사유가 아닌 위법성을 조각하는 사유로 보았다. 즉 <제3자를 대상으로 한 불매운동의 사회적 상당성 여부 → '사회상규에 위배되지 아니하는 행위' × → 업무방해죄의 '위력', 강요죄 및 공갈죄의 '협박' ○ → 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위' ×>의 판단구조를 취하고 있다. 그리고 이러한 판단구조의 중심에는 불매운동의 대상이 되는 기업의 손실을 ―오히려― 신중히 고려하고 있다. 그러나 헌법이 어떠한 행위를 기본권으로 보장한다는 것은, 그러한 기본권 행사에 불가피하게 수반되는 '불이익'은 감수되어야 한다는 것을 의미한다. 즉 불매운동에 수반되는 '불이익'이 업무방해죄의 '위력', 강요죄 및 공갈죄의 '협박'으로 해석·적용되어, 불매운동을 행사하는 주체들로 하여금 '형법상 불이익'을 감수하여야 한다는 것을 의미하지 않는다. 그렇다면 그것의 한계를 어디에서 확정할 것인지가 중요한 문제로 떠오른다. 원심 판결 및 헌법재판소 결정과 같이 '필요성' 및 '긴밀한 상관관계', 대법원 판례와 같이 '사회적 상당성' 요건은 그것의 한계선을 결정하는데 있어 합리적이지 않다는 것은 앞에서 살펴본 바와 같다.

그러나 ―아마도― 그 한계선을 결정하는 것은 현재도, 앞으로도 어려운 일일지도 모른다. 그렇다면 오히려 소비자 불매운동에 대한 범죄화를 포기하고, 불매운동을 행사하는 소비자(단체)의 사회적 책임을 신뢰하는 것이 더욱 나은 방법일 수 있다. 이는 오늘날 기업에 대해 사회적 책임과 윤리를 점점 강하게 요구하고 있는 것과도 맥락을 같이 한다.[43] 왜냐하면 헌법재판소 결정 및 대법원 판례도 인식하고

43) 기업의 사회적 책임과 윤리에 관해서는 양만식, "기업의 윤리경영과 사회적 책임", 기업법연구

있듯이 소비자(단체)의 (집단적) 의견표명을 합리적으로 받아들이지 않은 기업은 그 생존자체가 위협될 수도 있기 때문이다.[44] 이는 소비자 불매운동에도 마찬가지로 적용 가능하다. 왜냐하면 소비자 불매운동이 그 목적을 달성하려면 다른 소비자(들)의 이해에 의존할 수밖에 없기 때문이다. 그것이 개별 소비자든 [사안 A] 및 [사안 B]에서의 광고주(들)이든 말이다. 즉 사업자 등과 더불어 자유시장경제를 구성하는 주체인 소비자(단체)는 그 목적을 달성하기 위하여 다른 소비자(단체)에게 단순히 경제적 실력을 행사하는 것이 아니라 이해를 구하는 행위에 기초하여야 한다. 만약 불매운동의 목적이 다른 소비자(단체)의 이해를 구하지 못한다면, 그것은 대법원 판례가 염려하는 기업의 손실로 이어지지 못할 것이다. 그렇다면 ―이러한 한에서― 소비자 불매운동의 실력행사에 형벌구성요건인 '위력', '협박'을 무분별하게 투입하기 보다는 그것의 사회적 측면의 긍정적 효과를 신뢰하는 것이 더욱 나을 것이다. 이는 노동영역에서 대법원 판례가 쟁의행위에 형벌구성요건인 '위력'을 투입하였을 때 발생하였던 경험적 결과와 비교하면 더욱 설득력을 가질 것이다.

제24권 제1호, 2010, 265-269쪽.

44) 이득연, "소비자 불매운동: 현행과 평가", 소비자문제연구 제18호, 1996, 158쪽.

참고문헌

김성돈, “한국 형법의 사회상규조항의 기능과 형법학의 과제”, 성균관법학 제24권 제4호, 2012

김재경, “제3자에 대한 소비자불매운동에 있어서 형사법적 고찰”, 법학논문집 제33집 제2호, 2009

박경신, “소비자들의 2차불매운동의 합법성”, 국회의원 천정배/미디어행동 공동주최 「불매운동, 불법인가 소비자의 정당한 권리인가」 토론회 자료집, 2010

박지현/김종서, “위력에 의한 업무방해죄와 광고주 불매운동”, 민주법학 제40호, 2009

박지현, “군사독재시대의 형법학의 자취 — 형법학의 정치학”, 법학논총 제32집 제1호, 2012

_____, “언론사 광고주에 대한 불매운동의 고지행위의 형사책임”, 민주법학 제44호, 2010

이덕인, “형법민주화의 상징으로서 형법 제20조의 사회상규”, 경남법학 제21집, 2006

이득연, “소비자 불매운동: 현행과 평가”, 소비자문제연구 제18호, 1996

이호중, “소비자 운동으로서 집단적 항의전화걸기와 위력에 의한 업무방해죄”, 형사법연구 제23권 제4호, 2011

우희숙, “소비자 불매운동의 정당성”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 2011

_____, “소비자 불매운동에 대한 형법적 규제의 타당성”, 법학연구 제15집 제2호, 2012

_____, “근로자 형법으로서 쟁의행위형법에 대한 연구”, 법학연구 제16집 제1호, 2013

양만식, “기업의 윤리경영과 사회적 책임”, 기업법연구 제24권 제1호, 2010

윤상민, “가벌적 위법성론의 재음미”, 법학연구 제32집, 2008

주승희, “소비자불매운동의 의의 및 법적 허용한계 검토”, 경영법률 제19집 제3호, 2009

_____, “현행 형법상 ‘위력’에 의한 업무방해죄의 문제점 및 개선방안”, 안암법학 제34권, 2011

조기영, “협박과 경고의 구별”, 형사법연구 제24권 제3호, 2012

조 국, “소비자 불매운동의 법적 지위와 형사처벌의 당부”, 형사법연구 제23권 제3호, 2011

Alhaider, R/Berg, F., Surrogate Boycotts - And the effects on companies and marketing, Dissertation in International Marketing, 30 ECTS, 2011

Balabanis, G., Surrogate Boycotts against Multinational Corporations: Consumers' Choice of Boycott Targets, British Journal of Management, Vol. 24, 2012

Braunsberger, K/Buckler, B., What motivates consumers to participate in boycotts, lessons from the ongoing Canadian seafood boycott, Journal ofBusiness Research, Vol. 64, Issue 1, 2010

Friedman, M., Consumer Boycotts: A Conceptual Framework and Research Agenda, Journal of Social Issues, Vol. 47, No. 1, 1991

Ostendorf, H., Kriminalisierung des Streikrechts, Neuwied: Luchterhand, 1987

Walsh, G/Mitchell, V/Jackson, P/Beatty, S., Examining the antecedents and consequences of corporate reputation: a customer perspective, British Journal of Management, Vol. 20, Issue 2, 2009

Zechlin, L., Streik, Strafrecht, Polizei, Köln: Bund-Verlag, 1986

Legality of Consumer Boycott — Centered on Constitutional Limits and Validity of its Criminal Regulation

Woo, Hee Sook*

In 2013, the Supreme Court confirmed the original verdict about the consumer boycott. The original trial applied the defendant with the crime of interference on business, coercion and intimidation. By doing this, the Supreme Court started expanding the elements of the crime, which the court had applied to labor area, into the consumer area. To all outward appearances, the consumer boycott looks like the 'force' and 'threat', because it is subject to the expression of opinion as a group in nature. Therefore, I cannot criticise that the Supreme Court criminalize the consumer boycott in contravention of the existing law in the light of the court. Because the many phone calls from the consumers is to disrupt the business and the notice of the consumer boycott is to infringe the decision making of the businessman. Furthermore, the Supreme Court had to factor in the economic loss of the business, when deciding whether to apply the elements of the crime.

But the Supreme Court must consider the constitutional directions, as long as the boycott is guaranteed by the constitution. That means the businessman should take the disadvantages produced in the consumer boycott. To believe the social responsibility of the consumers is a better way to guarantee the basic right, instead of giving up criminalizing the consumer boycott. These days, the consumers who begin to take a boycott should try to tell the truth as clearly as they can and then seek public's understanding. If the public does not understand their stance on the issue of boycott, the boycott might fail. Then, that boycott

* Lecturer, Department of Law, Kangwon National University, Ph. D in Law.

can not interfere with the business and inflict a heavy loss on the businessman. This is essentially the same about the social responsibility of corporation.

❖ Key words : consumer boycott, constitutional limits, social reasonability, force, threat

투고일 : 2월 24일 / 심사(수정)일 : 3월 21일 / 게재확정일 : 3월 21일