



# 업무방해죄

## 대법원 전원합의체 판결에 대한 긴급 토론회

- 일시 : 2011년 3월 24일 (목) 오후 2시 ~ 5시
- 장소 : 민주노총 교육원 (경향신문사 15층)

주최 : 민주노총, 민주사회를 위한 변호사 모임

주관 : 민주노총 법률원, 민변 노동위원회

# 토론회 순서

인사말 : 김영훈 민주노총 위원장

사 회 : 신인수 변호사 (민주노총 법률원)

발 제 : 도재형 교수 (이화여대 법학전문대학원, 노동법)

토 론 : 김진 변호사 (민변)

조경배 교수 (순천향대, 노동법)

김태현 (민주노총 정책연구원장)

**주 최 : 민주노총, 민주사회를 위한 변호사 모임**

**주 관 : 민주노총법률원, 민변 노동위원회**

## ‘업무방해죄’ 대법원 전원합의체 판결 평석

### I. 사건 경위

이 사건 공소 사실의 요지는, 한국철도공사 소속 기관사로서 전국철도노동조합 위원장으로 활동하는 자인 피고인은, 중앙노동위원회 위원장의 노동쟁의 중재회부 결정으로 인하여 필수공익사업장인 철도공사의 경우 중재기간인 2006. 3. 15.까지 쟁의행위가 금지됨에도 불구하고, 전국철도노동조합 조합원들에게 파업강행 등을 지시함에 따라, 3. 1. 01:00부터 3. 4. 14:00까지 노조원 13,808명이 서울철도차량정비창 등 전국 641개 사업장에 출근하지 아니한 채 KTX 열차 329회, 새마을호 열차 283회 운행이 중단되도록 하는 등의 방법으로 영업수의 손실과 대체인력 보상금 등 4일간 합계 약 135억 원 상당의 재산적 피해를 발생시켜 위력으로써 한국철도공사의 여객·화물 수송업무 등을 방해하였다는 것이다.

제1심과 항소심은 피고인에 대한 이 사건 공소사실을 모두 인정하여 유죄를 선고하였다(1심 : 서울중앙지법 2006. 5. 24. 선고 2006고단1724 판결 <징역 10월에 집행유예 2년>, 항소심 : 서울중앙지법 2006. 12. 20. 선고 2006노1532 판결 <벌금 1천만 원>)

이에 피고인은 무죄를 주장하면서 대법원에 상고하였고, 집단적 노무제공 거부행위인 단순 파업이 형법상 업무방해죄의 구성요건 중 “위력”에 해당하는지 여부가 이 사건의 주요 쟁점이었다.

### II. 판결 요지

1. 다수의견 : 대법관 이용훈, 양승태, 김능환, 안대희, 차한성, 양창수, 신영철, 민일영  
가. 요지(파업은 제한된 경우에만 업무방해죄의 위력에 해당함)

근로자가 그 주장을 관철할 목적으로 근로의 제공을 거부하여 업무의 정상적인 운영을 저해하는 쟁의행위로서의 파업도, 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 절대적인 권리는 아니지만, 원칙적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

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 거부 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 봄이 상당하다.

이와 달리, 근로자들이 집단적으로 근로의 제공을 거부하여 사용자의 정상적인 업무운영을 저해하고 손해를 발생하게 한 행위가 당연히 위력에 해당함을 전제로 하여 노동관계 법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한 업무방해죄를 구성한다는 취지로 판시한 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 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경한다.

#### 나. 선고 결과 : 상고 기각

위 법리에 비추어 보면, 피고인이 주도한 이 사건 파업은 사용자인 한국철도공사의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 세력으로서 형법 제314조 제1항 소정의 “위력”에 해당한다고 보기에 충분하므로, 같은 취지에서 공소장일본주의에 위배되어 이 사건 공소를 기각하여야 한다는 피고인의 주장을 받아들이지 아니한 위 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

#### 2. 반대의견 : 대법관 박시환, 김지형, 이홍훈, 전수안, 이인복

##### ◆ 요지 (단순 파업은 위력에 의한 업무방해죄를 구성하지 않음)

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

물론 업무방해죄의 구성요건으로서의 “위력”은 소극적으로 아무런 행위를 하지 않는 부작위의 방법으로도 가능하나, 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 부진정부작위범이 성립하기 위해서는 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자의 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이어야 한다.

그런데 근로자측에게 위법한 쟁의행위로서의 파업을 해서는 안 된다는 작위의무를 인정하는 것은 서로 대립되는 개별적·집단적 법률관계의 당사자 사이에서 상대방 당사자인 사용자 또는 사용자단체에 대하여 당사자 일방인 근로자측의 채무 이행을 형벌로 강제하는 것이 되어 받아들일 수 없고, 근로자들의 단순한 근로제공 거부는 그것이 비록 집단적으로 이루어졌다 하더라도 업무방해죄의 실행행위로서 사용자의 업무수행에 대한 적극적인 방해 행위로 인한 법익침해와 동등한 형법가치를 가진다고 할 수도 없다. 따라서 근로자들의 단순 파업은 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건을 충족한다고 할 수 없음에도 불구하고, 이와 반대의 전제에서 피고인에게 업무방해죄의 죄책을 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

### III. 판결 평석

#### 1. 이 사건 판결이 다룬 쟁점

이 사건의 쟁점은 집단적 노무제공 거부행위인 단순 파업이 형법상 업무방해죄의 구성요건 중 “위력”에 해당하는지 여부이다.

형법 제314조는 업무방해죄를 규정하고 있다. 업무방해죄는 허위의 사실을 유포하거나 위

계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해하는 때 등에 성립한다(형법 제314조 제1항). 업무 방해죄의 구성요건요소 중 파업과 관련하여 중요하게 다루어지는 것은 “위력”이다. 이것은 흔히 사람의 의사의 자유를 제압, 혼란케 할 만한 일체의 뜻한다고 설명된다. 유형력이든 무형력이든 묻지 않고, 행위자의 위세, 사람의 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유 의사를 제압케 할 만한 것이면 된다. 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것을 필요로 하는 것도 아니다(대법원 1995. 10. 12. 선고 95도1589 판결).

법원은 단순 파업과 같이 단지 근로자들이 집단적으로 노무 제공을 거부한 행위도 위력에 해당하고, 정당행위로서 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄가 성립한다고 한다(대법원 1996. 5. 10. 선고 96도419 판결). 즉 파업 등의 쟁의행위는 본질적·필연적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있으므로 정당성이 인정되어 위법성이 조각되는 등의 특별한 사정이 없는 한 업무방해죄로 처벌할 수 있다는 것이다(대법원 1991. 4. 23. 선고 90도 2771 판결).

위와 같은 판례 법리가 등장한 것은 그리 오래된 것이 아니다. 지금으로부터 약 20년 전인 1991년, 대법원은, 근로자들이 아무런 물리력을 행사하지 않았다 하더라도, 단순히 노무 제공을 집단적으로 거부한 행위 그 자체가 업무방해죄에 해당한다고 판단하였다. 예컨대 근로자들이 노동조합의 결의에 따라 집단적으로 조기 퇴근하거나 월차휴가를 신청하여 형사재판을 방청한 행위가 업무방해죄에 해당한다는 것이다.

이러한 판례 법리는 그 후 20년 동안 노동법 및 형법 학계로부터 많은 비판을 받았다. 이 사건 반대의견에서 적시한 바와 같이, 단순한 채무 불이행 행위가 형벌로 처벌받는 것이 죄형법정주의 원칙을 위반한 것이 아닌지, 부작위(不作爲) 즉 아무 것도 하지 않는 단순 파업을 작위(作爲) 즉 적극적인 행동 유형인 “위력”에 포함시킬 것인가라는 의문 등이 그 비판의 주요한 내용이었다.

이 사건에서 대법원은 1991년 위 판례 법리가 형성된 이후 최초로, 단순 파업을 업무방해죄로 처벌하는 것이 가능한지에 대해 재검토를 하였고, 그 결과가 이 사건 판결이라고 할 수 있다.

## 2. 다수의견에 따라 폐기된 것은 무엇일까?

중전(폐기된) 판례 법리에 의하면, 근로자의 단순 파업은 일응 업무방해죄의 구성요건에 해당하게 된다. 예컨대 대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3450 판결은 “다수의 근로자들이 상호 의사연락하에 집단적으로 작업장을 이탈하거나 결근하는 등 근로의 제공을 거부함으로써 사용자의 생산·판매 등 업무의 정상적인 운영을 저해하여 손해를 발생하게 하였다면, 그와 같은 행위가 노동관계 법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한, 다중의 위력으로써 타인의 업무를 방해하는 행위에 해당하여 업무방해죄를 구성한다”고 판시하였다. 이는 대법원 1991. 11. 8. 선고 91도326 판결이 설명한 바와 같이 “쟁의행위는 근로자들이 단결하여 사용자에게 압박을 가하는 것이므로 본질적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있[다]”는 것을 전제로 하고 있는 것이다.

그리고 대법원은 이것이 파업이기 때문에 즉 노동조합이 개입한 행위이기 때문에 업무방해죄로 처벌한다는 점도 분명히 하였다. 대법원 1991. 4. 23. 선고 90도2771 판결은 “사용자와 근로계약을 체결한 근로자가 자의로 계약을 위반하여 근로를 제공하지 아니하였다고 하더라도, 근로계약의 불이행에 따르는 채무불이행의 책임을 지게 되는 것은 별론으로 하고, 바로 업무방해죄를 구성하는 것이라고 볼 수는 없[다]”고 하면서도, “다수의 근로자들이 상

호 의사연락하에 집단적으로 작업장을 이탈하거나 결근하는 등 근로의 제공을 거부함으로써 사용자의 생산·판매 등 업무의 정상적인 운영을 저해하여 손해를 발생하게 하였다면, 그와 같은 행위가 노동관계법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한, 다중의 위력으로써 타인의 업무를 방해하는 행위에 해당하여 업무방해죄를 구성한다”고 판시하였다. 요컨대 근로자가 혼자 회사를 괴롭힐 목적으로 결근한 행위는 채무 불이행의 책임을 지는 것에 불과하고 형벌을 부과하지 않지만, 근로자들이 집단적 의사에 기초하여 결근한 행위는, 혼자 하든지 여럿이 하는지를 따지지 않고, 업무방해죄로 처벌하겠다는 의도였다.

그리고 이것은 노동조합의 파업을 사회에 유해한 현상으로 보겠다는 뜻을 밝힌 것이다. 형벌의 적용 요건을 정한 규정을 형법학에서는 구성요건이라고 부른다. 구성요건이라고 하는 것은 흔히 입법자가 사회적으로 유해하다고 판단한 위법행위의 정형을 의미한다. 결국 법원이 노동조합의 단순 파업은 업무방해죄의 구성요건에 해당하고 예외적으로만 면책될 수 있다고 판시한 것은, 그 파업이 사회적으로 유해하다고 생각했다고 풀이할 수 있는 것이다. 이 점에서 종전 법리는 18세기 혹은 19세기 유럽의 단결 금지 법리와 다름없다는 비판이 있었다. 그리고 이 사건 판결이 폐기시킨 법리는 바로 ‘파업이 위법행위의 정형인 업무방해죄의 구성요건에 자동적으로 해당한다’라는 그 단결 금지 법리의 기초 중 일부이다. 이는 이 사건 판결을 통해 대법원이 ‘파업이 사회적으로 유해한 현상이 아니다’라는 생각을 시작하였다는 것을 뜻한다. 이 점에서 이 사건 판결은 단결권 관련 판례 법리의 전개에 있어서 새로운 방향성을 제시하고 있다고 평가할 수 있다.

### 3. 이 사건 판결에서 말하는 것은 무엇일까?

종전 판례 법리와 이론상 대칭점에 설 수 있는 것은 ‘단순 파업은 범죄가 아니다’라는 법리일 것이다. 이 사건 판결은 “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).”고 하며 이 점을 분명히 하였다(개인적으로는, 이 사건 판결문에서 헌법 제33조 제1항이 인용된 것을 보고선 여러 가지 생각이 들었다. 파업과 관련된 종전의 대법원 판결문에서는 헌법 제33조 제1항은 거의 인용되지 않았고, 인용된 경우에도 그것은 쟁의행위 금지 규정에 대한 위헌 주장을 기각하는 과정에서 나온 것들이 대부분이었기 때문이었다).

한편, 위 법리는 헌재 2010. 4. 29, 2009헌바168의 결정과 기본적으로 연결되어 있다. 헌재는 그 결정에서 “헌법이 보장한 근로자의 단체행동권 행사로서 파업·태업 등 근로자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 업무의 정상적인 운영을 저해하는 쟁의행위(노동법 제2조 제6호)는 원칙적으로 [업무방해죄] 법률조항의 위력에 의한 업무방해를 구성하지 않는다고 봄이 상당하다.”고 하며 그 이유로 “헌법 제33조 제1항은 근로자의 단체행동권을 헌법상 기본권으로 보장하고 있고, 단체행동권에 대한 어떠한 개별적 법률유보 조항도 두고 있지 않으며, 단체행동권에 있어서 쟁의행위는 핵심적인 것인데, 쟁의행위는 고용주의 업무에 지장을 초래하는 것을 당연한 전제로 한다. 헌법상 기본권 행사에 본질적으로 수반되는 것으로서 정당화될 수 있는 업무의 지장 초래가 당연히 업무방해에 해당하여 원칙적으로 불법한 것이라 볼 수는 없다.”고 판시하였다.

이 사건 판결은 2010년 헌재 결정과 같은 전제 아래 “파업이 언제나 업무방해죄에 해당하

는 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.”고 하며 파업이 업무방해죄 구성요건요소인 “위력”을 충족시킬 수 있는 기준을 새롭게 판시하였다. 이 판시 내용이 구체적으로 무엇을 의미할까? 이는 종전 판례 법리와 이 사건 판결의 내용을 대비시켜 보면 좀 더 쉽게 알 수 있다.

종전 판례 법리에 의하면, “근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는, 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건 향상을 위한 노사간의 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 조건들을 모두 구비하여야 [한다.]”(대법원 2006. 5. 25. 선고 2002도5577 판결). 즉 단순 파업이라 하더라도 주체, 목적, 절차, 방법 등 네 가지 요건을 모두 구비할 경우에만 형사 면책이 가능하였던 것이다. 이렇게 파업에 관한 판례 법리를 위 네 개의 요건으로 구분한 후 이 사건 판례 법리의 구체적 내용을 살펴보면 아래와 같다.

첫째, 파업 목적의 정당성 여부는 업무방해죄의 구성요건 해당 여부와는 무관한 것이 되었다. 종전 판례 법리의 문제점 중 하나가 파업 목적과 관련한 것이었다. 이른바 경영권에 대항하는 파업은 정당하지 않고 그 파업은 업무방해죄에 해당한다는 것은 파업의 적법성 여부의 판단 권한을 수사기관과 법원이 전적으로 행사할 수 있도록 하는 발판이 되었고, 노동조합으로서의 파업의 적법성 여부에 대한 예측 가능성이 없는 상태에서 파업을 시작해야 했다. 이는 종종 극단적인 파업 방식이 채택되는 불쏘시개가 되었다. 이 사건 판결은 파업의 목적으로 근로자들의 파업을 범죄로 볼 수 없다는 점을 분명히 하였다.

둘째, 이 사건 판결에 의하면 파업의 주체와 방법은 해당 파업이 업무방해죄의 구성요건요소인 ‘위력’에 해당하는지 여부를 판단하는 고려 요소 중 하나로 취급될 따름이고, 그 요건을 갖추지 못했다는 점만으로 해당 파업이 업무방해죄에 해당한다는 결론에 이르지 않는다. 왜냐하면, 헌법 제33조 제1항은 노동3권의 주체로서 ‘근로자’를 규정하고 있고 종전 판례 법리에 의하더라도 ‘범외노조’ 또는 ‘헌법상 단결체’인 근로자 단체가 파업의 주체로 될 수 없다는 결론에 이르지 않기 때문이다. 예컨대 설령 ‘범외노조’가 아니라 하더라도 파업의 주체가 될 수 있고, 다만 그 단체가 행하는 파업이 “사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어[지는]” 경우에 업무방해죄의 해당 여부가 고려될 수 있다는 생각이 가능한 것이다.

이는 파업의 방법도 마찬가지이다. 근로자들이 파업과 관련해 행하는 활동 중 일부가 범죄행위로 취급된다고 하여 그 점만으로 해당 파업 전체가 업무방해죄에 해당한다는 결론에 이르지 않는다. 다만 그 행위가 “사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에” 업무방해죄 해당 여부가 검토되기 때문이다. 이는 종래 노동법 학계의 통설이 개별 근로자들의 폭력 행위만으로 해당 파업 전체가 범죄로 취급되는 것은 아니라고 설명한 내용과 연결된다.

셋째, 이 사건 판결의 다수의견이 파업의 업무방해죄 해당 여부를 판단하는 기준으로 제시

하는 것은 파업의 절차 요건이다. 이 사건 판결이 그 공소사실의 유죄 여부와 관련하여 “한국철도공사로서는, 전국철도노동조합이 [...] 쟁의행위 금지규정 등을 위반하면서까지 이 사건 파업을 강행하리라고는 예측할 수 없었다”고 판시한 것도 이 때문이다. 그리고 파업의 개시를 예측하지 못했다는 사정은 사용자나 노동조합의 내심(內心) 혹은 주관적 기준에 의하는 것이 아니라 “전후 사정과 경위 등에 비추어” 객관적으로 판단하여야 한다. 따라서 단지 사용자가 해당 파업을 예측하지 못했다는 것만으로 위 요건을 충족할 수는 없고, 파업의 전후 사정과 경위 등에 비추어 객관적으로 파업의 예측 가능성이 존재하지 않아야 한다.

한편, 위 네 가지 요건과는 별도로 이 사건 판결이 중요하게 고려하는 것이 두 가지이다. 하나는 그 파업의 결과이고, 또 하나는 파업과 결과 사이의 인과관계이다. 이 사건 판결은 “사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우”에만 해당 파업이 업무방해죄의 구성요건요소인 ‘위력’에 해당한다고 보았다. 그리고 이러한 결과는 “파업이 [...] 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어[진 것]”과 인과관계가 존재하여야 한다. 그 인과관계 유무 역시 객관적으로 판단하여야 한다.

단순 파업이 업무방해죄의 구성요건요소인 ‘위력’에 해당하는지를 판단할 때에는 파업 참가 근로자에게 ‘고의’가 존재하여야 한다. 종래의 경우 파업이 있다는 사정만으로 위력으로 취급되었으므로, 고의의 내용 역시 파업이 있다는 점을 인식하는 것으로 충분하였다. 그러나 이 사건 판결에 의해 업무방해죄의 구성요건요소로서의 ‘위력’의 내용이 변경된 이상, 그 고의의 내용 역시 수정되게 된다. 형법상 범죄 구성요건은 객관적 구성요건요소뿐만 아니라 고의가 있어야 성립하고, 고의란 객관적 구성요건요소에 대한 인식에 의미하기 때문이다. 그리고 이것은, 파업이 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래한 점에 대한 인식이 있는 경우에 해당 파업 참가자를 업무방해죄를 처벌할 가능성이 존재한다는 것을 뜻한다.

#### 4. 이 사건 판결은 노사 현실에 어떤 영향을 미칠까?

이 사건 판결은 노사관계에도 실질적 영향력을 발휘할 것으로 예상된다. 종전 판례 법리는 노동조합의 교섭력을 약화시키고 노사관계에서 사용자의 힘의 우위를 확보하는 데 중요한 역할을 하였다. 실제의 노사관계에서 이를 악용하는 사용자도 있었다. 일부 사용자는 불성실한 단체교섭을 통해 노동조합의 파업을 유도한 후 조합 활동가 혹은 적극적인 조합원들을 업무방해죄로 고발하고선 형사 절차의 진행과 함께 손해배상 청구, 가압류, 해고 등의 징계 절차를 진행하였다. 이러한 사용자의 행동은 ‘파업은 범죄다’라는 판례 법리 및 파업의 허용 범위를 극도로 좁게 해석하는 판례 법리에 의해 너무나도 경제적인 수단으로 받아들여졌다. 이걸 이용하지 않는 기업은 노사관계에서 합리적으로 행동하지 않는 것으로 평가받았다. 이 사건 판결은 이러한 노사 현실에 대한 반작용으로써 “형법상 업무방해죄의 성립 → 불법행위 책임, 징계 책임의 성립 → 가압류, 손해배상 소송, 징계 및 해고, 형벌 부과”라는 단결 금지의 악순환을 어느 정도 제한하는 것을 시도하였다고 평가할 수 있다.

형사 절차에 있어서 노사 간 역관계의 불균형은 이 사건 판결에 의해 어느 정도 해소될 수 있게 되었다. 종전 판례에 의하면, 형사 절차에서 사용자 및 검찰은 노동조합의 파업 사실만 주장·입증하면 그 자신들의 책임은 모두 수행한 것이 되었고, 노동조합이 이른바 주체, 목적, 수단, 방법 등 4가지 정당요건을 하나하나씩 구체적으로 입증하여야만 형벌을 면할 수 있었다. 이 사건 판결 이후에는 이러한 사용자와 검찰의 무임승차는 더 이상 허용되지



않고, 주장·입증 책임 중 일부가 사용자와 검찰 쪽으로 배분됨으로써 노동 형사 사건에서 형사법적 원칙들이 생존할 수 있는 공간이 마련되었다.

한편, 이 사건 판결이 선고된 직후 일부 신문에서는 이것이 2010년 헌재 결정에 비해 미흡하다는 평가가 있었다(2011. 3. 18.자 경향신문). 그러나 이는 정확한 평가는 아니다. 왜냐하면 2010년 헌재 결정은 ‘파업은 기본권의 행사이고, 합법 파업은 보호되어야 한다.’고 말한 것에 불과하기 때문이다. 즉 헌재는 ‘어떤 파업이 범죄로 취급되고, 어떤 것이 범죄가 아닌지’에 대한 구체적 언급은 피하고, 그 부담을 법원으로 전가시켰다. 만약 헌재가 ‘파업은 기본권의 행사임에도 (판례에 의하면) 업무방해죄의 구성요건에 해당한다면, 그 형법 조항은 위헌이다.’라고 판단했다면, 위 평가는 정확할 수 있다. 그런데 2010년 헌재 결정은 ‘파업은 기본권의 행사이므로 원칙적으로 범죄로 취급되어서는 안 된다’는 얘기를 한 것에 불과하였다.

또한 이 사건 판결이 노사관계의 리스크를 키웠다는 평가도 있다(2011. 3. 18.자 문화일보사설). 이것은 판결의 취지를 오해한 것이다. 이 사건 판결은 기업에게 더 이상 단순 파업을 가지고 형사 절차를 이용해서는 안 된다는 시그널을 준 것이다. 만약 단순 파업에 대해 형법 조항을 적용하려고 한다면, 그 위험 부담은 이를 주장하는 자가 져야 한다는 점을 천명한 것이다. 이는 앞에서 얘기했다시피 형사법의 일반 원칙에 부합한다. 만약 잘못된 관행이나 판례를 수정하는 것이 리스크를 키우고 그것이 부정의(不正義)하다는 논리라면, 그것은 법원의 역할이나 기능을 잘못 생각하고 있는 것이다.

##### 5. 이 사건 판결 법리는 합당한가?

위에서 이 사건 판결이 채택한 법리의 구체적 내용을 급하게나마 살펴보았다. 그리고 그에 대해서는 긍정적 평가를 할 수 있다는 개인적 의견도 제시한 바 있다. 그러나 과연 이 사건 판결의 다수의견이 법 이론상 합당한 것인지, 그리고 종래 파업 관련 판례 법리에 대한 비판적 견해들이 제시한 문제들을 올바르게 해결한 것인지에 대해서는 여전히 의문이다.

가장 중요한 지적은 이 사건 판결의 반대의견에서 잘 드러난다. 반대의견이 지적한 것처럼 “다수의견은 사실적인 측면에서 구별이 가능한 작위와 부작위 개념을 외면한 채 근로자가 아무런 일도 하지 않는 것에 불과한 단순 파업을 작위로 파악한 것부터가 잘못이다. 근로자가 사업장에 결근하면서 근로제공을 하지 않는 것은 근로계약상의 의무를 이행하지 않는 부작위임이 명백하다. 다수의견은 근로제공의 거부가 개별적인 것이 아니라 쟁의행위의 목적으로 집단적으로 이루어지는 점을 들어 작위로 보고 있는 듯하다. 그러나 한 사람이 아무 것도 하지 않는 것이나 여러 사람이 아무 것도 하지 않는 것이나, 그리고 여러 사람이 아무 것도 하지 않는 것의 목적이나 동기가 무엇이거나 가릴 것 없이, 어느 경우이건 신체적 활동 등 적극적인 행위가 없다는 점에서는 다를 바 없다. 따라서 근로자들이 쟁의행위의 목적에서 집단적으로 근로제공을 거부한 것이라는 사정이 존재한다고 하여 개별적으로 부작위인 근로제공의 거부가 작위로 전환된다고 할 수는 없다.”

그렇다면 이 사건 판결에서 왜 다수의견은 부작위에 불과한 파업을 작위라는 논리를 구성하게 되었을까? 그것은 근로자의 파업 행위를 부작위로 파악할 경우, 그 이후 이를 업무방해죄의 구성요건요소인 ‘위력’에 해당한다는 법리를 유지하는 것이 사실상 불가능해지기 때문이다. 반대의견이 지적한 바와 같이 “근로자가 근로제공의무를 이행하여야 할 근로계약상의 의무를 [...] 형사상 부진정부작위범의 작위의무라고 하는 것은 근로계약상의 근로제공의무를 불이행함으로써 사용자에게 손해를 가하는 행위를 형사처벌의 대상으로 삼겠다는 것이

다. 그러나 이것은 형벌로 노무의 제공을 강제하는 것이 된다.” 그리고 이것은 국가 형벌권의 억제라는 관점에서 수립된 죄형법정주의에 위배되는 결과가 초래된다. 즉 “만약 다수의 견과 같이 해석하여 근로자단체에 대하여 위법쟁의행위로서의 파업을 해서는 안 된다는 작위의무를 인정하여야 한다면, 이는 단체자치의 원칙에 의하여 상호 대등한 위치에 있는 집단적 근로관계의 ‘노동관계당사자’ 사이에서 단체행동권 행사와 관련하여 근로자단체는 상대방 당사자인 사용자 또는 사용자단체에게 단체자치에 속하는 내용의 채무를 불이행하여서는 아니 된다는 의무를 형벌로 강제하는 것을 인정하자는 것이어서 기본적으로 허용될 수 없다. 즉, 이 역시 노동관계에 있어서 사적 자치의 영역에 속하는 단체자치의 영역에서 그 자치적 규율 사항의 위반에 대한 형사법적 제재를 허용하는 것이므로 부당하다. 이는 마치 계약의 일방 당사자가 다수이고 그 다수의 일방당사자가 뜻을 같이 하여 상대방에게 계약상 부담하는 채무를 불이행하는 경우와 다를 바 없기 때문이다.”

#### 6. 이 사건 판결 법리는 사법관계에도 확장될 수 있을까?

이 사건 판결에서 제시된 판례 법리는 업무방해죄의 적용 여부에 관한 것이다. 따라서 그 판결의 존재만으로 파업으로 인한 불법행위 책임이나 파업 참가를 이유로 한 해고나 징계 등에 관한 판례 법리도 변경되었다고 말하기는 어려운 점이 있다. 그리고 이 사건 판결에 관여한 대법관들이 파업으로 인한 사법(私法)상 권리의무 관계까지를 염두에 둔 것 같지는 않다.

반대의견 역시 “근로자가 근로계약을 위반하지 아니할 의무를 부담하는 것은 근로계약 당사자 사이의 사적 자치의 영역에 속하므로 그에 대한 제재는 원칙적으로 손해배상 등 민사적 책임을 부과하는 것에 의하여 해결되어야 한다.”거나, “근로자들이 단결하여 소극적으로 근로제공을 거부하는 파업 등 쟁의행위를 하였으나 폭행·협박·강요 등의 수단이 수반되지 않는 한, 위와 같은 노조법상 규정을 위반하여 쟁의행위로서의 정당성을 갖추지 못하였다고 하더라도, 당해 쟁의행위를 이유로 근로자를 형법상 업무방해죄로 처벌할 수는 없고, 근로자에게 민사상 채무불이행 책임을 부담시킴과 함께 근로자를 노조법 위반죄로 처벌할 수 있을 뿐이며, 그것으로 충분하다.”고 판시하고 있다.

다만, 이 사건 판결과 2010년 헌재 결정이 천명한 원칙 즉 파업은 헌법상 기본권의 행사이고 “헌법상 기본권 행사에 본질적으로 수반되는 것으로서 정당화될 수 있는 업무의 지장 초래가 당연히 업무방해에 해당하여 원칙적으로 불법한 것이라 볼 수는 없다.”는 점은 이후 파업과 관련된 민사상 불법행위 책임이나 징계, 해고 등 책임에 관한 판례 법리에서도 필연적으로 새로운 법리가 출현될 것이라고 예고하고 있다. 이 점에서 이 사건 판결은 현재 한국 노사관계가 서 있는 위치와 가야 할 지점을 함께 보여주고 있다고 평가할 수 있다(한양대학교 법학전문대학원의 강성태 교수의 설명이다). 그리고 그 파업은 1차적으로 하급심 법원의 몫으로 돌아갈 것이다.

파업 관련 법리가 이후 어떻게 변화될 것인지에 대해 급히 얘기하고 논의하는 것은 삼가야 할 것이고 그것 자체가 별 의미도 없으므로, 여기에서 향후 판례 법리의 변경 가능성이나 그 방향에 대해 말하지는 않겠다. 다만, 이 사건 판결의 법리에 비추어 볼 때, 파업권의 남용에 해당하지 않는 이상 파업의 목적 요건을 위반했다는 이유로 그 파업의 위법성을 주장하는 것, 즉 노동법규에 정해진 것 이외의 정당요건을 부과하고 그 위반을 이유로 파업이 위법하다고 하는 법리는 더 이상 유지되기 어렵다는 것에 대해서는 대부분이 동의할 수 있을 것이라고 생각된다.

#### IV. 맺음말

이 사건 판결의 의의와 관련하여 대법원은 “이는 집단적 근로제공 거부인 파업의 업무방해죄 성립 여부와 관련하여 형법상 업무방해죄의 구성요건요소 중 “위력”의 개념을 분명히 함과 동시에 위법한 정의행위로서의 파업의 경우 만연히 업무방해죄로 처벌하여 오던 종래의 관행에 제동을 걸고, 구체적인 사안에서 파업이 위에서 제시한 “위력”의 개념에 해당하는지 여부를 살펴 업무방해죄의 성립 여부를 판단하여야 한다고 선언한 것이다. 그 결과 헌법을 정점으로 하는 현행 법령 체계 하에서 헌법상 보장된 기본권인 근로자들의 단체행동권을 보다 충실하게 보장할 수 있도록 하는 발판을 마련한 것이라는 점에서 이 판결의 의의를 찾아볼 수 있다.”고 설명한 바 있다(대법원 2011. 3. 17.자 “‘쟁의행위로서의 파업과 업무방해’에 관한 대법원 전원합의체 판결 관련 보도자료”). 발제자 역시 기본적으로 이 평가에 동의하는 바이다. 아래에서는 사족처럼 보일 수는 있지만, 그에 부수하여 개인적인 감상 혹은 이 사건 판결에 대한 느낌을 이야기해 보고자 한다.

노사 현실에서 파업은 매우 다양한 방식으로 이루어진다. 그리고 그것은 좋은 것일 때도 있고, 나쁜 것일 때도 있다. 이는 마치 좋은 사용자와 함께 나쁜 사용자가 있고, 좋은 노동조합과 함께 나쁜 노동조합도 있는 것과 같은 이치이다. 세상사가 모든 그런 것이라는 생각도 든다.

법률이 좋은 것과 나쁜 것을 구분하지 않는다면, 그 국가는 불행해진다. 법률이 좋은 것을 좋게 평가하고, 그것이 시장에서 온당하게 평가받을 수 있는 기반을 만들어야만 그 국가 역시 좋은 사회가 될 수 있다. 오늘날까지 한국 법원은 노사관계에서는 이러한 원칙을 적용하지 않았다. 단지 기업을 한다는 이유만으로, 나쁜 기업도 노사관계에서 특권적 지위를 누렸고, 단지 노동조합의 활동에 참여했다는 이유만으로, 좋은 근로자의 노동 기본권은 박탈당했다. 이로 인해 노사관계에서는 좋은 기업과 노동조합이 바보로 취급되는 오늘날의 현실이 우리에게 다가온 것이다.

이 사건 판결은 노사관계에도 위와 같은 원칙이 적용되어야 한다는 것을 최초로 천명한 것이다. 즉 ‘파업이므로 폭력적이고 나쁜 사회적 현상인 것이 아니라 폭력적이고 나쁜 파업이 법에 의해 규제되어야 한다’는 것이다(한양대학교 법학전문대학원의 강성태 교수의 설명이다). 이러한 원칙, 우리가 법과대학에서 배우던 헌법과 형법의 여러 기본 원칙(사실상 굳이 배우지 않더라도 이미 시민사회에 사는 우리 모두가 알고 있고 지키는 것이다)들이 노사관계에 적용되는데 너무 오랜 시간이 필요했다는 생각이 든다. 발제자가 변호사를 했던 경험에 비추어 볼 때, 강고하게 보이는 관례 법리 하에서 그에 반대되는 논리를 재판에서 변론하는 것은 매우 어려운 작업이다. 때때로 비관적인 피고인을 설득해야 하고, 때로는 법관이나 검사의 냉소적 자세를 버텨야 하기 때문이다. 혹은 자신이 들이는 시간과 노력 등 모든 것이 무의미하다는 생각이 들기도 한다. 이렇게 힘든 상황에서도 이 사건 판결이 있기까지 노력해 온 많은 노동변호사들께 감사의 말씀을 드린다.

# 토론문

변호사 김진 (법률사무소 이안)

1. 이 판결 이후 ‘반대의견이 타당하다’는 점만 너무 강조되는 것이 매우 안타까웠는데, 다수의견의 의미를 특히 “판례 이후 - 변하는 것과 변하지 않는 것”을 구체적으로 지적하고 있다는 점에서 판결 직후 신속하게 잡힌 이번 긴급 토론회에 가장 어울리는 발제문이 아닌가 싶습니다.
2. 이 판결에 대한 발제자의 평가에 대부분 동의하며, 아쉬움이 없을 수는 없겠지만, 개인적으로 기존 판례를 변경하였을 뿐 아니라 노동쟁의를 “헌법을 정점으로 하는 현행 법령 체계 하에서 헌법상 보장된 기본권인 근로자들의 단체행동권(보도자료의 표현입니다)”이라는 관점에서 다시 정립한 다수의견이나 “가장 먼저, 다시 죄형법정주의를 생각한다”라는 문장에서처럼 노동법과 헌법의 ‘원칙’을 고민하게 만드는 반대의견이 작성되었다는 점에서 그 의의는 매우 크다고 생각합니다.
3. 판결문과 발제문을 읽고 가지게 된 의문점 몇 가지를 질의하고자 합니다.

가. 단순한 노무제공 거부가 위력에 해당한다고 보았던 판결은 모두 변경된 것으로 볼 수 있는지

- 1) 다수의견은 “... 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경한다”는 표현을 쓰고 있으면서도, 관련 판시를 포함하고 있는 판결을 5개만 선별적으로 인용하고 있습니다.
- 2) 다수의견은 기존 판례 중 일부만 변경함으로써 “전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업 계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우(이하 「위력에 이르는 파업 요건」)으로 약칭하겠습니다.

다)”에 대한 일응의 기준을 제시하고자 한 것일까요. 예컨대 다수의견이 ‘변경 대상’으로 열거하지 않은 최근 판결로는 2005년 아시이나 조종사노조 파업에 대한 대법원 2010.4.8. 선고 2007도6754 판결이 있는데, 이런 사건의 경우 위 ‘비로소 그 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당한다“고 본 것일까요.

나. 다수의견이 제시한 「위력에 이르는 파업 요건」이 ‘파업의 절차 요건’에 한정되는 것인지

- 1) 다수의견에서는 “한국철도공사로서는, 전국철도노동조합이 필수공익사업장으로 파업이 허용되지 아니하는 이 사건 사업장에서 직권중재회부시 쟁의행위 금지규정 등을 위반하면서까지 이 사건 파업을 강행하리라고는 예측할 수 없었다 할 것”이라는 점과 “나아가 피고인이 주도하여 전국적으로 이루어진 이 사건 파업의 결과 수백 회에 이르는 열차 운행이 중단되어 총 135억 원 상당의 손해를 야기하는 등 한국철도공사의 사업운영에 예기치 않은 중대한 손해를 끼치는 상황을 초래한 것”임을 근거로 “이 사건 파업은 사용자인 한국철도공사의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 세력으로서 형법 제314조 제1항 소정의 “위력”에 해당한다고 보기에 충분“하다고 하고 있습니다.
- 2) 판결 직후 이야기를 나누어 본 변호사 중 ‘예측가능성’이 가장 중요한 관건일 것이라고 예상하는 분도 계셨고, 「파업은 예측할 수 없을 때만 업무방해죄」라는 제목으로 “사용자가 예측할 수 없는 시기에 이뤄진 근로제공 거부”라는 단서를 달아 업무방해죄 조항이 적용될 수 있는 폭을 다소 좁혔다”고 보도한 한겨레 2010. 3. 18. 보도 역시 그런 취지라고 볼 수 있습니다.
- 3) 반면 발제자는 다수의견의 요건이 ‘파업의 절차요건’에 관한 변경이라고 보면서도, 「파업의 결과」와 「파업과 결과 사이의 인과관계」 그리고 「고의」의 내용이 변경된 것이라고 하고 있으며, 대법원의 보도자료 역시 “근로자들의 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것은 아니고 사용자의 사업 계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 제한된 경우에 한정하여 업무방해죄의 성립을 인정할 것”이라고 하여 ‘예측가능성’보다는 자유의사의 제압 가능성

등을 강조하고 있습니다.

- 4) 개인적으로는 ‘결과’도 요건이라고 보는 것은, 대규모 사업장이나 파업참가 인원이 많은 사업장, 공익사업 사업장에서의 쟁의행위는 처벌받고 소규모 사업장이나 파업참가 인원이 적은 경우에는 처벌받지 않는다는 논리가 될 수도 있다는 점 - 이렇게 되면 사실상 실효성 있는 파업은 위법하고, 실효성 없는 파업만 적법하다는 아이러니한 결과가 될 수도 있다는 점에서 걱정이 됩니다.

다. 필수공익사업에서의 쟁의행위는 직권중재 폐지 이후와 이전이 달라질 것인지

- 1) 아시는 바와 같이 이번 판결은 직권중재 폐지 이전의 필수공익사업장인 한국철도공사의 2005년 파업에 대한 것이며, 다수의견도 위에서 인용한 것과 같이 “직권중재 회부시 쟁의행위 금지규정 등을 위반하면서까지”라는 표현을 사용하고 있습니다. 이후 필수공익사업장에 대해서는 직권중재 대신 ‘필수유지업무’ 제도가 도입되었다는 것도 다들 아실 것입니다.
- 2) 발제문은 “파업 목적의 정당성 여부는 업무방해죄의 구성요건 해당 여부와는 무관한 것이 되었다...이 사건 판결은 파업의 목적으로 근로자들의 파업을 범죄로 볼 수 없다는 점을 분명히 하였다”는 명쾌한 판단을 하고 있고, 개인적으로는 이 부분이 이번 판결의 가장 아름다운 부분이라고 생각합니다.
- 3) 이런 관점에서 보면 이번 판례 이후 필수공익사업장에서는 (노동조합이라는 주체에 의해 행해지고 수단과 방법이 위법하지 않는다는 전제에서) 필수유지업무만 준수한다면 적법한 파업이 될 수 있다고 보아야 할 것입니다.



# 토론문

- 조경배(순천향대학교 교수)

## I. 형사면책 논쟁의 역사적 의미

- 선진 자본주의 국가에서 파업권의 정상적인 행사에 대한 형벌의 적용이 사라진지 100년이 훨씬 넘었지만 한국 사회의 낙후된 논쟁으로 노동인권에 대한 낮은 인식 수준을 보여 주는 아쉬운 현실
- 파업권은 오늘날 보편적으로 인정된 노동자의 핵심적인 인권이고 노동법이 존재한다고 말할 수 있는 근거. 노동3권을 보장한 국제노동기구 87호 협약은 국제노동기구의 기본협약이고 이를 비준하지 못하고 있는 게 한국의 현실. 그 대표적인 이유가 바로 파업에 대한 업무방해죄를 비롯한 광범위한 형벌 적용

## II. 대법원 판례의 몇 가지 논점

### 1. 판례의 논리 변경에 대한 평가

- o 집단적 노무제공의 거부가 당연히 위력에 해당함을 전제로 하는, 즉 업무방해죄의 구성요건을 자동적으로 충족한다는 종전의 태도를 변경한다고 하면서도 위력에 의한 업무방해죄의 적용가능성은 여전히 유지.
- 이점에 대하여는 대법원 관련 보도 자료의 자화자찬의 변(위력의 개념을 분명히 함과 동시에 종래의 처벌관행에 제동을 걸었다는 식) 만큼이나 이해하기 어려움.
- 파업은 노무제공 거부의 부작위에 그치는 것이 아니라 위력의 요소를 당연히 포함하지만 당연히 위력에 해당하는 것도 아니라고 하는 알쏭달쏭한 논리로 일관. 마치 무엇이 법인지 정확하게 알려주지 않음으로써 파업시 처벌에 대한 공포심을 유지하여 파업을 억제하고자 하는 게 아닌가 의구심이 들 정도 - 죄형법정주의의 원리에 근본적으로 반함.

### 2. 위력에 해당하느냐 아니냐 하는 개념 논쟁의 한계

- o 위력의 범위를 좁게 해석해야 한다는 다수의견이나, 파업이 위력이 아니라는 소수의견도 찬동하기 어렵다. 모두 지나치게 기교적인 접근방식아 아닌가 여겨짐.
- o 다수의견의 문제는 이 판결이 일반적으로 적용될 수 있는 구체적인 판단기준을



제시한 것은 아니어서 재판관의 자의가 개입될 여지가 많다는 것이고 소수의견의 경우에는 현실과 제대로 맞을지 우려가 되는 판단.

- 쟁의행위는 언제나 어느 정도 위력의 요소를 포함하는 것인데 종합적으로 업무방해죄의 죄책을 면하기 위해서는 사용자의 의사를 제압, 혼란케 하지 않는 순전히 노무제공의 거부만으로 이루어져야 한다면 이는 매우 비현실적이며 어떤 입장을 취하든지 간에 현실의 쟁의행위는 모두 업무방해죄가 적용될 수밖에 없을 것임.
- o 파업은 위력에 해당한다고 보는 것이 입법의 연혁을 살펴봐도 맞다. 하지만 이 위력이 언제나 부정적인 것으로 평가되어야 한다는 것은 아님. 파업에 의하여 제압, 혼란되는 사용자의 의사란 막연한 의미에서 '사업계속에 관한 자유의사'가 아니라 사업계속을 위하여 필요한 근로자의 협력을 구하고자 하는 의사이고 자신들의 요구를 들어주지 않으면 협력하지 않겠다는 것이 바로 파업이란 이름으로 노동자의 권리로서 인정한 것임.

3. 파업이 사용자가 미처 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자가 대처할 수 없었다는 다수 의견의 판단

- o 파업의 전격성을 둘러싼 사실관계에 대한 소수의견의 비판은 타당
- o 다수 의견은 아마 직권중재기간 중의 쟁의행위가 법으로 금지되어 있기 때문에 파업이 발생하지 않을 것이라고 본 것 같으나 이러한 판단은 경험칙에 어긋남
- o 교섭결렬이 파업으로 이어질 수 있다는 것은 노사관계의 상식
- o 앞으로는 파업시기를 명확하게 밝히고 사용자의 손해가 그리 크지 않으면 업무방해죄의 적용만은 면할 수 있는 가능성이 전혀 없지는 않다고 할 수 있지만 현실적으로는 기대하기 어려울 것. 앞의 위력이라는 개념의 추상성과 현행 노조법의 수많은 금지조항 때문에.

4. 철도공사가 입은 손해가 막대하다는 사실과 위력 개념

- o 예기치 않는 비정상적인 막대한 손해가 발생했다고 하는 것이 위력의 한 요소로서 제시하였으나 철도운송사업의 특성상 당연히 예상되는 정상적인 손해이다. 헌법재판소의 표현을 빌리자면 '쟁의행위는 고용주의 업무에 지장을 초래하는 것을 당연한 전제로 하므로....업무의 지장초래가 당연히 업무방해에 해당하여 원칙적으로 불법한 것이라고 볼 수는 없다'(헌재 2010.4.29. 2009헌바168)
- o 직권중재 기간 중의 파업금지 규정을 위반한 위법행위로 발생한 손해라는 다수의견
  - 직권중재제도는 사용자의 이익을 보호하기 위한 것이 아님. 제3자의 공공의 편익을 고려한 것
  - 사용자는 영업이익을 자동적으로 보장받을 권리를 갖지 않음

5. 노조법상의 형벌 적용의 문제 또는 민사문제로 돌려야 한다는 소수의견과 관련하여

- 파업으로 입은 손해에 대한 배상도 중대한 문제이기 때문에 형사면책의 ‘논리구성’이 중요하다. 노동자는 자기가 지배하는 자신의 것인 노동력을 집단적으로 거절할 수 있는 자유가 있다는 보다 근원적인 관점에서 바로보지 않으면 업무방해죄는 면하더라도 다른 노조법상의 형사처벌이나 거액의 민사배상책임 문제가 여전히 남게 된다. 이 판결은 ‘위력’이란 개념의 해석에만 초점을 두고 있어 수많은 과제가 여전히 해결되지 않은 채로 남아 있음
- 이 사건의 손해배상청구에 대한 판결. 단 4일의 파업으로 135억 상당(2심에서 69억 9천만 원 인정) 오늘(11.3.24) 대법원 선고 예정
- 이미 2003년에도 한국철도공사 노조는 수십억의 손해배상 책임을 물은 적이 있음

# 토 론 문

김태현(민주노총 정책연구원장)

## 1. 업무방해죄와 노동운동

노동자의 단순파업에 대해서조차 업무방해죄를 적용하여 노동자를 구속, 탄압해온 것은 87년 이후 성장해온 한국의 민주노조운동에 대한 주요한 족쇄였다. 단적으로 2006년 구속노동자 271명의 적용 죄명 중에서 업무방해죄가 152명으로 과반수가 넘어 1위를 차지하고 있다. 이는 노동자의 정당한 노조활동이 노동조합법이 아니라 형법상 “업무방해” 혐의로 불법화되고 있다는 점을 반증하고 있다. 따라서 한국의 노동운동이 파업권을 온전히 가지기 위해서는 노동조합법을 넘어 형법상의 업무방해죄 적용을 파기하는 것이야말로 최우선적 과제라고 할 수 있다.

그런 점에서 발제문에서도 지적하였듯이 파업권에 대한 업무방해죄 적용이야말로 한국의 노동운동이 넘어야 할 단결금지법리라고 할 수 있다. 대법원 소수의견에서도 드러나 있듯이 우리 형법의 업무방해죄는 프랑스의 구 형법조항과 일본의 구 형법조항의 노동운동 금압에 근거한 것으로서 모두 역사적으로 사라진 규정일 뿐이다. 유럽 각국이나 미국에서도 파업에 대해 업무방해죄를 적용하고 있지 않고 각각의 폭행, 협박, 강요, 재물손괴죄로 처벌할 뿐이고 유사한 규정을 가진 일본도 폭력을 수반하지 않는 파업에 대해서는 이 규정을 적용하지 않고 있다. 이러한 형법규정이 노동3권을 헌법상 권리로 보장한 현행법하에 살아남아 있다는 것 자체가 역사적 후퇴일 뿐이다

파업에 관한 국제적 노동기준은 이 문제와 관련하여 단호하다. 노동자의 파업에 대해 업무방해죄를 적용하는 것은 국제적 노동기준을 침해하는 것으로 인정할 수 없다는 것이다. 이는 한국의 ILO가입 이후 수 차례 걸쳐 내려진 업무방해 관련 권고에서 드러나고 있다. ILO는 수 차례의 권고에도 불구하고 이의 개정이 이루어지지 않자 최근에는 구체적 판결이나 형사 재판과정에까지 그 개선을 요구해왔다. 대표적으로 2007년과 2008년에 ILO는 한국의 노동기본권 문제 중 구속, 수배 문제와 관련해서 다음과 같은 결의를 하였다.

- 형법 314조(업무방해)를 결사의 자유 원칙에 부합하도록 개정할 것<sup>1)</sup>
- 노동자를 불구속 조사하는 관행을 정착시키기 위한 모든 노력을 계속할 것<sup>2)</sup>.

1) ILO결사의자유위원회 권고 806호, 2007. 6.

- 모든 법원 판결문을 포함하여 현행 형법 314조의 업무방해죄로 구속된 노동자의 새로운 사례들에 관한 상세한 정보를 계속 제공해 줄 것<sup>3)</sup>

- (e)업무방해관련규정의 적용에 있어 위원회는 다음을 정부에 요청한다. (i) 기존 보고서에 명시되어 있듯이, 폭력 또는 파괴행위를 한 경우를 제외하고 현행 노동법을 위반한 근로자를 불구속 조사하는 관행을 정착하기 위한 모든 노력을 계속 할 것, (ii) 비폭력적 쟁의행위를 하였음에도 상기 규정으로 처벌받은 것으로 간주되는 오영환 부산지하철노동조합 위원장과 윤태수 전국금융산업노동조합 조흥은행지부 위원장의 상황을 검토하고 이에 관해 계속 알려줄 것, (iii) 모든 법원 판결문을 포함하여 업무방해로 구속된 근로자의 모든 소송건에 관한 상세한 정보를 계속 제공해 줄 것<sup>4)</sup>

- 철도 부문과 항공 부문에서 진행된 파업과 관련하여 업무방해로 26명의 대한항공조종사노조(KALFCU) 간부와 198명의 철도노조(KRWU) 간부에 대한 형사처벌의 구체적인 근거에 관해 정보를 제공하고, 이 사례들에 관해 언도된 모든 법원 판결문을 위원회에 통보할 것.

제소 당시 구속되어 업무방해 혐의로 구속되어 있었던, 철도노조 서울지방본부 김정민 본부장의 현재 상황에 대해 위원회에 보고할 것<sup>5)</sup>

- (사내 하청 노동자 노동조합의) 업무방해” 조항에 기반하여, 노조 조합원들이 자신들의 요구사항과 권리를 단념하도록 만들기 위한 위협의 일환으로 (예를 들어, 부당해고 소송 철회, 노조탈퇴, 잔업 거부철회 등) 터무니없는 금액을 요구하는 손배소를 제기한데 대해 독립적인 수사를 진행할 것을 요구한다<sup>6)</sup>.

즉 업무방해죄는 지하철, 철도, 항공, 비정규직 노동조합 등 모든 부분을 가리지 않고 전방위적으로 노동조합의 파업에 대해 적용되고 있고 ILO는 이에 대해 법원판결문을 비롯하여 모든 사항을 상세하게 ILO에 정보를 제공하고 보고할 것과 노동자를 불구속 조사하는 관행을 정착시킬 것, 형법상 업무방해죄를 결사의 자유 원칙에 맞게 개정할 것을 요구해왔다.

2) ILO결사의자유위원회 권고 806호, 2007. 6.

3) ILO결사의자유위원회 권고 806호, 2007. 6. 2006년, 2007년 권고를 보면, 매우 자세하게 건설노조, 공무원노조, 철도노조 등의 구속자 문제와 관련해서 정보 제공, 손해배상 등을 언급하고 있음.

4) (e) With regard to the application of the provisions concerning obstruction of business, the Committee requests the Government: (i) to continue making all efforts to ensure a practice of investigation without detention for workers who have violated current labour laws, unless they have committed an act of violence or destruction, as indicated in its previous reports; (ii) to review the situation of Oh Young Hwan, President of Busan Urban Transit Authority Workers' Union and Yoon Tae Soo, first Executive Director of Policy of the Korea Financial Industry Union, who appear to have been penalized under this provision for non-violent industrial action and to keep it informed in this respect; (iii) to continue to provide details, including any court judgements, on any new cases of workers arrested for obstruction of business.

5) ILO결사의자유위원회 권고 806호, 2007. 6.

6) ILO결사의 자유위원회 권고 2008.6

## 2. 이번 대법원 판결의 의미와 향후의 방향

결국 이번 대법원의 업무방해죄 기존 판례 변경은 이러한 노동조합의 가열찬 투쟁과 노동기본권에 대한 법리적 노력을 경주한 노동변호사와 학계의 일차적 승리라고 할 수 있다. 그러나 이 승리는 완전한 승리가 아니라 부분적 승리일 뿐이다. 왜냐 하면 판례의 변경은 노동조합의 파업권 행사를 당연 “위법”인 것으로 간주해오던 것에서 “위력”에 해당하는지 여부에 따라 업무방해죄 성립여부를 판단한다고 선언한 것에 불과하기 때문이다. 결국, 이 판결 이후의 파업은 1차적으로 하급심에서 자유의사를 제압, 혼란케 할만한 위력을 어떻게 판정하는가에 따라 달려있다고 볼 수 있다. 따라서 새로운 판례의 형성을 위한 가일층의 노력이 필요하다.

그러나 당장 이 법리 변경에도 불구하고, 대법원은 철도노조의 절차위반 파업에 대해 철도공사의 자유의사를 제압, 혼란케할만한 세력으로서 “위력”에 해당한다고 보기에 충분하다며 업무방해죄에 대해 유죄를 선언한 것은 정당하다고 선례를 만들어놓았기 때문에 하급심의 자유로운 판단의 여지가 그리 넓지 못하다고 판단된다. 대법원은 쟁의행위로서의 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니지만, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업 운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 그 집단적 노무제공의 거부가 ‘위력’에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보았다. 단순파업이 위법이라고 할 수는 없다고 하지만 이진 철도파업의 경우처럼 직권중재를 무시한 정도의 절차적 위법을 가지고 업무방해죄의 “위력”에 해당한다고 한 것은 여전히 법원의 보수주의를 드러내주고 있다고 하겠다.

이 판결은 모든 파업이 업무방해죄에 해당하지는 않지만 노동조합의 파업에 대해서 형사처벌의 대상으로 삼고 노무제공을 형법으로 강제하겠다는 원칙을 유지하고 있다. 이는 결국 단체자치에 속하는 영역을 형벌로 강제하는 것으로서 부당한 것이다.

결국 이 판결은 여전히 한계를 가진 것으로써 하급심의 노력과 더불어 향후 ILO가 권고한 바대로 결사의 자유 원칙에 맞게 업무방해죄를 새롭게 개정하여야 할 것이다. 즉, 헌법상의 기본권 행사인 파업에 대해 업무방해죄 적용을 원천적으로 금지하도록 입법화하는 것이다. 이것이야말로 법원의 판례에 기대지 않고 깨끗하게 단결 금지 법리를 철폐하는 것이고, 비로소 한국의 노동기본권이 기본권의 하나로 온전히 인정받는 길이라 할 수 있다. 이는 일본과 같은 업무방해죄를 존치하는 방식이 아니라 유럽 여러나라처럼 업무방해죄에서 노동기본권 행사 부분을 원천적으로 배제하는 것이어야 할 것이다.

바야흐로 내년 총선, 대선을 앞두고 한국사회는 노동, 복지 등 전방위적인 정치적 쟁론의 장이 형성될 것이고 이 가운데 노동기본권이 어떠한 위상을 갖느냐에 따라 법개정 여부가 판가름날 것이고 이를 위해 노동운동진영은 힘을 쏟아야 할 것이다.

[참고자료]

대 법 원  
판 결

사 건 2007도482 업무방해  
피 고 인 김영훈 , 노조위원장  
주거  
송달장소  
등록기준지  
상 고 인 피고인  
변 호 인 변호사 권두섭, 서상범, 송영섭, 최성호  
원 심 판 결 서울중앙지방법원 2006. 12. 20. 선고 2006노1532 판  
결  
판 결 선 고 2011. 3. 17.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 업무방해죄의 구성요건인 “위력”에 관한 상고이유에 대하여

가. 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 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.

이와 달리, 근로자들이 집단적으로 근로의 제공을 거부하여 사용자의 정상적인 업무운영을 저해하고 손해를 발생하게 한 행위가 당연히 위력에 해당함을 전제로 하여 노동관계 법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한 업무방해죄를 구성한다는 취지로 판시한 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 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경한다.

나. 원심판결의 이유에 의하면, 전국철도노동조합이 ‘파업 없이 성실히 교섭할 것을 서면으로 약속한다’는 약속서를 제출하자, 특별조정위원회는 ‘향후 노동조합이 약속을 지키지 아니하고 쟁의행위에 돌입할 가능성이 현저한 경우에는 당해 사업장을 중재에 회부할 것을 권고한다’는 내용의 2005. 11. 25.자 조건부 중재회부권고를 하였고, 중앙노동위원회위원장은 그 취지를 존

중하여 2005. 11. 25.과 2005. 12. 16. 두 차례에 걸쳐 위와 같은 취지의 중재회부 보류결정을 하였다가 전국철도노동조합과 한국철도공사간의 단체교섭이 2006. 2. 28. 최종적으로 결렬되자 같은 날 21:00부로 직권중재회부 결정을 하였음에도 불구하고, 피고인을 비롯한 전국철도노동조합 집행부는 2006. 2. 7.자 결의에 따라 예정대로 파업에 돌입하여 이를 지속할 것을 지시하였으며, 이에 전국철도노동조합 조합원들은 2006. 3. 1. 01:00경부터 같은 달 4. 14:00경까지 서울철도차량정비창 등 전국 641개 사업장에 출근하지 아니한 채 업무를 거부하여 한국철도공사의 케이티엑스(KTX) 열차 329회, 새마을호 열차 283회 운행이 중단되도록 함으로써, 한국철도공사로 하여금 영업수익 손실과 대체인력 보상금 등 총 135억 원 상당의 손해를 입게 하였다는 사실을 알 수 있다.

위 사실관계에 의하면, 중앙노동위원회위원장이 특별조정위원회의 조건부 중재회부권고의 취지에 따라 두 차례에 걸쳐 중재회부 보류결정을 한 것은, 전국철도노동조합과 한국철도공사 간의 노사 자치에 의한 교섭을 존중하되 양자 사이의 노동쟁의가 더 이상 단체교섭을 통해 자율적으로 해결될 수 없다고 판단되는 경우 사회적 혼란을 야기할 가능성이 큰 필수공익사업장인 한국철도공사에서의 쟁의행위를 허용하지 아니하고 직권중재를 통하여 해결하겠다는 의사를 명확히 한 것이고, 그에 따라 단체교섭의 최종적 결렬 직후 직권중재회부결정을 한 것이다. 그럼에도 전국철도노동조합의 위원장인 피고인은 전국 규모의 철도사업장에서 이 사건 파업을 그대로 강행하였다. 비록 전국철도노동조합이 2006. 2. 7. 총파업일정을 2006. 3. 1. 01:00경으로 미리 결의한 상태였다 하더라도, 앞서 본 바와 같은 중재회부 보류결정이 내려진 경위 및 그 내용과 함께 위 총파업 결의 이후에도 한국철도공사와 전국철도노동조합 간에 단체교섭이 계속 진행되었고 실제로 단체교섭이 최종적으로 결렬된 직후 직권중재회부결정이 내려진 점까지 감안한다면, 한국철도공사로서는, 전국철도노동조합이 필수공익사업장으로 파업이 허용되지 아니하는 이 사건 사업장에서 구 노동조합 및 노동관계조정법(2006. 12. 30. 법



를 제8158호로 개정되기 이전의 것, 이하 ‘구 노조법’이라 한다)상 직권중재 회부시 쟁의행위 금지규정 등을 위반하면서까지 이 사건 파업을 강행하리라고는 예측할 수 없었다 할 것이다. 나아가 피고인이 주도하여 전국적으로 이루어진 이 사건 파업의 결과 수백 회에 이르는 열차 운행이 중단되어 총 135억 원 상당의 손해를 야기하는 등 한국철도공사의 사업운영에 예기치 않은 중대한 손해를 끼치는 상황을 초래한 것임을 알 수 있다.

이러한 사정들을 앞서 살펴본 법리에 비추어 보면, 피고인이 주도한 이 사건 파업은 사용자인 한국철도공사의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 세력으로서 형법 제314조 제1항 소정의 “위력”에 해당한다고 보기에 충분하다.

원심이 같은 취지에서 이 사건 업무방해의 공소사실에 대하여 유죄를 선고한 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 업무방해죄의 위력에 관한 법리오해의 위법이 없다.

## 2. 직권중재회부결정의 효력 유무에 관한 상고이유에 대하여

### 가. 직권중재제도가 헌법에 위반된다는 주장에 대하여

구 노조법 제62조 제3호, 제63조, 제91조 제1호는 필수공익사업에 있어서 노사 양측의 극단적인 이해 대립과 갈등으로 파업이 빈발하면 공중의 일상생활을 마비시키고 국민경제가 붕괴의 위험에 처할 수 있으므로 노사간 합의 대신 노동위원회의 중재를 통한 쟁의의 해결이 가능하도록 함으로써 공중의 일상생활을 유지하고 국민경제를 보전하고자 하는 데에 그 입법목적이 있는 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 법상 규정한 기본권제한의 방법이 적절하며, 기본권제한의 정도도 최소화하고 있을 뿐만 아니라, 보호하고자 하는 공익과 제한되는 사익 간의 균형도 유지하고 있으므로 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하고, 일반사업에 종사하는 근로자와 공익사업에 종사하는 근로자를 합리적인 이유 없이 차별하는 것이 아니다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2001도1863 판결, 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005도825 판결, 헌법재판소 2003. 5. 15. 선고 2001헌가31 전원재판부 결정 등 참조).

같은 취지의 원심 판결은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같

은 법리오해 등의 위법이 없다.

나. 재량권을 일탈·남용하였다는 주장에 대하여

원심은 그 채용증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 중재회부보류결정 및 중재회부결정은 자율교섭이 진행되고 있는 상황을 고려하여 행해진 것으로서 단지 쟁의행위 자체를 실질적으로 제한하기 위한 수단으로 사용하였다고 볼 수 없고, 중재회부결정이 특별조정위원회의 조건부 중재회부권고결정 후 3개월이 지나서 이루어졌다는 사정만으로는 특별조정위원회의 권고결정과 공익위원의 의견제시 제도를 사실상 형해화시킨 것으로서 중앙노동위원회위원장이 그 재량권을 일탈·남용한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

구 노조법상 직권중재제도의 절차에 관한 여러 규정들 및 이 사건 기록에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 직권중재제도에 관한 법리오해의 위법이 없다.

3. 정당행위에 관한 상고이유에 대하여

원심은, 피고인이 주도한 이 사건 파업이 이 사건 중재회부결정에 따라 쟁의행위를 할 수 없는 기간에 이루어진 것으로서 이미 법령을 위반한 쟁의행위에 해당하고, 그로 인하여 사용자가 입은 손해 또한 상당하므로, 이러한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위에 해당하지 아니한다는 취지로 판시하였다. 이러한 원심의 판단은 정당하고, 이에 반하는 상고이유의 주장은 이유 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 위

1. 항의 판단에 대한 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안, 대법관 이인복의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치되었다.

5. 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안, 대법관 이인복의 반대의견

## 가. 기본 전제

파업 등 쟁의행위라 하면 폭행·협박·강요·점거농성 등의 폭력적인 수단이 수반되는 경우를 흔히 떠올리기 쉽다. 그러나 이 사건은 피고인을 비롯한 전국철도노동조합 조합원들이 한국철도공사의 사업장에 출근하지 아니한 사안이다. 따라서 여기서 논의의 대상이 되는 것은 이와 같이 폭력적인 수단이 동원되지 않은 채 단순히 근로자가 사업장에 출근하지 않음으로써 근로제공을 하지 않는 경우(이른바, 소극적 근로제공의 중단의 경우로서, 이하 ‘단순 파업’이라고만 줄여 쓴다)이고, 이 점에서 폭력적인 수단이 수반되는 파업의 경우와 혼동되어서는 아니 된다.

## 나. 위력에 의한 업무방해죄의 작위범으로서의 구성요건 해당성 및 부진정부 작위범의 성립 여부

다수의견은, 쟁의행위로서의 파업이 위에서 전제하고 있는 바와 같이 단순 파업이라 하더라도 근로자들이 사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 이루어지는 이상 부작위에 그치는 것이 아니라 ‘작위적’인 것으로서 ‘위력에 해당하는 요소’를 포함하고 있고, 다만 단순 파업이 위와 같이 작위적인 것이라고 하더라도 그것이 모두 형법 제314조 제1항의 업무방해죄를 구성하는 “위력”에 해당하는 것이 아니라, 그 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 평가될 수 있는 경우에 비로소 위력에 해당하여 업무방해죄를 구성한다는 것이다.

먼저, 다수의견은 단순 파업이라고 하더라도 파업은 그 자체로 부작위가 아니라 작위적 행위라고 보아야 한다는 것이나, 이러한 견해부터 찬성할 수 없다.

범죄행위를 이루는 기본 형태는, 형법상 다중불해산죄(제116조)·퇴거불응죄(제319조 제2항) 등과 같이 형벌법규에 정한 구성요건이 단순한 부작위에 의해서만 실현될 수 있는 진정부작위범을 제외하고는, 작위에 의하는 경우뿐

만 아니라 부작위에 의하는 경우를 포함할 수 있는 것(이른바 부진정부작위 범)으로 일반적으로 이해된다. 판례 역시, ‘어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은 물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에, 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙’이라고 하여(대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 참조), 이를 분명히 하고 있다.

작위와 부작위는 대체로 사실적인 측면에서 구별하는 것이 일반적이다. 위의 판례도 적시하고 있는 바와 같이 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통한 적극적인 행위가 있는 경우를 작위에 의한 것으로 보고, 이와 달리 소극적으로 아무 것도 하지 않는 경우를 부작위에 의한 것으로 본다.

그렇다면 다수의견은 사실적인 측면에서 구별이 가능한 작위와 부작위 개념을 외면한 채 근로자가 아무런 일도 하지 않는 것에 불과한 단순 과업을 작위로 파악한 것부터가 잘못이다. 근로자가 사업장에 결근하면서 근로제공을 하지 않는 것은 근로계약상의 의무를 이행하지 않는 부작위임이 명백하다. 다수의견은 근로제공의 거부가 개별적인 것이 아니라 쟁의행위의 목적으로 집단적으로 이루어지는 점을 들어 작위로 보고 있는 듯하다. 그러나 한 사람이 아무 것도 하지 않는 것이나 여러 사람이 아무 것도 하지 않는 것이나, 그리고 여러 사람이 아무 것도 하지 않은 것의 목적이나 동기가 무엇이거나 가릴 것 없이, 어느 경우이건 신체적 활동 등 적극적인 행위가 없다는 점에서는 다를 바 없다. 따라서 근로자들이 쟁의행위의 목적에서 집단적으로 근로제공을 거부한 것이라는 사정이 존재한다고 하여 개별적으로 부작위인 근로제공의 거부가 작위로 전환된다고 할 수는 없다.

물론 형법 제314조 제1항의 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건으로서의 “위력”은 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력을 의미하고, 행위자가 상대방의 자유의사를 제압·혼란케 하는 위협이나 결과를 초래하는

것은 행위자의 신체적 활동 등 적극적인 작위의 방법뿐만 아니라 소극적으로 아무런 행위를 하지 않는 부작위의 방법으로도 가능할 수 있음은 위의 부진정부작위범의 법리를 통하여 본 바와 같다. 따라서 집단적인 노무제공의 거부가 부작위에 해당한다는 이유만으로는 위력에 의한 업무방해죄의 성립을 부정할 수는 없다. 다만, 이러한 경우 부작위가 작위와 같이 평가될 수 있기 위해서는 부작위 행위자가 결과의 발생을 방지하여야 할 보증인적 지위에 있어야 한다(전형적인 사례로, 어머니가 어린 아이에게 젖을 주지 않는 방법으로 살해의 결과를 실현하는 경우를 들 수 있다). 그리고 여기서 말하는 보증인적 지위에 있다고 인정하기 위해서는, ① 법익의 주체가 법익 침해의 위협에 스스로 대처할 보호능력이 없고, ② 부작위 행위자가 그 법익 침해의 위협으로부터 상대방의 법익을 보호해 주어야 할 법적 의무, 즉 작위의 무가 있어야 하며, ③ 부작위 행위자가 이러한 보호자의 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배하고 있을 것을 요한다는 것이 교과서적인 설명이다.

따라서 단순 과업을 다수의견의 견해와 달리 부작위라고 보더라도, 부작위에 의하여 위력을 행사한 것과 동일한 결과를 실현할 수 있고, 근로자들이 그러한 결과의 발생을 방지하여야 할 보증인적 지위에 있다고 볼 수 있다면, 비록 다수의견과 논거를 달리하지만 위력에 의한 업무방해죄의 성립을 인정할 수 있다. 그러므로 중요한 문제는 근로자들에게 이러한 부진정부작위범의 구성요건을 충족하는 보증인적 지위를 인정할 수 있는가 여부이다.

사용자는 근로자에 대한 관계에서 개별적 근로관계의 당사자로서는 사회적·경제적으로 우월한 지위에 있는 것이 보통이다. 그리고 근로자단체와의 집단적 근로관계에 있어서도 사용자는 근로자들의 쟁의행위에 대항할 수 있는 수단을 강구할 수 있는 등 상호 대등한 위치에 있다. 이러한 점에서 일반적으로 사용자에게 근로자들의 단순 과업으로부터 기업활동의 자유라는 법익을 스스로 보호할 능력이 없다거나 근로자들이 사용자에 대한 보호자의 지위에서 사태를 지배하고 있다고는 말할 수 없다. 따라서 우선 위에서 본

보증인적 지위를 인정하기 위한 위 ①, ③의 요건부터가 있다고 말하기 어렵다.

그리고 무엇보다 보증인적 지위를 인정하는 데 가장 중요한 것은 위 ②의 요건인 작위의무이다. 판례도, ‘작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 부진정부작위범이 성립하기 위해서는 형법이 금지하고 있는 법익 침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이어야 하며, 여기서 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다’(대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결 등 참조)고 한다.

그러므로 근로자와 사용자의 관계에서 과연 근로자가 사용자에게 형법이 금지하고 있는 법익 침해의 위험이나 결과 발생을 방지할 법적인 작위의무가 있고 그 의무를 이행하지 아니하는 부작위가 작위에 의한 법익 침해와 동등한 형법적 가치를 가진 것으로 인정할 수 있는지 살펴볼 필요가 있다.

우선, 근로자와 사용자 사이의 개별적 근로관계의 측면에서 근로자에게 근로계약에 기한 근로의무가 존재하기는 한다. 그러나 근로자가 근로계약을 위반하지 아니할 의무를 부담하는 것은 근로계약 당사자 사이의 사적 자치의 영역에 속하므로 그에 대한 제재는 원칙적으로 손해배상 등 민사적 책임을 부과하는 것에 의하여 해결되어야 한다. 따라서 근로자가 근로제공의무를 이행하여야 할 근로계약상의 의무를 가리켜 형법이 금지하고 있는 사용자에게 대한 법익침해의 위험이나 결과 발생을 방지하여야 할 법적 의무로서 ‘부작위에 의한 업무방해죄’를 구성하는 ‘작위의무’라고 할 수는 없다. 이를 형사상 부진정부작위범의 작위의무라고 하는 것은 근로계약상의 근로제공의무를

불이행함으로써 사용자에게 손해를 가하는 행위를 형사처벌의 대상으로 삼겠다는 것이다. 그러나 이것은 형벌로 노무의 제공을 강제하는 것이 된다. 이는 곧바로 자신의 의사에 따라 근로하지 아니할 자유나 권리를 본질적으로 부정하는 것이 된다. 이것이 부당함은 두말할 필요가 없다. 따라서 근로자가 근로계약상의 의무인 근로제공을 하지 아니하는 것을 가리켜 작위의무를 위반한 것으로 평가하여서는 아니 된다.

다음으로, 근로자단체와 사용자 또는 사용자단체 사이의 집단적 근로관계의 측면에서 본다.

파업이 헌법상 기본권으로 보장되는 단체행동권의 행사로서의 적법한 요건을 갖추어 이루어진 경우 이는 헌법적으로 정당성이 인정되는 행위이므로 이를 업무방해죄의 구성요건인 위력에 해당한다고 볼 수는 없다(헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2009헌바168 전원재판부 결정 참조). 이 점에서 다수의견이 종래 판례 중 ‘파업은 어느 경우에도 당연히 위력에 해당하고, 다만 정당한 쟁의행위로서 이루어진 경우에는 위법성이 조각될 뿐’이라는 취지로 판시한 일부 판례를 폐기한 것은 옳다. 그러나 근로자들이 파업을 하면서 쟁의행위의 정당성 요건을 갖추지 아니한 채 집단적으로 근로제공을 거부한 것은 근로자들이 개별적으로 근로계약에 위반하여 근로제공의무를 불이행하는 것과 달리 근로자들에게 쟁의행위에 있어서 요구되는 작위의무를 위반한 것으로 볼 여지가 있는 것 아닌가라는 의문이 들 수 있다.

다수의견도 업무방해죄의 “위력”에 해당하는 행위로 파업이 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래한 경우를 들고 있어 결국 파업이 그 정당성을 갖추지 못한 일부의 경우를 상정하고 있는 것으로 보이는데, 부진정부작위범으로서의 위력에 의한 업무방해죄의 성립을 인정함에 있어서 다수의견과 같은 결론에 이르려면 근로자측에게 위와 같은 상황에 이르는 불법 파업을 해서는 안 된다는 작위의무가 인정되어야 한다. 그러나 단체행동권의 행사 등과 관련하여 노동관계를 규율하는 노동조합 및 노동관계조정법(이하, ‘노조법’이

라 한다)의 쟁의행위 관련 조항 등 어느 법규정이나 그밖에 어떠한 이유에서도 근로자들에게 위와 같은 내용의 작위의무를 인정할 만한 법적 근거를 찾아볼 수 없다.

노사관계는 다른 계약관계와는 달리 근로계약의 당사자로서의 근로자와 사용자 관계를 중심으로 하는 ‘개별적 근로관계’와 아울러, 노동조합을 전형으로 하는 근로자단체와 사용자 또는 사용자단체를 당사자(노조법 제2조 제5호에서는 이를 ‘노동관계당사자’로 표현하고 있다)로 하는 ‘집단적 근로관계’를 상정하고 있다.

집단적 근로관계는 헌법에 의하여 근로자에게 보장되는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권 등 근로3권의 행사와 관련하여 형성되는 법률관계이다. 이러한 집단적 근로관계는 근로자가 자주적으로 결성한 단결체를 통하여 실질적으로 대등한 위치에서 사용자 또는 사용자단체와 자율적으로 노사관계를 형성하고 조정하는 것을 주요 내용으로 한다. 따라서 집단적 근로관계는 국가 등의 간섭 없이 근로자단체와 사용자 또는 사용자단체 사이에 자치적 규율과 해결을 도모하는 것을 기본 원칙으로 한다. 이 역시 사적 자치의 또 다른 형태로서 ‘단체자치’라고 말하기도 한다.

우리 헌법 제33조 제1항에 의하여 보장되는 단체행동권의 행사로서 이루어지는 근로자들의 파업 등 쟁의행위는 근로관계의 유지 및 향상을 위하여 사용자와 대치하는 상황에서 근로자 스스로를 보호하기 위한 행동이다. 따라서 사용자가 생산업무 등을 수행할 수 없는 상태에 빠지는 등 근로자들의 쟁의행위로 야기되는 사용자에 대한 법익 침해는 집단적 근로관계에 있어서 근로자들의 단체행동권 행사의 위법 여부와 관계없이 그에 따른 필연적인 결과로 예정하고 있는 것이다. 이는 마치 계약관계에 있어서 계약의무 위반에 의하여 상대방 당사자에게 손해가 생기는 것을 예정하고 있는 것과 다를바 없다. 다시 말하면, 쟁의행위로서의 정당성을 갖추지 못한 파업이라 하더라도 그 실질은 근로자단체와 사용자 또는 사용자 단체 사이의 집단적 근로관계에서 근로자단체에 요구되는 의무를 불이행한 것에 불과한 것이다. 만약



다수의견과 같이 해석하여 근로자단체에 대하여 위법쟁의행위로서의 파업을 해서는 안 된다는 작위의무를 인정하여야 한다면, 이는 단체자치의 원칙에 의하여 상호 대등한 위치에 있는 집단적 근로관계의 ‘노동관계당사자’ 사이에서 단체행동권 행사와 관련하여 근로자단체는 상대방 당사자인 사용자 또는 사용자단체에게 단체자치에 속하는 내용의 채무를 불이행하여서는 아니 된다는 의무를 형벌로 강제하는 것을 인정하자는 것이어서 기본적으로 허용될 수 없다. 즉, 이 역시 노동관계에 있어서 엄연히 사적 자치의 영역에 속하는 단체자치의 영역에서 그 자치적 규율 사항의 위반에 대한 형사법적 제재를 허용하는 것이므로 부당하다. 이는 마치 계약의 일방 당사자가 다수이고 그 다수의 일방당사자가 뜻을 같이 하여 상대방에게 계약상 부담하는 채무를 불이행하는 경우와 다를 바 없기 때문이다. 따라서 뒤에서 보는 바와 같이 노조법에서 파업 등 쟁의행위를 함에 있어서 요구되는 사항에 대하여 개별적으로 규정하면서 이를 위반하면 처벌하는 조항을 두고 있다고 하더라도, 그러한 각각의 위반행위를 처벌의 대상으로 삼는 것은 별론으로 하되, 이를 이유로 근로자들에게 파업 등의 정당성 요건을 준수함으로써 사용자의 법익 침해를 예방하여야 한다는 작위의무가 있다는 식의 보증인적 지위를 인정하고 이러한 작위의무를 위반한 것에 관하여 일반적으로 위력에 의한 업무방해죄를 인정하는 것은 근로자들로 하여금 형벌로 집단적 근로제공 자체를 강제하는 것이어서 부당하다.

결국 근로자측에게 위법한 쟁의행위로서의 파업을 해서는 안 된다는 작위의무를 인정하는 것은 서로 대립되는 개별적·집단적 법률관계의 당사자 사이에서 상대방 당사자인 사용자 또는 사용자단체에 대하여 당사자 일방인 근로자측의 채무의 이행을 담보하는 보증인적 지위를 인정하자는 것이어서 받아들일 수 없고, 근로자들의 단순한 근로제공 거부는 그것이 비록 집단적으로 이루어졌다 하더라도 업무방해죄의 실행행위로서 사용자의 업무수행에 대한 적극적인 방해 행위로 인한 법익침해와 동등한 형법가치를 가진다고 할 수도 없다.

다. 업무방해죄의 구성요건으로서의 “위력” 해당 여부의 판단기준

다수의견의 견해와 같이 단순 파업도 예외적인 상황에서는 작위로서 위력에 해당한다고 보는 입장에 서더라도 위력의 해당 여부에 관하여 다수의견이 제시하는 판단기준에는 찬성할 수 없다.

가장 먼저, 다시 죄형법정주의를 생각한다.

형법 제314조 제1항의 업무방해죄는 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 경우에 성립하는 범죄이다. 연혁적으로 우리 형법의 업무방해죄는 일본 구형법의 업무방해죄를 계수한 것이고, 일본 형법의 업무방해죄의 원형은 프랑스 구형법이라고 한다. 1864년 프랑스 구형법 제414조는 ‘임금인상이나 임금인하를 강요할 목적으로 또는 산업이나 노동의 자유로운 수행을 방해할 목적으로 폭력·폭행·협박 또는 위계로써 노동의 조직적 정지의 결과를 발생케 하거나 그 정지를 유지·존속케 하거나 그 실행에 착수한 자’를 처벌하는 조항을 두었다가 1884년 개정된 프랑스 형법에서는 쟁의행위가 폭력의 행사를 수반하는 경우에만 처벌할 수 있도록 개정되었다. 한편 일본 구형법 제270조는 ‘농공의 고용인이 임금을 증액시키기 위하여 또는 농공업의 경향을 변화시키기 위하여 고용주 및 다른 고용인에 대하여 위계·위력으로써 방해하는 자’를 처벌하는 규정을 두었다가, 현행 형법에서는 제234조에서 ‘위력으로써 사람의 업무를 방해하는 자’를 처벌하는 규정으로 개정되었다. 이처럼 위력에 의한 업무방해죄는 애당초 프랑스나 일본에서 노동운동을 금압하기 위한 것이었다. 이러한 업무방해죄가 우리 형법에도 규정되어 오늘에 이르고 있으나, 이 사건과 같이 파업 등 쟁의행위에 대하여 형법 제314조 제1항을 적용하여 업무방해죄의 성립을 인정하는 것은 파업 등 쟁의행위를 법률에 의하여 일반적으로 금지하고 이를 위반하면 처벌하던 때와 달리 실질적인 노사대등 관계를 실현하기 위하여 헌법상 기본권으로 단체행동권을 보장하고 있는 지금의 법체계 아래에서는 그 자체로 법리적 정합성이 없는 해석이라는 비판에 직면하고 있다.

뿐만 아니라 업무방해죄의 구성요건의 하나인 “위력”의 개념은 매우 광범

위하고 모호한 행위유형에 속한다. 물론 다수의견이 실시하고 있는 바와 같이 우리 판례는 “위력”의 개념을 ‘사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력’이라는 의미로 이해하고 있으나, 그러한 풀이에도 불구하고 여전히 그 개념이 상대적으로 매우 광범위하고 모호한 일반조항의 성격을 갖고 있는 것이 사실이다. 따라서 이러한 “위력”의 개념을 해석함에 있어서는 그 개념의 외연을 함부로 확장하지 않도록 매우 신중을 기할 필요가 있다. 예를 들어 사법(私法)상의 법률관계에서 당사자 일방의 채무불이행으로 인하여 상대방 당사자의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 정도의 법익 침해의 위험이나 결과를 초래할 수 있다는 이유로 위력의 해당범위를 확대하는 것은 자칫 단순한 채무불이행을 업무방해죄로 처벌하게 될 우려가 있으므로 허용되어서는 아니 된다. 이와 마찬가지로 이 사건에서 문제되는 단순 파업의 경우도 그것이 쟁의행위로서의 정당성의 요건을 갖추지 못하고 있다고 하더라도 앞서 나항에서 자세히 본 바와 같이 개별적 근로관계의 측면이나 집단적 근로관계의 측면에서 모두 근본적으로 근로자측의 채무불이행과 다를 바 없으므로, 이를 위력의 개념에 포함시키는 것은 무엇보다 죄형법정주의의 관점에서 부당하다.

위에서 본 바와 같이 위력에 의한 업무방해죄에 관하여 형법에 우리와 거의 동일한 규정을 두고 있는 일본에서는 폭행이나 협박 등 폭력적 수단으로 사용자의 업무를 방해하는 경우만을 처벌대상으로 삼고 있을 뿐이고 이러한 폭력적 수단을 수반하지 아니하는 단순 파업은 업무방해죄에 의한 형사처벌이 문제되지 않는다는 것이 학설 및 판례의 입장이라고 한다. 아울러 일본 이외에 현재의 유럽 각국이나 미국에서도 위법한 쟁의행위는 주로 손해배상 등 민사상 책임이나 징계책임의 문제로 삼을 뿐이고 쟁의행위에 수반하는 폭행·협박·강요·재물손괴 등의 문제는 각각의 폭행·협박·강요·재물손괴죄 등의 처벌대상이 되며 이러한 폭력적 수단이 수반되지 않는 단순 파업을 업무방해죄 등 형사처벌의 대상으로 삼는 경우를 찾아볼 수 없다고 한다. 이러한 측면에서도 단순 파업을 위력으로 포함시키는 다수의견의 견해는 보편적 입

장을 벗어나 있다.

더불어 단순 파업에 관한 다수의견의 견해와 같은 기조에 선다면, 어떠한 쟁의행위가 쟁의행위로서의 정당성 요건을 갖추지 못하고 있으면서 그것이 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래한 때에는 어느 경우라도 위력에 의한 업무방해죄의 처벌대상이 된다는 해석이 가능하다. 실제로 우리 판례는 월차유급휴가가 근로기준법상 휴가로서는 정당한 것이나 노조법상 쟁의행위로서는 정당성 요건을 갖추지 못한 경우에 관하여, ‘근로기준법상 월차유급휴가의 사용은 근로자의 자유의사에 맡겨진 것으로서 연차유급휴가와는 달리 사용자에게 그 시기를 변경할 수 있는 권한조차 없는 것이지만, 정당한 쟁의행위의 목적이 없이 오직 업무방해의 수단으로 이용하기 위하여 다수의 근로자가 집단적으로 일시에 월차유급휴가를 신청하여 일제히 결근함으로써 회사 업무의 정상적인 운영을 저해한 경우에는 업무방해행위를 구성한다고 볼 수밖에 없다’고 하였고(대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2852 판결 참조), 그 밖에도 시간외근로의 거부, 정시출퇴근 등 법규정을 준수하는 적법한 권리행사를 쟁의행위의 수단으로 삼는 이른바 준법투쟁에 대해서도 그것이 쟁의행위로서의 정당성이 인정되지 않는다는 이유로 위력에 의한 업무방해죄의 성립을 인정하는 태도를 취하였다(대법원 1991. 11. 8. 선고 91도326 판결, 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2970 판결, 대법원 1996. 5. 10. 선고 96도419 판결, 대법원 2004. 8. 30. 선고 2003도2146 판결 등 참조). 그러나 이러한 태도는 일면 정당한 권리행사로서의 성격을 갖는 행위임에도 형벌을 부과할 수 있다는 것으로서 지나치게 형사처벌의 범위를 확대하여 근로자들로 하여금 형사처벌의 위협 아래 근로에 임하게 하는 위헌적 요소가 있다는 지적을 받고 있다(헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바23 전원재판부 결정 참조). 이 점에서도 “위력”의 개념에 관한 다수의견의 해석논리를 일반화하기에는 근본적인 한계가 있다.

일정한 예외적인 상황에 한정된 것이기는 하지만 단순 파업도 업무방해죄

의 “위력”에 해당한다는 다수의견은, 다수의견이 설정하고 있는 예외적인 상황에서라면 앞서 살펴본 바와 같이 근로자들에게 사용자에 대한 ‘일할 의무’를 형벌로써 강제하는 것과 다를 바 없다. 그런데 이와 관련하여 국제노동기구(ILO) 제105호 “강제노동의 폐지에 관한 조약” 제1조 d항은 동맹파업에 참가한 것에 대한 제재를 강제노동으로 보아 금지하고 있고, 국제노동기구 결사의 자유위원회에서는 2000년 이래 매년 계속하여, 그리고 국제연합 경제·사회·문화적 권리위원회에서는 2001년과 2009년에 걸쳐 거듭하여, 폭력이 수반되지 아니한 근로자의 단체행동과 관련된 다양한 행위를 형법 제314조에 기하여 처벌하는 상황에 대한 우려와 함께 ‘비폭력적 쟁의행위’가 동 조항에 의해 처벌되지 않도록 하는 조치를 권고하고 있는 등 국제사회의 비판에 직면해 있는 점도 함께 지적해 둔다.

한편, 또 하나 분명한 것은 위법한 단순 파업이 위력에 의한 업무방해죄를 구성하지 않는다 하더라도 위법의 원인행위 자체에 대한 처벌의 공백이 생기는 것이 아니라는 점이다.

파업 등 쟁의행위가 정당성을 결여한 경우 쟁의행위를 위법하게 하는 각각의 행위에 대하여는 노조법에 별도의 처벌규정을 두고 있어 노조법위반죄로 처벌할 수 있다. 즉, 노조법 제37조 내지 제46조는 쟁의행위의 원칙·주체·절차·방법 등에 관하여 규정하고, 벌칙조항인 제88조 내지 제91조에서 위 각 규정의 위반행위에 대하여 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금형(노조법 제88조 참조)부터 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금형(노조법 제91조 참조)까지의 형을 부과하는 처벌규정을 두고 있는 반면, 업무방해죄는 5년 이하의 징역 또는 1천 5백만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

노조법상 규정된 쟁의행위에 관한 여러 규정 위반으로 인하여 쟁의행위 자체의 정당성을 인정하기 어렵다는 이유로 그러한 쟁의행위에 가담한 근로자가 형법상 업무방해죄의 처벌대상이 된다고 한다면, 구태여 노조법에 위와 같이 업무방해죄의 법정형과 같거나 보다 가벼운 형을 정하는 별도의 처벌

규정을 둘 필요가 없다. 따라서 근로자들이 단결하여 소극적으로 근로제공을 거부하는 파업 등 쟁의행위를 하였으나 폭행·협박·강요 등의 수단이 수반되지 않는 한, 위와 같은 노조법상 규정을 위반하여 쟁의행위로서의 정당성을 갖추지 못하였다고 하더라도, 당해 쟁의행위를 이유로 근로자를 형법상 업무방해죄로 처벌할 수는 없고, 근로자에게 민사상 채무불이행 책임을 부담시킴과 함께 근로자를 노조법 위반죄로 처벌할 수 있을 뿐이며, 그것으로 충분하다.

끝으로, 다수의견이 단순 파업이 위력에 해당하는지 여부를 판단하는 기준으로 ‘파업이 사용자가 미처 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자가 이에 대처할 수 없었다는 사정’과 ‘그로 인하여 사용자에게 심대한 혼란 내지 막대한 손해가 발생하였다는 사정’을 들고 있는 것이 과연 형벌법규에 대한 합리적인 해석론으로서 제시할 수 있을 만큼 명확한 것인가도 커다란 의문이다.

다수의견이 단순 파업이 쟁의행위로서의 정당성이 없는 경우라 하여 언제나 위력에 해당한다고 볼 수 없다고 보아 위력의 개념을 어느 정도 제한하여 해석한 것은 종래 판례의 태도에 비추어 진실보한 입장이다. 그러나 다수의견이 제시하는 위력의 해당 여부에 관한 판단기준에 의하더라도 과연 어떠한 경우를 전격적으로 이루어졌다고 볼 수 있을 것인지, 어느 범위까지를 심대한 혼란 또는 막대한 손해로 구분할 수 있을 것인지 반드시 명백한 것은 아니다. 따라서 다수의견의 해석론에 따른다 할지라도 형법 제314조 제1항에 규정한 “위력” 개념의 일반조항적 성격이 충분히 해소된 것은 아니고, 위력에 의한 업무방해죄의 성립 여부가 문제되는 구체적 사례에서 자의적인 법적용의 우려가 남을 수밖에 없다.

라. 이 사건에서 다수의견 법리의 적용상의 당부

위력의 개념에 관한 다수의견의 해석론에 찬성할 수 없음은 앞서 지적한 바와 같지만, 더 나아가 다수의견이 위력의 해당 여부에 관하여 제시하는 판단기준을 이 사건에 적용해 보더라도 피고인이 위력을 행사한 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

즉, 원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 전국철도노동조합이 2005. 11. 10. 신청한 조정절차에서 특별조정위원회는 노사간 주장의 현격한 차이로 인하여 조정성립 가능성이 없다고 판단하여 2005. 11. 25. 조정안을 제시하지 않은 채 조정을 종료하면서, 전국철도노동조합으로부터 2005. 12. 16.까지 파업 없이 성실히 교섭에 응하겠다는 취지의 협약서가 제출되자 ‘중재회부를 보류하되 향후 쟁의행위에 돌입할 가능성이 현저한 경우에는 당해 사업장을 중재에 회부할 것을 권고한다’는 취지의 조건부 중재회부 권고결정을 한 사실, 이에 중앙노동위원회위원장은 중재회부 보류결정을 하였고, 2006. 1. 31.까지 자율교섭을 하겠다는 전국철도노동조합의 2차 약속이 있게 되자 다시 중재회부 보류결정을 한 사실, 그런데 2006. 1. 31.까지 노사간의 교섭에 별 진전이 없게 되자 전국철도노동조합은 같은 날 더 이상 파업을 자제한다는 약속을 할 수 없다는 견해를 표명하였고, 2006. 2. 7. 쟁의대책위원회에서 총파업시기를 2006. 3. 1. 01:00경으로 결의하여 한국철도공사에 미리 이를 예고한 사실, 이러한 상황에서 2006. 2. 28. 최종적으로 노사간의 교섭이 결렬되자 중앙노동위원회위원장이 비로소 파업 개시 5시간 전인 2006. 2. 28. 20:00경 중재회부 결정을 한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실에 비추어 보면, 전국철도노동조합이 이 사건 파업 등 쟁의행위에 앞서 조정을 신청하는 등 자율교섭을 위하여 노력하였고, 공익사업의 경우 구 노조법 제54조 등 관련 규정에 따라 조정신청일부터 30일 내에 중재회부 결정이 이루어지는 것이 원칙임에도, 중앙노동위원회의 중재회부 보류결정이라는 일종의 변형결정으로 인하여 3개월이 훨씬 지난 시점인 2006. 2. 28. 20:00경 직권중재회부 결정이 내려진 점, 특히 전국철도노동조합은 그 이전인 2006. 1. 31. 이미 중재회부 보류결정의 근거가 된 파업 자제의 약속을 더 이상 유지할 의사가 없음을 명확히 표시하였고, 2006. 2. 7. 총파업시기를 2006. 3. 1. 01:00경으로 결의하여 한국철도공사에 미리 이를 예고한 상황이었던 점, 그럼에도 불구하고 예고된 총파업의 개시를 불과 5시간

정도 앞둔 시점에서 위 직권중재회부 결정이 내려지자 위와 같이 당초 예정된 파업을 진행한 점을 비롯한 이 사건 파업의 전후 사정과 진행 경과 등을 종합할 때, 한국철도공사로서는 이 사건 파업을 충분히 예견할 수 있었다고 할 것이어서, 이 사건 파업이 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어진 것이라고 볼 수 없다. 이 사건과 같은 사안에서 다수의견이 말하는 이유로 전격성을 인정할 수 있다면, 쟁의행위로서의 정당성 요건을 흠결한 때에는 전격성이 없다고 인정할 수 있는 경우를 거의 상정하기 어려울 것으로 보여, 다수의견이 위력의 개념을 제한해석한 의미는 거의 찾아볼 수 없다.

나아가 이 사건 파업의 수단 또한 폭력적 행동이나 달리 위법이라고 할 만한 언동 없이 근로자의 집단적인 소극적 근로제공 거부에 그치고 있는 이상, 이 사건 파업으로 인한 손해가 이 사건 파업의 전격성에 기한 손해라고 단정하기도 어렵다.

그렇다면 피고인이 주도한 이 사건 파업은 다수의견의 법리에 비추어 보더라도, 한국철도공사의 사업계속에 관한 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 세력으로서 형법 제314조 제1항에 규정된 “위력”에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 파업이 중재시 쟁의행위의 금지에 관한 노조법 제63조에 위반하여 이루어지고 이 사건 파업으로 인하여 한국철도공사가 입은 손해가 크다는 점만을 중시하여, 단순한 집단적 근로제공의 거부행위인 이 사건 파업에 대해서까지 업무방해죄가 성립한다고 본 원심의 판단을 수긍하는 다수의견에 대해서는, 위와 같은 이유에서도 찬성할 수 없다.

#### 마. 결론

위에서 본 법리에 비추어 보면, 전국철도노동조합의 조합원들이 단순히 근로제공을 거부하는 형태로 이루어진 이 사건 파업을 주도하였다는 취지의 피고인에 대한 공소사실은 업무방해죄의 구성요건을 충족한다고 할 수 없음에도 불구하고, 이와 반대의 전제에서 피고인에게 업무방해죄의 죄책을 인정할 원심판결에는 형법 제314조 제1항의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결의 결과에 영향을 끼친 위법이 있다. 따라서 원심판결을 파기하여 사건을 원



심법원에 환송하여야 한다.

그러므로 이상과 같이 다수의견에 대한 반대의견을 밝혀두는 바이다.

재판장      대법원장      이용훈      \_\_\_\_\_

대법관      양승태      퇴임으로 서명날인 불능  
재판장  
대법원장      \_\_\_\_\_

대법관      박시환      \_\_\_\_\_

대법관      김지형      \_\_\_\_\_

주    심      대법관      이홍훈      \_\_\_\_\_

대법관      김능환      \_\_\_\_\_

대법관      전수안      \_\_\_\_\_

대법관      안대회      \_\_\_\_\_

대법관      차한성      \_\_\_\_\_

대법관      양창수      \_\_\_\_\_

대법관      신영철      \_\_\_\_\_

대법관 민일영 \_\_\_\_\_

대법관 이인복 \_\_\_\_\_