

<논문>

쟁의행위의 형사면책법리에 관한 해석론 - 노동조합 및 노동관계조정법 제4조와 형법 제20조의 관계를 중심으로 -

禹 希 叔*

요 약

역사적 지평에서 살펴보았을 때 헌법은 쟁의행위에 대한 형사면책법리를 형성하였지만 노동조합법 및 형법은 단결금지법리를 형성하였고 이는 헌법재판소 결정 및 대법원 판례의 태도에도 그대로 이어졌다. 즉 노동조합법상 제한규정을 위반한 쟁의행위는 노동법적 정당성을 상실하여 형법 제314조 제1항의 구성요건해당성을 충족한다는 판단구조가 형성된 것이다. 그러나 쟁의행위는 헌법 제33조 제1항의 단체행동권 행사로서 ‘그 자체’ 정당한 것이며 형사책임의 유무는 문제되지 않는다. 물론 쟁의행위의 과정에서 발생하는 범죄행위(폭력·협박·손괴 등)가 형법전상 개별적 범죄구성요건에 해당하는 경우에는 형사책임의 유무가 문제될 수 있다. 그러나 헌법재판소 결정 및 대법원 판례는 쟁의행위와 그 과정에서 발생하는 범죄행위를 분리하지 않고 통합함으로써 개별적 수단으로 이루어지는 범죄행위를 쟁의행위 전체의 범죄화로 전환시킨다. 더 이상 쟁의행위는 권리의 행사로서 해석되는 것이 아니라 범죄행위로서 해석되는 것이다. 이는 ‘정당한 쟁의행위는 원칙적으로 불법하지 않다’라는 상식을 언급한 2010년 헌법재판소에서도 그대로 이어진다. 왜냐하면 정당하지 않은 쟁의행위는 형법 제314조 제1항의 구성요건에 해당할 수 있다고 언급하였기 때문이다. 그렇기에 2011년 대법원 전원합의체 판결 또한 절차규정을 위반한 쟁의행위를 형법 제314조 제1항으로 해석·적용할 수 있었다. 집단적 노무제공거부행위를 ‘작위로서 위력’으로 전제하고 ‘예측가능성’이란 판단기준으로 말이다. 그러나 쟁의행위는 헌법 제33조 제1항 및 노동조합법 제2조 제6호의 정의조항에 따라 ‘집단성’, ‘업무저해행위’의 요소를 충족하면 형법 제314조 제1항의 구성요건해당성을 배제한다. 이 경우 노동조합법 제4조는 형법전상의 개별적 범죄구성요건과의 관계에서 해석되는 것이 아니라 노동조합법상 제한규정 위반과의 관계에서 ‘재’해석되어야 한다. 노동조합법상 제한규정 또한 별칙조항에서 형사책임을 예정하고 있기 때문이다. 이렇게

* 강원대학교 법과대학 강사.

쟁의행위의 개념과 노동조합법 제4조의 ‘재’해석을 통하여 노동영역에 쟁의행위에 대한 형사면책법리가 형성되기를 바란다. 즉 개별적으로는 범죄가 되지 않는 행위가 집단적으로 해도 범죄가 되지 않는 상식이 통하는 노동영역 말이다.

주제어: 쟁의행위, 위력업무방해죄, 형사면책법리, 단결금지법리, 노동조합법 제4조

I. 문제상황: 형사면책법리의 미확립과 쟁의행위의 범죄화

1948년 제헌헌법이 제18조에서 근로3권을 규정하였으나 그 후 조선방직쟁의, 광산 노동자파업, 부산부두노동자파업 등이 발생하자¹⁾ 이러한 쟁의행위를 제한하기 위해 1953년 노동쟁의조정법이 제정되었다. 그러나 1953년 노동쟁의조정법을 살펴보면 제12조에서 ‘손해배상청구에 대한 제한’²⁾, 즉 민사면책규정은 두었으나 현행 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노동조합법) 제4조와 같은 형사면책규정을 두고 있지는 않았음을 확인할 수 있다. 오히려 형사면책규정은 노동쟁의조정법이 폐지되고 1997년 제정된 노동조합법 제4조에 ‘정당행위’라는 제목 하에 비로소 규정되었다. 이를 형식적인 측면에서 바라보면 쟁의행위에 형사면책법리가 형성되지 않았다고도 해석할 수 있지만 – 헌법상 근로3권 보장과 관련하여 – 실질적인 측면에서 바라보면 쟁의행위에 대한 형사면책법리는 당연한 것으로 노동쟁의조정법에 규정할 필요가 없었던 것으로도 해석할 수 있다. 즉 노동쟁의조정법이 형사면책을 규정하지 않았던 이유는 쟁의행위가 제헌헌법 제18조의 ‘단체행동권의 행사’로서 보장되었기 때문일 것이다. 이는 쟁의행위가 권리의 행사로서 범죄행위가 아니라는 인식 하에, 다시 말해 쟁의행위에 대해 형사면책법리가 이미 형성되어 있다는 전제 하에 <노동조합과 사용자의 관계>에서 ‘민사면책법리’를 형성하기 위하여 제12조만을 규정했을 것이라고 해석된다.³⁾ 이러한 해석이 타당하다면 – 가정이길 바라

1) 김기덕, “쟁의행위에 대한 형사면책법리의 재구성과 업무방해죄”, **노동과 법**, 제3호 (2002), 213쪽.

2) 제12조 사용자는 쟁의행위에 의하여 손해를 받았을 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 배상을 청구할 수 없다. 이후 조문순서는 바뀌었지만, 1963년 개정 이후 1996년 폐지되기 전까지 그 내용은 다음과 같았다. 즉 “사용자는 이 법에 의한 쟁의행위로 인하여 손해를 받은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다”가 그것이다. 이는 현행 노동조합법 제3조에서 동일하게 규정되어 있다.

지만 - 오히려 1997년 제정된 노동조합법이 제4조에 형사면책을 규정하면서 헌법 재판소 결정 및 대법원 판례에 쟁의행위에 대한 단결금지법리의 인식이 형성·실현되었다고 평가할 수 있다. 즉 헌법적 측면에서는 쟁의행위와 그에 수반된 범죄행위가 분리되어 평가되지만 - 이를 형사면책법리로 표현 - 법률적 측면에서는 쟁의행위와 그에 수반된 범죄행위가 통합되어 - 이를 단결금지법리로 표현 - 평가된다. 이러한 통합이 쟁의행위에 대한 형법 제314조 제1항의 해석·적용을 정당화해주는 전제가 되었으며 이로부터 쟁의행위의 범죄화는 당연한 결과가 된다. 이러한 전제를 가정의 측면이 아닌 대법원 판례의 태도를 바탕으로 살펴보면 <노동조합과 사용자의 관계> 설정을 다음과 같이 해석할 수 있다.

즉 노동조합의 쟁의행위⁴⁾는 헌법 제33조 제1항에 의해 보장된 것으로서 쟁의행위가 권리로서 실현될 수 있도록 해준다. 이는 쟁의행위에 대한 형사책임이 면제된다는 의미이며 다른 한편으로는 국가로부터의 자유를 의미한다. 그러나 노동조합의 쟁의행위가 발생하면 형법 제314조 제1항으로 기소하는 검찰이나 이를 형법 제314조 제1항으로 해석·적용하는 대법원은 <노동조합과 사용자의 관계>를 <노동조합과 국가의 관계>로 전환시킨다. 즉 쟁의행위를 중심으로 형성되는 <노동조합과 사용자의 긴장관계>가 <노동조합과 국가와의 긴장관계>로 전환되는 것이다. 이는 쟁의행위에 국가로부터의 자유로 표현될 수 있는 형사면책법리가 아직 형성되지 않았음을 의미한다.⁵⁾ 왜냐하면 국가가 노사관계에 있어서 중립적 위치를 지키지 못하고 - 노동조합법상 제한규정을 위반하지 않은 집단적 노무제공거부행위에 대해서도 형법 제314조 제1항을 해석·적용함으로써 인하여 - 사용자의 후견인으로 전면에 등장하고 있기 때문이다.

이처럼 국가가 사용자의 후견인으로 등장함에 따라 쟁의행위의 형사책임에는 다음과 같은 문제점이 발생하였다. 첫째, 쟁의행위는 헌법 제33조 제1항 단체행동권의

3) 비교법적으로 살펴보아도 쟁의행위에 대한 형사면책법리가 형성되고 난 후에야 민사면책법리가 형성되어 가는 것을 확인할 수 있다.

4) ‘노동조합’의 쟁의행위라고 표현하는 것은 노동조합법 제37조 제2항이 “조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니된다”라고 규정하고 있기 때문에 사용한 것이지만, 쟁의행위는 헌법 제33조 제1항에 의해 ‘근로자’의 단체행동권으로서 보장되는 것이므로 그 주체는 ‘근로자’라고 할 수 있다.

5) 우리나라에서 쟁의행위의 법적책임과 관련하여서는 형사면책법리뿐만 아니라 민사면책법리도 형성되어 있지 않다. 민사면책법리에 대한 논의로는 조경배, “쟁의행위의 정당성론의 논리구조에 관한 비판과 민사면책법리의 재정립에 관한 연구”, **민주법학**, 제36호(2008), 171쪽 이하.

행사로서 헌법상 보장받는 권리인데 이를 하위법률인 형법을 통해 범죄화하는 것이 타당한가? 즉 쟁의행위와 형법 제314조 제1항의 외형상 유사성으로부터 형사책임을 지우는 것이 타당한가? 둘째, 노동조합법 제4조는 형사면책을 규정하고 있는데 이는 헌법과의 관계에서, 특히 형법 제20조와의 관계에서 어떻게 해석되어야 하는가? 다시 말해 노동조합법 제4조의 범죄체계론적 지위는 어떻게 되는가? 이러한 문제 제기는 1998년 헌법재판소 결정 및 2010년 헌법재판소 결정을 전후로 노동법학계와 형법학계에서 많이 비판되었던 것이기도 하다. 하지만 첫 번째 물음에 대한 비판적인 연구는 다수 존재하지만 두 번째 물음에 대한 체계적인 연구는 아직 미비한 실정이다. 이에 필자는 노동조합법 제4조의 ‘재’해석을 통해 쟁의행위의 형사면책 법리에 대한 해석론을 전개해 보고자 한다.

II. 쟁의행위의 형사면책범위: 노동법적 정당성론

노동조합의 쟁의행위에 대한 형사면책법리를 확립시키기 위해서는 지난 십수 년간 헌법재판소 결정 및 대법원 판례가 펼쳐온 해석방법을 개관하는 일이 매우 유용하다. 왜냐하면 앞서서도 언급했듯이 헌법재판소 결정 및 대법원 판례는 쟁의행위에 대하여 단결금지법리를 형성·실현시키는데 일조하였는데, 이와 관련하여 어떠한 논증이 사용되고 있는지를 확인함으로써 형사면책법리로 나아가기 위한 비판적인 거점을 마련할 수 있을 것이기 때문이다.

1. 헌법재판소 결정의 구조적 분석

헌법재판소는 헌법 제33조 제1항의 ‘단체행동권’을 보장한 취지를 다음과 같이 언급하고 있다.

“헌법이 노동3권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서 노동관계 당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립, 적대의 관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여(a) 그들로 하여금 때로는 대립항쟁하고 때로는 교섭타협의 조종과정을 거쳐 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써(b) 결국에 있어서 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하는 사회복지국가 건설의 과제를 달성(c)하고자 함에 있다.”⁶⁾

즉 <노동조합과 사용자의 관계>를 ‘대등한 교섭주체의 관계’(a)로 나아갈 수 있도록 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하고 이를 통해 ‘분쟁을 평화적으로 해결’(b)할 수 있도록 ‘최후의 수단’으로 근로자의 권리를 행사할 수 있도록 하며 이는 결국 ‘근로자의 이익과 지위의 향상’이라는 목적을 달성할 수 있는 전제가 된다는 것을 - 확실하게 - 언급하고 있다.⁷⁾ 이에 노동조합법은 단체행동권의 실질적 보장을 위해 제3조 및 제4조에서 민·형사면책 규정을 두고 있다. 물론 사용자의 재산권 및 영업활동 자유와의 조화로운 설정을 위해 쟁의행위에 대한 제한규정을 제4장에 - 포괄적으로 - 두고 있다. 그러나 <도표 1>에서 확인할 수 있듯이, 헌법재판소는 사용자의 재산권 및 영업활동의 자유를 근로3권의 우위에 두는 판단구조를 취하고 있다.⁸⁾

<도표 1> 쟁의행위와 형법 제314조 제1항의 관계

결정년도	행위 유형	결정	판단 구조
1990	쟁의행위와 제3자 개입금지	합헌	원칙적 불법/위법성조각설
1998	집단적 노무제공거부행위	합헌	원칙적 불법/위법성조각설
2005	집단적 노무제공거부행위	합헌	원칙적 불법/위법성조각설
2010	사업장 앞 집회 및 매장의 점거행위	합헌	예외적 불법/위법성조각설

이처럼 경영권에 편향된 해석은 노동조합의 쟁의행위에 형법 제314조 제1항으로 해석·적용하는 대법원의 해석방식을 헌법재판소가 정당화하면서 더욱 확실하게 나타나고 있다.⁹⁾ 다만 역사적 지평에서도 확인할 수 있듯이 헌법상으로는 쟁의행위에 대한 형사면책법리가 형성되었다고 평가할 수‘는’ 있다.

6) 헌법재판소 1990.1.15. 선고 89헌가103 결정 (밑줄은 필자 주).

7) 이는 노동조합법 제1조의 목적과도 맥락을 같이 한다.

8) 헌법재판소 1990.1.15. 선고 89헌가103 결정; 헌법재판소 1998.7.16. 선고 97헌바23 결정; 헌법재판소 2004.3.31. 선고 2003헌바91 결정; 헌법재판소 2010.4.29. 선고 2009헌바168 결정.

9) 2003년 대법원은 경영권과 근로3권이 충돌할 경우 ‘기업의 경쟁력을 강화하는 방향’으로 해결책을 찾아야 한다고 직접적으로 ‘경영권 편향의 해석’을 언급하고 있다. 대법원 2003.11.13. 선고 2003도687 판결. 이에 대해서는 뒤에서 다시 언급하고자 한다.

가. 역사적 지평: 헌법상 형사면책법리의 형성과 법률상 단결금지법리의 형성
 1948년 헌법(1948.7.17 헌법 제1호) 제18조는 “근로자의 단결, 단체교섭 및 단체행동의 자유는 법률의 범위 내에서 보장한다. 영리를 목적으로 하는 사기업에 있어서는 근로자는 법률이 정하는 바에 의하여 이익의 분배에 균점할 권리가 있다”고 규정함으로써 근로3권을 보장하면서 개별적 법률유보조항도 같이 두었다. 그러나 1969년 헌법(1969.10.21 헌법 제7호) 제29조 제1항은 “근로자는 근로조건에 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정함으로써 개별적 법률유보조항을 삭제하였다. 그러나 1972년 헌법(1972.12.27 헌법 제8호) 제29조 제1항은 “근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권은 법률이 정하는 범위 안에서 보장한다”고 함으로써 개별적 법률유보조항을 다시 삽입하였다. 이는 1980년 헌법(1980.10.27 헌법 제9호) 제31조 제1항이 “근로자는 근로조건에 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. 다만, 단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의한다”고 함으로써 유지되다가 1987년 헌법(1987.10.29 헌법 제10호) 제33조 제1항이 “근로자는 근로조건에 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 함으로써 개별적 법률유보조항을 삭제하였다. 이처럼 헌법 제·개정 흐름을 살펴보면 - 개별적 법률유보조항과의 관계¹⁰⁾에서 - 쟁의행위에 대한 형사면책법리가 형성되어 가는 과정이었다고 평가할 수 있다. 왜냐하면 이로부터 권리의 행사로서 단체행동권(쟁의행위)과 그 과정에서 발생할 수 있는 위법한 수단(폭력·협박·손괴 등)이 분리되어 후자에 대해서만 형법 전상의 개별적 범죄구성요건의 해석·적용이 문제될 수 있기 때문이다.

한편 제헌헌법에서 근로3권을 보장한 이후 쟁의행위가 빈번해지자 이를 제한하기 위한 노동쟁의조정법이 1953년 제정되기에 이르렀다. 자세히 살펴보면 다음과 같다. 1953년 제정된 노동쟁의조정법(1953.3.8 법률 제279호) 제1조는 “본법은 헌법에 의거하여 근로자의 단체행동자유권을 보장하고 노동쟁의를 공정히 조정하여 산업의 평화가 유지되도록 함을 목적으로 한다”고 규정하였으나 1963년 개정시 “이 법은 노동

10) 2010년 헌법재판소는 헌법 제33조 제1항의 단체행동권 보장과 개별적 법률유보조항의 관계에 대하여 다음과 같이 언급하였다. “헌법 제33조 제1항은 근로자의 단체행동권을 헌법상 기본권으로 보장하면서, 단체행동권에 대한 어떠한 개별적 법률유보 조항도 두고 있지 않으며, 단체행동권에 있어서 쟁의행위는 핵심적인 것인데, 쟁의행위는 고용주의 업무에 지장을 초래하는 것을 당연한 전제로 하므로, 헌법상 기본권 행사에 본질적으로 수반되는 것으로 정당화될 수 있는 업무의 지장 초래의 경우에는 당연히 업무방해죄의 구성요건에 해당하여 원칙적으로 불법한 것이라고 볼 수는 없다.” (밀줄은 필자 주) 헌법재판소 2010.4.29. 선고 2009헌바168 결정.

관계의 공정한 조정을 도모하고 노동쟁의를 예방 또는 해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제발전에 기여함을 목적으로 한다”고 규정함으로써 ‘헌법에 의한 근로자의 단체행동권’은 1996년 노동조합법이 제정되기까지 삭제된 상태를 유지하였다. 이와 더불어 노동쟁의에 관한 제2장을 살펴보면 쟁의행위에 대한 단결금지법리가 점차 확립되어 가는 모습을 확인할 수 있다. 1953년 노동쟁의조정법은 제2장 노동쟁의 편에 제5조 ‘쟁의행위의 제한’¹¹⁾, 제6조 ‘쟁의행위의 중지’¹²⁾, 제7조 ‘냉각기간’¹³⁾, 제8조 ‘노동조합의 명의사용제한’¹⁴⁾, 제14조 ‘노동쟁의의 보고’¹⁵⁾를 규정하고 제5조 제1항 단서, 제6조 중지명령 위반, 제7조, 제8조의 규정을 위반한 쟁의행위의 경우 동법 제26조 벌칙조항에 의해 ‘6월 이하의 징역 또는 5천환 이하의 벌금’에 처한다고 규정하였다. 그리고 1963년 노동쟁의조정법은 동일한 규정위반에 대하여 제46조 벌칙조항에서 ‘1년 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금’에 처한다고 규정함으로써 형벌을 가중하였다. 그리고 1980년 노동쟁의조정법은 제12조 제3항에서 “쟁의행위는 당해 사업장 이외의 다른 장소에서는 이를 행할 수 없다”는 규정을 신설하고 이를 위반할 경우 동법 제45조의2 벌칙조항에서 ‘5년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금’에 처한다고 규정하였다. 또한 제13조의2에서 제3자 개입금지규정을 신설¹⁶⁾하고 이를 위반할 경우에도 동법 제45조의2 벌칙조항에서

-
- 11) 제5조 ① 근로자 또는 사용자는 노동쟁의가 발생하였을 때 그 주장을 관철하기 위하여 쟁의행위를 할 수 있다. 단, 단순한 노무에 종사하는 이외의 공무원은 예외로 한다.
② 쟁의행위는 폭력 또는 파괴행위로서 행할 수 없다.
- 12) 제6조 ① 공장, 사업장 기타 직장에 대한 안전보지시설의 정상한 유지운행을 정폐 또는 방해하는 행위는 쟁의행위를 할 수 없다. ② 행정관청은 쟁의행위가 전항에 해당한다고 인정할 경우에는 노동위원회의 결의를 얻어 그 행위의 중지를 명하여야 한다.
- 13) 제7조 ① 노동쟁의가 발생하였을 경우에는 그 당사자는 행정관청의 알선 또는 노동위원회의 조정이 실패에 귀하였을 때 이외에는 쟁의행위를 할 수 없다. ② 전항의 경우에 있어서 분쟁사건이 행정관청과 노동위원회에 보고되어 일반사업에 있어서는 3주일을, 공익사업에 있어서는 6주일을 경과하여도 해결되지 아니할 때에는 예외로 한다. ③ 제1항의 규정은 쟁의행위의 발생 중에 그 사업에 제4조 제2항의 규정에 의하여 공익사업으로 지정된 경우에는 적용되지 아니한다.
- 14) 제8조 노동조합을 조직한 노동자가 쟁의행위를 할 때에는 조합원의 직접무기명투표에 의하여 과반수로서 결정하지 아니하면 노동조합의 명의로써 쟁의행위를 할 수 없다.
- 15) 제14조 노동쟁의가 발생하였을 때에는 그 당사자는 즉시 그 상황을 행정관청과 노동위원회에 보고하여야 한다.
- 16) 제13조의2 직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 사용자 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고 누구든지 쟁의행위에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니된다.

‘5년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금’에 처한다고 규정하였다. 그리고 개정 전의 동일한 위반에 대해서는 제47조 벌칙조항에서 ‘1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금’에 처한다고 규정하여 벌금을 다시 가중하였다.

더 나아가 1996년 노동쟁의조정법이 폐지되면서 이는 노동조합법으로 대체되었는데 여기에는 다음과 같은 규정이 추가되었다. 즉 제38조 제1항 ‘노동조합의 지도와 책임’¹⁷⁾, 제44조 ‘쟁의행위 기간 중의 임금지급 요구의 금지’¹⁸⁾, 제45조 제2항 ‘조정 전치’¹⁹⁾를 규정하고, 제38조 제1항을 위반할 경우 제89조 벌칙조항에 의해 ‘3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금’, 제45조 제2항을 위반할 경우 제91조 벌칙조항에 의해 ‘1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’에 처한다고 규정하였다. 그러나 제44조 규정위반에 대한 벌칙조항은 없었다. 이는 1996년 노동조합법이 1997년 폐지되고 동년에 다시 제정되었을 때 제44조 제2항으로 조문 순서를 바꾸고 이를 위반할 경우 동법 제90조 벌칙조항에 의해 ‘2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금’에 처한다고 규정하였다. 다음의 <도표 2>는 현행 노동조합법 제4장 쟁의행위의 제한규정을 제37조 기본원칙인 ‘주체’, ‘목적’, ‘수단 및 방법’, ‘절차’ 규정에 따라 각각의 규정을 위반할 경우 대응되는 벌칙조항을 표로 나타낸 것이다.²⁰⁾

<도표 2> 노동조합 및 노동관계조정법 제4장 쟁의행위의 제한규정

정당성에 따른 분류		관련 규정	벌칙 <형사 처벌>
실질적 정당성	주체	제37조 제2항	3년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금
	목적	제44조 제2항	2년 이하 징역 또는 2천만원 이하 벌금
	수단	제38조 제1항 제42조 제1항 ²¹⁾	3년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금
절차적 정당성	절차	제41조 제1항 ²²⁾ 제45조 제2항 ²³⁾	1년 이하 징역 또는 1천만원 이하 벌금

17) 제38조 ① 쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니되며 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행·협박 기타 위력을 사용하여서는 아니된다.

18) 제44조 사용자는 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여는 그 기간에 대한 임금을 지급하여서는 아니되며, 노동조합은 그 기간에 대한 임금의 지급을 요구하거나 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하여서는 아니된다.

19) 제45조 ② 쟁의행위는 제5장 제2절 내지 제3절의 규정에 의한 조정절차를 거치지 아니하면 이를 행할 수 없다.

20) 이에 노동쟁의의 조정에 관한 제5장의 절차관련 조항은 생략하였다.

이처럼 노동쟁의조정법의 제정, 그 폐지에 따른 노동조합법의 제·개정은 단결금지법리가 형성되어 가는 과정이었다고 평가할 수 있다. 또한 형법 제정당시부터 존재했던 위력에 의한 업무방해죄(현행 형법 제314조 제1항)도 법률적 측면에서의 단결금지법리가 형성되는데 중요한 역할을 하였다고 평가할 수 있다. 왜냐하면 권리의 행사로서 단체행동권(쟁의행위)과 그 과정에서 발생할 수 있는 위법한 수단(폭력·협박·손괴 등)이 통합되어 후자의 위법성을 전자의 위법성으로 전환시켰기 때문이다. 요약하면 헌법적 측면에서 보았을 때 - 형식적으로는 - 쟁의행위에 대한 형사면책법리가 형성되었지만, 법률적 측면에서 보았을 때는 - 형식적으로나 실질적으로 - 쟁의행위에 대한 단결금지법리가 점차 확립되어 가는 모습이 노동영역에서 실현되었다고 할 수 있다.

나. 인식론적 지평: 단결금지법리의 형성

역사적 지평에서 살펴보았듯이 쟁의행위에 대한 제한규정 및 벌칙조항이 노동쟁의조정법에서 노동조합법으로 전환되면서 그 대상이 확대되고 형량이 가중되면서 형사면책법리보다는 단결금지법리가 형성되었다고 판단할 수 있다. 이는 노동조합법을 제정한 취지가 헌법상 단체행동권을 구체적으로 보장하기 위한 것이었다는 측면에서 보면 - 단체행동권의 보장보다는 제한규정이 많다는 측면에서 - 단체행동권을 원칙적으로 제한하고 예외적으로만 보장하는 모순이 발생(역사적 지평에서의 법적구조의 모순)하였다고 볼 수 있다. 이러한 법적구조의 모순은 헌법재판소 결정 및 대법원 판례에도 그대로 이어져 ‘쟁의행위와 형법 제314조 제1항의 해석·적용’과

21) 1980.12.31. 법률 제3351호로 개정될 당시 제12조 제3항에 신설되었다.

22) 조합원찬반투표는 조합원들의 쟁의의사를 민주적으로 확보하기 위한 노동조합의 내부적 장치에 불과하다. 그러나 대법원은 노동위원회의 조정절차가 종료한 후 쟁의행위에 돌입하기 직전에 조합원찬반투표를 실시하여야 하는 것이 원칙이라는 태도를 취하고 있다. 대법원 2001.8.14. 선고 2001도53 판결.

23) 현행 노동조합법상 조정전치주의는 노동쟁의조정법상 노동쟁의 발생신고와 냉각기간에 그 근원을 두고 있으므로 조정전치주의의 취지는 노사당사자가 직접 실행행사에 들어가기에 앞서 일정기간 동안 평화적인 방법으로 쟁의를 해결하도록 촉구함으로써 경제적 손실을 최소화할 수 있는 기회를 마련하고, 그 기간 동안 조정절차가 효과적으로 진행되도록 하려는 것이라고 한다. 이에 따라 조정제도는 노사 당사자에게 문제해결을 위한 여러 가지 조인 정도를 해주는 행정서비스 절차로서 국가가 주는 행정서비스를 받을 것인가 말 것인가는 노동조합이 자주적으로 결정할 일이므로 행정급부를 거부한다고 하여 이를 형사처벌하는 것은 조정제도와 개념적으로 모순이라고 비판하는 전형배, “쟁의행위와 노동조합및노동관계조정법상 형사책임”, **노동과 법**, 제3호 (2002), 310-311쪽.

관련, 단결금지법리를 확립시키기에 이르렀다(인식론적 지평에서 단결금지법리의 확립). 이와 관련한 중요한 헌법재판소 결정으로는 1998년 헌법재판소 결정과 2010년 헌법재판소 결정이 있다.

1998년 헌법재판소 결정은 ‘집단적 노무제공거부행위’에 대해 형법 제314조 제1항을 해석·적용하는 대법원의 해석방식이 “헌법이 보장하는 근로3권의 내재적 한계를 넘어서 행위를 규제하는 것일 뿐 정당한 권리행사까지 처벌함으로써 본인의 의사에 반하여 강제노역을 강요하거나 근로자라는 신분만으로 불합리한 차별을 하는 것은 아니라고 판단”된다고 함으로써 – 결론적으로 – 쟁의행위에 대한 단결금지법리를 형성시켰다고 할 수 있다. 이는 준법투쟁에 관한 다음의 언급에서 더욱 잘 드러난다.

“다만 연장근로의 거부, 정시출근, 집단적 휴가의 경우와 같이 일면 근로자들의 권리행사로서의 성격을 갖는 쟁의행위에 관하여도 정당성이 인정되지 않는다고 하여 바로 형사처벌할 수 있다는 대법원 판례의 태도는 지나치게 형사처벌의 범위를 확대하여 근로자들의 단체행동권의 행사를 사실상 위축시키는 결과를 초래하여 헌법이 단체행동권을 보장하는 취지에 부합하지 않고 근로자들로 하여금 형사처벌의 위협 하에 노동에 임하게 하는 측면이 있음을 지적하여 두고자 한다.”²⁴⁾

즉 ‘연장근로의 거부, 정시출근, 집단적 휴가’와 같은 준법투쟁은 ‘근로자들의 권리행사로서의 성격’을 가지는 것으로서 대법원이 이에 대해 형법 제314조 제1항을 해석·적용하는 것은 문제가 있다는 것이다. 그렇다면 헌법재판소는 ‘집단적 노무제공거부행위’는 ‘근로자들의 권리행사로서의 성격’을 가지고 있지 않다고 보는 것인가? 이러한 의문은 헌법재판소가 근로자들의 권리행사로서의 성격을 가지는 연장근로의 거부 등은 ‘정당성이 인정되지 않아도 바로 형사처벌할 수 없는 것’이라는 언급에서 발생한다. 이를 집단적 노무제공거부행위와 관련하여 해석하면, 집단적 노무제공거부행위는 ‘정당성이 인정되지 않으면 바로 형사처벌할 수 있는 것’이라는 결론에 이르게 함으로써 준법투쟁과 집단적 노무제공거부행위의 평가를 달리 본다고 할 수 있다. 그러나 이러한 헌법재판소의 결정은 논리적으로 모순된다. 집단적 노무제공거부행위는 헌법 제33조 제1항의 단체행동권 행사로서 근로자들의 권리행사이기 때문이다. 이는 헌법재판소가 쟁의행위에 있어 단결금지법리라는 인식론적 지평에 있음을 간접적으로 보여주는 것이라고 할 수 있다. 더 나아가 이러한

24) 헌법재판소 1998.7.16. 선고 97헌바23 결정 (밑줄은 필자 주).

인식론적 지평은 집단적 노무제공거부행위와 민사책임의 관계에 관한 다음의 언급에서 더욱 확실하게 드러난다.

“한편 정당성을 결여한 쟁의행위에 대하여는 민사책임의 추궁만으로 충분하다는 주장은 실정법과 노동현실을 도외시한 탁상공론에 불과하다. 위법한 쟁의행위를 주도한 노동조합이나 조합원이 그로 인하여 사용자가 입은 손해를 배상할 만한 충분한 자력을 가지고 있지 않은 예를 많이 보아 왔다. 오히려 사용자가 노동조합이나 조합원을 상대로 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상을 청구하는 민사소송을 제기한 경우 근로자들이 그 소송의 취하를 요구하며 새로운 쟁의행위를 하는 예²⁵⁾도 적지 않다. 위법한 쟁의행위에 대하여 민사책임만 물으면 충분하다는 주장은 현실적으로 아무런 책임을 추궁할 수 없다는 주장에 다름이 아니다라고 말할 수도 있는 것이다.”²⁶⁾

즉 집단적 노무제공거부행위는 단지 민사책임에 불과한 문제가 아니라 형사책임이라는 인식이 헌법재판소에 형성되어 있는 것이다.²⁷⁾ 이는 영국에서 단결금지법리가 형성된 시기에 확인할 수 있는 논리인데, 즉 1823년 주종법(Master and Servant Act 1823)의 근거에는 “근로자는 계약을 위반해도 손해배상을 할 수 있는 경제적 능력이 없기 때문에 형사책임을 가해야 한다”는 인식이 있었다는 것이다.²⁸⁾ 이에 대해서는 헌법재판소의 결정이 옳다고 ‘도’ 할 수 있다. 우리나라는 아직 형사면책법리인 국가로부터의 자유도 실현되지 않았는데 민사면책법리인 사용자로부터의 자유를 논의한다는 것 자체가 헌법재판소 입장에서는 이상한 것일 수도 있기 때문이다. 형사면책법리가 확립된 영국에서도 그것이 확립된 이후 100년의 시간이

25) 이에 대해 “사용자가 제기한 손해배상 소송의 취하를 요구하며 다시 새로운 쟁의행위를 한다는 점에 대해서는 그와 같은 경우는 과거 쟁의행위의 관행이 안정화되기 이전의 과도기적 현상에 불과하며, 설령 그와 같은 일이 생겨도 어차피 노동자들은 그 새로운 쟁의행위에 따른 경제적인 압박과 위법에 따른 책임을 피할 수 없기 때문에 이를 쟁의행위에 업무방해죄 적용을 용인하는 근거로 삼는 것은 부당하다”고 비판하는 김성진, “과업에 대한 업무방해죄 적용의 헌법재판소 합헌 결정의 문제점”, *노동과 법*, 제3호 (2002), 337쪽.

26) 헌법재판소 1998.7.16. 선고 97헌바23 결정 (밀줄은 필자 주).

27) 이에 대해 “과거 군사독재정권에 의한 반공맹신의 사고주입에 따른 반이성적 사회분위기가 노동운동에 대한 일부 사회주의자들의 참여에 기겁하여 은연중에 쟁의행위를 사회질서를 어지럽히는 행위로 인식하게 된 것은 아닐까?”라고 의문을 제기하는 김성진, *전계서*, 337쪽.

28) 조경배, “형법상 업무방해죄와 쟁의권”, *민주법학*, 제44권 (2010), 245쪽.

지난 다음에야 민사면책법리가 확립되지 않았는가? 이는 1998년 헌법재판소 결정 이후 약 10여년이 지난 2010년 헌법재판소 결정에서도 거의 그대로 나타난다. 결국 아직 우리나라는 약 10년 밖에 시간이 흐르지 않은 것이다. 민사면책법리에 대한 제대로 된 인식이 헌법재판소에 형성되기까지는 아직 시간이 한참 남은 것이다. 결국 ‘권리의 행사가 범죄’라는, 즉 ‘쟁의행위가 형법전상 범죄행위’라는 인식이 헌법재판소에 실현되어 있다고 평가할 수 있다.²⁹⁾

다. 해석론적 지평: 원칙적 불법과 위법성조각설에서 예외적 불법과 위법성조각설로

1998년 헌법재판소 결정은 노동조합의 쟁의행위가 형법 제314조 제1항의 구성요건에 해당하지만 ‘정당한 행위’인 경우 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각된다는 대법원 판례의 태도를 정당하다고 보고 있다. 즉 쟁의행위는 원칙적으로 불법이지만 예외적으로 ‘노동법적 정당성’을 갖춘 경우에 한하여, 즉 노동조합법상 제한규정을 위반하지 않은 경우에 위법성이 조각되어 형법 제314조 제1항이 적용되지 않는다는 것이다.

“과업 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 형사처벌 할 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 근로 3권의 내재적 한계를 넘어서는 행위(헌법의 보호영역 밖에 있는 행위)를 규제하는 것일 뿐(a) 정당한 권리행사까지 처벌함으로써 본인의 의사에 반하여 강제노역을 강요하거나 근로자라는 신분만으로 불합리한 차별을 하는 것은 아니[다].”³⁰⁾

이는 다음과 같이 2010년 헌법재판소 결정에도 그대로 이어지고 있다. 그러나

29) 이에 대해 “쟁의행위를 제외하고는 기본권을 행사하는 것이 그 자체로 범죄행위로 구성요건에 해당하는 사태는 발견되지 않는다”고 비판하는 이호중, “쟁의행위와 형법”, **비교형사법연구**, 제8권 제2호 (2006), 654쪽.

30) 헌법재판소 1998.7.16. 선고 97헌바23 결정 (밑줄은 필자 주).

일부 견해는 2010년 헌법재판소 결정이 구성요건해당성조각설로 전환하였다고 평가한다.³¹⁾ 그러나 2010년 헌법재판소는 ‘노동법상의 요건을 갖추어 헌법적으로 정당화되는 행위’만이 노동조합법 제4조에 의해 형사면책된다고 해석하고 있다. 이를 반대로 해석하면 ‘노동조합법상의 요건을 갖추지 못한 행위’는 정당성을 상실하여 형법 제314조 제1항의 구성요건에 해당하고 형법 제20조에 의해 위법성이 조각되지 않는 한 형사책임이 귀속된다는 것이다. 즉 2010년 헌법재판소도 여전히 위법성조각설의 입장에 있다고 판단된다. 왜냐하면 1998년 헌법재판소 결정의 ‘헌법이 보장하는 근로3권의 내재적 한계를 넘어서 행위를 규제하는 것일 뿐’(a)이라는 표현은 2010년 헌법재판소 결정의 ‘단체행동권의 내재적 한계를 넘어서 정당성이 없다고 판단되는 쟁의행위에 대하여만 적용되는 조항’(a)과 맥락을 같이 하기 때문이다. 다만 1998년 헌법재판소 결정이 ‘위법성이 조각되어 처벌할 수 없다는 것’이라는 표현을 사용한 것으로부터 쟁의행위를 원칙적 불법으로 보고 예외적으로 위법성을 조각시키는 판단구조를 취하고 있다는 점에서, 예외적 불법과 위법성조각설을 취하고 있는 2010년 헌법재판소 결정과 차이를 보일 뿐이다.

“형법상 업무방해죄는 모든 쟁의행위에 대하여 무조건 적용되는 것이 아니라, 단체행동권의 내재적 한계를 넘어 정당성이 없다고 판단되는 쟁의행위에 대하여만 적용되는 조항(a)임이 명백하다고 할 것이므로, 그 목적이나 방법 및 절차상 한계를 넘어 업무방해의 결과를 야기시키는 쟁의행위에 대하여만 이 사건 법률조항을 적용하여 형사처벌하는 것은 단체행동권을 침해하였다고 볼 수 없다.”³²⁾

즉 1998년 헌법재판소 결정과 마찬가지로 2010년 헌법재판소 결정은, 쟁의행위가 노동법적 정당성을 갖춘 경우에만 형법 제314조 제1항으로 해석·적용할 수 없다는 것이지, 노동법적 정당성을 갖추지 못한 쟁의행위의 경우까지 형법 제314조 제1항으로 해석·적용할 수 없다는 것은 아니다. 이는 노동법적 정당성을 갖춘 쟁의행위 ‘만’이 형법 제314조 제1항의 구성요건에 해당하지 않는다는 것이다. 결국 1998년 헌법재판소 결정이나 2010년 헌법재판소 결정 모두 쟁의행위의 노동법적 정당성 요건을 중심으로 ‘정당하면 형법 제314조 제1항의 구성요건해당성 배제’ 혹은 ‘정당하지 않으면 형법 제314조 제1항의 구성요건해당성 충족’이라는 판단구조를 취하고

31) 유성재, “집단지체 노무제공의 거부와 위력업무방해죄”, **법학논문집**, 제34집 제3호 (2010), 227쪽 34) 각주; 조경배, 전제서, 228쪽.

32) 헌법재판소 2010.4.29. 선고 2009헌바168 결정 (밑줄은 필자 주).

있음을 확인할 수 있다. 더 정확히 표현하면 노동법적 정당성, 즉 노동조합법상 제한 규정 위반여부³³⁾가 형법 제314조 제1항의 구성요건해당성 여부를 가리는 기준이 된다. 즉 노동조합법 제37조(쟁의행위의 기본원칙)의 ‘주체’, ‘목적’, ‘수단 및 방법’, ‘절차’ 규정위반이 형법 제314조 제1항의 구성요건해당성 판단기준이 되는 것이다. 그러나 노동조합법 제4조와 관련하여 살펴보면 노동법적 정당성 요건은 위법성조각 사유이지 구성요건해당성조각사유는 아니다. 이런 - 형식적인 - 측면에서 살펴보면 2010년 헌법재판소 결정 보다는 1998년 헌법재판소 결정이 더욱 타당하다고 할 수 있다. 그러나 1998년 헌법재판소 결정이나 2010년 헌법재판소 결정 모두 간과하고 있는 것이 있는데, 그것은 노동조합법 제4조를 형법 제314조 제1항 등 개별적 범죄 구성요건과의 관계에서 ‘만’ 해석하고 있다는 것이다. 그러나 형법 제314조 제1항은 노동조합법 제2조 제6호의 쟁의행위 정의조항과 헌법 제33조 제1항의 근로3권 보장에 의해 그 구성요건해당성이 ‘처음부터’ ‘그 자체’ 배제되는 것이므로, 노동조합법 제4조는 노동조합법상 제한규정과의 관계에서 위법성이 조각된다는 의미로 ‘재’해석되어야 한다. 이에 대해서는 [Ⅲ]에서 다시 언급하기로 한다.

2. 대법원 판례의 구조적 분석

2010년 헌법재판소가 “단체행동권의 행사로서 노동법상의 요건을 갖추어 헌법적으로 정당화되는 행위를 범죄행위의 구성요건에 해당하는 행위임을 인정하되, 다만 위법성을 조각하도록 한 취지라는 해석은 헌법상 기본권의 보호영역을 하위 법률을 통해 지나치게 축소시키는 것”³⁴⁾이라는 ‘상식’을 언급함으로써 인하여 2011년 대법원은 전원합의체 판결을 통하여 쟁의행위에 대한 형사책임의 해석방식을 원칙적 불법에서 예외적 불법으로 전환하였다. 그러나 <도표 3>에서 보듯이 집단적 노무 제공거부행위를 ‘작위로서 위력’으로 전제하고 ‘예측가능성’을 위반한 경우 형법 제314조 제1항의 구성요건에 해당하고 - 결국은 노동조합법상 절차규정 위반을 기준으로 - 위법성이 조각되지 않는다는 판단구조를 취함으로써 여전히 - 쟁의

33) 설사 노동법적 정당성론을 긍정하더라도, 쟁의행위의 정당성 판단은 헌법 제33조 제1항의 근로3권과의 관계에서 이루어져야 할 것이다. 그러나 헌법재판소 및 대법원은 노동조합법상 제한규정과의 관계에서 그 판단기준을 설정함으로써 인하여 쟁의행위가 정당하게 될 범위, 즉 - 엄격한 의미에서의 형사면책범위가 아닌 - 형사면책의 범위가 좁아지게 된다. 노동조합법은 그 취지와는 달리 쟁의행위를 ‘주체’, ‘목적’, ‘수단 및 방법’, ‘절차’의 측면에서 거의 대부분 통제하고 있기 때문이다.

34) 헌법재판소 2010.4.29. 선고 2009헌바168 결정.

행위의 불법성을 전제로 하는 노동법적 정당성론에 따라 - 위법성 조각설을 취하고 있음을 확인할 수 있다. 이에 이하에서는 2011년 대법원 전원합의체 판결을 기준으로 논의를 전개하고자 한다.

<도표 3> 위력의 판단 기준: 노동조합 및 노동관계조정법상 제한규정 위반

	위력의 판단 기준	논 증
2011년 이전	판단기준: 집단성	쟁의행위 개념과 형법 제314조 제1항의 '외형상 유사성' 노동조합법상 제한규정 위반 → 위력
2011년 이후	전제조건: 집단성 판단기준: 예측가능성	'집단적' 노무제공거부행위 → 작위로서 위력 노동조합법상 절차규정 위반 → 위력

가. 2011년 대법원 전원합의체 판결 이전: 원칙적 불법과 위법성 조각설

2010년 헌법재판소 결정 이전의 대법원 판례의 태도는 '집단적 노무제공거부행위'와 형법 제314조 제1항의 '위력으로써 사람의 업무를 방해하는 행위'의 외형상 유사성으로부터 집단적 노무제공거부행위가 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각되지 않는 한 형사책임으로부터 면제될 수 없다는 입장을 취하였다.³⁵⁾ 즉 권리의 행사로서 쟁의행위가 그 과정에서 발생할 수 있는 폭력·협박·손괴 등의 수단으로 인해 - 전체적으로 - 불법한 평가를 받게 된 것이다. 그리고 쟁의행위가 형법 제20조에 의하여 '정당한 행위'로서 위법성이 조각되기 위한 판단기준으로 노동조합법 제37조의 기본원칙을 다음과 같이 언급하고 있다.

“근로자의 쟁의권 행사는 그것이 정당할 때에 한하여 형법상 위법성이 부정되어 처벌되지 않는 것인바, 쟁의행위의 정당성은, 첫째로 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자에 의하여 행해진 것이어야 하고, 둘째로 노사의 자치적 교섭을 조성하기 위하여 하는 것이어야 하며, 셋째로 사용자가 근로자의 근로조건의 개선에 관한 구체적

35) “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 노무제공의무의 불이행에 지나지 않는다고 할 것이지만, 단순한 노무제공의 거부라고 하더라도 그것이 정당한 쟁의행위가 아니면서 위력으로 업무의 정상적인 운영을 방해할 정도에 이르면 형법상 업무방해죄가 성립될 수 있다.” 대법원 2003.12.26. 선고 2001도1863 판결. 이러한 대법원 판례의 태도에 대한 비판으로 박경신·손익찬, “위력에 의한 업무방해죄의 위헌성”, **공익과 인권**, 제9호 (2011), 352-358쪽.

요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때에 개시하되, 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 사전신고를 거쳐서 행하여야 하고, 넷째로 쟁의권의 행사방법은 노무의 제공을 전면적 또는 부분적으로 정지하는 것이어야 함은 물론 공정성의 원칙에 따라야 할 것임은 노사관계의 신의칙상 당연하며, 사용자의 기업시설에 대한 소유권 기타의 재산권과도 조화를 기해야 하고, 폭력의 행사는 신체의 자유, 안전이라는 법질서의 기본원칙에 반하는 것이므로 허용될 수 없고 ...”³⁶⁾

즉 형법 제20조의 정당행위로서 노동조합법상 ‘주체’, ‘목적’, ‘수단 및 방법’, ‘절차’ 규정을 위반하지 않은 경우에 형법 제314조 제1항의 위법성을 조각한다는 판단구조를 취하고 있다. 다시 말해 위법성조각설의 판단기준이 노동조합법상 제한규정 위반여부에 좌우된다.³⁷⁾ 이러한 판단구조는 민사면책법리에 관해서도 동일하게 적용되고 있다.³⁸⁾ 즉 형사면책법리와 민사면책법리를 판단하는 기준이 동일하다. 더 나아가 대법원은 쟁의행위에 대해 ‘업무방해죄의 구성요건에 해당하여 정당성이 없다’고 판결한 경우도 있다.³⁹⁾ 이는 다음과 같은 경영권을 근로3권의 우위에 두는 편향적 해석방법⁴⁰⁾을 전제로 한 대법원 판례의 태도상 당연한 것이라

36) 대법원 1990.5.15. 선고 90도357 판결 (밑줄은 필자 주).

37) “다수의 근로자들이 상호 의사연락 하에 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 구성한다고 보아야 할 것이다.” (밑줄은 필자 주) 대법원 1991.1.23. 선고 90도2852 판결; 대법원 1991.11.8. 선고 91도326 판결.

38) 대법원 1992.7.14. 선고 91다43800 판결; 대법원 1994.9.30. 선고 94다4042 판결; 대법원 1999.6.25. 선고 99다8377 판결. 이는 2011년 대법원 전원합의체 판결 이후에도 계속 유지되고 있다. 즉 “정당성이 없는 쟁의행위는 불법행위를 구성하고 이로 말미암아 손해를 입은 사용자는 노동조합이나 근로자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. 그런데 정당한 쟁의행위라고 하기 위해서는 우선 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 또 단체교섭과 관련하여 근로조건의 유지, 개선 등을 목적으로 하는 것으로서 목적이 정당하여야 하며, 시기와 절차가 법령의 규정에 따른 것으로서 정당하여야 할 뿐 아니라, 방법과 태양이 폭력이나 파괴행위를 수반하는 등 반사회성을 띤 행위가 아닌 정당한 범위 내의 것이어야 한다.”고 하여 형사책임 판단기준과 동일함을 확인할 수 있다. 대법원 2011.3.24. 선고 2009다29366 판결.

39) 대법원 1990.7.10. 선고 90도755 판결.

40) 이에 대한 비판으로 도재형, “구조조정에 대항하는 쟁의행위의 정당성”, **월간 노동법률** (2003), 19쪽; 이희성, “사용자의 경영권과 근로자의 노동3권 충돌에 관한 연구”, **산업관계연구**, 제17권 제1호 (2007), 122쪽 이하.

고 할 수 있다.

“경영권과 노동3권이 충돌하는 경우 이를 조화시키는 한계를 설정함에 있어서는 기업의 경제상의 창의와 투자욕을 훼손시키지 않고 오히려 이를 증진시키며 기업의 경쟁력을 강화하는 방향으로 해결책을 찾아야 함을 유의하여야 한다. 왜냐하면 기업이 쇠퇴하고 투자가 줄어들면 근로의 기회가 감소되고 실업이 증가하게 되는 반면, 기업이 잘 되고 새로운 투자가 일어나면 근로자의 지위도 향상되고 새로운 고용도 창출되어 결과적으로 기업과 근로자가 다 함께 승자가 될 수 있기 때문이다.”⁴¹⁾

그러나 이러한 대법원의 해석방법은 노동조합법 제1조의 목적과 상치된다. 즉 노동조합법 제1조는 “헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장(a)하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모(b)하고 노동관계를 공정하게 조정(c)하여 노동쟁의를 예방·해결함(d)으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전(e)에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 즉 노동조합법은 ‘헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권 보장’(a의 보장을 통한 b 도모)과 ‘노동관계의 공정한 조정’(c의 조정을 통한 d 예방)을 통하여 궁극적으로는 ‘산업평화의 유지와 국민경제의 발전’(e)을 달성하려고 한다.⁴²⁾ 그러므로 이는 ‘근로3권과 경영권의 공정성’을 목적으로 한다고도 해석할 수 있다. 그러나 노동조합법상 쟁의행위 관련조항 및 - 앞에서 보았듯이 - 이를 통한 대법원 판례의 태도는 (a)보다는 (c)에 중점을 두고 있으며 더 나아가 ‘공정한 조정’을 통하여 ‘노동쟁의를 예방·해결’하려고 하거나 ‘불공정한 조정’을 통하여 ‘노동쟁의를 억압’하려고 한다는 것을 확인할 수 있다.

나. 2011년 대법원 전원합의체 판결 이후: 예외적 불법과 위법성조각설

2011년 대법원은 다음과 같이 집단적 노무제공거부행위를 원칙적으로 형법 제314조 제1항에 해당된다고 보는 기존 대법원 판례의 태도를 변경하였다.

“근로자들이 집단적으로 근로의 제공을 거부하여 사용자의 정상적인 업무운영을 저해하고 손해를 발생하게 한 행위가 당연히 위력에 해당하는 것을 전제로 노동

41) 대법원 2003.11.13. 선고 2003도687 판결.

42) 노동조합법 제1조의 목적규정은 헌법재판소가 단체행동권의 취지를 밝힌 것과 동일하다는 것을 확인할 수 있다. 헌법재판소 1990.1.15. 선고 89헌가103 결정.

관계 법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한 업무 방해죄를 구성한다는 취지로 판시한 대법원 ... 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경한다.”⁴³⁾

그러나 집단적 노무제공거부행위를 ‘작위로서 위력’에 해당한다는 전제⁴⁴⁾ 하에 쟁의행위가 ‘예측가능성’이라는 요건을 충족하지 못하는 경우에는 형법 제314조 제1항의 구성요건인 위력 개념을 충족한다고 판단하였다.

“근로자는 원칙적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지므로, 쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져(a) 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래(b)하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다.”⁴⁵⁾

즉 개별적 노무제공거부행위는 부작위로서 형법 제314조 제1항의 구성요건에 해당하지 않지만 집단적 노무제공거부행위는 작위로서 형법 제314조 제1항의 구성요건에 해당한다는 것이다. 또한 <쟁의행위 시기의 전격성과 사용자의 재산권 등에 대한 손해발생>을 형법 제314조 제1항의 핵심적 불법표지인 ‘위력’ 개념⁴⁶⁾을 판단하는 기준으로 언급한다. 이는 쟁의행위의 ‘예측가능성’으로 표현할 수 있는데 이는 다시 노동조합법상 절차규정 위반여부와 관련된다.

43) 대법원 2011.3.17. 선고 2007도482 판결.

44) 이러한 대법원 판례의 태도에 대한 비판으로 유성재, 전계서, 236쪽; 김순태, “파업과 위력업무방해죄의 관계”, **법학논총**, 제12권 (2000), 367-368쪽.

45) 대법원 2011.3.17. 선고 2007도482 판결 (밑줄은 필자 주).

46) 대법원은 형법 제314조 제1항의 ‘업무방해’의 해석과 관련하여 대법원은 “업무의 집행자체를 방해하는 것뿐만 아니라 널리 업무의 경영을 저해하는 것도 포함”시키고, 일반적으로 제314조 제1항은 추상적 위험범으로 해석되므로 “업무방해의 결과는 현실적으로 발생할 필요가 없고 그 일반적인 위험이 있는 것으로 충분”하다고 판단한다. 그러므로 형법 제314조 제1항의 핵심적인 불법표지는 ‘위력’이 되는 것이다. 형법 제314조 제1항을 추상적 위험범으로 판단하는 대법원 판례의 태도에 대한 비판으로 김태명, “업무방해죄의 법적 성질과 결과발생의 여부”, **형사판례연구**, 제18권 (2010), 117쪽 이하.

“위 냉각기간이나 사전신고에 관한 규정의 취지는 분쟁을 사전 조정하여 쟁의 발생을 회피하는 기회를 주고 또 쟁의행위를 사전 예고케 하여 손해방지조치의 기회를 주려는 데에 있는 것이지 쟁의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니므로, 쟁의행위가 위 냉각기간이나 사전신고의 규정이 정한 시기와 절차를 따르지 아니하였다고 하여 무조건 정당성이 결여된 쟁의행위라고 볼 것이 아니라 그 위반행위로 말미암아(a) 사회, 경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않는 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래(b)할 우려가 있는지의 여부 등 구체적 사정을 살펴서 그 정당성 유무를 가려 형사상 죄책 유무를 판단하여야 한다.”⁴⁷⁾

즉 ‘시기의 전격성’(a)은 ‘그 위반행위로 말미암아’(a)로 대응되고, ‘손해 발생’(b)은 ‘사회, 경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않는 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래’(b)로 대응된다. 물론 노동쟁의조정법상 냉각기간 및 사전신고에 관한 규정의 취지를 밝힌 대법원 판례이긴 하지만 현행 노동조합법상 조정전치주의 등 절차규정위반의 근원으로 평가되고 있으므로 결국 쟁의행위의 예측가능성 위반여부는 노동조합법상 절차규정위반여부로 전환되는 것이다. 이로부터 확인할 수 있는 것은 결국 - 2011년 대법원 전원합의체 판결에서도 - 쟁의행위가 형법 제314조 제1항으로 해석·적용될 수 있는지의 여부는 노동조합법상 제한규정위반이 된다는 것이다. 즉 노동조합법상 제한규정을 위반한 쟁의행위는 - 예측가능성이라는 새로운 판단기준에도 불구하고 - 형법 제314조 제1항으로 해석·적용될 수 밖에 없다. 물론 이에 대해 노동조합법 제4조에 의해 위법성이 조각될 수 있다는 의문이 제기될 수도 있다. 그러나 위법성이 조각될 가능성은 거의 없다고 볼 수 있다. 왜냐하면 형법 제314조 제1항을 판단함에 있어 노동조합법상 제한규정을 판단기준으로 삼는 한 쟁의행위는 불법의 순환논증에 빠져 헤어 나올 수 없기 때문이다. 예를 들면, 노동조합법상 절차규정을 위반한 쟁의행위는 <노동법적 정당성 판단 충족 X → 형법 제314조 제1항 구성요건해당성 충족 → 노동조합법상 절차규정위반으로 위법성조각 X>되어 형사책임이 귀속되기 때문이다. 즉 이러한 판단구조 및 접근방식은 순환논증의 오류에 빠지게 된다. 이는 대법원 전원합의체 판결의 사안에서도 확인할 수 있다. 왜냐하면 이 사안도 ‘(구)노동조합법(2006.12.30. 법률 제8158호로 개정되기 전의 것)상 직권중재회부시 쟁의행위 금지규정 위반’과 관련된 것으로서 쟁의행위의 절차규정 위반이 문제된 것이었기 때문이다.⁴⁸⁾ 대법원 판

47) 대법원 1992.9.22. 선고 92도1855 판결 (밑줄은 필자 주).

례의 결론은 형법 제314조 제1항으로 해석·적용된다는 것이었다.

III. 노동조합 및 노동관계조정법 제4조의 ‘재’해석

헌법재판소 결정과 대법원 판례를 구조적으로 분석함으로써 다음과 같은 결론에 이를 수 있다. 즉 쟁의행위에 대한 형사면책이 ‘노동법적 정당성론’에 따라 결정된다는 것이다. 이는 결국 노동법적 정당성에 따라 ‘형사책임의 면책범위’를 정한다는 것을 의미한다. 그러나 이는 진정한 의미의 형사면책범리에 관한 해석이 될 수 없다. 왜냐하면 형사면책의 범위는 - 헌법재판소 및 대법원이 언급하는 - 노동법적 정당성 혹은 노동조합법상 기본원칙에 따라 결정되어야 하는 것이 아닌 쟁의행위의 개념 요소에 의해 결정되어야 하기 때문이다.

1. 형사면책의 첫 번째 의미: 쟁의행위의 개념과 형사면책

노동조합법 제2조 제6호는 쟁의행위를 ‘파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위’라고 정의한다.⁴⁹⁾ 헌법재판소도 단체행동권을 “노동

48) **[다수의견]** “피고인을 비롯한 전국철도노동조합 집행부가 중앙노동위원회 위원장의 직권중재회부결정에도 불구하고 파업에 돌입할 것을 지시하여, 조합원들이 전국 사업장에 출근하지 아니한 채 업무를 거부하여 철도운행이 중단되도록 함으로써 한국철도공사에 영업수익 손실과 대체인력 보상금 등 막대한 손해를 입힌 사안에서, 중앙노동위원회 위원장의 중재회부보류결정의 경위 및 내용, 노동조합의 총파업 결의 이후에도 노사 간에 단체교섭이 계속 진행되다가 최종적으로 결렬된 직후 위 직권중재회부결정이 내려진 점을 감안할 때, 한국철도공사로서는 노동조합이 필수공익사업장으로 파업이 허용되지 않는 사업장에서 구 노동조합 및 노동관계조정법상 직권중재회부시 쟁의 행위 금지규정 등을 위반하면서까지 파업을 강행하리라고 예측할 수 없었다 할 것이고, 나아가 파업의 결과 수백 회에 이르는 열차 운행이 중단되어 한국철도공사의 사업운영에 예기치 않은 중대한 손해를 끼친 사정들에 비추어, 위 파업은 사용자의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 세력으로서 형법 제314조 제1항에서 정한 ‘위력’에 해당한다고 보기에 충분하다.” (밑줄은 필자 주) **[반대의견]** “전국철도노동조합의 조합원들이 단순히 근로제공을 거부하는 형태로 이루어진 이 파업은, 또한 다수의견의 법리에 비추어 보더라도 제반 사정을 종합할 때 위 파업이 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어졌다고 볼 수 없으며, 파업의 수단 역시 폭력적 행동이나 달리 위법이라고 할 만한 언동 없이 집단적인 소극적 근로제공 거부로 그친 이상 그 손해가 파업의 전격성에 기한 것이었다고 단정할 수 없[다].” 대법원 2011.3.17. 선고 2007도482 판결.

쟁의가 발생한 경우 쟁의행위를 할 수 있는 쟁의권을 의미하며, 이는 근로자가 그의 주장을 관철하기 위하여 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 할 수 있는 권리⁵⁰⁾라고 해석한다. 대법원 또한 다음과 같이 쟁의행위를 이렇게 해석하고⁵¹⁾ 있다. 그러나 쟁의행위 정의규정이 형법 제314조 제1항의 구성요건과 ‘외형상 유사성’을 가지므로 노동조합법상 제한규정을 충족하지 못한 경우에는 형사책임을 진다는 결론으로 나아간다.

“쟁의권에 의해 보호되는 행위로서의 ‘쟁의행위’는 근로자의 집단이 그 주장의 시위나 그 주장을 관철할 목적으로 노무의 제공을 완전 또는 불완전하게 정지하거나, 또한 필요에 따라 이 노무정지를 유지하기 위한 피케팅이나 사용자와의 거래를 거부하라고 호소하는 행위를 의미하는 것으로 보아야 한다.”⁵¹⁾

이 중 파업은 근로자가 집단적으로 노무제공을 정지함으로써 사용자에게 압력을 가하는 실력행사이다. 그러나 이는 근로자들이 자신이 가진 노동력을 제공하지 않겠다는 ‘평화적이고 소극적인 저항’이다.⁵²⁾ 즉 쟁의행위의 요소는 ‘집단성’과 ‘업무저해행위’라고 할 수 있다. 이러한 ‘집단성’과 ‘업무저해행위’를 요소로 하는 쟁의행위는 근대 자본주의 시민법질서에서는 ‘범죄행위’로 인식되었으나 사회·경제적 변화에 따라 - 노동운동의 성과라고 평가되는 - 권리로 승인됨으로써 ‘비범죄화’되었다.⁵³⁾ 즉 쟁의행위는 ‘권리의 행사’인 것이다. 그렇다면 이러한 권리의 행사로서 쟁의행위를 범죄행위라고 할 수는 없지 않은가. 더욱이 헌법상 보장되는 근로3권의 행사 자체가 범죄의 구성요건에 해당한다고는 해석할 수 없지 않은가. 그러므로 ‘집단성’과 ‘업무저해행위’를 요소로 하는 쟁의행위는 형법 제314조 제1항의 구성요건인 ‘위력업무방해행위’에 해당하지 않는다. 즉 노동조합법상 쟁의행위 정의조항이 가지는 의미는 형법 제314조 제1항의 구성요건해당성을 배제한다는 것이다

49) 노동쟁의조정법은 쟁의행위를 ‘동맹파업, 태업, 직장폐쇄 기타 근로관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상한 운영을 저해하는 것’이라고 정의한다. 즉 동맹파업을 쟁의행위의 유형으로 보았다.

50) 헌법재판소 1998.7.16. 선고 97헌바23 결정.

51) 대법원 1990.5.15. 선고 90도357 판결.

52) 조경배, 전게서, 244쪽.

53) 물론 노동조합법이 쟁의행위의 개념을 정의하고, 이로부터 쟁의행위가 형법 제314조 제1항의 구성요건해당성을 배제한다는 명시적인 규정을 두고 있는 것은 아니다. 다만 노동조합법 제4조와 관련하여 간접적으로 확인할 수 있을 뿐이다.

(국가로부터의 자유). 이렇게 해석할 경우 헌법질서에 정합적인 해석으로서 타당하다고 할 수 있다.⁵⁴⁾ 그러므로 대법원 판례의 태도와 같이 쟁의행위와 형법 제314조 제1항의 ‘외형상 유사성’으로부터 구성요건해당성을 충족하는 것으로 보고 형법 제20조에 의해 위법성이 조각되지 않는 한 형사처벌을 면할 수 없다는 판단구조는 현행 헌법질서에 정합적이지도 않을뿐더러 타당하지 않은 해석이다. 즉 <쟁의행위 → 헌법상의 권리 → 노동조합법 제4조에 의해 비로소 형사면책되는 것이 아닌 헌법상 ‘처음부터’ ‘당연히’ ‘정당한 권리 → 형법 제314조 제1항의 적용 배제>라는 판단구조가 성립되어야 한다. 이렇게 될 경우 노동조합법 제4조의 ‘정당한 행위’는 다음과 같이 해석될 수 있다. 즉 ‘정당한 행위’는 헌법재판소 결정이나 대법원 판례의 태도처럼 ‘정당성 혹은 불법성’을 전제하거나 판단하는 기준이 아니라 ‘정당한 행위 = 노동조합법 제2조 제6호의 쟁의행위’로 해석된다. 이는 단서조항이 ‘폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되지 아니된다’는 규정을 둔 것과도 합치되는 해석이라고 할 수 있다. 그렇다면 쟁의행위는 ① 그 권리의 행사를 남용하였을 경우 민사상 책임이 문제될 수 있으며, ② 더 나아가 그 권리를 행사하는 과정에서 형법 전상 개별적 범죄구성요건에 해당하는 행위를 할 경우 ‘그러한 행위에 대하여’만 ‘그에 해당하는 형사책임’이 문제될 수 있는 것이다. 그러나 대법원은 - 예를 들어 - 쟁의행위가 손괴 등의 행위를 수반한 경우 손괴죄와 업무방해죄의 실체적 경합을 인정하고 있다.⁵⁵⁾

54) 그러나 조경배 교수는 쟁의행위 조항은 “민·형사상 면책적 효과가 부여되는 대상이나 범위를 확정하기 위하여 설정된 개념으로 보아서는 안 된다. ... 노조법상의 쟁의행위 개념은 형법과는 별개로 노동법상의 고유한 규제 및 조정의 대상을 확정하기 위한 개념이라고 말할 수 있다. ... 노조법상의 노동쟁의 및 쟁의행위 정의조항의 의의는 ‘노동조합’과 ‘사용자 또는 사용자단체’ 간의 노동분쟁에 대하여 국가 등에 의한 조정중재절차제도의 운영과 그 실효성을 확보하기 위하여 설정된 개념이라고 할 수 있다.”고 언급함으로써 쟁의행위 개념의 형사면책적 의의를 부정한다. 조경배, 전게서, 238-239쪽.

55) “불법파업으로 인한 업무방해죄와 손괴죄 사이의 죄수 문제에 관하여 피고인들이 2000.12.12.부터 2001.1.31.까지 노조원들로 하여금 전면파업에 돌입하게 하여 위력으로 과학기술원의 업무를 방해하였다는 범죄사실과 2000.12.13.부터 2001.1.19.까지 난방공급을 중단하여 각종 장비를 손괴하였다는 범죄사실은 업무방해의 포괄일죄 또는 상상적 경합범의 관계에 있다는 주장은, ... 원심과 1심은, 2000.11.22.부터 2001.1.19. 사이에 발생한 수차에 걸친 난방공급 중단에 따른 각종 시설물과 장비 손괴의 범죄사실을 2000.12.13.부터 2001.1.31.까지의 전면파업을 통한 과학기술원 업무방해의 범죄사실과 실체적 경합범으로 처단한 것인데, ... 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.” 대법원 2003.12.26. 선고 2001도3380 판결.

2. 형사면책의 두 번째 의미: 노동조합법 제4조와 형사면책

1998년, 2010년 헌법재판소 결정은 다음과 같이 노동조합법 제4조를 ① 시민형법상 범죄구성요건과의 관계를 전제로 ② 노동법적 정당성이 인정되는 경우에만 형사책임이 면제된다고 하여 그 성립범위를 제한적으로 한정시키고 있다.

“쟁의행위는 업무의 저해라는 속성상 그 자체 시민형법상의 여러 범죄의 구성요건에 해당될 수 있음에도 불구하고 그것이 정당성을 가지는 경우에는 형사책임이 면제되며, 민사상 손해배상 책임도 발생하지 않는다. 이는 헌법 제33조에 당연히 포함된 내용이라 할 것이며, 정당한 쟁의행위 효과로서 민사 및 형사면책을 규정하고 있는 현행 노동조합 및 노동관계조정법 제3조와 제4조 및 구 노동쟁의조정법 제8조, 구 노동조합법 제2조 등은 이를 명문으로 확인한 것이라 하겠다.”⁵⁶⁾

이러한 헌법재판소 결정에 대하여 노동조합법 제4조의 의미를 두고 구성요건해당성조각설과 위법성조각설의 견해대립이 존재한다. 전자는 ‘헌법상의 쟁의권보장의 취지에 비추어 볼 때 정당한 쟁의행위는 권리행사로서 처음부터 범죄행위로서의 성격을 가지지 않는 것이며 민사상의 불법행위나 채무불이행으로도 되지 않는다는 것’이며, 후자는 ‘정당한 쟁의행위는 업무방해죄의 구성요건에는 해당하지만 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각될 뿐이라는 것’이다.

가. 형사면책규정의 범죄체계론적 지위에 대한 견해대립

형사면책법리에 관한 노동조합법 제4조의 해석과 관련하여 - 위법성조각설의 입장에서 해석하는 - 다음과 같은 견해가 존재한다. 즉 ① 형법 제20조를 이원적으로 해석하는 견해, ② 사회적 상당성론의 입장에서 해석하는 견해, 더 나아가 ③ 범죄체계론적 논의가 무의미하다는 견해 등⁵⁷⁾이 그것이다. ① ‘형법 제20조의 이원적 해석’은 헌법 제33조 제1항을 고려하여 형법 제20조의 ‘벌하지 아니한다’라는 문언을 이원적으로 해석하고자 한다. 즉 ‘벌하지 아니한다’라는 문언에는 위법성조각의 의미뿐만 아니라 구성요건해당성조각의 의미도 포함한다고 해석한다. 이 견해에 의하면 쟁의행위의 목적과 수단이 정당한 경우 그 행위는 애초에 형법 제314조 제1항

56) 헌법재판소 1998.7.16. 선고 97헌바23 결정.

57) 이외에 ‘정당한’ 쟁의행위를 유형적으로 구분하여 접근하는 견해로는 손동권, “노동쟁의행위의 가벌성에 관한 연구”, **일감법학**, 제3권 (1998), 224-227쪽.

의 업무방해라는 구성요건해당성을 충족하지 못한다는 것이다.⁵⁸⁾ 그러나 형법 제20조는 범죄체계론상 위법성조각사유를 규정한 것으로 ‘벌하지 아니한다’라는 문언이 구성요건해당성조각사유를 의미한다고 해석하는 것은 이해하기가 힘들다. ② 사회적 상당성론은 그 개념상 ‘헌법의 규범 위에서 역사적으로 형성된 정당한 행위방식을 형법의 불법평가에서 처음부터 제외하는 논증도구’로서 사용하고자 한다. 즉 ‘단체행동권을 보장한 헌법은 그것이 우리의 사회질서 속에서 관철되어야 할 원리임을 지시’해주기 때문에 사회적 상당성 개념에 입각하여 쟁의행위를 형법 제314조 제1항의 구성요건해당성에서 배제하여야 한다는 것이다.⁵⁹⁾ 그러나 이러한 견해에 대해서는 다음과 같은 비판이 존재하는데, 그것은 독일의 사회적 상당성론을 추종한 것으로서 ‘쟁의권을 헌법상으로는 법률상으로 근로자 개인의 권리로 인정하고 있지 않는 독일 쟁의법 구조의 고유의 산물’이기 때문에, 쟁의행위를 헌법상 개인의 권리로 인정하는 우리나라에는 타당하지 않은 해석이라고 한다.⁶⁰⁾ 즉 독일의 사회적 상당성론은 주로 민사면책법리와 관련된 이론이며, 더 나아가 이 이론은 ‘원칙적으로 위법한 행위로 평가되는 쟁의행위에 있어서 그 위법성을 제거하는 정당화 사유’로 창안된 것이기 때문에 우리나라와 같이 단체행동권을 헌법에서 보장하는 법적구조와는 거리가 멀다고 비판한다. 1998년, 2010년 헌법재판소 결정 및 대법원 판례의 태도가 ‘노동법적 정당성론’에 따라 쟁의행위의 형사책임 유무를 판단하는 것은 독일의 ‘사회적 상당성론’에 따른 것이기에 원칙과 예외가 전도되었다는 점에서는 이 견해에 찬성하는 바이다. ③ 범죄체계론적 논의가 무의미하다는 견해는 구성요건해당성조각이건 위법성조각이건 결국 범죄가 성립하지 않으므로 실익이 없다는 견해이다.⁶¹⁾ 그러나 ①, ②, ③의 견해는 모두 ‘정당한 쟁의행위는 형사책임이 면책되고 정당하지 않은 쟁의행위는 형사책임이 면책되지 않는다’는 것을 전제로 하고 있다. 이처럼 정당한 쟁의행위만 형사처벌하지 않겠다는 것은 쟁의행위 자체에 대한 범죄

58) “권리로까지 인정되는 쟁의행위가 범죄의 구성요건에 해당된다고 말하는 것은 형법이론상 정당할지 모르지만, 우리의 언어용법이나 상식에 맞지 아니한다. ... 형법의 규정도 단지 ‘벌하지 아니한다’고만 되어 있으므로, 정당행위는 단순히 위법성만이 아니라 오히려 원칙적으로는 구성요건해당성 자체를 조각한다고 보아야 한다.” 김대휘, “쟁의행위에 있어서 업무방해와 정당성”, **형사판례연구**, 제2호 (1994), 75-76쪽; 조국, “쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 비판”, **비교형사법연구**, 제12권 제1호 (2010), 124-125쪽.

59) 이호중, “쟁의행위와 형법”, **비교형사법연구**, 제8권 제2호 (2006), 656쪽.

60) 조경배, 전제서, 240-241쪽.

61) 도재형, “쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 법리에 관한 검토”, **성균관법학**, 제20권 제3호 (2008), 132쪽.

성립을 전제로 하는 것이기 때문에 ①, ②, ③의 견해는 모두 어느 정도 위험부담을 안고 있을 수밖에 없다. 왜냐하면 형사면책법리란 ‘쟁의행위에 대한 형사책임을 면제한다’는 것으로서 범죄화가 아닌 비범죄화를 의미하므로 이는 ‘쟁의행위가 정당한 것’인지 여부와는 상관없는 문제이기 때문이다.

나. 위법성조각사유로서 ‘법령 기타 사회질서’의 의미

또한 쟁의행위의 형사면책규정의 범죄체계론적 지위에 대한 기존의 견해대립은 ‘노동조합법 제4조를 형법 제314조 제1항 등의 개별적 범죄구성요건과의 관계’를 전제로 하고 있다. 그러나 노동조합법 제4조는 ‘노동조합법상 제한규정의 관계’를 전제로 ‘재’해석되어야 한다.⁶²⁾ 즉 <도표 2>에서 보는 바와 같이 노동조합법상 제한규정이 별칙규정에서 형사처벌을 예정하고 있기 때문에 쟁의행위가 노동조합법 제37조의 기본원칙인 ‘법령 기타 사회질서’에 위반되지 않는 경우에는 노동조합법상 제한규정을 위반하더라도 제4조에 의해 위법성이 조각될 수 있다는 의미로 해석되어야 한다. 왜냐하면 노동조합법은 사용자의 재산권 및 영업활동 자유와의 조화로운 설정을 위하여 ‘원래 부당한 쟁의행위’와 ‘정책상 필요에 의한 쟁의행위’를 규정하고⁶³⁾ 그에 위반한 경우 형사처벌을 예정하고 있기 때문이다. 그러나 어떠한 경우에도 노동조합법 제4조 단서규정에 따라 폭력·협박을 수반한 쟁의행위는 위법성이 조각되지 않는다. 그렇기 때문에 - 형법 제314조 제1항이 존치하는 한 - 쟁의행위가 ‘폭력·협박에 의한 압박’ 등을 수반한 경우에는 노동조합법상 제한규정에 위반함은 물론 형법 제314조 제1항으로 해석·적용될 수 있다.⁶⁴⁾

노동조합법 제37조는 ‘쟁의행위의 기본원칙’이라는 제목 하에 제1항에서 “쟁의행위는 그 목적·방법 및 절차에 있어서 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 아니 된다”고 규정하고 제2항에서 “조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의

62) 이에 대한 논의의 기초는 우희숙, “쟁의행위와 위력업무방해죄의 관계”, **노동법논총**, 제20집 (2010), 118-119쪽.

63) 예를 들어 ‘원래 부당한 행위’는 폭력·협박 등을 수단으로 하는 쟁의행위 등을 규정한 노동조합법 제38조 제1항 및 제42조 제1항 등이 있으며 ‘정책상 필요에 의한 쟁의행위’는 절차규정을 위반한 쟁의행위 등을 규정한 노동조합법 제41조 제1항 및 제45조 제2항 등이 있다. 같은 견해로 정진경, “쟁의행위의 절차적 정당성과 업무방해죄”, **저스티스**, 제36권 제2호 (2003), 203쪽; 김선수, “쟁의행위의 절차적 정당성”, **노동법연구**, 제12호 (2002), 243쪽.

64) 이를 상상적 경합으로 해결해야 한다는 견해로 박성민, “업무방해죄의 해석과 쟁의행위 중 파업과의 관계”, **형사정책연구**, 제23권 제1호 (2012), 105쪽.

행위를 하여서는 아니된다”고 규정하고 있다. 즉 법문에 따르면 쟁의행위의 ‘주체’, ‘목적’, ‘수단 및 방법’, ‘절차’ 규정위반의 형사책임 여부는 ‘법령 기타 사회질서’의 위반여부에 따라 결정되어야 한다. 물론 여기서의 형사책임 여부는 형법 제314조 제1항과의 관계가 아니라 노동조합법상 벌칙규정과과의 관계이다. 왜냐하면 노동조합법은 ‘주체’, ‘목적’, ‘수단 및 방법’, ‘절차’ 등에 대하여 제한규정을 두고 이를 위반한 경우 벌칙규정에 의하여 형사책임을 예정하고 있기 때문이다. 예를 들어 쟁의행위의 ‘주체’는 노동조합이 조직되어 있는 상황과 조직되어 있지 않은 상황에 따라 전자의 경우에는 노동조합이 주도하지 않은 쟁의행위는 ‘주체’ 위반(이른바 살갱이 파업)으로서 형사처벌될 수 있으며,⁶⁵⁾ 후자의 경우에는 노동조합이 조직되어 있지 않으므로 (이른바 우발적 파업의 경우) 노동조합법 제4조에 의해 위법성이 조각될 수 있다. 다른 예를 들어보면, 노동조합법 제42조 제1항은 “쟁의행위는 폭력이나 파괴행위 또는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없다”고 규정하고 이를 위반한 경우 동법 제89조에 의해 ‘3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금’에 처해질 수 있다. 그러나 이처럼 직장점거를 수반한 쟁의행위도 사용자의 대체노동을 저지하기 위해 이루어졌다면 노동조합법 제4조에 의해 위법성이 조각될 수 있다. 왜냐하면 제43조 제1항은 “사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다”고 규정하고 이를 위반한 사용자에게 대하여 동법 제91조 벌칙조항에 의해 ‘1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’에 처한다고 규정하고 있기 때문이다. 물론 이는 노동조합법 제4조를 ‘재’해석하여 - 예를 들어 - 설명한 것이므로 이에 대한 대법원 판례는 거의 찾아볼 수 없다. 그러나 ‘노동조합의 활동’과 관련하여 위의 맥락과 맞닿을 수 있는 대법원 판례가 있어 언급하고자 한다. 즉 다음은 쟁의행위에 대한 찬반투표 실시를 위하여 전체 조합원이 참석할 수 있도록 근무시간 중에 노동조합 임시총회를 개최하고 3시간에 걸친 투표 후 1시간의 여흥시간을 가진 것이 형법 제314조 제1항으로 해석·적용될 수 있는가에 대한 대법원 판례의 태도이다.

“비록 위 노동조합 임시총회가 근무시간 중에 열렸고 4시간의 전체 총회시간 중 찬반투표를 실시하고 남은 1시간을 여흥에 사용하기는 하였으나, 위 임시총회가

65) 사실 ‘주체’ 규정을 위반한 쟁의행위에 형사책임을 부과하는 것이 타당한지는 보충성의 원칙과 관련하여 논의되어야 할 연구분야이나 여기에서는 전체적인 논의의 흐름에서 벗어나지 않기 위해 생략하고자 한다.

노동쟁의조정법상 쟁의행위를 하기 위한 필수적 요건인 조합원의 투표를 위한 것으로서 2회에 걸친 서면통보를 거쳐 개최되어 회사가 이에 대비할 여유가 충분히 있었고, 일부 조합원들이 야간근무를 하는 회사의 근무형태 때문에 전체 조합원이 총회에 참석할 수 있게 하려면 비록 근무시간 중이기는 하지만 야간근무가 끝나고 주간근무가 시작되는 교대시간에 총회를 소집하는 것이 필요하였을 것이라는 사정 등과 위 조합원의 수 등에 비추어 보면, 위 총회가 근무시간 중에 열렸다는 사정만으로 위법하다고 할 수 없고, 4시간의 시간이 필요 이상의 시간이었다고 보기도 어려울 것이며, 위와 같은 여흥은 임시총회 중 찬반투표를 실시하고 남은 시간에 부수적으로 치루어진 행사로서 전체 예정시간 중의 일부 시간 안에 치루어진 데 불과하고 전체 행사가 예정된 시간 안에 끝나쳐진 점 등에 비추어 보면 위와 같은 여흥활동만을 따로 떼어 위법하다고 볼 것은 아니[다].”⁶⁶⁾

비록 형법 제314조 제1항의 해석·적용에 관한 판례로서 - 노동조합법이 제정되기 전 - 노동쟁의조정법상 위반이 문제된 사안은 아니지만, 위 대법원의 태도는 노동조합의 활동이 노동쟁의조정법상 제한규정을 위반할지라도 위법성이 조각될 수 있다는 것으로도 읽힐 수 있다. 다만 앞서서도 언급했듯이 노동쟁의조정법에는 민사면책만이 규정되어 있었을 뿐 형사면책은 규정되어 있지 않았다. 또한 위 사안은 노동조합의 ‘정당한 행위’에 해당한다고 보아 형법 제314조 제1항의 구성요건 해당성을 충족하지 않는 것이라고 보았으므로, 현행 노동조합법 제4조의 ‘재’해석을 위한 하나의 - 참고할 만한 - 예로 든 것에 불과하다는 것을 밝히는 바이다.

IV. 결론: 헌법질서에 정합적인 쟁의행위(형)법의 구축을 위한 제언

쟁의행위에 형사면책법리가 형성되어 있지 않은 상황에서 - 쟁의행위의 개념과 노동조합법 제4조를 앞서서와 같이 해석하더라도 - 형사면책법리를 형성하기 위해서는 ‘근로조건에 관한 법 개정’을 목적으로 하는 쟁의행위가 허용되어야 한다. 사실 이러한 목적을 위한 쟁의행위는 헌법상 허용되는 것이기도 하다. 즉 헌법 제32조 제2항은 “국가는 근로의 의무와 내용의 조건을 법률로 정한다”고 규정하고 제3항은 “국가는 근로의 의무와 내용의 조건을 법률로 정한다”고 규정하고 있기 때문에, 다시 말해서 근로조건의 기준이 ‘법률’에 의해서 정해질 때 이는 근로자의

⁶⁶⁾ 대법원 1994.2.22. 선고 93도613 판결.

근로조건 향상과 밀접한 관계를 맺고 있는 것으로서 그러한 목적을 위한 쟁의행위는 - 헌법재판소 결정 및 대법원 판례의 판단구조에 의할 경우에도 - 정당성을 획득한다. 그러나 이와 같은 현행 헌법질서 하에서 - 더 나아가 노동조합법은 제4장에서 쟁의행위 기간 중에 임금지급요구를 위한 쟁의행위만을 금지하고 있음에도 불구하고 - 대법원은 ‘근로조건에 관한 법 개정’을 목적으로 하는 쟁의행위를 형법 제314조 제1항으로 해석·적용하고 있다. 이는 2011년 대법원 전원합의체 판결에 의할 경우에도 동일한 결론에 이르게 된다. 왜냐하면 예측가능성이 없기 때문이다. 그러므로 헌법재판소 및 대법원이 단결금지법리에 대한 인식론적·해석론적 지평을 포기하지 않는 한 다른 한편에서 형사면책법리를 위한 입법론적 방향도 진행되어야 한다. 그렇기에 근로조건에 관한 법 개정이 있을 경우 그러한 목적을 위한 쟁의행위도 허용되어야 할 것인데, 이를 위해서는 쟁의행위와 그에 수반된 행위를 구별하는 것이 - 절대적으로 - 전제되어야 할 것이다.

1. 권리의 행사로서 ‘쟁의행위’와 그에 수반된 ‘불법한 행위’의 구별

노동조합법상 쟁의행위 개념 요소 및 재해석된 노동조합법 제4조에 의하면, 쟁의행위는 헌법 제33조 제1항에 의해 보장되지만(법적권리로서 승인) 그에 수반되는 행위가 형법전상 개별적 범죄구성요건에 해당할 경우에는 범죄행위로서 형사책임이 귀속될 수 있다. 즉 쟁의행위는 헌법 제33조 제1항에 의해 권리로 승인되었기 때문에 그것의 행사는 ‘권리의 행사’이지 형법전상의 ‘범죄행위’가 아니다. 그러므로 쟁의행위는 - 처음부터⁶⁷⁾ - 형사책임이 완전히 면제된다. 그러나 쟁의행위 과정에서 발생한 폭력, 협박, 손괴 등의 행위는 형법전상 개별적 범죄구성요건에 해당한다. 물론 - 쟁의행위에 형법 제314조 제1항을 해석·적용하는 태도를 대법원이 포기하지 않는 한 - ‘폭력·협박에 의한 압박’이란 위력요소를 충족하여 형법 제314조 제1항이 적용될 수도 있다. 형법 제314조 제1항의 핵심적 불법표지인 ‘위력’ 개념에는 “폭력·협박은 물론 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박 등”⁶⁸⁾이 포함된다고 대법원은 해석하고 있기 때문이다. 그러나 이 경우에도 노동

67) 이는 쟁의행위의 정당성 판단여부에 상관없이 형사책임이 면제된다는 의미이다. 쟁의행위가 헌법상 단체행동권에 의해 보장된다는 것은 ‘헌법적 차원에서 쟁의행위에 대한 형사면책법리가 확립’된 것을 의미하는 것이기 때문이다.

68) “업무방해죄의 ‘위력’이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하므로, 폭력·협박은 물론 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박 등도 이에 포함되고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압

조합법 제4조는 등장할 필요가 없다. 그러한 행위가 위법성이 조각될 수 있는지는 형법전상의 정당방위, 긴급피난 등에 따라 판단되어야 하는 것이기 때문이다. 물론 이 경우에도 쟁의행위를 주최한 노동조합 간부 등에 형사책임이 구성되어서는 아니 되며, 행위자 책임원칙에 따라 그러한 행위를 한 개별 행위자에 대해 형사책임이 구성되어야 할 것이다.

2. 단결금지법리에서 형사면책법리로의 전환

이처럼 권리의 행사로서 쟁의행위와 그에 수반된 불법한 행위를 분리하기 위해서는 헌법재판소 및 대법원의 인식론적·해석론적 지평에 형성·실현된 단결금지법리를 형사면책의 법리로 전환할 필요성이 지속적으로 제기되어야 한다. 이를 위한 한 가지 방법으로서, 우리나라의 법적구조와는 차이를 보이지만 역사적 지평에서 먼저 형사면책법리를 형성한 영국의 그것을 간략하게 언급하면서 논의를 마치고자 한다. 즉 영국의 ‘1875년 공모죄 및 재산보호법’(Conspiracy and Protection of Property Act 1875) 제3조는 “단독으로 행할 경우 범죄를 구성하지 않는 한 동일한 행위를 다수인이 단결하여 해도 형사공모로서 소추할 수 없다”고 규정하고 제7조에서 다음과 같이 금지되는 쟁의행위의 유형을 열거하고 있다.⁶⁹⁾

“타인을 ‘강제’할 목적으로 불법 또는 법률상 권한 없이 ① 타인 또는 그 처자에게 폭력을 가하거나 협박하거나 재산에 손해를 가하는 행위, ② 집요한 미행, ③ 타인이 소유하거나 사용하는 기구, 의류 기타 재산을 은닉, 탈취 또는 그 사용을 방해하는 행위, ④ 타인이 거주, 노동, 사업 또는 거주하는 가옥 기타 장소 또는 그 통로를 감시 또는 포위하는 행위, ⑤ 2인 이상의 자가 가로 또는 도로에서 붙은 하ಗೆ 미행하는 행위는 10파운드 이하의 벌금이나 금고형에 처한다.”

그러나 우리나라 헌법재판소 결정 및 대법원 판결은 ‘개별적’ 노무제공거부행위는 ‘부작위로서 위력에 해당하지 않는 것’이고 ‘집단적’ 노무제공거부행위는 ‘작위로서 위력에 해당하는 것’이라고 언급한다. 그리고 그러한 논거로 ‘근로자의 상호 의사

될 것을 요하는 것은 아니지만, 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 세력을 의미하는 것으로서, 위력에 해당하는지는 범행의 일시·장소, 범행의 동기, 목적, 인원수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.” 대법원 2010.11.25. 선고 2010도9186 판결.

69) 김기덕, 전제서, 203쪽.

연락 하에 이루어진 노무제공의 거부는 근로자 개개인의 그것과는 본질적으로 그 성격을 달리한다는 점'을 다음과 같이 제시한다.⁷⁰⁾

“집단적 노무제공의 거부를 부작위범으로 처벌하는 것도 아니다. 대법원 판례는, 사용자의 자유의사를 제압하기에 족한 다수의 근로자가 상호 의사 연락 하에 집단적으로 노무제공을 거부하는 것을 작위의 일종인 위력으로 파악하여 이것이 별도의 독자적인 구성요건에 해당한다고 보는 것이고, 이는 다수 근로자의 상호 의사 연락 하에 이루어진 노무제공의 거부는 근로자 개개인의 그것과는 본질적으로 그 성격을 달리한다는 점을 전제로 하는 것이다. 근로자 개개인의 행동과 근로자 다수가 공동으로 세력을 형성하여 하는 행위는 그 세력의 정도나 위험성의 면에서 서로 같다고 할 수는 없기 때문이다.”⁷¹⁾

그러나 개별적으로 해도 범죄가 되지 않는 것이 집단적으로 하면 범죄가 된다는 논리는 앞에서 언급했던 것처럼 영국의 단결금지법리가 형성된 시대의 한 논거였다. 헌법상 단체행동권을 보장하고 그에 따라 형사면책법리를 규정하고 있는 법질서 하에서 이제는 유물로서나 취급되는 단결금지법리가 헌법재판소 결정 및 대법원 판례에서 나타난다는 것은 상식적으로 말이 되지 않는다. 물론 영국에서 1799년 및 1800년 단결금지법(Combination Act)이 제정된 이후로 단결금지법리가 형성된 지 약 80년이 지나서야 형사면책법리가 형성된 것은 주지의 사실이다.⁷²⁾ 그렇다면 우리도 기다려야 하는가? 80년... 그러나 이제는 상식이 형성될 때이다. 즉 ‘개별적’으로 행할 때 처벌하지 않는 것을 ‘집단적’으로 행할 때 처벌하여서는 안 되는 ‘상식’ 말이다.⁷³⁾

투고일 2012. 8. 7	심사완료일 2012. 8. 27	게재확정일 2012. 8. 31
----------------	-------------------	-------------------

70) 이에 상호간의 의사연락을 통한 집단적인 노무제공의 거부는 어떤 준비행위를 통한 부작위일 뿐이라고 비판하는 김성진, 전게서, 333쪽.

71) 헌법재판소 1998.7.16. 선고 97헌바23 결정.

72) 영국에서 쟁의행위에 대한 민사면책법리는 1906년 노동쟁의법(Trade Dispute Act)에 의해서 이루어졌다. 쟁의행위가 완전한 법적 권리로 승인되기까지 약 100년이 걸린 것이다. 그러나 이러한 민사면책법리도 현재 영국에서 제한되는 방향으로 나아가고 있다고 언급하는 조경배, “쟁의행위와 민사책임에 관한 영국법리”, **노동법학**, 제24호 (2007), 136-137쪽.

73) 이러한 상식이 형성되지 않은 대법원 판례의 태도를 비상식적이라고 비판하는 박홍규, “업무방해죄 판례의 비상식성”, **영남법학**, 제5권 제1·2호 (1999), 297쪽.

참고문헌

- 김기덕, “쟁의행위에 대한 형사면책법리의 재구성 과 업무방해죄”, **노동과 법** 제3호, 금속법률원 (2002).
- 김대휘, “쟁의행위에 있어서 업무방해와 정당성”, **형사판례연구** 제2호, 형사판례연구회 (1994).
- 김순태, “파업과 위력업무방해죄의 관계”, **법학논총** 제12권, 국민대학교 (2002).
- 김선수, “쟁의행위의 절차적 정당성”, **노동법연구** 제12호, 서울대학교 노동법연구회 (2002).
- 김성진, “파업에 대한 업무방해죄 적용의 헌법재판소 합헌 결정의 문제점”, **노동과 법** 제3호, 금속법률원 (2002).
- 김태명, “업무방해죄의 법적 성질과 결과발생의 요부”, **형사판례연구** 제18권, 박영사 (2010).
- 도재형, “구조조정에 대항하는 쟁의행위의 정당성”, **월간 노동법률** (2003).
- 도재형, “쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 범리에 관한 검토”, **성균관법학** 제20권 제3호, 성균관대학교 법학연구소 (2008).
- 박경신·손익찬, “위력에 의한 업무방해죄의 위헌성”, **공익과 인권** 제9호, 서울대학교 공익인권법센터 (2011).
- 박성민, “업무방해죄의 해석과 쟁의행위 중 파업과의 관계”, **형사정책연구** 제23권 제1호, 한국형사정책연구원 (2012).
- 박홍규, “업무방해죄 비판의 비상식성”, **영남법학** 제5권 제1·2권, 영남대학교 법학연구소 (1999).
- 손동권, “노동쟁의행위의 가벌성에 관한 연구”, **일감법학** 제3권, 건국대학교 법학연구소 (1998).
- 이호중, “쟁의행위와 형법”, **비교형사법연구** 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, (2006).
- 이희성, “사용자의 경영권과 근로자의 노동3권 충돌에 관한 연구”, **산업관계연구** 제17권 제1호, 한국노사관계학회 (2007).
- 우희숙, “쟁의행위와 위력업무방해죄의 관계”, **노동법논총** 제20집, 한국비교노동법학회 (2010).
- 유성재, “집단적 노무제공의 거부와 위력업무방해죄”, **법학논문집** 제34집 제3호,

중앙대학교 법학연구소 (2010).

정진경, “쟁의행위의 절차적 정당성과 업무방해죄”, **저스티스** 제36권 제2호, 한국법학원 (2003).

조국, “쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 비판”, **비교형사법연구** 제12권 제1호, 한국비교형사법학회 (2010).

조경배, “쟁의행위와 민사책임에 관한 법리”, **노동법학** 제24호, 한국노동법학회 (2007).

조경배, “쟁의행위 정당성론의 논리구조에 관한 비판과 민사면책법리의 재정립에 관한 연구”, **민주법학** 제36호, 민주주의법학연구회 (2008).

조경배, “형법상 업무방해죄와 쟁의권”, **민주법학** 제44권, 민주주의법학연구회 (2010).

전형배, “쟁의행위와 노동조합및노동관계조정법상 형사책임”, **노동과 법** 제3호, 금속법률원 (2002).

<Abstract>

Analysis of the Relation between Industrial Action and the Exemption from Criminal Responsibility

Woo, Hee Sook*

In historical background, the Constitution allows industrial action to exemption from criminal responsibility but the Labor[Trade] Union Act and the Criminal Code allows industrial action to criminal responsibility. And such an attitude is a strong influence on the Constitutional Court and the Supreme Court's decision. So, it means that industrial action violating the Labor[Trade] Union Act lose its justification and comes under Section 1 Article 314 of the Criminal Code. But it doesn't matter whether industrial action is criminal responsibility or not, because it is just as the right of collective action according to the Constitution. Of course, it's criminal act to violence, threat, destruction etc. occurred in the process of industrial action. But the Constitutional Court and the Supreme Court's decision did not separate industrial action and criminal act, but it integrated. These decisions converted industrial action into criminal act. In Korea, it is not more an assertion of the right to collective action. The Constitutional Court also decided on 2010 that industrial action violating the Labor[Trade] Union Act comes under Section 1 Article 314 of the Criminal Code. So, The Supreme Court brought forward the same opinion on 2011. The Court judged to refuse a supply of labor as a group by forcible concept and predictability. But under Section 1 Article 33 of the Constitution and Section 6 Article 2 of the Labor[Trade] Union Act, industrial action have excluded the possibility that there can be criminalize. In this case, Article 4 of the Labor[Trade] Union Act has to interpret in Labor Law relationships. Because Labor Law provides guidelines on how to punish violators of offense.

Keywords: industrial action, crime of the forcible obstruction of business, exemption from criminal responsibility, prohibition of right to collective action, article 4 of the Labor[Trade] Union Act

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

