

연구보고서  
2023-13

# 쟁의행위와 형사책임

- 노조법상 쟁의행위 처벌 규정을 중심으로 -

김근주 · 남궁준 · 박제성 · 박태우



# 목 차

요 약 .....	i
제1장 서 론 .....	(김근주) 1
제1절 연구의 배경 .....	1
제2절 연구의 목적과 범위 .....	2
1. 선행연구 분석 .....	2
2. 연구의 목적과 범위 .....	5
제2장 노조법상 쟁의행위 처벌 규정의 검토 (김근주 · 박태우) .....	8
제1절 쟁의행위의 주제 .....	8
1. 노동조합에 의해 주도되지 아니한 쟁의행위 금지 (법 제37조 제2항) .....	8
2. 주요방위사업체 종사자의 쟁의행위 금지(법 제41조 제2항) .....	12
3. 필수유지업무의 정당한 운영 방해 금지(법 제42조의2) .....	17
제2절 쟁의행위의 방식 .....	20
1. 폭력이나 파괴행위 또는 주요업무시설의 점거 금지(법 제42조) .....	20
2. 안전보호시설에 대한 쟁의행위 금지(법 제42조) .....	30
3. 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하는 자의 업무방해 금지 및 피케팅에서의 폭행 · 협박 금지(법 제38조) .....	37
4. 작업시설의 손상이나 원료 · 제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 직업의 정상 수행 위반(법 제38조 제2항) .....	42
제3절 쟁의행위의 목적 .....	45
1. 쟁의행위 기간 중 임금지급 요구 금지(법 제44조) .....	45

제4절 쟁의행위의 절차 .....	47
1. 쟁의행위와 조합원 찬반투표(법 제41조) .....	47
2. 조정절차를 거치지 아니한 쟁의행위 금지(법 제45조) .....	54
3. 중재회부 시 15일간 쟁의행위 금지(법 제63조) .....	58
4. 긴급조정 시의 쟁의행위 금지(법 제77조) .....	61
제5절 노조법상 쟁의행위 처벌 규정의 타당성 .....	65
1. 쟁의행위 처벌 규정의 보호법의 검토 .....	65
2. 일반 형법이 아닌 노조법 적용의 필요성 .....	69
 제3장 쟁의행위와 형사책임에 대한 국제(노동)기준 (남궁준) .....	73
제1절 서 론 .....	73
제2절 쟁의행위 관련 국제노동기준의 국제법적 근거의 존부 .....	74
1. 쟁의행위 일반론: 법적 개념과 성질의 국제비교 .....	74
2. ILO, 국제노동기준, 파업권의 인정 .....	77
제3절 결사의 자유 원리와 강제노동 금지의 관점에서 바라본 쟁의행위와 형사책임 .....	81
1. 결사의 자유 원리의 관점에서 본 쟁의행위와 형사책임 문제 ...	81
2. 강제노동금지의 관점에서 본 쟁의행위와 형사책임 문제 .....	88
 제4장 쟁의행위와 형사책임 구조론: 노동법의 기능 측면에서의 쟁의행위와 형사책임 ..... (박제성) .....	90
제1절 노동법 개념의 변화·발전 .....	90
1. 노동입법사를 통해서 본 노동법의 변화·발전 .....	90
2. 근로자보호법에서 노동시장 준거법으로의 변화·발전 .....	91
3. 파업 관련 판례 법리의 시대착오 .....	94
제2절 쟁의행위 개념의 변화·발전 .....	98
1. 2020년 대법원 전원합의체 판결의 의의 .....	98
2. 쟁의행위 정당성 법리에서 파업권 남용의 법리로 .....	99
3. 권리남용법리에 따른 구체적 해석론 .....	102

4. 평화적 쟁의론 .....	104
제3절 노동법에서 형사책임 개념의 변화·발전 .....	105
1. 형법적 개입의 최소화 원칙 .....	105
2. 부작위의 비범죄화 원칙 .....	106
3. 공모공동정범 법리에서 자기책임 원칙으로 .....	109
제5장 결 론 .....	(김근주·박제성) 116
참고문헌 .....	120



## 요 약

파업이 사회적으로 미치는 파장을 고려할 때, ‘현실적’으로 파업이 발생하지 않는 것은 노사 모두에게 이익이 되는 것은 분명하다. 그럼에도 불구하고, 헌법을 비롯한 노동관계법령에서 파업권을 근로자의 권리로 서 보호하는 것은, 집단적 노동권에서의 유일한 대(對) 사용자 주장 관철 대응수단인 쟁의행위가 보장될 때 노사 간의 대등한 교섭이 유지되기 때문이다. 이러한 점은 노동법이란 개념이 형성되어 온 근대 유럽에서부터 지금까지 지속적으로 확인하고 있는, 노동법상의 하나의 대전제이다.

노조법상 근로자·노동조합의 쟁의행위와 관련한 처벌 규정은 모두 12개로 나타난다. 1953년 구 「노동쟁의조정법」이 제정될 당시만 하더라도 벌칙규정은 6개에 그쳤고, 법정형 역시 6월 이하의 징역 또는 5천 원 이하의 벌금에 그쳤으나, 박정희·전두환 군사정권을 거치면서 처벌 조항의 종류와 법정형이 증가했다. 이른바 ‘문민정부’에서도 처벌조항 4개가 신설되었다.

12개에 달하는 처벌조항은 “헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함”을 목적으로 하는 노조법의 목적과는 거리가 있어 보인다. 물론 노조법이 “노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함”도 분명한 목적에 해당하므로 근로자·노동조합에 대한 노조법에 의한 처벌이 불가능한 것은 아니지만, 사용자 처벌조항은 3개(제81조 제1항, 제46조 제1항, 제43조)에 그치며 법정형 역시 상대적으로 낮은 점을 고려할 필요가 있다.

근로자·노동조합의 쟁의행위 처벌조항을 쟁의행위 정당성 판단기준에 따라 나눠보면, 주체적 측면 3개(제41조 제2항, 제37조 제2항, 제42

조의2 제2항), 쟁의행위 목적적 측면 1개(제44조 제2항), 쟁의행위의 행위적 측면 4개(제38조 제1항·제2항, 제42조 제1항·제2항), 절차적 측면 4개(제41조 제1항, 제45조 제2항, 제63조, 제77조)로 나타난다.

각 처벌조항의 보호법익은 크게 국가안전보장(제41조 제2항), 사람의 생명·신체의 안전(제42조 제2항, 제42조의2 제2항)과 같이 쟁의행위로 인해 미칠 수 있는 국가·사회의 손해를 보호법익으로 하는 조항이 3개, 사용자의 재산권·영업활동의 자유를 보호법익으로 하는 조항(제38조 제1항·제2항, 제42조 제1항, 제44조 제2항)이 4개로 나타난다. 쟁의행위의 절차와 관련한 처벌조항 4개(제41조 제1항, 제45조 제2항, 제63조, 제77조)와 제37조 제2항의 처벌 규정은 노사관계에서의 근로자·노동조합의 ‘신의성실의 원칙’을 보호법익으로 한다 할 수 있을 것이다.

그러나 이러한 법익침해는 쟁의행위 또는 그에 부수되는 행위가 사용자의 업무를 방해하거나 방해할 위험이 있다는 전제가 필수적이라는 특징이 있다. 이러한 차원에서 각 처벌조항의 보호법익에는 사용자의 ‘업무’도 포함된다고 할 수 있다.

그렇다면 형법상 업무방해죄와 노조법 위반죄와의 관계도 문제가 될 수 있다. 노조법상 쟁의행위 처벌조항의 보호법익·구성요건과 업무방해죄와의 보호법익·구성요건을 검토해 흡수 내지 특별관계로 볼 여지가 있는 경우, 해당 행위는 형법이 아닌 노조법을 적용해 처벌하는 것이 타당하다 판단된다.

국내법상 정당성을 결여한 혹은 위법한 쟁의행위임을 이유로 부과되는 형벌의 문제는 헌법 이하 국내법 질서의 관점에서도 체계정합성, 일관성, 당벌성, 실효성 등 다양한 측면에서 논의할 만한 대상이다. 동시에 국제법적 차원에서도 이 장에서 살펴보았듯 특히 ILO와의 관계에서 우리가 부담하는 다양한 국제법상 의무, 즉 ILO 헌장상 결사의 자유 원리를 존중할 의무와 관련 기본협약인 제87호, 제98호, 제29호, 제105호 협약을 준수할 의무를 위반할 수 있다는 리스크가 있다. 리스크는 이에 그치지 않는다. 얼마 전 ‘화물연대 사건’이나 ‘건설노조 사건’이 결사의 자유 위원회에 진정 제기된 것과 관련해 한-미 자유무역협정 제19장(노동)

에 따른 절차를 미국 측이 요청한바, 다른 종류의 국제분쟁 리스크를 증대할 수도 있다. 미국, 유럽연합 등 기타 여러 국가와 자유무역협정을 체결하고 있고 그중 상당수가 노동 관련 의무규정을 두고 있으며 그것이 ILO 선언이나 협약 등을 인용하고 있다는 점을 감안하면 ILO와의 국제법적 의무와 책임 문제는 언제든 다른 국제법적 의무와 책임의 문제로 확산될 수 있음을 함께 유념해야 한다.

노동법의 개념은 먼저 질서유지법에서 근로자보호법으로 변화·발전했으며, 이어서 근로자보호법에서 노동시장 준거법으로 변화·발전했다. 하지만 한국의 현실은 역행하는 모습도 보이고 있다. 특히 파업에 관한 판례 법리는 노동법의 현대적 변화·발전의 의미를 역행하고 있는 듯한데, 왜냐하면 자본주의 초기의 단결 금지 법리를 재현하고 있을 뿐만 아니라, 2000년대 이후에는 심지어 이를 심화시켰다고 할 수 있기 때문이다.

노동법 개념의 현대적 변화·발전에 조용하여 쟁의행위 개념의 현대적 변화·발전의 필요성을 논하기 위해서는, 우선 2020년 대법원 전원합의체 판결을 주목해야 한다. 전국교직원노동조합의 법적 지위를 둘러싼 오랜 논쟁에 종지부를 찍으면서, 대법원 전원합의체는 노동3권을 구체적 권리로 해석했다. 이에 따르면, “노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다.”<sup>1)</sup>

단체행동권이 구체적 권리성을 갖는다는 것은, 근로자들의 단체행동에 대해서는, 특히 순수한 부작위로 정의되는 파업에 대해서는 다른 헌법상 기본권과 마찬가지로 일반적인 기본권 제한 법리와 그것이 허용하는 범위 내에서의 법률적 제한 외에 별도의 추가적인 법적 규제가 부과되지 않는다는 의미이다. 즉, 파업은 기본권의 행사로서 별도의 남용이 없는 한, 원칙상 그 자체로 적법하다는 의미이다.

이를 위해서는 현대 형법에서 형사책임 개념의 변화·발전을 노동법

1) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

적으로 수용할 필요성이 있다. 형법적 개입의 최소화 원칙이 그것이다. 이것은 두 가지 내용을 갖는다. 첫째, 형법의 보충성 원칙이다. 이것은 형법의 입법·해석·적용에서 과잉도덕화·과잉범죄화·과잉형벌화를 지양해야 한다는 것을 의미한다. 둘째, 헌법적 형법의 원칙이다. 이것은 형법을 입법·해석·적용함에 있어서 헌법정신이 속속들이 관철되어야 한다는 것을 의미한다.

파업권을 헌법상 기본권으로 인정한다는 것은 두 가지 규범적 의미를 갖는다. 첫째, 근로계약상 약정된 근로의 제공을 거부하는 개별 근로자의 행위를 채무불이행으로 간주하지 않겠다는 것이다. 둘째, 근로제공의 거부를 공모하는 행위, 즉 집단적 노무제공의 거부를, 그것이 작위이든 부작위이든 막론하고, 형법적으로 처벌하지 않겠다는 것이다. 그럼에도 불구하고 쟁의행위/파업 자체를 형법상 범죄로 처벌하려는 태도는 형법을 노사문제 해결의 최후수단이 아니라 최우선 수단으로 사용하는 것으로서, 형법의 보충성 원칙과 헌법적 형법의 원칙에 반하는 결과를 초래할 수밖에 없다.

## 제 1 장 서 론

### 제1절 연구의 배경

「노동조합 및 노동관계조정법」은 제3조에서 “사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다”라고 규정하여 정당한 쟁의행위의 민사책임 면책 문제를 규정하는 한편, “형법 제20조(정당행위)의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조(노동조합법의 ‘목적’)를 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다.”라고 규정하여 형사책임의 면책 문제를 규정하고 있다.

흔히 파업이라고 하는 쟁의행위는 노동조합이 할 수 있는 가장 효과적이고 강력한 대(對) 사용자 압박 수단이다. 쌍용차 파업 사태에서 알 수 있듯이, 쟁의행위는 사업장은 물론 근로자들에게 미치는 영향이 막대하며, 이를 미연에 방지하는 것이 ‘건전한 노사관계’ 또는 ‘합리적인 노사관계’로 인식되는 것도 사실이다.

그러나 쟁의행위라는 ‘실질적 행위’를 규범적으로 보면, 헌법이 보장하는 노동3권의 행사로서, 근로자들의 기본권 행사가 된다. 이처럼 기본권의 행사임에도 불구하고 쟁의행위에 관한 일종의 ‘회피’ 인식은, 권리로서의 쟁의행위와 사실로서 파업의 규율 간 ‘간극’을 발생시킬 수 있다.

쟁의행위와 형사책임이 주로 ‘업무방해죄’와 관련하여 쟁의행위의 정당성을 중심으로 논의되어 왔지만, 사실 「노동조합 및 노동관계조정법」 전반에는 쟁의행위의 절차와 내용, 태양에 관한 다양한 금지 규정들이 존재한다. 이러한 규정들은 노동쟁의를 예방·해결하는 목적과 더불어 행위금지 규범으로 역할을 한다. 노동현실에서 이러한 규정들의 적용이 빈번하게 발생하고 있지는 않지만, 규범으로서 쟁의행위에 관한 처벌 규정들이 존재한다는 것은 「노동조합 및 노동관계조정법」이 쟁의행위를 어떻게 인식하고 있는지에 관한 현주소를 나타내는 것이라고 할 수 있다.

2023년 11월 현재 국회에서는 소위 ‘노란봉투법’의 처리를 둘러싼 국회의 논의가 진행되고 있다. 쟁의행위 및 노동3권 보장과 관련하여, 쟁의행위의 민사책임에 관한 ‘책임 범위 제한’을 주요 내용으로 하는 노란봉투법을 검토하는 것이 하나의 축이라면, 다른 한 축은 형법상 ‘위력에 의한 업무방해죄’ 적용과 함께 「노동조합 및 노동관계조정법」상 쟁의행위 처벌 규정의 재조명이라 할 것이다.

## 제2절 연구의 목적과 범위

### 1. 선행연구 분석

쟁의행위와 책임에 관한 선행연구들은 민사책임과 형사책임, 그리고 징계책임으로 3분하여 검토하는 연구들이 주를 이루고 있다. 이 가운데 이 보고서의 주제인 형사책임에 한정하여 살펴보면, 선행연구들은 일반 형법상의 업무방해죄를 중심으로, 적용 필요성이나 해석적·입법적 변경 가능성에 주목하는 연구들이 주를 이루고 있다. 한편 이러한 법적 연구들은 하급심 판결을 비롯한 대법원 판결의 경향이나 주요 판결의 법리 등을 비교 분석하는 연구 방법을 활용하는 경향이 나타난다. 이는 쟁의행위에 따른 형사책임은 종국적으로 법원의 판단을 받을 수밖에 없고, 판례의 법리는 관련 당사자에게 법률행위의 해석이나 기준으로 기능하는 등 영향을 미치기 때문

일 것으로 판단된다. 관련한 선행연구는 다음과 같다.

김규림·이재강(2013)<sup>1)</sup>은 헌법 제33조 제1항에 기반을 두고 있는 쟁의행위에 대하여 형사책임을 묻는 것이 타당한지에 대하여, 몇 가지 문제점이 있지만 정당성이 없는 쟁의행위에 대하여 위력에 의한 업무방해죄를 적용하는 것은 불가피하다고 보았다.<sup>2)</sup>

김봉수(2014)<sup>3)</sup>는 쟁의행위는 헌법이 기본권(단체행동권)의 지위에서 보장하고 있다는 점에서 여타의 집단행동과 구별되고, 따라서 이에 대한 규범적 통제와 처벌을 위해서는 관련 규범들 간의 관계 정립과 그에 따른 적용영역 및 순서 등의 합리적 배분이 필요하다는 시각에서, 쟁의행위에 대해 ‘업무방해죄’를 적용해 온 종래 대법원 판례 및 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결을 비교하고, 대법원 전원합의체 판결의 의미와 한계를 형법이론적인 관점에서 재조명하고자 하였다.<sup>4)</sup>

- 
- 1) 김규림·이재강(2013), 「쟁의행위에 대한 업무방해죄의 적용 가능성 : 단순한 노무제공 거부의 사안을 중심으로」, 『저스티스』 137, 한국법학원, pp.334-380.
  - 2) 다만 위력에 의한 업무방해죄가 그동안 구성요건의 본래적 의미를 넘어 지나치게 확대 적용되어 온 측면에 있어 구성요건 해당성과 위법성의 양 측면에서 위력에 의한 업무방해죄가 쟁의행위의 영역에서 적용되는 범위를 축소하여야 한다고 하였다. 쟁의행위 영역에서 위력에 의한 업무방해죄의 적용 범위를 제한·축소하기 위하여 ① 단순한 노무제공의 거부는 결국 ‘부작위’로 해석할 수밖에 없고 이에 따라 ‘부작위범’의 일반이론에 비추어 쟁의행위에 있어서 근로자의 ‘보증인적 지위’를 새롭게 정립하여야 한다는 점, ② 위력에 의한 업무방해죄는 추상적 위험범이 아닌 침해범으로 해석되어야 한다는 점, ③ 「노동조합법」의 각 규정과는 별도로 헌법 제33조 제1항의 취지를 고려하여 형법 제20조의 ‘정당행위’ 해당 여부를 판단하여야 한다고 주장하고 있다.
  - 3) 김봉수(2014), 「쟁의행위와 형사책임 - 형법상 업무방해죄의 적용 필요성 및 가능성에 대한 비판적 검토」, 『법학논총』 34(1), 전남대학교 법학연구소, pp.87-111.
  - 4) 이 연구에서는 헌법상 기본권인 단체행동권에 기초한 ‘쟁의행위’라는 규율대상적 특수성과 사적 자치원칙이 적용되는 노사관계에 대한 규범적 개입이라는 상황적 특수성을 고려했을 때, 「노동조합법」상 처벌 규정 이외에 형법 제314조가 추가적으로 적용되기 위해서는 「형법」 제314조와 「노동조합법」상 벌칙규정의 보호법익이 서로 다르다거나 「노동조합법」상의 벌칙규정으로는 담보되지 않는 불법이 존재하여 처벌의 공백이 발생한다는 등의 논증이 추가적으로 필요하다는 전제하에서, 현행과 같이 형벌을 내용으로 하는 「노동조합법」상 벌칙 규정에 의해 ‘위법한’ 쟁의행위에 대한 형사법적 수준의 처벌이 이미 확보되어 있는 이상, 재차 형법상 업무방해죄를 적용하는 현재의 실무적 관행은 이중처벌 금지 원칙 및 형법의 명확성 내지 보충성 법리에 비추어 타당하지 않다고 판단되며, 따라서 특성화된 준거 법률인 「노동조합법」에 의해서 쟁의행위의 적법성 및 위법행위에 대

장승혁(2020)<sup>5)</sup>은 판례가 직장점거에 대해 부분적, 병존적인 직장점거의 정당성을 인정하고 있지만, 이는 구(舊)법상 사업장 이외의 쟁의행위가 금지된 상황에서 제한적으로 직장점거의 정당성을 인정하기 위하여 제시된 이론일 뿐만 아니라 전면적, 부분적 점거를 구별할 객관적인 기준이 없고, 「노동조합법」상 직장점거에 관한 규율과도 일치하지 않는다는 점을 지적하였다.<sup>6)</sup>

한편 국제기구의 규범 내지 비교법적 관점에서, 쟁의행위와 형사책임을 검토하는 연구도 일부 수행되어 왔다.

김근주(2017)<sup>7)</sup>는 ILO 강제노동에 관한 협약들의 비준 논의에 있어 쟁점이 될 수 있는 사항을 검토하면서, 파업에 관한 다양한 형사처벌 규정들의 재검토가 이루어져야 한다고 주장하였다. 현재 파업에 대한 금지 규정은 노동관계법령 전반에 퍼져 있고, 제재의 주된 수단은 징역형 등의 형사처벌에 집중되어 있는데, 파업에 대한 책임은 징계책임 등 다양한 방식으로 제기될 수 있음에도 불구하고, 이를 주로 형사 범죄로 처벌하고자 하는 것은 노사관계에 대한 국가권위적 접근일 뿐 아니라 형사처벌의 최후수단성이라는 형법상의 원칙에 비추어 볼 때에도 허용되지 않는다는 점을 지적하고 있다.

---

한 법적 처리가 이루어지는 것이 바람직하다고 주장하고 있다.

- 5) 장승혁(2020), 「직장점거에 의한 쟁의행위의 허용 범위와 형사책임」, 『노동법연구』 48, 서울대학교 노동법연구회, pp.177-209.
- 6) 따라서 「노동조합법」상 직장점거에 관한 규율이 가장 합리적이고 효과적인 것이 아니라 하더라도 관련 조항을 위헌적인 것으로 볼 수 없는 이상 「노동조합법」에 근거하여 직장점거의 허용 범위를 설정하는 해석론을 전개할 필요가 있다는 점을 지적하였다. 이에 대해 사용자의 조업의 자유나 시설관리권 보장의 차원에서 주요 시설을 점거하는 것은 원칙적으로 허용되지 않지만, 부수시설에서는 파업 근로자의 단체행동권이 우선하므로 부수시설의 교환가치에 대한 중대한 훼손이 발생하는 등 특별한 사정이 없는 한 전면적, 배타적인 점거도 허용되는 것으로 해석하여야 한다고 주장하고 있다. 쟁의행위에 들어가 직장점거가 실제로 일어나는 경우 업무방해죄나 폭처법 위반(공동주거책임) 죄의 형사책임이 문제되는 경우 「노동조합법」 벌칙조항이 우선하여 적용되고 형법이 개입할 필요가 없다는 점에서, 법원의 공소장 변경 유도와 검사가 이에 응하지 않을 경우 업무방해죄 등이 「노동조합법」 위반죄에 흡수되어 별개로 성립하지 않는다는 이유의 무죄판결을 하는 방향으로 직장점거에 대한 과잉처벌을 억제하여야 한다고 주장하고 있다.
- 7) 김근주(2017), 「강제노동에 관한 핵심협약 비준 논의의 쟁점」, 『노동리뷰』 11월호, 한국노동연구원, pp.27-43.

이 외에도 미국의 위법 쟁의행위에 대한 민·형사상 책임에 관한 사항을 소개한 신동윤(2017)의 글이나,<sup>8)</sup> 이탈리아 관련 규정을 개관한 신수정(2018)<sup>10)</sup>의 글<sup>11)</sup>도 선행연구로서 참고할 만하다.

이상의 선행연구들을 살펴보면, 쟁의행위의 형사책임에 대해 주로 형법상의 업무방해죄 적용을 둘러싼 총론적인 논의가 주를 이루고 있으며, 「노동조합 및 노동쟁의조정법」상 쟁의행위 처벌 규정의 종합적인 검토는 이루어지지 않은 것으로 판단된다.

## 2. 연구의 목적과 범위

이 연구는 「노동조합 및 노동관계조정법」상 쟁의행위를 둘러싼 처벌 규

- 
- 8) 신동윤(2017), 「미국의 위법 쟁의행위에 대한 민·형사상 책임」, 『노동법학』 62, 한국노동법학회, pp.25-55.
- 9) 이 글에서는 미국에서의 파업 위법성 여부는 전국노사관계위원회가 제시하고 있는 파업의 목적, 시기의 적절성, 파업자의 행위에 따라 판단하고 있고, 「전국노사관계법」 제8조(b)에 규정되어 있는 부당노동행위를 위반한 경우 그 쟁의행위는 위법한 것으로 판단되며, 따라서 노동조합 또는 개별 근로자는 위법 쟁의행위에 대해 민사상 책임(금지명령, 손해배상, 징계처분)과 형사상 책임(벌금, 금고형)을 부담하고 있다고 설명하고 있다. 전국노사관계위원회의 금지명령을 통해 위법한 쟁의행위에 대해 신속하게 대처할 수 있다는 점과 위법 쟁의행위에 대해 형사상으로 대처할 수 있는 RICO법 및 흡스법과 같은 독자적인 법을 제정하여 위법한 쟁의행위에 적용하고 있는 점을 고려하여, 한국에서도 쟁의행위에 대한 민·형사상 책임을 판단할 수 있는 제도 및 정책방안이 도입되어야 함을 주장하고 있다.
- 10) 신수정(2018), 「이탈리아에서 쟁의행위의 형사책임에 대한 위헌 결정」, 『노동법학』 67, 한국노동법학회, pp.119-139.
- 11) 한국에서 파업은 정당성이 있어야 비로소 면책을 받을 수 있다고 하는 법률적 구조를 가지고 있기 때문에 정당성의 범위가 중요한 의미를 갖으며, 파업의 정당성이 인정되는 범위는 헌법에서 노동3권을 보장하고 있는 것에 비하여 엄격하고 협소하다는 점을 지적하면서, 현재 이탈리아에서 경제적 파업에 대한 처벌을 규정하고 있던 「형법」 제502조를 삭제, 정치적 파업에 대해서는 「형법」 제503조의 합헌적 해석을 통해 원칙적으로 형벌 적용을 금지하여 경제적 파업이 형벌의 대상이 되지 않는 것은 물론이고, 정치적 파업도 헌법질서의 파괴나 합법적인 권력의 자유로운 행사 방해를 목적으로 하지 않으면 형벌의 대상이 되지 않는다는 것을 소개하고 있다. 다만, 이탈리아와 한국의 형법 및 노동법의 구조나 체계가 다르기 때문에 단순 비교나 무비판적으로 수용하자는 것이 아닌, 헌법이 보장하고 있는 노동3권의 취지, 입법 목적에 맞는 법해석의 필요성을 강조하고 있다.

정들을 살펴보고, 이 법적 타당성을 검토하고자 한다. 이 때의 법적 타당성이란, 목적이 정당하고 수단이 타당하며, 현실적으로 작용할 수 있는 실효성 있는 제도인지 여부를 의미한다. 이를 위하여 쟁의행위에 관한 규율의 법이론적 검토와 함께 국제기준으로서의 논의를 거쳐 해당 규정들의 개별적 목적 및 타당성을 검토하는 방식으로 연구를 진행하였다.

제2장에서는 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 노조법)상 쟁의행위에 관한 형사처벌 규정들을 분석하였다. 노조법상 쟁의행위 형사처벌 규정들은 다양하게 산재하여 있다. 이를 범주화하는 방식은 다양할 수 있는데, 평면적인 방식(조문의 순서, 형량에 따른 경중 등)으로 재구성하는 대신 쟁의행위의 정당성 판단 구조와 마찬가지로 ① 쟁의행위의 주체, ② 쟁의행위의 방식, ③ 쟁의행위의 목적 ④ 쟁의행위의 절차로 범주화하였다.<sup>12)</sup> 그리고 각 금지 규정에 대하여 연혁과 입법취지, 보호법익 및 사법(司法)적 논점(관련 판례)을 분석하는 방식으로 연구를 정리하였다. 그리고 마지막으로 노조법상 쟁의행위 처벌 규정의 타당성을 판단하는 법적 기준들을 제시하고 있다.

제3장에서는 제2장 및 제4장의 논의에 국제적 공간감을 더해 우리 법률 규정과 집행실무의 현재 위치를 살피고 본 연구의 제안이 가리키는 방향을 객관적으로 점검하고자 한다. 아울러 현 상황과 주장이 갖는 국제법적 함의를 짚어본다. 이를 위해 먼저 쟁의행위에 대한 합의된 국제기준이 존재하는지를 먼저 살펴보는 데, 이는 지난 2012년 이래 본격화되고 지금까지도 계속되었던 파업권이 「결사의 자유와 단결권 보호 협약(제87호)」으로부터 해석상 도출될 수 있는지에 대해 2023년 11월 14일 ILO 이사회가 국제사법재판소에 판단을 위탁한 사건을 중심으로 소개한다. 이어서 기존의 ILO 이행감독기관이 판정례를 통해 형성해 온 ‘법리’에 근거해, 쟁의행위로 인한 형사책임 발생의 조건을 검토한다. 결사의 자유 및 강제노동 금지 관점에서의 분석이 그 핵심 내용이다. 마지막으로 ILO 관련 이상의 논의에서 쟁의행위권 보장과 관련해 ILO 외 국제법적 의무와의 연계를 지적한다.

제4장에서는 쟁의행위와 형사책임의 구조에 관한 근본적인 문제들을 검

12) 필수유지업무의 경우 행위태양에 관련된 것인지, 아니면 주체에 관련된 것인지 논란의 여지가 있을 수 있으나, 필수유지업무제도 도입 연혁을 고려할 때 주체로 분류하는 것이 타당하다고 판단된다.

토하면서, 쟁의행위를 바라보는 법적 관점에 관해 고찰한다. 구체적으로 노동입법사를 통해 헌법상 보장되는 기본권인 쟁의행위를 판단하는 구조(형법상 업무방해죄의 적용) 자체의 문제점을 지적하는 한편, 최근의 판례 흐름을 분석하면서 ‘쟁의행위의 정당성 법리에서 파업권 남용의 법리’로 전환되는 해석론을 서술한다. 그리고 마지막으로 노동법에서의 형사개입의 최소화 원칙을 바탕으로 ‘부작위의 비범죄화’, ‘자기책임의 원칙’에 충실한 노조법상의 해석론을 제시한다.

## 제 2 장

### 노조법상 쟁의행위 처벌 규정의 검토

#### 제1절 쟁의행위의 주체

##### 1. 노동조합에 의해 주도되지 아니한 쟁의행위 금지(법 제37조 제2항)

###### 가. 관련 규정

###### 제37조(쟁의행위의 기본원칙)

② 조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니 된다.

###### 제89조(벌칙)

다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제37조 제2항, 제38조 제1항, 제42조 제1항 또는 제42조의2 제2항의 규정에 위반한 자

###### 나. 제 · 개정 연혁

- 노조법 법률 제5310호 1997. 3. 13., 제정 : 신설(현행)

## 다. 입법취지 및 보호법익

일부 조합원이 노동조합의 결의 없이 또는 노동조합의 지시에 반하여 쟁의행위를 하는 이른바 ‘비공인 파업’을 금지하기 규정이다.

해당 규정은 구 「노동쟁의조정법」에는 존재하지 않다가, 1996. 12. 31. 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 노조법)<sup>13)</sup>이 법률 제5244호로 제정되면서 신설됐다. 노조법은 1996년 대통령 소속으로 노·사·전문가(공익위원)가 참여한 ‘노사관계개혁위원회’(이하 노개위)에서 제정이 논의됐다. 정부는 노개위에서 논의된 내용 등을 바탕으로 노동관계법 개정안을 만들어 국회에 제출하였는데, 여당은 야당의 반대 속에 1996. 12. 26. 본회의에서 이른바 ‘날치기’ 통과시켰다. 이후 여야는 통과된 법률을 폐지한 후 재논의하기로 하였고, 이에 따라 노조법은 1997. 3. 13. 법률 제5306호가 폐지된 뒤, 제5310호로 다시 제정됐다.

법률 제5310호에는 해당 규정의 입법 취지에 관한 구체적 내용은 적혀 있지 않다. 다만, 법률 제5244호의 제안 이유에는 “노동조합의 쟁의행위는 그 목적·방법 및 절차에 있어서 법령, 기타 사회질서에 위반되어서는 아니 되도록 하는 등 쟁의행위의 기본원칙과 노동조합의 준수사항을 정함”이라는 내용이 포함돼 있다. 해당 조항이 위치한 제37조의 제목이 ‘쟁의행위의 기본원칙’인 만큼, ‘비공인 파업’ 금지를 쟁의행위의 기본원칙으로 천명한 규정으로 풀이된다.

구체적인 입법 배경을 확인하기 위해 노개위 논의과정을 살펴보면, 해당 규정은 노개위의 노·사·공익위원 가운데 공익위원이 제안한 것으로 파악된다. 구체적으로 “기타 일정한 쟁의행위 제한규정을 신설하여 교섭에 응하지 않아도 되는 사항에 대한 쟁의행위와 비공인 파업에 대한 금지규정을 명문화하고, 쟁의행위가 적법하게 수행될 수 있도록 노동조합의 지도·감독 책임을 명시하며 피케팅 규정을 다음과 같이 신설하도록 한다”<sup>14)</sup>는 것이다.

13) 이 글에서는 1997년 제정돼 개정을 거쳐 현재까지 시행되고 있는 「노동조합 및 노동관계조정법」을 약칭할 때는 ‘노조법’으로, 노조법 제정으로 폐지된 구 「노동조합법」은 ‘노동조합법’으로 지칭한다.

14) 노사관계개혁위원회(1997), 『노사관계 개혁백서』, p.173.

해당 규정 신설에 대해 노동계의 반발이 있었으나, “노동조합의 승인 없이 지부나 조합원에 의하여 주도되는 비공인 파업 금지규정을 신설하여 노조의 통제 없는 무분별한 쟁의행위를 방지함”<sup>15)</sup>을 목적으로 해당 규정과 동일한 내용으로 입법하기로 합의에 이르렀다.

입법과정에서의 이같은 배경을 종합하면, 해당 규정은 종래 일부 조합원 집단이 노동조합의 승인 없이 또는 그 지시에 반하여 쟁의행위를 한 경우의 정당성을 부정해 온 판례의 입장<sup>16)</sup>을 입법적으로 수용해 쟁의행위가 무분별하게 발생하는 것을 막기 위해 제정된 것으로 보인다. 비공인 파업을 정당하다고 보는 것은 사용자에게 조합원 일부와의 교섭을 강제하는 결과가 되고, 이는 노동조합과 성실하게 교섭할 의무와 모순될 뿐만 아니라 비공인 파업이 노동조합의 사명을 무시하고 다른 조합원의 단결권 내지 생존권을 침해하므로 정당성을 갖기 어렵다는 취지다.<sup>17)</sup>

비공인 파업은 노조법이 정하는, 사용자와의 단체교섭 내지는 조정전치 등의 절차를 거치지 않고 진행될 가능성이 높다. 그만큼 사용자로서는 파업이 진행될 것이라 예측하지 못한 상태에서 파업을 감당해야 할 여지가 크다. 사용자로서는 애써 노동조합과 단체교섭을 진행해 왔는데도 노동조합 내부 내지는 근로자들의 의견 차이로 근로자들의 파업이 발생할 수 있고, 이는 사용자의 수인 한도를 넘어서는 것일 수 있다. 이러한 태도로 해당 규정을 이해한다면, 노동관계 양 당사자가 신뢰 의무를 위반해 파업으로 나아가 발생할 수 있는 사용자의 손해를 예방하는 것이 해당 조항의 취지인 것으로 판단된다.

한편, 아울러 법이 해당 규정을 적용받는 사람을 ‘근로자’가 아니라 ‘조합원’으로 규정하였으므로, 해당 규정은 이미 조직된 노동조합에서 소수 조합원들이 노동조합의 주도 없이 행하는 비공인 파업을 규제하기 위한 규정으로 봐야 할 것이다. 노조법 제38조 제3항이 “노동조합은 쟁의행위가 적법하게 수행될 수 있도록 지도·관리·통제할 책임이 있다”라고 규정하고, 제41

15) 노사관계개혁위원회(1997), 『노사관계 개혁백서』, p.538.

16) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99두5740 판결; 대법원 1995. 10. 12. 선고 95도 1016 판결 등.

17) 임종률(2019), 『노동법(제17판)』, 박영사, pp.241-242.

조 제1항이 “노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다”라고 규정하므로, 노동조합의 지도·관리·통제를 벗어난 쟁의행위를 방지할 목적의 규정으로 해석하는 것이 타당하다.

근로자의 단결체 중에서 아직 노동조합의 단계에까지 이르지 못한 일시적인 교섭단체를 뜻하는 ‘일시적 쟁의단’이나 노조법이 정한 실질적 요건은 갖추었으나 형식적 요건을 갖추지 못한 근로자단체인 ‘법외노조’가 벌이는 파업의 정당성도 문제가 될 수 있다. 이와 관련해, 노동조합이 아닌 단체는 협약체결 능력이 없으므로 그러한 단체나 조직에 의하여 주도된 쟁의행위는 정당성을 가질 수 없다는 견해가 있다. 그러나 미조직 근로자의 쟁의단도 단체협약의 주체는 될 수 없지만 단체교섭의 주체는 될 수 있으므로 쟁의단이 주도하는 파업도 정당성을 가질 수 있을 뿐만 아니라, 헌법상 쟁의권은 원래 근로자 개인에게 보장된 기본권이기 때문에 쟁의행위의 정당한 주체가 될 수 있다<sup>18)</sup>는 점에서 일시적 쟁의단이나 법외노조의 쟁의행위도 가능하다 봐야 할 것이다.

## 라. 관련 판례

해당 조항이 신설되기 이전의 판례로, 대법원 1995. 10. 12. 선고 95도 1016 판결은 “노동조합이 결성된 사업장에 있어서의 쟁의행위가 형사상 책임이 면제되는 정당행위가 되기 위하여는 반드시 그 쟁의행위의 주체가 단체교섭이나 단체협약을 체결할 능력이 있는 노동조합일 것이 요구된다 할 것이므로 일부 조합원의 집단이 노동조합의 승인 없이 또는 그 지시에 반하여 쟁의행위를 하는 경우에는 형사상 책임이 면제될 수 없다”는 판시가 있다.

비공인 파업은 벌칙조항에 의해 곧바로 형사처벌의 대상이 되며, 판례는 비공인 파업이 업무방해죄 적용의 대상이 된다고 판단한다. 대법원 2008. 1. 18. 선고 2007도1557 판결은 “피고인들이 주도하는 비상대책위원회가

18) 임종률(2019), 『노동법(제17판)』, 박영사, p.241.

2005. 5. 11. 이후에 실시한 파업은 전국민주버스노동조합 장흥교통지부의 적법한 대표자를 배제하고 사용자에 대하여 아무런 통지를 하지 아니하는 등 적법한 절차를 준수하지 아니한 것이며, 그 당시 비상대책위원회가 요구 조건으로 내세운 회사 대표자의 형사처벌 및 퇴진이나 군내버스의 완전공영제 등은 노사 간에 자치적으로 해결할 수 있는 사항이라고 할 수 없으므로, 위와 같은 피고인들의 파업행위가 정당행위의 요건을 구비하였다고 볼 수 없다고 판단하였는바, 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 사실인정과 판단은 정당하다고 판시하였다.

## 2. 주요방위사업체 종사자의 쟁의행위 금지(법 제41조 제2항)

### 가. 관련 규정

#### 제41조(쟁의행위의 제한과 금지)

② 「방위사업법」에 의하여 지정된 주요방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없으며 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자의 범위는 대통령령으로 정한다.

#### 제88조(벌칙)

제41조 제2항의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

### 나. 제 · 개정 연혁

- 「노동쟁의조정법」 법률 제3351호, 1980. 12. 31., 일부개정 : 신설  
제12조(쟁의행위의 제한) ② 국가 · 지방자치단체 · 국공영기업체 및 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다.

제45조의2(벌칙) 제12조 제2항 · 제3항 또는 제13조의2의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 「노동쟁의조정법」 법률 제3967호, 1987. 11. 28., 일부개정

제12조(쟁의행위의 제한) ② 국가·지방자치단체 및 「방위산업에 관한 특별조치법」에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다.

제45조의2(벌칙) 제12조 제2항·제3항 또는 제13조의2의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 노조법 법률 제5310호 1997. 3. 13., 제정 : 신설(현행)

#### 다. 입법취지 및 보호법익

「헌법」 제33조 제1항은 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권을 보장하지만 제3항에서 “법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”고 규정한다. 이에 따라 노조법은 “전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자”의 쟁의행위를 전면적으로 금지하고 있다.

해당 규정은 1980. 11. 27. 개정·시행된 제5공화국 헌법이 “국가·지방자치단체·국공영기업체·방위산업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”(제31조 제3항)고 규정함에 따라, 같은 해 개정된 「노동쟁의조정법」에 비슷한 내용의 조항이 처음 신설되었다.

1987. 10. 29. 제6공화국 헌법 개정에 따라, 같은 해 개정된 「노동쟁의조정법」은 쟁의행위가 금지되는 근로자의 범위를 ‘국가·지방자치단체 및 「방위산업에 관한 특별조치법」에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자’로 규정하였다. 이 가운데 공무원에 대하여서는 헌법재판소에서 헌법불합치 결정(1993. 3. 11. 선고 88헌마5 결정)이 내려졌고, 1997년 노조법이 제정되면서 쟁의행위 제한 대상이 ‘「방위산업에 관한 특별조치법」에 의하여 지정된 주요방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자’로 한정되었다.

헌법재판소는 방위사업체 종사자에 대한 쟁의행위 금지가 헌법에 위반되

지 않는다고 판시한 바 있다. 현재는 1998. 2. 27. 선고 95헌바10 전원재판부 결정에서, 개정된 제6공화국 「헌법」 제33조에 대해 “단체행동권 행사에 관한 법률유보를 삭제하고, 공무원인 근로자에 대한 근로3권을 원칙적으로 인정하는 외에, 국가·지방자치단체·국공영기업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권에 관한 법률유보를 해제하는 등 근로3권을 대폭 신장하는 방향으로 나아감으로써 기본권 최대 보장의 원칙을 선언한 것이라고 할 것이고 동시에, 방위산업체에 종사하는 근로자에 대한 단체행동권만은 이를 계속 제한 또는 금지할 수 있도록 법률유보조항을 존치시키면서 그 단체행동권이 제한 또는 금지되는 대상을 구 헌법의 ‘방위산업체’에 종사하는 근로자에서 ‘주요방위산업체’에 종사하는 근로자로 보다 한정”한 것으로 평가하였다. 이어, “우리와 같이 남북이 대치하고 있는 상황에서는 주요방위산업체의 원활한 가동은 국가의 안전보장에 필수불가결한 요소이고 그 근로자의 단체행동으로 인한 생산 차질은 국가의 안전보장에 대한 위해와 직결된다는 점에서 그 단체행동권의 제한 또는 금지는 불가피하다고 하더라도 그 피해는 최소한의 것이 되어야 한다는 기본권의 최소제한의 원칙을 천명한 것”이라고 밝혔다.

대법원 역시 같은 규정에 대해 “이는 근로자의 근로3권에 관하여 기본권 최대 보장의 원칙을 선언함과 동시에, 남북이 대치하고 있는 특수한 상황에서 주요방위산업체 근로자의 단체행동으로 발생하는 국가의 안전보장에 대한 위해를 방지하기 위하여 주요방위산업체에 종사하는 근로자에 대한 단체행동권을 법률로써 제한하거나 금지할 수 있도록 유보하여 둔 것이다”고 판시했다.<sup>19)</sup>

결국 해당 규정의 입법 목적은 주요방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자의 징의행위로 인해 발생할 수 있는 안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 것으로 정리할 수 있다. 처벌조항이 노조법상 여타의 징의행위 관련 형사처벌 조항 가운데 가장 중한 것을 보면, ‘국가 안전보장’이라는 보호법익을 강조하기 위한 것으로 풀이된다.

19) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2016도3185 판결.

## 라. 관련 판례

판례는 해당 규정이 근로자의 단체행동권을 제한할 뿐만 아니라, 위반 때 노조법상 가장 중한 형으로 처벌한다는 점을 들어 해당 조항을 엄격하게 해석해야 한다고 판시한다. 대법원 2017. 7. 18. 선고 2016도3185 판결은 “주요방위산업체의 원활한 가동이 국가의 안전보장에 필수불가결한 요소라는 점에서 법률로써 주요방위산업체 종사자의 단체행동권을 제한하거나 금지하는 것이 불가피한 면은 있으나, 「헌법」 제37조 제2항이 규정하는 기본권 제한 입법에 관한 최소 침해의 원칙과 비례의 원칙, 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 형벌법규 엄격 해석의 원칙에 비추어 볼 때 노동조합법 제41조 제2항에 의하여 쟁의행위가 금지됨으로써 기본권이 중대하게 제한되는 근로자의 범위는 엄격하게 제한적으로 해석하여야 한다”며 주요방위산업체의 하수급업체 근로자는 ‘주요방위산업체에 종사하는 근로자’에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다.

주요방위산업체에 종사하며 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 근로자들의 집단적인 연장·휴일근로 거부와 관련하여 대법원 2022. 6. 9. 선고 2016도11744 판결은 “쟁의행위에 대한 법령상의 엄정한 규율 체계와 헌법 제33조 제1항이 노동3권을 기본권으로 보장한 취지 등을 고려하면, 연장근로의 집단적 거부와 같이 사용자의 업무를 저해함과 동시에 근로자들의 권리행사로서의 성격을 아울러 가지는 행위가 노동조합법상 쟁의행위에 해당하는지는 해당 사업장의 단체협약이나 취업규칙의 내용, 연장근로를 할 것 인지에 대한 근로자들의 동의 방식 등 근로관계를 둘러싼 여러 관행과 사정을 종합적으로 고려하여 엄격하게 제한적으로 판단하여야 한다”며 연장·휴일근로 거부가 쟁의행위에 해당되지 않는다는 취지로 판시하였다.

## 마. 유사 금지행위

해당 조항과 유사하게 특정 직종의 근로자들의 쟁의행위를 금지한 법률들이 존재한다. 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」은 제11조에서 “노동조합과 그 조합원은 파업, 태업 또는 그 밖에 업무의 정상적인

운영을 방해하는 어떠한 행위도 하여서는 아니 된다”라는 규정을 적용받으며, 방산업체 근로자들과 마찬가지로 이를 위반하여 쟁의행위를 하는 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금형을 규정하고 있다(동법 제18조). 「교원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률」도 「공무원노조법」에서 주체를 ‘교원’으로만 바꾼 쟁의행위 제한 규정을 적용받고 처벌 수준도 같다(제8조·제15조 제1항).

「선원법」 제25조는 선박이 외국항에 있거나, 여객선이 승객을 태우고 항해 중인 등 여섯 가지 상황에 대해서는 쟁의행위를 금지하고, 이를 위반하면 공모의 정도에 따라 3년 이하의 징역 또는 벌금형으로 처벌한다(동법 제165조 제2항). 「경비업법」도 특수경비원의 쟁의행위를 금지하면서(제15조 제3항), 이를 위반할 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금형을 규정하고 있다(동법 제28조 제4항 제2호)<sup>20)</sup>. 청원경찰도 쟁의행위가 금지되며(「청원경찰법」 제9조의4), 이를 위반한 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금형에 처한다(동법 제11조).

20) 헌법재판소는 2023. 3. 23. 선고 2019헌마937 결정에서 “경비 업무의 정상적인 운영을 저해하는 쟁의행위를 금지함으로써 국가중요시설의 안전을 도모하고 국가중요시설의 정상적인 기능을 유지하여 방호 혼란을 방지하려는 것이므로 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정”되고, “국가중요시설에서 발생할 수 있는 보안 관련 사건의 심각성, 이에 대응하기 위하여 무기 휴대가 가능한 특수경비원 업무의 중요성을 감안하면 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위를 금지할 수밖에 없고, 그 외 다른 수단들로는 위 목적 달성에 기여할 수 없으며, 특수경비원은 단체행동권에 대한 대상조치인 노동조합법상 조정 및 중재를 통하여 노동쟁의에 대한 해결책을 마련할 수도 있고, 심판대상조항으로 인하여 특수경비원이 받는 불이익이 국가나 사회의 중추를 이루는 중요 시설 운영에 안정을 기함으로써 얻게 되는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등의 공익보다 중대한 것이라고 볼 수 없다”는 이유로 위헌이 아니라고 봤다. 다만 해당 사건은 재판관 4인의 기각의견, 재판관 5인의 위헌의견으로 위헌의견이 다수였으나, 헌법소원심판 인용결정을 위한 심판정족수에 이르지 못하여 심판청구를 기각하는 결정이 이루어졌다.

### 3. 필수유지업무의 정당한 운영 방해 금지(법 제42조의2)

#### 가. 관련 규정

##### 제42조의2(필수유지업무에 대한 쟁의행위의 제한)

② 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.

##### 제89조(벌칙)

다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제37조 제2항, 제38조 제1항, 제42조 제1항 또는 제42조의2 제2항의 규정에 위반한 자

#### 나. 제·개정 연혁

- 법률 제8158호, 2006. 12. 30., 일부개정 : 신설(현행)

#### 다. 입법취지 및 보호법익

업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 '필수공익사업'의 업무 중 "업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무"가 필수유지업무에 해당한다. 해당 규정은 쟁의행위로서 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위를 금지하는 규정이다.

해당 규정은 2006년 필수공익사업에 대한 직권중재제도가 폐지되면서 도입되었다. 애초 구 「노동쟁의조정법」에는 공익사업의 노동쟁의에 대해 노동위원회가 직권으로 중재에 회부하여 중재재정을 할 수 있는 '직권중재제도'가 존재하였다. 「노동쟁의조정법」 제4조에서 정한 공중운수사업, 수도·전기·가스·정유사업, 공중위생·의료사업, 은행사업, 방송·통신사업 등 공

익사업의 노동쟁의는 노동위원회가 직권 또는 행정관청의 요구에 의해 중재에 회부하도록 결정한 때에는 강제로 중재가 개시되었다(제30조 제3호).

1997년 노조법이 제정되면서, 노동부 장관 등 행정관청의 직권중재 회부 권한이 사라졌으나, 철도· 시내버스 운송사업(2000. 12. 31. 한), 수도· 전기· 가스· 석유정제 및 석유공급사업, 병원사업, 은행사업(2000. 12. 31. 한), 통신사업은 ‘필수공익사업’으로 남았고(제71조 제2항), 이에 대해서는 노동위원회 위원장이 특별조정위원회의 권고에 의해 중재에 회부한다는 결정을 한 때(제62조 제3호) 중재를 개시할 수 있는 직권중재제도는 그대로 남아 있었다.

이러한 직권중재제도는 노동3권에 대한 과도한 제약이라는 위헌 논란과 함께 국제노동기구(ILO) 등에서 지속적으로 개선권고를 받아왔다. 이에 정부는 노사정위원회의 ‘노사관계 선진화’ 방안 논의과정에서 직권중재제도에 대한 논의를 진행하였고, 이후 노사정대표자회의 합의와 국회 심의를 거쳐 2006. 12. 30. 노조법에서 필수공익사업에 대한 직권중재제도를 폐지하고 필수유지업무제도를 도입하였다.

이에 따라, 필수공익사업에 종사하는 근로자들도 쟁의행위를 할 수 있게 됐지만, 필수유지업무에 대해서는 쟁의행위 중에도 정당한 유지·운영의 의무가 발생하게 되었다. 당시 국회는 이러한 입법에 대하여 “국제기준에 맞게 쟁의권 행사의 한계를 명확히 함으로써, 쟁의권과 공익보호가 조화를 이룰 수 있을 것으로 기대된다”<sup>21)</sup>라고 밝혔다.

해당 규정에 대해 헌법재판소<sup>22)</sup>는 “필수유지업무는 그 정지나 폐지로 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전 등을 위태롭게 하는 업무로서 이에 대해 아무런 제한 없이 근로자의 쟁의행위를 허용한다면 공중의 생명이나 신체, 건강 등은 위험에 처해질 수밖에 없으므로 이를 보호하기 위해 부득이 필수유지업무에 대해서는 쟁의권 행사를 제한할 수밖에 없고, 필수유지업무제도는 쟁의행위에 대한 사전적 제한이라는 성격을 가지지만, 필수유지업무제도를 통해 보호하려는 공중의 생명이나 건강은 그 침해가 현실화된 이후에는 회복이 어렵다는 점에서 사전제한이라는 이유로 과잉금지원칙을 위반

21) 노조법 법률 제8158호, 2006. 12. 30. 제정·개정 이유.

22) 헌법재판소 2011. 12. 29. 2010헌바385 결정.

한다고 볼 수 없”고, “이 사건 필수유지업무는 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무이므로 이에 대한 쟁의권 행사는 그 영향이 치명적일 수밖에 없다는 점에서 다른 업무 영역의 근로자보다 쟁의권 행사에 더 많은 제한을 가한다고 하더라도 그 차별의 합리성이 인정되므로 평등원칙을 위반한다고 볼 수 없다”라고 판시했다.

입법 취지와 현재 결정 등을 종합하면, 해당 규정의 보호법익은 공중의 생명이나 신체의 건강 등이라 할 수 있겠다.

## 라. 관련 판례

필수유지업무 근무 조합원이 근로를 제공하지 않고 쟁의행위(조합원 총회)에 참가한 경우 해당 규정 위반에 해당하는지에 대하여 판례<sup>23)</sup>는 “안전 보호시설에 대한 쟁의행위 금지 규정인 「노동조합법」 제42조 제2항과 필수유지업무에 대한 쟁의행위의 제한 규정인 「노동조합법」 제42조의2 제2항의 유사성과 그 입법취지 등을 고려할 때, 「노동조합법」 제91조 제1호, 제42조 제2항 위반죄에 관한 대법원 판례(대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3450 판결)를 「노동조합법」 제89조 제1호, 제42조의2 제2항 위반죄에 유추 적용할 수 있다고 봄이 상당하고, 필수유지업무의 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 쟁의행위가 있었다 하더라도 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활에 대한 구체적 위험이 발생하지 않은 경우에는 「노동조합법」 제89조 제1호, 제42조의2 제2항 위반죄가 성립하지 않는다고 해석함이 타당하다 할 것”이라고 판시하였다.

또한 판례<sup>24)</sup>는 공항에서 일하는 근로자가 필수유지업무 결정의 내용을 위반하여 근무지를 이탈하여 쟁의행위에 참가한 것이 해당 규정을 위반했는지와 관련하여 대법원 판결의 법리를 실시한 이후 “검사의 주장의 핵심은 필수유지업무 결정을 위반하는 행위 자체가 추상적 위험을 발생시켰기에

23) 서울서부지방법원 2016. 10. 6. 선고 2016노652 판결(대법원 2017. 4. 13. 선고 2016도17412 판결로 확정).

24) 인천지방법원 2015. 10. 16. 선고 2015노2410 판결(대법원 2016. 4. 12. 선고 2015도17326 판결로 확정).

처벌의 대상이 된다는 취지이나, 「노동조합 및 노동관계조정법」 제42조의2 제2항은 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위를 쟁의행위라 할 수 없고 이를 위반하면 처벌한다고 규정하고 있을 뿐, 그 결정을 위반하는 행위자체를 처벌하는 규정을 두고 있지 아니하며, 필수유지업무 결정의 내용이 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영을 초과하는 경우가 있을 수 있고, 혹은 쟁의행위가 필수유지업무 결정의 구체적 내용을 위반하지만 필수유지업무의 ‘정당한’ 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 결과를 초래하지는 않을 수 있기에, 그 결정을 위반했다는 이유만으로 처벌의 대상이 될 수 없는 점, 실제 운영에 있어 지연 등 별다른 문제가 발생하지 않아 피고인들의 행위로 인해 필수유지업무의 ‘정당한’ 유지·운영이 방해받았다고 평가하기도 어려운 점” 등을 들어 노조법 위반에 대해 무죄를 선고하였다.

## 제2절 쟁의행위의 방식

### 1. 폭력이나 파괴행위 또는 주요업무시설의 점거 금지(법 제42조)

#### 가. 관련 규정

##### 제42조(폭력행위등의 금지)

① 쟁의행위는 폭력이나 파괴행위 또는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없다.

##### 제89조(벌칙)

다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제37조제2항, 제38조제1항, 제42조 제1항 또는 제42조의2 제2항의 규정에 위반한 자

## 나. 제·개정 연혁

- 「노동쟁의조정법」 법률 제279호, 1953. 3. 8., 제정 : 신설

제5조(쟁의행위의 제한) ② 쟁의행위는 폭력 또는 파괴행위로서 행할 수 없다. (※벌칙 규정 없음)

- 「노동쟁의조정법」 법률 제1327호, 1963. 4. 17., 전부개정

제13조(폭력행위등의 금지) ① 쟁의행위는 폭력이나 파괴행위로서 이를 행할 수 없다. (※벌칙 규정 없음)

- 노조법 법률 제5310호 1997. 3. 13., 제정 : 신설(현행)

## 다. 입법취지 및 보호법익

해당 규정은, 폭력과 파괴행위는 어떠한 경우에도 정당화될 수 없다는 당연한 이치를 확인하려는 규정<sup>25)</sup>인 동시에, 쟁의행위 과정에서 생산 기타 주요업무시설을 점거할 수 없다는 원칙을 확인하는 규정이다.

“쟁의행위는 폭력 또는 파괴행위로서 행할 수 없다”는 내용은 제정 「노동쟁의조정법」(제5조 제2항)에서부터 존재하였다. 1963년 「노동쟁의조정법」 전부개정 때 조문 위치를 옮기면서 “쟁의행위는 폭력이나 파괴행위로서 이를 행할 수 없다”로 자구가 일부 수정된 이후 1996년 「노동쟁의조정법」이 폐지될 때까지 존속하였다.

폭력·파괴행위 금지는 별도의 벌칙규정은 존재하지 않았으나, 1997년 노조법이 제정되면서 주요업무시설의 점거 금지 조문과 함께 이를 위반할 때 3년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금이라는 벌칙규정이 신설되었다(제89조).

먼저 폭력·파괴행위 금지와 관련한 전단의 규정은 쟁의행위가 그 개념상 사용자 업무의 정상적 운영을 저해하는 것으로 집단적 실행행사의 기능성이 포함되어 있으므로, 그러한 집단적 실행행사가 폭력 또는 파괴행위에

25) 임종률(2021), 『노동법(제19판)』, 박영사, p.228.

이르지 않아야 함을 명시한 것이다.<sup>26)</sup> ‘폭력행위’는 형법상의 폭행, 상해에 해당하는 행위, 즉 사람의 생명, 신체, 자유에 대한 불법적인 유형력의 행사를, ‘파괴행위’는 형법상 손괴에 해당하는 행위로서 물건의 전부 또는 일부에 대하여 불법적인 유형력을 행사하여 물리적으로 훼손함으로써 그 효용을 멸실·감손시키는 행위를 의미한다.<sup>27)</sup>

해당 규정은 노조법에 규정이 없더라도 쟁의행위의 개념 자체에서 당연히 인정되는 원칙이라 할 수 있다. 쟁의행위는 소극적으로 근로제공의 전면적 내지 부분적 정지라는 투쟁수단을 통해 업무의 정상적인 운영을 저해함으로써 사용자에게 경제적인 타격을 주는 데에 그쳐야 하며, 폭행·협박·기물파괴 등의 폭력적인 행위는 정당성을 인정받을 수 없다.<sup>28)</sup> 아울러 근로자들의 쟁의권 행사는 사용자의 기업시설에 대한 소유권, 기타의 재산권과 조화를 이뤄야 하고, 파괴행위를 수반해서는 안 되며, 쟁의행위 중이라도 사용자의 조업 계속의 자유나 기업시설에 대한 권리가 침해되어서는 안 된다.<sup>29)</sup>

제42조 제1항 후단의 직장점거와 관련하여서는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 쟁의행위를 할 수 없도록 규정하고 있는데, 대통령령으로 정하는 시설은 1. 전기·전산 또는 통신시설, 2. 철도(도시철도를 포함한다)의 차량 또는 선로, 3. 건조·수리 또는 정박 중인 선박, 다만, 「선원법」에 의한 선원이 당해 선박에 승선하는 경우를 제외한다. 4. 항공기·항행안전시설 또는 항공기의 이·착륙이나 여객·화물의 운송을 위한 시설, 5. 화약·폭약 등 폭발 위험이 있는 물질 또는 「화학물질관리법」 제2조제2호에 따른 유독물질을 보관·저장하는 장소, 6. 기타 점거될 경우 생산 기타 주요업무의 정지 또는 폐지를 가져오거나 공익상 중대한 위해를 초래할 우려가 있는 시설로서 고용노동부장관이 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 정하는 시설 등이 있다.

26) 노동법실무연구회(2023), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 II(제2판)』, 박영사, p.718.

27) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, p.1362.

28) 노동법실무연구회(2023), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 II(제2판)』, 박영사, p.719-720 참조.

29) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, p.1362.

쟁의행위 중에 주장을 관철하는 방법으로 근로자들이 직장내 시설을 점거하는 경우가 있지만, 주요 업무시설에 대한 직장점거는 사용자의 시설관리권을 현저히 침해할 수 있고, 사용자가 파업 불참자들을 사용하여 조업을 계속하려는 것을 방해할 수 있어<sup>30)</sup> 이를 제한하기 위한 규정이다.

기업별 노동조합의 형태를 취하고 있는 우리나라에서는 사업장 내에서 조합활동이 행하여지는 것이 일반적인 현상이므로,<sup>31)</sup> 쟁의행위 기간 중에 근로자들이 직장을 점거한다고 하여 이로 인해 곧 사용자의 기업시설에 대한 권리(점유권·소유권)가 침해된다거나 또는 주거침입죄가 성립된다고 볼 수는 없다. 또한 파업 파괴의 방지를 목적으로 하는 직장점거는 그것 자체로서 당연히 위법하다고 할 수 없다.<sup>32)</sup>

대법원 판례는 직장점거가 사용자 측의 점유를 배제하지 않고 그 조업도 방해하지 않는 부분적·병존적 점거일 경우에 한하여 쟁의권의 행사 방법으로서 정당성을 가진다고 한다. 따라서 직장 또는 사업장 시설을 전면적·배타적으로 점거하여 조합원 이외의 자의 출입을 저지하거나 사용자 측이 관리·지배를 방해하는 것은 위법하다. 파업기간 중에도 사용자는 근로희망자(파업 불참자)를 사용하여 생산활동 등 조업을 계속할 수 있으므로 직장점거자들이 근로자들의 업무수행을 방해하거나 작업시설을 점거하는 행위는 위법하다.<sup>33)</sup>

쟁의행위 과정에서의 주요업무시설 점거금지에 관련한 조항은 1997. 3. 13. 노조법 제정 때 신설되었다. 구 「노동쟁의조정법」 제12조 제3항은 1980년부터 “쟁의행위는 당해 사업장 이외의 다른 장소에서 이를 행할 수 없다”고 규정하고 있었다. “쟁의행위는 당사자가 서로에게 경제·사회적 압력을

30) 이철수(2023), 『노동법』, 현암사, p.572.

31) 장승혁(2020), 「직장점거에 의한 쟁의행위의 허용 범위와 형사책임」, 『노동법연구』 48, 서울대노동법연구회, pp.180-181은 1953년 제정 「노동쟁의조정법」(1997. 2. 28. 폐지)이 쟁의행위에 대한 장소적 제한을 규정하지 않았으나, 1980년 개정으로 제12조 제3항에 “쟁의행위는 당해 사업장 이외의 다른 장소에서는 이를 행할 수 없다”라고 규정하여, 이 규정에 따라 노조 조합원은 당해 사업장에서만 쟁의행위를 할 수밖에 없었다고 설명하고 있다.

32) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, p.1375.

33) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, p.1375.

가하여 자기의 주장을 관철코자 하므로 공격의 대상은 상대방인 당사자이고, 쟁의행위는 업무의 정상한 운영을 저해하는 집단적 행위이므로 경제적 손실은 물론 자칫 사회의 안녕질서를 저해하게 되므로 쟁의행위의 목적이 나 상대방 등을 고려하여 가급적 그 범위가 좁혀지는 것이 바람직하다는 취지"로 신설되었다는 견해가 있다.<sup>34)</sup> 반면 구 「노동쟁의조정법」 제12조 제3항은 "입법연혁상으로는 쟁의행위가 1970년대처럼 사회문제화되어서는 안 된다는 명분하"에 신설된 조항이지만, "이는 치안목적을 위한 쟁의행위의 제한에 해당하는 것으로서 입법론상 정당화되기 어렵다"라는 견해도 있다.<sup>35)</sup>

1996년 노사관계개혁위원회의 노동법 개정 논의과정에서 노동계는 쟁의행위의 장소적 제한 삭제 등 제12조 폐지를 주장하였고, 경영계에서는 직장 점거·피케팅 등 파업의 다양한 양태에 대한 정리가 선행된다면 장소적 제한의 삭제를 긍정적으로 검토 가능하다는 입장을 보였다.<sup>36)</sup> 노개위 전체회의를 거쳐 해당 규정에 대해 "사업장 내 시설 점거, 출입 저지 등 불합리한 쟁의행태를 부추기는 사업장 밖 쟁의행위 금지규정을 삭제"하기로 합의하였다.

그러나, 정부가 국회에 제출한 노조법 제정안에는 '장소적 제한' 조항 삭제에 그치지 않고 현재와 같은 주요업무시설 점거금지 규정이 포함되었다.<sup>37)</sup> 이와 관련하여, 노조법 정부안을 작성한 정부 노사관계개혁추진위원회의 문건을 보면, 사업장 내 쟁의행위 금지 조항을 삭제하고 점거 금지 조항을 신설한 이유와 관련하여 "쟁의행위의 장소를 꼭 사업장 밖에서만 하도록 규제할 경우 관공시설 항의 방문 또는 점거, 공공장소(지하철역, 공원 등)

34) 문형남(1985), 『노동쟁의조정법 상해』, 중앙경제사, pp.113-114; 문형남은 이 책의 발간 당시 노동부 노사협력과장이었던 만큼, 정부 주도로 이뤄진 노동관계법 개정기에 있어 입법취지를 비교적 정확하게 이해하고 있을 것으로 판단된다.

35) 김유성(1996), 『노동법II』, 법문사, p.250.

36) 노사관계개혁위원회(1997), 『노사관계 개혁백서』, p.102.

37) 노개위 공익위원이었던 임종률 교수는 이 같은 정부안에 대해 "노개위에서 사용자 쪽도 직장점거를 제한하자는 주장을 한 적이 없습니다. 이것이 어떻게 해서 정부안으로 넘어가서 들어갔는지 저로서는 당혹스럽기 짝이 없"다고 밝힌 바 있다. 국회사무처, 「제183회 국회 환경노동위원회회의록(제2호)」, 1997. 2. 19., p.22.

집회, 사업장 내 진입시도, 사업장 인근도로 점거, 여타 노조와의 연대집회 등 더욱 불합리한 쟁의 양태를 양산할 수 있으며, 기업 내 문제가 사회문제로 확대되는 결과까지 초래될 수 있"다며, "사업장 밖 쟁의행위를 금지함으로써 쟁의행위의 양태가 주로 직장시설을 점거하는 형태로 이뤄지는 부작용이 만연되었던 것과 같이 그 반대의 현상이 나타날 것"이라고 밝혔다. 아울러 "일본과 같이 기업단위 노조체제가 다수인 우리 실정에서 사업장 내 쟁의행위를 금지한다고 하여 노동조합의 속성상 노동조합이 단순히 집회나 시위를 하지 않은 채 자신의 가택에만 머무는 것은 기대하기 힘들고, 사용자가 직장폐쇄를 통해 파업근로자의 사업장 출입을 금지한 경우, 파업 참가자는 위와 같은 방법으로 사회문제화하여 사용자에게 압력을 가하는 형태로 쟁의를 해왔"다고도 적었다.

따라서 "쟁의행위의 장소 제한 규정은 삭제하고, 사업장 내에서 발생할 수 있는 각종 불법적인 쟁의 양태를 금지하는 규정을 신설하는 형태로 합법 노동운동을 유도함이 타당"하다고 밝혔다.<sup>38)</sup>

이를 종합하면, 쟁의행위는 사회의 안녕을 해치는 것으로 비화될 것을 방지할 목적으로 사업장 안으로 제한되었다가, 사업장 내 시설 점거, 출입 저지 등의 문제가 발생하자 사업장 내부로의 제한을 해제하면서도, "주요 생산시설에 대한 점거 금지"를 추가해 쟁의행위로 인해 발생하는 사용자의 재산권과 시설관리권을 보호하려는 취지인 것으로 풀이된다.

한편, 노조법이 2021. 1. 5. 법률 17864호로 개정되면서 "노동조합은 사용자의 점유를 배제하여 조업을 방해하는 형태로 쟁의행위를 해서는 아니 된다"는 규정(제37조 제3항)이 신설되었다. 이 규정이 속해 있는 조의 제목은 '쟁의행위의 기본원칙'인데, 이 규정 위반에 따른 벌칙은 없다. 이 규정의 신설은 경제사회노동위원회(노사관계 제도관행개선위원회)의 권고안을 토대로 정부가 국회에 법률 개정안을 제출하였는데, 정부가 밝힌 개정의 배경은

38) 노사관계개혁추진위원회(1996), 『노동관계법 개정(안)』 1996. 11., p.8.; 노동부(추정), 「주요 쟁점사항에 대한 검토」, 1996. 11., pp.5-6. 해당 문건은 국가기록원 아카이브상으로는 '국무조정실 기획차장 기획관리조정관 총괄심의관 총무팀'이 생산한 것으로 되어 있다. 그러나 「정부조직법」상 '국무조정실'은 존재하지 않았으며 그 전신인 '행정조정실'이 존재하였을 뿐이고, 문서의 전체적인 내용을 살펴보면 노동부가 행정조정실에 논의용으로 제출했던 것으로 추정된다.

“쟁의행위가 헌법상 보장된 기본권이기는 하나 사용자의 사업장 출입권, 비파업 근로자의 일할 권리도 함께 존중되어야 한다”는 이유에서 사업장 점거형태의 쟁의행위 제한 원칙을 확립한다는 데 있다.<sup>39)</sup>

신설 조항은 파업 근로자들에 의한 직장 또는 사업장 시설의 점거 범위에 관계없이 ‘사용자의 점유를 배제하는 형태로 쟁의행위를 하여서는 아니’되므로 쟁의행위에 의한 점거행위는 실질적으로 보다 널리 제한되어 직장점거의 금지 외연이 확장되었다고 해석할 수 있다<sup>40)</sup>는 견해가 있다. 그러나, 신설 조항의 문언이 ‘사용자의 점유를 배제하여’라고 규정한다는 점과, 실제 입법 경위나 개정 이유 등을 볼 때 기존 판례법리나 행정해석을 정면으로 부인하기 위해 신설된 것으로 보기는 어렵고, 그 같은 법리를 확인한 것으로 보는 것이 자연스럽다.<sup>41)</sup> 직장점거 형태의 쟁의행위에 대한 판례의 태도를 입법화<sup>42)</sup>한 것이기 때문이다.<sup>43)</sup>

## 라. 관련 판례

폭력 또는 파괴행위에 기한 쟁의행위를 하는 경우 「노동조합법」 위반에 해당하는 동시에 형법상 업무방해죄(제314조 제1항·5년 이하의 징역 또는 1500만 원 이하의 벌금), 폭행죄(제260조 제1항·2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료), 협박죄(제283조 제1항·3년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료), 상해죄(제257조 제1항, 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금), 재물손괴죄(제366조·3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금) 내지 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 위반(공동폭행), 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 위반(재

39) 고용노동부(2021), 『개정 「노동조합 및 노동관계조정법」 설명자료』, p.45.

40) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, pp.1375-1376.

41) 노동법실무연구회(2023), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 II(제2판)』, 박영사, p.668.

42) 이철수(2023), 『노동법』, 현암사, p.573.

43) 노조법 개정은 정부가 제출한 개정안을 바탕으로 진행되었으며, 고용노동부의 자료에는 “점거형태의 쟁의행위를 새롭게 금지하는 것은 아니며, 기존 행정해석과 판례의 입장을 쟁의행위 원칙조항에 명시”하였다고 적혀 있다. 고용노동부(2021), 『개정 「노동조합 및 노동관계조정법」 설명자료』, p.46.

물손괴) 등의 범죄에도 해당할 수 있다.<sup>44)</sup>

판례는 폭력 또는 파괴행위에 기한 쟁의행위는 정당성이 인정되지 않는다는 일관된 태도를 보이고 있다. 쟁의행위는 그것이 정당한 때에 한하여 형법상 위법성이 부정되나, 폭력이나 파괴행위는 정당성의 한계를 벗어나 위법하다<sup>45)</sup>거나 쟁의행위 시 폭력의 행사는 신체의 자유, 안전이라는 법질서의 기본원칙에 반하는 것이므로 허용될 수 없다<sup>46)</sup>는 판시가 대표적이다. 하지만 해당 규정이 금지의 대상으로 삼고 있는 폭력행위 등은 집단적 행위로서의 쟁의행위에 의한 것이므로 개별 근로자가 노동조합의 지도를 벗어나 폭력 등을 행사했다 하더라도 쟁의행위가 언제나 위법하다고 판단할 것은 아니다. 다만 쟁의행위 중 불가피했던 위협적 의사표시나 거친 언동이 모두 폭력적인 것이라 단정할 수는 없으므로, 그 행위가 행하여진 상황을 참작하여 구체적인 판단을 해야 한다.<sup>47)</sup>

아울러, 해당 규정이 말하는 폭력과 「형법」 제314조의 업무방해죄에서 말하는 위력 사이의 관계에 대하여서는 해당 규정의 ‘폭력’은 업무방해죄에서의 ‘위력’보다 협의의 개념으로 봐야 한다. 만약 폭력과 위력을 동일한 개념으로 보게 되면 모든 쟁의행위가 정당성을 상실할 우려가 있기 때문이다. 쟁의행위는 본질적으로 집단의 위력 과시가 내재되어 있을 수밖에 없으므로, 해당 규정이 금지하는 폭력행위는 위력에 비하여 협의의 개념으로 엄격하게 해석되어야 한다.<sup>48)</sup>

주요업무시설 점거와 관련하여서는 해당 규정을 위반할 경우 노조법에 따른 형사책임을 부담한다. 해당 규정을 위반한 쟁의행위라도 바로 형법상 정당성이 인정되지 않아 형법 또는 특별법의 책임을 부담하는 것은 아니고, 형법상 정당성이 없는 행위인지를 평가하여야 한다. 정당성이 없는 행위로 평가되는 경우, 주거침입(제319조 제1항·3년 이하의 징역 또는 500만 원

44) 노동법실무연구회(2023), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 II(제2판)』, 박영사, p.720.

45) 대법원 1990. 5. 25.자 90초52 결정, 대법원 1990. 6. 22. 선고 90도767 판결.

46) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결.

47) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, p.1362.

48) 노동법실무연구회(2023), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 II(제2판)』, 박영사, pp.719-720.

이하의 벌금), 퇴거불응죄(제319조 제2항·3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금), 업무방해죄(제314조 제1항·5년 이하의 징역 또는 1500만 원 이하의 벌금) 등이 적용될 수 있다.

쟁의행위 과정에서의 사업장 점거와 관련하여서 대법원은, 직장점거는 파업 시 사용자에게 의한 방해로 막고 변화하는 강세에 기민하게 대처하기 위하여 퇴거하지 않고 사용자의 의사에 반하여 직장에 체류하는 쟁의수단이므로 사용자 측의 점유를 완전히 배제하지 아니하고 그 종업도 방해하지 않는 부분적, 병존적 점거일 경우에 한하여 정당성이 인정되는 것이고 이를 넘어 사용자의 기업시설을 장기간에 걸쳐 전면적, 배타적으로 점유하는 것은 사용자의 시설관리권능에 대한 침해로서 부당하다고 하여야 할 것<sup>49)</sup>이라고 판단하는 한편, 전면적, 배타적으로 점거하여 조합원 이외의 자의 출입을 저지하거나 관리지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것과 같은 행위는 이미 정당성의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수밖에 없다<sup>50)</sup>고 본다.

주요업무시설이 아닌 곳에 대한 점거와 관련하여서도 “노동조합의 조합원들이 쟁의행위로 사무실 일부를 점거한 사안에서 점거한 곳의 범위와 평소의 사용 형태, 사용자 측에서 이를 사용하지 못하게 됨으로써 입은 피해의 내용과 정도에 비추어 이는 폭력의 행사에 해당하지 않는 사업장 시설의 부분적·병존적인 점거로서 사용자의 재산권과 조화를 이루고 있고, 사용자의 업무가 실제로 방해되었거나 업무방해의 결과를 초래할 위험성이 발생하였다고 보기 어려우므로, 위 점거행위는 노동관계법령에 따른 정당한 행위”<sup>51)</sup>라고 판단하였으며, 병원 근로자로 조직된 노동조합이 병원 로비를 점거한 사안에서 “병원 내의 수술실이나 입원실과 같이 환자의 수술과 치료하는 병원 고유의 업무를 수행하는 곳이 업무가 중단된다고 보기 어려워 이를 「노동조합 및 노동관계조정법」 제42조의 주요업무시설로서 원천적으로 점거 형태의 쟁의행위가 금지되는 장소로 볼 수 없다”<sup>52)</sup>라고 판시한 바 있다.

또한 대법원은 적법한 쟁의행위 중이던 노동조합이 간담회 개최사실을

49) 대법원 1990. 6. 5. 선고 90도1431 판결.

50) 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도383 판결.

51) 대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도5204 판결.

52) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2017도16870 판결.

알리기 위해 사용절차를 준수하지 않은 채로 방송실을 이용한 사실이 업무 방해와 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 위반(공동주거침입)죄에 해당하는지와 관련하여 “적법하게 개시된 쟁의행위의 목적을 공지하고 이를 준비하기 위한 부수적 행위이자, 그와 관련된 절차적 요건의 준수 없이 관행적으로 실시되던 방식에 편승하여 이뤄진 행위로서, 전체적인 수단과 방법의 적정성을 벗어난 것으로 보이지 않으므로 형법상 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다”고 판단하였다. 직원들의 방송실 출입을 막으며 5분 정도 방송실을 ‘점거’한 것에 대해 “사용자의 방송실 등 시설관리권 등 침해의 정도는 미미한 수준에 그친 것으로 볼 수 있고, 시설관리권 또는 그 본질적인 부분이 침해되었다거나 법익균형성의 측면에서 용인될 수 없는 정도에 이르렀다고까지 보기는 어렵다”<sup>53)</sup>고 봤다.

수급인 소속 근로자로 조직된 노동조합이 수급인에 대해 정당한 쟁의행위로서 도급인의 사업장에서 농성한 것이 업무방해에 해당하는지와 관련하여 대법원은 “사용자인 수급인에 대한 정당성을 갖춘 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 이뤄져 형법상 보호되는 도급인의 법익을 침해한 경우, 그것이 항상 위법하다고 볼 것은 아니고 법 질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당하는 경우에는 「형법」 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다”며 “이러한 경우에 해당하는지 여부는 쟁의행위의 목적과 경위, 쟁의행위의 방식·기간과 행위 태양, 해당 사업장에서 수행되는 업무의 성격과 사업장의 규모, 쟁의행위에 참여하는 근로자의 수와 이들이 쟁의행위를 행한 장소 또는 시설의 규모·특성과 종래 이용관계, 쟁의행위로 인해 도급인의 시설관리나 업무수행이 제한되는 정도, 도급인 사업장 내에서의 노동조합 활동 관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”라고 판시한 뒤, 업무방해에 해당하지 않는다고 판결하였다.

#### 마. 유사 금지행위

「집회 및 시위에 관한 법률」은 주최자·질서유지인·참가자에게 “총포,

53) 대법원 2022. 10. 27. 선고 2019도10516 판결.

폭발물, 도검(刀劍), 철봉, 곤봉, 돌덩이 등 다른 사람의 생명을 위협하거나 신체에 해를 끼칠 수 있는 기구(器具)를 휴대하거나 사용하는 행위 또는 다른 사람에게 이를 휴대하게 하거나 사용하게 하는 행위”(제16조 제4항 제1호), “폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 질서를 문란하게 하는 행위”(제16조 제4항 제2호)를 금지하고, 이를 위반한 경우 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한다(제22조 제3항). 헌법상 기본권인 집회·시위에 관한 기본권을 행사하면서 폭력·파괴행위 등으로 나아가는 것을 예방하고 처벌할 목적으로 보인다.

## 2. 안전보호시설에 대한 쟁의행위 금지(법 제42조)

### 가. 관련 규정

#### 법 제42조(폭력행위등의 금지)

- ② 사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.
- ③ 행정관청은 쟁의행위가 제2항의 행위에 해당한다고 인정하는 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 행위를 중지할 것을 통보하여야 한다. 다만, 사태가 급박하여 노동위원회의 의결을 얻을 시간적 여유가 없을 때에는 그 의결을 얻지 아니하고 즉시 그 행위를 중지할 것을 통보할 수 있다.
- ④ 제3항 단서의 경우에 행정관청은 지체 없이 노동위원회의 사후 승인을 얻어야 하며 그 승인을 얻지 못한 때에는 그 통보는 그때부터 효력을 상실한다.

#### 법 제91조(벌칙)

제38조 제2항, 제41조 제1항, 제42조 제2항, 제43조 제1항·제2항·제4항, 제45조 제2항 본문, 제46조 제1항 또는 제63조의 규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

### 나. 제·개정 연혁

- 「노동쟁의조정법」 법률 제279호, 1953. 3. 8., 제정 : 제정

제6조(쟁의행위의 중지) ① 공장, 사업장 기타 직장에 대한 안전보지시설의 정상한 유지운행을 정폐 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로 할 수 없다.

② 행정관청은 쟁의행위가 전항에 해당한다고 인정할 경우에는 노동위원회의 결의를 얻어 그 행위의 중지를 명하여야 한다.

제26조 본법 제5조 제1항 단서, 제7조, 제8조, 제10조, 제11조와 제6조 제2항의 중지명령에 위반한 자는 6월 이하의 징역 또는 5천 원 이하의 벌금에 처한다.

- 「노동쟁의조정법」 법률 제1327호, 1963. 4. 17., 전부개정

제13조(폭력행위 등의 금지) ② 공장, 사업장 기타 직장에 대한 안전보호시설의 정상한 유지, 운영을 정지, 폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.

③ 보건사회부장관 · 서울특별시장 · 부산시장 또는 도지사(이하 “행정관청”이라 한다)는 쟁의행위가 전항의 행위에 해당한다고 인정할 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 행위의 중지를 명하여야 한다.

제47조(동전) 제12조 · 제13조 제2항 · 제14조 · 제15조 또는 제31조의 규정에 위반하거나 제13조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 5만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 「노동쟁의조정법」 법률 제1606호, 1963. 12. 16., 일부개정

제13조(폭력행위등의 금지) ② 공장, 사업장 기타 직장에 대한 안전보호시설의 정상한 유지, 운영을 정지, 폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.

③ 노동청장 · 서울특별시장 · 부산시장 또는 도지사(이하 “행정관청”이라 한다)는 쟁의행위가 전항의 행위에 해당한다고 인정할 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 행위의 중지를 명하여야 한다. 다만, 사태가 급박하여 노동위원회의 의결을 얻을 시간적 여유가 없을 때에는 그 의결을 얻지 아니하고 즉시 그 행위의 중지를 명할 수 있다

④ 전항 단서의 경우에는 당해 행정관청은 지체 없이 노동위원회의 사후승인을 얻어야 하며, 그 승인을 얻지 못한 때에는 그 명령은 그때부터 효력을 상실한다.

- 「노동쟁의조정법」 법률 제2707호, 1974. 12. 24., 일부개정

제47조(동전) 제12조 · 제13조 제2항 · 제14조 · 제15조 또는 제31조의 규정에 위반하거나 제13조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 50만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 「노동쟁의조정법」 법률 제3351호, 1980. 12. 31., 일부개정

제47조(동전) 제12조 제1항 · 제13조 제2항 · 제14조 · 제15조 또는 제31조의 규정에 위반하거나 제13조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 노조법 법률 제5310호, 1997. 3. 13., 제정

제42조(폭력행위등의 금지) ② 사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지 · 운영을 정지 · 폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.

③ 노동부장관은 쟁의행위가 제2항의 행위에 해당한다고 인정하는 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 행위의 중지를 명하여야 한다. 다만, 사태가 급박하여 노동위원회의 의결을 얻을 시간적 여유가 없을 때에는 그 의결을 얻지 아니하고 즉시 그 행위의 중지를 명할 수 있다.

④ 제3항 단서의 경우에 노동부장관은 지체 없이 노동위원회의 사후 승인을 얻어야 하며 그 승인을 얻지 못한 때에는 그 명령은 그때부터 효력을 상실한다.

제91조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제38조 제2항, 제41조 제1항, 제42조 제2항, 제43조, 제45조 제2항 본문, 제46조 제1항 또는 제63조의 규정에 위반한 자

2. 제42조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자

- 노조법 법률 제5511호, 1998. 2. 20., 일부개정

제42조(폭력행위등의 금지) ③ 행정관청은 쟁의행위가 제2항의 행위에 해당한다고 인정하는 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 행위의 중지를 명하여야 한다. 다만, 사태가 급박하여 노동위원회의 의결을 얻을 시간적 여

유가 없을 때에는 그 의결을 얻지 아니하고 즉시 그 행위의 중지를 명할 수 있다.

④ 제3항 단서의 경우에 행정관청은 지체 없이 노동위원회의 사후 승인을 얻어야 하며 그 승인을 얻지 못한 때에는 그 명령은 그때부터 효력을 상실한다.

- 노조법 법률 제8158호, 2006. 12. 30., 일부개정 : 현행

제42조(폭력행위 등의 금지) ③ 행정관청은 쟁의행위가 제2항의 행위에 해당한다고 인정하는 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 행위를 중지할 것을 통보하여야 한다. 다만, 사태가 급박하여 노동위원회의 의결을 얻을 시간적 여유가 없을 때에는 그 의결을 얻지 아니하고 즉시 그 행위를 중지할 것을 통보할 수 있다.

④ 제3항 단서의 경우에 행정관청은 지체 없이 노동위원회의 사후 승인을 얻어야 하며 그 승인을 얻지 못한 때에는 그 통보는 그때부터 효력을 상실한다.

제91조(벌칙) 제38조 제2항, 제41조 제1항, 제42조 제2항, 제43조 제1항·제2항·제4항, 제45조 제2항 본문, 제46조 제1항 또는 제63조의 규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

#### 다. 입법취지 및 보호법익

안전보호시설이 쟁의행위로 인하여 정지·폐지되거나 운영에 장애가 발생하게 되면 사람의 생명·신체, 공중의 위생 등에 위험이 발생할 수 있고, 이는 쟁의행위를 통하여 보호하려는 법익과 이로 인하여 침해되는 법익이 사회통념상의 균형을 상실한 경우에 해당하게 된다.<sup>54)</sup> 사람의 생명·신체의 안전성은 어떠한 법익보다 보호받아야 할 우위에 있는 법익이기 때문에 안전보호시설의 유지·운영을 정지·폐지 내지 방해하는 쟁의행위는 사회적인 상당성을 결하였으므로 정당성을 인정받을 수 없다는 취지의 규정이다.

54) 노동법실무연구회(2015), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 II』, 박영사, p.340.

해당 규정은 1953년 제정된 「노동쟁의조정법」에 “공장, 사업장 기타 직장에 대한 안전보지(保持) 시설의 정상한 유지 운행을 정폐(停廢) 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로 할 수 없다”(제6조 제1항)고 규정된 뒤 몇 차례 자구수정을 거쳐, 1997. 3. 13. 노조법이 제정되면서 현재의 규정으로 유지되고 있다. 해당 규정 위반, 즉 안전보호시설의 정상적인 유지·운행을 정지·폐지 또는 방해하는 행위 자체에 대한 처벌 규정은 존재하지 않았고, 행정관청의 중지명령 위반에 대한 처벌조항만 존재했다. 그러나 1963년 4월 「노동쟁의조정법」이 전부개정되면서, 중지명령 위반뿐만 아니라 행위 자체에 대한 벌칙규정도 신설되었다. 중지명령 위반에 대한 벌칙규정은 2006년 노조법이 개정되면서 삭제되었다.

국회 회의록을 통해 확인되는 1953년 제정 당시 해당 규정의 입법취지는 쟁의행위에 따른 “국가적으로 크나큰 손실 또는 인명의 피해를 우려해” “그런 것은 금지해서 절대 거기에 손을 못 대도록 규정을 한 것”으로 파악된다.<sup>55)</sup>

‘안전보호시설’에 ‘사람의 생명·신체의 안전’을 위한 시설뿐만 아니라, 사용자의 재산권 보호를 위한 ‘물적시설’도 포함되는지가 해석상 논란이 될 수 있다. 애초에는 ‘안전보호시설’에 물적시설이 포함된다는 해석이 주를 이루었다.<sup>56)</sup> 현행 노조법 제38조 제2항에 규정된 ‘보안작업’ 중 사람의 생명·신체의 안전과 관련이 없는 작업과 관련한 쟁의행위 금지 의무도 해당 규정을 통해 해석하려 했던 것으로 보인다.

그러나 헌법재판소는 해당 규정에 대한 위헌확인 심판사건 결정<sup>57)</sup>을 통해 해당 규정의 입법목적과 보호법익이 “사람의 생명·신체의 안전보호”에 있다고 판단하였다. 구체적으로 해당 규정의 입법목적에 대하여 “사업장에서 발생하는 위험으로부터 사람의 생명·신체의 안전을 보호하고자 함”이라며 “(해당 규정에) 위반되는 경우에는 중지명령까지 발할 수 있는 강력한 보호장치를 두고 있음에 비추어 볼 때, 위 조항이 보호하고자 하는 법익은

55) 국회사무처, 「제15회 국회정기회의속기록(제13호)」, 1953. 1. 24., p.10(김익기 사회보건위원장의 발언).

56) 심태식(1964), 『노동법개론』, 법문사, p.285-286; 김형배(1974), 『노동법』, 고려대학교 출판부, p.270 참조.

57) 헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2002헌바83 전원재판부 결정.

그 침해에 대한 사전예방이 고도로 요구되는 것이고, 이러한 보호법익이란 바로 ‘사람의 생명·신체의 안전’ 외에 다른 것이 아니”라고도 실시하였다. 아울러 ‘보안작업’ 중 사람의 생명·신체의 안전과 관련이 없는 작업에 대한 쟁의행위 금지와 폭력·파괴행위, 중요시설 점거 금지를 규정한 「노동조합법」 제38조 제2항, 제42조 제1항을 언급하며 “생산 기타 주요업무에 관련되는 시설 등에 대한 보호를 따로 규율하고 있다”며 “물적 시설의 안전보호는 「노동조합법」 제42조의 입법목적에 포함되지 않는다”고 판단하였다.

헌법재판소는 또한 해당 규정이 단체행동권을 제약할 수 있다는 점을 들어 “형식적으로 안전보호시설의 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위가 있었지만, 그로 인하여 사람의 생명·신체에 대한 위험이 전혀 발생하지 않은 경우에 대하여 제한적인 해석 방향을 제시한다”라고 하였다. 또한 안전보호시설의 유지·운영을 담당하는 근로자만이 본 조항 위반행위의 주체가 되는지 문제될 수 있으나, 문언 해석상 주체를 제한하는 규정이 없으므로 안전보호시설의 유지·운영을 담당하는 근로자가 아니라도 위반행위의 주체가 될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다고 판단하였다.

## 라. 관련 판례

해당 규정 위반으로 노동부장관으로부터 제42조 제3항에 따른 ‘쟁의행위 중지명령’을 받은 노동조합이 해당 명령의 무효를 다툰 행정소송에서 대법원 2005. 9. 30. 선고 2002두7425 판결은 해당 규정과 관련해 “‘안전보호시설’이라 함은 사람의 생명이나 신체의 안전을 보호하는 시설을 말하는 것으로, 이에 해당하는지 여부는 당해 사업장의 성질, 당해 시설의 기능 등의 제반 사정을 구체적·종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”며 “가연성·폭발성·유독성이 강한 석유화학제품을 생산 및 유지하기 위하여 전기, 증기 등의 동력을 생산하여 공급하는 동력 부문이 정상적으로 가동되지 못하였을 경우에는 위 화학물질에서 발생하는 가연성 가스 등이 누출되거나 전량 소각되지 못하여 대규모 폭발사고를 야기할 수 있고, 소방수의 공급 및 재해 진압 설비의 작동이 곤란하여 대형화재를 초래할 수도 있어, 사람의 생명과 신체의 안전이 구체적으로 위협받는다”며 원고 노동조합이 동력 부문 근무

근로자에 대한 파업참여를 유도한 것은 “동력 부문의 정상적인 유지·운영을 위한 작업을 정지·폐지 또는 방해하는 일체의 행위라는 점이 명백하다”라는 원심 판결을 정당하다고 보았다.

대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3450 판결은 “「노동조합 및 노동관계조정법」 제42조 제2항의 입법목적이 ‘사람의 생명·신체의 안전보호’라는 점과 「노동조합 및 노동관계조정법」 제42조 제2항이 범죄의 구성요건이라는 점 등을 종합적으로 고려하면, 성질상 안전보호시설에 해당하고 그 안전보호시설의 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위가 있었다 하더라도 사전에 필요한 안전조치를 취하는 등으로 인하여 사람의 생명이나 신체에 대한 위험이 전혀 발생하지 않는 경우에는 「노동조합법」 제91조 제1호, 제42조 제2항 위반죄가 성립하지 않는다”고 판단하여 해당 규정의 위반을 ‘구체적 위험범’으로 파악하고 있다.<sup>58)</sup>

해당 규정을 적용하려면 “각 시설이 어떤 근거에서 사람의 생명이나 신체에 대한 위험을 예방하기 위한 시설이고 구체적으로 어떠한 위험성이 있는 시설인지, 위 각 시설의 가동을 중단함에 있어 사전에 필요한 안전조치를 취하였는지, 위 각 시설의 가동중단에 의하여 사람의 생명이나 신체에 대한 어떠한 위험이 발생하였는지” 등이 입증돼야 한다고 실시하였다.

#### 마. 유사 금지행위

해당 규정과 유사하게 “광산 근로자에 대한 위해(危害)를 방지하고 아울러 광해(鑛害)를 방지함으로써 지하자원의 합리적인 개발을 도모함”을 목적으로 하는 「광산안전법」은 제6조에서 광산 근로자의 의무를 규정하고, 광산 근로자가 이를 준수하지 않을 경우 제25조 제3호에 의해 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한다. 제6조의 내용을 보면, 광산시설에 해당하는 기계의 조작 과정에서의 준수사항(제1항), 운반시설에의 편승 금지(제2항), 광산 안전시설의 보전 및 훼손 방지를 위한 준수사항(제3항), 위해·광해의 방지를 위해 대통령령으로 정하는 사항 등으로 규정되어

58) 이철수(2023), 『노동법』, 현암사, p.574.

있고, 제3항 제3호에 “광산 근로자는 통풍시설, 갱내 배수시설, 그 밖에 광산안전상 필요한 시설의 유지 또는 운전을 정지·폐지(閉止)하거나 방해하여서는 아니 된다”고 적혀있다. 쟁의행위와 무관하게 사고가 발생했을 때 인명에 큰 영향을 미칠 수 있는 광산의 안전을 위해 필요하다고 판단돼 규정된 것으로 보인다.

### 3. 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하는 자의 업무방해 금지 및 피케팅에서의 폭행·협박 금지(법 제38조)

#### 가. 관련 규정

##### 제38조(노동조합의 지도와 책임)

① 쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니 되며 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행·협박을 사용하여서는 아니 된다.

##### 제89조(벌칙)

다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.  
1. 제37조 제2항, 제38조 제1항, 제42조 제1항 또는 제42조의2 제2항의 규정에 위반한 자

#### 나. 제·개정 연혁

- 노조법 법률 제5310호 1997. 3. 13., 제정 : 신설(현행)

#### 다. 입법취지 및 보호법익

해당 규정은 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하는 자의 정상적인 업무를 방해하는 행위를 금지하는 한편, 다른 근로자들에게 쟁의행위 참가를 호소·설득하는 피케팅 과정에서의 폭행·협박을 금지하는 내용이다.

해당 규정이 노조법에 규정된 것은 1997. 3. 13. 법률 제5310호로 제정되면서부터다. 해당 규정이 신설된 것은 사실이나, 제정 이유에는 해당 규정의 제정 목적은 구체적으로 서술되어 있지 않다. 법률 제5310호는 1996. 12. 26. 이른바 ‘노동법 날치기 사건’을 통해 제정된 노조법 법률 제5244호가 1997. 3. 13. 폐지되고 새로 제정된 것이다. 폐지된 법률 제5244호에는 해당 규정과 비슷한 형태로 “제38조(노동조합의 지도와 책임) 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 아니 된다”는 조항이 있다.

피케팅 관련 규정은 1996년 노동관계법 제·개정에 관한 논의가 진행됐던 노개위에서 공익위원이 최초 제안한 것으로 보인다. 사용자단체인 한국경영자총협회(경총)를 비롯한 경영계는 쟁의행위 과정에서의 ‘피케팅’을 금지할 수 있는 조항 신설을 수용하였고 노동계는 반대하였다. 양쪽의 논의가 진행되던 중 1996. 10. 25. 노개위 제12차 전체회의에서 “피케팅 규정은 명문화하지 않기로” 합의<sup>59)</sup>하였지만, 정부가 같은 해 12. 10. 제출한 법률안(노조법 제정안)에는 피케팅 규정이 포함되었다. 당시 노동부 의견은 “근로희망자의 출입과 조업의 저지 행위는 평화적 설득의 방법에 의하도록 함”이었으나, 재정경제원·통상산업부 등의 의견을 추가·검토하는 과정에서 “근로 희망자의 출입 및 조업을 저지하는 행위를 금지토록 수정”하고 “위반시 벌칙조항을 추가”하기로 한 것으로 보인다.<sup>60)</sup>

국회에서의 이른바 ‘날치기 통과’ 이후 해당 노조법을 폐기하고 노조법을 다시 제정하는 논의 과정을 거쳤으나, 해당 규정은 “기타 위력을”이라는 문구만 삭제된 형태로 살아남게 됐다.<sup>61)</sup> 당시 정부 내부의 논의를 보면, 해당

59) 노사관계개혁위원회(1997), 『노사관계 개혁백서』, p.570.

60) 국무총리 행정조정실(1996), 「노동관계법 개정방향 검토보고」, 1996. 11. 20., p.11.

61) 노개위 공익위원이었던 임종률 교수는 국회 재논의 과정에서 1997. 2. 19. 국회 환경노동위원회가 개최한 ‘노동관계법에 대한 공청회’에 공술인으로 참석해 “피케팅 제한규정이 있는데 노개위에서 많은 논란 끝에 노사 공히 이것은 넣지 않기로 합의했는데 정부 차원에서 이것이 들어갔습니다. 삭제해야 된다고 생각이 됩니다. 혹시 이 규정을 남기시는 경우에도 유의할 점이 있는데 (중략) 현재의 조문으로 보면 이것은 피케팅 자체를 전면 금지하는 것으로 되어 있습니다. 평

규정은 함께 신설된 ‘주요업무시설 점거금지’(제42조 제1항) 규정과 마찬가지로 쟁의행위 장소 제한이 삭제된 데 따른 “사업장 내 불법적인 쟁의행위의 양태를 구체적으로 명시하여 금지”<sup>62)</sup>할 목적으로 규정된 것으로 보인다.

피케팅이란 쟁의행위 장소에 보호 또는 감시 요원을 배치하여 근로희망자 등의 사업장 출입을 저지하고 쟁의행위에 협조할 것을 권유·설득하거나, 일반인들을 대상으로 노동조합의 요구를 이해하고 지지하여 줄 것을 호소하는 문언을 작성하여 이를 파업장소에 게시·비치 또는 방송하는 행위를 의미한다.<sup>63)</sup>

당해 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 쟁의행위가 행하여져서는 아니 되며, 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행 또는 협박을 사용하여서는 아니 된다고 하여 피케팅 내지 파업 참가 촉구 행위의 정당성 판단기준을 규정하고 있다.<sup>64)</sup>

해당 조항은 피케팅을 하는 경우에 그 상대방의 신체행동 내지 의사결정의 자유를 보호하기 위한 규정으로, ‘쟁의행위와 관계없는 자’는 해당 노동조합의 조합원으로서 원래 파업·태업에 참가하도록 지시받은 자 이외의 사람을 말하고, 사용자·비조합원인 근로자·고객 등이 이에 포함된다. 근로를 제공하는 자는 쟁의행위가 일어난 사업장에서 근로를 제공하는 자를 말하며, 조합원 가운데 쟁의행위에 참가하지 않은 자일 수도 있고 사용자의 지시에 따라 대체근로를 하는 자일 수도 있다.<sup>65)</sup>

피케팅은 원래 파업이나 태업과 같은 주된 쟁의행위의 보조적인 수단으로 행하여지는 것이므로 파업이나 태업 자체가 쟁의행위로서 위법하지 않은 경우에 적법하다. 그러나 파업이나 태업이 적법하다 하더라도 피켓활동

---

화적 설득의 피케팅은 어느 나라에서든 허용되는 것이고 우리 대법원 판례에서도 허용되는 것입니다. 그것마저도 이 개정법 전단의 규정을 보면 금지될 우려가 있기 때문에 그런 조문에도 혹시 남기신다면 위해할 것이라고 생각합니다”라고 진술하였다. 국회사무처, 「제183회 국회 환경노동위원회 회의록(제2호)」, 1997. 2. 19., pp.21-22.

62) 노동부(추정), 「주요 쟁점사항에 대한 검토」, 1996. 11., pp.5-6.

63) 노동법실무연구회(2023), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해II(제2판)』, 박영사, p.756.

64) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, p.1333.

65) 임중률(2019), 『노동법(제17판)』, 박영사, p.228-229.

을 하는 근로자들이 근로를 희망하는 비조합원이나 조합원들에게 위협적인 언동이나 폭력을 사용하여 파업 참가 또는 파업에 동조를 요구할 수는 없는 것이므로, 피케팅은 평화적 설득에 머무르는 한 정당성이 인정된다.<sup>66)</sup>

## 라. 관련 판례

해당 규정의 제정 이전 판례로 대법원 1990. 10. 12 선고 90도1431 판결에서는 “파업의 보조적 쟁의수단인 피케팅은 파업에 가담하지 않고 조업을 계속하려는 자에 대하여 평화적 설득, 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위 내에서 정당성이 인정되는 것이고, 폭행, 협박 또는 위력에 의한 실력 저지나 물리적 강제는 정당화될 수 없다”고 판시한 바 있는데, 해당 규정의 내용과 유사한 형태를 띤다.

농성에 가담하지 않고 근무하는 직원들에게 “노조원들과 적이 되려 하느냐”는 등의 야유와 협박을 하며 농성 가담을 권유한 행위<sup>67)</sup>, ‘단결투쟁’이라고 쓴 띠를 이마에 두른 채 버스에 탑승하여 운행 도중 기사들에게 욕설을 하고 먹살을 잡는 행위<sup>68)</sup> 등은 피케팅의 정당성이 부정되었다. 회사의 지분 매각에 반대한다는 취지로 사용자에게 해당하는 사업부장의 출근을 방해하거나, 회사 간판 교체 작업을 하는 하도급업체의 업무를 방해하는 행위도 해당 규정 위반으로 노조법 위반·업무방해 혐의로 유죄가 선고되었다.<sup>69)</sup> 노동조합의 쟁의행위에 따라 대체 투입된 근로자들에 대하여 협박이나 물리력을 사용하여 생산라인에서 끌어내거나 끌어내려 함으로써 생산라인이 정지되게까지 이르는 행위는 피해자 회사의 대체근로자 투입이 불법으로서 이를 이용한 자동차 생산 업무가 보호가치가 없는 업무라거나, 피고인들의 행위가 쟁의행위에 수반되는 피케팅의 범위에 포함되는 행위로서 정당행위라고 할 수는 없다는 판결<sup>70)</sup>도 있다.

66) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, p.1374.

67) 대법원 1992. 5. 8. 선고 91도3051 판결.

68) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2006도5922 판결.

69) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018도11197 판결.

70) 대법원 2021. 9. 16. 선고 2015도12632 판결.

정당성이 인정된 사례로는 병원의 업무개시 전이나 점심시간을 이용하여 구호를 외치거나 노동가 등 노래를 합창하고, 또는 피켓을 들고 침묵시위를 하며 행진하는 행위<sup>71)</sup>, 상대방이 특정되지 않는 ‘배신자를 처단하자’, ‘총단 결로 박살내자’ 등의 구호를 외친 행위<sup>72)</sup> 등이 있다.

해당 규정은 명시적으로 폭행·협박을 구성요건으로 하고 있다. 「형법」 제283조 제1항은 “사람을 협박한 자는 3년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다”라고 하고, 제284조(특수협박)는 “단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 전조 제1항, 제2항의 죄를 범한 때에는 7년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정한다. 협박죄는 개인의 자유로운 신체활동의 전제가 되는 개인의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 범죄로, 개인의 의사결정을 부당한 외부 간섭으로부터 보호하는 것이 그 목적이다.<sup>73)</sup> 협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 한다. 하지만 상대방이 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니다. 그와 같은 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 협박죄의 기수에 이르는 것으로 해석해야 한다.<sup>74)</sup>

해당 규정의 “쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위”로서 “폭행·협박을 사용하여서는 아니 된다”라는 문언은 「형법」 제324조(강요) 제1항의 “폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다”라는 강요죄의 구성요건과 유사하다. 폭행·협박을 통해 비조합원이 출근할 권리행사를 방해하거나, 의무에 없는 쟁의행위에 참가하도록 하는 것은 형법상 강요죄에 해당할 수 있는 것이다.

71) 대법원 1992. 12. 8. 선고 92도1645 판결.

72) 서울고등법원 2017. 2. 3. 선고 2017누81412 판결(심리불속행 기각 확정).

73) 배종대(2023), 『형법각론(제14판)』, 홍문사, p.123.

74) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2007도606 전원합의체 판결.

#### 4. 작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 직업의 정상 수행 위반(법 제38조 제2항)

##### 가. 관련 규정

###### 제38조(노동조합의 지도와 책임)

② 작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업은 쟁의행위 기간 중에도 정상적으로 수행되어야 한다.

###### 제91조(벌칙)

제38조 제2항, 제41조 제1항, 제42조 제2항, 제43조 제1항·제2항·제4항, 제45조 제2항 본문, 제46조 제1항 또는 제63조의 규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

##### 나. 제·개정 연혁

- 노조법 법률 제5310호 1997. 3. 13., 제정 : 신설(현행)

##### 다. 입법취지 및 보호법익

해당 규정은 파업이나 태업을 한다 하여 작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업까지 중단하거나 게을리하면 사용자의 재산에 직접적인 손해를 주고, 나아가 쟁의종료 후의 즉각적인 조업 재개가 불가능하게 되어 근로자도 손해를 입게 되며 쟁의권 보장 취지에 반하는 결과가 되기 때문에 이러한 점을 고려하여 긴급작업의 수행을 규정한 것<sup>75)</sup>이다.

해당 규정이 노조법에 규정된 것은 1997. 3. 13. 법률 제5310호로 제정되면서부터다. 해당 규정이 신설된 것은 사실이나, 제정 이유에는 해당 규정

75) 임종률(2021), 『노동법(제19판)』, 박영사, p.232.

의 제정 목적은 구체적으로 서술되어 있지 않다.

노개위 백서를 보면, 노개위 공익위원들의 제안으로 안전보호시설 외에 이른바 ‘보안작업’에 대해서도 쟁의행위를 금지하도록 「노동쟁의조정법」에 규정하는 방안에 대한 논의가 이뤄졌다. 이를 바탕으로 성안된 규정의 내용은 “작업시설의 손상 및 원료나 제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업은 쟁의행위 기간에도 이를 정상적으로 수행하여야 한다”였다.

해당 규정에 대해 사용자단체들은 공익위원 제안을 수용하였으나, 노동계가 반대하였고, 결국 1996. 10. 25. 노개위 제12차 전체회의에서 “보안작업 쟁의행위 금지 규정은 명문화하지 않기로” 합의<sup>76)</sup>하였다. 그러나 정부가 같은 해 12. 10. 제출한 법률안(노조법 제정안)에는 보안작업의 쟁의행위 금지 규정이 포함되었다. 해당 제정안은 같은 해 12. 31. 국회 본회의에서 ‘날치기’ 통과되었고, 노동계 총파업이라는 거센 반발 끝에 이뤄진 국회 재논의 과정을 거쳤으나, 해당 조항은 그대로 살아 남았다.

재논의 과정인 1997. 2. 19. 열린 국회 환경노동위원회 ‘노동관계법에 대한 공청회’에서 한영애 의원은 해당 규정에 대해 “이 조항은 사업장 특히 식품제조업 등에서는 전혀 쟁의행위를 할 수 없도록 하여 근로자의 단체행동권을 본질적으로 제약하는 독소조항으로 악용될 소지가 다분하다고 판단됩니다. 특히 작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패라든가 하는 범주를 어디까지로 설정을 할 것인가, 모법에서 규정되지 않은 채 전적으로 정부의 행정에 맡겨지기 때문에 이런 우려는 더욱 크다고 하겠습니다”<sup>77)</sup>라고 지적했다.

이에 노개위 공익위원이었던 임종률 교수가 답변한 내용을 종합하면, 해당 규정은 공익위원들이 독일 판례·법리를 참조해 제안한 것으로, 「노동쟁의조정법」에서 쟁의권 제한규정을 완화할 경우 쟁의행위가 무분별해질 수 있어서 “가이드라인이 필요한 곳”은 법률로 제시할 필요가 있다는 차원에서 마련된 것이라 한다. 쟁의행위 중에도 “보안작업을 정상적으로 유지해야 한다는 것은 파업권과 재산권을 조화하라”는 취지라는 것이다.<sup>78)</sup>

76) 노사관계개혁위원회(1997), 『노사관계 개혁백서』, 노사관계개혁위원회, p.570.

77) 국회사무처, 「제183회 국회 환경노동위원회 회의록(제2차)」, p.42-43.

78) 국회사무처, 「제183회 국회 환경노동위원회 회의록(제2차)」, p.44; 임종률 교수

요컨대, 해당 규정은 근로자의 쟁의권과 사용자의 재산권 간에 균형을 도모하는 차원에서 마련된 것으로 볼 수 있다.<sup>79)</sup> 쟁의행위 중에는 당사자의 주된 의무만이 정지될 뿐이므로, 사용자의 배려의무 및 근로자의 충실의무와 같은 부수적 주의의무는 여전히 존속하기 때문에, 쟁의행위 기간 중이라도 사용자의 경영시설 유지를 위하여 불가결하게 요구되는 작업은 수행되어야 한다는 법리에 바탕을 둔 것이라 한다.<sup>80)</sup>

해당 규정과 유사한 취지의 제42조 제2항이 “사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운행을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다”고 규정한 것과 달리, 해당 규정은 “작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업은 쟁의행위 기간 중에도 정상적으로 수행되어야 한다”고 규정하므로, 해당 업무를 담당하고 있는 근로자는 파업에 참가할 수 없고, 작업을 중단 없이 수행하여야 한다. 이 규정은 해당 업무를 담당하는 근로자의 단체행동권을 직접적으로 제한하는 것으로 해석된다.<sup>81)</sup>

## 라. 관련 판례

파업에 돌입하면서 마트에 보관 중이거나 새로 입고되는 채소류 등의 부패를 방지하기 위한 필요한 조치를 다하지 않았다는 이유로 노동조합 간부가 해당 규정을 적용받아 유죄를 선고받은 판결이 있다.<sup>82)</sup>

행정해석은 ‘작업시설의 손상을 방지하기 위한 작업’으로 작업시설에 대하여 주기적으로 윤활유를 공급하는 작업, 과일·응고·폭발을 방지하려는 급수·가열·전력공급 등의 작업, 화재예방·소방작업 등이 포함되며, ‘원

---

는 “보안작업 규정도 노개위에서 많은 논란 끝에 이번에는 두지 말자 이렇게 합의했던 것이기 때문에 삭제하는 것이 수습의 길이다 이렇게 생각합니다. 보안작업에 관해서는 아직은 우리나라에서 학자들 간에 파업기간 중에도 정상적으로 유지해야 된다 이런 학설이 있지만 판례는 아직 없기 때문에 좀 반발이 상당히 심하리라 생각합니다.”라고 밝혔다. 같은 회의록 p.22.

79) 노동법실무연구회(2015), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 II』, 박영사, p.295.

80) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, p.1365.

81) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, p.1365.

82) 창원지방법원 2005. 11. 29. 선고 2005노1137 판결(대법원 2006. 12. 21. 선고 2005도9824 판결로 확정).

료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업’은 원료·제품의 세척·냉장·방부처리 등의 작업이 포함된다고 해석하고 있다.<sup>83)</sup>

### 제3절 쟁의행위의 목적

#### 1. 쟁의행위 기간 중 임금지급 요구 금지(법 제44조)

##### 가. 관련 규정

###### 법 제44조(쟁의행위 기간중의 임금지급 요구의 금지)

② 노동조합은 쟁의행위 기간에 대한 임금의 지급을 요구하여 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하여서는 아니 된다.

###### 법 제90조(벌칙)

제44조 제2항, 제69조 제4항, 제77조 또는 제81조 제1항의 규정에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

##### 나. 제·개정 연혁

- 노조법 법률 제5310호, 1997. 3. 13., 제정: 신설(현행)

##### 다. 입법취지 및 보호법익

노조법 제44조 제1항은 “사용자는 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여는 그 기간 중의 임금을 지급할 의무가 없다”라고 규정하여, 파업기간 중의 임금 지급을 목적으로 하는 노동조합의 쟁의행위

83) 노동부 질의회시 2008. 4. 23. 노동조합과-722.

는 위법임을 명시하는 조항이다.<sup>84)</sup>

해당 규정은 1996년 노개위에서 경총을 비롯한 경영계가 “파업기간 중 임금지급 금지규정 명문화”를 요구하면서 논의가 이뤄졌다. 당시 노동계안은 “파업기간 중 임금지급 여부는 노사 자율로 해결토록”, 경영계안은 “파업기간 중 임금지급을 금지토록 명문화함”, 공익안은 “파업기간 중 임금지급을 요구하는 쟁의행위를 할 수 없도록 규정함”이었다.<sup>85)</sup> 노개위 내부에선 합의가 이뤄지지 못한 가운데, 정부가 제출해 1996. 12. 31 법률 제5244호로 이른바 ‘날치기 통과’된 노조법에는 “제44조(쟁의행위 기간 중의 임금지급 요구의 금지) 사용자는 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여는 그 기간에 대한 임금을 지급하여서는 아니 되며, 노동조합은 그 기간에 대한 임금의 지급을 요구하거나 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하여서는 아니 된다”고 규정돼 있었다. 그러나 법률 제5244호가 폐지되고 1997. 3. 13 법률 제5310호로 다시 제정되면서 현재의 모습을 갖추게 됐다. 현행 규정은 노개위 당시 공익안에 가까운 형태를 보인다.<sup>86)</sup>

해당 규정은 정당한 파업에 참가하는 기간 중 근로자의 노무급부의 의무는 정지되고, 파업기간 중 근로자는 사실상 노무를 제공하지 않으므로, 민법의 일반원칙에 따라 임금지급을 청구할 수 없다. 이것은 근로관계에 내재하는 쌍무계약의 원칙에서 볼 때 당연한 일이다.<sup>87)</sup> 이는 노조법 제44조 제1항이 “사용자는 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여는 그 기간 중의 임금을 지급할 의무가 없다”라고 확인한 것과 마찬가지다.

쟁의행위 기간에 대한 임금의 지급을 관철하려는 목적의 쟁의행위를 허

84) 김형배·박지순(2022), 『노동법강의 제11판』, 신조사, p.640.

85) 노사관계개혁위원회(1997), 『노사관계 개혁백서』, p.596.

86) 노개위 공익위원이었던 임종률 교수는 노동관계법 재제정 관련 국회 환경노동위원회 공청회에 진술인으로 참석해 “쟁의기간 중의 임금을 달라고 노동조합이 파업을 하지 못하도록 금지규정은 두어야 한다고 생각합니다”라면서도 “(파업기간 중에 사용자가 임금을) ‘지급하지 않아도 좋다’라고 하는 것과 ‘지급해서는 안 된다, 지급을 요구해서는 안 된다’ 하는 것은 엄청난 차이가 있다”고 밝혔다. “왜 법이 사용자가 파업기간에 대해서 임금을 줄 것이냐 말 것이냐, 100% 줄 것이냐 10%만 줄 것이냐 하는 것에 대해서 법이 앞장서서 주지 말라고 하는 것은 법리에 어긋나는 것이다. 편파적인 법이다 사용자가 할 일을 입법부가 해서는 안 되리라 생각한다”고 밝혔다. 국회사무처(1997), 「제183회국회 환경노동위원회회의록(제2호)」, 1997. 2. 19., p.22.

87) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, p.1429.

용하면 당초 쟁의행위에서 관철하려는 정당한 주장과 관계없이 쟁의행위가 장기화하고 그 피해가 지나치게 커질 우려가 있으며 이는 쟁의권 보장의 취지를 벗어나는 결과가 된다.<sup>88)</sup> 다만 이 규정이 쟁의행위 기간에 대한 임금 지급을 요구하는 단체교섭까지 금지하는 것은 아니고, 사용자가 이 단체교섭에 응하여 임금의 전부 또는 일부를 지급하기로 합의한 경우에는 이것도 단체협약으로서 사용자를 구속한다고 한다.<sup>89)</sup>

해당 규정에 대한 비판으로, 쟁의행위 기간 중 임금지급에 대해 무노동 무임금 원칙을 적용한다고 하여도 이를 법으로 강제하기보다는 당사자의 의사에 맡기는 것이 타당하며, 쟁의행위 기간 중의 임금지급을 요구하는 쟁의행위를 법으로 금지하고 형벌까지 규정한 것은 노사자치주의에 반하며, 기업별 노동조합이 압도적인 다수를 점하고 노동조합의 재정이 취약하여 무노동 무임금의 원칙에도 불구하고 사용자가 다양한 명목으로 임금을 보전해 주고 있는 우리의 현실을 무시한 것이라는 견해가 있다.<sup>90)</sup>

## 제4절 쟁의행위의 절차

### 1. 쟁의행위와 조합원 찬반투표(법 제41조)

#### 가. 관련 규정

##### 제41조(쟁의행위의 제한과 금지)

① 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원(제29조의2에 따라 교섭대표 노동조합이 결정된 경우에는 그 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원)의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다. 이 경우 조합원 수 산정은 종사 근로자인 조합원을 기준으로 한다.

88) 임종률(2021), 『노동법(제19판)』, 박영사, p.227-228.

89) 임종률(2019), 『노동법(제17판)』, 박영사, pp.225-226.

90) 조경배(1997), 「쟁의기간 중의 임금지급 문제」, 『노동판례비평』, 민주사회를 위한 변호사모임, p.235.

### 제91조(벌칙)

제38조 제2항, 제41조 제1항, 제42조 제2항, 제43조 제1항·제2항·제4항, 제45조 제2항 본문, 제46조 제1항 또는 제63조의 규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

#### 나. 제·개정 연혁

- 「노동쟁의조정법」 법률 제279호, 1953. 3. 8., 제정

제8조(노동조합의 명의사용 제한) 노동조합을 조직한 노동자가 쟁의행위를 할 때는 조합원의 직접 무기명 투표에 의하여 과반수로서 결정하지 아니하면 노동조합의 명의로써 쟁의행위를 할 수 없다.

제26조 본법 제5조제1항 단서, 제7조, 제8조, 제10조, 제11조와 제6조제2항의 중지명령에 위반한 자는 6월 이하의 징역 또는 5천 환 이하의 벌금에 처한다.

- 「노동쟁의조정법」 법률 제1327호, 1963. 4. 17., 전부개정

제12조(쟁의행위의 제한) ① 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접 무기명 투표에 의한 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다.

② 전국적인 규모를 가진 노동조합의 산하지부가 쟁의행위를 하고자 할 때에는 전항의 규정에 의한 절차를 거쳐 소속 노동조합의 승인을 얻어야 한다.

제47조(동전) 제12조·제13조 제2항·제14조·제15조 또는 제31조의 규정에 위반하거나 제13조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 5만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 「노동쟁의조정법」 법률 제2608호, 1973. 3. 13., 일부개정

제12조(쟁의행위의 제한) ① 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접 무기명 투표에 의한 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다.

② 삭제

- 「노동쟁의조정법」 법률 제2707호, 1974. 12. 24., 일부개정

제47조(동전) 제12조·제13조 제2항·제14조·제15조 또는 제31조의 규정에 위반하거나 제13조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 50만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 「노동쟁의조정법」 법률 제3351호, 1980. 12. 31., 일부개정

제47조(동전) 제12조 제1항·제13조 제2항·제14조·제15조 또는 제31조의 규정에 위반하거나 제13조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 「노동쟁의조정법」 법률 제3926호, 1986. 12. 31., 일부개정

제12조(쟁의행위의 제한) ① 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다

- 노조법 법률 제5310호, 1997. 3. 13., 제정

제41조(쟁의행위의 제한과 금지) ① 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다.

제91조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제38조 제2항, 제41조 제1항, 제42조 제2항, 제43조, 제45조 제2항 본문, 제46조 제1항 또는 제63조의 규정에 위반한 자

- 노조법 법률 제17864호, 2021. 1. 5., 일부개정 : 현행

#### 다. 입법취지 및 보호법익

노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 더 신중을 기하기 위하여 마련한 규정이다.<sup>91)</sup>

제정 「노동쟁의조정법」에는 제8조 ‘노동조합의 명의사용 제한’이라는 제

목 아래 “노동조합을 조직한 노동자가 쟁의행위를 할 때는 조합원의 직접 무기명 투표에 의하여 과반수로써 결정하지 아니하면 노동조합의 명의로써 쟁의행위를 할 수 없다”고 규정돼 있다가, 1963년 4월 전부개정 때 “제12조 (쟁의행위의 제한) ① 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접 무기명 투표에 의한 과반수의 찬성으로 결정하지 않으면 이를 행할 수 없다”라고 조문 제목과 내용이 변경되었다. 1986년 개정 때 ‘비밀’ 투표의 원칙이 추가되었으며, 2021년 교섭대표 노동조합 관련 내용이 추가되었다.

제정법 법안 심사보고에 따르면 “민주주의 원칙에 의거해 과반수 이상이 노동쟁의를 하자고 희망해야만 비로소 이것을 시작하게끔 이렇게 규정한 것”이고, “동맹파업을 한다고 할 때에는 노동자 자신이 그날 임금을 받을 것을 받지 않고… 개인 개인이 부담해 가지고 싸우는 것이기 때문에… 자기가 그런 희생을 해가면서 파업을 하는데 자기 의사표시도 없이 희생을 당하도록 하는 것을 방지”하고, 또한 “지령에 의해서 파업을 하는 이런 것도 방지”하기 위한 취지에서 마련된 규정이라 설명하고 있다.<sup>92)</sup>

해당 규정의 입법취지에 대하여 1964년 발간된 노동법 교과서는 “이 규정은 아마도 정상적인 내지는 건전한 노동조합운동을 이룩하지 못하고 있는 우리나라의 조합운동 실태를 감안한 조치”<sup>93)</sup>라고 서술하고, 1985년 「노동쟁의조정법」 해설서는 “쟁의행위가 조합원의 임금손실 등과 직접 관련이 있는 아주 중요한 사항이므로 노동조합의 민주적인 운영을 확보하기 위한 정책적 배려에 따라 제한 규정을 둔 것으로 이해된다”라며 “쟁의행위는 그 자체가 목적이 아니라 근로조건에 관하여 자기의 주장을 관철하기 위한 수단일 뿐이므로 쟁의행위는 가급적 확대되지 아니하는 것이 바람직하다. 본조는 이러한 취지에서 쟁의행위에 대하여 제한을 가하고 있다”라고 서술한다.<sup>94)</sup>

이를 종합하면, 최초 제정 당시 ‘노동조합 명의’를 사용한 쟁의행위를 할 때는 노동조합 조합원들의 민주적 의사결정을 거칠 것을 강조하는 규정이

91) 이철수(2023), 『노동법』, 현암사, p.568.

92) 이흥재(2008), 「노동쟁의조정법 제정심회의 주요쟁점」, 『서울대학교 법학』 49(1), 서울대학교 법학연구소, p.41에서 재인용(국회속기록 제15회 제13호 및 제18호).

93) 심태식(1964), 『노동법개론』, 법문사, p.284.

94) 문형남(1985), 『노동쟁의조정법 상해』, p.42, p.111.

었다면, 이후 개정을 거듭하면서 투표를 거치지 않은 쟁의행위를 제한할 목적으로 규정의 성격이 바뀐 것으로 보인다.

이처럼 해당 규정이 단체행동권을 제약한다는 점을 들어 제한적으로 적용되어야 한다는 견해가 지배적이었다. “이를 정면으로 엄격하게 해석하면 궁극적으로 쟁의권 자체를 침해하는 경우가 생길 것이기 때문이다. 그러므로 적어도 본조의 절차를 밟지 않는 쟁의행위라 할지라도 그 절차를 밟지 않은 것에 대한 정당한 이유가 객관적으로 인정되는 경우에는 정당한 쟁의행위(민형사상 면책)로 보아야 하고, 별칙 적용도 배제되어야” 한다는<sup>95)</sup> 것이다. 판례도 해당 규정의 위반과 업무방해죄 성립과 관련하여 “조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 때는 법률로 정한 쟁의행위 찬반투표라는 형식적 절차를 밟지 않아도 정당성이 인정된다”<sup>96)</sup>며 업무방해죄가 성립되지 않는다는 태도를 취했다.

그러나 2001년 대법원 전원합의체는<sup>97)</sup> 해당 규정에 대해 “노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련해 어떠한 불이익도 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로, 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 있는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실된다”며 “쟁의행위의 개시에 앞서 「노동조정법」 제41조 제1항에 의한 투표절차를 거치지 아니한 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 때에는 단지 노동조합 내부의 의사형성 과정에 결함이 있는 정도에 불과하다고 하여 쟁의행위의 정당성이 상실되지 않는 것으로 해석한다면 위임에 의한 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성간주 등의 방법이 용인되는 결과, 그와 같은 견해는 위의 관계 규정과 대법원의 판례 취지에 반하는 것”이라고 판시해 종전 판례법리를 변경하여 형법상 업무방해 혐의에 대해 유죄를 인정하였다. 이 판례로 인해 노동조합 존립의 실질적 요건 중의 하나인 노동조합의 민주성, 즉 민주적 의사결정절차가 쟁의행위의 정당성 요건으로서 승격·

95) 심태식(1964), 『노동법개론』, 법문사, p.284; 김형배(1974), 『노동법』, 고려대학교 출판부, p.269 참조.

96) 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도4836 판결.

97) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결.

강화됐다고 볼 수 있다는 견해가 있다.<sup>98)</sup>

다만 이같은 판결에 대한 비판도 적지 않다. 전원합의체 판결 다수의견에 대한 반대의견은 “노동조합이나 근로자들에게 쟁의행위로 인한 손해배상책임을 묻거나 쟁의행위에 참가한 근로자들의 징계책임을 묻는 민사사건이나 행정사건에 있어서의 쟁의행위의 정당성에 관한 법리로는 일반적으로 타당한 견해이지만, 쟁의행위에 참가한 근로자들에게 업무방해죄라는 형사책임을 묻는 형사사건에 있어서는 반드시 그와 같은 법리를 따라야 하는 것이라고는 할 수 없”다면서 “찬반투표를 거치지 아니하고 쟁의행위를 할 것인가 여부에 대한 결정에 전혀 관여하지 않은 채 단지 노동조합 집행부의 지시에 따라 그와 같은 쟁의행위에 가담하였을 뿐인 일반조합원들을 형사처벌함에 있어서까지 그 절차 위반의 사유만으로 그들의 쟁의행위 참가 자체를 위법한 것으로 평가하고, 노동조합 내에서의 지위나 가담 정도 등을 불문하고 참가 조합원 전원에 대하여 업무방해죄의 성립을 인정하는 것은, 형사처벌에 있어서 쟁의행위의 위법성을 지나치게 넓게 인정하고 업무방해죄의 성립요건을 지나치게 완화하는 것이라고 하지 않을 수 없다”고 밝혔다.

학계에서도 다수의견에 대해 조합원의 직접·비밀·무기명 투표는 노동조합의 민주적인 의사결정을 확보하기 위한 절차적 요건을 규정한 것에 불과하고, 이러한 노동조합 내부 의사결정 방법 위반 여부는 쟁의행위 정당성 판단과는 직접적인 관련이 없는 것이라는 비판이 있으며, 법적인 논리라기 보다는 노동계가 적법 질서를 지키지 않는다는 전제하에 쟁의행위의 절차적 정당성에 관하여 엄격한 해석을 할 필요가 있다는 정책적인 판단 때문에 나온 판결이라는 견해 등이 제기됐다.<sup>99)</sup>

해당 규정이 위치한 조문(제41조)의 제목은 “쟁의행위의 제한과 금지”이고, 제41조는 해당 규정과 더불어 방위산업체 종사자의 쟁의행위 금지 의무를 담고 있다. 해당 규정의 개정 연혁을 살펴보더라도, 노동조합의 ‘민주적 의사결정 절차’를 강조하기보다는 노동조합의 쟁의행위를 제한할 목적으로 판단된다.

98) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, p.1358.

99) 노동법실무연구회(2023), 『노동조합 및 노동관계 조정법 주해II(제2판)』, 박영사, p.706.

## 라. 관련 판례

찬반투표를 거치지 않은 쟁의행위의 정당성과 관련한 판례로, 피고인들이 노동조합 간부 및 조합원들과 공모하여 찬반투표 절차를 거치지 않고 조합원들에게 잔업 및 특근을 거부하도록 주도하여 쟁의행위를 하였고, 쟁의행위 이후에서야 찬반투표를 실시한 경우<sup>100)</sup>, 노조 지부장인 피고인이 조합원의 투표, 조정 절차를 거치지 아니한 채 회사 소속 조합원 150여 명이 집단적으로 하루 종일 근로를 제공하지 않도록 하면서 집회를 개최하는 등으로 쟁의행위를 한 경우<sup>101)</sup> 등이 있다.

조합원 찬반투표와 쟁의행위의 신고 등을 거치지 않고 전격적으로 이루어진 집단파업에 대해 업무방해죄를 인정한 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009도4083 판결은 “피고인들은 사용자가 2006. 3. 9. 이 사건 근무지 조정을 실시하자 이에 반발하여, 쟁의행위와 관련된 조합원 찬반투표를 실시하지도 않고 「노동조합 및 노동관계조정법」이 정한 쟁의행위 신고 등의 절차도 거치지 않은 채 이 사건 근무지 조정이 이루어진 당일 새벽부터 2006. 4. 14. 까지 상호 의사 연락하에 집단적으로 사용자가 지정한 근무지가 아닌 노조 사무실이나 시내 일원에서 대기하면서 노무 제공을 거부하였고, 그 결과 사용자로 하여금 1일 평균 한시 일용직 약 16명을 고용하여 피고인들의 업무를 대행하게 하는 손해를 입게” 한 사안에서 “피고인들의 위와 같은 행위는 사용자의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 실력을 행사한 것으로서 「형법」 제314조 제1항이 정한 위력에 의한 업무방해죄가 성립한다고 봄이 타당하다”라고 판시하였다.

쟁의행위 돌입을 위한 조합원 찬반투표를 실시해야 하는 시기와 관련하여서는 노조법에 이렇다 할 규정이 없다. 노동위원회의 조정절차를 거치기 전 실시된 조합원 찬반투표가 쟁의행위의 정당성에 영향을 미치는지와 관련하여 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두40345 판결은 “노동조합은 근로자들이 스스로 ‘근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위향상’을 위하여 국가와 사용자에 대항하여 자주적으로 단결한 조직이어서

100) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도1933 판결.

101) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016도6036 판결.

국가나 사용자 등으로부터 자주성을 보장받아야 하므로(헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌마671, 2014헌가21(병합) 결정 등 참조), 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표의 실시 시기도 법률로써 제한되어 있다는 등의 사정이 없는 한 노동조합이 자주적으로 결정하는 것이 헌법상 노동3권 보장의 취지에 부합한다”며 “쟁의행위에 대한 조정전치를 정하고 있는 「노동조합법」 제45조의 규정 취지는 분쟁을 사전 조정하여 쟁의행위 발생을 회피하는 기회를 주려는 데에 있는 것이지 쟁의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니므로, 쟁의행위가 조정전치의 규정에 따른 절차를 거치지 않았더라도 무조건 정당성을 결여한 쟁의행위가 되는 것은 아니다(대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4812 판결 등 참조). 이러한 「노동조합법」 제45조의 규정 내용과 취지에 비추어 보아도, 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표 당시 노동쟁의 조정절차를 거쳤는지 여부를 기준으로 쟁의행위의 정당성을 판단할 것은 아니다.”라고 판시하였다.

## 2. 조정절차를 거치지 아니한 쟁의행위 금지(법 제45조)

### 가. 관련 규정

#### 제91조(벌칙)

제38조 제2항, 제41조 제1항, 제42조 제2항, 제43조 제1항·제2항·제4항, 제45조 제2항 본문, 제46조 제1항 또는 제63조의 규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

#### 제45조(조정전치)

② 쟁의행위는 제5장 제2절 내지 제4절의 규정에 의한 조정절차(제61조의2의 규정에 따른 조정종료 결정 후의 조정절차를 제외한다)를 거치지 아니하면 이를 행할 수 없다. 다만, 제54조의 규정에 의한 기간 내에 조정이 종료되지 아니하거나 제63조의 규정에 의한 기간 내에 중재재정이 이루어지지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

## 나. 제·개정 연혁

- 노조법 법률 제5310호, 1997. 3. 13., 제정 : 신설

제45조(조정절차의 전치) ② 쟁의행위는 제5장 제2절 내지 제4절의 규정에 의한 조정절차를 거치지 아니하면 이를 행할 수 없다. 다만, 제54조의 규정에 의한 기간 내에 조정이 종료되지 아니하거나 제63조의 규정에 의한 기간 내에 중재재정이 이루어지지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

제91조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제38조 제2항, 제41조 제1항, 제42조 제2항, 제43조, 제45조 제2항 본문, 제46조 제1항 또는 제63조의 규정에 위반한 자

- 노조법 법률 제8158호, 2006. 12. 30., 일부개정 : 현행

## 다. 입법취지 및 보호법익

노조법은 노동관계 당사자가 노동조합과 사용자 간에 단체교섭을 하였음에도 임금·근로시간 등의 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 노동쟁의가 발생한 때에는 어느 일방이 이를 상대방에게 서면으로 통보하여야 한다고 규정하고 있고(법 45조 1항), 따라서 노동쟁의가 발생한 경우에는 노동관계 당사자(노동조합과 사용자 또는 사용자단체) 중 어느 일방이 상대방에게 노동쟁의의 발생을 서면으로 통보한 때부터 노동쟁의는 객관적으로 존재하는 것으로 볼 수 있다.<sup>102)</sup> 더 나아가 노조법은 쟁의행위는 법에 정한 사전 조정(調整)절차를 거치지 아니하면 이를 행할 수 없다고 규정하고 있는데, 조정전치란 쟁의행위를 개시하기 전 반드시 조정절차를 거치도록 하는 형태를 의미한다.<sup>103)</sup>

노조법이 조정전치주의를 두고 있는 것의 취지는 노동관계 당사자가 노

102) 노동법실무연구회(2023), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 II(제2판)』, 박영사, pp.444-445.

103) 박종희(2002), 「조정전치주의의 이론적 기초와 운용방향」, 『노동법학』 14, 한국노동법학회, p.194.

동쟁의가 발생하였을 때 곧바로 쟁의행위를 통한 실력행사에 들어가기에 앞서 조정절차를 거쳐 평화적이고 합리적인 방법으로 노동쟁의를 해결할 수 있는 기회를 갖도록 함으로써 쟁의행위로 인하여 초래될 수 있는 경제적 손실을 최소화하고 노동관계의 불안정을 예방하려는 노동쟁의조정제도의 실효성을 확보하며, 조정에 의한 노동쟁의의 평화적 해결을 제고한다는 정책적 목적 달성을 위한 제도라고 해석되고 있다.<sup>104)</sup>

대법원 판례는 조정전치에 관한 규정의 취지에 대해, “분쟁을 사전에 조정하여 쟁의행위 발생을 회피하는 기회를 주려는 데에 있는 것이지 쟁의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니”라고 설명한다.<sup>105)</sup>

하급심 판례에서도 이와 유사한 취지로 “조정(調整)은 국가 및 지방자치단체가 노동관계 당사자 간에 노동관계에 관한 주장이 일치하지 아니할 경우에 노동관계 당사자가 이를 자주적으로 조정할 수 있도록 조력함으로써 쟁의행위를 가능한 한 예방하고 노동쟁의를 신속·공정하게 해결하기 위한 행정서비스인 점, 쟁의행위를 개시한 이후에도 당사자의 신청에 의하여 조정절차를 개시하는 것이 가능한 점, 위와 같은 조정전치제도의 취지는 구 「노동쟁의조정법」(1997. 3. 13. 법률 제5306호로 폐지된 구 「노동조합 및 노동관계조정법」 부칙 제3조에 의하여 폐지되기 전의 것) 제14조에 규정된 냉각기간제도의 취지와 같이 분쟁을 사전에 조정하여 쟁의 발생을 회피하는 기회를 주고 또 쟁의 발생을 사전 예고케 하여 손해방지조치의 기회를 주려는 데 있다”고 판시하고 있다.<sup>106)</sup>

## 라. 관련 판례

조정전치절차를 거치지 않은 쟁의행위의 정당성은 주로 형법상 업무방해로 기소된 사건에서 다뤄지고 있다. 판례는 사회·경제적 안정이나 사용자의 사업운용에 예기치 않은 혼란이나 손해를 끼치는 부당한 결과를 초래할

104) 노동법실무연구회(2023), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 II(제2판)』, 박영사, p.854-855.

105) 대법원 2001. 11. 27. 선고 99도4779 판결; 대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4812 판결.

106) 춘천지방법원 1999. 5. 5. 선고 98노1147 판결.

우려가 있는지 여부를 그 기준으로 구체적 사정을 살펴 판단해야 한다고 한다.<sup>107)</sup>

대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4812 판결은 “조정전치에 관한 규정의 취지는 분쟁을 사전에 조정하여 쟁의행위 발생을 회피하는 기회를 주려는 데에 있는 것이지 쟁의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니므로, 쟁의행위가 조정전치의 규정에 따른 절차를 거치지 아니하였다고 하여 항상 정당성이 결여된 쟁의행위라고 볼 것이 아니고, 그 위반행위로 말미암아 사회·경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않은 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래할 우려가 있는지의 여부 등 구체적 사정을 살펴서 그 정당성 유무를 가려 형사상 죄책 유무를 판단하여야 할 것”이라고 밝힌다. 또한 중앙노동위원회가 노사 양쪽에 ‘교섭을 더 해보라’는 취지로 내린 행정지도 이후 돌입한 쟁의행위의 정당성과 관련하여 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2871 판결은 “노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면 노동조합은 쟁의행위를 할 수 있는 것으로 노동위원회가 반드시 조정결정을 한 뒤에 쟁의행위를 하여야지 그 절차가 정당한 것은 아니”라고 판시하였다.

정당성이 부정된 사례로는 “노조가 중앙노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지기 전에 벌인 파업임이 명백한 데다가, 당시 회사는 자동차 중요 부품을 국내 최대 규모로 생산하는 상황하였고, 노조 본조(노동조합 본부의 약칭)의 지시로 사업장이 있는 노조 7개 지부(피고인들은 그중 하나인 J지부에 소속된 간부들이다)에서 동시에 파업에 돌입하였으며, 노조는 회사에 파업을 예고하지도 아니한 채 1998. 1. 15.부터 같은 해 4. 28.까지 여섯 차례에 걸쳐 파업을 벌인 점을 알 수 있고, 이와 같은 회사의 규모 및 사업내용, 파업의 경위, 기간, 횟수 및 파업의 예측성 등 여러 가지 사정을 종합하면 위 각 쟁의행위로 말미암아 사회·경제적 안정이나 회사의 사업운영에 예기치 않은 혼란과 손해를 끼쳤다고도 판단되므로, 위 각 쟁의행위는 그 절차에 있어서도 정당성을 인정할 수 없다”<sup>108)</sup>며 업무방해

107) 노동법실무연구회(2023), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 II(제2판)』, 박영사, p.863.

협의에 대해 유죄를 선고한 사례가 있다.

반면, “피고인들이 파업에 이르게 된 과정에 관한 주장과 기록에 의하여 드러나는 바와 같이, 전국민주택시노동조합연맹이 같은 달 13일 기자회견 등을 통하여 미리 파업시기를 공표한 점 등에 비추어 보면, 결과적으로 피고인들이 조정절차를 거치지 않고 파업에 이르는 것은 하였지만, 사회·경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않은 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래하였다고 보기도 어렵다”<sup>109)</sup>며 정당성을 인정한 사례도 있다.

소속 노조의 사내하청 문제 해결을 위하여, 노동위원회 조정·조합원 찬반투표를 거치지 않은 채, 산하 지부 조합원들로 하여금 공동 잔업 거부를 실시하게 한 업무방해 혐의와 관련하여 법원<sup>110)</sup>은 “잔업 거부 예정 사실에 대하여 대외적으로 알렸고 사용자 측도 잔업 거부가 예정돼 있었던 사실과 일정을 미리 알고 있었으므로, 잔업 거부가 회사 측이 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이뤄졌다고 단정하기는 어렵고, 소속 조합원들은 쌍방의 동의에 따라 이뤄지는 연장근로인 잔업을 거부한 것에 불과하고, 잔업 거부 시간 또한 2시간에 불과하여 사용자의 계속적인 생산활동에 심각한 혼란을 초래했다고 보기는 힘들며, ‘생산 지연’이 ‘생산 손실’에 이르는 않을 것이므로 적시된 손해액만을 근거로 위력 판단 기준으로서 ‘막대한 손해’가 초래됐다고 평가하기는 어렵다”며 업무방해에 해당하지 않는다고 봤다.

### 3. 중재회부 시 15일간 쟁의행위 금지(법 제63조)

#### 가. 관련 규정

##### 법 제63조(중재시의 쟁의행위의 금지)

노동쟁의가 중재에 회부된 때에는 그날부터 15일간은 쟁의행위를 할 수 없다.

108) 대법원 2001. 11. 27. 선고 99도4779 판결.

109) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4812 판결.

110) 대구지방법원 2016. 7. 8. 선고 2015노619 판결(대법원 2017. 5. 31. 선고 2016도11493 판결로 확정).

**법 제91조(벌칙)**

제38조 제2항, 제41조 제1항, 제42조 제2항, 제43조 제1항·제2항·제4항, 제45조 제2항 본문, 제46조 제1항 또는 제63조의 규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

**나. 제·개정 연혁**

- 「노동쟁의조정법」 법률 제1327호, 1963. 4. 17., 전부개정 : 신설  
제31조(중재 시의 쟁의행위의 금지) 노동쟁의가 중재에 회부되어 사건이 제14조의 규정에 의한 냉각기간 종료 시까지 해결되지 아니한 때에는 제14조의 규정에 불구하고 그 기간 종료 후 20일간은 쟁의행위를 할 수 없다.
- 제47조(동전) 제12조·제13조 제2항·제14조·제15조 또는 제31조의 규정에 위반하거나 제13조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 5만 원 이하의 벌금에 처한다.
- 「노동쟁의조정법」 법률 제2608호, 1973. 3. 13., 일부개정  
제31조(중재 시의 쟁의행위의 금지) 노동쟁의가 중재에 회부된 때에는 제14조의 규정에 불구하고 그날로부터 20일간은 쟁의행위를 할 수 없다.
- 「노동쟁의조정법」 법률 제2707호, 1974. 12. 24., 일부개정  
제47조(동전) 제12조·제13조 제2항·제14조·제15조 또는 제31조의 규정에 위반하거나 제13조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 50만 원 이하의 벌금에 처한다.
- 「노동쟁의조정법」 법률 제3926호, 1986. 12. 31., 일부개정  
제47조(동전) 제12조 제1항·제13조 제2항·제14조·제15조 또는 제31조의 규정에 위반하거나 제13조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금에 처한다.
- 「노동쟁의조정법」 법률 제3967호, 1987. 11. 28., 일부개정  
제31조(중재 시의 쟁의행위의 금지) 노동쟁의가 중재에 회부된 때에는 제14조의 규정에 불구하고 그날로부터 15일간은 쟁의행위를 할 수 없다.

- 노조법 법률 제5310호, 1997. 3. 13., 제정(현행)

#### 다. 입법취지 및 보호법익

노조법 제45조 제2항은 “쟁의행위는 제5장 제2절 내지 제4절의 규정에 의한 조정절차를 거치지 않으면 이를 행할 수 없다”라고 규정하고 있는데, 여기서 말하는 조정절차는 조정(調停), 중재(仲裁), 공익사업 등의 노동쟁의 조정 등을 의미한다. 여기서 중재는 노동위원회에 설치된 중재위원회가 노동쟁의의 대상이 된 사항에 관하여 해결안(중재재정)을 작성하고 당사자는 그 해결에 구속되는 노동쟁의의 조정(調整) 방법을 말한다.<sup>111)</sup>

1953년 제정 「노동쟁의조정법」에도 중재에 관한 규정(제22조)은 있었으나, 중재 회부에 따른 쟁의행위 금지에 관한 내용은 없었다. 하지만 1963년 「노동쟁의조정법」이 전부개정되면서 중재 개시에 따른 쟁의행위 금지와 벌칙조항이 신설되었으며, 현재까지 이르고 있다.

노조법 제63조에서 규정하는 중재 시의 쟁의행위 금지에 관하여, 해당 규정의 취지를 명시적으로 설명하고 있지는 않으나, 적법하게 중재가 시작되면 일정한 기간 동안 중재재정을 기다리고 쟁의행위를 보류하도록 하려는 정책적 고려에서 법이 특별하게 설정한 규정이라는 설명이 있다.<sup>112)</sup>

옛 「노동쟁의조정법」 해설서는 중재제도와 관련하여 “알선·조정(調停)은 그 성립 여부가 당사자의 의사에 따라 결정되나, 중재는 당사자의 의사와 관계없이 중재기관이 당사자를 구속하는 결정을 내리는 조정(調整)의 수단”이라며 “노동쟁의 조정의 자주성보다도 쟁의행위라는 당사자의 실력투쟁에 의한 노동쟁의의 해결로 초래되는 사회·경제적 손실 방지를 앞세운 조정(調整) 방법”이라고 설명한다.<sup>113)</sup> 중재제도 자체가 노동쟁의 조정에 따른 ‘사회경제적 손실방지’를 위한 것으로 판단한다면, 중재회부로 인한 쟁의행위 금지는 당연스러운 것으로 여겨질 것이다. 다시 말해, 해당 조항은 쟁의행위를 제한할 목적으로 존재한다고 이해함이 타당할 것이다.

111) 노동법실무연구회(2015), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 II』, 박영사, p.617.

112) 임종률(2021), 『노동법(제19판)』, 박영사, p.238.

113) 문형남(1985), 『노동쟁의조정법 상해』, 중앙경제사, p.153.

## 라. 관련 판례

형사사건은 아니지만, 중앙노동위원회 위원장의 적법한 중재회부 결정으로 15일간 쟁의행위가 금지됨에도 전국철도노동조합이 이를 위반하여 파업을 한 사안에서, 위 노동조합이 파업을 함으로써 한국철도공사의 여객운수 및 화물수송 업무에 지장을 초래하였으므로 그로 인하여 한국철도공사가 입은 손해를 배상할 의무가 있고, 노조법이 2006. 12. 30. 법률 제8158호로 개정되면서 필수공익사업에 관한 중앙노동위원회 위원장의 직권중재회부 제도가 폐지되었다고 하더라도 위 법률 개정 전에 발생한 파업으로 인한 손해배상책임이 소멸하지 않는다고 본 원심판단을 수긍한 사례가 있다.<sup>114)</sup>

## 4. 긴급조정 시의 쟁의행위 금지(법 제77조)

### 가. 관련 규정

#### 법 제77조(긴급조정시의 쟁의행위 중지)

관계당사자는 제76조 제3항의 규정에 의한 긴급조정의 결정이 공표된 때에는 즉시 쟁의행위를 중지하여야 하며, 공표일부터 30일이 경과하지 아니하면 쟁의행위를 재개할 수 없다.

#### 법 제90조(벌칙)

제44조 제2항, 제69조 제4항, 제77조 또는 제81조 제1항의 규정에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

### 나. 제·개정 연혁

- 「노동쟁의조정법」 법률 제1327호, 1963. 4. 17., 전부개정 : 신설  
제41조(긴급조정시의 쟁의행위의 중지) 관계당사자는 전조 제3항의 규정

114) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2009다29366 판결.

에 의한 긴급조정의 결정이 공표된 때에는 즉시 쟁의행위를 중지하여야 하며, 공표일로부터 30일이 경과하지 아니하면 쟁의행위를 재개할 수 없다.

제46조(벌칙) 제41조의 규정에 위반하여 쟁의행위를 중지하지 아니하거나 또는 30일 이내에 쟁의행위를 한 때에는 그 위반행위의 주모자는 2년이하의 징역 또는 10만 원 이하의 벌금에 처한다. 제38조 제4항의 규정에 위반한 자도 또한 같다.

- 「노동쟁의조정법」 법률 제2707호, 1974. 12. 24., 일부개정

제41조(긴급조정 시의 쟁의행위의 중지) 관계당사자는 제40조 제3항의 규정에 의한 긴급조정의 결정이 공표된 때에는 즉시 쟁의행위를 중지하여야 하며, 공표일로부터 30일이 경과하지 아니하면 쟁의행위를 재개할 수 없다.

제46조(벌칙) 제41조의 규정에 위반하여 쟁의행위를 중지하지 아니하거나 또는 30일 이내에 쟁의행위를 한 때에는 그 위반 행위의 주모자는 2년이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 「노동쟁의조정법」 법률 제3967호, 1987. 11. 28., 일부개정

제41조(긴급조정 시의 쟁의행위의 중지) 관계당사자는 제40조 제3항의 규정에 의한 긴급조정의 결정이 공표된 때에는 즉시 쟁의행위를 중지하여야 하며, 공표일로부터 20일이 경과하지 아니하면 쟁의행위를 재개할 수 없다.

제46조(벌칙) 제41조의 규정에 위반하여 쟁의행위를 중지하지 아니하거나 또는 20일 이내에 쟁의행위를 한 때에는 그 위반 행위의 주모자는 2년이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금에 처한다

- 노조법 법률 제5310호, 1997. 3. 13., 제정(현행)

#### 다. 입법취지 및 보호법익

노조법은 공중의 일상생활과 밀접한 관련이 있거나 국민경제에 미치는 영향이 커서 그 사업의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 위태롭게 하거

나 국민경제를 저해할 염려가 있는 일정한 사업을 공익사업 및 필수공익사업으로 정하여 특별한 취급을 하는 제도를 두면서, 한편으로는 쟁의행위가 현저히 국민경제를 저해하거나 국민의 일상생활을 위태롭게 할 위험이 현존하는 때에는 고용노동부장관의 결정으로 일정 기간 쟁의행위를 중지시키고, 긴급한 조정을 통해 쟁의를 해결하고자 하는 긴급조정제도를 두고 있다.

공익사업에 대한 특별취급 제도가 쟁의행위로 인한 국민경제의 저해나 공중의 일상생활의 위험에 대처하기 위한 사전적인 수단이라면, 긴급조정 제도는 쟁의행위로 인하여 현존하는 국민경제의 현저한 저해나 공중의 일상생활의 현저한 위험에 대처하기 위한 사후적 수단이라 할 수 있다.<sup>115)</sup>

긴급조정제도는 제정 「노동쟁의조정법」에는 존재하지 않다가, 1963년 전부 개정되면서 신설되었다. “보건사회부장관은 쟁의행위가 공익사업에 관한 것이거나 그 규모가 크거나 그 성질이 특별한 것으로서 현저히 국민경제를 해하거나 국민의 일상생활을 위태롭게 할 위험이 현존하는 때에는 긴급 조정의 결정을 할 수 있다”(제40조)는 것으로, 위반 시의 법정형은 1980년 「노동쟁의조정법」 개정으로 국가·지방자치단체·국영기업체·방위산업체 종사 근로자의 쟁의행위, 사업장 밖 쟁의행위, 제3자 개입(5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금) 벌칙조항이 생기기 전까지 쟁의행위 관련 벌칙의 법정형 가운데 가장 높았다. 그만큼 공익사업 등에서의 쟁의행위를 방지하려는 의도가 강했던 것으로 보인다.

긴급조정제도 신설 이듬해에 나온 「노동법」 교과서는 “쟁의권의 정지를 포함하며, 쟁의를 강권으로 해결하려는 색채를 가지고 있다는 점에서, 입법론상 과연 타당시되는 것이냐에 대하여서는 의심을 갖지 않을 수 없”다며 “최소한도 긴급조정의 결정이 완화된 형태로 경솔하게 행하여진다면 사실상 대규모적 쟁의는 일절 금지되는 결과가 되는 것이기 때문에 이는 쟁의에 대한 큰 제약이라고 아니할 수 없다. 경계를 요하는 규정이라고 하겠다”<sup>116)</sup>는 비판이 제기됐다. 때문에 모든 대규모의 쟁의행위가 다 금지되는 일이

115) 노동법실무연구회(2023), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 III(제2판), 박영사, p.83.

116) 심태식(1964), 『노동법개론』, 법문사, p.262.

없도록 법의 해석 및 적용을 엄격하게 하여야 한다<sup>117)</sup>는 지적도 있었다. 다른 한편으로는 “쟁의행위로 인하여 국민경제를 해하는 등의 긴박한 위험이 있는 경우에 국가가 쟁의행위에 대하여 최종적으로 발동할 수 있는 제동장치”라며 정당성을 강조하는 해석도 있었다.<sup>118)</sup>

## 라. 관련 판례

국내 항공회사의 조종사노동조합의 노동쟁의에 대해 고용노동부장관이 내린 긴급조정결정의 정당성이 다투진 대법원 2010. 4. 8. 선고 2007도6754 판결은 “회사가 국내 항공운송에서 차지하는 비율, 항공운송과 선박 등을 이용한 여타 운송과의 역할 차이, 수송 차질로 인한 화물 처리량 감소로 국내 기업의 항공 수출품의 처리 지연과 운송비 부담 증가 정도, 결항으로 인한 관광업계의 피해, 그 여파로 인한 국가 및 국내기업 신인도 하락, 국민들의 일정 취소 및 대체 교통수단 이용을 위한 시간과 비용 부담 증가의 정도 등을 종합하여, 노동부장관이 ‘조종사노조의 쟁의행위가 공익사업에 관한 것이거나 그 규모가 크거나 그 성질이 특별한 것으로서 현저히 국민경제를 해하거나 국민의 일상생활을 위태롭게 할 위험이 현존한다’고 보아 긴급조정을 결정한 것이 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 볼 수 없다고 판단한 원심 판단은 정당하다”라고 판시하였다.

아울러 긴급조정결정의 공표 이후 금지되는 쟁의행위와 관련하여서는 “긴급조정결정이 공표된 전후의 상황, 파업참가 조합원들의 업무복귀를 위한 준비와 실제 업무복귀가 이루어진 과정, 업무복귀에 소요되는 시간과 거리 등뿐만 아니라, 파업참가 조합원들의 업무복귀에 대한 사측의 태도 및 준비사항 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것”이라며 “긴급조정결정 공표 이후 업무에 복귀하는 과정에서 노동조합의 집회에 참가한 것은 업무복귀 확인서 제출 시한이 연장·변경된 상태에서 업무시간이 아닌 자택에 복귀하던 중에 이뤄진 것일 뿐 쟁의행위의 일환으로 회사에 대한 노무제공을 거부하였다고 볼 수 없다”라고 판시했다.

117) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사, p.1468.

118) 문형남(1985), 『노동쟁의조정법 상해』, 중앙경제사, pp.171-172.

## 제5절 노조법상 쟁의행위 처벌 규정의 타당성

### 1. 쟁의행위 처벌 규정의 보호법익 검토

근로자들의 쟁의행위가 형법상 업무방해에 해당하는지는 오랜 기간 논쟁의 대상이 되어 왔다. 쟁의행위를 처벌함에 있어 업무방해죄를 적용해서는 안 된다는 논리 가운데 하나는 업무방해죄의 법정형(5년 이하의 징역 또는 1500만 원 이하의 벌금)이 노조법 벌칙규정의 법정형보다 높는데, 정당하지 않은 쟁의행위에 대하여 노조법 대신 업무방해죄를 적용해 처벌하는 것이 비례의 원칙에 위배된다는 것이었다.

헌법재판소는 이에 대하여 2022. 5. 26. 선고 2012헌바66 결정과 2010. 4. 29. 2009헌바168 결정 등에서 “심판대상조항은 「노동조합법」 등 다른 노동 관련 법규와 그 보호법익이나 죄질이 다르고 법정형을 정함에 있어서 고려해야 할 여러 가지 요소도 근본적으로 다르므로, 법정형의 상한을 단순히 평면적으로 비교하여 형의 과중 여부를 판단할 수는 없다”는 취지의 판시를 반복해 왔다. 노조법 처벌 규정이 존재하더라도 업무방해죄 적용은 별개라는 것이다.

그러나 노조법의 처벌 규정은 벌칙의 내용이 형벌임에도 불구하고 형법적 관점에서 처벌 규정의 보호법익에 대한 논의는 선행연구나 관련 판례에서도 명확히 제시되지 않은 상황이다.<sup>119)</sup> 노조법상 쟁의행위 처벌 규정들의 보호법익이 무엇인지 확인하는 문제는 쟁의행위에 업무방해죄를 적용할 수 있는지에 관한 문제뿐만 아니라, 각 처벌 규정들의 타당성을 검토함에도 중요한 문제이다.

노조법의 쟁의행위 관련 처벌 규정이 보호하려는 보호법익은 노조법이 “헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근

119) 김봉수(2014), 「쟁의행위와 형사책임 - 형법상 업무방해죄의 적용 필요성 및 가능성에 대한 비판적 검토」, 『법학논총』 34(1), 전남대학교 법학연구소, p.100.

로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적”으로 한다는 점을 들어 “산업평화의 유지와 국민경제의 건전한 발전이라는 공공적 법익”이라는 견해가 있다. 업무방해죄는 사용자의 ‘업무’라는 개인적 법익을 보호법익으로 하는데, 이 견해에 따르면 노조법과 형법상 업무방해죄 사이에 보호법익으로서 양자 간 차이가 발생하게 된다. 이 견해에 따르면 노조법 처벌조항에서 ‘업무방해’는 ‘구성요건적 행위’여서 “업무방해를 통해 산업평화의 유지와 국민경제의 건전한 발전이라는 공공적 법익을 위태롭게 하는 경우에 성립하는 범죄”에 해당한다고 한다. 이에 따라 노조의 파업으로 인해 업무방해죄가 성립한다면, 노조법의 별칙조항 중 업무방해와 관련 있는 규정들은 단순한 법조경합 관계라기보다 과형상 일죄로서 상상적 경합 관계에 있다고 한다.<sup>120)</sup>

노조법 처벌 규정의 보호법익을 단순히 ‘산업평화의 유지와 국민경제의 발전’이라고 이해한다면, 노조법상 12가지에 달하는 근로자의 쟁의행위에 관한 처벌 규정이 ‘산업평화 유지와 국민경제 발전’을 ‘보호’하기 위해 존재한다는 것이 되는데, 이러한 해석은 형법이 타인의 구체적 이익 즉 법익을 침해했다는 입증이 가능할 때 비로소 형법적 수단 투입이 정당화될 수 있다<sup>121)</sup>는 형법의 원칙에 다소 어긋나는 것이 아닌가 생각된다. ‘산업평화 유지와 국민경제의 발전’을 위해, ‘위법한 쟁의행위’를 처벌하기 위해 반드시 ‘형벌’이라는 수단을 동원해야 하는지에 관한 수단의 적합성도 따져볼 문제다. 또한 노조법 처벌 규정의 구성요건은 규정마다 매우 다양하고, 보호하는 법익 역시 세부적으로 다른데도 이를 뭉뚱그려 ‘사회적 법익’을 보호하기 위한 것으로 보는 것도 바람직하지 못하다.

이에 구체적으로 노조법의 쟁의행위 관련 처벌 규정을 살펴보면, 쟁의행위로서 폭력·파괴행위 또는 주요업무시설의 점거를 금지하고 있는 제42조 제1항에서 폭력·파괴행위는 형법상 폭행, 상해, 재물손괴 등을 뜻한다. 이

120) 박성민(2012), 「업무방해죄의 해석과 쟁의행위 중 파업과의 관계」, 『형사정책 연구』 23(1), 한국형사법무정책연구원, pp.104-105.

121) 배종대(2022), 『형법총론(제16판)』, 홍문사, p.34.

는 개인의 생명과 신체, 사용자의 재산권 등을 보호법익으로 삼는 것이라 볼 수 있다. 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 행위로서의 쟁의행위를 금지하는 제38조 제1항 전단은 ‘피해자’의 업무, 즉 피해자의 재산권과 인격활동의 자유를 보호법익으로 하며, 후단의 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행·협박 역시 그 자체로 형법상 폭행·협박에 해당하므로 개인의 신체와 신체활동의 전제가 되는 개인의 의사결정 자유를 보호법익으로 한다 할 수 있다.

작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업을 쟁의행위 중에도 정상적으로 수행해야 한다는 규정(제38조 제2항)은 정상 수행이 보장되어야 하는 작업, 즉 사용자의 업무가 일차적 보호법익이라 할 수 있고, 업무를 통해 유지되어야 하는 대상이 ‘작업시설’과 ‘원료·제품’이므로 사용자의 재산권도 보호법익이라 할 수 있다.

안전보호시설의 정지·폐지·방해를 행위태양으로 하는 쟁의행위의 금지(제42조 제2항) 규정은 헌법재판소 결정<sup>122)</sup>과 대법원 판결<sup>123)</sup>을 통해 안전보호시설이 사람의 생명이나 신체의 안전을 보호하는 시설이라 확인하면서, 그 보호법익이 사람의 생명과 신체의 안전에 해당한다고 판시하였다. 필수유지업무의 정당한 운영을 방해하는 쟁의행위를 금지하는 규정(제42조의 2 제2항)에 대하여 헌법재판소는 “필수유지업무에 대해 아무런 제한 없이 근로자의 쟁의행위를 허용한다면 공중의 생명이나 신체, 건강 등은 위협에 처해질 수밖에 없”다고 판시하여<sup>124)</sup> 그 보호법익이 사람의 생명과 신체의 안전, 건강 등에 해당함을 확인하였다.

주요방위사업체 종사자의 쟁의행위 금지규정(제41조 제2항)에 대하여 헌법재판소는 “주요방산업체의 원활한 가동은 국가의 안전보장에 필수불가결한 요소이고 그 근로자의 단체행동으로 인한 생산 차질은 국가의 안전보장에 대한 위협과 직결된다”고 하여 해당 규정의 보호법익이 “국가 안전보장”에 해당함을 밝혔다.

122) 헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2002헌바83 전원재판부 결정.

123) 대법원 2005. 9. 30. 선고 2002두7425 판결.

124) 헌법재판소 2011. 12. 29. 2010헌바385 결정.

조정절차를 거치지 않은 쟁의행위 금지(제45조 제2항), 중재회부 시 15일간 쟁의행위 금지(제63조), 긴급조정 시 쟁의행위 금지(제77조) 등의 쟁의행위 절차에 관한 규정은 쟁의조정의 실효성과 같은 정책적 목표 달성을 위한 것으로서 노동관계 당사자의 “신의성실의 원칙 준수 의무”를 보호하고자 함인 것으로 보인다. 노조법은 근로자의 노동3권을 실질적으로 보장하는 한편, 근로자와 사용자(또는 사용자 단체) 사이의 집단적 거래관계를 규율하는 법 영역으로, 교섭력의 균형을 통한 집단적 자치로 근로조건의 유지·개선과 사회적·경제적 지위 향상을 도모<sup>125)</sup>함을 목표로 하는데 이 과정에서 노사는 신의성실의 원칙<sup>126)</sup>을 지킬 필요가 있다.

노동조합에 의해 주도되지 않는 쟁의행위 금지(제37조 제2항)와 쟁의행위 기간 중 임금지급을 요구하는 쟁의행위 금지(제44조 제2항) 규정도 신의칙을 보호법익으로 봐야 할 것이다. 단체교섭의 당사자가 아닌 일부 조합원들이 쟁의행위를 할 경우 교섭 당사자인 노동조합과 성실하게 교섭해 왔던 사용자로서는 뜻밖의 손해를 입을 가능성이 크다. 쟁의행위 기간 중 임금지급을 요구하는 쟁의행위도 쟁의기간 중 발생한 손해에 더해 추가적인 손해를 사용자에게 감수하게 하는 것이라는 점에서 같다.

조합원 찬반투표를 거치지 않은 쟁의행위 금지(제41조 제1항) 규정에 대해 대법원 판례<sup>127)</sup>는 “노동조합의 자주적이고 민주적인 운영”과 “쟁의행위 참가 근로자에 대한 불이익 방지”를 입법 취지로 들고 있다. 이를 선행하면 해당 규정을 통해 보호할 수 있는 법익은 조합원의 ‘재산권’ 내지는 ‘의사결정의 자유’라고 볼 수 있을 것이다.

이상에서 살펴본 것처럼 노조법의 쟁의행위 관련 벌칙규정의 보호법익은 사람의 생명·신체의 안전, 사용자 내지 쟁의행위 미참가 근로자의 의사결정의 자유, 사용자의 재산권, 시설관리권, 노사자치를 위한 신의성실의 원칙

125) 이철수(2023), 『노동법』, 현암사, p.393.

126) 노조법은 교섭과 조정절차 등에 있어서 당사자들의 신의성실의 원칙 준수를 강조하고 있다. 제30조(교섭 등의 원칙) ① 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며 그 권한을 남용하여서는 아니 된다. 제53조(조정의 개시) ① 노동위원회는 관계당사자의 일방이 노동쟁의의 조정을 신청한 때에는 지체 없이 조정을 개시하여야 하며 관계 당사자 쌍방은 이에 성실히 임하여야 한다.

127) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결.

이라 할 수 있다. 그러나 이러한 법익 침해는 쟁의행위 또는 그에 부수되는 행위가 사용자 또는 제3자의 업무를 방해한다는 전제가 필수적이고, 이러한 차원에서 형법상 업무방해의 보호법익인 사용자의 '업무' 역시 보호법익에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

## 2. 일반 형법이 아닌 노조법 적용의 필요성

노조법상 쟁의행위 관련 벌칙 가운데는 구성요건 자체에 '업무의 방해'를 포함하는 규정들이 다수 존재한다. 제38조 제1항 전단은 "쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니" 된다고, 제42조 제1항은 "쟁의행위는 폭력이나 파괴행위 또는 생산, 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없다"고, 제2항은 "사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운전을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다"고, 제42조의2 제2항은 "필수유지업무의 정당한 유지·운전을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다"고 규정한다. 이러한 규정의 체계를 보면, 노조법의 벌칙규정과 형법상 업무방해죄의 보호법익이 다르지 않을 수 있음을 확인하는 대목이기도 하다.

주요업무시설 점거와 관련하여, "노조법 벌칙조항의 보호법익은 사용자의 조업의 자유와 시설관리권을 비롯한 소유권이고, 업무방해죄의 보호법익은 사적인 업무이므로 노조법 벌칙조항을 적용할 경우 형법에 의해 보완해야 할 처벌의 공백이 있다고 할 수 없음"을 이유로 쟁의행위로서의 직장점거에 대하여 형법상 업무방해가 아닌 노조법의 벌칙규정을 적용해야 한다는 견해가 있다.<sup>128)</sup> 이 견해에 따르면 파업 근로자가 주요시설을 점거함으로써 업무방해의 결과 또는 방해를 초래할 위험이나 주거권이 침해됐다고 하더라도, 그러한 결과 등은 주요시설에 대한 직장점거에 전형적으로 수반되는 업무 저해요소가 발현되거나, 직장점거의 행위태양에 자연스럽게

128) 장승혁(2020), 「직장점거에 의한 쟁의행위의 허용 범위와 형사책임」, 『노동법연구』 48, 서울대노동법연구회, p.190.

수반되는 불법이므로, 그 불법의 내용은 노조법 벌칙조항에 포함돼 있다고 볼 수 있다고 한다. 이 경우 업무방해죄는 노조법 벌칙조항에 흡수되어 적용되지 않게 되고, 피고인은 업무방해죄로 처벌받을 수 없다고 한다.

흡수관계란 외형상 수 개의 구성요건이 충족되어 있지만 개념상 혹은 일반경험칙상 하나의 구성요건이 다른 구성요건의 모든 내용을 포함함으로써 별도의 구성요건의 성립을 논해서는 안 되는 경우를 말한다. 흡수관계에는 하나의 구성요건이 성립하면 다른 구성요건이 ‘개념상’ 그 구성요건에 포함되는 경우와 개념상은 아니지만 ‘일반경험칙상’ 그 구성요건에 포함되는 것으로 보아야 하는 경우가 있다. 전자는 ‘불가별적 사후행위’, 후자는 ‘불가별적 수반행위’에 해당한다.<sup>129)</sup> 불가별적 수반행위에 대해 판례는 “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 경우에는 강간죄만 성립하고, 그것과 별도로 강간의 수단으로 사용된 폭행·협박이 형법상의 폭행죄나 협박죄 또는 폭처법 위반의 죄를 구성한다고 볼 수 없으며, 강간죄와 이들 각 죄는 이른바 법조경합의 관계일 뿐이다”<sup>130)</sup>라고 판시하였다. 같은 취지에서 “쟁의행위는 폭력이나 파괴행위로 이를 행할 수 없다”라고 한다면, 폭력·파괴행위에 관한 폭행·재물손괴 등의 형법상 범죄는 노조법 위반죄에 흡수된다. 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서의 폭행·협박 역시 노조법 위반죄에 흡수된다고 할 것이다.

형법과 노조법의 관계를 특별관계로 볼 여지도 있다. 특별관계란 경합하는 구성요건이 서로 일반법 대 특별법의 관계에 있기 때문에 특별법적 성격의 구성요건이 적용되면 특별법 우선의 원칙에 의해 일반법적인 성격의 구성요건은 적용되지 않는 경우를 말한다.<sup>131)</sup> 보통살인(형법 제250조 제1항)에 대한 존속살해(제250조 제2항)와의 관계, 단순절도(제329조)에 대한 특수절도(제331조)와의 관계나, 강도죄(제333조)와 절도·폭행·협박죄에 대한 관계가 특수관계로 여겨진다. 이에 대입하면, “사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다”라고 했을 때, 이는 ‘쟁의행위’로서 ‘업무방해’를 한

129) 오영근(2021), 『형법총론(제6판)』, 박영사, p.467.

130) 대법원 2002. 5. 16. 선고 2002도51 전원합의체 판결.

131) 오영근(2021), 『형법총론(제6판)』, 박영사, p.466.

것에 해당한다고 볼 수도 있다.

그동안 쟁의행위 과정에서 발생한 위법행위들을 노조법에 의하여 처벌하는 것이 아니라 형법에 의하여 처벌해 왔는데, 노조법이 형법에 대하여 특별관계 내지 흡수관계에 해당하고 쟁의행위 과정에서 발생한 행위들이 노조법을 통해 처벌할 수 있는 것이 아닌 이상, 노조법에 따라 처벌하는 것이 타당하다 생각된다.<sup>132)</sup> 이와 관련해 헌법재판소의 반대의견<sup>133)</sup> 역시 「노동조합법」 위반 행위에 대한 처벌조항이 정비되어 있음에도 이와 별도로 단순파업 그 자체를 일반 형법의 처벌대상으로 삼는 것은, 근로자로 하여금 「노동조합법」상의 개별적인 처벌조항 외에도 그보다 형이 더 중한 심판대상조항에 의한 형사처벌의 위험까지 부담하도록 하게 함으로써 단체행동권 행사를 주저하게 하는 위축효과를 초래한다”고 지적하기도 했다.

노조법상 처벌 규정들이 유사한 형법에 비해 상대적으로 법정형이 낮은 이유를 정확하게 파악하기란 쉽지 않다. 제정 「노동쟁의조정법」은 법정형의 최고형이 6월 이하의 징역형이었고, 이후 개정을 거치면서 쟁의행위 통제 목적으로 법정형이 높아진 면이 있지만, 구성요건과 보호법익이 비슷한 형법 조항에 비해 법정형이 낮게 나타난다. 형법이 규정하는 범죄를 특정한 상황을 다루는 다른 범죄에서 규정하는 경우에는 법정형이 높게 나타나는 것이 일반적인데도, 쟁의행위에 대해 주로 적용되는 업무방해죄의 경우 형법상 법정형은 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금형인데, 노조법상 쟁의행위 처벌 규정 가운데 주요방위사업체 종사자 쟁의행위 금지 조

132) 비슷한 취지로 “보호법익의 차별성 내지 처벌의 공백 또는 그 외의 위법한 쟁의행위 태양을 가정하여 별도의 논증도 없이 형법(업무방해죄)의 적용 여부를 검토하는 것은 이중처벌 금지 원칙 및 형법의 명확성 내지 보충성 측면에서 결코 바람직하지 않다. 따라서 동일한 보호법익을 전제로 하고 있어서 양 전문법의 적용 영역이 상충 또는 오버랩될 수도 있는 ‘위법한 쟁의행위’에 대해서는 전문법의 입법적 선택을 존중하는 차원에서 노조법의 벌칙규정만이 적용되는 것이 합리적일 뿐만 아니라 타당하다”는 견해가 있다. 김봉수(2014), 「쟁의행위와 형사책임 - 형법상 업무방해죄의 적용 필요성 및 가능성에 대한 비판적 검토」, 『법학논총』 34(1), 전남대학교 법학연구소, p.103.

133) 헌법재판소 2022. 5. 26. 선고 2012헌바66 전원재판부 결정(재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 일부 위헌의견); 재판관 9명 가운데 5명의 의견으로 ‘소수’의견은 아니지만, 위헌결정을 위한 심판정족수 미달로 ‘소수’의견이다.

항을 제외하면 나머지 규정들은 법정형이 낮다. 노조법상 처벌 규정이 없을 때에도 그 금지 위반에 대하여는 형법상 범죄로 처벌해 왔는데, 새롭게 노조법상 처벌 규정을 두고 그 위반에 대해 어차피 형법상 범죄를 적용해 노조법상 처벌 규정은 무의미하게 될 것인데도 규정을 둔 입법취지가 무엇인지 알 수 없게 한다.<sup>134)</sup>

노조법상 쟁의행위 처벌 규정이 생겨난 연혁과 이를 처벌해 왔던 실무 관행을 생각하면, 쟁의행위 처벌 규정은 실제 해당 조항을 적용해 처벌하려는 의도보다는 쟁의행위를 통제·억제할 목적으로 근로자와 노동조합에 일정한 ‘위하’를 형성하기 위해 정해둔 것이 아닌가 생각된다. 노조법 위반 사건을 수사하는 이들은 경찰이 아니라 1차적으로 근로감독관이었는데 근로감독관은 특별사법경찰관이면서 일반 행정공무원으로서 노동쟁의의 예방·지도의 역할을 함께 담당하고 있다. 노동조합과 근로자들에게 “쟁의를 지속하면 처벌할 수 있다”는 수준의 위하만 형성하고 실제로는 쟁의행위 과정에서 발생한 행위에 대해서는 법정형이 더 높은 형법을 적용해 경찰과 검사가 따져 수사·공소를 제기해 왔던 것으로 보인다. 이러한 관행은 현재까지도 큰 틀에서 유사하다.<sup>135)</sup> 다만 이는 행정상의 문제라기보다는 근본적으로 쟁의행위에 대하여 처벌 규정을 두고 있는 노조법 자체의 집행 과정에서 발생하는 것으로, 그 규범적 타당성을 다시 한번 검토하는 것으로부터 개선이 이루어져야 할 것이다.

134) 김기덕(2010), 「형법 제314조 업무방해죄와 노동기본권 침해 실태 및 개선방안」, 『업무방해죄와 노동인권 정책토론회 자료집』, 국가인권위원회, p.62.

135) 2018년부터 2022년까지 5년 동안 고용노동부 근로감독관이 ‘위법쟁의행위’와 관련해 사건을 처리한 실적은 단 한 건에 불과했다. 고용노동부(2023), 「근로감독관 사건처리실적」, 이수진 국회의원 제출자료.

## 제 3 장

### 쟁의행위와 형사책임에 대한 국제(노동)기준

#### 제1절 서론

제2장에서는 쟁의행위와 관련한 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노조법’)의 형벌규정을 주체, 행위, 절차 측면에서 재구성해 연혁, 입법취지를 검토하고 판례를 분석해 보호법익과 관련 쟁점을 분석한 후, 동 처벌 규정의 타당성을 판단하기 위한 법적 기준을 제시하였다. 이 장에서는 제2장 및 제4장의 논의에 국제적 공간감을 더해 우리 법률규정과 집행실무의 현재 위치를 살피고 본 연구의 제안이 가리키는 방향을 객관적으로 점검하고자 한다. 아울러 현 상황과 주장이 갖는 국제법적 함의를 짚어 본다. 이를 위해 먼저 쟁의행위에 대한 합의된 국제기준이 존재하는지를 살펴보는데, 이는 지난 2012년 이래 본격화되고 지금까지도 계속되었던 파업권이 「결사의 자유와 단결권 보호 협약(제87호)」으로부터 해석상 도출될 수 있는지에 대해 2023년 11월 14일 ILO 이사회가 국제사법재판소에 판단을 위탁한 사건을 중심으로 소개한다. 이어서 기존의 ILO 이행감독기관이 판정례를 통해 형성해 온 ‘법리’에 근거해, 쟁의행위로 인한 형사책임 발생의 조건을 검토한다. 결사의 자유 및 강제노동 금지 관점에서의 분석이 그 핵심 내용이다. 마지막으로 쟁의행위권 보장과 관련해 ILO 외 국제법적 의무로 무엇이 있고 우리의 현행법과 실무 관행이 그러한 의무를 위반할 가능성은 없는지 들여다본

후 이 장의 논의를 요약한다.

## 제2절 쟁의행위 관련 국제노동기준의 국제법적 근거의 존부

### 1. 쟁의행위 일반론 : 법적 개념과 성질의 국제비교

본 연구가 연구대상과 관련해 채택한 용어는 쟁의행위이다. 쟁의행위는 노조법 제2조 제5호에서 정의하고 있는 용어로서 “파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적 운영을 저해하는 행위”를 뜻한다. 이러한 쟁의행위 개념과 비교·구별되는 개념으로 단체행동과 파업이 있다. ‘단체행동’은 「헌법」 제33조에 규정된 개념이고 ‘파업’은 쟁의행위의 한 종류이다. 따라서 개념의 외연을 살펴보면 단체행동 ⊃ 쟁의행위 ⊃ 파업의 관계가 될 것이다.<sup>136)</sup> 그리고 이러한 국내법의 맥락과 정의를 고려해 보면, 각 개념에 가장 가까운 영문 용어는 collective action, industrial action, strike가 될 것이다.<sup>137)</sup> 국제적으로도 영어로 작성된 관련 법적 문서는 이러한 용어를 사용하는 것으로 보인다. 즉 인권이나 기본권을 규정한 국제문서의 경우 단체행동(collective action) 혹은 단체행동권(right to collective action)이라는 용어가 일반적으로 쓰이며(종종 파업권이 포함됨을 명시),<sup>138)</sup> 각 국가

136) 헌법상 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권과 하위 실정법률인 노조법상 노동조합, 단체협약 체결을 위한 단체교섭, 쟁의행위 개념의 관계와 의미에 대해서는 박종희(2007), 「노동3권의 보장과의 내용」, 『고려법학』 48, 고려대학교 법학연구원, pp.129-130 참조; 단체행동과 쟁의행위 개념 구별에 대한 여러 견해를 포괄적으로 분석한 문헌으로는 노동법실무연구회(2023), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해(제2판)』, 박영사, p.508 이하 참조.

137) 비공식본이기는 하나 빈번히 사용되는 정부기관(법제처) 및 공공기관(법제연구원)에서 소개하는 영문 법령과 정부가 국제기구에 제출한 국내 법령의 영문본도 이러한 번역례를 따르고 있다(<https://www.law.go.kr/LSW/eng/engMain.do>; [https://elaw.klri.re.kr/kor\\_service/main.do](https://elaw.klri.re.kr/kor_service/main.do)).

138) 유럽연합기본권헌장(Charter of Fundamental Rights of the EU), Article 28(Right of collective bargaining and action) [...] **the right to** negotiate and

의 실정법률에서는 대체로 쟁의행위(industrial action)라는 용어가 파업(strike)과 함께 쉽게 발견된다.<sup>139)</sup> 다만 국제노동기구(ILO)를 포함해 국제적 맥락에서 ‘파업권’(right to strike)은 통상 쟁의행위와 단체행동을 모두 아우르는 논의의 주제로 가장 빈번히 호명되는 용어이다.

파업권 혹은 쟁의행위권이 인정되지 않는 국가를 찾기는 어렵다. 다만 이 권리를 보장하는 방식은 국가마다 차이를 보인다. ILO의 보고서에 따르면 최소 97개 ILO 회원국이 자국 헌법에 파업권을 명시적으로 보장하며, 구체적인 파업권 행사의 내용과 방법을 입법자에게 위임해 규율하고 있다.<sup>140)</sup> 법원이 헌법상 조직, 결사 및 단체교섭에 대한 권리를 근거로 해석을 통해 파업권을 헌법상 권리로서 인정하는 국가도 있다(예: 캐나다,<sup>141)</sup> 핀란드,<sup>142)</sup> 독일<sup>143)</sup> 등). 이와 달리 인도와 파키스탄의 경우 대법원은 노동조합을 결성할 자유를 보호하는 헌법규정으로부터 헌법적 보호를 요구하는 파업권이 직접 도출되지는 않으며 파업권은 각 산업에 대한 법률에 의해 통제·제한

---

conclude collective agreements at the appropriate levels and, in cases of conflicts of interest, to take collective action to defend their interests, including strike action; 유럽이사회사회권헌장(European Social Charter, Council of Europe), Article 6(The right to bargain collectively) [...] 4. the right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike, [...]; 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR), Article 8 [...] (d) The right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country. (밑줄과 강조는 필자)

139) 영국 1992년 (통합)「노동조합 및 노동관계법」 제5장(Part V) 쟁의행위(Industrial Action) 제219조 내지 제246조.

140) Background document for the Tripartite Meeting on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948(No. 87), in relation to the right to strike and the modalities and practices of strike action at national level(revised)(Geneva, 23-25 February 2015), GB.323/INS/5/Appendix III, International Labour Office, para. 62.

141) *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*(2015), SCC 4, paras 75-77.

142) 핀란드 의회의 헌법위원회는 2003년 의견서를 통해 파업권이 헌법에 명시된 결사의 자유 권리의 범위에 속한다고 밝혔다(헌법 제13조는 회원이 “결사체 활동에 참여할 권리”를 가진다고 명시).

143) 독일연방공화국 기본법 제9조의 단결권으로부터 단체교섭권과 단체행동권을 해석·도출한다.

될 수 있다고 본다.<sup>144)</sup>

이러한 차이는 각국이 어느 법전통 혹은 법계에 속하는지와 일정 정도 관련이 있는 것으로 보인다. 대체로 대륙법(civil law, 시민법) 계열 국가들은 헌법 또는 법률에 쟁의행위권/파업권을 명시하는 경향이 있다. 반면 영미법(common law, 보통법) 전통에 속하는 국가들은 쟁의행위/파업에 대한 법적 보호를 위해 권리(right)로서 법인(法印)하지 않는 헌법·입법정책적 입장을 취한다.<sup>145)</sup> 다시 말해 쟁의행위와 파업행위를 권리의 행사로 개념화하기 보다는 그러한 행위가 일응 성립시킬 수 있는 커먼로상 책임, 즉 민사법상 계약 위반이나 불법행위, 형사법상 공모나 업무방해로 인해 발생한 책임을 면책(immunity)하는 소극적·간접적 법리구성을 하는 것이다.<sup>146)</sup> 이러한 배경에는 영미법계에서 발견되는 자유와 권리의 개념을 준별하는 인식이 자리한다. 커먼로상 쟁의행위(파업)는 **자유(freedom)**의 대상이다. 즉 공동의 이익을 추구하기 위해 집단적으로 행동할 수 있고 상대방은 그것을 수인해야 하는(소극적, negative) **자유**의 한 유형이며, 그러한 자유를 보장하는 가장 적절한 방식은 파업 참가자의 커먼로상(민·형사) 책임을 면제해 주는 것이다(적극적 권리 보장이 아닌 소극적 책임 면제).<sup>147)</sup>

144) *All India Bank Employees v. National Industrial Tribunal*, Laws(SC)-1961-8-14, Decided on August 28, 1961, Supreme Court of India (from Bombay).

145) 단 커먼로 국가 중 일부, 예컨대 케냐, 나미비아, 남아프리카공화국은 대륙법 국가처럼 헌법에 파업권을 규정하고 있다.

146) Background document, para. 64. 영국의 법제가 이러한 대표적 예에 해당하는데 이에 대해 자세한 내용은 남궁준(2023), 「노동3권 없는 집단적 노동법 - 영국의 최근 쟁의행위 규율의 동향과 함의」, 『노동법논총』 58, 한국비교노동법학회, p.8 이하 참조.

147) 호펠드(W. N. Hohfeld)의 “권리” 개념 분석에 따르면 통상 ‘권리’라고 일컬어지는 법관념들은 청구(claim), 특권(privilege, liberty-right), 권능(power), 면책(immunity)의 네 가지로 나누어지는데, 파업의 자유는 ‘의무(duty)’의 부재 또는 ‘타인의 권리나 청구로부터의 자유’를 뜻하는 특권과 ‘책임(liability)’의 부재를 뜻하는 면책이 도드라지는 개념으로 이해할 수 있을 것이다. 호펠드의 이론에 입각해 단체교섭권을 분석하는 선도적 문헌으로는 박제성·박은정·권오성·김린(2022)의 『구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위제도 재정립에 관한 연구』, 한국노동연구원, pp.70-81(권오성 교수 집필 부분) 참조; 호펠드의 권리 개념 분석에 대한 일반적 설명은 김연미(2003), 「권리의 구조와 근거에 관한 법철학적 연구」, 이화여자대학교 대학원 2002학년도 박사학위 청구논문, pp.9-31 참조.

다만 파업의 자유도 어떤 계위의 법에서(예 : 헌법인지 법률인지) 명문 규정을 두고 있는지 또 해석에 의해 도출되는지 커먼로 국가마다 다른 방식을 취한다. 예를 들어 가이아나와 몰디브 공화국에서는 헌법에 파업의 자유를 명시하고 있고, 호주에서는 법률로써 보호되는 쟁의행위와 그에 따른 면책을 정의하며, 미국도 법률 차원에서 합법적 교섭 지원을 위한 근로자의 파업·평화적 피케팅과 같이 집단적 행동에 참여할 수 있도록 정하고 있다. 즉 영미법 국가에서도 어느 경우든 파업행위는 단체교섭의 필수적 귀결로 인정된다.<sup>148)</sup>

결국 파업의 권리나 자유의 보호영역/보장범위를 두고 국가 간 차이는 있을지 몰라도 단결권 또는 결사의 자유를 인정하고 나아가 단체교섭권을 인정하면서, 쟁의행위 자체를 법적으로 금지하는 상황은 적어도 문명국가에서는 상상하기 어렵다고 할 수 있다.

## 2. ILO, 국제노동기준, 파업권의 인정

그런데 국제법 차원, 특히 노동기준과 관련해 가장 대표적 국제기구인 국제노동기구(ILO)는 (뜻밖에도) 파업권에 대한 독립적 협약이나 명시적 규정을 가지고 있지 않다. 다만 결사의 자유 위원회(Committee on Freedom of Association)와 협약·권고 적용 전문가위원회(Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 이하 ‘전문가위원회’)<sup>149)</sup>는 각각 ‘ILO 헌장’ 서문과 부속서로서 헌장 지위를 갖게 된 ‘필라델피아 선언’에 명시된 ‘결사의 자유 원리’(principle of freedom of association)<sup>150)</sup> 및

148) Background document, para. 64.

149) 전문가위원회는 총회에서 개인 자격으로 복무하도록 임명된 20명의 독립 위원으로 구성된 기관으로서 ILO 헌장 제19조에 따라 회원국으로부터 받은 정기 보고서를 바탕으로 비준된 협약과 국내법 사이의 정합성을 평가하고 국가별 의견을 작성한다. 또한 위원회는 선정된 협약과 관련된 국내법 및 관행에 대한 일반조사(General Survey)를 매년 실시한다. 전문가위원회를 포함해 ILO 이행 감독절차·기관에 대한 일반적이고 상세한 설명에 대해서는 김근주·이승욱(2018), 『ILO 결사의 자유 핵심협약과 사회적 대화』, 한국노동연구원, pp. 8-11 참조; 김동현·이혜영(2022), 『결사의 자유에 관한 국제노동기구(ILO) 기본협약 비준과 노동법의 쟁점』, 사법정책연구원 연구총서 2022-08, pp.49-73 참조.

「결사의 자유와 단결권 보호 협약(제87호)」 제3조와 제10조로부터 파업권이 도출된다는 해석 관행을 꾸준히 유지해 왔다.<sup>151)</sup> 전문가위원회는 국가별 의견 및 일반조사를 통해 그러한 입장을 밝혔는데, 예를 들어 제87호 협약에 관한 다섯 차례의 일반조사에서 파업권 관련 의견을 표명했다(1959년, 1973년, 1983년, 1994년, 2012년).<sup>152)</sup>

특히 2012년 일반조사에서 전문가위원회는 제87호 협약 제3조와 제10조에 근거해 도출될 수 있고 파업권과 관련된 결사의 자유 원리의 구체적 원칙이 전문적인 노사정 3자 기구, 즉 결사의 자유 위원회(1952년 조직)에 의해 뒷받침되었다는 점을 강조했다.<sup>153)</sup> 전문가위원회는 「조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, 이하 ‘비엔나협약’)」 제31조와 제32조에 비추어 볼 때 협약의 조항은 그 목적과 취지에 비추어 해석되어야 하므로 명시적 문언이 없다는 것만으로 파업권이 부정되어서는 안 되고 다른 해석적 요소, 특히 전문가위원회가 활동한 수십 년의 후속 관행(subsequent practice)에 주목할 때 파업권이 협약에서 도출될 수 있으며 준비 작업을 중요한 보충적 해석 자료로 고려하더라도 이러한 결론이 뒷받침된다는 점을 분명히 재확인했다.<sup>154)</sup>

이러한 전문가위원회의 파업권 관련 관행에 대해 사용자 그룹은 2012년 제101차 ILO 총회 중 총회기준적용위원회(Conference Committee on the Application of Standards : CAS)가 다룰 집중 검토 대상 사건 선정 작업을 보이콧하는 것으로 불만을 표출하였다. 25개의 사건 중 파업권에 대한 전문가위원회의 의견이 포함된 사건을 포함시킬 수 없다는 것이 그 이유였다.<sup>155)</sup> 이는 실체적 주장과 절차적 주장으로 나누어진다. 실체적 쟁점에 관

150) ILO Constitution, Preamble, “recognition of the principle of freedom of association”; Annex, Declaration of Philadelphia, I(b), “freedom of expression and of association are essential to sustained progress”.

151) Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948(No. 87).

152) Background document, paras 16-20.

153) General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008, International Labour Conference, 101<sup>st</sup> Session, 2012, ILC.101/III/1B, p.46, para. 117.

154) 위 일반조사, p.47, para. 118.

해 첫째, 제87호 협약에 비엔나협약 제31조에 명시된 조약 해석의 규칙을 적용해 보면 통상적 또는 문언적 의미에서 파업권의 존재를 암시하는 조항이 포함되어 있지 않고; 둘째, 제87호 협약 채택을 위한 준비 작업 과정에서 초안 작성자가 파업권을 포함시키지 않았다는 점을 지적한다.<sup>156)</sup>

절차적 쟁점, 즉 전문가위원회가 파업권을 협약 해석을 통해 도출할 수 있는 권한이 있는가에 대한 질문에 대해서도 사용자 그룹은 부정적이다. ‘ILO 현장’ 제37조에 따르면 국제사법재판소(제1항) 또는 (임시 설치되는) 심판소(제2항)만이 현장과 협약에 대한 구속력 있는 해석을 내릴 수 있기 때문이다. 따라서 사용자 그룹은, 스스로 협약 해석을 하여 도출한 파업권 관련 쟁점에 대한 전문가위원회의 조사 결과가 구속력을 가질 수 없다고 주장하며, ‘보편적이고, 명확하며, 상세한 내용의 새로운 파업권 “법리”를 구축하려는 전문가위원회의 시도’에 반대한다는 입장을 분명히 밝히고 있다.<sup>157)</sup>

노동자 그룹 측은 전문가위원회의 입장에 대체로 동의하면서 87호 협약 채택을 위한 준비 작업 기록 및 체결 시의 사정과 같은 보충적 해석 수단(비엔나협약 제32조)은 어디까지나 제31조에 따른 해석이 애매모호하거나 명백히 불합리한 경우에 한해 보충적으로 고려되어야 한다는 점을 강조한다.<sup>158)</sup> 전문가위원회의 권한 쟁점과 관련하여, 노동자 그룹 측은 ILO의 모든 이행감독기관, 즉 전문가위원회뿐만 아니라 제26조 진정을 심사하는 조사위원회, 현장 제24조 진정을 심사하는 노사정위원회, 기준적용위원회도 국제사법재판소의 구속력 있는 해석에 따라 해석 기능을 수행할 수 있다고 주장한다.<sup>159)</sup>

특히 2012년 이래 좀처럼 좁혀지지 않는 견해 차이로 인하여 ILO의 정상적인 활동에 지장이 계속되자 이사회는 2023년 11월 10일 이 문제를 근원

155) 이 문제의 배경과 법적 쟁점에 대한 깊이 있는 분석으로 이승욱(2017), 「국제노동기준의 동요: 결사의 자유와 파업권의 관계」, 『노동법학』 62, 한국노동법학회, pp.91-127 참조.

156) International Labour Conference, 81st Session, 1994, Record of Proceedings, 25/31-35.

157) 위 문서, 28/8-10.

158) Governing Body, 349th bis(special) Session, GB.349bis/INS/1/1, Geneve, 10 November 2023, p. 11, para. 4.

159) 위 문서, para. 5.

적으로 해결하기 위해 국제사법재판소에 회부하는 것으로 표결을 거쳐 결의하였다.<sup>160)</sup> 국제사법재판소의 자문 의견(advisory opinions)을 긴급히 구하는 질문은 ‘제87호 협약이 노동자와 노동자 단체의 파업권을 보호하는 것으로 해석될 수 있는지’이다.<sup>161)</sup> 이제 공은 ICJ로 넘어갔다. 만약 파업권이 제87호 협약에 의해 보호되지 않는다고 판단한다면 적어도 전문가위원회나 총회기준적용위원회에서 해당 국가의 파업권 관련 조치가 제87호 협약 제3조, 제10조 혹은 기타 규정을 위반함을 전제로 이루어진 전문가 보고서의 국가별 의견(observations)이나 일반조사(general survey)는 그 법적 가치와 구속력을 상실하게 될 것이다. 그것은 동시에 ILO 이행감독절차와 관련해 현장 제24조의 진정제기(노사정 임시·특별위원회), 제26 내지 제29조의 이의제기(조사위원회 및 필요시 ICJ)에 근거한 특별감독절차, 그리고 궁극적으로 제33조의 이사회 권고에 기초한 총회의 제재 결정 절차를 파업권 관련 사건에서는 발동할 수 없게 된다는 의미이기도 하다.

다만 이것과 결사의 자유 위원회의 활동이 구별된다는 것은 주의를 요한다. 왜냐하면 결사의 자유 위원회는 현장상 결사의 자유 원리에 근거해 판단을 하는 것으로, 법리적으로 볼 때 개별 협약의 구체적 조항의 내용과 무관하기 때문이다. 즉 ICJ가 어떤 결론을 내리든 상관없이 (아래에서 살펴볼) 결사의 자유 위원회의 판정례에 반영·표현된 결사의 자유 원리의 구성 내용은 여전히 도덕적·설득적 권위에 기초한 권고적 효력을 유지할 것이다.<sup>162)</sup>

160) ICJ, “The ILO requests an advisory opinion from the Court on the interpretation of ILO Convention No. 87 with respect to the right to strike,” Press Release, No. 2023/64, 14 November 2023.

161) 위 문서, p. 1. “Is the right to strike of workers and their organizations protected under the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948(No. 87)?,” 이는 ILO 내부에서 쟁점이 되었던 두 가지 중 다른 하나, 즉 전문가위원회가 파업권이 결사의 자유에 내재되어 있어 87호 협약의 보호를 받는다고 확인하고 판단하는 것이 동 위원회에 부여된 권한 내의 활동인지 여부는 이번 권고적 의견을 구하는 대상 질문에서 제외되었다.

162) 그럼에도 불구하고 결사의 자유 위원회가 그간 구축해 온 “법리”가 지금과 같은 설득적 효력과 권위를 가질 수 있게 된 것은 전문가위원회가 지속적으로 결사의 자유 위원회의 판단을 존중·인용하고 결사의 자유 위원회도 전문가위원회의 의견을 수용하는 상보적·호혜적 관계에 기인한 바 크다. 따라서 본문의 기술이 법적으로 부정확한 것은 아니나 실질적 측면에서 영향이 없을 것이

따라서 위 구성원칙들은 넓은 의미에서의 국제노동기준으로서 우리 파업권 규범과 관행을 객관적으로 평가할 눈금이 될 수 있을 것이다.

아울러 파업권 일반이 아닌 파업 혹은 쟁의행위와 관련된 형사책임에 대한 제87호 협약이 아닌 다른 협약(예: 강제노동 협약)의 규정은 향후 ICJ가 내릴 자문의건의 내용과 무관하게 법적 구속력이 있는 유효한 (좁은 의미의) 국제노동기준이라는 점은 주의를 요한다.

### 제3절 결사의 자유 원리와 강제노동 금지의 관점에서 바라본 쟁의행위와 형사책임

#### 1. 결사의 자유 원리의 관점에서 본 쟁의행위와 형사책임 문제

제2장에서는 노조법상 형벌규정을 쟁의행위 주체, 방식, 목적, 절차와 관련하여 동법이 정하는 일정한 의무를 위반한 경우 아래처럼 노조법(‘법’)과 다른 법률의 규정에 따라 형사처벌이 가능하다는 점을 확인하였다.

첫째, 쟁의행위의 주체 관련 법적 의무를 위반해 형벌이 적용되는 경우이다: ① 노동조합에 의해 주도되지 아니한 쟁의행위 금지(법 제37조 제2항), ② 주요방위사업체 종사자의 쟁의행위 금지(법 제41조 제2항); 노조법이 아닌 다른 법률의 경우로 ③ 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 제11조, ④ 「교원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률」 제8조·제15조 제1항, ⑤ 「선원법」 제25조와 제165조 제2항, ⑥ 「경비업법」 제15조 제3항과 제28조 제4항 제2호와 「청원경찰법」 제9조의4와 제11조;

둘째, 쟁의행위의 방식과 관련한 법적 의무를 위반해 형벌이 적용되는 경우이다: ⑦ 폭력이나 파괴행위 또는 주요업무시설의 점거 금지(법 제42조), ⑧ 안전보호시설에 대한 쟁의행위 금지(법 제42조), ⑨ 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하는 자의 업무방해 금지 및 피케팅에서의 폭행·협박

---

라고 단언하기도 어렵다.

금지(법 제38조), ⑩ 작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 직업의 정상 수행 위반(법 제38조 제2항);

셋째, 쟁의행위의 목적과 관련한 법적 의무를 위반해 형벌이 적용되는 경우이다: ⑪ 쟁의행위 기간 중 임금지급 요구 금지(법 제44조);

넷째, 쟁의행위의 절차와 관련한 법적 의무를 위반해 형벌이 적용되는 경우이다: ⑫ 쟁의행위와 조합원 찬반투표(법 제41조), ⑬ 조정절차를 거치지 아니한 쟁의행위 금지(법 제45조), ⑭ 중재회부 시 15일간 쟁의행위 금지(법 제63조), ⑮ 긴급조정 시의 쟁의행위 금지(법 제77조).

이하에서는 최대한 위와 같은 순서로 해당 형벌규정이 결사의 자유 원리에 부합할 수 있는지를 살펴본다. 일치 여부 판단에 있어 염두에 둘 점은 결사의 자유 원리상 존중되고 보호되어야 하는 노동자나 노동자단체, 사용자단체나 (총)연합단체의 권리와 이익이 있다면 그것을 보장해 주지 않거나 침해하는 노조법 규정 혹은 실무 관행은, 그 자체로 이미 국제노동기준으로서 결사의 자유 원리 위반이라는 점이다. 당연한 귀결로, 그러한 결사의 자유 원리와 충돌하는 국내법상 의무 이행을 강제하고 그 위반을 형벌로써 위하·제재하는 규정 또는 조치는 결사의 자유 원리를 더욱 심각하게 위반하는 것이라는 점이다.

첫째, 쟁의행위의 주체에 대한 결사의 자유 원리를 살핀다. 제87호 협약, 더 정확히는 제87호 협약에 구현된 ILO 현장 원리의 인적 적용 대상은 노동자(worker)와 사용자(employer), 노동자단체(workers' organisation)와 사용자단체(employers' organisation), 그리고 연합단체(federation)와 총연합단체(confederation)이다. 특히 파업권과 깊이 관련이 있는 협약조항이 제3조인 점을 고려할 때 노동자단체 혹은 사용자단체의 개념이 중요하다. 동 협약 제10조는 '단체'가 노동자 또는 사용자의 이익을 증진·옹호하는 것을 목적으로 하는 모든 노동자단체 또는 사용자단체를 뜻한다고만 정하고 있다. 따라서 원칙적으로 노동자단체(와 그 구성원인 노동자)의 개념은 개별 회원국의 국내 법령과 관행으로 형성된다는 것이 암묵적으로 전제되어 있다고 볼 수 있다. 군대(armed forces)와 경찰(police)의 경우에는 협약의 적용범위를 국내 법률로 정하도록 명시적으로 유보한다.

주의할 것은 단결권-단체교섭권-단체행동권의 향유 주체를 원칙적으로

동일한 것으로 이해하는 우리와 달리, ILO 차원, 특히 결사의 자유와 관련해서는 단결권의 주체 범위가 더욱 넓다는 것이다. 단결권의 경우 자영업자까지 포괄할 정도로 넓고 단체교섭권과 (협약과 현장의 해석을 통해 도출한) 파업권은 그것과 긴장·충돌 관계에 있는 공익 등 고려사항을 반영해 향유 주체의 범주와 각 권리의 보호범위 및 내용을 상대적으로 유연하게 판단하는 것으로 보인다. 쟁의행위/파업의 방식과 관련해 결사의 자유 위원회는, 단체협약에서 약속한 사항에 대한 상호 존중은 단체교섭권의 중요한 요소이고, 노사관계를 안정적이고 확고한 토대 위에서 확립하기 위해 지켜져야 하며, 일시적이라 하더라도 단체협약을 이행하지 않는 것은 단체교섭에서의 신의성실의 원칙을 위반한다고 보았다.<sup>163)</sup> 하지만 파업권이 법률로 전혀 제한할 수 없는 절대적 권리(absolute right)는 아니기 때문에 법률이 일정한 한계를 정하는 것은 가능하다고 본다.

먼저 ① 노동조합에 의해 주도되지 아니한 쟁의행위를 금지하고(법 제37조 제2항), 그 위반을 형사처벌하는 것(법 제89조 제1호)과 관련해 결사의 자유 위원회는 비공인파업(wildcat strike)도 원칙적으로 금지되어서는 안 된다고 본다.<sup>164)</sup> 비공인파업만을 특정해서 구체적으로 분석해 요건을 제시하는 등의 판단을 한 사례는 없는 것으로 보인다.<sup>165)</sup> 다만 다른 유형의 파업, 예컨대 작업거부나 태업 또는 준범투쟁들이 문제된 사건에서 파업이 사용자의 사업장 출입에 대한 권리·권한 및 파업불참 근로자가 일할 자유를 존중하는 가운데 평화롭게 이루어졌다면 금지될 수 없다고 보고 있다.<sup>166)</sup>

163) 381th Report Case No. 3047(2013), para. 364, 2017(ROK)(364). ...The Committee recalls that mutual respect for the commitment undertaken in collective agreements is an important element of the right to bargain collectively and should be upheld in order to establish labour relations on stable and firm ground and that failure to implement a collective agreement, even on a temporary basis, violates the right to bargain collectively, as well as the principle of bargaining in good faith [see Digest, op. cit., paras 940 and 943].

164) 국제노동기구 사무국편·이승욱 역(2018), 『결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판)』, 한국노동연구원(이하 “결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판 2018),” para. 784.

165) 김동현·이혜영(2022), 『결사의 자유에 관한 국제노동기구(ILO) 기본협약 비준과 노동법의 쟁점』, 사법정책연구원 연구총서 2022-08, pp.412-413(각주 1248).

166) 결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판 2018), para. 940.

이를 감안하면 법 제37조 제2항의 금지가 결사의 자유 원리에 부합한다고 보기 어려우므로 동 의무 위반을 처벌하는 제89조 제1호도 국제노동기준과 일치한다고 보기는 어려울 것이다.

다음은 쟁의행위 주체의 법적 지위 혹은 신분에 관한 문제다. ③ 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 제11조는 공무원의 쟁의행위에 관한 제한을 담고 있는바, 공무원과 관련하여 단체교섭권이 제한되는 공무원 범주를 제외한 모든 공무원은 단체교섭권뿐 아니라 파업권까지 보장되어야 한다는 것이 결사의 자유 위원회의 입장이다.<sup>167)</sup> 다만, 공무원의 수행 업무가 엄격한 의미의 필수서비스(essential services)에 해당되는 경우에만 파업권을 제한할 수 있다고 한다.<sup>168)</sup> 즉 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원과 엄격한 의미의 필수서비스를 행하는 공무원의 파업권만 제한될 수 있다.<sup>169)</sup> 한편 공무원 등 공공부문 노동조합의 파업권은 보장되나 파업 기간 중에도 그 운영이 유지되어야 하는 업무, 즉 최소서비스(minimum services)를 설정할 수 있다고 본다. 최소서비스는 그 규모와 기간이 국민의 통상적인 생활 조건을 위협하게 하는 정도로 중대한 국가적 위기를 초래할 수도 있는 업무여야 한다. 그리고 국민의 전부 또는 일부의 생명 또는 통상적인 생활조건에 대한 위협을 회피하기 위해 엄격하게 필요한 정도의 작업으로 한정되어야 한다. 결사의 자유 위원회는 최소서비스를 결정하는 과정에서 노동조합은 사용자 및 정부와 동일한 방식으로 참여할 수 있어야 한다고 본다.<sup>170)</sup>

우리 법상 파업과 관련하여 공무원과 유사하게 취급되는 교원(④ 「교원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률」 제8조·제15조 제1항)에 대해, 결사의 자유 위원회는 교육 업무가 필수서비스에 해당하지 않는다고 보아 파업권이 제한될 수 없다고 보았다(단 교장과 교감의 경우는 제한 가능).<sup>171)</sup> 우리

167) 353th Report Case No. 1865(1995), para. 749, 2009(ROK).

168) 353th Report Case No. 1865(1995), para. 749, 2009(ROK); 346th Report Case No. 1865(1995), para. 806, (2007).

169) 346th Interim Report Case No. 1865(1995), 2007(ROK).

170) 291th Report Case No. 1692(1992), paras. 191-227, 1993(Germany); 386th Report Case No. 3237(2016), 2018(ROK).

171) 결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판 2018), para. 844.

의 ⑥ 특수경비원 및 청원경찰과 가까운 예로 민간경비·보안업에 대해 결사의 자유 위원회가 필수서비스에 해당하지 않는다고 본 사례가 있다.<sup>172)</sup> ② 방위산업체 종사자와 ⑤ 선원의 파업권이 제한될 수 있는지에 대해 직접적으로 판단한 결사의 자유 위원회 판정례는 없는 것으로 보인다.<sup>173)</sup> 그러나 필수서비스와 최소서비스에 대한 일반적 기준을 방위산업체 종사자나 선원의 사례에 대입해 보면 결사의 자유 원리에 부합하기는 쉽지 않을 것으로 추정된다.<sup>174)</sup>

특수경비원 및 청원경찰 혹은 민간경비·보안업 사례와 관련해, 해당 노동자가 직무수행을 위해 무기를 소지 혹은 사용할 수 있다는 점이 군대 및 경찰과 유사하다는 측면에서 특별한 고려를 해야 하는지가 결사의 자유 위원회에서 다루어진 적이 있다. 교도관이 문제된 해당 사건에서 일본정부는 업무 수행 중 무기를 소지하는 직무라면 제87호·제98호 협약상 군대와 경찰에 해당한다고 주장했으나, 결사의 자유 위원회는 무기 소지 권한 보유 여부는 중요하지 않으며 사법경찰이 아닌 모든 교도관의 단결권과 단체교섭권은 보장되어야 한다고 결정했다.<sup>175)</sup> 이를 감안할 때 같은 논리로 특수경비원이나 청원경찰의 무장 여부를 근거로 파업권 제한을 정당화하기는 어려울 것으로 보인다.

둘째, 쟁의행위의 방식과 관련해 ⑦ 폭력이나 파괴행위 또는 주요업무시설의 점거 금지(법 제42조)의 문제가 있다. 결사의 자유 위원회는 이를 비공인파업, 태업, 준법투쟁 등과 함께 파업의 다양한 유형 문제로 접근한다. 앞서 확인했듯 결사의 자유 위원회가 가장 중요하게 보는 사실은 파업이 ‘평화적으로 이루어졌느냐’이다. 따라서 주요업무시설을 점거하는 방식의 파업에 대해 그것이 사용자가 출입을 못하게 하는 등의 점유권을 배제하고 침해하는 방식으로 이루어지면 안 된다고 본다. 같은 원리를 적용해 보면 ⑧

172) 349th Report Case No. 2552, para. 422, 2008(Bahrain).

173) 김동현·이혜영(2022), 『결사의 자유에 관한 국제노동기구(ILO) 기본협약 비준과 노동법의 쟁점』, 사법정책연구원 연구총서 2022-08, p.376(각주 1248).

174) 위 보고서는 주요 방위산업체 종사자의 단체행동권 제한이 헌법적 근거를 갖고 있는 점이 ILO 입장에 부합하는지를 판단하는 데 있어 직접 관련되는 것은 아니라는 점을 지적한다.

175) 386th Report Case No. 2177(2002), para. 420, 2018(Japan).

안전보호시설에 대한 쟁의행위 금지(법 제42조)도 정당화될 것으로 보인다.

나아가 결사의 자유 위원회는 쟁의행위 도중 일어난 폭력과 파괴행위는 결사의 자유 원리에 의해 보호되는 범위를 넘어서 형사처벌도 가능한 것으로 보고 있다. 이를 결합해 생각하면 ⑨ 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하는 자의 업무방해 금지 및 피케팅에서의 폭행·협박 금지(법 제38조)도 모두 결사의 자유 원리와 부합할 것으로 보인다.

결사의 자유 위원회는 경찰을 공격하거나 경찰차를 훼손하는 등의 폭력행위는 제87호와 제98호의 보호범위가 아니라고 하였다.<sup>176)</sup> 그러나 폭력행위를 이유로 경찰력이 파업 상황에 개입하더라도 그 범위는 공공질서의 유지로 엄격히 제한된다고 한다. 또한 파업 상황에서 경찰력의 개입은 공공질서에 대한 위협의 정도에 비례해야 한다고 하였다.<sup>177)</sup> 한편 결사의 자유 위원회는 노동조합의 파업 중에 발생한 활동가 개인의 폭력행위에 대한 사법절차의 정당성을 부인하진 않지만, 그 폭력행위가 발생한 상황을 고려할 수 있도록 파업의 과정에서 개인 노조 활동가에게 가해진 폭력행위에 대한 수사도 촉구하였다.<sup>178)</sup>

마지막으로, 쟁의행위의 절차와 관련한 법적 의무를 위반해 형벌이 적용되는 문제인데, ⑫ 쟁의행위와 조합원 찬반투표(법 제41조)와 ⑬ 조정절차를 거치지 아니한 쟁의행위 금지(법 제45조)의 문제와 관련해서는 앞서 본 비공인파업 사례를 그대로 적용할 수 있을 것으로 보인다. 다만 찬반투표 요건에 대해 결사의 자유 위원회는 적법한 파업의 요건으로 관련 노동조합 또는 지부의 전체 조합원 2/3 찬성 투표를 정한 규정을 위반해 파업한 경우 벌칙(노동조합 해산 명령 포함)이 적용될 수 있는 사례를 검토한 바 있다. 동 위원회는 이것이 제87호 협약 제3조 위반이라고 보았으며 공공당국이 노조활동에 대한 권리를 제한하는 관련 개입이라고 본 전문가위원회의 판단을 인용했다.<sup>179)</sup> 따라서 조합원 과반수의 찬성투표를 요건으로 정하는 현행법이 과도한 제한인지에 대해서는 명확한 판단이 어려운 상황이다. 다만 그것을

176) 386th Report Case No. 3237(2016), paras. 160-213, 2018(ROK).

177) 324th Report Case No. 2093(2000), paras. 416-439, 2001(ROK).

178) Case No 1858(France) - Complaint date: 11-Oct-95 - Closed: Report No 305, November 1996.

179) 결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판 2018), para. 805.

위반하고 이루어진 쟁의행위의 참가자에 대한 형사처벌 부과의 정당성은 언급했듯 관련 원칙에 입각해 별도로 판단할 사안으로 보인다.

한편 ⑭ 중재회부 시 15일간 쟁의행위 금지(법 제63조)와 ⑮ 긴급조정 시의 쟁의행위 금지(법 제77조) 문제는 형사처벌 이전에 파업권을 제한하는 것으로 우선 긴급조정을 결정할 수 있는 주체인 고용노동부장관, 강제중재를 결정할 수 있는 중앙노동위원회가 '독립된 기구'일 수 있는가 하는 점, 그리고 “공익사업에 관한 것이거나 그 규모가 그 성질이 특별한 것으로서 현저히 국민경제를 해하거나 국민의 일상생활을 위태롭게 할 위험이 현존”해야 한다는 객관적 요건이 문제된다. 결사의 자유 원리에 입각해 파업의 일반적 금지가 정당화되는 경우는 국가에 중요한 비상사태가 발생하여 일정 기간 파업이 금지되는 것이다.<sup>180)</sup> 나아가 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원의 공공서비스 또는 엄격한 의미의 필수서비스의 경우에만 파업권이 제한될 수 있는데 우리 긴급조정의 요건은 이보다 넓은 것으로 보인다. 따라서 해당 경우에 대해 이루어지는 긴급조정 자체도 결사의 자유 원리와 부합하지 않는다고 볼 수 있고, 나아가 해당 기간 동안 금지된 쟁의행위를 할 경우 형사처벌하는 규정은 더 높은 확률로 원리 위반을 추정해 볼 수 있을 것이다.

결론적으로 결사의 자유 위원회의 입장을 요약해 보면 다음과 같다. 민사책임, 징계책임 등의 발생은 별론으로 하더라도 형사처벌을 부과할 수 있는 행위는 원칙적으로 파업의 틀 안에서 사람과 재산에 대한 폭력 기타 일반 형법에 대한 중대한 위반이 이루어진 경우로 국한되어야 하고, 이러한 형사처벌은 법에 근거를 두어야 한다고 본다(형식적 죄형법정원칙).<sup>181)</sup> 또한, 파업권을 제한하는 법령이 결사의 자유 원리에 부합하는 경우에만 해당 법령 위반을 이유로 형사처벌을 하는 것이 정당화될 수 있다. 그리고 형사처벌이 일용 정당화되는 경우에도 그러한 형사처벌은 법률요건으로서 범죄인 파업 관련 행위의 죄책에 비례적이어야 한다(실질적 죄형법정원칙).<sup>182)</sup> 평화적인 파업, 대중집회를 조직하거나 참가하였다는 이유로 자유를 박탈당하는 구

180) 결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판 2018), para. 824.

181) 결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판 2018), para. 955.

182) 결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판 2018), para. 966.

금 조치를 하거나 형사처벌해서는 안 된다.<sup>183)</sup>

## 2. 강제노동금지의 관점에서 본 정의행위와 형사책임 문제

정의행위 관련 국내법상 규정(의무)을 위반한 것에 대해 형사처벌, 특히 징역형을 부과하는 것은 강제노동 금지를 규율하는 제29호와 제105호 협약에 위반될 가능성이 있다. 먼저 위 협약에 따른 기본 개념인 강제노동의 일반적 정의와 예외(29호) 및 예외의 제한(105호)을 살펴보면 이렇다. “어떤 사람이 처벌의 위협하에서 강요받거나 자발적으로 제공하는 것이 아닌 모든 노동이나 서비스”(ILO 제29호 협약 제2조 제1호)가 강제노동에 해당한다.

다만 제29호 협약은 명시적 예외를 설정하고 있는데, 강제노동으로 분류되지 않는 것(제29호 협약 제2조 제2호)으로서 (가) 전적으로 군사적 성격을 가진 법적 의무로서의 군복무; (나) 통상적 시민(公民)적 의무로서의 공무(公務, 예: 배심원); (다) 교도소 내 강제노동 · 법원의 명령에 따른 사회봉사(=공공기관의 감독 및 관리하에서 행해지며, 사인 · 회사 또는 단체에 고용되거나 또는 그 지휘에 복종하지 않는다는 조건하에 법원 판결의 결과로 강요되는 노동/서비스); (라) 전쟁/재해 등 비상시 동원되는 노동(=긴급한 경우, 즉 전쟁의 경우나 화재, 홍수, 기근, 지진, 극심한 전염병 등 인구 전체 또는 일부의 생존이나 안녕을 위태롭게 하는 모든 상황과 같은 재해나 그러한 우려가 있는 경우 강요되는 노동/서비스); (마) 소규모 공동체에서 의무로 부과된 업무(=공동체의 직접적 이익을 위해 주민에 의해 수행되고 공동체 구성원이 부담하여야 하는 통상적인 시민적 의무)

제105호 협약은 제29호 협약에서 정한 예외에 대한 예외, 혹은 원칙적 금지에 포함되는 유형을 다시 명시한다(제105호 협약 제1조). 이에는 (가) 정치적 강압이나 교육의 수단이나 정치적 견해 또는 기존의 정치 · 사회 · 경제 제도에 사상적으로 반대하는 견해를 가지거나 표현하는 것에 대한 제재(예: 교도소에 수감된 정치범에 대한 노역/정역 부과, 예외 (다)의 제한); (나) 경제발전 을 위하여 노동을 동원하고 이용하는 수단; (다) 노동규율의 수단; (라) 파업

183) 결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판 2018), paras 156, 954, 971; 346th Report, Case No. 2323, para. 1122.

참가에 대한 제재; ㄷ 인종·사회·민족 또는 종교적 차별대우의 수단이 그것이다.

결사의 자유 원칙과 강제노동 금지 원칙이 만나는 지점이 있는데, 그것은 노동자가 결사의 자유 원칙의 범위 바깥에 놓여 정당성이 인정될 수 없는 파업에 참가한 것을 이유로 형벌을 받게 되는 경우이다. 이것 자체는 앞에서 살핀 결사의 자유 원리 및 형식적·실질적 죄형법정원칙의 고려를 하여 판단할 평가의 문제이겠으나, 형벌이 의사에 반해 수행해야 하는 노역을 포함할 경우(예: 징역형) 결사의 자유 원리 위반과 별개로 강제노동 금지 원칙 위반은 될 수 있다. 즉 파업 관련 형사처벌 규정이 결사의 자유 원리에는 부합하나 강제노동 금지 원칙에는 위반하는 상황이 발생할 수 있다는 것이다. 오직 강제노동 관련 협약의 위반 리스크를 제거한다는 측면에서만 보면, 가장 간명하고 비교적 현실적인 해결 방안은 징역을 포함한 관련 형벌을 모두 벌금형 또는 자유형 중에서도 금고형으로 변경하는 방안이 있다. 물론 이 문제는 그렇게 간단히 논의·해결될 성질의 것은 아니고 관련한 심도 깊은 논의가 추가로 필요할 것이다.

## 제 4 장

# 쟁의행위와 형사책임 구조론 : 노동법의 기능 측면에서의 쟁의행위와 형사책임

## 제1절 노동법 개념의 변화·발전

노동법의 개념은 먼저 질서유지법에서 근로자보호법으로 변화·발전했으며, 이어서 근로자보호법에서 노동시장 준거법으로 변화·발전했다. 하지만 한국의 현실은 역행하는 모습도 보이고 있다.

### 1. 노동입법사를 통해서 본 노동법의 변화·발전

일제시대 노동법은 근로자보호법과는 거리가 먼 질서유지법, 즉 “통제입법의 성격을 가진 단속법령”이거나 혹은 “전쟁 완수를 위한 노동력 확보와 노동력 수급 조절을 원활히 하기 위한 입법”이었다. “대한민국 수립 전 노동입법은 ‘일제식민지시대’와 ‘미군정시대’로 나누어 살펴볼 수 있다. 우리나라 노동입법의 효시는 1930년대 일제식민지시대에서 찾을 수 있는데, 초기의 「근로자모집취체규칙」, 「임금통제령」, 「선원급여통제령」, 「노동조정령」 등은 근로자의 보호입법과는 거리가 멀었으며 통제입법의 성격을 가진 단속법령이었다. 그 뒤 「조선광부노무부조규칙」(1938년), 「조선직업소개령」(1940년) 등에서 약간의 보호규정을 두긴 하였으나, 이들 법령 역시 노동보

호입법이라기보다는 전쟁 완수를 위한 노동력 확보와 노동력 수급조절을 원활히 하기 위한 입법으로 볼 수 있다.”<sup>184)</sup>

미군정하에서는 일제가 제정한 각종 단속법령을 폐지하고 근로자 보호와 원활한 노동정책 수행을 위한 입법이 이루어졌다. “미군정하의 노동정책은 한국의 민주화 정책의 일환으로 추진되었으나, 노동입법은 노동조합활동의 자유를 보장한 것 외에는 주로 개별적 근로관계 분야에서 입법이 이루어졌다.”<sup>185)</sup>

대한민국 정부 수립과 함께 비로소 노동법은 어쨌든 형식적으로나마 근로자보호법의 모습을 갖추게 되었다. “1948년 대한민국 정부의 수립은 노동입법의 발전에 획기적인 계기가 되었다. 대한민국 헌법 제17조에서 ‘근로조건’의 기준은 법률로 정하고 여자와 소년의 근로는 특별한 보호를 받는다.’라고 함으로써 개별적 근로관계에 있어서 노동보호입법의 근거를 마련하였으며, 제18조에서 단결권 등의 노동3권을 보장함으로써 집단적 노사관계법의 제정을 선언하였다. 이에 따라 1953년에 「노동조합법」, 「노동쟁의조정법」, 「노동위원회법」 및 「근로기준법」의 노동4법이 제정되었다. 집단적 노사관계법은 일본의 1949년 개정 「노동조합법」을 모방하여 노동조합의 자유설립주의, 노동조합의 자주성과 민주성 확보, 자율적 단체교섭 및 자주적 쟁의조정 원칙 등이 반영되었고, 「근로기준법」은 일본 「노동기준법」을 계수하여 내용 면에서는 전향적인 입법이 이루어졌으나 법과 현실의 괴리로 그 시행이 제대로 이루어지지 않는 않았다.”<sup>186)</sup>

## 2. 근로자보호법에서 노동시장 준거법으로의 변화 · 발전

노동법은 질서유지법에서 벗어나 근로자보호법으로 발전했다. 이것을 천명하고 있는 대표적인 헌법 규정 중의 하나가 바로 “근로조건’의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라고 정하고 있는 「헌법」 제32조 제3항이라고 할 수 있다. 헌법 교과서에 의하면 「헌법」 제32조 제3항의 의

184) 고용노동부(2006), 『노동행정사』, p.59.

185) 위의 책, p.59.

186) 위의 책, p.60.

미는 다음과 같다고 한다. “근로조건에 관한 기준을 법률로써 정한다는 것은 경제적 약자인 근로자의 권익을 위하여 당사자 간의 자유로운 계약에 의한 근로조건에 관하여 법률이 최저한의 제한을 설정한다는 의미이다. 따라서 이 조항은 계약의 자유의 원칙에 대한 수정을 의미하는 것이다.”<sup>187)</sup> 노동법 교과서의 설명도 대동소이하다.<sup>188)</sup>

일반적인 노동법 해석론에 따르면, 근로조건 법정주의를 정하고 있는 「헌법」 제32조 제3항은 개별적 근로관계법(근로기준법)의 근거 규정이고, 노동3권을 보장하고 있는 「헌법」 제33조 제1항은 집단적 노사관계법(노동조합법)의 근거 규정이라고 한다. 그러나 그런 식의 단순한 이분법은 적절하지 않은 것 같다. 그런 식의 이분법보다는 양자를 통합적으로 해석하는 것이 더 중요하다. 이 두 개의 헌법 규정은 각각이 아니라 하나로 결합되어 한국 노동법의 기본구조라고 할 수 있는 “사회적 공서 모델”을 구성한다. “근로조건에 관한 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라고 규정하고 있는 「헌법」 제32조 제3항의 의미는 단순히 「근로기준법」의 근거 규정으로서의 의미만 있는 것이 아니다. 나아가 「헌법」 제33조 제1항에서 보장하고 있는 노동3권의 행사에 따른 노사자치의 인정은 법률로 정한 근로조건에 기준 위에서 이루어진다는 의미도 가지고 있다. 「헌법」 제32조 제3항과 「헌법」 제33조 제1항은 공통의 준거를 보증하는 제3자의 권위하에 근로자와 사용자가 노동관계를 자주적으로 규율한다는 규범구조를 제작하는 데 동참한다.<sup>189)</sup>

다시 말하면, 다른 모든 법과 마찬가지로, 노동법은 ‘법’ 그 자체로서의 역할을 담당한다. 그것은 곧 “공동체에 사는 모든 사람들이 그것에 따라서 삶을 제정해야 하는 공통의 준거”(D.1.3.2)로서의 법이 수행하는 기능을 의미한다. 노동법은 이 공통의 준거를 개별적·집단적 노동관계에 설정하는 법이다. 이로써 노동관계는 근로자와 사용자의 이항관계가 아니라, 공통의 준거를 포함하는 삼각형의 구조를 갖게 된다. 이 공통의 준거는 근로자와 사용

187) 권영성(1994), 『헌법학원론』, 법문사, p.674.

188) 예를 들어 김유성(2005), 『노동법 I. 개별적 근로관계법』, 법문사, p.17 참조.

189) 박제성(2022), 「업종별 교섭의 규범적 의의와 가능성」, 『노동리뷰』 11월호, 한국노동연구원, p.27 이하 참조.

자의 관계가 힘에 기반한 주종관계가 아니라, 법에 기반한 관계, 즉 법률관계가 되도록 보증한다. 그런 의미에서 공통적 준거는 제3자 보증인의 역할을 수행한다고 할 수 있다. 노동관계 당사자들은 이 제3자 보증인의 권위 아래에서 자유롭게 법률관계를 형성하고, 삶을 제정할 수 있게 되는 것이다.<sup>190)</sup>

이것은 곧 노동법이 근로자보호법으로서의 기능을 넘어 노동시장 준거법으로서의 기능도 동시에 수행한다는 것을 의미하기에 이른다. 이철수 교수에 따르면, “현대 사회에서는 ‘공정경쟁의 확보’ 또한 노동법의 중요한 목적 중의 하나이다. 노동법이 제대로 적용·집행되지 않으면 노동법을 준수하여 양호한 근로조건을 제공하는 기업들이 노동법 적용을 회피하거나 위반한 경쟁 기업에 비해 시장에서 불리한 상황에 처하게 되므로, 이는 결국 근로자의 권익을 향상해 국민경제의 균형 있는 발전에 기여한 기업을 불리하게 처우하는 것과 마찬가지로일 뿐만 아니라 시장의 건전성도 무너뜨리기 때문이다.”<sup>191)</sup>

1919년에 제정된 ‘국제노동기구(ILO) 헌장’에는 이런 구절이 있다. “어느 한 나라라도 진정으로 인간적인 노동체제를 도입하지 않는 것은 다른 나라들이 자국에서 노동자들의 지위를 개선하고자 하는 노력에 장애물이 된다.” 이것의 첫째 의미는 노동의 이행을 둘러싼 조건들을 인간적인 것으로 만들어야 한다는 것이다. 고용보장, 적정임금, 노동3권 보장, 사회보장 등이 해당될 것이다. 체제는 다양한 형태의 인간 공동체의 유지와 기능을 위하여 일정한 규율원리를 제시하는 규칙체제를 의미한다. 이 개념은 공적 영역과 사적 영역 모두를 포괄하며, 국내적 차원과 국제적 차원 모두에 적용된다. 즉 체제로서의 진정 인간적인 노동체제는 국제사회에서도, 한 국가에서도, 한 기업에서도 적용되는 개념이다. 그러므로 이렇게 말할 수 있다. 어느 한 기업이라도 진정 인간적인 노동체제를 도입하지 않는 것은 다른 기업들이 자기 근로자들의 지위를 개선하고자 하는 노력에 장애물이 된다.

게임의 규칙을 설정하는 법, 공정한 경쟁을 확보하는 법으로서의 노동법의 기능을 건축학적으로 가장 아름답게 구현한 곳 가운데 하나가 바로 벨기

190) 위의 글 p.31 참조.

191) 이철수(2023), 『노동법』, 현암사, p.5.

에 브뤼셀의 시청 앞 광장이다. 이곳은 원래 중세 시대 때 시장이었다. 이 시장은 직사각형 모양을 하고 있다. 한 면은 거대한 시청 건물이 차지하고 있다. 나머지 세 개의 면을 둘러싸고 있는 건물들은 중세 시대 동업조합(길드)들이 본부로 사용하던 곳이다. 즉 시장은 공적 권위의 관할 아래 노동관계 당사자들이 자율적으로 설정한 규칙에 의하여 구성된다는 원리를 건축학적으로 재현하고 있다. 시청과 동업조합을 상징하는 건물들은 또한 시장이라는 공간의 경계선을 구성한다. 이 경계선 밖에는 법원과 왕궁이 있다. 법원과 왕궁 영역에서는 시장에서 통용되는 규칙과는 다른 규칙이 적용된다. 만약 이곳에도 시장의 규칙이 적용된다면, 판결과 법령도 다른 상품들과 마찬가지로 사고 팔 수 있는 상품이 될 것이다. 그렇게 되면 도시는 부패하고, 정직한 상인들은 설 자리가 없을 것이다.<sup>192)</sup>

프랑스의 저명한 노동법학자 제라르 리옹-캉은 생전에 이렇게 갈파하였다. “노동법은 근로자를 보호하는 법도 아니고, 사용자를 괴롭히는 법도 아니며, 단순히 권력관계를 위장하는 법도 아니다. 노동법은 사용자의 요구와 근로자의 요구 사이에 일정한 균형을 설정하여 경제생활을 주재하는 제관계를 규율한다. 즉 노동법은 시장에 한계를 부여한다.”<sup>193)</sup>

### 3. 파업 관련 판례 법리의 시대착오

그런데 파업에 관한 판례 법리는 노동법의 현대적 변화·발전의 의미를 역행하고 있는 듯한데, 왜냐하면 자본주의 초기의 단결 금지 법리를 재현하고 있을 뿐만 아니라, 2000년대 이후에는 심지어 이를 심화시켰다고 할 수 있기 때문이다.

「헌법」 제33조 제1항은 단체행동권을 기본권의 하나로 보장하고 있다. 단체행동의 가장 대표적인 것이 파업이다. 따라서 파업은 헌법상 기본권의 행사로서, 별도의 남용이 없는 한, 원칙적으로 적법한 것으로 간주되어야 한다. 그러나 판례에 의하면 파업은 원칙적으로 형법상 업무방해죄의 구성요

192) 알랭 쉬피오(2019), 『필라델피아 정신』, 매일노동뉴스, p.104 참조.

193) Gérard Lyon-Caen(1995), *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, Dalloz, p.4.

건에 해당하고, 따라서 정당성이 인정되는 경우에만 위법성이 조각된다고 한다. 판례는 파업의 정당성 인정 범위를 주체·목적·양태·절차의 측면에서 매우 협소하게 설정한다. 그리고 노동조합 활동가를 포함하여 근로자들의 파업 지원 행위에 공모공동정범 법리를 적용한다. 헌법 제33조 제1항의 명시적 규정에도 불구하고, 한국의 판례 법리는 파업권의 보장이 아니라 파업권의 억제에 정향되어 있다. 도재형 교수에 따르면, “이렇게 헌법과 판례 법리 사이에 모순이 발생한 이유는 21세기 한국의 헌법재판소와 법원이, 파업을 범죄행위로 파악하였던, 19세기의 시민법적 관점에 머물러 있기 때문이다. 결과적으로, 집단적 노사관계에서 헌법재판소와 법원은 기업의 후견자로서 역할하고 있다. 판례 법리의 모호함을 통해 기업과 정부의 반조합활동은 암묵적으로 장려되고 있다. 한국에서 파업에 적대적인 판례 법리가 형성되는 과정은 2개의 사회·경제적 사건을 계기로 삼아 그 기간을 구분할 수 있다. 그 하나는 1987년 이후 노동조합의 급격한 발달 현상이고, 다른 하나는 1997년의 외환위기이다. 1987년 이후 노동운동이 확산되는 과정에서 법원은 파업에 업무방해죄를 적용하는 판례 법리를 형성했고, 1997년 외환위기 이후 구조조정 작업의 확산 과정에서 법원은 쟁의행위의 정당성과 관련하여 새로운 판례 법리를 만들었다.”<sup>194)</sup>

근로자들의 파업을 형법상 범죄로 처벌하는 규정은 19세기 초 프랑스 형법전이 원형이다. 1791년 르샤플리에 법은 근로자와 사용자를 구별하지 않은 채, 근로의 자유를 침해하거나 임금을 정할 목적의 단결과 파업, 합의 또는 선동이나 위협 등을 금지했다. 특히, “헌법적 법률들에 의하여 인정된 근로와 산업의 자유를 이용하는 근로자들에 대하여 위협이나 폭력을 행사하는 자는 [...] 처벌한다.”라고 정한 제7조는 다양한 변모를 거치면서 오늘날까지 프랑스 형법전에 이어지고 있다. 이를 “근로방해죄(délit d'entrave à la liberté du travail)”라고 부를 수 있다. 이것을 “업무방해죄”로 번역하는 것은 적절하지 않다. 후술하겠지만, 이 규정은 근로자의 근로의 자유를 보호법익으로 하는 것이기 때문이다. 사용자의 근로의 자유, 즉 영업의 자유를 침해하는 것은 파업죄로 처벌된다.

194) 도재형(2010), 「파업과 업무방해죄 : 한국에서 단결 금지 법리의 정립 과정」, 『노동법학』 34, 한국노동법학회, pp.63-64.

1810년에 제정된 프랑스 형법전(일명 나폴레옹 형법전)은 제414조에서 사용자의 공모죄를, 제415조와 제416조에서 근로자의 공모죄와 근로방해죄를 규정하였다. “부당하고 남용적으로 임금을 낮출 목적으로, 근로자를 고용하는 자들 간에 공모를 시도하거나, 공모를 실행한 행위는 [...] 처벌한다.”(제414조). “동시에 근로를 중지하거나, 작업장에서 근로를 금지하거나, 특정 시간 전후에 작업장에 출입하거나 체류하는 것을 금지하거나, 일반적으로 근로를 중지·방해하거나 또는 임금을 올리기 위하여, 근로자들 간에 공모를 시도하거나, 공모를 실행한 행위는 [...] 처벌한다.”(제415조). “처벌이나 비난 또는 어떠한 명목으로든지, 작업장 관리자 및 계약 작업자 또는 다른 근로자에 대하여, 벌금, 배제, 금지 또는 일체의 제재 조치를 행한 근로자도 마찬가지로 [...] 처벌한다.”(제416조).

1864년 올리비에 법은 형법전을 개정하여, 공모죄를 폐지하고, 근로방해죄를 개정하였다. 즉, 파업죄를 폐지한 것이다. 이제 폭력을 수반하지 않는 평화적 파업은 범죄로 처벌되지 않는다. 하지만 임금을 올리거나 낮추기 위한 목적으로 또는 근로의 자유를 침해할 목적으로, 폭력을 수반하여 파업을 실행하거나 유지하는 행위는 근로방해죄로 처벌된다. 개정 형법전 제414조에 따르면, “임금을 올리거나 낮추기 위한 목적으로 또는 근로의 자유를 침해할 목적으로, 폭력이나 위력 또는 위계로써, 파업을 실행 또는 유지하거나, 이를 시도하는 행위는 [...] 처벌한다.” 이것은 구 형법전 제414조 내지 제416조를 폐지하고, 각 조문에 산재해 있던 근로방해죄의 내용을 취합, 개정하여 신형법전 제414조로 규정한 것이다.

현행 프랑스 형법전의 규정은 다음과 같다. “공모의 방식으로 위협을 수반하여, 표현의 자유, 근로의 자유, 결사의 자유, 집회의 자유 또는 시위의 자유를 방해하거나, 국회 또는 지방자치단체 심의기관의 회의 진행을 방해하는 행위는 [...] 처벌한다.”(제431-1조).

이 근로방해죄는 파업에 참가하지 않고 근로를 계속 제공하고자 하는 근로자를 파업 강제로부터 보호하기 위한 규정이다. 즉 파업 비참가 근로자의 근로의 자유를 보호하기 위한 것이다. 사용자의 조업의 자유를 보호하기 위한 규정이 아니다. 즉, 업무방해죄가 아니다.

이와 관련한 프랑스 대법원 판결을 인용한다. 사실관계는 다음과 같다. 대

형할인매장에서 사용자가 출퇴근 기록계를 설치하려고 하자, 근로자들이 이에 항의하면서 파업에 들어갔다. 파업과 함께 일부 근로자들이 만나질 동안 매장 출입문을 봉쇄하였다. 봉쇄행위를 한 근로자들은 근로방해죄로 기소되었다. 그러자 사용자는 봉쇄행위로 인해서 영업을 못해 손해가 발생하였다는 이유로, 사소당사자(partie civile)<sup>195)</sup> 구성을 신청하였다. 이에 대법원은 사용자의 사소당사자 구성을 인용한 원심을 파기하면서, 다음과 같이 판결했다. “불법행위로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있는 자격은 그 불법행위로부터 개인적으로 직접 손해를 입은 자에게만 인정된다. 원심은, 회계장부에 의할 때, 아침 만나질 동안 매장의 출입을 방해한 장애물 설치 행위가 회사의 영업 손실을 초래했으므로, 손해의 발생이 인정된다고 하면서 회사의 사소당사자 구성을 인용했다. 그러나 형법전 제431-1조는 근로의 자유를 보호하는 것을 목적으로 하고 있을 뿐이며, 이 사건에서 회사가 입은 손해는 해당 불법행위로 인한 간접손해에 불과하다. 원심은 형법전의 규정과 법리를 오해했다.”<sup>196)</sup>

요컨대, 프랑스 형법상의 근로방해죄는, 1791년 및 1810년부터 지금까지, 파업에 참가하지 않고 근로를 계속 제공하고자 하는 근로자를 파업 강제로부터 보호하기 위한 규정이다. 즉 파업 비참가 근로자의 근로의 자유를 보호하기 위한 것이다. 사용자의 근로의 자유, 즉 영업을 보호하기 위한 규정이 아니다. 그러므로 업무방해죄가 아니다. 업무방해죄에 해당하는 근로자의 공모죄, 즉 파업죄는 1864년에 폐지되었다.

우리 형법의 업무방해죄는 일본 구형법의 업무방해죄를 계수한 것인데, 일본의 업무방해죄는 바로 이 프랑스 구형법의 공모죄를 원형으로 삼은 것이다. 그런데 정작 프랑스는 1864년 형법 개정으로 공모죄를 폐지했다. 그런 점에서 볼 때 여전히 파업에 대하여 업무방해죄의 성립을 인정하는 것은 “헌법상 기본권으로 단체행동권을 보장하고 있는 지금의 법체계 아래에서는 그 자체로 법리적 정합성이 없는 해석이라는 비판에 직면하고 있다.”<sup>197)</sup>

195) 어떤 범죄행위에 대해서 형사소송이 진행될 때, 해당 범죄행위로 인해 민사상 손해를 입은 피해자가 형사소송에 참가하여 피고를 상대로 손해배상을 청구할 수 있는 제도. 법원은 유죄를 선고하는 경우에 손해배상에 대해서도 같이 판결한다.

196) Cour de cassation, Chambre criminelle, 23 avril 2003, 02-84375.

## 제2절 쟁의행위 개념의 변화·발전

### 1. 2020년 대법원 전원합의체 판결의 의의

위에서 설명한 바의 노동법 개념의 변화·발전에 조응하여 쟁의행위 개념의 현대적 변화·발전의 필요성을 논하기 위해서는 우선 2020년 대법원 전원합의체 판결을 주목해야 한다. 전국교직원노동조합의 법적 지위를 둘러싼 오랜 논쟁에 종지부를 찍으면서 대법원 전원합의체는 노동3권을 구체적 권리로 해석했다. 이에 따르면, “노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다.”<sup>198)</sup>

구체적 권리로서의 노동3권은 자유권에 가깝다. 대법원 전원합의체는 이렇게 말했다. “특히 노동3권 중 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서, 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, ‘국가에 의한 자유’가 아니라 ‘국가로부터의 자유’가 보다 강조되어야 한다.”<sup>199)</sup> 구체적 권리로서의 노동3권은 자유권으로서의 본질을 공유한다. 단결권은 ‘특히’ 자유권성이 강하지만, 그렇다고 단체교섭권이나 단체행동권이 자유권성이 없다는 것은 아니다.

설령 노동3권이 사회권이라 하더라도 그것은 급부형 사회권이 아니라, 이른바 행위형 사회권이다. 노동3권이 고전적인 시민적 자유권을 수정하면서 사회국가의 성립 과정에서 기본권으로 승인되었다는 점에서 사회권으로 분류되기는 하지만, 그것은 어디까지나 노동3권의 현대적 의의를 강조하는 데 의미가 있는 것이지, 기타의 급부형 사회권과 같은 차원에서 국가의 입법적 재량에 개방되어 있다는 의미는 아니다. 다른 모든 행위형 기본권과 마찬가지로

197) 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결 중 반대의견.

198) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

199) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

지로, 노동3권도 행위의 자유가 중요하다. 노동3권에서는 국가의 입법부작위가 문제라기보다는 오히려 입법작위의 과잉이 문제되는 것이다. 단결권은 단체를 조직할 수 있는 권리이다. 단체를 조직할 수 있도록 국가에 청원하는 권리가 아니다. 단체교섭권은 단체로 교섭을 할 수 있는 권리이다. 단체로 교섭할 수 있도록 국가에 청원하는 권리가 아니다. 단체행동권은 단체로 행동할 수 있는 권리이다. 단체로 행동할 수 있도록 국가에 청원하는 권리가 아니다.<sup>200)</sup>

「헌법」 제33조 제1항의 문언 자체에서 보듯이 노동3권은 “근로자” 개인이 “단체”로 행위할 수 있는 자유권이다. 즉 기본권의 주체는 개인이면서, 기본권의 행사 방식은 집단적인 성격을 갖는 자유권이다. 고전적인 자유권은 주체도 개인이고 행사도 개인적이지만, 노동3권은 주체는 개인이지만 행사는 집단적이다. 노동3권은 “집단적으로 행위할 수 있는 개별적 자유권”이라고 할 수 있다.<sup>201)</sup>

단체행동권이 구체적 권리성을 갖는다는 것은, 근로자들의 단체행동에 대해서는, 특히 순수한 부작위로 정의되는 파업에 대해서는, 다른 헌법상 기본권과 마찬가지로, 일반적인 기본권 제한 법리와 그것이 허용하는 범위 내에서의 법률적 제한 외에, 별도의 추가적인 법적 규제가 부과되지 않는다는 의미이다. 즉, 파업은 기본권의 행사로서, 별도의 남용이 없는 한, 원칙적으로 그 자체로 적법하다는 의미이다.

## 2. 쟁의행위 정당성 법리에서 파업권 남용의 법리로

순수한 부작위로 정의되는 파업에 대해서는 일반적인 기본권 제한 법리와 그것이 허용하는 범위 내에서의 법률적 제한 외에, 별도의 추가적인 법적 규제가 부과되지 않는다. 따라서 파업은 기본권의 행사로서, 별도의 남용이 없는 한, 원칙상 그 자체로 적법하다는 말은, 현행의 쟁의행위 정당성 법리에서 파업권 남용의 법리로 판례 법리가 바뀌어야 한다는 것을 의미한다.

200) 박제성 외(2022), 『구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위제도 재정립에 관한 연구』, 한국노동연구원, p.21 이하 참조.

201) 알랭 쉬피오(2017), 『노동법비판』, 도서출판 오래, p.180 참조.

이와 관련하여, 우선 쟁의행위 개념에 대한 비판적 인식이 선행될 필요가 있다.

독일에서 쟁의행위는 단체협약에 의한 사회적 질서 형성을 위한 제도, 즉 독일에서 말하는 이른바 협약자치의 일환으로서 보장된다. 즉 헌법학의 용어를 빌려서 말하자면 기본권이라기보다는 제도보장인 것이다. 독일 헌법 제9조는 근로자와 사용자에게 똑같이 단결의 자유를 보장하고 있다. 협약자치는 노사의 협업으로만 가능한 것이기 때문이다. 따라서 사용자의 직장폐쇄도 노동조합의 파업과 마찬가지로 단결활동에 대한 제도보장의 일환으로 인정된다. 독일에서 파업과 직장폐쇄를 묶어서 쟁의행위라는 용어를 사용하는 이유가 여기에 있다. 독일 연방노동법원에 의하면, “파업은 하나의 법률제도(Rechtsinstitut)”<sup>202)</sup>이다. 다시 말해 독일은 “단결활동의 중심인 단체협약의 체결에 대한 제도적 보장을 전제로 하여, 단체협약의 체결을 위하여 필수적인 압력수단이라고 할 수 있는 쟁의행위에 대하여도 제도적 보장을 하고 있다.” 즉 “단결활동의 제도적 보장에 의하여 노동쟁의의 자유도 보장”되고 있는 것이다.<sup>203)</sup> 그것에 따라서 쟁의행위의 주체는 단체협약을 체결할 수 있는 자(노동조합)에 한정되며, 쟁의행위의 목적도 단체협약을 체결하기 위한 것으로 한정된다. “쟁의행위는 단체협약을 체결하기 위한 수단으로서 보호된다.”<sup>204)</sup> 그래서 독일에서는 파업권의 남용 여부를 판단하는 것이 아니라, 쟁의행위의 사회적 상당성 여부를 판단하게 된다.<sup>205)</sup>

이러한 해석론은 “쟁의행위의 정당성 법리”라는 이름으로 한국의 판례에서 재현되고 있으며, 교과서도 모두 그러한 해석론의 구조에 갇혀 있다. 그러나 규범적 위상의 측면에서 한국의 파업권은 독일의 쟁의행위와 같지 않다. 독일의 쟁의행위는 이른바 제도보장이지만, 한국의 파업권은 기본권이기 때문이다. 기본권의 보장 범위는 제도보장의 범위보다 넓다. 파업권의 행

202) 이승욱 외(2000), 『쟁의행위 정당성의 국제비교』, 한국노동연구원, p.42에서 재인용.

203) 위의 책, p.41.

204) Hans Brox and Bernd Rütters(2002), 『독일노동법』, 한국경영자총협회 부설 노동경제연구원, p.331.

205) 박제성 외(2021), 『자영업자 노동조합 연구』, 한국노동연구원, p.111 이하 참조.

사는 기본권의 행사로서, 별도의 남용이 없는 한 원칙상 적법한 것으로 인정되어야 한다.

2011년 3월 17일 대법원 전원합의체 판결<sup>206)</sup>은 파업이 업무방해죄의 구성요건에 자동적으로 해당한다는 종전의 법리를 폐기했다. 이것은 대법원이 더 이상 파업을 원칙적으로 위법한 행위라고 생각하지 않는다는 것을 의미한다. “이 사건 전원합의체 판결은 단순 파업 참가자의 형사책임 유무가 좌우되는 시점을 위법성 단계가 아닌 구성요건해당성의 단계로 전환하였다. 종전의 판례가 쟁의행위의 정당성 문제를 위법성 판단 단계에서의 문제로 보았다면, 이 사건 전원합의체 판결은 단순 파업이 업무방해죄의 구성요건에 해당하는지 여부를 판단하는 단계에서 그것이 ‘위력’에 해당하는지를 우선적으로 검토해야 한다고 판시하였다. 이는 파업을 기본권의 행사로서 원칙적으로 적법한 것으로 취급해야 한다는 점을 나타낸 것이다.”<sup>207)</sup>

파업권의 행사가 기본권의 행사로서 원칙적으로 적법한 것으로 인정되는 이상, 종전의 쟁의행위의 정당성 법리는 기본권 행사로서의 파업권의 남용 법리로 수정되어야 할 것이다. 판례에 따르면 권리 남용의 법리는 다음과 같다. “권리 행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리 행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리 행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 한다. 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 입을 손해가 현저히 크다고 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다.”<sup>208)</sup>

이 법리는 파업권에도 그대로 적용될 수 있다. 즉, 파업권의 행사는 그 남용이 아닌 한 기본권의 행사로서 적법한 것으로 간주되어야 하고, 파업권의 행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 파업권 행사의 목적이 오로지 사용자에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 근

206) 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 판결.

207) 도재형(2011), 「쟁의행위와 업무방해죄 성립」, 『노동법학』 38, 한국노동법학회, p.195.

208) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다58173 판결 등 참조.

로자에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 파업권의 행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 한다. 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 파업권의 행사에 의하여 근로자가 얻는 이익보다 사용자가 입을 손해가 현저히 크다고 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다.

### 3. 권리남용법리에 따른 구체적 해석론

쟁의행위 정당성 법리가 포지티브 방식인 반면(네 가지 요건을 모두 충족하는 경우에만 정당한 쟁의행위가 된다), 권리남용 법리는 네거티브 방식이다(권리남용이 아닌 한 적법하다). 이에 관한 해석론은 현행 「노동조합법」에 대한 해석론이 아니라 헌법 해석론이다. 현행 「노동조합법」 규정들은 헌법 해석론을 보충하거나 참조가 될 수 있을 뿐이다.

우선, 파업이란 무엇인가? 근로자가 주체가 되어서, 근로조건의 향상을 위하여, 집단적으로 근로의 제공을 거부하는 행위이다. 파업은 약정된 근로의 제공을 하지 않는 것, 즉 순수한 부작위로 정의된다. 업무저해성은 파업의 결과일 수는 있을지언정, 파업의 정의요소는 될 수 없다. 그런 점에서, “업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위”(「노동조합법」 제2조)라는, 현행 쟁의행위의 정의는 구체적 권리로서의 파업권의 정의와 부합하기 어렵다고 할 것이다.

둘째, 「헌법」 제33조 제1항에 따르면 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.” 즉 노동3권의 주체는 “근로자”이다. 그러므로 파업권의 주체도 “근로자”이다. 파업권의 주체는 노동조합이 아니라 “근로자”라는 원칙을 정립해야 한다. 이 말은 곧 형식상 노동조합이 아니더라도 실질적 노동조합 혹은 일종의 쟁의단 같은 방식을 통한 파업도 가능하다는 점이 분명히 확인되어야 한다는 것이다. 종전의 쟁의행위 정당성 법리에서 쟁의행위의 주체를 노동조합에 한정했던 것은 쟁의행위가 단체협약 체결의 수단이라고 생각했기 때문이다. 쟁의행위는 단체협약을 체결하기 위한 수단이므로 쟁의행위는 단체협약의 주체에 의해서만 행사될 수 있다고 생각한 것이다. 이것은 전형적인 제도보장론이

다. 그러나 노사관계의 현실은 훨씬 복잡하고 다양하다. 파업의 결과가 반드시 단체협약으로만 귀결되는 것은 아니다. 단체협약을 체결하지 않고도 사용자의 양보 등을 통하여 근로조건의 향상은 이루어질 수 있는 것이다.

셋째, 파업권의 목적과 관련하여, 「헌법」 제33조 제1항에서는 노동3권의 목적을 “근로조건의 향상”으로 규정하고 있는데, 헌법의 텍스트가 갖고 있는 언어적 경제성의 원리, 즉 필요한 내용을 일일이 나열하는 방식이 아니라 최소한의 단어를 포괄적으로 사용하는 원리에 비추어 본다면, 헌법에서 말하는 “근로조건의 향상”은 「노동조합법」에서 말하는 “근로조건의 결정”(「노동조합법」 제2조 제5호)보다는 훨씬 더 포괄적인 내용을 갖는다고 할 것이다. 「노동조합법」에서 이와 가장 근접한 문구를 찾는다면, “근로조건의 유지와 개선 및 근로자의 사회적, 경제적 지위의 향상”(「노동조합법」 제1조) 정도가 될 것이다. 그리고 파업권의 목적은 단체협약을 체결하는 데 있지 않다. 단체협약을 체결하지 않고도 사용자 혹은 사업주의 실제적인 양보를 통해서 얼마든지 “근로조건의 향상”을 이루어 낼 수도 있는 것이다. 파업권의 목적을 이렇게 해석한다면, 구조조정이나 노동법 개정 같이 “근로조건의 향상” 혹은 “근로조건의 유지와 개선 및 근로자의 사회적, 경제적 지위의 향상”에 직접적인 영향을 미치는 사안을 파업권의 목적으로 삼는 것은 가능하다고 할 것이다. 또한 파업권의 목적을 이렇게 해석한다면, 파업의 상대방이 반드시 근로조건을 결정할 수 있는 권한이 있는 자, 예컨대 좁은 의미의 근로계약상 사용자에 한정되어야 할 이유는 없을 것이다. 사실 「헌법」 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 [...] 단체행동권을 가진다.”라고 규정하고 있을 뿐, “근로자는 사용자를 상대로 단체행동권을 가진다.”라는 식으로 규정하고 있지는 않은 것이다. 그러므로 근로자는 “근로조건의 향상” 혹은 “근로조건의 유지와 개선 및 근로자의 사회적, 경제적 지위의 향상”을 위한 목적이 인정되는 한, 모회사나 원청 사업주를 상대로 파업 등 단체행동을 할 수 있는 것으로 해석되어야 할 것이다.

넷째, 파업권의 절차와 관련하여, 현행 노조법상의 조정전치주의나 조합원 찬반투표는 파업권의 구체적 권리성에 반하므로 파업권의 적법성 판단에 영향을 미칠 수 없다. 즉 이러한 절차를 거치지 아니하였다고 해서 곧바로 파업권의 남용으로 해석하면 안 된다는 것이다.

마지막으로, 파업은 근로계약상 약정된 근로제공의 불이행이라는 순수한 부작위로 정의된다. 이른바 업무저해성은 파업의 결과일 뿐, 파업을 정의하는 요소가 될 수 없다. 직장점거와 피케팅은 파업의 일부가 아니라 파업과 구별되는 별개의 단체행동이다. 직장점거나 피케팅의 위법성 여부는 그 자체로 판단되어야 하고(평화적이고 병존적인 직장점거와 피케팅은 적법한 단체행동권의 행사로 인정된다), 설령 그것이 위법하다 할지라도 파업의 적법성에는 아무런 영향을 미치지 않는다.

#### 4. 평화적 쟁의론

2012년 12월 2일부터 6일까지 중국 사천(四川) 성도(成都)에서 한중일의 각 노동연구원(KLI, CALSS, JILPT)이 개최하는 제10차 동북아노동포럼을 다녀온 적이 있다. 대개 국제회의에서는 주제를 영어로 적는다. 그런데 그 당시 동북아노동포럼의 주최국인 중국은 각 나라의 언어로 주제를 병기하는 방식을 택했다. 중국은 “劳动关系矛盾的源头治理(노동관계의 모순적 근원을 다스림)”, 일본은 “労使関係のガバナンスに関する諸要因(노사관계의 거버넌스에 관한 제요인)”, 한국은 “노동분쟁의 조정 및 예방”이었다.

한국은 “분쟁”이라는 단어를 선택했다. 분쟁이란 갈라져서 싸운다는 뜻이다. 서로 갈라져 싸우는 것은 안 좋은 일이니 예방하고 다스려 해소해야 하는 대상이다. 분쟁이라는 말은 한국에서 노동쟁의를 바라보는 치안적 시각을 드러낸다고 하겠다.

반면에 “쟁의”는 현실의 갈등을 인정하고, 그것을 더 나은 규칙으로 만드는 민주주의적 과정으로 삼는 개념이다. 쟁의(爭議)는 다투어(爭) 논한다(議)는 뜻이다. 그리고 논한다(議)는 것은 말(言)로써 정의(義)를 논한다는 것이다. 요컨대 쟁의는 말로써 정의를 다투어 논한다는 뜻이다. 주먹질보다 말싸움이 평화에 가깝다면, 쟁의는 폭력이 아니라 평화이다. 정의와 평화가 법이 추구하는 목적이라면, 법은 쟁의를 고치해야 할 것이다.

프랑스와 독일이 비록 구체적인 방법론은 서로 다르지만, 한 가지 점에서, 즉 법이 쟁의를 고치한다는 점에서는 공통점이 있다. 독일은 파업권의 보장이 프랑스보다 약하지만, 잘 발달된 공동결정제도를 통하여 쟁의를 고

취한다. 프랑스는 공동결정제도가 독일보다 약하지만, 파업권의 보장을 통하여 쟁의를 고취한다. 이 나라들은 모두, 「ILO의 목적에 관한 필라델피아 선언」(1944)에서 천명하고 있는 바의 원칙, 즉 “결핍과의 투쟁은 각국에서 불굴의 의지로, 그리고 노동자 대표와 사용자 대표가 정부 대표와 동등한 지위에서 공동선의 증진을 위한 자유로운 토론과 민주적인 결정에 함께 참여하는 지속적이고도 협조적인 국제적 노력에 의해 수행되어야 한다.”라는 원칙을 각자의 전통과 문화에 맞게 실천하고 있다.

### 제3절 노동법에서 형사책임 개념의 변화·발전

#### 1. 형법적 개입의 최소화 원칙

현대 형법에서 형사책임 개념의 변화·발전 및 노동법적 수용의 필요성과 관련하여, 이른바 “절제의 형법학”이 요청된다.<sup>209)</sup> 이것은 두 가지 내용을 갖는다.<sup>210)</sup> 첫째, 형법의 보충성 원칙이다. 이것은 형법의 입법·해석·적용에서 과잉도덕화·과잉범죄화·과잉형벌화를 지양해야 한다는 것을 의미한다. 형법을 통하여 특정 도덕이나 사상을 강요하거나 헌법상 기본권을 제약하고 억압하는 것은 피해야 한다. 민주주의 사회에서 반드시 필요한 자유, 다양한 의견을 자유롭게 표현할 수 있는 권리를 제약하는 도구로서 형법이 활용된다면 민주주의는 고사하고 말 것이다. 또한 범죄 예방과 범죄응보를 이유로 형벌을 앞세우거나 과도한 형벌을 동원하는 것도 지양해야 한다. 형벌만능주의와 엄벌주의는 시민사회의 자율적인 규제 능력의 성장을 방해한다. 형법은 사회적 유해성이 명백한 행위에 대하여 다른 제재수단이 없는 경우에만 적용되어야 한다.<sup>211)</sup>

209) 조국(2015), 『절제의 형법학 제2판』, 박영사.

210) 위의 책, iii-iv 참조.

211) 그럼에도 불구하고 현행 형법규정들을 보면 과잉범죄화와 과잉형벌화가 심각하다는 비판이 제기된다. 특히, “행정형법상의 대부분의 벌칙규정들은 과잉범

둘째, 헌법적 형법의 원칙이다. 이것은 형법을 입법·해석·적용함에 있어서 헌법정신이 속속들이 관철되어야 한다는 것을 의미한다. 헌법은 원칙적으로 안보·질서보다 자유와 권리를 중시한다. “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”(「헌법」 제10조). “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”(「헌법」 제37조 제1항). 이 원칙 위에서 국민의 자유와 권리는 “국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”(「헌법」 제37조 제2항). 이러한 헌법 규정들을 보더라도 우리 헌법이 안보·질서보다 자유와 권리를 중시한다는 점은 분명하다고 할 것이다. 그러므로 “의심스러울 때에는 자유를 위하여(in dubio pro libertate)”라는 원칙을 형법의 운영에 있어서 견지할 필요가 있다.

쟁의행위/파업에 형법을 ‘적극적으로’ 적용함으로써 달성하고자 하는 목적은 형법이 아니라 비형법적인 다른 수단을 통해서 달성하려고 노력하는 것이 바람직하다. 비형법적인 수단을 통해서 목적의 달성이 어렵다고 하더라도, 형법의 적용은 최대한 자제되어야 할 것이다.

## 2. 부작위의 비범죄화 원칙

파업권을 헌법상 기본권으로 인정한다는 것은 두 가지 규범적 의미를 갖는다. 첫째, 근로계약상 약정된 근로의 제공을 거부하는 개별 근로자의 행위를 채무불이행으로 간주하지 않겠다는 것이다. 둘째, 근로제공의 거부를 공모하는 행위, 즉 집단적 노무제공의 거부를, 그것이 작위이든 부작위이든 막론하고, 형법적으로 처벌하지 않겠다는 것이다. 그럼에도 불구하고 쟁의행위/파업 자체를 형법상 범죄로 처벌하려는 태도는 “헌법상 보장된 노동3권을 심각하게 위축시키고, 형법을 노사문제의 최후수단이 아니라 최우선수단으로 사용하여 과잉범죄화의 부작용을 일으킬 수밖에 없다.”<sup>212)</sup>

죄화의 예라고 할 수 있다.”(오영근, 2015, 『형법총론(제3판)』, 박영사, p.9). 「노동조합법」상의 각종 벌칙 규정들도 대표적인 사례 중의 하나라고 할 것이다.

과거 1998년에 헌법재판소는 업무방해죄를 합헌으로 결정하면서, 이것은 “집단적 노무제공의 거부를 부작위범으로 처벌하는 것도 아니다.”라는 입장을 피력한 바 있다.<sup>213)</sup> 즉 헌법재판소는 집단적 노무제공의 거부를 작위로 간주하는 입장을 지지한 것이다. 그러나 작위라고 해서 쟁의행위/파업의 범죄화가 정당한 것은 아니라는 점이 분명히 지적될 필요가 있다.

쟁의행위/파업의 형사책임에 대해서 대법원은 이후 두 차례에 걸쳐 입장의 선회를 보여준다. 첫째, 2001년 판결에서 대법원은 위법성의 상대화 입장을 피력한다. “쟁의행위를 포함한 단체행동권은 헌법상으로 보장된 근로자의 기본권으로서 쟁의행위에 대한 제한은 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 하고 같은 취지에서 쟁의행위를 형사처벌로써 제재하는 것은 특히 신중을 기할 필요가 있으므로, 쟁의행위를 업무방해죄 등 형사범죄로 처벌함에 있어서는 민사상 또는 노동법상 쟁의행위를 평가하는 경우에 적용되는 위법성의 기준보다는 일층 강한 정도의 위법성을 요한다고 볼 것이고[...].”<sup>214)</sup>

두 번째는 전국철도노동조합의 쟁의행위 사건을 다룬 유명한 2011년 전원합의체 판결에서 쟁의행위에 업무방해죄를 적용하기 위해서는 이른바 전격성 및 막대한 손해 등의 요건이 충족되어야 한다는 입장을 피력한 것이다. “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,

212) 조국, 앞의 책, p.549.

213) 헌법재판소 1998. 7. 17. 선고 97헌바23 결정.

214) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결 중 반대의견.

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 사업 계속에 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.”<sup>215)</sup>

그러나 여전히 문제는 남는다. 첫째, 위력의 개념을 엄격하게 제한하기는 했지만, 또한 이것이 이전의 입장에 비하여 진일보한 것이기는 하지만, 여전히 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당할 수 있다는 가능성을 부정하지는 않는다는 문제가 있다. 즉, 여전히 파업을 작위로 취급하는 것이 문제이다. 위 전원합의체 판결의 반대의견에 따르면, “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 파업을 작위로 파악한 것부터가 잘못이다. 근로자가 사업장에 결근하면서 근로제공을 하지 않는 것은 근로계약상의

215) 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결 중 다수의견.

의무를 이행하지 않는 부작위임이 명백하다. 다수의견은 근로제공의 거부  
가 개별적인 것이 아니라 쟁의행위의 목적으로 집단적으로 이루어지는 점  
을 들어 작위로 보고 있는 듯하다. 그러나 한 사람이 아무 것도 하지 않는 것  
이나 여러 사람이 아무 것도 하지 않는 것이나, 그리고 여러 사람이 아무 것  
도 하지 않는 것의 목적이나 동기가 무엇이거나 가릴 것 없이, 어느 경우이  
건 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.”<sup>216)</sup>

「헌법」 제33조 제1항에서 규정하는 단결권·단체교섭권·단체행동권의  
주체가 “근로자”로 정의되어 있다는 점에서 알 수 있듯이, 이 세 개의 노동  
기본권은 이른바 “집단적으로 행사되는 개별적 권리”이다. 즉, 단체행동권,  
특히 파업권을 예로 들면, 파업권이란 개별 근로자의 근로제공 거부라는 부  
작위가 집단적으로 행사되는 것이다. 즉 파업 = 부작위 + 부작위 + … 인 것  
이다. 부작위가 여러 개 모였다고 해서 작위가 되는 것은 아니다. 그것은 집  
단적 부작위일 뿐이다.

둘째, 전격성이나 막대한 손해 등의 개념이 모호하다는 점도 문제이다.  
반대의견에 따르면, “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 따른  
다 할지라도 「형법」 제314조 제1항에 규정한 “위력” 개념의 일반조항적 성  
격이 충분히 해소된 것은 아니고, 위력에 의한 업무방해죄의 성립 여부가 문  
제되는 구체적 사례에서 자의적인 법적용의 우려가 남을 수밖에 없다.”<sup>217)</sup>

### 3. 공모공동정범 법리에서 자기책임 원칙으로

현행 판례 법리가 쟁의행위/파업에 적용하고 있는 공모공동정범 법리는  
공동불법행위를 통해서 부진정연대책임으로 이어지는 고리를 형성한다는

216) 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결 중 반대의견.

217) 위 반대의견.

점에서 문제가 있다. 이와 관련해서 파업에 대한 손해배상소송에서 부진정 연대책임을 폐기(?)한 판례의 의의 및 형사책임에 주는 함의를 인식할 필요가 있다.

### 가. 공모공동정범 법리

「형법」 제30조는 “공동정범”이라는 제목 아래 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.”라고 규정하고 있다. 공동정범의 성립을 위해서는 공동가공의 의사라는 주관적 요건과 공동가공의 사실이라는 객관적 요건이 충족되어야 한다. 그런데 공동가공의 사실이라는 객관적 요건에 따르면, 노동조합의 파업 결의에 따라 근로자들이 집단적 노무제공 거부에 동참하면서도 별도의 불법행위를 행하지 않거나, 혹은 일부 근로자의 폭력이나 주거침입 등의 불법행위가 있긴 하였으나 노동조합 간부들이 여기에 가담하지 아니한 경우에는, 공동가공의 사실이라는 객관적 요건이 결여되어 파업근로자 및 노조간부를 업무방해죄 등의 공동정범으로 처벌하는 것은 곤란하게 된다. 이에 “법원은 파업의 범죄화 작업에 있어서의 이러한 장애를 공모공동정범 법리를 이용하여 타개한다.”<sup>218)</sup>

공모공동정범(共謀共同正犯)이란 2인 이상의 공모자가 공동으로 모의함에 그 공모자 중 일부만이 공모한 바에 따라 범죄를 실행한 경우에 실행행위를 하지 아니한 나머지 공모자도 공동정범의 죄책을 진다는 법리를 말한다. 법원은 공모공동정범 법리의 구성을 위하여 이른바 기능적 행위지배설의 입장을 취한다. 이에 따르면, “「형법」 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라고 하더라도, 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 때에는, 다른 공모자

218) 도재형(2010), 「파업과 업무방해죄 : 한국에서 단결 금지 법리의 정립 과정」, 『노동법학』 34, 한국노동법학회, p.86.

에 의하여 실행된 범행에 대하여 공모공동정범으로서의 죄책을 진다.”<sup>219)</sup>

법원은 이러한 법리에 기초하여, “전국금속노동조합(이하 ‘금속노조’라고 한다) 쌍용자동차지부(이하 ‘쌍용자동차노조’라고 한다)의 파업 경위 및 그 진행 과정, 금속노조와 쌍용자동차노조와의 관계 및 금속노조의 파업지원 경위, 그리고 그 과정에서 피고인은 금속노조의 부위원장으로서 금속노조의 활동을 결정하는 중앙집행위원회 및 상무집행위원회에서의 의사결정 과정에 참석하고 나아가 전면적인 공장 점거 파업이 진행 중인 쌍용자동차 평택공장에 상주하면서 현장을 촬영하는 등 상황을 파악하고 점거농성 근로자들을 격려하는 역할을 수행한 점 등 여러 사정을 종합하여, 피고인은 쌍용자동차노조의 불법파업으로 인한 업무방해 행위에 대한 암묵적인 공모는 물론 그 범행에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 한 자에 해당한다고 보아, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정”하였다.<sup>220)</sup>

그런데 사실 이 판결에서 유죄로 인정된 피고인의 행위를 구체적으로 가만히 들여다보면, “중집 및 상집 의사결정 과정에 참석하고, 평택공장에 상주하면서 상황 파악 및 점거농성 근로자 격려” 활동을 했을 뿐이다. 여기에는 그 어떤 범죄의 요소가 없다. 그런 점에서 본다면 공모공동정범 법리가 얼마나 현대 형법의 대원칙 중 하나인 자기책임의 원칙과 동떨어진 것인지 알 수 있다. 공모공동정범 법리의 적용은 형법상 범죄화의 범위를 지나치게 확대할 뿐만 아니라, 민법상으로도 공동불법행위를 경유하여 부진정연대책임으로 이어지는 결과를 초래한다.

#### 나. 자기책임 원칙의 회복

파업에 수반된 직장점거 도중 발생한 시설물 파손행위에 대하여 사용자가 공동불법행위책임에 근거하여 노조 간부들에게 손해배상을 청구한 사건에서, 2022년 대구지방법원 김천지원의 판결<sup>221)</sup>에 따르면, “위 시설물의 파손행위가 이 사건 점거행위에 필연적으로 부수되는 행위라 할 수 없는 점”

219) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2010도7733 판결.

220) 위 판결.

221) 대구지방법원 김천지원 2022. 12. 21. 선고 2019가단36260 판결.

및 “피고 노조들 소속 조합원들의 개인적 일탈에 의한 위 시설물 파손행위에 대해서도 이를 기획, 지시, 지도한 바 없는 피고 간부들에게까지 그 법적 책임을 지우는 것은 자기책임의 원칙에 반하는 점” 등을 고려하면, “피고 간부들이 피고 노조들 소속 조합원들에게 위 시설물 파손행위에 대해서는 기획, 지시, 지도한 바 없고, 단지 이 사건 점거행위에 관하여만 이를 기획, 지시, 지도하였다면, 피고 간부들에게 이 사건 점거행위가 발생하는 과정 및 그 기간 동안 이루어진 위 시설물의 파손행위에 대하여도 「민법」 제760조에 근거한 공동불법행위책임을 묻는 것은 부당하다.”

자기책임의 원칙에 따르면, 파업근로자와 노조간부의 손해배상책임이 인정되기 위해서는, 파업근로자와 노조간부가 각각 개별적으로 어떤 불법행위를 범했는지, 그 불법행위로 인해서 어떤 손해가 얼마나 발생했는지 구체적으로 입증되어야 한다. 그러한 입증 없이 불법행위와 손해가 있지만 하면, 파업에 참여한 근로자들과 간부들을 대상으로 만연히 연대책임을 인정하는 것은 허용되지 않는다.

「민법」 제760조 공동불법행위의 경우에도 마찬가지이다. 「민법」 제760조에 의하면, “수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.” 이것을 공동불법행위책임이라고 하는데, 판례는 이 책임을 부진정연대책임으로 해석한다.<sup>222)</sup> 그러나 파업권의 행사와 관련하여 이 법리가 적용되려면, 적법한 파업권의 행사 범위를 벗어난 불법의 행위에 각각의 근로자가 공동으로 가담했다는 사실이 입증되어야 한다. 그렇지 않고 불법행위가 있지만 하면 파업에 참가한 근로자 전부를 만연히 공동불법행위자로 간주하는 것은 「민법」 제760조의 해석 범위를 벗어난 것이라고 할 것이다. 위 2022년 김천지원 판결은 이를 확인한 것이라는 점에서 의의가 있다.

한편, 파업에 대한 손해배상소송에서 최근 대법원은 다음과 같이 판결하였다. “「노동조합 및 노동관계조정법」은 쟁의행위의 주체가 노동조합이고(제2조, 제37조), 노동조합은 쟁의행위에 대한 지도·관리·통제 책임을 지며(제38조 제3항), 쟁의행위는 조합원 과반수의 찬성으로 결정하여야 한다

222) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2018다248183 판결.

(제41조 제1항)고 규정하고 있다. 이처럼 노동조합이라는 단체에 의하여 결정·주도되고 조합원의 행위가 노동조합에 의하여 집단적으로 결합하여 실행되는 정의행위의 성격에 비추어, 단체인 노동조합이 정의행위에 따른 책임의 원칙적인 귀속주체가 된다. 위법한 정의행위를 결정·주도한 노동조합의 지시에 따라 그 실행에 참여한 조합원으로서의 정의행위가 다수결에 의해 결정되어 일단 그 방침이 정해진 이상 정의행위의 정당성에 의심이 간다고 하여도 노동조합의 지시에 불응하기를 기대하기는 사실상 어렵고, 급박한 정의행위 상황에서 조합원에게 정의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 약화시킬 우려가 있다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30610 판결의 취지 참조). 그렇지 않은 경우에도 노동조합의 의사결정이나 실행행위에 관여한 정도 등은 조합원에 따라 큰 차이가 있을 수 있다. 이러한 사정을 전혀 고려하지 않고 위법한 정의행위를 결정·주도한 주체인 노동조합과 개별 조합원 등의 손해배상책임의 범위를 동일하게 보는 것은 헌법상 근로자에게 보장된 단결권과 단체행동권을 위축시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 이념에도 어긋난다. 따라서 개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 정의행위 참여 경위 및 정도, 손해발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”<sup>223)</sup>

종래 판례의 입장에 따르면, 위법한 정의행위의 경우 노동조합과 정의행위 참가 근로자들 사이에는 공동불법행위가 성립하고, 공동불법행위가 성립하는 경우 가해자들은 부진정연대책임을 부담한다(공동불법행위책임=부진정연대책임). 그래서 이 판결이 공동불법행위책임 혹은 부진정연대책임을 부정한 판결인가에 대해서 논란이 있을 수 있다.

이에 관하여, 이전에도 손해배상제도의 취지와 형평성을 위해서 채무자 각각에 대하여 개별적인 책임제한을 인정한 경우가 있었다는 점을 근거로 들면서, 해당 판결은 부진정연대책임은 인정하되 책임제한의 단계에서 개별적인 판단을 해야 한다고 본 것에 불과하다고 평가하는 입장이 있다.<sup>224)</sup>

223) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결.

224) 조재호(2023), 「위법한 정의행위에 가담한 조합원들에 대한 손해배상청구 소송

그런데 이 입장이 논거로 들고 있는 기존의 대법원 판결들<sup>225)</sup>이 손해배상에서 개별적 책임제한을 한 것은 맞지만, 이것이 공동불법행위에 기인한 부진정연대책임에 관한 것인지, 아니면 다른 원인에 기인한 부진정연대책임에 관한 것인지는 대법원 판결문만으로는 분명하지 않다. 이 구별은 중요한데, 부진정연대책임은 공동불법행위가 아닌 경우에도 인정될 수 있으며, 과실상계나 손해부담의 공평을 기하기 위한 책임제한은 공동불법행위책임이 아닌 부진정연대책임의 경우에서만 인정되고 있기 때문이다.

대법원에 의하면, “공동불법행위책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 그 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것으로, 법원이 피해자의 과실을 들어 과실상계를 함에 있어서는 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다르더라도 피해자의 과실을 공동불법행위자 각인에 대한 과실로 개별적으로 평가하지 않고 그들 전원에 대한 과실로 전체적으로 평가하는 것이 원칙이다(대법원 1997. 4. 11. 선고 97다3118 판결, 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결 등 참조). 그런데 공동불법행위자의 관계는 아니지만 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무가 동일한 경제적 목적을 가지고 있고 서로 중첩되는 부분에 관하여 한쪽의 채무가 변제 등으로 소멸하면 다른 쪽의 채무도 소멸하는 관계에 있기 때문에 부진정연대채무 관계가 인정되는 경우가 있다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2006다47677 판결 참조). 이러한 경우까지 과실상계를 할 때 반드시 채권자의 과실을 채무자 전원에 대하여 전체적으로 평가하여야 하는 것은 아니다.”<sup>226)</sup>

에서의 책임제한 법리」, 『노동리뷰』 8월호, 한국노동연구원, pp.117-119 참조.  
225) 위의 글, p.119 참조.

226) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다16747, 16754판결 “피고 대련은 제작물 공급 계약상의 채무불이행책임 또는 「민법」 제580조에 따른 하자담보책임으로서 원고가 입은 손해를 배상할 채무가 있고, 피고 대한통운은 불법행위책임 또는 임대차계약상의 채무불이행책임으로서 원고가 입은 손해를 배상할 채무가 있으며, 두 채무는 부진정연대의 관계에 있다. [...] 원고가 피고들에게 공동불법행위책임을 구하는 것이 아닌 이 사건에서 원고의 과실을 피고들 전원에 대하여 전체적으로 평가하게 되면 개별적으로는 과실상계나 책임제한 사유가 없는 피고의 책임까지 제한되는 부당한 결과가 발생할 수 있다. 따라서 공동불법행위를 이유로 부진정연대채무가 성립하는 경우처럼 원고의 과실을 피고들 전원에 대하여 전체적으로 평가하여 과실상계를 할 수는 없다.”

2023년 6월 15일 대법원 판결의 원심<sup>227)</sup>이, 쟁의행위가 위법한 경우에는 노동조합과 쟁의행위 참가 근로자들 사이에 공동불법행위책임이 인정된다는 기존의 판례를 좇아, “피고들은 공동불법행위자로서 공동하여 원고에게 [...] 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 판결한 점을 고려할 때, 대법원이 “개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 쟁의행위 참여 경위 및 정도, 손해 발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”라고 설시한 것은 공동불법행위책임을 부정하고, 자기책임의 원칙을 환기한 것이라고 평가하는 것이 타당하다고 생각된다.

그렇다면, 파업근로자와 노동조합 혹은 노동조합 간부 사이에 민법상 공동불법행위책임이 인정되지 않는다면, 즉 자기책임의 원칙이 적용된다면, 나아가 형법상으로도 공모공동정범으로 인정되지 않는다는 결론이 나와야 하지 않을까 한다.

227) 부산고등법원 2017. 8. 24. 선고 2013나9475 판결.

## 제 5 장

### 결 론

파업이 사회적으로 미치는 파장을 고려할 때, ‘현실적’으로 파업이 발생하지 않는 것은 노사 모두에게 이익이 되는 것은 분명하다. 그럼에도 불구하고, 헌법을 비롯한 노동관계법령에서 파업권을 근로자의 권리로서 보호하는 것은, 집단적 노동권에서의 유일한 대(對) 사용자 주장 관철 대응수단인 쟁의행위가 보장될 때 노사 간의 대등한 교섭이 유지되기 때문이다. 이러한 점은 노동법이란 개념이 형성되어 온 근대 유럽에서부터 지금까지 지속적으로 확인하고 있는, 노동법상의 하나의 대전제이다.

노조법상 근로자·노동조합의 쟁의행위와 관련한 처벌 규정은 모두 12개로 나타난다. 1953년 구 「노동쟁의조정법」이 제정될 당시만 하더라도 벌칙 규정은 6개에 그쳤고, 법정형 역시 6월 이하의 징역 또는 5천 원 이하의 벌금에 그쳤으나, 박정희·전두환 군사정권을 거치면서 처벌조항의 종류와 법정형이 증가했다. 이른바 ‘문민정부’에서도 처벌조항 4개가 신설되었다.

12개에 달하는 처벌조항은 “헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함”을 목적으로 하는 노조법의 목적과는 거리가 있어 보인다. 물론 노조법이 “노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함”도 분명한 목적에 해당하므로 근로자·노동조합에 대한 노조법에 의한 처벌이 불가능한 것은 아니지만, 사용자 처벌조항은 3개(제81조 제1항, 제46조 제1항, 제43조)에 그치며 법정형 역시 상대적으로 낮다는 점을 고려할 필요가 있다.

근로자·노동조합의 쟁의행위 처벌조항을 쟁의행위 정당성 판단기준에 따라 나눠보면, 주체적 측면 3개(제41조 제2항, 제37조 제2항, 제42조의2 제2항), 쟁의행위 목적적 측면 1개(제44조 제2항), 쟁의행위의 행위적 측면 4개(제38조 제1항·제2항, 제42조 제1항·제2항), 절차적 측면 4개(제41조 제1항, 제45조 제2항, 제63조, 제77조)로 나타난다.

각 처벌조항의 보호법익은 크게 국가안전보장(제41조 제2항), 사람의 생명·신체의 안전(제42조 제2항, 제42조의2 제2항)과 같이 쟁의행위로 인해 미칠 수 있는 국가·사회의 손해를 보호법익으로 하는 조항이 3개, 사용자의 재산권·영업활동의 자유를 보호법익으로 하는 조항(제38조 제1항·제2항, 제42조 제1항, 제44조 제2항)이 4개로 나타난다. 쟁의행위의 절차와 관련한 처벌조항 4개(제41조 제1항, 제45조 제2항, 제63조, 제77조)와 제37조 제2항의 처벌 규정은 노사관계에서의 근로자·노동조합의 '신의성실의 원칙'을 보호법익으로 한다 할 수 있을 것이다.

그러나 이러한 법익침해는 쟁의행위 또는 그에 부수되는 행위가 사용자의 업무를 방해하거나 방해할 위험이 있다는 전제가 필수적이라는 특징이 있다. 이러한 차원에서 각 처벌조항의 보호법익에는 사용자의 '업무'도 포함된다고 할 수 있다.

그렇다면 형법상 업무방해죄와 노조법 위반죄와의 관계도 문제가 될 수 있다. 노조법상 쟁의행위 처벌조항의 보호법익·구성요건과 업무방해죄와의 보호법익·구성요건을 검토해 흡수 내지 특별관계로 볼 여지가 있는 경우, 해당 행위는 형법이 아닌 노조법을 적용해 처벌하는 것이 타당하다 판단된다.

국내법상 정당성을 결여한 혹은 위법한 쟁의행위임을 이유로 부과되는 형벌의 문제는 헌법 이하 국내법 질서의 관점에서도 체계정합성, 일관성, 당벌성, 실효성 등 다양한 측면에서 논의할 만한 대상이다. 동시에 국제법적 차원에서도 이 장에서 살펴보았듯, 특히 ILO와의 관계에서 우리가 부담하는 다양한 국제법상 의무, 즉 ILO 헌장상 결사의 자유 원리를 존중할 의무와 관련 기본협약인 제87호, 제98호, 제29호, 제105호 협약을 준수할 의무를 위반할 수 있다는 리스크가 있다. 리스크는 이에 그치지 않는다. 얼마 전 '화물연대 사건'이나 '건설노조 사건'이 결사의 자유 위원회에 진정제기된 것과

관련해 한-미 자유무역협정 제19장(노동)에 따른 절차를 미국 측이 요청한 바 다른 종류의 국제분쟁 리스크를 증대할 수도 있다. 미국, 유럽연합 등 기타 여러 국가와 자유무역협정을 체결하고 있고 그중 상당수가 노동 관련 의무규정을 두고 있으며 그것이 ILO 선언이나 협약 등을 인용하고 있다는 점을 감안하면 ILO와의 국제법적 의무와 책임 문제는 언제든지 다른 국제법적 의무와 책임의 문제로 확산될 수 있음을 함께 유념해야 한다.

노동법의 개념은 먼저 질서유지법에서 근로자보호법으로 변화·발전했으며, 이어서 근로자보호법에서 노동시장 준거법으로 변화·발전했다. 하지만 한국의 현실은 역행하는 모습도 보이고 있다. 특히 파업에 관한 판례 법리는 노동법의 현대적 변화·발전의 의미를 역행하고 있는 듯한데, 왜냐하면 자본주의 초기의 단결 금지 법리를 재현하고 있을 뿐만 아니라, 2000년대 이후에는 심지어 이를 심화시켰다고 할 수 있기 때문이다.

노동법 개념의 현대적 변화·발전에 조응하여 쟁의행위 개념의 현대적 변화·발전의 필요성을 논하기 위해서는, 우선 2020년 대법원 전원합의체 판결을 주목해야 한다. 전국교직원노동조합의 법적 지위를 둘러싼 오랜 논쟁에 종지부를 찍으면서, 대법원 전원합의체는 노동3권을 구체적 권리로 해석했다. 이에 따르면, “노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다.”<sup>228)</sup>

단체행동권이 구체적 권리성을 갖는다는 것은, 근로자들의 단체행동에 대해서는, 특히 순수한 부작위로 정의되는 파업에 대해서는, 다른 헌법상 기본권과 마찬가지로, 일반적인 기본권 제한 법리와 그것이 허용하는 범위 내에서의 법률적 제한 외에, 별도의 추가적인 법적 규제가 부과되지 않는다는 의미이다. 즉, 파업은 기본권의 행사로서, 별도의 남용이 없는 한, 원칙상 그 자체로 적법하다는 의미이다.

이를 위해서는 현대 형법에서 형사책임 개념의 변화·발전을 노동법적으로 수용할 필요성이 있다. 형법적 개입의 최소화 원칙이 그것이다. 이것은 두 가지 내용을 갖는다. 첫째, 형법의 보충성 원칙이다. 이것은 형법의 입법

228) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

· 해석 · 적용에서 과잉도덕화 · 과잉범죄화 · 과잉형벌화를 지양해야 한다는 것을 의미한다. 둘째, 헌법적 형법의 원칙이다. 이것은 형법을 입법 · 해석 · 적용함에 있어서 헌법정신이 속속들이 관철되어야 한다는 것을 의미한다.

파업권을 헌법상 기본권으로 인정한다는 것은 두 가지 규범적 의미를 갖는다. 첫째, 근로계약상 약정된 근로의 제공을 거부하는 개별 근로자의 행위를 채무불이행으로 간주하지 않겠다는 것이다. 둘째, 근로제공의 거부를 공모하는 행위, 즉 집단적 노무제공의 거부를, 그것이 작위이든 부작위이든 막론하고, 형법적으로 처벌하지 않겠다는 것이다. 그럼에도 불구하고 쟁의행위/파업 자체를 형법상 범죄로 처벌하려는 태도는, 형법을 노사문제 해결의 최후수단이 아니라, 최우선 수단으로 사용하는 것으로서, 형법의 보충성 원칙과 헌법적 형법의 원칙에 반하는 결과를 초래할 수밖에 없다.

## 참고문헌

- 고용노동부(2006), 『노동행정사』.
- \_\_\_\_\_(2021), 『개정 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 설명자료』.
- \_\_\_\_\_(2023), 「근로감독관 사건처리실적」, 이수진 국회의원 제출자료.
- 국무총리 행정조정실(1996), 「노동관계법 개정방향 검토보고」, 1996. 11. 20.
- 국제노동기구 사무국 편·이승욱 역(2018), 『결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판)』, 한국노동연구원.
- 국회사무처(1953), 「제15회 국회정기회의속기록(제13호)」, 1953. 1. 24.
- \_\_\_\_\_(1997), 「제183회 국회 환경노동위원회회의록(제2호)」, 1997. 2. 19.
- 권영성(1994), 『헌법학원론』, 법문사.
- 김규림·이재강(2013), 「쟁의행위에 대한 업무방해죄의 적용 가능성 : 단순한 노무제공 거부의 사안을 중심으로」, 『저스티스』 137, 한국법학원.
- 김근주(2017), 「강제노동에 관한 핵심협약 비준 논의의 쟁점」, 『노동리뷰』 11월호, 한국노동연구원.
- 김근주·이승욱(2018), 『ILO 결사의 자유 핵심협약과 사회적 대화』, 한국노동연구원.
- 김기덕(2010), 「형법 제314조 업무방해죄와 노동기본권 침해 실태 및 개선방안」, 『업무방해죄와 노동인권 정책토론회 자료집』, 국가인권위원회.
- 김동현·이혜영(2022), 『결사의 자유에 관한 국제노동기구(ILO) 기본협약 비준과 노동법의 쟁점』, 사법정책연구원 연구총서.
- 김봉수(2014), 「쟁의행위와 형사책임 - 형법상 업무방해죄의 적용 필요성 및 가능성에 대한 비판적 검토」, 『법학논총』 34(1), 전남대학교 법학연구소.
- 김연미(2003), 「권리의 구조와 근거에 관한 법철학적 연구」, 이화여자대학교 대학원, 박사학위 논문.

- 김유성(1996), 『노동법Ⅱ』, 법문사.
- \_\_\_\_\_(2005), 『노동법Ⅰ. 개별적 근로관계법』, 법문사.
- 김형배(1974), 『노동법』, 고려대학교 출판부.
- \_\_\_\_\_(2021), 『노동법(제27판)』, 박영사.
- 김형배·박지순(2022), 『노동법강의 제11판』, 신조사.
- 남궁준(2023), 「노동3권 없는 집단적 노동법 - 영국의 최근 쟁의행위 규율의 동향과 함의」, 『노동법논총』 58, 한국비교노동법학회.
- 노동법실무연구회(2015), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해Ⅱ』, 박영사.
- \_\_\_\_\_(2023), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해Ⅱ(제2판)』, 박영사.
- 노사관계개혁위원회(1997), 『노사관계 개혁백서』.
- 노사관계개혁추진위원회(1996), 『노동관계법 개정(안)』.
- 도재형(2010), 「파업과 업무방해죄 : 한국에서 단결 금지 법리의 정립 과정」, 『노동법학』 34, 한국노동법학회.
- \_\_\_\_\_(2011), 「쟁의행위와 업무방해죄 성립」, 『노동법학』 38, 한국노동법학회.
- 문형남(1985), 『노동쟁의조정법 상해』, 중앙경제사.
- 박성민(2012), 「업무방해죄의 해석과 쟁의행위 중 파업과의 관계」, 『형사정책연구』 23(1), 한국형사법무정책연구원.
- 박제성(2022), 「업종별 교섭의 규범적 의의와 가능성」, 『노동리뷰』 11월호, 한국노동연구원.
- 박제성·차유미·남궁준·정영훈(2021), 『자영업자 노동조합 연구』, 한국노동연구원.
- 박제성·박은정·권오성·김린(2022), 『구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위제도 재정립에 관한 연구』, 한국노동연구원.
- 박종희(2002), 「조정전치주의의 이론적 기초와 운용방향」, 『노동법학』 14, 한국노동법학회.
- \_\_\_\_\_(2007), 「노동3권의 보장의의와 내용」, 『고려법학』 48, 고려대학교 법학연구원.
- 배종대(2022), 『형법총론(제16판)』, 홍문사.
- \_\_\_\_\_(2023), 『형법각론(제14판)』, 홍문사.

- 신동윤(2017), 「미국의 위법 쟁의행위에 대한 민·형사상 책임」, 『노동법학』 62, 한국노동법학회.
- 신수정(2018), 「이탈리아에서 쟁의행위의 형사책임에 대한 위헌 결정」, 『노동법학』 67, 한국노동법학회.
- 심태식(1964), 『노동법개론』, 법문사.
- 알랭 쉬피오(2017), 『노동법 비판』, 도서출판 오래.
- \_\_\_\_\_(2019), 『필라델피아 정신』, 매일노동뉴스.
- 오영근(2015), 『형법총론(제3판)』, 박영사.
- \_\_\_\_\_(2021), 『형법총론(제6판)』, 박영사.
- 이승욱(2017), 「국제노동기준의 동요 : 결사의 자유와 파업권의 관계」, 『노동법학』 62, 한국노동법학회.
- 이승욱 외(2000), 『쟁의행위 정당성의 국제비교』, 한국노동연구원.
- 이철수(2023), 『노동법』, 현암사.
- 이흥재(2008), 「노동쟁의조정법 제정심의를 주요쟁점」, 『서울대학교 법학』 49(1), 서울대학교 법학연구소.
- 임종률(2019), 『노동법(제17판)』, 박영사.
- \_\_\_\_\_(2021), 『노동법(제19판)』, 박영사.
- 장승혁(2020), 「직장점거에 의한 쟁의행위의 허용 범위와 형사책임」, 『노동법연구』 48, 서울대학교 노동법연구회.
- 조경배(1997), 「쟁의기간 중의 임금지급 문제」, 『노동판례비평』, 민주사회를 위한 변호사모임.
- 조 국(2015), 『절제의 형법학 제2판』, 박영사.
- 조재호(2023), 「위법한 쟁의행위에 가담한 조합원들에 대한 손해배상청구 소송에서의 책임제한 법리」, 『노동리뷰』 8월호, 한국노동연구원.
- Hans Brox and Bernd Rütters(2002), 『독일노동법』, 한국경영자총협회 부설 노동경제연구원.

Background document for the Tripartite Meeting on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948(No. 87), in relation to the right to strike and the modalities

and practices of strike action at national level(revised)(Geneva, 23-25 February 2015), GB.323/INS/5/Appendix III, International Labour Office

ICJ, "The ILO requests an advisory opinion from the Court on the interpretation of ILO Convention No. 87 with respect to the right to strike," Press Release, No. 2023/64, 14 November 2023.

International Labour Conference, 81st Session, 1994, Record of Proceedings.

Gérard Lyon-Caen(1995), *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, Dalloz.

Governing Body, 349th bis(special) Session, GB.349bis/INS/1/1, Geneva, 10 November 2023.



◆ 執筆陣

- 김근주(한국노동연구원 연구위원)
- 남궁준(한국노동연구원 연구위원)
- 박제성(한국노동연구원 선임연구위원)
- 박태우(한양대 법학 박사과정)

쟁의행위와 형사책임 : 노조법상 쟁의행위 처벌  
규정을 중심으로

- |            |   |
|------------|---|
| ▪ 발행연월일    | 2023년 12월 26일 인쇄<br>2023년 12월 29일 발행  |
| ▪ 발 행 인    | 허 재 준   |
| ▪ 발 행 처    | <b>한국노동연구원</b><br>310147 세종특별자치시 시청대로 370<br>세종국책연구단지 경제정책동<br>☎ 대표 (044) 287-6080 Fax (044) 287-6089 |
| ▪ 조 판 · 인쇄 | 고려씨엔피 (02) 2277-1508  |
| ▪ 등 록 일 자  | 1988년 9월 13일  |
| ▪ 등 록 번 호  | 제13-155호  |

© 한국노동연구원 2023      정가 6,000원

ISBN 979-11-260-0695-3



**한국노동연구원**

30147 세종특별자치시 시청대로 370 경제정책동  
TEL : 044-287-6083      <http://www.kli.re.kr>



ISBN 979-11-260-0695-3