

## 노동판례리뷰

### 비종업원인 조합원의 쟁의행위 참여 행위의 법적 성격

- 대법원 2020. 7. 9. 선고 2015도6173 판결 -

#### 【판결요지】

산업별 노조(‘이 사건 노조’)와 특정 회사(‘회사’)의 단체교섭이 결렬되자 이 사건 노조는 주장을 관철할 목적으로 회사 내 공장 주차장에 들어가 구호를 외치고 노래를 부르는 등 집회를 개최하였다. 이 집회는 부분적·병존적 직장점거로 쟁의행위로서 정당성이 인정된다. 이 집회에 회사 종업원이 아닌 이 사건 노조 조합원들이 참가하였다고 하여 정당성을 상실하는 것은 아니다. 비종업원인 조합원의 쟁의행위 참여 행위는 이 사건 노조 지휘 및 그 소속 조합원들의 쟁의행위를 지원·조력하기 위한 산업별 노동조합의 조합활동으로서의 성격을 가진다. 비조합원인 조합원의 공장 출입이 회사의 사업 운영에 지장을 주지 않은 점, 이 회사 공장 내에 머무른 장소와 시간 등을 고려하면 출입행위의 정당성을 부정할 정도로 수단과 방법의 상당성이 없다고 할 수 없다.

대상판결은 산업별 노동조합의 지휘가 실시한 직장점거에 종업원이 아닌 조합원이 참여한 행위가 쟁의행위로서의 성격을 가지고 있는지, 아니면 조합활동으로서의 성격을 가지고 있는지에 대해 판단한 최초의 판결이라는 점에서 의미가 있다.

이 사건에서 1심(대전지방법원 천안지원 2014. 6. 26. 선고 2013고정1201 판결)과 원심(대전지방법원 2015. 4. 19. 선고 2014노1799 판결)의 판결 및 대상판결은 모두 이 사건 직장점거가 단체교섭이 결렬된 후 주장을 관철할 목적으로 적법한 절차를 거쳐 이루어졌고, 공장 주차장에서 이루어져 부분적으로 이루어졌으며, 사용자 측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는 병존적 점거에 해당하여 정당성이 인정되는 부분적·병존적 직장점거라고 전제하고 있다.

직장점거와 관련한 확립된 판례 입장은 “사용자측의 점유를 배제하지 아니하고 그 조업도 방해하지 않는” 이른바 ‘부분적·병존적 직장점거’는 정당하고, 조합원 이외의 자의 출입을 저

지하거나 사용자 측의 관리지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것과 같은 행위(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도9963 판결), 장기간 계속되거나 조업이 중단될 경우에는 ‘전면적·배타적 직장점거’로 보아 정당성을 부정한다. 여기에서 양자의 판단기준은 기본적으로는 직장점거에 의해 회사의 업무가 실제로 방해되었거나 또는 적어도 그 업무방해의 결과를 초래할 위험성이 발생하였는지 여부에 따라 결정된다는 것이다(대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도5204 판결). 이상의 법리에 비추어 볼 때 이 사건 직장점거의 정당성 판단은 타당한 것으로 보인다.

그런데 산별노조 등 초기업 노동조합이 실시하는 쟁의행위는 그 정당성 외에 직장점거를 포함한 쟁의행위의 주체로 될 수 있는 자, 쟁의행위의 적격성이 있는 자가 누구인지에 대한 판단도 함께 이루어질 필요가 있다. 종업원이 아닌 조합원이 종업원인 조합원과 동일한 지위에서 쟁의행위를 수행할 수 있는가 하는 쟁의행위의 주체성이 문제될 여지가 있기 때문이다.

조합원은 종업원인지 여부를 불문하고 해당 노동조합이 주도한 쟁의행위에 당연히 참가할 수 있는 자격이 있다고 판단하면, 참가자의 책임은 그 쟁의행위의 정당성에 달려 있게 될 것이다. 이에 대하여 종업원이 아닌 조합원은 종업원인 조합원과 다른 성격과 지위를 가지는 점을 강조하면 비종업원인 조합원이 특정 사업장의 쟁의행위에 종업원과 동일하게 주체로서 참가할 수 있는지, 즉 쟁의행위에 참가한다면 그러한 행위는 쟁의행위로서 평가되어야 하는지 아니면 쟁의행위 그 자체가 아니라 쟁의행위에 대한 지원행위 내지 조력행위로서, 즉 조합활동으로서 평가되어야 하는지가 문제될 수 있다.

이 사건은 기업 지회 단위에서 조합원이 쟁의행위 찬반투표를 거쳐 해당 사업장의 주차장에서 일시적인 집회 형태로 부분적·병존적 직장점거를 하고 있는 과정에서 해당 기업의 종업원이 아닌 이 사건 노조 조합원 200명가량이 회사 내로 들어와 그 집회에 참가하여 이를 주도한 이 사건 노조의 지역지부 간부들이 건조물침입죄 등으로 기소된 것이다.

원심은 직장점거에 대한 비종업원인 조합원의 참가행위의 성격에 대해 조합원인 사실이 인정되기 때문에 종업원이 아니라는 이유로 곧바로 쟁의행위에 대한 적격성, 즉 쟁의행위의 주체를 부정할 수 없다고 판시하여, 이들의 참가행위의 성격을 쟁의행위로서 파악하고, 쟁의행위가 정당하기 때문에 비종업원인 조합원의 형사책임을 부정하고 있다. 1심은 비종업원인 조합원이 쟁의행위에 참가할 수 있는 적격을 갖추고 있는지 여부에 대해서는 명시적으로 판단하지 않은 채 당연히 할 수 있다는 전제하에서 쟁의행위의 정당성을 판단하고 있다.

그런데 이와 같은 판단에는 약간의 의문이 수반된다. 첫째, 쟁의행위의 대표적인 형태인 파업을 생각해보면 비종업원인 조합원이 노동쟁의가 발생한 특정 기업을 대상으로 집단적으로 노무를 거부하는 유형의 쟁의행위, 즉 파업을 할 수 있는 지위에 있는지를 살펴보아야 한다. 비종업원인 조합원은 노동쟁의가 있는 사업장에 대하여 노무를 제공하지 않는 상태에 있기 때

문에 그 사업장에 대해 소극적으로 노무제공을 거부하는 파업 자체가 개념적으로 성립할 수 없다. 그렇다면 직장점거와 같은 적극적인 형태의 쟁의행위도 당연히 참가할 수 없다고 보는 것이 합리적이다. 이와 달리 직장점거와 같은 적극적인 행위를 수반하는 쟁의행위에는 참가할 수 있다고 파악하면 쟁의행위의 방법에 따라 쟁의행위의 주체가 달라지는 부당한 결과가 될 것이다.

둘째, 쟁의행위는 사용자 나아가 제3자에게 영향을 미치는 것이기 때문에 노동조합법은 다양한 규제를 하고 있고, 그 규제와 함께 판례는 민형사면책을 받기 위해서는 “정당성”을 갖추어야 한다는 판단구도를 취하고 있다.

이런 점을 고려하여 판례는 파업찬반투표는 “근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위한 절차적 요건으로서, 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성 결정이라는 절차를 거치도록 한 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정”이기 때문에 “지역별·산업별·업종별 노동조합의 경우에는 총파업이 아닌 이상 쟁의행위를 예정하고 있는 당해 지부나 분회 소속 조합원의 과반수의 찬성이 있으면 쟁의행위는 절차적으로 적법하다고 보아야 할 것이고, 쟁의행위와 무관한 지부나 분회의 조합원을 포함한 전체 조합원의 과반수 이상의 찬성을 요하는 것은 아니다”고 타당하게 판단하고 있다(대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도4641 판결. 같은 취지 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두12859 판결). 이렇게 해석하지 않으면 쟁의행위 정당성 유무와 관련하여 책임을 부담하지 않는 (다수의) 조합원에 의해 쟁의행위가 개시되지만 그 책임은 실제 쟁의행위가 예정하고 있는 범위의 조합원만이 전적으로 부담하는 부당한 결과가 발생할 것이기 때문이다.

이와 같이 판례 법리는 쟁의행위의 정당성 유무에 의해 책임 등 불이익 등 영향을 받는 조합원이 쟁의행위를 결정하여야 하기 때문에 그 영향을 받지 않는 자는 조합원이라고 하더라도 쟁의행위 찬반투표 참가자격이 없다는 것을 논리적 전제로 하고 있다. 따라서 초기업 노조의 기업 내 지회나 지부와 같은 하부조직의 쟁의행위 개시 결정은 그 쟁의행위 찬반투표에서 예정한 범위와 취지를 고려하여 쟁의행위의 정당성 유무에 따른 책임 부담 등 영향을 받는 자에 의해 이루어져야 한다.

이 사건에서 종업원에 한정하는 쟁의행위 찬반투표 등의 절차를 거쳐 실시되고 있기 때문에 다른 특별한 사정이 없는 한 종업원에 의한 직장점거 자체는 정당성이 있는 것은 당연하다. 그러나 비종업원인 조합원이 직장점거에 쟁의행위로서 당연히 참가할 수 있는 것은 아니다. 쟁의행위 개시 결정 자체에 비종업원인 조합원이 참가할 수 없거나 참가하지 않았다면 비종업원인 조합원이 그 쟁의행위에 참가하더라도 그것이 쟁의행위로서 평가되어야 하는지, 아니면 쟁의행

위에 대한 조력 내지 지원활동이라는 조합활동으로서 평가되어야 하는지가 선결문제로서 먼저 판단될 필요가 있다.

대상판결은 이러한 점을 의식하고 판단한 점에서 적극적으로 평가할 수 있다. 대상판결은 종업원인 조합원이 참가한 집회와 쟁의행위 찬반투표에 참가하지 않은 비종업원인 조합원이 참가한 집회가 구별없이 이루어졌기는 하지만 양자의 성격을 명확히 구별하고 있다. 종업원인 조합원이 참가한 회사 내 집회는 직장점거로서 쟁의행위에 해당하지만, 비종업원인 조합원이 참가한 회사 내 집회에 대해 대상판결은 1심이나 원심의 판단과 달리 '쟁의행위'에 해당하는 것이 아니라 종업원인 조합원의 "쟁의행위를 지원·조력하기 위한 산업별 노동조합의 조합활동으로서의 성격을 가진다"고 타당하게 파악하고 있다.

나아가 대상판결은 이를 전제로, 쟁의행위의 정당성과는 별도의 관점에서 조합활동, 즉 쟁의행위에 대한 지원·조력행위의 정당성 판단기준을 제시하고 있는 점에서도 의의가 있다. 대상판결은 "산업별 노동조합 조합원의 아산공장 출입방식이나 절차를 정한 노사 간의 합의 등을 위반하였다고 볼 만한 자료가 없을 뿐만 아니라, 아산공장 출입으로 인하여 □□기업의 사업 운영에 지장을 주었다고 보기도 어렵다. 이에 더하여 피고인 박○○ 등이 아산공장 내에서 머무른 장소와 시간 등을 함께 고려해보면, 이러한 출입행위의 정당성을 부정할 정도로 그 수단과 방법의 상당성이 없다고 단정하기도 어렵다"고 판시하고 있다. 이와 같은 대상판결의 판단기준은 적절한 것으로 보인다.

비종업원인 조합원에 의해 이루어진 쟁의행위 지원·조력행위로서의 조합활동의 정당성은 비종업원인 조합원이 해당 사업장에 출입할 근거가 있는지, 비종업원인 조합원의 조합활동이 사용자의 사업 운영에 지장을 주었는지, 출입의 목적이나 장소와 시간 등 제반 사정을 고려할 때 수단과 방법에 상당성이 있는지 등에 의해 판단되어야 할 것이다.

이상의 내용을 요약하면, 첫째, 대상판결은 1심 및 원심과 달리 비종업원인 조합원이 종업원인 조합원에 의해 적법하고 정당하게 이루어진 쟁의행위에 참가하는 행위의 법적 성격은 쟁의행위가 아니라 그 쟁의행위를 지원·조력하는 조합활동에 해당하는 것을 명확히 한 점, 둘째, 비종업원인 조합원에 의해 이루어진 그러한 조합활동의 정당성 판단기준을 제시한 점에서 의미가 있다. **KLI**

이승욱(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

## 산별노조 간부의 사업장 출입 권한

- 대법원 2020. 7. 29. 선고 2017도2478 판결 -

### 【판결요지】

산별노조 간부가 산업안전보건법 위반 사실의 증거수집 등을 목적으로 소속 지회 사업장에 들어가 조합활동을 한 것에 대해, 그로 말미암아 기업운영이나 업무수행, 시설관리 등에 실질적으로 지장이 초래되었다고 볼 수 없어 정당행위로 보아 무죄로 판단한 사례이다.

대상판결은 산별노조인 금속노조의 간부가 조합원의 사업장인 유성기업에 출입하여 현장순회를 한 행위가 공동주거침입죄(폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반)로 처벌받는지를 다룬 형사판결이다. 간부 2명은 유성기업의 근로자가 아니므로, 회사의 승낙을 받지 않고 함부로 사업장에 들어갔으니, 외견상으로는 주거침입죄가 될 수 있다. 그러나 “노동조합의 조합활동은 근로자가 가지는 결사의 자유 내지 노동3권에 바탕을 둔 것으로서 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노동조합법’이라고 한다) 제1조의 목적을 달성하기 위하여 정당한 행위에 대하여는 민·형사상 면책이 된다(노동조합법 제4조, 형법 제20조).”(대상판결문 인용) 결국 출입 행위가 정당한 조합활동 행위인지를 살펴보아야 한다.

노동조합의 활동이 정당한지의 판단 기준은 판례가 해석론을 제시해 왔다. 즉 “첫째, 주체의 측면에서 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 목시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있는 것이어야 하고, 둘째, 목적의 측면에서 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결 강화에 도움이 되는 행위이어야 하며, 셋째, 시기의 측면에서 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행이나 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 원칙적으로 근무시간 외에 행하여져야 하고, 넷째, 수단·방법의 측면에서 사업장 내 조합활동에서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하며 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야 한다(대법원 1992. 4. 10. 선고 91도3044 판결 등 참조).”(대상판결문 인용) 이러한 판례 법리는 이미 널리 인정되고 있다.

금속노조는 산별노조이므로 간부의 사업장 출입 행위도 주체의 측면에서는 성질상 조합활동이어서 정당한 조합활동이 된다. 조합원이 근무하는 사업장의 안전을 관찰하기 위한 순회방문이므로 목적의 측면에서도 정당한 조합활동이 된다. 문제는 시기·수단·방법의 측면에서도 정당한지이다. 즉 산별노조 간부이면 무조건 정당한 조합활동으로 조합원의 사업장을 출입할 수

있는 것이 아니다. 여러 점들을 고려하여 정당한 조합활동으로 인정되어야 가능하다. 그러나 반대로 산별노조 간부이면 조합활동을 이유로라도 사업장을 출입할 수 없고 사용자의 승낙이 있어야 가능하다는 것도 아니다.

위에서 서술한 정당한 조합활동의 요건에 관한 판례 법리 중에서 시기·수단·방법 등에 관한 요건은 지나치게 사용자 측의 이해관계를 고려한 듯이 보인다. 그러나 한편으로 판례는 조합활동의 필요성과 긴급성 등 여러 요소를 아울러 고려하여 시기·수단·방법 등에 관한 요건을 해석해 왔다. 대법판결은 이러한 점을 잘 정리하여 새로이 판례의 문장을 만들었다는 점에서 의의가 있다. 즉 “시기·수단·방법 등에 관한 요건은 조합활동과 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등이 충돌할 경우에 그 정당성을 어떠한 기준으로 정할 것인지 하는 문제이므로, 위 요건을 갖추었는지 여부를 판단할 때에는 조합활동의 필요성과 긴급성, 조합활동으로 행해진 개별 행위의 경위와 구체적 태양, 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등의 침해 여부와 정도, 그밖에 근로관계의 여러 사정을 종합하여 충돌되는 가치를 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하여야 한다(대법원 1994. 2. 22. 선고 93도613 판결, 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누5496 판결, 대법원 1995. 2. 17. 선고 94다44422 판결 등 참조).”는 판례 법리를 정리하였다. 이러한 판례 법리가 앞으로 후속 판결들에서 인용되고 적용되어 올바른 판례 법리로 정착될 수 있기를 기대한다.

대법판결은 이 사건에서 원심 판결이 무죄라고 판단한 것이 타당하다고 판결하였다. 피고인들은 금속노조 소속 간부들로서 유성기업의 산업안전보건법 위반 사실의 증거수집 등을 할 목적으로 회사 영동공장 내 생산1공장(이하 ‘이 사건 공장’이라고 한다)에 들어간 것이고, 그 이전에도 금속노조 대전충북지부 소속 간부들이 같은 목적으로 이 사건 공장을 방문하여 관리자 측의 별다른 제지 없이 현장순회를 해왔다. 피고인들은 이 사건 공장의 시설이나 설비를 작동시키지 않은 채 단지 그 상태를 눈으로 살펴보았을 뿐으로 그 시간도 30분 내지 40분 정도에 그쳤다. 피고인들이 이러한 현장순회 과정에서 회사 측을 폭행·협박하거나 강제적인 물리력을 행사한 바 없고, 근무 중인 근로자들의 업무를 방해하거나 소란을 피운 사실도 없었다. 시기·수단·방법 등에 관한 요건을 갖추었는지를, 이러한 여러 사정들을 종합하여 충돌되는 가치를 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하여서, 결국 정당한 조합활동에 해당한다고 결론지었다.

대법판결과 달리 하급심인 원심 판결(청주지방법원 2017. 1. 26. 선고 2016노1005 판결)과 1심 판결(청주지방법원 영동지원 2016. 8. 12. 선고 2015고단231 판결)은 산별노조 조합간부가 사업장에 출입하는 것이 단체협약에 근거하여 정당한지를 기준으로 판단하려 하였다. ① 별개의 기업별 노조는 자주성·독립성이 없어 노조설립이 무효이므로, 그 노조가 체결한 단체협약은 무효이고, ② 금속노조 영동지회가 체결했던 이전 단체협약을 해석해보면 간부의 출입 권한

이 인정된다고 판단했다. 별개의 기업별 노조가 설립이 무효가 되는지의 판단은 쉽지 않다. 또한 별개의 기업별 노조가 체결한 단체협약의 내용을 보더라도 쟁의행위기간에 그 회사의 종업원인 조합원이 출입할 수 있다고만 규정하고 있어, 반대로 종업원이 아닌 다른 노조의 조합원은 출입할 수 없다고 해석될 수 있는지도 명확하지 않다. 대상판결은 이 사건의 특수한 사정에 천착하기보다는 일반적인 판단 법리를 적용하였다는 점에서도 다른 노사관계에 시사점이 크다.

물론 단체협약에 산별노조의 간부가 사업장에 출입하는 경우 사용자로부터 승낙을 받아야 가능하다는 규정이 있거나, 반대로 산별노조의 간부가 사업장에 출입하려는 경우 사용자로부터의 승낙 없이 가능하다는 규정이 있다면, 그러한 단체협약에 따라 사업장의 출입 권한의 인정 여부가 결정된다.

대상판결은 단체협약상의 명백하게 출입 권한을 규정하고 있지 않더라도 산별노조 간부의 사업장 출입은 주체와 목적의 측면에서 정당할 수 있다는 점을 밝혔다는 점에서 의미가 있다. 즉 단체협약에서 명백하게 제한하지 않는 한, 원칙적으로 산별노조의 간부에게도 정당한 조합 활동을 위한 출입 권한이 인정되는 것이다. 정당한 조합활동인지는 사업장에서의 행위가 목적 뿐만 아니라 시기·수단·방법 등에 관한 요건을 갖추어야 한다. 노조의 조합활동권과 사용자의 노무지휘권·시설관리권을 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하게 되므로, 산별노조 간부가 사업장에서 하는 조합활동은 사용자의 권한들을 존중하고 배려하여야 한다. 마찬가지로 사용자도 산별노조 간부가 사업장에 출입하여 하려는 조합활동권을 존중하고 배려하여야 한다. **KLI**

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

## 도급인 사업장 내 쟁의행위와 대체근로 저지의 정당성 여부

- 대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결 -

### 【판결요지】

(도급인 사업장 내 쟁의행위에 대해) 수급인 소속 근로자들이 집결하여 함께 근로를 제공하는 장소로서 도급인의 사업장은 수급인 소속 근로자들의 삶의 터전이 되는 곳이고, 쟁의행위의 주요 수단 중 하나인 파업이나 태업은 도급인의 사업장에서 이루어질 수밖에 없다. 또한 도급인은 비록 수급인 소속 근로자와 직접적인 근로계약관계를 맺고 있지는 않지만, 수급인 소속 근로자가 제공하는 근로에 의하여 일정한 이익을 누리고, 그러한 이익을 향수하기 위하여 수급인 소속 근로자에게 사업장을 근로의 장소로 제공하였으므로 그 사업장에서 발생하는 쟁의행위로 인하여 일정 부분 법익이 침해되더라도 사회통념상 이를 용인하여야 하는 경우가 있을 수 있다.

(대체근로 저지에 대해) 사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다. 사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 채용 또는 대체하는 경우, 쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위하여 마련된 위 규정의 취지에 비추어 정당행위로서 위법성이 조각된다.

피고인들은 A공사의 시설관리 및 청소 용역업체 B와 C의 소속 근로자로서 본 사건 노동조합의 조합원들이다. 본 사건 노동조합은 청소 용역업체 B와 C를 상대로 임금인상 등에 관한 단체교섭을 하였으나 결렬되자 노동위원회의 조정을 거친 후 파업에 돌입하였다. 피고인들을 포함하여 본 사건 노동조합 조합원들은 2012. 6. 25. A공사 사업장 내 본관 건물과 건물 사이 인도에서 2시간 40분가량 확성기를 틀어놓고 구호를 외치고 울동과 함께 노동가를 제창하였다. 그리고 다음 날 6. 26.에는 1시간 동안, 7. 3.에는 1시간 20분 동안 유사한 방식의 집회를 하였다. 파업기간 동안 용역업체 C는 A공사 본관 건물에 대체근로자들을 투입하였고, 이에 피고인들은 대체근로자들의 청소업무를 저지하기 위해 앞을 막으면서 청소를 그만두고 밖으로 나가라고 소리치는 등의 방식으로 본 사건 대체근로자들의 청소업무를 방해하였다. 그러던 중 피고인을 포함한 일부 성명을 알 수 없는 조합원들이 대체근로자들이 수거한 쓰레기를 복도에 투기한 상황도 있었다.

이 사건의 쟁점은 첫째, 용역업체, 즉 수급업체의 근로자들이 도급인 사업장에서 쟁의행위를 한 것이 도급인 사업에 대한 업무방해 및 퇴거불응죄가 성립하는지와 둘째, 용역업체 C의 대체 근로자들의 업무를 저지한 것이 업무방해죄에 해당하는지이다. 고등법원은 두 가지 쟁점 모두 피고인들의 무죄를 선고하였고, 대법원은 검사의 상고를 기각하며 원심을 확정하였다.

범죄가 성립하기 위해서는 3가지 요소를 갖추어야 한다. 순서대로 구성요건 해당성 - 위법성 - 책임이다. 이 중 하나라도 탈락이 되면 범죄는 성립하지 않는다. 구성요건 해당성이란 범죄를 구성하는 행위요건을 충족하는 것이다. 가령 살인죄는 '사람을 살해'하는 것을 구성요건으로 하고, 사람을 실제 살해하면 구성요건 해당성을 충족한다. 위법성이란 전체 법률질서의 가치평가에 반하는 것, 다르게 표현하면 우리 법질서에 비추어 용납할 수 없는 것을 의미한다. 역으로 위법하지 않다면 범죄는 성립하지 않는다. 전쟁터에서 군인이 사람을 살해하는 것은 구성요건에는 해당하지만, 위법하다고는 할 수 없어 범죄가 성립하지 않는다(정당행위). 구성요건에 해당하고 위법하다고 인정되어도 책임이 성립되지 않으면 범죄가 되지 않는다. 책임이란 위법한 행위에 대하여 행위자를 개인적으로 비난할 수 있는가의 문제이다. 형사상 미성년자(만 14세 미만), 심신장애인, 강요된 행위 등에 의해 일어난 위법한 행위는 범죄가 성립하지 않는다.

첫 번째 쟁점에서 대법원은 업무방해 및 퇴거불응죄가 되지 않는 이유에 대해서 범죄성립의 두 번째 요건인 위법성이 탈락하기 때문이라 설시하였다. 일단 위력으로서 타인의 업무를 방해하는 업무방해죄나 사람이 관리하는 건조물에서 퇴거를 요구받고도 응하지 않은 퇴거불응죄의 구성요건에는 해당한다고 보았다. 그러나 대법원은 도급인에게 일종의 '수인의무'를 인정하여 피고인들의 행위에는 위법성이 없다고 보았다. 즉, 사내하청의 경우 근로를 제공하는 장소가 도급인의 장소일 수밖에 없고, 쟁의행위의 주요 태양인 파업이나 태업은 도급인의 사업장에서 이루어질 수밖에 없다는 것이다. 그리고 도급인은 비록 수급인 소속 근로자와 직접적인 근로관계를 맺고 있지는 않지만, 수급인 소속 근로자가 제공하는 근로로 일정한 이익을 누리고, 그러한 이익을 향유하기 위해 자신의 사업장을 일터로 제공하였기에 그 사업장에서 일어나는 쟁의행위로 자신의 법익이 일정 부분 침해된다고 하더라도 사회통념상 이를 용인하여야 한다는 것이다. 따라서 피고인들의 쟁의행위가 정당성을 갖추고 사회통념상 용인될 수 있는 범위 내의 것이라면 「형법」 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'(정당행위)로서 위법성이 탈락한다는 것이다.

두 번째 쟁점에서도 대법원은 피고인들의 대체근로 저지에 대해 위법성을 부정하여 무죄를 선고하였다. 사용자는 「노동조합 및 노동관계조정법」 제43조 제1항에 의해 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다. 만일 사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 채용 또는 대체한 경우, 쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행

사하는 것은 위 규정의 취지에 비추어 정당행위로서 위법성이 탈락한다. 위법한 대체근로를 저지하기 위한 실력행사가 사회통념상 용인될 수 있는 정당행위에 해당하는지는 그 경위, 목적, 수단과 방법, 그로 인한 결과 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다. 이러한 법리를 전제로 대법원은 용역업체 C의 대체근로 투입은 위법한 것이며, 이에 대항한 피고인들의 행위는 폭력, 협박 및 파괴행위에 나아가지 아니한 소극적·방어적 행위로서 사용자 측의 위법한 대체근로를 저지하기 위한 상당한 범위 내에 있다고 인정하였다. 비록 피고인 중 1인과 일부 성명을 알 수 없는 본 사건 조합원들이 수거된 쓰레기를 투기하여 A공사 본관 건물 일부의 미관을 일시적으로 훼손하였으나 이는 본 사건 대체근로자들의 근로제공의 결과를 향유하지 못하게 하기 위한 소극적 저항행위였다는 점에서 이 행위만을 떼내어 별도로 상당한 범위를 벗어난 실력행사로 보기 어렵다고 판단하였다.

대법원의 결론에는 찬성하는 바이며, 첫 번째 쟁점에서 피고인들의 도급인 사업장 점거행위가 위법성이 탈락한다는 것 역시 수긍이 가는 바이다. 그러나 두 번째 쟁점은 달리 생각해 보아야 한다. ‘업무방해죄’란 허위사실을 유포하거나 위계 또는 위력으로 타인의 업무를 방해하는 것이며 - 본 사건에서의 행위 태양은 위력에 해당한다 - 보호받는 법익은 ‘업무’이다. 그렇다면 이 업무의 범위에는 위법한 업무도 들어가는 것일까? 즉, 합법적인 업무뿐만 아니라 위법한 업무 역시 보호받을 가치가 있고 이를 방해할 경우에는 업무방해죄가 성립하는지가 문제된다. 대법원은 형법상 보호할 가치가 있는 업무인지 여부는 사실상 평온하게 이루어지는 사회적 활동을 기준으로 판단하는 것이지, 반드시 그 업무가 적법하거나 유효할 것을 요구하는 것은 아니라고 판단한다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2010도935 판결 등). 본 사건의 두 번째 판단은 이러한 시각에서 이루어진 것이다. 그러나 동시에 대법원은 사무나 활동 자체가 위법의 정도가 중하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없거나 법의 보호를 받을 가치를 상실한 경우에는 업무방해죄의 보호대상이 될 수 없다는 판시 또한 내리고 있다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2001도5592 판결 등).

그렇다면 대체근로로 이루어진 업무는 형법상 보호를 받을 업무인지 아닌지 어떻게 판단할 것인가 하는 문제에 봉착하게 된다. 이점은 우리 노동조합법 제43조 제1항이 대체근로를 금지하는 의의 등에서 답을 찾을 수 있다. 대체근로 금지의 의의는 “쟁의행위의 압력효과를 저하시키고 이를 저지하려는 노동조합과의 지나친 대결 사태를 야기할 우려”를 방지하기 위함이다.<sup>1)</sup> 그리고 이를 기본권적 측면에서 보면 대체근로는 근로자의 노동3권 중 단체행동권을 근본적으로 저해하는 행위로서 그 금지규정은 단결권과 단체교섭권의 실효성을 담보하기 위해 입법적으로 보호받을 가치가 있는 강행규정이다. 따라서 대체근로 금지규정의 입법적 의의와 기본권

1) 임종률(2020), 『노동법(제18판)』, 박영사, p.223.

보호적 측면, 그리고 노동법의 강행규정적 성격이라는 점에서 볼 때 대체근로는 업무방해죄의 보호를 받을 만한 업무가 아니다. 그러므로 본 사안은 위법성 탈락이 아닌 구성요건이 해당되지 않아 범죄가 성립하지 않는다고 보는 것이 타당하다. **㉮**

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구원)

## 대리점 택배기사 파업에 대한 원청회사의 대체인력 투입

- 부산지방법원 서부지원 2020. 9. 9. 선고 2019고정1106 판결 -

### 【판결요지】

1. 피해자 회사는 택배기사들의 근로조건에 관하여 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있으므로, 노동조합법 제43조 소정의 대체인력 사용금지의무를 부담하는 '사용자'에 해당한다.
2. 피해자 회사의 각 지역별 택배업무는 다른 지역의 택배업무와 사이에 그 업무나 노무관리가 일관된 공정하에 일체로서 이루어지고 있는 '당해 사업'에 해당된다고 할 수 없고, 따라서 피해자 회사가 서울, 경북, 충북 등 다른 지역 택배기사들을 투입한 행위는 당해 사업과 관계없는 자를 대체 투입한 것으로 위법한 대체인력의 투입행위에 해당한다고 봄이 타당하다.
3. 피해자 회사의 직영기사들의 택배운송 업무를 방해한 것은 위법한 대체인력 사용 저지를 위한 상당한 범위 내의 실력행사에 해당하므로, 정당행위로서 위법성이 조각된다.

CJ 대한통운 주식회사(이하 'CJ사', 대상판결은 '피해자 회사'라 하고 있다)는 전국에 13개의 허브터미널(광역 터미널) 및 약 260여 개의 서브터미널(지역 터미널)을 구축하고, 각 서브터미널 1곳당 평균 8개의 집배점(대리점)을 설치하여 택배사업을 영위하고 있다. CJ사는 각 대리점과 위수탁계약을 체결하였고, 각 대리점주들은 택배기사들과 재차 택배 위수탁계약을 체결하였다. 택배기사들은 전국택배연대노동조합(이하 '택배노조')에 가입하여 활동하고 있다. 한편 CJ사와 직접 근로계약을 체결한 택배기사(이하 '직영택배기사')가 일부 있으나, 대부분은 대리점주와 위수탁계약을 체결한 택배기사들이 CJ사의 택배업무를 수행하고 있다.

택배노조 부산·울산·경남지부 창원성산지회는 2018. 4.경부터 각 대리점주들을 상대로 단체교섭을 요구하였으나 대리점주들은 교섭에 불응하였다. 2018. 6.경부터 창원성산지회의 조합원들은 택배분류작업에 비협조하는 방식의 배송거부를 시작하였다(이 사건 파업의 정당성에 대해서는 별다른 다툼이 없다). CJ사는 위 파업으로 인해 분류작업이 이루어지지 않고 적치된 화물들을 창원성산터미널에서 부산사상터미널로 옮긴 후 직영택배기사를 통한 대체배송을 시작하였다.

CJ사가 직영택배기사를 대체인력으로 투입한 것에 대하여 택배노조의 부울경지부와 창원성산지회의 간부들과 조합원들은 실력행사를 통하여 대체근로를 저지하였다. 이들은 대체근로 현장인 부산사상터미널의 진출입로 등에 조합원 택배차량 6대를 주차하는 방법으로 직영택배기

사 차량의 통행을 막았으며, 직영택배기사의 택배화물 운반을 손으로 붙잡거나 몸으로 막거나 밀고, 직영 택배차량 앞에 수십 명이 몸을 밀착하는 방법 등으로 차량 통행을 막았다.

실력행사에 의한 대체근로 저지를 주도한 노조간부 6인은 CJ사의 배송업무를 방해하였다며 ‘업무방해’의 혐의로 기소되었다. 판례에 따르면 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노조법’) 제43조 제1항을 위반한 대체근로(즉, 위법한 대체근로)를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 정당행위로 인정될 수 있으므로,<sup>1)</sup> CJ사의 대체인력 투입이 ‘위법한 대체근로’ 인지가 쟁점이 되었다. 그런데 본 사안은 ‘간접고용관계’에서 발생했다는 점에서 복잡하다. 즉, 대리점주(하청회사)와 계약관계를 맺고 있는 택배기사들이 대리점주를 상대로 파업을 하였는데, CJ사(원청회사)가 자신의 직영택배기사를 대체인력으로 투입하였다는 점이다.

노조법 제43조 제1항은 “사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다.”고 규정하고 있는데, 여기에서 ① 대체근로 제한의무를 부담하는 “사용자”의 의미가 무엇인지, ② 그리고 “당해 사업”의 범위가 어떻게 되는지가 문제가 된다.

먼저 대리점주를 상대로 하는 택배기사 파업과 관련하여 CJ사가 노조법 제43조 제1항의 ‘사용자’에 해당하는지에 대하여 대상판결은 노조법상 사용자 개념은 근로기준법상 사용자 개념보다 확장되어야 한다며, 2010년 현대중공업 판결의 법리(이른바 ‘실질적 지배력설’)<sup>2)</sup>를 적용하여 CJ사를 노조법 제43조 제1항의 사용자로 인정하였다. 대상판결이 제시한 근거는 다음과 같다.

대리점 택배기사는 CJ사가 제공하는 모바일 어플리케이션을 통해 업무를 수행한 점, CJ사는 어플리케이션으로 실시간 택배기사의 업무수행을 확인하거나 지시한 점, CJ사는 업무매뉴얼을 통해 각종 업무에 관한 지침을 준수하게 한 점, CJ사는 택배기사의 실적을 그 기사가 소속된 대리점과의 재계약 여부 시 반영한 점 등을 종합해보면, CJ사가 택배기사들의 작업 내용과 방법을 비롯한 각종 업무수행 및 근로조건 등에 직·간접적으로 관여해 온 사실을 인정할 수 있다. 따라서 CJ사는 택배기사들의 근로조건에 관하여 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있으므로 노조법 제43조 소정의 대체인력 사용금지의무를 부담하는 ‘사용자’에 해당한다.

- 1) “사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 채용 또는 대체하는 경우, 쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위하여 마련된 위 규정의 취지에 비추어 정당행위로서 위법성이 조각된다”(대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43800 판결; 대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결 등).
- 2) “근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호에서 정한 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구체명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다”(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결).

다음으로 CJ사가 직영택배기사를 대체인력으로 투입한 행위가 '당해 사업과 관계없는 자'를 대체한 행위에 해당하는지 여부에 대하여 대상판결은 '당해 사업'의 범위를 좁게 판단하고 있다. '당해 사업'의 범위는 대체근로로 말미암아 근로자들의 쟁의권이 침해되지 않도록 제한적으로 해석할 필요가 있다는 것이다. '당해 사업'의 범위를 지나치게 넓게 해석할 경우, CJ사와 같이 전국을 권역으로 사업을 하는 기업체에 대하여는 노조법에 따라 대체근로가 제한되는 경우를 사실상 인정할 여지가 없게 되어 범규정의 취지가 잠탈될 수밖에 없다는 점도 고려되어야 한다고 한다.

대상판결은 CJ사는 전국적 물류시스템을 통해 택배사업을 영위하고 있으므로 본질적으로 각 지역의 물류시스템이 상호 관련성을 가질 수밖에 없기는 하나, 각 지역 택배기사들의 업무 자체가 서로 일체로서 일관된 공정 아래에 관리되고 있다고 보기는 어렵다고 판단하였다. 따라서 각 지역별 택배업무는 다른 지역의 택배업무와 일관된 공정하에 일체로서 이루어지고 있는 '당해 사업'에 해당되지 않으므로, CJ사의 대체인력 투입은 '당해 사업과 관계없는 자'를 대체 투입한 것으로 위법한 대체근로라고 판단하였다.

이처럼 '위법한 대체근로'라고 판단한 결과, 대상판결은 피고인들이 CJ사 직영기사들의 택배 운송 업무를 방해한 것은 위법한 대체인력 사용 저지를 위한 상당한 범위 내의 실행행사에 해당하므로, 정당행위로서 위법성이 조각된다며 피고인들에게 무죄를 선고하였다.

대상판결은 결과적으로 피고인들의 업무방해 혐의에 대하여 무죄를 선고하였지만, 여러 지점에서 고민거리를 던져주고 있다. 첫째, 대상판결은 부당노동행위 주체로서의 사용자성을 판단하는 실질적 지배력설 법리를 적용하였는데, 이 법리가 노조법 제43조의 사용자를 판단할 때에도 적용될 수 있는가 하는 고민은 남는다.

둘째, 대상판결은 노조법 제43조 제1항을 해석함에 있어, '사용자'는 넓게 파악하면서 '당해 사업'은 좁게 파악하였다. CJ사와 대리점들은 긴밀한 유기적 관계에서 하나의 택배사업을 운영하고 있는데, '사용자'와 '당해 사업'의 의미를 상반된 방향으로 판단하는 것은 자칫 모순적이라 할 수 있다.

셋째, 사안의 택배사업 운영 방식을 보면 CJ사와 대리점들이 '하나의 사업'을 구성한다고 볼 수 있다. 나아가 대리점에서 벌어진 파업에 대하여 CJ사가 대체인력을 투입했다는 사실 자체가 '하나의 사업'이라는 강력한 증거이다. 이렇게 보면 실질적 지배력설을 통한 사용자성 판단은 불필요하게 되고, CJ사의 직영기사는 '사업과 관계있는 자'로서 적법한 대체근로에 해당할 수 있다. 이러한 해석론은 노조법 제43조 제1항의 '사용자'와 '당해 사업'을 같은 방향으로 넓게 파악하는 것으로 사용자의 대체근로의 여지는 커지는 반면, 단체교섭 등의 관계에서 사용자 책임은 강화될 수 있다.<sup>3)</sup>

넷째, 판례 법리에 따르면 위법한 대체근로에 대해서만 상당한 정도의 실행 저지가 인정되는

데, 적법한 대체근로의 경우에는 어느 정도의 실력 저지가 인정될 수 있는지 또는 대체근로의 위법성을 불문하고 실력 저지의 정당성을 독자적으로 판단할 근거가 있는지 등도 고민해 볼 문제이다.

아직은 명쾌하게 정리하기 어렵다는 한계를 인정하며 고민거리(특히 복수의 기업체가 하나의 사업을 운영하고 있다는 사실)를 정리하는 선에서 글을 마무리한다. **KLI**

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학 박사)

- 3) 노조법 제43조 제1항의 '사용자'를 파업근로자의 계약 상대방으로 좁게 해석한다면, 하청근로자의 파업에 대하여 제3자인 원청회사가 대체인력을 투입할 근거를 찾기 어렵다. 만약에 노조법 제43조 제1항이 계약상대방인 사용자의 대체근로 범위를 제한하는 규정이라면, 제3자의 대체인력 투입은 노조법 규정과 무관하게 위법할 수 있다. "제3자의 노동3권 침해행위이기 때문에 위법한 대체근로이다"라는 이론 구성도 가능할 것이다.