2011년 형법 중요 판례

A Review of the Criminal Cases of the Korean Supreme Court in 2011

오 영 근 (Oh, Young Keun)
한양대학교 법학전문대학원 교수

초록 : 이 글에서는 2011. 1. 1.부터 2011. 12. 31.까지 선고된 대법원 형법 판결 중 4건의 전원합의체 판결을 평석하였다.

대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 판결은 동산의 이중매매에 대한 판결이다. 대법원 2011. 3. 17. 선고 2006도8839 판결은 불법감청한 내용을 공개한 방송기자의 죄책에 관한 것이다. 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 판결은 파업이 업무방해죄의 위력에 해당되는가에 대한 것이다. 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 판결은 헌법불합치결정을 받은 형벌법규가 개정되지 않은 경우 소급효에 관한 것이다.

각 평석은 모두 1. 사실관계 및 재판의 경과, 2. 판결요지, 3. 평석의 순으로 이루어졌다.

Abstract : In the year of 2011, 232 criminal cases by the Korean Supreme Court(KSC) are registered on the homepage of the court. 5 cases of which are decided by the Grand Panel. 4 cases of which are reviewed in this paper. All the reviews are constituted 1. Fact, 2. Summary of Decision and 3. Critical Note.

The contents of this paper is as follows;

I. Introduction

II. The Grand Panel of KSC's Judgement 2011. 1. 20.2008Do10479.

In this case, the criminal resposibility of the double selling of the movable assets is disputed. On the contrary to the double selling of the unmovable assests, the court decided that the accused is not guilty of Untreu(the breach of duty).

III. The Grand Panel of KSC's Judgement 2011. 3. 17 2006DO8839

In this case, the criminal responsibility of the jouralist's exposure of the illegally obtained recording by the Korean CIA is disputed. The court decided that the act of accused is illegal.

IV. The Grand Panel of KSC's Judgement 2011. 3. 17 2007DO482

In this case, the criminal responsibility of the strike is disputed. KSC has changed it's former position and decided that the strike in the limited situation could be guilty.

www.kci.go.kr

V. The Grand Panel of KSC's Judgement 2011. 6. 23 2008DO7562

In this case, the validity of the criminal provision is debated, which the Korean Constuitutional Court has decided not in accord with the constitutional law, even if, not unconstitutional. KSC decided that the criminal provision is retroactively unvalid.

• 논문접수 : 2012. 1. 26. • 심 사 : 2012. 2. 8. • 게재확정 : 2012. 2. 15.

Ⅰ. 서 설

2011년 선고된 대법원판결 중 2012. 1. 24. 현재 대법원 종합법률정보 싸이트[1]에 공개되어 있는 형법 및 형사소송법 관련 판결은 모두 232건이다.

이중 전원합의체판결은 모두 5건이다. 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11 판결은 소위 '진보당사건'에 대한 재심판결이다. 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 판결은 동산의 매도인이 매수인으로부터 중도금을 수령한 이후에 이중양도를 하더라도 배임죄에 해당되지 않는다고 한 판결이다. 대법원 2011. 3. 17. 선고 2006도8839 판결은 방송기자가 국가안전기획부 정보수집팀이 타인 간의 사적 대화를 불법 녹음하여 생성한 도청자료인 녹음테이프와 녹취보고서를 입수한 후 이를 자사의 방송프로그램을 통하여 공개한 경우 정당행위에 해당되지 않는다고 한 판결이다. 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 판결은 파업 또는 집단적 노무제공거부가 업무방해죄의 위력에 해당한다고 한 종래의 입장을 변경하고 일정한 경우의 파업만이 위력에 해당된다고 한 판결이다. 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 판결은 헌법재판소가 형벌이 규정된 법률조항에 대해 헌법불합치결정을 선고하면서 개정시한을 정하여 입법개선을 촉구하였는데도 위 시한까지 법률 개정이 이루어지지 않은 경우 그 법률조항은 소급하여 효력을 상실한다고 한 판결이다.

전원합의체판결 중 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 판결만이 종래의 입장을 변경한 것이고, 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11 판결은 관여법관의 의견이 일치되었지만 재심사건에 대한 판결이므로 전원합의체에서 판결한 것이다. 나머지 세 건의 판결은 종래의 입장을 변경한 것이 아니고 관여법관의 의견이 일치하지 않아 전원합의체에 붙여진 것이다.

이 글에서는 지면의 제약상 재심사건에 관한 판결을 제외한 4개의 전원합의체 판결에 대해 살펴보기로 한다.[2]

Ⅱ. 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결

1. 사실관계 및 재판의 경과

피고인은 자신의 인쇄기를 A에게 양도하기로 하여 그로부터 1, 2차 계약금 및 중도금 명목으로 원단을 제공받아 수령하였다. 그러나 피고인은 그 인쇄기를 자신의 채권자인 B에게 기존 채무의 변제에 갈음하여 양도하였다. 피고인은 A에 대해 배임죄를 범하였다는 이유로 기소되었다.

제1심과 항소심인 서울남부지방법원은 피고인이 이 사건 동산매매계약에 따라 A에게 위

1) http://glaw.scourt.go.kr/jbsonw/jbsonc04.do.

2) 전원합의체판결 이외에 2011년도 중요 형법판례에 대해서는, 오영근, "2011년도 형법판례 회고", 한국형사판례연구회 2012년 1월 발표회 발표논문(이는 2012. 6. 발간될 형사판례연구 제20권에 게재될 예정이다) 참조.

www.kci.go.kr

인쇄기를 인도하여 줄 의무는 민사상의 채무에 불과할 뿐 타인의 사무라고 할 수 없어 피고인이 A의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다는 이유로, 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다(서울남부지법 2008. 10. 22. 선고 2008노745 판결).

검사가 상고하였으나, 대법원 전원합의체는 7대 5의 의견으로 상고를 기각하였다.

2. 판결요지

[다수의견] 매매의 목적물이 동산일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다. 동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다.

3. 평 석

(1) 부동산 이중매매에 대한 통설, 판례의 입장

부동산 물권변동에 대해 의사주의를 따랐던 구민법하에서 판례는 부동산 이중매매에 대해 횡령죄를 인정하였다.[3] 그러나 부동산 물권변동에 대해 형식주의를 따른 현행 민법하에서는 배임죄를 인정하기 시작하였고,[4] 다만 예외적으로 제1차 매매계약이 무효인 때에는 배임죄를 인정하지 않았다.[5] 1980년대에 이르러 판례는 제2차 매수인으로부터 중도금까지 받아야 제1차 매수인에 대한 배임죄의 주체가 될 수 있다는 것을 명백히 하였다.[6] 나아가 판례는 등기할 수 없는 무허가건물을 이중매매한 경우[7]나 소유권이전청구권보전을 위한 가등기를 마쳐 준 경우[8] 등에서도 배임죄를 인정하였다. 또한 토석채취권과 같은 권리를 이중매매한 경우에도 배임죄를 인정하였다.[9]

현재 형법학계의 통설[10]도 판례와 같은 입장을

3) 대법원 1961. 11. 23. 선고 4294형상586 판결.
4) 대법원 1966. 12. 20. 선고 66도1543 판결.
5) 대법원 1979. 3. 27. 선고 79도141 판결. 농지개혁법상 농지를 취득할 수 없는 자에 대하여 농지를 매도한 계약은 무효이어서 매도인은 소유권이전등기절차를 이행할 임무가 없으므로 매도인이 그 농지를 제3자에게 이중으로 양도하였다 하더라도 배임죄가 성립되지 아니한다.
6) 대법원 1983. 10. 11. 선고 83도2057 판결은 "매도인이 다시 제3자와 사이에 매매계약을 체결하고 계약금과 중도금까지 수령한 것은 제1차 매수인에 대한 소유권이전등기 협력임무의 위배와 밀접한 행위로서 배임죄의 실행착수라고 보아야 할 것이다"라고 하였는데, 이후 대법원 2003. 3. 25. 선고 2002도7134 판결은 "부동산의 이중양도에 있어서 매도인이 제2차 매수인으로부터 계약금만을 지급받고 중도금을 수령한 바 없다면 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다"라고 하였다.
7) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5173.
8) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3766.
9) 대법원 1979. 7. 10. 선고 79도961 판결(토석채취권을 매도한 자는 그 매수인에게 그들이 허가를 받는데 협력하여야 할 의무가 있으므로 위 임무에 위배하여 타인에게 토석채취권을 양도하고 소요서류를 교부하여 토석채취허가를 취득케 한 경우에는 배임죄가 성립한다). 그러나 일정한 권리에 대해서는 배임죄를 인정하지 않기도 하였다(대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1216 판결. 양품점의 임차권만의 양도계약을 체결한 경우 양수인에게 그 점포를 명도하여 줄 양도인의 의무는 양도계약에 따른 민사상의 채무에 불과할 뿐 타인의 사무라고 할 수 없으므로 위 점포의 이중양도행위는 배임죄를 구성하지 않는다).
10) 권오걸, 「형법각론」, 형설출판사, 2011, 620면 ; 김성돈, 「형법각론」, 성균관대학교출판부, 2011, 419면 ; 김일수/서보학, 「형법각론」, 박영사, 2011, 419~420면 ; 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2011, 21/32 ; 임웅, 「형법각론」, 법문사, 2011, 453면 등.

www.kci.go.kr

취하고 있다고 할 수 있다. 이와 같이 형법상으로 배임죄가 인정됨에 따라 민법상으로도 학설과 판례는 일정한 경우에는 이중매매행위가 민법 제103조의 반사회질서로서 무효가 된다고 한다.[11]

(2) 비판적 검토

부동산 이중매매에서 매도인에게 배임죄를 인정하는 근거로서 판례는 "특단의 약정이 없는 한 잔금수령과 동시에 매수인 명의로의 소유권이전등기에 협력할 임무가 있고 이 임무는 주로 위 매수인을 위하여 부담하는 임무"라고 하였다.[12] 그리고 판례는 "배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의 무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 경우라 할 것"이라고 하였다가,[13] 이후 "배임죄에서 '타인의 사무처리'로 인정되려면, 타인의 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 타인의 재산보전행위에 협력하는 경우라야만 되는 것"이라고 하여 좀더 자세하게 표현을 하였다.[14] 이와 같이 '타인의 재산보전행위에 협력하는 경우'를 포함시킨 것은 부동산 이중매매자를 배임죄의 주체에 포함시키기 위한 것이라고 볼 수 있을 것이다.

부동산을 매도하고 중도금까지 받았어도 이후 매수인에게 등기이전을 해주지 않는 것은 기본적으로 채무불이행에 불과하므로 민사문제로 해결해야 하고 형법이 개입하지 않는 것이 형법의 보충성원칙에 맞는다고 할 수 있다.[15] 따라서 부동산 이중매매에서 매도인에게 무조건 배임죄를 인정하는 것은 다음과 같은 이유에서 타당하다고 할 수 없다.

첫째, 제1매수인으로부터 중도금을 받고 이중매매를 한 경우 배임죄가 성립한다고 한다면 매수인으로부터 중도금을 받고 이중매매는 하지 않고 등기이전에 협력하지 않는 경우에도 배임죄 또는 배임미수죄를 인정해야 할 것이다.

둘째, 제1매수인으로부터 중도금까지 받았다고 하더라도 부득이 제1매수인에게 손해를 배상하고서라도 이중매매를 하거나 등기이전에 협력하지 않아야 할 경우가 있을 수 있다. 이 때문에 민사법분야에서는 민법 제103조에 위반되는 이중매매와 위반되지 않는 이중매매로 나누는 것이라고 할 수 있다. 따라서 적어도 양수인이 지급한 중도금이나 잔금을 보전할 수 있는 방안이 있는 경우 이중매매행위는 배임죄가 아니라 채무불이행의 문제로 다루어야 할 것이다.[16] 정당한 손해배상이 이루어진 경우에는 제1매수인에게 재산상 손해가 발생하였다고 하기도 어렵다.[17]

---

11) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다77101 판결. 이중양도의 반사회성을 인정하기 위해서는 제2양수인이 양도인의 배임행위를 아는 것만으로는 부족하고, 나아가 배임행위를 유인, 교사하거나 이에 협력하는 등 적극 가담하는 것이 필요하다 할 것인데, 이때에는 제2양수행위의 상당성과 특수성 및 제2양도계약의 성립과정, 경위, 양도인과 제2양수인의 관계 등을 고려하여 판단하여야 한다. 민법학계의 논의로, 황경웅, "부동산 이중양도의 반사회성에 대한 판단 기준", 「법학논문집(중앙대학교)」, 제34집 제2호, 2010, 95~118면 ; 강신웅, "부동산 이중양도에 관한 판례의 법리적 검토", 인권과 정의, 2007년 3월호, 27~42면 ; 윤진수, "반사회적 부동산 이중양도에 있어서 전득자의 지위", 「민법논고 II」, 박영사, 2007, 388~411면 등 참조.

12) 대법원 1983. 10. 11. 선고 83도2057 판결.

13) 대법원 1976. 5. 11. 선고 75도2245 판결.

14) 대법원 1984. 12. 26. 선고 84도2127 판결.

15) 배임죄긍정설에 대한 비판으로서, 허일태, "부동산 이중매매와 배임죄", 「형사법연구」, 제15호, 2001, 327~336면 ; 주지홍, "부동산이중매매에 있어서 배임죄 적용 결과 민사법질서에 미치는 부정적 영향", 「법학연구(부산대학교)」, 제51권 제2호, 2010, 319~347면.

16) 매도인이 중도금만을 받고 잔금을 받지 못한 경우에는 매수인으로 등기이전에 협력할 의무가 없다는 견해(허일태, 위의 논문, 335면)도 배임죄의 성립범위를 줄이려고 한다는 점에서 같은 방향이라고 할 수 있다.

17) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도3792 판결(연체료는 금전채무 불이행으로 인한 손해배상에 해당하므로, 공급업체가 연체료를 지급받았다는 사실만으로 공급업체가 그에 해당하는 재산상의 이익을 취득하게 된 것으로 단정하기 어렵고)은 손해배

www.kci.go.kr

셋째, 통설과 판례는 중도금 또는 잔금까지 받은 부동산매도인이 부동산매수인은 소유권취득에 협력할 의무가 있다고 한다. 그러나 타인의 소유권취득에 협력할 의무는 타인의 사무라고 할 수 없고 자기의 사무라고 해야 한다[18]. 타인의 재산보호에 '협력'할 의무는 논리적으로 보아 타인의 사무가 아니라 자기의 사무라고 해야 하기 때문이다. 마찬가지로 부동산의 매매에서도 매도인의 '협력'의무 역시 논리적으로 타인의 사무가 아니라 자기의 사무라고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 부동산 이중매매에서 배임죄를 인정하는 이유는 민사적 구제방법이 제대로 갖춰지지 않은 현실 때문일 것이다. 현실의 일반적 부동산거래를 보면 매수인은 자기의 전재산 나아가 대출금까지 투자하여 부동산을 매수하게 된다. 그리고 매매계약에서부터 소유권이전등기까지 1~2개월이 소요되지만, 이 기간동안 매수인은 자신이 지급한 계약금 및 중도금 등에 대한 어떠한 물적 담보도 제공받지 못하고 오로지 매도인의 계약이행만을 신뢰할 수 밖에 없다. 또한 매도인이 이중매매를 한 경우 선매수인이 지급한 계약금 및 중도금을 반환받을 수 있는 확실한 민사적 구제방법도 충분치 않은 편이다.

이러한 현실을 고려하면 배임죄를 긍정하는 입장도 이해할 수 있다. 그러나 이 문제는 제1차 매수인에 대한 민사적 보호를 강화하여 해결해야 하고 민사제도의 결함을 형벌로서 보완하려고 하는 것은 바람직하지도 않고 실효성도 크지 않다고 할 수 있다.

(3) 대상판결의 평가

대상판결은 동산의 이중매매에서는 배임죄가 성립하지 않는다고 한 최초의 판결이라는 점에 큰 의의가 있다. 다수의견의 결론은 타당하다고 할 수 있지만, 그 논거에는 다음과 같은 문제점이 있다.

다수의견은 부동산의 이중매매와 동산의 이중매매에서 매도인이 매수인에 대해 지니는 의무가 본질적으로 다르다고 하는 데에 비해, 반대의견은 양자가 본질적으로 다르지 않다고 한다. 이 문제에 대해서는 반대의견이 더 타당하다고 할 수 있다. 예를 들어 계약금과 중도금을 수령한 부동산의 매도인이나 동산의 매도인이나 제1차 매수인에게 부담하는 의무, 즉 그의 권리취득에 협조할 의무는 본질적으로 다르다고 할 수 없기 때문이다.

예를 들어 자동차와 같이 등록을 요하는 동산의 이중매매에서 배임죄의 인정여부가 문제될 수 있다. 이 경우 다수의견에 의하면 자동차가 동산이라는 측면을 강조하여 해결할 것인지 아니면 등록을 요한다는 점에서 부동산과 유사한 측면을 강조하여 해결할 것인지 분명하지 않다. 다른 한편, 동산의 가격이 부동산의 가격보다 훨씬 더 큰 경우 상대방의 재산보전에 협력할 의무는 부동산의 매도인보다 동산의 매도인이 작다고 할 수도 없다.

이런 의미에서 부동산과 동산의 매매계약에서 매수인의 재산을 보호할 매도인의 의무는 본질적으로 다르다고 하는 다수의견에 동의하기 어렵다.

결국 부동산 뿐만 아니라 동산의 이중매매 모두에서 배임죄를 인정하는 반대의견의 입장이나 부동산의 이중매매에서는 배임죄를 인정하고 동산의 이중매매에서는 배임죄를 인정하지 않는 다수의견의 입장 모두 문제가 있다고 할 수 있다. 어떤 매매계약에서든 계약의 일방당사자는 원칙적으로 상대방의 손해를 배상하고 계약을 이행하지 않을 권리가 있다고 해야 할 것

상을 해 준 경우 제1차매수인에게 재산상의 손해가 발생했다고 할 수 없다는 취지로도 해석할 수 있을 것이다. .

18) 허일태, 앞의 논문, 334면 ; 독일과 일본에서도 배임죄의 성립을 인정하지 않는다고 한다(외국의 경우와 우리나라에서의 견해대립을 정리해 놓은 것으로, 주지홍, 앞의 논문, 323~331면).

www.kci.go.kr

이다. 그리고 계약을 이행할 것인지 아닌지의 문제는 매수인의 사무가 아니라 매도인의 사무라고 해야 할 것이다. 따라서 가장 바람직한 해결책은 동산이든 부동산이든 이중매매의 경우 원칙적으로 배임죄를 인정하지 말아야 할 것이다.

Ⅲ. 대법원 2011. 3. 17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결

1. 사실관계 및 재판의 경과

전 안기부 내 정보수집기관인 미림팀은 당시 삼성그룹 회장비서실장 L과 중앙일보 사장 H 사이에 호텔 식당 등에서 이루어진 사적 대화를 불법 녹음하여 녹음테이프와 녹취보고서를 작성하였다. 거기에는 1997년 제15대 대통령 선거를 앞두고 여야 후보 진영에 대한 삼성그룹 측의 정치자금 지원 문제 및 정치인과 검찰 고위관계자에 대한 이른바 추석 떡값 지원 문제 등을 논의한 대화가 담겨 있었다. 미림팀장이었던 M은 이 사건 도청자료를 임의로 반출하여 자신의 집에 보관하고 있다가 N에게 넘겨주었다.

2004. 12.경 N은 문화방송의 기자였던 피고인 甲을 만난 자리에서 위 녹취보고서를 건네주면서 과거 안기부에서 불법 녹음한 것인데 그 무렵 주미대사로 임명된 H의 과거 비리를 폭로하기 위한 것이라고 하였다. 甲은 문화방송의 간부들과 상의한 결과 녹음테이프 없이 녹취보고서만으로는 이 사건 도청자료를 보도할 수 없다고 결론지었다. 甲은 미국으로 가 N를 만나 취재 사례비를 주겠다고 하고 N과 함께 귀국하여 그로부터 위 녹음테이프를 교부받았다. 甲은 위 녹음테이프를 복사한 다음 그 녹음된 음성의 성문분석을 위하여 N과 함께 다시 미국으로 건너가 확인 작업을 마친 후 그 녹취록을 작성하였다. 그런데 2005. 2.경부터 甲이 이른바 '엑스파일'을 입수하였다는 소문이 언론계에 퍼지기 시작하였다. 그 무렵 문화방송은 '안기부 엑스파일' 관련 특별취재팀을 구성하여 안기부 직원이었던 S를 찾아가는 등 이 사건 도청자료의 출처를 추적하였다. 또한 그 내용의 보도에 따른 법률검토에 착수하여 문화방송 고문변호사들로부터는 보도의 내용이 공익에 관한 것이고 국민의 알권리에 해당하는 것이어서 문제가 없다는 답변을 들었으나, 자문을 구한 다른 변호사들 기타 법조 관계인들로부터는 통신비밀보호법에 저촉될 수도 있다는 취지의 답변을 듣게 되자 그 보도를 보류하였다.

그러던 중 2005. 6.경 인터넷 언론매체에서 'MBC와 甲기자는 침묵을 깰 때'라는 기사를 게재하여 이 사건 도청자료와 관련한 문제를 제기하였다. 같은 해 7월경에는 동아일보와 조선일보 등이 각기 이 사건 도청자료의 존재와 그 내용에 관하여 비실명 요약보도의 형식으로 기사를 게재하였다. 이에 문화방송도 이 사건 도청자료를 보도하기로 결정하였다. 그런데 이 사건 불법 녹음의 피해자인 H와 L이 문화방송을 상대로 이 사건 도청자료와 관련된 일체의 보도를 하지 말 것을 구하는 방송금지가처분을 신청하였다. 이에 서울남부지방법원은 '위 녹음테이프 원음을 직접 방송하거나 녹음테이프에 나타난 대화 내용을 그대로 인용하거나 실명을 직접 거론하는 등의 방법으로 방송 등을 하지 말 것'을 내용으로 하는 가처분결정을 하였다.

이에 따라 문화방송은 2005. 7. 21. '9시 뉴스데스크' 프로그램을 통하여 '모 중앙일간지 사주와 대기업 고위관계자 간의 대화 내용이 담긴 녹음테이프를 입수하였다는 것, 위 녹음테이프에는 대기업이 1997년 대선 당시 여야 후보 진영에 로비를 하고 정치인과 검찰 고위관계자에게 대규모로 추석 떡값을 보낼 리스트를 검토하는 내용이 담겨 있다는 것, 가처분결정의 취지에 따라 당사자의 실명과 육성을 공개하지 않는다는 것'을 보도하는 수준에 그쳤다. 그러나 그

www.kci.go.kr

다음날인 7월 22일부터 후속보도로 이 사건 도청자료를 입수하게 된 경위와 그 수록내용을 대선자금 제공, 여야 로비, 검찰 고위인사 관리 등으로 세분하여 상세히 보도하면서 대화 당사자와 대화에 등장하는 정치인들의 실명을 공개하였다. 한편 제15대 대통령 선거 당시 기업들이 정치권에 대선자금을 제공한 것과 관련하여 위 보도 이전에 이미 수사가 이루어졌다.

피고인은 통신비밀보호법 제16조 제1항 제1호, 제2호의 죄를 범하였다는 이유로 기소되었다. 피고인은 자신의 행위가 정당행위로 위법성이 조각된다고 하였으나 항소심인 서울고등법원은 피고인에게 유죄를 선고하였다(서울고법 2006. 11. 23. 선고 2006노1725 판결).

피고인이 상고하였으나, 대법원 전원합의체는 8대 5의 의견으로 피고인의 상고를 기각하였다.

2. 판결요지

[다수의견] 방송사 기자인 피고인이, 구 국가안전기획부 내 정보수집팀이 대기업 고위관계자와 모 중앙일간지 사주 간의 사적 대화를 불법 녹음하여 생성한 녹음테이프와 녹취보고서로서, 1997년 제15대 대통령 선거를 앞두고 위 대기업의 여야 후보 진영에 대한 정치자금 지원 문제 및 정치인과 검찰 고위관계자에 대한 이른바 추석 떡값 지원 문제 등을 논의한 대화가 담겨 있는 도청자료를 입수한 후 그 내용을 자사의 방송프로그램을 통하여 공개한 사안에서, 피고인이 국가기관의 불법 녹음을 고발하기 위하여 불가피하게 위 도청자료에 담겨있던 대화 내용을 공개하였다고 보기 어렵고, 위 대화가 보도 시점으로부터 약 8년 전에 이루어져 그 내용이 보도 당시의 정치질서 전개에 직접적인 영향력을 미친다고 보기 어려운 사정 등을 고려할 때 위 대화 내용이 비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우에 해당한다고 보기도 어려우며, 피고인이 위 도청자료의 취득에 적극적·주도적으로 관여하였다고 보는 것이 타당하고, 이를 보도하면서 대화 당사자들의 실명과 구체적인 대화 내용을 그대로 공개함으로써 수단이나 방법의 상당성을 결여하였으며, 위 보도와 관련된 모든 사정을 종합하여 볼 때 위 보도에 의하여 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익 및 가치보다 우월하다고 볼 수 없으므로, 피고인의 위 공개행위가 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 않는다.

3. 평석[19]

(1) 대상판결의 취지

대상판결은 불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니한 언론기관이, 그 통신 또는 대화의 내용이 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 것이라는 사정을 알면서도 이를 보도하여 공개하는 행위가 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각되기 위한 요건을 상세히 제시하고 있다. 즉, 대상판결은 비록 언론기관이 불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니하였더라도 불법 감청·녹음하였다는 사정을 알았다면 그 보도행위는 매우 엄격한 요건을 갖추지 않는 한 정당행위가 될 수 없다고 한다. 이는 국민의 알권리 또는 공익보다는 통신비밀 또는 개인의 명예나 프라이버시를 우선시하는 것이라고 할 수 있다.[20]

19) 대상판결에 대한 평석으로, 이희경, "통신비밀보호법위반죄와 정당행위", 한국형사판례연구학회 2011년 9월 발표회 발표논문 ; 미국의 판례들과 대상판결의 원심판결을 비교하여 비판적 검토를 한 것으로, 허순철, "언론의 자유와 통신비밀 : '안기부 X파일' 사건과 미국연방대법원 판례와의 비교를 중심으로", 「헌법학연구」 제13권 제3호(제2책), 2007, 663~698면.

20) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도14442 판결은 국회의원이 대상판결에서 문제되었던 불법감청한 내용을 자신의 인터넷 홈

www.kci.go.kr

(2) 다수의견과 반대의견의 비교

대상판결의 다수의견과 반대의견을 비교하면 다음과 같다.

첫째, 다수의견은 언론기관의 통신비밀 공개가 불법 감청・녹음 등의 범죄가 저질러졌다는 사실 자체를 알리기 위한 과정에서 불가피하게 이루어진 경우에 그 위법성이 조각될 수 있다고 한다. 이에 대해 반대의견은 이러한 다수의견은 어떤 경우에도 통신비밀의 공개는 허용하지 않겠다는 것이나 다름없는 것이라고 비판한다.

둘째, 다수의견은 테러범의 테러계획, 타인을 상대로 한 범죄모의 등 통신 또는 대화의 내용이 직접적이고도 임박한 위험을 내용으로 하는 극히 예외적인 경우에만 공개가 허용되는데 이 사건 도청자료는 이러한 '비상한 공적 관심의 대상'에 해당하지 않는다고 한다. 이에 대해 반대의견은 이러한 다수의견의 기준은 통신의 비밀 보호와 언론의 자유 사이의 충돌을 조정하기 위한 한계 설정의 기준으로서 아무런 기능을 하지 못하고, 다수의견의 기준을 따르자면 이 사건 도청자료는 부분적이 아니라 전면적으로 공개금지되었어야 했다고 비판한다.

셋째, 다수의견은 언론기관이 그 입수한 통신 또는 대화의 내용이 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 된다고 판단하였다면 이를 토대로 심층・기획 취재를 통해 이와 관련된 사실을 밝혀내어 보도해야 한다는 입장을 취한다. 이에 대해 반대의견은 이러한 다수의견은 언론기관에 대하여 불가능한 것을 요구하는 것이라고 비판한다.

넷째, 다수의견은 언론기관이 불법 감청・녹음 등의 결과물을 위법한 방법으로 취득하거나 그 취득에 적극적・주도적으로 관여하여서는 안되므로, 언론기관이 일정한 대가를 지급하고 불법 감청・녹음 등의 결과물을 취득한 이 사건에서는 보도행위의 위법성이 조각되지 않는다고 한다. 이에 대해 반대의견은 언론기관이 불법 감청・녹음 등을 교사 내지 방조한 경우라면 몰라도, 언론기관이 사후에 감청・녹음 등의 결과물이 존재한다는 사실을 알게 되어 그 결과물을 입수하는 과정에서 상당한 대가를 지급하더라도 이를 무조건 비난할 것은 아니라고 비판한다.

다섯째, 다수의견은 피고인의 행위가 정당행위에 요구되는 방법의 상당성과 법익균형성을 상실하였다고 한다. 이에 대해 반대의견은 다수의견이 통신의 비밀 보호와 언론의 자유가 서로 충돌하는 지점에서 통신의 비밀 보호에 편향됨으로써 두 기본권이 모두 최대한 실현될 수 있는 조화점이나 경계를 찾는 데 소홀히 하였다고 비판한다.

(3) 평가

대상판결에서 피고인에게 문제된 죄책은 형법상의 명예훼손죄가 아닌 통신비밀보호법 제16호 제1항 위반죄(다음 각 호의 1에 해당하는 자는 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다. 1. 제3조의 규정에 위반하여 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자. 2. 제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자)이다.

통신비밀보호법 제16조 제1항은 과잉범죄화와 처벌의 불균형이라는 문제점이 있다. 동 제1호는 타인간 대화의 녹음행위와 단순히 청취행위를 동일하게 처벌하고 있고, 제2호는 그로 인해 지득한 내용의 공개・누설행위도 불법감청 등 행위와 동일하게 처벌하고 있다. 공연성을 요구하지 않아 특정소수인에게 공개・누설하더라도 처벌하도록 되어 있고, 법정형도 명예훼손

페이지에 게재한 행위에도 마찬가지의 법리를 적용하였다.

www.kci.go.kr

죄보다 매우 넓다. 통신비밀법 제16조 제1항 제1호의 보호법익에 사회적이나 국가적인 것도 있다고 할 수 있지만, 제2호의 보호법익은 주로 대화에 등장하는 개인들의 명예라고 할 수 있기 때문에 명예훼손죄 이외에 이러한 규정을 두어야 하는지도 의문이다.[21]

이와 같이 정당성이 별로 없는 형벌규정을 해석할 때에는 매우 엄격하게 해석하는 것이 형법해석의 기본원칙이라고 할 수 있다. 제16조를 넓게 해석하면 국민의 알 권리나 표현의 자유를 부당하게 침해할 염려가 있기 때문이다. 특히 제2호가 명예훼손죄의 성격을 지니고 있는 것이라면 당연히 명예훼손죄의 위법성조각을 규정한 형법 제310조가 여기에도 적용되어야 할 것이다.

형법 제310조는 적시한 사실이 진실이고 공공의 이익을 위한 것이라면 그 사실을 어떻게 지득하게 되었는지는 문제삼지 않는다. 나아가 판례는 객관적으로 허위의 사실을 적시하였다고 하더라도 행위자가 진실하다고 믿었으며 그와 같이 믿은 데에 객관적인 상당한 이유가 있는 경우 위법성이 조각될 수 있다고 한다[22]. 또한 사실의 진실성과 공익성에 대해 행위자에게 입증책임이 있다고 하면서도,[23] 그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니라고 한다.[24]

피고인의 행위가 형법 제310조에 의해 위법성이 조각될 수 없더라도 형법 제20조의 정당행위로 위법성이 조각될 수 있음은 물론이다. 일반적으로 판례는 정당행위가 되기 위해서는 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호법익과 침해법익과의 법익균형성, 긴급성, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다고 한다.[25] 이에 비해 대상판결은 언론기관이 정보를 적극적·주도적으로 수집하여서는 안된다고 하는 등 피고인의 행위가 정당행위가 되기 위한 요건을 훨씬 더 엄격하게 요구하고 있는데, 왜 이렇게 훨씬 엄격한 요건이 필요한지 의문이다.

이러한 의미에서 다수의견보다는 반대의견의 논거가 훨씬 설득력이 있다고 생각된다. 이 사건에서 다수의견은 불법감청·녹음 등 절차적 문제점을 중시한다. 그러나 대상판결에서 피고인이 불법감청·녹음을 하지는 않았으므로 피고인이 공개한 내용을 중요시해야 했을 것이다. 감청·녹음된 내용이 정경유착, 재벌과 검찰의 증·수뢰나 유착, 선거법위반 등과 같이 아직까지도 우리 사회의 기본적 정의를 침해하는 심각한 문제이고, 이에 대한 국민의 관심이 여전히 지대하고, 다른 방법에 의해 그 내용을 국민들에게 알릴 방법이 없는 상황에서 피고인의 행위는 정당행위라고 해야 할 것이다.[26]

Ⅳ. 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결

1. 사실관계 및 재판의 경과

21) 이와 관련하여, 원혜욱, "감청행위의 실태 및 입법례의 비교고찰", 「형사법연구」, 제24호, 2005, 187~212면 ; 김형준, "현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안 : 통신제한조치와 대화감청을 중심으로", 「형사법연구」, 제24호, 2005, 213~236면 ; 이정원, "도청정보의 공개에 관한 법적 고찰", 「형사법연구」, 제24호, 2005, 237~256면 ; 한생일, "감청의 헌법적 문제와 통신비밀보호법의 개정방향 : 독일의 판례와 법령을 중심으로", 「형사법과 헌법이념」, 제3권, 2010, 501~539면 등 참조.

22) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94도3191 판결 ; 대법원 2007.12.14. 선고 2006도2074 판결 등.

23) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2006도8544 판결.

24) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결.

25) 대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도4378 판결 외 다수판결.

26) 대상판결은 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체판결(소위 '삼성에버랜드사건'에 관한 판결)을 연상시키는데, 양자 모두 재벌에게 유리하다는 공통점이 있다.

www.kci.go.kr

한국철도공사의 노동자측과 사용자측은 노사교섭을 하게 되었는데, 피고인을 비롯한 전국철도노동조합 집행부는 '파업 없이 성실히 교섭할 것을 서면으로 확약한다'는 확약서를 제출하였다. 이에 특별조정위원회는 '향후 노동조합이 약속을 지키지 아니하고 쟁의행위에 돌입할 가능성이 현저한 경우에는 당해 사업장을 중재에 회부할 것을 권고한다'는 내용의 2005. 11. 25.자 조건부 중재회부 권고를 하였고, 중앙노동위원회 위원장은 그 취지를 존중하여 2005. 11. 25.과 2005. 12. 16. 두 차례에 걸쳐 위와 같은 취지의 중재회부보류결정을 하였다. 그런데 전국철도노동조합과 한국철도공사 간의 단체교섭이 2006. 2. 28. 최종적으로 결렬되자 같은 날 21:00부로 중앙노동위원회 위원장이 직권중재회부결정을 하였음에도 불구하고, 피고인을 비롯한 전국철도노동조합 집행부는 2006. 2. 7.자 결의에 따라 예정대로 파업에 돌입하여 이를 지속할 것을 지시하였다. 이에 전국철도노동조합 조합원들은 2006. 3. 1. 01:00경부터 같은 달 4일 14:00경까지 서울철도차량정비창 등 전국 641개 사업장에 출근하지 아니한 채 업무를 거부하여 열차운행이 중단되도록 하였고, 한국철도공사는 영업수익 손실과 대체인력 보상금 등 총 135억 원 상당의 손해를 입었다.

피고인등은 위력에 의한 업무방해죄로 기소되었다. 항소심인 서울중앙지방법원은 피고인에게 유죄를 선고하였다(서울중앙지법 2006. 12. 20. 선고 2006노1532 판결).

피고인이 상고하였으나, 대법원은 전원합의체판결에서 8 대 5의 의견으로 피고인의 상고를 기각하였다.

2. 판결요지

[다수의견] 근로자는 원칙적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지므로(헌법 제33조 제1항), 쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다. … 이와 달리, 근로자들이 집단적으로 근로의 제공을 거부하여 사용자의 정상적인 업무운영을 저해하고 손해를 발생하게 한 행위가 당연히 위력에 해당하는 것을 전제로 노동관계 법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한 업무방해죄를 구성한다는 취지로 판시한 대법원 1991. 4. 23. 선고 90도2771 판결, 대법원 2006. 5. 25. 선고 2002도5577 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경한다.

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

www.kci.go.kr

3. 평석

(1) 대상판결의 취지

종래 대법원판결은 근로자들이 집단적 파업은 원칙적으로 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당되고, 다만 법령에 의한 행위등으로 위법성이 조각될 수 있다고 하였다[27]. 대상판결은 이러한 종래의 입장을 변경하고, 모든 파업이 위력에 의한 업무방해죄에 해당되는 것은 아니라고 한다. 즉, 대상판결은 위력에 의한 업무방해죄에 해당되는 집단적 파업의 범위를 제한하고 있다.

(2) 다수의견과 반대의견의 비교

대상판결의 다수의견과 반대의견의 입장 차이 중 중요한 것은 다음과 같다.

첫째, 다수의견에 의하면 일정한 범위의 집단적 파업만이 위력의 행사에 해당되지만, 반대의견에 의하면 집단적 파업은 위력의 행사에 해당되지 않는다.

둘째, 집단적 파업을 위력의 행사라고 할 경우 다수의견에 의하면 작위에 의한 위력의 행사이지만, 반대의견에 의하면 부작위에 의한 위력의 행사이다.

셋째, 위력에 해당되는 집단적 파업은 다수의견에 의하면 당연히 위력에 의한 업무방해죄에 해당되지만, 반대의견에 집단적 파업은 작위의무, 보증인적 상황, 동가치성 등 부작위범의 요건을 충족하지 못한다.

넷째, 다수의견은 단순파업을 작위에 의한 위력의 행사라고 하더라도 죄형법정주의에 반하지 않는다고 하지만, 반대의견은 죄형법정주의에 반한다고 한다.

다섯째, 처벌할 필요가 있는 단순파업은 다수의견에 의하면 업무방해죄와 노동관계법 모두에 의해 처벌해야 하지만, 반대의견에 의하면 노동관계법에 의해 처벌하면 족하다.

(3) 평가

가. 파업과 위력의 행사

다수의견이든 소수의견이든 파업을 당연히 위력에 의한 업무방해죄에 해당된다고 한 종래 판례의 입장을 거부하고 있다는 점에서 대상판결은 그 의미가 매우 큰 판결이라고 할 수 있다.[28]

종래의 판례는 "근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 및 노동쟁의 발생신고 등 절차를 거쳐야 하는 한편, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다"고 한다.[29] 이에 따라 조합원의 찬반투표를 거치지 않거나,[30] 정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정을 반대하기 위한 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다[31]고 하는 등 최근까지 쟁의행위의 위법성조각을 지나치게 좁게 인정하였다고 할 수 있다.

27) 대법원 1991. 4. 23. 선고 90도2771 판결 ; 대법원 2006. 5. 25. 선고 2002도5577 판결 등
28) 이 판결에 대한 평석으로, 백원기, "쟁의행위로서 파업의 업무방해죄 성립여부에 관한 고찰", 한국형사판례연구회, 2011년 7월 발표회 발표논문.
29) 대법원 2000. 5. 12. 선고 98도3299 판결.
30) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결.
31) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11030 판결.

www.kci.go.kr

대상판결은 쟁의행위의 위법성조각범위를 지나치게 좁게 인정하였던 종래의 판례에 대한 비판과 반성에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 종래 판례의 지나치게 엄격한 태도를 극복하기 위해 파업 등을 위력의 행사에 해당되지 않는다고 함으로써 업무방해죄의 적용범위에서 배제하려는 시도도 있었고,[32] 헌법재판소도 같은 취지의 결정을 하였는데,[33] 대상판결의 다수의견이든 소수의견이든 강도의 차이는 있지만 기본적으로 이러한 입장을 따르는 것이라고 할 수 있다.

그러나 대상판결의 다수의견과 반대의견 모두 다음과 같은 이유에서 동의하기 어렵다.

첫째, 파업은 단순히 개개 근로자의 근로계약불이행의 경합이 아니라 근로자의 공동의사에 의한 근로계약의 불이행이라고 할 수 있다. 파업이 단순히 개개 근로자의 근로계약불이행의 경합에 불과하다면 쟁의수단이 될 수 없을 것이다. 상대방의 의사를 제압할만한 힘의 행사가 없는 쟁의수단이란 무의미하기 때문이다. 이러한 의미에서 파업은 사용자의 의사를 제압할만한 힘의 행사로서 위력의 행사에 해당된다고 해야 한다.

둘째, 집단파업은 부작위에 의한 위력의 행사라기 보다는 작위에 의한 위력의 행사라고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 근로자들이 파업을 하기로 하는 경우 서로 간의 의사연락을 하고, 파업 개시일시, 기간, 파업종료의 조건 등을 사용주나 경영진에게 알리는 등의 행위를 하게 된다. 집단파업은 단순히 근로계약의 불이행만이 아니라 이러한 일련의 과정이 모두 포함되어 있는 포괄적 행위이다. 따라서 파업은 부작위에 의한 위력의 행사가 아니라 작위에 의한 위력의 행사라고 보아야 한다. 이와 같이 작위에 의한 위력행사로 파악한다면 반대의견이 지적하는 것처럼 근로계약을 이행할 작위의무가 있느냐의 문제 등은 아예 발생하지 않는다.

이러한 의미에서 집단파업은 원칙적으로 업무방해죄의 구성요건에 해당되지만 법령에 의한 행위 기타 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로서 위법성이 조각된다고 하는 종전 판례의 입장이 오히려 타당하다고 할 수 있다. 종전의 판례의 문제점은 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건해당성을 너무 넓게 파악하였다는 데에 있다기 보다는 위법성조각을 너무 좁게 인정하였다는 데에 있다고 할 수 있다. 대상판결이 이러한 종전의 입장을 시정하려고 한 노력은 높이 평가할 수 있지만 그 방법은 업무방해죄의 구성요건해당성을 좁게 인정하는 것이 아니라 위법성조각을 넓게 인정하는 것이어야 한다.

특히 반대의견이 근로권이 헌법상 보장된 권리이므로 적법한 파업은 위력에 해당되지 않는다고 한 것은 적법한 사형집행은 살인죄의 구성요건에 해당되지 않는다고 하는 것과 같다고 할 수 있다. 사형 역시 헌법상의 근거가 있으며 적법하게 행해져야 하는데, 이 경우에도 통설은 사형이 살인죄의 구성요건해당성이 있지만 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각된다고 한다. 적법한 파업은 업무방해죄의 구성요건해당성이 없다고 하는 것은 위법하지 않은 행위는 구성요건해당성도 없다고 하는 소극적 구성요건요소이론과 유사한 입장이라고 할 수 있는데, 통설은 소극적 구성요건요소이론을 받아들이지 않는다.[34]

만약 파업을 업무방해죄의 구성요건에 해당

32) 이러한 논의를 소개한 것으로, 도재형, "쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 법리에 관한 검토", 「성균관법학」 제20권 제3호, 2008, 123~142면 ; 이호중, "노동쟁의와 형법 : 쟁의행위에 대한 형법의 판단구조", 「비교형사법연구」, 제8권 제2호, 2006, 649~664면 ; 박형준, "쟁위행위로서의 파업은 당연히 업무방해죄에 해당하는가", 「조세」, 제276호, 2011, 158~171면 ; 정인섭, "쟁의행위와 업무방해죄 : 파업에 대한 기본관념", 「노동과 법」, 제3호, 2002, 179~194면 등.

33) 헌재 2010. 4. 29, 2009헌바168. 단체행동권의 행사로서 노동법상의 요건을 갖추어 헌법적으로 정당화되는 행위를 범죄행위의 구성요건에 해당하는 행위임을 인정하되, 다만 위법성을 조각하도록 한 취지라는 해석은 헌법상 기본권의 보호영역을 하위 법률을 통해 지나치게 축소시키는 것이다.

www.kci.go.kr

되지 않는다고 하기 위해서는 위력에 의한 업무방해죄를 삭제해야 할 것이다. 그러나 이것은 형법입법의 문제이지 형법해석의 문제는 아니다.

나. 업무의 주체

대상판결과 관련하여, 회사의 업무가 누구의 업무인가를 분명히 해야 할 필요가 있다. 업무방해죄의 업무는 타인의 업무여야 한다. 여기에서 회사의 업무가 주주나 소유주 또는 경영진의 업무인지 아니면 근로자의 업무도 될 수 있는지, 나아가 이 모두의 공동업무인지를 살펴보아야 할 필요가 있다. 그리고 이에 따라 각 구성원들의 의무불이행이 위력에 의한 업무방해죄에 해당되는지를 살펴봐야 할 것이다. 만약 공동의 업무라고 할 경우에는 공동의 업무를 타인의 업무와 자기의 업무 중 어디에 해당되는지도 결정해야 한다.

종래의 판례를 보면 임원들이나 사용주나 경영진들의 업무방해죄가 문제된 경우는 거의 없고, 주로 근로자들의 업무방해죄만이 문제가 되었다. 그러나 만약 회사의 업무 주체에 근로자도 포함된다고 한다면, 예를 들어 주주가 집단으로 주금납입을 거부한다든가 경영진이 집단으로 사표를 제출하는 등의 행위를 할 경우 그것이 위력에 의한 업무방해죄에 해당된다고 할 수도 있기 때문이다.

V. 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결

1. 사실관계 및 재판의 경과

집회 및 시위에 관한 법률(이하 '집시법'이라 한다) 제10조는 "누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할 경찰관서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다"고 규정하고 있었다. 피고인은 야간옥외집회를 주최하여 위 조항위반죄(제10조 본문, 제23조 제1호)를 범하였다는 이유로 기소되어 제1심과 항소심(부산지법 2008. 8. 7. 선고 2008노1809 판결)에서 유죄판결을 받았다.

피고인이 상고하였는데, 헌법재판소가 "집시법 제10조 중 '옥외집회' 부분 및 제23조 제1호 중 '제10조 본문의 옥외집회' 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.", "만일 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 위 법률조항들은 2010. 7. 1.부터 그 효력을 상실하도록 한다."라는 내용의 헌법불합치결정을 선고하였으나,[35] 국회는 2010. 6. 30.까지 집시법의 위 조항들을 개정하지 않았다.

대법원 전원합의체는 항소심판결을 파기하고 사건을 부산지방법원 본원 합의부에 환송하였다. 이 판결의 결론에는 찬성하지만 위 규정의 효력상실 시기는 다수의견과 달리 파악하는 3명의 대법관의 별개의견이 있다.

2. 판결요지

[다수의견] 헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌결정에 해당하고, 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것, 이하 '집시법'이라 한다) 제23조 제1호는 집회 주최자가 집시법 제10조 본문을 위반할 것을 구성요건으로 삼고 있

34) 소극적 구성요건요소이론의 내용과 문제점에 대해서는, 오영근, 「형법총론」, 박영사, 2010, §8/11~15.
35) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌가25.

www.kci.go.kr

어 집시법 제10조 본문은 집시법 제23조 제1호와 결합하여 형벌에 관한 법률조항을 이루게 되므로, 집시법의 위 조항들(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)에 대하여 선고된 헌법불합치결정은 형벌에 관한 법률조항에 대한 위헌결정이다. 그리고 헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 형벌에 관한 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된 경우 그 조항이 소급하여 효력을 상실한다고 규정하고 있으므로, 형벌에 관한 법률조항이 소급하여 효력을 상실한 경우에 당해 조항을 적용하여 공소가 제기된 피고사건은 범죄로 되지 아니한 때에 해당하고, 법원은 이에 대하여 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄를 선고하여야 한다.

3. 평석

(1) 대상판결의 의의

대상판결은 형벌법규에 대해 헌법재판소의 헌법불합치결정이 있음에도 불구하고 국회가 개정시한까지 개정하지 않은 경우 그 형벌법규는 헌법재판소가 정해준 개정시한에 효력을 상실하는 것이 아니라 소급하여 효력을 상실한다고 한 최초의 대법원판결이라는 점에 의의가 있다. 대상판결은 형벌법규에 대해 헌법재판소의 합헌결정이 내려진 이후 위헌결정이 내려진 경우 그 형벌법규가 합헌결정이 있었던 때까지만이 아니라 그 이전까지 소급하여 효력을 상실한다고 한 판결[36]의 취지와 유사하다고 할 수 있다.

(2) 평가

헌법재판소는 어느 형벌법규에 합헌적 부분과 위헌적 부분이 있는 경우 여러 가지 점을 고려하여 변형결정인 헌법불합치결정을 선고하여 왔다. 헌법재판소가 위헌이라고 결정한 것이 아니라 헌법불합치결정을 하여 국회에게 법개정을 촉구하였음에도 불구하고 국회가 법개정을 하지 않았을 경우 그 형벌법규의 효력 유무는 헌법재판소법 제47조 제2항 등 관련 법률의 해석에 의해 결정될 문제라고 할 수 있다.

왜냐하면 헌법재판소에게 형벌법규의 효력기간을 정할 권한이 있다고 할 수 없고, 헌법재판소가 정해 준 법개정시한은 그야말로 개정의 시한이지 형벌법규의 효력기간이라고 할 수는 없기 때문이다. 그리고 헌법불합치결정을 받은 형벌법규의 어느 부분이 합헌적이고 어느 부분이 위헌적인지 확실하지 않은 경우 전부가 위헌적이라고 해석하는 것이 형법해석의 원칙에 맞는다고 할 수 있다. 나아가 국회가 법개정시한까지 형벌법규를 개정하지 않았을 때에는 국회가 그 형벌법규를 위헌이라고 하더라도 법적 공백으로 인한 혼란이나 법적 안정성의 교란, 국회의 입법형성의 자유 침해는 존재하지 않는다고 판단한 것이라고 해석해야 할 것이다.

이러한 의미에서 헌법재판소가 정해 준 법개정시한까지 형벌법규가 효력을 유지한다고 하는 별개의견보다는 소급하여 효력을 상실한다고 하는 다수의견이 더 설득력이 있다고 할 수 있다.

주제어 : 동산의 이중매매, 통신비밀보호법, 집단파업, 소급적 무효

Key Word : The Double Selling of the Unmovable Assets, The Act of Communication Secret Protection, The Strike, Retroactively Unvalid

36) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도5605 판결. 이 판결에 대한 평석으로, 이정념, "위헌결정 형벌규정의 소급효", 한국형사판례연구회 2011년 6월 발표회 발표논문.

www.kci.go.kr