

상급자의 강압적 업무지시와 업무방해죄의 성립여부

이 중 수 *

논 문 요 약

형법은 허위사실을 유포하거나 위계 또는 위력으로 사람의 업무를 방해한 자를 업무방해죄로 의율하고 있는데, 그 규정 자체가 포괄적일 뿐만 아니라 대법원도 개별 구성요건을 폭넓게 인정하고 있어 실무상 남용의 문제가 제기된다. 최근 사회적으로 문제가 되고 있는 소위 ‘갑질 사건’에서 형사처벌을 강화해야 한다는 움직임이 대두하고 있는데, 업무방해죄가 적용될 수 있는지 검토가 필요하다.

상급자의 강압적인 업무지시와 관련하여서는 특히 ‘업무’, ‘위력’, 그리고 ‘업무방해의 결과’가 문제된다. 먼저 ‘업무’와 관련하여 일반적으로 업무의 타인성이 요구되고 있지만, 이는 전속적 타인성으로 이해할 필요가 있고, ‘위력’과 관련해서는 제한적으로 해석하여 단순한 욕설이나 업무 충돌은 그 범위에서 배제할 필요가 있으며, 마지막으로 현재 다수설과 판례는 업무방해죄를 추상적 위험범으로 이해하고 있지만, 형법 규범의 문언적 해석 등에 의할 때 침해범으로 해석할 필요가 있다.

따라서, 직장 내에서 상급자가 다소 강압적으로 업무를 지시하였다고 하더라도 이에 대하여 바로 업무방해죄를 적용하는 것은 무리가 있으며, 최근 부하직원에게 욕설을 하며 업무를 지시한 상사의 업무방해 사건에서 법원이 무죄를 선고한 것 역시 이러한 측면에서 이해할 수 있다.

[주제어] 업무방해죄, 업무, 타인의 업무, 위력, 침해범, 위험범, 업무지시

■ 논문접수 : 2019. 5. 27.

■ 심사개시 : 2019. 6. 3.

■ 게재확정 : 2019. 6. 19.

* 법무법인 세종 변호사.

목 차

I. 들어가며 II. 업무방해죄를 둘러싼 일반적인해석론 1. 업무방해죄의 의의 및 보호법익 2. 업무방해죄의 연혁 3. 업무방해죄의 ‘업무’에 대한 해석 III. 상급자의 강압적 업무지시의 업무방해죄 성립 여부 1. 문제의 소재 - 문제 사안의 제시 및 검찰·법원의 판단	2. 하급자의 ‘업무’가 ‘타인의 업무’에 해당하는지 여부 3. 하급자에게 강압적으로 업무지시를 한 것이 ‘위력’에 해당하는지 여부 4. 강압적 업무지시로 인한 업무방해의 ‘결과’가 필요한지 여부 5. 다른 범죄와의 관계 IV. 마치며 ※ 참고문헌
--	--

I. 들어가며

직장 내 상급자가 약간(?)의 욕설과 함께 강압적으로 업무를 지시한 경우 업무방해죄가 성립할 것인가? 형법상 업무방해죄는 ‘허위사실 유포·위계·위력’을 통해 ‘사람의 업무’를 ‘방해’한 경우 성립하는데(형법 제314조 제1항), 다수설과 판례는 그 중 ‘위력’은 일반적인 폭력이나 협박에 이르지 않더라도 사람의 자유의사를 제압할 정도면 족하고,¹⁾ ‘업무’는 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무나 사업의 일체라고 하여 넓게 해석하고 있으므로,²⁾ 상급자의 강압적 업무지시는 일응 형법상 업무방해죄에 해당할 여지가 커 보인다.

위와 같은 업무방해죄의 구성요건적 포괄성에 따라 실무에서는 본죄를 마치

1) 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2019, 238, 239면; 김일수/서보학, 새로운 형법각론(제9판), 박영사, 2018, 180면; 배종대, 형법각론(제10전정판), 홍문사, 2018, 213면; 이재상, 형법각론(제9판), 박영사, 2013, 213면; 대법원 2013. 5. 23. 선고 2011도12440 판결.

2) 김성돈, 앞의 책, 235면; 김일수/서보학, 앞의 책, 177면; 배종대, 앞의 책, 207, 208면; 이재상, 앞의 책, 208면; 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도8701 판결.

전가의 보도처럼 사용해 왔는데,³⁾ 최근 모 대기업의 A전무가 회의 도중 참석자 일부에게 유리컵을 던지며 욕설을 하였다는 소위 ‘물벼락 갑질’ 사건에서 경찰은 당초 특수폭행 혐의를 적용하여 수사를 하다가, A전무 측에서 유리컵을 사람에게 직접 던지지 않았고, 피해자와 합의를 하였다는 등의 변론을 하자, A전무가 피해자의 회의 관련 업무를 방해하였다면서 업무방해죄로 추가 입건한 후 검찰에 구속영장을 신청하기도 하였다.⁴⁾

최근 들어 부하직원들을 상대로 욕설을 하거나 심지어 폭행이나 협박을 하는 소위 직장 내 ‘갑질’이 심각한 사회문제로 부각되고 있다. 한국노동연구원의 2017년도 실태조사에 의하면, 최근 5년 간 직장 내에서 직접 괴롭힘 등 피해를 경험했다는 비율이 66.3%로 나타났으며, 그 중 협박이나 모욕, 심한 폭언과 같은 정신적인 공격을 당했다는 응답자가 24.7%로 가장 높은 비중을 차지하였다.⁵⁾ 이에 따라 정치권에서는 직장 내 괴롭힘을 막겠다면서 근로기준법과 산업안전보건법 등의 다수 개정안을 제출하였고, 올해 1월 15일 개정된 근로기준법⁶⁾은 제76조의2와 제76조의3을 신설하여 직장 내 괴롭힘이 발생할 경우 이에 대한 사실확인 조사를 실시하고 불리한 처우를 하지 못하도록 하는 내용을 추가하였다.⁷⁾

그동안 업무방해죄에 대하여는 (i) ‘업무’의 성격과 관련하여 공무도 업무에 포함되는지 여부⁸⁾ 및 위법한 업무도 본죄의 보호대상인 업무에 포함되는지

3) 이승준, “위장취업’과 업무방해죄의 성부 판단”, 『한양법학』, 제25권 제1호(통권 제45호), 한양법학회(2014), 317면.

4) 2018. 4. 24.자 한겨레, “경찰, 조현민 전무에 상습폭행·업무방해 적용 검토”. 그러나, 검찰은 구속영장을 청구하지 않았고, 업무방해죄는 물론 폭행 혐의에 대하여도 모두 불기소처분을 하였다(2018. 10. 15.자 매일경제, “‘물벼락 갑질’ 조현민 전 대한항공 전무 불기소 처분…… ‘무혐의’로 사건 일단락”).

5) 김근주/이경희, 직장 내 괴롭힘 실태와 제도적 규율 방안, 한국노동연구원, 2017, 64, 71면.

6) 법률 제16270호.

7) 위 신설조항은 2019. 7. 16.부터 시행될 예정이다.

8) 대법원은 공무가 여기의 업무에 포함되지 않는다고 보고 있다(대법원 2009. 11. 19. 선고 2009

여부, (ii) ‘위력’과 관련하여 쟁의행위를 업무방해죄로 볼 수 있는지 여부, (iii) ‘위계’와 관련하여 위장취업을 위계로 볼 수 있는지 여부 등에 대하여는 상당한 연구가 이루어져 왔으나, 직장 내 업무 과정에서 발생하는 유형력의 행사가 업무방해죄에 해당하는지 여부에 대한 논의는 상대적으로 부족하였다.

이에 본 논문에서는 업무방해죄의 입법적인 연혁과 함께 그동안 이루어졌던 업무방해죄의 해석론을 특히 ‘업무’의 성질과 관련하여 살펴본 후, 구체적으로 상급자가 강압적으로 업무를 지시한 사례를 토대로 (i) 이러한 경우 하급자의 업무를 ‘타인의 업무’라고 볼 수 있는지 여부, (ii) 상급자가 폭언 등을 하면서 업무지시를 한 경우 ‘위력’에 포함될 수 있는지 여부, (iii) 실제로 업무방해의 ‘결과’가 발생하여야 하는지 여부에 대하여 살펴보도록 하겠다.

II. 업무방해죄를 둘러싼 일반적인 해석론

1. 업무방해죄의 의의 및 보호법익

업무방해죄는 허위의 사실을 유포하거나 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 때에 성립하는 범죄(형법 제314조 제1항)로서, 신용훼손죄(제313조)와 함께 제34장 ‘신용, 업무와 경매에 관한 죄’의 하나로 규정되어 있다.

본죄의 보호법익을 둘러싸고는, (i) 사람의 업무를 보호법익으로 한다는 견해⁹⁾와 (ii) 업무와 관련된 개인의 경제적·사회적 활동의 자유와 안전을 보호법익으로 한다는 견해¹⁰⁾가 대립한다. 양 학설의 실익과 관련하여, (i)과

도4166 전원합의체 판결). 이에 반해 일본 최고재판소는 종래 업무방해죄에 있어 업무에는 공무원의 직무가 포함되지 않는다는 입장을 취하다가(最高裁 昭和26年7月18日 刑集5卷8号 1491頁), 공무를 포함하는 것으로 입장을 변경하였다(最高裁 昭和41年11月30日 刑集20卷9号 1076頁).

9) 배종대, 앞의 책, 207면; 이재상, 앞의 책, 208면; 임웅, 형법각론(제6정판), 법문사, 2015, 246면; 이규호, “위력에 의한 업무방해죄의 문제와 개선방안”, 「강원법학」, 제42권, 강원대학교 비교법학연구소(2014), 238면.

같이 해석할 경우 본죄를 침해범, (ii)와 같이 해석할 경우 위험범으로 해석하는 것이 논리적으로 타당하다는 지적이 있지만,¹¹⁾ 침해범과 위험범은 구성요건적 행위와 관련하여 보호법익에 대한 현실적인 침해라는 결과가 필요한지 여부에 따라 구별되는 것으로서, 그 보호법익이 절대적인 기준이 되는 것은 아니다.¹²⁾ 더구나 사람의 업무와 그의 경제적·사회적 활동은 불가분의 관계에 있다는 점을 감안할 때 양 학설 간 실질적인 차이는 없다고 할 것이다. 다만 업무방해죄는 업무 그 자체가 아닌 업무의 실질적인 내용을 보호하고자 하는 것으로 이해할 수 있다.¹³⁾

종래 업무방해죄는 재산적 법익을 보호하는 죄로 이해되었으나,¹⁴⁾ 현재는 단순한 재산죄가 아닌, 경제활동을 중심으로 한 사회생활을 보호하는 죄로 해석하는 것이 일반적이다.¹⁵⁾ 다만, 이렇게 사회생활을 포괄적으로 보호하는 입법례는 우리나라와 일본 이외에는 찾아보기 어렵다.¹⁶⁾

-
- 10) 김성돈, 앞의 책, 231면; 김일수/서보학, 앞의 책, 174면; 이근우, “노동쟁의에 대한 업무방해죄 적용의 축소 가능성”, 「비교형사법연구」, 제12권 제2호(2010), 31면.
 - 11) 정소영, “30년간 업무방해범죄의 변화”, 「법학연구」, 제27권 제3호, 연세대학교 법학연구원 (2017), 39, 40면.
 - 12) 실제 업무방해죄의 보호법익을 사람의 업무로 보는 이재상, 임웅 교수도 본죄를 추상적 위험범으로 해석하고 있다(이재상, 앞의 책, 215면; 임웅, 앞의 책, 246면).
 - 13) 이승준, 앞의 논문, 321면.
 - 14) 유기천, 형법학(인영판), 법문사, 2012, 168면은 업무방해죄가 인격적 법익을 보호하는 형법 법규가 아니라 재산적 법익을 보호하려는 죄로서, 기업체의 활동인 업무 등을 보장하는데 그 정신이 있다고 해석하였다.
 - 15) 김성돈, 앞의 책, 231면; 이재상, 앞의 책, 208면; 임웅, 앞의 책, 244면; 松宮孝明, 刑法各論講義(第5版), 成文堂, 2018, 177면; 西田典之, 刑法各論(第6版), 弘文堂, 2012, 124면; 松原芳博, 刑法各論, 日本評論社, 2016, 150면.
 - 16) 김순태, “파업에 대한 업무방해죄적용불가론 및 업무방해죄의 위헌성”, 「민주법학」, 제12호 (1997), 101면; 松原芳博, 앞의 책, 150면.

2. 업무방해죄의 연혁

현행 형법상 업무방해죄는 일본 형법을 계수한 것으로서, 일본개정형법가안 제414조가 우리 형법 제313조의 신용훼손죄, 일본개정형법가안 제415조가 우리 형법 제314조의 업무방해죄로 도입되었다.¹⁷⁾

일본은 서양법을 도입하던 시기에 먼저 프랑스 형법을 계수하기 위한 작업에 착수하였는데,¹⁸⁾ 1864년 개정 프랑스 형법은 제414조에서 ‘임금 인상이나 임금 인하를 강요하거나 산업 또는 노동의 자유로운 수행을 방해할 목적으로 폭력, 폭행, 협박 또는 위계로써 노동의 조직적 정지의 결과를 발생하게 하거나 그 정지를 유지·존속케 하거나 그 실행에 착수한 자’를 처벌한다고 규정하고 있었다.¹⁹⁾ 일본은 위 규정을 모범으로 하여 구형법 제2편 제8장의 ‘상업 및 농공업을 방해하는 죄’를 도입하였는데, 그 이후 여러 차례 수정 과정을 거치면서 프랑스 형법상 규정되어 있지 않았던 ‘방해’나 ‘위력’의 개념을 창설하였고,²⁰⁾ ‘상업 및 농공업을 방해하는 죄’를 ‘신용 및 업무에 대한 죄’로 변경하여 구성요건의 범위를 확장하였다.²¹⁾

위와 같이 업무방해죄는 일본에서 노동운동을 탄압하기 위하여 제정된 것으로서 이는 일본에서 독자적으로 창출한 일종의 치안입법적 성격이 강하기

17) 유기천, 앞의 책, 169면; 김순태, 앞의 논문, 101면; 박상기, “파업과 업무방해죄”, 「형사판례연구」, 제20권(2012), 399면; 백원기, “쟁의행위로서 파업의 업무방해죄 성립여부에 관한 고찰”, 「형사판례연구」, 제20권(2012), 367면; 표성수, “업무방해죄의 보호대상으로서의 업무의 범위에 관한 연구”, 「법조」, 제691호(2014), 49면.

18) 일본은 프랑스 형법을 바탕으로 1882년(明治 15년) 구형법을 제정하였다(하야시 히로마사, 이정민(역), “「개정형법가안」의 성립과정 고찰”, 「형사정책연구」, 제19권 제4호(2008), 4면).

19) 김순태, 앞의 논문, 102, 103면.

20) 구형법 제270조는 “농공의 고용인이 임금을 증액시키거나 또는 농공업의 경황을 변화시키기 위하여 고용주 및 다른 고용인에 대하여 위계·위력으로 방해한 자는 1월 이상 6월 이하의 징금고에 처하고 3엔 이상 30엔 이하의 벌금에 처한다”고 규정하였다(장영민/박강우, 노동쟁의행위와 업무방해죄의 관계, 한국형사정책연구원, 1996, 20면; 김순태, 앞의 논문, 103면).

21) 장영민/박강우, 앞의 책, 21면; 김순태, 앞의 논문, 103~106면.

때문에 우리형법이 이를 그대로 계수한 것은 연혁적으로 문제가 있다는 지적이 있고,²²⁾ 나아가 업무방해죄 자체가 위헌이라는 주장도 계속되고 있다.²³⁾ 이러한 연혁적인 문제의 당부와는 별개로 업무방해죄의 포괄적인 구성요건을 해석함에 있어서는 위와 같은 연혁적 특징을 충분히 참고할 필요가 있다.²⁴⁾

3. 업무방해죄의 ‘업무’에 대한 해석

가. 업무방해죄의 ‘업무’의 의미

업무방해죄의 보호대상인 ‘업무’란 사람의 직업이나 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무 내지 사업을 의미하는데,²⁵⁾ 반드시 경제적인 의미에서의 업무일 필요는 없고, 사회적 지위에 따른 사무인 이상 정신적 사무도 포함한다.²⁶⁾ 나아가 보수나 영리의 목적을 필요로 하지 않고, 주된 영업뿐만 아니라 부수적 업무도 포함되며,²⁷⁾ 업무상 과실치사상죄와 달리 그 업무가 반드시 생명·신체에 대한 위험을 초래할 것을 요구하지 않는다.

22) 김순태, 앞의 논문, 106면; 백원기, 앞의 논문, 369면; 표성수, 앞의 논문, 49면.

23) 박경신/손익찬, “위력에 의한 업무방해죄의 위헌성”, 「공익과 인권」, 제9권, 서울대학교 공의 인권법센터(2011), 357, 358면. 그러나, 헌법재판소는 “형법상 업무방해죄는 모든 정의행위에 대하여 무조건 적용되는 것이 아니라, 단체행동권의 내재적 한계를 넘어 정당성이 없다고 판단되는 정의행위에 대하여만 적용되는 조항임이 명백하다”는 등의 이유로 위헌이라고 볼 수 없다는 입장이다(헌법재판소 2010. 4. 29.자 2009헌바168 결정).

24) 이근우, 앞의 논문, 37면은 업무방해죄가 정의행위 이외에도 다양하게 적용되고 있기 때문에 위와 같은 연혁적 문제만으로 업무방해죄를 폐지하자는 주장은 설득력이 없다고 주장하면서도, 이러한 비판적인 이해는 업무방해죄의 해석론에서는 중요한 계기를 제공한다고 강조하고 있다.

25) 김성돈, 앞의 책, 235면; 김일수/서보하, 앞의 책, 177면; 배종대, 앞의 책, 207면; 이재상, 앞의 책, 208면; 임웅, 앞의 책, 249면; 대법원 1977. 3. 22. 선고 76도2918 판결. 일본에서도 업무방해죄의 업무는 “직업 기타 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 행하는 사무 또는 사업”이라고 해석하고 있다(大審院 大正10年10月24日 刑錄27輯643項).

26) 이재상, 앞의 책, 208면.

27) 대법원 1992. 2. 11. 선고 91도1834 판결; 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도8701 판결.

나. '사회생활상의 지위'의 의미 및 그 해석

업무방해죄의 업무에 직업으로 하는 것 이외에 취미나 오락으로 하는 부수적 업무도 포함된다는 견해가 있으나,²⁸⁾ 사회생활상의 지위에 기한 것이라고 보기 어려운 운동이나 식사, 취미활동은 여기에 포함된다고 보기 어렵다.²⁹⁾

‘사회생활상의 지위’라는 개념 표지와 관련하여 대법원은 주주로서 주주총회에서 의결권 등을 행사하는 것은 “주식의 보유자로서 그 자격에서 권리를 행사하는 것에 불과할 뿐 그것이 ‘직업 기타 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업’에 해당한다고 할 수 없”다고 하였고,³⁰⁾ 건물의 점유 관리자가 개인적으로 점유·관리하고 있는 건물에 출입하는 행위 자체는 ‘업무’에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다.³¹⁾

다. '계속성'의 의미 및 그 해석

업무방해죄의 ‘업무’는 또한 직업 기타 계속적으로 종사할 것을 요건으로 하므로 일회적으로 하는 취미활동이나 결혼식과 같은 일회적인 것은 여기에 포함되지 않는다.³²⁾ 다만, 계속성의 의미와 관련하여, (i) 행위 자체는 일회적이라고 하더라도 그 행위가 계속성을 갖는 본래의 업무수행의 일환으로 이루어진 경우에는 업무성이 인정된다는 견해,³³⁾ (ii) 일회적인 사무라고 하더라도 그 자체가 어느 정도 계속적이거나, 직업 또는 사회생활상의 지위에서 계속적으로 행하여 온 본래의 업무수행과 밀접불가분의 관계에서 이루어진

28) 임용, 앞의 책, 250면.

29) 김성돈, 앞의 책, 235면; 김일수/서보학, 앞의 책, 177면; 배종대, 앞의 책, 207면; 변종필, “업무방해죄에서 업무의 개념과 범위”, 『형사판례연구』, 제16권(2008), 114면; 松宮孝明, 앞의 책, 177면; 西田典之, 앞의 책, 126면; 松原芳博, 앞의 책, 150면.

30) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도1256 판결.

31) 대법원 1977. 3. 22. 선고 76도2918 판결.

32) 西田典之, 앞의 책, 126면.

33) 김성돈, 앞의 책, 235면; 松原芳博, 앞의 책, 150면.

경우에는 업무성이 인정된다는 견해,³⁴⁾ (iii) 주된 업무에 계속성이 인정된다면 부수적 업무에는 계속성의 요건이 없더라도 업무성이 인정된다는 견해³⁵⁾가 대립하고 있다.

대법원은 전자부품 제조공장의 이전하는 행위³⁶⁾나 건물 임대인이 구청장의 조경공사 촉구지시에 따라 임대 건물 앞에서 일회적으로 조경공사를 하는 행위³⁷⁾는 계속성을 결여하여 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무에 해당하지 않지만, 일련의 경영상 계획의 일환으로서 사업장을 이전하는 행위,³⁸⁾ 종종 정기총회를 주재하는 종종 회장의 의사진행 행위,³⁹⁾ 경비원이 상사의 명에 따라 직장의 업무를 일시적으로 수행한 행위⁴⁰⁾는 업무에 해당한다고 판시하였다. 일본에서는 단체의 결단식은 일회성에 그치는 것이므로 업무에 해당하지 않는다고 하였으나,⁴¹⁾ 주식회사의 창립총회(설립총회)⁴²⁾나 정당의 결당대회(창당대회)⁴³⁾에 대하여는 업무성을 인정하였다.

생각건대, 부수적 업무는 그 자체가 계속성을 갖고 있는지 여부보다는 주된 업무와의 관계에서 어느 정도 원활한 수행을 보조해 주는지 여부가 중요하다고 할 것이므로, 부수적 업무 자체는 주된 업무와 밀접한 불가분의 관계만 갖고 있으면 그 자체가 계속성을 결여하고 있더라도 업무방해죄의 업무에 해당한다고

34) 배종대, 앞의 책, 208면.

35) 변종필, 앞의 논문, 125, 126면.

36) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88도1752 판결.

37) 대법원 1993. 2. 9. 선고 92도2929 판결.

38) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도8701 판결.

39) 대법원 1995. 10. 12. 선고 95도1589 판결.

40) 대법원 1971. 5. 24. 선고 71도399 판결.

41) 東京高判 昭和30年8月30日 高刑集8卷6号860頁. 그러나, 이 판례에 대하여는 구체적인 사실 관계를 고려할 때 계속성을 인정하지 않은 것은 의문이라는 비판이 있다(西田典之, 앞의 책, 126면).

42) 大審院 大正10年10月24日 刑錄27輯643頁.

43) 東京高判 昭和37年10月23日 高刑集15卷8号621頁.

할 것이다.⁴⁴⁾

라. 보호 필요성에 대한 해석

업무방해죄에서의 업무는 보호대상이자 보호법익으로서의 의미도 갖고 있기 때문에 보호의 필요성이 인정되어야 하는데, 형법상 보호할 가치가 있는 정도면 족하다.⁴⁵⁾ 여기에서 이야기하는 보호의 필요성은 해당 업무가 반드시 적법하거나 유효할 것까지 요구하는 것은 아니며, 그 업무가 사실상 평온하게 이루어지고 있는지 여부가 기준이 된다.⁴⁶⁾

대법원은 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’는 사실상 평온하게 이루어지고 있는지 여부가 기준이 되므로 그 업무의 개시나 수행 과정에서 절차상의 하자가 있다고 하더라도 업무방해죄의 보호대상이 된다는 입장이다.⁴⁷⁾ 이에 따라 임대인의 승낙 없이 전차하였다고 하더라도 전차인이 그 동안 평온하게 음식점 등 영업을 하면서 점유를 계속하여 온 경우,⁴⁸⁾ 농지개혁법상 무효인 계약에 기하여 임차한 토지를 경작해 온 경우,⁴⁹⁾ 대표선출에 관한 규정에 위배하여 개최된 유림총회에서 회의를 진행한 경우⁵⁰⁾ 등에서 그 업무가 적법하거나 유효하지 않더라도 업무수행의 평온성 등을 근거로 업무성을 인정하였다. 일본 판례도 불법점거하고 있는 가옥에서의 고물상 영업,⁵¹⁾ 지사의 허가를 받지 않은 공중목욕탕의 영업,⁵²⁾ 풍속법에 위반한 파칭코의 경품매입 영업⁵³⁾에

44) 변종필, 앞의 논문, 126면.

45) 김성돈, 앞의 책, 235면; 김일수/서보학, 앞의 책, 177면; 배종대, 앞의 책, 207면; 이재상, 앞의 책, 209면; 西田典之, 앞의 책, 126면; 대법원 2001. 11. 30. 선고 2001도2015 판결.

46) 김성돈, 앞의 책, 235면; 김일수/서보학, 앞의 책, 177, 178면; 이재상, 앞의 책, 209면.

47) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2013도9828 판결.

48) 대법원 1986. 12. 23. 선고 86도1372 판결.

49) 대법원 1980. 11. 25. 선고 79도1956 판결.

50) 대법원 1991. 2. 12. 선고 90도2501 판결.

51) 最高裁 昭和27年3月4日 刑集6卷3号345頁.

대하여 업무성을 인정하였다.

그러나, 대법원은 (i) 구 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률에 위반한 성매매 알선 등 행위,⁵⁴⁾ 의료법에 위반하여 의료인이나 의료인이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 행위,⁵⁵⁾ 구 부동산중개업에 위반하여 공인중개사 등이 아닌 자가 중개업을 하는 행위⁵⁶⁾와 같이 그 자체가 범죄에 해당하여 사회생활상 용인할 수 없을 정도로 반사회성을 띠거나, (ii) 법원의 직무집행정지가처분결정에 의하여 그 직무집행이 정지된 자가 법원의 결정에 반하여 직무를 수행하는 경우⁵⁷⁾와 같이 그 업무가 반사회성을 띠는 경우라고 보기는 어려워도 법적 보호라는 측면에서 그와 동등한 평가를 할 수 있는 경우에는 업무성을 부인하고 있다. 일본에서도 마약류의 제조나 판매와 같은 업무는 그것이 평온하게 이루어진다고 하더라도 업무방해죄에서의 업무성을 인정할 수 없는 것으로 해석하고 있다.⁵⁸⁾

Ⅲ. 상급자의 강압적 업무지시의 업무방해죄 성립여부

1. 문제의 소재 – 문제 사안의 제시 및 검찰·법원의 판단

본격적인 논의를 위하여 실제 있었던 사례와 그 사례에서의 검찰 및 법원의 판단에 대하여 먼저 알아보도록 하겠다.

A는 X은행 Y지점의 기업고객팀장이고, B는 Y지점의 기업고객팀 대리이자

52) 東京高判 昭和27年7月3日 高刑集5卷7号1134頁.

53) 横浜地判 昭和61年2月18日 判時1200号161頁.

54) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도7081 판결.

55) 대법원 2001. 11. 30. 선고 2001도2015 판결.

56) 대법원 2007. 1. 12. 선고 2006도6599 판결.

57) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2001도5592 판결.

58) 西田典之, 앞의 책, 126면; 松原芳博, 앞의 책, 150면.

A의 부하직원으로서 기업대출 업무를 담당하고 있었다. A는 Z기업으로부터 외상매출채권 담보대출⁵⁹⁾을 잘 받을 수 있도록 해 달라는 부탁을 받고, Z기업의 신용등급을 상향조정하기 위하여 부하직원인 B에게 관련 업무를 지시하였다. A는 B가 Z기업의 신용등급을 B+로 평가하자 그것을 다시 평가해 보라고 지시하였는데, B가 또다시 B+로 평가해 오자, B에게 “씨발, 일반 행원 새끼랑 똑같으면 널 어따 씨 먹냐, 영업점 스타일로 일을 안 할 거면, 나가버려”, “‘입지조건’, ‘서비스수준’, ‘세평’을 올려서 등급을 상향시키면 되잖아, 답답한 새끼야”라고 욕을 하였다. 이에 B는 A의 위와 같은 지시에 따라 Z의 위 3개 항목을 조정하는 내용의 신용평가 서류를 기안하였고, A가 이를 결재, Y지점의 지점장 결재를 거쳐 Z기업에 대한 대출이 이루어졌다.⁶⁰⁾

문제 사안에서 검찰은 A를 대출 과정에서의 업무상배임과 함께 B의 신용평가업무에 대한 업무방해 혐의로 구속기소하였으나, 제1심인 수원지방법원은 ① B가 처리했던 신용평가 업무가 A에 대한 관계에서 온전히 ‘타인의 업무’에 해당한다고 단정하기 어려운 점, ② 위 신용평가 업무는 B가 스스로 판단하여 수행한 것이 아니라 A의 지시를 받고 이루어진 점, ③ A가 수정 지시한 평가항목은 평가자에 따라 달라질 수 있는 부분인 점, ④ 상급자의 결재를 요구하는 업무에 있어서 상급자와 하급자의 의견이 충돌하는 경우도 많은데, 이 경우 상급자의 업무스타일에 따라 하급자에 대한 업무방해죄가 성립한다고 해석하는 것은 다소 부자연스러운 점 등을 이유로 업무방해죄에 대하여 무죄를 선고하였다.⁶¹⁾

항소심에서 검찰은 피해자를 B로 하는 업무방해를 주위적 공소사실로, 피해자를 X은행으로 하는 업무방해를 예비적 공소사실로 추가하는 내용의

59) 외상매출채권 담보대출은 납품업체로부터 물품을 구매한 기업이 물품 구매대금을 어음으로 지급하는 대신, 납품업체가 구매기업에 대한 외상매출채권을 담보로 은행으로부터 대출을 받는 제도를 의미한다.

60) 이하 ‘문제 사안’이라 한다.

61) 수원지방법원 2017. 9. 29. 선고 2017고합181 등 판결.

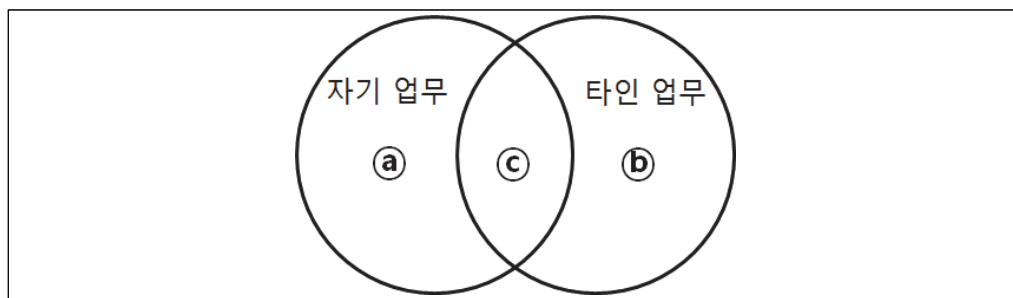
공소장변경을 하였다. 그러나 항소심 재판부는 “조직 내부의 의사결정 구조에서 업무적으로 일방이 타방을 지시하거나 명령하였다고 하더라도 그 지시나 명령의 내용이나 방법이 사회통념상 용인될 수 있는 정도를 벗어났다거나 구체적인 규정에 따른 특정 행위나 절차를 방해한 것이라는 등 특별한 사정이 없는 이상, 이는 내부적인 협력을 통한 업무의 수행과정에서 발생하는 자유의 제약일 뿐 이를 두고 위력에 의한 업무방해라고 평가할 수는 없다”는 이유로 검사의 항소를 배척하였다.⁶²⁾

2. 하급자의 ‘업무’가 ‘타인의 업무’에 해당하는지 여부

가. 문제의 제기 - ‘업무의 타인성’의 의미 분석

업무방해죄는 ‘사람’의 업무를 방해한 경우에 성립하는데, 여기서 ‘사람’은 원칙적으로 자기를 제외한 타인을 의미한다고 보아야 한다.⁶³⁾ 다만, 자기의 업무와 타인의 업무는 아래 도해에서 보는 바와 같이 세 가지 영역을 구분하여 살펴볼 필요가 있다.

[도해] 자기 업무와 타인 업무의 경계



62) 서울고등법원 2018. 3. 28. 선고 2017노3181 등 판결. 항소심 판결에 대하여는 피고인과 검찰 모두 상고하지 않아 그대로 확정되었다.

63) 이승준, 앞의 논문, 320면.

위 도해에서 ㉔ 영역은 온전히 자기의 업무이므로 업무방해죄에서 보호하고자 하는 업무에 해당한다고 볼 수가 없고, 반대로 ㉕ 영역은 온전히 타인의 업무이므로 업무방해죄에서의 업무에 해당한다고 보는 데에 이견이 없다. 문제는 타인의 업무이면서 자기의 업무이기도 한 ㉖ 영역이라고 할 것인데, 문제 사례에서 A는 X은행 Y지점의 기업고객팀장으로서, B는 기업고객팀의 대리로서 대출을 신청한 기업의 신용평가 업무를 담당하고 있으므로 그 범위에서 업무가 중첩된다. 이러한 경우 A나 B와 전혀 무관한, 예컨대 은행 고객이 은행 내 집기를 부수는 등 행패를 부려 B로 하여금 도저히 정상적으로 신용평가 업무를 할 수 없게 하였다면 B의 업무는 ㉕ 영역에 포함되므로 업무방해죄가 성립한다. 그러나 이와 달리 고객이 아닌 팀장 A와의 관계에서 B의 신용평가 업무는 B의 업무이기도 하면서 A의 업무이기도 한데, 이와 같이 전적으로 타인의 업무에 해당한다고 보기 어려운 업무의 경우에도 업무방해죄의 보호대상인 업무로 볼 수 있는지가 문제된다.

나. 판례의 경향 분석

대법원은 “업무방해죄에 있어서 행위의 객체는 타인의 업무이고, 여기서 타인이라 함은 범인 이외의 자연인과 법인 및 법인격 없는 단체를 가리킨다”고 하여 명시적으로 업무의 타인성을 요구하고 있다.⁶⁴⁾ 일본 최고재판소도 업무방해죄에서의 업무란 피고인 이외의 자의 업무를 말하는 것으로서, 그 자가 자연인이거나 법인 또는 법인 이외의 단체인지를 불문한다고 하여 마찬가지로 입장을 취하고 있다.⁶⁵⁾

이에 따라 판례는 ① 대학교의 편입학 업무는 교육법시행령 및 해당 대학교의 학칙 등에 비추어 볼 때 해당 대학교가 아닌 총장의 업무이고,⁶⁶⁾ ② 지방

64) 대법원 1999. 1. 15. 선고 98도663 판결 등.

65) 大審院 大正15年2月15日 刑事判例集5卷30頁.

공사에서 신규직원을 채용하는 업무는 지방공사의 사장이 공사의 기관으로서 공사의 업무를 집행하는 것이므로 공사의 사장에 대한 관계에서도 공사의 업무라고 볼 수 있으며,⁶⁷⁾ ③ 조합의 신규직원 채용업무는 조합의 업무일 뿐 조합장의 업무라고 볼 수 없다고 하였다.⁶⁸⁾

다. 검토 - 업무의 '전속적 타인성' 요구

(1) 형법의 해석원칙에 따른 검토

형법은 현실적으로 발생한 범죄에 대하여 그에 상응하는 규범의 근거를 찾는 과정으로서 의미를 갖는데, 이러한 형법의 해석은 법조문의 내용을 문언의 일상적인 의미에서 출발하여 문언의 가능한 의미라는 범위 안에서 이루어진다.⁶⁹⁾ 이에 반하여 유추란 문제 사안에 관한 직접적인 규정이 없음에도 불구하고 유사한 사안을 규정한 법률을 적용하는 것을 의미한다. 해석과 유추의 구별과 관련하여, (i) 구별 긍정설⁷⁰⁾은 문언의 가능한 의미 안에서의 해석은 가능하지만, 이를 넘어서는 것은 유추해석으로서 형법상 금지되는 것으로 보고 있는 반면, (ii) 구별 부정설⁷¹⁾은 해석과 유추를 구별하는 기준으로서 '문언의 가능한 의미'는 너무나 불명확하며, 결국 유추와 해석은 허용되는 유추와 허용되지 않는 유추를 구별하는 정도의 의미가 있을 뿐이라고 보고 있다.⁷²⁾ 생각건대,

66) 위 98도663 판결.

67) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2005도6404 판결.

68) 부산지방법원 2009. 8. 13. 선고 2009노1440 판결.

69) 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, 2014, 18면.

70) 김성돈, 형법총론(제2판), 성균관대학교 출판부, 2013, 65면; 김일수/서보학, 앞의 책, 23, 24면; 이재상/장영민/강동범, 형법총론(제9판), 박영사, 2017, 28면.

71) 이상돈, 형법강론(제2판), 박영사, 2017, 41면.

72) 배종대, 형법총론(제13판), 홍문사, 2017, 67면은 유추와 해석을 구별하면서도 '문언(언어)의 가능한 의미'라는 기준은 문제를 문제로 답하는 것과 다름없기 때문에, 결국 허용되지 않는

구별 부정설이 지적하는 바와 같이 유추와 해석의 구별이 실무적으로 매우 어려운 일이기는 하지만, 유추는 가능한 문언의 한계 밖에 있는 법률의 내용을 적용하는 것으로서 이는 해석이 아닌 법의 창조라고 할 수 밖에 없고, 이와 달리 형법을 가능한 문언의 의미라는 한계에서 확장해석을 하는 것은 법치 국가적 형법 관점에서 문제가 되지 않는다고 할 것이다.⁷³⁾

이러한 측면에서, 형법의 해석은 “형법은 엄격하게 해석해야 한다”는 전제 하에 ‘법문의 가능한 의미’를 출발점으로 둔 후,⁷⁴⁾ 법규를 문법적으로 분석 내지 어의적으로 검토하고(문리적 해석), 입법자의 제정 의도를 고려하며(역사적 해석), 개개의 법규나 법조문이 아닌 그것이 차지하고 있는 당해 법체계 내의 지위를 분석하고(논리적 해석), 당해 법규범이 실현하고자 하는 목적을 해석의 지침으로 삼아(합목적적 해석) 그 내용을 명료한 형태로 구체화해야 한다.⁷⁵⁾

‘업무의 타인성’과 관련하여서도, 형법 제314조는 ‘사람의 업무’를 방해하는 행위를 처벌한다고 규정하고 있는데, 살인죄(형법 제250조 제1항), 상해죄(형법 제257조 제1항), 폭행죄(형법 제260조 제1항), 과실치사상죄(형법 제266조 제1항), 협박죄(형법 제283조 제1항) 등 형법각칙상 행위객체로서 규정된 ‘사람’은 행위자 이외의 자를 의미한다고 보는 것이 일반적인 점, 단체나 조직생활 중에 이루어지는 업무는 대부분 여러 사람이 담당하게 되는데, 그 업무의 성격 및 담당 주체가 명확하게 구별되기 어려운 것이 일반적이므로, 문제가 되는 업무에 다른 담당자들이 관여되어 있다고 하더라도 행위자의 관점에서는 본인의 업무와 다름이 없는 점 등을 고려할 때, 피고인이 자기의 업무를 방해한 경우에는 업무방해죄의 보호대상에서 제외해야 하며, 그

해석의 문제는 유추금지라는 형식적 개념들이 아닌 구체적 논증을 통해 판단할 필요가 있다고 한다.

73) 김일수/서보학, 앞의 책, 23면.

74) 류진철, “법률해석의 방법과 형법”, 「법학논총」, 제17집, 전남대학교 법학연구소(1997), 363면.

75) 신동운, 형법총론(제9판), 법문사, 2015, 15, 16면.

업무가 직장 내 전결규정 등 내규에 의하여 피고인의 업무이면서 동시에 일부 타인의 업무이기도 한 경우도 마찬가지로 해석해야 한다.

이에 대하여 타인의 업무에 해당함과 동시에 자기의 업무에 해당하는 경우 처벌의 공백이 생긴다는 지적이 있을 수 있지만, 형법 해석의 일반 원칙에 따를 때, 특정 행위가 법문의 가능한 의미에 포함되지 않아 처벌할 수 없다고 하더라도 법 적용자인 법관의 역할은 거기에서 끝나는 것이며, 아무리 처벌의 당위성이 있다고 하더라도 문언 해석의 한계를 넘을 수는 없다고 할 것이다.⁷⁶⁾

(2) 다른 범죄의 구성요건과의 비교 검토

형법각칙에 규정된 범죄 중 구성요건요소로서 ‘타인’이 특히 문제가 되는 것은 크게 두 가지 유형이 있는데, (i) 그 중 첫 번째는 배임죄(형법 제355조 제2항)나 배임수재죄(형법 제357조 제1항)와 같이 ‘행위의 주체’가 ‘타인의 사무를 처리하는 자’일 것을 요구하는 형태이고, (ii) 두 번째는 증거인멸죄(형법 제155조 제1항)나 증인은닉죄(형법 제155조 제2항)와 같이 ‘행위의 객체’로 ‘타인의 (형사사건 또는 징계사건에 관한) 증거나 증인’을 요구하는 형태이다.

먼저 첫 번째 유형과 관련하여, 판례는 타인의 사무를 처리하는 자에 대하여, 그 사무가 자기의 사무라면, “그 사무를 처리하는 것이 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우에도 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다”는 입장을 취하고 있지만,⁷⁷⁾ “그 사무의 처리가 오로지 타인의 이익을 보호·관리하는 것만을 내용으로 하여야 할 필요는 없고, 자신의 이익을 도모하는 성질도 아울러 가진다고 하더라도 타인을 위한 사무로서의 성질이 부수적·주변적인 의미를 넘어서 중요한 내용을 이루는 경우에는 여기서

76) 하태훈, “형벌법규의 해석과 죄형법정원칙”, 「형사판례연구」, 제11권(2003), 19, 20면.

77) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결.

말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다”고 하여,⁷⁸⁾ 전속적 타인성을 요구하고 있지는 않다.

반면 두 번째 유형과 관련하여, 판례는 자신의 형사사건 등에 관한 증거를 인멸하는 등의 경우에는 증거인멸죄 등이 성립하지 않고, 나아가 공범관계처럼 자신의 형사사건인 동시에 타인의 형사사건에 해당하는 경우에도 이를 자신의 형사사건으로 보아 증거인멸죄로 처벌할 수는 없다고 하여 전속적 타인성을 요구하고 있다.⁷⁹⁾

생각건대, 업무방해죄에서의 업무는 행위 주체로서 요구되는 것은 아니고 보호대상 내지 행위의 객체로서 요구되는 것이므로 기본적으로 첫 번째 유형보다는 전속적 타인성을 요구하는 두 번째 유형에 가깝다고 할 것이다. 뿐만 아니라, 배임죄에서 판례가 사무의 타인성을 인정한 사례도 사무의 타인성과 자기성이라는 성격이 중첩되었다기 보다는 본질적으로는 타인의 사무라고 할 것인데 일부 자기의 이익을 위한 경우에는 사무의 타인성을 인정한다는 취지로 해석할 수 있다. 따라서, 타인성을 요구하고 있는 다른 범죄 구성요건과 비교를 하더라도 본죄의 업무는 전속적 타인성을 요구한다고 해석해야 한다.

(3) 가별성 영역의 지나친 확장

도표의 ㉔와 같이 자기의 사무와 타인의 사무가 중첩되는 영역에 대하여도 업무방해죄를 인정한다면, 가별성의 영역이 지나치게 확장되는 문제가 있다. 예를 들어 문제 사례에서 X은행 전결규정에 기업의 신용평가 업무는 지점장 결재 사항으로 되어 있고, 실제 해당 업무를 사원이 기안하여 대리, 과장, 부팀장, 팀장을 거쳐 지점장이 결재를 하는 경우라면 신용평가 업무는 사원, 대리,

78) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도3532 판결.

79) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94도2608 판결.

과장, 부팀장, 팀장, 지점장 모두에게 인정된다. 이 경우 만약 팀장이 부팀장에게 심한 질책과 함께 “과장 이하 부하직원들에게는 부팀장이 정신차릴 정도로 질책을 하라”고 했다면, 팀장에게는 부팀장에 대한 업무방해죄와 함께 과장, 대리, 사원에 대한 각 업무방해죄의 교사가 성립하게 될 것이다.⁸⁰⁾

이에 대하여 ㉔와 같은 중첩적인 영역을 포함하지 않으면 처벌의 공백이 생길 수 있다는 지적이 있을 수 있지만, 업무의 성격을 바탕으로 유형화하여 분석해 보면 큰 문제가 아님을 알 수 있다. 즉, 특정인이 처리하는 업무는 크게 (i) 개인으로서 하는 업무와 (ii) 법인의 기관으로서 하는 업무가 있을 수 있는데, (i) ‘개인으로서 하는 업무’로는 회사 내에서 보고서를 작성하는 업무, 변호사나 회계사가 소송서류 등 각종 서면을 작성하는 업무를 들 수 있고, (ii) ‘법인의 기관으로서 하는 업무’로는 은행의 대출 승인 업무를 지점장이 결재하는 업무, 지방공사 사장이 신규직원을 채용하는 업무⁸¹⁾를 들 수 있다. 이 중 법인의 기관으로서 하는 업무는 해당 법인의 업무이지 담당 직원의 업무라고 볼 수 없어 업무의 타인성이 인정되므로 결국 개인으로서 하는 업무만이 문제될 뿐이다. 그러나, 이에 대하여는 후술하는 바와 같이 구체적인 사안에 따라 행위자에게는 폭행, 협박, 강요 등 다른 범죄가 성립할 수 있으므로 부당하게 처벌의 공백이 생길 우려는 없다고 할 것이다.

80) 대법원은 교사자가 피교사자에게 피해자를 “정신차릴 정도로 때려주라”고 한 경우 상해의 교사를 인정하고 있다(대법원 1997. 6. 24. 선고 97도1075 판결).

81) 앞의 2005도6404 판결. 대법원은 “지방공사 사장이 신규직원 채용권한을 행사하는 것은 공사의 기관으로서 공사의 업무를 집행하는 것이므로, 위 권한의 귀속주체인 사장 본인에 대한 관계에서도 업무방해죄의 객체인 타인의 업무에 해당”한다고 하면서, 원심이 신규직원 채용업무가 지방공사 사장의 업무로서 타인성이 인정되지 않는다고 판단한 것은 잘못이라고 하였다.

3. 하급자에게 강압적으로 업무지시를 한 것이 ‘위력’에 해당하는지 여부

가. 업무방해죄에서의 ‘위력’의 의의

일반적으로 업무방해죄에서 ‘위력’은, 사람의 자유의사를 제압하거나 혼란하게 할 만한 일체의 세력 내지 억압적 방법을 의미하는데, 여기에는 폭행이나 협박과 같은 유형력을 행사하는 것은 물론, 사회적·경제적·정치적 지위나 권세와 같은 무형적 세력의 이용도 포함되며, 제3자를 통해서도 가능하다.⁸²⁾

다만, 앞에서 살펴본 바와 같이 업무방해에서의 위력이라는 개념은 일본 형법이 노동운동 등을 탄압하기 위한 목적으로 종래 폭행, 협박 등으로 규정된 프랑스 형법상 규정을 도입하면서 창설한 것을 우리 형법이 그대로 계수한 것이다. 이러한 입법적인 연혁을 고려하였을 때 위력의 개념 및 범위를 제한적으로 해석할 필요가 있다(목적론적 제한해석).⁸³⁾

나. 판례의 경향 분석

판례는 위력의 범위를 굉장히 넓게 해석하고 있는데, ① 다방에 침입하여 상당시간 고성으로 악담을 반복하는 등 난동을 부린 경우,⁸⁴⁾ ② 시장번영회 총회결의에 따라 피해자 소유 점포에 대하여 단전조치를 한 경우,⁸⁵⁾ ③ 9~10명의 사람이 광업소 출입구를 봉쇄하고 근로자 300~600여명이 탈의실에

82) 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2018, 238, 239면; 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제9판), 박영사, 2018, 180면; 배종대, 형법각론(제10전정판), 홍문사, 2018, 213면; 이재상, 앞의 책, 213면; 임웅, 형법각론(제6정판), 법문사, 2015, 248면; 松宮孝明, 앞의 책, 180면; 西田典之, 앞의 책, 129면; 松原芳博, 앞의 책, 159면.

83) 법을 해석함에 있어서 법규범의 객관적 목적을 고려하는 것을 ‘목적론적 해석’이라고 하는데, 그 중에서 제한적 해석(축소해석)은 법문의 의미를 목적에 비추어 축소하여 고려하는 방법을 의미한다(김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, 2014, 21면).

84) 대법원 1961. 2. 24. 선고 4293형상864 판결.

85) 대법원 1983. 11. 8. 선고 83도1798 판결.

들어가지 못하도록 잠거 농성한 경우,⁸⁶⁾ ④ 신고한 옥외집회에서 고성능 확성기 등을 사용하여 소음을 발생시킨 경우,⁸⁷⁾ ⑤ 자기 명의로 등록되어 있는 피해자 운영의 학원에 대하여 피해자의 승낙 없이 폐원신고를 한 경우,⁸⁸⁾ ⑥ 대부업체 직원이 대출금을 회수하기 위하여 채무자의 휴대전화로 수백회에 이르는 전화 공세를 한 경우⁸⁹⁾ 등에서 위력을 인정하였다. 일본 판례는 ⑦ 백화점 식당에 줄무늬 뱀 20마리를 뿌린 경우,⁹⁰⁾ ⑧ 소방서의 서랍에 고양이 시체를 넣어둔 경우,⁹¹⁾ ⑨ 카바레 객석에서 소의 내장을 구워 냄새가 나도록 한 경우,⁹²⁾ ⑩ 기차에 적재된 석탄을 낙하시킨 경우,⁹³⁾ ⑪ 포획된 돌고래에 묶여 있던 밧줄을 절단한 경우,⁹⁴⁾ ⑫ 변호사의 소송기록이 들어 있는 가방을 빼앗아 은닉한 경우⁹⁵⁾에 위력을 인정하였다.

다만, 대법원은 계약갱신 및 체납임료·관리비 상당액을 독려 차 나온 사원에게 “너희들이 무엇인데 상인협의회에서 하는 일을 방해하며 협의회에서 돌리는 유인물을 압수하느냐, 당장 해임시키겠다”고 한 정도의 욕설을 한 행위 만으로는 업무방해죄의 위력을 행사한 것으로 보기 어렵다고 하였다.⁹⁶⁾

‘위력’은 특히 쟁의행위와 관련하여 문제가 되는데, 종래 대법원은 쟁의행위가 “노동관계법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가

86) 대법원 1990. 7. 10. 선고 90도755 판결.

87) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도4467 판결.

88) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2003도5004 판결.

89) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004도8447 판결.

90) 大審院 昭和7年10月10日 刑集11卷1519頁.

91) 最高裁 平成4年11月27日 刑集46卷8号623頁.

92) 広島高福山支判 昭和30年12月22日 高刑特2卷18号1342頁.

93) 最高裁 昭和32年2月21日 刑集11卷2号877頁.

94) 長崎地佐世保支判 昭和55年5月30日 判時999号131頁.

95) 最高裁 昭和59年3月23日 刑集38卷5号2030頁.

96) 대법원 1983. 10. 11. 선고 82도2584 판결.

아닌 한, 다중의 위력으로써 타인의 업무를 방해하는 행위에 해당하여 업무 방해죄를 구성한다”고 하여 원칙적으로 업무방해죄가 성립하고, 예외적으로 위법성이 조각될 수 있다고 하였다.⁹⁷⁾ 그러나 그 이후 전원합의체를 통하여 “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 평가될 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무 방해죄가 성립”한다고 하여 그 입장을 변경하였다.⁹⁸⁾

다. 경미한 위력에 대한 불가벌 논의 - 이른바 ‘가벌적 위법성론’

일본에서는 형법상 구성요건에 해당하고 위법한 행위라고 하더라도, 형법의 점역성 및 비례성 원칙에 근거하여, 그 위법성이 경미하다면 처벌의 필요성이 없다는 소위 가벌적 위법성론이 판례와 학설을 통해 인정되고 있다.⁹⁹⁾ 이러한 가벌적 위법성론을 초법규적 위법성조각사유의 일종으로 논의하는 견해도 있지만, 초법규적 위법성조각사유는 긴급행위적 색체가 강화된 것인 반면에, 가벌적 위법성은 위법성이 조각되는 것은 아니지만 불가벌이 된다는 점에서 구별된다.¹⁰⁰⁾

97) 대법원 1991. 4. 23. 선고 90도2771 판결.

98) 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결. 위와 같은 판례의 변경은 종래 위법성 단계에 머물러 있던 쟁의행위의 형사책임 구성요건의 단계로 가져옴으로써{김봉수, “쟁의 행위와 형사책임”, 『법학논총』, 제34집 제1호, 전남대학교 법학연구소(2014), 92면}, 특히 노동 분야에서 정책법원으로서 진일보한 태도를 보인 것이라는 평가가 있다(김성돈, 앞의 책, 239면).

99) 前田雅英, 刑法總論講義(第5版), 東京大学出版会, 2011, 328면; 松原芳博, 刑法總論(第2版), 日本評論社, 2017, 118면.

100) 前田雅英, 앞의 책, 328면.

일본에서 가별적 위법성론은 특히 업무방해죄(공안노동 사건)와 관련하여 발전을 하였는데, 그 연혁에서 살펴본 바와 같이 종래 일본에서는 노동운동에 탄압 목적으로 업무방해죄를 도입하긴 하였지만, 제2차 세계대전 이후 노동 기본권과 집회의 자유 등 헌법상 권리가 신장되면서 폭력적인 수단이 동원되지 않는 공안노동사건을 처벌할 필요가 없다는 인식이 강해졌다. 이러한 배경 아래에서 일본 형법학계에서는 먼저 책임 단계에서 ‘기대가능성이 결여’ 되었으므로 불가벌해야 한다는 주장을, 그 다음으로 위법성 단계에서 ‘초법규적 위법조각사유에 해당’한다는 이론구성이 가능하다는 주장을 하였으나, 최고재판소는 그러한 이론구성 대신 가별적 위법성론을 받아들였다.¹⁰¹⁾

구체적으로 일본 최고재판소는 목적의 정당성, 수단의 상당성, 법익균형, 상대적 경미성, 필요성의 기준을 통해 가별적 위법성의 유무를 판단하는데, 앞담배 생산자가 담배전매법에 의하여 국가에 납부할 의무가 있는 앞담배 한 리 상당을 스스로 흡입한 사안에서 형벌이라는 제재가 필요한 정도의 법익 침해가 있었다고 볼 수 없다고 하였고,¹⁰²⁾ 손님들의 편의를 위하여 담배전매법을 위반하여 담배를 비축하면서 고객의 요구에 따라 소매가격으로 교부한 행위에 대하여 담배전매법 제정의 취지, 목적에 반하는 것이 아니라, 사회공동 생활상 허용되는 행위라는 이유로 위 죄 위반을 인정하지 않았다.¹⁰³⁾

우리 대법원 판례 중에서도 홍삼판매할당량을 충실히 이행하여 국고수입을 늘리려고 허위공문서를 작성한 사안에서 “그 법익침해 정도가 경미하여 가별적 위법성이 없다고 할 수 없다”고 판시하여 가별적 위법성을 언급한 것은 있지만, 우리 형법은 일본과 달리 형법 제20조가 사회상규에 따른 위법성조각 사유를 인정하고 있고, 선고유예 제도가 마련되어 있으므로 일본의 가별적 위법성론을 받아들일 필요는 없다고 할 것이다.¹⁰⁴⁾

101) 前田雅英, 위의 책, 328면.

102) 大審院 明治43年10月11日 刑錄16輯1620頁.

103) 最高裁 昭和32年3月28日 刑集11卷3号1275頁.

라. 검토

현재 학설과 판례는 위력의 의미에 대하여 사람의 자유의사를 혼란에 빠뜨리게 할 일체의 방법으로서 사회적·정치적 지위에서의 세력을 이용하는 경우도 포함한다고 해석하고 있는데, 이러한 광범위한 해석에 의하면 직장 상급자가 업무 과정에서 하급자에게 욕설을 하는 등 다소 강압적으로 업무를 지시한 경우 위력에 해당하지 않을 수가 없게 된다. 그러나, 실제 결재라인에 있는 상급자와 하급자가 업무를 처리함에 있어 서로 의견충돌이 있는 경우는 드물지 않다. 물론 업무를 하는 경우 끝까지 ‘논의와 설득’을 통해 의견통일을 이루는 것이 바람직하겠지만, 사람들마다 각자 자신만의 신념과 생각이 있고, 그 외 업무를 처리해야 할 기한 등 개별사정이 있으므로 실제로 그러한 설득 작업이 원활하지 않은 경우가 많이 발생한다. 이에 따라 의견이 일치하지 않는 경우 상급자는 하급자에게 화를 내기도 하고, 경우에 따라서는 욕설 등 심한 말을 하기도 하는데, 이러한 경우 그 상급자의 소통방식이나 업무처리방식의 부적절성과는 별개로 이에 대하여 하급자의 업무를 방해하였다는 것으로 형사 처벌하는 것은 형벌권의 남용이라고 볼 여지가 크다. 특히 이 ‘위력’이라는 용어를 처음으로 업무방해죄에 도입한 일본에서도 그 범위를 제한하기 위하여 ‘가벌적 위법성론’과 같은 이론을 전개하고 있는 점을 감안할 때, 우리도 그 성립범위를 제한적으로 해석할 필요가 있다고 할 것이다.¹⁰⁵⁾

104) 김성돈, 형법총론(제2판), 성균관대학교 출판부, 2013, 241면; 임웅, 형법총론(제4정판), 법문사, 2012, 195면. 김일수/서보학, 앞의 책, 189면은 가벌적 위법성이 문제되는 경미사건의 경우 소위 사회적 상당성론에 따라 구성요건을 배제할 수 있으므로 특별히 인정할 필요는 없다고 주장하고 있다.

105) 윤상민, “가벌적 위법성론의 재음미”, 「법학연구」, 제32집, 한국법학회(2008), 315면.

4. 강압적 업무지시로 인한 업무방해의 ‘결과’가 필요한지 여부

가. 침해범과 위험범의 의의

침해범은 보호법익에 대한 현실적인 침해를 요건으로 하는 범죄인데 반하여, 위험범은 구성요건상 보호법익에 대한 현실적 침해까지는 필요 없고 침해의 위험만 있으면 성립하는 범죄를 의미한다. 위험범은 다시 구체적 위험범과 추상적 위험범으로 나뉘는데, 구체적 위험범은 구체적인 경우에 상응하는 위험이 구성요건에 명시되어 있는 반면, 추상적 위험범은 어떠한 행위가 일반적으로 추상적인 위험성만 노출시키면 성립한다.¹⁰⁶⁾

나. 업무방해죄의 성격

(1) 기존의 논의 - 추상적 위험범의 인정

일본 판례는 업무방해죄를 추상적 위험범으로 해석하여 방해의 결과를 야기할 우려가 있는 행위만 있으면 본죄가 성립한다는 입장을 취하고 있는데,¹⁰⁷⁾ 우리나라의 다수설과 판례 역시 같은 입장에서 본죄를 추상적 위험범으로 해석하고 있다.¹⁰⁸⁾

이에 대하여 업무방해의 결과가 실제로 발생할 필요는 없지만 업무방해의 결과를 초래할 구체적인 위험이 있어야 하는 것으로 해석해야 한다는 견해가

106) 침해범과 추상적 위험범, 구체적 위험범의 개념에 대하여는 일본에서도 동일하게 보고 있는데, 다만 추상적 위험범과 구체적 위험범을 구성요건에서 위험의 발생을 명시적으로 요구하는지 여부라는 형식적 기준 대신 실질적으로 법익침해의 현실적·구체적 위험발생을 기준으로 해야 한다는 견해가 제기되고 있다(前田雅英, 앞의 책, 99면).

107) 大審院 昭和11年5月5日 刑集15卷573頁.

108) 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2018, 240면; 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제9판), 박영사, 2018, 181면; 이재상, 앞의 책, 215면; 임웅, 형법각론(제6정판), 법문사, 2015, 252면; 대법원 1991. 6. 28. 선고 91도944 판결.

있으나,¹⁰⁹⁾ 구체적 위험범은 그 개념적인 징표로서 구성요건 상으로 구체적 위험이 어떠한 것인지 명시가 되어야 한다는 점을 고려할 때 이에 대한 아무런 규정이 없는 현행 업무방해죄를 구체적 위험범으로 보는 것은 다소 무리가 있다.¹¹⁰⁾

(2) 비판 - 침해범으로의 이론 구성

어떤 범죄를 위험범으로 볼 것인지, 아니면 침해범으로 볼 것인지와 관련하여 학설과 판례는 명확한 기준을 제시하고 있지는 않은데, 필자는 기본적으로 다음과 같은 네 가지 기준을 통해 구별해야 한다고 본다. 첫 번째 기준은, ‘범죄의 형태’상 구별이 당연한지 판단하는 것으로서, 살인죄(형법 제250조 제1항), 상해죄(제257조 제1항), 절도죄(제329조) 등은 형태상 침해범, 현주건조물방화죄(제164조 제1항), 위증죄(제152조 제1항), 무고죄(제156조) 등은 형태상 (추상적)위험범으로 볼 수 있다. 두 번째 기준은, ‘규정의 문언 해석’에 의하는 것으로서, 범죄 구성요건이 결과의 발생을 요구하고 있는지 아니면 구성요건적 행위 자체로 족한 것인지 검토하는 것이다. 세 번째 기준은, ‘미수범 처벌 규정’이 존재하는지 여부인데, 만약 그 규정이 존재한다면 이는 보호법익에 대한 현실적 침해가 있는 경우에는 기수, 그렇지 않은 경우에는 미수로 본다는 의미이므로 침해범으로 보는 것이 논리적이다. 다만, 미수범 처벌 규정이 존재하지 않는다고 하여 범죄의 실행에는 착수하였으나 결과가 발생하지 않은 미수단계 자체를 상징할 수 없는 것은 아니므로 바로 위험범으로 볼 수는 없다.¹¹¹⁾ 네 번째 기준은, 구성요건적 행위는 있으나 그 결과가 발생

109) 배종대, 앞의 책, 214면; 이규호, 앞의 논문, 255면. 서울중앙지방법원 2007. 11. 14. 선고 2007고단4651 판결에서 법원은, 업무방해죄가 성립하기 위하여는 “행위자가 업무를 방해할 정도의 위험성 있는 행위를 하였고, 그로 인하여 위험이 발생하였을 것을 요”하므로 이론상 구체적 위험범에 해당한다고 보았다.

110) 이승준, 앞의 논문, 327면; 정소영, 앞의 논문, 40면.

111) 즉, 미수범은 형법각칙에 특별한 처벌규정이 있는 경우에 예외적으로 처벌하는 것이므로

하지 않은 경우 이를 처벌할 필요성 내지 당위성이 있는지 살펴보는 것이다.

먼저, 첫 번째와 두 번째 기준에 따를 때, 형법 제314조 제1항은 “사람의 업무를 방해한”이라고 규정하고 있으므로, 업무 방해의 결과가 발생하였을 때 본죄를 처벌하는 것으로 해석하는 것이 논리적이고, 그것이 형법 해석에 가장 기본이 되는 문언적 해석에 합치한다.¹¹²⁾

다음으로, 세 번째 기준에 따를 때, 업무방해죄는 미수범 처벌규정이 없으나, 상술한 바와 같이 미수범 처벌규정이 없다고 하여 바로 위험범으로 볼 수는 없다. 대법원이 미수범 처벌규정이 존재하는 협박죄에 대하여 위험범으로 해석한 것처럼¹¹³⁾ 미수범 처벌규정의 존재 여부와 그 범죄가 위험범인지 여부가 직접적인 관련성을 갖는 것은 아니다.¹¹⁴⁾

네 번째 기준인 처벌 내지 제재의 필요성에 대하여 살펴보건대, (i) 위력이라는 ‘행위’와 (ii) 그에 따라 업무가 방해될 수도 있었다는 ‘위험’, 그리고 (iii) 실제 업무가 방해되었다는 ‘결과’라는 일련의 단계에서 마지막 ‘결과’가 결여된 행위가 문제된다. 업무방해죄의 보호법익에 대하여는 견해의 대립이 있긴 하지만 ‘업무의 실질적인 내용’라고 봄이 타당하다고 할 것인데, 위 단계 중에서 위력이라는 ‘행위’ 자체는 구체적인 사안에 따라 폭행이나 협박, 강요에 해당할 수 있으므로 그 반사회성이나 비윤리성은 폭행이나 협박, 강요죄로서 비난을 해야 하는 것이며, 업무의 실질적인 내용에 아무런 영향이 없는 이상 업무방해죄로 비난할 수는 없는 것이다.

(형법 제29조), 미수범 처벌규정이 없다는 것과 미수행위 자체가 존재하지 않는다는 것은 구별해야 하는 것이다.

112) 松宮孝明, 앞의 책, 180, 181면; 西田典之, 앞의 책, 130면; 松原芳博, 刑法各論, 日本評論社, 2016, 159, 160면도 업무방해죄가 “방해를 한”이라고 규정되어 있으므로 그 문구대로 침해범으로 해석하는 것이 타당하다고 주장하고 있다. 현재 일본에서는 상당수 학자들이 업무방해죄를 침해범으로 보고 있다.

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

114) 김태명, “업무방해죄의 법적 성질과 결과발생의 요부”, 『형사판례연구』, 제18권(2010), 121면.

마지막으로, 업무방해죄의 연혁 및 그 입법례에서도 알 수 있듯이 업무 방해죄는 과거 노동운동을 광범위하게 제약하기 위하여 도입된 죄인바, 노동권이 헌법상 기본권으로 보장된 현재에도 과거의 해석방법을 그대로 유지할 이유는 전혀 없다. 오히려 업무방해죄를 도입한 일본에서조차 본죄를 추상적 위험범이 아닌 침해범으로 해석하자거나 가벌적 위법성 이론을 통해 그 성립 범위를 제한하려는 시도를 하고 있는 점을 고려할 때, 우리도 이를 제한적으로 해석할 필요가 있다.¹¹⁵⁾

다. 소 결

위에서 살펴본 바와 같이 업무방해죄는 추상적 위험범이 아닌 침해범으로 해석할 필요가 있다. 따라서 상급자가 하급자에게 강압적으로 업무 지시를 하였다고 하더라도 하급자가 거기에 대하여 별다른 위협이나 억압을 당함이 없이 본인의 업무를 계속하였다고 한다면 업무방해죄의 기수를 인정할 수 없는 것이다.¹¹⁶⁾

5. 다른 범죄와의 관계

가. (업무상)배임죄

문제가 되는 업무의 주체가 법인인 경우, 상급자가 하급자에게 강압적으로 업무를 지시하였고, 그로 인해 회사에 손해가 발생하였다면 업무상배임죄가

115) 오히려 업무방해죄의 입법 당시 일본의 정부위원은 업무방해죄가 명예훼손죄와 달리 금고형을 규정하지 않은 이유에 대하여, 업무방해죄는 ‘업무방해의 결과’가 필요하기 때문이라고 설명하기도 하였다(松宮孝明, 앞의 책, 181면).

116) 다만, 문제 사안의 경우에는 하급자 B가 종래 자신이 평가하여 보고한 Z기업에 대한 신용평가 업무의 결과를 A의 의사에 따라 변경하였으므로, 다른 구성요건이 충족되었다면 업무방해의 결과가 발생하였다고 볼 수 있을 것이다.

성립할 수 있다(형법 제356조, 제355조 제2항).¹¹⁷⁾

문제 사례에서 X은행 Y지점 기업고객팀장 A는 Z기업으로부터 대출을 받을 수 있게 해달라는 부탁을 받고 Z기업의 신용평가 등급을 B+에서 BB로 상향조정하는 등의 방법을 통해 외상매출채권을 담보로 총 100억 원 이상의 대출을 해 주었는데, 위와 같은 신용평가 업무 과정에서 부하직원인 B에게 욕설을 하면서 강압적인 업무지시를 한 것이다.

먼저, 검찰의 처음 기소내용처럼 업무방해죄의 업무를 X은행이 아닌 B의 업무라고 본다면, 피해자를 X은행으로 하는 업무상배임죄와 피해자를 B로 하는 업무방해죄가 모두 성립하고, 양 죄는 실체적 경합 관계에 있다고 할 것이다. 그러나, 위에서 살펴본 바와 같이 신용평가 업무는 B의 업무일 뿐만 아니라 A의 업무이기도 하므로 소위 업무의 전속적 타인성이 인정되지 않아 업무방해죄는 성립되지 않는다.

다음으로, 신용평가 업무를 A나 B가 아닌 X은행의 업무라고 본다면,¹¹⁸⁾ 피해자를 X은행으로 하는 업무상배임죄와 업무방해죄가 성립하되, 양 죄는 상상적 경합 관계에 있다고 할 것이다.¹¹⁹⁾ 다만, 문제 사안처럼 피고인에게 ‘위력’이 인정되지 않아 업무방해죄가 성립하지 않더라도, 배임죄는 구성요건이 매우 포괄적으로 규정되어 있고, 특히 대법원은 소위 경영판단의 원칙을 도입하여 기업의 경영자에게 배임의 고의를 인정하기 위하여는 제반 사정에 비추어 “자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를

117) 물론 (업무상)배임죄가 성립하려면 재산상 손해 이외에도 주체로서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하고, 행위로서 ‘임무에 위배되는 행위’를 하여야 하며, 주관적 구성요건요소로서 ‘배임의 고의’가 인정되어야 하지만, 본 논문에서 배임죄의 개별 구성요건은 쟁점이 아니므로 자세한 논의는 생략하도록 한다. 이하 폭행, 협박죄, 강요죄, 직권남용죄 역시 마찬가지이다.

118) 항소심 역시 이를 전제로 신용평가 업무는 X은행의 업무로서 타인의 업무는 인정된다는 전제 하에 다른 구성요건요소인 ‘위력’이 인정되지 않아 업무방해죄가 성립하지 않는다고 판단한 것이다.

119) 업무방해 행위가 동시에 배임행위가 될 경우 양 죄는 상상적 경합관계에 있다고 할 것이다 (김성돈, 앞의 책, 243면).

가한다는 인식하에 이루어진 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 하고, 이러한 인식이 없음에도 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다고 보아 책임을 물을 수는 없다”¹²⁰⁾고 하여 엄격하게 해석하고 있는 점을 감안할 때, 피고인의 강압적인 업무지시 행태는 배임의 고의를 인정함에 있어 중요한 요소로 작용할 수 있다.¹²¹⁾

나. 폭행·협박죄

업무의 타인성이 인정되지 않아 업무방해죄가 성립하지 않는다고 하더라도, 상급자가 하급자에게 업무를 지시하는 과정에서 신체에 대한 유형력을 행사하거나, 해악을 고지하였다면 폭행죄나 협박죄가 성립할 수 있다(형법 제260조 제1항, 제261조, 제283조 제1항).

대법원은 폭언을 수차 반복하는 행위,¹²²⁾ 피해자의 신체에 공간적으로 근접하여 고성으로 폭언이나 욕설을 하거나 동시에 손발이나 물건을 휘두르거나 던지는 행위¹²³⁾도 폭행죄에 해당한다고 판시하였고, 스스로의 감정을 이기지

120) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013도2858 판결.

121) 대법원은 특히 피고인이 배임의 고의를 부인할 경우 “사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야” 한다고 판시하고 있다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결). 문제 사안에서 피고인은 Z기업의 관계자로부터 대출을 잘 받게 해 달라는 부탁을 받은 것은 사실이지만, 이는 은행의 직원, 특히 기업고객 팀장으로서 Y지점의 실적을 높이기 위해 가급적 다액의 대출을 받게 하려는 일환에 불과한 점, 대출에 대한 대가를 받은 사실이 전혀 없는 점 등을 이유로 배임의 고의를 부인하였다. 그러나, 피고인이 유독 Z기업과 관련하여서만 B에게 강압적으로 신용평가를 상향조정하라고 지시한 것은 피고인이 Z기업에 이익을 제공하는 한편 X은행에 재산상 손해를 가하려는 의도가 있었음을 추단하는 강력한 간접사실이 될 수 있는 것이다.

122) 대법원 1956. 12. 12. 선고 4289형상297 판결.

123) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결.

못하고 야구방망이로 때릴 듯이 피해자에게 “죽여 버린다”고 하는 것도 협박죄에 해당한다고 보고 있다.¹²⁴⁾

따라서, 본 논문의 서론 부분에서 언급하였던 사례와 같이 직장 상사가 부하 직원과 회의를 하던 도중 그를 질책하면서 유리컵을 던지거나 폭언을 반복하였다면 폭행죄나 협박죄가 성립할 수 있는 것이다.¹²⁵⁾

다. 강요죄

상급자가 폭행 또는 협박으로 하급자로 하여금 의무 없는 일을 하게 할 경우에는 강요죄가 성립할 수 있다(형법 제324조 제1항). 폭행죄와 협박죄는 강요죄의 보충규정이므로 강요죄가 성립하면 폭행죄나 협박죄는 그 적용이 배제된다.¹²⁶⁾

대법원은 상사인 피고인이 그의 잦은 폭력으로 신체에 위해를 느끼고 겁을 먹은 부대원들에게 청소 불량 등을 이유로 40~50분 동안 머리박아를 시키거나 양손을 깎지 낀 상태에서 약 2시간 동안 팔굽혀펴기를 50~60회 정도 하게 한 사안에서 강요죄를 인정하였다.¹²⁷⁾

따라서, 상급자가 폭행이나 협박을 하였을 뿐만 아니라 그러한 행위로 하급자에게 강제로 반성문이나 자술서를 작성하게 하거나 무릎을 꿇고 사과를 하게 하였다면 강요죄가 성립할 수 있다.¹²⁸⁾

124) 대법원 2002. 2. 8. 선고 2001도6468 판결.

125) 다만, 실제 위 사건에서 검찰은 전무가 물컵을 직접 사람을 향해 던지지 않았고, 폭언 역시 단순 욕설 정도에 불과한 점 등을 감안하여 불기소처분을 하였다.

126) 김성돈, 앞의 책, 139면; 김일수/서보학, 앞의 책, 105면.

127) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003도4151 판결.

128) 다만, 문제 사례처럼 부하직원에게 업무를 다시 지시하거나, 그 과정에서 야근을 시킨 경우, 그러한 업무는 해당 부하직원 입장에서는 회사와의 근로계약에 따른 것으로 볼 수 있으므로, 의무 없는 일을 하게 하였다고 보기는 어렵기 때문에 폭행, 협박죄만 성립한다고 보아야 할 것이다.

라. 직권남용죄

행위자가 공무원이라면 폭행이나 협박 또는 위력이 없더라도 다른 사람에게 의무 없는 일을 하게 하거나 다른 사람의 권리행사를 방해한 경우 직권남용죄가 성립한다(형법 제123조). 대법원은 “공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립하고, 그 일반적 직무권한은 반드시 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니하며, 그것이 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 것이면 된다”는 입장을 취하고 있다.¹²⁹⁾

판례 중에는 검찰 고위 간부가 특정 사건에 대한 내사가 계속 중임에도 해당 사안의 담당 검사로 하여금 내사를 중도에서 그만두고 종결하도록 한 행위는 직권남용죄에 해당한다고 판시한 것이 있는데,¹³⁰⁾ 공무원 관계에서는 상급자가 하급자로 하여금 의무 없는 일을 강요할 경우 그 행위가 위력에 미치지 못하더라도 직권남용죄가 성립할 수 있는 것이다.

IV. 마치며

이상에서 업무방해죄의 개별적인 구성요건과 함께 특히 상급자가 하급자를 상대로 강압적인 업무지시를 한 경우 업무방해죄가 성립할 수 있는지에 대하여 알아보았다. 결론적으로, 하급자의 업무가 상급자의 업무와 중첩될 경우 이를 타인의 업무라고 볼 수 없고, 그 과정에서 다소 강압적인 언어를 사용하였다고 하더라도 위력을 쉽게 인정할 수 없으며, 더구나 업무방해죄를 침해범으로 해석하는 이상 상급자의 업무지시가 다소 강압적이라고 하더라도 형법상 업무

129) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도2899 판결.

130) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결.

방해죄를 인정하는 데에는 신중을 가할 필요가 있다.

독일의 사회학자 울리히 벡(Ulrich Beck)이 근대화와 산업화에 따른 정치·경제·사회·기술적 변화가 새로운 위협으로 등장하는 사회를 ‘위험사회’라고 표현하였는데, 이러한 위험사회에서 형법은 추상적 위험범의 확대, 형벌의 엄벌화, 특별형법의 비대화를 그 특징으로 한다.¹³¹⁾ 그리고 이러한 위험사회에서의 위험형법이 갖는 특징들은 소위 갑질 사회라고 불리는 우리 사회에서도 마찬가지로 문제가 되고 있다.

그러나, 각종 특별형법의 양산과 엄벌화만이 사회문제 해결의 능사는 아니며, 형법의 보충성, 최후수단성을 고려할 때 이러한 경우에도 형벌의 기본원칙을 지켜야 한다.¹³²⁾ 특히 그 탄생부터 문제가 많았을 뿐만 아니라 유사한 행위에 대하여 폭행죄, 협박죄, 강요죄, 직권남용죄 등 다른 구성요건이 적용될 여지가 충분히 있기 때문에 업무방해죄, 그 중에서도 위력에 의한 업무방해죄는 그 적용 및 해석에 있어서도 제한적으로 운용할 필요가 있다.

131) 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, 2014, 61면; 하태훈, “법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제”, 「고려법학」, 제62호, 고려대학교 법학연구원(2011), 27, 28면.

132) 하태훈, 앞의 논문, 41면.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

단행본

김근주/이경희, 직장 내 괴롭힘 실태와 제도적 규율 방안, 한국노동연구원, 2017.

김성돈, 형법총론(제2판), 성균관대학교 출판부, 2013.

_____, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2019.

김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, 2014.

_____, 새로쓴 형법각론(제9판), 박영사, 2018.

배종대, 형법총론(제13판), 홍문사, 2017.

_____, 형법각론(제10전정판), 홍문사, 2018.

신동운, 형법총론(제9판), 법문사, 2015.

유기천, 형법학(인영본), 법문사, 2012.

이상돈, 형법강론(제2판), 박영사, 2017.

이재상/장영민/강동범, 형법총론(제9판), 박영사, 2017.

이재상, 형법각론(제9판), 박영사, 2013.

임 응, 형법총론(제4정판), 법문사, 2012.

_____, 형법각론(제6정판), 법문사, 2015.

장영민/박강우, 노동쟁의행위와 업무방해죄의 관계, 한국형사정책연구원, 1996.

논 문

- 김봉수, “쟁의행위와 형사책임”, 「법학논총」, 제34집 제1호, 전남대학교 법학연구소(2014).
- 김순태, “파업에 대한 업무방해죄 적용불가론 및 업무방해죄의 위헌성”, 「민주법학」, 제12호(1997).
- 김태명, “업무방해죄의 법적 성질과 결과발생의 요부”, 「형사판례연구」, 제18권(2010).
- 류전철, “법률해석의 방법과 형법”, 「법학논총」, 제17집, 전남대학교 법학연구소(1997).
- 박경신/손익찬, “위력에 의한 업무방해죄의 위헌성”, 「공익과 인권」, 제9권, 서울대학교 공익인권법센터(2011).
- 박상기, “파업과 업무방해죄”, 「형사판례연구」, 제20권(2012).
- 백원기, “쟁의행위로서 파업의 업무방해죄 성립여부에 관한 고찰”, 「형사판례연구」, 제20권(2012).
- 변종필, “업무방해죄에서 업무의 개념과 범위”, 「형사판례연구」, 제16권(2008).
- 윤상민, “가별적 위법성론의 재음미”, 「법학연구」, 제32집, 한국법학회(2008).
- 이규호, “위력에 의한 업무방해죄의 문제와 개선방안”, 「강원법학」, 제42권, 강원대학교 비교법학연구소(2014).
- 이근우, “노동쟁의에 대한 업무방해죄 적용의 축소 가능성”, 「비교형사법연구」, 제12권 제2호(2010).
- 이승준, “‘위장취업’과 업무방해죄의 성부 판단”, 「한양법학」, 제25권 제1호(통권 제45호), 한양법학회(2014).
- 정소영, “30년간 업무방해범죄의 변화”, 「법학연구」, 제27권 제3호, 연세대학교 법학연구원(2017).

표성수, “업무방해죄의 보호대상으로서의 업무의 범위에 관한 연구”, 「법조」, 제691호(2014).

하태훈, “법치국가에서의 형벌과 형사소송법의 과제”, 「고려법학」, 제62호, 고려대학교 법학연구원(2011).

_____, “형벌법규의 해석과 죄형법정원칙”, 「형사판례연구」, 제11권(2003).

하야시 히로마사, 이정민(역), “「개정형법가안」의 성립과정 고찰”, 「형사정책연구」, 제19권 제4호(2008).

2. 외국문헌

松宮孝明, 刑法各論講義(第5版), 成文堂, 2018.

西田典之, 刑法各論(第6版), 弘文堂, 2012.

前田雅英, 刑法總論講義(第5版), 東京大学出版会, 2011.

松原芳博, 刑法總論(第2版), 日本評論社, 2017.

_____, 刑法各論, 日本評論社, 2016.

【 ABSTRACT 】

Compulsory Work Order by Superiors at Work & Whether the Interference with Business Can be Established

Lee JongSoo*

A person who interferes with the business of another by the threat of force can be punished by Interference with Business(Criminal Act, Article 314). However, the generality of the elements of this crime and the Supreme Court's readiness to acknowledge fulfillment of such elements all lead to the question of abusive practice of public power. Recently, arguments proposing harsher punishment for superiors at work taking advantage of a junior staff, especially in forcing compulsory work orders, have gained power. Thus, this paper reviews whether such acts fulfill the elements of the Interference with Business.

Regarding compulsory orders by a superior at work, the definitions of 'business', 'threat of force', and 'the result of the Interference with Business' are most critical. Firstly, a 'business' should be entirely operated by a third party other than the defendant himself. Secondly, the interpretation of the 'threat of force' should be limited so that mere profanity or casual conflicts in a work place should be excluded

* Attorney at Law, Shin & Kim.

from the definition of such. Finally, despite the majority of the academics and the Supreme Court viewing the crime Interference with Business as an abstract endangering crime, it rather makes sense to interpret it a crime that it is committed only when the result has occurred.

Given the views above, even if a superior at work orders a junior staff in a more compulsorily setting, convicting the superior for Interference with Business is inappropriate. A recent ruling by the court also seems to sympathize with this view, in which a defendant was found not guilty for his charge in Interference with Business for using profanity while giving work orders to his junior staff.

Key words : Interference with Business, Business, Another's Business, Threat of Force, Violation Crime, Endangering Crime, Business Order