



총 평

우선 더운 날씨에도 불구하고 시험을 치른 수험생 여러분께 수고하셨다는 말부터 전하고 싶습니다. 시험 후에 제가 늘 하는 얘긴데요. 올해도 마찬가지입니다. 발표 때까지 하루하루가 힘든 시간이 될 수 있겠지만, 상대평가라는 시험의 특성을 감안해 본다면 완벽한 답안이 아닐지라도 합격의 충분요건이 될 수 있습니다. 시험은 잠시 잊고 인생에서 다시 오지 않을 한가한 시간을 자신을 위해 할애하는 기간이 되시길 바랍니다.

24회 총평을 쓴 게 엿그제 같은데 벌써 25회 시험 총평을 쓰게 되네요. 24회 시험의 경우 개인적으로 대학원 일정도 있었고, 노무사단기 학원 런칭과정에서 준비가 미비하여 강의를 제대로 진행 못했던 점이 있어 아쉬움 점이 많았었는데 이번 년도는 준비도 많이 했고 믿고 따라와 주시는 분들이 많아 든든한 마음으로 마무리할 수 있었던 것 같습니다. 이 지면을 빌어 다시 한번 믿고 따라와 주신 분들께 감사드립니다.

25회 노동법 2차 문제를 저녁 7시경 카톡 사진으로 넘겨 받아 쭉 검토해 본 결과를 간략하게 정리해서 올려드립니다. 시험지를 보자마자 든 느낌은 “**지문이 너무 길다**” 따라서 노동법은 난이도가 높은 시험이 될 수 있겠다 정도의 느낌이었습니니다. 물론 내공이 쌓인 수험생에게는 전체적으로 무난한 시험이었겠지만 내공이 부족한 수험생은 뻘히 아는 문제지만 시간안배에 실패해서 난감한 상황이 발생했을 꺼라 추측해 봅니다.

구체적으로 들어가 보면(문제를 1번 읽고 쓰는 평이라 향후 수정될 수 있는 자세한 예시답안은 조만간 정리해서 올려 드리겠습니다)

1교시

1-(1)번 설문의 경우 연차유급휴가 산정시 출근율을 계산할 때 ‘정당한 파업에 참여’한 기간을 어떻게 처리할지 여부에 대한 문제로 볼 수 있습니다. 최근 판례는 연차유급휴가 기간 산정시 ‘정당한 파업에 참여한 기간’은 소위 비례삭감설로 해결하고 있지만, ‘부당해고기간’에 대해서는 출근간주설로 해결하고 있습니다. 강평시간에도 말씀 드렸듯 어떤 판례가 옳다고 결론내리는 것보단 판례와 학설은 그대로 제시한 후 각각의 사안에 맞는 판례에 따라 결론을 내리시면 됩니다. 사안은 정당한 파업에 참여한 기간을 묻고 있기 때문에 비례삭감설로 해결하시면 되는 문제입니다.

→ 참조 : 스마트노동법 사례연습 20번, 2기 5회 문제 2번

1-(2)번의 경우 이제야 출제된 A급 주제이므로 무난하게 잘 작성하셨을 거라 생각합니다. 경력사칭에 대한 과거 판례인 소위 ‘가정적 인과관계’와 최근 판례인 ‘현실적 인과관계’에 해당하는 양 판례를 기술한 후 최근판례인 현실적 인과관계에 따라 결론을 내리시면 되는 문제입니다.





다.

→ **참조 : 스마트노동법 사례연습 24번, 마무리 정리자료 18번**

2번 설문의 경우 2015년 12월 23일자 근로기준법 제35조 제3호에 대한 위헌판결과 2015년 11월 27일자 시용근로자에 대한 서면통지규정의 적용여부에 대한 대법원 판례를 바탕으로 구성된 문제이므로 각각의 판례를 기술한 후 판례의 취지에 따라 해결하면 되는 문제입니다. ‘시용근로자에 대한 서면통지규정 적용여부’의 경우 25회 1차 시험에서도 정답으로 출제된 지문이므로 유의 깊게 정리해야 된다는 의미에서 2기 16회 모의고사에도 출제했었던 만큼 무리 없이 작성하셨을 것으로 생각합니다.

다만 ‘월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자’에 대한 위헌결정은 ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 한 자들로서 근로관계의 계속성에 대한 기대가 크기 때문’에 위헌결정을 하였다는 점을 고려해 본다면 시용기간의 법리(본채용이 되었다는 점=근로관계 계속성에 대한 기대가 크다)도 함께 언급하는 것이 논리적일 수 있다고 판단됩니다.

→ **참조 : 스마트노동법 사례연습 20번, 2기 5회 문제 2번, 2기 16회 2번**

2교시

1-(1)번 설문은 단체협약에 따라 지급되는 노동조합의 운영비의 지급을 A사가 일방적으로 중단할 경우의 정당성 여부에 대한 검토를 요구하고 있고, 1-(2)문에서 불이익취급 부당노동행위를 묻고 있으므로 지배개입의 부당노동행위를 큰 틀로 해서 논리를 전개하는 것보다는 운영비원조를 중심으로 즉, 학설(형식설, 실질설), 종래 실질설을 취한 듯한 판례를 설시한 후 최근 운영비원조에 대해 형식설을 취한 판례로 검토하시면 될 듯합니다.

→ **참조 : 2기 15회 문제 1번**

1-(2)번 설문의 경우 많은 수험생들을 당황하게 했을 것이라 판단되는 문제입니다. 대부분의 수험생은 아마도 아래 판례 정도를 언급하고 결론을 내렸을 것이라 생각되고, 짧은 시간에 많은 내용을 기술해야 하는 시험을 특성상 아래 판례정도를 언급했다면 훌륭한 답안으로 평가될 수 있을 거라 생각합니다.

‘스마트노동법 서브’ 요약 자료 중 “불이익취급”파트 인용

구 노동조합법 제39조 제1호 소정의 부당노동행위가 성립하기 위해서는 근로자가 "노동조합의 업무를 위한 정당한 행위"를 하고, 회사가 이를 이유로 근로자를 해고한 경우라야 하고, 같은 사실의 주장 및 입증책임은 부당노동행위임을 주장하는 근로자에게 있다. 따라서 노조측은 ① 임금 및 승진, 정리해고 등에서 차별의 존재, ② 차별이 불공정한 인사고과의 결과인 사실, ③ 불공정한 인사고과가 노조를 혐오하여 생긴 것이라는 것을 입증하지 않으면 안 된다(대판 95누16738)

‘스마트노동법 서브’ 요약 자료 중 “인사고과와 부당노동행위”파트 인용

① 조합원 집단과 비조합원 집단을 전체적으로 비교하여 두 집단이 서로 동질의 균등한 근로자 집단임에도 인사고과에서 두 집단 사이에 통계적으로 유의미한 격차가 있었는지,





② 인사고과에서 그러한 격차가 노동조합의 조합원임을 이유로 하여 비조합원에 비하여 불이익취급을 하려는 사용자의 반조합적 의사에 기인하는 것, 즉 사용자의 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 객관적인 사정이 있었는지, ③ 인사고과에서의 그러한 차별이 없었더라면 해고 대상자 선정기준에 의할 때 해고대상자로 선정되지 않았을 것인지 여부를 기준으로 판단하여 한다(대판 2007두25695)

다만 전공자로서 좀 더 깊이 있게 들어간다면 사안은 통계증 입증(대량관찰방식에 의한 입증) 방법의 가능성에 대한 문제로 볼 수 있습니다(로스쿨 노동법 해설 2판 715면 이하에도 간략히 언급되어 있습니다).

(이하 내용은 참고적으로만 보세요. 위의 판례가 왜 나와야 되는지에 대한 문제점 정도로 보시면 됩니다. 실제 예시답안은 구성은 몇 일내로 정리해 따로 올려 드리겠습니다)

무슨 얘기이고 하니 부당한 인사고과가 부당노동행위에 해당하는지에 대한 입증책임은 법률요건분류설(권리관계의 발생.소멸을 주장하는 자가 요건을 구성하는 사실의 입증책임을 부담하고 상대방은 그 일반요건의 흠결에 대하여 입증책임을 부담함)에 따라 주장자인 노조 측에 있다고 볼 수 있지만, 근로자에 대한 인사고과의 경우 사용자는 그 기준과 결과를 통상 비밀로 하므로 입증에 곤란성이 있다는 문제점이 발생합니다(민사소송법의 경우에도 의료사고 소송이나 공해소송의 경우 입증을 위한 핵심증거가 한 쪽에 편중되어 있어 입증책임의 전환문제가 동일한 문제로 논의됩니다. 다만 형사소송의 경우는 무죄가 추정되므로 2가지 경우를 제외하고는 통상 검사가 입증책임을 부담하게 되고 증거개시제도로 이를 보완하고 있습니다).

따라서 입증의 방법에서 노동조합은 입수한 자료를 토대로 차별에 대한 외형적 입증을 할 수 밖에 없습니다. 이러한 외형적 입증방법으로 개발된 것이 ‘통계적 방법에 의한 차별입증’입니다. 비교집단이 소규모일 때는 전수조사 결과에 대한 평균값 등으로 차별여부를 판단하고, 대규모일 경우에는 확률표본에 의한 모집단의 비교를 통해 차별여부를 판단하게 됩니다.

우리 대법원은 소위 시티은행 사건에서 “이른바 능력주의 승진제도 하에서 조합원이 노동조합에 가입하고 있음을 이유로 비조합원과 비교하여 승진에 있어서 불이익한 취급을 받았다고 하기 위하여는, 특별한 사정이 없는 한 당해 조합원이 비교의 대상으로 된 비조합원과의 사이에 업무능력, 근무성적, 상위직에 대한 적격성 등에 있어서 차이가 없어야 할 것이므로, 노조원과 비노조원을 전체적으로 비교하여 보아 승진에 있어서 외형상 격차가 있었다고 하더라도, 원심으로서도 비교의 대상으로 된 비조합원과의 사이에 업무능력, 근무실적, 상위직에 대한 적격성 등에 있어서 차이가 있었는지 여부를 더 심리한 다음, 그에 근로자들이 노동조합에 가입하고 있음을 이유로 비조합원과 비교하여 승진에 있어서 불이익취급을 받았는지 여부를 판단”하여야 한다고 판시한 적이 있습니다(대판 1998. 2. 10. 96누10188).

즉 노동조합은 ① 조합원에 대한 인사고과가 비조합원에 대한 인사고과와 비교하여 낮게 사정되었으며, ② 사용자가 노조 내지 조합활동을 혐오하였으며, ③ 인사고과 기간 중에 노조측 조합원과 비교집단에 속한 근로자가 제공한 근로의 질이 차이가 없다는 것을 입증하여야 하고, 노조 측이 입증에 성공한 경우 사용자는 차별에 대한 합리적인 이유를 입증하여야 하므로 입증책임이 전환되게 됩니다. 결국 노조 측이 사용자의 노조에 대한 태도, 인사고과사정시기의 노사관계 등 인사고과가 불공정하게 행해졌다는 것을 추정할 수 있는 외형적 사실의 입증



을 하게 되면 부당노동행위에 대한 일응의 추정이 성립하여 사용자가 차별에 합리적 이유가 존재한다는 사실을 입증하여야 하므로 사실상 입증책임이 전환되게 됩니다.

상기 박스안의 판례는 이러한 논의에 대한 대법원 판례의 결론이라고 보시면 될 것 같습니다.

2번 설문은 **스마트 노동법 사례집 17번 문제와 동일한 문제**이므로 큰 무리 없이 작성했을 거라 생각합니다. 첫째 **재심절차 규정이 규범적 부분이라는 점을 논증한 후 사업장단위의 일반적 구속력에 대한 내용(특히 동종근로자)을 언급한 후 사안 포섭**하시면 됩니다. 주의할 것은 ‘판례법리를 설명하시오’라고 범위를 제한했으므로 불필요한 견해대립까지 언급하실 필요는 없습니다.

→ **참조 : 2기 12회 문제 1번, 스마트 노동법 사례집 17번**