

제26회 공인노무사 2차 시험 노동법 총평

시험이 끝나면 매년 드리는 말씀인데 올해도 마찬가지입니다. 발표 때까지 하루하루가 힘든 시간이 될 수 있겠지만, 상대평가라는 시험의 특성을 감안해 본다면 완벽한 답안이 아닐지라도 합격의 충분요건이 될 수 있습니다. 더욱이 출제방식의 변화가 있는 이번시험의 경우 뚜껑을 열어 보기 전까진 결과를 장담할 수 없습니다. 단순히 판례 하나 안다고 고득점을 획득하고 합격하는 수준의 문제가 아님은 자명하기 때문입니다. 시험은 잠시 잊고 인생에서 다시 오지 않을 한가한(?) 시간을 자신을 위해 할애하는 기간이 되시길 바랍니다.

시험에 대해 평을 해보자면, 문제 하나하나에 출제자의 고심이 엿보입니다. 많은 응시인원과 높아진 수험생의 수준을 감안해 볼 때 일반적인 내용으로는 변별력이 없다는 판단하에 판례가 확립되지 않은 문제들도 출제를 한 것으로 생각됩니다. 우려되는 부분은 명확한 판례법리가 없는 사안을 출제할 경우 과연 평가의 공정성이 확보될 수 있을 것인지를 스스로에게 반문하게 됩니다. 특히 이러한 반문이 기우가 아니라고 생각되는 건 근퇴법이 분명하게 공고문에서 빠져 있는데 이를 무시한 채 출제를 했다는 건 시험의 공정성에 대한 근간을 흔들 수 있는 심각한 문제라고 생각합니다.

각설하고 문제에 대한 간략한 분석으로 전체 평에 갈음합니다.

문1.

A사는 상시 근로자 100명이 종사하는 전열기구 제조회사이다. A사에는 70명의 근로자로 조직된 노동조합 乙이 있다. 2015년 2월 1일 A사 사용자 甲은 기존의 직원자녀학자금지원제도를 2016년 1월부터 폐지하겠다고 발표하였다. 이에 대해 乙은 강력하게 반발하면서 甲과의 교섭을 종식으로 요구하였다. 甲이 망설이자, 乙은 관행적으로 이루어져 오던 연장근로를 2015년 2월 4일부터 집단적으로 거부하였다. 이후 乙은 2015년 4월 1일부터 쟁의행위 찬반 투표 등의 절차를 거쳐 태업을 개시하였다. 甲은 2015년 6월 1일자로 사업장 전체에 대하여 노동조합 조합원의 출입을 전면금지하는 직장폐쇄를 단행하였다. 2015년 7월 3일 乙은 전체 조합원이 다시금 업무에 정상적으로 복귀하겠다는 의사를 甲에게 표시하고, 단체교섭을 하자고 요청하였다. 甲이 노동조합 측 대화 요구의 진정성에 의문을 제기하면서, 대표이사 비방 등에 대한 사과를 요구하자, 乙은 공식 사과함은 물론 만약 직장폐쇄를 철회한다면 노동조합 집행부 사퇴를 포함한 모든 것을 열어 놓고 사용자와 교섭에 임하겠다고 밝혔다. 그러나 甲은 직장폐쇄조치를 계속 유지하고 조합원의 직장출입을 막으면서, 개별적인 접촉을 통하여 40여명의 조합원들을 선별적으로 업무에 복귀시켰다. 다음 물음에 답하시오. (50점)

(1) 연장근로거부의 법적 성질에 대하여 설명하시오. (25점)

(2) 직장폐쇄조치의 법적 정당성에 대하여 설명하시오. (25점)

문1-(1)

상시 근로자 100명이 종사하는 회사이므로 근로기준법이 전면적으로 적용되는 사업장에 해당합니다. 70명으로 조직된 노동조합이 “직원자녀학자금지원제도”의 폐지에 반발하여 관행적으로 행하여 오던 연장근로를 집단적으로 거부하였는데 이러한 연장근로의 법적성질을 묻고 있습니다. 의문의 여지없이 준법투쟁의 쟁의행위 정당성에 대하여 묻고 있는 문제입니다.

법적성질에 대한 사실정상설과 법률정상설, 쟁의행위 일부해당설(김유성, 김형배)를 기술한 후 판례적시 후 한쪽 견해(사실정상설)를 취해서 쟁의행위에 해당한다고 결론을 내시면 됩니다. 시간이 된다면 추가적으로 쟁의행위 주체(70명이 가입한 노조로서 적법한 주체), 목적(직원자녀 학자금지원제도 폐지이므로 복지혜택으로서 근로조건에 해당하여 적법), 절차(준법투쟁이 후 찬반투표 절차를 거친 경우이므로 요건 불충족)에 대해 포섭한 후 정당성을 상실한 쟁의행위로 결론내리면 되는 문제입니다.

목 차[2기 14회 문제 참조]	
I. 설문의 쟁점	3. 검토
II. 준법투쟁의 쟁의행위의 해당여부	III. 쟁의행위의 정당성 판단(+ @)
1. 학 설	1. 쟁의행위의 의의와 정당성 판단기준
(1) 쟁의행위 해당설(사실정상설)	2. 사안의 경우
(2) 쟁의행위 일부해당설	
(3) 쟁의행위해당부정설(법률정상설)	IV. 설문의 해결
2. 판 례	

문1-(2)

乙노동조합은 찬반투표 등의 쟁의절차를 거친 후 정상적으로 파업을 개시하였고, 2개월 후 (2015년 6월 1일) 직장폐쇄를 단행하였으므로 6월 1일자 직장폐쇄는 일응 정당성이 인정될 수 있을 것으로 판단됩니다. 문제는 전체조합원이 업무복귀의사를 표시했고, 사측의 요구에 따라 사과와 집행부 사퇴의 모든 가능성을 열어놓고 교섭에 임하겠다고 밝혔음에도, 직장폐쇄를 유지하고 비조합원에 대하여 선별적으로 업무 복귀를 지시하고 있으므로 방어적 직장폐쇄의 한계를 벗어났다고 볼 수 있습니다. 따라서 사측의 직장폐쇄는 정당성이 없다는 쪽으로 결론을 내리시면 되는 문제입니다. 물론 노조법 제46조 제2항의 행정관청의 신고 요건 등을 언급한 후 정당성과는 직접 관련되는 절차는 아니라는 점을 명시하면 가점 포인트가 될 수 있을 것으로 판단됩니다.

목 차[2기 사례집 참조]	
I. 설문의 쟁점	(2) 방어성
	(3) 판례를 통하여 나타난 정당성 판단기준
II. A회사 직장폐쇄의 정당성	
1. 직장폐쇄의 의의와 근거	III. 설문의 해결
2. 직장폐쇄의 정당성 판단기준	
(1) 대항성	

문2.

B사에는 노동조합 甲과 乙이 있다. B사는 甲과 노동조합 및 노동관계조정법상 근로시간 면제한도를 현저히 초과하여 근로시간면제를 부여하는 내용의 단체협약을 체결하였다. 한편 乙과의 근로시간면제를 포함한 단체협약은 체결되지 못하고 있다. B사와 甲이 체결한 단체협약이 부당노동행위에 해당하는지 여부에 대하여 설명하시오. (25점)

문2

2문은 사실관계가 너무 압축되어 있어 가정적으로 판단해야 하는 부분이 존재합니다(출제자가 그러한 부분을 의도했는지 단순히 출제상의 미스인지는 출제자만 알 듯). 우선 B사에는 복수 노조인 甲과 乙이 존재하는데 甲노조와 단체협약을 체결한 것이 공정대표의무를 거친 대표노조와 교섭을 한 것인지 사용자의 동의에 따라 개별적으로 교섭한 것인지가 애매하긴 한데, 지문에 나타난 내용만을 단서로 해서 추론해 본다면, 甲노조와는 단체협약을 체결했는데 乙노조와는 단체협약을 체결하고 있지 못하다는 점에 비춰보면 교섭창구단일화 절차를 거친 것이 아니라 개별적인 교섭을 진행하는 것으로 판단됩니다(한편 근로조건의 현격한 차이로 교섭단위가 분리된 경우일 수도 있습니다). 물론 교섭대표노조로 선정된 후 교섭권한을 위임하는 것도 가능하지만, 행정해석상 “노조법에서 피위임인에 대해 특별히 규정하고 있지 않으므로 교섭창구단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게 위임하는 것도 가능하다 할 것이나 교섭창구단일화절차에 참여한 개별 노동조합에 대해 각각의 교섭권을 위임하는 것은 교섭창구단일화 절차를 형해화하는 것으로 불가” 하다고 보고 있으므로 창구단일화 절차를 거친 경우가 아닌 것을 전제로 문제를 해결하여야 할 것을 판단됩니다.

결국 창구단일화 절차에 따른 교섭이 아니므로 공정대표의무 위반을 언급하는 것은 감정요인이 될 것으로 생각합니다.

최종질문에서 “B사와 甲이 체결한 단체협약이 부당노동행위에 해당하는지 여부”에서를 묻고 있으므로 최종질문에 충실하게 모의고사에서 연습했던 지배.개입의 부당노동행위로 풀면 될 듯합니다(변시모의고사에서도 같은 형태의 문제가 있었으므로 출제의도는 단순히 부노판단이 맞을 듯 합니다).

보충적으로 실무와 하급심판결까지 고려해 본다면, 甲과 B사가 체결한 단체협약은 B노조에 대하여는 지배개입의 부노가 성립할 수 있고(이 부분은 앞에 논의한 내용과 동일합니다), 부가적으로 甲노조와는 단협을 체결하면서 근로시간면제한도를 현저히 초과하여 지급하였음에도 乙노조와는 단체협약을 체결하지 못했다는 점에서 중립유지의무 위반(부당노동행위)도 문제가 될수는 있을듯 합니다). 관련된 하급심 판례에서는 “복수 노조의 개별교섭 상황에서 사용자가 쟁의행위를 하지 않은 노동조합의 조합원들에게는 무분규 격려금을 지급하고 쟁의행위를 한 노동조합의 조합원들에게는 위 금원을 지급하지 않은 행위는 사용자의 중립유지의무 위반으로서 부당노동행위 내지 불법행위에 해당한다(대전지법 2015.9.2. 2014가합102474).” 판시하였는데, 사용자의 부노의사가 추정되는 상황이므로 이 부분도 충분히 고려 될 수 있는 설문인 듯 합니다.

목 차[2기 16회]	
I. 설문의 쟁점	(4) 사용자의 부당노동행위 의사
II. 타임오프 근로자에게 많은 급여를 줄 경우 부당노동행위에 해당하는지 여부	3. 근로시간면제자에 대한 과도한 급여가 부당노동행위인지 여부
1. 문제점	(1) 근로시간면제자에 대한 급여지급 가능여부
2. 지배개입의 부당노동행위	(2) 급여 과다지급이 부당노동행위인지 여부의 판단기준
(1) 의의 및 취지	(3) 지배개입의 구체적 동기가 필요한지 여부
(2) 지배·개입의 의미	III. 설문의 해결
(3) 지배·개입의 부당노동행위 유형	

2교시

문1.

근로자 甲은 금융회사A에서 근무하고 있는데, “근로자 甲이 고객으로부터 금품을 수수하였다”는 투서가 접수되었다. A사는 고소를 하였고, 2015년 11월 말경 검찰은 고객으로부터 금1,000만원을 받은 혐의로 甲을 불구속기소하였다. 그러나 근로자 甲은 재판절차에서 변호사를 선임하여 무죄를 주장하고 있었다. 형사재판이 진행 중이던 2016년 1월 말경 A사는 근로자 甲에 대한 징계절차를 개시하여 해고로 결정하고 그 사유와 시기를 서면으로 통지하였다. 근로자 甲이 조합원으로 가입한 노동조합과 A사가 체결한 단체협약에는 아래와 같이 규정되어 있다.

1. 직원이 고객 또는 거래처로부터 돈을 받은 경우 그 액수를 불문하고 해고사유가 된다.
2. 징계사유가 형사사건으로 기소되면 징계절차를 개시할 수 있다.

한편, A사는 모든 근로자들과 1년 단위로 연봉계약을 체결하였다. 연봉계약서에는 기본급, 수당 및 상여금, 1년에 1개월 평균임금 상당액인 퇴직금과 이를 12개월로 분할 지급되는 금액이 기재되었다. 이에 따라 근로자 乙은 A사로부터 퇴직금 명목의 금원을 매월 균분하여 지급받았다. 이후 근로자 乙은 퇴직하면서 퇴직금 지급청구를 하였다. 다음 물음에 답하시오. (50점)

- (1) 근로자 甲에 대한 해고는 정당한지를 설명하시오. (25점)
- (2) 근로자 乙의 퇴직금지급 청구의 정당성에 대해 설명하시오. (25점)

문1-(1)

근로자 甲에 대한 해고의 정당성을 묻고 있으므로 사유, 절차 양정(수단)의 면에서 문제되는 쟁점을 찾아야 하는데, 형사재판 진행 중 징계해고를 하는 최근판례는 찾아보기 힘들고, 종래 교도소 보안과 직원이 뇌물을 수수한 행위에 대해 “징계혐의 사실의 인정은 형사재판의 유죄 확정여부와는 무관한 것이므로 형사재판 절차에서 유죄의 확정판결을 받기 전이라도 징계 혐

의 사실은 인정될 수 있는 것이며, 그와 같은 징계혐의 사실인정은 무죄추정에 저촉된다고 볼 수 없다(대판 2001.11.9. 2001두4184, 대판 1986.6.10. 85누407)”는 판례가 있지만, 일반화하기엔 힘들 것 같습니다. 이 문제는 3기 6회 과정에서 연습했던 변시 6회 시험문제와 2기 8회문제를 바탕으로 논리를 전개하시면 될 듯합니다. 변시문제의 경우에도 벌금형이라는 명확한 판례가 존재하지 않는 문제이므로 공인노무사 출제위원으로 이력이 기재된 (이희성, 조규식 교수님) 두 분이 공저한 노동법연습 책의 내용으로 해설을 해드렸었습니다.

목 차[2기 8회, 3기 6회]	
I. 설문의 쟁점	(1) 범법행위를 징계사유로 규정하는 취지
	(2) 한 계
II. 징계해고의 의의와 정당성 판단	3. 사안의 경우
1. 징계의 의의	
2. 징계의 근거	IV. 징계양정의 정당성
3. 징계해고의 정당성 판단	1. 문제점
	2. 징계양정의 정당성 판단
III. 징계사유의 정당성	3. 사안의 경우
1. 문제점	
2. 범법행위에 대한 징계사유의 취지와 한계	V. 설문의 해결

문1-(2)

근로자 乙의 퇴직금지급청구의 정당성을 묻고 있습니다. 퇴직금지급청구의 정당성을 판단하기 위하여는 퇴직금지급청구의 요건을 설시한 후 사안에 포섭해야 하는 바(물론 퇴직금지급청구요건을 충족하더라도 판례에 의할 경우 상계법리에 따라 지급하지 않을 수 있는 경우까지 기술해야 합니다.) 현행법에 의할 경우 퇴직금 지급청구의 요건은 근퇴법에 규정되어 있습니다(근퇴법 제4조). 특히 사안은 퇴직금지급방식에 대해 분할지급약정을 체결한 후 분할지급 약정에 따라 균분지급한 경우로 퇴직금 중간정산에 해당합니다. 결국 최근 중간정산사유에 대해 강화된 조문인 근퇴법 제8조, 동법 시행령 제3조의 중간정산 사유 충족여부를 검토 한 후 부당이득이든 상계를 논의할 수가 있게 됩니다. **명백히 출제 오류**입니다. 백번 양보해서 이 문제를 구법에 따라 풀이하려면 조건으로 구 근기법에 따라 풀이하라는 정도의 조건은 필요하다고 생각됩니다.

문2.

공기업인 B사의 보수규정이 따르면 공개채용을 통하여 입사한 정규직 사원의 경우 공기업 근무경력 100%를 인정하여 초임 연봉을 정하고 있다. 한편 계약직에서 정규직으로 전환된 직원들의 경우 채용경로와 업무성격이 정규직 사원과 구별되므로, 계약직 근무경력 50%만을 근무경력으로 인정하여 초임 연봉을 책정하고 있다. 계약직에서 정규직으로 전환된 직원인 甲은 B사의 보수규정이 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률과 근로기준법상 차별적 처우 금지규정에 위반된다고 주장하고 있는 바, 그 주장의 정당

성에 대해 설명하시오. (25점)

문2

“대판 2015.10.29, 2013다1051” 판결을 기본으로 출제한 문제입니다. 아래 판례에서 볼 수 있듯 특별한 법리나 암기해야 하는 문구는 없습니다. 다만 “[1]” 요지에서 볼 수 있듯 정규직으로 전환된 후에는 기간제근로자가 아니므로 기간제법이 더 이상 적용되지 않는다는 부분이 판례를 모르는 상황에서 조금 고민스러웠을 것으로 판단됩니다. 앞으로는 동지의 판례일지라도 모두 나눠 드리도록 하겠습니다. 나머지는 기간제근로자에 대한 차별에서 암기하셨던 판례 문구로 포섭하면 되는 문제입니다.

- [1] 기간제법 제8조 제1항은 비정규직 근로자임을 이유로 차별적 처우를 하지 못하도록 규정한 것인데, 이 사건에서 기간제근로자인 원고들은 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 전환된 다음에 비로소 이 사건 부칙조항의 적용을 받아 초임연봉이 정해졌고 이때에는 원고들이 더 이상 기간제근로자의 신분이 아니었으므로, 이 사건 부칙조항에 의하여 원고들이 기간제근로자임을 이유로 차별 대우를 받았다고 할 수 없어, 기간제법 제8조 제1항에 위배되지 않는다.
- [2] 근로기준법에서 말하는 차별적 처우란 본질적으로 같은 것을 다르게, 다른 것을 같게 취급하는 것을 말하며, 본질적으로 같지 않은 것을 다르게 취급하는 경우에는 차별 자체가 존재한다고 할 수 없다. 따라서 근로기준법에서 금지하는 차별적 처우에 해당하기 위해서는 우선 그 전제로서 차별을 받았다고 주장하는 사람과 그가 비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 한다.
- [3] 갑 공단의 취업규칙에 정규직인 일반직 직원의 초임연봉을 정할 때 공기업 근무경력 등을 100% 인정하도록 정하고 있었는데, 그 후 정부의 ‘공공부문 비정규직 종합대책’에 따라 비정규직인 계약직에서 일반직으로 전환되는 직원의 초임기본연봉을 비정규직 직원으로 근무 시에 받은 보수를 기준으로 산출한 등급의 금액으로 하도록 정한 부칙조항을 신설하여, 을 등이 비정규직인 계약직에서 일반직으로 전환되면서 계약직 직원으로 근무한 기간이 산입된 초임연봉등급을 받지 못한 사안에서, 공공부문 비정규직 종합대책에 따라 비정규직인 계약직에서 일반직으로 전환되는 을 등과 공개경쟁시험을 통해 일반직으로 임용되거나 정규직 내의 직렬 통합에 따라 일반직으로 자동 전환된 직원들 사이에는 임용경로에 차이가 있고, 갑 공단이 비정규직 근로자를 차별할 의도로 형식적으로만 임용경로를 구분해 놓은 것이라고 보이지 않을 뿐 아니라 대상자에 따라 일반직 임용경로가 다르게 적용된 것에는 합리적 이유가 있다고 인정되며, 임용경로의 차이에서 호봉의 차이가 발생한 것이므로, 을 등과 공개경쟁시험을 통해 일반직으로 임용된 직원들 또는 정규직인 업무직에서 일반직으로 자동 전환된 직원들이 본질적으로 동일한 비교집단에 속한다고 볼 수 없어, 부칙조항이 근로기준법 제6조의 차별금지 조항에 위배되지 않는다고 한 사례.