

노무사 단기 노동법 전임 이윤탁

유난히 무더웠던 여름, 가슴속 꿈을 놓치지 않으려고 하루하루를 힘겹게 버텨내신 수험생분들께 그간 수고하셨다는 말을 전합니다. 저와 인연이 있는 사람, 혹은 인연이 없었던 사람. 너나 우리 모두 지난 1년 수고하셨습니다.

1년간의 수고를 보상받기 위해선 출제방향이 공부한 것 중심이 되어야 하는데 다행히 올해 노동법은 제 수업기준으로 무난하고 한 번씩은 답안을 작성해봤던 주제여서인지 안심이 됩니다. 물론 실제 시험이라는 긴장감과 긴박함 때문에 자잘한 실수는 누구나 하는 것이기에 크게 신경쓰지 않으셔도 될 듯합니다.

각설하고, 본론으로 들어가 문제를 분석해 보도록 하겠습니다.

문제1-1)

1-1문은 최신판례(대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결)인 주식회사 발렌타인 소속 백화점 판매원들의 근로기준법상 근로자성을 묻는 문제입니다. 물론 법리가 새로운 건 없기 때문에 기존 법리로 해결이 가능한 문제입니다. 근로자성을 판단하는 문제는 모든 교재의 제일 앞부분에 나오는 주제이고 누구나 A급으로 준비를 했을 것으로 판단되기 때문에 법리기술 시 조문과 판례키워드를 정확하게 기술하는 것과 주어진 사실관계를 법리에 적용하는 부분에서 점수의 향방이 정해질 듯합니다. 포괄임금제와 관련한 법리와 등기임원의 근로자성 문제, 사용자개념의 확장 문제 등은 직접적인 쟁점이 아니지만, 모든 쟁점 기술 후 추가적으로 (가정적으로)기술했을 경우 가점요인으로 고려될 수 있을 듯 합니다(가점 여부는 채점자의 재량 이기에 고려요소일 뿐입니다). 변시 모의고사에서 출제된 동일한 쟁점에 대한 채점기준표를 바탕으로 목차를 구성한다면 다음과 같습니다.

목 차	
<p>I. 쟁점 지급의 전제조건으로서 판매사원의 근로자성 판단요건</p> <p>II. 근로기준법상 근로자 개념과 근로자성 판단기준</p> <p>1. 근로자의 의의</p> <p style="padding-left: 20px;">(1) 근로기준법상 근로자</p> <p style="padding-left: 20px;">(2) 구별개념</p> <p>2. 근로자성 판단기준에 관한 판례법리</p> <p style="padding-left: 20px;">(1) 기본전제</p> <p style="padding-left: 20px;">(2) 구체적 판단기준</p> <p>3. 검토</p>	<p>III. 사안에의 적용</p> <ul style="list-style-type: none"> - 근로자성 판단의 기준으로서 사용종속성 및 사용종속성의 구체적 판단준거 충족여부 - 판매사원의 계약 형식이 아니라 사용종속성에 대한 실질적 판단필요 - 실제 업무수행 과정에서 사용자의 상당한 지휘감독 및 급여를 목적으로 한 근로제공 여부에 대한 구체적 판단필요 <p>IV. 결 론</p> <ul style="list-style-type: none"> - 전체적인 서술의 논리성 및 체계성 - 가점 또는 감점 요인 - 관련성 있는 쟁점들의 추가설명

<p>：근기법 제2조 제1호 판례：대판 1994.12.9. 94다22859, 대판 2017.1.25. 2015다59146 등</p>

문제1-2)

1-2문은 판매원들이 근기법상 근로자일 경우 지급받은 수수료가 통상임금에 해당하는지를 판단하는 문제입니다. 이 주제도 대부분 A급으로 학습하셨을 것으로 판단되기 때문에 누가 더 정확하게 판례키워드를 인용하고, 정치하게 사안에 포섭했는지 여부에 따라 점수배점의 향방이 결정될 것으로 판단됩니다. 최근 전원합의체 판결의 부수쟁점인 배제합의의 유효성 문제도 기술을 했을 경우 무조건은 아니겠지만 가점 요인으로 고려될 수는 있을 듯합니다(가점 요소로 고려될 수 있다는 문구를 자주 사용하게 되는데 냉정하게 말하면 쟁점은 아닙니다. 다만 채점자의 재량으로 들어가는 부분이니 고민하실 필요가 없다는 의미정도입니다). 통상임금의 전형적인 법리를 기술하시면 되는데 보충사례로 풀어봤던 외제차딜러의 수수료와 마찬가지로 주된 업무에 대한 대가이므로 임금성을 인정할 수 있고, 성과에 연동되는 임금의 경우 최소한도까지는 고정성이 인정된다는 논리로 답안을 구성하시면 됩니다. 배점상 임금성 판단 부분은 독립된 목차로 구성하기 보다는 본문에 녹여 넣으시면 될 듯하고, 주니어 판매원의 월 기준금액인 200만원의 85%까지 고정성이 인정되는 통상임금에 해당하는 것으로 마무리하면 되는 문제입니다. 200만원의 85%가 정확히 얼마이다(170만원)라는 결론까진 기술하지 않아도 될 듯합니다(최종질문 기준)

변시 모의고사에서 출제된 동일한 쟁점에 대한 채점기준표를 바탕으로 목차를 구성한다면 다음과 같습니다.

목 차	
<p>I. 쟁점 대가로 매월 지급받은 수수료가 통상임금에 해당하는지 여부</p> <p>II. 수수료의 통상임금 해당여부</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 통상임금의 의미 2. 통상임금의 판단기준에 관한 판례의 태도 <ol style="list-style-type: none"> (1) 통상임금의 판단기준 (2) 정기성·일률성·고정성의 의미 3. 검 토 	<p>III. 사안에의 적용</p> <ul style="list-style-type: none"> - 정기성 판단 : 매월 지급되므로 인정됨 - 일률성 판단 : 판매원들 모두에게 지급되므로 인정됨 - 고정성 판단 : 200만원의 최소 85%까지 보장되므로 170만원 까지만 고정성이 인정됨 <p>IV. 결 론</p>
<p>: 근기법 시행령 제6조, 근기법 제26조, 동법 제56조 등(예고수당과 가산임금에 활용되므로 관련규정으로 언급할 필요 있음-변시 채점표)</p> <p>판례 : 대판 2013.12.18. 2012다89399</p>	

문제2)

2문은 “계약갱신 거부를 부당해고로 판단할 수 있는 경우에 대한 판례법리”에 대한 설명을 요구하고 있습니다. 가장 많은 평석이 등장하는 법리인 만큼 배점에 알맞은 분량의 논리구성이 필요한 문제입니다. 특히 기간제법 시행 이후에도 갱신기대권의 법리가 적용될지에 대해선 판례가 엇갈리고 있고, 평석도 엇갈리고 있는 만큼 논리일관성 있게 논리를 구성할 필요가 있습니다. 우선 기간의 정함이 있는 근로계약의 기간만료시 갱신거부가 가능하다는 원칙적인 법리를 간략히 기술한 후 판례가 인정하는 갱신기대권의 법리 기술 후 마지막으로 기단법 시행이후에도 동 법리가 그대로 적용된다는 부분을 추가적으로 기술하시면 되는 문제입니다. 최신판례인 신규 채용절차를 통한 대규모 갱신거절의 합리성 판단방법(대판 2017.10.12. 2015두44493)이나 고령자이며 정년 후 재고용된 기간제 근로자의 갱신기대권(대판 2017.2.3. 2016두50563) 등의 판례는 기술한다면 가점이 될 수 있겠지만, 기본법리 쓰기에도 시간이 부족할 듯 하므로 이러한 부분이 빠졌다고 당락이 좌우되진 않을 듯합니다. 다만 최신판례인 전환기대권은 직접적인 쟁점은 아닙니다. 계약갱신 거부의 부당해고판단이 문제이기 때문입니다. 다만 채점자의 재량부분이겠죠.

목 차

I. 쟁점 근로계약 종료시 계약갱신거부를 부당해고로 판단할 수 있는 판례법리	3. 기간제법 시행과 갱신기대권의 법리
II. 기간제 근로자에 대한 계약갱신 거부 1. 원 칙 2. 계속근로기대의 법리 (1) 기간의 정함이 형식에 불과한 경우 (2) 갱신기대권	III. 사안에의 적용
	IV. 결 론
: 민법 제662조 제1항, 기단법 제4조	
판례 : 대판 2007. 9. 7. 2005두16901, 대판 2011.4.14. 2007두1729, 대판 2017.2.3. 2016두50563 등	

2교시

문제1-1)

1문은 사용자가 규약에 규정된 총의수렴절차를 이유로 교섭을 거부할 경우 단체교섭거부가 정당하지 않은 이유에 대하여 논하라고 요구하고 있습니다. 원래 의견 수렴절차의 규약이 문제된 사안들에선 노조대표에 대한 불법행위 손해배상 청구권 인정여부가 쟁점이었는데 본 설문은 의견수렴절차를 규정한 규약을 이유 교섭을 거부할 경우 정당하지 않은 이유에 대하여 논하라고 하고 있으므로 규약 제21조의 유효성에 대하여 검토하면 되는 문제입니다(판례 응용 문제라고 볼 수 있습니다). 즉 규약이 노조 대표의 대표권을 전면적 포괄적으로 제한한 인준투표제가 아니라는 점을 논증하여 규약이 유효하다는 결론을 낸 다음 전면적포괄적 제한의 인준투표제가 아니므로 이를 이유로 한 사용자의 교섭거부가 정당하지 않다고 논증하면 되는 문제입니다.

목 차	
I. 쟁점 제21조의 인준투표제 해당여부	III. 사안에의 적용
II. 규약 제21조의 법적성질 1. 노조대표의 교섭권과 협약체결권 (1) 문제점 (2) 판례 2. 규약 제21조의 경우	IV. 결 론
: 노조법 제29조 제1항 판례 : 대판 1993. 4. 27. 91누12257, 대판 2013.9.27. 2011두15404, 대판 2018.7.26. 2016다205908 등	

문제1-2)

1-2문은 단체교섭거부금지 가처분 결정을 받고서도 단체교섭을 계속 거부할 경우 노조에 대한 불법행위가 성립하는지를 논하라는 문제입니다. 변시 모의고사에 출제가 된 쟁점이고 2기 마지막 모의고사에서 똑같은 문제를 출제한 만큼 무난하게 답안을 작성하셨을 것으로 판단됩니다. 우선 단체교섭 거부가 정당하지 않다는 점(성실교섭의무 위반)을 간략하게만 언급하고 가처분 결정 이후의 단체교섭거부가 불법행위를 구성하는지 즉 부당노동행위 판정시 사법상 청구권까지 긍정될 수 있는지에 대한 학설과 판례 언급 후 사안포섭하시면 되는 문제입니다. 다만 학설부분은 기본권의 이중적 성질을 논증하기 어려운 사람은 3가지 논거 중 마지막 논거를 언급하라고 말씀드렸는데 그 정도 기술이면 충분히 차별화 되는 답안이 될 듯합니다.

목 차

<p>I. 쟁점</p> <p>단체교섭을락가처분 결정을 받은 이후 단체교섭 거부의 불법행위 해당성</p> <p>II. 단체교섭거부와 불법행위 책임</p> <p>1. 단체교섭 거부의 적법성 판단(성실교섭의무)</p> <p>2. 법원의 가처분 결정 이후 단체교섭 거부</p> <p>(1) 학 설</p> <p>(2) 판 례</p> <p>(3) 검 토</p>	<p>III. 사안에의 적용</p> <p>－ 성실교섭의무의 내용</p> <p>－ 법원으로부터 성실교섭 명령 내지 가처분 결정 이후에도 계속된 교섭 거부행위의 위법성</p> <p>－ 불법행위 성립요건(사회통념상 용인될 수 없는 위법행위로서의 단체교섭권 침해)</p> <p>IV. 결 론</p>
<p>： 헌법 제33조 제1항, 노조법 제30조</p> <p>판례： 대판 2006.10.26. 200411070</p>	

문제2)

문제2는 임원회의실 점거하여 쟁의행위를 하던 중 직장폐쇄를 단행한 사용자의 퇴거요구에 불응한 경우의 정당성에 대하여 판례법리로 검토하기를 요구하고 있습니다. 퇴거불응의 정당성을 판단하기 위해서는 우선 임원회의실 점거의 정당성을 논증한 후(통상적인 업무수행에 필수적인 장소이거나 통로로 사용되는 시설인지 아닌지에 따라 판단, 노조법 제42조의 안전보호 시설이 아니라는 점도 언급가능) 직장폐쇄의 효과로 퇴거의무발생 문제로 연결하시면 되는 쟁점입니다. 임원회의실의 경우 사회통념에 따라(실제 판례도 마찬가지) 점거가 가능하다는 시설로 포섭이 가능하지만, 직장폐쇄의 정당성을 판단하는 자료가 제시되어 있지 않으므로 직장폐쇄의 정당성이 인정되는 경우와 부정되는 경우의 판례기준을 제시한 후 그에 따라 직장폐쇄의 효과인 물건적 지배권의 전면적으로 회복여부를 제시한 후 직장점거의 정당성 여부에 대하여 결론을 내리시면 될 듯 합니다. 이러한 판례법리에 대해서는 물건적 지배권도 정당한 권원에 의해 제한이 가능하다는 비판이 있지만(소유권을 가지더라도 적법한 지상권이나 임차권 등이 설정될 경우 물건적 지배권이 제한되듯 적법한 직장폐쇄를 하더라도 정당한 직장점거에 의한 제한이 가능합니다.) 판례법리에 따른 설명을 요구하고 있으므로 “저 이것도 알아요”라는 정도의 언급이면 충분할 듯 합니다.

직장폐쇄가 2번이나 출제 되었지만 효과부분에서 임금지급의무 면제와 직장점거 배제의 효과 부분이 남아 있는 쟁점이므로 이 부분을 봐야 한다고 설명 드렸고(12년 변시 모의고사), 최근 객관식문제 출제자와 주관식 문제 출제자가 겹치는 만큼 객관식에서 나온 판례는 반드시 확인해야 한다고 말씀드렸었는데(시용근로자에 대한 서면통지 판례, 근로시간면제자에 대한 과다급여지급 판례가 출제되었음) 이번에도 객관식에 출제된 직장폐쇄 최신판례가 다시금 출제되었습니다(관련성이 없다고 치부할 수는 없을 듯합니다).

목 차

I. 쟁점 정당성과 퇴거요구의 정당성	1. 의 의 2. 정당성 판단기준 3. 정당한 직장폐쇄의 효과
II. 직장점거의 정당성 판단기준 1. 의 의 2. 정당성 판단기준 3. 소 결	IV. 결 론
III. 직장폐쇄의 정당성 판단기준	
: 헌법 제33조 제1항, 노조법 제30조 판례 : 대판 2006.10.26. 200411070 등	