

노무사 단기 노동법 전임 이윤탁

28회 공인노무사 제2차 시험이 마무리되었습니다.

무더위와 싸워가면 답안작성 연습을 하던 일이 었그제 같은데 벌써 가을의 초입에 와 있는 듯한 날씨입니다. 이유 불문하고 1년간 수고하셨습니다. 상대평가는 채점이 끝나기 전까진 결과를 알 수 없는 불확실성이 있기 때문에 작은 실수 하나 하나를 곱씹으며 낙담하실 필요는 없을 듯합니다. 시험장에선 대부분의 수험생이 크고, 작은 실수를 하고 준비했던 만큼의 실력을 발휘하지 못하는 건 공지의 사실이므로 발표 전까진 시험에 대한 사향은 유보해 두시고 그간 미웠던 일들 하시면 좋을 것 같습니다.

각설하고, 본론으로 들어가 문제를 분석해 보도록 하겠습니다.

문제1-1)

1-1문은 정리해고시 대상자 선정기준에 대한 내용을 묻고 있습니다. 즉 대판 2002.7.9. 2001다29452, 대판 2012.05.24. 2011두11310 등을 바탕으로 구성된 문제입니다. 정리해고 대상자를 선정할 경우 합리적이고 공정한 해고기준에 따라 대상자를 선정하여야 하지만, 그 기준은 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이고, 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 해고의 기준에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 참작하여야 합니다. 최근 판례는 기존 판례법리를 그대로 유지하면서 ‘객관적 합리성과 사회적 상당성을 가진 구체적 기준을 마련하여 실질적이고 공정한 기준을 적용하여 대상자를 선정하여야 한다’고 판시하여 대상자 선정에 있어 객관적 합리성을 강조하는 판례가 등장하고 있습니다. 사안은 ‘징계, 근태, 경미사고, 포상, 근속기간’과 같은 객관적 기준보다 ‘근무태도 평가’라는 주관적 기준에 따라 대상자를 선정하고 있으므로 합리적이고 공정한 해고기준에 따른 대상자 선정으로는 볼 수 없는 사안입니다.

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

목 차	
<p>I. 설문의 쟁점 해고 대상자 선정기준이 합리적이고 공정한 해고기준인지 여부</p> <p>II. 관련법리 1. 관련 법규정 : 근로법 제24조 제2항 2. 경영상 이유에 의한 해고시 대상자 선정기준</p>	<p>III. 사안에의 적용</p> <p>IV. 결 론</p>

★ 적중자료

1. 2기 모의고사 9회 1문
2. 사례집 57번

문제1-2)

1-2문은

‘대판 2015.6.11. 2012다55518’을 그대로 사례화한 문제입니다. 사실관계를 상세하게 제시하다 보니 지문도 이전보다 상대적으로 길어졌기 때문에 포섭에 주안점을 뒀야 하는 문제로 생각됩니다.

위약예정금지 쟁점을 다룰 때 직접적인 위약예정은 아니지만 해석상 위약예정금지 문제와 연결될 수 있는 쟁점으로 학습한 내용입니다. ① 사이닝 보너스의 법적성질(이직사례금 or 전속계약금 및 임금선급금)을 판례의 기준인 종합적 판단에 따라 판단 후 ② 이직사례금인지 임금선급금 등인지 검토 후 반환의무 여부에 대하여 주어진 사실관계를 바탕으로 포섭하시면 되는 문제입니다. 즉 계약이 체결된 동기 및 경위, 계약에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 계약서에 전속근무조건이나 중간퇴직시 반환한다는 문언 기재 및 거래 관행 등을 종합적으로 고려 하여 판단하면 됩니다.

이직사례금으로 해석된다면 실제계약이 체결된 이상 반대급부는 이행된 것이므로 반환의무는 없게 되고, 임금선급금 등으로 해석된다면 근로제공 기간에 대한 부분을 공제한 후 나머지를 반환하여야 합니다. 다만, 위약예정 금지의 취지에 따라 비교적 장기간의 의무기간을 정하거나 사이닝보너스 이상의 금원반환을 예정하거나, 근로제공 기간과 무관하게 사이닝 보너스 전액반환을 예정하는 경우 또는 반환금액이 비교적 다액이어서 반환요구시 퇴사를 주저하게 될 것으로 인정되는 경우에는 위약예정에 해당될 수 있습니다.

사이닝 보너스에 초점을 맞출 경우에는 첫 번째 목차로 구성하시면 되고, 위약예정을 본문에서 같이 논의할 경우에는 두 번째 목차처럼 구성하시면 됩니다.

목 차	
I. 설문의 쟁점 사이닝 보너스의 법적성질, 위약예정금지	1. 이직사례금으로 해석되는 경우 2. 임금선급금 등으로 해석되는 경우 3. 위약예정에 해당되는 경우
II. 사이닝 보너스의 법적성질 1. 의의 2. 판단기준	IV. 사안의 해결
III. 반환약정의 효력	V. 결 론

목 차	
I. 설문의 쟁점 사이닝 보너스의 법적성질, 위약예정금지	(2) 판례의 태도 2. 사이닝 보너스 약정의 경우 (1) 의 의 (2) 판단기준
II. 관련법리 1. 위약예정금지 (1) 의의와 취지	III. 사안의 해결

IV. 결 론

★ **적중자료**

1. 2기 모의고사 4회 1문

2. 사례집 21번 문제

문제2)

문제2는 문제1이 사례포섭문제로 많은 시간이 필요한 쟁점임을 감안하여 준사례형 문제로 출제된 것으로 볼 수 있습니다(사안 포섭할 내용이 별로 없음).

2문은 대판 1998.12.13. 87다카2803 판례를 사례화한 문제로 임금채권의 양도성 문제와 대항요건을 갖춘 양수인의 임금직접지급 청구 가능여부에 대해 검토하면 되는 문제입니다. 변호사 모의시험 채점기준표에서는 판례를 비판하는 견해에 따른 사안적용과 결론 도출에도 점수가 부여될 수 있음을 명시하고 있으므로 판례와 다른 결론을 취했다고 해서 점수에서 불이익은 없을 듯 합니다. 물론 채권양도와 대항력의 문제가 제시되었기 때문에 민법 제450조 이하의 채권양도의 대항력 내용도 검토해 볼 수는 있겠지만, 변시 모의 채점표에는 해당 부분에 대한 언급이 없는 만큼 가점요소로 고려 될 수 있을지는 채점자의 재량영역으로 봐야 될 듯 합니다.

목 차

I. 설문의 쟁점 임금채권의 양도 여부와 양수인의 직접청구권 인정 여부	(2) 양수인의 직접지급청구 가능여부
II. 임금채권의 양도성과 직접지급원칙 1. 임금채권의 양도 유무 2. 임금채권 양수인의 직접지급청구 가능여부 (1) 임금직접지급원칙의 의의와 취지	III. 사안에의 적용 IV. 결 론

목 차 (변시채점표)

I. 설문의 쟁점 임금채권을 양도할 수 있는지 양도에도 불구하고 근로자에게 지급하여야 하는지 문제	(2) 직접지급원칙의 취지 (3) 근로자에 대한 직접 지급여부
II. 관련법리 1. 관련규정 : 근로법 제43조 제1항 2. 판례 (1) 임금채권의 양도가능성	III. 사안의 해결 IV. 결 론

★ **적중자료**

1. 2기 모의고사 6회 2문
2. 사례집 31번 문제

2교시

문제1-1)

1문은 대판 2007.3.29. 2006도9307, 대판 2010.6.10. 2009도12180 사안을 바탕으로 적법한 직장폐쇄시 직장폐쇄의 범위에 대해 묻고 있습니다. 2년간 연속 출제된 직장폐쇄라는 주제를 수험가에선 핵심쟁점으로 잡고 있지 않은 주제였기에 적잖이 당황스러운 문제로 보입니다. 개인적으로도 직장폐쇄를 A급 주제로 다루긴 했지만, 직장폐쇄의 범위는 기본서 수준에서만 다룬 내용이고(물론 면피용으로 암기카드로 배우는 했음) 최신판례인 연차휴가산정에 대한 내용만을 모의고사 문제로 다룬 바가 있습니다.

모의고사 출제과정에서 수험가의 모의고사 자료를 대부분 검토한 결과 해당주제를 A급으로 다룬 모의고사는 없는 만큼 크게 걱정하실 필요는 없을 듯 합니다. 모두에게 불의타는 변별력이 없습니다.

직장폐쇄의 의의, 정당성(최소한 만), 배제범위에 대한 일반론 기술 후 노조의 생산시설에 대한 접근, 점거 등의 우려에서 노조사무실 대체장소를 제공하고 정상적인 노조활동이 합리적 대안으로 인정된다면 노조사무실에 대한 출입도 제한할 수 있다는 논리로 포섭하면 되는 문제입니다. 결국 ① 노조사무실 자체를 직접적인 쟁의장소로 활용한 사정은 나타나 있지 않고, ② 노조사무실 점거를 통한 공장점거가능성이 있는 사안이므로 사용자가 대체장소를 제공하여야 하지만 그러한 사정이 나타나 있지 않으므로 노조사무실에 대한 출입금지는 직장폐쇄로서 정당하지 않다는 결론에 도달하면 됩니다.

완전히 배제한 주제가 아닌 만큼 직장폐쇄의 일반론에 따른 풀이를 했을 경우 크게 변별력을 나타낼 만한 주제는 아닌 것으로 판단됩니다.

사용자의 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 평가받는 경우에도 ① 사업장 내의 노조사무실 등 정상적인 노조활동에 필요한 시설, 기숙사 등 기본적인 생활근거지에 대한 출입은 허용되어야 하고, 다만 ② 쟁의 및 직장폐쇄와 그 후의 상황전개에 비추어 노조가 노조사무실 자체를 쟁의장소로 활용하는 등 노조사무실을 쟁의행위와 무관한 정상적인 노조활동의 장소로 활용할 의사나 필요성이 없음이 객관적으로 인정되거나, ③ 노조사무실과 생산시설이 장소적·구조적으로 분리될 수 없는 관계에 있어 일방의 출입 혹은 이용이 타방의 출입 혹은 이용을 직접적으로 수반하게 되는 경우로서 생산시설에 대한 노조의 접근 및 점거가능성이 합리적으로 예상되고, 사용자가 노조의 생산시설에 대한 접근, 점거 등의 우려에서 노조사무실 대체장소를 제공하고 그것이 원래 장소에서의 정상적인 노조활동과 견주어 합리적 대안으로 인정된다면, 합리적인 범위 내에서 노조사무실의 출입을 제한할 수 있다(대판 2010.6.10. 2009도12180).

목 차

<p>I. 설문의 쟁점 직장폐쇄시 사업장 점거 배제 범위</p> <p>II. 직장폐쇄의 정당성 판단과 효과 1. 정당성 판단기준 (1) 대항성 (2) 방어성·상당성 2. 직장폐쇄의 효과 (1) 임금지급의무의 면제</p>	<p>(2) 사업장 출입배제 및 점거배제 3. 점거배제의 범위</p> <p>III. 사안에의 적용</p> <p>IV. 결 론</p>
--	---

★ **적중자료** (직접적으로 적중한 문제 아님)

1. 3기 모의고사 12회에서 직장폐쇄 다름
2. 암기카드 14번, 기본서 619면, 메모리 노트

문제1-2)

1-2문은 대판 2016.2.19. 2012다96120, 대판 2016.2.19. 2012다96120을 바탕으로 한 조직변경에 대한 문제입니다. 특A급에 속하는 쟁점이었기에 2기와 3기에서 각각 모의고사로 출제하였습니다. A지회만 제시되었다면 간단명료한데 A지부장이 등장하여 살짝 헷갈릴 수는 있겠지만, 최신판례(법인 아닌 사단의 실질)로 풀이하면 큰 어려움 없이 해결할 수 있는 문제입니다.

즉 전국전자노조는 ① ‘전국전자노조 > A지부 > A지회’로 조직체계가 구성되어 있고, ② ‘전국전자노조 모범지회 규칙(예시규약)을 바탕으로 제정된 규약’을 갖추고 있으므로 A지회의 독자적인 규약을 갖춘 것으로 볼 수 있고, ③ ‘총회, 지회장 등의 기관을 갖추고 활동’하고 있으므로 독립된 집행기관을 가지고 독립된 단체로 활동하는 것으로 볼 수 있다.

다만, A지회 단위의 교섭의 경우 B지부장의 주관하에 교섭을 진행하고, 단체협약 체결권자가 B지부 지부장이라는 점에서 독자적인 단체교섭 및 단체협약 체결 능력을 갖추고 있어 기업별 노조에 준하는 실질을 가지는 경우에는 해당하지 않습니다.

다만 독자적으로 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결하지는 못하더라도, 설치 경위, 정관, 규약내용, 관리운영실태 및 구체적인 활동 내용에 비춰 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있는 근로자단체로서 독립성이 인정되는 경우에는 독립한 조직변경이 가능한데, A지회는 모범지회 규칙에 따라 규약을 만들었고, A지회장이 실무적인 교섭위원으로 참여한 점 등에 비춰보면 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있어 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 독립성이 인정되는 경우로 볼 수 있습니다.

목 차

I. 설문의 쟁점 산별노조 지부의 조직변경 가능여부	4. 지부나 분회의 조직변경
II. 지부나 분회의 조직변경 가능여부 1. 조직변경의 의의 2. 유형 3. 요건과 효과	III. 사안예의 적용 IV. 결 론

★ **적중자료**

1. 2기 모의고사 11회, 3기 8회

문제2)

문제2는 원청회사의 노조법상 사용자성, 즉 노조법상 사용자개념의 확장을 묻는 전형적인 문제입니다. 준사례형태의 단문에 가깝기 때문에 기본적인 내용 기술을 지배력설에 따라 결론을 내리면 되는 문제입니다.

목 차

I. 설문의 쟁점 부당노동행위 주체로서 사용자 개념의 확장여부	(2) 지배력설 4. 검토
II. 원청회사의 노조법상 사용자성 인정여부 1. 문제 2. 관련규정 3. 학 설 4. 판례의 태도 (1) 명시적묵시적 근로계약관계	III. 사안의 해결 IV. 결 론

★ **적중자료**

1. 사례집 11번