

2015년 노동법 2차 기출문제 해설

안녕하세요. 방강수 노무사입니다.

2차 시험 보느라고 모두 고생 많으셨습니다.

0. 총 평

(1) 역시나 불의타는 없었다. 하지만 분명 변별력 있는 문제이다.

젠틀하신 우리 노동법 교수님들은 이번에도 불의타는 출제하지 않았습니다(휴직명령이 A급이라 하긴 좀 뭐 하지만, 그래도 불의타는 아니죠).

하지만 불의타가 없었다고 해서, 쉬운 문제이거나 변별력 없는 문제라고 할 수는 없습니다. 특히나 1교시 문제가 그렇습니다.

(2) 최신 판례는 배신하지 않는다.

변호사시험과 달리, 우리 시험에서는 항상 최신 판례와 관련된 문제가 꼭 1문제 이상은 나옵니다. 이번에도 이런 출제경향을 배신하지 않고, 회사분할(2013년 12월 판례)이 출제되었습니다.

회사분할은 특A급으로 누누이 강조한 문제입니다. 하지만 Case로 출제되어 좀 어려운 감이 있습니다(물론 이론만 잘 써도 좋은 점수는 나옵니다. 사례해결까지 잘 하면 금상첨화고요).

(3) 50점 통 Case의 재등장

2012년부터 계속 50점 분설형 Case로 출제되더니, 이번에는 추억의(?) 통 Case 문제로 나왔습니다.

1교시 1문은 형식은 통 Case이나 사실상 분설형 Case라 볼 수 있고요(출제자가 친절하게 논점 2개 제시했고, 2개의 논점은 연관성이 없음), 2교시 1문은 오리지널 통 Case입니다.

(4) 문제해결 능력과 순발력의 필요

1교시의 휴직명령과 회사분할은, 좀 생소할 수도 있고 그 법리가 쉽지 않은 주제입니다. 게다가 Case로 나왔기에 고도의 문제해결 능력이 요구됩니다. 특히 회사분할 문제가 그렇습니다. 후술하겠지만, 회사분할 문제(승계 거부 여부)의 결론에 정답은 없습니다. 어떤 결론을 내리는 것이 중요한 것이 아니라, 결론 도출을 위한 논리가 중요합니다.

2교시 문제는 전통적인 주제들입니다. 얼마나 많은 연습을 했는지, 그리고 그것을 바탕으로 정해진 시간 내에 목차 구성하고 분량 조절하면서 써야 하는 순발력도 필요합니다. 평이한 주제이긴 하나, 연습량과 순발력에서 답안의 차이는 있을 것입니다.

1. <1교시-1문> 취업규칙 불이익변경의 효력과 휴직명령의 정당성

(1) 사안의 논점

- ① 인사규정 변경(즉, 취업규칙 불이익변경)의 효력이 첫 번째 논점입니다.
 ② 甲의 복직신청을 거부하고 계속된 휴직명령(즉, 불구속 기소 이후의 휴직명령)의 정당성이 두 번째 논점입니다.

재밌는 것은 두 개의 논점 간에 아무런 연관성이 없습니다. 인사규정 변경이 유효이든 무효이든(물론 무효이긴 하죠), 휴직명령의 정당성에는 아무런 영향이 없습니다. 이런 의미에서 사실상 분설형 Case에 가깝다고 할 수 있습니다.

(2) 인사규정(취업규칙) 불이익변경의 효력

아무리 눈을 씻고 봐도 “큰 쟁점”은 보이지 않습니다. 작은 쟁점들만 여러 개 있습니다. 그럼 이럴 때는 “공식”대로 쓰면 됩니다. 대신 “분량조절”이 반드시 필요하겠죠. 쟁점이 많으니까요.

공식 : 불변 / 주 / 방 / 원칙: 무효 / 사 / ~~산~~ / 단
 위 공식에서 “사”(사회통념상 합리성)까지만 쓰시면 됩니다.

A회사의 인사규정 변경은 기득이익 박탈로서 불이익변경에 해당하고(불변), 과반수 노조가 있으니 그 노조가 동의의 주체가 되고(주), 그런데 노조가 아닌 개별적으로 근로자 동의 받았으니 적법한 동의라고 볼 수 없으니(방), 인사규정 변경은 원칙적으로 무효가 됩니다(원칙: 무효). 그리고 “인력운영 효율성 차원”만으로 인사규정을 변경한 것에는 사회통념상 합리성 인정되지 않습니다(사). 결론적으로 A회사의 인사규정 변경은 무효입니다.

첨언 : 사통합을 써야 하느냐 문제가 될 수 있는데, 사통합은 (근로자의 동의를 받지 못한 경우) 언제나 써도 되는 쟁점입니다. 다만, 사안에서 주요 쟁점은 아니니 간략히 써야 합니다.

(3) 휴직명령의 정당성

A급은 아니지만 불의타라고 할 수는 없습니다. 「노동판례백선」에 당당히 수록된 판례입니다. 「로스쿨노동법해설」에는 없지만, 「노동판례백선」에는 있는 판례들은 비록 A급이 아니더라도 눈여겨 보아야 합니다. 덕분에 저도 이번에 처음으로 휴직명령을 모의시험문제로 출제해 보았습니다.

휴직의 개념만 정확히 아시면, 그 정당성 판단까지도 쉽게 할 수 있습니다. 휴직(직권휴직 또는 휴직명령)의 개념은 다음과 같습니다.

직/종/불/당(직무 종사가 불가능 또는 적당치 않은 사유...)
 근/지(근로자 지위 그대로 두면서...)
 직/종/금지/처분(일정 기간 직무 종사를 금지하는 사용자의 처분)

휴직의 개념 중 “직/종/불/당”에서 자연스레 휴직명령의 정당성 법리가 나옵니다. ‘직무 종사’란 ‘근로 제공’과 같은 의미라 할 수 있죠. 그래서 판례는 “상당 기간 근로제공을 할 수

없다거나 근로제공이 매우 부적당한 경우”에 휴직명령의 정당성을 인정합니다.

사안에서, 구속 취소 전(즉, 구속 상태)은 상당 기간 근로제공을 할 수 없는 경우이므로 휴직명령의 정당성은 인정됩니다. 하지만, 구속 취소 후(즉, 불구속 기소 상태)에는 근로제공이 매우 부적당한 경우라고 볼 수 없으므로 휴직명령의 정당성은 부정됩니다.

결론적으로 甲의 주장은 타당합니다.

(4) 예시 목차

- I. 논점의 정리
- II. 인사규정(취업규칙) 변경의 효력
 - 1. 취업규칙 불이익변경 여부
 - 2. 동의를 주체와 방법
 - 3. 동의를 얻지 못한 불이익변경의 효력
 - 4. 사회통념상 합리성
 - 5. 사안의 적용
- III. 휴직명령의 정당성
 - 1. 휴직의 의의
 - (1) 휴직의 종류
 - (2) 휴직(휴직명령)의 의미
 - 2. 휴직의 정당성
 - (1) 정당성 판단기준
 - (2) 구체적 사례
 - 3. 사안의 적용
- IV. 결 론(사례의 해결)

2. <1교시-2문> 회사분할

(1) 영업양도와는 전혀 다르다

영업양도(이하 ‘영업의 일부양도’를 의미)와 회사분할은 외관상 매우 유사합니다. 하지만 근로관계 승계 법리는 완전히 다릅니다.

양자 모두 쟁점은 동일합니다. ① A사의 해당 사업부문 근로자들의 근로관계가 B사로 승계되는지(근로관계 승계 여부), ② 개별 근로자가 B사로의 승계를 거부할 수 있는지(근로자의 승계거부권)입니다. 하지만 그 법리는 정반대라 할 수 있습니다.

①의 쟁점 관련, 영업양도의 경우에는 아무런 조건 없이 그냥 승계되는 반면(이른바 원칙승계설), 회사분할의 경우에는 절차(근로자들의 이해와 협력을 구하는 절차)를 거쳐야만 근로관계가 승계됩니다. ②의 쟁점 관련, 영업양도의 경우에는 근로자의 거부권이 그냥 인정되는 반면, 회사분할의 경우에는 원칙적으로 부정됩니다(회사분할은 예외적인 경우만 인정).

이러한 차이점이 잘 드러나도록 ‘회사분할시의 판례법리’를 잘 쓰는게 중요 포인트입니다.

(2) 예시목차

- I. 논점의 정리
- II. 회사분할의 의의
 - 회사분할의 개념, 기능, 문제점
- III. 회사분할시 근로관계 승계의 요건
 - 1. 문제의 소재 / 2. 판례 / 3. 검토
- IV. 회사분할시 근로자의 승계거부권
 - 1. 문제의 소재 / 2. 판례 / 3. 검토
- V. 결 론(사례의 해결)

(3) 결론(사례의 해결)에 정답은 없다

이론(위의 예시목차에서 II~IV)을 정확히 쓰기도 쉽지 않은데, 게다가 Case 문제입니다. 물론 이론만 잘 쓰더라도 좋은 점수를 받을 수 있습니다. 여기에 논리적인 결론 도출까지 한다면 상당한 고득점을 할 수 있습니다.

출제자는 “甲이 B회사로 근로관계 승계를 거부할 수 있는지 여부”를 물었습니다. 다른 말로 하면, 甲의 근로관계가 A사에 그대로 남아 있느냐 아니면 B사로 승계되었느냐를 묻은 것이지요. 이를 판단하기 위해서는 매우 “디테일”한 사례 해결이 필요합니다.

甲이 B회사로의 승계를 거부할 수 “없는” 경우는, 다음의 두 가지를 모두 충족하는 경우입니다. ① 근로자들의 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳐야 하고(그래야 A사 100명의 근로자들의 근로관계가 B사로 승계), ② 해고 방편으로 이용되는 등의 특별한 사정이 없어야 합니다(그래야 甲의 승계거부권이 부정).

②와 관련하여, A회사는 “경영상 필요성”에 의해 회사분할을 실시했다고 하니, 해고 방편으로 이용한 것으로 보이지는 않습니다. 따라서 甲의 승계거부권은 (예외적인 특별한 사정이 없으므로) 부정됩니다. 이 부분은 비교적 명확합니다.

문제는 ①입니다. A회사가 회사분할을 위해 “근로자들의 이해와 협력을 구하는 절차”를 거쳤는지 여부입니다. 여기서 “이해와 협력”이란 당연히 “동의(합의)”를 의미하는 것은 아닙니다. 일종의 “협의” 절차에 가깝다고 보아야죠.

사안에서 A회사는 1개월 동안 과반수 노조에게 이해와 협력을 구했으나, 노동조합은 회사분할을 반대하였습니다. 그렇다면 이런 상황이, “이해와 협력을 구하는 절차”를 거친 것인지 아닌지는 아직까지는 판례법리상 명확하지 않습니다. 아니 없습니다(회사분할시 ‘노동조합의 협의권 남용’, 아직 이런 판례법리는 없음).

이런 이유로 결론에 정답이 없다고 말씀 드린 것입니다. 다음의 두 가지 결론 중 어느 것을 쓰더라도 무방하다고 생각합니다.

(가) 절차를 거쳤고, 甲의 승계거부권은 부정되므로, 甲은 B사로의 승계를 거부할 수 없다.
 (나) 절차를 거치지 못했으므로, 甲(을 비롯한 100명 모두)의 근로관계는 A사에 그대로 남아 있다. 甲은 승계를 거부할 수 있다.

이 문제는 사례의 해결 부분이 매우 어렵습니다. 설령 제대로 쓰지 못했더라도 실망할 필요는 없습니다. 위에서 언급했듯이, 이론 부분만 잘 써도 좋은 점수는 나오니까요.

3. <2교시-1문> 조합활동의 정당성과 불이익취급의 부당노동행위

(1) 사안의 논점

아주 전통적인 주제입니다. 사안의 큰 논점은 두 가지입니다. ① 甲의 유인물 배포행위가 정당한 조합활동에 해당하는지, ② 甲에 대한 해고가 불이익취급의 부당노동행위에 해당하는지입니다.

아주 전통적인 주제라고 할 수 있습니다. 불이익취급 관련해서, 새로운 이슈인 인사고과나 승진차별이 나오지 않은 것은 좀 아쉬운 감이 있습니다만, 불이익취급에 대해서는 3기 5회차와 6회차때 지겹도록 반복·연습했으니(저절로 암기...) 다들 무난하게 잘 썼을 것이라 생각합니다.

① 조합활동의 정당성에서는 주체(조합원의 자발적 활동)와 수단(사업장내 유인물 배포)의 정당성이 주요 쟁점입니다.

② 불이익취급에서는 역시 “인과관계(부당노동행위 의사)”가 주요 쟁점입니다(사실 애는 ‘언제나’ 주요 쟁점이죠). “정당한 단결활동”은 첫 번째 논점에서 검토했으니 간략히 처리하시고, 해고는 명백한 “사용자의 불이익처분”에 해당하니 기본적인 내용만 쓰시면 됩니다.

(2) 예시목차

I. 논점의 정리

II. 유인물 배포(조합활동)의 정당성

1. 조합활동 정당성의 의의

2. 조합활동의 주체와 정당성

(1) 조직적 활동

(2) 자발적 활동

3. 조합활동의 목적과 정당성

4. 조합활동의 수단과 정당성

(1) 의의

(2) 유인물 배포의 정당성

1) 유인물 배포 허가제 / 2) 유인물의 내용 / 3) 배포방법

5. 사안의 적용

III. 불이익취급의 부당노동행위

1. 근로자의 정당한 단결활동

2. 사용자의 불이익처분

(1) 의 의

(2) 근로조건상 불이익

3. 인과관계(부당노동행위 의사)

(1) 문제의 소재

(2) 학설 및 판례

(3) 검토

4. 사안의 적용

IV. 결 론

(3) 사례의 해결

① 甲의 유인물 배포 관련해서는, 어렵지 않게 그 정당성을 인정하는 결론을 도출할 수 있습니다.

② 핵심은 부당노동행위 의사 여부입니다. A회사는 甲의 유인물 배포행위를 정당한 조합활동이 아니라고 오인한 것으로 보이고, 부당노동행위 의사를 인정할 만한 제반 사정은 보이지 않습니다. 따라서 의사필요설(판례)에 따르면 부당노동행위는 성립하지 않습니다.

4. <2교시-2문> 사용자의 정당한 직장폐쇄

오랜만에 보는 옛날식 오리지널 단문입니다. 최근의 단문을 보면 쟁점을 좁혀서 출제하는 경향인데, 이번 문제는 쓸 게 너무 많다는 점이 어렵습니다.

기본적으로 직장폐쇄 관련 “의의, 요건, 효과”를 쓰면 되는데, 직장폐쇄의 정당성 “요건”이 주요 쟁점인지, 아니면 정당한 직장폐쇄의 “효과”가 주요 쟁점인지 모르겠네요. 둘 다 쟁점일 수도 있는데, 그렇게 되면 양이 상당히 많습니다.

이럴 때는 안전하게 핵심 내용 위주로 모든 쟁점을 다 건드리는데 좋다고 봅니다. 암튼 이 문제는 순발력이 좀 필요한 문제라고 생각합니다.

5. 끝

긴 글 읽어주셔서 감사합니다.

발표때까지 모두 즐겁게 놀고 쉬세요.

이런 시간은 쉽게 오지 않습니다.

- 방강수 노무사 드림