

노무사 단기 노동법 전임 이윅탁

29회 공인노무사 제2차 시험이 마무리되었습니다.

10년 가까이 공인노무사 수험지도를 해오면서 수험생과 함께 한 수험기간 중 가장 힘든 한 해가 아닌가 생각해 봅니다. 1차 시험인원 증가와 코로나19로 인한 현장 수업 곤란, 현장 수업곤란에 따른 답안작성 연습 기회부족, 예년보다 길어진 장마와 무더위, 마스크 착용의 일상화 등 수험생을 스스로 좌초케 하는 너무나 많은 암초가 존재하였음에도 제29회 공인노무사 시험의 힘든 향배가 대부분 마무리 되었습니다. 오늘로서 말복도 지나가고 곧 가을을 맞이하게 됩니다. 수험생 각자 뿌린 만큼 넉넉히 거둬들일 수 있는 가을이 되었으면 합니다. 매년 드리는 말씀이지만 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 전까지 시험에 대한 사항은 유보해 두시고 그간 미웠던 일들 하시면 좋을 것 같습니다.

각설하고, 본론으로 들어가 문제를 분석해 보도록 하겠습니다.

1교시)

문제1-1문은 소위 **목시적 근로계약 성립의 법리와 법인격 부인의 법리**로 대변되는 근로기준법상 사용자 개념의 확장에 대한 문제입니다. 총론파트에서 노조법상 근로자판단과 함께 남아 있는 A급 주제였기 때문에 충분히 대비가 되어 있었을 것으로 판단됩니다.

우선 **목시적 근로계약 성립의 법리**부터 살펴보면 원고용주인 B(용역업체)는 수의(隨意)¹⁾계약 방식으로 용역계약을 체결한 점, 창업자금을 A공사로부터 저리로 차입하고 별도의 사무실을 두지 않았다는 점, A공사의 영업소에 근무할 수납원 외에는 다른 근로자를 채용하지 않았고 설립 이래 A공사 이외의 거래처에서 발생한 매출이 없다는 점에서 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자인 A공사의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것으로 볼 수 있습니다.

또한 A공사로부터 소개받은 갑(甲)과 근로계약을 체결한 후 A공사가 관리하는 영업소의 수납원으로 계속 근무하였다는 점에서 근로제공의 상대방이 A공사이고, A공사와 종속관계에서 근로를 제공하고 있다고 볼 수 있습니다. 또한 용역업체는 A공사 영업소에서 근무할 수납원 외에는 다른 근로자를 채용하지 않았고, A공사 이외의 거래처에서 발생한 매출이 없다는 점에서 근로자에게 지급되는 임금도 실질적으로 A공사가 지급하고 있는 것으로도 볼 수도 있습니다. 따라서 갑(甲)과 A공사 사이에 목시적 근로계약이 성립되었다고 볼 수 있습니다. 물론 목시적 근로계약 성립의 법리가 매우 제한적 요건 하에 인정되는 법리이긴 하지만, 사안은 현대 미포조선과 용인기업 사건에서의 사실관계와 거의 흡사하여 원고용역체의 독립성을 인정할 만한 단서가 전혀 없다는 점에서 목시계약 관계 성립으로 보는 것이 논리적일 듯 합니다.

다음으로 법인격부인의 법리에 대해 살펴보면, A공사가 B용역업체를 실질적으로 지배하고 있고, 법인격을 남용할 목적으로 법인을 설립한 것으로 볼 수 있으므로 A공사와 갑(甲)사이에 근로계약 관계가 존재한다고 볼 수 있습니다.

따라서 A공사에 자신이 직접 채용된 근로자라는 갑(甲)의 주장은 타당하게 됩니다.

1) 따를 수(隨)자. 뜻 의(意) = 자기 뜻대로 맘대로 한다는 의미임

관련판례

(1) 목시적 근로계약의 성립

“원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 목시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다(대판 2008.7.10. 2005다75088).

(2) 법인격 부인의 법리

법인격 부인의 법리(독립적인 법인격을 가지는 법인에 있어서도 필요한 경우에는 정의·형평의 실현을 도모하기 위하여 법인으로서의 존재를 인정하면서도 특정의 법률관계에 대해서만 법인격을 부인하여 그 배후에 있는 실체와 법인을 동일한 것으로 취급하려는 이론)에 의하여 모회사에 대하여 자회사의 근로자에 대한 사용자의 지위를 인정할 수도 있음. 즉 대법원은 모회사가 ‘위장도급’의 형식으로 근로자를 사용하기 위하여 자회사의 법인격을 이용한 것에 불과하고, 실질적으로는 모회사가 자회사 근로자들을 직접 채용한 것과 마찬가지로 모회사와 자회사 근로자들 사이에 근로계약관계가 존재한다고 보고 있다(대판 2003.9.23. 2003두3420).

★ 적중자료 - 기본사례인 사례집(2기 모의고사는 동일), 3기 모의고사, 최신판례자료 기준

1. 2기 모의고사 2회 1문
2. 사례집 10번, 11번

문제1-2)

1-2문은 파견근로자 보호에 관한 법률상 파견과 도급의 구별기준, 불법파견지 직접고용의무 등에 대한 내용이 쟁점이 됩니다. 최종 질문에서 자신이 파견근로자 임을 이유로 A공사가 자신을 직접 고용할 의무가 있다고 주장하고 있으므로 ① C사와 A공사간의 용역계약(도급)이 파견인지 여부에 대한 판단이 선행되어야 하고, ② 만약에 파견계약이라면 근로자파견사업의 허가를 받지 않은 C사의 파견은 불법파견(파견법 제6조의2 제5호)에 해당되어 파견법 제6조의2 제1항에 따라 해당 파견근로자인 을(乙)을 직접 고용하여야 합니다.

좀 더 구체적으로 C사가 근로자 을(乙)을 제3자인 A공사를 위한 업무를 수행하도록 한 경우 파견법의 적용을 받는 근로자 파견인지에 해당하는지에 대해 살펴보면 당사자가 불인 계약의 명칭이나 형식에 구애받지 않으므로 용역계약 체결이라는 형식은 중요하지 않고 근로관계 실질에 따라 판단하여야 하는데 주어진 사실관계상 근로관계의 실질이 도급이 아닌 파업에 해당됨을 판단할 수 있습니다. 또한 근로자 을(乙)과 C사의 근로관계 실질이 파견일 경우 파견법 제6조의2 제5호에 따라 불법파견(무허가 파견)에 해당하므로 사용자업자인 A공사는 근로자 을(乙)의 명시적 반대 의사 등이 없다면 해당근로자를 직접 고용하여야 합니다. 다만, 파견기간 중 계약기간이 만료된 경우 즉 파견사업주가 변경된 경우에는 직접고용의무 규정의 적용이 배제되는지 문제이지만, 직접고용의무규정이 파견기간 중 파견사업주의 동일성을 요구하지 않고

있으므로 직접고용의무규정이 배제되지는 않습니다. 따라서 A공사는 파견근로자 을(乙)을 직접고용하여야 합니다.

여론으로 직접고용간주 규정이 적법한 파견에만 문제되는지 여부를 쟁점으로 고민해 볼 수 있지만, 불법파견의 경우에도 적용된다는 파견법 제6조의2 제5호가 이미 입법이 되어 있으므로 굳이 논할 필요가 없습니다. 또한 직접고용의무 규정의 사법상 권리부여여부에 대한 내용도 쟁점으로 고민해 볼 수 있지만, 최종질문에서 묻는 범위를 벗어나기 때문에 굳이 언급하지 않아도 문제는 없다고 생각합니다. 물론 추가 기술시 가점여부는 채점자의 재량입니다.

<p>(1) 도급과 파견의 구별기준</p> <p>“원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하느냐는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(2010다93707).</p> <p>(2) 파견기간 중 파견사업주가 변경된 경우</p> <p>“직접고용간주 규정이나 직접고용의무 규정은 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여 행정적 감독이나 처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법관계에서도 직접고용관계의 성립을 간주하거나 사용사업주에게 직접고용의무를 부과함으로써 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하면서 파견근로자의 고용안정을 도모할 목적에서 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계 및 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것으로서, <u>그 내용이 파견사업주와는 직접적인 관련이 없고, 그 적용 요건으로 파견기간 중 파견사업주의 동일성을 요구하고 있지도 아니하므로, 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반하여 해당 파견근로자로 하여금 대상 업무를 계속 수행하도록 한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 그 파견기간 중 파견사업주가 변경되었다는 이유만으로 직접고용간주 규정이나 직접고용의무 규정의 적용을 배제할 수는 없다고 봄이 타당하다(2013다14965).</u>”</p>
--

★ 적중자료

1. 3기 모의고사 1회 1문

2. 사례집 11번

문제2)

문제2의 경우 산업재해보상보험법상 요양급여의 대상여부 즉 요양급여의 수급요건인 업무상 재해 성립여부에 대한 문제입니다. 업무상 재해가 인정되기 위해서는 ‘업무수행성’과 ‘업무기인성’이 인정되어야 하는 바 업무수행성은 당해 근로자가 사용자의 지배·관리 하(부수행위 포함)에서 업무를 행하는 것을 말하고, 업무기인성이란 업무상의 행동, 작업조건 또는 작업환경과 재해 사이의 상당인과관계가 있는 것, 즉 업무수행과 재해발생 사이에 인과관계가 있는 것을 말합니다.

통상 업무기인성은 업무수행에서 파생된 것으로서 업무수행성이 인정되는 경우에는 업무기인성이 부인되는 예가 거의 없기 때문에 업무수행성이 인정되면 업무기인성이 추정됩니다.²⁾ 즉 원칙적으로 업무수행성이 업무상 재해의 1차적 판단기준이 되기는 하지만, 직업병이나 과로사의 경우 업무수행중이 아니더라도 업무상재해로 인정되므로 업무수행성이 필수불가결한 기준이라고 할 수는 없습니다.

결국 사안과 같이 업무시간 종료 후 회식 중 발생한 사고의 경우 업무상 재해 인정여부는 사용자의 지배·관리 아래에서 이루어진 행사인지, 사고와 행사사이에 상당인과관계가 있는지 여부가 핵심쟁점이 됩니다.

우선 관련법령을 검토해 보면 산업재해보상보험법 제37조 제1항 1호 라목(사업주가 주관하거나 사업주의 지시에 따라 참여한 행사나 행사준비 중에 발생한 사고)에서 업무상 재해의 인정 기준을 정하고 있고, 동법 시행령 제30조에서 행사 중의 사고가 업무상 재해가 되는 경우를 규정하고 있습니다.

<p>법 제37조(업무상의 재해의 인정 기준)</p> <p>① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 <u>상당인과관계(相當因果關係)</u>가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>1. 업무상 사고</p> <p>라. 사업주가 주관하거나 사업주의 지시에 따라 참여한 행사나 행사준비 중에 발생한 사고</p> <p>② 근로자의 <u>고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병·장애 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니한다.</u> 다만, 그 부상·질병·장애 또는 사망이 정상적인 인식능력 등이 뚜렷하게 낮아진 상태에서 한 행위로 발생한 경우로서 대통령령으로 정하는 사유가 있으면 업무상의 재해로 본다.</p> <p>령 제30조(행사 중의 사고)</p> <p>운동경기·야유회·등산대회 등 각종 행사(이하 "행사"라 한다)에 근로자가 참가하는 것이 사회통념상 노무관리 또는 사업운영상 필요하다고 인정되는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 근로자가 그 행사에 참가(행사 참가를 위한 준비·연습을 포함한다)하여 발생한 사고는 법 제37조 제1항 제1호 라목에 따른 업무상 사고로 본다.</p> <p>1. 사업주가 행사에 참가한 근로자에 대하여 행사에 참가한 시간을 근무한 시간으로 인정하는 경우</p> <p>2. 사업주가 그 근로자에게 행사에 참가하도록 지시한 경우</p> <p>3. 사전에 사업주의 승인을 받아 행사에 참가한 경우</p> <p>4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 경우로서 사업주가 그 근로자의 행사</p>
--

2) 김형배, 498면 ; 김유성Ⅱ, 223면.

참가를 통상적·관례적으로 인정한 경우

이상의 조문에서 보듯 시행령 제30조에 따라 사안을 포섭하더라도 대략적인 문제풀이는 가능하지만, 출제의도는 판례가 제시하는 구체적인 상당인과관계의 판단기준을 묻는 것으로 볼 수 있기 때문에 조문에 대한 개략적인 언급후 아래 판례의 판단기준을 제시한 후 판례 기준에 따른 사안 포섭이 필요한 문제입니다.

관련판례

(1) 업무상 재해와 인과관계

사업주의 지배나 관리를 받는 상태에 있는 회식 과정에서 근로자가 주량을 초과하여 음주를 한 것이 주된 원인이 되어 부상·질병·신체장해 또는 사망 등의 재해를 입은 경우, 이러한 재해는 상당인과관계가 인정되는 한 업무상 재해로 볼 수 있다. 이때 업무·과음·재해 사이의 상당인과관계는 사업주가 과음행위를 만류하거나 제지하였는데도 근로자 스스로 독자적이고 자발적으로 과음을 한 것인지, 재해를 입은 근로자 외에 다른 근로자들이 마신 술의 양은 어느 정도인지, 업무와 관련된 회식 과정에서 통상적으로 따르는 위험의 범위 내에서 재해가 발생하였다고 볼 수 있는지, 과음으로 인한 심신장애와 무관한 다른 비정상적인 경로를 거쳐 재해가 발생하였는지 등 여러 사정을 고려하여 판단하여야 한다(대판 2017.5.30. 2016두54589).

→ 甲이 회사 회식에 참가하던 중 2차 회식 장소인 단란주점 건물 계단에서 추락하는 사고로 뇌경막외출혈 등 진단을 받고 요양급여를 신청하였으나 근로복지공단 이 ‘사업주가 주관하거나 사업주의 지시에 따라 참여한 행사 중 사고로 보기 어렵다’는 이유로 요양불승인처분을 한 사안에서, 업무와 관련된 회식 자리의 음주로 인한 주취상태가 직접적인 원인이 되어 사고를 당하였다고 볼 수 있다는 이유로, 위 사고가 업무상 재해에 해당한다고 한 사례

(2) 근로자가 회사 밖의 행사나 모임에 참가하던 중 재해를 입은 경우, 산업재해보상보험법에서 정한 업무상 재해에 해당하는지 판단하는 기준, 상당인과관계가 있는지 판단하는 방법

근로자가 회사 밖의 행사나 모임에 참가하던 중 재해를 입은 경우에 행사나 모임의 주최자, 목적, 내용, 참가인원과 강제성 여부, 운영방법, 비용부담 등의 사정에 비추어, 사회통념상 행사나 모임의 전반적인 과정이 사용자의 지배나 관리를 받는 상태에 있고 또한 근로자가 그와 같은 행사나 모임의 순리적인 경로를 벗어나지 않은 상태에 있다고 인정되는 경우 산업재해보상보험법에서 정한 업무상 재해에 해당한다고 볼 수 있다(대판 2020.3.26. 2018두35391).

→ 사업주의 지배나 관리를 받는 상태에 있는 회식 과정에서 근로자가 주량을 초과하여 음주를 한 것이 주된 원인이 되어 부상·질병·신체장해 또는 사망 등의 재해를 입은 경우 이러한 재해는 상당인과관계가 인정되는 한 업무상 재해로 볼 수 있다. 이때 상당인과관계는 사업주가 과음행위를 만류하거나

제지하였는데도 근로자 스스로 독자적이고 자발적으로 과음을 한 것인지, 업무와 관련된 회식 과정에서 통상적으로 따르는 위험의 범위 내에서 재해가 발생하였다고 볼 수 있는지 아니면 과음으로 인한 심신장애와 무관한 다른 비정상적인 경로를 거쳐 재해가 발생하였는지 등 여러 사정을 고려하여 판단하여야 한다.

사안에서 근로자 갑(甲)은 상담팀 소속 상담원으로 상담 팀 책임자인 실장(근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자)을 포함한 회식에 참여하였고, 회사로부터 사용을 허락받은 회식비로 2차 노래연습장까지 간 후 화장실을 찾던 중 추락상을 당한 것이므로 전반적으로 사용자의 지배나 관리를 받는 상태에서 모임의 순리적인 경로를 벗어나지 않은 상태에서 발생한 재해로 볼 수 있습니다. 다만 실장이 술잔을 돌리거나 술을 권하지 않은 점, 실장의 만류에도 불구하고 급하게 술을 마셔 만취한 점 등은 통상적인 위험의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 있지만, 전체적으로 상당인과관계를 인정하는 방향으로 기술하는 것이 좋을 듯 합니다. 물론 통상적인 위험의 범위를 벗어난 부분을 강조하여 상당인과관계를 부정하는 방향으로 기술하더라도 논리일관성이 있는 답안이라면 큰 차이는 없을 듯 합니다.

★ 적중자료

1. 3기 최신판례 3번

2교시

문제1-1)

1-1문은 사용자의 채용제한, 즉 대체근로금지에 대한 문제입니다. 특히 ‘사업의 판단기준’, ‘당해사업과 관계 없는 자’의 의미가 문제되고, 결원충원을 위한 신규채용이 정당한 인사권의 행사인지가 문제됩니다.

우선 노동조합 및 노동관계조정법 제43조의 내용을 기술한 후 판례의 두 가지 경우를 제시한 후 판례에 따라 포섭하면 됩니다.

우선 법 제43조 조문을 제시 후 입법취지(노동조합의 단체행동권의 실효성을 담보하기 위한 최소한의 제도적 장치이자 무기대등의 원칙을 실현하기 위하여 마련된 불가피한 조치)를 기술합니다. ① 예외가 인정되는 필수공익사업이 아니라는 점 기술, ② ‘사업’이란 장소적 개념이 아닌 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미한다는 점 기술, ③ “당해 사업과 관계없는 자”는 경영상 일체를 이루는 기업체의 근로자 및 사용자를 제외한 모든 자를 의미한다는 점을 기술 ④ 결원충원을 위한 신규채용이 법 위반인지 여부는 표면상의 이유만으로 판단할 것이 아니라 ‘종래의 인력충원 과정·절차 및 시기, 인력부족 규모, 결원 발생시기 및 그 이후 조치내용, 쟁의행위기간 중 채용의 필요성, 신규채용 인력의 투입시기 등을 종합적으로 고려하여 판단’한다는 점을 기술 후 하나씩 포섭하면 됩니다.

구체적으로 살펴보면

A사는 생활폐기물 소각시설인 B시설(3개의 소각로)과 C시설을 갑(甲)시로 위탁받아 운영하고 있으므로 B시설과 C시설은 경영상 일체를 이루는 기업체로서 같은 사업장이라고 볼 수 있습니다. 당해 사업과 관계 없는 자는 경영상 일체를 이루는 기업체의 근로자와 사용자를 제외한 모든 근로자를 의미하므로 B시설과 C시설의 근로자는 당해 사업과 관계 있는 자에 해당합니다.

따라서 i)본사 소속 기술팀 직원 3명과 ii)c시설 소속 운전원 2명, iii)B시설의 비조합원 일보는 같은 사업장의 당해 사업과 관계 있는 자이기 때문에 명백히 범위안에 해당하지 않습니다.

문제는 파업기간 중인 2020.6.5. 신규채용한 운전원 1명인데 해당 근로자가 결원충원을 위한 신규채용인지 아닌지는 판례가 제시하는 인력충원과정이나 절차 시기 등에 따라 판단하여야 합니다. 주어진 사실관계에서 A사는 소각로 가동 전면중단을 피하기 위한 목적이 인정되고, 소각로 운전인력 30명이 파업에 참가하자 1명만을 소규모로 채용했다는 점, 6개월 전 퇴직자 결원충원으로 이루어 졌다는 점 등에 비춰볼 때 정당한 인사권에 속하고 법 제43조 제1항 위반에 해당하지 않게 됩니다.

관련판례

(1) 법 위반으로 본 경우

노동법상 대체근로 제한규정은 노동조합의 쟁의행위권을 보장하기 위한 규정으로서 사용자가 노동조합의 쟁의행위기간 중 당해 사업 내의 비노동조합원이나 쟁의행위에 참가하지 아니한 노동조합원 등 기존의 근로자를 제외한 자를 새로 채용 또는 대체할 수 없다는 것으로 풀이되는바, 사용자가 노동조합이 쟁의행위에 들어가기 전에 근로자를 새로 채용하였다 하더라도 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하기 위하여 그 채용이 이루어졌고 그 채용한 근로자들로 하여금 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하였다면 위 조항 위반죄를 구성

하게 된다(대판 2000.11.28., 99도317).

(2) 법 위반으로 보지 않은 경우

노동법 제43조 제1항은 노동조합의 쟁의행위권을 보장하기 위한 것으로서 쟁의행위권의 침해를 목적으로 하지 않는 사용자의 정당한 인사권 행사까지 제한하는 것은 아니므로, 자연감소에 따른 인원충원 등 쟁의행위와 무관하게 이루어지는 신규채용은 쟁의행위기간 중이라 하더라도 가능하다. <결원충원을 위한 신규채용 등이 위 조항 위반인지 여부>는 표면상의 이유만으로 판단할 것이 아니라 종래의 인력충원 과정·절차 및 시기, 인력부족 규모, 결원 발생시기 및 그 이후 조치내용, 쟁의행위기간 중 채용의 필요성, 신규채용 인력의 투입시기 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 그리고 사용자가 쟁의기간 중 쟁의행위로 중단된 업무를 수행하기 위해 당해 사업과 관계있는 자인 비노동조합원이나 쟁의행위에 참가하지 아니한 노동조합원 등 당해 사업의 근로자로 대체하였는데 대체한 근로자마저 사직함에 따라 사용자가 신규채용하게 되었다면, 이는 사용자의 정당한 인사권 행사에 속하는 자연감소에 따른 인원충원에 불과하고 노동조합 및 노동관계조정법 제43조 제1항 위반죄를 구성하지 않는다(대판 2008.11.13, 2008도4831).

★ 적중자료

1. 사례집 33번, 34번

2. 3기 11회 모의고사

문제1-2)

1-2문의 경우 대체인력 투입이 지배개입의 부당노동행위에 해당하는지 여부를 묻고 있습니다.

일반적으로 대체근로금지규정을 위반한 경우 지배개입의 부당노동행위로 볼 수 있지만 그렇지 않은 경우에는 지배개입의 부당노동행위에 해당하지 않게 됩니다. 행정심판이나 하급심 판결은 제법 있지만 사안과 동일한 직접적인 판례가 없다는 점에서 일반적인 지배개입의 부당법리를 기술한 후 특히 부당노동행위 의사가 없었다는 점과, 지배개입의 결과가 발생하지 않았다는 점을 특히 강조해서 논증하면 되는 문제입니다. 사안에서 대체근로자체가 정당하다고 볼 수 있는 사정들이 사용자의 부당노동행위 의사가 없다는 점을 추정할 수 있는 사실관계이므로 대체근로의 목적(소각시설 전면 중단에 따른 시민의 생활한 불편방지, 계약한 손실비용 부담 면책)과 범위 등을 제시한 후 부당노동행위 의사를 부정한 후 지배개입의 부당노동행위에 해당하지 않는다는 결론을 제시하시면 되는 문제입니다.

★ 적중자료

1. 사례집 45번 등(일반적인 지배개입 사례)

문제2)

7월 초에 있었던 변호사 시험 모의고사와 동일한 문제입니다. 바로 직전에 있었던 공무원 9급 노동법 개론에서도 독자적인 한 문제로 출제된 판례인 만큼 1순위로 무조건 대비해야 되는 문제로 강조했던 만큼 어렵지 않게 작성하셨을 것으로 판단됩니다. 저작권 문제로 오프라인

수강생 분들에게만 교수분들이 작성한 변시 채점기준표를 배부해 드렸는데 모의고사 해설에서 채점기준표를 충분히 반영하여 답안을 작성해 드렸기 때문에 온라인 수강생 분들도 큰 무리가 없었을 것으로 생각합니다.

공정대표 일반론과 아래 판례를 제시 한 후 판례에 따라 포섭하시면 되는 문제입니다. 사안에서 지배적 노조에게는 노조사무실을 제공하면서 소수노조에게는 공간부족을 이유로 상시적인 사무실이 아닌 일시적인 회의실 사용을 허락했다는 점이 문제가 되는 바 공정대표의무를 위반하지 않으려면 반드시 일률적이거나 비례적이지는 않더라도 상시적으로 사용할 수 있는 일정한 공간을 소수노조에게도 노동조합 사무실로 제공하여야 하는데 노조 업무상 필요한 경우 회의실을 일시적으로 사용할 수 있도록 한 조치는 차별에 합리적인 이유가 있다고 볼 수는 없습니다.

노조 사무실 제공과 공정대표 의무 위반

노동조합의 존립과 발전에 필요한 일상적인 업무가 이루어지는 공간으로서 노동조합 사무실이 가지는 중요성을 고려하면, 사용자가 단체협약 등에 따라 교섭대표노동조합에 상시적으로 사용할 수 있는 노동조합 사무실을 제공한 이상, 특별한 사정이 없는 한 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에도 반드시 일률적이거나 비례적이지는 않더라도 상시적으로 사용할 수 있는 일정한 공간을 노동조합 사무실로 제공하여야 한다고 봄이 타당하다. 이와 달리 교섭대표노동조합에는 노동조합 사무실을 제공하면서 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에는 물리적 한계나 비용 부담 등을 이유로 노동조합 사무실을 전혀 제공하지 않거나 일시적으로 회사 시설을 사용할 수 있는 기회를 부여하였다고 하여 차별에 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없다(대판 2018.8.30. 2017다218642).

★ 적중자료

1. 3기 모의고사 9회 1-2문 모의고사