

고용위기하에서의 협약자치에  
관한 고찰

金 湘 鎬

한국노총 중앙연구원

• • •  
발 간 사

IMF 이후 우리나라에서 실업난은 중요한 사회적 문제로 대두되었습니다. 이제 몇몇 사람만이 실업자가 되는 것이 아니라 누구나가 실업상태에 처할 수 있는 경제구조 상황에 놓여 있습니다. 노동자에게 보다 좋은 근로조건을 확보해 주는 것을 주요기능으로 하는 단체협약은 오늘날 이런 경제적 상황 변화에 맞추어서 단지 근로조건향상의 향상만으로 한정할 것이 아니라 고용을 유지하고 확보하는 역할도 수행할 것이 기대되고 있습니다. 특히 단체협약은 사용자의 집단적 해고조치를 가능한한 제한하여 고용을 안정시키는 규범으로서 모습을 나타낼 것이 요청되는 것입니다.

고용안정협약은 사용자의 각종 고용을 위협하는 조치에 대한 근로자보호협약입니다. 사용자에 대해서 우리 노동조합은 단지 근로조건향상을 요구할 것이 아니라 각종 고용을 위협하는 인사조치를 제한하는 역할을 수행하여야 합니다. 단체협약의 체결을 통한 노사관계의 질서형성 차원에서, 노동조합은 바로 고용안정협약을 체결함으로써 사용자로 하여금 보다 더 직원들의 고용에 대하여 세심하게 고려하도록 이끌어야 합니다. 사용자가 고용조정을 하는 경우에는 일체 자의적 남용이 행사되지 않도록 미연에 공정질서를 형성해 놓는 것입니다. 예컨대, 배치전환에 있어서 사용자가 자의적으로 혹은 주먹구구식으로 근로자에게 새로운 업무를 부과하는 것이 방지되어서는 아니됩니다. 오히려 사용자가 가능한 한 노동자의 의사를 존중하고 종래의 업무와 유사한 직무를 부과하려는 노력과 배려의 정신을 발휘하게끔 해야 할 것입니다.

이것은 노동조합이 단체교섭과 협약체결에 있어서 단지 근로조건 향상에만 관심을 갖지 않고 사용자의 인사조치에 대한 제한에도 주의를 기울여야 함을 뜻합니다. 노동조합은 사용자로 하여금 경영합리화의 추구에 있어서 여태껏 성실하게 일해온 근로자를 제 1차적으로 배려하도록 제반 조건을 형성하는 것입니다. 바로 기존 협약영역의 확대를 뜻합니다. 임금과 같은 근무조건개선외에 고용안정과 공정한 인사원칙의 확보를 말합니다. 노동조합은 이런 협약영역의 확대를 위해 노동자간 연대성의 정신을 발휘하도록 이끌어야 할 것입니다. 개개인의 대우와 관련된 이익의 확보와 전체 조합원들의 고용안정은 서로 양보할 것을 요구하기도 하기 때문입니다. 이를 위해서 노동조합은 먼저 가능한 한 조합원들의 요구와 기대에 가까이 갈 수 있도록 귀를 기울여야 할 것입니다. 이에 따라 경제위기에서도 노동조합을 중심으로 하는 단체교섭 및 협약체제는 존속할 수 있을 것입니다.

바로 김상호 책임연구원의 “고용위기하에서의 협약자치에 관한 고찰”은 이런 경제 위기시점에서 협약자치 영역의 확대와 존속발전 방안을 모색한 것으로 파악됩니다. 김연구원의 노고를 치하하는 바이며, 비록 이 부분에 대해서 다양한 견해가 있듯이 연구자 개인의 의사가 부분적으로는 우리 노총의 입장과 거리가 있다 하더라도, 전체적으로는 우리 조합의 협약기능에 도움이 되도록 노력하고 있다고 봅니다. 아무쪼록 조합원 동지께서는 이런 연구물을 참고하셔서 노동조합의 교섭 및 협약기능을 확보 발전하는 데 도움이 되기를 빌어 마지 않습니다.

1999년 7월

한국노동조합총연맹  
위원장 박인상

본 논문에 수록된 내용은 연구자 개인의 의견으로서  
본 연맹의 공식적 견해가 아님.

< 제 목 차 례 >

<b>제1장 연구의 배경과 목적</b> .....	1
<b>제2장 노사관계 환경변화에 따른 협약자치의 기능변화</b> ...	3
1. 협약자치의 의의와 기능변화 .....	3
1) 협약자치의 의의 .....	3
2) 협약자치의 기능 .....	8
3) 노사관계 환경변화에 따른 협약자치의 기능변화 .....	12
(1) 우리나라에서의 질서기능 강화경향 .....	12
(2) 개인주의 경향에 따른 근로자의 의사존중 .....	13
(3) 선진국에서의 노동시장의 탄력성 제고와 카르텔기능 의 제한 .....	14
(4) 우리나라 협약자치기능의 환경변화에의 적응문제 ...	16
2. 협약규율대상과 협약의 직물적 효력에 대한 재고찰의 필요성 .....	18
<b>제3장 단체협약의 규율대상에 관한 재고찰</b> .....	21
1. 협약규율대상으로서의 근로조건의 개념에 대한 고찰 .....	22
1) 헌법 제33조 제1항의 근로조건 .....	2
2) 노조 및 노동관계조정법상의 근로조건 .....	26
2. 협약규율대상과 의무적 교섭대상 및 쟁의대상의 구분 .....	28
3. 협약규율대상의 구체적 범위 .....	30
1) 근로계약상 급부로서의 근로조건에 해당되는 부분 .....	31

(1) 임금 .....	31
(2) 근로시간 .....	32
(3) 휴가 .....	34
(4) 복리후생 .....	34
(5) 노사공동기구는 어떠한가? .....	37
2) 여타 광의의 근로조건에 해당되는 부분 .....	38
(1) 사업장내에서의 근로자참가 .....	38
(2) 기업의 인사사항 .....	40
(3) 기업의 경영사항 .....	51

#### **제4장 단체협약의 규범적 효력에 관한 재고찰** ..... 64

1. 단체협약의 규범적 효력 .....	64
2. 단체협약의 규범적 효력과 관련한 학설상 논의 .....	66
1) 대리설 .....	66
2) 집단적 규범계약설 .....	67
3) 수권설 .....	69
3. 협약자치와 계약자유와의 관계 .....	73
1) 단체협약에서 근로조건을 정하는 경우 .....	74
2) 단체협약에서 근로조건을 상한을 정한 경우 .....	74
3) 개별 근로자가 낮은 근로조건을 원하는 경우 .....	76
4) 단체협약이 종전 근로조건을 저하시키는 경우 .....	77
4. 유리한 조건 우선의 원칙 .....	78
5. 고용유지를 위한 단체협약의 불이익변경시 효력에 관한 고찰 .....	80
1) 고용유지를 위한 근로조건 불이익변경의 유형 .....	81
(1) 한시적 근로시간 단축 .....	81

(2) 한시적인 임금감축 .....	84
(3) 한시적인 무급휴직 .....	85
2) 불리한 단체협약의 강행적 효력 .....	86
(1) 유리·불리의 비교 방법 .....	86
(2) 불리한 단체협약의 근로계약에 대한 효력문제 .....	89
(3) 화체설과 외부규율설에 대한 고찰 .....	92

<b>제5장 맺음말</b> .....	97
----------------------	----

<참고문헌> .....	101
--------------	-----

※ 한국노총 중앙연구원 연구서적 목록

## 제1장 研究의 背景과 目的

1997년말 외환위기로 촉발된 경제적 난국은 산업의 구조조정이 라는 근본적 과제를 실천하는 계기가 되고 있다. 이것은 기업에 새로운 기술개발과 재무구조의 개선을 요구하고 있고 정부에는 기업에 대한 각종 규제의 완화가 요청되고 있다. 이런 변화속에서 근로자보호라는 노동법원칙은 상대화되어 가는 경향이 나타나고 있다. 그러나 아직도 勞動權의 保障과 人間의 尊嚴性을 보장하는 勤勞條件의 確立 課題가 남아 있는 우리 상황에서 勞動法은 계속적으로 勤勞者保護 裝置를 계속 향상·발전시켜 나가야 하고, 동시에 이와 같은 경제적 위기로 인하여 발생하는 고용불안, 집단해고 등 失業問題도 아울러 수행하여야 할 과제인 것이다.

협약자치제도에 있어서는, (협약의) 勤勞條件의 향상을 목적으로 하는 전통적인 협약규율로부터 雇傭條件을 함께 규율하려는 변화된 모습을 보이고 있다. 노사관계에서는 雇傭安定協約이라는 것이 등장하는데 바로 고용상실로부터의 보호와 채용, 배치전환 등 人事措置에 대한 規律를 목적으로 하는 협약이 나오는 것이다. 그러나 여기서 점검해야 할 사항은, 우리나라의 협약원리상 協約當事者의 規律權限은 과연 이런 雇傭事項을 포함할 수 있는가 하는 것이다. 이제껏 협약규율의 대상은 임금, 근로시간, 휴가, 복리후생 등에 한정되어 있었기 때문이다. 동시에 기업의 인사경영조치와 관련하여



이런 일자리보호협약이 기업의 영업자유를 어느 정도까지 제한할 수 있는가 하는 것도 중요한 쟁점 사항이다.

다른 한편, 단체협약의 規範的 效力(直律的 效力)과 관련하여 고용위기하에서 解雇를 回避하기 위한 수단으로서 혹은 經營惡化로부터 탈피하기 위한 차원에서 勤勞條件을 不利益하게 변경한 團體協約은 과연 근로자들에게 직률적 효력을 미칠 수 있는가 하는 문제도 있다. 이런 문제들은 團體協約 法原則上 協約의 勤勞契約에 대한 直律的 效力과 그 限界로서 有利한 條件 優先의 原則의 문제인 것이다.

바로 이 논문에서는 이와 같은 쟁점사항들을 가지고 雇傭危機下에서의 協約自治의 範圍와 效力을 파악하고자 한다. 이런 연구는 향후 빈번하게 등장할 배치전환, 인원감축 등 고용조정과 여타 합리화조치로부터 근로자들을 보호하는 문제에 대해 법적으로 고찰하는 의의가 있다고 본다. 또한 노동시장의 유연화와 관련하여, 지나치게 무질서한 방임주의로 흐르지 않고 계속적으로 공정성을 전제로 하는 규제완화로서 자리매김할 수 있는 방안을 모색하는 의의가 있다고 본다.

## 제2장 勞使關係 環境變化에 따른 協約自治의 機能變化

### 1. 協約自治의 意義와 機能變化

#### 1) 協約自治의 意義

개별 근로자와 사용자간의 계약교섭상 힘의 관계는 구조적으로 대등하지 못하다. 따라서 이런 개별 계약관계는 근로자에게 만족할 만한 급부를 약속하지 못하고 부당한 구속을 결과하여 분규가능성을 남긴다. 이런 實質的인 不平等을 해소하여 안정적인 법률관계에 도달하기 위하여는, 國家가 直接的으로 使用者의 勢力優位를 규제하고 각종 의무를 부과하거나, 국가가 근로자단체로 하여금 集團的自治規範을 형성하게 하므로써 개별 근로자와 사용자의 법률관계가 공정하게 규율되게끔, 협약자치를 허용하는 방법이 있는 것이다.<sup>1)</sup> 그런데 국가의 입법에 의한 근로자보호는 그 一律的인 規律로 인하여 다변화하는 근로관계를 충족시키지 못한다는 점에서, 결국 協約自治에 의한 解決方法이 가장 妥當한 것으로 인정되고 있다. 즉 근로자들의 자발적 가입에 기초한 노동조합이 그 구성원들을 위하여 사용자와 함께 그들에게 보다 유리한 근로조건을 단체협약으로 규범화하므로써 인간다운 근로생활조건을 형성하고 산업평화를 약속

---

1) Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 122 ff.

할 수 있게 된 것이다.

이러한 협약자치는 우리나라 헌법 제33조 제1항에서 보장된다. 바로 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 가진다”고 하는 바, 이런 노동 3권의 보장은 團體交渉을 통한 團體協約의 形成에 목적이 있는 것이다.<sup>2)</sup> 따라서 헌법 제33조 1항의 團體交渉權은 협약자치의 보장의 기초로서 제시될 수 있다.<sup>3)</sup> 그러나 團結權이나 團體行動權이 협약자치와 무관하다는 것은 아니고, 단결권은 협약자치의 前提로서, 단체행동권은 협약자치가 제대로 운영될 수 있도록 하는 手段으로서 의미를 갖는다고 할 것이다.<sup>4)</sup> 여기서는 노동 3권의 상호 관계를 어떻게 보는가 하는 질문이 있을 수 있다. 일반적인 학설과 같이, 연구자는 노동 3권은 核心的인 勤勞條件의 부분에서는 相互 密接한 有機的 關聯性을 가지고 있다고 이해된다. 그러나 이것은 핵심적인 부분에서, 말

2) 김형배, 노동법, 141면.

3) 김형배, 노동법, 141면: “헌법 제33조 1항은 단체교섭을 중심으로하여 전개되는 노사자치에 대하여 법적 기초를 부여하는 규정이다.”

4) 同旨 대판 1990. 5.15., 90도 357: “사용자와의 대등성을 확보하기 위한 법적 수단으로 단체교섭권을 인정하는 것이야말로 근로조건의 향상을 위한 본질적 방편이라고 아니할 수 없으며 따라서 그것을 위하여 단체형성의 수단인 단결권이 있고 또한 교섭이 난항에 빠졌을 때 그것을 타결하기 위한 권리로서 단체행동권이 있는 것으로 보아야 하기 때문이다”; 이런 입장의 독일판례, BVerfG AP Nr. 16 zu Art. 9 GG: “단결체가 갖는 근로조건과 경제적 조건의 유지·향상의 目的은, 노동조합에 의하여 사회적 대립자인 사용자와 함께 임금과 근로조건에 관한 협상속에서 근로자에게 가장 유리한 단체협약을 체결하고 필요한 경우에 쟁의행위를 행사함으로써 實現되는 것이다.”

## 제2장 노사관계 환경변화에 따른 협약자치의 기능변화 5

하자면 근로자들의 근로계약내용과 관련이 있는 사항들에서, 밀접한 유기적 관련성이 인정되는 것으로 족하고, 그외의 영역에서는 각 基本權의 固有 意味와 機能이 고려되어야 한다고 본다. 團結權의 보장과 관련하여는, 단결체의 활동영역은 오직 근로조건에 관한 부분만이 아니라 단결체의 존립이나 활동 자체의 보호에 관한 부분도 있는 것이다. 團體交涉權과 관련하여서는, 물론 대부분 교섭사항이 근로계약에 관련된 사항으로서 단체행동권의 대상으로 이어지고 유기적 관련성이 나타나지만, 새로운 경제·사회의 발전과 노사관계의 진전에 따라 단체교섭대상은 종래보다 확대될 수 있는 것이다(예: 인사·경영 사항에 대한 규율). 그리고 團體行動權은 그 권리행사가 이해당사자 차원에서 그치지 않고, 협력업체와 같은 제3자나, 국민이나 소비자, 그리고 국민경제에도 영향을 미치는 부분이 있기 때문에 단체행동권의 행사에 대해서는 입법자가 기본권의 本質的 部分을 침해하지 않는 한도에서 그 한계를 구체화할 수 있는 것이다(노조 및 노동관계조정법 제2조 5호).

입법자는 헌법 제33조 제1항에서 보장하는 협약자치를 각종 관련 제도를 통해 구체화하고 있다. 먼저 단체협약을 實質的 意味의 法律<sup>5)</sup>으로서 협약당사자의 구성원에 대해 強制的 效力과 直接的 效力을 발휘하는 규범력을 노조 및 노동관계조정법 제33조 제1항 및 제2항<sup>6)</sup>을 통하여 부여하였고, 또한 입법자는 협약자치제도의 구체

5) 이종복, 사법관계와 자율, “조합내 의사결정과정과 단체교섭”, 484면에서 이미 이런 표현을 사용하고 있음.

6) 노조 및 노동관계조정법 제33조 ① 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분

적인 보장을 위하여 團體交渉에 대해 사용자에게 성실한 團體交渉應諾義務를 부과하고 부당노동행위제도를 두어서 노동조합은 사용자의 단체교섭거부에 대해 부당노동행위구제신청을 요청할 수 있게 되었다(제30조와 제81조 제3호). 한편 입법자는 단체행동권을 勞動爭議와 爭議行爲의 개념으로 구체화하여 爭議對象을 분명하게 한 것이다(제2조 5호, 6호).

따라서 協約自治는 헌법 제33조 제1항만이 아니라 노조 및 노동관계조정법 제33조, 제30조 제2항, 제81조 제3호, 제2조 제5호 등의 제반 조항에 기초하여 비로소 완결된 구조를 갖추게 되었다고 볼 것이다. 이런 입장은 독일에서도 발견된다. 협약자치는 國家의 授權에 기초하고 이것은 기본법 제9조 3항에 근거하고 있지만 기본법 제9조 3항은 法律(團體協約法)에 의하여 상세히 具體化되었다고 보는 입장과 상통된다.<sup>7)</sup> 만일에 이와 같은 법률조항이 없다면, 협약

---

은 무효로 한다.

② 근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.

7) Wiedemann/Stumpf, Tarifvertragsgesetz(Kommentar), 1977, § 1, Rdnr. 25; Söllner, Grundriß des Arbeitsrecht, 9. Aufl. S. 123, (요약하여 소개하면) “협약당사자들의 규율권한을 부여하는 실정법 규범은 기본법 제9조 3항과 단체협약법 제1조 1항이다. 기본법에 의하여 협약당사자들에게 근로조건 및 경제적 조건의 규율권한이 국가의 입법권에 대응해서 주어지게 되었지만, 그 상태에서의 규율권한은 본원적인 자율권(originäre Autonomie)일 뿐이며, 그런 협약당사자들의 자율적 규율권이 법규적 성격을 갖게 된 것은 오직 국가의 입법(단체협약법 제1조 1항)에서 비롯되었다”...“단체협약법이라는 국가의 입법을 통해 단체협약은 법규로

## 제2장 노사관계 환경변화에 따른 협약자치의 기능변화 7

당사자들은 단체협약을 제3자를 위한 계약 형태나 혹은 대리관계에 의한 사적자치 차원에서 운영하게 될 것이라고 본다.

이와 같은 관점에서 단체협약은 근로자의 근로조건을 규율하고 노사당사자간의 권리, 의무를 정한 문서계약형식을 취한 법규범이라고 정의할 수 있다.<sup>8)</sup> 따라서 그 요건으로는 문서계약의 형태를 취하며, 노동조합과 사용자 혹은 사용자단체가 협약체결능력을 갖추고 있는 당사자이고 그 내용은 근로조건을 규율하는 것이다. 여기서 단체협약은 계약에 해당하는가 아니면 규범에 해당하는가 하는 질문이 제기될 수 있다. 단체협약의 핵심적 기능인 勤勞者保護機能을 수행하고 구성원들을 대상으로 勤勞條件을 規律하는 規範的部分을 가지고 판단한다면, 단체협약은 사실상의 의미에서의 법률(Gesetz im materiellen Sinne)이고 다만 단체협약이 契約의 形態를

---

서의 성질(Rechtsatzqualität)을 갖게 되었다”(S. 124); Maunts/Dürig/Scholz, Art. 9 Abs. 3 Rdnr. 301: “헌법적으로 보장된 핵심에 해당하는 협약자치는 集團的 私的自治(kollektiver Privatautonomie)의 특별형태와 다르지 않으나, 國家立法에 의하여 團結權的 秩序機能에 합치하는 要件들이 형성되게 된 것이다. 단체협약은 국가적 승인(Anerkennung)에 의한 법규범으로서 규범성(Normqualifikation)에 기초한다”; 독일 연방헌법재판소의 입장도 法律授權說을 취한다. 대표적으로 BVerfG 4, 96, 102 ff.를 들 수 있다.

8) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., § 1, Rdnr. 9; 프랑스에서는 노동법전 제 132-1조, 제132-2조에서 단체협약의 개념을 정하고 있는데, “근로 및 고용의 조건, 근로자에 대한 사회보장을 목적으로 하는, 다수 혹은 하나의 대표적 노동조합과 하나 또는 다수의 사용자 혹은 사용자단체나 사용자협회가 체결한 집단적인 협약”이라고 정의할 수 있다 (Duprilot/Fieschivivet, Droit du travail, 1985, p. 171).

취하는 점에서 단체협약이 계약적 성질을 갖는 것으로 볼 수 있다.<sup>9)</sup> 한편 단체협약의 규범적 효력을 인정하면서도 이러한 계약적 성질을 강조하는 견해도 있다.<sup>10)</sup> 생각건대, 단체협약의 사용자의 결정자유의 제한기능과 이것이 직률적 효력을 의하여 보장이 되었다는 점에서, 단체협약을 사적자치의 한 형태로 이해하기 보다는 준입법적 기능을 국가로부터 부여받은 것으로 보는 전자의 견해를 좇기로 한다.<sup>11)</sup>

## 2) 協約自治의 機能

### - 勤勞者保護機能

이 기능은 단체협약의 古典的 機能에 해당한다. 종속적 근로자의 보호를 위하여 강행적인 성격의 단체협약이 근로자에게 유리한 勤勞條件의 基準을 정하는 것이다. 개별 근로자들의 사용자에 대한

- 
- 9) 소위 授權說의 입장인데, 이런 입장을 취하는 견해, 이종복, 전게서, 484면: “우리 노동조합법은 단체협약에 대하여 강행적 효력과 직접적 효력을 규정하고 있어 단체협약의 규범적 부분은 독일의 단체협약법과 마찬가지로 실질적인 법임을 명시하고 있고 이로써 국가가 노동조합에 대하여 사용자와 함께 단체협약의 규범내용을 제정하는 권한, 즉 협약체결능력(Tariffähigkeit)을 수여한 것으로 볼 수 있게 된다(이른바 國家의 授權)”; Wiedemann/Stumpf, a.a.O., § 1, Rdnr. 14; Biedenkopf, a.a.O., S. 10.
- 10) 이런 입장으로는 김형배, 노동법, 585면; 독일에서는 Sinzheimer, Hueck, Nipperdey에 의해 발전되어 왔고, Zöllner, Richardi의 입장이다.
- 11) 참고, Wiedemann/Stumpf, a.a.O., § 1, Rdnr. 14.

힘의 열세를 극복하는 방법으로서 집단적 교섭과 규범형성이 창안된 것이다. 노사간의 대등한 상태에서 근로조건을 정하므로써 인간의 존엄을 보장하는 기준을 형성할 수 있게 된 것이다. 초기에는 주로 임금에 관한 기준으로써 의미를 가졌으나, 사회의 발전에 따라 여타 근로자들의 적정한 생활조건(erträgliche Lebensbedingungen)을 형성하는 등 그 대상이 확대되어 오고 있다.

#### - 平和機能

단체협약은 사용자측면에서도 의미있는 기능을 수행하고 있다. 단체협약은 기업에 인건비에 관련된 안전보장을 제공하기 때문이다. 단체협약의 유효기간내에는 고정적인 (인건비)계산의 기초가 계속하여 유지되고, 새로운 임금요구가 있기 전까지는 그런 보장은 존속되기 때문이다.<sup>12)</sup> 따라서 유효기간이 길면 길수록 사용자에게 유리하다고 할 수 있다. 우리나라 노조 및 노동관계조정법 제32조에서 단체협약의 유효기간을 2년을 초과할 수 없도록 하는데, 그 기간 동안에는 産業平和를 확보할 수 있는 의의가 있다.

#### - 秩序機能

단체협약은 또한 근로생활에 대한 충분한 규율형성과 다양한 임금수준을 가능한 한도에서 평준화하므로써 사회적 안정을 이끌고 궁극적으로는 공동체 사회를 평화로 이끄는 공익적 목적도 수행한다.<sup>13)</sup> 즉 단체협약은 바로 국가의 법률과 같이 일정한 영역에서 질

12) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr. 6.

13) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr. 6 ff.: “단체협약은 하나의 특정분야의 노동법전(branchenspezifisches Arbeitsgesetzbuch)이라



서를 형성하는 측면이 있는 것이다.

### - 카르텔기능

우리나라에서 단체협약의 카르텔 기능에 대하여는 생소하기 때문에 독일에서의 논의를 중심으로 보면, 단체협약의 카르텔기능은 노동시장에서 근로자와 사용자가 자유롭게 임금 수준 등을 결정하여 근로관계를 형성할 수 없고 오직 단체협약의 임금수준 이상으로만 근로거래관계를 형성할 수 있도록 하여 賃金低下競爭을 제한하는 기능을 말한다. 특히 단체협약이 다수 기업을 포괄하거나 전 업종분야를 포괄하는 차원으로 체결되는 경우, 노동시장에서 단체협약은 (근로자와 근로자간 및 사용자와 사용자간) 경쟁을 제한하는 카르텔과 같은 효과를 갖는다.<sup>14)</sup> 이 경우 단체협약은 협약상 임금 수준을 하회하여 접근하는 신규인력의 취업을 제한하기 때문이다. 이런 기능은 일정한 영역에서 노동력의 가치를 유지하는 작용을 한

---

고 말할 수 있다. 또한 단체협약의 질서임무는 전체 직원(Belegschaft)과 관련하여 제기되는 규율문제에 있어서 드러난다. 바로 법률에서 언급하는 經營 및 經營組織法的 條項이 바로 이에 해당하는 것이다. 나아가 타근로자, 전체 직원과 관련하여 형성되어야만 하는 본질적 문제도 바로 이에 해당하는 것이다.”

14) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr. 9.; 생각건대, 카르텔기능은 노동시장에서 노동력의 공급차원이나 수용차원에서나 모두 나타난다. 즉 근로자들이 취업하기 위해 협약이하의 수준에서 노동력을 공급하고자 하더라도 그런 계약내용을 정할 수 없는 것이고, 사용자들도 낮은 인건비를 부담하려고 초기업적 협약수준보다 낮게 개별 근로계약에서 임금을 정하는 행위는 다른 사용자보다 유리한 경쟁조건을 형성하는 점에서 불공정한 경쟁행위가 되는 것이다.

다. 이런 단체협약은 단순히 근로자보호규율로서가 아니라 동종 근로자들에 대한 직업단체에 의한 규율로서 인식되는 것이다.<sup>15)</sup>

**- 規律形成(rule making)機能**

위의 4가지 기능은 협약자치의 目的에 의해 도출되는 기능인데 반하여, 협약자치의 作用(效果)과 관련하여, 規律形成機能을 추가할 수 있다.<sup>16)</sup> 단체협약을 통해 근로조건에 관한 규율을 형성하는 기능을 말한다. 독일에서는 바로 이런 관점에서 협약당사자의 협약 규율권한을 대체로 *Rechtsetzungsbefugnis*라고 표현하고, 협약당사자를 입법자에 준하여 이해하기도 한다. 우리나라에서도 노동조합 및 노동관계조정법 제33조를 보면, “근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 基準”이라는 문구가 있는데, 바로 그 기준은 협약당사자에 의한 규율형성의 결과라고 할 것이다. 또한 동법 제2조 5호의 노동쟁의 정의에서 “근로조건에 대한 決定에 관한 주장의 불일치”라는 표현은 바로 勞使間의 團體交渉은 바로 規律形成過程임을 보여주고 있는 것이다. 협약규율형성은 법률에 의한 형성보다 산업이나 사업장의 형편에 적합한 내용을 담고 있는 점에서 장점이 있다. 한편 이런 규율형성기능은 規律의 執行과 구별되어야 하는데, 예를 들어 임금에 관한 단체협약규정은 노사가 공동으로 마련할 수 있는 것이지만 그런 협약규정에 따라 임금을 지급하는 것은 使用者가 당사자로서 혹은 동 규범의 수규자로서 고유하게 하는 것이다. 이런 관점에서 보면, 예로서 苦衷處理를 들 수 있는데, 이것은 규율을 形成하는기

15) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr. 9.

16) Blanpain, Comparative Labor Law and Industrial Relations, 1982(우재현 역, 비교노동법과 노사관계, 1989, 284면 이하).

능은 아니고 이미 형성된 규율의 適用과 執行에 관한 부분이다.

### 3) 勞使關係 環境變化에 따른 協約自治의 機能變化

#### (1) 우리나라에서의 秩序機能 強化傾向

근로조건향상, 곧 근로자의 사회적·경제적 지위 향상이라는 목적을 추구하는 협약자치의 古典的 機能(勤勞者保護機能과 産業平和機能)은 물론 오늘날에도 여전히 중요하게 평가되지만, 협약규율이 기업차원에서 형성되는가 아니면 업종 내지 산업별 차원에서 형성되는가에 따라 상대적으로 차이를 나타낸다. 유럽 각국에서 발견되는 업종별 내지 산별 협약관계에서는 해당 업종과 산업의 통일적 근로조건형성으로 인하여 기업단위 노사만이 아니라 산업단위에서도 노사간 안정을 확보하고, 근로자들 사이에서도 일자리를 얻으려는 저임금경쟁을 막을 수 있는 안정장치를 마련하였다고 볼 수 있다. 반면에, 우리나라에서는 기업별 협약관계가 형성되어 있어서 중소기업과 대기업간의 근로조건 격차를 노정시키거나 당해 조직근로자외에는 비조직근로자들이나 타조직근로자들의 근로조건이 고려되지 않는 集團利己主義的 現狀을 드러내는 부작용도 낳고 있다. 이런 문제점을 극복하기 위해 최근 노동조합에서는 산별단위노조건설론이 등장하고 있으며<sup>17)</sup> 근로조건에 대한 초기업 단위에서의 교섭

---

17) 이런 논리가 결실을 맺은 것은, 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률의 입법이고, 교원노조가 이에 따라 적법하게 설립되어 있

방식도 기대되고 있다. 이것은 바로 협약자치가 근로자의 보호기능에만 머물 것이 아니라 사회적으로 통일된 일정한 규범을 형성하려는 秩序機能의 수행이 기대되고 있음을 뜻한다.

## (2) 個人主義 傾向에 따른 勤勞者의 意思尊重

21세기를 앞두고 있는 현재 勤勞者의 像은 개인의 意思와 能力이 존중되는 個人主義속에서 생활하는 근로자의 모습이다. 과거 산업화초기 단계에서 열악한 근무여건에서 비숙련의 노무를 제공하고 능력개발의 혜택을 받지 못한 근로자의 모습과는 많은 차이를 나타내고 있다. 현재에는 사회에서 이미 충분히 교육과 훈련을 받고 산업현장에 나오므로써 개인의 능력이 중시되고 그의 의사가 존중되고 있다. 이런 개인주의와 자유주의적 경향속에서 개별적인 근로관계 당사자의 의사에 따라 계약형태도 매우 다양화되고 있고, 그 임금의 지급방식도 다양화되고 있다. 이런 상황속에서 종래의 집단적 근로조건 결정방식은 이런 개인주의적 경향을 수용하여야 하는 도전을 받고 있으며, 집단과 개인의 관계에서 개인을 위한 집단으로서의 合目的的 思考가 강조되고 있다.<sup>18)</sup> 협약자치의 질서기능에 있어서도 그 자체가 목적이 아니라 근로자에게 이익을 제공하고 근로자의 의사를 실현시키기 위해 집단적 질서가 존재하는 것임이 강조되고 있다.<sup>19)</sup>

---

는 점이다.

18) Horst Kürsters, “독일의 노동조합교육”, 노동조합교육의 현황과 과제, 한국노총중앙연구원, 1998, 9면 이하.

19) Biedenkopf, a.a.O., S. 43: “단결체는 기본적으로 제3자를 위한 규율을

### (3) 先進國에서의 勞動市場의 彈力性 提高와 카르텔기능의 制限

기술과 경제, 사회의 발전에 따라 거래관계가 세계적, 국제적 단위로 확대되고 있는 환경변화속에서 기업의 경쟁력 강화와 효율성 제고가 요청되고 있고 이를 위해서 기업은 비용을 줄이고자 정규근로형태보다 비정규근로형태를 선호하여 이와 같은 근로형태가 확대되어가고 있다(각종 계약제, 용역근로, 단시간근로 형태). 이런 변화는 단체협약기능에도 영향을 미치는 바, 산별협약을 취하고 있는 선진제국에서는 산별협약의 통일적 근로조건 형성기능, 즉 카르텔기능에 대해서 재검토하고 있다.<sup>20)</sup> 특히 고실업과 낮은 성장률은 바로 이런 산별임금률로 야기된 부분이 있기 때문에 카르텔기능에 대해 비판이 제기되고 있다. 일률적인 임금수준은 특히 노동시장을 경직시키고 낮은 임금으로 실업자에게 일자리를 제공하는 것을 매우 어렵게 하는 결과를 가져오는 것이다. 또한 사용자가 도저히 노동시장의 일반적인 수준을 감당하지 못하게 되면 결국 사업의 포기과 일자리를 폐쇄할 수밖에 없는 것이다.

따라서 이런 노동시장의 경직성을 완화시키기 위해 산별단체협약체제를 독점규제차원에서 취급하여야 한다는 주장이 나오기도 한다.<sup>21)</sup> 산별협약에 내재된 카르텔기능은 통일적 협약임금을 더 이상

---

형성할 권한을 갖는데, 여기서 그 단결체는 규율복속자인 제3자의 이익을 추구하여야 하는 拘束을 받는다. 노사집단의 개입은 그 正當性이 있어야 하는 바, 그들에게 利益이 되도록 活動한다는 것이다.”

20) Richardi, a.a.O., S. 79 ff.

21) Rieble, Arbeitsmarkt und Wettweberb, 1996, S. 71. ff.

지탱할 수 없는 기업으로 하여금 점차적으로 시장에서 축출되게 하거나, 심지어 통일적인 임금형성을 찬성하는 것이 근로자의 근로조건 향상에 목적이 있는 것이 아니라 경쟁력이 약한 기업들을 시장에서 축출하는 데 있다는 점에서 비판한다.<sup>22)</sup> 이런 지적은 단체협약제도에 있어서 다음과 같은 것을 요구하는데, 1. 단체협약과 근로계약관계에서 적용되어온 直律的 效力에 例外를 許容하거나 2. 단체협약과 경영협정 관계에서 經營協定이 協約水準 以下로 정할 수 있도록 허용하거나, 3. 사용자들이 使用者團體에서 脫退하여 노동조합과 자신의 기업수준에 맞는 임금 및 근로조건을 직접 결정하도록 하는 것으로 요약할 수 있다.

또한, 이런 맥락과 환경속에서 단체교섭의 분권화현상이 계속 나타나고 있다. 특히 독일, 프랑스 등 제반 유럽국가는 산별교섭체제에서 기업별교섭체제로 이전하는 현상이 조금씩 나타나고 있다. 독일에서는 개별 사용자들이 사용자단체에서 탈퇴하여 산별협약 대신에 기업단위로 체결한 회사별협약(Firmentarifvertrag)을 선호하고 있다.<sup>23)</sup> 또한 독일의 경우, 경영조직법에서 단체협약이 경영협정에서 근로조건에 관하여 규율할 수 있게끔 委任을 허용하므로 경영협정에서 임금 기타 근로조건을 정하기도 한다(경영조직법 제77

22) Rieble, a.a.O., S. 71.

23) 1995년을 기준으로 해서, 산별협약은 9,584개가 체결되어 있고, 기업별협약은 12,399개가 체결되어 있다고 한다. 그러나 전체 근로자중 73.1%가 산별협약의 규율을 받고 있는 반면에 전체 근로자중 10.9%만이 기업별협약의 규율을 받는다(WSI, Information zur Tarifpolitik, 1997, S. 5).

조 3항). 이런 조항 역시 事實上 交渉分權化의 效果를 가져오는 것이며, 특히 사용자가 더 이상 産別協約의 勤勞條件 履行能力이 없을 경우에 그 企業事情에 맞는 勤勞條件을 정하므로써 지속적인 경영과 고용의 유지를 가능하게 한다는 점에서 긍정적인 효과를 낳고 있다고 평가되고 있다.<sup>24)</sup> 프랑스의 경우에도, 기본적으로 업종별교섭을 교섭관계의 典型으로 유지하면서도 1982년 11월 13일의 노동법개정을 통하여 기업단위의 교섭과 협약체결에 관한 편을 신설하였는데(참고, 프랑스노동법전 제132-18조 내지 제132-30조), 기업단위에서 임금, 근로시간의 편성, 시간제근로제의 시행 등에 대하여 매년 단체교섭을 하도록 하고 있다.

#### (4) 우리나라 協約自治機能의 環境變化에의 適應問題

이러한 선진국에서의 산별교섭에 대한 비판론과 교섭분권화 경향은, 노동시장에 탄력성을 주고자 기업별교섭제도에 의한 절충을 모색하는 것이며, 각 기업의 사정에 맞게 임금을 결정하여 彈力的인 勞動力去來가 이뤄져야 한다는 인식에서 출발하고 있다. 그러나 이미 기업별 교섭체제가 정착되어 있는 우리나라에서는 산별교섭체제를 지향하는 나라보다 상당히 탄력적이고 유연화된 상황에 놓여 있다고 볼 수 있다. 먼저 사용자단체가 체결하는 산별단체협약이 거의 없기 때문에 사용자들 상호간을 지배하는 일률적인 임금

24) 하경효, 유럽의 노사관계-국가별특징과 세계화에 따른 변화-, 고려대학교 EU연구센터, 1997. 5., 103면: “협약당사자는 협약내의 위임규정을 통해 기업의 특수사정을 반영할 수 있는 가능성을 열어둘 필요가 있다.”

수준이라는 것이 존재하지 않는다. 또한 사용자는 근로기준법이나 최저임금법에 반하지 않는 한, 기업의 사정에 맞게 임금수준을 제시할 수 있으며 노동조합과 합의되면 타사에 비해 적은 인건비로 생산해서 유리한 경쟁조건을 확보해도 공정경쟁위반이라는 비난을 받지 않는다.

오히려 우리나라는 오랜 기업별노조와 기업별교섭체제속에서 초기업적, 산별 노사관계의 형성을 의욕하고 있으며 그에 따른 사회적 역할강화와 확대를 기대하고 있다.<sup>25)</sup> 실제로 단체협약이 노동시장에서 카르텔작용이 거의 없는 상황에서, 특히 노동조합은 기업간 장벽을 넘어 인간의 존엄성을 보장하는 통일적 근로조건의 형성을 여전히 중요한 목표로 추구하는 것이다. 특히 미조직 사업장의 지

---

25) 1997년 9월 경 한국노총중앙연구원에서는, 노조산별화에 대한 단위노조의식조사를 실시하였다. 단위노조가 노조산별화에 대해 긍정적인 태도인가 아니면 부정적인 태도인가를 확인하려는 목적을 가지고 실시한 것인데, 한국노총산하 1534개 단위노조를 대상으로 설문지를 배포하여 291개 단위노조로부터 응답지를 회수받았다. 답변을 준 단위노동조합들은 일반적으로 산별화를 찬성하였고(93.5%), 산별화가 기업별조직의 집단적 이기주의를 극복하는 방안으로 적합하다고 보았으며(71.1%), 비정규근로자들을 보호하기 위하여 산별조합의 조직대상에 함께 포함시키는 방안에 대하여도 찬성하였다(69.2%). 그러나 산별건설이 현실적으로 가능하다고 보는 견해는 22.6%에 불과하고 현실적으로 문제가 많지만 노력하면 가능할 것으로 보는 견해는 66.1%에 달했다. 따라서 산별건설을 위하여 열심히 노력하여야만 가능한 것으로 생각하고 있다. 그 시기에 있어서는 산별화작업을 급속히 진행시키자는 의견이 점진적으로 진행시키자는 의견보다 약간 높게 나왔다(50.4%; 43.1%).



임금근로자나 조직대상에서 제외된 非正規勤勞者(계약직·용역직·파견 근로자, 단시간 근로자 등)들에 대해 人間尊嚴性을 保障하는 勤勞條件의 確保는 여전히 중요한 과제에 해당한다. 다만, 그런 경우에도 선진국에서의 협약 카르텔기능에 대한 비판과 교섭의 분권화경향은 지나친 교섭집중화에 의한 勞動市場의 硬直性은 피하여야 할 部分임을 말해주고 있다. 결국 우리나라와 先進諸國에서의 협약 기능 변화는 세계화·국제화되어가는 경제거래관계의 추세에 맞추어 상호 접근해 가는 모습을 보여준다고 판단된다.

## 2. 협약규율대상과 협약의 직률적 효력에 대한 재고찰의 필요성

노사관계 환경변화에 따른 협약자치의 기능변화는 협약의 규율 대상의 범위와 단체협약과 근로계약의 관계에서 발생하는 규범적 효력에 대한 재고찰을 요구한다.

먼저, 헌법 제33조 제1항은 “근로조건”을 위하여 근로자의 노동 3권을 보장하므로써 그 영역을 제한한다. 여기서 “근로조건”은 바로 협약당사자의 규율영역을 한정하는 기준으로서 의미가 있으므로 우선 근로조건 개념을 이해하는 것은 중요하다. 특히 학설과 판례에서는 “근로조건”과 관련하여 협약당사자가 기업의 人事, 經營事項에 대하여 어느 정도로 협약에서 規律할 수 있는가 라는 문제를 중심으로 논의되고 있다. 대체로 人事事項에 대한 기준이나 절

제2장 노사관계 환경변화에 따른 협약자치의 기능변화 19

차는 결국 근로조건에 직접 관련되는 점에서 의무적 교섭사항이 된다고 하고,<sup>26)</sup> 經營事項도 勤勞條件에 直接 影響을 미치거나 密接한 關係에 있을 경우 의무적 교섭사항이 된다고 한다.<sup>27)</sup> 이에 반해 人事權 자체의 執行에 대하여는 규율대상에 들어오지 않는다는 견해나,<sup>28)</sup> 경영사항중 순수히 企業主의 經營的 事項(이외에 생산전략의 결정, 작업조직의 변경 등도 포함될 수 있을 것임<sup>29)</sup>)은 근로조건에 영향을 미치는 부분이 있더라도 규율대상에 들어오지 않는다는 견해가 있다.<sup>30)</sup> 따라서 인사경영 사항에 대한 논란은 아직도 해결되지 않은 중요한 쟁점이라 말할 수 있다.<sup>31)</sup>

26) 김형배, 노동법, 578면; 이병태, 최신노동법, 224면; 김유성, 노동법 II, 136면; 대판 1992.5.12., 91다 34523; 대판 1994.8.24., 93누 21514; 대판 1993. 7.13. 제1부 판결 92다 50263; 대판 1993. 11. 9. 92다 46943, 대판 1993. 9. 28 91다 30620.

27) 대판 1994. 8. 26, 96 누 8993.

28) 김형배, 노동법, 577면; Zöllner/Loritz, Arbeitsrechts, 1992, S. 408; 참고, 독일 연방노동법원의 입장 BAG AP Nr. 58 Art.9 GG Arbeitskampff. 본 발표자의 생각으로는, 독일에서는 특정 해고근로자의 복직을 단체협약으로 요구하거나 쟁의행위의 대상으로 하는 것은 자치권의 범위를 벗어나는 것으로 보고 있다고 된다. 권리분쟁 사안으로서 법원의 판결에 의해 확정되어야 한다고 보기 때문이다.

29) Zöllner/Loritz, a.a.O., S. 384: “단체협약을 통해 기업의 투자활동과 가격결정도 규율될 수 있다고 주장한다고 해도 이것은 오직 법률규정에 의해 허용되는 경우뿐이고, 기업체조직(Unternehmenorganen)의 문제도 단체협약법상 협약의 규율내에 들어올 수 없다.”

30) 하경효, 전개논문, 43면; 김치선, 전개서, 340면; 정기남, 「단체교섭의 주체와 대상」, 노동법학 제3호, 41면.

31) 또한 사업장에서 사용자가 해결할 수 없는 사안과 관련하여 정치적 사안이나 정책적 사안(예, 법령의 개정요구)도 협약자치의 대상으로

다음으로 단체협약의 효력과 관련하여 근로계약이나 취업규칙과의 관계에서 有利한 條件 優先의 原則에 의한 협약자치의 제한 문제가 있다. 단체협약과 근로계약의 관계를 보면, 協約自治는 私的自治에 대한 制限이라는 의미가 있는데, 근로자는 그 협약규범이하의 내용으로는 계약체결행위가 불가능하기 때문이다. 이와 같은 효력은 바로 勤勞者를 위한 保護目的에 의해 정당화되는 것인데, 바로 이 근로자보호목적은 有利한 條件 優先의 원칙을 뒷받침하며 협약자치를 제한하고 근로계약을 회복시키는 기능도 하지 않는가 재차 생각할 필요가 있다. 따라서 이러한 유리한 조건 우선의 원칙의 의미와 내용에 대하여 분명히 해야 한다고 본다. 최근 우리나라 학설에서는 기업별 노사관계의 특수성을 강조하여 유리한 조건 우선의 원칙을 제한하려는 의견도 발견되지만,<sup>32)</sup> 독일, 프랑스 등 유럽제국에서는 협약이 근로계약보다 불리한 내용을 담고 있을 경우 강행적 효력을 가질 수 없다는 것이 일반적인 내용이다. 다만 有利性 여부의 판단과 관련하여 개개 근로자의 이익 차원에서 비교하는 것이 적정한 것인지 아니면 종합적으로 평가하는 것이 적정한 것인지 여부가 논란이 되고 있으며, 특히 오늘날 경제위기하에서 실업의 위협으로부터 일자리를 유지하고자 근로조건을 불이익변경할 경우 그 규범적 효력이 인정될 수 있는지의 문제가 중요한 고찰대상이다.

---

할 수 없다는 의견도 있기 때문에 더욱이 이와 같은 단체교섭 사항의 한계 설정은 주요한 쟁점사항이다.

32) 임종률, 노동법, 126면.

### 제3장 단체협약의 규율대상에 관한 재고찰

헌법제정권자는 헌법 제33조 제1항에서 근로자 및 노동조합에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 부여하여 협약자치를 보장하는 동시에 그것을 다시 “근로조건의 향상”이라는 목적으로 제한함으로써 협약규율의 대상을 한정하고 있다. 여기서 勤勞條件이라는 개념은 과연 어떤 내용을 가지고, 특히 어떤 대상을 말하는가 하는 것이 협약규율대상의 파악에 있어서 중요한 문제로서 제시된다. 더욱이 오늘날 근로자에 대한 보다 좋은 대우외에 정리해고로부터의 고용보호 등 고용문제가 점점 중요하게 평가되는 오늘날 이런 협약규율대상의 범위를 어디까지로 파악할 것인가는 중요한 부분의 하나임에 틀림없다.

한편, 입법자는 노동조합 및 노동관계조정법에서 사용자에게 부당노동행위차원에서 단체교섭응락의무를 부과함으로써 과연 사용자가 단체교섭에 응하여야 할 대상이 어디까지인가 하는 중요한 문제가 나온다. 또한 입법자는 같은 법 제2조 5호에서 노동조합이 쟁의권을 행사할 수 있는 범위를 한정하고 있는 바, 쟁의권으로 관철할 수 있는 쟁의대상이 어디까지인가 하는 문제도 제기되는 것이다.

## 1. 協約規律對象으로서의 勤勞條件의 概念에 대한 고찰

### 1) 헌법 제33조 제1항의 근로조건

憲法에서는 協約自治의 保障에 “勤勞條件의 向上”이라는 目的을 設定하므로써 그 協約自治의 範圍를 制限하는데, 이런 헌법상의 勤勞條件이 구체적으로 어떤 대상들을 포괄할 수 있는 개념인지 명확하지 않다. 立法者에 의한 근로조건 개념의 구체화로부터 그 憲法上 意味가 파악될 수 있겠지만, 명시적으로 근로조건은 무엇을 의미한다고 정의하는 법률규정은 없고 개개 관련법규에서 부분적으로 그 의미를 나타낼 뿐이다. 대체로 입법자는 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 勤勞契約的 給付內容으로서의 勤勞條件으로 보고 있다.<sup>33)</sup> 통설과 판례는 일반적으로 이런 “勤勞條件”의 概念에 대하여 賃金, 勤勞時間 등 勤勞契約의 內容으로서의 勤勞條件으로 이해하고 있다.<sup>34)</sup> 그러나 헌법상의 근로조건은 協約自治의 機能的

33) 노동조합 및 노동관계조정법, 제2조(정의) 제5호 “노동쟁의라 함은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 노동관계 당사자 라 한다)간에 **임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건**의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다. 이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더 이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다”; 동법 제33조 1항 “단체협약에 정한 **근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준**에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.”; 근로기준법 제25조 “사용자는 **근로계약체결시에 근로자에 대하여 임금, 근로시간 기타의 근로조건**을 명시하여야 한다.(이하 생략)”

保障의 관점에서 근로조건의 개념이 파악되어야 할 것인 바,<sup>35)</sup> 이렇게 파악할 경우, 근로조건은 勤勞者保護機能 차원에서 규율이 요청되는 個別的 勤勞契約事項만이 아니라 秩序確立機能 차원에서 규율이 요청되는 勤勞者들의 集團的인 勤勞生活도 포섭될 수 있는 것이다.<sup>36)</sup>

34) 참고, 이병태, 최신 노동법, 227면; 임종률, 노동법, 107면: “근로조건이란 근로계약상의 조건 내지 약속사항 및 노동관계에 있어서 근로자에 대한 기타의 대우(고용의 계속도 포함)을 말한다; 대판 1992.6.23., 91다 19210(서울지하철공사사건): “근로조건이라 함은 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말한다”; 대판 1996. 2. 23. 94누 9177(한밭택시사건): “근로조건은 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고, 구체적으로는 근로기준법에 정하여진 임금·근로시간·후생·해고 뿐만 아니고 같은 법 제94조(취업규칙의 작성) 제1호 내지 제11호, 같은 법 시행령 제7호 제1호, 제3호 소정의 사항이 포함될 것인 바...”.

35) Lee, Chong-Bock, Der Vorrang der Tarifautonomie gegenüber Gesetz, Richterrecht und Betriebsvereinbarung(Dissertation), Köln, 1983., S. 82: “규율대상을 확정하는데 있어서는 두가지의 방법이 사용되었다. 하나는 역사적으로 개발된 對象別로 把握하는 方法과 단결목적으로부터 機能的·目的論的으로 파악하는 방법이다... 방법론에 있어서 대상별로 파악하는 방법은 적절하지 못하고, 기능적·목적론적으로 파악하는 것이 타당하다. 왜냐하면 노사간에 합의한 것도 사용자에게 의하여 協約으로 규율될 수 없는 대상에 囁려 들어 갈 수 있기 때문이다. 대상별로 특정되는 핵심적 부분의 보장은 오직 입법자에 대해서만 인정되어야 하고, 사용자에게 대해서는 적용되어서는 아니된다.”

36) 참고로, 김유성, 노동법 II(1999), 141면에서는, “헌법 제33조 제1항의 근로조건은 광의의 의미로 파악되어야 한다.”고 한다; 뒤에서 독일 기본법 제9조 3항의 “근로조건 및 경제적 조건” 개념과의 비교를 통하

생각건대, 헌법상의 “勤勞條件”은 確定的 概念은 아니고 현대사회의 발전에 따라 변화해 가는 개념으로 보아야 하며, 오늘날의 우리 헌법 제33조 제1항의 “근로조건”은 勤勞關係에 들어올 수 있는 내용만이 아니라 사용자가 근로자와 관련하여 처분할 수 있는 제반 사항을 포함할 수 있는 개념이어야 한다고 본다. 즉 “**勤勞者의 勤勞가 提供되는 諸般 勤勞生活條件**”으로 표현할 수 있다.<sup>37)</sup> 이런 근로조건은 헌법상의 협약규율가능성의 최대치를 확정하는 기준이 되는데, 이렇게 勤勞者의 勤勞生活全部를 규율대상으로 하는 것은 오늘날 社會, 經濟의 變化에 따른 協約機能의 수행과 맞는다고 할 것이다. 특히 협약자치의 勤勞者保護機能외에 勤勞者 集團의 勤勞生活에 대한 配慮와 秩序를 형성하는 機能과 맞는다고 본다. 또한 이렇게 이해할 때 현재 학설상 인정되고 있는, 근로자들과 사용자 간 관계에 대한 制度的 部分(노사공동기금 운영)이나, 또한 인사·경영 사항에 대한 협약적 규율의 근거가 비로소 확보될 수 있으며,<sup>38)</sup> 사업장에서의 경영참가의 보장이 단체협약에서 존재하는 이

---

여 좀더 고찰하기로 한다.

37) 참고, 김치선, 노동법강의, 339면. “근로조건을 중심으로 하여 널리 근로자의 생활조건에 관계 있는 것으로서 사용자가 처분할 수 있는 사항이라면 모두 포함된다”; 김유성, 노동법 II, 58면에서는 노조 및 노동관계조정법 제1조의 “경제적·사회적 지위”의 개념을 폭넓게 “근로자의 생활조건”으로 이해하여 결국 헌법상의 “근로조건”을 광의로 이해한다(140면 참조); 片岡, 勞動法(송강직 역), 1995, 333면, “임금·근로시간·안전위생·재해보상 등을 비롯하여, 채용·해고 등의 근로관계의 발생·소멸 원인이나, 기숙사나 복리후생시설 등도 포함하여 넓게 **노동력의 제공과 관련되는 모든 조건**을 가리키는 것으로 해석된다”.

유도 설명할 수 있게 된다.<sup>39)</sup> 한편 이런 勤勞條件의 概念에는 직접 包含되지 않지만 協約自治의 前提條件으로서 집단적 노사관계당사자의 存立과 活動에 관한 부분이 있다. 이 부분은 이런 광의의 勤勞條件 概念에 의해 한정되는 協約規律對象에 당연히 前提되어 있는 것으로 이해된다.

- 
- 38) Säcker/Oetker, a.a.O., S.44: “더 나아가 기업가의 결정(예: 신기술의 도입)에 대한 협약에 의한 관여가 가능하다”고 본다; Wiedemann, Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, in: Festschrift für Stephan Riesenfeld, 301(302 f.). 이런 Wiedemann의 입장은 같은 제목의 RdA, 1986, S. 233에서 발견된다: “신기술도입에 의한 일자리에의 변경에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 기업가적 결정영역에 속하는 이런 조치로 인하여 근로자의 근로조건은 직접적으로 영향을 받는 것”이라며 협약규율범위에 포함시킨다.
- 39) Säcker/Oetker, a.a.O., S. 48: “연방헌법재판소의 입장과 같이 단결체의 어떤 활동이 기본법 제9조 3항의 보호범위에 들어오기 위한 요건으로는 그 활동으로 추구되는 근로조건과 경제적 조건이 그 활동과 직접적 관계에서 유지·향상될 것이 아니며 **오히려 그 활동과 간접적 관계에서 유지되고 향상되는 것만으로도 충분하다(BVerGE 19, 303(313), 28,295(305)). 이에 따라 종업원대표제나 경영조직법적 영역에서 하는 단결체(노조)의 활동도 기본법 제9조 3항 제1문의 사항별 보호범위에 들어오며, 공동결정 판결(Mitbestimmungsurteil)에서 나타난 바와 같이 여기서 더 나아가 기업의 공동결정영역에 단결체가 참여하도록 하는 규정을 두는 것도 기본법 제9조 3항상의 근로조건 및 경제적 조건에 의해 간접적으로 형성되는 단결체목적에 의해 포섭되고(BVerfGE, 50 290(372), 이 경우 이런 영역에서의 단결체의 협약규율을 위해 명시적 근거가 반드시 있어야 하는 것은 아니다.”**



반면에, 이와 같이 勤勞條件을 근로자의 근로가 제공되는 제반 근로생활 조건으로 폭넓게 이해하는 경우에도, 작업장에서의 근로 생활과 관련이 없는 근로자의 私生活이나, 국가와의 관련이 있는 公的政治的 事項, 혹은 헌법적으로 고유하게 보호받는 기업가의 핵심적 결정권한이나 企業組織은 포섭되기 어렵고, 따라서 협약규율대상의 한계밖에 놓이게 된다.<sup>40)</sup>

## 2) 노조 및 노동관계조정법상의 勤勞條件

입법자는 노조 및 노동관계조정법에서 근로조건을 사용하고 있는데, 위와 같이 광의의 개념으로 파악하고 있지 않다. 동 법 제33조 제1항과 제2조 제5호에서 근로조건 개념이 설명되고 있는 바, 근로자의 대우로서 임금, 근로시간, 복지, 해고와 같은 근로계약적 급부로서의 근로조건이다. 이와 같은 협의의 근로조건은 바로 이런 개념을 기초로하여 협약자치를 실현하기 위한 각종제도의 對象範圍

40) 근로조건 개념에 대한 새로운 이해를 통해 다음과 같은 문제를 해결할 수 있을 것이다. 전통적인 계약적 급부사항들 외에 集團的 勤勞生活(예: 제도적 부분이나 경영질서)가 협약내에 포괄될 수 있는가 하는 문제, 또한 기타 사회경제적 발전과 기술발전에 따라 변경될 근로 생활 부분(예를 들어 직무상 창안한 지적재산의 귀속 및 보상 문제)에 대한 규율가능성 문제, 기업재산에 대한 근로자의 참여로써, 人事의 基準이나 節次(예: 승진기준, 전보발령 절차, 해고절차) 및 人事決定 자체의 규율가능성 문제, 또한 경영결정(공장이전이나 영업양도) 및 그로 인하여 발생하는 勤勞者의 不利益部分(예: 격지근무에 따른 보상요구)이나 雇傭保護에 관한 사항이 협약규율대상이 될 수 있는가 하는 문제 등이 해결될 것이다.

의 基準으로서 機能한다.

먼저, 立法者는 협약자치를 위한 제도적 차원에서 단체교섭응락 의무를 부과하고 있는데, 바로 위와 같은 근로조건이 기준이 되어 의무적 단체교섭대상이 파악될 수 있는 것이다. 즉 노조 및 노동관계조정법 제33조 제1항에서 規範的 部分을 “근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준”으로 한정하고 있는 바, 이런 근로자의 대우로서 근로조건은 의무적 교섭대상의 중요한 일부를 이루고 있다.<sup>41)</sup>

다른 한편, 입법자는 노조 및 노동관계조정법 제2조 5호에서 노동쟁의의 개념정의를 통해 쟁의대상의 범위를 한정하고 있다. “임금, 근로시간, 복지, 해고 등 근로조건”에 관한 노사간의 주장의 불일치를 노동쟁의라고 정의하면서 그 쟁의대상기준으로 근로조건을

---

41) 이외에 이런 勤勞條件에는 포함될 수 없지만 協約自治에 前提된 部分으로서 集團的 勞使關係의 運營에 관한 部分도 義務的 交渉對象에 포함된다고 할 수 있다. 동법 제47조에서는 “단체교섭에 의하여 勤勞條件 기타 勞動關係에 관한 사항을 정하는” 것을 방해하지 않는다고 하거나 동법 제48조에서는 노사협의 및 단체교섭 절차에 대하여 단체협약으로 규율하도록 하고 있는데, 바로 이런 부분도 의무적 교섭사항에 해당하는 것이다. 또한 동법 제52조 제1항에서도 임의 조정·중재 절차를 허용하고 있으므로, 勞組가 이를 使用者에게 교섭사항으로 제시할 경우 사용자가 교섭에 응하여야 할 대상으로 파악된다. 이외에도 제24조 제1항(노조전임의 설치), 제81조 제4호(경비지원이 아닌 편의제공) 등도 의무적 교섭사항으로 볼 수 있는 근거조항이라고 사료된다. 결국 의무적 교섭대상은 (협의의) 근로조건 기타 勤勞者의 대우에 直接 關係되는 사항과 集團的 勞使關係의 運營에 관한 사항으로 파악할 수 있다.

제시하는 것이다. 爭議對象은 노사간에 진정으로 더 이상 교섭에 의한 解決可能性이 보이지 않을 때 비로소 쟁의행위를 할 수 있는 대상이다. 여기서의 근로조건 개념은 법률에서 직접 예시한 것과 같이 勤勞契約의 給付 관련사항에 한정되는 것으로 보여진다.<sup>42)</sup> 입법자가 이와같이 쟁의대상을 한정하는 것은 제37조 제2항의 “공공복리”를 위한 일반적 법률유보 차원에서 이해할 수 있다. 입법자는 단체행동권의 본질을 해하지 않는 한도에서 그 절차와 대상을 법률로 구체화할 수 있는 바, 특히 쟁의행위는 노사 관계당사자외에 일반 시민(소비자)과 국민경제에 미치는 영향이 있기 때문에 입법자는 이를 고려하여 최후수단(ultima ratio)과 같은 원칙과 그에 상응한 절차만이 아니라 그 대상도 한정할 수 있는 것이다.

## 2. 協約規律對象과 義務的 交渉對象 및 爭議對象의 區分

이와 같이 헌법 제33조 제1항에서 보장하는 協約規律對象은 勞動組合 및 勞動關係調整法에서 정하고 있는 義務的交渉對象이나 爭

42) 대판 1996.2.23. 94누 9177: “근로조건은 사용자와 근로자 사이의 근로 계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고, 구체적으로는 근로기준법에 정하여진 임금·근로시간·후생·해고 뿐만 아니라 같은 법 제94조(취업규칙의 작성) 제1호 내지 제11호, 같은 법 시행령 제7호 제1호, 제3호 소정의 사항이 포함될 것인 바, 따라서 이러한 근로조건 이외의 사항에 관한 노동관계 당사자 사이의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태는 근로조건에 관한 분쟁이 아니어서 현행법상의 노동쟁의라고 할 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 사항은 중재재정의 대상으로 할 수 없다.”

議行爲對象과 동일하지는 않다고 할 것이다. 義務的 交渉對象은 사용자의 團體交渉應諾義務와 不當勞動行爲制度 차원에서 파악되는 對象으로서 사용자가 마땅히 교섭에 응하여야 하고 응하지 않게 되면 성실교섭위반으로 부당노동행위를 구성하는 사항들이다. 따라서 헌법상의 넓은 勤勞條件과 관련되는 協約規律對象중에는 바로 이와 같은 義務的 交渉對象이 있는가 하면 이러한 교섭대상에 포함되지 않는, 즉 의무적이지 않은 任意的 交渉事項도 있을 수 있는 것이다. 근로자의 임금, 근로시간, 기타 근로자의 대우에 관련되는 근로계약적 급부사항은 의무적 교섭대상에 해당하지만(노조 및 노동쟁의조정법 제2조 5호, 제33조 제1항), 각종 勞使共同機構(근로자재산형성을 위한 기금운영)나 노사협의기구의 설치와 운영, 공동질서의 형성과 같은 사항은 임의적 교섭사항으로 파악되는 것이다.

또한 不當勞動行爲 차원에서 규율되는 義務的 交渉對象과 단체교섭의 결렬로 노사에 의해서 행사되어지는 爭議行爲의 對象은 동일하게 볼 것은 아니다.<sup>43)</sup> 義務的 交渉對象, 爭議對象 모두 근로자에 관련되는 勤勞條件에 있어서는 賃金, 勤勞時間, 解雇, 福祉 기타

43) 단체교섭과 쟁의행위를 별개로 보는 입법례로는 프랑스를 들 수 있다. 사용자에게 대하여 일정한 교섭의무를 부과하고 이를 위반한 경우에는 2개월 이상 1년 이하의 징역 또는 2000 프랑 내지 2만 프랑의 벌금에 처할 수 있다(제153-2조). 그러나 사용자가 교섭에 성실하게 임하였음에도 불구하고 합의에의 타결이 되지 않은 경우에는 불합의에 대한 조서를 작성하여 관할 감독청에 기탁하는 것으로 종료시킨다. 즉 프랑스의 단체교섭은 쟁의권 행사에 의하여 특징 지워지는 것이 아니다. 단체교섭 대상과 쟁의대상을 구별하는 것도 충분히 근거가 있는 의견이라고 본다.

등 좁은 의미의 근로조건 사항으로서 勤勞契約的 給付事項에 한정되고 있지만, 집단적 노사관계의 운영에 관련되는 사항은 의무적 교섭사항으로 포섭될 수 있어도 노동쟁의의 대상으로 보기에는 어려운 것이 있기 때문이다(참조, 노조 및 노동관계조정법 제48조, 제47조, 제24조 제1항, 제81조 단서 2호; 동법 제2조 제5호).<sup>44)</sup>

### 3. 협약규율대상의 구체적 범위

협약자치의 기능은 노사관계의 발전에 따라 날로 변화하기 때문에 협약규율대상도 과거 전통적인 협약자치범위에 한정된다고 볼 수 없다. 따라서 사회의 변화양상과 발전에 따라 협약규율대상의 범위도 달리 파악되어야 할 것이다.<sup>45)</sup> 이런 관점에서 헌법제정권자

44) 참고, 의무적 교섭대상으로서 비쟁의대상에 대한 처리에 관한 私見은, 다음을 참조: 김상호, 협약자치의 한계에 관한 연구(고대박사학위논문), 1999. 7., 145면 이하 참조.

45) Zöllner/Loritz, a.a.O., S. 428: “협약당사자들에게는 시시때때로 변화하고 있는 필요사항(Bedürfnisse)과 기대사항(Vorstellungen)을 고려하고, 협약정책적인 신대륙을 준비할 수 있는 가능성이 있어야 한다. 따라서 근로자의 재산형성을 협약으로 규율하는 것도 가능하다고 하겠다”(同旨 Loritz, § 19 a EStG und die Mitarbeiterbeteiligung durch Tarifvertrag, BB 1990, S. 1741). Marhold, Aktuelle Probleme des österreichischen Kollektivvertragsrecht, S. 754: “노동법상 신기술의 발전과 관련하여 다가오는 새로운 도전에 대하여 새로운 종류의 규율, 비전형적인 규율을 통해서라도 근로자에게 최소한의 안전을 제공할 수 있어야 한다고 한다.”

와 입법자가 의도한 협약당사자들의 지위와 과제에 따르는 機能的 解釋이 중요하다고 본다.<sup>46)</sup> 협약규율대상의 구체적 범위를 파악함에 있어서 먼저 對象別로 파악하므로서 그 한계의 개념을 가능한 구체화하도록 하고, 協約機能에 따라 추가적으로 포함될 수 있는 대상도 파악해 내기로 한다.

## 1) 勤勞契約上 給付로서의 勤勞條件에 해당되는 부분

### (1) 賃金

먼저 勤勞條件에는 賃金, 勤勞時間, 休暇와 같은 古典的인 勤勞條件이 포함되어 있는 데 의문이 없다.<sup>47)</sup> 바로 이런 事項들은 근로계약상의 급부로서 파악되는 것으로 볼 수 있다. 근로조건의 하나로서 賃金은 오직 임금률이나 임금액만이 아니라 그런 임금의 결정방식, 임금체계·구조 그리고 임금의 지불방법까지도 포함한다고 이

---

46) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr. 160: “근로조건 및 경제적 조건의 규율에 속하는 것이 어떤 것인지를 파악함에 있어서는, 협약당사자들의 헌법질서 및 기타 법질서 내에서의 지위와 과제가 고려되어야 한다. 이와 같은 機能的 解釋에서는 勤勞者의 保護必要性만이 결정될 것이 아니라 社會的 自治行政 수행의 여타 機能도 고려되어야 하는 것이다”; Lee, Chong-Bock a.a.O., S. 82.

47) 참고, 노동조합 및 노동쟁의조정법 제2조 제5호; 대판 1992. 6. 23., 91다 19210(서울지하철공사사건: 근로조건이라 함은 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말한다.

해된다.<sup>48)</sup> 학설이나 판례에서도 이런 사항들이 근로조건에 포함되지 않는다고 보는 의견은 피력된 바 없다. 특히 임금의 지불방법은 근로기준법 제42조(임금지불)에 의하여 단체협약으로 정할 수 있음이 분명히 확인된다.

## (2) 勤勞時間

勤勞時間도 勤勞條件에 해당한다는데 의심할 바 없다.<sup>49)</sup> 독일의 경우 법정근로시간이 48시간임에도 불구하고 실제로 단체협약에 의한 근로시간은 39시간이내에서 규정하고 있고, 단체협약에 기초하여 변형근로시간제가 실시되고 있다.<sup>50)</sup> 프랑스의 경우 1996년의 호비양법은 근로시간의 단축에 의한 고용창출을 위해 단체협약에 의하여 35시간제를 실시할 경우 정부에서 재정지원을 하도록 규정한 바 있다. 이와 같이 단체협약에서 근로시간과 각종 근로시간제를 포함하는 것에는 의문의 여지가 없는 것이다.

그런데 여기서 근로시간을 협약으로 정하는 것이 근로시간의 총량을 정하는 것인지 아니면 근로시간에 관한 기초와 원칙을 정하는

48) 김상호, 협약자치의 한계, 박사학위논문, ...면 참조.

49) 노동조합 및 노동쟁의조정법 제2조 제5호.

50) 노동시간법(Arbeitszeitgesetz) 1994. 6. 6 공포, 제7조에서는 변형근로시간제를 보장하는 바 단체협약에 의하도록 한다. 예를 들어 추가적 보상없이 일년에 최고 60일동안 평일 10시간까지 연장할 수 있도록 한다; 근로시간이 협약규율대상임을 밝히는 판례, BVerfGE 44, S. 322(340 f.).

것인지에 대한 고찰이 필요하다고 본다. 만일에 협약에서 근로시간의 구체적인 범위를 정한다고 하면, 그 시간을 넘는 근로계약은 무효가 되는 것인데, 근로자개인의 계약자유와의 충돌문제를 제기하는 의견이 있다.<sup>51)</sup> 즉 협약에서 기본 근로시간을 정하고 그 시간을 초과하는데 대하여 일정한 할증률을 정하는 것은 가능하지만, 과연 몇시간을 근로할 것인가는 근로자와 사용자가 정할 사항이라는 것이다. 생각건대 단체협약의 규율형성기능을 고려할 때 협약당사자는 근로시간에 대한 협약규범을 정하는 것으로 족하고 구체적인 근로관계의 내용은 근로계약당사자에게 남겨 두어야 한다는 견해는 상당히 설득력이 있다고 본다.<sup>52)</sup>

---

51) Richardi, Empfiehlt es sich, die Tarifparteien im Verhältnis zu den Betriebsparteien neu zu ordnen?(Gutachten B zum 61. Deutschen Juristentag), Karlsruhe, 1996, S. 91.

52) 한편 유리한 조건 우선의 원칙의 적용 관점에서도 고찰할 부분이 있다. 만일에 근로계약에서 장시간근로를 정했다 하더라도 근로자들이 장시간근로에 따른 보상을 더 원한다고 하면, 과연 무엇이 더 근로자에게 유리한 것인가 하는 근본적인 의문도 제기되는 것이다. 근로시간에 대해서 오직 건강보호측면만 고려하여 장시간근로가 단시간근로보다 근로자에게 보다 불리한 근로조건으로 일률적으로 보기는 힘들다고 판단된다. 오히려 장시간근로에 충분한 대가를 받는 것이 더 좋은 근로조건으로 볼 수 있는 경우도 있다. 연구자의 사견으로는 시간당 임금이 얼마인가가 결국 유리, 불리를 판단하는 기준이 아닌가 사료된다. 예를 들어 법률에서 정하는 초과근로에 대한 50%의 할증임금보다 더 높은 할증률로 정한 장시간근로는 근로자에게 더 유리한 조건이 아닌가 판단된다.



### (3) 休暇

휴가도 역시 중요한 古典的 勤勞條件의 하나이다. 휴가는 연·월 차휴가를 말하지만, 이외에 생리휴가도 있고 병가, 경조사를 위한 휴가도 있다. 이런 휴가는 바로 단체협약의 중요한 내용이 되고 있다.

### (4) 福利厚生

福利厚生(Sozialleistungen) 개념은 매우 포괄적이어서 그 내용을 크게 개별적으로 청구할 수 있는 복리후생급여와 집단적 성질을 갖고 있는 기타 복리시설의 설치 및 운영으로 나누어 고찰하는 것이 필요하다고 본다.

① 복리후생급여로는 가족수당이나 중식보조금, 교통비보조금, 체력단련비, 주택수당, 교육비보조금, 의료보험료, 경조금과 같은 급여들이 고려대상에 들어온다.<sup>53)</sup> 그런데 이들중 가족수당, 중식보조금, 교통비보조금, 체력단련비, 주택수당은 성질상 사회보장적 급부 성격을 갖지만 노무급부제공에 대한 대가로서 일률적, 정기적으로 지급되는 점에

53) 우리나라의 대부분 단체협약과 취업규칙에서는 복리후생 내지 복지제도의 항목에서 이런 사항을 다루고 있다. 권혜자, 1996 단체협약분석, 89면: 『단체협약에서 높은 비중을 차지하는 복지제도는 장학금제도(전체 조사대상의 75%), 교통편의(49.7%), 중식제공(53.9%), 작업복지급(77.1%), 경조금지급(70.6%) 등이며, 그 외에 주택지원(29.7%), 소비조합(14.6%), 휴양시설설치(19.0%), 복지기금 설치(22.3%), 체력단련비 지급(11.8%) 등은 비교적 규정률이 낮은 항목들이다』

서 勤勞對償性을 갖는 賃金에 해당한다고 보아야 할 것이다.<sup>54)</sup>

또한 복리후생차원에서 제공되는 **식당, 양호실, 휴게실, 매점, 이발소, 요양소**와 같은 **福祉施設의 利用도 이에 포함될 수 있다고 본다.**<sup>55)</sup> 근로자가 개별적으로 청구할 수 있는 福利厚生の 契約 給付는 우리나라에서 勤勞契約上 配慮義務 차원에서 협약사항으로 커버될 수 있기 때문이다. 사용자에게 있어서는 식당을 두어 무료의 중식을 제공하는 것이나 이에 같음하여 식비보조금을 지급하는 것이나 근로자에 대한 배려차원에서는 근본적인 차이는 없기 때문이다. 이런 부분은 핵심적인 협약규율대상으로서 規範的 部分에 해당한다고 할 것이다. 독일에서도, 종래에 民法上 勤勞契約關係의 配慮義務 차원에서 파악되었고 현재는 勞動法的 保護原則으로부터 이런 복리후생이 團體協約의 對象일 수 있다는 데에 더 이상 다툼이 없다고 한다.<sup>56)</sup>

54) 대판 1994.2.22선고, 93다 9620: “바로 식대보조비가 정기적·일률적으로 지급했다면 퇴직금에 산정시켜야 한다”고 하여 식대를 임금에 포함시키고 있다; 대판 1987.2.24. 제3부 판결, 84다카 1409: “가족 수당이 근로자에게 일률적으로 지급하게 되어 있다면 임금에 해당된다”; 그러나 자녀교육비보조에 대해서는 대판 1991.2.26., 90다 15662는 임금의 성질을 부정한다. 또한 의료보험법에 의한 사용자의 보험료도 근로의 대상으로서 사용자로부터 지급받는 임금에 해당된다고 보지 않는다(대판 1994.7.29, 92다 30801); 김형배, 노동법, 258면: “오늘날 사택이나 식사의 제공 등 일반적으로 福利厚生에 속하는 것도 임금으로서의 의미를 가지는 경우가 있다”; 윤성찬·김정한, 단체협약분석 II, 한국노동연구원, 1998, 164면에서도 이런 복리후생급여 항목을 임금에 준하여 포함시켰다. 여기서는 “가족수당, 급식수당, 통근수당, 육아수당, 저축장려수당, 월동수당” 등이 언급되었다.

55) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., Einleitung Rdnr. 163.

② 근로자들의 집단적, 공동적인 사항이라 할 복지시설의 設置 部分<sup>57)</sup>은, 헌법 제33조 1항상의 (광의의) 勤勞條件 개념에는 당연히 포함되기 때문에 이와 같은 복지시설의 설치에 관한 사항도 협약규율대상으로 보는 데 문제가 없더라도 이런 복지시설의 설치 나아가 운영에 관한 부분이 義務的 對象이고 爭議對象인가 하는 것에는 의문이 있다. 현재 이 부분을 판단할 수 있는 근거규정으로는, 노조 및 노동관계조정법 제2조 5호가 있는데, 여기서는 “임금, 근로시간, 복지, 해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 노사간의 주장의 불일치”라고 하고 있다. 여기서의 복지는 임금, 근로시간 기타 근로조건과 같이 근로계약내용으로서의 복리후생급부를 뜻한다고 판단되기 때문에 복지시설의 설치 자체에 대한 요구는 여기의 복지에 포섭되기 어렵고, 따라서 의무적 교섭대상, 쟁의대상으로 보기 힘들다고 판단된다. 다만 立法論的으로는, 이런 복지시설의 설치와 같은 부분도 일정한도에서는 사용자가 근로자들을 위하여 배려하여야 할 부분으로써 의무적 교섭대상이 되어야 한다고 본다. 특히 근로조건과

56) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., Einleitung Rdnr. 163.

57) 한전협약 제78조(후생시설) 「공사는 조합원의 복리를 위하여 다음과 같이 후생시설을 설치한다. 본사 및 사업소에 식당, 이발소 및 의무실(구급약품 비치)을 설치하며 도서실, 오락실, 목욕탕, 기숙사도 설치한다.」 동 협약 제84조(복지후생시설) 「公社는 組合員의 건강유지를 위한 복지후생시설을 설치하도록 노력하여야 한다.」; 윤성철·김정환, 전게서, 166면: 복리후생시설에 관한 규정이 있는 협약은 분석대상의 81%나 되는데, 그 내용을 보면, 휴게실(51.3%), 식당(43.9%), 운동시설(37.9%), 탈의실(36.5%), 목욕탕(35.5%), 기숙사(24%), 도서실(23.1%), 샤워실(22.1%), 매점(20.2%), 통근버스와 진료소(17.3%), 하계 휴양소(10.5%), 오락실(8.1%) 등의 순서를 보이고 있다.

직접적인 관련성이 있는 의무실이나 식당, 휴게실과 같은 필수적인 복지시설의 설치는 중요한 근로생활조건이라 할 것이다.

#### (5) 勞使共同機構는 어떠한가?

이런 노사공동기구로는 노사간의 협력적 제도관계 일체를 포괄하는 것으로 넓게 볼 수도 있지만, 대표적으로 제시되는 것은 勤勞者財産形成制度, 勤勞者死亡時扶助, 消費協同組合, 獎學基金設置, 혹은 共濟組合의 설치·운영과 같은 것이다.<sup>58)</sup>

이런 制度的 部分에 대한 별도의 法律規定은 없지만 노사공동기구도 헌법 제33조 1항상의 '광의의 근로조건(총체적 근로생활의 조건)'의 개념에는 포함될 수 있기 때문에 노사공동기구를 단체협약으로 정하는 것은 가능하다고 본다. 따라서 이와 같은 共同機構의 福利厚生給付도 단체협약규율대상으로 보는 것이 이해될 수 있는 것이다. 그러나 생각건대 대표적으로 근로자재산형성제도와 같은 노사공동기구는 현재 의무적 교섭대상도, 쟁의대상에도 포함되기 힘들다. 왜냐하면 노동조합 및 노동관계조정법에서는 이 부분에 대

---

58) 한전협약 제80조(소비조합): “공사는 조합원의 생활안정을 도모하기 위하여 조합이 소비조합을 설치하였을 때 노사합의하에 제반 편의를 도모한다.” 제85조(장학금): “조합원 자녀교육 보조를 목적으로 노사 위원으로 구성된 장학회를 설치하며 장학회의 설치와 운영에 관하여는 별도 노사합의된 장학위원회 규정에 의한다.” 제86조(공제회): “조합원의 상호친목과 경조시 부조를 목적으로 노사 쌍방 동수로 구성된 공제회를 설치하며 공제회규약은 별도 정한 바에 따른다.”

하여 의무적 교섭대상이나 쟁의대상으로 볼 근거가 없기 때문이다. 관련조항으로서 동법 제33조 규범적 부분에 관한 규정이나 동법 제2조 5호의 노동쟁의의 정의나 모두 그 대상이 “근로계약적 급부”와 관련되는 근로자의 대우에 관한 사항으로 되어 있는 것이다. 따라서 任意的 交渉事項이며, 협약으로 체결되면 債務的 部分에 해당한다고 할 것이다. 立法論的으로는 이 부분도 근로자에게 실질적인 혜택을 주는 부분으로써 規範的 部分 및 義務的 交渉對象에 포함되어야 한다고 본다.

## 2) 여타 광의의 근로조건에 해당되는 부분

### (1) 事業場內에서의 勤勞者參加

단체협약에 事業場에서의 경영참가조직에 관한 조항을 두는 것이 가능한가 하는 문제가 있다. 예를 들어 共同決定을 위한 勞使特別委員會를 구성하는 것이나, 法定 勞使協議會의 構成과 機能을 強化하는 방향으로 단체협약을 정하는 것은 가능한 일인가 하는 것이다.

經營參加組織에 관한 사항은 넓은 의미로서 근로자의 총체적 근로생활 조건이라고 보는 근로조건 개념에는 들어올 수 있다고 본다.<sup>59)</sup> 근로생활은 바로 경영참가를 통한 인격적 향상도 일부 포함

59) Säcker/Oetker, a.a.O., S. 79: 경영조직법적인 근로자참가권에 대하여 단체협약에서도 규율할 수 있다고 한다. 이런 노동조합의 경영조직적

할 수 있기 때문이다.<sup>60)</sup> 이러한 헌법상의 “근로조건”으로부터 협약 규율의 범위를 도출한다고 할 때 바로 이런 경영참가조직도 단체협약으로 규율할 수 있는 것이다.<sup>61)</sup>

다만, 독일 단체협약법과 달리 경영참가조직에 관한 부분을 규범적 부분으로 확인하지 않는 우리나라에서 經營組織에 관한 協約部

---

영역상의 규율권도 기본법 제9조 3항 1문에서 도출된다고 본다. 또한 이를 긍정하는 연방헌법재판소의 판례를 인용한다(소위 공동결정 판례인 BVerfGE 50, 290(372)).

60) Lee, Chong-Bock, a.a.O., S.83 : “전통적인 영역이외에, 기능적 목적론적으로 이끌어지는 근로자의 생산재산에의 참여영역도 이에 교섭범위에 포함된다. 이런 실제적인 조건은 자기결정의 전제이다. 인간의 존엄은 바로 인간존엄적 존재를 우한 실제적인 기초가 마련되어 있을 것을 요구한다. 실제적인 기초의 탈락으로 인하여 인간의 존엄 또한 상실된다. 자기결정의 요건으로서 실제적 조건은 오늘날 임금과 재산형성에 관한 노사간의 분배관계만으로는 충분히 확보되지 못한다 (Säcker, "Die Institutions- und Betätigungsgarantie der Koalitionen im Rahmen der Grundrechtsordnung", Arbeitsgegenwert, Bd. 12, S. 36). 따라서 “근로자의 생산재산에의 참여”를 제9조 3항의 보호내용 속에 편입시키려는 노동조합의 노력은 필요한 것이다.”

61) Säcker/Oetker, a.a.O., S. 48: 연방헌법재판소의 입장(BVerfGE 19, 303(313), 28,295(305)에 따라 종업원대표제나 경영조직법적 영역에서 하는 단결체(노조)의 활동도 기본법 제9조 3항 제1문의 사항별 보호범위에 들어오며, 공동결정 판결(Mitbestimmungsurteil/BVerfGE, 50 290(372))에서 나타난 바와 같이 여기서 더 나아가 기업의 공동결정영역에 단결체가 참여하도록 하는 규정을 두는 것도 기본법 제9조 3항상의 근로조건 및 경제적 조건에 의해 간접적으로 형성되는 단결체목적에 의해 포섭된다는 것이다.

分은 債務的 部分으로서만 효력을 갖는다고 본다.<sup>62)</sup> 또한 경영참가 조직에 관한 사항은 노동조합 및 노동쟁의조정법 제2조 제5호나 제33조의 “근로조건”에 포섭되지 못하기 때문에 義務的 交渉對象은 아니고 任意的 交渉對象이라고 파악되며,<sup>63)</sup> 이에 관한 노사간의 분쟁이 있더라도 爭議行爲의 대상은 되지 못한다고 본다. 만일에 근로자의 참가 및 협력증진에 관한 법률에서 보다 알차게 공동결정 및 공동협력제도를 보장한다면 협약상 사업장에서의 근로자참가부분은 임의적 교섭사항으로 충분히 그 기능을 다할 수 있다고 본다.

## (2) 企業의 人事事項

인사, 경영 사항이 과연 협약규율(tarifvertragliche Regelungen)의 대상에 포함되는가 하는 문제는 오랜 동안 논란이 되어왔고 현재에도 첨예한 대립이 되는 사안이다. 협약규율의 대상의 기준은 憲法上의 “勤勞條件”의 개념이 되는데, 과연 이 근로조건을 좁게 이해하는가 아니면 넓게 이해하는가에 따라서 인사·경영 사항이 協約規律對象에 포함되는지 못되는지가 결정된다.

62) 이와 같이 경영참가조직적 부분을 채무적 부분으로 파악할 경우에는, 비조합원에 대한 구속력이나 사단성에 의한 제한은 근본적으로 문제가 되지 않는다고 할 것이다.

63) 노조 및 노동관계조정법 제47조, 제48조에서 노사협의를 단체협약에서 정하도록 하고 있지만 이것은 근로자의 경영참가를 뜻하는 차원의 노사협의를 아니고, 노동쟁의조정과 관련된 한정된 의미에서의 노사협의로 해석된다. 입법론적으로는 노사협의를 단체교섭을 잘못 혼용하고 노동쟁의와 노사협의 개념은 어울릴 수 없다는 점에서 개정될 필요가 있다고 본다.

채용, 승진, 배치전환, 해고, 징계 등 인사사항에 대하여 기업에게는 기본적으로는 결정을 내릴 자유(unternehmerische Entscheidungsfreiheit)가 있고 이것은 기업상 인적 조직에 관한 권한(인사권한)으로 나타난다고 본다. 헌법적 기초로는 사용자의營業의自由와 근로자가 당사자로서 체결한 勤勞契約에 基礎하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 그것이 勤勞者들과 關聯되는 한, 노동조합은 본질적으로 근로계약 당사자들인 근로자들과 공동으로 그 권한행사에 대해 근로조건 보호를 이유로 원칙과 절차를 정할 것을 요구할 수 있는 것이다.

### ◎ 人事의 基準 혹은 節次와 개개 人事決定의 區分

현재 학설과 판례는 昇進, 配置轉換, 休職, 解雇, 懲戒 등은 의무적 단체교섭 대상에 포함된다 본다.<sup>64)</sup> 인사사항의 조치는 직접적으로 근로자의 임금, 기타 대우 등 (협회의) 근로조건에 관하여 변경을 가져올 수 있기 때문이다. 예를 들어 昇進이나 配置轉換 조치는 취업장소나 작업의 변경외에 급여의 증감 혹은 근로자의 주거비·교통비·자녀교육비 부담의 증감을 가져오는 점에서 근로조건으로 포섭될 부분이 있는 것이다. 따라서 노동조합은 이처럼 근로조건에 관련되는 근로자의 이익을 확보 내지 유지하기 위해 인사사항의 일정 부분에 대해서는 교섭요구를 할 수 있고, 또한 교섭결렬시에는

64) 김유성, 노동법 II, 137면; 김형배, 노동법, 578면; 이병태, 최신훈노동법, 224면; 대판 1992. 5. 12., 91다 34523; 대판 1993. 7. 13., 제1부 판결, 92다 50263; 대판 1993. 11.9., 92다 46943; 대판 1993. 9. 28, 91다 30620; 대판 1994. 8. 24., 93누 21514.



쟁의권을 행사할 수 있는 것이다.

그러나 여기서 人事事項을 인사의 基準 혹은 節次와 개개의 人事決定을 구분해야 함을 지적하는 견해가 있는데,<sup>65)</sup> 타당하다고 본다. 본 연구자의 견해로는 이처럼 基準 혹은 節次를 구체적인 決定과 구분하는 것은, 바로 협약자치의 기능이 근로조건에 관한 규율 형성(Rule-making)기능에서 나온다고 본다. 만일에 이런 협약당사자들이 집행기능까지 수행할 경우, 企業의 固有한 自治(Unternehmensautonomie)에 대한 침해문제가 제기될 수도 있기 때문이다.<sup>66)</sup> 다만 이에 대해서는 근로자의 참여 및 협력증진에 관한 법률에 대한 보장을 통하여 경영참가에 의한 共同決定의 대상이나 고충처리의 일부로 하는 것이 요청된다.

### ◎ 具體的 對象別 檢討

다음에서는 각 구체적인 인사사항 별로 협약규율이 가능한지 검토해 보기로 한다.

#### ① 採用

학설에 따르면, 採用에 관한 사항은 企業別 勞使關係에서 근로자

65) 하경효, “해고권 행사 여부와 해고근로자의 복직 문제가 단체교섭대상인가”, 현대노사(96년 4월호), 30면 이하; 김형배·윤성천·임종률·하경효, 집단적 노사자치에 관한 자율-시안과 입법이유-, 1992, 106면.

66) Wiedemann, a.a.O., S. 236: 기업에 대한 지배권과 그런 지배권을 통해서 추구하는 목적은 단체협약으로 기업가에게서 박탈할 수 없다고 한다.

가 되기 전단계의 사항을 규정하는 것이기 때문에 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 부분으로 보지 않고 規範的 部分도 아니고 團體交涉事項으로도 보지 않는다.<sup>67)</sup> 그러나 기업별노사관계라는 것은 協約規律의 限界로 인정될 수 없으며, 노사관계의 진전에 따라 企業別에서 産別로 변경된 경우에는 勤勞條件을 오직 이와 같이 좁게 해석할 사실적인 필요성도 존재하지 않게 될 것이다.

비교법적으로 獨逸의 경우를 보면, 團體協約法 제1조에서 締結規範을 명시적으로 확인하므로써 사용자의 勤勞者採用義務 혹은 再僱傭義務, 採用의 禁止(업종이 상이한 근로자의 채용금지, 일정 %를 넘지 못하게 하여 기존의 일자리를 보호하는 것)에 관한 협약규율이 가능하다고 보고 있다. 프랑스의 경우도 노동법전 제132-1조와 제131-1조에 따라 고용 및 근로조건과 노동자의 사회보장 전부에 관한 노동자들의 집단적 교섭사항 전부를 협약에서 다룰 수 있도록 하여, 고용조건에 포함되는 채용조건도 협약사항으로 이해되고 있다. 특히 노동법전 제133-5조에서는 일반적 구속력선언을 받기 위해 단체협약에서 포함하고 있어야 할 사항으로 “採用條件(les conditions d'embauchage des salariés)”을 명시하고 있다. 이와 같은 비교법적 고찰의 결과는, 採用에 관한 사항은 근로조건외의 개념의 하나로서 혹은 교섭사항의 하나로서 협약규율의 범위에 들어올 수 있다는 것이다.<sup>68)</sup>

67) 김유성, 노동법 II, 167면; 김형배, 노동법, 590면; 兪見, 임종률, 전계논문, 406면: “임시공의 채용으로 인하여 조합원의 직종이나 직장이 변경되는 경우, 또는 퇴직자의 충원을 임시공으로 하므로써 조합원이 감소하고 교섭력이 약화될 우려가 있는 경우”는 의무적 교섭사항이다.

그러나 채용상의 사용자의 결정을 제한하는 사항은 기본적으로 任意的交渉事項이라고 보여진다. 우리 현행법상 이것을 의무적 교섭사항으로 볼 단서가 발견되지 않기 때문이다. 또한 노조 및 노동관계조정법 제33조와 동법 제2조 단서 5호는 狹義의 “勤勞條件” 概念을 전제로 하고 勤勞契約의 給付關聯性을 중요 표지로 하기 때문에 그 전단계에 있는 채용사항은 결국 規範的 部分도 爭議對象도 되지 못한다고 본다.<sup>69)</sup> 다만 採用問題가 다른 勤勞時間의 短縮이나 賃金減縮, 整理解雇과 같은 사항과 아울러 다뤄지고 이런 사항들간에 緊密한 牽連性이 있다고 보아야 하는 경우(특히 종전 勤勞者의 再就業)에는 좁은 의미의 근로조건에 포함시켜야 마땅하다고 본다. 특히 경기불황의 시기에 노동조합이 고용의 창출을 위한 목적에서 근로시간을 단축하여 短時間勤勞者의 雇傭機會를 만들거나, 경영상 이유에 의한 解雇後에 再採用의 優先權을 부여하는 것은 규범적 효력을 갖는 중요한 협약부분이며 따라서 쟁의대상에도 들어와 있다고 본다.<sup>70)</sup>

68) 미국의 경우를 보면, 노사관계법(NLRA) 제8조 (d)와 제9조(a)에서는 “사용자와 근로자대표가 적절한 시기에 회동하여 신의와 성실로써 임금, 근로시간 그리고 기타 고용조건에 대하여 협의할 것”을 규정한다; 미국에서 실제로 대부분의 단체협약에 포함되어 있는 항목중에도 “신규고용 및 전직에 대한 조항”이 포함된다고 한다(최영기 / 이병훈, 미국자동차산업의 단체교섭 사례연구, 한국노동연구원, 1995, 13-15면 참조).

69) 이것은 독일에서 단체협약령(1918년)하에서 채용에 대해서는 채무적 부분으로 인정되었던 것과 같다(참고, Säcker/Oetker, a.a.O., S. 108).

70) 독일의 예 Rationalisierungsabkommen. 뒤에 소개되므로 참고할 수 있을 것임.

입법론적으로는, 독일 단체협약법이나 프랑스 노동법전처럼 이런 채용부분에 대해서도 규범적 부분에 포함되고 쟁의대상에 들어올 수 있도록 개정하는 것이 바람직하다고 본다. 21세기에는 근로조건 외에 雇傭(Arbeitsplatz)과 雇傭條件이 중요한 노사간의 쟁점사항이 될 것으로 예상되기 때문이다. 특히 퇴직하여 나간 정규직의 일자리를 임시직으로 채용하여 기존 정규 근로자의 숫자를 줄이는 일은 앞으로도 빈번하게 발생할 것으로 예상되는데 이런 臨時職으로의 轉換은 결과적으로 기존 정규직 근로자의 근로조건에 영향을 미친다는 점에서 노사관계에서 마땅히 다뤄야 할 대상이라고 평가되기 때문이다.

## ② 配置轉換

사용자의 각종 인사조치로 많이 알려진 것중의 하나가 配置轉換이다. 그러나 배치전환은 근로자의 취업장소와 업무의 변경을 가져오는 점에서 勤勞條件에 해당한다고 본다. 왜냐하면 근로기준법 시행령 제7조에서는 “법 제24조의 규정에서 ”기타의 근로조건“이라 함은 다음 각호의 사항을 말한다. 1. 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항...”이라고 하고 있기 때문이다. 바로 勤勞條件에는 就業의 場所와 從事하여야 할 業務가 포함되고, 이런 就業의 場所와 業務의 變更을 뜻하는 配置轉換도 근로계약의 급부관련성에 기초하는 협의의 근로조건의 개념에 포섭되는 것이다. 따라서 배치전환은 기본적으로 義務的 交渉事項과 爭議對象에 들어간다고 할 것이다.

그런데 配置轉換 역시 구체적인 該當者의 決定은 경영책임자의 영업상의 이익이나 위험과 관련되는 점이 있기 때문에 그의 고유한 결정권한으로 인정하는 것이 타당하다고 본다. 그러나 이런 배치전환의 결정 그 자체를 제외한 나머지의 부분, 예를 들면 배치전환의 基準이나 節次, 배치전환으로 인한 근로자의 生活費 增加와 같은 사항들은 근로조건의 개념에 포섭된다고 할 것이다. 독일의 州勞働者協約중 일부인 合理化措置에 대한 근로자보호협약에서는 配置轉換이 있어야 하는 경우, 다음과 같은 순서로 일자리를 바꾸도록 하는 규정을 갖고 있다. ① 동일한 사업장에서 동일한 장소의 일자리, ② 동일한 사업장에서 다른 장소의 일자리나 다른 사업장에서 동일한 장소의 일자리 ③ 다른 사업장에서 다른 장소의 일자리. 그리고 이런 조치가 불가능할 경우에는, 직업훈련을 전제로 하는 배치전환 조치를 내리도록 한다.

독일의 洲勞働者基本協約(MTL II: Manteltarifvertrag für Arbeiter)중 “합리화조치로부터 노동자를 보호하기 위한 단체협약”(1987년 1월 9일 체결/1992년 11월 4일 협약변경에 의하여 개정) **제3조(일자리 보호)**: (1) 사용자는 제1조의 합리화조치에 의하여 포괄되는 노동자(Arbeiter)에게 제2항 내지 5항의 규정에 의하여 일자리를 보호하여야 할 의무를 부담한다. 그 보장은 노동자의 보습교육이나 전환교육을 요건으로 한다.

(2) 사용자는 노동자에게 최소한 동일한 가치의 일자리를 보장하여야 할 의무를 부담한다. 일자리는 다음과 같은 경우 제1소항의 동일한 가치가 있는 것으로 본다: 새로운 직무(Taetigkeit)에 의하여 종전의 群配置(eingruppierung)

가 변경되지 아니하고 당해 노동자가 새로운 직무에서 계속 전일근무하거나 종전과 같은 범위에서 전일근무하지 않는 상태에 있는 경우, 동일한 사용자하에서 동일한 가치의 일자리를 보장하는 데 있어서 다음과 같은 순서를 준수한다:

- a) 동일한 사업/동일한 사업장에 동일한 장소의 일자리,
- b) 동일한 사업/동일한 사업장에서 다른 장소의 일자리 혹은 다른 사업소/다른 사업장에서 동일한 장소의 일자리
- c) 다른 사업/다른 사업장에서 다른 장소의 일자리

위와 같은 순서는 당해 노동자와의 타협(Einvernehmen)으로 벗어날 수 있다. 세 번째 소항의 기준에 의하여 동일한 가치의 일자리가 처분될 수 없는 경우에, 당해 노동자는 보습훈련이나 전환교육을 통하여 동일한 사용자하에서 동일한 일자리가 주어질 수 있다면 그 보습훈련이나 전환교육을 받아야 한다.

(3) 동 노동자가 제2항에서 정한 일자리를 처분받지 못한 경우에는, 사용자는 당해 노동자에게 새로운 일자리를 제공하여야 한다. 이 경우 제2항 세 번째 소항 및 네 번째 소항의 규정은 준용된다. 추후에 동일한 일자리에 대한 모집이 있을 경우 이에 응모한 노동자는 동일한 자격의 응모자중에서 선발함에 있어서 우선적으로 고려하여야 한다.

(4) 당해 노동자에게 제2항 내지 제3항의 일자리가 주어지지 못한 경우, 사용자는 동일한 장소에서 공공업무의 다른 사용자에게 있는 일자리를 구해주려고 노력하여야 한다.

(5) 당해 노동자에게 제2항 내지 제4항의 일자리가 주어지지 못한 경우, 사용자는 그 노동자에게 BAT 제29조 B절 7항의 다른 사용자에게 있는, 무엇보다 동일한 장소의, 일자리를 소개할 수 있다.

(6) 노동자는 자신에게 제공된 제2항 내지 제5항의 일자리를 승낙하여야 할 의무를 부담하며, 다만 그 승낙이 그의 인식과 능력수준에서 공평하게 기대되어질 수 없는 경우에는 예외로 한다.

**제4조(보습훈련/전환교육)** (1) 제3조에 따라 보습훈련이나 전환교육이 필요한 경우에는, 사용자는 적시에 그 훈련을 권유하고 자신의 비용부담으로 수행할 의무를 부담한다.

당해 노동자는 이러한 보습훈련이나 전환교육조치에 자신의 동의를 자의적으로 거부할 수 없다.

(2) 노동자는 보습훈련이나 전환교육에 필요한 시간, 최대 12개월동안 근로의무로부터 면제되어야 한다. 근로가 면제되는 전근로일에 대하여는 휴가보수(Urloabsvergütung)가 지급되고, 기타 경우에는 그 수입(die Bezüge)이 계속 지급된다. 보습훈련이나 전환교육에 의하여 평균 통상적인 주당 근로시간이 초과한 경우에는 그 노동자에게는 약정된 통상 주당 근로시간까지의 상응한 자유시간의 보상이 부여되어야 한다. (3) 노동자가 보습훈련이나 전환교육을 받은 후, 자신의 귀책사유로 인하여 그 보습훈련이나 전환교육에 상응하는 기간동안 계속 근로를 하지 못한 경우, 사용자는 제2항 2문에 따라 지급한 보수와 그 해당 교육비용을 상환할 것을 요구할 수 있다.

독일에서 합리화조치에 대한 근로자보호협약은 성질상 規範的效力을 갖는 것으로 평가되고 있다.<sup>71)</sup> 우리나라에서도 단체협약으로 配置轉換時 사용자가 遵守하여야 할 原則을 구체적으로 정할 수

71) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., § 1 Rdnr. 150 ff.

있다고 본다. 예를 들면 먼저 동일업무로서 동일장소의 일자리를 제시하고, 그것이 불가능한 경우에 다른 장소의 동일업무를 제시하며, 그것 역시 불가능한 경우에 다른 업무를 제시하도록 하는 것이다. 이러한 것은 사용자의 최종적인 결정권을 침해하지 않는 한, 근로자보호를 위해 정당한 요구이며 따라서 交渉對象 및 爭議對象이 된다고 본다.

### ③ 解雇 및 懲戒

#### ㉠ 해고 및 징계의 근로조건적 측면

解雇 및 懲戒는 인사사항에 해당하지만 노동조합 및 노동관계조정법과 근로기준법에서 규정하는 바에 따라 근로조건에 해당되기도 한다. 즉 노조 및 노동관계조정법 제2조 5호의 “노동쟁의”의 정의 규정에서 “임금·근로시간·복지·解雇 기타 대우 등 근로조건에 관한 주장의 불일치”이라고 明示하고 있어서 해고는 협의의 근로조건에 포함되며, 따라서 의무적 교섭사항이며 쟁의권의 대상이 된다. 그리고 근로기준법 제24조(근로계약체결시 명시하여야 할 근로조건)의 시행령 제7조에서는 “법 제24조의 규정에서 “기타의 근로조건”이라 함은 다음 각호의 사항을 말한다. 1. 취업의 장소...2. 법 제96조 제1호 내지 제11호에 규정된 사항 3. 사업장의 부속기숙사...”로 규정하는데, 바로 제96조는 취업규칙의 기재사항을 열거하고 있는 바, 제10호에서 “표창과 제재에 관한 사항”을 명시하고 있다. 따라서 제재 곧 징계 역시 근로조건에 해당한다. 생각건대, 해고나 징계는 근로자의 측면에서는 이익(일자리)의 상실 내지 박탈을 뜻하기 때문에 勤勞者의 利益을 保護하고 維持하려는 協約自治



의 核心的 對象이 될 수 있다. 따라서 해고와 징계에 대하여 인사 사항의 일종으로 볼 수 있지만 同時에 團體交涉對象이 된다는 것에 대하여 일반적으로 의문시되지 않고 있다.<sup>72)</sup>

#### ㉔ 해고 및 징계의 인사권적 측면

그러나 해고·징계가 근로조건에 들어간다 하더라도 사용자에게 중요한 인사권의 측면도 존재하는 것이 사실이기 때문에,<sup>73)</sup> 이러한 권리행사를 본질적으로 침해하지 않는 한도에서 근로조건도 충분히 보호하여야 할 어려움에 놓이게 된다. 여기서 학설상 해고·징계 기준 및 절차에 관한 사항과 구체적인 해고·징계의 결정을 구분하는 견해도 발견되고,<sup>74)</sup> 단체교섭사항에 集團性이 요청된다는 점을 근거로하여 개별적인 인사결정은 단체교섭에서 제외시키는 견해도 발견된다.<sup>75)</sup>

72) 대판, 1994. 9. 13, 93다 50017(한국신광전자); 대판, 1995. 1. 24, 94다 24596(대림자동차공업); 대판, 1995. 3. 10, 94다 14650(대동공업); 대판, 1995. 7. 14., 95다 1767(한양학원); 대판, 1995. 8. 11. 95다 10778(효성바스프); 대판, 1996. 6. 28, 94다53176(동원산업); 김유성, 노동법 II, 143면; 김형배, 노동법, 577면.

73) 대판, 1994. 9. 9., 93누17430(기아특수강): 인사권은 원칙적으로 사용자의 고유권한에 속하는 것으로서 이와 같은 인사관계협정은 단순한 절차에 관한 협정에 불과하고, 인사조치의 실제적 기준을 정한 것은 아니므로...

74) 하경효, 전계논문(현대노사), 32면.

75) 김형배, 노동법, 577면; 한편 이에 반대하는 견해는 교섭 자체가 집단성이 있는 것으로 족하고 그 대상사항이 集團性을 가질 필요는 없으므로 구체적인 해고결정도 교섭사항이 될 수 있다고 본다(김유성, 노동법 II, 141면; 임종률, 전계논문, 417면, 421면).

해고·징계에 관한 기준이나 절차에 관련된 결정과 구체적인 해고·징계결정을 구분하는 견해는 타당하다고 본다. 人事事項에 있어서 勤勞者利益의 保護를 위해 일정한 틀(基準이나 節次)을 만드는 것은 協約當事者의 規律形成機能에 該當하고 使用者의 人事上의 決定을 全的으로 排除하지 않기 때문이다. 따라서 해고·징계에 대한 기준이나 절차를 정하는 것은 단체교섭의 대상도 되고 쟁의대상도 된다고 본다. 그러나 구체적인 해고결정과 같은 사항들은 어떤 立法機能을 하는 것이 아니고 정해진 틀에 따라 구체적으로 계약당사자로서의 權利(形成權)를 行使하는 것이므로 이런 결정은 사용자에게 주어진 것으로 존중된다고 보고,<sup>76)</sup> 따라서 이런 부분은 苦衷處理나 勞使協議事項은 되더라도 교섭대상에서는 제외된다고 본다. 입법론적으로는 바로 이런 구체적인 사용자의 결정부분도 근참법상의 노사간의 의결사항 내지 고충처리사항으로 명시하여 노사간에 갈등으로 비화하는 것을 방지하여야 한다고 본다.

### (3) 企業의 經營事項

기업의 經營事項이 勤勞條件에 들어오는가 하는 문제가 있다. 그런데 여기서는 먼저 使用者의 經營權이라는 것을 과연 인정할 것인가

---

76) 독일에서의 이와 관련된 논의에 대해서는 다음을 참조, Sibert, Festschrift für H. C. Nipperdey 1955, S. 119, 127: “단체협약은 근로자보호기능 및 질서기능을 수행하는데 반하여 개개 근로계약은 급부의 원칙, 생계보호사고(Bedürfnisgedanken), 기타 개개 근로관계의 개별적 사정이 주요하게 고려되는 점에서, 단체협약은 개개 계약에 특정된 합의는 하지 못한다”는 것이다.

가의 선결문제가 있다. 명시적으로 經營權의 개념을 인정하지 않더라도 사용자에게 기업경영을 위한 獨自의인 權限이 있다는 것은否認할 수 없으므로 基本的으로 經營權限을 인정하는 立場에서 출발하고자 한다.<sup>77)</sup> 다만 사용자가 독점적으로 행사하는 경영권한에 들어오는 절대적 영역이 있다고는 볼 수 없고, 각 사안별로 판단하여야 할 것이다.<sup>78)</sup>

#### - 勤勞條件과 經營事項

다음으로는 그러면 이런 경영사항들이 과연 근로조건의 개념에 들어 올 수 있는가 하는 문제를 다루기로 한다.

헌법에서 정하고 있는 “근로조건”의 의미를 새롭게 이해하는 경우에는 이런 경영사항에 대한 협약규율은 가능하다고 본다. 즉 근로조건을 근로계약상의 급부 개념이 아니라 독일의 통설과 같이 “근로자의 근로제공을 위한 제반 근로생활조건”이라고 이해할 때에

77) 헌법상 財産權保障 條項(제23조 제1항), 營業活動의 自由 條項(제15조) 그리고 勤勞契約上의 勤勞者의 同意 등 중첩적인 근거에 기초한다고 보여진다; 참고, 김형배, 노동법, 577면; 이병태, 최신노동법, 225면: “구태여 헌법에서 근거를 찾는다면 헌법 제23조 에서 정한 재산권보장 내지는 헌법 제15조에서 정한 직업선택의 자유에서 찾을 수 있다”, 223면: “기업의 경영방침변경이나 경영조직개편은 사용자의 전속적 권리이다”; Wiedemann/Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr. 186(기업조직과 기업가의 주요결정(unternehmerische Sachentscheidung)은 단체협약에 의하여 규율받을 수 없다).

78) 김형배, 전게서, 577면.

는 경영결정이 근로자의 제반 근로생활조건과 관련되는 한, 協約規律對象에 들어올 가능성이 있다.<sup>79)</sup> 즉 이런 한도에서 경영결정에 대해 노동조합의 협의나 동의를 얻도록 한다든지 또는 노사협의회와 같은 별도 기구의 협의를 거치도록 團體協約에서 정하는 것이 협약규율범위를 넘어선 것이라고 할 수는 없다.<sup>80)81)</sup> 이것은 소위 근로자의 경영참가에 관한 문제인데, 헌법 제33조 1항이 근로생활에 관련되는 한 근로자조직을 통해 경영결정에 관여하는 부분까지 포섭할 수 있다는 의미이다.<sup>82)83)</sup> 생각하건대 근로자의 총체적 생활

79) Säcker/Oetker, a.a.O., S. 77 ff.: “그는 어떤 일자리에 신기술을 도입하는 사용자의 결정은 바로 “근로조건 및 경제적 조건”의 개념속에 포섭될 수 있고 따라서 이런 결정에 대한 단체협약에 의한 제한은 기본권 제9조 3항 1문에 기하여 부당한 것으로 판단되지 않는다고 말한다. 또한 “근로조건 및 경제적 조건”에서부터 기업가의 결정을 배제시키는 것은 단결자유와 결합되어 있는 질서기능에 충돌한다고 한다.”

80) Säcker/Oetker, a.a.O., S. 83 ; 異見 Richardi, a.a.O.,(Kollektivgewalt), S. 181.

81) 예를 들어 신기술의 도입 자체는 사용자가 경영책임을 지고 결정하여야 할 사항이라 하더라도 그 경영체에서 생활하면서 근로자들도 신기술에 대한 이해 및 새로운 교육과 훈련 등 전체적인 변화가 요구되는 점에서 노동조합도 근로자들을 대표하여 신기술의 도입 자체에 대해 관여할 이유가 있는 것이다.

82) Säcker/Oetker, a.a.O., S. 48: “중업원대표제나 경영조직법적 영역에서 하는 단결체(노조)의 활동도 기본법 제9조 3항 제1문의 사항별 보호범위에 들어오며, 공동결정관련판결(Mitbestimmungsurteil)에서 나타난 바와 같이 여기서 더 나아가 기업의 공동결정영역에 단결체가 참여하도록 하는 입법규정이 있는 것도 기본법 제9조 3항상의 근로조건 및 경제적 조건에 의해 간접적으로 형성되는 단결체목적에 의해 포섭되고(BVerfGE, 50 290(372), 이 경우 이런 영역에서의 단결체의 협약

에는 이런 勤勞者의 經營參與도 一部 포함될 수 있다고 이해한다. 다만 여기서는 앞서 언급한 대로 이런 경영참가가 완전히 기업주의 최종적인 경영결정을 봉쇄할 것인가 하는 문제가 있고, 사용자는 이와 같은 경영결정의 제한에 대하여 義務的으로 交渉에 임하여야 하는가 또 쟁의권을 행사할 수 있는가 하는 문제가 점검되어야 한다.

앞서 언급한 바와 같이 경영사항에 대해 노조의 동의를 거치도록 하는 것이나 노사협의회와 같은 노사공동기구의 동의를 거치도록 협약으로 규율하였다 하여 最終的인 使用者의 決定權이 봉쇄된다고 보지 않는다. 왜냐하면 역시 사용자가 주도적으로 경영사항의 내용과 방법에 대하여 결정하고 다만 그런 경영결정의 결과에 대하여 勞組나 勞使共同機構의 同意를 구하는 것이기 때문이다. 또한 노조의 同意를 거치지 않는 경영결정이 취해진 경우에는 일차적으로 협약위반으로서 손해배상청구권이 성립하겠으나, 그 경영결정의 효력에는 영향이 없다고 본다. 이것은 기본적으로 근로자의 근로계약사항에 직접 해당되지 않는 한, 債務的 部分에 해당하기 때문이다(노조 및 노동관계조정법 제33조 참조).<sup>84)</sup>

---

규율을 위해 명시적 근거가 반드시 있어야 하는 것은 아니다.”

83) 또한 이런 순수 경영사항에 대해 노사가 공동협력하는 것은 경제적 민주화에도 부합하고 근로자의 인격권의 발휘 차원에서 정당화될 수 있다(헌법 제119조 제2항 및 제10조).

84) 물론 근로자의 근로계약사항에 직접 해당되는 경영결정에 대한 제한은 이미 헌법 제33조와 노동조합 및 노동관계조정법 제33조에 의하여 정당하게 확보된 것으로, 규범적 부분을 이룬다.

나아가 그 經營決定(예, 신기술도입계약의 체결) 자체의 무효가 되도록 하는 것은 形式的 意味의 法律에 의한 規定(소위 근로자참여 및 협력증진법과 같은 경영참가법)이 존재할 때 비로소 가능하다고 본다. 이것은 사용자의 財產權處分 내지 營業自由에 대한 直接的인 制限에 해당하기 때문에 法律의 根據가 있어야 한다고 판단되기 때문이다. 이런 점에서 근로자 참여 및 협력증진에 관한 법률에 의한 경영결정에의 참여강화는 매우 절실하게 요청된다고 할 것이다.

#### - 勤勞條件에의 直接的 影響性

義務的 交渉對象과 관련하여, 현재 학설과 판례는 “(협의의) 근로조건에 직접적으로 영향을 미치는 인사경영사항”도 단체교섭대상에 포함된다고 보고 있다.<sup>85)</sup> 이와 같은 通說과 判例의 태도는 肯定

---

85) 김형배·윤성천·임종률·하경효, 집단적 노사자치에 관한 법률 -시안과 입법이유-, 1992, 107면; 김형배, 노동법, 578면: “근로조건과 直接的인 關係가 있는 인사경영에 관한 사항은 노동조합의 참여에 의한 집단적 교섭의 대상이 될 수 있다.”; 김유성, 노동법 II, 143면; 이병태, 최신노동법, 227면; 대판 1992. 5. 12, 91다 34523: “기업의 경영이나 생산의 방법 및 인사 등 이른바 경영 생산에 관한 사항은 사용자가 배타적으로 결정할 수 있지만 그것이 勤勞條件에 影響을 미치는 한 단체교섭의 대상이 된다.”; 하경효, “사업부폐지결정 자체가 단체교섭대상인지 여부(판례평석)”, 경영계, 1994년 6월호, 43면: “합리적 기업경영 차원에서 객관적 정당성이 인정되는 기업경영상의 의사결정 자체는 정의행위에 의하여 관철될 수 있는 교섭대상에 해당되지 않는다고 판단된다. 그러나... 사후대책과 근로자의 불이익보전문제에 대해

할 수 있다고 본다. 경영상의 결정은 직접적으로 근로자의 임금, 기타 대우 등 (협의의) 근로조건에 관하여 변경을 가져올 수 있기 때문에 근로자의 보호측면에서 집단적 교섭대상으로하여 그런 경영결정을 제한하는 것은 타당한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

그러나 이런 直接的 影響性의 개념을 상대적으로 이해하여 間接的인 影響性이 있는 경우까지 확대하는 것은<sup>86)</sup>, 義務的 交渉對象의 限界 劃定으로서의 機能은 기대하기 어렵다고 본다. “근로조건에의 영향성”을 확대하는 경우에는 모든 經營事項은 교섭대상이 된다는 무의미한 것이 되어 버릴 수 있기 때문이다. 따라서 여기서는 直接的 影響성을 間接的 影響성과 구분지으므로써 그 한계로서의 명확한 기준을 제시하는 것이 필요하다고 본다.<sup>87)</sup>

---

서는 단체협약 등에 기초하여 협의할 수 있을 것이다”; 대판 1994. 8. 24, 93누 21514: “단체협약중 조합원의 차량별 고정승무발령, 배차시간 및 일당 기사 배차에 관하여 노조와 사전협의하도록 한 조항은 그 내용이 한편으로는 사용자의 경영권에 속하는 사항이지만 다른 한편으로는 근로자의 勤勞條件과도 密接한 關聯이 있는 부분으로서 사용자의 경영권을 근본적으로 제약하는 것은 아니므로 단체협약의 대상이 될 수 있다”; 대판 1993. 11.9. 92다 46943, 대판 1993. 9. 28 91다 30620 참조; 서울민지법 1991.9.12. 90가합 5721 경향신문사 사건: “기업의 경영과 인사에 관한 사항일지라도 근로자들의 근로조건이나 지위에 직접적으로 관련되거나 중대한 영향을 미치는 경우에는 그 한도 내에서 이에 관하여 사용자와 노동조합 사이에 단체교섭이나 합의가 이뤄질 수 있고...”.

86) 김유성, 노동법 II, 143면: (의무적 교섭사항은) “근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 지위향상과 직접 또는 간접으로 관련되는 사항이라고 정의할 수 있다.”

그리고 직접적 영향성과 간접적 영향성의 구별기준으로는, 기업의 시장에서의 관계를 매개로 근로조건이 영향을 받을 때에 바로 간접적 영향을 받는 것으로 설명할 수 있다고 본다.<sup>88)</sup> 따라서 근로조건에의 直接的 影響性이 있는 경우는 예를 들어 신기술의 도입이나 공장이전으로 인하여 인원감축이나 일자리의 변화가 오는 경우를 들 수 있다.<sup>89)</sup> 한편 間接的 影響性으로 볼 수 있는 경우는 생산품의 가격결정(Preisgestaltung), 제3기업에의 투자(Beteiligung an Drittunternehmen), 임원의 선임과 같이 기업의 외적관계(Außenbeziehung/경영실적)에만 직접 영향을 주고 근로조건에는 장시간이 지나면서 간접적으로만 영향을 미치는 경우이다.<sup>90)</sup>

87) 인사경영 사항중에서 근로조건에의 직접적 관련이 있는 경우와 간접적 관련이 있는 경우로 나눠 설명한 독일 논문으로는 Wiedemann, Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, RdA 1986, S. 232/236.

88) Wiedemann, a.a.O., S. 232; Biedenkopf, a.a.O., S. 9: “카르텔계약의 효력이 나타나는 영역은 기업가의 활동중 외적인, 시장영역에서의 기업가의 기능이다. 반면에 단체협약은 역사적으로나 사물의 본성상으로도 기업내단체협약은 역사적으로나 사물의 본성상으로도 기업내에서의 기업가적 기능을 대상으로 하며 특히 사용자기능으로서 보여지는 제반 기업가적 활동을 대상으로 한다. 단체협약은 근로자와의 기업가간의 관계를 규율하는 관련성속에서 기업가의 의사형성을 규율하며 따라서 근로조건의 형성과 관련되는 기업가의 행위자유 및 계약자유를 구속하는 것이다.”

89) 여기서도 더 세분하면, 원인이 된 경영사항과 그 결과에 해당하는 근로조건은 구분되어야 한다. 이에 대해서는 뒤 부분(“경영결정 부분과 그로 인한 근로계약의 변경 부분의 구분”)을 본다.

90) Leslie, op. cit., p. 196-199에서, Fibreboard Paper Products Corp. v. NLRB(U.S.1964)와 First National Maintenance Corp. v. NLRB(U.S.1981)의 두 사건을 소개하였는데, 전자의 사건은 작업의



### - 經營決定部分과 그로 인한 勤勞契約의 變更 部分의 區分

일부를 외부에의 도급으로 전환하여 근로자의 일자리가 감축된 경우에 이런 도급(외주)의 결정이 의무적 교섭대상인가의 문제이고, 후자의 사건은 청소용역회사가 고객회사와 거래에서 수지가 맞지 않자 용역계약을 해지하였는데 그로 인하여 용역을 제공한 근로자들이 일자리를 잃게 된 경우 용역계약의 해지여부에 대해 노동조합과 교섭해야 할 것인가의 문제이다. 전자의 사건에서 최고법원(Supreme Court)은 그 사항을 의무적 교섭대상으로 보았는데, 1. 도급을 주게 될 경우 근로자의 일자리 상실은 명확하므로 이것은 근로조건에 해당하기 때문이고, 2. 도급을 주는 결정은 노사간의 교섭에서 다뤄야 노사간의 안정이 유지되기 때문이며, 3. 또한 여러 여타 단체협약에서도 이와 같은 도급에 대한 제한조항은 발견되기 때문이라는 것이다. 이에 대한 소수견해로서 반대의사를 표시한, Steward판사는 경영결정을 다시 직접적으로 근로조건에 영향을 미치는 경우와 간접적으로 미치는 경우로 나누어 볼 필요가 있다고 하면서, 위와 같은 도급의 전환이나 투자결정, 기본적 기업영역은 핵심적인 경영결정 사항에 해당한다는 견해를 피력하였다. 두 번째 사건에서 전국노사관계위원회는 용역계약의 해지는 곧바로 당해 고객회사에서 일했던 (파견) 근로자들의 일자리 상실을 가져오기 때문에 이 문제에 대하여 노조측과 교섭해야 마땅하다고 보았다. 항소법원에서도 이런 입장은 유지되었지만, 최고법원은 이를 파기하였는데 다음과 같은 이유를 들었다. 먼저 최고법원은 경영결정중에서 근로관계에 간접적이고 미력한 영향력만을 미치는 결정이 있고, 그 예로서 광고선택, 생산품의 디자인이나 타입의 결정, 회계업무와 같은 것이며 이런 것은 임의적 교섭대상일 뿐이라고 하였다. 또한 다른 한편 경영결정중에는 근로관계에 영향을 주는 것들로서 고용승계, 채용, 생산량의 결정, 작업규칙 등이 있는데 이는 의무적 교섭대상이라고 보았다. 그런데 세 번째 사례군으로서 직접적으로 근로조건에 영향을 미치지 않지만, 동시에 경제적 이윤성 여부를 결정짓는 경영사항도 있다고 하면서, 이런 사항은 노사간의 교섭과 협약에서 다루는 것이 적정한 사항일 때에만 교섭대상으로 하는 것이 단

위와 같이 經營事項이 勤勞條件에 直接的인 影響을 미치는 경우에 經營決定 그 자체와, 그런 경영결정으로 인하여 勤勞者들에게 影響이 미치는 **근로계약의 변경부분**(인원감축, 해고, 임금감소, 생활비용의 증가)을 구분할 필요가 있다는 의견이 있다.<sup>91)92)</sup> 예를 들어 신규투자, 자본유치, 신기계·기술의 도입과 같은 부분에서는 사용자의 결정을 존중하여야 하는데, 이것은 경영책임자가 경영의 성과와 운영의 책임을 걸고 독자적으로 처분을 결정하여야 할 대상이기 때문이라는 것이다.

그러나 이런 경영결정으로 인하여 근로자들에게 결과되는 勤勞契約의 變更부분은 당연히 (狹義의) 勤勞條件의 개념에 포섭될 수 있는 바,<sup>93)</sup> 이 부분에 대하여 근로자의 보호를 위하여 기준과 원칙

---

체교섭의무를 정한 법의 취지가 살아난다고 하였다. 그리고 양 쪽 이익을 형량하여야 하는데 노사관계 및 교섭상의 이익이 영업행위에 초래될 부담보다 막중(outweight)한 경우에만 교섭대상이 된다는 것이다. 이런 이유로 최고법원은 원심을 파기시켰으나, 다만 부분적 폐쇄(partial closing)의 경우 노조는 그 폐쇄로 인한 결과에 대하여는 단체교섭을 할 수 있다는 여지를 남겨두었다.

91) 독일에서는 이런 기업가의 결정과 그로 인해 변경되는 근로조건으로 양분하는 것을 소위 Folgentheorie라고 한다(참고, Wiedemann, Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, RdA 1986, S. 231 ff.).

92) 대판 1994. 8. 12. 제2부 판결, 94다 3261(한일개발사건).

93) 예를 들어 회사자산매각이나 신기술의 도입과 같은 것들은 근로자들의 고용감축 문제가 발생하거나 근로조건의 저하 문제가 발생하고 공장이전에 있어서는 근로자의 거주이전과 교통, 교육, 물가상승 등 경제적 부담증가와 생활상의 불편을 수반하기 때문이다.

을 형성하기 위한 목적으로 단체교섭을 요구하고 부득이한 경우 쟁의권을 행사하는 것은 당연하다고 할 수 있다. 예를 들어, 노동조합은 신기계·기술의 도입이나 공장이전을 대비하여 그로 인한 일자리의 감소나 생활비의 증가 등 근로자의 피해를 최소화시킬 수 있는 기준을 형성할 수 있다. 그 내용은 구체적으로, 가능한 한 종래의 일자리를 유지하도록 하고, 그것이 어려운 경우에는 그에 유사한 직무에 우선적으로 배치하도록 하며, 그런 경우에도 일정기간동안 종래 급여를 유지시키도록 한다든지 하는 원칙을 정하는 것이다. 또한 부득이 감원되는 경우에는 일정 수준의 위로금을 지급하거나 재고용시에 우선적으로 채용한다든지 하는 내용도 사용자측에 요구할 수 있는 부분이다. 이와 같은 실제의 예로 독일에서는 합理化措置에 대한 勤勞者保護協約(Rationalisierungsabkommen)이 존재하는데,<sup>94)</sup> 이 협약은 독일에서 규범적 부분으로 인정되고 있다. 이런 협약의 목표는 합리화조치로 인한 일자리保護인데, 특히 해고를 가능한 한 최소화하기 위해 근로시간의 단축, 훈련·교육, 배치 전환, 해고제한과 같은 내용을 담은 종합적 雇傭安定協約이다.

위의 독일 주노동자협약중 합리화조치로부터의 노동자보호 협약에서 제5조를 소개한다.

제5조(기타 해고로부터의 보호) (1) 노동자에게 다른 업무(Tätigkeit)가 주어졌을 경우, 근로관계는 그 업무를 수행

94) Konertz, Tarifrechtliche Regelungsmöglichkeiten der Rationalisierung, 1983, S. 68: “독일에서 실무상 행저온 합리화조치는 근로관계와 관련되고 있기 때문에 협약당사자는 원칙적으로 합리화조치에 대해서도 규율할 정당성을 확보하고 있는 것이다.”

하는 첫 9개월동안은 경영조건적인 사유나 하자있는 근로수행을 이유로 해고될 수 없다. 그 다른 업무가 이미 보습훈련이나 전환교육중에 실행된 경우에는, 그 기간은 12개월로 연장된다.

(2) 근로관계의 종료를 목적으로 하는 해지는, 동 노동자에게 제3조 2항 내지 5항의 일자리가 제공될 수 없거나 혹은 노동자가 제3조 6항에 반하여 일자리를 승낙하지 않을 경우에만, 취하여 질 수 있다. 동 해지기간은, BAT 제53조 2항에 따라 별도의 해지기간이 장기로 약정되지 않은 한, 달력상 각 분기의 종료시를 종점으로 하여 (역산하여) 3개월이다.

업무의 교환당시 노동자의 근속기간(연방노동자협약 제19조, 동 협약 제72조 A 절 1호에 따른 시간은 배제함)이 15년 이상이 되고 그가 만 40세를 넘은 경우에, 합리화조치와 관련하여 근로관계의 종료를 목적으로 하는 해지는, 노동자가 동일 사용자로부터 제3조 6항에 반하여 동일한 사용자의 동일한 가치의 일자리를 수락하지 아니한 경우에만, 행사할 수 있다. 이러한 중요한 사유로 인한 해지의 경우에 그 해지기간은 6개월로 하며 달력상의 분기를 종료시점으로 한다.

(3) 사용자의 요청에 의한 타협에 의하여 혹은 사용자에 의한 근로관계의 해지로 인하여, 퇴사한 노동자는 만일 그에게 적합한 일자리가 다시 발생하는 경우에는, 그의 신청에 기하여 우선적으로 재고용하도록 한다.

이와 같은 고용안정협약은 기본적으로 경영결정으로 인한 근로조건의 변경부분에서의 근로자 이익을 보호하는 근로자보호규율을 형성하는 것이므로, 구체적으로 당장 벌어진 경영조치 시점에서 노

사가 협의해서 경영상의 공동결정 내지 공동협력을 하는 것과는 구별되는 것이다. 이것은 일반적인 근로조건에 관한 규율(rule)을 형성하는 것과 같으며, 다만 ‘경영결정이 있을 경우의 근로조건’에 대해 규율을 만드는 특성이 있는 것이다. 바로 협약자치는 기능상 rule-making기능을 하는 것이고 이를 위하여 쟁의권을 사용할 수 있는 바, 바로 노조 및 노동관계조정법에서도 노동쟁의의 정의에서 “근로조건인 決定”에 관한 노사간 주장의 불일치라고 규정하여 이런 규율형성을 전제로 하는 쟁의권 행사임을 확인시키고 있다. 이렇게 형성된 단체협약은 유효기간동안 노동조합에 대하여 평화의무를 발생한다(2년 이내). 이와 같은 단체협약(고용안정협약)이 존재하는 경우에는 사용자는 이러한 단체협약을 존중하고 근로기준법 및 근로자의 참여 및 협력증진법의 규정에 따라 고용조정을 실시할 수 있는 것이다. 이렇게 볼 때, 경영사항 그 자체는 使用者의 獨自의인 決定의 대상으로서 존중되지만, 그로 인한 勤勞關係의 變更부분은 團體交渉과 爭議權 對象이라고 정리할 수 있다.

立法論적으로는, 근로조건에 영향을 미치는 구체적 經營決定 자체에 대해서도 勞使協議會의 議決事項에 포함하고 이에 관하여 노사간 주장의 불일치가 발생한 경우에는 노동위원회에 추가적인 仲裁機能을 부여하여 중재로 해결할 수 있도록 하는 것이 노사관계의 실질적 안정 확보에 필요하다고 본다.<sup>95)</sup>

95) 참고, **독일 경영조직법 제95조**(인사선발기준) ① 채용, 배치전환, 재편성, 해고의 경우에 있어서의 인사선발에 관한 기준은 경영협의회의 **동의를** 요한다. 그 기준이나 내용에 관하여 합의가 성립하지 아니한 경우에는 사용자의 제청에 의하여 화의기구가 이를 결정한다. 화의기

구의 결정은 사용자와 경영협의회의 합의를 대신한다.

**제99조**(개별인사조치에 있어서 공동결정) ① 통상 20인 이상의 선거권 있는 근로자를 고용하는 기업에 있어서 사용자는 모든 채용, 집단화, 재편성 및 조치전환조치가 있기 이전에 경영협의회에 필요한 요망서류를 그에게 제출할 것과 참여자에게 안내서를 나누어 주도록 통지해야 한다. 사용자는 필요한 기초자료의 제안과 함께 계획조치의 성과에 대하여 통보하여야 하며 계획조치에 대하여 경영협의회의 **동의를** 얻어야 한다. 채용이나 배치전환의 경우 사용자는 특히 예상작업장이나 계획상의 재편성을 사전에 주지시켜야 한다. 경영협의회의 위원은 인사조치의 범위내에서 제1호와 제2호에 의거하여 알게 된 근로자의 인사관계의 의미나 내용에 있어서 신의를 지켜야 하는 근로자의 제사항에 대하여 침묵을 지킬 의무가 있다. 제79조 1항 2호 내지 4호는 준용된다.

② 경영협의회는 다음 사항의 경우, 동의를 거부할 수 있다.

1. 인사조치가 법률, 법률명령, 사고예방규정 혹은 단체협약이나 경영협정규정에 위배할 때 혹은 법원판결 또는 행정조례에 위배할 때
  2. 인사조치가 제95조에 의거한 기준에 위배하는 때
- (이하 생략)

**제102조**(해고의 공동결정) ① 경영협의회는 모든 해고에 앞서 청문권을 갖는다. 사용자는 경영협의회에 해고의 이유를 알려야 한다. **경영협의회의 청문(Anhörung)없이 행하여진 해고는 무효이다.**

② 경영협의회는 통상적인 해고에 대하여 의심을 가지는 경우, 이를 이유의 제시와 함께 적어도 일주일 이내에 사용자에게 서면으로 통지하여야 한다. 경영협의회가 이 기간내에 아무 이의를 제기하지 않는 한, 그는 그 해고에 동의한 것으로 본다. 경영협의회가 특별해고에 대하여 의심을 갖는 경우, 이것을 이유의 제시와 함께 지체없이 더구나 3일 이내에 서면으로 사용자에게 통지해야 한다. 경영협의회는 필요하다고 인정한 때에는 그에 앞서 당해 근로자의 의견을 들을 수 있다. 제99조 제1항 제3호는 준용된다.

---

(이하 생략)

## 제4장 단체협약의 규범적 효력에 관한 재고찰

### 1. 團體協約의 規範的 效力

단체협약은 크게 채무적 부분과 규범적 부분으로 나눌 수 있는데 단체협약의 채무적 부분에 대해서는 일반 계약법리가 적용되고 규범적 부분은 근로계약을 지배하는 規範的인 效力을 발휘한다(노조 및 노동관계법 제33조 제1항 및 제2항). 즉 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 반하는 근로계약이나 취업규칙은 무효로 되고(強行的 效力), 무효로 된 근로관계 부분은 협약의 규범적 부분이 보충한다(直接的 效力).

이러한 단체협약의 規範的 效力(달리, 直律的 效力/Unabdingbarkeit이라고도 한다. 이하 직률적 효력이라고 한다)은 우리나라만이 아니라 독일과 프랑스 등 유럽의 제반 국가와 일본에서도 인정되고 있다. 독일의 경우, 단체협약법 제4조 1항은 명시적으로 단체협약의 直律的 效力을 인정하고 있는데, 근로계약과 관한 내용·체결·종결 규범은 노사 모두 당사자의 구속을 받는 자일 것을 요구하고, 경영질서규범 및 경영조직규범은 사용자측만이 협약 구속력하에 놓여 있으면 족하다(제3항). 독일에서는 단체협약의 직률적 효력이 근로계약에 대해서만이 아니라 경영협정에 대하여도



인정된다.<sup>96)</sup> 프랑스의 경우, 단체협약은 구속력범위에 있는 노사당사자만이 아니라 구속을 받는 사용자가 체결한 모든 개별적인 근로계약을 구속하는데<sup>97)</sup> 이것을 단체협약의 강행적 효력(l'effet impératif)라고 하고, 단체협약에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약이 자동적으로 적용된다(자동적 효력/l'effet automatique).<sup>98)</sup> 일본의 경우도 노동조합법 제16조에서 “노동조건 기타 노동자의 대우에 관한 기준에 위반하는 노동계약부분은 무효로 하고 무효로 된 부분은 노동협약상의 기준이 정한 바가 적용된다. 노동계약에서 정하지 않은 부분에 대하여도 이와 같다”고 규정하여, 強行的 效力과 直接的 效力이 인정되고 있다.<sup>99)</sup>

---

96) Richardi, a.a.O., S. 46.

97) Art. L.135-1조: 현행 제3장의 규정에 따른 단체협약의 효력확장규정의 효력에 대하여 영향을 미침이 없이, 근로에 관한 단체협약과 단체협정은 서명 당사자들과 그들의 구성원을 구속한다.

협약체결에 서명한 조직이나 집단의 가입은 동 법전 Art. L.132-9조에서 정한 요건이 충족되는 한, 근로에 관한 당해 단체협약 및 단체협정에의 가입을 이끈다.

단체협약이나 단체협정에의 서명후 당해 사용자조직이나 집단으로부터 탈퇴한 사용자는 여전히 당해 단체협약에 구속된다.

Art. L.135-2조:사용자가 근로에 관한 단체협약이나 단체협정의 조항에 의하여 구속되는 경우, 동 조항은 사용자가 체결한 근로계약에 대하여 적용되며, 다만 보다 유리한 약정은 예외로 한다.

98) Duplot/Fieschi-vivet, droit du travail, S.178; Yve Chalaron, Négociation et accords collectifs d'entreprise, p. 229.

99) 菅野, 労働法, 1996, 第4版, 501面.

## 2. 團體協約의 規範的 效力과 관련한 學說上 논의

단체협약의 核心的 部分에 해당하는 規範的 部分이 그 구성원들 에 대하여 規范적 效力을 갖는 근거를 찾는 데 의견이 서로 다른 쟁점이 있다. 그 효력이 노동조합이나 사용자단체의 구성원들의 의사에서 온다고 보는 입장(代理說), 자치규범적 성질을 인정하면서 구성원들의 단체가입의사에서 그 구속력의 근거를 찾는 입장(集團的 規範契約說), 그리고 국가의 입법권의 수여에 기인한다고 보는 입장(授權說) 등으로 견해가 갈리는 것이다.

### 1) 代理說

代理說은 단체협약당사자의 規律權限을 構成員들의 意思로부터 도출하는 견해인데, 협약당사자들은 각 構成員들의 代理人으로서 단체협약을 체결한 것이고, 構成員들이 자신들의 근로계약의 내용을 노동조합이나 사용자단체를 통하여 형성하고자 한 意思에 기초해서 협약당사자들은 구성원들의 契約에 대한 規律權限을 갖게 된다고 한다. 따라서 단체협약은 이런 代理人으로서의 團結體가 체결하는 일종의 契約에 불과한 것으로 본다.<sup>100)</sup>

100) 독일에서 1918년의 단체협약령이 시행되기 전에, 대리설은 단체들이 그 구성원들을 대리하여 단체협약을 체결한다거나 그 소속원들의 이름으로 동시에 그들의 계약을 체결하는 것이라고 주장하여왔고 지배적인 견해가 되었다. 그러나 1918년 단체협약령에 의하여 단체협약 규범은 구성원들의 계약에 대한 직률적 효력을 부여받자 곧 약화되었다. 대표적인 대리설의 학자로는, Ramm을 들 수 있다(JZ 1962, S.

그러나 이 견해는 단체협약이 強行的으로 구성원들의 근로계약에 대하여 효력을 발휘하는 것을 설명하지 못하는 근본적인 한계가 있으며, 비조합원에 대하여 단체협약이 적용되는 것을 설명하지 못한다.<sup>101)</sup>

## 2) 集團的 規範契約說

이 견해는 조합원들에게는 자신들의 개별적 근로관계 내용을 노동조합이 협정한 단체협약에 의하여 형성하고자 하는 意思가 있다는 점과, 노사의 規範制定權은 私的自治 次元에서 노사간의 집단적 관계를 규율하는 團體協約의 本來的 性質에서 나온다는 점을 강조한다.<sup>102)</sup> 이 견해는 노사 협약당사자에게 高權的 性質의 權限을 부여하는 것에 대해 의문을 제기하고, 私的自治 차원에서 협약당사자의 규범제정권한을 찾으려는 견해로 파악된다. 독일에서는 이런 集團的 規範契約說(korporativer Normvertrag)이 오래 전부터 있었는데, 단결체가 법제정권한을 갖기 위해서는 규율의 정당성(Regelungslegitimation)을 가져야 하며, 그 정당성은 각 구성원들의 단체가입에 의해서 주어지는 것이라고 본다.<sup>103)</sup> 이런 구성원들의 가입행위(완전히 사법상의 행위)가 없다면 각 구성원에 대한 규

82).

101) 이에 대한 비판적 견해로는 ① 이런 대리권이 전혀 협약규범의 적용 근거는 되지 못하며 협약효력의 문제도 여전히 미정상태로 남는다고 하며, ② 개인들의 사적자치적인 의사는 규범제정의 권한이 될 수 없다고 한다(Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, 36 ff.).

102) 김형배, 노동법, 585면.

103) Zöllner/Loritz, a.a.O., S. 375.

을권한은 있을 수 없고, 따라서 협약자치는 전적으로 사적자치의 일부로 봐야 하며 단지 법률규정에 의해서 우위의 국면(höcheren Ebene)에 있을 따름이고 일체 고권적인 권한을 입법자로부터 부여 받을 수 없다고 한다.

이 견해는 협약자치를 국가의 수권에 의하는 他律的 形成權으로 보지 않고, 自律的 形成權으로 보는 점에서 授權說과 다르다고 파악된다.<sup>104)</sup> 그러나 독일에서 이런 입장은 독일 단체협약법 제1조에 의하여 단체협약이 실질적인 법규범으로 인정된 것을 부정하지는 않는데,<sup>105)</sup> 그런 만큼 집단적 규범계약설은 단체협약적 규범형성의 特殊한 直律的 性質을 설명할 수 있는 상황에 있지 못하다는 비판을 받는다.<sup>106)</sup>

---

104) Bötticher도 근로자와 사용자는 단체에의 가입을 통해서 단체의 형성권에 “복중”하게 된다고 보았고, Richardi도 Bötticher의 입장에 동조하면서 단체협약의 효력을 사적자치의 일부로 파악한다.

105) Richardi는 협약규범의 법규범성을 인정하는데, 그 규범성을 고권에서 근거를 찾지 않고, 私的 法設定權에서 찾았다. 즉 사적 자치는 개별적인 계약자유에서 그치는 것이 아니라 集團的인 規律形成權利도 커버할 수 있다고 본다(\_\_\_\_, Kollektivegewalt und Individualwille, bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 165).

106) Wiedemann/Stumpf., a.a.O., S. 152: 한편으로 집단적 규범계약을 위한 일반법원칙이 존재하지 않고, 다른 한편으로 단체협약의 집단적 규범계약성은 다른 규범계약들이나 보통거래약관과 근본적으로 다르지 않다는 것이다. 同旨 Adomeit, RdA 1967, S. 297, 304; 한편, Biedenkopf는 집단적 규범계약설이 집단자치와 협약자치를 구분하지 않는 점에서 비판한다. Biedenkopf에 따르면, 集團自治(Verbandsautonomie)에서 입법적 형성권한이 도출될 수 없고, 集團自治는 協約自治의 한 조건일 뿐이라고 한다. 協約自治는 기업가의

### 3) 授權說

단체설의 입장에서 발전된 授權說은 團體協約을 국가의 授權에 기하여 法規範으로 보는 입장이다. 그것에 따르면, 규범제정권은 국가의 독점적 권한이므로, 협약당사자들이 그런 規範制定權을 갖는다는 것은 國家가 그 권한을 노동조합과 사용자단체에게 附與한 것으로 이해할 때에 비로소 인정될 수 있다는 것이다.<sup>107)</sup> 독일에서도 이런 수권설(Delegationstheorie)가 있는 바, 독일의 통설이자 판례의 입장이다.<sup>108)</sup> 단체협약을 국가의 수권에 의하여 여타 법규범과 같이 高權的 地位에서 제정된 것으로 본다.<sup>109)</sup>

---

근로자와 관련된 行爲自由, 契約自由를 제한하는 것이라고 한다(\_\_\_\_\_, a.a.O., S. 25 ff.). 集團自治는 協約自治를 제한할 수는 있어도 그 근거는 되지 못한다고 한다. 조합원의 의사에 충실해야 한다는 것이 그 협약의 효력에 영향을 미칠 수는 있어도 그 근거는 되지 못한다는 것이다.

107) 이종복, “조합내 의사결정과 단체교섭”, 사법관계와 자율, 1993, 485면; 이병태, 최신노동법, 240면; 박상필, 한국노동법, 438면; 김유성, 노동법 II, 159면: “노조법 제33조는 단체협약의 규범적 효력에 관한 확인적 규정이 아니라 창설적 규정이다.”; 일본에서도 통설로 파악된다. 참조, 菅野, 勞働法, 第四版, 1996, 496面. 다만 여기서는 수권설을 계약설의 일종으로서 파악하는데, 단체협약의 계약적 형식을 고려하여 그렇게 보고 있다.

108) Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S. 102 ff ; W.Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, 1965, S. 24; Wiedemann/Stumpf, a.a.O., § 1, Rdnr. 27; Söllner, Grundriß des Arbeitsrechts, 9. Aufl., § 15, II 3; BVerfGE 4, 96(106 ff.); BAG AP Nr.4,16, 18 zu Art.3 GG; AP Nr.13 zu Art.9 GG.

여기서 授權說은 다시 憲法에 의한 授權(우리나라 헌법 제33조 제1항/독일 기본법 제9조 3항)과 法律에 의한 授權(우리나라 노동조합 및 노동관계조정법 제33조/독일 단체협약법 제1조 1항)으로 나누어지기도 한다.

憲法에 의한 授權說은, 협약당사자의 규범제정권한은 헌법에서 근거가 마련되어 있으며, 이것은 국가입법자가 동등하게 기초하고 있는 것과 똑같다고 본다.<sup>110)</sup> 즉 단체협약을 법률과 동등하게 보고, 근로조건 유지 개선과 같은 협약자치의 핵심적 영역에서는 단체협약의 우위를 인정하는 입장이다. 만일에 입법자가 근로조건에 관하여 중요한 부분을 전부 규정하여 협약당사자에게 남는 것이 없다고 하면, 그것은 위헌에 해당한다고 한다.<sup>111)</sup> 法律에 의한 수권설은 헌법에 의한 협약자율영역을 부여한 것만으로는 부족하고 이런 협약자치가 법규범적 의미를 갖기 위하여는 법률에서 그런 규범성을 부여하였을 때 비로소 인정된다는 것이다.<sup>112)113)</sup> 또한 법률에 의한

109) Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S. 103 ff.

110) Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S. 102 ff. (“이미 기본법 제9조 3항의 핵심영역내에서 헌법적으로 설정된 협약권한 (Zuständigkeit)을 다만 법률에 의해 구체화할 뿐이다.”); W.Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, 1965, S. 24가 취한 학설이다.

111) Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S. 103.

112) 우리나라에서는 이 견해가 법률수권설인지 아니면 헌법수권설인지를 명확하게 구분하고 있지 않지만, 노조 및 노동관계조정법 제33조에 기하여 비로소 국가의 수권이 이뤄진 것으로 보는 점을 고려한다면 법률수권설에 해당한다고 본다. 참고, 이종복, “조합내 의사결정과 단체교섭”, 사법관계와 자율, 1993, 485면; Lee, Chong-Bock, Der

수권설은 단체협약이 법률의 하위에 위치한다고 본다.<sup>114)</sup>

Vorrang der Tarifautonomie gegenüber Gesetz, Richterrecht und Betriebsvereinbarung(Dissertation), S. 92: “헌법과 법률 양 범질서에 기초하는 것으로 본다”; 김유성, 노동법 II, 159면: “규범성은 근로조건이 단체협약에 의하여 즉 근로조건외의 집단적 결정이라는 방식을 통하여 규율되어야 한다는 국가의 정책적 의도에 의하여 수권된 것이라고 보는 것이 타당할 것이다.”; 박상필, 한국노동법, 1994, 438면; 이병태, 최신노동법, 240면; 헌법재판소 결정, 1998. 3. 28, 96 헌가 20(노동조합법 제46조의 3 위헌제청)에서는 단체협약을 “단체협약에 대하여는 근로자의 보호와 노사관계의 안정이라는 노동정책상의 이유에서 법률로 특별한 법적 효력을 부여하고 있는 바”라고 하여 동 결정의 입장을 일응 법률수권설로 파악할 수 있다.

113) BVerfG 4, 96, 102 ff.; BAGE 4, 240 = AP Nr. 16 zu Art. 3 GG: “협약당사자의 법률제정권한은 단체협약법의 수권에 기초한다. 협약당사자는 자신의 지위 그 자체로부터는 협약구속을 받는 자들의 근로관계에 대해 규범을 형성할 권한을 갖지 못한다. 그것은 바로 법률이 부여하는 授權(Ermächtigung)에 기하여 그들에게 의하여 주어지는 것이다”; Söllner, Grundriß des Arbeitsrecht, 9. Aufl. S 123: “기본법 제9조 3항을 통하여 협약당사자에게는 근로생활의 충분한 규율을 할 수 있는 권한이 부여되지만 단체협약법 제1조 1항에 의하여 비로소 단체협약에 법규범의 성질이 부여된다. 그 결과 ① 협약수규자에 대해서 그들의 의사에 관계없이 직물적으로 협약조항이 적용되며, ② 법관들도 단체협약에 대한 심사에 있어서 법률적 심사인 상위 규범에의 위반여부만을 검토하지 그 내용에 대해서는 통제하지 않는다고 한다(협약의 합목적성, 적정성, 공정성 등에 대해서는 판단하지 않는다). ③ 또한 이런 법규범에 의하여 단체협약은 기본권에 구속을 받으며, ④ 일반 법규범에게 요구되는 일반성이라든지 추상성과 같은 요건에 의한 구속도 받는다고 한다; Wiedemann/Stumpf, a.a.O., § 1, Rdnr. 25.

114) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., § 1, Rdnr. 15.

생각건대, 헌법과 법률규정에 의해서 집단적 노사주체에게 立法權限이 수여된 것으로 보는 견해는 團體協約의 規範的 效力을 설명하는데 뛰어나다고 본다. 따라서 授權說의 입장에서 협약권한을 이해하는 것이 명쾌하다고 생각한다. 수권설은 ① 협약권한을 국가의 규범제정권한의 위임에 기초한 것으로 보는 만큼 단체협약의 直律的 效力을 잘 설명할 수 있고, ② 그런 만큼 협약당사자가 人間의 基本權에 拘束되는 점이나 조합원들에 대한 社會的 責任性을 부과하는 이유를 잘 설명할 수 있다고 본다. ③ 또한 법률에서 이미 노동조합의 지위와 그 구성원의 지위를 명백히 구별하는 점에서도 授權說이 타당하다고 할 수 있다(참고 노조 및 노동관계조정법 제29조 1항). ④ 그리고 團體協約의 效力期間이 만료한 후에 餘後效가 인정되는 것도, 바로 단체협약은 그 구성원들의 의사 보다는 산업평화를 위한 질서규범으로서 기능한다는 것을 뒷받침하기 때문에 이런 부분도 수권설을 강화시킨다고 본다. 따라서 헌법과 법률에 의해 노동조합과 사용자단체 및 사용자에게 협약규범제정권한이 수권되는 것으로 이해한다.

한편 集團的 規範契約說은 각 구성원들이 각 협약당사자에 加入하는 意思를 증시하는 점에서 상당히 타당성이 있고 勞動組合에게 구성원의 의사를 존중하도록 하는 점에서 중요하게 평가되나,<sup>115)</sup>

115) 김형배, 노동법, 102면: “집단적 관념의 타당성에는 그 한계가 인정되지 않으면 안된다. 다시 말하면, 언제나 그리고 어떠한 상황에 있어서도 개인보다 단체가 우선한다는 주장은 정당하지 않은 것이다. 근로자들의 단체나 그 단체가 체결한 협정(단체협약)은 그것 자체가 목적이 아니라 개개 근로자의 지위향상을 위한 수단이기 때문이다. 그러므로 집단적 노동법의 구성에 있어서도 근본적으로 개개 근로자



일반적구속력(노조 및 노동관계조정법 제35조)에 의해 조합원·비조합원의 구분이 분명하지 않는 사업 또는 사업장 단위에서는 실질적인 효과를 가져오고 있지 않다고 생각한다. 오히려 이런 전근로자구속성 및 전근로자대표성은 입법자가 노동조합에게 그런 권한을 부여한 국가의 특별한 결정의사에 기인한다고 볼 때 설명이 용이하다.<sup>116)</sup>

### 3. 協約自治와 契約自由와의 관계

단체협약과 그 협약의 적용을 받는 근로계약의 관계를 보면, 단체협약은 勤勞條件規範을 형성하는 만큼 개별 근로계약 당사자의 契約自由를 制限하는 측면이 있다. 즉 근로계약당사자는 단체협약과 달리 정하는 것이 허용되지 않는 것이다. 그러나 이런 제한은 협약자치의 목적인 근로조건의 유지, 개선에 의하여 정당화되는 것이기 때문에, 협약자치의 계약자유에 대한 제한에는 목적상 한계가 내재되어 있다.

#### 1) 團體協約에서 勤勞條件의 下限을 정하는 경우

단체협약이 근로자와 사용자간의 개별적 계약행위에 대하여 協約上 勤勞條件 以下로 정하는 것을 無效로 하고 이런 부분에서 계

의 이익과 인격을 존중하지 않으면 안 될 것이다.”

116) 참고 Lee, Chong-Bock, a.a.O., S. 93; Badura, Das Recht der Koalition, (Das Arbeitsrecht der Gegenwart, B. 15), 1978, S. 21.

약자유를 차단하는 것은, 私的自治에 대한 制限에 해당하지만, 오히려 헌법 제33조 제1항을 통하여 밝혀진, 사용자의 강력한 교섭권한으로부터 經濟的 弱者인 勤勞者를 보호하려는 目的(Schutzzweck)으로부터 正當化될 수 있는 계약자유제한이다. 입법자는 노조 및 노동관계조정법 제33조 제1항에서 “단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다”고 하여 이 부분을 認定하고 있다.

## 2) 團體協約에서 勤勞條件의 上限을 정한 경우

그러나 단체협약에서 勤勞條件의 上限으로서 개별 계약당사자들이 그 이상으로는 근로조건을 정할 수 없도록 하는 경우가 있는데, 이 경우는 목적에 의하여 정당화되기 힘들다.<sup>117)</sup> 여기서는 團體協約을 이유로 그와 다른 내용으로 개별적 근로계약을 형성하는 것을 禁止하는 것이다. 이런 금지를 정당화하는 학설로 團體協約의 效力을 兩面的으로 强行性を 가진 것으로 보는 학설이 있는데 그 입장에 따르면 개별 계약으로 기업별 단체협약상의 근로조건을 상회하는 근로조건을 정하는 것도 團體協約에 의하여 無效가 된다고 한다.<sup>118)</sup> 그러나 이것은 바로 協約自治와 私的自治(계약자유)의 관계에서 협약자치가 사적자치를 제한할 수 있는 범위를 넘어서는 것으로서 勤勞者 個人的 契約自由 내지 憲法上 幸福追求權에 대한 侵害問題를 야기할 수 있다.

117) Biedenkopf, a.a.O., S. 74 ff. ; Richardi, a.a.O.(Empfiehet es sich,...), S. 86.

118) 김유성, 노동법 II, 170면; 이병태, 최신노동법, 253면.

헌법 제33조 1항에 의한 協約自治가 契約自由를 제한할 수 있는 것은 勤勞者의 保護目的(Schutzzweck)에 있는 것이며, 이런 보호목적에 의하면 개별 근로자들이 보다 유리한 근로조건을 형성하는 것은 단체협약이 금지할 수 없는 것이다. 이런 점에서 有利한 條件 優先의 原則은 私的自治를 保護하기 위한 手段이라고 볼 수 있다.<sup>119)</sup> 만일에 협약자치가 개별 근로자들의 이와 같은 행위를 금지한다면 自己矛盾에 해당하는 결과가 되며 그 목적을 상실하게 된다. 따라서 보다 유리한 근로조건을 근로계약에 관한 한, 협약자치는 계약자유를 제한할 수 없고, 이와 같은 계약을 금지하는 협약규정은 違法하다고 말해야 할 것이다.<sup>120)</sup>

119) Richardi, a.a.O., S. 81, 86.

120) 참고, 김형배, 전제서, 593면(다만, 이 견해는 민법 제103조의 위반으로 구성한다); 독일에서의 이에 관한 논의를 소개한다. Biedenkopf, a.a.O., S. 75 이하에서는 다음과 같이 주장한다: “단체협약이 계약자유를 제한할 수 있게 하는 목적은 사용자의 세력우위에 의한 남용으로부터 근로자를 보호한다는 것이다. 이러한 목적은 동시에 (계약자유) 制限에 대한 限界를 형성한다. 이것은 노동법에서 유리한 조건우선의 원칙으로 표현되기도 한다. 이런 원칙은 협약당사자들에 의한 보호목적의 실현을 위해 요청되는 것이고 따라서 근로계약당사자들의 개별적 계약자유에 대해 (단체협약이) 유리한 내용으로 제한하는 정도를 넘어선 제한을 금지하는 것이다. **따라서 협약당사자들이 협약규범보다 더 유리한 개별계약을 제약하는 행위를 무효로 보는 것은 타당하다.** 이런 협약규정은 규범제정목적에 의하여 정당화될 수 없는 것이고, 이런 협정은 「본질적으로 적합하지 않은 것이다.」 이런 한도에서 使用者에게는 私的自治의 領域이 남아 있다. 이미 단체협약법 제4조 3항에서는 이런 유리한 조건우선의 원칙을 제한하는 행위를 배제시키고 있다.” 이와 같은 입장을 취하는 견해로,

### 3) 個別 勤勞者가 낮은 勤勞條件을 원하는 경우

그러나 근로자 스스로가 단체협약의 근로조건보다 낮은 수준을 진정으로 원하고 있어서 저하된 근로조건을 계약으로 정한 때에 과연 이를 무효로 할 것인가 하는 문제도 생각해 볼 수 있다. 이것은 계약자유 원칙의 존중과 아울러 고려할 만한 부분인데, 특히 현재와 같이 경제위기 상황하에서 근로자들이 기업사정을 고려하여 근로조건을 저하시키면서 고용을 보장받으려는 생각을 할 수 있기 때문이다.

생각건대, 그 근로자는 조합으로부터 脫退하지 않는 한, 이와 같은 근로조건이 저하된 개별계약을 유효하게 체결할 수 없다고 본다. 또한 일반적 구속력이 미치고 있는 경우에는 비조합원도 법률규정에 의하여 이런 별도의 勤勞契約形成은 불가능하다고 할 것이다. 일반적 구속력제도의 취지는 조합원과 비조합원간에 낮은 근로조건으로 인한 勤勞條件 低下를 防止하려는 데 있기 때문이다. 따라서 이런 한도에서 헌법상의 협약자치가 개인의 계약자유를 제한하는 것은 이미 정당화되고 있는 것이며 법률에서 명시적으로 인정하는 부분이다.

이러한 단체협약제도는 경영위기·경제위기 국면에서도 일응 維

---

Richardi, a.a.O.(Empfielt es sich...), S. 79: “협약당사자들은 최저한도의 근로조건을 규정할 수 있을 뿐이지 최고한도를 정할 수는 없으며, 또한 근로자에게 일정한 조건하에서만 보다 유리한 계약을 체결할 수 있도록 하는 것도 할 수 없다”고 한다.

持되는 것이며, 보다 불리한 근로조건의 형성을 차단시키는 硬直的 側面은 협약자치의 부득이한 내재적 요소라 본다. 물론 당해 근로자가 단체협약이 적용되는 근로관계로부터 발생하는 급부청구권을 개별적으로 포기하는 것(예를 들어 임금인상부분의 자발적 반납)은 가능하다고 할 것이며, 단체협약이 개개 勤勞者들에게 請求權의 行使를 強制할 수 없는 것임은 분명하다.

#### 4) 團體協約이 종전 勤勞條件을 低下시키는 경우

集團的 勞使間에 團體協約으로 종래의 勤勞條件을 低下시키는 경우, 개별 조합원들이 계속하여 從前 契約的 給付를 요구하고 이와 같은 變更을 拒否할 수 있는가 하는 문제가 있다.

생각건대, 새로운 단체협약은 종전의 단체협약을 변경시킬 수 있지만(秩序의 原則), 개개 보다 유리한 勤勞契約이 있었을 경우(혹은 就業規則에서 정하고 있는 경우) 그 계약상 勤勞條件에 대해 強行的 效力을 갖지 못하는 문제가 발생한다. 새로운 불리한 단체협약은 보다 유리한 勤勞契約上的 勤勞條件을 무효로 만들지 못한다. 왜냐하면 노조 및 노동관계조정법 제33조 제1항에서는 “단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다”고 하므로 그 反對解釋上 종래 근로계약의 근로조건이 새로운 협약의 근로조건 보다 수준이 높을 경우에는 종래의 근로계약은 무효가 될 수 없기 때문이다. 결국 이런 근로계약의 정함이 있는 경우에는, 단체협약의 체결외에

근로자들이 각각의 개별적 교섭에서 이런 變更에 同意하거나 동 협약의 변경에 默示的으로 同意한 것으로 볼 수 있는 경우에 비로소 低下된 단체협약의 근로조건이 적용된다고 볼 수 있는 것이다.<sup>121)</sup>

이와 같이 협약당사자들이 갖는 협약자치권한은 오직 근로자들의 “勤勞條件의 維持·改善”에 제한된 것이기 때문에<sup>122)</sup> 협약상 근로조건 기준보다 유리한 개별계약을 막을 수도 없고 또한 근로계약에서 명시적으로 정하고 있는 유리한 조건을 단체협약의 변경만으로는 저하시킬 수도 없다. 이런 부분에서는 여전히 개별 근로자의 의사결정이 존중된다.

#### 4. 有利한 條件 優先의 原則

이런 契約自由에 대한 制限으로서의 協約自治는 “근로조건에 향상”의 경우에만 인정되는 한계를 갖는다. 바로 이것은 團體協約과 근로계약 혹은 團體協約과 취업규칙 사이에 적용되는 ‘有利한 條件 優先의 原則’으로 표현된다.<sup>123)</sup> 유리한 조건 우선의 원칙은 단체협

---

121) 그러나 실제에 있어서 사용자가 개별 근로자에게 근로조건의 저하를 요구하는 경우에는 근로자는 사실상 동의하지 않기가 어려울 것이다. 그러나 이 부분은 개별 근로자들에게 의사를 묻는다는 점에서 의의가 있다. 바로 어용노조에 의한 근로조건의 저하는 저지할 가능성이 있다.

122) 노동조합법 제1조(목적)와 제2조 제4호(노동조합의 정의)에서도 확인하고 있다.

123) 유리한 조건 우선의 원칙은 단지 단체협약과 근로계약간의 관계에서 적용되는 원칙이 아니라 노동법전반에 걸쳐서 작용하는 기본원칙이

약의 規律形成을 制限하는 의미를 가지며 다시금 勤勞契約自由를 回復시키는 성질을 갖는다.<sup>124)</sup> 따라서 근로자와 사용자는 단체협약을 상회하는 근로조건을 규율하는 권한은 개별 계약당사자에게 남게 되고, 보다 유리한 계약상 근로조건은 단체협약에 의하여 소멸되지 않는다.<sup>125)</sup>

근본적으로 個人과 集團의 關係에서, 集團에 의한 規律은 그 自體를 위하여가 아니라 그 構成員을 위하여 本來機能을 수행하는 것으로 보아야 하기 때문에 規範形成機能에 있어서도 이런 내재적인 목적은 분명히 존재한다.<sup>126)</sup> 따라서 만일에 개별 근로자들이 스스

---

다. 즉 근기법 제22조; 근기법 제100조; 노동조합 및 노동관계조정법 제33조에서 공통적으로 유리한 조건 우선의 원칙을 정한다. 참고, 프랑스 노동법전 제132-4조에서는 “노동에 관한 단체협약과 단체협정은 법률과 명령에서 정한 규정보다 근로자들에게 보다 유리한 규정을 유효하게 포함할 수 있다. 그 규정은 법률과 명령에서 정한 공공질서적 규정들과 다르게 정할 수 없다”고 한다. 또한 민간직업소개에 관한 97년도 ILO 신탁협약 제15조에서도 “이 협약은 여타 국제협약에 따라 민간직업소개소에 의한 근로자들에게 적용되는 보다 유리한 정함(provisions)에 영향을 미치지 아니한다.”

124) Richardi, a.a.O.(Empfiehl es...), S. 80.

125) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr. 220.

126) 김형배, 노동법, 102면: “근로자들의 단체나 그 단체가 체결한 협정(단체협약)은 그것 자체가 목적이 아니라 개개 근로자의 지위향상을 위한 수단이기 때문이다.”; Biedenkopf, a.a.O., 43 ff: 그는 협약관계의 하나로서 제3자책임성(Drittverantwortlichkeit)을 제시한다. 즉 협약당사자는 규범수규자의 이익에 구속된다는 것이다. “원래 어떤 단체나 구성원인 제3자를 위한 규율을 형성하여야 하고 즉 동 단체는 제3자의 이익을 추구하여야 한다는 拘束을 받는다. 협약당사자는 특

로 대등한 협상력을 갖추고 있어서 자신이 근로조건을 향상시킬 수 있는데, 이를 방해하거나 금지하는 것은 집단적 규율방식의 본래 취지에 모순되는 것이다. 따라서 이런 협약기준을 上廻하는 한도에서는 개별 當事者가 直接 規律하는 個別的 協商行爲는 尊重되어야 한다.<sup>127)</sup>

### 5. 雇傭維持를 위한 團體協約의 不利益變更時 效力에 관한 고찰

단체협약이 여러 경제적 사정으로 인하여 종전보다 근로자에게 불리하게 규율을 형성하는 경우, 유리한 조건 우선의 원칙은 어떻게 작용하고 협약자치는 어떻게 제한받는가 하는 문제를 구체적으로

---

히 소위 實質的 意味에서의 立法者로서 勞使 各各 構成員들의 利益을 고려하여야 하는 것이다. 그런 협약권한의 행사에는 正當性이 있어야 하는 바, 그들에게 利益이 되도록 活動해야 하고 그들의 자유를 존중하여야 한다.”; \_\_\_\_\_, a.a.O., 25 ff. “카르텔효과 (Kartelwirkung) 내지 제3자에의 책임성 관점에서 근로자에의 이익을 고려하고 확보할 권한만이 있지 그 반대로 불이익하게 규율할 권한은 협약당사자들에게 주어지지 않다”고 한다

127) 다만 개별적 노사관계는 抽象的·構造的으로 對等한 關係가 아니기 때문에, 일응 對等하지 못한 것으로 推定된다. 따라서 그 個別交涉結果인 勤勞契約內容이 단체협약 보다 有利한 것일 경우에는 이런 추정을 깨뜨리고 대등한 노사관계로서 이들의 사적자치는 존중되어야 할 필요가 있다. 이런 관점에서 개별 (초협약적) 契約의 效力을 인정하는 것이고, 그 한도에서 契約自由는 回復되는 것이다.



로 살펴보기로 한다. 구체적 문제로서 “사용자가 構造調整措置에서 뒤따르는 雇傭調整을 경영상 이유에 의한 解雇措置로써 해결하고자 할 때, 노동조합이 적극적으로 근로조건의 불이익변경을 제안하여 고용을 유지하는 단체협약(고용안정협약)을 체결한 경우에, 그 협약은 근로계약에 대하여 강행적 효력이 있는가?” 하는 문제를 보기로 한다.

### 1) 雇傭維持를 위한 勤勞條件 不利益變更의 類型

먼저 고용유지를 목적으로 근로조건을 저하하는 협약은 다음의 유형으로 나뉘 볼 수 있다: i) 한시적 근로시간단축 ii) 한시적 임금감축 iii) 한시적인 휴직. 각각을 살펴보면 다음과 같다.

#### (1) 限時的 勤勞時間 短縮

먼저 근로시간의 단축에서는 시간당 임금을 유지하면서, 근로시간단축에 합의하므로써 전체 임금이 감소하는 결과를 가져오거나 시간외근로를 중단하여 수령하는 임금액이 감소되는 경우가 있다.<sup>128)</sup> 그런데 독일의 단체협약에서는 근로시간의 단축을 직접 규

128) H 중공업 고용안정협약 (잠정합의): 고용안정협정서

회사와 노동조합은 노사간 신뢰와 협력을 바탕으로 산업평화를 정착하고 당면한 고용불안 등의 어려운 경영환경을 극복하고 고용안정을 유지하기 위하여 본 협정서를 체결한다.

1. 회사는 경영전반에 관한 정책입안과 운영에 있어 고용불안 요인이

정하기 보다는 몇시간까지 단축할 수 있는 한계만을 설정하고 구체적인 시행은 經營協定에서 정하도록 한다. 원래 근로시간은 핵심적인 협약규율대상이지만, 독일의 경영조직법에 의하여 예외적으로 경영협정에서 공동결정하도록 하고 있는 것으로 이해된다.<sup>129)</sup> 그 예를 들면, 다음과 같다:

노르드하임 베스트팔렌 철강, 금속, 전기, 중앙난방의 근로자를 위한 기본협약<sup>130)</sup>

제7조:

1. 긴박한 경영상의 사유, 예를 들어 해고회피를 위하여

---

발생하지 않도록 최선을 다하고 인위적인 정리해고는 하지 않는다.

2. 회사는 긴박한 경영상의 사유발생시 단협 제47조를 준수하고 인원 정리에 앞서 고용유지를 위해 노사합의로 기본 근로시간 단축방안을 강구한다.

3. 고용안정에 관한 인력관리상의 수반되는 문제점은 노사합의를 통하여 해결한다(출처, 매일노동뉴스, 1550호, 98년 7월 1일).

129) 한편 독일 경영조직법(경영참가법)에서는 勤勞時間의 短縮에 대해서는 共同決定 사항으로 하는 바(제87조 1항 3호), 경영협의회에서는 이 조항에 근거하여 사용자에게 단축근로의 도입을 요구하고, 이를 사용자가 받아들이지 않은 경우에는 중재위원회에 의해 재정을 받게 할 수 있다고 해석한다(독일 연방노동법원 1986년 3월 4일 판결, NZA 1986, S. 432). 또한 경영조직법 제87조 1항 3호는 바로, 해고에 앞서 단축근로를 통해 근로관계를 보존하려는 목적을 갖고 있는 것이다(이상 Wolf Hunold, Personalanpassung in Recht und Praxis, 1992, S. 14에서 인용).

130) 출처, W. Hunold, Personalanpassung im Recht und Praxis, 2. Aufl., 1992, S. 15.

혹은 조업중단의 경우에, 사용자는 전체 근로자를 위하여 경영협정을 체결하여 통상 주당 근로시간 보다 적은 근로시간을 도입할 수 있다. 노동촉진법 제69조상의 근로시간은 통상 주당근로시간으로 본다.

2. 경영협정에서는 다음과 같은 사항을 포함하여야 한다.

- a) 단축근로시간의 개시시각, 그 시간(Dauer); 경영협정의 체결에서 단축근로의 시행시기 까지에는 1주일간의 공백을 둘 것.
- b) 장소 및 분배
- c) 인적 대상범위

목공산업기본협약(일자리보장을 위한 근로시간 관련 조항 3.1.에서 3.6.까지)

3.1. 경영상 이유로 인한 해고를 회피하기 위하여 경영협정으로 통상 주당근로시간을 5시간까지 각 사업장별로 혹은 부서별로 임금보상없는 단축근로를 실시할 수 있다.

3.2. 동 경영협정은 협약당사자들에게 이런 협정체결에 대해 사전신고가 된 경우에만 유효하고, 경영협정의 변경과 경영상 이유로 인한 해고는 경영당사자들의 심의를 거치고 협약당사자들의 동의를 얻어서만 가능하다.

3.3. 경영당사자들은 주당근로시간의 단축으로 인한 생산성향상에 따른 보상을 위하여 특별수당을 지급하는 것을 합의할 수 있다.

3.4. 종래의 통상근로시간으로 복귀하는 경우에는 경영협정의 기간이 만료되기 전에 적시에 경영당사자들이 이에

대하여 교섭을 하여야 하며, 어떤 결론이 도출되지 못하는 경우에는 협약당사자들이 관여할 수 있다

3.5. 경영협정에 의한 주당근로시간의 단축은 공동결정을 거쳐야 하며, 협약상 근로시간내더라도 경영협정상의 시간을 초과하는 근로시간은 1시간이상부터 초과근로수당이 적용된다(1995년 5월 1일부터 99년 12월 31일까지 유효).

우리나라에서는 산별협약은 아직 발견하기 어렵고 대부분이 기업별협약이므로, 근로시간의 단축은 협약에서 직접 규율될 것이다.

## (2) 限時的인 賃金減縮

다음으로 상여금의 반납이나 삭감에 합의하거나 복리후생적 급여(자녀교육비지원, 주택수당)과 같은 것을 한시적으로 중단함으로써 임금의 수준을 낮추는 형태가 있는 것이다.

구체적으로 연구자는 1998년 10월 H제과회사, D섬유회사, H정유회사, S화학회사, C제과회사, K화학회사 등 6개곳을 탐방하여 임금 반납 등 임금감축에 관련된 상황을 조사한 바 있다. 6개곳 모두 노사간의 합의에 기초하여 1년간 상여금의 전액 혹은 부분적인 반납/삭감이 있었다. 이외에 교육비지원, 주택보조금도 지급이 중단된 경우도 있었다.

대표적으로 세가지 예를 들고자 하는데, 첫 번째는 근로자에게 300% 상여금 반납과 교육지원비의 중단을 양보하고 일방적인 고용조정을 하지 않기로 합의한 경우이다.

두 번째의 경우는 “올해 한해 동안, 호봉승급분(월 3만원 정도) 양보하고 그 대신 고용조정을 하지 않기로” 합의한 것이다.

세 번째 경우는 임금을 동결하면서, 아래와 같은 고용안정협약을 체결한 경우다: “- 1998년 7월 현재 우리사에 재직중인 조합원에 대하여는 인위적이고 강제적인 정리해고를 하지 않는다. - 회사와 조합원은 믿음과 신뢰를 바탕으로 회사는 조합원의 고용안정을 위하여 노력하고 조합은 고용안정을 위한 생산성향상, 매출 및 이윤 증대를 위하여 노력한다.”

### (3) 限時的인 無給休職

마지막으로 한시적인 휴직은 해고규모를 줄이기 위한 방법으로 서 근로자들이 순차적으로 휴직상태에 들어가는 형태가 있다. 이런 휴직상태에서는 급여가 감소되거나 중단되는 것을 전제로 한다.<sup>131)</sup>

이런 것들은 명백히 고용유지를 목적으로 하므로, 근로기준법 제 31조의 경영상 이유에 의한 해고의 요건중 하나인 “해고회피수단”으로 해석될 수 있고, 단체협약에서 이런 사항을 명시하면 사용자의 해고회피의무가 강화되는 효과가 있다고 판단된다. 그러나 위와 같이 해고회피를 목적으로 근로조건을 저하하는 협약을 체결하는 경우에 다음과 같은 의문이 제기된다: 해고를 피하기 위한 노력으

131) 1998년 H 자동차 사건에서 노동조합과 사용자는 1569명이나 되는 대규모의 정리해고 대상 중에서 266명만 해고하고 나머지는 1년 6개월간 무급휴직으로 전환하는데 합의한 바 있다.

로 노조와 사용자간에 “기존 勤勞條件의 低下”를 단체협약으로 정한 경우, 그것은 종전의 勤勞契約이나 就業規則에 대해 強行的 效力이 있는가 하는 질문이다.

## 2) 不利한 團體協約의 強行的 效力

단체협약은 그 기준 이하로 정하는 근로계약 및 취업규칙에 대한 강행성(片面的 強行性)이 있기 때문에 먼저 단체협약의 근로조건이 근로계약이나 취업규칙의 근로조건 보다 유리한지 불리한지를 비교하여야 한다. 불리하다고 판단할 수 있는 경우에 단체협약의 강행적 효력은 발휘하기 힘들다.

### (1) 有利·不利의 比較 方法

그런데 앞서 제기된 근로조건외의 저하와 관련하여서는, 먼저 검토하고 넘어가야 할 것이 신협약의 규율내용이 종전 (근로계약 및 취업규칙의) 근로조건보다 근로자에게 불리한 것인가 아닌가이며, 이에 대한 판단과 관련하여서는 유리·불리의 문제를 종합적으로 비교할 것인가<sup>132)</sup> 아니면 개개 사항별로 비교할 것인가<sup>133)</sup>의 선결

---

132) 김형배, 노동법, 116면: 예를 들어 휴가제도에 관한 근로계약 내의 규정전체(Normengruppe)와 단체협약 내의 규정전체를 종합적으로 비교·검토함으로써 유리한 쪽을 일괄해서 택하여야 한다고 한다; 같은 책, 594면: 단체협약규정이 근로자에게 유리할 것인가 불리할 것인가 하는 것은 종합적으로 평가하여야 한다. 단체협약규정이 전

문제를 해결하여야 한다.

생각건대, 유리·불리의 비교에 있어서는, 기본적으로 個別的으로 비교가 이뤄져야 한다고 보여지는데 이것은 같은 성질의 항목을 결합시킨 그룹별비교(Gruppenvergleich)를 포함한다고 본다.<sup>134)</sup> 여러 요소들의 그룹형성에 있어서는 直接的인 關聯性이 있는 경우에는 같은 그룹에 넣어 비교하여야 할 것이다. 예를 들어, 기본급과 수당은 한 그룹이 될 수 있고 휴가기간과 휴가수당이 같은 그룹에 들어갈 수 있으며 퇴직금의 지급률과 기초임금에 관련되는 것도 하나의 근로조건으로 볼 수 있다.<sup>135)</sup> 그리고 유리한가 불리한가는 근로자

---

체적으로 불리하지 않는 것이면 이를 불리한 규정이라고 볼 수 없을 것이다. 불리한 부분만을 취사선택해서 그 규정의 효력을 부인할 수 없다고 한다.

133) Richardi, a.a.O.(Empfiehl es.), S. 86. 그는 또한 단체협약이 일부 근로자들에게는 불리하게 변경하면서 일부 근로자들에게만 유리하게 변경되는 경우를 문제삼으면서 이런 경우를 전체적으로 비교할 수는 없으며 오히려 개별적인 비교가 적절하다는 입장이다; 프랑스에서도 이와 관련된 논의가 활발하게 이뤄지는 것으로 보이는데, 학설은 총괄적 비교방법(méthode globale)보다는 분석적 비교방법(méthode analytique)이 타당하다는 것이다(Chalaron, précité, P. 235).

134) Zöllner/Loritz, a.a.O., S. 400.

135) 대판, 1995.3.10., 94다 18072: “취업규칙중 퇴직금관련조항의 개정이 유·불리가 교차하는 경우 그것이 불이익한 개정으로 밝혀진 경우(일부 근로자에게는 유리하고 일부 근로자에게는 불리하여 근로자 상호간에 유불리에 따른 이익이 충돌되는 경우도 이와 같다), 그 유·불리한 각 항목에 따라 각각 그것이 유·무효로 되는 것이 아니라 그 대가성이나 연계관계에 있는 항목 모두가 무효로 되는 것이다.”; 오스트리아 노동조직법 제3조 2항에서도 “서로 다른 法源의 비교에 있어

의 주관적 관점에서 판단되어서는 아니되고 객관적 관점에서 평가되어야 할 것이다.<sup>136)</sup>

문제는 위와 같이 근로시간을 단축하거나 임금을 삭감하는 등 근로조건을 불이익하게 변경하여 해고를 제한하고 고용을 유지시키는 경우인데, **明白히 解雇를 制限하기 위한 목적으로서 勤勞時間을 단축하거나 賃金を 감축하는 것이라면, 이는 새로운 그룹의 하나로 이해할 수 있다고 본다.** 특히 요즈음과 같이 근로조건외 향상보다는 고용의 확보가 더 중요하게 부각되는 상황에서 “고용보장”과 “임금감축”간에 명확한 條件的 關係가 있는 경우에는 이를 그룹화해서 비교하는 방법은 긍정될 수 있다고 본다.<sup>137)</sup>

그러나 이와 같이 명확한 조건관계없이 단지 경영악화속에서 고용안정을 목적으로 임금을 감축하는 것에 있어서는 각각 사항별로 혹은 개개 근로자의 이익차원에서 평가하여야 한다고 본다. 즉 경영악화로 인하여 임금을 삭감하거나 근로시간단축으로 임금이 감소

---

서는 법적으로나 실체적으로나 서로 관련되는 사항들을 종합하여 비교해야 한다”고 밝히고 있다.

136) Zöllner/Loritz, a.a.O., S. 400: 오늘날 전체 임금액이 늘어나는 근로시간의 연장은 근로자들에게 유리한 조건임에 틀림이 없다고 하는데 왜냐하면 근로시간의 단축은 근로자에게나 근로자의 건강에 도움이 되는 것이 아니라 오직 새로운 일자리의 창출효과에만 도움이 되기 때문이라는 것이다. 또한 일방적으로 단체협약으로 정해진 낮은 연령에서의 정년규정보다는 보다 높은 정년제에서 근로자가 연금수혜시기를 선택할 수 있는 시스템이 더욱 유리하다고 한다.

137) 앞서 소개한 독일의 목공산업기본협약중, 일자리보장을 위한 협약을 예로 들 수 있다고 본다: “경영상 이유로 인한 해고를 회피하기 위하여 경영협정으로 통상 주당근로시간을 5시간까지 각 사업장별로 혹은 부서별로 임금보상없는 단축근로를 실시할 수 있다”.



하는 것은 결국 근로조건의 저하로 평가할 수 밖에 없다.

## (2) 不利한 團體協約의 勤勞契約에 대한 효력문제

다음으로 근로자에게 불리한 의미를 가지는 근로조건 저하에 해당하는 경우, 단체협약의 효력이 있는가 하는 점을 살펴본다. 먼저 신협약은 구협약을 변경한다는 新法優先의 原則에 따라, 단체협약 그 자체는 外部規律로서 비록 근로조건이 저하되더라도 변경된다고 볼 수 있다.

그러나 문제는 종래의 근로계약이나 취업규칙보다 저하하는 내용으로 변경된 단체협약은 개개 근로계약이나 취업규칙에 대해 강제적 효력을 미치지 못하는 것이 아닌가 하는 의문이 남는 것이다. 노조 및 노동관계조정법 제33조 1항에서는 “단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다”고 정하고 있으므로, 이런 기준보다 상회하는 취업규칙이나 근로계약은 여전히 효력이 있다고 보아야 하기 때문이다. 단체협약은 일종의 규범이지만 근로자들에게 근로조건의 유지, 향상을 위한 목적이 제한된 片面的으로 强行性を 미치는 規範이기 때문에 이 규범보다 높은 수준의 勤勞契約上 勤勞條件에 대해서는 규범의 지배가 불가능한 것이다. 또한, 이런 경우에 조합원들에게 조차 適用되지 못하는 단체협약이므로 일반적 구속력(노조 및 노동관계조정법 제33조)에 의해 비조합에게도 적용되지 못한다. 따라서 종래의 근로계약이나 취업규칙이 있는 경우 이

것들은 그대로 존속하게 된다. 그렇게 되면 근로조건의 변경을 이끌고자 하는 협약당사자들의 의도는 차단된다고 말할 수 있다. 결국 집단적 노사관계에 의한 규율은 불가능하게 되고 個別的 勤勞關係에 의해 다시 勤勞條件을 變更하는 節次가 남게 된다고 보여진다.

그러나 大法院의 判例는 단체협약에 의해서도 기존의 근로조건을 저하시킬 수 있고, 이런 부분의 협약도 강행적 효력을 갖는다고 본다.<sup>138)</sup> 예컨대 퇴직금규정의 누진제를 단수제로 변경함에 있어서 단체협약에 의하여 노사가 합의하면 그런 불이익변경이 가능하다는 것이며, 심지어 소급효 또한 인정하고 있다.<sup>139)</sup> 이런 판례는 단체협약이 변경되면 그대로 근로계약으로 化體되기 때문에 근로계약과의 충돌이 없다는 인식에서 출발하고 있다고 보여진다. 그러나 이러한 판례의 단체협약의 불이익변경 인정에 대하여는 앞서 언급한 대로 有利한 條件 優先 原則에 의거하여 비판할 수 있고, 소급적 적용에 대하여는 外部規律性<sup>140)</sup>과 不遡及의 原則을 이유로 하는 이의를 제

138) 대판 1992. 7. 24. 91다 34073 (중소기업진흥공단 사건).

139) 기득권을 침해하는 소급효에 대한 대한 비판, 김형배, 노동법, 206면: “아무리 노동조합이 근로자들을 대표하는 수임인의 지위에 있다고 하더라도 근로자들의 既得權을 침해할 수 있는 권한까지를 보유하고 있지는 않다.”; 김유성, 노동법Ⅱ, 173면; 대판 1997.7.25, 96다22174 (동아건설산업사건); 異見, 임종률, 노동법, 1999, 127면: “퇴직금누진제에 있어서 그 산정의 기초액이나 지급률을 종전보다 불리하게 변경하는 것은 이미 발생한 퇴직금청구권을 포기하게 하는 것이 아니라 누진제퇴직금에 대한 기대이익을 감축한 것에 불과하므로 유효하다고 보아야 할 것이다.”

기할 수 있다.

① 단체협약 그 자체는 불이익변경되더라도 유리한 조건 우선의 원칙에 의하여 기존의 명시적인 근로계약이나 취업규칙에 대하여 저하된 협약이 직률적 효력을 가질 수 없는 것이다.<sup>141)</sup>

② 그리고 단체협약은 오직 계약상 勤勞條件에 관한 規範에 해당하므로 단체협약이 勤勞契約 自體가 되는 것이 아니며,<sup>142)</sup> 단체협약이 취업규칙을 직률적으로 무효로 만들지 못하는 한, 협약변경이 당연히 취업규칙의 변경을 가져오는 것으로 볼 수도 없다.

③ 또한 불이익변경의 소급적용에 대하여는, 단체협약을 국가적 수권에 의한 自治的 規範으로 보는 이상 遡及適用에 있어서는 입법자의 권능과 마찬가지로 입법상의 제한을 받으며 특히 소급적용을 통한 제3자에 대한 악화행위는 원칙적으로 허용될 수 없다.<sup>143)</sup>

결국, 團體協約이 기존의 근로계약(취업규칙)보다 不利한 것이 分명한 때에는 勤勞契約의 變更을 가져오지 못하고 사용자의 個別

140) 이는 독일의 통설 입장이며 우리나라에서는 이상윤, 노동조합법, 714면에서 취한다.

141) Biedenkopf, a.a.O., 25 ff. 카르텔효과(Kartelwirkung) 내지 제3자에의 책임성 관점에서 근로자에의 이익을 고려하고 확보할 권한만이 있지 그 반대로 불이익하게 규율할 권한은 협약당사자들에게 주어지지 않다고 한다.

142) Richardi, a.a.O., S. 91: "Durch Tarifnorm können zwar Arbeitszeitgrenzen aufgestellt werden. Durch sie kann aber rechtsgeschäftliche Leitungsversprechen keinen anderen Inhalt erhalten."

143) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr. 224.

的인 勤勞契約 變更要請과 근로자의 이에 대한 承諾에 맡겨져 있다고 할 수 있다. 이것은 바로 有利한 條件優先의 原則이 團體協約의 限界로서 다시금 私的自治를 회복하는 기능을 하는 것이라고 해석할 수 있다.<sup>144)</sup> 다만 이런 個別 協商에 있어서는 다시금 단체협약에서 정한 水準을 밑돌 수는 없는 것이다. 만일에 그 이하로 정하게 되면 그 개별 약정은 無效가 되고 무효된 부분은 協約의 정함에 따르게 된다고 할 것이다.

한편, 단체협약에서 勤勞條件의 低下를 직접 규정하지 않고 就業規則에서 달리 정할 수 있도록 하는 경우에 취업규칙 변경절차를 취한다면, 그 취업규칙은 유효하게 변경될 수 있다고 판단된다.

### (3) 化體說과 外部規律說에 대한 고찰

한편 단체협약의 자동적 효력을 인정하는 입장에서 단체협약의 내용이 즉시 근로계약의 내용으로 화체된다는 견해가 있다(化體說). 즉 단체협약의 내용은 즉각적으로 근로계약내용이 되고, 따라서 근로계약내용은 곧 단체협약의 정함으로 파악하게 된다.<sup>145)</sup> 이러한 화체설에 대하여 살펴보기로 하는데, 협약의 근로조건이 향상된 경우와 저하된 경우로 나누어 보기로 한다.

먼저 근로조건이 향상된 경우를 보면, 화체설에 따를 때, 기존의

---

144) Richardi, a.a.O., S. 81, 86.

145) 김형배, 노동법, 592면; 이병태, 최신노동법, 257면.

협약은 이미 근로계약내용이 되었기 때문에 보다 유리한 신탁협약은 종전 근로계약을 깨뜨리고 새로이 보충적 효력을 통하여 근로계약 내용을 형성하는 것으로 이해하게 된다. 그러나 이에 대해서는 團體協約과 勤勞契約이 구별되지 않는다는 점을 비판적으로 지적할 수 있다. 단체협약은 근로계약을 규율하는 실질적인 법규범으로서 勤勞條件의 基準을 설정할 뿐이지, 勤勞契約 自體를 형성하는 것이 아니기 때문이다.<sup>146)</sup> 단체협약은 보다 근로자에게 유리한 근로조건 규범으로서 근로계약을 지배하고 규율하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

다음으로 근로조건이 저하된 경우를 보면, 화체설에 따를 때, 종래의 단체협약이 이미 근로계약 내용으로 화체되어 있으므로, 新規 團體協約은 종래 勤勞契約과 衝突되는 결과가 발생한다. 즉 유리한 조건 우선의 원칙에 따라서 이런 경우에는 신규단체협약은 직물적 효력을 발휘하지 못하게 된다. 이런 협약내용이 개별적 근로관계에 관철되기 위하여는 별도로 개별 근로자들의 同意가 필요하다고 할 것이다. 이런 점에서는 既存 勤勞條件이 계속해서 유지되는 측면이

---

146) Wiedemann/Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr. 209, 211 참조; 또한 다음도 참고할 수 있다. Richardi, a.a.O.(Empfiehl es.), S. 91: "Die Tarifautonomie ersetzt nicht die Individuelle Entscheidungsfreiheit, ob und mit welchem Inhalt sich ein Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung rechtsgeschäftlich verpflichtet.(협약자치는, 개별 근로자가 법률행위를 통해 스스로 근로급부의 의무를 부담할 것인가 말 것인가 그리고 어떤 내용으로 그런 의무를 부담할 것인가 하는 그의 개별적 결정자유를 대신하지 않는다.)"

존재한다. 단체협약규율은 이런 정도에 제한받는다고 말할 수 있고, 유리한 조건 우선의 원칙에 의한 협약자치의 제한으로 개념 정리할 수 있다. 여하튼 이런 경우 사용자가 근로조건을 단체협약 내용대로 변경하고자 할 경우에는 별도로 個別的인 勤勞契約의 變更<sup>147)</sup>을 행하여야 한다.

한편 화체설을 따르지 않고 外部規律說을 취하면, 근로조건의 저하가 있는 경우에도 해당되는 근로계약 규정이 있지 않는 한, 새로운 團體協約과 勤勞契約간에 충돌은 없다. 독자적인 근로계약 내용이 비어 있으면 단체협약이 즉시 근로관계에 규율되는 것으로 이해할 수 있다. 그러나 대부분의 경우, 근로계약내용은 白紙狀態에 있는 것이 아니라 就業規則에 의하여 이미 규율되어 있기 때문에 外部規律說의 입장에서도 종래의 就業規則에 의하여 내용이 정해져 있는 勤勞契約과 신 단체협약간에는 유리한 조건 우선의 원칙에 따른 문제가 발생하는 것이다. 즉 신 단체협약이 종전의 취업규칙의 정함보다 미달하여 규정된 경우로 볼 수 있으면, 協約의 強行的 效力은 발생되지 못하는 것이다. 이 경우에 就業規則의 不利益 變更 문제는 논외로 하더라도,<sup>148)</sup> 종전의 유리한 근로계약을 신규 단체

147) 개별적인 근로계약의 변경은 사용자가 주도적으로 행할 수 있지만 이에 대해 근로자의 동의를 구해야 한다. 동의하지 아니하는 경우 사용자는 근로계약을 해지할 수 있는데, 이런 해지는 정당한 이유가 있어야만 효력을 갖는다. 소위 變更解止(Änderungskündigung)에 해당하며 역시 근로기준법 제30조의 적용을 받는다.

148) 근로법 제97조 제1항은 사용자가 취업규칙을 불이익변경하는 경우에는 과반수로 조직된 노동조합이 있으면 그 노동조합의 동의를 얻도록 하고 있다. 따라서 노동조합의 동의가 있는 경우에 취업규칙 변

협약수준으로 낮추기 위한 個別的 同意는 여전히 요구되는 것이다. 따라서 이런 경우에도 기존 근로조건은 계속해서 존재한다고 볼 수 있다.

그러나 반대로 근로계약이나 취업규칙에 어떤 규정도 정하지 않

---

경은 적법한 것이 된다(예를 들어, 보수규정에서 정한 상여금 700%를 200%삭감하여 500%로 축소하는데 노조가 동의한 경우). 그런데 여기서 문제는 이런 취업규칙의 변경에 의하여 근로계약도 변경되는 것인가 하는 것이다. 생각건대, 이와 같이 적법하게 변경된 취업규칙은 그 자체로서 인정될 수 있지만, 그 즉시 근로계약내용이 된다고는 보지 않는다. 즉 개개 근로자가 적극적으로 반대 의사가 없어서 묵시적으로 동의한 것으로 볼 수 있을 때, 비로소 개개 근로자의 근로계약내용으로 되는 효과를 가져온다고 본다. 왜냐하면 就業規則과 개개 勤勞契約는 區別되어야 하고 근로관계는 근로계약에 의해서만 성립되는 것이지 취업규칙에 의해서 형성되는 것은 아니기 때문이다. 따라서 만일에 취업규칙이 바뀌기 전부터 개별적으로 체결한 보다 유리한 계약내용이 있었다거나, 혹은 취업규칙변경후에 개개 근로자가 분명하게 위 내용대로의 변경에 동의하지 않는다고 표시한 경우에는, 신취업규칙은 당해 근로관계의 내용이 될 수 없다고 본다. 여기서는 개별적인 사용자와 근로자간의 계약변경이 필요한데, 다만 사용자는 이런 변경을 거부하는 자에 대한 계약해지 문제가 제기될 수 있을 것이다.

다음으로, 여기서 노동조합이 취업규칙 불이익변경에 동의하는 것은 오직 조합원만을 위한 행위는 아니며 사업장 전근로자를 위해 행한 동의라는 점이다. 따라서 이런 동의 절차는 단체교섭 차원에서 행하는 것으로 볼 수 없는데, 단체협약과 취업규칙은 명백히 독립적으로 존재하고, 단체협약은 조합원만을 구속하기 위한 의도에서 출발하기 때문이다. 오히려 이것은 노동조합의 경영참가적 공동결정의 한 형태로 보는 것이 타당하다고 판단된다(참고, 김형배, 노동법, 315면).

은 경우에는, 外部規律說에 따르면 新協約은 즉시 백지상태에 있는 勤勞關係에 적용된다고 판단된다.

결론적으로, 협약자율체제는 근로조건을 유지, 향상시키는 장치로서 의도된 것이기 때문에 근로조건을 저하를 정당화하는 기능을 하는 제도는 아니라고 생각된다(이런 점에서 대법원의 판례를 비판할 수 있다). 단체협약은 불이익한 내용을 담는 경우에 이런 내재적 한계로 인하여 종전의 근로계약이나 취업규칙에 강행적 효력이 미치지 어렵다. 다만 협약당사자간에 대등성이 확보된 상황에서 새롭게 발생하는 경영악화에 적절하게 대응하기 위해 解雇를 制限하는 條件으로 고용유지를 위한 내용으로 근로조건을 저하하는 것은 하나의 勤勞條件으로 결합된 有利한 協約規律로서 강행력이 인정될 수 있다고 본다. 그러나 명백히 종전의 근로조건을 저하하는 경우에는, (근로계약 또는 취업규칙의) 유리한 조건 우선의 원칙에 따라 규율되어야 한다. 따라서 단체협약은 그 자체로서 불리한 내용으로 변경될 수 있다 하더라도, 종전의 근로조건을 보장하고 있던 계약이나 취업규칙을 당연히 깨뜨리고 이를 대체한다고 볼 수 없다. 이런 경우에 사용자는 별도로 취업규칙을 변경하거나 개별 근로관계에서 근로조건을 변경을 요청하여야 한다고 본다. 더욱이 기득권을 소급적으로 포기하는 것은 協約自治의 實質的 規律形成機能에 따른 한계로서, 오직 개개 근로자들의 자유로운 의사에 따라야 마땅하다.



## 제5장 맺음말

1. 헌법 제33조 제1항의 “근로조건”의 개념으로부터 도출되는 단체협약의 규율영역은 개별적 근로관계 차원에서의 근로조건만이 아니라 집단적 관계를 포함한 다양한 근로생활사항도 포함하는 넓은 영역으로 파악된다. 이렇게 넓게 협약규율대상을 파악하는 것은, 협약자치가 단지 과거의 고전적인 요구사항만을 규율할 수 있는 집단적 노사관계 제도일 뿐만 아니라 새로운 기술변화에 따른 노사간의 다변화한 요구사항(고용보호나 경영참가)도 수용할 수 있는 노사규율제도라는 점에서, 수긍될 수 있다. 이렇게 보면, 협약당사자들은 임금, 근로시간, 휴가 복리후생 등 근로계약에서 규율될 수 있는 내용에 노사공동기구, 공동질서, 사업장내의 근로자대표(각종 노사위원회)제도도 협약규율영역에 포함할 수 있다. 이러한 헌법상의 광의의 “근로조건”에 의하여 한정되는 협약규율대상의 범위는 단체협약에서 포괄할 수 있는 최대치로서의 의미를 갖는다.

그런데 헌법에서 도출되는 협약규율대상은 노동법률에서 정하고 있는 의무적교섭대상이나 쟁의행위대상과 동일하지는 않다고 보여진다. 의무적 교섭대상은 사용자의 단체교섭응낙의무와 부당노동행위제도 차원에서 파악되는 대상으로서 사용자가 마땅히 교섭에 응하여야 하고 응하지 않게 되면 성실교섭위반으로 부당노동행위를 구성하는 사항들이다. 따라서 협약에서 규율될 수 있는 대상중에는

바로 이와 같은 의무적 교섭대상이 있는가 하면 이러한 교섭대상에 포함되지 않는, 즉 의무적이지 않은 임의적 교섭사항도 있는 것이다. 생각건대, 임금, 근로시간, 기타 근로자의 대우에 관련되는 근로계약적 급부사항과 집단적 노사관계의 운영에 관한 사항은 의무적 교섭대상에 해당하지만(법 제2조 5호, 제33조 제1항, 제48조, 제52조, 제24조 제1항, 제81조 제4호 등 참조), 채용사항, 각종 노사공동기구(근로자재산형성을 위한 기금운영)나 노사협의기구의 설치와 운영, 공동질서의 형성과 같은 사항은 임의적 교섭사항으로 보여진다. **입법론적으로는 채용이나 고용조건, 복지시설의 설치나 노사공동기구에 관한 사항은 근로자에 대한 노동법적 보호차원에서 단체협약의 규범적 부분 및 의무적 교섭사항이 될 수 있도록 명시하는 것이 필요하다**고 본다.

한편, 단체교섭의 결렬로 노사에 의해서 행사되어지는 쟁의행위는 다시 의무적교섭대상중에서 그 일부만을 대상으로 한다고 보는데, 현행 노조 및 노동관계조정법에서는 그 범위를 근로자의 임금, 근로시간, 해고, 복지 기타 근로조건이라는 좁은 근로계약적 급부사항에 한정시키고 있기 때문이다. 이렇게 입법자가 쟁의행위대상을 의무적교섭대상에 비하여 좁게 정한 것은 헌법 제37조 제2항에 의하여 단체행동권에 대한 제한으로 이해할 수 있을 것이다.

다음으로 협약규율대상의 문제와 관련하여, 중요한 쟁점중의 하나가 인사·경영 사항이 어느 한도로 의무적 교섭대상에 포함될 수 있는가의 문제인데, 일반적으로 인사권 행사의 기준 내지 절차

에 관한 사항은 의무적 교섭대상 및 쟁의대상에 들어올 수 있다고 인정되고 있다. 그런데 협약자치는 단체협약이라는 근로조건규율형성에 목적이 있는 것이지, 구체적인 경영결정을 봉쇄하는데 목적이 있는 것이 아니고, 특히 마지막 노사간의 주장관철 수단인 쟁의행위는 단체협약이라는 근로조건규율의 형성이라는 목적에 한정된다는 점은 중요하게 평가되어야 한다. 예를 들어 신기술도입과 같은 경영결정으로 인한 근로자들의 고용문제나 근로조건 변경문제는 단체교섭과 쟁의행위를 통해 단체협약으로 당연히 규율할 수 있지만, 일단 단체협약에서 정하고 있는 경우에는, 사용자가 단체협약(고용안정협약)과 제반 노동법규를 준수하면서 적법하게 경영결정을 집행하는 것을 쟁의행위로 저지하기 힘들다고 보여진다. 그러나 이 부분에 있어서는 **입법론적으로 독일의 공동결정제도에서와 같이 구체적인 인사조치도 근참법상의 노사공동결정의 대상이 되어야 하고, 여기서 발생하는 노사간의 불일치는 화의기구나 중재기구와 같은 중립기구에 의하여 공정하게 해결될 수 있어야 할 것이다.**

2. 협약자치는 근로조건에 관한 규범을 형성하는 만큼 근로계약 자유를 제한하는 측면이 있지만, 헌법은 동시에 협약자치를 근로조건 “향상”에 구속하고 있다. 따라서 노동법 원칙으로서 형성된 “유리한 조건 우선의 원칙”은 다시 단체협약의 규범력에 대한 한계를 형성하며, 근로계약자유를 회복시키는 성질을 갖는다. 개별 근로자들이 스스로 대등한 협상력을 갖추고 있어서 자신이 근로조건을 향상시킬 수 있을 경우에는 이런 집단적 자치의 근로자보호기능은

불필요하다고 볼 수 있다. 다만 개별적 노사관계는 추상적·구조적으로 볼 때, 대등한 관계가 아니기 때문에, 대등하지 못한 것으로 추정하는 것은 계속 인정되어야 하며, 오직 그 **개별계약교섭결과가 보다 유리한 것일 경우에 그 계약의 효력을 인정**해서 계약자유를 회복시킬 수 있다고 본다.

이런 측면은 바로 단체협약이 근로자에게 유리하지 못하게 규율을 형성하는 경우, 특히 종전 근로계약보다 명백히 저하되는 단체협약인 경우에는 그 협약구속력이 계약상의 유리한 조건에 의해 저지되는 점에서도 드러난다. 이 경우, **근로자들은 비록 사용자에 비해 열등한 세력관계에 있지만 직접 자신의 법률관계를 규율할 수 있는 기회는 존중되어야 한다. 또한 기득권을 포기하는 문제는 단체협약에 의해 집단적으로 변경시킬 수 없고 개개 근로자들의 의사에 의해서만 가능하다고 할 것이다.** 그러나 근로조건의 불이익변경에 있어서도, 개별 근로자들이 그 단체협약 수준 이하로 더 하락하여 정하는 것은 단체협약이 여전히 차단시킬 수 있다. 이 부분에서는 단체협약의 근로자보호기능이 발휘될 수 있기 때문이다.

## 〈참고문헌〉

### 【국내문헌】

- 권혜자, 1996년 단체협약분석, 한국노총중앙연구원, 1997.
- 김상호, 협약자치의 한계에 관한 연구, 고대박사학위논문, 1999. 7.
- 김유성, 노동법Ⅱ, 법문사, 1995.
- , 노동법Ⅱ, 법문사, 1998.
- 김재훈, “단체협약에 의한 기존 근로조건의 불이익변경”, 노동법연구(서울대학교 노동법연구회편) 제3집, 1993, 175면 이하.
- 김정한, 노동조합 조직현황 자료집(1992년도), 한국노동연구원, 1993.
- 김치선, 노동법강의, 박영사, 1994.
- 김형배, 노동법, 박영사, 1998.
- , 노동법연구, 박영사, 1991.
- , “단결권의 본질과 그 구체적 보장에 관한 연구” 『성곡논총』 제4집, 433면이하.
- 김형배·윤성천·임종률·하경효, 집단적 노사자치에 관한 법률 - 시안과 입법이유-, 1992.
- 박상필, 한국노동법, 문왕사, 1995.
- 윤성천·김정한, 단체협약분석(Ⅱ), 한국노동연구원, 1998.
- 이병태, 최신노동법, 현암사, 1995.
- , 최신노동법, 현암사, 1999.

- 이병태, “단체협약자치의 한계”, 법학논총(한양대), 7집, 1992, 5면이하.
- 이중복, 사법관계와 자율, 이중복교수논문집간행위원회, 1993.
- 임종률, “단체교섭의 대상”, 노동법에 있어서 권리와 책임(김형배교수 화갑기념논문집), 1993, 406면 이하.
- \_\_\_\_\_, 노동법, 박영사, 1999.
- 정기남, “단체교섭의 주체와 대상”, 노동법학 3호(한국노동법학회), 1991, 7면 이하.
- 최영기/김병훈, 미국자동차산업의 단체교섭 사례연구, 한국노동연구원, 1995.
- 하경효, “사업부폐지결정자체가 단체교섭대상인지 여부”, 경영계 (1994. 6월호), 40면 이하.
- \_\_\_\_\_, “해고권행사여부와 해고근로자의 복직문제가 단체교섭대상인가?”, 현대노사(1996년 4월호), 30면 이하.
- 한국경총, 1998년 단체협약 체결지침, 1998.
- 한국노총, 98 임금·고용정책 및 단체협약 지침, 1998.
- 한국노총, 노동3권에 관한 ILO조약 및 권고편람, 1987.
- 한국전력공사단체협약(1991년 체결).
- 허 영, 헌법이론과 헌법(中), 박영사, 1985.
- \_\_\_\_\_, 한국헌법론, 박영사, 1995.
- 허찬영, 노사협의회운영실태 및 활성화방안에 관한 조사연구, 한국노동교육원 연구보고서, 1996.

## 【외국문헌】

- 片岡, 労働法((1)(2)), 第3版, 有斐閣, 1994(노동법, 宋剛直 譯, 三知院, 1995).
- 西谷, 労働法における 個人と集團, 有斐閣, 1992.
- 菅野, 労働法, 第四版, 1996.
- R. Blanpain, Comparative Labor Law and Industrial Relations, 1982(우재현 역, 비교노동법과 노사관계, 1989).
- Car and Kay, Employment Law, 5. edition, the M & E Handbook Series, 1990.
- Kahn Freund, Labor and the Law, Stevens & Sons, 1976.
- Leslie, Cases and Materials on Labor Law, 3. edition, Little Brown and Company, 1992.
- Chalaron, négociations et accords collectifs d'entreprise, 1990.
- Courturier, Droit du travail(2/Les relations collectives de travail), 1994.
- Dupplot/Fieschi-vivet, Droit du travail, 1985.
- Savatier/Rivero, Droit du travail, 1992.
- Statut national du personnel des industries électriques et gazières, 1988.
- Badura, "Das Recht der Koalitionen - Verfassungsrechtliche Fragestellung, Das Arbeitsrecht der Gegenwart", Bd. 15, 1978, 27 ff.

- Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe, 1964.
- \_\_\_\_\_, "Zum Problem der negativen Koalitionsfreiheit", JZ  
1961 346 ff.
- Brox, Grundbegriff des Arbeitsrechts, Stuttgart, 1982.
- Gamilscheg, Kollektives Arbeitsrecht, München, 1997.
- Hagenmeier/Kempen/Zachert, Tarifvertragsgesetz(Kommentar für  
die Praxis), Köln, 1984.
- Hammer, Die betriebsrechtliche Schutzpflicht für die  
Selbstbestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, Heidelberg,  
1998.
- Hunold, Personalanpassung in Recht und Praxis, 2. Aufl.,  
München, 1992.
- Konertz, Tarifrrechtliche Regelungsmöglichkeiten der  
Rationalisierung, Frankfurt am Main, 1983.
- Kreutz, Grenzen der Betriebsautonomie, München, 1979.
- Chong-Bock Lee, Der Vorrang der Tarifautonomie gegenüber  
Gesetz, Richterrecht und Betriebsvereinbarung(Dissertation),  
Köln, 1983.
- MTL II(Tarifverträge für die Arbeiter der Länder im  
Öffentlichen Dienst), 1993.
- Richardi, Empfiehlt es sich, die Tarifparteien im Verhältnis zu  
den Betriebsparteien neu zu ordnen?(Gutachten B zum  
61. Deutschen Juristentag), Karlsruhe, 1996.



- Richardi, Kollektivgewalt und Individuallwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München, 1968.
- Säcker, "Die Institutions- und Betätigungsgarantie der Koalitionen im Rahmen der Grundrechtsordnung", Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 12, 1975, 1 ff.
- Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992.
- Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 8. Aufl., München, 1996.
- Söllner, Grundriß des Arbeitsrechts, 9. Aufl., München, 1987.
- \_\_\_\_\_, "Grenzen des Tarifvertrags" NZA, 1996, 898 ff.
- \_\_\_\_\_, "Das Begriffspaar der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 16, 1979, 27 ff.
- Thees, Das Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht als Leitsidee des Arbeitsrechts, Berlin, 1994.
- W. Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, Berlin, 1965.
- Wiedermann/Stumpf, Tarifvertragsgesetz(Kommentar), 5. Aufl., München, 1977.
- Wiedemann, "Unternehmensautonomie und Tarifvertrag", RdA 1986, 233 ff.
- Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5.Aufl., 1998.

[저자 약력]

• 주요약력

- 고려대 법대 법학과
- 고려대 대학원 법학과 박사과정수료(법학박사)
- 저작권 심의조정위원회 연구원('89 ~ '95. 3)
- 현 한국노총중앙연구원 책임연구원('95. 3 ~ 현재)

• 주요저서 및 논문

- 북한저작물의 권리보호에 관한 연구('90, 저심위)
- 남북문화교류와 저작권('92, 저심위)
- 전자출판과 저작권('94, 저심위)
- 비조합원의 집단적 노동관계법상 지위('95, 한국노총 중앙연구원)
- 세계화의 흐름에 대한 노동법적 대응(공저, '95, 한국노총 중앙연구원)
- 복수노조하에서의 단체교섭('96, 한국노총 중앙연구원)
- 단체협약국제비교('97, 한국노총 중앙연구원)
- 노조전임자의 법적 보호에 관한 연구('98, 한국노총 중앙연구원)
- 아파트근로자의 고용승계에 관한 연구('99, 한국노총 중앙연구원)
- 협약자치의 한계에 관한 연구('99. 7, 박사학위논문)

---

고용위기하에서의 협약자치에 관한 고찰

---

1999년 7월 19일 인쇄  
1999년 7월 23일 발행

---

발행인            朴仁相

---

발행처           **한국노동조합총연맹**  
주소              서울시 영등포구 여의도동 35번지  
                    (代) 02-782-3884

---

등록              81. 8. 21 (13-31호)

---

인쇄              삼영  
                    (代) 02-2279-6292

---

가격 : 5,000원