취업규칙의 근로조건 결정 기능의 분리 운영 방안

A Separate Operation Plan of the Function for Determining the Working Conditions of the Employment Rules

정 명 현 (Myung-Hyun, Jung)
동아대학교 법학연구소 특별연구원

논문접수 : 2017. 11. 12. 심사게시 : 2017. 11. 15. 게재확정 : 2017. 12. 15.

목 차

Ⅰ. 문제의 제기

Ⅱ. 취업규칙 내용의 구분
1. 취업규칙의 개념 및 내용
2. 구분기준과 내용 분류
3. 구분 내용 별 법적 성질

Ⅲ. 근로조건 결정기능의 분리 필요성
1. 근로조건의 결정 원칙
2. 이원적 구성 내용
3. 외국 취업규칙 제도

Ⅳ. 분리의 운영방안
1. 근로조건협약의 운영
2. 사업장복무규칙의 운영

Ⅴ. 결론

국문요약

현재까지 지속되고 있는 취업규칙에 관한 법적 성질에 관한 논쟁, 사용자 일방의 작성권한의 남용의 우려, 취업규칙에 대한 입법적, 사법적, 행정적 규제의 미비점 등 취업규칙에 대한 문제의 발생원인은 근본적으로 취업규칙의 내용이 '근로조건에 관한 사항'과 '복무규율에 관한 사항'으로 구성되어 있음에도 이를 분리하지 않고 통틀어 하나의 취업규칙으로 운영하고 있는 것과 무관하지 않다고 본다.

이에 현재의 취업규칙의 구성내용에서 '근로조건에 관한 사항'을 분리하여 별도로 운영할 필요성이 있다. 취업규칙에서 '근로조건에 관한 사항'을 분리하면 '근로조건에 관한 사항'은 계약적 성질을, '복무규율에 관한 사항'으로 규범적 성질을 갖는 것으로 구분될 수 있어 취업규칙의 법적 성질에 관한 논란도 일단락될 것으로 본다. 외국의 사례를 참조해 보면 대체로 외국에서는 취업규칙에 정할 사항을 주로 사업장 질서유지를 위해 필요한 사항에 국한하고 있고 근로조건과 관련된 사항은 단체협약이나 별도의 근로계약 등을 통하여 규율하고 있는 것으로 파악된다.

'근로조건에 관한 사항'의 작성은 노사공동의결제도를 도입하여 노사가 대등한 지위에서 자유롭게 근로조건을 결정할 수 있는 구조를 고려할 필요가 있다. 노사협의회를 근로조건협약의 제정주체로 고려해볼 수 있지만 현재의 노사협의회는 이해공통적 사항을 다루도록 입법되어 있기 때문에 이해대립적인 '근로조건에 관한 사항'을 결정하는데 적절하지 못하다. 노사협의회가 '근로조건에 관한 사항'을 취급할 수 있도록 하기 위해서는 노사협의회의 목적, 의결사항, 근로자대표 위원 선출방식과 절차 등 해당법률을 대폭 보완하여야 한다. 사견으로는 근로기준법상의 근로자대표제를 보완하여 근로조건협약의 제정주체로 삼는 방안이 바람직하다고 본다.

사업장복무규칙은 기업의 존립과 사업의 원활한 운영을 위하여 필요불가결한 것이므로 경영권에 기하여 사용자 일방에 의하여 작성할 수 있다고 본다. 하지만 사용자에게 사업장복무규칙의 제정권이 있다고 하여 곧 바로 그러한 복무규칙이 근로자에게 적용되는 것은 아니라고 본다. 사용자 일방이 제정한 사업장복무규칙을 준수하겠다는 근로자의 승낙 또는 묵시적 동의가 있어야만 그러한 복무규칙이 비로소 근로자에게 적용된다. 사용자는 근로자 채용 전, 즉 창업시에 사업장복무규칙을 제정할 수 있다고 보는데, 이 때는 동의할 근로자집단이 존재하지 않으므로 사용자의 사업장복무규칙 제정권의 남용을 방지하기 위한 행정적 규제가 필요하다고 본다. 근로자 채용 후에도 사용자는 일방적으로 사업장복무규칙을 제정할 수 있지만 그 복무규칙을 근로자에게 적

용하고자 할 때에는 재직근로자의 집단적 동의가 필요하다고 한다. 사용자 일방이 제정·변경한 사업장복무규칙의 적용에 대해 근로자집단이 이를 거부하여 사업장복무규칙의 운영이 원활하지 못할 경우에는 현재 판례가 원용하고 있는 합리성이론을 채택하여 해결할 수 있을 것으로 본다.

사업장복무규칙에 대한 행정적 통제를 용이하게 하기 위한 수단으로 표준사업장복무규칙의 사용의 필요성을 제기한다. 업종별, 직종별로 표준사업장복무규칙을 제정하고 업종이나 직종이 동일 또는 유사한 기업의 경우 동일한 표준사업장복무규칙을 사용하도록 하여 취업근로자간 차등적, 차별적 요소를 없애도록 할 필요가 있다.

◉ 주제어 : 취업규칙, 근로조건, 복무규율, 노사협의회, 근로자대표. 사업장복무규칙, 근로조건협약

I. 문제의 제기

우리나라에서 취업규칙은 근로조건을 결정하는 계약의 한 형태로 사용되지만 사용자 일방에 의해서 작성·변경될 수 있고 그러한 취업규칙은 법규범적 효력을 갖는다는 이유로 취업규칙의 법적 성질을 법규범으로 볼 것인가 아니면 계약으로 볼 것인가에 관해 끊임없는 논란이 이어져오고 있다.[1)]

사용자 일방에 의해 작성·변경되는 취업규칙은 사용자가 자신에게 유리하도록 취업규칙의 내용을 정할 소지가 크고 사용자 일방이 위법·부당한 취업규칙의 내용을 작성하더라도 사법적 판단을 받기 전에는 일단 법적 효력이 발생하는 것이어서 근로자의 권리가 침해될 수 있다.[2)] 이 때문에 근로자를 보호하기 위하여 취업규칙에 대해 입법적 규제를 가할 필요성이 대두된다. 세계 여러 나라에서 취업규칙의 작성강제, 내용의 규제, 제정 및 변경에 있어서의 근로자의 참가, 동의, 취업규칙의 공시 등의 입법태도를 취하고 있는 것도 이러한 근로자보호기능을 실현하기 위해서다.[3)]

우리나라의 근로기준법에 취업규칙에 대한 근로자집단의 의견청취, 행정관청에의 신고, 취업규칙의 게시 등의 규정을 둔 것도 취업규칙의 규제를 통하여 근로자를 보호하기 위한 목적이 있는 것이다.[4)] 그러나 이러한 규정을 위반하여도 취업규칙의 효력을 인정하는 편이기 때문에 행정적 규제의 실효성은 낮다고 할 수 있다.

지금까지 지속되고 있는 취업규칙에 관한 법적 성질에 관한 논쟁, 사용자 일방의 작성권한의 남용의 우려, 취업규칙에 대한 입법적, 사법적, 행정적 규제의 미비점 등 취업규칙에 대한 문제의 발생원인은 근본적으로 취업규칙의 내용이 근로조건에 관한 사항과 복무규율에 관한 사항 즉 계약적 부분과 규범적 부분이 병존하고 있음에도 불구하고 이를 분리하지 않고 통틀어 취급하는 것과 무관치 않다고 본다.

1) 노동부, 「취업규칙 분석 및 제도개선 방안 연구」, 2009, 58면.

2) 취업규칙 분석에 따르면, 최근의 법개정 사항들을 취업규칙에 신속하게 반영하지 못하여 노동법령에 위반되는 사례가 적지 않게 발견되고 있다(김정한 · 문무기 · 윤문희, 「취업규칙 분석(II)」, 한국노동연구원, 2008, 180면 이하). 사용자가 작성하는 취업규칙의 내용에 위법 · 부당한 사항이 있는지 여부를 사전에 명확히 판단하기는 쉽지 않기 때문에 취업규칙에는 위법 · 부당한 사항이 있을 수 있다. 그렇기 때문에 근로기준법은, 법령 및 단체협약에 위반하는 취업규칙의 시정을 위해 고용노동부장관에게 시정명령권을 부여하고 있다(제96조 제2항).

3) 有泉亨, 「勞働基準法」, 東京:有斐閣, 1983, 175面.

4) 강희원 · 선미란, "취업규칙의 본질에 관한 일고찰", 「외법논집」 제37권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2013, 238면.

이에 본고에서는 근로조건에 관한 사항과 복무규율에 관한 사항으로 구성된 취업규칙의 내용에서 '근로조건에 관한 사항'을 기재한 부분(이하, '근로조건협약'이라고 가칭한다.)과 '복무규율에 관한 사항'을 기재한 부분(이하, '사업장복무규칙'이라고 별칭한다.)[5]으로 분리하여 운영할 필요성을 분석하고 구체적인 각 운영방안을 제시하고자 한다.

II. 취업규칙 내용의 구분

1. 취업규칙의 개념 및 내용

취업규칙'이란 사용자가 사업 또는 사업장의 질서유지 및 효율적 업무수행을 위하여 필요한 복무규율과 근로자 전체에 적용될 근로조건을 정한 준칙을 말한다.[6] 취업규칙은 사규, 인사규정, 복무규정, 운영규정, 예규 등 그 명칭을 불문하고 직장 내 복무규율과 임금 등 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 이는 취업규칙에 해당한다.[7] 사업 또는 사업장의 근로자 전체에게 통일적으로 적용될 근로조건 등에 관한 준칙을 규정하고 있는 (표준)근로계약서도 취업규칙에 해당한다.[8] 취업규칙은 그 형성에 있어서 사용자와 개별근로자의 근로계약에 의한 것도 아니고 사용자와 노동조합과의 단체교섭에 의한 것도 아니라는 점, 취업규칙은 사용자가 일방적으로 작성하는 것에 불과하지만 법적 효력이 부여된다는 점, 일반 법규범과 달리 취업규칙의 적용범위는 사업장에 한정되어 있다는 점에서 그 특징이 있다.

단체협약이 노동조합이 결성된 사업장에서만 도출될 수 있는 문서임에 반해 취업규칙은 거의 모든 사업장에서 의무적으로 작성해야 하는 문서이기 때문에 단체협약에 비해 노동자에게 더욱

5) 근로조건에 관한 사항을 기재한 부분을 제외하고 복무규율에 관한 사항만이 기재된 부분에 대해서도 취업규칙이라 칭할 수 있지만 두 가지 사항이 모두 포함된 현재의 취업규칙과의 구별을 위하여 복무규율에 관한 사항만이 기재된 취업규칙에 대해 '사업장복무규칙'이라고 별도로 칭한다.

6) 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다24511 판결; 대법원 1977.7.26, 선고, 77다355, 판결; 이상윤, 「노동법」, 법문사, 2002, 372면. 취업규칙 중 근로자가 준수해야 할 근무규칙을 '좁은 의미의 취업규칙'이라 하고 사용자가 설정한 경영규범을 '넓은 의미의 취업규칙'이라고 분류하기도 한다(이영희, 「노동법」, 법문사, 2001, 474면).

7) 대법원 1998.11.27, 선고, 97누14132, 판결; 대법원 1992.2.28. 선고 91다30828 판결; 1997.11.28. 선고 97다24511 판결 등 참조. 초기의 취업규칙은 근로조건을 그 주된 내용으로 하는 오늘날의 그것과는 달리 복무규율과 그 위반에 대한 제재를 주된 내용으로 하고 있었다(박상필, 「근로기준법 강의」, 대왕사, 1991, 454면; 문원주, 「주석실무 근로기준법」, 법원사, 1993, 579면; 이영희, 「근로계약론」, 인하대학교 출판부, 1988, 220면)

8) 대법원 1998. 3. 24. 선고 96다24699 판결; 대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14132 판결.

실효성이 큰 규범이라 할 수 있다.[9] 우리나라와 같이 취업규칙은 상시 10인 이상 종사하는 사업장에서는 의무적으로 작성해야 하고 근로자의 90% 가까이가 노동조합에 가입하지 않아 단체협약의 적용률이 아주 낮은 경우에 취업규칙의 실효성은 매우 크다고 할 수 있다.[10]

취업규칙은 사용자 일방에 의해 작성되는 것이기에 취업규칙의 내용도 사용자에 의해 규정된다. 사용자가 취업규칙을 작성하지 않거나 상세하게 기재하지 않으면 사용자는 우월적 지위에서 자의적으로 근로조건을 설정하고 근로자는 이에 따를 수밖에 없게 된다. 사용자의 일방적 제정권으로부터 근로자를 보호하고자 근로기준법에서 사용자에게 취업규칙을 제정할 의무를 부과하고 취업규칙의 필요적 기재 사항을 정하고 있다(제93조).

취업규칙의 필요적 기재사항으로, ① 업무의 시작과 종료 시각, 휴게시간, 휴일, 휴가 및 교대근로에 관한 사항, ② 임금의 결정·계산·지급 방법, 임금의 산정기간·지급시기 및 승급에 관한 사항, ③ 가족수당의 계산·지급 방법에 관한 사항, ④ 퇴직에 관한 사항, ⑤「근로자퇴직급여 보장법」 제4조에 따라 설정된 퇴직급여, 상여 및 최저임금에 관한 사항, ⑥ 근로자의 식비, 작업 용품 등의 부담에 관한 사항, ⑦ 근로자를 위한 교육시설에 관한 사항, ⑧ 출산전후휴가·육아휴직 등 근로자의 모성 보호 및 일·가정 양립 지원에 관한 사항, ⑨ 안전과 보건에 관한 사항, ⑩ 근로자의 성별·연령 또는 신체적 조건 등의 특성에 따른 사업장 환경의 개선에 관한 사항, ⑪ 업무상과 업무 외의 재해부조에 관한 사항, ⑫ 표창과 제재에 관한 사항, ⑬ 그 밖에 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항을 규정하고 있다.

취업규칙의 필요적 기재사항으로 규정되어 있다고 하더라도 빠짐없이 취업규칙에 기재해야하는 것은 아니다. 예를 들어 교대근로, 가족수당, 상여 등에 관한 사항은 근로기준법 등에서 해당 사항에 대한 최저기준이 적용되지 않으므로 해당사업(장)에서 이를 시행하는 경우에만 기재할 의무가 있다.[11]

2. 구분기준과 내용 분류

근로기준법에 규정된 취업규칙의 필요적 기재사항들을 보면 '근로조건에 관한 사항' 및 '복무규율에 관한 사항'이 구분없이 혼재되어 있다. 특히 마지막 항에서는 "그 밖에 해당 사업 또는 사

9) 노동부,「노동백서」, 2009, 496면 참조.

10) 조득주, "취업규칙제도에 관한 연구", 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2008, 18면.

11) 임종률,「노동법」, 박영사, 2015, 352면.

업장의 근로자 전체에 적용될 사항"을 들고 있어 '근로조건에 관한 사항' 및 '복무규율에 관한 사항' 구분없이 모든 근로자에게 적용되는 사항은 취업규칙의 필요적 기재사항이 된다.

현재의 취업규칙의 기능에서 근로조건 결정기능을 떼어 내 별도로 운영하기 위해서는 취업규칙 내용을 '근로조건에 관한 사항'과 '복무규율에 관한 사항'으로 분리하여야 한다. 취업규칙의 내용 중 '근로조건에 관한 사항'은 근로시간·장소, 임금 등 근로의 제공과 관련된 조건으로서 근로자집단에 공통적으로 적용되는 사항들이 해당된다. 취업규칙의 내용 중 '복무규율에 관한 사항'으로는 연수, 교육, 승진, 평가, 시험, 인사고과, 정원관리, 조직구성 등 인사관리나 조직관리를 위한 제도 등이 해당된다. 인사·조직관리에 필요한 사항은 경영권의 본질적인 사항으로서 사용자의 고유권한에 속하는 것으로 평가된다.[12] 그리고 더 나아가 음주흡연, 근무태도불량, 안전보건규칙위반, 기업시설의 손괴, 자재의 무단반출, 사업장내 범죄행위 등에 대한 징계규정도 복무규율에 해당한다.

그러나 '근로조건에 관한 사항'과 '복무규율에 관한 사항'은 쉽게 구분될 수 있는 성질의 것은 아니며 양자는 중첩되거나, 서로 영향을 미치거나, 구분이 모호한 경우가 많다.[13] 따라서 이들 사항을 구분하는 것이 쉽지 않을 것이나 기본적으로 해당사항이 근로제공과 대응관계에 있는 것 즉 임금, 근로시간, 휴가 등 근로조건 및 복리후생, 대우 등에 관한 사항은 '근로조건에 관한 사항'으로, 그리고 해당사항이 기업운영에 관계된 사항 즉 연수, 교육, 승진, 평가, 시험, 인사고과, 정원관리, 조직구성 등 인사관리나 조직관리를 위한 제도 등에 관한 사항은 '복무규율에 관한 사항'으로 구분할 수 있다.[14]

한편 노무제공과 관련된 사유로서 업무지시위반, 근무태만 등의 행위는 근로계약의 주된 의무로서 근로제공의무를 위반하는 것이 되고 비밀누설행위, 기업명예·신용훼손행위, 겸직금지위반행위 등은 근로계약의 부수적 의무로서 근로자의 성실의무에 위반하는 것이 된다. 경력사칭행위는 근로자에 대한 신뢰관계와 직장질서가 침해될 위험이 있다고 보아 기업질서침해행위로 보기도 하고 계약상의 신의칙의 위반행위로 보기도 한다.[15] 기업질서정립 및 유지권한의 개념을 근로자의 의무측면에서 보면 근로계약상 신의칙에 기해 근로자의 부수적 의무(기업질서 준수의무)로

12) 노동부 근기 68207－352, 2003.3.26; 노동부 근로조건지도과－1153, 2008.4.29.

13) 하갑래, "취업규칙 불이익변경에 있어서 사회통념상 합리성", 「법학논총」 제33권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2009, 774-775면.

14) 영국의 공장규칙, 회사규칙, 피용자편람 등의 취업규칙은 당사자가 '계약상 조항'이 되는 것으로 의도하는 것이 불명확하면 '계약조건'으로 되지 않는다고 한다(김철, "취업규칙제도의 비교법적 일고찰", 「경희법학」 제45권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2010, 243면).

15) 임종률, "근로자 징계의 법리", 「법학논총」 제5집, 숭실대학교 법학연구소, 1989, 164면.

구성하는 것도 가능하다는 견해도 있다.[16] 하지만 기업질서 준수의무를 근로계약의 부수적 의무로 구성하게 되면 근로조건에 관한 사항과 구별이 어렵게 된다. 따라서 복무규율은 사용자의 재산권 또는 경영권에 기초하여 사업장에 소속된 근로자에게 따를 것을 요구하는 권한이지만 근로자는 사업장에 소속됨으로서 자동적으로 복무규율의 적용을 받는 것이 아니라 채용이라는 과정에서 사업장의 복무규율에 따를 것을 승인 또는 묵시적 승인이 있었다고 보아 적용하게 되는 것으로 보아야 한다. 이를 달리 말하면 복무규율준수에 대한 청약과 승낙이라는 근로계약을 통하여 비로소 적용되는 것이기 때문에 기업질서준수의무가 근로계약상의 의무로 나타나는 것이지 단순히 근로계약의 부수적의무로 볼 것은 아니라고 본다.

원칙적으로 취업규칙에 규정된 근로조건에 관한 사항은 근로계약의 주된 의무, 부수적 의무에 해당하고 이를 위반하면 채무불이행에 해당하므로 이는 근로계약위반의 효과로서 손해배상 또는 근로계약의 해지가 가능하며 징계책임은 성립하지 않는다. 그러나 복무규율에 관한 사항을 위반하는 때에는 사용자는 기업질서침해를 이유로 징계처분이 가능하다. 취업규칙에서는 징계처분에 관한 사항을 규정하고 있는데, 기업질서유지와 관련된 사항을 징계의 대상으로 정하고 있다. 그러나 근로조건에 관한 사항 즉 근로계약 위반의 경우도 징계처분대상으로 정하고 있을 수 있는데, 이 경우 해당 근로계약 위반행위는 근로계약위반에 대한 책임을 묻는 것이 아니고 그러한 근로계약 위반행위가 기업질서의 침해를 야기하였다는 것에 대한 책임을 묻는 것이다. 따라서 특정한 근로계약 위반행위에 대해여 채무불이행 책임을 물을 수 있고 이와 병행하여 기업질서침해를 이유로 징계책임을 물을 수 있다

근로계약상의 위반행위가 반드시 복무규율 위반에 해당하지 않는다고 볼 수 없고 이러한 계약위반행위가 기업질서를 침해한다고 보는 경우 복무규율 위반에 해당할 수 있는 것이다. 예를 들어 어떠한 위법행위가 타인의 권리를 침해하는 민사사건에 해당함과 동시에 국가 질서를 위반하는 형사사건에도 해당할 수 있는 것과 같은 이치다. 따라서 계약위반사유를 취업규칙에서 징계사유로 정하여 이에 따라 징계처분하는 경우 계약위반행위에 대해 질서벌책임을 지우는 것은 원칙적으로 징계처분사유로서 정당성을 지닌다고 볼 수는 없지만[17] 계약위반행위가 직장질서와도 관련되어 복무규율로 정하고 있다면 징계처분사유에도 해당될 수 있는 것이다.[18] 직장질서유지 즉

16) 福島 淳, "勞使間における信義則と懲戒", 「福岡教育大學紀要」 29号, 1979, 39頁 이하. 방준식, "징계해고규제법리의 재검토", 「강원법학」 제35권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012, 186면 재인용.

17) 이상국, "사용자의 징계권에 관한 연구", 「한양법학」 제21집, 한양법학회, 2007, 594면.

18) 임종률, 앞의 책, 505면.

복무규율에 관한 사항과 근로조건에 관한 사항의 구분은 징계의 대상이 되는지와 근로계약상의 의무위반과의 구분의 문제와 상통한다고 볼 수 있다.

근로기준법 제93조에서 규정하고 있는 취업규칙의 필요적 기재사항 중에 근로조건과 관련된 사항을 분리해보면 ① 업무의 시작과 종료 시각, 휴게시간, 휴일, 휴가 및 교대 근로에 관한 사항, ② 임금의 결정·계산·지급 방법, 임금의 산정기간·지급시기 및 승급(昇給)에 관한 사항, ③ 가족수당의 계산·지급 방법에 관한 사항, ④ 퇴직에 관한 사항, ⑤「근로자퇴직급여 보장법」 제4조에 따라 설정된 퇴직급여, 상여 및 최저임금에 관한 사항, ⑥ 근로자의 식비, 작업 용품 등의 부담에 관한 사항, ⑧ 출산전후휴가·육아휴직 등 근로자의 모성 보호 및 일·가정 양립 지원에 관한 사항은 '근로조건에 관한 사항'이라고 볼 수 있다. 그리고 이러한 사항들을 제하고 나면 복무규율과 관련된 사항만이 남게 되는데 ⑦ 근로자를 위한 교육시설에 관한 사항, ⑨ 안전과 보건에 관한 사항, ⑩ 근로자의 성별·연령 또는 신체적 조건 등의 특성에 따른 사업장 환경의 개선에 관한 사항, ⑪ 업무상과 업무 외의 재해부조에 관한 사항, ⑫ 표창과 제재에 관한 사항 등은 '복무규율에 관한 사항'이 된다.[19)]

교육, 안전, 보건, 사업장환경, 재해부조, 징계에 관한 사항을 복무규율로 보는 근거는 이러한 사항들은 일반적으로 사용자가 근로의 질을 높이거나 작업장 내 사고나 위험의 예방하기 위한 것이거나 재해를 당한근로자의 생계보장을 위한 것이거나 사업장 질서유지를 위한 것으로서 근로제공의 내용과 직접적인 관련이 없는 사항들이다. 특히 징계는 근로조건 위반이 아닌 사업장질서를 침해한 것에 대한 벌이라는 점에서 사업장복무규율에 해당한다.[20)] 한편, 판례는 쟁의기간 중에는 조합원에 대하여 어떠한 사유에 의해서도 징계, 부서이동 등 제반 인사조치를 할 수 없다는 단체협약의 규정에 대해 개별적인 노동조건에 관한 부분이라고 판시한 사례가 있다.[21)] 그러나 징계, 부서이동 등 제반 인사조치는 원칙적으로 사용자의 고유한 권한이기 때문에 이는 복무규율에 관한 사항으로 보아야 하며, 사례의 경우 노동조합의 쟁의행위를 무력화하지 않도록 단체협약으로 사용자의 고유한 권한을 제한한 것으로써 이는 근로조건 및 대우 등에 관한 의무교섭사항이 아닌 임의교섭사항으로서 노사간에 단순한 자유로운 합의인 단체협약의 채무적 부분에 해당한

19) 노동부, 앞의 취업규칙 분석 및 제도개선 방안 연구, 141-142면

20) 같은 견해: 조직체 내에서 사용자가 의도하는 대로 근로의 제공을 실행하는 과정에서 요구되는 규율질서나 신의칙상 제반 작위 혹은 부작위의무를 부담하는 관계에서 사용자가 관장하는 사업장 조직의 효율적 운영을 위해 일종의 사업장 질서를 설정하고 그러한 사업장 질서에 위반하는 자에 대해 제재를 가하는 징계는 취업규칙의 내용 중 사업장질서에 관한 부분으로 구분한다(노동부, 앞의 취업규칙 분석 및 제도개선 방안 연구, 59면).

21) 대법원 2009.2.12, 선고, 2008다70336, 판결.

다고 볼 수도 있을 것이고 이에 관해 개개인에게 청구권을 부여한 것으로 약정한 때에는 그 약정에 의하여 근로자는 사용자에게 그 사항의 실현을 청구할 수 있는 것이라고 본다.[22)]

3. 구분 내용 별 법적 성질

취업규칙의 법적 성질에 관한 기존의 논의를 먼저 살펴보면, 취업규칙은 근로기준법이 근로자의 지위를 보호·강화하여 그들의 기본적 생활을 보장·향상시키려는 목적의 일환으로 사용자에게 그 작성을 강제하고 법적 효력을 부여하고 있기 때문에 법규범이라고 보는 법규범설과 사용자와 근로자의 합의를 그 효력의 근거로 하고 근로자들이 취업규칙과 내용에 동의한 때에는 근로조건에 관한 규정은 근로계약의 내용으로 화체된다는 계약설이 있다. 법규범설은 경영권설,[23)] 수권설, 관습설 등으로 나뉘고 계약설은 순수계약설, 사실규범설, 사실관습설 등으로 나누어지고 있다.[24)] 법규범설은, 원래 법규범은 대의민주주의 원칙에 따라 법규범의 제정 권한이 있는 국회에서 제정되어야 하나 사용자에게 일방적으로 작성 및 변경권한을 부여하고 근로자가 이에 구속될 수 있도록 하고 있다는 점에서 문제점이 있고, 계약설은, 기업 내의 근로조건이나 직장규율은 개별근로자의 자유로운 의사에 의하여 결정된 것이 아니고 사용자 일방에 의해 작성된 취업규칙을 어쩔 수 없이 받아들이는 것이기 때문에 거래당사자의 자유로운 의사표시에 의한 계약으로 보기에는 무리가 있다는 지적이 있다.[25)] 판례는 법규범설의 입장[26)]에 있는 것도 있고 계약설의 입장[27)]에 있는 것도 있지만 판례의 대체적 경향은 취업규칙에 대해 노사간의 집단적인 법률관계를 규정하는 법규범의 성격을 갖는 것으로 보고 있다. 취업규칙의 법적 성질에 대해 과거 판례는 경영권설 또는 소유권설이나 관습법설로 보다가 계약설로 변경되었고 그 후 판례는 수권설을 취하고

22) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2005, 743-744면.

23) 취업규칙은 사용자의 기업소유권의 행사에 의하여 설정된 기업경영체의 절서이고 국가가 이러한 사용자의 지배권능을 승인하여 취업규칙을 경영체의 법규범으로서 간주하는 것이라고 설명하는 것이 소유권설 내지 경영권설이다(山崎武夫, "就業規則の效力", 「現代勞働法講座10: 勞働契約.就業規則」, 東京: 總合勞働硏究所, 333頁). 우리나라 대법원은 "취업규칙은 사용자가 기업경영권에 기하여 사업장에 있어서의 근로자의 복무규율이나 근로 조건의 기준을 획일적 통일적으로 정립하기 위하여 작성하는 것으로서..." 라고 판시한바 있고(대법원 1977.7.26, 선고, 77다355, 판결). 일본의 판례도 취업규칙은 본래 사용자의 경영권으로 작용으로서 일방적으로 정해지는 것이고 그 변경에 있어서도 다르지 않다고 하였다(東京地裁 1954.1.21. 判決. 勞民集 5倦 1号 29面; 最高裁 1952.7.4.. 判決, 民集 6卷 7号 635面).

24) 이병태, 「최신노동법」, 중앙경제사, 2008, 927-928면; 김유성, 「노동법I」, 법문사, 2006, 200면.

25) 김철, "취업규칙에 관한 연구", 박사학위논문, 경희대학교 대학원, 2010, 37-42면.

26) 대법원, 1997.7.26, 선고 77다355 판결.

27) 대법원 1992.12.22, 선고, 91다45165, 판결.

있다.[28] 일본에서 취업규칙의 법적 성질을 둘러싼 종전의 논의는 노동계약법제의 제정으로 인하여 취업규칙의 법적 효력에 대한 논의는 일단락 짓게 되었다.[29]

과거 취업규칙은 자치규범에서 출발하여 법규범으로 변화하였다고 볼 수 있는데, 자치규범이든 법규범이든 취업규칙이 계약당사자간의 계약사항을 포함하고 있는 이상, 계약사항을 법규범으로 취급한다는 문제점은 여전히 안고 있다. 취업규칙의 법적 성질에 관한 기존의 논의가 계약설과 규범설로 대립하고 있는 근본적인 이유 중의 하나는 취업규칙이 법규범적 성질을 갖는 부분과 계약적 성질을 갖는 부분으로 구성되어 있음에도 불구하고 취업규칙의 이러한 두 가지 부분을 분리하지 않고 한꺼번에 다루고 있는 것과 무관하지 않다고 본다.

취업규칙의 내용 중 '근로조건에 관한 사항'은 근로제공과 관련하여 근로계약으로 정한 내용 중에서 전체근로자들에게 공통적으로 적용되는 채무적 내용으로서 계약적 성질을 갖는다고 할 수 있고 '복무규율에 관한 사항'은 사업장 내 질서유지를 위해 전체근로자들이 지켜야 할 행동규칙으로서 규범적 성질을 갖는다고 할 수 있다. 취업규칙의 성질에 관한 현재의 논란을 근본적으로 해소하기 위해서는 취업규칙을 '근로조건에 관한 사항'과 '복무규율에 관한 사항'으로 분리하여 취급할 필요가 있다.

현재의 취업규칙을 '근로조건에 관한 사항'과 '복무규율에 관한 사항'으로 분리하는 경우 '근로조건에 관한 사항'은 계약으로 보는데 의문이 없지만, '복무규율에 관한 사항'이 계약인지 규범인지에 관한 의문은 여전할 수 있다. 그러나 '복무규율에 관한 사항'이 계약인지 규범인지에 관한 논의는 취업규칙이 계약인지 규범인지에 관한 논의와는 다르다. 취업규칙 자체에는 '근로조건에 관한 사항'과 '복무규율에 관한 사항'이 병존하고 있어 취업규칙의 성질을 논한다는 것은 '근로조건에 관한 사항'과 '복무규율에 관한 사항'의 법적 성질을 함께 다루는 것이나 취업규칙을 '근로조건에 관한 사항'과 '복무규율에 관한 사항'으로 분리한 후 '복무규율에 관한 사항'만 떼어서 법적 성질을 논하는 것과는 다르다. 취업규칙에서 '복무규율에 관한 사항'만 떼어내서 그 법적 성질을 논한다고 보면 '복무규율에 관한 사항'은 사업장 전체 구성원들의 행위를 규제하는 기능을 한다는 차원에서 보면 사업장자치규범이라고 보는 것이 타당하다고 본다. 보통 자치규범은 그 적용을 받는 집단적 의사결정방식에 의해 성립한다고 할 수 있을 것이나[30] 기업의 경우 경영권에 기

28) 대법원 1977.7.26, 선고, 77다355, 판결; 박종율, "취업규칙의 법적 성질과 효력", 「법학연구」 제12권, 전북대학교 법학연구소, 1985, 247-250면; 임종률, "취업규칙의 법적 성질과 효력", 「김학수박사 화갑기념논문집」, 1985, 244면.

29) 菅野和夫, 「労働法」, 弘文堂, 2008, 108面.

30) 단체는 자신의 조직에 대한 독자적이고 자발적인 규율을 할 수 있는 권한을 규범적으로 보장받게 된다. 단체의 구성원은 단체가 정한 규

하여 자치규범을 제정할 수 있다고 본다. 물론 노사의 합의에 의하여 자치규범을 제정할 수도 있을 것이다. 현 취업규칙제도가 취업규칙의 제정과 불리하지 아니한 변경시 근로자의 동의를 받지 않아도 효력이 발생되도록 하고 있다. 이는 근본적으로 취업규칙이 경영권에 기하여 사용자가 임의로 제정할 수 있는 자치규범적 성격을 가지고 있기 때문인 것으로 보인다.

규범은 인간의 행위를 지배하는 규칙이기 때문에 사업장자치규범도 사업장에 소속된 근로자의 행위를 지배한다. 인격을 가진 자유로운 존재로서의 인간이 타인의 지배를 받기 위해서는 자신의 동의가 있어야 한다. 사업장에 편입되는 근로자는 사용자의 경영권의 행사에 따를 것을 전제로 입사한 것이므로 당연히 사용자가 경영권에 근거하여 작성한 사업장자치규범의 적용을 받게 된다. 요약하건대 복무규율은 사용자가 일방적으로 제정한 자치규범 내지 법규범이라고 할 수 있으며[31] 이러한 규범이 근로자에게 적용되는 법적 근거는 근로자가 사업장에 편입됨으로써 묵시적 동의에 의한 계약이 성립되었다고 볼 수 있기 때문이다.[32]

Ⅲ. 근로조건 결정기능의 분리 필요성

1. 근로조건의 결정 원칙

취근로기준법은 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다고 규정하고 있다(제4조). 이는 근로관계에서 근로자는 사용자에 비하여 상대적 약자의 지위에 있기 때문에 근로자는 불리한 근로조건이라도 수용할 수밖에 없는 사정을 고려하여 이러한 근로조건 결정의 원칙을 천명하고 있는 것이다. 하지만 근로조건의 결정 원칙의 선언만으로 근로조건이 대등한 지위에서 자유의사에 따라 결정되는 것은 아니다. 개별근로자의 지위만으로는 사용자와 대등한 관계를 형성할 수 없고 개별근로자가 단결하여 하나의 근로자단결체를 통해 교섭할 때 대등한 관계의 형성이 가능하다. 이를 위해 헌법에서는 근로자에게 근로조건의 향상을 위한 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이라는 노동3권을 부여하고 있다. 근로자는 헌법이 보장하는

범의 적용을 받으며 단체의 징계권에 복종한다(송호영, "소속사원에 대한 단체의 징계권에 관한 연구", 「재산법연구」 제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009, 5면.). 대법원은, 사단법인의 정관은 이를 작성한 사원뿐만 아니라 그 후에 가입한 사원이나 사단법인의 기관 등도 구속하는 점에 비추어 보면 그 법적 성질은 계약이 아니라 자치법규로 보는 것이 타당하다고 판시한바 있다(대법원 2000.11.24, 선고, 99다12437, 판결).

31) 사용자가 작성한 취업규칙은 '자치규범'이라고 할 것이고 그러한 자치규범이 법적 규율을 받는 때에는 '법규범'이라 할 것이다.

32) 임종률, 앞의 논문, 1989, 158면 참조.

단결권에 기초하여 근로자단체인 노동조합을 설립하여 사용자와 근로조건에 관하여 교섭할 수 있다. 이렇게 함으로써 근로자와 사용자가 대등한 지위에서 자유의사에 따라 근로조건을 정할 수 있고 그 결과는 단체협약이라는 문서로 작성된다.

한편, 노동조합이 있는 기업에서는 전체 근로자의 공통적인 근로조건에 관한 사항은 단체협약에 규정될 수 있으나 노동조합이 없는 기업에서는 단체협약을 체결할 수 없기 때문에 전체 근로자의 공통적인 근로조건에 관한 사항이 취업규칙에 규정된다. 물론 노동조합이 있는 기업에서도 취업규칙에 전체 근로자의 공통적인 근로조건에 관한 사항 규정될 수 있지만 취업규칙보다 단체협약이 우선하기 때문에 취업규칙에서 정하고 있는 근로조건에 관한 사항이 단체협약에 저촉되는 경우 효력이 없다(노조법 제33조).

단체협약의 경우 노사 당사자가 대등한 지위에서 교섭하여 체결되는 것이어서 근로기준법상의 근로조건 결정 원칙이 충족될 수 있지만 취업규칙의 경우 사용자 일방이 작성하는 것이어서 이러한 원칙이 충족된다고 보장할 수 없다. 왜냐면 '근로조건에 관한 사항'은 근로계약 당사자 쌍방의 이해대립의 관계에 있는 사항인데다 사용자는 근로계약의 일방당사자이므로 자연히 취업규칙의 작성권자인 사용자에게 유리하게 취업규칙의 내용을 정할 가능성이 높다. 취업규칙 제정권자인 사용자의 권한남용을 통제하기 위하여 근로기준법으로 취업규칙 작성·변경시 근로자의 의견청취, 행정관청에의 신고, 주지의무 등을 규정하고 있기는 하나 그 실효성을 두고는 적지 않은 논란이 있다.

근본적으로 근로자의 근로조건에 관한 사항은 계약의 내용이므로 양 당사자가 대등한 지위에서 자유의사에 따라 정해질 수 있어야 하는데, 이러한 원칙이 노동조합의 있느냐 없느냐에 따라 달리 적용될 것은 아니라고 본다. 근로자는 근로조건에 관한 사항을 정함에 있어서 노동조합이 있는 경우에는 유리하고 노동조합이 없는 경우 불리하다면 근로자들은 노동조합을 만들어야만 하는 필연이 있고 사용자는 노동조합의 형성을 원천봉쇄하여야만 하는 상황이 만들어진다. 이에 근로자들은 적극적으로 노동조합을 형성하고자 하고 이에 대응하여 사용자는 노동조합의 형성을 봉쇄하기 위해 부당노동행위를 행함으로써 노사간의 대립은 더욱 심화될 것이다.

우리나라의 노조조직률이 10% 남짓에 그치고 있고[33] 단체협약 적용율은 12%로 나타나고 있다.[34] 우리나라 단체협약적용률을 감안하면 단체협약을 통한 근로조건결정은 매우 제한적이라고

33) 고용노동부, 2015년 노동조합 조직현황 참조.

34) 단체협약의 일반적 구속력을 고려한 규범적 단체협약 적용률은 약 12%에 이른다. 규범적 단체협약 적용율에다 취업규칙에 의한 간접적

할 수 있다. 그렇기 때문에 대다수 근로자에게는 취업규칙이 중요한 규율수단이 된다. 뿐만 아니라 단체협약의 일반적 구속력을 적용하더라도 그 적용률은 그리 높아지지 않다. 특히 비조합원인 근로자에게는 단체협약보다는 취업규칙이 근로조건의 규율수단일 수밖에 없다. 단적으로 우리나라의 경우 근로조건에 관한 사항은 단체협약보다는 취업규칙에 의해 규율되고 있다고 해도 과언이 아니다.[35] 근로조건에 관한 사항은 노사간 대등한 지위에서 자유로운 의사에 의해 결정되는 것이 원칙임에도 불구하고 사용자가 일방적으로 근로조건에 관한 사항을 결정하는 예외적 구조가 대부분을 차지하고 있다.

이처럼 우리나라는 집단적 자치가 미성숙하여 근로조건에 관한 사항과 같이 협약자치로 규율되어야 할 것을 취업규칙으로 규율하고 있는데 이는 집단적 노사관계의 낮은 발전단계에서 찾아볼 수 있는 제도라고 할 수 있다.[36] 우리나라의 취업규칙제도는 무엇보다도 노사관계에서 사적자치가 실현될 수 있는 방향으로 제도를 개선하여야 한다고 본다.[37]

2. 이원적 구성 내용

현재 우리나라의 취업규칙의 내용을 보면 임금, 근로시간, 휴가, 복리후생, 해고 등 '근로조건에 관한 사항'과 경영관리, 조직관리, 승진제도, 시설이용, 안전·보건·환경, 교육훈련 등 '복무규율에 관한 사항'의 이원적으로 구성되어 있다.[38]

'근로조건에 관한 사항'은 근로계약과 관련된 사항으로 근로자가 근로를 제공하고 사용자가 그 대가로 임금을 지급하는 관계에서 근로계약 당사자간 근로의 조건을 정한 것을 말한다. '복무규율에 관한 사항'은 직장이라는 조직과 장소, 시설 등과 관련하여 취업자인 근로자가 준수해야 할 수칙을 정한 것이다. '복무규율'은 근로자가 근로를 제공하는 과정에서 지켜야 할 작업질서에 관

용대상자까지 합하면 29.5%에 이른다. 이에 반해 서유럽국가들의 단체협약적용률은 70%~ 99%에 이르고 있어 서유럽국가들의 경우 대체로 단체협약에 의해 근로조건이 규율되는 편이다(고용노동부, 「우리나라 단체협약 적용률에 관한 실태파악과 외국사례」, 2010, 110-153면).

35) 김성환 · 이상덕 · 김정한, 「취업규칙 분석」, 한국노동연구원, 1993, 32-34면.

36) 박종희, "취업규칙 본질에 관한 논쟁의 소지와 앞으로의 논의 방향성", 「노동법학」 제12호, 2001, 158면.

37) 취업규칙의 개선방안으로 현 취업규칙의 내용을 근로기준법 제93조의 필요적 기재사항에서 근로조건 결정과 관련된 사항을 배제하고 전체 근로자에게 통일적으로 적용되게 될 사업장 질서 내지 규율기준 등에 관한 사항으로 한정함으로써, 근로조건의 규율을 모두 단체협약의 대상으로 귀속시키는 시도가 필요하다고 보는 견해가 있다(박종희, 「개별적 근로조건에 대한 집단적 결정시스템의 개선방안 연구」, 노동부용역사업보고서, 2005, 88면).

38) 하갑래, 앞의 논문, 778면. 영국의 취업규칙(works rules 또는 rules of employment)은 '고용계약'의 조항이 될 수도 있고, 사용자에 의해 일방적으로 부과되는 '지시문서'(instructions)에 그치는 경우도 있다(이정 역, 「주요 선진국의 근로계약법제」, 한국노동경제연구원, 2007, 330면 참조).

한 규칙과 이를 위반한 경우에 대한 제재를 포함하는 개념이다.[39] 이렇게 취업규칙의 구성내용에는 계약적 성질을 가진 부분과 규범적 성격을 가진 부분이 병존하고 있다.[40]

취업규칙상의 '근로조건에 관한 사항'은 개별 근로계약으로 정하여질 사항이나 전체근로자에게 획일적·공통적으로 적용하기 위하여 취업규칙에서 정한 것으로서 근본적으로 사용자와 근로자간의 합의에 의해 설정되어야 하는 성질의 것이다. 취업규칙의 '근로조건에 관한 사항'은 개별 계약내용 중 공통사항을 모아둔 것에 불과하다고 할 것이므로 원칙적으로 개별적 동의가 전제된다고 할 것이고 이는 계약적 성질을 갖는다고 할 것이다. 반면에 '취업규칙상의 복무규율'에 해당하는 부분은 사업장 내 질서유지를 위해 근로자가 지켜야 할 사항을 정한 것으로서 이는 사용자의 소유권 또는 경영권에 기하여 사용자 일방적으로 제정할 수 있는 성질의 것으로 볼 수 있어 자치규범적 성질을 갖는 것으로 볼 수 있다.

우리나라 현행 취업규칙제도는 취업규칙 내용이 이처럼 두 가지 법적 성격을 갖고 있음에도 불구하고 취업규칙 내용 전체를 '취업규칙'이라는 용어로 단일화하여 취급하고 있다. 이러한 사정 때문에 취업규칙 내용의 법적 성격에 따라 계약적 법리와 규범적 법리가 달리 적용되어야 할 경우임에도 불구하고 동일한 법리를 적용할 수밖에 없게 됨으로써 법리상 모순이 발생하고 있다. 이러한 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 취업규칙의 내용을 계약적 성질의 내용과 규범적 성질의 내용으로 이분하여 각 성질에 맞는 법리를 적용하여야 한다고 본다.

취업규칙에 근로조건에 관한 사항은 제외하고 복무규율에 관한 사항만을 대상으로 한다면, 취업규칙과 근로계약이 상호 충돌되는 경우는 많은 부분 줄어들게 될 것이다.[41] 세계 여러 나라의 취업규칙의 연혁을 보면 과거 사용자가 일방적으로 결정했던 근로자의 근로조건 및 사업장 질서 내지 복무규율을, 산업민주화의 진전과 더불어 한편으로는 협약자치를 통한 근로조건 결정 시스템으로, 다른 한편으로는 사업장 질서 형성에 수규자의 참여를 보장하는 시스템으로의 변모해 왔다.[42]

우리나라의 취업규칙도 사업장질서유지를 위한 부분에 한정하고 근로계약으로 정하여져야 할 근로조건의 계약당사자간의 합의의 형태로 운영될 수 있도록 개선하여야 할 것으로 본다.

39) 고용노동부, 「취업규칙 해석 및 운영지침」, 2016.1.22, 4면.

40) 김정한 · 문무기 · 윤문희, 앞의 취업규칙분석(II), 6면.

41) 박종희, 앞의 노동부용역사업보고서, 89면. 독일의 경우 법체계상 단체협약 대상 사항과 사업장협정 대상 사항은 분리되어 있기 때문에 이론적으로 단체협약과 사업장협정이 충돌할 여지가 없는 것이 원칙이다(박귀천, "독일 노동법상 근로조건 결정시스템", 「노동법연구」 제41호, 서울대학교 노동법연구회, 2016, 76면).

42) 노동부, 앞의 취업규칙 분석 및 제도개선 방안 연구, 165면.

3. 외국 취업규칙 제도

주요 외국의 취업규칙 운영실태를 참고해 본다. 프랑스의 경우 취업규칙은 사용자가 작성하고 기업 내에서 업무의 실시에 관한 조건을 정한 문서라고 할 수 있다. 구체적으로 안전위생에 관한 사항, 직장 내의 지켜야 할 복무규율, 사용자가 행하는 징벌 및 징벌절차 등을 취업규칙에 규정하도록 하고 있다. 반면에 취업규칙의 기재금지사항으로 시용기간, 고용, 유급휴가, 근무장소 이동 등의 근로계약에 관한 사항 등이 있다.[43] 이와 같이 프랑스에서는 집단적 근로조건 규율규범으로 취업규칙을 사용하지 않는다. 집단적 근로조건 규율규범의 변경에는 단체협약을 사용하고 개별적 근로관계의 변경은 근로계약에 의한다.

스웨덴의 경우에는 직장질서를 규율하는 기업질서규범이 취업규칙이며 이는 사용자의 노무지휘권에 근거하는바 개별 노동자의 승인이 없어도 효력이 발생한다고 한다. 스웨덴의 근로조건은 거의 단체협약에 의해 규율되고 있다. 이는 노동조합 조직율이 78% 정도에 이르고 있어 강력한 규범적 효력을 가지고 있기 때문이다.[44]

미국에서는 법률에서 취업규칙에 관한 규정을 두고 있지 않고 대신에 단체협약에서 근로조건에 관한 상세한 규정을 두고 있다.[45] 단체협약상의 권리분쟁의 해결을 위해 단체협약 내 고충·중재절차를 두고 있다.[46] 단체협약이나 법률상의 제약이 없는 한도에서 기업경영권을 행사하기 위하여 취업규칙의 제정권을 인정하고 있다.[47] 노동조합 미조직기업의 경우에 단체협약에 대신하여 그것과 유사한 규칙을 정하고 있는 경우가 많다. 그러나 이러한 규칙의 제정이 법령으로 강제되는 것이 아니기 때문에 그 법적 효력도 명확히 정하여져 있지 않다.[48]

중국에서는 기업의 종업원 일방은 고용단위와 평등한 협상을 통하여 근로보수, 작업시간, 휴식과 휴가, 작업안전과 보건위생, 보험과 복지후생 등과 관련한 집단계약을 체결할 수 있다. 집단계약의 초안은 종업원 대표회의 또는 전체 종업원이 토의하고 통과하여야 한다. 집단계약은 공회가 기업의 종업원 측을 대표하여 체결한다. 아직 공회를 결성하지 아니한 고용단위는 상급 공회의 지도하에 추천된 종업원 대표가 고용단위와 체결한다(중국 노동계약법 제51조). 중국의 '內部勞

43) 김철, 앞의 박사학위논문, 118-119면.

44) 김철, 앞의 박사학위논문, 160면.

45) 정명현, "개별적 노동분쟁 해결제도에 관한 연구", 박사학위논문, 동아대학교 대학원, 2010, 547-548면.

46) 이승길, 「미국의 노동법제」, 한국경영자총협회, 2005, 50면.

47) 조득주, 앞의 박사학위논문, 40-41면.

48) 김철, 앞의 박사학위논문, 180-181면.

動規制'는 우리나라의 취업규칙에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 노동자의 절실한 이익에 직접 관련되는 규칙 또는 중대한 사항을 제정·변경·결정하는 경우에는 종업원대표대회나 종업원전체의 토론을 거쳐 노동조합 또는 종업원대표와의 협의로서 확정하도록 하고 있다.[49)]

독일에서는 과거 사용자가 일방적으로 작성한 '취업규칙(Arbeitsordnung)'은 근로계약의 자유로부터 발생하는 결함을 상당부분 보완하는 역할을 수행하였으나 여전히 사용자가 일방적으로 작성하는 것이어서 근로자의 권익을 충분히 보호하지 못한다는 문제점이 있었다. 19세기 중반 이후 사업내의 집단적 규범설정의 당사자로서의 종업원대표위원회에 대한 인식이 확산됨에 따라 사용자가 일방적으로 정하는 방식은 역사의 뒤안길로 사라지게 되었고, 그 대신 노사공동결정에 의한 자치규범으로서의 사업장협정이 자리 잡게 되었다.[50)] 그리하여 현재 독일의 경우 취업규칙은 존재하지 않는다. 다만 독일에서는 노동조합과 구별되는 종업원대표위원회(Betriebsrat)와 사용자의 공동결정으로 우리의 취업규칙과 같은 제도로 볼 수 있는 '사업장협정(Betriebsvereinbarung)'을 운영한다(사업소조직법 제 제77조 제2항). 사업장협정은 기업질서에 관한 사항과 근로조건에 관한 사항 모두를 포함하고 있지만 근로조건에 관한 사항은 원칙적으로 단체협약에 의해 규율된다(사업소조직법 제 제77조 제3항).

영국에 있어서 취업규칙이라고 하는 것은 사용자가 임의로 일방적으로 작성해서 노동자에 부여하는 '공장규칙', '회사규칙' 또는 '피용자편람' 등으로 칭하는 문서이다. 이러한 문서는 사용자가 일방적으로 변경하는 것이 가능하고 법률상, 취업규칙의 작성의무는 규정되어 있지 않다.[51)] 영국에서는 근로조건의 변경문제는 오로지 '근로계약상의 문제'로 해결하고 있다. 즉 근로조건의 변경이 계약조건일 경우 당해 노동자의 명시 또는 묵시의 동의를 요구하고 있으며 비계약조건일 경우에는 동의는 필요하지 않다.[52)]

위에서 살펴본 바와 같이 대체로 외국에서는 취업규칙에 정할 사항을 주로 사업장 질서유지를 위해 필요한 사항에 국한하고 있고 근로조건과 관련된 사항은 단체협약이나 별도의 근로계약 등을 통하여 규율하고 있는 것으로 파악된다.

이처럼 취업규칙 제도 생성 초기에는 근로조건 및 사업장 질서에 관한 부분들을 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙에 의해 규율되었으나 노동법 및 노사관계의 발전과 더불어 세계 여러

49) 김철, 앞의 취업규칙제도의 비교법적 일고찰, 95-96면.

50) Hromadka, Wolfgang, Die Arbeitsordnung im Wandel der Zeit, ZfA, 1979, 203면.

51) 김철, 앞의 박사학위논문, 173면.

52) 김철, 앞의 취업규칙제도의 비교법적 일고찰, 252면.

나라들은 근로계약에 관한 사항과 사업장 질서유지를 위한 사항을 분리하여 제도를 운영하고 있고 특히 근로계약에 관한 사항에 대해서는 사용자가 일방적으로 결정하는 것이 아닌 사용자와 근로자집단이 협의·합의하여 설정하는 방식으로 변화해 왔다. 그럼에도 우리나라의 취업규칙에서는 근로계약에 관한 사항과 사업장 질서유지를 위한 사항을 구분하지 않음으로써 여전히 '취업규칙'이라는 제도를 통해 근로조건 등을 결정하고 있는데 이는 다른 나라에서는 유례를 찾아보기 어려운 전근대적인 제도라고 할 수 있다.[53]

따라서 현 취업규칙상의 근로조건에 관한 사항에 대하여는 근로자의 합의를 거치는 형태로 취업규칙제도의 변화가 필요해 보인다.[54]

Ⅳ. 분리 운영 방안

아래에서는 현 취업규칙 내용 중 '근로조건에 관한 사항'과 '복무규율에 관한 사항'이 기재된 부분을 별도로 나누어 편의상 '근로조건협약'과 '사업장복무규칙'으로 가칭하고 각 부분에 대한 운영방안을 고찰해 본다.

1. 근로조건협약의 운영

가. 작성과 적용

근로조건협약'은 근로자 전체에 공통으로 적용되는 근로조건을 정한 것이다. 근로조건에 관한 사항은 기업질서유지에 관한 내용과 달리 근로계약의 내용이 해당되는 것이어서 계약당사자 간 대등한 지위에서 자유롭게 체결되어야 하는 것이 원칙이고 그것이 공통의 근로조건이라도 마찬가지이다. 근로조건협약은 약관과 유사하다고 할 수 있으므로 계약당사자의 동의 또는 합의를 거쳐야만 그 효력이 인정될 수 있으나 사용종속관계에 있는 근로자의 동의 또는 합의는 자유로운 의사에 의하여 이루어진다는 보장이 없으므로 사용자와의 거래지위상의 대등성이 보장되는 근

53) 이원두, "협약자치 시스템의 현실적 한계와 그 보충적 방안의 모색", 「경희법학」 제50권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2015, 308면.
54) 박종희, 앞의 노동부용역사업보고서, 1-2면.

로자집단의 동의 또는 합의를 거쳐야 할 것이다. 개별 근로자는 다수결의 원칙에 따른 집단적 의사결정방식 또는 근로자대표를 통한 대리의사결정방식을 통하여 교섭하고 그 합의결과를 수용할 수 있다. 근로조건협약은 반드시 양 당사자가 공동으로 작성할 필요까지는 없고 사용자 일방이 작성한 근로조건협약의 내용에 대해 근로자의 동의가 전제된다면 사용자 일방에 의해 작성되더라도 이는 문제될 것은 없다고 본다. 변경의 경우에도 마찬가지이다.

근로조건협약은 노사공동결정의 산물이기 때문에 실제로는 단체협약과 다를 바가 없다. 굳이 구분하자면 단체협약은 사용자와 근로자집단인 노동조합이 단체교섭이라는 과정을 거쳐 체결한 문서로서 형식적·실질적 성립요건을 갖춘 것에 한정한다.[55] 이와 달리 근로조건협약은 사용자와 노동조합이 아닌 근로자 집단간 합의한 문서이며 일반 계약법상의 성립 요건을 갖추면 된다고 본다. 근로조건협약과 단체협약은 그 제정 주체나 체결과정, 성립요건, 내용적 범위만 다를 뿐 근로자집단과 사용자 간에 공동으로 제정되는 것이기 때문에 그 법적 지위는 단체협약과 같다고 보아야 할 것이다.

집단적 근로조건에 관한 사항인 근로조건협약은 근로자를 채용하지 않은 창업시점에도 사용자는 경영권에 기해 일방적으로 설정할 수 있다고 본다. 이 경우 신규채용근로자들은 사용자가 창업시에 미리 작성해둔 근로조건협약[56]에 동의하고 근로계약을 체결하기 때문에 채용과 동시에 근로조건협약은 신규입사자에게 적용된다. 이와 달리 창업시점이 아닌 근로자 고용 후에 근로조건협약을 설정하는 경우에는 재직 중인 전체 근로자의 집단적 동의를 얻어야 한다. 물론 개별 근로자들의 동의를 얻는 방식도 있겠으나 고용된 개별근로자는 사용종속적 관계에 있기 때문에 대등한 계약주체로서의 자유로운 의사에 의한 계약체결이 이루어진다고 보장할 수 없기 때문에 반드시 전체근로자의 집단적 동의를 얻어야 하는 것이다. 예를 들어 기업경영상 교대근로제의 운영이 필요한 경우 사용자는 창업시점에 교대근로제를 근로조건협약으로 설정해 놓고 근로자를 채용할 수 있을 것이다. 이 경우 신규채용근로자는 기존의 취업규칙의 내용에 동의하고 입사한 것으로 볼 수 있기 때문에 신규채용근로자에 대해서는 기존의 근로조건협약에서 정하고 있는 교대근로제를 근로자에게 적용할 수 있다. 그러나 근로자 채용 이후 교대근로제를 도입하는 것은 재직근로자에게 적용하는 것이므로 이는 입사할 때의 근로조건에 없던 새로운 근로조건의 부여, 즉

55) 임종률, 앞의 책, 146-148면.

56) 창업시점에 사용자가 일방적으로 미리 작성해두고 신규입사자의 동의를 거쳐 적용하는 경우, 아직 근로자집단의 동의를 얻은 것이 아니어서 '근로조건협약'으로 칭하기 적절하지 못한 면도 있으나 편의상 '근로조건협약'으로 칭하기로 한다.

근로조건의 변경에 속하는 것이므로 근로자의 집단적 동의를 필요로 한다고 볼 수 있다.

사용자가 창업시점에 미리 근로조건협약을 만들어 놓고 채용시 개별근로자의 동의를 얻는 것은 가능하다. 왜냐하면 근로자가 채용되기 이전에는 사용종속적 관계에 있다고 볼 수 없고 근로조건 협약에 반대하는 근로자는 입사를 포기하면 되기 때문이다. 물론 실직자 또는 채용희망자들은 경제적 약자의 지위에 있기 때문에 사용자가 창업시점에 미리 만들어 둔 근로조건협약을 수용할 수 밖에 없는 현실이 있는데, 그 때문에 사용자가 창업시점에 일방적으로 제정하는 취업규칙에 대해서는, 약관의 심사와 같이, 근로계약에서도 공정거래가 이루어질 수 있는 심사제도를 도입하고 감독하여야 할 필요성이 있다. 또한 창업시점의 불공정한 근로조건협약을 부득이 수용하고 입사한 근로자들은 이후 노동3권의 행사를 통해서 기존의 근로조건협약을 향상시킬 수 있을 것이다.

나. 집단적 합의 방식

지금의 취업규칙 제도는 '근로조건에 관한 사항'과 '복무규율에 관한 사항'을 함께 담고 있기 때문에 경영권에 기초하여 사용자가 일방적으로 제정하는 권한을 부여하는 대신에 근로자 권익 보호를 위해 근로자의견청취, 행정관청의 신고 및 심사 등 법적 규제를 가하는 방식을 택하고 있다. 그러나 취업규칙에 대한 법적 규제는 근로자와 사용자가 근로조건을 대등한 지위에서 자유롭게 결정하는 것과 동등한 효과가 보장되어야 하는데 앞에서 살펴본 것처럼 다분히 회의적이라고 본다. 따라서 근로조건협약의 공정성 보장을 위해서는 현재의 법적 규제방식보다는 단체협약, 독일식의 종업원대표위원회 또는 근로기준법상의 근로자대표제 등의 노사공동의결제도를 도입하여 대등한 지위에서 자유롭게 근로조건을 결정할 수 있는 구조를 고려할 필요가 있다.

미국이나 독일의 경우 근로자 공통의 근로조건에 관하여 사용자 일방에 의해 작성되는 취업규칙제도보다는 노사공동의 합의로 체결하는 단체협약이나 노사협정제도를 이용하고 있는데, 우리나라도 근로관계의 규율에 있어서 제3자인 행정관청의 개입에 의한 방식보다는 노사 당사자의 합의에 의한 자치적 규율이 훨씬 바람직해 보인다. 장기적으로 사용자 일방에 의해 작성되는 취업규칙제도는 단체협약, 종업원대표위원회, 근로자대표제 등 노사공동의결제도를 도입하여 대등한 지위에서 자유롭게 근로조건을 결정할 수 있는 구조를 고려할 필요가 있다.[57)]

57) 박제성, 「근로자대표의 재구성을 위한 법이론적 검토」, 한국노동연구원, 2013, 74면 참조.

1) 종업원대표위원회

최근 취업규칙제도의 폐지와 함께 「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」(이하 '근참법'이라 한다.)에서 시행하고 있는 '노사협의회'로의 전환 등 프랑스의 기업위원회, 독일의 종업원대표위원회와 유사한 경영협의체의 구성에 관한 논의가 활발히 진행되고 있다.[58)]

프랑스도 독일과 같이 노동조합은 통상 기업 외부의 조직으로서 활동하고, 기업 내부에서는 노동조합과는 별도의 기업 내 근로자대표기구가 활동하고 있다. 프랑스는 1936년 종업원대표제도의 도입과 1945년 기업위원회(comite d'entreprise) 제도를 도입하였고, 기업 내에서 노동조합의 조합활동, 종업원대표선거나 기업위원회 구성에 개입할 수 있는 권한이 노동조합에 부여되면서 기업위원회가 기업 내 노사협의의 중심적 역할을 하고 있다.[59)] 프랑스의 기업위원회는 사업주와 그 이익대표자, 선거로 선출되는 종업원대표위원, 각 대표적 노동조합이 임명하는 조합대표위원 3자로 구성되며, 그 권한을 보면 ① 기업활동 등 경제적 사항에 대한 정보제공요구 및 협의권, ② 근로자복지 및 여가문화생활 등 사회문화활동에 대한 결정권, ③ 재정과 관련한 회계감사 및 감시권을 가진다.[60)] 프랑스의 경우는 취업규칙 제정시 기업위원회의 의견을 청취하지만 프랑스의 취업규칙은 근로조건에 관한 사항을 다루지 않으므로 취업규칙 내용 중 근로조건협약의 운영방식을 설계할 때 참고하기에 적절하지 않다.

단체협약 외에 근로자대표제를 통하여 근로조건을 결정하는 대표적인 나라는 독일을 들 수 있다. 독일의 종업원대표위원회는 "단체협약의 규율이 있거나 통상적으로 단체협약으로 규율되는 임금, 기타 근로조건"은 종업원대표위원회와 사용자 사이의 서면합의 대상에서 제외하고, 그 밖의 종업원대표위원회와 사용자간의 합의는 사용자가 이를 실행하도록 하고 있다(사업조직법 제77조). 종업원대표위원회의 권한은 종업원대표위원회가 공동결정권(거부권 또는 동의권)을 보유하는 사항과 종업원대표위원회가 의견표명, 협의, 정보요구, 제안 등을 할 수 있는 사항으로 구분된다.[61)] 독일은 사용자와 종업원대표위원회는 적어도 한 달에 한 번씩 회합하며, 보통 단체교섭에 의해 결정되는 임금 및 기타 고용조건을 제외하고는 그 외의 기타사항에 관해 기업협정을 체

58) 박종희, 앞의 노동부용역사업보고서, 1-2면 참조.

59) 박제성, "프랑스의 기업내 근로자대표제도", 「노동법연구」 제11호, 서울대 노동법연구회, 2001, 331-338면.

60) 박제성, 위의 프랑스의 기업내 근로자대표제도, 348-360면.

61) 이학춘 · 김소영, "독일공동결정제도에 관한 연구", 「동아법학」 제6호, 동아대학교 출판부, 1988, 543면; 이승욱, "독일에 있어서 경영상 해고와 관련된 법적 문제에 대한 집단법적 해결", 「판례실무연구 Ⅵ」, 박영사, 2003, 27면.

결할 수 있다.[62] 독일의 경우에는 단체협약과는 별도로 사업장단위에서 근로자대표와 사용자의 합의에 의한 사업장협정을 제정하여 취업규칙을 대신하고 있기 때문에 취업규칙은 노사간의 완전히 대등한 교섭에 의해 정해지는 것이 되어 취업규칙이 더 이상 근로조건의 결정규범으로 기능하지 않는다.[63]

이처럼 독일의 경우에는 단체협약과는 별도로 사업장단위에서 근로자대표와 사용자의 합의에 의한 사업장협정을 제정하여 취업규칙을 대신하고 있다. 사업장협정의 체결은 사업조직법에서 상세히 규정하고 있다. 사업조직법에 따르면 종업원대표위원회는 위원 선거권이 있는 5인 이상의 근로자가 고용되어 있고 그 중 3인 이상이 종업원대표위원회 위원으로 선출될 자격을 가지고 있는 사업에 설치된다(제1조 제1항). 종업원대표위원회 위원의 수는 사업에 고용되어 있는 근로자수에 따라 달라지며 근로자 5인 이상 20인 이하 사업의 종업원대표위원회 위원 수는 1명이고, 법 소정 규모 별로 2명씩 추가되고(제9조) 근로자대표위원은 직접·비밀선거에 의하여 선출된다(제14조 제1항). 이외에도 사업조직법에서는 선거관리위원회, 선거방식, 선거절차 등에 관해 규정하고 있다.

독일 사업조직법상 종업원대표위원회에 참가하는 대표자는 노사쌍방의 대표자가 아닌 일정한 자격을 가지고 있는 근로자대표만으로 구성되고 있는 점이 독특하다.[64] 독일의 경우 노동조합은 기업 외부에서 단체교섭을 통하여 산업별로 근로조건에 관한 단체협약을 체결하고, 기업 내부에서는 노동조합과 별도의 근로자대표기구가 산업별 단체협약이 정하지 않은 근로조건이나 기업내 경영협의사항을 다루는 시스템을 만들어 왔다.[65]

2) 노사협의회

우리나라는 근로자와 사용자 쌍방이 참여와 협력을 통하여 노사 공동의 이익을 증진함으로써 산업 평화를 도모하고 국민경제 발전에 이바지함을 목적으로 근참법에 노사협의회제도에 관한 규정을 두고 있다. 노사협의회는 상시근로자 30인 이상이 사업장에 의무적으로 설치하도록 되어 있으며 근로자를 대표하는 위원과 사용자를 대표하는 위원 동수로 구성한다. 노사협의회의 임무

62) 송봉근 · 이원우, "우리나라 노사협의제의 활성화 방안에 관한 연구", 「사회과학논총」 제10집, 숭실대학교 사회과학연구원, 2008, 92면.

63) 조득주, 앞의 박사학위논문, 36-39면.

64) 정환웅, "단체교섭과 노사협의제의 상호관계에 관한 연구", 박사학위논문, 전남대학교 대학원, 1991, 109면.

65) 신권철, "노사협의회의 법적 지위와 역할", 「노동법연구」 제35호, 서울대학교 노동법연구회, 2013, 272면.

로서 협의·의결·보고사항의 세 가지를 규정하고 있다. 기본적으로 단체교섭과 노사협의회는 그 목적 및 기능 등에서 달라 근로조건에 관한 결정권은 보유하지 않는다.[66] 노사협의회에 근로조건 결정기능을 부여하게 되면 기본적으로 단체교섭기능과 유사한 제도로 운영되어야 할 것이다. 즉 노사가 대등한 지위에서 교섭·협상하여 근로조건을 결정짓는 형태가 되어야 한다. 이 경우 노동조합이 없는 기업에서의 근로조건 결정은 노사협의회가 담당하게 되나 노동조합이 있는 기업에서의 근로조건결정은 단체교섭과 노사협의회 두 가지 제도로 결정되게 되어 노사협의와 단체교섭이 중복되는 면이 있다.[67]

우리나라의 노사협의회는 그 취지, 기능, 적용범위, 운영절차 등이 근로조건을 결정하기에 적절하지 않다고 할 수 있다. 현재의 취업규칙제도에서 근로조건 결정기능을 분리해내어 노사협의회에 그 역할을 담당하게 하기 위해서는 현재의 노사협의회제도를 상당부분 보완해야 할 것이다. 노사협의회가 근로조건 결정기능을 담당하기 위해서는 무엇보다도 먼저 노사협의회의 근로자위원과 사용자위원의 대등성이 확보될 수 있어야 한다. 형식적으로 노사협의회의 근로자위원은 민주적 선거절차를 통해 선출되고 노사동수로 노사협의회를 구성하게 되어 있어 노사간 대등성이 확보되어 있는 듯하다. 그러나 실제로는 근로자위원을 회사가 지명하는 경우도 있고[68] 과반수노조가 아닌데도 근로자위원을 위촉하는 경우도 있으며[69] 간접선거를 통해 근로자위원을 선출하는 경우도 있듯이 근로자위원 선출에 있어서 회사의 지배·개입 정도가 적지 않은 것으로 나타났다.[70] 또한 근참법에 따르면 30인 이상의 사업장은 노사협의회를 설치하도록 규정하고 있음에도 불구하고, 실제 현장에서는 노사협의회를 운영하지 않는 경우가 적지 않다.[71]

현재 근참법에서 노사협의회의 운영과 관련한 노사동수 구성 및 2/3 이상의 찬성을 요구하는 의결정족수, 근로조건 관련 협의나 합의의 배제, 의결사항 및 협의사항에 대한 분쟁시 구제시스템의 미비, 의결 및 협의사항의 효력, 쟁의행위권의 불인정 등은 노사간의 힘의 대등성을 확보하

66) 김형배, 앞의 책, 978면; 황용연, "복수노조시대의 노사협의회 운영 개선방안", 「산업관계연구」 제21권 제3호, 한국고용노사관계학회, 2011, 54면.

67) 우리나라에서는 노동조합이 없는 사업장에서는 노동조합을 대신해 노사협의회가 임금에 관한 협의도 하고 노동조합이 있는 사업장에서는 노사협의회가 노동조합의 단체교섭을 사전준비하거나 사후 협의하는 공간으로 활용되기 한다(신권철, 앞의 논문, 269면).

68) 동국대학교 산학협력단, 「노사협의회 운영실태 조사 및 개선방안 연구」, 고용노동부, 2011, 456면

69) 김기우 · 방준식, 「복수노조하에서 노사협의회의 기능에 관한 연구」, 한국노총 중앙연구원, 2006, 14면.

70) 장홍근, 「노사협의회 운영상황 실태조사」, 고용노동부 학술연구용역보고서, 2016, 43면.

71) 최근 연구에 의하면, 노사협의회의 운영 여부에 대해 57.2%(335개소)는 '운영하고 있다' 고 응답한 반면, 42.8%(251개소)는 '운영하지 않고 있다' 고 응답하였다고 한다(김기선, "대안적 근로자대표제의 모색: 근로자대표제도의 개편방향", 「노동리뷰」 2017년 8월호, 64면).

지 못하게 하는 요인이 된다.[72)]

또한 독일의 종업원대표위원회제도는 사업조직법에서 근로자대표위원의 수, 선거권, 피선거권, 선출방식, 선출절차 등에 관해 상세히 규정하고 있지만 우리나라 근참법에서는 노사협의회 근로자위원의 선출절차만을 규정하고 있는데 그치고 선거권, 피선거권 자격, 인원수 등 상세한 내용을 정하고 있지 않다.

현재 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사업장에 한하여 취업규칙은 의무적 작성 대상이 되고 있는 데 반해, 노사협의회가 의무적으로 설치되는 사업장은 30인 이상의 근로자를 사용하는 사업장으로 되어 있다. 현재의 노사협의회 의무적 설치 사업장을 취업규칙의 의무적 작성 대상인 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사업장으로 확대할 수 있겠지만 근로기준법 적용범위와 동일하게 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업장에 노사협의회를 의무적으로 설치하도록 개정하는 것이 바람직하다고 생각한다.[73)]

취업규칙은 기간제, 계약직, 파견근로자 등에게도 적용되듯이 노사협의회에서 근로조건 결정 역할을 하게 되면 그 결정은 기간제, 계약직, 파견근로자 등에도 함께 적용된다. 따라서 노사협의회의 구성을 기간제, 계약직근로자, 그리고 당해 사업장에 근무하고 있으나 직접 고용되지 않았다는 이유로 노사협의회 참여가 제한되고 있는 사내 하청근로자, 파견근로자 등을 포함한 기업 내 모든 근로자를 대표하는 구성으로 개정되어야 한다.[74)]

근참법 제20조에서 노사협의회의 협의사항으로 정하고 있는 내용들을 보면 근로자의 채용·배치 및 교육훈련(제2호), 인사·노무관리의 제도 개선(제5호), 경영상 또는 기술상의 사정으로 인한 인력의 배치전환·재훈련·해고 등 고용조정의 일반원칙(제6호), 작업 및 휴게시간의 운용(제7호), 임금의 지불방법·체계·구조 등의 제도개선(제8호), 작업수칙의 제정 또는 개정에 관한 사항(제10호) 등 있다. 이들 협의사항들은 취업규칙의 필수적 기재사항과 중복되며 또한 노사협의회에서 이들 협의사항에 대해 의결할 수도 있다(제20조 제2항). 따라서 근로조건에 관한 사항을 취업규칙에서 정할 수도 있고 노사협의회에서 정할 수도 있는 것으로 되어 있다.[75)]

72) 신권철, 앞의 논문, 301면

73) 독일 경영조직법은 민간산업에서는 5인 이상의 근로자를 고용하는 사업장마다 전 근로자의 통일적 대표기관으로서 종업원대표위원회를 설치할 것을 의무지우고 있다(이창호, "노사협의제 발전방향에 관한 연구", 「법학논총」 제19집, 숭실대학교 법학연구소, 2008, 265면).

74) 이창호, 위의 논문, 240면; 한국노동연구원, 「노동시장관련 법 · 제도 혁신 연구」, 2006. 12, 145-148면.

75) 영국, 미국, 일본 등의 경우 노사간의 자주협정에 의해 단체교섭의 대상으로 되는 근로조건을 제외한 생산 · 경영면을 협의대상으로 하여 노사협력체제를 강조하고 있다(이창호, 앞의 논문, 255면). 국제노동기구(ILO)는 단체교섭제도의 범위에 포함되지 않거나 근로조건의

근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우 노동조합의 대표자와 그 노동조합이 위촉하는 자를 근로자위원으로 정하도록 규정하고 있는데(제6조 제2항), 이는 노사협의회의 근로자 위원을 독점하는 상황이 발생하게 되어 과반수미달의 노조, 비조합원이나 노동조합 미가입근로자 등 전체근로자를 대표하지 못하는 문제가 제기된다.[76] 노사협의회는 노동조합과 법적 지위가 명확하게 다르므로 의견청취 대상 또는 동의의 주체인 노동조합으로 볼 수 없다.[77]

3) 근로자대표제

근로기준법에서는 특정근로조건에 관하여 근로자대표와의 서면 합의에 의해 결정할 수 있도록 하고 있다. 근로기준법에 근로자대표와의 서면합의로 근로조건을 결정하는 사항들을 보면 탄력적근로시간제(제51조), 선택적근로시간제(제52조), 특례연장근로제(제59조), 보상휴가제(제57조), 재량근로시간제(제58조 제3항), 사업장 밖 간주근로시간제(제58조 제1항), 유급휴가대체제(제62조) 등이 있다. 근로기준법 외 산업안전보건법, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률, 근로자 퇴직급여보장법 등 다른 법률에서도 근로자대표제를 규정하고 있다.

근로기준법에서는 근로자대표에게 이러한 근로조건결정 권한을 부여하고 있으면서도 근로자대표에게 취업규칙 작성·변경에 있어 의견청취나 동의의 주체로서의 지위는 부여하지 않고 있다.[78] 근로기준법에서, 근로자대표는 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합을, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다고 규정하고 있다(제24조).

노동조합의 가입자는 대체로 하위직급, 현장근로자인 경우가 대부분인데 이들로 구성된 과반수 노조가 노조가입자 외 전체근로자를 대표하는 지위를 가지는지에 관해서는 쉽게 납득이 가지 않는다. 과반수의 여부는 변동적이고 우연적인 사실이므로 근로자대표제의 안정적 운영을 위해서는 장기적으로는 과반수 여부에 관계없이 통일적인 종업원대표시스템을 모색할 필요가 있다.[79]

그리고 노동조합이 없는 경우에는 근로자과반수를 대표하는 자가 근로자대표가 되는데, 이 경

결정과 관련해 다른 제도에서 다루지 않는 상호 관심사에 관해 협의할 것을, 그리고 그러한 협의는 노사합의 또는 법령을 통하여 마련할 것을 제시하였다(신권철, 앞의 논문, 271면).

76) 송봉근 · 이원우, 앞의 논문, 96면.

77) 노동부, 앞의 취업규칙 분석 및 제도개선 방안 연구, 105면.

78) 1989.3.29. 근로기준법이 개정되기 전에는 근로자 과반수를 대표하는 자의 의견을 듣도록 규정되어 있었다(노동부, 앞의 취업규칙 분석 및 제도개선 방안 연구, 106면).

79) 이철수, "통일적인 종업원대표시스템 정립을 위한 소고", 「산업관계연구」 제21권 제1호, 한국노사관계학회, 2011, 30면 이하 참조.

우 어떠한 방식으로 근로자대표를 선출하는지에 대한 규정을 두고 있지 않다. 근참법 시행령 제3조에서는 노사협의회의 근로자위원 선출에 관한 상세한 절차를 규정하고 있는 반면에 근로기준법상의 서면합의·협의제도에서의 근로자대표에 대해서는 근로자대표 선정주체, 선정방법, 자격, 임기, 대우, 권한, 의무 등에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않아 사용자에 의해 근로자대표가 임의로 결정할 가능성이 높다.[80]

아울러 근로자대표제와 관련하여 현재의 법령상에는 근로자대표를 선출한 근로자집단이 근로자대표의 권한을 통제할 수 있는 방법, 근로자집단의 의견이 반영될 수 있는 방법, 사용자에 대한 근로자대표의 신분보장, 근로자대표의 활동시간 보장 등에 관해서도 아무런 규정이 없다. 이러한 흠결 때문에 현행의 근로자대표제로는 근로조건 대등결정원칙을 실질화할 수 있는 제도로 기능하기에는 불충분하다고 본다.[81]

근로자대표제는 공통근로조건 전반에 대한 결정권을 가지는 형태로 그 지위가 설정되어야 한다. 근로조건 결정기능을 갖는 기구는 근로조건향상을 위한 노동3권을 보유하지 못하는 한 대등한 계약주체로서의 지위를 갖지 못하게 된다. 근로자대표의 이러한 불안정한 지위는 오히려 불공정한, 불리한 근로조건을 결정하는 사용자의 거수기로 악용될 소지도 있다. 따라서 공통근로조건 결정을 두고 사용자와 근로자대표와의 분쟁·갈등시 이를 어떠한 방식으로 해결토록 할 것인가가 검토되어야 하고 근로자대표에게 노조법상의 노동조합의 지위는 인정되지 않아 쟁의권 등을 행사할 수 없다고 하더라도 조정 및 중재절차 등은 마련되어야 하며 근로자가 근로자대표를 통제·견제할 수 있는 시스템도 갖추어져야 할 것이다.[82]

4) 검토의견

독일의 종업원대표위원회와 우리나라의 노사협의회 제도는 유사한 점이 있기도 하지만 독일 종업원대표위원회와 사업장협정제도는 사업장내 근로조건 및 근무규율 등 매우 다양하고 폭넓은 사업장 내 안건에 관하여 노사가 공동으로 결정하는 제도임에 반하여[83] 우리나라의 근참법상의 노사협의회 제도는 협력적 노사관계를 전제로 하여 노사쌍방이 참여와 협력을 통하여 근로자

80) 노동부, 앞의 취업규칙 분석 및 제도개선 방안 연구, 152면.

81) 김주연, "무노조사업장의 근로조건 결정을 위한 제도적 방안 연구", 석사학위논문, 고려대학교, 2010, 41면.

82) 근로자대표에게는 ① 근로자 측 대표의 근로자 과반수 지지의 획득, ② 선출절차의 민주성, ③임기의 제한, ④근로자 측 대표로 선출된 이후라도 근로자 측 대표로서 자격이 부적절함을 주장할 수 있는 통로가 마련되어야 할 것, ⑤사용자의 부당한 간섭을 배제할 수 있는 방법을 마련할 것을 요구하고 있다(박은정, "집단적 의사결정주체로서의 근로자대표", 「노동리뷰」, 한국노동연구원, 2015.3, 14면).

83) 박귀천, 앞의 논문, 44면.

의 복리증진과 기업의 건전한 발전을 도모하기 위한 것으로서 근로조건 등과 같이 노사간 이해대립적 사항은 다루지 않는다는 점에서 근본적인 차이가 있다.[84] 독일의 종업원대표위원회는 단체협약에서 정해지지 않은 근로조건결정은 물론 사업장복무규율에 관한 사항도 공동의결하는 특징을 갖는다. 독일의 경우 이사회에 근로자가 참여하는 공동결정제도를 채택하고 있는 것과 달리 우리나라는 현재 근로자의 경영참가수준이 낮아 독일의 종업원대표위원회와 같은 공동의결제도를 공통근로조건의 결정제도로 도입하기는 이른 감이 있어 보인다.

우리나라의 취업규칙제도는 궁극적으로 유럽과 같이 노동조합과의 단체협약을 통한 노사 간의 공동결정형태로 대체되는 것이 바람직하다고 보지만 그 과도기적 과정에서 우선노사협의회로 이양하는 것이 바람직하다는 견해가 주장되고 있다.[85] 노동조합이 조직되어 있는 경우, 대체로 조합원의 근로조건에 관한 사항은 단체협약으로 정하여질 것이나 우리나라의 노조조직율이 낮기 때문에 단체협약을 통한 근로조건의 결정보다는 노사협의회를 통한 근로조건의 결정은 큰 의미가 있다고 할 것이다.

하지만 앞에서 살펴보았듯이 노사협의회가 근로조건 결정 기능을 담당하기 위해서는 보완할 점이 적지 않다. 무엇보다도 먼저 노사협의회의 조직 및 운영이 민주적인 절차에 따라 자유롭고 공정하게 이루어질 수 있는 환경이 조성되어야 하고 아울러 근로자위원 선거절차의 보완, 노사협의회 의무적 설치 사업장의 확대, 의결의 효력 등 입법적 보완이 따라야 한다. 그러나 기업별 노동조합이 주류를 이루고 있는 우리나라의 경우에 노사협의회를 통한 근로조건결정을 허용할 경우에는 자칫 노동조합과의 약체화로 이어질 가능성도 있고[86] 또 근로자의 참여와 협력을 통한 노사공동의 이익을 증진할 협의체는 여전히 필요하다는 점을 고려하면 현재의 노사협의회를 근로조건결정기구로 대체시키는 것은 적절치 못하다고 본다.

따라서 취업규칙의 근로조건 결정기능을 노사공동결정시스템으로 옮겨가는 과도기적 과정에 있어서 입법취지나 운영방식 등이 근로조건결정기능과는 많이 다른 노사협의회에 그 기능을 이관하면서 근참범을 개정하는 것보다는 현행의 근로기준법상의 근로자대표제를 상설기구화하고 그에 따른 조직, 선거, 기능 등을 대폭 보완하여 근로자대표제가 취업규칙의 근로조건결정기능을

84) 신윤종, 「산업사회학」, 경문사, 1984, 233면; 박제성, 「무노조사업장에서의 근로조건 결정법리」, 한국노동연구원, 2007, 8면. 이와 달리 헌법상의 노동3권을 침해하지 않는 한도 내에서 노사협의회가 근로조건을 협의하여도 무방하다는 견해도 있다(이승욱, "노사협의회 의결사항의 효력", 「노동법학」 제9호, 1999, 한국노동법학회, 1999, 275면 이하).

85) 박종희, 앞의 논문, 2011, 158쪽 이하.

86) 노동부, 앞의 취업규칙 분석 및 제도개선 방안 연구, 169면.

대신할 수 있을 것이라고 본다.[87] 현재의 근로자대표제는 노조법상의 노동조합과 같은 쟁의권이 인정되지 않아 근로자대표의 사용자와의 대등성 확보 여부가 우려가 되나 이는 일차적으로 입법을 통하여 일정 수준 실현할 수 있을 것이라고 보며 이차적으로는 근로자집단이 필요시 노동조합을 결성함으로써 실현할 수 있을 것이라 본다. 그리고 이러한 근로자대표제를 통한 사용자 간에 체결된 합의와 노동3권이 보장된 노동조합과 사용자간의 합의간에 그 효력의 순위가 문제될 수 있으나 노동3권이 보장된 노동조합과 사용자간 체결한 합의가 근로자대표제를 통한 사용자 간에 체결된 합의보다 우선하는 것으로 보아야 할 것이다.

2. 사업장복무규칙의 운영

가. 사용자의 제정권

사유재산제 및 자유시장경제를 근간으로 하는 자본주의체제에서 생산수단을 소유하는 자본가는 생산물의 종류·품질·수량·생산방법·가격 등 경영의 기본정책을 사적으로 결정할 수 있는 권한 즉 경영권을 보유한다.[88] 우리나라도 사유재산제도와 자유시장경제체제를 근간으로 하고 있는 자본주의체제를 택하고 있으므로 근로자의 채용·배치, 인사·노무관리, 경영 및 생산계획 등의 인사·경영에 관한 결정권은 원칙적으로 사용자에게 귀속된다.[89] 법인 또는 비법인 여부를 불문하고 단체는 고유의 목적 달성을 위해 구성원들의 행위를 규율할 수 있는 자치규범을 제정할 수 있다고 본다. 자치규범은 법규명령과 마찬가지로 전래적 법원이지만 법규명령과 달리 그 임무 범위 내에서 법규적 사항을 규율하기 위하여 개별적인 법률상의 수권을 필요로 하지 않는다.[90]

기업의 소유권자 또는 경영권자는 기업의 존립과 사업의 원활한 운영 및 사업장 내 자치질서를

87) 현행 근로자대표제의 입법적 개선에 관한 상세한 내용을 다루고 연구논문으로 이철수, 앞의 논문; 박은정, 앞의 집단적 의사결정주체로서의 근로자대표; 김훈 · 박종희, "종업원대표제 재구축의 필요성과 기본 방향" , 「산업관계연구」 제21권 제2호, 한국노사관계학회, 2011; 毛塚勝利, "わが国における従業員代表法制の課題- 過半數勞働者代表制度の法的整備のための檢討課題", 「日本勞働法學會誌」 第79號, 日本勞働法學會, 1992; 박제성 · 도재형 · 박은정, 「기업 내 근로조건 결정법리」, 한국노동연구원, 2010. 등을 참고할 수 있다.

88) 大橋昭一·奧田幸助·奧林康司, 「經營參加の思想」, 有斐閣, 1979, 178頁, 황용연, "한국의 경영참가제도의 법적 구조와 개선방안에 관한 연구" , 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2011, 46면에서 재인용.

89) 대법원 2003.7.22, 선고, 2002도7225, 판결.

90) 조성규, "대학 학칙의 법적 성격" , 「행정법연구」 제17호, 행정법이론실무학회, 2007, 78면.

위해 자치규범을 제정할 수 있을 것이다.[91] 현재의 취업규칙은 근로조건에 관한 사항과 복무규율에 관한 사항을 포함하고 있는데 근로조건에 관한 부분을 다른 제도로 옮기게 되면 복무규율에 관한 사항만 남게 된다. 복무규율은 사업장질서유지에 관한 사항으로서 경영권에 기하여 사용자 일방에 의하여 작성할 수 있다고 본다.[92]

하지만 사용자에게 사업장복무규칙의 제정권이 있다고 하여 곧 바로 그러한 복무규칙이 근로자에게 적용되는 것은 아니라고 본다. 사용자 일방이 제정한 사업장복무규칙을 준수하겠다는 근로자의 승낙 또는 동의가 있어야만 그러한 복무규칙이 비로소 근로자에게 적용된다.

나. 창업시점의 복무규칙 제정

사업장복무규칙은 기업 창업 시점에 정관 등과 함께 작성하여 제출하도록 하는 방안을 고려할 수 있다. 프랑스의 경우 프랑스의 취업규칙의 작성절차를 보면 종업원 규모 20인 이상의 기업 사용자가 기업을 설립한 경우에는 설립일로부터 3개월 이내에 취업규칙을 제정하지 않으면 안된다.[93] 사업장복무규칙은 근로자의 채용시기와 상관없이 기업질서 및 운영의 룰을 정하는 것이므로 창업시점에 경영권에 기초하여 기업질서에 관한 기본적인 운영틀을 생성할 수 있다.

창업시에 사업장복무규칙을 제정하는 경우 사용자는 취업규칙의 적용대상인 근로자가 존재하지 않기 때문에 자유롭게 취업규칙의 내용을 정할 수 있다. 사용자가 자유롭게 작성하는 취업규칙의 내용은 사용자의 이익의 극대화를 위해 근로자에게 불리하게 정해질 수 있지만 그 취업규칙의 적용대상인 근로자가 아직 존재하지 않기 때문에 그러한 취업규칙에 반대하거나 불만을 토로하는 목소리를 들을 수 없어 규제나 통제가 불가능하다.

사업장복무규칙은 경영권에 기해 사용자가 작성한 규칙으로서 근로자가 근로관계에 편입되는 시점에 적용되고 근로자의 명시적인 동의는 필요치 않다고 본다.[94] 근로계약시 근로자의 동의를 거치는 경우도 있겠지만 그러한 동의과정이 없어도 근로관계에 편입되는 때에 근로자의 승낙의

91) 대법원 1994.6.14, 선고, 93다26151, 판결.

92) 필자의 견해와는 달리 독일에서는 사업장 질서유지에 관한 사항을 종업원대표위원회의 동의 없이 사용자가 일방적으로 결정할 수 없도록 되어 있는데(경영조직법 제87조 제1항 제1호), 독일의 경우 기업경영에 근로자가 참가하는 공동의사결정제도를 도입하고 있다는 점을 고려하면 사업장 질서유지에 관한 사항의 결정에 대한 종업원대표위원회의 동의가 반드시 사업장 질서유지에 관한 사항에 대한 결정권한이 경영권으로부터 나온다는 것을 부정하는 것이라고 단정적으로 볼 수는 없을 것이다.

93) 김철, 앞의 박사학위논문, 120면.

94) 스웨덴의 경우 직장질서를 규율하는 기업질서규범이 취업규칙이며 이는 사용자의 노무지휘권에 근거하는바 개별 노동자의 승인이 없어도 효력이 발생한다고 한다(김철, 앞의 취업규칙제도의 비교법적 일고찰, 226면).

의사표시는 있는 것으로 본다.[95] 사업장복무규칙의 지배를 받기를 원하지 않는 자는 자유로이 사업장 편입을 거절하면 되기 때문이다. 따라서 입사를 하면서 사업장복무규칙의 적용을 거부하는 근로자의 행위는 금반언의 원칙에 반하는 것으로서 인정될 수 없다고 본다.[96]

취업희망자는 자신에게 불리한 사업장복무규칙임을 알아도 취업을 해야만 하는 경제적 약자의 지위에 있으므로 이를 감수하고 취업할 수밖에 없고 그러한 개별근로자의 동의는 계약법적으로 유효한 것으로 평가된다. 이 때문에 창업 당시에 사용자가 자유롭게 제정하는 사업장복무규칙에 대해 향후 근로관계를 형성할 근로자를 대신하여 사업장복무규칙내용의 적정성, 적법성 등을 심사하고 감독할 수 있는 행정적 규제장치의 필요성이 제기된다. 현재의 취업규칙에 대한 행정관청의 신고, 심사절차 등의 행정적 규제를 사업장복무규칙에 대해 적용함으로써 창업시의 사용자의 사업장복무규칙 제정권의 남용을 규제하기 위한 장치로 활용될 수 있다.

다. 채용 후 복무규칙의 제정

사용자가 창업시점이 아닌, 근로자를 채용한 후에 사업장복무규칙을 제정하는 경우를 살펴본다. 근로자를 채용하기 전이든 후이든 상관없이 사용자는 경영권에 근거하여 일방적으로 사업장복무규칙을 제정할 수 있다고 보지만 그러한 사업장복무규칙이 기채용된 근로자에게 적용되기 위해서는 재직근로자의 동의가 필요하다고 본다. 사업장복무규칙 제정 이후 입사하는 근로자가 사업장복무규칙의 적용을 받을 것에 동의하는 것과 같은 이치다. 그러나 이미 채용된 재직근로자의 동의는 개별근로자의 동의가 아닌 집단적 동의가 되어야 한다.[97] 왜냐하면 채용 이전과 달리 이미 근로관계가 형성된 개별근로자는 사용자의 사용종속적 지위에 놓이기 때문에 대등한 계약당사자로서 자유의사로 동의권을 행사한다고 볼 수 없다. 따라서 근로자 채용 이후에 사용자는 일방적으로 사업장복무규칙을 제정할 수는 있지만 그 사업장복무규칙을 재직근로자에게 적용하기 위해서는 사용자와 대등한 지위가 보장되는 근로자집단의 동의를 요한다고 할 것이다. 이 경우 사용자 일방이 제정하는 사업장복무규칙은 사용자와 대등한 지위에 있는 근로자집단의 통제를

95) 민법 532조(의사실현에 의한 계약성립) 청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 통지가 필요하지 아니한 경우에는 계약은 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 성립한다.

96) "사립대학의 학생 신분을 취득하기를 희망하는 자는 학칙이나 규정 등이 입학안내나 시험요강 등에 기재되어 있지 않아 이를 미리 알지 못하였다 하더라도, 사립대학에 입학함과 동시에 학교 당국이 일방적으로 정한 학칙, 규정 등의 내용을 일괄하여 포괄적으로 승인한 것으로 되므로 그 내용에 기속된다." 는 학칙의 효력에 대한 하급심법원은 참고할 만하다(서울지법 1995.7.6, 선고, 95가합30135, 판결).

97) 복무규율에 관한 사항이라고 하더라도 사용자가 일방적으로 작성하는 것이 아닌 작성에서부터 변경에 이르기까지 모든 경우에 전체 근로자를 대표하는 자가 능동적으로 참여하는 합의주체로 설정하거나 아니면 적어도 동의를 얻도록 하는 체제가 요구된다(박종희, 앞의 노동부용역사업보고서, 89면).

받게 되므로 사업장복무규칙의 적정성, 적법성 등을 심사하고 감독할 수 있는 별도의 행정적 규제장치는 불필요하다고 본다. 현재 우리나라의 취업규칙제도는 근로자의 채용 후에 취업규칙을 제정·적용하는 경우에 있어서 근로자집단의 동의가 아닌 의견청취의무만을 규정하고 있기 때문에 사용자가 제정한 취업규칙이 전체근로자에게 적용되는 법적 근거를 설명하기 어려운 것이다.

사업장복무규칙을 제정하여 재직근로자에게 적용하기 위해서는 근로자의 집단적 동의를 요한다고 할 수 있는데, 이때 근로자의 집단적 동의의 거부로 사업장복무규칙이 시행에 들어가지 못함으로써 사용자의 경영권이 지나치게 제한되어 기업운영이 원활하지 못할 경우에는 현재 판례가 취하고 있는 태도와 같이 '사회통념상 합리성'이 있는 경우 그 사업장복무규칙의 효력을 인정하는, 즉 '합리성이론'을 적용하여[98] 근로자집단의 동의가 없는 경우에도 사업장복무규칙의 적용이 가능한 것으로 운영될 수 있을 것이다.

원래 사업장 복무규칙은 사업장의 운영에 관한 사항을 정한 것이므로 사업장복무규칙의 변경은 근로조건의 변경이 아니므로 사실상 불리한 변경이라는 개념이 개입될 여지가 거의 없다. 물론 복무규칙의 변경이 간접적으로 어느 정도 근로자에게 불리한 결과가 초래될 수 있으나 이는 반사적 효과로 보아야 할 것이며 만약 그것이 근로조건에 상당한 영향이 있는 경우에는 이를 근로조건으로 보아 근로조건협약으로 정해야 할 것이라고 본다. 따라서 사업장복무규칙은 원칙적으로 근로조건과는 직접적으로 관계가 없는 사항이어서 사용자 일방이 제정·변경할 수 있는 것이고 여기에는 유·불리의 개념이 포함될 수 없는 것으로 보기 때문에 사회통념상 합리성 이론을 적용할 수 있다고 보는 것이다. 만약 근로조건을 정한 근로조건협약의 제정·변경(불이익 변경 포함) 시에는 집단적 합의방식에 따라야 하기 때문에 사회통념상 합리성 이론을 채택할 수는 없다고 본다.

라. 표준사업장복무규칙의 활용

창업시점에 사업장복무규칙을 미리 제정하는 경우에는 사업장복무규칙에 대한 근로자집단의 동의를 얻는 것이 불가능하고 또 현재의 취업규칙제도와 같이 사업장복무규칙 제정시 근로자집단의 동의가 아닌 의견청취의무만을 규정하고 있는 경우에는 사용자 일방이 자유롭게 사업장복무규칙의 내용을 정할 수 있다. 사용자 일방은 자유롭게 사업장복무규칙의 내용을 정할 수 있기

98) 대법원 1993.1.15, 선고, 92다39778, 판결; 1978.9.12. 선고 78다1046 판결, 1989.5.9. 선고 88다카4277 판결, 1990.3.13. 선고 89다카24780 판결; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다57362 판결 등 참조.

때문에 각 기업별로 사용자가 제정하는 사업장복무규칙의 내용은 제각각 다를 수 있고 근로자에게 유·불리 정도도 기업마다 다를 수 있다.

사용자 일방이 자유롭게 제정하는 사업장복무규칙으로부터 상대적 약자인 근로자를 보호하기 위해 행정관청에 의한 사업장복무규칙에 대한 신고 및 심사를 한다고 할 때, 기업마다 제각각 다른 사업장복무규칙의 내용을 행정관청의 담당공무원이 일률적인 심사기준을 정하기 어려운 것은 물론이고 또 각 기업별 특성을 고려하지 않을 수도 없다는 어려움이 있다.

이러한 이유로 사업장복무규칙에 대한 행정적 통제를 용이하게 하기 위한 수단으로 '표준사업장복무규칙'의 사용의 필요성을 제기한다. 업종별, 직종별로 표준사업장복무규칙을 제정하고 업종이나 직종이 동일 또는 유사한 기업의 경우 동일한 표준사업장복무규칙을 사용하도록 하여 취업근로자간 차등적, 차별적 요소를 없애도록 할 필요가 있다. 업종이나 직종 등이 같아 동일한 사업장복무규칙의 내용을 적용하는 것이 가능하고 바람직함에도 불구하고 기업규모의 대소, 노동조합의 유무, 근무지역 등에 따라 해당근로자에게 적용되는 사업장복무규칙의 내용이 달라진다는 것은 바람직하지 못하다. 만약 노동조합의 단체교섭이 현재 우리나라와 같이 기업별이 아닌 산업별, 직종별, 전국적 차원에서 이루어진다면 자연스럽게 산업별, 직종별로 동일, 유사한 사업장복무규칙이 적용될 것이고 이는 표준사업장복무규칙의 전형이라고 할 수 있다. 우리나라의 노동정책이 과거 산업별 교섭을 금지하고 기업별 교섭으로 일원화해온 역사적 환경 때문에 현재 기업별로 운영하고 있는 취업규칙(사업장복무규칙)이 제각기 다르고 또한 취업규칙의 내용도 기업비밀이라고 하여 외부에 잘 공개하지도 않고 있다. 이러한 사정은 사용자측의 자의적인 사업장복무규칙 제도를 운영하게 함으로써 기업별 근로자간 차별 등을 야기하고 근로자에 대한 사업장복무규칙 내용을 통일적 적용을 방해한다.

표준사업장복무규칙의 운영을 통해 자연히 근로자의 징계에 관한 규정도 통일될 수 있다. 예를 들어 무단결근, 음주, 사생활 비행 등의 징계사유에 해당할 경우 사용자측은 직장질서의 침해를 이유로 징계할 수 있다. 그런데 개별 기업마다 이러한 행위를 징계사유로 규정하고 있는 경우도 있고 그러하지 아니한 경우도 있으며 또한 같은 징계사유라도 그 징계처분의 수준이 다른 경우도 있다. 동종, 유사 업종의 기업에서 동일한 직장질서침해행위에 대해 징계처분이 다르다고 한다면 이는 형평성의 원리에 반하는 측면이 있다. 기업마다 특성 및 근로조건 등이 달라 사업장복무규칙의 내용이 어느 정도 차이가 발생할 수 있겠지만 근로자의 노동인권 등과 같이 전체근로자에게 공통으로 적용될 수 있는 사항들은 기업차원을 넘어서 산업 및 국가차원에서 동등하게 유지되게

할 필요가 있다. 단체협약의 확장적 효력의 적용은 전 기업, 전산업차원에서 이러한 요청을 실현하고자 하는 것이며 외국인 근로자에게 최저임금, 차별, 인권에 관한 법률 등이 적용되는 것은 전 국가 차원에서 동등한 대우를 실현하고자 하는 것이다.

업종별, 직종별 표준사업장복무규칙을 운영하게 되면 징계사유, 징계종류 등 징계규정이 동일하게 적용될 수 있기 때문에 자연히 사용자의 징계권 남용의 문제가 제거될 수 있다. 표준사업장복무규칙의 제정 즉 사업장복무규칙의 입법과정에서 행정적 규제가 손쉬워지고 사업장복무규칙의 징계규정의 해석과 관련하여서도 통일된 견해가 제시될 수 있다.

현재에도 노동부가 표준취업규칙을 만들어 배포하고 있지만 이는 사용자의 취업규칙의 제정시 도움이 되게 한다는 차원에서 이루어지고 있을 뿐 동종, 유사한 업종의 기업별 근로자에게 통일된 취업규칙의 내용을 적용한다는 차원에서 이루어지고 있는 것은 아니다. 따라서 각 기업별 취업규칙이 통일되어 특별한 사정이 없는 한 근로자간 차등·차별이 발생하지 않도록 현재의 표준취업규칙정책을 보완, 확대 적용하여야 할 필요가 있다고 본다.

Ⅴ. 결론

현재의 취업규칙의 내용에서 '근로조건에 관한 사항'을 제외하고 '복무규율에 관한 사항'으로 한정하여 운영할 필요성이 있다. 외국의 사례를 참조해 보면 대체로 외국에서는 취업규칙에 정할 사항을 주로 사업장 질서유지를 위해 필요한 사항에 국한하고 있고 근로조건과 관련된 사항은 단체협약이나 별도의 근로계약 등을 통하여 규율하고 있는 것으로 파악된다. 현재의 취업규칙을 '근로조건에 관한 사항' 및 '복무규율에 관한 사항'으로 분리하면 '근로조건에 관한 사항'은 계약적 성질을, '복무규율에 관한 사항'으로 규범적 성질을 갖는 것으로 구분될 수 있어 그간 취업규칙의 법적 성질에 관한 논란도 일단락될 것으로 본다.

근로조건협약의 작성은 단체협약 또는 근로자대표제, 종업원대표위원회 등의 노사공동의결제도를 도입하여 대등한 지위에서 자유롭게 근로조건을 결정할 수 있는 구조를 고려할 필요가 있다. 노동조합이 있는 사업장은 단체협약에 의해 근로조건에 관한 사항이 결정될 것이나 노동조합이 없는 사업장은 노사협의회를 근로조건협약의 제정주체로 고려해볼 수 있지만 현재의 노사협

의회는 이해공통적 사항을 다루도록 입법되어 있기 때문에 이해대립적인 '근로조건에 관한 사항'을 결정하는데 적절하지 못하다. 노사협의회가 '근로조건에 관한 사항'을 결정할 수 있도록 하기 위해서는 노사협의회의 입법취지, 의결사항, 근로자대표위원 선출방식과 절차 등에 관해 대폭 보완하여야 한다. 사견으로는 근로조건의 노사공동결정방식으로 노사협의제보다는 근로기준법상의 특정근로조건의 결정시 활용되고 있는 근로자대표제를 입법을 보완하여 적용하는 것이 가장 바람직해 보인다.

사업장복무규칙은 기업의 존립과 사업의 원활한 운영을 위하여 필요불가결한 것이므로 경영권에 기하여 사용자 일방에 의하여 작성할 수 있다고 본다. 하지만 사용자에게 사업장복무규칙의 제정권이 있다고 하여 곧 바로 그러한 복무규칙이 근로자에게 적용되는 것은 아니라고 본다. 사용자 일방이 제정한 사업장복무규칙을 준수하겠다는 근로자의 승낙 또는 동의가 있어야만 그러한 복무규칙이 비로소 근로자에게 적용된다. 사용자는 근로자 채용 전, 창업시에 사업장복무규칙을 제정할 수 있는데, 이 때는 근로자집단이 존재하지 않으므로 행정적 규제가 필요하다고 본다. 사용자가 근로자 채용 후 사업장복무규칙을 제정할 때에는 재직근로자의 집단적 동의가 필요하다고 본다. 근로자의 집단적 거부로 사업장복무규칙의 운영이 원활하지 못할 경우에는 '사회통념상 합리성이론'을 채택하여 해결할 수 있을 것으로 본다.

사업장복무규칙에 대한 행정적 통제를 용이하게 하기 위한 수단으로 표준사업장복무규칙의 사용의 필요성을 제기한다. 업종별, 직종별로 표준사업장복무규칙을 제정하고 업종이나 직종이 동일 또는 유사한 기업의 경우 동일한 표준사업장복무규칙을 사용하도록 하여 취업근로자간 차등적, 차별적 요소를 없애도록 할 필요가 있다.

참고문헌

- 고용노동부, 2015년 노동조합 조직현황, 2015.
- 고용노동부, 「우리나라 단체협약 적용률에 관한실태파악과 외국사례」, 2010.
- 고용노동부, 「취업규칙 해석 및 운영지침」, 2016.1.22.
- 김기우·방준식, "복수노조하에서 노사협의회의 기능에 관한 연구", 한국노총 중앙연구원, 2006.
- 김성환·이상덕·김정한, "취업규칙 분석", 한국노동연구원, 1993.
- 김유성, 「노동법I」, 법문사, 2006.
- 김정한·문무기·윤문희, 「취업규칙분석(II)」, 한국노동연구원, 2008.
- 김형배, 「노동법」, 박영사, 2005.
- 노동부, "노동백서", 2009.
- 노동부, 「취업규칙 분석 및 제도개선 방안 연구」, 2009.
- 동국대학교 산학협력단, "노사협의회 운영실태 조사 및 개선방안 연구", 고용노동부, 2011.
- 문원주, 「주석실무 근로기준법」, 법원사, 1993.
- 박경서, 「기업내 징계의 이해와 실무」, 중앙경제, 2003.
- 박상필, 「근로기준법 강의」, 대왕사, 1991.
- 박제성, 「근로자대표의 재구성을 위한 법이론적 검토」, 한국노동연구원, 2013.
- 박제성, 「무노조사업장에서의 근로조건 결정법리」, 한국노동연구원, 2007.
- 박제성·도재형·박은정, 「기업 내 근로조건 결정법리」, 한국노동연구원, 2010.
- 박종희, 「개별적 근로조건에 대한 집단적 결정시스템의 개선방안 연구」, 노동부용역사업보고서, 2005.
- 신윤종, "산업사회학", 경문사, 1984.
- 이병태, 「최신노동법」, 중앙경제사, 2008.
- 이상윤, 「노동법」, 법문사, 2002.
- 이승길, 「미국의 노동법제」, 한국경영자총협회, 2005.
- 이영희, 「노동법」, 법문사, 2001.
- 이영희, 「근로계약론」, 인하대학교 출판부, 1988.
- 이정 역, 「주요 선진국의 근로계약법제」, 한국노동경제연구원, 2007.
- 임종률, 「노동법」, 박영사, 2015.
- 장홍근, 「노사협의회 운영상황 실태조사」, 고용노동부 학술연구용역보고서, 2016.

- 한국노동연구원, 「노동시장관련 법·제도 혁신 연구」, 2006. 12.
- 菅野和夫, 「労働法」, 弘文堂, 2008.
- 大橋昭一·奥田幸助·奥林康司, 「經營參加の思想」, 有斐閣, 1979.
- 有泉亨, 「勞働基準法」, 東京:有斐閣, 1983.
- Hromadka, Wolfgang, Die Arbeitsordnung im Wandel der Zeit, ZfA, 1979.
- 강희원·선미란, "취업규칙의 본질에 관한 일고찰", 「외법논집」 제37권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2013.
- 김기선, "대안적 근로자대표제의 모색: 근로자대표제도의 개편방향", 「노동리뷰」 2017년 8월호.
- 김주연, "무노조사업장의 근로조건 결정을 위한 제도적 방안 연구", 석사학위논문, 고려대학교, 2010.
- 김철, "취업규칙에 관한 연구", 박사학위논문, 경희대학교 대학원, 2010.
- 김철, "취업규칙제도의 비교법적 일고찰", 「경희법학」 제45권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2010.
- 김훈·박종희, "종업원대표제 재구축의 필요성과 기본 방향", 「산업관계연구」 제21권 제2호, 한국노사관계학회, 2011.
- 박귀천, "독일 노동법상 근로조건 결정시스템", 「노동법연구」 제41호, 서울대학교 노동법연구회, 2016.
- 박은정, "집단적 의사결정주체로서의 근로자대표", 「노동리뷰」, 한국노동연구원, 2015.3.
- 박제성, "프랑스의 기업내 근로자대표제도", "노동법연구" 제11호, 서울대 노동법연구회, 2001.
- 박종율, "취업규칙의 법적 성질과 효력", 「법학연구」 제12권, 전북대학교 법학연구소, 1985.
- 박종희, "취업규칙 본질에 관한 논쟁의 소지와 앞으로의 논의 방향성", 「노동법학」 제12호, 2001.
- 방준식, "징계해고규제법리의 재검토", 「강원법학」 제35권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012.
- 송봉근·이원우, "우리나라 노사협의제의 활성화 방안에 관한 연구", 「사회과학논총」 제10집, 숭실대학교 사회과학연구원, 2008.
- 송호영, "소속사원에 대한 단체의 징계권에 관한 연구", 「재산법연구」 제26권 제2호, 한국재산법학회, 2009.
- 신권철, "노사협의회의 법적 지위와 역할", 「노동법연구」 제35호, 서울대학교 노동법연구회, 2013.
- 이상국, "사용자의 징계권에 관한 연구", 「한양법학」 제21집, 한양법학회, 2007.
- 이승욱, "노사협의회 의결사항의 효력", 「노동법학」 제9호, 1999, 한국노동법학회, 1999.
- 이승욱, "독일에 있어서 경영상 해고와 관련된 법적 문제에 대한 집단법적 해결", "판례실무연구 Ⅵ", 박영사, 2003.
- 이원두, "협약자치 시스템의 현실적 한계와 그 보충적 방안의 모색", 「경희법학」 제50권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2015.
- 이창호, "노사협의제 발전방향에 관한 연구", 「법학논총」 제19집, 숭실대학교 법학연구소, 2008.
- 이철수, "통일적인 종업원대표시스템 정립을 위한 소고", 「산업관계연구」 제21권 제1호, 한국노사관계학회,

2011.

- 이학춘·김소영, “독일공동결정제도에 관한 연구”, “동아법학” 제6호, 동아대학교 출판부, 1988.
- 임종률, “근로자 징계의 법리”, 「법학논총」 제5집, 숭실대학교 법학연구소, 1989.
- 임종률, “취업규칙의 법적 성질과 효력”, 「김학수박사 화갑기념논문집」, 1985.
- 정명현, “개별적 노동분쟁 해결제도에 관한 연구”, 박사학위논문, 동아대학교 대학원, 2010.
- 정환웅, “단체교섭과 노사협의제의 상호관계에 관한 연구”, 박사학위논문, 전남대학교 대학원, 1991.
- 조성규, “대학 학칙의 법적 성격”, 「행정법연구」 제17호, 행정법이론실무학회, 2007.
- 조득주, “취업규칙제도에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2008.
- 하갑래, “취업규칙 불이익변경에 있어서 사회통념상 합리성”, 「법학논총」 제33권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2009.
- 황용연, “복수노조시대의 노사협의회 운영 개선방안”, 「산업관계연구」 제21권 제3호, 한국고용노사관계학회, 2011.
- 황용연, “한국의 경영참가제도의 법적 구조와 개선방안에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2011.
- 毛塚勝利, “わが国における従業員代表法制の課題- 過半數勞働者代表制度の法的整備のための檢討課題”, 「日本勞働法學會誌」 第79號, 日本勞働法學會, 1992.
- 山崎武夫, “就業規則の效力”, 「現代勞働法講座10: 勞働契約.就業規則」, 東京: 總合勞働研究所, 333頁.
- 福島 淳, “勞使間における信義則と懲戒”, 「福岡敎育大學紀要」 29号, 1979.

Abstract

A Separate Operation Plan of the Function for Determining the Working Conditions of the Employment Rules

Myung-Hyun, Jung

Researcher, Dong-A University Law Research

The contents of the rules of employment consist of matters relating to working conditions and matters concerning service discipline. There is much controversy about the legal nature of the rules of employment so far. Many controversies about the legal nature of the rules of employment are caused by that the rules of employment unite the contents of two legal natures into one piece without separating the different contents. Therefore, there is a need to divide the contents of the current employment rules into matters relating to working conditions and matters concerning service discipline. In the case of foreign countries, the matters to be specified in the employment rules are limited mainly to the matters necessary for maintaining the business order, the matters concerning working conditions are governed by collective agreements or individual labour contracts.

Regarding matters concerning working conditions, it is necessary that collective agreements, labour-management councils, and workers' representative systems can be introduced to determine working conditions in equal status freely. For the labour-management council in our country to be able to decide on matters concerning working conditions, it is necessary to largely supplement the Act on the Promotion of Worker Participation Cooperation. In my

view, it would be desirable that the workers' representation system on the Labor Standards Act become an agency agreement for determining working conditions.

The rules of the workplace service can be established by the employer based on the management rights because it is indispensable for the existence of the company and the smooth operation of the business. However, even if the employer has the authority to establish the rules of the workplace service, such rules of the workplace service is not applied to the employees immediately. Such rules of the workplace service shall be applied to the employees only if they have the consent of the employees to comply with the rules of the workplace service established by the employer.

The employer may establish the rules of the workplace service before hiring employees. There are no employees at this time, so administrative regulation for the prevention of user's abuse of the authority is necessary. In case of that employers establish the rules of the workplace service after hiring the employees, the consent of the group of employees, not the consent of the individual employee is required to apply the rules of the workplace to the employees.

It raises the need for the use of the standard workplace service rules as a means of facilitating administrative control over the workplace service rules. It is necessary to establish the standard workplace service rules for each type of work, job type, and to use the same standard workplace service rule for businesses of the same or similar type or job type to eliminate differential and discriminatory factors among the employees.

Keyword : Rules of Employment, Work Rules, Working Conditions. Service Discipline, Labor-Management Councils, Labor Representatives. Rules of the Workplace Service, Working Condition Agreement.