

西獨逸에 있어서의 勞使關係(上)

—經營基本法을 中心으로—

李 英 俊

(司法研修院 教授, 部長判事)

<目 次>

- | | |
|-------------------------|-------------------------|
| I. 概 観 | 나. 勤勞者의 其他 代表의 設立 |
| 1. 經營基本法의 目的 | 다. 經營部分의 地位 |
| 2. 經營基本法과 企業基本法 | 라. 同議節次 |
| 가. 區 別 | |
| 나. 組合法 | |
| 3. 經營基本法의 人的効力範圍 | II. 經營評議會의 選舉 |
| 가. 使用者 | 1. 經營評議會의 選舉의 原則 |
| 나. 勤勞者 | 가. 選舉委員長 |
| 다. 勤勞者 概念의 制限 | 나. 積極的 消極的 選舉權 |
| 라. 指導的 事務員 | 다. 經營評議會員의 數爻 |
| 마. 場所的 効力範圍 | 라. 定期的 및 非定期的 經營評議會의 選舉 |
| 4. 勤勞者의 勤勞者와 事務員으로의 別 | 마. 選舉原則 |
| 가. 概 観 | 바. 選舉節次 |
| 나. 勤勞者 | 2. 選舉保護와 選舉取消 |
| 다. 事務員 | 가. 選舉保護 |
| 라. 紛 爭 | 나. 選舉費用 |
| 5. 經營基本法의 物的 効力範圍 | 다. 選舉取消 |
| 가. 經營評議會의 設立에 관한 一般要件 | III. 經營基本法上의 機關 |
| 나. 總經營體와 經營體部分 | 1. 經營評議會의 任期 |
| 다. 經營基本法의 適用의 例外와 制限 | 가. 任期의 開始 |
| 라. 紛 爭 | 다. 任期의 期間 |
| 6. 經營基本法의 一般原則 | 나. 任期의 終了 |
| 가. 經營基本法에 있어서의 勤勞組合의 地位 | 라. 經營評議會員의 地位의 消滅 |
| 나. 使用者와 經營評議會와의 關係 | 마. 經營評議會의 會員地位의 免職과 解散 |
| 다. 經營體에 있어서의 政治的活動의 禁止 | 바. 補充會員 |
| 7. 經營基本法의 規定의 除外 | 사. 使用者에 의한 經營基本法의 侵害 |
| 가. 附加的 經營基本法의 代表 | 2. 經營評議會의 事務處理 |
| | 가. 概 観 |
| | 나. 經營評議會의 議長 |
| | 다. 經營委員會 |
| | 라. 經營評議會의 召集 |

마. 經營評議會의 議決	法律紛爭
마. 相談時間	마. 分擔의 禁止
3. 經營評議會員의 法的 地位	5. 經營總會
가. 名譽職	가. 經營總會의 種類와 召集
나. 暫定的 勤勞免除	나. 經營總會의 任務와 議題
다. 勤勞免除에 대한 報償	다. 勞動組合代表의 參與權
라. 完全한 勤勞免除	라. 經營總會 參與者의 報酬請求權
마. 教育機關과 研修期間에의 參加	6. 總經營評議會
마. 教育休暇	가. 總經營評議會의 設立
사. 不利益의 較量	나. 總經營評議會에 있어서의 投票分配
야. 經營評議會員의 特殊한 義務	다. 總經營評議會의 事務處理
4. 經營評議會의 費用	라. 總經營評議會의 管轄
가. 經營評議會의 人的 費用	마. 總經營評議會와 그 會員의 權利와 義務
나. 經營評議會의 支出	마. 總經營評議會 및 그 會員의 解散과 消滅
다. 經營評議會에 대한 場所 및 物的 補助	
라. 經營評議會의 費用에 관한	

西獨에서는 특히 經營基本法(1952년 제정, 1976년 일부개정)이 시행된 後 그 劳使關係는 劳動組合을 通한 開爭的 手段에 의하여 보다는 오히려 經營評議會를 통한 共同決定에 의하여 平和的으로 規律되고 있다고 할 수 있다. 이는 現下 우리나라의 劳使關係 및 勤勞者の 福祉문제와 관련하여 시사하는 바 크다. 이하 獨逸의 學說·判例를 중심으로 하여 그 經營基本法을 考察한다. (上)에서는 經營基本法上の 機關 특히 經營評議會의 組織을, (中)에서는 共同決定權의 內容을 검토하고 (下)에서는 이러한 西獨의 劳使共同決定制度의 機能과 우리나라에의 導入可能性을 탐진하려고 한다.

I. 概觀

1. 經營基本法의 目的

(1) 勤勞者は 勤勞契約에 기하여 使用者에게 勤勞나 勞務를 紿付할 義務를 負擔한다. 勤勞者の 勤勞나 勞務給付義務의 內容은 모두 勤勞契約에 열거되는 것이 아니라, 사용者的 指示權(Direktionsrecht)에 기하여 具體化된다. 따라서 勤勞나 勞務給付의 內容은 결국 經營에 의하여 具體化된다. 그런데 經營은 經營體에 의하여 實現된다. 그리고 經營體는 勤勞者에 先在하는 組織體로서 勤勞者 個個人은 이에 아무런 影響을 미칠 수 없다. 그러나 經營

體는 勤勞技術目的을 實現할 수 있는 唯一한 組織이다. 그므로 使用者는 그自身이 經營體의 “主人(Herr)”으로서 勤勞者의 勤勞나 勞務 및 其他行爲를 指示하여 왔다.

(2) 經營基本法의 根本目的은 經營의 이하한 單線的 構造(Monokratische Struktur)를 排除하는 데 있다. 社會政策의 으로 經營基本法은 使用者에 對하여 勤勞者를 保護하는 것을 目的으로 하며, 一般政策의 으로는 勤勞者團이 經營의 結斷에 參與하는 데에 그 目的이 있다. 社會政策의 ·一般政策의 目的設定과 相應하여 國家를 民主化한다고 하는 것이 經營基本法의 뿌리이다.

(3) 經營基本法은 企業體도 그 規律對象으로 한다. 왜냐하면 企業體에 관한 法規適用은 企業이 經營의 分散이나 集中이냐의 問題에 影響을 받지 않기 때문이다, 企業에는 總經營評議會를 設置하도록 規定하고 있다. 經濟委員會(Wirtschaftsausschuss)에 관한 規定은 企業體에 適用되게 된다.

(4) 現行 經營基本法은 經濟的인 活動自由(Wirtschaftliche Betätigungs freiheit)와 所有權自由의 保障으로부터 出發한다(본憲法 第2條, 第14條). 그리나 使用者的 經營者로서의 地位는 憲法의 社會國家性(본憲法 第20條 1項)이 要求하는 範圍內에서 制限되게 된다. 위 두 命題의 調和點에서 勤勞者の 權利는 一般的으로 探知權(Informationsrechte)과 聽聞權(Anhörungsrechte)에 制限되는데 그치지 않고 나아가 共同決定權(Mitbestimmungsrecht)이 賦與되게 된다.

(5) 이하한 沿革과 機能에 비추어 볼 때 經營基本法은 經營體에 있어시의 勤勞者の 地位 및 經營과 結合된 勤勞者の 使用者에 대한 權利를 包括하는 規範의 總和라고 말할 수 있다.

2. 經營基本法과 企業基本法

가. 區 別

經營基本法은 企業基本法과 다르다. 勤勞者の 經濟的 共同決定權 및 監督評議會에의 勤勞者の 參與에 관한 規定은 企業基本法에 속한다. 1972年の 經營基本法은 企業基本法에 관한 規定을 두지 않았다. 聯合內閣의 見解에 의하면 共同決定問題는 아직도 考慮하여야 할 많은 問題點을 갖고 있기 때문에 共同決定權에 관한 規定은 CDU CSU의 案은 否決되었으나,⁽¹⁾ 그후

(1) Drucks. VI/2729.

1976年 5月 4日 共同決定法(Mitbestimmungsgesetz BGBI I 1153)이 議決 되었다. 詳細한 것은 第11節 參照.

나. 組合法

企業基本法은 다시 組合法과 다르다. 組合法(Gesellschaftsrecht)은 企業의 法人格, 組合員相互間의 法的關係, 組合機關相互間의 作用, 組合法規의 濫用으로부터의 債權者 및 一般人的 保護에 관한 問題를 規律한다.

3. 經營基本法의 人的・場所的 効力範圍

가. 使用者

(가) 經營基本法은 一般的으로 使用者(Arbeitgeber)라고 하는 用語를 使用 한다. 그러나 境遇에 따라서는 企業者(Unternehmer)라고 하는 用語도 使用 한다. (例컨데, 第53條 2項, 第106條 1項, 第111條). 그러나 兩用語는 반드시 一致되는 概念이 아니다.

(나) 使用者라고 함은 經營, 即 勞動技術的 目的의 實現을 為한 組職의 單一體內에서 勤勞者全員 또는 個個의 勤勞者에 대하여 具體的인 指示 및 配置權限(Dispositionsbefugnise)을 行使하는 者를 말한다. 使用者は 法人 또는 自然人 또는 總手人(Personengesamtheit)일 수 있다. 經營基本法은 使用者の 一般概念으로 부터 出發하고 있다(第17條). 經營(第116條以下)의 境遇에 經營主가 바뀌어도 經營의 同一性과 客觀的 目的設定이 本質的으로 維持되는 것이므로 經營主의 變更은 經營基本法上 重要한 意味를 갖지 않는다. 따라서 이 境遇 經營約定(Betriebsvereinbarung)등은 그대로 效力이 維持된다.

(다) 企業主는 企業의 主人이다. 企業主에게는 一般的으로 經營 또는 企業의 紹付, 組織 및 企劃의 義務가 賦與된다. 여러개의 經營體가 一個의 企業體에 속하는 경우에는 經營給付는 主로 使用者の 機能을 內容으로 함에 반하여, 企業給付는 經濟的인 課題 특히 指導的・企劃的 機能을 內容으로 한다.

(라) 數個의 經營體가 一個의 企業體에 屬하게 되면 人事行政等이 全部 또는 部分的으로 企業給付에 의하여 掌握되게 되고 따라서 使用者の 法的 地位도 同一하게 分散되게 된다. 따라서 經營評議會는 그의 權限을 혹은 經營者 혹은 人事行政者에게 賦與하지 않으면 안된다.

經營基本法은 企業體의 特別한 組織構造에 관하여 아무런 規定을 두고 있지 않지만, 經營評議會는 多樣하게 企業體의 一般的 人事에 參與함으로써

事實上 企業의 指示權을 行使하게 된다.

나. 勤勞者

(가) 經營基本法은 一般的으로 勤勞者 概念을 使用한다(第8條). 그러나 經營基本法 第5條2項, 3項 所定의例外가 있다. 따라서 經營基本法의 意味에 있어서의 勤勞者는 經營基本法 第5條2項, 3項에 規定되어 있는 사람을 除外한 勞動法上의 모든 勤勞者를 指稱한다. 따라서 經營基本法의 意味에 있어서 非勤勞者는 經營基本法을 適用함에 있어서는 勤勞者的待遇를 받지 못한다. 즉, 이리한 非勤勞者는 經營評議會等의 選舉에 있어서 選舉權이나 被選舉權을 갖지 않는다.⁽²⁾ 또한 經營基本法의 意味에 있어서의 非勤勞者는 當該 經營體가 經營評議會等設置할 義務있는 經營體인가(經營基本法第1條) 몇 사람의 經營評議會員을 選出하여야 하는가(第9條)⁽³⁾ 等에 관하여 아무런 意味를 갖지 않는다.

(나) 元來 勞動法에 있어서 勤勞者라 함은 廉儲에 관한 司法的契約에 기하여 從屬的勞務給付義務를 負擔하는 者를 말한다. 勞動契約에 기하여 實際就業함으로서 그 勤勞契約이 有效하다는 것은 經營基本法의 適用에 必要한 要件이 아니다.⁽⁴⁾ 勤勞가 主된 것인가 附隨的인 것인가, ⁽⁵⁾ 全體的인 것인가 部分的인 것인가, 當該勤勞가 量에 있어서 重要한勤勞인가 아니라는 經營基本法의 適用에 必要한 要件이 아니다.

(다) 經營上에 의하여서가 아니라 間接人(Mittelperson)에 의하여 採用된 者도 (間接勞動關係에 관하여는 Günter Schaub, ARH § 185條 參照) 間接使用人の 指示에 따르는 限 勤勞者の 概念에 包含된다. 時間勤勞者(Zeitarbeitnehmer)를 借用者の 勤勞者로 볼 것인가에 관하여는 論議가 있으나⁽⁶⁾ 通說은 元來부터 貸與(Ausleihe)의 目的으로 廉儲된 勤勞者는 借用者の 勤勞者가 아니라 한다. 營業的 勤勞譲渡의 規制에 관한 法律의 目的이 貸與者

(2) Vgl. ArbG Hamm in DB 72, 1392 ArbG Bochum in DB 72, 1730; LAG Dusseldorf in DB 72, 2489.

(3) BAG Vom 12.10. 1976—1 ABR 1/76—.

(4) Vgl. BAG in AP 2 zu § 123 BGB, AP 2 zu § BGB.

(5) Vgl. BAG in AP 1 zu § 1 TVG „Teilzeitbeschäftigung“; AP 31, 32 zu § 620 BGB

(6) „Befristeter Arbeitsvertrag“; AP-4, 9 zu § 611 BGB „Fleischbeschauer-Dienstverhältnis“ Bejahend: Fitting-Auffarth a.a.O. § 5 Anm. 7; verneinend: Dietz-Richardi a.a.O. § 5 Anm. 23, beide mit weiteren Nachw.

가 真正한 使用者 權能을 行使하도록 하는 것을 保障하려는 데 있다고 하는 것을 그 理由로 한다.

(라) 그러나 類似勤勞者, 公法的인 法律關係에 기하여 勤務하는 者(例전에 公務員) 또는 不自由의 勞動者(例전에 罪囚)는 勤勞者에 屬하지 않는다. 兵役으로서 補充의 勤勞를 하는 者는 勤勞者가 아니다(兵役義務法 第15條, 戰爭義務拒絕者에 대한 民間勤勞에 관한 法律 第1條以下). 이러한 者들은 公法的인 勤勞法律關係에 서는 것이고 勤勞關係에 서는 것이 아니기 때문이다. 다만 戰爭勤勞拒絕者가 戰爭勤勞拒绝者에 대한 民間勤勞에 관한 法律 第15條(a)에 의한 自由로운 勞動關係에 있는 데에는 그러하지 아니하다. 또한 開發協力法에 의하여 開發勤勞를 提供하는 者, 一年間의 徵用法 第1條 및 第15條에 의한 一年間의 勤務를 하는 者도 勤勞者에 該當하지 않는다.⁽⁷⁾⁽⁸⁾

다. 勤勞者概念의 制限(經營基本法 第5條2項)

經營基本法의 意味에 있어서의 勤勞者가 아닌 境遇는 다음과 같다.

(가) 法人の 機關代表者・通說에 의하면 法人の 代表者は 이미 勞動法의 意味에 있어서의 勤勞者에 屬하지 않기 때문에 法人の 機關代表者는 勤勞者가 아니라고 하는 經營基本法 第5條1項1號의 規定은 單純한 宣言的인 意味를 갖는 데 不過하다고 하나, 이 說에 의하면 經營基本法 第5條 2項 1號는 真正한 意味에 있어서의 制限規定이라고 한다. 機關代表者라 함은 法人에 있어서의 理事(民法 第26條), 特別代理人(民法 第30條, 株式會社法), 清算法人에 있어서의 清算人이다.

(나) 人的組合(合名會社, 株式合資會社, 船舶業, 民法的 組合)의 事務處理 및 代表者. 이 境遇에는 法律의 規定이나 定款 또는 組合契約에 의하여 外部關係에 있어서는 組合을 代表하고, 內部關係에 있어서는 組合業務를 處理하는 者는 勤勞者가 아니다. 이에 대하여 事務處理 및 代表의 權限이 없는 單純한 組合員은 勤勞者이다.

(다) 1次의으로 生業을 目的으로 하지 아니하고 慈善的, 宗教的 動機에 供하는 行爲 또는 治療, 改善 또는 教育的 目的에 供하는 行爲를 하는 者는 勤勞者의 概念에 包括되지 않는다. 이러한 者들은 一般的인 勞動法의 意味

(7) Ehrg vom 18. 6. 1969 (BGBI. I 549).

(8) Vom 17. 8. 1964 (BGBI. I 640) BAG in AP 1 zu § 5 BetrVG 1972 "Rotes Kreuz". ArbG Köln in DB 76, 2068.

에 있어서의 勤勞者에 該當하지 않기 때문이다.

(라) 住宅上 使用者와 共同하여 生活하는 配偶者, 一等 以內의 親族 및 人戚은 親族法의 共同勤勞 또는 勞動契約에 기한 勤勞人 與否를 묻지 아니하고 經營基本法上의 勤勞者에 該當하지 않는다. 이 規定을 擴張解釋하여서는 아니된다.⁽⁹⁾

여기서 住宅的 共同(民法 第1619條)이라고 하는 것은 住居와 私的生計의 共同을 意味한다.

라. 指導的 事務員⁽¹⁰⁾

(가) 經營基本法上의 指導的 事務員의 概念에 관하여는 論議가 있다. 第1說에 의하면 指導的 勤勞者의 概念은 經營基本法 第5條 3項에 先在하는 것이며 단지 經營基本法 第5條 3項에서 具體化된 것에 不過하다고 한다.⁽¹¹⁾ 第2說에 의하면 經營基本法 第5條 3項이 經營基本法上의 指導的 勤勞者의 概念을 獨立하여 規定하고 있다고 한다⁽¹²⁾. 聯邦勞動法院은 位條文의 文理를理由로 하여 第1說을 取하고 있다.⁽¹³⁾

따라서 勤勞者는 一般原則 自體에 의한 指導的 事務員의 要件을 充足시키고,⁽¹⁴⁾ 또한 同時に 經營基本法 第5條의 特別要件을 充足시키는 境遇에 한하여 指導的 事務員으로 認定된다.

指導的 事務員의 概念은 하나의 不確定 法概念이다.⁽¹⁵⁾ 聯邦勞動法院의 判例에 의하면 指導的 事務員으로 認定할 것인가의 與否는 事實審의 事實認定의 問題이고 法解釋의 問題는 아니다. 따라서 指導的 事務員으로 認定한 모든 本質의in 事實關係의 認定이 論理則이나 經驗則에 排置되지 않는 한 上告理由로 되지 않는다.⁽¹⁶⁾

(9) ArbG Köln in DB 76, 2068.

(10) Die Literatur ist oben § 14 mitzitiert.

(11) Fitting-Auffahrth a.a.O. § 5 Anm. 21; Boldt in Beil 5 S. 3 zu DB 72; Ruthers-Stindt in BB 72, 976;

(12) Dietz-Richardi, BetrVG. 5. Aufl., § 5 Anm. 100ff. Kraft in GK a.a.O. § 5 Anm. 29; Wiedemann in RdA 72, 213.

(13) BAG in AP 1 zu § 5 BetrVG 1972 mit Anm. von Wiedemann-Wank; AP 2, 3 a.a.O.

(14) BAG in AP 1 zu § 5 BetrVG 1972; vgl. Janert in DB 74, 1237; krit. Grull in DB 74, 653; Hoffmann in NJW 74, 1161.

(15) BAG in AP 11 zu § 5 BetrVG 1972; vgl. dazu BAG in AP 56 zu §§ 22, 23 BAT; AP 2 zu §§ 58 TVAL II.

(16) BAG in AP 4 zu § 5 BetrVG 1972.

(나) 指導的 事務員이라 함은 去來觀念上 그 劍勞給付의 內容이 指導的인 것으로 評價되고, 그 地位로 因하여 企業의 部分的인 任務를 遂行하게 되는 勤勞者를 말한다. 따라서 指導的 事務員은 勤勞者團과 對峙하게 되며, 따라서 指導的 者의 利益은 使用者的 利益과 一致하게 된다. 例컨데 參謀地位에 있는 勤勞者는 指導的 事務員이다.⁽¹⁷⁾ 그러나 指導的 事務員이기 위하여 相關的인 性格을 가질 必要가 없으며, 다만 그의 劍勞가 企業遂行의 全領域에 關하여 作用하고 自己責任下에 企業의in 決斷을 할 수 있는 基盤을 가지고 있으면 足하다.⁽¹⁸⁾ 이와 反對로 指示權의 內容이 生產의 勞務의in 進行을豫定된 날짜에 마치도록 함에 不過한 程度인 때에는 事務員이 相關的인 性格을 갖고 있다고 할지라도 指導的 事務員이라 할 수 없다. 이에 相應하여 聯邦勞動法院은 公認會計士를 指導的 事務員으로 보고 있다. 公認會計士는 그들의 任務를 獨自的으로 行하며, 그의 劍勞가 全企業에 效力を 미치며 따라서 이에 의하여 直接的은 아니지만 勤勞者團에 關하여 間接的인 利害對置性을 갖고 있기 때문이라고 한다.⁽¹⁹⁾ 그러나 經營基本法의 意味에 있어서의 指導的 事務員이 되기 위하여는 一般的의 意味에 있어서의 指導的 事務員의 要件을 具備하여야 할 뿐아니라 經營基本法이 規定하고 있는 行爲事務員 또는 助言事務員의 要件을 具備하여야 한다.

(다) 行爲事務員(Tatangestellte)

經營基本法 第5條 3項 1號 所定의 이른바 行爲勤勞者라 함은 (ㄱ) 僱傭契約에 의하여 勤勞者로부터 選拔되어, ㄴ) 經營體나 또는 經營體의 一部에서 일하고 있는 勤勞者를 獨自의으로 就業시키거나 免業시킬 수 있는 權限이 있거나, ㄷ) 이리한 一般的의 委任을 받거나 管理代行權을 갖고 있는 者를 말한다. 解雇保護法 14條의 文言과는 달리 “指導的”이기 위하여는 外部 및 内部關係에 있어서 勤勞者를 獨自의으로 就業시키거나 免業시킬 수 있는 權限이 있으면 足하다. 그러나 이와 같이 經營基本法이 解雇保護法과 相異하

(17) BAG in AP 2, 3 zu § 5 BetrVG. Vgl. BAG in AP 4 zu § 5 BetrVG 1972

(18) BAG in AP 7 zu § 5 BetrVG 1972; auch AP 6, 8 a.a.O.

(19) BAG in AP 5 zu § 5 BetrBG 1972 mit Anm. von Zollner; auch AP 12 a.a.O.; vgl. auch Zeitler, Das Prinzip der Gegnerfreiheit als Abgrenzungsmerkmal für die leitenden Angestellten in Dienstleistungsbetrieben, RdA 75, 291. BAG vom 25. 3. 1976-1 AZR 195/75-DB 76, 1064. BAG vom 25. 3. 1976-1 AZR 314/75-. BAG in AP 1, 1 zu § 105 BetrVG 1972. BAG in AP 1 zu § 105 BetrVG 1972.

개 規定하게 된 것은 編集過誤였다⁽²⁰⁾고 指述되고 있다. 勤勞者의 特定群에 대하여만 就業 및 免業權能이 賦與되어 있는 境遇에도 이로서 行爲事務員이 될에 充分하다. 個別的인 또는 總括的인 管理代行權(商法 第48條 以下)의 賦與에 의하여도 指導的 事務員이 될 수 있다. 上述한 一般的인 委任은 解雇保護法 第54條 3項 所定의 行爲委任의 亞種이다. 그러나 一般的인 委任은 기타의 商店業務의 遂行을 위하여 賦與되어 있는 委任보다는 廣範圍한 行爲委任이 있는 경우를 意味한다.⁽²¹⁾ 따라서 單純한 稱號管理代行權(Titularpr-okura)의 賦與만으로는 不足하다. 왜나하면 單純한 稱號管理代行權의 賦與를 받은 著는 内部關係에 있어서나 外部關係에 있어서나 委任權을 行使할 수 없기 때문이다.

(라) 이른바 助言事務員(Ratangesteller)이라 함은 職務契約에 의하여 勤勞者중에서 選拔되어, 經營體의 存續과 發展을 위하여 重要한 意味를 갖는 特殊한 經驗과 知識을 提供하는 獨自의 任務를 갖는 指導的 事務員을 말한다.⁽²²⁾

따라서 助言事務員은 自己의 行爲의 結果와 業績에 대하여 責任을 지는 事務員이어야 한다. 여기서 責任을 진다 함은 外部에 대하여 責任지는 것까지 意味하지 않으므로 完全한 것은 아니지만 이 責任關係는 적어도 内部的으로는 的して 存在하여야 한다. 이러한 責任은 一般的인 方向指示나 또는 팀워크에 흔히 나타난다.

助言事務員의 事務는 企業技術的 意味를 갖는 것이어야 한다.⁽²³⁾ 助言事務員의 事務는 多少間 決斷에 관한 것이어야 하며 그 結斷은 經濟的, 技術的, 販賣的, 組織的, 人事的 또는 學問的 領域에서 獨自의 重要한 決定機能을 갖고 있는 것이어야 한다. 요컨대 그 決斷은 通常의 勤勞者의 活動을 하는 것이어야 하며, 特別한 經驗 및 知識에 基礎하는 것이어야 한다.

判例上 主任醫師,⁽²⁴⁾ 主任化學者⁽²⁵⁾ 등은 指導的 事務員으로 認定되었다.

(20) Ebenso: Kuchenhoff, BetrVG, 2. Aufl., § 5 Anm. 8; Sahmer, BetrVG, § 5 RZ 17; a. Flüting-Auffarth-Kaiser, Das neue BetrVG, § 5 FuBn. 10; Fohr a.a.O. DB 74, 1769.

(21) Ebenso Kuchenhoff a.a.O. § 5 Anm. 5.

(22) Dazu BAG in AP 1 zu § 5 BetrVG 1972 mit Anm. von Wiedemann/Wank.

(23) BAG in AP 3, 4 zu § 5 BetrVG 1972. BAG in AP 7 zu § 5 BetrVG 1972.

(24) BAG in AP 24 zu § 611 BGB „Arzte Gehaltsanspruch“

(25) LAG Dusseldorf in AP 54 Nr. 112. BAG in AP 4 zu § 4 BetrVG; auf die Umstände des Einzelfalles abstellend; AP 3 zu § 5 BetrVG 1972.

參謀的 地位에 있는 事務員이라도, 그의 決斷의 自由, 決斷의 準備, 決斷의 統制, 決斷에 대하여 固有한 責任이 認定되고 그에 의하여 勤勞의 企業的 機能이 表現되는 한, 指導的 事務員이다.⁽²⁶⁾ 따라서 企業運營의 全盤의 基礎가 되는 決斷을 準備하는 企業企劃者,⁽²⁷⁾ 公認會計士組合에 있어서의 公認會計士,⁽²⁸⁾ 研究團體의 部長,⁽²⁹⁾ 生產工場의 生產品賣渡部長,⁽³⁰⁾ 大企業體의 研修擔當官⁽³¹⁾ 등은 指導的 事務員이다. 이에 대하여 最終計算部의 主任,⁽³²⁾ 大企業體의 主務部의 長,⁽³³⁾ 또는 45名의 勤勞者를 가지고 있는 수퍼마켓의 支配人⁽³⁴⁾은 指導的 事務員이 아니다.

(마) 指導的 事務員에 관한 紛爭은 經營基本法上의 事項이 問題되는 한 勞動法院이 이를 決定節次에 의하여 (勞動法院法 第2條 1項 4號) 裁判한다. 勞動組合도 이리한 裁判의 申請을 할 수 있다. 奈何하면 勞動組合도 經營評議會의 選舉를 다룰 수 있기 때문이다.⁽³⁵⁾

使用者는 이리한 決定節次에서 勤勞者가 支配的 事務員이라고 하는 主張 責任을 負擔한다.⁽³⁶⁾

마. 場所的 效力範圍

經營基本法의 場所的 效力範圍에 관하여는 이른바 領域周圍의 原則이 適用된다. 따라서 外國所在의 經營體에 관하여는 그것이 비록 獨逸人에 屬하고 있다하더라도 經營基 本法이 適用되지 않는다. 다만, 外國所在 經營體가 單純한 內國的 經營의 한 反射인 때에는 獨逸의 經營基本法이 適用된다. 外國에서 從事하는 勤勞者가 그 勞動法律關係에 관하여 獨逸勞動法을 適用하도록 約定한 경우에도, 獨逸의 經營基本法이 適用된다.⁽³⁷⁾

(26) BAG in AP 4 zu § 5 BetrVG 1972.

(27) BAG in AP 7 zu § 5 BetrVG 1972.

(28) BAG in AP 5 zu § 5 BetrVG 1972.

(29) BAG in AP 12 zu § 5 BetrVG 1972.

(30) BAG vom 1. 6. 1976—1 ABR 118/74—DB 76, 1819.

(31) BAG vom 1. 6. 1976—1 ABR—118/74—DB 76, 1819.

(32) BAG in AP 8 zu § 5 BetrVG 1972.

(33) BAG in AP 2 zu § 5 BetrVG 1972.

(34) BAG vom 19. 8. 1975—1 AZR 613/74—DB 75, 2138. LAG Dusseldorf in DB 73, 576. LAG Frankfurt in DB 72, 1634; LAG Hamm in DB 74, 2014. LAG Hamm in DB 74, 2012.

(35) BAG in AP 1 zu § 5 BetrVG 1972.

(36) LAG Dusseldorf in DB 74, 2308.

(37) ArbG Berlin in BB 74, 788=DB 74, 92. BAG in AP 1 zu § BetrVG 1972.

4. 勞動者와 事務員의 區別

가. 概 觀

勤勞者(Arbeitnehmer)에는 勞動者(Arbeiter)와 事務員(Angesteller)이 있다(經營基本法 第5條). 技術내지 工業의 發展때문에 勞動者와 事務員의 區別은 一般勞動法上으로 模糊하게 되었다. 이를 明瞭하게 區別하기 위하여 經營基本法은 社會保險的 區別方法을 使用하고 있다. 이 區別은 選舉節次(14條), 經營評議會의 召集(10條), 選舉委員會의 召集(16條), 經營委員會의 召集(27條 2項, 28條 2項), 經營評議會의 會長 및 會長代理의 選舉(26條)등에 意味를 갖는다.

나. 勞動者

(가) 經營基本法의 意味에 있어서의 勞動者라 함은 職業訓練課程을 위한 勤勞, 勞動年金保險을 위한 勤勞(帝國保險法 1227條)까지도 包含하는 一體의 勤勞者를 말한다. 그러나 帝國保險法에 의하더라도 勞動者의 積極的概念은 導出되지 않는다. 오히려 이에 의하면 事務員아닌 자가 勞動者인 것으로 된다.

(나) 職業訓練中에 있는 者도 勤勞者이다. 그의 그룹적 分類는 職業目的으로부터 可能하다. 따라서 勞動者는 勞動年金保險義務가 있는 일(arbeiterrechten versicherungspflichtige Beschäftigung)에 관하여 教育을 받은 者를 意味하고, 事務員은 事務員保險義務가 있는 일(angestellten versicherungspflichtige Beschäftigung)에 從事하는 者이다.

(다) 保險法外에 家庭勞動法에 의하여서도 勞動者가 認定된다. 家庭勞動者(Heimarbeiter)도 労動者이고 二人以上의 補助員을 使用하지 않는 家計營業者(家庭勞動法 1條 1項, 2條 1項, 2項)도 労動者에 속한다. 다만 事務員의 機能이 더 클 때에는 그려하지 아니하다.例컨대 家內 바느질군은 勞動者인데 대하여 速記打字手는 事務員이다.

다. 事務員(Angestellter)

(가) 經營基本法의 意味에 있어서의 事務員이라 함은 事務員保險法 31條와 이에 附加하여 公布된 事務員의 保險義務에 관한 規定⁽³⁸⁾에 의하여 事務

(38) VO betr. Bestimmung von Berufsgruppen der Angestelltversicherung vom 8. 3. 1924 (RGBI. I 274=BGBI. III 821 -1 -1).

員의 事務로 볼 수 있는 일을 하는 모든 勤勞者를 말한다. 그 差別에 관한 決定의 基準은 社會保險法에 의한 分類이다. 이에 의하면 이른바 名譽事務員(Ehrenangestellte), 즉 社會保險法의 意味에 있어서는 事務員의 地位가 認定되지만 經營基本法의 意味에 있어서는 勤勞者의 群에 屬하게 되는 勤勞者가 있게 된다.

(나) 職業教育中에 있는 者도 事務員保險義務가 있는 職種을 準備中인 때에는 역시 事務員이다.

(다) 家庭勞動者도 主로 어떤 經營體에 事務員的 事務(Angestellten tätigkeit)에 從事할 때에는 事務員으로 看做된다(企業經營法 6條 2項).

라. 紛爭

勤勞者가 勤勞者와 事務員中 어떤 種類에 속하는 가가 紛爭의 對象으로 되는 때에는 勤勞法院이 決定節次에 의하여 裁判한다(勞動法院法 2條 1項 4號)

5. 經營基本法의 物的效力範圍⁽³⁹⁾

가. 經營評議會의 設立要件

(가) 經營基本法 1條에 의하여 五人の 選舉權 있는 勤勞者가 있고 그 中에 三人이 被選舉權 있는 勤勞者를 承擔하고 있는 모든 經營體는 經營評議會를 設立하여야 한다.

(나) 經營體의 概念⁽⁴⁰⁾은 經營基本法에 規定되어 있다. 經營體라 함은 一般勞動法의 經營概念으로서 企業者가 혼자서 또는 다른 企業者와 共同으로 物質的 또는 精神的手段으로 特定한 勤勞技術의 目的을 追求하는 組織의 單一體이다.⁽⁴¹⁾ 家計(Haushalt)는 經營體가 아니다. 이에 대하여 經營體의 所有者가 누구인가(自然人 또는 法人, 人的結合)하는 것은 經營體概念을 強調에 있어서 重要한 意味를 갖지 않는다. 經營體의 組織과 目的設定이 그 대로 維持되는 한, 經營體의 所有者가 變更되어도 經營體의 同一性은 維持된다. 그러나 하나의 經營體가 여러 使用者에게 屬할 수 있는 가에 관하여는 論議가 있지만 根本적으로는 否定하여야 할 것이다.⁽⁴²⁾ 특히 經營體分割

(39) Auffarth in AR-Blattei, D. Betriebsverfassung IV, Geltungsbereich.

(40) Vgl. die neuere Untersuchung von Gamillscheg, „Betrieb“ und Bargaining mit; Versuch des Vergleichs zweier Grundbegriffe, ZFA 75, 357.

(41) Vgl. § 18 I; BAG in AP 5 zu § 3 BetrVG.

(42) Vgl. Lowisch, Einheitlicher Betrieb und Mehrheit von Unternehmen, RdA 76, 35

에 의하여 勞動法의in 여러 保護原則이迂迴되는 때에는 否定하여야 한다.⁽⁴³⁾

(다) 經營體에는 적어도 5人の 選舉權있는 劤勞者が 繼續하여 勤務하고 있어야 한다. 劶勞者は 勞動者와 事務員 및 職業教育을 받고 있는 者를 包含한다(經營基本法 5條 1項), “繼續하여”勤務하는 劶勞者와 함은 暫定的 目的으로 採用된 者,例컨대 補助나 試驗을 위하여 採用된 者가 아닌 者를 말한다. 選舉權의 有無는 經營基本法 7條 1項에 의하여 決定된다.

(라) 5名의 常勤 劶勞者中 3名이 被選舉權이 있는 者이면 經營評議會는 構成될 수 있다. 被選舉權은 經營基本法 8條에 의하여 規律된다.

4. 從經營體 및 經營部分體

(가) 從經營體와 經營部分體의 概念도 經營基本法에 規定되어 있다. 從經營體(Neben betrieb)라고 함은 經營體의 要件을 모두 充足하고 있지만, 이면 主된 經營體에 供하고 그 目的을 追求하는 經營體를 말한다.⁽⁴⁴⁾ 예컨대 農業經營體의 谷酒蒸溜場, 鐵山業體의 고오크스製造場등이다. 從經營體의 經營基本法上의 地位는 1972年の 經營基本法에 의하여 強化되었다. 1972年の 經營基本法 4條 2項에 의하면 從經營體는 原則的으로 獨立된 經營評議會를 設立할 수 있도록 規定하고 있다. 다만 從經營體가 經營基本法 1條 所定의 要件을 充足하지 못하는 때 즉, 5人の 選舉權있는 劶勞者が 있고 그 中 3인이 被選舉權을 갖고 있어야 한다고 하는 要件을 充足시키지 못하기 때문에 經營評議會를 設立할 수 없을 때에는 從經營體는 主된 經營體의 評議會에 屬하게 된다.

(나) 經營部分體(Betriebsteil)는 다른 經營體로 부터 明白하게 區別되기는 하지만 獨立된 經營的 組織을 가지고 있지 아니하고 特定企業體의 部分的目的을 追求하는 經營體를 말한다.⁽⁴⁵⁾ 原則的으로 經營體外 經營部分體는 하나의 經營評議會를 選出하여야 한다. 다만 (ㄱ) 經營部分體가 經營基本法 1條 所定의 要件을 充足하고 나이가 (ㄴ) 場所의으로 主된 經營體로 부터 멀리 떨어져 있거나 (ㄷ) 事務範圍나 組織으로 보아서 獨自의인 境遇에는 獨

(43) Birk, Arbeitsrechtliche Probleme der Betriebsaufspaltung, BB 76, 1227.

(44) Vgl. BAG in AP 4, 7, 8, 9 zu § 3 BetrVG; AP 8, 11 zu § 4 TVG „Geltungsbereich“.

(45) § 18 II 3; dazu BAG in AP 7, 8 zu § 4 TVG „Geltungsbereich“.

立된 經營評議會를 設立할 수 있다.

“멀리 떨어져 있다”(Weit Entfernung)고 하는 概念은 不確定 法概念이다. 따라서 그 解釋을 위하여는 經營基本法의 意味와 目的을 考慮하여야 한다. 聯邦勞動法院은 한 事件에서 28키로미터의 거리를 “멀리 떨어져 있다”고 보았음에 反하여,⁽⁴⁶⁾ 다른 事件에 있어서는 70키로미터의 離隔를 “멀리 떨어져 있다”고 보지 아니하였다.⁽⁴⁷⁾ 要컨대 交通關係를 考慮하여 勤勞者가相當히 接近할 수 있느냐, 人的關係에 있어서 믿을 만한 評議會를 가질 수 있느냐의 與否에 의하여 決定하여야 할 것이다.⁽⁴⁸⁾ 이에 대하여 經營部分體의 所在地에 不當한 社會的 與論이 있다는 것은 “멀리 떨어져 있다”고 決定하는데 重要한 機能을 하지 않는다.⁽⁴⁹⁾

經營部分體가 事務範圍나 組織으로 보아 獨自性을 갖고 있는 가의 與否의 判斷을 위하여는 經營基本法의 原則과 沿革을 考慮하여야 한다.⁽⁵⁰⁾ 經營部分體가 社會政策의 으로 共同決定(Mitbestimmung)하여야 할 事項에 관하여 決定의 自由를 갖고 있는 때에는 그 經營部分體의 獨自性이 認定된다. 元來 制度의 目的으로 보아 個個의 “經營體”는 그 크기에 相應하여 하나의 獨立된 經營評議會를 갖는 것이 妥當하다. 또한 勞動組合과 經營評議會는 相互密接하게 協力하고, 經營評議會는 모든 勤勞者를 保護함으로써 經營體는 살아 있는 經營共同體(Betriebsgemeinschaft)로 存續할 수 있다. 뿐만 아니라 境遇에 따라서는 經營部分體의 保護를 위하여 그 經營部分體의 勤勞에 관한 特別한 知識이 必要하다. 이러한 여러 點을 綜合하여 經營部分體의 獨自性을 融通性있게 認定하여야 할 것이다.

(다) 協議契約(Tarifvertrag)에 의하여 위와 달리 規定할 수 있음에 관하여는 第7 參照.

다. 經營基本法의 適用의 例外와 制限

(가) 經營基本法은 聯邦의 行政機關과 經營體, 地方의 行政機關과 經營體, 기타 公共團體의 行政機關과 經營體 및 公法上の 蒽造物이나 財團에 관하여

(46) BAG in AP 4 zu § 3 BetrVG.

(47) BAG in AP 9 zu § 3 BetrVG.

(48) Vgl. BAG in AP 4, 5, 9, zu § 3 BetrVG; vom 24.2. 1976—1 ABR 62/75-DB 76, 1579.

(49) BAG in AP 4 zu § 3 BetrVG.

(50) BAG in AP 5, 7 zu § 3 BetrVG. Vgl. Einzelheiten in BAG in AP 5, 7 zu § 3 BetrVG

는 適用하지 않는다(經營基本法 130條). 經營基本法의 適用은 經營體의 法形式에 의하여 定하여 진다.⁽⁵¹⁾ 經營體가 公法上의 法人인 때에는 經營基本法은 適用되지 않는다. 公法上의 法人인 經營體에 관하여는 聯邦과 地方의 代表에 관한 法律이 適用된다.⁽⁵²⁾ 이에 대하여 當該 經營體에서 公權의인 事務가 處理되느냐 또는 國庫의인 事務가 處理되느냐의 與否는 위 區別에 관하여 重要한 意味를 갖지 않는다. 이른바 國營企業體에 관하여는 經營基本法이 適用된다. 國營企業體라 함은 그 資本持分이 國家 기타 公共團體에 있고 例전대 市의 까스, 水道供給과 같은 生計的 制度를 運營하며 그 法形式은 株式會社나 有限會社의 形態를 取하고 있는 企業體를 말한다.

(나) 海運業體⁽⁵³⁾에 관하여 經營基本法은 다소 修正되어 適用된다(經營基本法 114條내지 116條).⁽⁵⁴⁾ 이에 관하여는 다음과 같은 基本原則이 適用된다. (ㄱ) 海運業體와 그 經營에 관하여는 原則的으로 經營基本法이 適用된다(經營基本法 114條 1項). 經營基本法의 意味에 있어서의 海運業體라는 것은 商船을 經營하고 그의 住所를 經營基本法이 適用되는 곳에 갖고 있는 企業體를 말한다.

(ㄴ) 海運業體의 모든 船舶은 海運經營體(Seebetrieb)로 綜合된다(經營基本法 114條 3項). 海運經營體에는 海運經營評議會를 두어야 한다(海運基本法 116條1項).⁽⁵⁵⁾ 經營評議會의 權利와 義務 및 會員의 法的 地位에 관한 規定은 經營基本法 第116條나 기타 다른 法律에 다른 規定이 없는 한 海運經營評議會에 그대로 適用된다.

(ㄷ) 船舶에 적어도 5人 以上의 選舉權있는 乘務員이 所屬되고 그 中에 3人이 被選舉權이 있는 乘務員인 때에는 그 船舶에 관하여 經營基本法 115條 또는 기타 條文에 特別規定이 없는 境遇에는(經營基本法 115條) 經營基本

(51) BAG in AP 3 zu § 63 BetrVG; AP 1 zu § 130 BetrVG 1972.

(52) BPersVG vom 15. 3. 1974 (BGBl. I. 1693). Wegen der Landesgesetze m. spat. And. vgl Schlegelberger-Friedrichs, Das Recht der Gegenwart, 7. Aufl.

(53) Sahmer in AR-Blattci, D, Seearbeitsrecht, Die Betriebsverfassung in der Seeschifffahrt.

(54) Vgl. 2. DVO zum BetrVG (WahlO Seeschiffahrt-WOS-) vom 24. 10. 1972 (BGBl. I 2029). Drucks. VI 2729 zu § 114.

(55) Zum Wahlrecht bei ruhenden Heuerverhältnissen: BAG in AP 1 zu § 116 BetrVG 1972. Zum Betriebsbegriff bei Schiffen: BAG in AP 1 zu § 22 KSchG.

法의 規定이 그대로 適用된다.

(다) 航空企業體의 地方經營體(Landbetriebe)에 관하여는 經營基本法이 制限 없이 適用된다(經營基本法 117條 1項). 다만 이른바 飛行人(Fliegende-personal) (대체로 飛行機의 乘務員이다)은 場所의 拘束을 받지 않는다고 하는 그들의 勤務의 特殊性 때문에 經營基本法의 適用에서 除外된다. 飛行業體에 勤務하는 劳動者는 協議契約에 의하여 代表를 둘 수 있다. 協議契約 없이 行하여진 選舉는 無效이다.⁽⁵⁶⁾ 이러한 代表와의 協力關係에 관한 事項은 協議契約에 의하여 定할 수 있다. 이러한 協力關係에 관한 協議契約은 法律의 組織規範과 相異하게 協力關係를 規定할 수 있기 때문에, 이러한 規定을 할 때에는 經營基本法 3條 2項의 規定을 準用하여 管轄 있는 上級勞動廳의 同意를 要한다고 할 것이다.

(라) 經營基本法 118條 2項은 宗教團體나⁽⁵⁷⁾ 宗教團體의 慈善的인 施設 또는 教育的인 施設에 관하여는 經營基本法을 適用하지 않는다고 規定하고 있다. 위 經營基本法의 規定은 憲法의으로 保障되어 있는 教會의 自律權을 尊重한 것이다(憲法 140條, 바이 말 憲法 137條 3項). 慈善의인 施設과 教育의인 施設만이 經營基本法에서 除外되기 때문에, 宗教團體의 受益의 經營體, 例컨대 酒造場, 不動產에 관하여는 經營基本法이 適用된다. 그러나 물론 經營基本法 1條의 要件을 充足하여야 한다.

(마) 人氣企業體 및 人氣經營體(Tendenzunternehmen und-Betrieben)

人氣企業體 및 人氣經營體(Tendenzunternehmen und-Betrieben)에 관하여는 經營基本法의 適用이 制限되거나 部分的으로 排除된다.⁽⁵⁸⁾ 이러한例外

(56) LAG Frankfurt in DB 73, 1512.

(57) Dazu BAG in AP 12 zu § 81 BetrVG 52; AP 6 zu § 118 BetrVG 1972 mit Anm. von Kuchenhoff und Richardi.

(58) Birk, Tendenzbetrieb und Wirtschaftsausschuß, JZ 73, 753; Dutz, Tendenzschatz und Beteiligungsrechte des Betriebsrats, insbesondere bei Kundigungen in Pressebetrieben, BB 75, 1261; Zur Beweislast beim Tendenzschatz, RdA 76, 18; Frey, Der Tendenzschatz im BetrVG 1972, ArbuR 72, 161; Gaul/Wamhoff, Zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei personellen Maßnahmen DB 73, 2187; Hanau, Personelle Mitbestimmung des Betriebsrats in Tendenzbetrieben, insbes. Pressebetrieben BB 73, 901; Hensche/Kittner, Mitbestimmung in Presseunternehmen, ZRP 72, 177; Ihlefeld, Die Begriffe „unmittelbar und überwiegend“ im betriebsverfassungsrechtlichen Tendenzschatz, ArbuR 75, 234; Betriebsübergang im Tendenzbetrieb, NJW 73, 268; Tendenztreupflicht und Persönlichkeitssrecht, BB 73, 949; Betriebe

規定의 意味와 目的은 憲法上으로 保障되어 있는 使用者的 基本權(憲法 2條 1項, 4條 1項, 5條 1項 1號, 5條 1項 2號, 5條 3項)을 優先시키기 위하여 역시 憲法上 保障되어 있는 勤勞者の 權利를 後退시키는데 있다. 이에 의하여 法은 一方에 있어서는 獨逸政府의 社會國家性의 原則과 一方에 있어서는 人氣所有者의 自由權間에 調和된 體系를 確立하라고 한다.⁽⁵⁹⁾ 聯邦勞動法院의 判決에 의하면 위例外規定의 意味와 目的은 憲法에 의하여 保障되는 基本權, 특히 言論의 自由와 意思表示의 自由 및 藝術과 學問의 自由가 經營評議會의 共同決定에 의하여 影響을 받지 않게 하려는데 있다고 한다.⁽⁶⁰⁾ 따라서 人氣企業體와 人氣經營體에 關한 規定은 憲法의으로 許容된例外的構成要件이다.⁽⁶¹⁾

이러한例外的인 性格을 強調하고 人氣企業體와 人氣經營體의 保護를 制限하기 위하여⁽⁶²⁾ 人氣 경영체는 企業體나 또는 經營體가 “直接的으로 또는 主로”⁽⁶³⁾ 法律로 規定하고 있는 일에 供한 境遇에만 認定할 것이라고 한다.⁽⁶⁴⁾ 단지 間接的으로 精神的・理想的 目的에 供하는 企業體나 經營體는 人氣性을 갖지 못한다. 따라서 이른바 後援企業體(Unterstützungsunternehmen)는 그 企業의 經濟的인 活動에 의한 目的이 單純히 人氣經營體나 人氣企業體를 支援하는데 있는 것이므로 이것만으로는 後援企業體를 人氣企業體라 할 수 없다. 標準이 되는 것은 作品에 대한 知的 參與程度이므로 貨金印刷業(Lohndruckerei)은 人氣企業體라고 할 수 없다.⁽⁶⁵⁾ 混合經營體의 境遇

„mit“ und „ohne“ Tendenz im Unternehmen, BB 74, 334; Mayer-Maly, Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften nach dem künftigen Betriebsverfassungsgesetz, DB 71, 2259; in AR-Blattei, D, Tendenzbetrieb I; Grundsätzliches und Aktuelles zum Tendenzbetrieb BB 73, 761; Neumann-Duesberg, Die Gewerkschaften im Tendenzbetrieb und Tendenzunternehmen, DB 73, 619; Plander, Die Mitwirkung des Betriebsrats bei der Einstellung und Kundigung von Redakteuren und anderen Tendenztragern, ArbuR 76, 289; Reich, Innere Pressefreiheit und Arbeitsrecht, DB 73, 1402; Ruthers, Innere Pressefreiheit und Arbeitsrecht, DB 72, 2471; DB 73, 1403; Weber, Mitbestimmung durch Redaktionsstatut, NJW 73, 1953.

(59) Drucks. VI 2729 unter XIV (S.17); a.A. BAG in AP 13 zu § 81 BetrVG.

(60) BAG in AP 13 zu § 81 BetrVG; AP 7 zu § 118 BetrVG.

(61) BAG in AP 5 zu § 118 BetrVG 1972.

(62) BAG in AP 10, 13 zu § 81 BetrVG 1952.

(63) Quantitative Beurteilung zu mehr als 50 v.H.

(64) BAG in AP 13 zu § 81 BetrVG; AP 5 zu § 118 BetrVG 1972.

(65) BAG in AP 3 zu § 113 BetrVG 1972.

(66) BAG in AP 7 zu § 118 BetrVG 1972.

에는 直接的인 人氣行爲가 보다 큰 比重을 차지할 때에 한하여 人氣企業體의 保護를 민는다.⁽⁶⁶⁾

人氣企業體는 具體的으로 例를 들면 政治的, 聯邦政治的, 宗教的, 慈善的, 教育的, 科學的 또는 藝術的 일에 供하는 企業體이다. “政治的”的 概念은 1952年에 經營基本法에 있어서와 같이 單純한 政黨政治的 意味에서 理解할 것이 아니라, 經濟政治的・社會政治的인 意味에서 理解하여야 할 것이다. 障碍者團體(Behindertenverbände)도 人氣經營體이다. 여기서 “聯邦政治的(Koalitionspolitisch)”의 概念은 單純한 勤勞者의 團結뿐 아니라 使用者의 團結에도 人氣性을 賦與하려는 意味를 갖는 것이다.

憲法 5條 1項 2號가 適用되는 報道 또는 意思表示의 目的에 供하는 企業體도 人氣企業體이다. 1952年의 經營基本法은 新聞의 自由를 明示的으로 規定하였다. 獨自的이고 超黨的인 日刊新聞도 單純히 報道에 供하기 때문에 人氣企業體이다.⁽⁶⁷⁾ 스포츠編輯도 그것이 編輯人團의 會員인 境遇에는 人氣企業體이다.⁽⁶⁸⁾ 刊의 出版도 廣範한 出版프로그램에 의하여 行하여지는 때에는 人氣企業에 屬한다.⁽⁶⁹⁾

經營評議會의 參與의 制限에 관하여 3段階를 區別할 수 있다. (1) 經營基本法 106條 대지 110條는 전히 適用되지 않는다. 따라서 人氣企業體와 人氣經營體는 經濟委員會(Wirtschaftsausschuss)를 構成할 수 없다.⁽⁷⁰⁾ 한개의 企業體에 部分的으로 人氣性格을 갖는 여러개의 經營體가 屬하고 있는 境遇이를 어떻게 取扱할 것인가는 不明確하지만, 그中 非人氣經營體는 經營委員會(Betriebsausschuss)를 構成할 수 있다고 생각한다.⁽⁷¹⁾

(2) 經營基本法 111條로부터 113條까지는 制限的으로 適用된다. 經營秩序에 관한 企業의 決斷이 問題되는 한, 經營評議會는 參與權을 갖지 못한다. 이 範圍內에서 企業體의 活動의 自由가 優先한다. 이에 反하여 經營變更으로 因한 勤勞者の 經濟的인 不利益을 調節하거나 緩和하는 事項이 問題되는 한 經營評議會는 參與權을 갖는다. 간단히 말하여서 經營評議會는 이

(67) BAG in AP 7 zu § 118 BetrVG 1972.

(68) BAG in AP 7 zu § 118 BetrVG 1972.

(69) BAG in AP 5 zu § 118 BetrVG 1972.

(70) BAG in AP 5 zu § 118 BetrVG 1972.

(71) Vgl. Mayer-Maly a.a.O. DB 71, 2260; auch Neumann-Duesberg, Betriebe „mit“ und „ohne“ Tendenz im Unternehmen, BB 74, 334.

민措處의基礎에 관한決定에는參與權을 갖지 못하지만 그結果의調節에 관한決定에는參與權을 갖는다.

(七) 이 외의事項에 관하여企業體나 또는經營體의特殊性에排置되지 않는限,經營基本法은人氣企業體에根本的으로適用된다(經營基本法118條1項i). 어떤規定이排除될것인가에관하여論議가있다.一般的으로經營評議會의召喚,選舉,事務處理에관한이른바組織的規定및經營評議會의共同決定에관한一般規定은人氣企業體및人氣經營體에適用된다(74條내지80條). 그러나例컨대宗教의인企業體나經營體에있어서는그宗教의인性格때문에勤勞者를不平等하게取扱하는것이許容되지않으면안된다.經營評議會는純粹하게技術의인(따라서人氣와관계없는)일을行하는勤勞者를위하여必要한境遇에는언제나粗賃金表(Bruttolohnlisten)를檢查할權利를갖는다.⁽⁷²⁾마지막으로社會福祉事項에관하여는經營評議會의共同作用에관한規定이適用된다.人事에관하여는人氣者說(Tendenztragertheorie)에의하면(이것이支配的인見解이다)共同決定權이있지만,措處說(maßnahmetheorie)에의하면人事措處가精神的·理念的性格을띄는範圍內에서만共同決定權이排除된다.⁽⁷³⁾聯邦勞動法院은처음에는經營評議會가經濟의인事由를理由로하여解雇判定을하는때에는解雇判定權에먼저聽聞을하여야한다고判示하고있으나,⁽⁷⁴⁾그後精神的·理念的自由를理由로하여解雇判定을하는때에도解雇判定前에聽聞을하여야한다고判示하였다⁽⁷⁵⁾. 이에의하면人氣保護(Tendenzschutz)는經營評議會의共同決定權만을排除하는것이지聽聞權이나周知權까지排除하는

(72) BAG in AP 1 zu § 118 BetrVG 1972 mit Anm. von Mayer-Maly.

(73) Vgl. Hanau, Personelle Mitbestimmung des Betriebsrats in Tendenzbetrieben, insbesondere Pressebetrieben, BB 73, 901; Mathy, Die Mitwirkung des Betriebsrats bei personellen Maßnahmen in Tendenzbetrieben, Arch. f. Presserecht 72 Nr. 2; Neumann-Duesberg, Betriebsübergang und Tendenzbetrieb, NJW 73, 268; Niemann, Zum Theorienstreit über die Grenzen personeller Mitwirkung in Presseunternehmen, Arch. f. Presserecht 72 Nr. 2; vgl. Gaul/Wamhoff, Zur Mitwirkung des Betriebsrats bei personellen Maßnahmen gegenüber Tendenztragern, DB 73, 2187.

(74) BAG vom 22. 4. 1975—1 AZR 604/73—DB 75, 841, 1516.

(75) BAG in AP 1 zu § 130 BetrVG 1972; AP 4 zu § 118 BetrVG 1972. BAG in AP 3 zu § 99 BetrVG 1972; AP 7 zu § 118 BetrVG 1972. Hernekamp, Der Schutz des allgemeinen Informationsbedürfnisses bei presserelevanten Arbeitskämpfen, BB 76, 1329.

(76) BAG in AP 6, 10 zu § 3 BetrVG.

것은 아니다.

라. 紛爭

經營體, 從經營體 또는 經營部分體이나의 與否 및 一個의 經營評議會를構成할 것이나 여리개의 經營評議會를構成할 것이나의 問題에 관한 紛爭은勞動法院이 決定節次에 의하여 裁判한다. 選舉委員長(Wahlvorstand)이 위와 같은 判定을 그르쳤을 때에는, 이것은 經營評議會의 選舉를 無效로하는事由에 該當하는 것이 아니라 取消할 수 있는事由에 該當할 뿐이다.⁽⁷⁶⁾ 労動組合도 위와 같은 判定을 다루기 위한 裁判에 있어서 原告適格을 갖는다.⁽⁷⁷⁾

6. 經營基本法의 一般原則⁽⁷⁸⁾

가. 經營基本法에 있어서의 労動組合의 地位⁽⁷⁹⁾

(가) 1972年 經營基本法은 1952年の 經營基本法과 同一하게 労動組合과 經營基本法上의 機關을 그 任務 및 機能에 있어서 區別하고 있다. 労動組合은 憲法 第9條 3項에서 出發하여 協議契約을 締結하거나 必要한 境遇에는 労動爭議를 強制함으로써 使用者 團體에 대하여 그의 會員인 勤勞者の 利益을 代表한다(經營基本法 2條 3項). 이에 대하여 經營基本法上의 機關은 經營基本法에서 出發하여 經營基本法上의 任務를 遂行함으로써 勤勞者에 關係되는 經營體 內部的인 事項을 形成한다.

(나) 위와 같이 1972年的 經營基本法이 労動組合과 經營基本法上의 機關의 任務分離 및 相互獨立의 原則으로부터 出發하고 있지만, 經營基本法上의 機關과 當該經營體의 労動組合, 使用者 및 使用者聯合의 信賴있는 共同協同作用을 要求하고 있다(經營基本法 2條 2項). 労動組合은 當該 經營體의 勤勞者가 當該 労動組合의 會員으로 되게 되면 當然히 當該 經營體의 勤勞

(77) BAG in AP 7 zu § 3 BetrVG. BAG in AP 7 zu § 3 BetrVG.

(78) Auffarth in AR-Blattei, D, Betriebsverfassung XIV A.

(79) Auffarth in AR-Blattei, D, Betriebsverfassung V a, Stellung der Verbande; Buchner, Das Zusammenwirken von Gewerkschaft und Betriebsrat nach dem neuen BetrVG, DB 72, 1236; Falkenberg, Ausgewählte Probleme aus dem BetrVG 72, DB 72, 774; Galperin, Die Stellung der Gewerkschaften im Betrieb, BB 72, 272; Kraft, Probleme im Spannungsfeld zwischen Betriebsverfassungsrecht und Koalitionsfreiheit, ZFA, 73, 243; Gerh. Müller, Zur Stellung der Verbande im neuen BetrVG, ZFA 72, 213; Neumann-Duesberg, Die Gewerkschaften im Tendenzbetrieb und Tendenzunternehmen, DB 73, 619; Richardi, Betriebsratsamt und Gewerkschaft, RdA 72, 8. ArbG Bochum in DB 72, 342; ArbG Siegburg in BB 72, 358.

者를 代表하게 된다. 이 共同協助作用은 勞動組合의 代表者나 그 代理人이 經營評議會, 經營總會(Betriebsversammlung) 및 使用者와 經營評議會의 會議에 參與할 수 있다고 하는 데서 두드러지게 나타난다.

(다) 이러한 共同協助作用을 保障하기 위하여, 法律은 經營體의 勞動組合에 대하여 一方的으로 行使할 수 있는 參與權(Zutrittsrecht)을 賦與하였다.⁽⁸⁰⁾ 그러나 勞動組合의 參與權은 純粹한 經營에 관한 것으로서 勞動組合에 대하여 開放할 수 없는 것, 기타 強行的인 保安規定에 관한 것, 經營秘密의 保護에 관한 것에 관하여는 許容되지 않는다. 參與權의 行使에 의하여 勞動組合은 法律의 規定에 의하여 委任된 事務 및 이와 關聯된 事務를 實現하게 된다. (例) 經營基本法 2條 1項, 16條 2項, 17條 2項, 18條, 19條 2項, 23條 1項 내지 3項, 43條 4項, 75條).⁽⁸¹⁾

實務에 있어서는 經營評議會議長, 經營評議會, 經營委員會(Betriebsausschuß) 또는 그의 代表者가 勞動組合 代表者的 參與를 要求하는 것이 보통이다. 그러나 介入權의 行使가 信賴를 바탕으로 한 共同協助의 原則에 違背되어 權利濫用으로 되는 때에는 使用者는 勞動組合의 代表者的 參與를 拒絕할 수 있다.⁽⁸²⁾

(라) 勞動組合의 權利는 經營基本法의 領域에 있어서 크게 擴張되었다. 첫째, 經營評議會의 設置에 관하여 主導할 수 있는 地位가 確定되었다(經營基本法 14條 6項: 經營評議會의 進行, 經營基本法 16條 17條: 選舉管理委員長의 選任에 관한 勞動組合의 申請權과 勞動組合의 役員을 選舉管理委員으로 申請할 수 있는 權利), 둘째, 經營總會와 部總會(Abteilungsversammlung)에 관한 評議會의 報告를 받을 수 있는 權利(經營基本法 46條 2項), 셋째, 經營評議會가 召集되지 않는 때에는 經營總會(Betriebsversammlung)을 召集할 수 있는 權限(經營基本法 43條 4項), 네째, 經營基本法에 違背되

(80) Becker und Leimert, Das Zutrittsrecht der Gewerkschaftsbeauftragten zum Betrieb nach § 2 II BetrVG 72, ArbuR 72, 365; Kremp, Das Zugangsrecht der Gewerkschaftsbeauftragten zum Betrieb nach dem BetrVG 72, ArbuR 73, 193; Reuter, Umfang und Schranken des Gewerkschaftlichen Zutrittsrechts zum Betrieb unter besonderer Berücksichtigung der Seeschiffahrt, ZFA 76, 107; vgl. auch Fußn. 8 S. 977.

(81) BAG in AP 2 zu § BetrVG 1972. LAG Hamm in AP 1 zu § 2 BetrVG 1972; DB 73, 141.

(82) Vgl. BAG in AP 1 und 2 zu § 45 BetrVG. BAG vom 3. 2. 1976—1 ABR 121/74—DB 76, 823.

는 行爲가 있는 境遇 使用者에 대하여 強制措處를 請求할 수 있는 權利(經營基本法 23條 3項), 다섯째, 經營基本法上의 機關에 의하여 經營基本法이 欺害된 때의 그 排除등의 提訴申請權(經營基本權 23條).

(마) 經營評議會의 任務와 勞動組合의 任務를 區分하기 위하여 1972年 經營基本法은 經營約定(Betriebsvereinbarungen)을 通하여 協議契約의 規定을 引受하는 것을 排除한다. 이렇게 함으로써 法律은 協議契約의 人的 效力範圍를 協議契約의 一般的拘束意思表示(Allgemeinverbindlicherklärung) 외의 다른 節次까지 擴張하지 않도록 保障하고자 한다.⁽⁸³⁾ 이 規定이 消極的 團結自由(negative Koalitionsfreiheit)의 保障과 關聯하여 憲法에 違背된다고 보는 見解도 있다.⁽⁸⁴⁾

(마) 또한 이렇게 함으로써 法律은 經營基本法上의 任務를 引受함으로써 發生한 勞動組合員의 二重的 地位를 排除하고자 한다. 經營基本法 73條 3項은 勤勞者가 經營基本法에 의한 任務를 引受하였다 하더라도 이에 의하여 勞動組合을 위한 活動에 관하여 어떤 制限을 받지 않는다고 明文으로 規定하고 있다. 그러나 반대로 勞動組合의 活動自由가 있다 하더라도 이에 의하여 經營基本法에 期限義務 예컨대 經營評議會의 地位를 行使함에 있어서 中立을 지킬 義務(經營基本法 75條)가 妨害되지 않으므로 그 義務는 그대로 存在한다.⁽⁸⁵⁾ 이로부터 經營評議會의 會員은 勞動組合의 組合員이 되었다 하더라도 그로 인하여 影響을 받지 않는다고 하는 原則이 導出된다.

나. 使用者와 經營評議會와의 關係⁽⁸⁶⁾

(가) 經營評議會는 使用者의 企業的・經濟的 決斷에 관하여는 共同決定權을 갖지 않는다. 이 範圍內에서 經營評議會는 周知權과 忠告權을 가질 뿐이다. 이에 대하여 社會福祉事項은 經營評議會의 共同決定權의 對象으로 된다.

(나) 使用者와 經營評議會는 經營體의 發展과 勤勞者の 福祉를 위하여 共同協力한다(經營基本法 2條 1項). 그러나 協同의 命題(Kooperationsgebot)는 勤勞者와 使用者 또는 經營評議會와 使用者間 利害對立이나 또는 이리한 利

(83) Drucks. VI 2729 unter IX.

(84) Hromadka in NJW 72, 184; vgl. auch § 188 III 2.

(85) LAG Hamm in DB 72, 927; vgl. auch § 188 VI 3.

(86) Buchner, Kooperation als Leitmaxime des Betriebsverfassungsrechts, DB 74, 530; Sollner, Die Personalvertretungen im Spannungsfeld zwischen sozialem Schutzauftrag und demokratischer Regierungsverantwortung, RdA 76, 64.

(87) BAG in AP 3 zu § 23 BetrVBG.

害關係의 貫徹을 妨害하지 않는다. 오히려 經營評議會의 共同決定은 보다 高次의인 共同責任을 結果하고, 具體的으로는 雙務의 名譽와 公明正大를 實現한다.⁽⁸⁷⁾ 따라서 使用者와 經營評議會의 交互的 權利義務의 解釋은 比例의 命題(Gebot der verhältnismäßigigkeit)의 考慮下에서 可能하게 된다.

共同協力은 現行의 協議契約(Tarifverträge)의 遵守에 의하여 이루어진다. 現行의 協議契約은 經營體의 時的, 場所的, 人的, 專門的 및 經營的 效力範圍를 決定하는 것이기 때문이다.

(나) 信賴的 共同協助의 命題은 經營基本法의 여려 條文에 具體化되어 있다. 經營基本法 74條 1項에 의하면 使用者와 經營評議會는 한달에 적어도 한 번 協議(Besprechung)하여야 한다. 協議는 어떤 強制的인 形式을 갖추어야 하는 것은 아니므로 예컨대 經營評議會에서 우연히 만났을 때 또는 작은 經營體인 경우에는 經營體에서 우연히 만났을 때 協議할 수가 있다.

(라) 病院協議體(Krankenhaus Konferenz)⁽⁸⁸⁾에 관하여는 病院의 經濟的 安全에 관한 法律 및 病院運營規定에 관한 法律(1972年 6月 29日)등이 部分的으로 共同決定權을 規定하고 있다.

7. 經營基本法의 規定의 除外

가. 附加的 代表

(가) 規模가 큰 經營體나 수 많은 營業所를 갖고 있는 經營體에 있어서는 經營評議會만 가지고는 勤勞者の 意思를 充分히 傳達하기 어렵다. 이리한 境遇에는 經營評議會에 下部構造를 둠으로써 이에 의하여 勤勞者の 呼訴에 應하고 勤勞者團의 異議를 經營評議會에 傳達하도록 하여야 한다.

(나) 經營基本法 3條 1項 1號는 協議契約當事者에 대하여 勤勞者の 附加的 代表(Zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretung)의 制度를 認定하고 있다. 다만 이리한 附加的 代表制度는 特定한 事務와 勞務에 대하여만 許容되며 또한 協議契約의 規律對象이 되는 經營關係에 관하여 經營評議會와 勤勞者間의 共同協力を 위하여 必要한 境遇에 限한다. 예컨대 勤勞群의 相續人, 課의 相續人등은 이와 같은 機能을 갖는다.

(다) 그러나 附加的 代表가 있을 境遇 附加的 代表가 經營評議會의 權限을

(88) Mayer-Maly, Mitbestimmung im Krankenhaus, DB 74, 1431.

引受하거나 또는 制限하는 것은 아니다⁽⁸⁹⁾. 이것은 單純히 經營評議會와 勤給者間의 共同協力關係를 改善하려고 하는 이 制度의 存在目的 自體로 부터 明瞭하다. 따라서 附加的 代表는 使用者에 대하여 아무런 代表權을 갖지 않는다.

나. 勤勞者の 特別代表

(가) 協議契約當事者は 經營體의 特殊性 때문에 經營評議會制度가 그 機能을 發揮하기에 特히 困難한 境遇에는 勤勞者の 特別代表(Sondervertretung)制度를 둘 수 있다(1972年 經營基本法 3條 1項 2號). 이 規定은 1952年 經營基本法 20條 3項과 代替되었다. 물론 이러한 特別代表制度는 當該 經營體가 經營評議會를 設置할 義務있는 境遇에 局限된다(經營基本法 1條, 3條 1項 2號).

(나) 위의 “특히 困難한 境遇”라고 함은 當該 經營體와 相應하는 經濟界의 모든 經營體에 特別히 困難한 事情이 있어야 하고,⁽⁹⁰⁾ 當該 經營體만의 特殊性 때문에 存在하는 것이어서는 아니된다. 特別代表는 흔히 建築業에 관한 經營體에 많이 行하여지고 있으나 营業所가 널리 散在할 수 있는 林業에 관한 經營體에도 許容될 수 있다.

(다) 特別代表가 可能하기 위하여서는 管轄勞動官廳의 同意있는 協議契約이 存在하여야 한다. 當該 經營體가 協議契約의 時的, 經營的, 場所의 效用範圍內에 있는 때에는 協議契約이 使用者를 拘束하는 한, 勤勞者를 拘束하는 與否를 묻지 아니하고 그 協議契約은 當該 企業에 供하는 모든 者에 대하여 效力を 갖는다. 이러한 協議契約이 數個 있는 境遇에는 (例컨대 獨逸事務員 労動組合 DAG, 獨逸勞動組合聯盟 DGB) 協議契約競合의 一般原則에 따라 그 衝突이 解決된다.

(라) 協議契約의 內容은 法律과 同一한 效力を 갖는다. 例컨대 協議契約이 特別代表는 50人 以上的 選舉權 있는 勤勞者를 保有하는 經營體에만 둘 수 있다고 規定한 境遇에는 이보다 작은 經營體에 관하여는 經營基本法의 適用이 그대로 維持된다.

(89) RegEntw. zu §3 BetrVG.

(90) Firmenarifverträge werden daher selten vorkommen. Wegen der Weitergeltung älteren Tarifrechts nach §20 III BetrVG 52 vgl. §128 BetrVG.

(마) 協議契約에 의하여 特別代表를 두게 되면 經營評議會員의 任期는 이로써 滿了되고, 經營評議會에 대하여 法律이 賦與하고 있는 權利는 特別代表에게 歸屬된다(經營基本法 3條 3項). 特別代表에 관하여는 特別한 解雇保護規定이 없으나 特別代表者에 대하여도 經營評議會員과 同一하게 解雇保護를 賦與하여야 할 것이다.

다. 經營部分體의 處理

協議契約當事者는 勤勞者の 意思를 보다 充實히 反映하기 위하여 經營部分體 및 從經營體의 主經營體에 대한 關係를 經營基本法 4條와 달리 規定할 수 있다(經營基本法 3條 1項 3號).

라. 同意節次

(가) 위에 말한 協議契約이 有效하기 위하여는 地方最高勞動廳 또는 當該協議契約이 여러 地方에 걸친 것인 때에는 聯邦勞動長官의 同意를 要한다. 協議契約을 協議登記所(Tarifregister)에 送付한 것만 가지고는 協議契約의 同意의 申請이 있었다 할 수 없다.

(나) 위 同意權이 管轄權을 갖는 勞動官廳은 그 同意與否의 決定을 하기 前에 當該勤勞者와 使用者, 利害關係있는 勤勞者聯合 및 使用者聯合, 當該協議契約이 效力を 發生할 地方最高勞動에 대하여 書面 또는 口頭로 그 意見을 陳述할 機會를 賦與하여야 한다(經營基本法 3條 2項).

II. 經營評議會의 選舉⁽⁹¹⁾

1. 經營評議會의 選舉의 原則

가. 選舉管理委員(Wahlvorstand)

(가) 적어도 5人の 選舉權者와 3人の 被選舉權者인 勤勞者が 就業하고 있는 經營體는 勤勞者の 選舉에 의하여 經營評議會를 選任한다(經營基本法 1條).

(나) 經營評議會를 設置할 義務가 있는 經營體에 어떤 理由로든⁽⁹²⁾ 經營

(91) Auffarth in AR-Blattei, D. Betriebsverfassung VI; Hess-Marienhagen, Betriebsratswahlen, 7. Aufl., 1972; Hubner, Die Mitbestimmung in der GmbH & Co. KG, BB 75, 425; Richardi, Die Wahl des Betriebsrats, DB 72, 483; Wenzel, Die Betriebsratswahl 1975, Beil. 2 zu DB 75.

(92) BAG in AP 1 zu §18 BetrVG (z.B. wenn Betriebsrat vor Ablauf seiner Wahlperiode keinen Wahlvorstand bestellt hat).

評議會가 存續하고 있지 않는 境遇에는 經營總會는 出席勤勞者의 過半數의 賛成에 의하여 選舉管理委員을 選出한다(經營基本法 17條). 3人의 選舉權 있는 勤勞者나 또는 勞動組合은 위 經營總會를 召集할 수 있다(經營基本法 17條 2項). 召集에 관하여는 特別한 形式을 必要로 하지 않기 때문에⁽⁹³⁾ 漆板에 적이서도 할 수 있다. 그러나 많은 勤勞者들이 알아이 한다고 하는 것이 民主的 選舉의 要件이므로 可能한限 誠實한 方法으로 召集하여야 할 것이다 使用者도 經營總會의 召集을 要求할 수 있다(經營基本法 43條 3項). 經營總會는 經營體의 모든 勤勞者로 構成된다. 經營總會는 相對的 多數로써 總會長을 選出한다. 使用者는 經營總會를 그가 召集한 境遇에 限하여 經營總會에 參與할 權利를 갖는다. 選舉管理委員은 在席勤勞者의 過半數의 賛成으로 選出된다. 勤勞者의 過半數가 出席하였음을 要하지 않는다.⁽⁹⁴⁾ 積極的 選舉權을 갖고 있는 者만이 被選舉權을 갖는다(經營基本法 16條 1項, 17條). 選舉는 舉手에 의하여서도 할 수 있다.⁽⁹⁵⁾ 選舉管理委員長이 經營總會에서 選出되지 않는 때에는 選舉管理委員에 의하여 選出된다. 經營總會가 이루워지지 않거나 또는 選舉管理委員이 選出되지 않는 때에는, 勞動法院은 3人의 選舉權 있는 勤勞者 또는 勞動組合의 申請에 의하여 選舉管理委員을 選出한다(經營基本法 17條 3項). 다만 勞動法院에 의한 選任이 있기 前에 먼저 經營總會의 召集을 試圖하여야 한다(通說).⁽⁹⁶⁾ 勞動法院의 決定이 確定될 때까지 經營總會는 選舉管理委員을 選任할 수 있다.⁽⁹⁷⁾

(다) 經營體에 이미 經營總會가 存續하는 境遇에는, 經營評議會는 決定經營基本法 33條)에 의하여 任期滿了 8週前 選舉管理委員과 選舉管理委員長을 選任하여야 한다(經營基本法 16條 1項). 選舉管理委員長과 選舉管理委員의 任期滿了 6週前에 經營評議會가 存在치 않는 境遇에는 勞動法院은 3人의 選舉權 있는 勤勞者 또는 勞動組合의 申請에 의하여 選舉管理委員長과 選舉管理委員을 選任한다. 勞動組合은 經營評議會를 構成하여야 한 것인가의 與否

(93) LAG Hamm in DB74, 389. BAG in AP 5 zu §16 BetrVG mit Zust. Anm. von Neumann-Duesberg.

(94) BAG in AP 5 zu §16 BetrVG; LAG Hamm in BB 65, 867.

(95) BAG in AP 5 zu §16 BetrVG.

(96) Vgl. LAG Düsseldorf in DB 76, 682; a.A. noch zum BetrVG 1952 BAG in AP 2 zu §16 BetrVG.

(97) BAG in AP 1 zu §17 BetrVG 1972.

의 問題에 대하여 法律上의 利益을 갖지 않는다.⁽⁹⁸⁾

(라) 經營體에 勞動者와 事務員이 從事하는 境遇에는 두개의 階層이 選舉管理委員에 의하여 代表되어야 한다(經營基本法 16條1項).⁽⁹⁹⁾ 그리고例컨대 大企業體 또는 鎮山企業體에 있어서와 같이 選舉地域이 넓어서 選舉의 圓滿한 遂行을 위하여 必要할 때에는 選舉管理委員의 數를 늘릴 수 있다. 또 3個 이상의 選舉地域이 있는 때에는 選舉管理委員의 數를 늘릴 수 있다(選舉令 12條 2項). 選舉管理委員이 後發的으로 辭任할 때에는 이를 补充할 수 있다⁽¹⁰⁰⁾.

(마)選舉管理委員은 그 任務를 遂行함으로써 勤勞給付를 받을 수 없었는 때에는 紹料의 繼續支給을 請求할 수 있다(經營基本法 20條 3項 2號).⁽¹⁰¹⁾ 이리한 境遇 選舉管理委員은 勤勞給付不能이 選舉管理委員 職務遂行으로 因하여 不可避하였다라는 主張과 立證을 하여야 한다.⁽¹⁰²⁾ 選舉管理委員은 經營評議員出馬에 影響을 받지 않는다⁽¹⁰³⁾. 選舉管理委員은 經營評議會員과 마찬가지로 使用者에 대하여 經營基本法 所定의 教育을 위한 費用의 請求權을 갖는다. 그러나 衡平의 原則에 의하여 教育에 參加하였던 經營評議會員은 選舉管理委員에게 위 知識을 傳授할 義務를 진다.⁽¹⁰⁴⁾

(바) 選舉管理委員의 解任은 勞動法院에 의하여서만 可能하고 經營評議會에 의하여는 不可能하다. 이것은 選舉管理委員會의 獨立性 때문이다. 마찬가지 理由로 選舉管理委員會는 그 過半數의 決議로서 選舉管理委員會의 解散을 決議할 수 없다. 그러나 個個의 選舉管理委員은 그의 職務를 辭任할 수 있다.⁽¹⁰⁵⁾ 選舉管理委員會의 職務는 經營評議會의 創立會議 召集과 함께

(98) BAG 3. 2. 1970-ABR 121/74-DB 76, 823.

(99) ArbG Berlinin DB 71, 1675; LAG Bad.-Wurttemberg in DB 64, 1666. LAG Düsseldorf in DB 75, 260.

(100) Vgl. BAG in AP 5 zu §16 Betr VG; LAG Düsseldorf in DB 75, 260. BAG in AP 2, 5 zu §20 BetrVG 1972.

(101) BAG in AP 4 zu §20 BetrVG 72=BD 73, 1955.

(102) BAG in AP 4, 5 zu §20 BetrVG 1972. LAG Rheinland-Pfalz in EzA 5 zu § 16 BetrVG 1972; a.A. ArbG Ludwigshafen in EzA 3 zu § 16 BetrVG 1972.

(103) BAG in AP 3 5 Zu § 20 BetrVG 72

(104) BAG in AP 1, 3 zu §20 BetrVG 1972. ArbG Berlin in DB 74, 830.

(105) LAG Düsseldorf in DB 75, 840.

終了한다.⁽¹⁰⁶⁾

(사) 選舉管理委員會에 의하여 行하여지지 아니한 經營評議會의 選舉는 無效이다. 選舉管理委員의 選任에 관한 瑕疵는 經營評議會 選舉의 取消事由에 該當할 뿐 無效事由에 該當하지 않는다.⁽¹⁰⁷⁾

나. 選舉權과 被選舉權

(가) 滿18歲以上인 勤勞者는 選舉權을 갖는다(經營基本法 7條).

(나) 勤勞者가 6個月 以上 當該 經營體에 勤勞하였거나 또는 家庭勤勞者가 當該經營體에 主로 從事한 境遇 當該 勤勞者나 家庭勤勞者는 被選舉權을 갖는다(經營基本法 8條). 다만 選舉權을 갖고 있어야 한다. 同一한 企業體의 다른 經營體나 同一한 企業聯合體에서 從事한 期間은 위 6個月의 期間計算에 算入된다. 當該 企業이 設立된지 아직 6個月이 經過되지 아니한 때에는 기타의 選舉要件을 具備한 限 모든 勤勞者가 被選舉權을 갖는다(例건대 判決에 의하여 被選舉權을 박탈당하였거나 公職에 就任할 수 있는 能力を 削奪당한 者는 除外된다). 外國人勤勞者(Gastarbeiter)도 被選舉權을 갖는다. 왜냐하면 이 境遇의 被選舉權은 聯邦議會의 被選舉權과 同一하게 取扱할 必要가 없기 때문이다. 協議契約에 의하여 特別한 被選舉權의 要件을 附加하는 것은 許容되지 않는다.⁽¹⁰⁸⁾

(다) 兵役義務遂行中の 勤勞者도 選舉權 및 被選舉權을 갖는다.⁽¹⁰⁹⁾ 解雇된 者도 經營基本法 102條 5項에 의하여 繼續하여 勤務한 때에는 選舉權을 갖는다. 限時勤勞者에 관하여는 Schaub, §212(Ⅱ) 3參照.

다. 經營評議會員의 數⁽¹¹⁰⁾

(가) 經營體의 勤勞者の 數가 經營評議會員의 數의 標準이 된다(經營基本法 9條). 選舉權이 있는 勤勞者가 5人 이상 50人 이내인 境遇에는 選舉權者

(106) BAG in AP 1 zu §24 BetrVG; AP 1 zu §29 Betr VG; AP 11 zu §76 BetrVG; vom 14. 11. 1975. 1 ABR 61/75-BB 76, 270=DB 76, 300=AP 1 zu §118 BetrVG 1972.

(107) BAG in AP 1 zu §18 BetrVG; BAG vom 3. 6. 1975-1 ABR 98/74-BB 75, 1388.

(108) BAG in AP 1 zu §19 BetrVG 1972m. Anm. von Natzel.

(109) Zum aktiven Wahlrecht: BAG in AP 2 zu §19 BetrVG 1972; im übrigen Kroller in BB 72, 228; Maurer, Dasumstrittene Wahlrecht Wehrpflichtiger zum Betriebsrat, DB 72, 975. BAG vom 17.9. 1974-1 ABR 85/73-ArbuR 75, 56.

(110) Hubener, Zur Mitbestimmung in der GmbH & Co. KG. Zusammenrechnung der Arbeitnehmer von GmbH & KG, BB 75, 425.

의 數가 基準이 된다. 選舉權 있는 勤勞者가 51人 以上인 境遇에는 勤勞者數가 基準이 된다. 選舉權者나 勤勞者의 數의 確定은 選舉公告日을 基準으로 한다(選舉令 5條). 指導的 事務員은 勤勞者의 數의 計算에 包含되지 않는다. (111)

(나) 小數者 保護를 위하여 小數者數에 比例한 勞動者와 事務員이 經營評議會員에 選任되어야 한다(經營基本法 10條). 다만 이것은 經營評議會가 至少 3人 以上으로 構成된 境遇에 限한다. 또한 小數勤勞者가 5人 以上이 되거나 또는 經營體 勤勞者の 20分之 1以上이 되는 境遇에 限한다(經營基本法 10條 3項).

(다) 經營評議會員은 性에 拘碍없이 經營體의 各部分과 從經營體로 부터 選出되어야 한다(經營基本法 15條).

라. 經營評議會의 定期選舉와 非定期選舉

(가) 經營評議會의 定期選舉는 每 3年마다 3月 1일부터 5月 31일까지 施行된다(經營基本法 13條). 이 3年의 周期는 勞動組合이 選舉의 組織的 準備를 容易하게 하기 위하여 採用된 것이다.

(나) 非定期選舉는 (ㄱ) 勤勞者의 數의 本質의in 變化가 있을 때, (ㄷ) 經營評議會員의 總數가 規定最低數 以下로 내려간 때, (ㄴ) 經營評議會가 多數決로써 退任을 決議한 때, (ㄹ) 經營評議會의 選舉가 取消된 때, (ㅁ) 經營評議會가 解散된 때, (ㅂ) 經營體의 經營評議會가 存在치 않는 때에 實施된다(經營基本法 13條 2項).

(다) 非定期選舉에 의하여 選任된 經營評議會는 次期 定期經營評議會의 選舉까지 存續한다. 다만 非定期選舉의 實施後 1年이 經過하지 않은 境遇에는 그러하지 아니하다(經營基本法 13條 3項).

마. 選舉原則

經營評議會員은 祕密・直接選舉에 의하여 選舉된다(經營基本法 14條). 經營評議會員이 2人 以上인 境遇는 勞動者와 事務員은 그 代表者를 分離하여 投票한다(小數者 保護를 위한 구별選舉). 다만 兩구불이 分離 祕密投票에서 共同選舉를 決議하였을 때는 그러하지 아니하다(經營基本法 14條 2項). 選舉

(111) LAG Düsseldorf in DB 72, 2489; BAG vom 12. 12. 1976-1 ABR 1/76-.
BAG in AP I zu §19 BetrVG.

는 比例選舉의 原則에 따른다. 다만 選舉提案(Wahlvorschlag)이 1個인 때에는 多數選舉의 原則에 따른다. 經營評議會가 1人으로 構成되는 境遇에는 역시 多數選舉의 原則에 따른다. 選舉權者間에 選舉權行使에 관한 協議는 비록 그것이 當事者の 自由로운 意思에 의한 것이라 할지라도 選舉權行使가 第三者에 의하여 露出될 우려가 있으므로 許容되지 않는다.⁽¹¹²⁾

바. 選舉節次⁽¹¹³⁾

選舉節次는 1972年 1月 16日字 經營基本法施行令에 詳細히 規定되어 있다 (이하 選舉令이라 부른다). 選舉管理委員會는 選舉權 있는 劍勞者를 投票나 計票를 돋는 選舉補助者로 任命할 수 있다(選舉令 1條). 選舉管理委員會는 勞動者와 事務員의 구별에 따라 選舉權者的 리스트 즉 選舉人名簿를 만들어야 한다. 選舉權者는 性, 이름, 生年月日이 그룹내에 있어서의 알파벳순으로 整理되어야 한다. 使用者は 選舉管理委員會에 必要한 告示를 하여야 한다 (위 令 2條 1項, 2項). 選舉權과 被選舉權은 選舉人名符에 登錄된 劍勞者에限하여 賦與된다(위 令 2條 3項). 選舉人名簿는 選舉開始前日에 經營體에 提出되어야 한다. 選舉人名簿에 대하여는 選舉公告 2週日 以內에 異議할 수 있다(위 令 4條).

選舉管理委員會는 적어도 投票期日 6週前에 選舉公告을 하여야 한다.⁽¹¹⁴⁾ 이 公告에는 選舉管理委員長과 적어도 1人の 選舉管理委員이 署名하여야 한다. 經營體의 여러 支所에 公告를 한 때에는 最後의 選舉公告時로부터 위期間이 進行된다.⁽¹¹⁵⁾ 選舉公告에는 위 令 3條 2項이 規定하는 具體的인 內容이 記載되어야 한다. 이로서 經營評議會의 選舉가 開始된다. 그룹選舉에 있어서 一個의 그룹에 대하여 數人の 經營評議會員을 選舉하여야 하거나 또는 共同選舉에 있어서 數人の 經營評議會員을 選舉에 있어서 數人の 經營評議會員을 選舉하여야 하는 境遇에는, 選舉는 選舉提案의 立候補者名單에 의하여 행하여진다. 選舉提案의 立候補者名單은 選舉公告 2週日 前까지 選舉權 있는 劍勞者에 의하여 選舉委員會에 提出되어야 한다(위 令 6條). 選舉提案의

(112) BVerwG in NJW 76, 259.

(113) Preis, Individueller Wahlrechtsschutz gegen Entscheidungen des Wahlvorstandes bei der Betriebsratswahl, ArbuR 73, 9; vgl. auch die Lit. zu §217 S. 984 FuBn. 1. BGBI. I 49

(114) Zur Bekanntmachung in Fremdsprachen:

(115) LAG Hamm in DB 76, 921.

立候補者名單의 提出期限滿了日이 大多數의 勤勞者의 勤勞時間의 滿了와 겹친다 할지라도 相關없다. ⁽¹¹⁶⁾

選舉提案(Wahlvorschläge)는 選舉權 있는 勤勞者에 의하여 行하여진다. 다만 經營體에 經營評議會가 存在하지 않는 境遇에는 勞動組合에 의하여 行하여진다. 選舉提案에는 그룹選舉의 境遇에는 選舉權 있는 그룹人員의 10분의 1이 署名하여야 하고 (다만 적어도 3人以上이어야 한다) 어느 境遇에도 100人이 署名하면 足하다. 共同選舉의 境遇에는 勤勞者の 10분의 1이 署名하여야 하고 (그러나 적어도 3人以上이어야 한다) 어느 境遇에도 100人이 署名하면 充分하다(經營基本法 14條 4項). 署名한 者의 同意 없이 選舉提案에 記載된 候補者를 抹消하는 것은 許容되지 않는다. 이러한 抹消에 의하여 選舉提案은 無效로 된다. ⁽¹¹⁷⁾ 選舉提案에는 一聯番號와 性, 이름, 生年月日, 勤勞의 種類 및 勤勞者 그룹을 記載하여야 한다. ⁽¹¹⁸⁾ 또한 立候補者的 同意書가 添附되어야 한다(위 令 6條 4項). 選舉提案에 代表者가 記載되어 있지 아니한 때에는 제일 먼저 選舉提案에 署名한 者가 代表者로 看做된다. 選舉管理委員會가 選舉提案에 대하여 異議를 하려 하는 때에는 이 異議를 위 選舉提案 代表者에게 送達하여야 한다(위 令 6條 5項). 候補者名單의 合成(Listenverbindung)은 許容되지 않는다(위 令 7條). 選舉權者的 署名은 一個의 選舉提案에 대하여서만 效力이 있다. 따라서 1人の 選舉權者가 여러 選舉提案에 署名하였을 때에는, 選舉權者は 選舉委員會의 要請에 의하여 法律이 定한 相當한 期間內에 (그러나 적어도 3日의 勤勞前에) 어떤 署名을 維持할 것인가를 明白히 하여야 한다. 이러한 意思表示를 遲滯하는 때에는, 最初로 提出된 選舉提案에 대하여만 效力이 있다. 選舉提案이 同時에 接受된 때에는 추첨에 의하여 決定한다.

選舉委員會는 可能한限 2日前에 選舉提案을 檢查하여 그 名單에 無效事由가 있을 때에는 그 事由를 記載하여 書面으로 리스트 代表者에게 通知하여야 한다(위 令 7條 2項). 選舉提案은 위 令 8條 所定의 事由가 있을 때에는 無效로 된다. 有效로 認定된 때에는 위 令 10條에 의하여 公告하여야 한다. 數

(116) BAG in AP 11 zu §18 BetrVG; ArbG Berlin in DB 72, 877. Zur Form und Hochtspersönlichkeit der Unterzeichnung: ArbG Herne in DB 72, 976. ArbG Frankfurt in ArbuR 72, 344.

(117) BAG in AP 1 zu §14 BetrVG 1972.

(118) Anderenfalls Anfechtbarkeit; ArbG Hamm in DB 72, 1634.

個의 選舉提案이 提出된 때에는 추첨에 의하여 順位番號가 賦與된다.⁽¹¹⁹⁾ 選舉에는 有效로 認定된 選舉提案에 대하여만 投票하여야 한다. 選舉管理委員會의 決定은 물론⁽¹²⁰⁾ 그 選舉自體도⁽¹²¹⁾ 法院의 決定節次에 의하여 取消될 수 있다. 그러나 假處分에 의하여 經營評議會選舉를 停止하는 것은 그 瑕疵가 重大한 境遇에 限한다.⁽¹²²⁾ 投票는 投票紙를 所定封套에 넣어 交付함으로서 行한다(위 令 11條). 그 形式에 관하여 위 令 11條에 規定되어 있다. 有効한 選舉提案이 하나인 때에는 그 選舉提案에 대하여만 投票하여야 한다(위 令 21條). 選舉가 終了되면 遲滯없이 選舉委員會는 開票를 始作하여야 한다(위 令 13條).⁽¹²³⁾ 이에 의하여 選舉結果와 議席比率을 確認하여야 한다(위 令 13條, 15條). 이 確認은 選舉取消에 의하여 排除될 때까지 創設的 效力を 갖는다.⁽¹²⁴⁾ 選舉에 관한 記錄을 作成하여야 한다(위 令 17條). 當選者에게 書面으로 通知하여야 하고(위 令 18條), 이를 公告하여야 하며(위 令 19條), 選舉日로부터 1週日 内에 經營評議會의 創設會議를 召集하여야 한다(經營基本法 29條). 勤勞者의 不在者 投票에 관하여는 위 令 26條 이하에, 勞動組合의 選舉提案에 관하여는 위 令 29條에 詳細하게 規定되어 있다.

2. 選舉保護와 選舉取消

가. 選舉保護(Wahlschutz)

(가) 經營基本法 20條 1項 1文은 누구도 經營評議會選舉를 妨害할 수 없다고 規定한다. 여기서 選舉라 하는 것은 積極的・消極的 選舉權의 行使뿐만 아니라 選舉 또는 選舉의 貫徹과 關係있는 모든 行爲를 말한다. 여기서 妨害한다 함은 選舉의 進行을 侵害하는 모든 處事를 말한다. 여기에 虛偽宣傳도 包含된다.

(나) 어떠한 勤勞者도 選舉權이나 被選舉權의 行使에 制限을 받지 않는다(經營基本法 20條 1項 2號). 勤勞者의 選舉權에는 選舉와 關係되는 모든 行爲가 包含된다. 選舉人名簿에 登錄하는 것, 選舉하려 가는 것, 選舉提案에署

(119) Anderenfalls kann die Anfechtbarkeit begründet sein. ArbG Wetzlar in DB 72, 1731.

(120) BAG in AP 5 zu §80 ArbGG 1953; AP 1 zu §14 BetrVG 1972.

(121) BAG vom 3.6. 1975-1 ABR 98/74-BB 75, 1388.

(122) LAG Hamm in DB 75, 1176.

(123) Zum Einsatz von EDV-Anlagen: ArbG Bremen in DB 72, 1831.

(124) LAG Schlesw. -Holst. in BB 76, 1319.

名하는 것 등을 妨害하는 것은 禁止된다.⁽¹²⁵⁾ 또한 選舉權行使를 妨害하는 轉任命令이나 勤勞命令, 例컨대 選舉當日 出張을 命하는 것도 選舉權行使의 妨害에 該當한다. 選舉妨害禁止의 原則은 勞動者組合에 대하여도 適用된다.

(다) 누구도 不利益을 加하거나 또는 加한다고 威脅함으로써 또는 利益을 賦與하거나 또는 賦與한다고 約束함으로써 選舉에 影響을 미치는 行爲를 하여서는 아니된다(經營基本法 20條 2項). 禁止되는 것은 단지 經營評議會의 選舉에 影響을 미친 것뿐 아니라 이에 先行하는 選舉管理委員의 選舉에 影響을 미친 것을 包含한다.⁽¹²⁶⁾ 그 影響이 너무도 커서 도저히 民主的 選舉가 이루어졌다고 할 수 없을 程度인 境遇에는 그 選舉는 無效이다. 기타의 選舉는 取消의 事由로 될 수 있을 뿐이다. 影響을 미칠 意圖가 있었느냐의 與否는 問題로 되지 않는다.⁽¹²⁷⁾

(라) 選舉妨害禁止의 原則이나 또는 選舉影響禁止의 原則에 違背되는 事態가 있는 때에는 (ㄱ) 選舉의 取消, (ㄴ) 經營基本法 119條에 의한 處罰, (ㄷ) 法律行爲의 措處의 無效(民法 134條, 經營基本法 20條), (ㄹ)被害者の 損害賠償請求權(民法 823條 2項, 經營基本法 20條)의 法律效果가 發生하게 된다.

나. 選舉費用

(가) 使用者は 選舉의 物的費用(sächliche Kost)을 負擔한다(經營基本法 20條 3項 1號). 物的費用이라 함은 選舉의 準備나 推進을 위한 物質的手段에 관한 支出(投票紙·投票函등의 費用)을 말한다. 選舉宣傳費用은 이에 包含되지 않는다. 使用者が 負擔할 費用에 관한 紛爭은 勞動法院이 決定節次에 의하여 裁判한다. 그 決定에 期하여 強制執行을 할 수 있다. 選舉管理委員會가 選舉費用을 支出한 때에는 選舉管理委員會를 債權者로 하고 使用者를 債債務者로 하여 위 節次를 申請하여야 한다.

(나) 選舉는 原則적으로 勤勞時間中에 한다. 選舉權의 行使나 또는 選舉管理委員職을 遂行함으로 인하여 勤勞를 하지 못한 境遇, 使用者は 賃金을

(125) Zum EinfluB des Arbeitgebers auf die Wahlerliste: LAG Hamm in BB 72, 796 (Vorinstanz: ArbG Bochum in BB 72, 494 mit berechtigter Kritik von Buchner in DB 72, 824); LAG Bad-Württemberg in DB 72, 1392. Vgl. hierzu BGH in AP 5 zu §19 BetrVG, BAG in AP 2 zu §19 BetrVG.

(126) BAG in AP 1 zu §19 BetrVG.

(127) BAG in AP 1 zu §19 BetrVG.

節減할 수 없다(經營基本法 20條 3項 2號). 使用者가 이 境遇 賃金을 支給하지 아니한 境遇에 劤勞者는 判決節次에 의하여 위 支拂을 請求할 수 있다.⁽¹²⁸⁾ 이 境遇法院은 먼저 위 劍勞不能이 選舉權의 行使나 또는 選舉管理委員職을 遂行함으로써 不可避하였던가의 與否를 判斷하여야 한다. 여기서 不可避性은 主觀的, 客觀的 標準에 의하여 決定하여야 한다.

(다) 使用者가 選舉委員의 研修費用을 負擔하여야 하는가에 관하여 論議가 있다.⁽¹²⁹⁾

다. 選舉取消⁽¹³⁰⁾

(가) 經營評議會의 選舉에 法的인 瑕疵가 있는 때에는 原則적으로 選舉의無效事由로 되지 아니하고 取消事由로 된다. 選舉無效의 境遇에는 選舉는 元來부터 無效이기 때문에 누구나 언제든지 어떠한 節次에서도 先決問題로서 그 無效를 主張할 수 있지만, 選舉取消의 境遇에는 取消됨으로서 비로소 將來를 向하여 無效로 되며 選舉結果의 公告時로 부터 2週內에 特別한 節次로써 그 取消權을 行使하지 않으면 안된다. 無效를 主張한 때에는 決定節次에 의하여 無效確認을 求한다. 經營評議會의 選舉의 無效를 主張하는 申請에는 取消를 主張하는 申請이 包含된다.⁽¹³¹⁾

(나) 經營評議會의 選舉가 正常的인 選舉의 一般原則에 너무도 違背되어 選舉의 外觀마저 存在하지 않는다고 認定될 境遇에는 그 經營評議會의 選舉는 無效이다.⁽¹³²⁾ 즉, 法律規定에 重大하고 明白하게 違背되는 選舉는 無效이다.⁽¹³³⁾ 例컨대 選舉管理委員會에 의하지 않고 行하여진 經營評議會의 選舉는 無效이다.⁽¹³⁴⁾ 選舉管理委員會가 企業體의 分類를 잘못하여 法定의 經營評議會員數보다 많은 經營評議會員을 選舉한 境遇에는 無效가 아니라 取消事由로 된에 不過하다.⁽¹³⁵⁾ 選舉權이 있는 劍勞者에 對하여 選舉를 不許하

(128) BAG in AP 2 zu §20 BetrVG 1972.

(129) BAG in AP 1, 3-6 zu §20 BetrVG 1972.

(130) Auffarth in AR-Blattei, D, Betriebsverfassung VI A, Wahlanfechtung.

(131) BAG in Ap 5, 6 zu §3 BetrVG.

(132) Vgl. BAG in AP I zu §18 BetrVG; AP 5, 6 zu §3 BetrVG; AP 2 zu §19 BetrVG 1972.

(133) Vgl. BAG in AP 6 zu §3 BetrVG. ArbG Mannheim in BB 53, 324; ArbG Göttingen in BB 55, 477; Auffarth in AR-Blattei, D, Betriebsverfassung VIA.

(134) Vgl. BAG in AP 84 zu §611 BGB Urlaubrecht." Vgl. BAG in AP 5, 6, 10 zu §3 BetrVG; AP 11 zu §81 BetrVG; LAG Düsseldorf in DB 73, 2050; vgl. oben §214 II.

(135) BAG in AP 2 zu §20 BetrVG, Jugendvertretung."

였거나 選舉權 없는 選舉權者에 대하여 選舉를 許容하였다고 하는 事由는 取消事由로 봄에 不過하다.⁽¹³⁶⁾ 經營評議會의 選舉無效는 언제든지 例컨대 取消期間 經過後에도 누구에 의하여서도 어떠한 形態로도 主張될 수 있다.⁽¹³⁷⁾ 無效인 經營評議會選舉에 基하여 構成된 經營評議會가 行한 經營基本法의 行爲는 無效이다. 經營評議會가 使用者的 錯誤로 法律上의 存續期보다 더 存續하게 된 境遇, 그 超過存續期間中에 한 經營評議會의 行爲는 無效이다. 그러나 使用者가 그 無效를 안 때에는 經營約定(Betriebsvereinbarung)에 基한 勤勞者의 權利는 이로서 影響을 받지 않는다. 經營評議會의 行爲가 위와 같이 無效인 境遇에도 研修費用은 信賴原則上 返還할 義務가 없다.

(다) 經營評議會의 選舉는

- (ㄱ) 選舉權에 관한 本質的 規定에 違背된 때
- (ㄴ) 被選舉權에 관한 本質的 規定에 違背된 때
- (ㄷ) 選舉節次에 관한 規定에 違背된 때에 取消事由로 된다. 그러나 위와 같은 違背에도 不拘하고 選舉節次가 變更되거나 또는 影響을 받지 않았을 때에는 取消事由로 되지 않는다(經營基本法 19條 1項). 모든 違背가 取消事由로 되는 것이 아니라 本質的 原則이 侵害된 境遇에만 取消事由로 된다.
- (ㄹ) 選舉權 또는 被選舉權에 관한 本質的인 規定이면 定하고(經營基本法 7條), 그것이 團束規定이든 效力規定이든 문지 않는다⁽¹³⁸⁾. 例컨대 使用者 또는 이에 準할 사람에게 選舉權을 賦與하였거나 勤勞者에게 選舉權을 賦與하지 아니한 境遇가 이에 該當한다.⁽¹³⁹⁾ 그러나 勤勞者가 選舉人名簿에 대한 異議의 提起期間을 經過한 때에는 取消를 主張할 수 없다.⁽¹⁴⁰⁾ 經營基本法 15條 所定의 勤勞의 種類 및 性別등 經營評議會의 構成에 관한 規定은 本質的 規定이 아니다.⁽¹⁴¹⁾

(136) BAG in AP 3 zu §4 BetrVG; AP 2 zu §19 BetrVG 1972; Ausnahme wenn überhaupt kein plausibler Grund AP 6 zu §3 BetrVG mit zust. Anm. von Kuchenhoff.

(137) BAG in AP 3 zu §4 BetrVG.

(138) BAG in AP 1-5, 8 zu §27 BetrVG BAG in AP 3, 4 zu §4 BetrVG; LAG Düsseldorf in BB 58, 701; LAG Bremen in BB 61, 993. BAG in AP 1 zu §24 BetrVG; AP 6 zu §6 BetrVG.

(139) Vgl. BAG in AP 3 zu §4 BetrVG.

(140) Vgl. BAG in AP 2 zu §19 BetrVG 1972; LAG Frankfurt in BB 76, 1271; LAG Kiel in AP 1 zu §4 WO. BAG in AP 2 zu §19 BetrVG 1972. Vgl. Schroder in DB 65, 1009.

(141) Dietz-Richardi a.a.O. §15 Anm. 8; GK-Thiele a.a.O. §19 Anm. 22.

(마) 被選舉權에 관한 法律的 規定은 經營基本法 8條에 規定되어 있다.⁽¹⁴²⁾

(바) 本質的 選舉規定은 經營基本法 9條 내지 18條에 規定되어 있다. 判例에 의하면 經營體概念의 誤謬,⁽¹⁴³⁾ 選舉委員의 構成에 관한 瑕疵,⁽¹⁴⁴⁾ 選舉管理委員會의 違法的 構成⁽¹⁴⁵⁾의 境遇는 選舉取消事由에 該當한다.

(사) 瑕疵의 訂正이 實現되지 않는 때에 限하여 取消할 수 있을 뿐이다. 經營評議會는 選舉行爲自體에 의하여 勞動法院은 決定節次에 의하여 訂正할 수 있다.⁽¹⁴⁶⁾ 그러나 이러한 訂正是 固有한 意味에 있어서의 選舉取消라고 할 수 없다.

(아) 選舉結果가 選舉上의 어떤 瑕疵로 인하여 變更되거나 影響을 받지 않는 때에는 選舉取消는 許容되지 않는다. 例컨대 個個의 勤勞者가 選舉에 參與하지 못하였지만 그가 選舉하였다고 할지라도 選舉結果에 어떠한 影響이 없었을 때에는 選舉結果에 影響이 없는 境遇에 該當한다. 選舉의取消를 主張하는 者는 選舉取消事由가 있음을 主張立證하면 足하고 그 相對方이 選舉結果가 이에 의하여 侵害되지 아니하였다고 하는 것을 立證하여야 한다.⁽¹⁴⁷⁾

(자) 取消申請權者는

(ㄱ) 口頭辯論 終結時까지 當該 經營體에 劍務하는 3人の 選舉權 있는 勤勞者(經營基本法 7條),

(142) BAG in AP 1 zu §24 BetrVG; AP 1 zu §6 BetrVG.

(143) BAG in AP 5,6,10 zu §3 BetrVG; AP 11 zu §81 BetrVG; ArbG Berlin in AP1 zu §4 BetrBG 1972; in der Lit. umstr.

(144) BAG in AP 1 zu §18 BetrVG.

(145) BVerwG in AP 1 zu §6 WahlO PersVG; BAG in AP 14 zu §76 VetrVG. Vgl. BAG in AP 11 zu §18 BetrVG. LAG Hamm in BB 53, 234. BAG in AP 19 zu §76 BetrVG. BAG in AP 21 zu §76 BetrVG. BAG in AP 21 zu §76 BetrVG. Vgl. BAG in AP 3 zu §18 BetrVG; a.M. BVerwG in Ap 6 zu §10 BPersVG. BAG in AP 15 zu §18 BetrVG. BAG in AP 10 zu §13 BetrVG, BAG in AP 11 zu §13 BetrVG, Vgl. BAG in AP 11 zu §18 BetrVG; AP 13 zu §18 BetrVG. Vgl. BAG in AP 17 zu §18 BetrVG. BAG in AP 1 zu §19 BetrVG. BAG in AP 1,2,5 zu §19 BetrVG; AP 12 zu §13 BetrVG; AP 16 zu §18 BetrVG. Hess/VGH in AP 1 zu §22 PersVG; LAG Hamm in BB 53, 234. ArbG Bochum in DB 75, 1898. BAG in AP 2 zu §19 BetrVG; LAG Hamm in BB 61, 1200. LAG Hamm in DB 76, 922. Umstr. Fitting-Auffahrth a.a.O. §19 Anm. 15; a.A. GK-Thiele a.a.O. §19 Anm. 42.

(146) BAG in AP 2, 10, 18 zu §76 BetrVG.

(147) Vgl. BAG in AP 1 zu §19 BetrVG; AP 1 zu §29 BetrVG. BAG in NJW 76, 1165. Vgl. BAG in AP 2 zu §97 ArbGG 1953. BAG in AP 14 zu §18 BetrVG.

(ㄴ) 當該 企業을 代表하는 勞動組合

(ㄷ) 使用者이다.

取消申請의 相對方은 經營評議會이다.

(차) 取消의 申請은 選舉結果의 公告時로부터 2週의 期限內에 勞動法院에 提出하여야 한다. 選舉取消에 관한 決定은 決定節次에 의하여 行한다. 勞動法院은 職權으로 事實을 審理하여야 한다. 그러나 取消를 主張하는 者는 選舉가 經營基本法에 違背된 事實을 取消申請書에 記載하여야 한다.⁽¹⁴⁸⁾ 選舉의 取消를 理由로 하는 訴가 提起된 때는 勞動法院은 모든 可能한 取消事由를 審理하여야 한다.⁽¹⁴⁹⁾ 選舉無效가 主張된 境遇에는 當事者는 主張한 事由에 限하지 아니하고 모든 無效事由에 관하여 審理하여야 한다.⁽¹⁵⁰⁾ 抗訴審의 節次中에 세로운 經營評議會員이 選出된 때에는 取消節次를 維持할 法律上의 利益이 消滅된다. 따라서 第1審 決定은 取消되어야 하고 第2審 節次는 停止되어야 한다.⁽¹⁵¹⁾

(타) 選舉取消가 勞動法院의 既判力있는 決定에 의하여 行하여지면, 經營評議會는 將來를 蒙하여 存在하지 않게 된다. 그러나 取消可能한 選舉에 기하여 召集된 經營評議會가 經營基本法的 法律行爲를 하았을 때에는 그 法律行爲의 效力은 그대로 維持된다. 經營基本法의 選舉가 取消되어 取消의 效力이 發生하게 되면 經營評議會員은 解雇保護法 15條, 經營基本法 103條의 規定에 의한 解雇保護를 壓失하게 된다. 選舉가 取消되면 經營評議會는 새로운 選舉에 의하여 構成된다. 그때까지 經營評議會는 代行에 의하여서 그職을 繼續할 수 없다. 決定節次는 언제나 法院의 裁判에 의하여 終了된다.⁽¹⁵²⁾ 그러므로 和解는 許容되지 않는다. 또한 選舉取消의 節次는 經營評議會員의 全部 또는 一部의 撤回에 의하여 終了되지 않는다.

(카) 選舉取消는 個別의인 評議會員의 選舉의 境遇에는 選舉取消事由가 있는 當該會員의 選舉에 관하여, 그룹選舉의 境遇에 있어서는 選舉取消事由가 있는 當該 그룹에 관하여 制限된다.⁽¹⁵³⁾

(148) BAG in AP 3, 14 17 zu §18 BetrVG.

(149) BAG in AP 3 zu §18 BetrVG. BAG in AP 14 zu §18 BetrVG.

(150) BAG in AP 6 zu §3 BetrVG; AP 3 zu §4 BetrVG.

(151) BAG in AP 2 zu §81 ArbGG 1953. BAG vom 25. 6. 1974-1 ABR 68/73-EzA 3 zu §19 BetrVG

(152) BAG in AP 8, 9 zu § 81 ArbGG 1953. Vgl. BAG in AP 1 zu § 24 BetrVG.

(153) Vgl. BAG in AP 11 zu § 18 BetrVG; AP 2, 10, 15, 18 zu § 76 BetrVG;

(과) 選舉節次의 進行中에도 個個의 選舉行爲는 假處分의 方法으로 中止
된 수 있다. 왜냐하면 選舉의 終了는 使用者的 費用負擔의 見地에서 볼 때
에 使用者와 經營評議會의 共助協力의 커다란 侵害을 意味하기 때문이다.⁽¹⁵⁴⁾

(하) 選舉取消節次의 訴訟物價額은一般的으로 1萬마르크로 看做된다(聯
邦辯護士報酬規定 8條 2項, 10條)⁽¹⁵⁵⁾.

III. 經營評議會의 任期

1. 經營評議會의 任期

가. 任期의 開始

(가) 經營體에 經營評議會가 存在하지 않은 境遇에는 經營評議會員의 任期는 選舉結果의 公告와 함께 開始된다. (經營基本法 21條 2文) 따라서 民法 187條 1項에 의하여 經營評議會員의 任期는 選舉結果公告 다음날로부터 開始된다. 選舉結果의 公告는 選舉管理委員長에 의하여 行하여진다(選舉令 19條). 選舉管理委員長은 經營評議會의 創設會議를 召集하여야 한다(經營基本法 29條).

(나) 選舉公告의 結果 當時에 아직 經營評議會가 存續하고 있으면 세로
選舉된 經營評議會의 任期는 終前 經營評議會의 任期의 終了와 함께 開始된다(經營基本法 21條 2文).

나. 任 期

(가) 經營評議會의 通常의 任期는 3年이다(經營基本法 21條 1文). 이에 대
하여 青少年代表(Judendvertretung)의 任期는 2年이다(經營基本法 64條 1
項). 이와같이 經營評議會와 青少年代表의 任期를 相異하게 規定한 것은
敎育期間의 變更으로 인하여 青少年이 바른 期間內에 成長하여 青少年代表
의 選舉權을 取得하게 되기 때문이다.

(나) 例外의으로 任期는 3年 以上 또는 3年 以下로 할 수 있다. 元來 3年的
期間을 採擇한 것은 經營評議會의 選舉의 統一을 위하여서였다. 그런데 經

AP 1 zu § 5 BetrVG; teilweise a.A. LAG Hamm in EzA 7 zu § 19 BetrVG
1972. BAG vom 12. 10. 1976-1 ABR 14/76-.

(154) LAG Düsseldorf in DB 75, 938,

(155) LAG Hamm in BB 74, 1535.

營基本法 13條 2項은 通常의 經營評議會의 選舉外에 特別한 經營評議會의 選舉를 認定하고 있다. 通常의 經營評議會의 選舉에 接續되기 위하여는 經營基本法 13條 2項의 規定에 의하여 任期가 短縮되거나 延長되게 된다. 3年の期間外에서 經營評議會의 選舉가 行하여지면, 그 任期는 原則的으로 通常의 任期의 經過와 함께 終了되게 된다. 例컨대 經營評議會가 1976年 또는 1977年에 選舉되게 되면 그 任期는 原則的으로 1978年 5月 31日로서 終了되게 된다(經營基本法 13條 3項 1號). 다만 非通常의으로 選舉된 經營評議會의 任期가 通常의으로 選舉된 經營評議會의 任期의 開始까지 1年이 經過되지 아니한 때에는 그 經營評議會員의 任期는 다음 選舉期의 終了時까지이다. 例컨대 經營評議會 選舉의 結果가 1977年 3月 1日 公告되었다고 하면 그 經營評議會는 1981年 5月 31日까지 存續하게 된다(經營基本法 13條 3項 3號).

다. 任期의 正常的 終了

(가) 經營評議會의 任期는 經營基本法 13條 1項에 의하여 通常의 經營評議會의 選舉가 行하여지는 해의 5月 31日에 終了된다(經營基本法 21條 3文)

(나) 經營評議會의 任期가 經營基本法 3條 3項 2號에 의하여 3年以上으로 延長되는 境遇에는, 任期는 끊어도 그 經營評議會가 세고 選舉되어 있어야 한 해의 5月 31日에 終了된다. 따라서 1974年 4月 1일에 選舉된 經營評議會의 任期는 따라서 1978年 5月 31日에 終了되게 된다.

(다) 選舉日로부터 18個月 經過된 후에 正常勤勞하는 勤勞者의 數가半(그리나 적어도 50人이어야 한다) 以上으로 增加 또는 減小된 境遇(經營基本法 13條 2項 1號) 또는 經營評議會의 總數가 經營基本法 9條 所定의 數 以下로 減小된 境遇(經營基本法 13條 2項 2號)에는 任期進行中에도 經營評議會를 다시 選舉해야 한다. 이러한 境遇舊 經營評議會員의 任期는 새로운 評議會의 選舉結果의 公告와 함께 終了된다(經營基本法 21條 5文). 그때까지는 殘餘經營評議會員이 비록 1人만 남게 되는 境遇라도 經營評議會의 事務를 處理해야 한다⁽¹⁵⁶⁾.

라. 經營評議會의 消滅

(가) 經營評議會는 經營基本法(1972年) 24條의 規定에 의하여 다음 事由로 消滅하게 된다.

1) 任期의 終了(위 (3)参照)

(156) LAG Dusseldorf in EzA 1 zu § BetrVG 1972.

㉡) 經營評議會員의 辭任

辭任은 經營評議會나 또는 經營評議會長에 대하여一方的 要到達的 意思表示에 의하여 한다. 辭任은 選舉後에 바로,⁽¹⁵⁷⁾ 또는 選舉의 拒絕에 의하여, 任期終了時까지 行使할 수 있다. 辭任은 要式行爲가 아니라,⁽¹⁵⁸⁾ 辭任은 辭任의 意思表示의 到達에 의하여 效力を 發生한다. 다만 辭任書에 다른 時期에 消滅한 것으로 明示하고 있는 境遇에는 그리하지 아니하다. 辭任은 取消하거나 撤回한 수 없다⁽¹⁵⁹⁾. 그것은 法律關係를 明瞭하게 하기 위하여 서이다⁽¹⁶⁰⁾.

㉢) 勞動關係의 終了

다만 勞動法律關係의 終了의 與否에 관하여 法律紛爭이 있는 境遇에는 判決에 의하여 定하여 진다. 그러나 訴訟節次가 進行中인 境遇에는 經營評議會員은 그 職務를 行使할 수 없다. 다만 經營基本法 102條는 繼續하여 職務를 行使할 수 있는例外의 境遇를 規定하고 있다. 그러나 군의 召集에 의하여 勞動法律關係가 단지 停止되고 있음에 不過한 때에는 (勤勞場所의 保護法 1條) 經營評議會는 終了하지 않는다. 使用者의 封鎖에 의하여 原則적으로 經營評議會의 終了는 發生치 않는다⁽¹⁶¹⁾.

㉣) 被選舉權의 喪失(經營基法 24條 1項 4號)

被選舉權은 特히 經營評議會員이 禁治產宣告를 받거나 判決에 의하여 被選舉權을 剝奪당하거나 公職에 就任할 수 있는 資格을 剝奪당한 때에 消滅하게 된다(經營基本法 8條 1項 3號). 公職에 就任할 수 있는 資格은 刑法 45條以下의 規定에 의하여 併罰의 附隨的效果로도 消滅한다. 그러나 經營評議會員이 獨逸國籍을 喪失하거나 (經營基本法 8條 1項) 또는 그룹籍을⁽¹⁶²⁾ 喪失한 境遇에는 被選舉權을 喪失하지 않는다. 이에 대하여 經營評議會員이 指導事務員으로 된 때에는 被選舉權을 喪失한다.

㉤) 法院의 裁判에 의하여 經營評議會가 解散되는 境遇(經營基本法 24條

(157) Vgl. BVerwG in AP 2 zu § 27 PersVG.

(158) Vgl. LAG Schleswig-Holstein in AP 4 zu § 24 BetrVG.

(159) Vgl. BVerwG in AP 2 zu § 27 PersVG.

(160) Vgl. aber RAG 7, 534. Vgl. insowit LAG Frankfurt in AP 2 zu § 25 BetrVG; LAG Düsseldorf in BB 58, 412; Niethammer in BB 58, 1248; Weihrauch ArbuR 65, 9. Oben § 123 VIII 15, 16.

(161) Vgl. BAG in AP 43 zu Art. 9 GG „Arbeitskampf“.

(162) Vgl. BAG in AP 5 zu § 24 BetrVG und § 217.

1項5號).

二) 被選舉權의 不存在가 나중에 들어난 때(經營基本法 24條 1項 6號), 經營評議會의 選舉當時에 選舉要件이 存在하지 않았던 때에는 選舉取消를 主張할 수 있는 期限이 지난 後에도 選舉取消를 主張할 수 있다.⁽¹⁶³⁾ 다만 選舉取消의 決定節次에 이미 被選舉權이 없음을 主張하였을 때에는 세로운 決定節次에서 이를 主張할 수 없다. 다만 위 前節次 以後에 세로운 事實이 發生한 때에는 그려하지 아니하다. 被選舉權의 不存在가 나중에 들어났다 하더라도 그 사이에 選舉取消의 事由가 되는 琥珀가 治癒되었을 때에는, 例컨대 經營評議會員이 그 사이에 18歲 以上으로 된 때에는 經營評議會員의 地位를 喪失하지 않는다.⁽¹⁶⁴⁾

八) 經營基本法條가 列舉하고 있는 事由는 制限的인 것이 아니다. 따라서 그 外에도 行爲能力喪失의 事由가 있는 때에는 經營評議會員의 地位를 喪失하게 된다.

(나) 經營評議會員이 그 任期存續中 그 그룹籍을 變更하였을 때, 例컨대 勞動者에서 事務員으로 바뀐 때에는 經營評議會員의 地位를 喪失하지 않는다(經營基本法 24條 2項). 그러나 經營評議會員은 그의 그룹籍이 變更되더라도 그가 選舉當時에 屬하였던 그룹을 代表한다.

마. 經營評議會의 免職과 解散

(가) 經營基本法 23條는 經營評議會의 解散, 經營評議會員의 地位의 免職에 관한 要件을 規定하고 있다.

(나) 免職・解散의 申請權者는 經營基本法 23條 1項에 規定되어 있다.

一) 選舉權이 있는 勤勞者の 4分之 1 이상은 申請權을 갖는다. 이 境遇 구룹籍은 묻지 않는다. 申請當時 是 아니라 事實審終了時까지 選舉權을 갖고 있어야 한다.

二) 使用者

三) 勞動組合

四) 經營評議會의 1會員을 免職시킬 境遇에는 그 經營評議會도 申請權을 갖는다. 當該 免職된 經營評議會員은 그 經營評議會에 參與할 수 없다.

(163) Vgl. BAG in AP 1 zu § 6 BetrVG; vom 11. 3. 1975-1 ABR 77/74-BB 75, 967=DB 75, 1753= EzA 1 zu § 24 BetrVG 1972.

(164) Vgl. auch BAG in AP 1 zu § 24 BetrVG.

(나) 經營評議會員의 免職 또는 經營評議會의 解散事由는 法定의 義務의 重大한 侵害이다. 經營評議會의 法定의 義務라고 함은 法律, 協議契約 또는 經營約定에 의하여 成立한 一切의 義務를 말한다.

重大한 侵害라고 함은 누구도 알 수 있는 重要한 事項을 明白하게 하는 것을 말한다⁽¹⁶⁵⁾. 1回의 重大社 侵害로 足하다. 이에 대하여 여려면 反複된 가벼운 侵害은例外의 境遇를 除外하고는 重大한 侵害로 되지 않는다.⁽¹⁶⁶⁾ 一般的으로 免職의 境遇에는 經營評議會員의 故意・過失를 要한다.⁽¹⁶⁷⁾ 다만 病的인 不平의 行爲나 訴訟妄想의 行爲理由로 하는 境遇에는 그리하지 아니하다. 이에 대해서 經營評議會의 解散의 境遇에는 故意・過失을 要하지 않는다. 經營評議會員의 免職은 그의 任期의 始期로부터 終期까지 할 수 있다.⁽¹⁶⁸⁾

(라) 經營評議會의 重要한 義務侵害의 例는 다음과 같다. 秘密保持의 義務의 違反⁽¹⁶⁹⁾ 經營評議會員을 恣意를 非難하는 行爲⁽¹⁷⁰⁾, 經營總會에서 政黨의 案件을 取扱하는 行爲,⁽¹⁷¹⁾ 勞動組合에 대하여 壓力を 加하여 就職시키는 行爲,⁽¹⁷²⁾ 다른 經營評議會員과의 協助를 拒否하는 行爲⁽¹⁷³⁾등이다.

(마) 經營評議會員이 任務侵害行爲로부터 區別하여야 할 概念에 勤勞契約侵害가 있다. 勤勞契約侵害의 境遇에는 단지 非通常의 解雇를 할 수 있을 뿐이다(詳細한 것은 Schaub §143 參照).

(바) 勞動法院의 決定이 確定되면 經營評議會員의 地位는 損失되고 經營評議會는 解散된다. 免職되는 經營評議會員이 總經營評議會의 會員인 境遇에는 總經營評議會의 會員의 地位도 同時に 損失한다(經營基本法 49條). 經營評議會員이 免職되면 補充會員(Ersatzmitglieder)이 充員된다. 經營評議會員이 免職되거나 또는 經營評議會가 解散됨에 의하여 解雇保護法 15條, 經營基本法 103條의 規定에 의한 保護는 終了된다.

(165) Vgl. BAG in AP 1 zu § 23 BetrVG.

(166) Vgl. BAG in AP 1 zu § 44 BetrVG.

(167) Vgl. BAG in AP 8 zu § 23 BetrVG.

(168) Vgl. BAG in AP 7 zu § 23 BetrVG. Vgl. BAG in AP 1 zu § 23 BetrVG.

(169) Vgl. BAG in AP 3 zu § 23 BetrVG.

(170) Vgl. LAG Hamm in BB 59, 376.

(171) Vgl. BAG in AP 1 zu § 44 BelVG.

(172) Vgl. BVerwG in AP 2, 7 zu § 26 PersVG.

(173) Vgl. BAGrin AP 8 zu § 23 BetrVG. LAG Hamm in DB 76, 343.

(4) 勞動法院이 經營評議會를 解散하는 境遇에는 勞動法院은 새로운 選舉를 위하여 選舉管理委員을 選擇없이 指定하여야 한다(經營基本法 23條 2項). 이에 관하여는 選舉管理委員會의 構成에 관한 一般原則이 그대로 適用된다(經營基本法 16條 2項).

(아) 經營評議會의 解散이나 免職에 관한 裁判은 勞動法院의 專屬管轄에 屬한다. 經營評議會員의 免職에 관하여는 그 取消의 假處분이 許容된다. 다만 免職에 明白한 眼疵가 있다고 인정되는 경우에만 許容된다. 또한 經營評議會員의 職務의 行使禁止假處분도 許容된다.⁽¹⁷⁴⁾

바. 補充會員(Ersatzmitglieder)⁽¹⁷⁵⁾

(가) 經營評議會員이 免職되거나 또는 疾病등으로 暫定的으로 그 職務를 遂行할 수 없는 때에는 補充會員이 그 地位를 補充한다. 이에 의하여 經營評議會의 繼續性이 保障된다.

(나) 暫定的으로 經營評議會의 職務를 遂行할 수 없는 境遇에는 短期間의 障碍, 例건데 休暇, 疾病, 解雇가 包含된다.⁽¹⁷⁶⁾ 補充會員은 經營評議會長에 의하여 充員된다(經營基本法 29條 2項). 이 境遇 相對方의 同意의 意思表示는 必要하지 아니하다.

(다) 補充會員이 充員되면 經營評議會員과 同一한 權利, 義務를 갖는다. 따라서 補充會員은 經營評議會員이 갖는 申請權을 가지며, 秘密保持義務를 負擔하고 解雇保護를 享有하게 된다. 이에 대하여 經營基本法 26條, 27條, 106條, 38條 所定의 免職된 會員의 身分에 專屬되는 地位를 享有하지 못한다.

(라) 比例選舉가 行하여진 때에는(經營基本法 14條3項) 免職되거나 또는 停止된 評議員이 屬한 被選舉人 리스트로부터 補充會員을 任命하게 된다. 被選舉人 리스트에 더 이상 被選舉인이 殘存하지 않는 때에는 補充會員은 比例選舉의 原則에 따라 다음 順位를 차지한 選舉人リスト에서 任命된다(經營基本法 25條 2項 2號), 따라서 구름보호의 原則보다 經營評議會의 繼續性의 原

(174) LAG Hamm in FzA 2 zy § 23 BetrVG.

(175) Eich, Die Annahmeerklärung als Voraussetzung für den Erwerb des Betriebsratsamts durch Ersatzmitglieder, DB 76, 47. ArbG Lorrach in BB 73, 1214.

(176) LAG Schleswig-Holstein in BB 76, 1319. Fitting-Auffahrt a.a.O. § 25 Anm. 44; Stege-Weinsbach a.a.O.S. 75; a.A. Dietz-Richardi a.a.O. § 25 Anm. 15. Vgl. bei Wechsel der Gruppenzugehörigkeit: BAG in AP 3 zu § 25 BetrVG.

則이 優先하게 된다.

(마) 多數決選舉의 境遇에는 補充會員은 구름籍을 考慮하여 (經營基本法 10條 내지 12條) 得票에 의하여 決定되게 된다.

사. 使用者에 의한 經營基本法의 侵害

(가) 使用者도 經營基本法을 侵害할 수 있다. 1972年の 經營基本法은 1975年的 經營基本法과는 달리 使用者의 經營基本法侵害를 刑法上의 處分할 수 있는 行爲로 規定하지 않고 強制執行에 의하여 實現할 수 있는 行爲로 規定하였다.

(나) 이 境遇의 裁判의 申請을 할 수 있는 者는 經營評議會나 또는 勞動組合이다(經營基本法 23條 3項). 經營評議會는 勞動組合의 權利侵害를 理由로 하여 裁判의 申請을 할 수 있다.

(다) 使用者가 經營基本法上의 義務를 重大하게 侵害한 境遇에는, 勞動法院은 그 行爲의 中止, 어떠한 行爲의 引用, 또는 어떤 行爲를 命令한다. 重大한 侵害는 누구도 알 수 있는 明白하고 重大한 經營基本法의 違反을 말한다. 이 概念은 經營評議會의 重大한 侵害와 對應한다. 經營基本法 23條 3項은 使用者와 經營評議會의 同等性의 原則에 의하여 導入된 規定이다. 따라서 義務違反에 관하여 반드시 主觀的 要件을 要하지 않는다.⁽¹⁷⁷⁾ 使用者가 明瞭치 않은 法律問題에 관하여 틀린 見解를 表明한 境遇에는 이러한 重大한 義務違反은 存在치 않는다.⁽¹⁷⁸⁾ 經營基本法의 重大한 侵害은 例컨대 使用者の 經營評議會나 또는 勞動組合에 대한 鬭爭措處, 勞動組合이나 또는 經營評議會의 會員의 家族이 經營體에 出入하는 것을 理由 없이 禁하는 行爲,⁽¹⁷⁹⁾ 經營評議會의 參與權을 無視하는 行爲, 違法한 政黨政治의 行爲등의 境遇에 있게 된다.

(라) 裁判節次는 申請이 있는 境遇에 開始된다. 申請이 있으면 勞動法院이 決定節次에 의하여 裁判한다. 勞動法院은 使用者에 대하여 將來의 代替的 또는 不代替的 行爲를 할 것을 命하고, 또 이러한 行爲를 하지 아니할 것을 命하고, 또는 第3者에 의한 이러한 行爲를 引用할 것을 命하는 決定을 한다. 裁判節次는 民事訴訟法 887條, 888條, 890條에 기한 行爲에 限하

(177) A.A. ArbG Paderborn in DB 73, 335.

(178) BAG in AP 4 zu § 40 BetrVG 1972.

(179) LAG Hamm in DB 72, 1119. A.A. GK-Thiele a.a.O. § 23 Anm. 92.

여만 認定된다. 使用者에 대한 負擔은 假處分節次에 의하여도 課할 수 있다(勞動法院法 45條 2項, 民事訴訟法 945條 以下). 使用者가 確定裁判에 의하여 自己에게 賦課된 義務를 履行하지 않는 때에는, 勞動法院은 使用者的 個個의 違反行爲에 대하여 罰金을 課할 수 있다. 經營評議會와 勞動組合은 이러한 裁判을 申請할 權限을 갖는다. 罰金은 最高 萬마르크까지 賦課할 수 있다. 위 罰金은 國庫에 歸屬된다. 懲役刑으로 使用者를 規律하는 것은 許容되지 않는다.

(마) 使用者의 重大한 義務侵害가 主張되지는 않았지만 經營基本法의 請求權이 決定節次에서 經營評議會에 의하여 使用者에 대하여 行使되었을 때에는, 民事訴訟法 第8卷의 規定에 의하여 決定이 強制執行된다(勞動法院法 85條 1項). 經營基本法 23條 3項이 介入되는 範圍內에서만 一般規定에 의한 強制執行이 排除된다.

2. 經營評議會의 事務處理⁽¹⁸⁰⁾

가. 概 觀

(가) 選舉에 의하여 構成된 經營評議會는 法律의 規定에 따라 經營體의 勤勞者를 代表한다. 經營評議會는 法人格이나 또는 財產所有能力을 갖고 있지 않지만 代表ability은 認定된다고 說明되고 있다⁽¹⁸¹⁾. 따라서 經營評議會는 貸貸人이 될 수 없다.⁽¹⁸²⁾ 經營評議會는 經營體에 勤勞者를 代表함으로써 自己이름으로 經營評議會의 任務를 遂行하며 經營總會나 또는 勞動組合의 指示에 拘束되지 않는다. 經營評議會는 協定契約을 遵守하면서 勤勞者の 利益을 위하여 勞動組合과 使用者團體와 共同協助한다(經營基本法 2條).

(나) 信賴的 共同協助의 原則은 使用者와 經營評議會間의 平和義務(Friedenspflicht)를 內容으로 한다. 이 平和義務에 의하여 排他的으로 協議契約의 相對方에 대하여만 留保되어 있는 勤勞鬭爭은 禁止된다(經營基本法 74條).

(180) Bitzer, Organe und Geschäftsführung des Betriebsrats, BUV 72, 125; Gramm in AR-Blattei, D, Betriebsverfassung VII, Rechtsnatur und Haftung des Betriebsrsts, Hasser, Die Geschäftsführung des Betriebsrats, 4. Aufl., 1976; Jahnke, Kompetenzen des Betriebsrats mit vermögensrechtlichem Inhalt, RdA 75, 343; Hunold in AR-Blattei, D, Betriebsverfassung X, Geschäftsführung des Betriebsrats.

(181) BAG wom 9.9. 1975-1 ABR 71/74-DB 75, 2451.

(182) Schleswig-Holstein in DB 73, 2147.

2項)⁽¹⁸³⁾.

(다) 勞動組合 또는 그 代理는 經營體에 參與할 수 있는 權能을 갖는다. 이 參與權은 經營體의 經營上 不可避諱 理由 때문에 許容되지 아니하거나 強行的인 補完規定이나 經營秘密保護에 背馴되는 境遇에는 賦與되지 않는다 (Schaub §215(I)參照).

나. 經營評議會長⁽¹⁸⁴⁾

(가) 經營評議會는 經營評議會員中에서 議長과 議長代理를 選舉한다(經營基本法 26條). 經營評議會長과 그 代理는 언제든지 解任할 수 있다(經營基本法 32條). 經營評議會가 勞動者나 事務員子群의 代表者로부터 選舉된 境遇에는 議長과 그 代理人은 同一한 구群에 屬하여서는 아니된다.⁽¹⁸⁵⁾ 이러한 原則에 대한例外는相當한 理由가 있는 境遇에만 許容된다.⁽¹⁸⁶⁾

(나) 3分의 1이 上의 會員을 갖고 있는 각 그룹은 그 會員中의 1人을 議長候補로 提案하도록 規定하고 있다(經營基本法 26條 2項). 이것은 그룹強化를 위한 것이다. 그런 후에 總經營評議會는 提案된 候補로 부터 經營評議會長과 그 代理를 選出한다.⁽¹⁸⁷⁾

(다) 經營評議會長이나 또는 그의 有故時에 그 代理는 그 經營評議會를 代表한다. 따라서 經營評議會長은 經營評議會에 대한 意思表示를 使用할 수 있다(經營基本法 26條 3項). 默認委任(Duldungsvollmacht)의 原則이 어느 程度 適用되는가에 관하여는 다툼이 있다.⁽¹⁸⁸⁾ 經營委員會와는 달리 經營評議會는 經營基本法 102條에 의한 聽聞을 할 수 없다.⁽¹⁸⁹⁾ 經營評議會長은 使用者를 代表할 수 없다.⁽¹⁹⁰⁾

(183) vom 17. 12. 1976-1 AZR 722/75-NUW 77, 918.

(184) Herschel in AR-Blattei, D, Betriebsverfassung X A; Hohn in BB 73, 800. BAG in AP 8 zu § 626 BGB „Druckkundigung“; AP 16 zu § 18 BetrVG.

(185) BAG in AP 2, 4, 5, 8 zu § 27 BetrVG; AP 1 zu § 26 BetrVG; LAG Düsseldorf in DB 75, 2281.

(186) BAG vom 12. 10. 1976-1 ABR 17/76-DB 77, 168 unter teilw. Aufgabe der in FuBn. 7 genannten Rspr. LAG Hamm in DB 73, 433. BAG vom 12. 10. 1976-1 ABR 17/76-DB 77, 168. BAG in AP 1 zu § 19 BetrVG 72; AP 3 zu § 27 BetrVG.

(187) Vgl. BAG in AP 1 zu § 26 BetrVG 1972. BAG in AP 1 zu § 83 ArbGG 1953.

(188) BAG in AP 1 zu § 14 AZO; vgl. auch Dietz, Anscheinsvollmacht des Betriebsratsvorsitzenden, Rda 68, 439; auch AP 25 zu § 66 BetrVG.

(189) BAG in AP 2 zu § 102 BetrVG 1972.

(190) Vgl. BAG in AP 34 zu § 611 BGB „Gratifikation“.

다. 經營委員會

(가) 經營評議會가 9人 以上의 會員을 갖고 있는 境遇에는 經營評議會는 經營委員會를 構成한다. 經營委員會는 經營評議會長, 그 代理, 經營基本法 27條 1項이 規定하고 있는 會員으로 構成된다. 이 會員의 數는 經營評議會의 會員이 9人 대지 15人인 때에는 그 中 3人, 19人 대지 23人인 때에는 그 中 5人, 27人 대지 35人인 때에는 그 中 7人, 37人이상인 때에는 그 中 9人 으로 構成된다. 구불保護를 強化하기 위하여 1972年的 經營基本法은 1952年的 經營基本法과는 달리 經營評議會의 代表의 比率에 따라 經營委員會의 그룹의 代表를 規定하고 있다. 따라서 境遇에 따라서는 각 그룹이 經營委員會의 會員을 選舉한다(經營基本法 27條 2項). 經營基本法의 選舉의 取消에 관하여는 經營基本法 第19條의 規定이 準用된다. ⁽¹⁹¹⁾

(나) 經營委員會가 있는 境遇에는 經營委員會가, 經營委員會를 構成할 義務없는 企業體의 境遇에는 經營評議會長이나 또는 기타의 經營評議會員이 任務를 遂行한다. 經營委員會나 經營評議會長은 行政的 行爲 例컨대 經營總會, 經營評議會의 準備등을 處理한다. 그러나 經營體의 意思形成 自體에 관한 事務는 處理할 수 없다.

(다) 經營委員會에 대하여 기타의 業務處理를 委任할 수 있다. 例컨대 解雇에 있어서의 聽聞등이다(經營基本法 27條 3項).

그러나 經營約定의 締結은 經營委員會의 委任事項이 아니다. 委任에는 書面形式을 必要로 한다.

(라) 經營委員會가 構成된 境遇에도 經營評議會는 그 外의 다른 委員會를 構成하여 이에 特定한 任務를 委任할 수 있다. 例컨대 社會福祉施設, 安全施設의 管理등이다. 이 다른 委員會에 관하여서는 經營委員會의 構成 및 그 委任에 관한 規定이 準用된다(經營基本法 28條).

라. 經營評議會의 召集

(가) 經營評議會長은 會議事項을 미리 豫告하여 經營評議會를 召集한다(經營基本法 29條). 出席할 수 없는 者의 代理人이나 青少年代表도 召喚하여야 한다. 會議에 參席할 수 없는 經營評議會의 會員이나 또는 青少年代表는 遲滯 없이 經營評議會長에게 이를 通知하여야 한다. 이 通知를 받은 議長

(191) Vgl. BAG in AP 1 zu §28 BetrVG. Zur konstituierenden Sitzung wird der Betriebsrat vom Wahlvorstand eingeladen (§29 I BetrVG).

은 補充會員을 召集하여야 한다(經營基本法 29條).

(나) 經營評議會長은 經營評議會員의 4分의1, 使用者 또는 2人 以上의 經營評議會員이 屬하는 그룹의 代表者가 申請한 事項을 議題로 定하여야 한다(經營基本法 19條 3項).

(다) 使用者는 그가 召集을 要求한, 또는 그가 召喚을 받은 經營評議會議에 參與한다. 使用者는 그 代理人으로 하여금 參與하게 할 수 있다(經營基本法 43條 2項, 108條 2項). 信賴의 相互協助義務로부터 參與義務도 導出된다.⁽¹⁹²⁾ 使用者는 使用者團體의 代表者로 參與하게 할 수도 있다(經營基本法 29條 4項). 經營評議會員의 4分의 1의 賛成이나 經營評議會의 그룹의 過半數의 申請에 의하여 勞動組合의 代表者の 參與를 決議할 수 있다.

(라) 모든 經營評議會議에 障碍者の 代理人이 參與할 수 있다(經營基本法 32條).

(마) 經營評議會는 一般的으로 勤勞時間中에 開催된다. 다만 이 境遇 經營評議會議는 經營上의 不可避한 事項을 考慮하여야 한다. 그러나 언제 어느 程度 차주 會議를 할 것인가는 經營評議會가 單獨으로 決定한다.⁽¹⁹³⁾ 經營上의 不可避한 事情이라는 것은 經營評議會의 利益보다 優先되어야 할 事項을 말한다. 經營評議會는 公開되지 아니한다(經營基本法 30條). 그러나 經營評議會는 鑑定人을 參與시킬 수 있다. 非公開原則에 違背된 決議라 하더라도 無效는 아니다.⁽¹⁹⁴⁾

마. 經營評議會의 決議。⁽¹⁹⁵⁾

(가) 經營評議會의 決議는 經營基本法에 特別한 規定이 없는 限, 出席經營評議會員의 過半數의 賛成으로 한다. 可否同數인 境遇에는 否決로 看做된다(經營基本法 33條).

經營評議會에 指示된 事項(zugewiesene Aufgabe 이에 관하여는 Sohaub §23 / II 5 참조)은 적어도 經營評議會員의 過半數가 出席한 때에 限하여 決議할 수 있다(經營基本法 33條 2項). 青少年代表의 投票도 決議權이 있는 경우에

(192) GK-Wiese a.a.O. § 29 Anm. 47; Fitting-Auffahrt a.a.O. §29 Anm, 44ff. 44ff.

(193) BAG in AP 11 zu § 37 BetrVG.

(194) BAG in AP 1 zu § 29 BetrVG.

(195) Heinze, Wirksamkeitsvoraussetzungen von Betriebsratsbeschlüssen und Folgen fehlerhafter Beschlüsse, DB 73, 2089. BAG in AP 4 zu § 102 BetrVG 1972; NJW 76, 1519; vgl. LAG München in BB 75, 968=DB 75, 1228. Weiss, Zur Haftung des Betriebssrats, RdA 74, 269; vgl. FuBn. 1 S.1001.

는 함께 計算된다. 決議의 對象이 되는 經營評議會의 會員은 당해 經營評議會에 參與하거나 決議에 參加할 수 없다. 다만 당해 經營評議會員에 대한 使用者의 措處가 明白하게 權利濫用에 해당하는 경우에는 그려하지 아니하다.

(나) 決議의 延期

그룹의 代表나 青少年代表 또는 重障礙者の 代理人이 經營評議會의 決議를 그들에 의하여 代表되는 勤勞者の 重大한 利益을 侵害하는 것으로 보는 경우에는, 그 決議의 停止를 申請할 수 있고 이 申請이 있는 때에는 1回에限하여 1週日間 위 決議가 延期된다. 이 時間동안 調停이 이루어질 수 있으나, 그렇지 않고 위 1週일의 期限이 경과된 때에는 위 事項은 다시 決議되어야 한다(經營基本法 35條).

(다) 使用者와 共同으로 決議한 것만이 使用者를 拘束한다(經營基本法 77條). 經營評議會는一方的 行爲에 의하여 經營에 介入할 수 없기 때문이다.

(라) 經營評議會의 決議는 記錄되어야 한다(經營基本法 34條). 이 記錄에는 ㄱ) 決議의 名稱, ㄴ) 多數決의 表示, ㄷ) 議長 및 經營評議會員의 署名과 出席者の 名單이 포함되어야 한다. 使用者나 勞動組合의 受任者が 經營評議會에 參加하면 이들에게 위 記錄이 寫本을 交付하여야 한다. 使用者나 또는 勞動組合의 代表者は 이 記錄에 대하여 異議할 수 있다. 遲滯없이 행하여진 異議는 記錄에 添附되어야 한다. 記錄의 記錄義務에 違背된 것이라 할지라도 經營評議會의 決議는 無效가 아니다. 經營評議會는 官廳이 아니므로 民事訴訟法上 그 記錄을 公文書로 取扱할 수 없다(民事訴訟法 415條).

바. 相談時間

企業이 크던 적던 經營評議會는 勤勞時間中에 相談時間(spreche Stunde)을 둘 수 있다. 다만 相談時間を 둘 것인가의 與否는 使用者와 合議하여야 한다(經營基本法 39條). 合議가 이루어지지 않는 때에는 合議處가 決定한다. 후술 232 참조). 青少年代表도 獨立된 相談時間を 갖고 있지 않는 때에는 經營評議會의 相談時間에 參與할 수 있다(經營基本法 39條 2項). 經營評議會가 원하는 때에는 紙動組合의 秘署도 參與할 수 있다.⁽¹⁹⁶⁾ 勤勞者가 相談時間を 利用하였다 하여 賃金을 減額하여서는 아니된다(經營基本法 39條 3項).

(196) LAG Bad.-Wurttemberg in BB 74, 206.

3. 經營評議會員의 法的 地位⁽¹⁹⁷⁾

가. 名譽職的 事務

(가) 經營評議會의 會員은 그 職을 無報酬로 遂行한다. 즉 名譽職이다(經營基本法 37條 1項).

(나) 經營評議會의 事務를 取扱함으로서 經營評議會에 대하여 어떠한 損害가 發生하여서도 아니되고 經營評議會員에 대하여 어떠한 利益이 發生하여도 아니된다. 따라서 立法者는 經營評議會員의 內部的 獨立性을 保障하기 위하여 이를 名譽職으로 한 것이다.

無報酬의 原則으로 經營評議會員은 事務處理에 대하여 賃金을 받거나 보다 높은 時間 賃金을 받거나 秘密給與를 받거나 會議에 대한 어떤 手當을 받거나 如何한 名目으로도 利益을 받아서는 아니된다. 그러나 經營評議會員이 經營評議會의 事務處理를 한다 하여 보다 적은 賃金을 받는 일을 賦與 받아서는 아니된다. 使用者가 적은 賃金을 받는 일에 從使케 한 때에는 使用者는 그 賃金의 差額을 补償하여야 한다. 協議契約이나 또는 經營約定으로 短時間勤勞(Kurzarbeit)가 規定되어 있는 경우에는 經營評議會員도 短時間勤勞를 하여야 한다. 또한 經營評議會員은 大量變更解雇(Massenaneckrungs Kündigung)의 경우 어떠한 特別한 解雇保護를 받지 못한다(그리나 反對說도 있다).

(다) 經營評議會員이 實際의 費用支出 以上의 补償을 받는 경우에는 無報酬의 原則에 違背된다. 그러나 反履되는 費用支出에 관하여는 包括的인 費用支出條項이 許容된다.⁽¹⁹⁸⁾

(라) 經營評議會員에 대하여 秘密報酬를 支拂하기로 하는 約定은 民法 134條, 經營基本法 37條 2項에 違背되어 無效이다. 그러나 이미 支拂된 秘密報酬의 返還請求는 民法 817條의 規定에 의하여 許容되지 않는다. 이러한 報酬를 受領하는 것은 經營評議會의 任務侵害을 意味하므로 免職의 事由가 된다.

나. 勤勞免除⁽¹⁹⁹⁾

(197) Ruthers, Zum Arbeitsentgelt des Betriebsrats, RdA 76, 61. BAG in AP 14 zu § 37 BetrVG 1972.

(198) BAG in AP 1 zu Art. IX KRG Nr. 22.

(199) Auffarth in AR-Blattei, D, Betriebsverfassung VIII, Stellung des Betriebsratsmitglieds; Dutz, Eigenmächtige Arbeitsversaumnis und Freizeitnahme

(가) 經營評議會員은 任務를 遂行하기에 필요한 경우에는 全部 또는 一部, 完全히 또는 暫定의으로 勤勞를 免除하여 줄 것을 請求할 수 있다(經營基本法 37條). 經營評議會의 事務인가의 與否는 客觀的으로 判斷하여야 한다. 經營評議會에의 參與, 經營體의 観察, 勞動組合과의 協議, ⁽²⁰⁰⁾ 訴訟節次에當事者로서 參與하는 것 等은 經營評議會의 事務에 속한다. ⁽²⁰¹⁾ 그러나 訴訟節次에 傍聽人으로 參與하는 것은 그리 하지 아니하다. ⁽²⁰²⁾

(나) 勤勞免除請求權의 要件이 充足되는 때라도 經營評議會員은 그 勤勞處로부터 離脫할 수 있는 것이 아니라 使用者에 대하여 勤勞의 免除을 要請하여야 한다. ⁽²⁰³⁾ 離脫의 申告에 의하여 使用者가 經營評議會의 事務와 離脫의 필요를 알 수 있는한 이로서 足하다. 使用者의 明示的同意는 필요하지 않다. ⁽²⁰⁴⁾ 使用者가 拒絕하더라도 經營評議會員은 그 事務를 遂行하기 위하여 不可避한 때에는 許可없이 離席할 수 있다. 이 離席申告에 관하여 使用者의 指示에는 經營評議會의 同意를 要한다(經營基本法 87條 1項 1號) ⁽²⁰⁵⁾.

(다) 勤勞免除의 期間에 관하여 經營評議會員은 그가 그 時期동안 勤勞하였다라면 받을 수 있는 報酬를 請求할 수 있다. 超過勤勞手當, 氣候不順手當, ⁽²⁰⁷⁾ 不潔手當등도 請求할 수 있다. ⁽²⁰⁶⁾ 都給勤勞의 경우에는 그 都給賃金을 請求할 수 있다.

durch Arbeitnehmer und Betriebsratsmitglieder, DB 76, 1428. LAG Düsseldorf in BB 75, 135=BB 75, 311.

(200) Weitergehend: BAG in AP 10 zu § 37 BetrVG 1952.

(201) LAG Düsseldorf in DB 75, 651.

(202) LAG Freiburg in AP 3 zu § 37 BetrVG; a.A. LAG Bremen in DB 64, 1302. BAG in AP 4, 7, 8 zu § 37 BetrVG; vgl. auch ArbG Berlin in DB 75, 110. Ottow, Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern, DB 75, 646.

(203) BAG in AP 4 zu § 37 BetrVG.

(204) AAG in AP 2,3 zu § 40 BetrVG 1972. BAG in AP 4 zu § 37 BetrVG.

(205) LAG Bad-Wurttemb. in DB 76, 1820=NJW 76, 2231; ArbG Wuppertal in DB 73, 1954.

(206) BAG in AP 3, 5 zu § 37 BetrVG.

(207) BAG in NJW 74, 335; LAG Düsseldorf in BB 73, 334. BAG in AP 1 zu Art. IX KRG 22; AP 2 zu §§ 8 ArbGG. LAG Düsseldorf in DB 74, 2405=BB 74, 1637. BFH in DB 74, 1991. BAG in AP 12 zu § 37 BetrVG. BAG in AP 1 zu § 37 BetrVG. 1972; AP 5 zu § 20 BetrVG 1972. LAG Düsseldorf in BB 74, 1023=BB 74, 1630; Freizeitausgleich für Betriebsräte außerhalb der Arbeitszeit, BB 74 1443=BB 74, 2488. BAG in AP 14 zu § 37 BetrVG 1972. BAG in AP 14 zu § 37 BetrVG 1972. Grikschat, Zum Ausgleichsanspruch für Wegezeiten, ArbuR 75, 334; a.A. LAG Bremen in BB 75, 838.

다. 休息時間의 填補請求權

(가) 經營評議會員이 勤勞時間 以外의 時間에 經營評議會의 事務를 執行한 때에는 經營評議會員은 이에 想應하는 勤勞免除와 이에 대한 賃金請求權을 갖는다(經營基本法 37條 3項 1文).

(나) 經營評議會員이 休息時間에 經營評議會의 事務를 處理한 때에는 遲滯없이 使用者에게 이를 報告할 義務를 진다. 使用者는 休息時間 없이 1個月 이 經過하기 前에(民法 187條 1項, 188條 2項) 休息時間을 賦與하여야 한다. 經營上의 理由로 1個月 前에 休息時間을 賦與하지 못한 경우 使用者는 그 時間을 超過勤勞로 하여 그 手當을 支給하여야 한다.

(다) 休息時間填補에 關한 紛爭은 判決節次에 의하여 行한다. ⁽²⁰⁸⁾

라. 完全勤勞免除

(가) 使用者와 經營評議會間의 紛爭을豫防하기 위하여 經營基本法 38條 1項은 經營體의 勤勞者數에 응하여 1人 또는 數人の 經營評議會員에 대하여 完全한 勤勞免除을 規定하고 있다. 經營基本法의 意味에 있어서의 勤勞者만이 위 勤勞者의 數의 計算에 포함된다. 經營基本法 第5條 2項, 3項에 列舉되어 있는 사람들은 이에 고려되지 않는다.

(나) 協議契約이나 또는 經營約定에 의하여 勤勞免除가 되는 經營評議會員의 數를 위 經營基本法이 定한 數보다 많게 또는 적게 定할 수 있다.

(다) 經營評議會는一方으로 經營基本法 第38條 1項의 基準을 超過하는 決定을 할 수 없다. ⁽²⁰⁹⁾ 法律에 規定된 數字보다 많은 勤勞免除을 받은 與否가 使用者와 勤勞者間의 紛爭으로 된 경우에는 勞動法院이 決定節次에 의하여 裁判한다. ⁽²¹⁰⁾ 後에 基準數보다 下廻하게 된 경우에는 經營評議會는 決定에 의하여 基準數에 응한 變更을 하여야 한다. ⁽²¹¹⁾

(라) 1人の 經營評議會員에 대하여 勤勞를 免除하는 대신 2人の 經營評議會員에 대하여 午前, 午後로 勤勞免除을 할 수 있는가에 關하여는 다툼에 있다. 이것을 許容하게 되면 使用者の 負擔을 加重시킨다는 理由로 一般的으로 否定되고 있다. ⁽²¹²⁾ 勤勞免除된 經營評議會員이 例컨대 休暇나 또는 疾病

(208) BAG in AP 12 zu § 37 BetrVG 1972. Ottow, Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern, DB 75, 646. BAG in AP 10 zu § 37 BetrVG 1972.

(209) A.A. LAG Schleswig-Holstein in BB 72, 1559.

(210) Frage war streitig. So aher BAG in AP 3 zu § 38 BetrVG 1972; auch AP 1, 1 a.a.O.

(211) Hagen in DB 75, 699.

(212) Vgl. Dietz-Richardt a.a.O. § 38 Anm. 14; Stege-Weinsbach a.a.O. S. 172.

으로 인하여 暫定的으로 그 職務를 遂行할 수 없는 경우에는 經營評議會는 그동안 經營評議會員의 勤勞免除을請求할 수 있다.⁽²¹³⁾ 그러나 單純한 動機의 離席에 不過한 경우에는 그러하지 아니하다.

(마) 經營評議會員의 數가 擴張되면 經營評議會는 經營評議會員中 누구를 勤勞免除者로 할 것인가를 決定하여야 한다. 使用者는 經營評議會에서 그選定에 관한 意見을 陳述할 權利를 갖는다. 勤勞免除者的選定은 經營體와 經營評議會의 利益을 較量하여(經營基本法 2條 1項) 행한다. 使用者에 대하여 意見陳述의 機會가 賦與되지 않은 경우에는 經營評議會의 勤勞免除에 관한 決定은 經營體에 대하여 拘束力を 갖지 않는다.⁽²¹⁴⁾

勤勞免除을 함에는 勞動者와 事務員의 相異한 그룹이 고려되어야 한다(經營基本法 38條 2項 2文). 사용者が 勤勞免除에 관한 決定을 不當하다고 認定하는 경우에는 사용자는 2週의 期限內에 合議處(232 참조)를 召喚할 수 있다.

이 期限은 經營評議會의 通知가 到達된 때로부터 計算된다(民法 187條). 이에 관한 合議處의 決定은 拘束力を 갖는다⁽²¹⁵⁾. 그러나 合議處의 決定은 法院에 의한 統制의 對象이 된다(經營基本法 76條 5項).

(바) 經營評議會員은 勤勞로부터 免除될 뿐이다. 따라서 勤勞關係로부터 發生하는 其他の 義務는 그대로 存續한다. 따라서 勤勞免除된 經營評議會員은 勤勞時間을 遵守하여야 한다. 이와 反對로 勤勞免除된 經營評議會員은 그가 勤勞免除되지 아니하였더라도 取得할 수 있었던 報酬를請求할 수 있다. 勞動者가 經營評議會의 職務를 遂行하면 그 經營評議會의 職務가 事務員의 職務에 相應한다 할지라도 勞動者の 退職保險에 의하여 保護될 뿐이다.⁽²¹⁶⁾

(사) 勤勞免除은 經營評議會에 의하여 언제든지 다시 解除될 수 있다. 당해 經營評議會員은 이 決定에 대하여 法院의 審查를請求할 수 있다. 그러

(213) BAG in AP2 zu § 37 BetrVG 1972; AP 2 zu § 37 BetrVG 1972; AP 1 zu § 38 BetrVG 1972; LAG Schleswig-Holstein in DB 73, 87; dazu Schumann in DB 74, 190.

(214) ArbG Hagen in DB 73, 191; Bohm in DB 74, 723. LAG Hamm in DB 72, 2213.

(215) BAG in AP 1.2 zu § 38 BetrVG 1972.

(216) BB 73, 1116.

(217) LAG Düsseldorf in DB 75, 1897.

나 法院의 審査는 違法與否의 審査이고 妥當與否의 審査가 아니다.⁽²¹⁷⁾

마. 教育 또는 研修⁽²¹⁸⁾

(가) 經營評議會는 經營評議會의 事務處理를 위하여 諸요한 경우 經營評議會員을 教育 또는 研修케 하기 위하여 그의 勤勞免除을 請求할 수 있다 (經營基本法 37條 6項 1文).

(나) 教育 또는 研修가 經營評議會의 事務處理에 諸요하다는 것이 請求權의 要件이다. 聯邦勞動法院의 判例는 教育 또는 研修가 당해 經營體와 經營評議會의 具體的 狀況을 고려하여 그 教育이나 研修없이는 經營評議會員이 그 事務를 處理할 수 없을 정도로 諸요하다는 것이 要件이고,⁽²¹⁹⁾ 단지 이러한 教育이나 研修가 有益하다고 하는 것만으로는 不足하다고 한다. 세로운 法律이 效力を 發生하였거나 세로운 協議契約이 締結되었거나 또는 法院判例가 完全히 變更된 경우에는 이러한 教育과 研修의 諸요성이 있게 된다.⁽²²⁰⁾ 經營評議會에 存在하는 知識을 고려하여 教育 또는 研修의 必要與否를 定하여야 한다. 例전대 이미 選舉를 通하여 經營評議會員이 되 者는 選舉에 대하여 相當한 知識을 갖고 있고 따라서 다음 選舉에 대하여는 스스로 터득하여 對處할 것이 期待된다.⁽²²¹⁾ 特別한 知識에 관한 教育은 經營評議會員에 대하여 特別한 任務가 賦與된 경우에 限하여 認定된다. 例전대 賃金算定,⁽²²²⁾ 勤勞의 安全,⁽²²³⁾ 勤勞者의 發明權 및 財產形成에 관하여는 特別知識에 관한

(218) Aus der Lit.: Bleistein in Beil. 1 zu DB 75; Bohn in BB 75, 1392; Daubler, Schulung und Fortbildung von Betriebsratsmitgliedern und Jugendvertretern nach § 37 BetrVG, 1973; Becker-Schaffner in BiStSozArbR 74, 11; Dietz-Sacker, Beil. 17/1972, zu DB; Eich in BB 73, 1032; DB 74, 91; Hiersemann in BB 73, 287; Hohn in BB 72, 1228; Jacobi-Rausch in DB 72, 972; Kittner in BB 72, 969; Klinkhammer in BB 73, I399; Kraft in DB 73, 2519; Maurer in BB 72, 843; Ohlgardt in BB 73, 333; BB 74, 652; Richardi in Anm. zu EzA 12 §40 BetrVG (Übersicht der Rspr.); Schell in BB 73, 44; Streckel in DB 74, 335; Wiese in BiStSozArbR 73, 337; BB 74, 353.

(219) BAG in AP 4, 5, 7 zu §37 BetrVG 1972; AP 9 zu §89 ArbGG; AP 2 zu §40 BetrVG 1972. BAG in AP 5 zu §80 BetrVG 1972 mit Anm. von Thiele. BAG in AP 1, 4 zu § 37 BetrVG.

(220) BAG in AP 10 zu § 37 BetrVG.

(221) BAG in AP 4 zu § 65 BetrVG 1972. Vgl. BAG in AP 18 zu § 37 BetrVG 1972. Vgl. BAG vom 15. 6. 1976-1 ABR 81/74-EzA 50 zu § 37 BetrVG 1972; vom 24. 8. 1976-1 ABR 109/74-EzA 51 zu § 37 BetrVG 1972.

(222) BAG in AP 4, 9 zu § 37 BetrVG 1972.

(223) ArbG Kiel in BB 73, 848. LAG Berlin in BB 74, 786. BAG in AP 4 zu § 37 BetrVG 1972; LAG Bad-Württemberg in DB 75, 60. BAG in AP 4 zu §

教育이 認定된다.

(다) 經營評議會는 教育이나 研修時期를 定함에 있어서, 經營體의 形便을 고려하여야 한다(經營基本法 37條 6項 2文). 따라서 당해 經營體의 生產品이 盛需期에 있는 때에는 教育 또는 研修의 參與는 許容되지 않는다.

教育 또는 研修期間의 制限에 관하여 法律은 아무런 規定을 두지 않는다. 期間은 결국 經營評議會의 事務處理의 必要性과 經營體의 形便을 고려하여 決定되어야 한다.⁽²²⁴⁾ 通常 經營評議會員은 最少限의 知識을 갖고 있으므로 全經營評議會員의 教育은 당해 經營評議會가 세로 選舉되었다는가 問題되고 있는 教育對象이 새롭고 어려운 分野일 때에만 許容된다.⁽²²⁵⁾ 判例에 의하면 흔히 3日,⁽²²⁶⁾ 5日,⁽²²⁷⁾ 1週日⁽²²⁸⁾ 等의 教育期間이 보인다. 그러나 特別한 知識을 要하는 경우의 教育(例컨대 都給問題)에 관하여는 2週間의 教育期間이 許容된 事例가 있다.⁽²²⁹⁾

(라) 經營評議會는 使用者에 대하여 教育이나 研修의 테마, 人員, 場所, 日時, 期間을相當한 時期에 通知하여야 한다(經營基本法 37條 6項 3文). 여기서相當한 時期라고 함은 使用者가 勤勞者의 不在와 勤勞免除請求權의 要件을 檢討하기에 足한 時間의 餘裕를 두는 것을 말한다.相當한 時期에 教育의 테마, 人員, 場所, 日時, 期間 等을 通知하지 아니한 때에는 經營評議會員은 損害賠償의 義務를 負擔하게 된다. 그러나 이러한 경우 教育에 參與한 것 自體가 違法인가에 관하여는 疑問이 있다.⁽²³⁰⁾

通知의 義務는 單純한 秩序義務에 不過하고 教育에의 參與는 正當한 參與權에 基한 것이므로 教育에 參與한 自體는 違法이라 할 수 없다고 하는 것

65 BetrVG 1972. BAG vom 28.51. 1976-1 AZR 116/74-EzA 49 zu § 37
BetrVG 1972. BAG in AP 13 zu § 72 BetrVG 1972. BAG in AP 5 zu § 37
BetrVG 1972. BAG in AP 5 zu § 37 BetrVG 1972. LAG Hamm in EzA 47
zu § 37 BetrVG 1972.

(224) Vgl. BAG in AP 2 zu § 40 BetrVG 1972. BAG in AP 9 zu § 37 BetrVG;
AP 9 zu § 89 BetrVG 1972; LAG Hamm in DB 73, 1357.

(225) BAG in AP 9 zu § 89 BetrVG 1972.

(226) ArbG Rendsburg in DB 73, 144.

(227) BAG in AP 9 zu § 89 ArbGG 1953; AP 5 zu § 37 BetrVG 1972; ArbG Bremen in DB 73, 780.

(228) ArbG Kassel in DB 73, 625, 831; ArbG Wurzburg in DB 74, 1774.

(229) LAG Düsseldorf in DB 75, 795 (teilw. überholt). LAG Hamm in DB 75, 105; Vgl. auch DB 76, 730.

(230) Vgl. Bohm in DB 74, 723; ArbG Hamm in DB 73, 2249.

이支配의 見解이다. ⁽²³¹⁾

(마) 使用者가 經營體의 事情으로 인하여 教育이나 研修를 許容할 수 없다고 생각하는 때에는 合議處를 召喚하고 合議處가 이를 拘束的으로 決定한다. 使用者가 그 知識을 필요치 아니한 것으로 생각하는 때에는 申請에 의하여 勞動法院이 決定으로 裁判한다. 이 決定節次에 労動組合은 參與하지 않는다. ⁽²³²⁾ 決定節次에서 教育의 필요를 認定한 때에는 이러한 決定을 이에 뒤따르게 되는 賃金支給節次 費用填補節次에서 確定的 效力を 갖는다. ⁽²³³⁾ 使用者가 教育에 대하여 異議를 提起하지 아니한 때에는 使用者는 後에 賃金支給에 관한 節次에서 教育의 필요를 다투거나 經營體의 利益이 고려되지 않았다는 주장을 할 수 없다. ⁽²³⁴⁾

(바) 教育이나 研修期間에 관하여 經營評議會員은 그가 勤勞하였더라면 얻었었을 報酬의 支給請求權을 갖는다. ⁽²³⁵⁾ 日氣가 不順하였던 경우에는 建築勤勞者는 그에 相應한 賃金請求權을 갖는다. ⁽²³⁶⁾ 教育機關이 通常의 經營體의 勤勞時間을 超過하여 教育한 경우 그 超過時間部分에 관하여는 紙料支給請求權과 超過支給請求權이 發生하지 않는다. 왜냐하면 勤勞時間外의 教育은 經營體에 關聯된 事由에 基한 것이 아니기 때문이다. 紙料請求權은 近來의 聯邦法院의 判例에 의하면 判決節次로서 實現된다. ⁽²³⁷⁾

바. 教育休暇 ⁽²³⁸⁾

(가) 經營評議會員(經營評議會員이 되기 前의 补充經營評議會員은 除外) ⁽²³⁹⁾은 3週를 限度로 하는 教育休暇請求權을 갖는다. 처음으로 經營評議

(231) BAG vom 6.5. 1975-1 ABR 135/73= EzA 5 zu §65 BetrVG 1972= AP 5 zu §65 BetrVG 1972.

(232) BAG vom 28.1. 1975-1 ABR 92/73-EzA 37 zu §37 BetrVG 1972.

(233) BAG in AP 5 zu §65 BetrVG 1972.

(234) BAG in AP 8 zu §37 BetrVG 1972; vom 17.9. 1974-1 ABR 98/73-DB 75, 452; LAG Hamm in DB 73, 2531. BAG vom 6.5. 1975-1 ABR 75/73-DB 75, 1765; LAG Hamm in DB 74, 248.

(235) BAG in AP 3, 11 zu §37 BetrVG 1972.

(236) BAG in AP 3, 11 zu §37 BetrVG 1972. BAG in AP 3, zu §37 BetrVG 1972; LAG Düsseldorf in DB 73, 577; ArbG Hamm in BB 73, 940; ArbG Crailsheim in BB 72, 1055.

(237) BAG in AP 1, 16, 17 zu §37 BetrVG 1972.

(238) Ebert, Bildungsurlaub für Betriebsräte, BB 74, 466; Kopp, Probleme des Bildungsurlaubs nach §37 VII BetrVG, ArbuR 76, 333.

(239) ArbG Bochum in DB 74, 98. Für Ersatzmitglieder anteilig entsprechend der Amtszeit im Falle des Nachrückens. BAG in AP 5, 21 zu §37 BetrVG 1972. BAG in AP 5 zu §37 BetrVG 1972.

會員이 된 者는 前에 青少年代表會員이 아니었던 경우에는 4週를 限度로 한다. 但 管轄 있는 地方의 最高 勞動官廳이 勞動組合 및 使用者團體의 最高聯合과 協議하여 認定한 教育機關 또는 研修機關에 參與하는 경우에 限한다.

(나) 教育 또는 研修機關의 許可에 관하여는 그 機關이 住所를 갖고 있는 地方의 勞動廳에 管轄權이 있다.⁽²⁴⁰⁾

(다) 教育 또는 研修機關의 許可에 관한 紛爭은 行政法院에 管轄權이 있다고 하는 見解도 있으나⁽²⁴¹⁾ 勞動法院에 管轄權이 있다고 하는 見解가 判例이다.⁽²⁴²⁾

사. 損害의 填補

(가) 經營評議會員이 勤勞免除을 받고 있는 때에는 그 評議會의 職務 때문에 그의 職業的 發展을 다른 勤勞者와 同一하게 達成할 수 없는 경우가 많다. 經營基本法 38條는 이러한 경우를 위하여 不利益禁止의 原則을 宣言하고 있고 經營基本法 37條 4項, 5項, 38條 4項은 이를 具體化하여 損害填補權을 規定하고 있다.

(나) 經營基本法 37條 4項의 規定에 의하여 經營評議會의 賃金은 그 任期終了後 1年까지 그와 相應한 다른 勤勞者가 通常의 職業的 發展에 의하여 받는 額數보다 적게 策定될 수 없다.

(다) 또한 經營基本法 37條 5項의 規定에 의하여 經營評議會員은 그 任期終了後 1年까지 그와 相應한 다른 勤勞者와 同一한 勤勞가 賦與되어야 한다.

(라) 經營基本法 38條 3項의 規定에 의하여 勤勞가 免除된 經營評議會員은 職業的 教育에 대한 經營體의 內的 또는 外的 措處를 받지 아니한다. 經營評議會員의 任期終了 1년까지 經營體內에서 그간 勤勞免除로 인하여 停止되어 있던 職業的 教育을 回復할 수 있는 機會를 갖게 된다. 經營評議會員이 3回에 任期中 그 勤勞免除을 받은 때에는 그 教育期限은 2年이 無期이다.

아. 經營評議會員의 特殊한 義務⁽²⁴³⁾

(가) 經營基本法上의 機關의 構成員은 그 任期中 그 構成員이 있기 때문에 알 수 있었던 經營體의 秘密 또는 去來秘密이나 使用者가 明示的으로 秘密을 保護하여 줄 것을 要求한 事項에 관하여 特別한 秘密保持義務를 갖는

(240) BAG in AP 7 zu §37 BetrVG; ArbG Minden DB 74, 388. BAG in AP 5, 7 zu §37 BetrVG 1972. Vgl. Dietz-Richardt a a O. §37 RZ 82.

(241) Finkelnburg in DB 73, 969.

(242) BAG in AP 7 zu §37 BetrVG 1972; Dutz in ZPA 12, 202 FuBn. 14

다. (244) 그러나 이 秘密保持義務는 다른 經營基本法上의 機關에 대하여는 存在하지 않는다(經營基本法 79條). 여기서 經營體秘密이나 去來秘密이라 할 수 있는 것은 例컨대 特許權, 新案權, 勤勞者發明, 組立方法, 材料混合方法, 顧客名單等이다. 秘密保持義務의 重大한 侵害가 있는 경우에는 使用者는 經營評議會員의 除名을 要求할 수 있고, 그 秘密保持義務의 侵害가 同時に 勞動契約의 侵害을 意味하는 경우에는 經營評議會員을 解雇할 수 있으며 또 民法 823條 2項 및 經營基本法 79條에 의하여 損害賠償을 請求할 수 있다.

(나) 經營評議會나 經營評議會員은 各者 政黨政治의 行爲를 經營體內에서 할 수 없다. 이 範圍內에서 1972年의 經營基本法은 1952年의 經營基本法의 態度와 同一하다. 그러나 이에 의하여 經營基本法上의 構成員이 그가 속하고 있는 勞動組合을 위하여 活動하는 것까지 禁止되는 것은 아니다.

4. 經營評議會의 費用⁽²⁴⁵⁾

가. 人的 費用

(가) 經營基本法上의 機關의 構成員은 使用者에 대하여 勤勞關係에 있으므로 使用者は 存續하고 있는 勞動契約에 基하여 機關의 構成員에게 賃金을 支給할 義務를 負擔한다. 經營基本法은 構成員의 勤勞의 不給付가 經營評議會員의 職務를 遂行함에 基한 때에는 “勤勞 없을 때 報酬없다”고 하는 原則을 排除하고 있다.

(나) 經營體의 勤勞者는 經營總會의 參與 또는 相談時間을 위한 訪問, 其他經營評議會의 利用으로 인하여 級料의 減少를 받지 않는다(經營基本法 39條 3項).

나. 經營評議會의 費用

(243) Wochner, Die Geheimhaltungspflicht nach §79 BetrVG und ihr Verhältnis zum Privatrecht, insbes. Arbeitsvertragsrecht, BB 75, 1541.

(244) Zu Schweigepflichten von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat: BAG in AP 1 zu §626 BGB, Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat; BGH in EzA 2 zu §116 AktG.

(245) Grub in AR-Blattei, D, Aushange und Verzeichnisse im Betrieb; Jahnke, Kompetenzen des Betriebsrats mit vermögensrechtlichem Inhalt, RdA 75, 343; Leser in AR-Blattei, D, Betriebsverfassung VIII A, Ersatz von Aufwendungen von Betriebsratsmitgliedern; Vgl. auch Lit. zu §221V. BAG in AP 7, 8 zu §39 BetrVG. Nicht vom auswärtigen Urlaubsort: BAG in AP 8 zu §39 BetrVG 1952.

(가) 使用者는 經營評議會의 正常의in 事務處理費用을 負擔한다. 勤勞者は 經營評議會의 職務를 위한 費用을 分納하거나 支給할 義務가 없다. 費用支出은 通常의 額數인 경우에는 領收證에 의하여 證明된다.

(나) 正常의in 事務處理費用이라 함은 例컨대 經營評議會의 事務를 處理하기 위하여 必要한 旅費, ⁽²⁴⁶⁾ 旅行하는 경우 相當한 納食과 宿泊의 費用 等이다. 出張도 事務處理上 必要한 것인限 이에 관하여 經營評議會가 미리 許可할 必要없다. ⁽²⁴⁷⁾ 그러나 巨額의 支出의 경우에는 經營評議會는 미리 使用者와 協議하여야 한다. ⁽²⁴⁸⁾ 많은 外國人 勤勞者가 있는 經營體에서는 通譯 및 翻譯費用과 事務處理費用에 속한다. ⁽²⁴⁹⁾ 經營評議會가 貸借人協會의 協會金을 支給한 것은 事務處理費에 속하지 않는다. ⁽²⁵⁰⁾

(다) 經營評議會의 權利를 防禦하거나 追求하기 위하여 支出한 費用은 그 것이 使用者에 대한 權利의 行使를 위하여 支出한 것이라 할지라도 事務處理費用에 속한다. 經營評議會가 모든 事情을合理的으로 고려하여 辯護士가 필요하다고 認定한 때에는 使用者는 辯護士費用을 負擔하여야 한다. ⁽²⁵¹⁾ 經營評議會의 背後에 있는 勞動協同組合의 利害關係는 여기서 고려할 필요없다. ⁽²⁵²⁾ 使用者が 個個의 經營評議會員이 決定節次에 參與함으로써 생긴 訴訟費用을 어느 範圍까지賠償하여야 하는가에 관하여 뒤셀돌프 地方勞動法院은 經營評議會員이 經營基本法 37條6項의 規定에 따라 決定節次에 參與함으로써 發生한 費用을 負擔할 義務있다고 判示하였고, ⁽²⁵³⁾ 함부르크地方勞動法院은 經營基本法 103條의 規定에 의한 賠償節次에서 訴訟代理人을 選任함으로써 發生하는 費用請求權을 否定하였다. ⁽²⁵⁴⁾ 다만 使用者는 經營評議會의

(246) BAG in AP 2 zu §8 ArbGG 1953.

(247) Vgl. BVerwG in AP 3 zu §44 PersVG.

(248) BAG in AP 7 zu §39 BetrVG 1952. LAG Düsseldorf in BB 69, 1086.

(249) ArbG München in DB 74, 1118.

(250) BAG in AP 8 zu §40 BetrVG 1972.

(251) Vgl. BAG in AP 1,7 zu §39 BetrVG; AP 6 zu §20 BetrVG 1972; BVerwG in AP 1 zu §44 PersVG; einschränkend LAG Hamm in BB 74,319 bei Vertretungsmöglichkeit durch Gewerkschaftssekretar, LAG Düsseldorf in DB 75, 1580; krit. Stege, Übernahme von Anwaltskosten durch den Arbeitgeber in betriebsverfassungsrechtlichen Beschluß verfahren, DB 74, 2204; zur Verfassungsmaßigkeitsfrage: LAG Hamm in DB 77,779.

(252) BAG in AP 6 zu §20 BetrVG 1972. LAG Hamm in DB 77, 778; a.A. LAG Düsseldorf in DB 76, 1580. Vgl. LAG Düsseldorf in AP 2 zu §39 BetrVG.

(253) LAG Düsseldorf in DB 75, 651.

(254) LAG Hamm in EZA 26 zu §40 BetrVG 1972.

內部間의 法律紛爭에 관하여 發生한 訴訟費用을 負擔하지 않는다. ⁽²⁵⁵⁾

(라) 教育 또는 研修機關에 參與함으로써 생긴 費用도 賠償하여야 하는가에 관하여는 論議가 있다. 否定說은 教育이나 研修는 經營評議會의 事務에 속하지 않으며 經營基本法 36條 6項, 7項은 特別規定이라고 하는 것을 論據로 한다. ⁽²⁵⁶⁾ 이에 대하여 聯邦勞動法院은 經營基本法 37條 6項에 의하여 教育參與費用의 賠償을 認定하였다. ⁽²⁵⁷⁾ 經營評議會員들이 단지 受動的으로 教育에 參與한다 할지라도 經營體에 關係되는 教育은 經營評議會의 事務에 속한다고 하는 것을 그 理由로 한다. 費用賠償에 관하여는 比例의 原則이 適用된다. 經營評議會員은 經營體가 負擔하여야 할 費用을 되도록 減少하도록 勞力하여야 한다. 따라서 經營評議會員은 可能한限 짧은 教育過程을 落하야 할 것이며, ⁽²⁵⁸⁾ 가장 가까운 곳에 位置한 教育機關을 指하여야 한다. ⁽²⁵⁹⁾ 賠償할 費用은 不可避한 交通費 ⁽²⁶⁰⁾ 와 紵食費 및 宿泊料 等이다. 당해 經營體에 一般的으로 適用되는 旅費規定이 있는 경우에는 그것이 適用된다. ⁽²⁶¹⁾

(마) 費用賠償請求權은 協議契約의 消滅期限에 의하여 消滅하지 않는다. ⁽²⁶²⁾ 그러나 30년의 消滅時效期間에 의하여 消滅하게 된다. ⁽²⁶³⁾

다. 經營評議會의 人的, 物的 補助 ⁽²⁶⁴⁾

(가) 使用者는 經營評議會에게 당해 經營體內에서 經營評議會의 職務를遂行함에 필요한 事務室을 使用할 수 있도록 하여야 한다(經營基本法 40條 2項). 이러한 事務室은 勤勞者保護規定에 의한 煙房 및 彩光을 具備하여야

(255) LAG Hamm in EzA 25 zu §40 BetrVG 1972.

(256) Aus der Lit.: Dutz und Sacker in DB 72 Beil. 17; Hiersemann in DB 73, 287; Jacobi u. Rausch in DB 72, 972; Kittner in DB 72, 969; Klinkhamer in BB 73, 1399; Maurer in BB 72, 843; Ohlgardt in BB 73, 333; BB 74, 1029; DB 74, 1722; Rohling in Arbeitgeber 72, 425; Schwegler in BiStSozArbuR 72, 305, Vgl. auch FuBn. 5S. 1009.

(257) BAG in AP 2, 5, 7 zu §40 BetrVG.

(258) BAG in AP 2 zu §40 BetrVG.

(259) LAG Düsseldorf in DB 76, 1115

(260) Grundsätzlich keine Erstattung 1. Klass; BAG in AP 9 zu §40 BetrVG 1972; weitergehend: LAG Bremen in BB 74, 184.

(261) BAG in AP 6, 10 zu §40 BetrVG 1972. BAG in 8 zu §37 Betr VG 1972. BAG in AP 12 zu §40 BetrVG 1972. BAG in AP 2, 5 zu §40 BetrVG 1972. BAG in AP 11 zu §40 BetrVG 1972. BAG in AP 6 zu §37 BetrVG 1972; AP 5 zu §40 BetrVG 1972.

(262) BAG in AP 3 zu §40 BetrVG.

(263) A.A.ArB G Bremen in DB 72, 540.

(264) Hohn in BB 73, 88; Bohm, Akten, Geschäftsräume und Schwarzes Brett des Betriebsrats, RdA 74, 88.

한다. 事務室의 數는 經營評議會의 職務의 量에 따라서 定하여진다. 또한 使用者는 經營評議會의 事務를 위하여 必要한 物的인 手段을 提供하여야 한다(經營基本法 40條 2項). 例컨대 참글 수 있는 書類函, 筆記材料, (265) 打字機, 電話機 等이다. 小經營體에 있어서는 經營評議會는 經營體의 去來電話를 같이 使用할 수 있다.

(나) 使用者는 經營評議會가 그 職務를 遂行하기 위하여 必要한 事務員을 使用할 수 있도록 하여야 한다. 小經營體에 있어서는 使用者의 人事係員이 經營評議會의 書信을 打字하여도 無方하다. 그러나 大經營體에 있어서는 하나 또는 數人の 固有한 事務員을 使用하도록 하여야 한다.

(다) 또한 使用者는 重要한 勞動法規, 社會法規 및 이에 관한 註釋書等을 使用할 수 있도록 하여야 한다. (266) 周旋하여야 할 冊字의 選定은 經營評議會에 根本的으로 一任되어 있다. (267) 經營評議會가 經營體에 備置되어 있는 文獻들을 共同하여 使用하여야 하는가의 與否는 經營評議會가 자신의 일을 遂行하기 위하여 자신의 文獻을 얼마나 必要로 하는가에 의하여 결국 決定된다(經營基本法 37條 2項 參조). 大經營體는 一般的으로 判例集과 專門雜誌도 備置하여 주어야 한다. 日刊新聞은 이에 包含되지 않는다. 使用者가 이리한 文獻을 갖추어 줄 義務를 負擔하는 경우에는 經營評議會는 이를 買受하기 위하여 先拂을 請求할 수 있다(民法 669條).

(라) 經營評議會는 公告를 위하여 經營體의 大小에 따라 1個 또는 數個의 揭示版을 要求할 수 있다. 어떤 揭示를 할 것인가는 經營評議會가 決定한다. 그러나 使用者는 經營評議會의 任務와 關係없는 事項, (268) 非合理的인 壓力を 行使하는 것을 內容으로 하는 事項, (269) 使用者에 대한 明白한 侮辱을 意味하는 事項의 揭示를 拒否할 수 있다. 經營評議會가 使用者的 費用으로 勤勞者 全體를 위한 新聞 雜誌를 出版할 수 있는가에 관여하는 論議가 있다. (270)

(265) Hierzu gehören auch Kopfbogen, die indes nur mit dem Zusatz, Der Betriebsrat" verwandt werden dürfen. LAG Frankfurt in DB 73, 2451.

(266) Bulla, Die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Betriebsrat Fachliteratur zur Verfügung zu stellen, DB 74, 1622.

(267) Vgl. LAG Berlin in BB 65, 788. LAG Düsseldorf in BB 70, 79.

(268) Vgl. Hohn in BB 65, 545; Rewolle in DB65, 364.

(269) LAG Düsseldorf in BB 74, 294.

(270) Verneinend: LAG Düsseldorf in DB 76, 2021; bejahend: Hoffmann, Zur Frage der schriftlichen Information der Belegschaft durch den Betriebsrat, ArbuR 74, 266.

(마) 위에 말한 모든 物的 手段의 所有權은 使用者에게 있다. 그러나 事務用紙, 事務用글리프 等과 같은 消費財는 이를 使用함에 의하여 使用者의 所有權은 消滅한다. 事務用紙에 記載하여 使用하면 그 所有權은 經營評議會에 歸屬된다(民法 950條).⁽²⁷¹⁾ 따라서使用者는 經營評議會의 任期終了後에도 經營書類의 返還을 請求할 수 없다. 이러한 經營書類는 廢棄하거나 또는 次期의 經營評議會에 歸屬된다.

라. 經營評議會의 費用에 관한 法律紛爭

(가) 經營評議會나 또는 經營評議會員의 勤勞報酬請求權에 관한 紛爭은 勞動法院이 判決節次로 裁判한다. 그 請求權이 勤勞契約에 基礎하고 있기 때문이다.⁽²⁷²⁾

(나) 經營評議會와 使用者間의 人的, 物的 裝備에 관한 紛爭은 勞動法院이 決定節次에 의하여⁽²⁷³⁾ 裁判한다.⁽²⁷⁴⁾ 辨償請求權에 관하여도 마찬가지이다.⁽²⁷⁵⁾ 個個의 經營評議會員도 裁判申請權을 갖는다.⁽²⁷⁶⁾ 經營評議會는 財產所有能力을 가지고 있지 아니하므로 經營評議會員에 대하여 紿付할 것을 請求할 수 있을 뿐이다.⁽²⁷⁷⁾

마. 賦課禁止⁽²⁷⁸⁾

(가) 經營評議會를 위하여 勤勞者에게 紿付의 義務를 課하는 것은 許容되지 않는다(經營基本法 40條).

(나) 經營評議會의 任務와는 關係없지만 多少 經營的 目的을 위한 荘金例건대 經營體의 野遊會, 從業員의 生日贈物 等의 費用을 荄金하는 것은 賦課禁止의 原則에 違背되지 않는다.⁽²⁷⁹⁾

(271) A.A. Dietz-Richardt z.z.O. §40 Anm. 36; Galperin-Lowisch a.a.O. §40 Anm. 42, die ein Gesamthandsverhältnis ablehnen, da es sich mit den Bruchteilsverhältnissen nicht vertrage.

(272) Trotz zahlreicher Gegenstimmen, das BAG in AP 1 zu §37 BetrVG; AP 2 zu §20 BetrVG 1972.

(273) Vgl. Schaub, Formularsammlung und Erläuterungen zum Arbeitsgerichtsverfahren, C.H. Beck.

(274) BAG in AP 7,8 zu §39 BetrVG.

(275) BAG in AP 8 zu §39 BetrVG; AP 6 zu §37 BetrVG 1972.

(276) BAG in AP 6 zu §37 BetrVG 1972.

(277) BAG vom 9.9. 1975-DB 75, 2451. BAG in AP 1,3,4 zu §20 BetrVG 1972.

(278) Schaub in AR-Blattei, D, Geldsammlung und Handel im Betrieb.

(279) Vgl. schr weitgehend: BAG in AP 1 zu §2 ArbGG „Betriebsverfassungsstreit.“