

노동정책연구  
2008. 제8권 제4호 pp.81~118  
© 한국노동연구원

연구논문

## 회생·파산절차개시가 근로계약과 단체협약에 미치는 영향

양형우\*\*

채무자인 회사에 대하여 회생 또는 파산절차가 개시된 경우, 기존의 근로 관계에 관해서는 노동법과 채무자회생법이 적용되지만, 노동법상 근로자보호의 원칙과 채무자회생법상 공정·형평의 원칙 및 채권자 평등의 원칙 사이에 충돌이 발생하므로, 이를 조정할 필요가 있다. 특히 임금은 통상 생계유지의 수단으로 활용되지만, 근로자의 임금채권 발생 시기가 회생·파산절차 개시 전후인지 묻지 않고 임금 전액에 대해 회생·파산채권보다 우선변제를 인정하고 있는데, 이는 채권자 평등의 원칙에 반할 수 있으므로, 독일도산법과 일본파산법 및 일본회사갱생법과 같이 일정 범위의 임금채권에 대해서만 공익·재단채권으로 취급하는 것을 입법적으로 검토할 필요가 있다. 또한 해고의 법적 근거에 대해서 학설의 다툼이 있지만, 관리인·파산관재인은 채무자회생법 제119조, 제335조에 의하여 근로자를 해고할 수 있고, 여기에는 근로기준법상 해고의 제한법리가 그대로 적용된다고 할 것이다. 그 밖에 단체협약의 해지를 금지한 회생절차와 달리 파산절차에는 명문의 규정이 없어 파산관재인이 단체협약을 해지할 수 있는지에 대하여 학설의 다툼이 있지만, 단체협약 중 규범적 부분은 강행적·보충적 효력이 인정되고, 채무적 부분은 쌍무계약과 달리 당사자의 채무가 견련관계에 있지 않으므로 파산관재인은 제335조에 의하여 단체협약을 해지할 수 없다고 할 것이다.

핵심용어 : 근로계약, 단체협약, 회생·파산절차개시로 인한 근로관계, 근로계약의 해지

논문접수일: 2008년 11월 14일, 심사의뢰일: 2008년 11월 27일, 심사완료일: 2008년 12월 12일

\* 홍익대학교 법학과 교수(jurahw@naver.com)

## I. 머리말

근로관계는 근로자와 사용자 사이의 근로계약에 의하여 일정기간 존속하게 되며, 일정한 사유에 의하여 소멸된다. 그렇다면 기업이 파산선고를 받거나 회생 절차개시결정(소위 법정관리)을 받는 경우, 기존의 근로관계에 어떠한 영향을 미치는지가 문제이다. 이에 대한 법률로는 노동법, 민법 및 채무자회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다) 등이 있다. 그런데 노동법과 채무자회생법은 그 목적 및 적용 대상을 달리하기 때문에 사업의 계속에 현저한 지장이 초래된 경우, 노동법상 임금채권보장, 해고의 자유에 대한 제한 등 근로자 보호의 원칙과 채무자회생법상 공정·형평의 원칙 및 채권자 평등의 원칙 사이에 충돌이 발생하며, 이를 조정할 필요가 있다. 특히 채무자인 회사에 회생·파산절차가 개시된 경우, 근로관계와 관련하여 관리인·파산관재인을 사용자로 볼 수 있는지, 해고의 법적 근거는 무엇이며 관리인·파산관재인에 의한 해고에 노동법상 해고제한법리가 적용되는지 여부가 문제이다. 또한 민법 제663조는 사용자가 파산한 경우 근로자와 파산관재인 모두에게 고용계약의 해지권을 인정하고 있는 반면에 채무자회생법 제119조, 제335조<sup>1)</sup>는 관리인·파산관재인에게 고용계약의 해지권을 인정하고 있고, 근로기준법 제23조 제1항은 사용자의 해고의 자유를 제한하고 있기 때문에 해고의 법적 근거를 어떻게 조화롭게 해결할 수 있을지가 문제이다.<sup>2)</sup> 그 밖에 회생·파산절차가 개시된 채무자(회사)의 영업이

1) 이하 법률 명칭 없이 법조문만을 표시한 것은 ‘채무자회생 및 파산에 관한 법률’의 해당 법조문을 가리킨다.

2) 근로자의 재산에 회생·파산절차가 개시된 경우에 관리인·파산관재인이 제119조, 제335조에 의하여 사용자와 채무자(근로자) 사이의 근로계약을 해제·해지할 수 있는지가 문제이다. 생각컨대 근로자의 재산에 대한 회생·파산절차개시는 근로기준법이 정한 해고사유에 해당하지 않으며, 절차개시 그 자체는 근로자의 사용자에 대한 근로제공 의무의 이행에 아무런 지장을 초래하지 않는다는 점, 제119조, 제335는 상대방의 보호·절차의 원활한 진행 및 채무자의 회생을 도모하기 위하여 관리인·파산관재인으로 하여금 유리한 방향으로 선택하여 미이행 쌍무계약을 처리하도록 한 것이며, 근로자의 사용자에 대한 근로제공은 이러한 입법 취지에 반하지 않는다는 점, 근로계약은 그 성질상 일신전속적인 것이므로 근로자의 자유의사가 존중되어야 하며, 절차개시라는 사실만으로 근로자의 의사에

양도된 경우, 양수인은 근로관계의 이전과 함께 양도인이 부담해야 할 근로계약상의 채무를 승계하는지, 퇴직금 산정의 경우에 영업양도 전후를 통산하여 근속연수를 산정하여야 하는지, 채무자회생법에 특별한 규정이 없는 한 회생·파산절차가 개시된 회사의 집단적 근로관계에 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)이 그대로 적용되는지, 관리인·파산관재인은 제119조, 제335조에 의하여 단체협약을 해지할 수 있는지가 문제이다. 한편 근로자의 재산에 대하여 회생·파산절차가 개시된 경우의 근로관계 등에 대해서는 다음에 고찰하기로 하고, 여기서는 기존의 도산관련법을 물리적 통합에 그친 우리 채무자회생법과 달리 화학적 통합을 이룬 독일도산법(Insolvenzordnung)<sup>3)</sup>을 제한적 범위 내에서 참조하면서 상기의 문제점을 중심으로 검토하고자 한다.

## II. 채무자인 회사에 회생·파산절차가 개시된 경우의 개별적 근로관계

### 1. 개별적 근로관계의 존속 여부

독일도산법 제108조 제1항은 도산절차(Insolvenzverfahren)가 개시된 경우 채

반하여 근로계약을 해제·해지하는 것은 채무자회생이라는 절차의 목적에 반하게 된다는 점을 고려할 때, 근로자의 회생·파산절차에는 제119조, 제335조가 적용되지 않는다고 할 것이다.

- 3) 채무자회생법은 구 회사정리법·회의법·파산법 및 개인채무자회생법을 통합하여 제정되었지만, 회생절차·파산절차 및 개인회생절차 등을 별도로 규정하는 등 물리적 통합에 그치고 있다(박승두, 『통합도산법 분석』(법률SOS, 2005), p.119; 김재형, “도산3법의 통합의 틀”, 도산3법 통합의 바람직한 방향 심포지엄 자료, 2003. 8, p.24도 채무자회생법은 산발적으로 존재하던 도산법을 화학적으로 통합시키지 못하고 형식적으로 한데 묶어 놓는 물리적 결합의 수준을 벗어나지 못하고 있다고 한다. 이와 달리 1999년 1월 1일부터 시행되고 있는 독일 도산법(Insolvenzordnung)은 구 파산법·회의법 및 통일 이후 경과규정에 의하여 동베를린과 구 동독지역에 적용되던 공동집행법(Gesamtvollstreckungsordnung)을 통합하여 절차를 일원화하는 등 화학적 통합을 이루었다(Fahlbuch, Insolvenzzrecht und Anfechtungsrecht, 1.Aufl., 1998, S. 1; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzzrecht, 20.Aufl., 1996, § 67 I). 따라서 ‘Insolvenz’는 회생·파산을 포함한 의미이고, 현재 우리나라에서 회생과 파산을 도산이라는 용어를 널리 사용하고 있으므로 본 논문에서는 ‘Insolvenz’를 ‘도산’으로 번역하기로 한다.

무자의 고용관계는 도산재단(Insolvenzmasse)에 대하여 유효하게 존속한다고 규정하고 있다. 이러한 명문의 규정이 없는 우리 법에서도 채무자의 재산에 회생·파산절차가 개시되더라도 기존의 근로관계는 해소되지 않고 그 동일성이 유지되는지가 문제이다. 이에 관하여 학설은 회생절차는 파산절차처럼 채무자의 사업을 청산하는 것이 아니라 채무자의 사업을 계속하여 그 재건을 도모하는 것을 목적으로 하는 절차이므로, 절차가 개시되더라도 채무자와 근로자 사이의 근로계약은 바로 영향을 받아 당연 소멸하는 것은 아니며,<sup>4)</sup> 사용자가 파산한 경우에도 당시까지 계속된 근로계약이 당연 소멸하지 않고 근로자나 파산관재인에 의하여 소멸한다고 한다.<sup>5)</sup> 생각컨대 근로계약은 근로자의 노무제공 의무와 사용자의 임금지급 의무가 서로 대가적 견련관계에 있는 쌍무계약이며, 쌍무계약에 관하여 제119조와 제335조는 채무자와 그 상대방이 모두 회생절차개시·파산선고 당시에 아직 그 이행이 완료하지 아니한 때에 관리인·파산관재인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 회생·파산절차가 개시되더라도 기존의 근로관계가 유지되는 것을 전제로 하고 있다는 점,<sup>6)</sup> 회생절차개시결정이 있다고 하여 법인이 해산되는 것이 아니고, 법인은 여전히 존속하고 회생계획에서 해산의 시기를 정하는 경우에 한하여 해산하게 되며, 파산절차가 개시된 경우에도 법인에 대한 해산과 청산절차가 진행되지만 이를 종료하기 전까지는 법인격을 상실하지 않는다는 점을 고려할 때, 회생·파산절차개시로 인하여 근로관계는 해소되지 않고 원칙적으로 당사자의 모든 권리와 의무는 계속적으로 존속한다고 할 것이다.

4) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『회생사건실무(상)』 (박영사, 2007), p.134; 임채홍·백창훈 외, 『회사정리법(상)』 (한국사법행정학회, 2002), p.379.

5) 선재성, 「파산과 근로관계」, 재판자료 제82집: 『파산법의 제문제(상)』 (법원도서관, 1999), p.503; 박승두, 「도산절차의 진행이 근로관계에 미치는 영향」, 『인권과 정의』 2003년 6월호, p.88, p.96.

6) Vgl. Baur/Stürmer, Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II: Insolvenzrecht, 12.Aufl., 1990, Rdnr. 9.17.

## 2. 근로계약의 해지(근로자 해고)

### 가. 관리인·파산관재인의 사용자로서의 지위 인정 여부

#### 1) 서설

회생절차는 재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면해 있는 채무자에 대하여 채권자·주주·지분권자 등 이해관계인의 법률관계를 조정하여 채무 또는 그 사업의 효율적인 회생을 도모하는 제도이고, 관리인은 채무자의 업무를 수행하고 그 재산을 전속적으로 관리·처분할 권한이 있으며 소정의 기간 내에 회생계획을 작성하여 법원에 제출하고 그 계획이 관계인집회의 의결을 거쳐 법원의 인가를 받은 때에는 그 계획의 내용을 적절히 수행하게 하기 위하여 법원이 회생절차개시결정과 동시에 선임하는 자이다(제74조).<sup>7)</sup> 한편 파산절차는 자연인이나 법인이 경제적으로 파탄에 이르러 자신의 지급능력으로는 총 채권자에 대한 채무를 완제할 수 없는 지급불능의 상태에 이른 경우, 채무자 또는 채권자의 신청에 의하여 채무자의 전 재산을 정리·환가하여 채무자의 재산적 이해관계인 사이의 재산관계를 청산하는 절차이다. 그리고 파산관재인은 파산절차의 목적 달성을 위하여 법원에 의하여 선임되는 자로서(제355조) 파산재단의 관리·처분 등 파산절차상 필요한 일체의 행위를 할 권한을 가진다(제384조).<sup>8)</sup>

#### 2) 회생절차에서의 관리인

회생절차개시 결정에 의하여 관리인이 선임되거나 관리인 불선임 결정에 의하여 개인채무자나 개인이 아닌 채무자의 대표자를 관리인으로 보게 되면(제74조), 채무자의 업무수행권과 재산의 관리처분권 등은 관리인에게 넘어가게 된

- 7) 회생절차가 개시되면 법원은 관리인을 선임하여야 하는데(제74조 제1항), 현행 채무자회생법은 채무자의 재정적 파탄의 원인이 기존 경영자의 재산 유용·은닉 또는 중대한 책임이 있는 부실경영에 기인하는 때, 채권자협의회가 요청하는 경우로서 상당한 이유가 있는 때, 그 밖에 채무자의 회생에 필요한 때를 제외하고는 원칙적으로 기존 경영자를 관리인으로 선임하도록 규정하고 있다(제74조 제2항). 그리고 법원의 관리인 불선임 결정이 있으면 개인 채무자 또는 법인 채무자의 대표자를 관리인으로 본다(제74조 제3항, 제4항). 관리인의 법적 지위에 관한 학설에 대해서는, 황경남, 「정리회사의 관리인」, 『재판자료 제86집: 회사정리법·회의법상의 제문제』 (법원도서관, 2000), p.149 이하.
- 8) 파산관재인의 법적 지위에 관한 학설에 대해서는 양형우, 「파산관재인과 통정허위표시에서의 제3자」, 『인권과 정의』, 2008년 7월호, p.75 이하.

다(제56조 제1항). 가령 회생절차개시 결정이 있으면 채무자의 재산에 관한 소송절차는 중단되고, 중단된 소송절차 중 회생채권과 회생담보권과 관계없는 것은 관리인 또는 상대방이 이를 수계하며(제59조), 관리인은 채무자의 재산에 관한 소송에서 원고 또는 피고가 된다(제78조). 이와 같이 회생절차가 개시되면 채무자의 업무수행권과 재산의 관리처분권이 관리인에게 이전되기 때문에(제56조 제1항), 관리인에게 사용자로서의 지위가 인정된다고 할 것이다.

### 3) 파산절차에서의 파산관재인

파산관재인이 사용자로서의 지위를 인정할 수 있는지 여부에 관하여, 학설은 이를 긍정한다. 즉 파산관재인에게는 근로자에 대한 해고권이 주어져 있고, 임금의 재원인 파산재단에 대하여 관리처분권을 장악하고 있으며 파산선고 후의 임금도 재단채권으로서 이를 지급할 의무가 있으므로 파산관재인을 근로계약의 사용자로 보는 견해,<sup>9)</sup> 파산절차에서의 근로관계는 기업의 법인성이 유지되는 한 그대로 존속하고 경영의 대표자인 파산관재인이 사용자로서의 책임을 진다는 견해,<sup>10)</sup> 근로자에 대한 임금채권이 재단채권으로 되는 점, 관재인의 단체교섭의무 등의 문제와 관련하여 논리적 일관성이 요구되는 점 등을 고려하면 관재인이 파산재단의 관리기구로서 사용자의 권한을 행사한다는 견해가 있다.<sup>11)</sup>

생각컨대 파산이 선고되면 채무자가 파산선고 당시에 가진 모든 재산<sup>12)</sup>과 파산선고 전에 생긴 원인으로 장래에 행사할 청구권은 파산재단을 구성하며(제382조), 채무자는 파산재단에 속하게 된 자신의 재산에 관하여 관리·처분권을 상실한다(제384조). 파산관재인은 파산의 목적 달성을 위하여 법원에 의하여

9) 윤남근, 「파산관재인-그 법률상 지위와 권한을 중심으로」, 『재판자료 제82집: 파산법의 제문제(상)』(법원도서관, 1999), p.196; 이홍재, 「도산절차와 근로관계」, 남효순·김재형 공편, 『도산법강의』(법문사, 2005), p.195.

10) 박승두, 앞의 논문, p.96.

11) 선재성, 앞의 논문, p.521.

12) 파산재단을 구성하는 재산은 물건 및 권리를 포함하는 금전적 가치가 있는 적극재산을 의미한다(Frege/Keller/Riedel, *Insolvenzrecht*, 6.Aufl., 2002, Rdnr. 1321ff.; Baur/Stürmer, a.a.O., Rdnr. 13.2ff.; 전병서, 『파산법』(법문사, 2003), p.144; 김경욱, 「파산재단의 범위에 관한 연구-파산법 제6조를 중심으로」, 『비교사법』 제8권 제1호(상)(한국비교사법학회, 2001), p.490; 양형우, 「파산절차개시의 일반적 효과」, 『법조』, 2006년 7월호, p.147).

선임되는 자로서(제312조), 파산재단의 관리·처분 등 파산절차상 필요한 일체의 행위를 할 권한을 가지며, 파산재단에 관한 소송에서도 그 소송수행권이 파산관재인에게 부여되어 파산관재인이 원고 또는 피고가 된다(제359조). 또한 당사자가 소송계속 중 파산선고를 받은 때에 파산재단에 관한 소송절차는 중단되며(민사소송법 제239조), 파산재단에 속하는 재산에 관하여 파산선고시에 계속하는 소송은 파산관재인 또는 상대방이 이를 수계할 수 있다(제347조). 파산관재인이 강제집행의 절차를 속행하는 때에는 강제집행에 관한 제3자 이의의 소에서는 파산관재인이 피고가 된다(제348조 제2항). 이처럼 파산관재인은 채무자의 법률적 지위에 관한 포괄승계인과 같은 지위를 갖는다는 점,<sup>13)</sup> 파산선고 전후의 임금은 재단채권으로서 파산관재인은 이를 근로자에게 지급할 의무가 있다는 점을 고려할 때, 파산관재인을 근로계약상의 사용자로 보는 것이 타당하다.

#### 나. 관리인·파산관재인에 의한 근로자의 해고에 대한 노동법상의 제한

##### 1) 관리인(파산관재인)의 해고권

###### 가) 독일의 경우

(i) 채무자인 회사의 재산에 도산절차가 개시된 경우, 독일도산법 제113조 제1항에 의하면 도산관재인(Insolvenzverwalter)과 상대방은 고용관계에 기간의 약정이 있거나 통상의 해지권을 배척하는 특약이 있더라도 법률규정 또는 단체협약에서 정한 해지기간(해지기간은 최고 3개월이다)을 두고 계속 중인 고용계약을 해지할 수 있다. 법률상 해고제한 규정, 즉 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위한 휴업기간, 산전·산후의 휴업기간과 그 후 일정 기간 해고를 금지하는 규정도 도산절차에 적용된다.<sup>14)</sup> 또한 근로자를 해고하기 위해서는 법률상 요구되는 해고 이유가 존재하여야 한다. 특히 해고는 사회적으로 정당하

13) 대판 2003. 6. 24, 2002다48214; 이동형, 「통정허위표시를 한 자의 파산관재인이 민법 제108조 제2항의 제3자인지 여부」, 『법조』, 2004년 6월호, p.134; 양형우, 「파산관재인과 통정허위표시에서의 제3자」, p.75; 양형우, 「쌍무계약에 대한 파산절차개시의 효과」, 『연세법학연구』, 제6집 제1권(연세법학연구회, 1999), p.316.

14) Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 3.Aufl., 2002, Rdnr. 175; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4.Aufl., 2007, Rdnr. 23.03; Hess, Insolvenzrecht, 4.Aufl., 2007, Rdnr. 687; Düwell, Änderungs- und Beendigungskündigung nach dem neuen Insolvenzrecht, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1.Aufl., 1997, S.1122f.

여야 한다(§ 1 KSchG). 즉 도산관재인은 사회적 선택(Sozialauswahl)의 원칙(예: 근속기간, 연령, 부양의무 등 제반사정)<sup>15)</sup>과 경영상의 필요를 고려하여야 한다. 해고의 요건이 존재하지 않으면, 근로자는 해고통지를 받은 날로부터 3주 이내에 노동법원에 해고보호의 소(Kündigungsschutzklage)를 제기할 수 있다 (§§ 4 KSchG, 113 II InsO).

(ii) 근로자에게 불이익한 사업변경(Betriebsänderung)을 초래하는 구조조정, 가령 사업전체 또는 본질적인 사업부분의 제한·휴업·이전, 다른 회사와의 합병(Zusammenschluß) 또는 사업조직의 본질적인 변경은 경영협의회(Betriebsrat)<sup>16)</sup>와 협의하여야 한다(§ 111 I S. 1 BetrVG). 사용자와 경영협의회 간에 계획한 사업변경에 대한 이해조정(Interessenausgleich)이 성립하거나 계획된 사업변경으로 근로자가 입을 경제적 불이익의 조정과 완화에 대하여 합의한 경우에 이를 문서로 작성하여야 한다(§ 112 I BetrVG). 이러한 규정은 원칙적으로 도산절차에도 적용되지만, 일부 규정은 제한된다. 즉 이해조정에 관한 합의가 성립하지 않은 경우에 양 당사자는 경영조직법 제112조 제2항에 의하여 연방고용청(Bundesagentur für Arbeit) 또는 중재원(Einigungsstelle)에 중재절차의 개시를 신청할 수 있지만, 채무자인 회사의 재산에 도산절차가 개시된 경우에는 도산관재인과 경영협의회가 공동으로 중재를 신청하고 중재 시도가 진행되는 경

15) Häsemeyer, a.a.O., Rdnr. 23.04.

16) 독일은 이원적 근로자대표 시스템을 가지고 있다. 즉 노동조합을 통해 근로자의 임금, 근로시간 등 어느 기업에서도 공통하는 근로자의 이익을 대표하고, 다른 한편으로는 사업장 단위의 근로자대표기구인 경영협의회를 통해 사업장 내 사회적·인사적 및 경제적 사항에 관하여 근로자의 이익을 대표한다. 독일의 노동조합은 대체로 산별노조로 구성되어 있고, 사용자단체와 당해 산업에 일률적으로 적용되는 단체협약을 체결하여 그 조합원의 이익을 대표한다. 반면에 경영협의회는 사업장에 속한 전체 근로자의 선거에 의해 설립되고, 해당 사업장의 전체 근로자를 대표한다. 그리고 경영협의회는 근로자들로부터 선출된 대표만으로 구성된다는 점에서 조합원으로 구성되는 노동조합과 구별된다. 또한 경영협의회는 사업장 단위에서 일정한 사항에 관하여 공동결정권을 가지며, 사용자 또는 사용자단체와 합의한 사항에 관하여 경영협정(Betriebsvereinbarung)을 체결한다(방준식, 「독일 경영조직법상 경영협의회 기능과 역할」, 『기업법연구』, 제21권 제1호(한국기업법학회, 2007), p.347 이하). 다시 말하면 독일의 노동조합은 통상 사용자단체와 단체협약을 체결하여 임금이나 노동시간 등 노동조건의 일정한 기준을 정하고, 각 사업장 단위에서는 이와 같이 단체협약에 제시된 기준에 터잡아 노동조건 등에 관하여 구체적으로 약정하는 경영협정을 체결한다(박상훈, 「독일의 노동법원 제도의 도입에 관하여」, 『사법개혁과 세계의 사법제도』 (한국사법행정학회, 2004), p.145 이하).



우에만 경영조직법 제112조 제2항이 적용된다(§ 121 InsO). 이는 도산관재인이 사업변경을 실시할 수 있는지 여부에 관하여 가능한 한 빨리 알 수 있도록 하기 위한 것이다.<sup>17)</sup> 동일한 이유로 독일도산법 제122조 제1항은 사업변경이 계획되고 도산관재인이 이를 경영협의회에 적시에 포괄적으로 통지하였는데도 도산관재인과 경영협의회 간의 경영조직법 제112조에 의한 이해조정이 협상개시 후 또는 서면에 의한 협상수락 촉구 후 3주 내에 성립하지 않은 경우, 도산관재인은 경영조직법 제112조 제2항의 절차를 거치지 않고 사업변경을 실행하기 위해 노동법원의 동의를 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 도산관재인은 노동법원에 대하여 신청서에 명시된 근로자의 해고가 긴박한 경영상 필요로 인하여 요청되고 사회적으로 정당한 것이었음을 확인하여 줄 것을 신청할 수 있다(§ 126 I InsO). 물론 도산관재인이 법원의 확정력 있는 판결에 따라 신청서에 명시한 근로자를 해고하였는데, 그 근로자가 해고로 인하여 근로관계가 해소되지 않았거나 근로조건이 변경이 부당하다는 확인을 구하는 소를 제기한 경우, 법원의 판결은 양 당사자를 기속한다(§ 127 I InsO). 그리고 양 당사자가 해고대상 근로자의 성명이 표시된 이해조정을 합의한 경우에도 그 근로자는 해고보호의 소를 제기할 수 있지만, 그 해고는 긴박한 경영상 필요한 것으로 추정되고 사회적 선택도 제한적으로 고려될 수 있다(§ 125 I InsO). 즉 근속기간, 연령, 부양의무 및 중대한 과실 여부에 대해서만 고려할 수 있다. 그 밖에 퇴직근로자를 위하여 도산절차개시 후 작성되는 회생계획(Sozialplan)<sup>18)</sup>에 통상임금 2개월 15일까지의 보상이 합의될 수 있고, 이 금액은 재단채권(Masseverbindlichkeit)이지만 도산재단의 1/3을 초과하지 못한다(§ 123 I, II InsO).

17) Bork, a.a.O., Rdnr. 178.

18) 회생절차의 궁극적인 목적은 재정적 궁핍에 처한 채무자인 회사에 대하여 자본 구성의 변경을 중심으로 한 기업의 재건을 위한 계획을 수립하여, 이해관계인의 이해를 조정하면서 채무자의 재무구조를 건전화하여 기업을 재건함에 있으며, 이러한 기업의 재건을 위한 계획이 회생계획이다. 결국 Sozialplan은 ‘사회계획’으로 번역될 수 있지만, 그 내용에서는 우리의 회생계획(제193조 이하)과 유사하므로 본 논문에서는 ‘회생계획’으로 번역한다.

## 나) 우리나라

민법 제663조는 사용자가 파산한 경우 근로자와 파산관재인 모두에게 고용계약의 해지권을 인정하고 있는 반면에 채무자회생법 제119조, 제335조는 회생절차에서는 관리인, 파산절차에서는 파산관재인에게만 고용계약의 해지권을 인정하고 있기 때문에 민법과 채무자회생법의 충돌이 발생한다. 또한 근로기준법 제23조 제1항은 사용자는 정당한 이유 없이 근로자를 해고하지 못한다고 하여 사용자의 해고의 자유를 제한하고 있다. 따라서 회생·파산절차와 근로계약의 종료 문제, 즉 해고의 법적 근거를 어떻게 조화롭게 해결할 수 있을지가 문제이다.

## (i) 학설

파산절차가 개시된 경우 채무자회생법 제335조가 근로계약에도 적용되는지에 관하여, ① 민법 제663조가 제335조의 특칙이나 위 채무자회생법 조항의 적용을 배제하지는 않고 있으므로 근로계약이 해지될 때에는 위 조항들이 경합하여 민법 조항이 적용되지만 근로계약이 파산선고 후에도 계속될 때에는 민법 제663조는 관계가 없고 제335조만이 적용되어 파산관재인이 이행의 선택권을 행사한 것으로 보아야 한다는 견해,<sup>19)</sup> ② 제335조에 의하여 민법 제663조가 전면적으로 배제된다고 볼 것이 아니라 사용자가 파산하면 근로자도 계약해지권을 갖되 다만 파산에도 불구하고 사업의 계속이 행해지는 예외적인 경우에 한하여 제335조가 적용되는 것으로 해석하는 것이 타당하다는 견해,<sup>20)</sup> ③ 파산관재인은 근로기준법상 사용자의 지위에 있고 또한 파산관재인에 의한 근로계약의 해지도 근로자의 의사에 반하는 근로계약의 종료라는 점, 근로기준법 제23조 제1항은 민법상 고용계약의 해지에 관한 특칙이라는 점, 민법 제663조가 제335조의 특칙이며 또한 제335조는 파산선고 후 예외적인 경우에 적용된다는 점 등을 종합적으로 고려하면 파산관재인에 의한 해고에는 해고에 관한 일반조항인 근로기준법 제23조 제1항이 원칙적으로 적용된다고 하는 견해가 있다.<sup>21)</sup> 한편 회생절차와 관련해서는 ① 근로계약에도 제119조가 적용되어 고용기간이

19) 임치용, 「파산절차의 개시가 고용계약에 미치는 영향」, 『법조』, 2006년 9월호, p.61; 임중현, 「파산절차가 미이행쌍무계약에 미치는 영향」, 『인권과 정의』, 1996년 9월호, p.44; 윤창술, 「파산절차에서의 단체협약과 근로계약」, 『인권과 정의』, 2000년 1월호, p.83.

20) 윤남근, 앞의 논문, p.195.

21) 이흥재, 앞의 논문, p.197.

아직 만료하지 아니한 경우라도 관리인은 제119조에 의하여 근로계약을 해지(근로자 해고)할 수 있다는 견해,<sup>22)</sup> ② 제119조는 근로계약에 적용되지 않으며, 근로계약의 해지, 즉 해고 여부에 관하여는 노동법의 해석에 의하여 판단할 사항이라는 견해가 있다.<sup>23)</sup>

(ii) 결어

생각컨대 법규 경합(Gesetzeskonkurrenz)이란 동일한 생활 사실이 수개의 법규가 규정하는 요건을 충족하지만, 그 수개의 법규가 특별법과 일반법의 관계에 있거나 하나의 법규가 다른 법규와 경합하여 그 효과를 제한하는 경우에 전자의 법규만이 적용되는 것을 말한다(특별법(규정) 우선의 원칙).<sup>24)</sup> 민법 제663조 특칙설은 제335조와 달리 민법 제663조는 ‘사용자가 파산선고를 받은 경우’로 규정하고 있기 때문에 민법 제663조가 우선적으로 적용되어야 한다는 입장인 것으로 추정된다. 그러나 사용자가 파산선고를 받은 경우에 파산관재인이 고용계약을 해지할 수 있다는 점에서는 양 규정은 동일할 뿐만 아니라 민법 제663조는 제335조의 적용을 제한하지 않고 있지만, “상대방은 파산관재인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 기간 안에 계약의 해제 또는 해지나 이행 여부를 확답할 것을 최고할 수 있다. 이 경우 파산관재인이 그 기간 안에 확답하지 아니한 때에는 해제 또는 해지한 것으로 본다”는 제335조 제2항이 민법 제663조 제1항에 의한 해지권의 행사에 준용되도록 규정하고 있다(제339조). 또한 민법 제663조에 의해 파산관재인이 고용계약을 해지하더라도 상대방은 계약해지로 인한 손해배상을 청구하지 못하지만, 제335조에 의해 고용계약을 해지한 때에는 상대방은 손해배상에 관하여 파산채권자로서 권리를 행사할 수 있다. 그리고 채무자회생법은 이해관계인의 법률관계를 조정하여 채무자의 효율적인 회생을 도모하거나 회생이 어려운 채무자의 재산을 공정하게 환가·배당을 목적으로 한다. 따라서 채무자의 재산에 회생·파산절차가 개시되면 모든 미이행 쌍무계약에 채무자회생법이 적용되고, 채무자회생법에 특별규정이 없는 한 근

22) 서경환, 「회사정리절차가 계약관계에 미치는 영향」, 『재판자료 제86집: 회사정리법·화의 법상의 제문제』(법원도서관, 2000), p.659; 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『회생 사건실무(상)』, p.135.

23) 박승두, 앞의 논문, p.92.

24) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.Aufl., 1995, S.87ff.; Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 3.Aufl., 1992, S.45ff.

로기준법 등 노동관계법, 민법 등이 보충적으로 적용된다고 할 것이다(특별법 우선의 원칙). 즉 관리인·파산관재인은 제119조, 제335조에 의하여 아직 고용기간이 만료되지 않았더라도 근로자를 해고할 수 있다. 다만 회생·파산절차에서 관리인·파산관재인은 사용자와 같은 지위에 있다는 점, 채무자회생법은 근로자의 임금·퇴직금 및 재해보상금을 공익채권·재단채권으로 인정하여 회생·파산절차에 의하지 않고 수시로 변제할 수 있도록 하는 등(제179조 제10호, 제180조, 제473조 제10호, 제475조) 경제적·사회적 약자의 지위에 있는 근로자를 보호하고 있지만 해고 이유에 대해서는 규정하고 있지 않다는 점, 회생·파산절차 중에도 근로자는 부당한 해고에 대해서는 구제받을 수 있어야 한다는 점 등을 고려할 때, 관리인·파산관재인에 의한 해고에도 근로기준법상 해고의 제한범리가 그대로 적용된다고 할 것이다.<sup>25)</sup> 한편 민법 제663조 제1항의 “노무자 또는 파산관재인은 계약을 해지할 수 있다”에서 파산관재인이 계약을 해지할 수 있다는 것은 제335조 제1항의 내용을 주의적으로 규정한 것에 불과하다는 점, 재건의 전망이 없는 사업에 구속되면서 근로자의 전직 기회를 제한하는 것은 바람직하지 않기 때문에 민법 제663조는 해지에 의한 퇴직의 자유를 보장한 것이라는 점, 제339조는 당사자에게 상대방에 대한 해지 여부에 관한 최고권을 인정하고 있으므로 근로자에 의한 해지에 민법 제663조의 적용이 배제하지 않는다는 점을 고려할 때, 사용자가 파산선고를 받은 경우에는 근로자는 일반규정인 민법 제663조에 의하여 해지할 수 있다고 할 것이다. 즉 사용자가 파산선고를 받은 경우에 민법 제663조는 근로자의 해지의 경우에만 적용된다고 제한적으로 해석하여야 할 것이다. 물론 입법론으로는 독일도산법 제113조 제1항과 같이 채무자회생법에 “관리인·파산관재인과 상대방은 고용관계에 기간의 약정이 있거나 통상의 해지권을 배척하는 특약이 있더라도 법률규정 또는 단체협약에서 정한 해고예고를 한 후에 고용계약을 해지할 수 있다”고 규정하는 것이 타당하다고 할 것이다.

25) Vgl. Baur/Stürmer, a.a.O., Rdnr. 9.18; Häsemeyer, a.a.O., Rdnr. 23.04; Düwell, a.a.O., S.1120.

## 2) 해고제한법리의 적용 여부 - 근로기준법상 제한사유

## 가) 서설

해고의 자유는 경제적·사회적으로 약자의 지위에 있는 근로자에게는 더 좋은 직장의 보장이 없는 대부분의 경우 직장상실의 위험을 의미하게 되므로, 근로기준법은 근로의 기회를 보호하기 위하여 해고의 자유를 여러 방면에서 제한하고 있다. 전술한 바와 같이 관리인·파산관재인에 의한 해고도 근로자의 의사에 반하는 근로관계의 종료임에는 변함이 없으므로, 근로자보호를 위한 강행규정인 근로기준법의 해고제한규정 등의 제한을 받는다고 할 것이다.<sup>26)</sup>

## 나) 해고사유의 제한

(i) 사용자는 정당한 이유 없이 근로자를 해고하지 못한다(근로기준법 제23조 제1항). 다만 회생절차가 개시된 경우에는 관리인은 제119조에 의하여 정리해고를 할 수 있는데, 정리해고가 일정 요건을 갖춘 때에는 근로기준법 제23조 제1항의 정당한 이유가 있는 해고를 한 것으로 본다(동법 제24조 제5항). 일반적으로 관리인이 고용인원을 정리해고하는 때에는 처음부터 해고권을 행사하지는 않고 일차적으로 희망퇴직자의 모집 등을 통하여 근로자의 자발적 퇴직을 유도하고, 이러한 사전절차에 의해서도 당초 계획하였던 인원의 감축이 불가능한 경우에 비로소 정리해고를 하는 수순을 밟게 된다. 다만 회생절차가 진행중임을 감안할 때 해고 대상자를 선정함에는 대상 근로자가 기업회생에 필요 불가결한 노동능력을 구비하고 있는지 여부에 대한 평가를 상대적으로 중시하여야 할 것이다.<sup>27)</sup> 이 점을 고려하여 법원은 관리인에 의한 정리해고를 법원의 허가를 받아야 할 행위로 지정할 수 있다(제61조 제1항 제9호).

26) 김선수, 「해고 및 근로관계의 승계」, 『노동관계 비평: 대법원 노동사건 판례 경향 분석 및 주요 판례 평석』 Vol. 2003(민주사회를 위한 변호사모임, 2004), p.24; 서경환, 앞의 논문, p.660 이하; 임종현, 앞의 논문, p.44 이하; 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『회생사건실무(상)』, p.135. 다만 김형배, 『노동법』 (박영사, 2005), p.545은 “파산관재인이 파산절차에서 근로자를 해고하는 파산관재인의 해고권은 파산기업의 속행 가치가 없어 파산관재인이 사업을 폐지하고 기업을 해체하는 경우에 인정되는 것으로서 당연한 권한이므로, 사업의 폐지 및 기업의 해체는 근로기준법 제23조 제1항이 정한 정당한 이유 또는 제24조가 정한 긴박한 경영상의 이유에 의한 해고가 적용될 수 있는 일반적(정상적)인 경우에 해당하지 않는다”고 한다.

27) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『회생사건실무(상)』, p.135.

(ii) 한편 근로기준법 제23조 제1항의 ‘정당한 이유’는 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있거나 부득이한 경영상의 필요가 있는 경우를 의미한다.<sup>28)</sup> 그렇다면 기업을 해체·청산하는 파산절차에서는 정상적인 기업활동에 필요한 인적 조직을 정리하여야 하므로, 파산관재인에 의한 해고는 정당한 이유에 해당하는지가 문제이다. 이에 관하여 ① 정리해고는 어디까지나 기업을 회생시키기 위한 것임에 반하여 파산절차는 민·상법상의 청산절차보다 강력한 청산절차이므로 재건을 전제로 하는 정리해고의 요건과 절차를 따를 필요가 없으며, 파산선고를 받아 더 이상 종전과 같은 규모로 영업을 계속하는 것이 불가능하거나 영업 자체를 계속하기 어려워 파산하게 되어 해고하는 것이라면 그 사실 자체가 정당한 사유에 해당한다는 이유로 파산관재인에 의한 해고는 정당한 통상해고에 해당한다는 견해,<sup>29)</sup> ② 사용자가 파산하였다더라도 즉시 사업이 종료되는 것이 아니고 제3자에게 영업을 양도하기 위해서는 근로자가 계속하여 근무하는 것이 필수적인 경우도 있고 청산 목적의 범위 내에서 관리능력이 있고 근로관계도 여전히 존속하는 것으로 보아 파산 시의 해고도 해고제한법리가 적용되어야 한다는 견해가 있다.<sup>30)</sup> 판례는 “기업이 파산선고를 받아 사업의 폐지를 위하여 그 청산 과정에서 근로자를 해고하는 것은 위장폐업이 아닌 한 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 파산관재인이 파산선고로 인하여 파산자<sup>31)</sup> 회사가 해산한 후에 사업의 폐지를 위하여 행하는 해고는 정리해고가 아니라 통상해고이다”고 한다.<sup>32)</sup>

생각컨대 파산절차에서의 해고는 근로자의 귀책사유로 비롯된 것이 아니라  
는 점에서 정리해고와 그 성격이 같지만, 정리해고는 기업의 유지·존속을 전

28) 대판 1990. 4. 27, 89다카5451; 대판 1991. 3. 27, 90다카25420.

29) 임치용, 앞의 논문, p.63; 임종현, 앞의 논문, p.44. 한편 선재성, 앞의 논문, p.505은 “파산의 본질은 기업의 청산이고 위와 같은 관재인의 지위에서 행하는 해지는 평상시 계속되는 기업에서 이루어지는 해고와는 그 본질을 달리하기 때문에 관재인에 의한 위 해지에서는 부당해고의 문제는 발생할 수도 없고 파산선고의 존재 자체가 정당한 해고사유로 되므로 부당해고 규정 역시 그 적용이 없다”고 한다.

30) 이흥재, 앞의 논문, p.199; 윤창술, 앞의 논문, p.82.

31) 채무자회생법은 ‘파산자’, ‘정리회사’라는 용어 대신에 ‘채무자’라는 용어를 사용하고 있고, 정리절차라는 용어 대신에 ‘회생절차’라는 용어를 사용하고 있으므로, 이하에서 판례를 그대로 인용하는 경우를 제외하고는 채무자, 회생절차라는 용어를 사용한다.

32) 대판 2003. 4. 25, 2003다7005; 대판 2001. 11. 13, 2001다27975.

제로 하는 데 반해 파산절차에서의 해고는 원칙적으로 기업의 소멸을 전제로 한다는 점에서 구별된다. 파산선고 자체는 근로관계의 존속을 기대할 수 없는 객관적 사유이므로 이로 인한 해고는 그 정당한 이유를 충족한 것으로 볼 수 있다. 다만 병원의 운영이나 대중교통의 운송사업 등 일정 기간 이를 계속할 사회적 필요성이 있는 경우 또는 채산이 맞지 않은 사업 부분을 폐쇄하고 나머지 사업을 양도·환가하려는 경우에도 파산관재인이 재단채권으로 인정되는 인건비를 절감하거나 매각 대금을 높이기 위해 근로자의 일부를 선택하여 해고하는 것이 일반적이는데, 이러한 해고는 정리해고와 유사하다는 점, 통상해고로 보게 되면 해고로부터 근로자의 보호가 미흡하다는 점을 고려할 때, 정리해고의 법리에 준하는 기준이 적용되어야 할 것이다. 물론 정리해고 대상의 선정에 대한 형평성 여부 등을 사전에 통제할 필요가 있는 사업장에 대해서는 법원은 파산관재인에 의한 정리해고를 법원의 허가를 받아야 할 행위로 지정할 수 있을 것이다(제492조 제16호).

#### 다) 관리인·파산관재인의 징계해고권 유무

채무자인 회사에 대하여 회생·파산절차가 개시되기 전에 근로자에게 취업규칙이나 단체협약상의 징계해고사유가 있었으나 징계해고절차를 진행하기 전에 회생·파산절차가 개시된 경우 또는 근로자가 절차개시 후에 징계사유에 해당하는 행위를 한 경우에 관리인·파산관재인이 당해 근로자를 징계해고할 수 있는지가 문제이다. 파산절차와 관련하여, 징계해고는 통상해고에 비하여 근로자에게 퇴직금 등 금전적 측면에서 불이익을 주어 반사적으로 파산재단에 금전적 부담을 감소시키는 효과가 있고, 파산선고라는 우연한 사정으로 평상시라면 징계해고를 당하여 일반 근로자보다 불리한 대우를 받았을 근로자를 통상해고하여 일반 근로자와 동등하게 대우하는 것은 불합리하다는 이유로 긍정하는 견해가 있다.<sup>33)</sup> 생각컨대 회생·파산절차에서 관리인·파산관재인에게 사용자로서의 지위가 인정하는 이상 취업규칙이나 단체협약에서 정한 징계사유가 있으면 징계해고를 할 수 있지만, 그 징계사유가 해당 근로자와의 근로관계의 유지를 관리인·파산관재인에게 더 이상 기대할 수 없을 정도이어야 하고(근로기준

33) 임종현, 앞의 논문, p.45.

법 제23조 제1항), 취업규칙이나 단체협약 또는 사규에서 정한 절차에 따라 할 것이다.

#### 라) 즉시해고의 제한

사용자는 근로자를 해고(정리해고 포함)하고자 할 때에는 적어도 30일 전에 예고하여야 하며, 30일 전에 예고를 하지 않은 때에는 30일분 이상의 통상임금(예고수당)을 지급하여야 한다(근로기준법 제26조 본문). 다만 천재·사변 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우 또는 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 노동부령으로 정한 사유에 해당하는 경우에는 해고예고 없이 즉시 해고할 수 있다(동법 제26조 단서). 그런데 사용자에 대하여 회생·파산절차가 개시되었더라도 이는 근로자의 귀책사유에 의해 개시된 것이 아니다. 또한 부득이한 사유란, 당해 사업장의 중심이 되는 중요한 건물, 설비 또는 기계 등의 소실과 같이 돌발적이고 불가항력적인 경우를 말하므로,<sup>34)</sup> 회생·파산절차의 개시는 부득이한 사유로 인하여 사업 계속이 불가능한 것에 해당하지 않는다. 따라서 관리인·파산관재인이 근로자를 해고하는 경우에는 해고예고를 거쳐야 한다(통설). 파산절차상의 해고는 통상 정상적인 기업활동이 완전히 정지된 상태에서 이루어지므로 해고예고 기간을 두고 해고하기보다는 해고예고수당을 지급하고 즉시 해고하는 것이 일반적이다.<sup>35)</sup> 이때 해고예고기간 중의 임금 또는 해고예고수당은 회생절차에서는 공익채권으로(제179조 제2호) 그리고 파산절차에서는 재단채권으로 취급된다(제473조 제8호). 그런데 회생절차와 달리 파산절차의 경우에는 파산재단이 재단채권인 임금채권의 총액을 변제하면 파산채권자에게 변제할 재원이 남지 않는 것이 현실이며, 예고기간 중의 임금이나 예고수당을 재단채권으로 취급하면 재원이 부족한 파산재단에 중대한 부담이 되어 파산채권자의 이익을 해할 우려가 있는데, 이는 공평한 배당을 목적으로 하는 파산절차의 목적에 부합하지 않는다. 입법론으로는 예고기간 중의 임금이나 예고수당을 파산채권으로 규정하는 것이 타당하다고 할 것이다.<sup>36)</sup> 한편 판례는 “해고예고의무를 위

34) 김형배, 앞의 책, p.557; 임종률, 『노동법』(박영사, 2006), p.540.

35) 임종현, 앞의 논문, p.44.

36) 독일도산법은 해고예고기간을 최장 3개월로 정하고 단체협약을 통하여 그보다 단축할 수



반한 해고라 하더라도 해고의 정당한 이유를 갖추고 있는 한 해고의 사법상의 효력에는 영향이 없다”고 한다.<sup>37)</sup>

마) 해고 시기의 제한

사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안 또는 산전·산후의 여성이 근로기준법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 해고하지 못한다(근로기준법 제23조 제2항 본문). 다만 사용자가 일시보상 규정(동법 제84조)에 따라 일시보상을 하였을 경우 또는 사업을 계속할 수 없게 된 경우에는 즉시해고할 수 있다(동법 제23조 제2항 단서). 여기서 ‘사업을 계속할 수 없게 된 경우’란, 해당 근로자가 소속한 사업장 또는 부서의 사업(조업)을 상당 기간 중지할 수밖에 없게 된 경우를 말하고, 반드시 당해 사업이 폐업하게 되거나 주요 사업장의 조업을 계속할 수 없게 될 것을 요하지 않는다. 또 조업 중지의 사유가 천재·사변 기타 부득이한 사유로 인한 것이든 불경기나 관리 소홀로 인한 것이든 불문한다.<sup>38)</sup> 따라서 회생절차는 기업의 유지·존속을 전제로 하므로 관리인이 근로자를 해고하는 경우에도 근로기준법 제23조 제2항이 적용된다고 할 것이다. 다만 수개의 사업장 또는 부서의 사업이 존재하고 회사의 회생을 위하여 일부 사업장 또는 부서의 사업을 폐쇄하기 위하여 근로자를 해고하는 경우에는 일시보상의 지급 없이 해고할 수 있다고 할 것이다. 한편 사용자의 파산은 사업을 계속할 수 없는 경우에 해당하므로 휴업 중의 근로자에 대하여 일시보상금의 지급 없이 해고할 수 있다고 할 것이지만,<sup>39)</sup> 예외적으로 병원의 운영이나 대중교통의 운송사업 등 일정 기간 이를 계속할 사회적 필요성이 있는 경우 또는 재산이 맞지 않은 사업 부분을

없도록 규정하고 있다(§ 113 I S.2 InsO). 해지기간은 근로관계의 지속기간에 따라 산정되는데, 근속연수가 2년 이상인 경우에는 1개월, 5년 이상인 경우에는 2개월, 8년 이상인 경우에는 3개월, 10년 이상인 경우에는 4개월, 12년 이상인 경우에는 5개월, 15년 이상인 경우에는 6개월, 20년 이상인 경우에는 7개월이다(§ 622 II BGB). 그런데 도산절차가 개시된 경우에는 해지기간이 가장 3개월을 초과할 수 없으므로, 근속연수가 10년 이상인 근로자는 해지기간의 단축으로 인한 손해를 도산채권으로 주장할 수 있다(§ 113 I S.3 InsO).

37) 대판 1994. 12. 27, 94누11132; 대판 1998. 11. 27, 97누14132.

38) 임종률, 앞의 책, p.538.

39) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『법인파산실무』 (박영사, 2007), p.135.

폐쇄하고 나머지 사업을 양도·환가하기 위해 사업을 계속하는 경우에 휴업 중의 근로자를 해고할 때에는 근로기준법 제23조 제2항이 적용된다고 할 것이다.

#### 바) 단체협약에 의한 제한

회생·파산절차가 개시되기 전에 사용자가 노동조합과의 사이에 근로자를 해고하는 때에는 노동조합의 동의 또는 노동조합과의 사전협의를 필요로 한다는 내용의 단체협약을 체결한 경우, 관리인·파산관재인은 이러한 단체협약에 반하여 사전동의나 협의 없이 근로자를 해고할 수 있는지가 문제이다. 파산절차와 달리 제119조 제4항은 관리인의 단체협약의 해지권을 부정하고 있고, 회생절차에서 관리인에게 사용자로서의 지위가 인정하는 이상 특별한 사정이 없는 한 단체협약에서 정한 절차에 따라야 할 것이다. 한편 파산절차와 관련하여, 동의 내지 협약조항은 정상시의 정상적인 영업계속 상태를 전제로 하는 것이지 파산이라는 비상사태에서의 적용을 예상한 것이 아니기 때문에 파산관재인은 단체협약에 구속되지 않는다는 견해,<sup>40)</sup> 파산관재인은 회생절차와는 달리 원칙적으로 단체협약 자체를 해제할 수 있을 뿐만 아니라 단체협약은 우위에 있는 사용자의 존재를 전제로 노사대등한 관계를 이루려 하는 것인데 파산은 사업주체가 상실되어 협약이 기능할 의미가 없으므로 이에 구속되지 않는다는 견해가 있다.<sup>41)</sup> 생각컨대 해고협의조항 등 단체협약에 의한 해고의 제한규정은 청산 목적의 실현을 위하여 그대로 적용될 수는 없지만, 예외적으로 사회적 필요에 의해 또는 영업양도를 통한 청산을 위해 근로관계가 계속되는 경우에는 해고 대상 근로자의 공정한 선발이 요구되므로, 파산절차의 목적에 반하지 않는 범위 내에서 단체협약에서 정한 절차에 따라야 할 것이다.

#### 3) 파산관재인의 해고가 부당노동행위에 해당하는지 여부

회생절차는 이해관계인의 법률관계를 조정하여 채무자의 효율적인 회생을 도모하는 제도임에 비추어볼 때, 통상적인 부당노동행위 법리가 적용된다고 할 것이다. 그렇다면 파산절차의 경우에도 부당노동행위의 문제가 발생할 수 있는

40) 임종헌, 앞의 논문, p.45.

41) 선재성, 앞의 논문, p.507.

지가 문제이다. 이에 관하여 부당노동행위제도는 근로자 및 노동조합의 단결권을 보장하기 위한 것인데 파산은 경영 주체의 상실이고 단결권 등이 기능하여야 할 노사 간의 힘의 불균형 상태도 존재하지 않게 된다는 점, 파산절차는 청산절차로써 전 종업원에 대하여 해고가 예정되어 있다는 점, 파산관재인은 이해관계인의 이익을 조정하여야 할 일반적 강제집행기관인 점을 고려할 때 노동조합법 제81조의 부당노동행위의 문제가 생길 여지가 없다는 견해가 있다.<sup>42)</sup> 생각컨대 근로자의 임금 등의 채권에 일반 우선변제특권이 인정되기 때문에 이미 수익사업의 운영이 정지된 상태에서 해고절차를 지체하면 그만큼 파산재단을 감소시키게 되고, 결국 채무자의 재산을 환가하여 채권자에게 공평하게 배당하려는 파산절차의 목적에 반하게 되므로 파산관재인은 파산선고 후에 바로 파산절차의 일환으로서 근로자에 대한 해고절차를 밟는 것이 일반적이다. 따라서 이러한 해고 자체는 그 성격상 부당노동행위에 해당하지 않는다고 할 것이다. 다만 파산절차가 개시되더라도 병원의 운영이나 대중교통의 운송사업 등 일정기간 이를 계속할 사회적 필요성이 있거나 채산이 맞지 않은 사업 부분을 폐쇄하고 나머지 사업을 타인에게 양도하여 환가하기 위해 사업을 계속하는 경우에는 부당노동행위의 법리가 적용된다고 할 것이다.<sup>43)</sup>

### 3. 회생·파산절차에서의 근로관계로 인한 임금채권

#### 가. 근로자의 임금채권·퇴직금

근로자의 임금채권을 어떻게 보호할 것인지는 입법정책에 따라 다르다. 독일은 도산절차개시 전의 임금채권은 도산채권으로 취급하고(§ 108 II InsO), 도산절차개시 후의 임금채권은 도산재단으로부터 우선하여 변제받을 수 있는 재단(공익)채권(Masseverbindlichkeit)으로 취급하고 있다(§ 55 I Nr.2 InsO).<sup>44)</sup> 그리

42) 임치용, 앞의 논문, p.83; 선재성, 앞의 논문, p.505; 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『법인파산실무』, p.135.

43) 판례는 “단체협약에 해고의 사전 합의 조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 해고 권한이 어떠한 경우를 불문하고 노동조합의 동의가 있어야만 행사할 수 있다는 것은 아니고, 노동조합이 사전 동의를 남용하거나 스스로 사전 동의를 포기한 것으로 인정되는 경우에는 노동조합의 동의가 없더라도 사용자의 해고권 행사가 가능하다”고 한다(대판 2007. 9. 6, 2005두8788).

고 일본파산법은 파산절차개시 전 3개월간의 임금채권과 퇴직 전 3개월간의 급여 총액에 상당하는 퇴직수당채권을 재단채권으로 취급하고(일본파산법 제149조 제1항, 제2항), 나머지 임금채권은 우선적 파산채권으로 취급한다(일본파산법 제98조). 그리고 일본회사갱생법은 절차개시 전의 원인에 기하여 6개월간에 생긴 임금채권을 공익채권으로 취급하고, 갱생계획인가결정 전에 퇴직한 퇴직수당청구권은 퇴직 전 6개월분의 급여 총액에 상당하는 금액과 퇴직수당 1/3에 상당하는 금액 중 다액을 공익채권으로 취급하지만(일본회사갱생법 제130조 제1항, 제2항), 나머지 임금채권은 우선적 채권으로 다루고 있다. 이처럼 파산절차에서의 임금채권의 지위가 갱생절차보다 못한 이유는 근로자 전원에 대해 퇴직금이 발생하여 재단 부족으로 인한 파산절차 폐지가 증대하고 회사의 재건을 위해 근로의욕을 고취할 필요가 없기 때문이라고 한다.<sup>45)</sup> 한편 우리 채무자 회생법은 근로자보호라는 사회정책적 필요에서 근로자의 임금·퇴직금·재해보상금을 그 발생 시기가 회생·파산절차개시 전후인지 여부를 묻지 않고 모두 공익채권 내지 재단채권으로 취급하고 있다(제179조 제10호, 제473조 제10호). 이러한 공익·재단채권은 회생·파산절차에 의하지 않고 수시로 변제되지만, 만일 채무자의 재산이 공익·재단채권의 총액을 변제하기에 부족한 것이 명백하게 된 때에는 법령에 정하는 우선권에 불구하고 아직 변제하지 아니한 채권액의 비율에 따라 변제된다(제180조 제7항, 제477조 제1항). 그리고 임금채권보장법 제7조는 일정한 범위의 미지급 임금 및 퇴직금에 대하여 국가가 채당하는 제도를 두고 있다.<sup>46)</sup> 국가가 청구하는 채당금은 회생·파산절차개시 전후에 지급하였는지 관계없이 모두 공익·재단채권으로 된다. 그런데 임금채권 등의 보호의 필요성에 반대하지는 않지만, 채권자 평등의 원칙에 비추어볼 때 근로자의 임금채권 전액을 공익채권으로 취급하여 다른 채권자보다 우선하는 것은 정당하다고 할 수 없으며,<sup>47)</sup> 사회적 약자의 보호는 국가의 책무이지 회생·파산채권자의 희생에 의해 보호되어야 할 사항이 아니다. 또한 임금채권 등의 특

44) Bork, a.a.O., Rdnr. 173.

45) 須藤英章·宮川勝之·深山雅也, 『新しい破産法解説』, 三省堂, 2004, p.140 이하.

46) 근로자가 지급보장을 받을 수 있는 임금채권의 범위는 퇴직일 또는 사실상 근로관계의 종료일로부터 소급하여 최종 3월분의 임금, 최종 3월분의 휴업수당, 최종 3년간의 법정 퇴직금이다(임금채권보장법 제7조 제2항).

47) Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 3.Aufl., 2006, § 103 Rdnr. 8.

별대우로 인하여 회생·파산채권자의 배당 재원이 되는 회생·파산재단의 부실을 초래하여 회생·파산절차의 기능을 저해하여서는 안 될 것이다. 따라서 근로기준법 제37조 제2항, 근로자퇴직급여보장법 제11조 제2항에 따른 임금채권 등의 최우선변제의 범위(최종 3월분의 임금, 최종 3년간의 퇴직금 및 재해보상금)를 고려하여, 임금채권 등의 일부만을 공익·재단채권으로 하는 것을 입법적으로 검토하여야 할 것이다.

#### 나. 영업양수인에게 근로관계가 승계된 경우의 근로자의 임금채권 등

##### 1) 문제 제기

회사의 합병이나 영업양도에 의하여 근로관계가 양수인에게 이전되면, 양수인은 기존의 근로관계에서 발생하는 모든 권리와 의무를 승계한다. 그러므로 양수인은 사용자의 지위를 보유하면서 인수된 근로자에 대하여 노무지시권과 함께 임금지급 의무를 부담하게 되며, 근로자는 양수인에게 근로관계에서 발생하는 주된 근로급부 의무와 종된 의무를 부담한다. 그렇다면 회생·파산절차개시된 채무자(회사)의 영업이 양도된 경우, 양수인은 근로관계의 이전과 함께 양도인(회생·파산절차에서의 채무자)이 부담해야 할 근로계약상의 채무를 승계하는지, 퇴직금 산정의 경우에 영업양도 전후를 통산하여 근속연수를 산정하여야 하는지가 문제이다.

##### 2) 입법례

회생·파산절차에서의 영업양도와 관련하여, 양수인이 양도인이 부담해야 할 체불임금이나 체불퇴직금 및 퇴직금 산정에서의 근속연수를 통산하여야 하는지에 관하여, 제281조 제1항은 “회생절차개시 후 채무자의 이사·대표이사·감사 또는 근로자이었던 자로서 계속하여 신회사의 이사·대표이사·감사 또는 근로자가 된 자는 채무자에서 퇴직한 것을 이유로 하여 퇴직금 등을 지급 받을 수 없다”고 하여, 양도인의 근로자 등에 대한 임금채무 등을 양수인이 승계하는 것으로 정하고 있다. 또한 제2항에서는 “제1항에 규정된 자가 채무자에서 재직할 기간은 퇴직금 등의 계산에 관하여는 신회사에서 재직할 기간으로 본다”고 하여, 근속연수를 통산하도록 하고 있다. 한편 독일민법 제613조 a 제1

항 제1문은 “영업 또는 영업 부분이 법률행위에 의하여 다른 자에게 양도된 경우, 양수인은 양도 당시 존재하는 근로관계상의 권리의무를 승계한다”고 규정하고 있는데, 이에 대하여 독일 학설과 판례는 양수인이 예상하지 못한 막대한 부담을 지게 되어 결국에는 영업양도가 불가능하게 될 수 있다는 점을 고려하여, 제한적으로 해석하고 있다.<sup>48)</sup> 즉 양수인은 양도 당시 존재하는 근로관계를 승계하지만, 영업양도 전에 발생한 양도인의 체불임금 등에 대해서는 책임을 부담하지 않으며, 연금 지분(Rentenanteil)도 양수한 이후만 승계하므로, 근로자는 체불임금 등에 대해서는 채무자의 도산재단(Insolvenzmasse)으로부터 변제를 받아야 한다고 한다.<sup>49)</sup>

### 3) 검토

제281조 제1항은 ‘회생절차개시 후’라고 기술하고 있으므로, 회생계획인가 전 회생절차폐지결정,<sup>50)</sup> 회생계획불인가결정이 확정되고 법원이 파산선고를 하지 않아<sup>51)</sup> 업무수행권과 재산의 관리처분권을 회복한 채무자가 영업을 양도한 경우뿐만 아니라 회생계획에 따라 영업을 양도된 경우에 양수인은 근로관계의 이전과 함께 양도인이 부담해야 할 근로계약상의 채무를 승계하고, 퇴직금 산정의 경우에도 영업양도 전후를 통산하여 근속연수를 산정하여야 한다.<sup>52)</sup> 또한 파산절차가 개시된 채무자의 영업 부분을 양도하는 방법으로 청산하는 경우에도 제281조가 유추적용되어야 할 것이다. 그러나 양수인이 양도인의 근로자에 대한 채무를 승계한다면, 양수인은 파산관재인(관리인)과의 사이에 영업(사업)부분에 대한 매매가격을 산정할 때에 이 점을 고려하게 될 것이고, 이로 인해

48) BAG NJW 1980, 1124 ff.; BGA ZIP 1988, 121 ff.; BGA ZIP 2005, 457; Henckel, Die Betriebsveräußerung im Konkurs, ZIP 1980, 8; Staudinger-Georg Annuß, § 613 a BGB Rdnr. 316 f.; MünchKomm/Müller-Glöge, § 613a BGB Rdnr. 177, 179.

49) 다만 도산절차개시(Insolvenzeröffnung)와 영업양도(Betriebsübergang) 사이에 발생한 근로자의 채권에 대해서는 독일민법 제613조의 a에 의해서 양수인이 부담한다는 견해가 있다 (자세한 것은 MünchKomm/Müller-Glöge, § 613a BGB Rdnr. 179).

50) 회생절차의 폐지는 회생절차개시 후에 당해 회생절차가 그 목적을 달성하지 못한 채 법원이 그 절차를 중도에 종료시키는 것으로서, 회생절차의 목적을 성공적으로 달성하여 회생절차로부터 벗어나는 것을 의미하는 회생절차의 종결과 구별된다.

51) 채무자회생법은 회생계획인가 후에 회생절차 폐지를 하는 경우에만 필요적 파산선고를 하고 나머지 경우에는 임의적 파산선고를 하도록 하고 있다(제6조).

52) MünchKomm/Müller-Glöge, § 613a BGB Rdnr. 180.

파산재단(회생재단)에 귀속되어야 할 매매대금이 대폭 감소하게 될 것이다.<sup>53)</sup> 결국 영업양도라는 우연한 사정에 의해 근로관계가 양수인에게 승계되는 근로자는 양수인으로부터 체불임금 등에 대해 전액 지불을 받을 수 있게 되는데, 그 금액의 상당 부분은 파산재단(회생재단)에 귀속되어야 할 재산이라는 점에서 승계되지 않은 근로자나 파산관재인(관리인)에 의해 해고된 근로자보다 더 보호받게 되는 결과를 초래하게 된다. 또한 양수인이 양도인의 체불임금 등도 승계한다면 조직을 해체하여 사업재산의 전부를 양도하는 경우보다 영업양도를 하는 경우가 파산채권자나 회생채권자에게 더 불이익하게 된다. 이는 채권자평등의 원칙에 반한다.<sup>54)</sup> 그 밖에 양수인이 양도인의 체불임금 등도 승계한다고 하면 파산관재인(관리인)은 인수 희망자를 구할 수 없을 것이고, 이로 인해 자산만을 양도하고, 근로자를 해고할 수밖에 없을 것인데, 이는 근로자보호라는 노동법의 이념에도 부합하지 않게 된다. 따라서 “파산절차나 회생절차의 경우에는 양도되기 전에 발생한 근로자 등의 양도인(채무자)에 대한 권리에 관해서는 양수인이 그 책임을 승계하지 않으며, 또한 근로자가 근무하던 채무자인 회사에 회생·파산절차가 개시되어 채무자의 영업을 양도되고 영업을 양수한 기업에서 퇴직하는 경우, 근로자가 영업양도 이후에 근무한 근로연수에 상응하는 퇴직금을 양수한 기업에 대하여 그 지급을 청구할 수 있다”는 것이 타당할 것이므로, 이에 대한 입법적인 검토가 필요하다고 하겠다.<sup>55)</sup>

#### 다. 금품청산조항 위반으로 인한 관리인·파산관재인의 처벌문제

사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급 사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금·보상금 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 하며(근로기준법 제36조), 이를 위반한 경우에 형사처벌을 받는다(동법 제109조).<sup>56)</sup> 전술한 바와 같이 회생·파산절차에서 관리인·파산관재인은 사용자로서의 지위가 인정되므로, 근로기준법 제36조를 위반한 경우 그 처벌의 문제가 발생한다. 회생

53) Staudinger-Georg Annuß, § 613 a BGB Rdnr. 316.

54) Staudinger-Georg Annuß, § 613 a BGB Rdnr. 317.

55) Vgl. BAG NZA 2003, 318; Staudinger-Georg Annuß, § 613 a BGB Rdnr. 324; MünchKomm/Müller-Glöge, § 613a BGB Rdnr. 181 m.w.N.

56) 이는 반의사 불법죄에 속한다(근로기준법 제109조 제2항).

절차는 청산을 목적으로 하는 것이 아니라 이해관계인의 법률관계를 조정하여 채무자 또는 그 사업의 효율적인 회생을 목적으로 하고, 회생절차가 개시되면 채무자의 업무수행권과 재산의 관리처분권이 관리인에게 전속하기 때문에(제56조 제1항), 관리인은 근로기준법 제15조의 사용자에게 해당한다.<sup>57)</sup> 따라서 관리인이 근로기준법 제36조를 위반하면 형사처벌을 받게 되지만, 공익채권의 변제에 대하여 법원의 허가를 받도록 한 경우(제61조 제1항 제8호), 자금 사정 등으로 지급 기일 내에 임금·퇴직금 등을 지급할 수 없었던 불가피한 경우뿐만 아니라 그 밖의 사정으로 사용자의 임금 미지급에 고의가 없거나 비난할 수 없는 경우에는 형사처벌을 받지 않을 것이다.<sup>58)</sup> 판례도 “자금 사정의 악화로 말미암아 도저히 그 퇴직금 등의 지급에 소요되는 자금을 마련할 수 없었던 불가피한 사정이 인정되는 경우에는, 설사 법원에 제출된 정리회사의 자금집행계획서에 그 퇴직금 등의 지급에 소요될 자금이 형식적으로 계상되어 있었든지 퇴직자들과 그 지급에 관한 기일 연장의 합의가 없었다고 하더라도, 정리회사의 관리인에게 채불의 죄책을 물을 수는 없다”고 한다.<sup>59)</sup>

한편 파산관재인도 근로기준법 제15조의 사용자에게 해당하지만, 관리인과 달리 파산관재인은 재단소속 재산을 환가한 후 임금채권을 포함한 여러 가지 재단채권을 변제하고자 하는 때에는 법원의 허가를 받아야 하므로(제492조 제13호, 제61조 제1항 제8호), 원칙적으로 파산관재인이 임금과 퇴직금의 지급 사유가 발생한 때부터 14일 이내에 지급하지 않더라도 처벌을 받지 않을 것이다.<sup>60)</sup> 다만 그 가액이 1천만 원 미만으로서 법원이 정한 금액 미만인 때에는 법원의 허가를 받을 필요가 없으므로(제492조 단서), 파산관재인은 특별한 사정이 없는 한 근로기준법상의 임금채불의 죄책을 지게 될 것이다.

57) 대판 1984. 4. 10, 83도1850.

58) 대판 2007. 3. 29, 2007도97; 대판 2005. 6. 9, 2005도1089; 대판 1998. 6. 26, 98도1260.

59) 대판 1995. 11. 10, 94도1477. 다만 대판 1984. 4. 10, 83도1850은 “회사정리절차에서 공익채권에 속하는 퇴직금은 우선권이 있으며, 신고·조사·확정절차를 거치지 않고도 수시 변제하는 것이므로 공동관리인인 피고인이 퇴직금의 청산을 위하여 최선을 다하여야 할 뿐만 아니라 특별한 사정이 있어서 14일 이내에 의무를 이행하기가 어려우면 그 기일 연장을 위하여 당사자 사이에 합의라도 하여야 할 터인데 그러한 노력을 전혀 하지 아니한 채 근로기준법 소정의 기일을 도과하였다면 이는 근로기준법 위반에 해당된다”고 한다.

60) 임치용, 앞의 논문, p.77 참조.



### Ⅲ. 채무자인 회사에 회생·파산절차가 개시된 경우의 집단적 근로관계

#### 1. 집단적 근로관계의 존속 여부

##### 가. 회생·파산절차가 개시된 경우의 집단적 근로관계

집단적 근로관계는 다수의 근로자가 참여한 노동조합과 그 활동, 이와 관련된 집단적 현상(노동쟁의의 조정) 및 경영 내의 여러 가지 문제들을 노동조합 또는 종업원대표가 사용자대표와 행하는 협의(노사협의)를 규율 대상으로 한다. 회생절차가 개시되더라도 법인은 여전히 존속하고 회생계획에서 해산의 시기를 정하는 경우에 한하여 해산하게 되며, 파산절차가 개시된 경우에도 법인에 대한 해산과 청산절차가 진행되지만 이를 종료하기 전까지는 권리능력을 상실하지 않으므로, 회생·파산절차개시로 인하여 집단적 근로관계는 해소되지 않고 존속하며, 채무자회생법에 특별한 규정이 없는 한 회생·파산절차가 개시된 회사의 집단적 근로관계에 노동조합법이 그대로 적용된다고 할 것이다.<sup>61)</sup> 예컨대 회사의 재산에 대한 회생·파산절차개시는 노동조합법 제28조의 해산 사유에 해당하지 않으므로, 회사가 회생절차개시결정 또는 파산선고를 받았더라도 노동조합은 그 규약에 따로 정함이 없으면 해산되지 않는다.<sup>62)</sup> 또한 단체협약은 당사자인 회사가 해산하면 그 청산의 종료시에 실효되므로,<sup>63)</sup> 회생·파산절차개시를 실효사유로 정하고 있지 않는 한 회생·파산절차개시로 인하여 당연히 종료하지 않으며 단체협약의 효력은 당사자 사이에서 그대로 유지된다.

61) Vgl. Baur/Stürmer, a.a.O., Rdnr. 9.17; Kuhn/Uhlenbruck, § 17 Rdnr. 17b.

62) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『법인파산실무』, p.136 참조.

63) Gottwald, § 103 Rdnr. 8 ff., 24; 임종률, 앞의 책, p.169; 김형배, 앞의 책, p.796; 박승두, 앞의 논문, p.99.

#### 나. 단체협약에 규정된 '회생·파산절차개시 신청에 관한 사전협의·동의'조항의 효력

채무자(회사)와 노동조합 사이에 회사가 회생절차개시 또는 파산절차개시 신청을 하고자 할 때에 노동조합과의 사전협의 및 동의 없이 이를 일방적으로 신청하지 않는다는 단체협약을 체결한 경우, 이에 위반하여 신청한 회생·파산절차의 효력이 문제이다. 파산절차와 관련하여, 파산절차는 총채권자에 대한 채무를 완제할 수 없는 상태에 있는 경우에 강제적으로 그 자의 전 재산을 관리·환가하여 총채권자에게 공평한 금전적 만족을 주는 것을 목적으로 하는 재판상의 절차이고 총채권자의 이익을 위한 제도이므로 일부 특정한 채권자 기타 권리자와의 합의에 의하여 그 신청을 제한할 수 없다는 견해가 있다.<sup>64)</sup> 생각컨대 회생절차는 재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면해 있는 채무자에 대하여 이해관계인의 법률관계를 조정하여 채무자 또는 그 사업의 효율적인 회생을 도모하고, 파산절차는 회생이 어려운 채무자의 재산을 공정하게 환가하여 이해관계인에게 배당을 목적으로 한다(제1조). 또한 채무자뿐만 아니라 채권자·주주·지분권자도 회생절차개시의 신청을 할 수 있고(제34조), 파산 신청 역시 채권자도 신청할 수 있지만(제294조) 대부분의 경우에는 채무자가 개시 신청을 하는 것이 현실이다. 만일 노동조합의 사전 동의를 필요로 한다면 회생·파산절차의 목적에 반할 뿐만 아니라 회생·파산절차의 활성화와 개시 신청의 신속성을 저해하고, 이로 인해 다른 이해관계인의 권리를 침해할 수 있다. 결국 회생·파산절차개시 신청에 관한 사전 협의·동의를 요구하는 단체협약은 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하므로(민법 제103조) 사용자(채무자)의 절차개시 신청을 제한할 수 없다고 할 것이다. 물론 사전 협의·동의라는 조항이 없었더라도 단체협약을 체결하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 단체협약의 내용은 유효하다(민법 제137조 단서). 따라서 채무자가 노동조합과 사전 협의 내지 동의를 얻지 않고 회생·파산절차개시 신청을 하였더라도 회생·파산 취소원인으로 되지 않는다고 할 것이다.

64) 선재성, 앞의 논문, p.521.

#### 다. 단체교섭

##### 1) 관리인·파산관재인인 단체교섭 의무

단체교섭은 노동조합의 대표자가 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭(협상)하는 것을 말하며(노동조합법 제29조), 단체교섭을 적극적으로 보호·조장하기 위하여 노동조합법은 사용자의 교섭의무를 부과하고 있다(제30조 제2항, 제81조 제3호). 즉 단체교섭의 주체는 노동조합과 사용자 또는 사용자단체이다(노동조합법 제29조 제1항). 회생절차가 개시되면 전술한 바와 같이 관리인은 근로관계에서 사용자의 지위에 있으므로, 관리인은 채무자의 회생목적을 저해하지 않는 한 단체교섭의무를 부담한다고 할 것이다.<sup>65)</sup> 그렇다면 파산선고 즉시 모든 근로자에 대하여 해고를 하지 않거나 일부 근로자만 해고하였기 때문에 노동조합이 존속하고 있는 경우 또는 단위노동조합은 있지 않지만 연합단체인 노동조합이 있어 파산관재인에게 단체교섭을 요구하면 파산관재인은 단체교섭을 할 의무가 있는지가 문제이다. 이에 관하여 (i) 파산관재인은 법원의 감독을 받고 법원 또는 감사위원의 허가를 받아 그 업무를 처리하므로 단체협상에 응하여 발휘할 재량권이 없다는 이유로 단체교섭에 응할 의무가 없다는 견해,<sup>66)</sup> (ii) 고용관계도 파산관재인인 업무에 속하는 파산재단에 대한 관리처분권에 속하며 파산관재인이 종전 사용자의 지위를 승계한다는 이유로 축소된 범위 내에서 단체교섭의무가 인정된다는 견해가 있다.<sup>67)</sup>

생각컨대 파산절차는 회생절차와 달리 청산절차로서 영업을 폐지하여 회사의 법인격이 소멸될 것을 예정하고 있으므로, 원칙적으로 파산관재인에게 단체교섭의 의무를 부과할 필요성은 없을 것이다. 다만 사회적 필요에 의해 또는 영업양도를 통한 청산을 위해 근로관계가 계속되는 경우에는 노동조합법이 적용되고, 전술한 바와 같이 파산관재인은 사용자의 지위에 있기 때문에 직무상 재량권을 발휘할 수 있는 범위 내에서 근로조건 등에 대하여 파산관재인은 단체교섭에 응할 의무가 있다고 할 것이며, 정당한 이유 없이 노동조합의 단체교

65) 이흥재, 앞의 논문, p.210.

66) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『법인파산실무』, p.137; 임치용, 앞의 논문, p.85.

67) 윤남근, 앞의 논문, p.196; 선재승, 앞의 논문, p.529; 이흥재, 앞의 논문, p.209; 윤창술, 앞의 논문, p.80.

섭을 거부하면 부당노동행위에 해당할 수 있다.

## 2) 관리인·파산관재인의 단체교섭 의무의 한계·단체교섭 대상

관리인·파산관재인의 의무로 규정된 사항은 단체교섭의 대상에서 제외될 것이지만, 재량적 판단이 허용되는 사항은 단체교섭의 대상으로 된다.<sup>68)</sup> 예컨대 공익·재단채권으로 된 임금채권의 변제 금액 및 변제 시기, 해고의 시기, 근로관계가 계속되고 있는 근로자에 대한 근로조건, 배치전환 등은 단체교섭의 대상으로 될 수 있다. 또한 잉여인력에 대하여 희망퇴직을 실시할 경우 희망자가 없는 경우가 많으며, 잉여인력이 근로기준법상 정리해고의 요건을 갖출 수 있는냐의 문제보다도 부도기업을 회생하거나 특정 영업부분의 매각 대금을 높이기 위해서는 무엇보다 노사의 합의가 필요로 한다. 그래서 관리인·파산관재인과 노동조합 사이에는 채무자(부도기업)가 감당할 수 있는 최소한의 위로금(예: 4개월치 급여)을 추가로 지급하는 조건으로 잉여인력을 정리하기로 단체협약을 체결하는 경우가 있는데,<sup>69)</sup> 이러한 단체협약도 허용된다고 할 것이다. 물론 이 경우의 위로금은 공익·재단채권으로 인정된다(제179조 제14호, 제473조 제4호).

## 2. 단체협약의 준수 의무와 해지 등

### 가. 관리인·파산관재인의 단체협약 준수 의무

단체협약이란 노동조합과 사용자 또는 사용자단체와의 사이에 단체교섭에서 합의된 내용(예: 임금, 근로시간 등의 개별적 근로관계 및 당사자의 집단적 근로관계)을 문서화한 것을 말한다.<sup>70)</sup> 단체협약은 당사자 사이의 계약으로서 회생·파산절차개시를 실효 사유로 정하고 있지 않는 한 회생·파산절차개시 결

68) 윤창술, 앞의 논문, p.80; 선재승, 앞의 논문, p.529.

69) 박승두, 「잇을 수 없는 9월 14일 - (주) 인켈 M&A 이야기」 (법률SOS, 2007), p.55.

70) 회생절차개시 결정이 있는 경우 단체협약의 사용자 측 체결권자에 대하여, 판례는 “절차개시 결정이 있는 경우 제56조 제1항(구 회사정리법 제53조 제1항)에 따라 회사 사업의 경영과 재산의 관리 및 처분을 하는 권한이 관리인에게 전속되므로 정리회사의 대표이사 가 아니라 관리인이 근로관계상 사용자의 지위에 있게 되고, 따라서 단체협약의 사용자 측 체결권자는 대표이사가 아니라 관리인이다”고 한다(대판 2001. 1. 19, 99다72422).

정에 의하여 당연히 실효하는 것이 아니므로 단체협약의 효력은 당사자 사이에서 유지된다. 따라서 관리인은 회생절차개시 전에 체결된 단체협약이 회생절차를 진행하는 데에 지장이 있다고 하여도 그 내용을 변경하여 새로운 단체협약을 노동조합과 체결하거나 유효기간이 경과하지 않는 한 이에 구속된다.<sup>71)</sup> 한편 일반적으로 파산관재인은 법원으로부터의 선임과 동시에 근로자 전원을 해고한 후에 파산 업무의 수행을 위하여 필요한 일부를 그 보조인으로 채용하므로 단체협약의 준수 의무 문제는 발생하지 않는다. 다만 파산선고 후에도 일정기간 회사의 사업을 계속할 사회적 필요성이 있거나 영업을 축소하여 이를 제3자에게 양도하는 방법으로 환가하려는 경우에는 영업 존속기간에 차이가 있을 것을 제외하고는 회생절차와 별다른 차이가 없으므로, 파산관재인은 단체협약을 준수하여야 할 의무를 부담한다고 할 것이다.

#### 나. 관리인·파산관재인의 단체협약 해지

##### 1) 문제 제기

단체협약의 법적 성질에 관하여 학설이 나누어져 있지만, 단체협약은 노동조합과 사용자라는 양 당사자가 상호 의사를 교환하여 합의된 내용을 문서화한 것이라는 점에서 계약이라고 할 수 있고, 각 조항이 당사자 쌍방에 대하여 각종 의무를 부과하고 있고, 이는 양 당사자가 상호 대가적 의미를 갖는 채무로서 회생·파산절차개시 당시 쌍방의 의무이행의 여지가 남아 있으므로 제119조, 제335조의 쌍방 미이행의 쌍무계약에 해당한다. 다만 제119조 제4항은 절차개시 전에 당사자 사이에 체결된 단체협약에 관하여 회생절차가 개시된 이후에도 미이행 쌍무계약임을 이유로 관리인은 해지할 수 없도록 규정하고 있다. 한편 파산절차의 경우에는 이러한 명문규정이 없으므로 파산관재인이 단체협약을 해지할 수 있는지가 문제이다. 물론 파산관재인이 근로자를 전원 해고하면 더 이상 집단적 근로관계가 존재할 수 없고 그 결과 단체협약은 당연히 그 의미를 상실하게 되므로, 파산관재인이 파산선고 후 근로자 전원에 대한 해제권을 행사하지 않고 채무자의 사업을 일부라도 계속하는 경우에 근로관계가 지속되는

71) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『회생사건실무(상)』, p.134.

근로자에 대한 관계에서 단체협약의 해지가 문제된다.

## 2) 학설

(i) 제한적 긍정설은 파산의 본질이 기업의 해체·청산에 있는 이상 파산관재인은 회생절차와 달리 단체협약을 해지할 수 있지만, 이 경우에도 단체협약 중 규범적 부분에 대하여는 임의로 해지할 수 없고 채무적 부분만 해지할 수 있다고 한다.<sup>72)</sup> 즉 단체협약 중 채무적 부분이 해지되는 경우 근로계약의 해지와 달리 제335조 제1항에 의하여 상대방은 손해배상에 관하여 파산채권자로서 그 권리를 행사할 수 있으므로 채무적 부분은 관재인의 합리적 판단하에 이를 해지할 수 있다고 한다.

(ii) 부정설은 단체협약이 파산관재인의 업무수행에 지장을 초래할 수도 있고, 또 파산의 본질은 기업의 해체·청산에 있으므로 관재인은 제335조에 따라 당해 단체협약을 해지할 수 있다고 한다.<sup>73)</sup>

## 3) 소결

생각컨대 단체협약에는 임금·근로시간·휴식·복리후생·인사·근로관계의 종료 등과 같이 근로조건 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 부분인 규범적 부분과 조합원 범위·조합활동 보장·평화의무·노동쟁의의 해결·단체교섭·고충처리 등과 같이 채무적 부분이 있다. 그런데 노동조합법은 근로자 보호 및 노사관계 안정을 위하여 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분을 무효로 하고, 그 무효로 된 부분 또는 근로계약에 규정되지 않은 사항은 단체협약에 정한 기준에 의한다고 하여 규범적 부분의 모든 조항에 대하여 강행적·보충적 효력을 인정하고 있으므로(동법 제33조), 단체협약 중 규범적 부분은 관리인·파산관재인이 쌍방 미이행을 이유로 일방적으로 해지할 수 없다. 그리고 단체협약 중 채무적 부분은 쌍무계약과 달리 일방당사자의 의무가 상대방의 다른 의무와 대가·견련관계에 있지 않으며, 회생·파산재단으로부터 변제될 의무가 아니다.<sup>74)</sup> 따라서 관리인·파산관재인

72) 선재성, 앞의 논문, p.525; 윤창술, 앞의 논문, p.77.

73) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『회생사건실무(상)』, p.136; 임치용, 앞의 논문, p.70; 진병서, 앞의 책, p.95.

은 회생·파산절차개시를 이유로 단체협약을 해지할 수 없으며, 결국 제119조 제4항은 주의적 규정에 불과하다고 할 것이다. 한편 제119조와 제335조는 계약 당사자의 공평과 회생·파산절차의 신속한 진행을 도모하기 위하여 관리인·파산관재인에게 미이행 쌍무계약에 관한 선택권(이행 또는 해제·해지)을 부여할 뿐 다른 법률규정의 적용을 배제하지 않고 있다는 점, 제122조는 채무자에 대하여 계속적 공급의무를 부담하는 쌍무계약의 상대방은 회생절차개시 신청 전의 공급으로 발생한 회생채권 또는 회생담보권을 변제하지 아니함을 이유로 절차개시 후 그 의무의 이행을 거부할 수 없지만, 단체협약을 불이행한 경우에는 그 의무의 이행을 거부할 수 있다고 규정하고 있다는 점, 단체협약은 당사자인 노동조합과 사용자 측 사이의 계약이라는 점을 고려할 때, 당사자들이 단체협약을 불이행할 경우에 다른 상대방은 단체협약을 해지할 수 있다고 할 것이다(민법 제543조 이하). 다만 단체협약이 근로조건 규제 및 노사관계 안정의 기능을 가진다는 점에 비추어 단체협약의 해지는 중요한 규범적 부분의 계속적 불이행이나 평화의무 위반 등 단체협약의 존립 의의를 위협할 정도의 중대한 위반이나 불이행의 경우에 한하여 인정된다고 해석된다. 또한 당사자가 단체협약 체결시에 전혀 예견할 수 없었던 사정의 변경이 발생하여 단체협약을 존속시키는 것이 사회통념상 현저히 부당한 경우에도 당사자 일방이 단체협약을 해지할 수 있다고 할 것이다.<sup>75)</sup>

#### 다. 도산상태에서 체결된 단체협약의 효력 - 부인권 행사의 대상 여부

부인권이란, 회생·파산절차개시 전에 채무자가 채권자 등을 해하는 것을 알고 한 행위 또는 다른 채권자와의 평등을 해하는 변제, 담보의 제공 등과 같은 행위를 한 경우 회생·파산절차개시 후에 관리인·파산관재인이 그 행위의 효력을 부인하고 일탈된 재산의 회복을 목적으로 하는 권리이다(제100조, 제391

74) Gottwald, § 103 Rdnr. 68, 70; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 11.Aufl., 2005, § 202 Rdnr. 1, 2; Kuhn/Uhlenbruck, § 17 KO Rdnr. 7b; Jaeger/Henckel, § 17 KO Rdnr. 30; Baur/Stürmer, a.a.O., Rdnr. 9.17. 한편 박승두, 앞의 논문 p.99도 단체협약 중 회사의 존속을 전제로 하는 조항은 효력을 소멸하고, 단체협약은 청산의 목적 범위 내에서 효력을 가지며, 미이행 쌍무계약에 관한 규정은 단체협약에는 적용되지 않는다고 한다.

75) 임종률, p.168; 김형배, 앞의 책, p.795.

조). 그렇다면 채무자가 지급정지나 회생·파산절차개시의 신청이 있는 후 또는 그 전 60일 이내에 노동조합과 퇴직금의 지급액을 대폭 인상하는 등의 단체협약을 체결하였을 경우에 단체협약을 부인할 수 있는지가 문제이다. 생각컨대 이러한 단체협약의 체결은 결국 회생·파산재단의 감소를 초래하여 회생·파산채권자의 권리를 악의적으로 침해하게 되므로 부인권 행사의 대상이 된다고 할 것이다.<sup>76)</sup>

### 3. 부당노동행위

#### 가. 위장도산

부당노동행위의 금지에 의하여 사업 폐지 또는 회사 해산의 자유까지 제한·박탈되지 않으므로, 회생·파산절차개시의 신청 원인이 있는 한 채무자는 기업 경영의 자유에 기하여 회생·파산절차개시의 신청을 할 수 있고, 그것이 노동조합의 단결권 등을 방해하기 위한 것이 아닌 한 절차개시 신청 행위는 노동위원회 구제명령의 대상이 되는 부당노동행위에 해당하지 않는다.<sup>77)</sup> 따라서 권리인·파산관재인은 근로기준법에 따라 근로자를 해고할 수 있다. 이와 달리 사용자가 노동조합의 활동을 혐오하여 노동조합 자체를 와해하려 하거나 노동조합 활동에 주동적인 근로자를 해고하기 위하여 회생·파산절차를 이용하는 것은 부당노동행위가 된다. 그러므로 근로자 또는 노동조합은 회생·파산절차개시 신청에 관한 재판에 대하여 법률상 이해를 가진 자로서(제13조 제1항), 절차개시 결정에 대하여 즉시 항고를 할 수 있다(제53조 제1항, 제316조 제1항). 즉시 항고가 허용되는 기간은 재판의 공고가 있는 경우에는 공고가 있는 날로부터 14일 이내이고(제13조 제2항), 재판의 공고를 하지 않은 경우에는 송달을 받은 날 또는 재판의 고지를 받은 날로부터 1주일이다(제33조, 민사소송법 제444조). 초일은 산입하지 않는다(제33조, 민사소송법 제170조, 민법 제157조).

76) 이홍재, 앞의 논문, p.209; 선재성, 앞의 논문, p.515.

77) 대판 2004. 2. 27, 2003두902; 전병서, 앞의 책, p.94; 임치용, 앞의 논문, p.82.



#### 나. 불이익취급인 해고와 단체교섭 거부

파산절차는 채무자의 재산을 환가하여 채권자에게 공평한 배당을 목적으로 하고, 임금채권에는 우선변제특권이 인정되므로, 파산관재인은 파산선고 후에 바로 파산절차의 일환으로서 근로자에 대한 해고절차를 밟는 것이 일반적인데, 이러한 해고 자체는 그 성격상 부당노동행위에 해당되지 않는다. 그러나 회생절차가 개시된 경우 또는 파산선고 후 사업의 일부를 계속하는 경우에는 부당노동행위의 법리가 그대로 적용된다고 할 것이다. 따라서 관리인·파산관재인이 특정 근로자에 대하여 행한 불이익취급의 해고는 부당노동행위가 된다고 할 것이다. 회생절차가 개시된 경우 또는 사회적 필요에 의해 또는 영업양도를 통한 청산을 위해 근로관계가 계속되는 경우에는 노동조합법이 적용되고, 전술한 바와 같이 관리인·파산관재인은 사용자의 지위에 있기 때문에 직무상 재량권을 발휘할 수 있는 범위 내에서 근로조건 등에 대하여 파산관재인은 단체교섭에 응할 의무가 있으며, 정당한 이유 없이 노동조합의 단체교섭을 거부하면 부당노동행위가 성립한다.

### IV. 맺음말

지금과 같이 경제적 여건이 어려울수록 회생·파산사건이 증가할 것이고, 이로 인해 회생·파산절차에서의 근로계약 및 단체협약에 대한 여러 문제점이 대두될 것이다. 이를 대비하기 위해 제도적으로 해결하여야 할 몇 가지를 지적 내지 제안하고자 한다.

첫째, 채무자회생법은 채무자인 회사에 회생·파산절차가 개시되면 근로자의 임금·퇴직금·재해보상금에 대해 그 발생 시기가 절차개시 전후인지 여부를 묻지 않고 모두 공익채권 내지 재단채권으로 다루어지는데, 채권자 평등의 원칙에 비추어볼 때 근로자의 임금채권 전액을 공익·재단채권으로 취급하여 다른 채권자보다 우선하는 것은 정당하다고 할 수 없으며, 사회적 약자의 보호는 국가의 책무이지 회생·파산채권자의 희생에 의해 보호되어야 할 사항이 아

니다. 또한 임금채권 등의 특별대우로 인하여 회생·파산채권자의 배당 재원이 되는 회생·파산재단의 부실을 초래하여 회생·파산절차의 기능을 저해하여서는 안 될 것이다. 따라서 근로기준법 제37조, 근로자퇴직급여보장법 제11조의 입법 취지와 부합될 수 있도록 독일도산법 제55조 제1항, 일본파산법 제98조, 제149조 및 일본 회사갱생법 제130조와 같이 임금채권 등의 일부만을 공익·재단채권으로 하고 나머지는 회생·파산채권으로 취급하는 것을 입법적으로 검토할 필요가 있다고 할 것이다.

둘째, 회생·파산절차가 개시된 채무자의 영업 부분을 양수한 자가 채무자의 근로자에 대한 채불임금이나 채불퇴직금 등의 채무를 승계하고 퇴직금 산정을 할 때에도 양수 전후의 근속연수를 통산하여야 한다면, 양수인은 파산관재인(관리인)과의 사이에 영업(사업) 부분에 대한 매매 가격을 산정할 때에 이 점을 고려하게 될 것이고, 이로 인해 파산재단(회생재단)에 귀속되어야 할 매매 대금이 대폭 감축될 것인데, 이는 양수인에게 근로관계가 승계된 근로자가 승계되지 않은 근로자나 파산관재인(관리인)에 의해 해고된 근로자보다 더 보호받게 되는 결과를 초래하게 된다는 점, 영업 부분을 해체하여 사업재산의 전부를 양도하는 경우보다 영업양도를 하는 경우가 파산채권자나 회생채권자에게 더 불이익하게 된다는 점, 승계로 인해 파산관재인(관리인)은 인수 희망자를 구할 수 없어서 자산만을 양도하고, 근로자를 해고할 수밖에 없게 될 것인데, 이는 근로자보호라는 노동법의 이념에도 부합하지 않는다는 점을 고려할 때, 제281조에 대한 입법적인 재검토가 필요하다고 할 것이다.

셋째, 도산관련법이 채무자회생법으로 통합되었지만, 동일 내용이 회생절차·파산절차 및 개인회생절차에 규정되어 있는 등 체계적인 면이 떨어지는 점이 아쉽게 생각하며, 채무자회생법과 노동법 등 관련 제도에 대한 심도 있는 연구를 진행하여 체계적이고 효율적인 채무자회생법을 완성하여야 할 것이다.

넷째, 채무를 제대로 변제하지 못하는 상태에서 채무자가 파산이나 회생을 골라서 절차를 신청하는 것은 자의적이다. 하나의 도산절차에 들어와 최선의 결과를 가져올 수 있는 절차를 진행하여야 한다. 그런데 채무자회생법은 단일 법 체계를 취하였지만, 제1편 총칙, 제2편 회생절차, 제3편 파산절차, 제4편 개인회생절차, 제5편 국제도산, 제6편 벌칙을 구성하여 절차 상호 간의 연계성 강

화에 역행하고 있다. 그 결과 그 성질과 적용 범위가 유사한 공익채권과 재단채권을 회생절차에서는 공익채권을 그리고 파산절차에서는 재단채권을 규정하고 있다. 반면에서 독일도산법은 실질적·형식적 규정을 구별하지 않고, 규정들을 이론적으로 일련의 절차 과정에 따라 규정하고 있다.<sup>78)</sup> 즉 제1장 일반규정, 제2장 도산절차의 개시, 제3장 도산절차개시의 효과, 제4장 도산재단의 관리와 환가, 제5장 도산채권자의 만족, 제6장 도산계획, 제7장 채무자에 의한 자기관리, 제8장 잔여채무의 면책, 제9장 소비자 도산절차, 제10장 특별 종류의 도산절차 두고 있는데, 이런 입법 체계는 우리 채무자회생법의 체계에 시사점이 많다고 할 것이다.

## 참고문헌

- 김경욱. 「파산재단의 범위에 관한 연구 - 파산법 제6조를 중심으로」. 한국비교사법학회, 『비교사법』 8 (1) (2001): 485~514.
- 박승두. 「도산절차의 진행이 근로관계에 미치는 영향」. 『인권과 정의』 322 (2003. 6): 86~103.
- 방준식. 「독일 경영조직법상 경영협의회의 기능과 역할」. 한국기업법학회, 『기업법연구』 21 (1) (2007): 345~365.
- 서경환. 「회사정리절차가 계약관계에 미치는 영향」. 『재판자료 제86집: 회사정리법·화의법상의 제문제』. 법원도서관, 2000, pp.557~681.
- 선재성. 「파산과 근로관계」. 『재판자료 제82집: 파산법의 제문제』 (상), 법원도서관, 1999, pp.492~537.
- 양형우. 「쌍무계약에 대한 파산절차개시의 효과」. 연세법학연구회, 『연세법학연구』 6 (1) (1999): 315~336.
- \_\_\_\_\_. 「파산절차개시의 일반적 효과」. 『법조』 598 (2006. 7): 143~192.

78) Bork, a.a.O., Rdnr. 18; Uhlenbruck, Das neue Insolvenzrecht: Insolvenzordnung und Einführungsgesetz nebst Materialien, 1.Aufl., 1994, S. 29.

\_\_\_\_\_. 「파산관재인과 통정허위표시에서의 제3자」. 『인권과 정의』 383 (2008. 7), 67~93.

윤남근. 「파산관재인 - 그 법률상 지위와 권한을 중심으로」. 『재판자료 제82집: 파산법의 제문제』 (상), 법원도서관, 1999, pp.174~229.

윤창술. 「파산절차에서의 단체협약과 근로계약」. 『인권과 정의』 281 (2000. 1): 75~85.

이흥재. 「도산절차와 근로관계」. 남효순·김재형 공편, 『도산법강의』. 법문사, 2005, pp.191~213.

임중헌. 「파산절차가 미이행 쌍무계약에 미치는 영향」. 『인권과 정의』 241 (1996. 9): 26~48.

임치용. 「파산절차의 개시가 고용계약에 미치는 영향」, 『법조』 600 (2006. 9): 57~96.

須藤英章·宮川勝之·深山雅也. 『新しい破産法 解説』. 三省堂, 2004, pp.140~141.

伊藤眞. 『破産法』. 有斐閣, 1999, pp.141~155.

Baur/Stürner, *Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht*, Band II: Insolvenzrecht, 12.Aufl., 1990, pp.108~119.

Bork, *Einführung in das Insolvenzrecht*, 3.Aufl., 2002, pp.78~82.

Düwell, “Änderungs- und Beendigungskündigung nach dem neuen Insolvenzrecht”, *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1.Aufl., 1997, pp.1103~1125.

Georg Annuß, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, 12.Aufl., 2005, pp.707~844.

Gottwald, *Insolvenzrechts-Handbuch*, 3.Aufl., 2006, § 103, pp.1~80.

Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 4.Aufl., 2007, pp.639~692.

Henckel, “Die Betriebsveräußerung im Konkurs”, *ZIP* 1980, p.8.

Hess, *Insolvenzrecht*, 4.Aufl., 2007, pp.181~193.

Jauernig, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 20.Aufl., 1996, pp.274~279.

Kuhn/Uhlenbruck, *Konkursordnung Kommentar*, 11.Aufl., 1994, pp.353~399.

Müller-Glöge, *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch: Schuldrecht Besonderer Teil II*, 4.Aufl., 2005, pp.367~432.

Zwanziger, *Das Arbeitsrecht der Insolvenzordnung*, 2.Aufl., 2002, pp.189~271.

## Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf bestehende Arbeits – und Tarifverträge

Hyung-Woo Yang

Das Arbeitsverhältnis wird durch die Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Arbeitgebers nicht etwa aufgelöst, sondern besteht grundsätzlich mit allen Rechten und Pflichten der Parteien fort. Der Insolvenzverwalter muß die Arbeitnehmer also zunächst einmal weiterbeschäftigen und ihre Löhne und Gehälter aus der Masse bezahlen (§§ 179 Nr.10, 473 Nr.10 koreanische Insolvenzordnung). Auch rückständige Löhne aus der Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind Masseforderungen des Arbeitnehmers. Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Insolvenzgläubiger ist jedoch eine Privilegierung der Arbeitnehmer gegenüber anderen Gläubigern nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen. Der Insolvenzverwalter kann das fortbestehende Dienstverhältnis mit der gesetzlichen oder tarifvertraglichen Kündigungsfrist kündigen (§§ 119,335 KInsO). Nach § 663 I koreanischem BGB kann allerdings der Arbeitnehmer das Dienstverhältnis kündigen. Andererseits unterfallen nach meiner Meinung Tarifverträge nicht der Vorschrift des §§ 119,335. Der normative Teil ist kein Vertrag, der schuldrechtliche Teil enthält keine Verpflichtungen, die aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen wären.

Keywords : Arbeitsvertrag, Dienstverhältnis, Tarifvertrag, Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Arbeitgebers, Kündigung des Arbeitsverhältnisses