



# 도급계약의 불법적 이용과 독일 정부의 대책

International Labor Trends

국제노동동향 ① - 독일

이승현(독일 프랑크푸르트대학교 노동법 박사과정)

## ■ 머리말

독일에서도 민법상의 도급계약을 이용하여 근로자과건제도에 기초한 노동법적 규제를 회피하려는 시도가 지속적으로 적발되고 있다. 특히 노무급부가 제공되는 장소가 도급인의 사업장인 소위 '사내하도급'의 경우에는 사실상 근로자과건과 구별이 쉽지 않은 것이 사실이다. 여기에 유럽연합 내에서 노동력의 이동과 이용이 자유로워지면서 도급계약을 불법적으로 이용하는 사례는 더욱 증가하였고, 이를 규제하고 감독하기가 더욱 어려워졌다.

도급계약을 통해 수급인에게 고용된 근로자를 사용하는 경우, 과건법상의 규제, 특히 과건근로자에 대해 균등대우원칙과 최저임금이 적용되지 않는다. 정부의 공약에 따라 과건근로의 기간제한 규정이 부활하게 되는 경우, 도급계약에는 그러한 기간제한 규정도 적용되지 않는다.

도급계약의 불법적인 이용이 가장 빈번하게 문제가 되고 있는 불법과건 또는 위장도급(Schein-Werkvertrag)에 대해서는 근로자과건법(AÜG)이 그에 대한 준거규정이 되고 있다.<sup>1)</sup> 즉 형식적인 계약형태가 도급으로 체결되었다 하더라도 실질적으로 도급인의 지시에 따라 노동력만이 활용되는 경우에는 실질상 근로자과건법이 적용되어야 하는 관계이며, 수급사업주가 근로자과건 허가에 기초하여 맺은 계약이 아니므로 무효인 근로자과건계약을 체결한 것이 되고, 그에 따라 도급인인 사용자사업주와 해당 근로자 사이에는 직접적인 근로계약관계가 성립된 것

1) 독일 근로자과건법(AÜG) 제9조 제1호 및 제10조 제1항 참조.

으로 간주하는 고용의제 효과가 발생하는 것이다.<sup>2)</sup>

하지만 이러한 고용의제 규정은 불법과건이나 위장도급의 사후적 책임관계가 소송상 문제시 되었을 경우에 적용될 수 있는 것으로, 도급계약의 불법적인 이용을 사전에 예방하는 효과는 크지 않은 것이 사실이다. 이러한 문제의식에 기초하여, 근로자 과건법과 같은 노동보호법의 적용을 회피하고자 불법적으로 이용되는 도급계약을 근절하기 위한 대책을 마련하겠다는 내용이 지난 2013년 연방하원 선거 후 기민-기사당 연합과 시민당의 연정협약 노동정책에 포함되었다.<sup>3)</sup>

## ■ 도급계약의 법적 체계

독일 민법 제631조 이하에서 규정하고 있는 도급계약(Werkvertrag)은 우리나라의 채권법상의 규정과 마찬가지로, 일의 완성과 보수의 지급을 목적으로 하는 계약에 해당한다. 도급계약의 목적에는 근로나 노무급부를 통하여 생기는 결과의 귀속도 포함하고 있으며, 수급인이 일의 완성을 위해 자신의 근로자를 고용하여 업무를 수행하는 방식도 예정되어 있다.<sup>4)</sup> 이와 같이 도급 계약을 이행하는 과정에 ‘노동 또는 근로의 제공’이 포함됨으로써 일정 부분 민법의 고용계약에 관한 내용이 준용되기 하고, 그로 인해 노동보호법이 개입할 수 있는 근거가 되기도 한다.

민법상의 전형계약은 법에서 정하고 있는 요건에 기초하여 일정한 형식을 가지고 있으나 채권법상의 계약이 갖는 ‘계약자유 원칙’에 기초한 ‘계약내용 형성의 자유’도 적용되어 실무적으로는 더욱 다양한 모습으로 나타나는 것이 사실이다. 이는 도급계약 역시 마찬가지로, 법문을 통하여 일정한 요건과 목적이 명시되어 있으나 다른 계약형식과의 구별을 위해서는 구별의 표지가 될 수 있는 요소에 대한 구체화가 필요하다. 특히 도급계약을 이용하여 외부인력을 사업장 내에서 활용하는 사내하도급은 근로자과건법을 우회 또는 회피하고자 하는 시도로서 이용되기도 하여 그 한계 사례들에 대해서 법원의 판단을 요구하는 경우가 많다.

2) BGH NJW 2002, 3317

3) (Hrsg.)CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag, 2013.12.14, S. 48

4) 독일 민법(BGB) 제631조 제2항 참조.

도급계약에 관하여 연방노동법원 및 기타 관련법원의 판례가 제시한 기본적인 요건은 다음과 같다.<sup>5)</sup> 우선 ① 계약의 이행 여부를 판단함에 있어 결과를 기초로 업무의 성과를 판단하여야 한다. ② 계약의 목적이 질적으로 분리될 수 있고, ③ 일의 결과에 대해 수급인에게 책임을 물을 수 있어야 하며, ④ 도급인에 대하여 수급인은 별도의 경영상 처분의 자유가 허용되어야 한다. 또한 ⑤ 업무가 도급인의 사업장에서 이루어지는 경우, 도급인의 사업장에서 업무를 수행하는 자신의 근로자에 대해서 수급인이 직접적인 지시권을 행사하여야 하고, ⑥ 수급인이 해당 업무에 대한 경영상의 위험, 특히 하자담보책임을 부담하여야 한다.

이와 같은 도급계약의 요건으로 제시된 내용들이 개념의 불명확성이나 추상성으로 인하여 여타 계약과의 구별에 어려움이 있는 것은 아니다. 하지만 도급계약상 일의 완성을 위해서는 업무 수행과정에서 고용계약을 수반하게 된다는 점과 업무를 수행하는 장소에 제한이 없어 도급인의 사업장에서 업무가 이루어지는 경우도 발생할 수 있다는 측면에서 근로자과견계약이나 노무공급계약과 외형적으로 유사성이 나타나게 되며, 그러한 경우 이들 계약과의 한계설정이 문제가 된다.

## ■ 도급계약의 불법적 이용에 대한 독일 정부의 대책

특히 2003년 하르츠 개혁을 통해 파견근로에 관한 규제를 완화하는 과정에서 1981년 「고용촉진 및 강화에 관한 법률(AFKG)」을 통해 도입되었던 건설업 분야에서의 파견근로 금지규정<sup>6)</sup>과, 건설업종 내에서의 파견근로를 일부 허용한 1994년 고용촉진법의 건설업종 파견근로 금지의 예외규정<sup>7)</sup>을 근로자과견법(AÜG)에 편입시킨 바 있다. 독일의 근로자과견제도는 파견이 가능한 업종에 대해 특별한 제한 없이 일반적으로 허용하고 있으나 오직 건설업에 대해서는 이러

5) Säcker/Rixecker/Buche, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, Rn. 8 ff.; OLG Hamm NJW-RR 1995, 400; BGHZ 54, 106, 107; BGHZ 31, 224, 226 ff.; BGH NJW 2002, 1571, 1572 f.; NJW-RR 1996, 1203, 1204; BGHZ NJW 2003, 3323, 3324; BGH NJW 2002, 1571, 1573

6) BGBl. I. S. 1497, 1981.12.22

7) BGBl. I. S. 2456, 1994.09.28

한 규제를 마련하고 있는 것이다.

건설업의 경우 건물의 완성을 위해서는 여러 개의 도급계약을 통해 수행되는 것이 일반적이며, 하도급, 순차적 도급, 공동수급 등 도급계약의 형식도 다양하게 나타나고 있어 불법파견 또는 위장도급의 가능성은 높은 반면, 그에 대한 충분한 감독은 어려운 것이 사실이다.<sup>8)</sup> 이에 정부도 불법파견 및 건설업 분야의 위장도급에 대비하기 위해 2004년 연방노동청 차원에서 파견근로 실행지침을 마련하였고, 도급계약이 갖추어야 할 요건으로 다음과 같은 사항을 명시한 바 있다.<sup>9)</sup>

- 계약의 미이행에 관한 항변권(독일 민법 제320조)
- 하자의 제거(독일 민법 제633조 제2항 및 제3항에 따른 추완이행)
- 독일 민법 제634조에 따른 계약의 해제(취소) 또는 보수의 감액 청구권
- 채무불이행에 따른 손해배상(독일 민법 제635조)
- 계약의 해제권(독일 민법 제636조)

이와 같은 연방노동청의 지침이 발표되었으나 위장도급에 대응할 수 있는 법적인 조치가 수반되지는 못하였다. 민법상의 계약인 도급계약에 대해 내용적인 측면에서 규제가 이루어지는 경우에는 계약자유의 원칙을 침해할 소지가 있기 때문이다.

그러한 가운데 시민당이 다시 연정 파트너로 복귀한 2013년 선거 후 기민-기사당 연합과 시민당은 연정협약 내용에 노동시장에서 지속적으로 문제가 되고 있는 위장도급에 대한 노동법적 대책을 마련하기로 합의한 바 있다.<sup>10)</sup> 위장도급에 대한 기본적인 문제의식을 바탕으로 그에 대한 대응책을 마련하고자 하였던 정당은 시민당으로 2013년 연방하원 선거의 공약에 해당 사항을 포함시켰다.<sup>11)</sup> 해당 공약에서는 정책적인 내용을 구체화하여 노동법 개정사항까지는 제시하지 못하였으나, 선거 후 양 정당의 교섭과정에서 위장도급에 관한 노동법적 대응방안이 구체화되었다.

8) Boemke, B./Lembke, M., Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2.Aufl., 2005, S.150 f.

9) Bundesagentur für Arbeit, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Durchführungsanweisung, 2004, S. 18

10) (Hrsg.)CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag, 2013.12.14, S. 48

11) (Hrsg.)SPD-Parteivorstand, Das wir entscheidet – Das Regierungsprogramm 2013–2017, 2013, S. 20

기민-기사당 연합과 시민당이 연정협약에서 제시한 위장도급 및 불법과건에 관한 노동법 개정방안은 다음과 같다.

- 재정 감독을 통한 무허가 불법과건에 대한 감시·감독의 강화
- 종업원평의회 정보제공 및 지도권한 활용을 통해 불법적인 과건근로를 적발
- 불법적인 도급계약으로 법 적용을 회피하고자 한 것이 적발된 경우 수급사업주가 유효한 과건허가를 보유하고 있는 경우라도 무허가 과건업체와 동일하게 사법처리되도록 법 적용 강화

하지만 정부가 제시한 위장도급과 관련한 대책 중에서 무허가 불법과건에 대한 감시·감독 강화 및 수급사업주를 무허가 과건업체로서 처벌하는 방안은 근로자를 사용하고 있는 도급사업주보다 상대적 약자의 위치에 있는 수급사업주의 주의와 책임을 요구하는 것이어서 그 실효성에 대해 더욱 면밀한 검토가 필요할 것으로 보인다. 결국 정부가 제시한 위장도급에 대한 법적 대책은 도급인인 사용자측에는 과건근로자와의 직접적인 근로계약관계를 인정하는 사법(私法)적 책임 이상은 요구하지 않고 있다.

## ■ 위장도급에 관한 판례의 동향

2013년 9월 연방노동법원은 도급계약과 근로계약의 기준이 포함된 결정을 내린 바 있다.<sup>12)</sup> 결론적으로 특정 업무의 수행을 내용으로 하는 계약은 도급계약이 아닌 노무공급계약에 해당한다는 것이다. 이는 도급계약이 갖추어야 할 기준의 표지<sup>13)</sup>와 더불어 계약 내용 측면에서도 기준을 제시한 것으로, 도급계약의 내용이 일의 완성이 아닌 특정 업무의 수행으로 판단되는 경우, 특히 개인의 업무수행을 바탕으로 한 경우에는 자영업자로서 계약을 체결하였다 하더라도

12) BAG vom 25.9.2013, 10 AZR 282/12

13) OLG Hamm NJW-RR 1995, 400; BGHZ 54, 106, 107; BGHZ 31, 224, 226 ff.; BGH NJW 2002, 1571, 1572 f.; NJW-RR 1996, 1203, 1204; BGHZ NJW 2003, 3323, 3324; BGH NJW 2002, 1571, 1573

근로계약으로 인정된다는 것이다.

바이에른 주 정부와 기념물 관리업무에 관하여 도급계약을 맺은 청구인은, 2005년부터 2009년까지 열 차례에 걸쳐 바이에른 주의 기념물 관리업무를 내용으로 한 도급계약을 체결하여 이를 수행한 바 있다. 문제가 된 계약은 2009년 4월 초부터 동년 11월 말까지를 기한으로 체결된 것으로, 바이에른 주 내의 몇 개 도시의 기념물 리스트를 업데이트하기 위한 사전작업을 그 내용으로 하였다. 법원은 이 도급계약에 대해 “계약의 전체적인 측면에서 개인의 능력에 좌우되는 업무”를 내용으로 한 것이므로 이는 노무공급계약에 해당한다고 판시하였다. 여기에는 단지 바이에른 주 청사 내에 있는 사무실에서만 해당 업무를 수행할 수 있다는 장소의 제한과 오전 7시 30분부터 오후 5시까지라는 업무시간의 특정, 업무 수행을 위한 컴퓨터 등의 작업설비 소유권이 바이에른 주에게 있다는 사실도 근로계약관계로 판시한 이유에 포함되었다. 이를 바탕으로 연방노동법원은 청구인이 자영업자의 지위에서 맺은 도급계약은 효력이 없고 양 당사자는 근로계약관계로 인정되며, 도급계약에서 설정한 계약만료일은 효력이 없어 근로계약관계는 지속된 것으로 판시하였다.

또한 최근 바덴-뷔르템베르크 주 노동법원은 도급계약에 기초하여 2001년부터 사업장 내 작업실에서 일반적인 노무지시권에 따라 작업을 수행하였던 2명의 IT 전문가가 제기한 소송에서 도급사업주(사용사업주)와의 직접적인 근로계약관계를 인정한 바 있다.<sup>14)</sup> 이 판례는 청구인들이 도급계약을 기초로 수급사업주에게 고용된 근로자임에는 분명하지만, 업무의 실질상 도급사업주의 사업장에서 파견근로자와 같은 근로형태를 나타낸 경우로서, 수급사업주에게 유효한 파견허가가 없는 불법파견에 해당한다는 사례였다. 이는 기존의 연방노동법원 판례를 따른 것으로서 위장도급 문제를 도급사업주의 직접고용 의제로 풀어내고 있는 것이다. 해당 판례에서는 도급사업주의 사업장 내 작업실에서 근무한 것과 이메일을 통해 도급사업주로부터 일반적인 노무지시권(Arbeitsanweisung)에 해당하는 업무지시를 받았던 것이 파견근로로 인정된 주요한 근거가 되었다.

이와 같이 독일에서는 도급계약과 파견근로를 구별함에 있어, 지시권의 범위와 내용이 주요한 판단기준이 되고 있다. 그러나 도급계약의 경우에도 일의 완성을 위해 필요한 범위에

14) LAG Baden-Württemberg vom 1.8.2013, 2 Sa 6/13

서 도급인이 지시권을 행사할 수 있어 업무 수행 시 도급사업주의 주의를 요하고 있다. 지난 2013년 9월에는 독일의 대표적인 좌파정당이자 지난 연방의회 선거에서 불법파견근로에 대한 사항을 공약에 포함시켰던 녹색당이 불법파견 근로자를 사용한 사용자사업주(도급인)로 판결을 받은 바 있다.<sup>15)</sup> 정확히는 녹색당 산하 하인리히 뵐(Heinrich-Böll) 재단에서 고객응대를 업무내용으로 하는 도급계약을 체결하였고, 청구인은 수급사업주에게 고용되어 방문객 응대 및 행사준비 업무를 담당하였다. 청구인이 업무를 수행하는 과정에서 재단으로부터 업무 지시를 받은 것이 문제가 되었고, 이 사안에서 법원은 재단이 행사한 지시권을 업무 수행에 관한 일반적인 노무지시권으로 보아 재단과 청구인 사이에 직접적인 근로계약관계를 인정하였다.

## ■ 위장도급 판단기준에 대한 비판적 견해

위장도급(불법파견)과 일반적인 도급계약을 구별하기 위해 판례가 제시하고 있는 주요한 기준인 지시권에 관한 사항은, 식별기능을 하기에는 적절하지 못한 요건이라는 비판을 받고 있다. 도급계약에서도 수급인이 업무 수행을 위해 고용한 근로자는 이행보조자의 지위에서 도급사업주의 지시권에 복종하여야 한다. 즉 도급계약에서도 도급인의 지시권이 일정 부분 인정되는 것이다. 다만 독일 민법 제645조제1항제1문에서 도출되는 도급계약상 ‘업무수행의 내용에 관한 지시(Anweisung)’는 고용계약에서의 작업에 관련한 ‘일반적인 노무지시권(Arbeitsanweisung)’과 그 법적 근거 및 내용에 있어 차이가 존재한다. 하지만 양 계약형태 모두 사용자가 지시권을 행사할 수 있다는 것과, 이 지시권의 차이는 유무의 문제가 아니라 범위와 정도의 문제라는 측면에서 불명확한 기준이라는 비판이 있는 것이다.

지난 2007년 노스트라인 베스트팔렌 주 노동법원은 불법파견에 대한 판례에서 “도급사업주의 사업장에서 노동법상의 단지 일시적인 지시만으로는 허가받지 않은 근로자파견에 포함시킬 정도는 아니다”라고 판시하여, 도급의 목적이 된 작업을 벗어나서 행해지는 지시권도 반복적이

15) Arbeitsgericht Berlin vom 4.9.2013, 33 Ca 5347/13.

지 않은 경우에는 일정 부분 허용될 수 있음을 나타내고 있다.<sup>16)</sup> 결국 해당 지시권의 행사가 도급계약에서 허용되는 범위에 속하는지, 아니면 일반적인 노무지시권에 속하는지는 법원의 판단에 따라 결정될 수 밖에 없게 되는 것이다. 즉 지시권이 파견근로와 도급계약을 구별하는 주요한 기준으로 작용하는 이상 실무적으로 불법파견과 일반적인 도급계약의 구별은 더욱 어려워지게 된다.

이러한 측면에서 학설은 계약내용상 수급인의 하자담보책임(Gewährleistungspflicht)을 도급계약의 주요한 내용으로 제시하고 있다.<sup>17)</sup> 하자담보책임 이외의 요건은 사실상 근로자파견계약과의 구별(Abgrenzung)을 위해 의미가 있지만, 수급인이 하자담보책임을 부담하는지의 여부는 특히 노무공급계약이나 근로자파견계약과 진정한 도급계약을 식별(Identifikation)할 수 있는 요건이라는 것이다. 예를 들어, “협업과 같은 불명확한 계약상의 목적은 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약이 아님을 추측하게 한다”거나 “수급사업주의 권리와 의무에 해당하는 경영상의 처분권을 도급사업주가 행사하는 경우에는 근로자파견계약으로 볼 수 있다”는 내용의 검토는 근로자파견계약으로서의 요소를 찾아내는 것에 불과하다는 것이다. 반면 하자담보책임의 경우에는 도급계약 실무에서 항상, 그리고 명시적으로 요구되는 것이 일반적이므로 일의 결과에 관한 책임을 수급인이 부담하게 되지만, 근로계약이나 근로자파견계약에서는 일의 결과에 대한 책임을 사용자사업주가 부담한다는 분명한 구별점이 존재한다는 것이다.<sup>18)</sup> 따라서 하자담보책임이 계약상으로 요구되었는지와 사후적으로 행사되었는지의 여부를 검토하게 되면 해당 도급계약이 진정성을 가지고 있었는지를 판단할 수 있다고 주장하고 있다.

도급계약을 이용한 불법파견에 대응하기 위해서는 도급인의 지시권 행사와 관련하여 업무진행 과정을 감시·감독하는 것도 필요하겠지만, 실무에서 체결되는 계약을 대상으로 도급계약으로서 갖추어야 할 사항들이 포함되어 있는지를 검토하는 절차를 마련하는 것도 좋은 방안이 될 것으로 생각된다.

16) LAG Düsseldorf, 27.8.2007 – BecksRS 2008, 50288

17) Schüren, FS W. Däubler, 1999, S. 90

18) Moll/Reiserer, Münchener Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2009, § 62 Rn. 14; Säcker/Rixecker/Busche, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, § 631 Rn. 9

## ■ 파견근로 규제 강화와 위장도급 증가 우려

독일 정부가 위장도급에 대한 대책을 연정협약의 내용에까지 포함한 것은 파견근로에 대한 규제를 다시금 강화하기로 한 것과 밀접한 관련이 있다. 2003년 하르츠 개혁을 바탕으로 파견근로 노동시장이 지속적으로 확대되는 추세가 이어져 왔지만, 최근 파견근로에 대한 규제를 다시금 강화하고 있는 것이다. 대표적으로 2011년 개정을 통해서도 파견근로자의 최저임금에 관한 사항이 규정된 바 있다.<sup>19)</sup> 또한 파견근로자에 대한 균등대우원칙과 관련하여 정규직 근로자가 파견근로자로 전환된 경우에는 비록 단체협약에서 파견근로자의 근로조건을 별도로 정하고 있는 경우에도 이를 적용하지 않고 균등대우원칙의 적용을 받을 수 있도록 하였으며,<sup>20)</sup> 파견근로 이전 실업상태에 있던 자를 채용하는 경우 최장 6주까지는 실업급여에 해당하는 금액을 급여로 지급할 수 있도록 하였던 균등대우원칙의 예외규정(구 근로자파견법(AÜG) 제3조제1항제3호)은 삭제하였다.<sup>21)</sup> 여기에 연정협약을 통해서도 2003년 하르츠 개혁 당시 삭제되었던 파견근로의 기간제한 규정을 18개월로 부활시키기로 합의한 바 있다.

파견근로에 대해 이와 같이 규제를 강화하는 방향으로 일련의 개정이 이루어지고 있는 상황은 사용자로 하여금 파견근로에 대한 매력을 반감시키는 것이 사실이다. 이는 전체 노동활동인구가 증가하는 가운데 파견근로 노동시장의 증가 추세는 지난 2011년을 기점으로 약화되고 있는 것에서도 확인할 수 있다.

이러한 파견근로 노동시장의 규제 강화로 인해 이를 우회하기 위한 불법파견, 즉 위장도급이 증가할 것이라는 우려도 존재한다. 규제 유연화를 통해 이미 성장한 파견근로 노동시장이 규제 강화를 통해 일반 근로자를 사용하는 안정적인 일자리로 전환되기보다는 불법파견이 증가하는 부작용이 나타날 수 있다는 것이다. 하지만 이러한 우려는 법정 최저임금제의 시행으로 인하여 무허가 노동이 증가할 것이라는 우려와 그 궤를 같이하는 것으로, 단기적인 부작용에도 불구하고 이를 해결하고 안정적인 근로관계를 형성하는 방향으로 나아가야 하는 것이

19) BGBl. I S. 642, 2011.04.28; 근로자파견법(AÜG) 제3a조 참조.

20) BGBl. I S. 642, 2011.04.28; (Hrsg.) Müller-Glöge, Preis, Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, AÜG §3, 2013, 13. Aufl., S.671 f. Rn, 22a

21) BGBl. I S. 642, 2011.04.28

정부의 과제가 되어야 할 것이다. 독일 정부도 그와 같은 측면에서 파견근로의 규제 강화와 함께 위장도급에 관한 대책을 동시에 고민하고 있는 것으로 판단된다. 아직은 파견근로 규제를 강화하는 법안과 위장도급에 대응하는 법안이 의회를 통과한 상황은 아니어서 연정협약을 통해 발표한 사항이 어느 정도 법안에 포함될지는 좀 더 지켜보아야 할 것이다. 다만 독일 정부와 의회의 정책은 이미 메르켈 정부가 밝힌 바와 같이 지난 10년간 규제 유연화 과정에서 발생한 문제점들을 수정하는 방향으로 진행되고 있음이 분명하다고 평가할 수 있다. **KLI**