

도급계약에서 ‘일의 완성’의 의미

The meaning of “completion of a work” in Article 664 of Civil Law

성 대 규*
Sung, Dae-Gyu

목 차

- I. 서언
- II. 도급관계의 당사자들
- III. ‘일’의 ‘완성’의 의미
- IV. 도급관계와 근로관계의 구별
- V. 결언

국문초록

도급계약에서 도급의 대상은 물질적 또는 비물질적 급부일 수 있다. 여기에 서 비물질적 급부의 일종인 “진정도급으로서 업무도급(이하 ‘진정도급’ 등)”과 “위장도급인지 여부가 판단되어야 하는 근로관계(이하 ‘위장도급’ 등)”의 구별이 문제된다. 도급계약상 업무도급의 수행 모습과 근로계약상 노무 제공의 모습이 현실적으로 매우 유사하게 나타나기 때문이다.

진정도급과 위장도급의 구별은 우선 계약당사자 간에 체결된 계약의 유형에 의해서 이루어질 수 있다. 즉 사적 자치에 근거하여 양 당사자의 의사에 따라 도급이라는 유형으로 계약이 체결된 것이라면, 그 계약은 1차적으로 도급계약

논문접수일 : 2020. 07. 16.

심사완료일 : 2020. 08. 11.

게재확정일 : 2020. 08. 11.

* 법학박사 · 사법정책연구원 연구위원

으로 이해되어야 한다. 그러나 양 당사자 간에 계약의 유형에 대하여 다툼이 있는 경우에는 그 명칭에도 불구하고 계약의 실질적인 목적과 내용에 의해서 계약유형이 결정되어야 한다. 결과적으로 도급계약인지 여부가 문제되는 경우에는 도급계약의 본질적 표시인 민법 제664조가 규정하는 ‘일의 완성’의 의미가 결정적인 판단기준이 될 것이다.

요컨대 도급계약상 ‘일의 완성’이란 일의 결과뿐만 아니라 그 과정(過程)까지 포함하는 개념으로 이해되어야 하며, 무엇보다 일의 ‘과정(過程)과 결과(=完成)’는 도급계약 체결 당시에 이미 확정되어야 한다(사전적 확정성). 따라서 일의 과정(過程)과 결과가 사전에 확정되어 있다면, 사전에 확정된 일의 과정(過程)과 결과가 도급계약의 본질인 ‘결과지향성’ 하에서 ‘사용자의 지시가 아닌’ 도급인의 지시를 통해 도급인을 위해서 효과적이고 용이하게 실현될 수도 있는 것이다.

그에 반해 위장도급에서는 ‘진정도급상 일의 과정(過程)과 결과의 사전적인 확정성 및 결과지향성’이 배제되고, 도급인의 지시는 지시 당시 근로자의 노무 그 자체를 목적으로 하게 된다. 따라서 위장도급에서 일의 과정(過程)은 도급인의 지시에 종속되어 항상 가변성을 내포하게 되며, 결국 노무 제공의 모습은 일의 과정(過程)과 결과의 측면에서 늘 현재와 장래를 향하여 불확정적일 수밖에 없다. 말하자면 이 경우 도급인의 지시는 사용자의 지시와 동일시되고, 이들 간에는 근로관계가 성립한다.

주제어 : 도급계약, 위장도급, 일의 완성, 사전적 확정성, 결과지향성

1. 서언

도급계약이란 수급인이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립한다(우리민법 제664조). 도급관계에서 계약의 당사자는 도급인과 수급인이고, 계약의 목적은 일의 완성이며, 이때 도급의 대상은 ‘물질적 급부(=제작도급)’ 또는 ‘비물질적 급부(=노무도급=업무도급)’일 수 있다. 물질적 급부(=제작도급)는 물리적 완성품을 가리키

는 반면, 비물질적 급부(=노무도급=업무도급)는 비물질적인 완성을 의미한다. 예컨대 도급의 대상으로서 기계, 기구, 자동차, 시설물 또는 건축물 등의 제작이 전형적인 물질적 급부에 속하고, 연극, 콘서트, 스포츠 등이 전형적인 비물질적 급부에 속한다.¹⁾ 여기에서 오늘날 '업무'도급이 근로계약과 관련하여 문제된다. 업무도급은 외형적인 면에서 근로계약과 매우 유사하게 보이기 때문이다.²⁾

비물질적 도급으로 분류되는 '경비업무'의 경우,³⁾ 우선 도급계약을 체결함으로써 그 수행이 가능하다. 즉 수급인이 경비업무를 완성할 것을 약정하고 도급인이 그 경비업무의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 경비업무는 업무도급의 유형으로 존재하게 된다. 다른 한편 경비업무는 사용자와 근로자가 경비업무에 대한 근로계약을 체결함으로써 이행될 수 있다. 근로자는 근로계약이 정하는 바에 따라서 자신의 노동력을 사용자의 지배하에 두고 경비노무를 제공함으로써 경비업무를 이행해야 한다. 요컨대 도급계약상 '업무도급 이행'의 모습과 근로계약상 '노무 제공'의 모습은 적어도 그 현실적 구분에 있어서는 간명해 보이지 않는다. 이는 진정도급과 위장도급의 구별 문제를 야기한다.⁴⁾

파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '파견법')이 1998. 7. 1. 시행된 이후 위장도급을 둘러싼 분쟁이 계속되고 있다. 위장도급은 (i) 계약당사자 간에 최초 도급계약을 체결한 후, (ii) 채무자인 수급인의 이행보조자가 채권자인 도급인의 사업 또는 사업장에서 도급 업무를 이행했으나, (iii) 파견근로계약이 존재하지 않기 때문에 파견근로자 보호 등에 관한 법률이 적용될 수 없음에도 불구하고, (iv) 수급인의 이행보조자와 도급인 사이에 '수급인의 이행보조자가 도급인의 종속적인 지배 하에서 마치 도급인의 근로자와 같이 도급인의 지시에 따라서 업무도급을 이행하는 실질적인 근로관계가 존재하는 경우'에 인정될 수 있다.⁵⁾

1) MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 64 f.

2) 계약의 유형과 관련하여 도급관계에서는 일반적으로 도급계약과 '고용계약 및 위임계약'의 구별이 문제된다. MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 9 ff. 다만 본고에서는 '우리 민법 제664조 이하가 적용되는 진정도급계약(Werkvertrag)'과 위장도급계약(Scheinwerkvertrag)의 구별이 주된 논의 대상이므로, 도급계약과 문제되는 계약유형을 고용계약 가운데 이른바 '자유고용계약'을 제외한 '근로계약'으로 특정하여 다루도록 한다. 자유고용계약(노무자)의 의미 및 그 유형에 관하여는 김형배, 「노동법」(제18판/신판 제5판), 박영사, 2009, 45면 이하.

3) 경비업무와 관련된 사례로서 예컨대 대법원 2013. 7. 25. 선고 2012다79439 판결.

4) 특별한 언급이 없는 한 이하에서 말하는 도급 또는 진정도급은 업무도급을 가리킨다.

이러한 위장도급(=불법파견, 이하 ‘위장도급’)이 방지되는 경우 사실상 또는 고용계약에 의하여 자기의 지배하에 있는 근로자를 타인의 지휘 아래 사용하게 함으로써 타인의 취업에 개입하여 영리를 취하거나 임금 기타 근로자의 이익을 중간에서 착취하는 폐단이 생길 수 있다(근로기준법 제9조 참조).⁶⁾ 또한 위장도급은 허가받은 자에 대해서만 허가 업무의 범주에서 근로자파견을 인정하는 파견법 위반이 된다(파견법 제9조; 제5조). 이러한 위장도급은 진정도급으로 인정되어서는 안 되며, 위장도급으로 판명되는 경우에 위장도급인(사용사업주)과 위장수급인의 이행보조자(파견근로자) 사이에는 ‘묵시적 근로계약관계’ 및 ‘직접 고용의무’가 인정되어야 한다(파견법 제6조의2). 진정도급과 위장도급의 구별은 이해당사자들에서 매우 중대한 문제가 아닐 수 없다.

요컨대 당사자 간에 체결된 계약의 유형이 진정도급인지 여부가 문제되는 경우에 그 해결은 1차적이고 우선적으로 이들이 체결한 계약의 유형에서 출발해야 한다. 그러나 계약의 유형에 관하여 당사자 간에 다툼이 발생하면, 2차적으로 당해 계약의 실질적인 목적과 내용이 무엇인지 객관적으로 파악함으로써 진정도급인지 여부가 결정될 수 있다. 왜냐하면 계약의 당사자들은 계약교섭을 통해서 각자의 이익을 위해 공동의 목적을 설정하고 계약의 내용을 형성하며 합의에 따라서 계약을 체결하기 때문이다. 다시 말해 계약의 실질적인 목적과 내용을 통해 계약체결 당시에 각 당사자들의 진의를 알아내고 이에 근거하여 계약의 유형을 확정할 수 있다.⁷⁾ 다만 이때 ‘도급’계약인지 그 실질을 파악하기 위해 ‘전제’가 되는 것이 바로 우리민법 제664조가 규정하는 ‘일의 완성’의 의미를 올바르게 이해하는 것이라고 생각한다. 즉 진정도급계약인지 여부는 당해 계약의 실질이 ‘일의 완성’을 본질적 구성요건표지로 하여 체결되고, 당사자들이 ‘일의 완성’의 의미(義味)에 부합하게 각자의 의무를 이행했었는지 규명되어

5) ‘조선 및 자동차 산업을 비롯하여, 유통, 서비스업 등 산업 전반에서 이루어지고 있는 업무의 외주화를 고려할 때, 위장도급의 문제가 2000년 이후 지속적으로 야기되는 것은 당연한 결과일지도 모른다.’는 견해로서 권혁, “독일에서의 위장도급 판단 기준에 관한 논의와 그 시사점”, 「노동법논총」 제35집, 한국비교노동법학회, 2015, 197면.

6) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결.

7) 이는 계약자유 원칙 가운데 특히 ‘내용형성의 자유’와 관련된다. 계약자유 원칙에 관하여 예컨대 Palandt-Ellenberger, Einf. v. § 145 Rn. 7; Larenz, Schuldrecht I, S. 41 f.

야 하는 것이다.

이하에서는 도급관계의 구성요소에 관하여 간략하게 살펴본 후(Ⅱ), 도급관계의 본질적 표지인 '일의 완성'의 의미를 확인하고(Ⅲ), 도급관계와 근로관계의 구별을 통해 위장도급의 판단 기준을, 특히 판례의 견해에 따라 검토하면서(Ⅳ), 본고를 마무리한다(Ⅴ).

Ⅱ. 도급관계의 당사자들

1. 개관

도급계약의 전형적인 급부유형은 노무 또는 서비스를 통해서 형성되는 '결과(물)'이며, 이 표지를 통해서 도급계약이 다른 계약유형, 예컨대 근로계약과 구별될 수 있다. 즉 도급계약에서 수급인은 일의 완성(schöpferische Leistung)이라는 '결과'형성 의무를 부담하는 반면, 근로계약에서 근로자는 단지 그의 행위(Tätigsein)만이 의무로서 부과된다. 즉 도급계약상 수급인의 의무는 계약체결 시에 이미 확정된 '결과지향'을 그 본질로 하지만, 근로계약상 근로자의 의무는 '사전적 확정성' 없이 그의 노무를 단지 사용자의 '처분' 하에 두는 것을 본질로 한다.⁸⁾

2. 도급관계의 당사자들

가. 개관

우리민법에서 도급계약의 당사자는 '도급인'과 '수급인'이다(우리민법 제664조 이하). 독일민법은 제631조 이하에서 도급인을 '주문자(Bestler)'로, 수급인을

8) 권혁, "도급의 대상으로서 업무와 위장도급 논쟁", 「노동법포럼」 제11호, 노동법이론실무학회, 2013, 101면 이하. 한편 도급계약은 통상 계속적 계약으로 분류되지 않으나, 양 당사자 사이의 급부교환('일의 완성'과 '보수지급')이 일정한 사례에서 상당한 기간 동안 지속될 수 있다는 점도 도급계약의 본질에 속한다고 한다. MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 1.

‘사업자(Unternehmer)’로 표현한다. 도급계약에 관한 독일민법 규정들은 이미 그 사용된 용어를 통해서 도급인의 ‘주문자’ 지위와 수급인의 ‘사업자’ 지위를 나타내고 있다. 다시 말해서 근로계약관계의 당사자인 사용자와 근로자가 아니라 하는 것이다.

다만 독일에서는 도급인과 수급인의 표현이 ‘건설부문’에 한해 일반적으로 위임인(Auftraggeber) 및 수임인(Auftragnehmer)이라는 표현으로 넓어졌다고 한다. 즉 건설일반계약규정(VOB B)⁹⁾에서 위임인과 수임인의 개념을 사용함으로써, 건설계약에 위임인과 수임인이라는 용어는 이미 받아들여지고 있다고 한다.¹⁰⁾

그러나 간과되지 않아야 하는 것은, 계약의 종류에 따른 용례의 차이에도 불구하고 앞서 언급된 건설계약이 도급계약으로 분류될 수 있는 근거가 바로 당해 계약의 실질적 목적과 내용이 계약의 일방 당사자(수급인=사업자=수임인)로 하여금 계약체결 당시에 ‘이미 확정’된 ‘결과를 지향’하도록 규정하기 때문이라는 점이다.

나. 도급인

도급인이란 수급인이 급부의무를 이행해야 하는 상대방을 가리킨다. 이때 도급인은 앞서 언급한 것처럼, 주문자(Besteller) 또는 위임인(Auftraggeber) 등으로 명명(命名)될 수 있다. 나아가 도급인이 상인인 경우에는 상법이 적용될 수도 있다(우리상법 제46조; 독일상법 제343조).¹¹⁾

말하자면 도급계약상 도급인은 일의 결과 또는 결과물을 수취하는 자이며, 사용자와 다르게 일의 완성 ‘과정(過程)’에 그 법적 지위에 근거하여 직접적으로 관여하는 자가 아니다. 무엇보다 민법 제664조는 도급인을 단지 ‘일의 결과에 대하여 보수를 지급하는 자’로 규정한다. 이러한 이유에서, 수급인의 이행보조자가 일을 완성해가는 과정(過程)에 도급인이 일정한 지시를 통해 개입하는 경우 도급인과 그의 지시를 받은 자의 실질적인 법률관계가 문제되는 것이다.

9) 법령의 정식 명칭은 ‘Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B’이다.

10) MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 31.

11) MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 46 ff.

양 당사자 간 계약의 유형이 도급계약인 이상, 도급인에 대한 (수급인의) 이행 보조자의 '인적 종속성'¹²⁾이 인정되어서는 안 되기 때문이다.

다. 수급인

도급계약에서 수급인은 사업자(Unternehmer)로 표현되지만, 이것이 소비자보호법상 사업자(Unternehmer)의 개념과 완전히 동일하지는 않다. 말하자면 소비자보호법상 '사업자'의 개념은 동 법상 '소비자' 개념과의 관련성 안에서 이해되어야 한다. 예컨대 전자상거래법상 사업자는 "물품을 제조(가공 또는 포장)·수입·판매하거나 용역을 제공하는 자"를 말하며(동 법 제2조 제6호), 이에 상응하여 소비자는 "사업자가 제공하는 재화 등을 소비생활을 위하여 사용 또는 이용하는 자"를 말한다(동 법 제2조 제5호).

반면 수급인인 사업자의 개념은 도급인과의 관계 내에서 이해되어야 한다. 즉 도급인의 상대방인 수급인 사업자는 소비자보호법이 정하는 바와 다르게, 당사자 간 도급계약 체결 당시에 '비로소' 확정된 일의 완성 의무를 부담하는 자이며, 기성품(既成品)을 제조·수입·판매하는 자가 아닌 것이다.¹³⁾

무엇보다 도급계약상 수급인은 파견법상 파견사업주와 그 법적 지위가 다르기 때문에, 도급인과 '수급인의 이행보조자'의 당사자 관계는 '외관상 매우 흡사하게 보이는' 파견법상 사용자사업주와 '파견사업주의 파견근로자'의 당사자 관계와 구별되어야 한다. 각각의 계약유형별로 구성요건적 표지를 달리하고, 당사자 간 권리·의무의 내용이 다르며, 그에 따른 법률효과도 달라지기 때문이다.¹⁴⁾

도급계약상 수급인은 일의 완성 '과정(過程)'을 지배하고, 그 일을 직접 완성하거나 이행보조자를 통해서 완성하는 자이다. 수급인이 자신의 이행보조자를 통해

12) 판례에 따르면 "근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 결정"된다고 한다(말쭉은 필자에 의한 것임). 예컨대 대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결 참고. 따라서 도급계약에서와 다르게, 근로계약관계는 사용자의 지시권(Weisungsrecht)을 내용으로 하는 양 당사자 간의 '인적 종속성'을 그 본질로 한다.

13) 따라서 소비자보호법상 사업자의 개념이 도급계약상 수급인 사업자의 개념보다 넓게 이해된다.

14) MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 32 ff.

서 일을 완성하는 경우에 그 이행보조자는 수급인의 지배하에 그의 지시에 따라서 일을 완성해 나가게 된다. 즉 수급인과 이행보조자의 법률관계는 ‘사용자와 근로자의 관계’로서 인적 종속관계에 있게 되며, 그러한 인적 종속성은 수급인의 지시를 통해서 발현된다. 따라서 도급계약상 도급인이 수급인의 이행보조자에 대하여 ‘인적 종속성을 본질로 하는 수급인의 지시권’을 행사할 수 없는 것이다.

라. 수급인과 이행보조자 관계

채무자가 이행보조자를 사용하여 자신의 채무를 이행하는 경우에 그 이행보조자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실이 된다(민법 제391조). 이처럼 이행보조자의 고의·과실을 채무자의 책임으로 전가시킬 수 있는 근거로는 일반적으로, (i) 채무자가 이행보조자를 통해서 행위영역을 확장하여 이익을 취득함에도 불구하고 과실책임주의를 그대로 관철시키는 경우에 채무자는 선임·감독상의 책임만을 부담하게 되는 반면, 채권자는 상대적으로 불리한 위치에 놓인다는 점, (ii) 행위영역의 확대는 위험영역의 확대를 의미하므로 당해 영역에서 현실화되는 위험은 채무자에게 귀속되는 것이 정당하다는 점 등이 언급된다.¹⁵⁾

채무자인 ‘수급인’은 이행보조자를 고용하여 자신의 지시 하에 ‘일’을 ‘완성’해 나갈 수 있으며, 그 이행보조자의 고의·과실에 대해서는 민법 제391조가 규정하는 바에 따라 수급인이 책임을 부담하게 된다. 앞서 언급했듯, 수급인이 이행보조자의 고의·과실에 대하여 전적으로 책임을 부담하는 이유는 이행보조자의 업무 완성 ‘과정(過程)’이 수급인의 지배 하에서, 그의 지시에 따라 이루어지기 때문이다. 다시 말해 그러한 경우 이행보조자의 행위가 곧 수급인의 행위로 간주될 수 있고, 이는 수급인의 행위영역 및 위험영역의 확대를 의미하게 된다.¹⁶⁾ 따라서 수급인의 이행보조자에 대한 지시(Weisung)는 그 본질상 도급인

15) 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1992, 173면 이하; 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 1999, 98면; 김용한, 「채권총론」, 박영사, 1983, 132면; 김중환/김학동, 「채권총론」(제6판), 박영사, 1998, 84면 등.

16) 이와 관련하여, 타인인 피용자의 행위를 사용자의 책임으로 귀속시키기 위한 법이론적 구성의 시도로서 졸저, “사용자 『배상』책임에 있어서 구상권의 제한-타인의 행위에 대한 책임법리-”, 「재산법연구」 제34권 제3호, 한국재산법학회, 2017. 11, 231면~259면 참고.

을 통해서 이루어질 수 없고, 책임법적 관점에서는 이루어져서도 안 되는 것이다. 결국 이행보조자가 (그의 사용자이자 도급인의 채무자인) 수급인의 일을 완성해가는 과정(過程)에서 그 수급인으로부터 행사되는 지시(Weisung)는 동일한 과정(過程)에서 당해 이행보조자에 대하여 도급인으로부터 행사될 수 있는 지시(Anweisung)와 본질적으로 구분될 수밖에 없다.¹⁷⁾

III. '일'의 '완성'의 의미

1. 개관

도급계약에 따라서 수급인은 약속된 일을 완성할 의무를 부담하며(우리민법 제664조; 독일민법 제631조 제1항), 물건하자 및 권리하자 없는 일의 완성이 수급인의 주된 급부의무가 된다(우리민법 제667조; 독일민법 제633조 제1항). 반면 도급인은 일의 완성 시까지 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다(우리민법 제673조; 독일민법 제649조).¹⁸⁾

도급관계에서 일이 '완성되어 가는 과정(過程)'의 측면에서 보자면, 선이행의무를 부담하는 자는 수급인이다. 그리고 수급인에 의해서 완성된 일을 도급인이 수취하는 때에 '비로소' 수급인의 목적물인도 의무와 도급인의 보수지급의무가 동시이행관계에 있게 된다. 여기에서 '결과지향성'이라는 도급계약의 본질이 분명하게 나타난다. 즉 수급인은 선이행의무를 이행함으로써 계약상 결과를 완성해야 하고, '그때'부터 비로소 도급인은 그 완성된 결과에 대하여 보수를 지급할 의무를 부담하게 된다. 이는, 도급계약의 범주에서는 원칙적으로 수급인만이 '일의 완성 前' 단계에서 인적 종속성에 근거하는 지시권의 행사로써 이행보조자를 통하여 일의 완성 '과정(過程)'을 지배하게 되며, 도급인이 수급인과 동일

17) 도급관계에서 행사되는 수급인의 지시(Weisung)와 도급인의 지시(Anweisung)의 개념적 차이에 관하여 이어지는 본고 III. 2. 나.

18) 따라서 '일을 수행하겠다.'는 의미의 수급인의 '권리'는 인정되지 않는다. MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 60.

한 내용의 지시권 행사를 통해서 일의 완성 과정(過程)에 직접 개입할 수 없다는 것으로 이해된다.

따라서 도급인은 수급인에 대하여 약정된 일의 완성 및 완성물의 인도를 요구할 수 있을 뿐이며, 일의 완성을 재촉하는 일정한 이행행위를 요구할 수 없는 것이다. 이는 원칙적으로 일의 완성 ‘과정(過程)’에서 나타나는 수급인의 의무행위의 형태와 방식이 옳듯이 수급인과 수급인의 지시에 좌우된다는 것을 말한다.¹⁹⁾

2. 도급계약의 내용으로서 ‘일’

가. 일의 유형: 물질적 도급과 비물질적 도급

도급계약에서 수급인이 행하는 ‘일’이란 물건의 제작과 수선 또는 노무와 서비스를 통해서 이루어지는 결과를 말한다(독일민법 제631조 제2항). 즉 수급인의 급부는 물질적 급부이거나 비물질적 급부로 존재할 수 있다. 물질적 도급은 우리민법 제98조(독일민법 제90조)에서 정하는 물건의 개념과 동일할 필요는 없다. 예컨대 미용 또는 문신과 같이 인적(人的) 결과지향성을 가지고 행해지는 것도 물질적 도급에 속한다.²⁰⁾

반면 비물질적 도급은 대상 그 자체가 물리적 형태의 결과물로 나타나지 않는다. 예컨대 연극, 콘서트 또는 스포츠 등이 비물질적 도급에 속한다. 비물질적 도급에 대해 도급규정을 적용하는 것은 상대적으로 쉽지 않다. 가령 목적물의 인도(=수취)가 불필요하므로 목적물의 수취를 전제로 하는 동시이행항변권은 인정될 여지가 없다. 도급인은 일이 완성되면 지체 없이 보수를 지급해야 한다(우리민법 제665조 제1항 후단; 독일민법 646조).²¹⁾ 본고의 대상인 업무도

19) 동일한 취지로서 MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 62 참고.

20) LG Kassel NJW-RR 2009, 1685. 물질적 도급계약들은 대체로 기술적 영역, 예컨대 건축시장에서 나타난다. 도급인의 요구에 따라 제작되는 각각의 기계, 기구, 자동차, 시설물 또는 건축물이 도급계약의 전형적인 대상들이다. 이러한 대상들에는 수취와 담보에 관한 도급규정들이 어렵지 않게 적용될 수 있다. 또한 일 자체는 정신적인 성질을 가지지만, 계약서나 서면평가서 등의 완성물도 물질적 도급의 대상에 속한다. BGHZ 48, 257, 262 = NJW 1964, 647.

급이 비물질적 도급에 속함은 앞서 언급한 바와 같다.

나. 급부대상의 확정

(1) 도급관계에서 수급인의 지시(Weisung)와 도급인의 지시(Anweisung)의 구별
 근로계약상 사용자인 수급인이 그의 업무 수행 과정(過程)에서 자신의 근로
 자인 이행보조자에 대하여 '그때그때마다 필요에 의하여' 행사하게 되는 지시
 (Weisung)는 근로자에 대한 직접적인 지배성과 인적 종속성을 그 본질로 한다.
 반면 도급계약상 도급인이 수급인 또는 수급인의 이행보조자의 업무 수행 과정
 (過程)에 개입함으로써 양자에 대하여 행사하게 되는 지시(Anweisung)는 도급
 계약 체결 당시에 이미 확정된 계약의 내용을 '도급인을 위하여' 단지 현실화하
 는 것에 불과하다. 말하자면 'Weisung'과 'Anweisung'은 각각의 지시에 대한
 구속력의 정도에서 차이가 나는 것이다.²²⁾

결과적으로 'Weisung'의 영역에서는 지시자(수급인)의 지시를 그의 상대방(이
 행보조자)이 '따라야 하는(unbedingt befolgt werden muss)' 의무를 부담하게
 되며, 다만 그 결과에 대한 책임은 지시자(수급인)가 부담하게 된다(우리민법
 제391조; 독일민법 제278조). 이에 반해, 'Anweisung'의 영역에서는 지시자(도
 급인)의 지시 내용이 비록 도급계약 체결 당시에 도급인과 수급인의 합의에 의
 하여 이미 확정되어 있다 하더라도, 그 지시를 종국적으로 따를 것인지 여부는
 여전히 지시의 상대방(수급인)인 '수급인'의 전문성에 기초하여 '그'의 자기책
 임²³⁾ 하에 '그'의 선택에 의하여 결정된다.²⁴⁾

(2) 급부대상의 확정

계약자유의 원칙에 따라서 도급계약의 급부대상은 도급인과 수급인에 의해서

21) MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 65.

22) 'Weisung'과 'Anweisung'의 구별에 관하여 예컨대 BeckOK BGB/Voit BGB § 645 Rn. 10.

23) 사업자인 수급인의 전형적인 자기책임에 관하여 BeckOK BGB/Voit BGB § 631 Rn. 85.

24) 이러한 두 용어의 개념적 차이에 기초하여 진정도급과 위장도급을 설명하는 것으로 이해되는
 견해로서 예컨대 권혁, 전제논문(각주 5); 김봉수, "노무도급과 위장도급", 「안암법학」 제39호,
 안암법학회, 2012, 353면~399면.

계약체결 ‘당시’에 이미 결정되고 확정된다. 즉 도급계약의 대상(목적)은 ‘사전적’이고 ‘확정적’이어야 한다. 이는, 그렇게 사전적으로 확정된 일이 수행되는 과정(過程)에서 행사되는 도급인의 지시(Anweisung)가 그 확정된 일의 내용에 국한된다는 것을 의미한다. 그렇지 않은 경우 도급인의 지시는 도급계약의 본질인 결과지향성을 상실하게 되고, 작업의 수행 ‘과정(過程)’에서 상대방(수급인 또는 수급인의 이행보조자)의 노동력 그 자체를 목적으로 할 수 있다. 만약 도급인의 지시(Anweisung)를 통해서 수급인 이행보조자의 노동력 그 자체에 대한 종속적 지배가 이루어지게 된다면, 그 지시의 실질은 ‘사용자의 근로자에 대한 지시(Weisung)’로 이해되어야 하며, 따라서 도급인과 수급인의 이행보조자 사이에는 근로계약관계가 인정되어야 한다.²⁵⁾

한편 급부대상의 확정과 관련하여, 계약 체결 당시에 ‘급부가 어느 정도 또는 얼마만큼의 완성도를 갖춘 것으로’ 적시되어야만 ‘급부대상이 확정되었다’고 할 것인지 문제된다. 이에 대하여 법이 일정 요건을 정한 것은 아니지만, ‘본질적 구성부분’은 확정되어야 한다. 그러한 경우에 한하여 도급계약상 최소한의 주된 급부의무가 확정될 수 있고, 무엇보다 도급인의 지시도 그러한 범주 내에서 행사될 수 있기 때문이다.²⁶⁾ 이와 유사하게, 기술적으로 복잡한 도급에 있어서도 개별적인 급부단계 혹은 일의 결과가 반드시 세부적이고 구체적으로 정해질 것이 요구되지 않으며, 단지 일의 ‘목적’을 추상적으로 정한 것으로도 충분하다고 한다. 그럼에도 불구하고 유의해야 할 것은, 일의 ‘목적’이 추상적이라는 이유에서 도급인의 지시에 의하여 그 과정(過程) 자체가 구체화되는 경우에는 그 지시의 실질 역시 사용자의 지시로 이해된다는 점이다.²⁷⁾

나아가 개별 사례에서 도급인이 급부대상을 불충분하게 표시하고 전달한 경우에는 계약체결상 과실책임이 고려될 수 있다(독일민법 제311조 제2항, 제241

25) MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 67 ff.

26) Brox/Walker, Schuldrecht AT, 2015, S. 9 Rn. 6. 예컨대 주택의 창문수리 계약 체결 당시에 창문의 종류, 재질, 크기, 개수 및 색깔(흰색 계열)이 이미 정해졌다면, 이는 급부가 확정된 것으로 이해될 수 있다. 다만 보다 구체적으로 창문의 색을 완전한 흰색으로 할 것인지, 아이보리색으로 할 것인지 여부는 일의 수행 ‘과정(過程)’에서 ‘수급인의 전문성에 기초하여’ 또는 ‘도급인의 지시에 의하여’ 비로소 확정될 수 있을 것이다.

27) BGH NJW 1997, 1772, 1773.

조 제2항, 제280조). 이러한 이유에서 도급인은 수급인에게 손해배상책임을 부담하지 않기 위해, 혹은 일의 완성이라는 '결과지향성'을 전제로, 계약 내용의 범주 내에서 업무에 대한 지시(Anweisung)를 할 수 있다.²⁸⁾

3. 도급계약의 목적으로서 '완성'

가. 물질적 급부와 비물질적 급부의 제작·완성

급부의 제작 또는 완성이란 현존하지 않는 대상을 형상화하는 것을 의미한다. 이때 대상의 형상화는 유형적으로 나타날 수도 있고(예컨대 자동차 제조), 무형적으로 이루어질 수도 있다(예컨대 노무 제공).²⁹⁾ 무엇보다 대상을 형상화하는 과정(過程)은 수급인이 도급계약에서 정해진 객관적인 결과를 완성함으로써 종료된다. 특히 수급인이 도급계약에서 확정된 급부를 자신의 이행보조자를 통해서 '자기책임 하에서' 이행할 수 있음은 앞서 강조된 바와 같다.

나. 이행보조자의 배치

원칙적으로 도급계약상 수급인의 급부의무가 오롯이 그 수급인 스스로에 의해서만 이행되어야 하는 것은 아니다. 만약 일정한 의무가 그 당사자 스스로에 의해서만 이행되어야 하는 경우라면, 그 급부는 '고도의 인적 속성(höchstpersönliche Natur)'을 가진 것으로 이해된다.³⁰⁾ 따라서 계약내용, 예컨대 화가에 의한 그림 작업 또는 공연 등의 경우에는 고도의 인적 속성에 의해서 급부의무의 실현 과정(過程)이 결정될 수 있다. 그러나 이때에도, 예컨대 특정 건축양식의 대가인 건축가(수급인)가 설계도면에 따라서 계획한 바대로 전체적으로 건축물을 완성하지만, 이 건축가(수급인)는 자신의 의도에 따라 날마다 건축자재를 공급하는

28) BGHZ 19, 382, 384.

29) 김봉수, 전제논문(각주 24), 370면.

30) Wertentruch, "Die Anwendung des § 275 BGB auf Betriebsstörungen beim Werkvertrag", ZGS, 2003, S. 53.

자, 복잡한 건축물의 기술적인 작업에 특성화된 기술자 또는 일정한 전문분야에 대한 전문가를 '이행보조자'로 배치할 수 있다.³¹⁾

따라서 도급계약상 수급인의 급부의무가 '고도의 인적 속성'을 가지는 경우가 아니라면, 수급인이 그 일을 반드시 직접 스스로 할 필요는 없다. 다른 한편 '고도의 인적 속성'을 지닌 일이라 하더라도, 혹은 사정에 따라서는 기존 이행보조자를 대신하여 수급인과 근로계약관계에 있는 다른 이행보조자를 배치하는 경우에도 계약에 부합할 수 있다.³²⁾ 나아가 수급인은 이행보조자의 고의·과실에 대해서 책임을 부담하기 때문에, 이행보조자의 범위확정 또한 중요하다. 그러한 이유에서 수급인의 이행보조자는 일의 완성 과정(過程) 속에 '직접' 관여하는 자로 한정되어야 하며, 예컨대 일을 완성하기 위해 필요한 재료를 단순히 공급하는 자는 일반적으로 수급인의 이행보조자가 될 수 없다.³³⁾

다. 일의 완성 과정(過程)과 도급인의 지시

도급관계에서 도급인이 행사하는 지시(Anweisung)의 개념은 원칙적으로 수급인의 전문성(전문적 '우월성')을 기준으로 엄격하게 해석된다. 다시 말해서 수급인의 전문성은 그의 전문적 지식에 근거하여 '자기책임'으로 나타나기 때문에, 도급인의 조언, 생각 또는 바람, 나아가 도급인이 일견 수급인의 책임영역에 간섭하는 경우까지도 단지 도급인의 지시(Anweisung)에 해당할 수 있다.³⁴⁾ 예컨대 도급인이 재료 사용에 대해 지시(Anweisung)를 하였으나 수급인에 의해서 재료가 보다 구체적으로 선택되어야 하는 경우, 비록 도급인이 지시한 그 재료가 통상 적합한 것이었다 하더라도 수급인에 의해서 구체적으로 선택된 재료에 하자가 있는 때에는 발현된 위험을 '수급인'이 부담한다.³⁵⁾ 왜냐하면 구체적 선

31) MüKoBGB/Busche, 7. Aufl. 2018, BGB § 631 Rn. 71.

32) 마찬가지로 수급인의 급부의무가 '고도의 인적 속성'을 가지지 않는 경우라면, 예컨대 경영장에 또는 질병, 사고와 사망 등으로 인한 인신장애가 급부불능이 되지는 않는다. Wertenbruch, a. a. O., 53, 54.

33) BGH NJW 1978, 1157.

34) BeckOK BGB/Voit, 51. Ed. 1. 2. 2019, BGB § 645 Rn. 10.

35) BGHZ 132, 189, 193 = NJW 1996, 2372 zu § 13 Abs. 3 VOB/B.

택의 범주에서 도급인의 지시 사실이 수급인의 책임을 배제하지 않으며, 수급인은 결국 '자기책임'으로 도급을 수행해야하기 때문이다. 이러한 점이 바로 도급계약상 수급인의 법적 지위를 결정하는 본질적 표지로 이해되며, 따라서 (적어도 이론적 관점에서 보자면) 일의 완성 과정(過程)에서 행사되는 수급인의 지시(Weisung)와 도급인의 지시(Anweisung)를 명확히 구분지우는 경계로 여겨진다.

결과적으로 우선 도급계약에서 계약체결 당시에 '이미' 결정된 사항들은, 도급인이 이를 '언급'했다는 사실만으로 도급인의 지시(Anweisung)에 해당하지는 않는다. 왜냐하면 수급인은 이미 도급계약에 의해 사전에 확정된 바에 따라서 결과를 완성할 의무를 부담하기 때문이다.³⁶⁾ 따라서 도급인의 지시는 그러한 언급에서 한 걸음 더 나아가, 종국적으로 도급계약의 본질인 '결과지향성'의 범주에서, 일을 완성하기 위해 사전적으로 확정된 일의 내용을 '단지 보다 구체화하는 것'으로 이해될 수 있다. 이러한 이유에서 도급인의 지시(Anweisung)는 (도급계약의 결과지향성과 무관하게) 오롯이 근로자의 노동력에 대한 지배를 목적으로 하는 사용자의 지시(Weisung)와 명백히 구분된다.

4. 소결

지금까지 도급관계의 당사자들(II)과 도급계약의 결정적 표지인 '일'의 '완성'의 의미(III)에 대해서 살펴보았다. 도급관계의 당사자들은 주문자인 도급인과 사업자인 수급인으로 이해될 수 있고, 수급인은 자신의 근로자인 이행보조자를 통해서 도급을 수행할 수 있다. 이행보조자가 도급계약상 일을 수행함에 있어서 고의·과실로 도급인에게 손해를 야기한 때에는 수급인이 그 고의·과실에 대하여 책임을 부담한다.

수급인이 부담하는 일은 물질적 급부이거나 비물질적 급부일 수 있고, 본고에서는 비물질적 급부인 진정도급으로서 업무도급이 위장도급(=불법파견)과 관련하여 문제된다. 즉 수급인의 이행보조자가 도급인의 사업장에서 도급인이 제공한 시설과 장비를 가지고 도급인으로부터 일정한 지시(Weisung 또는 Anweisung)를

36) BGHZ 77, 320, 324 = NJW 1980, 2189; BGHZ 83, 197, 202 f. = NJW 1982, 1458.

받으면서 도급계약상 업무를 수행하는 경우에 여전히 업무도급관계를 인정할 것인지, 아니면 그 이행보조자와 도급인 간에 실질적인 근로관계를 인정할 것인지 문제되는 것이다.

도급계약상 ‘일의 완성’의 의미를 고려하여 위 사례를 이해하면, 적어도 이론상으로는 도급관계가 처음부터 배제될 것은 아니라고 생각한다. 물론 명백하게 수급인의 이행보조자가 도급인의 종속적 지배 하에서 도급인의 근로자들과 동일한 장소에서 동일한 시설과 장비를 가지고 도급인의 명령·지휘 하에서 노무를 제공하는 경우에는 이론의 여지가 없을 것이다.³⁷⁾ 그러나 다툼의 여지가 여전히 존재하는 곳은 (i) 도급계약을 통해서 업무의 내용이 ‘도급업무세부목록’ 등에 ‘사전적으로’ ‘확정되어’ 있으나, 다만 구체적인 수행 과정(過程)에서 일의 완성이라는 결과를 지향하기 위해서 도급인이 일정 정도의 지시를 하는 경우, (ii) 도급계약에서 정한 업무와 완전히 동일하지는 않지만 일을 완성해가는 과정(過程)에서 결과지향성을 가지고 나타나게 되는 ‘관련’ 업무를 도급인이 일을 용이하게 완성하기 위해서 지시하는 경우, (iii) 수급인의 이행보조자가 도급인의 사업장에서 일을 완성하면서 그 일의 특성상 도급인이 제공한 시설과 장비를 가지고 일을 수행하는 것이 도급인에게 보다 이롭기 때문에 사전 협약으로서 당해 시설과 장비를 사용하고 여기에 도급인의 지시가 더해지는 경우, (iv) 일의 완성이라는 측면에서 사전에 확정적으로 도급인 사업장의 작업준수 사항들을 따르도록 하는 경우, (v) 일의 용이한 완성을 위해서 사전에 도급인의 사업장을 작업장소로 사용할 것을 약정하는 경우, (vi) 일의 완성이라는 관점에서 도급인이 그의 비용으로 이행보조자에 대하여 순수한 교육서비스를 제공하는 경우 등이 될 것이다.³⁸⁾

요컨대 도급계약에서 도급인과 수급인은 일의 완성을 약정할 뿐만 아니라, 일의 완성 과정(過程)에서 요구되는 사항들에 대하여 결과지향적 목적을 가지고 사전적으로 확정할 수 있다. 그리고 사전적으로 확정된 요소들은 결과지향적인 목적 하에 도급인의 지시를 통해서 단지 현실화되는 것에 불과하다. 이때의

37) 예컨대 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219072, 219089, 219096, 219102, 219119, 219126, 219133 판결 참조.

38) 이러한 다툼이 존재하는 영역에 관하여 이어지는 본고 IV 참고.

지시는 결코 이행보조자의 노동력을 지배하려는 목적을 가진 것이 아니며, 오롯이 일의 완성이라는 결과를 지향하는 것이다.

이하에서는 도급관계와 근로관계를, (i) 우선 일반적인 방법론인 구성요건표지의 측면에서 구별해본 후, (ii) 그것으로부터 한 걸음 물러나 관련 사례들에 대한 우리 법원의 판단을 살펴보면서, 특히 사용자의 지시(Weisung)와 도급인의 지시(Anweisung)의 경계에 대해 고민해보고자 한다.

IV. 도급관계와 근로관계의 구별

1. 일반: 구성요건표지에 따른 구별

도급계약과 근로계약의 구별은 다양한 관점에서 가능하다. 우선 두 계약은 유상이라는 점에서 동일하다. 그러나 근로계약은 '일' 그 자체가 계약의 목적이지만, 도급은 일의 결과, 즉 '완성'이 계약의 목적이다. 계약의 대상이 일 그 자체인지 일의 완성인지 여부가 두 계약유형을 구별하는 명백한 기준임에도 불구하고, 개별사례에서 그 구별은 쉽지 않다.

계약의 양 당사자가 '노무 그 자체'와 관련성을 가지는 근로계약을 체결한 것인지, 아니면 '결과'지향성을 가지는 도급계약을 체결한 것인지에 대한 결정적인 판단기준은, 계약체결을 통해 확정된 급부대상에 관한 계약규정이다. 따라서 '계약의 유형'에 대하여 당사자 사이에 다툼이 있는 경우, 근로계약과 도급계약 간의 구별 문제는 우선적으로 계약해석의 측면에서 이해되어야 한다. 이런 관점에서 계약의 내용인 '일'의 성격을 판단함에는 (i) 도급계약에서 규정하는 '일의 완성'의 의미를 이해하는 차원에서, (ii) 그 일이 결과와 관련하여 설명될 수 있다는 점을 염두에 두어야 한다. 이때 계약상 의무자의 법적 지위를 계약적 맥락에서 파악하는 것도 상당히 중요하다. 예컨대 서점에 고용(雇傭)된 세무사가 서비스차원에서 하는 서점일은 비록 서비스임에도 불구하고 고용관계에서 이루어지는 고용계약적 성격을 가지는 반면, 기업주와 개별계약으로 체결된 도급적 성격의 서비스업무는 그 자체가 '결과'지향성으로 인해 도급계약상 급부에 속하게 된다.³⁹⁾ 말하자면 일의

명칭에도 불구하고, 고용계약으로부터 파생되는 일은 고용관계의 범주에서, 도급 계약으로부터 파생되는 일은 도급관계의 범주에서 이해되는 것이다.

체결된 계약상 문언과 사정들을 종합적으로 고려할 때, 도급계약과 근로계약의 구별을 위해서는 ‘일반적으로’ 다음의 측면들이 의미를 가진다.⁴⁰⁾ (i) 계약상의 위험분배가 개별기준이 된다. 일할 의무를 부담하는 계약당사자가 임금위험을 부담한다면, 이것은 도급계약의 본질적 표지이다. (ii) 경제적 의존성 또한 계약의 법적 성질을 판단하기 위한 기준이다. 첫째, 제3자에게 일을 지시할 수 있는 권리를 포함하여, 경제적으로 독립적인 근로방식은 도급계약에 해당한다. 반면 근로계약상 근로자는 사용자에 대하여 경제적인 종속적 지위에 있게 된다. (iii) 임금의 종류에 근거하여 법적 성질을 이해할 수 있다. 근로자는 근로시간에 따라서 임금을 지급받는 반면, 수급인은 그에 의해서 수행된 급부에 따라서 임금을 지급받는다.⁴¹⁾ (iv) 마지막으로 지시권의 문제가 있다. 근로관계는 도급관계와 다르게 업무수행이 항상 사용자의 지시권을 통해서 이루어진다.⁴²⁾

2. 법원의 판단 기준

가. 개관

39) MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 16 ff.

40) 이하의 ‘국내’에서 논의되는 도급계약과 근로계약의 일반적 구별기준에 관하여 보다 자세한 것은 김봉수, 전계논문(각주 24), 380면 이하 등. 다만 그 측면들 자체가 결정적인 구별기준이 되지 않음에 유의해야 한다.

41) 다만 임금과 관련하여 비교적 다양한 예외가 존재한다. 예컨대 임금이 합의된 시점으로 지급되더라도 계약의 성질은 도급계약일 수 있으며, 마찬가지로 평론전문가가 업무시간에 따라서 임금을 지급받더라도 이 계약 역시 통상은 도급계약으로 이해된다.

42) 다른 한편 독일의 판례는 1972년 지시권의 행사 여부에 따라서 도급관계와 근로관계를 구분할 수 있다고 판단했으나, 1983년 판결에서는 어느 하나의 지표만으로 두 관계를 구분하는 것은 적절하지 않다고 판시했다. 이후 독일 판례는 예컨대 ‘계약내용의 구성과 전문성’, ‘보수의 지급방식과 내용’, ‘노무관리의 주체성’, ‘업무수행 방식과 공간’, ‘전문적인 기술 보유’ 등 다양한 지표를 종합적으로 고려하여 두 관계를 구분하였다. 그러나 독일 판례의 구분 지표는 법적 안정성과 명확성에 반하는 것으로 평가되었으며, 독일 학계는 그러한 독일 판례의 한계를 극복하기 위한 방법으로, 예컨대 ‘판단지표론(상위지표론, 유일지표론)’이나 ‘사실지표 배제론(업무범위기준론, 사회적 보호필요성 기준론, 회색지대론)’ 등을 제시하였다. 위장도급의 판단기준에 대한 독일의 판례 및 학계의 논의에 관하여 보다 자세한 것은 권혁, 전계논문(각주 5), 201~211면.

일반적인 구성요건표지에 따른 구별이 보여주듯이, '(업무)도급관계'와 '근로 관계'의 구별은 이론적으로 일견 간단해 보이기도 한다.⁴³⁾ 그러나 도급인과 수급인이 어느 업무에 대하여 도급계약을 체결하고, 수급인이 이행보조자를 통해서 도급인이 마련한 장소에서 그가 제공한 시설과 재료를 가지고 업무도급을 수행하는 모습은, 도급인이 그의 근로자로 하여금 동일한 장소에서 동일한 시설과 재료를 가지고 동일한 업무를 지시하는 모습과 현실적으로 구분하기는 쉽지 않다. 이에 1998. 7. 1. 파견법이 시행된 이후 위장도급의 문제가 지속적으로 야기되었고, 판례는 현장에서 실제로 나타나는 업무활동의 발현 형태 내지 모습에 근거하여 특히 수급인의 이행보조자와 도급인의 관계를 판단하고 있다. 이하에서는 대법원의 판단 기준을 정리하고, 이와 비교하여 최근 하급심의 판단을 구체적으로 살펴본다.

나. 대상판례: 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결

(1) 진정도급과 위장도급의 일반적인 판단기준

우리 법원에 따르면, 수급인(원고용주)이 이행보조자(어느 근로자)로 하여금 도급인(제3자)을 위한 업무를 수행하도록 한 경우의 법률관계가, 당해 이행보조자가 도급인으로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 해당하는지 여부는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라고 한다. 즉 (i) 도급인(제3자)이 당해 이행보조자(근로자)에 대하여 직·간접적으로 그 업무 수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지(이하 '상당한 지휘·명령의 행사'), (ii) 당해 이행보조자(근로자)가 도급인(제3자) 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 도급인(제3자)의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지(이하 '실질적 편입성'), (iii) 수급인(원고용주)이 작업에 투입될 이행보조자(근로자)의 선발이나 이행보조자(근로자)의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지(이하 '결정 권한의 독자적 행사' 여

43) 권혁, 전제논문(각주 5), 196면.

부), (iv) 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 (이하 '계약 목적의 구체적 범위 확정성'), (v) 당해 이행보조자(근로자)가 맡은 업무가 도급인(제3자) 소속 근로자의 업무와 구별되며(이하 '업무의 구별성'), (vi) 당해 이행보조자(근로자)가 그러한 업무에 대해 전문성·기술성을 갖추고 있는지(이하 '이행보조자의 전문성'), (vii) 수급인(원고용주)이 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지(이하 '수급인의 독립성') 등의 요소를 바탕으로 위장도급인지 여부가 판단되고 있다.⁴⁴⁾

(2) 대상판례의 판단

우선 대상판례의 '원심'인 서울고법 2010. 11. 12. 선고 2007나56977 판결은 '원고용주가 자신의 근로자로 하여금 제3자의 업무를 수행하도록 한 사건'에서, 당해 근로자는 제3자로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 인정하였고, 대상판례 역시 원심의 판단을 정당한 것으로 받아들였다. 원심 판단에 정당성을 부여하는 인정사실들은 다음과 같다.⁴⁵⁾

(i) 도급인이 수급인의 이행보조자에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고 이행보조자가 수행할 작업량과 작업방법, 작업순서, 작업속도, 작업장소, 작업시간 등을 결정한 점, (ii) 도급인은 수급인의 이행보조자를 직접 지휘하거나 수급인 소속 현장관리인 등을 통하여 구체적인 작업 지시를 하였는데, 그 소속 현장관리인이 이행보조자에게 구체적인 지휘·명령권을 행사하였다 하더라도 이는 도급인의 결정사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 도급인에 의하여 통제된 것에 불과한 점, (iii) 수급인의 이행보조자가 도급인의 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행한 점, (iv) 도급인은 그 소속 근로자의 결원이 발생하는 경우 수급인의 이행보조자로 하여금 그 결원을 대체 하기도 한 점, (v) 도급인이 수급인의 이행보조자의 근로내용(예컨대 휴게시간

44) 예컨대 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결; 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806 판결; 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결; 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219249 판결; 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219072, 219089, 219096, 219102, 219119, 219126, 219133 판결 등.

45) 실제 판시 내용에서는 도급인이 피고로, 그 소속 근로자는 피고 소속 근로자로, 수급인은 사내협력업체로, 그의 이행보조자는 사내협력업체 소속 근로자로 실시되었다.

부여, 연장 및 야간근로, 교대제 운영 등)을 그 이행보조자의 근태상황 등을 실질적으로 관리하여 온 점, (vi) 수급인이 도급받은 업무 중 일부는 도급인 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 아니하는 점, (vii) 수급인의 고유하고 특유한 업무가 별도로 있는 것이 아니라 도급인의 필요에 따라 수급인의 업무가 구체적으로 결정된 점, (viii) 수급인의 이행보조자의 담당 업무는 도급인이 미리 작성하여 교부한 각종 조립작업지시표 등에 의하여 동일한 작업을 단순 반복하는 것으로서 수급인의 전문적인 기술이나 이행보조자의 숙련도가 요구되지 않고 수급인의 고유 기술이나 자본이 투입된 바 없는 점 등이다.

(3) 평가

대상판례는 오늘날 대부분의 관련 판례들과 마찬가지로, 도급인의 사업장에서 수급인의 이행보조자가 수행하는 각 작업 단계에 따라 '외관상 결과적으로 나타나게 되는' 업무 이행 방법들 또는 방식들에 근거하여 위장도급인지 여부를 판단하는 것으로 이해된다. 그리고 지금까지 문제가 되었던 대부분의 사례에서 이러한 판단기준이 상당한 기능을 수행해왔다고 평가될 수도 있을 것이다.⁴⁶⁾ 그러나 '외관상 결과적으로 나타나게 되는' 각 작업 단계별 업무 이행 방법들 또는 방식들이 존재한다는 것 자체가 모든 관련 사례에서 진정도급과 위장도급을 구분지우는 경계선이 될 수 있을 것인지에 관해서는 의문을 가지지 않을 수 없다. 왜냐하면 진정도급인지 혹은 위장도급인지의 결정적인 판단기준은, 수급인의 이행보조자에 의한 일의 완성 과정(過程)에서 각 작업 단계별로 나타나는 '결과적인' 외관상의 업무 이행 방법들 또는 방식들이 아니라, 그렇게 외관상 '결과적으로' 나타나게 되는 이행 방법들 또는 방식들이라 하더라도 '이러한 업무 이행 방법들 또는 방식들이 도급계약의 체결 당시에 이미 사전적으로 확정되어 있었는지 여부'가 되어야하기 때문이다.

무엇보다 도급인이 수급인의 이행보조자에 대해서 행사하는 '상당한 지휘·명령'의 법적 성질은 (i) 그 내용이 사전적으로 확정되어 있었는지, (ii) 그것이 결과지향성이라는 본질을 가지고 관련 업무를 용이하게 완성(完成)하기 위한 것

46) 앞서 소개된 본고 각주 44) 참고.

인지, (iii) 사전에 확정되어 이행보조자가 도급인의 사업장에서 도급인의 근로 자들과 함께(nebeneinander) 도급인의 시설과 장비를 가지고 일을 완성하는 것이 그 도급인의 이익을 위한 것인지, (iv) 단지 일의 완성이라는 관점에서 이행 보조자가 도급인 사업장에서 사업장의 작업준수 사항들을 따르도록 사전에 확정되었는지, (v) 일의 완성이라는 관점에서 도급인이 그의 이익을 위해서 그의 비용으로 이행보조자에게 순수하게 교육서비스를 제공했는지 여부 등에 의하여 영향을 받을 수밖에 없다.

특히 위와 같은 판단에 있어서는 도급계약의 목적 내지 대상이 되었던 그 일의 '본질적 특성' 또한 반드시 고려되어야 한다. 예컨대 과학적 이론과 기술이 본질을 이루는 '특정 (연구)업무'에 대하여 도급계약이 체결되는 경우에, 도급계약의 '목적'은 사전적으로 확정될 수 있을지언정 그 실현 과정(過程)은 추상적 일 수밖에 없고, 또한 그것으로 충분하다.⁴⁷⁾ 더욱이 특정 (연구)업무의 각 단계별 수행 과정(過程)이 업무의 특성에 비추어 중요시되고, 따라서 도급계약 체결 당시에 각 단계별 업무 수행 과정(過程)이 세부적이고 구체적으로 확정되어야 하는 경우에 당해 사항들은 오롯이 수급인의 전문성에 기초하여 수급인에 의해서 결정될 수밖에 없다. 이러한 사항들이 업무 수행 과정(過程)에서 비전문적인 도급인의 지시에 의해 결정 또는 변경되는 경우에, 이는 업무의 본질을 간과하는 것일 뿐만 아니라, 도급인의 이익에도 부합하지 않게 될 것이다.

특정 (연구)업무와 관련하여, 이하에서 살펴보게 되는 최근 하급심 판결은 도급인의 사업장에서 수급인의 이행보조자를 통해 도급 업무가 이루어지는 경우에 (i) 진정도급과 위장도급의 구별에 있어 각 업무 수행 단계별 과정(過程)에서 '결과적으로 나타나는' 개별적·외형적·형식적인 모습에 따른 판단의 한계를 보여주고, (ii) 종국적으로 진정도급과 위장도급의 결정적인 구별 기준은 결국 당해 계약의 실질적인 목적과 내용이 '결과지향성'을 지니고, 동시에 각 업무 이행 단계가 '사전적 확정성'을 가지는지 여부가 되어야 하며, (iii) 이때 도급인의 지시(Anweisung)가 가지는 의미는 '결과지향성'과 '사전적 확정성'을 전제로

47) BGH NJW 1997, 1772, 1773. 다만 개별 사례에서 도급인이 급부대상을 불충분하게 표시하거나 전달함으로써 계약체결상 과실책임을 부담할 수도 있다는 점은 앞서 언급한 바와 같다(독일민법 제311조 제2항, 제241조 제2항, 제280조).

단지 일의 완성 과정(過程)이 도급인의 지시를 통해 단순히 현실화된 것에 불과함을 보여준다고 생각한다. 요컨대 특정 계약의 양 당사자가 체결한 계약의 내용이 '사전적 확정성'과 '결과지향성'을 본질로 하며, 이에 따라 일의 수행 과정에서 사용자의 지시권이 차단되고 그 개입가능성이 제거된다면, 이러한 계약은 도급계약으로 인정되어야 할 것이다.

다. 최근 하급심 대상판례: 서울고등법원 2019. 9. 27. 선고 2018나2062639 판결

(1) 쟁점

이 사례에서 수급인 소속의 근로자들(이하 '이행보조자')은 (통상적인 사례에서와 마찬가지로) 도급인과의 직접적인 근로관계를 주장하였다. 대상판례는, 그와 같은 직접적인 근로관계가 인정되기 위해서는 이행보조자들을 파견근로자로, 수급인을 파견사업주로, 도급인을 사용사업주로 하는 근로자파견 관계가 성립해야 함을 전제로, 이행보조자들이 수급인과 고용계약을 체결하고 도급인의 사업장에서 근무하였으나 수급인과 도급인 사이에 명시적으로 근로자파견계약이 체결된 것은 아니라고 인정하였다. 따라서 쟁점은 이행보조자들이 도급인의 지휘·명령을 받았는지, 도급인을 위한 근로에 종사하였는지 여부에 있었다.

(2) 대상판례의 판단

(가) 결론

대상판례는 '다양한 부분과 요소가 종합적으로 반영되는 근로관계의 실질은 같은 사업장에서도 업체별로 다를 수 있고, 같은 협력업체 내에서도 담당 업무와 기간에 따라 다를 수 있으므로, 개별적으로 판단해야 함'을 전제로, 수급인의 이행보조자들의 주장에 부합하는 일부 사정과 증거만으로는 이들과 도급인 사이에 근로자파견관계가 있거나 있었던 것으로 보기 어렵다고 판단하였다.

(나) 대상판례의 구체적 판단기준

1) 대상판례의 의의

대상판례가 앞서 소개된 대법원 판례(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다 106436 판결) 및 통상적인 관련 판례들과 비교하여 의미를 가지는 부분은, 대상판례가 외적으로는 마치 대법원 판례의 일반적인 견해(판단기준)를 따르고 있는 것으로 보이면서도, 다른 한편으로 문제되는 계약의 실질적인 목적과 내용, 특히 당해 계약의 체결 당시에 ‘결과지향성’과 ‘사전적 확정성’이라는 도급계약의 본질이 이미 형성되었는지에 주목하고 있다는 점이다. 즉 대상판례는 도급인의 지휘·명령의 실질을 판단함에 있어서 표면적이고 수동적인 시각이 아닌, 내부적이고 능동적인 관점에서 접근하고 있다고 생각한다.

요컨대 대상판례는 당사자 간에 체결된 계약의 실질적인 내용이 무엇인지 계약 체결 당시의 시점에서 그 세부사항들을 살피고, 현실적으로 발현된 노무제공의 관계가 그와 같이 사전에 확정된 계약의 실질적인 내용에 부합하는지 검토한 후, 업무 수행 과정(過程)에서 제공된 이행보조자의 노무는 단지 도급인의 지시를 통해 현실화된 구체적·객관적인 사실관계로 이해함으로써, 종국적으로 그러한 도급인의 지시(Anweisung)를 사용자의 지시(Weisung)와 구분하고 있다고 생각한다. 도급인의 지시의 정당성은, ‘결과지향성’ 하에서 그것이 사전에 합의되고 확정된 세부적인 계약 내용에 부합함으로써 확보되는 것이다.

이하에서는 대상판례의 실시 내용(과 형식)을 가능한 변경함이 없이, 특히 그 판단기준에 주목하여 소개하고자 한다.

2) 대상판례의 주목되는 실시 표현과 내용

가) 개요

대상판례는 문제되는 도급관계가 진정도급인지 위장도급인지 여부를 판단하기 위해 크게 4가지 측면에서 계약의 실질적 목적과 내용을 검토하고 있다. 첫째가 ‘업무 내용의 면’, 둘째가 ‘업무 수행의 면’, 셋째가 ‘업무 수행의 대가 산정의 면’, 마지막 넷째가 ‘그 밖의 사정들’이다. 무엇보다 대상판례의 실시 내용을 살펴봄에 있어서는, 우선 앞서 소개된 대법원 판례(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결)의 실시 표현과 내용을 먼저 염두에 두고, 그와 같은 실시 표현 및 내용과의 차이점을 대상판례의 실시에서 주목하는 것이 중요하다고 생각한다. 이러한 이유에서 대법원 판례(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다

106436 판결)의 실시 표현 및 내용과 차이를 보이고, 특히 도급계약의 본질적 표지인 '결과지향성'과 '사전적 확정성'을 나타내는 대상판례의 실시 표현 및 내용에 대해서는 필자에 의한 밑줄을 통해서 소개하고자 한다.⁴⁸⁾

나) 업무 내용의 면

(i) 이행보조자들이 주장하는 이행보조자별 업무는 예방·점검 업무로서, 대체로 이 사건 계약에 근거한 것이다. 이 사건 계약에서는 수급인이 담당하는 업무를 '도급업무세부목록'에 의해 정하고 있는데, 그 '도급업무세부목록'에서는 수급인이 담당하는 업무를 추상적으로 나열하거나 업무 전반을 망라하여 다시 도급인의 지시를 통해 구체화 되어야 하는 것이 아니라 시험장비 분야별로 시험장비의 수, 분기별 작업건수를 규정하면서 점검 분야별로 세부 작업 내용을 명시하여 구체적으로 업무 범위를 한정하고 있고, 그와 같은 내용을 형식적인 것으로 볼 근거는 없다.

(ii) 이행보조자들은 이 사건 계약에서 정한 작업건수 외에도 도급인 소속 근로자들로부터 요청을 받고 신규 장비 점검, 이상 감지 및 필요에 따른 긴급 점검, 이미 점검한 장비의 재점검, 장비 수리 전후의 진동 측정 등의 업무를 하기도 하였다. 이행보조자들은 이러한 업무에 대해 도급인 측의 지시로 이 사건 계약 외의 업무를 한 것으로서 이행보조자들의 업무가 실질적으로 특정되지 않았다고 주장하지만, 위와 같은 업무를 이 사건 계약과 무관한 업무로 볼 수 없을 뿐만 아니라 이 사건 계약에서 신규 장비의 도입 등에 대비해 '수급인과 도급인이 협의한 작업'도 도급 작업의 범위에 포함하였으므로 이를 계약 외의 업무로 보기도 어려우며, 긴급 점검 등은 개별적으로 부탁을 하는 정도로 보여 도급인 측의 일방적인 지시나 이행보조자들의 일상적인 업무로 보긴 어렵다.

(iii) 이 사건 예방·점검 업무가 연구직 근로자들이 사용하는 장비를 대상으로 하더라도, 이 사건 예방·점검 업무와 남양연구소의 주요 업무인 연구·개발 업무는 명확하게 구별되어 작업량, 작업 내용 면에서 연동될 여지가 없고 대체가

48) 다만 아래에서 소개되는 대상판례의 실시 표현과 내용은 '필요한 범주'에서 발췌하였으며, 발췌된 표현 가운데 원고, 피고, 피고 소속 근로자 및 협력업체 등 당사자들을 각각 '이행보조자', '도급인', '도급인의 소속 근로자' 및 '수급인'으로 변경하였음을 밝힌다.

능성 또한 전혀 없다. 도급인 소속 근로자들 중에는 기계나 설비 등의 관리 업무를 담당하는 기술직 근로자도 있지만, 이 사건 예방·점검 업무는 도급인 소속 기술직 근로자들의 업무와도 구별된다.⁴⁹⁾

다) 업무 수행의 면⁵⁰⁾

(i) 이 사건 예방·점검 업무는 대상 시험장비를 사용하는 각 시험팀의 업무 일정에 따라 수행되는 면이 있지만, 이는 시험장비가 있는 곳에서만 업무를 할 수 있고 경우에 따라 시험장비를 운용하는 측에서 입회해야만 예방·점검을 할 수 있거나 가동 중인 시험장비를 대상으로 해서는 예방·점검을 할 수 없는 이 사건 예방·점검 ‘업무의 특성’에서 비롯된 업무상 협력 관계로 볼 수 있고, 이행보조자들이 각 시험팀이 지정하는 시간에 구속되어 업무를 수행한 것으로 볼 수는 없다.

(ii) 또한 이 사건 예방·점검 업무와 도급인 소속 근로자들의 업무가 구분되어 있는 이상 ‘이행보조자들이 도급인 근로자들의 일정에 맞추어 시험장비가 있는 곳에서 업무를 한 사정만으로’ 그들과 같은 공간에서 혼재하여 분업적으로 업무를 수행한 것으로 볼 수도 없다.⁵¹⁾

(iii) 이 사건 계약에서 수급인은 도급인이 제공한 작업표준서에 의한 작업사

49) 이와 관련하여 대상판례는 “나아가 이행보조자들이 도급인 소속 근로자와 함께 작업하거나 도급인 소속 근로자의 업무를 대신하기도 하였다고 주장하나, 이행보조자들이 구조적·상시적으로 도급인 소속 근로자들과 하나의 작업 집단으로 구성되어 공동 작업을 하였거나 도급인 소속 근로자의 업무를 대신하였다고 보긴 어렵다.”고 설시하였다.

50) 대상판례에 의하여 인정된 사실에 따르면, “도급인은 이 사건 계약체결 시마다 예방·점검 대상 전체 장비리스트를 도급계약서에 첨부하여 수급인에 교부하였다. 수급인은 장비리스트를 토대로 점검 계획을 수립하고 월별 예방·점검 대상 장비리스트를 작성하여 도급인 장비기술팀에 송부하였고, 도급인 장비기술팀은 해당 시험장비를 운용하는 각 시험팀으로부터 월별 예방·점검 요청일을 조사·취합하여 장비리스트에 표시한 후 수급인에게 통보하였으며, 이행보조자들은 방문 전에 해당 시험장부의 시험팀 담당자에게 연락하여 시험팀의 일정에 따라 구체적인 방문 시간을 조율하였다.”고 한다.

51) 이 점과 관련하여 대상판례는 “오히려 도급인 각 시험팀의 예방·점검 요청은 수급인에 대상 시험장비의 책임자를 알려주고 시험장비가 소재하는 곳의 상황과 일정에 따른 점검을 요청하거나 불용, 폐기 등의 이유로 점검 대상이 아닌 시험장비의 예방·점검이 가능한 날짜를 알려주거나 점검 연기를 요청하는 내용으로서, 도급인 측에서 이행보조자들의 업무에 협조한 것으로 볼 여지도 있다.”고 판단하였다.

양을 준수하여야 한다고 규정하였다. 그에 따라 도급인은 이행보조자들에게 예방점검표(Maintenance Check Table) 등의 점검표를 제공하였고 이행보조자들은 그에 따라 이상 유무를 확인하고 대상 시험장비가 불량인 경우 조치 내용을 기재하였다. 예방점검표에는 점검항목별 점검 포인트와 점검 기준이 기재되어 있으나 이는 기초적·기본적인 점검 사항에 불과할 뿐만 아니라 예방·점검이라는 추상적인 분야에서 도급인 측이 필요로 하는 부분이 보다 효율적으로 수행되도록 업무를 구체적으로 지정하거나 계약 이행에 필요한 정보를 제공하는 한편 업무 수행 결과를 확인할 수 있도록 한 것으로, 이를 업무 수행 자체에 관한 구속력 있는 지시로 볼 수 없다. 일반적인 도급에서도 수급인이 제공할 일 또는 완성해야 할 성과가 '개별 사항마다 상세하게' 합의될 수 있는 것이다.

(iv) 도급인 직원의 확인은 점검, 청소, 교체, 교환, 보충 등으로 구성된 관계로 업무 수행 여부를 사후적으로 확인하기 어렵고 정량적으로 평가하기 어려운 이 사건 예방·점검 '업무의 특성'을 반영한 것으로서 예정대로 작업이 수행되었음을 확인한 정도이고 업무 수행의 대가 산정과 관련하여 실제로 예방·점검 업무가 수행되었다는 증빙자료의 의미를 갖는 것으로 보인다.⁵²⁾⁵³⁾

라) 업무 수행의 대가 산정의 면

(i) 근로자 채용과 근로자별 작업 배치와 보직 변경은 수급인이 스스로 하였다는 것이고, 달리 도급인이 이행보조자들에게 세부적인 작업까지 관리·통제하거나 구체적인 작업 지시를 하였다고 볼 증거는 없다.⁵⁴⁾

52) 대상판례에 의하여 인정된 사실에 따르면, "이행보조자들은 작업을 한 뒤 작업확인서를 작성하고 해당 시험장비의 담당자인 도급인 직원의 확인을 받았"으나, 작업확인서는 작업 대상 시험장비와 작업일, 작업 시간, 작업 내용을 기재하고 사진 등의 근거를 남긴 정도"라고 한다.

53) 나아가 대상판례의 설시에 의하면, "(새로 개발된 장비에 대한 예방·점검 업무에) 이 사건 예방·점검 업무까지 포함되었으나, 근로자별 성과와 실적을 평가하거나 관리·감독하는 것이 아니라 종전의 예방점검표, 작업확인서에 따른 수기 작성 방식을 전산화하여 업무 수행 결과를 직접 입력하고 장비별 점검 이력까지 확인할 수 있도록 한 것이어서 이를 도급인의 지시·통제 수단으로 보긴 어렵다." 판단하였다(괄호의 내용은 필자에 의한 것임). 끝으로 "수급인의 사무실이 도급인 소속 근로자들의 사무실과 인접한 곳에 있거나 이행보조자들이 도급인 소속 근로자들과 일부 공간을 함께 사용한 것으로 보이나, 이는 이 사건 예방·점검이 정비로 이어질 수 있는 업무의 효율성과 원활한 의사소통을 위한 공간 배치이거나 공구나 자재 창고, 세척장과 같이 공동 작업과는 무관하게 공간을 함께 사용한 것으로 보인다."고 판단하였다.

(ii) 주간업무보고나 월말보고서는 수급인이 맡은 업무의 이행 여부와 그 결과를 정리한 것에 불과하고, 오히려 주간업무보고의 다음 주 실시 예정 사항은 수급인이 재량을 갖고 업무를 정하였음을 시사하는 대목으로 볼 수 있다.⁵⁵⁾

마) 그 밖의 사정

(i) 이 사건 예방·점검 업무는 자동차 연구·개발 단지의 다양한 시험장비를 대상으로 하므로, 단순한 업무를 반복하는 것으로 볼 수는 없고 기술력이나 전문성이 없다고 볼 것도 아니다.

(ii) 도급인은 수급인의 이행보조자가 신규로 채용되거나 신규 업무를 담당하게 될 경우 세부 업무에 관한 직무 교육을 실시하였으나, 교육 내용과 인원은 (수급인에 의하여) 특정되는 형식으로 진행된 것으로 보인다.

(iii) 도급인은 이 사건 예방·점검 업무에 필요한 공구와 장비, 소모품 등을 이행보조자들에게 무상으로 제공하였지만, 이는 이 사건 예방·점검 업무의 원활한 진행과 협조를 위해 제공한 것으로 볼 수 있다. 일반적인 도급에서도 도급인이 재료를 제공할 수 없는 것은 아니다(민법 제669조).

(iv) 수급인은 도급인 내부의 공간을 임차하여 사무실을 두었고 수급인의 대표는 대부분 도급인에서 장기간 근무하다 퇴직한 자들로 보인다. 그러나 수급인은 업무에 따라 부서가 구분되고 부서별 관리자가 있는 등 자체적인 조직을 갖춘 것으로 보인다.

(3) 대상판례에 대한 평가

앞서 언급했듯이, 대법원이 제시하는 진정도급과 위장도급의 구별기준은 ‘상당한 지휘·명령의 행사 여부’, ‘도급인 사업장으로서의 실질적 편입 여부’, ‘결정

54) 대상판례는 특히 업무에 필요한 인원수 산정과 관련된 표준 T/O에 근거해서는 “도급인이 수급인의 이행보조자에 대한 일반적인 작업 배치권과 변경 결정권을 행사하거나 이행보조자들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서, 작업 속도, 작업 장소, 작업 시간까지 결정한 것으로 보긴 어렵다.”고 판단하였다.

55) 나아가 대상판례는 그 제시된 증거에 의할 때, “이행보조자들의 출퇴근 여부, 작업·휴게시간, 휴가 사용, 근무태도 점검 등의 근태관리는 수급인 측에서 독자적으로 하였고, 도급인이 이행보조자들의 근태관리를 하거나 이행보조자들에게 연장근로나 휴일근로 등을 지시하였다고 볼 증거는 없다.”고 판단하였다.

권한의 독자적 행사 여부', '계약 목적의 구체적 범위 확정성 여부', '도급인의 근로자 업무와 구별 가능성', '이행보조자의 전문성', '수급인의 독립성' 등으로 정리할 수 있다. 중요한 것은, 그러한 각각의 구별기준이 일의 최종적 결과인 '완성(完成)'보다는 (혹은 이를 포함하여) 일의 수행 '과정(過程)'에서 나타나게 되는 개별 요소들에 맞춰져 있다는 점이다. 즉 대법원은 계약체결 당시에 이미 일의 수행 과정 속에서 나타나는 '개별 요소들'이 '사전적 확정성'과 '결과지향성'을 그 본질로 한다면, 이를 민법 제664조가 규정하는 '일의 완성'의 의미로 이해한다고 생각된다. 그리고 이러한 관점에서 위 최근의 하급심 대상판례는 대법원의 입장을 잘 반영하는 것으로 보인다.

대상판례의 실시 내용에 기초할 때, 특히 계약 체결 당시에 이미 양 당사자가 ① 시험장비 분야별로 시험장비의 수, 분기별 작업건수를 규정하면서 점점 분야별로 세부 작업 내용을 명시하여 구체적으로 업무 범위를 한정했다면, ② 신규 장비의 도입 등에 대비해 수급인과 도급인이 그에 대한 작업을 사전에 협의했다면, ③ 수급인 이행보조자의 업무와 도급인 근로자의 업무가 사전에 구분되었다면, ④ 수급인이 제공할 일 또는 완성해야 할 성과가 '개별 사항마다 상세하게' 합의되었다면, ⑤ 계약에 따라서 수급인이 근로자 채용이나 작업 배치를 스스로 했다면, 일의 수행 과정에서 사용자의 지시권은 차단되고 그 개입 가능성이 제거되어, 당해 계약은 민법 제664조가 규정하는 도급계약으로 인정되어야 한다.

V. 결론

이상으로 우리민법 제664조에서 규정하는 '일'의 '완성'의 의미를 확인하고, 이를 전제로 진정도급과 위장도급의 구별문제를 다루어보았다. 이론적 측면에서 진정도급과 위장도급을 구별하는 것은 그리 어려워 보이지는 않는다. 이는 곧 도급계약과 근로계약의 구성요건표지의 구분 문제에서 연유하는 것으로 이해되기 때문이다. 그러나 현실적으로 나타나는 각 일의 수행 모습이 매우 유사하게 보인다는 점에서, 실제로 이를 구분하기는 쉽지가 않다. 이에 우리 판례는 대체

로 도급인의 사업 현장에서 수급인의 이행보조자에 의해서 수행되어 외관상 ‘결과적으로 나타나게 되는’ 업무 이행 방법들 또는 방식들에 근거하여 진정도급과 위장도급의 문제를 해결하고 있는 것으로 이해된다.

도급인과 수급인 간의 도급관계가 ‘진정’도급인지 ‘위장’도급(=실질적인 근로자파견)인지 판단함에 있어서는 당사자 간에 합의된 계약의 유형이 우선적으로 고려되어야 한다. 그 합의된 계약의 유형이 그 계약의 내용을 정하기 때문이다. 다만 합의된 계약 유형에 다툼이 있는 경우에는 계약의 해석이 문제되며, 이는 곧 계약의 실질적인 ‘목적’과 ‘내용’을 파악해야 함을 의미한다. 이때 다툼이 있는 계약의 유형이 ‘도급’계약인 경우에는 당사자 간에 확정된 ‘일’의 ‘완성’의 의미를 이해하는 것이 중요하다.

결론적으로 우리민법 제664조가 규정하는 ‘일’의 ‘완성’이라는 의미는 ‘결과지향성’의 범주에서 일의 완성 ‘과정(過程)’까지를 사전적으로 확정할 수 있다는 것으로 이해되어야 한다. 이러한 이유에서 법률적 판단 이전에 ‘문제가 되는 사실관계’를 보다 세심하고 면밀하게 파악할 것이 요구된다. 당사자 간에 주장되는 일정한 노무제공의 외관적 모습에 근거하여 처음부터 도급계약의 성립 가능성을 배제시킬 수 없다는 것이다.⁵⁶⁾ 우리의 대체적인 관련 판결들이 여전히 도급인의 사업장에서 수급인의 이행보조자에 의해 외관상 ‘결과적으로 나타나게 되는’ 업무 이행 방법들 또는 방식들에 근거하여 진정도급과 위장도급의 문제를 해결하고 있다고 이해하는 것은 무리한 해석으로 여겨지지 않는다.

참고문헌

1. 국내문헌

〈단행본〉

곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 1999.

56) 이른바 독일의 ‘회색지대론’에 근거하여 같은 취지로 설명하는 권혁, 전계논문(각주 5), 210면.

- 김용한, 「채권총론」, 박영사, 1983.
김증한/김학동, 「채권총론」(제6판), 박영사, 1998.
김형배, 「노동법」(제18판/신판 제5판), 박영사, 2009.
_____, 「채권총론」, 박영사, 1992.

〈논문〉

- 권혁, “도급의 대상으로서 업무와 위장도급 논쟁”, 「노동법포럼」 제11호, 노동법이론실무학회, 2013, 97면~121면.
권혁, “독일에서의 위장도급 판단 기준에 관한 논의와 그 시사점”, 「노동법논총」 제35집, 한국비교노동법학회, 2015. 12, 195면~219면.
김봉수, “노무도급과 위장도급”, 「안암법학」 제39호, 안암법학회, 2012, 353면~399면.
문성제, “이행보조자책임의 재검토 - 프랑스법의 이행보조자책임을 중심으로”, 「재산법연구」 제32권 제2호, 한국재산법학회, 2015, 1면~26면.

2. 외국문헌

- BeckOK BGB/Voit, 51. Ed. 1. 2. 2019
Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht (39. Auflage), München 2015.
Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987 (zit.: Larenz, Schuldrecht I).
Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020 (zit.: MüKoBGB/Bearbeiter, 8. Aufl. 2020).
Palandt, Otto(Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch: mit Nebengesetzen, 75. Auflage, München 2016 (zit.: Palandt-Bearbeiter).
Wertenbruch, Johannes, “Die Anwendung des § 275 BGB auf Betriebsstörungen beim Werkvertrag”, ZGS, 2003.

[Abstract]

The meaning of “completion of a work” in Article 664 of Civil Law

Sung, Dae-Gyu

Research Fellow, Judicial Policy Research Institute

The subject of a contract for work and services may be material or non-material. In theory, it may be easy to distinguish a non-material contract for work and services (=real outsourcing contract) from a camouflage outsourcing contract, but it is difficult in practice because the forms of performance of a contract for work and services and a camouflage outsourcing contract are very similar in reality. The distinction between them is a matter of great importance not only in Civil Law but also in Labor Law.

First, it is possible to distinguish a contract for work and services from a camouflage outsourcing contract by the type of a contract concluded by the parties. In other words, if a contract is concluded as a contract for work and services in accordance with the will of both parties, the contract is a contract for work and services. However, if there is a dispute between the two parties about the type of a contract, the type shall be determined by the substance of the contract. In short, where it is disputed whether a contract is a contract for work and services or not, “completion of work” in Article 664 of Civil Law is the definitive criterion.

“Completion of a work” in Article 664 of Civil Law is a concept that includes not only the outcome of the work but also its process, where the work process and the expected outcome are already determined at the time of contract signing (proactive determinacy). Here, the pre-determined process

and the expected outcome of the work can be realized effectively and easily for the contractor through the guidance of the contractor under the outcome-oriented nature of a contract for work and services. Conversely, because the employer's instructions in a camouflage outsourcing contract are aimed at the worker's labor itself, the work process is always subject to the employer's instructions, and thus always includes variability. As such, the outward appearances of labor is indeterminate in the present and the future, in terms of the process and the expected outcome of the work.

Key words : contract for work and services, camouflage outsourcing contract, completion of a work, proactive determinacy, outcome-oriented nature