

독일 판례상 계산서 교부 없이 구두로 합의한 건축도급계약 The Issue of the Agreed Construction Contract Without the Invoice in the German Case

김 형 선*

Kim, Hyung-Sun

목 차

- | | |
|---------------|---------------------|
| I. 문제제기 | IV. 사후합의에 의한 계약의 효력 |
| II. 무효의 근거 | V. 결 론 |
| III. 무효의 법률효과 | |

탈세와 관련하여 다양한 분야 - 예컨대 사회, 경제 및 법 등 -에서 많은 문제가 발생하고 있다. 오늘날 역외탈세를 근절하기 위하여 국제적 협력 또한 강조되고 있다. 독일에서 탈세와 관련한 불법노동은 민사법적인 주요한 주제임에 반하여, 우리나라에서는 아직 판례와 이에 관한 이론들을 찾아 볼 수가 없다. 불법노동은 원칙적으로 공법의 문제이기 때문에 민사법적인 논의는 원칙적으로 고려되지 않는다. 따라서 본 논문에서는 독일의 민사법적인 논의와 이론적인 측면에서 살펴보았다. 제1장에서는 독일의 불법노동방지법에 관한 연방법원판례를 스케치 하였고, 제2장에서

투고일 : 2014. 7. 28. 심사회의일 : 2014. 8. 27. 게재확정일 : 2014. 9. 3.

* 건국대학교 법학연구소 책임연구원, 법학박사

Senior Researcher, Institute for Legal Studies School of Law Konkuk University, Dr. jur

는 무효의 근거를 다루었다. 제3장에서는 무효의 법률효과로서 고려되는 도급인과 수급인의 청구권 및 불법원인급여와 신의성실의 원칙과의 관계를 중심으로 논하였다. 제4장에서는 사후합의에 의한 계약의 유효성을 논하였다.

[주제어] 불법노동, 도급계약, 무효, 하자담보책임, 신의성실의 원칙, 부당이득

I. 문제제기

탈세와 관련하여 오늘날 전세계적으로 사회, 경제, 법 등 여러 분야에서 화두가 되고 있으며,¹⁾ 역외탈세를 근절하기 위하여 국가간 협력이 강화되고 있다.²⁾ 불법노동과 관련한 계산서 교부 없는 합의(소위 Ohne-Rechnung-Abrede)는 오랜 동안 독일 판례 및 민사법에서 주요한 테마로서 다루어지고 있다.³⁾ 계약과 관련하여 양당사자의 정직한 자진 신고⁴⁾가 국세청에 행하여 지지 않는 한 탈세 혹은 절세를 위해 계산서

1) 탈루액은 매년 증가세에 있고 더욱 지능화되어 가고 있다. 예컨대 독일에서는 매년 50 Milliarden Euro이상의 탈세로 인하여 국고 손실을 입고 있다. 이에 대하여는 Der Spiegel, "Steuerrose Deutschland", 2013. 09. 30; 이는 우리나라에서도 마찬가지이다. 머니투데이, "5년간 법인세탈루율 8.4%……매년상승", 2013. 10. 21일자 기사에 의하면 법인세 탈루액이 2008년 2조 6590억 원에서 2011년 4조 4438억 원으로 67% 증가했다.

2) 예컨대 국제적으로 역외탈세를 방지하고자 당사자 국가의 조세에 관련한 중요한 정보 교환과 관련하여 경제공동활동 발전을 위한 OECD기구의 OECD-Musterabkommens zur Vermeidung Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen법 제26조에 규정되어 있다.

3) Bosch, "Verstöße gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG n. F. Und der Grundsatz von Treu und Glauben", *Neue Juristische Online Zeitschrift* (이하 NJOZ) Heft 31, 2008, S. 3044에서 인용된 문헌 참조.

4) Jooß, "Mängelgewährleistungsansprüche bei einem Vertrag mit sog. Ohne-Rechnung-Abrede", *Juristische Rundschau* (이하 JR) Heft 10, 2009, S. 397; 한편으로는 Süddeutsche Zeitung, "Steuerhinterziehung", 2014. 04. 15 일자 기사에 의하면 약 13,000명의 탈세자가 2014년 1월부터 3월 사이에 국세청에

없이 체결한 도급계약의 민사책임 문제가 발생함에도 불구하고 우리나라에서는 아직까지 이에 대한 판례 및 문헌상 논의를 찾아 볼 수 없다.⁵⁾ 이와 같이 우리나라에서는 위 사례에 대한 선행연구가 없기 때문에 본 논문에서는 독일 판례와 독일민법상의 책임에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 2008년 독일 대법원 판례

2008년 대법원⁶⁾은 계산서 교부 없이 합의한 베란다 방수 및 목재장판공사에 대한 도급계약 사안에서 민법 제134조에 의한 전부 무효가 아니라고 판시하였다. 왜냐하면 이 사안의 경우 구 불법노동방지법(Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, 이하 SchwArbG) 제1조 내지 제2조의 적용범위에 해당하지 않고 세법 제370조(Abgabenordnung, Das Gesetz des deutschen Steuerrechts)에 의한 납세의무들 위반에 해당하므로 단지 조세형법상의 기준이 금지법으로서 고려되기 때문이라고 판시하고 있다. 이러한 금지법은 직접적으로 도급계약의 체결과 효력에 중점이 있는 것이 아니므로 납세의무들의 일반적 침해가 계약 자체를 전부무효로 한다는 것은 불필요하다는 것이다. 그래서 계약의 전부무효는 직접적으로 민법 제134조(Gesetzliches Verbot, 법률의 금지)가 아니라 민법 제139조(Teilnichtigkeit, 일부무효)로부터 도출되어 질 수 있을 것이라고 한다.⁷⁾

자진신고 하였다.

5) 예컨대 김상용, 채권각론(하) 초판, 법문사, 1998. 72쪽에서 독일판례를 인용하면서 외국인과 관련한 불법노동(Schwarzarbeit)만을 언급하고 있으나 대부분의 독일판례들은 도급계약상의 하자담보책임에 관한 것이다.

6) BGH, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechung-Report Zivilrecht* (이하 *NJW-RR*) 2008, S. 1051 ff.

7) 특별한 언급이 없는 한 이하의 판례와 법은 독일법과 독일연방법원을 가리킨다.

2. 2013년 독일 대법원 판례

최근의 판례는 도급인 소유주택의 도로 진입로 평탄작업에 대하여 계산서 교부 없이 한 도급계약체결의 경우, 탈세를 목적으로 한 도급계약에 해당하므로 불법노동방지법 제1조 제2항 제2호⁸⁾와 관련하여 민법 제134조에 의해 무효라고 하였다.⁹⁾ 이러한 계산서 교부 없는 보수의 합의목적은 조세청에 적절한 소득을 숨기기 위함이다. 이러한 계약을 통하여 수급인은 거래액을 신고하지 않음으로써 소득세를 절감할 수 있을 뿐만 아니라 저렴한 급부를 제공함으로써 다른 수급인들과의 경쟁관계에 있어서 상대적으로 우위를 점할 수 있다. 이에 반하여 도급인은 저렴한 보수를 지급함으로써 비용을 절감할 수 있는 것이다.¹⁰⁾ 그럼에도 불구하고 이러한 계약의 체결은 형사소추의 위험 외에도 많은 문제를 초래한다. 예를 들면 도급인은 한편으로는 교부된 계산서가 없으므로 합의된 보수액으로 지불할 것에 구속되지 않는다, 다른 한편으로는 법정에서 수급인의 탈세를 알 수 있다는 위험을 부담하고 있다.¹¹⁾ 나아가 수급인이 하자 있는 급부이행 후 하자가 제거되지 않은 경우, 도급인이 평탄작업의 하자로 인한 제거청구권 행사 가능여부와 하자제거 비용을

8) 불법노동방지법 제1조 제2항 제2호(법의 목적): 고용, 도급상의 급부들을 이행 혹은 수행하면서 납세의무자로서 고용 혹은 도급상의 급부에 근거한 납세의 의무들을 이행하지 않은 자는 불법노동을 행하는 것이다.

9) BGH, *Neue Juristische Wochenschrift* (이하 *NJW*) 2013, S. 3167 ff.

10) Jooß, a. a. O., S. 397; Köhler, "Schwarzarbeitsverträge: Wirksamkeit, Vergütung, Schadensersatz", *Juristische Zeitung* (이하 *JZ*) Band 45, 1990, S. 466; Mäsch, "BGB AT und Schuldrecht BT: Keine Mängelgewährleistung bei Werkverträgen unter Verstoß gegen das SchwarzArbG", *Juristische Schulung* (이하 *JuS*) Heft 4, 2014, S. 355; Peters, "Die Leistung ohne Rechnung", *NJW Heft 34*, 2008, S. 2478; Reinelt, "Fördert der Richter die Schwarzgeldabrede?", *Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht* (이하 *BauR*) Heft 8, 2008, S. 1231; Stadler, "Schwarzarbeit verboten", *Juristische Arbeitsblätter* (이하 *JA*) Heft 1, 2014, S. 66.

11) Vgl. Reinelt, a. a. O., S. 1231-1232.

위한 선급금을 청구할 수 있는지 문제가 된다. 대법원은 이러한 도급계약은 민법 제134조의 의미에서 불법노동방지법에 의하여 전적으로 무효이고 계약관계가 존재하지 않기 때문에 결과적으로 도급인에게 민법 제637조 제3항(Selbstvornahme, 자구조치)에 의한 하자담보청구권들이 귀속되지 않는다고 한다. 그러나 도급인의 행위 또한 법적 근거로서 불법노동방지법 제1조 제2항 제2호에서 규정한 불법노동자로서 고려 될 수 있는지에 대하여는 밝히지 않고 양당사자 쌍방이 동법을 침해했다고 한다. 위 판례에 의하면 도급계약의 무효가 성립되기 위해서는 수급인이 계산서 작성의무를 위반하여야 하고 도급인이 이러한 계산서 없이 현금으로 보수를 지급함으로써 이득을 취하였다는 것에 대하여 인식하여야 한다.

II. 무효의 근거

1. 민법 제139조의 의미에서의 일부무효

다수설에 의하면 불법노동방지법은 전체적으로 민법 제134조 의미에서의 금지법으로 간주되고 위 법에 위반한 법률행위는 무효라고 한다.¹²⁾ 이러한 무효는 법에 명백하고 허용된 방법으로 소급효가 부여된다면 다르게 평가되어진다.¹³⁾ 1985년도 판례에 의하면 민법 제139조에 의한 일부무효의 법리를 원용 하고 있다. 도급인이 수급인의 법률위반인 예컨대 이익을 위해 이용했었다는 것을 알지 못했다면, 어느 경우든 계약전

12) OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, S. 249; Armbrüster, “§ 134 BGB”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (이하 *MiKo*), Band 1 (Allgemeiner Teil, §§ 1–240, ProStG, AGG), 6. Auflage, München, 2012, Rn. 77; Heinrichs, “§ 134 BGB”, *Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 71. Auflage, München, 2013, Rn. 22.

13) Armbrüster, “§ 134 BGB”, in: *MiKo*, Rn. 20.

부가 유효한 것으로 되는 것이며 법률 위반을 단지 인식하는 것만으로는 부족하다고 한다.¹⁴⁾ 불법노동방지법이 개정되기 이전인 2004년도 이전의 견해들은 민법 제134조, 제139조와 관련해서 일면적 혹은 쌍방무효에 따라 사례를 해결하고자 하였다. 나아가 도급인이 수급인의 금지법률위반의 인식을 전제로 하는 즉 일면적 금지법률 위반을 개별적으로 해석, 적용하고자 하는 견해¹⁵⁾도 있었으나 탈세를 저지하기 위한 입법자의 의도에 상충할 뿐만 아니라 위 법이 다양한 개별 사례에 세부적으로 고려된다면 법적 안정성을 해하는 것이므로 개별적 적용의 정당성에 대해서는 의문이다. 위 견해는 무효의 근거와 법률효과를 민법 제134조에서 도출하고 있으므로¹⁶⁾ 결론에 있어서 차이가 없다. 2004년도 판례와 마찬가지로 2008년 판례에 의하면 도급계약과 계산서 교부 없는 합의는 민법 제139조 의미상 일체적 법률행위와 분리할 수 있는 부분으로 보았다. 계약의 주목적이 탈세에 관한 것이라면 계약은 무효로 되는 것은 자명하다.¹⁷⁾ 그러나 건축계약의 주목적은 일반적으로 탈세가 아니라 합의된 작업의 완성에 있는 것이고, 불법노동법에 위반한 무효는 계산서 교부 없는 합의에 관련한 것이기 때문에 계약전부에 영향을 미치

14) BGH, *NJW* 1985, S. 2403.

15) Canaris, "Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20-12-1984-VII ZR 388/83 (Oldenburg)", *NJW Heft* 40, 1985, S. 2404에 의하면 도급인은 계약상의 권리를 보유함에 반하여 수급인은 민법 제817조 둘째문장의 부당이득반환청구권에 한정된다고 한다.; Köhler, a. a. O., S. 467도 급부의 법적 성질, 계약상의 수급인과 실질적으로 이행하는 기업과의 관계를 근거로 일부무효의 법리를 비판하고 있다. 결론적으로 수급인이 불법노동방지법에 일방적으로 위반한 경우 도급인이 이러한 위반을 책임 없이 혹은 과실로 알지 못한다면 계약은 유효하다고 한다; Sonnenschein, "Schwarzarbeit", *JZ Band* 31, 1976, S. 498에서 이윤추구의 특징과 중요한 범위인 급부의 특징들은 도급인과 불법노동자들에 있어서 서로 다르게 평가되어야 한다. 나아가 S. 502 f.에서 도급인이 수급인의 위반을 알거나 혹은 고려하여 계약 체결에 의하여 금지법률 위반을 알면서 상호 협력한다면 계약은 무효(Unwirksamkeit)라고 한다.

16) Vgl. Köhler, a. a. O., S. 467.

17) BGH, *NJW* 1997, S. 2599.

지 않는다.¹⁸⁾ 따라서 법률행위 무효의 근거는 민법 제134조가 아니라 단지 민법 제139조로부터 도출될 수 있을 뿐이라고 한다. 민법 제139조에 의한 전부무효추정의 반증은 당사자가 계약을 불법적인 보수합의(Schwarzgeldabrede) 없음과 동시에 동일한 보수로 체결하였을 것이라는 증명을 전제로 한다. 위 판례에 의하면 계약이 합의 없이 계산서를 교부하지 않는 것과 동시에 지불조건을 체결하는 것은 극히 이례적임에도 불구하고 결과적으로 민법 제139조의 검토를 하지 않았다.¹⁹⁾ 판례의 이러한 태도는 수급인이 원래의 청구권 실행의 경우, 이미 계약체결의 유효성에 근거를 두고 있다는 점에서 모순을 내포하고 있다. 이와 같은 이유로 당사자가 납세의무를 인식하면서 계산서 교부 없이 급부이행을 합의한 경우, 조세부담의 위험은 단지 수급인에게 있으므로 그의 가상적 의사결정(hypothetische Willensbildung)이 확정되어야 한다는 견해²⁰⁾는 찬동될 수 없는 것이다.²¹⁾ 또한 매상세율법(Umsatzsteuergesetz) 제14조²²⁾에 의한 계산서의 교부가 수급인의 하나의 권리로서 간주되고 조세법(Abgabenordnung) 제370조가 민법 제134조 의미에 있어서 금지법률에 해당하지 않기 때문에 수급인의 비용상환청구권은 민법 제139조에 의하

18) OLG Hamm, *NJW-RR* 1997, S. 722; Armbrüster, “§ 134 BGB”, in: *MiKo*, Rn. 57; Heinrichs, “§ 134 BGB”, in: *Palandt*, Rn. 22.

19) Lorenz, “Brauchen Sie eine Rechnung?”, *NJW Heft* 43, 2013, S. 3133; Popescu/Majer, “Gewährleistungsansprüche bei einem wegen Ohne-Rechnung-Abrede nichtigen Vertrags”, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* (이하 *NZBau*) *Heft* 7, 2008, S. 426.

20) Ahrens, “BGH: Sachmangelrechte beim Werkvertrag trotz „Schwarzgeschäft“”, *Lindenmaier-Möhring-Kommentierte BGH-Rechtsprechung* (이하 *LMK*) *Ausgabe* 9, 2008, S. 266104; 결과에 있어서 동지 Faust, “Treuwidrigkeit der Berufung auf die Gesamtnichtigkeit eines Werkvertrags”, *JuS Heft* 10, 2008, S. 933.

21) Vgl. OLG Hamm, *NJW-RR* 1997, S. 722; Lorenz, a. a. O., S. 3133.

22) 위법에 대한 본문내용은 <http://www.gesetze-im-internet.de/ustg_1980/>, 검색일: 2014. 09. 10. 참조.

여 부인 된다는 견해도 있다.²³⁾ 이와 같은 논리적 전개는 불법노동퇴치법이 개정되기 전인 2004년도 이전에는 타당성을 가질 수 있으나 개정 후의 법은 도급인과 수급인의 탈세를 저지하는 것을 목적으로 하고 있으므로 전제부터 찬동될 수 없는 것이다.²⁴⁾

2. 민법 제134조의 의미에서 금지법률 위반

2008년 판례와 2013년 판례는 계약의 전부무효라는 법률효과 측면에서 같은 결론에 이르게 된다. 2013년 판례에 의하면 계산서 없는 합의는 수급인의 입장에서 보면 불법노동방지법 제1조 제2항 제2호상 불법노동의 구성요건을 충족할 뿐만 아니라 도급인의 입장에서 보면 조세법 제370조상 탈세의 구성요건을 충족하게 된다. 그리하여 민법 제134조 의미에 있어서 금지법의 쌍방 침해가 존재하고, 계산서 교부 없는 합의는 이미 조세법 제340조와 관련하여 민법 제134조에 의하여 무효이다. 즉 위 조항은 계약체결의 양식에 관한 것이 아니라 내용적으로 탈세목적으로 행한 계약의 합의에 관련한 것이다.²⁵⁾ 이러한 판례의 근거에 터잡아 매상세율법 제1조, 제13조 및 제14조 의미에서의 부가가치세 절감은 구체적으로 탈세를 위한 하나의 준비단계로 보아야하며 이러한 절감은 저렴한 보수의 합의에 의하여 최소한 도급인에게 이득이 있는 것이다. 경제적 배경으로서 계약의 청산은 국고에서 행하여져야 하며 소위 불법 보수합의의 개념이 전개되어야 한다.²⁶⁾ 매상세율법상 규범적으로 위반한 사항과 주위 사정은 결국 조세법 제370조에 의한 탈세라는 형법상

23) Jooß, a. a. O., S. 398; Peters, a. a. O., S. 2478 ff.

24) Vgl. Köhler, a. a. O., S. 469; Pauly, "Die neue BGH-Rechtsprechung zur Schwarzarbeit", *Monatsschrift für Deutsches Recht* (이하 MDR) Heft 20, 2008, S. 1197.

25) Mäsch, a. a. O., S. 356.

26) Bosch, a. a. O., S. 3049도 출발선상에서는 같다.

구성요건을 충족하게 되고 위 두 법들은 상호간에 서로 연결되어 있는 것이다. 따라서 계산서 교부 없는 합의가 독립적인 개념으로서 단순히 매상세율법과 조세법상의 개념적인 차이로부터 근거되어져서는 아니 된다.²⁷⁾ 그러나 위 판례에 의하면 불법노동방지법 제1조 제2항 제2호 위반이 도급인에 대응한 금지를 포함하고 있는지에 대해서는 미해결로 남겨두었다. 다만 수급인의 고의와 도급인이 탈세를 인식하면서 자기의 이익을 취하였다는 것을 안다는 조건으로 민법 제134조상 불법판단의 기준으로 내세운다.²⁸⁾ 즉 불법노동방지법 제1조 제2항 제2호의 객관적, 주관적 구성요건이 충족되어 진다면 계산서 교부 없는 합의는 무효이다. 도급인은 계산서 없는 합의를 통하여 수급인에게 납세의무들의 위반을 가능하게 해준다. 어떤 의미에서는 도급인은 이러한 위반의 참여자인 것이다. 도급인의 이러한 사정의 인식은 도급계약의 무효인 근거이다.²⁹⁾ 불법노동방지법은 본질적으로 불법노동을 저지하는 것이 아니라 경제 질서에 근간을 둔 계약들의 법적 효력을 부정한다는 것이다.³⁰⁾ 이러한 견해에 의하면 계약무효와 같은 예방적 효력에 의하여 불법노동의 변종들을 퇴치할 수 있으며³¹⁾ 불법노동방지법이 명백히 법적 금지를 포함하고 있지 않다는 것은 중요한 문제가 아니다.³²⁾ 나아가 당사자의 의사는 전체계약상 계산서 교부 없는 합의에 본질적인 의미가 있는 것이지 무효의 결과에 있어서 의미가 있는 것은 아니다. 이러한 합의가 계약체결상 본질적인 것이었다면, 공공의 이익상 전체계약의 무효가 요구되어 지는 것이다.³³⁾

27) Stamm, "Zur Rechtsvereinheitlichung der Schwarzarbeitsproblematik", *NZBau Heft 2*, 2009, S. 79.

28) BGH, *NJW* 2013, S. 3168 f.; 이미 BGH, *NJW* 1983, S. 109.

29) Popescu/Majer, *NZBau* 2008, S. 425.

30) 동지 Lorenz, a. a. O., 3132 f.

31) Lorenz, a. a. O., S. 3132; 반대의 견해로는 이미 Sonnenschein, a. a. O., S. 503.

32) Stadler, a. a. O., S. 66; vgl. Bosch, a. a. O., S. 3051-3052.

다른 견해에 의하면 불법노동방지법 제1조 제2항 제2호의 구성요건은 조세법 제370조에 의한 탈세행위의 존재를 전제로 하지 않으며, 조세법 제370조에 의한 불법노동과 탈세는 사실적으로 밀접한 관계가 있음에도 불구하고 불법노동방지법 제1조 제2항 제2호상에서 계약당사자들이 납세의무를 위반하는 것만으로 충분하다고 한다.³⁴⁾ 나아가 조세상의 의무들은 본질적으로 조세유형들인 매상세, 수입세, 법인세, 근로소득세, 영업세에 관련된 것이다. 사전에 행한 계산서 교부 없는 도급인의 자영 수공업자에 대한 보수지불의 경우에 있어서는 객관적 관점에서 최소한 매상세율법 제18조, 제14조 위반이 존재하여야 한다. 통상적으로 도급인은 매상세율법 제13b 제1항 제1의 제4호에 위반한다.³⁵⁾ 두 규정들은 계약체결에 관련한 것이 아니라 급부이행 특히 계산서교부에 관련한 것이다. 계약체결의 시점은 최소한 인과관계와 관련하여 단지 금지법률상 객관적 구성요건의 충족에 있어서 중요한 것이다. 당사자들은 계약체결시 혹은 후에 그들의 납세의무들을 위반하는 것이고 특히 최소한 추후에 의무위반을 의도하였으나, 이것만으로는 각 시점에 있어서 불법노동방지법 제1조 제2항 제2호에 의하여 제재되어 지는 것이 아니다. 이러하기 때문에 객관적, 특히 주관적 관점에 있어서 법률위반은 제외되는 것이다.³⁶⁾ 계산서 교부 없는 합의의 경우, 불법노동방지법이 개정되기 전인 2004년 8월 1일 전의 판례는 도급계약의 무효를 민법 제134조, 제139조를 조세법 제370조와 연관하여 전부무효라고 판단하고 있다.³⁷⁾ 그러나 불법노동방지법의 개정 이후에는 도급계약의 전부무효는 단지 민법 제134조와 불법노동방지법 제1조 제2항 제2호로부터 근거되어진다.³⁸⁾

33) Popescu/Majer, a. a. O., S. 426.

34) Bosch, a. a. O., S. 3048.

35) Bosch, a. a. O., S. 3049.

36) Bosch, a. a. O., S. 3052; 과거의 견해에 대하여는 Canaris, a. a. O., S. 2405.

37) Bosch, ebenda.

3. 수공업법규(Hanwerkordnung) 및 상공업법규(Gewerbeordnung)상의 무효?

개별적인 불법노동에 대한 구성요건의 세분화가 필요하다면, 불법노동방지법 제1조 제2항 제5호와 관련된 규정들 또한 구체화되어야 한다. 정부안에 의하면 위 조항은 위 법에서 제외되어야만 하지만 조정위원회가 본문 내용에 추가 하였다.³⁹⁾ 민법 제134조와 관련하여서 중요한 규정으로는 수공업법규를 들 수 있다. 수공업법규 제1조⁴⁰⁾가 민법 제134조의 의미에서 금지법률에 해당하여 불법노동방지법 제1조 제2항 제5호⁴¹⁾에 관련되는 것인지 혹은 단순히 단속규정으로 간주되는지에 대하여 문제의 소재가 있다.⁴²⁾ 즉 법률행위의 이행이 법률행위의 내용, 내용이 추구하는 목적 혹은 단지 외부적인 주변상황에 의하여 부인되는지의 문제인 것이다. 다수의 견해는 수공업법규상의 규정은 단지 단속규정에 불과하다고 한다.⁴³⁾ 그러나 수공업법 제1조 본문상의 “단지 허가 한다”는 문장이 우선적으로 강조되어야 하고, “경영”의 개념은 외부관계에 있어서 필수적으로 민법상의 계약을 포함하여 말하고 있지 않다. 수공업

38) Armbrüster, “Anmerkung zu BGH, Urteil v. 24. 4. 2008 – VII ZR 42/07(OLG Brandenburg)”, *JZ Band 63*, 2008, S. 1007; Bosch, a. a. O., S. 3056.

39) 이에 대하여는 Bosch, a. a. O., S. 3049, Fn. 42 참조.

40) 수공업법규 제1조 제1항: 영업으로서 허가 의무 있는 수공업상 자영업은 수공업자명부에 기입되어 있는 자연인, 법인과 인적회사에 허가된다. 이 법의 의미에서의 인적회사는 상사회사와 민법상의 사단을 의미한다. 제2항: 영업활동이 수공업에 적합하게 경영되고, 영업을 어느 한 시설에서 활동 혹은 영업을 위해서 본질적으로 필요한 업무들이 행하여지는 것을 포함 한다면, 영업활동은 허가 의무 있는 수공업의 경영이다. 그러나 이하의 경우들에 해당한다면 본질적인 업무들이 아니다.

41) 불법노동방지법 제1조 제2항 제5호: 고용 혹은 도급상의 급부를 이행을 하는자로서 영업활동으로서 수공업을 경영하는 자가 수공업자 명부에 기입 없이 고용 혹은 도급상의 급부에 근거한 납세의 의무들을 이행하지 않는다면 불법노동을 행하는 것이다.

42) 이와 관련해서 BGH, *NJW 1980*, S. 230 ff.

43) Heinrichs, “§ 134 BGB”, in: *Palandt*, Rn. 18.

규정은 수공업자공동체의 높은 급부기준과 급부능력의 달성을 목적으로 하며 명백한 추론을 허용하지 않는다. 법목적은 위험방지가 아닌 순수히 공법상에 초점이 있는 질서기능(Ordnungsfunktion)을 포함하고 있는 것이다. 이와 반대로 또한 법목적은 급부기준의 형식 안에서 단지 법률행위의 외부적 형식이 아닌 직접적인 내용을 포함하고 있어야만 하는 것이다. 일련의 불법노동의 범위 안에서 수공자장부의 기재를 하나의 간접증거로서 포함하고자 한다면, 이러한 규정 역시 금지법으로서 평가 되어야 할 것이다.⁴⁴⁾ 즉 이윤추구의 관점이 불법노동방지법상의 구성요건으로서 규정되어 있으며, 판례도 세금 및 사회세의 절감과 관련하여 이를 인정하고 있다. 따라서 수공업자법규를 넘어서는 우회적인 방법으로 불법노동방지법의 구성요건을 충족시키려고 하는 시도는 불필요한 것이다.⁴⁵⁾ 예외적인 판례가 불법노동방지법 제1조 제1항 제5호에 의한 순수한 일면적 금지법률 위반의 경우, 무효의 법률효과를 포함하는 것은 민법 제134조의 관점에서 불필요한 것이다. 따라서 법률행위의 실행이 법목적과 조화되지 아니하고 다른 수단에 의해서도 성취될 수 없다면, 일면적 금지법률의 경우도 계약당사자의 인식과는 별도로 독립적인 평가가 요청되어 질 수 있는 것이다.⁴⁶⁾ 수공업법규 제117조 이하는 벌금의 구성요건을 규정하고 있고, 수공업법규 제13조 이하는 수공업자가 직업법상 처리할 수 있는 방법들을 제재조치로서 규정하고 있다. 수급인이 개인적으로 급부이행의 의무에 관계되지 않는 한 실행에 있어서의 문제들은 제외되는 것이다. 수급인은 수공업자장부에 기입된 하수급인을 개입시키는 것임에 반하여,⁴⁷⁾ 수급인의 위임은 도급인의 동의를 전제로 하는 한 그리고 동의가 이러한 위임을 신뢰위반적으로 거부되지 않는 한, 민법

44) Stamm, a. a. O., S. 87.

45) Vgl. Bosch, a. a. O., S. 3049.

46) BGH, NJW 1991, S. 2955; BGH, NJW 1992, S. 2021.

47) BGH, NJW 1984, S. 1175; Sonnenschein, a. a. O., S. 498.

상 불능의 문제로 다루어지는 것이다. 이러한 범위 내에서 수공업법 제1조 위반은 무효의 제재(Nichtigkeitssanktion)를 이끄는 것이 아니다.⁴⁸⁾ 따라서 불법노동방지법 제1조 제2항 제5호는 법률행위의 유효성에 영향을 미치는 것이 아니라 수공업자의 불법노동의 제재 및 요건을 규정한 것이다.⁴⁹⁾ 마찬가지로 상공업규정 등 공법적 규정들은 법률의 금지위반과 관련하여 민법상의 세부적인 평가를 허용하지 않는다. 상공업규정은 전형적으로 경찰법(Polizeirecht)과 질서법(Ordnungsrecht)에 걸 맞는 것이다. 위 규정 제14조, 제55조는 단지 일면적 금지규정의 구성요건의 문제이고, 침해는 민법적인 법률효과와 상관없이 업무당사자와의 외부적 관계에 머무르는 것이다.⁵⁰⁾

Ⅲ. 무효의 법률효과

1. 위임과 위임 없는 사무의 처리(사무관리)상의 비용상환청구권

위에서 언급한 두 판례는 결과에 있어서 도급인의 하자담보청구권에 대응한 계약의 무효를 이끄는 수급인의 비용상환청구권은 민법 제242조 상 신의성실의 원칙에 반하므로 인정될 수 없다고 한다. 그러나 수급인은 경우에 따라서 도급인의 물(Sache)에 급부인 예컨대 수선을 자신의 책무범위 안에서 수행할 수 있다. 이 경우 이미 체결된 도급계약이 무효이기 때문에 도급인과 합의되어진 유효한 위임이 존재하지 않는다. 민법 제134조 위반의 효과로서 법률행위는 전부무효이므로 수급인의 계약상 청구권은 배제되고 법정 청구권인 민법 제683조에 의한 위임계약 없는

48) BGH, ebenda.

49) Vgl. Stamm, a. a. O., S. 88.

50) Stamm, a. a. O., 88 ff.

정당한 사무관리에 의한 수급인의 비용상환청구권이 고려될 수 있을 것이다. 이 경우 사무관리가 아무런 문제없이 위 사례에 적용될 수 있는지, 혹은 하자 있는 계약관계에 의한 부당이득법이 특별규정으로서 적용될 수 있는지에 대하여 논의가 있다. 판례는 사무관리의사로 행위 할 수 있다는 것을 논거로 원칙적으로 사무관리규정중 비용상환청구권을 무효인 계약에 적용할 수 있다고 한다.⁵¹⁾ 그러나 수급인이 상업상의 허가 없이 금지되는 일을 한 경우, 민법 제670조 의미에서의 비용상환청구권을 필요불가결한 것으로 간주되어서는 아니 된다. 이 경우 수급인의 타인사무관리의사와 관련하여 민법 제677조 이하의 사무관리규정들이 적용될 수 있는지에 대하여 명백히 설명되어야 한다. 민법 제687조 제1항에 의하면 “타인이 타인사무를 자기의 의사로 자기의 것으로 관리한다면 제677조 및 제688조의 사무관리규정은 적용되지 않는다”고 규정하고 있다. 만약 수급인이 부당이득법상의 반환청구권을 유효하게 행사하려면, 민법 제687조 제2항에 의하여 수급인은 그에게 자기 자신의 업무로서 타인 사무의 처리를 위한 권한이 없다는 것을 알아야만 한다. 민법 제677조는 무효 혹은 최소한 하자 있는 계약관계를 전제로 함에 반하여⁵²⁾ 민법 제679조 이하는 특수한 상황과 이와 결부된 본인의 객관적 이익을 전제⁵³⁾로 한다. 다시 말하면 민법 제677조, 제680조의 적용은 본인의 실제적 혹은 추정적 의사의 문제임에 반하여 민법 제679조 이하의 규정은 사무관리인의 간섭에 대한 법적 요청 혹은 긴급한 공적 이익과 관련한 위법성조각사유의 문제이다.⁵⁴⁾ 불법노동은(Schwarzarbeit) 적

51) BGH, NJW 1962, S. 2010; BGH, NJW 1988, S. 132.

52) Bergmann, “vorbem zu §§ 677 ff. BGB”, Rn. 193 und “§ 677 BGB”, Rn. 13, *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 657 – 704*, Sellier – de Gruyter, 2006.

53) Sprau, “§ 677 BGB”, Rn. 3 ff. und “§ 679 BGB”, in: *Palandt*(2013), Rn. 1 ff.

54) Vgl. Köhler, a. a. O., S. 670.

어도 양 당사자간의 합의와 이러한 합의를 근거로 계약이 체결되기 때문에 위의 전제조건들은 수급인의 임금청구권의 대상이 될 수 없다. 따라서 사무관리규정들은 계산서 교부 없는 도급계약의 경우에 적용되지 않을 뿐만 아니라 민법 제677조 이하에 의한 수급인의 비용상환청구권은 유효하게 성립될 수 없는 것이다.⁵⁵⁾

2. 도급인의 청구권

2.1 민법 제242조에 의한 도급계약상의 하자담보청구권?

무효의 일반적인 효력은 도급인이 부차적 청구권들의 행사를 도급계약의 무효로 부터 원용하는 것을 허용하지 않는다. 그러므로 도급인이 계산서 교부 없이 체결한 도급계약과 같은 무효인 계약을 근거로 도급계약상의 하자담보청구권을 행사할 수 없다는 것은 명백하다. 확정가격합의(Festpreisabrede)의 경우, 1983년 판례에서 한편으로는 당사자의 이익의 고려와 신뢰보호고려에 큰 의미를 부여하였고, 다른 한편으로는 법적 금지의 보호 목적에 초점을 맞추었다.⁵⁶⁾ 이러한 견해에 의하면 불법노동금부들은 이미 이행되었었고 계약이 또한 거의 충족되었다면, 불법노동방지법의 목적은 무효의 결과인 제한에 의하여서는 침해되지 않을 수도 있을 것이다.⁵⁷⁾ 위 판례는 도급인의 이익보호를 강조하면서 그의 이행금부와 보장금부는 상실되지 않으므로 민법 제242조의 신의성실의 원칙에 근거하여 하자담보청구권을 인정하고자 한다. 그러나 위에서

55) 결과에 있어서 동지 BGH, *NJW* 1990, S. 2542; BGH, *NJW-RR* 2008, S. 1052; Armbrüster, a. a. O., S. 1007; Canaris, a. a. O., S. 2405; Köhler, a. a. O., S. 469-470; Lorenz, a. a. O., S. 3133, 3135; Mäsch, a. a. O., S. 357; Stadler, a. a. O., S. 66.

56) BGH, *NJW* 1983, S. 109 ff.

57) BGH, *NJW* 1983, S. 109; 근래의 견해로는 Reinelt, a. a. O., S. 1231.

언급한 바와 같이 이와 같은 논거는 이미 계약체결의 유효성에서 출발한다는 점에서 따를 수 없는 것이다.⁵⁸⁾ 이와 같은 목적론적인 고려들은 민법 제134조의 한도 내에서의 강행적인 계약의 무효수용에 반대하여 제기되어진 것이므로 민법 제242조의 원용은 더 이상 불필요하였을 것이기 때문이다.⁵⁹⁾

나아가 2008년 판례⁶⁰⁾에 의하면 수급인이 도급인에 대응하여 민법 제139조에 의한 전부무효를 주장한다면, 민법 제242조에 반한다는 것을 근거로 계약이 무효임에도 불구하고 도급인의 하자담보청구권을 인정한다. 건축계약의 경우 도급인이 재청산의 어려움 때문에 제작물을 하자 있는 상태로 보유하여야만 함에도 불구하고, 수급인이 도급인의 토지에서의 건축이라는 급부 이행과 동시에 하자담보청구권에 있어서 건축계약의 무효를 주장하는 것은 모순이라는 것이다.⁶¹⁾ 결론에 있어서는 위 판례와 견해를 같이 하지만 근거에 있어서 민법 제634조는 수급인의 보수액과는 전혀 관련이 없고 오직 수취인으로서 도급인에게 의미가 있는 것이기 때문에 계산서 교부 없는 합의의 경우 담보책임 제외의 근거로서 이해되어서는 아니 된다는 견해⁶²⁾와 당사자의 가상적 의사 해석의 문제로 해결하려는 견해도 있다.⁶³⁾

위와 같은 판례의 견해는 2013년 판례에 의하여 더 이상 찬동되어지지 않는다. 2004년 개정된 불법노동방지법 위반을 근거로 계산서 교부 없이 체결된 계약은 민법 제134조에 의하여 전부무효라는 전제하에 공익과 일반적 법률거래(Rechtsverkehr) 보호범위 안에서 행하여지는 무효는 매우 한정된 범위 내에서 신의성실의 원용을 통하여 극복되어질 수

58) Vgl. Canaris, a. a. O., S. 2404; 또한 위의 II. 1. 참조.

59) Bosch, a. a. O., S. 3054-3055.

60) BGH, NJW-RR 2008, S. 1051.

61) 위와 같은 견해에 명백히 찬동하는 견해로는 Reinelt, a. a. O., S. 1231.

62) Peters, a. a. O., S. 2479-2480.

63) Ahrens, a. a. O., S. 266104.

있다고 한다.⁶⁴⁾ 또한 다수적인 견해도 강행법 규정과 마찬가지로 민법 제134조 위반의 경우에도, 민법 제242조를 적용하고자 한다.⁶⁵⁾ 이러한 견해에 의하더라도 신의성실의 적용이 금지법률의 보호목적에 좌절시키는 것은 허용되지 않으므로 다만 용납할 수 없는 결과가 우려되는 한도 내에서 위 원칙이 적용된다고 한다.⁶⁶⁾

그러나 위 판례들은 “한정된 범위”에 대해서는 구체적으로 밝히지 않고 있을 뿐만 아니라 왜 민법 제134조에 의한 전부무효가 공평의 원칙의 항변에 대응한 장애 원인으로서는 기능하는지에 대해서는 언급하고 있지 않다.⁶⁷⁾ 신의칙의 적용은 수급인이 원칙적으로 존재하는 법적 지위를 예외 없이 원용할 수 없는 것이 아니라 도급인의 법적 지위를 새로이 창출한다는 것은 의문이다.⁶⁸⁾ 수급인의 행위인 급부물의 이행 후 무효를 원용하는 것은 그래서 신뢰위반이 아닌 것이다.⁶⁹⁾ 입법자의 의도는 불법노동퇴치법 제1조 제2항에 의하여 국가, 경제 그리고 사회 정책적 위험인 불법노동과 관련한 계산서 교부 없는 합의에 의한 급부이행을 근절하고자 한다. 도급인은 계산서 없는 합의를 통하여 수급인에게 납세의무들의 위반을 가능하게 한다는 인식을 하고 있으므로 하자담보 청구권을 인정하는 것은 모순이며 선의의 기준은 더 이상 의미가 없는 것이다.⁷⁰⁾ 이러한 하자담보책임 청구권의 부인은 민법상 도급인에게 유일한 불이익일 뿐이다.⁷¹⁾ 다만 신의성실의 원칙에 영향을 받는 부당

64) BGH, *NJW* 2013, S. 3169.

65) 자세한 문헌은 Armbrüster, “§ 134 BGB”, in: *MiKo*, Rn. 3; Roth/Schubert, “§ 242 BGB”, in: *MiKo, Band 2 (§§ 241–432)*, 6. Auflage, 2012, Rn. 126 참조.

66) Jooß, a. a. O., S. 399.

67) Mäsch, a. a. O., S. 357; Stadler, a. a. O., S. 67.

68) Vgl. Looschelders, “§ 134 BGB”, *NomosKommentar zum BGB* (이하 *NK*), *Allgemeiner Teil, Band 1, 2. Auflage*, Baden Baden, 2012, Rn. 80.

69) Popescu/Majer, a. a. O., S. 426.

70) Lorenz, “§ 817 BGB”, in: *Staudinger*, §§ 812 – 822, Sellier – de Gruyter, 2007, Rn. 10; a. A. Köhler, a. a. O., S. 468.

이득법상의 청구권들은 무효인 도급계약을 근거로 이행된 급부들이 하자 있는 경우와 같은 불합리한 결과들을 제거하는데 있어서 적합하다.⁷²⁾ 따라서 도급인의 하자담보책임은 인정될 수 없고 단지 부당이득법상의 배상의 감가만이 허용될 수 있을 뿐이다.⁷³⁾ 결론적으로 도급인은 무효 합의의 주장에 의하여 사실적으로 보수청구권을 수포로 돌아가게 하는 것이고 판례에서 주장하는 이행이익과 이에 터잡은 모순성의 고려들은 불필요한 것이다.⁷⁴⁾

2.2 계약체결상의 의무위반으로 인한 청구권

법률행위의 관계로부터 발생하는 보호의무 위반 혹은 감독의무 위반의 경우, 민법 제241조 제2항, 제280조 제1항, 제311조 제2항에 의한 계약 유사의 청구권들이 고려될 수 있을 것이다. 계산서 교부 없이 합의한 건축계약은 세법 제370조에 의한 계산서교부 의무 및 민사법적 효력 문제는 민법 제117조에 의하여 해결하려는 견해도 있다. 건축계약은 부동산의 이전의 결과 공증상의 문서가 필요로 하기 때문에 이와 관련하여 불법보수의 합의 또한 대부분 사실적으로 의미가 없는 것이다. 그러므로 계약의 당사자들이 탈세를 목적으로 중요한 건축급부들의 문서를 작성·교부 하지 않는다면, 이러한 계약은 이미 민법 제117조, 제311 b조에 의하여 무효라는 것이다.⁷⁵⁾ 따라서 도급인은 민법 제311 a조 제1

71) Fenn, "Anmerkung zur Unwirksamkeit von Verträgen, die gegen das SchwarzArbG verstoßen", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (이하 ZIP) Heft 4, 1983, S. 466; Pauly, a. a. O., S. 1197; Popescu/Majer, a. a. O., S. 425.

72) BGH, *NJW* 2013, S. 3169; 동지 Lorenz, a. a. O., S. 3134.

73) Lorenz, a. a. O., S. 3134; 결론에 있어서 동지 Heinrichs, "§ 134 BGB", in: *Palandt*, Rn. 22.

74) Stamm, a. a. O., S. 83; 결론에 있어서 동지 Lorenz, "§ 817 BGB", in: *Staudinger*, Rn. 10.

75) Peters, a. a. O., S. 2480.

항 첫째문장에 의하여 급부 혹은 비용상환청구 대신에 선택적으로 손해배상을 청구할 수 있다고 한다.⁷⁶⁾ 그러나 위 견해는 건축시공회사가 아니라 경영진이 불법보수합의에 참여함으로써 건축급부들이 이행되는 것이라는 점을 간과하고 있다.⁷⁷⁾ 매상세에 적용을 받는 업무영역에서의 불법보수합의는 명백히 건축법상의 영역에 대응하여 우선 될 수는 없는 것이다.⁷⁸⁾ 이와 마찬가지로 불법노동방지법 제1조 제2항과 관련한 민법 제134조에 의한 무효는 이러한 조항들에 대하여 우월적 지위를 가지고 있기 때문에 위와 같은 의무들에 의한 보호범위의 확장은 허용되지 않는다.⁷⁹⁾ 보호법익과 관련하여서도 위와 같이 계약상의 의무들의 확장을 도출하는 것은 받아들일 수 없는 것이다. 이러한 의무들은 원칙적으로 절대권적 이익을 보호 대상으로 하기 때문에 부당이득법상의 재산적 이익을 보호 목적으로 하는 하자 없는 급부에 대한 수취인의 급부이행이익에는 적용이 없다.⁸⁰⁾

2.3 수급인의 불법행위로 인한 도급인의 청구권

수급인의 하자 있는 혹은 무효인 계약에 근거한 급부가 민법 제823조의 보호법익의 침해에 해당한다면, 도급인은 불법행위에 의한 손해배상 청구권을 행사할 수 있을 것이다.⁸¹⁾ 이 경우 하자는 의무 되어진 급부에 한정되지 않고 도급인의 소유물에 존재하는 건축급부에까지 미친다. 이로부터 발생하는 손해배상청구권은 민법 제134조에 의하여서도 배척

76) Armbrüster, “§ 134 BGB”, in: *MiKo*, Rn. 77.

77) Stamm, a. a. O., S. 83.

78) Stamm, a. a. O., S. 84.

79) Jooß, a. a. O., S. 400; Stamm, a. a. O., S. 82; a. A. Köhler, a. a. O., S. 471.

80) Vgl. Lorenz, a. a. O., S. 3134; Popescu/Majer, a. a. O., S. 426.

81) 이론 없음.

되지 않는 것이다.⁸²⁾ 예컨대 수급인의 사기에 의하여 하자 있는 급부로 도급인이 손해를 본 경우, 민법 제823조 제2항과 관련하여 형법 제263조 (Betrug, 사기) 의미에서의 재산손해는 실질적으로 물질적 가치물 인도의 경우이며, 노무급부의 이행의 경우는 제외된다. 따라서 불법노동급부들의 경우에 있어서 불법행위로 인한 청구권은 단지 사용된 자재에만 적용이 있는 것이다.⁸³⁾

3. 부당이득과 신의성실의 원칙

입법자는 무효 혹은 효력이 없는 계약들로의 급부의 재청산은 부당이득법의 문제임을 명백히 하였다. 따라서 민법 제812조 제1항 Alt. 1 (Leistungskondiktion, 급부반환청구)에 의한 청구권이 수급인에게도 귀속 된다.⁸⁴⁾ 이 조항에 의한 급부반환이 민법 제817조 둘째문장에 의하여 제외되는지의 문제가 발생한다. 즉 민법 제817조 둘째문장에 의한 부당이득청구권의 거부가 불법노동금지의 목적에 적합한지 혹은 금지목적이 재청산을 요구하는지의 문제가 제기된다. 부당이득법은 공평법 (Billigkeitsrecht)으로서 원칙적으로 신의성실의 원칙에 영향을 받는다.⁸⁵⁾ 만약 도급인이 법에서 금지한 수익물의 가치를 반환하지 않았어야만 하는 것이 아니라 무상으로 보유할 수 있었다면 신의성실의 원칙과 일치되지 않을 수 있다. 물론 민법 제817조 둘째문장에 의한 반환배척을 적용하느냐와 이로써 수급인의 제작물급부에 대한 청구권이 부인되는냐가 불법노동퇴치를 위해 비효과적 일 수 있다. 민법 제817조 둘째문장이 신의성실을 근거로 적용되지 않는 것인 확인되어 지는 한, 얼마만큼

82) OLG Brandenburg, NJOZ 2007, S. 5270.

83) Köhler, a. a. O., S. 470.

84) Köhler, a. a. O., S. 468; Lorenz, a. a. O., S. 3134.

85) Jooß, a. a. O., S. 400.

의 가액배상이 인정될 수 있을지가 문제된다. 나아가 도급인이 급부의 수령자로서 행위급부의 수취에 의하여 법률의 금지를 침해하였다면, 원칙적으로 수급인은 민법 제817조 첫째문장에 의하여 하나의 청구권을 가질 수 있을 것이다. 계산서 교부 없는 합의의 경우, 합의 당시 수급인이 법적 금지를 경솔히 위반하였고 민법 제134조에 의한 도급계약의 무효로 인하여 급부의무가 없었다는 것을 알았다면, 수급인의 보수청구권은 민법 제814조에 의하여 배척될 것이다.⁸⁶⁾

3.1 긍정적 견해

1990년도 독일 대법원 판례에서 양당사자의 침해를 근거로 하는 민법 제817조 둘째문장에 의한 수급인인의 부당이득반환배척의 적용범위에 대하여 판단을 내리고 있다.⁸⁷⁾ 불법노동자(Schwarzarbeiter, 수급인)는 부당이득법상의 보상방법에 따라서 민법 제812조 제1항 Alt. 1에 의한 노동의 가액보상을 받을 수 있다. 민법 제818조에 의한 청구권의 범위와 관련한 가치산정의 경우 수급인의 급부는 원물(in natura)로 반환되는 성질의 것이 아니기 때문에 시장가격에 따른 급부의 객관적 가치가 기준이 되며 가치배상의 상한선은 합의된 배상액이어야 한다.⁸⁸⁾ 판례는 공평의 관점에서 민법 제817조에 의하여 수급인의 보수청구권을 거부한다면, 민법 제242조의 의미에서 신뢰위반으로 간주한다. 이 경우 경제적으로 약자의 위치에 있는 수급인의 입장이 고려된다. 이러한 수급인에

86) Vgl. Canaris, a. a. O., S. 2405; Köhler, a. a. O., S. 468.

87) BGH, *NJW* 1990, S. 2542.

88) BGH, *NJW* 1960, S. 1565; Jooß, a. a. O., S. 399–400. Köhler, a. a. O., S. 469; 또한 Wendehorst, “§ 818 BGB”, *Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (이하 *Bamberger/Roth*), Band 2 (§§ 611–1296), 3. Auflage, C. H. Beck, 2012, Rn. 136에서도 노무와 고용급부의 범위 안에서 합의된 배상액을 기준으로 한다.

대한 고려는 불법노동자(수급인)가 선급부의 위험(Vorleistungsrisiko) 뿐만 아니라 조세, 사회보장 및 형법상의 결과들을 홀로 부담한다면, 민법 제242조상의 신의성실의 원칙에 반한다는 것이다.⁸⁹⁾ 즉 하자 있는 급부의 경우 신의칙의 적용을 통하여 무효인 도급계약의 한도 내에서 양당사 간의 부당한 결과를 저지 할 수 있다는 것이다.⁹⁰⁾ 결론에 있어서 불법노동자(수급인)의 민법 제817조 둘째문장에 의한 부당이득반환청구권의 배제를 수급인의 책임에서 도출하는 견해도 있다.⁹¹⁾ 쌍방의 금지법률위반에도 불구하고 계약무효가 도급인 단독으로 원용되어 질 수 있다는 것⁹²⁾과 양심이 없는 도급인이 불법노동자를 고용과 동시에 민법 제817조 둘째문장을 원용하여 보수지불을 거절하는 동기로서 작용할 수 있다는 것⁹³⁾과 같은 불합리한 결과가 초래될 수 있다는 것이다. 그래서 이득차액설에 따른 반환청구의 차단은 미래의 불법노동을 저지하는 것에 적합하지 않고 수급인의 부당이득반환청구는 민법 제817조 둘째문장에 의하여 배척되지 않는다.⁹⁴⁾ 또한 도급인은 민법 제812조 제1항 Alt. 1에 의하여 지급된 보수를 반환청구 할 수 있다. 건축급부와 관련하여 도급인에 대한 보상(Rückgewähr)은 민법 제94조, 제946조 이하의 규정에 의하여 불가능하다. 급부하자의 경우 민법 제951조, 제812조 이하에 의한 도급인의 가치배상의무는 저하되거나 경우에 따라서는 완전히 배척 된다.⁹⁵⁾

89) BGH, *NJW* 1990, S. 2542.

90) Vgl. Bosch, a. a. O., S. 3055 f.

91) BGH, *NJW* 1983, S. 109 f..

92) BGH, a. a. O., S. 110; Armbrüster, "§ 134 BGB", in: *MiKo*, Rn. 77.

93) Köhler, a. a. O., S. 469.

94) Köhler, ebenda.

95) Vgl. Wendehorst, "§ 818 BGB", in: *Bamberger/Roth*, Rn. 136 f.; Schwab, "§ 818 BGB", in: *MiKo*, Rn. 86; 결과에 있어서 동지 Armbrüster, a. a. O., S. 1007; 그러나 Köhler, a. a. O., S. 468은 도급인을 이미 민법 제819조 제1항의 의미에서 악의자로 간주 한다.

3.2 부정적 견해

하자담보청구권과 관련하여 일반 예방적 효력을 근거로 하는 견해⁹⁶⁾는 결국 민법 제242조 적용의 필요성 없이 단지 민법 제812조의 엄격한 적용과 이를 통하여 계약의 재청산의 방법으로 불법노동의 체결과 이행을 저지하고자 한다. 위 판례에 의하면 결과에 있어서 계약이 성취되는 즉시 무효가 거의 영향을 미치지 않는다. 또한 도급인과의 관계에서 경제적 약자의 위치에 있는 수급인의 특별한 보호의 필요성을 인정 함에도 불구하고, 민법 제242조에 의한 계약의 무효의 효과들과 관련하여서 어떠한 경우에 도급인에게 특별한 보호필요성이 요청되어지는지에 대해서는 명확하게 밝히지 않고 있다. 만약 가상적 의사와 민법 제242조의 적용을 통하여 가상적 의사가 현실화 된다면 이 또한 역시 적극적으로 확정되어야만 하는 것이다.⁹⁷⁾ 적어도 부당이득법상의 청산에 있어서는 당사자 급부는 원칙적으로 동가치적인 것으로 평가되는 것이고, 주변사정은 가치감가(Wertminderung)와 상충하고 단지 보장의 위험이 재산적 이익상의 불이익으로 평가될 수 없으며, 가상적 손해의 고려들(hypothetische Schadensbetrachtungen)은 민법에 있어서 생소한 것이다.⁹⁸⁾ 또한 쌍방의 법률위반의 경우에 있어서 사법적인 이익들을 도출하는 것은 더 이상 의미가 없는 것이다.⁹⁹⁾ 이러한 판례의 구조적 모순은 결국 법적 불안정성을 초래하게 된다.¹⁰⁰⁾ 민법 제817조 첫째문장의 의미에서 법률의 금지는 본래 의무행위가 아니라 단지 처분행위에 관계되는 것과

96) 위 III. 2. (1).

97) Popescu/Majer, a. a. O., S. 426; 또한 Jooß, a. a. O., S. 398도 가치감가에 있어서 양당사의 이익을 고려한다.

98) Vgl. Heinrichs, "§ 249 BGB", in: *Palandt*, Rn. 99 ff..

99) Vgl. Armgardt, "Der Kondikionsausschluss des § 817 S. 2 BGB im Licht der neuesten Rechtsprechung des BGH", *NJW Heft 29*, 2006, S. 2073.

100) Armbrüster, a. a. O., S. 1007-1008; Popescu/Majer, a. a. O., S. 426; Stamm, a. a. O., S. 85.

같이 드문 경우에 있어서 급부반환을 보충하는 것을 목적으로 한다.¹⁰¹⁾ 법적으로 금지된 급부수취의 재청산은 위와 같은 상황에서 위법성조각 사유가 여전히 존재한다는 것만으로는 성취될 수 없는 것은 아니다. 따라서 민법 제817조 둘째문장은 단지 법적으로 금지된 처분들의 실행 저지를 위한 문제임에 반하여, 민법 제817조 첫째문장은 급부자의 신뢰 보호의 문제인 것이다. 이에 반하여 불법보수합의의 경우에 있어서 현저한 법률금지 위반은 물건적인 이행의 차원에서 행하여지는 것이 아니다. 물건적 이행으로서의 건축급부의 수취뿐만 아니라 보상의 수취까지도 법률의 금지 위반으로 무효인 것이 아닌 것이다. 이러한 관점에서 또한 역시 민법 제817조 둘째문장의 적용은 부인되는 것이다.¹⁰²⁾ 각 당사자들에 대한 불공평성들은 “일반 예방적 이익”으로부터 민법 제817조의 평면에서 제거될 수 있다.¹⁰³⁾ 이 경우 실행(Vollzug), 방지(Stillstand) 혹은 재청산(Rückabwicklung)의 유형들이 고려된다. 부당이득법상의 재청산에 의하여 의도치 않은 불법노동의 도화선(Anreize zur Schwarzarbeit)이 저지될 수 있으며, 예컨대 민법 제817조 둘째문장의 방지모델(Stillstandsmodell)과 판례의 실행처리(Vollzugslösung)에 의하여 해결될 수 있는 것이다. 따라서 불법노동과 하자담보책임은 민법 제242조의 적용 없이 민법 제134조와 제817조 둘째문장 내에서 재고되어 질 수 있다.¹⁰⁴⁾

101) Lorenz, “§ 817 BGB”, in: *Staudinger*, Rn. 7; Sprau, “§ 817 BGB”, in: *Palandt*, Rn. 7.

102) Stamm, a. a. O., S. 85.

103) Vgl. Schwab, “§ 817 BGB”, in: *MiKo*, Rn. 9.

104) Stamm, a. a. O., S. 90; 결과에 있어서 동지 Pauly, a. a. O., S. 1197.

IV. 사후합의에 의한 계약의 효력

사후에 계산서 교부 없이 체결한 도급계약의 법률관계가 문제될 수 있다. 즉 먼저 도급계약에 의한 수급인의 급부이행 후 계약 당사자가 산출된 청구서의 포기에 대응하여 조세에 적합한 혹은 나머지 임금에 관한 합의의 방법으로 지불금액을 감가하는 합의를 한 경우, 이러한 추후 계약은 무효인 합의 혹은 계약을 근거로 하는 법률관계가 형성되는 것이 아니라 새로운 계약으로서 간주되는 것이기 때문에 계약의 유효성 문제로 다시 회귀한다. 그러므로 이러한 계약에 터잡은 무효는 계약을 원래의 형식 안에서 유효하게 성립되는 것이며, 수급인의 임금청구권 뿐만 아니라 도급인의 하자담보청구권도 존재 한다.¹⁰⁵⁾ 그러나 민법 제134조에 의한 무효인 계약을 이행한 후 무효를 원용하는 것, 즉 이행에 의하여 민법 제134조 위반의 무효인 계약이 언제나 치유된다는 것은 무효규정의 목적과는 상충되는 것이므로 계약상 청구권은 인정될 수 없는 것이다.¹⁰⁶⁾

V. 결 론

2008년 대법원 판례에 의하면 도급인에게 계약상의 하자담보청구권이 귀속되었지만, 2013년 판례는 불법노동방지법 제1조 제2항과 민법 제134조에 의하여 계약이 전부무효이기 때문에 이러한 계약을 근거로 한 청구권은 도급인에게 귀속될 수 없다. 계약이 민법 제139조에 의하여 무효인 경우, 계약이 당사자의 특별한 이익관계로 인하여 신뢰위반으로 고려되기 때문에 민법 제242조에 의하여 제139조를 원용하는 것은 배척

105) Lorenz, a. a. O., S. 3134.

106) Popescu/Majer, a. a. O., S. 426.

된다. 민법 제134조에 의하여 계약이 전부무효인 경우, 수급인의 계약상 청구권을 원용하는 것은 불가능하다. 계약의 양당사자가 금지법률을 위반한 경우, 신의성실의 원칙이 부당이득법상의 부당이득 산정에 있어서 고려될 수 있을 지는 의문이다. 계산서 교부 없는 합의의 경우, 불법노동과 이에 따른 하지는 원물반환이 불가능하므로 시장가격에 의한 객관적 가치가 반환되어야 한다. 계약의 양당사자가 금지법률을 위반한 경우, 신의성실의 원칙을 적용하여 손해의 분담 혹은 가치감가를 고려하는 것은 오히려 법적 불안정성을 초래한다. 이 경우 민법 제134조와 제817조의 평면에서 하자담보책임의 불평등성이 제거되어야 한다.

참고문헌

1. 단행본

김상용, 채권각론(하) 초판, 법문사, 1998.

Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (§§ 611-1296), 3. Auflage, C. H. Beck, 2012.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (Allgemeiner Teil, §§ 1-240, ProstG, AGG), 6. Auflage, München, 2012; Band 2 (§§ 241-432), 6. Auflage, 2012; Band 5 (§§ 705-853), 6. Auflage, 2013.

NomosKommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, Band 1, 2. Auflage, Baden Baden, 2012,

Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (§§ 611-1296), 3. Auflage, C. H. Beck, 2012.

Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Auflage, 2003, 71.

Auflage, München, 2013.

Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 657 - 704, 2006; §§ 812 - 822, Sellier - de Gruyter, 2007.

2. 학술지

Ahrens, Martin, “BGH: Sachmangelrechte beim Werkvertrag trotz „Schwarzgeschäft“, *LMK Ausgabe 9*, 2008, S. 266104.

Armbrüster, Christian, “Anmerkung zu BGH, Urteil v. 24. 4. 2008 – VII ZR 42/07(OLG Brandenburg)”, *JZ Band 63*, 2008, S. 1006-1008.

Armgarth, Matthias, “Der Kondikionsausschluss des § 817 S. 2 BGB im Licht der neuesten Rechtsprechung des BGH”, *NJW Heft 29*, 2006, S. 2070-2073.

Bosch, Andreas, “Verstöße gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG n. F. Und der Grundsatz von Treu und Glauben”, *NJOZ Heft 31*, 2008, S. 3044-3056.

Canaris, Wilhelm, “Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20-12-1984-VII ZR 388/83 (Oldenburg)”, *NJW Heft 40*, 1985, S. 2404-2405.

Faust, Florian, “Treuwidrigkeit der Berufung auf die Gesamtnichtigkeit eines Werkvertrags”, *JuS Heft 10*, 2008, S. 932-933.

Fenn, Herbert, “Anmerkung zur Unwirksamkeit von Verträgen, die gegen das SchwarzArbG verstoßen”, *ZIP Heft 4*, 1983, S. 466-467.

Jooß, Alexander, “Mängelgewährleistungsansprüche bei einem Vertrag mit sog. Ohne-Rechnung-Abrede”, *JR Heft 10*, 2009, S. 397-401.

Köhler, Helmut, “Schwarzarbeitsverträge: Wirksamkeit, Vergütung, Schadensersatz”, *JZ Band 45*, 1990, S. 466-472.

Lorenz, Stephan, “Brauchen Sie eine Rechnung?”, *NJW Heft 43*, 2013, S.

3132-3135.

Mäsch, Gerald, “BGB AT und Schuldrecht BT: Keine Mängelgewährleistung bei Werkverträgen unter Verstoß gegen das SchwarzArbG”, *JuS Heft 4*, 2014, S. 355-358.

Pauly, Holger, “Die neue BGH-Rechtsprechung zur Schwarzarbeit”, *MDR Heft 20*, 2008, S. 1196-1198.

Peters, Frank, “Die Leistung ohne Rechnung”, *NJW Heft 34*, 2008, S. 2478-2480.

Popescu, Paul/Majer, Christian Friedrich, “Gewährleistungsansprüche bei einem wegen Ohne-Rechnung-Abrede nichtigen Vertrags”, *NZBau Heft 7*, 2008, S. 424-427.

Reinelt, Ekkehart, “Fördert der Richter die Schwarzgeldabrede?”, *BauR Heft 8*, 2008, S. 1231.

Sonnenschein, Jürgen, “Schwarzarbeit”, *JZ Band 31*, 1976, S. 497-504.

Stadler, Astrid, “Schwarzarbeit verboten”, *JA Heft 1*, 2014, S. 65-67.

Stamm, Jürgen, “Zur Rechtsvereinheitlichung der Schwarzarbeitsproblematik”, *NZBau Heft 2*, 2009, S. 78-91.

3. 신문기사

머니투데이, “5년간 법인세탈루율 8.4%……매년상승”, 2013. 10. 21.

Der Spiegel, “Steuerrose Deutschland”, 2013. 09. 30.

Süddeutsche Zeitung, “Steuerhinterziehung”, 2014. 04. 15.

4. 전자문헌

<http://www.gesetze-im-internet.de/ustg_1980/>, 검색일: 2014. 09. 10.

[Abstract]

The Issue of the Agreed Construction Contract Without the Invoice in the German Case

Kim, Hyung-Sun *

With regard to the tax take, etc. - on problems in various areas - social, economic and legal. The international cooperation for the purpose of fighting against tax evasion is currently more intensified. The case of undeclared work in connection with the tax evasion is a principal in the German civil liability issue. In Korea, neither case law nor a legal theory to these problems so far emerged. Since the Black working principle, subject to public law, there is in Korea to her no civil discussion. Therefore, it is necessary that our object is discussed on both the legal as at the theoretical level. In this context, this refers only to Germany. In this paper, this task should be represented as follows: In the first part it comes to outline the German case law on the breach of the law on combating illegal work. The second part deals with the legal basis of invalidity. The third part is dedicated as a legal consequence of the invalidity claims to the independent contractor and the employer as well as the relationship between unjust enrichment and the principle of good faith. The fourth

* Senior Researcher, Institute for Legal Studies School of Law Konkuk University,
Dr. jur

part deals with the validity of the contract by the subsequent agreement.

[Key Words] illegal work, work contract, Guarantee because of defect of the object, Principle of good faith, Unjust enrichment