

노동정책연구
2016. 제16권 제1호 pp.87~131
한국노동연구원

연구논문

미국 공동사용자 원리의 변화와 간접고용관계에 대한 합의 : '브라운-페리스 사건' 결정(2015)을 중심으로*

신은종**

간접고용 확산은 각국의 노동시장에서 보편적으로 발견되는 변화 중의 하나다. 전형적 고용관계와 달리 삼자 고용관계를 특징으로 하는 간접고용은 차별, 열악한 근로조건, 단체교섭권 제약 등 사회문제를 야기하고 있다. 특히 사용사업주는 실질적인 영향력을 행사함에도 불구하고 이에 상응하는 노동관계법상 책임을 회피할 목적으로 활용하는 사례가 늘고 있어 건강한 노동관계 발전에 걸림돌로 작용하고 있다. 각국은 이를 규율할 합리적 체제를 발전시켜 왔거니와 '공동사용자 원리(joint employer doctrine)'는 미국이 취하는 독특한 규율체계다. 이 원리는 복수의 사용자가 존재하는 간접고용관계에서 일정한 조건이 충족될 경우 사용사업주에 대해 사용자 지위를 인정, 연방노사관계법상 책임을 공동으로 부담케 하는 원리다. 최근 연방노동위원회는 공동사용자 원리의 적용 기준을 대폭 완화하는 새로운 결정을 내려 주목을 받고 있다. 브라운-페리스 사건(2015.8.27.)에서 위원회는 종래의 엄격한 기준을 폐기하고 간접적 지휘를 포함하는 완화된 기준을 새롭게 제시했다. 이로 인해 연방노사관계법의 의무를 부담하는 사용사업주의 범위가 증가할 것으로 예상되면서 많은 논란이 야기되고 있다. 이 연구는 브라운-페리스 사건에 대한 최근 결정을 매개로 미국 공동사용자 원리의 변화를 고

논문접수일: 2016년 1월 8일, 심사의뢰일: 2016년 1월 18일, 심사완료일: 2016년 2월 19일

* 이 연구는 2015년도 단국대학교 대학연구비 지원(R-0001-27283)으로 수행됐다. 연구의 오류를 수정하고 질적 보완이 가능하도록 귀중한 조언을 주신 익명의 심사위원 두 분께 감사드린다.

** 단국대학교 경영학과 교수(eshin@dankook.ac.kr)

찰한다. 특히 공동사용자 지위를 판단하는 핵심 기준인 지휘통제권에 대한 해석의 변화를 분석함으로써 제도의 취지와 변화에 대한 이해를 높이고 한국의 간접고용 규율체계에 주는 함의를 분석한다. 연방노동위원회의 새 결정은 커먼로(Common-law)와 연방노사관계법의 취지에 부합하는 새로운 기준을 마련함으로써 종래 기준의 불합리성을 제거했으며, 나아가 간접고용 확산으로 인해 제약되는 단체교섭권을 재활성화할 수 있는 계기를 마련했다는 점에서 큰 의의가 있다. 한국의 사용자 책임 확장론에 대해서도 의미 있는 시사점을 제공한다. 우리의 경우, 공동사용자 원리와 맥락을 같이하는 묵시적 근로계약 원리가 매우 제한적으로 인정되고 있는 상황이며, 이로 인해 차별, 단체교섭권 제약 등 간접고용 근로자의 노동기본권이 구조적으로 제약되고 있다. 미국 공동사용자 원리의 변화에 대한 탐색은 한국의 간접고용 문제를 개선할 수 있는 대안적 규율체계를 탐색하는 데 유용할 뿐만 아니라, 나아가 근대 근로계약법리를 수정할 수 있는 법리적·이론적 기획을 구성·발전시킬 수 있는 근거를 제공한다는 점에서 의의가 있다.

핵심용어 : 브라우닝-페리스 사건, 공동사용자 원리, 간접고용관계, 지휘통제권

I. 문제 제기

최근 미국 연방노동위원회(National Labor Relations Board : NLRB, 이하 위원회)가 ‘공동사용자 원리(joint employer doctrine)’의 적용기준을 대폭 완화하면서 간접고용관계에서의 노동관계법상 사용자 책임을 둘러싼 논쟁이 증가하고 있다. 공동사용자 원리란 한 근로자의 핵심적 고용조건에 대해 복수의 사용자가 관여할 경우, 일정한 조건이 충족되면 복수의 사용자 모두를 법상 사용자로 간주하여 노동관계법상 책임을 부과하는 원리를 말한다. 전형적인 고용관계와 구별되는 간접고용관계는 근로자, 고용사업주, 사용자사업주 간 삼자관계(triangular employment relations)를 특징으로 하거니와, 사용자사업주는 해당 근로자와 직접적 고용계약을 맺고 있지 않다는 이유로 노동관계법상 사용자 의무를 회피하는 사례가 증가해 노동기본권 침해 등 사회문제를 야기해 왔다(김기선, 2014; 박제성·노상현·유성재·조임영·강성태, 2009; Davidov, 2004).

2015년 8월 27일, 위원회는 리드포인트(Leadpoint Business Service)로부터 근로자를 공급받아 사용해온 폐기물 처리업체, 브라우닝-페리스(Browning-Ferris of California Inc.)에 대해 공동사용자 지위를 인정했다. 사용사업주인 브라우닝-페리스는 비록 채용, 작업지시, 임금결정 등에 있어 직접 개입하지는 않았지만, '간접적' 지휘감독을 통해 간접고용근로자(leasing employees)¹⁾의 핵심적 고용조건에 대해 실질적 영향력을 행사했다는 것이 주된 근거다. 이번 결정으로 지난 30여 년간 유지돼 온 '엄격한 기준' — 즉 지휘통제권의 직접적·즉각적(direct and immediate)²⁾ 행사 여부 — 은 폐기됐으며, '완화된 기준'이 새롭게 정립됨에 따라 연방노사관계법(National Labor Relations Act : NLRA)상 사용자 의무를 공동으로 부담해야 하는 사용사업주의 범위가 확장될 가능성³⁾이 높아졌다.

이에 대해 미국노동조합총연맹(AFL-CIO)은 “이번 결정은 산업구조 등 경제 환경이 노동 대중에게 불리하게 변화하고 있음에도 불구하고 이를 적절히 반영하지 못하는, 낡은 노사관계법이 이제 종언을 고하게 됐음을 의미하며, 이제 많은 근로자들이 자신의 고용조건을 결정함에 있어 단체교섭권을 의미 있게 행사할 수 있게 됐다”고 논평했다(AFL-CIO, 2015). 반면 관련 업계의 사용자 그룹은 새 기준으로 인해 고용관계의 범위가 지나치게 넓어지고 단체교섭의 불확실성을 높여 오히려 노동시장의 혼란이 야기될 수 있으며, 관련 산업도 위축될 수밖에 없다고 비판했다(New York Times, 2015.8.; Forbes, 2015.8.).⁴⁾

- 1) 이 연구에서는 간접고용근로자라는 용어를 임차근로자와 같은 의미로 사용하되, 필요할 경우 계약 형태에 따라 파견근로자, 용역근로자, 사내하도급근로자 등으로 특정해 사용한다.
- 2) 현실적 또는 표면적으로 바뀌 쓸 수 있다.
- 3) 이 결정은 연방노사관계법상 교섭대표 선거에 관한 것이나 향후 공정노동기준법(Fair Labor Standards Act : FLSA)상 공동고용조항의 해석·적용에도 영향을 미칠 가능성이 있다. 두 법이 추구하는 취지와 부여하는 의무가 다른 것은 사실이나, 공동사용자 지위를 판단하는 기준이 부분적으로 공유되기 때문이다. 공동고용조항의 적용범위가 넓어질 경우, 초과근로에 따른 수당, 최저임금 등 임금지불 의무를 부담하는 사용사업주가 확장될 수 있다는 점에서 '브라우닝-페리스' 결정은 집단적 노사관계뿐만 아니라 개별적 근로관계에도 변화를 가져올 수 있다. 이에 초점을 두어 향후 미국의 변화를 주의 깊게 관찰할 필요가 있다. 이와 관련해 집단적 노사관계에서 인정되는 사용자의 범위가 개별적 근로관계에 적용될 수 있는 가능성에 대해 논의의 진전이 필요하다는 지적(박제성·강성태·김진·신권철·조경배, 2015 : 310~311)도 주목할 만하다.
- 4) 이에 대해 연방노동위원회는 법의 취지에 초점을 두면서, 공동사용자 지위 원리의 근본 취지는 사용자의 자유를 보장하는 데 있지 않고, 실질적으로 작업장을 지휘통제하는 사용

논쟁의 핵심은 “공동사용자 지위를 판단하는 기준이 무엇인가”다. 1984년 이후 지금까지 위원회는 공동사용자 결정에 있어 매우 엄격한 기준을 적용해 왔다. 브라우닝-페리스 사건(2015)과 유사한 많은 사건 – 대표적인 사례는 티엘아이(TLI) 사건⁵⁾ – 등에서 보이는 것처럼, ‘일상적이고 정형화된 지시(daily and routine directions)나 간접적 영향력’을 행사한 사용사업주에 대해 위원회는 공동사용자 지위를 일관되게 부정해 왔다. 그러나 이번 결정으로 종래의 엄격한 기준이 폐기됐다. 종래의 기준이 뚜렷한 근거 없이 도입됐을 뿐만 아니라, 커먼로(Common Law)와 연방노사관계법의 근본 취지에도 부합하지 않기 때문이다. 특히, 위원회는 산업구조 변화로 인해 간접고용이 가파르게 증가⁶⁾하면서 간접고용근로자의 단체교섭권이 구조적으로 제약되는 만큼 이를 개선할 필요가 있다는 점을 강조했다(NLRB, 2015 : 1).

한국의 경우도 간접고용 문제가 심각하다. 파견과 용역근로자 규모는 2013년 현재 881천 명으로 임금근로자의 5%를 차지하고 있으며, 2003년(444천 명)과 비교하면 98.4% 증가했다(통계청, 2013). 10년 사이 두 배에 이를 만큼 증가폭이 가파르다. 또한 소위 ‘위장도급’ 문제는 더욱 심각한 수준이다. 위장도급은 도급의 외양을 취하면서도 실제로는 사용사업주의 실질적인 지휘통제가 관철되는 불법 관행으로, 규모조차 정확히 파악되지 못할 만큼 확산되고 있다. 간접고용은 파견·용역근로자 등 간접고용근로자의 임금, 근로시간 등 근로조건 악화, 차별, 기업의 무분별한 남용, 단체교섭에 대한 구조적 제약 등 많은 문제를 내포한다. 특히, 노동관계법상 사용자 책임을 회피할 목적으로 간접고용에 의존하는 관행이 확산되고 있어 법적 정의(正義)를 해함은 물론 건강한 노사관계의 발전에 걸림돌이 되고 있다(박제성 외, 2015; 김기선, 2014; Davidov, 2004). 간접고용의 폐해를 개선하기 위해 한국에서도 ‘사용자책임 확장’을 위한 법리적 논의가 증가하고 있거니와, 실질적 지휘통제권을 행사하는 사용사업주에 대

자가 단체교섭 의무를 성실하게 이행토록 하는 것이 중요함을 강조하였다(New York Times, 2015.8.).

5) 이 사건에 대해서는 제Ⅲ장에서 상술한다.

6) 미국의 경우, 파견 등 임차근로자(temporary help employees) 규모는 2014년 현재 287만 명으로 임금근로자의 2%에 이르고 있다(BLS, 2015). 증가율도 꽤 가파르다. 1990년 110만 명에 불과했던 임차근로자 규모가 2008년에는 230만 명으로 증가하며 오늘에 이르고 있으니 20여 년 만에 두 배가 넘게 증가한 셈이다.

해 노동관계법상 책임을 부과할 수 있는 근거를 사유한다는 점에서 미국의 공동사용자 원리와 맥락을 같이한다.

이 연구는 브라우닝-페리스 사건(2015)을 매개로 공동사용자 원리의 주요 내용과 변화를 고찰함으로써 간접고용관계의 규율체계에 대한 함의를 탐색한다. 첫째, 공동사용자 원리의 주요 내용과 특성을 논의한다. 간접고용관계에 대한 각국의 접근을 비교함으로써 공동사용자 원리의 특성을 살펴보고, 공정노동기준법(Fair Labor Standards Act : FLSA)과 연방노사관계법이 규율하는 내용을 비교하여 검토함으로써 원리에 대한 이해를 돕고자 한다(제II장). 둘째, 공동사용자 지위 판단기준의 변화를 고찰한다. 핵심 쟁점은 ‘사용사업주의 지휘통제권을 어떻게 판단할 것인가’이다. 변화의 계기가 된 4개의 사건—그레이하운드(Greyhound) 사건(NLRB, 1965)⁷⁾, 티엘아이(TLI) 사건(NLRB, 1984)⁸⁾과 래르코(Laerco) 사건(NLRB, 1984a)⁹⁾, 브라우닝-페리스 사건(NLRB, 2015)¹⁰⁾—을 중심으로 살펴보고, 최근 사건인 브라우닝-페리스 사건에 대해서는 소수의견(반대의견)을 함께 검토함으로써 쟁점에 대한 종합적인 분석을 시도한다(제III장). 셋째, 공동사용자 원리의 변화가 한국의 간접고용 규율체계에 주는 함의를 토론한다. 이를 위해 한국의 사용자 책임 확장에 관한 논의를 공동사용자 원리와 비교해 살펴보고, 이에 근거해 시사점을 도출한다(제IV장). 결론에서는 새 결정의 의의를 법의 합목적성 제고, 연방노동위원회의 역할, 근대 근로계약법리의 수정 가능성 등에 초점을 맞추어 토론하고, 이 연구의 한계와 과제를 제시

7) The Greyhound Corporation (Southern Greyhound Lines Division) and Floors, Inc. of Florida and Amalgamated Transit Union, AFL-CIO. Case No. 12-CA-2987, July 19, 1965(이하에서는 그레이하운드 사건).

8) TLI, Incorporated and Crown Zellerbach Corporation and General Teamsters and Local Union No. 326 a/w International Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen and Helpers of America. Case No. 4-CA-13033, July 31, 1984(이하에서는 티엘아이 사건).

9) Laerco Transportation and Warehouse; California Transportation Labor Inc.; American Management Carriers, Inc.; Cal-American Transport, Inc., and International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Petitioner. Case No. 21-RC-17087, March 21, 1984(이하에서는 래르코 사건).

10) Browning-Ferris Industries of California, Inc, d/b/a BFI Newby Island Recyclery, and FPR-II, LLC, d/b/a Leadpoint Business Services, and Sanitary Truck Drivers and Helpers Local 350, International Brotherhood of Teamster, Petitioner. Case 32-RC-109684"Aug. 27, 2015(이하에서는 브라우닝-페리스 사건).

한다(제V장).

II. 간접고용 규율체계와 미국의 공동사용자 원리

1. 유럽의 규율체계 vs. 북미의 규율체계

간접고용관계는 단일 사용자를 전제하는 전형적인 근대 고용관계와 달리 복수의 사용자가 존재함에 따라 근로자-사용자 관계가 명확하지 않다. 이로 인해 임금, 근로시간, 단체교섭 등 고용조건 및 노동기본권과 관련해 복수의 사용자 중 ‘누가 법상 사용자인가’가 문제된다. 앞선 자본주의 국가들은 이에 대해 다양한 제도적 해법을 마련해 왔거니와 크게 EU 등 유럽 국가의 접근과 미국 및 캐나다 등 북미 국가의 접근으로 나누어 볼 수 있다. 대부분의 EU 국가들은 간접고용을 규율하는 별도의 입법을 마련하고 있다. 입법을 통한 접근은 간접고용관계를 전형적 고용관계와 구별되나 병존·양립할 수 있는 ‘하나의 고용관계’로 수용하는 경향을 보인다. 이는 경영환경 변화로 인해 노동시장 유연성 제고가 일정 정도 필요함을 전제하기 때문이다. 따라서 대부분 유럽 국가에서 간접고용관계의 사용사업주는 원칙적으로 법상 사용자의 지위에 서지 않는다. 다만 유연성 제고로 인해 파생될 수 있는 부작용을 최소화하는 장치를 마련함으로써 소위 ‘유연성과 안정성의 조화’를 꾀한다. 차별금지와 남용방지를 위해 고용기간 제한, 사용사유 제한, 일정 기간을 초과할 경우 사용사업주의 근로자로 간주하는 예외규정, 고용보험 등 사회적 보험의 수급자격 부여 등 다양한 규율 장치를 마련하고 있다. 프랑스의 경우 사용사유 제한과 함께 파견근로자의 사용기간을 18개월로 제한하고 있으며(Smith-Vidal, 1999), 벨기에는 전문성을 요하는 예외적인 업무나 일시적 수요가 있는 경우에 한해서만 파견근로자를 사용할 수 있도록 사유를 제한¹¹⁾하고 있다(Vanchachter, 1999). 남용방지를 위해 사용사업주가 직접 고용한 근로자와 동일한 근로조건을 파견근로자에게 보장토

11) 프랑스와 벨기에 외에도 룩셈부르크, 스페인, 이탈리아, 포르투갈 등이 파견에 대해 객관적 사유를 요구하고 있다.

록 하거나 파견근로자로 하여금 사용사업주의 노동조합 혹은 종업원평의회에 참여할 수 있는 권리를 보장¹²⁾하기도 한다(Storrie, 2002 : 21~23; European Commission, 2002).

북미 국가는 별도의 입법보다 공동사용자 원리를 통해 사용자 지위를 확장한다는 점에서 유럽 국가와 구별된다. 캐나다는 복수의 사용자 중 “누가 ‘근본적 지휘통제권(fundamental control)’을 행사하고 있는가”를 중심으로 공동사용자 지위를 판단한다. 근본적 지휘통제권은 미국의 ‘실질적’ 지휘통제권보다 범위가 넓다는 점에서 미국보다 적용범위가 넓다. 실제로 캐나다의 사용사업주 대부분이 공동사용자에 해당되는 것은 이 때문이다(Ontario Labour Relations Board, 1995). 또한 캐나다 대법원은 간접고용근로자의 단체교섭권을 실질적으로 보호하기 위해 사용사업주가 직접 고용하고 있는 근로자의 노동조합과 함께 교섭을 실시하는 것이 효과적이라는 입장(Supreme Court of Canada, 1997)을 취하고 있거니와,¹³⁾ 이 사실 역시 캐나다의 원리 적용범위가 넓다는 점을 반증한다.

미국은 간접고용에 대해 유사하나 구별되는 두 가지 원리를 채택하고 있다. 하나는 ‘공동고용(joint employment) 원리(조항)’로 공정노동기준법에 의해 명시돼 있으며, 다른 하나는 연방노사관계법상 공동사용자 원리다. 공정노동기준법상 공동고용 원리는 한 근로자의 노무를 공유하는 독립된 복수의 사용자에 대해 일정한 조건이 충족될 경우, 최저임금 지급의무 등 법이 정하는 의무를 공동으로 부담케 하는 원리다.¹⁴⁾ 반면, 연방노사관계법상 공동사용자 원리는

12) 파견근로자에 대해 사용사업주의 노동조합이나 종업원평의회에 가입할 자격을 부여하는 것은 단체교섭권을 보호한다는 측면에서 긍정적이나 실제 효과를 기대하기는 어렵다. 이들 근로자의 고용기간이 짧아 실질적인 참여가 제한되기 때문이다. 다만, 사용사업주와 해당 노동조합이 맺은 단체협약의 혜택을 받을 수 있다는 점에서 보완적 보호방안으로는 기능할 수 있다.

13) 따라서 캐나다의 간접고용근로자는 사용사업주의 직접고용근로자와 동일한 교섭단위에 포함되는 것이 일반적이다(Davidov, 2004 : 734).

14) 이 연구는 연방노사관계법상 공동사용자 지위에 초점을 두고 있으므로 공정노동기준법상 공동고용 조항에 대해서는 약술한다. 공정노동기준법은 명시적으로 ‘공동고용(joint employment)’ 조항을 두고 있다(29CFR 791.2). 공동고용관계가 성립하기 위해서는 복수의 사용자는 한 근로자의 고용과 관련해 전적으로 독립적(entirely independent)이어야 한다. 독립된 복수의 사용자가 한 근로자의 고용과 관련해 전적으로 무관(completely disassociated)하지 않을 경우 공동고용관계가 성립된다. 동 조(b)항은 공동고용관계를 다

공동고용 원리와 달리 명시적 조항을 두고 있지 않다. 연방노동위원회는 커먼로, 연방노사관계법의 취지, 법원의 판례 등에 의거해 사용자 개념을 확장하고 이를 공동사용자 원리로 발전시켰다.

2. 미국의 규율체계 : 공동사용자 원리

미국에서 공동사용자 원리는 1964년 연방대법원 판례와 1965년 연방노동위원회 결정을 통해 처음 구체적으로 정식화(formulation)됐다. 1964년 연방대법원은 ‘브와(Boire) v. 그레이하운드’사건¹⁵⁾ 판결에서 공동사용자 지위를 입증하기 위해서는 관련 사용자가 “근로자의 작업에 대해 충분한 지배력을 보유하고 있는 가”를 “사실관계에 의거”해 판단해야 한다고 판시했다. 이 판결에 근거해 1965년 위원회는 그레이하운드 사건(1965)을 검토하면서 “독립된 복수의 사용자가 고용조건과 관련된 핵심 사안에 대해 공유(share) 혹은 공동으로 결정

음과 같이 규율하고 있다.

“근로자가 복수의 사용자의 이익을 위해 동일한 시간대 혹은 다른 시간대에 일정한 일을 수행할 경우 일반적으로 공동고용관계가 존재하는 것으로 본다.

첫째, 해당 복수의 사용자가 근로자의 노무를 함께 공유하는 경우

둘째, 한 사용자가 다른 사용자의 근로자와 관련된 이익에 대해 직접적 혹은 간접적으로 행위하고 있는 경우

셋째, 복수의 사용자가 한 근로자를 고용함에 있어 완전히 무관하지 않은 경우라도, 근로자에 대한 직접적 혹은 간접적 지휘통제권을 공유하고 있다고 여겨지는 경우. 이는 한 사용자가 실질적으로 다른 사용자를 통제하는 경우를 포함한다.”

공동고용의 책임을 면하고자 할 경우, 해당 사용자는 별도의 고용관계가 존재함을 입증해야 한다(김미영, 2010 : 47). 이때 복수의 사용자 간 계약관계의 형식이나 성격은 중요하지 않다. 즉, 파견계약이건 도급계약이건 계약의 목적이 무엇인지는 판단 대상이 아니다(김미영, 2010 : 148). 공동고용관계가 입증되면, 복수의 사용자는 공정노동기준법이 정하는 의무를 공동으로(혹은 개별적으로) 준수해야 하며, 주된 책임은 법이 정하는 초과근로에 따른 할증임금과 최저임금 지급 의무다. 근로자는 복수의 사용자 모두에게 초과근로수당이나 최저임금을 청구할 수 있으며, 이에 대해 해당 사용자는 공동으로 이를 지급해야 할 의무를 진다. 공동고용 원리에 대한 보다 구체적인 내용은 김미영(2010), 김희성(2012), 강현주(2015)의 연구가 체계적인 논의를 전개하고 있으므로 이를 참조.

- 15) Boire v. Greyhound Corp.(1964). No.77. United States Supreme Court. 연방대법원은 이 판례에서 “공동사용자 지위를 입증하기 위해서는 근로자의 작업을 충분히 지휘통제할 수 있는 권한을 보유(possessed sufficient control over the work of the employees to qualify as a joint employer)하였는가(여부)”를 판단해야 하며, 이는 본질적으로 사실관계 판단의 문제(essentially a factual issue)임을 판시했다.

(co-determine)”하고 있는지 여부를 판단기준으로 정식화했다. 이를 중심으로 공동사용자 원리의 주요 내용을 간략히 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 관련 사용자가 별개의 독립된 사용자이어야 한다. 모자회사, 형제회사, 파생회사 관계에 있는 기업은 독립된 복수의 사용자가 아닌 단일 사용자(single employer)에 해당하며, 따라서 공동사용자 여부는 문제되지 않는다. 파크레인(Parklane Hosiery Co.) 사건에서 위원회는 단일 사용자 여부를 결정하는 데 필요한 네 가지 기준을 제시했다. 이는 ① 명목상 두 회사가 사업을 운영함에 있어 기능적인 상호 관련성이 있는지 여부, ② 노동관계에 대한 지휘통제가 한 회사에 집중돼 있는지 여부, ③ 공동경영이 이루어지는지 여부, ④ 공동 소유 혹은 재무에 대한 사항을 공동으로 관리하고 있는지 여부를 포함한다(NLRB, 1973 : 612).

둘째, 복수의 사용자가 공유 혹은 공동으로 결정하는 대상은 ‘고용조건과 관련된 핵심 사안’이다. 이는 채용, 징계와 해고, 임금, 작업시간, 초과근로, 작업 수행방식, 작업성과의 측정과 감독 등을 포함한다(NLRB, 1965, 1984, 1984a).

셋째, 복수의 사용자가 핵심적 고용조건을 ‘공유(share) 혹은 공동으로 결정(co-determine)’해야 한다. 이는 ‘지휘통제권(control)’ 문제로 사용자사업주에 대해 공동사용자 지위를 결정하는 핵심 기준이다.

그러나 명시적 법 조항의 부재로 공동사용자를 판단하는 데 있어 많은 혼란이 있어 온 것이 사실이다. 핵심 기준인 지휘통제권의 측면에서 볼 때, 공동사용자 원리는 1960년대 이후 두 차례의 큰 변화를 거쳐 오늘에 이른다. 논의의 편의를 위해 시기를 구분하면, 제1시기는 그레이하운드 사건(1965)을 계기로 공동결정 기준이 체계화된 시기다. 제2시기는 ‘엄격한 기준’이 새로 도입된 시기로 1984년 티엘아이 사건과 레르코 사건이 계기가 됐다. 2015년 8월 브라우닝-페리스 사건에 대한 새로운 결정으로 종전 기준이 폐지되고 ‘완화된 기준’이 제시되면서 제3시기가 도래했다. 시기별 특징을 장을 달리하여 비교·분석한다.

Ⅲ. 공동사용자 지위 판단기준의 변화

1. 제1시기(1965~1983) : 지휘통제권 ‘보유’의 문제

제1시기, 위원회는 공동사용자 지위를 판단함에 있어 ‘지배력의 보유 여부’를 핵심 기준으로 삼았다. 이는 그레이하운드 사건(1965) 결정에서 잘 드러난다. 1965년 위원회는 플로어스(Floors)와 용역계약을 체결하고 버스터미널의 청소·유지관리 등의 서비스를 대행하게 한 그레이하운드에 대해 공동사용자 지위를 인정했다.¹⁶⁾ 플로어스 근로자의 작업에 대한 그레이하운드의 지휘통제권이 계약상 명시돼 있다는 점이 주된 근거다. 주요 내용은 다음과 같다(NLRB, 1965).

첫째, 그레이하운드(사용사업주)와 플로어스(용역사업주) 간 용역계약에는 플로어스에 고용된 근로자가 수행해야 할 작업명세와 작업지시가 구체적으로 명시돼 있다.

둘째, 그레이하운드는 작업스케줄을 정하고 작업인원을 할당할 수 있는 계약상 권리를 보유하고 있으며, 실제로 이를 관리했다.

셋째, 초과근로 여부 결정 및 이에 따른 임금 상한 설정에 관한 권리 역시 계약상 그레이하운드에 있다.

위 사실을 토대로 위원회는 그레이하운드의 사용자 지위를 인정했거니와 이는 연방대법원의 판례(1964)에 따라 사용사업주가 충분한 지휘통제권을 ‘계약에 근거한 권한(또는 지배권)(the contractual power)’으로 보유하고 있다고 판단했기 때문이다. 물론, 작업스케줄 관리, 인원 할당 등 그레이하운드가 지휘통

16) 이 사건에서 여객운수업자인 그레이하운드는 플로리다를 포함한 몇 개 주에 버스터미널을 운영하고 있으며, 플로어스(Floors)는 그레이하운드와 용역계약을 맺고 터미널의 청소, 유지관리 등의 업무를 대행했다. 플로어스에 고용된 청소용역 근로자를 대표하는 노동조합이 그레이하운드와 플로어스를 상대로 단체교섭을 요구했으나 모두 교섭을 거부하자 이를 부당노동행위로 제소한 사건이다. 연방노동위원회는 두 사용자가 공동사용자 지위에 해당하며 따라서 교섭거부는 부당노동행위에 해당한다고 결정했다.

제권을 표면적(actual)으로 행사한 점도 고려하고 있으나, 결정문의 대부분을 사용사업주의 '계약상 명시된 권한으로서의 지휘통제권 보유' 여부를 분석하는데 할애하고 있다는 점에서 핵심적 판단기준은 지휘통제권 보유 여부라 할 수 있다. 또한 지휘통제권이 계약상 명시돼 있다면 '행사 여부'는 공동사용자 지위를 판단함에 있어 부차적 기준에 불과해짐을 의미하기도 한다. 실제로 연방노동위원회는 고용조건에 대해 지휘통제권을 직접적으로 행사하지 않았다 하더라도, 계약에 명시됨에 따라 실질적으로 영향을 미칠 수 있는 가능성이 존재한다면 공동사용자 지위를 입증하는 데 충분한 것으로 보았다(NLRB, 1965). 따라서 제1시기를 특징짓는 요소는 지휘통제권의 보유 문제이며, 행사 여부는 공동사용자 지위를 판단하는 데 보완적·부차적 기준이다.

2. 제2시기(1984~2014) : '직접적 행사 여부'의 문제

제2시기는 엄격한 판단기준이 도입된 시기로, 계기가 된 사건은 1984년 티엘아이 사건과 래르코 사건이다. 이 시기의 특징은 이전의 판단기준과 달리 지휘통제권의 '직접적 행사' 여부가 핵심 기준으로 새롭게 도입된 점이다. 티엘아이 사건(1984)에서 연방노동위원회는 파견사업주인 티엘아이로부터 근로자를 파견 받아 사용한 사용사업주 크라운 사에 대해 공동사용자 지위를 부정했다. 비록 위원회 심판관(Administrative Law Judge)¹⁷⁾은 계약상 지휘통제권이 크라운에게 명시됐다는 점 등을 들어 사용사업주의 공동사용자 지위를 인정했으나 위원회(전체회의)는 이를 부정했다. 이 사건에 대한 심판관의 사실조사와 판단, 위원회의 결정을 차례로 살펴보면 다음과 같다(NLRB, 1984 : 798~799).

우선, 심판관의 사실조사 결과와 판단의 주요 내용은 다음과 같다.

첫째, 파견계약에 따라 크라운(사용사업주)은 티엘아이(파견사업주)로부터 운전자를 공급받아 제지 사업을 운영하고 있으며, 파견계약에는 “크라운은 파견근로자에 대해 작업의 지휘, 통제, 감독에 관해 독자적이고 배타적인 권한을 보유한다¹⁸⁾”고 명시돼 있다.

17) 연방노동위원회 심판관은 전국의 부당노동행위 사건에 대해 관련 당사자를 소환, 의견을 청취하고 사실조사, 공청회 등을 관할하고, 부당노동행위 여부를 심판, 결정하는 권한을 가지고 있다(NLRB, 2016).

둘째, 크라운은 계약상 명시된 지휘통제권을 사실상 행사했다. 실제로 파견된 운전사들은 배달 및 일과 후 트럭 반환 등 관련된 작업수칙을 크라운으로부터 지시받았으며, 운행과정에서 문제가 발생한 경우에도 크라운의 감독자에게 직접 보고했다. 또한 크라운은 비위사실이 드러난 파견근로자를 징계하는 데도 관여한 것으로 드러났다.

셋째, 크라운은 작업에 관한 모든 기록을 직접 관리했으며, 티엘아이에는 임금지급 등에 필요한 자료만을 선별적으로 제공했다. 파견된 운전사에 대한 임금과 부가복지는 거의 전적으로 크라운에 의해 결정됐다.

넷째, 크라운은 티엘아이와 해당 노동조합 간 단체교섭 과정에 참여해 크라운의 경영상황을 설명하고, 경쟁력 유지를 위해 상당 규모의 노동비용 삭감이 필요함을 주장했다. 또한 티엘아이가 해당 노조와 협상할 수 있는 교섭 패키지의 상한을 크라운이 정했다.

위 사실을 토대로 심판관은, 크라운은 고용조건과 관련된 핵심 사안에 대해 티엘아이와 공유 혹은 공동으로 결정한 사실이 입증되므로 공동사용자 지위에 선다고 판단했다. 티엘아이 사건은 내용상 그레이하운드 사건과 매우 유사하다. 사용사업주의 지휘통제권이 계약상 명시돼 있고, 실제로 이를 직접 행사한 사실도 확인되기 때문이다. 그러나 위원회는 심판관의 판단을 파기하고 크라운의 공동사용자 지위를 부정했다. 주된 사유는 다음과 같다(NLRB, 1984 : pp.798 ~ 799).

첫째, 파견근로자에 대한 크라운의 지휘통제권이 계약에 명시돼 있는 것은 사실이나 이 사실만으로 고용조건에 실질적인 영향력을 행사했다고 보기 어렵다. 크라운의 감독자가 배달 등 작업을 지시했으나, 파견 운전사들이 스스로 연공서열에 따라 업무를 자체적으로 배분했다는 점을 고려할 때, 크라운의 작업 지시는 일상적이고 정형화된 지시(daily and routine directions) 불과할 뿐 공동사용자 지위에 이를 만큼 충분하지 않다.

둘째, 크라운이 파견근로자에 대한 징계에 간접적으로 관여한 것은 사실이나 이를 충분한 지배력 행사로 보기 어렵다. 크라운은 파견 운전사에 대해 직접

18) The Crown/TLI lease agreement provides that Crown “will solely and exclusively be responsible for maintaining operational control, direction and supervision” over the drivers leased to it(NLRB, 1984 : 798).

제재조치를 취한 것은 아니었으며, 티엘아이에게 통보해 그로 하여금 해당 운전사를 징계토록 처리했기 때문이다.

셋째, 크라운의 대표가 티엘아이와 노동조합 간 단체교섭 과정에 출석해 당사의 경영상황을 설명하고 경쟁력 유지를 위해 노동비용 삭감이 필요함을 설명한 것은 사실이나, 이를 사업관계상 우월적 지위를 이용한 영향력 행사로 볼 수 없다.¹⁹⁾ 회사의 입장을 표명한 것일 뿐 임금삭감액 등을 구체적으로 제시하지 않았기 때문이다.

위원회의 입장을 살펴보면, 내용상 유사한 사건임에도 불구하고 제1시기의 입장과 상반된다. 우선, 이 사건에서 위원회는 지휘통제권이 계약에 명시돼 있다는 사실만으로는 충분한 지배력 보유 여부를 판단할 수 없다고 보았다(이는 중전의 그레이하운드 사건 결정과 상반된다). 둘째, 크라운은 작업지시, 징계, 임금결정 등에 있어 실질적인 영향력을 행사하고 있으며 이 역시 그레이하운드 사건의 내용과 유사하다. 그러나 위원회는 크라운의 작업지시를 파견과 같은 간접고용에서 파생될 수밖에 없는 '일상적이고 정형화'된 지시로 보고, 핵심적 고용조건에 대해 공동으로 결정했다고 볼 만큼 충분한 근거가 될 수 없다고 판단했다. 이는 작업스케줄을 결정하고 초과근로 및 임금 상한을 제한한 그레이하운드에 대해 고용조건에 의미 있는 영향력을 행사한 것으로 판단한 중전의 입장과 상반된다.

같은 해 래рко 사건²⁰⁾에 대한 결정에서도 연방노동위원회는 티엘아이 사건 결정과 유사한 입장을 취했다. 씨티엘(CTL Inc.)로부터 운전사를 공급받아 사용한 래рко에 대해 설사 운전사의 작업에 대한 교육(배달경로 등에 대한 지시) 등을 행했다 하더라도 이는 일상적이고 제한된 정형화된 지시로 공동사용자 지위에 설 만큼 충분한 지휘감독권의 행사로 보기 어렵다고 판시했다(NLRB,

19) 위원회는 이에 대해 다음과 같이 상술하고 있다.

“실제로 [크라운은] 노동비용을 약 20만 달러 정도 삭감하지 않고서는 티엘아이와의 파견계약을 유지할 수 없다는 점, 다른 사업자와의 계약도 고려하고 있다는 점 등을 명시적으로 밝혔다. 그러나 계약과 단체교섭은 전적으로 티엘아이의 문제(해당 노조의 문제)일 뿐이다. 따라서 크라운 사가 고용조건에 관한 핵심 사안에 대해 공유하거나 공동으로 결정했다고 보기 어렵다.”(NLRB, 1984 : 779).

20) 래рко 사건은 티엘아이 사건과 유사하므로 중복을 피하기 위해 간략히 설명하는 데 그친다.

1984a : 324~326).

1984년 두 사건을 계기로 공동사용자 지위에 대한 판단기준은 보다 엄격해졌다. 사용사업주의 작업지시 등 고용조건에 직접적인 영향을 미칠 수 있는 지휘통제권이 계약상 명시돼 있다 하더라도 직접적·즉각적(혹은 현실적)(direct and immediate) 행사 사실이 입증되지 않으면 공동사용자 지위는 부정되기 때문이다. 이후 이 기준은 공동사용자 지위를 결정하는 규범으로 자리 잡으며 30여 년간 지속됐다. 예를 들면, 에이엠 프로퍼티 홀딩스(AM Property Holding Corp.) 사건(2007)에서도 위원회는 사용사업주의 감독이 주로 수행해야 할 임무, 시기, 장소 등에 대해 한정돼 있을 뿐, 일의 수행방법에 대한 구체적이고 충분한 감독이 없다면 이는 일반적으로 제한적·일상적 감독에 불과하므로 공동사용자 지위를 인정할 충분한 근거가 될 수 없다고 결정했다.(NLRB, 2015: 24). 에어본 익스프레스(Airbone Express 사건)(2002)에서도 공동사용자 지위를 판단함에 있어 사용사업주의 개입이 직접적일 경우에만 해당한다고 결정함으로써 위원회는 엄격한 기준을 일관되게 유지했다.

3. 제3시기(2015~) : ‘완화된 기준’ 도입

공동사용자 지위 판단기준은 2015년 8월 브라우닝-페리스 사건 결정을 계기로 다시 한번 획기적으로 변한다. 이 사건에서 위원회는 종래의 엄격한 기준을 폐기하고 간접적 지배력 행사를 포함하는 넓은 기준을 도입함으로써 공동사용자 지위의 적용 폭을 넓혔다.²¹⁾ 당초 연방노동위원회 지역사무소²²⁾는 사실관계를 조사 한 후, 티엘아이 사건 결정 이후 도입된 엄격한 기준에 따라 브라우닝-페리스의 공동사용자 지위를 부정했으나 위원회(전체회의)는 지역사무소의 판단을 파기하고 새 기준에 따라 공동사용자 지위를 인정했다. 이하에서는 사건의 주요 내용을 살펴보고, 지역사무소의 판단, 위원회의 새로운 결정을 비

21) 특히 1984년 이후 지금까지 이뤄져 왔던 판단(Laerco, TLI, A&M Property, and Airborne Express)을 모두 폐기(overrule)한다고 명시함(NLRB, 2015 : 16)으로써 새로운 시기가 도래함을 알렸다.

22) 연방노동위원회는 전국에 26개의 지역사무소(Regional Office)를 두고 있다. 지역사무소는 교섭대표 선거를 수행하며, 부당노동행위에 대한 사실조사 및 판단, 기타 교육 등 노동기본권 보호를 위한 활동을 수행한다(NLRB, 2016).

교·분석하되 소수의견(반대의견)의 비판도 함께 검토한다.

가. 브라우닝-페리스 사건의 주요 내용

브라우닝-페리스는 폐기물처리 업체로 2009년 이후 파견사업자 리드포인트와 계약을 맺고 폐기물의 분류, 세척 및 시설관리의 업무를 파견근로자를 통해 수행했다. 파견계약 및 실제 작업과정에 대한 지휘통제 등 핵심적 고용관계에 관한 주요 내용은 다음과 같다(NLRB, 2015 : 3~6).²³⁾

첫째, 파견계약은 리드포인트(파견사업주)를 파견인력에 대해 독립된 단독 사용자(sole employer)로 규정하고 있으며, 브라우닝-페리스(사용사업주)와 파견근로자 간에는 어떠한 고용관계도 없음을 명시하고 있다. 파견계약 해지조항이 명시돼 있으며, 이에 따라 사업주 중 일방은 30일의 예고기간을 두어 파견계약을 해지할 수 있다.

둘째, 리드포인트는 자사의 감독자를 브라우닝-페리스에 파견해 작업스케줄 관리, 작업과정 지도 및 감독 등 별도로 수행했으며, 두 회사는 인사관리 부서를 따로 두고 독립적으로 운영했다.

셋째, 파견계약에는 리드포인트가 면접 등 모든 채용과정을 독자적으로 수행하며, 브라우닝-페리스는 이 과정에 개입하지 못하도록 명시돼 있다. 다만 리드포인트는 적절한 기능과 자격을 갖춘 인력을 채용하여 공급할 의무가 있으며, 리드포인트가 채용한 인력이 브라우닝-페리스의 채용기준과 검증(test)에 부합하지 않을 경우 브라우닝-페리스는 이를 거부할 수 있다.

넷째, 파견근로자의 해고 등 징계에 관한 사항은 리드포인트의 독립된 권한이며, 브라우닝-페리스는 파견된 근로자의 사용을 거부할 권리만 가지고 있다. 그러나 실제로는 브라우닝-페리스의 요청에 따라 리드포인트가 근로자를 해고한 사례가 두 건이 있었음이 확인됐다.

다섯째, 임금과 부가복지에 관련된 사항 역시 리드포인트가 독자적으로 정하도록 계약에 명시돼 있다. 다만, 리드포인트는 브라우닝-페리스의 승인 없이 유

23) 이 사건에 대한 상세한 내용은 박제성 외(2015)의 부록(pp.320~357) 참조. 브라우닝-페리스 사건에 대한 연방노동위원회의 결정문 중 다수의견의 전문(각주 제외)이 번역돼 실려 있다. 강성태(2015)도 브라우닝-페리스 사건 결정을 다루고 있으므로 이를 참조.

사한 작업을 수행하는 브라우닝-페리스의 근로자보다 높은 수준의 임금이나 복지를 제공할 수 없다.

여섯째, 근로시간과 작업일정은 브라우닝-페리스가 정하며, 리드포인트는 이에 따라 근로자를 배치해야 한다. 브라우닝-페리스는 작업에 필요한 인원수를 리드포인트에 통보하며, 리드포인트는 그 수만큼 작업인원을 투입한다. 교대제 변경에 대해서 리드포인트는 관여할 수 없으며, 초과근무 일정은 브라우닝-페리스가 결정한다.

일곱째, 훈련과 안전에 관한 사항은 리드포인트에게 책임이 있다. 실제로 작업시작 전 오리엔테이션을 포함해 작업에 필요한 사전 설명/훈련은 모두 리드포인트가 파견한 감독자에 의해 행해졌다. 다만 주기적으로 리드포인트의 감독자들은 브라우닝-페리스로부터 필요한 직무훈련 등에 대해 조언을 받았다.

나. 지역사무소의 판단

지역사무소는 파견계약서의 내용을 분석하고, 채용 및 작업수행 감독 등 실제 행해진 사실을 조사한 후 사용사업주인 브라우닝-페리스의 공동사용자 지위에 서지 않는다고 판단했다. 주된 이유는 다음과 같다(NLRB, 2015 : 6~8).

첫째, 브라우닝-페리스는 파견근로자의 작업을 지휘하거나 공동으로 결정한다고 보기 어렵다. 리드포인트가 감독자를 직접 파견해 자신의 근로자를 지휘 감독하고 있기 때문이다. 또한 작업과정에 투입되는 인력의 선정 등에 있어서도 브라우닝-페리스가 직접적으로 개입한 사실이 발견되지 않는다. 브라우닝-페리스가 세척이나 분류작업의 속도를 조절한 것은 사실이나 이는 공동사용자 지위에 이를 만큼 충분한 ‘직접적·즉각적(direct and immediate)’ 통제권의 행사로 볼 수 없다.

둘째, 모집과 채용, 징계와 해고 등도 리드포인트가 독자적으로 자기 책임 하에 수행했다. 비위 행위에 연루된 파견근로자에 대해 브라우닝-페리스의 감독자가 이메일을 통해 해당 근로자를 해고토록 요청한 사실이 있으나, 이는 일상적인 권고일 뿐이며, 따라서 브라우닝-페리스가 해고에 대한 실질적인 권한을 보유하거나 행사했다고 보기 힘들다.

셋째, 파견근로자의 고충이나 불만에 대해서도 브라우닝-페리스는 이를 직접

관리하기보다는 리드포인트의 감독자에게 통보하여 처리토록 했다. 이는 단순히 일상적이고 정형화된 지시에 불과하므로 실질적인 지휘통제로 보기 어렵다.

넷째, 파견근로자의 임금과 부가복지 역시 리드포인트가 독자적으로 결정하고 있다. 브라우닝-페리스가 유사 업무를 수행하는 자사 근로자의 임금과 복지 수준을 초과하지 못하도록 계약에 명시하고 있으나, 이는 단지 상한선을 설정한 것일 뿐, 임금·복지에 대해 실질적으로 관여한 것은 아니다.

지역사무소는 이를 근거로 사용사업주인 브라우닝-페리스의 공동사용자 지위를 인정하지 않았다. 계약상 지휘통제권 명시, 작업속도 조절 등 작업과정 지휘, 비위 연루자에 대한 해고통보, 임금과 복지의 상한 제약 등 사용사업주의 실질적인 지휘통제 사실이 확인됨에도 불구하고, 이를 일상적이고 정형화된 지시 혹은 간접적 지휘감독으로 본 것은 티엘아이 사건(1984)과 유사하다.

다. 연방노동위원회의 판단

노동조합(팀스터)이 지역사무소 결정에 대해 이의를 제기함에 따라 위원회는 이 사건을 전원회의(5인 패널회의)²⁴⁾에 회부했다. 사실조사 검토, 사무총장(The General Counsel)²⁵⁾의 의견 청취, 법률전문가 의견 청취 등을 거쳐 위원회는 지역사무소의 판단을 파기하고 브라우닝-페리스에 대해 공동사용자 지위를 인정했다. 주요 이유는 다음과 같다(NLRB, 2015 : 16~20).

첫째, 브라우닝-페리스는 채용과 해고에 있어 실질적인 영향력을 행사했다. 계약상 채용에 관한 모든 권한은 리드포인트에 있으나, 브라우닝-페리스가 자사의 기준에 부합하는 근로자를 채용토록 요구한 것은 리드포인트의 채용권리를 제약한 것이며, 따라서 브라우닝-페리스는 채용을 공동으로 결정한다고 볼 수 있다. 또한 파견계약상 파견근로자를 거부할 수 있는 권한을 보유하고 있다는 점, 일정한 예고를 거쳐 계약을 일방적으로 파기할 수 있다는 점을 고려할

24) 동 사건은 5인 패널회의에 회부됐으며, 3(Pearce(의장), Hirozawa, McFeran) 대 2(Miscimarra와 Johnson)로 최종 결정됐다.

25) 연방노동위원회 사무총장은 대통령이 임명하며 임기는 4년이다. 위원회로부터 독립적이다. 부당노동행위 심사와 제소 권한이 있으며 지역사무소의 사건처리 등을 총괄 감독하는 기능을 수행한다. 2016.3. 현재 사무총장은 Richard F. Griffin, Jr.이 맡고 있다(NLRB, 2016).

때, 브라우닝-페리스는 고용관계를 종결시킬 수 있는 실질적 지배력을 보유하고 있다고 보아야 한다.

둘째, 분류작업과정의 작업속도를 조절한 것은 브라우닝-페리스가 핵심적 고용조건에 대해 의미 있는 영향력을 행사한 것으로 보아야 한다. 브라우닝-페리스가 작성한 성과평가 지침을 리드포인트의 감독관을 통해 준수토록 한 것 역시, 단지 리드포인트를 경유해 근로자의 성과를 평가한 것이므로 브라우닝-페리스가 지휘감독권 행사한 것에 해당한다. 이에 대해 브라우닝-페리스는 실제로 작업속도의 조절, 분류작업 등은 리드포인트가 파견한 감독자에 의해 행해졌으므로 직접적인 지휘에 해당하지 않는다고 주장하였으나, 위원회는 간접적 통제를 통해 영향력을 행사한 만큼 공동사용자 지위를 부정할 이유가 없다고 보았다.²⁶⁾

셋째, 브라우닝-페리스가 파견근로자 중 비위 행위에 연루된 자 두 명을 리드포인트에 통보하고 해고토록 한 사실 역시 사용사업주의 지휘감독권 행사에 해당한다. 비록 비위 행위에 대한 조사 및 처분이 리드포인트에 의해 이뤄진 것이 사실이나, 궁극적으로는 브라우닝-페리스의 요청에 따른 결과로 볼 수밖에 없기 때문이다.

넷째, 임금 등 보수와 복지에 대한 결정에서도 브라우닝-페리스의 실질적 영향력 행사가 입증된다. 비록 파견계약에는 임금 등에 대한 결정이 리드포인트의 독자적 권한으로 명시돼 있으나, 브라우닝-페리스가 직접 고용한 근로자의 임금수준을 상회할 수 없도록 제한하는 것은 임금결정에 실질적으로 개입한 것으로 볼 수 있다.

이 결정을 통해 위원회는 1984년 이후 일관되게 유지해 온 엄격한 판단기준을 폐기하고 간접적 행사를 포함하는 완화된 기준을 새롭게 정립하며 다음과 같이 말했다.

“우리(연방노동위원회)는 공동사용자는 단지 고용조건에 대한 지휘통제권을 보유해야 하고, 그 권한을 “제한적이고 정형화(limited and routine)된 방식이

26) 특히, 연방노동위원회는 작업속도로 인한 노동 강도 강화가 파견근로자와 브라우닝-페리스 간 갈등의 주된 요인이며, 실제로 브라우닝-페리스의 감독자들은 작업속도를 더 빠르게 할 것을 직접 주문하는 등 실제 지휘권을 행사한 사실이 인정된다고 판시했다(NLRB, 2015 : 18).

아니라 직접적이고 즉각적으로(directly and immediately) 행사해야 한다”는 기준을 더 이상 적용하지 않는다. (중략) 커먼로가 의미하는 지휘통제권은 공동사용자를 입증하는 지표로서 이는 실질적 행사의 문제이며, 직접적 혹은 간접적 방식의 문제는 아니다”(NLBR, 2015 : 13, 25).

라. 새 결정의 근거와 의의

연방노동위원회가 지난 30여 년간 일관되게 유지돼 온 엄격한 기준을 폐기한 이유와 의의는 무엇인가? 우선, 1984년 도입된 엄격한 기준이 합리적이지 않기 때문이다. 티엘아이 사건과 래르코 사건을 재검토한 위원회는 당시 위원회가 엄격한 기준을 근거 없이 새롭게 도입한 것은 오류라고 인정했다.

“위원회는 (두 사건에 대한 결정에서) 어떠한 설명도 없이 공동사용자 기준을 지나치게 협소하게 만드는 필수요구 조건을 부가했으며, 이전 판결에 대한 폐기 여부도 밝히지 않았다.”(NLRB, 2015 : 10, ()는 인용자)

앞서 살펴본 바와 같이 그레이하운드 사건 결정을 계기로 비롯된 제1시기의 판단기준은 ‘사용사업주의 지휘통제권이 계약상 명시돼 있는지 여부’와 ‘실제 행사됐는지 여부’였다. 그러나 그레이하운드 사건과 유사한 티엘아이 사건과 래르코 사건에 대한 결정에서는 지휘통제권의 행사 방식을 기준으로 도입하고 ‘직접적’행사가 입증될 경우에 한하여만 공동사용자 지위를 인정했다. 동시에 사용사업주의 작업지시 등에 대해서는 일상적이고 정형화된 지시로서 직접적 행사에 해당하지 않는다는 입장을 부가했다. 그러나 새 기준을 도입함에도 불구하고 당시 위원회는 도입 근거를 제시하지 않았다. 결국, 위원회는 브라우닝-페리스 사건(2015)을 검토하면서 제2시기에 도입된 엄격한 기준에 대한 근거를 세밀히 살핀 후, 자신의 오류를 인정하고 수정하기에 이른다.

둘째, 엄격한 기준이 요구하는 지휘통제권의 직접적 행사는 커먼로의 개념에 부합하지 않기 때문이다. 커먼로의 사용종속성 독트린(common-law agency doctrine)은 근로자(또는 사용자)의 개념을 정의하는 근원적 법원(法源)으로 주종(主從)원칙(master-servant principle)으로 불리기도 한다. 이에 대해 리스테이트먼트(Restatement)²⁷⁾는 “종속인은 타인의 일과 관련해 노무를 제공토록 고용

27) 리스테이트먼트는 판례의 요점을 정리한 주석서다. 주로 영국이나 미국 등 불문법 국가

된 자를 말하며, 노무를 수행하는 과정에서 타인의 지휘통제 혹은 지휘통제권에 종속되는 자”로 정의하고 있다(Restatement Section 220(1)). 이때 지휘통제권은 지배력을 행사할 수 있는 권한을 의미하나, 행사 방식까지를 규율하는 개념은 아니다. 즉, 직접적 행사에 국한되지 않고 간접적 행사, 나아가 잠재적 행사(행사의 유보)까지를 포함하는 넓은 개념이다. 따라서 직접적 행사를 핵심적 요건으로 하는 종래의 엄격한 기준은 커먼로의 지휘통제권 개념을 지나치게 좁게 해석한 것으로, 커먼로의 취지에 부합하지 않는다는 것이 위원회의 입장이다.

셋째, 노동시장 변화로 인해 연방노사관계법의 취지와 목적 달성이 제한되고 있기 때문이다. 실제로 미국의 경우 간접고용 규모는 지속적으로 확산되는 추세에 있으며, 사용사업주는 비용절감을 물론 사용자 책임을 회피할 목적으로 이를 남용하는 경향을 보이고 있다. 이로 인해 간접고용 근로자의 단체교섭권이 제약되고 있으며 사용사업주에 의한 부당노동행위 역시 방치될 가능성이 높다. 이는 연방노사관계법의 근본 취지인 단체교섭 활성화를 방해할 뿐만 아니라 합리적인 노사관계 질서도 해친다. 새 결정은 변화된 환경에 부합하는 법적용 기준을 새롭게 정립함으로써 단체교섭 활성화 등 법의 취지를 달성할 수 있는 기반을 마련했다는 점에서 의의를 갖는다.

넷째, 새 결정의 의의는 오류 수정을 통해 법적 정의(실질적 지배력을 행사하는 사용사업주에 대해 상당한 책임을 부과)를 재정립하고 법의 합목적성을 제

에서 발달했다. 법적 구속력은 없지만 실제에 있어서는 구속력이 있는 것이나 다름없는 권위적인 법원으로 기능한다. 박제성 외(2015: 344)에는 ‘판례회찬(判例彙纂)’으로, 위키백과에는 법재록(法再錄)으로 각각 번역돼 있으나, 통일된 번역어가 없으므로 이 글에서는 ‘리스테이트먼트’로 사용한다. 독자들의 이해를 위해 위키백과의 설명 중 일부를 그대로 인용한다.

“리스테이트먼트(Restatement of the Law) 혹은 법재록(法再錄)은 주법(州法)의 통일화를 위한 운동으로서, 선례로 정착된 판례의 요점을 정리한 것이다. 1923년 미국 법률협회가 처음 발간하였다. 판례법 위주의 미국에서 법전화 운동의 일환으로 탄생하였다. 리스테이트먼트는 법조문 형식으로 되어 있고 성문법이 취하고 있는 형식(모범 법전)을 갖추고 있지만, 이것은 법도 아닐 뿐더러 법적 구속력도 없는 것이나, 미국의 대다수 법원들은 리스테이트먼트에 명시되어 있는 내용에 대하여 설득력 있는(persuasive) 것으로 인정하고 때로는 판결의 내용을 정당화하기 위하여 인용하기도 한다. (중략) 리스테이트먼트는 법적 효력은 가지지 않으나 부차적인 법원으로서 판례나 입법에 많은 영향력을 미치고 있다.”(위키백과)

〈표 1〉 연방노동위원회의 지휘통제권 판단기준 변화(시기별 비교)

지휘통제권 판단요소	제1시기: 1965~83 (그레이하운드 사건, 1965)	제2시기: 1984~2014 (티엘아이/레르코 사건, 1984)	제3시기: 2015 이후 (브라운닝-페리스 사건, 2015)
보유 여부	명시적 보유 계약상 사용자업주의 지휘통제권이 명시적으로 보장돼 있는지 여부가 핵심 기준임. 계약상 사용자업주의 지배·개입 가능성이 존재할 경우, 공동사용자 지위를 인정할 수 있음	계약상 명시 여부와 상관없이 실질적인 행사 여부를 중심으로 판단함. 계약에 의한 지휘통제권 명시 여부는 형식적 요소인 만큼 공동사용자 지위를 인정하기 위해서는 이에 부합하는 실질적 행사가 입증돼야 함(보유만으로는 불충분함).	계약상 명시 여부와 상관없이 실질적인 행사 여부에 대한 사실관계를 판단해야 함. 다만, 계약상 권리로 명시돼 있을 경우 행사 여부와 상관없이 지휘통제권을 잠재적으로 보유한다고 볼 수 있으므로 공동사용자 지위를 인정할 수 있음.
	잠재적 보유 (실질적 지배력) 계약상 지휘통제권이 명시돼 있지 않을 경우, 잠재적 보유 여부를 판단할 수 없음. 따라서 공동사용자 지위를 입증할 수 있는 요소로 불충분함.	잠재적 보유 여부는 판단요소에서 배제됨. 사업주 간 사업관계에서의 힘의 불균형 문제는 연방노동위원회가 관여할 사항이 아님.	복수의 사용자 간 사업관계에서의 힘의 불균형에 따른 경제적 지배관계가 존재할 경우, 지휘통제권을 잠재적으로 보유한다고 볼 수 있음(다만, 사업관계상 힘의 불균형 문제와 함께 실제 행사 여부를 고려함)
행사 여부	직접적 행사 부차적·보완적 기준에 불과하며, 계약상 명시돼 있다면 행사 여부와 상관없이 공동사용자 지위를 인정하는 경향을 보임.	사용사업주가 지휘통제권을 직접적·즉각적으로 행사한 사실이 입증되는 경우에 한하여 공동사용자 지위를 인정할 수 있음.	사용사업주가 지휘통제권을 직접적으로 행사한 경우 공동사용자 지위를 인정함. 다만, 행사 여부는 직접적 행사에 한정되지 않음.
	일상적/정형화된 지시 부차적·보완적 기준임.	공동사용자 지위를 입증하기에 불충분함.	일상적·정형화된 지시도 고용조건과 관련된 핵심 사안에 영향을 미칠 수 있으므로 공동사용자 지위를 인정할 수 있음.
	간접적 행사 부차적·보완적 기준임.	공동사용자 지위를 입증하기에 불충분함.	파견사업주 등을 매개로 채용, 해고, 성과평가 등에 관여할 경우, 간접적 행사라 하더라도 실질적 영향을 미치므로 공동사용자 지위를 인정할 수 있음.

주: ()은 시기를 결정짓는 계기가 된 연방노동위원회의 결정.

고하는 데 그치지 않는다. 새 결정은 복수의 사용자 간 거래관계에 내재하는 힘의 불균형이 노사관계에서의 힘의 불균형으로 전이되는 것을 차단하는 ‘간접적’ 효과를 발휘한다는 점을 주목할 필요가 있다. 간접고용관계에서의 두 사업주 사이에 힘의 비대칭이 존재하며, 일반적으로 사용자사업주는 고용사업주에 대해 경제적 우위를 점한다.²⁸⁾ 이러한 거래관계에서의 힘의 불균형은 노사관계에도 영향을 미친다. 브라우닝-페리스 사건에서 살펴본 바와 같이, 사용자사업주는 일정한 예고기간을 두고 파견계약 등 근로자 공급계약을 일방적으로 파기할 수 있는 권한을 가지고 있거니와, 이의 행사는 간접고용근로자의 고용조건에 직접적인 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 또한 티엘아이 사건에서 나타난 바와 같이, 사용자사업주는 고용사업주와 해당 노동조합 간 단체교섭에도 직·간접적으로 영향력을 행사할 수 있다. 이는 거래관계에서의 힘의 비대칭이 노사관계에서의 힘의 불균형으로 전이될 수 있음을 반증하는 예다.²⁹⁾

연방노동위원회 사무총장 역시 같은 취지의 의견을 제시하며 엄격한 기준을 폐기할 것을 권고했다. 사무총장은 ① 엄격한 기준이 연방노사관계법이 추구하는 목적인 단체교섭의 실질적 활성화를 제약하고 있으며, ② 동법은 사용자의 개념을 넓게 정의하고 있는 만큼 엄격한 판단기준은 법에도 부합하지 않다는 점을 강조했다. ③ 또한 비정규근로자의 규모가 크게 증가하고 있다는 사실도 감안해야 함을 덧붙였다(NLRB, 2015 : 7~8).

마. 소수의견의 비판 및 검토

연방노동위원회의 새 결정에 대해 소수의견은 반대 입장을 분명히 했다. 첫째, ‘넓은 기준’은 사용자의 개념을 확장함으로써 단체교섭 의무를 부담할 잠재적 사용자의 범위를 지나치게 넓힌다고 비판했다. “단체교섭 테이블은 모든 잠재적 사용자가 앉기에는 턱 없이 비좁다(NLRB, 2015 : 21)”라며 확장을 경계했

28) 물론 고용사업주와 사용자사업주 간 거래관계에서 나타나는 경제적 힘의 불균형 문제는 시장에서의 수요-공급에 따라 유동적이므로 경험적 문제일 수 있다. 그러나 한국을 비롯해 대부분의 국가에서 발견되는 것처럼, 사용자사업주가 우월적 지위를 점하는 경우가 보다 일반적이다.

29) 다만 이는 간접적 효과로서 위원회가 새 결정을 통해 달성하고자 하는 주된 취지는 아니다. 이에 대해서는 이하의 “마. 소수의견에 대한 비판 및 검토”를 참조.

다. 또한 새 기준은 커먼로의 지휘통제권 개념에 부합하지 않으며 이를 벗어나 사용자의 범위를 지나치게 확장하는 것은 오류임을 강조했다(NLRB, 2015 : 21). 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 커먼로상 지휘통제권의 개념은 행사 방식을 문제 삼지 않는다는 점, 공동사용자 원리의 운용 역시 커먼로와 관련법의 범위 내에서 위원회가 결정할 수 있는 문제(여기에 대해서는 후술)라는 점에서 소수의견은 타당하지 않다.

둘째, 소수의견은 간접고용의 확산 등 최근의 경제환경 변화가 적용기준을 변경해야 할 만큼 새로운 사실은 아니라고 강조했다. 간접고용은 연방노사관계 법이 제정되던 시점(1935년)에서도 이미 확산돼 있었던 고용형태라는 점이 그 이유다. 법 제정 당시에도 입법자들은 간접고용의 현실을 고려하고 있었으며, 1947년 법 개정에서 2차 보이콧 금지 등을 새로이 규정한 이유 역시, 직접 고용 관계에 있지 않은 사용자를 비합리적인 쟁의로부터 보호하고자 함이라는 설명을 덧붙였다. 판단컨대, 법 제정 당시 간접고용관계에 기초한 사업의 규모가 어느 정도인지는 정확한 통계자료가 부족하므로 정확한 판단은 곤란하나, 2000년 이후 그 규모가 가파르게 상승하고 있는 것이 사실이고, 이로 인해 단체교섭권 제약, 사용사업주의 사용자 책임 회피 등 부작용이 심화되고 있는 것 또한 사실이다. 또한 소수의견이 근거로 들고 있는 2차 보이콧 금지를 규정한 1947년 개정법은 간접고용관계와는 직접적 연관성이 없다. 이는 사업관계를 맺고 있는 독립된 사용자에게 대해 그와 '고용관계가 없는' 근로자의 노동조합이 임금 등 근로조건 개선을 목적으로 피케팅 등 쟁의행위를 하지 못하도록 규율하는 것일 뿐이다. 이때 복수의 사용자는 각각 독립된 사업자로서 자신의 근로자를 고용하고 있을 뿐이다. 반면, 간접고용관계는 한 근로자의 고용조건에 대해 복수의 사용자가 관계하는 삼자 고용관계라는 점에서 1947년 법이 규정하는 대상과 다르다. 따라서 현실에 대한 인식이나 근거를 고려할 때 소수의견은 타당하지 않다.

셋째, 소수의견은 위원회는 법과 판례에 따라 사실관계를 조사하고 판단하는 권한을 부여받았을 뿐 새로운 기준을 제정해 적용할 수 있는 권한은 없다고 비판했다. 경제환경의 변화에 따라 새로운 기준이 필요하다 하더라도 이는 위원회의 권한 범위 밖에 있으며, 의회가 결정해야 할 입법 사항이라는 것이 소수의

견의 주장이다. 이에 대해서는 두 가지 사항을 판단해야 하거니와, 첫째, 앞서 살펴본 바와 같이, ‘엄격한 기준’이 새로이 도입된 1984년 두 결정의 경우, 연방노동위원회는 충분한 근거나 이유를 제시하지 않은 채 종전의 기준을 폐기하고 엄격한 기준을 새로이 도입했다. 소수의견이 타당하다면 이는 이미 1984년 두 사건의 결정에서 적용됐어야 했다. 새 결정은 명백한 근거 없이 도입된 엄격한 판단기준을 커먼로와 연방대법원의 판례 등에 기초해 오류를 회복했다는 점에서 소수의견의 비판은 타당하지 않다. 연방노동위원회는 새로운 판단기준을 독립적으로 제시했다기보다는 1984년 판단기준 적용에서 발생한 오류를 성찰하고 이를 바로잡은 것이라고 볼 수 있기 때문이다. 둘째, 연방대법원은 1975년 웨인가튼(Weingarten Inc.)의 부당노동행위 관련 판결에서, 산업의 발전 등 ‘변화하는 환경을 고려’해 서로 상충되는 이해관계의 균형을 도모할 권한이 연방노동위원회에 있음을 명시했다(Fanning, 1982 : 3). 결국 오류에 대한 수정, 연방대법원이 인정하는 위원회의 역할과 범위 등을 고려할 때, 위원회의 새 결정은 권한 범위를 벗어났다기보다는 법과 판례에 근거해 자신의 권한을 합리적으로 행사한 것으로 보는 것이 타당하다.³⁰⁾

셋째, 소수의견은 오랫동안 유지된 판단기준을 폐기하는 것은 불확실성과 예측 가능성을 훼손하며 법상 사용자를 판단하는 데 많은 혼란을 가중시킬 것이라는 우려를 표명했다. 실제로 새로운 기준의 도입은 앞으로 프렌차이즈 등을 포함해 간접고용관계에 따른 노사관계에 많은 영향을 미칠 것으로 예상된다. 그러나 이번 브라우닝-페리스에 대한 위원회의 판단은 단지 경제적 현실이나 법의 취지만을 고려한 것이 아니며, 간접적 지배통제권의 행사에만 한정된 것도 아닌 것이다. 실제로 작업과정의 세밀한 지휘와 통제 등 직접적인 지휘통제권의 행사 사실 또한 확인되고 있다는 점에서 소수의견이 예상하는 바와 같이 혼란이 확산될 것이라는 예측은 지나친 예단으로 판단된다.

다섯째, 소수의견은 사업상 거래관계에 있는 독립된 복수의 사업자(실체)는

30) 위원회(2015 : 16)는 노동관계법의 영역에서는 경제 등 상황 변화에 따라 문제의 본질이 새롭게 드러나는 만큼 합리적 해법을 찾기 위한 진화된 프로세스의 탐색이 필요함을 강조했다(In this area of labor law, as in others, the “nature of the problem, as revealed by unfolding variant situations, requires ‘an evolutionary process for its rational response, not a quick, definite formula as a comprehensive answer’” (Eastex, Inc. v. NLRB, 437 U.S. 556, 574~575(1978); NLRB(2015 : 16)에서 재인용).

힘의 측면에서 서로 다를 수밖에 없다는 점을 지적하고, 이들 기업 사이에 불가피하게 나타나는 힘의 불균형을 단체교섭권의 회복을 통해 해소하고자 하는 접근은 오류라고 비판했다. 상호의존성을 갖는 기업들의 관계를 고려하지 않은 채, 사용자 개념의 확장을 통해 단체교섭을 활성화시키는 것은 오히려 산업평화에도 도움이 되지 않을 것이라는 점도 덧붙였다(NLRB, 2015 : 23). 또한 독립된 사용자들 간의 경제력의 차이와 이로 인한 힘의 불균형에 대해 연방노동위원회가 개입할 수 있는 법적 권한은 없다는 점 역시 소수의견은 지적하고 있다. 이에 대해 위원회는 이번 결정이 사업관계에서의 복수의 사용자 간 힘의 불균형을 시정하는 데 있지 않음을 분명히 했다. 사업상 거래관계에서 존재하는 기업 간 경제력 혹은 지배력의 차이는 소수의견의 지적처럼 연방노동위원회가 개입할 여지가 없다. 다만, 소수의견의 비판은 문제의 핵심에서 벗어나 있다. 새 결정의 주요 취지는 핵심적 근로조건에 대해 실질적인 지배력을 행사하는 사용사업주에게 법이 정하는 바에 따라 노동관계법상 사용자 책임을 정당하게 부과하고자 하는 데 있으며, 따라서 거래관계에 있는 기업들 간의 힘의 (불)균형 문제를 해소하는 문제와는 직접적 연관성이 없기 때문이다.

IV. 한국의 간접고용과 공동사용자 원리 비교 : 사용자 책임 확장론을 중심으로

1. 사용자 책임 확장론 : 묵시적 근로계약 법리와 위장도급 법리

간접고용의 확산은 한국도 예외가 아니다. 파견과 용역근로자 규모가 날로 증가하고 있으며, 불법 사내하도급 관행도 확산되고 있다. 사내하도급은 원사업자(원청)가 자신의 사업의 일부를 다른 사업자(하청)에 위탁하여 수행하게 하는 하도급 거래 중 원사업자의 사업장에서 작업이 이뤄지는 거래를 말한다. 일반적 하도급과 달리 구체적 작업이 수급자(하청)의 작업장이 아닌 원사업자의 사업장에서 이뤄진다는 점이 특징이다. 작업장의 공간적 공유로 인해 작업과정

에 대한 원사업자의 실질적 지배 가능성이 높아지며, 이는 위장도급이 확산되는 구조적 원인이기도 하다. 위장도급이란 도급의 외양을 취하면서도 실제로 원사업자가 하청근로자의 작업을 실질적으로 지휘통제하는 불법적 고용관행이다. 위장도급을 통해 원사업자는 비용절감과 유연성을 동시에 확보할 수 있는 것은 물론 노동관계법상 사용자 책임도 면할 수 있다. 이는 위장도급이 빠른 속도로 확산되는 이유이기도 하다(김기선, 2014).

‘사용자 책임 확장론’은 간접고용의 폐해를 개선하기 위한 이론적(법리적) 대응이다. 이 논의는 간접고용근로자의 작업에 대한 실질적인 지휘통제권을 행사함에도 불구하고 법상 사용자의 지위에 서지 않는 원사업주에게 사용자 책임을 부과할 수 있는 근거와 법리를 사유한다는 점에서 공동사용자 원리와 취지를 공유하고 있다. 간접고용의 대표적 유형인 파견의 경우, 한국은 미국과 달리 별도의 입법을 통해 규율하고 있으므로 공동사용자 원리와 직접 견주어 논의하기는 다소 무리가 있다. 그러나 사내하도급의 경우, 미국과 마찬가지로 이를 별도로 규율하는 입법이 없다는 점에서 공동사용자 원리의 함의가 적용될 여지가 넓다. 여기서는 주로 사내하도급에 초점을 두어 논의한다.

한국의 ‘사용자 책임 확장론’은 이중원리(dual doctrine)에 근거해 있다. 하나는 목시적 근로계약 법리이고, 다른 하나는 위장도급(불법파견) 법리다. 한국 법원은 불법 사내하도급(위장도급)을 규율하기 위해 원사업자와 사내하도급 근로자 간 목시적 근로계약이 존재하는지를 먼저 살핀 후, 목시적 근로계약이 존재하지 않을 경우 도급-파견의 구분에 기초해 위장도급 여부를 판단하고 이를 불법파견으로 우회적으로 규율한다(한광수, 2014).³¹⁾

목시적 근로계약 법리는 근로계약의 외양이나 형식에 상관없이 그 실질을 따

31) 목시적 근로계약의 부재가 왜 곧바로 위장도급-불법파견으로 전환되는가에 대해 의문이 제기되고 있다(한광수, 2014; 양승광, 2015 : 205). 실제로 위장도급 법리는 그동안 위장도급관계에 있는 사내하도급 근로자의 근로조건과 고용안정을 보호하는 데 일정 정도 기여한 것이 사실이다. 그러나 적용 근거가 불명확하다. 도급과 파견은 삼자 고용관계라는 형식만을 공유할 뿐 내용상 구별되는 계약이다. 파견은 사용자사업주의 작업에 대한 지휘통제권을 인정하되 허용업종, 기간 등속이 제한되는 예외적 계약이다. 형식의 유사성만을 고려해 도급관계를 판단함에 있어 파견 원리를 개입시키는 것은 합리적이지 않다. 실제로 법원도 목시적 근로계약관계가 부재할 경우 근로자 파견관계로 전환되는 데 대해 법리적 근거를 제시하지 못하고 있다. 별도의 입법이 부재한 상황에서 불법적 간접고용을 규율하기 위한 교육책으로 볼 수 있으나, 최소한 법리적 근거를 보충할 필요가 있다.

져 근로관계를 판단하는 접근이다. 주로 원고용주의 경영상 독립성, 피고용인의 사용종속성, 임금지급 등 노무관리의 실제 등을 기준으로 근로계약 존재 여부를 판단하거나와 한국 대법원은 2010년 현대자동차 사건을 판결하며 묵시적 근로계약관계에 대한 종합적 판단기준을 다음과 같이 체계화했다.

“원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무 대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다.”(대법원 2010.7.22. 선고 2008두4367 판결)

이 판결에서 대법원은 묵시적 근로계약이 존재하기 위해서는 원고용주가 형식적이고 명목적인 존재에 해당할 정도로 무의미한 존재이어야 한다는 엄격한 기준을 제시했다. 최근에는 이에 대해 더 엄격한 태도를 보이고 있다. 2015. 2. 26. 선고된 KTX 여승무원 판결³²⁾은 이를 잘 나타내거니와, 대법원은 하도급사업주가 자신의 근로자에 대해 인사관리 등을 행했다는 이유(원사업자와 하도급 근로자와의 관계에 대한 판단은 없이)로 묵시적 근로계약 성립을 인정한 원심을 파기했다(이에 대해서는 다음 절에서 상술한다).

묵시적 근로계약이 존재하지 않을 경우, 사용사업주의 지휘명령권 행사여부와 함께 도급을 특징짓는 요소를 종합적으로 고려해 위장도급 여부를 판단한다. 2010년 현대자동차 사건의 경우, 대법원은 ① 혼재배치, ② 원청업체 소유의 시설과 부품을 사용한 점, ③ 원청업체가 작업배치, 작업량, 작업순서 등을 결정하고, 사내하청 근로자들은 이에 따라 단순·반복 작업을 수행했다는 점, ④ 하청업체 고유 기술 및 자본이 투입되지 않은 점, ⑤ 하청업체의 현장관리인이 지휘명령권을 행사했다 하더라도 원청업체가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하다는 점 등을 들어 근로자 파견관계에 해당(불법파견)한다고 판시했다.³³⁾

32) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결, 이하 KTX 여승무원 판결 1.

33) 이는 원·하청 간 도급관계를 근로자 파견관계로 간주한 최초의 대법원 판례라는 점에서 의의가 있다(이정, 2015 : 244).

그러나 최근 들어 적법도급의 범위가 넓어지고 파견관계 성립요건도 까다로워지면서 위장도급 법리의 적용 가능성마저 위축되고 있다. 2015. 2. 26. 선고된 또 다른 KTX 여승무원 판결³⁴⁾은 이를 잘 드러낸다. 이 판결에서 대법원은 하도급사업자(철도유통 등)의 업무가 원사업자(한국철도공사)의 업무와 구분되었고, 원사업자가 하도급근로자에 대해 구속력 있는 지휘명령을 하지 않았으며, 구체적인 업무수행 방식 등에 대한 결정 역시 하도급사업자에 의해 이뤄졌다는 점을 들어 근로자 파견관계를 부인했다.³⁵⁾ 이 판결로 인해 서비스와 같은 노무역시 분리 가능한 업무로 적법한 도급의 대상에 포함될 가능성이 높아졌다. 대법원은 업무의 분리 가능성이라는 개념적 지표를 통해 안전 업무와 승객서비스 업무를 분리 가능한 업무라고 판단함으로써 서비스 제공 등 이른바 노무도급도 가능함을 확인했다. 그러나 원심³⁶⁾과는 달리 그 업무가 왜 분리 가능한가에 대해서는 근거를 제시하지 않고 있다.³⁷⁾ 뿐만 아니라 파견관계 성립요건도 더 까

34) 대법원 2015.2.16. 선고2012다96922 판결, 이하 KTX 여승무원 판결 2.

35) 이 판결에서 대법원은 파견관계를 판단하는 새로운 기준을 제시하며 다음과 같이 판결했다. “원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률 관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자 파견에 해당하느냐는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고, 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업 조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.”(대법원 2015.2.16. 선고2012다96922 판결).

36) 이 사건의 원심(서울고등법원)은 “실제 승객서비스 업무의 성질상 열차팀장과 KTX 여승무원은 열차팀장의 지시, 감독권 유무와 관계없이 상호 공동업무 수행자의 지위에서 벗어날 수 없다.”는 이유를 제시하며 “따라서 승객서비스 업무 중 KTX 여승무원의 업무를 열차팀장의 업무와 분리하여 이를 도급의 형식으로 위탁하는 것은 도급인의 업무 영역과 수급인의 업무 영역이 상호 혼재되어 도급계약의 성질상 허용되지 아니한다고 봄이 상당하다”고 판시했다(서울고등법원 2011.8.19. 선고 2010나90816 판결).

37) 법률적 판단과 별도로, 현대 기업의 작업은 고도의 분업과 분업된 업무(혹은 파업)들 간의 유기적 결합을 통해 이뤄지고 있다는 점을 고려한다면, ‘업무의 분리 가능성’은 지나치게 형식적이고 관념적인 개념에 불과하다. 분업은 현상적으로는 업무의 체계적 분리를 의미하나 현대 기업은 분리된 업무의 유기적 협력을 위한 구조를 사전에 마련하고 분업을 기획한다. 분업의 목적은 분리된 업무의 유기적 통합을 통해 시너지를 창출하는 것이

다로워졌다. 원사업자의 지휘명령이 구속적일 만큼 지배적이어야 하고, 하도급 사업자의 존재는 무의미할 만큼 형식적이어야 하기 때문이다.³⁸⁾ 이는 적법도급의 물리적 범위가 늘어나는 것은 물론 파견관계 성립의 판단기준 엄격화로 도급의 적법성 기회가 높아짐을 의미한다. 그 내적 인과로 위장도급 법리의 적용 가능성이 축소됨에 따라 원사업주에게 그가 실질적으로 행사하는 권한에 상응하는 만큼의 사용자 책임을 부과할 수 있는 가능성은 크게 줄었다.

2. 공동사용자 원리와의 비교

간접고용관계에 대한 규율체계로서의 미국의 공동사용자 원리와 한국의 이중원리는 두 가지 측면에서 비교될 수 있거니와, 하나는 판단기준의 엄격성이고, 다른 하나는 효과성 측면이다. 전자는 실질적 영향력을 보유(혹은 행사)하는 사용사업주에 대해 원리가 얼마나 효과적으로 개입하고 있는가의 문제이며, 후자는 원리의 개입효과로서 노동관계법의 근본 취지 혹은 법적 정의(즉 권한에 상응하는 책임의 부과)³⁹⁾가 얼마나 회복(혹은 실현)되는가의 문제다. 미국에 견취보면, 한국의 이중원리는 판단기준이 매우 엄격하며 이로 인해 그 효과도 매우 제한적이다.

기준의 엄격성 측면에서 보면, 우선 묵시적 근로계약 성립에 대해 한국 대법원은 매우 엄격한 태도를 취하고 있다. 이를 판단하는 핵심 기준은 사내하도급 업주(원고용주, 하청)의 독립성이거니와, 이는 그가 원사업주의 노무관리 대행

기 때문이다. 분업은 업무의 분리라는 현상적 의미보다, 분리된 업무의 유기적·협력적 통합을 의미하는 보다 적극적인 개념이며, 따라서 '업무의 분리 가능성'은 실제로 현대 작업의 현실과 동떨어져 있는 공허한 용어다.

- 38) 강성태(2015 : 84~85)는 이 판결로 실질적 파견관계를 판단하는 새로운 기준이 제시됐다고 하면서, 가장 큰 특징은 근로계약의 성립과 파견관계의 존재를 '한꺼번에 섞어서 판단'한 점이라 설명했다. 양자는 사용종속성을 본질로 하는 고용관계라는 점에서 공통적이지만 이를 판단하는 방식은 매우 다르기 때문에 한꺼번에 판단하는 것은 상당히 이례적이라는 지적을 덧붙였다.
- 39) 박제성(2013 : 49)은 우리나라 기업집단(재벌 등)의 노사관계 문제점을 '근로자만 있고 사용자는 없는 노사관계'로 진단하면서 권한에 상응하는 책임의 제도화가 필요함을 강조하고 있다. 사내하도급에서의 노사관계 역시 실질적 영향력을 행사하는 사용자는 '없고' 허약한 사내하도급 업주와 양쪽 사용자로부터 소외되는 근로자만 '있는' 노사관계다. 권한에 상응하는 책임을 묻는 일, 그리고 이를 제도화하는 일이 법의 정의를 회복하는 첫 단계다.

기관에 불과할 만큼의 명목성을 어느 정도나 탈피하고 있는가를 의미할 만큼 지나치게 엄격해⁴⁰⁾ 비현실적이다.⁴¹⁾ 하청기업이 원청기업의 노무관리 대행기관에 이를 만큼 명목적 존재가 아니거나, 원청기업이 임금 등 근로조건 결정에 있어 간접적·구조적으로 영향을 미치는 경우에는 적용되지 못하므로 사내하청근로자를 보호하는 데 한계가 많다(윤애립, 2014 : 235). 앞서 살펴본 현대자동차 사건(2010)에서 대법원은 하청업체가 독자적인 사무실을 유지하고 임금 지급 등 관리업무를 독립적으로 행하고 있다는 점, 하청업체의 관리자가 현장근로자를 감독하고 있었다는 점 등을 들어 묵시적 근로계약관계를 부인했다. 원청업체가 지휘명령권을 실질적으로 행사하고 있음에도 불구하고 하청업체가 인사노무관리상의 자율성을 ‘어느 정도’ 행사할 수 있기 때문에 사업주로서의 독자성과 독립성을 상실했다고 볼 수 있을 정도로 형식적·명목적이라 할 수 없기 때문이다(이정, 2015 : 241).

최근 선고된 KTX 여승무원 판결 1은 묵시적 근로관계 법리가 더 이상 기능하지 못할 정도로 무력화됐음을 보여준다. 이 판결에서 대법원은 묵시적 근로계약 성립을 인정한 원심을 파기하고, 더 엄격한 그러나 오류임이 분명한 입장을 내놓았다. 대법원은 하도급사업자인 철도유통 등이 인사운용 지침을 마련해 채용, 승진, 훈련 등 인사관리를 수행하였고 승무시간 등을 관리했다는 점 등을 들어 그 존재가 형식적이고 명목적이지 않다고 보았다. 이는 하도급사업자가 자신의 근로자(하도급근로자)에 대해 지휘명령한 사실이 조금이라도 인정된다면, 원사업자와 하도급근로자 간 근로계약관계는 부인됨을 의미한다(양승광, 2015 : 213). 주목해야 할 점은 원사업자와 간접고용근로자 간 근로계약관계를 판단함에 있어 그와 상관없는 원고용주(하도급사업주)의 독립성을 따져 묻는다는 데 있다. 강성태(2015)와 박제성(2015)이 적절히 지적하듯, 원사업자의 사용

40) 박제성(2015 : 29)은 형식성·명목성의 정도를 “쉽게 말하면 (하청이) ‘허깨비’여야 한다는 것이다. 그 당연한 논리적 귀결이겠지만, 하청의 허깨비성은 쉽게 인정되지 않는다. 갈비뼈 하나만 있어도 허깨비는 아니기 때문이다. ()는 인용자가 덧붙임”라고 설명함으로써 형식성과 명목성의 정도가 얼마나 지나친지를 잘 드러내고 있다.

41) 이로 인해 묵시적 근로계약관계 성립을 인정한 판례가 매우 드문 것은 당연한 결과다. 2002.11.26. 경기화학 사건 대법원 판결(2002도649), 2003.9.23. SK인사이트코리아 사건 대법원 판결(2003두3420), 2008.7.10. 현대미포조선 사건 대법원 판결(2005다75088)이 묵시적 근로계약관계를 인정한 대표적 판례이며 매우 제한적으로 인정되고 있다.

자 지위를 판단함에 있어 원고용주와 그가 고용한 근로자 간 관계를 고려하는 것은 근원적으로 오류다. 하도급사업자의 독립성 여부는 원사업자와 하도급근로자 사이에 근로계약관계가 성립하는지 여부와 원칙적으로 무관한 문제⁴²⁾이기 때문이다(박제성, 2015 : 29). 결국 원청이 실질적인 지휘통제권을 행사했다 하더라도 그와 상관없이 하도급사업자의 실체성(하도급사업자와 그가 고용한 근로자 사이에서)이 부분적으로라도 인정된다면 원청-하도급근로자 간 근로계약관계는 인정될 길이 없어진 셈이다. 이는 묵시적 근로계약 법리가 현실적으로는 더 이상 기능할 수 없음을 의미한다.⁴³⁾

우리 대법원의 이러한 태도는 브라운닝-페리스(2015) 결정으로 새로운 전기를 마련한 미국과 비교해 보면, 사용사업주의 사용자 책임을 확장하는 데 매우 인색하다. 제Ⅲ장에서 본 바와 같이, 미국의 새로운 기준은 고용사업주가 채용, 승진, 징계 등 노무관리를 직접 수행했다 하더라도 작업과정에서 사용사업주의 실질적 영향력 행사가 입증될 경우, 사용사업주의 공동사용자 지위를 인정하고 단체교섭 의무, 부당노동행위 금지 의무 등 법이 정하는 의무를 포괄적으로 부과하기 때문이다. 그러나 이에 비하면 한국의 대법원은 사용사업주가 사실상 지배력을 행사했음에도 불구하고 이를 인정하지 않는 경향이 있다. 특히, KTX 여승무원 판결 1에서 이러한 대법원의 태도가 잘 드러난다. 이에 대해 강성태(2015 : 83)는 대법원이 “원청의 지배력을 인정할 수 있는 사실들을 극히 예외적이거나 사소하거나 또는 관례적으로 본다”고 비판했다. 실제로 위 사례에서 ① 한국철도공사 열차탑장의 업무와 KTX 여승무원의 업무가 동일한 공간에서 수행되고 서로 협조할 여지가 있다는 점, ② 화재 등 비상사태가 발생할 경우 KTX 여승무원도 열차탑장의 지시를 받아 화재 진압 및 승객 대피 등의 활동에 참여하게 돼 있다는 점, ③ 한국철도공사 직원 중 일부가 여승무원 채용 시 면

42) 강성태(2015 : 82) 역시 이를 다음과 같이 지적한다. “위 판결(KTX 여승무원 판결 1)의 가장 큰 특징은, 대부분의 주어가 하청인 ‘철도유통 등’으로 시작한다는 점이다. 원청이 등장하는 것은 업무의 분리 설계 등 형식적이고 명목적인 것에 불과하다. 질문은 원청과 하청근로자 사이의 관계였지만, 대답은 하청과 하청근로자 사이의 관계였다.”

43) 이는 원사업자와 하도급사업자 간 물적 지배구조의 연관성이 없는 경우에도 묵시적 근로계약관계를 인정한 현대미포조선 판결(대법원 2008.7.10. 선고 2005다75088 판결)을 고려하면 더욱 그러하다. 실제로 현대미포조선 판결 이후 대법원이 묵시적 근로계약 성립에 대해 취하는 태도는 더욱 엄격해져 왔다(박제성 외, 2009 : 24; 양승광, 2015 : 202).

접관으로 참여하거나 채용 후 교육을 시킨 점, ④ 열차탑장이 여승무원의 업무 수행을 확인하도록 돼 있다는 점 등은 원청에게 지휘감독권이 존재하고 있고 사실상 행사됐다는 점을 입증하고 있음에도 불구하고 대법원은 이를 예외적 혹은 관례적인 것으로 판단했다(강성태, 2015). 이는 브라우닝-페리스 사건(2015) 이전에 미국 연방노동위원회가 취한 엄격한 태도(제2시기)와 매우 유사하다.

묵시적 근로계약 법리를 인정하는 사례가 드물다 해도 위장도급 법리를 통해 사용자의 지위(책임)를 확장할 여지는 존재한다. 그러나 이 역시 도급의 복잡하고 다양한 기준을 종합적으로 고려한다는 점, 특히 최근에는 파견관계 인정기준이 엄격해지고 있다는 점을 고려하면 사용자 책임을 확장하는 효과는 매우 제한된다. 핵심 기준 중 하나인 지휘명령권의 측면에 한정해 보면, 한국 대법원의 입장은 미국과 유사한 수준의 엄격성을 지니고 있다. 2015년 대법원은 현대자동차의 사내하도급 사건을 판단⁴⁴⁾하면서 “계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘명령을 하는지” 여부를 핵심 기준으로 제시했다. 이때 ‘상당한 지휘명령’은 과거 대법원이 제시한 기준⁴⁵⁾보다 다소 완화된 것으로, 구속력 있는 지시를 포함해 실질적 지휘 또는 명령으로 볼 수 있는 영향력 행사를 포함하고 있다(윤애림, 2014 : 236; 이정, 2015 : 247).⁴⁶⁾ 또한 판례는 간접적 행사(예를 들면 하청업체의 관리인이 지휘명령권을 행사했다 하더라도 원청업체가 결정한 사항을 전달한 것에 불과한 경우)도 부분적으로 포함하고 있다. 그러나 위장도급 법리는 도급-파견의 개념적 구분에 기초하고 있거니와, 지휘명령권 행사 여부뿐만 아니라 작업방식, 생산 관련 시설 등에 대한 소유권, 사내하도급 업체의 고유 기술 및 자본 투입 여부 등 다양한 도급(혹은 파견)의 요소를 종합적으로 고려⁴⁷⁾하기 때문에 폭넓은 인정

44) 대법원 2015.2.26. 선고 2010다93707 판결.

45) 그동안 대법원은 “업무수행 과정에 있어서 사용자로부터 구체적·개별적 지휘감독을 받는지 여부”(대법원, 1994.12.9. 94다22859)에 따라 근로자를 판단했다.

46) 현대자동차 사내하도급에 대한 서울중앙지법 판례(2014.9.18.)는 ‘실질적 지휘감독권의 행사’의 인정 범위를 종전에 대법원이 제시한 것보다 넓게 해석함으로써 묵시적 근로계약관계가 성립한다고 보았다(서울중앙지법 2014.9.18. 선고 2010가합112481, 2010가합112528[병합] 판결).

47) 대법원(2015)은 지휘명령권 이외에도 “당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업 집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고

이 제한되는 경향이 있다. 특히, 최근 선고된 KTX 여승무원 판결²에서 보이는 것처럼 대법원은 파견관계를 판단함에 있어 종전보다 엄격한 태도⁴⁸⁾를 취하고 있거니와, 이로 인해 위장도급 법리의 적용 가능성이 축소될 수 있음은 앞에서 살펴본 바와 같다.

효과성의 측면에서도 한국의 이중원리는 미국의 공동사용자 원리와 비교된다. 묵시적 근로관계가 대체로 부정되고 있는 현실을 고려하면, 간접고용에 대한 규율은 위장도급 법리에 의존할 수밖에 없다. 그러나 위장도급 법리에 의존 접근은 불법파견에 따른 제재 효과만을 예정한다는 점에서 제한적이다. 주된 효과로 파견법에 따라 2년 이상 근로한 자에 대해서만 고용의제 혹은 직접고용 의무, 이에 부수하는 임금지급 의무 등의 인정 등을 기대할 수 있을 뿐이며, 단체교섭 활성화 등 미국의 공동사용자 원리가 추구하는 목적을 온전히 기대할 수는 없다. 파견법상 파견근로자의 단체교섭 상대방은 사용사업주(원청)가 아닌 고용사업주이기 때문이다. 결국 구조적으로 제한된 효과만을 기대할 수 있는 이중원리는 간접고용에 의해 침해되고 있는 노동기본권을 회복하기에는 불충분하며, 특히 단체교섭의 재활성화를 꾀할 수 없다는 점에서 노사관계의 자치 영역을 확장하는 데도 미흡하다.

볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라” 판단한다(대법원 2015.02.26. 선고 2012다96922 판결). 지휘통제권이 핵심 기준이 되고 있는 미국의 경우와 비교해보면 상대적으로 엄격하다고 판단된다.

- 48) 남해화학 판결(대법원 2015.2.26. 선고 2010다93707 판결)에서도 대법원은 파견관계를 판단함에 있어 KTX 여승무원 판결²와 동일한 근거를 제시하고 있다. 이 판결에서 대법원은 원사업자(남해화학)가 하도급근로자의 작업 장소와 시간을 결정하고 작업 내용을 구체적으로 지휘감독했다는 점, 도급업무가 원사업자의 업무와 명확히 구분되지 않는다는 점 등을 들어 파견관계를 인정했다.

V. 요약과 토론 : 공동사용자 원리 변화의 함의를 중심으로

2015년 연방노동위원회의 브라우닝-페리스 결정이 한국의 간접고용관계 규율체계에 주는 함의는 무엇인가? 첫째, 날로 증가하고 있는 간접고용관계의 폐해를 시정하기 위해 적극적 개입이 시급히 요청된다는 사실을 환기하고 있다. 간접고용관계의 확산은 노동력 거래의 불공정성을 심화시킴은 물론 노동기본권을 제약함으로써 노사관계의 힘의 불균형을 초래한다. 이는 불평등이 확산되고 있는 한국 사회에서는 사회 자체의 분단(social divide)을 고착시키는 요인으로 작용할 위험도 내포한다. 그만큼 간접고용의 폐해를 제어할 수 있는 대응방안 마련이 시급하다. 미국에 견주어 볼 때, 한국의 규율체계는 간접고용관계하의 사용사업주에 대해 노동관계법상 책임을 부과하는 데 매우 인색하다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 특히 묵시적 근로관계 법리의 판단기준이 비현실적일 만큼 엄격하다. 간접고용관계에 대한 합리적 규율을 위해서는 먼저 묵시적 근로계약관계의 판단기준을 완화할 필요가 있다. 사내하도급 업주의 독자성(혹은 독립성)이 부분적으로 인정된다 하더라도 작업과정에서 사용사업주의 실질적 지휘명령이 입증된다면 묵시적 근로계약관계를 폭넓게 인정할 필요가 있다. 노동에 대한 실질적 통제권을 행사하고 있고 노동의 과실을 온전히 향유하고 있음에도 불구하고 ‘엄격한 형식적 요건’에 근거해 실체(사용사업주의 사용자 지위)를 부정하는 것은 합당하지 않기 때문이다. 미국 연방노동위원회의 새로운 결정은 이 점에서 의미 있는 참조점이 된다. 직·간접적 지휘명령은 물론 잠재적 지휘명령—즉, 지휘명령권을 행사할 수 있으나 실제로는 행사하지 않은 상황—도 공동사용자 지위를 입증하는 데 충분한 요소로 인정할 수 있는 가능성⁴⁹⁾이 열려 있기 때문이다.

49) ‘잠재적 지휘명령권’을 근거로 공동사용자 지위를 판단한 사례는 아직까지 없다. 다만 브라우닝-페리스 사건을 계기로 고용관계에 대한 사용사업주의 우월적 지위나 지배력을 사유하기 시작한 만큼 가까운 미래에 잠재적 지휘명령권에 근거한 결정이 출현할 가능성도 배제할 수 없다.

둘째, 브라우닝-페리스 결정은 근대 근로계약 법리에 대한 근본적인 문제 제기를 내포한다. 다시 말하면 제한된 사용종속성에 근거한 근로계약 법리를 수정할 수 있는 이론적 기획이 가능함을 시사한다.⁵⁰⁾ 근대 근로계약 법리가 전제하는 전형적 근로관계는 당사자 간 직접 계약에 근거한 종속노동(혹은 사용종속성)에 기초해 있다. 노무제공과 수취는 당사자 간 일대일 계약—즉 “하나의 근로자와 하나의 사용자 사이에 존재하는 근로계약”(윤애림, 2014 : 232)—에 의해 그 권리·의무가 결정된다. 해당 근로자는 계약의 상대방인 사용자의 지휘통제에 따라 노무를 제공하고 그 대가를 청구할 수 있는 권리를 보유하며, 사용자는 계약의 상대방인 근로자에 대해 약정된 임금의 지불 등 노동관계법이 정하는 의무를 진다. 그러나 삼자 고용관계를 특징으로 하는 간접고용이 출현하면서 근대 근로계약 법리는 균열되기 시작한다. 사용사업주와 직접적 근로계약 당사자가 아닌 간접고용근로자가 실제로는 사용사업주의 지휘통제하에서 노무를 제공하고 있기 때문이다. 이 문제 제기를 확장하면 근로자·사용자를 판단함에 있어 ‘근대적’ 기준인 사용종속성 혹은 지휘통제권을 근본적으로 회의할 수 있는 가능성이 열린다. 현대기업의 노동(혹은 작업)조직 방식은 과거의 수직적 통합 모델에서 기업 간 네트워크 모델로 변화하고 있으며, 이에 따라 통합돼 있던 사용자 기능도 서로 다른 기업의 사용자로 분산되고 있다(Harrison, 2007; 윤애림, 2014 : 234에서 재인용). 이로 인해 “하나의 통합된 사용자를 노동법의 수급자로 설정했던(근대) 법리들은 현실적으로 위기에 처한다. 근로계약의 당사자가 아닌 노동력을 이용해 이윤을 얻지만 기존의 근로계약 법리로는 실제 사용자에게 노동법상 책임을 부여하기가(원칙적으로) 곤란하기 때문이다. (중략) 기업이 ‘탈(脫)근로계약화’의 방식으로 노동력을 활용하고 있다면, 노동법의 적용이 반드시 근로계약관계의 존재 여부에 고착될 이유가 없다.”(윤애림, 2014 : 234~235 ()는 인용자).

물론 미국 공동사용자 원리의 변화를 근대 근로계약 법리에 대한 직접적인 수정 시도로 해석하는 것은 다소 성급하다. 새 결정은 비전형적 간접고용관계를 근대적 근로계약의 범위 내에 포함시킴으로써 사용종속성(혹은 실질적 지휘

50) 이에 대한 논의로 박제성 외(2015)의 연구, 박제성(2007)의 연구, 그리고 윤애림(2014)의 연구가 빼어나다. 여기서의 논의는 이들 연구의 주장과 논의에 대부분 의존하고 있으며, 앞으로도 더 진전된 연구가 지속되길 기대한다.

통제권)에 기초한 법리의 외연을 넓히는 데 초점을 두고 있기 때문이다.⁵¹⁾ 그러나 윤애림(2014)이 적절히 지적하는 것처럼, 이를 확장하면 근로자·사용자를 판단함에 있어 ‘지휘통제권’이라는 근대적 사용종속성 지표를 대체할 수 있는 대안적 개념 모색이 가능해진다. 여러 가지 대안이 제시되고 있거니와, 윤애림(2014: 236)은 사용종속성 판단의 핵심 지표인 ‘노무제공에 대한 지휘감독 여부’에서 벗어나 ‘사업 또는 사업장에서의 근로제공’ 지표로 대체되어야 함을 주장한다. 앞서 설명한 바와 같이 현대 기업의 노동력 활용 방식이 탈(脫)근로계약화하고 있으며, 기업은 작업과정에 대한 통제보다는 결과의 향유에 궁극적인 관심을 갖고 있기 때문이다. 결국 노동의 결과물을 취하는 자가 궁극적인 사용자이어야 한다는 점이 윤애림의 제안이다. 같은 맥락에서 조임영(2013)은 자신이 아닌 ‘타인을 위한 노동’을, 강성태(2008)는 한 근로자의 노동이나 핵심 고용조건에 대해 복수의 사용자가 권한과 의무를 분배하고 있는지 여부를 사용자 책임 부과와 새로운 기준으로 제시하고 있다. 박제성(2007) 역시 ‘사업’을 동태적 개념으로 파악하면서 사내하도급에 있어 원사업주의 사업과 원고용주의 사업을 ‘하나의 사업’으로 보아 이를 지배하는 사업주에게 노동관계법상 책임을 부과할 필요가 있음을 주장했다.⁵²⁾ 위 주장의 공통된 요소는 간접고용 등 비전형적 고용관계가 확산되는 현실에서 근대 근로계약 법리의 한계를 극복하고 실질적 사용자에게 대해 정당한 책임을 부여할 수 있는 근원적인 대안(법리)을 탐색하고 있다는 점에서 커다란 의의가 있다.

이와 관련해 박제성(2013: 59, 2015)은 ‘지배’ 관념을 직접 질문에 부치며 보다 깊은 사유를 진전시키고 있거니와, 노동조합 및 노동관계조정법(이하, 노조법)의 ‘사업주’(노조법 제2조) 개념을 ‘사업을 지배하는 자’로 재해석하면서 신공화주의(neo-republicanism)의 지배 개념을 노동관계에 도입한다. 신공화주의는 공화적 자유의 핵심을 비지배자유(freedom-as-nondomination)로 새롭게 구성하고 있다.⁵³⁾ 비지배자유란 사적 예측이나 지배가 없는 상태로, 이로 인한 공

51) 이 측면에서만 보면 간접고용 폐해의 완화는 근대 근로계약 법리의 확장으로 인한 효과로 그 의미가 축소될 수 있다.

52) 박제성(2007: 271)은 가능태로서의 사업 개념을 통해 개별 사업장이나 기업이 아닌 기업 집단 차원에서도 교섭이나 협의가 이뤄질 수 있는 체계가 만들어질 수 있음을 프랑스의 사례 등을 들어 체계적으로 논의하고 있다.

53) 신공화주의의 개략적 내용과 노사관계에의 적용 가능성에 대해서는 신은중(2014)을 참조

포의 부재 상태를 의미한다(Pettit, 1999). 이는 불간섭으로서의 자유(freedom-as-nonintervention)를 자유의 핵심으로, 사유하는 자유주의적 견해와 구별된다. Skinner(1998)는 방해와 지배를 구별하며, 비록 현실적인 간섭이 없는 상황이라 해도 지배자의 자의적 지배가 가능하다면 이는 부자유라고 보았다.⁵⁴⁾ 즉, 지배의 현실적 행사가 유보돼 있다 해도 그 가능성(자의적 지배 가능성)이 있다면 지배는 존재하는 것이다. 이 점에서 공화적 자유는 불간섭 자유나 소극적 자유보다 더 엄격한 조건을 요구한다.

신공화주의 관점에서 간접고용 문제를 살피면, 노동관계법상 책임을 다해야 하는 사용자의 범위는 넓어진다. 지배는 자의적 개입 혹은 지배 가능성까지를 포함하기 때문이다. 브라우닝-페리스 결정 역시, 유보된 지휘통제권의 존재도 공동사용자의 지위를 판단하는 준거가 될 수 있음을 제시했다는 점에서 공화적 자유 개념을 노동관계에 적용할 수 있는 가능성을 열었다고 평가할 수 있다. 같은 맥락에서 박제성 외(2015)도 이 결정의 중요한 의의를 '지배'에 대한 새로운 인식의 지평을 여는 데 있다고 논평했다.

셋째, 연방노동위원회의 역할 역시 의미 있는 시사점을 내포한다. 위원회는 커먼로와 관련법에 근거하되 산업구조 등 환경변화에 민감하게 반응함으로써 법의 합목적성을 제고하고자 했다. 간접고용의 확산을 면밀히 관찰하고 이로 인해 파생되는 사회적 부작용을 고려했으며, 그 결과 간접고용에 내재한 불합리성을 완화하고 단체교섭권 등 노동기본권의 확장을 꾀할 수 있는 기반을 마련했다. 2015년 9월, 한국의 중앙노동위원회가 과견근로자 차별에 대해 징벌적 배상명령을 처음 판정한 것 역시 같은 맥락에서 평가할 수 있다. 징벌적 금전배

할 수 있으나 시론적 탐색에 그치고 있어 한계가 있다. 공화주의적 노사관계에 대한 진전된 연구가 보완되길 기대한다.

- 54) Skinner는 <자유주의 이전의 자유>(1998)에서 공화적 자유의 핵심인 비지배를 다음과 같이 설명한다. "부자유는 한 사람이 타인에 의해서 \emptyset 하는 것을 방해받을 때뿐만 아니라 지배받을 때도 발생하는 것이다. 지배는 종속 혹은 예종의 상태로, 어떤 사람이 \emptyset 하는 것의 범위(latitute-to- \emptyset)가 타인의 관용이나 자비심에 의존하고 있는 경우다. 어떤 사람(P)이 \emptyset 하는 데에 그러한 의존 상태에 있다면, \emptyset 를 하는 P의 능력은 충분히 \emptyset 를 자유롭게(free-to- \emptyset)하지 못한다. 다시 말해서 만약 P가 \emptyset 하는 것을 방해받지 않는 것이 그를 지배하는 위치에 있는 다른 누군가의 변덕에 의한 것이라면, 우리는 P가 \emptyset 를 자유롭게 한다고 생각할 수 없다. 이것이 <자유주의 이전의 자유>에서 스키너가 주장하는 것이다"(Kramer, 2008 : 61).

상 명령 제도는 사용자의 고의적 또는 반복적 차별행위에 대해 비정규근로자에게 발생한 손해액의 3배 내에서 징벌적 성격의 배상을 명할 수 있는 제도다. 중앙노동위원회는 이 판정을 통해 “임금 등의 차별에 대해 파견사업주에게만 책임을 물어오던 관행을 뒤집고 사용사업주에게도 연대책임을 부담”(파이낸셜뉴스, 2015)하게 하는 등 노동시장의 합리성 제고에 의미 있는 기여를 한 것으로 평가할 수 있다. 앞으로도 한국 노동위원회가 위장도급 등 간접고용의 불합리를 개선하는 데 적극적으로 역할하기를 기대한다.

넷째, 최근 소위 ‘노동개혁’을 둘러싼 논쟁이 가중되고 있는 가운데, 파견 제도의 확장이 첨예한 갈등 사안으로 부각되고 있다. 정부와 여당은 일자리 창출을 위해 현행 파견 제도를 손질할 필요가 있음을 주장하고 있다. 55세 이상 고령자의 파견허용 확대(제조업 직접생산공정과 절대금지 업무는 제외), 고소득 전문직의 파견허용 대상 포함, 주조, 금형, 용접 등 소위 뿌리산업에의 파견 업무 확대 등이 주된 내용이다(매일노동뉴스, 2015). 일자리 위기라는 현실을 고려할 때 정부·여당의 입법 시도는 부분적으로 불가피한 측면이 없다고는 볼 수 없으나, 일자리 증가 효과는 경험적 문제일 뿐이며 파견법 개정이 예정하는 결과는 아니라는 점(적어도 일자리 증가 효과에 대한 과학적 분석(예측)이 결여돼 있다는 점), 불평등을 넘어 사회의 분단으로 이어질 만큼 파견근로자, 사내 하도급근로자 등 간접고용의 규모가 크게 증가하고 있다는 점, 파견법의 근본 취지가 파견근로자 보호 및 남용방지에 있다는 점 등을 고려하면, 균형 있는 통찰은 결여돼 있다.⁵⁵⁾ 미국 공동사용자 원리의 최근 변화를 고려하면, 오히려 사용사업주의 사용자 지위를 확장함으로써 고용관계의 부정의(不正義)를 해소

55) 현재까지 진행된 노동개혁을 살펴보면, 파견허용 범위를 확대하고자 하는 정부와 여당의 의지가 완고한 반면, 노동계는 이를 저지할 만한 효과적 전략이나 동원 가능한 자원을 가지고 있지 못한 것으로 보인다. 만약 불가피하게 파견허용 범위를 확장해야 하는 상황이 초래된다면(정부와 여당의 일방적 독주나 노동계의 대응능력 미비 등으로 인해), 적어도 사용사업주에 대해 파견근로자를 대상으로 단체교섭을 행할 의무를 부과하는 방안이라도 입법으로 보완될 필요가 있다. 파견근로자를 사용자라 하는 주된 원인이 임금 절감과 함께 노동관계법상 사용자 책임을 회피하고자 함에 있다고 본다면, 단체교섭 의무를 부과하는 방안은 무분별한 파견의 확대를 부분적으로나마 제어하는 효과를 가질 수 있기 때문이다. 다만, 전반적으로 한국 노동조합운동의 위기가 심화되고 있다는 점과 노동계층 내에 갈등적 단절이 정규·비정규를 중심으로 심화되고 있다는 점을 고려하면, 단체교섭 의무 부과 방안이 파견근로자를 보호하는 데 현실적인 효과가 있을지는 회의적이다.

하고자 하는 노력이 더 필요한 시점이라는 점 또한 유념해야 한다.

덧붙여 브라운닝-페리스 결정이 시사하는 실천적 함의를 논함에 있어 노동법상 사용자 책임을 확대할 수 있는 구체적 방식에 대한 고려는 매우 중요한 과제다.⁵⁶⁾ 공동사용자 원리가 규율하는 집단적 노사관계에 한정하면, 사용사업주에 대해 단체교섭이나 노사협의 의무를 확대하는 방안을 고려할 수 있다. 박제성(2007)과 박제성·박지순·박은정(2007)은 가능태로서의 동태적 사업론에 입각해 단체협약의 효력을 확장하거나, 노사협의를 단체교섭을 공동으로 수행토록 하는 방안을 제안했다. 이와 관련해서는 대부분의 간접고용근로자가 사용사업주의 직접고용근로자와 동일한 교섭단위를 구성하는 캐나다의 사례(제II장)를 참조할 수 있다. 브라운닝-페리스 결정의 함의를 확대해 개별적 근로관계까지 넓혀 논의하면 연대책임의 방식이나 사내하청근로자에 대한 차별금지 의무화 등을 폭 넓게 고려할 수 있을 것으로 판단된다(박제성 외, 2015). 이에 대해 앞으로 별도의 심화된 연구가 필요한 만큼 진전된 논의를 기대한다.

참고문헌

- 강성태(2008). 「지금 왜 사용자인가」. 『노동법연구』 24 : 1~22.
- _____(2015). 「Browning-Ferris, 현대중공업, 그리고 KTX」. 『사내하청 노동관계 : 법해석론』. 서울대학교 법학연구소·서울대학교 노동법연구회 추계공동학술대회(2015.11.). pp.63~99.
- 강현주(2015). 「미국 고용법과 노동법에서 사업주 책임법리(‘공동사용자 원칙’ 등의 의미와 역할)」. 『서울법학』 22 (3) : 163~192.
- 김기선(2014). 「간접고용의 현황과 정책전망」. 사회정책연합 공동학술대회. 『한국사회의 사회안전망을 점검한다』. pp.567~582

56) 이 점은 심사자 B가 지적한 것으로, 연구의 질적 발전을 위해 매우 타당한 조언이다. 그러나 무엇보다 필자의 연구 역량이 의미 있는 논의를 전개시키기에 부족하고, 실질적 논의를 위해서는 별도의 연구가 필요한 만큼, 여기서는 기존의 논의를 일부 요약하는 것으로 대신했다. 이는 이 연구의 한계이자 과제이기도 하다.

- 김미영(2010). 「미국 연방노동법의 공동고용 원리에 관한 연구」. 『노동법학』 33 : 137~161.
- 김희성(2012). 「미국노동법에서의 공동사용자 이론에 관한 연구」. 『노동법학』 44 : 95~127.
- 매일노동뉴스(2015). 「건널 수 없는 강 확인한 노사정 : 노사정위 노동시장특위 비정규직 차별시정 · 파견 허용업무 이견 절충 못해」. 2015.11.10. <http://www.labortoday.co.kr/news/articlePrintd.html>.
- 박제성(2007). 「동태적 사업 개념과 그 현실적 적용」 서울대 노동법연구회 콜로키움(2007. 10.)]. 『사업과 사용자 개념의 내포와 외연』. pp.69~79.
- _____(2013). 『근로자대표제도의 재구성을 위한 법이론적 검토』. 한국노동연구원.
- _____(2015). 「사내하청을 둘러싼 담론과 해석」. 『사내하청 노동관계 : 법해석론』. 서울대학교 법학연구소 · 서울대학교 노동법연구회 추계공동학술대회(2015.11.). pp.23~51.
- 박제성 · 박지순 · 박은정(2007). 『기업집단과 노동법』. 한국노동연구원.
- 박제성 · 노상현 · 유성재 · 조임영 · 강성태(2009). 『사내하도급과 노동법』. 한국노동연구원.
- 박제성 · 강성태 · 김진 · 신권철 · 조경배(2015). 『사내하청 노동관계의 법해석론』. 한국노동연구원.
- 신은중(2014). 「공화주의 노사관계 탐색을 위한 시론적 검토: 가치와 주체 형성을 중심으로」. 『한국노사관계, 어디로 가야 하나(기획토론)』. 한국노사관계학회 하계발표회 주발제문.
- 양승광(2015). 「철도공사는 KTX 여승무원의 사용자가 아닌가?」. 『노동법연구』 39 : 189~221.
- 윤애립(2014). 「‘노동조합 및 노동관계조정법’의 ‘근로자’와 ‘사용자」. 『민주법학』 56 : 205~245.
- 이 정(2015). 「도급과 파견의 구별기준에 관한 법리 : 판례의 변천과 문제점을 중심으로」. 『노동법논총』 34 : 237~270.
- 조임영(2003). 「근로계약의 본질과 근로자 개념」. 『노동법연구』 15 : 177~200.

통계청(2013). 「경제활동부가조사」 2013. 3.
파이낸셜뉴스(2015). 「과건근로자 차별 땀 손해액 2배 배상」. 2015.11.19. p.26.
한광수(2014). 「사내하도급과 근로자과건의 구별기준과 법적 효과의 문제」. 『노동법논총』 31 : 675~725.

위키백과 <https://ko.wikipedia.org/wiki>

AFL-CIO “Statement by AFL-CIO President Richard Trumka on the National Labor Relations Board decision on Browning-Ferris Industries of California, Inc.”
[http://www.aflcio.org/Press-Room/Press-Releases/NLRB-Joint-Employer-Decision-Reflects-True-Nature-of-Today-s-Economy\(2015\)](http://www.aflcio.org/Press-Room/Press-Releases/NLRB-Joint-Employer-Decision-Reflects-True-Nature-of-Today-s-Economy(2015)).

BLS. The Employment Situation - May 2014(News Release) Bureau of Labor Statistics, U.S. Department of Labor. http://www.bls.gov/news.release/archives/empisit_06062014.pdf (2014).

Davidov, Guy(2004). “Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships.”
British Journal of Industrial Relations 42 (4) : 727~746.

European Commission(2002). *Amended Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Working Conditions for Temporary Workers*. COM(2002) 701. Luxembourg: European Commission.

Fanning, John H.(1982). “National Labor Relations Board v. J. Weingarten, Inc.-an overview of the development and application of the NLRA Section 7 right to presentation.” *Western New England Law Review* 5 (1) : 1~3.

Forbes(2015). “Controversial NLRB Ruling Could End Contract Employment As We Know It.” <http://www.forbes.com/sites/danielfisher/2015/08/27/nlr-declares-browning-ferris-a-joint-employer-whos-next>.

Harrison Bennett(2007). 『세계화시대 대기업의 진화』. 최은영 역. 한울아카데미.

Kramer, Matthew H.(2008). 「자유와 지배」. 『공화주의와 정치이론』. 세실 라보르드, 존 메이어 외 지음. 박준혁·조계원·홍승현 옮김. 까치.

New York Times(2015). “Labor Board Ruling on Joint Employers Leaves Some

Companies Scratching Their Heads.” <http://www.nytimes.com/2015/08/29/business/smallbusiness/labor-board-ruling-on-joint-employers-leaves-some-companies-scratching-their-heads.htm>.

NLRB(1965). *The Greyhound Corporation (Southern Greyhound Lines Division) and Floors, Inc. of Florida and Amalgamated Transit Union, AFL-CIO*. Case No. 12-CA-2987, July 19.

_____(1973). *Parklane Hosiery Co., Inc. and Mervyn Roberts d/b/a Parklane Hosiery, its alter ego, and Retail Store Employees Local Union 1001, Retail Clerks International Association, AFL-CIO*. Cases 19-CA-5459 and 19-CA-5460 May 15.

_____(1984). *TLL, Incorporated and Crown Zellerbach Corporation and General Teamsters and Local Union No. 326 a/w International Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen and Helpers of America*. Case No. 4-CA-13033, July 31.

_____(1984a). *Laerco Transportation and Warehouse; California Transportation Labor Inc.; American Management Carriers, Inc.; Cal-American Transport, Inc., and International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Petitioner*. Case No. 21-RC-17087, March 21, 1984.

_____(2015). *Browning-Ferris Industries of California, Inc, d/b/a BFI Newby Island Recyclery, and FPR-II, LLC, d/b/a Leadpoint Business Services, and Sanitary Truck Drivers and Helpers Local 350, International Brotherhood of Teamster, Petitioner*. Case 32-RC-109684” Aug. 27.

_____(2016). NLRB <https://www.nlr.gov/who-we-are>.

Ontario Labour Relations Board(1995). “International Brotherhood of Electrical Workers, Local 586 v. Dare Personnel Inc.” *Ontario Labour Relations Board Reports*. pp.935~946.

Pettit, Phillip(1999). *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford : Oxford University Press.

Skinner, Quentin(1998). *Liberty before Liberalism*. New York : Cambridge University

Press.

Smith-Vidal, S.(1999). "France." *Bulletin of Comparative Labour Rations* 36 : 245
~254.

Storrie, D.(2002). *Temporary Agency Work in the European Union*. Dublin: European
Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.

Supreme Court of Canada(1997). "Pointe-Claire(City) v. Quebec(Labour Court)."
Supreme Court Reports 1 : 1051 ~1091.

Vanchachter, O.(1999). "Belgian Report." *Bulletin of Comparative Labour Rations*
36 : 201 ~225.

Recent Changes in the Joint Employer Doctrine and
Implications for the Korean Triangular Employment Relations
: Focusing on NLRB's Decision of 'Browning-Ferris Industries
California Inc.'(2015)

Shin Eunjong

Triangular employment relations have increased for the recent two decades in the advanced economies, which brought about serious social problems including discrimination, less competitive terms and conditions of employment, and inherently restricted labor rights of collective bargaining. Critical is the fact that the user companies have a strong incentive to escape from the legal accountability imposed by the labor-related laws which leads to the unjust relations between the labor and the management. It is why most capitalist societies have developed varied regulation systems in response to the increase in the triangular employment. The joint employer doctrine is a unique approach that the United states and Canada have taken to cope with the problems of this employment relationship. Under the doctrine, the joint employers should share the responsibility and accountability of NLRA if they share or co-determine those matters governing the essential terms and conditions of employment. Recently, the NLRB determined that Browning-Ferris Industries, a California waste management company is qualified to be a joint employer as it exercised enough control over workers provided by a staffing firm. This new decision effectively expands the tests for who counts as a joint employer for a group of workers recruited by temporary work agencies, which ignites a fierce debate. The NLRB reject the previous limiting requirements that the

Board has imposed for the last three decades, and will expand the scope of the joint employer status in the future. This study explores the change in the requirements of the joint employer status through the major decisions of NLRB including Greyhound, TLI, Laerco, and the Browning-Ferris by which it provides potential implications to the Korean regulation of the triangular employment for the future of the just industrial relations in Korea. It contributes to theoretical development in searching not only for an alternative way to cope with the problems of triangular employment relations but also a legal/theoretical foundation to revise the modern labor contract doctrine in a manner relevant to the changes in the recent labor markets.

Keywords : Browning-Ferris case, joint employer doctrine, triangular employment relations, control