

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2021도11675 근로자퇴직급여보장법위반  
피 고 인 피고인  
상 고 인 검사  
변 호 인 법무법인 세령  
담당변호사 김진환  
원 심 판 결 서울북부지방법원 2021. 8. 13. 선고 2020노2050 판결  
판 결 선 고 2023. 9. 21.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울북부지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지 및 원심의 판단

가. 공소사실의 요지

피고인은 서울 중랑구 주소 생략에 있는 (명칭 1 생략) 의료소비자생활협동조합(이하

'이 사건 조합'이라 한다) (명칭 2 생략) 의원(이하 '이 사건 의원'이라 한다)의 대표로서 상시 근로자 6명을 사용하여 보건업을 경영하는 사용자인바, 위 사업장에서 2017. 8. 1.부터 2019. 7. 31.까지 근로한 공소외 1의 퇴직금 14,380,435원을 당사자 간 지급 기일 연장에 관한 합의 없이 그 지급사유 발생일인 퇴직일부터 14일 이내에 지급하지 아니하였다.

#### 나. 원심의 판단

원심은 아래와 같은 이유를 들어 공소외 1이 근로기준법상 근로자에 해당한다고 보기 어렵다는 이유로 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 무죄로 판단하였다.

1) 공소외 1은 이 사건 조합으로부터 위탁받은 진료업무를 이행하고 그 대가로 보수를 받는 내용의 위탁진료계약(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였는데, 그 계약서에는 "공소외 1은 근로자가 아니므로 노동관계법과 관련한 부당한 청구를 하지 않는다"라는 기재가 명백히 되어 있다.

2) 공소외 1에 대한 취업규칙이나 복무규정이 마련되어 있지 않았고, 공소외 1은 자신의 진료업무수행과 관련하여 피고인으로부터 어떠한 지시나 감독을 받은 사실이 없으며, 피고인으로서 공소외 1이 진료업무를 적절히 수행하지 아니하는 경우에 위탁계약에 기한 권리(계약해지, 손해배상청구)만을 행사할 수 있을 뿐, 공소외 1을 징계할 수는 없었다.

3) 공소외 1에 대한 연차 등 휴가규정은 따로 없었고, 공소외 1이 휴가로 진료업무를 수행하지 못하는 경우 자신이 직접 대체의사를 구해 그로 하여금 진료업무를 대행하게 하였다.

## 2. 대법원의 판단

원심의 판단은 다음과 같은 이유로 받아들이기 어렵다.

가. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 비추어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유와 원심과 제1심이 적법하게 채택한 증거들을 종합하면 다음의 사실을 알 수 있다.

1) 피고인은 이 사건 조합의 대표자로 2012. 4. 13. 이 사건 의원을 개설하여 운영하다가 당시 재직 중이던 의사 공소외 2에게 임금을 지급하지 아니하였다는 이유로 2013. 4. 1. 서울북부지방법원에서 근로기준법 위반죄로 벌금 200만 원의 약식명령을 받았다. 피고인은 공소외 2가 근로자가 아니라고 주장하며 정식재판을 청구하였으나 같은 법원에서 벌금 200만 원의 판결을 선고받았고, 이에 불복하여 항소, 상고하였으나 모두 기각되었다.

2) 피고인은 그 이후 공인노무사의 도움을 받아 위탁진료계약 형식의 계약서를 제공받아 노무관계를 해결해 오다가 2017. 8. 1. 공소외 1과 사이에 공소외 1이 그때부터 2018. 7. 31.까지 이 사건 의원에서 진료업무를 수행하고 매월 600만 원 및 현금 135만 원을 받는 내용의 이 사건 계약을 체결하였고, 공소외 1은 피고인으로부터 위 금액을 고정적으로 지급받았다.

3) 공소외 1은 이 사건 의원의 유일한 의사로 근무시간(주중 09:00~18:00, 토요일 09:00~15:00)이 일정하게 정하여져 있었고, 근무 장소도 진료실(원장실)로 특정되어 있었다.

4) 이 사건 계약에 따라 공소외 1은 월 1회 상호 조정 하에 진료업무 수행의 현황 및 실적을 피고인에게 통지하여야 했고(제6조 제4항), 피고인은 보고의무를 해태하거나 불성실하게 행한 경우 이 사건 계약을 해지할 수 있었다(제8조 제2항 제5호).

5) 공소외 1이 근무 중 사용하는 각종 의료장비나 사무기기 등은 피고인이 제공한 것이다.

6) 공소외 1은 이 사건 의원을 사업장으로 한 건강보험 가입신고가 되어 있었다.

다. 위와 같은 사실관계에 나타난 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 공소외 1은

임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공한 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 보인다.

1) 이 사건 계약의 형식이 위탁진료계약이라고 하더라도 이 사건 계약 내용의 가장 중요한 부분은 공소외 1이 정해진 시간 동안 이 사건 의원에서 진료업무를 수행하고 피고인은 공소외 1에게 그 대가를 고정적으로 지급하는 것이다.

2) 이 사건 의원에서 진료업무를 수행하였던 유일한 의사인 공소외 1은 주중 및 토요일 대부분을 이 사건 의원에서 근무하면서 매월 진료업무 수행의 현황이나 실적을 피고인에게 보고하여야 했으므로, 피고인은 공소외 1의 근무시간 및 근무장소를 관리하고 공소외 1의 업무에 대하여 상당한 지휘·감독을 하였다고 봄이 타당하다.

3) 공소외 1은 피고인이 제공하는 의료장비나 사무기기를 활용하여 진료업무를 수행하였고 피고인으로부터는 환자 치료실적에 따른 급여의 변동 없이 매월 고정적으로 돈을 받았으므로, 공소외 1이 지급받은 돈은 근로 자체의 대상적 성격으로 보는 것이 타당하다.

4) 공소외 1이 비록 진료업무수행 과정에서 피고인으로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받지 않은 것으로 보이나 이는 의사의 진료업무특성에 따른 것이어서 공소외 1의 근로자성을 판단할 결정적인 기준이 될 수는 없다.

라. 그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 공소외 1이 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는다고 보아 이 사건 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 공소외 1의 근로자성에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

### 3. 결론

