

〈목 차〉

1. 서론

- 가. 문제의 소재: 의료기관 개설 자격 제한으로 인한 불균형
- 나. 의료법 제33조 제2항 위반 불법개설 의료기관(일명 ‘사무장병원’) 규제 체계
- 다. 논의의 필요성
- 라. 논의의 목표 및 접근방법

2. 의료법인 인수합병의 특수성

- 가. 출연재산 회수 불가 : 비영리 재단법인으로서 의료법인
- 나. 의료기관 개설 규제의 모순 : 비의료인의 개설을 허용하나, 개설 주체를 기준으로 처벌
- 다. 인수합병의 선결과제 : 의료기관 개설 자격 구비

3. 의료법인 인수합병의 방법

- 가. 인수합병 방법의 분류 : 기업의 우호적 인수합병을 참고하여
- 나. 유형1 - 영업 양수 (병원 매매)
- 다. 유형2 - 의료법인 운영권 확보 (의료법인 매매)
- 라. 유형3 - 합병

4. 의료법인 인수합병의 참여자

- 가. 매도인 : 경영상 어려움 극복 목적
- 나. 매수인 : 생계유지, 업역 확장, 사회적 지위 획득 목적
- 다. 브로커: 병원매매 중개업 영위

5. 유형1 - 영업 양수 (병원 매매) 관련 법적 고찰

- 가. 민사상 계약의 유효성 및 상인 지위 부정
- 나. 형사처벌 (의료법 제33조 제2항 위반) 위험
- 다. 의료법인에 주도성의 법리 폐기: 대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결
- 라. 변경된 판례 법리에 따른 후속 판례 검토
- 마. 소결

6. 유형2 - 의료법인 운영권 인수 (의료법인 매매) 관련 법적 고찰

- 가. 의료법인 운영권 양도양수 계약
- 나. 영리법인의 회생의료법인 인수: 서울회생법원 2016회합100116 (‘보바스병원 사안’)

7. 유형3 - 의료법인 간 합병 관련 법적 고찰

- 가. 그간의 입법론적 논의
- 나. 합병 거래의 장단점

8. 영리법인과 의료법인의 비교에서 드러나는 의료법인 인수합병의 법적 논점

- 가. 의료법인 설립 시의 가장납입에 대한 제재 가부
- 나. 의료법인 불법개설 판단에서 법인격 부인 법리 적용 가부

9. 결론 : 전망과 제언

- 가. 전망 : 거래 방법의 확대와 거래환경의 개선
- 나. 제언 : 법리 발전에 따른 의료 공공성에의 기여

〈국 문 초 록〉

의료법인 인수합병은 그간 시장의 수요가 계속 존재하던 거래 유형이나 법적 논의가 충분히 이루어지지 못했다. 그 원인에는 병원 거래가 의료법 제33조 제2항 위반으로 처벌받는 사무장병원으로 판단될 위험이 있었기 때문이다. 과거 법원은 특정 개인이 주도하여 의료기관을 운영하기 위해 의료법인을 설립한 것으로 보인다면 불법의료기관 개설로 볼 수 있다는 주도성의 법리를 기준으로 판단해왔었다.

의료법인은 비영리 재단법인으로 재산을 출연한 자는 그 재산을 회수할 수 없어 추가적인 투자를 받기에 불리한 구조이다. 그리고 의료인이 아니라면 일단 의료법인을 설립한 후에야 의료기관을 개설할 수 있는 이중적 구조를 가지고 있다.

의료법인 인수합병의 방식은 기업 인수합병과 마찬가지로 다양한 방법론이 있는데, 영업 양수에 상응하는 의료기관 양수, 지배주주의 주식 인수에 상응하는 의료법인 운영권 확보, 합병에 상응하는 의료법인 간 합병으로 분류할 수 있다. 의료기관 양수는 민사상 계약의 유효성은 인정되나 의사의 상인 지위는 부정되므로 상법 총칙 규정은 적용이 배제된다. 다만 비의료인이 의료법인이나 의료소비자생활협동조합을 설립하여 의료기관을 양수할 경우에는 불법의료기관 개설로 형사처벌 받을 위험이 있었다. 그런데 대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결을 통해 의료법인에는 주도성의 법리를 적용할 수 없다고 하며, 설립의 하자가 의료법인의 실체가 부정되거나 운영의 하자가 의료법인을 형해화할 정도여야 한다는 새로운 법리가 제시되었다. 이에 후속 판례들은 의료법인 설립 시 기본재산을 가장하여 출연하거나 운영 시 상당한 기간과 정도로 횡령이 이루어진 경우여야 불법개설을 인정하고 있다.

의료법인 운영권 인수 역시 민사상 계약의 유효성은 인정되고, 배임수재죄에 해당하는지 논란이 있었으나 사회복지법인에 관한 대법원 판결로 해당하지 않는다고 일단락되었다. 그런데 이와 관련하여 국회에서 2019년 의료법 제51조의2를 신설하여 임원 선임과 관련하여 금품 등을 주고받거나 이를 약속해서는 아니된다고 규정하였다. 이는 ‘보바스병원 방지법’이라고도 하는데, 2017년 서울회생법원이 호텔롯데가 회생절차를 개시한 늘푸른의료재단에 출연을 하는 대가로 임원선임권을 갖게 된 것이 영리법인의 의료법인 인수라고 하여 막고자 하는 취지로 입법되었다. 이에 대해 법원은 회생절차에서 영리법인이 의료법인에 무상출연하는 형태로 M&A를 하는 것이 의료법 제51조의2 위반이 아니라고 판단하는 것으로 보인다.

의료법인 간의 합병은 의료법과 민법에 근거 규정이 없기에 현재는 불가능하다. 병원들은 입법을 통한 합병 허용에 찬성하는 입장이나, 의원을 운영하는 개원의들은 반대하는 입장으로 이해관계가 첨예하게 대립하여 법률 개정 여부와 그 시기를 예측하기 어렵다.

결론적으로, 의료법인의 인수합병에 대한 사회적 수요는 증가하고 있기에 거래 방법은 점차 확대될 것으로 보이고, 비영리법인 회계 투명성 강화도 거래환경에 개선할 것으로 기대된다. 의료법인의 인수합병에 관한 법리가 보다 정치하게 발전하는 것은 거래 당사자들 뿐만 아니라 의료 공공성에도 기여할 수 있으리라 본다.

주요어: 의료법인, 인수합병, 의료법 제33조 제2항, 사무장병원, 비영리재단법인, 주도성 법리

1. 서론

가. 문제의 소재: 의료기관 개설 자격 제한으로 인한 불균형

우리나라는 의료의 공공성과 비영리성을 강조하는 의료체계를 구축해왔다. 이에 따라 의료법 제33조 제2항은 면허를 취득한 의료인이 아니면 의료기관을 개설할 수 없게끔 하면서, 다만 예외적으로 의료법인 및 민법이나 특별법에 따라 설립된 비영리법인 등이 의료기관 개설을 할 수 있도록 허용하고 있다.

[표 1] 의료기관 개설권자(의료법 제33조 제2항 각호)

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1. 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사2. 국가나 지방자치단체3. 의료업을 목적으로 설립된 법인(이하 “의료법인”이라 한다)4. 「민법」이나 특별법에 따라 설립된 비영리법인5. 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 준정부기관, 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」에 따른 지방의료원, 「한국보훈복지의료공단법」에 따른 한국보훈복지의료공단 |
|---|

그러나 현실적으로 병원¹⁾ 개설에 필요한 부동산, 의료기기 등 유형자산, 인건비와 같은 운영 경비 등의 대규모 자금 조달을 의료인 개인 1인이 해내기에는 매우 어렵기에, ‘자금력을 가진 자’와 ‘의료법상 의료기관을 개설할 자격 있는 자’ 간의 불일치가 필연적으로 발생한다.

이 미스매치를 해소하는 방안으로 시장에서는 법인격(‘의료법인’과 ‘의료소비자생활협동조합’ 등)을 활용해왔다. 의료법 제48조에 따른 의료법인 제도를 1973년에 본래 도입했던 취지는, 지방에 부족했던 병·의원 개설을 유도하기 위해서 의료인이 아니더라도 의료법인을 설립하여 별도 법인격을 갖추게 되면 의료기관을 개설할 수 있도록 예외를 열어주는 것이었다. 그런데 의료법이나 그 하위 법령에서 의료법인 설립을 한 후 기존 의료기관을 인수하는 방식을 통한 의료기관 개설을 막지 아니하였으므로, 실제로는 병·의원을 신설하지 아니하고도 인수하여 운영하는 방식의 거래를 허용하는 방식으로 제도를 운용한 셈이다.²⁾

이러한 배경 속에 병원 인수합병은 시장에서 거래가 이루어진 역사가 오래되었으나 법학 논의에서 본격적으로 주목받지는 못했다고 보인다.³⁾ 병원 인수합병 거래의 법적 위험에 대한 체계적인 분석을 통해 의료기관 개설자격 제도로 인한 구조적 미스매치가 어떤 문제점을 내재하고 있는지 파악할 수 있으리라고 기대한다.

나. 의료법 제33조 제2항 위반 불법개설 의료기관(일명 ‘사무장병원’) 규제 체계

병원을 매매하는 인수합병 거래에는 어떤 위험이 있는가? 위에서 설명한 의료법 제33조 제2항을 위반하여 비의료인이 의료기관을 개설하였음이 적발되는 경우 다종의 형사처벌과 행정제재를 받게 된다. 비의료인은 10년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처해지고(의료법 제

1) 의원급 의료기관과 달리, 병원급 의료기관은 30개 이상 병상 확보가 필요하기에(의료법 제33조의2) 투자 자본이 훨씬 큰 것이 일반적이다.

2) 이는 실무상 ‘의료기관의 법인 전환’이라고 불리는데, 고유목적사업준비금을 설정할 수 있는 등 사실상의 절세 효과가 있는 점이 법인 전환이 이루어지는 주요한 이유 중 하나가 된다.

3) 관련성 높은 선행연구로는, 의료법인들이 경영위기 극복을 위해 현재 활용할 수 있는 방안을 논의한 논문이 있다. 이정선, “의료법인 경영위기 극복방안에 관한 법적 고찰 : 법인운영권양도, 회생절차활용 및 합병규정도입을 중심으로”, 고려대학교(2022), 박사학위논문.

87조), 그 비의료인에게 명의를 대여한 의사는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금(의료법 제87조의2)과 면허취소(의료법 제65조 제1항 제4호)가 이뤄진다.

위 의료법상 제재 외에도, 의료기관을 운영하면서 지급받은 건강보험 요양급여와 관련된 위험도 크다. 우리나라는 국민건강보험법 제42조에 따른 의료기관의 요양기관 당연(강제)지정제로 인해 모든 의료기관이 건강보험 요양급여를 청구할 수 있는 만큼, 국민의 재정적 기여를 통해 운영되는 국민건강보험의 재정건전성을 위해서는 부당 청구 행위에 대한 통제가 요구됨이 당연하다. 이에 따라, 비의료인이 영리 추구 목적으로 의료기관을 개설하고 의료서비스를 제공하여 국민건강보험공단으로부터 요양급여를 청구하고 지급받으면 국민건강보험공단에 대한 사기죄의 죄책까지 지게 된다.⁴⁾ 그리고 그동안 병원으로 지급된 요양급여 비용 5배의 환수(국민건강보험법 제57조 제2항 제1호) 조치가 이루어진다.

이러한 일련의 제재 규정들로 인하여, 일단 의료기관이 사무장병원으로 의심되어 국민건강보험공단의 행정조사 결과 등으로 수사가 개시되고 범죄 혐의로 기소가 되면 법원의 최종적 판단이 이루어지게 될 때까지 수년이 걸리며 그 결과에 따라 형사처벌과 수십억 원에서 수백억 원에 달하는 채무를 지게 될 수도 있다. 그러므로 사무장병원에 대한 판단 기준은 많은 의료인과 보건의료산업 종사자의 법적 안정성에 큰 영향을 미치게 된다.

다. 논의의 필요성

(1) 거래 당사자의 법적 지위 불안 심각

병원 관련 거래에 있어 의료의 공공성 보호를 위하여 사무장병원 적발 및 처벌이 강도 높게 이루어진 것에 비해서는, 거래 주체나 거래 방식별로 구분한 정치한 법리가 존재하지는 않았다. 그 이유는, 상법에서는 ‘거래의 안전’을 주요한 보호법익으로 삼지만, 비영리조직 중에서도 교육·의료·사회복지와 같은 특수 업역의 비영리법인들은 공공성이 법제 설계와 집행의 1차적 목표이기 때문에 거래의 안전이 후순위가 되기 때문이라고도 볼 수 있다. 그리하여 그간 병원 인수합병 관련 거래 당사자들은 거래의 적법성 판단이 어려운 영역에서 형사처벌을 받을 수 있는 위험에 노출되는 등 거래 안전이 심각하게 위협받아 왔다.

(2) 건강보험 재정 고갈 우려

국회예산정책처에 따르면 2028년이면 현재 25조 원 규모의 국민건강보험 적립금이 모두 고갈될 것으로 전망된다.⁵⁾ 향후 건강보험의 재정 악화로 인해 당연지정제가 폐지되거나 수가 체계가 큰 폭으로 개편되는 등 정책의 대폭 전환이 있을 수는 있으나, 당분간은 건강보험의 재정건전성을 지키기 위해 사무장병원에 대한 보건복지부·국민건강보험공단의 조사 및 적발, 고발조치가 더욱 열의를 띄고 수행될 것임은 자명하다.⁶⁾

(3) 행정부의 과잉제재에 대한 사법부의 제어

흥미롭게도, 행정부는 건강보험 재정 보호를 위해 규제와 적발 조치를 강화하는 와중이지만 헌법재판소와 법원(추후 살펴볼 2017도1807 전원합의체 판결 관련)에서는 잇따라 이러한 조치들의 위헌성 또는 위법부당함을 지적하면서 혼란이 가중되고 있다. 조사기관과 피조사대상인

4) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2014도13649 판결

5) 임슬기, “2023~2032년 건강보험 재정전망”, 국회예산정책처(2023)

6) 이와 관련하여 국민건강보험공단의 사무장병원 적발 조직 규모는 지속적으로 확대되고 있으며, 국민건강보험공단에 특사경을 설치하는 의료법 개정안이 발의되기도 했었다.

의료기관 모두 법리 변경으로 인한 혼란이 커져 심도 있는 고찰이 필요한 시점이라고 본다.

최근 헌법재판소는 국민건강보험법 제47조의2 제1항의 위헌성이 다투진 헌법재판소 2023. 3. 23 선고 2018헌바433, 2019헌가22, 2020헌바503(병합) 결정에서 요양기관이 의료법 제33조 제2항을 위반하였다는 사실을 수사기관의 수사 결과로 확인한 경우 공단이 해당 요양기관이 청구한 요양급여비용의 지급을 보류할 수 있도록 규정한 것이 의료기관 개설자의 재산권을 침해한다고 판단하여 헌법불합치 결정을 하였다. 마찬가지로 헌법재판소 2024. 6. 27 선고 2021헌가19 결정에서는 유사하게 의료급여 지급을 보류하는 의료급여법 제11조의5 제1항 중 의료법 제33조 제2항에 관한 부분에 대해 헌법불합치 결정을 하였다. 이러한 결정들의 바탕에는, 의료법인은 영리법인에 비하면 수입원이 매우 한정되어 있어서 요양급여비용 채권에 대한 법적 조치만으로도 급격한 재정난에 빠지게 될 우려가 크다는 문제 제기를 수용한 것으로 보인다.⁷⁾

(4) 의료경영환경 악화

그뿐만 아니라 지방 중소 의료법인의 경영환경이 악화되어 최근 들어 법원에서는 의료법인과 같은 비영리법인의 도산 사건이 증가하고 있다.⁸⁾ 2017년에는 법적관리 매물로 나온 요양병원을 영리법인(호텔롯데)이 임원선임권을 확보하는 방식으로 법원이 인수 거래를 주도하기도 하였다. 이러한 사회적 변화를 보건대 한계상황에 내몰린 병원에 대한 매매 시도는 향후 줄어들지 않을 것으로 보인다.

라. 논의의 목표 및 접근방법

일단 병원 인수합병 거래의 유형을 분류하여 유형별 법적 논점을 고찰하고, 비교하여볼 필요가 있는 영리법인이나 다른 특수 비영리법인에 대한 규율과 나란히 분석하며, 향후 병원 인수합병 거래의 모습을 논의하는 것을 이 글의 목표로 한다.

- (①거래의 안정성) 입법과 판결로써 거래 당사자들에게 민사적 분쟁과 형사처벌에 관한 명확한 지침이 제공되는가? 특히, 최근의 대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결에서 의료법 제33조제2항을 위반한 이른바 ‘사무장병원’ 판별 기준 법리가 변경되면서, 비의료인의 의료법인 설립을 통한 병원 거래에 대한 처벌 가능성이 작아졌는가?
- (②비영리법인 vs 영리법인) 비영리법인에 대한 규율 공백이 다소 큰 우리 법제상, 민법이나 의료법에서 의료법인에 관해 규정하지 않는 부분에 영리법인 법리를 적용하는 것이 타당한가?
- (③의료법인 vs 학교·종교·사회복지법인) 의료법인과 법적 성격이 유사한 다른 특수 비영리법인과 비교하여 볼 때, 현재 의료법인에 대한 규율이 적절치 못한 부분이 있는가?
- (④법정책적 방향) 병원 인수합병 거래는 향후 어떤 양상으로 전개될 것이며, 최근 이루어지는 법률적 쟁점에 대한 논의는 의료의 공공성과 비영리성 등 의료정책적 목표에 기여할 것인가?

7) 나상훈, “의료법인 회생절차의 특수성 -실무상 쟁점과 과제”, 도산법연구(제12권 제2호)(2022), 91면.

8) 2024년 8월 현재 의과대학 정원 관련 각종 사회적 대립으로 인해 중소병원들이 반사이익을 누리고 있다는 평가도 있으나, 향후 결과를 지켜볼 필요가 있다. 참고한 기사로 김은영, “전공의 사직 ‘반사이익’ 얻은 중소병원, 가장 먼저 흔들릴 것”, 청년의사, 2024. 5. 10. (<https://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=3017184>)가 있다.

2. 의료법인 인수합병의 특수성

가. 출연재산 회수 불가 : 비영리 재단법인으로서 의료법인

의료법인은 비영리 재단법인의 일종이다.(의료법 제50조) 재단법인은 일정한 목적을 위하여 바쳐진 재산의 집합이 그 실체를 이루는 법인으로, 재산이 있는 한 그 출연자와 관계없이 존속하면서 독자적으로 법적 활동을 하게 되므로 일반적으로 항구적 사업을 하는 데 적합하다.⁹⁾ 재단법인은 사단법인과 달리 인적 단체가 아니어서 사원총회가 없으므로, 자기 의사를 가질 수 없고 설립자가 정한 바(정관)에 따라 활동하게 된다.

의료기관에서 수익이 발생하더라도, 이는 법인이라는 껍데기 밖을 벗어날 수 없게 되어있다. 그러므로 출연한 재산을 회수할 수 없는 것이 원칙이다. 의료법인의 재산은 기본재산과 보통재산으로 나뉘는데, 기본재산은 법인의 재정적 기반이 되는 재산으로 정관과 법인등기부에 등재되고, 보통재산은 그 외의 재산이다. 통상의 영리법인인 주식회사에서는 출자자가 주식을 갖게 되고 이에 따라 주주총회에서 결정된 배당수익을 분배받게 된다. 그렇지만 의료법인의 출자자는 이와 같은 기대를 할 수 없다. 자금 출연을 하는 자는 특별히 의료법인에 대한 지분권을 주장할 수 없고, 다만 정관 규정 및 이사회 구성을 통해 실질적으로 의료법인의 운영 권한을 갖게 될 수 있을 뿐이다.

재산을 회수할 수 없다는 특징은 의료법인에 추가적인 출자가 필요한 경우에 이를 가로막는 역할을 하게 된다. ① 신종 의료기기 확보 등 사업 확장 ② 경영상 어려움 타개에 있어 신규출연자로서는 수익 분배를 기대할 수 없기에 투자의 유인이 없고, 자금 조달을 위해 부채 비율을 늘리는 데는 한계가 있다. 이와 같은 제도 설계의 본래적 취지가 의료의 공공성과 비영리성을 위한 것이더라도 결과적으로는 신기술의 도입과 경영 효율화에의 어려움으로 의료서비스 개선이 이루어지지 못하는 결과를 낳을 수 있다는 주장이 지속 제기된 바 있다. 이와 같은 입장에 따르면 병원계에서는 나름의 자구책으로서 병원 매매(인수합병)를 해왔다고 설명한다.

나. 의료기관 개설 규제의 모순 : 비의료인의 개설을 허용하나, 개설 주체를 기준으로 처벌

의료법인의 설립과 운영은 학교법인과 매우 유사한 측면이 있다. 비영리재단법인인 의료법인이나 학교법인의 설립 후, 법인 명의로 의료기관이나 학교를 설치한다. 그 법인의 주요 목적사업은 의료사업이나 교육사업이기 때문에 그 사업을 수행할 수 있는 의료기관이나 학교가 법인의 실질적인 ‘알맹이’가 된다. 그리고 의료와 교육 분야의 공공성을 고려하여, 재산 출연자가 영리적 목적으로 법인격을 활용하는 것을 방지하기 위한 각종 규제가 존재한다. 의료법인과 학교법인으로부터 함부로 재산을 빼내는 것은 관할청의 허가사항으로 엄격하게 통제된다.¹⁰⁾¹¹⁾ 그뿐만 아니라, 학교법인과 학교의 회계를 구분하듯이¹²⁾ (일정 규모 이상의 의료기관의 경우) 의료법인과 의료기관의 회계 역시 구분하게 되어있다¹³⁾.

9) 양창수 편집대표, 민법주해 II 총칙 (2), 박영사, 2022.

10) **사립학교법 제28조(재산의 관리 및 보호)** ① 학교법인이 그 기본재산에 대하여 매도·증여·교환·용도변경하거나 담보로 제공하려는 경우 또는 의무를 부담하거나 권리를 포기하려는 경우에는 관할청의 허가를 받아야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항은 관할청에 신고하여야 한다. ② 학교교육에 직접 사용되는 학교법인의 재산 중 대통령령으로 정하는 것은 매도하거나 담보로 제공할 수 없다. (이하 생략)

11) **의료법 제48조(설립 허가 등)** (중략) ③ 의료법인이 재산을 처분하거나 정관을 변경하려면 시·도지사의 허가를 받아야 한다. (이하 생략)

12) **사립학교법 제29조(회계의 구분 등)** ① 학교법인의 회계는 그가 설치·경영하는 학교에 속하는 회계와 법인의 업무에 속하는 회계로 구분한다.

그런데 의료기관 개설은 주체가 의료인만으로 한정되어 있지 않고 의료법인 등의 특수 비영리법인에 열려있는 구조인데, 개설 자격이 없는 자의 개설을 처벌하는 다소 독특한 체계를 갖추고 있다. 의료기관 개설 주체를 비의료인에게 개방하면서도, 개설 주체를 기준으로 하여 처벌규정이 있는 점이 모순적이다. 이 모순점을 이해하기 위해서는 역시 비영리법인이 공익사업으로 운영하는 사립대학이나 사설어린이집 등과 비교해보는 것이 의미가 있다고 보인다.

사립대학교의 설립인은 학교법인밖에 없다. 그러므로 사립대학에 대한 매매거래는 학교법인 운영권 양도의 방식으로밖에 나타나지 않는다. 주무관청은 사립대학설립 인가를 할 때 학교법인의 정관 등을 검토하게 되어 있으므로 인가받지 아니한 자가 학교를 운영하면 처벌하게 되어있는 현 규정상 학교법인 아닌 자가 학교를 운영하는 사례가 발생할 위험이 적다. 즉 설립인 제한과 그 제한 위반에 따른 처벌이 일관적 구조로 이루어져 있다.

사설어린이집의 설립인은 사회복지법인뿐만 아니라 개인사업자까지 다양하다. 그러므로 어린이집에 대한 매매거래는 어린이집 그 자체일 수도 있지만 사회복지법인이 운영하는 경우 사회복지법인 운영권 양도의 방식으로 나타날 수 있고, 따로 설립 주체 아닌 자의 어린이집 운영에 관한 처벌 규정을 둘 필요가 없다. 설립인 개방과 처벌 규정이 부재하기에 이 역시 일관적 구조이다.

[표 2] 의료기관 불법개설 처벌의 특수성 : 다른 비영리조직과 비교하여¹⁴⁾

	사립대학(고등교육법)	사설어린이집 ¹⁵⁾ (영유아보육법)	민간의료기관(의료법)
설립 주체	폐쇄형 : <u>학교법인</u> ¹⁶⁾	개방형 : <u>사회복지법인 등 법인, 개인 등</u> ¹⁷⁾	개방형 : <u>의료법인, 의료인 개인 등</u> ¹⁸⁾
양수도 대상	학교법인 운영권	어린이집 또는 사회복지법인 운영권	의료기관 또는 의료법인 운영권
처벌 규정	있음 ¹⁹⁾	없음	있음 ²⁰⁾
정합성	일관적	일관적	모순적

이와 비교하면, 민간의료기관은 설립 주체를 의료인 아닌 의료법인 등에 개방하는 개방형 구조를 취하되, 개설 자격 없는 자의 개설을 처벌하는 다소 모순적 구조라는 특수성이 있다. 그리하여 개설 자격을 둘러싸고 의료법 제33조 제2항의 해석에 있어 필연적으로 많은 논쟁의 소지가 내재한다.

13) **의료기관 회계기준 규칙(보건복지부령) 제3조(회계의 구분)** ① 병원의 개설자인 법인(이하 “법인”이라 한다)의 회계와 병원의 회계는 이를 구분하여야 한다. (이하 생략)

14) 국가 또는 지방자치단체 등이 설립한 경우를 제외하고 논의한다. 그리고 각 분야의 특수성과 맥락에 맞게 규제가 필요하므로, 비교의 목적은 이해를 돕기 위한 것이지 특정한 규제 방식이 옳다는 취지가 아닌 점을 밝히고자 한다.

15) 어린이집을 논의하는 것은, 비영리법인인 사회복지법인이 수행할 수 있는 사업의 한 예시이기 때문이다.

16) 고등교육법 3조

17) 영유아보육법 제10조

18) 의료법 제33조 제2항

19) 고등교육법 제64조 제2항 제1호에 따르면 학교설립 인가받지 아니한 자를 처벌한다.

20) 의료법 제87조 제1항 제2호

다. 인수합병의 선결과제 : 의료기관 개설 자격 구비

의료기관을 새로이 운영하고자 하는 비의료인이 당면하는 고려사항은 아래와 같은 흐름을 따라가게 될 것이다.

[표 3] 병원 운영 희망 비의료인의 사고의 흐름

- ① 법인격을 신설할 것인가, 이미 설립된 법인의 운영권을 양수할 것인가?

 - 신설한다면 의료법인, 의료소비자생활협동조합 등 중에서 무엇으로 할 것인가?
 - 양수한다면 대금을 얼마나(가치평가) 누구에게(이사장/법인) 어떻게(대여/출연) 지급하는가?

② (법인격을 신설한 경우) 의료기관을 신규 개설할 것인가, 양수하여 명의를 변경할 것인가?

 - 신설한다면 의료인, 의료장비, 부동산 확보는 어떻게 할 것인가?
 - 양수한다면 대금산정 시 병원가치평가 및 우발채무로 인한 문제는 없는가?

※ 공통 고려사항: 사무장병원으로 형사처벌 받거나 계약 효력이 부정될 가능성이 있는가?

의료법 제33조 제2항에 따른 의료기관 개설 주체 중 국가, 지방자치단체, 준정부기관 등 공적인 자금이 투입되는 제2호 및 제5호를 제외하면, 현실적으로 일반인이 의료기관을 개설하는 방법은 (그 적법성은 논외로 한다) 의료인 면허를 취득 또는 대여하거나(제1호: 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사) 법인을 설립하는 것이다(제3호: 의료법인, 제4호: 「민법」이나 특별법에 따라 설립된 비영리법인).

자주 발생하는 병원 매매 유형은 의료기관을 개설하려는 자연인이 의료법인이나 의료소비자생활협동조합 등을 설립하여 개설주체로서의 자격을 갖춘 후에, 이미 타인이 개설 및 운영 중이던 의료기관을 매수하는 것이다. 이를 위해 필요한 법인격 중 의료법인과 의료소비자생활협동조합 간 선택에 있어, 양자는 유사점이 많으나 다소 차이점이 존재한다. 허가와 비교해 인가가 약한 단계의 규제이므로 의료소비자생활협동조합이 설립이 쉽다고 보는 견해도 있으나, 기본재산으로 부동산을 출연할 수 있는 자금력이 충분하다면 조합원들을 모아야 할 필요없는 의료법인의 설립이 용이할 수도 있어 확일적으로 평가하기는 어렵다. 다만, 공정거래위원회가 주무부처로서 시도지사에 감독권한이 위임되어 있어 상대적으로 관리감독이 느슨했던 의료소비자생활협동조합으로 쏠림 현상이 일어났던 시기가 있었던 것으로 보인다.

[표 4] 의료법인과 의료소비자생활협동조합 비교

	의료법인	의료소비자생활협동조합
법적 성격	비영리 재단법인	비영리 사단법인
설립의 본질	재산의 출연 (부동산 출연 필요 ²¹⁾)	사람의 모임 (500명, 출자는 1억원)
특이점	창립총회 要	출자 要(조합원의 구좌)
주무부처	보건복지부	공정거래위원회
법인격 획득	시도지사 허가	시도지사 인가
불법개설 시 죄책	의료법 위반 사기죄(피해자 건보공단)	의료법, 생협법 위반 사기죄(피해자 건보공단) 사문서위조(총회 서류 위조 시)

21) 민법 및 의료법에 의료법인이 기본재산인 부동산을 반드시 ‘소유’하여야 하는지에 관한 규정은 없으나, 실무상 의료법인 설립허가를 하는 주무관청은 임차출연을 전제로 한 의료법인 설립을 허가하지 않고 있다.

3. 의료법인 인수합병의 방법

가. 인수합병 방법의 분류 : 기업의 우호적 인수합병을 참고하여

비영리법인인 의료법인의 거래는 영리법인인 회사의 우호적 M&A 거래 양상과 비슷하게 유형화해볼 수 있다. ①회사가 수행하는 영업 자체를 다른 회사로부터 양수할 수 있는 것처럼, 의료법인은 타인이 운영하던 의료기관만 양수할 수 있다. ②다른 회사의 지배주주로부터 지분을 사들여 인수할 수 있는 것처럼, 의료법인의 운영권만 사들일 수도 있다. ③회사처럼 병원의 주요 자산을 사고파는 경우도 상정해볼 수 있다. ④기업 간 합병처럼 의료법인 간에도 합병이 가능할 것이다.

[표 5] 병원과 회사의 인수합병 방식 비교

	병원	회사	특징
①영업양도	병원 포괄 양도양수	영업양도양수	영업 귀속 법인격 변경
②인수	의료법인 운영권 양도양수	지배주주 주식 매각	법인격 유지, 경영권자 변경
③자산양도	재산 처분	자산양도양수	자산 귀속 법인격 변경
④합병	의료법인 간 합병	회사 간 합병	법인격 소멸, 권리의무의 승계

나. 유형1 - 영업 양수 (병원 매매)

의료기관 개설 주체가 의료기관을 다른 의료기관 개설 주체에게 넘기는 경우로, 행정적으로는 주무관청에 의료기관 개설허가사항 변경허가가 필요하다(의료법 시행규칙 제28조). 법인격을 구비한 후 이루어지는 의료기관 자체의 양도양수 계약은 다른 업종과 다를 바가 없다. 병원 실사와 가치평가를 통하여 대금을 직접 지급하는데, 의료기관을 기존에 운영하면서 발생한 채무를 인수하는 방식의 경우 간혹 직접적 대금 없이 거래하는 때도 있을 수 있다. 의료기관 개설인을 양수 의료법인으로 바꾸는 작업이 필요하다. 이 때 상호속용 여부에 따라 상법 총칙상 채무 당연승계가 이루어질 수 있다. 실무상으로는 병원포괄양도양수계약서라는 표현보다는 자산양도양수계약서라는 표현을 써서 사무장병원으로 형사처벌 받을 위험성을 감소시키려는 시도가 있으나, 계약서 명칭은 거래의 실질과는 관련 없다고 판단된다.

한편, 의료법인은 주무관청의 허가 없이 재산을 처분할 수 없기 때문에²²⁾, 법인화되지 않은 의료기관을 의료법인이 양수받는 거래 양상만 가능하고, 의료법인이 의료기관을 따로 떼어 양도하는 거래는 상정하기 어렵다. 참고로, 자산 양수도란 부지, 건물, 권리금, 인테리어, 장비, 의료기기 중 일부를 떼어서 매매하는 경우를 가리키는데, 마찬가지로 의료법인의 기본재산을 처분하는 방식의 자산 양수도도 발생하기 어렵다.²³⁾

다. 유형2 - 의료법인 운영권 확보 (의료법인 매매)

의료기관을 운영하던 법인 자체를 매매하는 경우이다. 주식회사에서는 당연히 ‘주식’을 사들이는 거래가 이루어지는데, 의료법인에서는 무엇을 사야 하는가? 이는 다른 비영리 재단법인에서도 공통적으로 적용되는 논의로, ‘운영권’ 즉 이사회 구성권을 매수인에게 넘겨주게 된다. 그리고 주식회사에서는 주식에 대한 대금을 당연히 그 주주에게 지급하는데, 의료법인의 운영권에 대한 대금은 누구에게 지급해야 하는가? 의료법인은 비영리법인이므로 당연히 법인

22) 의료법 제48조(설립 허가 등) 제3항 의료법인이 재산을 처분하거나 정관을 변경하려면 시·도지사의 허가를 받아야 한다.

23) 부수적인 일부 자산만 따로 떼어 넘기는 경우는 논의의 필요성이 적으므로 자산 양수도는 따로 논하지 않는다.

에 귀속되어야 할 것이지만, 실제로는 설립자가 이사장이 되어 개인 소유처럼 여기는 경우가 많으므로 문제가 된다.

라. 유형3 - 합병

합병은 상법이 예정하고 있는 전형적인 기업결합의 방식으로, 두 회사가 청산절차를 거치지 않고 합쳐지면서, 소멸하는 회사의 모든 권리의무가 존속회사 또는 신설회사에 포괄적으로 승계되는 회사법상의 법률사실이다.²⁴⁾ 의료법인의 합병은 현 법체계상 불가능하다. 의료법 제50조는 의료법인에 대하여 의료법에서 규정하는 것 외에는 민법 중 재단법인에 관한 규정을 준용하도록 하고 있는데, 민법총칙에서 비영리법인의 합병이나 분할에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문이다. 의료법인 합병 조문을 신설하자는 측에서는 합병으로 법인의 해산 및 청산을 거칠 필요 없이 재산을 포괄승계할 수 있다는 점을 근거로 든다. 또한, 우리나라와 같이 ‘의료법인’ 제도를 두고 있는 일본에서는 명시적으로 의료법인의 합병과 분할 규정을 두고 있는 점도 근거로 제시된다.²⁵⁾

4. 의료법인 인수합병의 참여자

거래 참여자와 그들의 동기를 파악하는 것은 병원 인수합병이 주로 어떤 양상으로 발생할지 파악하는 데 매우 중요하다. 시장에서의 모든 거래가 그렇듯이 개별적 사안마다 당사자들의 거래 동기는 매우 다양할 것이지만, 빈번하게 발견할 수 있는 공통적인 특징들이 있다.

가. 매도인 : 경영상 어려움 극복 목적

병원 매도인은 대부분 경영상 어려움을 겪는 경우가 많다. 양도의 목적은 양수인이 병원을 보다 효율적으로 운영할 것을 기대하는 선의의 동기도 존재할 수도 있을 것이다. 그렇지만 현실적으로는 의료법인 해산 및 청산 시에 잔여재산의 귀속은 유사한 사업을 수행하는 비영리법인이나 국가 또는 지방자치단체에 귀속되므로(민법 제80조), 기존 의료법인 이사진은 투여한 자금을 회수하지 못하는 해산 및 청산에 대한 유인이 없고, 해산 및 청산에 주무관청의 허가가 필요하므로 이루어지기도 어렵다. 이에 따라 시장에서의 인수합병 거래를 통해 어떻게든 출연자금 회수를 할 방법을 찾아내려는 일탈적 동기가 결부되어 있을 수 있다.

나. 매수인 : 생계유지, 업역 확장, 사회적 지위 획득 목적

매수인의 현실적인 거래 목적 중 하나는 병원을 ‘구매’ 함으로써 본인이 의료법인의 이사장이 되고, 친인척들을 이사진 또는 병원 사무국장에 앉힌 후 고액의 급여를 받아 영리를 추구하는 것이다. 병원 인수 대금은 부동산, 의료기기, 인테리어, 의약품 등 소모품, 권리금 등이 합쳐져 상당히 고액이기 마련이므로, 보건복지부와 국민건강보험공단은 이러한 영리적 목적의 병원 매매거래가 대금 회수를 위한 과잉진료와 허위청구의 유인을 높인다고 평가하여 엄격하게 통제하려 한다.

24) 송옥렬, 상법강의, 홍문사, 2024.

25) 이정선, “의료법인 경영위기 극복방안에 관한 법적 고찰 : 법인운영권양도, 회생절차활용 및 합병규정도입을 중심으로”, 고려대학교(2022), 박사학위논문.

다른 거래 목적으로는, 대규모 병원을 운영하는 의료법인들은 업역을 확장하여 지방에 분원을 내고자 할 때 기존에 운영되던 의료기관을 인수하고자 할 수 있다. 이를 비판적으로 바라보는 시각에서는 영리 네트워크 병원 난립 위험이 있다고 본다. 한편 영리법인의 경우, 병원 운영이 기존 사업과 시너지가 날 수도 있고, 전반적인 기업 이미지 제고에도 도움되는 경우도 있을 수 있다. 그 사례가 호텔롯데가 600억 원을 출연하여 늘푸른의료재단(보바스병원 운영)을 법원의 회생절차를 통해 인수한 것이다.

한편, 병원 매매가 반드시 경제적인 이유만으로 이루어지지 않는다는 흥미롭게도 한 판결의 사실관계 중에는 의사 면허를 취득한 조카가 의사로서 일을 해본 적 없는데도 큰아버지가 ‘병원 운영을 해보는 게 어떨겠나’ 라고 하여 자신이 운영하는 회사가 병원을 인수하게끔 한 경우가 있었다. 이에 대해 법원은 큰아버지 또는 그가 운영하는 회사가 의료기관의 실질적 개설인이라고 보아 사무장병원이라고 판단하였다. 해당 사안은 사회적 지위가 병원 매매의 동기가 되기도 한다는 점을 보여준다.

다. 브로커: 병원매매 중개업 영위

2024년 8월 현재 병원 매매 중개업을 영위하는 사업자들을 온라인에서 손쉽게 확인할 수 있다.²⁶⁾ 해당 사업자들은 부동산중개업 또는 컨설팅업을 영위하는 것으로 등록되었다. 그뿐만 아니라 의료법인 또는 의료소비자생활협동조합 설립 단계에서부터 병원 사업구조 컨설팅, 개발 및 건축, 인테리어 등 전반적으로 담당해주는 컨설팅 회사도 존재한다.²⁷⁾

이런 브로커들을 통해 의료기관을 양도하고자 하는 의료인들은 exit이 가능하고, 의료기관을 운영하고자 하는 의료인이나 의료법인 등은 신규 개설을 하지 않고도 포괄적 양수도를 통해 유형자산 및 설비를 확보할 수 있다. 특히나 최근 들어 100병상 이상 종합병원을 신규로 개설하기 위해서는 건물 설립을 위한 건축허가 이전에 사전심의를 받도록 하여²⁸⁾, 신규 개설이 매우 까다로워졌다. 이에 따라 기존 의료기관에 대한 양도양수 수요가 늘어날 수 있다고 보이고, 병원 거래 브로커의 역할이 커질 수 있다.

5. 유형1 - 영업 양수 (병원 매매) 관련 법적 고찰

가. 민사상 계약의 유효성 및 상인 지위 부정

의료기관 매매 계약의 명칭은 ‘병원 포괄 양수도 계약’으로 이루어지는 것이 일반적인데, 법원은 이와 같은 계약의 효력을 인정해왔다.

그러나 영리법인에서 영업양수와 달리 의료기관 양도양수 계약에는 상법 총칙 규정은 적용되지 않는다. 법원은 의사는 상법상 상인이 아니라는 전제에서 의사의 의료기관 개설 및 운영 행위는 상법상 영업에 해당하지 않는다고 본다. 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018다241830 판결에서는 의료기관을 양수한 것은 상법 제42조 제1항의 영업양수에 해당하지 않고 양수인은 채무를 인수하지 않는다고 판단했다. 그 이유를 구체적으로 설명한 하급심 판례가 있는데, 의사가 의료기관을 개설하고 이를 운영하는 활동은 그 운영에 다소의 영리성이 내재되어 있다고

26) 미래컨설팅(<http://www.xn--hj2bz6fssfz8qq0e.com/index.html>), 개원닷컴(<https://www.gaewon.net/imdae/index>), 병원114(<http://www.xn--9z2ba95tqwp.com/>) 등의 중개업자(웹페이지 확인일자 2024년 8월 24일)

27) 병원컨설팅업체인 메디프렌드(<http://www.medifriend.co.kr/default/corporation/corporation.php>) 등의 사업자(웹페이지 확인일자 2024년 8월 24일)

28) 보건복지부, 제3기 병상수급 기본시책(2023~2027)

하더라도, 효율적인 방법으로 최대한의 영리를 추구하는 것이 주목적인 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다고 판단하였다.²⁹⁾ 이어서 상인의 영업활동 및 그로 인하여 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하지 않으면 아니 될 특별한 사회경제적 필요나 요청이 없다면 상법 제42조 제1항의 적용을 받지 않는다고 보았다.

최근 대법원 2022. 5. 26. 선고 2022다200249 판결에서도 피고 의료법인 소속 의사로 근무했던 원고들이 미지급 수당, 퇴직금 등을 청구하면서 상법이 정한 연 6%의 지연손해금을 주장한 데 대해 의사의 의료법인에 대한 임금 등의 채권은 상사채권에 해당하지 않는다는 이유로 원심판결 중 지연손해금 부분을 일부 파기 자판하였다.

나. 형사처벌 (의료법 제33조 제2항 위반) 위험

의료법인이 주체가 되는 의료기관의 매매는 비의료인이 의료기관을 주도적으로 운영하는 주요 징표라고 보아 의료법 제33조 제2항 위반으로 처벌된 전례가 상당히 많다. 그간 법원은 의료기관 개설 및 운영 전과정을 총체적으로 살펴보았을 때 비의료인이 주도하여 의료기관을 개설했다고 보이면 불법 개설이라고 판단해왔다. (이른바 “주도성의 법리”)

그러나 이러한 총체적인 판단 기준이 의료인과 의료산업 종사자의 법적 안정성에 큰 위협을 끼친다는 견해가 대두되었다. 그리고 법원 내에서도 ‘사법논집’³⁰⁾에 의료법인의 내재적 성격상 비의료인이 의료법인 운영에 관여하고 출연을 하는 것이 당연한 점을 고려하여 법인 사무장병원에 대한 새로운 판단 기준이 필요하다는 진지한 논의가 제기되었다.³¹⁾

이러한 흐름 속에, 의료법인의 재단법인으로서의 성격을 강조하며 판단 기준을 변경한 것이 최근의 대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결이다. 판결이유를 살펴보면, 위 사법논집 연구논문에서 제시했었던 새로운 판단 기준이 많은 부분 사용되었음을 알 수 있고, 반대의견에서도 해당 연구논문에서 제시하였던 법인격부인의 법리를 활용한 점에 대해 다수의 견을 비판하기도 하였다.

다. 의료법인에 주도성의 법리 폐기: 대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결

의료법인에 의료인 개인 개설 의료기관이나 의료소비자생활협동조합과 마찬가지로 주도성의 법리를 적용해온 것이 타당하지 않다는 새로운 법리를 확립하였다는 점에서 대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결은 큰 의미가 있다.

(1) 주요 사실관계 : 병원 양도양수계약의 체결과 의료법인의 설립

피고인 A는 의사 자격이 없음에도 의료기관을 개설할 방법을 모색하던 중, B(Y 의료재단 이사장)로부터 자신이 운영하는 △△요양병원을 인수하라는 제안을 받았다. 이에 A와 B는, B가 형식적으로 의료법인 X를 설립한 후 A가 △△요양병원을 운영하기로 하는 ‘병원 양도양수계약’을 체결하였다.

29) 대구지방법원 2023. 5. 12. 선고 2022나311680 판결

30) 법원 구성원들이 법률 실무에 관하여 연구한 성과를 담은 논문집

31) 김가영, “의료법인 명의로 개설된 의료기관의 비의료인 개설 여부에 관한 판단 기준- 이른바 “법인 사무장병원” 사례에 관하여 -”, 사법논집 70집, 2020.

[표 6] 사안의 의료기관 양도양수 거래

(매수인) 피고인 A (신설 의료법인 X 이사장)	↔	(매도인) B (의료법인 Y 이사장)
	(거래대상) 요양병원	

B는 실제로는 매매 대상인 요양병원의 토지와 건물을 새로 설립할 의료법인의 기본재산으로 증여하는 것으로 하여 형식적으로 의료법인 X의 설립허가를 경상북도로부터 받아 B가 이사장으로 법인설립등기를 마쳤다. 그리고 △△요양병원 명칭을 의료법인 X의료재단 OO요양병원으로 바꿔 의료기관 개설허가를 받았다. 이후 피고인 A가 의료법인 X의 이사장으로 취임하였고, 의료기관 개설자를 A로 변경하는 허가까지 받았다.

이는 의료법 제33조 제2항을 위반하여 같은법 제87조 제1항 제2호 위반이며, 국민건강보험공단으로부터 요양급여를 지급받은 것이 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항 제1호 위반(사기)죄라는 이유로 기소되었다.

(2) 1심 및 2심 법원의 판단

1심에서는 피고인 A에 대하여 의료법 제33조 제2항 위반 불법의료기관 개설 및 특가법 위반 사기죄에 대한 유죄를 인정하였다. 그 주된 이유로 (1) 사안의 의료법인이 형식적으로 개설되었다는 점을 제시하였다. 의료법인을 설립하면서 보통재산을 가장납입하여 주무관청이 피고인의 가장행위를 알았다면 의료법인에 대한 설립허가를 하지 않았을 것이고, 이사회가 형식적으로 운영되었으며, 감사도 업무수행을 형식적으로 수행하였을 뿐만 아니라, 출연자와 그 특수관계인에게 고액의 급여가 지급되었다는 것이다. 그리고 (2) 피고인에게 범의 및 위법성 인식도 있다고 보았다. 피고인은 방사선사 및 사무장으로 근무 경력이 있기도 하고, 법령을 제대로 확인하지 않았기에 주의의무를 다하였다고 볼 수도 없다고 하였다.

마찬가지로 2심에서도 불법의료기관 개설행위를 “비의료인이 그 의료기관의 시설 및 인력의 충원·관리, 개설신고, 의료업의 시행, 필요한 자금의 조달, 그 운영성과의 귀속 등을 주도적인 입장에서 처리하는 것”이라는 기존의 “주도성 법리”를 바탕으로 1심 법원의 판단에 사실오인이나 법리오해가 없다고 보았다.³²⁾

(3) 대법원 다수의견의 새로운 법리

대법원에서는 원심을 파기환송하였는데, 불법의료기관 개설행위에 대하여 “비의료인이 외형상 형태만을 갖추고 있는 의료법인을 탈법적인 수단으로 악용하여 적법한 의료기관 개설·운영으로 가장하였다는 사정이 인정되어야 한다”고 하면서 위 사법논집 연구논문에서 제시된 새로운 판단기준을 대부분 그대로 인정하여 법리를 변경하였다. 의료법상 의료법인 설립에 개인 1인이 재산을 출연하는 것에 대한 제한이 없는데도, 기존 주도성 법리는 의료법인 설립자를 형사처벌 받을 위험에 노출 시켜왔기에 ‘명확성의 원칙’ 측면에서 문제가 있다고 평가하였다.

구체적으로는, 일부 자금이 가장 납입되었다거나 특수관계인이 고액급여를 지급받았다는 단편적인 사실말고도 ① 법인의 실체가 부정될 정도로 **설립**에 하자가 있거나 ② 상당한 기간 부당하게 **운영**수익을 유출한 정도가 되어야 의료법 제33조 제2항을 위반한 불법의료기관으로 인정

32) 다만, 양형부당 주장은 받아들여 원심판결을 파기하고 피고인을 징역 2년 6월에 처하되 판결 확정일로부터 4년간 형의 집행을 유예하였다.

할 수 있다는 법리로 전환하였다.

비의료인이 의료기관의 개설 · 운영 등에 필요한 자금 전부 또는 대부분을 의료법인에 출연하거나 의료법인 임원의 지위에서 의료기관의 개설 · 운영에 주도적으로 관여하는 것은 의료법인의 본질적 특성에 기초한 것으로서 의료법인의 의료기관개설 · 운영을 허용한 의료법에 근거하여 비의료인에게 허용된 행위라고 보았다.

[표 7] 의료기관 개설인별 불법개설에 대한 판단 기준

개설인	불법개설 기준
의료인 개인	비의료인이 주도적으로 개설운영에 관여하거나 자금을 조달
소비자생활협동조합	특정 개인이 의료기관 개설운영을 주도
의료법인	비의료인이 재산을 출연할 수 있고 이사 등의 지위에서 개설운영에 관여하는 것은 정당한 직무집행이므로 불법개설 아님

이에 따라 개설인별 불법개설의 판단 기준이 위와 같이 의료법인에 대해서만 다르게 되었다. 그런데 다수의견이 제시하는 설립상, 운영상의 기준이 어떠한 상황을 의미하는지 명확하지 않을 수 있어 추후 후속 판례와 함께 논의한다.

(4) 대법원 반대의견 : 법형식주의에 대한 비판

반대의견의 대법관 5인은 기존의 주도성 법리를 고수하자는 견해다. 그렇기에 의료법 제33조 제2항 위반 여부 판단 기준은, “비의료인 개인의 사적 이익 추구로 의료법인의 공공성 및 비영리성이 형해화” 되어 의료법인에 대하여 예외적으로 의료기관 개설자격을 부여하는 의료법의 입법 취지가 몰각되었다고 볼 정도인지라고 하였다. 형해화의 판단에는 “의료법인의 설립과 운영의 전반에 나타난 구체적 사정을 종합적으로 고려” 하여야 하고, 구체적 사정에는 “비의료인이 의료법인을 설립한 실질적 목적과 동기, 설립과정의 적정성, 의료법인 내부의 의사결정방식, 의료업 운영 행태, 자산관리 및 수익의 귀속 양상” 등이 포함된다고 보았다.

[표 8] 주도성 법리에 대한 반대의견의 설명

① 의료법 제33조 제2항 위반 기준	비의료인 개인의 사적 이익 추구로 의료법인의 공공성·비영리성 ‘형해화’
② ‘형해화’에 대한 판단	의료법인 설립·운영 전반의 구체적 사정 종합적 고려
③ 고려 대상인 구체적 사정	비의료인이 의료법인을 설립한 실질적 목적과 동기, 설립과정의 적정성, 의료법인 내부의 의사결정방식, 의료업 운영 행태, 자산관리 및 수익의 귀속 양상

반대의견은 다수의견이 제시하는 새로운 판단 기준이 ‘법형식주의’라는 점을 들어 비판하였다. 새로운 판단 기준에서는, 의료법인의 설립과 운영 전과정을 종합적으로 고려하지 아니하고 분리하여 불법성을 판단한다. 설립에서는 의료기관을 개설 및 운영할 수 없는 하자가 있거나, 운영에서는 상당한 기간 부당하게 수익이 유출될 것을 요구하여 불법성 판단이 더 까다롭다. 반대의견은 이것이 의료법 입법 취지에 반한다고 본다.

특히 의료법인 설립의 하자 부분을 문제 삼는데, 반대의견에서 보는 다수의견은, 설립상 가장 납입이 있었다더라도 정상적으로 의료기관을 운영할 수 있었다면 의료법 제33조 제2항 위반을 인정하지 않는 느슨한 법해석이다. 법인의 실체가 부정될 정도(의료기관을 개설, 운영할 시설과 자금이 없음)여야만 범죄성립을 인정할 논리적 근거가 없을 뿐만 아니라, 주무관청이 허가

할 때 재산 출연 내역을 검토하므로 불법성이 인정될 여지가 거의 없다는 것이다.

그뿐만 아니라, 반대의견은 설립의 하자에 법인격 형해화를 요구하는 것은 ‘법인격 부인’ 법리로, 이러한 법리 차용 자체가 부적절하다고 본다. 주로 회사법 영역에서 채무이행 청구를 위해 활용된 법리를 비영리법인인 의료법인을 활용한 의료기관 불법개설 혐의 형사판결에 적용하는 것은 부적절하다는 견해이다.

(5) 법리 변경의 불가피성 : 법률 해석의 한계

대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결의 다수의견과 반대의견이 모두 타당한 주장을 제시하였으나, 기존의 주도성 법리를 변경하는 것이 불가피했다고 판단된다. 왜냐하면, 의료기관 설립 가능 주체인 의료인 개인, 특별법상 비영리법인(주로 의료생협), 의료법인 관련 법령을 살펴보면, 애초부터 주도성 법리는 의료법인에 자연스럽게 적용되기 어려웠다.

소비자생활협동조합법에 따른 의료생협과 달리, 의료법에서는 처음부터 의료법인의 ‘개인 주도 설립’을 막으려 했던 취지가 없었다고 보인다. 의료생협 관련 법령에 따르면 특정 개인이 주도하여 의료생협 명의로 의료기관을 개설하였다면 생협법과 의료법을 위반한 것으로 평가하는 것이 자연스럽다. 소비자생활협동조합법 시행령 제4조 제2항에 따르면, 의료생협의 조합원 수는 500명 이상이어야 한다. 그리고 소비자생활협동조합법 제15조 제2항에 따르면, 조합원 1인의 출자좌수는 총 출자좌수의 100분의 20을 넘어서는 아니 된다고 되어있다. 개인이 의료생협을 설립하여 의료기관을 운영하기 위해서 실제로는 본인이 거의 전액을 출자하면서 마치 다른 조합원들이 존재하고 그들이 출자한 것처럼 조합원 명부, 납입증명서, 총회 의사록을 꾸며 내는 경우가 잦다.

반면에 의료법인 관련해서는, 의료법 제48조 등에서는 의료법인은 그 법인이 개설하는 의료기관에 필요한 시설이나 시설을 갖추는 데에 필요한 자금을 보유하여야 한다고만 규정되어 있을 뿐이므로, 이러한 자금을 출연하는 자가 1인이어도 상관없게끔 규정되어 있다. 자금 출연자가 이사장에 취임하는 것도 규정에 반하지 않으므로 1인이 자금을 출연하여 의료법인을 설립한 뒤 이사장으로서 운영에 깊이 개입하는 사례가 많다.

[표 9] 의료법인과 의료생협의 개인 주도성

	의료법인	의료생협
법적 성격	비영리 재단법인(“재산의 출연”)	비영리 사단법인(“사람의 모임”)
개인 주도 방지 규정	없음	조합원 500명 이상, 1인 출자좌 100분의 20 이하
거버넌스(의사결정조직)	이사회	조합원 총회

따라서 법률 해석상 의료법인에 대하여 의료인 개인 명의 혹은 의료생협과 동일하게 주도성 법리로 평가하는 것이 불합리했다고 보인다. 이번 법리 변경으로 인해서 불법의료기관 개설행위에 관한 기소가 어려워지거나 비의료인의 의료법인을 통한 의료기관 개설을 사실상 허용하게 되는 사회적 파급효과가 인정된다고 하더라도, 형사판결에서 법원이 법률 해석을 넘어서서 판단하는 것은 바람직하지 않다는 판단이 있었다고 생각된다.

라. 변경된 판례 법리에 따른 후속 판례 검토

(1) 설립의 하자 : 실질적으로 재산출연이 이뤄지지 않아 법인의 실체가 부정될 정도

새로운 법리에 따르면 설립의 하자는 비의료인이 ‘실질적으로 재산출연이 이루어지지 않아 실체가 인정되지 아니하는 의료법인’을 의료기관 개설 · 운영을 위한 수단으로 악용한 것이다.

의료법인의 실체가 인정되지 않는다는 의미가 정확히 무엇인지 판결문에 설시되어 있지는 않다. 다만, 전원합의체 판결에서는 전체 출연재산 약 30억 원 중 보통재산 현금 3억 원이 출연되지 않은 데 대해 의료법인의 실체가 부정될 만큼 중대한 것인지 살펴봐야 한다며 파기환송한 점에서 단서를 얻을 수 있다. 실체 부정은 최소한 기본재산이 아닌 보통재산의 가장출연으로 인정되지 않는 것으로 보인다. 보통재산이 일부 부족하다고 하여 의료기관을 정상적으로 개설 및 운영할 수 없다고는 할 수 없기 때문이다.

[표 10] 2017도1807 전원합의체 판결 사안의 위장된 재산출연

재산 (합계 약 30억 원)	법원의 판단
기본재산 : 요양병원 대지와 건물	실질은 다른 의료재단 개설 요양병원임 (양도양수 대상)
보통재산 : 현금 3억 원	2인이 1.5억 원씩 나누어 출연한 것으로 위장하였으나, 사실은 출연한 바 없음

(2) 운영의 하자 : 수익이 상당히 유출되어 의료법인의 공공성, 비영리성을 일탈

다수의견은 불법 개설이 인정되는 운영의 하자에 대해, ‘의료법인의 재산을 부당하게 유출하여 의료법인의 공공성, 비영리성을 일탈한 경우’라고 제시하였다. 그 예시로 의료기관의 운영 수익 등 법인 재산이 정당한 지출원인 없이 부당하게 재산출연자인 비의료인에게 유출된 경우, 급여, 보수 등의 형식을 갖추었더라도 이사회 결의 등 정당한 절차나 적정한 회계처리를 거치지 않은 채 합리적인 범위를 지나치게 초과하여 지급된 경우, 법인 재산과 재산출연자인 비의료인의 재산이 구분되기 어려울 정도로 혼용되어 재산출연자인 비의료인이 개인적 필요에 따라 임의로 의료법인의 재산을 입출금한 것으로 보이는 경우를 들었다.

중요한 점은 상당한 기간 동안 의료기관을 정상적으로 운영하여 왔다면, 그 설립과정에 다소의 미비점이 있었다거나 운영과정에서 일시적으로 의료법인의 재산을 유출하는 횡령 · 배임 등 위법 행위가 존재하였다는 사정만으로 의료법인의 규범적 본질을 부정하여 의료법인이 의료기관 개설 · 운영을 위한 탈법적인 수단으로 악용되었다고 단정하기는 어렵다고 보았다. 그리하여 원심을 파기환송하면서, 고액의 급여 지급에 있어 급여 인상의 경위, 적정성, 절차, 회계처리 등과, 재산이 직접적으로 피고인에게 유출된 정황이 존재하는지 등을 살펴야 한다고 보았다.

[표 11] 2017도1807 전원합의체 판결 사안의 특수관계인 급여 수령

의료법인 내 지위	피고인과의 관계	급여 수령
이사장	피고인	월 1300만원
이사	피고인의 처	월 900만원
사무국장	지인(투자자)	월 770만원
이사	위 지인의 처	월 900만원

(3) 후속 판결 검토

후속 대법원 판결들을 살펴보면, 원심에서 유죄판결을 한 사안들에 있어 의료법인 운영에 있어 일부 자금 유출이 있었다 하더라도 공공성과 비영리성 일탈로 의료법인의 규범적 본질이

부정될 정도는 아니라거나 추가적 심리가 필요하다는 취지의 판결이 대부분(8건 중 5건)이다.

[표 12] 후속 판결을 통해 드러난 불법의료기관 개설 판단 기준

	판결	내용	주문
1	대법원 2023. 8. 18. 선고 2020도6492 판결 ³³⁾	- 이사회 결의 없이 무단으로 자금 혼용 및 재산 유출 - 그러나 공공성, 비영리성 일탈로 의료법인의 규범적 본질이 부정될 정도인지는 추가적 심리 필요	파기 환송
2	대법원 2023. 8. 18. 선고 2020다270763 판결 ³⁴⁾	- 재산출연 없이 설립된 경우 아님 - 재산 혼용이나 부당 유출된 경우 아님 - 그러므로 불법개설으로 볼 수 없음	파기 환송
3	대법원 2023. 8. 31. 선고 2022도11404 판결 ³⁵⁾	- 재산출연 없이 설립된 경우 아님 - 이사회 결의 없이 무단으로 자금 혼용 및 재산 유출 - 그러나 공공성, 비영리성 일탈로 의료법인의 규범적 본질이 부정될 정도인지는 추가적 심리 필요	파기 환송
4	대법원 2023. 9. 21. 선고 2022도16276 판결 ³⁶⁾	- 이사회 결의 없이 무단으로 자금 혼용 및 재산 유출 - 공공성, 비영리성 일탈로 의료법인의 규범적 본질이 부정됨	유죄 확정
5	대법원 2023. 9. 27. 선고 2021도2020 판결 ³⁷⁾	- 재산출연 없이 설립된 경우 아님 - 재산 혼용이나 부당 유출된 경우 아님 - 그러므로 불법개설으로 볼 수 없음	파기 환송
6	대법원 2023. 10. 12. 선고 2023도1875 판결 ³⁸⁾	- 재산출연 없이 설립된 경우 아님 - 재산 혼용이나 부당 유출된 경우 아님 - 그러므로 불법개설으로 볼 수 없음	파기 환송
7	대법원 2023. 10. 26. 선고 2022도90 판결 ³⁹⁾	- 재산출연 <u>가장</u> 으로 설립허가 취소될 정도 - 이사회 결의 없이 무단으로 자금 혼용 및 재산 유출 - 공공성, 비영리성 일탈로 의료법인의 규범적 본질이 부정됨	유죄 확정
8	대법원 2024. 4. 4. 선고 2019도15742 판결 ⁴⁰⁾	- 지속적으로 상당한 금원 횡령으로 재산 유출 - 공공성, 비영리성 일탈로 의료법인의 규범적 본질이 부정됨	유죄 확정

33) 피고인이 이사회 결의 없이 이 사건 의료법인 계좌를 통한 자금 혼용을 해 온 사정이 있어 이 사건 의료법인의 재산이 피고인에게 부당하게 유출된 것으로 평가될 여지가 없지 않다. 그러나 (중략) 정상적인 회계처리 등을 거치지 않은 채 입출금한 자금의 규모, 기간, 경위, 피고인이 이 사건 의료기관의 운영과 무관하게 사적으로 법인재산을 유출하였는지 등이 명백히 밝혀진 것으로 보기 어려워, (중략) **의료법인의 규범적 본질이 부정될 정도에 이르렀다고 평가하기는 어렵다.**

34) gaps 재산출연 없이 설립되어 의료기관의 개설·운영이 불가능한 의료법인을 적법한 의료기관 개설·운영으로 가장하기 위한 수단으로 악용하였다고 보기 어렵고, 의료법인의 재산과 자기 개인의 재산을 혼용하였거나 의료법인의 재산을 부당하게 유출하였다는 정황도 보이지 않는 등 (이하 생략)

35) 실질적인 재산출연 없이 (중략) 볼 만한 사정은 없다. 그러나 피고인이 이사회 결의 없이 스스로 급여를 책정하고 재단 명의 법인카드를 임의사용하는 등 이 사건 의료법인의 재산이 피고인에게 부당하게 유출된 것으로 평가될 여지가 있음을 부정할 수 없다. (중략) 추가적으로 심리·판단하는 것이 필요하다.

36) 피고인들이 원심 판시와 같이 이 사건 병원의 개설·운영에 주도적으로 관여하였을 뿐만 아니라 의료법인인 이 사건 재단의 재산을 부당하게 유출함으로써 의료법인의 공공성, 비영리성을 일탈한 경우에 해당함을 인정할 수 있는 이상, 피고인들이 개설자격을 위반하여 의료기관을 실질적으로 개설·운영하였다고 할 수 있다.

37) 최초 설립 당시를 기준으로 이 사건 의료법인에 관하여 재산출연이 없었다거나 의료기관을 개설·운영하는 것이 실질적으로 불가능하였다고 단정하기도 어렵다. (중략) 이 사건 의료법인의 재산과 피고인 개인의 재산을 혼용하였거나 개인적 필요에 따라 이 사건 의료법인의 재산을 수시로 사용하는 등 이 사건 의료법인의 재산을 부당하게 유출함으로써 의료법인의 공공성·비영리성을 일탈하였다고 단정할 수도 없다.

38) 이 사건 의료법인의 계좌에서 피고인에 대한 차용금 채무가 변제되었더라도 의료법인의 재산이 유출된 정도, 기간, 경위 및 이사회 결의 등 정당한 절차나 적정한 회계처리 절차가 있었는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 의

그리고 대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결의 반대의견이 지적했던 바와 같이, 설립상 실질적으로 재산 출연이 이루어지지 않아 실체가 인정되지 아니하는 의료법인을 의료기관 개설 · 운영을 위한 수단으로 악용한 경우가 인정된 경우는 많지 않다. 오직 대법원 2023. 10. 26. 선고 2022도90 판결 1건에서만 유일하게 재산출연 가장으로 설립허가가 취소될 정도임을 인정하였다.

[표 13] 대법원 2023. 10. 26. 선고 2022도90 판결 사안의 사실관계

	가장 사실	실제 사실
기본재산	가액 합계 약 35억 원의 부동산	허위의 공사계약서를 제출하는 방법 등으로 부동산 가액을 부풀림
보통재산	현금 5억 5,000만 원	현금 5억 5,000만 원 출연치 않음
결과(재산 합계)	'경상북도 의료법인 설립 및 운영지침'의 의료법인 설립허가 출연금 기준(40억 원)을 충족	의료법인 설립허가에 영향을 미칠 정도에 이르는 의료법인 설립과정의 하자

설립상의 하자가 법인의 실체가 부정될 정도임이 인정된 대법원 2023. 10. 26. 선고 2022도90 판결의 사실관계를 살펴보면, 보통재산 현금 출연을 완전히 위장하였다는 점에는 대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결과 차이가 없다. (전자는 5.5억 원, 후자는 3억 원) 그런데 대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결에서는 의료법인 설립허가에 영향을 미칠 정도에 이르는 의료법인 설립과정의 하자라고 볼 수 없다고 하고, 대법원 2023. 10. 26. 선고 2022도90 판결에서는 설립허가에 영향을 미칠 정도에 이른다고 결론을 달리한 데는 두 가지 차이점이 있다.

첫째, 대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결에서는 보통재산 출연만 가장하였을 뿐 기본재산에는 문제가 없었던 데 반해, 대법원 2023. 10. 26. 선고 2022도90 판결에서는 기본재산인 부동산의 가액을 부풀렸다. 비영리법인에서 기본재산은 영리법인에서의 자본금과 유사한 측면이 있기에 더 엄격한 법적 평가가 개입되었다고 볼 수 있다.

둘째, 두 사건에서의 의료법인 허가는 모두 경상북도에 이루어졌는데, '경상북도 의료법인 설립 및 운영지침'은 2012년 7월 제정되었기에 그 이전까지는 의료법인 설립 시 출연재산의 하자에 관한 기준이 없었던 것으로 보인다. 2017도1807 사안의 의료법인은 2009년에 설립허가를 받았고, 대법원 2023. 10. 26. 선고 2022도90 판결 사안의 의료법인은 2014년 2월에 설립허가를

의료법인의 규범적 본질이 부정될 정도에 이르렀는지 따져보지 않고 차용금을 변제했다는 사정만으로 이 사건 의료법인의 재산이 부당하게 유출된 것으로 평가할 수는 없다.

39) 나) 원심 공동피고인 1은 이 사건 의료법인 설립 당시 기본재산으로 가액 합계 약 35억 원의 부동산을, 보통재산으로 현금 5억 5,000만 원을 출연하여 '경상북도 의료법인 설립 및 운영지침'의 의료법인 설립허가 출연금 기준(40억 원)을 충족하는 것처럼 설립허가 신청을 하였으나, 실제로는 허위의 공사계약서를 제출하는 방법 등으로 부동산 가액을 부풀리고 현금 5억 5,000만 원은 출연하지 않아 출연금 기준(40억 원)을 충족하는 재산을 출연하지 않았다. 이는 의료법인 설립허가에 영향을 미칠 정도에 이르는 의료법인 설립과정의 하자로 볼 수 있다.

다) 별다른 업무를 수행하지 않은 피고인 2 등이나 그 가족들에게 수년 동안 월 500만 원씩 합계 약 6억 9,000만 원이 지급되었다. (중략) 임원들에 대한 급여 지급의 형식을 갖추어 의료법인의 재산 합계 약 3억 6,000만 원을 유출한 후 이를 자신의 계좌로 되돌려 받기도 하였고, 의료법인의 재산으로 자신의 자녀, 조카에게 별다른 근거 없이 학자금 약 2억 5,000만 원을 지급하기도 하였다. 위와 같이 원심 공동피고인 1은 장기간에 걸쳐 이 사건 의료법인의 재산 중 상당 부분을 부당하게 유출하였다.

40) 피고인 A, B은 다음과 같이 지속적으로 피고인 재단의 자금을 횡령해왔다. 즉 피고인 B은 피고인 재단 설립 당시 임원 결격 대상자였고 이후에도 정관이 정하는 절차에 따라 임원으로 선출된 바 없었음에도 계속하여 이사회 의결 등과 같은 정당한 절차를 거치지 않은 채 보수 내지 급여 명목으로 매월 500만 원 내외의 돈을 수령하였다. (이하 생략)

받았다. 그러므로 의료법인 설립허가를 받기 위한 출연금이 40억 원 이상이어야 한다는 주무관청의 설립허가 기준의 적용을 받았는지 여부에 따라, 이러한 기준이 있음에도 재산을 가장 출연한 2022도90 사안에 대해 결론이 달라진 것으로 보인다.

이상과 같이 의료법인 설립상의 하자로 불법의료기관 개설이 인정되려면 기본재산 출연을 가장하여야 하고, 실제 재산을 출연한 정도가 주무관청이 설립허가를 내주지 않을 정도여야 한다는 것이 변경된 법리에 따라 형성된 법원 판단의 흐름인 것으로 보인다. 다만, 대법원 2023. 10. 26. 선고 2022도90 판결의 경우 설립상의 하자 뿐만 아니라 지속적 횡령이라는 운영상의 하자도 있었던 것이기에, 설립상의 하자만으로 의료법 제33조 제2항 위반을 인정할 수 있을 것 인지는 법원의 판단을 좀 더 지켜봐야 할 것으로 보인다.

한편, 운영상의 하자에 있어 의료법인의 재산을 유출하였더라도 그 목적이 의료기관의 운영을 위한 것이었다면 법원은 운영상의 하자를 인정하지 않는다. 생각건대, 의료법인의 임무를 위탁 받은 자의 임무 위배나 재물을 보관하는 자의 횡령 성립 여부는 별론으로 하고 의료법 제33조 제2항 위반에 있어서는 의료법인의 이사장 등이 의료법인을 운영한 행태가 의료기관을 개설하게끔 허용해준 예외적 제도의 목적을 남용하여 불법개설이 될 정도가 되어야 하므로, 이런 엄격한 판단기준이 적절하다고 보인다.

마. 소결

민사적으로 병원 양수도 계약은 효력이 부정되지 않고, 다만 의사의 상인성이 부정되어 상법 총칙의 적용이 배제된다. 형사적으로는 의료기관에 대하여 양수도 계약 체결 시, 기존에는 양수인이 의료법인인 경우 의료법인에 출연한 자(보통 이사장)가 불법의료기관 개설로 처벌받을 확률이 높았으나, 판례변경으로 이와 같은 위험성이 줄어들었다. 즉 의료법인의 기본재산을 가장하여 설립허가를 받거나, 운영을 하면서 지속적인 횡령을 하였다는 특수한 사정없이, 재산을 출연하여 의료법인을 설립하고 의료기관을 인수한 후 개설인변경허가를 받는 것이 처벌되지 않을 것으로 보인다. 한편, 의료생협의 경우 근거 법령에 개인 주도 설립을 방지하기 위한 취지가 반영된 규정들이 있어, 비의료인이 주도하여 조합원의 존재나 출자 등을 가장하여 조합을 설립하고 의료기관을 개설하였다면 이전과 마찬가지로 불법 개설로 처벌받는다.

6. 유형2 - 의료법인 운영권 확보 (의료법인 매매) 관련 법적 고찰

가. 의료법인 운영권 양도양수 계약

(1) 계약의 유효성 인정 및 배임수재죄 부정

종래부터 민사적으로는 유효한 계약이라고 보았으나, 비영리법인 대표자가 임원 변경에 관해 돈을 받은 것은 비영리법인의 본질상 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁으로서 배임수재죄에 해당한다는 하급심 판결이 있었다.⁴¹⁾

그런데 대법원 2013.12.26. 선고 2010도16681 판결에서는 양수인 측을 사회복지법인의 임원으로 선임해 주는 대가로 사회복지법인 운영권 양도대금을 받기로 하는 내용의 ‘청탁’을 받았다고 하더라도, 청탁의 내용이 당해 사회복지법인의 설립 목적과 다른 목적으로 기본재산을 매수

41) 김태선, “비영리법인의 양도 -운영권 양도계약을 중심으로-”, 중앙법학 18집 1호, 2016. 해당 논문에서는 춘천지방법원 영월지원 2013.04.30. 선고 2012고단527 판결과 항소심인 춘천지방법원 2013. 09.11. 선고 2013노368판결(대법원 2014.1.23. 선고 2013도11735 판결의 원심)을 논의하였다.

하여 사용하려는 것으로서 실질적으로 법인의 기본재산을 이전하는 것과 다름이 없어 사회복지법인의 존립에 중대한 위협을 초래할 것임이 명백하다는 등의 특별한 사정이 없다면, 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁이라고 할 수 없으므로 이를 배임수재죄의 성립 요건인 ‘부정한 청탁’에 해당한다고 할 수 없다고 판시하였다. 이와 같은 맥락에서 학교법인에도 같은 판결이 내려졌고, 이에 따라 의료법인도 마찬가지로 임원 선임권 대가를 받는 것이 배임수재죄에 해당하지 않는다.

(2) 임원 선임 관련 의료법 제51조의2 규제 신설

그런데 대법원 2013.12.26. 선고 2010도16681 판결에 따라 비영리법인의 운영권 유상매매가 처벌대상이 아니라는 법리가 확립되면서 사회적으로는 비판의 목소리가 커졌고, 2017. 10. 24. 사회복지사업법에, 그리고 2019. 8. 27. 의료법에 각각 사회복지법인과 의료법인의 임원 선임 관련 금품 수수 금지 조항이 신설되었다.

[표 14] 의료법상 의료법인 임원 선임 관련 금품 수수 금지 및 위반 시 처벌

의료법 제51조의2(임원 선임 관련 금품 등 수수의 금지) 누구든지 의료법인의 임원 선임과 관련하여 금품, 향응 또는 그 밖의 재산상 이익을 주고받거나 주고받을 것을 약속해서는 아니 된다. [본조신설 2019. 8. 27.]

제89조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금에 처한다. (제1호부터 제2호까지 중략)

3. 제51조의2를 위반하여 의료법인의 임원 선임과 관련하여 금품 등을 주고받거나 주고받을 것을 약속한 자 (제4호 생략)

이는 아래에서 논의할 호텔롯데의 늘푸른의료재단에의 무상출연을 통한 임원 선임권 획득이 이루어진 다음에 이루어진 법 개정인데, 법원 실무에서는 이 조문 신설과 관계없이 회생절차에서 무상출연을 통한 임원 선임권을 갖게 되는 것이 허용된다고 해석하고 있다.

(3) 의료법 제33조 제2항 위반 여부

다만, 의료법인 운영권 유상양수는 의료법 제33조 제2항 위반 징표로 보는 것이 종래 법원의 입장이었다. 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다67368 판결에서는 비의료인이 이미 개설된 의료기관의 의료시설과 의료진을 인수하는 경우 개설자의 명의변경절차를 변경한 경우는 물론이고, 종전 개설명의자를 변경하지 아니한 채 그 명의를 계속 이용하였더라도 의료기관의 운영을 지배·관리함으로써 종전 개설자의 의료기관 개설·운영행위와 단절되는 새로운 개설·운영행위를 한 것으로 볼 수 있다면 의료법 제33조 제2항에서 금지하는 비의료인의 의료기관 개설행위에 해당한다고 보아야 한다고 하였다.

이에 수원지방법원 평택지원 2018. 12. 19. 선고 2017가합10932 판결에서는 의료법인이 의료기관을 개설한 상태에서 의료기관 개설자자격이 없는 자가 재산상 이익을 대가로 그 의료법인의 임원 개입 등을 통하여 운영권을 양수하는 것을 목적으로 하는 계약은 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라고 봄이 타당하다고 판시하는 등, 의료법인 운영권 유상매매는 사무장병원 징표로 보아왔다.

다만, 하급심 판례 중 예외적인 사안으로서 의료법인 운영권은 매매하였으나 아직 의료기관이 설치되지 않았던 경우인 부산고등법원 2014. 10. 28. 선고 2014나3443 판결에서는 재단법인은

사회에 환원된 재산이므로 사인 간 매매의 대상이 되지 않고, 재단법인의 운영권 양도라는 명목으로 계약이 체결되더라도 그 실질이 재단법인을 사고파는 행위에 해당한다면 그 계약은 무효라고 보아야 한다는 피고들의 주장에 대하여, 재단법인의 운영권을 양도양수하는 계약을 금지·처벌하는 입법자의 명시적 결단이 없는 이상, 재단법인의 운영권을 양도양수하는 계약을 체결하였다 하더라도 그것만으로 그 계약이 무효라 할 수 없을 뿐만 아니라 민법 제103조에 위반된다고 할 수도 없다고 판단한 바 있다.

그렇지만 2017도1807 전원합의체 판결 이후 후속 판결들을 살펴보면 의료법인 유상양수에 대한 시각이 달라진 것으로 보인다. 의료법인 설립 시 비의료인 개인 1인이 재산을 출연하는 것이 의료법인에 관한 규율상 허용된다고 보는 것과 마찬가지로 맥락에서, 의료법인에 인수하였다는 사정만으로는 사무장병원으로 보기 힘들고, 운영권 유상양도가 이루어진 경우에도 마찬가지로 판단할 것으로 보인다.

[표 15] 후속 판결에서 의료법인 유상양수에 대한 판단 기준

대법원 2023. 8. 18. 선고 2020도6492 판결 ⁴²⁾	피고인이 이 사건 의료기관 직원들의 체불임금 지급을 위한 자금을 출연하면서 이 사건 의료법인을 인수
대법원 2023. 10. 12. 선고 2023도1875 판결 ⁴³⁾	피고인이 이 사건 의료법인을 인수할 당시부터 이 사건 의료법인은 피고인에 대하여 20억 원가량의 차용금 채무를 부담하고 있었다는 것이므로, 이 사건 의료법인의 계좌에서 피고인에 대한 차용금 채무가 변제되었더라도 (중략) 의료법인의 재산이 부당하게 유출된 것으로 평가할 수는 없음

나. 영리법인의 회생의료법인 인수: 서울회생법원 2016회합100116(‘보바스병원 사안’)

(1) 의료법인 늘푸른의료재단 회생절차에서의 M&A

채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제1조에 따르면, 회생절차는 재정적 어려움으로 파탄에 직면해 있는 채무자에 대하여 채권자, 주주·지분권자 등 여러 이해관계인의 법률관계를 조정하여 채무자 또는 그 사업의 효율적인 회생을 도모하는 제도이다. 이는 사업의 재건과 영업의 계속을 통한 채무 변제가 주된 목적으로서, 채무자 재산의 처분·환가와 채권자들에 대한 공평한 배당이 주된 목적인 파산과 구별된다.⁴⁴⁾ 회생절차는 비영리법인에도 동일하게 적용될 수 있고, 최근 들어 사건들이 늘어나고 있다.

의료법인 늘푸른의료재단은 보바스병원 운영을 통해서도 흑자를 내고 있었지만, 경영진의 무리한 투자로 인해 법인 전체적으로는 채무 변제 부담이 가중되고 채권자들이 압류에 들어가는 등 경영상 어려움을 겪고 있었다. 이에 의료법인 늘푸른의료재단은 회생절차개시 1차 신청에 대한 수원지방법원의 폐지 결정이 확정되기 전인 2016. 6. 9. 서울회생법원에 2차 회생신청을 접수하였다. 서울회생법원은 2016. 6. 28. 회생절차 개시결정을 하였는데, 이후 조사위원의 실

42) 피고인이 이사회 결의 없이 이 사건 의료법인 계좌를 통한 자금 혼용을 해 온 사정이 있어 이 사건 의료법인의 재산이 피고인에게 부당하게 유출된 것으로 평가될 여지가 없지 않다. 그러나 (중략) 정상적인 회계처리 등을 거치지 않은 채 입출금한 자금의 규모, 기간, 경위, 피고인이 이 사건 의료기관의 운영과 무관하게 사적으로 법인재산을 유출하였는지 등이 명백히 밝혀진 것으로 보기 어려워, (중략) 의료법인의 규범적 본질이 부정될 정도에 이르렀다고 평가하기는 어렵다.

43) 이 사건 의료법인의 계좌에서 피고인에 대한 차용금 채무가 변제되었더라도 의료법인의 재산이 유출된 정도, 기간, 경위 및 이사회 결의 등 정당한 절차나 적절한 회계처리 절차가 있었는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 의료법인의 규범적 본질이 부정될 정도에 이르렀는지 따져보지 않고 차용금을 변제했다는 사정만으로 이 사건 의료법인의 재산이 부당하게 유출된 것으로 평가할 수는 없다.

44) https://slb.scourt.go.kr/rel/guide/corporation_r/index.jsp

사(due diligence)에서 법인의 자산은 1,025억 원(주로 부동산인 기본재산은 940억 원), 청산가치는 712억 원이며 계속기업가치는 803억 원으로 산정되어 법인 운영을 계속하는 것이 적절하다는 의견이 제시되었다.

그 결과 신청서에 제시된 M&A를 추진하며 입찰에 4개 업체가 참여하였는데, 가장 높은 금액을 적어낸 주식회사 호텔롯데가 우선협상자로 선정되었다. 주식회사 호텔롯데는 인수계약을 체결(인수대금: 무상출연금 600억 원 및 대여금 2,300억 원, 총 2,900억 원)⁴⁵⁾, 서울회생법원이 2016. 11. 3. 그 체결을 허가함에 따라 주식회사 호텔롯데는 2016. 12. 7. 무상출연 및 대여금을 모두 납부하였다. 결론적으로 서울회생법원은 2017. 9. 21. 인가결정을 하였다.⁴⁶⁾

(2) 의료법 제51조의2와 정합성

의료법인 회생절차에서 운영권양도계약을 내용으로 하는 회생계획안에 있어서는 의료법 제51조의2의 수범자는 사회복지사업법 제18조의2 신설취지에 비추어 의료법인 운영권을 보유하고 있는 자로 해석하여야 하는데, 회생절차에 무상출연 등의 대상은 운영권자가 아닌 의료법인 자체인 점, 회생절차가 악용될 가능성이 낮고 한계의료법인의 회생의 길이 사실상 봉쇄된다는 이유 등으로 의료법 제51조의2가 적용되지 않는다는 견해가 유력하다.⁴⁷⁾ 회생절차에서 뿐만 아니라, 의료법인 자체로 자금이 출연된 경우에는 의료법 제51조의2 위반이라고 보기 힘들다는 견해도 제시된다.⁴⁸⁾

7. 유형3 - 합병 관련 법적 고찰

가. 그간의 입법론적 논의

의료법인의 ‘합병’ 조항 신설이 필요한가? 이를 둘러싸고 오랜 기간 첨예한 대립이 있었는데, 그간 의료법인의 합병을 허용하고자 하는 많은 법 개정 시도가 있었으나 이해관계인 간 의견대립으로 실제로 이루어지지 못했다. 논의 흐름을 살펴보면, 대체로 대한병원협회는 회원인 중소병원들의 견해를 대변하여 의료법인의 합병에 찬성하는 반면, 대한의사협회는 주된 회원들인 의원 개설 개원의들의 견해를 대변하여 반대해왔다. 보건복지부는 명확한 의견표명을 하지는 않아왔으나 2022년에는 한계의료법인의 증가 상황에 대응하여 의료법인 합병을 허용하는 방향으로 2026년까지 의료법 개정을 완료한다는 입장을 발표했다.

45) 참고로, 계약 조건으로 종업원의 5년 고용을 보장하였음

46) 이상 서울회생법원 2016회합100116의 내용을 설명하였음

47) 탁상진, “특수법인 도산절차에 관한 연구 -비영리법인 및 가상자산거래소에 관한 실무를 중심으로-”, 사법정책연구원, 2024.

48) 나상훈, “회생의료법인에 대한 M&A 과정에서, 인수인이 무상출연 및 자금대여의 조건으로 그 의료법인의 임원추천권을 갖는 내용의 운영권 양도계약이 의료법 제51조의2에 반하는지” (<https://www.lawtimes.co.kr/news/176441>)

[표 16] 의료법인 합병을 허용하는 개정안 관련 논의

	법개정 주요 내용	이해관계집단 입장
2012년 민법 개정안	비영리법인 의료기관의 설립을 인가방식으로 전환, 합병 허용	대한의사협회: 대형병원의 중소병원 합병 으로 의료전달체계 붕괴 우려 ⁴⁹⁾
2014년·2021년 의료법 개정안 (이명수 의원 발의)	다른 의료법인과 합병하는 경우 의료법인 해산 허용, 합병 요건은 이사 2/3의 동의와 시·도지사의 허가, 합병 후 존속 또는 신설된 의료법인은 합병으로 소멸된 의 료법인의 권리·의무를 승계	대한병원협회: 경영악화 의료법인 합병을 인정하여 승계·운영할 수 있도록 해야 함, 학교법인·사회복지법인에는 합병 규정 존재 대한의사협회: 의료법인의 대형화 경쟁 촉 발될 것임 ⁵⁰⁾

나. 합병 거래의 장단점

실제로 의료법인 합병이 허용되게 되면 어떠한 과장이 있을 것인가? 이를 알기 위해서는, 앞서 살펴본 병원 매매나 의료법인 운영권 양도와 비교하여 합병이라는 방식이 강점을 보일 수 있는 거래 영역이 있는지 살펴보아야 한다.

우선, 병원 매매와 의료법인 합병 간 주요 차이점은 전자에서는 한계병원이 병원을 운영하기 위해 비의료인이 신규 설립한 의료법인에 매매될 수 있는 반면, 후자에서는 이미 의료기관을 개설 및 운영하고 있는 의료법인에 합병된다는 점이다. 현존하고 있는 의료법인들의 비영리성과 공공성을 신뢰할 수 있다면(논쟁의 여지가 있는 전제일 것이지만) 이는 의료의 공공성 보호 관점에서 긍정적으로 평가할 수 있다.

또한, 의료법인 운영권 양도와 의료법인 합병의 주요 차이점은 법적 불확실성(의료법 제51조의2 위반 여부)과 출연자의 출연자금 회수 측면에서 살펴볼 수 있다. 한계의료법인이 운영권을 양도하는 방식에는 의료법 제51조의2에 위반될 소지가 있는데, 합병이 허용되면 의료법인에 자금 출연하여 합병하는 경우 의료법 제51조의2로 처벌받을 법적 불확실성은 해소된다. 그러나 재단법인의 본질적 특성상 운영권을 양도하건, 합병을 하건 출연자가 출연자금을 의료법인으로부터 직접적으로 회수할 수는 없을 것으로 평가된다.⁵¹⁾ 다만 간접적으로 비공개된 당사자간 약정을 통하여 합병 대가를 주고받을 가능성을 배제할 수는 없다는 측면에서 대규모 자본에 의한 중소병원 인수 우려가 제기된다고 보인다.

한편, 그간의 의료법 개정안은 의료법인의 다른 의료법인 합병을 전제했는데, 영리법인이나 사회복지법인 등 다른 비영리법인이 의료법인의 운영권을 확보하여 인수하는 것이 가능하다는 점도 고려사항에 포함할 필요가 있다. 만약 다른 종류의 법인이 의료법인을 인수하여 실질적으로 지배하는 것이 가능하다면, 의료법인 간의 합병을 금지하는 것의 실익이 있는지 의문이다.

49) <https://m.medicaltimes.com/News/NewsView.html?ID=1072934>

50) <http://www.monews.co.kr/news/articleView.html?idxno=80064>

51) <http://www.monews.co.kr/news/articleView.html?idxno=70061>

8. 영리법인과 비교에서 드러나는 의료법인 인수합병의 법적 논점

가. 의료법인 설립 시의 가장납입에 대한 제재 가부

(1) 영리법인과 차이점 : 가장납입죄 부재

상법 제628조 제1항에 따르면, 회사에의 납입 또는 현물출자의 이행을 가장하는 행위를 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1500만 원 이하의 벌금에 처하게 되어있다. 영리법인에 있어 자본금 충실의 원칙을 지키기 위하여 형사처벌 규정을 둔 것이다.

판례는 확고하게 일시차입금에 의한 위장납입과 같은 가장납입도 납입 자체는 유효하다고 하는데, 이에 대한 견해로 이러한 문제가 발생하는 근본적인 원인은 과거에 회사법이 높은 수준의 최저자본금을 요구하면서 회사의 설립을 엄격하게 규제한 것에 있고, 최근 제329조 제1항 최저자본금 제도의 폐지라든가 제334조 주금납입의 상계금지 규정의 삭제 등 자유로운 회사설립에 보다 중점을 두는 조류를 감안한다면 위와 같은 판례의 입장도 긍정적인 측면이 있다고 보면서, 이제는 설립시 최저자본금을 갖출 필요도 없기 때문에 굳이 일시적인 차입금을 가지고 납입을 위장해야 할 필요성도 거의 사라졌다는 의견도 있다.⁵²⁾

상법과 달리, 민법 및 의료법에서는 재산의 출연이 설립의 핵심적 요소인 재단법인에의 출연을 가장하는 행위에 대해 별다른 형사적 제재 수단을 두고 있지 않다.

[표 17] 영리법인과 의료법인의 최저자본금과 가장납입죄

	최저자본금	가장납입죄
영리법인	無(상법 제329조 제1항 폐지)	有(상법 제628조 제1항)
의료법인	有(주무관청별 설립허가 기준)	無

위와 같이 영리법인에 대해서는 최저자본금에 관한 규제가 없는데도 가장납입죄를 처벌하고, 의료법인에서는 기본재산 기준치 등 설립 시 재산출연에 대한 규제가 있는데도 가장납입한 경우를 별도로 처벌하는 규정이 없다는 점이 흥미로운 점이다.

(2) 사회복지법인 및 의료생협과의 차이점 : 설립허가취소 및 형사처벌 불가

그렇다면 행정적 제재 수단은 있는가? 민법 제38조에서는 법인의 설립허가의 취소 사유를 목적이외의 사업을 하거나 설립허가의 조건에 위반하거나 기타 공익을 해하는 행위를 한 때로 정하고 있는데, 재단법인에의 출연이 일부 가장되었다는 사실 그 자체로 (목적사업 수행이 실제로 불가능한 경우를 논외로 하면) 설립허가 취소 사유에 해당할 수 있는지 의문이다.

사회복지법인에 대해서는 거짓이나 부정한 방법으로 설립허가를 받았다거나, 법인 설립 후 기본재산을 출연하지 아니하였다면 허가 취소 사유가 된다. 그렇지만 의료법에서는, 사회복지법인과는 달리 의료법인에 대하여 부정한 방법으로 설립허가를 받았다거나 기본재산의 출연을 하지 않은 것을 설립허가 취소사유로 하고 있지 않다. 따라서 민법상 비영리법인과 마찬가지로 재산 출연이 부실하다는 이유 그 자체만으로는 법인의 설립 취소 사유가 된다거나 형사처벌 대상이 되지 않는다.

52) 송옥렬, 상법강의, 홍문사, 2024., 771-773p.

[표 18] 의료법인과 사회복지법인의 설립허가 취소 사유

규정	의료법인 (의료법 제51조)	사회복지법인 (사회복지사업법 제26조)
설립허가 취소사유	1. 정관으로 정하지 아니한 사업을 한 때 2. 설립된 날부터 2년 안에 의료기관을 개설하지 아니한 때 3. 의료법인이 개설한 의료기관이 제64조에 따라 개설허가를 취소당한 때 4. 보건복지가족부장관 또는 시·도지사가 감독을 위하여 내린 명령을 위반한 때 5. 제49조제1항에 따른 부대사업 외의 사업을 한 때	1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 설립허가를 받았을 때 (중략) 7. 법인 설립 후 기본재산을 출연하지 아니한 때 (이하생략)

또한, 이는 의료생협에 대한 가장납입 제재와도 매우 다르다. 소비자생활협동조합법 제85조 제2항 제3호에 따르면, 거짓 또는 부정한 방법으로 등기한 때에는 조합등의 임직원 또는 청산인은 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처해진다. 해당 규정의 해석에 관하여, 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016도19980 판결에서는 조합원이 출자한 것처럼 허위로 출자금 납입증명서를 작성하고 이를 첨부하여 이 사건 조합의 설립인가 신청서를 제출하여 조합설립인가를 받고 이와 같이 거짓으로 발부받은 설립인가에 따라 이 사건 조합의 설립등기 신청을 하여 설립등기가 경료되게 한 사안에 대해 거짓 또는 부정한 방법으로 등기한 때에 해당한다고 판시하였으므로, 해당 규정은 의료생협에의 위장 출자에 대한 처벌조항이 된다.

(3) 처벌 및 제재 공백의 결과

대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결의 반대의견에서는 재산을 충실하게 출연하지 않은 행위, 즉 의료법인에 재산을 덜 투입한 행위는 의료법인 설립과정에서 의료법인의 재산 중 일부를 유출한 것과 규범적으로 동일하게 평가하여야 한다고 본다. 반면 다수의견에 대한 보충의견에서는 의료법인의 설립 · 운영 과정에서 나타날 수 있는 위법 행위 중 상당 부분은 행정적 관리 · 감독 장치나 개별적 형사처벌 규정을 통하여 제재하는 것이 가능하고, 그러한 방법이 보다 바람직하다고 할 수 있다.

이러한 점으로 미루어볼 때 다수의견은 가장납입에 대한 제재가 필요하다면 개별적 형사처벌 규정을 두자는 입장이고, 반대의견은 의료법 제33조 제2항 위반 불법의료기관 개설의 한 징표로 보자는 입장이다.

나. 의료법인 불법개설 판단에서 법인격 부인 법리 적용 가부

(1) 비영리법인과 법인격 부인

민법 학계에서는 대체로 민법학에서도 법인격 부인에 관한 논의 필요성이 크다는 견해가 주류다.⁵³⁾ 비영리법인에 관하여 법인격부인 또는 법인격 형해화 법리를 적용한 대법원 판례인 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다73400 판결에서는 당시 외교통상부 소관 비영리법인인 중남미문화화에 대하여 법인격 부인 법리를 적용할 수 있다는 전제하에 사실관계를 검토하여 채무자와 피고 중남미문화원 간의 업무 및 재산 혼용의 정도, 법인격 형해화에 대한 거래상대방인 원고

53) 양창수 편집대표, 민법주해 II 총칙 (2), 박영사, 2022.

의 인식이나 신뢰 유무 등을 고려하면 채무자가 법적 책임을 회피하기 위한 수단으로 법인 제도를 남용하였다고 보기 어렵다고 판시하였다. 그 원심판결인 서울고등법원 2008나116609 판결에서는 영리 목적 법인이 아니더라도 법인격을 갖는 이상 재단법인 등 비영리법인의 경우에도 마찬가지로 법인격 부인 법리가 적용된다고 하였고, 대법원에서는 이에 대해 특별한 언급을 하지 않았다.

그러나 이후에는 직접적으로 비영리법인을 대상으로 법인격 부인 논리를 인정한 판례가 나오지 않고 있기는 하다. 법인격부인의 연원을 보면, 회사 제도의 등장으로 인하여 채무 면탈을 위하여 회사 법인이라는 ‘껍데기’를 빌리는 경우가 생겨 이에 대해 권리남용 금지를 실현하기 위하여 법인격 부인 법리가 탄생하였다. 그렇다면 비영리법인을 마찬가지로 채무 면탈을 위한 권리 남용 수단으로 활용하는 경우 마찬가지로 법인격 부인 논리를 적용하는 것이 충분히 가능하다.

(2) 형사판결과 법인격 부인

새로운 판단기준을 제시한 대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결 반대의견이 다수의견을 비판하는 주요 논거 중 하나는, 다수의견이 의료법인의 ‘형해화’를 요구하고 있는데 이는 상법상 법인격부인 논리로서 극히 예외적인 보충적 법리를 비영리법인 관련 형사판결에까지 적용하는 것은 적절하지 않다는 것이다. 참고로 2017도1807 판결 이전에 출판된 사법논집 연구논문⁵⁴⁾에서는 법인격 부인 적용 관련 견해 대립을 소개하면서, 비록 일반적 법인격 부인 사안들과 불법의료기관 개설 형사판결의 ‘논의의 평면’이 다르기는 하지만 법인격 부인 법리를 적용할 수 있다고 주장하였다. 생각건대, 의료법인에서는 법인격을 신설할 수 있는 특별한 권한을 국가에서 부여한 것을 남용하여 개인의 이익을 위해 사용하였다면 신의성실의 원칙상 법인격을 부인하고 법인격을 신설할 수 있는 권한이 애초부터 없었다고 보는 것이 자연스럽다고 보인다. 따라서 의료법인을 활용한 의료기관 불법개설에 관한 형사판결에도 법인격 부인을 적용하는 것에 타당성이 충분하다고 판단된다.

9. 결론: 전망과 제언

가. 전망 : 거래 방법의 확대와 거래환경의 개선

병원 인수합병의 방법은 향후 점차 확대될 것으로 예상된다. 그간 국회에 의료법인의 합병을 허용하는 의료법 개정안이 발의된 것이 여러 번이었지만 통과는 요원했고, 향후 의료법인 합병을 허용하는 의료법 개정이나 비영리법인 합병을 허용하는 민법 개정의 가능성과 그 시기는 예단하기 어렵다. 그러나, 거래 방안 확대를 요구하는 시장 수요가 증가하고 있어 이는 법개정이 되지 않더라도 다양한 방법으로 반영될 것으로 예측된다. 본문에서 논의한 보바스병원 사례에서 회생법원이 영리법인의 의료법인 임원선임권 취득을 허용한 것도 같은 맥락이라고 보인다.

한편, 의료법인 등 비영리법인의 회계 투명성 강화는 이미 정부의 명확한 기조로, 병원 인수합병 거래환경을 개선할 것으로 판단된다. 의료기관 회계기준⁵⁵⁾에 따라 회계 공시가 이루어지

54) 김가영, “의료법인 명의로 개설된 의료기관의 비의료인 개설 여부에 관한 판단 기준- 이른바 “법인 사무장병원” 사례에 관하여 -”, 사법논집 70집, 2020.

55) 의료법 제62조(의료기관 회계기준) ② 100병상 이상의 병원급 의료기관으로서 보건복지부령으로 정하는 일정 규모

는 대규모 병원을 제외하고는, 의료법인과 의료기관의 회계는 불투명한 경우가 많다. 상속세 및 증여세법 제50조 제1항 및 제2항에 따라 의료법인 등은 관할 세무서장에게 보고하는 목적으로 외부전문가의 세무 확인을 받는 것은 의무화되어 있었으나, 그 정확성과 투명성에 대한 신뢰가 크지 않았다.

의료법인 회계투명성 강화의 골자는 ‘의료기관 회계기준 적용 범위 확대’와 ‘주기적 감사인 지정제 도입’이 핵심적이다. 2024년 회계연도 이후부터는 100병상 이상의 병원급 의료기관은 의료기관 회계기준 규칙에 따라 결산서를 제출하고 공시하여야 한다. 그리고 기획재정부장관이 지정하는 감사인에게 회계감사를 받게 하는 주기적 지정제를 비영리법인에도 도입하였다.

[표 19] 의료기관 회계기준 적용 범위 확대

의료기관 회계기준 규칙(보건복지부령) 제2조(의료기관 회계기준의 준수대상) ① 「의료법」 제62조제2항에 따라 의료기관 회계기준을 준수해야 하는 의료기관의 개설자는 다음 각 호의 구분에 따른 병원급 의료기관(이하 “병원”이라 한다)의 개설자를 말한다.

1. 2022년 회계연도: 300병상(종합병원의 경우에는 100병상) 이상의 병원급 의료기관
2. 2023년 회계연도: 200병상(종합병원의 경우에는 100병상) 이상의 병원급 의료기관
3. 2024년 회계연도 이후: 100병상 이상의 병원급 의료기관

[표 20] 주기적 감사인 지정제 도입

상속세 및 증여세법 제50조(공익법인등의 세무확인 및 회계감사의무) ④ 기획재정부장관은 자산 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 공익법인등이 연속하는 4개 과세기간 또는 사업연도에 대하여 제3항에 따른 회계감사를 받은 경우에는 그 다음 과세기간 또는 사업연도부터 연속하는 2개 과세기간 또는 사업연도에 대하여 기획재정부장관이 지정하는 감사인에게 회계감사를 받도록 할 수 있다. 이 경우 기획재정부장관은 감사인 지정 업무의 전부 또는 일부를 국세청장에게 위임할 수 있다. <신설 2019. 12. 31., 2022. 12. 31.>

이처럼 회계 투명성이 강화되면, 병원 매매에 있어 우발채무의 위험성이 낮아지므로 보다 정확한 가치평가를 통해 거래 활성화가 될 수 있다. 그뿐만 아니라 보건의료 분야 주무부처인 보건복지부에서도 2017도1807 전원합의체 판결을 통해 운영상의 이유로 불법의료기관 개설임이 인정되려면 상당한 기간 부당하게 수익을 유출해야 한다고 판시한바, 사무장병원을 적발하는데 있어 수익 유출(횡령)을 잡아내는 것에 초점이 맞춰질 것으로 보이는데, 회계투명성 강화는 위법행위 예방과 적발에 큰 도움이 될 것으로 판단된다.

나. 제언 : 법리 발전에 따른 의료 공공성예의 기여

그간 의료법이 의료기관 개설 주체를 의료인과 의료법인 등으로 한정하는 것은 의료의 공공성과 비영리성을 보호하기 위한 취지라는 전제 하에서 의료기관과 의료법인의 매매에 대한 엄격한 통제가 이루어져 왔다. 그렇지만 시장에서는 이에 대응하여 꾸준히 병원 인수 거래를 해왔고 이에 대해 법원에서는 2017도1807 판결을 통해 비의료인이 주도적으로 의료법인을 설립

이상의 병원급 의료기관 개설자는 회계를 투명하게 하기 위하여 의료기관 회계기준을 지켜야 한다.

및 운영한 것만으로는 처벌이 불가능하다는 새로운 법리를 확립하여 의료법인을 설립하여 의료기관을 양수 혹은 신설하는 데 대한 법적 위험이 확연히 감소하였다. 그리고 의료법 제51조의2에도 불구하고 회생절차에서 이루어지는 M&A는 허용한다고 판단하여 법인 운영권 양도도 실질적으로 가능하게 되었다. 아직 회생절차 밖에서의 자유로운 법인 운영권 양도가 법적 위험에서 완전히 자유로운 영역이라고 하기는 어려우나, 점차 위와 같은 거래가 음지에서 양지로 드러나는 양상이라고 보인다.

이는 다른 비영리 섹터에서도 비슷한 양태를 찾아볼 수 있다. 어린이집, 학교, 대학, 종교법인 등 다양한 비영리조직에서 인구구조와 사회적 변화로 인해 재정난을 겪고 있고 이에 대해 각 주무부처에서는 민법에서 제공하지 않는 해결책인 합병에 대해 허용규정을 신설하고, 방식을 다양화하는 등 법률과 그에 대한 해석을 변경해가고 있다. 병원의 인수합병에 대한 법리의 발전은 결국 시장 참여자들에게 합법과 불법을 구별하여 안전한 거래를 하는 데 도움을 줄 수 있다는 점에서 결과적으로는 의료 공공성에도 기여할 수 있으리라 기대한다.

〈참 고 문 헌〉

단행본

- 곽윤직, 김재형, 민법총칙: 민법강의 1, 박영사, 2013.
- 김용덕 편집대표, 주석 민법 총칙 (1), 한국사법행정학회, 2019.
- 송옥렬, 상법강의, 홍문사, 2024.
- 양창수 편집대표, 민법주해 II 총칙 (2), 박영사, 2022.
- 이상돈, 김나경, 의료법강의, 법문사, 2023.

논문

- 김가영, “의료법인 명의로 개설된 의료기관의 비의료인 개설 여부에 관한 판단 기준- 이른바 “법인 사무장병원” 사례에 관하여 -”, 사법논집 70집, 2020.
- 김태선, “비영리법인의 양도 -운영권 양도계약을 중심으로-”, 중앙법학 18집 1호, 2016.
- 백경희, 장연화, “의료법인 명의 의료기관 개설·운영에 대한 의료법상 규제에 관한 고찰”, 원광법학 39권 3호, 2023.
- 송호영, “비영리법인의 합병·분할에 관한 입법론적 연구”, 한국민사법학회, 2009.
- 이정선, “의료법인 경영위기 극복방안에 관한 법적 고찰 : 법인운영권양도, 희생절차활용 및 합병규정도입을 중심으로”, 고려대학교(2022), 박사학위논문.
- 정형준, “의료법인 인수 합병의 문제점”, 의료와사회 5호, 2016.
- 탁상진, “특수법인 도산절차에 관한 연구 -비영리법인 및 가상자산거래소에 관한 실무를 중심으로-”, 사법정책연구원, 2024.

기타자료

- 경상북도, “경상북도 의료법인 설립 및 운영 기준”, 2022.
- 김기성, “법원, 롯데그룹에 보바스병원 운영권 넘겼다”, 한겨레, 2017. 9. 22. (https://www.hani.co.kr/arti/area/area_general/812137.html)
- 김은영, “전공의 사직 ‘반사이익’ 얻은 중소병원, 가장 먼저 흔들릴 것”, 청년의사, 2024. 5. 10. (<https://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=3017184>)
- 나상훈, “희생의료법인에 대한 M&A 과정에서, 인수인이 무상출연 및 자금대여의 조건으로 그 의료법인의 임원추천권을 갖는 내용의 운영권 양도계약이 의료법 제51조의2에 반하는지”, 법률신문, 2022. 2. 17. (<https://www.lawtimes.co.kr/news/176441>)
- 민경진, ““더는 못 버틴다”...재정난에 의료법인 '줄파산'”, 한국경제, 2024. 6. 11. (<https://www.hankyung.com/article/202406118175i>)
- 박수연, ““유디치과 영업권 양도계약은 유효” ... 2주일 전엔 ‘무효’ 판결 “, 법률신문, 2023. 12. 2. (<https://www.lawtimes.co.kr/news/193752>)
- 보건복지부, “의료법인 설립 및 운영안내”, 2008.
- 임슬기, “2023~2032년 건강보험 재정전망”, 국회예산정책처, 2023.
- 현두륜, “의료법인의 인수합병에 관한 소고”, 병원신문, 2017. 2. 20. (<https://www.khanews.com/news/articleView.html?idxno=127492>)
- 황인형, “비영리 공익법인의 합병분할은 가능한가”, 비영리거버넌스인사이드 통권 15호, 2024.