

구 의료법 제30조의 규정과 동업약정의 효력
- 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두1493 판결을 중심으로 -

김 영 신*

논문요지

우리 의료법은 의료인, 의료법인 등 매우 제한된 범위에서만 의료기관의 개설주체가 될 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정 위반의 경우 형사처벌을 받는 것은 물론, 대법원 판결에 의하면 이러한 규정을 위반하는 행위의 사법상 효력도 부인된다. 나아가 대법원은 의료인과 의료인이 아닌 자가 동업하여 의료기관을 개설하기로 하는 약정 역시 私法的으로 무효라고 한다. 종래 강행규정 여부를 판단하는 기준으로 제시된 것들을 살펴보면, 위와 같이 대법원이 의료기관 개설 주체를 의료인으로 한정된 법규정을 강행규정으로 보는 것은 불가피한 면이 있다. 그러나 비의료인의 의료기관 개설과 의료인과 비의료인의 동업을 똑같이 평가하여 이러한 동업 약정의 효력을 무효로 판단하는 것은 법리의 기계적 적용에 불과하다. 동업 약정을 무효로 해석하는 경우 의료기관에 대한 투자를 저해하는 등 경제적·산업적 부작용은 물론, 여러 법기술적 문제점이 발생한다. 가령 이미 의료기관을 개설한 의사가 다른 의사와 동업하여 의료기관을 개설하는 경우, 대법원의 위와 같은 논지를 관철하게 되면 의료기관 중복개설에 해당하게 되고 동업 약정 역시 무효라고 판단하게 될 가능성이 큰데, 이러한 결론은 타당하지 않다. 그러한 점에서 의료인과 비의료인이 동업하여 의료기관을 개설한 경우에는 그 약정이 유효한 것으로 인정하여야 한다.

검색용 주제어 : 법률행위, 약정, 강행법규, 임의법규, 의료법, 비의료인, 동업

· 논문접수: 2011. 11. 30 · 심사개시: 2011. 12. 15 · 게재확정: 2011. 12. 22

* 명지대학교 법과대학 조교수, 법학박사

1. 대상판결

가. 사실관계

의사인 원고는 1994. 5. 2. 의료인이 아닌 소외인과의 사이에, 원고가 대구 달서구 감삼동 139의 7, 18, 19 토지들 및 의료기술을, 소외인이 같은 동 139의 2, 3, 4, 8, 15, 16, 20, 33 토지들(이하 토지들은 그 소재 지번만으로 지칭한다) 및 같은 동 139의 8 지상 지하 1층, 지상 4층 근린생활시설을 각각 출자하고, 손익분배비율을 50 : 50으로 정하여 병원을 공동 경영하기로 하는 내용의 동업계약을 체결하였다. 원고는 자신의 단독 명의로 의료기관 개설신고 및 사업자등록을 마친 후 위 소외인과 함께 병원을 운영하여 오던 중, 1997. 7. 31.경 소외인과 사이에 의료법인을 설립하여 병원의 운영에 관한 일체의 권리와 의무를 위 의료법인에 포괄적으로 양도하기로 하는 내용의 사업양도양수계약을 체결하였다. 위 사업양도계약에 따라 원고와 소외인은 당시 감정평가액을 기준으로 함께 8,369,919,247원 상당의 재산을 출연하였고, 그 중 원고의 출연재산액은 4,751,484,212원이었다. 원고와 소외인은 1997. 11. 3. 위 의료법인을 설립한 후, 1997. 11. 6. 출연한 기본재산들에 관하여 위 의료법인 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다.

한편 이에 대하여 남대구세무서장은 위 의료법인에 인수된 원고의 병원 운영 관련 채무들(이하 “인수채무”라 한다)은 함께 50억 9천만 원으로서, 원고가 위 의료법인에 출연한 재산보다 더 많은 338,515,788원의 채무를 부담하게 되었으므로, 위 초과채무 상당액은 제3자에 의한 채무인수이익으로서 원고가 위 의료법인으로부터 1997. 11. 6. 위 초과채무 상당액을 증여받은 것으로 보아, 2000. 4. 15. 원고에게 증여세 75,014,100원(가산세 17,310,946원 포함)을 부과·고지하는 내용의 처분을 하였다.

나. 원심의 판단

이 사건의 원심인 대구고법 2003. 1. 17. 선고 2002누1114 판결에서는 다음과 같은 이유로 증여세 부과가 위법하다고 하였다.

비록 인수채무의 채무자 명의를 원고로 되어 있다고 하더라도, 그 발생 원인이 된 각 대출의 자금용도가 모두 운전자금 또는 시설자금으로 되어 있고 인수채무에 대하여 소외인이 그 소유의 부동산을 담보로 제공하고 있을 뿐만 아니라 연대보증을 하고 있는 점, 원고가 소외인과 공동 명의로 민간병원 병상신설 금융지원자금 사용 승인신청을 한 바 있고 병원의 사업자등록도 원고와 소외인의 공동 명의로 하였다가 소외인이 비의료인인 관계로 원고로 정정한 점, 이 사건 병원 건물의 증축 시공회사가 공사대금을 수령하면서 원고 등에게 교부한 세금계산서의 “공급받는 자”란에 원고 외 1인이라고 기재되어 있는 점 등 제반사정에 비추어 보면 병원은 원고와 소외인이 자신들의 재산을 출자하여 공동으로 운영해 온 것으로 인정된다. 한편 2인 이상이 공동으로 사업을 경영하여 그 손익을 분배하기로 약정한 경우에는 편의상 외부적으로는 그 중 1인의 이름으로 활동을 하더라도 동업관계에서 발생하는 이익 또는 손실은 약정된 손익분배비율에 의하여 귀속된다고 할 것이므로, 손익분배비율에 대하여 50 : 50으로 정한 이상, 구 병원의 공동운영 과정에서 발생한 위 대출금채무도 원고와 소외인이 그 손익분배비율에 따라 부담한다고 할 것이고, 따라서 실질과세의 원칙에 따라 위 인수채무 중 원고의 부담 부분에 해당하는 50%만을 원고가 출연한

위 재산 총액과 비교하여 보면 위 의료법인에 의한 채무인수이익은 없다고 할 것이므로, 이를 증여라고 보아 원고에게 증여세를 부과한 피고의 이 사건 증여세 부과 처분은 위법하다고 하였다.

다. 대법원의 판단

그러나 대법원은 원심의 이러한 판단을 수긍하지 않고 파기환송하였다.

우선 대법원은 원심과 달리 위와 같은 동업약정은 의료법에 위반하는 것이어서 무효라고 한다

“의료법은 제30조 제2항에서¹⁾ 의료인이나 의료법인 등 비영리법인이 아닌 자의 의료기관 개설을 원천적으로 금지하고, 제66조 제3호 에서 이를 위반하는 경우 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는바, 의료법이 의료의 적정을 기하여 국민의 건강을 보호 증진함을 목적으로 하고 있음에 비추어 위 금지규정의 입법 취지는 의료기관 개설자격을 의료전문성을 가진 의료인이나 공적인 성격을 가진 자로 엄격히 제한함으로써 건전한 의료질서를 확립하고, 영리 목적으로 의료기관을 개설하는 경우에 발생할지도 모르는 국민 건강상의 위험을 미리 방지하고자 하는 데에 있다고 보이는 점, 의료인이나 의료법인 등이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 행위는 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위에 해당할 뿐 아니라, 거기에 따를 수 있는 국민 보건상의 위험성에 비추어 사회통념상으로 도저히 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠고 있다고 볼 수밖에 없는 점, 위와 같은 위반행위에 대하여 단순히 형사 처벌하는 것만으로는 의료법의 실효를 거둘 수 없다고 보이는 점 등을 종합하여 보면, 위 규정은 의료인이나 의료법인 등이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 경우에 초래될 국민 보건위생상의 중대한 위험을 방지하기 위하여 제정된 이른바 강행법규에 속하는 것으로서 이에 위반하여 이루어진 약정은 무효라고 할 것²⁾이다.”

위와 같은 이유로 원고와 소외인이 병원의 운영과 관련하여 맺은 동업약정 또한 의사인 원고가 의료인 아닌 소외인과 각각의 소유 토지들을 출자하여 함께 의료기관을 개설한 후 그것을 운영하여 얻은 수입을 동등한 비율로 배분하기로 하는 내용의 약정으로서 강행법규인 의료법 제30조 제2항 위반으로 무효라고 한다.

그러한 점에서 위 병원 운영과 관련하여 얻은 이익이나 취득한 재산, 부담하게 된 채무 등은 모두 원고 개인에게 귀속되는 것이고 소외인은 위 동업약정이 무효로 돌아감에 따라 그 출자물의 반환만을 구할 수 있을 뿐이어서, 위 대출금 반환 채무는 법적 외관에 있어서 뿐만이 아니라 그 실질에 있어서도 전액 원고 개인의 채무로 보아야 하며, 증여세 부과가 정당하다는 것이다.

2. 문제의 제기

위 대법원 판결에서 근거가 된 구 의료법 제30조는 다음과 같이 규정하고 있다.³⁾

1) 법 제4732호 1994. 1. 7 일부개정한 것.

2) 밑줄은 필자가 부기한 것이다. 이하에서도 마찬가지이다.

3) 현행 의료법 제33조에서도 약간의 차이는 있으나 취지는 유사한 규정을 두고 있다.

의료법 제30조 [개설]

- ① 의료인은 이 법에 의한 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 행할 수 없다.
- ② 다음 각호의 1에 해당하는 자가 아니면 의료기관을 개설할 수 없다. 다만 제1호의 의료인은 1개소의 의료기관만을 개설할 수 있으며, 의사는 종합병원·병원·요양병원 또는 의원, 치과의사는 치과병원 또는 치과의원을, 한의사는 한방병원·요양병원 또는 한의원을, 조산사는 조산원만을 개설할 수 있다.
 1. 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사
 2. 국가 또는 지방자치단체
 3. 의료업을 목적으로 설립된 법인(이하 "의료법인"이라 한다)
 4. 민법 또는 특별법에 의하여 설립된 비영리법인
 5. 정부투자기관관리기본법의 규정에 의한 정부투자기관·지방공기업법에 의한 지방공사 또는 한국보훈복지공단법에 의한 한국보훈복지공단
- ③ 제2항의 규정에 의하여 의원·치과의원·한의원 또는 조산원을 개설하고자 하는 자는 보건사회부령이 정하는 바에 의하여 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.
- ④ 제2항의 규정에 의하여 종합병원·병원·치과병원·한방병원 또는 요양병원을 개설하고자 하는 자는 보건사회부령이 정하는 바에 의하여 도지사의 허가를 받아야 한다. 이 경우에 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 의료기관의 개설허가를 하지 아니한다.
 1. 보건사회부령으로 정하는 지역별 소요병상수를 초과하는 경우
 2. 제51조의 규정에 의한 개설허가의 취소처분이 있는 날로부터 6월 이내에 그 처분을 받은 자가 의료기관을 개설하고자 하는 경우
 3. 제32조의 규정에 의한 기준에 적합하지 아니하는 경우
- ⑤ 제5조 단서의 규정에 의하여 면허를 받은 자가 국내에서 의료기관을 개설하고자 할 때에는 보건사회부장관의 허가를 받아야 한다.
- ⑥ 제3항 내지 제5항의 규정에 의하여 개설된 의료기관이 그 개설장소를 이전하거나 그 개설에 관한 신고 또는 허가사항중 보건사회부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 제3항 또는 제4항과 같다.
- ⑦ 조산원을 개설하는 경우에는 그 개설자는 반드시 지도의사를 정하여야 한다.

즉, 의료인이 의료업을 영위하기 위하여는 의료기관을 개설하여야 하는 것이 원칙이며(제1항), 의료기관을 개설할 수 있는 것은 의료인 및 의료법인 등에 한하고 의료인은 1개소의 의료기관만을 개설할 수 있다는 것이다(제2항). 이러한 규정 이외에 위반한 경우 면허증 대여 및 제30조 제2항 위반의 경우에는 5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금(제66조), 제30조 제4항 위반의 경우에는 3년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금(제67조) 등 처벌규정 또한 마련하고 있다.⁴⁾

그런데 대법원은 앞서 살펴본 바와 같이 이러한 규정이 “강행규정”이라고 하면서, 이를 근거로 비의료인에게 의료인이 면허를 대여하기로 하는 약정은 물론, 의료인과 비의료인이 동업하여 의료기관을 개설하기로 하는 약정 역시 “무효”라고 하고 있다. 이렇듯 당사자 사이의 동업계약이 강행규정위반으로 무효인 결과, 동업계약에 기하여 병원을 운영하는 과정에서 발생하는 수익이나 손실은 모두 의료인인 일방에만 귀속하고, 동업계약의 당사자인 비의료인은 출자금반환을 청구할 수 있을 뿐이라는 것이다.⁵⁾

4) 위 규정들은 현행 의료법 제87조 내지 제88조의 규정과 유사하다.

이러한 판단은 면허 또는 자격 등을 요하는 업무에서 명의를 대여하는 약정이 많은 경우 강행규정위반으로 무효라는 일련의 대법원 판결들과 궤를 같이 하는 것으로 이해된다. 대법원은 이하에서 살펴볼 바와 같이 여러 판결들에서 명의대여 약정이 강행규정 위반으로 무효라고 평가하고 있고, 많은 문헌에서 이에 상응하여 강행규정 위반의 중요한 유형으로 면허를 대여하는 약정의 경우를 들고 있다. 그런데 위 사안과 같이 자격자와 비자격자가 동업하는 경우, 즉 조합관계를 이룬 경우에도 마찬가지로 무효로 보아야 할 것인지는 검토의 여지가 있다고 할 것이다.

이하에서는 명의대여의 경우 처벌 여부에 관한 대법원 판결들을 간략하게 개관하여 본 후(III), 강행 규정 위반의 경우 私法的 효과 일반에 관하여 검토하고(IV), 위와 같이 비자격자와 자격자가 동업하는 경우에도 면허의 “대여”와 유사하게 무효로 보아야 할 것인지 고찰한 후(V), 나름의 결론을 제시하고자 한다(VI).

3. 명의대여행위의 처벌

- 구 의료법 제30조의 刑事法的 효과

이 글은 구 의료법 위반의 경우 사법적 효과를 다루는 것이 목적이나, 이 규정이 어떻게 실제로 운용되는지 살펴보기 위하여 그 형사법적 효과를 이하에서 간략하게 살펴본다. 이 문제에 관하여는 다른 전문 자격증 대여의 경우와 비교하여 설명하기로 한다.

가. 명의대여 일반

대법원 판례는 일단 자격증의 대여와 무허가·무등록 영업을 구별하고 있다. 이하에서 보는 바와 같이 대법원은 면허 대여 여부의 판단을 명의대여자가 실제로 업무를 수행할 의사가 있는지 구체적으로 검토하여 결정하고 있다. 관세사 명의대여의 의미에 관하여 대법원은 다음과 같이 판단하고 있는데, 약사, 법무사 등 자격을 요하는 다른 경우에도 마찬가지로 판단하고 있다.⁶⁾

"관세사법 제12조에서 금지하고 있는 '명의대여 등'라 함은 다른 사람에게 자기의 성명 또는 사무소의 명칭 등을 사용하여 통관업을 행하게 하거나 그 자격증 또는 등록증 등을 이용하여 관세사로 행세하면서 수출·입 절차의 대행업무 등과 같은 관세사의 업무를 행하려는 것을 알면서도 자격증 또는 등록증 자체를 빌려주는 것을 말하므로, 만일 관세사가 무

5) 대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다2390,2406 판결[공2003.6.1.(179),1192] 역시 같은 취지로 판시하고 있다. 이 사건에서는 원고는 병원을 개설할 장소, 의료기기, 설비와 같은 자본, 인력 및 경영 노하우 등을 제공하고, 피고는 기존의 환자 등 영업상의 무형 자산과 신장병 전문의로서의 기능 및 명성 등을 제공하여 쌍방이 함께 의료기관을 개설한 후 그것을 운영하여 얻은 수입을 일정한 비율로 배분하기로 하는 내용의 동업약정을 체결하였는데, 이러한 약정은 대상판결의 판시와 같은 이유로 무효라고 한다.

한편 이 사건에서는 위와 같이 강행법규인 구 의료법 제30조 제2항의 규정에 위반되는 법률행위를 스스로 한 피고가 강행법규 위반을 이유로 무효를 주장하는 것이 또한 문제되었는데, 대법원은 스스로 강행법규를 한 당사자가 무효를 주장한다고 하여 신의칙 또는 금반언의 원칙에 반한다고 볼 수 없다고 한다.

6) 김현용, "가. 법령이 금지하는 자격증의 대여의 의미 및 무자격자의 업무수행 여부 판단기준, 나. 법령이 금지하는 자격증보유자와 유사한 명칭의 해당 여부 판단 기준", 대법원판례해설 70호(2007. 12), 법원행정처. 477면.

자격자로 하여금 그 관세사 명의로 등록을 마친 관세사 사무소의 경영에 관여하거나 자금을 투자하고 그로 인한 이익을 분배받았다 하더라도, 여전히 관세사 자신이 그 관세사 사무소에서 수출·입 물품에 대한 지번·세율의 분류, 과세가격의 확인과 세액 계산 등과 같은 관세사의 업무를 계속 수행하여 왔으며 무자격자가 관세사의 업무를 수행한 바 없다면, 이를 가리켜 '명의대여' 등을 하였다고 말할 수는 없다"⁷⁾

결국 대법원은 관세사의 경우 다른 사람이 자기의 성명 또는 사무소 명칭을 사용하여 업무를 행하게 하거나, 다른 사람이 그 자격증 또는 등록증을 이용하여 자격자로 행세하면서 업무를 행하려는 것을 알면서 자격증 또는 등록증 자체를 빌려주는 것을 명의대여라고 하고 있고, 타인에게 사무소의 경영에 관여하거나 자금을 투자하고 이익을 분배받도록 하는 것은 명의대여와 무관하다는 입장이다.⁸⁾

앞에서 설명한 바와 같이 관세사의 면허대여에 관한 논리를 다른 전문 면허자의 경우에도 적용하고 있다. 즉 대법원은 건축사의 경우 무자격자인 제3자가 자금을 투자하여 시설을 갖추고 그 건축사 명의로 건축사사무소의 등록신고를 하는 데에 자신의 면허증을 이용하여 하더라도 그 등록 후 건축사 자신이 그 건축사사무소에서 건축물의 설계 및 공사감리 등의 업무를 계속 수행하여 왔다면, 면허를 대여한 것으로는 볼 수 없다고 하였다.⁹⁾ 또한 약사의 경우에도 무자격자로 하여금 자금을 투자하여 시설을 갖추고 그 약사 명의로 약국 개설등록을 하는 데에 자신의 면허증을 이용하도록 하였다고 하더라도 그 개설 후 약사 자신이 그 약국에서 업무를 할 의사로 그리하였고, 또 실제로 개설 후 약사가 그 약국에서 업무를 계속하여 왔으며 무자격자가 藥事에 관한 업무를 한 바 없다면 면허를 대여한 것으로 볼 수 없다고 한다.¹⁰⁾

나. 의료법 위반의 경우

위와 같은 논리가 한의사에 대하여도 적용된다는 대법원 판결이 있다. 이 사안에서의 사실관계를 보면, 한의사인 A는 한의사 면허 없이 한의원을 경영하는 B 등으로부터 한의원개설에 필요한 한의사 면허 명의를 빌려 달라는 제의를 받고 이를 승낙하여 B 등으로 하여금 A 명의로 관할 보건소에 한의원 개설등록을 하도록 하고 한의원을 경영하도록 한 것이다. 이 판결의 원심에서는¹¹⁾ A가 한의사 면허가 없는 B 등에게 면허증을 빌려 주어 그들로 하여금 A 명의로 한의원 개설등록을 마칠 수 있도록 하여준 행위는 면허증을 대여한 경우에 해당하는 행위임이 분명하고, A가 다시 B 등이 개설한 한의원에 고용되어 실제로 근무를 하였다고 하여도 이는 면허증 대여의 성립에 아무런 영향을 미치지 못한다고 판단하고 있다. 그러나 대법원에서는 이와 달리 "의료의 적정을 기하여 국민의 건강을 보호증진하는 것을 목적으로 하는 의료법의 입법취지나, 이러한 목적을 달성하기 위하여 의료인의 자격에 관하여 엄격한 요건을 정하여 두는 한편 의료인이 아니면 의료행위를 할 수 없

7) 대법원 2000. 1. 18. 선고 99도1519 판결. 한편 이 사건에서 문제된 관세사법 제12조에서는 "관세사는 다른 사람에게 자기의 성명 또는 사무소의 명칭을 사용하여 통관업을 행하게 하거나, 그 자격증 또는 등록증을 대여하여서는 아니된다"고 규정한다.

8) 김현용, 전제논문, 478면.

9) 대법원 1997. 5. 16. 선고 97도60 판결. 한편 이 사안에서 문제된 건축사법 제10조에서는 "건축사는 타인에게 자기의 성명을 사용하여 제19조의 규정에 의한 업무를 행하게 하거나 면허증 또는 면허수첩을 대여하거나 부당하게 이를 행사하여서는 아니된다"고 규정한다.

10) 대법원 1995. 3. 24. 선고 95도123 판결.

11) 서울형사지방법원 1994.6.16. 선고 94노728 판결.

다는 것을 그 본질적·핵심적 내용으로 하는 의료법 관계규정의 내용 및 면허증이란 「의료인으로서의 자격이 있음을 증명하는 증명서」인 점 등에 비추어 보면, 의료법에서 금지하고 있는 「면허증 대여」라 함은 「타인이 그 면허증을 이용하여 의료인으로 행세하면서 의료행위를 하려는 것을 알면서도 면허증 자체를 빌려 주는 것」이라고 해석함이 상당하다"고 한다.¹²⁾ 그러면서 의료인이 무자격자가 자금을 투자하여 시설을 갖추고 그 의료인 명의로 의료기관 개설신고를 하는 데에 자신의 면허증을 이용하도록 하였다고 하더라도, 그 개설 후 의료인 자신이 그 의료기관에서 의료행위를 할 의사로 그리하였고 또 실제로 개설 후 의료인이 의료행위를 계속하여 왔으며 무자격자가 의료행위를 한 바 없다면, 면허증을 대여한 것으로 볼 수는 없다는 것이다.¹³⁾

그런데 의사의 경우에는 한의사 또는 약사법이 적용되는 약사 등과 달리 보고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 대법원 1995. 12. 12. 선고 95도2154 판결에서는 의료인의 자격이 없는 일반인이 필요한 자금을 투자하여 시설을 갖추고 유자격 의료인을 고용하여 그 명의로 의료기관 개설신고를 한 행위는 형식적으로만 적법한 의료기관의 개설로 가장한 것이어서 의료법 제66조 제3호 등의 위반죄가 성립되고 그 개설신고 명의인인 의료인이 직접 의료행위를 하였다 하여 달리 볼 것은 아니라고 한다.

대법원은 위와 같이 약사나 한의사 등과 의사를 달리 보는 이유를 명백히 밝히고 있지 않다. 이는 의료행위가 국민보건상 미치는 영향이 크다는 점을 고려한 것으로 일응 생각된다.¹⁴⁾ 특히 같은 법규에 의하여 규율되는 한의사와 의사를 달리 취급하면서 그 이유를 명

12) 대법원 1994. 12. 23. 선고 94도 1937 판결. 한편 이 판결의 기초가 된 당시의 의료법 규정을 보면 [법률 제4430호 1991.12.14 일부개정된 것] 현행 의료법 및 대상판결에서 문제된 의료법 규정과 규정방식이 크게 다르지 않다.

제30조(개설)

① 의료인은 이 법에 의한 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 행할 수 없다.

② 다음 각호의 1에 해당하는 자가 아니면 의료기관을 개설할 수 없다. 다만, 제1호의 의료인의 경우에 있어 의사는 종합병원·병원 또는 의원, 치과의사는 치과병원 또는 치과의원을, 한의사는 한방병원 또는 한의원을, 조산사는 조산소만을 개설할 수 있다.

1. 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사

2. 국가 또는 지방자치단체

3. 의료업을 목적으로 설립된 법인(이하 "의료법인"이라 한다)

4. 민법 또는 특별법에 의하여 설립된 비영리법인

5. 정부투자기관관리기본법의 규정에 의한 정부투자기관 [후략]

13) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005도3468 판결도同様.

이 판결의 사안은 A가 병원개설자 명의만을 대여하고 의료행위는 하지 않는 것을 조건으로 면허증을 대여하였는데, A 명의로 병원의 개설자 명의로 등록되어 있던 2003. 8. 28.경부터 2004. 2. 28.경까지 사이에 위 병원의 진료 등 의료행위는 의사인 B가 전담하였으며 다만 A가 우연히 1회 의료행위를 한 것인데, 대법원은 이에 대하여 의료법 제66조 제1호가 금하는 면허증의 대여에 해당한다고 판단하였다.

대법원 2003. 6. 24. 선고 2002도6829 판결[공2003.8.1.(183),1651]은 약사법 위반 사건에 관한 것인데, 이 사안에서도 면허증 대여의 상대방이 무자격자인 경우는 물론, 자격 있는 약사인 경우에도 그 대여 이후 면허차용인에 의하여 대여인 명의로 개설된 약국 등 업소에서 대여인이 직접 약사로서의 업무를 행하지 아니한 채 차용인에게 약국의 운영을 일임하였다면 약사면허증을 대여한 데 해당한다고 하였다. 이 사안에서는 약사면허가 있는 약사가 채무가 많아 자기의 이름으로는 약국을 운영하기 어려운 처지에 있게 되자, 약사면허증을 빌려 명의대여자 이름으로 약국을 개설한 후 차용인이 의약품의 조제 및 판매 업무를 전담하였고 대여자는 전혀 이에 관여하지 아니한 것인데, 이 경우에 약사법 제5조 제3항 소정의 면허증의 대여에 해당하는 것은 물론이나, 위 대법원 판결의 내용을 보면 약사의 경우 대여인이 직접 약사업무를 행한 경우에는 면허의 대여에 해당하지 않는 것으로 볼 여지가 크다.

14) 대법원 2001. 11. 30. 선고 2001도2015 판결[공2002.1.15.(146),238]에서는 의료인이 의료인이나 의료법인 아닌 자의 의료기관 개설행위에 공모한 경우 공동정범으로서의 책임을 진다고 하면서, "의료

백히 밝히지 않는 것은 적절하지 않은 것으로 생각된다.

4. 명의대여약정의 효력

- 私法的 效果

가. 면허대여약정의 효력

위에서 살펴본 바와 같이 일정한 면허 대여의 경우 형사적, 행정적 처벌 규정을 두고 있는 것에서 나아가, 대법원은 많은 경우 면허를 대여하는 약정이 단순한 團束規定이 아니라 效力規定을 위반한 약정으로 "無效"라고 하고 있다.¹⁵⁾ 가령, 건설업면허를 받은 건설업자가 건설업면허 없는 사람에게 건설업면허를 대여하기로 하는 명의대여 계약은 구 건설업법 규정에 비추어 무효라고 할 것이고 따라서 명의대여에 대한 대가로 지급되는 명의대여료의 지급약정이나 명의대여를 소개한데 대한 대가로 지급되는 소개수수료의 지급약정 역시 모두 무효라고 한다.¹⁶⁾ 또한 위 규정을 잠탈하려는 계약도 무효로 되는데, 가령 대법원 1988.11.22. 선고 88다카7306 판결에서는 건설업면허대여의 방편으로 체결되는 건설업양도양수계약의 효력이 문제되었다. 대법원은 건설업 면허대여의 방편으로 체결되는 건설업양도양수계약 또한 강행규정인 구 건설업법 규정들의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효라고 보아야 한다고 하였다.¹⁷⁾

법은 제30조 제2항에서 의료인이나 의료법인이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 경우에 초래될 국민 보건위생상의 중대한 위험을 방지하기 위하여 의료인이나 의료법인이 아닌 자의 의료기관 개설을 원칙적으로 금지하고, 제66조 제3호에서는 이를 위반하는 경우 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있어 의료인이나 의료법인이 아닌 자의 의료기관개설행위는 의료법에 의하여 금지된 행위로서 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위에 해당할 뿐 아니라, 의료인이나 의료법인이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 행위는 거기에 따를 수 있는 국민보건상의 위험성에 비추어 사회통념상으로 도저히 용인될 수 없다(밀줄은 필자가 부기한 것이다. 이하 같다)고 할 것이다. 따라서 의료인이나 의료법인이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 행위는 그 위법의 정도가 중하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없는 정도로 반사회성을 띠고 있"다고 하는데, 위 판결에서도 명백히 밝히지는 않고 있으나, 대체로 이러한 논지인 것으로 파악된다. 다만, 그렇다면 한의사의 경우 의사와 반사회성 면에서 다르게 볼 근거가 있는지 의문이다.

15) 가령 박윤직, 민법총칙에서는 금지규정이 단순한 단속규정이 아니라 효력규정이 되는 대표적인 유형으로 면허 대여의 경우를 들고 있다.

16) 대법원 1988.12.27. 선고 86다카2452 판결.

17) 이 사건에서 설립중인 회사의 발기인 대표이던 A는 설립될 회사에서 사용할 목적으로 1981. 5. 14. B명의의 건설업 면허를 임차하였다. 그런데 당시 시행되던 구 건설업법상 건설업면허만 해당 건설업체로부터 분리하여 양도하는 것은 허용되지 아니하고, 해당 건설업체를 양도함으로써 건설업 면허가 양수인에 이전될 수 있었을 뿐이어서, 부득이 위 A와 B는 구 건설업법에서 인정되는 건설업양도양수인 신청절차를 밟아 회사 명의로 이 사건 건설업 면허를 이전하기로 하고 위 계약일로부터 1년이 되는 날에 같은 절차를 거쳐 면허명의를 다시 B 앞으로 환원시키기로 약정하였다. 이에 따라 A는 건축자재 판매업을 목적으로 회사설립등기를 경료하고, A.B 공동으로 부산직할시장에게 건설업체 양도양수인신청을 하여 인가를 받음으로써 이 사건 건설업 면허가 피고 회사에 이전되었다. 구 건설업법은 건설업 면허를 대여한 자에 대하여는 그 면허를 취소하도록 규정함과 아울러 타인에게 건설업면허를 대여하거나 대여받아 이를 사용하는 자는 1년이하의 징역 또는 1,000,000원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다(제51조 제9호). 이 규정과 관련하여 대법원은 건설업 면허는 해당 건설업의 양도 또는 건설업자인 법인의 합병과 함께하는 경우에만 이전할 수 있도록 규정하고 있는 바, 이와 같은 규정 취지 등을 종합하면 건설업 면허의 대여계약은 위 법에 위반하는 계약으로서 무효이고, 면허대여의 방편으로 이루어진 건설업 양도 역시 무효라고 한다. 그러면서도 위 계약자체가 선량한 풍속 기타 사회질서(민법 제103조)에 어긋나는 반윤리적인 것은 아니어서 건설업 양도양수계약의 형식으로 이루어진 건설업면허의 대여가 민법상 불법원인급여에 해당하는 것은 아니고 부당이득반환은 가능하

이와는 달리 대법원 1992.7.14. 선고 91다45950 판결에서는 주세법에서는 “제조 면허를 사실상 타인에게 양도하였을 때” 면허취소사유로 규정하고 있으나, 이를 이유로 하여 주류제조면허 양도계약이 무효가 되는 것은 아니라고 하면서, 주류제조면허의 양도계약은 특별한 사정이 없는 한 사적 자치의 원칙에 따라 유효하다고 한다. 그리하여 주류제조면허의 양도인에게 자신의 면허취소신청을 하고 양수인이 면허를 얻는 데 필요한 협력을 하여야 할 의무가 있고, 양수인이 양도인에게 위 협력의무의 이행을 訴로써 청구할 수 있다고 한다. 이 사건의 원심은¹⁸⁾ 주세법 규정에 의하면 주류제조면허의 양도가 있을 수 없으므로 당사자 사이에 주류제조면허에 관하여 양도계약이 체결되었다 하여도 양수인이 양도인을 상대로 그 이행을 訴求할 수 없다고 하였다. 그러나 대법원은 주세법 제16조 제1항 제5호에서 “제조 면허를 사실상 타인에게 양도 또는 대여하거나 타인과 동업경영을 하고 있는 사실이 발견되었을 때” 주류제조면허를 취소하여야 한다는 것은 제조 면허는 여전히 양도인이 보유하고 있으면서 실제로 제조는 양수인이 하는 경우를 말하고 제조 면허까지 양수인에게 양도하여 양수인이 면허를 받기로 하는 내용의 계약까지 위 조항이 금지하는 취지라고 해석할 수는 없고, 주류제조면허의 양도계약은 특별한 사정이 없는 한 사적자치의 원칙에 따라 유효하다고 하였다.

요컨대, 대법원 판례를 검토하여 보면 면허 대여의 경우 일률적으로 사법적 효력이 부인되는 것이 아니라, 당해 금지규정의 취지 및 행위의 내용을 구체적으로 판단하여 효력 여부를 결정하여야 한다는 취지라고 할 수 있다.

나. 강행규정 판단의 기준

위와 같이 대법원이 면허 대여의 경우 일률적으로 사법적 효력이 부인되는 것으로 보고 있지 않으므로, 결국 당해 규정이 단순한 단속규정인지 효력규정인지 명확히 하는 작업이 요구된다.

강행규정은 “법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계있는 규정(민법 제105조)”을 말하는데,¹⁹⁾ 강행규정은 통상 -“임의규정”과 대비되어- 당사자의 합의에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 조항으로 이해된다. 국가가 행정상 목적을 위하여 일정한 행위를 금지하거나 제한하는 것을 내용으로 하는 규정을 두는 경우 제한 또는 금지의 실효성 확보를 위하여 형벌, 과태료, 행정적인 허가 취소 등 제재를 부과하는 경우가 많은데, 나아가 이러한 법 위반 거래의 사법적 효력까지 부인되는 것인지 여부를 결정하는 기준으로 다음의 것들이 제시되고 있다.²⁰⁾

다고 하였다.

18) 대고등법원 1991.10.24. 선고 87나1386 판결.

19) 다수설과 판례는 그에 위반되는 행위의 사법상 효과가 부정되는 효력규정 뿐 아니라 단속규정도 강행규정에 포함된다고 하나(곽윤직, 민법총칙[제7판], 2002, 박영사, 211면; 김증한/김학동, 민법총칙[제9판], 1995, 303면 등), 강행법규와 단속법규는 존재의 측면을 달리 하는 것으로 구별되어야 한다고 하면서 단속법규를 다시 이에 위반하는 행위를 무효로 하는 효력규정과 이에 위반하는 행위에 대하여 처벌 등의 불이익을 가하는 단순한 단속규정으로 나누는 입장도 있다(이영준, 한국민법론[총칙편] 2003, 180면; 백태승, 민법총칙, 2000, 337면 등).

반면, 독일에서는 우리와는 달리 구분하는 것이 일반적인데, 독일 민법 제134조에서 법률상 금지에 위반하는 법률행위는 무효라고 규정하고 있는바, 이는

20) 김재형, 전계논문, 171면 이하 ; 이은영, 전계논문,

1) 입법취지 또는 이익형량

판례가 효력규정 여부를 결정함에 있어서 가장 중요한 기준으로 삼는 것은 법률목적에 달성하거나 거래안전을 보호하기 위하여 당해 거래를 무효로 하는 것이 적절한지 여부라고 할 수 있다.²¹⁾ 가령 대법원 1994. 10. 28. 선고 94가28604 판결에서는 상호신용금고법 규정에 위반한 대출약정의 효력이 문제되었다. 이 사안에서 대법원은 "위 규정을 이른바 효력규정으로 보아 이에 위반되는 대출 등을 무효로 본다면 이는 오히려 서민의 금융편의를 도모하고 저축을 증대하기 위하여 상호신용금고를 육성하여 이를 합리적으로 규제함으로써 신용질서의 확립에 기여함과 아울러 그 거래자를 보호할 목적으로 입법된 상호신용금고법의 취지에 실질적으로 반하는 결과가 된다"는 점을 논거로 들고 있는바, 이는 입법취지를 고려한 것으로 볼 수 있다. 이 사안에서 문제된 상호신용금고법 제37조에 의하면 상호신용금고는 출자자·임원 및 직원과 그 직계친족에 대하여는 대출 또는 어음의 할인을 하지 못한다고 규정되어 있는 바, 위와 같은 규정을 둔 이유는 상호신용금고와 밀접한 관계에 있는 출자자 등에게 대출 등을 함에 있어서는 그 신용이나 담보를 고려하지 아니한 채 부당하게 대출 등이 이루어짐으로써 상호신용금고의 자본구조가 악화될 우려가 있으므로 이를 방지하고자 함에 있다고 할 것이다. 그런데 위 규정을 이른바 효력규정으로 보아 이에 위반되는 대출 등을 무효로 본다면 오히려 상호신용금고의 재정적 안정을 기하기 위한 법의 취지에 실질적으로 반하는 결과가 된다는 것이다.

대법원 1996. 8. 23. 선고 94다38199 판결에서는 증권회사 또는 그 임직원의 부당권유행위를 금지하는 증권거래법 제52조 제1호 및 그리고 일임매매 제한에 관한 증권거래법 제107조의 규정 성격이 문제되었다. 이 사안에서 대법원은 "증권거래법 제52조 제1호는 공정한 증권거래질서의 확보를 위하여 제정된 강행법규로서 이에 위배되는 투자수익보장약정은 무효"라고 한다. 반면 일임매매 약정의 경우에는 다르게 파악하고 있다. 증권거래법 제107조가 일임매매의 경우 그 유가증권의 종류·종목 및 매매의 구분과 방법에 관하여는 고객이 결정하여야 하고 재무부장관이 정하는 바에 따라야 하도록 규정하고 있으며, 증권거래법시행규칙 제20조의2는 그 방식에 관하여 미리 서면에 의한 계약을 체결하도록 규정하고 있음에도 불구하고, 이 사건 일임매매약정은 위와 같은 거래에 관계되는 사항을 고객이 정하지 않고 포괄적으로 회사에 위임한 것이어서 위 규정에 위반된 것임은 분명한다고 한다. 그러면서도 "일임매매에 관한 증권거래법 제107조는 고객을 보호하기 위한 규정으로서 증권거래에 관한 절차를 규정하여 거래질서를 확립하려는 데 그 목적이 있는 것이므로, 고객에 의하여 매매를 위임하는 의사표시가 된 것임이 분명한 이상 그 사법상 효력을 부인할 이유가 없고 그 효력을 부인할 경우 거래 상대방과의 사이에서 법적 안정성을 심히 해하게 되는 부당한 결과가 초래되므로, 일임매매에 관한 증권거래법 제107조 위반의 약정도 사법상으로는 유효하다고 보는 것이 타당하다"고 한다.²²⁾

2) 반사회성

21) 김재형, 전제논문, 174면.

22) 이 사안은 위 규정들의 강행규정 여부 이외에도 증권회사 임·직원의 권유로 투자한 투자가가 손실을 본 경우 불법행위책임이 성립하기 위한 요건, 포괄적 일임매매약정에 기한 과당매매행위의 불법행위 성립 여부 등 많은 논점이 문제된 것이다. 위 판결에 대한 판례평석으로는 김건식, "증권회사직원의 이익보장약정과 투자자의 구제", 민사판례연구(XIX), 1997, 282면; 권순일, "투자권유와 증권회사의 고객에 대한 보호의무" 저스티스 제31권 2호, 141면 이하 등.

강행법규 위반으로 평가되는 이유가 법률행위의 반사회적 성질에 기인한 것으로 평가되는 사안들도 있다. 가령 대법원은 변호사가 아닌 사람이 소송사건을 맡아 그의 비용과 책임 하에 소송대리인을 선임하는 등의 일체의 소송수행을 하여 승소시켜주고 그 대가로서 부동산의 지분을 양도받기로 하는 내용의 약정에 대하여 당시 변호사법(법률 제2654호) 제48조에 저촉된다고 하면서, 이 규정은 강행법규로서 이에 의하여 금지되는 이익취득을 목적으로 하는 법률행위는 그 자체가 반사회적 성질을 띠게 되어 사법적 효력도 부정된다고²³⁾ 한다. 이러한 사안의 경우 행위의 반사회성이 강행법규 위반으로 평가되는 근거라 할 수 있을 것이다.

3) 동기 또는 인식

대외무역법에서는 소규모 또는 선령이 오래된 중고어선을 수입금지품목으로 공고하고 있는데, 대법원은 이 규정의 경우에도 강행규정이라고 하여 이에 위반한 선박매매계약은 무효이고, 이를 잠탈하기 위한 목적으로 체결된 용선계약 역시 무효라고 한다. 대법원 1994. 12. 13. 선고 94다31617 판결에서는 대외무역법이 소규모의 중고어선이나 일정규모 이상의 중고어선 중에서 선령이 오래된 중고어선을 수입금지품목으로 공고하여 국내반입을 불허하고 있는 이유는 국내조선업을 보호, 육성하고자 하는 국가 정책적인 목적에 있다고 하면서, "국가가 자국의 산업을 보호하기 위하여 법령으로 어떤 물품의 수입을 금지하고 있을 경우 국민이 그 규정을 준수하여야 할 공익적인 요청의 강도는 매우 크다고 할 것이며, 만약 위와 같은 수입금지규정에도 불구하고 탈법적인 방법으로 물품을 수입하는 행위에 대하여 그 사법상의 효력을 인정하고 국가권력이 그 이행을 강제한다면 국가의 경제질서와 공공질서가 문란되는 중대한 결과가 발생할 것"이라고 한다. 이 사건에서 당사자들은 선박이 대외무역법에 의하여 수입이 금지되어 있는 선박임을 인식하고서도 용선의 형식으로 매수하여 국내에 반입하여, 허위의 용선계약서를 작성하여 수산청장의 용선허가를 받아 조업하려 하였던 것이므로, 이와 같이 "당사자가 불법을 인식하고도 통모하여 수입이 금지된 중고선박을 국내에 반입하고자 한 주관적인 악성까지 고려하여 보면", 선박매매계약은 사회질서에 반하는 법률행위로서 당연히 무효라고 한다.

나아가 판례는 통상적으로는 단속규정에 불과한 것으로 평가되는 규정을 위반한 경우라 하더라도 당사자의 주관적 인식을 고려하여 무효가 될 수 있다는 취지로 판시하기도 한다. 가령 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결²⁴⁾에서는 국가를당사자로하는계약에관한법률은 국가가 계약을 체결하는 경우 원칙적으로 경쟁입찰에 의하여야 하고, 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에 있어서 입찰공고 또는 입찰설명서에 명기된 평가기준에 따라 국가에 가장 유리하게 입찰한 자를 낙찰자로 정하도록 규정하고 있으며, 같은 법 시행령에서 당해 입찰자의 이행실적, 기술능력, 재무상태, 과거 계약이행 성실도, 자재 및 인력조달가격의 적정성, 계약질서의 준수정도, 과거공사의 품질정도 및 입찰가격 등을 종합적으로 고려하여 재정경제부장관이 정하는 심사기준에 따라 세부심사기준을 정하여 결정하도록 규정하고 있으나, 이러한 규정은 국가가 사인과의 사이의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로

23) 대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카1802 판결[공 1987, 881]; 대법원 1990. 5. 11. 선고 89다카 10514 판결[공 1990, 1252] 또한 같은 취지이다.

24) 법원공보 2002. 2. 1.(147), 256

처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과하다고 하였다.²⁵⁾ 그리하여 계약담당공무원이 입찰절차에서 국가를당사자로하는계약에관한법률 및 그 시행령이나 그 세부심사기준에 어긋나게 적격심사를 하였다 하더라도 그 사유만으로 당연히 낙찰자 결정이나 그에 기한 계약이 무효가 되는 것은 아니라고 한다. 그런데 이 판결에서는 "이를 위배한 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가 보더라도 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것임이 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가를당사자로하는계약에관한법률의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우" 무효가 될 수 있다는 취지로 판시한다.²⁶⁾

유럽계약법원칙이나 미국 계약법 리스테이트먼트 등에서는 법규 위반의 법률행위의 경우 유·무효 판단에 당사자의 인식 및 의도 등 주관적 요소를 고려하는 규정을 두고 있다.²⁷⁾ 즉, 어떤 법률행위가 법적인 금지를 위반한 것을 이유로 무효가 되는지 여부는 당해 법적 금지 "규정"의 성질에 의하여 전적으로 객관적으로 결정되는 것이 아니라, 문제되는 "행위"의 주관적 요소까지 고려하여 결정하여야 한다는 것이다.²⁸⁾

5. 의료인과 비의료인 同業의 경우

가. 행위의 사법상 효과

1) 대법원의 입장

대법원은 위 의료법 제30조 규정의 입법취지에 관하여 "의료기관 개설자격을 의료전문성을 가진 의료인이나 공적인 성격을 가진 자로 엄격히 제한함으로써 건전한 의료질서를 확립하고, 영리목적으로 의료기관을 개설할 경우에 발생할 지도 모르는 국민건강상의 위험을 미리 방지하고자 하는 데에 있다고 보이는 점, 의료인이나 의료법인 등이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 행위는 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위에 해당할 뿐 아니라, 거기에 따를 수 있는 국민보건상의 위험에 비추어 사회통념상 도저히 용인할 수 없는 정도로 반사회성을 띠고 있다는 점²⁹⁾, 위와 같은 위반행위에 대하여 단순히 형사처벌하는 것만으로는 의료법의 실효성을 거둘 수 없다고 보이는 점 등을 종합하여 보면 위 규정은 의료인이나 의료법인 등이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 경우에 초래될 국민 보건

25) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다11436 판결; 대법원 1999. 4. 27. 선고 97다24009 판결 등에서도 또한 위 규정을 단속규정에 불과한 것으로 파악하고 있다.

26) 다만 위 판결의 사안에서는 문제된 금지규정 위반이 있기는 하나, 입찰절차의 공공성과 공정성을 현저히 침해할 정도로 중대한 하자라고 보기 어렵고, 그밖에 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것이라고 인정할 수 없다고 하여, 당해 법률행위가 무효인 것으로 판단하지는 않았다.

27) 유럽계약법원칙(PECL) 제15 : 102조 및 미국 제2차 계약법 리스테이트먼트 제180조. 유럽계약법원칙에서 강행규정 위반에 관한 상세한 내용은 朴賢晶, 유럽契約法原則上 違法性, 외법논집 제28집 (2007. 11), 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소, 205면 이하 참조.

28) 다만, 독일에서는 위 유럽계약법원칙에서와 같이 당사자의 주관적 요소가 고려된다는 견해와[Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2.[4.Aufl.], 1992, S.345] 당사자의 인식은 중요하지 않다는 견해[Medicus, Allgemeiner Teil des BGB[8.Aufl.], Rn.647]가 대립한다.

29) 판결 내용의 밑줄은 필자가 부기한 것이다. 이하도 마찬가지이다.

상의 중대한 위험을 방지하기 위하여 제정된 이른바 강행법규에 속하는 것”이라고 하고 있다.³⁰⁾ 그러면서 면허의 대여나 의료기관 2중 개설 약정의 경우 이를 무효로 하는 것에서 나아가, 대상판결에서와 같이 의료인과 비의료인의 동업의 경우에까지 무효로 보는 범위를 확대하고 있다.

2) 근거의 검토

대상판결과 유사하게 의료인과 비의료인의 동업 약정이 문제된 대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다2390 판결에 대한 대법원 재판연구관의 해설에서는³¹⁾ 위 의료법 조항은 의료기관 개설자격을 의료전문성이나 공적인 성격을 가진 자로 엄격히 제한함으로써 건전한 의료질서를 확립하고, 영리목적으로 의료기관을 개설하는 경우 발생할 수 있는 국민건강상 위험을 방지하는 것이 입법취지라고 한다.³²⁾

그러면서 의료법의 입법목적이나 의료법 제30조 제2항의 입법취지, 의료인이나 의료법인 등이 아닌 자가 영리의 목적으로 의료기관을 개설하는 것은 거기에 따를 수 있는 국민 건강상의 위험성에 비추어 그 자체가 사회통념상 도저히 용인할 수 없는 범죄행위라고 볼 수 있는데, 이에 대한 형사처벌만으로는 이러한 제한을 둔 의료법의 실효를 거둘 수 없고 실효성 확보를 위하여는 금지행위의 위반으로 인하여 얻는 경제적 이익이 귀속되는 것 역시 이에 금지하여야 한다는 점 등을 고려하면, 위 의료법 규정을 강행규정으로 파악하여야 한다고 한다. 또한 만일 위 규정을 단속규정으로 본다면, 거대자본을 가진 자가 언제든지 의료기관을 개설하여 폭리를 취할 수 있고, 법인이 의료기관을 개설하는 경우 법인에게만 벌금형을 부과할 수 있을 뿐이어서 그 형벌이 이익에 비하여 과소하여 금지규정을 둔 의미가 퇴색될 것이라고 한다.³³⁾

나. 문제점

일단 의료인이 비의료인에게 명의를 대여한 경우와 달리 의료인과 비의료인이 동업하여 의료기관을 개설한 경우에도 위 대법원 판결이 밝힌 바와 같이 사회통념상 용인할 수 없을 정도로 반사회성이 있다고 할 것인지는 의문이다. 비의료인이 의료행위를 하기로 약정한 것도 아니고 의료행위에 따른 책임을 의료인이 모두 부담하는 이상, 동업약정에 대하여 행정적, 형사적 규제를 하는 것은 별론으로 하더라도 약정 자체의 사법적 효력을 부인할 필요는 없다고 여겨진다. 또한 의료기관 개설에 고액의 비용이 요구되고 있는 현실에서 비의료인의 의료기관 개설 단계에서의 참여가 “동업”약정에 의하는 것인 때에는 무효이고, 금전소비대차 기타 자금 대여관계에 의한 경우에는 유효하다고 해석하게 되면, 결국 의료기관 개설이 경제적으로 성공하지 못하는 경우 그 불이익이 모두 의료인에게만 귀속되는 결과가 되어 적절하지 못하다.

30) 대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다2390 판결.

31) 김대원, 전게논문, 165면 이하.

32) 이 글에서는 영리 목적으로 의료기관을 개설하는 것을 허용할 것인가, 법인 명의 병원을 개설하는 것을 허용한다고 할 때 어떠한 형태의 법인으로 병원 개설을 허용할 것인가 하는 것 등은 입법부에서 결정할 정책적 문제라고 하면서, 영리 목적 의료기관 개설을 허용하는 경우 장단점이 모두 있고, 우리 법은 결국 영리 목적 의료기관 개설을 방지하고자 하는 입법태도를 취하고 있는 것으로 본다.

33) 김대원, 전게논문, 168-169면.

위와 같이 대법원이 의료기관 개설에 관한 의료법 규정을 좁게 해석하고 있으므로, 금융기관이나 일반투자자들이 병원에 투자하거나 지분 참여하는 행위가 금지되어 의료의 산업적 측면을 저해할 수밖에 없다.³⁴⁾ 이렇듯 의료에 대한 투자를 어렵게 만드는 외에 대법원 판결에 따르는 경우 이하와 같은 여러 구체적인 문제가 발생할 수 있다.

우선 의료인이 의료기관 개설 명의를 제공하면서 비의료인에게 고용된 것이 아니라, 의료인과 의료인이 동업하여 그 중 한 의료인의 명의로 의료기관을 개설한 경우에도 대법원 판결에 의하면 동업 약정이 무효로 될 여지가 있다. 가령 이미 의료기관을 개설하고 있는 A가 B와 동업하여 B 명의로 새로운 의료기관을 개설하는 경우를 상정하여 보자. 의료법은 위에서 밝힌 바와 같이 이러한 중복 개설 역시 금지하고 있고, 대법원은 이러한 규정 취지에 관하여 “의사가 의료행위를 직접 수행할 수 있는 장소적 범위 내에서만 의료기관의 개설을 허용함으로써 의사 아닌 자에 의하여 의료기관이 관리되는 것을 그 개설단계에서 미리 방지하고자 하는 데에 있다”고 설명한다.³⁵⁾ 그러면서 그 처벌 여부에 관하여 “다른 의사 명의로 개설된 의료기관에서 자신이 직접 의료행위를 하거나 무자격자를 고용하여 자신의 주관 하에 의료행위를 하게 한 경우는 비록 개설명의자인 다른 의사가 새로 개설한 의료기관에서 직접 일부 의료행위를 하였다고 하더라도 이미 자신의 명의로 의료기관을 개설한 위 의사로서는 중복하여 의료기관을 개설한 경우에 해당한다”고 한다. 즉 이러한 경우에도 중복개설에 해당하는 것으로 보아 처벌하고 있다. 그런데 앞서 검토한 바와 같은 강행규정 판단 기준에 의하면 이러한 규정 역시 강행규정으로 해석되어 행위의 사법적 효력이 부인될 여지가 크다. 이는 사실상 의사에게 겸직 금지 의무를 부과한 것이 되어 부당하고³⁶⁾ 음성적 동업에 의한 세금 포탈의 문제가 발생할 여지가 크다.³⁷⁾ 또한 최근 활발히 이루어지고 있는 이른바 “네트워크 의원”의 경우 이미 의료기관을 개설한 의료인이 다른 의료인의 기관 개설을 지원하는 경우가 많은데, 이러한 경우 당사자 사이의 약정이 동업으로 이해되면 무효로 취급될 가능성이 많으므로 이러한 약정의 경우에 발생하는 여러 법적 문제들을 방지하는 결과가 될 것이다. 이러한 구성은 바람직하지 않다.

또한 의료법인을 구성하기 위한 전 단계로서 발기인 조합이 결성된 경우에도 조합이 유효하게 성립하여야 조합원들로부터 출자 받아 법인을 구성할 수 있을 것인데, 위와 같은 대법원의 형식 논리를 그대로 관철할 경우 많은 경우 발기인 조합 결성 약정이 무효가 되어 조합원에 대한 출자청구 및 법인 설립이 어렵게 되어 적절한 규율을 힘들게 한다는 점 역시 지적하여야 할 것이다.

34) 전현회, “영리의료법인과 의료법”, 의료법학 제5권 제1호(2004), 199면에서는 실제로 의료기관 개설에 투자하여 상호사용의 대가로 매월 일정액의 로열티를 받는다는지, 컨설팅 비용으로 회수한다는지 하는 방법으로 일반인이나 외국인이 의료기관의 수익을 금융이자 이상 회수하는 방식이 많이 이용되는데, 이러한 경우까지 의료법 위반으로 파악하기는 힘든 것으로 보고 있다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 대법원이 의료기관 개설 주체를 매우 엄격하게 해석하고 있고, 그 위반의 경우 “반사회성”까지 언급하는 점을 보면, 이러한 이익 회수가 동업 계약 등에 의한 이익배분의 형태로 해석되는 경우 금지될 가능성이 큰 것으로 생각된다.

35) 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003도256 판결.

36) 전현회/김선옥, “한국에서 의료기관 설립과 운영상의 새로운 과제”, 의료법학 제6권 제1호(2005. 6), 235면 이하.

37) 전현회/김선옥, 전게논문, 236면에서는 타인명의를 빌어 개설한 의료기관의 사업자등록은 타인의 이름으로 되어 있고 세금도 타인에게서 나올 것이나, 실제 경영주는 타인이 아니라 자본을 투여한 의사이므로 실제 세금을 납부하는 사람과 세금 부과 대상자가 달라지게 되어 수익을 적절히 파악해서 징세할 수 없다는 문제를 지적한다.

6. 논의의 정리

이상에서 의료인과 비의료인이 동업하여 의료기관을 개설한 경우 법적 효과에 관하여 검토하여 보았다. 의료인과 비의료인이 동업하여 의료기관을 개설하기로 하는 약정에 기하여 당사자가 처벌받는 것은 물론, 당해 거래를 사법적으로 무효라고 평가하기 위하여는 이를 금지하는 의료법 규정이 강행법규로 평가될 수 있어야 할 것이다. 우리 대법원 판례에서 강행법규 판단의 기준으로 제시된 것들 -입법취지, 이익형량, 당해 거래를 유효하다고 파악하는 경우의 문제점, 반사회성 등-을 보면 의료인 외의 자가 의료기관을 개설하는 것을 금지하는 의료법의 규정은 강행규정으로 일응 평가될 수 있을 것이다. 그러나 의료인과 비의료인의 동업약정에 기하여 의료기관을 개설하는 경우에는 다르게 평가되어야 한다. 일단 이러한 경우에는 행위의 반사회성이 비의료인의 의료기관 개설과 같이 평가될 수 없을 뿐 아니라, 이러한 의료기관 개설약정을 무효라고 평가하게 되면, 앞서 본론에서 제기한 바와 같은 여러 가지 문제가 남게 된다. 이러한 점에서 적어도 의료인과 비의료인의 동업에 의한 의료기관 개설의 경우에는 의료법에 의하여 사법적 효력이 부인되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

의료서비스에 대한 공익적 요청이라는 가치와 의료기관 개설에 관한 영업의 자유 보장 및 그에 따른 전반적 의료서비스 수준 제고라는 가치 사이의 상충을 어떻게 조화롭게 풀어가야 하는가의 본질적 문제에 관한 앞으로의 진전된 논의를 기대하며 이 글을 마친다.

[참고문헌]

編輯代表 郭潤直, 民法注解[II], 2004, 博英社.

郭潤直, 民法總則[제7판], 2002, 博英社.

池元林, 民法講義[제7판], 2009, 弘文社.

공보경, 의료기관 개설주체의 변화 방향, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 2010.

김국현, 의료법 제2조 등 위헌확인 : 복수 면허 의료인의 복수 의료기관의 개설 여부, 헌법재판소 결정해설집 2007(2008.11).

金大元, 의료법 제30조 제2항에 위반한 법률행위의 사법상 효력(무효), 대법원판례해설 제44호(2004.1), 법원행정처.

金載亨, 法律에 違反한 法律行爲 - 이른바 强行法規의 판단기준을 중심으로-. 인권과 정의(대한변호사협회지) 통권327호, 2003. 11.

金賢龍, 가. 법령이 금지하는 자격증의 대여의 의미 및 무자격자의 업무수행 여부 판단기준, 나. 법령이 금지하는 자격증보유자와 유사한 명칭의 해당 여부 판단 기준, 대법원판례해설 대법원판례해설 70호(2007. 12), 법원행정처.

박준용, 法定限度超過 不動産仲介手数料 約定의 效力 : 强行規定과 團束規定의 區分 및 그 效果, 判例研究 제20집(2009년), 부산판례연구회.

朴賢晶, 유럽契約法原則上 違法性, 외법논집 제28집(2007. 11), 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소.

백경희, 현행법상 의료법인의 비영리성과 문제점, 의료법학 제8권 제2호(2007. 12), 한국사법행정학회.

李銀榮, 規制法令에 違反된 法律行爲의 無效, 民事裁判의 諸問題(松泉李時潤博士 華甲紀念), 박영사, 1995.

이은영, 규제법령에 위반된 방송제작지원계약의 효력, 홍익법학 제11권 제2호(2010. 6), 홍익대학교 법학연구소.

李準珩, 藥局法人의 法制化와 관련된 몇 가지 問題點, 中央法學 제6집 제4호.

전현희/김선옥, 한국에서 의료기관 설립과 운영상의 새로운 과제, 의료법학 제6권 제1호(2005. 6), 한국사법행정학회.

전현희, 영리의료법인과 의료법, 의료법학 제5권 제1호(2004. 7), 한국사법행정학회.

趙炯元, 病院의 設立·運營과 政府의 介入, 의료법학. 제6권 제1호(2005. 6), 한국사법행정학회.

[Abstract]

Partnership between Medical Personnel and Nonmedical Personnel

Kim, Young-Shin*

Korean Medical Act provides that nonmedical personnel cannot establish medical institution. According to this regulation, partnership contract between doctor and nonmedical personnel, therefore, is ineffective not to mention criminal liability. Korean Supreme Court has decided that partnership contract in that doctor does business in partnership with nonmedical personnel and they would set up medical institution(hospital etc.) has no effect.

According to traditional construction of "Mandatory Rules", it is unavoidable that Korean Supreme Court understand this Medical Act rules as mandatory and a contract violating this rules as ineffective. Nevertheless, traditional construction generate unwelcome side effect such as hindrance to investment for hospital and many technical problems. Let us suppose doctor who already set up his(her) own medical institutions and become partners in medical business with another doctor. Owing to traditional construction of Korean Supreme Court partnership contract probably become void, and this conclusion is not desirable. So equilibrium point between public interests of medical practice and economic point of view should be pursued in both of legislation and jurisprudence.

Key Words : legal act, contract, mandatory rule, voluntary rule, Medical Act, nonmedical personnel, partnership

* Assistant Professor of Law, Myong-Ji University.