

## 대법원 2023. 7. 17. 선고 전원합의제 판결 요지

### 형 사

2017도1807 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 등 (다) 파기환송  
[비의료인이 개설자격을 위반하여 의료법인 명의 의료기관을 개설·운영하였는지 여부  
부가 문제된 사건]

◇1. 의료인 명의 의료기관에 관한 개설자격 위반 판단기준을 의료법인 명의 의료기관에  
관한 개설자격 위반 판단에 그대로 적용할 수 있는지 여부(소극), 2. 비의료인이 개설자  
격을 위반하여 의료법인 명의 의료기관을 실질적으로 개설·운영하였다고 판단하기 위한  
기준◇

1. 대법원은, 의료인 개인 명의로 개설된 의료기관이 실질적으로 의료인 자격이 없는  
일반인(이하 '비의료인'이라고 한다)에 의하여 개설·운영된 것인지에 대하여, '비의료인이  
의료기관의 시설 및 인력의 충원·관리, 개설신고, 의료업의 시행, 필요한 자금의 조달,  
운영성과의 귀속 등을 주도적인 입장에서 처리하였는지 여부'를 기준으로 판단하여 왔다  
(대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도2629 판결 등 참조). 그러나 의료법인 명의로 개설된 의  
료기관의 경우, 비의료인의 주도적 자금 출연 또는 주도적 관여는 의료법인의 본질적 특  
성에 기초한 것으로서 비의료인에게 허용된 행위이므로 그와 같은 사정만으로는 비의료  
인이 의료법인 명의 의료기관을 개설·운영하였다고 평가하기에 부족하다.

2. 의료법인 명의로 개설된 의료기관을 실질적으로 비의료인이 개설·운영하였다고 판  
단하려면, 비의료인이 의료법인 명의 의료기관의 개설·운영에 주도적으로 관여하였다는  
점을 기본으로 하여, 비의료인이 외형상 형태만을 갖추고 있는 의료법인을 탈법적인 수단  
으로 악용하여 적법한 의료기관 개설·운영으로 가장하였다는 사정이 인정되어야 한다.

이러한 사정은 다음 두 가지 사항 중 어느 하나에 해당되면 인정될 수 있다. 첫째는 비  
의료인이 실질적으로 재산출연이 이루어지지 않아 실체가 인정되지 아니하는 의료법인을  
의료기관 개설·운영을 위한 수단으로 악용한 경우이고, 둘째는 의료법인의 재산을 부당  
하게 유출하여 의료법인의 공공성, 비영리성을 일탈한 경우이다.

가. 재산이 출연되지 않은 의료법인은 의료기관을 개설·운영할 시설과 자금이 없어  
스스로 의료기관을 개설·운영할 수 없다. 재산이 출연되지 않아 시설과 자금이 없는 의  
료법인의 명의로 의료기관이 개설되었더라도 그 의료기관은 필연적으로 의료법인이 아닌

제3자가 실질적으로 개설·운영하였다고 평가될 수밖에 없다. 비의료인이 실질적인 재산출연 없이 주무관청인 시·도지사를 기망하여 의료법인 설립허가를 받은 경우라면 의료기관을 개설·운영할 시설과 자금이 없는 의료법인을 의료기관 개설의 외형만을 갖추기 위하여 설립한 것으로 평가할 수 있다. 따라서 위와 같이 형식만을 갖춘 의료법인을 설립한 비의료인이 의료법인 명의 의료기관의 개설·운영을 주도하였다면 비의료인이 의료법인을 탈법적인 수단으로 악용하여 적법한 의료기관 개설·운영으로 가장한 채 실질적으로는 비의료인 자신이 의료기관을 개설·운영하였다고 보아야 한다.

나. 의료법인은 의료기관 개설·운영 목적으로 의료법에 근거하여 설립되는 것으로, 의료법이 의료법인에 법인격을 부여하고 의료기관 개설·운영 자격을 인정한 전제인 공공성과 비영리성이 유지되어야 한다. 비의료인이 의료법인 명의로 의료기관을 개설·운영하면서 공공성, 비영리성을 일탈하였다면, 외형상으로 그 형태만을 갖추고 있는 의료법인을 탈법적인 수단으로 악용하여 적법한 의료기관 개설·운영으로 가장하였다고 보아야 한다. 형식적으로 의료법인 명의로 의료기관이 개설·운영 되었더라도, 비의료인이 의료법인을 지배하면서 의료기관 운영수익 등을 상당한 기간 동안 부당하게 유출하는 등 공공성, 비영리성을 일탈한 경우라면, 공공성, 비영리성을 전제로 의료기관 개설자격을 부여 받은 의료법인의 규범적 본질이 유지되었다고 보기 어렵다.

다. 다만, 구 의료법은 의료법인이 정관변경 및 재산처분을 할 때에 시·도지사의 허가를 받도록 하고 일정한 경우 의료법인 설립허가를 취소할 수 있도록 하는 등 의료법인 제도의 적정한 운영을 담보하기 위한 제도적 장치를 두고 있으므로, 의료법인이 근거법령에 따라 설립되어 적법한 절차에 따라 의료기관을 개설한 후 시·도지사의 지속적인 관리·감독을 받으면서 상당한 기간 동안 의료기관을 정상적으로 운영하여 왔다면, 그 설립 과정에 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 어려운 측면이 있다.

즉, 의료법인 설립과정에 하자가 있었다는 사정이나 비의료인이 의료법인의 재산을 일시적으로 유출하였다는 정황만을 근거로 곧바로 비의료인이 의료기관 개설자격을 위반하여 의료기관을 개설·운영하였다고 평가할 수는 없고, 의료법인 설립과정의 하자가 의료법인 설립허가에 영향을 미치거나 의료기관 개설·운영이 실질적으로 불가능할 정도에 이르는 것인지 여부나 의료법인의 재산이 유출된 정도, 기간, 경위 및 이사회 결의 등 정당한 절차나 적정한 회계처리 절차가 있었는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 의료법인

의 규범적 본질이 부정될 정도에 이르러 의료기관 개설·운영을 위한 탈법적인 수단으로 악용되었다고 평가될 수 있는지를 판단하여야 한다.

☞ 비의료인인 피고인이 개설자격을 위반하여 의료법인 명의 의료기관을 개설·운영하였다는 이유로 의료법위반죄로 기소된 사안임

☞ 대법원은 위와 같이 제시한 의료법인 명의 의료기관에 관한 개설자격 위반 판단기준에 따라, ① 피고인이 의료법인 이사장의 지위에서 의료기관의 개설·운영에 관한 사항을 주도적으로 처리하였던 것으로 보이는 하나, ② 피고인이 재산출연을 일부 가장하였다거나 일정 기간 동안 고액의 급여를 지급받았다는 사정만으로는 실체를 갖추지 못한 의료법인을 악용하였다거나 의료법인의 공공성, 비영리성을 일탈하였다고 인정하기에 부족하므로, ③ 피고인의 재산출연 가장이 의료법인 설립허가에 영향을 미치는 사항인지, 피고인이나 그 배우자의 고액급여 수령이 합리적 범위의 급여 인상에 의한 것인지 등을 추가로 심리하여 판단할 필요가 있다고 판단하고, 일부 사정만을 근거로 유죄로 판단한 원심판결을 파기·환송하였음

☞ 대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 이흥구, 대법관 오경미의 반대 의견과, 다수의견에 대한 대법관 안철상의 보충의견이 있음

☞ 반대의견의 요지는 다음과 같음

- 의료법인 명의로 개설된 의료기관을 실질적으로 비의료인이 개설·운영하였다고 판단하는 기준은 개인 명의 의료기관이나 소비자생활협동조합 명의로 개설된 의료기관에 관한 선례와 마찬가지로 해석, 적용되어야 함

- 구 의료법(2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제33조 제2항 위반죄에 관한 구성요건해당성과 고의의 핵심적인 징표는, 비의료인이 의료법인 명의 의료기관의 개설·운영에 주도적으로 관여하였다는 점을 기본으로 하여 의료법인의 공공성 및 비영리성이 형해화되고 비의료인 개인의 사적 이익을 추구하는 탈법적 수단으로 악용되었다는 데에 있음

- 따라서 비의료인이 의료법인을 설립한 실질적 목적과 동기, 설립과정의 적정성, 의료법인 내부의 의사결정방식, 의료업 운영 행태, 자산관리 및 수익의 귀속 양상 등 의료법인의 설립과 운영의 전반에 나타난 구체적 사정을 종합적으로 고려하여, 비의료인 개인의 사적 이익 추구로 의료법인의 공공성 및 비영리성이 형해화되어 의료법인에 대하여 예외적으로 의료기관 개설자격을 부여하는 의료법의 입법취지가 몰각되었다고 볼 정도에 이르렀는지를 중심으로 이를 판단하여야 함

- 구 의료법 제33조 제2항 위반행위는 의료기관 개설과 운영이라는 전과정을 통하여 행위자의 단일하고 계속된 범의로 이루어지는 것임에도, 다수의견은 이러한 특성을 충분히 고려하지 않은 채 구 의료법 제33조 제2항 위반죄에 관한 구성요건해당성 및 고의의 판단을 위한 여러 간접사실을 의료법인 설립에 관한 사항과 의료법인 운영에 관한 사항으로 형식적, 도식적으로 나누어 제시한 것이어서 타당하지 않음. 이러한 기준으로는 피고인의 행위와 고의를 전체적, 통합적으로 파악하기 어렵고, 그 결과 의료법인 명의 의료기관의 경우 개설자격 위반의 인정 범위가 지나치게 축소되는 결과를 초래함. 이에 따르면 영리 목적 의료기관의 개설을 억지하여 의료의 적정을 기하고 국민의 건강을 보호, 증진하고자 하는 의료법의 입법목적을 해치고 나아가 국민건강보험 재정의

건전성을 위협할 우려가 있음

**2021도11126 교통사고처리특례법위반(치상) (바) 상고기각**

**[성년후견인이 의사무능력인 피해자를 대리하여 처벌불원의사를 결정할 수 있는지 여부]**

◇성년후견인이 의사무능력인 피해자를 대리하여 반의사불벌죄의 처벌불원의사를 결정하거나 처벌희망의사를 철회할 수 있는지 여부(소극)◇

반의사불벌죄에서 성년후견인은 명문의 규정이 없는 이상 의사무능력자인 피해자를 대리하여 피고인 또는 피의자에 대한 처벌불원의사를 결정하거나 처벌희망 의사표시를 철회할 수 없다. 성년후견인의 법정대리권 범위에 통상적인 소송행위가 포함되어 있거나 성년후견개시심판에서 정하는 바에 따라 성년후견인이 가정법원의 허가를 얻었더라도 마찬가지이다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 형사소송절차에 관한 규정을 해석·적용할 때에는 절차적 안정성과 명확성이 무엇보다 중요하므로 문언의 객관적 의미에 충실한 해석이 필수적이고, 특히 반의사불벌죄에서 처벌불원의사와 같이 소송조건과 관련된 규정은 국가소추권·형벌권 발동의 기본전제가 되므로 법문에 충실한 해석의 필요성이 무엇보다 크다. 교통사고처리 특례법 제3조 제2항은 '피해자의 명시적인 의사'에 반하여 공소를 제기할 수 없다고 규정하므로 문언상 그 처벌 여부는 피해자의 명시적 의사에 달려있음이 명백하고, 제3자가 피해자를 대신하여 처벌불원의사를 형성하거나 결정할 수 있다고 해석하는 것은 법의 문언에 반한다. 교통사고처리 특례법이나 형법, 형사소송법에 처벌불원의사의 대리를 허용하는 규정을 두고 있지 않으므로 원칙적으로 그 대리는 허용되지 않는다고 보아야 한다.

나. 형사사법의 목적과 보호적 기능, 반의사불벌죄의 취지 등을 감안하면, 반의사불벌죄에서 처벌불원의사나 처벌희망 의사표시의 철회는 특별한 사정이 없는 한 피해자 본인이 하여야 한다. 범죄에 대하여는 그에 상응한 처벌이 이루어져야 함이 원칙이고 이러한 형사사법의 보호적 기능을 담보하기 위해 현행법은 국가소추주의 내지 국가형벌독점주의를 원칙으로 정하고 있다. 반의사불벌죄는 일부 유형의 범죄에 대하여 피해자의 의사를 최대한 존중한다는 취지에서 특별히 피해자의 명시적 의사를 소극적 소송조건으로 규정함으로써 형사사법절차에 관한 사인의 개입을 예외적으로 인정한 것이다. 따라서 그 예외를 명시적 근거 없이 과도하게 확대하면 형사사법의 보호적 기능이 약화되고 국가형벌권이 불공평하게 행사되는 결과가 초래될 수 있다. 피해자의 일방적 의사표시만으로 이미 개시된 국가의 형사사법절차가 중단된다는 면에서 처벌불원의사는 피해자의 진실한 의사에 기한

것이어야 한다. 피해자가 의사무능력인 경우 성년후견인의 대리에 의한 처벌불원 의사표시는 피해자의 진실한 의사에 부합하는 것이라고 단정할 수 없다.

다. 형사소송법은 친고죄의 고소·고소취소와 반의사불벌죄의 처벌불원의사를 달리 규정하고 있으므로 반의사불벌죄의 처벌불원의사를 친고죄의 고소·고소취소와 동일하게 취급할 수 없다. 형사소송법은 친고죄의 고소·고소취소에 관하여 다수의 조문을 두고 있고 특히 제236조에서 대리를 명시적으로 허용하고 있으나 이와 달리 반의사불벌죄의 처벌불원의사에 관하여는 대리에 관한 명시적 규정을 두지 않고 고소·고소취소의 대리규정을 준용하지도 않았다. 친고죄와 반의사불벌죄는 피해자의 의사가 소송조건이 된다는 점에서는 비슷하지만 이를 소송조건으로 하는 이유·방법·효과는 같다고 할 수 없다. 반의사불벌죄에서 처벌불원의사는 피해자 본인이 하여야 하고 그 대리는 허용되지 않는다는 것이 입법자의 결단으로 이해할 수 있다.

라. 민법상 성년후견인이 형사소송절차에서 반의사불벌죄의 처벌불원 의사표시를 대리할 수 있다고 보는 것은 피해자 본인을 위한 후견적 역할에 부합한다고 볼 수 없다. 성년후견개시심판과 형사소송절차는 완전히 별개의 것으로, 가정법원에 의한 성년후견인 선임은 형사소송절차에 대한 별도의 고려 없이 가사재판이 추구하는 가치를 구현할 수 있는 관점에서 이루어진다. 피해자 본인의 의사가 무엇보다 중요한 형사소송절차에서 반의사불벌죄의 처벌불원의사에 있어서까지 성년후견인의 대리를 허용하는 것은 형사사법의 보호적 기능과 무관하고 오히려 이에 역행한다고 볼 여지도 있다. 반의사불벌죄에서 처벌불원 의사로 국가의 형사사법기능이 중단되는 것은 그것이 '피해자'의 의사라는 점에서 정당성을 찾을 수 있으므로, 피해자가 의사무능력이어서 그 진실한 의사를 확인할 수 없음에도 성년후견인에 의한 처벌불원의사의 대리를 허용하는 것이 피해자의 보호나 복리에 부합하는 것이라고 단정할 수 없다. 반의사불벌죄의 소송조건을 흠결시킴으로써 피고인 또는 피의자의 이익·관점에 지나치게 경도된 것으로 볼 수 있다.

마. 성년후견인이 의사무능력인 피해자를 대리하여 피고인 또는 피의자와 합의를 한 경우에는 이를 반의사불벌죄에서의 소극적 소송조건이 아니라 양형요소로 고려하면 충분하다. 피해자의 처벌불원의사를 지나치게 강조하게 되면 처벌불원의사를 표시하지 않는 행위가 피고인 또는 피의자에 대한 가혹함으로 치부되어 피해자가 원치 않는 의사표시를 강요당하는 상황에 처할 위험도 있다. 대법원 양형기준이나 새로 도입된 형사공탁제도의 취지 등을 고려하면 성년후견인이 피해자를 대리하여 한 형사합의를 소극적 소송조건이 아닌 양형요소로 고려하는 것은 현행 형사사법 체계에 부합한다고 볼 수 있다.

☞ 피고인이 자전거를 운행하던 중 전방주시의무를 게을리한 과실로 전방에서 보행 중이

던 피해자를 들이받아 피해자에게 뇌손상 등의 중상해를 입게 한 사안임

☞ 원심은, 형사소송절차에서 명문의 규정이 없으면 소송행위의 법정대리가 허용되지 않는다는 이유로 피해자가 의사능력이 없더라도 피해자의 성년후견인이 반의사불벌죄에 관해서 피해자를 대리하거나 독립하여, 처벌불원의사를 표시하는 것은 허용되지 않는다면 공소사실을 유죄로 인정한 제1심 판결을 그대로 유지하였음

☞ 대법원은 위와 같은 이유로 피해자가 의사무능력인 경우 성년후견인이 피해자를 대리하여 처벌불원 의사표시를 할 수 없다고 보아 같은 취지의 원심을 수긍하였음

☞ 대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 이동원, 대법관 이흥구, 대법관 오경미의 반대 의견과, 다수의견에 대한 대법관 노정희, 대법관 천대엽의 보충의견 및 반대의견에 대한 대법관 민유숙의 보충의견이 있음

☞ 반대의견의 요지는 다음과 같음

- 피해자가 의사능력을 결여한 경우, 형사소송법 제26조의 유추적용과 성년후견제도의 활용을 통해 가정법원이 선임한 성년후견인이 가정법원의 허가를 받아 반의사불벌죄에 관한 처벌불원 의사표시를 할 수 있다고 보아야 함

- 형사소송법은 반의사불벌죄에서 피해자의 의사능력이 결여된 경우 처벌불원 의사표시에 관하여 명시적인 규정을 두고 있지 않은 법률 흠결상태임. 피해자가 의사무능력인 경우에도 피해자의 자기결정권을 구현하고 피해자의 복리·보호를 위하여 제3자가 피해자의 의사를 지원·보완하는 방법을 통해 처벌불원 의사표시를 할 수 있도록 하는 것이 필요함

- 형사소송법이 명시적으로 규정하고 있지 않으나 이를 금지하는 규정 또한 존재하지 않음. 피고인 또는 피의자가 의사무능력일 경우 일정한 범위에서 법정대리인에 의한 소송행위 대리를 규정한 형사소송법 제26조를 유추적용하고 성년후견제도를 활용함으로써 피해자가 의사무능력인 경우 피해자의 처벌불원 의사표시를 지원·보완할 수 있음. 이러한 유추해석은 처벌조각사유를 확대하는 것으로 피고인에게 불리하지 않으므로 죄형법정주의에 반하지 않음

- 또한 본인의 의사와 잔존증력을 존중하여 정상적인 사회 구성원으로 활동할 수 있도록 도입된 성년후견제도의 취지를 반영하는 해석이기도 함