



저작자표시-비영리-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

보건학 석사 학위논문

사법적 판단이 건강보험정책에
미치는 영향

- 우리나라 법원 및 헌법재판소 사례의 분석 -

2012 년 6월

서울대학교 보건대학원
보건학과 보건정책관리 전공
조 서 연

사법적 판단이 건강보험정책에 미치는 영향

- 우리나라 법원 및 헌법재판소 사례의 분석 -

지도교수 김 창 엽

이 논문을 보건학 석사 학위논문으로 제출함
2012 년 6월

서울대학교 보건대학원
보건학과 보건정책관리 전공
조 서 연

조서연의 석사 학위논문을 인준함
2012 년 월

위 원 장 _____ 권순만 _____ (인)

부위원장 _____ 조홍식 _____ (인)

위 원 _____ 김창엽 _____ (인)

국문초록

국민의 보건의료서비스에 관한 가장 핵심적 제도인 건강보험제도 영역에서 사법적 분쟁이 증가하고, 정책의 타당성에 대한 사법적 영향력도 증가하고 있다. 그러한 상황에서 사법적 판단이 다양한 영역에서 행해지는 구체적 건강보험정책을 지지하는가 혹은 반대하는가, 사법적 판단이 건강보험정책에 영향을 어떻게 미치고 있는가를 살펴보는 것은 궁극적으로 국민이 보건의료서비스를 받을 권리를 보장함에 있어 국가기구들이 어떤 역할을 하여야 하는가에 관하여 시사점을 제시해 줄 수 있을 것이다.

사법적 판단의 대상이 건강보험제도의 기본적 틀과 관련되는 경우, 사법부는 정책의 타당성보다 좁은 개념의 법률적 타당성만을 판단대상으로 하였을지라도 결과적으로 행정부의 손을 들어 줌으로써 정책에 힘을 실어 준 사례도 있고, 임의 비급여 사례와 같이 정면으로 건강보험 체계 밖에서 행하여진 계약의 적법성을 인정하여 정책에 변경을 초래한 사례도 있다.

약가 정책에 관련해서는 큰 틀에서 약제비 인하라는 방향에 대해서는 지지해 준 사례가 많으나, 글리백 약가 인하 사례와 같이 법률적 논리로 정책에 제동을 건 사례도 있었다.

보건의료분야의 정보와 관련해서는 국민의 알 권리를 매우 중시함으로써, 국민들이 보건의료정책의 객체에 머무르지 않고 정책결정의 참여자로서의 역할을 할 수 있음을 강조하기도 하였다.

법원의 패소판결 또는 헌법재판소의 위헌결정은 직접적으로 정

책이나 법규의 변경을 초래하였고, 사법적 판단으로 인한 압박으로 인하여 행정부에서 정책 이행시 전반적으로 법적 검토를 충실히 하도록 하는 결과를 가져오기도 하였다. 구체적으로 정책 집행 단계에서 법률적 문제의 가능성이 여러 가지로 존재할 경우 그에 대하여 처분심의위원회 등에서 법적 검토를 행함으로써 특정 정책의 지속가능성에 영향을 미치고, 패소의 가능성을 미리 고려하게 한 것이다.

결국 사법이 건강보험정책과 관련하여 어떠한 역할을 하여야 하는가가 문제되는바, 법이 지향하는 정의, 합목적성, 법적 안정성의 이념이 건강보험정책이 지향하는 근본 가치라 할 수 있는 사회적 기본권(건강보장을 받을 권리)을 어떠한 방식으로 구현하고 보호할 것인가에 대한 고민이 지속적으로 필요하다 할 것이다.

주요어 : 법원, 헌법재판소, 건강보험제도, 약가, 보건의료정보, 법규 변경, 정책의 법률적 문제, 처분심의위원회, 사회적 기본권 구현

학 번 : 2008-23361

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 배경	1
제 2 절 연구의 목적	2
제 2 장 이론적 배경 및 문헌 고찰	4
제 1 절 이론의 토대	4
제 2 절 사법적 판단의 영향에 대한 이론적 이해	5
1. 사법적 판단의 의미에 대한 분석의 틀	5
2. 사법적 판단이 공공정책에 개입하는 구조 및 사법적 정책결정의 경험적 실제	6
3. ‘정책’에 미친 영향의 측정	11
4. 사법적 판단과 정책의 변화의 인과관계	12
제 3 장 연구방법	15
제 4 장 연구결과	18
제 1 절 헌법재판소 결정의 분석	18
1. 건강보험제도가 제도권 내 사람들을 공평하게 취급하고 있는가	18
2. ‘건강보험’이라는 제도를 채택하고 국민들을 그 제도에 의무적으로 편입시키는 것이 정당화 되는가	20
3. 국가는 사회적 기본권을 어느정도 보호하여야 하는가	24
4. 국가가 의료인의 의료행위를 건강보험제도로써 제한할 수 있는가	27
5. 누가 보건의료 영역에서 적법하게 활동할 수 있는가	33

제 2 절 법원 판결의 분석	37
1. 일반적 상황	37
2. 국민의 ‘건강보험 가입자(환자)’로서의 지위 (1)- 임의비급여 사례의 분석	39
3. 국민의 ‘건강보험 가입자(환자)’로서의 지위 (2)- 방문진료 사례의 분석	45
4. 국민의 ‘약제의 소비자’로서의 지위 - 약가 인하 처분 사례의 분석	48
5. 국민의 ‘알권리를 갖는 참여자’로서의 지위 - 정보공개 사례의 분석	57
제 3 절 정책에 미친 영향	62
1. 정책에 미친 영향의 측정	62
2. 법령 개정 사례 (1) - 의료보험요양기관 지정 취소 처분에대한 위헌 제청 ..	64
3. 법령 개정 사례 (2) - 보험급여 제한사유에 대한 위헌 소원	65
4. 판결후의 정책 변화	66
5. 정책의 이행 방식 변화	79
제 5 장 결론	81
참고문헌	83
Abstract	86

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 배경

보건의료분야, 그 중에서도 우리나라 건강보험분야의 법령은 정책의 방향 및 목표, 법적으로 보장할 권리의 종류 및 범위, 의료서비스의 전달 체계 및 조직, 재원의 적정한 분배 등 국민이 ‘보건의료서비스를 받을 권리’를 향유하는 데 중대한 영향을 미치는 핵심적 사항들을 규정하고 있다. 이러한 법령의 규정은 정책 담당자로 하여금 그 규정에 부합하게 정책을 집행하고, 법령의 근본 이념에 합치되는 방향으로 정책을 설정할 것을 요구한다¹⁾.

결국 정책의 집행 단계마다 법령의 정확한 의미를 해석하고 사안에 그것을 적절하게 적용하여야 하는데, 현대 민주주의 국가에서 법의 해석 및 적용의 역할은 사법부에게 귀속된다는 점에서, 정책에 대한 사법적 영향력은 점점 커지고 있다고 볼 수 있다.

아울러 법령의 내용 자체가 ‘본질적으로 중요한’ 사항이라는 점 외에도 공공행정 영역에서 해당 정책이 국민의 권리 보장에 기여하는 바가 있는지, 또한 정책집행이 적법절차의 원칙을 준수하여 ‘예측 가능하고 납득할 수 있게’ 되고 있는지에 대한 관심은 점점 커지고 있는바, 국민의 보건의료서비스 이용권 최일선에 있으며 가장 직접적으로 영향을 미치는 것은

1) 정책에 있어 법이 지닌 의미는 대체로 네 가지 형태로 정리할 수 있다. 법은 정책의 목적이고, 도구이며, 산물이고, 전제로 하여야 할 사실이다. Stempel, Dieter, 변무웅 역(2001), “법정책의 개념에 대하여. 그 발생, 의미 및 정의”, 법과 정책연구 제1집, pp.357~372

행정(정책)이라는 점에서 행정(정책) 영역에 대한 법적 영향력이 커지는 현상을 설명할 수도 있을 것이다²⁾.

사법적 판단의 일차적 기능은 분쟁해결 기능이나, 그 기능은 이에 머무르지 않는다. 즉, 법원의 판결이나 헌법재판소의 결정은 국가권력을 기반으로 집행됨으로써 분쟁당사자들의 행위를 구속할 뿐만 아니라, 결정된 분쟁의 내용과 유사한 상황에 처한 사회구성원들에게 장래의 행동지침을 설정하게 하는 일종의 ‘정책’ 역할을 수행한다³⁾. 이러한 소위 ‘사법적극주의’가 정당한지 여부가 더 근본적 논점이겠으나, 보건 분야와 관련하여 이 논점을 분석하자면 국민건강보험법 체제가 출범한 2000년 이래 우리나라 건강보험정책에서 이러한 ‘사법적극주의’의 경향이 어느 정도로, 어떻게 나타나고 있는지에 대한 현황 분석이 우선일 것으로 생각된다.

제 2 절 연구의 목적

국민건강보험법 시행 이후인 2001년부터 2011년까지 건강보험과 관련된 사안으로 보건복지부장관, 건강보험심사평가원, 국민건강보험공단을 피고로 하는 법원의 판결 및 헌법재판소 출범 이후인 1988년 이후 건강

2) 이에 관한 또다른 설명으로는, 정부구조가 확대됨에 따라 법적 규제도 불가피하게 확대되었고, 법적 규제의 확대는 결국 과거에는 문제되지 않았던 새로운 법적 분쟁을 끊임없이 야기되었다는 설명이 있다. 강승식(2004), “미국 연방대법원의 권한과 그 한계:사법심사권을 중심으로”, 헌법학연구 제10권 제4호, pp.569~570

3) 이는 보건의료정책의 정당성을 확보하기 위한 사회적 합의 형성에 사법부도 중요한 역할을 함을 나타낸다. 보험자, 의료서비스 공급자, 전문가를 중심으로 한 보건의료 자원할당 우선순위에 대하여는 이용갑 외 2(2009), “보건의료 자원할당의 우선순위선정에서 사회적 합의 모델에 대한 연구”, 한국사회정책 제16권 제1호, pp.10~13

보험(의료보험)과 관련된 헌법재판소의 결정을 수집하여, 건강보험에 관하여 보건 당국이 추진하였던 주요 정책들 중 어떤 정책들이 사법권에 의하여 의제설정되었는지, 또한 그것들이 사법적 판단에 의하여 지지되었는지 혹은 반대되었는지를 살펴 보고, 그 법적 의미와 보건정책적 함의를 분석해 보고자 한다.

제 2 장 이론적 배경 및 문헌고찰

제 1 절 이론의 토대

본 연구는 ‘사법적 판단’, 곧 ‘판례’를 분석 대상으로 삼고 있으나, 기존 법학에서 행하여지는 ‘법 이론적 접근’, 혹은 ‘판례평석’의 형식을 취하지 아니하였다. 이는 법학에서의 ‘법 이론적 접근’이 법학의 이론을 토대로 하여 실무에서는 어떤 태도를 보이는지 판례의 태도를 고찰한 후 이론적 시사점 내지 의의를 찾는 구조를 취하거나, ‘판례 평석’이 해당 판례에 적용된 법적 원칙 내지 법 이론을 찾아내는 구조를 취한다면⁴⁾, 본 연구는 ‘사법적 판단’(판례)을 독립변수로 하여 그것이 정책에 미치는 영향의 유무 및 방향을 고찰한다는 점에서 구조를 달리 하기 때문이다.

이에 본 연구에서는 이론적으로 ‘법 정책학’적 의미에서의 사법적극주의적 토대에 기반한 연구⁵⁾와, ‘행정학’의 영역에서 행정과 법원과의 관계에 대한 연구⁶⁾들을 중심적인 토대로 분석을 시행하기로 한다.

4) 구체적 사례로서, 후술하는 ‘중과실로 인한 범죄행위의 경우 급여제한’의 문제와 관련하여 법학분야의 연구논문은 ‘국민건강보험법의 의의·법적 성질 및 보험급여 제한규정의 의의’를 일반론으로 기술한 후 ‘판례의 태도’를 서술하고, 그에 관하여 ‘검토의견’을 제시하는 방식을 취하고 있다. 소건영(2010), “국민건강보험법의 급여제한에 대한 고찰”, 법조 제59권 제2호, pp.212~236

5) 최양수(1978), “연방대법원이 미국의 국가정책결정에 미치는 영향에 대한 고찰”, 사회과학논집 제9권; 차동욱(2006), “사법적극주의의 경험적 분석을 위한 이론적 고찰”, 세계헌법연구 제12권 제1호; 김덕준(2000), “정책결정으로서의 사법판결: 분석모형의 논리 및 현실설명력에 관한 검증을 중심으로”, 한국정치학회보 제34집 제4호

6) 이선우(2004), “사법부의 판결이 정부인사정책 및 행정행태에 미치는 영향분석”, 한국정책학회보 제13권 제1호; 표시열(2005), “행정부의 정책결정 주도에 따른 사법부의 역할 변화와 그 한계”, 헌법학연구 제11권 제3호

제 2 절 사법적 판단의 영향에 대한 이론적 이해

1. 사법적 판단의 의미에 대한 분석의 틀

‘법 이론적 접근’에서는 주로 개별 법 영역과 직접적으로 관련되는 법 이론(예를 들어 조세법의 경우 실질과세의 원칙, 근거과세의 원칙, 소급과세금지의 원칙)을 토대로 판례의 태도를 그와 비교하는 구조를 취한다.

그러나 본 연구의 대상은 판례 자체의 의미에 한정되는 것이 아니라 사법부의 행정부에 대한 영향을 보고자 하는 것이므로 이와는 분석의 틀을 달리하여야 할 것이다.

사법부의 행정부에 대한 영향에 대해서는 그 강약에 따라 사법적극주의와 사법소극주의가 나뉘어질 수 있는바, 미국 행정학자들을 중심으로 행정과 법원간의 관계의 현황에 대하여 분석한 연구들이 있다.

우선 Rosenbloom은 법적 시각으로 행정을 본다는 것의 의미에 대하여, ‘내용적인 면’에서는 헌법의 가치, 특히 기본권 보장을 위한 행정의 활동에, 그리고 ‘절차적 면’에서는 당사자주의와 변론권 보장을 기초로 한 행정활동에 대하여 관심을 갖는 것을 말한다고 한다⁷⁾. 이러한 관점을 기초로 사법부가 추구하는 가치의 관철 정도를 기준으로 사법부 개입을 측정하는 연구가 있는데⁸⁾, 이 연구에서는 사법부가 추구하는 최고의 가치는 ‘기본권’, 행정부가 추구하는 최고의 가치는 ‘효율성’으로 보고 판례에서 법원이 기본권을 위하여 효율성을 다소 희생시키는 경우를 사법적극

7) Rosenbloom, David H. & Kravchuck, Robert S.(2002). *Public Administration: Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector*, 5th ed. Boston: McGraw-Hill, p. 33

8) 김동원(2006), “행정과 법원 간 행정가치의 충돌 및 기본권보호의 의미”, 한국행정논집 제18권 제1호, pp. 355~373

주의 현상으로 판단하고 있다.

그러나 행정부가 사법부에 비하여 효율성이라는 가치를 중시할 수는 있으나 실제 정책에 반영된 가치를 모두 ‘효율성’으로 의제하기는 어렵다는 점이 위 연구의 한계로 지적될 수 있을 것으로 생각된다.

그렇다면, 보건의료정책이 우리나라 헌법의 기본원리 중 ‘사회국가원리’에 기초를 두고 ‘사회적 기본권’ 보장을 위한 것임을 염두에 두고, 판례, 특히 기본권 문제를 직접적으로 다루는 헌법재판소에서 사회적 기본권 보장 확대(인간다운 생활을 할 권리의 보장 등) 혹은 사회국가원리(사회적 약자 배려 원칙 등)의 구체화에 기여한 바가 있는지 여부도 고찰되어야 할 것이다⁹⁾.

2. 사법적 판단이 공공정책에 개입하는 구조 및 사법적 정책결정의 경험적 실제

사법적 판단이 공공정책에 개입된 정도에 관한 구조화된 틀로는 대표적으로 Cannon의 분석틀(Cannon, 1984: 391-404)을 들 수 있는바, 이 연구에서는 다음 6가지 영역의 분석틀을 중심으로 사법적 판단을 분석하여 사법의 개입 정도를 매우 적극적(High Activism), 다소 적극적(Somewhat activism), 적극적이지 않음(Non activism)으로 구분하고 있다¹⁰⁾.

9) 정진경(2006), “사회복지법 관련 헌법재판소 판례 분석: 1987~ 2004년 헌법 판례 현황과 내용을 중심으로”, 한국사회복지학 제58권 제1호, pp. 395~423

10) 이하의 내용은 정진경(2007), “사법적 판단과 사회복지정책 변화에 관한 연구”, 사회복지정책 제30권, p.171~172에서 재인용

- ① 다수결주의(Majoritarianism)- 민주적 절차를 통하여 채택된 정책이 사법적으로 부인된 정도를 의미한다¹¹⁾. 이는 사법부가 국민에 의하여 선출된 국회의원이 제정한 법률이나 그 하위법령에 의한 공공정책을 어느 정도로 변경하느냐에 관한 것이다. 국회에서 제정한 ‘법률’을 사법부가 반대하는 입장을 보였다면 매우 적극적으로, ‘행정규칙’이나 ‘지방의회 제정 규범’에 반대하였다면 다소 적극적인 것으로 해석한다.
- ② 해석적 안정성(Interpretive Stability) - 법원 결정이 이전 혹은 현재의 사법결정을 유지하는가 혹은 포기하는가를 측정하는 것이다. 이전의 판례를 번복했다면 해석적 안정성 면에서 매우 높은 적극주의에 해당하며, 이전 판례를 고수하는 판결을 했다면 비적극주의의 범주에 속하는 것으로 해석한다.
- ③ 해석의 충실성(Interpretive Fidelity) - 법 조항을 있는 그대로 용어의 문언적 의미로 해석하는지 혹은 법 제정자의 합의적 의도나 목적으로 알려진 바대로 해석하는지 여부를 판단한다. 법 조항을 문자 그대로 해석하지 않고 의도나 목적을 부여하여 해석할 때 적극주의의 정도가 높다고 한다.
- ④ 내용과 절차의 구분(Substance-Democratic Process Distinction) - 사법부의 판결이 단순히 민주적 절차가 원활히 이루어지는 것을 외부로부터 보조하는 기능을 수행하는 것이 아니라, 실질적인 정책결정 내용에 참여하고 있는지 여부에 주목한다. 이 입장에서는 사법부가 적극적 태도를 취할 경우 정책결정 특히 정의(justice)에 중요한 영향을 미친다고 하는바, 이는 소수자·사회적 약자에 대

11) 사법부는 기본적으로 반다수주의적(nonmajoritarian) 집단이라는 점을 전제로 한다(강승식(2004), 전게서, p.572). 그러나 대한민국 사회에서 경험적으로 이러한 전제에 동의할 수 있는지는 의문이다.

한 고려, 정책결정에 대한 참여권 등과 연관된다.

- ⑤ 정책의 구체성(Specificity Policy) - 사법적 판단이 다른 기관이나 개인들의 재량적 판단에 최종 결정을 맡기지 않고 스스로 구체적 정책을 수립하는 정도를 의미한다. 때에 따라서는 사법결정이 구체적인 법률 조항의 의미를 명시하는 등 특정 정책의 수행이나 매우 구체적인 내용을 행정부 등에 명령하기도 한다¹²⁾.
- ⑥ 대안적 정책 결정자로서의 가능성(Availability of an Alternative Policymaker) - 사법적 결정이 다른 국가기관이 같은 문제에 대하여 고민하는 것을 대신하는 정도를 의미한다.

결국 본 연구와 관련하여 위 분석틀을 적용하여 보면 우선 ‘다수결주의’와 관련하여 국회에서 제정된 법률 및 행정부의 명령, 규칙, 고시, 지침에 의하여 행하여지는 정책이 사법적 판단의 대상이 되었을 때 법원이 어느 정도나 그것을 지지 혹은 번복하였는지의 문제가 될 것이고, 이는 행정부의 승·패소율을 통하여 드러날 수 있을 것이다.

다음으로 ‘내용과 절차의 구분’과 관련해서는 사법부에서 ‘소수자 혹은 사회적 약자 배려’ 혹은 정책결정에 대한 ‘참여권’ 문제가 의제설정된 바가 얼마나 있는지, 얼마나 소수자 배려 혹은 참여권 확대를 지지하였는지가 문제될 수 있다.

한편 위에서 살펴 본 사법적 판단의 개입 정도에 대한 분석틀과 관련

12) 우리나라의 경우 이런 사례가 많지는 않다. 대표적으로 보건복지부장관의 요양기관에 대한 업무정지처분 혹은 이에 갈음한 과징금부과처분의 경우 법 규정상 ‘~할 수 있다’는 ‘재량’행위로 되어 있어, 그 처분에 일부취소사유가 있더라도 법원이 일부취소사유가 있는 부분만을 취소시켜 사실상 처분을 결정해 주는 역할을 하지 못하고 처분 전체를 취소시켜 행정청이 다시 ‘재량’을 가지고 재처분을 하도록 유도한다.

한 이론적 논의와는 또다른 흐름으로, 사법적 정책결정의 ‘경험적 실제’를 분석한 미국 학자들의 연구도 다수 존재한다.

Robert Dahl은 미국 연방대법원을 전국적인 정책형성자로 상정하는데 대법원도 논쟁적인 국가 의제로부터 자유로울 수 없고 그 결정이 필연적으로 가치를 배분하는 정치적 효과를 낳는다는 점을 전제하면서, 미국 연방대법원은 당대 지배적 정치세력의 일부로서 정치세력이 추진하는 주요 정책의 파트너로서 기능하여 왔다고 주장하였다¹³⁾. 즉 대법원이 소수의 권리보호를 위하여 국민 다수의 의사가 반영된 법률 및 그에 근거한 하위 규범들에 반대하는 결정을 내리는 경우는 거의 없다는 것이다.

Dahl은 자신이 상정한 167년의 기간 동안 86개의 위헌결정을 검토하면서, 미연방대법원의 정책적 조망은 당시 미국에서 지배적인 정치세력의 입장에서부터 결코 동떨어진 것일 수 없었다고 결론 내린다. 즉 주요 정책에 있어 확고하고 지속적인 다수의 정치세력에 반하여 헌법재판소가 자신의 정책을 성공시킬 가능성은 매우 희박하다는 것이다.

또한 가장 직접적으로 사법적 정책결정에 대하여 경험적으로 연구한 Rosenberg¹⁴⁾는 전국적인 영향력을 갖는 정책변화에 있어 대법원이 어떠한 역할을 했는가를 분석한다. 일례로 공공교육의 영역에서 인종차별적인 ‘분리하되 동등하게’라는 원칙을 폐기시킨 ‘Brown vs. Board of Education(1954)’ 결정을 분석하며, ‘대법원의 정책적 결정이 이슈를 현

13) Robert Dahl(1957), "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker", *Journal of Public Law* 6(1957), p.282, pp.293-294.; 전정현(2011) “헌법재판소에 의한 사법적 정책결정의 배경과 한계 - 정당성과 능력문제를 중심으로 -”, *공법학연구* 제12권 제1호, p.294에서 재인용

14) Gerald N. Rosenberg(1991), *The Hollow Hope: Can Court Bring About Social Change?*, (Chicago: The University of Chicago), pp. 39-51, pp. 109-162, pp. 202-265.; 전정현(2011), 전제서, pp.307~308에서 재인용

저하게 만들고 정치엘리트로 하여금 행동하게 추동하거나 백인들의 양심을 일깨우고 흑인들의 불만에 정당성을 제공했다'는 가설은 실증되지 않으며, 대법원의 결정은 여러 사회경제적 변화와 의회·행정부 입장의 변화를 반영한 것일 뿐 변화를 창조한 것은 아니었다고 주장한다. 또한 낙태법을 무효화시킨 법원 결정(Roe vs. Wade[1973] 사건)에 관해서도, 대법원이 그 결정에 도달하게 되었을 때에는 이미 연방에서 정치적 반대가 많지 않았고, 관련 직업 엘리트들과 사회운동가 사이에 상당한 지지가 있었으며 프라이버시 영역과 관련한 중요한 선례가 존재했다는 점, 즉 사회환경적 변화가 법원결정과는 독립적으로 작용했고 정부의 개입적 행위도 이미 법원 결정 이전에 이뤄졌다는 점을 지적한다.

이러한 연구들의 시사점에 기초하여 보건대, 우선 우리의 건강보험 분야에서 누가 소수이고 다수인지부터 논란의 소지가 있다. 결국 Robert Dahl이나 Rosenberg는 사법부는 결국 '보수적' 판결을 행하였을 뿐이라는 결론에 이르고 있는데, 여기에는 '다수'가 지배적 정치세력이며, 법률에는 그러한 다수의 의사가 반영되어 있다는 전제가 깔려 있다. 그러나 특히 의료인측과 환자측의 이해관계가 대립되는 영역에서 현행 법률이 문자 그대로의 의미로 '다수'인 환자측의 의사를 반영하고 있다고 단언하기는 어렵다. 결국 다수, 소수의 문제는 역학관계까지를 고려하여 실제로 법률이 누구의 의사를 대변하고 있는지를 보아야 할 것이다.

그렇다면 사법부가 내린 판단이 정책을 지지하든 변경하든, 즉 어떤 방향으로든 영향¹⁵⁾을 미쳤는지를 보는 것과 더불어 사법부가 내린 판단

15) 법원에서 행정청 패소판결을 내렸다고 하여 무조건 '영향'을 미친다고 볼 수는 없다. 행정청 패소판결에서도 해당 사안에 국한되어 의미를 가질 뿐, 파급효과는 거의 없는 것들도 있다. 일례로 「제재적 행정처분에서는 처분사유로 된 위반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익 목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익 침해의 정도와 그 처분으로 인

이 궁극적으로 누구를 위한 것이었는가를 고찰할 필요가 있을 것이다. 또한 사법적 판단과 정책을 연결시킴에 있어 그 인과관계를 논증하려면 사법적 판단이 정책적 변화를 이끌어내는 ‘기전’에 대한 보다 심도있는 고찰도 필요하다.

3. ‘정책’에 미친 영향의 측정

정책 특히 건강보험정책과 같은 사회복지서비스의 변화를 측정¹⁶⁾할 수 있는 측정도구와 자료는 쉽게 상정하기 어려워서, 이 영역에서는 투입 측면을 위주로 변화양상을 살펴 보는 방법이 많이 사용된다¹⁷⁾. 예를 들면 GDP 대비 사회복지서비스 지출 규모의 변화 양상을 보는 것이 대표적이다.

일반적으로 어떤 자원의 투입·변화에 상응하여 정책 변화를 측정한다면, ‘건강보험의 여러 부문 중 보건복지부 등이 어느 부문에 예산을 가장 많이 투입·사용하게 되었는가’, 혹은 조직적 차원에서 ‘보건복지부

하여 개인이 입게 될 불이익을 비교 교량하여 판단하여야 한다」(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005두11982 판결 등)는 전제 하에 구체적 사안에서 그 사안만의 특수한 사정을 고려한 결과 처분이 지나치게 과하다는 등의 이유로 행정부 등의 처분이 ‘재량권을 일탈·남용하였다’고 하여 행정부 패소 판결이 내려지는 경우가 다수 있다(서울행정법원 2011. 10. 28. 선고 2011구합18847 판결 등). 이 경우 행정부 등의 처분이 재량행위로서 삼권분립의 원칙상 사법부에서 구체적 처분을 다시 정하여 줄 수는 없기 때문에 행정부가 판결문의 취지를 반영하여 재처분을 하게 된다. 이런 경우는 그 사안만의 특수한 사정이 전제된 것이므로, 파급효과가 크지 않고 해당 사안의 구체적 타당성을 도모하는 수준에서 종결되는 것이다.

16) 강은숙(2002), “정책변동의 정책네트워크이론적 분석”, 한국사회와 행정 연구 제13권 제1호; 김행열(2006), “국민건강보험정책 결정요인 분석”, 한국거버넌스학회보 제13권 제2호

17) 홍경준, 송호근(2003), “한국 사회복지정책의 변화와 지속; 1990년 이후를 중심으로”, 한국사회복지학 제55권, p.214

등의 어떤 부서에 전문인력이 배치되고 증원이 되었는가' 등을 보는 것이 정책에 미친 영향의 측정일 수도 있다.

그러나 본 연구와 같이 '법 적용 및 해석'의 문제인 사법적 판단을 독립변수로 하여 정책에 미친 영향을 측정한다면 그 사법적 판단에 대하여 행정부가 어떻게 대응했는가가 문제이다.

실제로 행정부에서 정책을 설계·집행할 때 사법적 판단이 부정적으로 내려질 가능성에 대하여 느끼는 압박감은 계속 커지고 있다. 그런 압박감으로 인하여 행정부에서 정책을 추진하며 법률적 자문을 받는 경우도 많으며, 행정부 내부의 공무원 등 실무자들에 대하여 법규 교육 등을 실시하는 경우도 많아졌는바, 그 구체적 실태를 살펴 본다.

또한 내부 회의 등 과정을 거쳐 결국 집행의 근거가 되는 법률 및 그 하위 규범을 바꾸게 되기도 하는바, 그 사례도 살펴 보도록 한다. 실제로 정진경(2007:175~177)은 헌법재판소의 위헌결정 이후 법령 등의 개정 여부를 살펴 보는 연구 방식을 취하였다.

4. 사법적 판단과 정책의 변화의 인과관계

사법적 판단의 대상 자체가 정면으로 '정책'의 적법 여부(법에 합치하는가 아닌가의 문제이지만 궁극적으로는 당쟁의 문제까지 연결될 수 있는)를 다루고 있는 경우가 있다. 특히 당연요양기관제, 법의 범위 밖에서 환자와의 합의로 진료비를 징수하는 비급여(임의 비급여) 등 건강보험정책의 큰 틀과 관련된 사안들은 대부분 그러하다¹⁸⁾는 점에서, 사법적 판

18) 이는 소위 미국에서의 제도개혁소송(Institutional Reform Litigation)의 성격을 띠는 것으로도 볼 수 있다. 제도개혁소송은 소송의 목적이 현실적으로 손해를 입은 개인의 구제보다도 그러한 권리침해를 야기시키는 제도 그 자체의 개정을 지향하는 것을 특징으로 한다. 서원우(2005), "미국에 있어서의 사법의 공공정책 형성", 미국헌법연구 제16권 제1호, pp. 1~29

단과 정책의 변화와의 인과관계의 기전이 필요하지 않아 보이는 경우도 있다.

그러나 위에서 살펴 본 Rosenberg(1991, 39~51)의 연구에서와 같이 이미 사법외적 상황이 무르익어서 사법적 판단이 그를 반영한 것일 뿐인 경우도 있을 수 있다는 점에서 과연 사법적 판단이 정책변화의 독립변수로서 기능하는 것인가라는 ‘기전’에 관한 부분은 여전히 고민될 필요가 있다.

또한 행정의 집행 단계에서도 ‘법적 판단’이 필요하고, 그에 대하여 다른 해석의 가능성이 존재하여 법원의 판단을 통하여 향후 정책의 방향 및 지속여부를 설정하려 하였을 경우가 있을 수 있고, 그렇게 하여 만약 행정의 영역에서 행한 ‘법적 판단’이 잘못되었다는 쪽으로 법원의 판단이 내려졌을 경우 그 판단은 직접적으로 정책 변경을 가져 올 수 있을 것이다.¹⁹⁾

Rosenberg(1991, 39~51)의 결론과 달리, 사법적 판단으로 인하여 보건복지부 등 주최의 토론회, 심포지엄, 포럼 등이 열리는 등 사회적 의제 설정과정을 거쳐 정책의 변화를 초래하는 구조를 취한 사례²⁰⁾, 즉 사법

19) 일례로 보건복지부 공무원들과 건강보험심사평가원의 급여조사실 직원들은 월 1~2회 의료기관 및 약국의 보험급여에 관한 사항을 점검하는 현지조사 결과를 점검하며 처분을 어떻게 하여야 하는지 불분명한 사안에 관하여 토론하는 회의를 개최하고 있으며, 그 회의에 변호사 1인이 의무적으로 참가하여 법적 의견을 제시하고 있다. 그러나 법적 의견이 부정적이어도 정책 결정자들은 일단 정책의 목적에 부합하는 처분을 행한 뒤 향후 법원에서 문제가 되어 그 적법성이 부인되었을 때 정책을 다시 변경하자는 입장을 취하는 경우도 많다.

20) 후술하는 바와 같이, 의료기관에서 요양급여기준 등에 위반하여 원외처방한 약제비에 대하여 누가 어떠한 근거에서 국민건강보험공단에 대한 반환책임을 져야 하는가에 관하여 서울서부지방법원에서 판결(서울서부지방법원 2008. 8. 28. 선고 2007가합8006판결)이 행하여진 후 2008. 11. 건강보험심사평가원 주최로 그에 관한 심포지엄이 개최되었고, 임의 비급여에 관하여 의료계와 행정부측

적 판단이 정책 변화와 직결되는 경우는 아니었을 지라도 간접적인 원인 제공을 한 사례는 없는지도 분석이 필요하다고 본다.

간에 갈등이 심해지자 2010년 국회의원 정하균 주최의 토론회가 열리기도 하였다.

제 3 장 연구방법

우선 헌법재판소 결정의 경우는 헌법재판소 출범 이래 키워드를 ‘건강보험, 의료보험’으로 검색된 사례에서 - 건강보험, 의료보험정책과 무관한 사례를 제외하고 - 어떤 부분이 의제설정이 되었고 이에 대한 사법적 판단은 어떠했는지, 또한 그 판단이 정책에 영향을 미친 바가 있었는지를 살펴보는 방식을 취하였다.

법원의 판결에 대해서는 법원도서관에서 제공하는 판례 열람 시스템을 통하여, 2001년부터 2011년까지 피고가 보건복지부장관이었던 사건, 피고가 건강보험심사평가원이었던 사건을 검색하여 대법원을 통하여 제공받은 판례 및 판례검색시스템(www.lawnb.com)에서 키워드를 ‘건강보험’, ‘의료보험’으로 하여 검색한 판례들을 분석 대상으로 하였다.

피고가 국민건강보험공단인 사건은 보건복지부장관과 공동피고인 사건인 경우 국민건강보험공단의 처분에 관해서는 독자적 의미는 없는 것이 대부분²¹⁾이었고, 사례 자체가 특수한 상황²²⁾에서의 징수·환수처분의

21) 동일한 현지조사의 기회에 적발된 동일한 사유에 기한 위법한 요양급여비용청구사실에 대하여, 처분의 종류만 보건복지부장관의 업무정지 혹은 과징금부과처분과 국민건강보험공단의 부당이득금 징수(환수)처분으로 이원화된 사례를 의미한다. 국민건강보험공단은 위법하게 지급된 요양급여비용을 원상태로 되돌린다는 의미로 부당이득금 징수(환수)처분을 하는 것이고, 보건복지부장관은 ‘위법한 요양급여비용 청구’ 사실에 대하여 제재적 의미로 업무정지 혹은 과징금부과처분을 하는 것이다.

22) 국민건강보험공단이, 사립유치원의 직장가입자로서 건강보험료를 납부하고 있는 甲이 별도의 급여를 받지 않으면서 다른 사립유치원을 설립·운영하는 사실을 확인하고 국민건강보험법 제63조 제4항, 동법 시행령 제38조 제2항에 따라 보수가 지급되지 않는 사용자의 보수월액을 산정하여 甲에게 정산보험료를 부과한 사안에서, 사립유치원을 설립하여 운영하지만 보수를 받지 않는 사용자인 甲에게도 국민건강보험법 제63조 제4항이 적용된다고 한 사례 등이 있다.

(※국민건강보험법 제63조 제4항:보수월액의 산정 및 보수가 지급되지 아니하는 사용자

당부(當否)에 대한 사건이 많았으므로, 국민건강보험공단의 환수처분을 하는 사례 중 독자적으로 문제가 되는 사례(소위 ‘원의처방 약제비’ 환수 사건, ‘원료직접생산의약품 특례적용으로 인한 이익’ 환수 사건, ‘건강검진 당일 진료시 진찰료청구분’ 환수 사건 등)만을 대상으로 삼았다.

또한 건강보험심사평가원에서 발간한 ‘국민건강보험법 역사와 해설’(2011)과 국민건강보험공단에서 발간한 ‘국민건강보험법 해설’(2011), 대한의사협회에서 발간한 ‘국민건강보험 법령·판례 해설’(2009)에 실린 판례도 참조하였다.

사례의 분류는 대상 자체가 건강보험체계의 근간을 다루고 있어서 보건정책적으로 의미가 있는 사례를 중심으로, 건강보험과 관련된 개별적 제도의 당부가 문제된 사례²³⁾보다는 국민이 건강보장을 받을 권리와 직접적으로 관련성을 갖는 사례들을 분석 대상으로 삼았으나, 사법적 판단의 대상이 된 국민의 법적 지위를 ‘건강보험제도의 가입자(환자)로서의

의 보수월액의 산정등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다)
(※국민건강보험법 시행령 제38조(보수가 지급되지 아니하는 사용자의 보수월액의 결정)
① 법 제63조제4항의 규정에 의하여 보수가 지급되지 아니하는 사용자의 보수월액은 다음 각호의 방법으로 산정한다. 이 경우 보수월액의 적용기간 및 변경절차등은 제34조 내지 제36조의 규정을 준용한다.
1. 당해연도 중 당해 사업장에서 발생한 보건복지부령이 정하는 수입으로서 객관적인 자료에 의하여 확인된 금액
2. 수입을 확인할 수 있는 객관적인 자료가 없는 경우에는 사용자의 신고금액
② 제1항제1호 및 제2호에 불구하고 동항제1호의 확인금액 또는 동항제2호의 신고금액이 그 사업장에서 가장 높은 보수월액의 적용을 받는 근로자의 보수월액보다 낮은 경우에는 당해 근로자의 보수월액을 그 사용자의 보수월액으로 한다.)

23) 예를 들면 보건복지부장관이 행하는 요양기관 등에 대한 현지조사와 관련하여, 현지조사의 기법상 요양기관이 부당내역을 자인하는 내용의 ‘확인서’에 지나치게 의존하고, 전수조사가 아닌 ‘추정’이 개입되는 것의 적법성이 다투어진 사례, 현지조사 결과 업무정지 혹은 과징금부과처분을 할 경우 요양기관이 의견제출이나 청문의 기회를 충분히 가졌는지가 문제된 사례 등은 개별적 제도 자체가 법적으로도 정당성을 지지받고 있는지에 관한 것으로 의미가 있기는 하나, 사법적 판단에 의한 정책 변경 사례와 관련하여 간략하게 언급하였다.

지위’, ‘약제의 소비자로서의 지위’, ‘보건의료분야에 관한 정보에 관하여 알 권리를 갖는 참여자로서의 지위’로 크게 나누어 각각에 해당되는 사례에서 무엇이 쟁점이 되었으며, 사법적 판단이 갖는 법적 의미 및 보건 정책적 함의는 어떠한지를 분석하는 방식을 택하였다.

판례의 해석 및 법률적 의미 분석에 대한 객관성 담보를 위하여 의료 관련 행정소송을 담당할 경험에 있는 변호사들과 토의 과정을 거쳤다.

제 4 장 연구결과

제 1 절 헌법재판소 결정의 분석

헌법재판소의 결정 중 ‘건강보험’, ‘의료보험’에 관한 것은 81건이었는데, 그 중 각하된 건이 54건으로 다수를 차지하였고, 기각(합헌)결정이 23건²⁴⁾, 한정위헌이 1건, 위헌은 3건으로 집계되었다.

각하 결정이 많았다는 것은 결국 해당 법령이나 처분 등이 헌법에 보장된 기본권을 침해했는지에 대하여 본격적으로 판단을 받아 보지 못하고, 형식적 요건 불비로 ‘법적 판단’의 대상 적격 자체를 인정받지 못했다는 것으로, 만약 형식적 요건을 갖추었다면 헌법적으로 의미가 있었을 사안도 있다는 점에서 사법적 판단이 갖는 한계를 드러내는 부분이기도 하다.

1. 건강보험 제도가 제도권 내 사람들을 공평하게 취급하고 있는가.

가. 논의의 배경

2000년 건강보험법 체계 출범에 즈음하여 가장 논란이 되었던 문제는 직장가입과 지역가입을 통합하면서, 각각에 속한 가입자들에 대하여 보험료 부과 방식을 달리 하는 것이 정당한가 하는 것이었다. 그것이 정책적으로 정당한가하는 문제의 논의와 더불어 법률적으로도 건강보험체계에 속한 사람들을 평등하게 취급하고 있는가의 문제가 제기되었던바, 그

24) 하나의 결정문에 기각, 각하 결정이 같이 있는 경우도 있는데, 이에 대하여는 건강보험정책과 연관된 분야와 관련하여 실제적 판단이 있다면 ‘기각’으로 분류하였다.

에 관하여 헌법재판소의 판단을 구하게 된 것이다.

나. 법률적 판단 및 의미

헌법재판소는 우선 의료보험수급권의 법적 성격을 의료보험법상 ‘재산권의 보장을 받는 공법상 권리’라고 명시하였다.

법적 평등은 무조건적 동일한 취급이 아니며, 문제가 된 대상들 간에 ‘본질적 차이’가 있으면 ‘차별적 취급’은 정당화될 수 있는 것으로, 이 사안에서도 헌법재판소는 직장가입자와 지역가입자 사이에는 소득과약률, 소득신고의 방법, 소득결정방법, 보험료 부과대상소득의 발생시점 등에서 근본적 차이가 있다고 지적하면서, 법상 보험료 부과 체계가 형식적으로는 소득을 단일기준으로 하면서도 위와 같이 소득형태, 소득과약률²⁵⁾ 등의 점에서 지역가입자와 직장가입자는 다르게 취급하여야 할 ‘본질적 차이’가 있으므로 그 차이를 고려하여 보험료 산정을 달리하도록 한 것 자체에는 평등원칙의 관점에서 하자가 없다고 판시하였다. 또한 지역가입자의 객관적 소득과약을 위하여 법이 유예기간을 두고 있는 점과 재정운영위원회라는 논의기구가 있다는 점을 들어 직장·지역가입자간 보험료 부담율을 합리적으로 조정할 것이라는 점에 대한 예측가능성이 있다는 이유로 의료보험통합이 직장·지역가입자간 보험료 부담의 차이와 관련하여 헌법적으로 문제가 되는 것은 아니라고 판시하였다(헌법재판소 2000. 6. 29. 99헌마289).

직장가입자와 지역가입자의 보험료 부과에 대해서는 의료보험 통합시

25) 이 당시 헌법재판소는 직장가입자의 소득은 100% 과약되는데 반하여, 지역가입자의 소득은 도시자영업자 및 농어민의 경우 각 23% 및 55%, 전체평균으로 약 28%에 그치기 때문에, 소득과약율(과세자료 보유율)에 있어서 직장가입자와 지역가입자 사이에 현저한 차이가 있다고 보았다.

기 뿐만이 아니라 그 이후에도 지속적으로 헌법쟁송이 제기되었던바, 대부분 형식적 요건 불비로 각하된 사례가 많으나, 형식적 요건을 갖춘 사례에서도 헌법재판소는 위 사례와 유사한 이유를 들어 직장가입자는 파악된 실소득을 기준으로, 지역가입자는 추정소득을 기준으로 하는 것이 평등원칙 위배라 할 수 없다고 판시한 바 있다(헌법재판소 2003. 10. 30. 2000헌마801).

다. 보건정책적 함의

현재도 지역가입자의 보험료 분담의 체계가 적합한 것인지, 또한 형평에 부합하는지에 관하여 지속적으로 문제제기가 되고 개선 방안이 제시되고 있다는 점을 감안하면, 위 헌법재판소의 입장이 근본적으로 타당한지는 의문이다. 즉 건강보험 체계 내에서 직장가입자와 지역가입자의 법적 지위가 ‘본질상’ 차이가 나는 것은 아님에도, 소득과약 등의 ‘현실적 어려움’을 차별취급을 정당화하는 ‘본질적 차이’로 판단한 것은 문제라고 볼 수 있는 것이다.

2. ‘건강보험’이라는 제도를 채택하고 국민들을 그 제도에 의무적으로 편입시키는 것이 정당화되는가.

가. 논의의 배경

국가가 국민의 건강권 보장을 위하여 의료보장시스템을 갖출 때, 꼭 ‘건강보험’이라는 사회보험 체계를 선택할 필요는 없다. 다른 대안들도 존재하는 가운데 우리나라는 ‘건강보험’이라는 사회보험 체계를 선택한 것이고, 그 제도에 의료서비스 공급자나 수요자 모두 의무적으로 포함이 되도록 하는 방식을 취한 것이다.

이것이 정책적으로 정당한 것인가에 관해서는 2008년 우리나라에 새

정부가 들어서고 미국의 의료보험 개혁이 추진되면서 당시 우리 사회에서 많은 논의가 있었고, 법적으로는 제도 선택 초기부터 헌법소원이 제기된 바 있다.

나. 법률적 판단 및 의미

우선 가입자 측면에서 건강보험에 의무적으로 (강제)가입하도록 한 것이 공법상 단체에 강제로 가입당하지 않을 자유 및 보험료부과와 관련하여 정당한 사유 없는 금전의 납부를 강제당하지 않을 권리의 침해가 아닌지가 문제되었다.

이에 관하여 헌법재판소는 이러한 건강보험 제도가 ‘소득수준이나 질병 위험도에 관계없이 모든 국민에게 동질의 의료보장을 제공하고자 하는 것’을 목적으로 한다고 전제하고, 건강보험 문제를 시장경제의 원리에 따라 사보험에 맡기면 상대적으로 질병 위험이 높거나 소득수준이 낮은 사람들은 보험에 가입하는 것이 매우 어렵거나 불가능하게 되어 위와 같은 목적을 달성할 수 없다고 보았다. 따라서 건강보험에 강제로 가입할 의무는 공법상 단체에 강제로 가입하지 않을 자유, 정당한 사유 없는 금전의 납부를 강제당하지 않을 재산권에 대하여 ‘제한’을 하는 것이긴 하나, 정당한 국가목적의 달성을 위하여 부득이한 것이라고 본 것이다²⁶⁾.

아울러 사회보험료는 기존의 공과금체계에 편입시킬 수 없는 독자적 성격을 지닌 공과금이고, 사회보험료를 형성하는 2가지 중요한 원리는 ‘보험의 원칙’(보험료와 보험급여간 등가원칙)과 ‘사회연대의 원칙’(사회

26) 헌법 제37조 제2항에 따라 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다. 즉 국민의 권리는 정당한 목적을 위하여, 적정한 수단으로, 피해를 최소한으로 하여 과잉금지원칙에 반하지 않게 제한된다면 정당화될 수 있는 것이다.

국가원리)이라는 점을 지적하면서, 보험자의 수입이 보험급여를 포함한 전체 지출을 충당할 수 있도록 개인의 보험료가 산정되어야 하며, 사회연대의 원칙에 의하여 사회보험에의 강제가입의무는 정당화된다고 판시하였다(헌법재판소 2002. 10. 31. 99헌바76, 2000헌마505[병합]).

한편 모든 국민들을 공적 의료보장체계에 편입시키기 위해서는 의료기관·약국 등 의료서비스 공급자를 제도 내로 끌어들이는 것 또한 관건이라고 할 수 있는데, 이에 관해 우리나라가 취하고 있는 모든 의료기관·약국 등은 건강보험체계 내의 요양기관으로 당연히 포섭되도록 하는 시스템에 대하여도 법률적 정당성이 문제된 바 있다²⁷⁾.

헌법재판소는 이에 대하여 「강제지정제는 요양급여에 필요한 의료기관을 확보하여 피보험자인 전 국민의 의료보험수급권을 보장하고자 하는 것으로, 강제지정제가 그러한 입법목적을 달성할 수 있는 유효한 수단 중 국민(요양기관측)의 기본권을 가장 적게 침해하는 수단인지에 관해서 - 2인의 위헌 의견이 있기는 하였으나²⁸⁾ - 의료기관의 직업행사의 자유, 의료소비자의 선택권이 제한을 받는다 하더라도 의료보험의 기능확보라는 중대한 공익실현을 위한 것으로 과도한 침해가 아니며」, 요양급여의

27) 과거에는 ‘강제지정제’ 형식이었으나, 현재는 ‘당연요양기관제’ 시스템이다. 후술하는 바와 같이, 과거 ‘구 공무원 및 사립학교 교직원 의료보험법’에서 의료보험 요양기관의 지정취소 사유를 법률에 직접 규정하지 않고 보건복지부령에 위임한 것에 대해서 헌법재판소에서 위임입법의 한계를 일탈한 것이라는 점을 근거로 ‘위헌’ 결정함으로써(헌법재판소 2002. 6. 27. 2001헌가30), 국민건강보험법이 ‘지정제’가 아닌 ‘당연요양기관제’를 취하도록 하는 직접적 계기를 만들었다.

28) 재판관 한대현, 권성은 반대의견에서 ‘요양기관 강제지정제는 첫째로 자유와 창의를 존중하고 이로써 문화의 발전을 지향하는 우리 헌법의 이념에 비추어 그 채택이 주저되는 수단이고 둘째로 획일적 통제제도의 비효율성에 비추어 그 제도의 장기적 성과가 상대적으로 의심되는 수단’이라는 이유로, 이는 헌법상의 과잉금지의 원칙에 어긋남으로써 의사의 직업의 자유를 침해하는 위헌적 제도라 하였다.

비용산정과 비급여의 가능성을 통하여 의료기관 사이의 실질적 차이는 반영하고 있으므로 평등원칙에 반하는 것도 아니라고 보았다(헌법재판소 2002. 10. 31. 99헌바76, 2000헌마505[병합]).

다. 보건정책적 함의

국가가 의료보장시스템을 어떻게 구축하는 것이 적절한가에 관해서는 여러 의견이 있을 수 있고, 본질적으로 사법부가 그에 관하여 정답을 제시하는 역할을 할 수도 없다. 결국, 사법부는 정책적으로 선택된 방안에 관하여 ‘법률적’ 의미에서 문제가 있는지를 판단하는 것인데, 엄밀하게 그 판단대상이 ‘법률적’ 문제 유무에 한정된다 하더라도 현실적으로는 ‘정책 자체에 대한 정당성’ 판단에까지 영향을 미치는 것이 사실이다²⁹⁾.

위 사안에서도 결과적으로 헌법재판소는 건강보험제도라는 큰 틀이 국민이 보편적 보건의료서비스를 향유함에 있어 도움이 될 것이라는 입장을 취함으로써 건강보험정책을 지지하고 있는 결과를 초래하였다고 평가할 수 있다.

즉 인간다운 생활을 할 권리의 보호영역 중 건강 부문에서는 최소한 ‘아플 때 경제적 제약 등에 구애받지 않고 보건의료서비스 제공을 국가에 대하여 요구할 수 있는 권리’가 보장되어야 하는바, 이는 어떠한 방식으로든 국가가 건강보장체계를 갖출 것을 요구한다. 법적 판단은 그러한 체계로 국가가 택한 수단이 헌법 제37조 제2항 등에 따른 비례의 원칙에 따라 정당화되는지에 한정되나, 결국 정책적 사안에 대하여 헌법재판소

29) 유사한 사례로 2010. 12. 3. 서울행정법원 제6부에서 내려진 4대강 사업 관련 첫 판결에서 법원의 판단대상이 된 것은 국가재정법 위반 여부, 하천법 위반 여부, 환경영향평가법 위반 여부, 문화재보호법 위반 여부 등에 관한 항목이었으나, 그 소송에서 정부가 승소한 결과는 4대강 사업의 정책적 정당성 문제에까지 사실적 영향을 끼친 면이 있다고 볼 수 있다.

가 법적으로 힘을 실어 줌으로써 정책에 영향을 미친 것이다.

또한 건강보험체계를 실효적으로 운영하기 위하여 의료공급자를 모두 체계 내로 포섭하는 것은 당연한 전제라고 볼 수 있는바, 헌법재판소의 판단대상은 의료기관의 직업행사의 자유 등 제한 여부에 제한되었을지라도, 결과적으로 위 판단을 통하여 당연요양기관제 또한 정당성 확보에 힘을 얻었다고 볼 수 있다.

그러나 이러한 헌법재판소의 역할은 한계도 분명하다. 사회적으로 이슈화되었을 때 법적 판단을 내림으로써 영향을 미치기는 하나, 시간이 흐르고 사회적 담론 환경이 달라질 경우 예전의 판례가 지속적으로 힘을 갖지는 못한다는 점에서 그러하다고 볼 수 있다.

3. 국가는 사회적 기본권을 어느 정도로 보호하여야 하는가.

가. 논의의 배경

헌법 제10조 후문은 ‘국가는 개인이 가지는 불가침의 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다’고 규정하고 있다. 그러나 국가권력에 의하여 국민의 기본권이 침해당하는 경우와 달리, 국가의 기본권보호의무 이행 여부를 판단함에 있어서는 헌법재판소의 사법적 판단은 ‘국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가’(이른바 ‘과소보호 금지의 원칙’)에 한정된다³⁰⁾. 즉 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 조치를 취하지 않았거나 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한

30) 성낙인(2003), 헌법학, 법문사

경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다(헌법재판소 2008. 12. 26. 2008헌마419·423·436[병합] 등).

특히 사회적 기본권에 대해서는 국가의 기본권보호의무에 대한 ‘과소 보호 금지의 원칙’이 갖는 의미가 더욱 축소될 여지가 있는바, 사회적 기본권 자체가 자유권적 기본권 등과 달리 국가정책의 입법적 반영을 통하여만 구체화될 수 있는 성격의 권리이기 때문이다³¹⁾. 헌법재판소는 사회적 기본권에 대해서도, ‘국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는 국가가 세계보호를 위한 입법을 전혀 하지 아니하였거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다’고 보았다(헌법재판소 1997. 5. 29. 94헌마33).

이와 관련하여 현행 우리나라에서 건강보험과 이원적 체계로 운영하고 있는 의료급여제도에 대하여 국가의 보호의무가 문제된 최근의 사례가 있다. 의료급여는 본인부담이 없어 대상자들의 도덕적 해이가 지속적으로 문제가 되어 왔는데, 이에 정책적으로 의료급여 1종 수급권자들에 대하여 의료급여 중 일부 또는 전부를 수급권자 본인에게 부담하도록 하고 선택병의원제를 도입하여 그 선택한 곳에서 진료받은 경우에만 진료비 전액을 면제받도록 정책을 변경하자, 그것이 의료급여수급권을 침해하며 건강보험 가입자에 비하여 합리적 이유 없는 차별이라는 이유로 헌법소원이 제기된 것이다.

나. 법률적 판단 및 의미

31) 성낙인(2003), 전제서

헌법재판소는 이러한 정책 변경이 다소 의료급여수급권에 제한을 초래한다 하더라도 국가가 실현하여야 할 기본권 보호의무의 ‘객관적 내용의 최소한도의 보장’에 이르지 못하였다고 볼 수는 없고, 건강보험가입자들과 의료급여 수급권자는 의료보장의 대상이라는 공통점 외에는 선정방법, 법적 지위, 재원조달방식, 자기기여에 있어 명확히 구분되므로 본질적으로 동일한 비교집단이라 할 수 없어 의료급여 수급권자에 대하여 선택병의원 제도 및 비급여항목을 달리 규정하고 있는 것을 두고 평등권 침해라고 볼 수 없다고 판시하였다(헌법재판소 2009. 11. 26. 2007헌마 734).

이 역시 도덕적 해이 방지라는 정책적 목적을 위하여 국가가 택한 수단이 의료급여수급권자에 대하여 기본권보호의무를 이행함에 있어 ‘객관적 내용의 최소한도의 보장’조차 되지 않는 것인지 여부만 판단한 것으로, 기본권보호의무에 대한 사법적 심사의 한계를 나타내는 사례라고 볼 수 있다.

다. 보건정책적 함의

건강권은 다른 기본권의 전제가 되는 권리로서의 성격을 갖는다. 따라서 국가의 기본권보호의무 이행 여부를 판단할 때도, 현재 헌법재판소가 취하고 있는 ‘입법을 전혀 하지 않았거나 명백히 불합리한 경우’에 한하여 국가의 기본권보호의무 위반을 판단하는 태도는 지나치게 소극적이라고 볼 수 있다.

또한 건강보험가입자와 의료보험수급권자의 관계에 대해서도, 물론 이 두 집단은 재원 등을 달리하는 집단임에는 틀림없지만, 국가의 기본권보호의무와 관련하여 오히려 의료보험수급권자에 대한 보호의무정도가 정책적으로 강하게 요구될 수 있다는 점에서, 위 헌법재판소의 사례는 사

회적 기본권의 보호범위 확대라는 적극적 입장을 취하기보다 다소 보수성을 띤 것이라고 평가할 수 있다.

4. 국가가 의료인의 의료행위를 건강보험제도로써 제한할 수 있는가.

가. 논의의 배경

최근 들어 가장 핵심적 쟁점으로 떠오르고 있는 것은 ‘의료인의 의료행위’를 건강보험체계를 통하여 제한할 수 있는가(소위 ‘임의 비급여’의 문제)에 관한 것이다.

현행 건강보험체계에서는 요양급여대상과 비급여대상이 있는바, 요양급여대상에 대하여는 목록 및 그에 소요되는 시간, 자원 등의 양을 고려한 상대가치점수, 점수당 단가로써 비용통제가 이루어지고 있고, 비급여대상에 대하여는 비용통제 없이 비급여로 비용 징수할 수 있는 ‘대상’(목록)만을 법령에서 관리(그러한 비급여를 ‘법정 비급여’라 한다)하고 있다.

임의 비급여는 요양기관과 환자 사이의 합의에 의하거나 혹은 합의 없이, 법정 비급여 사유에 해당되지 아니함에도 요양기관이 임의로 요양급여기준이나 진료수가기준이 정하는 기준이나 절차를 위배하여 환자로부터 비용을 징수하는 것이다.

대표적 유형으로는 급여기준 초과시 비급여 비용 징수, 약품에 대한 식약청 허가사항 초과시 비급여 비용 징수, 급여사항임에도 그에 대한 기준을 준수하지 않아 건강보험심사평가원에서 급여비용이 삭감될 것을 피하기 위하여 아예 환자에게 비급여 비용 징수, 이미 수가에 포함되어 있어 별도로 급여비용을 산정받을 수 없음에도 그에 관하여 비급여 비용 징수, 사실상 선택진료를 선택할 수밖에 만들어 놓고 그에 대하여 비급여 처리하는 비용 징수, 급여·비급여 목록표에 등재되지 아니한 새로운

행위·약제·치료재료에 대하여 요양급여대상 판정 여부를 거치는 절차를 밟지 않은 채 바로 비급여 비용 징수하는 사례 등이 있다.

헌법재판소에서 문제된 대표적 사례로는, 소아과 전문의인 청구인이 아토피 피부염의 진단과 치료를 위하여 국민건강보험법 및 그 하위법령의 위임에 근거한 보건복지부 고시인 ‘건강보험 요양급여행위 및 그 상대가치 점수’에서 검사종목을 제한한 부분을 위반하여 그 검사항목 수를 초과하여 검사를 실시하였다는 이유로 보건복지부장관으로부터 업무정지 처분 등을 받자, 해당 고시가 청구인의 행복추구권, 직업수행의 자유, 재산권 및 국민의 보건권 등을 침해한다고 헌법소원을 제기한 사례를 들 수 있다.

나. 법률적 판단 및 의미

위 사례는 ‘건강보험요양급여행위 및 그 상대가치점수고시 위헌확인’(헌법재판소 2007. 8. 30. 2006헌마417) 사건으로, 다수의견에서는 이 사건 고시의 비례의 원칙³²⁾ 위반 여부를 다음과 같이 판단하였다.

(1) 목적의 정당성 - 국민건강보험은 헌법 제36조 제3항에 따라 국민의 보건에 관한 국가의 보호를 구현하기 위한 것으로서 이 사건 고시의 입법목적은, 법이 요양급여의 기준을 법정하도록 규정한 것과 마찬가지로, 불필요한 요양급여를 방지하고 요양급여와 비용의 합리성을 확보하여 한정된 건강보험재정으로 최대한의 건강보험 혜택을 부여하고자 하는 것이다. 이러한 입법목적은 정당하다.

(2) 검사방법 제한의 적절성 - 이 사건 고시는 위와 같은 입법 목적을

32) 법학에서 비례의 원칙 위반 여부는 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 기준으로 판단한다.

달성하기 위해서 알레르기 질환을 진단하기 위한 검사방법의 항목 수를 제한하는 방법을 선택하고 있는바, 이러한 방법은 이 사건 고시의 입법 목적을 달성하기 위하여 필요하고 적절한 수단이라고 할 수 있다.

알레르기 질환 중에서도 아토피 피부염은 그 원인과 치료방법을 확실하게 진단할 수 있는 검사방법이 확정되어 있지 않다. 따라서 아토피 피부염에 대한 검사방법을 제한하면 정확한 원인과 치료법을 찾아내기 어려울 수도 있다.

그러나 국민건강보험은 국민들의 보험료를 재원으로 하여 운영되는 보험제도이므로 보험료 수입과 보험급여 사이의 수지균형을 맞추어야 한다. 또한, 국민건강보험은 모든 국민들에게 일반적이고 보편적인 수준의 요양급여를 제공하고자 하는 사회보험이므로, 특수한 질병에 대한 요양급여를 무한정 제공할 수는 없는 것이다.

이 사건 고시에서 제한한 검사방법은 의약계 전문가가 참여하는 의료보험심의위원회에서 대한알레르기학회, 대한소아알레르기 및 호흡기학회, 대한피부과학회의 의견을 수집하고 반영하여 임상의 현장에서 실제로 필요한 종목 수를 결정한 것이다. 그리고 아토피 피부염의 원인과 치료방법이 확실히 밝혀지지 아니한 상태에서는 그에 대한 검사방법을 추가하려고 하여도 그것이 어느 정도로 보편적인 적정성과 효율성을 가지는 것인지 확인하기 어렵다.

따라서 이 사건 고시가 정하고 있는 검사항목의 제한이 특별히 부당하거나 불합리한 것이라고 보기 어렵다.

(3) 기본권제한의 최소성 - 요양기관은 요양급여대상으로 정해지지 아니한 새로운 요양급여행위·약제 및 치료재료에 대하여 요양급여대상으로 추가하여 줄 것을 보건복지부장관에게 신청할 수 있으며, 그러한 신청을 받은 보건복지부장관은 정당한 사유가 없는 한 신청일로부터 150

일 이내에 건강보험심의조정위원회의 심의를 거쳐 요양급여대상 또는 비급여대상 해당 여부를 결정하여 이를 고시하도록 규정되어 있다. 따라서 아토피 피부염의 특수성으로 인하여 이 사건 고시로 제한된 검사항목만 가지고는 아토피 피부염을 제대로 진찰하거나 치료할 수 없는 경우에는 검사방법의 추가를 신청하여 이 사건 고시의 폐단을 시정할 수 있는 길이 마련되어 있다.

따라서 이 사건 고시가 검사항목 수를 제한하여 의료행위에 대한 보험급여 청구를 제한하고 의료행위의 선택과 수행을 제한한다고 하더라도, 그 폐해를 시정할 수 있는 절차가 마련되어 있으므로, 이 사건 고시가 기본권제한의 최소성원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

(4) 이 사건 고시의 법익균형성- 이 사건 고시가 추구하는 공익은 요양급여와 비용의 합리성을 확보하여 국민건강보험의 한정된 재원으로 가급적 많은 건강보험의 혜택을 제공할 수 있게 하려는 것이고, 이는 국민건강보험제도를 사회보험제도로 유지하기 위하여 필수적인 조치라고 할 수 있다. 이 사건 고시로 인하여 침해되는 법익은 의료기관이 이 사건 고시가 정하고 있는 검사항목 수를 초과하여 검사하더라도 그 비용을 요양급여로서 청구할 수 없고 그 결과 의료행위의 선택과 시행이 제한되는 것이라고 할 수 있다. 이 사건 고시로 인하여 침해되는 사익이 이 사건 고시가 추구하는 공익보다 크다고 보기 어려우므로 법익의 균형성 요건도 충족한다고 할 것이다.

결국 이러한 비례의 원칙 위반 여부 판단 결과를 거친 다수의견의 결론은 이 사건 고시가 청구인의 의료행위에 대한 보수 청구나 의료행위의 수행을 헌법 제37조 제2항에 위반하여 과도하게 제한한다고 볼 수 없다는 것이었다.

그러나 본 사례에서는 1인의 보충의견³³⁾이 제시되었던바, 보충의견에서는 사람의 보건은 인간의 존엄을 보장하는 데 필수적인 요소이므로 국가는 국민의 보건권을 최대한으로 보장하여야 한다는 점을 전제로, 국민들이 자기의 비용으로 특별하고 특수한 진료를 선택할 수 있는 의료선택권도 최대한 보장되어야 하고, 의료인이 환자와 질병의 상태에 맞는 의료방법을 전문적으로 선택하여 시행하고 그에 대한 비용과 보수를 청구할 수 있는 전문적 직업수행의 자유 또한 최대한 보장되어야 한다고 하면서, 국민건강보험법령에서 요양급여기준 및 급여·비급여대상을 정하는 것이 건강보험제도의 틀 밖에서 이루어지는 의료관계까지 규제하는 것으로 볼 수는 없다고 하였다. 즉 국민건강보험법은 국민건강보험제도의 운용에 필요한 사항을 규율하기 위한 법이고, 국민의 의료수준을 획일화시키기 위한 것도 아니고 의료인의 의료행위와 그 보수를 규제하기 위한 법도 아니므로, 질병의 치료를 위하여 임의 비급여 또는 보험외 의료가 필요한 경우에는 보험제도의 틀 밖에서 수진자의 동의를 받아 시행하고 그 비용과 보수를 수진자에게 직접 청구할 수밖에 없다는 것이다.

이 헌법재판소 판례는 결론적으로는 문제된 고시가 비례의 원칙을 위반한 것인가에 관하여 ‘비례의 원칙을 위반한 것이 아니다’라는 판단을 내린 것이지만, 이후 법원에서 문제된 다수의 구체적 임의 비급여 사례에서 특히 보충의견과 관련하여 많은 논란을 불러 일으켰다.

법률적으로도 건강보험제도의 적용 영역을 어디까지 볼 것인가와 관련하여, 모든 의료기관 등이 당연히 국민건강보험법상 요양기관이 되고

33) 다수 의견과 해당 사안에서의 결론과 이유에는 동의하면서 이유를 보충하는 의견이다.

모든 국민(의료급여수급권자 제외)이 국민건강보험 가입자가 되는 제도를 취하고 있는 상황에서 제도의 틀 밖에서 이루어지는 행위 등의 적법성을 인정하는 것이 과연 타당한지, 제도의 틀 밖에서 행하여진 행위 등의 ‘불가피성’을 과연 누가 입증하게 할 것인가에 관하여도 지속적으로 의문이 제기될 수 있는 사례라 할 것이다.

다. 보건정책적 함의

국민건강보험의 역할은 1차적으로 보건의료서비스에 대한 비용통제일 것이나, 비용으로 보전될 수 있는 행위 등이 어떤 것인가에 관하여 기준을 정함으로써 결과적으로 행위를 통제하는 역할도 할 수 있다.

의료기관측은 이에 대하여 의료행위의 자유가 침해되고 결과적으로 ‘환자들이 충분히 진료받을 권리’ 또한 침해된다고 주장하는 반면, 행정부측은 ‘정보 비대칭 상태에서 환자들이 안전하게, 적정하게 진료받을 권리’를 위해서는 불가피하게 의료행위의 제한이 필요하다는 입장을 취하고 있는 것으로 볼 수 있다.

그러나 기본적으로 국민건강보험이 취하고 있는 시각은 ‘보건의료’라는 공공재를 사용함에 있어 국민이 과도한 비용 부담을 안지 않고 국가에 대하여 그 공공재를 공급해 줄 것을 요구할 권리가 있다는 것으로 볼 수 있고, 그에 따르면 제도권 밖에서 의료기관측의 비용 요구가 그대로 관철되는 영역을 적법하게 허용한다는 것은 심각한 문제를 야기할 수 있는 것이다.

또한 건강보험제도의 틀 밖에서 의사가 환자의 동의를 받고 진료비용을 전액 환자에게 부담시킨 경우의 그 ‘불가피성’에 대하여, 법률적 입증책임 문제가 누구에게 있든 문제의 해결을 결국 사법부에 미루는 것이 과연 정당한지에 대해서도 근본적 고민이 필요하다고 본다.

5. 누가 보건의료 영역에서 적법하게 활동할 수 있는가.

가. 논의의 배경

건강보험정책과 직접 연계되는 것이 아니라고 볼 수도 있으나, ‘보건의료’라는 공공적 성격의 영역에 대하여 국가가 개입을 한다면, 그 영역에서 적법하게 활동하기 위해서는 최소한 어떤 자격을 갖춰야 하고, 어떤 성격의 결사체를 구성하여야 하는지 정할 수 있을 것이고, 그것은 건강보험정책의 기본 전제가 되는 것이라고 할 수 있다³⁴⁾. 그와 관련하여 보건의료영역에서의 활동 주체에 대하여 문제된 사례들을 살펴본다.

현행 의료법 제27조 제1항에 따르면 의료인이 아니면 의료행위를 할 수 없으나, 실제로는 의료인이 아님에도 침, 뜸 시술 등 무면허 의료행위³⁵⁾를 하는 경우가 많이 있고 이러한 경우 보건당국은 형사처벌 등으로 규제하고 있다.

그에 대하여 모든 무면허 의료행위를 치료결과에 상관없이 일률적, 전면적으로 금지하는 것은 과잉규제이고, 자신의 질병에 대하여 특별한 치료술을 가진 자로부터 치료를 받을 권리를 박탈하는 것은 환자의 생명권, 치료받을 권리 및 치료수단 선택권을 침해하는 것이고, 의료인이 아니면서 의료행위를 하고자 하는 자의 행복추구권을 침해한다는 이유 등으로 헌법재판이 제기된 사례가 있다.

또한 현행 의료법 제33조 제2항은 의료인·의료법인 등 일정한 자만

34) 건강보험으로 비용을 보전해 준다는 것은, 다른 제반 요건은 다 적법하게 갖추었다는 전제에서 다시 특별히 건강보험법적 목적에 의하여 비용을 통제한다는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

35) 김나경(2010), “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 법철학연구 제13권 제1호

의료기관을 개설할 수 있도록 규정하고 있고, 이 조항 역시 위반시 형사처벌 조항을 두고 있다.

그에 관해서는 국내에 잘 알려져 있지 않은 치료분야에 대한 미국 의사 자격증 소지자가 국내에서 의원을 개설하고 진료를 한 데 대해 보건당국이 형사처벌을 하고자 한 사안에서, 의료기관 개설자격을 엄격히 제한하고 그 이외의 자가 개설하지 못하도록 한 것이 과잉금지 원칙에 위반된 것이 아닌지 문제된 사례가 있다. 이 사례는 그 판단대상이 의료기관 개설의 자격 요건을 정하고 있는 규정 자체의 위헌성으로서, 헌법재판소는 외국 의사 자격증 소지자의 경우에 한정하지 않고 ‘의료인 혹은 국가 또는 지방자치단체, 의료업을 목적으로 설립된 의료법인, 민법 또는 특별법에 의하여 설립된 비영리법인 등만이 의료기관을 개설할 수 있도록’ 한 규정 자체의 과잉금지원칙 위반 여부를 판단하였다.

나. 법률적 판단 및 의미

첫번째 사례에서는 위헌의견이 5인으로 다수였으나 위헌결정 정족수인 6인에 미치지 못하여 합헌결정이 내려졌다(헌법재판소 2010. 7. 29. 2008헌가19, 2008헌바108, 2009헌마269·736, 2010헌바38, 2010헌마275[병합]).

합헌의견은 의료행위는 질병 치료와 예방에 관한 행위에 한정되지 않고 그와 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 않으면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위로서, 국가로부터 의료에 관한 지식과 기술의 검증을 받은 사람으로 하여금 의료행위를 하게 하는 것이 가장 합리적이고 안전하므로, 무면허의료행위를 일률적·전면적으로 금지하고 위반시 치료결과에 관계없이 형사처벌하는 것이 유일한 방법이라고 주장하였다.

그러나 위헌위견은 사람의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생가능성이 낮은 의료행위까지 일률적으로 금지하는 것은 의료소비자의 의료소비자의 의료행위 선택권과 의료행위 하는 자의 직업선택의 자유를 침해하는 것이고, 입법목적은 달성하면서도 국민의 의료행위 선택권을 덜 침해하는 수단은 얼마든지 상정 가능³⁶⁾하다고 주장하며, 국가가 완치여부나 비용부담에 대하여 전적인 책임을 지지도 않는 질병치료에 관하여 국민이 죄의식을 갖고 몰래 비의료인의 치료를 찾게 하고 그를 처벌 대상으로 하는 것은 주객이 전도된 것이라는 적극적 입장을 표명하였다.

사실 이러한 의견 대립은 의료에 관한 기본적 사항을 규율하고 있는 의료법이 '의료'가 무엇인지에 관하여 간단한 정의규정조차 두고 있지 않은 데서 기인한다고 볼 수도 있다. 이는 '의료'가 개념화하기 어려운 포괄적 성격을 띤 것이라는 본질에서 비롯된 불가피한 것이라고 볼 수도 있으나, 사법부에 의하여 '사람의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생가능성'이라는 결과를 두고 거꾸로 의료행위의 개념이 도출되면서 그 행위를 누구에게 허용할 것인가에 대한 의견이 갈린 것으로 해석될 수 있다.

두 번째 사례에서는 헌법재판소가 의료인이 아닌 일반 개인과 영리법인의 의료기관 개설을 허용할 경우 의료기관의 명칭 아래 무면허 의료행위가 성행할 우려가 있으며, 의료기관의 경영주체와 의료행위를 하는 의료인이 분리된다면 보건의료의 질 저하, 지나친 영리위주의 과잉의료행위, 의료자원 수급계획 왜곡, 소규모 개인 소유 의료기관의 폐업, 투자자

36) 독일에서는 '면허없이 직업적인 의료행위를 시행하는 것에 관한 법률'이 따로 있다는 점을 지적하였다.

의 자본 회수 등에 따른 의료기관 운영의 왜곡이 발생할 우려가 있으므로, 의료인이 아닌 자나 영리법인의 의료기관 설립의 자유를 제한하는 것은 입법재량의 일탈이 아니라고 판시하였다(헌법재판소 2005. 3. 31. 2001헌바87).

즉 이는 의료인이나 의료법인, 비영리법인, 국가나 지방자치단체만이 의료영역에서 적법하게 활동할 수 있는 ‘의료기관’을 개설할 수 있도록 제한한 입법자의 선택이 입법자에게 주어진 입법재량권을 특별히 남용하거나 일탈한 것이 아니라는 정도의 소극적 판단인 것이나, 그러한 입법이 지향하고 있는 목적의 정당성을 실시하면서 일정 정도 입법자의 정책적 판단에도 힘을 실어 준 판례로 평가할 수 있다.

다. 보건정책적 함의

특히 두 번째 사례의 경우, 2008년 우리 사회에 벌어졌던 영리법인의 의료기관 개설 허용 문제와 연관되어 의미를 갖는다고 할 수 있다. 전술한 바와 같이 사회적으로 이슈가 된 시점에 헌법재판소의 판단이 내려진 경우, 비록 그 판단 대상이 법률적인 합법성 판단에 머물렀을지라도, 그 결론은 정책의 당부에까지 큰 영향을 미친다. 그러나, 사회적 담론 환경이 변화되었을 경우 과거에 내려진 헌법재판소의 판단이 정책에까지 영향을 미치는 파급력을 갖기란 매우 어렵다. 실제로 이 판례 이후 2008년 영리법인의 의료기관 개설 논의가 있었고, 제주특별자치도 등 제한적 범위에서 정책적 목적으로 규제가 완화되기도 한 점에 비추어 보면, 결국 정책에 미치는 사법의 본질적 한계를 고려하지 않을 수 없는 것이다.

또한 첫 번째 사례와 관련해서는, 국가가 보건의료서비스를 관장하면서 국민들 개개인의 선택을 대신 해 주는 것에 대하여 어느 정도까지 책

임을 질 것인가, 또한 사법부는 보건의료서비스의 수요자이자 소비자인 국민들의 변화된 의료수요를 어느 정도까지 반영할 것인가에 관하여 근본적 문제점을 던져 준다. 국가의 보건의료서비스에 대한 관장 책임은 당연히 필요하나, 그 책임 수행에 있어서도 ‘선택과 집중’을 통하여 통제하여야 할 필요가 있는 곳을 강력히 통제하고 상대적으로 그 필요성이 적은 영역에서는 다른 운용방식을 강구하는 것도 생각해 볼 여지가 있다고 본다.

제 2 절 법원 판결의 분석

1. 일반적 상황

법원도서관에서 제공하는 판례 열람 시스템에 의한 검색 결과 2001년부터 2011년까지 피고가 보건복지부장관인 건강보험 관련 사건은 515건, 피고가 건강보험심사평가원인 사건은 211건으로 집계되었으나, 고등법원·대법원 판례로 검색된 사건 중 1심인 행정법원·지방법원 사건과 결론이 같은 사건은 분석대상에서 제외하였고, 또한 해당 사안의 특수성으로 인하여 구체적 사실관계만이 문제될 뿐인 사건도 제외하였다. 특히 보건복지부장관이 행한 업무정지처분·과징금처분이 다툼의 대상이 된 사안에서는 법리적으로 동일한 원칙이 적용되는 경우가 많아³⁷⁾, 공통적·지속적으로 문제가 되었던 사항을 카테고리화하여 분석하는 방법을 택하였다.

37) 동일한 요양기관이 동일한 쟁점으로 제기하였으나, 건강보험 사건인지 의료급여 사건인지의 차이만 있는 경우도 많았다.

건강보험정책과 관련한 사안 중 보건복지부장관을 상대로 한 사건은 크게 보건복지부장관이 국민건강보험법³⁸⁾ 제84조 제2항³⁹⁾ 및 의료급여법 제32조 제2항⁴⁰⁾에 근거하여 의료기관이나 약국의 보험(의료)급여에 관한 사항을 조사하고 그 결과 부당내역이 적발되었을 경우 업무정지처분 또는 과징금처분(국민건강보험법 제85조 제1항 제1호, 제85조의2, 의료급여법 제28조, 제29조)을 행하였을 때 그에 대하여 불복하는 사건, 보건복지부장관이 약제의 상한금액(국민건강보험법 시행령 제24조 제3항)을 인하(국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제12조 제2항, 제13조 제4항)하는 처분을 하였을 때 그에 대하여 불복하는 사건으로 나눌 수 있다.

또한 건강보험정책과 관련하여 어디까지 요양급여비용으로 보전을 해 줄 것인가에 관한 사항은 건강보험심사평가원의 요양급여비용감액(조정)처분에 대한 쟁송으로 나타나고 있다.

이러한 쟁송은 대부분 보건복지부의 산하기관인 건강보험심사평가원에서 실질적으로 수행되고 있는 바, 2010년과 2011년 건강보험심사평가원 내부에서 집계한 자료에 따르면 보건복지부 장관 및 건강보험심사평가원이 피고인 사례들의 승소율은 80.9%, 84.4%로 나타나고 있다⁴¹⁾.

38) 2011. 12. 31. 국민건강보험법 전부개정으로 조문 번호가 다 바뀌었으나 시행일이 2012. 9. 1. 이므로 본 연구에서는 현행 시행되고 있는 조문 번호를 적었다.

39) 제84조(보고와 검사) ② 보건복지부장관은 요양기관(제44조의 규정에 의하여 요양을 실시한 기관을 포함한다)에 대하여 요양·약제의 지급등 보험급여에 관한 보고 또는 서류제출을 명하거나 소속공무원으로 하여금 관계인에게 질문을 하게 하거나 관계서류를 검사하게 할 수 있다.

40) 제32조(보고와 검사) ② 보건복지부장관은 의료급여기관(제12조의 규정에 따라 의료급여를 실시한 기관을 포함한다)에 대하여 진료·약제의 지급등 의료급여에 관한 보고 또는 관계서류의 제출을 명하거나 소속 공무원으로 하여금 질문을 하게 하거나 관계 서류를 검사하게 할 수 있다.

2. 국민의 ‘건강보험 가입자(환자)’로서의 지위(1) - 임의 비급여 사례의 분석

가. 논의의 배경

앞에서 언급한 임의 비급여 사례의 경우, 법원에서 구체적으로 문제된 사례는 크게 두 가지 유형으로 분류될 수 있다.

첫째, 보건복지부장관의 현지조사 결과 요양급여기준을 위반하여, 혹은 요양급여기준의 체계 밖에서 환자에게 약제 투여 등을 하고, 그에 대한 비용을 환자측과 합의 하에 전액 환자측이 부담하도록 한 것이 적발되어 업무정지 또는 과징금부과처분을 받고 요양기관측에서 불복한 형태이다.

둘째, 요양급여기준을 위반하여, 혹은 요양급여기준의 체계 밖에서 환자에게 약제 투여 등을 하고 그에 대하여 비용을 환자측이 전액 부담한 후 환자측에서 건강보험심사평가원에 국민건강보험법 제43조의2에 기한 진료비 확인 요청을 하여 건강보험심사평가원에서 과다하게 환자측이 부담한 부분을 요양기관에게 환불하도록 처분한 것에 대하여 요양기관이 불복한 형태이다.

41) 그러나 ‘연도별’ 승·패소율은 기준에 따라 달리 산정할 수도 있다. 예를 들어 2006년에 소가 제기되었으나 2008년에 선고가 내려진 사건인 경우 보건복지부 내부 자료에는 2006년 사건으로 집계되어 있고, 건강보험심사평가원 내부 자료에는 2008년 사건으로 집계되어 있는 경우가 있다. 행정쟁송은 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기하여야 하고(행정심판법 제27조 제1항, 행정소송법 제20조 제1항), 행정처분의 위법 여부의 판단시점은 처분시(대법원 2007. 5. 11. 선고 2007두1811 판결 등)라는 점에서 ‘제소시점’을 기준으로 하여 분류할 경우 전체적으로 본 연구의 대상관례에서는 피고가 보건복지부장관인 사건의 경우 승소율이 71%, 건강보험심사평가원의 승소율이 77.5%로 나타났다.

첫 번째 형태와 관련하여 가장 대표적인 사례는 ‘여의도성모병원’의 백혈병 치료에 관한 사례이다. 이 사건은 위 병원에서 치료를 받고 있는 백혈병 환자들의 민원제기로 인하여 보건복지부장관의 현지조사가 촉발되고, 그 결과 ① 건강보험심사평가원에서 요양급여비용을 감액조정할 것을 우려하여 바로 비급여로 환자에게 비용을 징수한 경우 ② 행위수가에 포함된 치료재료(골수천자침 등) 비용을 별도로 환자에게 징수한 경우 ③ 식품의약품안전청의 허가사항을 위반하거나 요양급여기준을 위반하여 의약품을 사용하고 그 비용을 환자에게 징수한 경우 ④ 주진료과 담당의사가 진료지원과 의사를 선택하도록 포괄위임하고 선택진료비용을 환자에게 징수한 경우 등이 있음을 적발하여 병원에 과징금을 부과한 사건이다.

이 사건에서는 처분의 근거가 된 관련 고시가 개정 - 주로 처분 이후 시점이기는 하나 -된 경우가 있었는데, 식품의약품안전청 허가사항을 위반하거나 요양급여기준을 위반하여 의약품 비용을 징수한 사례 37개 항목 중 22개 항목에 대하여 요양기관측의 급여기준 변경 신청이 있었고 그 중 12개 항목에 대해서는 실제로 급여기준이 변경되었다. 또한 별도로 비용을 산정할 수 없었던 치료재료에 대해서도, 기존 골수천자침을 사용한 행위 수가가 전제하고 있었던 다회용 바늘 사용에 관하여 감염 및 고통 등의 문제점이 제기되자 1회용 바늘을 사용할 수 있도록 하고 비용도 별도로 산정할 수 있도록 하는 고시 개정이 있었다.

병원에서 환자에게 임의 비급여로 징수한 유형 중 가장 큰 비중을 차지하는 항암제 및 약제에 대해서는, 항암제의 경우 기존에 사용되어 왔던 암종과 다른 암종에서 새로운 효과가 발생된다고 보이는 경우 암질환심의위원회 등의 승인을 거쳐 예외적으로 사용할 수 있도록 하는 사전신청제도, 일반약제의 경우 비급여로 일단 사용 후 승인신청을 하는 제도

등이 생겼으며, 선택진료신청서 양식과 관련해서도 주진료과 의사에게 포괄위임할 수 있도록 ‘선택진료에 관한 규칙’이 개정되었다.

두 번째 형태와 관련하여 가장 대표적 사례로는 서울대병원의 기관지 기형 소아 환자의 진료비 환불사례를 들 수 있다.

이는 출생시부터 선천성 기관지 기형 상병을 앓으며 11차례에 걸쳐 병원에 입원, 102회의 수술을 받았던 소아 환자가 사망한 후, 환자의 어머니가 국민건강보험법 제43조의2에 근거하여 건강보험심사평가원에 진료비 확인신청(요양급여대상여부 확인신청)을 하고 이에 건강보험심사평가원에서 급여대상임에도 병원이 건강보험심사평가원의 감액조정을 우려하여 환자에게 비급여로 징수한 금액이 있음을 이유로 환불통보를 하였던 사건이다.

두 가지 법적 다툼 모두에서 요양기관측은 법적 기준을 엄격히 준수하지 못한 사실 자체는 맞지만, 의학적으로 불가피한 행위가 있었고, 그에 대하여 적법하게 비용을 받을 수 있는 방법이 현행 요양급여기준 체계상 존재하지 아니하였다는 소위 ‘의학적 불가피 비급여’론을 주장하였다.

의료기관이 ‘의학적으로 불가피하다’는 이유로 요양급여기준에 위반하는 약제를 원외처방함으로써 약국으로 하여금 국민건강보험공단에 그에 대한 약제비를 청구하여 받도록 한 사례의 경우⁴²⁾(소위 ‘원외처방 약제

42) 국민건강보험공단은 종래 국민건강보험법 제52조 제1항에 근거하여 ‘의료기관’에 대하여 약제비 환수처분을 행하였고, 의약분업 이후 약제에 대한 요양급여비용을 수령하는 주체가 병원에서 약국으로 달라진 이후에도 계속 ‘의료기관’에 대하여 약제비 환수 처분을 하였다. 이에 대하여 대법원(대법원 2006. 12. 8.

비 환수' 문제)도 - 국민건강보험공단의 환수가 문제될 뿐 환자로부터의 비용 징수가 핵심 쟁점이 아니기는 하나 - 기본적으로 비용 통제 규범인 요양급여기준이 의료행위에 대한 통제 규범으로 기능할 수 있다는 점에서는 그 충돌지점이 유사하다고 하겠다.

(나) 법원의 판단

이에 대하여 첫 번째 유형과 관련한 법적 다툼에서는 서울행정법원, 고등법원을 거쳐 대법원에서 소위 '의학적 불가피 비급여'를 인정하기에 이르렀다. 서울행정법원(서울행정법원 2009. 10. 29. 선고 2008구합9522 판결) 및 서울고등법원(서울고등법원 2010. 11. 11. 선고 2009누38239 판결)에서는 병원 측이 행한 임의 비급여가 생명 유지 내지 치료 목적 진료에 대한 것이었으나 달리 비용을 실효적으로 보전할 방법이 없었다는 점, 징수한 비용도 실거래가로서 병원측의 별도 이익이 없었다는 점, 관련고시가 개정된 사정 등을 볼 때 의학적 타당성이 없었던 것으로 단정할 수는 없다는 점 등을 들어 '질병치료를 위하여 임의 비급여가 필요한 경우 보험제도의 틀 밖에서 수진자의 동의를 받아 치료를 한 후 비용과

선고 2006두6642 판결)이 「국민건강보험법 제52조 제1항은 부당이득의 징수대상자로 '요양급여비용을 받은 자'를 규정하고 있는데, 의약분업이 된 이상 약제비를 '받은' 자는 약국이고 의료기관이 아니므로 의료기관에 대하여 원외처방약제비를 부당이득으로 징수할 법률상 근거가 될 수 없다」는 판시를 한 이래, 요양급여기준에 위반한 처방을 하여 국민건강보험공단으로부터 약제비를 지급토록 한 의료기관에게 어떻게 그 책임을 물을 것인가에 관한 물음이 제기된 것이다. 국민건강보험공단은 '처방전을 발행한 의료기관이 요양급여기준에 어긋나는 처방을 함으로써 결국 국민건강보험공단에 손해를 끼쳤다'는 법리로써 민법 제750조에 기한 손해배상책임으로 약국에 지급된 약제비를 계속 의료기관에게서 환수하고 있는데, 이에 대하여는 서울고등법원 2009. 8. 27. 선고 2008나89189 판결 등을 통하여 국민건강보험공단이 그 정당성을 일부 인정받았으나, 대법원의 최종 판단(2009다78214, 2009다104526)이 남은 상태이다.

보수를 수신자에게 직접 청구할 수 있다’고 판시하였고, 대법원(2012. 6. 18. 선고 2010두27639)은 이러한 원심의 입장을 확정하였다.

대법원은 판결문에서 의료인과 의료기관의 장은 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력할 의무를 부담하고 있고, 가입자 등 환자 스스로도 유효·적절한 진료를 받을 권리가 있으므로, 요양기관이 국민건강보험의 틀 밖에서 임의로 비급여 진료행위를 하고 그 비용을 가입자 등으로부터 지급받은 경우라도 ① 그 진료행위 당시 시행되는 관계 법령상 이를 국민건강보험 틀 내의 요양급여대상 또는 비급여대상으로 편입시키거나 관련 요양급여비용을 합리적으로 조정할 수 있는 등의 절차가 마련되어 있지 아니한 상황에서, 또는 그 절차가 마련되어 있다 하더라도 비급여 진료행위의 내용 및 시급성과 함께, 그 절차의 진행과정 등 구체적 사정을 고려해 볼 때 이를 회피하였다고 보기 어려운 상황에서, ② 그 진료행위가 의학적 안전성과 유효성 뿐만 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성을 갖추었고, ③ 가입자 등에게 미리 그 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료받는 데 대하여 동의를 받았다면, 이러한 경우를 ‘사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.

그렇다면 법리적으로 임의 비급여가 예외적으로 정당화되는 사정에 대한 입증책임은 누가 부담할 것인지가 문제되는바, 다수의견은 행정처분의 적법성에 대한 입증책임은 처분청에게 있다는 것이 원칙임은 틀림 없지만, 처분청이 당해 처분의 적법성에 관하여 합리적으로 수궁할 수 있을 정도의 증명을 한 경우에는 이와 상반되는 예외적인 사정에 대한 주장과 증명은 이를 주장하는 측인 요양기관측의 책임이라고 본 반면, 행정처분의 적법성에 관한 증명책임은 처분청에 있다는 원칙에 따라 이

사례에서도 처분청이 증명책임을 부담하여야 한다는 반대의견이 있었다⁴³⁾.

그러나 두 번째 유형과 관련한 법적 다툼에서는 서울고등법원(서울고등법원 2008. 10. 9. 선고 2007누26805 판결)이 보건의료당국을 지지하는 입장을 보였다. 이 사례에서 서울고등법원은 「건강보험제도는 국민으로 하여금 질병 등에 대하여 적절한 비용으로 합리적 치료를 받도록 하는 것이고 이를 위하여 법이 요양급여기준을 마련한 것인데, 요양급여기준을 초과하거나 벗어난 치료비용을 환자측에게 부담케 하는 것은 건강보험제도의 기반을 무너뜨릴 수 있다」고 전제하며, 「치료행위는 전문적인 지식과 기술을 갖춘 요양기관이, 질병 등에 관하여 전문지식이 없는 데다가 질병 등으로 곤궁한 상태에 있는 불특정 다수자인 환자를 상대로 하는 것이므로, 치료행위의 내용이나 그 비용부담 등에 관하여 당사자의 계약에 의하여 정하게 할 수 없고, 생명을 위한 불가피한 치료행위와 일반 치료행위를 구별하기도 용이하지 않고 그것을 구별하여 규율하여야 할 필요성도 있다고 보기 어렵다」고 판시하였다. 이 사건은 현재 대법원에 계속 중인바(대법원 2008두19338 사건), 첫 번째 사례에 대한 대법원 판결 결과가 영향을 미치기는 하겠으나, 그 결론이 동일할 것이라고 속단하기는 어렵다. 왜냐하면, 첫 번째 사례에서도 임의 비급여 유형 중 ‘건강보험심사평가원의 심사 삭감을 우려하여 환자에게 비급여로 징수한 부분에 대해서는 1심에서부터 법원이 보건당국의 손을 들어 주었기 때문이다⁴⁴⁾.

43) 또다른 반대의견은 아예 요양기관과 가입자가 법정 비급여 진료 외의 비급여 진료행위에 관하여 국민건강보험의 틀 밖에서 사적 진료계약을 체결할 수 있고, 이에 따른 비급여 진료비는 국민건강보험법의 규율대상 자체가 아니므로 보건복지부장관의 행정처분은 당연히 취소되어야 한다고 보았다.

다. 향후 전망

이 사례는 법적 판단의 대상 자체가 정면으로 건강보험정책의 당부에 관한 것 - 결과적으로 건강보험으로 의료행위를 제한할 수 있다는 입장 - 으로서, 향후 건강보험정책을 야기함에 있어 ‘의학적 타당성’에 대한 검증과 ‘환자에 대한 진료비 부담의 타당성’을 두고 지속적인 분쟁을 야기할 것으로 보인다. 결국 공적으로 확인되지 않은 치료행위에 대해서도 의료진의 전문적 지식을 믿고 치료행위를 행하게 하고 그에 대하여 환자로부터 적법하게 비용까지 전액 받을 수 있도록 하는 길이 열린 것인바, 결과적으로 환자의 진료비 부담이 가중될 것임은 분명하다. 또한 ‘비용통제’를 통한 행위통제에 중점을 두었던 보건당국의 정책집행방식과 관련해서도, 보다 ‘행위’ 자체에 대한 검증에 무게가 실릴 것으로 전망된다.

3. 국민의 ‘건강보험 가입자(환자)’로서의 지위(2) - 방문 진료 사례의 분석

가. 논의의 배경

진료는 의료기관에서 행하여야 하는 것이 원칙이나, 실제로 의료기관 외에서 진료를 받을 수밖에 없는 환자들도 있다. 이러한 의료기관 외 진료는 개별적·구체적 환자의 요청에 의해서만 정당화되는 것이 원칙이다 (대법원 2011. 4. 14. 선고 2010두26315 판결 등)⁴⁵⁾.

44) 「이러한 사안은 보험적용대상으로 국민건강보험공단에 비용 청구가 가능하고, 건강보험심사평가원의 심사과정에서도 의학적 근거를 입증하여 요양급여비용으로 지급받을 수 있는 길이 있고, 설혹 요양급여비용 삭감 처분이 행하여졌더라도 그에 대한 행정소송으로 권리를 구제받을 수 있는 길이 있음에도 만연히 법적 심사절차를 회피한 채 국민건강보험공단의 부담금까지 환자측으로부터 징수한 것은 위법하다」 (서울행정법원 2009. 10. 29. 선고 2008구합9522 판결).

특히 문제가 많이 되는 것이 사회복지시설에서의 순회진료인바, 특정한 이유로 요양시설 등에 입소한 노인 등 사회적 약자에 대하여 보건의료서비스를 받을 권리를 어떠한 방식으로 보장할 것인지, 그 보건의료서비스에 대한 비용은 누가 어떻게 보전할 것인지가 쟁점이 되는 것이다.

또한 요양시설 입소자에 대하여 가정전문간호사가 요양시설에서 가정간호를 실시하고 가정간호 기본 방문료 등을 급여비용으로 청구하는 것도 정당화되는지도 문제가 된바, 이러한 사례들은 넓게 보면 질병‘치료’ 목적 중심의 건강보험이 질병‘관리’⁴⁶⁾, 질병‘간호’의 영역까지 적용될 수 있는지의 문제와도 연관된다고 할 수 있다.

나. 법원의 판단

보건당국은 개별적·구체적 환자의 요청 없이 이루어진 진료행위의 정당성을 인정하지 않으며, 그에 따라 그 진료행위에 대하여 급여비용이 청구되었다면 그 비용을 모두 부당청구금액으로 보고 있다.

이에 대해서는 법원도 보건당국의 태도를 지지하고 있는데,⁴⁷⁾ 사회복지시설의 ‘촉탁의’로 지정된 자에 대한 인건비는 시설이나 지방자치단체

45) 원칙적으로 환자가 의료기관에 방문을 하여 진료를 받게 하고 예외적으로만 의료진이 방문을 하는 것을 허용하는 것은, 대규모 의료전달체계에서 불가피한 것으로도 볼 수 있다. 소규모 지역 중심의 의료 체계에서라면 방문진료, 주치의 제도 등이 더 활성화 될 수 있을 것이다.

46) 사회복지시설에서의 ‘치료’는 본래적 의미의 치료보다는 ‘관리’수준에 가깝다고 볼 수 있을 것이다.

47) 국민건강보험법 제40조 제1항과 의료법 제33조 제1항 제2호의 규정은 의료기관 이외의 장소에서의 의료행위를 허용할 경우 비위생적인 진료환경에 의한 감염의 위험이 크고, 장비·시설·인력 등의 제약으로 인하여 적절한 진료를 하지 못할 위험성이 매우 크다는 것으로서, 국민건강보험법에 위반한 요양급여는 국민건강보험법상의 보험급여 대상이 되지 않는다는 취지이므로, 의료기관이 아닌 곳에서 진료를 하였다면 이에 기초하여 요양급여를 청구할 수는 없다(서울행정법원 2011. 1. 14. 선고 2009구합47842 판결 등).

측에서 비용을 보전하여야 하는 문제이고, 의료기관 외에서의 의료행위를 허용할 경우 안전성, 통제가능성 등에서 문제가 있다고 보고 그 의료행위 자체가 법적 절차에 따르지 않은 것인 만큼 그에 대한 급여비용청구도 부당한 것이라고 본 것이다.

또 최근 문제가 된 사례는 사회복지시설에서 진료를 하고 ‘원외처방전’을 발행한 경우로, 이에 대하여는 종전에 보건복지부고시를 통하여 허용을 하지 않았다가 고시 개정(2009. 5. 8. 보건복지가족부 고시 제 2009-83호 의료급여수가의 기준 및 일반기준)으로 원외처방전 발행을 허용하면서 과거에 원외처방전을 발행한 것도 소급적으로 정당성을 인정하여야 하는지 여부가 특히 논란이 되었다.

이 문제는 결국 위와 같은 고시 개정이 종전에 방문진료시에는 원외처방전 발행을 허용하지 않도록 했던 고시내용이 잘못된 것이었다는 소위 ‘반성적 고려’에 의한 것인지, 아니면 방문진료 결과 약국에서 조제·판매하는 약이 필요한 경우가 있을 수 있다는 ‘상황의 변화’를 고려한 정책적 판단의 변경에 의한 것인지에 따라 판단을 달리하게 되는 것으로, 법원은 위 고시 개정을 정책적 판단 변경의 산물로 해석함으로써 이러한 원외처방전 발행의 정당성을 소급해서 인정하지 않는 보건당국의 입장을 지지하고 있다(대법원 2011. 5. 13. 선고 2011두5353 판결의 1심인 서울 행정법원 2010. 8. 12. 선고 2009구합46665 판결 등).

한편 요양시설 입소자에 대하여 가정전문간호사가 요양시설에서 가정간호를 실시하고 가정간호 기본 방문료 등을 급여비용으로 청구한 사안에서 보건복지부측은 ‘가정’간호는 환자의 ‘자택’에 한정되어야 한다고 해석하여 요양시설 입소자가 가정간호 대상이 아니라고 보았으나, 법원은 가정간호의 대상이 꼭 자택 거주하고 있는 환자에 국한되지 않는다고 하

여 보건복지부장관 패소판결을 내림으로써 건강보험이 적용되는 질병‘간호’, 질병‘관리’의 영역을 확대하는 결과를 초래하였다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2011두13156 판결).

다. 향후 전망

건강보험은 기본적으로 질병 ‘치료’에 관한 부분을 그 대상으로 하나, 고령화 및 만성질환의 증가로 본래적 의미의 ‘치료’가 아닌 질병 ‘관리’ 내지 질병 ‘간호’의 영역이 점차 확대되어 가는 상황에서 건강보험으로 보호하여야 할 대상은 계속 늘어날 것으로 보인다.

물론 법원의 판단에서 지적된 바와 같이 비위생적인 진료환경, 장비·시설·인력 등의 제약, 어떤 요양급여행위가 어떻게 행하여졌는지 보건당국에서 구체적으로 확인할 길이 없다는 점에서 건강보험비용으로 보전하는 영역을 무조건 넓힐 수는 없으나, 국민의 보건의료서비스 수요가 전반적으로 강도는 덜하되 시간적 지속성을 요하는 서비스 쪽으로 옮겨 가는 현상을 충분히 감안하여 건강보험의 관리 체계를 정비해야 할 것이다.

4. 국민의 ‘약제의 소비자’로서의 지위 - 약가인하 처분 사례의 분석

가. 논의의 배경

우리나라 제약산업은 그 기반이 튼튼하지 못하여 신약개발 등 연구개발보다는 복제의약품(제네릭 의약품)의 개발과 판매관리에 집중, 과다경쟁으로 의약품유통의 난맥상이 지속되고 있으며, 이에 외국 약제를 고가에 수입하고 국내 제약회사는 영세성을 벗어나지 못하고 있다고 지적되고 있다⁴⁸⁾.

국민의 건강권을 보호하기 위하여 국가가 ‘약제’ 부분에서 하여야 할 일은 약제의 ‘안전성’을 확인하고, 약 남용을 방지하며, 국민들이 적시에 감당할 수 있는 비용으로 약제를 공급받을 수 있도록 체계를 운영하는 것이라 할 수 있다.

그러한 큰 틀 내에서 보건복지부는 ‘약제비 적정화 방안’을 시행하면서 실제로 생산되거나 급여청구되지 않는 약제가 건강보험 요양급여대상으로 등재되어 있는 것을 삭제⁴⁹⁾하는 조치를 행한바, 그 삭제조치의 적용대상과 관련하여 법적 쟁송이 제기된 사례가 있다.

또한 보건당국은 비싼 수입약제 의존을 완화하고 국내 제약회사로 하여금 원료를 직접 생산하도록 유인하기 위하여, 원료직접생산의약품에 대하여는 동일제제 중 최고가의 상한금액을 인정하도록 하는 특례 규정도 운용하였는데, 그 특례의 적용범위와 관련해서도 법적 쟁송이 제기된 바 있다.

가장 근본적으로, 보건당국에서는 과다하게 지출되는 약제비를 줄이고자 보건당국에서는 지속적으로 기전을 달리하며 ‘약가인하처분’을 행하고 있는바, 백혈병 수입약제 글리백 약가인하에 관하여, 또한 2011년 8월 「약가제도 개편 및 제약산업 선진화 방안」이라는 이름으로 발표된 약제비 일괄인하(특허만료 전 오리지널 약제 상한금액의 68%~80%까지

48) 보건복지부, 2006. 5. 10. 『건강보험 약제비 적정화 방안』; 보건복지부, 2011. 8. 12. 『국민부담 경감을 위한 약가제도 개편 및 제약산업 선진화』

49) 이러한 현상은 기존 약제에 대한 건강보험 등재 시스템이 식품의약품안전청의 의약품 허가일로부터 30일 이내에 급여신청을 하도록 의무화하고, 예방목적·일상생활에 지장없는 경우·경제성이 불분명한 경우 등 비급여사항을 제외하고는 모든 의약품을 급여대상으로 하여 등재하도록 하는 시스템(negative list system)을 취하고 있었던 데에서 기인한다. 보건복지부는 ‘건강보험 약제비 적정화 방안’을 통하여 이러한 약제에 대한 등재 시스템을 선별등재시스템(positive list system)으로 바꾸게 된다.

인정되었던 제네릭 의약품의 상한금액을 53.55%로 일괄적으로 인하함에 관하여 그 약가인하가 정당한 것인지 법적 쟁송이 제기되어 큰 이슈가 된 사례도 있다.

나. 법원의 판단

(1) 미생산·미청구 의약품 급여대상 삭제 사례

전술한 바와 같이, 종래 약제에 대하여 비급여대상을 제외하고는 품목허가를 받은 모든 의약품을 요양급여대상으로 등재하는 방식의 ‘포괄적 등재제도’를 취하고 있다가(구 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제10조 제1항은 새로운 약제에 대하여 식품의약품안전청장의 의약품 품목 허가일로부터 30일 이내에 요양급여대상여부의 결정을 보건복지부장관에게 신청하도록 의무화하여 비급여대상을 제외하고는 모든 의약품을 요양급여대상으로 등재하는 방식을 취하고 있었다), 보험급여 청구실적이 없는 약제와 생산실적 또는 수입실적이 보고되지 않은 약제가 요양급여대상으로 등재되어 있는 채 관리가 되지 않는 문제가 있자, 보건복지부에서는 2006년 5월 건강보험 약제비 적정화 방안을 발표하면서 약제의 등재제도 자체를 ‘비용 대비 효과가 우수한 것으로 인정된 약제에 대하여만 보험급여를 인정하는 선별적 등재제도’로 바꾸면서 2년간 보험급여청구실적·생산실적을 조사하여 미생산·미청구 약제들을 요양급여대상에서 제외(삭제)하는 처분을 하였다.

법적으로 문제가 된 것은 ‘2년간’의 기준시점이 언제인가 하는 것으로, 보건복지부측에서는 ‘조사시점부터 역산하여 2년’, 제약회사측에서는 ‘그러한 규정이 시행된 시점부터 역산하여 2년’을 주장하였다.

법원은 초기에는 제약회사측의 입장을 지지하여 만약 보건복지부측의 입장대로 한다면 소급적으로 재산권을 침해하는 것이 된다고 하였으나

(서울행정법원 2007. 11. 6. 선고 2007구합26667 판결 등), 후에 입장을 바꾸어 ‘최근 2년간 보험급여청구실적이 없었다’는 사실관계는 규정 시행 이전에 이미 종결된 것도 아니었으며, 미생산·미청구 약제에 대한 정비에 대한 공익적 목적이 매우 크다는 점을 들어 보건복지부측의 입장을 지지하는 쪽으로 선회하였다(서울행정법원 2008. 4. 4. 선고 2008구합 4336 판결, 서울고등법원 2008. 5. 13. 선고 2007누32626 판결 등).

결국 위 사례들을 통하여 사법부는 법적 정당화를 통하여 ‘불필요한 약품비’ 거품⁵⁰⁾을 없애려는 목적으로 추진된 ‘미생산·미청구 의약품 급여 대상 삭제’ 사례의 적용범위를 보건당국의 의도대로 확대하여 준 것이다.

(2) 원료직접생산의약품 특례규정의 적용범위

전술한 바와 같이 국내 제약산업의 원료합성기술 개발을 촉진하기 위한 유인책으로, 보건복지부는 제네릭 의약품이라 하더라도 제조사가 원료까지 직접 합성하여 생산하는 경우에는 급여목록표 등재 순서⁵¹⁾와 관계없이 동일제제 중 높은 상한금액을 인정하는 것이 ‘원료직접생산의

50) 의약품비가 전체 급여비의 30%에 달한다는 지적에 대해서는 김원식(2010), “의약분업과 국민건강보험: 10년간의 애증”, 사회보장연구 제26권 제4호, pp.159~193 등 다수임.

51) 2012년 1월 18일(시행일 2012. 2. 1.) 개정되기 전 보건복지부 고시 ‘약제의 결정 및 조정기준’ 별표 1에 의하면, 오리지널 약제의 상한금액이 정해지고, 오리지널 의약품의 특허기간이 만료되어 제네릭 의약품이 등재될 수 있게 되면, 이미 등재되어 있는 의약품의 수가 적으면 제네릭 의약품의 상한금액을 상대적으로 높게 책정받을 수 있고, 이미 등재되어 있는 의약품의 수가 많으면 제네릭 의약품의 상한금액을 상대적으로 낮게 책정받는 제도(소위 ‘체감제’)가 규정되어 있었다. 이는 보험 원리 중 ‘비용·효과성(경제성)’과 관련된 것으로, 똑같은 효능을 가진 약이 많으면 그만큼 약제 하나하나에 대하여 투입(보전)되어야 할 비용도 적어져야 한다는 점에 기초한다.

약품 특례'을 인정하여 주고 있었다.

그러나 제약회사들이 처음에는 원료를 직접 생산하여 특례 적용⁵²⁾을 받다가 그 이후 원가·비용 문제 등을 이유로 다른 곳에 위탁하는 등 원료생산방식을 바꾼 경우가 다수 발생하였고 보건복지부측은 그러한 적발 시점을 기준으로 하여 그 당시에 등재된 제네릭 의약품 등재 수 등을 고려한 대폭적인 약가인하처분을 행하였던바, 설혹 '직접' 생산을 하고 있지 않다 하더라도 제약회사가 애초에 원료직접생산기술을 습득하여 보유하고 있다면 계속하여 특례를 인정하여 주어야 하지 않는지가 문제된 것이다. 또한 한시적으로 동일제제 최고가의 80%까지 상한금액이 인정될 수 있는 '생물학적 동등성 의약품 우대제도'⁵³⁾도 운용되고 있었으므로, 원료직접생산의약품특례가 적용되지 않더라도 이미 생물학적 동등성 시험을 거친 약제 등에 대해서는 최고가의 80%는 인정하여 주어야 한다는 주장도 제기되었다.

52) 각주 51에 언급된 구 보건복지부 고시 별표 1 차목에 의하면 원료직접생산 의약품의 경우는 체감제를 적용받지 않고 동일제제 중 최고가의 90%까지 상한금액을 인정받을 수 있었다. 약제의 결정 및 조정기준 고시가 제정(2010. 9. 30.) 되기 전 '신의료기술등의 결정 및 조정기준'에서는 원료직접생산의약품의 경우 동일제제 중 최고가와 동일한 상한금액을 인정받을 수 있도록 하였다.

53) '생물학적 동등성'(생동성)이란 제네릭 의약품의 안전성과 유효성이 신약의 원제제와 동등한지를 뜻하는 것이다. '생동성 의약품 우대 제도'는 약제 상한금액 산정시 식품의약품안전청장이 생동성 시험결과 평가를 통하여 생동성 의약품에 한하여 최고가의 80%를 인정할 수 있도록 한 것으로서, 2002. 12. 31. 보건복지부 고시 제2002-97호로 도입되었다가 2005. 2. 22. 보건복지부 고시 제2005-14호로 폐지되었다. 단, 폐지 고시의 부칙에서 '고시한 날까지 식약청장으로부터 생동성 시험계획서 적합통보(적합신청중인 품목 포함)를 받았거나, 생동성 시험용으로 허가를 득한 품목(허가신청중인 품목 포함)으로서 생동성 시험을 완료하고 고시한 날로부터 1년이 지난 날까지 '국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙'(보건복지부령)에 의한 요양급여대상 여부의 결정(조정)을 신청한 품목에 한하여 종전규정을 적용한다는 경과조치를 두었다.

이에 대하여 법원은 원료직접생산의약품 특례의 취지가 국내 제약회사의 원료합성기술 개발 및 원료의약품 생산 촉진을 위하여 도입된 점, 상한금액 결정 이후 원료의약품 조달방법 변경에도 불구하고 상한금액을 인하할 수 없다면, 원료의약품 합성기술을 타사에 양도하여 연구개발비용을 회수하고서도 다른 원료의약품을 타사로부터 구입하여 저렴한 원가로 의약품을 제조하면서 최고가 상한금액을 적용받아 높은 이윤을 획득하는 행위 등을 방지할 수 없어 불합리하다는 점 등을 고려하여 원료직접생산의약품 특례는 원료를 직접 생산할 것을 당연한 전제로 하는 것이라 할 것이므로 이러한 보건복지부측의 약가인하가 정당하다고 보았다(서울행정법원 2008. 7. 4. 선고 2008구합4053 판결 등).

또한 생물학적 동등성 의약품 우대 제도의 적용 여부와 관련해서는, 그 제도가 폐지되기 이전에 이미 생동성 시험을 통과하여 우대요건을 갖추고 있었고 이미 급여목록표 최고가 상한금액을 인정받고 있었을 상황에 상한가의 80%를 적용받도록 조정신청을 할 것을 기대할 수는 없었다는 이유로 생물학적 동등성 의약품 우대가인 최고가의 80%는 인정하여야 한다는 취지로 판시한 사례도 있었으나(서울행정법원 2008. 5. 13. 2007구합41642 판결 등), 후에 태도를 바꾸어 생물학적 동등성 의약품 우대 제도는 약 2년간 시행 후 더 이상 생물학적 동등성 시험에 대한 유인이 필요없게 되었다는 정책적 고려에 의하여 폐지된 것이므로 부칙의 경과규정에 완전히 부합하는 경우가 아닌 한 그 우대제도를 다시 적용할 수는 없다고 판시하여 보건복지부장관의 위 대폭적인 약가인하처분을 정당화하였다(위 서울행정법원 2008. 7. 4. 선고 2008구합4053 판결 등).

이에 따라 국민건강보험공단은 제약회사들이 계속 높은 상한금액을

인정받아 온 것에 대한 손해배상청구소송을 제기하였는데, 그 구체적 손해배상 산정 방식에 대해서는 특례규정을 적용받지 못했을 경우의 약가와와의 차이로 볼 것인지, 특례규정이 적용되지 않았다면 요양기관 측에서 동일제제의 다른 회사 의약품을 구입하였을 것이라는 전제 하에 그 다른 회사 의약품에 대하여 보전된 상한금액은 빼고 손해를 산정하여야 할 것인지에 대하여 법적 논란이 있다.⁵⁴⁾

(3) 수입약제 약가 인하 사례

건강세상네트워크 등 일부 시민단체가 대표적인 백혈병 치료 약제인 글리벡에 대하여 약가 인하를 신청한 데 대하여 보건복지부장관은 2차 대체약인 스프라이셀과의 경제성 평가 결과와 한-유럽 자유무역협정의 관세인하분, 그리고 본인부담 부담 경감분 등을 고려하여 약가 상한금액을 14% 인하하는 처분을 행하였던바, 이는 약제에 대한 선별등재시스템(positive list system) 도입 이후 신설된 약제급여조정위원회의 첫 번째 약가 인하 처분이었다.

이에 제약회사측은 관세 인하분은 보험약가 산정에 있어서 고려 요소가 아니며, 관세인하분이 약가인하에 그대로 반영하는 것도 타당하지 않다는 점, 환자 본인 부담비율 경감분을 약가인하에 반영시켜야 할 법적 근거도 없으며, 아직 부담분 경감조치가 이루어지기 전임에도 그에 따른

54) 원료직접생산의약품의 특례가 원료직접생산회사를 종속회사로 둔 지배회사에도 적용되는 점을 악용하여 주식을 취득했다가 바로 양도한 사안에서 대법원은 국민건강보험공단의 손해는 ‘국민건강보험공단에서 보전하여 준 약제비와 원료직접생산의약품 특례가 적용되지 않았을 경우와의 차이’로 산정하여야 한다는 입장을 취하고 있다(대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다21276 판결). 이 사안의 원심(고등법원)은 이와 달리 손해의 범위에 관하여, 해당 의약품이 아니더라도 요양기관들이 그와 동일제제인 다른 의약품을 구입하였을 것이라는 점을 고려하여, ‘국민건강보험공단에서 보전하여 준 약제비와 동일 제제의 다른 의약품이 같은 기간 동안 같은 수량만큼 판매되었을 경우 국민건강보험공단이 부담하였을 약제비의 차액’이 손해로 산정되어야 한다고 하였다.

불이익을 미리 회사에 강요하고 있다는 점, 1차 처방약제와 2차 처방약제의 경제성은 대등하게 비교하기 어렵고 만약 그러한 비교방식이 계속된다면 무한히 이어지는 순환 방식으로 비교대상 약제의 약가가 삭감될 것이라는 점을 들어 약가 인하 취소소송을 제기하였고, 서울행정법원(서울행정법원 2010. 1. 22. 선고 2009구합36361 판결) 및 서울고등법원(서울고등법원 2010. 12. 15. 선고 2010누7729 판결)은 제약회사의 손을 들어 줌으로써⁵⁵⁾ 결과적으로 특허기간 내내 글리벡이 최초 등재가격을 사실상 유지할 수 있도록 정당화하는 역할을 하였다.

이는 특히 약제에 대한 등재시스템 변경 이후 처음 있었던 급여조정 신청에 의한 약가인하였다는 점, 대상이 초국적 제약회사의 고가 약제였다는 점 등을 고려할 때 보건당국의 근본적 약제 정책에 대한 부분도 사법부에 의하여 쉽게 변경될 수 있다는 우려를 낳았고, 약제 소비자인 백혈병 환자들의 비용 부담을 크게 가중시키는 결과를 낳았다는 점에서 논란의 소지가 큰 사례라 할 수 있다.

(4) 약제비 일괄인하 사례

전술한 바와 같이 보건복지부는 2006년 약제비 적정화 방안 이후 다시 2011년 8월 약가제도 개편 및 제약산업 선진화 방안을 발표하였던바, 이에 따라 기존에 보험급여대상으로 등재되어 있던 약제의 상한금액에 대하여 일괄적으로 오리지널 약제 상한금액의 53.55%까지 인하처분을 행하도록 하는 개정 고시가 발령되었다. 제약회사는 그 고시의 효력을 정지시켜 달라는 집행정지 소송을 제기하였는데, 법원은 결정문에서 보

55) 이 사안은 보건복지부장관이 상고하여 현재 대법원에 계속 중이다(2011두3142).

건강복지부가 약가를 인하할 필요성이 있다는 인식을 하게 된 데 나름대로 타당성이 있고, 약가 인하 고시가 집행되더라도 제약회사가 회복하기 어려운 손해를 입게 된다고 보기 어려우며, 만약 고시의 효력이 정지된다면 국가정책의 유보로 국민들의 경제적 부담이 가중되는 등 공공복리에 중대한 영향을 미칠 것으로 보인다는 점을 들어 효력정지신청을 기각하고 고시의 효력을 그대로 지속되도록 하였다(서울행정법원 2012. 3. 30. 2012아899 결정).

이 사안으로 인하여 결국 다수의 제약회사들이 보건복지부의 약제비 일괄인하처분을 법정에서 다투려고 한 움직임에 제동이 걸렸던바, 보건당국이 근본적으로 국민의 약제비 부담 경감 차원에서 추진하는 약제비 인하 처분에 대하여 법원이 힘을 실어 준 사례로 평가할 수 있겠다.

다. 보건정책적 의미 및 향후 전망

‘약제’는 그 특성상 가격이 비싸다고 구매를 안 할 수 있는 재화가 아니다. 생명·건강 유지를 위하여 필수불가결한 재화이므로 가격이 아무리 비싸더라도 필요가 있으면 구매를 해야만 하는 것이다.

이러한 약제의 특성을 고려하면, 보건복지부가 불필요한 약제비를 줄이고 보다 더 필요한 곳에 재원을 분배하려는 정책을 추진하는 것은 약제 소비자인 국민의 부담을 줄일 수 있는 바람직한 방향이라 볼 수 있다.

그러나 글리백 약가 인하 소송 사례에서와 같이, 목적의 정당성만을 우선 고려하여 수단이 정교하게 다듬어지지 않은 약가 인하 처분의 경우에는 다국적 기업의 법 형식적 논리에 대한 대응력이 떨어지는 위험성이 있음을 알 수 있다. 법원은 기본적으로 ‘당사자가 주장하고 입증한 부분의 적법성을 판단의 대상으로 한다’(처분권주의, 변론주의)는 한계를 가

지므로, 글리벡 약가 인하 소송에서도 그 약제를 필요로 하는 수많은 백혈병 환자들의 입장이 충분히 고려되지 않을 수 있는 것이다. 보건 당국은 이러한 선례를 거울 삼아, 정책 추진에 대하여 보다 정교화된 법 논리와 수단을 준비하여야 할 것으로 본다.

5. 국민의 ‘알 권리를 갖는 참여자’로서의 지위 - 정보공개사례의 분석

가. 논의의 배경

국민이 건강보험정책결정에 어떤 방식으로든 참여하기 위해서는 건강보험분야의 정보에 관하여 접근할 수 있는 권리가 보장되어야 한다. 그러나 현재 보건복지부, 건강보험심사평가원, 국민건강보험공단이 보유하고 있는 자료 중에는 국민의 접근권이 제한되어 있는 것이 많은바, 국민이 정보공개청구를 하여도 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」⁵⁶⁾(특

56) 제9조(비공개대상정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개대상이 된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 정보에 대하여는 이를 공개하지 아니할 수 있다.

1. 다른 법률 또는 법률이 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례에 한한다)에 의하여 비밀 또는 비공개사항으로 규정된 정보
2. 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보
3. 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보
4. 진행중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보
5. 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·

히 제9조 제1항 제5호, 제6호, 제7호가 많이 문제된다), 「개인정보보호법」⁵⁷⁾ 등을 근거로 비공개결정을 하는 경우가 많다. 이와 관련하여 대

개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보

6. 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.

가. 법령이 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보

나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 개인의 사생활의 비밀과 자유를 부당하게 침해하지 않는 정보

다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보

라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위

마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업

7. 법인·단체 또는 개인(이하 "법인등"이라 한다)의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음에 열거한 정보를 제외한다.

가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

나. 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

8. 공개될 경우 부동산 투기·매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 정보

57) 제15조(개인정보의 수집·이용) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우

2. 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우

3. 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우

4. 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우

5. 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소 불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자

표적으로, 빈번히 사용되는 약제의 안전성 문제와 관련하여 요양기관의
항생제 사용지표에 대하여 정보공개청구를 한 사례와 보건당국에 신고된
약제 가격과 실제로 업계에서 거래되는 약제 가격의 차이를 통해 리베이

의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우

6. 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게
정보주체의 권리보다 우선하는 경우. 이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과
상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우에 한한다.

제18조(개인정보의 이용·제공 제한)① 개인정보처리자는 개인정보를 제15조제1
항에 따른 범위를 초과하여 이용하거나 제17조제1항 및 제3항에 따른 범위를
초과하여 제3자에게 제공하여서는 아니 된다.

② 제1항에도 불구하고 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는
경우에는 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제
외하고는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수
있다. 다만, 제5호부터 제9호까지의 경우는 공공기관의 경우로 한정한다.

1. 정보주체로부터 별도의 동의를 받은 경우
2. 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우
3. 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소
불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자
의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우
4. 통계작성 및 학술연구 등의 목적을 위하여 필요한 경우로서 특정 개인을 알
아볼 수 없는 형태로 개인정보를 제공하는 경우
5. 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공하지 아니하면
다른 법률에서 정하는 소관 업무를 수행할 수 없는 경우로서 보호위원회의 심
의·의결을 거친 경우
6. 조약, 그 밖의 국제협정의 이행을 위하여 외국정부 또는 국제기구에 제공하
기 위하여 필요한 경우
7. 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우
8. 법원의 재판업무 수행을 위하여 필요한 경우
9. 형(刑) 및 감호, 보호처분의 집행을 위하여 필요한 경우

트 실패 등을 알기 위하여 의약품 실거래가 신고내역에 대하여 정보공개 청구를 한 사례에 대한 각 비공개결정에 관해서 법원에서 다루어진 적이 있다.

나. 법원의 판단

참여연대가 보건복지부장관을 상대로 요양기관의 항생제사용지표 등을 공개청구한 데 대하여, 보건복지부장관은 이 정보가 ‘개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다거나’ ‘경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정된다’고 하여 비공개결정을 하였다.

법원은 이 사안에서 「해당 정보의 공개 여부는 국민의 알 권리와 진료선택권이라는 공익과 정보비공개에 따른 요양기관의 이익을 비교형량하여야 할 것인바, 의료인은 전문적 의학지식과 기술을 토대로 환자과 질병의 특수성을 감안하여 적절한 진료방법을 선택할 재량을 가지며 이러한 의료인의 전문성과 자율성은 가능한 한 존중되어야 하지만, 의료행위는 사람의 생명과 신체를 대상으로 하는 것이므로 환자의 자기결정권 혹은 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위하여 의료소비자들에게 충분한 의료정보를 제공하는 것이 보다 중요하므로 공개하여야 한다」고 판시하였다(서울행정법원 2006. 1. 5. 선고 2005구합16833 판결).

보건복지부장관은 이 판결에 항소하지 않아 그대로 이 판결은 확정되었고, 이에 따라 전국 요양기관의 항생제 처방률 등은 공개대상이 되었다.

또한 경제정의실천연합이 건강보험심사평가원을 상대로 의약품 실거래가의 신고내역에 대하여 공개청구를 한 데 대하여 건강보험심사평가원

이 이는 ‘경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다’고 비공개한 사례에서, 법원은 해당 정보가 영업상 비밀에 해당하는 것은 맞으나, 그것을 공개함으로써 약가이윤 제공에 의한 불법적인 경쟁을 배제하고 건전하고 합리적인 경쟁을 유도한다는 공익 및 국민의 알 권리 보장을 들어 역시 공개하라고 판시하였다(서울행정법원 2008. 11. 5. 선고 2008구합19482 판결, 서울고등법원 2009. 7. 15. 선고 2008누36427 판결).

이에 따라 건강보험심사평가원 역시 해당 정보를 공개하는 것으로 정책을 변경하였다.

다. 보건정책적 함의

공적 의료보장 체계를 택하고 있는 우리나라의 현실에서, 보건복지부 및 그 산하기관들이 보건의료업에 종사하는 업계의 현황이나 약 처방 실태 등에 대하여 많은 정보를 보유하고 있는 것은 당연한 일일 것이다. 국민의 건강권 보장과 연결되어 있는 정보에 대한 접근권을 보장하여 국민이 보건의료분야의 정책결정에 참여하는 일은 매우 중요한 일로, 법원이 ‘알 권리’의 중요성을 환기시키는 판결을 지속적으로 내리는 것은 바람직한 일이다.

그러나 공공기관측에서 우려하는 바와 같이 해당 정보가 악용될 수 있는 가능성도 있는 것이 사실이고, 그러한 일은 미연에 방지하여야 할 것이다. 현재 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서 규정하고 있는 비공개사유인 ‘(요양기관이나 제약회사의) 영업상 비밀’은 국민의 알 권리에 대응하여 비공개사유로 삼기에 매우 미약하다고 볼 수 있는바, 비공개사유를 좀더 정교화하고, 구체적이고 명확한 규정으로 개정할 필요가 있다고 본다.

제 3 절 정책에 미친 영향

1. 정책에 미친 영향의 측정

행정소송에서 행정부의 승소율이 높고, 헌법재판소에서도 위헌 결정이 내려진 경우는 매우 적다는 점에서, 기본적으로 사법적 판단은 Dahl과 Rosenberg가 주장한 바와 같이 정책을 지지하는 편에 서 있는 경향이 강하다고 볼 수 있다.

그러나 사법부에 의하여 정책이 지지되었을 경우, 비단 사법부에서 적법하다고 인정받은 대상에 한정되지 않고 해당 정책 자체의 타당성에까지 힘이 실리는 것을 볼 때, 사법부에서 정책을 지지한 경우도 정책에 ‘영향’을 미친 것으로 평가할 수 있을 것이다.

또한 사후적 영역이 아닌 사전적 영역에서 사법적 판단이 정책에 미치는 영향에 대하여 접근할 수도 있는바, 실제로 행정부에서 정책을 추진하기 전(前) 단계나 추진 과정에서 사법적 판단 - 만약 법률적 분쟁이 제기된다면 어떤 측면에서 문제가 되겠는가 및 그 적법·타당성이 법원에서도 인정받을 수 있겠는가 - 에 대한 압박감을 많이 느끼고 법률적 검토를 의뢰하는 결과를 가져오기도 한다.

이는 처분 전에 행하여지는 법규자문의뢰 건수 등을 통하여 알 수 있는데, 건강보험심사평가원의 내부 자료에 의하면 법규자문의뢰건수는 2008년 95건, 2009년 101건, 2010년 126건, 2011년 132건에 달하여 해마다 증가하고 있으며, 그 내용 또한 현지조사 후 처분에 대한 법적 타당성 검토, 보건복지부가 공문으로 시행한 비의료인 개설기관(일명 ‘사무장 병원’) 세부처리지침에 대한 후속 법 절차, 건강보험심사평가원이 「기동제의약품 목록정비사업」을 행하며 일정한 시한까지 임상적 유용성을 입

증할 것을 전제로 약제에 대하여 조건부 급여를 하기로 한 사안에 대한 법적 타당성 검토 등 다양한 주제⁵⁸⁾에 관하여 이루어지고 있다.

처분 중에 있는 사안에 대해서는 특히 하급심 판결이 내려진 상태로 계속 법적 다툼 중일 때 토론회 등을 개최하기도 한다.

전술한 ‘원외처방약제비 환수’ 문제에 관하여 1심법원에서 국민건강보험공단이 의료기관으로부터 약제비를 환수하는 것이 위법하다 하여 패소 판결이 내려지자(서울서부지방법원 2008. 8. 28. 선고 2007가합8006 판결), 2008. 11. 건강보험심사평가원은 그에 관한 심포지엄을 개최하여 그 심포지엄에서 제시된 의견을 반영하여 항소심에서 보조참가(소송당사자와 법률상 이해관계 있는 자가 소송당사자를 돕기 위하여 재판에 참여)를 한 사례가 있고, 전술한 임의 비급여 사안에 관하여 의학적으로 불가피한 임의 비급여가 예외적으로 인정될 수 있다는 1심 판결이 내려지자(서울행정법원 2009. 10. 29. 선고 2008구합9522 판결) 2010년 국회의원 정하균 주최로 임의비급여에 관한 토론회가 개최된 사례도 있다.

그러나 사법적 판단과 정책 유지·변경의 인과관계의 측면에서 보다 직접적으로 사법적 판단이 정책에 미친 영향에 대하여 살펴 보기 위해서는 ① 헌법재판소의 위헌결정 혹은 법원에서의 패소 판결로 인하여 직접 ‘법령’이 개정된 사례 ② 법원에서의 판결로 인하여 그와 직접적으로 관

58) 일례로 2009. 3.~ 2009. 5.까지의 기간 동안 건강보험심사평가원 내부 변호사 중 1인에게 자문 의뢰한 내용도 이행기 차이에 따른 실거래가 산정 문의, 약제 상한금액 산정기준 해석 문의, 보험사기 관련 정보공개 문의, 임상심리센터의 프로그램 및 정신과 진료의 중복 및 그에 따른 진료비 처리 방안 문의, 비자극검사 관련 진료비 민원 환불 문의, 의료급여법상 과징금징수권·부당이득반환권리의 소멸시효에 관한 문의 등 다양한 문제를 다루고 있다.

련된 정책에 영향을 미친 사례를 우선 분석하고, ③ 사법부의 판결을 염두에 두고 정책의 이행 방식 자체를 바꾼 사례를 분석하는 것이 타당하다고 보이므로, 이하에서는 그 순서에 따라 분석을 행하기로 한다.

2. 법령 개정 사례 (1) -의료보험요양기관 지정취소처분에 대한 위헌제청⁵⁹⁾

본 사건은 위헌법률심판 제청신청인이 운영하는 신경정신과 의원이 의료보험법상 요양기관으로 지정받아 운영되던 중 부산광역시로부터 의료보험급여사항에 대하여 현지조사를 받는 과정에서 “본인부담금 수납대장”을 비치하지 않았다는 사유로, 보건사회부 훈령 제583호에 의하여 의료보험요양기관 지정취소 처분을 받으면서 발생하였다.

당시 의료보험법 제33조 제1항은 보험자 또는 보험자단체는 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 요양기관의 지정을 취소할 수 있다고 규정하고 있었고, 헌법재판소에서는 본 규정이 요양기관 지정취소에 관하여 구체적인 범위를 정하지 않고 모든 사항을 보건복지부장관에게 위임하여 헌법 제75조의 위임입법의 한계를 일탈한 것인지 여부가 쟁점이 되었다.

헌법재판소는 심판대상 법률조항이 직업수행의 자유를 제한할 수 있는 중요한 법률조항임에도, 요양기관 지정취소 사유에 대한 구체적 범위와 재지정기간을 정하지 않고 포괄적으로 보건복지부장관에게 위임한 것은 위임입법의 한계를 일탈한 것이며, 의회입법의 원칙, 권력분립의 원리 등에도 위배된다고 판시하였다.

이러한 헌법재판소의 위헌결정 결과 구 의료보험법 제33조는 1998. 2.

59) 이하 1과 2의 내용은 정진경(2007), 전계논문, p.176~177에서 인용

8. 법 개정시 삭제되었다.

3. 법령 개정 사례 (2) -보험급여제한사유에 대한 위헌소원

본 사건은 청구인이 자신의 승용차를 운전하다 택시와 충돌하여 택시 운전사에게 상해를 입히고 자신도 하반신불구의 부상을 입고 치료를 받던 중, 국민건강보험공단으로부터 청구인의 부상이 음주운전에 의한 중앙선 침범이라는 자신의 범죄행위에 기인한 것이기 때문에 보험금을 지급할 수 없는 경우에 해당하여 이미 지급된 보험금의 상당액을 환수한다는 처분을 받으면서 제기되었다.

그러나 청구인은 자신의 행위가 범죄행위에 의한 것임을 부인하면서 국민건강보험공단을 상대로 처분취소소송을 제기함과 함께 처분의 근거가 된 법률조항에 대하여 위헌심판제청을 신청하였으나 기각되자 헌법소원을 제기한 것이다(헌법재판소법 제68조 제2항).

본 사건심판의 대상 법률조항은 국민의료보험법 제41조 제1항의 ‘보험자는 보험급여를 받을 자가 자신의 범죄행위에 기인하거나 또는 고의로 사고를 발생시켰을 때에는 당해 보험급여를 하지 아니한다’는 규정으로, ‘범죄행위’의 범위가 어디까지인가가 핵심 쟁점이 되었다.

본 법률규정에 의하여 경과실에 의한 범죄행위까지 의료보험급여를 제한한다면 그것은 의료보험수급권이라는 사회적 기본권과 재산권을 침해하는 것이 아닌가 여부가 쟁점이 된 상황에서, 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 보험급여의 제한사유인 ‘범죄행위’에 ‘고의나 중과실에 의한 것’ 외에 ‘경과실’까지 포함하고 있는바, 경과실범에 의한 사고에까지 보험급여를 제한하는 것은 최소침해의 원칙에 어긋나 과도한 재산권 침해라고 한정위헌 결정하였다.

위 헌법재판이 진행되는 기간 동안 국회에서 구 국민의료보험법을 대체하여 국민건강보험법이 제정되었고, 국민건강보험법 제48조 제1항은 급여제한사유를 ‘고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위’로 규정하게 되었다. 헌법재판의 결과와 시간적 선후관계가 성립되지는 않으나 본 결정을 통하여 급여제한 규정 및 그의 해석에 명확성을 부여함으로써 법 개정에 간접적으로 영향을 미쳤다고 볼 수 있을 것이다.

4. 판결과 관련된 정책 변화

가. 추정에 의한 정책집행의 문제

국민건강보험법 제85조 제2항에 의하여 업무정지처분을 받은 자는 해당 업무정지기간 중에는 요양급여를 행하지 못하는바, 업무정지처분을 받은 자는 폐업을 하고, 업무정지처분을 받은 자와 인적 관계가 매우 가까운 자의 명의로 새로운 요양기관을 개설하여 사실상 업무정지처분을 받은 자가 운영을 계속함으로써 법 규정의 취지를 잠탈하는 사례가 실제로 많이 발생한다.

이와 관련한 사례로 현지조사 결과 ‘가’ 한의원을 운영하고 있다가 업무정지처분을 받은 A와 ‘나’ 한의원을 운영하는 B는 부부인데, A의 업무정지기간 3일 전 B가 자신의 ‘나’ 한의원을 폐업하고(A는 업무정지기간 시작일에 자신의 ‘가’ 한의원을 폐업하였다) A의 업무정지기간 시작일에 같은 장소에서 ‘가나’ 한의원을 개업하여 B 자신의 후배에게 운영을 맡긴 사례가 적발되었던바, 보건복지부 공무원과 건강보험심사평가원 급여조사실과의 회의와 내부 변호사의 자문을 거쳐 보건복지부는 이를 A의 실질적 운영으로 판단하고, A가 업무정지기간 중 요양급여를 행한 것으로 보고 다시 업무정지처분을 하였다.

그러나 법원은 해당 사례에서 B와 B의 후배와의 통장거래내역, B의 후배가 운영하던 시기의 한의원의 운영 실태를 면밀히 검토한 결과, 오히려 B의 후배가 A와는 무관하게 독자적으로 한의원을 운영하였다고 판단될 뿐, A가 업무정지기간 동안 실질적으로 ‘가나’ 한의원을 운영하였다고 평가하기 어렵다고 판단하였다(서울행정법원 2010. 11. 12. 2010구합 29642 판결).

이 사례를 비롯하여 보건복지부의 현지조사에는 엄격한 ‘증명’보다는 ‘추정’이 많이 개입되는바, 이는 지속적으로 법적 다툼의 대상이 되고 있다.

이에 대하여는 일응 합리적인 방식으로 이루어진 조사에 대해서는 그 적법성이 인정되고 적법하지 않다고 주장하는 쪽에서 구체적으로 위법성을 주장·입증하여야 한다는 판시태도가 확립되어 있으나⁶⁰⁾, 최근 들어 행정처분의 적법성에 대한 입증책임은 행정청에게 있다는 원론적 입장⁶¹⁾을 들어 행정부측이 처분의 기초사실을 일일이 입증하지 못할 경우 그 패소의 책임을 행정부측에 돌리는 사례도 증가하고 있다(서울고등법원 2010. 4. 29. 선고 2008누37352 판결, 서울고등법원 2010. 12. 1. 선고 2010누17245 판결 등).

이에 따라 보건복지부측에서도 현지조사시 부당한 급여비용청구사실

60) 보건복지부장관이 주장하는 당해 처분의 적법성이 합리적으로 수긍할 수 있는 일응의 증거가 있는 경우에는 그 처분은 정당하다고 할 것이고, 그와 같은 합리적으로 수긍할 수 있는 증거와 상반되는 주장과 증명은 그 상대방인 요양 및 의료급여기관에게 그 책임이 돌아간다(대법원 1984. 7. 24. 선고 84누124 판결 등).

61) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008두6981, 6998 판결, 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011두16025 판결 등

을 자인하는 확인서 일부 등으로 처분의 산출을 하는 것이 아니라, 구체적으로 문제가 되는 사유에 관하여 그 확인서의 내용을 뒷받침해 줄 수 있는 자세한 자료를 징구하는 방식으로 점차 매뉴얼을 갖추어 가고 있다.

나. 절차적 적법성의 문제

보건복지부장관이 요양기관 등에 대하여 행하는 업무정지처분, 과징금 처분이나 상대가치점수⁶²⁾인하고시 처분 등은 침해적 처분인바, 그에 관해서는 절차적 적법성도 확보가 되어야 한다. 즉 업무정지, 과징금 처분 등을 할 때는 행정절차법⁶³⁾에 따른 의견제출 또는 청문의 기회가 주어져야 하고, 상대가치점수인하고시 처분 등을 행할 때도 많은 이해관계인이 있을 수 있으므로 객관적·중립적 절차에 따라 충분히 토의할 필요가 있고, 전문성 있는 사람들에 의하여 검증을 받아야 그 처분이 합리성을 떨 수 있게 되는 것이다.

62) 의사의 업무량, 진료비용(장비수가 등), 위험도를 고려하여 각 요양급여행위 별로 수치를 정한 것으로 보건복지부장관이 '고시'로써 정한다.

63) 제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 함에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 청문을 실시한다.

1. 다른 법령등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우

제27조(의견제출) ① 당사자등은 처분전에 그 처분의 관할행정청에 서면·구술로 또는 정보통신망을 이용하여 의견제출을 할 수 있다. ② 당사자등은 제1항에 의하여 의견제출을 하는 경우 그 주장을 입증하기 위한 증거자료등을 첨부할 수 있다.

③ 행정청은 당사자등이 구술로 의견제출을 한 때에는 서면으로 그 진술의 요지와 진술자를 기록하여야 한다.

④ 당사자등이 정당한 이유없이 의견제출기한내에 의견제출을 하지 아니한 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.

이와 관련하여 우선 업무정지나 과징금 처분, 의사면허자격정지처분을 받은 당사자가 구체적으로 어떤 부분이 문제가 되었는지 행정청이 충분히 알리지 않았다는 이유로 절차적 위법성을 주장하여 법적으로 문제된 사례가 있다.

법원은 「일반적으로 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것이 된다고 할 수 없다(대법원 2002. 5. 17. 선고 2000두8912 판결 등)」는 점을 전제로, 「처분대상, 처분대상, 처분근거, 처분이유와 부담금액 및 행정처분 산출내역을 고지하고 요양기관측이 현지조사 당시 위법사실에 대하여 자인하는 확인서를 작성하고 자신의 도장을 간인까지 하였다면 처분 당시 부당청구일 등이 특정되지 않았다 하더라도 절차상 하자는 인정될 수 없다」는 취지로 판시하여(서울행정법원 2011. 11. 24. 선고 2010구합46609 판결, 서울고등법원 2011. 4. 21. 선고 2010누19395 판결 등), 처분시 당사자에게 일일이 몇 월 몇 일의 어떤 항목이 부당하였다는 정도까지 처분이유를 명시할 필요가 없다는 행정청의 입장을 지지하였다.

또한 행정조사기본법 제11조에 따라 행정조사를 개시하기 7일 전까지 현장출입조사서 등을 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 함을 근거로 그 절차를 지키지 않고 현지조사원이 그 권한을 나타내는 증표를 제시하지 않은 점을 문제로 삼은 사안에 대해서도, 법원은 「병원의 위법사실을 확인하고 이를 조사하려는 경우에 조사사실이 사전에 유출되면 병원이 이에 대비하여 폐업, 자료은닉 등의 행위를 하거나 수진자들과 통모할 우려가 있으므로 사전통지를 할 필요없이 현지조사의 개시와 동시에

현지조사의 목적을 구두로 통지하면 족하다」고 판시한바(서울행정법원 2011. 10.26. 선고 2011구합3814 판결 등), 이는 행정조사의 특성상 사전 통지으로써 자료가 사전에 은닉되면 그 실효성을 확보할 수 없다는 점을 앞세워 당사자의 절차적 기본권을 일부 제한시킨 예로 평가할 수 있다.

그러나 최근 CT, MRI 등 영상수가의 상대가치점수를 보건복지부에서 직권으로 인하함에 있어 ‘전문평가위원회’의 평가를 거치지 않은 것이 문제가 된 사안⁶⁴⁾에서, 법원은 보건복지부 고시인 「행위·치료재료의 결정 및 조정기준」의 해석상 보건복지부장관이 직권으로 상대가치점수를 결정·조정할 때에도 요양급여행위에 소요되는 업무량, 자원의 양, 행위의 위험정도를 고려한 전문적 평가가 필요하고 이에 따라 전문평가위원회의 평가를 반드시 거쳤어야 한다고 판시하여 상대가치점수인하고시를 취소하는 판결을 행하였다(서울행정법원 2011. 10. 21. 2011구합13125 판결, 서울고등법원 2012. 4. 27. 선고 2011누40655 판결).

이 판결에 따라 보건복지부는 ‘신청’에 의한 상대가치점수 결정·조정 이든 ‘직권’에 의한 상대가치점수 결정·조정이든 모두 전문평가위원회를 거치도록 법령을 정비하고, 전문평가위원회의 구성을 확대 개편하는 조치를 취하였다.

64) 보건복지부장관의 직권이 아닌 요양기관 등의 ‘신청’에 의한 상대가치점수 결정·조정에 관해서는 보건복지부령인 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」에서 의료행위전문평가위원회와 건강보험정책심의위원회를 모두 거치도록 하고 있었으나, 직권에 의한 상대가치점수 결정·조정은 보건복지부 고시인 「행위·치료재료의 결정 및 조정기준」에만 그 근거 규정이 있었던바, 그간 보건복지부는 해당 고시의 내용에 대하여 자체(내부)적 준칙으로 보아 신규로 상대가치점수를 부여할 때는 전문평가위원회를 거쳐 건강정책심의위원회 심의까지 거쳤고, 기존 상대가치점수를 조정할 때는 상대가치기확단을 거쳐 건강정책심의위원회를 거치는 절차를 밟는 식으로 운영을 하고 있었다.

‘절차가 위법하였다고 하여 그 결과 행하여진 결과의 실체까지 위법해 진다고 할 수 있는가’는 비단 법에 한정된 문제만이 아니라 정책 전반에 걸친 근본적 물음이기도 하다.

‘실체적 위법성 여부’에 관하여 쉽게 판단을 내리기 어려운 영역에서는 그 절차의 적법성 담보를 통하여 실체적 적법성에 근접할 수 있을 것이며, 절차의 적법성을 경시할 경우 결과만능주의에 쉽게 빠질 수 있다는 인식이 점차 확대되어 가고 있다는 점을 고려하면 최근 법원이 판시한 영상수가 인하 취소사례와 같이 ‘절차’의 적법성을 강조하는 경향은 앞으로 더욱 강해질 것으로 전망된다.

다. 건강검진 후 진찰료와 관련한 고시의 문제

보건복지부 고시인 「요양급여의 적용기준 및 세부사항」에 규정된 ‘건강검진 당일 동일 의사가 검진 이외에 별도의 진료행위를 했다고 하더라도 검진에 포함된 진찰료 외에 별도로 진찰료를 산정할 수 없다’는 점을 근거로 국민건강보험공단이 진찰료 환수 조치를 한 데 대하여 그 적법성이 문제가 된 사례가 있다.

법원은 「관련 고시 문헌상 진찰료를 청구할 수 없는 것은 검진 결과에 바탕하여, 혹은 검진 과정에서 나타난 결과와 연계하여 기존 질병 또는 다른 질병에 대한 진료행위가 이루어지는 경우만을 의미하며, 건강검진과는 별개의 상병으로 진찰을 받았다면 그 진찰료는 인정하여야 한다」는 취지로 판시하였고(대법원 2011. 11. 24. 2011두16025 판결), 이에 보건복지부는 고시를 개정하여 건강검진 당일 별개의 상병으로 진찰받은 경우 초진 또는 재진 진찰료의 50%를 인정하도록 하였다.

그러나 의료계는 위 개정내용이 100%의 진찰료가 아닌 50%의 진찰

료만 인정하고 있어 대법원 판결의 취지를 제대로 반영하지 못하고 있음을 이유로 크게 반발하고 있는바, 이 문제도 향후 다시 법적 다툼이 제기될 것으로 보인다.

라. 현지조사 관련 사례

현지조사 과정에서는 다양하게 요양기관의 운영 실태와 정책적 규제가 충돌하고 있는 바, 일단 법원은 기본적으로 「행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가해지는 제재이므로 위반자의 의무해태를 다탈 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과될 수 있고」⁶⁵⁾, 법문상 「속임수 그 밖의 부당한 방법으로 요양·의료급여비용을 받은 경우란 요양(의료급여)기관이 요양(의료급여)비용을 받기 위하여 허위의 자료를 제출하거나 사실을 적극적으로 은폐할 것을 요하는 것은 아니고, 관련 법령에 의하여 요양(의료급여)비용으로 지급받을 수 없는 비용임에도 이를 청구하여 지급받는 행위를 모두 포함한다」⁶⁶⁾ 는 전제 하에 구체적 요양기관 실태와 정책 사이의 갈등 사례에 대하여 다음과 같이 판단하고 있다.

(1) 본인부담금 수납대장 작성 및 제출의무의 문제

현지조사에서는 급여대상인 것을 비급여로 환자에게 받은 것이 있는지, 환자들이 총체적으로 부담한 비용이 적법한 것인지를 보기 위하여 ‘환자들이 실제로 낸 금액’을 적은 본인부담금 수납대장의 제출을 요구하고 있다. 법령상으로는 ‘본인부담금 수납대장의 작성

65) 대법원 2003. 9. 2. 선고 2002두5177 판결 등

66) 대법원 2008. 2. 10. 선고 2008두3975 판결 등

및 제출의무'가 명시되어 있지 않고 계산서·영수증을 대체할 수 있는 장부로만 되어 있으나(국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제7조 제4항67)), 법원에서도 실질적으로 환자가 낸 비용의 적법성을 판단하기 위해 본인부담금 수납대장이 필요하다는 점을 인정하여 그 작성 및 제출의무를 대부분 인정하고 있으나(서울행정법원 2011. 7. 14. 선고 2011구합3708, 2011구합5445(병합) 판결 등), 법 문언에 충실하게 '본인부담금 수납대장'이라는 장부의 작성 및 제출의무는 없으므로 그것을 제출하지 않았다고 하여 제재하는 것은 위법하다는 사례도 존재한다(서울행정법원 2010. 4. 16. 선고 2009구합55928 판결).

후자의 행정부 패소 판결은 현지조사시 요양기관에 제출을 요구할 때 무조건 「본인부담금수납대장」 제출을 요구할 것이 아니라 명확하게 「계산서·영수증 또는 이를 대체할 수 있는 본인부담금수납대장」을 제출할 것을 요구하도록 환기시키는 효과를 가져왔다고 평가된다.

(2) 적법한 비용 산정을 위하여 물리치료사 등의 '상근'을 요구하고 있는 규정의 문제

요양(의료급여)기관이 행한 요양(의료)급여에 대하여 정당하게 요양(의료)급여비용으로 보전받기 위해서는 정당한 자격자가 행하여

67) 제7조(요양급여비용 계산서·영수증의 발급 및 보존) ④요양기관이 요양급여를 행한 경우에는 제1항의 규정에 의한 계산서·영수증 부분을 당해 요양급여가 종료된 날부터 5년간 보존하여야 한다. 다만, 요양기관이 별지 제13호 서식에 의한 본인부담금수납대장을 작성하여 보존하는 경우에는 이를 계산서·영수증 부분에 갈음한다.

야 한다는 전제가 충족되어야 한다. 예를 들어 재활용양병원에서의 기능적 전기자극치료는 상근하는 재활의학과 전문의 등의 처방에 따라 상근하는 물리치료사가 실시하고 그 결과를 진료기록부에 기록한 경우에 한하여 정당한 비용으로 산정받을 수 있고, 일상생활 동작훈련치료는 1인의 작업치료사가 1인의 환자에 대하여 1대 1로 훈련을 실시한 경우에 한하여 정당한 비용으로 산정받을 수 있다 (건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수[보건복지부 고시]) 제7장 이학요법료)⁶⁸⁾.

또한 보건당국이 적법한 비용 산정을 위하여 요구하고 있는 물리치료사 ‘상근’, 입원환자 식대에 대한 가산을 위하여 요구하고 있는 영양사 등의 ‘상근’(건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수[보건복지부 고시] 제17장 입원환자 식대)⁶⁹⁾은 매일 사회통념상 인식되는 일과시간에 출근하여 일을 하는 것으로 엄격히 해석되는 편이고, 이에 대하여 요양기관측은 보조인력의 수급난 등을 들어 ‘상근’의 의미를 보다 완화할 것을 주장한다.

법원이 ‘상근’에 대한 판단기준으로 삼고 있는 것은 통상 다른 병원 등의 ‘상근자’의 근로형태, 보수 등으로서(「‘상근’의 사전적 의

68) 이러한 고시는 요양급여의 위험도를 고려하여 산정한 요양급여의 가치를 각 항목간에 상대적 점수로 나타낸 것으로 법령의 내용이 되는 구체적 사항을 보건복지부장관으로 하여금 정하도록 한 국민건강보험법의 위임에 따라 이를 정한 규정으로서 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 법령의 내용을 보충하는 기능을 하면서 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다(대법원 2001. 3. 23. 선고 99두6392 판결 등).

69) 요양기관이 영양사를 직접 고용하고(직영가산), 영양사 등의 상근을 요구하고 있는 취지(영양사 가산)는 입원환자식의 질 보장을 위한 것으로 해석될 수 있다(서울행정법원 2011. 1. 14. 선고 2010구합32716 판결 등 참조).

미는 날마다 출근하여 일정한 시간 동안 맡은 일에 종사하는 근무이며, ‘상근자’라고 함은 일반적으로 당해 근로자의 근무수준이 당해 사업자의 다른 근로자의 근무조건(근무시간, 근무일수 등)과 비교하여 비슷한 수준일 것을 의미한다고 본다」(서울행정법원 2011. 9. 7. 선고 2011구합13224 판결 등)고 하나, 같은 직종에 근무하는 다른 사람에 비하여 급여를 더 적게 받더라도 종사하는 일에 특수성이 있고 ‘상근’ 개념에 대하여 보건복지부 고시에서 시간제, 격일제, 일부 계약직을 배제하는 규정만을 두었을 뿐 직접적 범위를 설정하지 않았다는 이유로 보건복지부장관 패소 판결을 한 사례가 있으며(서울고등법원 2011. 8. 25. 선고 2010누40856 판결), 간호인력 확보수준에 따른 요양병원 입원료 차등제에 관한 사안에서 간호감독이 아닌 ‘입원환자 전담 간호사’의 수에 따라 차등수가를 산정한다는 보건복지부 고시(‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’ V. 요양병원)의 적용에 대하여 해당 요양기관측의 특수한 사정 등을 고려하여 ‘간호과장’의 직함을 갖고 있으나 사실상 일반 간호사와 똑같은 업무를 수행하며 외래환자 간호도 병행한 사람이 있는 경우도 입원전담 간호사로 산정하여야 한다고 하여 보건당국 패소 판결을 한 사례도 있다(서울고등법원 2011. 2. 1. 선고 2010누14659 판결)⁷⁰⁾.

(3) 업무정지처분 후 운영자가 달라질 경우 처분의 승계 문제

업무정지처분은 기본적으로 대물적(代物的) 처분으로, 운영자가 달라졌다 하여도 그 처분은 승계되는 것이 원칙이다(국민건강보험법

70) 이는 보건복지부장관의 현지조사로 촉발된 사안이 아니라 건강보험심사평가원의 현지확인(국민건강보험법 시행규칙 제13조 제1항)으로 인하여 촉발된 사안이었다.

제85조 제3항⁷¹⁾ 본문). 법원에서 다툼의 대상이 되었던 사례 중 특이한 것은, 조사대상기간 중 운영자가 추가된 경우 조사대상기간을 단독운영기간과 공동운영기간으로 나누어 부당금액을 따로 계산하여 합산하는 방식⁷²⁾에 대한 것인데, 법원은 업무정지처분이 근본적으로 ‘요양기관’에 대하여 행하여지는 대물(代物) 처분임을 전제로, 현지조사의 대상기간을 요양기관의 운영자가 추가되었다는 우연한 사정으로 이중으로 업무정지처분을 받는 결과가 되는 것은 부당하다는 취지로 보건복지부장관 패소 판결을 내렸다(서울행정법원 2010. 7. 15. 선고 2009구합54505 판결).

이에 따라 보건복지부장관은 현지조사의 조사대상기간 중 운영자가 추가(변경)되었더라도 그 기간을 전체적으로 합산하여 부당금액을 산정하도록 처분산정방식을 변경하였다.

- (4) 급여비용을 적법하게 받기 위하여 갖추어야 할 요건(자격 등) 중 갖추지 못한 것이 있기는 하였으나, 실제로 지출한 비용(약값)이 있었을 경우 부당금액의 산정 문제

병원에서 근무하는 간호조무사들이 약제실에서 약을 조제하여 환자들에게 교부한 사례의 경우, 그 조제행위가 무자격자에 의한 것으로 위법한 것이라 하더라도 실제로 환자들에게 약이 교부되어 약제비가 지출이 되었다면, 부당금액에서 약제비를 빼야 한다는

71) 제85조(업무정지) 제1항에 따른 업무정지처분의 효과는 그 처분이 확정된 요양기관을 양수한 자 또는 합병 후 존속하는 법인에 승계되고, 업무정지처분의 절차가 진행 중인 때에는 양수인 또는 합병 후 존속하는 법인에 대하여 그 절차를 계속 진행할 수 있다.

72) 이렇게 할 경우, 전체 기간에 대한 부당금액을 합산하는 것보다 각각의 분모가 작아져 부당금액이 늘어나는 효과를 가져온다.

주장이 요양기관측에서 제기되었다. 그러나 법원은 부당금액을 ‘원인행위가 없었더라면 지출되지 않았을 비용’이라는 소극적 의미로 해석하지 않고, ‘잘못된 원인행위로 비롯된 비용 전체를 아우르는 비용’이라고 적극적으로 해석하여 그 주장은 배척하면서(서울행정법원 2009. 9. 24. 선고 2009구합12280 판결 등), 다만 약제비 비중이 부당금액 중 거의 다수를 차지하는 등 특별한 사정이 있는 경우 보건복지부장관의 처분이 재량권을 일탈·남용한 것이라는 취지로 보건복지부장관 패소 판결을 한 바 있다(서울행정법원 2010. 1. 14. 선고 2009구합29929 판결).

위 패소판결은 구체적 사정을 감안하여 재량권을 일탈·남용하였다는 것이기는 하나, 잘못된 원인행위로 인하여 후속결과(급여비용지출)가 여러 종류로 나타난 경우, 그 여러 가지 결과 중 실제로 지출된 비용이 있는 경우까지 모두 일괄하여 ‘부당’으로 볼 것인지 여부는 법원에서 지속적으로 문제가 되고 있다.

마. 건강보험심사평가원의 요양급여비용 감액(조정)처분에 관한 판단

요양기관이 건강보험심사평가원에 대하여 특정한 요양급여비용의 심사를 청구함에 있어서는 그 요양급여가 ‘요양급여의 적용기준 및 세부사항’에서 정하는 인정기준의 어느 항목에 해당하는지를 명확히 밝히는 한편, 그 요양급여가 그 항목의 요건을 충족시킨다는 점에 관한 의학적인 증명책임을 진다고 할 것이며, 특히 의료행위에 관한 정보는 의료기관측이 독점하게 되는 것이므로 의료기관이 그 진단과 치료의 적정성 및 그 효과에 대한 의학적 근거로 제시하여야 한다는 것이 법원의 확립된

태도이다(서울행정법원 2007. 12. 21. 2007구합20881 판결, 서울고등법원 2007. 11. 12. 선고 2006누16382 판결 등).

그러나 이러한 의학적 증명책임이 제대로 의미를 갖기 위해서는 건강보험심사평가원의 심사기준⁷³⁾의 의미가 명확하여야 하는바, 국민건강보험법 체계 성립 초기인 2001~2005년까지는 심사기준이 확립되어 있지 않아 법원에서의 다툼의 대상도 대부분 의학적 견해 다툼(대표적으로 척추 소송에서, 보존적 치료 요법만으로 가능한데 수술을 한 경우인지 아닌지) 여부 등인 경우가 많아 오히려 건강보험심사평가원이 패소하는 사례도 많았다.

특히 문제가 되는 것은 건강보험심사평가원에 설치된 진료심사평가위원회(국민건강보험법 제59조)에서 정한 기준이었는데, 그러한 기준에 대하여 의학적 근거가 축적되고 동일·유사한 업종에 종사하는 사람이라면 어렵지 않게 예측할 수 있을 정도로 명확성이 제고되는 경우에는 ‘보건복지부 고시’로 법 규정화되는 사례가 많아지면서 심사기준이 좀더 분명해지고, 건강보험심사평가원의 처분의 정당성을 사법부에 의하여 인정받는 사례도 매우 높아지게 되는 결과를 낳았다.

73) 보건복지부 고시 ‘요양급여비용 심사·지급업무 처리기준’ 제4조(요양급여비용의 심사) ① 심사평가원은 요양급여비용의 심사청구를 받은 때에는 그 심사청구내역이 다음 각 호에 적합한지를 심사하여야 한다. 이 경우 제4호에 해당하는 심사기준은 공개하여야 한다.

1. 법 제39조 제2항 및 제3항의 규정에 의한 요양급여기준에 관한 규칙에서 정한 기준
2. 법 제42조의 규정에 의한 요양급여비용의 산정내역
3. 보건복지부장관이 정한 요양급여비용의 산정지침
4. 기타 심사평가원의 원장이 법 제59조의 규정에 의하여 설치된 진료심사평가위원회의 심의를 거쳐 정한 요양급여비용의 심사기준 등

5. 정책의 이행 방식 변화

가. 처분심의위원회 신설 및 자문위원회의 법 전문성 강화

지속적으로 보건복지부의 건강보험정책에 관하여 법적 다툼이 제기되자, 보건복지부에서는 ‘보건복지부 소관 법령에 따른 각종 처분의 적정성과 합리성을 검토하기 위하여’ 처분심의위원회를 설치하였다(2012. 6. 7. 보건복지부 예규 제34호 「소송 및 처분 등 업무 처리 지침」).

처분심의위원회는 보건복지부 소관 법령을 근거로 하는 처분 중 소관과에서 심의를 요청하는 처분과 법원에서 조정권고를 한 처분에 대하여 심의하며, 그 위원은 소관과의 장, 보건복지부 소송을 총괄하는 규제개혁법무담당관, 변호사 자격을 가진 직원 등이 포함되도록 하였다.

또한 사회적으로 큰 문제가 된 ‘종합적 대동맥 근부 및 판막성형술(카바수술)’의 쟁점사항 해소와 정책적 자문을 위하여 보건복지부는 보건의료정책실 산하에 자문위원회를 두었는바, 전문성 면에서 다소 부족한 면이 있으나 공정성과 객관성을 지향한다는 취지로 법조계 인사 1인을 자문위원에 포함시켰다.

두 사례 모두 결국 처분의 집행 전반과 관련하여, 사법적 판단과 관련한 전문성을 강화한다는 취지에서 정책 이행 방식의 근본적 변화를 가져온 사례로 평가할 수 있다.

나. 법규교육·요양기관 종사자 교육

건강보험정책과 관련한 소송 건수 중 가장 다수를 차지하는 것이 현지조사 후 업무정지·과징금 부과처분을 행한 것에 관한 것인바, 현지조사 실무는 보건복지부의 위탁을 받아 건강보험심사평가원의 급여조사

실에서 행하고 있다⁷⁴⁾.

현지조사와 관련하여 법원에서 문제가 되는 사례가 많아지자, 건강보험심사평가원에서는 내부 변호사들이 급여조사실 직원들을 대상으로 법규교육 등을 1년에 2회 정도 실시하고 있으며, 특히 현지조사와 관련한 패소 사례를 특별히 분석하는 법규교육도 행하여, 향후 패소판결을 받지 않기 위하여 어떤 점이 개선되어야 하는지를 분석하기도 하였다.

또한 보건복지부의 「소송 및 처분 등 업무 처리 지침」 제15조에서도 규제개혁법무담당관(소송총괄관)은 소송수행자, 소관과 및 처분 관련 담당자에 대하여 교육을 주기적으로 실시하여야 한다고 규정하고 있다.

이는 비단 행정청 내부 직원 교육 문제에 국한되는 것은 아닌바, 건강보험심사평가원은 내부 변호사들이 병원에서 직접 요양급여비용 청구업무를 담당하는 직원들을 상대로 연 1회 요양급여비용 심사와 관련된 소송 사례 교육을 실시하고 있기도 하다.

74) 제84조(보고와 검사) ② 보건복지부장관은 요양기관(제44조의 규정에 의하여 요양을 실시한 기관을 포함한다)에 대하여 요양·약제의 지급등 보험급여에 관한 보고 또는 서류제출을 명하거나 소속공무원으로 하여금 관계인에게 질문을 하게 하거나 관계서류를 검사하게 할 수 있다.

제88조(권한의 위임 및 위탁) ② 제84조제2항의 규정에 의한 보건복지부장관의 권한은 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 공단 또는 심사평가원에 위탁할 수 있다.

제 5 장 결 론

사법적 판단의 대상이 건강보험제도의 기본적 틀과 관련되는 경우, 사법부는 정책의 타당성보다 좁은 개념의 법률적 타당성만을 판단대상으로 하였을지라도 결과적으로 행정부의 손을 들어 줌으로써 정책에 힘을 실어 준 사례도 있고, 임의 비급여 사례와 같이 정면으로 건강보험 체계 밖에서 행하여진 계약의 적법성을 인정하여 정책에 변경을 초래한 사례도 있다.

약가 정책에 관련해서는 큰 틀에서 약제비 인하라는 방향에 대해서는 지지해 준 사례가 많으나, 글리벡 약가 인하 사례와 같이 법률적 논리로 정책에 제동을 건 사례도 있었다.

보건의료분야의 정보와 관련해서는 국민의 알 권리를 매우 중시함으로써, 국민들이 보건의료정책의 객체에 머무르지 않고 정책 결정의 참여자로서의 역할을 할 수 있음을 강조하기도 하였다.

법원의 패소판결 또는 헌법재판소의 위헌결정은 직접적으로 정책이나 법규의 변경을 초래하였고, 사법적 판단으로 인한 압박으로 인하여 행정부에서 정책 이행시 전반적으로 법적 검토를 충실히 하도록 하는 결과를 가져오기도 하였다. 구체적으로 정책 집행 단계에서 법적 판단의 가능성이 여러 가지로 존재할 경우 그에 대하여 법적 검토를 행함으로써 특정 정책의 지속가능성에 영향을 미치고, 패소의 가능성을 미리 고려하게 한 것이다.

결국 근본적으로는 사법이 정책을 변경한 경우이든 정책을 지지한 사

레이든 사법적 판단은 정책의 지속가능성에 영향을 미치고 있다고 볼 수 있는바, 정책을 지지한 사례 역시 전(前) 미국 연방 대법원장 Charles Evans Hughes의 말처럼, 국가가 발전하는 가운데 그 필요에 의해 행사되는 국가 권력이 헌법적 한계를 준수하면서 행사되었다는 것을 확인함으로써 국가발전과정에 있어서 오히려 위헌결정보다도 더욱 중요한 역할을 할 수 있기 때문이다⁷⁵⁾.

결국 궁극적으로는 사법이 건강보험정책과 관련하여 어떠한 역할을 하여야 하는지 문제가 되는데, 사법부는 법이 지향하는 궁극의 가치인 정의, 합목적성, 법적 안정성의 이념을 제대로 구현하여 건강보험정책이 지향하는 근본 가치인 사회적 기본권(건강보장을 받을 권리)를 실효화하는데 기여하여야 할 것이다. 이와 관련한 문제는 현실적인 면 뿐만 아니라 이론적으로도, 민주주의 국가에서의 사법부와 행정부의 역할이 어떠해야 하는가에 대한 연구를 통하여 뒷받침되어야 할 것으로 본다.

75) Charles Evans Hughes(2000), The Supreme Court of the United States: Its Foundation, Methods, and Achievements, Beared Books: p. 96

참 고 문 헌

1. 강승식(2004), “미국 연방대법원의 권한과 그 한계:사법심사권을 중심으로”, 헌법학연구 제10권 제4호
2. 이용갑 외 2(2009), “보건의료 자원할당의 우선순위선정에서 사회적 합의 모델에 대한 연구”, 한국사회정책 제16권 제1호
3. 소건영(2010), “국민건강보험법의 급여제한에 대한 고찰”, 법조 제59권 제2호
4. 서원우(2005), “미국에 있어서의 사법의 공공정책 형성”, 미국헌법연구 제16권 제1호
5. 이선우(2004), “사법부의 판결이 정부인사정책 및 행정행태에 미치는 영향분석”, 한국정책학회보 제13권 제1호
6. 표시열(2005), “행정부의 정책결정 주도에 따른 사법부의 역할 변화와 그 한계”, 헌법학연구 제11권 제3호
7. 최양수(1978), “연방대법원이 미국의 국가정책결정에 미치는 영향에 대한 고찰”, 사회과학논집 제9권
8. 차동욱(2006), “사법적극주의의 경험적 분석을 위한 이론적 고찰”, 세계헌법연구 제12권 제1호
9. 정진경(2007), “사법적 판단과 사회복지정책 변화에 관한 연구”, 사회복지정책 제30권
10. 김동원(2006), “행정과 법원 간 행정가치의 충돌 및 기본권보호의 의미”, 한국행정논집 제18권 제1호,
11. 김덕준(2000), “정책결정으로서의 사법판결: 분석모형의 논리 및 현실설명력에 관한 검증을 중심으로”, 한국정치학회보 제34집 제4호
12. 정진경(2006), “사회복지법 관련 헌법재판소 판례 분석: 1987~2004년 헌법판례 현황과 내용을 중심으로”, 한국사회복지학 제

58권 제1호

13. 전정현(2011), “헌법재판소에 의한 사법적 정책결정의 배경과 한계 - 정당성과 능력문제를 중심으로”, 공법학연구 제12권 제1호
14. 홍경준, 송호근(2003), “한국사회복지정책의 변화와 지속: 1990년 이후를 중심으로”, 한국사회복지학 제55권
15. 강은숙(2002), “정책변동의 정책네트워크이론적 분석”, 한국사회와 행정 연구 제13권 제1호
16. 김교성, 김성욱(2010), “복지국가의 변화 측정을 위한 새로운 시도”, 한국사회복지학 제62권 제1호
17. 김행열(2006), “국민건강보험정책 결정요인 분석”, 한국거버넌스학회보 제13권 제2호
18. 김나경(2010), “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 법철학연구 제13권 제1호
19. 김원식(2010), “의약분업과 국민건강보험: 10년간의 애증”, 사회보장연구 제26권 제4호
20. Sandra Fredman(2009), 『인권의 대전환』, 조효제 옮김, 교양인
21. Stempel, Dieter, 변무웅 역(2001), “법정책의 개념에 대하여. 그 발생, 의미 및 정의”, 법과 정책연구 제1집
22. 명순구 외(2011), 『국민건강보험법 역사와 해설』, 건강보험심사평가원
23. 국민건강보험공단(2010), 『국민건강보험법 해설』, 국민건강보험
24. 대한의사협회(2009), 『국민건강보험 법령·판례 해설』, 대한의사협회
25. Bradley C. Cannon(1982), "A Framework for the Analysis of

Judicial Activism" in Stephen C. Halpern and Charles M. Lamb, eds. *Supreme Court Activism and Restraint*,
Lexington, MA: Lexington Books

26. Robert A. Dahl(1957), "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker,"*Journal of Public Law*
27. Jonathan D. Casper(1976), "The Supreme Court and National Policy Making, *The American Political Science Review* vol. LXX
28. Phillip J. Cooper, "Conflict or Constructive Tension: The Changing Relationship of Judges and Administrators." *Public Administration Review*
29. Dimock, E. Marshall(1984), *Lawyers and Managers Look to the Future. Public Administration Review*
30. Rosenbloom, David H. & James D. Carroll(1990). 『*Toward Constitutional Competence: A Casebook for the Public Administrators. Englewood Cliffs*』 , Prentice-Hall
31. Rosenbloom, David H.& Kravchuck, Robert S.(2002) *Public Administration: Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector*, 5th ed. Boston: McGraw-Hill
32. Gerald N. Rosenberg(1991), *The Hollow Hope: Can Court Bring About Social Change?* Chicago: The University of Chicago

Abstract

The effects of Judicial Judgments on the Health Insurance Policy

Cho Seo-yeon

Department of Public Health

The Graduate School

Seoul National University

Judicial deposes about health care policy has increased since 2000. In the first instance, the issue is how the courts and Constitutional Court of Korea has judged - maintained or opposed - health insurance policy.

Second, if the court adjudicates, what the decision means and how it influences the policy - for example, it is associated whether the judiciary has contributed to the enlargement of the right of health or obstructed - are controversial.

Many cases show that the court and the constitutional court assented the legality about the policy, so approved the health insurance policy. But if the specific provision is declared unconstitutional or the authorities lose the lawsuit because they violate the legal principle or contradict the formal logic, the practical influences are very significant. As a result, when the authorities execute health insurance

policy, they consider the possibility of judicial deposes and debate the maintenance of the policy closely.

Fundamentally, for the essential value of peoples' social rights related with health care, the role of the judiciary should be studied continually.

**keywords : Judicial Judgments, Court, Constitutional court,
health insurance policy, legality, practical influence,
the possibility of judicial deposes, peoples' social
rights**

Student Number : 2008-23361