

〈특집: 건강보험의 법적 쟁점〉

국민건강보험의 행정법적 쟁점*

崔 桂 暎**

요 약

현행 국민건강보험 제도의 법률관계는 기본적으로 행정법적 법률관계라고 해도 과언이 아니다. 국가는 보험자인 국민건강보험공단과 심사자인 건강보험심사평가원을 각각 공법인 형태로 설립하였고, 보험급여의 심사와 지급에 관한 권한을 행정처분의 형식으로 행사하게끔 하였다. 또한 모든 국민과 모든 의료기관을 원칙적으로 피보험자와 요양기관이 되도록 하고, 의료행위의 허용범위도 고시와 같은 행정입법으로 규정하고 있다. 이 글의 목적은 국민건강보험 제도를 구성하는 행정조직과 행정작용에 대해 행정법학자의 입장에서 전반적으로 설명하고자 하는 데 있다.

이 글에서는 국민건강보험의 기본구조를 살펴본 후, 요양급여의 대상과 비용의 기준을 정하는 행정입법과 요양급여비용을 통제하여 보험제정의 건전성을 확보하기 위한 행정처분을 검토하였다. 그리고 그 과정에서 과잉 원외처방 등 현안이 되고 있는 쟁점에 대해서도 함께 살펴보았다. 마지막으로 요양급여기준을 정하는 고시와 관련된 문제를 별도로 검토하였다. 이러한 고시는 행정입법과 행정행위의 성격을 함께 가지고 있기 때문에 기존의 일반행정법 이론으로는 해결하기 어려운 여러 가지 새로운 문제를 야기한다.

주제어: 국민건강보험, 원외처방, 요양급여기준, 부당이득징수처분

I. 서 론

현행 국민건강보험 제도의 법률관계는 기본적으로 행정법적 법률관계라고 해도 과언이 아니다. 국가는 보험자인 국민건강보험공단과 심사자인 건강보험심사평가원을 각각 공법인 형태로 설립하였고, 보험급여의 심사와 지급에 관한 권한을 행

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013년도 학술연구비 지원을 받았다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수.

정처분의 형식으로 행사하게끔 하였다. 또한 모든 국민과 모든 의료기관을 원칙적으로 피보험자와 요양기관이 되도록 하고, 의료행위의 허용범위도 고시와 같은 행정입법으로 규정하고 있다. 다시 말해, 현재의 국민건강보험 체계는 국가가 공법인인 공단과 심사평가원을 통해 보건의료서비스 제공자인 요양기관과 보건의료서비스 이용자인 국민 사이에 개입하여 의료서비스의 내용과 비용을 결정하고 있다.¹⁾ 이때 국가 영역에서의 개입은 다양한 행정작용을 통해 이루어진다. 물론 이러한 제도설계가 타당한 것인가에 대해서는 여러 가지 반론이 있을 수 있다. 그러나 현재의 제도를 적정하게 운용하기 위해서는 국민건강보험 제도를 구성하고 있는 행정조직과 행정작용에 대한 정확한 이해가 필요하다는 점 또한 부인할 수 없을 것이다.

이 글의 주된 목적은 국민건강보험 제도를 구성하고 있는 행정조직과 행정작용에 대해 행정법학자의 입장에서 전반적으로 설명하고자 하는 것이다. 주지하다시피 국민건강보험법은 헌법, 사회보장법, 민법, 보험법 그리고 행정법이 서로 교차하는 성격을 가지고 있다. 그리고 실무상으로는 의료소송 전문 변호사들이 주로 활동하고 있는 영역이기도 하다. 이러한 특성은 이론과 실무의 교류, 법학 내 각 분야의 교류에 적합하다는 장점이 되기도 하지만, 거꾸로 행정법학자가 이 분야를 연구하는 것을 꺼리게 하는 요인이 되기도 한다. 이 점을 반영하듯 국민건강보험법 전반에 관하여 행정법적인 시각에서 접근한 연구서나 논문은 찾기 어려웠다.²⁾ 이러한 문제의식 하에 이 글에서는 국민건강보험의 행정법적 측면을 전체적으로 개관하고자 한다.

아래에서는 먼저 국민건강보험의 기본구조를 살펴본 후(Ⅱ.), 요양급여의 대상과 비용의 기준을 정하는 행정입법과 요양급여비용을 통제하여 보험재정의 건전성을 확보하기 위한 개별 행정처분을 검토할 것이다(Ⅲ.). 그 가운데 과잉 원외처방 등 현안이 되고 있는 쟁점에 대해서도 함께 살펴볼 것이다. 마지막으로 요양급여의 기준을 정하는 고시와 관련된 문제를 따로 논의할 것이다(Ⅳ.). 이러한 고시는 행

1) 각각 ‘강제가입제’, ‘요양기관 당연지정제’, ‘임의 비급여 의료행위의 금지’라고 한다. 관련된 부분에서 제도의 골자를 설명한다.

2) 물론 개별 쟁점에 관해서는 여러 선도적인 연구결과가 있었다. 대표적으로는 선정원, “과잉진료와 과잉원외처방으로 인한 부당이득의 환수처분과 손해배상청구”, **행정법연구**, 제29호, 2011, 1쪽. 의료행정소송 실무를 전반적으로 검토한 글로는 서태환, “의료행정소송실무상의 제문제 — 최신 판례를 중심으로 —”, **사법논집**, 제52집, 2011, 327쪽이 있다. 위 글에서도 의료행정법 분야에 대한 교과서적인 해설이 부족하다는 점은 지적되고 있다.

정입법과 행정행위의 성격을 함께 가지고 있기 때문에 기존의 일반행정법 이론으로는 해결하기 어려운 흥미로운 난제를 던져준다.

II. 국민건강보험의 기본구조

1. 법률관계의 당사자

가. 국민건강보험공단 — 보험자

건강보험사업은 국가의 임무로서 국가행정기관인 보건복지부장관이 주관한다(국민건강보험법 제2조; 이하 ‘법’이라고 한다). 그러나 국가는 건강보험사업을 직접 수행하지 아니하고 국민건강보험공단(이하 ‘공단’이라 한다)을 설립하여 구체적 업무를 관장하도록 하고 있다(법 제14조). 공단은 건강보험의 보험자의 역할을 수행한다(법 제13조). 공단에게는 독자적인 법인격이 부여되어 있다(법 제15조). 특별법인 건강보험법에 근거하여 설립되었고, 위 법률에서 공단에 국가임무인 건강보험사업을 수행할 임무를 맡기고 있으므로, 공단은 공법인으로서 행정주체에 해당한다. 건강보험법에서는 공단에게 건강보험사업을 수행하기 위한 여러 권한을 부여하고 있는데, 공단은 독립적인 행정주체이므로 이러한 권한은 보건복지부장관으로부터 위임받은 권한이 아니라 공단에게 본래적으로 속한 권한이라고 할 것이다.

나. 건강보험심사평가원 — 심사자

건강보험법에서는 공단과는 별도로 건강보험심사평가원(이하 ‘심사평가원’이라고 한다)을 두도록 정하고 있다. 심사평가원은 요양급여비용을 심사하고 요양급여의 적정성을 평가하는 역할을 수행한다(법 제62조). 심사평가원도 공단과 마찬가지로 독자적인 법인격이 부여되어 있다(법 제64조). 심사평가원 역시 특별법에 의해 설립되어 법률에서 일정한 임무를 맡기고 있으므로, 공법인으로서 행정주체에 해당한다. 심사평가원과 공단의 관계에 관하여 보면, 심사평가원의 심사·평가 업무가 공단의 요양급여비용 지급절차의 일부를 이루고 있으므로, 심사평가원이 공단으로부터 권한을 위탁받아 수행하는 것이라 생각할 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 공단과 별도로 심사평가원을 설립한 입법취지를 고려하면, 심사평가원의 심사·평가 권한은 공단으로부터 위탁받은 권한이 아니라 심사평가원에게 본래적으

로 속한 권한이라고 보아야 할 것이다. 보험자와 심사자가 동일하면 심사의 공정성과 객관성에 문제가 제기될 수 있어서, 공정성·객관성과 전문성을 확보하여 요양기관 및 가입자 등의 신뢰를 얻고자 별도로 심사평가원을 설립하게 된 것이기 때문이다.³⁾

다. 가입자 등 — 피보험자

원칙적으로 국내 거주하는 모든 국민은 당연히 가입자 또는 피부양자(이하 ‘가입자 등’이라고 한다)로서 건강보험의 적용대상이 된다(법 제5조 제1항). 즉 건강보험은 일정한 요건이 충족되면 본인의 의사와 관계없이 법률에 따라 가입이 강제되고, 공단과의 보험법적 관계가 당사자의 의사와 관계없이 법률에 의하여 성립한다(강제가입제, ‘전국민의료보험제도’). 헌법재판소에 따르면 강제가입제는 합헌이다. “사회보험으로서의 건강보험은 그 본질상 강제적 요소가 수반될 수밖에 없다. 보험가입자로서는 그가 지불하는 보험료가 예상의료비용을 초과하는 경우 가입을 하지 않으려 할 것이고, 보험자로서는 질병위험도가 높아 예상의료비용이 보험료를 초과하는 경우 피보험자의 가입을 거부하려 할 것이나, 이런 경우에도 강제로 가입하도록 하여 원칙적으로 전국민을 포괄적 적용대상으로 하여야만 소득수준이나 질병위험도에 관계없이 모든 국민에게 의료보장을 제공하고자 하는 그 본래의 기능을 다할 수 있기 때문이다.”⁴⁾

3) 서태환, “의료 행정소송실무상의 제문제 — 최신 판례를 중심으로 —”, **사법논집**, 제52집, 2011, 348쪽 참조.

4) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌마801 결정. 또한 위 결정에서는 사회보험의 속성상 경제적 능력에 따라 차등적으로 보험료를 부과하는 것도 합헌이라고 판단하였다. “사회보험에서는 경제적인 약자에게도 기본적인 사회보험의 급여를 주고자 하는 것이 목적이기 때문에 가입의 강제 이외에 보험료의 산정에 있어서도 피보험자 개인이 지니는 위험발생의 정도나 개연성이 아닌 피보험자의 경제적 능력(소득)에 비례하여 보험료를 정함으로써 어느 정도 피보험자간의 소득재분배효과도 낳게 된다. 즉, 사회보험의 목적은 국민 개개인에게 절실히 필요한 의료보험을 제공하고 보험가입자간의 소득재분배효과를 거두고자 하는 것이며, 이러한 목적은 동일위험집단에 속한 구성원에게 법률로써 가입을 강제하고 소득재분배를 하기에 적합한 방식으로 보험료를 부과함으로써 달성될 수 있는 것이다.”

강제가입제가 합헌이라는 점은 최근 헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2010헌마51 결정에서도 다시 확인되었다.

라. 요양기관 — 의료공급자

건강보험의 요양급여는 의료행위이므로⁵⁾ 의료기관을 통해 제공된다. 건강보험법에서는 민간의료기관을 요양기관으로 지정하여 요양급여를 제공하도록 하고 있다. 건강보험법은 의료법에 의하여 개설된 의료기관, 약사법에 의하여 등록된 약국 등은 원칙적으로 요양기관으로 당연 지정되는 것으로 규정하고 있다(법 제42조). 다시 말해 법률로 모든 의료기관을 국민건강보험 체계에 강제로 편입시킴으로써 건강보험 요양급여에 필요한 의료기관을 확보한다.

이러한 ‘요양기관 당연지정제’는 우리나라 건강보험 체계의 가장 큰 특징이다. 피보험자인 국민이 강제로 가입하는 것은 사회보험의 본질적 구성요소라 할 것이지만, 민간의료기관을 강제로 건강보험 체계에 편입시키는 것은 다른 나라와 비교할 때 매우 이례적인 제도이기 때문이다. 보험자와 의료기관 사이의 계약을 통해(이른바 ‘보험의’) 보험 체계에 편입시키는 것이 일반적이고, 우리나라도 1979년 이전에는 계약지정 방식을 택하였다.

요양기관 당연지정제에 대하여는 의료인의 직업의 자유를 침해하므로 위헌이라는 주장이 지속적으로 제기되고 있다. 그러나 헌법재판소는 그 전신인 강제지정제에 대해 합헌이라고 판단한 바 있고,⁶⁾ 최근 요양기관 당연지정제에 대해서도 합헌임을 재차 확인하였다.⁷⁾ 요양급여에 필요한 의료기관을 확보하여 피보험자인 전 국민의 의료보험수급권을 보장하기 위한 것이고, 공공의료기관이 약 10여 %에 불과하기 때문에 민간의료기관을 의료보험체계에 강제로 동원하는 것이 의료보험의 시행을 위해서는 불가피한 측면이 있으므로, 의료인의 직업의 자유 등을 침해하는 위헌적인 제도가 아니라는 것이다.⁸⁾ 최근의 결정에서는 이에 덧붙여 대법원의 판

5) 다만, 엄밀하게 말하자면 모든 요양급여행위가 의료행위인 것은 아니고(김계현/김한나/이정찬, “국민건강보험법상 평가제도의 문제점과 향후 과제 — 요양급여 적정성 평가를 중심으로 —”, **법학논총**, 제36권 제2호, 2012, 700쪽 참조), 모든 의료행위가 요양급여행위인 것도 아니다(송명호, “국민건강보험공단의 요양급여비용 환수과정에 있어서 법적용 정밀성에 관한 검토 — 특히 임의비급여를 중심으로”, **의료법학**, 제13권 제2호, 2012, 67쪽).

6) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바76 결정. 강제지정제에 관한 결정이기는 하나 위 결정에서는 강제지정제와 당연지정제가 본질적으로 같다는 것을 지적하고 있다. 강제지정제 하에서는 사실상 지정 거부가 허용되지 않음에도 형식적으로 지정절차를 거쳐야 했었다. 불필요한 지정절차를 거치지 않도록 하기 위해 현재와 같은 당연지정제로 법률을 개정한 것이다.

7) 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2012헌마865 결정.

8) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바76 결정.

례 변경으로 임의 비급여 의료행위가 예외적으로 허용되면서 의료기관 개설자의 직업수행의 자유와 의료소비자의 자기결정권 등에 대한 제한 정도가 다소 완화되었다는 점도 합헌 판단의 근거로 제시하였다.⁹⁾

2. 요양급여의 실시와 요양급여비용의 지급

가. 요양급여 실시

건강보험의 보험급여에는 현물급여와 현금급여가 있는데 건강보험법은 현물급여를 원칙으로 한다. 이를 요양급여라고 한다. 가입자 등의 질병, 부상, 출산 등에 대하여 요양기관에 의해 요양급여가 실시된다(법 제42조 제1항). 요양급여의 내용은 ① 진찰, 검사, ② 약제·치료재료의 지급, ③ 처치·수술 및 그 밖의 치료 등이다(법 제41조 제1항). 요양기관은 정당한 이유 없이 요양급여를 거부하지 못한다(법 제42조 제5항).

요양급여를 받은 가입자 등도 비용의 일부를 부담한다(법 제44조). 이를 본인부담금이라고 한다. 요양급여에 대한 대가를 전혀 부담하지 않을 경우 과잉진료를 유발할 수 있으므로 도덕적 해이를 막기 위해 도입된 제도이다. 요양기관은 가입자 등으로부터 지급받은 본인부담금과 공단으로부터 지급받은 요양급여비용을 합산한 금액을 요양급여를 실시한 대가로 취득하게 된다. 본인부담금의 액수는 대통령령에서 정하고 있다(법 제44조, 시행령 제19조)

강제가입제, 요양기관 당연지정제와 함께 우리나라 건강보험 체계의 특징적인 요소는 ‘임의 비급여 의료행위의 원칙적 금지’이다. 이는 건강보험 급여의 대상이 되든 되지 않든 간에, 원칙적으로 건강보험의 틀 안에서 의료행위가 이루어져야 한다는 것을 의미한다. 요양급여의 대상과 기준은 법정되어 있다. 국가는 사회보험 원리에 기초하여 요양급여 대상을 법정하고 이에 맞추어 보험재정을 형성한다.¹⁰⁾ 법령에서 요양급여대상과 비급여대상(법정 비급여)을 구체적으로 정하고 있고, 법정 비급여 진료행위가 아닌 이상에는 법령이 정한 요양급여기준에 따라 요양급여 대상 진료행위를 하여야 한다. 법정 급여 항목에 포함되지 않는 진료행위에 대해 요양급여비용을 청구할 수 없을 뿐만 아니라, 가입자 등의 동의를 받아 본인 부담으로 진료행위(임의 비급여)를 하는 것도 원칙적으로 허용되지 아니한다.¹¹⁾

⁹⁾ 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2012헌마865 결정.

¹⁰⁾ 대법원 2013. 3. 28. 선고 2009다78214 판결 참조.

나. 요양급여비용의 지급

요양기관은 요양급여를 실시한 후 공단에 요양급여비용의 지급을 청구한다(법 제47조 제1항 제1문). 그런데 요양급여비용을 청구하려면 요양기관은 심사평가원에 요양급여비용의 심사청구를 하여야 하고(같은 조 제2항), 심사평가원에 대한 심사청구는 공단에 대한 요양급여비용의 청구로 본다(같은 항 제2문). 그러므로 공단에 대한 요양급여비용 지급 청구는 실제로는 심사평가원에 대한 심사청구로 대신 하게 된다. 심사청구를 받은 심사평가원은 이를 심사한 후 그 내용을 공단과 요양기관에 알리고(같은 조 제2항), 심사 내용을 통보받은 공단은 그 내용에 따라 요양급여비용을 요양기관에 지급한다(같은 조 제3항).

11) 2012년 이전까지 대법원은 임의 비급여 의료행위를 전면적으로 금지하는 입장이었으나, 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639 전원합의체 판결에서 예외적으로 일정한 경우에는 허용하는 입장으로 선회하였다. 예외적인 허용요건은 다음과 같다. 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 내용과 이에 소요되는 기간, 그 절차의 진행 과정 등 구체적 사정을 고려해 볼 때 이를 회피하였다고 보기 어려운 상황에서, ② 그 진료행위가 의학적 안전성과 유효성뿐 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 받아야 한다.

위 판결의 선고 전후로 주제의 중요성에 걸맞게 이에 관한 여러 평석과 논문이 발표되었다. 위 판결과 대체적으로 궤를 같이 하는 입장(원칙적 금지와 예외적 허용)으로는 김정중, “국민건강보험법상 임의비급여 진료행위의 부당성”, **사법**, 제21호, 2012; 박태신, “임의비급여 허용요건에 관한 검토”, **의료법학**, 제13권 제2호, 2012, 11쪽; 정철, “건강보험상 임의비급여 허용의 문제점”, **법학논총**, 제24권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2011, 305쪽; 하명호, “임의비급여 진료행위 허용여부에 관한 공법적 고찰 — 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646 전원합의체 판결에 대한 평석”, **의료법학**, 제14권 제2호, 2013, 173쪽이 있다.

위 판결에 대한 반론은 두 가지 상반된 방향에서 제기된다. 임의 비급여 의료행위가 원칙적으로 허용되어야 한다는 입장과 임의 비급여 의료행위의 예외적 허용가능성을 열어 놓지 말아야 한다는 입장이 그것이다. 전자의 입장에 선 글로는 현두륜, “건강보험에 있어서 의사와 환자간의 법률관계 — 임의비급여 문제를 중심으로”, **의료법학**, 제8권 제2호, 2007, 69쪽; 송명호, “국민건강보험공단의 요양급여비용 환수과정에 있어서 법적용 정밀성에 관한 검토 — 특히 임의비급여를 중심으로”, **의료법학**, 제13권 제2호, 2012, 45쪽; 박지용, “건강보험에 있어 임의비급여 규제에 대한 헌법적 평가”, **법학연구**, 제21권 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2013, 63쪽이, 후자의 입장에 선 글로는 최호영, “건강보험체계와 임의비급여”, **사회보장법연구**, 2012년 제2호, 153쪽이 있다.

Ⅲ. 요양급여의 기준과 요양급여비용의 통제

1. 요양급여의 기준

가. 관련 규정

심사평가원은 요양기관의 심사청구가 관계 법령에서 정한 요양급여의 기준에 적합한지 심사한다. 요양기관은 요양급여기준에 적합하게 요양급여를 실시한 한도에 서만 공단으로부터 요양급여비용을 지급받을 수 있다. 이러한 요양급여의 기준은 법률의 위임에 따라 부령, 고시 등 행정입법의 형태로 제정되어 있다. 대부분의 구체적인 사항은 대부분 고시로 정해진다.

법령의 규율내용과 위임의 구조를 살펴보면 다음과 같다. 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등의 기준은 보건복지부령으로 정한다(법 제41조 제2항).¹²⁾ 이에 따라 보건복지부령으로 ‘국민건강보험 요양급여 기준에 관한 규칙’이 제정되었다. 그러나 부령에서도 다시 보건복지부장관의 고시에 일정한 사항을 위임한다. 요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항은 의약계·공단 및 건강보험심사평가원의 의견을 들어 보건복지부장관이 정하여 고시한다(국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조 제2항). 또한 보건복지부장관은 요양급여대상을 급여목록표로 정하여 고시하되, 요양급여행위, 약제 및 치료재료로 구분하여 고시한다(국민건강보험 요양급여 기준에 관한 규칙 제8조 제2항). 요양급여비용의 청구·심사·지급 등의 방법 및 절차에 관하여 필요한 사항도 보건복지부령에 위임되어 있다(법 제43조 제8항). 그런데 시행규칙에서는 다시 요양급여비용의 심사·지급에 필요한 사항은 보건복지부장관이 정하여 고시하도록 하고 있다(시행규칙 제20조 제4항).

12) 위 조항이 포괄위임입법금지 원칙에 위반되는지 여부는 논란이 있다. 그러나 대법원은 포괄위임입법금지 원칙에 위반되지 않는다는 입장이다. 주된 논거는 다음과 같다. 첫째, “국민건강보험법은 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장을 증진하는 데 목적이 있고(제1조), 이러한 입법 목적을 달성하기 위해서는 국민보건과 사회보장에 영향을 미치는 다양한 요소를 종합적으로 고려하여야 하고 그 과정에서 전문적·기술적 능력과 정책적 고려가 요구되므로, 국가가 건강보험 관련 업무에 관한 세부적 사항을 일일이 법률로 규정하기는 어렵고 법률에 비하여 탄력적인 행정입법에 위임할 필요가 인정”된다. 둘째, 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등 요양급여의 기준이라고 하여 위임의 범위를 구체적으로 정하고 있다. 이 문제에 관한 최근 판결로는 대법원 2013. 4. 26. 선고 2012두8038 판결 참조.

요양급여비용은 공단의 이사장과 의약계를 대표하는 사람들의 계약으로 정하는 데(법 제45조 제1항), 계약의 내용과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(같은 조 제7항). 계약의 내용은 요양급여의 각 항목에 대한 상대가치점수의 점수당 단가를 정하는 것으로 한다(시행령 제21조 제1항). 요양급여 각 항목에 대한 상대가치점수는 요양급여에 드는 시간·노력 등 업무량, 인력·시설·장비 등 자원의 양 및 요양급여의 위험도를 고려하여 산정한 요양급여의 가치를 각 항목 사이에 상대적인 점수로 나타낸 것인데, 보건복지부장관이 심의위원회의 심의·의결을 거쳐 고시한다(같은 조 제2항). 요양급여비용은 공단과 의료계 대표 사이의 계약으로 정하지만, 약제·치료재료에 대한 요양급여비용은 달리 산정된다(법 제46조). 종류에 따라 구입금액이나 상한금액, 또는 이를 기준으로 하여 조정한 금액을 비용으로 보게 된다(시행령 제22조). 시행령에서는 이를 위해 약제·치료재료의 상한금액, 요양급여비용의 결정 기준·절차, 그 밖에 필요한 사항을 보건복지부장관이 정하여 고시하도록 하고 있다.

나. 보건복지부장관의 고시

위에서 본 바와 같이 국민건강보험법 및 그 하위의 부령은 구체적인 사항을 대부분 보건복지부장관의 고시에 위임하고 있다. 이에 따라 제정된 고시로는 대표적으로 다음과 같은 고시가 있다.

- 요양급여비용 심사·지급업무 처리기준
- 요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항
- 행위 치료재료 등의 결정 및 조정기준
- 건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수
- 약제 및 치료재료의 비용에 대한 결정기준
- 약제급여·비급여 목록 및 급여 상한금액표
- 한약제제 급여목록 및 상한금액표
- 치료재료 급여·비급여 목록 및 급여상한금액표
- 신의료기술 등의 결정 및 조정 기준

국민건강보험 법률관계의 핵심적인 사항, 특히 요양급여의 대상과 비용에 관한 사항은 위와 같은 고시를 통해 결정된다. 비록 형식은 고시이지만, 이른바 ‘법령보

충적 행정규칙'이기 때문에 법적 구속력을 갖는다.¹³⁾ 법률의 위임에 근거하여 또는 법률에 근거한 대통령령·부령의 위임에 근거하고 있기 때문이다. 헌법재판소는 '요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항'(보건복지가족부 고시) 등에 대하여 법령보충적 행정규칙임을 전제로 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 판단하였다.¹⁴⁾ 대법원도 '요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항',¹⁵⁾ '건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수'¹⁶⁾ 등의 고시에 법적 구속력이 있음을 전제로 하여 이를 기준으로 요양급여의 적정성 여부를 판단하였다.

법령보충적 행정규칙의 허용 여부 및 효력에 대해서는 논란이 있었다. 그러나 헌법재판소와 대법원은 일정한 조건 하에 그 효력을 긍정하고 있다. 법령보충적 행정규칙에 대한 위임은 원칙적으로 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정되고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다.¹⁷⁾ 또한 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한에서만 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다.¹⁸⁾ 국민건강보험에 관한 각종 고시도 '전문적·기술적 사항'에 해당하기 때문에 법령이 위임한 한도 내에서는 위임 근거 법령과 결합하여 법적 구속력을 갖게 되는 것이다.

다. 심사평가원의 심사기준

그런데 위와 같은 보건복지부장관의 고시 못지않게 현실적으로 중요한 영향을 미치는 기준이 심사평가원의 심사기준이다. 위 '요양급여비용 심사·지급업무 처리기준'(보건복지부장관 고시)에서는 심사평가원의 원장이 요양급여비용의 심사기준을 정할 수 있도록 하고 있다. 이 경우 심사기준은 공개하여야 한다(요양급여비용 심사·지급업무 처리기준 제4조 제1항).¹⁹⁾ 심사평가원 원장이 수립하는 심사기

13) 법령보충적 행정규칙의 효력에 관한 리딩케이스는 대법원 1987. 9. 29. 선고 86누484 판결 참조.

14) 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2008헌마758 결정.

15) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011두16025 판결; 2012. 10. 25. 선고 2011두22938 판결.

16) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두22938 판결.

17) 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 99헌바91 전원재판부 결정.

18) 대법원 1987. 9. 29. 선고 86누484 판결.

19) 다만, 실제로는 그중 일부만 공개되어 있다고 한다. 김계현/김한나/이정찬, “국민건강보험법상 평가제도의 문제점과 향후 과제 — 요양급여 적정성 평가를 중심으로 —”,

준은 심사평가원이 심사의 주체이고 여기에 가장 구체적인 내용이 담겨있기 때문에 현실적으로는 매우 큰 영향력을 갖는다. 그러나 앞서의 고시와 달리 법률이나 법률에 근거한 대통령령·부령에서 위임하고 있지 않기 때문에 법적 구속력은 갖지 못한다.

헌법재판소는 의사가 준수하여야 할 검사방법을 정한 심사평가원 심사지침은 법령에서 요구하는 ‘정확한 진단을 토대로 의학적으로 인정되는 범위’를 준수하였는지 여부를 심사하는 기준을 정한 것에 불과하므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 할 수 없다고 판단하였다.²⁰⁾ 대법원 역시 “심사평가원의 원장이 보건복지부장관의 고시(‘요양급여비용 심사·지급업무 처리기준’)에 따라 진료심사평가위원회의 심의를 거쳐 정한 요양급여비용의 심사기준 또는 심사지침은 심사평가원이 법령에서 정한 요양급여의 인정 기준을 구체적 진료행위에 적용하기 위하여 마련한 내부적 업무처리 기준으로서 행정규칙에 불과하므로, 그 기준에 부합하지 않는다고 하여 반드시 법령상 인정되는 적정한 요양급여에 해당하지 않는다고 할 것은 아니”라고 하였다. 즉 법적 구속력을 인정하지 않는다는 기본적인 입장은 동일하다. 다만, 그 심사기준이 “객관적으로 합리성이 없다고 볼만한 특별한 사정이 없는 이상 이를 재판절차에서 요양급여의 적정성 여부를 판단하는 세부기준으로 참작”할 수 있다고 하였다.²¹⁾ 만약 법령보충적 행정규칙인 고시까지 고려하여도 내용이 불명확하다면 심사평가원의 심사기준 없이 법관이 바로 전문적 사항인 요양급여의 적정성을 판단하는 것이 곤란하다는 현실적인 고려가 깔려 있는 것으로 보인다. 그러므로 심사기준이 객관적으로 합리성이 없지 않은 이상, 심사평가원의 심사기준은 심사평가원의 심사절차에서 뿐만 아니라 법원의 소송절차에서도 적지 않은 영향력을 발휘하게 될 것이다.²²⁾

법학논총, 제36권 제2호, 2012, 704쪽.

20) 헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2010헌마204 결정.

21) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2008두21669 판결.

22) 행정규칙은 법리상으로는 법적 구속력이 없다. 그러나 행정규칙이 소송절차에서 위법성 판단기준으로 사실상 영향을 미치는 현상은 쉽게 발견할 수 있다. 예컨대 “자동차 운수사업법에 의한 자동차운수사업면허는 특정인에게 특정한 권리를 설정하는 행위로서 법령에 특별한 규정이 없으면 행정청의 재량에 속하는 것이고, 그 면허를 위하여 정하여진 순위 내에서의 운전경력 인정방법의 기준 설정 역시 행정청의 재량에 속한다 할 것이므로, 설정된 기준이 객관적으로 타당하지 않다고 보여지지 않는 한 이에 기하여 운전경력을 산정한 것을 위법하다고 할 수 없다”(대법원 1997. 1. 21. 선고 95누12941 판결).

행정규칙이 위와 같은 사실상의 영향력을 발휘할 때에는 공권력 행사로 보아 헌법

2. 요양급여비용의 통제

가. 개관

보건복지부장관, 공단, 심사평가원은 요양급여비용의 지급이 적정하게 이루어지도록 요양기관을 통제하기 위한 여러 가지 행정처분 권한을 보유하고 있다. 이러한 공법적 권한은 요양기관이 공단으로부터 지급받는 보험급여비용의 통제에만 한정되는 것이 아니라, 가입자 등으로부터 과다하게 지급받은 본인부담금의 통제에 까지 미친다. 가입자 등이 요양기관에 본인부담금을 과다하게 지급한 경우 원칙적으로는 사적 자치의 원칙에 따라 가입자 등이 요양기관에 반환을 구하여야 할 것이다. 그러나 의료비전문가인 가입자 등의 입장에서는 본인부담금이 적정한지 판단하기 어렵고 비용과 시간을 들여 반환청구권을 행사하기도 쉽지 않을 것이다. 특히 개별 가입자 등의 각자의 입장에서는 청구할 요양급여액이 극히 소액에 지나지 않는 경우가 많으므로, 요양기관이 임의반환하지 않는 경우에 가입자 등이 개별적으로 소를 제기하여 반환받을 가능성은 크지 않아, 결국 가입자 등이 반환받지 못한 요양급여비용을 요양기관이 부당이득하게 될 가능성이 많다. 국민건강보험법에서는 이러한 점을 고려하여 공단이 가입자 등에 대한 후견적 견지에서 본인부담금의 적정성을 확보하기 위한 처분을 할 수 있도록 규정하고 있다.²³⁾

나. 보험급여비용의 통제

(1) 사전적 통제: 보험급여비용삭감처분(또는 감액조정처분)

요양기관이 공단에 요양급여비용을 청구하기 위해서는 심사평가원에 심사청구를 하여야 한다. 심사평가원은 심사결과 청구금액이 과다하다고 인정하면 나머지 일부분에 대해서만 적정한 요양급여비용으로 인정하여 그 결과를 요양기관과 공단에 통보한다. 과다한지 여부는 법령, 고시 등 법규에서 정한 요양급여의 기준에 합치하는지에 따라 판단된다.²⁴⁾ 공단은 심사평가원이 인정한 범위 내에서만 요양기

소원의 대상으로 인정해야 한다는 입장으로는 정호경, “행정규칙과 헌법소원 심판 — 독일과의 차이점에 주목하여 —”, **법학논총**, 제24집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2007, 247쪽 참조. 이러한 입장에 따르면 공권력 행사성을 부정하는 위 헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2010헌마204 결정은 재고할 필요가 있다.

23) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2010헌바375 결정 참조.

24) 심사기준의 근거 조항은 아래와 같다. 다만, 위에서 살펴본 것처럼 심사평가원 원장의

관에 요양급여비용을 지급한다. 요양기관의 청구한 비용 중 일부를 불인정하는 심사평가원의 결정을 실무상 보험급여비용삭감처분 또는 감액처분이라고 부른다. 신청에 대한 일부 거부처분이라고 할 수 있을 것이다.

심사평가원의 삭감처분의 성격에 대해 대법원은 “요양급여비용을 지급받을 수 있는 적절한 요양급여는 법령에서 규정한 인정 기준에 부합하는 경우에 한정된다 할 것이고, 심사평가원이 요양기관의 청구비용 중 법령상 기준에 어긋나는 부분이 있다고 하여 일부에 대해서만 적절한 요양급여비용으로 인정하는 처분을 하였다고 하더라도 이는 요양기관이 이미 가지고 있는 급여비용청구권을 제한하거나 삭감하는 처분이 아니라 적절한 요양급여비용의 범위를 확인하는 의미”를 가질 뿐이라고 한다. 이를 토대로 증명책임의 소재가 결정된다. 요양기관이 “요양급여비용을 청구하기 위하여 심사평가원에 심사청구를 함에 있어 그 요양급여가 법령과 고시 등 법규에서 규정한 요양급여의 기준에 합치한다는 점은 이를 청구하는 요양기관이 증명할 책임을 진다.”²⁵⁾

(2) 사후적 통제

(가) 원상회복을 위한 처분: 부당이득징수처분

공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다(법 제57조 제1항). 위 조항의 취지는 바람직한 보험급여체계의 유지를 통한 건강보험 제정의 건전성 확보에 있다. ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’은 고의·과실과 같은 귀책사유에 한정하지 않고 넓게 해석된다. 이에 대해 자기책임의 원칙에 반하여 위헌이라

심사기준은 심사평가원 내부에서는 효력이 있지만, 법원에 대한 관계에서는 구속력이 없고, 단지 사실상 존중될 뿐이다.

요양급여비용 심사·지급업무 처리기준(보건복지부장관 고시) 제4조(요양급여비용의 심사) ① 심사평가원은 요양급여비용의 심사청구를 받은 때에는 그 심사청구 내역이 다음 각호에 적합한지를 심사하여야 한다. 이 경우 제4호에 해당하는 심사기준은 공개하여야 한다.

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

²⁵⁾ 대법원 2012. 11. 29. 선고 2008두21669 판결.

는 주장이 제기되었으나 헌법재판소는 ① 부당한 방법인지는 법원의 사실인정을 거쳐 판단되고, ② 전액을 환수하는 것이 가혹한 경우에는 정수를 면할 수 있는 여지도 있으며, ③ 특수한 형태의 부당이득반환의무에 대한 규정이지 불법행위책임을 묻는 규정이 아니므로 자기책임의 원칙에 반하지 않는다고 판단하였다.²⁶⁾

요양기관은 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’을 이용하여야 한다. ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’은 제재적 처분인 업무정지나 과징금부과처분에서도 요건이 된다. 대법원은 그 의미를 매우 넓게 보고 있다. 요양기관이 요양급여비용을 받기 위하여 허위의 자료를 제출하거나 사실을 적극적으로 은폐할 것을 요하는 것은 아니고, 관련 법령에 의하여 요양급여비용으로 지급받을 수 없는 비용임에도 불구하고, 이를 청구하여 지급받는 행위를 모두 포함한다.²⁷⁾

요양기관이 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 요양급여비용을 지급받았다는 점을 증명할 책임은 공단에 있다. 요양급여비용을 지급받은 것이 정당하다는 사실을 요양기관으로 하여금 증명하도록 하면, 공단이 요양기관으로부터 요양급여비용에 관한 심사청구를 받은 후 제대로 심사를 하지 않고 요양급여비용을 지급하였다고 하더라도 아무런 제한 없이 요양기관에 대하여 지급한 요양급여비용 상당액을 징수할 수 있게 되는 반면, 요양기관으로서는 요양급여비용을 지급받은 뒤에도 그 요양급여비용 상당액을 징수당할 수 있는 위협에 대비하여 장기간 진료기록부 등의 자료를 계속해서 보관하고 있는 등의 조치를 할 수 밖에 없게 되기 때문이다.²⁸⁾

(나) 제재적 처분: 업무정지처분, 과징금부과처분, 위반사실의 공표

국민건강보험법에서는 과다하게 지급된 보험급여비용의 환수를 넘어서서 요양기관을 제재할 수 있는 권한도 부여하고 있다. 보건복지부장관은 요양기관이 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험자에게 요양급여비용을 부담하게 한 경우 1년의 범위에서 기간을 정하여 업무정지를 명할 수 있다고 규정한다(법 제98조 제1항). 업무정지처분에 갈음하여 과징금을 부과할 수도 있다(이른바 ‘변형과징금’). 업무정지 처분이 해당 요양기관을 이용하는 사람에게 심한 불편을 주거나 보건복

26) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2010헌바375 결정.

27) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두3975 판결; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010두26315 판결.

28) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008두6981, 6998 판결; 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011두16025 판결.

지부장관이 정하는 특별한 사유가 있다고 인정되면 업무정지 처분을 갈음하여 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 부담하게 한 금액의 5배 이하의 금액을 과징금으로 부과·징수할 수 있다(법 제99조 제1항). 위 규정들의 목적은 국민에게 적법하거나 적정한 의료서비스를 제공하지 않고도 제공한 것처럼 청구하는 행위를 제재함으로써 국민이 납부한 보험료로 운영되는 건강보험의 건전한 재정운동을 유지하고자 하는 것이다.²⁹⁾ 또한 요양기관이 서류의 위조·변조로 요양급여비용을 거짓으로 청구한 경우라면 (일정한 요건을 충족하면) 그 위반사실을 공표할 수 있다(법 제100조 제1항).

국민건강보험법 시행령에서는 업무정지처분과 과징금부과의 기준을 정하고 있다. 이는 법규명령이기는 하나 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적절한 업무정지의 기간 및 과징금의 금액을 정하여야 할 것이므로 그 기간 내지 금액은 확정적인 것이 아니라 최고한도라고 할 것이다. 따라서 위 기준에 따라 획일적으로 업무정지기간이나 과징금의 금액을 정해서는 안 되고, 공익 침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교 교량하여 판단하여야 한다.³⁰⁾

(다) 과잉 원외처방의 문제

1) 문제점

요양기관(의료기관)이 과잉 원외처방을 하여 공단의 비용지출을 증가시킨 경우도 부당이득징수처분의 대상이 되는지 논란이 되었다. 과거 의약분업이 실시되기 전에는 의료기관이 조제까지 하였으므로 의료기관이 공단으로부터 약제비에 관한 요양급여비용까지 지급받았다. 그러므로 의료기관이 요양급여기준을 초과하여 처방을 한 경우 그로 인한 부당이득도 약제비를 지급받은 의료기관에 귀속되는 것이어서 부당이득징수처분의 대상이 될 수 있었다. 그러나 2000년경부터 의약분업이 실시되면서 조제는 요양기관 중 약국의 업무가 되었고, 약제비에 해당하는 요양급

29) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2007헌바85 결정.

30) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005두11982 판결; 대법원 2013. 3. 28. 선고 2009다78214 판결.

여비용은 의료기관이 아니라 약국에 지급되게 되었다(원외처방). 그럼에도 불구하고 공단은 요양급여기준을 초과하여 과잉 처방을 한 의료기관에 대하여 약제비 상당의 요양급여비용을 부당이득으로 징수하였다. 이에 대해 대법원은 부당이득의 징수의무자는 요양급여비용을 받은 요양기관이라 할 것인데, 과잉 원외처방을 한 의료기관은 요양급여비용을 받은 바 없고, 약국 등 요양급여비용을 받은 요양기관은 스스로 속임수나 부당한 방법으로 급여비용을 받은 것은 아니므로 어느 쪽에도 부당이득징수처분을 할 수 없다고 판단하였다. 나아가 과잉 원외처방을 한 의료기관에 부당이득징수처분을 하면 이는 중대·명백한 하자가 있어 당연무효이다.³¹⁾

2) 민사상 불법행위책임을 통한 환수

이러한 상황에 직면하여 공단은 초과 지급된 약제비를 환수하기 위한 수단으로 민사상 불법행위책임을 의료기관에 묻는 방안을 고안하였고, 이는 2013년 대법원에서 승인되었다. 공단의 과잉 원외처방 약제비 환수는 2001년부터 시작되었는데³²⁾ 10년 이상의 논란을 거쳐 일단락 된 것이다. 요양기관이 요양급여기준을 벗어난 원외 처방을 요양급여대상으로 삼아 처방전을 발급하였다면, 그 처방이 비록 환자에 대한 최선의 진료의무를 다하기 위한 것으로서 가입자 등에 대하여 위법한 행위로 볼 수 없다고 하더라도, 그것은 보험자로 하여금 요양급여대상이 아닌 진료행위에 대하여 요양급여비용을 지급하도록 하는 손해를 발생시키는 행위로서, 국가가 헌법상 국민의 보건에 관한 보호의무를 실현하기 위하여 사회보험 원리에 기초하여 요양급여대상을 법정하고 이에 맞추어 보험재정을 형성한 국민건강보험 체계나 질서에 손상을 가하는 행위이므로 보험자에 대한 관계에 있어서는 민법 제 750조의 위법행위에 해당한다는 것이다.³³⁾³⁴⁾

31) 대법원 2006. 12. 8. 선고 2006두6642 판결.

32) 김주경, “과잉 원외처방 약제비 환수 관련 쟁점과 과제”, **이슈와 논점**, 제711호, 국회입법조사처, 2013, 3쪽.

33) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2009다78214 판결.

34) 이러한 구성에 대해서는 보험자에 대한 관계에서 위법행위라고 볼 수 없다거나(서울서부지방법원 2008. 8. 28. 선고 2007가합2036, 2007가합8006 판결), 공단은 약국에 대한 관계에서 민법상 부당이득반환청구권을 갖기 때문에 공단에 손해가 발생하였다고 보기 어렵다(서울고등법원 2013. 10. 2. 선고 2013나6614 판결)는 반론이 제기된다. 특히 후자의 판결은 대법원에서 불법행위책임을 인정한 이후에 판결이라는 점에서 주목된다.

3) 책임제한비율의 문제

그러나 불법행위책임이 인정된 후에도 여전히 그 범위 문제는 논란이 되고 있다. 손해배상액을 제한할 여지가 있기 때문이다. 위 대법원 판결은 의료기관이 그 행위에 이른 경위나 동기, 공단의 손해 발생에 관여된 객관적인 사정, 의료기관이 그 행위로 취한 이익의 유무 등제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있다고 판시하였다. 문제는 제한의 비율이다. 하급심 법원별로 책임비율이 0%에서 80%에 이르기까지 서로 달랐기 때문에³⁵⁾ 의료기관 간에 형평성이 보장되지 아니하였다. 대법원은 2014. 2. 27. 7건의 사건에 대한 판결을 선고하면서, 원심이 의료기관에게 80%의 책임을 지운 5건의 사건은 상고기각, 80%보다 적게 책임을 지운 2건의 사건은 파기환송하였다.³⁶⁾ 이전부터도 법원실무상 80%로 책임비율이 수렴하는 경향이 있었고, 이후에는 이러한 경향이 확고한 실무로 굳어질 것으로 예상된다.

4) 환수근거 마련의 필요성

과잉 원외처방이 부당이득징수처분의 대상이 되지 않음으로 인해 발생한 문제는 초과 지급한 약제비의 80%에 상당한 금액에 대해 의료기관에 불법행위책임을 부과하는 우회적인 방식으로 해결되고 있지만, 궁극적으로는 원외처방에 대해서도 부당이득징수처분의 법적 근거를 마련하는 것이 바람직하다고 생각된다.³⁷⁾ 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 요양급여기준에 위반하여 요양급여비용이 지급된 다른 사안(특히 원내처방의 경우)과 통일적인 규율이 필요하다. 특히 불법행위책임을 통해서 가입자 등이 지급한 과도한 본인부담금을 환수할 수 없다. 둘째, 보험재정의 건전성을 실효성 있게 확보하기 위해서는 민사소송을 통한 환수보다는 행정처분을 통해 공단이 주도권을 가지고 환수할 수 있어야 한다. 셋째, 민사소송을 통해서 책임제한비율의 형평성을 도모할 수 없기 때문이다. 물론 대법원은 2014. 2. 27. 7건의 판결을 선고하면서 실질적으로 책임제한비율을 통일시켰지만, 원칙적으로 형평의 원칙에 따른 책임 제한 여부 및 그 비율의 결정은 사실심의 전권사항이다.³⁸⁾

35) 국민건강보험공단 2014. 3. 11.자 보도자료 참조.

36) 위 보도자료 참조.

37) 선정원, “과잉진료와 과잉원외처방으로 인한 부당이득의 환수처분과 손해배상청구”, **행정법연구**, 제29호, 2011, 29-30쪽; 정영철, “원외처방 요양급여비용 환수의 공법적 고찰 — 대법원 2013. 3. 28. 선고 2009다78214 판결을 중심으로”, **행정법연구**, 제36호, 2013, 190-191쪽 등.

또한 80%로 비율을 고정할 근거도 찾기 어렵다. 따라서 행정입법을 통해 처분기준을 마련하는 것이 개별적인 사정을 고려하면서도 형평성을 도모할 수 있는 적절한 방법이라고 할 것이다.³⁹⁾

다. 본인부담금의 통제

(1) 원상회복을 위한 처분: 과다본인부담금 확인·통보처분, 부당이득징수처분

(가) 과다본인부담금 확인·통보처분

가입자 등은 자신이 부담한 비용이 요양급여 대상에서 제외되는 비용인지 심사평가원에 확인을 요청할 수 있다(법 제48조 제1항). 심사평가원이 확인한 결과 요양급여 대상에 해당되는 비용으로 확인되면 그 내용을 공단 및 요양기관에 알려야 한다(같은 조 제2항). 요양기관은 과다하게 징수한 본인부담금을 가입자 등에게 지급하여야 한다(같은 조 제3항 본문). 요양기관이 이를 지급하지 아니하면, 공단은 요양기관에게 지급할 요양급여비용에서 과다본인부담금을 공제할 수 있다(같은 항 단서).

(나) 부당이득징수처분

요양기관이 가입자 등으로부터 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 경우 공단은 해당 요양기관으로부터 이를 징수하여 가입자나 피부양자에게 지체 없이 지급하여야 한다(법 제57조 제5항 제1문). 이 경우 공단은 가입자나 피부양자에게 지급하여야 하는 금액을 그 가입자 및 피부양자가 내야 하는 보험료 등과 상계할 수 있다(같은 항 제2문). 위 조항은 앞서 본 바와 같이 가입자 등의

38) 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속한다는 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002다43165 판결 참조.

39) 그 동안 법적 근거를 마련하고자 하는 시도는 여러 차례 있었지만(김주경, “과잉 원의 처방 약제비 환수 관련 쟁점과 과제”, **이슈와 논점**, 제711호, 국회입법조사처, 2013, 4쪽 참조), 의료계의 반발에 부딪혀 좌절되었다. 의료계는 대체로 환수 자체에 반대하는 입장이었고, 하급심 판결 중에서는 실질적으로 책임을 100% 제한한 경우까지 있어서 민사소송으로 다룰 여지와 실익이 있었기 때문이었다. 그러나 작년과 올해의 대법원 판결을 통해 불법행위책임이 인정된다는 점과 약제비의 80%의 책임을 진다는 점이 거의 확정되었으므로 환수 근거를 마련하는 데 보다 전향적인 자세를 보일 수도 있을 것이다.

편의를 위하여 둔 조항으로서, 가입자 등에게 반환청구권을 맡겨 두는 경우에는 실효성 있게 집행되지 않을 가능성이 크다는 것을 이유로 집행의 효율성을 위해 둔 조항이다.⁴⁰⁾

(2) 제재적 처분: 업무정지처분, 과징금부과처분

보험급여비용을 부당하게 청구했을 때와 마찬가지로이다. 보건복지부장관은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 가입자 등에게 요양급여비용을 부당하게 한 경우 업무정지를 명하거나 이에 갈음하여 과징금을 부과할 수 있다(법 제98조 제1항, 제99조 제1항).

(3) 임의비급여 의료행위의 통제

임의 비급여 의료행위에 대한 통제는 바로 위와 같은 처분을 통해 이루어진다. 임의 비급여 의료행위는 과다 본인부담금 확인통보 처분, 부당이득징수처분, 업무정지 또는 과징금부과처분의 대상이 된다. 즉, 요양기관이 법령에서 정한 요양급여 기준과 절차를 위반하거나 초과하여 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받은 경우 뿐 아니라, 그 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 가입자 등과 사이에 요양 비급여로 하기로 상호 합의하여 그 진료비용 등을 가입자 등으로부터 지급받은 경우도 위와 같은 행정처분의 대상이 된다.⁴¹⁾ 앞서 본 예외적 허용요건에 해당한다는 사정은 요양기관에게 증명책임이 있다.⁴²⁾

IV. 요양급여에 관한 고시의 특수성

1. 문제의 소재

앞서 본 바와 같이 국민건강보험 법률관계의 구체적인 모습은 보건복지부장관의 고시를 통해 결정된다. 이는 건강보험 재정의 건전성을 확보하기 위해 보건복지부장관의 고시를 통해 요양급여의 대상과 비용을 획일적으로 규율하여 요양급여를 통제하기 때문이다.⁴³⁾

40) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2010헌바375 결정.

41) 대법원 2012. 8. 17. 선고 2011두3524 판결; 2012.09.27 선고 2011두11068 판결 등.

42) 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639 전원합의체 판결.

그러므로 요양기관, 제약회사 등은 보건복지부장관의 고시가 자신에게 침익적인 성격을 갖는 경우 이를 직접 다투는 길을 모색하게 된다. 고시와 같은 행정입법은 일반·추상적인 성격으로 인해 행정소송이나 헌법소원으로 직접 그 효력을 다투기가 쉽지 않고, 현실적으로 소송이 제기되는 경우도 많지 않다. 그러나 국민건강보험 영역에서 발령된 보건복지부 장관의 고시는 그 내용이 매우 구체적이고 상세하여서 대상적격에 관한 법리상의 문제를 극복하기가 비교적 쉬울 뿐만 아니라, 현실적으로 요양기관이나 제약회사의 이해관계에 큰 영향을 미치기 때문에 고시의 효력을 다투는 행정소송이나 헌법소원이 실제로 많이 제기되고 있다.

한편 이러한 상황과 정반대로 위법한 고시로 인해 제약회사 등 이해관계인이 부당한 이익을 얻는 상황도 발생할 수 있다(위법한 수익적 고시). 이는 보험재정의 건전성을 해하는 결과를 초래하지만, 앞서 본 국민건강보험법상의 부당이득징수처분은 이러한 상황까지 상정하고 있는 것은 아니다. 그리하여 공단은 앞서 본 과잉 원외처방과 유사하게 민사법적 수단을 통해 보험재정의 건전성 확보를 꾀하고 있다.

2. 침익적 고시에 대한 쟁송수단

가. 행정입법에 대한 쟁송수단: 행정소송과 헌법소원

고시를 다투려고 할 때 처음으로 부딪히게 되는 문제는 법원에 행정소송을 제기할 것인가, 아니면 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 것인가이다. 법원과 헌법재판소 모두 일정한 한도에서 행정입법을 직접 다투는 것을 허용하고 있다.⁴⁴⁾ 법령에 대한 헌법소원은 원칙적으로는 “별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때”⁴⁵⁾에 허용된다(기본권 침해의 직접성). 그러나 “법령이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법령에 따라 일정한 집행행위를 하여야 하는 때”에는 당해 행정입법을 헌법소원의 대상으로 삼을 수

43) 예컨대 ‘건강보험 요양급여 행위 및 그 상대가치점수’의 위헌성이 문제된 사건에서 헌법재판소는 “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 것”이라고 하였다(헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2006헌마417 결정).

44) 행정입법에 대한 헌법소원과 항고소송의 통제범위에 관한 상세한 설명은 최계영, “헌법소원에 의한 행정작용의 통제 — 기능과 한계 —”, *공법연구*, 제37집 제2호, 2008, 204-214쪽 참조.

45) 헌법재판소 1990. 10. 15. 선고 89헌마178 결정 등 다수.

있다.⁴⁶⁾ 헌법소원의 보충성과 관련하여서는 “법령의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 구제를 구할 수 있는 절차”가 없거나 아니면 허용되는지 여부가 “객관적으로 불확실”하므로⁴⁷⁾ 보충성이 적용되지 않는다고 한다. 행정소송에 관하여 보면, 원칙적으로 행정입법은 항고소송의 대상인 처분이 아니지만, “집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우” 항고소송의 대상인 처분이 될 수 있다.⁴⁸⁾

항고소송의 대상이 되는 행정입법과 헌법소원의 대상이 되는 행정입법의 범위에 어느 정도 차이가 있는지는 명확하지 않다. 그러나 실무상으로는 헌법재판소에서 헌법소원으로 다룰 수 있도록 하는 행정입법의 범위가 조금 더 넓은 것으로 보인다. 그리고 헌법소원의 보충성 원칙에 따르면, 행정입법이 항고소송의 대상이 될 수 있다면 헌법소원은 허용되지 않아야 할 것이나, 앞서 본 것처럼 헌법재판소는 행정소송이 허용될지 객관적으로 불확실하다는 이유로 보충성을 적용하지 않는다. 그 결과 현재의 실무를 보면 요양급여에 관한 고시 중 상대적으로 개별·구체성이 강한 고시에 대해서는 주로 항고소송이 활용되고, 상대적으로 일반·추상성이 강한 고시에 대해서는 헌법소원이 활용되고 있는 것으로 보인다. 또한 같은 종류의 고시에 대해 항고소송과 헌법소원의 대상적격이 모두 인정된 예도 발견할 수 있다. 구체적으로 보면 다음과 같다.

나. 항고소송에 의한 통제: 처분성

‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’ 중 자이프렉사정에 대하여 “소요비용이 저렴한 타 비정형적 약물투여로 효과가 없는 경우에 투여시 요양급여를 인정하며, 허가사항 범위이지만 동 인정기준 이외에 투여한 경우에는 약값의 100분의 100을 본인부담하도록 한다”는 부분에 대하여 처분성이 인정되었다. 고시의 처분성을 인정한 리딩케이스가 된 사건이다. “불특정의 항정신병 치료제 일반을

46) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 90헌마214 결정.

47) 헌법재판소 2000. 12. 14, 선고 2000헌마659 결정. 최저생계비를 정한 보건복지부 장관의 고시(헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2002헌마328 결정), 신규카지노업의 허가요건, 허가신청절차 등을 정한 문화관광부장관의 공고(“법규명령적 기능을 하는 행정규칙에 관하여 항고소송이 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실”, 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌마924 결정) 등 참조.

48) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결.

대상으로 한 것이 아니라 특정 제약회사의 특정 의약품을 규율 대상으로 하는 점 및 의사에 대하여 특정 의약품을 처방함에 있어서 지켜야 할 기준을 제시하면서 만일 그와 같은 처방기준에 따르지 않은 경우에는 국민건강보험공단에 대하여 그 약제비용을 보험급여로 청구할 수 없고 환자 본인에 대하여만 청구할 수 있게 한 점”에 비추어 볼 때, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 공단 사이의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가진다는 것이 그 근거이다.⁴⁹⁾

‘약제급여·비급여 목록 및 급여 상한금액표’ 중 특정의약품의 상한금액을 정한 부분에 대해서도 “다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가진다”는 이유로 처분성이 인정되었다.⁵⁰⁾ 위의 사안과 유사하게 특정회사의 특정한 의약품에 관해서 규율하기 때문이다. 실제 구입가격과 상관없이 상한금액 한도에서만 요양급여비용 인정되므로 약제의 상한금액이 인하되면 제약회사의 매출액에 큰 영향을 미치게 된다.⁵¹⁾ 이러한 유형의 고시를 통상 ‘약가고시’라고 부르는데 행정입법에 대해 직접 행정소송이 제기되는 사건유형 중 가장 비중이 큰 사건유형으로 보인다.⁵²⁾ 헌법재판소와 비교하면 법원이 행정입법의 처분성을 인정하는 데 그동안 소극적이었기 때문에 실무에서는 행정입법을 직접 다투고자 할 때에는 헌법소원을 선택하는 경향이 있다. 그럼에도 불구하고 약가고시는 대부분 행정소송으로 다투고 있다.⁵³⁾

법원의 대체적인 경향은 특정 의약품을 규율대상으로 하는 경우에 처분성을 인정하는 것이지만, 반드시 그에 한정되는 것은 아니다. 예컨대 ‘건강보험 요양급여 행위 및 그 상대가치점수’ 중 ‘차등수가제 신설, 야간가산율 적용시간 축소, 진찰료와 처방료의 통합, 주사제 원외처방료의 삭제’ 등에 관한 부분에 대해서도 대법

49) 대법원 2003. 10. 9.자 2003무23 결정.

50) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005두2506 판결.

51) 이 점에서 약제의 상한금액 인하에 대하여 제조·공급사인 제약회사는 법률상 이익을 침해당한다는 이유로 원고적격도 인정하였다.

52) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2005두16161 판결; 2010. 9. 9. 선고 2009두218 판결; 서울행정법원 2003. 5. 15. 선고 2002구합24178 판결; 서울행정법원 2008. 5. 13. 선고 2007구합41642 판결; 서울행정법원 2012. 5. 25. 선고 2011구합30519 판결. 보통 ‘보험 약가인하처분취소’라고 사건명을 붙인다.

53) 실제 소송이 진행된 사례에 관한 개괄적인 소개로는 박성민, “약가 제도의 역사와 약가 인하 소송들”, **FDC 법제연구**, 제7권 제1·2호, 2012, 47쪽 참조.

원은 처분성이 인정됨을 전제로 본안판단에 나아간 바 있다.⁵⁴⁾ 해당 사건의 1심 판결에서는 처분성에 관해 명시적으로 판단하였다. “요양기관에 내원하여 요양급여를 받은 자는 이 사건 고시 등에 의하여 정하여진 요양급여비용 중 본인일부부담금을 요양기관에게 바로 지불하여야 하므로, 요양급여를 받은 자의 입장에서 보면 이 사건 고시에 의하여 행정청의 집행행위가 개입됨이 없이 곧바로 본인일부부담금의 구체적인 수액이 결정되는 등 법률상 이익에 직접적인 영향을 받게 되고, 그로부터 본인일부부담금을 지급받는 요양기관 역시 마찬가지로 이유로 이 사건 고시에 의하여 법률상 이익에 직접적인 영향을 받는다 할 것이고, 위와 같은 과정에서 나타나는 요양기관에의 내원, 요양기관의 요양급여의 실시, 요양기관의 본인일부부담금청구 등의 일련의 사실행위나 법률행위를 가리켜 행정청의 집행행위라고 할 수 없”으므로 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생한다고 판단하였다.⁵⁵⁾

다. 헌법소원에 의한 통제: 기본권 침해의 직접성

위에서 처분성이 인정된 ‘건강보험 요양급여 행위 및 그 상대가치점수’(보건복지부 고시)⁵⁶⁾에 대해 헌법재판소 역시 헌법소원으로 다룰 수 있다고 하였다. 위 고시가 수급자에게 적용되는 데 있어서는 그 중간에 심사평가원의 심사와 공단의 지급 결정이라는 처분이 매개되어 있다고 할 수 있다. 그러나 심사평가원은 요양기관의 청구내용 중 요양급여로서 적정하지 아니한 행위를 가려내어 제외할 뿐이며, 일단 그 청구내용이 적정한 요양급여행위에 해당하는 한 위 고시에서 정한 비율에 따른 기계적·자동적 금액산정이 강제되어 있다고 할 것이고, 이러한 금액산정에 있어서는 아무런 재량도 인정될 수 없다. 또한 공단의 요양급여비용의 지급이라는 집행행위도 고시가 정한 기준에 따른 계산의 결과에 불과하다. 그렇다면 위 고시는 “심사평가원이나 공단에게 재량의 여지를 주지 아니한 채 요양급여비용의 금액산정을 일의적이고 명백하게 규정하고 있다고 할 것이므로 비록 심사평가원의 심사와 공단의 비용지급처분이 개재된다고 하더라도” 권리침해의 직접성 요건을 충족한다는 것이다.⁵⁷⁾ ‘건강보험 요양급여행위 및 그 상대가치 점수’ 중 “아토피 피부

54) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003두11988 판결.

55) 서울행정법원 2003. 1. 15. 선고 2001구25210 판결.

56) 위 대법원 판결과 동일한 개정안(2001. 6. 27. 보건복지부 고시 제2001-32호)이 문제된 사건이다. 하나의 고시에 대해 항고소송과 헌법소원이 중첩적으로 제기된 것이다.

57) 헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2001헌마543 결정.

염에 대한 검사종목을 제한한 부분”에 대해서도 헌법소원 심판이 허용되었다.⁵⁸⁾

또한 ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’ 중 “인조테이프를 이용한 요실금수술을 하는 경우 요류역학검사를 실시하도록 하는 부분”,⁵⁹⁾ “1983. 1. 1. 이후 출생한 a형 혈우병 환자에 한하여 유전자재조합제에 대한 요양급여를 인정”하는 부분,⁶⁰⁾ “중복처방의 경우 원칙적으로 요양급여를 인정하지 아니하고 환자의 전액부담으로 하되, 일정한 사유가 있는 경우는 요양급여를 인정”한 부분⁶¹⁾에 대하여도 적법요건이 인정되었다. 헌법재판소는 규율상대방이나 규율대상이 특정되지 않았더라도 “법령이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법령에 따라 일정한 집행행위를 하여야 하는 때”에는 기본권 침해의 직접성을 인정하므로, 요양급여의 대상과 비용을 획일적으로 정하는 국민건강보험 관련 고시의 특성상 적법요건을 충족하기가 용이한 것으로 보인다.

라. 소결

이상에서 본 바와 같이 국민건강보험의 영역에서 발령되는 각종 고시는 구체성을 띠고 있기 때문에 처분성 또는 기본권 침해의 직접성이 용이하게 인정된다. 그리하여 법원과 헌법재판소를 통해 직접적인 통제와 권리구제가 활발하게 이루어지고 있다. 법원은 전반적인 경향은 행정입법을 — 선결문제 심리를 통한 간접적 통제가 아니라 — 처분으로 보아 직접적으로 통제하는 데 소극적이지만, 약가고시 등 건강보험 관련 행정입법과 관련해서는 적극적인 모습을 보이고 있다. 다시 말하자면, 건강보험 관련 고시는 법원이 행정입법의 처분성을 확장하는 과정에서 견인차가 되고 있다. 이는 행정에 대한 재판통제와 국민의 권리구제 범위를 확대한다는 면에서는 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다. 다만, 그 과정에서 헌법재판소와 중첩적으로 고시를 통제하게 되면서, 두 기관이 하나의 고시에 대해 서로 다른 판단을 내릴 위험성도 높아지고 있다. 앞서 본 것처럼 동일한 고시(2001. 6. 27. 보 건복지부 고시 제2001-32호)에 대해 법원과 헌법재판소가 각각 본안판단으로 나아

58) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2006헌마417 결정.

59) 헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2010헌마204 결정.

60) 헌법재판소 2012. 6. 27. 선고 2010헌마716 결정.

61) 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2008헌마758 결정. 이 결정에서는 보충성과 관련하여서도 상세한 판단이 이루어졌다. 처분이 되려면 처분의 ‘관련자가 개별적’이고, ‘규율대상이 구체적’이어야 하는데 이를 충족시키지 못하므로 항고소송의 대상이 되지 않는다는 것이다.

간 사례도 있었다. 원칙적으로 헌법소원의 보충성 원칙을 통해 양 기관의 관할이 상호배타적으로 나뉘어져야 하지만, 헌법재판소가 행정입법과 관련해서는 앞서 본 것처럼 보충성 원칙을 완화해서 적용하고 있기 때문에 행정입법 중 일정 부분에 대해서는 두 기관이 중첩적으로 관할을 갖는 현상이 생겨난 것이다. 두 기관의 경쟁을 통해 국민의 권리구제 영역이 지속적으로 확대되어 왔다는 측면에서는 긍정적이지만, 이러한 상황이 계속되는 것은 바람직하지 않고 장기적으로는 이에 관한 제도의 정비가 필요할 것이다.⁶²⁾

3. 위법한 수익적 고시와 초과 지급된 요양급여비용의 환수수단

가. 불법행위책임을 통한 초과 약제비의 환수

앞에서 본 바와 같이 국민건강보험법은 요양급여비용이 잘못 지급된 때 공단이 이를 환수할 수 있는 여러 가지 수단을 마련해 두었다. 그러나 위법한 고시로 인해 공단이 지급하지 말아야 할 요양급여비용을 지출하게 된 경우에 대해서는 따로 규정이 없다. 따라서 이 경우에는 민사소송을 통해 부당이득반환청구나 불법행위로 인한 손해배상청구를 구할 수밖에 없다.

이와 관련하여 최근의 흥미로운 대법원 판결을 소개하면 다음과 같다.⁶³⁾ 약제의 상한금액을 규정한 고시(약가고시)가 문제된 사안이다. 법령에 따르면 완제의약품의 제조자가 원료의약품까지 생산하는 경우 최고가의 상한금액을 인정받도록 되어 있었고, 원료의약품을 직접 생산하는 경우뿐만 아니라 원료의약품 생산회사의 지분을 과반수 이상 보유한 경우도 여기에 포함되었다. 의약품 제조업자가 원료제조회사의 주식 과반수를 계속하여 보유할 의사가 없이 의약품에 관한 최고가의 상한금액을 인정받은 다음 바로 이를 반환할 의도로 일시적·형식적으로 주식을 취득하였고, 최고가를 인정받자 바로 이를 반환하였다. 공단은 의약품 제조업자를 상대로 하여 ① 부당이득 반환청구와 ② 불법행위로 인한 손해배상청구를 하였다. 대법원은 부당이득 반환청구에 대해서는 행정행위의 공정력을 이유로 배척하였다. 고시의 하자가 중대·명백하여 당연무효라고까지는 할 수 없으므로 의약품 제조업자가 요양기관과 의약품거래를 함으로써 얻은 이득을 법률상 원인 없는 이득이

62) 이에 관한 필자의 구체적인 입장은 최계영, “헌법소원에 의한 행정작용의 통제 — 기능과 한계 —”, **공법연구**, 제37집 제2호, 2008, 201쪽 참조.

63) 대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다21276 판결.

라고 할 수 없다는 것이다. 그러나 불법행위로 인한 손해배상청구에 대해서는 위와 같은 의약품 제조업자의 행위는 건강보험심사평가원 또는 보건복지부장관을 착오에 빠뜨리는 적극적인 기망행위에 해당하므로 이로 인해 공단에게 손해가 발생하였다면 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다고 하였다.⁶⁴⁾

나. 평가

의약품 제조업자로부터 초과 지급된 약제비를 환수할 수 있는 법률상 근거가 없는 상황에서 공단이 민사상 불법행위책임을 통해 이를 환수하고자 한 것은 불가피한 선택으로 보이고, 법원이 불법행위책임을 인정한 것도 타당하다고 여겨진다. 다만, 위 판결에서는 “고시의 공정력”으로 인해 의약품 제조업자가 얻은 이익이 법률상 원인 없는 이득에 해당하지 않는다고 판단하고 있는데, 이에 관해서는 향후 심도 깊은 연구가 필요할 것이라고 보인다. 위 판결은 처분성이 인정되는 고시는 당연히 공정력도 인정된다는 점을 전제로 하고 있다. 원래 행정입법에는 공정력이 인정되지 않으므로 위법한 행정입법은 위법성의 정도를 살펴볼 필요 없이 무효이다. 그런데 위 판결에서는 고시의 하자가 중대·명백하지 않으므로 무효가 아니라고 판단하였다. 즉 고시가 처분으로 인정되어 항고소송으로 바로 다룰 수 있게 되면, 행정행위로서의 실체법적 효력인 공정력도 당연히 갖게 된다고 판단하고 있는 것이다. 그러나 이를 당연한 전제로 삼게 되면 많은 경우 처분성의 확대가 오히려 공정력, 불가쟁력 등으로 인해 국민의 권리구제에 장애를 초래할 위험도 있기 때문이다.⁶⁵⁾⁶⁶⁾

64) 공단은 가입자 등의 본인부담금 부분에 대해서도 국민건강보험법상의 환수제도를 유추하거나 민법상 사무관리의 법리에 근거해 공단이 지급을 구할 수 있다고 주장하였으나 이 부분 주장은 배척되었다.

65) 이러한 관점에서 실체법적 처분과 소송법적 처분을 구별하고, 권리구제의 필요성 때문에 행정행위는 아니지만 처분성이 인정된 후자의 경우에는 공정력, 불가쟁력 등이 인정될 수 없다는 입장으로는 박정훈, “항고소송과 당사자소송의 관계 — 비교법적 연혁과 우리법의 해석을 중심으로 —”, **특별법연구**, 제9권, 2011, 146쪽 이하 참조.

66) 또한 당해 사건에서 고시의 공정력에 관한 설시가 필요하였는지는 의문이다. 왜냐하면 의약품 제조업자의 이득은 약국 등 요양기관과 사이에 체결된 매매계약에 기인하는 것이기 때문이다. 즉, 약가고시가 의약품 제조업자가 얻은 이득의 법률상 원인이 되는 관계는 아니다. 고시에서 약제비의 상한금액이 위법하게 높게 책정됨으로써 결과적으로 의약품 제조업자와 요양기관 사이의 매매계약에서 가격이 높게 결정되었다는 일종의 인과관계만이 있을 뿐이다. 그러므로 고시가 무효라고 해서 제조업자가 요양기관으로부터 지급받은 매매대금 중 초과분이 법률상 원인 없는 이득이라고 볼 수 있을지는 의문스럽다.

V. 결 어

이상에서는 국민건강보험 제도를 구성하는 여러 행정조직과 행정작용에 관하여 살펴보았다. 약가고시의 처분성, 공정력 등의 문제에서 보듯이, 국민건강보험 영역에서 대두되는 행정법적 쟁점은, 기존의 행정법총론이나 행정구제법 이론으로 명쾌하게 해명될 수 없는 새로운 문제를 행정법학계에 던져 주고 있다. 이렇게 각론 영역의 연구를 통해 제기된 새로운 의문은 총론 영역에서 새로운 개념과 법리를 발전시켜 나가게 할 촉매가 될 것이다. 이 글이 그러한 연구에 작은 단초가 될 수 있기를 희망하며 글을 맺는다.

투고일 2014. 4. 24	심사완료일 2014. 5. 28	게재확정일 2014. 5. 30
-----------------	-------------------	-------------------

참고문헌

- 김계현/김하나/이정찬, “국민건강보험법상 평가제도의 문제점과 향후 과제 — 요양급여 적정성 평가를 중심으로 —”, **법학논총**, 제36권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2012, 691쪽.
- 김운목, “건강보험 권리구제제도의 개선방향에 관한 연구”, **의료법학**, 제7권 제2호, 2006, 219쪽.
- _____, “건강보험 진료비 청구 및 심사지급에서의 권리분쟁과 구제”, **의료법학**, 제8권 제2호, 2007, 119쪽.
- _____, “건강보험 진료비심사의 법적 근거와 효력”, **의료법학**, 제8권 제1호, 2007, 137쪽.
- 김정중, “국민건강보험법상 임의비급여 진료행위의 부당성”, **사법**, 제21호, 2012.
- 도재형, “국민건강보험법상 요양기관에 대한 부당이득금환수처분 취소소송에서의 쟁점”, **노동법학**, 제42호, 2012, 371쪽.
- 명순구, “원외처방 약제비 환수의 법적 근거”, **고려법학**, 제53권, 2009, 167쪽.
- 박성민, “약가 제도의 역사와 약가 인하 소송들”, **FDC 법제연구**, 제7권 제1·2호, 2012, 47쪽.
- 박세창/박종두, “국민건강보험법상 요양급여비용환수에 관한 소고 — 국민건강보험법 제52조 제1항을 중심으로”, **재산법연구**, 제29권 제2호, 2012, 357쪽.
- 박세창, “요양급여비용채무와 손해배상채권의 상계 — 국민건강보험법 제52조 제1항에 따른 요양급여비용의 환수와 요양급여비용채권의 상계를 중심으로”, **중앙법학**, 제14집 제2호, 2012, 67쪽.
- _____, “요양급여기준위반의 진료행위와 불법행위의 성립: 특히, 원외처방의 불법행위성립을 중심으로”, **경희법학**, 제48권 제1호, 2013, 298쪽.
- 박정훈, “항고소송과 당사자소송의 관계 — 비교법적 연혁과 우리법의 해석을 중심으로 —”, **특별법연구**, 제9권, 2011, 128쪽.
- 박지용, “건강보험에 있어 임의비급여 규제에 대한 헌법적 평가”, **법학연구**, 제21권 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2013, 63쪽.
- 박태신, “임의비급여 허용요건에 관한 검토”, **의료법학**, 제13권 제2호, 2012, 11쪽.
- 서태환, “의료 행정소송실무상의 제문제 — 최신 판례를 중심으로 —”, **사법논집**, 제52집, 2011, 327쪽.

- 선정원, “과잉진료와 과잉원외처방으로 인한 부당이득의 환수처분과 손해배상청구”, **행정법연구**, 제29호, 2011, 1쪽.
- 송명호, “국민건강보험공단의 요양급여비용 환수과정에 있어서 법 적용 정밀성에 관한 검토 — 특히 임의비급여를 중심으로”, **의료법학**, 제13권 제2호, 2012, 45쪽.
- 이봉의, “보건의료산업 리베이트관행의 경쟁법적 쟁점과 과제”, **서울대학교 법학**, 제50권 제4호, 2009, 195쪽.
- 정영철, “원외처방 요양급여비용 환수의 공법적 고찰 — 대법원 2013. 3. 28. 선고 2009다78214 판결을 중심으로”, **행정법연구**, 제36호, 2013, 165쪽.
- 정 철, “건강보험상 임의비급여 허용의 문제점”, **법학논총**, 제24권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2011, 305쪽.
- 정호경, “행정규칙과 헌법소원 심판 — 독일과의 차이점에 주목하여 —”, **법학논총**, 제24집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2007.
- 최계영, “헌법소원에 의한 행정작용의 통제 — 기능과 한계 —”, **공법연구**, 제37집 제2호, 2008, 201쪽.
- 최규진, “국민건강보험법 제52조 제1항의 해석에 관한 판례 동향”, **법조**, 2011년 제1호(제652호), 223쪽.
- 최호영, “건강보험체계와 임의비급여”, **사회보장법연구**, 2012년 제2호, 153쪽.
- 하명호, “임의비급여 진료행위 허용여부에 관한 공법적 고찰 — 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646 전원합의체 판결에 대한 평석”, **의료법학**, 제14권 제2호, 2013, 173쪽.
- 현두륜, “건강보험에 있어서 의사와 환자간의 법률관계 — 임의비급여 문제를 중심으로”, **의료법학**, 제8권 제2호, 2007, 69쪽.

<Abstract>

Current Issues on National Health Insurance from the Perspective of the Administrative Law

Choi, Kae-young*

It is not too much to say that the legal relations in the current national health insurance system are basically administrative law-based legal relations. The government established the National Health Insurance Corporation as an insurer and the Health Insurance Review & Assessment Service as a reviewer in the form of public juristic persons and allowed them to exercise authorities regarding the review and payment of insurance benefits in the form of administrative dispositions. In addition, the government stipulated that all people and all medical institutions should be policyholders and medical care institutions respectively in principle and also stipulated the permissible range of medical practices by means of statutory instruments such as ordinances. The purpose of this writing is to generally explain the administrative organizations and administrative actions that constitute the health insurance system from the position of an administrative law scholar.

In this writing, the basic structure of the national health insurance was examined and, thereafter, statutory instruments that determine the beneficiaries of medical care benefits and the criteria for expenses and administrative acts intended to control medical care benefit costs in order to secure the soundness of insurance finance were reviewed. In addition, pending issues such as excessive outpatient prescriptions were also reviewed in the course. Finally, problems related to the ordinances that determine the criteria for medical care benefits were separately reviewed. Since these ordinances have both the natures of statutory instruments and administrative acts, they cause various new problems that cannot be easily solved with existing general administrative law theories.

Keywords: National Health Insurance, outpatient prescription, criteria for medical care benefits, collection of unjust enrichment

* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.