

한일 의료보험법제에서의 동질성과 차이의 비교 : 강제가입, 요양기관지정 및 급여범위를 소재로*

홍성민 (한국법제연구원)

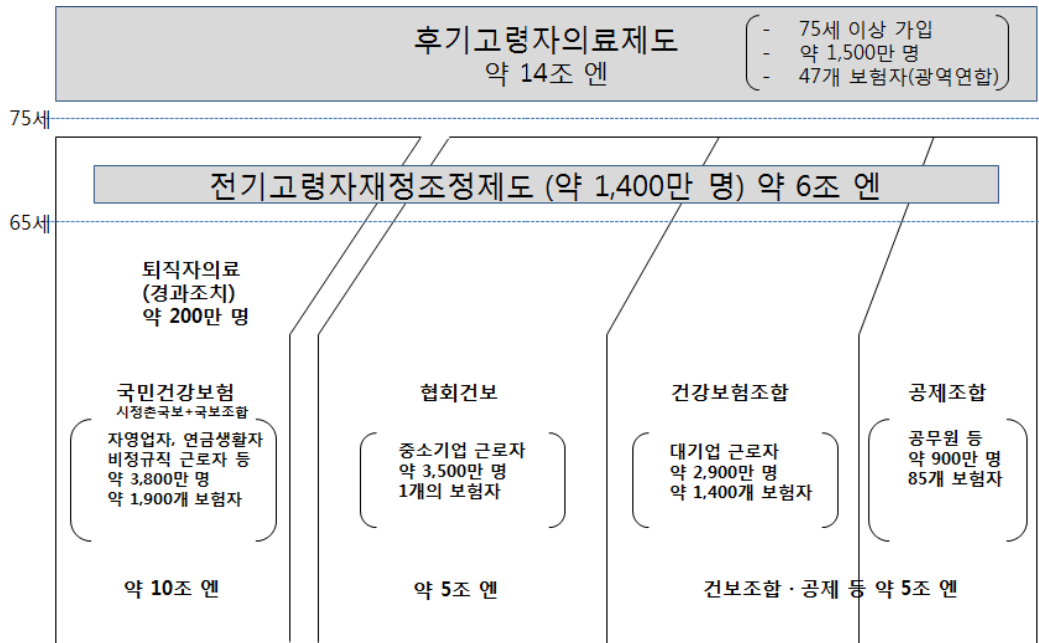
1. 서 두

일본에서는 의료보장과 관련하여 모든 국민이 공적의료보험제도 중 어느 하나에 의무적으로 가입하여 보장을 받을 수 있는 전국민개보험체제를 확립하고 있다. 즉, 일본의 공적의료보험제도는 다원화된 제도로 이루어져 있는데, 근로자를 위한 직역보험(건강보험, 선원보험, 공무원 및 사립학교직원 공제조합 및 일부 자영업자의 국민건강보험조합 등), 지역보험으로서 근로자 외의 75세 미만의 자를 위한 국민건강보험제도와 75세 이상의 고령자를 위한 후기 고령자의료제도로 구별할 수 있다. 특히 국민건강보험제도는 지방자치단체에 의하여 운영되며 해당 지방자치단체의 구역 내에 주소를 가지는 75세 미만의 자 중 기타 의료보험에 가입되어 있지 않은 자를 강제적으로 가입하도록 규정하고 있다(다만, 생활보호법에 의한 의료보호를 받고 있는 세대에 속하는 자는 제외됨). 이와 같은 ‘보편주의(평등주의)적인 일본의 의료보험제도는 지금까지 국민의 의료접근을 용이하게 하여, 국민의 수진기회의 평등보장에 있어서 큰 역할을 해 왔을 뿐만 아니라 현재까지 일본 의료보장의 근간을 이루는 제도로서 유지되어 왔으며 이는 가장 기본적인 특징’으로 평가되고 있다!).

* 본 논문은 2016년 한국법제연구원 수시연구과제 ‘한일 양국의 지속가능한 의료보장법제 연구’ (연구책임자: 홍성민)를 기반으로 함.

1) 西村健一郎 『社会保障法入門 第2版』 (有斐閣, 2014年) 29-30頁, 同 『社会保障法』 (有斐閣, 2007年) 151-152쪽.

〈일본의 의료보장제도 체계〉



출처: これからの医療保険制度の在り方を考える研究会編『持続可能な医療保険制度の構築に向けて—平成27年改革の奇跡とポイント—(第一法規、2016年) 5頁。

사회보험방식에 의한 공적의료보험제도를 가지고 있는 우리나라도 일본과 동일하게 전국민개보험체제를 이루고 있다. 즉, 1963년 처음으로 의료보험법²⁾이 제정되었지만 의료보험제도의 실시는 이루어지지 못한 채, 1977년에 개정된 의료보험법³⁾에 의하여 비로소 500인 이상의 사업장 근로자를 대상으로 하는 의료보험제도가 실시되었다. 이 후 1979년에 공무원 및 사립학교교직원, 1988년에 농어촌지역 그리고 1989년에는 도시지역의 자영업자까지 의료보험제도가 확대되어, 제도가 실시된 지 약 10여년 만에 전국민개보험체제를 확립하였다. 나아가 우리나라 의료보험제도는 1998년에 공무원 및 사립학교교직원 의료보험과 227개의 의료보험조합으로 이루어진 지역의료보험을, 2000년에는 결국 근로자의료보험까지 완전하게 통합하였다. 그리고 현재는 공공기관인 ‘국민건강보험공단’을 단일보험자로 하는 의료보험제도의 일원화를 달성하였다⁴⁾. 이와 같은 우리나라의 의료보험제도에 관해서는 국민건강보험법⁵⁾

2) 1963년12월16일 법률 제1623호.

3) 1979년4월17일 법률 제3166호.

4) 일원화된 단일보험자 체제의 공적의료보험의 의의에 관해서는, 김나경 “의료보험의 법정책 -기초법 이념과 법실무” (집문당, 2012년) 97-99쪽.

5) 2016년3월22일 법률 제14084호.

이 규율하고 있으며, 해당 법률에 의하여 피보험자의 강제가입, 소득수준에 따른 보험료의 차등부과, 현물급여를 기본으로 하는 균등한 보험급여, 민간병원이 비율이 높은⁶⁾ 가운데 요양기관의 당연지정제도 등을 규정하고 있다⁷⁾.

한편 헌법재판소는 요양기관의 강제지정제도⁸⁾가 문제가 된 사건에서, “우리 의료보험제도는 법률에 자격이 정해진 자가 보험료를 낼 것을 전제로 하여 보험급여를 하는 사회보험방식을 택하고 있다. 소득재분배와 위험분산의 효과를 거두려는 사회보험의 목표는 임의가입의 형식으로 운영하는 한 달성하기 어려우므로, 피보험자에게 가입의무를 강제로 부과하는 것은 의료보험의 목적을 달성하기 위하여 적합하고도 필요한 조치로써, 이로 인한 피보험자의 기본권에 대한 제한은 원칙적으로 정당화된다. 그런데 우리 의료보험제도는 피보험자인 국민뿐이 아니라 의료공급자도 또한 의료보험체계에 강제로 동원하고 있다. (중략) ‘요양기관 강제지정제’의 목적은 법률에 의하여 모든 의료기관을 국민건강보험체계에 강제로 편입시킴으로써 요양급여에 필요한 의료기관을 확보하고 이를 통하여 피보험자인 전 국민의 의료보험수급권을 보장하고자 하는 것이다”고 판결하였다⁹⁾. 나아가 사회보장법학계에서는 ‘강제가입’과 ‘요양기관의 당연지정제도’를 우리나라의 공적의료보험제도를 유지하기 위한 중요한 요소로 보는 견해도 있다¹⁰⁾.

이에 본 논문에서는 사회보험방식에 의한 공적의료보험제도를 운영하면서도 특히 전국민개보험체제를 확립하고 있는 우리나라와 일본에서, 이와 같은 제도를 유지하기 위한 중요한 요소로 평가되는 ‘강제가입’과 ‘요양기관지정’, 나아가 관련문제로서의 ‘임의비급여(일본에서는 혼합진료¹¹⁾)’를 소재로 하여 동질성과 차이를 비교 및 분석하고자 한다.

-
- 6) 서울대학교보건대학원 「민간의료기관의 공공성 평가 및 공공의료 수행방안 연구」(2013년)에 의하면, 전체 의료기관 중에서 민간의료기관의 비율이 2012년 기준 94.2%, 전체병상수의 비율이 90.0%였다.
 - 7) 자세한 내용에 관해서는, 김나경 앞의 책 99-104쪽.
 - 8) 해당 판결에서는 강제지정과 당연지정의 두 제도가 “모두 의료기관의 의사와 관계없이 국가에 의하여 강제로 요양기관으로서 지정된다는 점에서 궁극적으로 강제지정제를 의미하며 (중략) 모두 국가에 의한 강제지정이라는 점에서 헌법적 관점 상 그 구분의 실익이 없으므로, 아래에서는 양자를 구분하여 판단하지 아니하고, ‘요양기관 강제지정제’로 통합하여 그 위헌성을 살펴보기로 한다”고 판시하였다.
 - 9) 헌법재판소2002년10월31일 99헌바76결정.
 - 10) 김한나·김계현·이정찬 「대형병원에서의 요양급여기준 외 치료행위 인정요건에 관한 검토」 충남대학교 법학연구 제24권1호 (2013년) 685쪽, 정영철 「공법적 시각에서 본 임의비급여의 제한적 허용의 쟁점」 법학논고 제40집(2012년) 257쪽, 최호영 「건강보험체제와 임의비급여」 사회보장법연구 제2호 (2012년) 172쪽, 김계현 「요양기관 강제지정제의 문제점과 개선방향」 의료정책포럼 제6권 (2008년) 23쪽.
 - 11) 일본의 혼합진료문제에 관해서는, 堤建造 「混合診療をめぐる経緯と論点」 レファレンス 770号 (2015년) 및 우리나라 자료로는 오은환 「일본의 혼합진료금지제도와 신의료기술」 HIRA정책동향 제02호 (2007년)를 참조.

2. 강제가입

(1) 법령 및 재판례

국민건강보험법 제5조 (적용 대상 등)

① 국내에 거주하는 국민은 건강보험의 가입자(이하 “가입자”라 한다) 또는 피부양자가 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 제외한다.

1. 「의료급여법」에 따라 의료급여를 받는 사람(이하 “수급권자”라 한다)
2. 「독립유공자에우에 관한 법률」 및 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」에 따라 의료보호를 받는 사람(이하 “유공자등 의료보호대상자”라 한다). 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람은 가입자 또는 피부양자가 된다.

가. 유공자등 의료보호대상자 중 건강보험의 적용을 보험자에게 신청한 사람

나. 건강보험을 적용받고 있던 사람이 유공자등 의료보호대상자로 되었으나 건강보험의 적용배제신청을 보험자에게 하지 아니한 사람

② 제1항의 피부양자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중 직장가입자에게 주로 생계를 의존하는 사람으로서 보수나 소득이 없는 사람을 말한다.

1. 직장가입자의 배우자
2. 직장가입자의 직계존속(배우자의 직계존속을 포함한다)
3. 직장가입자의 직계비속(배우자의 직계비속을 포함한다)과 그 배우자
4. 직장가입자의 형제·자매

③ 제2항에 따른 피부양자 자격의 인정 기준, 취득·상실시기 및 그 밖에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

우리나라의 국민건강보험법(이하 “동법”이라 한다)은 국내에 거주하고 있는 국민¹²⁾에 관하여 건강보험의 가입자 또는 피부양자가 된다고 규정하고 있다(다만, 의료급여법에 의한 의료급여를 받는 자 등은 제외함). 해당 조문에 관한 헌법재판소의 판례¹³⁾는 의료문제에 관한 사회적·경제적 관점 및 사회보험이 실시되기 이전에 임의가입의 의료보험제도가 실패한 역사적 경험 등을 고려할 때에, “사회보험으로서의 건강보험은 그 본질상 강제적 요소가 수반될 수밖에 없다. 보험가입자로서는 그가 지불하는 보험료가 예상의료비용을 초과하는 경우 가입을 하지 않으려고 할 것이고, 보험자로서는 질병위험도가 높아 예상의료비용이 보험료를 초과하는 경우 피보험자의 가입을 거부하려 할 것이나, 이런 경우에도 강제로 가입하도록

12) 외국인에 관해서는 동법 109조에서 특례를 규정하고 있다.

13) 헌법재판소2013년7월25일 2010헌바51결정, 동2003년10월30일 2000헌마801결정, 동2001년8월30일 2000헌마668결정, 동2000년6월29일 99헌마289결정 등

하여 원칙적으로 전국민을 포괄적 적용대상으로 하여야만 소득수준이나 질병위험도에 관계 없이 모든 국민에게 의료보장을 제공하고자 하는 그 본래의 기능을 다할 수 있기 때문이다”고 하면서 “소득재분배와 위험분산의 효과를 거두려는 사회보험의 목표는 임의가입의 형식으로 운영하는 한 달성하기 어렵고 법률로써 가입을 강제하고 소득수준에 따라 차등을 둔 보험료를 부과함으로써만 이루어질 수 있는 것이어서, 국민에게 보험가입의무를 강제로 부과하고 경제적 능력에 따른 보험료를 납부하도록 하는 것은 건강보험의 목적을 달성하기 위하여 적합하고도 반드시 필요한 조치”라고 판시하고 있다.

(2) 일본의 학설 및 재판례

일본의 학설에서도 일반적으로 ‘강제가입’을 사회보험제도의 주요한 특징으로 제시하고 있다¹⁴⁾. 그리고 국민건강보험제도에 강제 가입하도록 규정한 법률의 합헌성이 문제가 된 사건의 판례¹⁵⁾에서는, “국민건강보험제도는 상부상조의 정신에 입각하여 국민의 질병, 부상, 분만 또는 사망에 관하여 보험급여를 실시하는 것을 목적으로 하고 있으며, 해당제도가 목적하는 것이 국민의 건강을 유지하고 증진하여 국민의 생활을 안정시킴으로써 공공의 복지에 이바지함에 있음이 명백하므로 이와 같은 보험급여를 받는 피보험자에 관해서는 가능한 보험사고가 일어날 수 있는 모든 자에게 적용되어야 하는 것은 당연하며 또한 상부상조라는 보험의 성질에 따라 보험사고가 초래하기는 개인의 경제적 손해에 관하여 가입자 상호에게 분담시켜야 하는 것이다”고 판시하였다. 나아가 이와 같은 ‘강제가입’의 목적에 관해서 학설은 “가입을 강제하여 나아가 소득 등에 비례하는 보험료설정을 도입하지 않으면 저소득자의 가입이 불가능해지고 또한 고소득자로부터 상대적으로 높은 보험료를 징수하는 것도 불가능해지기 때문에 국민건강보험을 기반으로 하는 전국민개보험체제를 실현하고 나아가 국민건강보험의 재정을 유지하는 것이 불가능해지기에 이를 회피하는 것, 그리고 강제가입이 아닌 임의가입을 인정하게 되면 피보험자가 의료를 필요로 할 때까지 보험에 가입하지 않게 되는 이른바 역선택의 문제가 발생하기에 이를 방지하는 것 등을 생각할 수 있다”고 하여¹⁶⁾, 특히 국민건강보험제도가 의료보장법제에 있어서 건강하고 문화적인 최저한도의 생활의 보장(일본국헌법 제25조 제1항)과 국가의 사회보장 등의 향상·증진의무(동조 제2항)를 수행하기 위한 중요한 제도로서 이와 같은 정책목적을 달성하기 위하여 강제가입이라는 수

14) 加藤智章·菊池馨実·倉田聡·前田雅子『社会保障法 第6版』(有斐閣, 2015年) 23쪽, 菊池馨実『社会保障法』(有斐閣, 2014年) 25쪽, 西村·앞의 책 (2014年) 18쪽, 西村·앞의 책 (2007年) 27쪽, 岩村正彦『社会保障法 I』(弘文堂, 2001年) 40쪽 등.

15) 最高裁昭和33年2月12日大法廷判決·民集12卷2号190쪽.

16) 中川純「国民健康保険条例の合憲性」岩村正彦編『社会保障判例百選 第5版』(有斐閣, 2016年) 17쪽.

단을 취하는 것은 입법재량의 범위 내에서 허용된다고 이해하는 것이 오늘날 일본의 통설이라 할 수 있다¹⁷⁾.

(3) 소결

이처럼 전국민개보험체제를 특징으로 하고 있는 한국과 일본의 양국에서는 공통적으로 의료보험의 목적을 달성하기 위하여 적합하고 필요한 조치 또는 수단으로서 ‘강제가입’을 제도화하였다고 할 수 있다. 즉, 한국과 일본은 헌법에서 규정하고 있는 생존권을 보장하기 위하여 각각 의료보험법을 제정하였으며, (일본의 경우 다원화된 의료보험제도를 운영하고 있는 반면에 한국은 일원화된 의료보험제도에 관하여) 해당 법률의 목적¹⁸⁾을 가장 잘 달성할 수 있도록 법률을 통하여 보험가입을 강제하고 있는 것이다. 한편, 우리나라에서는 의료보험의 강제가입제도가 “모든 국민에게 의료보장을 제공하고자 하는” 목적만이 아니라, “소득재분배의 목적”을 달성하기 위하여 필연적으로 요구된다는 견해가 있다¹⁹⁾. 즉 “건강보험은 사회보험으로써 의료보장과 소득재분배를 목적으로 한다는 점에서 가입강제의 목적의 정당성이 인정되고, 가입강제는 의료보장과 소득재분배라는 목적을 달성하기 위하여 효과적이고 적절한 수단”이라고 보고 있는 것이다. 하지만, 의료보험제도가 실질적으로 소득재분배의 효과를 가지는 것까지 부정할 수 없지만, 소득재분배를 수행하는 것 자체가 의료보험제도의 목적이라고 할 수는 없을 것이다²⁰⁾. 이에 일본에서도 건강보험제도는 일차적으로 “국민 건강의 확보”라고 하는 정책을 달성하기 위한 제도”로 보고 있으며²¹⁾, 소득재분배는 어디까지나 효율적인 의료보장제도의 운영을 실현하기 위한 정책목적을 가지는 제도로서의 수단 내지는 기능이라고 하겠다.

17) 菊池馨実 「国民健康保険条例の合憲性」 西村健一郎・岩村正彦編 『社会保障判例百選 第4版』 (有斐閣, 2008年) 13쪽.

18) 일본의 국민건강보험법 제1조는 “국민건강보험사업의 건전한 운영을 확보하여 이로써 사회보장 및 국민보건의 향상에 기여하는 것을 목적으로 한다”고 규정하고 있으며, 우리나라 국민건강보험법 1조도 “국민보건 향상과 사회보장 증진에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다.

19) 오대형 「건강보험 가입강제와 직장가입자·지역가입자 간의 차별」 이흥재 편저 『사회보장판례연구』 (법문사, 2010년) 210-211쪽.

20) 동일한 견해로는 이흥재·전광석·박지순 『사회보장법 제3판』 (신조사, 2015년) 14쪽, 노호창 「공적 건강보장에 있어서의 자유제한과 그 정당성」 사회보장법연구 제3권1호 (2014년) 187-188쪽, 정영철 앞의 논문 259쪽, 김종수 「임의비급여에 관한 사회보장법적 검토」 사회보장법연구 제1호(2012년) 142-143쪽, 정철 「건강보험상 임의비급여 허용의 문제점」 법학논총 제24권1호(2011년) 10쪽 및 일본의 학설로는 島崎謙治 『日本の医療 制度と政策』 (東京大学出版会, 2012年) 208頁.

21) 岩村 앞의 책 19쪽.

3. 요양기관지정

(1) 법령 및 재판례

동법 제42조 (요양기관)

① 요양급여(간호와 이송은 제외한다)는 다음 각 호의 요양기관에서 실시한다. 이 경우 보건복지부장관은 공익이나 국가정책에 비추어 요양기관으로 적합하지 아니한 대통령령으로 정하는 의료기관 등은 요양기관에서 제외할 수 있다.

1. 「의료법」에 따라 개설된 의료기관
2. 「약사법」에 따라 등록된 약국
3. 「약사법」 제91조에 따라 설립된 한국희귀의약품센터
4. 「지역보건법」에 따른 보건소·보건의료원 및 보건지소
5. 「농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법」에 따라 설치된 보건진료소

② 보건복지부장관은 효율적인 요양급여를 위하여 필요하면 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 시설·장비·인력 및 진료과목 등 보건복지부령으로 정하는 기준에 해당하는 요양기관을 전문요양기관으로 인정할 수 있다. 이 경우 해당 전문요양기관에 인정서를 발급하여야 한다.

③ 보건복지부장관은 제2항에 따라 인정받은 요양기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 인정을 취소한다.

1. 제2항 전단에 따른 인정기준에 미달하게 된 경우
2. 제2항 후단에 따라 발급받은 인정서를 반납한 경우

④ 제2항에 따라 전문요양기관으로 인정된 요양기관 또는 「의료법」 제3조의4에 따른 상급종합병원에 대하여는 제41조제3항에 따른 요양급여의 절차 및 제45조에 따른 요양급여비용을 다른 요양기관과 달리 할 수 있다.

⑤ 제1항·제2항 및 제4항에 따른 요양기관은 정당한 이유 없이 요양급여를 거부하지 못한다.

현물급여를 기본으로 하는 의료보험제도는 통상 보험자의 의무로 규정되어 있는 요양급여를 제공하기 위하여 필요한 의료시설을 가지고 있지 않기 때문에(보험자 직영병원은 제외), 요양급여를 실시하기 위하여 의료기관을 의료보험제도에 포섭하는 것이 필요불가결하다²²⁾. 동법 42조는 원칙적으로 의료법에 따라 개설된 의료기관 및 약사법에 따라 등록된 약국 등에 대하여 요양급여를 실시하도록 의무화하고 있으며(제1항 전단과 제5항), 예외적으로 보건복지부장관이 공익이나 국가정책에 비추어 요양기관으로 적합하지 아니한 의료기관 등은 요양기관에서 제외할 수 있다고 규정하고 있다(제1항 후단). 특히 한국에서는 요양급여를 제공하는 공급자로서 의료기관의 입장에서는 요양기관의 지정신청을 필요로 하지 않는 이른바 당

22) 西村 앞의 책 (2007年) 201쪽.

연지정제도를 실시하고 있는 것이다²³⁾. 나아가 부당한 방법으로 요양급여비용을 부담하게 한 요양기관에 대한 제재로써 일정기간의 업무정지 또는 과징금의 부과와 같은 처분에 관한 규정²⁴⁾을 가지고 있을 뿐 지정거부나 취소에 관한 규정은 가지고 있지 않으며, 원칙적으로 모든 의료기관을 요양기관으로 포섭하고 있다(예외규정은 존재). 이와 같은 당연지정제도에 관하여 헌법재판소는, “우리 의료보험제도는 피보험자인 국민뿐이 아니라 의료공급자도 또한 의료보험체계에 강제로 동원하고 있다. 사회보험의 강제성은 피보험자의 강제가입에 관한 것이므로, 요양기관의 ‘강제지정제’는 사회보험의 본질적 구성요소에 포함되는 것은 아니다. (중략) ‘요양기관의 강제지정제’의 목적은 법률에 의하여 모든 의료기관을 국민건강보험 체계에 강제로 편입시킴으로써 요양급여에 필요한 의료기관을 확보하고 이를 통하여 피보험자인 전 국민의 의료보험수급권을 보장하고자 하는 것이다”고 판시하고 있다²⁵⁾²⁶⁾.

(2) 일본의 재판례 및 학설

일본에서는 의료기관을 의료보험제도에 포섭하기 위하여 다음과 같은 제도가 실시되고 있다. 즉, 의료보험제도 내에서 요양급여를 제공하고자 하는 의료기관은 지정신청을 통하여 후생노동대신으로부터 요양기관으로서의 지정을 받아야 한다²⁷⁾. 이와 같은 요양기관의 신청 및 지정의 법적성질에 관해서 일본의 판례는, “국가기관으로서의 (도도부현)지사²⁸⁾가 제3자인 피보험자를 위하여 보험자를 대신해서 요양급여, 진료방침, 진료보수 등 건강보험법에 규정되어 있는 각 조항(이른바 법정약관)을 계약내용으로 하여 의료기관과의 사이에서 체결하는 공법상 쌍무적·부종적 계약으로, 해당계약에 의하여 요양기관은 피보험자에 대하여 요양급여의 담당방침에 따라 요양급여를 실시할 책임을 지며 보험자는 요양기관이 실시한 요양급여에 관하여 진료보수를 지불해야 할 책무를 진다”고 보고 있다²⁹⁾. 한편 일본에서는 후생노동대신은 진료보수를 부정하게 청구하는 등 의료기관의 부정행위를 이유로 요양기관의 지

23) 다만 법률상 ‘당연지정’이라는 용어가 명문상 규정되어 있는 것은 아니다.

24) 동법98조(업무정지)와 99조(과징금).

25) 헌법재판소2002년10월31일 99헌마76결정.

26) 당연지정제도의 배경에 관해서는, 홍성민 「医療供給体制における国家統制 -保険医療機関の指定を中心に-」 社会保障法31号(2016年) 160-161쪽을 참조.

27) 한편 일본에서는 의사 등도 동일하게 후생노동대신으로부터 등록을 받아야 하는데, 이와 같은 요양기관의 지정과 보험의 등의 등록이라는 두 가지 의무를 부과한다는 점에서, ‘이중지정방식’이라고도 한다.

28) 2000년 지방분권개혁에 따라 후생노동대신으로 개정되었다.

29) 大阪地裁昭和56年3月23日判決・判時998号11頁、判夕436号74頁. 또는 공법상의 준위임계약이라고 판단한 판례로는, 大阪高判昭和58年5月27日・判時1084号25頁、東京地判昭和58年12月16日・判時1126号56頁、横浜地判平成15年2月26日・判時1828号81頁 등.

정을 취소할 수도 있는데, 이에 해당의료기관이 불복하면 행정사건소송법상 취소처분에 관한 취소를 구하는 소송을 제기할 수 있다³⁰⁾. 이에 학설에서는 지정취소처분과의 정합성을 고려하여 요양기관의 지정에 관해서도 “사인의 권리의무를 일방적·권력적으로 창설하기 때문에 행정처분에 해당한다. 지정의 결과 발생하는 법률관계가 계약관계라고 할지라도 지정 자체는 행정처분에 해당 한다”고 지적하고 있으며³¹⁾, 현재 판례 및 행정해석³²⁾의 계약설보다 행정처분설이 학설의 다수를 차지하고 있다³³⁾.

한편 의료법에 따라 병원개설중지권고를 무시한 채 요양기관의 지정신청에 대한 지정거부 처분의 위법성이 문제가 된 사건에서, 최고재판소는 의료법상 권고를 무시하여 개설된 병원에 관하여 “요양기관의 지정을 거부한 것은 공공의 복지에 적합한 목적을 위하여 실시된 필요적·합리적 조치”라고 판단하고 있다³⁴⁾. 그리고 이와 같은 지정거부의 목적에 관하여 학설은 해당 판결이 양질의 적절한 치료를 효율적으로 제공하기 위한 의료보장체제의 확보와 의료보험제도 운영의 효율화에 관한 중요성을 지적하면서 “의료보험재정의 적정화·효율화는 일본의 의료정책에 있어서 중요한 과제라고 할 수 있으며, 적어도 이와 같은 목적은 부당한 것이라고 할 수는 없다”고 하면서도, “지정은 신청자의 직업활동의 기초가 되는 법률관계를 구축하는 것이라고 할 수 있으며, 지정거부는 직업활동 그 자체에의 중대한 제약도 포함한다는 점에서는 유의할 필요가 있다”고 보고 있다³⁵⁾.

(3) 역사적 배경

위와 같은 일본의 지정제도에 관하여 역사적 변천과정에 관해서는, 다음과 같이 4단계로 구분할 수 있다³⁶⁾. ①1927년부터 1942년까지는 보험자가 직접 일본 의사회나 도도부현 의사

30) 이와 같은 판례로는, 東京高判昭和54年7月31日・判時938号25頁、大阪高判昭和57年2月23日判タ470号187頁、東京高判57年12月15日判時1074号42頁 등.

31) 阿部泰陸 「地域医療計画に基づく保険医療機関指定拒否—鹿児島地裁1998年(行ウ)第三号保険医療機関指定拒否処分取消請求事件1999年6月14日判決(判例時報1717号78頁)をめぐって—」 判評502号〔判時1725号〕(2000年)5頁.

32) 『健康保険法の解釈と運用 第11版』(法研、2003年)482頁.

33) 加藤智章 「保険医療期間の指定の法的性格」 岩村正彦編 『社会保障判例百選 第5版』(有斐閣、2016年)47頁、田村和之 「保険医療期間の指定の法的性格」 西村健一郎・岩村正彦編 『社会保障判例百選 第4版』(有斐閣、2008年)51頁、岩村正彦 「社会保障入門40」 自治実務セミナー41卷6号(2002年)13頁、中野妙子 「医療法の勧告に反して開設された病院に対する保険医療機関指定拒否—鹿児島地判平成11・6・14(山川病院事件)」 ジュリスト1199号(2001年)110頁、稲森公嘉 「判例評釈・県知事による保険医療機関指定拒否の処分性と適法性」 賃金と社会保障1307号(2001年)73頁 등.

34) 最高裁平成17年9月8日第一小法廷判決・判時1920号29頁.

35) 尾形健 「保健医療機関指定拒否処分と憲法22条」 西村健一郎・岩村正彦編 『社会保障判例百選 第4版』(有斐閣、2008年)21頁

회 등과의 사이에서 진료보수내용에 관한 약정을 포함한 단체도급계약을 체결하여, 이들 단체가 해당 단체에 소속되어 있는 의사 중에서 요양급여를 제공할 담당자를 정하고 이를 보험자가 지정하는 형태로서 개별 의사와의 계약을 맺은 것으로 보았다(단체도급계약방식). ② 1942년부터 1948년까지는 도도부현지사가 일반적으로 보험의를 지정하여, 해당 지정을 받은 의사는 정당한 이유가 없으면 거부할 수 없도록 하였다(강제지정방식). 이로 인하여 요양급여를 담당하는 기관으로써는 당시까지 개별 보험자가 각각의 의사와 지정계약을 체결하는 형태였지만, 도도부현지사가 각각의 보험자를 대신하여 요양급여의 담당기관으로서 일괄적으로 보험의를 지정하는 형태로 대체되었다³⁷⁾. ③ 1948년부터 1957년까지는 도도부현지사에 의한 보험의 지정방식은 유지하면서 이를 강제지정방식에서 임의지정방식으로 전환하였다. 즉, 지정에 관해서는 의사본인의 자유의사에 의하여 동의에 기초로 실시되었으며, 지정을 받은 의사는 일정한 예고기간을 두고 자유롭게 사퇴할 수 있도록 하였다(계약지정방식). 그리고 ④ 1957년부터는 요양급여를 담당하는 기관으로서 의사 개인을 보험의로 지정하는 개인지정방식에서 병원이나 진료소 등의 의료기관을 요양급여의 담당기관으로 지정하는 기관지정방식으로 바꾸었다. 그리고 이와는 별도로 요양기관에서 요양급여를 제공하는 의사도 개별 요양급여에 관한 행위에 대하여 책임을 명확히 하는 등의 취지에서 보험의로 도도부현지사의 등록을 받도록 하였다(이중지정방식).

(4) 소결

우리나라의 의료보험법제에서의 당연지정제도에 관해서는 강제가입과 동일하게 “의료보험의 목적을 달성하기 위하여 적합하고도 필요한 조치” 또는 일본의 판례에서처럼 “공공의 복지에 적합한 목적을 위하여 실시된 필요적·합리적 조치”로써 “이와 같은 제도의 목적은 부당한 것이라고 할 수는 없다”고 하겠다. 의료보험의 보험자 스스로가 피보험자에 대하여 요양급여를 제공해야 할 의무를 부담하고 있으며(현물급여의 원칙) 의료자체가 본래 누구에게라도 필요불가결한 서비스라는 필수성을 가지고 있어서 보험자 스스로가 의료기관을 개설하지 않는 한 의료기관을 의료보험제도 내로 포섭해야 하기 때문에, 우리나라와 일본에서 공통적으로 (한국의 경우 강제적인 당연지정제도인 반면 일본의 경우 임의적인 계약지정제도로

36) 해당내용에 관해서는, 홍성민 앞의 논문 158-159쪽.

37) 나아가 보험의에 대한 진료보수도 후생대신이 일본 의사회장의 자문을 통하여 결정하는 방식이 채용되었다. 이와 같은 배경에는 보험의료조직의 법적근거를 명확히 하고 이를 통일함으로써 보험대상의 적용확대 등으로부터 증가하고 있는 피보험자에 대하여 광범위한 요양급여의 담당기관을 이용할 수 있도록 조직의 확충을 도모하였다고 한다(新田秀樹 「医療保険における保険者と医療機関の直接契約制の導入の可能性—健康保険組合について」 名古屋大学法政論集第176巻 (1998年) 89-90쪽).

씨) 지정제도가 규정되어 현재 유지되고 있는 것이다. 이와 같은 요양기관의 지정제도는 국가가 의료보험제도전반의 안정적이고 건전한 사업운영에 대하여 책임을 가지고 직접 그 발전을 도모해야 하기 위해서 전국적으로 공적의료보험에서의 요양급여를 담당하기에 적절한 의료기관을 지정하도록 하는 국가의 책임(한편으로는 개입)이 강조된다고 할 수 있겠다³⁸⁾.

한편 위의 헌법재판소 판례는 “사회보험의 강제성은 피보험자의 강제가입에 관한 것이므로, 요양기관의 ‘강제지정제’는 사회보험의 본질적 구성요소에 포함되는 것은 아니다”고 판시하여 당연지정제도의 필요성에 의문을 제시하면서도, 우리나라의 의료공급체제 및 기타 사회적 환경 등을 고려할 때에 결론적으로는 해당제도의 필요성을 긍정하고 있다³⁹⁾. 나아가 의료기관의 직업자유와 국민보건권(엄밀하게는 진료선택권)에 관한 합헌성판단에 있어서 국가가 공적의료보험의 기능보장이라고 하는 입법목적에 해치지 않는 범위에서 의료기관의 직업자유와 국민의 보건권도 배려해야 하는데 이에 우리나라에서는 “의료행위를 비급여대상으로 제공할 수 있는 가능성을 인정하고 있는 바 (중략) 최소침해의 원칙에 위배되지 아니 한다”고 판시하고 있다.

4. 급여범위

(1) 법령

동법 제41조 (요양급여)

① 가입자와 피부양자의 질병, 부상, 출산 등에 대하여 다음 각 호의 요양급여를 실시한다.

1. 진찰·검사
2. 약제·치료재료의 지급
3. 처치·수술 및 그 밖의 치료
4. 예방·재활
5. 입원
6. 간호
7. 이송

38) 홍성민 앞의 논문 163-164쪽.

39) 이와 같은 헌법재판소의 판단에 대해서는 “요양기관의 강제지정제가 기본권 제한의 입법으로서 갖추어야 할 수단의 적정성을 결한다는 결론을 짓게 하며, 따라서 헌법상의 과잉금지의 원칙에 어긋남으로써 의사의 직업의 자유를 침해하므로 위헌”이라고 하는 반대의견이 있으며, 나아가 비판적인 견해로서 이승우 「국민건강보험법 제40조 제1항의 위헌여부」 헌법판례연구 제3권 (2001年) 314-316쪽도 있지만, 학설상 다수의 견해가 판례에 따르고 있다 (이홍재·전광석·박지순 앞의 책 57쪽과 61쪽, 양승엽 앞의 논문 221쪽, 노호창 앞의 논문 158쪽, 정영철 앞의 논문 272쪽, 김종수 앞의 논문 149쪽, 최호영 앞의 논문 177쪽, 정철 앞의 논문 311-314쪽 등).

② 제1항에 따른 요양급여(이하 “요양급여”라 한다)의 범위(이하 “요양급여대상”이라 한다)는 다음 각 호와 같다.

1. 제1항 각 호의 요양급여(제1항제2호의 약제는 제외한다): 제4항에 따라 보건복지부장관이 비급여대상으로 정한 것을 제외한 일체의 것
2. 제1항제2호의 약제: 제41조의3에 따라 요양급여대상으로 보건복지부장관이 결정하여 고시한 것
- ③ 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등의 기준은 보건복지부령으로 정한다.
- ④ 보건복지부장관은 제3항에 따라 요양급여의 기준을 정할 때 업무나 일상생활에 지장이 없는 질환에 대한 치료 등 보건복지부령으로 정하는 사항은 요양급여대상에서 제외되는 사항(이하 “비급여대상”이라 한다)으로 정할 수 있다.

제41조의2 (약제의 요양급여 제외 등)

- ① 보건복지부장관은 「약사법」 제47조제2항의 위반과 관련된 제41조제1항제2호의 약제에 대하여는 1년의 범위에서 기간을 정하여 요양급여의 적용을 정지할 수 있다.
- ② 보건복지부장관은 제1항에 따라 적용이 정지되었던 약제가 다시 제1항에 따른 정지의 대상이 된 경우에는 총 정지 기간, 위반정도 등을 고려하여 요양급여에서 제외할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 요양급여 적용 정지 및 제외의 기준, 절차, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제41조의3 (행위·치료재료 및 약제에 대한 요양급여대상 여부의 결정)

- ① 제42조에 따른 요양기관, 치료재료의 제조업자·수입업자 등 보건복지부령으로 정하는 자는 요양급여대상 또는 비급여대상으로 결정되지 아니한 제41조제1항제1호·제3호·제4호의 요양급여에 관한 행위 및 제41조제1항제2호의 치료재료(이하 “행위·치료재료”라 한다)에 대하여 요양급여대상 여부의 결정을 보건복지부장관에게 신청하여야 한다.
- ② 「약사법」에 따른 약제의 제조업자·수입업자 등 보건복지부령으로 정하는 자는 요양급여대상에 포함되지 아니한 제41조제1항제2호의 약제(이하 이 조에서 “약제”라 한다)에 대하여 보건복지부장관에게 요양급여대상 여부의 결정을 신청할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 신청을 받은 보건복지부장관은 정당한 사유가 없으며 보건복지부령으로 정하는 기간 이내에 요양급여대상 또는 비급여대상의 여부를 결정하여 신청인에게 통보하여야 한다.
- ④ 보건복지부장관은 제1항 및 제2항에 따른 신청이 없는 경우에도 환자의 진료상 반드시 필요하다고 보건복지부령으로 정하는 경우에 직권으로 행위·치료재료 및 약제의 요양급여대상의 여부를 결정할 수 있다.
- ⑤ 제1항 및 제2항에 따른 요양급여대상 여부의 결정 신청의 시기, 절차, 방법 및 업무의 위탁 등에 필요한 사항과 제3항과 제4항에 따른 요양급여대상 여부의 결정 절차 및 방법 등에 관한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

제41조의4 (선별급여)

- ① 요양급여를 결정함에 있어 경제성 또는 치료효과성 등이 불확실하여 그 검증을 위하여 추가적인 근거가 필요하거나, 경제성이 낮아도 가입자와 피부양자의 건강회복에 잠재적 이득이 있는 등 대통령령으로 정하는 경우에는 예비적인 요양급여인 선별급여로 지정하여 실시할 수 있다.
- ② 보건복지부장관은 대통령령으로 정하는 절차와 방법에 따라 제1항에 따른 선별급여(이하 “선별급여라 한다)에 대하여 주기적으로 요양급여의 적합성을 평가하여 요양급여 여부를 다시 결정하고, 제41조제3항에 따른 요양급여의 기준을 조정하여야 한다.

(2017년 3월 23일 실시 예정)

동법은 요양급여의 기준에 관하여 보건복지부령으로 정한다고 규정하고 있으며, 이와 같은 위임을 받아 ‘국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙’ (2016년6월3일 개정 보건복지부령 제404호, 이하 ‘동규칙’이라 함)에서 규정하고 있다. 동규칙에 의하면, 요양급여(약제는 제외)는 비급여대상을 제외한 일체의 것이 요양급여의 대상이 되며 (제8조1항1호) 비급여대상은 동규칙의 별표에서 열거하고 있다 (제9조1항). 하지만 이와 같은 법령에 의하면 요양급여(약제는 제외)는 원칙적으로 비급여대상을 제외한 그 전부가 요양급여의 대상이 된다고 해석되지만, 한편으로 동규칙 제8조2항은 요양급여대상의 구체적인 적용기준과 방법에 관하여 ‘건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수’(2013년12월13일 개정 보건복지부 고시 제2013-192호, 이하 ‘목록표’라 함)에서 규정하고 있으며, 요양기관이 보험자로부터 요양급여의 비용을 지불 받기 위해서는 목록표에 해당하는 내용이 기재되어 있어야 한다⁴⁰⁾. 한편 비급여대상에 관해서는 요양기관이 보험자로부터 요양급여의 비용을 지불 받을 수 없을 뿐, 헌법재판소의 판결처럼 “의료행위를 비급여대상으로 제공할 수 있는 가능성을 인정함으로써, 의료보험에 의하여 보장되는 급여부분 외에 의료소비자의 자율적인 결정에 따라 자신의 부담으로 선택할 수 있는 소위 비급여대상의 의료행위를 함께 제공하고 있다.” 즉, 우리나라 의료보험제도는 요양급여와 비급여대상을 함께 제공받을 수 있는 ‘혼합진료⁴¹⁾’를 인정하고 있는 것이다.

(2) 문제의 소재

위에서처럼 우리나라 의료보험법제는 동규칙과 목록표에서 요양급여의 대상만이 아니라 비급여대상까지도 상세하게 기재하고 있음에도 불구하고, 실제의 의료현장에 있어서는 이들 규정이 규정하는 내용과 일치하지 않는 의료행위가 적지 않게 이루어지고 있다. 이와 같은 법령상의 공백부분으로부터 이른바 ‘임의비급여’ 문제가 발생하는 것이다⁴²⁾. 학설은 이와 같

40) 이와 같은 방법은 일본도 동일하며, 해당 내용에 관해서는 稲森公嘉 「公的医療保険の給付」 日本社会保険法学会編 『新講座社会保障法1 これからの医療と年金』 (法律文化社、2012年) 96-98頁, 笠木映里 『公的医療保険の給付範囲』 (有斐閣、2008年) 16-27頁을 참조.

41) 혼합진료란 “진료비 전액을 건강보험으로 적용하거나 아니면 전액을 비급여로 환자가 부담해야 하는 방식으로 우리나라와 같이 건강보험환자에게 일부진료는 보험급여를 적용하고 나머지 진료는 비급여로 적용하는 혼합의 형태”를 말한다(김한나·김계현·이정찬 앞의 논문 681-682쪽).

42) 노호창 앞의 논문 181-182쪽. 노호창 「임의비급여의 허용요건」 노동법학 제44호 (2012年) 338쪽은 임의비급여에 관하여, 첨단 의학기술 및 약학의 발전으로 인하여 아직 요양급여 항목이나 합법적인 비급여 목록에는 포함되어 있지 않지만 환자를 위하여 신약이나 첨단기술을 사용하는 ‘의학적 임의급여’와 요양급여의 적용 대상이긴 하지만 기준이 되는 용량이나 방법을 지키지 않아서 추후 보험자에 의하여 급여비용이 삭감되거나 환수될 수 있는 ‘불법적 임의비급여’로 분류하고 있으며, 법률 및 정책 상 주로 논의되는 것은 전자를 말한다고 보고 있다.

은 임의비급여와 관련하여, “의료기관의 의료행위 중 일정 대상을 정하여 그러한 행위에 대해서는 보험의 적용범위에서 벗어나게 함으로써, 의료소비자에게는 만족스러운 양질의 서비스를 제공하고, 의료기관에 대해서는 다양한 질의 의료행위나 의료발전, 새로운 치료기법의 개발 등을 가능하게” 하지만, 한편으로 “이러한 비급여대상을 넓게 인정하게 되면, 앞에서 살펴본 강제가입과 당연지정제를 근간으로 한 건강보험체계를 붕괴시켜, 궁극적으로는 건강보험의 주된 기능인 ‘요양기관으로 지정된 모든 의료기관을 통하여 피보험자의 소득수준이나 질병위험도에 관계없이 전 국민에게 저렴한 가격으로 동일한 수준의 의료행위를 제공’하는 것이 불가능하게 할 우려가 있다”고 보아 비급여대상에 대하여 일정한 규제를 부과하고 있으며 이와 같은 규제를 일탈한 것이 이른바 임의비급여 문제라고 설명하고 있다⁴³⁾. 나아가 이와 같은 임의비급여를 규제하기 위하여 동법시행령 제19조3항과 57조1항에 근거하여, 보험자인 국민건강보험공단은 의료기관이 환자로부터 직접 임의비급여의 비용을 받은 경우에 이를 징수하고 있다⁴⁴⁾. 임의비급여에 대한 이와 같은 규제수단에 관해서는 “요양기관의 진료의 자유와 환자의 진료선택권을 침해한다는 이유로 오랫동안 건강보험에서 논란이 되어 왔다⁴⁵⁾”고 지적받고 있으며, 해당 위법성이 쟁점이 된 판례⁴⁶⁾에서는, 우리나라 국민건강보험제도의 취지로부터 “국민건강보험을 규율하는 법령은 ①원칙적으로 모든 진료행위를 요양급여 대상으로 삼고, 요양급여의 구체적인 적용기준과 방법은 구 요양급여기준규칙과 보건복지부장관의 고시에 의하도록 하며, ②거기에 규정되지 아니한 새로운 형태의 진료행위가 이루어지거나 기존 요양급여기준에 불합리한 점이 있으면 구 요양급여기준규칙이 정하는 여러 신청절차를 통하여 이를 요양급여대상으로 포섭하게 하고, ③구 요양급여기준규칙 제9조 [별표 2]에 규정된 이른바 법정 비급여 진료행위는 이를 건강보험 적용대상에서 제외하여 그 부분에 한하여 비용 부담을 요양기관과 가입자 등 사이의 사적 자치에 맡기고 있는 것으로 해석된다”고 하여 원칙적으로 이와 같은 법령에 따라 요양급여를 제공하고 해당비용을 받아야 하는 것으로 이와 같은 법령에 따르지 않은 채 환자와 합의하여 받은 경우에는 위법하다고 판시하였다. 다만, 해당 판례는 기존의 판례를 일부 변경하여 예외적으로 “①그 진료행위 당시 시행되는 관계법령상 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 시간, 그 절차의 진행 과정 등 구체적 사정을 고려해 볼 때 이를 회피하였다고 보기 어려운 상황에서(진료의 시급성, 팔호는 필자 이하 동일), ②그

43) 김종수 앞의 논문 149쪽.

44) 나아가 위에서 언급한 것처럼 부당부정한 행위를 요양기관에 대한 제재로서, 일정기간의 업무정지 및 과징금의 부과를 실시하고 있다.

45) 이흥재·전광석·박지순 앞의 책 48쪽.

46) 대법원 2012년6월18일선고 2010두27639 전원합의체 판결.

진료행위가 의학적 안전성과 유효성뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성을 갖추었고(의학적 안전성 및 필요성), ③가입자 등에게 미리 그 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료받는 데 동의를 받았다(환자의 동의)”고 하는 엄격한 요건 하에서 임의비급여를 허용한다고 판시하고 있다⁴⁷⁾.

(3) 일본의 혼합진료

일본에서는 의료보험법 상 요양급여와 비급여대상을 함께 제공하는 혼합진료를 원칙적으로 인정하고 있지 않으며, 이와 같은 혼합진료가 이루어진 경우 본래의 요양급여에 해당하는 부분도 의료보험의 급여부분으로부터 배제하여 해당요양급여비용에 관하여 피보험자가 전액 자기부담하게 된다. 혼합진료에 관해서는 2000년대 초반 규제개혁의 관점에서 전면금지의 해제 또는 규제완화가 활발하게 주장되었지만, 2004년 규제개혁담당대신과 후생노동대신의 ‘이른바 [혼합진료] 문제에 관한 기본적 합의⁴⁸⁾’에서 혼합진료의 전면금지의 해제는 보류되고 그 대신에 예외적으로 혼합진료를 인정하는 특정요양비제도⁴⁹⁾(현재는 보험외비용요양비제도⁵⁰⁾)를 확충하는 방향성이 제시되었다⁵¹⁾. 그리고 이와 같은 일본의 ‘혼합진료보험급여외의 원칙⁵²⁾’에 관해서는, 이를 명확하게 규율하고 있는 법규정은 존재하지 않으며 일반적으로 해당근거로 사용되는 보험외비용요양비에 관한 규정의 표현이 애매하다⁵³⁾는 이유로, 최근

47) 해당 판례에 관한 학설의 일반은 예외적으로나마 임의비급여를 인정한 것에 대하여 우려를 보이면서도 대체로 결론에는 찬성하고 있다(노호창 앞의 논문 185쪽, 김종수 앞의 논문 157쪽, 최호영 앞의 논문 193-195쪽 등).

48) いわゆる 『混合診療』問題に係る基本的合意 (후생노동성, <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2004/12/dl/h1216-1a.pdf> 2016년 6월 8일 최종열람).

49) 특정요양비제도란 입원비용(병실비)이나 치과재료비용에 관한 부당한 차액징수와 의료기술의 눈부신 혁신 등을 배경으로 1984년 건강보험법 개정을 통하여 국민의 생활수준 향상 및 가치의 다양화에 따른 의료에 대한 국민수요의 다양화, 의료기술의 눈부신 진보에 따른 의료서비스의 고도화에 대응하고자, 필요한 의료서비스의 확보를 도모하기 위한 요양급여와 환자의 선택에 의한 비급여에 관하여 적당한 의료서비스의 조정을 도모하고자 하는 취지에서 도입되었다 (『健康保険法の解釈と運用〔第11版〕』(法研、2003年) 627頁).

50) 일본의 보험외비용요양비제도에 관해서는, 西村 앞의 책 (2014년) 39-40쪽.

51) 笠木映里 「混合診療」 西村健一郎・岩村正彦編 『社会保障判例百選 第4版』(有斐閣、2008年) 64頁.

52) 일본 및 우리나라에서는 일반적으로 ‘혼합진료의 금지’라고 알려져 있지만, 엄밀한 의미에서 요양급여로부터 배제하는 반면 자유진료는 인정하고 있는 것으로 그 자체가 금지되어 있다고는 할 수 없기 때문에 ‘혼합진료보험급여외의 원칙’이라고 하는 것이 적절하다. 동일한 견해로는 稲森 앞의 논문 (2012年) 98頁, 太田匡彦 「混合診療」 岩村正彦編 『社会保障判例百選 第5版』(有斐閣、2016年) 60-61頁. 또한 最高裁平成23年10月25日第三小法廷判決・裁時1542号3頁도 ‘혼합진료보험급여외의 원칙 (混合診療保険給付外の原則)’이라는 용어를 사용하고 있다.

53) 稲森 앞의 논문 (2012년) 99쪽.

일본 법원에서 해당 법적근거의 유무가 쟁점화 되었다. 이에 해당 사건을 담당한 최고재판소는 보험외비용요양비제도의 취지 및 목적 나아가 건강보험법 전체의 정합성 등의 관점에서 동법86조⁵⁴⁾의 해석으로부터 해당제도의 지급요건을 충족하지 못하는 경우 보험진료부분도 자유진료부분과 함께 요양급여의 대상으로부터 배제된다고 해석하는 것이 타당하다고 하면서, 다만 이와 같은 해석은 법규정의 문언 상 그 취지가 반드시 명확하게 표현되어 있다고 말할 수는 없다고 판시하였다⁵⁵⁾. 한편, 이와 같은 법해석의 문제와는 별개로 입법정책의 문제로서 의료보험법 상 혼합진료를 전면적으로 해제할 것인가 또는 현행의 보험외비용요양비제도를 유지하면서 확대할 것인가가 논의되었으며⁵⁶⁾, 2015년 9월 30일 중앙사회보험의료협의회는 후생노동성이 마련한 ‘환자신청요양의 제도설계에 관하여(안)⁵⁷⁾’을 승인하여 2016년 4월 건강보험법의 개정을 통하여 환자신청요양제도가 신설되었다⁵⁸⁾.

(4) 최고재판소2011년10월25일 판결

① 사실관계

일본에서는 혼합진료와 관련하여 의료보험의 피보험자가 요양급여에 해당하는 암치료법과 함께 요양급여에 해당하지 않는 다른 암치료법을 동시에 받는 이른바 혼합진료를 받은 경우에, 원래 요양급여에 해당하는 치료법도 요양급여대상에서 배제되어 해당진료에 필요한 비용의 전액을 피보험자가 부담하도록 한 것에 대한 적법성이 문제화되어 사회적으로 큰 관심을 모았다. 해당사건에서는 암에 걸린 건강보험의 피보험자 X(1심 원고, 2심 피항소인, 3심 상고인)가 보험의료기관인 병원에서 요양급여에 해당하는 치료법A와 요양급여에 해당하지 않는 치료법B를 병용하는 진료를 받았다(혼합진료). 이에 후생노동성은 원래 보험진료인 치료법A와 자유진료인 치료법B를 병용하는 혼합진료의 경우 구 건강보험법 83조가 규정하는 특정요양비(현재 86조가 규정하는 보험외비용요양비)의 지급요건을 만족하는 경우를 제외하고 자유진료부분 뿐만 아니라 보험진료 해당부분도 보험급여에서 제외한다는 해석을 제

54) 일본 건강보험법 86조 보험외비용요양비

피보험자가 후생노동성령으로 규정한 바에 따라 제63조3항 각호에서 열거하는 병원 또는 진료소 및 약국(이하 ‘보험의료기관 등’이라고 함) 중에 자기의 선택함에 따라 평가요양, 환자신청요양 또는 선정의료를 받은 경우 해당요양에 필요한 비용에 대해서 보험외비용요양비를 지급한다.

55) 最高裁平成23年10月25日第三小法廷判決・裁時1542号3頁.

56) 해당논의에 관해서는, 堤 앞의 논문 113쪽 이하를 참조.

57) 患者申出療養の制度設計について(案) (중앙사회보험의료협의회, <http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-12404000-Hokenkyoku-Iryouka/0000098762.pdf> 2016년 6월 8일 최종열람).

58) 환자신청요양제도에 관해서는 홍성민·가타기리유키 『한일 양국의 지속가능한 의료보장법제 연구』 한국법제연구원 (2016년) 쪽을 참조.

용하였다. 즉, X가 병원에서 받은 치료법A와 치료법 모두에 관해서 요양급여에 해당하지 않으므로 해당 의료비에 관해서는 전액 본인이 부담해야 한다는 것이다. 이에 X는 국가(1심 피고, 2심 항소인, 3심 피상고인)에 대하여 위와 같은 법해석은 위법 및 위헌에 해당하고, 치료법A와 치료법B을 병용하는 혼합진료를 받는 경우에도 보험진료 해당부분에 관해서는 건강보험법에서 규정하는 요양급여를 받을 수 있는 지위에 있음을 확인하는 소송을 제기하였다. 제1심에서는 피고의 청구가 인용되었지만⁵⁹⁾, 항소심에서는 국가의 항소를 인용하여 피고의 청구를 기각하였다⁶⁰⁾.

② 주요판지

입법경위 등을 비추어 보면 구 건강보험법의 특정요양비 및 현재의 보험외비용요양비에 관한 제도 모두 전국민개보험체제의 전제 하에서 의료의 공평성 및 재원 등을 포함한 건강보험제도 전체의 운영방식을 고려하여, 혼합진료보험급여외의 원칙을 계속적으로 채용하는 것을 전제로 한 후에 피보험자가 소정의 요건을 만족하는 평가요양 또는 선정요양을 받은 경우에만 이와 함께 받은 보험진료 해당부분을 포함한 피보험자의 요양전체를 대상으로 하고 기본적으로 그 중에 보험진료 해당부분에 관해서 실질적으로 요양급여와 동일한 내용의 보험급여가 현금으로 지급되는 것을 상정하여 도입되었다. 즉, 보험의가 특수한 치료법 또는 새로운 치료법 등을 실시하거나 소정의 의약품 이외의 약물을 환자에게 시용 및 처방하는 등 이와 관련하여 보험의료기관이 피보험자로부터 요양급여에 관한 일부부담금을 초과하는 금액을 지불 받는 것을 원칙적으로 금지하고 있는 가운데, 선진의료와 같은 혼합진료에 관해서는 보험의료에서의 안전성 및 유효성을 위협하고 환자에게 부당한 부담을 발생시키는 의료행위 자체를 억지하는 취지와 의료의 공평성 및 재원 등을 포함한 건강보험제도 전체의 운영방식을 고려하여, 보험의료기관 등의 신청 및 제공되는 의료 내용 등에 관한 평가요양의 요건에 해당하는 경우에만 해당 금지규정이 예외적으로 해제되는 것이며 기본적으로 피보험자가 받는 요양전체 중에 보험진료 해당부분에 관해서 실질적으로 요양급여와 동일한 내용의 보험급여가 현금으로 지급되는 것을 상정하여 건강보험법 86조 소정의 보험외비용요양비에 관한 제도가 도입되었다고 해석함이 타당하다. 이와 같은 제도의 취지 및 목적, 법체계 전체의 정합성 등의 관점에서 볼 때에 건강보험법은 선진의료와 같은 혼합진료 중에 선진의료 평가요양의 요건에 해당하지 않아서 보험외비용요양비의 지급요건을 충족하지 않는 것에 관해서는 피보험자가 받은 요양 전체 중에 보험진료 해당부분도 보험급여로부터 모두 제외시키는 이른바 혼합진료보험급여외의 원칙을 취하고 있음을 전제로 동법 86조 등이 규정되었

59) 東京地判平成19年11月17日判時1996号3頁.

60) 東京高判平成21年9月29日判夕1310号66頁.

다고 볼 것이며, 해당규정의 문언 상 그 취지가 명료하게 나타나 있다고는 보기 어려운 면도 다소 있지만 해당조문 등에 관하여 위와 같은 원칙의 취지에 따른 해석을 도출할 수 있다 할 것이다. 의료보험을 통하여 제공되는 의료내용에 관해서는 제공되는 의료의 질(안전성 및 유효성 등) 확보와 재원측면에서의 제약 등의 관점에서 해당 범위를 합리적으로 제한하는 것은 피할 수 없으며, 해당 사건에서처럼 원래 보험진료에 해당하는 치료법에 선진의료와 같은 자유진료의 치료법을 부가적으로 병용하는 혼합진료에 관해서는 법이 규정하는 특별한 요건을 충족하는 경우에 한하여 요양급여 대신에 보험외비용요양비를 지급하는 반면 해당요건을 충족하지 못하는 경우에는 보험급여가 일체 적용되지 않는 것에는 일정한 합리성을 인정할 수 있다. 나아가 이와 같은 내용이 불합리한 차별을 초래한다거나 환자의 치료선택의 자유를 부당하게 침해하는 것이라고는 할 수 없으며 사회보장제도의 일환으로써 입법된 건강보험제도의 보험급여으로써 현저하게 합리성을 결한다고도 할 수 없다. 이에 해당 판례는 결론적으로 혼합진료보험급여외의 원칙을 내용으로 하는 법해석이 헌법14조1항, 13조 및 25조에 위반하지 않았다고 판시하였다⁶¹⁾.

(5) 소결

사회보험방식에 의한 공적의료보험에 관해서는 해당제도가 아무리 충실한 제도라 할 지라도 당사자가 원하는 모든 재화나 서비스를 제공하는 제도를 채용할 수 없는 이상(이른바 재원의 한계), 급여범위에 관한 일정한 제약을 피할 수는 없다고 할 수 있다. 이에 우리나라와 일본 의료보험제도 모두에서 공통적으로, 급여범위에 관한 일정한 규범을 정하고 있으며, 특히 이와 같은 규정을 지키지 않는 경우에는 요양기관의 진료보수 청구권이 발생하지 않는 구조를 채용하고 있다. 반면에 일본에서는 의료보험법상 혼합진료를 원칙적으로 인정하지 않고 있으며, 이에 반하여 우리나라는 혼합진료를 인정하고 있다. 또한 우리나라는 혼합진료를 인정함으로써 “건강보험 강제가입과 당연지정제가 가지고 있는 일정한 문제들을 해결하는데 기여할 수 있다⁶²⁾”고 평가하면서도, “이러한 비급여 대상을 넓게 인정하게 되면 강제가입과 당연지정제를 근간으로 하는 건강보험체계에 위협이 될 수 있다⁶³⁾”고 보아 일정한 규제를 부과하고 있는 것이다. 이와 같은 의료보험의 급여범위에 관한 문제는, 일본의 의료보험제도가 “전국민개보험을 채용하고 있으며 최적수준의 의료를 평등하게 보장한다는 이념 하에 전개되어 왔음을 인식의 출발점으로 하여”, 실태를 정확하게 파악한 후에 신중하게 검토해야

61) 이와 관련하여 위의 다수의견 외에도 田原, 岡部, 大谷 재판관에 의한 보충의견과 寺田재판관의 법정의견이 있다.

62) 노호창 앞의 논문 179쪽.

63) 노호창 앞의 논문 181쪽.

하는 문제라고 판단하고 있으며⁶⁴⁾, 이와 같은 문제해결방법은 일본과 동일하게 전국민개보험체제를 확립하고 있는 우리나라에서도 공통적으로 지적할 수 있는 내용이라 하겠다. 이에 우리나라에서도 모든 국민은 누구나 건강할 권리를 가진다는 건강균점의 사상을 그 이념적 토대로 하여 사회국가원리에 기초하여 자유제한이 필연적인 공적 건강보장 체제의 중핵으로써 사회보험(건강보험)을 통한 건강권의 보편적인 보호가 구현되어 왔으며, 특히 건강보험법은 그 방법으로 보편적인 적정 의료의 보장을 추구해 왔다는 점을 강조하고 있는 것이라 하겠다⁶⁵⁾.

5. 결론을 대신하여

우리나라와 일본 양국은 공통적으로 사회보험방식에 의한 공적의료보험제도를 채택하였음에도 불구하고, 서로의 사회적·경제적·정치적 상황에 따라 다른 형태로 발전하여 왔다⁶⁶⁾. 그럼에도 불구하고 양국은 공통적으로 국민의 건강증진을 위하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건 향상과 사회보장 증진에 이바지함을 목적으로 하고 있다. 그리고 이와 같은 한일 양국의 의료보험체제의 가장 큰 공통적인 특징으로는, 전국민개보험체제를 이루고 있는 점이라 하겠다. 이처럼 전국민개보험체제를 확립 및 유지하기 위하여 중요한 것은, 우선 이들에 관한 여러 법제도가 서로 관련 지어가면서 논의할 필요가 있다는 것이다. 반면에 오늘날 의료비증가의 억제(사건으로는 적정화)를 주요축으로 하는 의료정책은 고도의 전문기술적인 고찰과 사회적 합의를 기반으로 하는 정치 및 정책적 판단을 필요로 하며, 사법부의 입법실무에 대한 파악에는 한계가 있다는 점을 고려할 때에 입법재량의 여지가 매우 크다고 할 수 있겠다.

한편 의료보험법제는 국가마다 여러 형태를 가지고 있으나 의료정책에 관해서는 공통의 목표가 존재한다. 즉, ‘질 높은 의료를 가능한 한 최소의 비용으로 국민 모두에게 공평하게 보장하는 것’이라 할 수 있겠다. 세부적으로 요소를 구분하면 ①의료의 질(quality), ②의료접근의 공평성(equity), ③의료비용(cost)이다⁶⁷⁾. 이는 또한 의료보험법제 및 의료정책의 내용 및 방향성을 평가하는 기준이 되기도 한다. 한국과 일본 양국의 의료보험법제를 비교하는 의의

64) 稻森 앞의 논문 101쪽.

65) 노호창 앞의 논문 186쪽.

66) 片桐由喜 「韓国の病院—特徴と今日的課題—」 健保連海外医療保障108号 (2015年) 108頁. 우리나라 사회보장제도에 대한 일본의 영향에 관해서는, 同 「韓国・占領体制下における社会保障制度」 商学討究55卷2/3号 (2004年) 143~175頁와 「韓国・社会保障法制の基盤形成過程—所得保障制度を中心に—」 同56卷1号 (2005年) 57~112頁를 참조.

67) 島崎謙治 『日本の医療 制度と政策』 (東京大学出版会、2012年) 15쪽.

는 다음과 같다⁶⁸⁾. ①양국의 의료보험법제가 서로 다르다고 하여도 위에서 언급한 의료보험 법제 및 의료정책에 관한 목표와 평가기준 자체는 동일하기 때문이다. ②또한 의료성과를 평가하는 절대적 기준이 존재하지 않는 이상 타국과의 상대평가를 통하여 자국의 의료보험법제 및 의료정책에서 개선해야할 과제를 명확히 할 수 있기 때문이다. ③나아가 한일 양국이 저출산 고령화의 심화 및 의료기술의 발달로 인하여 의료비 증가가 불가피한 반면 더 이상의 높은 경제발전을 기대할 수 없다는 공통의 문제를 안고 있는 상황에서 타국의 의료보험법제 및 의료정책으로부터 시사를 얻을 수 있기 때문이다. 어쩌면 이와 같이 한 국가에서 의료보험법제를 개혁하고 의료정책을 입안할 때에 타국의 정책을 참고하는 것은 가장 효율적이고 선택 가능한 최선의 방안이라 할 수 있겠다⁶⁹⁾.

참고문헌

- 김나경 『의료보험의 범정책 -기초법 이념과 범실무』 (집문당, 2012년)
 이홍재·전광석·박지순 『사회보장법 제3판』 (신조사, 2015년)
 서울대학교보건대학원 「민간의료기관의 공공성 평가 및 공공의료 수행방안 연구」 (2013년)
 홍성민·가타기리유키 『한일 양국의 지속가능한 의료보장법제 연구』 한국법제연구원 (2016년)
- 김계현 「요양기관 강제지정제의 문제점과 개선방향」 의료정책포럼 제6권 (2008년)
 김종수 「임의비급여에 관한 사회보장법적 검토」 사회보장법연구 제1호 (2012년)
 김한나·김계현·이정찬 「대형병원에서의 요양급여기준 외 치료행위 인정요건에 관한 검토」
 충남대학교 법학연구 제24권1호 (2013년)
 노호창 「공적 건강보장에 있어서의 자유제한과 그 정당성」 사회보장법연구 제3권1호 (2014년)
 「임의비급여의 허용요건」 노동법학 제44호 (2012년)
 오대형 「건강보험 가입강제와 직장가입자·지역가입자 간의 차별」 이홍재 편저 『사회보장판
 례연구』 (법문사, 2010년)
 오은환 「일본의 혼합진료금지제도와 신의료기술」 HIRA정책동향 제02호 (2007년)
 이승우 「국민건강보험법 제40조 제1항의 위헌여부」 헌법판례연구 제3권 (2001년)
 정영철 「공법적 시각에서 본 임의비급여의 제한적 허용의 쟁점」 법학논고 제40집 (2012년)
 정철 「건강보험상 임의비급여 허용의 문제점」 법학논총 제24권1호 (2011년)
 최호영 「건강보험체제와 임의비급여」 사회보장법연구 제2호 (2012년)

68) 島崎, 앞의 책 26-27쪽.

69) 홍성민, 앞의 보고서 쪽.

- 岩村正彦 『社会保障法 I』(弘文堂, 2001年)
- 加藤智章・菊池馨実・倉田聡・前田雅子 『社会保障法 第6版』(有斐閣, 2015年)
- 笠木映里 『公的医療保険の給付範囲』(有斐閣, 2008年)
- 菊池馨実 『社会保障法』(有斐閣, 2014年)
- 島崎謙治 『日本の医療 制度と政策』(東京大学出版会, 2012年)
- 西村健一郎 『社会保障法入門 第2版』(有斐閣, 2014年)
- 『社会保障法』(有斐閣, 2007年)
- 『健康保険法の解釈と運用 第11版』(法研, 2003年)
- 阿部泰陸 「地域医療計画に基づく保険医療機関指定拒否—鹿児島地裁1998年(行ウ)第三号
保険医療機関指定拒否処分取消請求事件1999年6月14日判決(判例時報1717号78頁)をめぐって—」 判評502号〔判時1725号〕(2000年)
- 稲森公嘉 「公的医療保険の給付」 日本社会保障法学会編 『新講座社会保障法1 これからの医療と年金』(法律文化社, 2012年)
- 「判例評釈・県知事による保険医療機関指定拒否の処分性と適法性」 賃金と社会保障 1307号(2001年)
- 岩村正彦 「社会保障入門40」 自治実務セミナー41巻6号(2002年)
- 尾形健 「保健医療機関指定拒否処分と憲法22条」 西村健一郎・岩村正彦編 『社会保障判例百選 第4版』(有斐閣, 2008年)
- 太田匡彦 「混合診療」 岩村正彦編 『社会保障判例百選 第5版』(有斐閣, 2016年)
- 片桐由喜 「韓国の病院—特徴と今日的課題—」 健保連海外医療保障108号(2015年)
- 「韓国・占領体制下における社会保障制度」 商学討究55巻2/3号(2004年)
- 「韓国・社会保障法制の基盤形成過程—所得保障制度を中心に—」 同56巻1号(2005年)
- 加藤智章 「保険医療期間の指定の法的性格」 岩村正彦編 『社会保障判例百選 第5版』(有斐閣, 2016年)
- 笠木映里 「混合診療」 西村健一郎・岩村正彦編 『社会保障判例百選 第4版』(有斐閣, 2008年)
- 菊池馨実 「国民健康保険条例の合憲性」 西村健一郎・岩村正彦編 『社会保障判例百選 第4版』(有斐閣, 2008年)
- 田村和之 「保険医療期間の指定の法的性格」 西村健一郎・岩村正彦編 『社会保障判例百選 第4版』(有斐閣, 2008年)
- 堤建造 「混合診療をめぐる経緯と論点」 レファレンス 770号(2015年)
- 中川純 「国民健康保険条例の合憲性」 岩村正彦編 『社会保障判例百選 第5版』(有斐閣, 2016年)

中野妙子 「医療法の勧告に反して開設された病院に対する保険医療機関指定拒否—鹿児島地
判平成11・6・14(山川病院事件)」ジュリスト1199号(2001年)

新田秀樹 「医療保険における保険者と医療機関の直接契約制の導入の可能性—健康保険組合
について」名古屋大学法政論集第176巻(1998年)

홍성민 「医療供給体制における国家統制 -保険医療機関の指定を中心に-」 社会保障法31号
(2016年)