

건강보험에 있어서 의사와 환자간의 법률관계

- 임의비급여 문제를 중심으로 -

현 두 료*

I. 들어가며

1. 우리나라 건강보험제도의 기본적인 틀
2. 건강보험제도의 성과와 그로 인한 의료계의 변화

II. 의사와 환자간 법률관계의 변화

1. 일반 진료의 경우
2. 건강보험 진료의 경우

III. 임의비급여에 관한 의사와 환자간의 법률관계

1. 임의비급여의 의의
2. 임의비급여의 현황과 그 유형
3. 임의비급여의 발생원인
4. 구체적인 분쟁 사례
5. 임의비급여를 둘러싼 의사와 환자간 법률관계

IV. 요양급여기준과 의사의 주의의무

1. 문제의 소재
2. 판례의 태도
3. 사건

V. 요약 및 결론

* 변호사, 대외법률사무소

I. 서 론

1. 우리나라 건강보험 제도의 기본 구조

우리나라 건강보험제도는, 1) 국민건강보험공단이 보험자가 되고 모든 국민은 피보험자가 되어, 피보험자가 보험자에게 보험료를 지불하면 보험자는 피보험자에 대하여 요양급여를 실시하여야 할 공법상의 의무를 부담하게 되고, 2) 국가는 적절한 요양급여를 실시하기 위하여 모든 의료기관을 건강보험 요양기관으로 강제 편입시키고, 요양급여의 범위와 절차, 요건 등에 관한 내용을 규정하며, 3) 요양기관은 피보험자의 요청에 따라 피보험자와 구체적인 진료계약을 체결하고 피보험자에게 요양급여를 제공한 후, 4) 보험자에게 요양급여비용을 청구하여 심사기관(건강보험심사평가원)의 심사를 거쳐 요양급여비용을 지급받는 구조로 되어 있다.

즉, 우리나라의 국민건강보험 체계는 정부와 독립된 특수법인인 국민건강보험공단이 보험자가 되어 국민의 보험료를 재원으로 운영된다는 점에서 건강보험방식을, 그리고 요양기관이 직접 수진자에게 급여(진료)를 제공한 후 진료비(요양급여비용)를 보험자에게 청구하는 관계이기 때문에 현물급여원칙을 각 취하고 있다.¹⁾

2. 우리나라 건강보험제도의 성과와 그로 인한 의료계의 변화

가. 건강보험제도의 성과

1963년도에 의료보험법을 제정하면서 우리나라에 처음으로 의료보험이 도입되었으나, 당시는 임의적인 가입이었고, 강제적인

1) 의료보장제도의 방식에 관한 자세한 내용은, 전광석, 국민건강보험법의 법률관계, 의료법학 제2권 제1호, 대한의료법학회, 282-284면 참조.

의료보험제도가 시행된 것은 1977년도부터이다. 그 후 1989년에는 전 국민으로 건강보험제도를 전면 확대 실시되었으니까, 의료보험제도를 도입한 지 불과 26년만에 전 국민을 대상으로 한 의료보장체계가 확립되었다고 할 수 있다.²⁾

2001년 의약분업을 계기로 일시적인 재정 위기를 맞기도 하였으나 건강보험 재정 건전화를 안정대책으로 극복하여, 2003년에는 당기 수지 흑자를 달성하였고, 2004년에는 누적 수지까지 흑자로 전환되기도 하였다. 그에 따라 2005년도부터는 건강보험 보장성 강화 및 내실화를 위한 정책을 추진하고 있다.

건강보험의 외형적인 확대 뿐만 아니라 질적으로도 우리나라의 건강보험체계는 매우 성공한 사례로 꼽히고 있다. 즉, 2006년도에 OECD에 가입한 국가들의 보건의료 성과를 평가한 결과를 보면, 한국이 저렴한 비용으로 양호한 의료 접근 및 건강 수준을 달성하여 전체 24개국 중에서 5위를 한 것으로 나타났다(2006년도 보건복지부 정책 자료)³⁾. 그러나, 단기간에 건강보험 제도를 확대 실시하려다 보니, ‘저보험료·저진료수가·저급여’ 정책을 선택할 수 밖에 없었고, 그에 따라 여러 가지 부작용이 나타나고 있다.

나. 건강보험제도로 인한 의료계의 변화

건강보험이 확대 실시로 인하여 의료계에는 다음과 같은 변화

-
- 2) 보건복지부 자료에 따르면, 의료보험이 도입된 시기부터 전 국민 의료보장을 시행하게 된 시점까지 걸리는 기간이, 독일은 134년, 벨기에는 118년, 이스라엘은 84년, 오스트리아는 79년, 룩셈부르크는 72년, 일본은 36년이 걸렸다고 한다. 2006년 현재 전 국민의 96%가 건강보험의 적용을 받고 있으며, 입원 진료의 80%, 외래 진료의 50-70%가 보험급여의 혜택을 받고 있다.
 - 3) GDP 대비 국민의료비 비중이 OECD 평균 8.7%인데 비해, 한국은 5.6%이다. 또한, 1960년부터 2000년까지 기대여명이 23.1년 증가함으로써 OECD 평균의 약 3배를 기록하였으며, 유아사망율이 매년 6.6% 감소하여 전체 OECD 국가 중 2위의 감소속도를 보이고 있다고 한다.

가 초래되고 있다.

첫째, 건강보험제도로 인하여 임의 수가 체계에서 획일적인 강제 수가 체계로 변화하였다. 이로 인하여 의료의 다양성이나 새로운 의료기술, 사회경제적인 변화들은 제대로 진료수가에 반영하지 못한다는 문제점이 있다.

둘째, 건강보험체계의 이해당사자가 늘면서 법률관계도 복잡해지고 있다는 점이다. 기존에는 의료제공자와 의료수급자간 1:1 관계로 법률관계도 매우 단순하였다. 그런데, 건강보험제도의 실시로 의료제공자, 의료수급자, 보험자간 3자 관계로 법률관계도 복잡해졌다. 그리고, 진료비 심사 및 지급과 관련된 각 이해당사자들 간에 분쟁과 갈등이 심해지고 있다.

셋째, 진료비 청구에 대한 심사가 강화되면서, 삭감이나 환수당하는 사례가 많아지고 있다는 점이다. 또한, 요양급여비용 지급 후에 부당청구 사실이 밝혀져 부당이득금 환수뿐만 아니라 업무정지(또는 과징금 부과) 처분을 받는 사례도 들어나고 있다. 특히 2000년 국민건강보험법이 제정되면서, 전문적인 심사기구로 건강보험심사평가원이 설립되었고, 그 후 2001년 의약분업으로 인한 건강보험 재정 적자가 증가하면서 심평원의 진료비 심사가 무척 강화되었다. 그리고, 세분화된 요양급여심사기준들이 보건복지부 고시나 보건복지부 행정해석, 심평원 심사지침 등의 형식으로 계속 제정되고 있다. 그런데, 이러한 심사기준들이 워낙 많고 그 내용이 복잡한데다가 수시로 변동하기 때문에, 일선 의료기관에서는 그에 따른 적절한 진료비 청구를 하지 못하여 불이익을 당하는 경우가 많다. 그리고 심평원의 진료비 심사에 대한 의료계의 불만이 커지고, 그와 관련된 분쟁이 늘고 있다.

넷째, 진료비 심사와 그로 인한 삭감 및 환수 처분으로 인하여 환자와 의료기관간의 신뢰가 떨어지고 있다는 점이다. 먼저, 심평원이 진료비 심사를 하는 과정에서 환자들에게 수진자 조회를 실

시하고 그로 인하여 환자들이 불쾌감을 갖거나 해당 의료기관에 대해서 부당청구를 의심하는 경우가 있다. 또한, 요양급여기준에 어긋난다는 이유만으로 이미 지급한 본인부담금을 환자들에게 환급하라는 결정을 내릴 경우, 환자들은 의료기관에 대해서 깊은 불신을 갖게 된다. 특히, 여의도 성모병원의 임의비급여 사태가 발생한 이후, 환자들이 진료가 종결된 이후 심평원에 진료비 확인 청구를 하는 경향이 많아지고 있어서, 대형병원들이 몸살을 앓고 있다고 한다.⁴⁾

다섯째, 의료기관들의 비급여 진료 치중 현상이 나타나고 있다는 점이다. 심평원의 진료비 삭감, 진료비 부당청구로 인한 행정 처분, 환자들의 민원, 낮은 진료수가, 의료사고의 위험 등으로 의료인들이 급여 진료보다는 비급여 진료(미용 목적의 비만 치료, 피부 미용이나 성형수술 등)에 치중하고 있다. 그리고, 산부인과나 흉부외과 등의 전문과목에서는 전공의 지원자가 미달하는 사태가 발생하고 있다.

II. 의사와 환자간 법률관계의 변화

1. 일반 진료의 경우

가. 진료계약의 법적 성질

일반적인 진료계약은 의료수요자인 환자와 의료공급자인 의료

4) 2007. 9. 13.자 메디게이트 뉴스(<http://www.medigatenews.com>)에 따르면, 종합전문요양기관을 상대로 제기한 진료비 확인 민원은 2006년 상반기 2,365건에서 2007년 상반기 3,345건으로 1.4배 늘었으며, 이 같은 민원에 대해 심평원이 환급결정한 건수는 같은 기간 599건에서 1,726건으로 2.8배나 증가했다고 한다. 특히 종합전문요양기관의 전체 환급액수는 7억8,809만원에서 80억6,774만원으로 무려 10배 이상 폭증한 것으로 나타났다.

인 또는 의료기관 간의 사법적인 계약이다. 그 계약의 법적 성질에 관해서는 위임계약설, 고용계약설, 도급계약설, 무명계약설 등으로 학설이 나뉜다. 다수 견해는 위임계약설을 취하고 있다.⁵⁾ 우리나라 판례(대법원 1988. 12. 13. 선고 85다카1491 판결 등)는 의료계약의 성질을 명시적으로 밝히고 있지는 않지만 ‘의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 책무 이른바 수단채무라고 보아야 하므로 진료의 결과를 가지고 바로 진료채무불이행사실을 추정할 수는 없다’라고 판시함으로써, 위임계약설의 입장을 취하고 있다.

나. 의사와 환자간 법률관계의 내용

(1) 의사의 의무

진료계약의 효과로, 의사는 진료계약의 내용에 따라 진찰, 처치, 수술, 검사, 투약 등의 진료행위를 실시할 의무가 있다. 이는 의사의 가장 주된 의무이다. 진료계약은 위임계약의 성질을 가지므로, 수임인인 의사는 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 진료를 하여야 한다. 따라서, 의사는 진료 당시의 평균적 수준에 있는 의사라면 당연히 갖추고 있어야 할 의학적 지식과 기술을 구사하여, 최선의 주의를 다하여 환자를 진료하여야 한다. 그 외에도 의사는 설명의무, 진료거부 금지 의무, 영양지도의무, 진료기록부 작성 및 보존의무, 비밀준수의무 등을 준수해야 한다.

5) 김선중, 의료과오소송법, 박영사, 2005년판, 50면. 최재천·박영호, 의료과실과 의료소송, 육법사, 2002년판, 158면.

(2) 환자의 의무

환자는 의사의 진료행위에 대한 반대급부로서 진료비를 지급해야 할 의무가 있다. 환자의 진료비지급의무는 의사의 진료의무에 대응하는 가장 주된 의무이다. 민법상 위임계약은 무상이 원칙이지만, 진료계약의 경우에는 일반적으로 대가를 지급한다는 묵시적 합의가 있다고 보아야 할 것이다. 따라서, 진료계약은 명시적인 무상 진료의 특약이 없는 한 유상의 쌍무계약에 해당한다. 의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치료와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무(수단채무)라고 보아야 할 것이므로, 주의의무를 다하였는데도 그 진료 결과 질병이 치료되지 아니하였다 하더라도 치료비는 청구할 수 있다(대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다52568 판결).

건강보험이 적용되지 아니하는 비급여항목이나 일반 환자에 있어서는 의사와 환자간의 계약이나 관습에 따라 진료비가 결정되지만, 진료비 청구가 제한되는 경우가 있다. 판례는 1) 진료행위와 일반 의료수가 사이에 현저한 불균형이 존재하는 경우⁶⁾와 2) 진료상의 의료과실에 있었던 경우⁷⁾에는 의사의 진료비 청구권을 부

6) 대법원 1995. 12. 8. 선고 95다3282 판결 : 의료기관 또는 의사가 의료보험환자 아닌 일반환자를 치료하고 그 치료비를 청구함에 있어서 그 치료를 마친 의사 또는 의료기관은 그 치료비에 관하여 의료보험수가가 아닌 일반의료수가를 기준으로 계산한 치료비 전액의 지급을 청구할 수 있다 할 것이지만, 치료계약에 이르게 된 경위, 수술·처치 등 치료의 경과와 난이도, 기타 변론에 나타난 제반 사정에 비추어 그 일반의료수가가 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반하는 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 그와 같은 제반 사정을 고려하여 상당하다고 인정되는 범위를 초과하는 금액에 대하여는 그 지급을 청구할 수 없다.

7) 대법원 1993.7.27. 선고 92다15031 판결 ; 의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치료와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라

정하고 있다. 그리고, 진료비에 대한 분쟁은 의사와 환자간의 민사소송(부당이득반환청구 또는 진료비 청구)을 통해서 해결되어 왔다.

2. 건강보험 의료에 있어서 환자와 의사간의 법률관계

가. 건강보험법상 진료계약의 법적 성질

건강보험제도 하의 환자와 의료기관 간의 진료계약의 성질에 관해서는 사법상의 계약이라는 설과 공법상의 계약이라는 설로 나뉘어지고 있다. 먼저, 공법상 계약설은 의료소비자인 국민은 의료인과의 사적 계약을 통하여 의료행위의 질, 범위, 보수 등을 자유롭게 정할 수 있는 것이 아니라, 원칙적으로 법이 정하는 기준에 따른 요양급여를 받게 된다는 점을 근거로 들고 있다.

이에 대해서 사법상 계약설은, 비록 요양기관과 보험자 사이 및 피보험자와 보험자 사이에는 공법상의 권리·의무가 성립한다고 하더라도, 적어도 요양기관과 환자 사이에는 직접적인 사법상의 권리·의무가 발생한다는 점을 근거로 한다. 국민건강보험법상 피보험자인 국민에게는 상대방 선택의 자유가 보장되어 있어서, 진료를 받고자 하는 의료기관을 자유롭게 선택할 수 있고, 전원이나 진료중지를 요구할 수 있다. 이에 따르면, 진료결과 요양기관에게

환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학 수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무 즉 수단채무라고 보아야 할 것이므로, 위와 같은 주의의무를 다하였는데도 그 진료 결과 질병이 치료되지 아니하였다면 치료비를 청구할 수 있으나, 의사가 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니한 탓으로 오히려 환자의 신체기능이 회복불가능하게 손상되었고, 또 위 손상 이후에는 그 후유증세의 치유 또는 더 이상의 악화를 방지하는 정도의 치료만이 계속되어 온 것뿐이라면 의사의 치료행위는 진료채무의 본지에 따른 것이 되지 못하거나 손해전보의 일환으로 행하여진 것에 불과하여 병원측으로서는 환자에 대하여 그 수술비 내지 치료비의 지급을 청구할 수 없다.

발생되는 요양급여비용청구권은 공법상의 권리이나, 이는 요양기관과 보험자 사이의 문제일 뿐이다. 현재 사법상 계약설이 일반적인 견해이다.

한편, 사법상 계약설을 취하는 경우에도, 학설은 직접계약설(보험의료 경우에도 의사와 환자간의 직접계약으로 보는 견해)⁸⁾, 제3자를 위한 계약설(보험자와 의사 사이에 피보험자를 위한 의료계약이 체결된 것으로 보는 견해)⁹⁾, 병존설(보험자와 의사 사이의 피보험자를 위한 계약과 의사와 환자사이에 직접적인 계약이 병존한다는 견해)로 나뉜다. 우리나라 다수의 학자들과 실무가들은 병존설을 취하고 있다.¹⁰⁾

생각건대, 직접계약설은 건강보험 요양급여기준에 따라 진료의 상당 부분이 결정된다는 점을 간과하였다. 반면, 제3자를 위한 계약설은 진료계약의 내용이 보험자와 의사간의 계약에 의해서 결정된다는 점을 지나치게 강조함으로써, 의사의 재량권과 환자의 선택권을 간과한 면이 있다. 1) 보험자와 의사간의 공법적인 관계와 의사와 환자간의 사법적인 관계가 양립불가능한 것은 아니라는 점, 2) 피보험자는 자유로이 의료기관을 선택할 수 있고 진료비의 일부를 스스로 부담한다는 점, 3) 의사는 전문성·재량성에 기하여 요양급여기준을 넘는 의료를 시행할 수 있다는 점, 4) 환자는 건강보험이 예정하는 보편적 진료를 넘어 최선의 진료를 받을 수 있는 선택권이 있다는 점 등을 근거로 병존설에 찬성한다. 다만, 이 경우에도 보험자와 의사간의 보상계약 보다는 의사와 환자간의 진료계약에 중점을 두어야 할 것이다. 보험자와 의사간의 보상관계는 환자들의 의사들에 대한 진료비 지급채무를 담보하기

8) 김선중, 의료과오소송법, 박영사, 2005년판, 68면.

9) 전광석, 국민건강보험법의 법률관계, 의료법학(대한의료법학회지) 제2권 제1호, 313면.

10) 최재천·박영호, 의료과실과 의료소송, 육법사, 2001년판, 181면.

위한 수단이기 때문이다.¹¹⁾

나. 의사와 환자간 법률관계의 변화

건강보험 의료에 있어서도 의사와 환자간의 법률관계는 사법적인 계약관계이기 때문에, 의사와 환자간 법률관계에 커다란 변화는 없다고 할 수 있다. 그러나, 건강보험법의 규정에 따라 의사와 환자간 법률관계가 많은 영향을 받고 있다는 것도 사실이다. 즉, 건강보험이라는 공적 과제의 수행을 위해서 의료기관은 공법적인 체계에 편입되고(요양기관 강제지정제), 진료의 종류와 내용도 공법적인 규율의 대상되며, 그 보상도 더 이상 시장의 법칙에 따라 형성될 수 없게 되었다. 그에 따라 의사의 진료의 자유와 진료비 청구에도 상당한 제약이 가해지고 있으며, 결국 의사와 환자간의 법률관계에도 영향을 미치고 있다. 가장 문제되는 경우가 의사와 환자간 진료비 지급과 관련된 분쟁이다¹²⁾. 임의비급여가 그 대표적인 사례이다. 그 외에도요양급여기준이 의료과오소송에서 의사의 주의의무를 판단하는 기준이 될 수 있는지 여부도 문제된다. 이하에서는 위 두 가지 쟁점에 관해서 살펴보기로 한다.

11) 이보환, 의료사고로 인한 민사책임의 법률구성, 재판자료 27집(1985년) 법원행정처, 34면에서 ‘의료보험이 소위 現物給與 方式을 채택하고 있다 하여도, 그것은 피보험자의 손해를 전보하는 방법의 하나이어서 금원으로 전보하는 방법과 근본적인 차이가 없으므로, 의료보험이 損害保險으로서의 성격을 완전히 상실하는 것도 아니고, 진료비의 일부는 피보험자가 지급하는 것이므로, 피보험자의 보험금을 위 기관에게 직접 지급하는 것이라고 이해한다면, 굳이 第三者를 위한 契約이 체결되는 것이라고 볼 필요도 실익도 별로 없으므로 醫療保險制度는 환자의 진료비지급을 擔保하는 수단 정도로 가볍게 보고, 환자와 의료기관과의 진료계약을 보다 강조하는 것이 옳을 것으로 생각한다.’고 하였다.

12) 이러한 법률관계의 변화는 주로 국민건강보험법 제43조 제3항, 제52조 제1항 및 제43조의2로 인하여 발생하고 있다.

Ⅲ. 임의비급여로 인한 의사와 환자간의 법률관계

1. 임의비급여의 의의

‘요양급여’란 가입자 및 피부양자의 질병, 부상, 출산의 경우, 보험자로부터 제공받는 진찰, 검사, 약제·치료재료의 지급, 처치·수술 등 치료, 예방·재활, 입원, 간호, 이송 등을 말한다(국민건강보험법 제39조 제1항). 이에 반하여 건강보험의 적용을 받지 못하는 것을 ‘보험 비급여’라고 하고, 이에는 ‘법정 비급여’와 ‘임의비급여’가 있다. 법정 비급여는 법 제39조 제2항, 제3항 및 국민건강보험요양급여의기준에관한규칙 제8조 및 제9조에 따라 인정된 합법적인 비급여를 말한다. 그런데, 임의 비급여는 법적으로는 보험급여인데도 불구하고 의료기관이 임의로 수진자들에게 진료비를 부담시키는 것을 말한다.

2. 임의비급여의 현황과 그 유형

임의비급여의 양과 전체 의료비 중에서 차지하는 비중 등에 대한 정확한 내용은 알기가 어렵다. 임의비급여가 불법으로 간주되어 각 의료기관별로 음성적으로 진행되고 있어서 정확한 자료를 얻기가 어렵기 때문이다. 일부 의료기관을 대상으로 하거나 건강보험공단에서 시행하고 있는 수진자 내역 신고서를 기초로 한 자료에 따르면 임의비급여의 크기는 전체 진료비의 5-10% 정도로 추산되고 있으나, 실제로는 그 보다 더 클 것으로 예상된다.¹³⁾ 실제 사례에서 주로 발생하는 임의비급여의 유형은 아래와 같다¹⁴⁾.

13) 2000. 2. 서울대학교 의과대학 의료관리학교실의 김용익 교수가 작성한 ‘임의비급여 관리 방안 연구’ 보고서 제38면.

14) 위 ‘임의비급여 관리 방안 연구’ 보고서에서는 임의비급여의 유형을 현행 법정보험급여에 포함되어 있는 임의비급여 유형(유형 A)와 현행 법정보험

- 별도로 산정할 수 없는 치료재료의 비용을 환자에게 부담시키는 경우
- 급여대상임에도 불구하고 심평원의 삭감 때문에 환자에게 부담시키는 경우
- 요양급여기준을 초과하여 보험급여가 인정되지 않는 경우
- 낮은 진료수가로 환자에게 비용의 일부 또는 전부를 부담시키는 경우
- 신의료기술 결정신청절차를 거치지 아니하고 비급여 처리하는 경우

3. 임의비급여의 발생원인

임의비급여의 원인도 그 유형에 따라 매우 다양하여 일률적으로 말할 수는 없다. 의료기관의 착오나 도덕적 해이로 인하여 발생하는 경우도 있으나, 대부분의 임의비급여 사례는 건강보험제도의 구조적 문제 때문에 발생한다고 할 수 있다. 즉, 단기간에 건강보험을 확대실시하려다 보니, ‘저보험료 저급여 저진료수가’ 정책을 고수할 수밖에 없었다. 요양급여기준과 진료수가가 보험재정 안정을 위한 수단으로 활용됨으로써, 자연히 급여수준은 떨어지고, 새로운 의학적 진단이나 치료방법, 신약, 신재료에 대한 보험

급여에 포함되지 않는 임의비급여 유형(유형 B)로 나누고, 유형 A에는 1) 별도로 산정할 수 없는 행위 및 재료의 비용을 환자에게 징수하는 유형, 2) 심사 삭감이 우려되어 진료비를 청구하지 않고 환자에게 징수하는 유형, 3) 수가가 낮아 환자에게 일부 또는 전액을 부담시키는 유형, 4) 보험 인정기준 초과시 환자에게 일부 부담시키는 유형, 5) 도매상이 EDI code를 연합회에 청구하지 않아 발생한 유형으로, 그리고 유형 B에는 1) 신의료기술이나 신규 진료용 재료 등을 장관의 사전 인정을 받지 않고 사용하거나 보험급여 여부를 의뢰하지 않고 요양기관 자체적으로 수가를 매겨 환자에게 부담시키는 경우, 2) 인정절차를 밟고 있는 항목을 임의비급여로 청구하는 경우로 분류하였다.

급여 인정이 제한될 수밖에 없었다. 불합리하게 낮은 진료수가와 제한적인 요양급여기준 하에서 일선 의료기관들은 병원경영에 필요한 수익성을 확보하기 위하여 부득이 그 비용을 ‘임의비급여’라는 형식으로 환자들에게 부담시키고 있으며, 또한 의학적 필요에 의해서 불가피하게 요양급여기준을 초과하여 급여를 실시할 필요가 있는 경우도 있다.

그리고, 건강보험 요양급여기준의 등재시스템의 구조적인 한계 때문에 불가피하게 발생하는 경우도 있다. 즉, 건강보험요양급여 의기준에관한규칙 제8조 제2항에 따라 보건복지부 장관은 매년마다 ‘국민건강요양급여행위및그상대가치점수(흔히 “급여목록표”라고 함)’에 급여대상인 의료행위에 대한 상대가치점수를 지정·고시하고 있다. 그런데, 의료행위의 종류가 워낙 많고 다양하여 급여대상인 모든 의료행위를 전부 급여목록표에 기재할 수 없다. 그에 따라 급여대상임에도 불구하고 급여목록표에 열거되지 아니한 항목이 생길 수 있다. 또한, 동 규칙 제8조에서는 비급여항목을 제외한 일체의 것을 요양급여대상으로 한다고 하면서, 규칙 제9조에서는 다시 비급여대상의 범위를 한정적으로 열거하고 있다. 그로 인하여 급여목록표에 기재되어 있지 아니하면서 (합법적인) 비급여대상으로도 분류되지 아니한 것이 생겨나게 되었다. 물론 보건복지부에서는 이러한 문제점을 미리 예견하고, 이른바 ‘신의료기술(과거의 미결정행위) 결정신청 절차’를 두었다고 한다. 그러나, ‘신의료기술’이라는 것은 그 의미가 불명확할 뿐만 아니라¹⁵⁾, 이를 심사 결정하는 쪽의 입장에서 자의적으로 해석·적용할 여지가

15) 예를 들어, 분만행위와 관련하여 급여목록표에는 ‘정상분만’, ‘유도분만’, 그리고 ‘겸자 또는 흡입분만’으로 나누어 각각에 대하여 상대가치점수를 규정하고 있다. 그런데, 그네분만이나 수중분만, 또는 르봐이에 분만 등 특수분만의 경우에 추가적인 시설과 비용이 소요되므로, 급여목록표에서 정한 항목에 따라 처리를 할 수는 없다. 이러한 경우에도 신의료기술신청을 해야 한다는 것이 보건복지부의 입장이다.

많고, 신청절차가 복잡한데다, 심사기간이 너무 길다는 점 등 많은 문제점을 내포하고 있다. 따라서, 신의료기술 결정 절차를 통해서, 임의비급여 문제가 근본적으로 해소되지는 않을 것으로 본다.

4. 임의비급여와 관련된 대표적인 분쟁 사례

가. 종합병원 병원장 사기 사건

- 1997. 12. 10. 서울지방검찰청은 서울 시내의 대형 종합병원인 강동 성심, 중앙대부속 용산병원, 순천향대 부속병원, 고대 부속 병원 등 13개 병원들이 수술료, 처치료 등 보험수가에 포함되어 있는 단순 재료대와 처치내용을 환자들에게 이중으로 청구하고 지정진료비를 허위징수하는 등 부정하게 진료비를 징수함으로써 총 158억 상당을 편취하였다는 혐의로 해당 병원의 병원장을 사기죄로 기소하였다.
- 진료비 편취의 유형은 1) 보험수가에 포함된 진료비 이중청구¹⁶⁾, 2) 보험급여 사항 비보험처리¹⁷⁾, 3) 지정진료비(현재의 선택진료비) 부당 징수¹⁸⁾이다.

16) 수술시 당연히 사용되는 봉합사, 거즈, 반창고, 소독포, 칼 등 각종 재료 대금과 음수량 측정, 소변량 측정, 간호사 등의 단순처치 행위 등은 보험처리되는 수술료, 처치료, 입원환자 관리료에 이미 포함되어 있어 환자에게 별도로 징수할 수 없음에도, 수술료와 처치료 등을 보험청구함과 동시에 재료대와 처치행위로 등을 별도로 징수.

17) 보험급여대상인 진료행위를 보험청구할 경우 소정의 수가 이상으로 받을 수 없고, 보험청구를 하여도 의료보험연합회(현 건강보험심사평가원)의 심사를 통하여 삭감되는 것을 회피하기 위하여 보험급여 사항을 비보험으로 처리하여 진료비 전액을 환자에게 부담시키거나 경우에 따라서는 그 금액도 소정의 수가보다 수배씩 받음(예, CT 촬영료).

18) 지정진료에관한규칙(현 선택진료에관한규칙)을 어기고 임상병리기사, 간호사 등이 행한 소변검사, 배양검사 등과 간호사나 수련의 등이 행한 관장 행위, 도뇨행위, 단순처치 등의 처치행위, 방사선기사가 행한 방사선촬영 등에 대하여 진정진료비를 징수.

- 제1심 법원(서울지방법원 2002. 1. 28. 선고 98 고합1034 판결)은 공소사실 전부를 유죄로 인정하고 다만, 개인 이득 목적이 아니었고 우리나라 의학발전 및 국민보건에 공헌한 바와 의료보험 저수가 등을 감안하여 각 병원장들에게 벌금형을 선고하였다.
- 그러나, 항소심(서울고등법원 2002. 8. 30. 선고 2002노676 판결)에서는 1) 이 사건에서 문제된 각 수가항목들은 피고인이 병원장으로 취임하기 전에 이미 수가심의위원회의 결정에 따라 병원에서 시행하고 있었고, 피고인이 병원장으로 취임하기 전에 수가 결정에 관여하였다는 점을 인정할 만한 증거가 없고, 2) 병원의 운영지침에 따르면 보험급여에 해당하지 아니하거나 그 이상의 비용이 드는 치료행위에 대하여는 담당 의사나 간호사가 환자 혹은 그 가족들에게 그 취지를 설명하도록 하는 것이었으며, 입원 환자들에게는 중간에 치료비계산서를 교부하여 치료 중에도 치료비의 내역을 알리는 한편, 환자나 가족들이 원하기만 하면 전산으로 교부된 자료를 출력하여 교부함으로써 환자들이 얼마든지 치료비의 상세한 내역을 알 수 있었던 점, 3) 병원의 병원장은 임기가 2년이고 각 과의 과장들이 번갈아 맡고 있으며, 병원장으로 근무하는 동안에도 대부분의 시간을 외래 환자와 입원환자에 대한 진료, 수술 업무에 할애하고 있었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 환자들이 의료보험 관련 법규에 어두운 점을 이용하여 임의 비급여가 금지되어 있는 사실을 피해자들에게 알리지 아니하는 방법으로 초과 부분을 편취하고자 직원들과 공모하였다고는 도저히 볼 수 없다고 하여 무죄를 선고하였다.

나. 산부인과 상급병실료 사건

- A산부인과 의원은 5명의 산부인과 전문의가 모여서 2000. 5.경

개원한 요양기관으로서 우수한 의료진과 최신 시설, 그리고 특수한 분만방법 등으로 유명하다.

- 위 산부인과 의원은 그네분만, 수중분만, 가족분만을 위한 특수분만실과 20개의 입원실을 갖추고 있는데, 20개의 입원실은 모두 1인용이었다. 그래서 위 산부인과 의원은 개원 초기부터 건강보험에서 정해진 분만료와 입원료 이외에 특수분만실 사용료와 상급병실 입원료를 산모들로부터 징수하였다.
- 2002. 5.경 보건복지부는 위 산부인과 의원에 현장실사를 벌였고, 그 결과 보건복지부는 위 산부인과 의원이 2000. 10.부터 2002. 3.까지, 1) 정해진 분만료 이외에 특수분만실 사용료를 산모들로부터 별도로 징수하였고, 2) 6인실 이상의 일반병실을 50%이상 확보하지 아니한 상황에서 산모들로부터 상급병실 사용료를 징수하였다는 이유로¹⁹⁾ 70일간의 요양기관업무정지처분을 내렸다. 그 외에 건강보험공단으로부터는 8,000여만원의 부당이득금 환수 처분을 받았다.
- 이에 대해 원고들은 1) 상급병실료 징수를 제한하고 있는 국민건강보험요양급여의기준에관한규칙 제9조, 별표2의 제4호가목은 의사들이 가지는 직업수행의 자유와 소비자인 임산부들의 행복추구권을 침해하는 조항이고, 위임입법의 한계를 초과하여 무효이다, 2) 특수분만은 보험급여 항목으로 규정되어 있지 아니하므로 비급여대상으로 볼 수 있으며, 3) 원고들이 징수한 것은 특수분만에 대한 행위료가 아니라 특수분만실 사용에 대한 비용이므로 환자들과의 합의에 따라 특수분만실 사용료를 받은 것은 정당하다고 주장하며, 행정소송을 제기하였다.

19) 국민건강보험요양급여의기준에관한규칙 제9조 [별표 2] 비급여대상 제4호의 가목에 따르면, 10 병상을 초과하는 의료기관의 경우에는 전체 병상의 50% 이상을 일반병실(같은 병실에 6인 이상의 환자가 입원할 수 있는 병실)로 하여야 상급병실료를 환자들에게 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

- 서울행정법원 2004. 9. 17. 선고 2003구합35137 판결은, 1) 국민건강보험요양급여의기준에관한규칙 제9조, 별표2의 제4호가목은 요양기관으로 하여금 일정한 수의 일반병상을 확보하게 함으로써 상급병상을 이용할 경제적 능력이 부족한 계층의 임산부들도 추가비용을 부담함이 없이 요양급여를 받을 수 있는 권리를 보장하기 위한 공익적인 목적으로 가진 강행규정으로서 국민건강보험법 제39조 제3항의 위임에 따른 것이므로 무효라고 볼 수 없다, 2) 국민건강보험요양급여행위및그상대가치점수에서는 분만료의 액수를 특정하고 있고, 국민건강보험요양급여의기준에관한규칙 제8조 제1항에 의하면, 별도로 정해진 비급여대상을 제외한 일체의 사항이 요양급여의 대상이 된다, 3) 특수분만실 사용료는 비급여대상으로 정해진 바가 없으므로, 요양기관으로서 위 국민건강보험요양급여행위및그상대가치점수에서 정한 소정의 분만료 이외에는 임산부로부터 분만실 사용료 명목의 비용을 별도로 징수할 수 없다는 이유로 부당이득금 환수처분은 적법하다고 판시하였다.

다만, 1) 출산율의 저하, 고령임신의 증가로 인한 자연분만율의 저하, 임산부들의 요구수준 및 경제적 능력의 향상, 모유 수유 등의 이유로 대부분의 임산부들이 1인실을 선호하고 있고, 2인실 이상의 병실은 당해 요양기관에 1인실의 여분이 없을 경우에 1인실이 빌 때까지 잠시 대기하는 곳으로 사용되고 있는 것이 현실이라는 점, 2) 따라서 일부 대형 종합병원을 제외하고는 대부분의 산부인과 전문병원에서 6인실 이상의 일반병상을 50% 이상 확보하지 못하고 있거나, 확보하고 있다고 하더라도 이를 1인실로 사용하고 있는 형편인 점, 3) 산부인과의 경우 입원기간이 다른 과에 비하여 비교적 짧고, 출산과정에서 임산부들이 극도의 정신적, 육체적 탈진상태에 빠지게 되므로 임산부에게는 회복을 위하여

최대한 편안하고 독립된 공간이 필요하며, 산부인과에는 일반적인 의미의 입원실 외에 분만대기실, 회복실 등이 추가로 필요하다는 점, 4) 의사 1, 2인이 운영하는 소규모 병원의 경우에는 일반병실 확보 여부와 무관하게 상급병실 사용료를 청구할 수 있도록 허용하고 있다는 점에서 5인의 의사들이 20병상을 운영하는 이 사건 의원의 경우에는 그 위반 정도가 그리 크지 않다는 점, 5) 원고들이 상급병상 또는 특수분만실을 이용할 의사가 없는 임신부로 하여금 강요 또는 기망에 의하여 상급병상이나 특수분만실을 사용하게 하고 그에 따른 추가사용료를 징수한 것이 아니라, 이를 원하는 임신부들의 요구에 따라 사용하게 하였다는 점에서 위반행위의 내용에 참작할 바가 있다는 점 등을 고려할 때, 70일간의 요양기관 업무정지처분은 지나치게 과중하다고 판단하였다.

- 위 판결은 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005두12466 판결로 확정되었고, 이후 진행된 유사한 사건(업무정지 또는 과징금처분 사건)에서도 피고의 처분은 재량권 남용으로 위법하다는 판결이 선고되었다.²⁰⁾

다. 산부인과 무통분만 사태

- 통증자가조절법(PCA)이란, 각 종 수술이나 분만을 할 때 통증 완화를 목적으로 척추부분(경막)이나 정맥에 마취약을 투입할 수 있는 기구를 통해 지속적으로 마취약을 투입하고 필요시 환자 스스로가 약물 투입을 조절하는 방법이다.
- 국민건강보험요양급여기준에관한규칙이나 보건복지부 고시인 ‘건강보험요양급여행위및그상대가치점수’에는 통증자가조절법

20) 서울행정법원 2005구합13148 사건 및 2005구합25400 사건(과징금 부과처분 사건), 서울행정법원 2006구합47469 사건(요양기관 업무정지처분 사건) 등

에 관하여 명시적인 항목이 없었다. 통증자가조절법에 대한 요양급여기준이 최초로 언급된 2000. 12. 30. 보건복지부 고시 제2000-73호는, PCA 시술 중 경막외 주입법(Epidural PCA)에 대해서는 건강보험요양급여행위및그상대가치점수 제3절 (신경차단술료) 바22(경막외 신경차단술) 나(지속적 차단) 중 (3) 기타에 의한 방법에서 정한 상대가치점수를 그대로 적용하고, 정맥내 주입법(I.V. PCA)에 대해서는 위 상대가치점수의 50%만 인정한다고 규정하였다. 그리고, 약제비와 치료재료대는 구입가로 청구하도록 하였다.

- 그러나, 위 고시만으로는 PCA 시술이 보험급여대상인지, 아니면 비급여대상인지 여부가 분명하지 않았다. 그래서 보건복지부는 2003. 1. 13. 고시 제2003-65호로 ‘통증자가조절법의 급여 인정 여부 기준’을 마련하여, ‘말기암환자의 악성동통, 근위축성척삭경화증 환자의 만성통증, 만성난치성통증’ 환자에 대해서 실시되는 통증자가조절법만 요양급여대상으로 인정하였다. 그러나, 그 외의 환자에게 실시될 경우에는 급여대상이기는 하지만, 그 금액은 전부를 본인이 부담하도록 하였다(소위 100/100 본인 부담 항목).
- 위 고시에 따르면 분만 과정에서 사용되는 PCA 시술에 대한 비용은 전부 산모가 부담하되, 다만 그 금액은 보건복지부에서 고시한 금액으로만 받아야 한다. 그러나 위 고시에도 불구하고, 대부분의 산부인과 의료기관에서는 통증자가조절법을 시술할 경우, 임의로 수가를 정하여(병원에 따라서 15만원 내지 20만원 정도) 환자들에게 시술비를 청구하여 왔다.
- 그 이유는, 1) 대부분 산부인과 의료기관은 위 고시의 존재조차 알지 못하였고, 2) 일부 알고 있었다고 하더라도 무통분만의 경우 질병 치료 목적이 아닌 분만 시 통증 완화를 목적으로 하는 것이어서 비급여대상으로 생각하는 경우도 많았으며,

3) 시술비를 결정할 때 약제비와 치료재료대를 어느 범위까지 산정해야 할지 정확하게 계산할 수 없었기 때문이다. 4) 만약 고시대로 시술비를 산정하면 그 수가가 너무 낮아 의료기관에서 손해를 볼 수가 있었다.

- 그러던 중 2004. 10.경 산부인과 의료기관들이 보건복지부가 정한 시술료보다 무통분만 시술료를 과다하게 지급받았으며, 일부 산모들이 산부인과에 항의를 하여 과다 징수한 무통분만 시술료를 환불받았다는 내용이 인터넷 사이트를 통해서 급속히 전파되면서, 무통분만 시술료 대량 환불 사태가 발생하였다. 산모들은 심평원에 진료비 확인 민원을 제기하고, 심평원과 보건복지부는 현지 조사 및 실태 파악에 나섰다.
- 사태가 급속도로 악화되자, 산부인과 의사들은 2004. 11. 말경 무통분만과 관련된 수가가 너무 낮게 책정되어 있다고 하면서 수가가 적정화될 때까지 무통분만 시술을 포기하겠다고 선언하였고, 산부인과개원의협의회와 대한의사협회도 그 입장에 동조하여 보건복지부에 수가 인상 및 사태의 원활한 해결을 촉구하였다.
- 그러자, 보건복지부는 2004. 12. 초순 산부인과 의사 대표들과 무통분만시술에 관하여 협의를 하고, 마취행위료를 인상함으로써 전체 시술료를 종전보다 20% 정도 인상하고, 그 중 환자 본인 부담 부분도 전체 금액 중에서 20% 정도로 낮추겠다고 약속하였다.
- 그러나, 위 합의와는 별개로 보건복지부는 산부인과 의료기관에 대해서 현지조사를 벌였고, 고시에서 정한 금액을 초과하여 징수한 의료기관에 대해서 부당이득 환수 및 업무정지(또는 과징금) 처분을 내렸다.
- 서울행정법원은 부당이득 환수처분에 관해서는 보건복지부 고시에서 정한 기준을 위반하여 무통분만 마취료를 받은 것은

‘사위 기타 부당한 방법’에 해당한다고 보고, 원고의 청구를 기각하였다(2007. 5. 17. 선고 2006구합15257 판결).

- 다만, 과징금 부과처분에 있어서는 서로 다른 입장을 보이고 있다. 즉, ‘요양급여기준에 관한 관련 규정이 적법하게 효력을 가지는 이상, 통증자가조절법 실시비용 초과청구가 관행화되었고, 이에 대한 100/100 본인부담항목이 문제점이 있다는 점만으로 이를 위반한 원고의 행위가 정당화될 수 없고, 원고 병원의 무통분만 시술비가 다른 의료기관에 비하여 저렴하다거나, 보건복지부에서 무통분만 시술비를 상향조정하겠다는 의사를 표시하였다거나, 초과 무통분만 시술료를 산모들에게 반환하였다는 점만으로 곧바로 이 사건 처분이 재량권을 남용하여 위법하다고 볼 수 없다’고 판시한 사례(2007. 5. 2. 선고 2006구합31006 사건)와 ‘산부인과 진료행태의 특성상 그에 따른 위험이나 비용이 큰 반면, 건강보험 수가는 이에 미치지 못하여 통증자가조절법 시술 등 관련 진료수가가 다소 적정하지 못한 문제점을 내포하고 있는 점, 위반행위의 유형을 보더라도 원고가 허위 내용으로 진료비를 청구한 것은 없고 수진자와 합의한 진료내용 그대로 청구한 것으로 보이는 점, 원고의 진료행위로 인하여 본인 부담금이 과다하게 징수한 것 외에 다른 피해는 없는 점, 의학기술의 발달과 보건위생관념의 증대로 인하여 고가 치료재료나 부수재료의 사용이 급속하게 증가하고 있지만 재원이 한정되어 있는 건강보험제도의 특성상 별도로 보상하지 않는 경우가 많은 점, 산부인과의 현실적 여건 등을 고려하면, 최고 한도의 과징금을 부과한 것은 재량권을 일탈·남용한 것이다’라고 판시한 사례(2007. 5. 17. 선고 2006구합15257 사건)가 있다.

라. 아토피 피부염 사건

- 원고는 아토피 피부염을 전문으로 치료하고 있는 소아과 전문 의로서, 면역학과 알레르기학으로 석사와 박사학위를 취득하였고, 대형병원 알레르기 클리닉 전담 의사를 역임하였으며, 알레르기와 아토피 피부염 치료에 관한 의학논문을 많이 발표하여 세계인명사전인 'Who's who in the World' 2004년도 판에 아토피 전문가로 등재되기도 하였다.
- 아직까지 아토피 유발 원인 및 그에 대한 치료법이 확립되지 않았고, 그에 따라 대부분의 의료인은 아토피의 증상만 일시적으로 완화하는 치료(대증요법)를 사용하고 있지만, 원고는 아토피를 근원적으로 치료하기 위하여 각종 검사를 실시하고, 식이요법과 면역 증강을 위한 면역주사제 투여 등 새로운 치료방법을 실시하고 있다.
- 또한 원고는 알레르기 연구소를 설립하여 아토피 치료법을 전문적으로 연구하고 있는데, 이 연구소는 정부 및 공공기관으로부터 '우량기술기업', '기술혁신형 중소기업'으로 각 선정되었고, 위 연구소가 개발한 알레르기 단백질 칩 제조를 통한 알레르기 진단 기술은 과학기술부 장관으로부터 '신기술인증'을 받기도 하였다.
- 치료받은 환자들의 90% 이상이 '아토피 피부염' 환자라는 사실에 주목한 심평원은 2002. 6. 초순경 원고의 의원에 대해서 건강보험 현지조사를 실시하였다.
- 보건복지부는 개설 시점인 2000. 1.부터 2002. 5.까지 29개월간 진료내역을 모두 조사한 결과, 원고가 위 기간 동안 1) 의약품 산정기준 위반 주사제 투여²¹⁾, 2) 무자격자로 하여금 혈액

21) 처분 사유는, '원고가 식품의약품안전청장의 허가사항을 위반하여 아토피 환자들에게 면역주사제(인터맥스 감마, 알파페론, 이뮤펜틴, 아이비글로블린 에스 주사제)를 투여하고 그 주사제 비용은 전부 환자로부터 징수하였

검사 등 실시²²⁾, 3) 수가에 포함된 검사료 별도 징수²³⁾, 4) 요양기준에서 정한 검사 절차를 위반하여 검사료를 청구²⁴⁾, 5) 미결정 검사료 임의 징수²⁵⁾, 6) 수가 포함 재료대 별도 징수²⁶⁾ 등으로 총 9억원 가량의 진료비를 건강보험공단 및 환자들로부터 부당하게 지급받았다고 판단하고, 그에 따라 부당이득금 환수 및 요양기관 업무정지 1년 처분을 내렸다.

- 이에 대하여 서울행정법원은 2006. 6. 28. 선고된 2005구합 12558 및 2005구합28370 (병합) 판결에서, ‘인정된 사실관계에 의하면, 원고가 이 사건 고시 등에서 규정한 범위를 초과하여 검사 등을 행하고 그 검사료를 수진자 등에게 부담시키거나 급여 또는 비급여로 고시되지 아니한 검사 등을 행하고 그 금액을 징수하는 등의 행위를 한 것은 위 기준 등에 위반하였다고 볼 수밖에 없으므로 엄격한 기준에 의할 때 이러한 원고의 행위는 일응 사위 기타 부정한 방법에 해당된다고 볼 여지가 있다’고 하면서도,

다’는 점이다.

- 22) 처분사유는, ‘원고가 임상병리사 자격이 없는 간호조무사와 직원들에게 혈액검사 업무를 보조하게 하였다’는 점이다.
- 23) ‘항원특이적 면역글로블린E 검사는 6종 이내에서만, 알레르겐 피부반응 검사는 55종까지만 보험급여를 인정하도록 건강보험요양급여행위및그상대가치점수에서 정하고 있는데, 원고는 그 검사 항목수를 초과하여 검사를 실시하였고, 초과된 검사료에 대해서는 전부 환자로부터 징수하였다는 점’이 처분사유이다.
- 24) ‘진단검사기관으로 지정받은 사실이 없는 사설 연구소(원고가 설립한 회사의 부설 연구소)에서 원고가 자체 개발한 알레르기 단백질칩을 이용하여 알레르기 항체 검사를 하고 그 비용을 회사 명의로 받은 점’이 처분 사유이다.
- 25) ‘급여 또는 비급여로 고시되지 아니한 싸이토카인 검사와 Histamin Prick Test를 실시하고 그 검사료를 전부 환자들로부터 지급받은 점’이 처분 사유이다.
- 26) ‘알레르겐 피부반응 검사에 대한 수가에 포함되어 있어 별도로 청구할 수 없는 특수바늘침(Morrow Brown Needle)에 대한 비용을 환자에게 직접 부담시킨 점’이 처분 사유이다.

‘그러나, 이 사건의 경우와 같이 아직까지 난치병으로 알려진 중증 아토피 치료와 관련하여 완전한 표준치료법이 정착되지 아니한 상태에서 원고의 이 사건 제반 진료행위 및 그에 수반한 보험급여 등을 받은 행위에 대하여 진료수단과 방식에 관하여 매우 제한적인 이 사건 고시에서 정한 기준만을 적용하여 이를 위반하였음을 이유로 하여 국민건강보험법상 제재적 성격을 가진 업무정지나 요양급여비용 환수처분을 하는 것이 합당한가 여부를 판정함에 있어서는 매우 신중한 접근이 필요하다. 특히, 건강보험제도가 추구하는 목적, 난치병 치료와 관련된 국민들의 사회적 욕구, 국민건강증진을 위한 신의료기술의 개발 촉진 등 제반 정책 목적을 합목적적으로 종합 고려하여야 할 것임을 물론이다. 한편, 의사의 진료행위에는 자유로운 판단에 기반한 고도의 의학적 결단이 요구되고, 그 자유로운 판단에 따른 진료 실시가 치료 효과와 연결될 것이기 때문에 그와 같은 전문가적 재량성을 보장해주는 것은 결국 환자의 이익과도 합치될 것이다. 특히 이 사건의 경우와 같이 중증 난치병으로 고통을 겪고 있는 환자의 입장에서 보면 아직까지 그 완치에 이르는 표준적 치료법이 공식적으로 마련되지 않은 상태에서 무작정 이 사건 고시가 정한 치료 방식만을 고수하라는 것은 이러한 의료전문가의 합목적적 재량성 보장을 통한 치료 목적의 달성이라고 하는 또 다른 공익적 목표와 불가피하게 충돌되는 측면이 있는 것이므로, 그 한계를 어떻게 설정할 것인가에 관하여 신중한 검토도 필요하다. 그러므로 이러한 제반 요소들을 참작하여 당해 구체적인 의료행위의 적정성 여부 및 이 사건 처분의 재량권 남용 여부를 판단할 것이고, 나아가 이 사건 처분이 그 일탈, 남용으로 위법한 것이 되기 위하여는 사회통념상 현저히 타당성을 잃어 그 처분으로인하여 얻게 되는 공익상의 필요보다 원고가 받게 될 불이익 등이 막대한 경우라야 할 것이다’고 하였고,

‘살피건대, ① 원고가 연구기관과 대학병원 등에서 고용의사로 근무하다가 2000. 1. 처음 의료기관을 개설하였기 때문에, 건강보험 관련 법령이나 요양급여기준에 대해서 정확한 이해가 없었던 점, ② 원고는 의학적으로 필요한 치료를 하고 그에 상응하는 치료비를 받았으며 이로 인하여 원고가 부당하게 이득을 취한 것은 없을 뿐만 아니라, 면역주사제 투여로 인한 이득은 대부분 면역주사제를 공급한 제약회사에 귀속된 점, ③ 원고가 허위 내용으로 진료비를 청구한 사실은 결코 없고 모두 진료한 내용 그대로 청구한 것인 점, ④ 원고의 치료로 인하여 환자들은 치료효과를 보았기 때문에 환자들에게 피해가 발생한 것은 없는 점, ⑤ 검사항목수를 제한하고 있는 이 사건 고시는 일반적인 알레르기 질환을 예상한 것으로서, 그 원인이 워낙 다양한 아토피의 경우에는 적용되기 어려운 점, ⑥ 아토피 환자들은 최소한 2-3년 정도 지속적인 관찰과 치료가 필요한데, 만약 원고가 1년 동안 요양기관의 업무를 정지하게 되면 그 기간 동안은 환자들에 대한 진료를 할 수 없게 되고, 그렇게 되면 환자들에게 큰 불편이 야기된다는 점, ⑦ 원고의 진료방법이 의학적 근거를 가지고 있음에도 원고로 하여금 더 이상 아토피 환자들을 진료할 수 없게 한다면 의료서비스 발전 정책에 역행함으로써 오히려 공익에 반한다는 점, ⑧ 전체 부당청구 금액 9억여원 중 환자 본인 부담금 부분 8억 5,000만원은 건강보험공단이 원고로부터 환수한 후 환자들에게 반환하여야 하는 바, 그럴 경우 환자들이 부당이득을 취하게 되는 점, ⑨ 의료인의 재량권이 보장되어야 하는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다’고 판시하였다.

- 위 사건은 피고들의 항소로 현재 서울고등법원에서 심리가 진행되고 있다.

- 한편, 원고는 1심 재판 진행 중에 검사 항목수를 제한하고 있는 보건복지부 고시(건강보험요양급여행위 및 그 상대가치점수)에 대해서 헌법소원 심판을 청구하였는데, 헌법재판소는 해당 고시가 청구인의 의료행위에 대한 보수 청구나 의료행위의 수행을 헌법 제37조 제2항에 위반하여 과도하게 제한한다고 볼 수 없다'고 판시하였다(2007. 8. 30. 선고 2007헌마417 사건).

마. 서울대병원 진료비 환급 사건

- 환자(1999. 3. 출생)는 선천성 기관지 기형 상병으로 1999. 10부터 2003. 8.까지 11회에 걸쳐 서울대병원에 입원하여 기도 폐색으로 인한 의료행위²⁷⁾, 약제, 치료재료, 검사 등을 받았으나, 2003. 8. 9. 사망하였다.
- 서울대병원(원고)은 위 환자에 대한 진료비로 7,900여만원을 징수하였는데, 환자 사망 후 환자의 어머니가 심평원(피고)에 요양급여대상 여부 확인 신청을 하였고, 심평원은 원고가 징수한 금액 중 5,000여만원을 환자의 가족들에게 환불하도록 통보하였다.
- 서울대병원은 심평원에 이의신청 및 심사청구를 제기하였으나 모두 기각되었고, 그 후 서울행정법원에 환불 처분 취소 소송을 제기하였다.
- 심평원이 환불 결정한 이유는, 1) 별도 산정 불가 재료대 및

27) 환자는 1999. 10경 썩썩거림과 청색증이 심하여 소아 중환자실에 입원하여 CT 등의 검사상 기관용골하부의 폐동맥 슬링, 2개의 상행대정맥, 식도중양 부위의 낭성병변 등이 진단되었고, 1999. 11. 12. 전신마취하에 주폐동맥에 대한 문합술과 기관확장시술 및 개방성 동맥관 절단봉합수술 등이 시행되었으며, 1999. 12. 30. 기관지 내시경 소견상 기관확대 수술 부위에 협착이 발견되어 보강수술이, 2000. 1. 11. 기관총격동류폐쇄수술이 각 시행되었고, 그후 여러 차례에 걸쳐 기관협착 부위에 stent를 삽입하거나 육아조직을 제거하는 시술이 거듭되어 합계 102회의 수술을 받았다.

infusion pump set 비용 청구, 2) 식약청장의 허가 범위를 초과한 약제 투여 후 비용 청구, 3) 선택진료비 부담 청구 등이다. 그 중 서울대병원은 선택진료비 부담청구 사실은 인정하였다.

- 서울행정법원은 2007. 9. 13. 선고 2005구합27925 판결에서, ‘건강보험법 관계법령과 판례(대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13434 판결 등)의 태도에 따르면, 요양기관이 진료행위에 대한 비용과 별도로 산정할 수 없는 치료재료비용을 환자에게 별도로 지급받는 행위는 환자측의 동의 여부를 불문하고 건강보험법 제52조 제1항의 규정에 의한 ‘사위 기타 부당한 방법’에 의하여 요양급여비용을 받은 경우에 해당하여 정당하다고 할 수 없다. 위 판례의 취지는 ‘건강보험법 관계법령에 의하여 인정되지 아니한 치료재료대의 무분별한 사용으로 인하여 환자나 건강보험재정에 대하여 발생할 수 있는 피해를 사전에 예방하기 위하여, 당해 법령이 제정될 당시 예상되었던 통상적인 질병의 치료에 필요한 일체의 진료행위와 관련하여 지출한 치료재료비용은 별도로 산정할 수 없다는 것이므로, 위와 같은 법리가 모든 경우에 일체의 예외 없이 적용되어야 한다고는 할 수 없고, 통상적인 질병의 치료 범위를 넘어서는 아주 특별한 사정이 인정되는 경우에는 위 질병의 진료행위와 관련하여 합리적인 범위내에서 지출한 특수한 비용은 환자측의 사전동의를 받았거나 사전동의를 받지 못했더라도 환자측에게 사전에 동의 여부를 문의하였다면 동의를 하였을 것으로 보이는 경우에는 비급여대상으로서 별도로 산정할 수 있다고 봄이 상당하다’고 하면서,

‘이 사건에서 ① 환자의 상태는 매우 위급하여 입원 및 수술을 반복하는 희귀한 사례로서 원고 병원의 의료진이 환자의 건강을 회복하기 위하여 치료에 필수적인 BACKTERIA FILTER, BREATHING

CIRCUIT SET, DISPOSABLE HAND CONTROL,, infusion pump set 등을 사용한 경우에는 원래 건강보험 관련 규정이 예정하고 있는 통상의 치료범위를 초과한 것으로 보이는 점, ② 이 사건과 같이 통상의 질병 치료 범위를 초과하는 특수한 경우에는 환자측이 그 범위를 넘어서는 치료비를 부담하는 것이 수익자부담원칙 및 요양급여제도의 공익성에 부합하는 점, ③ 원고가 위와 같은 치료재료를 사용하는 것이 치료에 불가피하였고 위 치료재료를 대체할 수 있는 다른 저가의 치료재료가 존재한다고 보기 어려운 점, ④ 원고는 환자의 보호자들로부터 사전에 위 비용의 지출에 관한 동의를 받지 않았지만 만약 동의 여부를 문의하였다면 동의를 하였을 것으로 보이는 점 등을 종합적으로 고려하면 피고가 별도 산정 불가 항목으로 평가하여 원고에게 환불을 명한 부분과 infusion pump set 부분을 위법하다고 할 것이다²⁸⁾라고 하여 원고의 청구를 일부 인정하였다.

그리고, 식약청장의 허가 범위를 초과하여 약을 투여한 경우에 있어서는 ‘구연산펜타닐의 식약청 허가사항(효능, 효과)을 살펴보면, 구연산펜타닐은 마취, 마취전 투약, 마취 유도, 마취 유지 및 수술 직후(회복실)의 단기간 진통, 전신 또는 국소마취시 마약성 진통 보조, Dreperidol과 같은 신경이완제와 병용하여 마취유도 국소 및 전신마취시 마취유지를 위한 마취전 투약제, 개심술, 복잡

28) 그리고 재판부는 ‘만약 이러한 경우에까지 위 법리가 예외 없이 적용된다고 본다면, 원고로서는 보험자인 건강보험공단이나 환자측으로부터 아무런 보전도 받지 못한 채 특수한 비용을 지출하여 치료를 하거나, 이를 지출하지 않은 채 통상적인 방법에 의한 치료를 할 수 밖에 없을 것인데, 원고에게 전자의 방법을 강요한다면 이는 원고의 재산권의 본질적인 부분을 침해하는 것으로서 헌법에 위반될 가능성이 높고, 원고에게 후자의 방법을 허용한다면 이는 환자의 그 무엇과도 바꿀 수 없는 귀중한 생명에 대한 권리를 침해한 것으로서 역시 헌법에 위반될 가능성이 높다는 점에서, 위와 같은 경우에는 위 법리 적용의 예외를 인정하여야 할 것이다’라고 부언하였다.

한 신경계 및 정형외과 수술과 같은 선택된 고위험환자군에서 산소와 병행하여 마취제로 사용한다고 되어 있다. 그런데, 원고 병원 의료진이 환자에게 기도내 삽관을 하면서 통증 방지 및 일시적인 수면을 위하거나 안정상태를 위한 수면을 유도하기 위하여 구연산펜타닐을 사용하였는 바, 이는 원고가 특이한 상태에 있었던 중환자에 대한 고난이도의 시술에 필요하여 위 약제를 사용한 이상 보건복지부 고시의 허가 범위를 초과한 경우에도 요양급여로 인정되어야 할 것이다’고 원고의 주장을 받아들였다.

그러나, 그 외에 원고가 환자 보호자와 합의하여 급여 행위를 비급여로 처리하기로 한 부분에 대해서는 ‘치료행위 등은 전문적인 지식과 기술을 갖춘 요양기관이 질병 등에 대하여 전문지식이 없는데다가 질병 등으로 곤궁한 상태에 있는 불특정 다수자인 환자를 상대로 베푸는 행위로서, 치료행위 등의 내용이나 그 비용 부담 등에 관하여는 당사자의 계약에 의하여 정하게 할 수는 없는 것이므로, 요양기관이 치료행위를 하고, 그 비용을 징수함에 있어서는 요양급여기준과 진료수가기준에서 정한 기준과 절차에 따라야 하고, 급여대상에 대하여 임의로 비급여대상으로 진료행위를 하고 환자 본인과 사이에 보험비급여로하기로 상호 합의하여 그 진료비용 등을 환자 본인으로부터 지급받는 행위를 허용할 수 없다’고 하면서, 원고의 청구를 기각하였다.

바. 여의도 성모병원 사건

- 여의도 성모병원은 백혈병 치료와 조혈모세포이식 분야에서 세계 4대 센터 중의 하나이고 아시아 및 우리나라에서는 최고의 의료기관으로 인정받고 있다.
- 2006. 12. 한국백혈병 환우회가 기자회견을 개최하여 성모병원의 백혈병 진료비 청구가 부당하다며 보건복지부에 실사를 공

- 식 요청하였고 직후 KBS ‘추적 60분’ ‘백혈병 고액진료비의 비밀’ 편이 보도되면서 이 문제가 사회문제화 되었다. 그에 따라, 보건복지부는 2006. 12. 13.부터 28.까지 여의도 성모병원에 대한 현장조사를 실시하였고, 조사 기간 중에 백혈병 환자들은 성모병원을 상대로 진료비 환불 청구 소송을 제기하였으며, 그 후 2차와 3차에 걸쳐 계속 민사소송을 제기하고 있다.
- 그 후 2007. 7. 말경 보건복지부는 여의도 성모병원이 30억원 대의 진료비를 부당하게 받았다고 판단하고 그 금액을 환자들에게 환불해 줄 것과 부당금액의 5배에 해당하는 140억원 대의 과징금을 부과하도록 하는 내용으로 사전통지 하였고, 이에 대한 의견 제출 절차가 진행 중에 있다.
 - 위 사건에서 주로 문제된 내용도 1) 환자 동의에 의한 임의비 급여, 2) 식약청장의 허가 범위 외 약품 투여, 3) 별도 산정 불가 재료대 청구, 4) 선택진료비 부분이다.
 - 이 사건을 계기로 다시 한번 의료계와 의료시민단체 사이에 임의비급여에 논쟁이 확산되고 있고, 아울러 보건복지부도 심평원, 의료계 관계자들을 중심으로 임의비급여 개선을 위한 대책회의를 진행하고 있다.

5. 임의비급여를 둘러싼 환자와 의사간 법률관계

가. 임의비급여가 ‘사위 기타 부당한 방법’에 해당되는지

(1) 문제의 소재

임의비급여를 직접적으로 금지하고 있는 법령의 규정은 없다²⁹⁾.

29) 한편, 헌법재판소 조대현 재판관은 2006헌마417 건강보험요양급여행위 및 그 상대가치점수 고시에 대한 위헌확인 사건에서 ‘국민건강보험법 시행령 제22조 제2항 후문은 법 제39조 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 보건복지부령이 정하는 요양급여사항 또는 비급여사항 외에 입원보증금 등 다른 명목으로 비용을 청구하지 못하게 규정하고 있지만, 이 규정은 건강보험

그런데도, 지금까지 실무와 판례에서는 구 의료보험법 제45조 제1항³⁰⁾ 및 건강보험법 제52조 제1항³¹⁾ 규정에 근거하여 임의비급여를 사실상 금지해 오고 있다. 보건복지부장관이나 건강보험공단은 국민건강보험 법령이나 보건복지부 고시에서 정한 요양급여기준에 따르지 않고 진료한 경우에는 무조건 ‘사위 기타 부당한 방법’에 해당된다고 보고, 부당이득금 환수처분 및 업무정지처분을 내리고 있다.

따라서, 위 규정에서 정한 ‘사위 기타 부정한(또는 부당한) 방법’을 어떻게 해석할 것인지에 따라 임의비급여의 허용 여부가 결정된다고 할 수 있다.

- (2) ‘사위 기타 부당한 방법’의 해석에 관한 대법원 판례의 태도
- 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13434 판결 : 구 의료보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호 국민건강보험법 부칙 제2조로 폐지) 및 구 공무원 및 사립학교교직원 의료보험법(1997. 12. 31. 법률 제5488호 국민의료보험법 부칙 제2조로 폐지) 제45조 제1항에서 정한 사위 기타 부정한 방법으로 보험급여비용

제도의 틀 안에서 보험급여와 본인부담금을 청구할 수 있는 한도를 제한하는 취지라고 보아야 한다. 시행령 제22조 제2항 후문은 의료인이 국민건강보험제도의 틀 밖에서 환자와 협의하여 임의비급여 또는 보험의 의료를 시행하고 그 비용과 보수를 수진자에게 청구하는 것을 금지하는 취지라고 볼 수 없다.’라고 판시한 바 있다.

- 30) 제45조 (부당이득의 징수)
- ① 보험자 또는 보험자단체는 사위(詐僞) 기타 부정한 방법으로 보험급여를 받은 자 또는 보험급여비용을 받은 요양기관에 대하여 그 급여 또는 급여비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.
- 31) 제52조(부당이득의 징수)
- ① 공단은 사위 기타 부당한 방법으로 보험급여를 받은 자 또는 보험급여비용을 받은 요양기관에 대하여 그 급여 또는 급여비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.

을 받은이라 함은 요양기관이 의료보험 요양급여기준(보건복지부고시 제1997-58호), 의료보험 진료수가기준(보건복지부고시 제1997-59호)에서 정한 진료수가 등을 위반·초과하여 보험자·보험자단체 또는 피보험자로부터 보험급여비용을 받은 경우만이 아니라, 요양기관이 의료보험 요양급여기준과 의료보험 진료수가기준에서 정한 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 수진자 본인과 사이에 보험비급여로 하기로 상호합의하여 그 진료비용 등을 수진자 본인으로부터 지급받은 경우에도 위 각 기준에 위반되는 것으로서 이에 해당한다고 할 것이고, 그 합의과정에서 요양기관이 수진자를 기망하지 아니하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

- 대법원 2001. 3. 23. 선고 99두4204 판결 : 기록에 의하면, 원고는 이 사건 실지조사기간에 해당하는 1995. 3. 1.부터 1995. 5. 31.까지 CO₂ 레이저 수술을 하고도 홀미움 레이저 수술을 한 것처럼 가장하여 환자들로부터 그 재료대를 받은 것이 아니라, 그 기간 중 CO₂ 레이저 수술, 홀미움 레이저 수술 또는 관혈적 레이저 추간판 절제술(OLM, open laser discectomy)을 병행하고(기록 305-312, 427-431면 등) 환자들로부터 보험비급여로 재료대를 받은 것으로 보이나, 위 실지조사기간 당시 시행되던 진료수가기준상 위 레이저 수술은 어느 방법이든 그 수술비 외에 별도로 재료대를 환자로부터 받는 것이 허용되지 아니하였고, 원심 판시와 같이 진료수가기준 중 레이저 수술 재료대에 관련된 보건복지부 지침이 후에 변경되어 재료대도 보험급여대상으로 되었다고 하더라도 변경된 지침을 소급 적용한다고 규정하고 있지 아니한 이상 그 지침 시행일 이전에 이미 환자 본인으로부터 재료대를 받은 것이 법 및 공교법 제45조 제1항의 ‘사위 기타 부정한 방법에 의

하여 보험급여비용을 받은 경우'에 해당하지 아니한다고 할 수는 없다.

- 대법원 1999. 1. 26. 선고 97누14224 판결 : 요양기관이 직장·지역의료보험대상자 및 공·교 의료보험 대상자로부터 의료보험수가에 의한 본인부담금이 아닌 일반수가에 의한 수술비를 지급받은 것은 부당이득 징수사유인 '사위 기타 부정한 방법으로 보험급여비용을 받은 경우'에 해당한다 할 것이고, 환자들로부터 사전 동의를 받았든가, 수술방법이 근본적으로 향상된 새로운 치료법이라든가, 현행의 의료보험수가로는 병원의 유지조차 힘들다는 등의 사유만으로 달리 볼 것이 아니다.

즉, 현재까지 대법원 판례는 일관되게 요양기관이 건강보험 요양급여기준에서 정한 진료수가 등을 위반·초과하여 요양급여비용을 받은 경우만이 아니라, 요양기관이 요양급여기준과 진료수가기준에서 정한 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 수진자 본인과 사이에 보험비급여로 하기로 상호합의하여 그 진료비용 등을 수진자 본인으로부터 지급받은 경우에도 '사위 기타 부정한 방법'에 해당된다고 판시하고 있다. 여기에 관련 기준의 의학적 타당성 유무, 임의비급여의 현실적 불가피성, 환자의 선택권 등은 전혀 고려 대상이 되지 않고 있다.

(3) 헌법재판소의 보충의견

아직까지 헌법재판소가 임의비급여 문제에 관해서 직접적인 언급을 한 적은 없었다³²⁾. 그런데, 앞서 언급한 '아토피 사건'과 관

32) 한편, 앞서 종합병원장 사기사건에서 관련 형사재판 진행 중에 피고인 병원장이 요양급여의 범위를 보건복지부장관이 정하도록 규정하고 있는 구 의료보험법 제29조 제3항에 대하여 헌법재판소에 헌법소원을 제기하였으나, 헌법재판소(2000. 1. 27. 99헌바23 결정)는 '의료보험법 제29조 제1항이 요양급여의 대상과 내용 및 그 실시를 명확하게 규정하고 있고, 심판대상

련된 헌법소원 심판사건에서 헌법재판소 조대현 재판관은 보충의견 형식으로 임의비급여 문제를 직접 언급하였는데, 그 내용은 기존 대법원의 입장과 상반된 것이어서 의료계로부터 상당한 주목을 받았다.

위 헌법소원 심판은 부당이득금 환수처분 및 요양기관 업무정지처분에 대한 행정소송 진행 중에 재판의 전제가 되고 있는 검사항목수를 제한하고 있는 보건복지부 고시(건강보험요양급여행위 및 그 상대가치점수³³⁾)가 의료인의 직업수행의 자유를 침해한다고 헌법소원 심판을 제기한 사건이다.

위 사건에서 다른 헌법재판관들은 임의비급여 문제는 직접 언급하지 않고, 헌법소원 심판 대상이 된 보건복지부 고시가 1) 정당한 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단에 해당하고, 2) 기본권 침해의 최소성 원칙에 위반되지 아니하며, 3) 법익의 균형성

법조항 자체가 위임내용을 요양급여의 방법·절차·범위·상한기준 등 요양급여의 기준이라고 특정하고 있으며, 의료보험법의 전반적 체계와 여타의 의료보험법상의 관련 규정을 종합해보면 심판대상법조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 예측할 수 있으므로 심판대상법조항이 요양급여의 기준 등을 더 구체적으로 정하지 아니하였다고 하여 헌법 제40조, 제75조 및 제95조 규정에 의한 포괄위임금지의 원칙에 위반하는 것으로는 볼 수 없다. 심판대상법조항이 요양급여의 방법·절차·범위·상한기준 등 요양급여의 기준을 ‘보건복지부장관이 정한다’고 한 뜻은 ‘보건복지부의 법규명령으로’ 정한다는 의미로 해석하여야 한다.’는 이유로 합헌결정을 내린 바 있는데, 여기에서는 ‘임의비급여’ 문제가 직접 언급되지 않았다.

33) 구체적인 심판대상인 아래와 같다.

나-231 C2310 항원특이적 면역글로블린 E 178.52 Allergen Specific IgE
(주: Allergen 종류에 따라 산정하되 최대 6종 이내로 산정한다.)

나-713 E7130 첩포시험 Patch Test[1종목당] 25.02
(주: 30종 이상 실시한 경우에도 30종목의 소정점수만 산정한다.)

나-715 알레르겐 피부반응검사 Allergen Skin Test [1종목당]

E7151 가. 피부단자시험 Skin Prick Test 19.74
(주: 55종 이상 실시한 경우에도 55종목의 소정점수만 산정한다.)

E7152 나. 피내반응시험 Intradermal Test 27.80
(주: 20종 이상 실시한 경우에도 20종목의 소정점수만 산정한다.)

요건도 충족된다고 하면서, 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다(헌법재판소는 2007. 8. 30. 선고 2006헌마417).

그런데, 조대현 재판관은 보충의견을 통해서 임의비급여의 문제를 직접 언급하면서, ‘이 사건 급여기준은 요양급여사항과 비급여사항(보험급여를 지급하지 않는 사항)을 규정하고 요양급여사항 뿐만 아니라 비급여사항에 대해서도 의료기관이 지급받을 수 있는 비용과 보수의 상한을 규정하면서, 요양급여사항과 비급여사항 모두 구체적인 의료행위·약제·치료재료를 개별적으로 열거하고 있다. 따라서 이 사건 급여기준에 정해진 요양급여사항에도 해당되지 않고 비급여사항에도 해당되지 않는 의료행위·약제·치료재료(이를 ‘임의 비급여’ 또는 ‘보험외 의료’라 한다)가 생기기 마련이고, 의료기술의 발달에 따라 그러한 사항은 증가하게 된다. 질병의 치료를 위하여 임의 비급여 또는 보험외 의료가 필요한 경우에는, 건강보험제도의 대상이 아니어서 보험급여로서 청구할 수 없으므로, 보험제도의 틀 밖에서 수진자의 동의를 받아 시행하고 그 비용과 보수를 수진자에게 직접 청구할 수밖에 없다. 결국 의료인은 국민건강보험제도의 틀 밖에서 환자와 협의하여 임의비급여 또는 보험외 의료를 시행하고 그 비용과 보수를 수진자에게 청구할 수 있다고 할 것이므로, 이 사건 고시가 보험급여의 대상인 검사방법을 제한하였다고 하여 의료인의 의료보수청구나 직업수행의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.’고 판시하였다.

(4) 사 건

기존의 대법원 판례나 행정실무는 요양급여기준에 위반되는 형태의 일체의 진료비 청구를 ‘사위 기타 부당한 방법’에 해당된다고 판시하였다. 그러나, 이는 의료현실의 특수성과 복잡성, 건강보험제도의 한계, 요양급여기준의 불합리성, 진료비 심사 제도의 문제점,³⁴⁾ 환자의 선택권 등 다양한 쟁점 사항들을 고려하지 않고,

너무나 형식적으로 판단하였다는 비판을 면하기 어렵다. 비록, 최근에 서울행정법원이 앞서 언급한 특수한 사례(아토피 사건과 서울대병원 사건)에서 의료기관측의 손을 들어준 것이 있기는 하지만, 아직까지도 대부분의 사건에서는 기존 대법원 판례를 그대로 답습하고 있다.

사건으로는, 불합리한 요양급여기준과 그로 인한 부당한 삭감 때문에 임의비급여가 실시되는 경우, 의학적 필요성 또는 환자의 자율적 선택에 따라 임의비급여가 실시되는 경우에 있어서는 ‘사위 기타 부당한 방법’에 해당되지 않는다고 전향적으로 해석할 필요가 있다고 생각한다. 헌법재판소 조대현 재판관의 보충의견과 같이, 국민건강보험법 제39조가 요양급여의 기준과 급여대상·비급여대상을 정하는 것은, 건강보험제도에 의한 요양급여와 보험급여를 필요하고도 합리적인 범위 내에서 시행하여 보험재정의 범위 안에서 보험급여가 이루어지도록 건강보험제도의 틀을 정하는 것에 불과하고, 건강보험제도의 틀 밖에서 이루어지는 의료관계까지 규제하는 것이라고 볼 수 없기 때문이다. 따라서, 국민건강보험법 제39조에 의하여 요양급여의 기준과 상한이 정해진 사항이라도, 그것은 보험급여의 한도를 정한 것에 불과하므로, 각 의료인이 수진자와 협의하여 환자와 질병의 상태에 맞는 의료방법을 결정하고 그 의료방법의 구체적인 내용과 전문성의 정도에 맞추

-
- 34) 대한의사협회 의료정책연구소가 2003. 3. 22.에 마련한 제4차 의료정책 포럼에서 이화외과대학교 이선희 교수는 ‘건강보험 급여심사의 문제점과 개선방안’이란 연구 보고서를 통하여, 건강보험 심사제도의 문제점으로, 1) 건강보험 재정통제 수단으로서 심사정책의 도구화, 2) 심사기준의 비합리성, 3) 심사기준 관리과정의 합리성과 투명성 부족, 4) 심사기준 적용과정의 일관성 결여, 5) 임의비급여 제한으로 의료의 질과 환자의 선택권이 제한된다는 점을 지적하고 있다. 그리고, 대한의사협회는 2004. 6. 불합리한 요양급여기준 및 심사지침, 부당삭감으로 인한 진료 제한 및 왜곡 사례를 중심으로 한 ‘진료권 침해 및 보험급여 왜곡 사례집’이라는 연구보고서를 낸 바 있다.

어 비용과 보수를 결정하여 수진자 개인에게 부담시킬 수 있다고 보아야 한다.

나. 부당이득금 환수처분 및 진료비 환불 통보와 관련하여

(1) 현실적 문제점

국민건강보험법 제52조 제1항은 ‘공단은 사위 기타 부당한 방법으로 보험급여를 받은 자 또는 보험급여비용을 받은 요양기관에 대하여 그 급여 또는 급여비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.’, 그리고 제4항은 ‘제1항의 경우에 있어 요양기관이 가입자 또는 피부양자로부터 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 때에는 공단은 당해 요양기관으로부터 이를 징수하여 가입자 또는 피부양자에게 지체없이 지급하여야 한다.’고 규정하고 있다. 그에 따라, 요양기관이 사위 기타 부당한 방법으로 가입자로부터 본인부담금을 부당하게 징수한 경우, 공단은 그 금액을 해당 가입자에게 반환하고 있다.

또한, 가입자는 진료비 지급 후에 심평원에 요양급여대상 여부 및 진료비 지급의 적정성 여부를 심사해 달라고 요청할 수 있고 (법제43조의2 제1항), 심평원은 그 결과를 확인요청자 및 해당 요양기관과 공단에 통보하도록 하고 있다(같은 제2항). 본인부담금을 과다 징수한 것으로 통보받은 요양기관은 이를 지체없이 지급하여야 하고, 만약 요양기관이 임의로 지급하지 아니하면 공단은 당해 요양기관에 지급하여야 할 요양급여비용에서 과다본인부담금을 공제하여 확인요청자에게 지급하도록 하고 있다(같은 제3항).

이에 따라, 환자의 입장에서는 진료비를 지급한 후에 그 진료비 지급이 과다하다고 의심될 경우에는 굳이 민사상 부당이득반환청구소송을 제기할 필요없이, 심평원에 진료비 지급 확인을 요청할 수 있다. 또한, 환자가 진료비에 대해서 이의를 제기하지 않더라도, 건강보험 현지조사를 통하여 ‘부당청구’ 사실이 밝혀져서 부

당이득금이 환수된 경우에 공단은 환수한 환자 본인부담금을 해당 환자에게 반환하도록 하고 있으므로, 환자들은 별다른 수고 없이 진료비를 반환받을 수 있다. 사전에 환자가 의사로부터 임의비급여 사실에 대한 설명을 듣고 그에 대한 동의를 하였다고 하더라도, 진료비를 반환받는 데는 아무런 지장이 없다. 무통분만 사례나 여의도 성모병원의 진료비 환불 사태가 발생한 것도 바로 위 규정 때문이다.

물론, 요양기관이 고의나 과실로 인하여 요양급여기준을 위반하여 환자 본인부담금을 징수하였다면, 초과 지급된 본인부담금은 환자에게 반환하는 것이 정당하다. 그리고, 환자의 수급권을 보장하고, 건강보험 급여질서를 확립하기 위하여 위 규정의 필요성이 어느 정도 인정될 수 있다.³⁵⁾

그러나, 임의비급여의 유형 중에 의학적 필요에 의한 임의비급여와 환자의 선택에 따른 경우에까지 그 진료비를 반환하도록 한다면, 오히려 환자들이 부당이득을 얻게 되는 것이어서 형평에 반하는 결과를 초래할 수 있다. 특히, 치료재료대나 약제비를 실구입가로 환자들에게 청구하는데, 이 비용을 환자에게 반환하게 된다면 의사로서는 그 손실을 고스란히 떠안아야 한다. 이는 진료비

35) 한편, 하종대 판사는 대법원 판례해설 제58호, 326면에서 1) 치료행위 등은 전문적인 지식과 기술을 갖춘 요양기관이 질병 등에 대하여 전문지식이 없는 데다가 질병 등으로 곤궁한 상태에 있는 불특정 다수자인 환자를 상대로 하는 것이므로, 치료의 내용 또는 그 비용부담 등을 당사자의 계약으로 정하게 할 수 없다. 따라서 요양기관이 요양급여기준 등의 기준과 절차를 따르지 않고 임의로 비급여 진료행위를 하고 그 진료비용 등을 피보험자로부터 지급받을 경우 일률적으로 이를 처벌하여 보험재정의 건전성과 확실성뿐만 아니라 피보험자 등 수진자의 보험수급청구권을 보호할 필요성이 있다. 2) 특히, 수진자 개인으로서는 요양기관의 부당한 진료비 수령행위에 대하여 개별적으로 대처하기 어려울 뿐 아니라, 진료와 관련한 부당이득의 내용을 파악하기도 어려우므로, 이러한 보험수급청구권을 보호하기 위해서는 전문기관인 공단으로 하여금 이들을 대신하여 이를 환수하도록 할 필요가 있다는 것을 근거로 해당 규정의 필요성을 인정하고 있다.

지급과 관련된 의사와 환자간의 법률관계에 중대한 변화를 초래하는 것이라고 할 수 있다. 즉, 일반진료에 있어서는 환자는 민법 제104조에 해당하는 경우 및 의료과실이 있는 경우에 이미 지급한 진료비 환부를 요구할 수 있었는데, 건강보험 의료에 있어서는 요양급여기준에 위반되는 경우에 있어서까지 진료비 반환을 요구할 수 있게 된 것이다.

뿐만 아니라, 환자의 입장에서는 민사적인 구제수단을 거칠 필요없이 건강보험공단의 진료비 환수처분 및 심평원의 진료비 환부 통보에 의해서 손쉽게 그 목적을 달성할 수 있게 되었다. 민사법적인 분쟁이 행정기관의 개입에 의해서 행정적으로 해결되고 있는 것이다. 요양기관이 본인부담금을 환부하지 아니하면, 공단은 요양기관에 지급하여야 할 요양급여비용에서 본인부담금에 해당하는 금액을 공제(전산상계)하기 때문에 손쉽게 이행을 확보할 수 있다. 그에 반해서, 진료비를 환수당한 의료기관의 입장에서는 90일 이내에 법이 정한 구제절차를 거치지 아니하면 더 이상 공단이나 심평원의 처분에 대해서 다툴 수가 없고, 환자들을 상대로 민사상 부당이득 반환청구소송을 제기할 수도 없다. 수많은 진료비 환수 건에 대해서 의료기관이 일일이 법적인 대응을 하기란 여간 어려운 것이 아니다. 이로 인하여 의사들의 재산권(진료비 청구권)과 재판 받을 권리가 부당하게 제약당하는 결과가 발생하고 있다. 뿐만 아니라 환자와 의사간의 신뢰관계에도 상당한 악영향을 미치고 있다³⁶⁾.

따라서, 건강보험법 제43조의2 및 제52조 제1항, 제4항에 대한 입법론적 재검토가 필요하다고 생각한다. 만약 그 규정이 불가피하다면, 임의비급여 문제에 관한 정책적인 해결이 선행되어야 할 것이다.

36) 2007. 9. 7.자 인터넷 메디게이트 뉴스, 기획특집기사, '성모병원 비급여사태 한달..무엇을 남겼나' 참조.

(2) 부당이득금 징수처분의 재량행위성 여부

법 제52조 제1항에 의한 부당이득금 환수처분의 재량행위성 여부가 문제된다. 법 제85조 제1항³⁷⁾에 따른 업무정지(또는 과징금) 처분은 그 문언상 재량행위임이 분명하고, 그에 따라 모든 사건에서 재량의 일탈·남용 여부가 주로 다투어지고 있다. 그런데, 법 제52조 제1항과 관련해서 주류적인 판례는 그 문언 형식을 근거로 부당이득금 환수처분을 기속행위로 해석하고 있다(서울행정법원 2006. 8. 17. 선고 2005구합38024 판결 등). 그러나, 아토피 사건에서 제1심 재판부는 이를 재량행위로 해석한 바 있다.

그러나, 대법원 판결(2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결)도 ‘행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다’ 판시하고 있으므로, 단순히 문언의 형식에 따라서만 재량행위성 여부를 판단하는 것은 부당하다고 생각한다.

37) 제85조(과징금 등)

① 보건복지부장관은 요양기관이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 1년의 범위 안에서 기간을 정하여 요양기관의 업무정지를 명할 수 있다.

1. 사위 기타 부당한 방법으로 보험자가입자 및 피부양자에게 요양급여 비용을 부담하게 한 때

2. 제84조 제2항의 규정에 의한 명령에 위반하거나 허위보고를 하거나 소속공무원의 검사 또는 질문을 거부·방해 또는 기피한 때

② 보건복지부장관은 요양기관이 제1항 제1호의 규정에 해당하여 업무정지처분을 하여야 하는 경우로서 그 업무정지처분이 당해 요양기관을 이용하는 자에게 심한 불편을 주거나 기타 특별한 사유가 있다고 인정되는 때에는 그 업무정지처분에 갈음하여 사위 기타 부당한 방법으로 부담하게 한 금액의 5배 이하의 금액을 과징금으로 부과·징수할 수 있다. 이 경우 과징금을 부과하는 위반행위의 종별·정도 등에 따른 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

또한, 문언상으로도, 재량행위로 해석될 여지가 있다. 즉, 법 제 52조 제1항은 ‘공단은 사위 기타 부당한 방법으로 보험급여를 받은 자 또는 보험급여비용을 받은 요양기관에 대하여 그 급여 또는 급여비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다’라고 규정하고 있는 바, ‘그 급여비용에 상당하는’은 ‘사위 기타 부당한 방법으로 요양기관이 받은 요양급여비용에 상당하는’이라고 해석함이 타당하고, 그렇게 해석할 때 부당금액의 일부만 환수할 수도 있다는 결론에 도달할 수 있기 때문이다. 특히, ‘사위 기타 부당한 방법’을 현재 실무와 같이 너무 형식적·기계적으로 해석하는 상황에서 이를 기속행위로 본다면, 형평과 정의에 반하는 결과가 초래될 수 있다.

다. 환자의 요양기관에 대한 진료비 반환청구의 가능성

법 제43조 제3, 4항, 제43조의2 및 제52조에 의해서 요양급여기준에 위반되어 과다 지급된 본인부담금에 대하여 보험공단과 심평원이 행정적으로 관여할 수 있지만, 이러한 행정적인 절차를 거칠 필요없이 수진자가 요양기관에 대하여 직접 부당이득금의 반환을 구하는 민사소송을 제기할 수 있다.

한편, 판례는 ‘요양기관이 요양급여를 함에 있어서는 요양급여기준과 진료수가기준에서 정한 바에 따라 요양급여를 시행하고 진료수가를 지급받아야 하고, 비록 수진자의 동의(합의)하에 임의적 비급여 진료를 시행하고 그 차액을 징수하였다 하더라도 그 동의는 강행법규에 위반되어 효력이 없다고 하고 있다. 따라서 요양기관이 징수한 과다한 본인부담금은 의료보험법 및 요양비지급기준 등 관계 법령에 근거를 둔 것이 아니고, 수진자의 동의는 강행법규인 관계 법령의 규정에 위반되어 효력이 없으므로, ‘법률상 원인 없는 급여’에 해당한다고 보아야 할 것이다.’고 판시하였고 (서울고등법원 2000. 12. 15. 선고 2000나27239 판결), 위 판례에

동감하는 견해도 있다³⁸⁾.

그러나, 위 판례에 대해서는 다음과 같은 비판을 제기할 수 있다. 첫째, 위 민사판례는 임의비급여에 관한 행정소송에 있어서 기존 대법원 판례의 입장을 그대로 따른 것이므로, 그에 대한 비판이 그대로 적용될 수 있겠다. 둘째, 요양급여기준(주로 보건복지부 고시)이 강행법규에 해당될 수 있느냐 하는 점이다. 요양급여 비용 삭감처분이나 부당이득금 환수처분에 대한 행정소송에 있어서 그 처분의 근거가 되는 보건복지부 고시에 대해서 ‘법규성’을 인정하는 것은 어느 정도 수긍할 수 있겠지만, 민사소송에서 요양급여기준에 대해서 강행법규성을 인정하는 것은 민법의 기본원칙에 반한다고 생각한다³⁹⁾. 셋째, 요양급여기준에 강행법규성을 인정한다면, 의사는 이에 절대적으로 복종해야 하고, 이를 위반하여 진료한 경우에는 그 자체가 불법이 된다. 그리고, 의사가 요양급여기준에 따라 진료한 경우, 비록 의료사고가 발생하더라도 의사는 과실이 없다는 부당한 결론이 된다. 넷째, 현행 법령 어디에도 임의비급여를 명시적으로 금지하는 규정은 없다는 점이다. 임의비급여는 ‘사위 기타 부당한 방법’에 대한 법원에 해석에 의해서 결과적으로 금지되고 있을 뿐이다. 일부 행정법원 판례에서도 특수한 경우에 있어서 요양급여기준에 위반된 진료비 청구가 ‘사위 기타 부당한 방법’에 해당되지 않는다고 판시하고 있다는 점을 감안하면, ‘요양급여기준 위반’은 곧 ‘강행법규 위반으로서 무효’라는 공식은 파기되어야 할 것이다.

38) 하종대, 대법원 판례해설 제58호, 법원도서관, 330 - 331면.

39) 식품위생법에 위반하여 허가없이 식품을 판매하였다고 하여 그 판매행위 자체가 무효로 되지는 않는다. 사건으로는 요양급여기준이 만약 ‘법규’성을 갖는다고 하더라도, 이는 효력규정이 아닌 단속규정으로 해석해야 한다고 생각한다. 의사와 환자간 진료비 지불계약이 무효인지 여부는 민법 제104조에 따라 판단해야 한다.

라. 임의비급여와 형법상의 사기죄

일반적으로 사기죄가 성립하기 위해서는 1) 기망행위, 2) 기망행위로 인한 피해자의 착오, 3) 착오와 재산적 처분행위 사이의 인과관계, 4) 불법영득의 의사가 존재하여야 한다. 진료사실이 없음에도 불구하고 진료기록부나 요양급여비용 청구서를 허위로 작성하여 요양급여비용을 청구하여 보험자로부터 지급받는 경우(일반적으로 ‘허위청구’라고 부른다)에는 사기죄가 성립함에 이르지 않는다. 그러나, 임의비급여 사례는 해당 진료행위 또는 약이나 치료재료대에 대한 공급행위가 실제로 있었다는 점에서 허위청구사례와는 분명히 구별해야 한다.

한편, 종합병원 병원장 사건에서 서울고등법원은, 임의비급여에 대하여 의료인에게 사기죄의 죄책을 묻기 위해서는 1) 병원이 보험수가에 이미 포함되어 있어 피해자들에게 별도로 청구할 수 없는 항목을 비급여항목으로 분류하여 피해자들에게 청구하고, 그것이 건강보험 관계 법령에 따라 환자들에게 청구하는 것이 금지되어 있다는 사정을 2) 피해자들에게 고지하지 아니하였고, 3) 피해자들은 그러한 사정을 알지 못하여 병원에서 청구하는 대로 치료비를 부담하거나 부담하였지만, 4) 만일 그러한 사정을 알았다면 치료비를 지급하지 아니하였을 것이라는 점이 인정될 것을 요구하고 있다.

그러나, 추가적으로 1) 관련된 요양급여기준이 보편적인 의료수준에 비추어 보았을 때 정당한지, 2) 최선의 진료를 원하는 환자들로서는 요양급여대상 여부를 불문하고 진료비를 지급할 의사를 갖고 있다는 점에서 피해자들의 착오에 의한 처분행위를 인정할 수 있는지, 3) 의사들의 진료행위는 요양급여기준에 기속될 수 없고, 최선의 치료에 대한 대가로 진료비를 청구한 것에 대해서 과연 불법영득의 의사를 인정할 수 있는지, 4) 요양급여기준에 따라 환자들을 진료할 경우 환자들에게 현대 의료수준에 따른 최선의

진료를 할 수 없게 되고 이는 오히려 의료인의 진료권과 환자들의 선택권을 침해하는 결과가 될 수 있으므로, 부득이 요양급여기준에 벗어난 진료를 하고 그에 대한 비용을 환자에게 부담시킨 것은 정당행위에 해당된다고 볼 수 있는지 여부 등에 대한 검토도 필요하다고 본다.

IV. 요양급여기준과 의사의 주의의무

1. 문제의 소재

진료계약 체결에 따라 의사는 임상의학의 수준에서 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있다. 만약, 의사가 주의의무를 다하지 못하여 환자에게 손해를 발생시킬 경우, 의사는 채무불이행 또는 불법행위책임을 부담하게 된다.

판례는, 의사의 의료행위에 있어서 주의의무의 기준이 되는 의료수준의 의미 및 그 평가 방법에 관하여, ‘의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다.’고 판시하고 있다(대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결 등).

여기에서, 만약 의사가 요양급여기준에서 정한 바에 따라 진료를

한 경우, 주의의무를 다하였다고 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

2. 판례의 입장

의사가 임신성 당뇨 검사를 하지 않아 견갑난산을 예측하지 못한 사건에서 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결은, ‘원고를 진찰할 당시 우리나라에서는 임신성 당뇨에 관한 지침도 없고 의료보험의 대상도 아니었으므로 임신성 당뇨검사를 하지 않은 데 과실이 없다는 피고의 주장에 대하여, 소변검사에서 당이 약양성으로 나오는 경우 임신성 당뇨의 가능성을 전적으로 배제할 수 없다면, 산부인과 전문의인 피고로서는 비록 임신성 당뇨검사에 대한 지침이 없고 의료보험 대상이 아니더라도, 당연히 원고에게 당뇨검사의 실시를 권고하고 이를 시행하였어야 한다’는 원심법원(서울고등법원 2000나36455 판결)의 판단이 정당하다고 하였다.

발열과 두통, 복통 등으로 의원에 3차례나 내원한 남자 아이에게 의사가 단순히 급성인두염과 위장염으로 진단하고 항생제를 처방하지 아니하고 필요한 검사도 하지 아니하여 결국 환자가 사망한 사건에서, 서울고등법원은 ‘급성인두염 환자가 세균성 감염으로 인한 뇌수막염으로의 발전할 가능성을 고려하여, 의사는 예방적으로라도 항생제를 처방할 의무가 있다’고 판시하였다(서울고등법원 2007. 3.15. 선고 2006나77953 판결). 위 사건에서 의사는, 원인균이 밝혀지지 않은 상태에서 경험적으로 항생제를 투여할 수는 없다고 주장하였다. 또한, 판결문상 드러나지는 않았지만, 의사는 심평원의 항생제 투여 기준⁴⁰⁾과 만약 이러한 환자에게 항생

40) 심평원은 상기도감염 질환에 대해서 의사가 예방적으로 항생제를 처방하였을 경우, 삭감하는 경향이 높다. 심평원의 의료기관 항생제 처방에 대한 심사기준 및 그에 대한 비판적 검토에 관해서는 대한의사협회 의료정책연구소에서 2006년에 발간한 연구보고서 ‘건강보험 적정성 평가정책의 문제점과 개선방안’ 참조.

제를 처방하였다면 과잉처방으로 삭감을 당하였을 것이었다는 점을 호소하였을 것으로 보인다. 그러나, 이러한 사실만으로 의사의 책임을 면할 수 없다는 것이 법원의 입장이다.

3. 사 건

위와 같이 판례는 의료과오 소송에서 의사의 주의의무를 ‘임상 의학 분야’에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 ‘최선’의 주의의무를 요구하고 있다. 그러나, 보건복지부 고시나 심평원의 심사기준은 건강보험 재정안정을 위하여 보편적으로 인정되고, 비용·효과성이 인정되는 진료행위나 치료재료대, 약품에 대해서만 요양급여를 인정해 주고 있다. 어떤 요양급여기준이나 심사지침의 경우에는 보편적인 진료수준에도 못 미치는 경우가 있다⁴¹⁾.

따라서, 판례의 입장과 같이 요양급여기준은 법원에서 요구하고 있는 의사의 주의의무 수준을 판단하는 근거가 될 수는 없다. 의사의 진료행위를 기속할 수도 없다. 이는 의료의 전문성, 재량성, 긴급성 등에 따른 당연한 논리이다. 다만, 요양급여기준이 진료의 내용을 사실상 통제하는 현재 의료실정에 비추어 보았을 때, 요양급여기준에 따른 진료는 책임 제한 사유로 볼 여지는 있다. 특히, 건강보험공단이 국민건강보험법 제53조 제1항⁴²⁾에 따라 의사에게 구상권을 행사할 때, 이 부분에 대한 고려가 필요하다고 생각한다.

41) 구체적인 내용은 대한의사협회 의료정책연구소에서 발간한 ‘진료권 침해 및 보험급여 왜곡 사례집’ 참조.

42) 제53조(구상권) ① 공단은 제3자의 행위로 인한 보험급여사유가 발생하여 가입자에게 보험급여를 한 때에는 그 급여에 소요된 비용의 한도내에서 그 제3자에 대한 손해배상청구의 권리를 얻는다.

7. 요약 및 결론

- 일반 진료에 있어서 환자와 의사간의 진료계약은 유상의 쌍무 계약이다. 의사는 현재의 보편적인 의료수준에 따라 최선의 주의를 다하여 환자를 진료해야 하고, 환자는 그에 대한 정당한 대가를 지급하여야 한다. 다만, 진료비가 지나치게 과도한 경우나 의사의 의료과실이 있는 경우에는 진료비 지급청구가 제한될 수 있다.
- 그런데, 건강보험의 실시로 위와 같은 의사와 환자간의 쌍무 계약관계가 변하고 있다. 즉, 진료비가 지나치게 과도한 경우나 의료과실이 있었던 경우 이외에도, 의사가 요양급여기준에 위반하여 진료비를 지급받았다면, 환자의 동의를 얻었다고 하더라도 초과지급된 진료비는 환자에게 반환해야 한다. 의학적 필요성, 치료 효과, 환자의 부당이득 여부는 전혀 고려되지 않는다. 그리고 환자는 굳이 의사를 상대로 부당이득 민사소송(반환청구소송)을 제기할 필요없이 보험공단이나 심평원의 행정적인 개입에 의해서 손쉽게 본인부담금을 환불받고 있다. 의사의 진료의무와 환자의 진료비 지급의무 사이의 대가관계(쌍무관계)가 건강보험으로 인한 행정적 개입으로 허물어지고 있는 것이다.
- 한편, 판례는 임의비급여는 무조건 '사위 기타 부당한 방법'에 해당된다고 하고 있으며, 또한 요양급여기준에 위반된 의사와 환자간의 진료계약도 강행법규에 위반되어 무효라고 판시하고 있다.
- 그러나, 이러한 해석은 사적자치의 원칙과 진료계약의 성질에 반한다. 또한, 요양급여기준의 의학적 부당성, 임의비급여의 현실적 불가피성, 환자의 선택권 등을 무시한 너무나 기계적인 해석이라고 할 수 있다. 건강보험 진료에 있어서도 의사와 환자간의 계약관계의 성격은 변하지 아니한다. 의사와 보험자

간의 보상관계는 환자의 진료비 지급의무를 담보하기 위한 수단일 뿐, 의사와 환자간의 진료계약보다 우선할 수는 없다. 또한, 요양급여기준은 건강보험제도의 목적을 달성하기 위한 단속법규로서의 의미를 가질 뿐, 의사와 환자간 진료계약의 효력까지 부인할 수 있는 강행법규(효력법규)에 해당하지 아니한다.

- 사회보장제도로서의 건강보험제도도 중요하지만, 의료인의 기본권 및 환자의 선택권도 중요한 헌법적 가치이다. 또한, 건강보험제도로 인하여 의학의 발전이 저해되어서도 안된다. 따라서, 양자의 관계에 관해서 헌법조화적인 해석이 필요하다.
- 의료의 수준을 필수적인 진료⁴³⁾, 보편적 진료⁴⁴⁾, 양질의 진료⁴⁵⁾로 나눈다면, 건강보험 의료는 한정된 재원으로 의료의 사각지대가 없게 모든 수급자에게 평등하게 진료서비스를 제공하는 것이므로, 필수적인 진료 또는 보편적 진료를 보장한다고 할 수 있다. 그러나, 이를 넘는 양질의 진료에 대해서 건강보험제도가 간여해서는 아니되고, 의사와 환자간의 사적 계약에 맡겨야 된다고 생각한다. 이것이 헌법조화적인 해석이라고 생각한다.⁴⁶⁾

43) 산부인과 병원에서 6인실 이상의 일반병상을 50%이상 갖추어야 상급병실을 받을 수 있다고 강제하는 것이나, 아토피 피부염 환자들에게 스테로이드 처방과 같은 대중적 치료에 대해서만 건강보험을 인정해 주는 것은 ‘필수적인 진료’라고 할 수 있다.

44) 모든 피부염에 대해서 피부반응검사의 항목수를 제한하고 있는 것은 ‘보편적인 진료’라고 할 수 있다.

45) 중증의 아토피 피부염 환자들에 대해서 면역조절제를 투여하고, 검사항목수를 초과하여 검사를 실시하는 것은 ‘양질의 진료’라고 할 수 있다.

46) 한편, 헌법 제119조 제1항은 ‘대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.’고 규정하고 있으며, 제126조는 ‘국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.’고 규정하고 있다.

**Legal Standings of the Patient and the Doctor within the
National Health Insurance**

- With its focus on the issue of arbitrary medical charge cover -

Attorney, Hyun, Doo-rhyun

In providing general medical treatments, the medical service contract between the patient and the doctor is the mutually responsible onerous contract. However, the nature of the mutually assumed contract standings of the patient and the doctor has been changing since the implementation of the national health insurance program. For instance, besides the cases of beyond excessive medical charges and medical negligence, if the doctor charged for his/her medical treatments violating the post-treatment/nursing cover criteria, the overpaid medical charge, regardless of being collected with the patient's consent, has to be refunded back to the patient. Medically needed aspects, treatment results, and unfair benefits favoring the patient are not at all taken into consideration in the health insurance scheme. This makes it easier for patients to get refunds for their share of the medical payments by involving the Health Insurance Review & Assessment Service or the National Health Insurance Corporation, without engaging in civil law suits (for reimbursement claim) against doctors. In other words, the doctor's responsibility to provide medical treatments and the patient's responsibility to pay for the medical treatment provided within the contractual realm are being demolished by the administrative arbitration of the National Health Insurance system.

The basic rights of medical service providers, and the patient's right to choose are as important constitutional rights, as the National Health Insurance program, which is essential in the social welfare system. Furthermore, the development of the medical fields should not be prevented by the National Health Insurance system. If the medical treatment services can be divided into necessary treatments, general treatments, and high quality treatments, the National Health Insurance is supposed to guarantee the necessary and general treatments to provide medical treatments equally to all the insured with limited financial resources. However, for the high quality treatments, it is recommended that they should not be interfered by the National Health Insurance system, and that they should be left to the private contract between the patient and the doctor.

Keyword : National Health Insurance, Doctor, Patient, Legal standings, Private contract between the patient and the doctor, Medical treatment charges, Post-treatment/nursing cover criteria, Unfair benefit, Basic right of medical service provider, Patient's rights to choose, General treatment