

비급여진료비용 공개에 관한 헌법적 정당성 고찰

정 영 철*

- I. 서론
- II. 비급여진료비용 공개정책의 의미와 근거
 - 1. 비급여진료의 법적 개념
 - 2. 비급여진료비용 공개의 법적 근거
 - 3. 비급여진료비용 정보공개정책의 기대효과
- III. 비급여진료비용 공개의 헌법적 정당성 평가
 - 1. 개설
 - 2. 헌법 제119조 제2항의 경제상의 규제와 조정
 - 3. 국민의 기본권보장에서의 헌법적 정당성
 - 4. 의료기관 개설자에 대한 기본권제한의 헌법적 정당성
- IV. 마치며

I. 서론

우리나라가 단기간 내에 전국민을 포괄하는 건강보험의 틀을 완성하였다는 것은 주지의 사실이다. 건강보험의 외형적 확장뿐만 아니라 보장의 질적인 면에서도 성공사례로 꼽힌다. 이에 반하여 급속한 건강보험의 확장은 여러 가지 부작용을 초래하고 있는데, 획일적인 강제수가체제로 인한 선택권의 제한, 진료비청구의 심사강화로 인한 삭감 또는 환수, 의료기관에 대한 신뢰의 저하, 의료기관의 비급여진료의 치중현상 등이 그것이다.¹⁾

* 논문접수: 2012.4.30. * 심사개시: 2012.5.10. * 수정일: 2012.6.4. * 게재확정: 2012.6.8.

* 연세대학교 보건대학원 연구교수, 법학박사

1) 현두륜, “건강보험에 있어서 의사와 환자 간의 법률관계: 임의비급여 문제를 중심으로”, 『의료법학』, 제8권 제2호, 2007, 제70~73면.

단기간에 걸친 전국민 의료보장의 실현과정은 ‘저부담-저급여’의 기초를 유지하게 하였고, 이것은 진료비의 본인부담과 직결된다. 진료비 본인부담은 도덕적 해이를 방지하고 보험재정을 안정시킨다는 순기능이 있는 반면에 본인부담 수준이 높아지게 되면 사회연대원리(Solidaritätsprinzip)에 기반한 공적 건강보험의 보장율이 약화되는 역기능이 존재한다. 그리하여 현행 건강보험제도 아래서 구조적으로 발생할 수밖에 없는 문제 — 이를테면 심평원의 진료비 삭감, 진료비 부정청구로 인한 행정처분, 낮은 진료수가 — 는 필연적으로 비급여진료에 치중하게 한다. 요양기관의 이러한 행태는 과도한 비급여 본인부담을 발생시켜 국민의 의료이용을 저해하고 보장성 강화의 장애요인으로 작용한다.²⁾ 이러한 현상을 타개하기 위해 비급여진료비용에 대한 관리방안으로 새롭게 거론되는 것이 의료법 제45조에 따른 비급여진료비용 파악을 위한 가격정보 공개정책이다.³⁾ 그렇지만 이 규정의 입법목적이 비급여 가격정보공개를 통한 비급여진료비의 관리 및 절감에 있는 것뿐만 아니라 결국은 법치주의에 터 잡은 국민의 기본권보장과 맞닿아 있다는 것을 부인하기는 어렵다.

우리 헌법은 인간의 기본권보장과 사회정의 실현을 목표로 하는 법치국가원리(Rechtsstaatsprinzip)를 표방하고 있다. 법치국가원리의 개념정의에 대해서는 학자들 간에 사소한 표현의 차이는 있지만, 헌법의 우위에 기초하는 법치국가의 기속력, 기본권의 보장과 무공백의 권리보호, 권력분립원칙과 사법의 법기속 등이 그 핵심적인 내용이라는 점에는 異見이 없다.⁴⁾ 이러한 법치국가원리의 핵심에서 국가는 국민의 기본권을 최대한 보장하여야 하며,⁵⁾ 이것은 의료분야에서 의료소비자의 권리를 보장하는 것으로 나타난다.

2) 최영순·김정희·이호용·한준태, “비급여 진료비 실태와 관리방안”, 『국민건강보험공단 연구보고서』, 2007, 제13~14면.

3) 최영순·김정희·이호용·한준태, 상계보고서, 제164~173면.

4) 김상겸, “법치국가실현을 위한 국가의 적극적 의무”, 『공법연구』, 제38집 제1호 제1권, 2009, 제305~323면.

5) “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”(제

예전에는 ‘환자에게 가장 유리한 의학적인 결정을 할 수 있는 권리와 책임은 의사에게 있다’는 의료부권주의(*medical paternalism*)적인 사고방식이 지배적이었다. 1970년대 이후로는 그러나 국민의 권리의식이 향상됨에 따라 ‘의료와 이에 관계되는 모든 결정은 환자의 자유의사에 따르고, 그 책임도 환자 스스로 진다’는 환자주권주의(*patient sovereignty*)가 득세하게 되었다.⁶⁾ 오늘날 의료분야에서 소비자주권을 확립하는 것은 이러한 시대조류에 근거한다. 이러한 시대조류에도 불구하고 대량생산과 소비를 그 특징으로 하는 현대 경제사회에서 소비자는 정보의 비대칭성, 생산자의 부담전가, 거대자본의 압도적 시장지배력 등으로 생산자의 지배하에 놓이게 된다. 이러한 소비자문제는 더 이상 개인적 문제가 아니라 구조적 현상으로 자리잡게 되었다. 생산자와 소비자의 대칭성, 등질성 및 평등의 파괴는 인간다운 생활을 지향하는 현대 사회국가 헌법에 배치되는 사회문제를 안고 있다.⁷⁾ 더욱이 의료서비스와 같은 신뢰재의 경우에는 의료의 전문성과 공급자 우위에 기초한 힘의 불균형이 두드러지므로 다른 분야보다 더 많은 소비자문제를 내포한다.⁸⁾ 따라서 이러한 소비자주권을 확립하는 방안으로 의료정보의 공개가 지적되며, 그 한가운데에 비급여진료비용의 공개가 있다.

이러한 비급여 가격정보공개는 정보공개의 측면이 존재하므로 공공기관의 정보공개를 통해 알권리를 보장하는 방향으로도 전개된다. 비급여 가격정보공개를 공공기관의 정보공개와 동일선상에 놓을 수는 없겠지만, 정보의 비대칭성이 강하게 적용되는 의료서비스의 공공재적 성격을 감안한다면 이것은 공공기관의 정보공개와 유사한 측면이 존재한다고 할 수 있다. 그럼에

37조)고 규정하여 ‘최대한 보장의 원칙’이 적용되는 것임에 반하여, 제도적 보장은 기본권 보장의 경우와는 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용될 뿐인 것이다(헌재결 1997. 4. 24, 95헌바48).

6) 김혜선, “의료서비스 분야에서의 소비자주권 실현방안 연구”, 『소비자학연구』, 제17권 제2호, 2006, 제182면.

7) 정극원, “제124조”, 『대한민국 헌법주석 4』, 한국헌법학회, 2009, 제592~594면.

8) 김혜선, 상계논문, 제182면.

도 이러한 비급여 가격정보공개가 헌법적 정당성을 획득하느냐는 별개의 문제로 검토해야 할 사안이다. 게다가 이 문제에 관하여 아직까지 학계의 논의도 전무한 상태여서 헌법적 정당성 검토는 시급한 과제라 할 것이다. 하여 이하에서는 비급여 가격정보공개의 의미와 법적 근거를 살펴본 후 이에 대한 헌법적 정당성을 평가하고자 한다.

II. 비급여진료비용 공개정책의 의미와 근거

1. 비급여진료의 법적 개념

국민건강보험법 제39조 제1항은 가입자 및 피부양자의 질병·부상·출산 등에 대하여 진찰·검사, 약제·치료재료의 지급, 처치·수술 기타의 치료, 예방·재활, 입원, 간호, 이송의 요양급여를 실시한다고 규정하여 급여진료를 명시하고 있다. 이러한 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등은 동법 시행령과 시행규칙에서 정하고 있다.

이에 반해 국민건강보험법 제39조 제3항에서 ‘보건복지부장관은 제2항의 규정에 의하여 요양급여의 기준을 정함에 있어 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 질환 기타 보건복지부령이 정하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다’고 규정하여 이른바 비급여진료를 긍정하고 있다. 이러한 비급여진료에는 국민건강보험법 제39조 제2항과 제3항, 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제8조 및 제9조에서 규정하고 있는 4개 범주의 급여에 해당하는 법정비급여와 요양급여의 대상임에도 급여목록표에 기재되어 있지 않으면서 비급여대상으로도 분류되지 않은 의료행위, 곧 임의비급여가 있다. 그러나 의료법 제45조⁹⁾는 「국민건강보험법」 제39조제3항에 따라 요양급여의 대상

9) 의료법 제45조 제1항은 2012년 9월 1일부터 국민건강보험법 개정으로 ‘의료기관 개설자는 「국민건강보험법」 제41조제3항에 따라 요양급여의 대상에서 제외되는 사항 또는 「의료급여법」 제7조제3항에 따라 의료급여의 대상에서 제외되는 사항의 비용(이하 “비급여 진료

에서 제외되는 사항 또는 「의료급여법」 제7조제3항에 따라 의료급여의 대상에서 제외되는 사항의 비용'으로 규정하여 법문상 가격정보공개 대상에 임의비급여는 제외하고 있다. 따라서 여기서 말하는 '비급여 진료비용'은 법정비급여만을 의미하는 것으로 해석된다. 그러나 현실적으로 임의비급여는 국민건강보험법에서 급여로 인정하고 있지 않고 있지만 환자의 요구 또는 의료제공자의 진료상의 필요에 따라서 진료가 시행되고 요양기관은 그 비용에 대해 환자에게 전액 청구하고 있는 경우로 법정비급여와는 또 다른 측면에서 고려 대상이자 해결해야 할 문제이며,¹⁰⁾¹¹⁾ 법정비급여와 더불어 진료비관리 차원에서 향후 의료법 제45조의 공개대상에 포함해야 할 것으로 본다.¹²⁾

2. 비급여진료비용 공개의 법적 근거

비급여 중에서 특히 임의비급여가 진료현장에서 불가피하게 발생할 수도 있으나 위법하다는 측면에서 의료공급자의 입장에서는 갈등의 요인으로 작용할 수 있다. 게다가 가격산정에 대한 기준마저도 없어 의료제공자가 임의로 수가를 산정하므로 국민부담은 가중되고 보장성 강화의 역행요인이 되고 있다. 이

비용"이라 한다)을 환자 또는 환자의 보호자가 쉽게 알 수 있도록 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 고지하여야 한다.'로 바뀌게 된다.

10) 최영순·김정희·이호용·한준태, 전계논문, 제23면.

11) 임의비급여를 직접 금지하는 법령규정은 없으나 실무와 판례는 구 의료보험법 제45조 제1항 및 국민건강보험법 제52조 제1항에 의거하여 임의비급여를 사실상 금지해 오고 있다. 대법원도 "여기에서 '사위 기타 부정한 방법에 의하여 보험급여비용을 받은'이란 함은 요양기관이 의료보험요양급여기준(보건복지부고시 제1995-58호), 의료보험진료수가기준(보건복지부고시 제1995-55호)에서 정한 진료수가 등을 위반·초과하여 보험자·보험자단체 또는 피보험자로부터 보험급여비용을 받은 경우만이 아니라, 요양기관이 의료보험요양급여기준과 의료보험진료수가기준에서 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 해당한다."라고 판시하여 이에 동조하고 있다(대판 2001. 3. 23, 99두 4204).

12) 물론 이에 대해서 임의비급여가 위법하지 않다는 전제가 성립되어야 할 것이다. 위법한 행위에 대한 정보의 공개가 자칫 불법행위를 합법행위로 인정하는 결과를 초래할 수 있는 측면이 있기 때문이다.

러한 비판에 대하여 비급여 가격정보공개에 대한 법적 근거를 의료법에 규정함으로써 비급여진료비 관리를 향한 첫걸음을 떼었다고 볼 수 있다.

의료법 제45조는 비급여 진료비용 등의 고지라는 표제 하에 제1항에서 “의료기관 개설자는 「국민건강보험법」 제39조제3항에 따라 요양급여의 대상에서 제외되는 사항 또는 「의료급여법」 제7조제3항에 따라 의료급여의 대상에서 제외되는 사항의 비용을 환자 또는 환자의 보호자가 쉽게 알 수 있도록 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 고지하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이에 따라 의료기관 개설자는 비급여 대상의 항목과 그 가격을 적은 책자 등을 접수창구 등 환자 또는 환자의 보호자가 쉽게 볼 수 있는 장소에 갖추어 두어야 하며, 이 경우 비급여 대상의 항목을 묶어 1회 비용으로 정하여 총액을 표기할 수 있다(시행규칙 제42조의2 제1항). 아울러 의료기관 개설자는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 의료기관이 환자로부터 징수하는 제증명수수료의 비용을 게시하여야 하는데(제2항), 의료기관 개설자는 진료기록부 사본·진단서 등 제증명수수료의 비용을 접수창구 등 환자 및 환자의 보호자가 쉽게 볼 수 있는 장소에 게시하여야 한다(시행규칙 제42조의2 제2항). 인터넷 홈페이지를 운영하는 병원급 의료기관은 제1항 및 제2항의 사항을 제1항 및 제2항의 방법 외에 이용자가 알아보기 쉽도록 인터넷 홈페이지에 따로 표시하여야 한다(시행규칙 제42조의2 제3항). 의료기관 개설자는 제1항 및 제2항에서 고지·게시한 금액을 초과하여 징수할 수 없다(제3항).

3. 비급여진료비용 정보공개정책의 기대효과

비급여 가격정보공개는 보건의료분야에서 상당한 변화를 야기할 것으로 기대된다. 비급여진료비가 공개될 경우 소비자 만족도, 공급자 행태, 그리고 의료서비스의 품질과 비용 측면에서 긍정적인 기대효과를 가져올 것으로 판단된다.¹³⁾ 소비자는 비급여진료비에 대한 공개된 정보가 있다면 이를 근거

13) 정광호·전대성·김홍석, “정보공개제도가 항생제 처방에 미친 영향: 서울시 의료기관을

로 신중하게 의료기관을 선택하여 소비자주권을 확립할 것이며, 공급자인 의료기관의 경우도 비합리적이고 비상식적인 비급여진료의 제공을 통제하여 고객확보를 위해 경쟁할 것이다. 의료서비스를 구매하는 정부 입장에서도 수요자 만족도와 의료서비스 품질향상 그리고 예산절감 차원에서 정보공개는 매력적인 정책수단으로 인식된다.¹⁴⁾ 결국은 비급여 가격정보의 공개로 소비자는 합리적인 선택을 할 것이며 의료제공자는 지나치게 높게 책정된 의료비를 관리하여 의료비절감의 효과를 거둘 것이다.

그러나 비급여 가격정보 공개정책의 기대효과와는 별개로 가격정보공개 자체의 법적 타당성을 검토해야 할 것이다. 결국은 이러한 가격정보공개도 헌법질서 테두리 내에서 시행되는 것이고 보면 그 법적 정당성을 확보해야 함은 자명하다.

III. 비급여진료비용 공개의 헌법적 정당성 평가

1. 개설

비급여진료비용 공개가 헌법적 정당성을 가지기 위해서는 거시적 측면에서 국가의 의료시장에의 개입이 정당화되는지를 살펴보아야 할 것이다. 비급여진료비용 공개가 의료시장에 대한 국가의 개입을 나타내기 때문에 이것이 곧 헌법 제119조 제2항의 경제상의 규제와 조정에 부합하는지가 일차적 관심사가 되어야 한다.

미시적으로는 기본권보장의 적극적 측면과 기본권제한의 소극적 측면 모두에서 그것에 대한 헌법적 평가가 이루어져야 할 것이다. 다시 말해 국민에 대한 기본권보장의 측면에서의 헌법적 정당성 평가와 비급여진료비용 공개의 주체인 의료기관 개설자에 대한 기본권제한의 측면에서 검토되어야 한다.

중심으로”, 『행정논총』, 제46권 1호, 제124면.

14) Marshall/Shekelle/Leatherman/Brook, "Public disclosure of performance data: learning from the US experience", Quality in Health Care, 제9권 제1호, 2000, 제53~56면.

이것은 기본권보장에서 그 헌법적 정당성이 확보되더라도 후자에서 기본권 제한의 정도가 과도한 경우에는 그 헌법적 정당성이 몰각되어 결국은 위헌성으로 헌법적 정당성을 상실할 수 있는 이유이다.

2. 헌법 제119조 제2항의 경제상의 규제와 조정

가. 자유와 자율

주지하다시피 우리 헌법은 공동체의 모든 구성원이 활동하는 정치적 기본 질서로서 자유민주적 기본질서를, 경제적인 근본질서로서의 시장경제질서를 규정하고 있다. 우리 헌법의 전체구조는 자유주의적 요소와 사회국가적 요소를 바탕으로 형성되어 있으므로 헌법 제119조의 시장경제질서도 이른바 사회적 시장경제질서 또는 혼합경제질서를 그 특징으로 한다.¹⁵⁾

구체적으로 헌법 제119조 제1항은 ‘대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다’고 규정하여 자유시장 경제 체제를 원칙으로 천명하고 있다.¹⁶⁾ 그러나 제2항에서는 ‘국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다’고 하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있는 여지를 남겨놓고 있다. 그러나 국가의 시장에 대한 감시와 규제활동은 경제주체의 직업의 자유, 재산권과 같은 기본권의 본질적 내용의 침해금지, 헌법상 과잉금지원칙, 규제입법의 명확성원칙 등과 같은 고전적 자유주의적 법치주의원칙에 의하여 일정한 한계를 가짐은 물론이다.

나. 규제와 조정

국가의 시장에 대한 규제와 조정이 주로 나타나는 분야로는 다음의 세 가

15) 김성수, “독점규제와 법치주의”, 『공법연구』, 제29집 제2호, 2001, 제54면.

16) 좀더 상세하게는 혼합경제체제나 사회적 시장경제체제나로 견해가 갈리고 있다.

지로 꼽을 수 있다. 첫째, 민주주의원리, 법치국가원리, 사회국가원리 등 헌법의 기본원리가 기능하기 위한 공공재의 공급이다. 둘째, 시장에서 안정적으로 공급되기를 기대할 수 없는 공공재이다. 마지막으로 시장에서 형성된 재화와 서비스의 가격을 감당할 경제적 능력이 없어 수요가 충족될 수 없는 경우가 이에 해당하는데 사회보장급여가 대표적인 예에 속한다.¹⁷⁾

의료시장은 대표적으로 정보비대칭성이 존재하고 경제적 부담능력에 따라 의료서비스에 대한 수요가 확연히 갈리는 등 의료시장의 양분화가 뚜렷한 점이 특징이다. 국가가 국민의 건강을 보호하고 이를 위하여 국민에게 적절한 의료급여를 보장해야 하는 사회국가적 의무를 지고 있다는 점을 고려할 때, 의료인은 의료공급자로서의 기능을 담당하고 있고, 의료소비자인 국민의 생명권과 건강권의 실질적 보장이 의료기관의 의료행위에 의존하고 있으므로, ‘의료행위’의 사회적 기능이나 사회적 연관성의 비중은 매우 크다고 할 수 있다.¹⁸⁾ 게다가 의료행위는 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 환자의 자기결정권 혹은 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위하여 의료소비자들에게 충분한 의료정보를 제공하는 것이 보다 중요하다는 점에서 비급여 가격정보의 공개는 헌법 제119조 제2항에서 정당성을 획득한다고 할 수 있다.¹⁹⁾²⁰⁾

17) 전광석, “제119조”, 『대한민국 헌법주석 4』, 한국헌법학회, 2009, 제535면.

18) 헌재결 2002. 10. 31, 99헌바76.

19) 헌법 제119조의 규범력과 관련하여 위헌심판의 기준이 될 수 있는가에 대하여 학설상의 대립이 있지만 적어도 합헌적 입법정책의 근거로 사용될 수 있다는 데에는 별로 논란의 여지가 없다. 이에 대하여는 정중섭, 『헌법학원론』, 제226~230면을 참조하라.

20) 헌법재판소는 헌법 제119조를 규범통제의 기준으로 활용하고 있다. 예컨대 요양기관당 연지정제에 대한 위헌소원사건에서 ‘헌법은 제119조에서 개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의를 실현하기 위한 경제질서를 선언하고 있다. 이 규정은 헌법상 경제질서에 관한 일반조항으로서 국가의 경제정책에 대한 하나의 헌법적 지침이고, 동 조항이 언급하는 ‘경제적 자유와 창의’는 직업의 자유, 재산권의 보장, 근로3권과 같은 경제에 관한 기본권 및 비례의 원칙과 같은 법치국가원리에 의하여 비로소 헌법적으로 구체화된다. 따라서 이 사건에서 청구인들이 헌법 제119조 제1항과 관련하여 주장하는 내용은 구체화된 헌법적 표현인 경제적 기본권을 기준으로 심사되어야 한다.’고 판시하여 위헌심판의 기준으로 사용하고 있다.

3. 국민의 기본권보장에서의 헌법적 정당성

가. 소비자의 자기결정권의 보장

(1) 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에서 파생되는 자기결정권

(가) 자기결정권의 의의

헌법재판소는 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 보장에서 소비자의 소비에 대한 자기결정권이 도출된다고 판시한 바 있다.²¹⁾ 여기서 자기결정권이란 개인이 자신의 삶에 관한 중대한 사항에 대하여 자유의지에 따라 자유롭게 결정하고 그 결정에 따라 행동할 수 있는 권리를 말한다.²²⁾ 개인이 자신의 인생에 관한 사항을 스스로 결정하는 것은 국가와 공동체의 존재 이전의 인간존재의 기본적인 요소이며, 이러한 인식에 근거하여 자기결정권은 자연적인 권리라 할 것이다.²³⁾

(나) 헌법적 근거

자기결정권은 헌법이나 공동체의 존재여부에 관계없이, 실정법의 규정여부와는 무관하게 인간의 본질상 자명하게 인정되는 것이므로 실정헌법에서도 이를 굳이 명문으로 규정하고 있지 않다. 그럼에도 실정헌법의 해석으로 이에 대한 근거를 도출한다면 헌법 제10조와 제37조 제1항이 그 근거가 된다. 우리 헌법에서도 자기결정권이 헌법상의 권리로 이해되는 이유가 여기에 있다.²⁴⁾

21) 헌재결 1996. 12. 26, 96헌가18(이 사건 법률조항이 규정한 구입명령제도는 소주판매업자에게 자도소주의 구입의무를 부과함으로써, 어떤 소주제조업자로부터 얼마만큼의 소주를 구입하는가를 결정하는 직업활동의 방법에 관한 자유를 제한하는 것이므로 소주판매업자의 “직업행사의 자유”를 제한하는 규정이다. 또한 구입명령제도는 비록 직접적으로는 소주판매업자에게만 구입의무를 부과하고 있으나 실질적으로는 구입명령제도가 능력경쟁을 통한 시장의 점유를 억제함으로써 소주제조업자의 “기업의 자유” 및 “경쟁의 자유”를 제한하고, 소비자가 자신의 의사에 따라 자유롭게 상품을 선택하는 것을 제약함으로써 소비자의 행복추구권에서 파생되는 “자기결정권”도 제한하고 있다).

22) 성낙인, 『헌법학』, 제9판, 박영사, 2009, 제408면.

23) 정중섭, 『헌법과 기본권』, 박영사, 2010, 제148면.

24) 정중섭, 『헌법학원론』, 제7판, 박영사, 2012, 제411면.

(2) 소비자의 자기결정권의 보장

헌법 제10조에서 보장하는 인간의 존엄과 가치를 가지는 인간에는 공동체와 다른 구성원과 단절되고 고립되어 사는 개체로서의 인간뿐만 아니라 단순한 부속품으로서의 인간은 해당되지 않는다. 다시 말해, 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민을 우리 헌법질서는 예상하고 있다.²⁵⁾ 이러한 점에서 인간의 존엄과 가치를 지니는 인간은 자연인을 의미하므로 법인에게 적용되지 않는다.²⁶⁾ 여기서 파생되는 자기결정권의 행사주체가 법인이 아닌 자연인, 즉 소비자인 이유도 여기에 있다.

소비자는 물품 및 용역의 구입·사용에 있어서 거래의 상대방, 구입장소, 가격, 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리를 가지며, 이러한 행복추구권에서 파생된 자기결정권의 행사는 비급여 가격정보공개에서도 그 의의를 가진다. 의료법 제45조와 그 시행규칙 제42조의2 제1항에서 비급여진료비용 등의 고지를 규정하고 있는 배경에는 의료소비자의 자기결정권을 좀더 보장하려는 입법자의 의도가 엿보인다고 할 수 있다.

나. 알권리와 정보공개

(1) 알권리의 실현수단으로서의 정보공개

(가) 알권리의 의의

알권리(right to know)라 함은 모든 정보원으로부터 신문·잡지·방송 등

25) 헌재결 2003. 10. 30, 2002헌마518.

26) 이에 대하여 헌법재판소는 법원의 사죄광고 명령제도는 법인의 인격권을 침해한 것이라고 판시하여 법인도 인간의 존엄과 가치의 주체가 될 수 있다는 입장을 피력하고 있다(헌재결 1991. 4. 1, 89헌마160; 사죄광고 과정에서는 자연인이든 법인이든 인격의 자유로운 발현을 위해 보호받아야 할 인격권이 무시되고 국가에 의한 인격의 외형적 변형이 초래되어 인격형성에 분열이 필연적으로 수반되게 된다. 이러한 의미에서 사죄광고제도는 헌법에서 보장된 인격의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 하는 인격권에 큰 위해도 된다고 볼 것이다).

불특정다수인에게 개방될 수 있는 일반적 정보를 수집하고 처리할 수 있는 권리로써 표현행위를 하기 이전의 단계를 말한다.²⁷⁾ 여기에는 국가에 의하여 방해받지 않고 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 정보를 수령하고 수집할 수 있는 권리와 수령하거나 수집한 정보를 선별·선택할 수 있는 권리, 정보의 자유를 그 내용의 하나로 한다.²⁸⁾

(나) 알권리의 헌법적 근거

우리 헌법이 알권리를 명문으로 규정하고 있지 않지만, 정보에의 접근과 수집, 처리의 자유를 의미하는 알권리는 헌법 제21조에 규정된 언론·출판의 자유 또는 표현의 자유에서 도출되며, 그 이외에도 국민주권주의(제1조), 인간으로서의 존엄과 가치(제10조) 및 인간다운 생활을 할 권리(제34조 제1항)에서도 그 근거를 찾을 수 있다고 학설²⁹⁾과 판례³⁰⁾가 인정한다.

(다) 알권리의 법적 성격

1) 자유권 및 청구권적 성격

알권리는 일반적으로 정보원으로부터 자유롭게 정보를 수집할 수 있는 자유권적 성질과 국가기관 등에 대하여 정보공개를 청구할 수 있는 청구권으로서의 성격을 동시에 가진다. 헌법재판소도 이를 긍정하고 있는바, ‘헌법 제21조는 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데 이 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 한다. 자유로운 의사의 형성은 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 그러한 의미에서 정보에의 접

27) 박선영, “제21조”, 『대한민국 헌법주석 2』, 한국헌법학회, 2007, 제515면.

28) 정종섭, 『헌법과 기본권』, 제424면.

29) 정종섭, 상계서, 제420면.

30) 헌재결 1991. 5. 13, 90헌마133; 1992. 2. 25, 89헌가104.

근·수집·처리의 자유, 즉 알권리는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것이다. 자유권적 성질은 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해를 받지 아니한다는 것을 말하며, 청구권적 성질을 의사형성이나 여론 형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 방해제거를 청구할 수 있다는 것을 의미하는 바 이는 정보수집권 또는 정보공개청구권으로 나타난다. 나아가 현대 사회가 고도의 정보화사회로 이행해감에 따라 알권리는 한편으로 생활권적 성질까지도 획득해 나가고 있다'고 한다.³¹⁾

2) 청구권의 구체적 권리성과 입법

알권리가 청구권적 성격을 지닌다 하더라도 구체적 법률이 없이도 헌법규정만으로도 직접 행사할 수 있는 구체적 권리인가에 관하여 학설³²⁾과 판례는 “알 권리의 실현은 법률의 제정이 뒤따라 이를 구체화시키는 것이 충실하고도 바람직하지만, 그러한 법률이 제정되어 있지 않다고 하더라도 불가능한 것은 아니고 헌법 제21조에 의해 직접 보장될 수 있다”라고 판시하여 구체적 권리성을 긍정하였다.³³⁾

이러한 헌법재판소의 결정에 따라 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 ‘정보공개법’이라 한다)이 제정되었으며, 이 법은 공공기관이 보유·관리하는 정보는 이 법이 정하는 바에 따라 공개하여야 한다고 규정하여 정보공개의 원칙을 천명하고 있다.

(2) 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 따른 정보공개

정보공개법은 공공기관이 보유·관리하는 정보의 공개를 청구할 권리를 인정하고, 청구권으로서의 알권리의 내용 및 행사방법을 구체화하고 있다.

31) 헌재결 1991. 5. 13, 90헌마133.

32) 신봉기, “한국의 행정절차와 행정정보에 대한 자유로운 접근”, 『공법연구』, 제35집 제4호, 2007, 제284면.

33) 헌재결 1989. 9. 4, 88헌마22.

(가) 가격정보의 비공개정보의 대상 여부

정보공개법 제9조는 비공개대상정보를 규정하면서 원칙적으로 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개대상이 된다고 선언한다. 다만 제7호에서 법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보는 이를 공개하지 아니할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 사업활동에 의하여 발생하는 위해로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보와 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보는 제외된다.

여기서 비급여 가격정보가 의료기관 개설자의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로 볼 여지가 있으나 비급여 가격정보가 의료인이 보유하고 있는 자신의 기능이나 기술 혹은 진단 및 치료방법에 관한 것이 아니므로 이를 요양기관의 경영·영업상의 비밀에 해당한다고 볼 수 없을 것이다.³⁴⁾

(나) 의료기관³⁵⁾의 공공기관성 검토

정보공개법 제3조는 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개대상이 된다고 규정하면서 제2조 제3호에서 공공기관을 국가기관, 지방자치단체, 정부투자기관관리기본법 제2조의 규정에 의한 정부투자기관 그 밖에 대통령령이

34) 이와 유사한 취지로 서울행법 2006. 1. 5, 2005구합16833 판결을 들 수 있다. 이 판결에서 서울행정법원은 “보건복지부가 보유·관리하는 ‘지역별, 요양기관 종별, 의원급 표시과목별 급성상기도감염의 항생제 평가등급에서 1등급(상위 4%)과 9등급(하위 4%)에 속한 요양기관의 수, 명단 및 각 요양기관이 사용한 항생제 사용지표’에 관한 정보는, 근거규정인 국민건강보험법 시행규칙 제21조 제1항도 그 정보를 공개하도록 명시적으로 규정하고 있고, 의료인이 보유하고 있는 기능이나 기술 혹은 진단 및 치료방법에 관한 것이 아니어서 요양기관의 경영·영업상의 비밀에 해당하지 않는다.”라고 판시하였다.

35) 의료기관 중에서 의원급 의료기관을 공공기관으로 보기는 힘들 것이다. 여기서의 의료기관은 병원급 의료기관에 한정해서 논의를 전개한다. 그렇다고 하여 비급여진료비용 공개가 바로 의원급 의료기관의 개설자의 기본권을 과도하게 침해한다고 할 수 없을 것이다. 다만 병원급 의료기관 중 국공립병원 등이 그 공공기관성으로 말미암아 비급여진료비용 공개의 헌법적 정당성이 강하게 긍정되며, 이에 반해 의원급 의료기관은 상대적으로 헌법적 정당성이 약하게 인정된다는 점에서 차이가 있다고 볼 수 있다.

정하는 기관으로 그 범위를 정하고 있다. 이에 의하여 동법 시행령 제2조는 초·중등교육법 및 고등교육법 그 밖에 다른 법률에 의하여 설치된 각급학교, 지방공기업법에 의한 지방공사 및 지방공단, 정부산하기관관리기본법의 적용을 받는 정부산하기관, 특별법에 의하여 설립된 특수법인, 사회복지사업법 제42조제1항의 규정에 의하여 국가 또는 지방자치단체로부터 보조금을 받는 사회복지법인과 사회복지사업을 하는 비영리법인도 공공기관에 포함시키고 있다.

또한 공공보건의료에 관한 법률 제2조 제2호에서 공공보건의료기관이라 함은 국가·지방자치단체 또는 기타 대통령령이 정하는 공공단체가 설립·운영하는 보건의료기관을 말한다고 규정하고, 이어 공공보건의료에 관한 법률 시행령 제2조에서 서울대학교병원, 국립대학교병원 등을 공공보건의료기관으로 규정하고 있다. 이러한 점에서 병원급 의료기관 중에서 국공립병원은 당연히 공공기관으로 볼 수 있을 것이다.

그러나 국공립병원을 제외한 병원급 의료기관이 정보공개법에서 말하는 공공기관에 직접 해당한다고는 보기 어려우나 유추해석을 한다면 공공기관적 성격을 지닌다고 할 수 있다. 의료법 시행령 제20조는 ‘의료법인과 법 제33조제2항제4호에 따라 의료기관을 개설한 비영리법인은 의료업(법 제49조에 따라 의료법인이 하는 부대사업을 포함한다)을 할 때 공중위생에 이바지하여야 하며, 영리를 추구하여서는 아니 된다’고 하여 비영리법인이 원칙임을 천명하고 있다. 따라서 의료기관의 비영리성과 더불어 의료서비스의 공공재적 성격에 연유하여 국공립병원을 제외한 병원급 의료기관의 공공기관성을 긍정할 수 있는 측면도 존재한다고 본다.

이와 관련하여 정보공개거부처분 취소소송사건에서 대법원은 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법의 위임 범위를 벗어났다거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다고 판시한 바 있다.³⁶⁾ 여기에서 공공기관은 국가기관에 한정되는 것이 아니라 지방자치단체, 정부투자기관, 그 밖에 공

동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능을 수행하는 기관도 포함되는 것으로 해석된다고 판시하여 의료기관도 공공기관에 포함될 수 있음을 간접적으로 긍정하고 있다. 다시 말해 공공기관성의 기준을 의료기관의 소유에 따른 구분보다는 기능적 측면을 중시한다면 제한된 범위 내에서 병원급 의료기관의 공공기관성을 부정하기는 쉽지 않을 것으로 판단된다.³⁷⁾

(다) 소결

이상에서 본 바와 같이 비급여진료비용의 공개가 알권리나 정보공개법상의 비공개대상정보에 해당되지 않음으로 의료법 제45조에 대해 위헌성을 의심하기는 어렵다고 본다. 비록 비급여진료비용이 정보공개법의 적용범위에 해당되지 않는다고 하더라도 의료법 제45조가 기본권제한입법원리인 과잉금지원칙에 위배된다고는 보이지 않는다. 의료인의 전문성과 자율성이 가능한 한 존중되어야 하더라도 환자의 자기결정권 혹은 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위하여 의료소비자들에게 충분한 의료정보를 제공하는 것이 보다 중요하고 이를 통하여 의료시장에서 공정한 경쟁을 촉진할 수 있을 때에 오히려 더 공익을 증진시킬 수 있을 것이다.

36) 대판 2006. 8. 24. 2004두2783(정보공개 의무기관을 정하는 것은 입법자의 입법형성권에 속하고, 이에 따라 입법자는 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조 제3호에서 정보공개 의무기관을 공공기관으로 정하였는바, 공공기관은 국가기관에 한정되는 것이 아니라 지방자치단체, 정부투자기관, 그 밖에 공동체 전체의 이익에 중요한 역할이나 기능을 수행하는 기관도 포함되는 것으로 해석되고, 여기에 정보공개 목적, 교육의 공공성 및 공·사립학교의 동질성, 사립대학교에 대한 국가의 재정지원 및 보조 등 여러 사정을 고려해 보면, 사립대학교에 대한 국비 지원이 한정적·일시적·국부적이라는 점을 고려하더라도, 같은 법 시행령(2004. 3. 17. 대통령령 제18312호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호가 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법인 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 위임 범위를 벗어났다거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다.)

37) 이러한 입장에서 정보공개법과 그 시행령의 공공기관의 대상을 한정적으로 해석할 것이 아니라 예시적으로 해석할 필요가 있다.

다. 보건권에 근거한 국가의 적극적 보호의무

(1) 의의

헌법 제36조 제3항은 ‘모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다’고 하여 국민의 보건권을 규정하고 있다. 보건권이란 국민이 자신들의 건강을 보호받을 권리로서 자신들의 건강보호를 위해 국가에 대하여 적극적인 배려와 급부를 요구할 수 있는 권리를 말한다.³⁸⁾

(2) 비급여 가격정보공개와 보건권

보건권은 우선 국가에 의한 건강침해를 방어하는 자유권적 성격을 갖지만, 국민의 건강보호를 위해 국가에 대하여 적극적인 배려와 급부를 요구할 수 있는 권리라는 점에서 사회적 기본권의 성격을 보다 강하게 담지한다.³⁹⁾ 이러한 보건권의 사회적 기본권적 성격에서 유래된 국가의 적극적 보호의무는 비급여 가격정보공개와 헌법적 정당성 조항으로 기능할 수 있을 것이다.

헌법 제36조 제3항에 근거하여 국가는 국민의 건강을 보호하고 이를 위하여 국민에게 적절한 의료급부를 보장해야 하는 사회국가적 의무를 지고 있다.⁴⁰⁾ 즉 보건의료는 단순한 상거래의 대상이 아니라 사람의 생명과 건강을 다루는 중대한 것이다. 보건의료 서비스는 공급자와 수요자 등 시장참여자 사이의 정보비대칭, 수요의 불확실, 치료의 불확실, 법적 독점, 외부성 등 일반 재화와 다른 특성이 있다. 따라서 민간부문의 영리성 추구를 제한할 자율적 규제나 법적 규제가 미흡한 경우에는 의료수요 유발, 고가서비스 추구, 의료인력의 과도한 전문화 등을 통해 국민의 의료비 부담을 증가시키므로, 그 수요와 공급을 시장에 전적으로 맡겨 두면 시장의 실패 혹은 사회적 후생감소를 초래할

38) 계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2002, 제761면.

39) 헌재결 1998. 7. 16, 96헌마246(이를 ‘보건에 관한 권리’ 또는 ‘보건권’으로 부르고, 국가에 대하여 건강한 생활을 침해하지 않도록 요구할 수 있을 뿐만 아니라 보건을 유지하도록 국가에 대하여 적극적으로 요구할 수 있는 권리로 이해한다 하더라도).

40) 헌재결 2002. 10. 31, 99헌바76 등.

가능성이 있다.⁴¹⁾ 그러므로 비급여 가격정보공개가 이러한 일반 재화와는 다른 의료서비스의 특징을 완화하여 의료비절감의 대안으로 작용한다면 국가의 보건권에 기인한 사회국가적 의무가 이행된다고 볼 수 있다.

라. 의료소비자의 권리

(1) 소비자권리의 구체화 장치로서의 소비자기본법

헌법 제124조는 ‘국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다’고 규정하여 소비자권리의 보장을 법률에 위임하고 있다. 이러한 위임입법으로 제정된 소비자기본법 제1조는 ‘이 법은 소비자의 권익을 증진하기 위하여 소비자의 권리와 책무, 국가·지방자치단체 및 사업자의 책무, 소비자단체의 역할 및 자유시장경제에서 소비자와 사업자 사이의 관계를 규정함과 아울러 소비자정책의 종합적 추진을 위한 기본적인 사항을 규정함으로써 소비생활의 향상과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다’고 규정하여 물품 또는 용역으로 인한 생명·신체 또는 재산에 대한 위해로부터 보호받을 권리, 물품 등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리, 물품 등을 사용함에 있어서 거래상대방·구입장소·가격 및 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리, 소비생활에 영향을 주는 국가 및 지방자치단체의 정책과 사업자의 사업활동 등에 대하여 의견을 반영시킬 권리, 물품 등의 사용으로 인하여 입은 피해에 대하여 신속·공정한 절차에 따라 적절한 보상을 받을 권리, 합리적인 소비생활을 위하여 필요한 교육을 받을 권리, 소비자 스스로의 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 활동할 수 있는 권리, 안전하고 쾌적한 소비생활 환경에서 소비할 권리 등 8가지의 구체적인 권리를 명시하여(제4조) 소비자권리의 법적 근거를 명확히 하고 있다.

41) 헌재결, 2005. 3. 31, 2001헌바87.

(2) 의료시장에서의 소비자의 권리

헌법 체계 내에서의 소비자권리의 보장이 기본권규범에 위치한 것이 아니라 제9장 경제의 장에 위치하고 있다는 것과 소비자권리 그 자체를 보장하는 것이 아니라 소비자보호를 위한 ‘운동’의 보장으로 규정되어 있다는 점은 소비자권리의 헌법상 근거에 관하여 견해의 대립으로 나타났다. 소비자보호운동은 소비자권리를 전제로 하고 있으므로 당연히 同條는 소비자권리를 함께 보장한다고 보아야 한다.⁴²⁾

소비자권리는 생존이념에 근거한 권리로 단순히 인간으로서의 권리실현을 방해하는 소극적 상태의 배제를 구하는 권리라기보다는 국가에 대하여 적극적으로 요구할 수 있는 인간생존의 권리라는 점에서 사회적 기본권의 성격을 지닌다고 볼 수 있다.⁴³⁾ 이러한 소비자권리의 사회연대원리에 입각한 사회적 기본권의 속성은 의료서비스의 공공재적 속성에서 두드러지게 드러난다.

특히 의료서비스의 정보비대칭을 해소하기 위해 의료공급자로 하여금 정보를 공개하도록 하는 제도는 의료분야에서의 소비자권리의 핵심을 구성한다.⁴⁴⁾ 환자의 자기결정권 혹은 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위하여 의료소비자들에게 충분한 의료정보를 제공하는 것이 보다 중요하다. 의료소비자들에게 사실에 기초한 정확한 의료정보를 제공하고 이를 통하여 의료시장에서 공정한 경쟁을 촉진할 수 있을 때에 공익을 증진시킬 수 있을 것이다.⁴⁵⁾

4. 의료기관 개설자에 대한 기본권제한의 헌법적 정당성

비급여진료비용 공개는 의료기관 개설자에 대한 기본권제한의 성격을 지닌다. 구체적으로 의료기관 개설자의 자기결정권, 직업의 자유와 재산권이

42) 계획열, 전게서, 제537면.

43) 정극원, 전게논문, 제607면.

44) 김혜선, 전게논문, 제189~190면; 정광호·전대성·김홍석, 전게논문, 제132~133면.

45) 서울행법 2006. 1. 5, 2005구합16833.

문제될 것으로 보인다.

가. 자기결정권의 문제

현행 의료법 제33조에 따라 의료기관 개설자는 자연인인 의사 등과 의료법인 등이 될 수 있다. 여기서 자기결정권의 경우에는 자연인임을 전제로 하여 헌법 제10조가 그 근거가 되므로 일차적으로 법인은 기본권주체성을 가질 수 없다고 할 것이다. 더욱이 헌법재판소는 소비자의 자기결정권은 일반적 행동자유권이 아닌 행복추구권에서 파생된 것이라고 하여⁴⁶⁾ 소비자의 권리인 자기결정권에서도 법인의 기본권주체성을 부정하고 있다. 또한 비급여진료비용 공개와 관련하여 의료기관 개설자는 소비자가 아닌 공급자이므로 '소비자'의 자기결정권을 인정할 여지는 없어 보인다.

물론 의료기관 개설자 중 자연인이 자기결정권의 행사주체가 될 수 있어 자기결정권에 따라 비급여진료비용에 대하여 스스로 공개하지 않을 권리를 행사할 수 있다고 본다. 그러나 이러한 자기결정권도 헌법 제37조 제2항의 기본권제한사유에 따라 제한될 수 있음은 자명하다. 자기결정권의 기초인 인간으로서의 고유가치가 침해되지 않는 한 입법자는 사회적 공동생활의 보존과 육성을 위하여 주어진 상황에서 일반적으로 기대할 수 있는 범위 내에서 개인의 일반적 행동자유권을 제한할 수 있으므로 의료법 제45조와 시행규칙 제42조의2는 과잉금지원칙을 위반한 규정이라고 볼 수 없을 것이다. 그러므로 의료법 제45조의 비급여진료비용 공개가 자연인인 의료기관 개설자의 자기결정권을 과도하게 제한하고 있다고 볼 수 없다.

46) 헌재결 1996. 12. 26, 96헌가18.

나. 직업의 자유

(1) 직업의 자유의 주체로서의 의료기관 개설자

헌법 제15조는 ‘모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다’고 규정하여 직업의 자유를 보장하고 있다. 대한민국 국적을 가진 자연인이 직업의 자유의 주체가 된다는 데에는 헌법 문언상 명백하다. 외국인이나 무국적자가 이 기본권의 주체가 될 수 있는지가 문제되나 주체성을 긍정하는 방향이 대세로 보인다.⁴⁷⁾

직업의 자유가 일차적으로 자연인의 기본권이지만 사법상의 내국법인 내지 내국의 사적 단체도 그것이 특정의 영리목적에 기여하는 활동을 수행하는 한도에서는 직업의 자유의 주체가 될 수 있다는 데 현재 異說이 없다.⁴⁸⁾ 의료기관 개설자 중 의료법인이 원칙적으로 비영리법인이지만 본질적으로 사적 이익을 추구한다는 점에서 직업의 자유의 주체가 될 수 있다고 본다.

(2) 비급여 가격정보공개와 의료기관 개설자의 직업수행의 자유의 제한

직업의 자유의 내용에는 직업선택의 자유, 직업수행의 자유, 직장선택의 자유, 직업교육장선택의 자유가 있는데, 영업체나 법인과 관련해서는 기업의 자유 내지는 영업의 자유로 표현된다. 구체적으로 적시하면 기업설립 및 조직의 자유, 법적 형태선택의 자유, 처분 및 투자의 자유, 생산활동의 자유, 경업의 자유, 가격설정의 자유, 광고의 자유 등을 그 내용으로 한다.⁴⁹⁾

일반적으로 특정 직업활동의 ‘여부’가 아닌 직업활동의 내용과 범위, ‘방법이나 태양’에 관한 규율이 직업수행에 관한 규제라고 볼 수 있으므로 비급여 가격정보는 의료기관 개설자의 영업 및 경영상의 비밀로 가격정보의 공개는 이러한 직업수행의 자유에 대한 제한에 해당된다고 볼 여지가 있다. 그러나

47) 홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2007, 제443면; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007, 제459면.

48) 정태호, “제15조”, 『대한민국 헌법주석 2』, 한국헌법학회, 2007, 제343면.

49) 정태호, 전계논문, 제350~351면.

이러한 가격정보는 의료인이 보유하고 있는 자신의 기능이나 기술 혹은 진단 및 치료방법에 관한 것이 아니므로 이를 요양기관의 경영·영업상의 비밀에 해당한다고 볼 수 없다는 판례의 입장⁵⁰⁾은 주목할 만하다. 그러므로 비급여 진료비용의 공개가 의료기관 개설자의 직업수행의 자유를 제한한다고 하더라도 과잉금지원칙에 위배될 소지는 없어 보인다.

다. 비급여 가격정보공개와 헌법 제23조의 재산권과의 관계

경제영역에서의 규율들과 관련하여 그 규율이 직업의 자유를 제한하는 것인지 재산권을 제약하는 것인지가 종종 문제된다. 비급여 가격정보가 의료기관 개설자의 영업상의 비밀로 직업의 자유를 제한할 수도 있지만 재산권을 침해할 소지도 있어 보이기 때문이다.

직업의 자유는 소득활동, 즉 행위 자체를 보호하는 반면에 재산권은 그 활동의 결과, 곧 이미 획득한 것을 보호한다.⁵¹⁾ 이런 점에서 공권력의 조치가 개인의 소득활동 내지 능력발휘에 대하여 규율하고 있느냐 아니면 이미 획득한 재산가치 있는 재화의 보유와 사용에 대하여 규율하고 있느냐에 따라 관련 기본권을 확정하여야 한다.⁵²⁾ 이런 의미에서 비급여 가격정보의 공개는 의료기관 개설자의 영업활동, 영업내용에 대한 제한으로 볼 수 있으므로 직업의 자유가 관련된다고 할 수 있다.

헌법재판소가 법률로 소속지방변호사회에 수임사건의 건수 및 수임액을 보고하도록 함으로써 변호사들의 사건 수임 관련 정보를 한층 더 투명하게 하여 탈세의 우려를 줄이고 이를 통해 조세행정 전반에 대한 국민적 신뢰를 공고히 하는 것이어서 영업의 자유나 사생활의 비밀을 침해하는 것은 아니라고 판시한 것도 이러한 취지로 판단된다.⁵³⁾ 변호사의 사건수임관련 정보보

50) 서울행법 2006. 1. 5, 2005구합16833.

51) BVerfGE 30, 292, 334f.

52) 정태호, 전제논문, 제373면.

53) 헌재결 2009. 10. 29, 2007헌마667.

다 제한의 강도가 약한 비급여 가격정보의 공개는 헌법재판소의 판단에 비추어 볼 때 합헌적인 입법정책으로 귀결될 가능성이 커 보인다.

IV. 마치며

우리나라의 건강보험의 급여수준은 OECD 국가들에 비해 매우 미흡한 실정이다. 보험재정의 안정을 우선적으로 고려해 온 나머지 건강보험의 보장성강화에 대한 정책방향을 올바르게 설정하지 못한 것이 주요한 원인이 되고 있다. 이러한 급여수준의 미흡은 비급여진료비의 증가로 더욱더 확대되고 있다.⁵⁴⁾

이러한 비급여진료비용의 관리방안으로 의료정보공개가 거론되면, 실제로 의료분야의 정보공개가 건강증진이나 의료비절감에 영향을 준 사례가 보고된다. 이것은 비급여 가격정보공개가 이러한 면에서 상당히 유용한 정책대안이 될 수 있다는 시사점을 제시한다. 그럼에도 비급여 진료비용 공개를 규정한 의료법 제45조에 대한 헌법적 정당성 검토는 선행되어야 할 연구과제이다. 거시적인 관점에서 살펴보면, 헌법 제119조 제1항은 개인의 자유와 창의를 존중함을 원칙으로 하지만 제2항에서 규제와 조정에 관한 헌법적 근거를 마련하고 있으므로 의료시장에 대한 개입을 의미하는 비급여진료비용 공개는 제2항에서 그 헌법적 정당성을 발견할 수 있게 된다. 환자의 기본권 보장과 의료기관 개설자에 대한 기본권제한 측면에서도 헌법적 정당성이 확보된다. 헌법재판소의 판례에 따르면 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 보장에서 소비자의 소비에 대한 자기결정권이 도출된다. 이러한 자기결정권에 근거하여 소비자는 물품 및 용역의 구입·사용에 있어서 거래의 상대방, 구입장소, 가격, 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리를

54) 정종찬·이동석, “비급여 진료비에 대한 인식도 조사”, 『건강보험포럼』, 2004, 제72면.

가지며, 비급여 진료비용을 공개함으로써 이러한 소비자의 자기결정권은 확실히 보호된다. 환자의 자기결정권 혹은 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위하여 의료소비자들에게 충분한 의료정보를 제공하는 것이 보다 중요한데, 이것은 소비자의 권리를 보장하는 것과는 궤를 같이한다. 또한 비급여진료비용의 공개가 알권리나 정보공개법상의 비공개대상정보에도 해당되지 않는다. 헌법 제36조 제3항에서 국가의 보건의무를 규정하고 있는 취지에 비추어 비급여 가격정보공개는 사회국가적 의무에도 부합한다. 비급여 가격정보의 공개가 의료기관 개설자의 영업활동, 영업내용에 대한 제한으로 볼 수 있으나 이로 인해 직업의 자유가 침해된다고는 볼 수 없어 이 또한 합헌성을 획득한다. 따라서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에서 도출된 자기결정권, 헌법상의 알권리, 보건권, 경제에 대한 규제와 조정, 소비자권리 등에 근거한 비급여 가격정보공개는 헌법적 정당성을 획득한 정책이라고 할 수 있다.

물론 제도에 대한 좀더 세심한 디자인이 필요하지만 이 제도가 의료계에 몰고 올 변화의 모습은 쉽게 짐작할 수 있다. 예전보다 나아진 소비자의 선택권보장과 의료제공자의 합리적인 의료서비스의 제공이 이루어지기를 기대한다.

<p>주제어 : 비급여, 비급여진료비용 공개, 자기결정권, 알권리, 직업의 자유, 보건권, 경제에 대한 규제와 조정, 소비자권리</p>

[참 고 문 헌]

- 계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2002.
- 김상겸, “법치국가실현을 위한 국가의 적극적 의무”, 『공법연구』, 제38집 제1호 제1권, 2009.
- 김성수, “독점규제와 법치주의”, 『공법연구』, 제29집 제2호, 2001.
- 김혜선, “의료서비스 분야에서의 소비자주권 실현방안 연구”, 『소비자학연구』, 제17권 제2호, 2006.
- 박선영, “제21조”, 『대한민국 헌법주석 2』, 한국헌법학회, 2007.
- 성낙인, 『헌법학』, 제9판, 박영사, 2009.
- 신봉기, “한국의 행정절차와 행정정보에 대한 자유로운 접근”, 『공법연구』, 제35집 제4호, 2007.
- 전광석, “제119조”, 『대한민국 헌법주석 4』, 한국헌법학회, 2009.
- 정광호·전대성·김홍석, “정보공개제도가 항생제 처방에 미친 영향: 서울시 의료기관을 중심으로”, 『행정논총』, 제46권 1호.
- 정극원, “제124조”, 『대한민국 헌법주석 4』, 한국헌법학회, 2009.
- 정종섭, 『헌법과 기본권』, 박영사, 2010.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 제7판, 박영사, 2012.
- 정종찬·이동석, “비급여 진료비에 대한 인식도 조사”, 『건강보험포럼』, 2004.
- 정태호, “제15조”, 『대한민국 헌법주석 2』, 한국헌법학회, 2007.
- 최영순·김정희·이호용·한준태, 『비급여 진료비 실태와 관리방안』, 국민건강보험공단 연구보고서, 2007.
- 허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007.
- 현두륜, “건강보험에 있어서 의사와 환자간의 법률관계: 임의비급여 문제를 중심으로”, 『의료법학』, 제8권 제2호, 2007.
- 홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2007.
- Marshall·Shekelle·Leatherman·Brook, “Public disclosure of performance data: learning from the US experience”, Quality in Health Care, 제9권 제1호, 2000.

Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigungsprüfung von der Preisbekanntmachung der Individuellen Gesundheitsleistung

Jung Young Chul

Research Professor, Yonsei University Graduate School of Public Health

=Zusammenfassung(Abstract)=

Obwohl die Preisbekanntmachung der individuellen Gesundheitsleistung(PiG), die im Jahr 2010 im Arztrecht neu eingeführt wird, zum Management der Gesundheitskosten sehr nützlich werden soll, muss eine verfassungsrechtliche Rechtfertigungsprüfung von PiG zunächst durchgeführt werden. Angesichts der staatlichen Regulierung und Lenkung auf die Wirtschaft des Art. 119 Abs. 2 KV besitzt die PiG zunächst eine Verfassungsrechtfertigung. Nach der ständigen Rechtsprechung des koreanischen Verfassungsgerichts folgt das Selbstbestimmungsrecht der Verbraucher aus der Menschenwürde von Art. 10 Abs. 1 Koreanische Verfassung(KV) und dem Recht auf Glück von Art. 10 Abs. 2 KV. Demnach können Konsumenten den Einkauf der Güter und Service, die Partei des Vertrags, Geschäftsbedingungen, usw. frei entscheiden. Indem der Preis der individuellen Gesundheitsleistung mithin bekanntgemacht wird, werden das Selbstbestimmungsrecht der Verbraucher sowie das Recht der Konsumenten sicherlich gewährleistet. Darüber hinaus steht die PiG im Einklang mit dem Recht auf Information, aber auch zählt sie nicht zu den Informationen der Nichtbekanntmachung vom Gesetz über die Bekanntmachung der Information(GBI). Nach der staatlichen Gesundheitspflicht des Art. 36 Abs. 3 KV kann die PiG eine Verfassungslegitimität besitzen. Im Hinblick auf die Berufsfreiheit kann die PiG einen Eingriff in den Geschäftsaktivitäten der Unternehmen bedeuten. Trotzdem ist die PiG als eine verfassungsrechtliche

Legitimität zu qualifizieren. In der Konsequenz kann die PiG, die auf dem Selbstbestimmungsrecht, dem Recht auf Information, dem Gesundheitsrecht, der Regulierung und Lenkung auf die Wirtschaft von Art. 119 Abs. 2 KV, und dem Recht der Verbraucher beruht, als eine verfassungsmäßige Politik geschätzt werden.

Schlüsselwörter: Die individuelle Gesundheitsleistung, Preisbekanntmachung der individuellen Gesundheitsleistung, Selbstbestimmungsrecht, Recht auf Information, Berufsfreiheit, Gesundheitsrecht, Regulierung und Lenkung auf die Wirtschaft, Recht der Verbraucher