

임의비급여 진료행위의 허용여부에 관한 공법적 고찰

-대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646
전원합의체 판결에 대한 평석-

하 명 호*

- I. 대상판결의 개관과 쟁점
 - 1. 사건의 개요
 - 2. 제1심 및 원심판결의 요지
 - 3. 대상판결의 요지
 - 4. 이 사건의 쟁점
- II. 국민건강보험의 체계와 부당이득 환수처분의 법리
 - 1. 국민건강보험제도의 헌법적 기초
 - 2. 국민건강보험의 체계와 특성
 - 3. 국민건강보험법상 부당이득 환수처분의 법리
- III. 임의비급여의 허용여부와 허용조건에 대한 검토
 - 1. 요양급여에 관한 법령 체계
 - 2. 임의비급여의 개념
 - 3. 임의비급여의 유형
 - 4. 임의비급여의 허용여부에 관한 검토
 - 5. 제한적 허용조건에 대한 검토
- IV. 행정소송에서의 증명책임
 - 1. 이 사건에서 논의의 구조
 - 2. 행정소송에서의 증명책임에 관한 일반적인 논의
 - 3. 이 사건에서의 검토
- V. 이 판결의 의의

* 논문접수: 2013. 11. 2. * 심사개시: 2013. 11. 10. * 수정일: 2013. 12. 8. * 게재확정: 2013. 12. 10.
* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

I. 대상판결의 개관과 쟁점

1. 사건의 개요

원고는 국민건강보험법상 요양기관인 ○○○대학교 부속병원을 운영하는 학교법인이다. 보건복지가족부는 2006. 12. 13.부터 같은 달 28.까지 원고 병원에 대한 현지조사를 실시한 결과, 2006. 4. 1.부터 2006. 9. 30.까지 원고 병원에서 백혈병 등을 치료받은 환자들로부터 1,938,088,790원을 본인부담금으로 지급받은 것은 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 것에 해당한다고 판단하였다. 그리하여, 피고 보건복지가족부장은 2008. 2. 19. 구 국민건강보험법(2006. 10. 4. 법률 제8034호로 개정되기 전의 것) 제85조 제1항, 제2항 및 같은 법 시행령(2007. 7. 25. 대통령령 제20190호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 [별표 5] 업무정지처분 및 과징금부과의 기준에 따라 80일의 요양기관 업무정지처분에 갈음하는 과징금 9,690,443,950원을 부과하였고, 피고 국민건강보험공단은 2008. 3. 31. 구 국민건강보험법 제52조에 따라 부당징수액으로 판단한 1,938,088,790원의 요양급여비용에 대하여 부당이득 환수결정을 하였는데, 그 산출내역은 다음과 같다.

① 보건복지가족부령인 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙(2006. 12. 29. 보건복지부령 제377호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 요양급여기준규칙’이라고 한다), 보건복지가족부 고시인 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항」이나 식품의약품안전청장이 정한 허가사항을 위반하여 처방·투여한 의약품 비용을 본인부담금으로 징수한 사례¹⁾(① 유형: 급여기준 위반 의약품 비용 징수 유형): 624,654,400원.

② 보건복지가족부 고시 「건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수」(행위수가고시)에 치료재료, 방사선치료 비용 등이 포함되어 별도

1) 일례로 원심판결에 의하면, 네오플라틴주(150 mg, 또는 450 mg)는 허가사항이 진행성 상피성 난소암, 소세포폐암으로 정해져 있으나, 원고 병원은 비호지킨림프종에 2차 이상으로 사용 하거나 골수이식 전 처치요법에 사용하고 그 비용을 본인 부담으로 처리하였다.

로 징수할 수 없음에도 행위수가고시로 정한 금액에 더하여 치료재료, 방사선 치료 비용을 본인부담금으로 징수한 사례²⁾(② 유형: 별도 산정 불가 치료재료 등의 비용 별도 징수 유형): 76,501,780원.

③ 요양급여사항으로 요양급여비용 청구대상임에도 종전 진료비 심사과정에서의 삭감사례를 토대로 진료비 심사과정에서 삭감될 것을 우려하여 피고 공단에는 요양급여비용을 전혀 청구하지 않고, 본인으로부터 피고 공단에 청구하여야 할 요양비용을 포함한 모든 비용을 징수한 사례(③ 유형: 기준금액 이상 징수 유형): 614,848,913원.³⁾

④ 환자들로부터 주진료과에 관해서만 선택진료를 신청받고, 그 외 진료지원과에 관해서는 주진료과 선택의사에게 포괄위임하도록 한 다음, 주진료과 뿐만 아니라 진료지원과에 대해서도 선택진료비용을 본인부담금으로 징수한 사례(④ 유형: 선택진료비 징수 유형): 622,096,256원.

2. 제1심 및 원심판결의 요지⁴⁾

제1심 및 원심은 ① 유형과 ② 유형에 관하여 종래의 대법원 판례와는 달리 예외적인 조건 하에서 허용될 수도 있고, 원고 병원이 시행한 포괄위임 방식의 선택진료 및 선택진료비 수수는 부당한 것이 아니므로, 이 사건 각 처분은 위법하다고 판시하였다. 더 나아가 법원의 증거조사 결과만으로 정당한 액수를 산출할 수 없다는 이유로 이 사건 각 처분을 전부 취소하였다.

2) 일례로 원심판결에 의하면, NEEDLE-BONE MARROW BIOPSY(MANAN)는 허가사항이 적 추성형술용 바늘이고, 행위수가고시는 골수천자생검에서 치료재료 비용을 별도로 산정할 수 없도록 정하고 있는데, 원고 병원은 이를 골수천자생검에 사용하고 그 비용을 본인 부담으로 처리하였다.

3) 위 금액은 원고 병원이 환자들로부터 징수한 진료비 중 본인부담 비율을 초과하는 금액으로 산정된 것이다.

4) 제1심 판결은 서울행정법원 2009. 10. 29. 선고 2008구합9522, 2008구합14807(병합) 판결이고, 원심판결은 서울고등법원 2010. 11. 11. 선고 2009누38239, 2009누38246(병합) 판결이다.

3. 대상판결의 요지

[1] [다수의견] 국민건강보험을 규율하는 법령은 ① 원칙적으로 모든 진료 행위를 요양급여대상으로 삼고, 요양급여의 구체적인 적용기준과 방법은 구 요양급여기준규칙과 보건복지부장관의 고시에 의하도록 하며, ② 거기에 규정되지 아니한 새로운 형태의 진료행위가 이루어지거나 기존 요양급여기준에 불합리한 점이 있으면 구 요양급여기준규칙이 정하는 여러 신청절차를 통하여 요양급여대상으로 포섭하고, ③ 구 요양급여기준규칙 제9조 [별표 2]에 규정된 이른바 법정 비급여 진료행위는 건강보험 적용대상에서 제외하여 그 부분에 한하여 비용 부담을 요양기관과 가입자 등 사이의 사적(私的) 자치에 맡기고 있는 것으로 해석된다. 따라서 요양기관은 법정 비급여 진료행위가 아닌 한 원칙적으로 요양급여의 인정기준에 관한 법령에서 정한 기준과 절차에 따라 요양급여를 제공하고, 보험자와 가입자 등으로부터 요양급여비용을 지급받을 때에도 그 산정기준에 관한 법령에서 정한 기준과 절차에 따라야 한다. 그러므로 요양기관이 그러한 기준과 절차를 위반하거나 초과하여 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받은 경우뿐 아니라, 그 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 가입자와 요양 비급여로 하기로 합의하여 진료비용 등을 가입자 등으로부터 지급받은 경우도 위 기준을 위반하는 것으로서 원칙적으로 구 국민건강보험법 제52조 제1항, 제4항과 제85조 제1항 제1호, 제2항에서 규정한 ‘사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당한다.

[대법관 전수안의 반대의견] 환자가 요양급여로 제공되는 기본진료를 넘어선 최선의 진료를 받기 원하는 경우에 그 진료가 보험재정의 한계를 이유로 국민건강보험에서 제공할 수 없는 것이라면, 국민건강보험의 틀 밖에서라도 요양기관과 환자 사이의 진료계약에 의하여 원하는 진료를 받을 수 있도록 하는 것이 옳고, 이와 달리 환자에게 이러한 진료를 받을 기회를 제한하는 것은 오히려 구 국민건강보험법의 취지에 반한다. 구 요양급여기준규칙 제9조 [별표

2]는 비급여 사항을 열거하고 있는데, 이를 한정적으로 열거한 것으로 해석한다면 환자가 사적 진료계약을 통하여 최선의 진료를 받는 것을 제한하는 규정 이 되어 모법의 위임 범위를 벗어나게 된다. 구 국민건강보험법 제52조 제1항, 제4항, 제85조 제1항 제1호는 ‘요양기관이 사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’ 부당이득으로 환수하거나 업무정지를 명할 수 있다고 규정하고 있으나, 여기서 요양급여비용이란 국민건강보험에 의하여 요양급여가 행하여진 경우 그 급여에 대한 대가로서 국민건강보험공단 이사장과 의약계를 대표하는 자의 계약에 따라 정해진 비용을 말하는 것이지, 사적 진료계약에 따른 진료비와는 다른 개념이다. 따라서 법정의 비급여 진료비는 위 각 법조문의 적용대상이 아니며, ‘요양급여비용’에 법정의 비급여 진료비가 포함된다고 해석하는 것은 법령의 근거 없이 국민의 권리를 제한하는 것과 다름없는 것이어서 허용될 수 없다.

[2] [다수의견] 요양기관이 국민건강보험의 틀 밖에서 임의로 비급여 진료행위를 하고 비용을 가입자 등으로부터 지급받은 경우라도 ① 진료행위 당시 시행되는 관계 법령상 이를 국민건강보험 틀 내의 요양급여대상 또는 비급여 대상으로 편입시키거나 관련 요양급여비용을 합리적으로 조정할 수 있는 등의 절차가 마련되어 있지 않은 상황에서, 또는 그 절차가 마련되어 있다고 하더라도 비급여 진료행위의 내용 및 시급성과 함께 절차의 내용과 이에 소요되는 기간, 절차의 진행 과정 등 구체적 사정을 고려해 볼 때 이를 회피하였다고 보기 어려운 상황에서, ② 진료행위가 의학적 안전성과 유효성뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료해야 할 의학적 필요성을 갖추었고, ③ 가입자 등에게 미리 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료받는 데 대하여 동의를 받았다면, 이러한 경우까지 ‘사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당한다고 볼 수는 없다. 다만 요양기관이 임의로 비급여 진료행위를 하고 비용을 가입자 등으로부터 지급받더라도 그것을 부당하다고 볼 수 없는 사정은 이를 주장하는 측인 요양기관이 증명해야 한다. 왜냐하면 항고소송에서 당해 처분

의 적법성에 대한 증명책임은 원칙적으로 처분의 적법을 주장하는 처분청에 있지만, 처분청이 주장하는 당해 처분의 적법성에 관하여 합리적으로 수긍할 수 있는 정도로 증명한 경우 그 처분은 정당하고, 이와 상반되는 예외적인 사정에 대한 주장과 증명은 상대방에게 책임이 돌아간다고 보는 것이 타당하기 때문이다.

[대법관 김능환, 대법관 박병대, 대법관 김용덕의 반대의견] 구 국민건강보험법령의 규정 등에 의하여 명시적으로 인정된 ‘요양급여’ 및 ‘법정 비급여’ 진료행위에 해당하지 아니하는 이른바 ‘임의비급여 진료행위’(또는 ‘법정의 진료행위’)라도 의학적 안정성과 유효성뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료해야 할 의학적 필요성을 갖추었다는 등의 사정이 인정되면 ‘사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 받거나 이를 부담하게 한 때’에 해당하지 않는 것으로 보아야 한다는 점에 대하여는 다수의견과 견해를 같이한다. 그러나 다수의견이 ‘사위 기타 부당한 방법’에 해당함을 부정할 근거가 되는 사정은 요양기관이 증명해야 한다고 하여 그에 관한 증명책임을 요양기관에게 지우고 처분청이 ‘사위 기타 부당한 방법’에 해당한다는 처분사유에 관한 증명책임에서 벗어난다는 취지로 판시한 것에 대하여는 동의하기 어렵다. ‘사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 받거나 부담하게 한 때’에 해당한다는 처분사유는 일반적인 경우와 마찬가지로 법정외 진료행위의 경우에도 여전히 처분청이 증명책임을 부담한다고 보아야 한다.

4. 이 사건의 쟁점

대상판결은 이론적 측면뿐만 아니라 그 동안 사회적 이슈가 되었던 이른바 ‘임의비급여’가 구 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호 또는 제52조 제4항 소정의 “사위 기타 부당한 방법”에 해당하지 않는 경우가 예외적으로 있을 수 있다는 취지로 기존의 입장을 변경하고, 그 경우 임의비급여의 예외적인 허용기준을 제시하였다는 점에서 국민건강보험 영역에서의 매우 큰 의미가 있는 판

결이다. 따라서 이에 대한 검토가 이 사건의 첫 번째 쟁점이다.

다음으로 이른바 ‘임의비급여 진료행위’가 예외적으로 허용되는 경우에 관한 증명책임의 소재를 살펴보는 것이 이 사건의 두 번째 쟁점이다.

이 이외에도 원심과 제1심은 ③ 유형에 대한 제재는 적법하다고 판시하였으나 피고들만 상고하여 대상판결에서 쟁점이 되지 않았다. 한편, ④ 유형에 관하여, 건강보험 체계 내에서 선택진료에 따른 추가비용은 법정비급여 사항으로 분류되어 있는데, 선택진료의 포괄위임 자체가 관련 의료법령 등에서 허용될 수 있는지 여부 및 선택진료의 포괄위임 자체가 금지된 것은 아니라면 원고 병원이 환자 등으로부터 선택진료 포괄위임을 받는 방식이 의료법령상 허용되는지 여부가 쟁점이었다. 이에 대하여 대법원은 대상판결에서 병원이 포괄위임에 따른 선택진료비를 환자 등에게 부담하도록 한 것이 ‘사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당하지 않는다고 본 원심판단을 정당하다고 하였다. 따라서 이상의 ③ 유형과 ④ 유형은 이 사건에서 쟁점이 되지 않았거나 상대적으로 가벼운 내용으로서 여기에서는 논의를 생략하기로 한다.

II. 국민건강보험의 체계와 부당이득 환수처분의 법리

1. 국민건강보험제도의 헌법적 기초

우리나라 헌법은 사회국가의 원리를 헌법 원리로 직접 명시하고 있지는 않다. 다만 헌법 전문에서의 “안으로는 국민 생활의 균등한 향상을 기하고”라는 문구, 헌법 제2장에서 규정된 사회적 기본권 조항, 제9장에서 규정된 경제헌법 조항 등으로부터 우리나라 헌법이 사회국가의 원리를 채택하고 있다고 해석하는데 별다른 이의가 없다.⁵⁾ 특히 헌법 제34조 제1항은 모든 국민에게 인

5) 김남진·김연태, 『행정법 II』, 제17판, 법문사, 2013, 제457면.

간다운 생활을 할 권리를 보장하고, 같은 조 제2항은 국가에게 “사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무”를 부과하고 있다. 법률적 차원에서 사회보장기본법은 “모든 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 최저생활을 보장하고 국민개개인이 생활수준을 향상시킬 수 있도록 제도와 여건을 조성하여, 그 시행에 있어 형평과 효율의 조화를 도모함으로써 복지사회를 실현하는 것”을 사회보장의 기본이념으로 하고 있다(제2조).⁶⁾

한편, 헌법 제36조 제3항은 모든 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 천명하고 있다. 이러한 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 구체화하는 방법은 독일과 일본이 채택하는 바와 같이 사회보험인 건강보험을 통하여 국민의 건강을 보장하면서 현물급여의 원칙을 적용하는 것만 있는 것은 아니다. 영국과 스칸디나비아 국가 등이 채택하고 있는 이른바 국민보건제도도 있고, 프랑스와 스위스 등과 같이 건강보험에 사회보장방법론을 사용하기는 하나 급여의 종류가 현물급여가 아닌 비용보상의 원칙에 의하여 이루어지는 유형도 있을 수 있다.⁷⁾ 그런데, 우리나라는 1963. 12. 16. 사회보험 방식의 의료보험을 채택한 의료보험법을 제정하고, 1977년에 500인 이상의 사업장 근로자를 대상으로 시행한 이래 1988년 농어민, 1989년 도시민에게 확대 실시하여 불과 12년만에 전 국민을 대상으로 하는 건강보험체계를 마련하였다.⁸⁾

2. 국민건강보험의 체계와 특성

우리나라의 국민건강보험은 사회보험으로서 국가가 일정한 요건에 해당하

6) 사회보장행정법의 체계를 분류하는 것에 대하여 학설상의 합의가 이루어져 있는 것은 아니나, 대략 사회보험, 사회보상, 공공부조 및 사회복지서비스로 나누는 것이 일반적이다(전광석, 『한국사회보장법론』, 제9판, 집현재, 2012, 제90면 이하).

7) 이러한 입법례에 관한 자세한 내용은 전광석, “독일건강보험법의 기본모형과 개혁논의-우리 건강보험법에 주는 시사점-”, 『한국의료법학회지』, 제12권 제2호, 한국의료법학회, 2004. 12, 제41~43면 참조.

8) 이에 관한 더 자세한 내용은 국민건강보험공단 법무지원실, 『국민건강보험법 해설』, 국민건강보험공단, 2011, 제53~79면, 정철, “건강보험상 임의비급여 허용의 문제점”, 『법학논총』, 제24권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2011. 8, 제308~310면 참조.

는 자를 법률로 가입을 강제하는 강제보험이고, 소득수준에 따라 보험료를 부과되 필요에 따라 균등한 급여를 받는다는 점에서 사보험과 구분되는 공보험이다. 또한 국민의 질병·부상에 대한 의료서비스 뿐만 아니라 질병의 예방과 건강증진 및 재활서비스까지 포괄하는 건강보험으로서의 의의를 가지고 있다. 한편, 우리나라의 건강보험제도는 전국민의 강제가입, 당연지정제, 진료행위에 대한 획일적 통제라는 세 가지의 독특한 성격을 가지고 있다.

우리나라의 건강보험은 국내에 거주하는 모든 국민은 의료급여 수급권자 등에 해당하지 않으면 당연히 건강보험의 가입자 또는 피부양자가 된다.⁹⁾ 이렇게 전국민의 강제가입을 통하여 보편적인 의료서비스의 부여, 소득재분배 효과의 발현, 가입자의 확대를 통한 보험재정의 안정화, 사회적 연대의 실현 등을 도모한다.¹⁰⁾

한편, 보건의료기관도 건강보험체계에 강제로 가입되어 있다. 우리나라의 건강보험제도는 계약지정제에서 강제지정제를 거쳐 현재는 의료기관이 개설·등록되면 당연히 요양기관이 되는 당연지정제를 채택하고 있다.¹¹⁾ 민간의료기관에 의존도가 높고 보험급여율이 낮은 상황에서 당연지정제를 폐지한다면, 양질의 의료행위를 제공할 수 있는 경쟁력 있는 의료기관이나 의료인은 요양기관이 되지 않으려고 할 것이고 그 결과 의료의 양극화가 현실화 되어 고액의 진료비를 지불해야 하는 일반진료를 선호하게 됨으로써 중산층 이상의 건강보험의 탈퇴요구와 맞물려 자칫 의료보험체계 전반이 흔들릴 위험이 있기 때문이다.¹²⁾

또한, 건강보험제도는 요양급여의 기준을 법정하여 보험재정의 수지를 맞추기 위하여 진료행위에 대한 획일적 통제를 도모하고 있다. 국민건강보험은

9) 헌법재판소는 전국민을 강제로 보험에 가입시키고 경제적 능력에 비례하여 보험료를 납부하도록 하는 것은 합헌이라고 결정한 바 있다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌마 801 결정).

10) 정철, 앞의 논문, 제309~310면.

11) 헌법재판소는 강제지정제가 합헌이라고 판시하였다(헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌 바76 결정).

12) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바76 결정 참조.

국민들의 보험료를 재원으로 하여 운영되는 보험제도이므로 보험료 수입과 보험급여 사이의 수지균형을 맞추어야 하고, 국민건강보험은 모든 국민들에게 일반적이고 보편적인 수준의 요양급여를 제공하고자 하는 사회보험이므로, 특수한 질병에 대한 요양급여를 무한정 제공할 수는 없기 때문이다.¹³⁾ 이렇게 요양급여비용이 요양급여에 필요한 업무량, 동원되는 자원의 양과 위험도에 따라 획일적으로 정해지고, 진료행위도 요양급여의 대상이 되는지 여부로 구분하고 의료행위의 특수성을 반영하지 않고 있다. 위와 같은 진료행위의 획일적인 취급과 비용의 지급으로 인하여 의학영역에서 경쟁과 발전이 저해되는 것은 사실이지만, 국민들에게 저렴한 비용으로 보편적인 의료서비스를 보장하게 된다.¹⁴⁾

3. 국민건강보험법상 부당이득 환수처분의 범위

가. 부당이득 징수의 의의

구 국민건강보험법 제52조, 제70조에 의하면, 국민건강보험공단은 “사위 기타 부당한 방법”으로 요양급여비용을 받은 요양기관으로부터 국세체납의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다.

부당이득금의 징수절차로서 납부고지, 독촉은 모두 처분성이 인정되므로 이에 대하여 불복하기 위해서는 행정쟁송절차에 의한다(구법 제78조, 현행법 제90조). 한편, 압류처분, 매각처분, 청산처분 등의 절차로 이루어지는 체납처분은 그 전체로서 독립한 하나의 처분이 되는 것이 아니라 각각 독립한 처분이다.¹⁵⁾

13) 헌법재판소는 ‘건강보험 요양급여행위 및 그 상대가치 점수’(보건복지부 고시 제2005-88호) 가운데 분류항목 나-231, 나-713, 나-715 중 검사종목을 제한한 부분은 한정된 건강보험재정으로 최대한의 건강보험 혜택을 부여하고자 하는 것으로 합헌이라고 결정하였다(헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2006헌마417 결정).

14) 정철, 앞의 논문, 제316면.

15) 대법원 1988. 3. 22. 선고 87다카1509 판결(납부고지의 경우), 대법원 1999. 7. 13. 선고 97누119 판결(독촉의 경우).

나. 부당이득 징수의 요건-사위 기타 부당한 방법

(1) 사회보험법 사이에 부정수급 징수에 관한 용어의 비교

개개의 사회보험법에서 부정수급 징수에 관한 용어가 거의 비슷하게 규정되어 있기는 하나, 반드시 일치하는 것은 아니다. 고용보험법의 경우 과거에는 “허위 기타 부당한 방법”으로 규정되어 오다가, 2007. 5. 11. 개정 이후 “거짓이나 그 밖의 부당한 방법”으로 그 용어가 바뀌었고, 국민연금법도 과거 “허위 기타 부당한 방법”으로 규정되었다가 2007. 7. 23. 개정 이후 “거짓이나 그 밖의 부당한 방법”으로 바뀌었으며, 산업재해보상보험법도 “허위 기타 부당한 방법”으로 규정되었다가 2007. 4. 11. 개정 이후 “거짓이나 그 밖의 부당한 방법”으로 바뀌었다. 한편, 공무원연금법은 단순히 “부당한 방법”으로 규정되어 있다.

“거짓이나 그 밖의 부당한 방법”은 사회통념상 거짓·부정으로 인정되는 모든 행위를 말하고 적극적 행위(작위)뿐만 아니라 소극적 행위(부작위)도 포함될 것이다. 다만 그 인정범위는 일률적으로 말할 수 있는 것이 아니라 각 개별법규의 입법목적, 비난가능성, 조사의 용이성 등에 비추어 합목적적인 해석에 따라야 할 것이고, 그에 의하여 그 행위의 태양 내지 개념의 범위가 달라질 수 있다.

그런데, 이 평석의 대상이 되고 있는 국민건강보험법은 통상의 사회보험법상의 용어와는 다른 용어를 사용하고 있어서 그 해석을 둘러싸고 의문이 제기된다. 원래 구 의료보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호로 폐지되기 전의 것) 제45조 제1항에서도 “사위 기타 부당한 방법”이라는 용어를 사용하여 다른 사회보험법과 같은 문구를 사용했었고, 국민의료보험법, 의료보험법, 공무원 및 사립학교 교직원 의료보험법에서도 같은 용어를 사용하였다. 그런데, 국민건강보험법이 1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정되면서 다른 사회보험법과는 다르게 “사위 기타 부당한 방법”이라는 표현을 사용하였고, 2011. 12. 31. 개정되면서 “속임수나 그 밖의 부당한 방법”으로 그 용어가 바뀌었다.¹⁶⁾

(2) 사위 부당한 방법의 해석

대법원은 구 의료보험법의 “사위 기타 부정한 방법”에 관하여, “수급자격이 없는 사람이 수급자격을 가장하는 행위뿐만 아니라, 법령상 요양급여 제한사유가 있는 자가 보험급여를 받기 위하여 이를 고지하지 아니하여 이를 알지 못하는 요양기관이나 보험자로 하여금 보험급여를 하게 하는 행위도 이에 해당한다”고 판시한 바 있다.¹⁷⁾ 즉, 주관적으로 부정한 수단이라는 점을 인식하면서 적극적인 방법으로 받을 수 없는 급여를 받은 경우뿐만 아니라 소극적으로 요양급여를 받을 자격이 없음을 알리지 않은 경우도 포함된다고 해석하였다.

“부정”과 “부당”은 선뜻 구별하기 곤란할 뿐만 아니라 대법원이 이미 “부정한 방법”을 소극적인 것까지 포함하여 넓게 해석하고 있었기 때문에 양자의 의미상의 차이는 더욱 모호하다. “부정”은 위법의 요소를 포함하는 개념이지만, “부당”은 위법이라고 말할 수는 없으나 그 취지에 비추어 타당성을 결여하였거나 부적당하다는 것을 포함하는 넓은 개념이라는 견해가 있다.¹⁸⁾ 그 견해와 같이 부정은 비난가능성이 내재되어 있고, 부당은 그렇지 않다는 의미의 차이가 있는 것은 분명하다고 생각된다.

따라서, “부정”이라는 용어를 사용하였다가 굳이 “부당”이라는 용어로 개정된 이유는 부당이득 징수의 요건을 완화하겠다는 입법자의 의지를 반영한 것이라고 밖에 생각할 수 없다. 이는 부당한 방법을 쓴 자에 대하여 제재를 하기 위하여 규정된 것이라기보다는 급여대상이 아닌 자가 부당한 방법으로 얻은 재산적 이익을 환수함으로써 불공평을 시정하고 보험제정을 보호하기 위한 것이라고 생각된다.¹⁹⁾

16) 이하에서는 현행법상의 용어인 “속임수나 그 밖의 부당한 방법”이 아니라 대법판결이 적용되던 구법에 따라 “사위 기타 부당한 방법”이라는 용어를 사용하여 논의를 전개한다.

17) 대법원 2006. 1. 12. 선고 2003두9169 판결.

18) 정흥기·조정찬, 『국민건강보험법』, 제3판, 한국법제연구원, 2005, 제507면 이하, 최규진, “국민건강보험법 제52조 제1항의 해석에 관한 판례 동향”, 『법조』, 제652호, 법조협회, 2011. 1, 제231면 참조.

19) 정흥기·조정찬, 앞의 책, 제493면 참조.

(3) 부당이득의 범위

요양기관이 가입자 등의 사위 기타 부당한 방법 때문에 가입자 등에게 요양급여를 하고 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을 지급받은 경우, 가입자 등이 취득한 부당이득은 요양급여 자체이고 이를 평가한 금액이 요양기관에 지급한 요양급여비용이므로, 가입자로부터 그 지급한 요양급여비용 전액을 징수하게 된다.²⁰⁾

요양기관이 허위·가공의 자료를 이용하여 공단에 요양급여비용을 청구하여 이를 지급받은 경우 그 지급받은 요양급여비용 전액이 부당이득 환수·징수의 대상이 될 것이고, 이 사건과 같이 입의로 비급여 진료행위를 하고 환자로부터 본인부담금을 초과하는 진료비를 지급받은 경우 환수·징수될 부당이득은 요양기관이 지급받은 진료비에서 정당한 건강보험수가로 계산한 본인부담금을 공제한 금액이 될 것이다.²¹⁾

(4) 사위 기타 부당한 방법의 구체적인 예

사위 기타 부당한 방법으로 실무상 문제되는 구체적인 사례들을 요양급여 기준 위반 사례, 허위·가공의 자료를 작성한 사례, 관련 법령 위반에 의해 정당한 요양급여로 인정되지 않는 사례로 나누면 다음과 같다.²²⁾

첫째, 요양급여기준을 위반한 사례로서는, ① 허가범위를 초과한 약제의 사용 내지 관련 고시에서 규정된 내용과 다른 요양급여 행위를 제공한 경우, ② 별도로 산정이 불가한 치료재료 등의 비용을 별도로 징수한 경우, ③ 요양급여의 범위에 포함됨에도 입의로 비급여 처리하여 환자에게 일반수가로 청구하는 경우²³⁾ 등이 있다.

20) 대법원 2006. 1. 12. 선고 2003두9169 판결 참조.

21) 최규진, 앞의 논문, 제238~239면.

22) 아래의 사례 및 그 유형화는 전적으로 최규진, 앞의 논문, 제247면 이하에 의존한 것임을 밝힌다.

23) 주로 종전의 삭감사례를 토대로 당해 진료비 심사과정에서 삭감될 것을 우려하여 이와 같이 청구하는 경우가 많다고 한다.

둘째, 허위·가공의 자료를 작성한 사례로서, 환자가 요양급여를 받은 사실이 없음에도 요양기관이 가공 진단, 내원일수 허위 조작, 주간 진료를 야간 진료로 청구 또는 지급하지 않은 약제비 등을 청구하는 경우로서 이는 전형적인 사위의 방법이라 할 수 있다.

셋째, 관련 법령 위반에 의해 정당한 요양급여로 인정되지 않는 사례로서, ① 자격 없는 자에 의한 요양급여, 명의대여에 의한 요양기관 개설, ② 선택진료비 부당징수, ③ 의사의 동의 없는 변경·대체조제의 경우, ④ 의료법에 의한 신고 및 검사·측정 의무를 이행하지 않은 요양급여 장비를 사용하여 실시한 요양급여, ⑤ 허용되지 않는 순회진료를 통한 요양급여, ⑥ 전화상담에 의한 진료, ⑦ 택배를 통한 조제의약품 배송, ⑧ 교차진료,²⁴⁾ ⑨ 입원환자 내지 포괄수가제 적용 환자에 대한 원외처방전 발행 등이 있다.

III. 임의비급여의 허용여부와 허용조건에 대한 검토

1. 요양급여에 관한 법령 체계²⁵⁾

요양급여는 가입자 등의 질병·부상·출산 등에 대하여 실시하는 진찰·검사, 약제·치료재료의 지급, 처치·수술 기타의 치료, 예방·재활, 입원 등을 말한다. 구 국민건강보험법은 그 방법·절차·범위·상한 등 요양급여의 기준을 보건복지부령으로 정하도록 위임하였고(제39조 제1항, 제2항), 그 위임에

24) 의료기관간 시설 등을 공동으로 이용하는 경우 직접 진료한 의사가 자신이 아닌 다른 의료기관의 개설의사 명의로 진료 및 처방전을 발행하고 다른 의료기관의 개설의사 명의로 요양급여비용을 청구하는 경우이다. 의료인은 의료기관을 개설한 후 원칙적으로 그 의료기관 내에서 의료업을 하여야 한다는 의료법 제33조 제1항과 직접 진찰한 의사가 처방전을 발행해야 한다는 의료법 제17조 제1항 본문에 반한 것이므로 특별한 사정이 없는 한 개설의사가 요양급여비용을 청구한 것은 사위 기타 부당한 방법에 의해 요양급여비용을 청구한 경우에 해당한다(대법원 2010. 9. 30. 선고 2010두8959 판결).

25) 구법상의 요양급여체계와 현행법의 그것은 의미상에 거의 그 차이가 없고, 구법상의 체계에 관해서는 대법판결에서 더 할 나위 없이 간략하면서도 자세하게 기재하고 있으므로, 이하에서는 이를 참조하여 서술하였다.

따라 구 요양급여기준규칙은 요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 일반적 기준을 제시하면서(제5조 제1항, [별표 1]), 보건복지부장관으로 하여금 의약계·국민건강보험공단 및 건강보험심사평가원의 의견을 들어 세부사항을 정하여 고시하도록 하였다(제5조 제2항). 보건복지부장관은 이에 관한 고시로서 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항」을 마련하여 요양급여대상에 관한 세부기준을 정하고 있다. 또한 구 요양급여기준규칙은 새로운 요양급여행위·약제 및 치료재료에 관한 요양급여대상 여부의 결정신청절차, 이미 고시된 요양급여대상·비급여대상의 조정신청절차 등을 규정하고 있다(제10조, 제12조).

요양급여비용은 원칙적으로 국민건강보험공단의 이사장과 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정해지는 ‘요양급여 상대가치점수의 점수당 단가’에 보건복지부 고시인 「건강보험 요양급여행위 및 그 상대가치점수」에서 고시되는 상대가치점수를 적용하여 산정되고, 국민건강보험공단과 요양급여를 받는 자가 함께 부담한다(구 국민건강보험법 제41조, 제42조 등). 구 국민건강보험법 제42조 제7항의 위임에 따라 구 국민건강보험법 시행령(2006. 12. 30. 대통령령 제19818호로 개정되기 전의 것) 제24조 제2항은 요양급여의 상대가치점수는 요양급여에 소요되는 시간·노력 등 업무량, 인력·시설·장비 등 자원의 양과 요양급여의 위험도를 고려하여 산정한 요양급여의 가치를 각 항목간에 상대적 점수로 나타낸 것으로 하되, 보건복지부장관이 건강보험심사조정위원회의 심의를 거쳐 고시하도록 하고 있고, 구 요양급여기준규칙 제12조 제1항은 그 불합리한 점을 고칠 수 있는 절차로서 ‘이미 고시된 요양급여대상의 상대가치점수’의 조정신청절차를 정하고 있다.

한편, 구 국민건강보험법 제39조 제3항, 구 요양급여기준규칙 제9조 [별표 2]에서는 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 경우, 보험급여시책상 요양급여로 인정하기 어려운 경우, 건강보험급여원리에 부합하지 않은 경우 등 요양급여의 대상에서 제외되는 진료를 유형화하여 규정하고 있다. 그리고 구 국민건강보험법 제39조 제2항, 구 요양급여기준규칙 제8조 제1항에서는 요양급여

의 대상을 위 비급여대상을 제외한 일체의 사항이라고 전제하고, 구 국민건강보험법 제41조, 시행령 제22조 제2항 후단에서는 요양기관은 가입자 등에게 본인부담액으로서 요양급여사항 또는 비급여사항을 청구하여 지급받는 외에 입원보증금 등 다른 명목으로 비용을 청구하여서는 안 된다고 규정하고 있다.

2. 임의비급여의 개념

임의비급여의 정의에 대해서는 견해마다 다소간의 차이는 있지만 대략 유사하게 설명하고 있다. 가령 “건강보험법상 요양급여로 지정되지 않고 비급여 대상으로도 지정되지 않은 의료행위·약제·치료재료 등”으로 정의하기도 하고,²⁶⁾ “요양기관이 보건복지부장관 고시인 급여·비급여 목록표에서 비급여로 규정된 행위·치료재료에 대한 본인부담금만 환자로부터 징수하는 것이 아니라 급여항목으로 분류되었거나 급여·비급여 항목 어디에도 속하지 않는 새로운 행위 등 또는 급여·비급여 항목에는 포함되나 규정된 범위를 초과한 행위 등을 요양급여로 제공하고 모든 비용을 환자로부터 징수하는 경우”로 정의하기도 하며,²⁷⁾ “요양급여대상으로 규정되어 있거나 요양급여대상 또는 비급여대상 어느 것으로도 규정되어 있지 않은 의료행위 등을 요양기관이 임의로 수진자들에게 진료비를 부담시키는 것”으로 정의하기도 한다.²⁸⁾

대상판결은 임의비급여를 “요양기관이 요양급여기준과 진료수가기준에서 정한 기준과 절차에 따르지 않고 임의로 비급여 진료행위를 하고 수진자 본인과 사이에 보험비급여로 하기로 상호 합의하여 그 진료비용 등을 수진자 본인으로부터 지급받은 경우”라고 정의하였다.

26) 정철, 앞의 논문, 제316면.

27) 최규진, 앞의 논문, 제243면.

28) 박태신, “임의비급여 허용요건에 관한 검토”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012. 12, 제16면, 현두륜, “건강보험에 있어서 의사와 환자간의 법률관계-임의비급여 문제를 중심으로-”, 『의료법학』, 제8권 제2호, 대한의료법학회, 2007. 12, 제79면.

3. 임의비급여의 유형

임의비급여의 유형에 대해서도 견해마다 다소간의 차이는 있지만 대략 다음과 같이 분류한다. ① 별도로 산정할 수 없는 치료재료 비용을 수진자에게 부담시키는 경우, ② 급여대상임에도 심사삭감을 우려하여 심사청구를 하지 않고 수진자에게 부담시키는 경우, ③ 요양급여기준을 초과하여 사용한 약제·치료재료 비용을 수진자에게 부담시키는 경우, ④ 관련법령에 규정된 본인부담금을 초과한 비용을 수진자에게 부담시키는 경우, ⑤ 신의료기술 결정절차 등을 거치지 않고 비급여로 처리하는 경우 등이다.²⁹⁾

임의비급여는 다시 첨단 의학기술 및 약학의 발전으로 인하여 아직 요양급여 항목이나 비급여 항목에는 포함되어 있지 않으나 환자에 대한 최선의 진료를 이유로 신약이나 첨단기술을 사용하는 경우를 “의학적 임의비급여”라고 하고, 요양급여의 적용대상이지는 하지만 기준이 되는 용량이나 방법을 지키지 않아 추후 요양급여비용이 삭감되거나 환수될 수 있는 경우를 “불법적 임의비급여”로 나누기도 한다. 이렇게 분류할 때 허용여부가 논쟁이 되고 있는 것은 전자의 의학적 임의비급여가 된다. 대상판결의 사안에서도 급여기준 위반 의약품 비용 징수유형(① 유형)과 별도 산정 불가 치료재료 등의 비용 별도 징수 유형(② 유형)이 의학적 임의비급여의 문제로 쟁점이 되었다.

29) 박지용, “의료보험에 있어서 임의비급여 규제에 대한 헌법적 평가”, 『한국헌법판례연구회 발표자료집』, 2011. 11. 제5~6면, 박태신, 앞의 논문, 제17면, 현두륜, 앞의 논문, 제80면. 임의비급여의 유형을 ① 항목의 임의비급여(급여 또는 비급여 목록에 등재되어 있지 않은 행위 및 치료재료에 대해 환자에게 비용을 부담하게 하는 경우, 비급여대상으로 결정·고시되기 전까지의 신의료기술과 진료상의 경제성이 불분명한 검사·치치·수술 기타의 치료 또는 치료재료), ② 요양급여기준을 초과하여 비용을 징수하는 경우, ③ 별도산정 불가에 따른 임의비급여(행위수가에 포함된 치료재료나 약제에 대해 별도로 비용을 부담하게 하는 경우), ④ 식품의약품안전청장의 허가사항을 초과하여 약제를 사용한 경우, ⑤ 공단 또는 심평원의 심사삭감을 우려한 급여 항목의 임의비급여 등으로 분류하기도 한다(최규진, 앞의 논문, 제243면).

4. 임의비급여의 허용여부에 관한 검토

가. 기존의 견해와 판례

이러한 임의비급여 진료행위에 관하여, 요양기관이 환자로부터 사전에 동의를 받아 그 진료행위의 대가를 환자로부터 수령한 경우 부당이득 징수처분의 대상이 되는지 여부에 대해서는 견해가 나뉜다.

(1) 임의비급여 진료행위를 원칙적으로 허용하여야 한다는 견해

진료계약을 체결한 요양기관과 환자 사이에 진정한 합의가 있었다면 임의비급여는 “부당한 방법”이 아니므로 부당이득 징수처분의 대상이 아니라는 견해로서, 그 논거로는 대체로 다음과 같다. 첫째, 임의비급여를 직접적으로 금지하는 명문의 법률조항이 없다는 점이다. 요양급여기준이 반드시 강행기준이라 볼 수는 없고 국민건강보험법상 부당이득 환수처분의 근거규정을 임의비급여를 금지하는 규정이라고 해석할 수 없다는 것이다.³⁰⁾ 둘째, 요양기관과 환자 사이에 의사의 합치에 의하여 환자가 부담한 진료비를 징수하여 환자에게 반환하는 것은 부당이득의 본질에 맞지 않고 오히려 환자에게 부당이득을 얻게 하는 것이라는 점도 든다.³¹⁾ 셋째, 환자의 최선의 진료를 받을 권리(진료방법 선택권) 또한 존중되어야 하고, 요양기관의 진료행위에서의 재량권 내지 환자에 대해 최선의 진료를 할 주의의무가 요양급여기준을 준수할 의무에 비해 결코 가볍다고 볼 수 없다는 점도 든다.³²⁾

30) 이정선, “임의비급여 금지의 문제점과 그 해결방안-대법원 2010두27639, 2010두27646 전원합의체 판결과 그 이후의 판결 동향을 중심으로-”, 『고려법학』, 제69호, 고려대학교 법학연구원, 2013. 6, 제311면, 현두륜, 앞의 논문, 제98면 참조.

31) 현두륜, 앞의 논문, 제106면 참조.

32) 송명호, “국민건강보험공단의 요양급여비용 환수과정에 있어서 법 적용 정밀성에 관한 검토-특히 임의비급여를 중심으로-”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012. 12, 제70면, 현두륜, 앞의 논문, 제110면 참조.

(2) 임의비급여 진료행위를 원칙적으로 허용할 수 없다는 견해

이에 대하여, 요양기관이 요양급여기준 등의 기준과 절차를 따르지 않고 임의로 비급여 진료행위를 하고 그 진료비용 등을 환자로부터 지급받는 것을 일률적으로 규제하여 보험재정의 건전성과 요양급여의 확실성을 유지해야 한다는 견해이다.³³⁾

(3) 종래의 판례

대법원은 부당이득 징수처분의 요건이 “부정한 방법”으로 규정되어 있었던 구 의료보험법이 적용되던 때부터 이미 “요양기관이 요양급여기준과 진료수가기준에서 정한 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 수진자 본인과 사이에 보험비급여로 하기로 상호 합의하여 그 진료비용 등을 수진자 본인으로부터 지급받은 경우에도 위 각 기준에 위반되는 것으로서 ‘사위 기타 부정한 방법에 의하여 보험급여비용을 받은 경우’에 해당한다고 할 것이고 그 합의과정에서 요양기관이 수진자를 기망하지 아니하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다”고 판시한 이래³⁴⁾ 대상판결이 선고되기 전까지 동일한 입장을 취하고 있었다.

나. 건강보험이 적용되는 진료계약에 관한 공법적 고찰

(1) 국가의 공법적 과제로서 의료서비스

앞에서 살펴본 바와 같이 우리나라 헌법은 사회국가의 원리를 채택하고 있다고 해석되고, 헌법 제36조 제3항에서는 모든 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 천명하고 있으며, 국민건강보험법령은 이러한 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 구체화하는 방법으로 사회보험 방식의 건강보험을 도입하

33) 정철, 앞의 논문, 제326면 이하, 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2006헌마417 결정.

34) 대법원 1999. 1. 26. 선고 97누14224 판결, 대법원 2001. 3. 23. 선고 99두4204 판결, 대법원 2001. 7. 13. 선고 99두12250 판결, 대법원 2001. 7. 13. 선고 99두12267 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13434 판결, 대법원 2007. 6. 15. 선고 2006두10368 판결.

고 있다. 이에 따라 국민건강보험공단은 국가로부터 위임을 받아³⁵⁾ 국민들에게 진료 등을 포함한 요양급여를 현물로 제공하여야 한다. 따라서 이러한 우리나라의 헌법과 법령 체계 하에서는 적어도 국민건강보험법 등 의료보장법이 적용되는 영역에서는 의료서비스가 더 이상 사법적인 급부행위가 아니라 이를 넘어서는 국가의 공법적인 과제라 할 것이다.

(2) 건강보험이 적용되는 의료서비스를 둘러싼 삼면적 법률관계

(가) 보험자인 국민건강보험공단과 요양기관과의 관계

앞서 본 바대로 국민건강보험공단은 국가가 국민에게 보험사고가 발생한 경우 요양급여를 현물로 제공하여야 한다. 그런데, 국민건강보험공단은 일산 병원을 제외하고는 국민에게 제공하여야 할 의료서비스를 충족시킬 수 있는 의료기관을 확보하지 못하고 있기 때문에 민간 의료기관으로 하여금 요양급여를 대신 제공하게 하는 구조를 취할 수밖에 없다. 이와 관련하여 국민건강보험법은 모든 의료기관이 당연히 요양기관으로 지정되는 이른바 ‘요양기관 당연지정제’를 채택하고 있다.

요양기관이 요양급여를 제공하면, 그 대가로 보험자인 국민건강보험공단으로부터 요양급여비용을, 환자로부터 본인부담금을 지급받게 된다. 이때 요양급여, 요양급여비용 및 본인부담금에 관한 것은 요양기관과 환자가 전적으로 정하는 것이 아니라 국민건강보험법령의 기속·제약을 받게 되는 것이다.

이와 같이 의료기관이 요양기관으로 편입됨으로써 요양기관과 보험자인 공단 사이에 일정한 법률관계가 형성된다. 위 법률관계에 관하여, 보험자가 가입자에게 요양급여를 제공할 직접적인 책임을 부담하고 요양기관은 보험자의 이행보조자에 불과하다고 보는 ‘이행보조자설’과 요양기관이 보험자 또는 가입자와 독자적으로 법률관계를 맺고 요양급여를 제공하고 그러한 과정에서

35) 국민건강보험공단은 공법상 재단으로써 보건복지부장관의 주관 업무인 건강보험사업을 구체적으로 시행한다(국민건강보험법 제2조, 제14조, 제15조 참조).

가입자에게 발생한 채무불이행 및 불법행위에 대해서도 독자적으로 책임을 진다고 보는 ‘독자적 지위 인정설’이 주장되고 있다.³⁶⁾ 한편, 후자의 경우에는 다시 보험자와 요양기관 사이에 요양기관이 제3자인 가입자에게 일정한 행위를 하고 보험자가 그에 대한 일정한 비용을 지불할 것을 합의함으로써 성립한다는 ‘제3자를 위한 계약설’과 요양기관은 보험자와 사이에 제3자인 가입자에게 요양급여를 제공하기로 하는 제3자를 위한 계약을 체결함과 아울러 가입자와 사이에 요양급여에 관하여 직접 계약을 체결한다는 ‘이중적 지위설’³⁷⁾로 나뉜다.

그러나 위와 같은 견해들은 의료서비스가 국가의 공법적인 과제로 승화되어 보험자와 요양기관 사이의 관계는 사법적인 법률관계가 아니라 공법적인 법률관계가 형성된다는 점을 간과하고 있다. 즉, 사인인 의료기관은 공무를 수행하는 요양기관으로 지정되어 의료서비스라는 공법적 과제를 국가를 대신하여 수행하는 것이다.

행정법적 관점에서 볼 때, 이와 같이 공무를 사인이 수행하는 형태로는 공무원수탁사인, 공의무부담사인, 행정보조인, 전문인활용제도 등이 있다.³⁸⁾ 공무원수탁사인은 특정의 개별적인 고권적 권한을 자신의 이름으로 행사할 권능이 부여된 사법상의 자연인 또는 법인을 말하는 것으로, 스스로 행정행위를 발하거나 공법상 계약을 체결하여 제3자와 사이에서 공법상의 법률관계를 형성할 수 있다.³⁹⁾ 공의무부담사인은 공무의 수행을 위하여 일정한 법률요건을 충족

36) 위 학설에 대한 자세한 사항은 장욱, 「건강보험제도의 개선에 관한 법적 고찰」, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 2005, 제131면 내지 제135면 참조.

37) 여기에는 보험자와 요양기관 사이의 법률관계와 요양기관과 가입자 사이의 법률관계를 이중적으로 파악하고 전자의 경우에는 공법적 법률관계, 후자의 경우에는 사법적 법률관계로 설명하는 병존설, 요약자인 보험자는 낙약자인 요양기관에 대하여 보험자와 요양급여계약을 체결할 의무를 부담시키는 것에 그치고 요양기관은 가입자와 다시 요양급여계약을 체결할 의무를 지게 된다는 제3자를 위한 가계약설이 있다.

38) 정하중, “민간에 의한 공행정수행”, 『공법연구』, 제30권 제1호, 한국공법학회, 2001. 12, 제464면.

39) 이원우, “정부기능의 민영화를 위한 법적 수단에 대한 고찰”, 『행정법연구』, 제3호, 행정법이론실무학회, 1998. 10, 제120면.

시키는 특정한 사인에게 공의무를 부과한 경우의 그 사인을 말하는데, 행정주체와 공의무부담사인 사이에는 직접 법률에 의하여 공법상의 법률관계가 성립하고 공의무부담사인의 행위나 급부가 제3자와 관련되는 경우에는 공의무부담사인은 공무수탁사인과 달리 공법상의 권한을 행사할 수가 없기 때문에 제3자와의 법률관계가 사법적으로 구성된다.⁴⁰⁾ 행정보조인은 행정주체를 위하여 비독립적으로 활동하고 고권적 임무의 처리에 단순한 도구로 사용되는 사람을 말하고, 행정주체는 사인을 행정보조인으로 사용하기 위하여 주로 사법상 계약을 이용하며, 행정보조인은 자신의 급부를 행정주체에게 제공하는 것이기 때문에 제3자인 사인에 대해서는 법률관계의 당사자로 나타나지 않는다.⁴¹⁾ 전문인활용제도는 민간사업자가 자신의 사업을 수행하는 경우에 발생하는 위험의 방지나 장애를 제거하기 위하여 특정한 전문인을 고용하거나 그에게 도급을 주도록 법률에 의하여 의무를 부과하고 이들로 하여금 공무를 수행하게 하는 제도로서,⁴²⁾ 전문인고용의무제라고도 한다.⁴³⁾

생각건대, 요양기관인 의료기관이 고권적 권한을 행사하는 것은 아니므로, 공무수탁사인이라고 볼 수는 없다. 또한 요양기관이 뒤에서 보는 바와 같이 건강보험이 적용되더라도 진료계약의 당사자로서 활동하는 것이고 민간사업자로서 고용되는 것도 아니므로, 행정보조인이나 전문인활용제도의 전문인에 해당하지는 않을 것이다. 의료기관은 국민건강보험법에 의하여 요양기관으로 활동할 의무가 지워지고 자신의 전문적인 지식을 활용하여 가입자에게 의료서비스로 제공한다는 점에서 공의무부담사인으로 보아야 할 것이다.⁴⁴⁾

40) 정하중, 앞의 논문, 제475면.

41) 정하중, 앞의 논문, 제476면.

42) 정하중, 앞의 논문, 제476면.

43) 이원우, 앞의 논문, 제124면.

44) 이러한 결론은 행정법학계에서 합의된 것이 아니라 전적으로 개인적인 견해에 불과하다. 설령 위와 같은 설명에 찬동하지 않더라도 의사의 직업수행은 그 공적인 성격으로 인하여 헌법 제37조 제2항에 따라 기본권이 제한될 수 있기 때문에 의사의 경제적 활동에 대한 국민건강보험법에 의한 행정주체의 개입이 정당화되므로, 이 논문에서 다루는 임의 비급여 진료행위의 허용여부에 대한 결론이 크게 달라지지는 않는다.

(나) 건강보험이 적용되는 진료계약의 법적 성격

이상과 같이 요양기관인 의료기관은 행정주체의 공무원인 진료서비스를 공의 무부담사인으로서 제공한다. 그렇다고 하더라도 건강보험이 적용되는 진료계약으로 인하여 요양기관과 환자 사이에 공법상의 권리의무관계가 형성되는 것도 아니고 공법상의 효과를 발생시키는 것도 아니므로, 그 계약의 성질을 공법상의 계약이라고 설명하는 것은 무리이다.

비록 위 진료계약은 진료의 내용과 방법, 급여비용 등 계약의 내용에 관하여 국민건강보험법령 등으로부터 공법적인 기속·제약을 받는 것은 사실이지만, 환자는 스스로의 의사로 요양기관을 자유롭게 선택할 수 있고, 요양급여에 대한 반대급부의 일부로서 본인부담금을 지급할 의무가 있으며, 요양기관과 환자 사이의 의사의 합치에 의하여 법정비급여 진료행위를 제공할 수도 있고, 요양기관 소속 의사의 전문적인 판단과 환자의 의사에 의하여 진료내용이 정해지므로, 기본적으로 계약자유 원칙이 적용되는 사법상의 계약으로 보아야 한다.⁴⁵⁾ 이와 같이 건강보험의 적용을 받는 진료계약의 성질을 사법상의 계약이라고 보더라도 그 계약의 당사자를 둘러싸고 직접계약설, 제3자를 위한 계약설, 병존설 등으로 학설이 나뉜다는 것은 이미 앞에서 살펴보았다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 요양기관과 환자 사이의 직접적인 계약이라고 할 것이므로, 제3자를 위한 계약설, 병존설에는 찬동하기 어렵다.⁴⁶⁾

위 진료계약을 사법상의 계약으로 본다면, 요양급여의 제공이라는 공법적 과제를 사법적인 방법으로 수행해도 되는지 의문이 있을 수 있다. 그러나 국가 등 행정주체는 강행규정에 위반되지 않는 한도 내에서 당해 공법적 과제에 관한 조직형태 및 행위형식에 대한 선택권을 가진다는 것이 오늘날의 행정법학

45) 계약자유 원칙은 계약체결의 자유, 상대방선택의 자유, 내용결정의 자유 및 방식의 자유 등을 내용으로 한다(지원림, 『민법강의』, 제9판, 홍문사, 2011, 제20~21면). 그런데, 위 진료계약은 내용결정의 자유의 일부가 제약될 뿐 나머지 부분에 관해서는 사적 자치의 원칙이 적용된다.

46) 동지, 김선중, 『의료과오소송법』, 신정관, 박영사, 2008, 제68~69면 참조. 한편 이러한 직접계약설이 일본의 통설과 판례이기도 하다(後藤勝喜, “保険診療契約の当事者”, 『社會保障判例百選 第4版: 別冊 ジュリスト』, 191号, 有斐閣, 2008, 41頁 참조).

계의 통념이다.⁴⁷⁾ 따라서, 의로서비스의 제공이라는 공법적 과제를 반드시 공법적 형식으로 이행할 필요는 없고 행정의 사법적 활동(사법형식의 행정작용)에 의하여 이행할 수도 있다. 이렇게 공법적 과제를 사법형식으로 수행할 경우 헌법상 평등의 원칙, 기본권 규정, 그 밖의 공법상의 제약을 벗어나 사법으로도 피하는 수단이 될 수 있기 때문에, 이와 같은 활동을 규율하는 사법은 공법적 기속을 받아야 한다는 의미에서 행정사법이라고 부른다. 공법적 기속의 형태에 관하여 행정사법의 이론에 의하면, 국가, 지방자치단체, 공무수탁사인과 같은 행정주체가 사법의 형식으로 활동하는 경우에도 헌법상의 평등원칙, 자유권조항, 그 밖의 헌법원칙(광의의 비례성 원칙 등)에 의한 기속을 받아야 하고, 공법의 규정에 의하여 사법적 규율이 수정되거나 제약될 수 있다.⁴⁸⁾

우리나라 건강보험제도는 진료행위에 대한 획일적 통제를 도모하고 있다. 공단이 요양기관에게 지급하는 요양급여비용은 의료인의 경험과 지식, 숙련도에 따라 정해지는 것이 아니라 행위수가제를 채택하여 요양급여에 필요한 업무량, 동원되는 자원의 양과 위험도에 따라 획일적으로 정해지고, 진료행위를 요양급여의 대상이 되는지 여부로 구분하고 의료행위의 특수성을 반영하지 않고 있다. 위와 같은 진료행위의 획일적인 취급은 의학영역에서 경쟁과 발전이 다소 희생되는 것을 감수하고서라도 건강보험의 보장성 강화와 의료의 보편성의 확보라는 공익을 도모하겠다는 입법적 결단인 것이고,⁴⁹⁾ 이러한 입법적 결단이 국민건강보험법령에 구체화된 것이다. 따라서, 요양기관과 환자 사이에 건강보험이 적용되는 진료계약이 사법상의 계약으로 평가되더라도 이는 국가와 같은 행정주체로부터 공무수행을 위임받아 공법적 과제인 의로서비스를 제공하는 것이기 때문에, 건강보험의 보장성 강화와 의료의 보편성의 확보라는 공익을 추구하기 위하여 위 진료계약의 내용 중 진료행위와 그 대가

47) 김남진·김연태, 『행정법 I』, 제17판, 법문사, 2013, 제407면 참조.

48) 국가 등 행정주체가 사법의 형식으로 활동하는 경우에는 사법상의 행위능력에 관한 규정, 의사표시에 관한 규정 등이 수정되는 경우가 있을 수 있다. 우편법 중 무능력자의 행위를 능력자의 행위로 간주하는 규정(제10조), 공기업이용관계에서의 계약강제 등은 그 예이다.

49) 정철, 앞의 논문, 제327면 참조.

관계 부분에 관해서는 이를 규율하는 국민건강보험법의 기속·제약을 받는 것이라고 이해할 수 있겠다. 즉, 요양급여기준에 관한 국민건강보험법령의 규정은 강행규정으로서의 성격을 가지는 것이다.⁵⁰⁾

(다) 보험자인 공단과 환자 사이의 관계

건강보험이 적용되더라도 진료계약은 요양기관과 환자 사이의 직접 계약이고, 국민건강보험공단은 위 진료계약을 체결하는 지위에 있지 않으므로 위 진료계약의 당사자라고 볼 수 없다. 다만 국민건강보험법령으로 인하여 피보험자인 환자가 요양기관으로부터 요양급여를 제공받으면, 국민건강보험공단은 보험자로서 요양기관에게 요양급여비용을 지급할 공법상의 의무를 부담할 뿐이다.

(라) 결론적 고찰

이상을 종합하면, 건강보험이 적용되는 진료계약은 요양기관과 환자 사이의 사법상의 계약의 성질을 가지기는 하지만, 의료서비스라는 공법적 과제를 국가로부터 위임받은 요양기관이 사법형식으로 제공하는 것으로서, 이른바 행정사법이론이 적용되는 관계이다. 그러한 관점 하에서 현행 건강보험 체계 안에서 요양기관과 환자와의 계약은 계약당사자의 선택과 같은 부분에서는 사적 자치가 적용되나 진료행위 내용과 그에 대한 진료보수액(요양급여비용)의 지급관계는 국민건강보험법령에서 정한 공법적인 제약을 받는 관계라 할 수 있다. 따라서 요양급여기준은 강행법규로 해석되고 그에 위반되는 임의적 합의는 무효로서 부당이득 징수의 대상이 된다.

우리나라와 같이 사회보험 형식의 건강보험제도를 갖추고 있는 독일의 경우에도 보험의와 가입자의 관계는 가입자가 보험의에 자유로운 접근이 보장된다는 점과 의사의 주의의무 등에 관해서는 기본적으로 사법이 적용된다. 그

50) 김정중, “국민건강보험법상 임의비급여 진료행위의 부당성”, 『사법』, 제21호, 사법발전재단, 2012. 9, 제374면.

러나, 진료의 내용과 방법, 급여비용 등은 보험의단체와 보험자단체 사이의 단체계약에 의하여 결정된다.⁵¹⁾ 독일의 경우에도 보험이 적용되는 진료계약의 성격을 기본적으로 사법상의 법률관계이지만, 행위, 치료재료 및 약제의 사용 등 요양급여의 내용과 방법, 요양급여비용 등은 건강보험법령에 규율을 받는 것이라고 해석하고 있다. 또한 일본에서도 사회보험의 적용을 받는 진료에서 요양기관과 환자 사이에 진료계약이 존재하는 것을 부정하지 않으면서도, 그 계약의 내용은 사회보험법령의 영향을 강하게 받는 것으로 보고 있다.⁵²⁾

다. 임의비급여 허용설에 대한 검토

임의비급여를 허용하자는 견해는 건강보험법에 임의비급여를 금지하는 명문의 규정이 없다는 점을 논거로 든다.⁵³⁾ 진료계약은 사법상의 계약으로서 건강보험의 요양급여의 수급과는 전혀 별개의 문제라는 견해도 그 궤를 같이 하는 주장이다.⁵⁴⁾ 또한 대상관절의 대법관 전수안의 반대이견에 의하면, “환자가 요양급여로 제공되는 기본진료를 넘어선 최선의 진료를 받기 원하는 경우에 그 진료가 보험재정의 한계를 이유로 국민건강보험에서 제공할 수 없는 것이라면, 국민건강보험의 틀 밖에서라도 요양기관과 환자 사이의 진료계약에 의하여 원하는 진료를 받을 수 있도록 하는 것이 옳고, 이와 달리 환자에게 이러한 진료를 받을 기회를 제한하는 것은 오히려 구 국민건강보험법의 취지

51) 전광석, 주 7)의 논문, 제45~46면 참조.

52) 米村滋人, “一般医療行為法[1]-医療契約”, 『法学セミナー』, 通卷694号, 日本評論社, 2012. 11, 102頁 참조.

53) 구법 시행령 제22조 제2항 후문, 현행법 시행령 제19조 제3항 후문에서는 “요양기관은 ……요양급여사항 또는 비급여사항 외의 입원보증금 등 다른 명목으로 비용을 청구해서는 아니 된다”고 규정하고 있지만, 이는 모법에서 위임받지 않은 것으로 임의비급여 진료 행위를 금지하는 법적 근거가 될 수는 없을 것이다. 왜냐하면 구법 제41조, 현행법 제44조에서는 요양급여를 받은 자가 그 비용의 일부를 본인이 부담한다는 취지를 규정하고 있을 뿐, 임의비급여 진료행위를 금지하는 취지를 포함하고 있지 않기 때문이다(김정중, 앞의 논문, 제373면).

54) 박지용, 앞의 논문, 제23면, 박태신, 앞의 논문, 제29면, 이정선, 앞의 논문, 제310면, 현두륜, 앞의 논문, 제77면 참조.

에 반한다”고 실시하고 있다. 마찬가지로 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2006헌마417 결정의 재판관 조대현의 보충의견에서도 국민건강보험법령이 “의료인이 국민건강보험제도의 틀 밖에서 환자와 협의하여 임의비급여 또는 보험 외 의료를 시행하고 그 비용과 보수를 수진자에게 청구하는 것을 금지하는 취지라고 볼 수 없다”고 실시하고 있다. 그러나 이러한 견해는 의료서비스가 공법적 과제이고 그것을 둘러싼 법률관계가 공법상의 기속을 강하게 받는다는 것을 해석을 통하여 뒤집는 것으로 받아들이기 어려운 주장이다.

법령의 해석은 문리해석만 있는 것은 아니다. 주지하다시피 Savigny의 전통적 해석규칙들이 해석방법학에서 지배적인 위치를 차지하고 있는바, 그의 방법론은 네 가지의 해석규칙, 즉 문법적 해석, 논리적 해석, 역사적 해석(주관적·역사적 해석방법), 체계적 해석(객관적·목적론적 해석방법)으로 알려져 있다. 따라서 문리해석만으로 임의비급여를 허용하는 논거로 드는 것은 너무 형식적인 것이라고 생각된다. 일본의 경우 우리나라에서의 임의비급여의 문제와 유사한 것으로 혼합진료의 문제가 있다. 예컨대, 어떠한 질병을 치료하기 위하여 건강보험법상 요양급여의 대상인 A치료방법과 비대상인 B치료방법을 혼합해서 사용한 경우(혼합진료), 건강보험법에 이러한 진료방법을 금지하는 명문의 규정이 없으므로 허용된다는 주장이 없는 것은 아니나, 통설⁵⁵⁾과 최고재판소의 판례⁵⁶⁾는 혼합진료 전부에 대하여 보험급부를 행할 수 없다고 해석하고 있다.

55) 笠木映里, “混合診療”, 『社會保障判例百選 第4版: 別冊 ジュリスト 191号』, 有斐閣, 2008, 65頁 참조. 일본의 경우 의사와 환자 사이에 보험의 진료계약을 체결하고 그 비용을 환자에게 부담시키는 것이 사회문제가 되어, 일정한 요건을 갖춘 경우 고도의 첨단의료료를 포함한 요양급여에 대해서 전체비용 중 기초적인 부분은 보험급여를 하고 특별서비스 부분은 전액 본인 부담하는 특별요양비제도(현행 보험의 병용요양제도를 마련하였다. 다수설은 위와 같은 도입배경을 살펴보면, 비록 혼합진료를 금지하는 명문의 규정이 없지만, 건강보험법이 특별히 허용하는 경우를 제외하고 보험진료에 해당하는 진료부분에 대해서도 보험급부를 행할 수 없다고 해석한다(혼합진료 보험급부 외의 원칙).

56) 最高裁判所 平成23(2011)年 10月 25日 宣告 平成22年(行ツ) 第19号, 平成22年(行ヒ) 第19号 判決에서는 “법 제86조 규정의 문리만으로 직접적으로 도출되는 것이라고 하기 어렵지만, ……제도의 취지 및 목적이나 건강보험법의 법체계 전체의 정합성 등”의 관점에서 다수설과 같은 취지로 해석하였다.

한편, 의사와 환자가 사전에 의사의 합치에 의하여 진료비를 환자가 부담하기로 한 것을 징수하여 환자에게 반환하는 것은 부당이득의 본질에 맞지 않고 오히려 환자에게 부당이득을 얻게 하는 것이라는 견해도 있다.

그러나 간과하지 말아야 할 점은 국민건강보험법상 부당이득 환수처분에서 말하는 부당이득은 공법상의 부당이득이라는 것이다.⁵⁷⁾ 사법상의 부당이득과 공법상의 부당이득은 그 용어가 유사하다는 이유로 헛갈릴 수 있다.⁵⁸⁾ 그러나 사법상의 부당이득 반환청구권의 지도원리는 공평의 이념이라는 것이 통설이지만, 공법상 부당이득 반환의 법리는 행정의 법률적합성의 원칙에서 도출되는 것이다.⁵⁹⁾ 즉, 법률에 합치하지 않는 이득을 보유하지 못하게 하는 것이 부당이득 징수처분의 요건이 되는 것이므로, 당사자의 의사의 합치가 있더라도 부당이득으로 징수할 수 있다는 점을 유의할 필요가 있다.

이렇게 설명하지 않으면, 국민건강보험법에서, 의료기관을 개설할 수 없는 자가 의사 등의 명의를 대여 받아 운영하는 의료기관 및 약국과 사용자 또는 다른 가입자의 허위의 보고나 증명, 요양기관의 허위의 진단에 의하여 보험급여가 실시된 경우 거짓 증명을 한 자 및 보험급여를 받은 사람과 같은 세대에 속한 가입자와 연대하여 부당이득 반환의 책임을 물을 수 있도록 하고 있는 점(제57조 제2항 내지 제4항), 지연자에게 해당하는 연체금의 비율을 민법과 달리 정하고 있는 점(제80조), 민사상의 강제집행이 아니라 행정상의 강제징수에 의하고(제81조), 권리구제절차도 이의신청, 심판청구 등 행정소송절차에 의하는 점(제90조) 등을 설명하기 어렵다. 또한 국민건강보험법상 부당이득은 국민건강보험공단이 환자의 의사 여부와 관계없이 일률적으로 부당이득을

57) 하급심 판결 중에서 “국민건강보험법 제52조 제1항의 보험급여비용의 징수처분은 관원 법령상 요양급여비용으로 지급할 수 없는 비용임에도 불구하고 그것이 지급된 경우 이를 원상회복시키는 처분이므로 그 요건이나 행사방법 등을 민사상 부당이득반환청구와 동일하게 볼 수 없다”고 판시한 사례가 있다(서울고등법원 2010. 2. 5. 선고 2009누21149 판결).

58) 독일에서는 공법상의 부당이득 반환청구를 ‘Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch’이라고 하고, 사법상의 부당이득 반환청구를 ‘Bereicherungsanspruch’이라고 한다.

59) 하명호, 『행정쟁송법』, 박영사, 2013, 제377면 참조.

대신 징수할 수 있는데, 이는 요양기관이 환자로부터 부당하게 취득한 이득을 돌려주기 위한 것인바,⁶⁰⁾ 단순히 공단의 재정 손실을 원상태로 보전하려는 취지만으로는 이해할 수 없는 것이다.

5. 제한적 허용조건에 대한 검토

가. 제한적 허용의 필요성

앞에서 살펴본 바와 같이 건강보험의 적용을 받는 진료계약은 사적 자치가 완전히 적용되는 단순한 의사와 환자 사이의 진료계약과는 다르다고 보아야 한다. 위 진료계약은 진료행위와 그 대가관계 부분에 관해서는 당사자의 의사가 아니라 국민건강보험법령의 해당 내용이 적용되어야 하는 공법적 기속을 받고 있다.

그러나 종래의 대법원 판례와 같이 위와 같은 해석의 고지식한 적용은 적정 진료를 추구하는 건강보험제도의 유지를 위하여 최선의 진료를 다소간 저해하는 측면이 있다. 임의비급여의 문제는 요양기관의 착오나 도덕적 해이로 인하여 발생하기도 하지만, 이 사건에서 쟁점이 되고 있는 임의비급여의 발생원인은 의료행위의 종류가 매우 많고 다양하여 의료행위를 모두 제때에 등재할 수 없는 건강보험 요양급여기준의 등재시스템 구조적 한계 때문이기도 하다.⁶¹⁾ 따라서 신의료기술이나 지식을 신속하게 반영할 수 있는 조정절차가 필요하다.

이 사건 처분 당시에도 그 조정절차로 ‘신의료기술 등의 결정절차’, ‘요양급여대상·비급여대상 조정절차’가 시행되고 있었다.⁶²⁾ 신의료기술 등의 결정

60) 하종대, “구 의료보험법 제45조 제1항 및 구 공무원 및 사립학교교직원 의료보험법 제45조 제1항에서 정한 사유 기타 부정한 방법으로 보험급여비용을 받은 경우의 범위”, 『대법원판례해설』, 제58호, 법원도서관, 2006. 7, 제333면.

61) 박지용, 앞의 논문, 제6면, 박태신, 앞의 논문, 제18면, 현두륜, 앞의 논문, 제81면 참조.

62) 그 법령상의 근거는 구 요양급여기준규칙 제10조, 제11조, ‘신의료기술 등의 결정 및 조정 기준’(보건복지부 고시 제2004-54호)이었다.

절차의 대상은 요양급여대상 또는 비급여대상으로 결정되지 않은 새로운 행위·약제 및 치료재료 등이 가입자 등의 진료에 필요한 경우이다. 그러나 이 제도는 기존 행위·약제 및 치료재료를 요양급여기준을 벗어나 사용할 필요가 있는 경우의 해결절차는 아니었으므로, 이 사건에서 일부 치료재료(척추천자 생검용 1회용 바늘) 외에는 위 결정절차의 적용대상이 될 수 없었다. 한편, 요양급여대상·비급여대상 조정절차도 요양급여기준의 불합리를 시정하여 요양급여의 범위를 조정하기 위한 절차는 아니었다.

따라서, 이 사건 당시에는 의학기술의 발달과 요양급여기준의 괴리를 합리적으로 조정할 수 있는 절차가 미비하였던 것이고, 그 범위에서 임의비급여의 엄격한 금지는 환자의 최선의 진료를 받을 권리를 침해하고 국가의 생명보호 의무에 흠결이 생긴 것이다.⁶³⁾ 이것이 임의비급여를 금지하는 것이 원칙이지만, 예외적으로 허용할 수 밖에 없는 근거가 된다.

나. 허용조건

대상판결은 앞에서 살펴본 조정절차를 거쳤거나 이를 회피한 것으로 보기 어려울 것(절차적 요건), 의학적 안정성·필요성과 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성(의학적 요건), 가입자 등에 대한 설명과 동의 등을 그 허용조건으로 제시하고 있다.⁶⁴⁾

즉, 요양기관이 국민건강보험의 틀 밖에서 임의로 비급여 진료행위를 하고 비용을 가입자 등으로부터 지급받은 경우라도 ① 진료행위 당시 시행되는 관계 법령상 이를 국민건강보험 틀 내의 요양급여대상 또는 비급여대상으로 편입시키거나 관련 요양급여비용을 합리적으로 조정할 수 있는 등의 절차가 마련되어 있지 않은 상황에서 또는 그 절차가 마련되어 있다고 하더라도 비급여

63) 정철, 앞의 논문, 제332면 참조.

64) 임의비급여에 대한 허용요건에 관해서는 의료법학의 주된 관심사이므로, 여기에서는 대상판결을 설명하는데 그친다. 허용요건에 대한 자세한 설명은 박태신, 앞의 논문, 제 20~31면 참조.

진료행위의 내용 및 시급성과 함께 절차의 내용과 이에 소요되는 기간, 절차의 진행 과정 등 구체적 사정을 고려해 볼 때 이를 회피하였다고 보기 어려운 상황에서, ② 진료행위가 의학적 안전성과 유효성뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료해야 할 의학적 필요성을 갖추었고, ③ 가입자 등에게 미리 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료받는 데 대하여 동의를 받은 경우에, 비록 임의비급여 진료행위이지만 “부당한 방법”에 해당하지 않는다고 판시하였다.

다. 조정절차

(1) 신의료기술평가제도

이 사건 임의비급여 진료행위 이후 의료법이 2007. 4. 11. 개정되면서 ‘신의료기술 등 결정제도’가 ‘신의료기술평가제도’로 대체되었고, 위 제도는 같은 달 28.부터 시행되고 있다. 보건복지부장관은 국민건강을 보호하고 의료기술의 발전을 촉진하기 위하여 신의료기술평가위원회의 심의를 거쳐 신의료기술의 안전성·유효성 등에 관한 평가를 하여야 한다(제53조). 신의료기술 평가에 관한 사항을 심의하기 위하여 보건복지부에 신의료기술평가위원회를 설치하였고(제54조 제1항), 한국보건의료연구원은 신청서를 접수하고 평가요건의 검토 및 자료수집 등 평가에 수반되는 업무를 시행하고 있다(제55조). 이 제도를 통하여 별도산정이 불가능한 치료행위나 치료재료 및 약제의 비용에 관한 조정이 이루어질 수 있다.

(2) 요양급여대상·비급여대상 조정절차

이 제도는 이미 고시된 요양급여대상과 비급여대상 진료행위 사이의 분류의 불합리를 시정하는 절차이다. 현행 요양급여기준규칙 제12조, ‘행위·치료재료 등의 결정 및 조정기준’(보건복지부 고시 제2010-82호, 2010. 10. 4.), ‘약제의 결정 및 조정기준’(보건복지부 고시 제2010-79호, 2010. 9. 30.)에

의하여 운영되는 제도이다. 신의료기술 등의 결정 및 조정기준 제3조 제2항에 의하면, 그 대상은 ① 행위에 포함된 업무량 또는 자원의 양·가격 등이 현저히 변화되어 행위의 상대가치점수를 조정할 필요가 있는 경우, ② 고시된 질병군 상대가치점수를 조정할 필요가 있는 경우, ③ 고시된 상한금액의 산정이 현저히 불합리하다고 판단되는 경우, ④ 행위, 약제 및 치료재료의 요양급여 또는 비급여의 결정이 현저히 불합리하다고 판단되는 경우, 이미 고시된 요양급여 대상·비급여대상, 상대가치점수 또는 상한금액의 조정이다.

이 제도를 통하여 별도로 산정할 수 없는 치료재료의 비용은 해당 치료재료를 사용하는 진료행위에 관한 요양급여대상의 상대가치점수 또는 상한금액의 조정절차를 통해서도 그 불합리를 시정할 수 있다.

(3) 중증환자에 대한 사전신청제도

요양급여기준규칙 제5조 제3항, [별표1] 요양급여의 적용기준 및 방법에 의하면, 의약품은 약사법령에 의하여 허가 또는 신고된 사항(효능·효과 및 용법·용량 등)의 범위 안에서 환자의 증상 등에 따라 필요·적절하게 처방·투여하여야 하는 것이 원칙이나, 안전성·유효성 등에 관한 사항이 정해져 있는 의약품 중 진료상 반드시 필요하다고 보건복지부장관이 정하여 고시하는 의약품의 경우에는 건강보험심사평가원장이 중증질환심의위원회의 심의를 거쳐 인정하는 범위 안에서 허가사항의 범위를 초과하여 처방·투여할 수 있다.

이 제도는 2005. 10. 11. 개정 당시 신설되었기 때문에 이 사건 중 약제에 관한 고시·공고된 요양급여기준의 범위를 벗어나 약제를 처방·조제할 필요가 있는 경우에 적용될 여지가 있었다. 그러나 ‘암환자에게 처방·투여하는 약제에 대한 요양급여의 적용기준 및 방법에 대한 세부사항’(건강보험심사평가원 공고 제2006-1호)은 2006. 1. 9. 고형암에 대한 부분만 고시되었고, 이 사건에서 문제가 된 백혈병 등 혈액질환에 대한 부분은 2007. 3. 28., 조혈모세포 이식 전 처치요법에 대한 부분은 2007. 8. 30.에야 비로소 고시되어, 원고가 실제로 위 제도를 이용할 수 없는 실정이었다.⁶⁵⁾

(4) 일반약제에 대한 비급여대상 승인절차

이 사건 이후 2008. 7. 11. 요양급여기준규칙 제9조 제1항, [별표 2] 비급여 대상이 개정되어 비급여대상 승인절차를 신설되었다. 이제는 앞에서 살펴본 항암제 이외에도 일반약제에 관해서도 보건복지부장관의 고시로 정한 절차에 따라 의학적 근거를 입증한 다음 비급여로 약사법령에 따라 허가를 받거나 신고한 범위를 벗어나 약제를 처방·투여할 수 있다.

IV. 행정소송에서의 증명책임

1. 이 사건에서 논의의 구조

구 국민건강보험법 제52조에 의하면, 국민건강보험공단은 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여를 받은 사람이나 요양급여비용을 받은 요양기관에 대하여 부당이득 환수처분을 할 수 있다. 이때 임의비급여 진료행위가 위에서 말하는 부당한 방법에 해당하는지 그렇지 않은지의 점에 관하여 누가 증명책임을 부담하는가의 문제이다.

다수의견은 ‘임의비급여 진료행위’는 원칙적으로 “사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때”에 해당한다는 전제 하에서, 국민건강보험공단이 이를 이유로 환수결정을 한 경우 그 허용조건을 충족하여 부당한 방법이라고 볼 수 없다는 사정은 이를 주장하는 측인 요양기관이 증명해야 한다고 판시하였다.

이에 대하여 반대의견은 “사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 받거나 부담하게 한 때”에 해당한다는 처분사유는 일반적인 다른 처분의 경우와 마찬가지로 여전히 처분청이 증명책임을 부담한다고 보았다.

65) 원심판결문 참조.

2. 행정소송에서의 증명책임에 관한 일반적인 논의

가. 증명책임의 의미

법원의 판단작용이 법규를 대전제로, 구체적 사실을 소전제로 하여 삼단논법에 따라 법률효과를 판단하는 과정을 거친다고 할 때, 소송상 어느 사실이 진위불명이 되면 법규를 적용할 수 없게 되어 그 사실을 요건으로 하는 법률효과가 생기지 않는다. 그 결과 법원에 대하여 어떠한 법률효과와 발생을 주장하는 당사자는 그 사실의 진위불명으로 인하여 불이익을 입게 된다.

이때 진위불명으로 인한 법규부적용에 의하여 당사자가 입을 불이익 또는 불이익의 위험을 증명책임이라고 한다. 따라서 증명책임은 법관이 자유심증주의에 의하여 증거를 자유롭게 평가하더라도 주요사실의 존부에 관하여 확신을 가질 수 없을 때 비로소 작동하게 된다.

나. 행정소송에서의 증명책임

행정소송에서의 증명책임에 관하여 원고부담설(적법성 추정설), 피고부담설(적법성 담보설), 법률요건분류설, 헌법질서위난설, 개별구체설 등이 있으나, 민사소송과 마찬가지로 법률요건분류설⁶⁶⁾이 통설·관례이다.⁶⁷⁾

이에 의하면, 권한행사규정의 요건사실의 존재는 그 권한행사의 필요 또는 적법성을 주장하는 자가 증명책임을 부담하므로, 적극적 처분에 대해서는 그 처분을 한 처분청이, 거부처분에 대해서는 원고가 각 증명책임을 부담하고, 권한불행사규정이나 상실규정의 요건사실의 존재는 처분권한의 불행사나 상실을 주장하는 자가 증명책임을 부담하게 된다.

66) 법률요건분류설에 따르면, 다른 사람에게 일정한 권리를 주장하는 자는 법이 그 권리의 성립요건으로 규정한 사실에 관하여 증명책임을 진다(권리근거사실: 매매사실). 또한 일단 발생한 권리의 소멸을 주장하는 사람은 권리소멸사실에 관한 증명책임을 진다(권리소멸사실: 변제사실). 한편 적극적·소극적 법률효과를 방해하는 권리장애사실을 주장하는 사람은 그 사실에 관한 증명책임을 부담한다(본문·단서의 형식규정에서의 단서 규정: 통정허위표시에 의한 매매계약의 무효).

67) 대법원 1984. 7. 24. 선고 84누124 판결.

3. 이 사건에서의 검토

위에서 살펴본 바와 같이 행정소송에서 침익적 행정행위의 적법성에 대해서는 원칙적으로 처분청에게 주장·증명책임이 있다. 예를 들어 징계처분, 영업정지·취소처분 등에 대한 취소소송에서는 처분청에게 위 각 행정행위가 적법하다는 사실에 대한 증명책임이 있다. 그런데, 국민건강보험법상 부당이득 환수처분 또는 징수처분도 침익적 행정행위의 성질을 가지므로, 요양기관이 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 지급받았다는 점을 증명할 책임은 국민건강보험공단에 있다.⁶⁸⁾

여기에서 주의할 점은 증명의 대상은 적용법규의 구성요건에 해당하는 ‘사실’이지 법적인 평가가 아니라는 점이다.⁶⁹⁾ “사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때”에 부당이득 환수처분 또는 징수처분을 할 수 있으므로, 증명의 대상은 ‘부당한 방법’에 해당하는 사실의 증명이고, 부당한 방법에서의 부당성은 사실이 아니라 어떠한 사실에 대한 법적인 평가이므로 판단의 영역이라고 생각된다. 예컨대, 요양기관이 내원 일수를 허위로 조작하여 요양급여비용을 지급받았다면, 피고인 국민건강보험공단이 증명해야 할 사실은 내원 일수의 허위 조작사실이고, 그것의 부당성은 법적 평가의 문제일 뿐이다.

이 사건에서 다수의견은 “임의비급여 진료행위”는 그 자체로 부당한 방법이라고 평가되는 것이 원칙이고, 임의비급여 진료행위를 하는데 정당화사유가 있어 부당이득 환수처분 또는 징수처분이 되지 않는다는 점은 예외적인 것이므로, 원고가 그 사실을 증명하여야 한다는 논리구조를 취하고 있다. 반대로 반대의견은 국민건강보험공단이 증명하여야 할 것은 원고의 행위가 임의비급여 진료행위에 해당한다는 것 뿐만 아니라 허용요건에도 해당하지 않는다는 소극적 사실까지도 모두 증명하여야 한다는 것이다.

68) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008두6981, 6998 판결, 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009두8786 판결.

69) 송상현·박익환, 『민사소송법』, 신정5판, 박영사, 2008, 제527면 참조.

사실 권리근거사실과 권리장애사실의 구별이 쉬운 것은 아니다. 권리근거사실의 반대사유가 권리장애사실이 될 수 있으므로, 많은 경우 양자는 동전의 양면과 같은 관계가 될 수 있기 때문이다. 따라서 민사소송법 학계에서는 양자의 관계를 원칙과 예외의 관계로 보고 예외에 해당하는 권리장애사실은 권리주장자인 상대방이 입증해야 하는 것으로 파악한다.⁷⁰⁾ 한편, 행정법규 중에는 양자에 대한 규정을 구별하기 어려워 법률요건분류설을 그대로 적용할 수 없는 경우가 있고, 법규의 형식만 기준으로 증명책임을 분배하는 경우 당사자의 공평에 어긋나는 부당한 결과를 야기할 수도 있기 때문에, 법률요건분류설을 원칙으로 하되 구체적인 사건에서의 입증의 난이(입증자료가 누구의 지배영역 내에 있는가, 소극적 사실인가 적극적 사실인가 여부 등), 사실 존재의 개연성 등을 종합하여 양 당사자에게 공평하게 증명책임 내지 입증의 필요를 분배할 필요가 있다는 견해도 유력하다.⁷¹⁾

이 사건으로 돌아가 살펴보면, 다수의견과 반대의견의 견해 차이는 ‘임의비급여 진료행위’에 해당한다는 사실 그 자체가 바로 부당한 방법이라는 구성요건에 포섭된다고 볼 수 있는가의 문제로 환원된다. 앞에서 이미 살펴본 바와 같이, 의사와 환자 사이의 진료계약은 사적 자치의 영역이기는 하지만, 적어도 국민건강보험이 적용되는 요양기관과 환자사이의 진료계약은 공법적인 기속이나 수정을 받는 사법상의 계약이라고 보아야 한다. 따라서 진료계약 중에서 진료행위와 그에 대한 요양급여비용에 관한 부분은 국민건강보험법령이라는 공법이 양 당사자 사이의 법률관계를 형성하거나 규율하는 것이 원칙이라고 생각된다. 그 연장선상에서 증명책임의 문제도 풀어나간다면, 사적으로 정한 ‘임의비급여 진료행위’를 행한 것 그 자체가 이미 부당한 방법에 해당한다고 일응 평가할 수 있다. 따라서, 요양기관이 그럼에도 불구하고 당해 진료행위가 예외적 허용조건에 해당하여 정당화 사유가 있다는 점을 적극적으로 주장·입증해야 한다고 생각한다.

70) 송상현·박익환, 앞의 책, 제546면 참조.

71) 하명호, 앞의 책, 제300면.

또한, 조정절차를 거쳤거나 이를 회피한 것으로 보기 어려울 것, 의학적 안정성·필요성과 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성, 가입자 등에 대한 설명과 동의 등의 임의비급여 허용조건에 해당한다는 사실에 관한 입증자료는 요양기관의 지배영역 내에 있는 경우가 많을 것이므로, 그에 의하더라도 다수의견이 타당하다.

V. 이 판결의 의의

대법원은 부당이득 환수처분 또는 징수처분의 요건이 “부정한 방법”으로 규정되어 있던 구 의료보험법 시대에서 오늘날까지 임의비급여 진료행위를 “사위 기타 부정한 방법에 의하여 보험급여비용을 받은 경우”로 보아왔다. 그 입장의 근거에는 건강보험의 적용을 받는 진료계약은 사적 자치가 완전히 적용되는 단순한 의사와 환자 사이의 진료계약과는 다르다는 전제 하에 있다. 즉, 위 진료계약은 국가로부터 위임받은 요양기관이 진료서비스라는 공법적 과제를 사법상의 방법으로 수행하는 것이기 때문에 건강보험의 보장성 강화와 의료의 보편성의 확보라는 공익을 도모하기 위하여 국민건강보험법령이라는 공법적 기속을 받아야 한다는 것이다.

그런데 임의비급여의 문제는 의료기관의 착오나 도덕적 해이로 인하여 발생하기도 하지만, 이 사건에서 쟁점이 되고 있는 임의비급여 진료행위는 건강보험 요양급여기준의 등재시스템의 구조적 한계 때문에 발생하기도 한다. 이 경우 환자가 최선의 진료를 받을 수 있도록 신속하고 유연하게 해당 의료행위를 요양급여체계 내으로 편입시키거나 반영할 수 있는 입법적 장치가 필요하다. 이러한 점을 반영하여 대법원은 앞에서 살펴본 조정절차를 거쳤거나 이를 회피한 것으로 보기 어려울 것(절차적 요건), 의학적 안정성·필요성과 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성(의학적 요건), 가입자 등에 대한 설명과 동의 등을 조건으로 임의비급여 진료행위를 일부 허용하였다.

그러나 대상판결은 원칙적으로 임의비급여 진료행위가 부당이득 환수처분 또는 징수처분의 요건인 부당한 방법에 해당한다고 선언함으로써 기존의 태도를 근본적으로 바꾼 것은 아니다. 단지 신의료기술 등을 요양급여체계에 편입시키거나 반영할 수 있는 입법적 조치가 결여된 경우 정당화 사유가 있음에도 불구하고 완고하게 부당이득 환수처분의 대상으로 보아온 기존의 입장을 다소 유연하게 수정한 것에 불과하다고 생각된다.

덧붙여 대상판결에서 중요한 쟁점 중의 하나로 다루어진 증명책임에 관한 논쟁은 그 법리 다툼과는 별도로 임의비급여 진료행위가 부당이득 환수처분의 대상이 되거나 되지 않는지의 경계선을 보험재정을 우선시하는 국민건강보험공단의 입장과 사적 자치를 중요시 하는 의료계의 입장 중 어느 쪽에 가까운 곳에서 조정하느냐는 문제와도 관련된다고 볼 수 있고, 적어도 다수의견은 임의비급여에 관한 기존의 태도를 수정하되 증명책임의 문제로 수정의 정도를 완화한 것으로 평가될 수도 있다.

대상판결 이후 또는 그 즈음에 신의료기술평가제도, 요양급여대상·비급여대상 조정절차, 중증환자에 대한 사전신청제도, 일반약제에 대한 비급여대상 승인절차 등이 개정되거나 신설되고 포괄수가제도가 부분적으로 도입되어, 향후 임의비급여의 문제가 완전히 해소되었다고 보기는 어려워도 상당 부분 입법적으로 해결될 제도적 조정장치가 마련되었다. 이 문제는 근본적으로 사법부가 해결할 법리의 문제가 아니라 입법적 해결이 필요한 정책적 문제라고 생각되므로, 향후에 좀 더 합리적이고 유연한 조정절차가 마련되기를 기대한다.

주제어 : 국민건강보험, 요양기관, 요양급여, 임의비급여 진료행위, 부당이득의 징수

[참 고 문 헌]

- 김남진·김연태, 『행정법 I』, 제17판, 법문사, 2013.
- _____, 『행정법 II』, 제17판, 법문사, 2013.
- 김정중, “국민건강보험법상 임의비급여 진료행위의 부당성”, 『사법』, 제21호, 사법발전재단, 2012. 9.
- 박지용, “의료보험에 있어서 임의비급여 규제에 대한 헌법적 평가”, 『한국헌법판례연구회 발표자료집』, 2011. 11.
- 박태신, “임의비급여 허용요건에 관한 검토”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012. 12.
- 송명호, “국민건강보험공단의 요양급여비용 환수과정에 있어서 법 적용 정밀성에 관한 검토-특히 임의비급여를 중심으로-”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012. 12.
- 송상현·박익환, 『민사소송법』, 신정5판, 박영사, 2008.
- 이원우, “정부기능의 민영화를 위한 법적 수단에 대한 고찰”, 『행정법연구』, 제3호, 행정법이론실무학회, 1998. 10.
- 이정선, “임의비급여 금지의 문제점과 그 해결방안-대법원 2010두27639, 2010두27646 전원합의체 판결과 그 이후의 판결 동향을 중심으로-”, 『고려법학』, 제69호, 고려대학교 법학연구원, 2013. 6.
- 장 욱, 「건강보험제도의 개선에 관한 법적 고찰」, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 2005.
- 전광석, “독일건강보험법의 기본모형과 개혁논의-우리 건강보험법에 주는 시사점-”, 『한국의료법학회지』, 제12권 제2호, 한국의료법학회, 2004. 12.
- _____, 『한국사회보장법론』, 제9판, 집현재, 2012.
- 정 철, “건강보험상 임의비급여 허용의 문제점”, 『법학논총』, 제24권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2011. 8.
- 정하중, “민간에 의한 공행정수행”, 『공법연구』, 제30권 제1호, 한국공법학회, 2001. 12.
- 정흥기·조정찬, 『국민건강보험법』, 제3판, 한국법제연구원, 2005.
- 지원림, 『민법강의』, 제9판, 홍문사, 2011.

- 최규진, “국민건강보험법 제52조 제1항의 해석에 관한 판례 동향”, 『법조』, 제 652호, 법조협회, 2011. 1.
- 하명호, 『행정쟁송법』, 박영사, 2013.
- 하종대, “구 의료보험법 제45조 제1항 및 구 공무원 및 사립학교교직원 의료보험법 제45조 제1항에서 정한 사위 기타 부정한 방법으로 보험급여비용을 받은 경우의 범위”, 『대법원판례해설』, 제58호, 법원도서관, 2006. 7.
- 현두륜, “건강보험에 있어서 의사와 환자간의 법률관계-임의비급여 문제를 중심으로-”, 『의료법학』, 제8권 제2호, 대한의료법학회, 2007. 12.
- 국민건강보험공단 법무지원실, 『국민건강보험법 해설』, 국민건강보험공단, 2011.
- 米村滋人, “一般医療行為法[1]-医療契約”, 『法学セミナー』, 通卷694号, 日本評論社, 2012. 11.
- 笠木映里, “混合診療”, 『社會保障判例百選 第4版: 別冊 ジュリスト 191号』, 有斐閣, 2008.
- 後藤勝喜, “保険診療契約の当事者”, 『社會保障判例百選 第4版: 別冊 ジュリスト』, 191号, 有斐閣, 2008.

**Considerations in Allowing Voluntary Non-Reimbursable
Treatments from a Public Law Perspective**
- A Commentary on Supreme Court Judgment 2010 Doo 27639, 27646
(ruled on June 8, 2012 by the Grand Bench) -

Ha, Myeong-ho

Professor, School of Law, Korea University

=ABSTRACT=

Traditionally, the Supreme Court has held that medical treatment agreements covered by national health insurance should be distinguished from other medical treatment agreements which are viewed as a consummation of the autonomous free will between doctor and patient. Namely, the Supreme Court views medical treatment agreements covered by national health insurance to be bound by the National Health Insurance Law with the intent to promote the applicability and comprehensiveness of the national health insurance scheme.

Yet, issues of voluntary non-reimbursable treatments are triggered not only by the mistakes or moral hazard of medical care institutions but also by systemic limitations of national health insurance coverage criteria. Thus, there is a need for legislative measures that allow certain medical treatments to be included or reflected in the national health insurance coverage system so that patients may receive prompt and flexible medical treatments. To reflect such concerns, the Supreme Court made an exception for voluntary non-reimbursable treatments and developed a strict test to be applied in such cases in Supreme Court Judgment 2010 Doo 27639, 27646 (ruled on June 8, 2012 by the Grand Bench).

Such judgment, however, is not a fundamental overturn of the Supreme Court's prior rulings that voluntary non-reimbursable treatments are not allowed under the law. It is only a slight revision of its previous stance for cases in

which there is a lack of legislative measures to make coverage of a new yet valid medical treatment possible under the current national health insurance coverage system.

Keyword: National health insurance, Medical care institution, Medical care, Voluntary non-reimbursable Treatment act, Unjust enrichment collection