

의료인의 의료기관 다중운영 금지 조항의 위헌성

- 의료법 제87조 제1항 제2호, 제33조 제8항을 중심으로 -

김선욱* · 정혜승**

I. 서론

II. 의료인의 의료기관 개설 및 운영과 관련한 입법의 흐름

1. 의료기관 ‘개설’의 의미
2. 1인 1개설주의의 입법취지 및 연혁
3. 대법원의 판결에 비추어 본 1인 1개설주의의 취지
4. 의료인의 의료기관 다중운영을 금지한 의료법의 개정
5. 의료기관 다중운영과 관련한 해외의 주요 입법례

III. 개정 의료법의 위헌성

1. 개정 의료법 조항 중 ‘운영’ 부분의 명확성의 원칙 위반
2. 문제되는 기본권 및 심사기준
3. 과잉금지원칙 위반 여부

IV. 결론

I. 서론

2012. 2. 1. 법률 제11252호로 개정된 의료법(이하 ‘개정 의료법’이라 한다)은 제33조 제8항 중 ‘어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 수 없다’는 내용을 추가하였다. 위 개정 전과 후의 조항을 비교하면 다음과 같다.

* 논문접수: 2015. 12. 7. * 심사개시: 2015. 12. 9. * 수정일: 2015. 12. 21. * 게재확정: 2015. 12. 28.

* 법무법인 세승 변호사, 법학석사, 서울대학교 의과대학 석박사통합과정.

** 법무법인 세승 변호사, 한양대학교 법학과 석사과정.

2012. 2. 1. 개정 전	2012. 2. 1. 개정 후
<p>제33조(개설) ①~⑦ (생략)</p> <p>⑧ 제2항제1호의 의료인은 하나의 의료기관만 개설할 수 있다. 다만, 2 이상의 의료인 면허를 소지한 자가 의원급 의료기관을 개설하려는 경우에는 하나의 장소에 한하여 면허 종별에 따른 의료기관을 함께 개설할 수 있다.</p> <p>제87조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. (생략)</p> <p>2. 제12조 제2항, 제18조 제3항, 제23조 제3항, 제27조 제1항, 제33조 제2항을 위반한 자</p>	<p>제33조(개설) ①~⑦ (현행과 같음)</p> <p>⑧ 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 없다.</p> <p>제87조(벌칙) ① (현행과 같음)</p> <p>1. (현행과 같음)</p> <p>2. 제8항(제82조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)</p>

즉, 개정 전에는 의료인에게 하나의 의료기관만 개설하도록 하였다면, 개정 후에는 의료인이라 하더라도 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설 뿐 아니라 ‘운영’할 수도 없게 한 것이다. 한편, 의료법 제87조 제1항 제2호도 위 제33조 제8항에 위반하는 경우 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 함께 개정된 것은 위 표와 같다. 개정되었다.

문제는 위 법률 문언만으로는 의료기관의 운영이 의미하는 범위가 어디까지인지 모호하다는 것이다. 보건복지부는 2012. 9. 21. 위 의료법 개정에 따라 둘 이상의 의료기관 개설·운영 판단기준을 제시하기 위하여 보건복지부공고 제2012-543호로 의료법 시행규칙 일부개정령안을 입법예고 하였다. 당시 보건복지부는 ‘운영’의 구체적 형태는 ‘의료인이 복수의 의료기관에 대하여 개설·휴업·폐업, 의료행위의 결정·시행, 인력·시설·장비의 충원·관리 또는 운영성과의 배분 등에 관한 권한을 보유·행사하는지 여부를 고려하여 판단’하여

야 한다는 내용의 시행규칙안을 제시하였으나, 위 시행규칙안에 따르더라도 역시 ‘운영’의 범위를 정하기 어려웠고 결국 현재까지도 시행규칙은 만들어지지 못하고 있다.

결국, 시행규칙으로도 구체화되지 않은 위 조항에 따라 두 개 이상의 의료기관의 운영에 관여한 의료인들은 형사처벌뿐 아니라 의료기관 다중 운영 기간 동안 국민건강보험공단으로부터 지급받은 요양급여 전액을 환수당하는 동시에 보건복지부로부터 과징금 부과처분을 받을 위협에 놓이게 되었다. 실제 위 개정 의료법 위반을 이유로 의료인들이 기소되어 재판을 받았고, 위 규정을 문제 삼아 헌법소원을 제기하거나(2014헌바212 등) 위헌법률심판이 제청(2014헌가15)되었다.¹⁾ 이러한 상황에서 개정 의료법이 지닌 문제점을 살펴볼 필요가 있다고 판단된다.

II. 의료인의 의료기관 개설 및 운영과 관련한 입법의 흐름

1. 의료기관 ‘개설’의 의미

의료법은 제3장 제1절에서 ‘의료기관의 개설’이라는 제목으로 각종 의료기관의 개설 및 그에 따른 구체적 사항들을 규정하고 있다. 특히 제33조 제1항은 ‘의료인은 이 법에 따른 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 할 수 없으며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 외에는 그 의료기관 내에서 의료업을 하여야 한다.’고 규정하여 ‘개설’의 의미를 간접적으로 밝히고 있다.

한편, 의료법 제33조 제2항은 의료기관을 개설할 수 있는 자의 범위를 ① 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사, ② 국가나 지방자치단체, 의료업을 목적으로 설립된 법인(의료법인), ③ 민법 또는 특별법상 비영리법인, ④ 준정부기관, 지방의료원, 한국보훈복지의료공단으로 제한하고 있으며, 이들이 의원급 의

1) 아직 헌법재판소가 결정을 내린 사건은 없다.

료기관을 개설할 때에는 시·군·구청장에게 신고하고, 병원급 의료기관을 개설할 때에는 시·도지사의 허가를 받아야 한다(의료법 제33조 제3항, 제4항). 의료기관이 개설되면 개설허가증에 개설자의 명의를 기재되고 개설된 의료기관은 시·군·구청장 혹은 시·도지사에게 의하여 관리되기 때문에 1개의 의료기관을 개설한 자는 다시 자신의 명의로 형식적 의미의 개설을 할 수는 없다.

위와 같은 사항을 반영하여 의료기관의 ‘개설’의 정의를 내린다면 “의료법상 요구되는 인적, 물적 시설 등을 갖춘 장소를 마련한 후 개설신고를 하거나 허가를 받은 후 그 장소에서 의료행위 및 관련 업무를 시작하는 것”이라고 할 수 있다.²⁾ 의료기관의 ‘개설’이란 일정한 장소에서 의료업에 종사하는 것을 관계기관으로부터 확인을 받을 수 있는 행위로서 비교적 명확한 개념이다.

2. 1인 1개설주의의 입법취지 및 연혁

개정 의료법 시행 전 의료법 제33조 제8항은 의료기관의 개설주체들 중 자연인인 ‘의료인’에 한하여 하나의 의료기관만을 개설할 수 있다고 규정하고 있었다. 즉, 의료법인이나 기타 비영리법인은 여러 개의 의료기관을 개설할 수 있었던 것이다. 이러한 1인 1개설주의를 담은 의료법 조항(이하 ‘1인 1개설 조항’이라 함)은 1994. 1. 7. 법률 제4732호로 개정되며 최초로 규정되었다. 당시 개정 법률안의 제안이유에는 이를 도입하는 특별한 이유를 밝히고 있지는 않으나 개인인 의료인의 진료행위에 장소적 제한을 둬으로써 의료행위의 질을 향상시켜 국민에 대한 의료수준의 향상을 도모하기 위한 것이라는 견해가 있다.³⁾

3. 대법원의 판결에 비추어 본 1인 1개설주의의 취지

1994년 의료법의 1인 1개설조항의 해석과 관련하여 형식상 개설 명의자로

2) 장연화, “의료기관의 이중개설금지에 관한 고찰”, 『법학연구』, 통권 12호 1권, 인하대학교 법학연구소, 2009, 358면.

3) 장연화, 앞의 논문, 363면.

등재되어 있지는 않은 의료인이 의료기관 개설에 필요한 자금을 투자하거나 경영에 관계한 경우에 대하여 대법원은 2003년 이래 “자신의 명의로 의료기관을 개설하고 있는 의사가 다른 의사의 명의로 또 다른 의료기관을 개설하여 그 소속의 직원들을 직접 채용하여 급료를 지급하고 그 영업에 따라 발생하는 이익을 취하는 등 새로 개설한 의료기관의 경영에 직접 관여한 점만으로는 다른 의사의 면허증을 대여 받아 실질적으로 별도의 의료기관을 개설한 것이라고 볼 수 없으나, 다른 의사의 명의로 개설된 의료기관에서 자신이 직접 의료행위를 하거나 무자격자를 고용하여 자신의 주관 하에 의료행위를 하게 한 경우는 중복하여 의료기관을 개설한 경우에 해당한다.”고 판시⁴⁾하고 있다.⁵⁾

즉, 의료인이 의료행위를 직접 하는 경우와 투자 또는 경영만 하는 경우를 구분하여 후자의 경우 1인 1개설주의 위반 및 면허대여 행위가 아니라고 판단하는 것이다. 위 판결에서 대법원은 1인 1개설 조항을 둔 취지에 대하여 “자신의 명의로 의료기관을 개설하고 있는 의사가 다른 의사의 명의로 또 다른 의료기관을 개설하여 그 소속의 직원들을 직접 채용하여 급료를 지급하고 그 영업에 따라 발생하는 이익을 취하는 등 새로 개설한 의료기관의 경영에 직접 관여한 점만으로는 다른 의사의 면허증을 대여 받아 실질적으로 별도의 의료기관을 개설한 것이라고 볼 수 없으나, 다른 의사의 명의로 개설된 의료기관에서 자신이 직접 의료행위를 하거나 무자격자를 고용하여 자신의 주관 하에 의료행위를 하게 한 경우는 중복하여 의료기관을 개설한 경우에 해당한다.”고 판단하기도 하였다.

4) 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003도256 판결.

5) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006도4652 판결도 같은 취지로 판단하고 있다. 또한, 이러한 논지는 동일한 규정이 있는 약사법과 관련한 판결에서 먼저 언급된바 있는데 대법원은 1998. 10. 27. 선고 98도2119 판결에서 “약사가 개설할 수 있는 약국의 수를 1개소로 제한하고 있는 법의 취지는 약사가 의약품에 대한 조제·판매의 업무를 직접 수행할 수 있는 장소적 범위 내에서만 약국개설을 허용함으로써 약사 아닌 자에 의하여 약국이 관리되는 것을 그 개설단계에서 미리 방지하기 위한 데에” 있으므로 “자신 명의로 약국을 개설하고 있는 약사가 다른 약사 명의로 개설된 약국의 경영에 관여한 데에 그치지 아니하고 자신의 주관 하에 무자격자로 하여금 의약품의 조제 내지 판매 업무를 수행하게 한 경우, 약사법 제19조 제1항 에 위반된다.”고 보아, 다른 약사 명의로 개설된 약국의 경영에 관여하는 것은 무방하다는 취지로 판시하고 있다.

위 대법원 판결 이후 의료기관 간 네트워크를 구축하여 경영관리의 효율화를 꾀하는 일이 늘어났는데, 1993년 기준으로 국내의 네트워크 시스템 병원의 수는 13개에 불과하였으나, 위 2003년 대법원 판결 이후인 2008년 조사에 따르면 160개로, 2011년에는 560개로 급격히 늘어난 것으로 알려져 있다.⁶⁾ 또한, 정부도 서비스산업의 경쟁력을 강화하여 차기 성장동력으로 삼기 위하여 의료기관의 네트워크화를 장려하였고, 네트워크 방식의 운영을 활성화시키기 위한 다양한 연구가 진행되었으며, 미국의 의료기관 간 네트워크를 시범 케이스로 국내에 도입하고 의료기관의 중복 개설을 규제하는 법률 규제를 완화하는 방안이 제시되기도 하였다.⁷⁾⁸⁾

4. 의료인의 의료기관 다중운영을 금지한 의료법의 개정

2003. 대법원의 판결 이후 의료인이 다른 의료기관의 경영에 참여하는 방식은 1인 1개설주의에 위반되지 않는다는 해석이 변경되지 아니하였음에도 2011. 말경 1인 1개설주의 뿐 아니라 의료인이 다른 의료기관의 운영에도 관여하여서는 아니 된다는 개정 의료법이 통과되었다.

그러나 국회 보건복지위원회의 2011. 12. 의료법 일부개정법률안 심사보고서에 따르면, 보건복지부, 법제처, 공정거래위원회 등은 관계부처의 의견 조희 절차를 통하여 이미 법률안의 문제점을 지적하였다. 보건복지부는 대법원이 유사 사안에서 여러 차례 판례를 통하여 다른 의료기관의 경영에 참여하는 것은 복수의료기관의 개설에 해당하지 않는 것으로 판시하고 있고, ‘운영’의 범위가 불명확하여 입법으로 인한 실익을 기대하기 어려우며, 현실적으로 개설자인 의료인이 다른 의료인으로부터 자본을 투자받는 것까지 규제하는 것은

6) 윤영규·서원식, “네트워크 시스템 병원의 경영성과: 비교연구”, 『보건행정학회지』, 제22권 제1호, 2012, 110면.

7) 박재산, “의료기관 네트워크(Network)를 통한 경영효율성 제고방안”, 『대한병원협회지』, 3·4월호, 대한병원협회, 2007, 89면.

8) 특히 보건복지부산하의 연구기관을 비롯한 정부 측 입장에서 이러한 연구가 활발히 행하여졌다. 한국보건산업진흥원, “의료제도선진화 및 병원산업육성방안 연구”, 2005. 2, 148면.

어려움이 있다는 의견을 제시하였다. 공정거래위원회도 의료인의 다른 의료기관에 대한 투자·경영까지도 금지하는 것은 국민의 건강을 보호·증진하는 의료법의 목적을 벗어난 과잉규제이며, 의료기관의 경영방식은 자율성을 존중하여 경쟁을 통하여 소비자에게 저가 및 고품질의 서비스를 제공하는 것이 소비자후생 증대에 부합한다는 의견이었다. 그리고 법제처는 ‘운영’을 금지한다 하더라도 실제 사인 간 계약관계를 행정청이 파악하기 어려우므로 실효성을 기대하기 어렵다고 하였다.

5. 의료기관 다중운영과 관련한 해외의 주요 입법례

가. 영국

영국은 의사가 아닌 자도 의료기관을 개설하여 운영할 수 있다. 다만, 비의료인이 의료기관을 개설한 경우 의사 면허가 있는 자를 고용하여 의료서비스를 제공하여야 한다. 한편, 1명의 의사가 2개 이상의 의료기관을 설립하여 운영할 수 있으며, 치과의사 또한 의사와 마찬가지로 1명의 치과의사가 치과의원을 2개 이상 설립하고 운영할 수 있다. 약사도 1개 이상의 약국을 설립할 수 있다. 뿐만 아니라 의사가 아닌 자도 1개 이상의 의료기관을 개설할 수 있다.⁹⁾

나. 미국

미국은 병원과 의원을 나누어 병원의 경우 제한된 범위에서 의료인 아닌 자가 의료기관을 개설 및 운영할 수 있으나 의원은 의료인만이 개설 및 운영할 수 있다.¹⁰⁾ 또한 미네소타 주의 경우 1명의 의사가 2개 이상의 의료기관을 설립하여 운영할 수 있으며, 치과의 경우도 1명의 치과의사가 여러 개의 의료기관을 개설, 운영할 수 있다. 약사의 경우에도 마찬가지이다.¹¹⁾

9) 오영호·안덕선·안지영·박영택·임성근, “외국의 보건의료분야 전문자격사 제도 연구와 정책방안”, 한국보건사회연구원, 2009, 123면.

10) 오영호 외 4, 앞의 보고서, 130면, 131면.

다. 독일

독일도 의사 면허가 없는 자도 의료기관의 개설 및 운영이 가능하다. 다만 의료기관은 반드시 의사를 고용하여야 한다. 이는 치과의사의 경우에도 마찬가지이다. 그러나 이와 달리 약국은 약사 자격증이 없는 개인은 약국을 개설할 수 없고, 법인은 약국을 개설할 수는 있으나 약사를 반드시 고용하여야 한다. 그리고 1명의 의사가 2개 이상의 의료기관을 개설, 운영할 수 있으나 관련 법규정을 준수하여야 하며 관계당국으로부터 설립허가를 받아야 한다. 치과의사 또한 의사와 마찬가지로 1명의 치과의사가 여러 개의 치과 의료기관을 개설 및 운영할 수는 있으나 위와 같은 법규정을 준수하여야 한다. 그러나 약국은 1명의 약사가 3개의 지점까지만 약국을 설립하여 운영할 수 있으며, 이때에는 관계당국의 허가를 받아야 한다.¹²⁾

라. 일본

일본은 복수의의료기관 개설 및 운영과 관련하여 개인인 의료인이 2개 이상의 의료기관을 개설할 수는 있으나, 이 경우에는 자신이 근무하는 의료기관이 아닌 의료기관에는 의사 자격증을 가진 사람을 고용하여 관리하도록 해야 한다고 규정하고 있다. 치과의 경우 및 약국의 경우도 마찬가지이다.¹³⁾

마. 소결

주요 해외국가의 법제를 살펴봐도 우리나라 의료법과 같이 1인 1개설주의를 명문화한 경우는 매우 드물 뿐 아니라, 개정 의료법과 같이 다른 의료기관의 운영에도 관여할 수 없도록 한 법제는 찾아보기 어렵다.

11) 오영호 외 4, 앞의 보고서, 132면, 133면.

12) 오영호 외 4, 앞의 보고서, 139면, 140면.

13) 오영호 외 4, 앞의 보고서, 145면 내지 147면.

III. 개정 의료법의 위헌성

1. 개정 의료법 조항 중 ‘운영’ 부분의 명확성의 원칙 위반

법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법 집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다는 명확성의 원칙¹⁴⁾은 민주주의·법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한입법에 요구되는 것이다.¹⁵⁾ 모든 법률은 법치국가적 법적 안정성의 관점에서 행정과 사법에 의한 법적용의 기준으로서 명확해야 한다. 법률이 행정부에 대한 수권을 내용으로 하는 것이라면 수권의 목적, 내용 및 범위를 명확하게 규정함으로써 행정청의 자의적인 법적용을 배제할 수 있는 객관적인 기준을 제시하고, 국민으로 하여금 행정청의 행위를 어느 정도 예견할 수 있도록 하여야 할 것이다. 명확성원칙에서 명확성의 정도는 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고, 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있다. 일반론으로는 어떠한 규정이 부담적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성원칙이 더욱 엄격하게 요구되고, 특히 죄형법정주의가 지배하는 형사 관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용된다고 할 수 있다.¹⁶⁾

개정 의료법의 경우 위반할 경우 형사처벌을 받을 뿐만 아니라, 의료인이 다중으로 의료기관을 운영하였다고 인정한 기간에 해당하는 만큼 국민건강보험공단 및 보건복지부로부터 환수처분과 과징금부과처분을 받을 가능성이 있으므로 위 명확성의 원칙은 더욱 엄격하게 적용되어야 한다.

먼저 ‘운영’의 사전적 의미를 살펴보면 ‘조직이나 기구, 사업체 따위를 운용하고 경영함’, ‘어떤 대상을 관리하고 운용하여 나감’¹⁷⁾이어서 대상의 ‘관리’에

14) 현재 1992. 4. 28. 90헌바27등.

15) 현재 2002. 6. 27. 99헌마480.

16) 현재 1992. 2. 25. 89헌가104; 현재 2002. 7. 18. 2000헌바57.

초점이 맞추어져 있음을 알 수 있다. 한편, 보건복지부가 2012. 9. 21. 운영의 의미를 명확히 하고자 제안한 의료법 시행규칙 일부개정령안 입법예고에 따르면 “둘 이상의 의료기관 개설·운영”은 의료인이 복수의 의료기관에 대하여 개설·휴업·폐업, 의료행위의 결정·시행, 인력·시설·장비의 충원·관리 또는 운영성과의 배분 등에 관한 권한을 보유·행사하는지 여부를 고려하여 판단한다.’라고 규정하고 있어, ‘운영’의 사전적 의미보다도 금지의 범위를 과도하게 넓게 설정하였던 것을 알 수 있다.

위 시행규칙(안)에 따르면 ‘운영’의 의미가 사전적 의미보다 넓어지게 된다. 결국, 위 시행규칙(안)은 공포되지 못하고 폐기되어 현재까지도 이 사건 조항을 구체화시키는 어떠한 하위법령도 존재하지 않는다. 결국, 위 개정 의료법에 대한 적용하는 사법판단자의 ‘자의적 해석’을 배제하기 어려운 상황이며, 판단하는 자의 사회적 상식이나 경험에 따라 각 결론이 달라질 가능성이 있어 법적 안정성이 심히 우려되고, 수규범자 입장에서는 법규에 대한 예측가능성이 현저히 낮은 상태이다. 개정 의료법 조항만으로는 ‘운영’의 문언적 의미를 넘어서 자본의 투자 및 수익의 분배 행위까지 ‘운영’에 포함되는지, 기존의 다양한 협력관계의 의료기관이 수행하는 ‘운영’ 노하우의 공유가 어디까지 이 사건 조항의 ‘운영’에 해당하는지 전혀 알 수 없다. 수범자가 법에서 금지되는 행위와 허용되는 행위가 구체적으로 어떤 범위에서 예측하기 어려움에도 불구하고 개정 의료법을 위반하는 경우 후술하는 바와 같이 의료법이 예정하는 형벌 중 가장 중한 형¹⁸⁾에 처하게 되므로 이러한 사정들을 종합하면 개정 의료법은 헌법 제12조 및 제13조에서 보장된 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 명백히 위반된다.

17) <http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp> (국립국어원 표준국어대사전)(방문 2015. 12. 27).

18) 의료법 제87조 제1항에 따라 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처하여질 수 있으며 이는 의료법이 정하는 가장 중한 형이다.

2. 문제되는 기본권 및 심사기준

가. 객관적 사유에 의한 직업선택 및 직업수행의 자유 제한

헌법 제15조는 ‘모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.’고 규정하여 직업의 자유를 보장하고 있고, 이러한 직업의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 개념이다.¹⁹⁾ 그런데 개정 의료법에 따르면 의료인이 직접 여러 의료기관을 개설하는 것이 금지될 뿐만 아니라 경영에 자문 업무를 제공하고 그 운영성과의 배분을 받는 것도 금지되게 된다. 이는 개인의 직업수행의 자유를 제한함과 동시에, 의료인이라는 객관적인 사유로 인하여 일정 범위의 겸직이 원칙적으로 봉쇄되는, 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한에 해당한다.

특히, 의료인 중 자신의 의료기관을 개설함과 동시에 타 의료법인의 이사로 재직하는 경우 이것이 여러 개의 의료기관을 운영하는 경우에 해당하는지에 대하여 법제처는 유권해석을 통하여(법제처 유권해석 13-0051) “의료법인의 이사인 의료인이 별도로 개인 명의의 의료기관을 개설·운영하거나 의료기관을 개설·운영하고 있는 의료인이 의료법인의 이사가 되는 것은 이사인 의료인이 해당 의료법인이 개설한 의료법인을 실질적으로 개설·운영하는 것으로 볼 수 없는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 개정 의료법에 위반된다고 하였다. 이에 따르면 의료기관을 개설한 의료인은 타 의료법인의 이사에도 취임할 수 없어 직업결정의 자유에 제한을 받게 되는 것이다.²⁰⁾

당사자의 능력이나 자격과도 상관없는 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한은 직업의 자유에 대한 제한 중에서도 가장 심각한 제약이 아닐 수 없다. 따라서 이러한 제한은 월등하게 중요한 공익을 위하여 명백하고 확실한 위

19) 현재 1997. 10. 30. 96헌마109.

20) 이에 대하여 과도한 제한이라는 비판이 있었고, 오제세 의원이 2015. 8. 18. 의료인이 다른 의료법인의 이사로서 참여하는 것은 허용하는 취지의 의료법 개정안을 내놓기도 했다(의안번호 16474, 2015. 8. 18.자 의료법 일부개정법률안).

험을 방지하기 위한 경우에만 정당화될 수 있다고 보아야 한다. 헌법재판소는 이러한 경우 헌법 제37조 제2항이 요구하는 과잉금지의 원칙, 즉 엄격한 비례의 원칙이 그 심사척도가 된다고 하였다.²¹⁾

나. 재산권에 대한 제약

의료기관을 개설하기 위해서는 고가의 장비와 건물의 확보가 필요하다. 따라서 의료기관의 개설자 혹은 지분투자자에게는 의료기관에 속한 고가의 부동산 및 동산, 의료기관이 환자 진료를 하여 온 데에 따른 영업권 등에 따라 일정한 수익을 올릴 수 있는 사적 유용성이 있을 뿐만 아니라, 그에 대한 처분권까지 있다. 이러한 의미에서 의료기관에 속한 재산 일체는 의료기관 개설자 혹은 지분투자자의 재산권으로 보장되어야 한다.²²⁾

대법원이 2003년 의료인이 자신이 개설한 의료기관 외에서 의료행위에 종사하지 않는 한 다른 의료기관의 운영 등에 참여하는 것은 문제가 없다는 취지로 해석한 이래, 많은 의료인들이 법원의 해석을 신뢰하여 지분투자 형태의 의료기관이 다수 개설된 것으로 추측된다. 그런데 이 사건 조항이 2012년 2월에 개정되고 같은 해 8월 시행됨에 따라 의료기관에 지분의 형식으로 투자한 의료인들은 불과 6개월의 기간 안에 서둘러 자신의 지분을 매각하여야만 했다.²³⁾ 즉, 개정 의료법으로 인하여 법 시행 이전부터 여러 의료기관을 운영하거나 다른 의료기관에 투자하였던 의료인들의 재산권이 침해된 것이다.

나아가 법률 시행 이후까지 소유관계를 정리하지 못한 경우, 의료기관의 다중 운영으로 인정되는 기간 동안 해당 의료기관이 국민건강보험공단으로부터 보험급여를 지급받은 것을 국민건강보험법 제57조 제1항에 반한 것으로 보아

21) 현재 2002. 4. 25. 2001헌마614.

22) 헌법상 보장된 재산권은 원래 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적인 권리이다(현재 2002. 7. 18. 99헌마574).

23) <http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2012020295861>

(‘1인 1병원 소유’ 8월 시행… 네트워크병원 ‘탈 네트워크’ 시작)(방문 2015. 11. 13).

그 보험급여 비용에 상당하는 금액 전부에 대한 환수처분이 행하여지기도 했다.²⁴⁾ 법원은 국민건강보험법 제57조 제1항의 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여 비용을 받은’ 경우에 대하여 “요양기관이 요양급여 비용을 받기 위하여 허위의 자료를 제출하거나 사실을 적극적으로 은폐할 것을 요하는 것은 아니고, 관련 법령에 의하여 요양급여 비용으로 지급받을 수 없는 비용임에도 불구하고, 이를 청구하여 지급받는 행위를 모두 포함한다.”고 판시²⁵⁾하여 그 범위를 상당히 넓게 보고 있다. 물론, 속임수나 부당한 방법으로 국민건강보험 재정을 축내는 행위는 엄히 다스려져야 하지만 국민건강보험공단은 위 환수처분에 있어 법 조문 상 ‘그 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부’라고 하고 있고, 이는 사안에 따라 환수 범위를 적절히 판단하라는 취지임에도 일률적으로 받은 금액의 ‘전부’를 환수하고 있다.²⁶⁾ 그러나 이와 같이 위헌성 짙은 법률에 위반하는 경우에도 일괄적으로 보험급여 전액을 환수처분하는 경우, 국민건강보험공단은 당해 의료기관이 청구하는 요양급여비용과 환수처분액을 상계하기 때문에 보험급여를 많이 지급받는 의료기관은 진료를 계속하여도 사실상 수입의 대부분이 사라져 의료기관 운영이 불가능해지고 결국 폐업에 이를 가능성이 높다. 이러한 경제적 효과는 간접적으로나마 개인의 재산권을 침해할 수 있다.

24) 보험급여를 많이 지급받는 진료과목의 경우 환수처분액수의 규모는 상당히 크다. 개정 의료법에 따라 처음으로 환수처분을 당한 사례인 T모 병원의 경우 약 1년 3개월의 기간 동안 받은 보험급여의 전부인 90억 원 가량의 환수처분을 받은바 있다.

25) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두3975 판결 등.

26) 요양기관의 책임유무나 정도를 묻지 않고 공단이 일률적으로 요양기관으로부터 요양급여비용을 환수하도록 정한 국민건강보험법이 자기책임의 원칙에 반한다는 이유로 헌법소원이 제기된 사례가 있으나, 이 사건에서 헌법재판소는 “요양기관과 아무런 관련 없이 피용자 개인의 잘못으로 보험급여비용을 받아 그 전액을 환수하는 것이 가혹한 경우라면 금액의 전부 또는 일부가 사위 기타 부당한 방법에 해당하지 않는다고 하여 징수를 면할 수 있는 여지를 남겨두고 있다고 판시하며 위 규정은 자기책임의 원칙에 반하지 않는다고 결정한바 있다(헌법재판소 2011. 6. 30. 2010헌바375). 즉, 헌법재판소도 국민건강보험법에 행정청의 재량을 부여하였음을 이유로 사안에 따라 일부징수가 가능할 수 있다는 의견을 표시하였으나 실제 사안의 경중에 따라 일부징수가 이루어지는 사례는 거의 없는 것으로 파악된다.

다. 차별취급의 존재 및 엄격한 심사척도의 적용

헌법 제11조 제1항은 모든 국민은 법 앞에 평등하다고 규정한다. 일반적인 평등원칙 내지 평등권의 침해에 대한 위헌심사기준은 합리적인 근거가 없는 자의적 차별여부이지만,²⁷⁾ 만일 입법자가 설정한 차별이 국민들 간에 단순한 이해관계의 차별을 넘어서서 기본권에 관련된 차별을 가져온다면 헌법재판소는 그러한 차별에 대해서는 자의금지 내지 합리성 심사를 넘어서 목적과 수단 간의 엄격한 비례성이 준수되었는지를 심사하여야 할 것이다. 헌법재판소는 차별적 취급으로 인하여 기본권에 중대한 제한을 초래할수록 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다는 취지로 판단하고 있으며, 기본권에 대한 제한이기는 하나 중대하지 않은 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되지 않는다는 취지는 아니라 하여²⁸⁾ 평등권 위반의 경우 엄격한 심사척도의 적용범위를 넓게 해석하는 것으로 판단된다.

개정 의료법에 따르면 의료기관 개설권한이 있는 자 중 ‘의료인’만이 다중으로 의료기관을 운영할 수 없게 되므로 분사무소의 설립 등의 방법으로 여러 개의 의료기관을 개설, 운영할 수 있는 의료법인²⁹⁾, 민법상 비영리법인³⁰⁾, 학교법인 등에 비하여 자연인인 의료인은 차별 취급을 받게 된다.³¹⁾

또한, 타 전문직역들과 비교하여 볼 때에도 유독 의료인만이 2개 이상의 의료기관을 운영할 경우 형사처벌까지 가능하다. 의료인과 가장 유사한 직업인

27) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마44.

28) 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30.

29) 의료법 제50조에서 ‘민법 중 재단법인에 관한 규정을 준용’하도록 규정하고 있어 분사무소 설치도 가능함.

30) 민법상 재단법인인 아산사회복지재단은 서울아산병원, 강릉아산병원, 정읍아산병원, 보령아산병원, 홍천아산병원, 보성아산병원, 금강아산병원, 영덕아산요양병원 등을 개설 및 운영하고 있으며, 학교법인 가톨릭학원은 서울성모병원, 의정부성모병원, 여의도성모병원, 부천성모병원, 성바오로병원, 성빈센트병원, 대전성모병원 등을 개설 및 운영하고 있다.

31) 변호사들이 구성원이 되는 법무법인, 회계사들이 구성원이 되는 회계법인제도와 달리, 의사들만이 구성원이 될 수 있는 법인 형태는 현행법 상 존재하지 않으며, 의료법인의 경우 과거 의료기관이 부족하던 지역에 의료기관의 설립을 장려하기 위하여 제도가 도입된 측면이 있어 현재에는 신규 설립허가를 받기가 사실상 어렵다.

지역	복수개설	복수운영 ³²⁾	복수개설시 처벌	법인설립 가능여부	법인설립 주체
의료인 (의료법)	금지 (33조 8항)	금지 (33조 8항)	5년 이하 징역 2,000만 원 이하 벌금 (87조 1항 2호) ※기타행정처분 - 자격정지(3개월 또는 면허취소) - 업무정지(1년 범위) 또는 과징금 - 국민건강보험법 상환수처분	의료법인	제한 없음
약사 (약사법)	금지 (21조 1항)	가능 (대법원 1998. 10. 27. 선고 98도2119 판결)	1년 이하 징역 300만 원 이하 벌금 (95조 1항 2호)	불가 (헌법불합치 결정이 있었으나 입법이 이루어지지 아니함) ³³⁾	
건축사 (건축사법)	금지 (23조 5항)	명시적 금지 없음	없음	불가	
변호사 (변호사법)	금지 (21조 3항)	금지 (변호사법 제21조 제3항에 따라 금지되는 것으로 해석됨)	없음	법무법인 (40조) 분사무소설치 가능(48조 1항)	변호사
공인회계사 (공인회계사법)	금지 (12조 2항)	명시적 금지 없음	300만 원 이하 벌금 (53조 6항 1호)	회계법인	공인회계사

약사 및 한약사의 경우에도 복수의 약국을 ‘개설’하는 것은 금지되어 있으나 (약사법 제21조 제1항), 타 약국에서 조제는 하지 않으며 운영에만 관여하는 것은 대법원 판결로 허용되고 있다.³⁴⁾ 변호사의 경우도 변호사법 제21조 제3

32) 지분투자를 포함함.

33) 현재 2002. 9. 19. 2000헌바84 결정.

34) 대법원 1998. 10. 27. 선고 98도2119 판결, 심지어 약국의 경우는 헌법재판소가 2002.

항에서 변호사는 어떠한 명목으로도 둘 이상의 법률사무소를 둘 수 없다고 규정하고는 있으나 이에 위반하는 경우 처벌규정이 없고, 둘 이상의 사무소의 운영마저도 금지한다는 조항은 없다. 또한 회계사의 경우에도 마찬가지로 2개 이상의 사무소를 둘 수 없다고는 규정하고 있고(공인회계사법 제12조 제2항), 이를 위반한 경우의 300만 원 이하의 벌금을 부과하고는 있으나(공인회계사법 제53조 제6항 제1호), 타 사무소의 운영에 관여하는 것까지 금지하는 조항은 두고 있지 않다.

그리고 미래 성장 동력 중 하나로 의료산업이 지목되어 각종 국가적 차원의 지원이 이루어지고 있는 상황에서 개정 의료법은 국내 및 해외에 의료기관을 동시에 운영하고 있는 의료인들과 국내에만 의료기관을 운영하는 의료인들을 차별하는 결과를 낳는다. 언론의 보도에 따르면 여러 의료기관이 해외에 진출하여 국내와 해외에서 의료기관을 운영하고 있다.³⁵⁾ 오라클 피부과 역시 중국, 대만 등 아시아 지역에서 21개 지점을 개설 및 운영하고 있다. 형사법의 속인주의 원칙에 따라 개정 의료법을 엄격히 해석한다면 위 의료기관의 개설 의료인 역시 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 운영할 수 없으므로 처벌받아야 할 것이다. 그러나 해외에 의료기관을 다중 운영하는 경우 처벌은 커녕 국가적으로 이를 더욱 장려하고 있다. 그렇다면 영세한 규모의 의료기관은 해외진출이 사실상 어려움과 동시에 국내에서도 다중운영이 금지되고, 경제적으로 뒷받침이 되는 규모 이상의 의료기관 만이 해외에 의료기관을 운영할 것이어서 의료인 간의 차별취급의 효과가 크게 나타날 것이다.

결국 위와 같은 차별취급의 형태 및 기본권 침해의 정도를 고려하면 이 사건 개정 의료법이 평등권을 침해하였는지 여부를 판단함에 있어서는 엄격한 심사척도를 사용하여야 한다.

9. 19. 2000헌바84결정으로 영리법인 형태의 약국운영도 허용된다는 취지의 헌법불합치 결정을 하였으나, 현재까지 이를 시행할 입법은 이루어지지 않고 있다.

35) 오라클 피부과는 중국, 대만 등 아시아 지역 21개 지점을 운영 중.

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201407171658182&code=900303
(해외진출 성공비결은 강력한 네트워크, 「경향신문」, 2014. 7. 17.) (방문 2015. 11. 13).

3. 과잉금지원칙 위반 여부

가. 개정 의료법의 입법목적

개정 의료법이 위에서 언급한 기본권을 침해하는지 검토하기 위하여 우선 개정 의료법의 입법 목적을 명확히 하여야 한다.

(1) 개정 의료법의 입법목적으로서의 ‘의료의 공공성’

2011년 12월 29일 제안된 의료법 일부개정법률안(의안번호 14348)에 따르면 개정 의료법의 제안이유는 ‘의료의 공공성을 제고하기 위하여 의료인 1인 1의료기관 개설 원칙을 보다 강화’하는 것이다. ‘공공성’의 사전적 의미는 ‘한 개인이나 단체가 아닌 일반 사회 구성원 전체에 두루 관련되는 성질’이다.³⁶⁾ 그러나 ‘공공성’이란 용어는 한 가지 의미로 정의내리기에 매우 모호한 개념이다. 공공성이라는 개념이 최근 들어 매우 빈번하게 사용되고는 있으나, 우리나라에서는 IMF 사태 이후 밀려 든 세계화, 민영화 등의 물결과 관련하여 공공성 개념이 급속도로 주목을 받은 것으로 볼 수 있으며, 아직까지 공공성 개념을 사용하고 있는 학자들 및 일반 시민들 사이에 그 의미에 대한 최소한의 명시적 또는 묵시적 합의가 존재한다고 보기는 어렵다.³⁷⁾

주로 사회과학의 분야에서 공공성이 연구되며 그 의미에 대해서도 “특정한 사익에 치우치지 않고 공동체 전체를 위한 공익을 우선시해야 한다는 도덕적 판단”이라고 풀이하는 등³⁸⁾ 다양한 의견이 제시되고 있다. 일각에서는 독일어인 Öffentlichkeit 라는 단어에서 ‘공공성’의 어원 및 의미를 찾고 있는데, 위 단어는 오늘날 사전에 따르면 ‘사람들(die Leute)’, ‘국민(das Volk)’, ‘공중(das

36) <http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp> (국립국어원 표준국어대사전) (방문 2015. 12. 27)

37) 조한상, “헌법에 있어서 공공성의 의미”, 『공법학연구』, 제7권 제3호, 한국비교공법학회, 2006. 8, 251면, 252면.

38) 김대영, “시민사회의 정치적 중립성에 관한 비판적 고찰”, 『동향과 전망』, 제58호, 한국사회과학연구회, 2003. 11, 50면.

Publikum)’을 의미하는 것으로 되어 있으나, 글의 맥락에 따라 ‘공개성’, ‘여론’, ‘공공영역’ 등의 의미로 이해되기도 하는 등 여러 의미를 내포하고 있다. 또한 위 단어의 어원은 중세 독일어 offanlih, offenlich에서 찾을 수 있으며 이 말은 비밀 내지 내밀함(Verborgen)과 대립되는, 일반적인 인식가능성 또는 접근가능성을 의미하는 것이었고, ‘열려져 있는 것(Offensein)’의 상태를 나타낸다고 한다.³⁹⁾ 이와 같이 공공성의 의미는 열려져 있는 것에서 출발하여 정의 또는 진리, 공공복리 등의 개념을 함께 포괄하게 되었으며, 단지 특정인만의 올바름이 아닌 누구에게나 올바른 것이라는 개념으로 발전한 것으로 해석된다.⁴⁰⁾ 또한, 고대 로마에서의 공공성은 평등한 인민을 기초로 개념정의 되었으나 중세시대에는 소수의 봉건 귀족이 공적인 것을 규정하는 권한을 독점함에 따라 그 의미가 변화되었고 다시 부르주아 사회의 등장, 근대 시민국가, 사회주의와 복지국가를 거치며 공공성의 개념은 당시의 정치·시민의식의 변화에 따라 다르게 정의되어왔다.⁴¹⁾

이처럼 공공성이라는 것은 한 마디로 정의되기 어려운 열린 개념이며, 그 어떤 편의 이익만을 추구하지 않는 가치중립적이고 시대에 따라 변화하는 개념이다. 우리나라에서 공공성이라는 용어가 빈번하게 사용되는 곳 중 하나가 보건의료분야라고 생각되며, 주로 공공의료의 확대 및 전 국민에 대한 의료의 균등한 보장과 관련하여 ‘의료의 공공성’ 논의를 활발히 펼치고 있다.⁴²⁾⁴³⁾ 이러한 논의들에 따를 때, 의료의 공공성이란 의료가 인권으로서의 건강권을 최고 가치로 추구하는 방향성을 뜻하며, 국가가 의료정책을 실시할 때 따라야 할 기준이라고 할 수 있다. 그리고 국가가 의료의 공공성을 달성하기 위하여 사인(私人) 역시 협력하여야 하며, 국민건강보험법이나 공공보건의료에 관한 법률

39) 조한상, 앞의 논문, 253면 내지 254면.

40) 조한상, 앞의 논문, 256면.

41) 하승우, 『공공성』, 책세상, 2014, 24면 내지 48면.

42) 이규식, “의료의 공공성제고와 공공의료기관 확충 논의의 검토”, 『보건행정학회지』, 제11권 제1호, 한국보건행정학회, 2001. 3, 108면, 109면.

43) 문정주, “서울시 의료의 공공성 강화”, 『월간복지동향』, 제157호, 참여연대 사회복지위원회, 2011. 11, 47면, 48면.

은 민간의료기관, 의료인에게도 국가의 보건체계에 협력하도록 직·간접적으로 규정하고 있다.

즉, 의료의 공공성이라는 단어는 그 의미가 매우 추상적이기 때문에 이것만으로 입법목적을 설명하기는 불가능하다. 또한, 이 사건 조항은 ‘의료의 공공성’의 국내적 의미인 공공의료의 확대나 전 국민에 대한 의료의 균등한 보장보다는 다음 항에서 후술할 바와 같이 의료의 수행에 있어 불법적인 행태를 근절한다는 점에 더 초점을 맞춰 제안된 것으로 판단된다. 따라서 다음 항에서는 개정 의료법 제정 당시 심사보고서 내용에 기초하여 개정 의료법의 입법 목적을 보다 명확히 밝혀 보도록 하겠다.

(2) 개정 의료법의 입법목적인 ‘의료의 공공성’의 구체화

국회 보건복지위원회의 2011년 12월 의료법 일부개정법률안 심사보고서 제2.항 제안설명의 요지 부분에는 다음과 같은 내용이 담겨 있다.

- 「변호사법」 제21조 제3항에서 변호사는 어떠한 명목으로도 둘 이상의 법률사무소를 둘 수 없도록 함으로써 둘 이상의 사무소를 개설·운영하는 것에 대해 규제하고 있음.
- 「의료법」의 의사가 개설할 수 있는 의료기관의 수를 1개소로 제한하도록 하는 취지는 의사가 의료행위를 직접 수행할 수 있는 장소적 범위 내에서만 의료기관의 개설을 허용함으로써 의사 아닌 자에 의하여 의료기관이 관리되는 것을 그 개설단계에서 미리 방지하기 위한 것임(대법원 2003도 256판결).
- 그러나 최근 일부 의료인이 단순 경영의 목적이라는 명분으로 다른 의사의 면허로 의료기관을 여러 장소에 개설함으로써 이익을 극대화하기 위하여 해당 의료기관이 영업조직을 운영해 환자 유인행위를 하거나 과잉진료 및 위임치료를 하도록 하는 등 불법 의료행위를 조장하고 있는 실정임.
- 따라서 의료인으로 하여금 의료인이 아닌 자나 다른 의료인의 의료기관 개설과 경영을 위하여 면허를 대여하지 못하도록 함으로써 불법 의료행

위를 방지하고 국민건강을 보호하려는 것임.

위 내용을 종합하면 개정 의료법의 입법목적은 ‘의료의 공공성’이며, 제안자는 이익을 극대화하기 위한 환자 유인행위, 과잉진료 및 위임치료가 의료의 공공성을 해한다고 판단하고 있다. 따라서 제안자가 최종적으로 염두에 둔 입법 취지는 개정 의료법을 통하여 ① 면허를 대여하여 의료기관을 개설하는 행위를 막아, ② 환자유인행위, ③ 과잉진료, ④ 위임치료를 근절, 국민건강을 증진하기 위한 것으로 선해하여 볼 수 있다. (다만, 위임치료라는 용어의 의미가 다소 불분명하나 치과에서 의료인이 아닌 치위생사 등에게 의료행위를 하도록 하는 것을 위임치료라 칭하는 것으로 미루어 볼 때⁴⁴⁾ ‘무면허의료행위’를 의미하는 것으로 해석되어 이후에서는 이를 전제로 ‘무면허의료행위’라 하여 기술한다.)

나. 목적의 정당성 및 수단의 적합성

위 나.항에서 살펴본 바와 같은 개정 의료법의 목적이 정당함에는 이견이 없다. 다만, 위 목적을 달성하기 위한 수단으로서 의료인의 다중 의료기관 ‘운영’을 금지하는 것이 적합한지는 다음과 같은 의문이 있다.

(1) 면허대여행위 방지에 대하여

개정 의료법에 따라 의료인의 다중 의료기관 ‘운영’이 금지되기 이전에도 의료법은 면허대여행위가 금지된다는 일반조항은 두고 있지 않았으나, 별칙조항을 통하여 면허증을 대여한 자를 처벌하고 있었다(의료법 제87조 제1항 제1호). 또한, 대법원 역시 “의료법의 입법 취지와 의료인의 자격과 면허에 관한 규정 내용을 종합하여 보면, 의료법 제66조 제1호에서 금하고 있는 ‘면허증의 대여’는 ‘다른 사람이 그 면허증을 이용하여 그 면허증의 명의자인 의사인 것처

44) <http://www.ddsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=310> (치과계 불편한 진실 불법 위임진료, 「치과 의사신문」, 2014. 11. 13.) (방문 2015. 11. 15).

럼 행세하면서 의료행위를 하려는 것을 알면서도 면허증을 빌려 주는 것'을 의미한다고 해석함이 상당하고, 따라서 면허증 대여의 상대방이 무자격자인 경우뿐만 아니라 자격 있는 의료인인 경우도 포함하며, 다만 면허증 대여 후 대여자인 의료인 자신이 면허증을 대여 받은 자가 개설·운영하는 의료기관에서 의료행위를 할 의사로 그리하였고 또 실제로 위 의료기관에서 위 의료인이 의료행위를 계속하여 왔으며, 무자격자가 의료행위를 한 바 없는 경우에는 면허증을 대여한 것으로는 볼 수 없을 것이다.”⁴⁵⁾라고 하여 면허증의 대여행위를 금지함과 동시에 그 범위를 명백히 판시하고 있었다. 또한 의료법은 면허를 빌려준 경우 그 면허를 취소할 수 있다고 규정하고 있고(의료법 제65조 제1항 제5호), 의료관계 행정처분 규칙에 따르면 의료인이 면허를 대여한 경우 그 면허를 취소하도록 기준을 정하고 있다.⁴⁶⁾

따라서 개정 의료법이 아니더라도 이미 면허대여행위는 금지되어 있었으며 그에 대한 형사처벌 및 행정처분도 행하여지고 있었다. 또한, 위 대법원 판례들의 견해에 비추어 보면 면허의 대여란 ‘다른 사람이 그 면허증을 이용하여 그 면허증의 명의자인 의사인 것처럼 행세’하도록 하는 것을 의미하므로 그렇다면 개정 의료법에서 의료인이 2개 이상의 의료기관을 ‘운영’하더라도 운영에만 관여할 뿐, 면허증의 명의자인 의사처럼 행세하지 아니하는 한, 면허대여행위에 해당하지도 않는다. 결국 개정 의료법은 면허대여행위의 근절과는 별다른 관련이 없다.

(2) 환자유인행위 근절에 대하여

(가) 환자유인금지규정의 연혁

의료법 제27조 제3항은 “누구든지 「국민건강보험법」이나 「의료급여법」에 따른 본인부담금을 면제하거나 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정

45) 대법원 1994. 12. 23. 선고 94도1937 판결; 2003. 6. 24. 선고 2002도6829 판결; 2005. 1. 13. 선고 2004도7282 판결.

46) 의료관계 행정처분 규칙 제4조 별표 2. 개별기준 가. 30) 면허증을 빌려준 경우.

다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다.

이 환자유인금지규정은 국민보건법에서 의료법으로 제호가 변경된 1981. 12. 31.자 개정 시 신설되었다. 당시 의료법은 제25조 제3항으로 “누구든지 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개, 알선 기타 유인하는 행위를 할 수 없다.”고 규정하였을 뿐, 환자유인행위의 예를 들지는 않았다.⁴⁷⁾ 2002년 3월 30일 의료법이 개정되며 제25조 제3항으로 환자유인행위의 예시를 추가하여 “누구든지 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개, 알선, 유인하기 위하여 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하거나 사주하는 행위를 하여서는 아니 된다.”고 규정한 후 각 호로 “본인부담금을 면제 또는 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정다수인에게 교통편의를 제공하는 행위, 그 밖에 영리를 목적으로 환자를 알선, 소개, 유인 또는 이를 사주하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위”를 규정하였다.⁴⁸⁾ 현행 의료법은 위 2002년 의료법이 각 호에서 환자유인행위를 예시로 든 부분을 법령 본문에 포함시키게 되었고 현재의 형태를 갖추게 되었다.

(나) 환자유인행위의 범위 및 환자유인금지규정의 해석

환자유인행위 금지규정은 위와 같은 연혁을 가지고 있으며, 의료광고가 원칙적으로 금지되던 시기인 1981년 당시 입법취지는 병고에 지쳐 있는 환자의 어려운 처지를 악용하여 영리를 추구할 목적으로 환자 유치를 둘러싸고 금품 수수 등의 비리가 발생하는 것을 막고 또한 의료인 사이의 불필요한 과당경쟁에 의한 각종의 폐해를 방지하고자 하는데 있었다.⁴⁹⁾ 그러나 헌법재판소의 위

47) 장연화, “의료법상 환자유인금지규정에 관한 연구”, 『비교형사법연구』, 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009, 167면.

48) 장연화, 앞의 논문, 167면, 168면.

49) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도1763 판결.

헌 결정⁵⁰⁾에 의하여 의료광고가 허용된 후에는 환자유인행위는 금지되는 동시에 의료광고는 허용되는 결과를 낳았고 본질적으로 비슷한 두 행위에 대한 판단의 조화가 문제되었다.

대법원은 “의료광고는 그 성질상 기본적으로 환자를 유인하는 성격을 지니는데 이를 의료법이 금지하는 환자유인행위에 해당한다고 하면 이는 의료인의 직업수행의 자유 및 표현의 자유는 물론이고 의료소비자의 ‘알권리’를 지나치게 제약하고 나아가 새로운 의료인이 의료시장에 진입하는 것을 제한함으로써 의료인 사이의 경쟁을 통한 건전한 발전을 저해할 우려가 적지 아니하므로 의료광고에 대한 관계에서는 위 법규정에서 금지하는 환자유인행위를 제한적으로 해석할 필요가 있다”고 판시하며,⁵¹⁾ 입법취지를 고려하여 환자유인금지행위를 다소 좁게 해석하는 입장을 보였다.

(다) 의료법상 금지되는 환자유인행위 분류

대법원의 견해와 같이 허용되는 의료광고와 환자유인행위 사이의 경계를 설정하기 용이하지는 않으나, 일반적으로 최근 문제된 다음과 같은 행위들은 명백히 의료법이 금지하는 환자유인행위로 분류되고 있다.

- 백내장 포괄수가제에 따른 노인환자 유인행위⁵²⁾: 노인복지관이나 양로원 등 노인이 모여 있는 기관을 통하여 무료진료를 내걸어 환자를 유인, 백내장 수술의 본인부담금을 감면하여 주는 행위, 종교단체와 연계하는 행위
- 신용카드회원 의료비 할인서비스⁵³⁾: 특정 의료기관과 카드사가 계약을 맺고 진료비 등을 할인하여 줄 경우 의료법에 위반된다는 보건복지부의

50) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3.

51) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도1763 판결.

52) <http://www.docdocdoc.co.kr/news/newsview.php?newsd=2014061800040> (불법 환자유인 언제까지 두고 볼 건가?, 『청년 의사』, 2014. 6. 20.) (방문 2015. 11. 15).

53) <http://www.ajunews.com/view/20141223072010230> (신용카드 의료비 지원 부가서비스 없어진다. 『아주경제』, 2014. 12. 23.) (방문 2015. 11. 15).

유권해석

- 건강검진 환자 소개자에게 결제금액의 일부 마일리지 적립⁵⁴⁾: 서울대학교병원 위탁운영 시립보라매병원이 건강검진 환자를 소개한 교직원에게 결제금액의 4%를 마일리지로 적립하여 주는 제도가 환자유인행위에 해당할 수 있다는 보건복지부의 지적
- 소비자단체를 가장하여 병원들로부터 소개비를 받은 행위⁵⁵⁾: 비영리 소비자단체를 표방하며 자신들이 안전을 담보하는 병원 리스트를 만들어 그 병원들로부터 환자 유치 실적에 따라 소개비를 지급받아 경찰 수사 중
- 대형의료기관이 불특정 다수에게 우편물을 발송하여 검진 권유하여 개원의들과 마찰⁵⁶⁾: 보건복지부가 환자유인행위로 볼 수 있다고 답변함

(라) 개정 의료법과 환자유인근절과의 관계

위와 같이 환자유인금지규정은 오랜 연혁을 가지고 있으며 시대의 변화에 따라 다양한 모습의 환자유인행위가 등장하고 있다. 의료시장질서를 왜곡시킨다는 점에서 환자유인행위는 반드시 철폐되어야 하지만, 환자유인행위는 모든 규모와 형태의 의료기관에서 다양한 방법으로 이루어지고 있으며, 특정 유형의 의료기관 운영형태를 막는다고 하여 환자유인행위가 대폭 감소되는 효과를 기대할 수 없다. 게다가 의료인이 의료기관을 다중 운영하는 경우 특히 환자유인행위가 증가한다는 근거도 존재하지 않는다. 환자유인행위는 대형병원, 소형병원, 개인의원을 막론한 의료계 전체의 문제로서 개정 의료법은 환자유인행위를 근절할 적합한 수단이 될 수 없다.

54) <http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2014111215358219428> (서울대병원 위탁 보라매병원 환자 유인행위 논란, 「머니투데이」, 2014. 11. 12.) (방문 2015. 11. 15).

55) <http://www.mdtoday.co.kr/mdtoday/?no=243909> (아이프리 말로는 비영리단체? 병원에서 환자 소개비 받아, 「메디컬투데이」, 2014. 8. 29.) (방문 2015. 11. 15).

56) <http://health.kukinews.com/article/view.asp?arcid=0007399126&code=46111302> (개원의들, 대형병원 횡포 더 이상 못 참아! 「쿠키건강」, 2013. 7. 24.) (방문 2015. 11. 15).

(3) 무면허의료행위 근절에 대하여

의료법은 제27조 제1항에서 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.”고 규정하고 있다. 또한 이에 위반한 경우 행위자 및 행위를 지시한 자(주로 의료인)는 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(의료법 제87조 제1항 제2호, 제27조 제1항). 동시에 보건복지부장관은 의료인이나 의료기관 종사자가 무자격자에게 의료행위를 하게 하거나 의료인에게 면허 사항 외의 의료행위를 하게 한 때 그 의료업을 1년 이내의 범위에서 정지시키거나 개설 허가를 취소하거나 의료기관 폐쇄를 명할 수 있다(의료법 제64조 제1항 제2호).

즉, 이 개정 의료법이 아니라도 무면허의료행위는 중한 처벌 및 행정처분에 처해졌고, 위 환자유인금지근절에 대하여 살펴본바와 마찬가지로 특정 유형의 의료기관에서 무면허의료행위가 더욱 행하여진다는 근거는 없다. 무면허의료행위 역시 의료계 전반에 고르게 분포된 문제점일 뿐이다. 과연 개정 의료법을 통하여 무면허의료행위 근절이라는 입법목적이 어느 정도 달성될 수 있는지 의문이다.

(4) 과잉진료행위 근절에 대하여

(가) 문제되는 과잉진료의 유형 분류

일부 의료기관에서 이루어지는 과잉진료행위는 국민의 의료비 지출을 증대시키고 국민건강보험의 재정을 악화시킨다. 자주 행하여지는 과잉진료의 유형을 다음과 같이 몇 가지로 분류해볼 수 있다.

- ① 수술 및 치료를 (양적으로) 과도하게 수행함: 비수술치료로도 회복될 수 있음에도 수술을 권유하는 경우, 불필요한 선택진료를 사실상 강요하는 경우⁵⁷⁾

57) <http://www.pressian.com/news/article.html?no=40465> (의료인의 고백 CT, MRI 엄청 찍는 이유? 워선 지시, 「프레시안」, 2013. 2. 21.) (방문 2015. 11. 15).

- ② 비슷한 효과를 내는 치료방법임에도 건강보험의 적용을 받지 않는 치료 방법을 권유하는 경우: 건강보험을 적용받을 경우 의료기관이 지급받을 수 있는 비용이 한정되어 있기 때문에 의료기관이 임의로 가격을 책정할 수 있는 비급여 치료방법을 권함
- ③ 진단 및 검사의 과잉: 전원 시 영상검사를 다시 시행하는 경우, 과도한 검진행위⁵⁸⁾
- ④ 요양급여기준을 벗어나 치료하는 경우⁵⁹⁾: 국민건강보험법 및 요양급여 기준에서 정한 바에 벗어나 진료를 수행하고 그 급여비용을 받은 경우

(나) 개정 의료법과 과잉진료 근절과의 관계

위와 같이 과잉진료도 여러 유형이 있으며, 명백하게 치료가 불필요함에도 치료를 하는 경우가 아니라면 각 환자의 상태 및 당시의 의료기술, 의료진의 의학적 판단에 따라 과잉진료인지 적정진료인지 경계가 모호할 수 있다. 즉, 과잉진료인지 여부는 여러 가지 사항을 고려하여 판단하여야 하는 것일 뿐 아니라 특정 형태 의료기관에서만 문제되는 것은 아니다. 각 규모 및 형태의 의료기관마다 각기 다른 유형의 과잉진료가 문제될 수 있다. 이러한 여러 문제가 얽힌 상황에서 개정 의료법은 의료기관 전체에 걸친 과잉진료의 문제를 해결할 수 있는 적합한 수단이 되기 어렵다.

(5) 소결

개정 의료법은 ‘의료의 공공성’이라는 입법목적이 불분명할 뿐 아니라, 제반 사정을 기초로 구체화한 입법목적을 전제로 살펴보더라도 그 목적을 달성하기에 적합한 수단이 될 수 없다. 오히려 기존 법률로도 충분히 입법목적은 달성할

58) <http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2013&no=818952> (과잉진료에 빠진 대한민국 건강검진을 검진한다. 「MK뉴스」, 2013. 9. 7.) (방문 2015. 11. 15).

59) <http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=201410160945g> (과잉진료 2억 3000만 건 환자들이 쉽게 찾는 병원원 조정건수 집중, 「한국경제」, 2014. 10. 16.) (방문 2015. 11. 15).

처벌규정 및 행정처분기준이 있음에도 별다른 효과 없는 과잉 입법이 이루어진 것으로 판단된다.

다. 피해의 최소성 및 법익의 균형성

개정 의료법은 위에서 살펴본바와 같이 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이 아닌 것으로 판단된다. 그러나 만약 개정 의료법이 목적 달성을 위한 유효한 수단이라 하더라도 다음과 같이 피해의 최소성 원칙에 비추어 볼 때 기본권을 침해하는 입법이다.

(1) 기본권 행사의 여부에 관한 규제

기본권을 제한하는 규정은 기본권 행사의 ‘방법’에 관한 규정과 기본권 행사의 ‘여부’에 관한 규정으로 구분할 수 있다. 침해의 최소성의 관점에서 입법자는 그가 의도하는 공익을 달성하기 위하여 우선 기본권을 보다 적게 제한하는 단계인 기본권행사의 ‘방법’에 관한 규제으로써 공익을 실현할 수 있는지 시도하고 이러한 방법으로 공익달성이 어렵다고 판단되는 경우에 비로소 그 다음 단계인 기본권행사의 ‘여부’에 관한 규제를 선택해야 한다.⁶⁰⁾

그럼에도 불구하고 개정 의료법은 의료기관의 현실을 반영하여 정밀한 방법으로 기본권행사의 ‘방법’을 먼저 제한하려는 시도를 하지 아니한 채, ‘어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 운영’할 수 없다고 규정, 의료인 개인은 어떠한 형태로도 복수의 의료기관을 운영할 수도 없는바, 의료기관 협력을 통하여 긍정적 효과를 기대하는 의료인들의 직업수행 ‘여부’의 자유를 원천적으로 제한하고 있다. 그러나 의료의 공공성 및 면허대여행위 방지, 환자유인행위·무면허의료행위·과잉진료행위 근절이라는 목적을 위해서 반드시 위와 같이 기본권 행사의 ‘방법’을 규제함으로써 충분히 입법목적을 달성할 수 있다고 보이며, 결국 개정 의료법은 입법목적을 달성하기에 필요한 수단의 범위를 훨씬

60) 현재 1998. 5. 26. 96헌가5.

넘어 국민의 기본권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이라고 볼 수 있다.⁶¹⁾

(2) 덜 침해적인 수단의 존재

어떤 법률의 입법목적이 정당하고 그 목적을 달성하기 위해 선택한 수단이 어느 정도 적합하다고 하더라도 입법자가 임의적 규정이나 기본권 제한이 덜한 다른 수단으로 법의 목적을 실현할 수 있음에도 불구하고 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정으로 법의 목적을 실현하려 한다면 이는 비례의 원칙의 한 요소인 ‘침해의 최소성의 원칙’에 위배된다.⁶²⁾

이 개정 의료법과 같이 굳이 기본권의 행사 여부를 전면적으로 금지하지 않더라도 위에서 언급한바와 같이 의료법상 면허대여행위, 환자유인행위, 무면허의료행위는 형사처벌 및 행정처분의 대상이다. 또한 과잉진료를 방지하기 위하여 건강보험심사평가원은 의료기관이 청구하는 모든 요양급여에 대하여 진료비 심사를 실행한다. 모든 청구에 대하여 전산심사를 하여 기본적 사항을 걸러낸 후, 전문의학적인 판단이 필요한 부분은 청구 명세서를 발췌하여 심사위원 또는 심사위원회가 심의를 하며,⁶³⁾ 특히 진료비가 급격히 증가하거나 사회적 이슈가 되는 사항(즉, 과잉진료가 의심되는 사항)에 대하여 모니터링하여 필요한 항목을 선정, 예고 후 집중 심사하는 선별집중심사제도도 두고 있다. 이러한 과정을 거쳐 허위·부당청구임이 발각되는 경우, 의료기관은 요양기관 업무정지처분은 물론, 심사대상기간의 부당이득금을 모두 환수 당하게 된다(국민건강보험법 제57조 제1항). 한편, 건강보험 비급여 부분에서 발생할 수 있는 부당진료, 과잉진료행위를 방지하기 위하여 의료법은 제45조에서 의료기관 개설자는 비급여 진료비용을 환자 또는 환자의 보호자가 쉽게 알 수 있도록 고지하도록 규정하고 있고, 건강보험심사평가원 역시 일정 규모의 의료기

61) 현재 1998. 5. 26. 96헌가5.

62) 현재 2005. 11. 24. 2004헌가28; 현재 2015. 5. 28. 2013헌가6.

63) 건강보험심사평가원, 『건강보험심사평가원의 기능과 역할』, 2013, 53면 내지 56면.

관 비급여 진료비 내역을 건강보험심사평가원 홈페이지에 공개하고 있다.

위와 같이 입법목적을 달성하기 위한 덜 침해적인 수단을 얼마든지 사용할 수 있음에도 일률적으로 기본권의 행사 여부를 금지하는 것은 피해의 최소성의 원칙에 위반된다.

(3) 소결

결국, 개정 의료법은 달성하고자 하는 목적에 비하여 침해되는 사익이 지나치게 크며, 굳이 이러한 방법이 아니더라도 덜 침해적인 방법으로 목적을 달성할 수 있는 방안이 여러 가지 존재하는바, 개정 의료법으로 의료인의 의료기관 다중운영을 전면 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위배된다.

IV. 결론

개정 의료법은 그 입법 목적을 명확히 알기 어렵다. 주변 사정에 비추어 입법 목적을 구체화 하더라도 과연 개정 의료법이 그러한 입법 목적을 달성하기에 적합한 수단인지 의문이다. 국회의 입법은 국민의 생활에 큰 영향을 미칠 수 있으므로 그 입법이 특정 범위의 주체들을 규율하려는 처분적 성격을 가진 것이라는 오해를 일으키지 않기 위해서라도 그것이 미칠 영향과 효과를 충분히 분석하여야 할 것이다.

[참 고 문 헌]

- 김대영, “시민사회의 정치적 중립성에 관한 비판적 고찰”, 『동향과 전망』, 제58호, 한국사회과학연구회, 2003. 11.
- 문정주, “서울시 의료의 공공성 강화”, 『월간복지동향』, 제157호, 참여연대 사회복지위원회, 2011. 11.
- 박재산, “의료기관 네트워크(Network)를 통한 경영효율성 제고방안”, 『대한병원협회지』, 3·4월호, 대한병원협회, 2007.
- 오영호·안덕선·안지영·박영택·임성근, “외국의 보건의료분야 전문자격사 제도 연구와 정책방안”, 한국보건사회연구원, 2009.
- 윤영규·서원식, “네트워크 시스템 병원의 경영성과: 비교연구”, 『보건행정학회지』, 제22권 제1호, 2012.
- 이규식, “의료의 공공성제고와 공공의료기관 확충 논의의 검토”, 『보건행정학회지』, 제11권 제1호, 한국보건행정학회, 2001. 3.
- 장연화, “의료기관의 이중개설금지에 관한 고찰”, 『법학연구』, 통권 12호 1권, 인하대학교 법학연구소, 2009.
- _____, “의료법상 환자유인금지규정에 관한 연구”, 『비교형사법연구』, 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009.
- 조한상, “헌법에 있어서 공공성의 의미”, 『공법학연구』, 제7권 제3호, 한국비교공법학회, 2006. 8.
- 하승우, 『공공성』, 책세상, 2014.
- 건강보험심사평가원, 『건강보험심사평가원의 기능과 역할』, 2013.
- 한국보건산업진흥원, “의료제도선진화 및 병원산업육성방안 연구”, 2005. 2.

[국문초록]

의료인의 의료기관 다중운영 금지 조항의 위헌성 - 의료법 제87조 제1항 제2호, 제33조 제8항을 중심으로 -

김선옥(법무법인 세승 변호사)

정혜승(법무법인 세승 변호사)

2012. 2. 1. 의료법이 개정되며 의료인은 2개 이상의 의료기관을 개설할 수 없을 뿐 아니라 운영에도 관여할 수 없게 되었다. 그러나 이러한 개정 법률의 입법목적이 무엇인지 불분명할 뿐 아니라 여러 제반사정을 기초로 입법목적을 확정하더라도 개정 법률이 그러한 목적을 달성하기에 적합한 수단이 되기 어렵다. 이 글에서는 의료법 개정 경과와 의료기관 1인 1개설주의의 연혁, 개정 의료법의 입법목적을 확정·검토하는 한편, 개정 의료법이 제한하는 기본권과 명확성의 원칙, 과잉금지원칙을 토대로 동 법률의 위헌성을 살펴보기로 한다.

주제어 : 의료기관 개설, 의료기관 운영, 의료법, 이중개설, 직업의 자유, 평등권, 면허 대여, 의료의 공공성, 입법목적, 위헌

**The Unconstitutionality of Banning Operation of Multiple
Medical Institutions by Health Care Providers**
- Focusing on Article 87 Section 1 Clause 2 and Article 33 Section 8-

Kim Sun Wook

Kim & Hyun

Jeong Hye Seung

Kim & Hyun

=ABSTRACT=

Under the revision of medical law on February 1, 2012, health care providers are banned from opening 2 or more medical institutions and being involved in managing the institutions. However, purpose of the legislation of the revised law is unclear and even confirmation of such purpose of the legislation based on the calculation of multiple legislative backgrounds cannot be appropriate means of achieving such purposes. This article confirms and reviews the development of revision of medical law and history of the principle of ‘one person-one medical institution’, and legislative purpose of the revised medical law as well as examines unconstitutionality of such revision based on limited fundamental rights by the revision, principle of clarity, and principle of the prohibition of excessive restriction.

Keyword: opening of medical institutions, operation of medical institutions, medical law, dual opening, freedom of occupation, equal rights, license rent, medical publicness, legislative purpose, unconstitutionality