



2002 2



2001

2

1	.....	1
1	.....	1
2	.....	4
3	.....	6
2		.....9
1	.....	9
2	.....	9
1.	(1963~1976) .....	10
2.	(1977~1981) .....	11
3.	(1981~1989) .....	11
4.	(1989~ ) .....	12
3	.....	13
1.	.....	13
2.	.....	14
3.	.....	15
4.	.....	16
가.	(1963.12.16. ) .....	16
.	1 (1970.8.7. ) .....	17
.	2 (1976.12.22) .....	18
.	3 (1979.4.17.) .....	18
.	4 (1981.4.4.) .....	19
.	5 (1984.12.31.) .....	20
.	6 (1994.1.7.) .....	21
.	7 (1999.2.8.) .....	21



	가	.....	40
		.....	40
4.		.....	40
가.		.....	40
		.....	41
		.....	42
		.....	43
5.		.....	44
가.		.....	44
		.....	45
		.....	47
		.....	48
		.....	48
6.		.....	49
가.		.....	49
		.....	49
		.....	50
		.....	50
4		.....	51
1		.....	51
1.		.....	52
2.	,	.....	52
3.	가	.....	53
4.		.....	54
5.		.....	54
6.		.....	55

2		57
1.		57
2.		59
가.		59
.		61
3.	40	65
가.		65
.		68
.		71
.		77
.		80
.		84
.		88
5		92
1.		92
2.		93
가.		93
.		94
.		95
3.	가	95
4.		96
가.		96
.		98
6		99

.....	102
ABSTRACT .....	106



우리나라의 요양기관 당연지정 제도는 권위주의 정권시대의 공적의료보장의 확대를 목적으로 한 입법정책의 소산으로서 국민들의 의료서비스에 대한 접근성을 향상시켰음은 인정된다. 그러나 공적 의료체계만을 허용하고 있는 요양기관 당연지정 제도는 의료문화의 하향평준화, 고액의 의료비용의 해외유출, 의료의 다양성 저해 등 의료의 발전을 저해시키고, 나아가 의료인의 자율권마저 통제하게 되는 지경에까지 이르렀다. 이에 이 논문에서는 요양기관 당연지정제의 문제점을 보건학적 관점과 헌법적 관점에서 살펴보고, 요양기관 당연지정제가 폐지될 경우에 대비하여 사회보험으로서의 건강보험이 제대로 기능할 수 있도록 하는 여러 가지 대안을 제시하고자 하였다.

현행 국민건강보험법은 비록 사회보험으로서 그 틀이 유지되어야 한다고 하더라도 요양기관 당연지정제에 관한 규정은 사인인 의료인 또는 의료기관으로 하여금 강제적으로 보험제도의 틀안에서만 의료행위를 하도록 강제하는 것으로 자유민주주의를 표방하는 어느 나라의 입법례에서도 찾아볼 수 없다. 따라서, 위 규정은 헌법상 보장된 기본권을 한계를 넘어 제한하는 위헌적인 요소를 포함하고 있다고 할 수 있다. 이를 헌법상 구체적 기본권과 관련하여 살펴보면 요양기관당연지정제는 먼저 민간의료기관과 공공의료기관의 법적 지위가 다르고, 국가의 재정적 지원여부나 규모가 다름에도 불구하고 일률적으로 건강보험 요양기관으로 편입하게 되어 있어 합리적 차별이라는 견지에서 헌법 제11조의 평등권을 침해할 소지가 있다. 둘째로 국민건강보험법상의 요양기관이 아니면 실질적으로 의료행위를 할 수 없도록 함으로써 의료기관 내지 의료인이 사경제질서하에서 사경제주체로서 활동할 수 있는 가능성을

원천적으로 봉쇄하고 있다. 이점에서 과거의 요양기관지정취소제도보다 의료기관의 영업활동의 자유를 더 심하게 침해하는 규정이라고 할 수 있고, 나아가 우리 헌법 제119조의 사회적 시장경제질서에도 위반된다. 셋째, 의료인으로 하여금 의료의 창의성보다는 보편성에만 중점을 둔 국민건강보험법이 인정하는 범위내에서만 의료행위를 하게 함으로써 의료인들이 다양한 분야에서 질병과 건강에 대하여 기여할 수 있는 다양한 능력을 최대로 발휘하게 하지 못하게 한다는 점에서 학문의 자유를 침해한다고 볼 수 있다. 그 외에도 의료인 또는 의료기관의 입장에서는 자신의 의사와는 관계없이 요양기관이 되게 하고, 이에 대한 정당한 보상이 없다는 점에서 재산권을 침해할 소지가 있고, 국민의 입장에서는 다양한 의료수요를 가로막음으로써 행복추구권을 침해하고 있다고 할 수 있다.

따라서, 우리 나라도 의료기관으로 하여금 일률적· 획일적인 의료서비스를 제공하도록 하는 요양기관 당연지정제도의 틀에서 벗어나서 다른 선진국들처럼 의료 부분의 효율성을 제고하고, 의료인뿐만 아니라 국민 모두에게 질 높은 의료의 혜택을 선택할 수 있도록 하여야 할 것이다.

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 배경

우리나라의 사회보장제도는 1960년대에 산업재해보상보험제도의 성립을 시작으로, 1970년대 중반부터의 정비단계를 거쳐 1980년대 말에 전국민을 대상으로 하는 의료보험과 국민연금이 시행되고, 1995년도에 고용보험이 도입된 점에서 매우 짧은 역사적 경험을 가지고 있다. 따라서 우리나라의 사회보장제도는 기초적 진입단계를 거쳐 이제 본격적으로 그 제도가 전개되기 시작하였다고 할 수 있다.<sup>1)</sup> 이러한 사회보장제도 중에서 의료보험제도는 국민의 질병부상분만 또는 사망 등에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장의 증진을 도모함을 목적으로 하는 제도이다. 따라서 국민의 질병 등에 대한 의료보장에 있어서 의료보험이 가장 중심적 역할을 수행하고 있다. 그러나 이러한 중심적 역할을 수행하고 있음에도 불구하고 최근의 의학분업 사태에서도 볼 수 있듯이 적지 않은 구조적인 문제점을 노출시켰다. 그 중에서도 의료보험 관련법의 몇몇 규정들은 위헌적인 요소가 잠재되어 있다고 지적되어 왔다.<sup>2)</sup>

우리나라는 1977년 의료보험제도가 도입된 이후 12년이라는 짧은 기간 동안 전국민 의료보험을 실시하는 과정에서 의료보험의 양적 확장에 주된 관심을 둔 나머지 질적 수준의 향상에는 문제가 있었다. 1977년 의료보험시행 초창기에는 의료보험조합과 의료기관이 동등한 관계에서 지정계약을 체결토록 하였으나 이후 요양기관 지정대상을 전국의 모든 의료기관으로 확대하고 모든 의료기관을 요양기관으로 일방적으로 지정하였다. 이는 충분한 공공 의료

1) 김현우, 「의료보험의 도입과 발전」, 『보건복지포럼』 제19호, 1995, 23.

2) 김현우, 「의료보험의 도입과 발전」, 『보건복지포럼』 제19호, 1995, 23.

가

기관을 마련하지 않은 상태에서 사회보험으로서의 의료보험을 운영하기 위한 불가피한 조치였다고 판단된다. 그러나 20여 년이 흐른 지금까지 사회보험으로서 의료보험의 운영을 감당할 수 있는 공공의료기관이 육성되지 않고 이를 계속하여 민간의료기관에 전가하는 것은 보험행정의 행정편의주의적 발상이라는 비난과 함께 여러 가지 헌법적 문제점을 노출시키고 있다. 이처럼 요양기관을 지정하고, 지정을 받은 의료기관은 정당한 이유 없이 거부하지 못하도록 한 규정은 의료인의 자유의사를 인정하지 않고 있는 강제지정제도로써 많은 비판이 있었다.<sup>3)</sup> 그러나 많은 비난에도 불구하고 아무런 변화를 보여주지 않다가 강제지정제 하에서의 요양기관 지정취소 제도에 대하여 헌법재판소로부터 위헌결정<sup>4)</sup>이 있게 되자, 의료보험 요양기관 강제지정제를 폐지하고, 의료기관은 당연히 의료보험을 취급하도록 하는 요양기관 당연지정제로 법이 개정되기에 이르렀다.

그 후 구 의료보험법 및 국민건강증진법 등이 현행 국민건강보험법으로 통합되어 2000년 7월1일부터 시행되고 있는데 이 법 제40조에서는 위 의료보험법의 규정 형식을 그대로 따르고 있어 요양급여는 다음 각 호의 의료기관에서 행한다고 규정하고 각 호의 의료기관에 모든 의료기관을 포괄적으로 규정하면서 요양기관은 정당한 이유 없이 요양급여를 거부하지 못하도록 규정하고, 이에 위반하는 경우에는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 처벌 규정을 두고 있다. 이에 따라 의료법에 의하여 개설된 의료기관은 당연히 국민건강보험법상의 요양기관이 되게 하고 있고 요양기관으로서 요양급여를 취급하지 아니할 경우 사실상 의료기관 운영이 불가능하게 되어 있다.

이러한 국민건강보험법 규정은 의료기관으로 하여금 일률적·획일적으로 국민건강보험법의 틀 안에서만 의료 서비스를 행하게 함으로써 그 밖의 질 높은 의료 활동을 봉쇄하고 있는 실정이다. 의료기관 측에서는 요양기관 당연

3)

1988

1989 7

4) 憲裁決 1998.5.28. 96 가1

지정과 벌금형에 대하여 비민주적·비쌍무계약적 독소조항으로 규정하고 이의 철폐를 주장하고 있다. 이에 동조하여 한 때 한나라당은 의료 보험 요양기관 강제 지정제도를 계약제로 전환할 것을 주장한 바도 있다.<sup>5)</sup>

의료보험 요양기관 지정제도는 1979년 의료보험법 개정시 처음 도입된 것이다. 이 제도를 도입함으로써 의료 공급상의 문제점을 일거에 해소하여 전 국민 의료보험을 지원하게 되었다. 그러나, 지금까지 이 제도를 존치함으로써 국가의 의무를 반대하고 민간 의료 기관에 의료보험의 책임을 떠넘기는 결과를 초래하여 헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리, 헌법 제36조 보건권과 관련된 국가의 의무를 이행하지 않는 것으로 판단된다. 반면, 영국, 프랑스, 독일, 캐나다 등 의료보장의 선진국에서 상당수의 의료기관을 정부나 지방자치단체에서 운영함으로써 사회보험으로서의 의료보험을 운영하기 위한 국가의 의무를 명확히 하고 있다. 따라서 공공 의료기관 육성에 대한 국가의 책임에 대해 아무런 명시나 이행 없이 지속적으로 모든 민간 의료기관을 요양기관으로 강제하는 것은 공익 목적을 달성할 수 있는 충분한 다른 방법을 선택할 수 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않고 국민의 기본권을 과도하게 제한하는 것으로 판단된다.<sup>6)</sup>

이러한 요양기관 지정제도의 변화는 의료보험제도의 취지와 헌법질서, 그리고 외국의 입법례에 비추어 본다면, 헌법상 보장된 제반 기본권의 보장과 의료보험제도의 질적 향상이라는 면에서 오히려 후퇴하고 있는 것으로 이에 대한 헌법적인 검토가 시급하다고 할 것이다.

## 제2절 연구의 목적

5) , 1998 12 14

6) 97%, 69%, 52.3%, 35%

16.6%, 12.5%,

가

25% , 65% 가

10% .( / / ,

, 1999 6 36 )

7) / / , 前掲論文, 37

국민건강보험법상의 의료계약은 의사 또는 의료기관과 환자사이의 양자관계로만 설명할 수 없고, 건강보험진료에 있어서는 국민건강보험공단(보험자)이 피보험자로부터 보험료를 징수하고, 요양기관이 피보험자 또는 피부양자를 진료하는 경우 보험공단을 통하여 진료비를 지급 받는다. 즉 보험의료계약의 경우에는 공단(보험자), 피보험자, 요양기관의 3당사자간의 관계로 이루어진다. 이 중 요양기관지정제도는 국가가 헌법상의 사회국가 또는 복지국가의 실현의 의무를 수행하기 위해 건강보험급여 의무를 제공하기 위한 의료보험공급자 확보와 관련된 문제로서 국민건강보험법상 의료계약의 한 내용으로 파악될 수 있다. 이러한 요양기관지정제도는 국민개보험제도나 요양급여비용계약과는 구별되어야 할 문제이다.

먼저 보험의의 확보를 위한 방안과 사회보험으로서의 의료보험의 보험제정 충당을 위한 개보험의 문제는 절대로 동전의 앞, 뒷면처럼 반드시 수반되어야 할 성질의 것은 아니다. 이것은 다른 나라의 입법례에서도 나타난 바와 같이 전국민에 대하여 건강보험을 실시한다고 하더라도 모든 의사들이 반드시 보험체계 내에서만 활동하여야 하는 것은 아니다. 물론, 대부분의 국민들은 보험에 가입되어 있어 보험체계 내에서 의료서비스를 받게 될 것이다. 그렇다고 하여 보험체계를 벗어난 의료서비스 공급의 필요성이나 가능성이 전혀 없게 되는 것은 아니다.

따라서, 사회보험으로서의 건강보험은 국민연금법에 관한 헌법재판소의 결정에서 보는 바와 같이 최저수준 이상의 보장, 기여와 급여에 있어서 소득재분배 효과, 구성원 전체의 통합과 국민연대의 효과가 나타날 수 있도록 원칙적으로 전국민 또는 특정계층을 대상으로 입법한 경우에는 그 집단에 속한 전원에게 적용, 재원은 사용자, 피용자, 국가가 분담하여 조달하여야 한다는 원칙에 따라 전국민에 대한 개보험을 실시할 수 있다.<sup>8)</sup>

8) 憲裁決 2001. 2. 22. 99 365

다만, 국민연금의 경우 국민들은 국민연금에 가입되어 있다고 하더라도 다른 사보험자를 선택하여 국민연금에 의한 보장 이상의 보장을 스스로의 선택권 및 자술권에 의하여 선택하여 실행할 있는 반면, 건강보험의 경우 건강보험의 틀을 벗어난 의료서비스는 전혀 존재할 수 없게 된다는 점에 큰 차이가 있다.

그리고 요양기관 당연지정제의 위헌성 여부의 문제는 또한 의료보험수가에 관한 문제(요양급여비용계약제)와도 다른 차원의 문제이다. 즉, 보험체계내에서는 요양급여의 방법·절차범위상한기준 등 요양급여의 기준을 특정하는 것이 당연하고, 이를 과잉금지원칙에 위반하여 국민의 행복추구권 또는 직업선택의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수는 없다.<sup>9)</sup> 여기에서 문제삼고자 하는 것은 의료인 또는 의료기관으로 하여금 이러한 건강보험의 틀 안에서만 의료활동을 하도록 강제하고 있다는 점이다. 따라서, 일단 건강보험체계 내에서 의료활동을 하는 경우의 요양급여의 방법과 기준 등에 관하여 일정한 기준을 정하는 것은 당연히 보험정책에 따라 이루어질 수 있는 일이라고 할 것이다.

인류 역사에서 현대적 의미의 사회보장이 시작된 것은 이미 한 세기를 넘어섰지만 우리나라의 경우에는 사회보장의 역사가 극히 일천해서 아직 30년이 채 못된다. 그럼에도 불구하고 단시간에 전국민의료보험이라는 가시적인 성과를 거두고 있으며 별다른 사회보장정책이 없는 우리나라에서 의료보험이 국민 통합과 사회 안정에 커다란 기여를 한다는 것은 주지의 사실이다. 그러나 이러한 의료 보험의 이면에는 합리적 의사결정보다는 정치적 논리가 압도하는 우리 사회의 풍토, 권리와 의무사이의 균형에 익숙하지 않은 시민사회와 이에 상응하는 부권적 관료주의, 그리고 의료인의 집단이기주의와 미성숙한 대응 등이 한데 어우러져 만들어 낸 기형적 구조가 곳곳에 자리하고 있음을 부인할 수 없다. 이러한 기형적 구조의 한 가운데 의료보험 요양기관 당연지정제가 자리잡고 있다.

따라서 이 논문에서는 우리나라 의료보험의 역사와 그간 위헌적 요소로

---

9) 憲裁決 2000. 1. 27. 99 23

지적되어 온 건강보험 요양기관 당연지정제의 변화 과정을 규명하고 또한 각국의 입법례를 고찰하여 이 제도가 위헌인지 여부를 검토한 후 위 제도가 위헌으로 법이 개정되는 경우에 대비하여 저소득층이 소외되지 않도록 하고, 사회보험으로서의 건강보험을 취급하는 요양기관이 충분히 확보될 수 있는 대안을 유사한 제도나 관련법규정을 통하여 모색하여 보고자 한다.

### 제3절 연구의 방법 및 범위

모든 사의료기관 또는 의료인에 대하여 당연히 국민건강보험의 틀 안에서만 의료활동을 할 수 있도록 규정하고 있는 위 법의 규정에 대하여, 우리나라 의료보험의 역사와 관련규정의 변화, 당연지정제의 시행으로 초래된 결과, 다른 나라의 입법례 등에 비추어 헌법상의 기본권 침해 여부, 기본권 침해의 적정성의 준수 여부를 검토하여 위 규정이 의료인들의 헌법상의 기본권을 제한할 뿐만 아니라 의료소비자들의 기본권 또한 무시하고 있는 것이 아닌지를 검토하여 보고자 한다. 그리고 요양기관 당연지정제의 변경의 필요성과 그 대안을 비교법적 연구 즉, 입법례, 각국의 운영 실태 등의 실증적 고찰의 방법과 문헌 연구 중심의 헌법 이론적 고찰 중에서 후자에 보다 중점을 두어 본 연구를 전개하고자 한다.



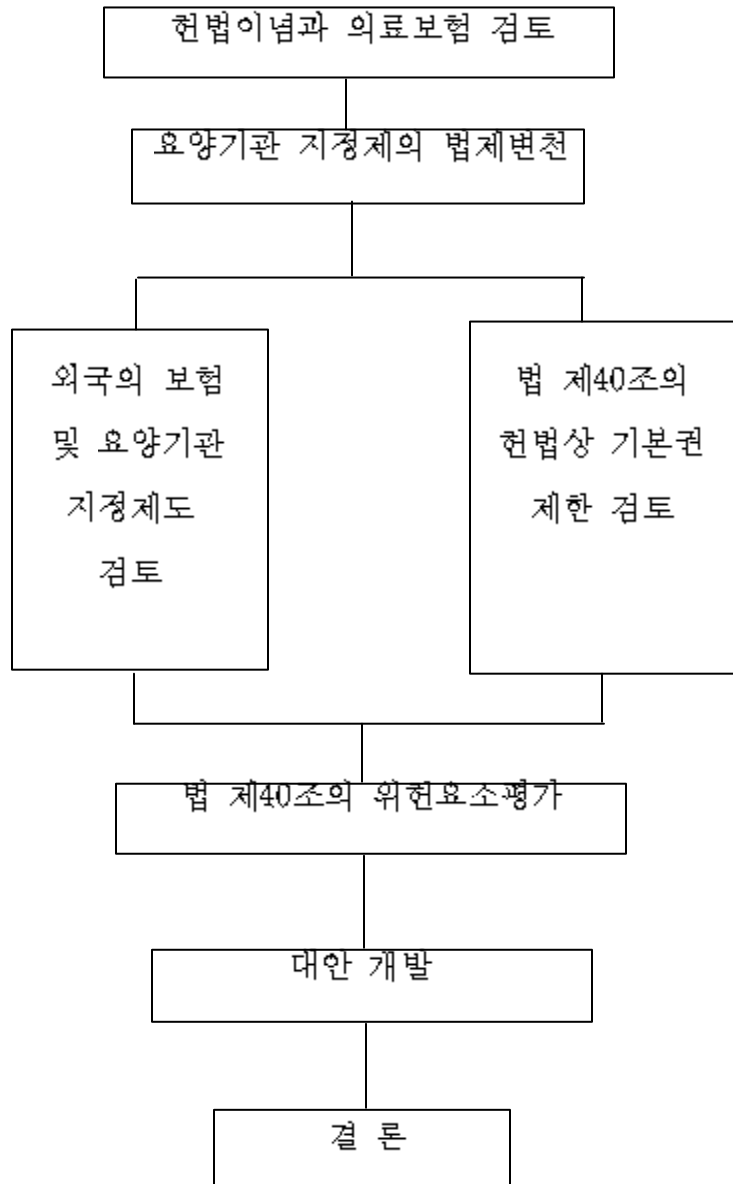


그림 1. 연구방법에 대한 개요도

본 논문의 구성은 다음과 같다.

제1장 서론에서는 본 논문의 연구배경 및 연구범위와 방법을 밝힌다.

제2장 우리나라 의료보험제도의 역사와 우리나라 요양기관 지정제도의 변천 과정을 개괄적으로 고찰한다.

제3장 각국의 사회보험법 체계 비교의 장에서는 세계 각국의 입법례와 요양기관의 운영실태를 실증적으로 고찰하고자 한다.

제4장 요양기관 당연지정제를 규정한 국민건강보험법 제40조의 규정을 중심으로 하여 기본권 제한의 일반 이론과 그 위헌성에 대한 주도면밀한 검토를 학설과 판례를 인용하여 수행하고자 한다.

제5장 요양기관 당연지정제의 변경의 이유 내지는 필요성을 고찰한 후 당연지정제의 대안을 모색한다.

제6장 결론에서 이상의 논의를 바탕으로 하여 요양기관 당연지정제에 관해 헌법 이론적, 입법정책적 제언을 하고자 한다.

## 제2장 우리나라 의료보험제도와 요양기관 지정제의 역사

### 제1절 서

요양기관 당연지정제의 문제점을 이해하기 위해서는 요양기관 지정제의 역사를 살펴보는 것으로 출발해야 한다. 그런데 요양기관 지정제는 우리나라 의료보험제도의 역사와 더불어 논의되는 것이기 때문에 의료보험제도의 역사를 먼저 고찰할 필요가 있다. 따라서 이하에서는 우리나라 의료보험제도의 연혁을 살펴 본 후에 요양기관 지정제의 변천 과정과 이에 따른 법규의 변화 그리고 요양기관 당연지정제를 채택하게 된 이유와 그로 인한 결과를 면밀히 검토하고자 한다.

### 제2절 우리나라 의료보험제도의 역사

우리나라의 의료보험에 관한 기본법은 1963년 12월에 제정되었다. 그러나 보험료 부담능력, 보험관리체계 등 제반 여건이 성숙되지 않았다는 이유로 1977년에서야 시행하게 되었고, 1989년 7월 1일에 전국민의료보험의 실현을 계기로 오늘의 제도에 이르렀다. 의료보험의 발전단계는 대체로 실시 당시의 사업내용에 따라 4단계로 구분된다. 제1단계는 임의보험사업기로서 이는 1963년 의료보험법이 제정된 이후부터 제2차 의료보험법이 전면 개정된 1976년까지의 기간을 말한다. 제2단계는 의료보험방식으로 시작된 1977년부터 농·어촌지역시범의료보험이 실시되기 이전인 1981년까지의 시기이다. 제3단계는 지역의료보험시범사업기로서, 시범지역의 경험을 토대로 주민의 경쟁력과 조합운영방식, 그리고 의료전달체계의 도입 등을 검토하게 된 단계이다. 제4단

계는 전국민 의료보험기로서 도시지역 자영자까지 포괄 적용되는 1989년 이후로 볼 수 있다.<sup>10)</sup>

## 1. 임의보험사업기(1963~1976)

우리나라의 사회보장에 관한 연구는 1959년 가을, 보건사회부 의정국 주관 하에 조직된 「건강보험제도 도입을 위한 연구회」의 발족으로 시작되었으며, 1960년 이후에는 보건사회부와 대한의학협회를 중심으로 의료보험실시에 관한 논의가 활발하게 진행되었다. 5.16군사혁명 직후에 전면 개정된 제3공화국 헌법 제30조와 제31조에 사회보장증진과 국민보건향상에 관한 국가의 보호조항을 신설하면서 의료보험제도의 실시에 관한 문제가 본격적으로 거론되기에 이르렀고, 1962년 3월에는 국가재건최고회의의 지원 하에 사회보장에 관한 연구와 조사를 보장하는 「사회보장제도심의 위원회 규정」이 각령 제 469호로 제정되었다.<sup>11)</sup> 사회보장제도심의위원회의 연구에 따른 법안 제출로 1963년 11월에는 사회보장에 관한 법률과 산업재해보상보험법이 그리고 동년 12월 16일에는 법률 제1623호로 의료보험법이 제정됨으로써 의료보험제도가 태동되었다.

1963년 의료보험법의 제정에도 불구하고 제반 여건의 미비로 시행을 미루어 오다가, 1965년 11월 1일 호남비료주식회사(현, 한국종합화학)가 의료보험조합을 시범적으로 설립하였다. 이것이 임의적용형 피용자조합의 원형이 되었고, 1969년 10월 1일에는 부산 정십자의료보험조합이 설립되어 임의적용형 자영자조합의 원형이 되었다.<sup>12)</sup>

## 2. 의료보험 확장기(1977~1981)

---

10) , , 1997, 20-21

11) , , (1982), 96

12) , , (1993), 142

3차에 걸친 경제개발 5개년 계획의 성공적 수행을 토대로 경제개발 5개년 계획(1977~1981)에서는 사회개발계획의 일환으로 의료보험을 사회보험으로 도입하였다. 정부에서는 그 당시 국민의료의 불균점상태를 시정하는 것이 곧 지속적인 경제발전을 가능케 하는 원동력이 된다는 것을 감안하여 4차 5개년 계획부터 의료보험정책을 강력하게 추진하게 되어 1976년 12월 22일에는 의료보험법을 전면 개정하였다.<sup>13)</sup>

1977년 12월 31일 공무원 및 사립학교교직원의료보험법이 법률 제3081호로 제정되어 다음해인 1978년 7월 1일 시행령이 제정 공포되었다.<sup>14)</sup> 1979년 1월 1일 공무원 및 사립학교교직원과 그 가족을 대상으로, 그리고 1980년 1월 1일에는 군인가족과 사립학교경영기관 및 그 부양가족에 대한 의료보험을 확대·적용하였다. 그 후 선거에 의해 취임하는 공무원이나 국외근무 공무원까지 급여대상자를 확대 적용시켰고 이어 1985년 1월 1일부터 퇴직연금수급자와 군인퇴역연금 수급자에게도 확대·적용 실시하였으며, 1986년 1월 1일에는 유족연금, 장애연금, 상이연금수급자에게까지 확대 적용시켰다. 그러나 연금수급자는 전국민의료보험실시로 인해 농어촌거주자는 1988년 1월 1일부터 농어촌지역의료보험조합에, 도시지역거주자는 1989년 7월 1일부터 도시지역 의료보험조합에 편입되었다.

### 3. 지역의료보험 시범사업기(1981~1989)

정부는 의료보험대상에서 제외된 계층을 포괄하기 위하여, 1981년 4차로

13) , 29

2 (1995, ), 422

14) 2 5

가 가

가

의료보험법을 개정하여 제1차 시범지역의료보험사업을 실시하였다. 제1차 시범사업은 강원도 홍천군, 전라북도 옥구군, 경상북도 군위군 등 3개 군에서 실시하여, 시범지역에 있는 20개의 약국을 요양취급기관으로 지정하여 급여를 실시하였고, 이는 우리나라에서 최초로 의약분업을 실시하였던 것으로 볼 수 있다. 1982년 7월 1일부터는 경기도 강화군, 충청북도 보은군, 전라남도 목포시를 제2차 의료보험 추가 시범사업지역으로 선정하였다.<sup>15)</sup> 또한 요양기관 지정에서 제외되었던 한방의료기관에 대한 보험급여를 전국적으로 실시하기 위한 준비단계로 충청북도 청주시와 청원군을 한방의료보험 시범사업지역으로 선정하여 1984년 12월부터 1986년 11월까지 2년 간에 걸쳐 한방의료보험 시범사업을 실시하여, 1987년 2월에는 전체 의료보험에 한방의료를 확대 적용하였다.

#### 4. 전국민 의료보험기(1989~현재)

대부분의 임금근로자들이 의료보험 적용대상자로 되었으나 의료보험 적용대상자에서 제외된 농어촌 주민과 도시 자영자들에 대한 의료보험실시가 사회의 당면과제로 대두되었다.<sup>16)</sup> 정부에서는 전국민의료보험 확대실시를 위해 한국인구보건연구원과 한국개발연구원 등 연구기관의 연구, 우리실정에 맞는 의료보험 모형을 개발하는 등 그동안 나타난 문제점들을 충분히 연구 검토하

15) 0.2% 가  
6 1,2

16) 가 가 가 가  
가 , 가 가 가

여 개선책을 마련하였다. 이를 토대로, 준비작업을 거쳐 1987년 11월 1일 전국 134개 군에 지역의료보험조합을 설립한 후, 1988년 1월 1일부터 직장 및 공·교의료보험 피보험대상자와 의료보조대상자를 제외한 전국민의 19.9%에 해당하는 826만 명의 전국 농어촌지역 주민에게 보험급여를 실시했다.<sup>17)</sup>

도시지역의료보험은 1989년 1월에서 4월까지 적용대상자 조사하고 조합직원 선발교육, 전산개발, 대국민홍보 등의 준비작업 추진과 더불어 그 해 4월 시·구단위로 114개의 도시지역 의료보험조합을 설립하여 전국민의 23.3%에 해당하는 도시지역 자영자에게 1989년 7월 1일 보험급여를 실시함으로써 사회보험방식으로 의료보험을 실시한 지 12년 만에 명실상부한 전국민을 포괄하는 의료보험의 실현을 달성할 수 있게 되었다.<sup>18)</sup>

### 제3절 우리나라 요양기관 지정제의 변화

#### 1. 요양기관의 의의

국민건강보험법 제40조에 요양기관에 대해 규정하고 있지만 구체적으로 요양기관에 대한 정의 내지 요건을 정해놓고 있지는 않고 있다. 다만 동법 제1항 각호에서 의료법에 의해 개설된 의료기관, 약사법에 의해 등록된 약국, 지역보건법에 의한 보건소·보건의료원 및 보건지소, 농어촌등보건의료를위한 특별조치법에 의해 설치된 보건진료소가 요양기관임을 규정해놓고 있다. 이

17) , 1990, 198-200

18) 1987 11 1  
1988 3  
5  
1  
5  
가

와 관련하여 동법 시행규칙 제8조에서 종합전문요양기관 또는 전문요양기관으로 인정받으려는 경우 시설·장비·인력 및 진료과목 현황 1부와 최근 6개월간의 입원환자 진료실적 1부와 별지 제8호 서식에 의한 서류를 보건복지부장관에게 제출하도록 하고 있다. 따라서 전문요양기관이나 종합요양기관이 아닌 일반적인 요양기관에 대해서는 요양기관 인정절차를 규정한 바가 없이 질병·부상·분만 등과 관련하여 서비스를 제공하는 의료기관 등은 모두 국민건강보험법상의 의료기관인 것이다.

즉 요양기관이란 국민건강보험법과 공무원 및 사립학교교직원 의료보험법에 의하여 보험자 또는 보험자단체에서 요양급여나 분만급여를 행하기 위하여 지정한 기관을 말한다. 현재 지정된 요양기관은 보험자가 지정하는 보건기관, 의료기관 또는 약국과 보험자가 설치 운영하는 의료기관이 있다. 현행법은 부득이한 경우를 제외하고는 이곳에서만 요양급여를 하도록 하였다. 여기에서 부득이한 경우란 응급진료의 경우 등으로 다른 의료기관에서 진료를 행하는 경우를 말한다.<sup>19)</sup>

## 2. 요양기관의 법적 성질

현행 국민건강보험법 제40조에 의해 의료법상 의료기관은 요양기관이 되게 하고 있고, 정당한 이유 없이 요양급여를 거부하지 못하게 하고 있다. 이러한 건강보험법상 요양기관으로 편입된 의료기관이 수행하는 의료행위는 공법관계로 보아야 할지, 사법관계로 보아야 할지가 문제된다.

이에 관하여 현재의 학설이나 관례의 명확한 입장을 알 수 없으나 건강보험법상의 의료계약은 공법적인 성격이 강하게 나타나고, 요양기관으로 편입된 의료기관은 건강보험법상의 요양급여 의무를 수행하고 있는 범위 내에서 사회보험상의 공적 의무를 담당하고 있다고 보아야 하기 때문에 공법관계로 보는 것이 타당하며 요양기관으로 편입된 민간의료기관은 건강보험법상의 요

19) 外, , (1997), 489



양급여를 수행하는 한도에서 공무수탁사인으로 볼 수 있다는 견해도 있다.<sup>20)</sup>

그러나 의료계약을 보험의료이나 여부에 관계없이 의료인 내지 의료기관과 환자간의 사법상의 의료계약으로 보고 있는 취지에 비추어 보면 요양기관이 행하는 의료행위는 본질적으로는 사법관계로 보는 것이 타당하다. 따라서 비록 요양기관이 의료보험제도 내에서 의료행위를 수행하더라도 1차적으로는 사법관계이며 2차적으로 공법관계라고 보아야 하므로 사법관계를 전적으로 부정하는 요양기관 당연지정제는 이러한 요양기관의 의료행위의 법적 성질과도 배치된다고 할 수 있다. 즉 사법관계라고 볼 수 있는 부분에서는 의료기관의 사적 자치의 원칙을 존중해 주는 방향으로 요양기관 지정제도가 운영되어야 할 것이다.

### 3. 요양기관 지정 및 취소제도의 변천

의료보험법 제32조 제1항에는 요양기관은 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 보험자 또는 보험자단체가 이를 지정한다고 하고 있으며 동법 제4항은 이에 의하여 지정을 받은 의료기관 및 약국은 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다고 하여 요양기관의 강제지정을 규정하고 있다. 또한 제33조 제1항은 보험자 또는 보험자단체는 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 요양기관의 지정을 취소할 수 있다고 하여 요양기관의 지정취소를 보건복지부장관에게 백지위임하고 있다.

이러한 규정들은 요양기관지정의 취소에 대한 규정인 제33조 제1항이 헌법재판소의 위헌결정<sup>21)</sup>으로 효력이 상실됨에 따라 다른 형태로 변모하였다. 즉 국민의료보험법에서는 요양기관 '지정' 혹은 '취소' 라고 하는 용어 자체가 없어졌다. 국민의료보험법 제30조 제1항은 요양급여는 다음 각 호의 요양기관에서 행한다라고 규정하고 1. 의료법에 의하여 개설된 의료기관, 2. 약사법

20) , 2001, 59

21) 憲裁決 1998. 5. 28. 96 가1

에 의하여 등록된 약국, 3. 지역보건법에 의한 보건소·보건의료원 및 보건지소, 4. 농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법에 의하여 설치된 보건진료소 등을 요양기관으로 들고 있다. 또한 동법 제4항은 요양기관은 정당한 이유 없이 요양급여를 거부하지 못한다라고 규정하고 있다. 한편 제67조 제1항에서는 보건복지부 장관은 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 2년의 범위 내에서 기간을 정하여 요양기관의 업무의 정지를 명할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>22)</sup>

#### 4. 요양기관 당연지정 및 취소와 관련된 법규의 변화

##### 가. 제정 의료보험법(1963.12.16. 제정)

1) 요양기관 지정방법 : 1963. 12. 16. 제정된 의료보험법 제39조 1항은 “피보험자 또는 그 부양가족에 대한 요양급여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 보험의료기관에서 행한다” 라고 규정하고 있고 제39조 제2항은, “전항의 보험의료기관은 의료법 제8조에 규정된 의료기관 중에서 대통령령이 정하는 바에 의하여 보험자의 신청에 의하여 보건사회부장관이 지정한다.” 라고 규정하여 보험자의 요양기관 지정신청권을 인정하고 세부지정절차는 대통령

22)

2

가

가

가

40 1

가

85 1

1

령으로 정하도록 위임규정을 두었으나 시행령이 제정되지 않아 의료기관과 보험자와의 요양기관 지정방법을 정확히 알 수는 없으나 다음에 검토할 요양기관 지정취소방식을 유추해 보면 요양기관으로부터 지정신청을 받아 보험자가 보건사회부장관에게 재신청하는 방법을 채택한 것으로 추측할 수 있다.

2) 요양기관 지정취소 방법 : 제정 의료보험법 제40조 제1항은, “보험의료기관은 언제든지 대통령령이 정하는 바에 의하여 보건사회부장관에게 그 지정의 취소를 요구할 수 있다. 이 경우에는 그 보험의료기관으로서의 업무를 폐지하고자 하는 날로부터 적어도 30일 전에 하여야 한다.” 라고 규정하고, 제2항은 “보건사회부장관은 전항의 규정에 의한 요구를 받은 때에는 그 요구를 받은 날로부터 30일 이내에 당해 보건의료기관에서 요양급여를 받고 있는 자의 사정을 참작하여 그 지정취소일자를 결정하고 지체 없이 이를 그 요구인과 관계보험자에게 통고하여야 한다.”라고 규정하여 요양기관이 지정취소를 요구할 수 있도록 하였다. 또한, 제41조에서는, “보건사회부장관은 보건의료기관이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 그 지정을 취소할 수 있다.” 라고 규정하여 보건사회부장관이 지정을 취소할 수 있도록 규정하고 있다.

#### **나. 의료보험법 제1차 개정(1970.8.7. 개정)**

1) 요양기관 지정방법 : 1970. 8. 7. 개정된 의료보험법은 제42조에서 제정 의료보험법 제39조 제2항의 ‘보험자의 신청에 의하여’ 라는 자구를 삭제하여 “전항의 규정에 의한 보건의료기관은 의료법 제8조의 규정에 의 의료기관 중에서 대통령령이 정하는 바에 의하여 보건사회부장관이 지정한다.” 라고만 규정하여 제정 의료보험법과 달리 보험자의 신청 권한을 삭제하고 의료보험 요양기관 지정을 대통령령이 정하는 바에 따라 보건사회부장관이 지정하도록 규정하여 의료기관이 요양기관 지정을 신청하는 신청주의를 채택하였다. 그리고 제3항에서 “보건사회부장관은 정부가 관장하는 의료보험의 피보험자 및 그 부양가족의 요양을 위하여 필요한 때에는 보건소 및 보건지소를 보험의료

기관으로 지정할 수 있다.” 라고 규정하였다.

2) 요양기관 지정취소 방법 : 제정 의료보험법과 동일하게 제43조에서는 보건의료기관의 지정취소의 요구를, 제44조에서는 보건의료기관의 지정취소 제도를 채택하였다.

#### **다. 의료보험법 제2차 개정(1976.12.22)**

1) 요양기관 지정방법 : 제2차 개정의 핵심사항은 요양취급기관의 강제지정과 약국을 요양기관에 포함시킨 것인 바 제29조 제2항은, “제1항 제1호 내지 제4호의 규정에 의한 요양급여는 부득이한 경우를 제외하고는 다음 각호의 의료기관 또는 약국(이하, “요양취급기관”이라 한다)에서 행한다” 라고 규정하여 약국을 요양기관에서 포함시키는 근거를 신설하는 한편, 제32조에서, “제29조 제2항 제1호의 요양취급기관은 보건사회부령이 정하는 바에 의하여 보험자가 보건사회부장관의 승인을 얻어 이를 지정한다.” 고 규정하고 제1차 개정시까지 존재하던 요양기관의 지정취소 신청제도를 폐지함으로써 전면적인 강제지정제도를 도입하였다.

2) 요양기관 지정취소 방법 : 제32조 후단에서 “지정을 취소하고자 할 때에도 또한 같다.” 라고 규정하여 지정취소시에도 보건사회부장관의 승인을 얻도록 하였고 제33조에서, “보건사회부장관은 요양기관취급기관이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 요양취급기관의 지정을 취소할 것을 보험자에게 명할 수 있다.” 라고 규정하여 1차 개정법률에서 취소권자를 보건사회부장관으로 규정한 것과 달리 지정취소권자를 보험자로 규정하고 지정취소는 요양기관의 강제지정제도에 맞춰 요양기관의 지정취소 신청제도를 폐지하고 보험자의 일방적인 취소권한만 인정하였다.

#### **라. 의료보험법 제3차 개정(1979.4.17.)**

1) 요양기관 지정방법 : 제32조 제1항에서 “제29조 제2항 제1호의 요양취

급기관은 보건사회부령이 정하는 바에 의하여 보험자 또는 보험자로 구성된 단체(이하 "보험자단체"라 한다)가 보건사회부장관의 승인을 얻어 이를 지정한다. 지정을 취소하고자 할 때에도 또한 같다." 라고 규정하여 요양기관 지정권자에 보험자단체를 포함시켰으며 제2항은 "보험자 또는 보험자단체는 제1항 또는 제4항의 규정에 의한 지정을 함에 있어서 필요한 때에는 의사·사회·치과의사회·약사회 또는 기타 의약관계단체(이하 "의약관계단체"라 한다)와 협의하여 지정하고 그 지정통보를 의약관계단체에 의뢰할 수 있다." 라고 규정하여 요양취급기관의 지정시 필요적 협의 조항을 삽입하였다. 그리고 제3항은 "의약관계단체는 제2항의 지정통보의뢰를 받은 때에는 지체없이 그 사실을 해당 의료기관 및 약국에 통보하여야 한다" 라고 규정하고 있고 제4항은 "보건사회부장관은 필요하다고 인정할 때에는 보험자 또는 보험자단체에 대하여 요양취급기관을 지정하게 할 수 있다." 라고 규정하여 보건사회부장관의 임의적 요양기관 지정권을 신설하였다. 마지막으로 제5항에서 "제1항 또는 제4항의 규정에 의하여 지정을 받은 의료기관 및 약국은 정당한 이유없이 이를 거부하지 못한다." 라고 규정하였다.

2) 요양기관 지정취소 방법 : 제2차 개정 의료보험법과 동일하다.

#### 마. 의료보험법 제4차 개정(1981.4.4.)

1) 요양기관 지정방법 : 제32조 제1항에서 "제29조 제2항 제1호의 요양취급기관은 보건사회부령이 정하는 바에 의하여 보험자 또는 보험자로 구성된 단체(이하 "보험자단체"라 한다)가 이를 지정한다." 라고 규정하여 보건사회부장관의 승인이 필요 없게 하였다. 제2항은 "보험자는 제1항의 규정에 의한 요양취급기관지정 권한을 보험자단체에 위임할 수 있다." 라고 개정하고 제3항에서는 "보험자 또는 보험자단체는 제1항의 규정에 의한 요양취급기관의 지정을 함에 있어서 필요한 때에는 제1차진료기관과 제2차진료기관으로 구분하여 지정할 수 있다. 이 경우 제1차진료기관은 통원에 의한 가료를 행하는

진료기관으로서 의원급 의료기관·보건소·보건지소 또는 보건진료소 중에서, 제2차진료기관은 입원 또는 특수진료에 의한 가료를 행하는 진료기관으로서 병원 또는 종합병원급 의료기관 중에서 지정하여야 한다.” 라고 규정하였다.

2) 요양기관 지정취소 방법 : 제3차 개정 의료보험법 제32조에서 인정된 보건사회부장관의 승인 규정을 삭제하여 제33조 제1항에서는 “보험자 또는 보험자단체는 보건사회부령이 정하는 바에 의하여 요양취급기관의 지정을 취소할 수 있다.” 라고 규정하여 보험자단체의 요양기관 지정취소권의 근거 규정을 두었다.

#### **바. 의료보험법 제5차 개정(1984.12.31.)**

1) 요양기관 지정방법 : 커다란 변화는 없고 다만 제32조 제3항의 자구 수정에 그쳤다. 즉, 제32조 제3항은 “보험자 또는 보험자단체는 제1항의 규정에 의한 요양취급기관의 지정을 함에 있어서 필요한 때에는 제1차진료기관과 제2차진료기관으로 구분하여 지정할 수 있다. 이 경우 제1차진료기관은 통원에 의한 가료를 행하는 진료기관으로서 의원급 의료기관·보건소·보건지소 또는 보건진료소 중에서, 제2차진료기관은 입원 또는 특수진료에 의한 가료를 행하는 진료기관으로서 병원 또는 종합병원급 의료기관 중에서 지정하여야 한다. 이 경우 제1차진료기관은 의원급 의료기관·조산소·보건소·보건지소 또는 보건진료소 중에서, 제2차진료기관은 병원 또는 종합병원급 의료기관 중에서 지정하되, 제1차진료기관의 지정에 있어서 진료의 편의를 위하여 특히 필요하다고 인정하는 때에는 병원급 의료기관 중에서도 지정할 수 있다.” 라고 규정하였다.

2) 요양기관 지정취소 방법 : 4차 개정 의료보험법과 동일한 지정취소제도를 채택하였다.

#### **사. 의료보험법 제6차 개정(1994.1.7.)**

1) 요양기관 지정 방법 : 대동소이한 내용으로 제32조 제1항은 “제29조 제2항 제1호의 요양기관은 보건사회부장관이 정하는 바에 따라 보험자 또는 보험자단체가 이를 정한다.”라고, 제2항은 “보험자는 제1항의 규정에 의한 요양기관지정권한을 보험자단체에 위임할 수 있다.” 라고, 제3항은 “보험자 또는 보험자단체는 제1항의 규정에 의하여 요양기관을 지정함에 있어 필요한 때에는 보건사회부장관이 정하는 바에 따라 제1차진료기관·제2차진료기관·제3차진료기관 또는 특수진료기관으로 구분하여 지정할 수 있다.” 라고 규정하였다. 제4항에서 보건사회부장관은 필요할 때에는 보험자 또는 보험자단체에 대하여 요양기관을 지정할 수 있게 하였고 제5항에서 지정 받은 의료기관 또는 약국은 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못하도록 하였다.

2) 요양기관 지정취소 방법 : 제4차 개정 의료보험법과 동일한 내용이나 그 중에서 제33조 제1항이 헌법재판소의 위헌 결정으로 효력을 상실하게 되었다.

#### **아. 의료보험법 제7차 개정(1999.2.8.)**

1) 요양기관 지정 방법 : 기존의 방식과는 달리 제7차 개정 의료보험법은 요양기관의 지정에 관한 규정을 별도로 두지 않고 제32조 제1항에서 요양기관의 종류와 요양기관 제외대상만 규정하고 동조 제4항에서는 요양기관은 정당한 이유 없이 요양급여 또는 분만급여를 거부하지 못한다고 규정함으로써 당연지정제의 형식으로 요양기관을 지정하였다.

2) 요양기관 지정취소 방법 : 헌법재판소의 위헌 결정으로 제33조를 삭제한 결과 요양기관 지정취소에 관한 규정을 두지 않았다.

#### **자. 국민건강보험법(1999.2.8. 제정, 2000.7.1. 시행)**

1) 요양기관 지정방법 : 국민건강보험법은 구 의료보험법의 규정을 그대로 따라 요양기관의 지정에 관한 규정을 별도로 두지 않고 제40조 제1항에서 요

양기관의 종류와 요양기관 제외대상만 규정하고 동조 제4항에서 요양기관은 정당한 이유 없이 요양급여를 거부하지 못하도록 함으로써 당연지정제의 형식으로 요양기관을 지정하고 있다.

2) 요양기관 지정취소 방법 : 국민건강보험법은 요양기관대상에서 제외되는 의료기관 이외의 모든 의료기관을 요양기관으로 지정하는 당연지정제도를 선택하고 있으므로 요양기관 지정취소에 관한 규정을 두지 않고 있다.

3) 위 법 규정에 대하여서는 일부 의료인들이 위 법 시행 후 즉시 헌법재판소에 헌법소원을 제기하여 현재 헌법재판소의 판단을 기다리고 있다.<sup>23)</sup>

#### 차. 소결(법률변화에 대한 정리)

요양기관 지정제와 관련하여 제정 의료보험법에서는 보험자의 요양기관 지정신청권을 인정하여 요양기관 강제지정 제와는 동떨어진 형태로 보험자와 보험자와 요양기관의 자율성을 상당 부분 보장한 것으로 보인다. 또한 요양기관 지정취소제도를 두어 이를 뒷받침하였다.

그런데 제1차 개정 의료보험법에서는 보험자의 신청권한을 삭제하고 의료기관이 요양기관 지정을 신청하는 신청주의를 채택하여 자율권에 제한을 가하였고 제2차 개정 의료보험법은 요양기관의 지정취소 신청제도를 폐지함으로써 전면적인 강제지정제도를 도입하였다. 이에 요양기관의 지정취소 신청제도를 폐지하고 보험자의 일방적인 취소권한만을 인정하여 보조를 맞추고 있다.

이후 헌법재판소의 의료보험법 제33조 제1항에 대한 위헌 결정으로 요양기관 지정 취소에 관한 규정은 삭제되었고 제7차 개정 의료보험법에서 기존의 방식과 달리 당연지정제의 형식으로 요양기관을 지정 한 후 이것이 국민건강보험법에 그대로 존치되게 되었다.

---

23) 2000 505



## 5. 요양기관 당연지정제 채택의 이유와 결과

### 가. 요양기관 당연지정제 채택의 이유

위와 같이 요양기관 당연지정제도는 모든 국민이 의료의 혜택에서 소외받지 않도록 하기 위한 목적 하에 부족한 재원으로 모든 국민의 의료에 대한 욕구를 만족시키기 위한 방법으로 채택된 것이다. 이와 같이 당연지정제도를 채택하고 이에 위반하는 경우의 형사처벌규정까지 마련하고 있는 것은 의료기관의 보험 요양기관 지정 회피를 저지하기 위한 것으로 스스로 저수가 정책을 표방하면서 취할 수 있는 유일한 방법이 아니었을까 생각된다.

그러나 요양기관 강제지정제도는 합리적 수단 대신에 일방적인 통제와 명령으로 의료체계가 운영되도록 함으로써 극단적인 의료체계 왜곡의 근원적 토대가 되고 있다. 우리나라의 의료보험은 처음부터 저수가체제로 시작되었으며, 요양기관 강제지정제도는 이 저수가체제를 관철시키기 위해 도입되었다. 만일 계약의 자유가 인정되었다면, 정치권력은 일방적 통제와 명령 대신에 합리적 수단에 의존하지 않을 수 없었을 것이며 지금과 같은 극심한 의료체계의 왜곡은 초래하지 않았을 것이다.<sup>24)</sup>

### 나. 요양기관 당연지정제 채택의 결과

우리나라가 보험의료제공자 수급정책과 관련하여 요양기관 당연지정제를 채택함으로써 모든 의료인 또는 의료기관이 국민건강보험의 제도 안에서만 의료활동을 할 수밖에 없고, 모든 국민은 또한 국내에서는 국민건강보험 제도 안에서만 의료서비스를 받을 수밖에 없는 결과를 야기하였다.

따라서, 국가는 국민건강보험제도의 성공적인 정착을 위한 필요한 재원 마련, 요양기관 확보를 위하여 공공의료기관 또는 공공 의료인력을 확보하거

24) , , 2000, 157

나, 사의료기관 또는 의료인이 이러한 제도 안에서 활동하는 것을 선호할 수 있는 제도적 장치를 마련할 아무런 노력을 할 필요 없이 전국민에 대한 동등한 의료서비스의 제공이라는 국민건강보험제도를 실시할 수 있게 되었다.

현재의 의료(보험)법체계는 양질의 의료서비스를 구조적으로 배제하고 불법화하고 있다. 이는 환자의 선택권을 침해하고 최선의 진료를 위한 의료인의 권리와 의무를 침해하고 있다. 보건복지부는 '규격화된 의료의 질'만을 시술하게 하지 않았다고 주장하고 있다. 더 중요한 것은 의료(보험)법체계가 이러한 구조적 모순을 갖고 있음에도 불구하고, 요양기관 강제(당연)지정제도에 의해, 의료보험제도 밖에서 양질의 의료를 제공하거나 구입하는 길이 원천적으로 봉쇄되어 있다는 점이다. 1997년 대형종합병원의 비리를 수사한 검찰은 결과보고서에서 '신기술 도입에 따른 고가의 재료대, 장비사용료 등은 그동안 병원들이 이를 별도로 받을 수 있도록 보건복지부에 계속 건의해 온 점과 양질의 의료서비스 제공 및 의료기술의 발전을 고려하여 (실정법상 불법임에도 불구하고) 수사범위에서 제외하겠다'고 발표한 바 있다. 이는 양질의 의료서비스가 불법화되어 있는 의료현실을 반영한다.<sup>25)</sup>

우리나라의 의료보험제도의 도입 및 시행과정에 비추어 본다면, 이러한 정책의 시행은 국민들의 의료서비스의 욕구수준을 무시한 시대착오적이고, 의료인과 의료기관의 엄청난 차이의 존재라는 현실을 무시한 것이며, 지극히 행정 편의주의적인 발상의 결과이다.

---

25) , 前掲論文, 155

# 제3장 외국의 의료보험제도와 요양기관의 지정제도

1.1.1.1.

## 1. 일본

### 가. 건강보험

가

.26)

1) 피보험자

가)

13

5

가

)

가 ( ) 가

가 ( 14 ).

)

가

가

가 , 가 2

---

26) 厚生統計協會, 國民衛生の 動向, 2000 , 219 .

( 20 , 21 ).

2) 피부양자

( 1 2 ).

), ,

3

3) 보험자

( )

( 22 ).

300

(

700

,

3,000

)

가

( 28 ).

( ,

가

30%).

4) 비용의 부담

8.5%

6.6%-9.1%

).

3.0% - 9.5% ( 71 4).  
가 ( )  
가 4.5%  
( 75 2).<sup>27)</sup>  
16.4% 20% 政令  
13%

**나. 국민건강보험**

가  
( ) 가  
.28)  
1) 보험자 ( )  
가  
300  
가

2) 피보험자

---

27) , 2000 , 115 .  
28) 厚生統計協會, 前掲書, 220 .

가 . ,

- ,

- 가 , ,

가

-

-

- 가

(

)

( )

( ) ,

.

가

### 3) 비용부담

( ), ( ) ,

,

( )

( )

가) ( )

( )

1951

)

가

가

4) 퇴직자 의료제도

가

가

1984

가

10

다. 증세조항

가

가

가

가

가

( 가,

)

라. 선원보험

, 가

가

1

. 보험의료기관

가

.29)

1) 보험의 (건강보험법 제43조의2)

2) 보험의료기관의 지정 (동법 제43조의3)

가

가

6

6

29) , , 1998 , 30 .



3

가

3) 보험의의 등록 (동법 제43조의5)

가

가

4) 보험의료기관 등의 사퇴, 보험의의 등록말소 (동법 제43조의11)

5) 보험의료기관지정의 취소 (동법 제43조의12)

6) 보험의의 등록취소 (동법 제43조의13)

가

**바. 검토**

가

가

가

가

가

## 2. 대만

### 가. 특징

, 가 ( ) 6

, 가 ,  
.30)

, 1 1 ,  
, 6

(29 ) , , 5  
, 6 , 29

, ‘ 가 ’  
, ( 가  
)가 ,

---

30) , , 1998. 6, 90

가  
( 90%  
) 가  
,31)

### 나. 조직

(衛生署)  
6 (22 ) , 6  
( )  
가 ,

### 다. 피보험자의 분류와 보험료 부과경수

#### 1) 피보험자

1998 1 96%가 6  
, 13 가 45 2  
1 44 8  
, 2,283 , 344

31) , 前掲論文, 91

가 .32)

가) 1

(1)

(2)

(3) 가

(4)

) 2

(1) 가

(2)

) 3

(1) , 15

(2) 가 15

) 4

, 가 가

) 5

가

) 6

(1) 가 , 가 가 ,

가

(2) 1 5

2) 보첨료

(29 )

29

---

32)

, , 1998. 6, 11 .

(29 ) 255 , (1 ) 71  
 3.6 .  
 . 4.25%  
 , (5 ) ,33)  
 , , ,  
 6 , 5 , ,  
 , 20  
 29 .

**라. 진료비 심사-지불제도**

가  
 , 90% ( )  
 1998 1 94%, 90%, 97%,  
 85%, 41% ). , 가 (Plastic Surgery)  
 .  
 가 ,  
 가 , , 22  
 .  
 6 ,

---

33) , , 1998.6, 245 .

**마. 보험계정**

1997 38%, 26%,  
 7%, 29% , 32%,  
 67%, 1% . 50%

3.5% , 1995 3.3% 1996  
 2.5%, 1997 2.1% .

**바. 검토**

, 가  
 . 90% ,34)

가

가

, 가  
 .  
 가

, 가

1.1.2.

---

34) , 前掲論文, 96 .

### 1.1.3. 3. 독일

#### 가. 일반적 특징

가 . 가  
(Gesetzliche Krankenversicherung)  
(Krankenkasse)  
1,100 가 . , ,  
, , ,  
, , ,  
(公法人) . 가 90%  
가 가 .<sup>35)</sup>  
45 가 ,  
10%가 가 .  
0.1% 가 ,  
. <sup>36)</sup>

#### 나. 법정 피보험자의 범위

가 .  
, .  
75% .  
가

---

35) / / , , AIKUHC, 1999 , 75 .  
36) . 前掲書, 19 .

가 가 .

,

90%

가 .

, 가 가

가 , 가

가 가 .

, 가

15 60 ,

가 .

,

가 .

,

,

가 14 30 ,

가 .

,

65%

,

**. 가입의무 면제자**

가 가 ,

.

,



가  
가, 가,

**. 의료보험의 계정**

12%가  
가

**마. 의료 공급자**

가  
가  
100%  
51%, 35%, 14%

.37)

### 바. 법정 의료보험의 가입자 및 피보험자 수

			90%가		
			가	1989	3,723
1996	4,069	가	, 1990	7	1
가		1991	1,157	1996	1,014
				1993	5,076
5,083		가	.38)		1996

### 사. 검토

가

10%

가 0.1%

## 4. 프랑스

### 가. 일반적 특성

37) / / , , 77 .

38) Übersicht über das Sozialrecht, Bonn, 1997, 667 .

1) 복잡한 체계

가 . 가  
가 , 가  
.39)

2) 전국 일원화 제도

‘ ;  
, ‘ , ‘  
, ‘ , ‘  
, ‘ , ‘

3) 보충적 제도

가 가 가 . 가  
, 가

나. 피보험자

가 .

---

39) , 前掲書, 69

가

.40)

가

가

99.5%

( , , )

( , , )

, 2000 1

(CMU )

.41)

### 다. 의료 공급자

가

가

DP

가 가

, 1980

3

‘ 2 ’

가

( DP

).

‘ 2 ’

가

‘ 1 ’

가

1993

5

‘ 2 ’

. 1980

40) / , , , 1998 , 137 .

41) , 前掲書, 73 .

.42)

가 1997 가  
 113,530 543 (0.5%) 가  
 가 가

	1980	1985	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
1	38,573	43,337	45,558	46,667	47,592	48,364	49,041	49,627	49,627	50,000
2	3,246	7,657	11,723	11,463	11,171	10,929	10,551	10,336	10,004	9,500
DP	1,683	1,022	510	433	356	270	205	188	156	100
	621	451	3,687	384	400	404	410	420	420	400
	44,123	52,467	58,159	58,947	59,519	59,967	60,207	60,571	60,815	60,000
1	21,575	25,829	28,767	29,796	30,657	31,236	31,759	32,492	32,924	32,500
2	2,237	6,207	16,700	17,008	17,335	17,524	17,770	17,871	17,967	18,000
DP	7,642	5,691	4,100	3,771	3,430	3,115	2,835	2,535	2,238	1,500
	244	146	88	87	91	88	85	77	67	50
	31,698	37,873	49,655	50,662	51,513	51,963	52,379	52,975	53,196	53,000

자료: 외국의 건강보험제도 비교조사, 국민건강보험공단, 2000, p.62.

42)

, 前掲書, 60 .

## 라. 검토

프랑스의 의료보험제도하에도 환자의 의료공급자 선택권이나 의료공급자의 직업수행에 있어서의 자유권 등은 다양하게 보장되고 있다. 우선 보험자와 의사조합의 협약에 의해 진료보수를 결정하는 구조를 띠고 있고, 나아가서 이러한 협약제도에 포섭되지 않는 비협약 의사도 그 수는 적지만 존재한다는 점이다. 그리고 협약의 내에서도 앞에서 서술했듯이 다양한 형태의 협약이 가능하도록 하고 있다. 즉 보통협약의(섹터1)는 협약요금을 준수하도록 요구받고 있는 범위이고, 자유요금협약의(섹터2) 같은 의사들은 진료보수를 자유로이 결정할 수 있도록 한 부류를 두고 있다. 그리하여 환자들에게는 의사의 수준이나 경력 등과 같은 차이에 따라 임의로 더 많은 진료비를 지불하여 그에 걸맞는 진료를 받을 수 있는 통로를 마련해 주었고, 의사들에게도 마찬가지로 환자와의 진료계약에 있어 여러 가지 자유를 부여하도록 하고 있다.

## 5. 미국

### 가. 일반적 특성

#### 1) 과도한 의료비 지출

GDP 1/7

#### 2) 다른 선진국에 비교할 때 의료보험 비수혜자가 많다

( 24%)가  
가 가 16%(4,400 )

가 ,  
가 가  
가  
가  
가

3) 미국이 선진국들 중 공적의료보험제도가 없는 체계를 유지하고 있는  
이유

(AMA),  
가

**나. 메디케어**

가 A  
가 B가 A  
, B 가  
.43)

1) 파트A (병원 보험 또는 강제 보험)

가) :

---

43) , , , 1998, 24 .

, 65

, 65                    2

, 65

,

,

,                    65

)

가

2.9%                    가

2) 파트B (보충적 의료보험 또는 임의보험)

가)                    :                    \$45.50

,                    A

,                    65                    )                    ,                    )

5

)

75%가

25%가 가                    가

3) 메디케어-메니지드 케어 플랜

A,                    B



다. 데디케이드

가 , , 가  
가 , 가  
가 ,  
. 1996 3,612  
.44)

1) 자원

50%,

1

50%

83%

77.22%(1997 )

2) 운영체제

가

가

가

3) 대상자

,

가

44)

, 前掲書, 342 .

( ) 가 ) .

, (SSI) (

) .

#### 4) 메니지드 케어의 이용

가 가

가 . .

가 53.6% .

#### 라. 민간의료보험

가

가

가 , ( )가

가

#### 마. 검토

·  
·

, ,

가

가

가 가

## 6. 영국

### 가. 일반적 특성

가 , NHS(National Health Service)

가

(GP)

1 , GDP

가가 , 가  
가

가 가 ,

### 나. 의료 공급자

1) 일반의 (GP)

가 .  
가 . 93%가 .  
,  
.45)

2) 병원(전문 의) 서비스

가  
1989 NHS (trust) 가  
가 NHS  
가 .  
NHS  
가 NHS  
NHS  
私費 , 1991

. 서비스 적용 대상자

NHS  
6 가

---

45) , 前掲書, 247-254

라. 검토

가  
가  
가  
가  
(independent contractor)  
NHS  
NHS  
가  
NHS Act가  
가  
(46)  
NHS  
NHS  
NHS  
가

---

46) , 前掲論文, 72 .

## 제4장 요양기관 당연지정제의 보건학적 및 헌법적 제문제

### 제1절 요양기관 당연지정제의 보건학적 제문제

#### 1. 요양기관 당연지정제에 따른 구체적 문제제기

의료계는 제도 시행 초기부터 요양기관 당연지정제는 요양기관 지정에 있어서 당사자인 의료인의 자율성 내지 자유의지를 인정하지 않고 있다는 것을 지적하였다. 다시 말해서 요양기관 지정제는 의료행위에 대하여 일률적인 법적 통제수가의 적용을 의미하는 바 이보다는 시장경제원칙에 입각한 수가의 자율화가 바람직하다는 점이다. 뿐만 아니라 보험자가 개별 의료기관을 선정하여 지정할 경우에는 그 선정기준이 모호해서 情實지정으로 호를 가능성이 크며 종국적으로는 보험자에 의한 의료기관의 종속이 불가피하다는 주장이다.

그리고 우리나라와 같이 의료기관이 지역적으로 균등하게 분포되어 있지 않은 상황에서 지정제를 강화하면 그 피해는 의료 이용자인 일반 국민들에게 귀착될 수밖에 없다는 주장이다.

또한, 현행 요양기관 당연지정제도는 다음과 같은 현실적 문제점을 검토하여 보아도 더 이상 유지되어서는 안 될 것이다. 그렇지 아니하는 경우 우리의 의료수준을 전반적으로 낙후시키고 퇴보화시키며, 의료인의 질적 향상을 포기하게 하여 비록 저수가정책이 아니라고 하더라도 의료서비스의 하향평준화를 막을 방법이 없다.

#### 2. 인적, 물적 의료수준의 다양성 반영

우선, 의료서비스는 무엇보다도 이를 제공하는 의료인의 능력, 의료시설의 정도에 따라 다양한 수준 차이가 있다. 그러나, 현행 건강보험제도하에서는 이러한 인적, 물적 수준의 차이를 의료서비스의 대가에 반영할 방법이 없다. 명백한 질적 차이에도 불구하고 그 다양성이 전혀 반영되지 아니하여 그 대가가 동일하다면, 전체적인 의료서비스의 수준은 하향평준화의 경향을 보일 수밖에 없을 것이다. 따라서 현행 의료보험제도는 전국민에게 균등한 급여와 질적 의료서비스에 대한 균등한 접근도의 보장을 달성할 수 없고 조합방식체계는 구조적 모순으로 인한 취약 적자조합발생이 불가피하고 따라서 적자해결에 급급하여 본래의 목적인 곤란한 계층에 대한 의료서비스 보장은 뒷전으로 밀리는 목적전도 현상이 발생한다.<sup>47)</sup>

국민건강보험법은 국민개보험을 실현하여 모든 국민을 의료서비스로부터 소외당하지 않도록 하자는 데 그 목적이 있는 것이지, 모든 국민이 동질의 의료서비스를 받아야만 한다는 데에 있지 않다.

### 3. 이중적 구조의 수용가능성

모든 국민에게 의료서비스를 접근할 수 있도록 하기 위한 법의 강제에 의한 국민건강보험은 그 목표를 의료서비스로부터 소외되는 계층이 발생하지 않도록 하는데 두어야 할 것이며, 이러한 경우 의료서비스에 건강보험에 의하여 보장되는 부분과 그 이외 부분으로의 양분화는 필연적이라 할 것이다. 따라서, 국민건강보험법에 의한 의료서비스의 보장은 기본적 의료서비스에 대한 부분이어야 할 것이고, 그 나머지 부분은 의료서비스의 공급자와 수요자 사이의 자율적인 선택에 맡겨 두어야 할 것이다.

예컨대, 자동차보험에서의 책임보험과 종합보험의 이중구조, 연금에서의 국민연금(공보험)과 이를 초과하는 부분에 대한 사보험회사와의 계약에 의한 사보험의 존재는 좋은 본보기가 된다.

47) , , 1998, 106

현재의 제도하에서는 전국민의 건강보험의 틀 안에서만 진료를 받게 되어 저수가에 의한 의료서비스의 질의 퇴보, 보험급여 부분 확대에 의한 불필요한 진료요구의 확산, 보험제정의 압박요인이 될 수 있음은 당연하다.

이러한 현상 하에서는 의료보험에 의한 의료서비스와 보험 이외의 개인적 부담에 의한 의료서비스의 이중 구조가 존재하는 것을 수용할 필요가 있다.

#### 4. 국민정서

의료서비스의 차별화가 국민정서에 반한다는 우려의 목소리가 있다. 그러나, 실제 대다수의 국민은 의료서비스의 질적 차이가 존재한다는 사실을 받아들이고 있으며 의료보다도 본질적이라고 할 수 있는 의식주 등에 있어서 사회적인 격차도 모두 수용하고 있다.<sup>48)</sup>

국민정서는 평등한 의료수준보다는 기본적인 의료혜택의 불안으로부터의 해방, 응급진료의 확보이다. 이 부분에 관하여서는 국민의 욕구에 대한 정확한 분석이 필요하다. 대다수의 의료소비자들로서는 현실적으로 존재할 수밖에 없는 격차를 인위적으로 평등화하는 것이 오히려 수용하기 어렵다. 현행 제도하에서는 진료대기 기간의 단축을 위한 청탁, 의료비용의 해외유출, 우수한 의료인의 해외 정착, 의료선진화에 대한 장애 등 오히려 부정적 요소가 존재하는 현실을 명백히 인식하고 있으며, 경제적인 문제로 의료혜택에 대한 불안을 가지고 있는 국민들도 있지만, 저수가정책에 의한 현행 의료기관의 서비스 수준에 대하여 불만을 가진 국민들도 적지 않다. 이들에 대하여 스스로의 비용부담으로 서비스의 수준과 범위를 선택할 수 있는 기회를 제공할 수 있어야 할 것이다.

#### 5. 의료비용의 해외유출

---

48) , , ( ),



현실적으로 고소득자들은 해외 진료를 선택하는 경향이 많아 IMF의 여파가 남아있던 1999년의 경우에도 최소 1만여 명이 미국에서 진료를 받고 1조 원 정도를 썼을 것이라고 추정되고 있다.<sup>49)</sup> 그 이유가 의료수준의 불가피한 차이 때문인지, 만약 그렇다면 의료수준의 향상을 위한 의료기관의 재원 마련의 필요성은 없는지를 검토하여야 할 때가 된 것이라고 할 것이다. 한편, 의료수준의 차이가 그 원인이 아니라면, 고액의 진료비를 감수하고라도 해외에서의 진료를 선택하는 이유를 찾아 해결하도록 하여야 할 것이다.

또한, 의료분야의 세계적 전문가가 국내에서 의료활동을 하는 경우 그 수준에 상당한 보수를 받으면서 연구활동 및 후진을 양성할 수 있는 기회를 제공할 때가 된 것이며, 현실적으로 존재하는 사회적 격차에 부응하는 의료서비스를 제공하여 고액의 진료비를 국내에서 의료발전에 재투자할 때가 된 것이라고 할 것이다.

## 6. 의료문화 발전을 위한 고려

1. 현재 우리의 의료체계는 모든 의료인을 공적 의료체계로 흡수하는 것으로, 필연적으로 재정적·기술적 한계를 가지고 있다. 서구의 현대의학은 현대 과학의 다양한 성과들을 강력하게 흡인하여 질적 차원에서 매우 정교하고 우수한 의료기술이 급격하게 발달하였으나, 이러한 의료기술의 제공을 위해서는 많은 비용이 투입되어야 한다. 국가의 경제력이 월등하고 사회보장을 위해 많은 재원을 투입하는 서구의 사회 민주주의 국가에서조차 모든 국민에게 현대의 의료기술을 완전하게 제공하지 못하고 있다. 이러한 재정적 한계 때문에 공적 의료체계는 모든 국민에게 기본적인/필수적인/보편적인 의료서비스를 보장하는 것을 일차적 목적으로 할 수밖에 없다.

2. 그리하여 첫째, 공적 의료체계의 재정적 한계는 공적 의료체계의 의료기술

---

49) , 2000 8 4

적 한계를 야기한다. 즉, 공적 의료체계는 재정적 한계 안에서 모든 국민에게 필요한 의료서비스를 제공하는 것을 일차적 목적으로 하기 때문에 양질의 의료 기술, 최신 의료기술의 발전을 도모하기 어렵다. 때문에, 양질의 의료기술, 최신 의료기술은 사적 의료체계에서 발전할 가능성이 더 높다. 중요한 것은 이러한 양질의 의료기술, 최신 의료기술의 발전의 혜택이 부유한 사람들에게만 돌아가는 것이 아니라는 점이다. 많은 의료기술이 처음 개발될 때에는 값비싼 의료기술이었으나, 값이 내려가고 보편화되어 오늘날 많은 사람들의 생명을 보존하는 보편적인 의료기술로 바뀌어 왔다.

3. 둘째, 공적 의료체계는 경쟁을 통한 의료서비스의 발전을 기대하기 어렵다. 영국에서 NHS는 경쟁의 압력이 적은 거대한 국가 의료보장기구이기 때문에, 관리의 경직화, 선택의 여지가 적은 의료서비스, 효율향상에 대한 자극결핍 등의 많은 문제점을 지적 받아 왔다. 1983년의 한 조사에 의하면, 영국민들은 NHS에서 정관절단수술(vasectomy)을 받으려면 2년을, 편도선절제수술(tonsillectomy)을 받으려면 1년 6개월을 기다리고 있으며, 1997년 12월 현재 NHS를 통해 입원치료를 받으려고 대기하고 있는 환자의 수는 무려 1백2십6만 명에 달한다고 한다. 우리나라의 경우도 이러한 현상이 일부 나타나고 있다. 영국에서는 이를 극복하기 위해 NHS 안에 내부시장(internal market)이라는 경쟁적 기전을 도입하여 효율성 향상을 도모하고자 노력한 바 있다. 그러나, 영국의 NHS의 긴 치료대기행렬(waiting list)에 대한 비관적 인식과 개혁에의 자극은 주로 사적 의료체계에 대한 비교에서 나오고 있다. 최근 블레어 정부는 일정기간 수술을 기다리다 연기가 된 환자는 NHS가 비용을 부담하고 민간병원에서 수술을 받을 수 있게 하는 개혁정책을 내놓기도 하였다.

4. 셋째, 공적 의료체계는 국민의 집단적 요구와 관료적 통제 속에서 규제가 지속적으로 강화되는 특징을 갖고 있다. 적은 보험료로 양질의 의료서비스를 요구하는 국민의 요구 앞에서 정치권력은 일반적으로 보험료의 인상보다는 개정을 효율적으로 관리하겠다는 약속을 하게 된다. 그리고 행정관료들은 정치권력의 요구에 따라 규제를 강화하는데, 행정관료 시스템이 정치권력에 종속되어

있을수록 관료적 통제는 과도하고 비합리적인 규제로 이어진다. 이러한 현상은 '재정 환상(fiscal illusion)'이라는 개념으로 설명할 수 있다. 즉, 이탈리아의 재정 학자인 풀비니(Pulvini)는 정치가들이 납세자가 부담한 세액보다 정부로부터 더 큰 혜택을 받았다고 느끼게 유도하는 현상을 '재정 환상'이라고 표현하였고, 독 재정권일수록 더 강한 재정 환상을 창출한다고 이야기하고 있다. 공적 의료체계의 운용에서도 정치권력은 재정 환상을 창출하고자 노력하며, 그 중요한 수단은 관료적 통제라고 할 수 있다.

b. 결국 이러한 여건 하에서는 고급 의료문화, 양질의 의료서비스, 의료기술의 선진화 및 첨단화를 위한 노력을 기대한다는 것은 요원하다고 볼 수밖에 없다.

## 제2절 요양기관 당연지정제의 헌법적 제문제

### 1. 서

요양기관 지정취소와 관련된 의료보험법 제32조가 위헌판결을 받게 됨에 따라 국민건강보험법에서는 요양기관 지정취소의 법규가 삭제되었다. 또한 국민건강보험법에는 '요양기관의 지정'이라는 용어도 찾을 수 없다. 그러나 동법 제40조 제1항에는 '요양급여는 다음 각 호의 요양기관에서 행한다.'라고 규정하고 의료기관, 약국, 보건소·보건의료원 및 보건지소, 보건진료소를 들고 있으며 동법 제4항은 '요양기관은 정당한 이유없이 요양급여를 거부하지 못한다.'라고 규정하고 있다. 이러한 국민건강보험법의 규정은 의료법에 의한 의료기관과 의료보험법에 의한 요양기관을 분명히 구분하던 과거와 달리 이 둘을 구분하지 않음으로써 '요양기관 강제지정'보다 한 걸음 더 나아가 '의료의 사회화'를 추구하고 있는 것으로 판단된다. 그러나 공무원이 아닌 의료인과 그 사적재산을 사회보험인 '의료보험'에 강제로 동원하고 있다는 점에서 이는 분명 기본권의 제한이라고 할 수 있으며 그 정당성에 대한 헌법적 검토<sup>50)</sup>가 필요하다.<sup>51)</sup>

그럼에도 불구하고 위 문제조문에 관한 헌법소원사건의 답변 의견서에서 보건복지부는 다음과 같이 주장하고 있다. 즉, 우리 헌법상의 '인간다운 생활을 할 권리'를 보장하기 위하여, 정부는 사회보장기본법을 통해 건강한 생활을 할 수 있는 의료보장과 최저생활을 영위할 수 있는 소득보장을 추구하고 있으며, 여기서 국민건강보험법은 전국민이 의료보험의 혜택을 받도록 하기 위하여 보험급여에 소요되는 최소한의 재정확보와 보험급여 중 가장 중요한 요양급여를 행할 수 있는 의료기관이나 약국을 확보하는 것이 절대적으로 필요하기 때문에 당연지정제를 마련한 것이다. 따라서 모든 의료기관을 요양기관으로 묶는 당연지정제는 의료기관에 대한 제한임은 인정하나, 국민의 인간다운 생활을 할 수 있는 권리를 보호하기 위한 사회보장증진 및 노력의무를 수행하기 위한 목적하에서(목적의 정당성), 민간의료에 대부분인 우리나라에서는 의료공급자인 의료기관의 참여없이 국민건강보험제도를 수행할 수 없으므로 법률에 의하여 의료기관들을 당연 요양기관으로 편입한 것이며(방법의 적절성), 우리나라의 국민건강보험 가입자는 전국민의 95%를 상회하므로 의료기관으로서 국민건강보험제도의 요양기관으로 편입되는 것이 오히려 유리하다는 점(피해의 최소성), 그리고 의료기관의 자유와 권리를 제한함으로써 국민전체가 의로서비스를 안정적이고 비교적 저렴하게 받을 수 있으므로 인간다운생활 및 행복추구권의 권리를 향유하게 하는 점(법익의 균형성)에서 볼 때, 의료기관의 헌법상 보장된 자유와 권리의 제한은 헌법에서 허용하고 있는 제한의 범위를 일탈하지 않은 합헌적인 것이라는 것이다.

50) 가가  
가 가 가  
가  
National Health Service  
가

51) / / , 前提論文, 34-35

이러한 보건복지부의 주장이 아니더라도 국가는 헌법상 보장된 국민의 기본권, 즉 보건의료에 관한 국민의 기본권을 보장하기 위하여 공공의료기관과 공공의료인력을 확보하기 위한 제반조치를 취하는 것이 당연하다. 즉, 국가는 국민건강보험법상의 요양기관을 확보하여 국민을 질병으로부터 해방시켜주도록 노력하여야 한다. 다만, 국가는 보건에 관한 국민의 권리를 보장하기 위한 의무를 이행하기 위한 수단을 강구함에 있어서도 국민의 권리가 침해되지 않도록 하여야 한다. 따라서 이 사건의 쟁점은 모든 의료기관에 대한 요양기관 당연지정제가 의료인과 의료기관들이 주장하는 기본권을 침해하는 것인가 아니면, 국가의 국민보건향상을 위하여 불가피한 합헌적인 제한에 불과한 것인가의 문제이다. 그 가운데서도 요양기관 당연지정제가 아니면 요양기관의 확보가 불가능한가를 중심으로 최소침해의 원칙이 지켜지고 있는가를 평가하는 것이 요구된다. 이하에서는 그 구체적인 기본권 침해여부와 관련하여 살펴보고자 한다.

## 2. 기본권제한의 일반이론

### 가. 기본권 제한의 의의

근대입헌주의적 헌법은 인간의 존엄과 기본적 인권의 불가침성을 선언한다. 그 이유는 개인주의와 자유주의 사상에 근거하여 무제한의 가능성과 최대한의 존중이 인정되고 각 개인의 생활영역에 대하여 국가나 공공단체의 공권력이 규제할 수 없다는 사고에서 유래되었다고 볼 수 있다.

하지만 현대국가의 헌법은 기본권의 제한과 한계에 관하여 명시적으로 규정하는 것이 일반적이다. 이는 기본권보장이 아무리 완전한 것이라 해도 개인의 권리나 자유, 사회공공의 이익을 무시하면서까지 무제한으로 보장할 수 없다는 이유이다. 따라서 개인의 인권은 사회 전체와 관련해서 향유되어야 하며 개인 상호간에 조화적으로 실현될 필요가 있는 것이다.<sup>52)</sup>

우리 헌법은 제10조에서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 기본권보장의 원칙으로 선언하고 나아가 제37조 1항에서는 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”는 포괄적 선언을 하고 있음과 아울러 헌법 제37조 2항에서는 “국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해서 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있다.”라고 규정하여 국가의 기본권보장의 한계를 설정하고 있다.

그러나 위와 같은 제한 규정도 기본권보장을 위한 원칙이지 제한을 위한 원칙은 아니다. 따라서 제한규정을 엄격히 해석해야 한다고 할 때 기본권보장은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 존중하면서 동시에 사회연대성을 반영하는 안 된다. 그러한 의미에서 기본권도 절대적인 것도 아니고 헌법 내적인 또는 명시적인 제한을 받지 않을 수 없다. 그 중에서 명시적인 제한에는 헌법 직접적 제한과 법률에 의한 제한, 즉 법률유보에 의한 제한이 있는 바 법률유보가 기본권제한에 있어서 가장 중요한 제한의 유형이다. 기본권의 헌법규정에 법률유보조항을 첨가함으로써 기본권의 범위와 한계를 개별적으로 확정하는 것을 입법자에게 위임하는 경우를 법률유보라고 한다.<sup>52)</sup>

민주국가에서는 기본권의 향유가 무제한임을 원칙으로 하는 까닭에 민주국가 헌법에서의 법률유보는 ‘입법권으로부터의 기본권보장’과 ‘입법권에 의한 기본권의 보장’이라는 이중적인 의미를 가진다. 따라서 민주국가에서는 질서유지나 공공복리 등을 이유로 기본권을 제한할 필요가 있는 경우에도 헌법이 지향하는 기본권 불가침과 기본권 존중의 이념에 비추어 법률유보도 반드시 헌법이 명시한 목적을 위하여 그리고 헌법이 명시한 방법에 따라서만 기본권을 제한할 수 있는 것으로 이해된다. 그러한 의미에서 민주국가 헌법

52) 김대중, 『헌법학』, 서울: 법문사, 1997, 372쪽, 김대중, 『헌법학』, 서울: 법문사, 2000, 21

53) 김대중, 『헌법학』, 서울: 법문사, (1999), 298

에서의 법률유보(헌법 제37조 2항)는 기본권 제한에 관한 헌법사의 근거와 그 제한의 기준 및 정도와 그 제한의 한계를 헌법의 차원에서 명시한 것으로 보아야 한다.<sup>54)</sup>

## 나. 기본권제한의 한계

### 1) 목적상의 한계(기본권제한의 목적)

헌법 제37조 2항에서 규정한 바대로 기본권 제한의 목적은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리이다. 하지만 국가안전보장, 질서유지, 공공복리가 구체적으로 무엇을 의미하는 지가 문제가 된다. 따라서 그 개념의 명확한 해석을 통하여 기본권의 자의적 제한의 남용을 막을 수 있을 것이다.

#### 가) 국가안전보장을 위한 기본권의 제한

국가안전보장이란 개념규정에 관하여 학설이 나뉘고 있지만 헌법재판소는 국가안전보장의 개념을 국가의 독립과 영토의 보전, 헌법과 법률의 규범력과 헌법기관의 유지, 국가적 안보의 확보를 말한다고 판시하고 있다.<sup>55)</sup> 그러나 국가안전보장을 위한 기본권의 제한이라 하더라도 그것은 소극적인 목적을 위해서만 제한할 수 있고 국가질서유지를 위하여 필요불가결한 경우에 한한다고 보아야 할 것이다.<sup>56)</sup>

#### 나) 질서유지를 위한 기본권 제한

질서유지는 헌법의 기본질서 이외에 타인의 권리존중, 도덕질서, 사회공공질서 등이 포함되어야 할 것이고 이러한 질서유지를 위하여 기본권을 제한하는 경우에는 소극적인 질서유지를 위하여 제한되어야 하며, 적극적인 복리증진을 위해서는 제한할 수 없다고 보아야 한다.

#### 다) 공공복리를 위한 기본권 제한

54) , , 1995, 240-241

55) 憲裁決 1990. 4. 2. 89 가113

56) , 前掲論文, 37

자유국가로부터 복지국가로 지향하고 있는 오늘날에 있어서는 개인의 기본적 인권을 제한함으로써 얻어지는 사회적인 이익과 제한하지 않음으로써 유지되는 개인의 이익을 비교교량하여 전자의 가치가 클 경우에 이를 공공복리라 할 수 있다. 그러나 공공복리를 위한 기본권의 제한은 적극적인 복지향상을 위한 것이기는 하나 가능한 한 제한적으로 해석하여야 한다.

## 2) 형식상의 한계(기본권 제한의 형식)

헌법 제37조 제2항 전단에 의거한 기본권 제한은 원칙적으로 법률의 형식으로만 가능하다. 이 때의 법률이란 국회에서 제정한 형식적인 법률을 말한다.<sup>57)</sup> 법률에 의해서 기본권을 제한하도록 한 것은 법률에 의해서면 기본권을 얼마든지 제한할 수 있다는 뜻이 아니고 기본권을 제한하려면 적어도 입법권자가 적법 절차에 따라 제정하는 법률에 의하거나 법률에 근거가 있어야 한다는 것이다. 헌법재판소도 입법권자가 국민의 기본권제한의 본질적인 사항은 스스로 정해야 한다고 판시한 바 있다.<sup>58)</sup>

법률은 국민의 일반의사의 표현이다, 일반의사의 표현인 법률으로써는 국민의 기본권을 제한할 수 있다고 본 것은 자기구속의 이론에 근거한 것이다. 따라서 기본권의 제한은 직접 법률에 의해서나 법률에 근거한 법규명령이나 행정행위에 의해서만 가능하며 형식적 법률 이외의 법규범, 즉 법률의 근거나 위임이 없는 명령이나 조례 등에 의한 제한은 불가능하다.

## 3) 내용상의 한계(기본권의 본질적 내용의 침해금지)

헌법 제37조 2항 후단에서 “기본권을 법률으로써 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다” 라고 규정하고 있다. 여기서 본질적인 내용이라 함은 당해 기본권의 핵이 되고 있는 실체를 말하고, 본질적인 내용의 침해라 함은 그 침해로 말미암아 당해 자유와 권리가 유명무실한 것

57) , , 1985, 92

58) 憲裁決 1999. 5. 27. 98 70



이 되어 버리는 정도의 침해를 말한다. 기본권의 본질적인 내용은 개별 기본권마다 다를 수 있기 때문에 어느 정도의 침해가 본질적인 내용에 대한 침해인가는 각 기본권의 내용 중에서 그 핵이 되는 실체가 어떤 것인가에 따라 결정될 것이다.

#### 4) 방법상의 한계(기본권 제한법률의 합헌성판단기준)

##### 가) 과잉금지의 원칙

기본권의 제한은 '필요한 경우<sup>59)</sup>'에 한하여 그 제한이 불가피한 경우에만 허용되며, 제한을 하는 경우에도 그 정도는 '최소한의 제한'에 국한되어야 한다는 것을 말한다. 헌법재판소는 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙의 헌법상 근거를 구체적으로는 헌법 제37조 제2항에서 찾고 있으며 전체적으로는 헌법의 기본 정신에서 구하고 있다. 과잉금지의 판단 원칙으로 입법목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이라는 부분 원칙을 제시하고 있으며 기본권 제한입법이 위 4가지 중 어느 하나라도 충족하지 못할 경우 위헌으로 보고 있다. 또한 헌법재판소는 최소침해원칙과 관련하여 "완화된 수단이 있다고 하더라도 선택된 제한조치가 입법목적달성에 유효적절한 수단이 있는 경우 제한조치가 현저하게 불합리하거나 불공정하지 않은 한 완화된 수단이 있다는 것만 가지고 최소침해의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다." 라고 판시한 바 있다.<sup>60)</sup>

##### 나) 이중기준의 원칙<sup>61)</sup>

59) 37 2 가 . .  
 가 , 가 가  
 , ,  
 . 가

( (2000), 313 )

60) 憲裁決 1996. 4. 25. 95 331

61) United States v. Carolene Products Co. (1938) Stone 가  
 , ' 가

정신적 자유는 경제적 자유보다 우월하여 예외적으로 제한되는 경우에도 그 규제입법의 합헌성 심사에 있어서 경제적 자유보다 더 엄격하게 하지 않으면 안 된다는 원칙을 말한다. 따라서 표현의 자유의 규제에 있어서는 사전억제의 금지, 규제사유에 대한 명확성의 요구, 명확하고 현존하는 위협의 법리 등 엄격한 요건을 요구하는 데 대하여, 경제적 기본권은 합리적 사유만 있으면 충분한 것으로 본다.

#### 다) 과소보호금지의 원칙

##### (1) 의 의

기본권은 그 객관적 가치질서성으로 인해(이중성) 국가에게 그에 의하여 보호되는 법익을 효과적으로 보호하여야 할 의무를 부과한다. 국가의 보호조치는 법익 보호를 위하여 적합하고, 효과적이며, 수인할 수 있는 것이어야 한다. 국가, 특히 입법자는 보호의무의 이행과 관련하여 광범위한 형성의 자유를 가지나, 그 보호의무의 이행의 정도와 관련하여 헌법이 요구하는 최저한의 보호수준을 하회하여서는 아니된다는 의미에서 과소보호금지의 원칙을 준수하여야 한다.

##### (2) 과잉금지원칙과의 관계

과잉금지원칙은 기본권제한시에 문제되는 것으로 법률내재적인 목적-수단의 관계를 통제함으로써 불필요한 기본권제한을 배제하고자 하는 데 비하여, 헌법적 위임으로서의 기본권 보호의무, 그 이행에 관한 통제기준으로서의 과소보호금지의 원칙은 목표만을 제시하고 있을 뿐 목표 달성을 위하여 투입하여야 할 수단의 선택을 보통 입법자의 결정에 맡기고 있다. 그러므로, 입법자

가

가 . ( , )

前掲書, 322 )

가 설정한 목적을 기준으로 삼는 과잉금지 원칙의 요소인 “필요성” 내지 “최소침해의 원칙”은 헌법에 제시된 목표를 기준으로 삼는 과소보호금지 원칙의 “필요한 보호수준”에 대하여 아무런 정보를 제공하지 아니한다.

### 3. 국민건강보험법 제40조와 관련된 헌법상의 기본권

#### 가. 행복추구권

##### 1) 개설

##### 가) 행복추구권의 내용

행복추구권은 포괄적 권리의 성격을 지니므로 그 구체적 내용을 확정짓기 곤란하며, 학자들마다 그 포섭범위가 조금씩 달라 일률적으로 논의하기는 곤란하다.

##### (1) 일반적 행동자유권(계약의 자유)

일반적 행동자유권에는 적극적으로 자유롭게 행동하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유 즉 부작위의 자유도 포함되는 것으로, 법률행위의 영역에 있어서는 계약을 체결할 것인가의 여부, 체결한다면 어떠한 내용의, 어떠한 상대방과의 관계에서, 어떠한 방식으로 계약을 체결하느냐 하는 것도 당사자 자신이 자기의사로 결정하는 자유뿐만 아니라 원치 않으면 계약을 체결하지 않을 자유, 즉 원치 않는 계약의 체결은 법이나 국가에 의하여 강제받지 않을 자유인 이른바 ‘계약자유 원칙’도 여기의 일반적 행동자유권으로부터 파생되는 것이라 할 것이다.<sup>62)</sup>

##### (2) 소비자의 자기결정권

소비자의 행복추구권에서 파생되는 자기결정권도 일반적 행동자유권의 내용에 포함된다.<sup>63)</sup>

62) 憲裁決 1991. 6. 3. 89 204

63) 憲裁決 1996. 12. 26. 96 가18

### (3) 평화적 생존권

평화보장이 정치권력 정당성의 이념적 전제일 뿐 아니라 인권보호의 기초임을 인식하면서, 국민각자가 평화로운 상태에서 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 것을 가능케 하는 기초적 권리이다.<sup>64)</sup> 평화적 생존권의 명문규정은 없으나 우리 헌법 전문, 제4조, 제5조 제1항, 제6조, 제10조 등이 그 근거로 될 수 있다.

#### 나) 행복추구권의 제한과 한계

헌법재판소는 행복추구권도 무제한·절대적인 기본권이 아니고 공동체의 이익이라는 유보 하에서만 보장되는 내재적 한계가 있는 것으로 판시<sup>65)</sup>하고 있으며 “행복추구권 속에 함축된 일반적 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권은 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리에 반하지 않는 한 입법 기타 국정상 최대의 존중을 필요로 하는 것이라 볼 것<sup>66)</sup>” 이지만, 다른 기본권과 마찬가지로 그 본질적인 내용을 침해하지 않는 한 “헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위해서는 제한될 수 있다<sup>67)</sup>” 라고 판시하여 행복추구권도 자유권적 기본권제한의 일반적인 예에 따라 제한가능한 것으로 보고 있다.

#### 2) 헌법 제10조의 행복추구권 위반에 대한 검토<sup>68)</sup>

요양기관 당연지정제가 헌법 제10조의 행복추구권 침해와 관련하여 의료인 또는 의료기관이 헌법재판을 청구하기 위한 자기관련성이 없어 부적법 각하될 수 있다 다만 여기에서는 국민전체의 행복추구권 침해와 관련하여 검토하여 볼 가치가 있다. 이러한 관점에서 살펴보면 오늘날 의료행위의 제공을

64) , (1998), 333

65) 憲裁決 1995. 7. 21. 94 125

66) 憲裁決 1991. 6. 3. 89 가204

67) 憲裁決 1998. 5. 28. 96 83

68) 40 가

가

가 .

의료서비스라고 하여 서비스업으로 분류하고 있다. 서비스라고 함은 그 내용에 따라 또는 소비자의 만족도에 따라 그 비용도 달라질 수밖에 없고, 소비자 역시 다양한 선택의 폭을 가지기를 원한다. 이것은 소비자의 자기결정권으로 헌법상의 행복추구권의 한 발현이라고 보아야 할 것이다. 같은 것은 같게 취급받아야 하지만, 같지 않은 것 역시 같지 않게 취급받도록 하는 평등의 규범적 의미에 입각하여 서비스를 제공하는 의료인 및 의료기관은 의료소비자와의 상호작용 속에서 다양한 의료서비스의 내용에 따라 그에 따른 보수체계 역시 다양한 선택의 폭으로 주어져야 할 것이다.

현행 건강보험제도하에서 의료소비자는 건강보험제도의 틀 안에서만 의료서비스를 받을 수 있다. 그러나, 이러한 획일적인 의료서비스의 제공이 다양한 의료소비자의 욕구를 충족시킬 수 없음은 당연하다.

소비자의 행복추구권과 관련하여서는 먹는 샘물에 관한 다음 대법원의 판결<sup>69)</sup>에서 판시하는 바가 의료서비스의 경우에도 그대로 적용될 수 있다. 즉, 대법원은 '보존음료수의 국내 판매를 금지함으로써 잠재적인 판매시장의 거의 대부분을 폐쇄한다는 것은 영업의 자유에 대한 중대한 제한이고, 영업의 자유를 제한하는 내용에 있어서도 국내 판매를 완전히 금지하여 어느 경우에도 예외를 인정하지 않고 있으므로, 그 제한의 정도가 절대적인 것이어서 직업의 자유를 심하게 제한하고 있다.'고 하면서 아울러 '인간이 자신이 먹고 싶은 음식이나, 마시고 싶은 음료수를 자유롭게 선택할 수 있다고 하는 것은 인간으로서의 행복을 추구하기 위한 가장 기본적인 수단의 하나로서 행복추구권의 중요한 내용을 이루고 있는바, 수돗물에 대한 국민의 불안감을 방지한다는 공공의 목적과 보존음료수의 국내 판매를 금지함으로 인하여 국민의 행복추구권이 제한되는 결과를 비교하여 본다면, 행복추구권이 제한되거나 침해됨으로 말미암아 국민이 입게 되는 손실이 더 크다고 할 것이므로 보존음료수의 국내 판매를 금지하는 것은 허용될 수 없다.'고 판시하여, '보존음료수 제조업의 허가를 받은 제조업자들이 보존음료수를 내국인에게 판매하지

69) 大判 1995. 11. 14. 92 496

못하도록 금지하고 있는 것은 헌법상 보장된 직업의 자유와 국민의 행복추구권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반되어 무효'라고 판단하고 있다.

## 나. 평등권

### 1) 개설

#### 가) 평등권의 내용

헌법상의 평등권은 모든 국민에게 여러 생활영역에서 균등한 기회를 보장해 주는 것을 그 내용으로 하고 있다. 이와 같이 평등권은 기회균등을 그 내용으로 하고 있기 때문에 기회균등의 요청에 반하는 어떠한 자의적인 공권력의 발동도 용납되지 않는다.

평등권은 모든 생활영역에서 차별대우를 금지하기 때문에 그 평등의 의미를 산술적 의미의 절대적인 평등으로 해석할 수도 있지만, 평등의 규범적 의미를 배분적 정의에 입각한 상대적 평등 즉, "같은 것은 같게, 같지 않은 것은 같지 않게" 라고 해석하고 있는 것이 학자들 간에 이견 없이 받아들여지고 있다. 따라서 평등권은 국가권력이 입법·행정·사법의 모든 분야에서 "같은 것은 같게, 같지 않은 것은 같지 않게" 처리함으로써 실현할 수 있다. 이러한 평등권은 모든 사회적, 경제적 영역에서 실현되며, 이는 의료제공체계영역에서도 예외 없이 적용될 것이 요구된다.

#### 나) 평등권의 제한과 한계

형식논리적으로 따진다면 평등권도 기본권인만큼 다른 기본권과 마찬가지로 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위해서 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다. 그러나 평등권은 기본권 실현의 방법적 기초로서의 성격과 기능을 갖기 때문에 그 제한의 의미와 효과가 다른 기본권에서와는 다르다. 따라서 평등권을 법률로써 제한하는 경우에는 다각적인 검토와 고려가 선행되어야 한다.<sup>70)</sup>

---

70) , , 2000,

평등권은 모든 국민에게 균등한 기회를 보장해 주는 것을 그 내용으로 하며, 따라서 기회균등에 반하는 자의적인 공권력의 행사를 금지한다. 헌법재판소도 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권을 본질적으로 침해한 것이라고 한다.<sup>71)</sup>

## 2) 헌법 제11조 평등권 위반에 대한 검토

국민건강보험법 제 40조 제1항에 의하면, 의료법에 의하여 개설된 의료기관은 모두 요양기관에 해당하며, 요양급여는 요양기관에서 행한다고 규정하고 있다. 그리고, 제40조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 요양기관은 정당한 이유 없이 요양급여를 거부하지 못한다고 규정하고 있고(제40조 제4항), 이에 위반하는 경우에는 형사처벌 하도록 규정하고(제96조) 있다.

국민건강보험법상에 정해져 있는 요양급여는 그 방법·절차범위·상한 등의 기준이 보건복지부령으로 정하게 되어있어서 결국은 요양기관으로 지정된 의료기관은 국가가 정하는 기준에 따라 일률적으로 동일한 의로서비스를 제공하고, 동일한 대우를 받게 되어 있다. 의료법에 정해져 있는 의료기관이라 함은 그 기관을 개설한 주체가 누구인지에 따라 각기 다르며, 기본적인 개설기준이 있겠지만 그에 종사하는 전문인력의 수와 능력, 시설규모 및 시설내용에 따라 그 차이가 다양하다. 각각의 다양한 시설규모와 내용 및 다양한 경력과 능력의 전문인력에 의해 운영되고 있는 의료기관으로 하여금 국가가 정하는 범위의 요양급여를 정당한 이유 없이 거부하지 못하는 요양기관이 되어야 하고, 이에 따라 국가가 정해놓은 요양급여의 보수를 받아야 한다는 규정이 바로 국민건강보험법 제40조의 규정이다.

합리적 차별이라는 관점에서 각각의 다양성에 따라 달리 취급받을 수 있도록 선택의 기회를 보장해주는 것이 필요하며 “같지 않은 것은 같지 않게” 처리하여 실현하는 것이 보장되어야 한다. 따라서 의료법에 의해서 개설된

의료기관 중에서도 자율적인 의사에 따라 국민건강보험법의 요양기관으로 지정받아서 요양급여를 행할지 여부에 대한 선택의 기회를 제공받도록 처리하는 것이 필요하다.

국민건강보험법은 사경제주체인 의료기관과 공공의 의료서비스를 제공하기 위하여 설립된 국공립의료기관의 경우 그 법적 지위가 다르고 국가나 공공기관의 지원여부에 있어서 서로 다름에도 불구하고 동일하게 처리되는 점에서 평등권 침해의 문제가 제기된다.

국민건강보험법 제40조 제1항과 제4항에 따르면 모든 의료기관이 요양기관으로 지정되고 정당한 이유 없이 요양급여를 거부할 수 없도록 하고 있다. 이것은 공공의 의료서비스를 제공하기 위하여 설립된 국공립의료기관이 요양기관으로서의 지위를 당연히 갖는 것과 달리 사경제주체인 의료기관을 강제로 공공성을 전제하는 요양기관으로 묶는 것으로서 평등권을 침해할 가능성이 크다. 물론 국가는 전국민에게 최소한의 의료서비스를 제공하기 위하여 여러 정책을 강구할 수 있고, 우리나라의 실정이 의료기관의 대부분이 민간 소유의 의료기관인 상황이며, 따라서 보험급여에 소요되는 최소한의 재정과 요양급여를 가능하게 하는 요양기관의 확보가 시급한 상황에서 불가피한 면도 있다. 그러나 사경제주체인 의료기관을 국가 등의 재정적 지원을 받는 국공립의료기관과 같은 차원의 재정적 지원을 통한 유인책도 없이 요양기관으로 강제로 편입하고 경쟁을 하도록 하는 것은 평등권을 침해하는 것이라고 할 수밖에 없다. 즉, 국공립의료기관에 대해서는 재정적 지원을 하면서 사경제주체인 의료기관들로 하여금 동일한 틀 내에서 경쟁을 하도록 하고 있기 때문이다.

또한 의료기관 가운데는 규모 및 질의 면에서 현저하게 차이가 있음에도 불구하고 이들을 구별하지 않고 동일하게 취급하는 점에서도 문제가 제기된다.

모든 의료기관이 의료서비스를 제공한다는 공통점을 제외하면, 의료기관마다 그에 종사하는 전문인력의 수에 있어서나 시설규모 및 진료내용, 수준



등에서 현저한 차이가 있다. 그런데, 이러한 차이를 무시하고 모든 의료기관을 동일하게 취급하는 것은 평등권을 침해하는 것이다. 따라서 의료법에 의해 개설된 의료기관들은 시설, 규모, 수준의 면에서 다양함에도 자율적인 의사에 따라 국민건강보험법의 요양기관으로 지정받아 요양급여를 행할지의 여부에 대한 선택의 기회를 부여하지 않고 요양기관의 당연지정제를 정하고 있는 것은 헌법 제11조의 평등권을 침해한 것이다.

#### 다. 직업의 자유

##### 1) 개설

##### 가) 직업의 자유 의미

헌법은 제15조에서 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”라고 규정하고 있다. 그러나 현행 헌법에서 보장하고 있는 직업선택의 자유는 국민에게 단순히 직업선택의 길만을 보장하고 있다고 볼 수 없고 국민의 직업생활과 관련되는 종합적이고 포괄적인 직업의 자유가 헌법에 명문화된 것이라고 보아야 할 것이다. 과거 신분제 사회에서 직업의 세습제도에 의해 직업생활이 규제되고 제한되던 시대에는 직업 선택의 자유가 더없이 소중한 것이었지만 오늘날의 다원적 산업사회에서 신분제도와 직업의 세습제도가 타파된 이상 직업의 선택만이 특히 문제될 수는 없고, 국민의 경제생활과 직결되는 직업의 행사가 생활권적인 측면에서 종합적이고 포괄적으로 보장되는 것이 더욱 절실한 시대적 요청이라고 할 수 있다.

따라서 우리 헌법이 보장하고 있는 직업의 자유도 인간적, 사회적, 경제적 생활의 기초가 되는 일자리에 관한 종합적이고 포괄적인 기본권으로서 직업을 갖는다는 것은 단순히 사람이 살아가는데 필요한 생활수단을 얻거나 유지하기 위한 것에 그치는 것이 아니라 우리 헌법이 바탕으로 하고 있는 자주적 인간에게 있어서 개성신장의 불가결한 전제조건으로서의 의미를 가진다고 보아야 할 것이다. 개성신장의 수단으로서의 직업을 국민 누구나가 자유롭게

선택하고 행사할 수 있는 것은 일면 주관적 공권의 성격을 갖는 것도 사실이지만 한편 국가의 사회질서와 경제질서는 국민개개인이 선택한 직업의 행사 내지 수행에 의하여 비로소 형성되는 것이기 때문에 직업의 자유는 동시에 사회적으로 시장경제질서의 불가결한 요소로서 우리 헌법질서를 구성하는 객관적인 가치질서를 뜻하게 된다. 국민 각자가 직업을 가지고 노력한 만큼의 대가가 굴절 없이 돌아가는, 그래서 저마다의 능력을 최고도로 발휘할 수 있도록 유도함으로써 사회발전 내지 경제발전의 에너지를 한데 모을 수 있도록 하는 것이 우리 헌법이 추구하는 민주복지국가 및 사회적 시장경제질서에 부합하는 것일 것이다.

#### 나) 직업의 자유의 내용

헌법이 보장하는 직업의 자유는 직업에 관한 포괄적인 자유와 권리를 그 내용으로 한다. 구체적으로는 1) 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택할 수 있는 직업선택의 자유 2) 원하는 직업 내지 직종에 종사하는 데 필요한 전문지식을 습득하기 위한 직업교육장을 임의로 선택할 수 있는 직업교육장 선택의 자유 3) 선택한 직업을 영위하면서 사회적·경제적 생활관계를 형성해 나가는 직업행사의 자유 4) 선택한 직업을 수행해 나가기 위한 직장선택의 자유 등을 그 내용으로 한다.

#### 다) 직업의 자유의 제한과 한계

직업의 자유 또한 무제한의 자유일 수 없다. 그러나 여타의 기본권의 제한과는 달리 직업선택의 자유의 제한은 또 다른 중요한 의미를 갖게 된다. 따라서 직업선택의 자유의 제한은 그 자체가 직업선택의 자유를 근간으로 하는 현대산업사회에 커다란 영향을 미치므로 제한의 합리성 타당성을 기하기 위하여 이를 규율할 수 있는 일반원칙이 필요하게 되었다. 이러한 관점에서 직업선택의 자유의 제한과 관련하여 독일의 학설과 판례를 통하여 확립된 단계이론은 오늘날 우리에게 시사하는 바가 매우 크다고 하겠다.<sup>72)</sup>

#### 라) 단계이론

---

72) , , , 1991, 46

직업선택의 자유를 제한함에 있어서는 그 침해가 제일 적은 제한방법부터 단계적으로 선택하여 적용하여야 한다는 이론으로서 성립된 것이 단계이론이다. 즉 제1단계는 직업수행의 자유에 대한 제한이고 제2단계는 주관적 요건에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한이고 제3단계는 객관적 요건에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한이라고 하는 것이 그 내용이다.<sup>73)</sup> 헌법재판소도 이른바 '당구장사건' 등에서 "직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사의 자유에 대하여는 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다"고 함으로써 단계이론을 수용하고 있다.<sup>74)</sup>

단계이론에 의하면 직업선택의 자유를 제한함에 있어서는 우선 제1단계로 상대적으로 침해가 경미한 직업수행의 자유를 제한하고 그것으로 목적달성이 불가능할 때 그 다음 단계의 제한방법을 사용해야 한다는 것으로 구체적으로는 그 제한에 있어서 다음과 같은 순서를 지킬 것이 요구된다.

(1) 제1단계 제한(직업수행의 자유의 제한)

제1단계로는 직업의 자유에 대한 제한이 불가피하게 된 경우에도 기본권에 대한 침해의 정도가 좀더 경미한 직업수행의 자유를 제한하는 방법으로 기본권 제한의 목적을 달성하도록 노력하여야 한다. 유흥업소의 심야영업제한, 택시의 격일제 운행 및 백화점의 바겐세일 연중횟수 제한 등이 이 경우에 해당된다

(2) 제2단계 제한(주관적 사유에 의한 직업선택의 자유제한)

제2단계로는 직업수행의 자유의 제한만으로는 공익목적을 달성할 수 없는 경우에 비로소 직업결정의 자유를 제한할 수 있다는 것이다. 이 경우에도 직업이 요구하는 전문성·기술성 등의 주관적 요건(법조인·의료인에게 부과되는 국가시험 등)과 결부시켜서만 직업의 자유를 제한할 수 있다.<sup>75)</sup> 그러나 이 주관적 요건의 경우에도 비례의 원칙이 적용되는바, 직업수행에 필요한 정도

73) , (2000), 441

74) 憲裁決 1993. 5. 13. 92 80

75) , ( ), 178 .

이상의 까다로운 자격요건을 설정하는 것은 허용될 수 없다.

(3) 제3단계 제한(객관적 사유에 의한 직업선택의 자유제한)

마지막 제3단계로 주관적 조건 이외에 객관적 요건에 의하여 직업결정의 자유가 제한될 수 있다. 이 객관적 조건은 기본권 주체의 능력과는 무관한 것이어서 직업의 자유를 침해할 가능성이 크므로 직업을 제한하지 않을 때 나타나는 해악이 명백하고 현존하는 위험이 될 때 제한이 정당화된다고 본다. 따라서 걱정분포의 관점, 기존업체보호의 관점에서 직업의 자유를 제한하는 것은 경우에 따라서는 위헌의 소지가 크다고 본다.

2) 헌법 제15조 직업의 자유 위반에 대한 검토

의료를 공익적 활동으로 간주한 세계의 많은 국가에서는 국가나 지방자치단체에서 재정을 지원하여 병원을 설립하였기 때문에 요양기관 지정과 관련된 분쟁의 소지가 거의 없다고 할 수 있다. 반면 국가에서 의료기관 설립을 위한 투자를 거의 해 오지 않은 우리나라에서는 민간 의료기관에 대해 강제지정이라는 법적 수단을 동원하여 의료보험 제도의 운영에 필요한 의료기관을 확충하였다. 의료보험법 제32조에는 요양기관은 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 보험자 또는 보험자단체가 이를 지정하며 지정을 받은 의료기관 및 약국은 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다고 규정해 놓고 있고 이를 위반할 경우 벌금형에 처하도록 하고 있다.

요양기관 당연지정제도의 법적 근거는 헌법 제37조 제 2항 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안정보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”에서 찾아야 할 것이다. 따라서 아래에서는 헌법이 보장하고 있는 직업선택의 자유라는 기본권에 비추어 요양기관 당연지정제도의 문제점을 검토하고자 한다.

따라서 직업의 자유라는 기본권에 비추어 요양기관 강제지정의 문제를 검토하는 것은 다음의 두 가지로 구분할 수 있다. 첫째, 요양기관 강제지정이 직업선택의 자유에 대한 제한인지 직업수행의 자유에 대한 제한인지를 검토

해야 한다. 둘째, 공공복리를 위하여 요양기관을 강제 지정하는 것이 과잉금지 원칙에 위배되는지 필요성, 적합성, 최소성의 관점에서 검토해야 한다.<sup>76)</sup>

첫번째 질문과 관련하여 '요양기관 강제지정'은 보험환자를 진료하라는 것이지 진료를 하지 말라는 것은 아니기 때문에 직업선택의 자유에 대한 제한이라기보다 직업행사의 자유를 침해하였다고 판단할 수도 있다. 그러나 '요양기관 당연지정'이라는 법적 제한은 연이어서 정부가 고시하는 수가를 받아들이고 정부가 위임한 심사기구의 심사를 받아들여야 하는 연쇄적인 법적 구속력을 갖게 된다.

이러한 관점에서 파악할 때 요양기관 당연지정과 이에 따른 많은 법적 구속의 효과는 많은 의료인들에게서 실질적인 직업선택의 자유를 제한하는 결과를 초래할 수 있다. 예를 들어 현재의 의료보험 제도 아래에서 많은 개업의들이 자신의 전문과목진료를 포기하고 있다. 외과수련을 받은 사람이 외과진료를 포기하고 있으며 산부인과 수련을 받은 사람이 산부인과 진료의 핵심인 분만을 포기하고 있다. 이러한 현실 때문에 의료의 핵심적 영역이라 할 수 있는 소아과, 산부인과, 외과에는 전공의들이 미달되는 사태가 초래되고 있다.

고도의 전문적 훈련을 받고 자신들이 수행하고 있는 일에 존엄성을 부여하고 있는 의료인들에게 있어 왜곡된 보험수가체계 아래에서 생존을 위해 이윤이 남는 의료행위를 중점적으로 수행할 것을 강요당하는 현실은 의료인에게 매우 비참한 심정을 갖게 할 수 있다. 따라서 의료인이 표면상 의료의 기능을 한다 하더라도 법적 규제가 실질적으로 의료인의 양심에 위배되는 왜곡된 의료행위를 강요하는 현실을 초래한다면 이는 우리 기본권 질서의 이념적·정신적 출발점인 헌법 제10조의 핵심인 자주적 인간상의 실현을 불가능하게 하는 기본권의 침해로 보아야 할 것이다. 따라서 요양기관 당연지정이라는 법적 제한이 저수가의 강제고시라는 법적 제한과 결부되어 실질적으로 직업

---

76) , , 1998, 11

의 자유를 제한하는 파급효과를 갖고 있는지는 매우 심각하게 검토해야 할 것이다.

두번째 질문은 공공복리를 위하여 요양기관을 강제지정하는 것이 '필요성', '적합성', '최소성'의 관점에서 과연 타당한 것인 지의 여부이다. 여기서 '필요성'이란 공공복리 등을 위하여 그 제한이 필요불가피할 뿐 아니라 목적달성을 위한 다른 방법이 없는 것을 말한다. '적합성'이란 채택된 제한의 방법으로 공공복리 등의 목적달성이 현실적으로 가능할 것을 말한다. 그리고 '최소성'이란 보다 적은 제한방법으로는 공공복리 등의 목적달성이 불가능할 정도로 최소한의 제한인 것을 말한다.

과연 요양기관 강제지정이 필요성의 원칙에 부합하는가? 요양기관 지정 및 취소라는 동일한 문제에 대하여 독일과 우리나라에서 전개되는 법적 제한의 유형이 반대방향으로 나타나고 있다. 즉 우리나라의 '요양기관 당연지정'은 의료인이 의료보험시장으로 들어오지 않겠다는 것을 강제로 들어오게 하는 것인 반면 독일의 '보험의 허가제한'은 의료인이 의료보험시장으로 들어오겠다는 것을 강제로 막겠다는 것이다. 즉 독일의 경우 우리와는 달리 의료보험 제도가 어떤 형식으로든 의료인이 그 제도에 포함되기를 바라는 유인책을 갖고 있다는 점이다. 다시 말해 '요양기관 강제지정'으로 달성하기를 바라는 목적을 다른 정책을 통하여 충분히 달성할 수 있는 것이다.

만일 정부나 지방자치단체에서 재정을 투자하여 의료기관을 설립하여 이들 의료기관으로 하여금 충분한 수의 의료보험 환자를 진료하게 한다면 민간 의료기관은 적절한 환자수의 확보를 위해서라도 요양기관 지정을 신청하지 않을 수 없다. 또한 현재와 같이 민간 의료기관이 대부분의 병상을 제공하고 있는 상황에서도 경제학적 관점에 입각한 정책적 대안이 있을 수 있다. 예를 들어 의료보험 수가를 시장가격처럼 높지는 않다 하더라도 요양기관으로 지정받을 경우 증가하는 환자로 인한 수익이 적은 수의 일반환자를 시장가격에 의해 진료하는 경우의 수익보다 약간 높게 의료보험 수가를 책정한다면 의료인 요양기관 지정을 신청하지 않을 리가 없다.

우리나라의 정부는 의료부문에 대한 투자 혹은 합리적 수가의 결정이라는 정책적 대안은 전혀 찾아보지 않고 오로지 기본권의 제한이라는 법적 규제만을 통하여 공공복리라는 목적을 달성하려 하고 있다. 따라서 요양기관 강제지정은 필요성의 원칙에 비추어 볼 때 직업수행의 제한의 한계를 벗어났다고 판단된다.

최소성의 원칙에 비추어 볼 때도 요양기관 강제지정은 직업수행의 제한의 한계를 벗어났다고 판단된다. 예를 들어 우리나라와 가정 유사한 의료제도를 갖고 있는 일본의 경우만 하더라도 요양기관으로 지정 받은 의료기관은 자유롭게 이를 거부할 수 있으며 이런 상황에서도 대부분의 의료기관이 요양기관지정을 받아 진료를 하고 있으며 충분히 사회보험의 목적을 달성하고 있다.<sup>77)</sup> 즉 보험자 혹은 정부가 요양기관을 지정한다는 최소한의 제한만 규정해도 다른 정책적 뒷받침이 존재한다면 충분히 사회보험 혹은 공공복리의 목적을 달성할 수 있다는 것을 알 수 있다. 또한 대부분의 국가에서 요양기관지정은 강제사항 이라기보다 의료인의 자유로운 의사에 기초한 신청에 기초한 자유계약의 성격을 갖고 있다는 사실<sup>78)</sup> 역시 요양기관 강제지정이 직업수행의 제한의 한계인 최소성의 원칙에 위배되고 있다는 주장을 뒷받침하고 있다.

## 라. 학문의 자유

### 1) 개설

#### 가) 학문의 자유의 내용

##### (1) 학문연구의 자유

진리를 탐구하는 자유를 말한다. 따라서 진리탐구를 위한 연구대상의 선택, 연구방법, 연구시기, 연구장소 등에 관하여는 공권력이 개입할 수 없다.

77) , 가 , 1989

78) , 前掲書, 1989; Roemer, National Health System of the World, 1993

연구의 자유는 학문의 자유의 본질적 내용인 동시에 중핵에 해당하며, 양심 결정의 자유나 신앙의 자유와 마찬가지로 어떠한 이유로도 제한할 수 없는 절대적 기본권이다.

(2) 연구결과발표의 자유

연구결과를 외부에 공표하는 자유를 말하는데, 대학의 강의실 이외의 집회에서 발표하거나 논문 또는 저서로서 발표하는 것을 말한다. 학문결과 발표의 자유는 절대적 기본권이 아니기 때문에 사회적 전파성 때문에 최소한의 범위 내에서 발표의 내용에 따라 제한될 수 있다.<sup>79)</sup>

(3) 강의의 자유(교수의 자유)

강의의 자유는 대학이나 고등교육기관에 종사하는 교육자가 자유로이 교수하거나 강의하는 자유를 말한다. 강의의 자유는 강의의 내용이나 방법 또는 학문적 견해의 표명을 보장하는 것이다. 따라서 대학교수의 정부시책에 대한 비판적 학설의 형성이나 법원의 판결에 대한 평석 내지 비판은 강의의 자유의 내용에 포함된다고 할 것이나, 현재의 사회 상황에서 일어나고 있는 특정한 정치적 의견의 옹호는 학문성에 관련되는 것이 아니므로 강의의 자유에 포함된다고 할 수 없다.<sup>80)</sup>

나) 학문의 자유의 제한과 한계

기본권 제한의 일반원칙상 학문의 자유도 다른 모든 자유와 마찬가지로 남용될 수 있기 때문에 제한이 따르게 되며<sup>81)</sup> 제한이 있다는 사실에서 그 최종적인 정당성을 인정받게 된다.<sup>82)</sup>

일반적으로 연구의 자유는 학문의 자유의 본질적인 내용을 형성하는 것으로서 법률로써도 제한할 수 없는 절대적·정신적인 자유에 속한다라고 하고 있다.<sup>83)84)</sup> 그러나 기본권의 절대성을 부정하는 견해에 의하더라도 학문이 인간

79) , (1998), 468

80) , (2000), 420

81) A. V. Alstyne, "Tenure System at the University of Utah," in, S. Bardwell and associates, ed., The Tenure Debate (San Francisco : Jossey-Bass Incorporated Publisher, 1973), p79

82) , , 1989, 69

83) 가



의 정신적 활동으로서 진리탐구에 지향된 점을 고려하여 내면의 영역에서 진리를 탐구하는 범위내에서는 학문의 자유의 본질적 내용이라고 할 수 없으므로 절대적으로 보호되어야 함을 주장하고 있다. 이 정도의 학문활동까지 외부적 제한이 침투할 경우 학문의 자유는 멈춰버릴 것이기 때문이다. 더 나아가 전문연구자간 전문분야에 관한 의사소통행위라든가 개인연구자의 실험행위의 최소한의 부분까지 본질내용의 범위가 확장될 수 있는지에 대해서는 신중한 검토를 요한다고 하고 있다. 다만 이러한 범위가 본질내용으로는 보장되지 못한다하더라도 대개는 비례성 심사에 있어서 보장될 것이기 때문에 큰 문제는 없어 보인다고 하고 있다.<sup>84)</sup> 이러한 견지에서 보면 실질적으로 연구의 자유를 절대적으로 기본권으로 보는 견해와 큰 차이는 발생하지 않는다.

## 2) 헌법 제22조 학문의 자유 위반에 대한 검토

인간의 질병으로부터의 해방과 장수에 대한 욕구는 인간의 역사 이래 그 한계를 측정하기 어려울 만큼 성장하고 있다. 이러한 욕구에 부응하려는 온갖 노력을 하여 온 것이 의료인들이며, 의료인들의 이러한 노력의 결과로 현대 문명, 특히 건강과 생명연장에 관련된 과학의 발전은 인간에게 보다 건강하게, 보다 장수할 수 있는 길을 마련하여 왔다. 이러한 결과가 있기까지 의료인들이 인간의 신체에 대하여 부단한 노력을 기울여 왔다.

의료인들에 대한 사회적 존경과 경제적 대가는 이러한 의료인들의 노력에 대한 대가이며, 앞으로도 이러한 노력을 계속하여 줄 것을 바라는 기대의 표현이라고 보아야 할 것이다. 따라서, 의료인들은 그들이 투여한 노력과 그들이 기여할 수 있는 가능성의 차이에 따라 다른 역할을 분담할 수 있어야 할

---

가

84) , , 1993, 26

85) , , 2001

것이다.

그러나, 위 국민건강보험법 제40조 제1항은 이러한 노력과 기대를 전혀 반영하지 아니한 채 의료인들로 하여금 당연히 국민건강보험의 체계 안에서만 의료활동을 하도록 강제하고 있다. 이러한 강제로 인하여 의료인들은 정하여진 범위 안에서, 동일한 수준의 의료행위만을 제공하면서 동일한 저가의 보수만을 수령하게 되어 결국 의료인의 능력이 생명을 위한 과학의 발전에 대한 기여도나 기여 가능성보다는 진료하는 환자의 수에 따라 좌우되는 결과를 초래하게 되었다.

또한, 의료인들의 의료활동이 의료법에 의하여 인정되는 범위에 속한다고 하더라도 국민건강보험법에 의하여 인정되지 아니하는 한 정당한 의료활동으로 인정받지 못하고 형사상 처벌대상이 될 수 있어 의료활동을 위축하고, 이로 인하여 의료인들의 학문의 발전을 위한 노력 또한 저해하게 되었다. 즉, 위 법규정으로 말미암아 의료인들이 다양한 분야에서 질병과 건강에 대하여 기여할 수 있는 다양한 능력을 최고도로 발휘하게 하지 못하고 규격화된 의료의 질만을 시술하게 함으로써 의료인들에 대하여 헌법 제22조에 의하여 보장된 학문의 자유를 강제적으로 제한하는 결과를 초래하였다.

## 마. 재산권

### 1) 개설

#### 가) 재산권의 의의

헌법상 재산권은 '재산가치(경제적 가치)가 있는 (재산가액의 다과는 불문) 모든 사법상·공법상의 권리'를 뜻한다는 것이 M. Wolff 이래의 학설과 판례의 입장<sup>86)</sup>이며, 민법상의 소유권보다는 넓은 개념이다.<sup>87)</sup> 헌법재판소는 헌법상 보호되는 재산권은 "사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재

86) 憲裁決 1992. 6. 26. 90 2

87) , 前掲書, 449

산적 가치가 있는 구체적 권리"이어야 한다는 태도이다.<sup>88)</sup> 재산권 보장은 사유재산을 허용하는 법률제도, 즉 사유재산제도와 사유재산에 관한 사적인 이용·수익·처분권 등의 주관적 공권으로서의 구체적인 사유재산권의 보장을 그 내용으로 한다.

#### 나) 재산권의 사회기속성

우리 헌법은 국민의 재산권을 보장하면서도 재산권의 행사가 일정한 제약을 받는다는 점을 명백히 밝히고 있다(제23조 2항). 즉 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 할 헌법적 한계를 가지는 데 이를 사회기속성이라 한다. 재산권의 사회적 기속성을 강조하는 이유는 재산권의 행사가 정치·사회적인 권력형성의 이기적인 수단으로 오용되는 상황속에서는 사회정의의 실현과 사회공동체의 동화적 통합을 기대할 수 없기 때문이다. 그러나 이러한 재산권의 사회적 기속성을 구체화하기 위한 입법권자의 입법형성권에도 일정한 한계가 있다. 한계설정기준과 관련하여 사회기속이론, 특별희생이론, 기대가능성이론, 사적유용성이론, 상황기속이론이 제기되고 있지만 재산권의 단순한 사회적 제약과 보상을 요하는 재산권의 제한과의 한계를 어느 하나만의 이론으로 획일적으로 판단하기는 어렵다고 하고 있다. 다만 그 어떠한 판단기준에 따른다해도 과잉금지의 원칙 특히 비례의 원칙을 어기는 재산권의 제한은 재산권의 단순한 사회적 제약이라고 평가하기는 어렵다.<sup>89)</sup>

#### 다) 재산권의 제한

현행헌법은 재산권의 사회기속성의 한계를 넘는 적법한 재산권의 제한과 그에 대한 보상의 원칙을 명문화하고 있다(동법 제23조 3항). 즉 공공필요가 있는 경우 보상을 전제로 재산권을 제한할 수 있다. 공공필요가 구체적으로 무엇인가에 대해서는 여러 견해가 있지만 공공필요라 함은 공익사업을 실현하거나 공공복리를 달성하기 위하여 재산권의 제한이 불가피한 경우라고 할 수 있다. 또한 재산권을 제한함에 있어서도 일반적인 기본권제한입법의 한계

88) 憲裁決 1997. 11. 27. 97 10

89) , 前掲書, 458-460

조항인 제37조 제2항이 적용되어야 한다.

재산권 제한의 형식을 원칙적으로 국회가 제정한 법률의 형식에 의해야 하고 예외적으로 법률이외의 형식으로 재산권으로 제한하는 것이 인정되는 경우로 헌법 제76조 제1항에 의한 대통령의 긴급재정경제처분명령을 들 수 있다. 그러나 이러한 처분 및 명령은 그 실질에 있어서는 법률의 효력을 가지는 것이므로 법률에 의한 재산권 제한만이 정당화된다고 할 수 있다.<sup>90)</sup> 공공필요가 있는 경우 법률에 의한 재산권을 사용, 수용, 제한할 수 있지만 재산권 제한의 조건으로서 보상을 하도록 하고 있다. 이러한 보상은 법률로서 하되 정당한 보상을 지급하도록 하고 있다(결부조항). 정당한 보상의 의미는 재산권 제한으로 인해서 발생한 모든 직접·간접의 손실을 모두 보상하는 완전 보상이다.

#### 라) 재산권제한의 한계

헌법은 공공필요에 의해 재산권을 제한하는 경우에도 일정한 한계가 있음을 주의해야 한다. 즉 재산권의 본질적 내용을 침해해서는 안된다. 이에 대해 헌법재판소는 「입법부라 할지라도 수권의 범위를 넘어 사유재산권의 본질적 내용을 침해하는 입법을 할 수 없다. 토지재산권의 본질적 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이라 함은 그 침해로 말미암아 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제가 형태화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적 목적을 달성할 수 없게 될 지경에 이르는 경우라고 할 것이다. 사유재산제도의 전면적 부정·재산권의 무상몰수·소급입법에 의한 재산권의 박탈 등이 재산권의 본질적 내용이 된다.」<sup>91)</sup>고 하고 있다.

#### 2) 헌법 제23조 재산권의 침해에 대한 검토

국민건강보험법 제40조 제1항의 「요양급여는 다음 각 호의 요양기관에서

90)

91) 憲裁決 1989. 12. 22. 88 가13

행한다. 이 경우 보건복지부장관은 공익 또는 국가시책상 요양기관으로 적합하지 아니하다고 인정되는 의료기관 등으로서 대통령령이 정하는 의료기관 등은 요양기관에서 제외할 수 있다.»는 규정과 동조 제4항의 「제1항 및 제2항의 규정에 의한 요양기관은 정당한 이유없이 요양급여를 거부하지 못한다.»는 규정에 따라 의료법에 의하여 개설된 의료기관은 당연히 건강보험법상의 요양기관이 되게 하고 있고, 요양기관으로 지정받지 못할 경우 영업을 사실상 불가능하게 하고 있다. 이처럼 우리나라는 요양기관의 편입방법과 관련하여 당연지정제를 채택하고 있는데 그 타당성이 의문시된다. 국민건강보험법에 의해 의료기관을 요양기관으로 편입시키는 행위는 공익적 견지에서 개인의 특정 재산을 취득 또는 사용하거나 그 이용방법을 제한하고 있는 것으로 평등부담의 견지에서 그로 인한 손실보상이 이루어져야 할 지에 대해 검토할 필요가 있다. 즉 공공필요에 의한 적법한 공권력의 행사에 의한 개인의 재산권 침해의 경우 피해자에게 손해를 감수하여야 할 원인이 있는 경우나, 재산권에 대한 제한이 재산권의 내재적 한계의 것인 때에는 손실보상의 문제가 생기지 않으나, 공평부담의 견지에서 특정인에게 특별한 희생에 해당할 경우 손실보상이 이루어져야 한다.

이러한 관점에서 볼 때 민간의료기관은 자신들의 고유한 자본과 노력으로 의료재를 생산함에도 불구하고, 사회보험의 확충이라는 공익적 요구에 의해 요양기관으로 편입되고 있기 때문에 특별한 희생에 해당함에는 의문이 없다. 다만 우리 헌법 제23조 제3항에서 재산권에 부과된 특별한 손실에 대해 정당한 보상을 지급하여야 한다고 규정하고 있으며, 정당한 보상의 구체적 기준과 관련하여 재산권 침해의 객관적 가치를 넘어 부대적 손실까지 포함하는 완전보상으로 보고 있는데, 민간의료기관의 요양기관의 편입으로 인한 손실에 대해 완전보상이 이루어지고 있는지에 대해서는 의문이다. 왜냐하면 요양급여비용(의료보험 수가) 수준은 의료인의 기술료 등에 대한 보정이 이루어지지 않고 있을 뿐만 아니라 재료대의 원가수준에도 못 미치는 수준이기 때문에 완전보상과는 상당한 거리가 있다.

나아가 사회보험을 채택하고 있는 국가에서 의료기관이 사회보험상의 의료공급자로서 기능하기 위해서는 일정한 절차를 거쳐야 한다. 그러한 절차와 관련하여 대부분의 국가에서 의료기관의 신청 또는 동의에 근거하여 국가와의 자율적 계약 내지 협의에 의해 이루어지는 것이 보통이다. 이에 반해 우리나라의 경우는 국민건강보험법에 요양기관 강제지정 제도와 마찬가지로 요양기관 당연지정제를 규정하고 있는데 이는 사회보험상의 의료기관으로의 편입과정에 있어 절차적 정당성을 무시한 입법태도이다. 그러나 우리나라 의료보험제도의 역사를 고찰해 볼 때 처음부터 의료기관의 자율성 내지 절차적 정당성이 결여되어 있었던 것은 아니다. 우리 현대사의 발전과정에서 나타난 정치적 정당성의 결여를 가시적인 경제성장 또는 국민복지정책을 통해 보상 받으려는 것으로 보여지며, 이 과정에서의 특히 의료체계는 국가적 규제와 간섭이 점차 강화되어 父權主義的인 경향이 강하게 나타나게 되었다.<sup>92)</sup>

결국, 위 법규정은 국가가 개인의 사적 재산권이 투영된 의료인과 의료시설을 국가의 공익목적에 강제동원하는 것으로 헌법 제23조에 규정된 재산권 보장의 조항을 심각하게 침해하고 있는 것이다.

## 바. 사회적 시장경제질서

### 1) 개설

#### 가)

우리 헌법 제119조 제1항에서는 '대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.'고 규정하고 있다. 한 국가가 취하고 있는 경제질서의 형태를 전통적인 분류방법으로 구분하면 중앙통제경제와 시장경제로 나눌 수 있다. 중앙통제경제는 경제활동을 국가가 직접

92) , 前掲書, 4-5 ; 1963  
가 . /

관리하고 중앙집권적인 계획에 의존함으로써 개인의 의욕이나 창의와 양립할 수 없고, 따라서 효율적인 자원이용과 경제성장은 저해된다. 시장경제질서를 취하는 경우에는 개인의 지식과 능력에 따른 창의정신을 중시하기 때문에 자유로운 활동을 할 수 있고, 이러한 활동은 쌍방에게 이익을 주는 교환을 통하여 자발적인 협력에 의하여 조정되고 있다. 시장경제 질서의 경우에도 국가의 간섭을 전적으로 배제하는 것은 아니다. 1960년대 이후 경제학이론에서 주장하고 있는 신자유주의이론에 의하여도 시장질서의 본연의 기능을 유지하고 자유와 창의를 확보하기 위해서는 국가의 간섭이 필요하다고 학자들간에 이론 없이 인정하고 있다. 즉, 개인의 자유와 창의를 촉진시키고 경쟁질서를 확립하는데 시장 스스로가 달성할 수 없는 사항을 정부가 행하여야 한다고 주장하고 있다. 이에 따라 먼저 경쟁질서를 유지하는 경제질서정책과 경제활동의 기반을 제공하는 산업기반정책을 정부가 행하는 것을 인정할 수 있지만, 개개의 경제활동에 직접 개입하는 경제과정정책까지 정부가 행하는 것은 인정할 수 없다. 왜냐하면 경쟁질서를 확립하는데 시장 스스로가 달성할 수 없는 사항의 경우에만 비로소 국가의 간섭이 개입되어야 하기 때문이다. 정부는 우선 경제 주체인 개개인이 시장에서 자유로이 경쟁할 수 있도록 규칙을 정하고 그 규칙에 기하여 심판관의 역할을 부담함으로써 시장에서 실질적으로 경쟁할 수 있는 조건을 마련해야 한다. 경쟁적인 경제질서를 형성·유지하기 위해서는 직업의 자유, 계약의 자유 등을 보장하는 등 자유경쟁의 법적 구조를 취해야만 한다. 이러한 취지를 담고 있는 것이 바로 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 경제질서를 포방하고 있는 헌법 제119조의 내용이다.

나) 경제에 대한 국가개입의 한계

(1) 의의(보충성 원칙)

국가의 개입은 보충성 요건<sup>93)</sup>에 입각하여 허용되는 것이며 또한 경제질서

93)

가

가

에 대한 국가적 개입에는 일정한 한계가 있는 것이다.

(2) 구체적 한계

(가) 사적자치의 원칙 존중과 비례성 원칙에 의한 한계

국가적인 규제를 가하는 것도 보충의 원칙에 입각하여 사유재산제도와 사적자치의 원칙이 존중되는 범위 내에서 허용되며,<sup>94)</sup> 국가는 우선 사적자치의 영역에서 공공복리의 목적수행이 가능하도록 조장하고 그것이 여의치 않을 때에만 실질적 법치주의에 따른 목적과 비례성 범위 내에서 개입하는 것이 타당하다.<sup>95)</sup>

(나) 법치국가원리에 의한 한계

규제와 조정은 법치국가적 원리에 따라 행해져야 한다. 헌법재판소는 입법부라고 할지라도 수권의 범위를 넘어 자의적인 입법을 할 수 없으며, 사유재산권의 본질적인 내용을 침해하는 입법을 할 수 없음은 물론이라고 하였다.<sup>96)</sup>

(다) 본질적 내용 침해금지과 보상

사유재산제도의 전면적인 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권 박탈 등이 재산권에 대한 본질적 침해가 된다는 데에는 이론의 여지가 없다.<sup>97)</sup> 또한 헌법에서 수용에 대한 손실보상절차를 규정하는 법령을 제정하도록 명시적인 입법위임을 한 것이 아니라 하더라도 헌법상 특정인의 구체적 재산권을 보장하기 위한 국가의 행위의무가 발생하였음이 명백함에도 국가가 보상입법을 제정하지 않을 경우 국가는 그 행위의무를 불이행하고 있는 것이므로 이는 헌법상 보장된 재산권을 침해하는 것으로서 위헌이라는 것이 헌법재판소의 입장이다.<sup>98)</sup>

(라) 사회주의적 계획경제 불허용

자본주의의 테두리 내에서 규제와 조정을 행하는 경제계획은 무방하지만,

94) 憲裁決 1989. 12. 22. 88 가13

95) 憲裁決 1995. 11. 30. 94 가2

96) 憲裁決 1989. 12. 22. 88 가13

97) 憲裁決 1989. 12. 22. 88 가13

98) 憲裁決 1994. 12. 29. 89 2,



전면적인 국가관리경제를 의미하는 사회주의적 계획경제 내지 전면적 사회화는 허용되지 아니한다.

## 2) 헌법 제119조 제1항 사회적 시장경제질서의 위반에 대한 검토

요양기관 당연지정제를 규정한 국민건강보험법의 규정 내용은 개별 요양기관의 자유로운 경제활동과 경쟁을 유도하기보다는 국가가 주도적인 중앙통제경제를 통해서 행정편의적이고 규제적인 경제정책을 취함으로써 의료발전 및 합리적인 의료제공체계, 의료소비자의 효율적인 의료자원이용 등에 큰 장애요인으로 작용한다.

우리 헌법이 추구하는 시장경제질서는 경제상의 자유와 창의를 존중함을 원칙으로 하고 국가의 시장규제 및 간섭은 필요한 최소한에 그치는 예외적인 것이기 때문에 국민의 경제생활영역에서 전적으로 계획경제 내지 통제경제질서로 운영되어서는 안 된다. 따라서 의료의 공공적인 측면을 강조한다고 하더라도 의료기관은 영업활동과 관련하여 기본적으로 거래의 상대방, 가격, 거래조건 등에 관해 자유로운 의사결정을 할 수 있어야 한다. 그럼에도 불구하고 공무원이 아닌 의료인들에게 국민건강보험법상의 요양기관으로서 의료업을 수행할 것인지에 대한 선택의 기회를 주지 않고 모든 의료인들을 사회보험인 '의료보험'에 강제로 동원하여 의료보험제도하에서만 직업을 수행할 수 있도록 하고, 자신의 능력이나 노력에 관계없이 국민건강보험법 제39조 제2항에서 규정한 바와 같이 보건복지부령으로 정한 요양급여기준에 의해서만 직업을 수행할 수 있도록 국가에서 통제하는 것은 직업의 자유의 가장 핵심적인 내용인 개성신장을 추구할 수 있게 하는 기회를 박탈하는 것으로 의료인들의 직업수행의 자유를 심각하게 침해하는 결과가 되는 것이다. 즉, 의료행위의 질이나 의료인의 개인적 능력, 의료시설의 수준에 관계없이 의료행위별로 동일한 의료보수를 받게 함으로써 의료인들로 하여금 양질의 의로서비스를 제공하기 위해 노력하기보다는 제한된 시간에 많은 환자를 보는데 중점을 두게 되어 직업행사를 통해 자신의 능력과 창의를 발휘하여 개성신장을

추구할 기회를 보이거나 하는 우리 헌법이 채택하고 있는 경제질서의 원칙을 심각하게 침해하는 결과를 초래하고 있다.

#### 사. 소결

##### 1) 기본권 제한의 목적·형식·내용상의 한계

국민건강보험법은 '모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지고 있고, 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다'는 헌법 제34조와 '모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.'는 헌법 제36조의 구체화법으로서의 성격을 갖는다고 할 수 있다. 따라서 국민건강보험법 제40조의 요양기관에 관한 규정은 일용 헌법 제37조에 규정된 중증복리를 위한 기본권의 제한으로 볼 수 있을 것이다. 또한 국민건강보험법은 일반적인 법률의 형식을 갖추고 있으며 요양기관을 강제한다고 해서 의료인의 기본권의 '본질의 내용'을 침해한 것은 아니다. 따라서 국민건강보험법 제40조는 기본권 제한의 목적·형식·내용상의 한계는 벗어나지 않은 것으로 판단된다.

##### 2) 기본권 제한의 방법상의 한계(과잉금지원칙)

법률에 의한 기본권의 제한은 기본권의 제한을 불가피하게 하는 현실적인 사정을 감안해서 목적을 달성하기 위해서 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용될 수 있을 뿐이다. 즉 국민의 기본권을 제한하지 않고서도 충분히 공익목적 달성을 달성할 수 있거나, 보다 더 가벼운 기본권의 제한만으로도 충분히 공익 목적을 달성할 수 있는데도 불구하고 단순한 편의주의에 따라 무거운 기본권의 제한입법을 시도한 것, 그리고 기본권의 제한을 정당화시킬 만한 중증의 이익이 인정될 수 없는데도 기본권을 제한하기 위한 법률을 제정하는 것은 '과잉금지의 원칙'에 위배되는 것으로 기본권 제한의 방법상의 한계를 일탈하는 것이다. 이러한 기본권 제한의 방법상의 한계와 관련하여 국민건강보험법 제40조의 당연지정제에 관한 규정을 검토하면 다음과 같다.

의료기관의 직업활동의 자유라는 기본권을 제한할 뿐만 아니라 의로서비스제공의 상대방인 국민의 행복추구권도 함께 침해하는 법률을 제정하고자 한다면 그 입법목적으로 거둘 수 있는 더 큰 공익이 존재하여야 하는 데 과연 공공복리보호 즉, 국민들에게 의료수혜의 범위를 넓게 확보하려는 입법취지만으로 그러한 기본권의 침해가 정당화될 수 있는지 의문이다. 보다 양질의 진료에 대한 개인적 선택권 및 계약자유의 의사결정권 등의 국민의 행복추구권이라는 기본권을 제한하려는 법률규정을 입법하면서 그 제한 근거로서 보편적 진료 형태의 의료수혜를 양적으로 확보하려는 목적만을 제시하면서 요양기관을 당연 지정한다는 것은 논리적으로 모순될 뿐만 아니라 기본권 제한의 적정성을 벗어나는 것이라고 할 수 있다.

국가가 헌법상 보장된 국민의 기본권 실현을 위하여 필요한 재원을 마련하고, 이를 구체적으로 시행할 요양기관을 확보하여야 할 필요성은 누구나 수긍할 수 있다. 이러한 필요성에 대처하기 위하여서는 국가가 공공의료기관 또는 공공의료인력의 확보를 위한 제반조치를 취하여야 할 것이고, 민간의료기관 또는 의료인을 이러한 제도에 흡수하기 위하여서는 이들이 이러한 제도 안에서 활동하는 것을 선호할 수 있는 제도적 장치를 통하여 이들이 국민건강보험의 제도 안에 흡수될 수 있도록 하였어야 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 위와 같은 공공의료기관 또는 공공의료인력을 확보하지 아니한 채, 모든 민간의료기관 또는 의료인에 대하여 당연히 국민건강보험의 틀 안에서만 의료활동을 할 수 있도록 하는 위 국민건강보험법의 규정은 헌법상의 제반규정에 위배되어 의료인들의 헌법상의 기본권을 침해할 뿐만 아니라 의료소비자들의 기본권 또한 무시하고 있다고 보아야 할 것이며, 이는 우리나라 의료보험제도의 도입 및 시행과정, 외국의 입법례에 비추어 보아도 명백히 시대착오적일 뿐 아니라 현실을 무시한 결과를 초래하고 있다.

또한, 추상적으로 국민건강보험법 제40조의 요양기관에 관한 규정이 없을 경우 의료기관이 요양기관 지정을 요청하지 않거나 거부한다면 사회보험으로

서의 의료보험이 와해될 수 있으며 이는 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리나 헌법 제36조의 보건권에 대한 중대한 침해가 된다는 가정을 할 수 있다. 그러나 이는 현실적으로 보건의료시장(health service market)에 대한 독단적 가정에 기초한 것으로 다음과 같은 점을 고려할 때 그 타당성을 결여하고 있다.

현실적으로 우리나라의 보건의료시장은 독점적 상황 혹은 과점적 상황과는 전혀 거리가 멀다. 예를 들어, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에서의 '시장지배적 지위의 남용금지(제3조, 제6조)'를 적용하기 위해서는 한 의사나 병원이 의료시장을 50%이상 장악하거나(제2조 7호 가항), 3명 이하의 의사나 병원이 의료시장을 75% 이상(제2조 7호 나항)을 장악하고 있어야 한다. 그러나 이와 달리 우리나라 보건의료시장은 수많은 의원과 병원으로 구성되어 있어 일부 의료기관이 요양기관이 아니라고 해서 공공의 이익에 중대한 침해가 초래된다고 볼 수 없다. 특히, 의원급 의료기관의 경우 수많은 중소병원과, 대형의료기관이 존재하고 있는 상황에서 요양기관 지정을 반납한다고 하여 공공의 일상 생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해한다고 볼 수 없다.

그러나, 한편 우리나라의 거의 모든 의료기관이 요양기관 지정을 반납할 경우 의료보험 제도 자체의 존립을 위태롭게 하여 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리나 헌법 제36조의 보건권에 대한 중대한 침해가 된다는 것을 부인할 수 없을 것이다. 그러나 이러한 경우를 상정한다 하여도 국민건강보험법 제40조 요양기관 지정에 관련된 규정은 다음과 같은 점에서 기본권 제한의 기본원리인 '최소침해의 원칙'을 위배하였다고 판단된다.

이상의 논의를 바탕으로 할 때 국민건강보험법 제40조 요양기관 지정과 관련된 규정은 기본권의 법률유보에 관한 '최소침해의 원칙' 혹은 '과잉금지의 원칙'에 위배되는 것으로 헌법 제10조의 행복추구권, 헌법 제12조의 평등권, 헌법 제15조의 직업 수행의 자유 혹은 영업의 자유, 헌법 제22조의 학문의 자유, 헌법 제23조의 재산권 그리고 헌법 제119조 제1항의 사회적 시장경

제질서 조항을 침해하는 위헌적 법규로 판단된다.

## 제5장 요양기관 지정제도의 개선방안

### 1. 서

의료는 공익적 성질과 의료소비자와 의료공급자간의 정보의 불균형으로 인한 시장실패의 가능성이 높다는 이유로 국민들의 의료보장은 공적 체계를 통해 형성하는 것이 선진국의 일반적인 사회보장정책이다. 그러나 공적 의료체계는 재정적 기술적 한계를 갖고 있거나 경쟁을 통한 의료서비스의 발전을 기대하기 어려운 점이 있기 때문에 공적 의료보장체계와 더불어 사적인 의료체계를 병행하거나 보충적으로 인정하고 있다. 그럼에도 불구하고 요양기관 당연지정제를 법문화함으로써 우리나라는 사적의료체계의 형성을 통해 공적 의료체계가 가지는 재정적, 기술적 한계 등을 해소할 수 있는 길을 완전히 차단당하고 있는 실정이다.

따라서 의료서비스의 질적 제고를 기하기 위해 의료서비스 시장에 효율성에 기초한 가격메카니즘에 근거한 사적 체계를 허용할 필요가 있다. 즉 공공 의료보험과는 별도의 민간의료보험의 도입을 통해 경쟁하는 체계를 갖추도록 해야 한다. 물론 민간의료보험의 도입이 공보험의 장점이 형평성을 저해할 수도 있다는 우려에 대해서는 민간보험과 공보험의 완전 경쟁형 관계가 아니라 민간보험이 공보험의 한계를 보완하는 보충형제도나<sup>99)</sup> 제한적인 범위에서의 경쟁관계를 설정함으로써 이러한 우려는 해소할 수 있다. 또한 현행 의료보험하의 저보험료, 저수가, 저급여체계하에서는 비급여의료행위의 확대 등과 같은 의료공급자의 왜곡된 진료행태가 개선되기를 기대할 수는 없고, 나아가 의료인들의 법에 대한 불신과 보건 의료법령에 대한 시민불복종권<sup>100)</sup>으로 이

99) , 5 , 83-84  
100)

어질 수 있다.

국민 후생이나 의료체계의 효율성 측면에서도 공보험은 의료환경의 변화에 대해 신속적으로 대응하기 어려운 취약점을 가지고 있다. 특히 우리나라와 같이 민간자본이 주도하는 의료공급체계하에서 공보험에 의한 조정 및 관리능력은 한계를 지닐 수밖에 없다. 따라서 민간의료보험의 도입이 소비자의 선택과 공급자의 경쟁을 제고시키는 하나의 계기가 될 수 있다고 보면서 우리나라에서 민간의료보험의 도입을 주장하고 있다.<sup>101)</sup> 이러한 민간의료보험도입 내지 사적의료체계를 인정하기 위해서는 현행 국민건강보험법 개정이 따라야 한다. 즉 동법 제 40조의 요양기관 당연지정제의 폐지가 사적 의료체계 인정의 전제조건이 된다고 할 수 있다.

그리고 이미 앞에서 살펴 본 바와 같이 국민건강보험법 제40조 제1항의 규정에 의하여 모든 의료인 또는 의료기관으로 하여금 건강보험제도의 틀 안에서만 의료활동을 할 수 있도록 하고 있는 규정은 외국의 선례와 기본권 제한의 법리에 비추어 위헌임을 면할 수 없다. 그러면 요양기관 당연지정제가 폐지되고 계약제로 변경될 경우에 대비에 사회적으로 요구되는 의료서비스에 대한 사회적 보장의 이상을 실현하면서 기본권 침해의 정도를 최소화할 수 있는 가능한 대안을 검토하여 볼 필요가 있다. 외국의 선례와 현재 우리 사회에 존재하고 있는 선택권을 행사할 수 있는 제도들에 비추어 보면, 다양한 방법의 선택 가능성이 있다.

## 2. 의료기관의 선택권의 확보방안

### 가. 기관별 참여

개개의 의료인 또는 의료기관으로 하여금 건강보험제도에의 참여여부를

---

101) , 前掲論文, 85

선택할 수 있도록 하는 방법이다. 이 경우 보험수가가 낮으면, 참여도가 우려되는 면이 있으나, 이미 보험에 익숙한 일반 국민들이 보험요양기관을 선택할 가능성이 있고, 보험제도 밖에서의 의료기관 이용을 위하여서는 과도한 비용을 지출하여야 하므로 고액확보의 면에서 의료인 또는 의료기관이 보험제도 밖에서 활동을 택하는 비율은 우려할 만한 정도는 아닐 수도 있다. 더욱이, 이 경우 일반 의료기관을 이용하려면 과도한 비용을 지출하여야 하므로 이 부분에 대하여 민간보험이 등장할 수 있고, 민간보험의 보험자에 의하여 의료기관의 시설과 수준이 엄격하게 요구된다면 이는 의료문화 발전을 위한 새로운 동기로서 작용할 수도 있다.

다만, 이 경우 정부는 국민의 건강권 보장을 위하여 공공 의료기관을 확보하여 의료공백이 발생하지 않도록 대처하여야 할 책무를 충실히 수행하여야 할 것이다.

#### 나. 비윤리적 허용

의료인 또는 의료기관이 건강보험제도에 참여하더라도 그 일부에 한하여 보험제도 이외에서 의료활동을 하는 것을 허용하는 방법이다. 이 경우 그 수가에 대하여서는 일정한 제한을 가하여 통제할 수도 있다고 할 것이며, 이 부분에 대하여서는 미국의 미네소타 주에서의 다음의 관계가 좋은 선례가 될 것이다.

즉, 미국의 미네소타 주에서는 1984년 메디케이드 환자에 대한 진료비 지불방식을 선불제 상환방식(prospective rate scheme)으로 하는 법규를 제정하였다. 이 법규에는 메디케이드 환자를 받는 요양원은 메디케이드 환자가 아닌 다른 환자에 대해서도 메디케이드 환자에게 정해진 진료비의 110%이상을 청구할 수 없다는 규정이 포함되어 있었다. 이에 대해 미네소타 주 요양원 협의회(state nursing home association)는 이 법이 메디케이드 환자가 아닌 다른 환자에 대한 규제를 부과함으로써 요양원의 재산권을 수용(taking)하였



다는 점에서 위헌이라고 법원에 제소하였다<sup>102)</sup> 그러나, 제8차 순회법원(the Eight Circuit Court of Appeals)은 이 법이 합헌이라고 판결하였고, 그 이유는 요양원은 이 프로그램에 참여여부를 결정할 권리가 있기 때문에, 법적으로는 어느 요양원도 메디케이드(Medicaid) 환자가 아닌 다른 환자를 진료하도록 강제되지 않았다는 것이다. 요컨대, 법적으로 요양원에게 계약 자유가 보장되기 때문에, 조건부지출에 따르는 규제는 요양원이 자의로 '선택'한 것이며, 따라서 위헌이 아니라는 것이다.

#### **다. 항목별 선택**

국민건강보험에서는 필요한 최소한도의 항목을 정하여 그 부분의 의료에 한하여 급여를 하도록 하고, 그 이외의 부분은 의료소비자와 공급자 사이의 계약관계에 따라 선택하도록 하는 방법이다. 이 경우 동일한 항목에 대하여 보험수가에서 지정한 이상의 의로서비스를 받고자 하는 경우에는 그 추가부분에 대하여서는 개인이 부담하고, 보험재정에서는 보험급여에 관한 규정에서 정한 한도 내에서 급여를 지급하면 될 것이다.

### **3. 의료소비자의 의료보험 가입에 대한 반영**

한편, 의료인 또는 의료기관이 보험참여 여부를 선택할 수 있게 된다면, 의료소비자측에서도 일반 의로서비스를 받기 위한 여러 가지 방안이 검토될 수 있을 것이다.

우선, 모든 의료소비자로 하여금 건강보험에의 가입 또는 임의 민간보험에의 가입 여부를 선택할 수 있도록 하는 방법을 생각할 수 있다. 그러나, 이 경우 건강보험 재정이 어려워지고, 건강보험에 의한 의로서비스의 제공이 사

---

102) Minnesota Association of Health Care Facilities v. Minnesota Department of Public Welfare, 742 F.ed 442, 447 (8th Cir. 1984), cert. denied, 469 U.S. 1215 (1985).

회보장 정도의 낙후된 의료서비스만을 제공할 수밖에 없게 되는 어려움에 봉작하게 될 것이다.

다음, 현행 건강보험을 사회보험적 보험으로 강제가입하도록 하는 제도를 유지하면서 의료소비자는 위 건강보험에 의한 급여 밖의 의료서비스 또는 건강보험에 해당하는 급여 중 보험급여를 초과하는 의료서비스를 대비하여 임의보험에 선택적으로 가입할 수 있도록 하는 방법으로 이는 현행의 건강보험의 재정적 틀을 유지하여 보험재정의 확보와 함께 국민이 선택권을 행사할 수 있는 기회를 부여하게 될 것이다. 이 경우 대만의 경우처럼, 보험의료기관 이외의 진료시 소비자가 일단 진료비를 부담한 후 보험에서 보험수가 만큼만 환부를 받는 방안도 같이 검토될 수 있을 것이다.

#### 4. 보험의료서비스와 일반의료서비스간의 격차 해소방안

위와 같이 선택권을 행사하게 되는 경우 보험 의료서비스와 일반 의료서비스간에는 필연적으로 격차가 발생한다. 이러한 격차의 해소를 위하여 다음과 같은 방안이 검토될 수 있을 것이다.

##### 가. 비급여 부분에 대한 의료개선 부담금 등 부과

보험에 의한 요양을 취급하는 의료기관에 대하여서는 일정한 조세혜택을 부여하거나, 일반 의료서비스 취급 의료기관에 대하여서는 일정한 정도의 부담금을 부과하여 그 조세차액 또는 부담금으로 전국가적인 의료환경 개선을 위한 비용으로 사용할 수 있을 것이며, 이 부분에 대하여서는 먹는 샘물에 대한 수질개선부담금을 합헌이라고 판단한 헌법재판소의 다음 결정<sup>103)</sup>이 좋은 선례가 될 것이다.

즉, 헌법재판소는 구 먹는물관리법 제28조 제1항에 대한 위헌법률심판사

103) 憲裁決 1998. 12. 24. 98 가1

권에서, '구 먹는물관리법 제28조 제1항은 중공의 지하수자원을 보호하고 먹는물의 수질개선에 기여하게 하기 위하여 환경부장관으로 하여금 먹는샘물 제조업자로부터 먹는샘물 판매가액의 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하는 율에 따라 수질개선부담금을 부과징수할 수 있도록 하고 있는바, 수질개선부담금은 특정한 행정과제의 수행을 위하여 그 과제에 대하여 특별하고 긴밀한 관계에 있는 특정집단에 대하여만 부과되는 조세외적 부담금으로서, 먹는샘물 제조업자에게 재정적 부담을 지움으로써 지하수자원을 고갈시키고 침해하는 기업활동을 억제하도록 간접적으로 유도함과 아울러 먹는물, 특히 수돗물 수질개선이라는 환경정책 실현을 위한 재원을 마련하고자 하는 것이므로 그 내용상 환경에 관한 부담금이고, 기능상으로는 정책목표 달성을 유도하고 조정하는 성격을 가진 부담금'이라고 전제한 후 '주류·청량음료 제조업자 등 지하수를 사용하는 다른 경우와 달리 먹는샘물 제조업자에 대해서만 수질개선부담금을 부과하는 것은, 먹는샘물이 수돗물과 마찬가지로 음용수로 사용된다는 점에서 수돗물과 대체적·경쟁적 관계에 있어서 그 음용이 보편화되면 그만큼 국가가 추진하는 수돗물 수질개선정책이 위축되는 관계에 있는 점, 먹는샘물의 이용이 일반화될 경우 먹는샘물용 지하수 개발 및 취수(取水)가 기하급수적으로 증가되어 그만큼 지하수자원의 고갈 및 오염의 우려가 높아진다는 점, 국민의 대다수가 수돗물을 음용수로 이용하고 있는 상황에서 국가의 수돗물정책이 포기되거나 제대로 실현되지 못한다면 수돗물을 이용하는 대다수 국민의 먹는물 비용부담이 증가되고, 특히 먹는샘물을 선택할 경제적 능력이 부족한 저소득층 국민들로 하여금 질 낮은 수돗물을 마시게 하는 결과를 초래하게 되는 점 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려할 때 합리적 이유가 있다고 할 것이어서 평등원칙에 위배되지 아니한다.'고 하고, 또한 '헌법 제35조 제1항, 제120조 제1항·제2항에 근거하여 국가는 자연자원 보호와 환경보전을 위하여 강력한 규제조정의 권한을 가지므로 지하수 보호라는 환경정책 실현을 위하여 수질개선부담금과 같은 환경부담금을 부과징수하는 방법을 선택할 수 있다 할 것이고, 먹는샘물 제조업자를 지하수 보전

및 수돗물 우선 정책에 대한 특별한 위협을 야기하는 집단으로 보아 이들에 대하여 수질개선부담금을 부과하고, 이들로부터 징수한 부담금을 환경개선특별회계의 세입으로 하여 수돗물 수질개선과 같은 국가환경개선사업, 지방자치단체의 환경개선사업지원 등의 용도로 사용하는 것은 지하수자원 보전 및 먹는물 수질개선이라는 합법목적 달성을 위한 적절한 방법이라고 인정되고, 한편 지하수는 자연자원으로서 유한한 공공재이고, 우리의 후손에까지 물려줘야 할 최후의 수자원인데, 이렇듯 소중한 지하수자원을 소모해 가면서 이윤을 획득하는 먹는샘물 제조업에 대하여는 상당한 정도 고율의 부담금을 부과하더라도 헌법상 용인된다 할 것이므로 먹는샘물 제조업 자체를 허용하면서 단지 판매가액의 최고 20%의 한도에서 부담금을 부과하도록 하였다 하여 헌법재판소가 관여할 정도로 현저히 자의적이거나 과도한 비율의 부담금을 책정한 것이라 볼 수 없다.'고 판시하여 합헌임을 선언하였다.

#### 나. 일반 의료서비스 제공 의료기관에 대한 부담금의 부과

일반 의료서비스를 제공하는 의료기관으로 하여금 일정비율에 한하여서는 반드시 보험요양을 취급하도록 의무를 부과하는 방법이다.

이 부분에 관하여서는 회원을 모집하는 골프장업을 하고자 하는 자에게 회원을 모집하지 아니하는 대중골프장을 병설할 수 있도록 규정한 체육시설 의설치이용에관한법률의 규정에서와 같이 일정한 요양시설을 운영하도록 하거나 부담금을 예치하도록 하여 공공 보험요양기관을 확보하는 재원으로 사용할 수 있을 것이다.<sup>104)</sup>

104) 14 ( ) . ( " ) ) . , 가 ( " ) .

## 제6장 결론

우리나라의 의료보험시행초기에 공적인 의료급여를 제공하는 의료기관을 확보하기 위해서는 의료보험조합과 의료기관이 쌍방간에 지정계약을 체결하도록 하였다. 그러나 의료기관들이 낮은 보험수가 등을 이유로 지정계약을 기피하는 현상이 두드러지게 됨에 따라 요양기관 강제지정제 내지 당연지정제로 바뀌게 되었다. 이에 따라 사회보장의 역사가 일천함에도 불구하고 국민들에게 공적 의료보험의 기반을 마련하여 줌으로써 의료서비스에 대한 접근도를 획기적으로 향상시킨 측면은 인정되며 또한 의료시장 규모를 확대시키는 데에도 기여하였음을 부인할 수 없다. 그러나 최근 우리나라는 OECD 국가의 구성원으로 편입되는 등 경제규모가 선진국 수준으로 올라서고 있고, 사회 모든 분야에서 다양성에 대한 요구와 삶의 질을 향상시키기 위한 방안들이 모색되고 있다. 그럼에도 불구하고 일부에서는 요양기관계약제로의 변경은 민간의료보험을 허용하게 됨으로써 아직도 취약한 공공 의료보험을 붕괴시킬 위험이 있음을 이유로 요양기관 당연지정제도를 고수할 것을 주장하고 있다. 이는 과거 획일적이고 통제적인 정책에 익숙한 우리 정치사에서 잘못된 경험의 소산이라고 할 수 있다. 또한 정부도 헌법상 보장된 국민의 건강권을 보장하기 위하여 공공의료기관을 확충하는 등의 노력을 다하여야 하였음에도 의료보험이 실시된 지 20여 년의 기간동안 이러한 노력은 하지 아니한 채 사경제주체인 모든 의료인 또는 의료기관을 건강보험제도의 틀 안에 강제로 동원하여 국가의 책임을 떠넘기고 있었던 것이다.

이는 지극히 권위주의적이고, 행정편의주의적인 사고에 기초한 것으로 실질적인 국민의 기본권 보장에 역행하는 결과를 초래하였을 뿐만 아니라 의료문화의 하향평준화, 고액의 의료비용의 해외유출, 고급 의료인력의 해외 정착 등 부작용을 유발하였을 뿐만 아니라 의료발전을 저해하고, 급기야 의료인의 자율권마저 통제하기에 이르렀다.

앞에서 살펴본 바와 같이 대부분의 선진국들이 근래 보편적 의료보장을

유지하면서 의료부분의 효율성을 제고하기 위해 사적 의료체계를 허용하고 있음에 비추어 우리의 경우에도 시장경쟁원리에 입각한 정책적 수단들을 도입할 필요가 있다.

또한 제4장에서는 요양기관 당연지정제에 대한 헌법적인 문제점에서 고찰한 바와 같이 요양기관당연지정제는 먼저 민간의료기관과 공공의료기관의 법적 지위가 다르고, 국가의 재정적 지원여부나 규모가 다름에도 불구하고 일률적으로 요양기관으로 편입하게 함은 합리적 차별이라는 견지에서 헌법 제11조의 평등권을 침해할 소지가 있다. 둘째로 국민건강보험법상의 요양기관이 아니면 실질적으로 의료행위를 할 수 없도록 함으로써 의료기관 내지 의료인이 사경제질서하에서의 사경제주체로서의 활동가능성을 원천적으로 봉쇄하고 있다. 이점에서 과거의 요양기관지정취소제도보다 의료기관의 영업활동의 자유를 침해하는 규정이라고 할 수 있고, 나아가 우리 헌법 제119조의 사회적 시장경제질서에 위반된다. 셋째, 의료인들은 의료의 창의성보다는 보편성에만 중점을 둔 국민건강보험법이 인정하는 범위내에서만 의료행위를 하게 함으로써 의료인들이 다양한 분야에서 질병과 건강에 대하여 기여할 수 있는 다양한 능력을 최대로 발휘하게 하지 못하게 한다는 점에서 학문의 자유를 침해한다고 볼 수 있다. 그외에도 의료인 또는 의료기관의 입장에서서는 자신의 의사와는 관계없이 요양기관이 되게 하고, 이에 대한 정당한 보상이 없다는 점에서 재산권을 침해할 소지가 있고, 국민의 입장에서서는 다양한 의료수요를 가로막음으로써 행복추구권을 침해하고 있다고 할 수 있다.

결론적으로 현행 건강보험제도가 비록 사회보험으로서 그 틀이 유지되어야 하다고 하더라도 사인인 의료인 또는 의료기관으로 하여금 강제적으로 보험제도의 틀 안에서만 의료행위를 하도록 하는 것은 자유민주주의를 표방하는 어느 나라의 입법례에서도 찾아 볼 수 없는 것으로 헌법상 보장된 기본권을 그 제한의 한계를 넘어서는 위헌적 요소를 포함한 것임이 명백하다.

그리고 사적 의료체계 허용의 전제가 되는 요양기관지정계약제도의 이행 없이 건강보험 수가가 인상의 방법 등은 문제해결에 한계가 있을 뿐만 아니

라 또 다른 문제점을 가져올 수 있다. 즉 건강보험 수가의 인상은 보험제정의 압박이라는 결과만을 초래할 뿐 이로써 의료문화의 선진화, 의료수준의 고급화를 기대할 수는 없다. 왜냐하면, 경쟁이 없는 상태에서의 일률적인 수가 인상은 의료인의 욕구를 일부 충족할 수는 있으나 발전을 위한 동기부여는 될 수는 없기 때문이다.

현행 보험제도를 그대로 유지할 것이냐 여부에 대하여서는 제도가 바뀌는 경우 일반 의료기관은 생존을 위한 노력이 치열할 수밖에 없기 때문에 이미 현행 제도에 익숙하여진 의료인들 사이에서도 많은 우려가 있을 수 있다. 따라서 대부분의 의료인들은 보험요양기관 지정을 가장 안전하다고 생각할 수 있으며, 오히려 의료기관이 다양화에 대한 욕구는 소비자 측에서 더 강하다고 할 수 있다. 따라서 우리 사회도 의료기관으로 하여금 건강보험제도에의 참여 여부를 선택할 수 있도록 기회를 부여하여야 할만큼 여건이 충분히 성숙하였고, 의료인 측에서도, 의료소비자 측에서도, 무엇보다도 의료문화의 발전을 위하여서도 위와 같은 선택을 할 수 있는 기회를 부여하여야 할 것이다.

## 참고문헌

1.

- , , , 1998
- / , , , 1998
- , ( ), , 2000
- , , , 1998
- , , , 1993
- , , , 1995
- , , , 1999
- , , , 2001
- , , , 1998
- , , , 1982
- , , , 1991
- , , , 1999
- , , , 2000
- , , , 2000
- , , , 1992
- , , , 1996
- , ( ), , 1985
- , , , 1997
- / / , , AIKUHC, 1999 ,
- , , , 1998
- , , , 2000
- , 가 , , 1997
- , , , 1993
- , , , 1994



, (2), , 1996  
, , , 1999  
, , , 1993  
, , , 2000  
" " " , , , 1998  
, , , 1998  
, , , 2000  
, , , 1998  
, 1, , 1999

2.

, , ,  
1997  
, , , 1991  
, ,  
, 2001  
, ,  
29 2 (1995, )  
, , 1998  
, ,  
, 2000  
, , ,  
2000  
, , , 1999  
, , ,  
2000  
, , , 1989,

, 1995  
, 2000  
, 1998  
1999  
, 1999  
, 2000  
, 1998  
, 1996  
, 1998.6  
, 1998.6  
, 1998  
, 1985  
, 1998.  
, 5, 1999  
, 2001  
, 2000  
, 1999  
, 1997

1998.6

, , 1994

1997

, , 1997

, , 1977

, , 1989

, , 1990

, , 1996

, , 2000

, - ,

,

( ), . 2000

, ,

, 1996

, \*

, 1995

, , 1994

3.

, 國民衛生の 動向, 厚生統計協會, 2000

A. V. Alstyne, "Tenure System at the University of Utah," in, S. Bardwell and associates, ed., The Tenure Debate (San Francisco : Jossey-Bass Incorporated Publisher, 1973)



=ABSTRACT=

Constitutional Review  
on the Obligatory Authorization System  
of Treatment Institutions

The obligatory authorization system of treatment institutions in Korea is recognized to improve the access to the medical service of the public as a product of legislative policies that was administered for the purpose of expanding the public medical security in the period of authoritarian government. However, the obligatory authorization system that permits only the public medical system has resulted in the impediment of medical development including down-equalizing, oversea outflow of medical expenses, and discouragement of medical diversity, and further led to the control of autonomy of medical practitioners. Thus, in this study, the problems of obligatory authorization of treatment institutions in the perspectives of public health and constitution, and several alternative plans to make the health insurance function properly as a social insurance are suggested, preparing for the abolition of obligatory authorization system of treatment institutions.

Although the current National Health Insurance Law should be preserved as a social insurance, the provision related to the obligatory authorization system of treatment institutions force the private individuals such as medical practitioners or medical institutions to have medical practice only within the frame of insurance system and this is not present in any other legislative cases in the liberal countries. Therefore, the above provision can be said to include unconstitutional elements that limit the

fundamental right secured by the Constitution. Reviewing this in relation to the specific fundamental rights on the Constitution, the obligatory authorization system of treatment institutions first has different legal status between private and public medical institutions. Therefore, since all kinds of medical institutions are uniformly enrolled as health insurance treatment institutions although the existence or size of governmental funding is different, it may infringe Article 11 on the Constitution from the standpoint of rational discrimination. Second, by prohibiting the medical practice if not treatment institutions regulated in the National Health Insurance Law, it fundamentally blocks the possibility for the medical institutions or medical practitioners to act as a subject of private economy under the order of private economy. At this point, it can be considered as a provision that infringe the freedom of commercial activity of medical institutions more than the previous authorization annulment system of treatment institutions and it violates the social order of market economy in Article 119 on the Constitution. Third, by making the medical practitioners conduct medical practice in the range approved by the National Health Insurance Law emphasizing on only universality rather than creativity, it may infringe the freedom to study since it inhibits for them to display their various kinds of ability to the maximum.

Therefore, like other countries, the efficiency of medical dimension should be raised by escaping from the frame of obligatory authorization of treatment institutions that make the medical institutions provide the uniform medical service and give the choice for the medical service with higher quality to not only the medical practitioners but also the public in Korea.