

국민건강보험법과 헌법재판

전 광 석*

국문초록

이 글은 건강보험에 관한 헌법재판소의 결정을 비판적으로 분석·평가하는 목적을 갖는다. 이를 위한 기초작업으로서 건강보험의 급여 및 규범구조적 특성을 살펴본다. 건강보험수급권을 헌법으로부터 직접 도출하는 가능성, 가입장제 및 보험료 부과에 관한 정당성에 관한 결정을 검토한다. 특히 2000년 관리운영방식이 조합방식에서 통합방식으로 전환되면서 직장가입자와 지역가입자의 보험료 부과방식의 차이가 헌법심사의 대상이 되었다. 이 점은 이론 및 체계적 기초가 취약한 상태에서 진행되었기 때문에 헌법재판이 이를 선도하는 역할을 기대하면서 해당 결정을 검토할 필요가 있다. 건강보험에서 급여는 요양기관을 통하여 지급되기 때문에 요양기관의 지정, 요양급여의 방법과 내용 및 요양급여비용의 보상에 관한 쟁점이 특히 직업의 자유를 기준으로 재정렬되어야 한다. 건강보험에서 급여 및 규범구조의 특성으로 인하여 행정입법이 의미 있는 비중을 차지한다. 의회유보 및 위임의 구체성이 건강보험에서도 존중되어야 하는 필요성과 그 한계에 대한 해석론적 및 이론적 점검이 필요하다. 건강보험에서 가입자, 요양기관 등의 권리의무관계에 중요한 영향을 미치는 사항이 피보험자의 대의기관에서 심의·의결된다는 사실이 위임의 구체성을 완화하여 심시하는 사유가 되는지에 대해서 근본적인 논의가 필요하다.

주제어: 건강보험법, 헌법재판, 강제가입, 요양기관, 위임의 구체성, 거버넌스

* 연세대학교 법학전문대학원 교수

목 차

- I. 머리말
- II. 사건 및 결정의 유형
- III. 건강보험수급권의 실제적 내용
- IV. 강제가입 및 보험료 부과
- V. 건강보험의 조직 및 재정통합
- VI. 요양기관의 직업의 자유
- VII. 건강보험에서 위임입법의 가능성과 한계
- VIII. 맺는 말

I. 머리말

1. 일반론

우리나라에서 최초의 의료보험법은 1963년 제정되었다. 그러나 이 법은 사회보험의 특징적인 요소인 강제가입을 포기하였기 때문에 국민건강보장에 전혀 기여할 수 없었다¹⁾. 강제가입을 도입하는 의료보험법은 1976년 비로소 제정되었고, 1977년 시행되었다. 이후 건강보험은 1988년과 1989년 농어촌 및 도시 지역에 확대되면서 거의 전체 국민이 건강보험 수급자격을 갖게 되었다²⁾. 이로써 의료가 사회화되었다. 건강보험의 구체적인 제도 및 법의 변화는 국민생활, 그리고 개인의 권리의무에 민감한 영향을 주고 있다. 건강보험의 보장성을 강화하는 문제, 고령사회에서 노인의료비가 가파르게 늘면서 이에 따르는 재정악화 혹은 위기의 문제가 정치적 주

1) 1963년 이후 1977년 개정 의료보험법의 시기 이전까지 의료보장의 현황에 대해서는 예컨대 전광석, 한국사회보장법의 역사(김현재, 2019), 156면 이하 참조.

2) 1977년 시행된 의료보험(법)은 1999년 국민건강보험(법)으로 이름을 바꾸었다. 이 글에서는 시기에 관계없이 건강보험(법)으로 용어를 통일하여 사용한다. 다만 법률의 명칭을 직접 언급할 필요한 있는 경우에는 이를 그대로 유지한다.

목을 받고 있다. 헌법재판과 관련해서 보면 이는 다음과 같은 의미를 갖는다. 헌법은 제34조에서 인간다운 생활을 할 권리, 제36조 제3항에서 보건의 권리를 보장하고 있다. 그런데 건강보험이 국민생활과 밀접하게 관련을 갖게 되면서 헌법재판이 건강보험의 형성 및 개인의 이에 관한 권리에 의미 있는 영향을 주며, 나아가서 헌법이 건강보험제도 및 건강보험법을 체계적으로 형성·선도하는 기준이 된다는 기대를 갖게 된다. 이때 비로소 국민은 제도 및 자신의 법적 지위의 변화를 예측할 수 있다. 건강보험법에서는 - 아래에서 설명하는 바와 같이 - 급여 및 규범구조의 특수성으로 인하여 법률의 내용은 추상적이며, 또 현실적인 필요에 의하여 여러 단계에서 임기응변적이고 근시안적인 결정에 노출될 수 있다는 점을 고려하면 헌법이 이와 같은 문제상황에 최소한의 규범적 영향을 미칠 수 있을 것이다.

그러나 위와 같은 기대에는 한계가 있다. 여기에는 두 가지 요소가 작용한다. 첫째, 헌법의 일반적인 문제로서 특히 사회적 기본권은 규범적 및 현실적 이유에서 헌법재판에서 심사기준 및 입법지침으로서 유용성이 제한적이다. 사회적 기본권은 사회적 보호의 과제를 제시할 뿐 보호의 구체적인 내용과 방법을 규정하고 있지는 않기 때문이다³⁾. 둘째, 헌법이 규범력을 갖기 위해서는 일반적으로, 그리고 특히 헌법재판에서 사회보장법 일반, 그리고 건강보험법 규정이 쟁점화되어야 한다. 이 점에서 헌법재판은 헌법의 규범력을 논의하는 유용한 소재(素材)를 제공한다. 또 관련 쟁점을 중심으로 사회보장법의 법률관계가 재구성될 수 있어야 한다. 재산권이 좋은 예이다. 사회보험에서 재산권은 사회보험의 기능을 주목하고, 법률관계를 중심으로 보호대상을 재구성한 결과 헌법심사의 기준으로 적용될 수 있게 되었다. 또 재산권의 제한을 정당화하는 사유인 공공복리는 사회보험의 기능과 사회적 성격, 보험의 원리와 사회연대의 원칙의 긴장

3) 이와 같은 사회적 기본권의 일반적인 문제와 (부분적으로) 그 한계를 극복하는 가능성에 대해서는 예컨대 전광석, “사회적 기본권 이론의 형성과 전개 - 인간다운 생활을 할 권리를 중심으로”, 헌법논총 제29집(2018), 186면 이하, 200면 이하 등 참조.

관계에서 비로소 헌법적 논리가 될 수 있었다. 그 결과 재산권은 특히 사회보험법 규정에 대한 헌법재판에서 - 유용성이 제한적이었지만 - 필수적인 심사기준으로 기능하고 있다. 이에 비해서 건강보험공단과 가입자, 요양기관 등 당사자의 이익을 반영하기 위한 의사결정 조직 및 절차가 규범 형식 및 위임의 구체성 판단에 미치는 영향은 아직 미지(未知)의 영역으로 남아 있다. 이와 같이 이론적 및 해석론적 기반이 성숙되어 있지 않은 상태에서 (재정운영위원회 혹은 건강보험정책심의위원회 등에서 관련 사안이 심의·의결을 거친다는) 조직법 및 절차법적 논리가 실체법적 헌법문제를 압도하고, 그 결과 위헌의 의심으로부터 도피하는 피난처가 되어 왔다. 이 글은 이와 같은 헌법재판에 대한 기대와 한계를 주목하면서 건강보험법에 관한 헌법재판을 검토하는 목적을 갖는다.

2. 건강보험의 급여 및 규범구조의 특수성

사회보험에서 가입자는 법률에 정해지며, 이 점에서 개인이 자율적으로 가입 여부를 결정하는 민간보험과 차이가 있다. 그리고 사회보험은 가입자의 사회적 위험을 보호하여 인간다운 생활을 보장하여야 한다. 이와 관련하여 가입강제, 급여수준의 개정 등 사회보험의 일반적인 문제는 지금까지 여러 차례 헌법재판의 대상이 된 바 있다⁴⁾. 그런데 건강보험은 일반적인 사회보험과는 구별되는 특징이 있으며, 이에 상응하여 헌법재판에서 특유한 쟁점들이 제기된다⁵⁾. 건강보험에서는 질병 및 부상을 치료하기 위하여 서비스형태로 요양급여가 지급된다. 이 점은 예컨대 현금급여가 지급되는 국민연금과 차이가 있다. 그런데 서비스급여는 그 종류와 내용 및 수준을 법제화하는 데 한계가 있다. 요양기관은 개별적인 환자의 상태를

4) 급여의 변경에 관한 헌법심사는 특히 공무원연금법에서 빈번히 이루어진 바 있다. 예컨대 헌재 2003.9.25., 2001헌마93등, 15-2(상), 362면 이하; 2003.9.25., 2001헌마194, 15-2(상), 407면 이하; 2005.6.30., 2004헌바42, 17-1, 973면 이하 등 참조.

5) 이 점에 대해서 보다 자세히는 전광석, “건강보험법의 형성과 발전, 그리고 과제”, 의료법학 제20권 제3호(2019), 8면 이하 참조.

대면(對面)하여 전문적 지식에 따라 구체적으로 판단하여야 한다. 그만큼 요양급여를 유형에 따라 추상화하기에 적합하지 않기 때문이다(급여의 특성). 또 건강보험수급권은 요양기관에 적용되는 진료방법 및 내용에 관한 추상적인 지침, 그리고 이를 집행하기 위하여 혹은 관련 이익을 조정하기 위하여 제정되는 구체적인 기준입법과 밀접한 관련을 가지면서 실현된다(규범구조의 특성).

위와 같은 요양급여의 특성을 고려하면 ‘요양급여는 경제적으로 비용효과적인 방법으로’ 지급되어야 한다는 규정 이외에 상세한 규정을 두기는 어렵다. 헌법재판소의 표현에 따르면 이에 관한 “복잡하고 전문기술적인 사항을 모두 입법화하는 것은 현실적으로 불가능하다”⁶⁾. 이와 같은 논리는 건강보험심사평가원이 비용청구를 심사하는 경우에도 적용되었다. 비용 청구심사는 요양급여의 적정성에 대한 평가를 전제로 하고, 이때 요양급여의 특수성이 고려되어야 하기 때문이다⁷⁾. 이에 건강보험에서 법률과 행정규칙이 함께 요양급여의 방법과 내용에 관한 법원(法源)이 되는 다층적 규범구조가 형성된다. 구체적으로 보면 건강보험에서 급여 및 비용보상관계는 국민건강보험법 - 국민건강보험법 시행령 - 국민건강보험 요양급여 기준에 관한 규칙 - 요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부 사항, 건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수 등 고시의 규범구조를 종합적으로 관찰할 수 있을 때 비로소 충실히 파악될 수 있다.

건강보험의 급여 및 규범구조의 특성은 건강보험법의 헌법적 관련성에 다음과 같은 영향을 미친다. 즉 건강보험에서 가입자는 원칙적으로 법률을 직접 근거로 청구권을 행사할 수 없으며, 또 이에 대한 사법적 통제도 제한적이다. 이는 예컨대 청구권의 내용이 규범 자체에 직접 규율되어 있는 국민연금법과 비교된다. 또 이와 같은 급여 및 규범구조의 특성에 따라 건강보험에서 법률은 일반적인 지침의 성격을 벗어날 수 없으며, 그

6) 헌재 2000.1.27., 99헌바23, 12-1, 71면 이하; 2010.9.30., 2008헌마758, 22-2(상), 756면 이하 등 참조.

7) 이에 대해서는 헌재 2010.10.28., 2008헌바408, 22-2(하), 169면 이하 참조.

결과 규범형식 및 위임의 구체성에 대한 심사기준은 완화된다. 건강보험의 특성은 건강권 자체에도 영향을 미친다. 건강보험은 현재 발생한 질병 또는 부상을 즉시 혹은 적어도 적시(適時)에, 그리고 적합한 방법과 내용에 따라 진료하여 자유의 기본적인 조건을 회복시키는 과제를 갖는다. 또 이때 가입자가 차별 없이 진료를 받아야 한다. 그런데 건강보험의 규범구조에서 다음과 같은 구조적인 장애가 나타난다. 즉 효율적인 진료의 방법과 내용에 관한 기준이 법률은 물론이고 고시 등 행정입법에 망라하여, 또 신속하게 편입될 수 없기 때문에 입법목적과 제도 내용의 차이는 어느 정도는 피할 수 없으며(구조적 장애), 또 이를 헌법적으로 교정할 수 있는 가능성은 제한적이다.

건강보험에서 급여는 보험자가 아니라 건강보험법에 편입되는 의료기관, 즉 요양기관에 의하여 지급된다. 따라서 사경제주체인 의료기관을 요양기관으로 지정하여 공법관계에 편입시키는 문제, 이때 적용되는 진료의 방법과 내용에 관한 기준, 그리고 비용보상관계가 특히 직업의 자유를 기준으로 심사의 대상이 된다. 건강보험에서는 현물급여의 원칙이 적용되면서 가입자에 대한 진료의 필요성에 따라 의료공급이 결정되는 구조가 형성된다. 이는 유사한 규범 목적을 갖지만 예컨대 월한도액을 두어 수요에 따라 공급이 결정되는 구조를 배제하여 재정안정을 도모하려고 했던 노인장기요양보험법과 차이가 있다⁸⁾. 이와 같이 기본적으로 의료수요가 공급에 영향을 미치는 구조에서 다음과 같은 긴장관계가 나타난다. 한편으로는 의사의 직업 및 진료의 자유, 환자의 자기결정에 의하여 (정확히는 의사와의 합의에 의하여) 진료를 받을 권리가 존중되어야 하며, 이에 관한 의료인의 재량이 인정되어야 한다⁹⁾. 그러나 다른 한편으로는 모든 가입자에게 적절한 요양급여를 제공하고, 또 건강보험이 장기적으로 지속하기

8) 이 점에 대해서는 아래 각주 61 참조.

9) 의사의 진료행위에 있어서 재량과 건강보험의 구조에서 가해지는 제한에 대해서는 예컨대 서울고등법원 2007.1.18., 2006누16382 참조. 의사의 진료에 갖는 재량행위의 성격 일반에 대해서는 대판 1996.6.25., 94다13046; 2010. 7.8, 2007다55866; 2010.7.22., 2007다70445 등 참조.

위해서는 진료의 효율성과 동시에 어느 정도 비용 대비 효과, 즉 경제성이 있어야 하며, 이와 같은 기준에 따른 규제가 필요하다¹⁰⁾. 이를 ‘국민건강보험 요양급여기준에 관한 규칙’(이하 ‘요양급여기준’으로 줄임)은 다음과 같이 선언하고 있다. 즉 “보건복지부장관은 의학적 타당성, 의료적 중대성, 치료효과성, 비용효과성, 환자의 비용부담 정도 및 사회적 편익 등을 고려하여 요양급여대상의 여부를 결정해야 한다”(요양급여기준 제1조의 2). 구체적으로 보면 건강보험에서 진료의 방법과 내용에 관한 실체법적 기준 자체, 그리고 이를 조직 및 절차를 통하여 형성하는 가능성, 건강보험에서 급여와 비급여를 구분하고 후자에 해당하는 진료에 대해서는 사적 합의에 의하여 진료관계를 형성하는 가능성 및 한계, 그리고 이 경우 비용보상의 문제 등이 헌법적 쟁점이 된다. 아래에서 언급하는 이른바 ‘임의비급여’에서 이와 같은 긴장관계는 첨예하게 나타난다¹¹⁾.

II. 사건 및 결정의 유형

1. 사건유형

2019년말까지 헌법재판소는 건강보험법 규정에 대하여 41개의 결정을 하였다. 이는 헌법재판소판례집에 수록된 사건을 기준으로 한 것이며, 실제 사건은 이보다 더 많을 것이다. 그러나 어느 정도 중요성이 있는 결정은 헌법재판소판례집에 수록되었기 때문에 이를 벗어나는 특별한 쟁점이 있지는 않을 것이며, 또 건강보험에 관한 헌법재판의 일반적인 경향을 이해하는 데 장애가 되지는 않을 것이다. 건강보험법에 관한 헌법재판소의

10) 건강보험에서 경제성과 효율성의 개념 이해와 이에 따른 다양한 상관관계에 대해서는 예컨대 Stefan Huster, “Qualitätssicherung als staatliche Aufgabe - Zum Verhältnis von Qualität und Wirtschaftlichkeit im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung”, Vierteljahrschrift für Sozialrecht(2013), 331면 이하 참조.

11) 이에 대해서는 아래 VI.3. 참조.

결정은 다음과 같이 유형화될 수 있다.

첫째, 건강보험수급권의 실체적 내용에 관한 결정이다. 이는 건강보험수급권 자체가 문제되는 경우와 평등권과 관련된 문제로 나누어볼 수 있다. 진단의 효과성을 기하고, 진료남용을 방지하기 위하여 환자에게 부담이 되는 진단방법을 적용하고, 이에 관한 환자의 의사(意思)를 배제하는 것이 건강보험수급권을 침해하는가의 문제이다. 특정한 시점을 기준으로 급여의 지급 여부를 결정하는 규정에 대해서는 평등권이 심사의 기준이 되었다. 범죄행위에 의하여 질병 또는 부상이 발생한 경우에 급여를 제한하는 규정이 심사의 대상이 되었으며, 이 역시 건강보험수급권의 실체법적 내용과 관련되어 있다. 좀더 범위를 넓혀서 보면 가입자가 교도소에 수용된 경우에 급여의 지급을 정지하는 규정의 위헌 여부가 문제되었지만 이는 건강보험수급권이 아니라 일반적인 건강권이 심사의 기준이었다. 둘째, 건강보험 가입강제와 관련된 문제이다. 이는 사회보험에서 일반적으로 제기되어 왔다¹²⁾. 여기에는 건강보험 가입강제 및 보험료 납부의무에 관한 일반적인 문제, 그리고 특별히 직장가입자와 지역가입자에 보험료 부과방식을 달리 적용하는 데 따르는 평등권 심사가 포함되었다. 셋째, 건강보험의 조직 및 재정에 관한 헌법적 쟁점이다. 이는 조합 단위의 관리운영방식이 1999년 제정된 국민건강보험법에 의하여 통합방식으로 전환되면서 나타났다¹³⁾. 건강보험의 조직 및 재정통합 자체, 직장가입자와 지역가입자의 보험료 부과방식의 차이에 따르는 형평의 문제, 그 결과 건강보험재정이 직장가입자 혹은 지역가입자에 전가(轉嫁)되는 문제, 적립금이 통합되어 직장가입자의 재산권이 침해되는 문제 등이 쟁점이었다. 넷째, 요양기관을 건강보험에 편입하여 사경제주체에게 공적 과제를 부과하면서 제기되었던 문제이다. 요양기관 당연지정, 요양급여의 방법과 내용 및 비용보상과 관

12) 예컨대 국민연금과 관련된 결정으로는 헌재 2001.2.22., 99헌바365, 13-1, 301면 이하 참조. 이밖에 도급관계에서 발생하는 산재보험법의 특수한 상황에 대해서는 헌재 2004.10.28., 2003헌바70, 16-2(하), 178면 이하 참조.

13) 건강보험 관리운영방식에 관한 오랜 논의와 변화에 대해서는 전광석, 위 각주 1의 책, 199면 이하, 208면 이하 및 261면 이하 등 참조.

련된 문제들이 이에 해당한다. 이들 문제는 요양기관의 기본권, 건강보험 급여의 효과성과 경제성, 그리고 건강보험의 지속가능성의 가치가 긴장관계에 있는 대표적인 지점(地點)이다. 마지막으로 급여 및 규범구조의 특수성, 그리고 법률관계의 복잡성으로 인하여 건강보험의 제도 내용을 상당 부분 법률에 직접 정하지 않고, 또 구체적인 범위를 정하지 않고 시행령 및 고시 등 하위 규범에 위임하는 문제가 심사의 대상이 되었다. 위임의 구체성에 관한 판단에서 건강보험의 특수성이 지나치게 단순하게, 또 포괄적으로 영향을 미치는 문제, 조직법 및 절차법의 논리를 통하여 실제법적 문제가 치유될 수 있는가 여부 및 정도의 문제가 검토되어야 한다.

2. 결정유형

헌법재판소의 41개 결정 중 위헌법률심판사건이 2건이었으며, 나머지 39건은 헌법소원심판사건이었다. 이 중 23건이 권리구제형 헌법소원심판, 16건이 위헌심사형 헌법소원심판이었다. 권리구제형 헌법소원심판에 있어서 12건이 법률을, 그리고 10건이 고시를 심판대상으로 하였다. 1건은 공권력의 행사 자체가 심판의 대상이었다. 고시에 관한 헌법심판의 비율이 높은 것은 건강보험의 규범구조에서 행정입법의 비중이 크고, 또 직접 개인의 법적 지위에 영향을 미친다는 점을 알려준다. 법률에 대한 심판청구는 법률에서 구체적 범위를 정하지 않고 행정입법에 위임하고 있는 규범상황과 관계가 있다.

한정위헌을 포함하여 위헌 혹은 인용결정은 5건이었다. 2건은 의료보험법, 그리고 ‘공무원 및 사립학교교직원 의료보험법’에서 요양기관의 지정 취소에 관한 결정이었으며, 심판대상은 사실상 같았다¹⁴⁾. 요양급여의 지급을 출생 시기를 기준으로 차별하는 규정은 평등권을 침해하여 위헌으로 결정되었다¹⁵⁾. 국민건강보험공단이 환자의 건강상태에 대해서 총체적이며,

14) 현재 1998.5.28., 96헌가1, 10-1, 509면 이하; 2002.6.27., 2001헌가30, 14-1, 573면 이하 등 참조.

또 민감정보에 해당하는 요양급여내역을 수사기관에 과도하게 제공한 행위는 개인정보자기결정권을 침해하는 것으로 위헌으로 확인되었다¹⁶⁾. 다만 이는 건강보험법에 특유한 사안은 아니었다. 범죄로 인하여 질병 또는 부상이 발생한 경우에 급여를 제한하는 규정에 대해서는 이때 경과실의 범죄행위가 포함되는 한 헌법에 위반된다는 한정위헌결정이 내려졌다¹⁷⁾. 이밖에 28건의 청구가 기각 또는 합헌으로 결정되었으며, 8건에 대해서 각하결정이 내려졌다.

III. 건강보험수급권의 실체적 내용

1. 구체적 청구권성

일반적으로 헌법 규정으로부터 건강보험에 의한 진료의 종류와 방법 및 내용에 관한 구체적인 청구권이 도출될 수는 없다. 위에서 언급한 바와 같은 건강보험의 급여 및 규범구조의 특수성이 작용하기 때문이다. 예컨대 독일에서 연방헌법재판소는 일정한 조건 하에 특정한 진료방법에 대한 청구권을 헌법으로부터 도출한 바 있다(이른바 ‘Nikolaus 결정’¹⁸⁾). 즉 (1) 생명에 대한 직접적인 위협이 있는 상태에서, (2) 일반적으로 인정된 의학 수준에 상응하는 급여가 해당 질병에 대한 치료의 개연성이 있고 적어도 어느 정도 질병상태에 긍정적인 영향을 미칠 수 있는 경우에는, (3) 기존의 요양급여기준에 열거되어 있지 않다는 이유로 해당 급여의 지급을 거부하는 것은 자유로운 인격실현의 권리(제2조 제1항), 생명 및 신체불훼손의 권리(제2조 제2항), 그리고 사회국가원리(제20조 제1항 및 제28조 제1항)에 반하여 헌법에 위반된다. 그러나 이 결정은 일반적으로 비판을 받았

15) 헌재 2012.6.27., 2010헌마716, 24-1(하), 754면 이하 참조.

16) 헌재 2018.8.30., 2014헌마368, 30-2, 363면 이하 참조.

17) 헌재 2003.12.18., 2002헌바1, 15-2(하), 441면 이하 참조.

18) BVerfGE 115, 25면 이하 참조.

다. 요양급여의 지급 여부는 추상적인 기준을 제시하는 법률 및 이를 구체화하는 단계적 규범구조에서 결정되어야 한다. 그런데 연방헌법재판소의 결정은 이와 같은 규범단계에 따른 결정을 대체(代替)하는 결과가 되었으며, 이로써 사법권의 한계를 일탈하였다는 것이다¹⁹⁾. 연방헌법재판소는 헌법 규정으로부터 건강보험수급권을 직접 도출하는 데 따르는 부담을 우려하여 위에서 언급한 바와 같은 조건을 제시하기는 하였다(2). 그러나 ‘질병에 대한 치료의 개연성’ 혹은 ‘질병상태에 긍정적인 영향을 미치는 경우’ 등의 요건은 개방적이었다. 따라서 해석의 여지가 넓었고, 급여의 확대범위를 예측할 수 없었으며, 그 결과 건강보험의 재정 및 제도의 지속 가능성에 부정적인 영향을 미칠 우려가 있었다²⁰⁾.

헌법재판소에서 특정한 진료방법에 대한 청구권이 심사의 대상이 되었던 사례는 없다. 요양급여(요실금수술)와 관련하여 특정한 진단방법(요류역학검사)에 따르도록 하고, 그밖의 진단방법은 (법정)비급여로서 수급권자가 그 비용을 전액 부담하도록 하였다. 그런데 이와 같이 진단방법을 한정하여 간접적으로 강제하는 것이 환자의 인격을 모독하고 고통을 수반하며, 또 의사의 진료의 자유를 침해하여 헌법에 위반되는가의 여부가 쟁점이었다. 이와 같은 제한은 기존에 비해서 진단의 정확성을 높이고, 그 결과 (요실금수술의) 남용을 방지하여 건강보험의 재정부담을 억제하는 목적이 있었다. 진단행위는 적어도 주관적으로 불편한 것이고, 또 일반적으

19) 이에 대해서는 예컨대 Stefan Huster, *Juristen Zeitung*(2006), 466면 이하; Thorsten Kingreen, “Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen”, *VVDStRL* 70(2011), 181면 이하; Hans Michael Heinig, “Hüter der Wohltaten?“, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*(2006), 771면 이하 등 참조.

20) 이후 독일 건강보험법은 연방헌법재판소 결정의 취지를 반영하여 요양급여의 근거 규정을 보충하였다. 즉 생명에 대한 직접적인 위협이 있거나 이와 유사한 사안에서는 요양급여기준에 해당하지 않는 경우에도 급여를 청구할 수 있다(사회법전 제5권 제2조 제1a항). 독일 연방헌법재판소의 이에 관한 제한적 해석 및 적용의 예로는 2015.11.10., 1BvR 2056/12 참조. 이 결정에서 연방헌법재판소는 긴급한 상황에서 생명을 유지하기 위하여 시간적 여유가 없는 경우에 한하여 요양급여기준에 열거되어 있지 않은 의료조치에 대한 헌법상의 청구권이 성립될 수 있다는 내용으로 축소 적용을 한 바 있다.

로 어느 정도 고통이 수반된다. 이와 같이 진단에 따르는 문제가 기본권을 침해하는 것은 아니다²¹⁾. 다만 특정한 진단방법이 생명 및 신체에 미치는 위험이 크거나 고통의 정도가 수인(受忍)의 한계를 넘는 경우에는 헌법적 판단은 달라질 수 있다.

헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리, 제36조 제3항 건강권으로부터 특정한 제도에 의하여 건강보장을 받을 권리가 도출되지는 않는다²²⁾. 따라서 건강보험 가입자가 교도소에 수용된 경우에 보험급여를 제한하는 규정(구 국민건강보험법 제49조 제4호, 현행법 제54조 제4호)이 헌법에 위반되는 것은 아니다²³⁾. 또 이 경우 수용자는 건강보험 보험료 납부의무가 없기 때문에 재산권이 심사기준이 되지도 않는다²⁴⁾. 이와 같은 내용의 청구는 의료급여법과 관련하여도 제기된 바 있으며, 같은 이유로 기각되었다²⁵⁾.

2. 심사의 기준; 재산권과 사회적 기본권, 평등권

(1) 보험공동체에 위대한 행위와 재산권

사회보험청구권은 공법상의 권리로서 자기성취성, 사적 유용성 및 처분성을 갖춘 경우에는 재산권에 의하여 보호된다. 건강보험수급권은 이와 같은 요건을 갖추고 있다²⁶⁾. 다만 건강보험에서는 가입자가 납부하는 보

21) 헌재 2013.9.26., 2010헌마204등, 25-2(하), 15면 이하 참조

22) 국가의 건강보장의 과제 및 건강권에 대해서는 예컨대 김주경, “건강권의 헌법학적 내용과 그 실현”, 법학연구(연세대 법학연구원) 제23권 제4호(2013), 93면 이하; 박성민, “국민건강보험의 보장성에 관한 법적 고찰”, 태평양/동천(편), 사회복지법연구(경인문화사, 2019), 102면 이하; 박지용, “인간다운 생활을 할 권리와 건강권”, 의료법학 제20권 1호(2019), 5면 이하 등 참조. 이밖에 이에 관한 헌법재판소의 이해방법에 대해서는 헌재 2009.11.26, 2007헌마734, 21-2(하), 597면; 2012.2.23, 2011헌마123, 24-1(상), 371면 이하 등 참조

23) 헌재 2005.2.24., 2003헌마31등, 17-1, 254면 이하 참조

24) 헌재 2005.2.24., 2003헌마31등, 17-1, 260면 참조

25) 헌재 2012.2.23., 2011헌마123, 24-1(상), 372면 이하 참조

26) 예컨대 헌재 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 948면 이하; 2003.12.18., 2002헌마1,

협료의 다과(多寡)에 관계없이 모든 수급자에게 같은 수준의 급여가 제공된다는 점이 연금보험과 차이가 있다. 따라서 보험료와 급여의 비례관계, 보험료 대비 급여의 수익성, 물가 및 보수의 변동과 급여조정 등과 같은 쟁점이 건강보험에서는 제기되지 않는다²⁷⁾. 그만큼 건강보험에서 재산권은 유용한 심사의 기준이 되지 않는다. 요양급여가 현저히 낮아지거나, 또 그 결과 질병을 치료하고 건강을 보장하는 목적을 실현할 수 없기 때문에 가입자에게 가입의무 및 보험료 납부의무를 부과하는 의미를 상실시키는 정도에 이르면 재산권이 침해된다고 볼 수 있다. 이때에는 건강보험이 가입자에게 정상적인 생활에 필요한 경제적 기반을 더 이상 보장할 수 없기 때문이다. 그러나 이러한 가정은 현실성이 없다. 건강 및 질병의 치료는 가장 기본적인 자유의 조건이며, 특히 현재 우리 건강보험은 보장의 정도가 낮은 상태에 있으며, 따라서 급여수준을 더 낮추는 형태로 변경할 제도적 탄력성이 있지는 않기 때문이다²⁸⁾.

헌법재판소는 가입자가 자신에게 책임이 있는 사유로 발생시킨 보험사고는 보험공동체에 위해(危害)하며, 이 경우 건강보험의 재정건실성, 그리

15-2(하), 449면 이하 등 참조. 이에 비해서 건강보험 통합에서 문제가 되었던 적립금은 건강보험수급권에 영향을 주는 것은 아니기 때문에 가입자의 재산권이 심사기준이 될 수는 없었다. 아래 V. 참조.

27) 이들 쟁점의 재산권에 따른 평가에 대해서는 예컨대 Hans-Jürgen Papier, "Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht", Ruland/Becker/Axer(편), Sozialrechtshandbuch(Nomos, 2018), 146면 이하; Ulrich Wenner, "Rentenniveau und Grundgesetz", Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht(Carl Heymanns Verlag, 2004), 632면 이하 등 참조. 이밖에 이에 관한 독일 연방헌법재판소의 결정으로는 BVerfGE 64, 87면 이하; 76, 350면 등 참조.

28) 이 점에 대해서는 전광석, 위 각주 5의 논문, 13면 이하 참조. 이와 같은 우리의 상황은 기본적으로 본인부담이 없고, 또 비급여의 범위가 좁아 보장성이 높은 독일의 경우와는 차이가 있다. 즉 독일의 경우 건강보험체계 전체의 구성, 급여 제한 등의 문제에 있어서 재정적 관점을 고려할 여지가 어느 정도 있다는 것이다. 이에 대해서는 예컨대 Ulrich Becker, "Gesetzliche Krankenversicherung zwischen Markt und Regulierung; Reformen des Gesundheitssystems und ihre europäischen Perspektiven", Juristen Zeitung(1997), 534면 이하; Ingwer Ebsen/Astrid Wallrabenstein, "Krankenversicherungsrecht", Ruland/Becker/Axer(편), Sozialrechtshandbuch(Nomos, 2018), 815면 이하 등 참조.

고 사회성과 도덕성 혹은 윤리성을 유지하기 위하여 급여의 제한은 정당하고(목적의 정당성), 또 다른 제재수단이 없기 때문에 적합한 수단이라고 보았다(수단의 적합성). 다만 경과실에 의한 범죄에 기인하는 질병 및 부상의 경우에도 보험급여를 제한하는 것은 최소침해의 원칙에 위반된다²⁹⁾. 사회보험에서 수급권자가 스스로 급여사유를 발생시킨 경우에는 보험공동체와 가입자의 신뢰관계는 더 이상 존재하지 않으며 보험법 관계는 단절된다. 그러나 범죄행위로 인하여 질병 또는 부상이 발생한 경우가 이에 해당하는가는 의문이다³⁰⁾. 급여제한을 정당화하는 사유인 재정의 건실성과 건강보험의 사회성, 도덕성 및 윤리성의 논리는 모두 불명확하고, 또 타당하지도 않다.

헌법재판소는 경과실의 경우에도 급여를 지급할 때 보험재정에 부담이 된다는 실증자료가 없다고 하였지만 그렇다고 고의 혹은 중과실의 경우에 급여를 지급하면 보험재정에 부담이 된다는 구체적인 논증이 있지는 않다³¹⁾. 건강보험의 사회성과 도덕성 및 윤리성은 공공성으로 포괄하여 표현되었다. 그러나 가입자의 도덕성 및 윤리성을 증진 혹은 유지하는 것이 건강보험의 과제는 아니며, 이 경우 공권력은 자의적이고, 또 통제할 수 없는 권한을 갖게 된다. 건강보험의 사회성은 이중적인 의미를 가질 수 있다. 가입자의 사회적 상황 그 자체가 보호되어야 한다는 의미이다. 이러한 관점에서는 질병 또는 부상의 발생원인은 급여를 제한하는 사유가 될 수 없다. 수급권자가 스스로 질병 또는 부상을 발생시킨 경우에는 보험자

²⁹⁾ 현재 2003.12.18., 2002헌바1, 15-2(하), 452면 이하 참조.

³⁰⁾ 이 규정은 그동안 법원에서 여러 차례 해석의 대상이 되어 왔다. 예컨대 대판 1990.2.9, 89누2295; 1990.5.22, 90누752; 2004.4.27, 2002두13079; 2010.6.10, 2010도1777 등 참조. 이 규정에 대한 종합적인 평가에 대해서는 전광석, 한국사회보장법론(집현재, 2019), 215면 이하 참조. 이밖에 김준래, “불법쟁의행위 진압 과정에서 입은 부상과 건강보험 급여제한 - 서울행정법원 2011.9.9 선고, 2010구합39496 판결에 대한 평석을 중심으로”, 사회복지법학 제2권 제2호(2013), 149면 이하; 김진, “싸움 등 상해와 건강보험급여의 제한”, 사회복지법연구(2012, 제2호), 205면 이하; 윤기종, “국민건강보험법상 급여제한 사유의 해석 - 주요 사례의 분석을 중심으로”, 사회복지법학 제2권 제2호(2013), 179면 이하 등 참조.

³¹⁾ 현재 2003.12.18., 2002헌바1, 15-2(하), 454면 이하 참조.

와 신뢰관계는 단절되고, 사회적 연대는 더 이상 기능할 수 없다는 의미를 가질 수도 있다. 헌법재판소는 후자의 입장에 있는 듯하다. 다만 다음과 같은 논리의 비약이 나타났다. 즉 질병 혹은 부상을 직접 발생시키는 행위 혹은 사고가 아니라 이와 구분되는 선행(先行)행위인 범죄행위를 보험공동체에 위해한 행위라고 보았기 때문이다³²⁾. 질병 혹은 부상을 발생시키는 행위 그 자체가 범죄행위일 수 있지만 대부분의 경우 범죄행위와 행위 중의 사고와 질병 및 부상발생은 구분된다. 범죄는 사회 전체의 안전을 위하여 승인된 행위기준을 위반한 행위이며, 이는 형법에 의하여 제재를 받는다. 형법의 가치를 건강보험법에 고려 혹은 적용할 것인가는 입법적 선택의 문제이다. 즉 형법의 가치기준을 사회보험에 도입하여 급여를 제한하는 입법이 (사회보험의 사회적 성격에 충실하지는 않지만) 헌법에 위반되는 것은 아니다. 이 점에 있어서 헌법재판소는 단정적이지만 의도하지 않게 절충적 입장을 취한 결과가 되었다. 즉 범죄에 의하여 질병 또는 부상이 발생한 경우에 급여를 제한하면서 사회보험의 (가입자의 상황 그 자체를 보호하는) 사회적 성격을 존중하여 비난가능성이 낮은 경과실의 경우에는 예외를 인정하였다. 이는 건강보험의 보장성을 강화하기 위하여 결과적으로 바람직하였지만 충실한 헌법논리는 아니었다. 이와 같은 헌법재판소의 논리는 부수적인 입법부담을 남겼으며, 이 점에 대해서는 아래에서 서술한다.

헌법재판소는 급여를 제한하는 정당성과 관련하여 다른 법률, 즉 국민연금법과 공무원연금법, 산업재해보상보험법(이하 ‘산재보험법’)의 예를 들었다. 그러나 이는 범주론에 대한 오해이거나 혹은 비교의 대상이 될 수 없는 경우에 해당한다. 2003년 당시 국민연금법 제70조 제1항에 의하면 가입자 또는 가입자이었던 자가 고의로 질병·부상 또는 그 원인이 되는 사고를 발생시켜 그로 인하여 장애를 입은 경우에는 장애연금을 지급하지 않을 수 있다³³⁾. 이는 건강보험법과는 달리 가입자가 사회적 위험을 발생

32) 현재 2003.12.18., 2002헌바1, 15-2(하), 451면 이하 참조.

33) 이는 현행 국민연금법 제82조 제1항에 그대로 유지되어 있다

시키는 행위 그 자체 혹은 원인이 되는 사고에 대한 비난가능성을 기준으로 급여를 제한한 것이며, 범죄행위를 특별히 주목한 것은 아니다. 또 이는 재량규정이라는 점에서 건강보험과 차이가 있다.

공무원연금법과 산재보험법은 법체계적으로 건강보험법과 비교의 대상이 되지 않는다. 2003년 산재보험법 시행규칙 제32조 제3호는 고의·자해(自害)행위뿐 아니라 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 사상(死傷)은 업무상의 재해가 아니며, 따라서 급여의 대상에서 제외하였다³⁴⁾. 산재보험법은 고용관계에서 발생한 업무상의 재해를 무과실책임에 의하여 보호하고, 이때 사용자의 책임은 부분적으로 면제된다. 이와 같은 구조에서 근로자는 범죄행위를 하여 사용자와의 관계에서 성실의무를 위반했다는 구성을 할 수 있다. 이와 같은 산재보험법 규정이 바람직한가는 별개의 문제이지만 적어도 건강보험법의 법률관계와는 유의미한 차이가 있다. 2003년 당시 공무원연금법 제62조 제1항은 수급권자가 고의로 질병·부상 등을 발생시킨 경우 급여를 지급하지 않도록 하였다³⁵⁾. 이 규정 역시 건강보험법의 규정과 근본적으로 차이가 있으며, 국민연금법과도 다르다. 범죄행위가 명시적으로 급여를 제한하는 사유는 아니다. 이는 공무원연금법이 사회복지법의 성격과 공무원법의 성격을 함께 가지며, 또 공무원은 일반 국민과는 달리 법령준수의무가 있다는 점을 고려하면 이해적이지만, 단기급여인 질병 및 부상에 대해서는 사회적 보호의 필요성을 중시한 것으로 설명할 수 있다. 공무원의 법령준수의무는 장기급여인 퇴직급여에 관한 규정에 반영되어 있다³⁶⁾. 이와 같이 헌법재판소는 비교의 대상을 잘못 선택하였고, 또 비교작업 그 자체도 충실하지 못했다.

34) 이는 현행 산재보험법에서는 법 제37조 제2항에 옮겨져 그대로 유지되어 있다.

35) 현행 공무원연금법 제63조 제1항 참조.

36) 현행 공무원연금법 제65조 제1항 참조. 이 규정에 대한 합헌 및 헌법불합치결정에 대해서는 현재 1995.7.21., 94헌바27등, 7-2, 91면 이하; 2007.3.29., 2005헌바33, 19-1, 211면 이하 등 참조. 헌법불합치결정 이후 개선입법에 대한 결정으로는 현재 2013.8.29., 2010헌바354등, 25-2(상), 396면 이하; 2016.6.30., 2014헌바365, 28-1(하), 516면 이하 등 참조. 이밖에 관련 결정으로는 현재 2019.2.28., 2017헌마403등, 31-1, 181면 이하 참조.

(2) 사회보험의 본질

건강보험수급권은 기본적으로 법률에 의하여 구체적으로 형성된다. 그럼에도 불구하고 위 결정에서 헌법재판소는 우연히 발생한 사회적 위험을 보호하는 것이 사회보험의 본질에 해당한다는 입장에서 사회적 기본권을 실현하는 적극적인 의지를 보였다. 그러나 우연성은 제도의 본질을 구성하기에는 모호한 개념이며, 또 우연성의 출현단계에 대한 이해가 필요하다. 건강보험의 사회적 성격을 고려하면 질병 또는 부상이 발생하는 원인이 되는 행위와 관련하여 급여를 제한하는 사유는 입법 및 해석에 있어서 엄격하여야 한다. 즉 사회적 위험을 수급자가 스스로 발생시킨 경우가 여기에 해당하며, 이에 선행하는 행위가 기준이 되어서는 안 된다. 후자의 기준을 적용하는 경우에는 사회보험의 사회적 성격은 사회보장법에 이질적인, 혹은 적어도 친화적이지 않은 일반적인 관점에 따라서 고려될 수 있기 때문이다.

우연성이 출현하는 단계의 문제를 헌법재판소가 전혀 인식하지 않은 것은 아니다. 즉 “범죄행위가 고의나 중과실에 의한 것이라고 하여 그로 인한 보험사고까지도 고의나 중과실에 의한 것, 바꾸어 말하면 우연성이 없는 것이라고 말할 수는 없다”. 다만 이러한 이해가 일관되지는 않았다. “고의의 범죄행위와 같이 비우연적 범죄를 계기로 발생한 보험사고 중 적어도 비우연적 범죄와 상당한 인과관계가 있는 보험사고는 전체적으로 볼 때 우연성이 인정되지 않는다”. 이로써 선행행위로서 ‘범죄행위’와 질병 혹은 부상을 발생시키는 ‘사고’ 자체를 구분하지 않는 태도는 그대로 유지되었다³⁷⁾. 다만 인과관계를 언급하며 논리의 불완전성을 벗어나려고 하였지만 이 점이 헌법심사에서 의미 있는 영향을 미치지 는 않았다³⁸⁾. 결국 헌법재판소는 급여의 제한이 사회적 위험의 발생에 대한 책임인지, 아니

37) 헌재 2003.12.18., 2002헌바1, 15-2(하), 455면, 451면 등 참조

38) 심판대상인 규정이 건강보험의 사회적 성격과 조화될 수 없는 문제에 착안하여 법원에서는 범죄행위와 발생한 피해와의 인과관계를 매개로 해당 규정을 제한적으로 적용하는 시도를 한 바 있다. 이에 대해서는 예컨대 대판 1990.2.9., 89누 2295 참조.

면 선행행위를 사회적으로 평가한 결과인지를 명확히 하지 못하였거나 혹은 논리의 일관성을 유지하지 못했다.

범죄행위를 기준으로 급여를 제한하는 경우에도 우연성의 요소가 헌법 심사의 기준이 되는지는 의문이다. 우연성 여부를 규율하는 방법은 다양하다. 예컨대 고의와 과실을 단순히 구분하거나 혹은 과실을 다시 중과실과 경과실로 세분화할 수 있다. 그러나 이와 같은 세분화의 입법의무가 헌법에서 도출된다고 볼 수는 없다. 이는 해당 결정의 반대의견에서 지적되었다. 다만 반대의견은 이와 같은 구분이 헌법문제는 아니기 때문에 중과실과 경과실의 구분이 없이 급여를 제한하는 규정이 헌법에 위반되지 않는다는 입장이었으며, 이에 따르면 보험급여의 제한사유는 더 넓게 된다³⁹⁾. 해당 사안에 있어서 고의와 중과실, 중과실과 경과실의 구분은 입법정책의 문제로 보아야 한다. 예컨대 헌법재판소는 공무원연금법에서 직무와 관련된 범죄가 발생한 경우 급여제한의 사유에 과실범을 포함시키는 것을 헌법불합치로 결정하면서, 이때 과실을 다시 중과실과 경과실로 구분하여 심사하지는 않았다⁴⁰⁾.

(3) 건강보험수급권과 평등권

질병 또는 부상의 치료에 필요한 치료제의 지급을 제한하는 규정은 평등권을 기준으로 심사되었다. 치료제의 사용을 새로이 일부 허용하면서 일정한 시점 이후에 출생한 사람에 한하여 적용하는 규정은 평등권을 침해한다⁴¹⁾. 이 결정에서 헌법재판소는 해당 진료의 방법과 내용에 대한 구체적인 청구권이 인정되지는 않는다고 전제하였다. 요양급여의 방법과 내용은 기본적으로 요양급여기준에 의하여 결정되며, 이때 효율성과 안전성, 그리고 경제성이 고려된다. 이에 의학 및 의료기술이 발달하면서 개별적으로 효능이 있다고 판단되는 경우에도 아직 일반적으로 안정성이 확인될

39) 헌재 2003.12.18., 2002헌바1, 15-2(하), 463면 이하 참조.

40) 위 각주 36 참조.

41) 헌재 2012.6.27., 2010헌마716, 24-1(하), 754면 이하 참조.

수 없거나 유사한 효능이 있지만 경제성에 현저한 차이가 있는 경우에는 안정성과 경제성이 확보될 때까지 급여를 제한하거나 혹은 점진적으로 적용범위를 확대할 수 있다. 이와 같이 점진적으로 급여를 도입하는 단계에서 나타나는 과도기적인 불평등이 평등권을 침해하는 것은 아니다⁴²⁾. 다만 이 경우에도 제도의 확대는 합리적인 기준에 따라야 한다⁴³⁾.

헌법재판소는 심사대상인 규정이 과도기적인 불평등이 헌법적으로 허용되는 조건을 이충으로 벗어났다고 보았다. 첫째, 새로운 치료제가 기존의 것에 비해서 효능이 우월하며, 기존의 치료제가 새로운 치료제를 완전히 대체할 수 없었다. 또 새로운 치료제가 경제성이 없는 것도 아니다. 이 경우 환자별 특성에 따른 차별적 진료는 요양기관이 개별적으로 판단하여야 한다. 둘째, 출생 시기는 과도기적인 불평등이 허용되는 합리적인 이유가 될 수 없다. 헌법재판소는 요양급여의 효능성과 안전성, 그리고 경제성에 대한 독자적인 판단을 하였으며, 이 점에서 헌법재판소의 적극적인 심사를 보여주는 결정으로 남을 것이다. 또 진료방법과 내용에 대한 구체적인 청구권이 헌법에서 직접 도출될 수는 없지만 평등권을 기준으로 행정적 결정을 통제하는 가능성을 열었다. 이 결정에는 새로운 진료방법을 출생 시기와 관계없이 확대하는 경우에도 건강보험의 재정에 미치는 영향은 거의 없다는 논리가 부수적으로 제시되었다⁴⁴⁾. 따라서 재정적 관련성이 큰 경우에 평등권 위반의 판단이 계속 유지될 수 있을지는 의문으로 남는다.

42) 일정한 조건 하에 이를 인정하는 독일 연방헌법재판소의 결정 및 이에 대한 비판에 대해서는 위 각주 19 참조.

43) 이와 같은 취지의 결정으로는 예컨대 헌재 2011.6.30., 2008헌마715, 23-1(하), 438면 이하; 2011.11.24., 2009헌바356등, 23-2(하), 273면 이하; 2012.6.27., 2010헌마716, 24-1(하), 765면 이하 등 참조.

44) 헌재 2012.6.27., 2010헌마716, 24-1(하), 767면 이하 참조.

IV. 강제가입 및 보험료 부과

1. 소득재분배와 강제가입

건강보장의 방법은 비교법적으로 보면 사회보험과 국민보건제도(National Health Service; NHS)로 구분된다. 전자는 보험료를, 후자는 조세를 재원으로 운영된다. 위에서 지적한 바와 같이 사회보험에서는 민간보험과 달리 가입자는 법률에 정해지며, 가입이 강제되고, 또 탈퇴가 허용되지 않는다⁴⁵⁾. 가입자는 보험료 납부의무를 부담하며, 이를 이행하지 않은 경우 국세채납처분의 예에 따라서 강제징수가 이루어진다. 강제징수는 보험료 납부의무를 이행하지 않아 급여가 정지되는 경우에도 계속 적용된다. 급여가 정지된다는 이유로 보험료 납부의무와 강제징수에 관한 규정을 적용하지 않는다면 실질적으로 가입의무가 면제되는 결과가 되기 때문이다⁴⁶⁾. 직장가입자가 휴직하여 보수를 지급받지 않은 경우에도 가입자격은 유지되며, 보험료 납부의무를 계속 부담한다. 휴직은 일시적이며, 따라서 보험료 납부능력이 계속 의제되고, 또 가입자를 위하여 보험관계를 유지할 필요가 있기 때문이다⁴⁷⁾. 이는 위에서 언급한 교도소 수용자와 비교된다⁴⁸⁾. 또 건강보험은 질병 및 부상에 대해서 단기급여를 지급하기 때문에 보호의 필요성이 우선적으로 고려되어야 한다⁴⁹⁾. 이 점이 장기적으로 소득을

45) 현재 2001.8.30., 2000헌마668, 13-2, 296면 이하; 2013.7.25., 2010헌바51, 25-2(상), 47면 이하 등 참조.

46) 압류처분의 헌법적 정당성에 대해서는 2009.10.29., 2008헌바86, 21-2(하), 205면 이하 참조. 이밖에 아래 각주 68 참조.

47) 현재 2001.2.22., 99헌마365, 13-1, 310면 이하; 2003.6.26., 2001헌마699, 15-1, 761면 이하 등 참조.

48) 위 각주 24 참조.

49) 공무원연금법의 예에 대해서는 위 각주 35 참조. 건강보험이 단기급여를 지급하고, 재정이 부과방식으로 운영되는 점은 과오납의 보험료에 대한 환급에 단기소멸시효, 즉 3년의 소멸시효를 적용하는 것을 정당화하는 논리가 되었다. 현재 2012.11.29., 2011헌마814, 24-2(하), 245면 이하 참조. 그러나 이와 같은 단기의 소멸시효가 건강보험에서 예산 수립 및 운용의 합리성과 편의성에 어느 정도, 그

보장하는 국민연금에서는 휴직기간에 보험료 납부의무가 면제되는 것과 비교된다⁵⁰⁾.

사회보험 가입의무는 기본적으로 공법상의 단체에 가입하지 않을 일반적인 행동의 자유를 기준으로 심사되었다. 이에 비해서 소극적인 결사의 자유는 처음부터 심사의 기준이 아니었다⁵¹⁾. 결사의 자유가 공법상의 단체에는 적용되지 않는다고 이해한 것으로 보인다⁵²⁾. 생각건대 (소극적인) 결사의 자유가 가입강제를 판단하는 기준이 될 수는 없다. 오히려 중요한 쟁점은 (가입강제 자체가 아니라) 가입강제에 따르는 보험료 납부의 부담이 기본권을 침해하는가의 여부이며, 이때 재산권이 심사기준이 된다. 다만 재산권이 심사기준으로서 유용성이 제한적이라는 점은 위에서 언급하였다. 헌법재판소는 건강보험에서 보험의 원리와 함께 사회연대의 원칙이 적용되고, 사회연대의 원칙은 소득재분배 및 위험분산을 통하여 실현된다고 이해하였다⁵³⁾. 그리고 후자의 논리에 따라 가입강제가 정당하다고 보았다⁵⁴⁾. 이는 사회보험에서 사용자에게 보험료를 부과하는 근거가 되었

리고 직접 관련성이 있는지는 의문이며, 따라서 적어도 입법정책적으로 타당하다고 볼 수는 없다.

50) 국민연금법 제91조 제1항 제1호 참조.

51) 현재 2003.10.30., 2000헌마801, 15-2(하), 131면 이하 참조. 공법상의 단체에서 소극적인 결사의 자유에 대해서는 예컨대 강일신, 헌법상 결사의 자유에 관한 연구 (헌법재판소 헌법재판연구원, 2018), 27면 이하 참조. 이밖에 Markus Kaltenborn, "Negative Vereinigungsfreiheit als Schutz vor Einbeziehung in die Sozialversicherung?" Neue Zeitschrift für Sozialrecht (2001), 300면 이하 참조.

52) 이에 관한 헌법재판소의 일반적인 태도에 대해서는 현재 2000.11.30., 99헌마190, 12-2, 342면 이하; 2008.10.30., 2006헌가15, 20-2(상), 689면 이하 등 참조.

53) 이에 비해서 국민연금법 규정에 대한 심사에 있어서는 사회연대의 원칙 대신 부양의 원리가 제시되었다. 부양의 원리는 강제가입 및 보험료 강제징수, 법률에 의한 보험관계의 내용 결정, 사용자 또는 국가가 보험비용의 일부를 부담하는 등을 내용으로 한다. 현재 2001.4.26., 2000헌마390, 13-1, 984면, 987면 등 참조. 이밖에 부양의 원리는 국민연금법 규정에 대한 심사에서 자주 나타나는 논리이다. 현재 2004.6.24., 2002헌마15, 16-1, 727면; 2013.10.24, 2012헌마906, 332면 등 참조. 이와 같은 용어의 차이와 그 이유에 대해서 헌법재판소가 직접 밝힌 바는 없다. 다만 국민연금에 적용되는 부양의 원리에는 소득재분배의 요소가 제외되어 있거나 강조되지 않은 점은 특징적으로 나타났다.

다⁵⁵⁾. 소득재분배의 논리는 국민연금에서도 적용되었다⁵⁶⁾. 그러나 소득재분배가 건강보험의 가입강제를 정당화하는 헌법적 논리인가, 소득재분배의

54) 헌재 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 942면 이하; 2001.8.30., 2000헌마668, 13-2, 294면 이하; 2003.10.30., 2000헌마801, 15-2(하), 131면 이하; 2009.10.29., 2008헌바86, 21-2(하), 207면 이하; 2013.7.25., 2010헌바51, 25-2(상), 49면 등 참조. 사회보험에서 소득재분배의 구조에 대해서는 예컨대 전광석, “사회보장의 소득재분배구조에 대한 헌법적 접근”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 53면 이하 참조.

55) 헌재 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 944면; 2001.8.30., 2000헌마668, 13-2, 295면 등 참조. 헌법재판소는 사용자의 보험료납부를 ‘이질부담’이라고 표현하고 있다. 그러나 이는 이중적으로 오해의 여지가 있다. 첫째, 사용자의 보험료 납부의무는 자본과 노동의 연대, 노동자의 생활위험에 대한 자본의 책임과 부담을 제도화한 것으로서 가입자에 귀속되는 성격을 갖는다. 둘째, 이와 같은 관점에서 보면 사용자의 보험료 부담은 이질부담이 아니라 사회보험의 기능에 본질적인 부담이다. 따라서 사용자의 보험료 부담이 사회보험에서 사회적 조정의 요소라고 할 수도 없다. 사회보험이 사용자 간에 위험분산의 효과를 갖고, 따라서 사용자가 수혜자가 되는 경우에는 사용자의 부담금이 이질부담이 될 수 없는 것은 더욱 명확하다. 이에 대해서는 BVerfGE 14, 312면 이하 참조. 예컨대 독일에서 이질부담(Fremdlasten)에 관한 논의가 있기는 하다. 독일 연방헌법재판소가 예술인사회보험(Künstler-Sozialversicherung)에서 판매상(Vermarkter)이 예술인을 위하여 보험료를 부담하는 경우 이를 이질부담이라고 표현한 바 있지만 판매상이 예술인과 공생관계에서 특별한 책임관계에 있다는 논리가 보다 본질적이었다. BVerfGE 75, 108(157)면 이하 참조. 독일에서 이질부담은 보다 일반적으로는 국가과제를 수행하기 위한 재정의 부담이 특수한 과제를 갖는 사회보험에 부과되는 문제를 말하며, 이와 같은 과제는 보험료가 아니라 조세가 재원이 되어야 한다는 의미를 내포하고 있다. 이 점에 대해서는 예컨대 Karl-Jürgen Bieback, "Sozialversicherung und versicherungsfremde Leistungen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht(Carl Heymanns Verlag, 2004), 117면 이하; Karl-Jürgen Bieback, "Begriff und verfassungsrechtliche Legitimation von Sozialversicherung", Vierteljahresschrift für Sozialrecht(2003), 20면 이하, 35면 이하 등 참조. 이 문제는 독일 통일과정에서 동독 주민의 사회보험급여에 관한 비용을 국가가 아니라 사회보험이 부담하면서 제기된 바 있다. 이에 관한 당시 상황에 대해서는 Gerhard A. Ritter, Wir sind das Volk! Wir sind ein Volk!(C.H.Beck, 2009), 59면 이하 참조. 우리 국민연금법에서는 군복무기간을 가입기간으로 인정하면서 이에 대한 재원을 국가가 부담하는 것이 좋은 예이다(법 제18조).

56) 헌재 2001.2.22., 99헌마365, 13-1, 312면 이하; 2007.4.26., 2004헌가29등, 19-1, 367면; 2013.10.24., 2012헌마906, 25-2(하), 332면; 2014.5.29., 2012헌마248, 26-1(하), 419면 등 참조.

개념이 헌법심사의 기준으로 적용될 만큼 명확한가는 의문이다. 또 소득 재분배의 논리는 정책형성에 혼란을 발생시킬 수도 있다.

건강보험에서는 일반적으로 개인이 질병을 극복하기 위한 경제적 부담 능력이 제한적이며, 따라서 보호의 필요성이 있다는 추상적인 의제에 기초하여 모든 국민을 강제 가입시키고, 또 수급자로 하고 있다⁵⁷⁾. 구체적인 상황을 기준으로 보면 부분적으로는 개인 스스로 건강보장의 능력이 있으며, 따라서 건강보험에 의한 보호의 필요성이 부인될 수 있다. 그러나 이와 같은 개별적인 상황은 가입강제의 헌법적 정당성에 영향을 미치지 않는다. 입법은 개별적 상황 자체가 아니라 개별적인 상황을 유형에 따라 추상화하여 규율하는 작업이며, 부분적으로 비전형적인 상황이 입법적 의제를 벗어나는 것은 어느 정도는 피할 수 없다. 예컨대 건강보험에서 직장가입자가 휴직하는 경우에도 보호의 필요성을 의제하고 가입자격과 보험료 납부의무를 계속 유지시키는 문제에 대해서는 위에서 서술하였다⁵⁸⁾.

이에 비해서 소득재분배는 질병을 진료하는 경제적 부담을 분산시키는 건강보험의 정책효과다. 국민연금법에서는 수급자 개인의 소득비례부분과 전체 가입자의 균등(평균)소득부분이 함께 연금산정에 반영되고 균등부분을 통하여 가입자 간에 어느 정도 소득재분배가 이루어진다. 즉 가입자 전체의 평균소득에 비해서 가입자 개인의 소득이 낮은 경우에는 수급자에게 유리하게 연금이 산정된다. 그러나 이와 같은 형태의 소득재분배가 국민연금의 본질적인 요소는 아니며, 헌법적으로 보면 이 규정에 의하여 국민연금의 가입강제가 비로소 정당성을 갖는 것은 아니다. 소득재분배가 국민연금의 본질적인 요소이며, 이에 의하여 국민연금 그 자체, 그리고 가입강제가 비로소 정당성을 갖는다면 국민연금을 (균등부분을 삭제하고) 순수하게 소득비례의 노후보장제도로 개편하고, 기초연금 등을 통하여 균등하게 노후소득을 보장하는 방안은 헌법적으로 허용될 수 없게 된다⁵⁹⁾.

57) 독일 연방헌법재판소는 이러한 논리를 강제가입을 정당화하는 사유로 이해하였다. BVerfGE 11, 105(113); 63, 1(35); 75, 108(146) 등 참조.

58) 위 각주 47 참조.

59) 아직 진지하게 검토되지는 않았지만 이와 같은 개정 제안에 대해서는 예컨대 양

소득재분배 자체가 가입강제를 정당화한다는 논리는 다음과 같은 헌법적 및 정책적 혼란을 가져 오고, 또 세법과의 체계적 차이를 상실시킨다. 건강보험에서는 보험료액의 상한이 설정되어 있다. 국민연금의 경우 보험료 부과기준인 소득에 상한이 있다. 이는 소득 전체를 보험료 산정의 기준으로 하는 경우에 비해서는 소득재분배 효과를 약화시킨다. 그러나 여기에는 다음과 같은 헌법적 및 정책적 의미가 있다. ‘헌법적’으로 보면 보험료 산정에서 제외되는 소득은 개인이 자율적으로 생활을 형성하는 기반이 된다. 국민연금에 관한 한 헌법재판소는 이 점을 직접 지적하였지만, 소득재분배의 논리와 긴장관계에 있다는 문제가 언급되지는 않았다⁶⁰⁾. 그만큼 국가는 사회보험에서 재정부담을 덜고 균형 있는 재정투입을 할 수 있게 된다. ‘정책적’으로 보면 이로써 건강보험에서 - 그 구체적 내용의 정책적 타당성과는 별개로 현실적인 문제로서 - 범정부급여가 넓게 존재하고 진료비용의 일부를 본인이 부담하는 등의 이유로 보장성이 제한적이고, 국민연금에서 소득대체율이 낮은 구조가 설명될 수 있다. 이에 비해서 소득재분배가 가입강제를 정당화한다는 논리에서 보면 위와 같은 내용의 건강보험, 그리고 국민연금은 헌법에 위반되거나 적어도 헌법에 충실하지 않게 된다.

이와 같은 이해방법에 따르면 2007년 제정된 노인장기요양보험법에서도 다음과 같은 정책적 충돌이 발생한다. 당시 노인장기요양제도를 도입하면서 재정안정은 우선적으로 고려하여야 하는 요소였다⁶¹⁾. 이에 급여기준과 관련하여 본인부담이 적용되고, 동시에 월한도액을 두었고(장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시 제13조), 이를 초과하는 비용은 개인이 부담하도록 하였다⁶²⁾. 그런데 소득재분배의 논리에서

재진, “국민연금제도”, 양재진 외, 한국의 복지정책 결정과정 - 역사와 자료(나남, 2008), 137면 이하 참조.

60) 현재 2001.2.22., 99헌마365, 13-1, 313면 이하 참조.

61) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 1의 책, 346면 이하 참조. 1995년 장기요양보험(Pflegeversicherung)의 도입 당시 재정약화가 우려되었던 독일의 경우 재정수요를 제한하는 문제에 정책적 우선순위를 두어 제도를 설계하였다. 이 점에 대해서는 전광석, 독일 사회복지법과 사회복지정책(박영사, 2008), 142면 이하 참조.

보면 이는 헌법에 우호적이지 않고, 그만큼 강제가입의 정당성은 약화된 다. 그러나 헌법이 이와 같은 정책선택에 장애가 되어서는 안 된다.

세법에서는 개인의 경제적 부담능력을 기준으로 과세가 되며, 또 소득이 높을수록 누진율이 적용된다. 그 결과 소득재분배의 효과는 커진다. 다만 누진율에 헌법적 필연성이 있는 것은 아니며, 이는 입법정책의 문제이다⁶³⁾. 사회보험 강제가입의 헌법적 근거를 소득재분배로 이해하는 경우 입법자는 이를 되도록 강화하여야 한다. 이와 같은 논리에서 보면 예컨대 사회보험에서 세법과 마찬가지로 가입자의 경제적 부담능력을 기준으로 전체 재산과 소득을 보험료 부과대상으로 하고, 또 누진율을 적용하는 것이 헌법에 우호적이며, 적어도 이에 대한 결정은 입법정책의 문제가 된다⁶⁴⁾. 그러나 사회보험은 특정한 생활위험을 보호하는 목적을 가지며, 보호의 범위는 해당 사회보험의 목적에 충실한 범위 내에서 정책적으로 결정된다. 그리고 이와 같은 과제와 기능에 적합하게 보험료가 산정·부과되기 때문에 개인의 전체적인 경제적 부담능력이 보험료부과의 기준이 될 수는 없다. 이 점에서 보험료는 일반적인 소득재분배의 재원이 될 수 있는 조세와 법적 성격 및 기능에 있어서 차이가 있다⁶⁵⁾.

62) 수요와 공급구조에 있어서 노인장기요양보험과 건강보험의 차이에 대해서는 위 각주 8 참조.

63) 현재 1999.11.25., 98헌마55, 11-2, 609면 참조.

64) 건강보험 보험료 부과기준인 경제적 부담능력을 산출하는 정책적 문제에 대해서는 예컨대 정영훈, 국민건강보험법상의 보험료 부담의 평등에 대한 헌법 검토(헌법재판소 헌법재판연구원, 2014), 29면 이하 참조. 실제 헌법재판소는 경제적 부담능력이 보험료 부과 기준이 된다는 지적을 한 바 있다. 현재 2013.7.25., 2010헌바51, 25-2(상), 50면 참조. 그러나 이는 민간보험에서 보험료가 가입자 개인의 위험의 내용과 정도를 기준으로 산정된다는 점과 비교하여 갖는 사회보험의 특징이며, 경제적 부담능력의 내용은 보험료와 조세의 산정기준으로서 차이가 있다. 우리 의료보험법의 역사에서 보면 1980년대 후반 국민의료보험법 제정과정에서 보험료부과에 누진율을 적용하는 제안이 이루어진 바 있다. 이에 대해서는 예컨대 김연명, “국민의료보험법 입법과정에서의 쟁점에 관한 일고찰”, 보건과 사회연구회(편), 한국 의료보장 연구(청년세대, 1989), 170면 이하 참조.

65) 조세와 보험료의 이와 같은 차이에 대해서는 예컨대 전광석, “사회보장법과 세법의 기능적인 상관관계”, 공법연구 제32집 제1호(2003), 216면 이하 참조.

2. 직장가입자와 지역가입자의 보험료 부과방식의 차이와 평등권

건강보험은 1980년대 후반 실질적으로 전국민보험이 되었다. 이때 지역주민의 보험료 부과방식이 어려운 과제였다. 지역주민의 보험료를 직장가입자와 같이 소득을 기준으로 산정하는 방법은 정책적인, 그리고 현실적인 이유에서 적용될 수 없었다. 보수(표준보수월액)가 경제적 생활의 기초인 직장가입자와 달리 지역주민의 경우 이 점에 대한 명확한 구상이 없었다. 이에 소득과 재산이 함께 추정소득의 형태로 보험료 부과대상이 되었고, 피부양자가 독자적으로 가입자가 되어 보험료가 부과되었다. 헌법재판소는 균등부담의 원칙이 어느 정도 유지되어 있는 한 이와 같은 부과방식의 차이가 평등권을 위반하지 않는다고 보았다⁶⁶⁾. 적극적으로 보면 “직장가입자와 지역가입자의 보험료 부담의 평등이 보장되지 않는 한, 의료보험의 재정통합은 헌법적으로 허용되지 않는다”⁶⁷⁾. 그러나 소득형태의 차이를 고려하고, 또 균등부담을 실현하기 위하여 지역주민의 경우 소득과 재산을 모두 보험료 부과 대상으로 하는 것도 타당하지는 않다. 예컨대 주택재산은 현재 가입자의 주거에 이용되기 때문에 처분의 가능성이 제한적이다⁶⁸⁾. 이는 특히 소득이 낮은 지역가입자에 부담이 되는 부과방식이었다. 이와 같이 지역가입자의 경제적 특성과 함께 당시 지역 주민의 소득과약률이 지극히 낮았다는 점이 함께 정책형성에 영향을 미쳤다.

직장가입자와 지역가입자의 보험료 부과방식의 차이는 2000년 건강보험 조직의 통합, 그리고 2003년 재정의 통합을 계기로 다시 헌법적 쟁점이 되었다. 건강보험이 직장조합과 지역조합으로 분리되었던 상황에서 지역조합은 두 가지 특수성이 있었다. 첫째, 직장가입자는 퇴직 후 일반적으로 노령에 이르러 혹은 실업상태에서 지역가입자로 편입된다. 따라서 직장가입자에 비해서 지역가입자는 질병 발생의 위험과 치료비용의 부담이

66) 현재 2003.10.30., 2000헌마801, 15-2(하), 134면 이하 참조.

67) 현재 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 958면 참조.

68) 지역가입자에 대한 보험료 부과방식과 체납 시 부동산에 대한 압류처분에 관한 헌법적 문제에 대해서는 현재 1998.8.27., 96헌마134, 10-1, 176면 이하 참조.

크다는 점에서 구조적으로 불리한 요소가 있었다. 둘째, 소득이 거의 100% 파악되는 직장가입자에 비해서 지역주민의 경우 소득파악률이 크게 낮았다. 2000년 건강보험 통합 당시 지역가입자인 도시자영인과 농어민의 소득파악률은 각각 23%, 55%, 평균 28%에 불과하였다⁶⁹⁾. 이와 같은 문제는 건강보험조직이 통합되기 전에는 지역조합을 재정적으로 지원하는 방법으로 보완되었다. 건강보험이 통합되는 과정에서, 그리고 이후에도 직장가입자와 지역가입자 모두 보험료 부과방식에 대한 헌법심사를 청구하였다⁷⁰⁾. 직장가입자는 지역가입자의 소득파악률이 낮기 때문에 실제 부담 능력에 따른 보험료가 징수될 수 없고, 이로 인하여 재정부담이 직장가입자에 전가되며, 또 기존에 직장가입자가 납부하여 적립된 준비금이 건강보험공단에 이전되어 지역가입자를 포함하여 전체 가입자를 위한 재원으로 사용될 수 있기 때문에 평등권과 재산권을 침해한다고 보았다⁷¹⁾. 지역가입자는 재정이 통합된 후에도 보수뿐 아니라 재산 등의 요소를 여전히 보험료 부과대상으로 하는 문제, 그리고 소득파악률이 낮은 행정책임은 지역가입자에게 전가하는 것이 헌법에 위반된다고 보았다⁷²⁾. 이에 대한 심사기준은 기본적으로는 평등권이었으며, 재산권의 기능은 부수적이었다. 이 중 적립금의 문제는 아래에서 따로 다룬다⁷³⁾.

헌법재판소는 직장가입자와 지역가입자의 소득형태 및 소득파악률(그리고 소득신고의 방법, 소득결정방법, 보험료 부과대상인 소득의 발생시점 등)의 차이를 본질적인 문제로 보았다⁷⁴⁾. 그러나 소득파악률은 현실행정

69) 헌재 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 952면 참조.

70) 헌재 2003.10.30., 2000헌마801, 15-2(하), 133면 이하 참조.

71) 헌재 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 913면 이하; 2011.8.30., 2008헌마757, 23-2(상), 450면 이하; 2012.5.31., 2009헌바299, 24-1(하), 505면 이하 등 참조.

72) 헌재 2013.7.25., 2010헌바51, 25-2(상), 46면 이하; 2016.12.29., 2015헌바199, 28-2(하), 436면 이하 참조.

73) 아래 V. 참조.

74) 헌재 2003.10.30., 2000헌마801, 15-2(하), 134면 이하; 2012.5.31., 2009헌바299, 24-1(하), 517면 이하; 2013.7.25., 2010헌바51, 25-2(상), 50면 이하; 2016.12.29., 2015헌바199, 28-2(하), 443면 등 참조.

의 문제이며, 직장가입자와 지역가입자의 경제적 기반 및 소득형태가 다르다는 점이 본질적인 차이였다. 헌법재판소는 이 문제에 대해서 비교적 낙관적인 예측을 하였다. 즉 조직의 통합 이후 재정통합은 아직 1년 6개월의 유예기간이 있으며, 또 재정운영위원회에서 직장가입자와 지역가입자간에 보험료 분담률이 조정되고 이로써 균등부담이 실현될 수 있다고 보았다⁷⁵⁾. 그러나 1년 6개월의 유예기간에 본질적인 차이가 극복된다고 기대할 수는 없었으며, 재정운영위원회의 기능은 예측하기 어려웠다. 또 - 아래에서 살펴보는 바와 같이 - 이에 대한 이론적 근거도 취약했다.

헌법재판소는 지역가입자의 경우 재산을 보험료 부과대상으로 하는 것 자체는 추정소득을 실소득에 가깝게 파악하기 위한 합리적인 방법으로 보았다. 또 직장가입자와 지역가입자 간에 재정부담의 차이가 여전히 있지만 균등부담을 실현하기 위하여 제도가 개선되고 있다는 점도 지적하였다. 즉 “지역가입자의 소득과약을 위한 노력이 계속 되고 있고, 그 결과 직장가입자와 지역가입자의 소득과약률의 차이가 점점 좁혀지고 있다”⁷⁶⁾. 명시적으로 표현을 하지는 않았지만 향후 지역가입자의 소득과약률이 높아지면 보험료 부과대상에서 소득의 비중이 확대될 것으로 기대하였다. 즉 지역가입자와 직장가입자의 균등부담을 실현하기 위해서는 실험이 계속 필요하며, 이 과정에서 헌법문제가 점차 개선된다고 본 듯하다. 실제 이에 관한 실험은 그 동안 몇 차례 있었다⁷⁷⁾. 이를 통하여 헌법재판소의 예측과 기대의 수준에 이르지 못하는 못했다. 그러나 당시 시점에서 헌법재판소의

75) 현재 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 959면 이하 참조. 1999년 제정된 국민건강보험법은 2000년 7월 1일 시행되어 조직이 통합되었지만 제정은 2002년 12월 31일까지 구분하여 계리하도록 하였다. 재정통합의 유예기간은 다시 2003년 6월 30일까지 연장되었다.

76) 현재 2012.5.31., 2009헌마299, 24-1(하), 518면; 2016.12.29., 2015헌마199, 445면 이하 등 참조.

77) 2012년 및 2017년 이 점에 대한 정책변화에 대해서는 예컨대 정창률/권혁창/남재욱, “한국 건강보험 보험료 부담의 형평성에 관한 연구”, 사회보장연구 제30권 제2호(2014), 323면 이하; 정창률/문용필, “건강보험료 부과체계 개편 평가 및 향후 과제”, 사회보장연구 제33권 제3호(2017), 232면 이하 등 참조.

이와 같은 기대와 예측이 명백히 잘못되었다고 볼 수는 없었다.

그동안 부분적으로 지역가입자와 직장가입자의 균등부담을 위한 조치가 취해졌다. 그러나 그 방향은 헌법재판소의 예측과는 달랐다. 2012년 직장가입자의 보험료 부과대상이 표준보수월액(보수월액보험료) 외에 ‘보수 외의 소득’으로 확대되었다(소득월액보험료). 이는 다음과 같은 새로운 문제를 제기하였다. 첫째, 직장가입자의 보수 외에 소득을 보험료 부과대상으로 하는 이론적 및 체계적 논리가 불분명했다. 즉 이들에게 보수 외에 소득이 일반적으로 전형적인 경제적 생활의 기초인가, 그리고 건강보험급여가 직장근로자의 ‘보수 외의 소득’ 및 소득능력의 상실을 회복하는 기능과 연관성을 갖는가의 문제는 밝혀진 바 없다⁷⁸⁾. 거꾸로 지역가입자의 경우 소득 외에 재산, 세대원의 성·연령 등이 경제생활의 기초로서 경제적 부담능력을 측정 혹은 추정하는 기준이 될 수 있는가는 여전히 문제였다. 부분적으로 소득역진의 문제가 쟁점이 되었다⁷⁹⁾. 또 - 헌법재판소 반대의견이 지적한 바와 같이 - 직장가입자와 달리 지역가입자의 경우 피부양자가 독자적으로 보험료 부과대상이 되는 문제는 근본적인 검토가 필요했다⁸⁰⁾. 둘째, 이로써 사용자에 비해서 가입자의 보험료 부담이 커진다. 그

78) 이 규정은 헌법재판소의 대상이 되었지만 주로 위임의 구체성이 심사의 기준이 되었다. 아래 VII.1.(2). 참조. 독일에서 이 문제는 주로 연금수급자의 건강보험(Krankenversicherung der Rentner)에서 보험료 부과 대상 확대하는 규정에 대한 헌법재판소의 결정과 관련하여 활발하게 논의된 바 있다. BVerfGE 69, 272면 이하; 79, 223면 이하; 102, 68면 이하 등 참조. 이밖에 이에 대한 논의로는 Ulrich Becker, “Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Krankenversicherung der Rentner - zur Bedeutung des Gleichheitssatzes bei der Bemessung von Sozialversicherungsbeiträgen”, Neue Zeitschrift für Sozialrecht(2001), 281면 이하; Stefan Huster, “Die Beitragsbemessung in der gesetzlichen Krankenversicherung”, Juristen Zeitung(2002), 373면 이하; Karl Peters, “Fragen zu einer Verbreitung der Beitragsbemessungsgrundlage in der Gesetzlichen Krankenversicherung”, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht(Carl Heymanns Verlag, 2004), 459면 이하 등 참조.

79) 이에 관한 실증 연구로는 예컨대 홍백의/배지영/박미희/강준모, “국민건강보험제도의 직장, 지역가입자간 보험료 부담 형평성 연구”, 한국사회정책 제19권 제1호(2012), 특히 224면 이하 참조.

런데 전통적으로 자본의 노동에 대한 배려 및 지원을 통하여 사회통합을 추구했던 사회보험에서 자본과 노동의 재정부담이 균형을 상실하는 문제는 국회에서 충분한 공론화를 거쳐 결정되어야 한다. 이와 같이 사회보험에서 가입자의 부담이 커지면서 자본이 건강보험의 재정에 기여하는 문제가 새롭게 제기되었다⁸¹⁾. 셋째, 건강보험에서 새로운 보험료 부과방식이 국민연금과 같은 다른 사회보험에 확대 적용될 수 있는가의 문제가 검토를 필요로 했다.

V. 건강보험의 조직 및 재정통합

건강보험의 관리운영방식은 이미 1976년 의료보험법을 제정하는 과정에서 핵심적인 쟁점이었다. 이는 1980년대 초에 다시 점화(點火)되었지만 공론화 단계에 이르지 못하고 소멸하였다⁸²⁾. 이후 1997년 말 대통령선거, 그리고 외환위기의 상황 및 정치적 위기의 국면에서 사회적 합의의 압력이 거셌으며, 이와 같은 배경에서 1999년 제정된 국민건강보험법에 의하여 기존의 조합방식은 통합방식으로 전환되었다⁸³⁾. 이와 관련하여 다음과 같은 헌법문제가 제기되었다. 첫째, 건강보험 통합 자체의 헌법문제이다. 둘째, 직장가입자와 지역가입자의 소득과악률이 현저한 차이가 있음에도 불구하고 통합하는 경우 직장가입자가 지역가입자의 재정부담을 떠안게

80) 현재 2016.12.29., 2015헌바199, 28-2(하), 449면 이하 참조. 건강보험에서 피부양자의 문제에 대한 근본적인 검토의 필요성에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 5의 논문, 36면 이하 참조.

81) 이에 관한 근본적인 문제의 제기에는 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, “Der Sozialstaat an der Wende zum 21. Jahrhundert”, Vierteljahresschrift für Sozialrecht(2000), 199면 참조.

82) 당시 논의의 배경, 과정 및 결과에 대해서는 전광석, 위 각주 1의 책, 208면 이하 참조.

83) 이에 관한 당시 정치적 상황에 대해서는 예컨대 최영기/전광석/이철수/유범상, 한국의 노동법 개정과 노사관계 - ‘87년 이후 노동법 개정사를 중심으로(한국노동연구원, 2000), 239면 이하 및 432면 이하 참조.

되며, 이는 직장가입자의 재산권 및 평등권을 침해한다. 이에 대해서는 위에서 서술하였다. 셋째, 건강보험의 조직 및 재정이 통합되면서 지역가입자에 국고가 지원되었는데 이로 인하여 직장가입자의 평등권을 침해하는가의 문제이다. 넷째, 기존 직장조합에 가입자가 납부한 보험료를 재원으로 상당한 규모의 적립금이 있는데, 조직 및 재정의 통합으로 인하여 이를 가입자 전체가 공동으로 사용하게 됨으로써 직장가입자의 재산권을 침해한다.

건강보험의 통합 자체에 대한 헌법문제는 쉽게 극복되었다⁸⁴⁾. 우선 건강보험의 조직 및 기능원리는 기본적으로 입법정책의 문제이며, 이와 관련하여 기존 제도의 존속이 보장되지는 않는다. 헌법재판소는 건강보험에서 조합방식과 통합방식의 장단점을 비교하고, 통합방식이 위험분산, 소득재분배, 그리고 국민연대의 면에서 우월한 측면이 있다고 보았다. 그리고 - 헌법재판소가 명확히 하지는 않았지만 - 거의 전체 국민이 수급자인 상황에서 건강보험은 더 이상 경제활동 및 위험의 동질성이 있는 집단 간에 위험을 분산시키는 방법으로 운영될 수 없었다. 건강보험은 이제 오히려 국민적 연대가 조직 및 운영의 기반이 되어야 한다⁸⁵⁾.

84) 그러나 정책적으로 보면 당시 건강보험의 통합은 의약분업, 수가인상 등의 문제와 연관되면서 적지 않은 문제를 남겼다. 이들 문제가 혼재하였던 당시 의료보험, 특히 의료보험의 재정상황에 대해서는 예컨대 이종찬, “건강보험 재정위기에 대한 분석 - 의료정책사적 관점”, 보건과 사회과학 제22집(2007), 37면 이하 참조. 이밖에 당시 의료계의 입장과 저항을 보여주는 문헌으로는 예컨대 송호근, 의사들도 할 말 있었다(삼성경제연구소, 2001); 이종찬, 한국의료 대논쟁(소나무, 2000) 등 참조.

85) 역사적으로 보면 1963년 의료보험법 제정과정에서 전문가집단에서는 의료보험이 국민적 연대에 기반하여야 한다는 구상이 지배하였고, 이는 요양기관 지정방식, 국고지원, 관리운영방식에 반영되었다. 이 점에 대해서는 전광석, 위 각주 1의 책, 143면 이하 참조. 이밖에 전체 국민을 보편적으로 보호하는 필요성의 입법적 의제에 대해서는 위 각주 57 참조. 독일 헌법에서 사회보험, 예컨대 건강보험 및 산재보험 조직 및 기능원리에 관한 헌법적 개방성에 대해서는 BVerfGE 39, 314면 이하(건강보험); 36, 383(393)면(산재보험) 등 참조. 이밖에 Ulrich Becker, Der Finanzausgleich in der gesetzlichen Unfallversicherung(Nomos, 2004), 47면 이하 참조.

건강보험이 국민적 연대에 기초하여 조직·운영되어야 한다는 정치적 및 입법적 결정에서 균등부담의 원칙은 국고지원을 통하여 어느 정도 변형될 수 있다⁸⁶⁾. 지역가입자의 불리한 인구구조는 국민연대에 기초하여 지원되어야 하며, 이는 이에 관한 건강보험의 재정이 전적으로 직장가입자에게 전가되지 않는 한 합리적인 차별에 해당한다. 실제 지역가입자에 대한 국고지원은 당시 건강보험통합의 전제조건이었다. 2002년 한시법으로 ‘국민건강보험재정건전화특별법’이 제정되어 지역건강보험의 급여비용 및 사업비의 40%를 국고에서, 그리고 10%를 국민건강증진법에 의한 국민건강증진기금에서 지원하도록 하였다⁸⁷⁾.

직장가입자가 납부하여 적립된 준비금이 전체 가입자를 위한 예비재원으로 사용되는 것이 재산권 및 평등권을 침해하지는 않는다⁸⁸⁾. 재산권은 가입자가 납부한 보험료가 전체적으로 보험재원을 형성하고 이에 기초하여 적절한 요양급여가 지급되는 것을 보장한다. 이는 보험급여가 가입자의 건강을 보장하고 질병 및 부상을 치료하는 데 현저히 미치지 못하여 가입장제의 의미가 더 이상 실현될 수 없는 경우에 침해된다. 그런데 적립금은 보험급여의 예비재원의 성격을 가질 뿐 가입자에 귀속되지 않으며, 따라서 사적 유용성이 있지는 않기 때문이다.

86) 집단적 동질성을 기반으로 다원적 사회보험조직을 운영해 왔던 독일의 경우 이러한 기준이 헌법적 효력이 있는가는 논란이 있어 왔다. 이에 대해서는 예컨대 Josef Isensee, “Sozialversicherungsfreiheit bei geringfügiger Beschäftigung”, Zeitschrift für Rechtspolitik(1982), 140면 이하; Michael Kloepfer, “Sozialversicherungsbeiträge und Gruppensolidarität”, Vierteljahresschrift für Sozialrecht(1974), 156면 이하 등 참조.

87) 이후 시기, 즉 2007년 국고지원의 기준은 변경되었다. 즉 이제 당해 연도 보험료 예상수입액의 14%를 국고에서 지원하고, 6%는 국민건강증진기금에서 부담하도록 하였다. 이밖에 이 법에서 규율되었던 국고지원 및 건강보험정책심의위원회에 관한 규정은 이후 국민건강보험법에 편입되었다.

88) 현재 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 947면 이하 참조.

VI. 요양기관의 직업의 자유

1. 요양기관의 공법관계와 사법관계

건강보험은 가입자가 요양기관에 자유롭게 접근하고, 또 부담할 수 있는 비용으로 진료를 받을 수 있을 때 그 목적을 실현한다. 이를 위하여 의료기관은 요양기관으로 지정되어 공법관계에 편입된다. 그러나 의사와 환자 사이에는 여전히 사법적 법률관계가 유지되며, 그 결과 사적 자치 및 과실책임의 원칙이 존중되어야 한다⁸⁹⁾.

건강보험에서 의사와 환자의 사법상의 법률관계는 헌법재판소의 결정에서도 부분적으로 확인된 바 있다. 제3자의 불법행위로 인하여 가입자에게 질병 또는 부상이 발생한 경우 가해자에 대한 책임실현에 우선하여 건강보험에서 급여를 할 수 있다. 이때 건강보험공단은 급여에 소요된 비용의 한도 내에서 제3자에 대한 손해배상청구권을 갖는다. 즉 3자의 불법행위 책임이 면제되는 것은 아니다. 그렇지 않을 경우 제3자의 불법행위책임은 피해자 혹은 보험공동체가 부담하는 결과가 되기 때문이다. 이와 관련하여 의사가 경과실에 의하여 의료사고를 발생시킨 경우에도 구상권을 행사하는 규정이 심사의 대상이 되었다⁹⁰⁾. 의사의 전문적인 지식과 이에 기초하여 개별적인 상황에 대한 구체적인 판단이 존중되어야 하며, 따라서 진료에 있어서 원칙적으로 의사의 재량이 인정된다. 그러나 경과실을 포함

⁸⁹⁾ 건강보험공단이 이와 같은 공적 과제를 담당하기 때문에 공단 근로자는 공무원은 아니지만 공무원에 가까운 지위를 가지며, 공단의 임직원은 형법 제129조에서 제132조까지의 규정을 적용할 때 공무원으로 본다(법 제28조). 이와 같은 건강보험의 공적 과제에서 단체교섭에 있어서 자율성이 제한된다. 1999년 당시 국민건강보험법 제27조(현행법 제29조)에 의하면 공단의 조직·인사·보수 및 회계에 관한 규정은 이사회 의결을 거쳐 보건복지부장관의 승인을 얻어 정하도록 하였고, 이에 따라 이에 관한 단체협약은 보건복지부장관의 승인을 얻은 때 효력을 발생하도록 하였다. 이 점에 대한 헌법심사에 대해서는 현재 2004.8.26., 2003헌바58등, 16-2(상), 260면 이하 참조. 건강보험심사평가원의 직원과 관련하여 같은 취지의 결정으로는 현재 2019.8.29., 2017헌바262, 31-2(상), 136면 이하 참조.

⁹⁰⁾ 현재 2012.5.31., 2011헌바127, 24-1(하), 480면 이하 참조.

하여 의사의 과실이 있는 경우에 불법행위책임이 면제되는 것은 아니다. 이는 경과실에 의한 범죄행위에 기인하여 발생하는 질병 또는 부상에 대해서는 가입자의 책임을 묻지 않고 급여를 제한하지 않는 규정과의 관계에서 평등권을 침해하는 것도 아니다⁹¹⁾. 보험자와 가입자의 공법관계에서는 보호의 필요성이 가장 중요한 기준이지만, 이러한 기준이 가입자와 요양기관의 사법관계에 확대 적용되는 것은 아니기 때문이다. 또 의료인의 과실에 의하여 발생한 비용을 가입자가 부담한 경우에 건강보험공단이 부담이득의 반환을 청구하여 가입자에게 환수시키는 공법상의 수단이 적용되는 경우에도 요양기관과 환자 사이에 과실상계 등의 방법으로 민법상의 불법행위책임을 조정하는 가능성은 여전히 남아 있다⁹²⁾.

2. 요양기관 당연지정

1963년 제정된 최초의 의료보험법은 요양기관(당시 표현에 따르면 ‘보험의료기관’)의 양적, 지역적 분포가 건강보험의 목적을 실현하기 위한 전제조건이라는 점을 충분히 인식하고 있었다. 이에 보험자의 신청에 의하여 보건사회부장관이 보험의료기관을 ‘지정하여 계약’하는 방식을 채택하였다. 그런데 보험의료기관은 지정의 취소를 요구할 수 있기 때문에 의료보험이 원활히 기능할지는 의문이었다. 1977년 시행된 의료보험법은 처음에는 기존의 계약지정방식을 그대로 유지하였으나, 1979년 강제지정방식으로 바꾸었다. 이는 위에서 언급한 일반적인 목적 외에 환자가 필요한 과목에 대한 치료를 받을 수 없기 때문에 종합병원을 이용하여야 하는 부담을 덜어주는 효과가 있었다. 의료기관이 지정을 거부하는 우려도 작용하였다. 강제지정방식은 1999년 당연지정방식으로 바뀌었다. 강제지정의 효과는 같으면서 요양기관이 지정절차를 밟아야 하는 불편이 있었기 때문이다.

91) 위 III.2. 참조.

92) 이에 대해서는 예컨대 현재 2011.6.30., 2010헌바375, 23-1(하), 399면 이하 참조.

헌법재판소는 요양기관 당연지정제를 합헌으로 결정하였다⁹³). 이는 충분히 예상할 수 있는 결론이었다. 건강보험이 기능하기 위해서 환자가 요양기관에 쉽게, 그리고 평등하게 접근할 수 있어야 하며, 특히 우리나라와 같이 공공의료기관에 비해서 민간의료기관이 압도적으로 높은 비중을 차지하고 있는 상황에서(당시 공공의료기관은 의료기관 수를 기준으로 8.8%, 병상 수를 기준으로 15.5%에 불과했다) 당연지정제는 건강보험의 기능에 불가피한 조건이었다. 요양기관의 기본권의 관점에서 보면 당연지정제는 직업에의 접근 그 자체가 아니라 직업수행을 제한하는 조치이기 때문에 입법형성권은 넓게 인정되었다⁹⁴). 헌법재판소는 계약지정제를 채택하는 경우 의료기관이 이원화될 수 있다고 우려하였다. 즉 고급·고가의 특성화된 진료를 행하는 의료기관이 건강보험을 탈퇴하고 그렇지 않은 의료기관이 남아 전체적으로 진료수준이 양분화될 수 있다. 그리고 이와 같은 예측이 명백히 잘못된 경우가 아닌 한 입법자의 (예측)판단은 존중되어야 한다(명백성 통제). 또 이러한 판단에는 1977년 당시 의료보험법에서 의료기관이 지정을 거부하는 등 계약지정제의 부정적 경험이 영향을 미쳤다. 이 경우 건강보험의 양극화로 인하여 - 헌법재판소가 그러한 표현을 하지는 않았지만 - 사회통합을 저해할 뿐 아니라 건강보험제도 자체의 정당성에 의문이 제기될 수 있었다.

헌법재판소는 의료기관이 건강보험에 편입되더라도 의사는 여전히 전문적 판단에 따른 진료를 할 수 있다는 점을 강조하였다. 사실 당시 당연지정제 자체보다는 의료기관이 요양급여기준에 따른 규제를 받으며, 그 결

⁹³) 현재 2002.10.31., 99헌바76등, 14-2, 429면 이하 참조.

⁹⁴) 이에 비해서 요양기관의 지정을 취소하는 조치에 대한 심사기준은 엄격하여야 한다. 거의 전국민이 수급권자인 현실에서 요양기관의 지정이 취소되면 의사로서 직업활동을 할 수 없게 되며, 이는 직업에의 접근을 차단하여 실질적으로 직업선택의 자유를 제한하는 효과를 갖기 때문이다. 지정취소에 대한 헌법심사에 대해서는 아래 VII.1.(1) 참조. 다만 이 결정에서 심사기준은 직업의 자유 자체가 아니라 위임의 구체성이었다. 현행 국민건강보험법에서 요양기관이 법령에 위반하는 행위를 한 경우 업무정지 혹은 과징금 부과 제재가 이루어질 뿐 지정취소제도는 더 이상 존재하지 않는다.

과 새로운 방법에 따른 진료가 제한되고, 또 경직된 보험수가가 적용되는 문제가 청구의 실질적인 이유였다. 그러나 요양기관의 직업수행의 자유 및 수익(收益)의 기회를 보장하는 문제는 수가(酬價)의 불균형을 완화하는 등의 방법으로 계속 개선되어 왔다. 의약분업이 실시되고 건강보험이 통합되는 시기인 1999년 11월 이후 2001년 1월까지 수가의 누적 인상률은 거의 50%에 달했다. 새로운 의료기술을 신속히 요양급여기준에 반영하는 절차가 정비되었고, 환자의 경우 법정비급여에 의하여 어느 정도 진료의 방법과 내용을 선택할 수 있었다. 다만 법정비급여와 관련된 헌법재판소의 논리는 지나치게 단순했다. 법정비급여는 의료기관에게 수익성을 강화하는 유인이 되었다는 경험을 감안하면 선택적 진료를 보장하는 긍정적 측면보다는 건강보험에 의한 보장률을 정체시키는 원인이 되었다. 이는 특히 경제적 부담능력이 낮은 국민에게 경제적 부담을 가중시켰다. 진료의 방법과 내용에 대한 규제는 아래에서 서술하는 바와 같이 독자적으로 심사의 대상이 되었으며, 이때 문제는 헌법재판소의 이해범위를 넘는 것이었다.

3. 요양급여의 방법 및 내용

건강보험법은 한편으로는 모든 진료행위를 요양급여의 대상으로 하면서, 다른 한편으로는 요양급여기준에서 가장 경제적이고 비용효과적인 진료의 방법과 내용을 열거하여 정하고 있다. 이에 해당하지 않는 법정비급여에 대해서는 수급자가 비용의 전부를 부담하여야 한다⁹⁵⁾. 이와 같이 진료의 방법과 내용은 행정규칙에서 구체적으로 규율되며, 그 결과 행정규칙은 그 구체적인 명칭에 관계없이 일반적으로 외부적 효력을 갖는다⁹⁶⁾.

⁹⁵⁾ 이와 같은 가능성을 기준으로 특정한 진료 방법과 내용 혹은 중복처방의 금지조치가 의사 및 환자의 기본권을 침해하지 않는다는 결정으로는 헌재 2010.9.30., 2008헌마758, 22-2(상), 757면; 2013.9.26., 2010헌마204등, 25-2(하), 14면 이하 등 참조.

⁹⁶⁾ 이 점에 대해서는 헌재 2007.8.30., 2006헌마417, 19-2, 347면 이하; 2010.9.30.,

이때 요양급여기준이 의사의 전문적 판단에 따라 필요한 진료방법 혹은 아직 승인되지 않은 새로운 의료기술을 포섭하지 못하는 경우에는 - 위에서 서술한 바와 같이 - 구조적 장애가 발생한다⁹⁷⁾. 이는 요양기관이 법정 기준과 절차를 위반하거나 초과하여, 혹은 법정 기준과 절차에 따르지 않고 진료를 하는 경우에 해당한다(임의비급여). 이때 법정 기준을 위반하여 진료를 하였다는 사실, 법정비급여가 아님에도 불구하고 수급자로부터 진료비용을 받았다는 사실이 모두 ‘사위 기타 부당한 방법으로’(현행법의 표현에 따르면 ‘속임수나 그밖의 부당한 방법으로’) 보험급여를 한 경우로서 급여비용의 징수, 업무정지명령 혹은 과징금 부과 등의 제재가 가해진다. 이러한 상황이 의사의 진료의 권리, 그리고 환자의 자유로운 진료를 받을 권리를 침해하는가의 문제가 제기된다⁹⁸⁾.

헌법재판소는 이와 같은 제한에 대해서 목적의 정당성과 수단의 적합성을 쉽게 인정하였다. 요양기관의 전문적 판단은 새로운 진료행위를 추가하여 승인받는 절차를 통하여 어느 정도 보장될 수 있기 때문에 최소침해의 원칙 및 법익균형의 원칙 역시 침해되지 않는다고 판단하였다. 그러나 헌법재판소의 이와 같은 논리는 지나치게 단순했다. 이에 관한 건강보험법의 규범구조를 헌법적으로 재구성할 수 없었기 때문이다. 심판대상인 규정의 규범구조는 임의비급여의 주제로 오랫동안 논의되어 왔다⁹⁹⁾. 또

2008헌마758, 22-2(상), 750면 이하; 2010.10.28., 2008헌마408, 22-2(하), 159면 이하 등 참조. 이밖에 행정입법의 규범형식으로 법규명령과 행정규칙의 관계에 대해서는 현재 2016.2.25., 2015헌마191, 28-1(상), 164면 이하(다수의견), 170면 이하(반대의견) 참조.

97) 위 1.2. 참조

98) 현재 2007.8.30., 2006헌마417, 19-2, 347면 이하; 2008.7.31., 2007헌바85, 20-2(상), 205면 이하 등 참조. 후자의 결정에서는 ‘사위 기타 부당한 방법으로’ 행한 진료행위에 대해서 의사면허정지처분과 과징금이 병과되는 제재가 이중처벌에 해당하는가의 여부가 쟁점이었다. 같은 취지의 사건으로는 현재 2009.2.26., 2006헌바90, 21-1(상), 39면 이하 참조.

99) 헌법재판소의 결정 전후에 있었던 임의비급여 논의에 대해서는 강현철, “임의비급여 관련 진료비청구요건으로서의 의학적 필요성에 대한 검토”, 저스티스(2013.4), 201면 이하; 김나경, 의료보험의 법정책-기초법 이념과 법실무(집문당, 2012), 120면 이하; 김중수, “임의비급여에 관한 사회보장법적 검토”, 사회보장법연구 창간호

아래에서 살펴보는 바와 같이 법원 역시 이에 참여하여 왔다. 임의비급여의 문제에 대해서는 다음과 같은 세 가지 견해가 있다.

첫째, 법정급여와 법정비급여 외에 임의비급여는 예외 없이 허용되지 않는다는 입장이다. 이에 따르면 임의비급여는 재정을 안정화하고, 진료의 남용을 방지하는 데 장애가 되며, 따라서 허용될 수 없다. 헌법재판소의 입장이 여기에 해당했다¹⁰⁰⁾. 이는 또 아래에서 소개하는 대판 2012.6.18., 2010누27639 선고 이전까지 법원의 입장이었다¹⁰¹⁾. 이 경우 의사의 전문적 판단에 따른 신속한 진료를 할 수 없고, 그 결과 환자의 진료를 받을 자유, 그리고 건강에 관한 권리가 최적(最適)으로 실현되지 못하는 문제는 남는다. 둘째, 의사와 환자가 자율적으로 사적 합의를 하여 요양급여기준을 초과하는 혹은 이에 따르지 않는 진료를 할 수 있다는 입장이다. 이에 따르면 건강보험법 및 요양급여기준은 법정급여와 법정비급여를 규율하며, 이에 해당하지 않는 임의비급여는 건강보험의 제도밖에 있어 건강보험법의 규율대상이 아니다. 헌법재판소의 보충의견이 이러한 입장이었다¹⁰²⁾. 또 임의비급여를 원칙적으로 금지하면서 예외적으로 허용하는 이후 대법원 판결에서 반대의견도 이러한 입장이었다¹⁰³⁾. 그러나 이는 다음과 같은 우려를 남긴다. 즉 이 경우에 요양기관이 수익성을 높이기 위하여 환자와

(2012), 137면 이하; 박지용, “건강보험에 있어서 임의비급여 규제에 대한 헌법적 평가”, 법학연구(경상대 법학연구소) 제21권 제3호(2013), 63면 이하; 정철, “건강보험상 임의비급여 허용의 문제점”, 법학논총(국민대) 제24권 제1호(2011), 306면 이하; 최호영, “건강보험체계와 임의비급여”, 사회복지법연구 제2호(2012), 153면 이하; 하명호, “임의비급여 진료행위의 허용 여부에 관한 공법적 고찰-대법원 2012.6.18. 선고 2010두27639 전원합의체 판결에 대한 평석”, 의료법학 제14권 제2호(2013), 173면 이하 등 참조.

100) 헌재 2007.8.30., 2006헌마417, 19-2, 347면 이하 참조.

101) 대판 1999.1.26., 97누14224; 2001.3.23., 99두4204; 2001.7.13., 99두12250; 2001.7.13., 99두12267; 2005.10.28., 2003두13434; 2007.6.15., 2006두10368 등 참조. 이미 이 문제를 쟁점화하는 단서가 되는 판결로는 서울행정법원 2009.10.29., 2008구합9522 등 참조. 이 결정에 대해서는 김나경, 위 각주 99의 책, 129면 이하 참조.

102) 헌재 2007.8.30., 2006헌마417, 19-2, 350면 이하 참조.

103) 대판 2012.6.18., 2010누27639 판결에서 전수안 대법관의 반대의견.

사적 합의에 의한 임의비급여에 집중하고, 법정급여에서 임의비급여로 진료의 비중이 옮겨갈 수 있다. 그리고 그 동안 요양기관에서 수익을 위하여 환자에게 법정비급여를 유인하는 경향이 있었고, 그 결과 환자의 부담이 컸다는 문제가 깊어질 수 있다. 이때 정보의 비대칭과 환자의 절박한 상황이 함께 작용하여 환자가 의료공급을 통제하는 능력이 제한적이라 점도 영향을 미친다. 이로써 전체적으로 의료비가 통제할 수 없을 만큼 증가할 수 있다. 또 이와 같은 우려가 현실화되면 건강보험에서 일반적으로 요양급여의 확대와 발전이 정채되며, 이는 질병을 평등하게 진료하고 건강을 보편적으로 보장하는 건강보험의 목적에 역행한다. 나아가서 이는 건강보험의 개선에도 부정적으로 작용할 수 있다. 건강보험은 중장기적으로 법정비급여 중 치료와 건강보장을 위하여 보편적으로 인정되는 진료의 방법과 내용을 법정급여로 전환하여 보장성을 점차 향상시켜야 한다¹⁰⁴⁾. 그런데 임의비급여가 원칙적으로 허용되고 확대되는 경우에는 법정급여를 개선하는 유인은 그만큼 줄어들기 때문이다. 그리고 이와 같은 불균형은 부담능력이 낮은 국민의 건강보장이 소홀히 되는 결과가 될 것이다.

마지막으로 임의비급여를 원칙적으로 허용하지 않으면서 특히 환자의 건강보장을 위하여 불가피한 예외적인 경우에 한하여 인정하는 입장이다. 2012년 법원은 기존의 판례를 변경하여 이러한 입장을 취하였다¹⁰⁵⁾. 법원이 제시한 임의비급여의 허용 조건은 다음과 같다. 첫째, 진료행위 당시 요양급여대상 또는 비급여대상으로 편입시키거나 관련 요양급여비용을 합리적으로 조정할 수 있는 등의 절차가 마련되어 있지 않은 경우이다. 또 그 절차가 마련되어 있더라도 비급여 진료행위의 내용 및 시급성과 함께 절차의 내용과 이에 소요되는 기간, 절차의 진행 과정 등 구체적 사정을 고려해 볼 때 이를 회피하였다고 보기 어려운 상황이어야 한다. 둘째, 진료행위가 의학적 안전성과 유효성뿐 아니라 진료의 의학적 필요성이 있어야 한다. 셋째, 가입자 등에게 미리 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인

104) 이러한 예에 대해서는 위 각주 41 참조.

105) 대판 2012.6.18., 2010누27639 참조.

부담으로 진료받는 데 동의를 받았어야 한다¹⁰⁶⁾.

헌법재판소가 임의비급여를 건강보험의 밖에 두고 요양기관과 환자의 사적 합의에 의하여 진료를 행하고 진료비용을 수급권자에게 부담하도록 하는 (보충의견과 같은) 방안을 인정할 수는 없었을 것이다. 그러나 임의비급여에 관한 오랜 논의를 심사에 반영하지 못한 결과 건강보험의 상황을 지나치게 단순화하였다. 법원의 판결에 의하여 임의비급여를 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용할 수 있게 되었지만 요양급여의 방법과 내용이 국민건강에 미치는 영향을 고려하면 이와 같은 원칙과 예외의 관계를 법률에 명확히 제시하도록 실체법적으로, 그리고 규범형식과 관련하여 헌법논리를 재구성하여야 했다¹⁰⁷⁾.

VII. 건강보험에서 위임입법의 가능성과 한계

1. 규율대상의 특수성과 위임의 구체성

(1) 선도적 결정 - 95헌마390 결정과 96헌가1 결정

건강보험법 규정에 관한 최초의 헌법재판은 위임의 구체성에 관한 것이었다. 이에 대한 심사에 있어서도 건강보험에서 급여 및 규범구조의 특수성이 영향을 미쳤다. 다만 부분적으로, 즉 사안에 따라서는 일반적인 심사기준이 그대로 유지되었으며, 건강보험법 규정에 관한 최초의 결정은 이 점을 명확히 하지는 못했다.

헌법재판소는 분만급여의 방법, 절차, 범위, 상한기준 등을 보건복지부

106) 이러한 입장은 의료급여법에 관한 결정에서도 적용되었다. 대판 2012.9.13., 2010 두27974 참조.

107) 독일에서 이에 관한 사법적 판단과 입법화의 예에 대해서는 위 각주 20 참조. 이 밖에 임의비급여의 예외적 허용에 관한 사전 및 사후적 절차에 관한 입법적 보완의 필요성에 대해서는 예컨대 정철, 위 각주 99의 논문, 333면 이하 참조.

장관이 정한다는 규정이 포괄위임에 해당하지는 않는다고 판단하였다¹⁰⁸⁾. 그 근거로서 이후 결정에서 건강보험법뿐 아니라 다른 사회보장법에 관한 결정에서도 계속 반복되는 논리가 제시되었다¹⁰⁹⁾. 첫째, 급부행정의 영역에서, 그리고 다양한 사실관계를 규율하거나 수시로 변화하는 것이 예상될 때에는 위임의 구체성의 요건이 완화된다. 이는 해당 사항을 법률에 상세하게 규율하는 것이 입법기술상 매우 어렵다는 논리와 연계되어 있다. 그러나 아래에서 서술하는 바와 같이 사실관계의 가변성과 입법기술적인 한계가 필연적인 연관성이 있는 것은 아니다. 둘째, 당해 법률의 전반적인 체계나 관련 규정에 비추어 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 할 수 있다면 포괄위임은 아니다¹¹⁰⁾. 이후 이는 수권 규정 자체에 위임의 범위가 내재해 있다는 논리로 발전하였다¹¹¹⁾.

급부법의 논리가 침익적 효과, 즉 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 법률 규정에 대해서도 적용될 수 있는지는 의문이다. 이 점은 아래에서 서술하는 96헌가1 결정과 비교된다. 사실관계의 다양성과 가변성의 논리에 대해서는 근본적인 검토가 필요하며, 특히 이 사안에 적용될 수 있는 것이 아니었다. 분만급여 자녀의 수를 결정하는 데 영향을 미치는 사회적 환경이 다양한 사실관계이거나 또 수시로 변화하는 것은 아니다. 분만급여 자녀 수의 제한은 우리 사회에서 오랫동안 인구증가를 억제하는 정책(산아제한정책)이 의료보험법에 반영된 것이다. 이와 같은 사실관계는 1980년대 중반 이후 인구증가율이 감소하기 시작하면서 변화를 겪게 되

¹⁰⁸⁾ 헌재 1997.12.24., 95헌마390, 9-2, 817면 이하 참조. 이 결정에 대해서 자세히는 전광석, “법률유보의 문제와 위임입법의 한계-헌재결 95헌마390 의료보험법 제31조 제2항 위헌확인사건을 중심으로”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 325면 이하 참조.

¹⁰⁹⁾ 예컨대 헌재 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 952면; 2003.10.30., 2000헌마801, 15-2(하), 134면 이하; 2003.12.18., 2001헌마543, 15-2(하), 581면 이하; 2007.4.26., 2005헌바51, 19-1, 458면 이하; 2012.5.31., 2009헌마299, 24-1(하), 517면 이하; 2013.7.25., 2010헌바51, 25-2(상), 52면 이하; 2014.5.29., 2011헌바384, 26-1(상), 295면 이하; 2016.2.25., 2015헌바191, 28-1(상), 165면 등 참조.

¹¹⁰⁾ 헌재 1997.12.24., 95헌마390, 9-2, 829면 이하 참조.

¹¹¹⁾ 아래 각주 121 참조.

었다. 이를 반영하여 의료보험법은 1995년 분만급여 자녀 수의 제한을 폐지하였다. 그런데 이와 같이 입법에 직접 영향을 주는 사실관계의 변화에 대한 판단, 그리고 이를 입법에 반영하는 헌법적 필연성은 국회 입법과정에서 투명하게 공론화를 거쳐 결정되어야 한다¹¹²⁾.

분만급여 자녀 수의 제한은 입법기술적인 어려움이 있는 문제도 아니다. 요양급여 및 이에 관한 규범구조의 특성상 요양급여의 방법, 절차, 범위, 상한기준 등을 보건복지부장관이 정하도록 위임하고(법 제29조 제3항), 또 이때 일반적으로는 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 데에는 한계가 있다. 요양급여에서는 환자의 개별적인 상황에 대한 구체적인 진단, 그리고 진료방법 및 내용에 있어서 의사의 전문적 지식에 따른 재량이 존중되어야 하기 때문이다. 그런데 분만급여 자녀 수에 관한 정책결정은 그 내용을 법제화하는 데 어려움이 있는 사안이 아니다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 요양급여에 관한 규정을 분만급여에 준용하는 경우에도 입법기술적인 한계의 논리가 그대로 타당하다는 전제를 하였다. 이 결정 반대의견은 이와 같은 점을 적확하게 지적하고 있다¹¹³⁾.

분만급여 자녀 수와 관련하여 당해 법률의 전반적인 체계나 관련 규정에 비추어 위임조항의 내재적인 범위나 한계를 분명히 할 수 있다는 논리의 실체가 무엇인지는 파악할 수 없다. 헌법재판소는 이 문제가 건강보험의 본질과 외연으로부터 도출될 수 있다는 인상을 준다¹¹⁴⁾. 그러나 이러한 논리는 비현실적이며, 또 이러한 입장에 있다면 이를 적극적으로 논증하여야 한다. 이밖에 헌법재판소는 분만급여의 기준과 비용에 관한 주요 사항이 의료보험심의위원회의 심의를 거친다는 점을 언급하였다. 그러나 조직법적 논리가 (독자적으로 혹은 보충적으로) 위임의 구체성에 대한 판단에 미치는 영향이 적극적으로 설명되지 않는 것이다. 이로써 다음과 같은

112) 국민연금법에서 남녀평등과 관련하여 사실관계의 변화에 따른 입법의무에 관한 결정으로는 현재 2008.11.27., 2006헌가1, 20-2(하), 138면 이하 참조.

113) 현재 1997.12.24., 95헌마390, 9-2, 833면 참조.

114) 이러한 논리는 의료보험법에 관한 다른 결정에서도 계속 나타났다. 예컨대 현재 2000.1.27., 99헌바23, 12-1, 73면 참조.

사항이 해명되지 못한 채로 남았다. 즉 위임의 범위와 한계가 전체 법률 체계 혹은 관련 규정에 내재해 있는가, 아니면 이는 조직법적 특성에서 예측할 수 있는가, 혹은 이 두 가지 요소가 함께 작용하는가 하는 의문이다.

규율대상의 특수성을 기준으로 위임의 구체성을 완화하는 태도는 96헌가1 결정에서는 변형되었다. 요양기관의 지정을 취소하는 사유에 관한 규정이 심사의 대상이었다. 1995년 당시 의료보험법 제33조 제1항에 의하면 “보험자 또는 보험자단체는 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 요양기관의 지정을 취소할 수 있다”. 이 규정은 의사의 직업선택의 자유를 제한하는 것은 아니지만 거의 모든 국민이 건강보험수급권자인 상황에서 지정이 취소된 의사는 직업을 수행할 수 없으며, 이로써 실질적으로는 직업선택의 자유가 제한된다. 헌법재판소는 실질적인 기본권 제한의 정도가 헌법 심사에 미치는 영향을 밝히지는 않았다¹¹⁵⁾. 이 규정은 포괄위임에 해당하여 위헌으로 결정되었다¹¹⁶⁾. 요양기관지정의 취소는 “다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화할 것이 예상되는 등 사회적·경제적 여건에 따라 적절히 대처할 필요가 있는 경우”에 해당하지 않으며, 따라서 위임의 구체성에 대한 엄격한 심사가 필요하다고 보았다. 의료보험법에 의하면 보건복지부장관은 보험자 또는 보험자단체에게 요양기관의 취소를 명할 수 있다. 비용의 청구에 있어서 부정이 있을 때, 보험급여에 관한 서류의 제출명령을 위반하거나 허위보고를 하거나 관계 공무원의 검사 또는 질문을 거부·방해 또는 기피한 때가 이러한 사유에 해당한다(법 제 33조 제2항). 이 규정은 보건복지부장관의 보험자 또는 보험자단체에 대

115) 직업행사의 자유에 대한 제한이 실질적으로 직업선택의 자유를 제한하는 효과를 갖는다는 관점에서 엄격한 심사를 행한 독일 연방헌법재판소의 결정으로는 BVerfGE 11, 30면 이하 참조.

116) 헌재 1998.5.28., 96헌가1, 10-1, 509면 이하 참조. ‘공무원 및 사립학교교직원들의료보험법’의 해당 규정에 대해서도 같은 취지의 결정이 있었다. 헌재 2002.6.27., 2001헌가30, 14-1, 577면 이하 참조. 전자의 결정에 대해서 자세히는 전광석, “요양기관의 지정취소에 대한 위헌결정”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 357면 이하 참조.

한 감독규정으로 이해하였다. 따라서 지정취소의 직접적인 근거는 의료보험법 제33조 제1항인데, 이 규정은 지정취소의 사유를 구체적으로 정하여 위임하지는 않았다.

위임의 구체성을 엄격하게 심사한 위 결정 자체는 환영할만했다. 다만 이 사안은 이후의 헌법재판소의 태도에 비추어 보면 이례적이었다. 첫째, 기존에 반복하여 제시되었던 급부법의 특수성이 심사에 영향을 미치지 않았다. 이는 급부법의 여부가 아니라 공권력 행사의 실질적인 효과가 침익적인가의 기준이 위임의 구체성 심사에 영향을 준 것으로 보인다. 둘째, 위임의 구체성을 판단하는 기준을 직접 법률의 해당 규정을 기준으로 심사하였다. 즉 “예측가능성 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 한다”는 기존의 논리는 적용되지 않았다. 의료보험법 제33조 제2항이 지정취소의 직접적인 근거는 아니지만, 필요한 경우 서류의 제출요구 및 이를 비치하는 의무는 요양급여비용을 심사하기 위하여 필요하며, 이로부터 지정취소사유를 예측할 수 있다고 볼 수도 있었다. 위임의 구체성에 관한 이와 같은 엄격한 심사가 이후 결정에서 일관성 있게 유지되지는 못했다¹¹⁷⁾.

(2) 보험료 부과방식

보험료 부과방식은 위에서 서술한 실체법적 문제 외에 해당 사안에 대한 규율이 시행령 혹은 정관에 위임되어 있는 문제와 관련하여 쟁점이 되었다. 보험료 납부의무는 개인에게 부담이 되기 때문에 급부법에 해당한다는 이유로 위임의 구체성이 완화된다는 논리가 적용될 수 없다. 이는

117) 이후 요양기관에 대한 제재조치와 관련된 위임입법의 가능성과 한계에 대해서는 헌재 2008.7.31., 2007헌바85, 20-2(상), 217면 이하 참조. 이에 비해서 부정확한 방법으로 고용보험급여를 수급한 사용자를 제재하는 규정에 대한 심사에 있어서는 급부법의 특성에 따른 논리는 적용되지 않았고, 위임의 구체성의 일반적인 논리가 적용되어 위헌결정을 하였다. 헌재 2013.8.29., 2011헌바390, 25-2(상), 443면 이하; 2016.3.31., 2014헌가2등, 28-1(상), 324면 이하 등 참조.

다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화하는 사안도 아니다. 설혹 사실관계의 특수성을 인정하더라도 보험료 산정의 기준과 내용은 객관적으로 건강보험의 중요한 제도요소이며, 주관적으로는 개인의 경제적 부담능력에 직접 영향을 미친다. 또 보험료산정의 기초인 부과표준소득은 이에 관한 정책적 합의에 어려움이 있지만, 유형에 따른 추상화의 가능성은 충분히 있기 때문에 입법기술적인 문제가 있는 것도 아니다. 헌법재판소는 이에 관한 결정에서도 당해 법률의 전반적 체계와 관련 규정에 비추어 위임조항의 내재적 범위와 한계를 분명히 확정할 수 있는 경우에는 심사가 완화된다는 논리를 유지하였다¹¹⁸⁾.

건강보험법은 지역가입자에 적용되는 부과표준소득을 소득, 재산, 생활수준, 직업, 경제활동참가율 등을 참작하여 정하도록 하였다. 그런데 소득 및 재산의 구성요소, 소득과 재산의 반영비율 등은 가입자에게, 그리고 제도적으로 중요한 사항이면서 동시에 정책적 선택이 필요한 문제이다. 따라서 이를 법률에서 직접 결정(선택)하지 않고, 시행령 혹은 정관에 위임하여 이를 통해서 비로소 알거나 예측할 수 있다면 이는 중요한 정책사항을 개방하여 위임한 것으로 위임의 구체성을 충족하지 못한다. 이와 같은 문제는 보수가 지급되지 않는 사용자의 경우 표준보수월액의 산정 등에 관한 필요한 사항을 대통령령에 위임하는 규정에 대한 결정에도 나타났다¹¹⁹⁾. 우선 보수가 지급되지 않는 사용자의 소득형태와 보험료 부담능력 등은 다양한 사실관계에 해당하지만, 그렇다고 수시로 변화하는 사안은 아니다. 시행령에 의하면 사업 및 자산의 운용에서 얻은 수입을 등급화하여 표준보수월액이 산정된다. 그런데 법률을 통해서 이 자체 및 표준보수월액을 산정하는 구체적인 내용을 알 수 없고, 또 예측할 수도 없다. 더구나 보수가 지급되지 않는 사용자의 표준보수월액의 산정이 직장가입자 혹은 지역가입자의 예를 따를 것인가, 보험료 산정의 대상인 수입의 범위

118) 헌재 2003.10.30., 2000헌마801, 15-2(하), 135면; 2013.7.25., 2010헌바51, 25-2(상), 52면 이하 등 참조.

119) 헌재 2007.4.26., 2005헌바51, 19-1, 459면 이하; 2014.5.29., 2011헌바384, 26-1(하), 306면 이하 등 참조.

등은 입법적 결정이 필요한 사안이다.

헌법재판소는 직장가입자의 소득월액보험료 부과규정에 대한 심사에 있어서도 지나치게 완화된 심사를 하였다¹²⁰⁾. 건강보험법은 소득월액을 보수를 제외한 소득이라고 규정할 뿐 이를 산정하는 기준, 방법 등을 대통령령에 위임하였다(법 제71조). 이에 따르면 소득월액에는 이자소득, 배당소득, 사업소득, 근로소득, 연금소득, 기타소득 등이 포함된다. 실체법적으로 보면 보수 외에 이들 소득이 일반적으로 경제적 생활의 기초로서 가입자의 부담능력을 징표하는 전형적인 요소인가는 의문이 있었다. 실제 소득월액보험료는 2012년 도입된 이후 부분적으로 변화를 겪었으며, 이는 그만큼 소득월액에 포함되는 소득의 종류와 범위에 대한 정책선택의 범위가 넓다는 것을 보여준다. 헌법재판소의 합헌결정은 두 가지 논리에 기초하였다¹²¹⁾. 첫째, 건강보험법이 ‘보수 외 소득’을 규정하여 소득월액의 핵심적인 내용을 직접 제시하였다. 둘째, 소득월액을 산정하는 구체적인 기준 및 방법은 대통령령에 규율될 것을 알 수 있다. 그러나 소득월액의 핵심적인 내용이 법률에 제시되어 있다는 판단은 문언의 이해범위를 벗어난다. 시행령에 규정되어 있는 부과대상의 내용과 범위가 법률 규정에 내포되어 있지 않은 것은 명확하며, 또 이들 사항이 법률 규정에 내재해 있거나 혹은 이를 기초로 예측할 수 있다고 볼 수도 없기 때문이다. 두 번째 견해는 위임의 구체성에 관한 낮은 논리였다. 이들 사항이 행정입법에 규율될 것을 알 수 있기 때문에 포괄위임에 해당하지 않는다는 논리는 위임의 구체성에 관한 헌법규정의 의미를 벗어난다. 또 이와 같은 내용에 따라 헌법심사를 하는 경우에는 위임의 구체성을 기준으로 행정입법을 통제하는 가능성은 상실된다¹²²⁾.

(3) 요양급여 비용보상

120) 헌재 2019.2.28., 2017헌바245, 31-1, 73면 이하 참조.

121) 헌재 2019.2.28., 2017헌바245, 31-1, 78면 참조.

122) 이와 같은 심사는 국민연금법 규정에 대한 결정에서도 관찰될 수 있었다. 예컨대 헌재 2007.4.26., 2004헌가29등, 19-1, 366면 이하 참조.

국민건강보험법에서 요양급여비용의 결정이 공단과 의약계대표 간의 계약에 의하여 정하도록 바뀌면서 계약의 내용 기타 필요한 사항은 대통령령에서 정하도록 하였다. 시행령은 계약의 대상을 상대가치점수당 단가로 한정하고, 상대가치점수 자체는 보건복지부장관이 고시에 정하도록 다시 위임하였다. 헌법재판소는 이와 같은 위임 및 재위임이 포괄위임에 해당하지 않는다고 보았다¹²³⁾.

헌법재판소는 요양급여비용의 결정을 계약방식으로 전환한 의미를 다음과 같이 이해하였다. 즉 요양급여비용이 ‘우선적으로’ 공법상의 계약에 의하여 결정되지만 ‘최종적으로는’ 고시에 의하여 결정되는 구조는 그대로 유지되었다¹²⁴⁾. 이는 제도전환의 취지에 충실한 이해방법은 아니다. 계약방식으로의 전환은 건강보험에서 요양기관이 법률관계의 당사자로서 요양급여비용의 결정절차에 참여하고, 또 이익관계를 반영할 수 있을 때 건강보험이 제도적 안정성을 가질 수 있다는 인식을 반영한 것이다. 이는 계약방식을 도입한 배경에서 알 수 있다. 2000년 의약품 사용 및 처방의 남용을 방지하기 위하여 의약분업이 실시되었다. 진단과 처방을 하는 요양기관이 내부에서 의약품을 판매하여 의약품 공급자가 수요를 결정하는 구조가 되었으며, 이 경우 의약품의 처방과 사용이 남용될 우려가 내재해 있었다. 그럼에도 불구하고 이와 같은 구조에서 요양기관에서 약제 구입가와 판매가의 차액이 발생하고, 이것이 당시 낮은 수준의 수가를 어느 정도 보상하는 편법으로 용인되었다. 그런데 의약분업으로 인하여 이와 같은 관행이 사라지면서 이제 요양기관이 이익관계의 당사자로서 요양급여비용의 결정절차에 적극적으로 참여할 수 있도록 하였다. 이를 위해서는 다음과 같은 사항이 법률에 규율되어야 했다. 첫째, 계약내용이 요양기관의 직업의 자유를 실현하기 위하여 필요한 주요 사항을 포함하여야 한다. 상대가치점수 및 상대가치점수당 단가가 이에 해당한다. 둘째, 요양급여비용의 결정에 의약계대표가 독자적으로 의견과 이해관계를 투입할 수

123) 헌재 2003.12.18., 2001헌마543, 15-2(하), 581면 이하 참조.

124) 헌재 2003.12.18., 2001헌마543, 15-2(하), 596면 참조.

있도록 조직법 및 절차법이 정비되어야 한다. 여기에는 공단과 의약계 대표 간에 계약이 성립되지 않았을 때 중재하는 방법이 포함되어야 한다. 이 점에 있어서도 건강보험법은 새로이 도입된 계약방식과 정합성이 없었다¹²⁵⁾. 다만 이 점은 헌법재판에서 심사대상은 아니었다.

헌법재판소는 상대가치점수 및 상대가치점수당 단가가 모두 요양급여비용의 결정에 핵심적인 요소라는 점을 인정하였다. 따라서 이러한 사안이 법률에 전혀 언급되지 않은 것은 우선 의회유보의 원칙에 충실하지 않다. 위임의 구체성의 문제와 관련하여는 두 가지 문제를 심사할 필요가 있다. 첫째, 법률에 구체적 범위를 정하지 않은 상태에서 시행령이 계약의 대상을 상대가치점수당 단가에 한정하고 상대가치점수를 제외하며, 이를 정부가 고시에 의하여 결정하도록 하였다는 점이다. 둘째, 상대가치점수를 정부가 고시에 정하도록 하면서 법률에 이에 관한 구체적 범위를 정하지 않은 문제이다.

헌법재판소는 시행령에서 상대가치점수가 계약의 대상에서 제외되고 정부의 고시에 의하여 결정된다는 예측을 누구나 할 수 있으며, 따라서 위임의 구체성에 반하는 것은 아니라고 보았다¹²⁶⁾. 그러나 헌법재판소의 이와 같은 견해는 제도를 전환하는 취지에 반하며, 또 법률 문언 자체에 대한 이해범위를 벗어난다. 요양급여비용의 보상에 있어서 상대가치점수는 핵심적인 산정요소이기 때문에 시행령에서 이를 계약의 대상에서 제외하는 것이 오히려 제도전환에 따라 예측할 수 있는 규범내용에 적극적으로 반한다. 또 상대가치점수가 상대가치점수당 단가와 기능적으로 밀접하게 연계되어 정책효과를 갖는다는 이해도 필요했다. 즉 상대가치점수를 정하는 정부의 권한이 자의적으로 행사되는 경우에는 상대가치점수당 단가에 대한 합의가 갖는 이익조정 기능이 훼손될 수도 있었다¹²⁷⁾. 이 결정에

125) 개정 국민건강보험법에서 계약방식과 계약의 대상 및 중재방법 사이의 부정합에 대해서는 전광석, 한국사회보장법론(집현제, 2019), 226면 이하 참조.

126) 헌재 2003.12.18., 2001헌마543, 15-2(하), 599면 이하 참조.

127) 이 점에 대한 지적으로는 예컨대 이상돈, “국민건강보험법상 상대가치점수 직권 조정의 합법성에 대한 법이론적 분석”, 고려법학(고려대 법학연구원) 제65호

서는 상대가치점수에 대한 입법적 결정이 적합하지 않다는 판단에 따라 이에 대한 위임이 구체적이어야 한다는 헌법적 요청이 희석된 것으로 보인다. 또 이에 관하여 공단과 의약계대표가 합의에 이를 가능성이 제한적이기 때문에 이는 결국 정부가 결정할 것이라는 예측에 따라 상대가치점수를 계약의 대상에서 제외하는 규정을 체계정합성을 기준으로 심사할 수 없었다. 건강보험에서 비용보상의 구조를 헌법심사에 적합하게 정렬하지 못한 결과였다.

상대가치점수를 산정하는 기준은 시행령에 비로소 구체화되었다. 즉 “상대가치점수는 요양급여에 소요되는 시간·노력 등 업무량, 인력·시설·장비 등 자원의 양과 위험도를 고려하여 산정한 요양급여의 가치를 각 항목 간에 상대적 점수로 나타낸 것으로 하되, 보건복지부장관이 건강보험심의조정위원회의 심의를 거쳐 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 이를 고시한다”. 요양급여의 상대가치점수는 의학 및 의료기술이 발달하면서 다양하고, 또 가변적이기 때문에 집중적이고 전문적 판단이 필요한 것은 사실이다. 이 점이 위에서 서술한 보험료 부과방식과 차이가 있다. 이 경우 헌법심사는 두 가지 점에 집중하여야 했다. 첫째, 상대가치점수의 제도적 및 기본권적 중요성을 고려하면 시행령에 규정되어 있는 바와 같은 기본적인 사항은 오히려 법률에 정하고, 시행령이 이를 구체화하는 형태로 규범 간에 기능이 배분되어야 한다. 둘째, 상대가치점수를 정부가 고시에 정하는 방식이 전환된 체계와 정합하지는 않지만 이를 헌법에 위반된다고 볼 수는 없다. 그러나 이와 같은 결정 주체 및 결정절차에 관한 중요한 사항은 법률에 직접 규정되거나, 적어도 구체적인 범위를 정하여 위임되어야 했다.

헌법재판소는 심지어 법률에 근거가 없이 개정된 요양급여비용에 관한 고시에 대해 헌법적 정당성을 긍정한 바 있다. 요양급여비용을 계약에 의하여 정하도록 전환하면서 새로운 방식에 의한 기준이 제정되기 전까지

(2012), 38면 이하; 황선줄, “현행 요양급여비용 계약제(수가계약제)의 법률적 문제점”, 의료정책포럼(2008.12), 27면 이하 등 참조.

입법공백이 발생하는 것은 피할 수 없었다. 이에 개정 법률은 부칙에서 계약에 의한 새로운 산정기준이 적용될 때까지 기존의 고시를 계약에 의한 것으로 보고 적용하는 경과규정을 두었다. 그런데 보건복지부장관이 비용산정의 기준을 변경할 필요성이 있다는 이유로 경과기간 중에 기존의 방식에 따라 고시를 개정하여 적용하였다. 이와 같은 개정 기준은 법률에 근거가 없었다. 헌법재판소는 요양급여비용을 인상 혹은 인하하여야 할 필요성이 있는 경우에도 기준을 개정할 수 없고, 종전의 고시를 적용하는 불합리가 발생하기 때문에 ‘종전의 기준고시를 적용’한다는 규정은 ‘종전의 방법에 의하여 산정한 기준고시를 적용’한다는 취지로 “유연하게” 해석하여, 기준고시의 개정과 적용을 합헌으로 결정하였다¹²⁸⁾. 그러나 이 경우 다음과 같은 두 가지 점에 대한 검토가 필요하였다. 첫째, 정책적으로 보면 건강보험법을 개정하면서 경과기간 내에 기준고시를 개정할 필요성을 인식하지 못한 것은 입법적 흠결이다. 이를 사후에 교정하는 필요성을 검토하고, 다른 방법으로는 건강보험이 기능할 수 없다는 평가가 보충되었을 때 헌법재판소의 결정은 설득력을 가질 수 있다. 둘째, 보다 근본적으로 보면 헌법재판소가 위임입법에 관한 헌법적 요청을 우회하여 입법적 불비를 교정하는 권한이 있는가는 의문이다¹²⁹⁾.

2. 위임의 구체성과 조직법적 관련성

(1) 민주적 정당성과 위임의 구체성

분만급여 자녀의 수, 그리고 요양급여기준에 관한 결정에서 헌법재판소는 포괄위임이 아니라는 결론을 내리면서 보충적으로 의료보험심의위원회(이하 ‘의보심’)를 언급하였다. ‘의보심’은 요양급여 및 분만급여의 기준과

¹²⁸⁾ 헌재 2000.12.14., 2000헌마659, 12-1, 448면 이하 참조. 이 결정에서는 5명의 재판관이 위헌의견이었지만 위헌결정의 정족수에 이르지 못하여 기각되었다.

¹²⁹⁾ 헌법재판소가 법률의 흠결로 인하여 나타나는 불합리를 교정하는 권한을 갖지는 않는다는 결정으로는 예컨대 헌재 2012.5.31., 2009헌바123등. 24-1(하), 281면 이하 참조.

비용에 관한 주요 사항을 심의하고 보건복지부장관의 자문에 응하기 위하여 각계를 대표하는 위원으로 구성한다. 이 규정으로부터 분만급여의 범위나 상한기준을 예측할 수 있으며, 따라서 심판대상인 규정이 포괄위임에 해당하지 않는다고 보았다¹³⁰⁾. 이는 조례입법권과 관련하여 지방의회는 민주적 정당성이 있기 때문에 위임의 구체성의 기준은 적용되지 않으며, 포괄위임이 허용된다는 결정을 연상시킨다¹³¹⁾. 그러나 ‘의보심’은 지방의회와 비교될 수 있는 조직이 아니다. 우선 건강보험공단, ‘의보심’은 헌법에 의하여 자치입법권이 부여된 조직이 아니다. 또 ‘의보심’에 가입자 등 부분적으로 이익집단의 대표가 참여하고 있지만 주민 혹은 가입자에 의하여 선출되어 민주적 정당성 혹은 기능적 정당성이 있는 조직도 아니다. 그렇다면 이제 ‘의보심’에서 법률에 정한 바에 따라, 그리고 법률에서 구체적으로 범위를 정한 범위에서 중요한 사항이 심의되는가에 대한 심사만이 남는다¹³²⁾. 이 점에 대해서는 위에서 서술하였고, 건강보험법이 이러한 요건을 충족시키지 못한다는 점을 확인하였다.

‘의보심’에 민주적 정당성을 부여하고 이와 같은 논리에 따라 헌법심사를 하는 경우에는 조례입법권에 있어서와 같이 위임의 구체성에 관한 헌법기준은 포기된 것이나 마찬가지이다. 그러나 이 결정에서 위임의 구체성이 심사기준으로 유지되었기 때문에 민주적 정당성과 구체적 위임의 관

130) 현재 1997.12.24., 95헌마390, 9-2, 830면 참조. 같은 취지의 결정으로는 현재 2000.1.27., 99헌바23, 12-1, 73면 이하 참조.

131) 이에 대해서는 현재 1995.4.20., 92헌마264등, 7-1, 572면 참조. 이밖에 법원의 판결로는 대판 1991.8.27., 90누6613 참조.

132) 민주주의적 정당성의 구성요소, 그리고 자율적인 결정에 의한 기본권의 조직법적 실현에 대해서는 예컨대 Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Demokratie als Verfassungsprinzip”, Josef Isensee/Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrecht Bd.II(C.F.Müller, 2004), 437면 이하; Stephan Kirste, “Arbeitsteilige Herrschaftsausübung im Kontext der Demokratie”, VVDStRL 77(2018), 171면 이하 등 참조. 이밖에 일반적인 정당성의 요건이 특별한 기능이 부여된 자치기관에서 변형되는 가능성과 한계에 대해서는 Winfried Kluth, “Demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung-Grundzüge und Grundprobleme”, Friedrich E. Schnapp(편), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip - am Beispiel der Sozialversicherung(Peter Lang, 2001), 17면 이하 참조.

계는 모호한 상태가 되었다. 이 문제에 접근하기 위해서는 국가기관의 일부가 아니라 특수한 과제가 위임되어 있는 공단의 기능과 관련된 조직인 ‘의보심’ 권한의 헌법적 근거, 의료보험조합의 조직법적 성격, ‘의보심’의 구체적인 구성방법 및 조직법적 성격 등이 먼저 밝혀져야 한다. 이 점에서 건강보험은 일반적인 민주주의의 의사결정구조에 편입되어 있는 국민보건제도(NHS)와 차이가 있다¹³³⁾. 또 무엇보다도 ‘의보심’이 아래에서 살펴보는 건강보험정책심의위원회와는 달리 의결기관이 아니라 심의기관이었다는 점이 헌법심사에 미치는 영향은 평가되지 못했다. 그런데 이와 같은 선행작업이 없었기 때문에 - 위에서 언급한 바와 같이 - 헌법재판소의 논리는 혼란스러웠고, 또 그 의도를 정확히 알 수가 없었다. 예컨대 헌법재판소는 위임의 구체성이 심사기준이 되었던 다른 사회보장법, 즉 산재보험법과 국민기초생활보장법의 결정에서는 조직법적 언급이 없이 같은 논리, 즉 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화할 것이 예상될 때에는 위임의 구체성이 완화된다는 논리를 유지한 바 있다¹³⁴⁾. 이 점에서도 건강보험에서 조직법적 특수성이 별도의 추가적인 논리가 되는지 명확히 했어야 했다.

(2) 조직유보와 위임의 구체성

이후 헌법재판소는 두 결정, 즉 지역가입자의 보험료 부과방식, 그리고 요양급여의 방법과 내용 및 비용보상에 관한 결정에서 조직법적 관련성을 다시 언급하였다¹³⁵⁾. 그런데 이 두 사안은 다음과 같은 공통점과 차이점

133) 일반적인 민주주의의 구조에서 기능적 특성을 고려하여 투명성을 강화하는 영국의 예에 대해서는 예컨대 이원영, “보건의료정책 결정과정에서 환자 및 시민참여 연구: 영국 신노동당 정부의 국영의료체계 내 환자 및 시민참여 사례를 중심으로”, 한국사회정책 제19집(2012), 179면 이하 참조.

134) 헌재 2012.2.23., 2009헌바47, 24-1(상), 195면 이하(국민기초생활보장법); 1996.8.29., 95헌바36, 8-2, 97면 이하; 2003.7.24., 2002헌바51, 15-2(상), 113면 이하 등(산재보험법) 참조.

135) 헌재 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 960면 이하; 2003.10.30., 2000헌마801, 15-2(하), 134면 이하; 2012.5.31., 2009헌마299, 24-1(하), 518면; 2013.7.25., 2010헌바

이 있었다. 두 사안에서 모두 위임의 범위와 내용이 구체적이지 않았지만 이는 조직법에 의하여 보완된다고 보았다. 전자의 결정에서는 재정운영위원회 혹은 건강보험정책심의위원회(이하 ‘건정심’), 그리고 후자의 결정에서는 ‘건정심’의 기능을 주목하였다. 차이점은 다음과 같다. 전자의 결정에서는 재정운영위원회에 직장가입자 대표와 지역가입자 대표가 참여하고 있으며, 이 두 집단 간에 이익을 조정하는 절차가 예정되어 있다. 이는 가입자 간의 균등부담 및 소득재분배에 대한 합의에 관한 문제이다. 반면 후자의 사안에서는 공단과 가입자, 그리고 요양기관의 이익조정과 동시에 헌법적으로 보면 직업의 자유가 핵심적인 쟁점이 되었다.

재정운영위원회는 ‘보험료의 조정 기타 보험제정과 관련된 주요 사항’을 심의·의결하고, ‘보험급여비용의 변동 등으로 보험제정에 중대한 변화가 발생한 때에는 ... 이를 반영하여야 한다’. 이때 ‘보험제정에 중대한 변화가 발생한 때’의 구체적 내용은 시행령에 위임되어 있다. 보험료 부과방식에 관한 심사에서 헌법재판소는 위와 같은 의사결정구조에서 해당 사안에 대한 규율의 범위와 한계를 예측할 수 있다고 보았다¹³⁶⁾. 그러나 이 역시 논리의 비약이며, 또 이 경우 위임의 구체성에 관한 헌법 규정의 의미는 상실된다. 일정한 사항에 대한 결정이 재정운영위원회 혹은 ‘건정심’에 유보되어 있다는 사실과 그와 같은 조직에서 심의·의결되는 사항의 구체적인 내용을 알거나 예측할 수 있어야 한다는 요청은 전혀 다른 차원의 문제이기 때문이다. 이는 위에서 비판적으로 지적한 헌법재판소의 논리, 즉 해당 사안의 구체적인 내용이 시행령에 위임되어 있다는 것을 알 수 있기 때문에 위임의 구체성에 반하지 않는다는 결정을 연상시키며, 같은 이유에서 헌법적으로 유지될 수 없는 논리였다¹³⁷⁾.

재정운영위원회와 같이 다양한 이익관계를 대표하는 기구의 역할은 두 가지를 상정할 수 있다. 첫째, 위원회에 건강보험의 운영에 관한 구성원의

51, 25-2(상), 51면 이하, 53면 이하 등 참조.

¹³⁶⁾ 헌재 2003.10.30., 2000헌마801, 15-2(하), 135면 이하 참조.

¹³⁷⁾ 위 각주 122 참조.

이익과 의견을 투입·교환하여 기본권을 최적으로 실현하며, 객관적으로는 건강보험의 합리성을 제고하고, 또 운영을 투명하게 할 수 있다. 그런데 이와 같은 관점이 위임의 구체성에 대한 판단에 영향을 미치는 것은 아니다. 국민 전체의 이익을 지향하는 입법적 결정에 의하여 개인의 법적 지위와 제도의 객관적 내용을 명확히 하거나 예측될 수 있어야 한다는 점과 조직법에 의하여 기본권을 실현하고, 또 제도의 합리성과 투명성을 확보하는 점은 함께 추구되어야 하며, 후자의 조치가 전자의 헌법적 요청을 대체할 수 있는 것은 아니다. 둘째, 공법상의 재단인 건강보험공단에서 구성원에게 자율적인 결정의 여지를 부여한 것으로 이해할 수 있다. 다만 이와 같은 가능성도 현재는 제한적이다. 과거, 즉 2000년 이전에는 의료보험이 조합 단위로 운영되었으며, 조합은 독자적으로 보험료를 정할 수 있었다. 실제 당시 의료보험조합에는 민법상의 사단법인에 관한 규정이 준용되었고, 이 경우 구성원의 참여권은 제도적으로 보장된다. 그러나 건강보험의 통합 이후에는 보험료율 등이 조합 단위로 재정적 독자성에 기초하여 결정되는 구도는 더 이상 존재하지 않게 되었으며, 또 건강보험법은 민법상의 재단법인에 관한 규정을 준용하도록 하였다(법 제40조).

(3) 정당성과 권한

보다 근본적으로 보면 재정운영위원회 혹은 ‘건정심’이 “피보험자의 대의기관”에 해당한다는 이해와 이들 위원회의 기능을 연계시키는 헌법재판소의 사고에 대한 검토가 필요하다¹³⁸⁾. 이는 사실관계가 다양하고 수시로 변화하는 현실상황과 “장막에 쌓여” 정의 관념이 불명확한 규범적 상황에서(veil of ignorance) 이해관계인 혹은 그 대표들의 참여에 의한 결정이 민주적 정당성을 대체 혹은 보충하고, 또 분배정의를 실현될 수 있다는 구상으로 이해될 수 있다. 또 이로써 국가는 직접 과제를 실현하는 부담

¹³⁸⁾ 헌법재판소의 이와 같은 이해방법에 대해서는 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 960면; 2012.5.31., 2009헌마299, 24-1(하), 518면; 2013.7.25., 2010헌바51, 25-2(상), 51면 이하, 53면 이하 등 참조.

에서 어느 정도 벗어나 사전적 혹은 사후적 조치를 통하여 이를 보장하는 과제에 집중할 수 있다. 현대 국가의 성격과 과제 변화에 관하여 이에 관한 담론은 진행 중이다¹³⁹⁾.

그러나 이와 같은 의사결정구조의 변화에는 여러 가지 전제조건이 필요하다. 예컨대 건강보험에서 보험료 부과방식은 가입자의 재산권 및 평등권에 영향을 주며, 따라서 법률에 의한 규율대상이다. 이익집단인 가입자의 대표기관이 관여한다는 이유로 국회의 결정을 우회할 수는 없다¹⁴⁰⁾. 이와 같은 조직법적 형성을 통하여 정치적 및 정책적 부담이 덜어질 수는 있겠지만 헌법적 정당성의 부담은 여전히 남는다. 위에서 언급했듯이 조직유보와 위임의 구체성은 논의의 지평(地平)이 다르다. 가입자 등 이해관계당사자가 의사결정과정에 참여한다는 사실은 아직 헌법적 심사를 위한 충실한 규범상황이 아니며, 이들 당사자의 대표성, 의사결정의 규범적 기준, 규범적 기준에 따른 결정을 위임주체에 환류하는 가능성 등이 갖추어져 있지 않은 상황에서 의사결정의 헌법적 정당성이 긍정될 수는 없

139) 보장국가에 관한 그동안의 논의상황에 대해서는 예컨대 이부하, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련된 헌법이론” 헌법학연구 제22권 제1호(2016), 229면 이하; 홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, 헌법학연구 제15권 제1호(2009), 497면 이하, 520면; 홍석한, “보장국가론에 대한 헌법적 평가”, 공법연구 제44집 제4호(2016), 167면 이하 등 참조.

140) 독일에서 건강보험에 관한 중요 사항을 의결하는 건강보험 연방위원회 (Gemeinsamer Bundesausschuss)는 이른바 기능적 자치권한이 인정되어 있는 기관이었지만 이에 관한 근거규정이 법률에 정해져 있지 않다는 이유로 헌법적 문제가 제기된 바 있다. 이에 대해서는 Thorsten Kingreen, “Verfassungsrechtliche Grenze der Rechtssetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses; Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitsrecht”, Neue Juristische Wochenschrift (2006), 879면 이하; Thorsten Kingreen, “Legitimation und Partizipation im Gesundheitswesen - Verfassungsrechtliche Kritik und Reform des Gemeinsamen Bundesausschusses”, Neue Zeitschrift für Sozialrecht(2007), 116면 이하; Eberhard Schmidt-Assmann, “Verfassungsfragen der Gesundheitsreform”, Neue Juristische Wochenschrift(2004), 1693면 이하; Heinrich Amadeus Wolff, “Die Legitimationsveränderungen des Richtlinienerlasses durch den Gemeinsamen Bundesausschuss auf der Grundlage des GKV-Modernisierungsgesetzes”, Neue Zeitschrift für Sozialrecht(2006), 283면 이하 등 참조.

다¹⁴¹⁾. 또 재정운영위원회 혹은 ‘건정심’, 특히 후자의 기관이 이와 같은 권한을 갖고 기능하는 데 정당성이 있는가는 의문이다. 무엇보다도 이들 조직이 가입자를 대표하는 정당성은 취약하며, 그로 인하여 대표성과 권한의 비대칭이 뚜렷하고, 그 결과 ‘건정심’의 의사결정이 가입자대표의 의사로 환류될 수 있는 구조가 아니다¹⁴²⁾. 그럼에도 불구하고 이들 조직에 대표성을 부여하고, 또 위임의 구체성을 완화하는 경우 대의민주주의는 이해당사자에 의한 직접민주주의 혹은 참여민주주의에 의하여 배척될 위험이 있다. 이해당사자의 참여는 대의과정에서 의사결정을 기본적으로 보충하는 의미를 갖지만, 그 자체에서 규범적 결정의 정당성이 도출되는 것은 아니다.

VIII. 맺는 말

건강보험은 급여 및 규범구조의 특수성으로 인하여 상당 부분 법제화가 제한적이고, 그 결과 개인의 법적 지위 및 지위의 변화, 그리고 제도내용이 다층적 규범구조에서 규율되고 있다. 또 건강보험에서 급여는 요양기관으로 지정된 의료기관에 의하여 지급되기 때문에 국가 - 건강보험공단 - 요양기관 - 가입자 간에 넓은 차원에서 법률관계가 복잡하게 형성된다. 이와 같은 급여 및 규범구조의 특수성, 그리고 복잡한 법률관계에서 다양한 헌법쟁점이 나타난다. 이들 쟁점에 대한 헌법재판소의 결정이 건강보험에 의한 보장을 제고하고, 요양기관과의 관계에서 진료의 방법과 내용을 객

141) 의사결정의 다원적 단계와 정당성구조에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, "Erhaltung und Verteilung der natürlichen Gemeinschaftsgüter - eine elementare Aufgabe des Rechts", Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht(II) (C.F.Müller, 2008), 667면 이하 참조.

142) 이 점에 대해서는 예컨대 권오탁, “『국민건강보험법』상 의사결정구조의 문제와 개선점”, 사회보장법학 제5권 제1호(2016), 28면 이하; 전광석, 위 각주 5의 논문, 39면 이하; 황선줄, 위 각주 127의 논문, 30면 이하 등 참조.

관화하며, 또 건강보험의 의사결정구조를 체계화하는 계기가 될 것으로 기대한다.

이와 같은 기대가 충족되기 위해서는 건강보험의 쟁점을 헌법적 판단에 적합하게 정렬하고, 또 이와 같은 정렬된 문제를 헌법구조에 편입할 수 있어야 한다. 이와 같은 논의를 위한 이론적 기반이 아직 성숙되어 있지는 않다. 소득재분배의 구조, 진료의 방법과 내용에 관한 법률관계, 건강보험에서 기능하는 ‘피보험자 대의기관’의 (헌법적) 성격과 기능 등이 헌법적 판단을 위하여 충실하게 이해되고, 또 재구성되지 못하고 있다. 헌법적 쟁점이 건강보험의 과제 전반에 관련이 있는 것은 아니며, 헌법적 판단과 정책적 타당성은 별개의 문제이기 때문에 이와 같은 기대는 부분적이다. 그러나 건강보험의 쟁점에 대한 헌법재판은 적극적으로는 건강보험의 체계형성에 기여하여야 하며, 소극적으로는 적어도 해당 쟁점에 대한 최소한의 판단기준으로서 소모적인 논쟁을 피할 수 있게 하여야 한다. 이 점에서 헌법재판소의 논리를 비판적으로 검토하는 작업은 앞으로 헌법재판뿐 아니라 건강보험법과 관련된 헌법에 대한 이해, 그리고 나아가서 이에 관한 정책논의에 필수적인 부분이 되어야 할 것이다.

*투고일 2020.5.22. / 심사개시일 2020.6.15. / 게재확정일 2020.6.20.

참고문헌

- 강일신, 헌법상 결사의 자유에 관한 연구(헌법재판소 헌법재판연구원, 2018)
- 강현철, “임의비급여 관련 진료비청구요건으로서의 의학적 필요성에 대한 검토”, 저스티스(2013.4)
- 김나경, 의료보험의 법정책-기초법 이념과 법실무(집문당, 2012)
- 권오탁, “『국민건강보험법』상 의사결정구조의 문제와 개선점”, 사회보장법학 제5권 제1호(2016)
- 김종수, “임의비급여에 관한 사회보장법적 검토”, 사회보장법연구 창간호(2012)
- 박지용, “건강보험에 있어서 임의비급여 규제에 대한 헌법적 평가”, 법학연구(경상대 법학연구소) 제21권 제3호(2013)
- 이상돈, “국민건강보험법상 상대가치점수 직권조정의 합법성에 대한 법이론적 분석”, 고려법학(고려대 법학연구원) 제65호(2012)
- 이종찬, “건강보험 재정위기에 대한 분석-의료정책사적 관점”, 보건과 사회과학 제22집(2007)
- 전광석, “건강보험법의 형성과 발전, 그리고 과제”, 의료법학 제20권 제3호(2019)
- _____, “사회적 기본권 이론의 형성과 전개-인간다운 생활을 할 권리를 중심으로”, 헌법논총 제29집(2018)
- _____, 한국사회보장법의 역사(집현재, 2019)
- 정영훈, 국민건강보험법상 보험료부담의 평등에 관한 헌법적 검토(헌법재판소 헌법재판연구원, 2014)
- _____, “국민건강보험의 보험료를 산정하는 기준이 직장가입자와 지역가입자에 따라서 다른 것이 평등권을 침해하는지 여부, 현재 2016.12.29., 2015헌바199결정”, 노동법학 제61권(2017)
- 정창탈/권혁창/남재욱, “한국 건강보험 보험료 부담의 형평성에 관한 연구”, 사회보장연구 제30권 제2호(2014)
- 정창탈/문용필, “건강보험료 부과체계 개편 평가 및 향후 과제”, 사회보장연구 제33권 제3호(2017)
- 정 철, “건강보험상 임의비급여 허용의 문제점”, 법학논총(국민대) 제24권 제1호(2011)

- 최호영, “건강보험체계와 임의비급여”, 사회보장법연구 제2호(2012)
- 하명호, “임의비급여 진료행위의 허용 여부에 관한 공법적 고찰-대법원 2012. 6.18. 선고 2010두27639 전원합의체 판결에 대한 평석”, 의료법학 제14권 제2호(2013)
- 황선술, “현행 요양급여비용 계약제(수가계약제)의 법률적 문제점”, 의료정책포럼(2008.12)
- 홍백의/배지영/박미희/강준모, “국민건강보험제도의 직장, 지역가입자간 보험료 부담 형평성 연구”, 한국사회정책 제19권 제1호(2012)
- Ulrich Becker, “Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Krankenversicherung der Rentner - zur Bedeutung des Gleichheitssatzes bei der Bemessung von Sozialversicherungsbeiträgen”, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (2001)
- Karl-Jürgen Bieback, "Sozialversicherung und versicherungsfremde Leistungen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht(Carl Heymanns Verlag, 2004)
- Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Demokratie als Verfassungsprinzip”, Josef Isensee/Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrecht Bd.II(C.F.Müller, 2004)
- Ingwer Ebsen/Astrid Wallrabenstein, “Krankenversicherungsrecht”, Ruland/Becker/Axer(편), Sozialrechtshandbuch(Nomos, 2018)
- Stefan Huster, “Die Beitragsbemessung in der gesetzlichen Krankenversicherung”, Juristen Zeitung(2002)
- Stephan Kirste, “Arbeitsteilige Herrschaftsausübung im Kontext der Demokratie”, VVDStRL 77(2018)
- Winfried Kluth, "Demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung - Grundzüge und Grundprobleme", Friedrich E. Schnapp(편), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip - am Beispiel der Sozialversicherung(Peter Lang, 2001)
- Hans-Jürgen Papier, "Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht", Ruland/Becker/Axer(편), Sozialrechtshandbuch(Nomos, 2018)

Karl Peters, "Fragen zu einer Verbreitung der Beitragsbemessungsgrundlage in der Gesetzlichen Krankenversicherung", Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht(Carl Heymanns Verlag, 2004)

Ulrich Wenner, "Rentenniveau und Grundgesetz", Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht(Carl Heymanns Verlag, 2004)

Hans F. Zacher, "Der Sozialstaat an der Wende zum 21. Jahrhundert", Vierteljahresschrift für Sozialrecht(2000)

_____, "Erhaltung und Verteilung der natürlichen Gemeinschaftsgüter - eine elementare Aufgabe des Rechts", Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht(II)(C.F.Müller, 2008)

<Abstract>

Critical review on the constitutional decisions concerning health insurance act

Cheon, Kwangseok*

This article aims to analyse and evaluate the decisions concerning the health insurance act in the constitutional court. This requires at first to understand the characteristics of the benefit as well as normative structure of the health insurance act, and restate them for the constitutional review. Some relevant themes are as follows; the derivability of the individual rights directly from the constitutional provision(s), the legitimacy of the compulsory insurance and imposition of contribution in the social insurance. Since the health insurance had been transferred in its form of operation into the nation-wide unitary system, the different method of imposing contribution between employed and locally insured often became subject to be reviewed in the constitutional court. Because the theoretical and systematic approach on this theme yet lacked, the constitutional review was anticipated to deliver the leading point of view to these problems. The benefits of the health insurance are supplied not by the state, but by the private medical institution. For this reason the designation of medical institution to the health care agency, method and contents of the medical treatments as well as their compensation of the costs should be realigned in the structure of the constitutional norms. Finally

* Professor, Yonsei Law School

the health insurance is regulated by far by the administrative delegation, which is derived from the characteristics in its benefit and normative structure. From this perspective the requirement of the parliament legislation and the delegation with concrete range of regulation should be focused in the sphere of health insurance act.

Key Words: health insurance act, constitutional review, compulsory insurance, medicare institution, delegation with concrete range of regulation, governance