



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

국민 건강권 실현을 위한
국민건강보험법의 과제와 개선방안

-헌법적 쟁점을 중심으로-



연세대학교 대학원
의료법윤리학과협동과정
법학 전공
권 오 탁

국민 건강권 실현을 위한
국민건강보험법의 과제와 개선방안

-헌법적 쟁점을 중심으로-

지도 전 광 석 교수

이 논문을 박사 학위논문으로 제출함



2015년 12월 일

연세대학교 대학원
의료법윤리학협동과정
법 학 전 공
권 오 탁

권오택의 박사 학위논문을 인준함

심사위원 전 광 석 인

심사위원 김 복 기 인

심사위원 손 명 세 인

심사위원 박 동 진 인

심사위원 김 소 윤 인

연 세 대 학 교 대 학 원

2015년 12월

<제 목 차 례>

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구내용	6
제3절 연구방법	8
제2장 건강권의 개념과 헌법적 근거	10
제1절 건강과 건강권	10
1. 일반적 의미의 건강 개념과 특성	10
1) 건강의 개념	10
2) 건강의 특성	14
(1) 건강욕구의 절대성	14
(2) 건강의 사회성	15
2. 규범적 의미의 건강 개념	16
3. 건강권의 개념	18
제2절 건강권의 이론적 근거	20
1. 건강권과 관련된 국제규범	20
1) 세계인권선언과 국제인권규약	20
2) 국제노동기구(ILO) 헌장 등	23
3) 국제보건규칙(IHR)과 담배규제기본협약(FCTC)	27
2. 건강권의 헌법적 근거	31
1) 건강권의 기초이념으로서의 인간의 존엄성	31
(1) 인간의 존엄성의 내용	31

(2) 건강권과 인간의 존엄성의 관계	33
2) 건강권 실현의 판단기준으로서의 평등권	34
(1) 평등권의 내용	34
(2) 건강권과 평등권의 관계	35
3) 인간다운 생활을 할 권리의 전제조건으로서의 건강권	36
(1) 인간다운 생활을 할 권리의 내용	36
(2) 건강권과 인간다운 생활을 할 권리와 관계	39
4) 근로의 권리 실현과 건강권	39
(1) 근로의 권리 내용	39
(2) 건강권과 근로의 권리와 관계	40
5) 환경권 보호를 통한 건강권의 실현	41
(1) 환경권의 내용	41
(2) 건강권과 환경권의 관계	42
6) 보건에 관한 권리의 내용과 범위	43
(1) 보건에 관한 권리의 내용	43
(2) 보건에 관한 권리의 범위	44
제3절 건강권의 법적성격과 내용	45
1. 사회적 기본권의서의 건강권	45
1) 사회적 기본권의 등장배경과 성격	45
2) 사회적 기본권의 실현구조	46
3) 건강권 실현을 위한 국가 개입의 정당성(의료의 공공성) ...	48
4) 건강권의 법적 성격	51
2. 건강권의 내용	52
1) 의료접근권	52
2) 의료수급권	53

3) 의료선택권	54
4) 기타 건강권의 내용	55
제4절 소결	56

제3장 건강권 실현을 위한 국민건강보험법 체계 58

제1절 건강권 실현을 위한 규범체계	58
1. 건강권과 관련된 규범체계	58
2. 사회보장체계의 유형	61
제2절 국민건강보험법 체계	63
1. 국민건강보험법의 역사적 변천 과정	63
1) 임의보험 사업기(1963년~1973년)	63
2) 의료보험 도입기(1977년~1987년)	64
3) 의료보험 통합기(1988년~1999년)	65
4) 국민건강보험법 제정 이후(2000년~현재)	66
2. 현행 국민건강보험법의 주요 내용과 당사자간의 법률관계	71
1) 국민건강보험법의 주요내용	71
(1) 보호범위-질병의 개념	71
(2) 건강보험정책심의위원회	72
(3) 가입자	73
(4) 국민건강보험공단	74
(5) 보험급여	75
(6) 건강보험심사평가원	79
2) 국민건강보험법상 당사자간의 법률관계	80
제4절 소결	81

제4장 건강권 실현을 위한 국민건강보험법의 과제와 개선방안	83
제1절 국민 건강권 보장을 위한 의료선택권 확대	83
1. 건강보험 가입방식에 대한 검토	83
1) 사회보험의 운영원리	83
2) 건강보험 가입방식에 대한 검토	85
2. 보장성 확대 및 보충적 건강보험 도입을 통한 의료선택권 강화	87
3. 소결	91
제2절 안정적 의료접근권 확보를 위한 과제	92
1. 의료공급체계 확보 방식	92
2. 현행 의료공급체계에 대한 검토	93
1) 의료공급체계의 변화과정	93
2) 현행 의료공급체계의 문제점	95
(1) 당사자의 입장	95
(2) 헌법재판소의 결정 내용	96
3) 현행 의료공급체계에 대한 평가	99
3. 안정적 의료접근권 확보를 위한 의료공급체계 개선방안	101
1) 요양기관 질 관리 체계 구축을 통한 요양기관의 안전성 확보	101
2) 공공의료기관의 역할 강화를 통한 안정적 의료접근권 확보	102
4. 소결	104
제3절 합리적 요양급여비용 결정을 위한 과제	106
1. 요양급여비용 결정 과정 검토	106
1) 요양급여비용 계약에 대한 헌법재판소의 판단	108
2) 요양급여비용 결정 과정의 문제점	108
2. 요양급여비용 결정 과정의 개선방안	109
1) 일방적 계약에 의한 요양급여비용 결정 구조 개선	110

2) 요양급여비용 계약 대상의 현실화	111
3. 소결	113
제4절 건강보험 급여의 예외사항에 대한 검토	114
1. 요양기관과 가입자의 진료관계와 비용보상관계	115
2. 임의비급여의 내용과 개선방안	117
1) 임의비급여의 개념과 유형	117
2) 임의비급여에 대한 판결례(가톨릭대학교 여의도 성모병원 사건)	119
(1) 사실관계	120
(2) 법원의 판단 내용	120
3) 임의비급여 관리체계 구축을 통한 의료수급권 확대	122
3. 법정비급여의 내용과 범위	124
1) 법정비급여의 유형	124
2) 법정비급여의 범위에 대한 검토	125
4. 소결	126
제5절 건강보험 관리·운영주체의 기능정립을 통한 건강권 강화	127
1. 보험자의 재정관리 기능 강화	128
1) 국가와 보험자	128
2) 보험자의 역할	129
3) 보험재정 관리 기능 강화를 통한 보험자 역할 강화	130
2. 합리적 요양급여비용 결정을 위한 건강보험정책심의위원회 기능 개선	132
1) 건강보험정책심의위원회의 구조와 문제점	132
2) 건강보험정책심의위원회의 구조개선 방안	133
3. 건강보험심사평가원의 독립성 강화	134
1) 요양급여비용 관리 체계	134
2) 건강보험심사평가원의 독립성 강화 필요성	135

3) 의료심사평가 전문기관으로서의 역할 강화 방안	137
4. 소결	139
제5장 정리 및 결론	141
제1절 건강보호제도의 변화 필요성	141
1. 사회환경 변화	141
2. 사회환경 변화에 따른 국민건강보험법의 과제	142
제2절 건강권의 이념적 기초 강화를 위한 헌법 개정 논의	143
1. 논의의 필요성	143
2. 개정의 범위	144
3. 개정의 방식과 구체적 내용	146
제3절 국민 건강권 실현을 위한 국민건강보험법의 개정논의	148
1. 요양급여비용 결정과정의 정당성 확보	149
2. 요양급여 범위 확대 및 예외사항에 대한 관리체계 강화	150
3. 건강보험 관리·운영주체간 기능정립을 통한 효율성 확보	150
제4절 결론	151
참 고 문 헌	153
Abstract	165

국문 요약

건강은 개인이 생활하고 사회적·문화적 가치를 공유하여 국가 공동체와 동질성을 유지하기 위한 전제조건이다. 우리 헌법은 건강을 국가 공동체의 문제라고 인식하고 간접적으로는 헌법 제10조의 인간의 존엄성과 행복추구권, 헌법 제35조 제1항의 환경권에서, 직접적으로는 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리, 헌법 제36조 제3항의 보건에 관한 권리를 통해 보호하고 있다. 헌법의 이러한 과제는 국민건강보험법을 통해 구체화된다.

국민건강보험법을 통해서 제공되는 요양급여의 내용은 건강문제를 해결하기에 적절해야 하며 그 결정과정이 합리적이어야 한다. 더불어 건강보험의 영역을 벗어난 비급여의 경우에도 국가는 국민이 합리적으로 의료를 선택할 수 있도록 제도를 마련함으로써 국민의 건강권 보장을 위한 기반을 마련해야 한다. 따라서 건강보험을 운영하는 관리조직은 건강보험이 국민의 건강권 실현에 맞도록 구성되고 운영될 수 있어야 하며 더불어 비급여로 인해 발생하는 문제들을 해결할 수 있는 방안을 제시해야 한다. 이러한 관점에서 현행 국민건강보험법은 다음과 같은 문제를 해결해야 한다.

첫째, 국민건강보험법에 의해 보호되는 급여의 내용으로는 국민의 건강 위험을 적극적으로 해결하지 못한다. 비급여로 인한 부담은 건강 문제를 포기하거나 혹은 경제적 빈곤을 유발할 개연성이 크다. 그러나 비급여 영역은 건강보험체계를 벗어나 의료기관과 개인간의 사적인 계약으로 이뤄지는 영역이기 때문에 국가의 직접적인 개입은 불가능하다. 따라서 건강보험에서 보호되는 요양급여의 범위를 넓혀 비급여 영역을 급여로 전화함으로써 보장성을 강화해야 한다. 동시에 비급여의 경우, 환자와 의료인간의 합리적 비용결정이 가능할 수 있도록 비용과 효과 등의 정보를 제공함으로써 국민의 의료선택권을 보장

하고 의료인의 직업행사의 자유 제한을 최소화하는 세밀한 입법행정의 필요성이 있다.

둘째, 국민건강보험법은 의료서비스 비용 결정 과정의 형식적 요건과 절차적 요건 모두 정당성이 결여되어 있다. 형식적으로는 건강보험급여비용을 결정하는 건강보험정책심의위원회의 구성이 의료서비스 공급자인 의료인들의 신뢰를 얻을 수 있는 인적구조가 아니다. 현행 위원회는 보험자의 이익을 대변하기에 유리한 인적구조로 되어 있어 위원회 자체에 대한 신뢰뿐만 아니라 그 결정에 대해서도 의료계의 수용성이 떨어진다. 따라서 보험자와 공급자의 이익을 공정하게 대변할 수 있는 인적구성이 필요하다. 절차적 요건과 관련해서는 요양급여에 대한 계약이 보험자와 공급자 사이에 이뤄지지 않으면 보건복지부장관이 고시로 결정한다. 그러나 계약의 중요한 내용인 비용을 당사자의 합의 없이 보건복지부장관이 일방적으로 확정하는 것 이외에 다른 대안이 없는 것인지 고민이 필요하다. 예컨대 당사자간의 합의가 없는 경우, 현재의 비용을 차기년도에 그대로 적용하고 지속적인 공론화 과정을 통한 합의 후 이를 보정하는 방식 등을 고려해볼 만하다.

셋째, 건강보험체계의 지속성을 유지하기 위해서는 비용을 최대한 효율적으로 활용하고 오·남용을 최소화 할 수 있는 합리적인 운영체계가 마련되어야 한다. 우리나라의 경우 보험료 운영에 대한 적정성을 보험자가 아닌 건강보험심사평가원이라는 독립법인을 통해 심사·평가하고 있다. 따라서 건강보험심사평가원은 구조적으로 보험자와 독립하여 의료서비스 비용의 적정성을 과학적이고 객관적인 근거를 바탕으로 심사하고 평가할 수 있는 지위를 확보해야 한다. 그러나 현행 국민건강보험법상의 건강보험심사평가원은 독립적으로 심사와 평가를 수행하기 어려운 구조로 되어 있다. 따라서 규범적으로 이들의 독립성을 확보하기 위한 입법개선이 필요하다.

국가는 국민의 건강문제를 적극적으로 해결하여 국민들이 인간다운 생활을

할 수 있도록 노력해야 한다. 현실적으로 그 목표를 실현할 수 없는 상황이라도 가능한 최선을 다하는 것이 국가의 사명이다. 다만, 이러한 국가의 역할 수행을 위해 필연적으로 발생하는 개인의 기본권의 제한과 의무에 대해서는 적극적이고 합리적으로 설명하여 공동체의 합의를 유도해야 한다. 더불어 제한되는 기본권의 경우, 가능하다면 그 제한의 정도를 완화시켜주기 위한 노력도 함께 해야 한다. 국가는 국민을 위협으로부터 적극적으로 보호하고 지켜낼 때 가장 국가다운 모습으로 남을 수 있다. 이것이 국가가 국민의 건강을 보다 적극적으로 보호해야 할 이유인 것이다

핵심되는 말 : 건강권, 국민건강보험법, 요양급여, 비급여, 의료수급권, 의료 접근권, 의료선택권, 사회적 기본권



제1장 서론

제1절 연구의 목적

우리에게 흔히 급성심근경색증이라고 알려진 질병은 심장에 혈액을 공급하는 혈관이 노폐물로 인해 막힘으로써 발생한다. 따라서 막혀있는 혈관을 열어주는 것이 치료의 핵심이며 적어도 12시간 이내에 막힌 혈관을 뚫어 줄 수 있어야 사망이라는 결과를 피할 수 있을 정도로 치료의 시급성이 크며, 일차적 관상동맥 성형술을 시행한 환자의 20%~30%가 재발 가능성이 있어 재발의 위험성이 큰 질병이다. 만일 건강의 문제가 개인의 문제라면, 사망의 결과가 발생하더라도 개인의 운명 또는 불운으로 여겨 측은하게 생각할 수밖에 없을 것이다. 그러나 이것이 사회문제로 확대되거나 또는 공동체의 문제라고 인식된다면 작게는 가족 공동체, 크게는 국가 공동체와 협력하여 위험을 제거 또는 완화시켜야 하는 대상이 된다. 따라서 건강의 문제를 어떻게 인식하느냐에 따라 해결방법에 대한 접근이 달라진다.

건강은 개인이 생활하고 사회적·문화적 가치를 공유하여 국가 공동체와 동질성을 유지하기 위한 전제조건이다. 따라서 건강하지 않은 상태 혹은 질병으로 인해 생명이 위협받는 상태에서는 기본권의 실현 및 이를 통한 국가공동체의 형성·유지가 어려워진다. 이러한 이유에서 건강의 문제는 국가공동체의 형성·유지와도 밀접한 관계를 갖는다. 우리 헌법에서는 건강을 국가 공동체의 문제라고 인식하고 간접적으로는 헌법 제10조의 인간의 존엄성과 행복추구권, 헌법 제35조 제1항의 환경권에서, 보다 직접적으로는 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리, 헌법 제36조 제3항의 보건의에 관한 권리를 통해 보호하고 있다.¹⁾ 헌법의 이러한 과제는 국민건강보험법을 통해 보다 구체화된다.

국민건강보험법은 건강 문제를 해결하기 위해 보험급여를 제공함으로써 국민 건강을 보호한다는 방안을 제시하고 있다.²⁾ 의견상으로는 국가가 국민의 건강을 보호하는 체계를 구축하고 있으며 이를 성실히 이행할 경우 건강 문제가 해결될 수 있다는 기대를 하게 한다. 그러나 현실적으로 건강 문제가 적극적으로 적절한 시간에 해결되지 못하는 현상들이 나타나고 있다.

위에서 언급한 급성심근경색증의 경우, 국민건강보험법은 급성심근경색증 치료 시술인 관상동맥중재술에 필요한 혈관확장 기구(풍선, 스텐트)를 최대 3개까지만 보험급여로 제공하고 이를 초과하는 비용은 개인이 부담하도록 하고 있다.³⁾ 이로써 국민건강보험법에서는 혈관확장기구 3개까지만 보호한다는 것을 확인할 수 있고 이후에 발생하는 위험은 개인의 부담으로 남게 된다. 결국 급성심근경색증이 사망이라는 결과를 유발할 높은 개연성이 있는 질병임에도 불구하고 3개의 혈관확장 기구에 대해서만 보험급여가 이뤄지는 이유에 대한 설명이 필요하다. 이 외에도 가톨릭대학교 성모병원 백혈병 환자들에 대한 임의비급여 사건⁴⁾과 소두증 환자에 대한 ‘두개골 조기봉합교정술’의 보험급여 적용에 대한 논란⁵⁾들이 이러한 현상을 단적으로 보여준다.

이러한 현상들로부터 다음과 같은 물음이 제기될 수 있다. 우선 국가가 보호해야 하는 건강이 무엇이며 국민의 건강과 국가는 어떠한 관계에 있는지에

1) 김주경, “건강권의 헌법학적 내용과 그 실현”, 법학연구, 연세대학교법학연구원, 제23권, 제4호, 2013, 90면 이하 참조.

2) 국민건강보험법 제1조.

3) 급성심근경색증을 치료하는데 필요한 요양급여를 제공하고 있으며 그 기준을 ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항과 심사지침’에 구체화하고 있다.

4) 대법원 2012.6.18. 선고 2010두27639, 27646(병합)판결, 공2012하, 1312.

5) 소두증이란 머리와 뇌가 비정상적으로 작은 기형의 상태를 일컫는다. 생명과학대사전에 따르면 머리둘레가 약 48cm 이하이거나, 10세 이하 어린이의 경우에는 평균 머리둘레보다 5cm 작은 사람을 소두증이라고 말한다. 유전적인 원인이나 임신 중 모체가 골반부에 받는 X선 조사로 인해 증상이 발생하는 것으로 알려져 있다. 신체발육에는 장애가 나타나지 않지만, 지능은 대부분 정신박약정도인 것으로 전해진다. 이렇다 할 치료법도 없다. 최근 소두증 환아들에게 행해질 ‘두개골 조기봉합교정술’이 심평원에 의해 불허 조치를 받아, 소두증 환아 부모가 1인 시위를 해 화제가 된 바 있다. 연합뉴스, “심평원 관계자 만나는 소두증 환아 부모님”, 2013.11.7. 보도자료 참조.

대한 질문과 답변을 통해 국가의 역할과 그 범위에 대한 해답을 얻어야 할 것이다. 더불어 만일 국민의 건강을 보호하는 것이 국가의 역할이라면 어떤 형식으로 어떤 내용을 보호해야하며 국가에 의해 보호되지 않은 영역과의 구분이 가능한지가 밝혀져야 한다. 따라서 구체적으로 다음과 같은 내용의 검토가 필요하다.

첫째, 국가가 국민의 건강을 보장해야 한다는 헌법적 요청의 구체적인 내용에 대한 검토이다. 즉 건강권의 구체적인 내용이 밝혀져야 한다. 이를 위해 우선 건강의 개념에 대한 규범적 정의가 선행되어야 한다.

건강의 개념은 의학적·보건학적으로 정의되고 있을 뿐 규범적 검토는 미흡하다. 건강에 대한 규범적 검토는 건강에 대한 권리를 어떻게 확정할 것인가에 대한 논의에서 시작된다. 즉 건강의 권리성을 인정하기 위해서는 국민의 건강 보호가 국가의 의무임을 전제로 일정한 행위를 요청하거나 제한할 수 있는 규범적 근거가 필요하다. 더불어 규범적으로 정의된 건강권을 실현하기 위한 국가의 역할 범위가 검토되어야 한다. 이것은 국가가 국민의 건강을 보호하기 위해 어느 단계까지 그리고 어느 정도까지 개입해야 하는지를 기준으로 국가의 의무이행 여부를 판단할 수 있는 근거가 되기 때문이다.

둘째, 국민건강보험법이 국민의 건강권 보장을 위한 내용을 충실하게 담고 있으며 또한 실행되는지 검토해야한다. 우선 국가의 개입의 정도에 대한 고찰을 기준으로 현행 법률이 국민의 건강문제를 해결하기에 충분한 것인지 검토해야 한다. 앞에서 언급한 급성심근경색증과 같은 질병이 발생했을 때 요양급여의 지급기준이 국민의 건강을 보호하라는 헌법적 요청과 부합하는지 그리고 그것이 국가의 역할 범위를 넘어서거나 혹은 미치지 못하는 것이 아닌지를 확인함으로써 국가의 의무 이행상황을 점검할 수 있다. 요양급여기준과 관련된 문제이다.

셋째, 국민의 건강을 보장하는 국가의 과제를 실현하기 위한 국가의 개입이

해당 국민의 기본권을 제한하는 것은 아닌지 그리고 이러한 제한이 건강권 보장을 위해 적절한 것인지 검토해야 할 것이다. 강제가입과 관련된 문제이다.

국민건강보험법 제5조에서 국내에 거주하는 국민을 가입자로 강제하고 제69조에서는 가입자에게 보험료 납부의무를 부과하고 있다. 가입자의 입장에서 보면 보험료에 기초한 보험급여가 건강문제를 적절히 해결해 줄 것을 기대하게 된다. 그러나 현실적으로는 건강보험에 의한 보호의 범위가 낮은 수준이거나 혹은 보호되지 않는 대상이 많아 추가적인 비용이 발생하게 됨으로써 이중적인 지출구조를 갖게 되는 경우가 발생한다. 이러한 상황에서 공적과제를 실현한다는 명목으로 가입을 강제하는 것이 타당한 것인지 다른 제도를 통해서 국가의 건강권 보장의무를 실현하는 것이 더 합리적인 것은 아닌지 확인할 필요가 있다.

넷째, 건강의 문제를 국가가 직접 급여를 제공하지 않고 민간 의료기관에서 제공되는 경우 다른 기본권 주체와 긴장관계가 형성된다. 이 과정에서 발생하는 다른 기본권 주체의 기본권 제한이 헌법적 정당성을 갖고 있는지 검토되어야 한다. 당연지정제도의 문제이다.

국민건강보험법 제42조에서 모든 의료기관을 특정한 사유가 없는 경우를 제외하고는 요양기관으로 편입시켜 의료서비스를 제공하도록 하고 있다.⁶⁾ 우리나라의 경우 대부분의 의료기관이 민간에서 자율적으로 생겨난 의료기관임에도 불구하고 국가의 공적과제를 달성하기 위해 법률로써 이들을 공법체계로 편입시키고 있다. 이로써 발생하는 의료기관 혹은 의료인의 기본권 제한이 정당한지 검토해야 할 것이다. 즉 공적과제를 수행하기 위하여 의료기관이나 의료인은 행위를 통제받게 되는데 이로부터 발생하는 의료인의 직업행사의 자유에 대한 제한이 국민의 의료접근권을 제약하는 원인이 될 수 있기 때문이다. 더불어 모든 의료기관을 분별없이 요양기관으로 편입시킴으로써 발생할 수 있

6) 국민건강보험법시행령 제18조(요양기관에서 제외되는 의료기관 등) 제1항.

는 문제를 검토하고, 요양기관으로 자격이 없는 경우에 대한 방안도 함께 고민해야 한다.

마지막으로 국민건강보험제도의 운영과 관련된 부분이다. 의료기술의 발전과 생활습관의 변화로 인한 질병구조의 변화 그리고 산업사회로 발전하면서 나타나는 가족구조의 변화와 개인의 권리의식 강화 등 건강한 삶에 대한 욕구를 증가시키는 요인들간의 복합적인 상호작용으로 인해 의료비용은 급격히 증가하고 있다. 따라서 한정된 자원을 효율적으로 활용하는 것이 중요한 문제가 된다. 즉 자원의 우선순위가 앞에서 언급한 요양급여기준과 관계된 문제라면 그 기준을 만들고 확인하는 결정 과정의 정당성은 요양급여기준에 대한 수용성을 높이고 제도의 안정적 운영을 위한 기본 전제가 될 것이다. 따라서 국민건강보험의 주요 내용을 심의·의결하는 건강보험정책심의위원회의 구성과 역할이 이러한 정당성을 확보할 수 있어야 한다.

더불어 현실적으로 비용의 활용이 적절했는지를 확인하는 것과 이것을 통해 비용의 오·남용을 줄임으로써 국민의 건강을 보호하기 위한 비용의 효율성을 높이는 것 역시 중요한 국가의 과제이다. 이와 관련해서 국민건강보험법은 보험자인 국민건강보험공단과는 별도로 건강보험심사평가원을 통해 의료비용의 적정성을 심사하고 평가하도록 하고 있다. 보험료를 징수하고 관리하는 기관인 보험자가 비용지출에 대한 관리를 함께하는 것이 일반적인 운영체계라는 것을 고려할 때 국민건강보험공단과 건강보험심사평가원을 두고 있는 국민건강보험법은 다른 사회보장체계와 구별된다. 따라서 이러한 구조적 특징이 국민의 건강을 보호하는 헌법적 요청에 보다 더 충실할 수 있는 구조인지 검토해야 한다.

제2절 연구 내용

인간이라면 건강하게 자신이 원하는 삶을 영위하고자 하는 욕구가 있음에도 불구하고 의료기술의 문제 또는 비용의 문제로 인해 건강 문제를 해결하지 못하는 경우가 발생한다. 최근 연구에 의하면 의료서비스가 필요함에도 서비스를 받지 못한 경험이 있는 대상자의 36.1%가 경제적 부담이 원인이었고, 이러한 경향은 연령이 증가할수록, 경제수준이 낮을수록, 만성질환이 많을수록 높아지는 것으로 나타났다. 또한 장애가 있는 사람과 주관적으로 건강상태가 나쁘다고 생각하는 사람들 그리고 의료급여 대상자일수록 의료서비스를 포기한 경험이 많은 것으로 나타났다.⁷⁾ 결국 돈이 없어 건강문제를 해결하지 못하는 경우가 발생한다는 것이다.

연구결과에서 나타난 것처럼 의료서비스를 포기한 경험이 있는 사람들이 의료기술의 부재가 아닌 경제적 이유로 의료서비스를 포기했다는 점에서 국가의 국민 건강보장 의무 이행 정도를 다시한번 확인하고 점검할 필요가 있다. 건강은 인간의 존엄성을 유지하고 자유를 향유하기 위한 최소한의 전제조건이다. 따라서 국민의 건강을 보장하는 의무를 실행하려는 구체적인 제도와 정책이 헌법의 가치와 이념을 적극적으로 실현할 수 있도록 개선안을 제시하는 것이 이 연구의 목적이다.

이를 위해 국가의 건강보장 의무에 관한 근본적인 질문을 통해 국가의 역할과 범위를 밝히기 위해서 제2장에서는 국가의 국민 건강보장 의무의 이론적 배경을 살펴본다. 구체적으로 건강에 대한 규범적 정의를 통해 권리성을 확인하고 건강문제가 국가의 적극적인 개입이 필요한 영역임을 검증하기 위해 헌법적 근거를 검토한다. 더불어 규범적인 측면에서 건강의 문제를 어떻게 접근

7) 송해연·최재우·박은철, 한국성인의 경제활동 참여변화가 미충족 의료에 미치는 영향:45차 한국의료패널 자료를 이용하여, 보건행정학회지 2015-25(1), 11면 이하 참조.

하고 있는지 살펴본다. 우선 건강과 관련된 국제사회의 인식을 세계인권선언과 세계노동기구(ILO) 헌장·국제보건규칙(IHR)과 담배규제협약(FCTC) 등을 통해서 확인하고 헌법과 개별법률에서 국민의 건강을 보호하고 있는 규정에 대한 검토를 통해 국가의 의무를 구체적으로 확인함으로써 건강권의 법적성격을 검토하고 그 내용을 확인한다.

제3장에서는 국민건강보험법의 주요 내용이 국가의 의무를 적극적으로 이행할 수 있도록 설계되어 있는지 그리고 국가의 공적과제를 실현하기에 적합한지를 검토한다. 구체적으로 건강권 실현을 위한 현행 규범체계는 다양하다. 그러나 대부분의 법률들은 국민의 건강보장을 위한 정책방향이나 가이드라인을 제시하지만 직접적인 급부행위인 의료서비스에 대한 내용이 더해지지 않으면 실질적으로 건강권의 실현이 완성되지 못한다. 따라서 직접적인 급부인 의료서비스에 대해 규정한 국민건강보험법의 내용을 중심으로 건강권의 직접적인 실현 방안에 대한 논의를 진행한다. 따라서 국민건강보험법의 변화과정과 현재 법률의 주요 내용을 살펴봄으로써 헌법의 건강권 보호과제를 어떤 형식으로 실현하고 있는지 검토한다.

제4장은 앞에서 검토한 헌법과 국민건강보험법의 내용을 토대로 보다 충실하게 국민의 건강을 보호할 수 있는 개선방안이 있는지 검토한다. 특히 의료기술의 변화와 치료가능성의 정도가 빠르게 발전하는 현 시점에서 국민건강보험법의 운영체계 그리고 운영원리 등이 이러한 현상을 적극적으로 반영할 수 있는지 그리고 개별 주체들간의 기본권이 침해되지 않으면서 국가의 의무를 이행할 수 있는 방법은 없는지 검토하고 대안을 모색한다. 이를 통해 국민의 건강보호라는 과제를 보다 적극적으로 실현할 수 있는 방법을 제시한다.

제5장은 앞에서 논의한 내용을 요약 정리함으로써 국민 건강보장의 헌법적 요청과 그 중요성 및 실현방안을 다시한번 강조한다.

제3절 연구방법

건강의 문제는 의료 기술적·사회 환경적 그리고 제도·문화적인 상황들이 복합적으로 작용되는 영역임을 고려하면 다각적인 시각에서 그 해결방안을 논의하는 것은 문제해결을 위한 중요한 과정이다. 그 동안 건강을 헌법적 관점이 아닌 보건학과 의학의 관점에서 접근했던 것이 일반적이었다. 그러나 건강 문제는 단순히 신체적인 영역뿐만 아니라 제도·문화 등의 모든 영역이 연계되어 있으며 따라서 다양한 학문분야에서 다각적인 논의가 필요하다. 이러한 의미에서 규범적인 관점에서의 건강 그리고 건강권에 대한 검토는 건강과 관련된 논의를 위한 이론적 근거를 넓히는 계기가 될 것이며 이를 전제로 현재의 제도를 평가하고 개선방안을 제시하기 위한 기초 작업이 될 것이다. 따라서 다음과 같은 연구방법을 활용한다.

첫째, 헌법 해석적 방법론을 통해 현재 상황에 맞는 건강의 규범적 개념을 정리하고 이를 구체적으로 실현하는 국민건강보험법이 헌법적 요청을 적절하게 반영하고 있는지 검토 한다. 이를 위해 헌법 조문의 문리적 해석뿐만 아니라 사회적 환경과 국민의 감정 등을 종합적이고 객관적인 관점에서 파악하고 헌법의 목표와 가치에 부합하는 해석을 기반으로 헌법과 국민건강보험법의 체계정합성을 확인한다.

둘째, 다양한 학문분야, 특히 의학과 보건학을 연계하여 건강문제를 검토한다. 보건학과 의학은 건강이 직접적인 연구 대상이지만 법학은 제도적인 측면에서 건강을 연구의 대상으로 삼았으며 보건학과 의학의 영역을 제한하는 기준이 된다. 건강에 대한 법학의 관심은 보건학이나 의학이 갖는 정도보다 낮을 수밖에 없다. 따라서 법학의 경우는 건강과 관련된 연구에 있어서도 제한적으로 진행되었으며 보건학과 의학의 경우에도 법 전반에 대한 이해를 기반

으로 한 연구가 아니고 직접적으로 관련된 법률을 중심으로 연구를 진행했기 때문에 학제간 연구가 부족했다. 사회가 복잡해지고 전문성이 강화되면서 한 분야의 전문성만으로는 전반적인 현상을 설명하기에 부족하며 관련분야의 전문가들이 협력함으로써 사회문제의 해결방안을 찾는 것이 절실히 요구되는 상황이다. 이러한 현상은 오늘날 새롭게 변화해야 하는 국가기능이다.⁸⁾ 이러한 의미에서 학문간의 긴밀한 협력을 통해 연구하고 그 가운데 다양한 국가의 과제를 적극적으로 실현할 수 있는 방안을 제시하는 것이 바람직하다. 따라서 본 연구에서는 보건정책의 현실적인 문제점과 그 해결방안을 논의하는 구체적인 연구들이 규범적으로 조화될 수 있도록 보건정책을 헌법적 시각에서 검토하고 종합적인 분석을 시도한다.

셋째, 건강과 관련된 국제규범 등 국제사회의 기준을 통해 우리에게 도움이 될 수 있는 내용을 비판적으로 받아들이기 위한 비교법적 연구를 수행한다. 건강의 문제를 해결하는 규범과 제도는 나라마다 다르다. 그럼에도 불구하고 인간에게 건강의 문제는 피할 수 없는 도전과제이기에 모든 국가는 상황에 따라 국민의 건강을 보호하기 위한 다양한 정책을 마련하여 시행하고 있다. 따라서 나라마다 국민의 건강을 보호하기 위한 정책의 기본적인 내용을 비판적으로 검토하고 우리의 문화와 상황을 고려하여 참고할 수 있는지 종합적으로 분석하고 적용해 봄으로써 국민의 건강을 보다 더 적극적으로 보호할 수 있는 방안이 도출될 수 있는지 검토한다.

8) 국가기능의 변화에 대한 자세한 내용은 전광석, 공공거버넌스와 공법이론: 구조이해와 기능, 공법연구 제38집 제3호, 한국공법학회, 2010, 178면 이하 참조.

제2장 건강권의 개념과 헌법적 근거

제1절 건강과 건강권

1. 일반적 의미의 건강 개념과 특성

1) 건강의 개념

건강을 의미하는 영어 단어인 “health”는 ‘고치다’, ‘완전한’의 의미를 갖는 단어 “heal”과 형용사·동사와 합쳐져 상태·동작을 의미하는 접미사 “th”와 합쳐진 단어다. 그런데 “heal”은 ‘모두의’, ‘전체의’, ‘완전한’, ‘신성한’의 의미를 갖는 고대 영어인 “hāl”에서 출발하며⁹⁾ ‘전체의’란 의미를 갖는 “whole” 과 ‘건강한’·‘원기 왕성한’의 의미를 갖는 “hale”, ‘신성한’의 의미를 갖는 “holy”의 어원과도 일치한다. 한자의 구성을 보면, ‘건강(健康)’은 튼튼함(建)과 편안함(康)을 뜻하는 두 글자의 합성어로 ‘아무 탈이 없이 튼튼한 것 또는 상태’를 의미한다.¹⁰⁾ 이것 역시 신체의 온전한 상태를 염두하고 있음을 엿볼 수 있다. 즉, 튼튼함은 신체의 완전성을, 편안함은 정신·정서의 온전한 상태를 의미한

9) 고대 영어 “hāl”은 이후 “hælan”에서 “helen”으로 변화하면서 현재의 “heal”로 정착하게 된다. 그리고 “hāl”은 ‘흠결이 없는’이란 의미를 갖는 뜻의 게르만 조어(祖語, Proto-Germanic) “khailaz”로부터 유래했으며 “hælan”은 “완전한 상태로 만드는 것(to make whole)”이란 뜻의 게르만 조어(祖語) “hailjan”에서 유래되었고 고대 색슨어의 ‘helian’, 고대 스칸디나비아어의 ‘heila’, 고대 프리지아어의 ‘hela’과도 어원이 같다(http://www.etymonline.com/index.php?term=heal&allowed_in_frame=0).

10) 의료윤리학자인 강신의 교수는 “건(建)은 선천적으로 타고나는 강건한 체질, 강(康)은 그런 몸을 부양할 물질적 조건을 뜻한다.”고 설명하고, 전통 시대에 ‘양생(養生)’, ‘섭생(攝生)’, ‘장생(長生)’과 같은 말이 건강과 유사한 개념으로 그 시대에는 ‘강하고 편안한 정해진 상태(건강)’를 추구하기보다는 삶을 북돋우고 길러(양생과 섭생) 자손을 낳고 편안하게 오래 사는 것(장생)을 중시했다고 설명하고 있다. 이러한 이유에서 건강의 의미는 우리가 지금 추구하는 세속적이고 분별적이며 기계적인 건강과는 비교할 수 없을 정도로 그 의미가 넓고 어떤 면에서는 전혀 반대의 뜻을 갖고 있다고 지적했다. 강신의, ‘인문의학’, 인체대학교 인문의학연구소, 휴머니스트, 2012, 16면 이하 참조.

다. 이들 어원을 통해 건강은 ‘전체적인 상태’ 또는 ‘조각나고 분열되지 않은 상태’를 의미하는 것으로 이해할 수 있다.

건강에 대한 정의는 처해있는 상황마다 다르다. 이것은 건강의 어원인 ‘완전한’·‘흠결이 없는’ 상태에 대한 주관적 가치판단과 자연과학의 발달, 사회경제적 여건 그리고 이것을 바라보는 학문분야에 따라 다양한 시각이 존재하기 때문이다. 그럼에도 비교적 구체적으로 건강 개념을 정의하고 폭넓게 인용되고 있는 것이 1948년 세계보건기구(WHO, World Health Organization) 헌장 서문의 건강 개념이다. 세계보건기구 헌장에서는 건강을 ‘단순히 질병이 없거나 허약하지 않는 것뿐만 아니라 신체적·정신적 그리고 사회적으로 완전히 안녕한 상태’¹¹⁾라고 규정하고 있다. 이 정의는 육체적인 불완전이나 정신적인 문제 외에도 사회적·문화적인 상태를 건강의 중요한 요소로 인식하고 있다는 점에서는 중요한 의미를 갖고 있지만, 사회적 안녕(social well-being)과 같이 주관적인 판단요인이 작용할 여지를 넓게 인정하고 있는 규정이기도 하다.

이후 세계보건기구 헌장의 건강 개념을 구체화하려는 노력들이 이어진다. 1986년 11월 세계보건기구 주관으로 캐나다 오타와(Ottawa)에서 개최된 제1차 건강증진국제대회에서 선언한 「오타와 헌장(Ottawa Charter, 1986)」이 좋은 예이다. 오타와 헌장에서 건강은 신체적 능력과 사회적·인적 자원을 강조하는 적극적인 개념으로써 삶의 목적이거나기보다는 일상적인 삶을 유지하기 위한 자원으로 인식되어야 한다고 강조하였다.¹²⁾ 더불어 건강을 위한 전제조건으로 평화·주거·교육·식량·소득·안정적인 생태계, 지속가능한 자원, 사회

11) Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity. Constitution of World Health Organization 1948. 이와 관련하여 건강의 정의를 주관적 기능적인 의미를 담아 ‘건강은 신체적·정신적·사회적 안녕상태와 기능 수행 능력이며, 단순히 상병이 없는 상태를 의미하는 것은 아니다’라고 수정해야 한다는 의견이 있다. 서울대학교출판부, 보건학개론, 2000, 23면.

12) Health is, therefore, seen as a resource for everyday life, not the objective of living. Health is a positive concept emphasizing social and personal resources, as well as physical capacities.

적 정의와 형평이 건강 개선을 위한 토대로 선행 되어야 한다고 선언하였다.¹³⁾ 결국 건강은 개인의 상황과 사회적 여건 등 많은 요인들에 의해 영향을 받는다. 따라서 사람들이 건강하다고 느끼는 주관적 감정은 처해있는 상황, 환경, 유전적 상태, 소득 수준, 인간관계 등이 주관적으로 고려된 상황이라고 볼 수 있다.¹⁴⁾ 이후 1995년 세계보건기구는 현장을 전면 재검토하면서 건강의 개념을 새롭게 정의하려고 시도했지만 정식으로 채택되지 못하고 현재의 개념을 유지한다.¹⁵⁾

건강의 개념과 더불어 살펴볼 개념이 ‘질병’이다. ‘건강하지 않은 상태’를 ‘질병’이라고 할 수 있는지에 대한 문제의식은 앞으로 살펴볼 국민건강보험법의 보호대상이 질병으로 표현되어있어 그 대상범위를 확정하기 위한 사전검토에 해당하기 때문이다.

사전적으로 질병(疾病)이란 “신체의 정상적 기능이나 구조의 장애로 일어나는 일련의 특징적 증상을 가진 병적 과정”¹⁶⁾이라고 정의하고, 「국제보건규칙

13) The Ottawa Charter for Health Promotion—First International Conference on Health Promotion Ottawa, 17-21 November 1986, (참조 http://www.who.int/healthpromotion/milestones_ottawa.pdf).

14) 이와 관련해서는 WHO의 “The determinants of health” 개념에서 보다 명확히 나타난다. WHO는 건강 결정요인으로 사회적·경제적 환경과 신체적 환경 그리고 개인적 성향과 행동을 주요 요인으로 설명하면서 살아가는 삶의 환경이 건강을 결정할 수 있는 많은 요인, 즉 소득과 사회적 지위·교육·직장, 근무조건 환경 등의 물리적 환경·가족, 친구 등 인간관계와 전통 문화 등의 사회적 지원체계·수명과 질병 발생 가능성 등 유전적·보건의료체계 접근성과 보장성의 보건서비스·질병발생의 성별 차이 등으로 건강한지의 여부가 결정된다고 설명한다. (참조 <http://www.who.int/hia/evidence/doh/en/>).

15) 1995년 제48차 세계보건기구 총회에서 세계보건기구 현장을 전반적으로 검토할 것을 결의하고 제99차 집행이사회에 그 결과를 보고하게 하였다. 이를 위해 집행이사국을 중심으로 구성된 특별조사단(special group)은 1996년부터 1997년까지 6번의 회의를 통해 세계보건기구 현장에 대한 전반적인 검토를 수행하고 그 결과를 1997년 11월 제99회 집행이사회에 제출한다. 이때 수정 제출된 세계보건기구 현장은 기존의 건강 개념을 확대하여 ‘건강이란 질병이나 장애가 없을 뿐만 아니라 신체적, 정신적, 사회적, 영적으로 완전히 안녕된 역동적인 상태로 변경할 것을 제안한다.’¹⁾ 여기서 주목할 만한 것은 제안된 건강의 개념에 영적(靈的)으로 완전한 상태(Spiritual well-being) 그리고 역동적인(Dynamic) 상황을 포함시킴으로써 마음, 정신, 종교적 안녕까지 건강의 대상으로 확장시킨 광범위한 건강개념을 도입하려는 시도가 있었다는 것이다. 비록 이러한 특별 조사단의 보고서가 비준국의 정족수를 채우지 못해 정식으로 채택되지는 않았지만 건강에 대한 시대적인 변화를 요구하는 것을 단적으로 보여준다. 제52차 세계보건기구 결의안 24호(WHA52.24) 참조.

16) 지제근, 의학용어 큰사전, 아카데미아, 2004, 504면.

(International Health Regulations, 2005)」 제1조는 질병의 개념을 “원인이나 출처와 상관없이 사람에게 현저한 손상을 야기하거나 야기할 수 있는 질환 또는 의학적 상태”로 규정하고 있다.¹⁷⁾ 이들 규정은 질병이란 신체의 완전성이 훼손된 상태 또는 훼손이 가능한 생의학적 상태를 의미하는 것으로 객관적인 측면을 강조한다. 그러나 이처럼 신체의 완결성만을 중심으로 질병의 유무를 판단한다면, 우울증·불안장애 등과 같이 심리 혹은 정신상태로 인한 증상은 질병의 범주에 포함시킬 수 없게 된다. 즉, 객관적인 병적 증거가 없음에도 통증을 호소하는 경우, 흔히 피병이라고 불리는 경우에도 환자는 실제로 고통을 느끼는 경우가 많다. 그렇다고 이러한 상황에 있는 사람이 건강하다고 볼 수 없다. 결국 문자적으로 접근하면 건강하지 않은데 질병이 없는 상태가 된다. 그러나 이러한 이해는 건강과 질병에 대한 기계적 접근이다. 따라서 건강을 개념화하는 요소에 객관적 지표이외에도 사회·문화적 요소가 포함되고 있듯이 질병의 경우에도 이러한 주관적인 상황을 고려해야 한다.¹⁸⁾

이러한 이유에서 질병이란 의학적 혹은 병리학(病理學)적으로 병의 원인이 밝혀진 것과 주관적인 측면을 종합적으로 고려한 개념이라고 보는 것이 타당하다. 예컨대 일체의 사회활동을 거부하고 집안에서만 지내는 ‘은둔형 외톨이’와 같은 상황이라면 질병으로 인식하는 것이 타당할 것이다. 결국 질병이란 해부학이나 생리학에서 시작한 병리적인 상태를 통해 유추되는 정상적이지 않은 상태와 주관적인 상황에 대한 가치판단이 개입되어 결정되는 개념이며 이러한 가치판단에는 사회적·문화적·경제적 요소가 함께 고려되어야 한다. 따

17) “disease” means an illness or medical condition, irrespective of origin or source, that presents or could present significant harm to humans.

18) 이와 관련해서는 신영진, 사회권으로서의 건강권;지표개발 및 적용가능성을 중심으로, 비판사회정책 (32), 2011.6. 181면 이하 참조. 영어에서는 질병의 객관적인 측면과 주관적인 측면을 구분하여 ‘disease’는 객관적으로 규정할 수 있는 상태를, ‘illness’는 주관적으로 환자가 경험하는 상태를 지칭하며 이는 각각 질병 그리고 ‘질환(疾患)’으로 번역하여 사용하고 있다. 여인석, 의학사상사, 살림출판사, 2007, 30면 이하 참조.

라서 신체적 완전성뿐만 아니라 정신적·사회적으로 완전한 상태를 질병이 없는 상태·건강한 상태로 이해하는 것이 합리적일 것이다.

2) 건강의 특성

(1) 건강욕구의 절대성

사람들이 희망하는 건강한 삶의 모습은 시대에 따라 달라진다. 그러나 건강의 문제는 시대와 관계없이 개인의 삶의 질을 떨어뜨리며 생활을 불안하게 만드는 커다란 위험요인이다. 생각해보면 원시시대 또는 자연상태에서의 건강 위험은 지금과는 비교되지 않을 정도로 생명과 직결되었다.¹⁹⁾ 이러한 이유에서 인간은 외적인 힘 또는 인간의 능력을 넘어선 또 다른 힘에 의존할 수밖에 없었을 것이다. 이는 원시공동체에서 행해졌던 주술행위와 같은 샤머니즘(shamanism)과 민간신앙(民間信仰)으로 나타났다.²⁰⁾

지금도 건강은 삶의 질을 결정짓는 중요한 요소이다. 과학기술의 발전으로 건강문제의 원인을 찾아내고, 그 것을 해결할 수 있는 의료기술이 발전하면서 건강 위험요소들을 점차 해결하여 희망하는 건강상태에 접근하게 되었다. 그러나 희망하는 건강상태에 근접할수록 남아있는 위험마저 제거하여 자신의 완전한 신체·정신의 자유를 누리하고자 하는 욕망은 커진다. 건강에 대한 욕구는 개인적·주관적 감성에 따라 그 자신의 욕구의 정도가 훨씬 크게 혹은 작게 느껴질 수도 있다. 그러나 생명에 대한 평가 혹은 생명의 질적 수준을 비교할

19) 이때의 자연상태란 인간본연의 상태 즉, 자신의 의지대로 타인의 간섭을 받지 않고 자유롭게 자신의 육체와 정신을 스스로 지배하는 상태를 말한다. 이러한 상태를 사회계약론 또는 통치론을 주장하는 홉스, 로크, 루소의 자연상태로 이해할 수 있으며 이에 대한 내용은 국가 건강보호 의무의 이론적 근거 부분에서 자세히 살펴보기로 한다.

20) 한국의 고대시대의 의료에 대해서는 손흥렬, 한국 고대사회의 의료제도, 청대사림, 청주대학교사학회, 제45권, 1895, 25면 이하; 고대문명의 의료에 대해서는 이재담, 의학의 역사, 광연재, 2003 참조.

수 없는 것처럼 인간이 원하는 건강한 삶은 과거의 사람과 현재의 사람, 지위 고하에 따라 다르지 않다. 따라서 이에 대한 절대값은 항상 같다고 보는 것이 타당하다.²¹⁾

(2) 건강의 사회성

건강은 다음과 같은 특성이 있다. 첫째, 대상의 특수성이다. 일반적인 재화의 경우 시장의 수요공급법칙에 의해 일정한 수준에서 적정가격이 결정된다. 그러나 건강의 문제는 가격이 높다고 구매를 포기할 경우 생존의 문제를 발생시키기 때문에 아무리 높은 가격이 책정되어도 수요자는 대가를 지불하고 문제를 해결하고자 한다. 따라서 일반적인 가격결정구조에 의한 수요와 공급의 적정성을 유지할 수 없는 재화이다.

둘째, 정보의 비대칭성이다. 일반인들의 경우, 의학적인 전문지식이 없다. 따라서 공급자인 의료인의 의견에 의존할 수밖에 없다. 그 결과 전문지식이 없는 수요자는 의료인이 아니더라도 문제를 해결할 수 있다고 판단되는 자의 의견에 현혹되기 쉽다. 즉 공급자의 의견이 절대적일 수밖에 없다는 점과 발생한 건강문제를 해결하기 위한 정보의 불완전성·비대칭성으로 인해 완전경쟁시장에서의 수요공급법칙으로 설명하기 어려운 특성이 존재한다. 이러한 특성으로 인해 공급자인 의료인에 의해 수요가 창출되는 문제가 발생한다.

셋째, 의료의 권력화 가능성이다. 의료공급자가 그 능력을 권력화할 경우, 시장원리로는 이를 제어할 방법이 없다. 앞에서 살펴본 것과 같이 수요자들이 구매를 포기하지 않는 상태에서 공급자들에게 무한정한 자유를 허락할 경우

21) 건강하게 살고자 하는 혹은 오래 살고자 하는 욕구는 시대를 막론하고 동일한 정도의 수준일 것이다. 다만, 건강한 상태가 단지 생명을 유지하는 것에 국한되어 있는 것인지 혹은 웰빙(Well-being)을 의미하는 것처럼 어찌보면 호사스러운 것인지 그 의미는 느끼는 사람들에 따라 다를 것이지만 그럼에도 불구하고 각자가 느끼는 건강한 삶 혹은 생명의 유지를 위한 행위의 목적은 같은 것이다.

이들의 능력이 권력화되어 시장 기능을 상실시켜 결국 시장 실패의 원인이 될 개연성이 크다.

2. 규범적 의미의 건강 개념

일반적으로 건강은 신체적 완전성뿐만 아니라 사회적·문화적 가치판단에 기초하여 정의되고 건강하지 않은 상태를 질병으로 이해할 수 있다. 그러나 건강을 규범적으로 정의하기 위해서는 구체적으로 요구할 수 있는 권리의 내용을 확인하는 과정이 필요하다.

건강과 관련하여 국가에 요구할 수 있는 내용으로는 소극적으로 건강한 상태를 침해하지 말 것을, 적극적으로 건강하지 않은 상태를 회복시켜줄 것을 요구할 수 있을 것이다. 특히 적극적인 요구를 위해서는 객관적인 지표 즉, 건강하지 않은 상태와 회복에 대한 기준 설정이 필요하다.

우선, 건강하지 않은 상태, 즉 질병은 신체적·정신적 완전성이 결여된 비정상적인 상태를 말하며 회복은 의학적인 행위를 통해 비정상적인 상태가 정상적인 상태로 돌아오는 것을 말한다.²²⁾ 따라서 비정상적인 상태임에도 불구하고 의학적인 행위를 통해서 회복의 가능성이 없는 경우에는 규범적 의미에서의 건강과는 별개의 문제로 생활유지 또는 돌봄이 필요한 사회보장 영역으로 볼 수 있다. 예컨대 영구 장애의 경우가 여기에 해당한다. 다만, 의학적인 행위를 통해 비정상적인 상태가 회복되지 않지만 만성질환과 희귀난치성 질환과 같이 지속적인 의료행위가 이뤄지지 않으면 생명에 위협이 될 수 있는 상태 또는

22) 이처럼 비정상적인 상태가 자연적으로 정상적인 상태로 돌아오는 것은 규범적 의미에서 건강하지 않은 상태로 볼 수 없다. 왜냐하면 국가에 적극적인 행위를 요구할 수 없기 때문이다. 더불어 의학적인 행위가 아닌 행위를 통해 정상적인 상태가 될 수 있는 무속행위 등과 같은 것 또한 국가에 요구할 수 없다. 건강의 문제는 생명과 직접적인 관련성이 있어 엄격하게 통제하고 있는 상황에서 국가가 행위의 안전성과 효과성 등을 과학적 검증 없이 받아들일 수 없기 때문이다.

현재의 비정상적인 상황을 완화시켜주는 경우, 즉 의학적 행위의 필요성이 인정되는 경우라면, 건강하지 않은 상태로 볼 수 있고 이것을 객관적인 지표로 활용할 수 있을 것이다.²³⁾

건강과 관련된 규범적 판단기준의 또다른 측면은 현재의 비정상적인 상태가 아닌 비정상적인 상태를 예방하기 위한 일련의 행위를 요구할 수 있는지와 관련된 것이다. 이와 관련해서는 첫째, 현재의 비정상적인 상태를 회복하기 위한 의학적 행위가 예측이 가능한 비정상적인 상태를 유발하거나 혹은 현재 상태의 악화를 방지하기 위해 수반되는 예방적인 의료행위는 인정되어야 할 것이다. 둘째, 정상적인 상황에서 비정상적인 상황이 발생하지 않도록 예방접종과 건강검진 등 적극적인 개입으로 건강 위험을 사전에 제거해 줄 것을 요구할 수 있어야 할 것이다.

건강이 삶의 목적이라기보다는 일상적인 삶을 유지하기 위한 전제조건이라는 관점에서 이미 건강하지 않은 상태가 되면 개인적으로는 인간다운 생활이 어렵게 될 수 있고, 결과적으로는 헌법이 예정하고 있는 인간상의 실현이 어려워 질 수 있다. 따라서 건강위험을 사전에 예방해줄 것을 요구하는 것도 인정되어야 한다. 다만 이때 요구 범위는 의료행위에 국한되지 않는다. 예를 들면 유해환경의 제거나 작업장에서의 안전 확보, 공중위생 등 건강위험요인의 제거도 포함된다. 이러한 의미에서 「환경보건법」, 「산업안전보건법」, 「공중위생관리법」 등이 이러한 요청을 반영한 것으로 볼 수 있으며 의료와 관련해서는 국민건강보험법에 질병·부상에 대한 예방뿐만 아니라 건강증진을 보험급여 대상에 포함시키고 있어 의료행위가 필요한 건강분야에서도 예방을 위한 행위를 요청할 수 있는 권리가 인정된다.

23) 자세한 내용은, 전광석, 의료보험에서 질병의 개념 및 범위에 관한 해석론적 및 정책론적 시론, 한림대학교 출판부, 149면 이하 참조.

3. 건강권의 개념

건강의 일반적 개념정의와 같이 건강이 신체적·정신적 완전성을 말하는 것이고 이를 위한 내용을 권리로 인식할 수 있기 때문에 건강권은 다음과 같은 내용으로 구성된다. 첫째, 현실화된 건강문제를 해결해 줄 것을 요청할 수 있는 권리와 둘째, 건강을 침해받지 않을 권리 즉, 국가에 의한 침해뿐만 아니라 발생 가능한 유해환경을 제거하거나 또는 예방할 것을 요구할 수 있는 권리로 볼 수 있다.²⁴⁾ 이러한 의미에서 건강권은 국가로부터 자신의 건강을 침해당하지 않을 권리와 국가에게 건강을 유지하도록 요청할 수 있는 권리이다.²⁵⁾ 구체적으로 국가 등에 대한 건강침해행위 배제권은 “미국산 소고기 및 소고기 제품 수입위생조건 위헌확인 사건”과 같이 국민이 국가에 대하여 헌법 제36조 제3항을 근거로 기본권 침해를 주장하는 경우가 대표적인 사례로 볼 수 있다.²⁶⁾ 국가를 상대로한 청구권으로서의 건강권은 최선의 의료서비스를 받을 수 있는 권리, 의료서비스의 내용과 과정에 대한 알권리, 의료서비스에 대한 자기결정권, 의료서비스 과정에서 밝혀진 비밀에 대한 보장받을 권리, 건강예방을 위한 환경조성 등 예방에 관한 권리 등이 있다.

건강권과 관련하여 ‘보건권’ 또는 ‘보건에 관한 권리’라는 용어의 정의가 필

24) 이러한 권리의 내용을 ‘건강할 권리(right to health)’·‘건강 돌봄을 받을 권리(right to health care)’·‘건강 돌봄 과정에서의 권리(right in health care)’로 구분하기도 한다(문창진, 보건의료사회학, 신광출판사, 1997, 275면 이하 참조). 그러나 이러한 구분은 명확하지 않다. 우선 ‘건강할 권리’의 주체가 불분명하다. 개인이 건강한 상태에 있을 권리라고 이해되는 ‘건강할 권리’는 노령이나 장애 등 원상회복을 요청할 수 없는 상황이 발생할 수 있기 때문에 이러한 경우 권리로 볼 수 없다. 따라서 ‘건강할 권리’는 현실화된 건강문제를 해결해 줄 것을 요청할 수 있는 권리와 그 가능성을 예방해 달라는 권리로 이해할 수 있다. 이러한 이유에서 ‘건강 돌봄을 받을 권리’와 다르지 않다. 또한 ‘건강 돌봄 과정에서의 권리’란 필수 의료서비스에 대한 접근권과 동일한 의료서비스를 받을 권리라고 이해하고 있지만 건강문제의 해결이란 완치를 목표로 하기 때문에 완치가 가능한 경우 이를 구분하여 제공된다면 ‘건강 돌봄을 받을 권리’가 침해되는 것으로 이해할 수 있어 이 또한 구분의 실익이 없다.

25) 권영성 한국헌법론, 2003, 법문사, 655면; 정중섭, 헌법과 기본권, 박영사, 2010, 573면.

26) 김주경, “건강권의 헌법학적 내용과 그 실현”, 법학연구, 연세대학교법학연구원, 제23권, 제4호, 2013.12. 103면 이하 참조.

요하다. 이는 헌법 제36조 제3항에서 ‘모든 국민은 보건에 관하여 국가에 보호를 받는다’라고 표현하면서 ‘보건권’과 ‘건강권’이 혼용되어 사용될 수 있는 여지가 있기 때문이다. 따라서 이들 용어가 구분이 가능한 것인지 검토되어야 한다.

헌법 제36조 제3항의 보건에 관한 권리는 국민이 자신과 가족의 건강을 유지하는데 필요한 국가의 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리이며 적극적으로 국민의 질병보호와 건강증진을 위하여 각종 제도를 마련하고 국민 모두가 접근할 수 있는 권리를 의미한다. 이와 같은 헌법 제36조 제3항을 이해한다면 ‘건강권’과 구별되지 않는다. 굳이 구별하자면, ‘보건에 관한 권리’는 국가의 역할이 강조되면서 국민의 요청이 없더라도 국민의 건강을 위한 국가의 적극적인 정책과 제도들을 통해 권리를 보호하는 것에 초점을 맞추고 있으며, 국민 건강보험과 의료급여제도 등의 사회보장제도를 운영하는 것, 마약단속, 전염병 예방, 의약품의 오·남용 방지 등이 여기에 속한다. 반면 ‘건강권’은 국민이 국가를 상대로 자신과 가족 공동체의 건강을 침해하지 말 것을 요구할 수 있는 것과 건강을 위한 직접적인 행위를 요구할 수 있는 권리이다. 구체적으로 국민의 건강 유지를 위한 시설·환경을 만들어 줄 것을 요구하는 것과 건강문제 해결을 위한 급여의 범위를 넓혀 달라고 요구하는 것 등으로 구분할 수 있을 것이다.

건강을 어떻게 표현하던지 소극적으로 개인의 건강을 저해하는 행위를 하지 말 것과 적극적으로 국가가 국민의 건강을 보호하고 증진시키기 위한 각종 제도를 마련할 의무를 내용으로 한다면 현재의 제도 특히 직접적인 급부를 명시하고 있는 국민건강보험제도가 이러한 내용을 적극적으로 실현하고 있는지 검토함으로써 국가의 의무와 국민의 권리를 보다 명확히 설정하는 것이 건강권의 실현에 도움이 된다. 따라서 다음절에서는 건강권의 내용을 명확히 살펴보기 위해 이론적 근거와 법적 성격을 살펴본다.

제2절 건강권의 이론적 근거

건강의 문제가 개인의 차원을 넘어 공동체의 문제로 인식되기 위해서는 건강문제 해결이 공동체를 유지하는 중요한 요소로 인정되어 문제를 해결해 줄 것을 요구할 수 있어야 한다. 이러한 구체적인 요구의 내용들이 명시적으로 제시되기 시작한 것은 국민의 인식이 변화하고 생활환경이 변화하는 근대 이후부터이다. 특히, 건강의 문제를 국가내부의 문제로 인식하고 있던 상황에서 전염병의 등장으로 국경의 의미없는 상황이 발생하면서 국가간 협력체계를 통한 인간의 건강 보장의 필요성을 확인하고 건강을 보편적 인권으로 인식하게 된다. 구체적으로 건강 문제에 대한 국가의 역할 논의는 20세기 중반에 들어와서야 구체화되기 시작한다.

1. 건강권과 관련된 국제규범

1) 세계인권선언²⁷⁾과 국제인권규약²⁸⁾

최초의 국제적 인권 합의문은 1945년 「세계인권선언(the Universal Declaration on Human Rights)」이다. 국제연맹을 계승하여 창설된 국제연합은 제2차 세계대전 발생 원인이 인권에 대한 무시와 경멸의 결과라고 인식하고 인류가 보장해야 할 공통적이고 최소한의 인권기준을 제시하여 체계화한 세계인권선언을 채택한다.²⁹⁾ 당시 58개국이었던 유엔 회원국은 2년간 총 85차례의 회의를 거쳐

27) A/RES/217 (III)(<http://www.un.org/en/documents/udhr/>).

28) A/RES/2200 (XXI).

29) 세계인권선언 전문 중 “Whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind” 구절에서 이전의 역사적 경험인 2차 세계대전의 원인을 인권의 멸시의 결과로 인식하고 있음을 알 수 있다. 세계인권선언 전문 마지막 부분에 선언문이 인권에 대한 최소한의 기준을 제시하고 있음을 명시하고 있다. “Now, therefore,

1948년 12월 10일 파리유엔총회에서 세계인권선언을 58개국 중 48개국의 찬성으로 채택한다.

세계인권선언은 전문을 포함한 총 30개 조문으로 구성되어 있으며 인권의 일반원칙인 자유·평등·박애를 제1조와 제2조에서 규정하고 있으며, 제3조 내지 제21조는 시민의 권리와 정치적 권리를, 제22조 내지 제26조는 경제·사회·문화적 권리를 그리고 제27조 내지 제30조는 인권 이행관련 사항을 규정하고 있다.

건강과 관련해서는 제24조에서 근로와 함께 휴식할 권리를 인정함으로써 삶의 질을 강조하였고, 제25조에서 자신과 가족의 건강과 안위에 적합한 생활을 할 수 있도록 의·식·주·의료 및 생활에 필요한 사회서비스를 누릴 권리와 노령·장애·산업재해와 실업에 대해 국가로부터 보호받을 권리가 있음을 명시함으로써 건강보장에 대한 국가의 의무를 확인하고 있다.

1966년 유엔총회에서는 세계인권선언을 구체화한 국제인권규약을 채택한다. 이 규약은 1976년 발효됨으로써 당사국간의 다자조약으로서의 효력을 갖게 된다.³⁰⁾ 이 규약은 「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 이하 A규약)」과 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 이하 B규약)」 및 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서(Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, B규약 선택의정서)」로 구

The General Assembly, Proclaims this Universal Declaration of Human Rights as a common standard of achievement for all peoples and all nations, to the end that every individual and every organ of society, keeping this Declaration constantly in mind, shall strive by teaching and education to promote respect for these rights and freedoms and by progressive measures, national and international, to secure their universal and effective recognition and observance, both among the peoples of Member States themselves and among the peoples of territories under their jurisdiction”.

30) 국제인권규약에 대한 자세한 내용은 홍성필, 국제인권법의 국내적 적용에 관한 연구, 법학논집, 이화여자대학교 법학연구소, 제3권 제1호, 1998, 105면 이하 참조.

성되어 있다.³¹⁾ A규약은 국가의 의무를, B규약은 개인의 권리를 규정하고 있다. A규약 제2조는 가입국들이 “가능한 자원을 최대한으로 이용하여, 점차적으로 권리가 향유될 수 있도록 조치를 취해야 한다”라고 규정하고, B규약의 2조에서 국가들은 “영토 내에 있고 관할권의 대상이 되는 모든 개인에게” 인권을 존중하고 보장하여야 한다고 규정하고 있다. 이러한 규정을 통해 개인에 의한 권리 침해 역시 방지해야 할 의무를 국가에게 부여하였다.³²⁾

국제인권규약 중 건강에 대한 국가의 의무 규정은 A규약에 규정되어 있다. 구체적으로는 제6조의 노동의 권리와 완전고용을 달성하기 위한 기술 및 직업 지도 등의 제반조치를 취할 것, 제7조 (b)의 안전하고 건강한 근로조건을 만들 것과 (d)의 휴식, 여가 및 근로시간의 합리적 제한, 공휴일에 대한 보수와 유급휴일 보장, 제9조의 사회보험을 포함한 사회보장의 권리 인정, 제10조의 가정에 대한 보호, 특히 임산부 및 어린이와 연소자를 위한 특별한 보호, 제11조의 의·식·주 등 적당한 생활수준을 누릴 권리, 제12조의 도달 가능한 최고 수준의 신체적·정신적 건강을 향유할 권리를 실현하기 위해 질병 발생시 의료와 간호를 확보할 여건을 조성할 것을 국가의 의무로 규정하고 있다. 2003년 유엔인권조약 감시기구의 일반논평 14호는 A규약 제12조의 “도달 가능한 최고 수준의 건강에 대한 권리”를 개인의 생물학적 및 사회경제적 조건과 국가의 가용 자원을 모두 고려한 것으로 이를 위해 필요한 시설·상품·서비스 및 환경을 향유할 권리로 이해하고 모든 건강관련 의사결정에 대한 시민의 참여를 중요한 권리로 해석하고 있다.³³⁾ 이들 규정을 통해 세계인권선언보다 구

31) <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement>.

32) 시민적 정치적 권리와 경제적 사회적 권리가 상호의존되어 있다는 사실을 간과해서는 안된다. 그 예로, A규약에는 노동조합에 관한 권리가 규정되어 있는데, 이 권리가 B규약상에 보장되어 있는 집회결사의 자유 없이 실현가능하다고는 볼 수 없다. 경제적 및 사회적 권리는 시민적, 정치적 권리와는 달리 권리실현에 있어서 시간이 요구되는 행동계획을 필요로 하는 경우가 있는 것은 사실이지만, 본 규약상의 의무 역시 단순한 희망사항의 집합이 아닌 법적인 의무라는 것을 간과해서는 안된다. 홍성필, 국제인권법의 국내적 적용에 관한 연구, 법학논집, 이화여자대학교 법학연구소, 제3권 제1호, 1998, 120면.

체적인 국가의 건강보장의무를 제시하였다. 이외에도 인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 아동권리협약, 알마아타선언, 민중건강헌장과 같은 국제 인권협약과 유럽사회헌장 등의 지역적 인권헌장이나 의정서 등에서도 건강권에 대한 내용을 제시하고 있다.³⁴⁾

2) 국제노동기구(ILO) 헌장 등

국제노동기구(International Labour Organization, ILO)는 1919년 헌장에서 “근로시간의 규정, 노동의 공급 조절, 실업의 예방, 적정한 생활급여의 지급, 직업상 발생하는 질병·질환·상해로부터 근로자 보호, 아동·청소년 및 여성의 보호, 노령 및 상해에 대한 급부” 등 사회불안을 조성하는 불의나 고난 및 궁핍함의 원인이 되는 근로조건을 개선하는 것을 목적으로 한다고 명시하고 노동조건 개선을 위해 정부·근로자·사용자의 3자를 한 국가의 대표로 구성하도록 함으로써 각자의 입장을 명확히 전달할 수 있는 체계를 마련하였다.

이후 1944년 미국 필라델피아에서 개최된 총회에서 「국제노동기구의 목표와 목적에 관한 선언」을 채택하고 회원국 정책기조의 원칙을 제시하였다.³⁵⁾ 선언문 제3부에서는 모든 회원국들은 완전고용과 생활수준 향상을 위한 책무를 부담하며 근로자가 자신의 능력을 최대한 발휘하여 만족할 수 있고, 모든 국민의 복지에 기여할 수 있도록 노력해야하며 이를 위해 직업교육과 공정한 임

33) 국가권익위원회, 유엔인권조약감시기구의 일반논평 및 일반권고-경제적·사회적 및 문화적 권리 위원회-, 2006.8., 116면 이하 참조.

34) 신영전, 사회권으로서의 건강권; 지표개발 및 적용가능성을 중심으로, 상황과 복지 제32호, 189면 이하 참조.

35) <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09604/> ; 일명 필라델피아 선언으로 불리는 이 선언서는 1946년 개최된 29차 총회에서 국제노동기구 헌장에 삽입할 것을 결의하고 이를 부속서로 규정하는 헌장개정 문서를 채택한다. Gerry Rodgers, Eddy Lee, Lee Swepston and Jasmien Van Daele, The International Labour Organization and the quest for social justice, 1919-2009, International Labour Office Geneva, ILO , 2009, 251면 각주 1번 참조.

금 및 최저생활비용 지급, 근로자의 생명과 건강보호, 아동을 위한 복지 및 모성 보호 등을 달성하기 위한 국제노동기구의 역할을 선언하고 있다. 국제노동기구는 설립 이후 현재까지 189개의 협약과, 202개의 권고 그리고 5개의 의정서를 채택하였고 이중에 건강 문제와 관련하여 중요한 협약으로는 사회보장의 최저기준을 제시한 제102호 협약과 의료와 질병급여 기준을 제시한 제130호 협약을 들 수 있다.³⁶⁾

1952년에 채택된 협약 제102호인 「사회보장 최저기준에 관한 협약(Social Security(Minimum Standards) Convention)」은 의료·질병·실업·노령·산업재해·가족·출산·장애·유족 등 9개 부문의 사회보장에 대한 급여기준 및 급여 적용 범위 등을 규정하고 있다.³⁷⁾ 특히 제7조는 의료급여를 예방적 급여의 지급까지도 보장하도록 하고 있고, 제8조에서 임신과 분만뿐만 아니라 그로 인해 발생하는 결과도 급여의 대상으로 보고 있다. 급여대상을 규정한 제10조는 일반의에 의한 진료뿐만 아니라 전문의에 의한 진료 및 처방에 따른 약제급여와 입원급여를 포함하여 조산원에서 이뤄지는 산전, 분만 및 산후 진료와 이로 인한 입원도 포함하고 있다. 일부 본인부담이 인정되나 과도한 부담이 되지 않도록 해야 함을 강조하고 있다. 현물급여는 의료급여(제10조)와 산업재해급여(제34조) 그리고 모성급여(제49조)이며 나머지는 현금급여이다. 사회보장의 최저기준을 제시한 협약 제102호는 소득보장에 관한 권고(제67호)와 의료보장에 관한 권고(제69호) 그리고 고용서비스에 관한 권고(제72호)를 통해 사회보장의 구조를 체계화시킨다.³⁸⁾

36) 실제로 질병보험의 시초는 1883년 독일의 질병보험이다. 근로자를 중심으로한 중세 길드에 의해 자생적으로 생겨난 보험조합을 국가에 의해 통합 운영한 것으로 최초의 국가보험으로 볼 수 있다. 자세한 내용은 Gerhard A. Ritter, 전광석 역, 복지국가의 기원, 법문사, 2005 참조.

37) 국제노동기구(ILO)의 사회보장 기준의 법적성격과 구체적인 내용에 관해서는 전광석, 국제노동기구(ILO)의 사회보장 국제기준, 강원법학 제10권, 347면 이하 참조.

38) 권고 제67호인 소득보장에 관한 권고는 사회적 위험에 따른 소득 상실에 대해 소득보전을 통해 빈곤으로 추락하는 것을 방지하기 위한 노력을 할 것을 내용으로 사회보험과 사회부조 제도를 국가의 형평에 맞게 선택하여 수행할 것을 권고하고 있다. 권고 제72호인 고용서비스에 관한 권고는 완전고용

「의료 및 질병급여에 관한 협약 제130호(Medical Care and Sickness Benefits Convention)」는 「사회보장의 최저기준에 관한 협약 제102호」의 제2부에서 규정하고 있는 의료급여의 내용을 보완하고 확장하였다.³⁹⁾ 우선 적용대상을 규정하는 제8조는 치료적 성격의 의료에서 예방적 성격의 의료제공으로 확장하고, 제13조에서 치과진료 및 재활서비스까지 급여 내용에 포함하고 있다. 피보험자의 범위를 규정한 제10조는 협약 제102호에서 전체 피용자의 50퍼센트에 해당하는 피용자 및 배우자와 자녀로 규정한 것을 모든 피용자와 배우자 및 자녀로 확장했을 뿐만 아니라 노동활동인구의 75퍼센트 이상을 구성하는 계층의 경제활동인구와 그의 배우자와 자녀까지 범위를 확장하고 있다. 또한 제12조에서는 장애나 노령·부양자의 사망 또는 실업으로 인해 사회보장급여를 받는 사람과 같이 고용 또는 경제활동이 불가능한 사람들도 의료급여를 받을 수 있는 권리가 있음을 명시하고 있다.

1927년 협약 제24호와 제25호는 협약 제130호에 의해 개정된다.⁴⁰⁾ 다만 1927년 협약 제24호와 제25호와 함께 채택된 「질병보험의 일반원칙에 관한 권고(권고 제29호 Sickness Insurance Recommendation)」를 통해 질병보험의 방향성을 제시한다. 권고 제29호 제1조는 질병보험의 적용범위를 연령과 성별에 차별 없이 고용계약 또는 도제(徒弟, apprenticeship)계약에 기초한 모든 근로자

을 위한 회원국들의 노력과 고용을 관장하는 조직 구성 및 실업에 대한 보장조치를 강화할 것을 권고하고 있다. 사회보장과 관련된 협약 및 권고는 1921년 농업에서의 사회보험에 관한 권고(권고 제17호 Social Insurance (Agriculture) Recommendation), 1944년 소득보장에 관한 권고(권고 제67호 Income Security Recommendation)와 군인 등에 대한 소득보장에 관한 권고(권고 제68호 Social Security (Armed Forces) Recommendation) 그리고 의료보호에 관한 권고(권고 제69호 Medical Care Recommendation)와 고용 서비스에 관한 권고(권고 제72호 Employment Service Recommendation) 그리고 1952년 사회보장의 최저기준에 관한 협약(협약 제102호 Social Security (Minimum Standards) Convention,) 순으로 채택된다.

39) 국제노동기구(ILO) 협약 제130호와 우리나라 제도와와의 비교는 전광석, 의료보장의 국제기준 및 국제적 보장에 관한 연구, 사회보장연구 제5권 제2호, 1999, 147면 이하 참조.

40) 질병보험(산업)에 관한 협약 제24호(Sickness Insurance (Industry) Convention, 1927)과 질병보험(농업)에 관한 협약 제25호(Sickness Insurance (Agriculture) Convention, 1927)은 그 대상자만 다를 뿐 내용은 동일하다.

를 대상으로 하며, 제3조에서는 노동이 불가능하여 피보험자가 상실한 임금을 보상하는 현금급여를 지급할 것을, 제7조에서는 의사로부터의 충분한 치료와 더불어 충분한 의약품 및 치료재료를 공급받을 수 있는 현물급여를 내용으로 하고 있다. 또한 제12조에서 질병의 사전 징후에 대한 신속한 예방치료도 포함하고 있다는 점에서 1927년의 두 협약과 차이가 있다. 운영과 관련해서는 제13조에서 규정하고 있으며 공공기관의 감독아래 자치원칙으로 비영리 보험기관을 운영할 것을, 제15조에서는 필요한 재원을 각출하여 부담하되 국민일반의 건강향상과 같은 목적을 위해서는 공공기금을, 그리고 보험제도의 안전성을 확보하기 위해 준비금을 조성할 수 있다고 규정하고 있다.

1944년에는 「의료보장의 일반원칙에 관한 권고(권고 제69호, Medical Care Recommendation)」를 채택하여 사회보장제도로서의 의료보장의 원칙적인 모습을 제시하고 있다. 권고 제69호는 전문에서 적정한 의료급여가 중요함에도 회원국들이 적극적으로 이를 실행하지 않아 의료보장을 받을 권리를 침해하고 있어 모든 회원국들이 의료보장제도를 발전시킬 때 준수해야 할 일반원칙을 설정하고 있다. 구체적으로 제2조에서는 보호의 성격과 정도는 법률로 정해야 한다고 규정하고 있다. 또한 제5조는 의료보장은 사회보험의 형식과 공적부조 형식으로 제공가능하며 제8조에서 의료보장형식과 직업의 유무에 관계없이 모든 구성원들이 보호의 대상이 되어야 하고 이때 의료보장의 수준은 제46조에서 가능한 높은 기준으로 제공되어야 한다고 명시하고 있다. 더불어 제20조에서 의료보장제도는 때와 장소에 관계없이 동일한 조건으로 재정, 정치적 성향, 건강상태에 관계없이 치료적 보호와 예방적 보호를 받을 수 있어야 한다고 권고하고 있다. 1969년 협약 제130호와 함께 채택된 「의료 및 질병급여에 관한 권고」 제134호에서는 협약 제130호에서의 의료급여의 내용에 안경과 같은 의료보조기구에 대한 급여와 회복기 환자에 대한 편의를 포함시켜 보장범위를 한층 넓힐 것을 권고하였다.⁴¹⁾

ILO 협약과 권고문은 현재 우리 사회보장제도의 모습으로 현실화된 부분이 많이 있다. 의료와 관련된 내용을 보면, 특히 「의료 및 질병급여에 관한 협약」 제 130호와 「질병보험 일반원칙에 관한 권고」 제29호에서의 보호대상이나 급여의 원칙과 내용, 급여제공을 위한 재원마련 방안 및 보험운영방안 등 우리나라 건강보험제도와 유사한 내용을 포함하고 있다. 이미 건강에 대한 문제의식, 즉 건강의 문제는 노동의 기본이고 생활의 근본임으로 모든 국가는 이를 적극적으로 보호해야할 의무가 있음을 국제사회도 인식하고 있다는 것을 확인할 수 있다.

3) 국제보건규칙(IHR)과 담배규제 기본협약(FCTC)

건강의 문제를 지역의 문제가 아닌 국가간의 문제로 인정하게 된 가장 큰 이유는 전염병의 창궐로 인해 발생하는 피해를 해결하지 못한 역사적 경험이 크게 작용했다.⁴²⁾ 세계보건기구는 헌장의 전문과 제1조에서 모든 인간의 기본권리인 건강을 향유하는 것이 인류의 평화와 안전을 보장하는 기본으로 이것을 위해 모든 회원국이 협조함으로써 건강증진 및 건강보호를 달성하기 위한

41) 의료와 질병에 대한 협약과 관련된 협약과 권고는 1927년 채택된 두 종류의 질병보험협약(협약 제 24호 Sickness Insurance (Industry) Convention, 협약 제25호 Sickness Insurance (Agriculture) Convention)과 같은 날 채택된 질병보험 일반원칙에 관한 권고(권고 제29호 Sickness Insurance Recommendation) 그리고 1944년 채택된 의료의 일반원칙에 관한 권고(권고 제69호, Medical Care Recommendation)와 1969년 체결된 의료 및 질병급여에 관한 협약(협약 제130호 Medical Care and Sickness Benefits Convention)과 같은 날 채택된 의료 및 상병급여에 관한 권고(권고 제134호 Medical Care and Sickness Benefits Recommendation)의 순으로 채택된다. 이중 협약 제24호와 제 25호는 협약 제130호에 의해서 개정된다.

42) 국제보건기구 헌장에서 규정하고 있는 여러 가지 의미 중에서 전염병을 특별히 규정하면서 이를 인류 공통의 위협으로 간주한 것은 보더라도 당시 전염병에 대한 위협성은 모든 국가의 위협으로 간주 할만큼 위협적인 것으로 인식될 수 있다. 실제로 전염병의 국가간 전파를 방지하기 위한 국제법의 필요성은 1830년부터 1847년까지 유럽을 휩쓴 콜레라의 유행이 계기가 된다. 국제보건기구 헌장의 “Unequal development in different countries in the promotion of health and control of disease, especially communicable disease, is a common danger.” 의 표현이 이를 더욱 강조하는 것으로 볼 수 있다.

최선의 노력을 다할 것을 명시하고 있다.⁴³⁾ 그러나 현실적으로 모든 인류의 건강보호를 위한 국가간 역할 또는 의무를 부담할 것을 합의하고 기본문서로 채택된 것은 「국제보건규칙(International Health Regulations, 이하 IHR)」과 「담배 규제 기본협약(Framework Convention on Tobacco Control, 이하 FCTC)」에 불과하다.

국제보건규칙(IHR)은 1830년부터 1847년까지 유럽을 휩쓴 콜레라의 유행이 계기가 된다.⁴⁴⁾ 국경을 넘어선 콜레라의 유행은 전염병에 대한 국제공조의 중요성을 인식하게 된다. 이러한 이유에서 1851년 공중보건 관련 최초의 국제회의인 「국제위생회의(International Sanitary Conference)」가 프랑스 파리에서 개최되어 국제조약 체결을 논의하고 그 결과 1892년 공중보건 관련 최초의 국제조약인 「국제위생협정(International Sanitary Convention)」이 체결된다. 이후 1951년 WHO 총회는 기존의 국제위생협정을 대체할 「국제위생규칙(International Sanitary Regulations)」을 채택하고, 1969년 전면개정을 통해 “국제보건규칙(IHR)”으로 명칭을 변경한다. 그러나 1980년대 후반에 등장하기 시작한 각종 신종 전염병의 유행으로 전염병 예방과 관리를 위한 국제협력과 공조체계가 강화되어야 한다는 주장과 기존의 IHR의 한계가 있다는 지적이 제기되면서 2005년 5월 개정 「국제보건규칙(IHR(2005))」을 채택한다.⁴⁵⁾

43) Article 1 The objective of the World Health Organization (hereinafter called the Organization) shall be the attainment by all peoples of the highest possible level of health. 1923년 설립된 국제연맹(League of Nations) 산하 보건기구와 1909년 파리에서 개설한 국제공중보건사무소의 업무인 약물 표준화와 전염병 통제 및 격리 업무를 이어받아 1948년 설립된 세계보건기구(World Health Organization, WHO)는 인류의 신체적·정신적 최고 수준의 건강을 목표로 활동하는 국제기구이다.

44) 세계적인 대유행은 1817년에 시작된다. 이 해 캘커타에 생긴 유행성 콜레라는 아시아 전체로 확산되었으며, 아프리카에도 퍼져서 1823년까지 계속되었다. 일부는 일본에도 영향을 미쳤다. 1826년부터 1837년까지 크게 유행하여 아시아, 아프리카뿐만 아니라 유럽과 남북 아메리카에 확산된 전 세계적인 규모였다. 이후 1840년부터 1860년, 1863년, 1879년, 1881년, 1896년, 1899년, 1923년 총 8 차례에 걸친 아시아 형의 대유행이 있었다. (<https://ko.wikipedia.org/wiki/>).

45) 국제보건규칙의 변화과정에 대해서는 INTERNATIONAL HEALTH REGULATIONS (2005) SECOND EDITION, 참조(http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789241580410_eng.pdf); 손명세 외 8인, 국제보건규칙 개정에 대한 전염병 관리 및 검역체계 개편방안, 연세대학교 의료법윤리학연구소, 2006, 6면 이하 참조.

IHR(2005)는 총 66개 조문과 9개 부속서로 구성되어 있다. 구체적으로는 제2조에서 “국제적인 질병확산을 예방·방어·관리·대응하는 것”을 목적으로 함을 명시하고 공중보건 위험을 통제하기에 적절한 방법이어야 하며 불필요하게 국가간 무역과 왕래를 제한하지 말아야 한다고 하여 대응방안의 한계를 적시하고 있다.⁴⁶⁾ 제3조는 IHR 적용에 있어서 인간의 존엄·권리·자유의 존중, 국제연합 헌장과 세계보건기구 헌장의 준수, 질병의 국가간 전파로부터 세계 모든 사람을 보호하기 위한 보편적 적용, 자국의 보건정책을 수행하기 위한 법률제정과 시행에 관한 국가의 주권 존중을 강조하며 협약 참여국가들이 지켜야 하는 기본원칙을 제시하고 있다. 또한 제6조는 각 당사국에서 발생하는 질병이 국제사회공중보건에 긴급한 위해가 되는 것인지를 평가하고 그 결과를 WHO에 통보할지를 당사국이 판단을 하도록 하고 있다. 또한 규정된 전염병 이외에 국제공중보건에 우려가 되는 사항이나 가능성이 있는 사건의 경우에 신고하도록 하고 있을 뿐만 아니라 제5조와 제13조 및 부속서 제1호에서 참여국가는 핵심질병 감시 역량과 대응역량을 제시하며 정해진 기간 내에 이를 충족할 것을 요구하고 있다. 구체적으로는 제5조 제1항은 질병사태를 탐지, 평가, 통보, 보고하는 의무를, 제13조 제1항은 공중보건위험과 공중보건긴급사태에 대응하여 신속하고 효과적으로 대처할 핵심능력을 개발하고, 강화하며, 유지할 것을 요구하며 이를 부속서 제1호에서 명시하고 있다.

IHR(2005)은 당사자의 자격을 확대시켰다. 기존의 규정은 국가와 국제기구만을 합법적인 당사자로 하여 참여범위에 제한을 둬으로써 질병발생 및 감시, 정보 활용에 제한이 발생한다는 문제가 지적되었다. 실제로 중국의 ‘중증 급성 호흡기 증후군(Severe Acute Respiratory Syndrom, SARS)’발생 당시 NGO의 정보

46) Article 2(Purpose and scope) The purpose and scope of these Regulations are to prevent, protect against, control and provide a public health response to the international spread of disease in ways that are commensurate with and restricted to public health risks, and which avoid unnecessary interference with international traffic and trade.

를 통해 사실 확인이 가능하였다. 이러한 이유에서 제9조 제1항은 WHO가 관련 당사국이 제공하지 않거나 협력하지 않은 정보라 하더라도 여러 정보원을 통해 제공받은 보고서를 고려할 수 있도록 하였고, 제10조 제1항은 WHO가 행동을 취하기 전에 제9조 제1항의 형태로 받은 보고서의 사실여부를 해당 국가로부터 검증받을 수 있으며 이들 국가는 거증절차에 협력하여야 한다고 규정함으로써 NGO 등으로부터 나온 정보가 국제사회에서 중요한 지위에서 작용할 수 있는 기반을 만들었다.

두 번째로 WHO는 인류에 미치는 담배의 해악을 제거하기 위하여 1999년 5월 24일 담배규제에 관한 협약을 체결하기로 결의하고, 2003년 5월 21일 「담배규제에 관한 기본협약(FCTC)」을 제정·채택하였다.⁴⁷⁾ FCTC는 38개 조문으로 구성되어 있으며 제3조는 담배에 의한 보건·사회·환경·경제적 피해로부터 인류를 보호하는 것을 목적으로 하고 있다. 더불어 이 목적 달성을 위해 제4조에서 참가국들에게는 법적·실무적·행정적 지원, 국가간 협력, 국제기구와의 협력, 시민사회참여 확대, 담배회사의 건강 및 환경에 대한 책임 등의 기본원칙을 명시하고 FCTC를 이행하는 데 있어서 참가국의 의무를 제5조에서 명시하고 있는데 그 내용은 담배규제전략프로그램의 개발 및 실행, 참여국간의 협조, 국제기구와의 협조, 재정적 지원, 부적절한 담배업계의 간접배제 등이다. 제6조는 담배의 가격과 조세정책에 대한 내용을, 제8조는 간접흡연의 문제점을 인식하고 이에 대한 보호를 당사국이 의무적으로 이행할 것을 규정하고 있으며 제9조 내지 제10조에서는 담배성분의 측정과 그 정보에 대한 공개를 규정하고 있다. 더불어 제11조는 담배의 포장과 라벨링의 표기 규제에 관한 사항을, 제12조는 금연 교육·홍보·정보를 제공하도록 하고 제13조는 담배광고·판매·후원에 대한 포괄적인 금지 내용을 담고 있다. 또한 담배불

47) 담배규제에 관한 기본협약의 구체적인 내용 및 평가에 대해서는 박길준, 김대순, 박동진, 이선규, 한국담배규제에 관한 입법적 고찰, 경제법연구 제3권, 2003, 175면 이하 참조.

법거래 금지 및 미성년자 담배판매 금지, 담배생산자에 대한 보조금 지급 제한, 담배소송 장려 등 담배를 철저히 규제하기 위한 제반사항을 갖출것을 요구하고 있다. 또한 FCTC는 유보조항을 두지 않고 협약에 참여하기로하면 모든 조항을 성실히 수행해야 한다는 조항을 둬으로써 담배로 인해 발생하는 피해의 해결을 위한 참여국가의 적극적인 협력을 유도하고 있다.⁴⁸⁾

2. 건강권의 헌법적 근거

1) 건강권의 기초이념으로서의 인간의 존엄성

(1) 인간의 존엄성의 내용

기본권을 중심으로 개인의 지위를 규정하고 있는 우리 헌법은, 국가는 인간의 존엄과 가치를 보호해야할 의무가 있음을 천명하고 이것이 우리 헌법의 존재 의의로 넓게는 헌법 전체, 좁게는 기본권을 지배하는 구조적 원리로서 역할을 한다.⁴⁹⁾ 이러한 이유에서 우리 헌법은 국민의 권리와 의무를 규정하면서 그 첫 번째로 인간의 존엄성을 명시하여 개인이 국가를 위해서 존재하는 것이 아님을 확인하고 있다.⁵⁰⁾

헌법재판소도 이러한 국가의 역할을 확인하고 있다. 주민등록법에서 지문정보를 수집하도록 한 규정에 대한 위헌확인심사에서 “우리 헌법 제10조는 헌법 최고의 가치를 가지는 핵심적인 조항”이고 “헌법에 의해 창설된 모든 국가기관의 공권력 행사는 이를 효과적으로 실현하고 이에 봉사하기 위하여 존재한

48) Article 30 No reservations may be made to this Convention.

49) 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2014, 272면.

50) 방승주, 헌법 제10조, 헌법주석서, 법제처, 2010, 274면.

다.”고 하면서 “국민 개개인은 통치의 대상이나 지배의 객체가 되어서는 안되고 그 자체가 목적적 존재로서 섬김의 대상이 되어야 하는 것이고”라고 판시하는가 하면,⁵¹⁾ 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치는 “헌법이념의 핵심”이라고 하면서 “국가는 헌법에 규정된 개별적 기본권을 비롯하여 헌법에서 열거되지 아니한 자유와 권리까지도 이를 보장하여야 하며, 이를 통하여 개별 국민이 가지는 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 확보하여야 한다는 헌법의 기본원리를 선언한 조항”이라고 판시함으로써 헌법재판소는 헌법 제10조가 국가의 지도원리 내지 지도지침으로서의 기능이 있음을 확인하고 있다.⁵²⁾ 그러나 헌법 제10조를 통해 국가의 구체적인 의무를 규정지을 수 없기 때문에 이 조항은 국가의 역할과 기능의 이념적인 방향을 제시하는 규정으로 이해하여야 한다.

독일에서는 인간의 존엄성을 보호하기 위해 첫째, 모든 인간은 법적 평등이 보장되어야 하며 둘째, 인간의 주체성, 특히 신체적 및 정신적인 정체성과 완전성을 보장해야 하고 마지막으로 모든 사람의 인간다운 생존이 보장되어야 한다고 하고 있다.⁵³⁾ 우리나라의 경우에도 헌법 제11조에 모든 국민이 법 앞에 평등하다는 것과 특수계급의 창설을 금지하고 있고, 제12조에서 신체의 자유를 규정하면서 법에 규정되지 않은 신체 구속 및 고문 등 신체의 완전성을 침해하는 국가의 작용을 제한하고 있다. 마지막으로 제34조를 통해 인간다운 생활을 할 권리를 사회보장, 사회복지 증진, 여성 권리 보호, 노인·청소년 보호, 장애인 및 저소득층 보호를 국가의 의무로 규정함으로써 인간다운 생활을 위한 국가의 역할을 명확히 하고 있다. 이로써 독일의 기준을 적용하더라도 우리 헌법은 인간의 존엄성을 보장하기 위한 기반을 갖추고 있다.

51) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513 등, 판례집 17-1, 668면 이하.

52) 헌법재판소 2009. 11. 26. 2007헌마734, 판례집 21-2하, 576면 이하.

53) 방승주, 헌법 제10조, 헌법주석서, 법제처, 2010, 294면 이하 참조.

(2) 건강권과 인간의 존엄성의 관계

자연발생적인 노령이나 또는 질병의 경우 인간의 생존을 위협하는 중요한 원인이 된다. 첫째 노령의 경우, 인간은 자연법칙에 의해 태어난 순간부터 죽음을 향해 간다. 그리고 결국에는 죽음을 맞이함으로써 살아있는 인간으로서의 존엄성은 소멸한다.⁵⁴⁾ 그러나 문제는 과학기술의 발전과 의료기술의 발전으로 인해 생명을 연장할 수 있는 기술이 발전하면서 발생한다. 연명치료는 대부분의 경우 경제적 이유와 연명치료의 무의미함을 근거로 중단하게 된다. 연명치료의 중단은 종국적으로 죽음의 결과를 발생시키고 인간의 존엄성을 상실하게 됨을 의미하기 때문에 연명치료 당사자의 명확한 의사표현이 있었던 경우와 또는 당사자의 의사를 추정할 수 있는 경우에 한해서 치료중단의 결정을 할 수 있어야 하고 이처럼 당사자의 결정에 따르는 것이 인간의 존엄성을 보호하는 방법일 것이다.⁵⁵⁾

둘째, 질병으로 인해 발생하는 건강 문제의 경우이다. 인간의 존엄성은 생존을 전제로 한다. 다만 건강하지 못한 상황이라면 인간의 존엄성을 보장하기 위한 충분한 요건을 갖추지 못한 것일 뿐 인간의 존엄성이 훼손된 것은 아니기 때문에 치명적인 전염병이나 급성중증질환으로 생존이 경각에 달하는 경우가 아니라면, 문제 해결을 위한 요청을 헌법 제10조로부터 직접 도출할 수는 없어 보인다. 그러나 질병의 발생은 소득 상실 등 공동체의 상호작용을 위한 자기결정권 실현 기반을 상실하게 됨으로써 헌법이 예정하고 있는 인간상을

54) 특히 건강 문제는 생존과 밀접한 연관성을 갖고 있어 이미 사망한 자에게 건강의 관점에서 인간의 존엄성을 인정할 수는 없다. 그러나 가족관계, 사체의 산업용 활용여부, 생존의 명성·업적 등 대상이 특정되는 경우나 제한적인 부분을 대상으로 사자의 존엄성을 인정한다는 견해가 있다. 김철수, 265면, 정중섭 144면, 권영성 359면.

55) 국가생명윤리위원회 연명치료 중단에 관한 권고안. 다만 국가생명윤리위원회의 권고안이 적절한 국민적 논의를 거쳐 입법화됨으로써 절차적 정당성을 확보할 수 있는 것으로 추후 입법과정이 공개적으로 이뤄질 필요가 있다.

현실화하지 못할 개연성이 커지게 된다. 결국 질병이 발생한 것 자체가 인간의 존엄성을 침해하지는 않지만 인간은 사회적 관련성과 책임성을 기반으로 한 상호작용은 인격 실현을 위한 자기결정을 통해 이뤄진다는 전제로부터 질병에 의해 파생적으로 발생하는 문제 해결을 요청할 수 있는 권리가 도출된다고 볼 수 있다. 따라서 포괄적으로는 질병으로 인해 발생한 건강 문제의 경우에도 헌법 제10조의 이념을 실현하기 위해 국가가 기본적인 역할을 실천해야 하는 대상이 된다.

건강권과 인간의 존엄성은 결국 진료의 계속 또는 중단 등에 대한 자기결정권의 행사와 질병으로 인해 자기결정권을 행사하지 못해 발생하는 개인의 인격 실현의 문제와 관련성을 갖는다. 따라서 일반적인 자기결정권 실현의 전제로서 그리고 진료에 있어서의 자기결정권 행사의 근거로 인간의 존엄성을 규정한 헌법 제10조의 규정은 건강권의 근거규정이 된다.

2) 건강권 실현의 판단기준으로서의 평등권

(1) 평등권의 내용

우리 헌법 제11조에서는 모든 국민이 법 앞에 평등하며 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서의 차별을 받지 않는다고 명시하고 있다. 우리 헌법의 평등권 조항은 인간의 존엄과 가치 및 개성을 증진시키고 정의를 실현하는 기본원리로, 모든 개인이 평등하게 자유로울 수 있는 기회를 보장하며 자유를 실현함으로써 자신의 상황에 맞는 평등을 구현할 수 있음을 확인하고 있다. 따라서 헌법 제11조의 평등권은 국가에 의하여 차별대우를 받지 않을 권리와 국가에 대하여 적극적으로 평등하게 취급해 줄 것을 요구할 수 있는 내용을 갖는다.⁵⁶⁾

평등권은 법의 적용과 집행뿐만 아니라 법의 내용도 평등해야 한다는 것으로 이해할 수 있다. 따라서 국가는 사법권의 행사뿐만 아니라 입법과정에서도 평등권을 존중해야 한다.⁵⁷⁾ 더불어 입법자는 법질서를 형성함에 있어 특정한 상황을 규율하기 위해 선택한 가치기준을 다른 법률에서도 일관되게 적용할 수 있는 체계 정당성을 갖춰야 한다.⁵⁸⁾

(2) 건강권과 평등권의 관계

평등권도 국가의 국민 건강보장의무 이행을 판단하는 중요한 기준으로 작용한다. 의료서비스의 접근이 합리적 이유 없이 평등하게 보장되지 않으면 개인의 자유 실현은 근본적으로 불가능하게 된다. 장애인·노인·아동 등 사회적 약자의 경우 일반인과 다른 특별한 보호를 인정하고 있다. 이들에게는 일반인들과 다른 차별적인 보호를 제공하는 것이 평등권을 실현하는 것이다. 이들 사회적 약자의 경우, 건강문제가 발생할 개연성이 일반인들보다 높고 또한 문제해결 능력이 일반인들보다 떨어지기 때문이다.⁵⁹⁾ 따라서 이들에게 기본권 실현을 위한 특별한 보호를 제공하는 것이 평등권의 이념에 부합한다.

일반적으로 평등권은 국가가 국민의 기본권 실현을 위한 기회를 충실히 제공했는지 여부를 판단할 수 있는 기준으로 작용할 수 있다. 예컨대 의료의 접근성이 떨어지는 지역의 경우, 건강 문제가 발생하였음에도 불구하고 이를 해결할 수 있는 기능과 역할을 국가가 수행하지 않아 건강의 문제가 지속되는 상황이라면, 결국 기본권을 실현하는 기본전제인 건강을 회복하지 못함으로써 기본권 실현의 기회를 박탈당하게 된다. 대부분 사회적 약자 혹은 경제적 약

56) 정중섭, 헌법과 기본권, 박영사, 2010, 197면.

57) 헌법재판소 2000.8.31. 97헌가12, 판례집 12-2, 179면 이하.

58) 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2014, 294면.

59) 각주 7의 연구결과 참조.

자가 이러한 경우에 해당될 여지가 높다. 이들에게 불평등의 상황이 개선되지 않는다면 재산권을 행사하거나 혹은 인간다운 삶을 유지할 수 있는 기회가 낮아질 개연성이 높아지고 이로 인한 불평등의 상황은 지속될 것이기 때문이다. 따라서 건강 문제와 관련된 평등의 문제는 기회 제공 여부로 판단되어야 한다. 결국 의료서비스에 접근할 수 있는 기회를 차별하는 것, 혹은 의료서비스에 접근할 수 있는 기회를 배제한 법률의 제정과 적용 및 집행은 평등권에 위배된다.

3) 인간다운 생활을 할 권리의 전제조건으로서의 건강권

(1) 인간다운 생활을 할 권리의 내용

우리 헌법 제10조가 ‘인간의 존엄성’을 기본권으로 규정하고 있고 헌법 제34조에서 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 규정하고 있어 이 두 조항이 기본권의 총칭적인 의미를 갖고 있는 것인지 아니면 헌법 제34조 제1항에서 규정하고 있는 ‘인간다운 생활을 할 권리’는 헌법 10조와는 다른 특별한 기본권을 의미하는 것인지에 대한 고민이 필요하다.

인간의 존엄성을 선언한 헌법의 이념을 고려하면 인간다운 생활을 할 권리란 인간의 존엄과 행복을 보호하는 내용에 포함되기 때문에 개별적 기본권으로 규정하는 것에 대한 재검토가 필요하다는 견해도 있다.⁶⁰⁾ 이러한 견해는 헌법 제34조 제1항의 규정이, 국가가 적극적으로 국민의 권리, 사회적 과제를 실현하기 위해 입법자에게 그 실현을 위한 적극적인 조치를 취할 것을 요구하고 그 보호의 내용을 구체화하는 입법이 필요하며, 법률의 형식을 통해 현실화되어야 권리로서 인정받을 수 있다는 점에서 인간의 존엄성과 달리 개별 기

60) 정종섭, 헌법과 기본권, 박영사, 2010, 529면.

본권으로 구분하는 것에 대한 재검토가 필요하다는 의미로 볼 수 있다. 그러나 앞에서 살펴본 것 같이 인간의 존엄성은 기본권 질서의 이념적 출발이며 핵심적인 내용이라는 점, 그리고 이를 위해 필요한 요소로 독일에서는 인간다운 생존의 보장이 필요하다는 것을 인식하고 있다는 점⁶¹⁾에서 인간다운 생활에 대한 규정을 인간의 존엄성 규정과 같은, 총괄적이고 이념적 규정으로 이해하는 것은 바람직하지 않다.

헌법 제34조 제1항의 ‘인간다운 생활’이란 사회·경제·문화의 모든 요소에서 최소한의 삶을 살아갈 수 있는 것을 내용으로 한다. 즉, 인간다운 생활을 위해서는 자유의지에 따라 자신의 능력을 실현할 수 있어야 하고 공동체와의 의사소통을 통해 동화될 수 있어야 하기 때문에 사회·경제·문화의 모든 영역에서 최소한의 삶을 살아갈 수 있도록 함으로써 헌법의 인간상인 사회적 연관을 갖는 인격체를 실현할 수 있는 것이다.⁶²⁾ 이러한 의미에서 결국 헌법 제34조 제1항의 ‘인간다운 생활을 할 권리’는 사회보장에 대한 권리로 이해하는 것이 타당하다.⁶³⁾

우리 헌법재판소는 사회보장권의 구체적인 사항이 법률로 규정될 때 비로소 구체적인 법률적 권리로 인정된다고 한다. 헌법재판소의 이러한 견해는 사회보장권에 관한 입법의 경우 국가의 재정부담 능력이 중요한 요인으로 작용하

61) 방승수, 헌법 제10조, 헌법주석서, 법제처, 2010, 394면 참조.

62) 그러나 우리 헌법재판소는 사회적 기본권의 일종인 인간다운 생활을 할 권리가 인간의 존엄성에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리로 인식하는 경향이 있다.(헌법재판소2004.10.28. 2002헌마328 공보 제98호 1187면 이하; 헌법재판소2003.7.24. 2002헌바51, 판례집 15-2상, 103면 이하; 헌법재판소 1995.7.21. 93헌가14 판례집 7-2, 1면 이하; 헌법재판소 2002.12.18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 904면 이하 등 참조) 그러나 인간의 존엄성에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리의 구체적인 기준에 대해서는 언급하지 않고 그 권리의 대상을 경제적인 부분에 한정하고 있어 인간의 존엄성에 대한 그리고 인간다운 생활에 대한 권리의 범위를 최소화하고 있다. 인간의 가치가 변화하는 것처럼 존엄성과 인간다운 생활에 대한 기준이 변화하고 있는 현재에 물질적인 생활에 대한 부분만을 인간다운 생활을 위한 권리의 영역으로 좁게 해석하는 것은 이미 성장해 있는 국민의 인권의식 및 권리의식을 애써 외면하려는 사법부의 태도로 밖에 보이지 않는다. 이와관련한 자세한 내용은 전광석, 한국헌법론, 460면 참조.

63) 자세한 내용은 전광석, 인간다운 생활을 할 권리의 사회정책적 실현구조, 한림대학교출판부, 1993, 89면 이하 참조.

기 때문에 전체적인 사회보장 수준과 국민감정 등을 고려해서 사회정책을 수립해야 하며, 한번 만들어진 사회보장제도는 쉽게 바꾸기 어려운 특성, 즉 경로의존성(經路依存性, Path dependency)이 강하게 나타나는 영역이기 때문에 사회 전반적인 여건을 종합적이고 심도있게 고려하여 정책을 수립해야 한다는 판단에 기초한 것으로 이해된다.⁶⁴⁾

다만 사회보장에 대한 입법을 게을리함으로써 발생할 수 있는 문제에 대해서는 어떻게 할 것인가라는 의문이 생길 수 있는데 이 질문에 대해서 우리 헌법재판소는 사회적 기본권이 국가의 다른 과제보다 우위관계가 전제되어야 하는데 사회적 기본권이 그러한 헌법적 위상을 갖지는 않으며 입법과정이나 정책결정과정에서, 무엇보다도 예산수립 과정에서 반드시 우선적 이행을 요구할 수 없다고 보았다. 또한 입법자는 사회·경제정책을 시행하는 데 있어서 서로 경쟁하고 충돌하는 여러 국가목표를 균형있게 고려하여 서로 조화시키려고 시도하고, 때 사안마다 그에 적합한 실현의 우선순위를 부여하는데 사회적 기본권의 과제를 국가의 현실적인 재정·경제능력 범위 내에서 다른 국가과제와의 조화와 우선순위결정을 통하여 이행할 수밖에 없기 때문에 사회적 기본권에 규정된 국가목표는 적절한 고려를 하여야 하지만 사회적 기본권에 대한 고려의 수준이 높지 않아도 될 수 있다고 인식한 것으로 보인다.⁶⁵⁾

헌법재판소의 결정대로라면 입법권자는 국가의 정책결정과정에서 사회적 기본권의 내용을 소극적으로 고려하면 되는 것이고 고려의 결과 입법권자가 일부 특권층에게 유리한 경제 정책을 선택하더라도 또는 경영자에게 유리한 노동정책을 선택하더라도 그것이 국가 목표를 균형있게 발전시키기 위한 조치라고 주장할 수 있는 여지를 줄 수 있게 된다.

국가의 재정 상태와 국민의 의식수준 등이 사회적 기본권의 실현에 영향을

64) 전광석, 복지국가론-무엇을 어떻게 연구할 것인가, 한국사회정책 제15집 제1호, 2008, 176면.

65) 헌법재판소 2002.12.18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 904면 이하.

미치는 것은 틀림없지만 그럼에도 불구하고 입법권자는 사회정책에 대한 고려에 있어서 최대한 인간다운 생활을 할 권리를 규정한 헌법 제34조 제1항의 내용을 실현시키기 위해 노력해야 한다. 만일 국가의 재정·경제 능력 등 현실적인 여건이 이것을 실현하기 어려운 상황이라면 적극적으로 그 이유를 설명하고 개선방안을 제시함으로써 사회적 기본권 실현에 대한 부담을 입법권자가 느끼고 압박할 수 있는 수단으로 헌법 제34조를 이해해야 한다.

(2) 건강권과 인간다운 생활을 할 권리와의 관계

인간다운 생활을 할 권리를 규정하고 있는 헌법 제34조 제1항을 사회보장권으로 이해한다면 건강 문제를 적극적으로 해결해 줄 것을 요청할 수 있는 권리를 도출하는데 문제가 없어 보인다. 더불어 건강 문제가 해결되지 않으면 사회적으로나 경제적·문화적인 영역에서의 인간다운 생활은 불가능하기 때문에 개인에게 발생된 건강 문제 해결을 요구할 수 있는 권리를 헌법 제34조를 통해서 도출될 수 있다.

4) 근로의 권리 실현과 건강권

(1) 근로의 권리 내용

자본주의가 발전하면서 노동을 통해 얻은 소득이 국민의 기본적인 삶을 유지하기 위한 재화의 구매 수단이 되고, 산업사회가 발전하면서 대부분의 국민은 임금근로자가 된다. 그러나 노동 공급이 수요를 넘어서게 되면서 실업과 저임금으로 인한 사회문제가 발생하게 되고 이것이 공동체의 존립을 위협하는 요소로 작용하게 된다. 결국 노동의 공급과잉으로 인해 근로의 기회를 보장받

지 못하게 된 국민은 인격실현의 수단을 상실하고 그 결과 사회적으로 그리고 심리적으로 소외되는 결과를 초래한다. 우리 헌법 제32조의 근로의 권리는 이러한 문제가 발생하였을 때 국민에게 적정한 근로의 기회를 제공하고 근로의 내용이 인격실현의 수단이 될 수 있도록 국가의 개입을 정당화 하는 것을 내용으로 한다. 근로의 권리는 국가가 적극적으로 직업에 대한 정보를 제공함으로써 직업에 대한 접근성을 높여주고 또한 실업상태에 있는 근로자에게 직업교육 등 자기발전을 통해 새로운 직업을 찾을 수 있도록 유도하는 것, 즉 현재의 고용보험을 통해 수행되고 있는 직업교육·실업수당 등을 제공하는 형태로 가능하게 된다.

우리 헌법은 근로에 대해 규정하면서 특히 근로조건이 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하라고 명시하고 있다. 이때의 근로조건이라 함은 “임금과 그 지불방법, 취업시간과 휴식시간, 안전시설과 위생시설, 재해보상 등 근로계약에 의하여 근로자가 근로를 제공하고 임금을 수령하는 조건”으로 설명할 수 있어 그 구체적인 내용에는 근로환경을 포함한 권리라고 볼 수 있다.⁶⁶⁾

우리 헌법 제32조에서 보호하고 있는 근로의 권리와 제33조의 노동3권은 모든 국민이 인간다운 생활과 인격실현의 기본조건인 소득활동을 보호하는 중요한 수단임에 틀림없다. 더욱이 근로의 기회 및 조건을 보장해야 한다는 헌법 제32조의 규정을 통해 소득활동에 대한 보호뿐만 아니라 근로환경의 중요성을 강조하고 있다.

(2) 건강권과 근로의 권리와 의 관계

근로의 유형에 따라 발생할 수 있는 위험의 정도나 종류도 다르기 때문에

66) 헌법재판소 2003.7.24. 2002헌마51, 판례집 15-2상, 103면 이하 참조; 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2014, 427면 참조.

근로환경에 맞는 보호 조치는 정상적인 근로를 수행하기 위한 중요한 요소가 된다. 특히 건강 문제는 근로를 정상적으로 수행하지 못하는 원인이 되며, 근로를 제공하지 못함으로써 발생하는 소득상실은 근로자와 근로자가 속해있는 공동체의 위협으로 작용하게 된다. 이러한 이유에서 근로의 기회를 부여받기에 적합한 건강상태를 만드는 것뿐만 아니라 근로관계에서 발생하는 건강 문제를 적극적으로 해결하는 것까지 헌법 제32조의 근로의 권리 내용에서 보호되어야 한다.

5) 환경권 보호를 통한 건강권의 실현

(1) 환경권의 내용

환경권은 그 태생부터 일반적인 기본권과 다르다. 환경권은 경제성장으로 인해 발생하는 여러 가지 문제 중 생활환경의 파괴로 인해 회복 불가능한 또는 회복하는데 너무 많은 경제적 비용이 소모되는 상황이 되면서 이를 극복하지 못할 경우 발생하는 인류의 공멸에 대한 우려에서 출발한다. 더욱이 환경 파괴로 인한 파급효과는 한 국가 또는 개인의 노력으로 해결하지 못하는 특성으로 인해 국가와 국민 그리고 국가간의 공조가 매우 중요한 요소임을 인식하게 되면서 헌법에 직접 보호대상으로 편입시키게 된다.⁶⁷⁾

1980년 헌법 개정에서 처음 명문화된 환경권은 ‘깨끗한 환경’에 대한 보호라는 표현이 1987년 개정에서 ‘건강하고 쾌적한 환경’으로 바꾸면서 자연환경 이외의 사회·문화적 환경까지 환경의 보호 대상을 확장시킨 것으로 볼 수 있다.⁶⁸⁾ 이러한 환경권은 환경에 영향을 미치는 인간의 행위를 제한하는 기본권

67) 환경보호를 위한 국제사회의 노력의 역사적 변천과정은 이상돈, 국제환경법의 발전, 중앙대학교사회과학논문집 1991. 12월 34호 1면 이하 참조.

으로서 산업발전을 억제하는 형식을 통해 실현되기 때문에 경제성장을 약화시키는 원인이 될 수 있다. 또한 환경과피로 인해 발생된 피해는 당사자만의 문제가 아닌 국가 그리고 전세계적인 문제로 확대될 여지가 많다. 1986년 구소련의 체르노빌 원전 사태와 2011년 일본의 후쿠시마 원전사태가 그 좋은 예이다. 이것이 다른 기본권과 차별되는 또 다른 특수성이다. 이러한 특수성으로 인해 적극적인 국가의 환경보호정책이 필요하며 또한 개인의 재산권 행사를 제한할 수 있다. 환경과피를 최소화하기 위한 재산권 제한의 정당성 근거는 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한원칙 중 공공복리를 위한 기본권 제한이론을 통해 정당화할 수 있으며 개인이 아닌 국가에 의한 환경과피에 대해서는 환경권이 방어권적 기본권으로서 환경침해 배제 청구권의 헌법적 근거가 될 수 있다.⁶⁹⁾

(2) 건강권과 환경권의 관계

우리 헌법 제35조는 국민이 건강한 삶을 살아갈 수 있기 위한 전제조건으로서 자연환경을 최대한 훼손하지 않고 보호할 의무를 국가에 부과하고 더불어 국민도 이러한 노력을 함께 할 것을 요청하고 있다. 헌법 제35조로부터 구체적으로는 환경과피로 인해 발생하는 문제가 개인의 생명과 건강을 침해하지 않도록 요구할 수 있는 권리와 더불어 자연환경 이외에도 문화유산·도로·공

68) 정극원, 헌법 제35조, 헌법주석서, 385면.

69) 환경권이라는 추상적인 개념으로 인해 환경과피로 인한 기본권 침해에 적극적으로 대응하기 위해서는 생명권·환경권(보건권)의 재산권·영업권 등에 대한 우위론을 제시하기도 한다. 그러나 우리 헌법은 이미 제37조 제2항은 국민의 자유와 권리는 공공복리를 위하여 법률의 형식으로 제한할 수 있음을 명백히 하고 있어 환경권을 이유로 침해되는 재산권의 행사나 직업행사의 자유의 제한에 대한 새로운 이론구성이 필요해 보이지 않는다. 이러한 제한이 재산권·영업권 등 기본권의 본질적인 부분을 침해하는 것으로 보이지 않기 때문이기도 하며 한번 훼손되면 복구할 수 없는 자연환경의 특수성을 감안하여 이를 훼손하지 않고 또는 최대한 훼손을 줄여가면서 개인의 기본권을 행사하라는 것이지 기본권의 본질적인 부분을 제한한 것으로 보기 어렵기 때문이다. 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2014, 476면 참조.

원·교육·의료 등의 좋은 사회적 환경 속에서 살아갈 수 있는 기반을 마련해 줄 것을 국가에 요청할 수 있는 권리를 도출할 수 있다.

환경권을 보호하는 것이 인간의 존엄성 실현의 기초이며 동시에 다음 세대의 권리를 보호하는 역할을 하는 것이라면 환경으로 인해 발생하는 건강상의 문제역시 인간의 존엄성을 그리고 인간다운 생활을 유지하기 위해 공동체가 해결해야 하는 분야이며 이러한 의미에서 환경권은 국민에게 발생하는 건강문제를 해결해야 한다는 국가 의무의 간접적인 근거조항이 될 수 있다.⁷⁰⁾ 따라서 국가는 환경적인 요인에 기인한 건강문제를 해결해 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 보장함으로써 국가가 국민의 건강문제 해결에 더 많은 관심을 갖도록 할 필요성이 있다.

6) 보건에 관한 권리의 내용과 범위

(1) 보건에 관한 권리의 내용

우리 헌법 제36조는 혼인·가족생활·모성 그리고 보건에 관하여 국가의 보호를 받을 수 있음을 명시하고 있다. 혼인과 가족생활에 대해 헌법은 인간의 존엄성을 바탕으로 가족을 구성하는 구성원들이 평등한 관계를 유지하면서 가족공동체의 생활유지가 가능할 수 있도록 국가가 이를 보호할 것을 주문하고 있는 것이다.

헌법 제36조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하면서 건강문제 해결을 위한 국가의 적극적인 역할을 강조하고 있다.⁷¹⁾

70) 김주경, 헌법상 건강권의 개념 및 그 내용, 헌법관례연구, 140면 참조.

71) 헌법 제36조 제3항을 보건권이라고 표현하기도 한다. 보건이 건강과 같은 개념인지에 대한 논의가 있을 수 있다. 보건이 건강을 지키는 활동을 표현한 것이고 건강이 신체·정신적으로 완전한 상태를 의미하는 것이므로 의미적으로는 차이가 있을 수 있으나 그 구분의 실익은 없어 보인다. 보건에 관한 권

이는 국가가 건강한 생활을 침해하지 않도록 할 권리뿐만 아니라 개인에게 발생한 건강 위험을 적극적으로 해결해 줄 것을 요구할 수 있는 권리로 이해할 수 있다. 보건은 건강을 지키고 유지하는 일련의 활동을 의미한다. 보건에 관한 국가의 보호영역과 내용에 대해서는 생활에 필요한 최소한의 건강을 유지할 수 있도록 하는 것이라는 의견과⁷²⁾ 전염병의 예방이나 치료와 같은 방역정책이나 건강보험정책은 물론 건강증진을 위한 사회적 환경 형성 등에 관한 적극적 내용이 포함된다는 의견⁷³⁾이 있다.

(2) 보건에 관한 권리의 범위

국민의 건강을 보장하기 위한 국가의 의무 범위를 필요한 최소한으로 보는 것이 합리적인지에 대한 검토가 필요하다. 생각건대 최소 필요한 정도의 건강이란 개념적인 구분일뿐 현실적으로 구분이 가능해 보이지 않는다. 건강의 문제가 발생하여도 그것이 생명에 직접적인 영향이 없는 한 정상적일 때와 비교했을 때 불편하거나 혹은 신체적·정신적 고통을 받을 수는 있어도 생활을 유지할 수는 있다. 그러나 앞에서 살펴본 것처럼 건강이란 신체의 완전성을 유지하는 것이고 따라서 생활에 필요한 최소한의 건강이란 있을 수 없다. 예컨대 다리에 골절을 입은 사람에게 다리 골절을 접합하는 수술을 했다고 하여 신체의 완전성이 회복되었다고 할 수 없다. 뿐만 아니라 수술 이후의 치료활동이 지속적으로 이뤄져야 하는데 치료 중 일부분만을 국가에 요구할 수 있고 이것에 대해서만 권리로 인정한다면 다리가 골절된 국민의 입장에서는 건강이

리는 건강보장을 위한 국가의 적극적인 기능을 포괄적으로 요구할 수 있는 권리로 이해해야 하기 때문이다. 따라서 보건에 관한 권리를 건강권과 같은 개념으로 이해해야 함은 앞에서 살펴보았다. 다만 본문에서는 헌법이 명시적으로 '보건에 관하여 국가의 보호를 받는다'라고 표현하고 있어 헌법 제36조 3항을 '보건에 관한 권리'로 표기한다.

72) 정중섭, 헌법과 기본권, 박영사, 2010, 574면.

73) 정극원, 헌법 제36조, 헌법주석서, 409면.

회복된 것이 아니다. 이러한 경우라면 우리 헌법이 인간의 존엄성과 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리의 일부분만을 권리로 인정하는 것과 다르지 않다. 따라서 국가는 신체의 완전성을 회복할 수 있도록 하여야 하며 이것을 보건권의 내용으로 보아야 한다. 결국 국가의 여건이 허락하는 범위에서 이들 권리가 실효성을 갖게되지만 입법작용을 촉진하여 국민의 건강을 적극적으로 보호할 수 있는 촉매가 될 수 있도록 보건권의 내용을 형성해야 한다. 따라서 보건권은 국가로 하여금 적극적으로 국민의 건강문제 해결을 위한 정책·사회환경조성 및 적극적 급부를 요구할 수 있는 권리이며 신체의 완전성을 그 보호의 내용으로 한다.

제3절 건강권의 법적성격과 내용

1. 사회적 기본권으로서의 건강권

국민의 건강을 보호해야 할 국가의 의무는 대부분 적극적인 국가 개입을 통해 실현된다. 따라서 사회적 기본권의 특성에 대한 고민이 필요하다. 사회적 기본권의 실현은 현실적인 한계로 인해 불가능하거나 또는 각자의 이해관계로 인해 국민적 합의가 이뤄지기 어려울 수 있기 때문이다. 이것을 헌법적 관점에서 고찰함으로써 건강권의 내용을 확인한다.

1) 사회적 기본권의 등장배경과 성격

현상적으로보면 산업구조의 변화와 자본주의 시장경제질서의 확산이면에는 심각한 빈부 격차로 인한 사회문제가 발생하면서 국가 개입의 필요성이 커졌

다. 따라서 국가는 폐단을 최소화하고 시장경제질서에서 적응하지 못한 자들을 다시 시장에서 자립할 수 있는 능력을 조성해야 한다. 이러한 이유에서 산업사회 특히 자본주의 시장경제가 한참 성장하고 위기를 맞는 20세기 중반부터 국가의 역할을 강조하고 분배의 정의를 주장하는 복지국가 논의가 본격화된다.⁷⁴⁾

최고규범인 헌법은 국민의 자유와 권리를 국가권력으로부터 방어하는 성격을 지님과 동시에 사회문제에 적극적으로 개입하여 국민의 자유와 권리를 보호해야 한다. 예컨대 국가는 시장경제질서에서 노동관계에 개입하지 않음으로써 사용자의 자유와 권리를 보호해야 하지만 그 계약의 내용이 불합리하여 노동자의 삶을 유지하지 못하는 경우가 발생하지 않도록 사용자의 자유를 제한한다. 근로자가 근로자의 노동력 상실, 실업, 질병 또는 장애로 인해 생활을 유지할 수 없게 된 경우에 국가 개입의 필요성은 크다. 이러한 국가의 개입은 국민의 생존을 위해 기본적인 조건을 마련하기 위한 행위로, 국가의 기본적인 의무이며 또한 공동체에 권한을 위임한 국민의 권리인 것이다. 따라서 사회적 기본권은 ‘체제순응적 기본권’의 성격을 갖고 있으며 기본권실현 조건을 만들어 준다는 점에서 사회적 배려와 사회적 평등을 실현하기 위한 수단이다.⁷⁵⁾

2) 사회권적 기본권의 실현구조

헌법에서 사회적 기본권을 실현할 수 있는 구체적인 수단과 방법을 명시하는 것은 불가능하며 바람직하지도 않다. 결국 국민이 자유를 누릴 수 있는 기

74) 복지국가와 관련된 논의의 시작이 자본주의의 위기로 인한 폐해를 원인으로 한다는 것을 부정하지 않는다. 다만 그 이전의 국가 공동체의 행위 또는 이념이 기본적으로 복지국가의 이념을 내포하고 있다는 것, 따라서 자본주의의 폐해 때문에 복지국가가 갑자기 출현한 국가이념으로 나온 것은 아니다.

75) 사회적 기본권의 이념에 대한 자세한 내용은 전광석, 사회적 기본권의 헌법적 실현구조, 세계헌법연구 제12권 제1호, 272면 이하 참조.

본조건에 대한 합의 즉, 국가가 부담해야할 또는 적극적으로 개입해야할 대상과 내용 그리고 개입해야할 조건과 수준 등에 대해서 국민적 합의를 전제로한 입법작용과 행정작용을 통해 사회문제를 해결함으로써 사회적 기본권은 실현된다. 이러한 이유에서 사회적 기본권의 실현구조는 해당 국가의 역사적 상황, 헌법적 요청, 국민 및 사회의 인식의 정도가 변수로 작용하게 된다. 그러나 사회적 기본권은 국민의 합의를 전제로 한다고 하더라도 입법의 결과 불평등이 야기될 수 있다. 결국 불평등을 제거하기 위한 사회적 기본권의 내용은 목표 지향적일 수밖에 없고 지속적인 배려와 시기적으로 변화하는 상황을 보완함으로써 불평등을 극복하는 보충적 기능을 필요로 하게 된다.⁷⁶⁾

사회적 기본권이 헌법 이념으로서의 가치를 인정할 수 있을 뿐 이를 실현하기 위한 제도의 내용, 절차, 조직 등에 대한 구체성이 없어 사회적 기본권에 대한 인식이 부족하거나 이를 위한 제도의 필요성에 대한 국민적 합의를 이끌어내지 못할 경우 권리성을 인정받기 어렵게 된다.⁷⁷⁾ 국민에게 주권이 인정되지 않았던 시기에 국가에 의해서 행해졌던 많은 시혜적인 국가작용과 구분되어지기 위해서라도 사회적 기본권을 실현하기 위한 구체적인 내용은 헌법의 이념을 충실히 반영한 법률형식을 통해서 확정되어야 한다.

사회적 기본권은 그 구체적인 실행방안에 대해 입법정책적 결정이 선행되어야 한다. 그러나 입법과정에서 발생하는 이익집단 즉, 수요자와 공급자간의 의견이 생길 수도 있다. 따라서 합리적인 절차와 소통이 전제된 합의과정이 중요하며 이러한 과정의 정당성이 그 구체적인 실행방안에 대한 수용성을 높이는 수단이 될 수 있다. 결국, 사회적 기본권의 구체적인 실현과정에서 발생하는 한계를 극복하기 위해서는 의사결정과정에 의견을 교환할 수 있는 절차를

76) 사회적 기본권의 실현조건인 자유평등에 대한 자세한 내용은 전광석, 사회적 기본권의 논의구조, 유럽헌법연구, 제14호, 2013, 172면 이하 참조.

77) 사회적 기본권이 국민의 권리로서 인정받기 위해서는 규범력이 담보되어야 함은 물론이다. 헌법재판소 2000.6.29, 99헌마289, 판례집 12-1, 913면.

통해 수용성과 정당성을 확보할 수 있게 된다.

3) 건강권 실현을 위한 국가 개입의 정당성(의료의 공공성)

사회적 기본권으로서의 건강권 실현은 국가의 적극적인 개입으로 인해 달성이 가능하다. 특히 의료서비스가 핵심적인 요소이다. 그렇다면 의료전문가에게 그 능력의 활용을 강제하거나 제한할 수 있는 것인가에 대한 의문이 생긴다. 즉 의료서비스를 제공하는 의료인의 행위는 자율적인 판단에 기초한 사적인 행위임에도 불구하고 제한하거나 혹은 강제하는 이유는 의료가 일반적인 사회적 재화와 다른 특성을 갖기 때문이다. 이러한 특성이 의료서비스를 제공하는 의료인의 행위와 일반적 행동의 자유·직업행사의 자유·재산권 형성 과정, 그리고 의료인의 자격을 엄격하게 제한하는 근거가 되기도 한다. 이러한 이유에서 건강 문제 해결 능력 즉, 의료의 공공성에 대한 검토가 필요하다.

공공성의 개념을 국가와 공공기관을 연관시켜 이들 공적기관에서 행하는 일을 지칭하는 것으로 이해하거나 민주주의와 같이 다수의 의견을 수렴하는 절차로 이해하기도 하고 공공재와 같이 비경제성과 비경합성의 특성이 있거나 개방성과 보편적 접근성이 인정되는 것을 공공성의 개념으로 보기도 하며, 평등이나 공정성을 의미하는 것으로, 공익성 또는 공익과 같은 의미로 이해하기도 한다.⁷⁸⁾ 이러한 다양한 개념을 종합하면, 결국 공공성은 절차적 측면에서의 개방성·보편적 접근성 그리고 의사결정과정의 투명성 등 공개성과 관련된 것을, 내용적인 측면에서는 공동의 관심사에 관한 것·약자에 대한 배려·분배정의 실현·기회의 공정성 등 형평성과 관련된 내용을 이념적인 요소로 하고 있다.

78) 공공성의 다양한 개념 및 정의에 대한 검토는 윤재수·이민호·채중헌 편저, 새로운 시대의 공공성 연구, 법문사, 2008, 34면 이하 참조.

공공성은 공동체 구성원들의 합리적 기준과 절차를 통한 소통 과정과 이로 부터 얻어진 합의가 공동체의 이익 즉 보편적 의지⁷⁹⁾로 나타날 때 그 정당성을 인정받을 수 있게 된다. 이러한 관점에서 보면 공공성을 판단하는 기준과 절차는 공동체 구성원들의 합의로 만들어진 법률, 그 중에서도 가장 정당성이 큰 헌법에서 그 실마리를 찾을 수 있다.

건강의 문제 해결과 관련된 공동체의 합의는 어느 정도 있는 것 같다. 우리 헌법 제10조의 인간의 존엄성, 제34조의 인간다운 생활을 할 권리, 제35조의 환경권, 제36조 제3항의 보건권을 통해서 국가가 국민의 건강 문제를 해결해야 한다는 것에 대한 공동체의 합의와 이에 대한 공동체의 보편적 의지가 있는 것으로 볼 수 있다. 우선 이러한 공동체의 합의로 만들어진 헌법은 국가로 하여금 국민들이 인간다운 생활·건강한 삶을 살 수 있도록 할 것을 요청하고 있지만 국가가 어떤 방법으로 이것을 수행할 것인지에 대해서는 언급하지 않아 입법을 통해 구체화해야 한다. 이에 국가는 의료법을 통하여 건강상의 문제를 해결할 수 있는 능력여부를 판단하는 엄격한 기준을 제시하고 있으며 능력이 없는 자들의 행위뿐만 아니라 능력이 있다고 판단된 자들의 행위도 범위를 정하여 그 틀 안에서 행위의 정당성을 인정하고 있다.

건강 문제 해결 능력을 이처럼 엄격한 기준으로 제한하는 이유는 의료행위가 인간 존엄을 직접적으로 해칠 수 있는 위험하고 전문적인 영역이기 때문이다. 우리 헌법재판소도 건강 문제 해결 능력을 보유하는 것, 그 자체에 대한 기준과 절차를 국가가 통제하는 것에 대한 정당성을 인정하고 있다.⁸⁰⁾ 이는

79) 보편적 의지란 루소의 General Will과 같은 의미로 이해할 수 있다. 루소는 The General Will을 일반의지라고 하기도 한다. 루소는 일반의지를 공동체가 움직이기 위한 가장 근본적인 요소로 판단하고 있다. 따라서 국가가 개인들의 단순한 집합체가 아니라 공동선(common good)을 중심으로 한 정치적 공동체일 경우에만 국가의 권위를 인정할 수 있고, 이러한 공동선을 구분하는 기준으로 공동체의 일반의지가 되는 것이다. 결국 사회란 자신의 모든 권리를 공동체에 양도하여 공동의 선을 추구하는 집단이라고 볼 수 있고, 일반의지에 의해 지배되는 공동체는 일반이 선이나 공동선을 추구하며, 그에 대해서 모든 시민은 동등한 지위를 지니게 된다. Jean-Jacques Rousseau, The social contract, London ; New York, 1968, 69면 참조.

건강문제 해결 능력의 공공성을 인정한 판단이라고 볼 수 있다. 문제는 국가로부터 일정한 절차와 기준을 만족하고 의료인이 된 자들의 의료행위를 제한하거나 혹은 강제할 수 있는지 여부이다. 이와 관련해서 우리 입법자는 이들에게 공익적인 의무를 부여하고⁸¹⁾ 그 사명을 해태한다면 그 행위를 제한하거나 강제할 수 있음을 분명하게 밝히고 있다.⁸²⁾

이는 다음과 같은 이유에서도 정당성을 얻을 수 있을 것이다. 이미 앞에서 살펴본 것과 같이 건강 위험을 해결하는 능력은 권력으로 작용할 수 있게 될 여지가 충분하다. 특히 현대사회는 정상과 비정상, 일탈과 비일탈을 구분하는데 의사의 판단이 중요해지고 환자의 질병을 치료하는 전문적 의료지식을 독점하여 권력화되면서 환자들은 수동적인 존재로 남을 수밖에 없다.⁸³⁾ 이러한 권력은 강력한 영리추구 수단으로 사용될 수 있어 합리적인 가격결정을 통한 시장경제질서 유지를 기대하기 어렵고, 결국 전체 공동체 질서 유지 또한 어려워질 개연성이 커진다. 따라서 의료인들에게 공익적 의무를 부과하는 것은

80) “의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 단순한 의료기술 이상의 ‘인체 전반에 관한 이론적 뒷받침’과 ‘인간의 신체 및 생명에 대한 외경심(畏敬心)’을 체계적으로 교육받고 이점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고, 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자로 인해 발생하는 약간의 부작용도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 회복할 수 없는 치명적인 위해(危害)를 가할 수 있는 것이다.”고 판시하고 있다. 헌법재판소 1996. 10. 31. 94헌가7, 판례집 8-2, 408면.

81) 의료법 제2조 제2항 의료인은 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다.

1. 의사는 의료와 보건지도를 임무로 한다.
2. 치과의사는 치과 의료와 구강 보건지도를 임무로 한다.
3. 한의사는 한방 의료와 한방 보건지도를 임무로 한다.
4. 조산사는 조산(助産)과 임부(妊婦)·해산부(解産婦)·산욕부(産褥婦) 및 신생아에 대한 보건과 양호지도를 임무로 한다.
5. 간호사는 상병자(傷病者)나 해산부의 요양을 위한 간호 또는 진료 보조 및 대통령령으로 정하는 보건활동을 임무로 한다.

82) 의료법 제15조 제1항 의료인은 진료나 조산 요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다.

83) 의사 이외에 다른 누구도 의료행위를 할 수 없도록 면허제에 의하여 시장독점이 이뤄지고 더불어 의사의 전문지식이 인간의 생명을 다루며 정교한 조직구조를 만들어 제도화시킬 때 건강문제를 해결하는 능력이 권력화될 수 있다는 의견이 있다. 자세한 내용은, 조병희, 의료개혁과 의료권력, 2003, 나남, 40면 이하 참조.

합리적이고 타당하며 이러한 공적의무를 부담하는 자들은 그 능력을 활용함에 있어서 국민의 건강한 삶을 살아갈 수 있도록 하는데 최선을 다해야 할 것이다. 그러나 이러한 이유로 국가의 개입 또는 강제가 무한정 정당성을 인정받는 것은 아니다. 우리 헌법 제37조 제2항에 따른 국가 개입의 한계는 분명하게 정리되어야 한다.

4) 건강권의 법적 성격

건강한 삶을 유지하는 것은 인간의 존엄성·인간다운 삶을 살기 위한 기본 전제일 뿐만 아니라 자유권적 기본권을 실현하기 위한 기본조건이다. 따라서 우리 헌법에서 건강한 삶을 살아갈 수 있도록 국가에 요구할 수 있고 이러한 요구를 실현하기 위한 국가의 개입이 정당화되기 때문에 건강권을 사회적 기본권의 내용으로 보는 것에 무리가 없을 것이다.⁸⁴⁾

구체적으로 살펴보면, 만일 건강의 문제를 해결하기 위한 국가의 개입이 자의적으로 판단될 수 있다면 따라서 입법권자의 자의적인 판단에 의해 보호될 수도 있고 그렇지 못할 수도 있는 것이라면 국가가 국민의 건강을 외면하는 상황을 맞이할 수도 있다. 이러한 상황이라면 국가의 국민 건강보장은 의무가 아닌 시혜적인 행위로 인식될 수 있고, 개인의 자기보존·생명보호를 위한 다양한 형태의 입법과 제도를 만들 수 있도록 대표자 또는 공동체에게 자신의 권한을 위임한 국민은 인간으로서의 정상적인 기능을 수행하지 못할 것이며 자유롭고 평등한 시민으로서의 역할을 수행할 수 있는 기회를 보호받지 못하게 된다.⁸⁵⁾⁸⁶⁾ 이러한 이유에서 건강권은 국가를 구속하는 규범적 성격을 갖는

84) 사회적기본권으로서의 건강권의 법적성격에 대한 자세한 내용은 김주경 건강권의 헌법학적 내용과 그 실현, 법학연구, 연세대학교법학연구원, 제23권, 제4호, 2013.12. 111면 이하 참조.

85) 왜냐하면 국민이 인간으로서의 정상적인 기능을 수행하지 못하면 자유롭고 평등한 시민으로서의 역할을 수행할 수 있는 기회를 박탈당하는 것이고 발휘할 수 있는 능력을 보호받지 못하는 것이기 때문

다. 따라서 입법권자가 건강권의 보장을 포기한 경우 헌법적 문제가 된다. 더불어 사회적 기본권으로서 건강권은 주관적 권리로서 헌법재판소에 그 침해여부를 다툴 수 있어야 실효성을 담보할 수 있다. 따라서 건강권은 국가에게 구속적 규범이며 개인에게 주관적 권리를 부여하는 성격이 있다.⁸⁷⁾

2. 건강권의 내용

1) 의료접근권

건강권을 실현하기 위해서는 의료서비스에 접근할 수 있는 기회가 누구에게나 동일하게 주어져야 한다. 건강문제 해결능력이 권력화되어 특정집단 혹은 특정인에게만 접근이 허락된다면 국민은 생존이 어렵게 된다. 따라서 의료접근권은 모든 국민에게 동일하게 보호되어야 한다.

의료접근권은 누구나 의료인 또는 의료기관을 찾아가기 쉽도록 해야 할 국가의 의무를 말한다. 의료기관 또는 의료인이 없는 지역이 많아 건강 위험이 발생하여도 의료혜택을 받을 수 없거나 또는 의료인과 의료기관을 이용하는데 많은 절차를 거쳐야 하는 경우, 실질적으로 건강 위험을 해결하지 못하는 상황이 초래될 수 있기 때문에 국가에게 이러한 상황을 만들지 않을 것을 요구

이라는 것이다. Norman Daniels, *Just Health*, Cambridge University Press, 2012, 14면 이하 참조.

86) 국가의 본질과 관련해서는 Thomas Hobbes, *Leviathan, or, The matter, forme and power of a commonwealth, ecclesiastical and civil*, Middlesex, England, 1968.; Locke, John, *Second Treatise of Government : The Original Classic Edition*, Tebbo, 2010.; Jean-Jacques Rousseau, *The social contract*, London ; New York, 1968. 참조, 홉스-로크-쿠소의 사회계약의 기본구도는 같지만 지향하는 방향과 활용도가 달랐다. 따라서 이들 계약이론을 ‘복종계약설’, ‘위임계약설’, ‘사회계약설’로 표현함으로써 의미의 전달을 명확하게 하려는 경우도 있다. 허영, 헌법이론과 헌법, ; 173면. 국가의 본질과 관련해서 국민의 안전보장차원에서 이해하고 논의를 진행한 경우로 이부하, 헌법국가에서 국민의 안전보장-독일헌법학의 논의를 중심으로-, *한독사회과학총론* 제21권 제1호, 2011.3., 159면 이하 참조.

87) 김주경, 건강권의 헌법학적 내용과 그 실현, *법학연구*, 연세대학교법학연구원, 제23권, 제4호, 2013.12. 113면 이하 참조.

할 수 있는 권리를 말한다. 이러한 요구는 의료기관 설립에 관련된 법률들이 대표적이다. 「공공보건의료에 관한 법률」, 「농어촌 등 보건의료에 관한 특별 조치법」, 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」, 「지역보건법」 등이 그것이다.

2) 의료수급권

의료수급권은 의료인 또는 의료기관으로부터 적극적으로 의료서비스를 받을 수 있는 권리로 합리적인 이유없이 정당한 의료서비스를 받지 못하는 경우가 발생하지 않도록 국가에 요구할 수 있는 것을 내용으로 한다. 우리 헌법에서 이들 권리를 구체적으로 규정하여 보호하고 있지는 않다. 다만, 헌법 제10조의 인간의 존엄성과 제34조의 인간다운 생활을 할 권리, 제36조의 보건에 관한 권리를 통해 그 내용을 유추할 수 있고, 특히 의료수급권은 우리 헌법재판소가 건강보험급여수급권을 기본권으로 인정한 판결을 통해 권리성을 확인하고 있다.⁸⁸⁾ 다만, 수급요건·수급권자의 범위·급여금액 등에 대해서 법률에 의한 구체화가 필요하고 입법권자는 국가재정, 국민소득 및 생활수준 등 사회·경제적 여건을 종합적으로 고려하여 합리적인 수준에서 법률의 내용을 결정할 수 있는 입법재량이 있다.⁸⁹⁾ 따라서 건강보험급여청구권은 공법상 채권의 성격을 갖게 된다. 이러한 공법상 채권에 대하여 재산권의 보호대상이 될 수 있는지, 만일 청구권의 대상이 된다면 보호 범위를 어떻게 할지를 결정해야 한다.⁹⁰⁾

88) 헌법재판소 2003.12.18, 2002헌바1, 15-2(하), 457면 참조. 이와 관련한 자세한 내용은 전광석, 헌법재판소가 바라 본 복지국가원리, 공법연구 제34집 제4호 제1권, 2006, 240면 이하 참조.

89) 헌법재판소 2001.9.27. 2000헌마342, 13-2, 422면 참조.

90) 헌법재판소 2000.6.29. 99헌마289 판결에서는 “그 구체적인 판단에 있어서는 ‘공법상의 재산적 가치 있는 지위가 헌법상 재산권의 보호를 받기 위하여, 우선 입법자에 의하여 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 구체적인 법적 권리로 형성되어 개인의 주관적 공권의

건강보험의 보험료는 건강보험 급여를 제공할 사유가 발생할 경우를 대비해서 적립하는 자기기여에 해당한다. 적립된 보험료는 현물급여와 현금급여의 두 가지 방식으로 제공되는데 많은 부분이 현물급여로 이뤄진다.⁹¹⁾ 따라서 현물급여로 이뤄지는 건강보험급여에 대해서 피보험자인 국민이 직접적인 금전적 급부청구권을 주장할 수 없다.⁹²⁾ 반면 요양비, 장제비, 병·의원 이외에서의 출산의 경우 출산비, 본인부담 상한제 사후환급, 등록 장애인의 보장구 구입에 필요한 비용 일부를 현금으로 급여하는 현금급여의 경우에는 피보험자인 국민이 직접적인 금전적 급부청구권을 주장할 수 있다. 따라서 건강보험급여 청구권의 경우 재산권의 보호대상이 되기는 하지만 급여 형태에 따라서 재산권 실현의 과정이 달라지기 때문에 보호되는 재산권의 구체적인 성격이 달라짐을 고려해야 한다. 의료수급권과 관련된 법률로는 「의료법」, 「국민건강보험법」, 「의료급여법」, 「응급의료에 관한법률」, 「구강보건법」, 「암관리법」 등이 있다.

3) 의료선택권

의료서비스의 내용과 방법에 대한 결정이 일방당사자인 의료인에 의해 결정된다면 환자는 자신의 생명·신체에 대한 자기결정권이 침해된다. 의료인은 진료행위에 있어 질병의 상태와 현재의 의료수준 등을 고려하여 가장 합리적

형태를 갖추어야 한다. 따라서 사회보험법상의 지위는 청구권자에게 구체적인 급여에 대한 법적 권리가 인정되어 있는 경우에 한하여 재산권의 보호대상이 된다.”고 하여 법적 권리로 인정된 급여의 재산권만 인정됨을 확인하고 있다. 김영삼·전광석·김광수, 사회보험법의 헌법적 문제에 관한 연구, 헌법재판연구 제11권, 헌법재판소, 2000, 179면.

91) 노령화로 인한 요양비와 본인부담액 상한제 등 건강보험 보장성 강화정책의 지속적인 시행으로 인해 현금급여 비중이 지속적으로 증가하고 있는 추세이다.(2009년 3,282억원에서 2012년 6,596억원으로 약 3년간 2배 증가, 같은 기간 현물급여는 296,415억원에서 366,744억원으로 약 23.7% 증가함. 2011 건강보험통계연보, 2012 건강보험주요통계).

92) 헌법재판소 2000.6.29. 99헌마289 12-1, 913면 이하 참조.

인 방법을 선택할 수 있는 재량이 있으나 기본적으로 신체를 침해하는 행위를 수반하는 의료행위의 특성상 치료방법이나 내용, 필요성과 예상 가능한 위험 등에 대한 판단과 결정을 의료인에게 전적으로 의지할 수는 없다. 이는 헌법 제10조의 자기결정권을 보장하기 위해서라도 환자는 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지 선택할 권리가 있다.⁹³⁾

의료선택권은 미시적으로는 치료여부 및 치료방법을 선택하는 과정에서 발생 가능한 위험성을 인지한 후 치료방법과 비용을 비교하여 선택할 수 있어야 한다. 따라서 치료방법과 내용에 대한 알권리가 보장되어야 한다. 거시적으로 국민의 보험가입여부와 보험 외 진료의 선택여부 등에 대한 선택권도 인정되어야 한다. 그러나 현재 우리나라는 강제가입과 당연지정제도를 통해 보험 외 진료를 제한하고 있다. 의료선택권과 관련된 법률은 「보건의료기본법」, 「의료법」, 「국민건강보험법」 등이 있다.

4) 기타 건강권의 내용

그 외에도 건강 위험은 갑작스런 사고 또는 현상에 기인한 경우도 많지만 담배나 매연과 같이 일정한 원인들이 지속적으로 삶에 영향을 주면서 발생하는 경우도 많다. 이때 국가는 적극적으로 건강 위해 원인을 제거함과 동시에 이것을 사전에 예방할 수 있도록 개입해야 한다. 건강상 위해가 되는 많은 요인들에 대해서 지속적인 정보제공·생활환경 변화 유도 등 국가는 국민이 건강한 삶을 살 수 있도록 최대한 여건을 조성해야 한다. 따라서 건강과 관련된 예방활동에서부터 주거환경·수질개선과 같이 공중보건에 관한 사항 그리고 개인의 식습관 개선에 대한 계몽에 이르기까지 국가의 적극적인 개입이 요구된다. 이와 관련된 법률로는 「감염병 예방 및 관리에 관한 법률」, 「건강검진

93) 대법원, 2010.3.23.선고 2009다95714판결.

기본법」, 「검역법」, 「결핵예방법」, 「공중위생관리법」, 「국민건강증진법」 등이 있다.

제4절 소결

건강은 개인의 문제만으로 인식할 수 없는 영역이다. 국가는 국민의 건강을 보호해야 할 의무가 있고, 이로부터 건강문제를 해결해 줄 것을 요청할 수 있는 권리인 건강권이 도출될 수 있다. 문제는 보호의 정도와 관련된 것이다. 건강이 신체 문제뿐만 아니라 정신적 완전성을 그 내용으로 한다는 특성을 고려하여 국가는 건강보장을 위한 최대한의 노력을 기울여야 한다. 다만 이러한 국가의 의무는 무한정한 것일 수 없다. 국가의 국민 건강보장의 당위성은 인정되지만 여건이 가능해야 하기 때문이다. 예컨대 건강문제를 해결할 수 있는 의료기술이 없는 경우에는 의무 이행이 불가능하고, 전쟁과 같이 공동체의 존립이 더 중요한 국가의 과제가 된 경우라면 국민의 건강을 보호해야 한다는 국가의 의무가 우선될 수 없기 때문이다. 따라서 건강권은 국가의 여건과 상황에 따라 그 실현의 정도가 달라진다. 그럼에도 불구하고 국가는 가능한 범위에서 최선의 노력을 통해 국민의 건강을 보장해야 한다. 우리 헌법은 제10조 인간의 존엄성과 제34조의 인간다운 생활을 할 권리 그리고 제35조의 환경권과 제36조 제3항의 보건권을 통해 국가는 국민의 건강을 보장해야 함을 확인했다. 소극적으로 국가가 건강 문제를 야기하지 말아야 하며, 적극적으로 국가에 건강문제를 해결해줄 것을 요구할 수 있어야 한다. 다만, 헌법상 건강권은 그 구체적인 내용이 확정될 때 청구권으로서 권리성이 인정될 수 있다. 따라서 다음 장에서는 헌법상 건강권을 실현하기 위한 구체적인 규범체계를 살펴보고 건강권을 보장하는 가장 직접적인 규정인 국민건강보험법이 이러한 국

민의 건강권 보장을 위한 헌법적인 이념을 실현하기에 적절하게 구성되어 있는지 확인한다.



제3장 건강권 실현을 위한 국민건강보험법 체계

제1절 건강권 실현을 위한 규범체계

1. 건강권과 관련된 규범체계

국민의 건강권을 보장하기 위한 국가의 의무는 다양한 입법을 통해 실현할 수 있다. 앞에서 살펴본 건강권의 내용에서 언급된 법률들이 그것이다. 이들을 구체적으로 구분하면 다음과 같다.

우선 헌법이 국민의 건강권을 보호하기 위한 기본이념을 제시하였다. 이것을 구체적으로는 「보건의료기본법」에서 국가와 지방자치단체의 책임과 보건의료의 수요·공급의 기본사항, 의료인의 책임과 권리 그리고 환자의 권리를 명시하고 있다. 또한 국가 및 지방자치단체는 보건의료 정책이 사회보장정책과 연계될 수 있도록 해야 함을 강조하고 있으며 보건의료에 대한 알권리와 자기결정권 그리고 자신의 신체상·건강상의 비밀과 사생활의 비밀을 침해받지 않을 권리 및 비용 부담 근거를 규정하고 있다. 동법은 5년마다 ‘보건의료 발전계획’을 수립하도록 하였으며 보건의료자원·인력 등에 대한 관리를 하도록 국가와 지방자치단체에 의무를 부여하고 있다. 그리고 여성과 어린이, 노인, 장애인에 대한 보건의료와 학교·산업·환경 보건 및 감염병, 만성질환, 정신보건에 대한 국가의 시책수립과 시행을 촉구하고 있다. 「보건의료기본법」의 내용을 구체화한 법률이 「의료법」, 「응급의료에 관한 법률」, 「국민건강증진법」, 「산업보건법」, 「환경보건법」 등 이다.

더불어 지역·계층·분야에 관계없이 보편적 의료이용을 보장하기 위한 법률인 「공공보건의료에 관한 법률」을 통해서도 보건의료 공급 취약지역에 대

한 의료공급·취약계층에 대한 의료서비스 관련 사업 등을 국가가 효율적으로 제공하기 위한 계획을 수립하고 시행하도록 하고 있다. 구체적으로 공공보건 의료기관의 설립에 대한 국가의 의무를 명시하고, 공공전문진료센터의 지정과 교육·훈련실시·공공보건의료 지원센터 및 지원단을 설치함으로써 공공보건 의료서비스의 질적 향상과 운영의 효율성을 담보하기 위한 근거를 제시하였다. 「공공보건의료에 관한 법률」의 내용을 구체화한 법률이 「공중위생관리법」, 「농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법」, 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」, 「지역보건법」 등 이다.

헌법과 「보건의료기본법」·「공공의료에 관한 법률」에서 국가에 부여한 의무를 현실적으로 실현하기 위한 법률들을 재구성하면 다음과 같다. 인력·시설·장비 등과 관련해서는 「의료법」, 「의료기사 등에 관한 법률」, 「보건의료기술진흥법」, 「국립중앙의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」, 「지방의료원 설립 및 운영에 관한 법률」, 「지역보건법」, 「의료기기법」 등이 있으며, 특정 질병에 대한 보호와 예방에 대해 명시한 법률은 「결핵예방법」, 「암관리법」, 「정신보건법」, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」, 「후천성면역결핍증 예방법」, 「검역법」, 「공중위생관리법」, 「건강검진기본법」, 2016년 7월부터 시행될 「환자안전법」 등이 있다. 다만 이들 법률들은 구조적으로 국민건강 보장을 위한 조건과 가이드라인을 제시한 것으로 직접적인 급부를 제공하는 것을 내용으로 하지 않는다. 예컨대 「의료법」은 의료인의 자격과 권리·의무 및 의료기관의 시설 조건 등 의료에 필요한 사항을 규정하고 있으며, 「암관리법」은 국가가 암의 예방과 진료 및 연구 등에 관한 정책을 종합적으로 수립·시행하기 위한 내용을 담고 있다. 따라서 이들 법률들은 국민 건강보장을 위한 제도적 측면의 구성에 관한 내용 또는 특별한 보호가 필요한 질병의 보호 범위나 관리주체 등에 대한 내용으로 구성된다. 이들 개별 법률들이 목적하는 국민 건강보장은 실질적으로 직접적인 급부행위인 의료서비스가 더해져야 완

성된다. 국민 건강권을 보장하기 위해 직접적으로 제공되어야 하는 내용인 의료서비스는 현행 국민건강보험법의 요양급여를 통해 실행된다.

헌법이 지향하는 국민 건강권의 실현은 「보건의료기본법」을 구체화하는 다양한 법률들에 의해 나타나는 구조정책적인 측면과 실질적으로 국민들에게 제공되는 의료서비스의 범위와 한계 등 직접적인 급부의 내용을 규정한 「국민건강보험법」으로 구분할 수 있다.⁹⁴⁾ 즉 모든 국민에게 검역을 통해 사전에 건강문제의 발생을 예방하고 공공의료기관을 설립하여 의료의 접근성을 높이고 의료인력과 장비 등에 대한 기준을 설정하고 관리함으로써 건강위험이 현실화되었을 때 제공되는 의료서비스를 효율적으로 실행하기 위한 제도적·구조적인 것과는 다르게 제공되는 급여의 내용과 방법을 구체적으로 규정함으로써 의료서비스 행위 가능성을 확인하는 「국민건강보험법」은 모든 의료서비스의 기준이 된다. 더불어 국민 건강권 보장의 가장 핵심적 요소인 의료서비스의 범위를 관리함으로써 현실화된 건강 문제의 해결에 직접적인 영향을 미치는 기준이 된다. 따라서 「암관리법」, 「결핵예방법」, 「정신보건법」, 「구강보건법」 등에서 요구하는 의료서비스는 「국민건강보험법」의 영역에서 이뤄지는 의료행위의 범위를 벗어날 수 없다.

이러한 이유에서 국민의 건강권 보장의 가장 실질적이며 직접적인 급부의 내용을 다루고 있는 「국민건강보험법」의 내용을 검토하는 것은 건강권 보장을 위한 규범체계를 이해하기 위한 핵심이 된다. 따라서 다음에서는 「국민건강보험법」의 내용과 과제 및 개선방안을 중심으로 논의를 진행한다. 다만 우리나라의 경우, 「국민건강보험법」을 사회보장체계 중 사회보험의 영역으로 포함하여 운영하고 있어 사회보장체계를 개괄한 후 「국민건강보험법」의 내용을 구체적으로 살펴본다.

94) 국민의 건강권을 규범적 체계를 개인과 공공으로 구분한 견해도 있다. 노호창, 공적 건강보장에 있어서의 자유 제한과 그 정당성, 사회보장연구, 제3권 제1호, 2014년 142면 이하 참조.

2. 사회보장체계의 유형

사회보장기본법은 헌법 제34조의 사회적 기본권을 구체적으로 실현하기 위한 개별 법률의 기준을 제시하기 위해 사회보장의 기본이념 및 국가와 지방자치단체가 사회보장체계에서 수행해야 할 기본원칙과 방식을 정하여 국가의 사회보장체계의 일관성 유지, 제도간 조화를 위한 조정, 정책수립과정의 갈등 해소를 목적으로 제정되었다.⁹⁵⁾ 따라서 사회보장기본법은 사회보장에 관한 기본법으로서 헌법과 개별 법률의 매개 역할을 해야 한다. 이러한 의미에서 사회보장기본법은 헌법의 추상적 규범을 구체화하면서 동시에 사회보장 관련 개별 법률들을 총괄적으로 지배하는 법률이자 다른 법률의 제·개정의 기준이 된다.⁹⁶⁾

사회보장기본법 제3조는 사회보장제도를 ‘사회보험’·‘공공부조’·‘사회서비스’·‘평생사회안전망’으로 구분하고 있다. 앞의 3가지 제도는 모든 국민을 적용대상으로 하지만 마지막 ‘평생사회안전망은’ 특정한 사회적 위험을 개인별 상황에 맞게 맞춰줌으로 개인에게 발생한 위험을 보호하려는 제도이다.⁹⁷⁾

그러나 이러한 사회보장기본법의 구분의 의미가 분명하지 않다. 특히 사회서비스와 평생사회안전망을 구분하는 것이 어떤 의미를 주는 것인지 명확하지

95) 안종범, 사회보장기본법 개정의 주요내용과 기대효과, 사회보장기본법 전부개정을 위한 공청회 자료집, 2010.12.20, 16면 이하 참조.

96) 이호근, 사회보장법 총론의 가능성, 사회보장법학 제1권 제1호 2012.10., 69면 이하; 더불어 현행 사회보장기본법이 이러한 기능을 수행하고 있는지에 대해서는 항을 달리하여 검토하기로 한다.

97) 사회보장기본법 제3조 정의를 살펴보면 우선 ‘사회보험’은 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도로, ‘공공부조’는 국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활 유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도로 설명하고 있다. 더불어 ‘사회서비스’는 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 복지, 보건의료, 교육, 고용, 주거, 문화, 환경 등의 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담, 재활, 돌봄, 정보의 제공, 관련 시설의 이용, 역량 개발, 사회참여 지원 등을 통하여 국민의 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도로, 마지막으로 ‘평생사회안전망’이란 생애주기에 걸쳐 보편적으로 충족되어야 하는 기본욕구와 특정한 사회위험에 의하여 발생하는 특수욕구를 동시에 고려하여 소득서비스를 보장하는 맞춤형 사회보장제도라고 설명하고 있다.

않다. 입법의도를 보면 생애주기를 기준으로 특별히 발생하는 수요를 충족시키기 위해 해당 국민의 소득과 특별한 욕구를 고려한 맞춤형 사회보장제도를 평생사회안전망이라고 정의하고 있다. 그런데 이러한 특별한 욕구를 고려한 개인 맞춤형 사회보장제도와 사회서비스라고 정의되어 있는 내용의 구분이 현실적으로 가능한지 의문이다. 결국 이러한 구분은 국민 개인의 특별한 욕구도 국가가 보장 한다는 입법자의 의지를 표명한 것으로 이해된다.

사회보장법체계는 국가의 어떠한 기능을 통해 국민의 기본적인 생활을 보호하는지 더불어 그 대상의 선별 기준은 무엇인지 등에 대한 명확한 설명이 필요하게 된다. 이것이 사회보장체계를 유형화하는 이유이다. 사회보장체계의 유형화는, 사회보험과 공공부조 그리고 사회복지법으로 구분하기도 하고⁹⁸⁾ 공적부조, 사회복지, 특별원호, 사회보험, 근로보호, 보건위생으로 나누기도 한다.⁹⁹⁾ 어떠한 구분도 사회보장체계의 유형화를 위한 절대적 가치기준이 될 수 없다. 그럼에도 불구하고 국가의 역할과 기능을 보다 명확하게 하기 위해서는 해당 제도를 구분함에 있어 원인관계를 분명히 함으로써 국가와 제도의 운영체계를 보다 명확히 설명할 수 있기 때문에 이러한 견지에서 사회보장법체의 구분에 있어서도 제도운영의 원인관계를 기준으로 구분하는 것이 필요하다.

헌법 제34조와 제119조 제2항을 기준으로 사회보장체계의 연결고리를 살펴보면, 소득의 적정한 재분배를 통해 개인의 기본권 실현의 기초를 마련하는 것이 국가의 사회보장 실현의 구체적인 수단으로써 작동할 수 있는 현실적인 방안임을 고려할 때 사회보장의 실현구조, 즉 현금이든 현물이든 제공되는 급여의 내용과 원인관계를 중심으로 사회보장체계를 구분하는 것이 가장 합리적인 방법이 될 것이다. 이러한 이유에서 급여제공의 원인관계를 중심으로 현재

98) 명순구 외, 역사와 해설 국민건강보험법, 법문사, 2011, 13면 각주 23 재인용.

99) 석중현, 일반행정법(하), 삼영사, 1991, 478면; 김도창, 일반행정법론(하), 청운사, 1990, 530면 이하 참조.

우리나라의 사회보장법체계를 구분한 입장, 즉 사회보장법체계를 사회보험법, 사회보상법, 공공부조법 그리고 사회복지관련법으로 유형화하는 것이 보다 설득력이 있다.¹⁰⁰⁾ 이 중 국민에게 직접적인 급부를 제공하는 사회보장체계로는 사회보험법이 있으며 건강과 직접적으로 관계있는 것은 사회보험 중 국민건강보험법이다.¹⁰¹⁾

제2절 국민건강보험법 체계

1. 국민건강보험법의 역사적 변천 과정

1) 임의보험사업기(1963년~1973년)

우리나라는 국민건강보호를 목적으로 관련 법률이 만들어졌다기 보다는 정치·전시적 차원에서 의료보장제도가 시행되고 발전한 경우에 해당한다.¹⁰²⁾ 1963년 제정된 현행 국민건강보험법의 전신인 의료보험법은 유럽국가들이 오랜시간동안 ‘길드’라는 공동체를 통해 구성원들에게 발생한 질병이나 장애에 대해 보험의 형태를 통해 일정한 급부를 시행하던 것에서 발전하여 사회제도를 만들어갔던 것과는 달리¹⁰³⁾ 1961년 5·16 쿠데타로 정권을 잡은 군사정권의

100) 전광석, 한국사회보장법론, 집현재, 2014, 82면 이하 참조.

101) 현재 우리나라의 사회보험은 총 5가지 종류로 구분된다. 질병의 사회적 위험을 보호하기 위한 국민건강보험과 노인장기요양보험 그리고 퇴직·노령·사망·장애·재해의 위험을 보호하기 위한 각종 연금보험, 근로자가 근로관계에서 발생하는 위험을 보호하기 위한 산업재해보험 마지막으로 근로자의 실업으로 인해 발생하는 위험을 보호하기 위한 고용보험이 그것이다.

102) 당시 쿠데타로 정권을 잡은 세력들이 자신들의 정권에 대한 부정적인 인식을 해소하기 위한 방안으로 다수의 사회보장에 관련된 법률들이 제정되었으나 그것을 실제로 현실화시킬 의지는 없었다고 볼 수 있다. 이에 대한 상세한 내용은 이흥재, 사회보장법 형성의 풍토적 특징, 서울대학교 법학, 제52권 제3호 2011년 9월, 381면 이하 참조.

103) 유럽의 건강보험제도 발전의 역사적인 배경에 대한 자세한 내용은 Gerhard A. Ritter, 전광석(역), 복지국가의 기원, 법문사, 2005, 참조.

정치적·전시적 이유로 기존에 민간을 중심으로 논의되던 의료보험법 법제화 연구를 기초로 의료보험법을 제정하게 된다.¹⁰⁴⁾

의료보험법이 제정되기까지 제도의 적용대상과 시행시기 그리고 강제가입에 대한 많은 논의가 있었으나 결국 근로자 300인 이상을 상시 사용하는 사업소의 사업주는 근로자 300인 이상의 동의와 보건사회부장관의 승인을 얻어 의료보험조합을 설립할 수 있도록 하였다. 그러나 1963년 12월 의료보험법이 제정됐음에도 불구하고 의료수가 기준, 보험재정 부담 등의 문제로 인해 사업 시행이 지연된다.¹⁰⁵⁾ 이후 의료보험사업을 위해서는 강제가입 조항이 필요하며 보험재정 안정 방안 마련 등 효율적인 의료보험사업을 위해 의료보험법의 개정이 필요하다는 의견에 따라 보건사회부는 1973년부터 월평균 임금이 3만원 이상인 국영기업 및 은행을 대상으로 의료보험의 당연적용을 실시하고, 근로자 500인 이상의 일반사업체는 사업주와 근로자의 협의를 의하여 의료보험협동조합을 구성·운영하도록 하였다. 그러나 후속조치가 마련되지 못하여 결국 시행되지 못한다.¹⁰⁶⁾

2) 의료보험도입기(1977년~1987년)

이후 현실적인 강제적용의 범위를 일시에 전체 근로자에게 확대하기 어려움을 인식하고 일정 규모 이상의 사업장으로부터 단계적으로 확대하는 것을 골자로 하는 의료보험법 개정이 1976년 12월 이뤄지고 1977년 1월 1일부터 시행

104) 의료보험법을 포함하여 우리나라 사회보장제도에 대한 초기설계는 1959년 당시 보건사회부 주관으로 공무원과 민간인으로 구성된 '건강보험제도 도입을 위한 연구회'를 중심으로 이뤄졌다. 이에 대한 자세한 내용은 양재진·김영순·조영재·권순미·우명숙·정홍모, 한국의 복지정책 결정과정-역사와 자료, 나남, 2008, 70면 이하.

105) 그러나 1976년까지 1963년 제정된 의료보험법을 근거로 일부 사업장과 지역주민들에 의한 의료보험조합이 설립인가를 받아 의료보험사업이 진행되기도 한다. 문옥륜 외, 의료보장론, 신광출판사, 2000, 104면 참조.

106) 자세한 내용은 명순구 외, 역사와 해설 국민건강보험법, 법문사, 2014, 42면 이하 참조.

됐으며 1977년 7월 1일부터 500인 이상의 사업장 근로자와 공업단지의 근로자부터 강제적용하기 시작한다. 1976년 개정안에는 피보험자를 1종과 2종으로 구분하고 1종은 사업장 근로자로 2종은 일반주민 및 1종 피보험자 이외의 자로 정하였으며 의료보험조합연합회를 통해 조합의 보험재정을 보장하도록 하였다. 또한 1976년 의료보험법 개정에서는 피보험자의 대상을 공무원, 「군인 및 사립학교교직원연금법」에 의한 대상자와 「생활보호법」의 보호를 받는 자는 제외하도록 하여 1977년 12월 「공무원 및 사립학교교직원의료보험법」과 「의료보험법」이 제정되었다. 「의료보호법」은 1978년 1월부터, 「공무원 및 사립학교교직원의료보험법」은 1978년 7월 시행된다. 이후 1978년 8월 「공무원 및 사립학교교직원의료보험법」에 따라 의료보험관리공단이 설립된다.

3) 의료보험 통합기(1988년~1999년)

농·어촌지역 주민들의 불만과 도시 자영업자들의 불만을 해결하기 위해 1989년에 발의된 「국민의료보험법」이 여·야합의로 국회를 통과했음에도 불구하고 대통령의 거부권 행사와 국회 임기만료로 폐지되었다. 이후 1994년 보건복지부에 의료보장개혁위원회가 설치되고 의료분야에 대한 개혁을 준비하면서 통합논의가 다시 시작된다.

1997년 12월 31일 법률 제5488호로 공포된 「국민의료보험법」은 기존의 의료보험의 문제점 해결을 위해 위험분산과 소득재분배가 최대한 가능할 수 있도록 모든 의료보험을 통합한다는 취지에서 국민의료보험공단을 설립하여 지역의료보험조합 업무를 흡수하고 점진적으로 통합운영 방식을 의료보험제도에 도입한다는 것을 주요 골자로 한다.¹⁰⁷⁾ 결국 공무원및사립학교교직원의료보험관리공단이 국민의료보험공단으로 명칭이 변경되면서 지역의료보험조합을 흡

107) 명순구 외, 역사와 해설 국민건강보험법, 법문사, 2014, 92면 이하 참조.

수한 형태가 된다. 이에 따라서 5인 이상 사업장의 근로자는 「의료보험법」에 의해, 공무원·교직원 및 지역가입대상자는 「국민의료보험법」에 의해 보호되는 2중구조를 갖게 되었다. 이후 1999년에 개정된 국민의료보험법은 의료보험 요양기관의 지정제도를 폐지하여 의료법 등에 의한 의료기관과 약국 및 보건소를 별도의 지정절차 없이 의료보험요양기관이 되도록 하였으며 부당한 요양급여청구에 대해서는 2년 이내의 업무정지 또는 부당청구금액의 5배 이내의 과징금을 부과하도록 하였다.¹⁰⁸⁾ 이후 1999년 「국민건강보험법」이 제정되고 2000년 1월 1일 시행되면서 「국민의료보험법」과 「의료보험법」은 폐기된다.

4) 국민건강보험법 제정 이후(2000년~현재)

「국민의료보험법」이 시행되면서 다자보험자 방식의 의료보험과 지역피보험자 그리고 공무원·사립학교교직원피보험자를 중심으로한 단일보험이 혼용되어 운영되면서 관리운영 비용의 증가와 사회보험의 소득재분배 및 위험분산기능의 약화, 의료보호 대상자들에 대한 차별 및 보험운영 방식에 따라 피보험자 부양가족에 대한 혜택의 차별 등이 문제로 지적되었고, 정치적으로는 1997년 당시 대통령 후보의 의료보험통합 선거공약 등 정치·사회적 요청으로 의료보험통합 논의가 진행된다. 이후 1998년 정부의 「건강보험법」안과 국회의 「국민의료보험법개정법률」안의 내용을 토대로 「국민건강보험법」이 1999년 1월 6일 국회 본회의를 통과하고 2001년 1월 1일 시행된다.

「국민건강보험법(법률 제5854호, 1999.2.8, 제정, 시행 2000.1.1)」은 그동안 다보험자 방식으로 운영되고 있는 의료보험관리체계를 단일보험자로 통합운영함으로써, 운영의 효율성과 보험료 부담의 형평성을 높이고 질병의 치료외에 예방·건강증진 등을 포함하는 포괄적인 의료서비스를 제공하여 국민건강의

¹⁰⁸⁾ 법률 제5855호, 1999년 2월 8일.

향상을 도모하기 위해 국내에 거주하는 국민은 의료보호대상자 등을 제외하고는 모두 건강보험 가입대상이며, 이를 직장가입자 및 그 피부양자, 지역가입자로 구분하였다. 또한 건강보험의 보험자는 국민건강보험공단으로 하고, 공단의 이사장은 보건복지부장관의 제청에 의하여 대통령이 임명하며, 이사는 보건복지부장관이 임명하도록 하였다.

건강보험 가입자 및 피부양자의 질병·부상·출산 등에 대하여 진찰·약제 지급·치료·예방 등의 요양급여를 요양기관에서 실시하고, 기타 장제비와 상병수당 등의 임의급여를 대통령령이 정하는 바에 의하여 실시할 수 있도록 하였다. 요양급여비용은 공단의 이사장과 대통령령이 정하는 의료계를 대표하는 자와 계약으로 정하도록 하여 비용계약제도를 채택하였으며 요양급여비용을 심사하고 요양급여의 질적 적정성을 평가하기 위하여 건강보험심사평가원을 국민건강보험공단과 별도로 설립하도록 함으로써 공정성을 담보하도록 하였다. 보험료와 관련해서 직장가입자는 등급별 표준보수월액에 보험요율을 곱하여 산정하도록 하고 지역가입자는 그 세대의 등급별 표준소득월액에 보험요율을 곱하여 산정하도록 하였다. 가입자의 보험요율은 1천분의 80의 범위안에서 재정운영위원회의 결정 내용을 참작하여 대통령령으로 정하도록 하였다.

2000년 12월(법률 제6320호)에 개정된 국민건강보험법은 그 동안 5인 미만 사업장 근로자를 지역가입자로 편입시켜 본인이 보험료 전액을 부담하였으나 이들을 직장가입자로 편입시켜 보험료 부담의 형평을 기하고 영세사업장에 고용된 근로자의 복지를 확대하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하였다.¹⁰⁹⁾

109) 주요 내용으로는 직장가입자는 모든 사업장에 고용된 근로자와 그 사용자 등으로 하되, 사업장의 특성, 고용형태 및 사업의 종류 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 근로자 및 사용자 등은 제외하도록 하며, 이 경우에도 소속 사업장의 근로자 및 사용자는 대통령령이 정하는 방법과 절차에 따라 직장가입자가 될 수 있도록 하였고, 5인 미만 사업장 가입자에 대한 형평성있는 보험료 부과를 위하여 보수관련 자료가 없거나 불명확한 경우 등 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 경우에는 보건복지부장관이 정하여 고시하는 금액을 보수로 인정할 수 있도록 하였다. 이후 법률 제6618호(2002.1.19, 일부

2002년 12월(법률 제6799호)에는 의약품대금의 직접지불제도 관련규정을 삭제하고 요양급여의 대상여부 확인신청제도를 마련함으로써 요양기관의 운영상 안정을 기하고 수급자의 권리를 강화하는 등 요양급여체계를 합리적으로 개선하기 위해 개정되었다. 2003년 7월(법률 제6951호)에는 건강보험 급여관리의 효율성을 도모하기 위하여 국민건강보험공단 등이 보험사업자의 보험금 지급 내역자료의 제공을 요청할 수 있도록 하였다.

2003년 9월(법률 제6981호)에는 「약사법」에 따라 희귀병환자들에게 희귀의약품 등을 공급하기 위하여 설립된 한국희귀의약품센터가 국민건강보험법상 요양기관으로 규정되지 않아 한국희귀의약품센터에서 약품을 구입하는 희귀병환자들이 건강보험의 혜택을 받을 수 없는 문제가 있어 한국희귀의약품센터에서 희귀의약품 등을 구입하는 경우에도 건강보험 혜택을 받을 수 있도록 국민건강보험법상의 요양기관에 한국희귀의약품센터를 포함시켰다.

2004년 1월(법률 제7144호)에는 건강보험료를 일정기간 체납한 지역가입자가 보험급여를 받은 경우에 체납된 건강보험료의 납부가능기간을 연장하여 보험급여를 계속하여 받을 수 있도록 하였다. 또한 현역병 등 병역의무자가 요양기관에서 요양급여를 받은 경우에 국민건강보험공단이 그 요양비용을 국방부장관 등으로부터 예탁받아 처리할 수 있도록 하여 현역병 등이 민간병원에서 진료를 받는 경우에 그 경제적인 어려움을 덜어줄 수 있도록 하였다.

2005년 1월(법률 제7377호)에는 국민건강보험공단이 보수나 소득의 신고내용에 축소·탈루 혐의가 있다고 인정되는 가입자의 자료를 보건복지부장관을 거쳐 국세청장에게 송부할 수 있도록 하였고, 그 해 7월(법률 제7590호)에는 보험가입자가 현역병 등으로 군입대를 하거나 교도소 등에 수감되는 경우 자

개정) 법률 개정에서는 국민건강보험공단이 직장가입자와 지역가입자의 재정을 각각 구분하여 처리하여야 하는 기한을 2001년 12월 31일에서 2003년 6월 30일까지로 연장함으로써 국민건강보험의 재정통합시기를 1년 6월간 유예한다.

격변동사항이 신속하게 통보되어 건강보험 자격관리가 원활하게 이루어지도록 하기 위해 변동일부터 1월 이내에 법무부장관 및 국방부장관이 보험자에게 통지하도록 하였고, 교도소 등에 수용되어 있는 자에 대하여 현역병 등과 마찬가지로 요양급여비용을 국가가 부담하여 요양급여를 실시하도록 하였다.

2006년에는 10월(법률 제8034호)에는 국민건강보험료 부과 및 면제대상 월의 산정에 있어서 국민건강보험 가입자의 자격 취득·정지해제 등의 경우에 해당월의 보험료 부과를 면제하고, 국민건강보험료 등 납입을 전자고지할 수 있는 근거를 신설하는 내용이다.¹¹⁰⁾ 같은 해 12월(법률 제8153호)에는 국민건강보험의 재정건전화 달성을 위하여 제정된 「국민건강보험 재정건전화특별법」의 유효기한이 2006년 12월 31일로 만료됨에 따라 건강보험재정에 대한 정부지원의 규모와 방식, 건강보험 정책에 관한 의사결정조직인 건강보험정책심의위원회 등 동법에서 규정하고 있는 주요사항을 이 법으로 옮겨 규정하는 한편, 보험료 부과 기준이 되는 표준보수월액 및 부과표준소득의 등급제를 폐지하고, 취약계층에 대한 보험료 경감을 확대하는 내용을 담고 있다.

2008년 3월(법률 제9022호)에는 새롭게 건강보험이 적용되는 사업장이 되거나 기존의 적용대상 사업장에서 적용제외 사업장이 되는 경우 사업장 신고의무를 법정화하였고 요양기관에 대한 업무정지처분의 효과가 요양기관을 양수한 자에게도 승계되도록 하였다.¹¹¹⁾

110) 구체적으로 국민건강보험료 부과 및 면제대상 월의 산정에 있어서 월 중에 국민건강보험 가입자 자격을 취득하거나 군 제대 등으로 자격정지가 해제되는 경우에 자격을 취득·유지한 일수에 해당하는 보험료를 부과하지 아니하고 월 보험료 전부를 부과하는 국민건강보험료의 부과기간에 관한 규정의 불합리함을 개선하기 위해 매월 1일에 국민건강보험 가입자의 자격을 취득한 경우를 제외하고는 국민건강보험 가입자의 자격을 취득한 날이 속하는 달의 다음 달부터 국민건강보험료를 징수하도록 하였다. 두 번째 국민건강보험료 등의 납입고지는 문서로만 하도록 되어 있어 납부의무자가 원하는 경우에는 전자문서로도 할 수 있게 할 필요가 있다는 지적에 따라 국민건강보험료 등의 납부의무자가 신청한 경우에는 국민건강보험료 등의 납입고지를 전자문서교환방식 등에 의하여 고지할 수 있도록 함으로써 우편발송비용 등 행정비용을 절감하고 국민건강보험 가입자의 편의를 제고할 수 있도록 하였다.

111) 구체적으로는 사용자는 건강보험이 적용되는 사업장에 해당된 경우나 휴업·폐업하는 경우에는 그 사유 발생일부터 14일 이내에 보험자에게 신고하도록 하고 요양기관에 대한 업무정지처분의 효과는 그 처분이 확정된 요양기관을 양수한 자 또는 합병 후 존속하는 법인에 승계되고, 업무정지처분의 절차가

2009년 5월(법률 제9690호)에는 국민건강보험공단의 업무에 「국민연금법」, 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 및 「임금채권보장법」에 따라 위탁받은 사회보험료 징수업무를 추가한다.¹¹²⁾

2011년 12월에는(법률 제11141호) 당초 2011년 12월 말까지로 예정되어 있는 건강보험재정에 대한 정부지원을 2016년 12월 말까지 연장하고, 직장가입자에 대하여 보수를 기준으로 산정하는 보수월액보험료 외에 다른 소득을 기준으로 산정하는 소득월액보험료를 징수하는 근거를 마련하였다.¹¹³⁾

2013년 5월(법률 제11787호)에는 요양급여비용 계약 체결 시기를 정부의 예산 편성 시기와 연계하여 건강보험재정에 대한 국고지원 규모 산정의 정확성을 높이고, 임의계속가입 신청기한을 연장하여 실직한 사람의 보험료 부담을 완화하며, 보험료 체납 등 자료를 신용정보 집중기관에 제공할 수 있는 근거를 마련하여 보험료 납부를 간접적으로 강제할 수 있도록 하는 내용과 요양기관을 개설할 수 없는 자가 명의를 대여하여 요양기관 개설 시 부당이득을 징수할 수 있는 근거를 마련하고, 건강보험증 부정사용 등을 통한 부정수급행위에 대한 처벌을 강화하고, 납부기한 연장제도에 대한 법적근거를 마련하였다.

진행 중인 경우에는 양수인 또는 합병 후 존속하는 법인에 대하여 업무정지처분의 절차를 계속 진행할 수 있으며, 이 경우 업무정지처분을 받았거나 진행 중인 자는 행정처분절차의 진행사실 및 행정처분사실을 양수인 또는 합병 후 존속하는 법인에 지체 없이 통지하도록 의무화하도록 하였다.

112) 다만 국민건강보험공단의 회계를 국민건강보험사업과 징수위탁 근거법에 따라 위탁받은 국민연금사업·고용보험사업·산업재해보상보험사업·임금채권보장사업을 구분하여 계리하도록 하였다. 또한 징수업무의 효율을 위해서 국민건강보험공단은 국가·지방자치단체 그 밖의 공공기관 및 공공단체에 대하여 사회보험료 징수업무 수행에 필요한 자료의 제공을 요청할 수 있도록 하고 국민건강보험공단이 징수한 사회보험료 등의 금액이 징수하여야 할 총액에 부족한 경우 각 사회보험에 배분하여 납부 처리하는 기준을 마련하도록 하였다.

113) 또한 의료자원관리의 효율성을 확보하고 요양급여비용의 누수를 방지하기 위하여 요양기관 시설·장비·인력 현황에 대한 신고의무를 법정화하고, 미신고 또는 거짓 신고 시에는 과태료를 부과할 수 있도록 하였으며, 납부능력이 있음에도 보험료를 체납하고 있는 자의 명단을 공개할 수 있도록 하고, 결손처분 후 재산이 발생한 경우 결손처분을 취소할 수 있도록 함으로써 보험료의 성실납부를 유도하였다. 더불어 보험료 납부를 위해 관할 세무서장 또는 지방자치단체의 장에게 과징금 납부의무자의 과세정보를 요청할 수 있도록 하여 과징금 징수율을 제고하며, 약제·치료재료 제조·판매업자 등으로 하여금 거짓 자료를 제출하여 약가를 부당하게 고가로 정하게 하는 등의 행위를 금지하고 그 위반 여부를 조사할 수 있는 근거를 마련하였다.

2014년 1월(법률 제12176호)에는 의약품 리베이트 제재 수단 강화를 통한 공정거래질서 확립 및 사립학교 직원을 제외한 교직원에게만 국가가 보험료의 일부를 부담하도록 하였으며 더불어 건강보험분쟁조정원 기능 강화를 통한 신속 정확한 분쟁조정이 가능하도록 하였다. 같은 해 5월(법률12615호)에는 보험료를 신용카드로 납부할 수 있는 근거와 사무장병원과 면허대여약국의 요양급여비용 지급 보류, 보험급여 압류방지 전용통장 개설 근거 등을 마련하였다.

2. 현행 국민건강보험법의 주요 내용과 당사자간의 법률관계¹¹⁴⁾

1) 국민건강보험법의 주요내용

(1) 보호범위-질병의 개념

국민건강보험법 총칙은 국민건강보험법의 목적과 감독기관 그리고 용어의 정의 및 건강보험정책심의위원회의 역할과 구성에 대한 내용을 다루고 있다. 제1조의 목적에서는 국민건강보험법의 적용범위를 “국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여”라고 하고 있어 기존에 포함되지 않았던 건강증진에 대한 내용을 포함시켜 의료서비스에 대한 국민의 의식변화 및 의료기술의 발전에 따른 사회환경 변화가 법률에 반영되고 있음을 확인할 수 있다. 이러한 취지에서 의료보험(Medical Insurance)이라는 용어 대신에 건강보험(Health Insurance)라는 용어를 사용하고 그 법률을 국민건강보험법이라고 하였다.¹¹⁵⁾

그러나 국민건강보험법의 적용대상인 질병과 부상 그리고 출산과 사망 중에

114) 법률 제12844호 2014년 11월 11일 시행법률 기준.

115) 명순구 외, 역사와 해설 국민건강보험법, 법문사, 2014, 338면.

서 질병의 경우는 앞에서 살펴본 것처럼 정의되기 쉽지 않다. 앞에서 살펴본 내용을 부연설명을 하자면 질병은 사회·경제적 파급효과로 인해 사회적 위험의 성격을 갖고 있다.¹¹⁶⁾ 그럼에도 불구하고 법률에 의한 보호대상이 되기 위해서는 범위에 대한 설정이 필요하다. 더불어 질병으로 인해 발생하는 사회·경제적 위험과 건강한 삶에 대한 국민의 의식변화 등이 함께 고려되어야 한다. 이러한 이유에서 단순히 임상적 질병에 대한 개념정의가 법학적으로는 유용하지 않다. 결국 질병이란 개인의 생활을 파괴하는 상황에서 의료서비스의 제공이 필요한 시점을 규명하는 것, 이것이 법학의 규율 대상이 되어야 한다.¹¹⁷⁾ 이러한 의미에서 질병을 구성하는 요소로 첫째, 비정상적인 신체·심리 및 정신 상태와 둘째, 치료의 필요성을 들 수 있다. 다만 첫째 요소인 비정상적인 신체·심리 및 정신상태가 현상적으로 보이지 않더라도 이러한 상태가 예측되는 경우에는 치료의 필요성이 인정되어야 한다.¹¹⁸⁾

(2) 건강보험정책심의위원회

국민건강보험은 국내에 거주하는 모든 국민에게 소득을 기준으로 보험료를 징수하고 요양기관에서 요양급여를 실시한다. 따라서 징수된 보험료의 사용을 위한 요양급여 기준 및 비용에 대한 심의를 통해 그 내용을 정한다. 이러한 정책결정과정에서 가입자와 보험자, 요양기관과 보험자 사이에 이해관계인을 참여시켜 당사자간의 이견을 조율할 필요성이 있다. 건강보험정책심의위원회는 건강보험정책에 관한 사항 중 요양급여기준, 요양급여비용에 관한 사항, 직

116) 질병의 사회성과 관련해서는 전광석, 의료보험법에서 질병의 개념 및 범위에 관한 해석론적 및 정책론적 시론, 사회보장법학, 한림대학교출판부, 1993, 137면 이하 참조.

117) 전광석, 한국사회보장법론, 집현재, 2014, 227면 각주 2. 참조.

118) 자세한 내용은 전광석, 의료보험법에서 질병의 개념 및 범위에 관한 해석론적 및 정책론적 시론, 사회보장법학, 한림대학교출판부, 1993, 156면 이하 참조.

장가입자의 보험료율, 보험료부과 점수당 금액, 요양급여 각 항목에 대한 상대 가치 점수, 약제·치료재료별 요양급여비용의 상한을 심의·의결하는 기구이다. 구성원은 보건복지부 차관을 위원장으로 근로자단체 및 사용자단체가 추천하는 각 2명, 시민단체(비영리민간단체지원법 제2조에 따른 비영리민간단체), 소비자단체, 농어업인단체 및 자영업자단체가 추천하는 각 1명, 의료계를 대표하는 단체 및 약업계를 대표하는 단체가 추천하는 8명과 기획재정부와 보건복지부 소속의 3급 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직 공무원 중에서 소속 기관장이 지명하는 각 1명, 국민건강보험공단의 이사장 및 건강보험심사평가원의 원장이 추천하는 각 1명, 건강보험에 관한 학식과 경험이 풍부한 4명 등 총 25명이며 그 임기는 3년으로 한다.

(3) 가입자

국민건강보험의 가입자는 국내에 거주하는 국민이 되며 직장 가입자의 경우, 직장 가입자에게 주로 생계를 의존하는 사람으로서 보수나 소득이 없는 사람을 피부양자라고 한다. 건강보험의 가입자는 건강보험의 직접적인 당사자가 되며 보험료 부담의무와 건강보험급여청구권이 발생한다. 다만 「의료급여법」에 의한 급여대상자와 「독립유공자예우에 관한 법률」 및 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」에 따라 의료보호를 받는 사람의 경우에는 국민건강보험법이 아닌 각각의 개별법에 의해 보호를 받아 국민건강보험법의 적용대상에서 제외된다.

가입자는 직장가입자와 지역가입자로 구분된다. 모든 사업장의 근로자와 사용자, 그리고 공무원 및 교직원이 직장가입자가 되며, 직장가입자와 피부양자를 제외한 국민이 지역가입자가 된다. 다만 직장가입자 중 고용기간이 1개월 미만이거나 현역병, 전환복무된 사람 및 무관후보생 또는 보수를 받지 않는

선거에 당선되어 취임한 공무원과 비상근 근로자·비상근 교직원 또는 1개월 동안 근로시간이 60시간 미만인 단기간 근로자나 시간제 공무원 및 교직원, 소재지가 일정하지 않은 사업장의 근로자와 사용자, 근로자가 없거나 비상근 근로자 또는 월 60시간 미만의 근로를 하는 근로자를 고용한 사업장의 사업주는 직장가입자에서 제외된다.

외국인의 경우 건강보험 적용 사업장의 근로자, 공무원 또는 교직원으로서 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」에 의해 국내거소신고를 한 사람과 「출입국관리법」에 따른 외국인등록을 한 사람의 경우 직장가입자의 자격을 취득할 수 있고 국내에 3개월 이상 거주하였거나 유학·취업 등의 사유로 3개월 이상 거주할 것이 명백하거나 「출입국관리법」에 의해 등록한 사람 중 보건복지부령이 정한 체류자격이 있는 사람이 건강보험공단에 지역가입자 신청을 하는 경우 가입자의 자격을 취득할 수 있다. 더불어 외국인이 가입자의 피부양자도 신청에 의해 피부양자의 자격을 취득할 수 있다.

(4) 국민건강보험공단

건강보험의 보험자인 국민건강보험공단은 가입자 및 피부양자의 자격 관리, 보험료와 그 밖에 이 법에 따른 보험료 및 징수금의 부과·징수, 보험급여의 관리, 가입자 및 피부양자의 건강 유지와 증진을 위하여 필요한 예방사업, 보험급여 비용의 지급 등의 건강보험에 관련된 업무와 건강보험재정 운영을 위한 자산관리, 건강보험에 대한 교육 및 국제협력 등을 주요 업무로 수행한다. 더불어 국민건강보험공단은 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 따라 건강보험과 관련하여 보유·관리하고 있는 정보를 공개해야 한다. 국민건강보험공단은 공법인으로서 「공공기관 운영에 관한 법률」에 의한 적용을 받지만 동법률에서 규정하지 않은 사항은 「민법」상 재단법인에 관한 규정을 준용한다.

국민건강보험관리공단의 임원은 이사장 1명, 이사 14명 및 감사 1명 등 총 16명의 임원으로 구성되고 이중 이사 5명과 감사는 상임으로 하며 이사장은 공공기관의 운영에 관한 법률에 따른 임원추천위원회에서 복수로 추천한 사람 중 보건복지부장관의 제청으로 대통령이 임명한다. 비상임이사는 노동조합·사용자단체·시민단체·소비자단체·농어업인단체 및 노인단체가 추천하는 각 1명과 기획재정부장관, 행정자치부장관, 보건복지부장관이 해당 기관 소속의 3급 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반공무원 중 각 1명씩 지명한 자를 보건복지부장관이 임명하며 상임이사는 공단에 상임이사추천위원회의 추천 절차를 거쳐 이사장이 임명한다. 이사장의 임기는 3년, 이사와 감사의 임기는 각각 2년이다.

국민건강보험공단의 상임이사 중에는 건강보험료와 그 밖에 국민건강보험법에 의한 징수금의 부과와 징수에 관한 업무와 국민연금법, 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료 징수 등에 관한 법률, 임금채권보장법 및 석면피해구제법에 따라 위탁받은 징수업무를 담당하는 이사에 대해서는 따로 법률로 규정하고 있다. 이를 징수이사라고 하고 징수이사는 경영, 경제 및 사회보험에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람으로서 보건복지부령으로 정하는 자격을 갖춘 사람 중에서 선임하도록 하였다. 또한 징수이사는 따로 공단에 징수이사추천위원회를 두고 징수이사 후보 공모 및 후보 조사를 전문단체에 의뢰할 수 있도록 하였고 경영·경제 및 사회보험에 관한 학식과 문제에 대한 예측 및 예방조치 능력, 조직관리 능력 등에 대한 평가요소를 기준으로 심사하여 이사장과 계약을 체결함으로써 상임이사로 임용한다.

(5) 보험급여

건강보험 가입자와 피부양자는 당사자의 질병, 부상, 출산 등을 이유로 요양

기관에서 제공되는 진찰·검사, 약제(藥劑)·치료재료의 지급, 처치·수술 및 그 밖의 치료, 예방·재활, 입원, 간호, 이송(移送) 등의 서비스를 받을 수 있고 이를 ‘요양급여’라고 한다. 더불어 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등의 기준은 고시하도록 하였다. 다만 요양급여대상을 급여목록표로 정하여 고시할 때는 요양급여행위, 약제 및 치료재료로 구분하여 고시하고, 요양급여의 기준을 정할 때, 업무나 일상생활에 지장이 없는 질환, 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다. 이처럼 요양급여 대상에서 제외되는 사항을 비급여라고 하며 그 내용은 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 제9조에서 규정하고 그 내용은 별표 2에 구체적으로 적시하고 있다.¹¹⁹⁾

요양급여에 대한 구체적인 기준은 「국민건강보험 요양급여 기준에 관한 규칙」 제5조에서 요양기관이 가입자 등에 제공하는 요양급여에 대한 적용기준 및 적용방법을 별표 1에 구체적으로 규정하고 있다. 동 규칙 제5조에 의한 별표 1에서는, 요양급여는 가입자 등의 연령·성별·직업 및 심신상태 등의 특성을 고려하여 진료의 필요가 있다고 인정되는 경우(치료의 필요성)에 정확한 진단을 토대(진단의 정확성)로 환자의 건강증진을 위하여(목적의 정당성) 의학적으로 인정되는 범위 안에서(의학적 안정성) 최적의 방법(방법의 효과성)으로 실시하여야 하며, 의료인은 의학적 윤리를 견지하여(윤리적 타당성) 환자에게 심리적 건강효과를 주도록 노력하고, 요양상 필요한 사항이나 예방의학 및 공

119) 비급여대상으로 정해진 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제9조에 의한 별표 2는 크게 질환으로서 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 경우(ex, 주근깨·다모(多毛)·무모(無毛)·백모증(白毛症)·탈기코(주사비)·점(모반)·사마귀·여드름·노화현상으로 인한 탈모 등 피부질환 등)에 실시 또는 사용되는 행위·약제 및 치료재료, 진료로서 신체의 필수 기능개선 목적이 아닌 경우에 실시 또는 사용되는 행위·약제 및 치료재료(ex, 쌍꺼풀수술(이중검수술), 코성형수술(융비술), 유방확대·축소술, 지방흡입술, 주름살 제거술 등 미용목적의 성형수술과 그로 인한 후유증치료 등), 예방진료로서 질병·부상의 진료를 직접 목적으로 하지 아니하는 경우에 실시 또는 사용되는 행위·약제 및 치료재료(ex, 본인의 희망에 의한 건강검진, 멀미 예방, 금연 등을 위한 진료 등) 등을 규정하고 그 구체적인 내용을 정하여 고시하고 있다.

중보건에 관한 지식을 환자 또는 보호자에게 이해하기 쉽도록 적절하게 설명하고 지도(환자의 자율성)하여야 한다. 그리고 요양급여는 경제적으로 비용효과적인 방법으로(비용의 경제성) 행하여야 한다고 규정하고 있다.

가입자가 요양급여를 받기 위해서는 의료법 제3조의4에 따른 상급종합병원을 제외한 요양기관에서 1단계로 요양급여(건강진단 또는 건강검진 포함)를 받고난 후 상급종합병원에서 2단계 요양급여를 받고자 하는 때에는 상급종합병원에서의 요양급여가 필요하다는 의사소견이 기재된 건강진단·건강검진결과서 또는 요양급여의뢰서를 건강보험증 또는 신분증명서와 함께 제출하여야 한다.¹²⁰⁾

요양급여비용은 공단의 이사장과 대통령령으로 정하는 의약계를 대표하는 사람들의 계약으로 정하고 계약기간은 1년이다. 이들간의 요양급여비용 계약이 체결되면 그 계약은 공단과 각 요양기관 사이에 체결된 것으로 간주하는데 계약기간이 1년이기 때문에 계약은 직전 계약기간 만료일이 속하는 연도의 5월 31일까지 체결하여야 하며, 그 기한이 넘어가면 보건복지부 장관이 그 직전 계약기간 만료일이 속하는 연도의 6월 30일까지 건강보험정책심의위원회의 의결을 거쳐 요양급여비용을 정한다. 이처럼 보건복지부 장관이 건강보험정책심의위원회의 의결을 거쳐 정한 경우에도 당사자간의 계약으로 간주한다. 이렇게 정해진 요양급여비용은 보건복지부 장관의 고시를 거쳐 효력을 발생시킨다.¹²¹⁾

120) 다만 이러한 요양급여가 모두 보험급여로 충당되는 것은 아니다. 국민건강보험법은 요양급여비용 중 본인이 부담할 비용의 부담률 및 부담액을 정하고 있다. 그러나 약제에 대한 본인 부담 비용은 보건복지부 장관이 심의위원회의 심의를 거쳐 고시하는 금액의 범위에서 요양기관이 해당 약제를 구입한 금액을 요양급여비용으로 산정한다.

121) 다만 약제와 치료재료의 경우에는 다른 절차로 요양급여비용을 산정할 수 있도록 하고 있다. 이것은 요양급여비용 중 약제와 치료재료는 요양기관이 직접 구입하여 제공하기 때문에 이것들의 구입금액은 보건복지부 장관이 건강보험정책심의위원회의 심의를 거쳐 해당 약제 및 치료재료별 요양급여비용의 상한을 고시하고 구입금액이 고시하는 금액을 초과하는 경우에도 고시된 상한금액만 인정함으로써 요양기관과 약제 및 치료재료를 생산하는 생산자간의 담합을 막아 보험재정의 안정을 찾으려 한 것이다.

요양급여를 제공한 요양기관은 공단에 요양급여비용의 지급을 청구할 수 있다. 그러나 요양급여비용의 적정성을 심사하고 평가하는 건강보험심사평가원이 요양급여비용의 심사평가를 효율적으로 하기 위해 「국민건강보험법」 제47조는 요양기관이 건강보험심사평가원에 요양급여비용심사를 직접 청구를하도록 하였고 이것을 국민건강보험공단에 청구한 것으로 의제하고 있다. 요양기관으로부터 요양급여비용 심사청구를 받은 건강보험심사평가원은 청구된 내용을 지체없이 심사한 후 국민건강보험공단과 해당 요양기관에 그 결과를 통보해야 하며 국민건강보험공단은 통보받은 내용에 따라 요양급여비용을 해당 요양기관에 지급해야 한다.¹²²⁾

국민건강보험공단은 가입자나 피부양자가 긴급하거나 그 밖의 부득이한 사유로 요양기관과 비슷한 기능을 하는 기관으로서 보건복지부령으로 정하는 기관에서 질병·부상·출산 등에 대하여 요양을 받거나 요양기관이 아닌 장소에서 출산한 경우에는 그 요양급여에 상당하는 금액을 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 가입자나 피부양자에게 요양비로 지급할 수 있다.¹²³⁾

122) 이때 국민건강보험공단은 이미 가입자가 낸 본인일부담금이 통보된 금액보다 더 많으면 요양기관에 지급할 금액에서 더 많이 낸 금액을 공제하여 해당 가입자에게 지급하되 그 금액이 가입자가 내야 하는 보험료 및 그 밖에 징수금과 상계 처리할 수 있다.

123) 다만 요양을 실시한 기관은 보건복지부장관이 정하는 요양비 명세서나 요양 명세를 적은 영수증을 요양을 받은 사람에게 내주어야 하며, 요양을 받은 사람은 그 명세서나 영수증을 공단에 제출하여야 한다. 또한, 보험급여를 받을 수 있는 사람이 고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위에 그 원인이 있거나 고의로 사고를 일으킨 경우, 고의 또는 중대한 과실로 공단이나 요양기관의 요양에 관한 지시에 따르지 아니한 경우, 고의 또는 중대한 과실로 제55조에 따른 문서와 그 밖의 물건의 제출을 거부하거나 질문 또는 진단을 기피한 경우, 업무 또는 공무로 생긴 질병·부상·재해로 다른 법령에 따른 보험급여나 보상(報償) 또는 보상(補償)을 받게 되는 경우에 보험급여를 제한할 수 있다. 그 외에도 보험급여를 받을 수 있는 사람이 다른 법령에 따라 국가나 지방자치단체로부터 보험급여에 상당하는 급여를 받거나 보험급여에 상당하는 비용을 지급받게 되는 경우 그 한도에서 보험급여를 제한할 수 있고, 보험료를 체납한 경우 그 체납한 보험료를 완납할 때까지 그 가입자 및 피부양자에 대하여 보험급여를 실시하지 않을 수 있다. 보험료체납은 가입자가 1개월이상 보험료를 체납한 경우, 보험료를 완납할 때까지 보험급여를 제한할 수 있다고 하면서 체납기간에 관계없이 월별보험료의 총 체납횟수가 6회미만인 경우는 보험급여를 제한하지 못하도록 규정하여 결국 보험료 체납으로 인한 보험급여의 정지는 6개월분 이상의 보험료를 체납한 경우에 그 대상이 된다.

(6) 건강보험심사평가원

국민건강보험은 가입자가 납부하는 보험료를 가입자와 피부양자의 질병·부상·출산 등의 사회적 위험이 현실화되었을 때 요양급여를 통해 사회적 위험을 해결하게 된다. 따라서 사회적 위험을 해결하기 위해 요양기관에서 제공되는 요양급여비용이 적정했는지를 요양급여지급기준에 따라 심사하고 요양급여의 적정성을 평가하기 위하여 건강보험심사평가원을 독립된 법인으로 설립하고 요양급여비용의 심사와 적정성 평가, 심사기준 및 평가기준의 개발과 이와 관련된 조사연구 및 국제협력 등의 업무를 수행하도록 하고 있다. 더불어 요양급여비용 심사청구에 대한 소프트웨어의 개발과 공급 및 검사 등 전산관리와 요양급여의 적정성 평가와 결과 공개 환자분류체계의 개발과 관리 및 이와 관련된 교육 등을 수행하도록 「국민건강보험법시행령」에서 규정하고 있다.

건강보험심사평가원의 임원은 원장을 포함하여 이사 14명과 감사 1명을 두는데 원장과 이사 중 3명 및 감사는 상임으로 한다. 원장은 임원추천위원회가 복수로 추천한 사람 중에서 보건복지부장관의 제청으로 대통령이 임명하고 상임이사는 보건복지부령으로 정하는 추천 절차를 거쳐 원장이 임명한다. 비상임이사는 건강보험공단이 추천하는 1명, 의약관계단체가 추천하는 5명, 노동조합·사용자단체·소비자단체 및 농어업인단체가 추천하는 각 1명으로 구성되며, 감사는 임원추천위원회가 복수로 추천한 사람 중에서 기획재정부장관의 제청으로 대통령이 임명한다.

건강보험심사평가원이 요양급여의 심사와 평가 등 그 주요 업무를 수행하는데 전문성과 효율성을 위해 건강보험심사평가원내에 진료심사평가위원회를 두도록 되어있다. 이것은 요양급여가 의료행위를 기반으로하기 때문에 의료현장이 요양급여기준과 다른 특이한 경우가 발생할 수 있고 이때 전문가 집단인 의료인들은 전문적인 행위를 수행할 수 있다는 점을 들어 이들 행위가 인정될

수 있는지를 판단할 수 있도록 의료인들로 구성된 전문심사평가위원회를 두는 것이다 따라서 이들 심사위원회의 위원이 되기 위해서는 의사·치과의사·한 의사·약사 면허를 취득한 후 10년이 지나고 대학 또는 의료기관에서 취득한 면허를 이용해 업무를 수행하는 사람이거나 보건의약관련 분야에서 전임강사 이상으로 10년 이상 종사한 사람, 보건의약 또는 건강보험 관련분야에서 10년 이상 종사한 사람 중에서 보건복지부장관이 인정한 사람이어야 한다. 진료심사위원회는 위원장을 포함하여 50명 이내의 상근 심사위원과 1천명 이내의 비상근 심사위원으로 구성하며, 진료과목별 분과위원회를 둘 수 있다.

2) 국민건강보험법상 당자사간의 법률관계

국가는 모든 국민의 의료접근성을 높이고, 의료수급권을 확대하면서 건강문제의 해결을 위해 끊임없이 노력하고 있다. 이러한 내용은 국민건강보험법의 변화과정을 통해서도 확인할 수 있다. 현상적으로 우리나라는 국민의 건강을 보장하기 위해서 국민보건제도가 아닌 보험의 방식을 택하였고 모든 국민을 보험에 가입하도록 함으로써 국민의 건강 문제를 해결하고 있다.

국민건강보험법은 모든 국민을 보험의 가입자로 모든 의료기관을 요양기관으로 편입시키면서 보험료 산정 및 지급에 관한 문제와 이로부터 파생되는 의료인의 의료행위에 대한 자유의 제한 문제, 그리고 비용의 효율적 운용을 통한 보험 재정의 안정 문제, 의료비용 심사의 공정성 및 효율성의 문제, 요양급여의 보장성 범위 문제 등을 스스로 해결해야 하는 부담을 갖게 된다. 결국 국민건강보험법의 법률관계를 구체적으로 살펴보는 것은 이러한 문제점들을 적극적으로 해결하면서 그 입법 목적을 적절히 실행하기 위한 방안 마련의 기초이며 또한 국민의 건강 문제를 해결할 국가의 역할을 보다 성실히 수행하여 국민의 건강권을 보장할 것을 요구하기 위한 과정이다.

국민건강보험법은 국가를 관장자로 국민건강보험공단을 보험자로, 국민을 가입자로, 모든 의료기관을 요양기관으로 포섭하여 가입자가 납부하는 보험료를 공단이 관리하면서 가입자에게 의료서비스를 제공한 요양기관이 그 비용을 보험자에게 청구하는 형태로 가입자와 보험자 그리고 요양기관간의 관계를 설정하고 있다. 결국 보험자와 가입자, 그리고 요양기관의 3자 관계에서 가입자는 보험료를 공단에 납부하고 요양기관은 가입자에게 제공된 서비스 비용을 공단으로부터 보상받게 된다. 요양기관이 가입자에게 직접 제공하는 요양급여가 국민건강보험의 입법목적을 실현하는 중요한 수단이 됨에도 불구하고 가입자와 요양기관간의 법률관계는 직접적이지 않고 요양기관과 보험자와의 비용보상 관계를 통해 권리의무관계가 형성된다.

제4절 소결

국민의 건강권을 보장하기 위한 방식으로는 국민보건제도(National Health Service; NHS)와 건강보험제도(National Health Insurance; NHI)가 있다. 우리나라의 경우 모든 국민을 대상으로 건강보험제도를 채택·운영하고 있으며 노인을 대상으로 노인장기요양보험과 근로자들의 업무상재해를 보호하기 위한 산업재해보상보험 그리고 저소득층의 건강을 보호하기 위한 의료급여 등 사회보장제도를 함께 운영하고 있다.

특히 국민 건강권 실현의 중요한 수단인 국민건강보험은 모든 국민을 보험의 가입자로 강제하고 있고 모든 의료기관을 요양기관으로 편입함으로써 가입자와 의료기관을 공법체계로 편입시켰다는 점과 소득에 따른 보험료의 차등부과에도 불구하고 동일한 의료서비스를 제공한다는 특징을 갖고 있다.

가입자와 요양기관 그리고 보험자의 법률관계를 살펴보면 가입자와 요양기

관은 진료관계를, 보험자와 요양기관은 비용보상관계에 놓이게 됨으로써 의료서비스가 요양기관에서 가입자에게 직접 제공되지만 그에 따른 비용은 보험자가 부담하는 법률관계를 형성하고 있다. 따라서 가입자는 일정한 보험료를 납부하면 제공받은 의료서비스의 비용보상에 대한 부담을 가입자가 아닌 보험자가 갖게 됨으로써 비용 통제에 대한 부담이 없는 대신에 이때의 비용부담을 보험자가 부담하게 된다. 또한 공법체제로 편입된 가입자와 의료기관은 건강보험체계를 벗어난 의료행위를 할 수 없도록 강제함으로써 가입자의 의료선택권과 의료기관의 직업행사의 자유 그리고 건강보험체계를 넘어선 의료행위에 대한 비용보상과 관련된 문제들이 현행 건강보험법률관계로부터 제기된다. 이러한 이유에서 현행 건강보험법체계가 국민의 건강권 보장을 요청한 헌법의 이념과 국민건강보험법의 목적을 달성하기에 적합하게 설계되고 운영되고 있는지 검토가 필요하다. 따라서 다음 장에서는 국민건강보험법의 주요 논점을 중심으로 국민의 건강권 실현을 위한 국민건강보험법의 현황과 과제를 살펴보고 그 해결방안에 대해 검토한다.

제4장 건강권 실현을 위한 국민건강보험법의 과제와 개선방안

제1절 국민 건강권 보장을 위한 의료선택권 확대

1. 건강보험 가입방식에 대한 검토

보험관계에서 가입자는 보험료를 납부하고 보험자는 보험료 징수 및 관리·운영하는 직접적인 법률관계의 당사자이다. 따라서 가입자는 보험료에 대한 반대급부인 요양급여 청구권을 갖는다. 문제는 국민건강보험법 제5조에서 모든 국민을 보험 가입자로 편입시킴으로써 건강보험 가입 여부를 선택할 수 있는 권한을 침해하고, 소득재분배라는 정책목표 달성을 위해 모든 가입자에게 보험료 납부의무를 부과하는 것이 과잉금지원칙에 위반되며 국민의 행복추구권·재산권을 침해한다는 문제가 제기될 수 있다.¹²⁴⁾ 이러한 문제를 검토하기 위해서는 우선 국민건강보험과 같은 사회보험의 특성에 대한 이해가 필요하다.

1) 사회보험의 운영원리

국가가 사회보장 특히, 의료보장을 실현하기 위한 방법에는 보험료를 각출하여 의료서비스를 제공하는 보험방식과 조세를 재원으로 의료서비스를 제공하는 조세방식으로 구분할 수 있다. 우리나라의 경우는 보험료를 재원으로 국민에게 발생한 위험을 국가가 주도적으로 보호하는 사회보험제도를 선택·운

124) 헌법재판소 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913면; 헌법재판소 2001. 8. 30. 2000헌마 668, 판례집 13-2, 287면; 헌법재판소 2003. 10. 30. 2000헌마801, 판례집 15-2, 106면; 헌법재판소 2013. 7. 25. 2010헌바51, 판례집 25-2, 40면.

영하고 있다.¹²⁵⁾ 따라서 보험을 운영하는 주체가 국가라는 점에서 건강보험제도는 일반 민간보험과 차이가 있으며 시장경제원칙이 아닌 사회정책적 관점에서 보험제도를 운영하게 되는 특성을 갖는다.

구체적으로 살펴보면, 사회보험은 ‘보험의 원칙’과 ‘사회연대의 원칙’이라는 2가지 원리에 의해서 운영된다. ‘보험의 원칙’이란 보험료와 제공되는 서비스 사이에 ‘등가성’이 있어야 한다는 원칙이지만, 사회보험에서는 이 원칙이 엄격하게 적용되지 않는다. 즉, 사회보험에서는 서비스와 비용간의 등가성 원칙을 적용하지 않고 전체 보험재정을 기준으로 보험자의 수입이 제공되는 급여를 충당할 수 있도록 보험료를 산정하게 된다. 이처럼 사회보험의 보험료 산정방식이 민간보험의 보험료 산정방식과 차이가 나는 이유는 사회보험이 ‘사회연대의 원칙’을 수행해야 하기 때문이다.

건강보험은 개인의 소득에 비례하여 보험료를 산정하지만 보험에서 보호되는 위험은 보험료와 관계없이 동일하다. 이를 통해 건강한 자와 질병에 걸린 자, 고소득자와 저소득자, 가족구성원이 많은 자와 적은 자 간의 소득재분배가 나타난다.¹²⁶⁾ 따라서 국민들의 인간다운 생활을 보장해야 할 국가는 보험료와 보험급여 사이의 보험의 원칙을 수정하고 소득재분배를 정당화하는 근거로 사회연대 원칙을 적용한다.¹²⁷⁾ 결국 사회연대의 원칙은 사회보장 정책의 현실적 구현을 위한 기본 원칙이며 보험료 산정의 핵심적 원리이다.¹²⁸⁾

125) 조세를 이용한 사회보장방식과 보험료를 이용한 사회보장방식의 차이 및 이에 대한 헌법적 평가에 대한 자세한 내용은 전광석, 사회보장제정에 대한 재정헌법적 분석, 강원법학 제11권, 1999, 210면 이하 참조.

126) 전광석, ‘사회보장의 소득재분배구조에 대한 헌법적 접근’ 한림대출판부, 63면이하 참조.

127) 이러한 사회연대의 원칙은 경험적으로도 사회보험에서 중요한 요소임을 알 수 있다. 2000년 이전 의료보험을 운영하던 조합방식이 사회보장제도를 통해 실현하려던 위험의 분산·소득의 재분배·국민연대 기능을 제한하고 조합간 부담의 형평성 결여·급여의 차등·관리운영비의 과다 등의 문제를 이유로 의료보험통합을 추진하게 되었고 그 중에서도 국민 계층간 재정부담의 형평성 결여가 가장 큰 이유로 작용하였기 때문이다. 즉, 사회연대를 충분히 실현하기에 조합제도가 적합하지 않았다는 결론에 도달하게 되었고 조합을 통합하게 된다. 헌법재판소2000. 6. 29. 99헌마289.판례집 12-1, 913면.

128) 그러나 사회보험의 사회연대 원칙이 경제의 원리를 전면 배제하면 안된다는 의견도 있다. 자세한 내용은 김나경, 의료보험체계에서 이념의 갈등과 조화-의료보험에서 경쟁의 억제와 유인-, 대한의료법

2) 건강보험 가입방식에 대한 검토

건강보장을 보험의 방식으로 실현하기 위해서 국민을 강제로 보험에 가입시켜 보험료를 부담시키는 것은 행복추구권으로부터 파생되는 일반적 행동의 자유의 하나인 공법상 단체에 강제로 가입하지 않을 자유와, 정당한 사유 없는 금전의 납부를 강제당하지 않을 권리인 재산권을 제한한다.¹²⁹⁾

헌법재판소는 건강 문제가 개인이 해결할 수 있는 능력범위를 넘어서는 순간 인간의 기본적인 권리를 실현할 수 있는 기초적인 기반을 상실하게 된다고 인식하고 있다. 그런데 보건의료는 일반적인 재화와는 뚜렷하게 구분되는 차이가 있어 동일한 기준으로 이를 평가할 수 없다. 구체적으로는 건강 위험은 많은 경우 개인이 감당할 수 있는 능력범위를 넘어선다. 이러한 이유에서 개인 혹은 가족공동체가 건강 문제를 스스로 해결하지 못하는 경우, 그 위험을 전체 공동체가 분담함으로써 해결가능하다면, 그렇게 하는 것이 인간의 존엄성 및 생존 보호를 위한 합리적인 방법이다. 이것이 의료 공공성의 중요성이 커지는 이유이다.

만일 민간보험 시장에서의 등가성 원칙을 그대로 사회보험 영역에 적용한다면 소득수준과 무관하게 위험 발생가능성을 기준으로 보험료가 정해질 것이다. 더불어 질병 발생위험이 높은 집단 또는 소득수준이 낮은 경우에는 보험료 부담으로 보험가입이 쉽지 않을 것이다.¹³⁰⁾ 따라서 모든 국민에게 시장경

학회, 의료법학 제10권 제2호, 2009, 151면 이하 참조.

129) 따라서 이러한 기본권의 제한이 합헌적이기 위해서는, 국가가 수행하려는 공적과제의 헌법적 정당성이 있어야 하고(목적의 정당성), 강제가입을 통해 모든 국민에게 일정한 보험료를 각출하여 공적과제를 수행하는 것이 과제달성을 위해 적절한 방법이어야 하며(수단의 적합성) 그리고 이러한 공적과제를 수행하는 수단이 국민의 기본권 침해의 최소한도에 그치는 것이어야 하며(침해의 최소성) 이러한 판단과 더불어 입법자의 재량권 행사가 결과적으로 공공의 이익이 되어야 한다(법익균형성)는 기본원칙을 기준으로 강제가입에 대한 헌법적 평가가 필요하게 된다. 헌법재판소 2003. 10. 30. 2000헌마801, 판례집 15-2, 106면.

130) 역사적으로도 사회보험 실시 이전단계에서는 각국에서 의료보험의 가입을 대상자의 자유의사에 맡기는 임의형 의료보험을 실시했는데, 저소득계층은 피보험대상에서 제외되게 되고, 질병위험이 큰 사

제에서 제공할 수 없는 의료서비스를 제공하고 보험가입자간의 소득재분배효과를 얻기 위해 국가가 사회보험 형태로 건강보험을 운영하는 것은 그 목적의 정당성이 인정된다.

이러한 목적 달성을 위한 수단으로서 강제가입이 적정한지에 대해서는 만일 가입자의 능력을 넘는 보험료를 납부하도록 하거나 혹은 질병에 노출될 위험이 많은 집단의 보험가입을 제한하는 경우에는 모든 국민의 질병·사망·노령·실업 등의 위험을 감소시킨다는 사회보험의 목적을 달성하지 못하게 된다. 또한 국민의 선택에 의해 가입여부를 결정할 경우 사회보험의 기본원칙인 ‘사회연대의 원칙’이 실현되지 못할 가능성이 있다. 따라서 모든 국민을 강제로 보험에 가입하도록 함으로써 가입자의 능력에 맞는 보험료를 납부하도록 하고 보험료 납부액과 상관없이 급여를 제공하는 것은 소득 수준이나 질병 발생 위험 정도와 무관하게 모든 국민이 인간다운 생활을 할 수 있는 기반을 마련하는 계기가 된다. 이러한 이유에서 강제가입은 수단의 적합성도 인정된다.¹³¹⁾

강제가입에 대한 기본권 제한의 정당성과 수단의 적절성은 다음과 같은 고려가 전제된 경우에 보다 명확해 질 것이다. 우선 건강보험을 통해서 보호되는 요양급여의 범위가 추가적인 서비스가 요구되지 않을 정도로 충분하다면 강제가입을 통한 건강보험의 목적을 보다 완전하게 달성하게 된다. 그러나 현실적으로 건강보험의 요양급여 범위가 이러한 정당성을 확보하기 부족한 면이

람일수록 의료보험의 가입가능성이 커짐으로 인하여 보험의 적용인구가 질병위험이 큰 대상자만으로 구성되며, 위험분산효과를 가져올 만큼의 충분한 적용인구의 뒷받침이 없어 보험재정에 어려움이 초래되는 등으로 결국 전국민의료보험을 달성하기가 거의 불가능하였던 점을 보여주고 있다. 이러한 문제점을 극복하고 모든 국민에게 경쟁적 시장이 제공할 수 없는 건강보험을 제공하고 보험가입자간의 소득재분배효과를 얻기 위하여 정부가 사회보험의 형태로 건강보험을 실시하게 된 것이다.(헌법재판소 2003. 10. 30. 2000헌마801, 관례집 15-2, 106면).

131) 헌법재판소는 건강보험은 경제적 약자에게도 기본적인 의료서비스를 제공하기 위한 국가 의무이며 헌법적 정당성이 있고 가입 강제와 보험료 납부 의무 부과는 부득이한 것으로 이러한 제한으로부터 얻을 수 있는 공익이 월등히 크기 때문에 보험에 가입하지 않을 자유와 재산권에 대한 제한이 정당하다고 판단하였다.

있다. 즉 현행 건강보험에서는 요양급여 이외에도 가입자가 부담하는 비급여가 많기 때문이다.¹³²⁾

강제가입을 통해 보호하려는 공적과제의 정당성이 인정되고 소득에 따라 보험료를 각출하여 그 재원으로 동일한 의료서비스가 제공되기 때문에 소득재분배의 효과가 분명히 있어 수단의 적정성이 인정되지만 보호 정도가 낮아 가입자에게 추가적으로 비용부담이 발생한다면 제도에 대한 수용성이 떨어지게 될 것이고 소득재분배 또는 위험분산을 통한 사회보험의 목적이 실현될 수 없다. 결국 현재의 상황에서 강제가입을 통한 국민 건강권 보장은 실효성이 없다. 이러한 이유에서 강제가입을 통한 입법목적의 달성을 위해서는 보장의 정도를 어느정도 높여줄 수 있도록 요양급여의 내용을 보완하거나 또는 보험가입자를 위한 새로운 제도 마련 등의 대안 마련이 필요하다.

2. 보장성 확대 및 보충적 건강보험 도입을 통한 의료선택권 강화

전 국민을 강제로 보험에 가입시킴으로써 사회연대를 통한 소득재분배 및 위험을 보호하며 또한 이를 통해 공동체의 동질감을 회복할 수 있다. 현재 우리나라는 단일보험체계를 유지하며 국민건강보험을 운영하고 있지만 그 보장성이 크지 못하다는 문제점을 여러차례 지적한 바 있다. 이러한 상황에서 보다 질 좋은 의료서비스를 요구하는 국민들은 현재 급여 내용에 만족하지 못한다. 더군다나 급여 이외의 것에 대해서는 일방적 통제를 통해 비용을 받지 못

132) 진료비의 일부본인부담 또는 임의비급여 등으로 인해 발생하는 비용이 클 수록 강제가입에 대한 소득재분배 효과와 사회연대의 효과는 떨어지게 된다. 예컨대 로봇수술을 이용한 전립선 수술을 받은 환자의 경우(5일 입원을 기준으로) 총진료비는 12,991,201원이었으며 이중 보험진료비는 총1,993,700원(보험자부담 1,778,138원, 본인부담 215,562원)으로 비급여비용을 포함한 본인부담액이 무려 86.3%에 해당하여 건강보험을 통한 보장성 또는 소득재분배 또는 사회연대 기능이 제대로 작동하지 않고 있음을 확인할 수 있다. 자세한 내용은 이규식, 건강보험급여구조 개혁의 시급성, 건강복지정책연구원 ISSUE PAPER, 2013.5. 6면 이하 참조.

하도록 함으로써 급여 범위에 포함되지 않은 의료서비스에 대한 접근을 원천적으로 차단하기 때문에 국민의 입장에서는 양질의 의료서비스를 받을 자유를 박탈당한다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서 다음과 같은 제도개선이 필요하다.

첫째, 급여범위를 확대함으로써 가입자가 건강보험을 통해 건강문제를 해결하기에 충분할 수 있다면 강제가입을 통한 건강권의 실현이 담보될 수 있다. 현재 우리나라 건강보험의 보험료는 의료서비스의 질을 향상시키기에 부족한 면이 있다는 것은 주지의 사실이다.¹³³⁾ 낮은 보험료와 낮은 서비스를 통해 보편성의 범주를 폭넓게 그러나 얇게 보장하는 현재의 건강보험체계로는 국민의 건강 문제를 해결하는데 부족하다. 이러한 이유에서 건강보험의 보장성 강화를 위한 다양한 정책이 끝없이 나오고 있는 것이다. 다만 이러한 보장성의 문제는 단순히 보험료를 증액시킴으로써 해결될 문제는 아니며 보험급여체계 자체를 합리적으로 개선해야 하는 문제와 연결된다.

정부가 「2014~2018 중기보장성 강화 계획」을 통해 보장성을 지속적으로 강화한다는 의지를 표명하고 있으나 중증질환임에도 불구하고 4대 중증질환에 해당하지 않은 중증질환의 경우, 고액 의료비 부담이 여전히 발생하며 이는 역차별의 요인으로 작용하고 있다. 따라서 특정질환을 중심으로 정책이 펼쳐지는 상황에서 발생하는 문제로 질병중심이 아닌 비용중심의 보장성 정책으로의 변화가 필요하다.

둘째, 현행 건강보험에서 보장되지 않는 영역 또는 보장 범위를 넘어서는

133) 우리나라 보험료율은 OECD 국가 평균 9.5%에 비해 현격하게 낮은 5.99%이며 이러한 낮은 보험료율은 급여의 미흡으로 연결되게 마련이다. 더욱이 의료보험이 재정되던 당시인 1977년 당시의 관행 수가의 55%에 해당하는 수준에서 수가를 책정하였고 낮은 보험수가임에도 수가 인상을 억제한 것은 낮은 보험료율로 의료보험을 관리하기 위함이었다. 결국 환자들에게는 보험료와 의료이용에 따른 경제적 부담을 덜어준 효과를 얻었지만 의료계는 수입감소에 따른 불만의 원인이 되었던 것이다. 이러한 불만은 의료기관들이 어떻게 대응하는지에 따라서 급여비용, 나가서는 국민의료비에 영향을 주고 의료서비스의 질적 저하를 일으키는 원인으로도 작용한다. 한달선, 의료보험의 의료제도적 기능, 국민건강보험의 평가와 발전방향, 한국의학원, 2001, 41면 이하 참조.

영역에 대한 보충적 민간 건강보험을 도입하여 가입자의 의료선택권을 확보함으로써 강제가입 제도의 수용성을 높여야 한다.

강제가입을 통해서 사회보험의 목적을 달성하는 수단으로 적합하다고 하더라도 다양한 의료서비스를 받고자 하는 국민들에게 기회를 부여하지 않는 것은 인간답게 살 권리를 제한한다. 물론 헌법재판소가 임의비급여를 일정한 조건에 부합하는 경우에 인정된다고 했지만 현행 국민건강보험체계에서 의료인과 환자 사이에 발생하는 사적계약을 통한 의료서비스 제공까지 통제하는 것은 강제가입을 통해 보호하려는 국민의 건강권을 충실하게 보장하지 못하는 결과로 이어진다.

국민의 건강권 보장을 위해서는 국민건강보험법의 체계를 유지하면서 그 범위를 벗어나는 의료서비스에 대한 수요를 적정하게 보호할 수 있는 제도로 개선이 필요하다. 이를 통해 보편적 의료서비스와 이를 넘어서는 특수한 의료서비스를 함께 제공받을 수 있어야 하며 보편적 의료서비스를 넘어서는 부분에 대해서도 선택할 수 있는 기회가 제공되어야 한다. 예컨대 건강보험의 내용을 다양화하여 국민이 선택할 수 있는 범위를 넓히고 추가적인 보험을 선택할 수 있어야 한다. 즉 건강보험의 가입은 의무적이지만 가입자의 자유의지에 따라 민간 건강보험을 선택할 수 있도록 민간 건강보험이 도입되어야 한다.¹³⁴⁾ 기본적인 필수의료와 관련된 진단·치료·재활 등에 대해서는 지금의 건강보험에서 담당하고 첨단의료기술이나 신의료기술 등에 대한 민간 건강보험을 운영함으로써 국민의 선택권을 확대시킬 수 있다. 다만 민간 건강보험이 도입될 경우 발생하는 운영방식, 급여 범위 및 보험기간 등에 대한 구체적인 논의가 필요하다.

셋째, 가입자의 의료선택권 강화를 위한 의료정보제공 체계를 구축해야 한

134) 민간 건강보험 도입과 관련해서는, 김한중, 민간의료보험의 도입방안, 대한의사협회, 의료정책연구소 연구보고서, 2004, 5면이하 참조.

다. 국가는 국민 스스로 의료서비스를 합리적으로 판단할 수 있도록 의료서비스에 대한 정보를 적극적으로 제공해야 한다. 다만 비급여 가격 정보에 대한 공개가 헌법적인 정당성이 있는지에 대한 검토가 필요하다. 의료기관과 환자 간의 법률관계가 국민건강보험법상의 공법관계로 포섭되면서 일정부분 기본권 제한의 정당성이 인정된다고 하더라도 의료인과 환자와의 사법계약으로 이뤄지는 영역에 대한 정보공개는 기본권 제한의 정도가 클 수 있다. 그럼에도 불구하고 비급여 가격정보 공개에 대한 헌법적인 정당성은 헌법 제119조 제2항으로부터 도출될 수 있다.

만일 국가가 국민의 건강을 보호하는데 중요한 지위에 있는 의료공급자가 자신의 경제적 이익을 위해 소요되는 비용결정을 시장의 자유, 자유경쟁원칙을 준수해야 한다고 주장한다면 담합과 경쟁력의 남용 등으로 조화로운 경제성장이 불가능해지리라는 추측이 가능하다. 이러한 이유에서 비록 요양급여 범위를 넘어서는 영역에 대한 계약이 의료인과 환자사이에 이뤄지는 사적영역의 계약이고 의료기관의 영업·경영의 문제와 깊이 관련된 문제임에도 불구하고 비급여 진료비용에 대한 가격정보 공개는 국민의 건강을 보호하기 위해 기본적으로 제공되어야 하며 이에 대한 국가의 주도적인 역할이 필요한 영역이다.¹³⁵⁾

의료정보 구축체계를 구축하기 위해서는 진료정보와 원가정보를 체계적으로 수집하여 의료행위 용어와 분류체계를 표준화하고 공통비 배부기준 등 원가계산 표준지침이 마련돼야 한다. 그러나 현재 건강보험은 비급여 의료행위 항목 명칭과 그 범위나 분류에 대한 통일된 기준이 없어 의료기관 간 가격 비교는

135) 비급여 비용 공개에 대한 헌법적 평가와 관련해서는 정영철, 비급여진료비용 공개에 관한 헌법적 정당성 고찰, 331면 이하 참고. 특히 의료기관의 비급여 진료비 정보공개는 의료기관 개설자의 경영·영업상 비밀에 해당하지 않는 근거로 서울행정법원 2006.1.5. 2005구합16833 판결을 인용하면서 비급여 가격정보가 의료인이 보유하고 있는 자신의 기능이나 기술 혹은 진단 및 치료방법에 관한 것이 아니기 때문에 이를 의료기관의 경영·영업상의 비밀에 해당하지 않는다고 주장하고 있다.

물론 질병별 진료비용 등 객관적인 진료정보와 원가정보 산출이 불가능하다. 따라서 우선적으로 비급여 의료정보를 수집할 수 있는 의료법의 근거 규정을 만들고, 진료비 세부내역 표준화 등을 통해 법률 개정 없이도 개선이 가능한 부분을 지속적으로 추진하는 것이 바람직하다.

3. 소결

현행 국민건강보험법이 강제가입을 통해 모든 국민에게 보편적 의료서비스를 제공함으로써 소득재분배와 위험을 분산하겠다는 보건의료정책이 정당하고 적합하기 위해서는 충분한 보험급여가 제공되고 추가적인 비용지출이 있더라도 감당할 수 있는 수준일 때 강제가입은 건강권 보장을 위한 합리적인 방법이라고 평가할 수 있다. 그러나 현재 강제가입 제도를 통해 보호되는 보장은 지속적으로 낮아지고 의료비의 직접 가계 비용은 증가하고 있어 강제가입을 통한 건강권 실현의 정도가 낮은 것으로 보인다.¹³⁶⁾ 이러한 상황이라면 현실적으로 소득재분배와 위험분산의 효과를 강제가입을 통해 실현되지 못하고 있다고 분석할 수 있다.

강제가입을 통해 사회정책, 즉 보건의료 정책의 목적을 달성하기 위해서라도 급여범위 확대와 급여범위를 넘어서는 부분에 대한 의료서비스를 제공받을 수 있는 가능성을 열어놔야 할 것이다. 강제가입 제도가 결국 국민의 건강권을 보장하기 위한 수단임을 고려할 때, 현행 건강보험제도가 모든 건강위험을 보험급여로 보장할 수 없다는 점을 인식하고 다양한 방안을 통해 가입자의 건

136) 지난 3년간 건강보험 보장률은 3% 낮아진 반면 비급여 의료비에 건강보험 본인부담금을 포함한 의료비 가계 직접 부담률은 35%에서 38%로 증가하였다. 구체적인 수치로 보면 건강보험 본인부담금은 2009년 10조4000억원에서 2013년 12조 8000억원으로 연평균 5.3%씩 증가하고 비급여 의료비는 2009년 15조 8000억원에서 2013년 23조3000억원으로 매년 평균 10.2%씩 증가하고 있다. 국회예산정책처, 「2016년 예산안 부처별 분석(보건복지위·여성가족위원회)」, 2015.10.

강권이 실질적으로 보장될 수 있도록 제도를 개선해야 한다.

가입자의 의료선택권을 넓힐 수 있는 방안은 현행 건강보험제도의 지속가능성을 전제로 해야 한다. 우선 현행 요양급여 범위에 포함되지 않은 의료서비스 또는 신의료기술을 요양급여로 포함시키고 이를 통해 가입자가 건강보험에서 추가적인 비용지출을 최소화시켜야 한다. 그럼에도 불구하고 현재의 보장 수준과 보장범위를 넓히기 어려운 경우라면 요양급여에서 제공되지 않는 서비스를 선택할 수 있는 방법을 마련해야 한다. 예컨대 건강보험의 범위를 넘어서는 부분에 대한 민간 건강보험이 가능할 수 있도록 민간 건강보험제도를 도입해야 한다. 급여범위를 넘어서는 부분에 대한 또 다른 대안으로 국가는 의료서비스의 선택이 합리적으로 이뤄질 수 있도록 가격과 효과 등의 정보가 제공될 수 있도록 해야 한다.

제2절 안정적 의료접근권 확보를 위한 과제

1. 의료공급체계 확보 방식

충실한 건강보장을 위해서는 의료서비스를 적시에 적절하게 제공할 수 있어야 한다. 이를 위해서는 첫째, 적절한 의료서비스를 제공할 수 있는 의료기관을 국가가 직접 운영할 수도 있다. 그러나 국가가 직접 의료기관을 운영하지 않는 경우라면 둘째, 국민이 민간 의료기관으로부터 의료서비스를 적시에 제공할 수 있도록 민간 의료기관을 이용하기 위해 의료기관과의 일정한 법률 관계를 형성해야 하는데 이것이 계약의 형태로 또는 법률에 의한 강제로도 가능하다.

현행 국민건강보험법 제42조처럼 법률에 의해 모든 의료기관을 요양기관으

로 정하는 방법(당연지정제)과 국가 또는 보험자의 일방적인 행정행위로 의료기관을 요양기관으로 지정하고 이를 거부하지 못하게 할 수 있다(강제지정제). 이러한 방식은 요양기관으로 지정된 의료기관을 공법체계로 편입시킬뿐만 아니라 민간의료기관의 자율적 의사와는 무관하게 의료서비스 제공을 강요하기 때문에 기본권 제한과 관련된 논란의 여지가 높아진다. 따라서 이러한 형식이 헌법적 정당성을 인정받기 위해서는 정당화 근거가 필요하다.

또 다른 방법은 의료기관의 자율적인 의사에 의한 요양기관 편입방식으로 계약제와 신청제를 들 수 있다. 계약제는 의료기관이 의료서비스를 제공하고 국가 또는 보험자가 비용을 지급하는 계약을 체결함으로써 의료기관이 요양기관으로 편입되는 방식이며, 신청제는 의료기관이 요양기관으로 편입되는 것을 신청하고 국가 또는 보험자의 판단으로 해당 의료기관의 요양기관 자격 여부를 결정하는 방식을 말한다. 신청제에 의한 방식은 형식적으로 요양기관으로 편입하는 것을 의료기관이 자유롭게 결정할 수 있다는 점에서 계약제와 차이가 없지만 신청제도가 일정한 자격요건을 구비하면 인정해주는 인가주의인 경우가 아니고 허가제도라면 행정행위가 내포되어 있어 엄밀한 의미에서의 계약제와 구분될 수 있다.

2. 현행 의료공급체계에 대한 검토

1) 의료공급체계의 변화과정

1963년 제정된 의료보험법은 제39조 제1항에서 “피보험자 또는 그 부양가족에 대한 요양급여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 보험요양기관에서 행한다.”고 규정하고 동조 제2항에서 “전항의 보험의료기관은 의료법 제8조에 규정된 의료기관 중에서 대통령령이 정하는 바에 의하여 보험자의 신청에 의하

여 보건사회부장관이 지정한다.”고 규정함으로써 신청에 의한 지정제도를 취하고 있었다.¹³⁷⁾ 그러나 제1차 개정된 1973년 8월 의료보험법은 보험의료기관을 지정하는데 있어 제정 의료보험법의 “보험자의 신청에 의하여”라는 문구를 삭제하고 의료보험 요양기관을 대통령령이 정하는 바에 따라 보건사회부장관이 지정하도록 규정하였고 더불어 보건소와 보건지소를 요양기관으로 지정할 수 있는 근거를 마련한다.

제2차 개정인 1973년 12월 의료보험법에서는 제29조 제2항에서 “제1항 제1호 내지 제4호의 규정에 의한 요양급여는 부득이한 경우를 제외하고는 다음 각호의 의료기관 또는 약국(이하 “요양취급기관”이라 한다.)에서 행한다.”라고 규정하여 요양기관 강제지정제도를 확인하고 약국을 요양기관에 포함시키는 근거를 신설한다.

1999년 2월 제7차 의료보험법은 기존의 지정방식과는 달리 요양기관의 지정 규정을 삭제하고, 대신 제32조 제1항에서 요양기관의 종류와 제외대상을 규정하였으며, 동조 제4항에서 요양기관이 정당한 사유 없이 요양급여나 분만급여를 거부하지 못하도록 함으로써 의료기관이면 요양기관이 되도록 규정하였다. 이후 이러한 규정은 2000년 7월 제정된 국민건강보험법에서 그대로 적용되었고 모든 의료기관이 요양기관이 되는 당연지정제를 취하였다. 현행 국민건강

137) 더불어 동법 제40조는 “보험의료기관은 언제든지 대통령령이 정하는 바에 의하여 보건사회부장관에게 그 지정을 취소할 수 있다.”고 규정하여 의료기관의 선택권을 보호하고 있음을 확인할 수 있다. 더불어 동조 제33조는 “보건사회부장관은 요양기관취급기관이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 요양취급기관의 지정을 취소할 것을 보험자에게 명할 수 있다.”라고 규정하여 요양기관 지정취소 신청제도를 폐지하고 지정취소권을 보험자에게도 부여한다. 1979년 4월 개정된 제3차 개정 의료보험법 제32조 제1항은 “보건사회부령이 정하는 바에 의하여 보험자 또는 보험자로 구성된 단체가 보건사회부장관의 승인을 얻어 이를 지정한다. 지정을 취소할 때에도 또한 같다.”라고 하여 요양기관 지정권자에 보험자단체를 포함시키고 동조 제4항에서는 “보건사회부장관은 필요하다고 인정할 때에는 보험자 또는 보험자단체에 대하여 요양취급기관을 지정하게 할 수 있다.”라고 하여 보건사회부장관의 임의적 요양기관 지정권을 신설한다. 1981년 4월에 개정된 제4차 의료보험법은 제32조 제1항에서 요양취급기관을 보험자 또는 보험자단체가 지정하도록 하여 보건사회부장관의 승인없이도 지정이 가능하도록 하였다. 다만, 재정 의료보험법은 시행령이 마련되지 않아 어떠한 기준에 의해서 의료기관을 요양기관으로 선정했는지를 알 수 없다.

보험법은 제42조에서 그 내용을 규정하고 있다.

2) 현행 의료공급체계의 문제점

(1) 당사자의 입장¹³⁸⁾

현재의 당연지정제도를 반대하는 입장에서는 우선 공급자측면에서 의료서비스를 제공하는 의료인들은 각자의 능력이나 노력, 의료행위의 질, 의료시설의 수준에 관계없이 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등 요양급여 기준에 의해 동일한 의료보수를 지급받게 되어 오히려 의료서비스의 질을 하향평준화될 것이라는 주장이다. 구체적으로 당연지정제도는 개인의 의사와 상관없이 동일한 제도에서 의료행위를 하도록 강제함으로써 각자의 역량 및 시설의 수준과 무관하게 요양급여비용을 지급하고 자신의 능력과 창의를 발휘하여 개성신장을 추구하는 것을 내용으로 하는 직업의 자유를 과도하게 침해한다는 것이다. 이러한 개인적인 역량 및 시설에 대한 부담을 의료인 각자가 부담하고 있음에도 불구하고 각자의 투여비용이나 능력 및 시설의 차이를 무시하면서 모든 의료기관 또는 의료인을 하나의 보험체계에 편입시켜 요양급여를 강제하여 획일적인 대가를 지급하는 것은 의료인들의 사적재산을 강제로 사용하는 것과 다르지 않다는 것이다.

수요자 측면에서는 의료행위에 대한 만족도가 의료서비스를 받는 소비자마다 다르고 또한 요구하는 내용도 상이하야 그에 대한 비용이 달라질 수밖에 없음에도 불구하고 동일한 서비스만을 제공해야 하고, 소비자도 다양한 의료서비스를 받을 수 있는 기회를 박탈당하고 있으며 자신들이 원하는 의료서비스를 찾지 못할 경우 여유가 있다면 해외 의료기관을 이용할 개연성이 높아지

¹³⁸⁾ 헌법재판소 2002. 10. 31. 99헌바76, 2000헌마505(병합), 판례집 14-2, 410면 이하 참조.

게 된다는 것이 당연지정제도를 비판하는 주요 논거이다.

반대로 당연지정제도를 옹호하는 입장의 주요 논거는, 의료기관을 요양기관으로 당연지정하는 것은 공공의료기반이 취약한 우리나라의 사정과 민간자본에 의해 의료서비스가 공급되는 현실적인 상황에서 국가의 헌법적 의무를 이행하기 위한 불가피한 선택이며, 경험적으로 계약제도로 인한 폐단을 막기 위한 수단이라는 것이다. 더불어 의료시장의 특성상 소비자와 공급자간 극단적인 정보비대칭으로 인해 소비자 선택권이 제한될 수 있는 상황에서 요양기관을 계약제도로 선정할 경우, 보험제도에 편입된 요양기관의 질적 수준을 담보할 수 없으며, 국가의 재정지원이 미흡한 상황에서 건강 문제를 개인이 해결해야 하는 영역으로 인식하고 소득수준이 낮은 집단의 의료접근도가 떨어져 결국 의료불평등이 이뤄질 수 있다고 주장한다.¹³⁹⁾

더불어 헌법적 측면에서 보더라도, 요양기관을 당연지정하는 입법목적이 정당하고, 보다 중대한 공익을 위한 사적 이익의 제한이기 때문에 법익균형성도 있으며, 적절한 방법으로 피해를 최소화하는 한도에서 제도를 운영하기 때문에 직업의 자유를 침해하지 않았다. 또한 당연지정제도를 반대하는 측에서 주장한 해외 의료기관 이용 증가와 관련해서는 일부 상류층의 국민을 제외하면, 대부분의 국민이 자신의 경제력에 맞는 수준의 의료서비스를 받을 수 있어 국민의 행복추구권을 보장하는 방법이 되기 때문에 의료소비자의 선택권 제한은 제도의 목적에 의해 정당화된다는 것이다.

(2) 헌법재판소의 결정 내용

가. 제도의 입법목적과 제한될 수 있는 기본권

139) 자세한 내용은, 한만호·김경하, 건강보험 요양기관 참여방식에 관한 연구 - 요양기관 계약제를 중심으로-, 국민건강보험공단 건강보험연구센터 연구보고서, 2003. 151면 이하 참조.

헌법재판소는 의료기관이 의료행위의 질, 범위 등에 관하여 규제를 받고 정해진 의료보수만을 받으므로 헌법 제15조의 직업의 자유와 모든 의료기관에게 요양급여를 강제하고 획일적인 대가를 지급함으로써 헌법 제11조의 평등의 원칙, 그리고 모든 의료기관으로 하여금 국가가 정하는 기준에 따라 동일한 수준의 의료서비스를 제공하도록 규정하는 것이 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 국민의 의료행위 선택권이 제한된다고 하면서 이들 기본권의 침해여부를 구체적으로 심사 하였다.¹⁴⁰⁾

나. 직업의 자유에 대한 침해여부

헌법재판소는 ‘강제지정제’가 ‘직업행사의 자유’를 제한한다고 판단하였다. 또한 강제지정제는 사회보험의 형태로 이루어지는 현 의료보험체계의 기능을 확보하고 전국민에게 원활한 보험급여를 보장하고자 하는 것으로서, 그 입법목적 이 정당하고, 모든 의료기관을 보험급여의 의무가 있는 요양기관으로 강제 지정하는 것이 이러한 입법 목적을 달성하는 수단으로 적정하다고 판단하였다.

헌법재판소는 입법자가 현실적으로 보험의료인을 확보하기 어렵다는 상황과, 계약제도를 시행했을 경우, 의료인단체가 수가 인상 등 특수이익을 위해 계약체결을 거부하거나 집단행동을 할 우려가 있고, 현실적 여건이 성숙될 때까지 의료보험의 시행을 미룰 수 없으며, 공공의료기관의 부족으로 민간의료기관의 강제 동원이 불가피하다는 것과 계약지정제 시행으로 인해 발생했던 의료공백의 경험 등을 기초로 공익실현을 위해서는 계약지정제도를 선택할 수

140) 이외에도 헌법재판소는 청구인들이 주장한 헌법 제10조와 제37조로부터 도출되는 일반적 행동의 자유와 헌법 제119조 제1항의 경제질서, 헌법 제23조의 재산권, 헌법 제22조의 학문의 자유에 대한 기본권 제한을 검토를 하였으나 이들 조항의 관련성은 인정하지 않는다.

없다는 입법자의 판단이 잘못됐다고 할 수 없어 최소침해의 원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.¹⁴¹⁾

더불어 헌법재판소는 강제지정제도의 예외를 허용하면 의료공급시장에서 살아남기 어려운 의료기관만 보험에 편입되어 보험진료는 2류 진료로 전락하고 결국 의료보험체계가 유지되지 못할 수 있다는 예측이 명백한 잘못이라고 할 수 없다고 보았다.

마지막으로 헌법재판소는 의료보험수가제도가 요양급여에 소요되는 자원의 양과 위험도를 고려하여 요양기관을 1·2·3차 요양기관과 특수요양기관으로 구분하여 지정하였으며 비급여대상의 가능성을 명시적으로 규정하고 신의료기술에 대한 급여를 인정받을 수 있는 절차를 마련하여 의료행위의 질과 설비투자를 급여비용에 반영하고 있어 의료인의 직업관을 실현하고 인격을 발현할 수 있는 여지를 내포하고 있다는 점에서 최소 침해의 원칙에 위배되지 않는다고 보았다.

법익균형성과 관련하여 헌법재판소는 강제지정제도를 통해 달성하려는 공익의 중대함에 비추어 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 개인의 기본권 제한의 정도가 합리적인 비례관계를 현저하게 일탈하지 않았다고 판단하였다.

다. 의료소비자의 자기결정권과 평등권 침해여부

헌법재판소는 강제지정제도로 인해서 모든 의료기관이 법이 정한 기준의 보

141) 헌법재판소는 전국민이 의료보험에 가입되어 있는 상황에서는 별도의 지출이 발생하는 일반의를 택하지 않을 것이며 따라서 의료기관의 입장에서는 생존 경쟁이 보다 덜 치열한 요양기관 지정을 원할 것이라는 가정이 가능하다고 하고, 이러한 경우라면 의료기관의 자발적인 참여만으로도 충분히 요양기관을 확보할 수 있다는 결론에 도달할 수 있다는 것이다. 다만 이 경우에도 국가가 직접 요양기관을 운영하거나 공공의료기관이 충분하여 계약제도에서 발생할 수 있는 민간의료기관의 의존도가 낮은 경우에 국민의 의료보험수급권이 위협받지 않을 것이라는 전제가 필요하다고 하여 현재 상황에 대한 당연지정제도의 불가피성을 설명하고 있다.

협급여를 제공함으로써 의료소비자의 입장에서는 의료서비스를 선택할 수 있는 권리를 제한받는다¹⁴²⁾고 하여도 이러한 제한이 의료보험의 기능 확보라는 중대한 공익의 실현을 위한 것이며 또한 선택권이 제한을 받아도 비급여대상¹⁴²⁾ 의료행위를 선택할 수 있는 가능성이 있어 강제지정제도가 국민의 의료선택권을 과도하게 침해하는 것이 아니라고 판단하였다. 또한 강제지정제가 모든 의료기관을 시설·장비·인력·기술 등의 차이와 관계없이 요양기관으로서 지정함에도 불구하고 요양급여 비용 산정과 비급여 가능성을 열어두고 있어 실질적으로 의료기관간 차이를 반영하고 있다. 따라서 모든 의료기관을 일률적으로 강제지정함에도 불구하고 본질적으로 다른 것을 다르게 취급하고 있어 강제지정제는 평등원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.

3) 현행 의료공급체계에 대한 평가

헌법재판소는 당연지정제도로 인해 의료기관의 기본권이 제한됨을 인정하면서도 공공의료기관의 부족으로 보험의료인의 확보가 어렵고 이러한 현실적인 여건이 성숙될 때까지 국민의 건강보호를 미룰 수 없다는 이유에서 의료기관의 기본권 제한의 정도가 심하지만 상대적으로 감내할 만하다고 판단하고 헌법에 위배되지 않는다고 하였다. 그러나 당연지정제도가 국민의 의료접근권을 보장하기에 충실한지 검토가 필요하다.

첫째, 모든 의료기관을 요양기관으로 편입시켰으나 이를 통해 달성하려는

142) 의료소비자가 선택할 수 있는 비급여는 의료보험의 원래 목적인 국민의 건강문제 해결을 위해 선택 가능한 부분이라고 보기 어렵다. 즉, 국민건강보험법 제41조 제3항에 의해 요양급여 대상에서 제외되는 사항을 규정하고 있다. 비급여 대상 항목을 정한 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 별표2는 비급여 대상을 '업무 또는 일상생활에 지장이 없는 경우'와 '신체의 필수 기능 개선 목적이 아닌 경우' 그리고 '질병·부상의 진료를 직접목적으로 하지 아니하는 경우' 등의 행위·약제 및 치료재료를 그 대상으로 하고 있음을 명시하고 있다. 따라서 이들 비급여 대상을 선택할 가능성을 이유로 의료소비자의 자기결정권 침해가 과도하지 않다고 하는 것은 비급여 대상에 대한 의미를 확대해석하거나 또는 의료보험의 목적을 오해한 결과라고 보여진다.

국민의 건강권을 오히려 보장받지 못하는 경우가 있다. 예컨대 ‘다나의원 사건’과 같이 의료의 질이 떨어지는 요양기관도 건강보험 급여를 제공할 수 있어 국민의 건강권 보장을 오히려 저해하는 경우가 발생한다. 현재 의료공급체계는 이러한 상황을 염두하지 않고 있으며 따라서 요양기관으로 활동하는 것을 제한할 방법이 없어 제도적 보완이 필요하다.¹⁴³⁾

둘째, 당연지정제도가 시행된 이후 오랜 시간이 지났고 그 동안 의료인의 기본권을 제한을 최소화할 수 있었음에도 기본권 제한이 지속되고 있다. 헌법재판 결정당시인 2002년 공공의료기관의 비중이 8.8%에 불과하여 불가피하게 당연지정제도를 합헌으로 결정하였다면 그로부터 발생하는 의료기관의 기본권 침해는 보다 최소화할 수 있도록 노력해야 하지만 2013년 기준 공공의료기관의 비중은 2002년 당시보다 줄어들었다.¹⁴⁴⁾ 이러한 이유에서 당연지정제도는 의료기관의 기본권 제한뿐만 아니라 공공의료기관을 충분히 확보하여 국민의 건강권을 보장해야하는 국가의 의무를 충실히 수행하지 못하고 있다.¹⁴⁵⁾

143) ‘다나의원 사건’은 서울 양천구 소재 다나의원에서 C형 간염이 집단적으로 발생해 보건당국에서 원인을 조사한 결과, 이 병원 개원 당시인 지난 2008년부터 지금까지 일회용 주사기를 반복 사용해온 사실이 드러난 것이다. 지금까지 다나의원을 내원한 환자 787명을 조사한 결과, 이 병원에서 C형 간염 감염자 78명이 발생했고 이외에도 매독 항체 양성반응 4건, 말라리아 항체 양성 18건, B형 간염 양성반응 23건, 바이러스 감염 55건이 발생하였다. 의사신문 [2015 의료계 결산]다나의원서 C형 간염 집단 발생...면허관리 이슈, 2015.12.18 보도자료.

144) 2013년 기준으로 전체요양기관은 84,971기관으로 이중 공공의료기관이 200기관이며 보건소 등 보건기관이 3,470기관으로 공공의료기관과 보건기관이 전체 의료기관의 4.32%에 해당한다. 이는 2002년보다 병원은 2배, 요양병원은 22배, 의원은 1.2배 증가하여 전체 요양기관이 19,422기관이 증가함에도 불구하고 공공의료기관 및 보건소의 증가는 거의 없었기 때문에 분석된다(2013년 진료비통계지표, 건강보험심사평가원, 2면 요양기관현황자료 참조). 이처럼 공공의료기관의 비중은 선진 외국에 비해 낮은 수준이며 병상수의 경우 전체 병상수 대비 공공의료기관 병상수 비중을 보더라도 의료민간이 주도하는 미국이나 일본과 비교해도 크게 낮은 수준이다. 오영호, 우리나라 공공보건의료의 문제점과 정책방향, 보건복지포럼, 2003.6., 69면 각주 14번 참조.

145) 헌법재판소의 위헌법률심판결정 유형의 변형결정 중 입법촉구결정 혹은 불합치결정도 가능하지 않았을까 생각해본다. 입법촉구결정은 결정 당시에는 합헌이나 장차 위헌으로 될 소지가 있다고 하여 입법권자에게 문제되는 법률의 개정이나 보충 등 입법을 촉구하는 결정을 말한다(김철수, 헌법학신론, 박영사, 2003, 994면; 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2014, 798면 이하 참조). 다만, 공공의료기관의 확충은 단기간에 이뤄질 수 있는 사안은 아니며 장기적인 정책을 통해 그 문제점을 해결할 수밖에 없다는 점에서 위헌결정이나 기타 변형결정은 현실적인 문제 해결방안으로는 적절하지 않아 보인다.

대부분의 의료기관이 대도시에 집중되어 있고 민간에서 자율적으로 생겨나기 때문에 의료기관이 부족한 지역에 의료기관 설립을 강제할 수 없다. 결국 지역적 편중이 심해지는 경우 당연지정제도로 안정적인 의료접근권을 확보하기 어렵다. 따라서 이 두가지 문제를 적극적으로 해결하지 않으면 당연지정제도 유지를 위한 정당성을 확보하기 어렵다.

3. 안정적 의료접근권 확보를 위한 의료공급체계 개선방안

1) 요양기관 질 관리 체계 구축을 통한 요양기관의 안전성 확보

헌법재판소에서 당연지정제도를 합헌으로 인정한 근거가 민간 의료기관이 요양기관으로 포섭됨으로써 안정적인 보험의료인을 확보하는 것이라는 점에서 그 목적을 달성하는데 큰 도움이 된 것을 사실이다. 그러나 이처럼 요양기관이라면 아무런 조건 없이 당연지정하여 보험급여를 제공하게 함으로써 의료시장에서 살아남기 어려운 실력을 갖고 있는 혹은 현실적으로 의료서비스를 제공하기에 부적절한 의료인도 보험의료인이 되고 있다. 예컨대 ‘다나의원 사건’·‘산부인과 몰래카메라 사건’¹⁴⁶⁾·‘우유주사 시신유기 산부인과 의사 살인 사건’¹⁴⁷⁾ 등은 이러한 현상들이 사회적 이슈가 된 사건들이다.

현재의 당연지정제도는 보험의료인을 확보하는 중요한 수단이 되긴 하지만 국민의 건강보험수급권의 보장이라는 본래의 목적을 달성하는데 발생하는 문제 상황을 해결하기 위한 방법을 제시하고 있지 않다. 더군다나 앞에서 예 들린 사건의 의료인들이 다시 보험의료인으로서 활동할 수 있다는 점에서 개선

146) 137차례 간호사와 환자 등 여성의 신체를 찍은 산부인과 의사가 실형을 선고받은 사건이 발생하였다. 세계일보 2015. 8. 28 보도자료.

147) 속칭 ‘우유주사’를 놔주겠다며 마취제를 과다 투여해 여성을 숨지게 하고 범행과정에서 사체를 유기한 사건으로 해당 산부인과 의사는 1년 5개월 징역형을 선고받았다. 연합뉴스 2013. 2. 14. 보도자료

의 여지가 있다. 따라서 다음과 같은 방법을 통해 당연지정제도를 유지하면서 일정수준 이하의 요양기관인 경우에는 건강보험을 취급을 제한하는 방법을 도입해야 한다.

첫째, 「의료법」 제65조에 따른 면허정지 처분을 받은 의료인의 경우에는 보험의료인이 될 수 있는 자격을 제한해야 한다. 「의료법」 제65조의 면허정지 사유가, 의료인이 될 수 없는 자가 의료인이 되거나 또는 일정한 조건을 붙여 면허를 교부한 경우 이를 위반한 때, 그리고 자격정지 처분 기간 중 의료행위를 하거나 3회 이상 자격정지 처분을 받은 경우에 해당한다. 이러한 경우라면 이들 의료인에게 국민의 건강권 보장을 요청하는 것을 국민들이 용인하기 쉽지 않을 것이다. 앞에서 예를 든 사건들이 여기에 해당한다.

둘째, 의료인과 의료기관에서 이뤄지는 의료의 질을 평가함으로써 일정수준 이하의 의료인 또는 요양기관을 보험의료인 또는 요양기관이 될 수 없도록 해야 한다. 다만, 이 과정에서 발생하는 질 평가의 공정성에 대한 논란을 최소화해야 한다. 예컨대 의료서비스에 대한 질 평가 기준은 의료인과 관련 전문가들이 만들어 공표하고 이 기준에 따른 평가는 의료인들이 수행하여 그 결과를 공개할 수 있을 것이다. 이 결과에 따라 연속하여 일정 수준 이하의 평가를 받은 경우 요양기관에서 제외하는 것을 원칙으로 하되 재평가를 통해 요양기관의 지위를 회복할 수 있는 기회를 갖게 함으로써 국민 건강권 실현의 질적 향상을 유도할 수 있을 것이다. 다만, 이러한 평가가 의료인이나 의료기관의 직업행사의 자유를 최대한 제한하지 않도록 세심하게 설계되어야 하며 그 과정에서 의료계와의 충분한 의사소통 과정이 필요하다.

2) 공공의료기관의 역할 강화를 통한 안정적 의료접근권 확보

우리나라는 의료기관의 대부분이 일부 대도시에 집중되어 의료접근성에 있

어서 형평성의 문제가 제기될 수 있다. 더군다나 국가가 국민 건강권 보장을 위해 적극적으로 운영해야 할 공공의료기관도 수익성을 이유로 폐업시키고 있어¹⁴⁸⁾ 지역에서의 의료접근성은 더욱 나빠지고 있는 상황이다. 당연지정제도가 의료인의 기본권을 지속적으로 제한할 뿐만 아니라 의료접근권을 해결하기 위한 제도개선이 필요하다는 입장에서 현재 공공의료기관 운영과 관련된 근본적인 개선방안 마련이 필요하다. 구체적으로 공공의료기관과 관련된 문제점은 첫째, 공공의료기관의 부족, 둘째, 지속적인 재정적자, 셋째, 공공의료기관의 낮은 의료의 질을 들 수 있다.¹⁴⁹⁾

공공의료기관은 낮은 보험수가와 비급여 진료를 지양하고 있어 상대적으로 민간의료기관보다 경영적자가 크다. 이런 상황에서 민간의료기관보다 낙후된 시설과 의료인력의 약 30~40%가 공중보건의사인 점 등이 의료의 질 향상에 장애가 되고 있다. 따라서 공공의료기관의 역할을 강화하고 국민의 의료접근성을 높이기 위해서는 제도 개선이 필요하다.

첫째, 규범적으로는 공공의료기관의 통합 관리를 위한 입법개선이 필요하다. 현재 지방의료원의 경우 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」에 의해 보건복지부에서 주관하지만 실제적인 관리는 지방자치단체에서 수행한다.¹⁵⁰⁾ 따라서 보건복지부와 지방자치단체가 이견이 있는 경우에는 공공의료기관의 역할을 충실히 수행하기 어려운 상황에 놓이게 된다. 진주의료원 폐업의 경우가 좋은 예이다.

둘째, 공공보건의료부분의 역할과 기능에 대한 재정립이 필요하다. 지역의 공공의료기관 특히 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」에 의해 설립된

148) 진주의료원의 경우 2013년 2월 수익성을 이유로 폐업을 선언하였다.

149) 김석연, 공공보건의료기관의 역할 재정립, KIHM 연구동향, 2014년 7월 3권2호 17면 이하 참조.

150) 더불어 국립경찰병원은 행정자치부, 산재의료관리원은 고용노동부, 보훈병원은 국가보훈처, 원자력 병원은 미래창조과학부, 국립법무병원은 법무부, 국군병원 국방부, 기타 지자체의 보건소 등은 행정자치부 소속으로 관리주체가 다르다. 이러한 현상은 정부부처마다 필요에 의해서 특수하게 의료기관을 설립하여 운영하고 있다.

지역공공의료기관은 설립 지역의 주민의 건강증진과 지역보건 업무를 담당하고 있으며 「공공보건의료에 관한 법률」에 의하면 지방자치단체 및 보건의료기관이 지역·계층·분야에 관계없이 국민의 보편적인 의료 이용을 보장하고 건강을 보호·증진하는 모든 활동을 공공보건의료기관으로 정의하고 공공보건의료사업을 보건의료 공급이 원활하지 못한 지역 및 분야에 대한 의료 공급에 관한 사업과 보건의료 보장이 취약한 계층에 대한 의료 공급에 관한 사업 그리고 발생 규모, 심각성 등의 사유로 국가와 지방자치단체의 대응이 필요한 질병의 예방과 건강 증진, 보건교육에 관한 사업 등으로 규정하고 있어 결론적으로 공공의료기관은 지역의 부족한 의료 공급과 취약계층에 대한 의료지원 그리고 전염병 등 국가적으로 대응이 필요한 의료서비스를 제공하도록 한다고 볼 수 있다. 따라서 공공의료기관은 양적 확충을 기존 지역별 의료수요와 공급 상황을 고려하여 맞춤형 의료를 제공하는 방향으로 설계되어야 한다.

셋째, 공공의료기관의 경영합리화를 통해 재정문제를 해결해야 한다. 공익적 부분에 대해서는 공공이 그 비용을 부담하고 일반적인 부분에 대해서는 해당 의료기관이 부담하는 것을 명확히 하며, 보건복지부와 지방자치단체는 공익 부분에 대한 부담비용과 시설·장비에 대한 투자를 적극적으로 확대함으로써 실질적인 재정지원이 가능하도록 해야 할 것이다.

4. 소결

모든 의료기관을 요양기관으로 편입시켜 국민이 의료서비스를 쉽게 접할 수 있다고 하는 취지에서 도입된 당연지정제도는 제도 도입 15년이 지난 상황에 점검이 필요하다. 모든 의료기관이 요양기관이 될 수는 있지만 요양기관에서 제외되는 방안은 마련되어 있지 않아 의료의 질이 현저히 낮아 국민 건강권 실현에 문제가 발생할 가능성이 있거나 환자의 정보 혹은 환자를 이용하여 의

료와 관계없는 사회문제를 야기하는 의료인의 경우에도 보험의료인으로서 활동한다면 당연지정제도의 본연의 목적과 그 수단에 대한 정당성은 약해질 것이다. 우리 헌법재판소도 이러한 의료인 또는 의료기관을 보험의료인 또는 요양기관이 되어야 한다는 것에 동의하지 않을 것이다. 따라서 현재 당연지정제도를 유지하기 위해서는 보건의료인과 요양기관의 질 향상을 위한 노력이 필요하다. 이를 위해 의료인이 중심이 된 질 평가체계 구축 및 평가결과 공개 등을 통해 일정수준 이하의 경우에는 재교육을 통한 질 향상이 이뤄질 수 있도록 해야 하며 이를 통해 일정수준의 보험급여가 이뤄질 수 있도록 유도해야 한다.

더불어 우리나라의 의료기관이 대도시를 중심으로 집중되어 있어 대도시와 지방과의 의료접근도에서 차이가 발생하고 있다. 이는 민간에서 자생적으로 생겨난 의료기관이 대부분인 우리나라의 경우, 이들 의료기관의 설립을 강제하지 못하기 때문에 대도시 집중현상을 제어할 방법이 없다. 따라서 공공의료기관의 설립을 의료접근권이 취약한 지역을 중심으로 진행하되 그 지역의 수요를 정확히 파악하여 맞춤형 의료기관을 설립할 수 있는 전략이 필요하다.

공공의료기관 설립은 헌법재판소가 당연지정제도를 합헌으로 인정하면서 보건의료정책 결정과정에서 우선적으로 고려되지 않는 상황인 것으로 보여진다. 그러나 당연지정제도는 의료기관을 공법관계로 포섭함으로써 의료접근성을 확보하지만 반면에 의료인의 자율성과 재산권을 제한한다. 헌법재판소는 당연지정제도가 시대적인 상황으로 인해 의료인 또는 의료기관의 기본권을 제한함에도 합리적인 선택이었다고 판단하였다. 그러나 이러한 기본권 제한이 상황적인 여건으로 인한 경우이고 해결 가능한 것이라면 국가는 기본권 제한의 상황을 적극적으로 해결해야 할 의무가 있다. 당연지정제도가 합헌으로 결정될 당시와 현재의 상황이 변화가 없는 것, 오히려 상황이 좋아지지 않은 것을 봐서는 결국 국가의 의무를 다하기 위해서 의료인들의 기본권은 지속적으로 제한

당하고 있고, 그 제한에 대해 국가는 무관심하다는 반증이다. 10년전 당연지정 제도가 피할 수 없는 상황에서 인정되었다면 국가가 10년전부터 공공의료기관을 늘리려는 노력을 지속적으로 수행하였고 그에 대한 정책을 수정·보완했다면 지금쯤은 당연지정제가 아니더라도 국가의 의무를 수행할 방법이 다양하게 존재할 가능성이 있고 의료인의 기본권 제한의 정도가 약해질 수 있었을 것이다. 따라서 공공의료기관을 확충하는 것은 의료인의 기본권 제한을 완화시켜 주는 기능도 수행한다.

마지막으로 의료접근권을 확보하기 위한 제도적 준비가 필요하다. 저수가 구조에서 수익 발생이 구조적으로 어려운 공공의료기관의 인력·시설·장비 등의 지원을 확대하고 의료기관간 기능 정립을 통해 민간에서 기피하는 의료 서비스를 적극적으로 제공함으로써 필수의료의 공백이 발생하지 않도록 해야 한다. 이를 통해 공공의료기관의 기능을 명확히 하고 안정적인 의료접근권을 확보하는 대안이 될 수 있다.

제3절 합리적인 요양급여비용 결정을 위한 과제

1. 요양급여비용 결정 과정 검토

국민건강보험법 제45조에서 요양급여비용을 산정함에 있어서 의약계를 대표하는 사람을 계약의 당사자로 참여시키고 있다. 2000년 이전에 보건복지부장관이 요양급여비용을 일방적으로 고시함으로써 결정했던 것에서 의료기관을 계약의 당사자로 인정하면서 정책형성 과정에 참여할 수 있는 기회를 만들었다는 점에서 헌법적 정당성을 인정할 수 있다.

요양급여비용을 결정하는 건강보험정책심의위원회의 구성에 대해서는 제5절

의 건강보험 관리·운영주체 부분에서 검토한다. 내용적인 측면에서 요양급여 비용 결정요소를 살펴보면, 요양급여비용은 상대가치 점수에 점수당 단가(환자지수) 및 요양기관의 종별 가산율을 곱하여 계산된 ‘수가’와 요양급여에 사용되는 약제 및 치료재료의 비용으로 구분된다.¹⁵¹⁾ 국민건강보험법 제45조에서 요양급여비용을 국민건강보험공단 이사장과 대통령령으로 정하는 의학계 대표인 의사협회장·치과의사협회장·한의사협회장·간호사협회장 등과의 계약으로 체결하도록 하였으며 이때 체결된 계약기간은 1년이다.

계약은 개별 요양기관과 공단 사이에 체결된 계약으로 의제되며, 직전 계약기간 만료일이 속하는 연도의 5월 31일까지 체결해야 한다.¹⁵²⁾ 즉 국민건강보험공단의 이사장과 유형별 요양기관의 대표들은 요양급여 각 항목에 대한 상대가치점수의 점수당 단가를 계약함으로써 요양급여비용 계약을 체결한다. 그러나 요양급여비용 계약이 상대가치점수의 점수당 단가에 한정된다는 점과 요양급여비용과 같이 의료인들의 재산권에 직접적으로 영향을 미치는 내용이 보건복지부령에서 규율되고 있다는 것을 이유로 헌법소원이 제기되었다.¹⁵³⁾

151) 요양급여비용을 지급하는 방식은 크게 진료에 소요되는 약제 또는 재료비용을 별도로 산정하고 의료인이 제공하는 행위에 따라 항목별로 가격을 책정하여 진료비를 지불하는 ‘행위별수가제(fee-for-service)’와 의료공급자인 의료기관과 의료인에게 일정한 수의 가입자를 등록시키고 의료공급자가 제공하는 진료비용을 등록자에 따라 일정금액을 지불하는 방식의 ‘인두제’ 그리고 보험자와 의사단체간에 가입자에게 제공되는 요양급여에 대한 진료비용의 총액을 결정하고 결정된 비용을 지급하는 방식의 ‘총액계약제(global budget)’, 질병의 진료를 위하여 행해지는 진료비를 미리 산정하여 책정하고 질병군에 따라 비용을 지급하는 ‘포괄수가제(caes-payment)’가 대표적이다. 이외에도 의료인들에게 그들 각자의 근무경력, 기술수준, 근무하는 의료기관의 종별 및 직책에 따라 보수수준을 결정하고 그에 따라 월 1회 또는 일정기간에 한 번씩 급여를 지급하는 방식의 ‘봉급제(salary)’ 및 투입자원이거나 서비스 강도에 차이를 두고 진료 1일당 수가를 책정하여 진료기간에 따라 진료비총액이 결정되는 ‘일당진료비 방식(daily charge or per diem fee)’ 등이 있다. 진료비 지불제도와 관련된 보다 자세한 내용은 김창엽, 건강보험의 이론, 한울, 2009, 324면 이하 참조.

152) 만일 이 기간내에 계약이 체결되지 않으면 보건복지부장관은 건강보험정책심의위원회의 의결을 거쳐 1개월 후인 6월 30일까지 확정하게 된다. 이때 체결되는 계약의 내용은 국민건강보험법 시행령 제21조에서 구체적으로 명시하고 있다. 구 국민건강보험법[법률 제11141호, 2011.12.31., 전부개정]에서는 계약기간 만료일의 75일 전까지 계약이 체결되어야 한다고 규정하고 있어 정부 예산편성시기와 맞지 않는 문제점을 갖고 있었다. 이러한 이유에 현행 국민건강보험법[법률 제11787호, 2013.5.22., 일부개정]은 요양급여비용 계약 체결 시기를 정부의 예산 편성 시기와 연계하여 건강보험재정에 대한 국고지원 규모 산정의 정확성을 높이기 위해 계약체결 기간을 5월 31일까지로 변경하였다.

1) 요양급여비용 계약에 대한 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 의료계의 요청에 따라 계약제도를 선택했지만 합의가 이뤄지지 않는 경우 계약제도의 실효성이 떨어져 보건복지부장관의 고시로 결정하게 된 것이고 우선적으로 계약에 의하여 요양급여비용을 정하도록 한 것은 의료공급자인 의약계의 의견을 시기적으로 적절히 반영하여 물가상승 등 유동적인 경제현실에 상응하여 요양급여비용이 산정될 수 있도록 한 입법자의 배려라고 설명하였다. 또한 요양급여비용의 결정과정에서 상대가치점수의 산정을 제외 한 것과 관련해서는 요양급여비용 계약의 공공성을 강조하면서 행위별로 상대가치 점수를 의약계의 대표와 합의한다면 대상의 방대성·다양성·복잡성으로 인해 계약성립 자체가 심각하게 지연될 것이라고 판단하였다. 더불어 의료계 내부에서도 세부적인 전문분야별 행위 기준이 다양하여 의견 일치가 어렵기 때문에 전문가의 객관적이고 공정한 평가를 통해 결정되는 것이 바람직하다는 것이다. 이러한 이유에서 상대가치점수를 공단 이사장과 의약계의 대표자간에 계약의 대상으로 하기에 부적합하다고 판단하였다.

2) 요양급여비용 결정 과정의 문제점

요양급여 비용의 결정은 의료인과 의료기관의 재산권과 밀접한 관계를 갖는다. 이론적으로 요양급여는 모든 의료서비스를 행위와 약제 그리고 치료재료

153) 2001년 보건복지부장관은 국민건강보험공단의 재정 악화로 당기(當期) 적자규모가 4조원에 이를 것으로 추정되자 2001년 5월 보험재정의 안정화 대책을 발표하였다. 이에 따라 2001년 6월 27일 보건복지부는 의사 1인당 1일 진찰횟수를 기준으로 진찰료를 차등 감액지급하는 차등수가제, 진찰료와 처방료의 통합, 기본진찰료의 30%를 가산하는 야간가산율 적용 시간대 축소 등의 내용으로 고시(고시 제2001-32호)를 개정하였고 의료인들은 이러한 고시 개정이 법률의 위임 범위를 일탈하거나 법률의 위임에 근거하지 않은 권한 없는 것으로 헌법 제75조, 헌법 제95조 및 헌법 제37조 제2항에 위반하였다면서 헌법소원을 청구한다. 헌법재판소 2003. 12. 18 선고 2001헌마 543, 판례집 15-2, 581면 이하 참조.

를 기준으로 정리하여 비용을 책정하고, 의료서비스에 대해서 요양급여비용의 지급이 이뤄져야 한다. 그럼에도 불구하고, 현행 요양급여기준은 의사단체와 보험자간에 합의가 이뤄지지 않은 부분들이 많고 또한 요양급여대상 결정이 유보되었던 기존의 의료행위와 약제 그리고 치료재료 또는 신의료기술 등 새롭게 요양급여 비용에 대한 결정이 필요한 영역이 많아 요양급여 기준이 현재 이뤄지고 있는 의료서비스를 충실히 반영하지 못하고 있다.¹⁵⁴⁾ 이러한 상황에서 보건복지부 장관의 일방적인 고시로 요양급여비용에 대한 계약을 확정한다면, 완전하지 못한 기준과 일방적인 의사결정에 의한 기준을 근거로 의료인의 전문성과 자율성을 제한할 가능성이 높아진다.¹⁵⁵⁾

2. 요양급여비용 결정 과정의 개선방안

우리나라가 저수가 구조를 갖고 있어 과잉 의료서비스를 양산하고 있기 때문에 적절한 수가 구조를 마련하기 위해서라도 현실적으로 요양급여비용의 적절한 기준을 설정할 수 있는 논의구조가 필요하다.¹⁵⁶⁾ 저수가 구조는 필연적

154) 요양기관에서 환자에게 실시하는 각종 검사, 시술 등 진료행위는 각 행위(항목)별로 수가를 정하고 있으며 이는 1977년 의료보험제도 도입 이래 2010년 6월말 현재까지 총 85회(2000.7월부터는 45회)의 수가 및 산정기준이 신설·개정되었다. 1977년부터 2012.1월까지 36년만에 걸쳐 수가 항목은 10배 이상 증가하여 현재 7,931항목(2012.1기준)에 이른다. 건강보험심사평가원 홈페이지 참조.

155) 예컨대 지속적으로 행해졌던 일련의 의료서비스가 요양급여기준에 포섭되지 못하거나 혹은 포함되더라도 일부 제한적으로 포함되는 경우에 요양급여를 넘어서 행위가 되고 이 경우 해당 행위를 근거로 가입자 또는 피부양자로부터 비용을 받거나, 본인부담에 대한 지침이 없는 경우에 비용을 지급 받게 되면 의료인의 행위는 불법한 행위가 된다. 이와 관련해서는 뒤에서 보다 자세히 검토하기로 한다.

156) 수가구조에 대한 논란은 오랫동안 지속되고 있고 이에 대한 의료인의 불만이 큰 것은 사실이다. 그러나 우리나라의 수가가 다른 나라에 비해 낮은 것은 사실이나 낮은 정도에 대한 비용보상 즉, 선택진료비 및 기타 영업행위를 일부 허용함으로써 보전하고 있어 이에 대한 논란은 보다 구체적이고 산술적인 비교가 필요하다. 요양급여비용 수가와 관련된 의료인들과 건강보험심사평가원의 주장을 보면 이들의 논란 구조에 대해 보다 명확히 알 수 있다. 2012.1.18일 메디칼타임즈 기사 「강아지 치료비가 보험수가보다 더 비싼 것은?」에서는 의원 초진 진찰료는 2000년도 12,000원에서 2009년 11,930원으로 축소되었고 슬관절치환술의 경우, 미국은 6,600만원, 인도는 710만원인데 비해 한국에서의 술기는 약 50만원으로 가장 낮다는 의료인의 의견을 개제하였으나 기사에 대해 건강보험심사평가원 내부 홈페이지에 ‘현행 수가에 대한 설명자료’라는 내용의 자료를 통해 “의원 초진 진찰료는 2000년 8,400

으로 질 낮은 의료서비스를 제공 하거나 혹은 과잉 의료서비스를 제공할 가능성이 높기 때문에 적절한 수가구조를 만들기 위해서 보험료의 인상이 필요하다면 이러한 논의를 공론화시켜 합리적인 판단이 이뤄지도록 하여야 한다.

1) 일방적 계약에 의한 요양급여비용 결정 구조 개선

요양급여 비용은 공단과 의료계의 합의가 없는 경우 장관이 고시로 결정한다. 계약을 통한 비용 결정은 당사자간의 합의를 통해서 이뤄져야 함에도 불구하고 계약이 이뤄지지 않을 경우, 장관의 고시로 결정하는 것이 당사자간의 자율적인 계약을 무력화 시킨다.

헌법재판소가 계약을 우선적으로 수행하도록 한 것은 의약계의 의견을 반영하여 경제현실에 상응하는 비용산정이 가능하도록 하는 입법적 배려라고 설명하고 있지만 현실적으로 비용계약이 당사자의 합의로 이뤄진 것은 단일환산지수 체계를 유지한 2008년 이전에는 없었고¹⁵⁷⁾ 2008년부터 유형별로 계약을 체결하는 형식을 취하고 있으나 모든 형태의 요양기관이 계약에 의해 수가를 결정하는 경우는 없다.¹⁵⁸⁾ 이러한 상황에서는 보험자가 적극적으로 계약을 체결할 의지가 약해진다. 결국 고지를 통한 계약으로 국가는 건강보장 의무를 적극적으로 이행할 수 있지만 의료인과 의료기관의 기본권은 침해되는 결과가 된다.¹⁵⁹⁾ 이러한 상황이라면 보험자는 굳이 합리적이고 정당한 근거를 제시하여

원에서 2009년 11,930원, 그리고 2012년 12,890원으로 증가 하였고 2012년 현재 슬관절치환술 수가는 6,850.75점으로, 유형별 단가 및 종별가산율을 적용하면 539,670원에서 587,800원인것은 기사 내용과 다르지 않음 그러나, 슬관절치환술은 전신마취 하에 주로 입원하여 시행되므로 슬관절치환술료 이외에 입원료, 마취료 및 수술에 따른 검사료, 투약료, 주사료 등이 발생하는 바, 동 비용을 합한 환자당 총 진료비용은(건강보험심사평가원 홈페이지 수술 종류에 따른 병원 진료비 정보 공개자료 기초로) 상급종합병원은 총진료비가 589만원(입원일수, 14.6일), 종합병원은 총진료비 653만원(입원일수 23.6일) 병원은 563만원(입원일수 19.3일)이다.”라고 주장하였다.

157) 요양기관의 유형에 상관없이 하나의 환산지수를 적용하는 것으로 2008년 1월1일부터 요양기관 유형별 환산지수를 다르게 적용하였다.

158) 자세한 내용은 명순구 외, 역사와 해설 국민건강보험법, 법문사, 2011, 553면 이하 참조.

의료계 대표와의 협상을 위해 노력할 의지를 갖지 못하게 되고 국가의 의무이행에 초점을 맞추게 됨으로써 의료인과 의료기관의 기본권 제한에 대한 주의를 다하지 않을 개연성이 높아지게 된다. 이러한 현상 때문에 지금까지 수가협상에 의료계의 경제현실을 반영하지 못하고 있다는 것이 의료계의 입장이다. 결국 형식적인 요양급여결정과정에서의 구조적인 문제는 그 내용에 대한 수용성을 저하시키는 원인으로도 작용하게 된다.

의사결정구조에서 급여비용에 대한 합의가 이뤄지지 않은 경우, 고시로 급여를 결정하는 방식도 검토가 필요하다. 당사자의 합의가 없는 경우, 일방적인 가격결정을 하지 않으면 정책의 실현이 불가능한 것인지 의문이다. 만일 당해연도에 보험급여비용에 대한 합의가 이뤄지지 않은 경우, 당해연도에 적용되었던 비용을 차년도에 적용하고 이를 공론화하여 당사자간의 의견을 합리적으로 조정하여 합의가 이뤄지고 난 후에 사후적으로 비용을 보전하는 방법이 검토되어야 한다. 이를 위해서는 급여비용의 결정구조가 공정하게 형성되어야 하며, 충분한 논의를 거칠 수 있는 공론의 장이 마련되어야 할 것이다.

2) 요양급여비용 계약 대상의 현실화

요양급여비용 계약은 상대가치 점수와 점수당 단가로 결정되는데, 계약은 상대가치 점수당 단가에 한정된다. 상대가치란 급여간에 비교를 통해 발생하는 가치의 차이를 말하는 것으로 그 급여에 소요되는 시간, 노동력, 인력, 시설 및 위험도를 고려하여 그 가치를 상대점수로 나타낸 것을 의미한다.¹⁶⁰⁾ 따

159) 이른바 위임입법과 관련된 문제이다. 일반적인 위임입법의 한계에 대해서는 김철용·홍준형·안석윤, 위임입법의 한계에 관한 연구, 헌법재판연구 제8권, 헌법재판소, 1996년 참고; 사회보장법체계 내에서의 위임입법에 대해서는 김진곤, 사회보장법과 포괄위임의 범위와 한계, 한국사회보장법학회 학술지, 2013, 51면 이하 참조.

160) 국민건강보험시행령 제21조 제2항.

라서 모든 요양급여에 대한 가치를 상대적으로 순위를 정하고, 그 순위에 따른 점수와 점수의 단가를 통해 요양급여비용을 확정한다.

국민건강보험법 제45조 제1항과 국민건강보험법시행령 제21조 제1항에서 계약의 내용이 상대가치점수의 점수당 단가에 한정됨을 선언하고 동조 제2항에서 상대가치점수는 보건복지부장관이 건강보험정책심의위원회의 심의·의결을 거쳐 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 고시한다고 하고 있다.¹⁶¹⁾

헌법재판소가 상대가치 점수를 계약 대상에서 제외한 것과 관련해서 대상의 방대성·다양성·복잡성으로 인해 매년 합의를 이끌어 내는 것이 어렵고 그 성격상 전문가에 의하여 객관적이고 공정한 평가를 통해 결정하는 것이 바람직한 분야이기 때문에 계약으로 결정하기에 부적합한 측면이 있다고 하였다. 또한 상대가치 점수 단가 결정이 의약계가 취할 수 있는 경제적 급부의 규모를 최종 결정하는 것으로 단가 결정 계약만으로도 계약제도의 도입목적이 충족되기 때문에 상대가치 점수를 계약 대상에서 제외하는 것이라고 설명하고 있다.

이론적으로 고시된 상대가치점수의 총합은 개별적인 요양급여의 상대가치 점수가 변화더라도 동일하다. 예컨대 상대가치 총점이 100점인 경우, 개별항목 중 어느 것의 상대가치가 올라가면 상대적으로 다른 항목의 가치가 낮아지게 된다. 따라서 상대가치 총점수가 변하지 않는 경우라면 수가 결정에서 점수당 단가만이 전체 수가 총량에 영향을 줄 수 있는 요소로서 계약의 대상이 점수당 단가에 한정되는 것에 문제가 되지 않는다. 그러나 현실적으로 상대가치 총점은 자연분만 수가인상, 진찰료 개선 등 부가적인 부분을 상대가치 총점을 조정하지 않고 추가적으로 보상함으로써 증가하고 있다.¹⁶²⁾ 이러한 상황이라면 점수당 단가뿐만 아니라 상대가치 점수도 계약 내용에 포함되어야 한다.

161) 상대가치점수의 경우 법제45조 제1항의 계약기간 규정과 관계없이 보건복지부장관의 고시를 통해 변경하거나 조정할 수 있다. 서울행정법원 2003.1.15.선고 2001구25210 판결.

162) 정형선, 상대가치 총점관리 모형개발 관리체계 구축방안 연구, 건강보험심사평가원, 2013, 177면 이하 참조.

다만, 헌법재판소가 적시한 것과 같이 상대가치점수는 복잡하여 이해관계가 첨예하게 대립되기 때문에 계약의 대상이 되었을 때 의학적 내부의 대립 등 문제가 발생할 수 있다. 따라서 상대가치 점수를 매년 계약의 대상으로 인정하는 것 또한 합리적이지 않다.

상대가치점수의 요소가 의사의 업무량·위험도·진료비용 등이기 때문에 일정한 주기를 두고 상대가치 점수를 계약의 대상으로 인정하는 것이 가능할 것이다. 예컨대 상대가치 점수는 3년 주기로 계약하고 상대가치 점수당 단가는 매년 계약을 하는 방법이다. 따라서 계약이 체결되고 다음계약 시점까지 관련 단체들의 종합적인 의견수렴 등 상대가치점수 산정을 위한 평가와 결정 노력을 통해 의료계 스스로 상대가치 점수를 정하는 것이 바람직할 것이다.

상대가치 점수에 대한 계약이 이뤄지지 않을 경우라면 보건복지부장관의 고시에 의해 결정할 수 있을 것이다. 이것이 헌법재판소의 의견처럼 실익이 없다고 한다면, 현재 상대가치 점수당 단가의 경우에도 계약에 의한 결정보다 고시에 의한 결정이 많아 이 또한 계약제도의 실익이 없기는 같다. 따라서 상대가치 점수를 계약의 내용에서 제외하는 것은 합리적이지 않다. 이러한 이유에서 국민건강보험법 제45조 제7항에 의하여 위임된 계약의 내용에서 상대가치 점수를 제외하는 것을 충분히 예측할 수 있다고 이해한 헌법재판소의 판단은 상대가치 점수에 대한 현실적인 상황을 인식하지 못한 결과로 볼 수 있다.

3. 소결

현행 국민건강보험법에서 제공하는 급여의 범위에 따라 발생하는 건강문제를 해결할 수 있는 범위가 결정됨으로 건강보험 요양급여의 범위설정 과정은 무엇보다 중요한 절차이다. 그러나 현재 이 과정에 대한 신뢰가 떨어지는 인적구성이라는 문제제기가 지속되고 있어 절차적 정당성에 대한 신뢰를 형성하

기 어려운 상황이기 때문에 의사결정의 신뢰를 높이기 위해서라도 요양급여를 결정하는 건강보험정책심의위원회의 인적 구성에 변화가 필요하다.

요양급여비용 계약이 결과적으로 일방당사자가 의도하는 쪽으로 진행될 수 있는 구조라는 점도 정당성에 문제를 제기하는 이유가 된다. 또한 요양급여비용 계약이 이뤄지지 않은 경우, 보건복지부장관의 일방적인 결정은 당사자간의 자율계약을 통한 합의과정의 필요성뿐만 아니라 제도에 대한 신뢰성을 저버리는 결과를 초래하기 때문에 이에 대한 개선이 필요하다.

마지막으로 요양급여비용계약의 대상을 상대가치 점수당 단가에 한정하는 것은 비록 상대가치 점수를 도출하는 것이 기술적으로 불가능한 것이 아니라면 바람직하지 않다. 결국 요양급여 비용과 범위를 설정하는 과정의 정당성은 제도의 지속성을 유지하고 국민의 건강권 보장을 위한 기본 구조적인 영역임을 고려할 때 이들에 대한 내용의 검토와 입법 개선은 중요한 의미를 갖는다.

제4절 건강보험 급여의 예외사항에 대한 검토

건강문제 해결을 위해서는 요양급여범위를 넘어서는 행위가 필요한 경우가 있다. 이러한 경우 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 제10조는 요양급여 범위를 넘어서는 의료행위에 대한 급여 여부는 건강보험정책심의위원회의 심의·의결이 있어야 가능하다고 함으로써 진료의 오·남용을 방지하고 있다. 그러나 국민건강보험법 제41조 제3항에서 ‘업무나 일상생활에 지장이 없는 질환, 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다’고 규정함으로써 요양급여에서 제외되는 조건을 제시하고 있다. 이처럼 건강보험 급여 대상에서 제외되는 것을 비급여라고 하며 이는 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 제9조에서 규정된 법정비급여와 그 이외

의 급여인 임의비급여로 구분된다.

건강보험 급여의 예외 상황인 비급여는 건강보험이 적용되지 않는 영역이고 이로 인해 가계지출이 큰 부분이기 때문에 국민 건강권 보장에 장애요인으로 작용한다.¹⁶³⁾ 이처럼 비급여는 건강보험체계에서의 요양기관과 가입자와는 다른 법률관계를 형성한다. 따라서 요양기관과 가입자의 법률관계를 검토하고 건강보험 급여의 예외사항인 비급여를 법정비급여와 임의비급여로 구분하여 살펴본다.

1. 요양기관과 가입자의 진료관계와 비용보상관계

건강 문제로 요양기관에서 진료를 받는 가입자나 가입자의 피부양자는 요양기관에서 제공하는 요양급여의 대가로 비용을 지급해야 한다. 현상적으로는 의료서비스가 필요한 가입자는 자신이 원하는 의료인 또는 의료기관을 선택하여 진료를 의뢰하고 의료인이 제시하는 서비스에 동의함으로써 진료를 제공받게 된다. 이로써 당사자간의 법률관계가 형성된다. 즉 진료행위에 대한 법률관계는 당사자간의 법률관계인 사법관계로 볼 수 있어 당사자간에는 민법상 주의 의무 및 책임 등 권리의무 관계가 적용된다.¹⁶⁴⁾

가입자는 자유롭게 의료인을 선택하고 의료서비스에 대한 동의를 바탕으로 의료서비스를 제공받는다. 가입자가 의료기관을 선택하는데 있어서 의료기관의 기능에 따른 구분에 의해 상급의료기관에서 진료를 받기 위한 일정한 요건이 있긴하지만 그럼에도 불구하고 가입자가 의료기관을 선택하는데 있어 자신

163) 통계청의 가계 목적별 최종소비지출 자료에 따르면 의료·보건 지출항목의 비중이 2008년 3.9%에서 2014년 5.0%까 증가한 것으로 나타남. 이처럼 비급여가 증가하는 이유로는 의료기술 등 환경적인 요인과 의료기관이 비급여 진료를 늘리고 있기 때문인 것으로 나타났으며, 2015년 국정감사에서 수면내시경은 최저2만원에서 최고 23만원으로 최대 11배 차이가 발생했고, 갑상선 초음파 검사도 최저 3만 6천770원에서 최고 18만7천원으로 5배 차이가 나는 것으로 분석되었다.

164) 전광석, 국민건강보험의 법률관계, 의료법학 제2권 제1호, 대한의료법학회, 2001, 313면.

의 의사에 반하여 의료인이나 의료기관을 선택하지 않기 때문에 의료인 또는 의료기관을 선택하는데 있어서 자유롭다. 따라서 가입자와 요양기관간의 진료 관계는 사법관계로 보는 것이 타당하다.¹⁶⁵⁾ 그러나 계약의 중요 내용인 비용 보상관계는 이보다 복잡한 구조를 갖는다.

비용보상이 발생할 수 있는 원인관계는 건강보험에 적용되는 것, 즉 요양급여비용에 관한 것과 건강보험에 적용되지 않는 것, 즉 비급여 행위에 대한 것으로 구분할 수 있다.

비용보상과 관련해서는 두 가지 경우로 구분이 가능하다. 첫째, 가입자가 납부한 보험료를 재원으로 보험자가 비용을 지불하는 경우로, 이는 요양기관이 보험자에게 가입자에게 제공된 급여비용을 청구하여 지급받음으로써 가입자는 보험자의 비용보상절차에 관여하지 않는다. 다만, 요양급여비용 중 일부분에 대해서 가입자가 현금으로 비용을 지불하는 본인부담금이 존재하지만, 이것도 법률에 의해 정해진 비용 즉, 가입자의 의지와 관계없이 정해진 비용을 지불하는 것으로 이를 별개의 법률관계로 보는 것은 타당하지 않다.

둘째, 건강보험에서 요양급여비용으로 인정하지 않는 것, 즉 비급여 영역이다. 국민건강보험법 제41조 제3항은 일상생활에 지장이 없는 질환 등에 대해서는 요양급여대상에서 제외할 수 있고, 그 내용을 고시하도록 하고 있다. 결국 고시된 비급여대상은 건강보험에서 보호되지 않는다. 이때 의료인 또는 의

165) 국민건강보험법에서 요양급여의 구체적인 절차와 내용 그리고 방법을 제시하고, 제시된 방법과 절차에 따라 의료서비스를 제공하는 경우에만 요양급여비용이 지급된다면 의료인의 진료행위 혹은 진료 관계는 수동적인 이행보조자의 지위를 벗어날 수 없게 된다. 또한 이렇게 제시된 절차와 방법을 통해 의료서비스가 제공되는 경우에는 발생한 의료사고는 진료절차를 제공한 국가 혹은 보험자에게 요양급여절차의 적정성을 입증해야 할 책임이 발생하는 반면, 해당 의료인은 제시된 방법과 절차를 적절히 따랐는지 그리고 그러한 과정에서 발생하는 주의를 다했는지 등 주의의무 책임이 문제될 것이다. 따라서 보험자의 책임 정도가 요양기관보다 커진다. 현행 진료관계에서 이뤄지는 요양급여 기준에는 질병에 따른 급여제공 절차 및 방법을 제시하고 있지 않다. 결국 요양급여기준은 질병 치료를 위해 확정된 기준이라기보다는 행위의 범위를 설정한 것으로서 제시된 범위 내에서 의료인과 가입자 및 피부양자가 합의함으로써 진료관계를 형성할 수 있는 것이다. 가입자와 요양기관의 법률관계가 문제가 되는 것은 비용지급 당사자와 요양급여를 받는 당사자가 다르기 때문이다.

료기관과 가입자는 비로소 민법상의 계약관계가 성립한다.

건강보험체계 내에서의 비용보상관계와 건강보험체계 밖에서의 비용보상관계는 법률관계의 당사자가 달라지기 때문에 그 구조도 달라진다. 건강보험체계 내에서의 법률관계에는 보험자와 가입자 그리고 요양기관의 3자간의 법률관계가 형성되지만,¹⁶⁶⁾ 건강보험체계 밖인 비급여 영역에서는 의료기관과 환자 사이의 법률관계만이 존재하게 된다.

2. 임의비급여의 내용과 개선방안

1) 임의비급여의 개념과 유형

국민건강보험법 제41조 제2항은 요양기관에서 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등의 기준을 보건복지부령으로 정하도록 하고, 다만 동법 제41조 제3항에서 업무나 일상생활에 지장이 없는 질환, 그 밖에 보건복지부령으로 정

166) 건강보험체계 내에서 당사자들간의 권리의무 관계를 보다 구체적으로 살펴보면, 권리관계 측면에서는 보험자는 가입자에게 보험료 징수권을, 가입자가 요양기관에게 요양급여 청구권을, 요양기관은 보험자에게 급여비용청구권을 갖게 된다. 의무관계 측면에서 보험자는 요양기관에서 급여비용지급의무를 부담하고, 요양기관은 가입자에게 요양급여 제공의무를 부담하며, 가입자는 보험자에게 보험료 납입의무를 부담한다. 이처럼 건강보험체계 내에서의 당사자간의 법률관계에서 가입자는 요양기관에게 요양급여에 대한 권리의무가 발생할 뿐 비용과 관련된 권리의무관계는 존재하지 않는다. 따라서 비용관계를 중심으로 하는 건강보험체계에서 보험자와 가입자 그리고 요양기관의 법률관계는 보험자를 요약자(要約者)로 요양기관을 낙약자(諾約者)로 가입자를 수익자(受益者)로 하는 제3자를 위한 계약으로 보는 것이 타당하다. 제3자를 위한 계약에 대한 비판으로는 보험자와 요양기관의 법률관계에서 가입자가 수익자로서 계약이 주도적인 당사자가 되지 못하고, 법률에 의해 모든 의료기관이 요양기관으로 당연지정되는 우리나라의 경우에는 요양기관의 의사표시가 제한되는 상황이기 때문에 요양기관이 가입자를 진료하겠다는 의사표시를 추론할 수 없다는 이유에서 제3자를 위한 계약이 타당하지 않다고 주장한다(장욱, 건강보험체도의 개선에 관한 법적 고찰, 연세대학교 박사학위논문, 2004년 145면.). 그러나 보험자와 가입자 그리고 요양기관간의 법률관계에서 보험자와 요양기관의 계약은 요양급여비용의 지급에 대한 내용이고 진료관계 자체에 대한 계약으로 볼 수 없으며 또한 요양급여비용의 중요한 내용인 수가계약체결에 가입자를 대표하는 자들을 통해 그 의사를 표시할 수 있다. 다만, 요양기관이 자신이 원하는 가입자를 선택하지 못하는 한계는 발생하지만 요양기관인 이상 가입자로 표현되는 환자의 진료를 하겠다는 의사표시는 당연히 추론되는 것으로 볼 수 있는 것이기 때문에 이를 이유로 제3자를 위한 계약관계가 타당하지 못하다는 주장은 수긍하기 어렵다.

하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있도록 하였다. 이에 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 제8조에서는 요양급여를, 동규칙 제9조의 별표 2에서 규정한 비급여 대상을 제외한 일체의 것을 대상으로 한다고 규정하여 요양기관에서 제공되는 의료서비스를 요양급여와 비급여로 구분하고 있다.¹⁶⁷⁾

임의비급여는 법정비급여 대상 이외의 급여이다. 「국민건강보험법 시행령」 제19조 제3항 단서는 “요양기관은 법 제41조 제2항과 제3항에 따라 보건복지부령으로 정하는 요양급여사항 또는 비급여사항 외의 입원보증금 등 다른 명목으로 비용을 청구해서는 아니된다.”고 규정함으로써 법정본인부담 또는 비급여로 인정한 경우 이외에 환자로부터 비용을 받을 수 없도록 하고 있다.

국민건강보험법은 모든 의료행위 및 치료재료를 요양급여의 대상 또는 비급여 대상으로 포섭하고 이후에 발생하는 신의료기술에 대한 요양급여는 법에서 정하는 절차에 따라 요양급여 대상 또는 비급여 대상으로 결정하도록 하고 있다.¹⁶⁸⁾ 구체적으로 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 제10조에서는 동규칙 제8조의 요양급여 대상 또는 제9조 제1항의 비급여 대상으로 결정되지 않은 “새로운 행위 및 치료재료”에 대하여 요양급여대상 여부를 보건복지부장관에게 신청하도록 하고 있다. 그러나 의료보험법을 제정할 당시에 모든 의료행위 및 치료재료를 대상으로 요양급여 판단을 하지 못했을 뿐만 아니라 새롭게 발전하는 신의료기술의 안전성과 유효성을 판단하는데 많은 시간이 소요되면서 의료현장에서는 법에서 규정하지 않은 의료행위 및 치료재료를 사용하는 경우가 발생한다.

167) 약제의 경우는 급여목록만 고시하고 급여목록 외의 약제는 비급여 항목이 된다.

168) 그러나 이러한 전제가 현실적으로 이뤄지지 않았다. 1996년 기준 수가등재된 항목이 3,000여 개인 반면, 대한의사협회에서 개발된 한국표준의료행위분류 항목이 8,000여 항목인 점을 볼때 이러한 불균형이 존재함을 확인할 수 있다. 자세한 내용은 김창엽, 보건의료제도 측면에서 본 건강보험, 의료법학 제2권 제1호, 2001, 192면 이하 참조.

임의비급여는 다음과 같이 구분할 수 있다. 첫째, 급여기준에 등재되지 않은 급여 또는 비급여 행위 및 치료재료에 대해서 요양기관이 환자로부터 비용을 부담케 하는 미등재 행위, 둘째, 급여기준을 초과하는 경우로, 의료행위는 급여기준을 약제·치료재료·의료장비의 경우는 식품의약품안전청장의 허가사항을 초과하여 사용하고 초과분에 대한 비용을 환자가 부담하는 기준초과 행위, 셋째 일부 치료재료 및 약제의 경우, 행위에 포함되어 별도로 비용을 징수할 수 없음에도 환자가 별도로 비용을 부담하는 별도 산정 불가행위로 구분할 수 있다.

2) 임의비급여에 대한 판결례(가톨릭대학교 여의도 성모병원사건)

우리법원은 그 동안 요양기관이 건강보험 가입자에게 요양급여를 제공하고 비용을 징수할 때 법률의 절차와 방법 이외의 방식을 취하는 경우, 환자의 동의나 새로운 치료방법의 사용 또는 병원 유지를 위해 불가피한 경우 등 어떠한 이유에도 규정되지 않은 비용의 징수를 허용하지 않고 임의적으로 비용을 징수하는 경우에는 부당이득징수사유인 ‘사위 기타 부당한 방법으로 보험급여 비용을 받은 경우’로 인정하였다.¹⁶⁹⁾ 그러나 최근 ‘가톨릭대학교 여의도 성모병원’ 판결은 비급여 진료행위의 내용 및 시급성, 소요 시간과 진행과정 등 총체적 사정을 고려해 볼 때 비급여 진료행위를 회피하기 어려운 상황에서 그 진료행위가 의학적 안전성과 유효성뿐만 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나서 진료해야 할 의학적 필요성을 갖추고 가입자 등에게 충분히 설명하여 동의를 받았다면 이러한 경우까지 ‘사위 기타 부당한 방법’에 해당하지 않는다고 하면서 종전의 판례를 변경하였다.¹⁷⁰⁾

169) 대법원 1999. 1. 26. 선고 97누14224 판결, 대법원 2001. 3. 23. 선고 99두4204 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13434 판결, 대법원 2007. 6. 15. 선고 2006두10368 판결 등 참조.

(1) 사실관계

가톨릭대학교 여의도 성모병원 사건은 2006년 12월 진료를 받던 환자와 유족 200여명이 해당병원의 고액 진료비 불법청구에 대한 집단민원을 제기하면서 시작된다. 이에 보건복지부는 2006년 12월 13일부터 2006년 12월 28일까지 해당 병원의 2006년 4월 1일부터 2006년 9월 30일까지 6개월간 진료내역을 조사하던 중 해당기간 동안 백혈병, 골수 이형성 증후군·다발성 골수종·악성 림프종·재생불량성 빈혈 등 혈액질환의 상병에 대하여 환자들로부터 19억3천만원의 본인부담금을 수령한 것을 ‘사위 기타 부당한 방법으로 보험급여비용을 받은 경우’로 인정하여 국민건강보험법(2008.3.28. 법률 제9022호로 개정되기 전의 것) 제85조 제1항 및 제2항, 동법 시행령 제61조 제1항에 따른 과징금 96억 9천만원과 19억 3천만원의 부당이득 환수를 결정하였다.

(2) 법원의 판단 내용

대법원은 원칙적으로 임의적인 비급여는 불법이지만 예외적으로 법령 또는 절차가 마련되어 있지 않고, 비급여 진료행위의 시급성과 의학적 필요성이 인정되며 환자의 동의가 있는 경우에는 인정된다고 판시하면서 입증책임은 요양기관에게 있다고 판결하였다.

구체적으로 대법원은 국민건강보험제도가 보험재정이 허용하는 한도 내에서 가입자에게 비용 효과적이며 의학적으로 안전성과 유효성을 갖춘 진료행위를 요양급여로 제공하고 그 혜택을 모든 국민이 보편적으로 누릴 수 있도록 하는 제도이기 때문에 국민건강보험법이 모든 진료행위를 요양급여대상으로 삼고 구체적인 기준과 절차를 고시하도록 하였으며 여기에 포섭되지 않은 새로운

170) 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646(병합)판결.

형태의 진료행위가 이루어지거나 기존 요양급여기준에 대한 불합리한 점을 여러 신청절차를 통해 요양급여로 포섭하며 비급여의 경우 건강보험 적용대상에서 제외하여 요양기관과 가입자 사이의 사적 자치에 맡기고 있다고 관련 법령 체계를 해석하고 있다. 따라서 요양기관은 법정 비급여 진료행위가 아닌 한 원칙적으로 요양급여의 인정기준에 관한 법령에서 정한 기준과 절차에 따라 요양급여를 제공하고, 보험자와 가입자 등으로부터 요양급여비용을 지급받을 때에도 그 산정기준에 관한 법령에서 정한 기준과 절차에 따라야 한다. 이를 위반한 경우는 원칙적으로 ‘사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당한다고 하였다.

그러나 의료인은 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력할 의무가 있고 가입자 등 환자도 과도한 비용 부담없이 유효·적절한 진료를 받을 권리가 있음을 확인하면서 요양기관이 국민건강보험법의 틀 밖에서 임의로 비급여 진료행위를 하고 그 비용을 가입자 등으로부터 지급받는 경우, 첫째, 그 진료행위 당시 시행되는 관계 법령상 이를 국민건강보험 틀 내의 요양급여대상 또는 비급여대상으로 편입시키거나 관련 요양급여비용을 합리적으로 조정할 수 있는 등의 절차가 마련되어 있지 않은 상황 또는 그러한 절차가 있더라도 비급여 진료행위의 내용 및 시급성과 함께 그 절차의 내용과 이에 소요되는 기간, 그 절차의 진행 과정 등 구체적 사정을 고려할 때 비급여 진료행위를 회피하기 어려운 경우, 둘째, 그 진료행위가 의학적 안정성과 유효성뿐만 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료해야할 의학적 필요성을 갖춘 경우, 셋째, 가입자 등에게 미리 그 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료받는 데 대하여 동의를 받았다면 예외적으로 임의비급여를 인정할 수 있다고 하였다.

대법원은 이러한 결정을 하면서 동시에 요양기관이 국민건강보험의 틀 밖에서 예외적인 비급여 진료행위를 하고 비용을 지급받게 됨으로써 이윤추구나

요양급여비용심사 회피 등 여러 가지 동기로 비급여 진료를 선호하여 가입자 등이 건강보험혜택을 누릴 권리가 침해당하며 의료비 부담이 증가할 수 있음을 경고하고 이를 위해 예외적인 사정은 신중하게 인정되어야 함과 동시에 요양기관이 의학적 필요성 등을 이유로 임의로 진료행위를 하고 그 비용을 가입자에게 지급받은 경우 이를 건강보험심사평가원에 그 내역을 보고하여 그 적정성을 사후에 심사받도록 하는 절차의 도입 등 제도적 보완의 필요성을 제기하였다.

3) 임의비급여 관리체계 구축을 통한 의료수급권 확대

국민건강보험법에서 임의비급여를 위법으로 인정하는 기준은 법 제57조의 부당이득 징수에 관한 조항을 근거로 하고 있다. 즉, 의료인 또는 의료기관과 환자와의 진료계약에 의해 요양급여기준에 포함되지 않는 행위에 대해서 직접 비용을 징수하는 것을 금지하는 명문 규정이 없음에도 직접 비용을 수령하는 행위가 “속임수나 기타 부당한 방법”에 해당한다고 하면서 임의비급여를 위법으로 판단하고 있는 것이다.¹⁷¹⁾

임의비급여의 문제는 요양급여기준을 넘어서는 행위가 “속임수나 그 밖의 부당한 방법”에 속하는지에 대한 논의를 바탕으로 허용여부가 판단되어야 할 것이다. 이때의 “속임수”란 요양기관이 의도적으로 보험급여를 부당하게 또는 과잉청구한 경우를 의미하고 “그 밖의 부당한 방법”이란 요양기관의 고의뿐만 아니라 과실이 있는 부당한 방법을 의미한다고 볼 수 있고 이것을 보다 폭 넓게 이해한다면 관계법령에 위반하여 요양급여비용을 청구한 경우도 모두 포함

171) 임의비급여에 대한 직접금지의 근거규정이 없는 취지로는 박지용, 건강보험에 있어서 임의비급여 규제에 대한 헌법적 평가, 한국헌법관례연구회 발표자료, 2011.11.29.7면이하; 정영철 공법적 시각에서 본 임의비급여의 제한적 허용의 쟁점, 법학논고 제40집, 2012.10, 경북대학교 법학연구원 270면.

된다고 할 수 있어 이 경우 요양기관의 귀책사유가 존재하지 않아도 부당이득의 징수처분을 할 수 있게 된다.¹⁷²⁾ 그 동안 법원이 임의비급여에 대한 이러한 논의에 기반한 것으로 보인다. 더불어 비록 임의비급여를 직접 금지하는 규정이 없더라도 국민건강보험법의 입법목적은 사적 비급여가 아닌 공적 건강보험을 통해 국가의 보건의무를 이행한다는 것이 입법자의 의도로 파악하고 임의비급여가 존재하면 건강보험체계와 사적의료체계가 양립하게되고 결국 차별적 진료로 인해 보장성 강화에 역행하기 때문에 사적 영역에서의 의료계약과 그에 대한 비용청구를 원칙적으로 금하고 있다고 해석하는 의견도 있다.¹⁷³⁾

현행 건강보험제도가 모든 의료서비스에 대한 검토를 통해 급여를 정한 것이 아니며 또한 모든 국민이 건강보험제도만으로 건강의 문제를 해결할 수 있도록 구조화된 것도 아니다. 건강보험 급여의 제공 원칙으로 일반적으로 제시되는 포괄성의 원칙(Comprehensive Service)과 서비스 수준의 최소수준 원칙(National Minimum)이라고 한다면 이로부터 보호되지 못하는 의료서비스에 대해서는 당연히 사적계약으로 인정되어야 할 것이다.¹⁷⁴⁾ 그러나 몇가지 전제가 필요하다. 임의비급여는 기존의 판례처럼 예외적인 상황에서만 인정되는 것이 합리적이다. 이는 현실적으로 의료기관들이 낮은 보험수가로 인한 재정상의 어려움을 해결하기 위한 음성적인 행위까지 보호한다는 취지는 아니기 때문이다. 이는 건강보험수가체계의 개선을 통해 적정한 수가형성을 해야 할 문제이지 임의비급여의 양성화를 통해 해결해야 할 문제는 아니다.

임의비급여는 결국, 보장성의 문제와 직접적으로 연관된다. 즉 급여의 범위

172) 박동진, 부당발급된 처방전에 의한 의료기관의 약제비반환 의무-서울행정법원 2004.6.1. 2003구합 20449 사건을 중심으로-, 한국의료법학회지, 제12권 제2호, 2014, 14면 이하 참조.

173) 정영철 공법적 시각에서 본 임의비급여의 제한적 허용의 쟁점, 법학논고 제40집, 2012.10, 경북대학교 법학연구원 257면 이하 참조.

174) 이규식, 건강보험급여구조 개혁의 시급성, 건강복지정책연구원 ISSUE PAPER, 2013.5. 1면 이하 참조.

를 어디까지 할 것이며 그 범위를 넘어서는 또는 급여범위에 해당하지 않는 의료서비스를 어떻게 통제할 것인지의 문제이다. 만일 이러한 의료서비스를 허용한다면 의료기관들의 요양급여 기피 현상, 이것으로 인한 건강보험의 붕괴를 어떻게 막을 것인지의 문제와 연계된다.

의료서비스에 대한 법률관계가 진료관계와 보상관계로 구분되고 보상관계의 범위가 건강보험체계내에서 이뤄지지 않는 경우에는 사적계약으로 인정할 수 밖에 없다는 점에서 임의비급여는 건강보험정책의 중요한 관심대상이 되어야 한다. 의료기관의 과잉진료로 인한 의료비용의 과다지출뿐만 아니라 공정한 사적계약이 이뤄질 수 있도록 의료인, 의료기관과 대등한 계약의 당사자가 될 수 있는 기반을 조성하는 것, 예컨대 의료서비스에 대한 표준가격을 제시하거나 혹은 의료기관의 서비스에 대한 합리적 평가결과를 제공하는 등의 기능을 강화하고 사후적으로는 임의비급여의 비용적정성 여부를 판단할 수 있는 전문가 집단이 필요하다. 더불어 환자들의 보다 다양한 진료 수요를 적극적으로 반영할 수 있는 민간보험의 도입이 함께 고려되어야 할 것이다. 예컨대 보편적인 진료는 공적 건강보험이 그리고 그 이상의 진료는 민간보험이 담당하는 건강보장의 기능 분담이 건강보험재정의 문제 해결뿐만 아니라 의료인의 진료 권을 공법체계에서 실현하는 방안이 될 수 있다.¹⁷⁵⁾

3. 법정비급여의 내용과 범위

1) 법정비급여의 유형

국민건강보험법 제41조 제3항에 근거한 「국민건강 요양급여의 기준에 관한 규칙」 제9조에 따른 별표 2는 비급여를 크게 5가지로 유형화하고 있다.

175) 전광석, 한국사회보장법론, 집현재, 2014, 263면.

첫째, 해당 질환이 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 경우와, 신체의 필수 기능 개선 목적이 아닌 경우를 비급여로 분류하고 있다. 따라서 단순피로나 권태 그리고 미용목적의 성형수술과 그 휴유증 치료는 비급여에 해당한다.

둘째, 예방진료로서 질병·부상의 진료를 목적으로 하지 않는 경우 즉, 예방 접종, 치석제거, 금연 등이 여기에 해당하며 이들 진료는 비급여에 해당한다.

셋째, 보험급여 정책상 요양급여로 인정하기 어려운 경우 또는 건강보험 급여 원리에 부합하지 않는 경우로 상급종합병원 1인실의 입원료의 경우에 해당한다.

넷째, 건강보험제도 여건상 요양급여로 인정하기 어려운 한방물리요법과 한방생약제제 등과 같은 사항이 여기에 해당한다.

마지막으로, 약사법령에 따라 허가나 신고범위를 넘어선 약제처방·투약 등의 행위를 하려는 자가 절차에 따라 의학적 근거 등을 입증하여 비급여로 사용할 수 있는 경우로 약사법령에 의한 임상시험심사위원회의 심사를 거쳐 건강보험심사평가원장의 비급여 사용 승인을 받은 경우이다.

2) 법정비급여의 범위에 대한 검토

국민건강보험법에 의해 비급여 대상이 목록으로 정리되어 있지만 그 범위에 대한 기준이 명확하지 않다. 첫째, 비급여 대상 중 ‘일상생활에 지장이 없는 경우’라는 기준에 대해서 법원은 평균적인 상식을 가진 일반인이라면 그 판단에 어려움이 없을 것이라고 판시하고 있다.¹⁷⁶⁾ 그러나 건강의 개념이 신체적 완전성에 국한된 것이 아니고 사회적·문화적 요소를 함께 고려해야 한다는 점에서 ‘일상생활에 지장이 없는 경우’라는 기준은 주관적일 수 밖에 없다. 예컨대 2015년 4월1일부터 급여에 포함된 ‘유방재건술’의 경우 유방암으로 가슴

176) 서울행정법원, 2006.5.15.선고 2006구합38045 판결.

의 종양을 떼어내고 난 후에 완치되었다면 그로인해 일상적인 생활에 지장이 발생하기 보기 어렵다. 그러나 이로 인한 상실감 회복 및 정신적 만족감을 얻기 위한다는 이유에서 급여범위에 포함시켰다. 이러한 사례를 보더라도 ‘일상 생활에 지장이 없는 경우’에 대한 주관적 가치판단의 개입이 크게 작용할 수 있다는 것을 확인할 수 있다. 더불어 최근에는 비만과 금연의 경우에도 급여 범위에 포함시키려는 움직임이 있어 현재 비급여 범위에 대한 기준이 모호해지고 있다.

둘째, 질병을 치료하는 과정이 구분되지 않는 경향이 있어 예방에서 진료 그리고 사후관리까지 연속성을 갖기 때문에 일정시점에서의 행위가 비급여 대상이었다고 하여 그 이후에 발생하는 장애요인을 제거하는 것까지 비급여로 보는 것이 합당한지 검토되어야 한다. 국민건강보험법이 건강권을 보장하기 위한 의료서비스를 제공하는 기준이고 건강이 신체의 완전성뿐만 아니라 정신적 완전성을 기반으로 인간다운 삶을 살아가기 위한 전제조건이라는 점에서 일정시점에 비급여 대상이라고 하더라도 그 이후에 발생하는 장애요인을 제거하기 위한 의료행위는 급여범위에 포함되는 것이 바람직한 방향이다. 그러나 국가재정부담능력·급여의 필요성·치료의 가능성·국민적 의식 등 사회·경제적 여건을 종합적으로 고려하여 구체적인 사안별로 개별적인 검토가 필요한 영역이기도 하다. 그럼에도 불구하고 이러한 결정은 국민의 건강권 보장에 초점이 맞춰져야 한다.

4. 소결

건강보험체계에서 제공되는 요양급여만으로 건강문제가 해결되지 않는 경우에 그리고 건강보험체계를 넘어서는 영역의 의료서비스가 필요한 경우에도 예외를 인정하지 않고 이를 금지하는 것이 국민 건강권 보장을 위한 것이 아님

을 확인했다. 가능하면 요양급여의 범위를 넓혀 건강문제를 해결하는 것이 가장 바람직할 것이지만 현실적으로 불완전한 요양급여로는 건강문제를 해결할 수 없는 영역이 존재한다는 것을 인정해야 할 것이다. 따라서 요양급여를 넘어서는 의료서비스에 대해서 합리적인 선택이 가능할 수 있도록 사전적으로는 적극적으로 정보를 제공하고 사후적으로는 해당 의료서비스의 적정성을 확인할 수 있는 제도적 보완이 필요하다. 이는 건강보험체계를 유지하면서 필연적으로 발생하는 공백을 적극적으로 해결하는 수단으로 활용해야 하며 이를 통해 국민의 건강권 보장이 강화될 수 있도록 제도 설계의 치밀함이 요구된다.

더불어 법정비급여는 재정적인 여건이 된다면 급여로 포함하는 것이 바람직하다. 또한 현재 비급여 대상이라도 사회적·문화적·환경적인 요건에 따라 구체적인 사안을 개별적으로 검토하여 급여여부를 확인함으로써 급여적용이 가능하다면 적극적으로 반영하는 것이 국민 건강권 보장을 위한 바람직한 방향일 것이다.

제5절 건강보험 관리·운영주체간 기능정립을 통한 건강권 강화

국민건강보험법 제2조에서는 “건강보험사업은 보건복지부장관이 맡아 주관한다.”고 규정하고 동법 제13조에서는 “건강보험의 보험자는 국민건강보험공단으로 한다.”고 명시하고 있다. 이러한 규정으로 인해 건강보험사업에 대한 책임규명이 불명확하게 이해될 수 있다. 따라서 국가와 보험자인 국민건강보험공단과의 관계를 명확히 할 필요가 있다. 보험재정의 중요한 요소인 급여결정을 보험자가 아닌 건강보험정책심의위원회에서 수행하도록 함으로써 일반적인 보험관리체계와는 다른 구조를 갖고 있다. 또한 보험자인 국민건강보험공단은 별도로 건강보험심사평가원을 두고 요양급여비용 심사와 적정성을 평

가하도록 하고 있어 보험자와 건강보험정책심의위원회 그리고 건강보험심사평가원 등 건강보험관리·운영 주체들의 기능과 역할이 모호해진다. 따라서 이들 관리·운영 주체들간의 기능을 재정립하고 명확히 함으로써 합리적이고 실질적인 건강보험운영이 가능하도록 개선방안을 제시한다.

1. 보험자의 재정관리 기능 강화

1) 국가와 보험자

국가는 모든 국민이 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 이를 실현하기 위한 제도를 구체화하며 성실하게 실행할 의무를 갖는다. 그런데 이러한 국가의 의무가 필연적으로 보험의 형태로 운영되어야 하는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 건강보험을 정책수단으로 선택했기 때문에 입법권자는 이들 정책이 정상적으로 운영되도록 함으로써 국가의 의무를 적극적으로 실행해야할 책무를 갖게 된다. 따라서 국민건강보험법 제2조는 건강보험 사업에 최종적인 책임이 국가에 있음을 말하는 것으로 이해해야 한다. 이때 국가의 책임 범위에 대한 문제가 제기될 수 있다. 즉 국가는 건강보험사업의 구체적인 사안과 그 결정에 어느 정도 책임을 지는지의 문제이다.

국가는 사회보장에 대한 책임이 있고 그 업무를 전문적으로 수행하기 위해 보건복지부와 노동부 등의 정부조직법상의 관할부서를 두고 있다. 따라서 사회보장에 관한 많은 업무 중 건강과 관련된 업무는 주로 보건복지부의 사무관할에 속하고 건강보험과 관련해서는 특히, 보건복지부장관이 건강보험정책의 수립, 국민건강보험공단 및 건강보험심사평가원에 대한 감독, 가입자 및 보험급여에 관한 사항, 건강보험 관계인에 대한 보고와 검사 등을 통해 건강보험사업과 관련된 정책결정 및 시행에 대한 행정적·정치적 책임을 진다.¹⁷⁷⁾ 그

러나 국민건강보험법 제13조에서 공법상 재단의 성격을 갖는 국민건강보험공단을 설립하여 보험자 역할을 하도록 함으로써 건강보험의 운영상의 실제적인 문제를 보험자에게 위임하고 있다. 따라서 건강보험사업에 대한 1차적인 책임은 국민건강보험공단에게 있다.

2) 보험자의 역할

국민건강보험공단은 국민건강보험법 제40조에 의해 민법상 재단법인에 관한 규정을 준용한다. 공법상 재단법인의 성격을 갖는 국민건강보험공단은 가입자의 보험료를 재원으로 운영된다는 특성을 갖고 있다.¹⁷⁷⁾ 따라서 국가의 일반정책 결정과정과 독립하여 가입자의 의견을 충분히 반영할 수 있는 조직과 절차가 마련되어야 한다.¹⁷⁹⁾ 그러나 국민건강보험공단이 공법상 재단의 성격을 갖고 있기 때문에 사단법인처럼 가입자가 건강보험공단의 운영과 관련된 의사결정에 참여하는 것이 권리로서 보장되는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 건강보험운영의 중요한 사안에 대한 의견수렴 또는 의사결정과정의 참여를 보장하는 것이 입법정책으로 볼 때 바람직하다.¹⁸⁰⁾ 결국 국민건강보험공단은 가입자로부터 보험료를 부과·징수하여 재원을 만들어 운영하기 때문에 그 반대급부로서 가입자의 권리를 최대한 보호해야 한다.

177) 명순구 외, 역사와 해설 국민건강보험법, 법문사, 2014, 347면.

178) 이때의 보험료는 조세와는 달리 특별목적에 기속되어 있는 공과금의 성격이 있다. 김성수, 개별행정법, 법문사, 2004, 34면 이하 ; 전광석, 사회보장제정에 대한 재정헌법적 분석, 강원법학 제11권, 1999년 210면 이하 참조.

179) 전광석, 국민건강보험의 법률관계, 의료법학 제2권 제1호, 대한의료법학회, 2001, 288면 이하 참조.

180) 이러한 구조에서 만일 국가를 건강보험운영의 최종책임뿐만 아니라 급여의 상대방이라고 이해한다면 국민건강보험공단은 단순히 국가의 업무를 위탁받아 집행하는 기관에 불과하게 된다. 이렇게 되면 가입자는 납부한 보험료를 운영하는 최종 책임자인 국가의 결정에 좌우될 수밖에 없고, 보험료 운용에 대한 개입 가능성 또는 통제 가능성은 현저하게 제한될 수 밖에 없다. 이것은 앞에서 살펴본 사회보험의 법률관계가 민법상의 채권채무관계와 유사한 공법상 채권채무관계의 성격을 갖고 있다는 것과는 상반된 결과를 얻게 된다. 김영삼·전광석·김광수, 사회보험법의 헌법적 문제에 관한 연구, 헌법재판연구 제11권, 헌법재판소, 2000, 279면 이하 참조.

3) 보험재정 관리 기능 강화를 통한 보험자 역할 강화

보험자인 국민건강보험공단이 보험자의 역할을 성실히 수행하지 못해 보험의 목적달성이 어려워진다면 이에 대한 책임이 국가에 있는지 아니면 보험자에게 있는지 문제 제기가 가능하다.

국가가 달성해야 할 사회보장 의무 실현방안은 다양하다. 국가는 건강보험을 통해서만 국민의 건강을 보장해야 하는 것은 아니다. 결국 보험자인 국민건강보험공단이 보험의 목적을 실현하지 못하는 문제가 발생하였다면 다른 방식을 찾아 이를 실행함으로써 목적을 달성할 수도 있다. 다만 국가는 강제적으로 가입자를 건강보험법에 가입시키고 보험료를 납부하도록 한 입법적인 책임과 사회보장을 달성하지 못하고, 보험자를 관리·감독하지 못한 책임에서 자유로울 수 없다. 그러나 건강보험의 기능 유지의 1차적인 책임은 보험자인 국민건강보험공단에 있다. 이점에서 현재 운영되고 있는 건강보험운영체계의 검토가 필요하다.

이상적으로 보험자는 국가와 독립하여 자체적인 결정권을 확보하고 그 과정에서 가입자는 자신의 권익을 위해 의사결정에 적극적으로 참여는 대등한 관계가 설정되어야 한다. 보험자는 가입자의 이익을 고려해야하며 보험운영원리에 충실하게 보험재정을 관리해야 한다. 그러나 현재 보험자의 역할은 그렇지 못하다. 일반적으로 보험자는 보험운영의 주체로서 가입자를 관리하고 보험료를 부과·징수하며 보험급여를 지급하는 역할을 한다.

우리나라는 현재 5대 사회보험 운영을 위해 고유의 보험사업을 수행하는 별도의 법인인 국민건강보험공단·국민연금공단·근로복지공단을 두고 있다. 다만 국민건강보험법 제14조에 규정된 국민건강보험공단의 업무에는 다른 관리기관들이 수행하는 ‘급여의 결정’과 관련된 사항이 포함되어 있지 않다.¹⁸¹⁾ 즉,

181) 급여결정과 관련하여 국민건강보험법은 제14조 제1항 제2호에서 보험료 징수에 대한 것과 제3호

급여결정 권한이 없는 것이다.

급여 결정은 보장범위를 결정하는 것과 가격을 결정하는 것으로 구분되는데 국민건강보험공단은 보험료를 징수·부과함으로써 수입은 관리하지만 보장범위와 가격을 결정하는 지출관리는 못하고 있는 상황이다. 대신, 현재 국민건강보험법 제4조에 의해 보건복지부 소속인 건강보험정책심의위원회에서 요양급여기준과 비용에 관한 사항, 보험료율, 보험료부과 점수당 단가를 결정하도록 하고 있어 보험자의 급여결정권한이 건강보험정책심의위원회에서 관할하도록 하고 있다. 따라서 보험자는 보험운영에 있어서 수동적일 수밖에 없다.

이론적으로 보험자는 보험재정 관리의 책임이 있고 공급자는 수입 증대를 위해 최대한 요양급여비용이 높게 형성될 수 있도록 노력하는 긴장관계에 있다. 이러한 당사자간의 긴장관계를 조정하는 역할을 정부가 수행해야 한다. 그러나 현재는 급여결정과정에서 보험자의 역할을 정부 소속인 건강보험정책심의위원회에서 수행함으로써 정부는 조정자가 아닌 보험자의 지위에 있게 된다. 이러한 상황에서 요양급여가 충분하지 못한 경우, 급여범위 확대를 위한 노력은 보험자가 아닌 보건복지부 소속인 건강보험정책심의위원회의 몫이 된다. 그러나 보험료를 인상하는 것에 대한 국민들의 저항을 적극적으로 해결하거나 정부의 예산을 더 많이 확보하기 위한 부담이 크게 작용하는 정부의 입장에서는 재정 확보를 위한 적극적인 노력보다는 요양급여의 낭비적인 요소를 줄이는 것에 초점을 맞추는 것이 수월한 수단이 될 수 있다.

요양급여의 낭비적인 요소가 있다면 이를 제거하여 적절한 요양급여가 이뤄질 수 있도록 할 필요성은 인정되지만 자칫 가입자의 건강문제를 해결하는데 소극적으로 요양급여가 제공될 가능성과 종국적으로 이러한 노력이 점차 증가

보험급여 관리, 제4호 보험급여 비용 지급을 주요업무로 규정한 반면, 국민연금법 제25조의 국민연금공단의 업무에는 제3호에서 급여의 결정 및 지급, 산업재해보상보험법 제11조의 근로복지공단의 업무에는 제1항 제3호에 보험급여의 결정과 지급을 명시하고 있어 국민건강보험공단의 업무와 구별된다.

하는 의료수요를 감당할 수 있는 근본적인 해결방안이 아닌 점을 고려하면 적정한 요양급여가 제공될 수 있는 재정구조를 적극적으로 만들어야 한다. 그러나 현재와 같이 보험재정 관리의 중요 요소인 급여의 결정에 대한 권한이 보험자에게 없는 상태에서 재정운영에 대한 책임을 보험자에게 부담하는 것은 바람직하지 않다. 결국 이러한 부담 또는 책임은 보험자보다 정부에 있다고 보는 것이 타당하다. 따라서 보험재정과 가입자의 이익을 보호하지 못한 경우, 건강보험 정책 실패는 그 실행주체인 국민건강보험공단이 1차적인 책임을 지고 국가가 정치적인 책임을 지지만, 이처럼 국가의 간섭 혹은 영향력이 크게 작용하는 경우에 국가 책임의 정도는 커진다. 따라서 보험재정의 중요 요소인 급여결정을 보험자가 주도적으로 진행할 수 있는 입법의 개정이 필요하다.

2. 합리적 요양급여비용 결정을 위한 건강보험정책심의위원회의 기능 개선

1) 건강보험정책심의위원회의 구조와 문제점

보험자의 재정관리 기능을 강화하는 것과는 별도로 건강보험정책심의위원회의 구성과 의결방식에 대한 검토가 필요하다. 현재의 구조와 운영상의 문제가 건강보험의 일방당사자인 공급자의 신뢰를 받지 못하고 있기 때문이다.

건강보험정책심의위원회는 보건복지부차관이 위원장을 맡고, 총 25명의 위원으로 구성된다. 다만, 건강보험정책심의위원회 위원 중 의료계를 대표하는 8명을 제외하고는 요양급여비용의 적정성을 주장할 만한 인적구성이 아니라 의료계의 지적이 지속되고 있다.¹⁸²⁾ 건강보험정책심의위원회를 구성하고 있는 공익대표로 볼 수 있는 구성원은 6명에 불과하며 의료계 대표를 제외한 8명은 관련 공무원과 유관기관 추천자 그리고 현실적으로 보험자측에서 추천할 수밖

182) “[분석] 의료계는 왜 건정심에 ‘폭발’했을까” 헬스코리아뉴스, 2015년 7월 25일 보도자료.

에 없는 학계 등 전문가로 구성되어 있기 때문에 보험자에게 유리하게 의견을 제시할 개연성이 크다.

절차적으로 건강보험정책심의위원회에서 요양급여 비용에 대한 계약이 체결되지 않으면 보건복지부장관이 건강보험정책심의위원회의 의결을 거쳐 비용을 결정할 수 있다. 따라서 공급자 단체에게 불리한 의사결정구조에서 보건복지부장관이 일방적으로 비용을 확정함으로써 보험자가 인위적으로 낮은 비용의 요양급여를 유지하기 위해 계약을 지연시킬 개연성이 있다.

2) 건강보험정책심의위원회의 구조개선 방안

헌법에 명시적으로 국민의 건강을 보장할 국가의 의무를 구체화하는 것과는 별개로 그 구체적인 실현방안인 국민건강보험법의 구조적인 개선이 필요하다. 가장 중요한 것이 건강보험급여결정구조가 개선되어야 할 것이다. 구조적으로는 급여결정과정의 핵심역할을 하는 건강보험정책심의위원회의 구성에 대한 개선이 선행되어야 한다. 현재의 구조로는 의료서비스의 공급자인 의료인과 의료기관의 신뢰를 형성하기 어려운 것은 앞에서 살펴보았다. 초기 급여결정 과정에서 이미 많은 것을 손해보고 있다고 생각하는 의료인들은 합리적인 의사결정구조에 참여하여도 그 결정에 대한 신뢰를 하지 않을 확률이 높다. 하물며 현재와 같이 의료공급자단체에게 불리하게 형성된 의사결정구조에 대한 믿음이 높지 않은 것은 당연하다. 따라서 최소한 급여를 결정하는 위원회의 구성을 합리적으로 개선하여 공급자의 신뢰를 회복하는 노력을 선행해야 한다.

더군다나 보험자와 공급자 사이에서 중재자의 역할을 해야 할 정부가 직접적인 당사자로 참여함으로써 보험자의 역할은 축소되고, 가입자의 이익을 위한 노력이 쉽지 않은 구조가 되었다. 따라서 정부는 당사자인 보험자의 역할

을 충실히 수행하도록함과 동시에 문제 해결을 위한 본연의 역할인 조정자의 역할을 수행해야 한다. 이를 위해 건강보험정책심의위원회는 보건복지부 소속이 아닌 별도의 협의기구로 구성하고 그 인적구성도 보험자와 공급자가 합리적인 의사교환을 통한 의견수렴이 가능할 수 있도록 개선해야 한다.

3. 건강보험심사평가원의 독립성 강화

1) 요양급여 비용관리 체계

보험자인 국민건강보험공단은 건강보험이 실질적으로 적절하게 운영될 수 있도록 가입자 및 피부양자의 자격관리 및 보험료의 부과·징수, 보험급여의 관리, 보험급여비용의 지급 등의 업무를 수행한다. 그러나 국민건강보험법 제 62조에서는 보험자인 국민건강보험공단 이외에 건강보험심사평가원을 설립하도록 하여 요양급여비용을 심사하고 요양급여의 적정성을 평가하도록 하고 있다.

규범적으로는 보험자가 요양급여를 제공한 요양기관에 해당 요양급여 비용을 보상함으로써 전반적인 보험체계를 책임지고 운영하는 것이 합리적이다. 다만 이러한 규범적인 요청이 헌법 필연적인 것은 아니다. 국민의 사회보장을 위한 구체적인 실현방안에 대해서는 입법자에게 넓게 형성권이 인정되는 것으로, 보험자가 반드시 비용에 대한 심사를 직접 수행해야 하는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 보험자가 보험재정의 안정을 통해 지속가능한 보험제도를 운영하기 위해서는 보험자 스스로 비용에 대한 통제를 하는 것이 일반적인 운영체계이다.¹⁸³⁾ 그러나 경험적으로 다보험자 운영체계에서 동일한 질병과 증상

183) 외국의 운영체계의 경우에도 보험자가 위탁한 심사기구를 통해 보험재정을 보호하고 있다. 자세한 내용은 심사평가연구소, 주요국의 심사제도 현황, 2012 참조.

에 대한 일관성 없는 진료비용 심사기준과 이로 인해 발생한 요양급여비용의 차이는 심사의 신뢰를 저하시키는 원인으로 작용하였다.¹⁸⁴⁾ 따라서 요양급여 비용 지급과 관련한 요양급여비용 심사의 공정성과 전문성·객관성을 확보하는 것이 주요 쟁점이 되었다. 이러한 이유에서 입법권자는 단일보험체계를 구축하면서 국민건강보험법에 독자적인 전문심사기구를 두고 요양급여 심사에 있어서 객관성과 전문성·공정성을 확립하여 요양급여비용이 적정하게 사용될 수 있도록 제도적 장치를 한 것으로 볼 수 있다.

2) 건강보험심사평가원의 독립성 강화 필요성

건강보험심사평가원은 건강보험 요양급여 비용의 오·남용을 막고 적정한 비용지출을 유도한다는 목적에서 설립된 기관이다. 결국 건강보험심사평가원은 건강보험 재정운영에 있어서 객관적·과학적·합리적인 기준에 근거하여 적어도 요양급여 지출과 관련해서는 보험자와 요양기관을 감독하는 감독자의 지위에 있는 것으로 봐야 할 것이며 이것이 실현될 때 보험자와의 차별성과 독립성을 확보할 수 있게 된다.

건강보험심사평원은 진료비의 심사와 평가를 통해 건강보험재정의 효율성을 높이고 오·남용을 방지하면서도 의료서비스의 질적 적정성을 확보하여 경제적 측면뿐만 아니라 의학적 측면에서도 효율성을 높여야 한다. 특히, 건강보험심사평가원은 제공되는 보건의료서비스의 수준을 정밀하게 평가함으로써 적정한 의료서비스가 제공되고 그것에 합당한 비용을 제공하는 것이 주요 기능이 되어야 한다. 따라서 보험자인 국민건강보험공단은 재정관리와 재원조달을 통

184) 경험적으로 의료보험법에 의한 의료보험조합과 공무원 및 사립학교교직원 의료보험공단은 독자적으로 심사업무를 수행하거나 심사업무를 다른 기관에 위탁하여 수행하면서 기관마다 상이한 보험급여의 기준과 비용산정 기준으로 인한 문제점이 발생하였고 진료비용 심사에 대한 의료기관과의 주요 갈등 요인으로 작용하였다. 명순구 외, 역사와 해설 국민건강보험법, 법문사, 2015, 944면 이하 참조.

해 보험재정의 효율성을 큰 틀에서 관리하고, 건강보험심사평가원은 재정의 합리적인 소비가 가능할 수 있도록 독립적인 지위에서 요양급여 비용과 기준 등의 가이드라인을 만들고 제시하여 요양기관과 국민건강보험공단의 계약이 이뤄질 수 있도록 유도하는 조정장(Moderator)로서의 지위에 있어야 한다. 따라서 건강보험심사평가원이 보험자의 주요 역할인 진료비용의 심사와 평가를 수행한다고 해서 실질적으로 보험자의 지위를 갖고 있다고 보는 주장은 건강보험심사평가원의 존재 의미에 대한 이해가 부족이거나 또는 입법자의 입법의도를 제대로 이해하지 못한 결과로 볼 수 있다.¹⁸⁵⁾ 그러나 규범적으로 살펴보면 입법자의 의도가 법률에 정확하게 반영되어 있지 않다. 즉, 구조적으로 건강보험심사평가원이 보험자와 공급자 그리고 가입자와 독립하여 객관적이고 과학적인 근거를 기반으로 요양급여 비용의 심사와 적정성 평가를 수행하기 어려운 상황이다.

건강보험심사평가원이 독립적으로 전문성과 객관성을 담보하여 요양급여비용의 심사와 평가를 수행한다면 요양급여비용의 산정 자체가 적정하지 못한 경우, 즉 이론적으로 국민건강보험법 제63조 제1항 제3호의 심사기준 및 평가기준의 개발 업무를 통해 요양급여비용이 낮게 산정된 경우에는 요양급여비용을 높여주는 역할을, 요양급여비용이 높게 책정된 경우에는 요양급여비용을 낮추는 역할을 수행하며, 요양기관에서 청구하는 요양급여비용이 과다하게 청구되는 경우에는 심사기준에 따른 삭감과 이에 대한 요양기관의 이의신청을 받을 수 있는 체계가 갖춰져야 한다.

건강보험심사평가원의 요양급여비용의 심사와 적정성 평가는 이러한 견지에서 독립성을 유지하면서 보험자나 요양기관 어느 곳에도 치우치지 않은 상태에서 과학적인 근거에 기초하여 결정되어야 한다. 그러나 인적구성측면에서 건강보험심사평가원의 원장은 보건복지부 장관의 추천에 의해, 임원은 보건복

185) 명순구 외, 역사와 해설 국민건강보험법, 법문사, 2015, 493면.

지부장관이 직접 임명하고 있다. 운영예산에 있어서 건강보험심사평가원은 건강보험료가 재원인 건강보험부담금 90%와 심사수수료 10%로 구성되어 있어 건강보험 의존도가 높은 상황이며 이 또한 보건복지부장관의 승인을 얻어야 하기 때문에 건강보험심사평가원은 체계상 그리고 현실적인 기관운영에 있어서 독립적이지 못하고 결국 보험재정의 안정을 목표로 운영되는 구조속에 있다.¹⁸⁶⁾ 이처럼 보험재정의 안정만이 목표라면 굳이 보험자와 독립한 조직의 구성·운영은 무의미하다.¹⁸⁷⁾

3) 의료심사평가 전문기관으로서의 역할 강화 방안

건강보험심사평가원을 독립적인 조직으로 구성하여 운영하는 것이 보험자가 요양급여비용의 심사업무를 수행하는 것과 차별적이지 않다면 조직운영의 측면에서 비효율적인 정책이라는 비판을 면하기 어려울 것이다. 따라서 건강보험심사평가원은 보험재정의 안정을 위한 비용의 삼사업무에 기초하여 적정한 요양급여가 이뤄질 수 있는 요양급여의 질(Quality) 관리를 통해 우리나라의 의료서비스의 수준을 향상시키는 역할을 해야 한다.

이를 위해서는 보험자와 요양기관과는 독립적이며 전문성을 겸비한 조직으로 발전해야 한다. 특히 모든 의료기관을 요양기관으로 당연지정함으로써 요양기관에서 제공되는 요양급여의 내용에 대한 질 평가가 제대로 이뤄지지 않

186) 더욱이 국민건강보험공단은 진료비관리를 재정운영에서 분리하는 것이 잘못되었고 따라서 건강보험심사평가원의 업무를 건강보험공단과 통합해야 한다고 주장하고 있는 상황에서 건강보험료를 운영예산으로 활용함으로써 보험자인 국민건강보험공단이 건강보험심사평가원의 업무를 이관해야 한다는 주장을 강하게 하는 근거로 활용되고 있다. “심사평가원부담금, 건강보험공단의 사업심사 권한 필요”, 국민일보 쿠키뉴스, 2013.7.24 보도자료; “건보공단-심평원 갈등 ‘노조가 대리전’ 의학신문, 2013.7.26. 보도자료.

187) 더군다나 건강보험심사평가원은 심사기능을 통해서 건강보험재정 보호한다는 입장을 갖고 있어 독립적인 기구로 설립한 취지를 기관 스스로 포기한 것과 같은 인상을 주고 있다. 건강보험심사평가원, 건강보험심사평가원 기능과 역할, 2014, 35면; 명순구 외, 역사와 해설 국민건강보험법, 법문사, 2015, 946면 참조.

는다면 질 나쁜 요양급여가 제공될 경우 이를 제한할 수 없을 뿐만 아니라 효율적인 비용 활용을 기대하기 어렵다. 이것이 독립적인 기관을 설립하여 요양급여비용의 관리를 하도록 한 입법자의 의도이다. 국민건강보험법 제63조에서 명시한 업무에 요양급여의 적정성을 평가하는 것이 포함된 점을 고려할 때 전문성을 강화하고 과학적·객관적 근거에 기초하여 보험제정과 의학적 타당성을 검증하고 평가함으로써 가장 적절한 대안을 제시할 수 있는 의료심사와 평가의 전문기관으로서 활동할 수 있어야 한다. 이러한 이유에서 현재의 건강보험심사평가원의 인적구성과 운영재원 문제의 독립성을 위해서는 다음과 같은 입법 개선이 필요하다.

국민건강보험공단과 건강보험심사평가원이 보다 각자의 지위에서 효과적인 업무수행을 위해서는 우선 독립성이 중요한 건강보험심사평가원의 운영자금을 건강보험료가 재원인 건강보험부담금이 아닌 일반회계로 운영함으로써 예산을 구분하고 건강보험심사평가원을 보건복지부 산하가 아닌 국무총리실 산하로 옮겨 인력운영에서의 독립성을 확보하는 것이 바람직하다.

실질적으로 건강보험심사평가원은 건강보험 진료비용만 심사하는 것이 아니라 자동차보험·의료급여·보훈진료비·응급의료비 대지급 등에 대한 비용심사를 진행하고 있어 업무범위가 건강보험의 영역을 넘어서고 있으며 현재 민영보험에 대한 심사위탁에 대한 논의가 일부에서 진행되고 있는 상태이다.¹⁸⁸⁾ 결국 건강보험이 아닌 전체 의료비관리를 종합적으로 수행할 개연성이 커지면서 각각의 제도를 관리하는 기관간 역학관계 등 상황적인 요인을 고려하면 사회보장기본법상의 사회보장위원회와 같이 국무총리 산하기관으로 운영하는 것이 바람직하다.

188) “실손보험 심평원 심사위탁, 장기적으로 의료계 도움” 청년의사, 2015.5.18 보도자료; “실손보험 심평원 심사위탁은 민간보험사 배불리기” 메디컬타임즈, 2015.5.11 보도자료.

4. 소결

국민건강보험이 국민의 건강권을 보장하기 위한 구체적인 실행방안을 제시하고 있지만 이것이 현실적으로 운영되기 위해서는 주도적으로 제도를 운영하는 기관의 역할과 기능이 명확해야 하고 주어진 역할에 충실하게 업무를 수행할 수 있어야 한다.

현행 국민건강보험제도는 보험자가 가입자인 국민의 건강문제를 적극적으로 보장하기 위한 노력을 성실히 이행할 때 그 효과가 발생한다. 다만, 보험자와 별개로 설립된 전문 심사기구인 건강보험심사평가원은 보험자와 요양기관과는 독립적이고 과학적이며 객관적인 기준에 의해 의료비용의 지출을 합리적으로 관리함으로써 재정의 효율성을 높이고 국민에게 안정된 의료서비스를 제공할 수 있도록 유도하는 기능을 수행해야 한다. 그러나 이러한 입법자의 의도가 현실화되기 위해서는 건강보험 관리·운영 주체들 간의 기능과 역할이 명확해야 하며 서로의 지위에서 전문성에 기초한 업무를 성실히 수행할 때 비로소 국민의 건강권 실현이 헌법의 요청과 입법자의 입법의지대로 가능해질 것이다. 따라서 보험자는 가입자인 국민이 건강보험에서 제공되는 요양급여를 적절한 시기에 적극적으로 받을 수 있는 기반을 마련하고 심사기관인 건강보험심사평가원은 과학적이고 객관적인 기준에 의해 비용을 심사하고 평가함으로써 제공되는 의료서비스의 질적 향상을 유도해야 한다. 이를 위해 보험자의 지위를 명확히하고 심사평가기구의 독립성을 확보해야 한다. 더불어 요양급여 비용 결정과정에서 중요한 역할을 수행하는 건강보험정책심의위원회가 중재자의 역할을 수행하기 적합하도록 그리고 의사결정구조에서 투명할 수 있도록 인적구성의 변화가 필요하다.

보험자의 기능과 역할을 명확히 하고 건강보험심사평가원의 독립성을 강화하며 건강보험정책심의위원회의 의사결정과정의 투명성을 높이기 위해서는 다

음과 같은 법률개정이 필요하다.

첫째, 보험자의 기능을 강화하기 위해 보험자의 업무에 보험재정 관리의 핵심인 급여결정 권한을 부여하되 건강보험정책심의위원회의 의견을 반영하도록 하며 만일 공급자단체와의 협상이 이뤄지지 않을 경우 전년도 계약 내용을 기준으로 급여를 결정한 후 사후적으로 보정할 수 있는 권한이 주어져야 한다.

둘째, 건강보험정책심의위원회는 건강보험정책의 주요 이슈에 대한 논의의 장으로서 쟁점에 대한 논의가 충분히 이뤄질 수 있도록 보험자와 공급자간의 대등한 인적구성이 되어야 하며 보건복지부 소속이 아닌 별도의 조직으로 운영하여 정부가 이견이 있는 부분에 대한 조정자·중재자의 역할을 충실히 수행할 수 있도록 하는 제도 개선이 필요하다.

셋째, 건강보험심사평가원의 경우 현재 국민건강보험법의 설립근거로 인해 건강보험을 넘어서는 의료서비스에 대한 비용과 질 관리에 제약이 있는 것을 해결하고 자동차보험·보훈 등의 진료비뿐만 아니라 민영보험에서 이뤄지는 의료의 적정성을 공정하게 객관적으로 심사할 수 있도록 별도의 법률을 만들어야 한다. 특히 보험자가 급여결정에 필요한 과학적이고 객관적인 근거를 보험자와 공급자에게 제공함으로써 합리적 의사결정이 가능하도록 하는 역할을 부여해야 한다.

제5장 정리 및 결론

제1절 건강보장제도의 변화 필요성

1. 사회환경 변화

국민의 건강을 보장해야 하는 국가는 그 과정에서 넓은 입법재량권을 행사할 수 있다. 따라서 이념적으로는 입법권자가 적극적으로 국민의 건강을 보호할 구체적인 실현방안을 제시하고 실천해야 한다. 구조적으로는 고령화와 만성질환의 증가, 양극화로 인한 빈곤의 심화 등 사회구조의 변화로 인해 건강문제의 발생빈도가 증가하고 이와 더불어 국민의 권리의식이 향상되면서 이전보다 적극적인 국가 작용을 요구하게 되었다. 이러한 사회환경의 변화로 인해 진료비용이 급격히 증가하면서 재정의 효율적인 운영을 통한 비용의 오·남용을 방지하고 보장범위를 확대함으로써 국민의 건강을 보호해야 하는 국가의 역할이 중요한 과제로 인식되고 있다. 따라서 국민의 건강을 보호하기 위한 적극적인 정책 수행으로 문제를 해결해야 하는 정치적 부담감이 더욱 커지게 된다.

그 동안 국가는 소극적으로 국민의 건강 문제에 접근하였다. 그러나 이처럼 사회환경이 변화하여 국가의 역할이 보다 구체적이고 적극적으로 변할 수밖에 없는 상황에서 건강 문제를 해결할 수 있는 보다 실질적인 방안 마련 위한 규범 및 제도의 검토는 국민의 권익을 보호하기 위한, 그 중에서도 기본권 실현의 전제조건이며 헌법이 예정하고 있는 인간상을 구현하기 위한 중요한 기회이다.

2. 사회환경 변화에 따른 국민건강보험법의 과제

사회환경 변화로 건강의 문제는 재원을 어떻게 마련하며, 마련된 재원을 어떠한 방법으로 운영할 것인가에 대한 논의가 쟁점이 된다. 규범적으로는 의료서비스 공급자인 의료인과 의료기관의 기본권 보호와 국민의 건강권이 쟁점이 될 것이며 이것을 합리적으로 해결하기 위해서는 한정된 재원의 효율적 운영이 필요하다. 또 국가의 의무와 개인의 권리를 조화시킬 수 있는 대안을 제시하여야 한다. 이렇게 제시된 대안이 일관성 있는 규범체계에서 구체적으로 실현될 때 국민 건강권이 실현될 것이다.

현행 국민건강보험법은 다음과 같은 문제점들을 해결해야 한다. 첫째, 요양급여구조에 대한 체계적인 개선이 필요하다. 현행 건강보험급여는 요양급여와 비급여 이외에도 환자의 동의를 얻어 제공하는 임의비급여가 존재하고 있고, 이러한 임의비급여는 실질적으로 환자의 부담을 증가시켜 사회보험의 기능을 저해할 수 있다. 더욱이 저수가 구조로 인해 발생하는 의료서비스의 과잉은 전체 의료비용의 증가를 부추기는 원인이 된다. 따라서 합리적 수가구조로 전환할 수 있는 제도적인 보완이 필요하다.

둘째, 요양기관의 운영에 대한 개선이 필요하다. 당연지정제도는 헌법적 요청이지만 또 헌법에 위반되는 것도 아니다. 그럼에도 불구하고 현행 제도가 의료인과 의료기관의 기본권을 제한하는 상황이 지속적으로 진행된다면 입법권자는 기본권 제한을 최소화하는 노력을 해야 할 것이다. 따라서 당연지정제도가 기본권 제한의 정도를 현재보다 최소화할 수 있는 정책수단을 선택하고 실현해 나가는 것이 바람직할 것이다. 이러한 이유에서 당연지정제도에 대한 보완방안 또는 대안 마련이 필요하다.

셋째, 의료인 또는 의료기관과 국민간에 의료서비스에 대한 합리적 가격결정이 이뤄질 수 있어야한다. 즉, 국민의 생명을 다루는 의료서비스의 공급자인

의료인 또는 의료기관은 건강문제를 해결하는 과정에서 절대적인 지위에 있을 수밖에 없다. 특히 비급여 의료서비스 영역에서 일반적인 계약의 자유가 무한정 허용된다면 합리적인 계약이 이뤄질 것을 기대하기 어렵다. 결국 의료서비스의 가격과 절차 등에 대한 정보를 적극적으로 국민에게 제공함으로써 계약 관계에서 보다 합리적인 선택이 이뤄질 수 있도록 국가는 보다 적극적이고 구체적인 대안을 제시해야 한다.

입법권자는 정밀하고 세심한 입법작용을 통하여 규범체계의 구조적 질서를 형성하고 실효성을 제고하여야 한다. 따라서 건강권에 대한 내용을 헌법에 명문화하는 방안과 국민건강보험법이 국민의 건강권을 최대한 보장할 수 있도록 제도적 보완이 필요하다. 이러한 관점에서 다음에서는 국민 건강권 실현을 위한 헌법과 국민건강보험법의 개선방안에 대해 논의하기로 한다.

제2절 건강권의 이념적 기초 강화를 위한 헌법 개정 논의

1. 논의의 필요성

국가 공동체의 기본적인 역할 내지 임무는 공동체 구성원들의 안전을 보호하고 국민의 자율성을 최대한 보장하며 발현할 수 있는 개인의 능력을 적극적으로 실현할 수 있도록 함으로써 인간의 존엄성을 지켜나갈 수 있도록 구조화하고 그것을 실천하는 것이다.

국민의 안정을 위한 국가의 역할은 공동체의 가장 중요한 요청이며 건강권의 내용이 무엇이고 그 구체적인 보호대상이 무엇인지 구체화되지 않은 것은 건강의 본질에 대한 논의가 규범적으로만 규명되기 어려운 영역이기 때문이다. 규범적으로 건강권은 우리헌법의 인간의 존엄성·행복추구권과 같이 포괄

적 권리를 인정하고 있는 규정으로부터 도출되는 기본권이라고 인식하고 있지만 헌법 제14조의 거주이전의 자유나 헌법 제15조의 직업선택의 자유 그리고 헌법 제32조의 근로자의 권리 등과 같이 명시적으로 규정화된 권리보다는 소홀하게 인식되고 있다. 헌법해석으로부터 국가의 국민건강보장의무가 도출된다고 하더라도 그 의무를 이행하기 위한 현실적인 제약으로 인해 행정부나 입법부가 이를 묵인하거나 또는 법률로 그 실현에 대한 방안을 제시하더라도 이를 적극적으로 실행하지 않으면 결국 그 실효성을 담보할 수 없게 된다. 특히 건강과 관련된 사안은 재정 문제와 밀접하게 연관되어 있고 한정된 재정으로 인해 또는 그 외 여러 가지 이유에서 우선순위가 낮아지는 것을 경험해왔다. 이러한 의미에서 보다 구체적인 헌법의 근거 규정이 필요하다.

2. 개정의 범위

건강과 관련된 헌법 규정은 헌법 제34조의 인간다운생활을 할 권리와 헌법 제35조의 환경권 그리고 헌법 제36조 제3항에서 국민의 보건에 관한 국가의 보호 규정을 들 수 있다. 우선 헌법 제34조의 인간의 존엄성 보호를 위해서 포괄적으로 인정되는 국가의 역할을 도출하고 있다. 그러나 그 구체적인 내용에 대해서는 개방적이기 때문에 입법권자의 형성권이 넓게 인정된다.

헌법 제34조의 규정보다 구체적으로는 헌법 제35조를 통해서 건강한 환경을 조성함으로써 국민의 건강을 보호하고자 했으며, 헌법 제36조 제3항의 보건에 관한 국가의 역할을 인정하고 있으나 그 구체적인 내용이 없어 포괄적인 입법 형성권을 인정할 수밖에 없다. 단순히 전염병 예방과 같은 국가 전체적인 질병 위험을 보호했던 역사적 경험을 보면 헌법 제36조 제3항에서 규정하고 있는 보건의 의미가 좁게 해석될 여지가 있다. 더군다나 헌법 제36조는 혼인과 가족의 보호를 규율하면서 제3항에 보건에 관한 권리를 규정함으로써 가족구

성원단위로 보건에 대한 보호를 받는 것 같은 인식을 주는 면이 있다. 그러나 헌법 제정권자가 가족질서에 국한하여 국민의 건강을 보장하거나 혹은 가족질서에 있어서 건강권을 특히 강조한 것으로 볼 수 없다. 이러한 의미에서 헌법 제36조 제3항의 보건에 관한 권리는 오히려 헌법 제34조에서 구체적으로 규정되는 것이 체계적일 것이다.¹⁸⁹⁾

비교법적으로 국민의 건강권을 모든 국가의 헌법에서 명시적으로 규정한 것은 아니며 약 67.5%의 국가만이 건강권 또는 국민의 건강보장을 위한 국가의 의무를 규정으로 명시하고 있다.¹⁹⁰⁾ 구체적으로, 많은 국가들은 국민의 건강권을 보호하기 위한 국가의 의무 또는 권리를 포괄적으로 규정하고 있다. 우리나라와 일본¹⁹¹⁾, 대만¹⁹²⁾, 스위스¹⁹³⁾와 이탈리아¹⁹⁴⁾ 등이 이에 해당한다. 보다 구체적인 국가의 역할을 명시한 국가는 터키와 러시아 그리고 브라질 헌법이 해당된다.

터키의 경우 헌법 제56조¹⁹⁵⁾에서 모든 국민은 건강하게 살 권리가 있음을

189) 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2014, 453면이하.

190) 다만 이들 규정은 선언적인 국가의 목표를 제시한 경우와, 국민의 권리로 명시한 경우, 그리고 국가의 의무로 명시한 경우와 구체적인 건강권 보호 절차를 표시한 경우와 인권의 측면에서 국제인권들을 헌법에서 구체화 한 경우 등으로 구분하면 것으로 자세한 내용은 Eleanor D. Kinney외., "Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World", Cornell Int'l Law. J., Vol 37, (2004), 289면 이하 참조.

191) 第25條 1. すべて國民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む權利を有する。2. 國は、すべての生活部面について、社會福祉、社會保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。

192) 第一百五十五條 國家為謀社會福利，應實施社會保險制度。人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災害者，國家應予以適當之扶助與救濟。第一百五十六條 國家為奠定民族生存發展之基礎，應保護母性，並實施婦女兒童福利政策。第一百五十七條 國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度。

193) Art. 41 1 The Confederation and the Cantons shall, as a complement to personal responsibility, and private initiative, endeavour to ensure that: a. everyone has access to social security; b. everyone has access to the health care that they require.

194) Art. 32 The Republic safeguards health as a fundamental right of the individual and as a collective interest, and guarantees free medical care to the indigent. No one may be obliged to undergo any health treatment except under the provisions of the law. The law may not under any circumstances violate the limits imposed by respect for the human person.

195) ARTICLE 56. Everyone has the right to live in a healthy, balanced environment. It is the duty of the state and citizens to improve the natural environment, and to prevent environmental pollution. To ensure that everyone leads their lives in conditions of physical

명시하고 신체적으로 정신적으로 인간다운 삶을 보장받기 위해 공적·사적 영역의 의료기관을 관리·감독하고 계획을 수립하는 역할을 국가에 부여했으며 의료서비스를 제공하는 방법인 건강보험을 법률로 도입할 수 있음을 명시하고 있다. 러시아의 경우는 헌법 제41조¹⁹⁶⁾에서 국민의 건강보호와 의료급여를 받을 권리가 있음을 명시하고 그 비용을 보험료와 국가예산을 통해 확보하며 국가와 지방자치단체의 의료서비스 개발 계획 수립을 통해 건강강화, 위생과 질병의 관리 활동 및 국가의 건강 침해 행위 금지 등에 대해 규정하고 있다. 브라질의 경우, 헌법 제196조·제197조·198조를 통해 국가의 의무로 질병위험의 감소와 건강보장 및 회복을 목적으로 한 법률을 제정하기 위한 지침을 제시하고 있다.¹⁹⁷⁾

3. 개정의 방식과 구체적 내용

우리 헌법의 경우 건강권에 대한 내용이 포괄적으로 규정되어 있지만 앞에서 살펴본 외국의 헌법의 규정처럼 보다 더 구체적으로 입법자에게 국민의 건

and mental health and to secure cooperation in terms of human and material resources through economy and increased productivity, the state shall regulate central planning and functioning of the health services. The state shall fulfil this task by utilizing and supervising the health and social assistance institutions, in both the public and private sectors. In order to establish widespread health services general health insurance may be introduced by law.

196) Article 41 1. Everyone shall have the right to health protection and medical aid. Medical aid in state and municipal health establishments shall be rendered to individuals gratis, at the expense of the corresponding budget, insurance contributions, and other proceeds. 2. In the Russian Federation federal programmes of protecting and strengthening the health of the population shall be financed by the State; measures shall be adopted to develop state, municipal and private health services; activities shall be promoted which facilitate the strengthening of health, the development of physical culture and sport, ecological and sanitary-epidemiological well-being.3. The concealment by officials of the facts and circumstances posing a threat to the life and health of people shall entail responsibility according to the federal law.

197) Eleanor D. Kinney외., "Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World", Cornell Int'l Law. J., Vol 37, (2004), 310면 참조.

강권을 보호해야 한다는 헌법의 이념을 적극적으로 실현하도록 하는 방법이 될 수 있다. 이러한 의미에서 국민의 건강과 관련하여 헌법을 새롭게 구성할 필요가 있다.

첫째, 보건에 관한 권리를 규정한 헌법 제36조 제3항의 내용을 구체화하고 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리와 연계하거나 또는 건강에 관한 권리 규정을 새롭게 신설하는 방법이다. 구체적으로 현행 헌법 제36조 제3항은 ‘모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.’라는 표현을 “모든 국민의 건강한 삶을 통한 인격실현을 위하여 예방·치료·재활 및 건강증진 등에 대한 국가의 보호를 받는다.”라고 명문화하는 것이 바람직하다. 더불어 본 조항을 헌법 제34조에 배치함으로써 체계성을 유지해야 한다. 이를 통해 국민의 건강에 관한 보호는 기본권임을 선언하고 국가의 의무를 보다 명확히 할 수 있을 것이다.

둘째, 건강과 관련된 조문을 신설하여 체계화함으로써 국가의 건강보장 의무 그리고 국민의 건강권을 보다 명확히 보호하는 방법이다. 새롭게 만들어지는 규정은 건강에 관한 권리를 명시하면서 국민의 일상생활에서 건강을 확인하고 점검할 수 있는 건강검진 등의 예방활동을 적극적으로 시행해야 할 국가의 의무와 건강 문제가 발생했을 때 이를 적극적으로 해결하기 위한 진료를 받을 권리 그리고 이후에 발생하는 재활치료 등에 대한 국가의 역할을 명시적으로 규정해야 한다.

셋째, 건강에 대한 권리를 확보하기 위해서는 새롭게 발생하는 시대적인 상황을 함께 고려해야 한다. 지금까지는 건강 예방과 치료에 초점을 맞췄다면, 앞으로는 생의 마지막 순간에 대한 국가의 보호 필요성이 커지고 있는 상황이다. 경제적인 측면에서도 생의 마지막 2~3개월 동안에 사용되는 의료비용이 한해 의료비용의 50%를 넘어선다는 연구결과를 보면 이때의 의료서비스가 합리적이지 않음을 짐작할 수 있다.¹⁹⁸⁾ 이것은 우리의 문화적인 성향도 영향을

미쳤을 것이다. 즉 최선의 의료서비스가 아닌 최대의 의료서비스를 제공하는 것이 도리라는 인식이 작용하기 때문에 의미 없는 의료행위를 지속하게 되고, 결국 사회적인 낭비 요인이 발생할 개연성이 높아지는 것이다. 따라서 적절하고 합리적인 의료서비스가 제공되고 환자의 입장에서는 마지막을 인간답게 마무리할 수 있는 기회를 제공할 수 있도록 제도화해야 한다.¹⁹⁹⁾

보건 의료 환경의 변화는 앞으로 더욱 급속히 진행될 것이다. 건강과 관련된 국민의 욕구도 급격히 증가할 것이기 때문에 입법권자는 국민의 요청에서건 혹은 정치적 이유에서건 건강을 보호해야 할 국가의 의무를 그리고 건강하게 살아갈 국민의 권리를 보장하기 위한 실질적인 노력을 적극적으로 수행할 수밖에 없다. 이러한 의미에서 헌법에 건강권을 명시적으로 규정하는 것은 건강권 보장을 위해 입법권자와 행정부에 구체적인 실현방안을 만들어 실행할 것을 명하는 의미에서 중요하다.

제3절 국민 건강권 실현을 위한 국민건강보험법의 개정 논의

국민건강보험법이 국민의 건강권을 보장하기 위한 직접급여를 제공하는 기준이기 때문에 건강보험의 당사자인 보험자와 공급자 그리고 가입자간의 법률 문제는 국민의 건강권 실현의 중요한 요소이다. 건강보험은 건강 문제를 해결하기 위해 제공되는 요양급여의 결정과정과 요양급여를 넘어서는 행위에 대한

198) 임종 1년간의 급여비용을 분석한 연구결과에 따르면 사망전 2개월부터 급속히 급여비용이 증가한다. 사망 2개월 전에는 15.2%, 1개월 전에는 36.0%의 급여비용을 지출하는 것으로 나타났다. 자세한 연구결과는 윤영호, 말기암환자 의료비 지출실태 분석, 암정복추진연구개발사업 최종보고서, 국립암센터, 2005, 33면 이하 참조.

199) 호스피스 완화의료에 대한 자세한 내용은 신현호, 삶과 죽음 권리인가 의무인가?, 육법사, 2006 ; 이인영, 존엄사에 대한 고찰, 한림법학 FORUM 제14권, 2004, 151면 이하; 엄주희, 환자의 생명 종결 결정에 관한 연구-입법적 실천 방안을 위한 미국과의 비교법적 모색, 연세대학교대학원 박사학위논문, 2013, 54면 이하 참조.

비용문제 그리고 요양급여를 관리하는 운영조직이 국민 건강권을 보장하기에 적합해야 한다.

1. 요양급여비용 결정과정의 정당성 확보

현행 국민건강보험법은 의료서비스 비용을 결정하는 과정에 대한 형식적 요건과 절차적 요건 모두 정당성이 결여되어 있다. 형식적으로는 건강보험급여 비용을 결정하는 건강보험정책심의위원회의 구성이 의료서비스 공급자인 의료인들의 신뢰를 얻을 수 있는 인적구조가 아니다.

현행 건강보험정책심의위원회의 인적구조가 보험자의 이익을 대변하기에 유리한 인적구조로 되어 있어 이를 통해 결정된 내용에 대한 의료계의 수용성이 떨어지거나 혹은 건강보험정책심의위원회 자체에 대한 신뢰를 저하시키는 경우가 발생하기 때문이다. 따라서 보험자와 공급자의 이익을 공정하게 대변할 수 있는 인적구조로의 개선이 필요하다.

절차적 요건과 관련해서는 현행 위원회에서 보험급여에 대한 계약이 보험자와 공급자 사이에 이뤄지지 않는 경우, 보건복지부장관의 고시로 계약의 내용이 결정되는 구조로 이루어져 있다.

의료서비스 비용을 시급히 결정해야할 필요성을 인정하더라도 계약의 중요한 내용인 비용에 대한 일방당사자의 합의 없이 보건복지부장관의 고시를 통해 일방적으로 확정하는 것 이외에 다른 절차적인 정당한 대안이 없는 것인지 고민이 필요하다. 따라서 기간내에 당사자간의 합의가 없는 경우, 현재의 비용을 차기년도에 그대로 적용하고 지속적으로 공론화 과정을 통해 당사자간의 합의가 이뤄진 이후에 이를 보정하는 방식으로 급여비용을 확정하여 적용하는 방식으로 전환해야한다.

2. 요양급여 범위 확대 및 예외사항에 대한 관리체계 강화

국민건강보험법은 건강 문제를 적극적으로 해결해야 한다. 현행 건강보험에서 비급여로 인해 발생하는 국민들의 부담은 건강 문제를 포기하거나 혹은 문제 해결로 인한 또 다른 사회문제인 경제적 빈곤을 유발할 개연성이 크다. 따라서 제공되는 서비스 비용을 어떻게 확정할 것인지에 대한 논의가 필요한데, 요구되는 서비스와 그 서비스를 제공할 때 발생하는 비용에 대한 객관적이고 투명한 정보를 제공함으로써 합리적인 비용이 설정될 수 있어야 한다. 더욱이 임의비급여인 의료서비스의 경우, 환자와 의료인간의 합리적 비용결정이 가능할 수 있는 비용정보를 제공함으로써 의료서비스의 공공성을 최대한 보장하면서 또한 의료인의 직업행사의 자유를 최소한으로 제한하는 세밀한 입법행정의 필요성이 있다.

3. 건강보험 관리·운영주체간 기능정립을 통한 효율성 확보

건강보험체계의 지속성을 유지하기 위해서는 비용을 최대한 효율적으로 활용하고 오·남용을 최소화 할 수 있는 운영체계의 합리적 개선이 필요하다. 우리나라의 경우 보험자의 보험료 운영에 대한 걱정성을 보험자가 아닌 독립법인을 통해 심사·평가하고 있다. 이처럼 보험자가 아닌 독립된 기관을 통해 비용의 효율성과 걱정성을 객관적으로 심사평가하라는 입법목적은 기초로 하면 해당 심사평가기관은 구조적으로 독립하여 의료서비스의 합리적 제공을 통해 발생하는 비용의 걱정성을 과학적이고 객관적인 근거를 바탕으로 심사하고 평가할 수 있는 지위를 확보해야 한다. 그러나 현행 국민건강보험법상의 심사평가기관은 독립적으로 심사와 평가를 수행하기 어려운 구조 속에 있다. 설령 이들 심사평가기관이 독립성을 유지하며 본연의 기능을 적정하게 수행한다고

하더라도 행정부의 변화와 정치상황이 변화할 때 마다 심사평가기관의 역할을 통해 일방당사자에게 불리하게 작용할 수 있다. 따라서 규범적으로 이들의 독립성을 확보하기 위한 입법개선이 필요하다.

제4절 결론

국민의 건강 위험을 해결하지 않고서는 공동체가 존속할 수 없다. 그러나 이러한 국가의 역할을 인식하지 못하거나 혹은 도외시할 경우, 구성원들의 저항이 발생하게 되고 국민들의 의식이 성장하거나 욕구가 강해질수록 그 저항의 정도는 점점 강해질 것이다. 결국 국가의 의무를 다시한번 환기시키고 이를 적극적으로 실현하도록 유도할 수 있는 구체적이고 명확한 근거가 필요하다. 따라서 국가의 역할과 공동체의 보편적 의지의 표명인 헌법에 국가의 의무를 명확히 구체화하는 것은 중요한 의미가 있다.

현행 헌법규정으로부터 국민의 건강을 보호해야한다는 국가의 의무가 도출되지만 그 구체적인 내용은 광범위하게 입법권자에게 위임되어 있다. 국민의 건강권과 같이 국가의 적극적인 개입을 통해 실현되는 사회적 기본권의 수범자가 국가이고 입법 작용을 통해서 그것이 구체화되기 때문에 명확한 헌법의 규정이 필요하며 이것을 근거로 국가가 그 의무를 충실하게 다할 것을 요구할 수 있는 권리가 구체화될 수 있다. 개정되는 헌법의 내용에는 현재 건강 문제를 해결할 수 있는 건강검진 등을 통한 예방, 치료, 재활 및 건강 증진에 대한 국가의 의무 등이 명시적으로 규정되어야 하며 입법권자는 이것을 실현하기 위한 입법을 통해 구체적인 국민의 권리를 형성해야 한다.

그러나 입법권자는 현실적인 국가의 상황을 고려해야 한다. 구체적으로는 건강 문제를 해결할 수 있는 능력이 국가에게 있는지 그리고 그 능력을 어떤

한 형태로 활용할 것인지에 대한 고민을 시작으로 건강 문제를 해결하기 위한 국가와 국민의 역할관계를 세밀하게 설정해야 한다.

국가는 구성원의 인간다운 생활을 보호하기 위해 적극적으로 노력해야 하며 현실 가능한 범위에서 또는 현실화하기 위한 방안을 끊임없이 만들어 실행함으로써 그 본연의 의무를 충실히 이행해야 한다. 더불어 국가는 건강 문제를 해결하는 것과 동시에 국민들이 자신의 건강을 스스로 지켜나갈 수 있도록 교육하고 관리할 수 있도록 개도(開導) 해야 한다.

국민의 건강을 보장하기 위해서는 합리적 의사결정 구조가 필요하다. 이러한 과정을 통해 만들어지고 시행되는 정책 또는 제도는 비록 기대한 것과 같은 효과를 내지 못하더라도 입법권자의 입법행위에 대한 정당성을 확보할 수 있고 실현방안에 대한 국민들의 수용성도 높일 수 있다.

국가는 어떠한 경우에도 국민의 건강문제를 포기하면 안되며 최대한 해결하여 국민들이 인간다운 생활을 할 수 있도록 노력해야 한다. 다만, 이러한 국가의 역할 수행을 위해 필연적으로 발생하는 개인의 기본권의 제한과 의무에 대해서는 적극적이고 합리적으로 설명하여 공동체의 합의를 유도하고, 제한되는 기본권의 경우, 가능하다면 그 제한의 정도를 완화시켜주기 위한 노력도 함께 해야 한다.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

- 단행본 -

- 강신익, 「인문의학」, 인제대학교 인문의학연구소, 휴머니스트, 2012.
- 권순원, 「의료보험제도의 개혁방안」, 집문당, 2003.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2003.
- _____, 「비교헌법론」, 법문사, 1990.
- 김도창, 「일반행정법론(하)」, 청운사, 1990.
- 김상균 외4명, 「사회복지개론」, 나남출판사, 2004.
- 김성수, 「개별행정법」, 법문사, 2004.
- 김영삼·전광석·김광수, 「사회보험법의 헌법적 문제에 관한 연구」, 헌법재판연구 제11권, 헌법재판소, 2000.
- 김인재 외, 「사회보험의 통합적 효율적 관리운영을 위한 법제개선방안」, 한국법제연구원, 1995.
- 김창엽, 「건강보장의 이론」, 한울, 2009.
- 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2003.
- 명순구 외, 「역사와 해설 국민건강보험법」, 법문사, 2011.
- 문옥륜 외, 「의료보장론」, 신광출판사, 2000.
- 석희태, 「의료계약(상)」, 사법행정, 1988.
- 석종현, 「일반행정법(하)」, 삼영사, 1991.
- 손명세·이용갑·박종연, 「통일독일의 보건의료체계 변화」, 서울 아주남북

- 한보건의료연구소, 1999.
- 신현호, 「의료과오소송총론」, 육법사, 2002.
- _____, 「삶과 죽음 권리인가 의무인가?」, 육법사, 2006.
- 양재진·김영순·조영재·권순미·우명숙·정홍모, 「한국의 복지정책 결정 과정-역사와 자료」, 나남, 2008.
- 여인석, 「의학사상사」, 살림출판사, 2007.
- 윤재수·이민호·채종현(편), 「새로운 시대의 공공성 연구」, 법문사, 2008.
- 윤영호, 「말기암환자 의료비 지출실태 분석」, 암정복추진연구개발사업 최종 보고서, 국립암센터, 2005.
- 이상돈, 「인권법」, 세창출판사, 2006.
- _____, 「의료체계와 법」, 고려대학교 출판부, 2004.
- 이재담, 「의학의 역사」, 광연재, 2003 .
- 전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2014.
- _____, 「한국사회보장법론」, 집현재, 2014.
- _____, 「복지국가론」, 법문사, 2013.
- 정흥기·조정찬, 「국민건강보험법」, 한국법제연구원, 2004.
- 정종섭, 「헌법과 기본권」, 박영사, 2010.
- 정형선, 「상대가치 총점관리 모형개발 관리체계 구축방안 연구」, 건강보험 심사평가원, 2013.
- 조병희, 「의료개혁과 의료권력」, 나남 2003.
- 조한상, 「공공성이란 무엇인가」, 책세상, 2010.
- 조효제, 「인권의 문법」, 후마니타스, 2007.
- 지제근, 「의학용어 큰사전」, 아카데미아, 2004, 504면.
- 차하순, 「새로 쓴 서양사 총론」, 탐구당, 2000.
- 최재천·박영호, 「의료과실과 의료소송」, 육법사, 2001.

허영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2010.

서울대학교출판부, 「보건학개론」, 2000.

- 논문 -

김경수, “헌법상 국가의 건강보호의무와 그 실현방안에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2002.

김나경, “의료보험체계에서 이념의 갈등과 조화-의료보험에서 경쟁의 억제와 유인-”, 대한의료법학회, 의료법학 제10권 제2호, 2009.

김복기, “사회적 기본권의 법적 성격-인간다운 생활을 할 권리를 중심으로-” 사회보장법연구 제3권 제1호, 2014.

김선택, “헌법재판소판례에 비취본 행복추구권”, 헌법논총, 제9집, 헌법재판소, 1998.

김영삼·전광석·김광수, “사회보험법의 헌법적 문제에 관한 연구”, 헌법재판연구 제11권, 헌법재판소, 2000.

김인재, “사회보험의 통합적 효율적 관리운영을 위한 법제개선방안”, 한국법제연구원, 1995.

김진곤, “사회보장법과 포괄위임의 범위와 한계”, 한국사회보장법학회 학술지, 2013.

김주경, “건강권의 헌법학적 내용과 그 실현”, 법학연구, 연세대학교법학연구원, 제23권, 제4호, 2013.12.

김창엽, “보건의료제도 측면에서 본 건강보험”, 의료법학 제2권 제1호, 2001.

김철용·홍준형·안석윤, “위임입법의 한계에 관한 연구”, 헌법재판연구 제8권, 헌법재판소, 1996.

김희성·홍은경, “건강권 및 의료접근권에 관한 비교법적 고찰”, 강원대학교

- 비교법학연구소, 강원법학, 제36권, 2012.
- 노호창, “공적 건강보장에 있어서의 자유제한과 그 정당성”, 사회보장연구 제3권 제1호, 2014.
- 박길준·김대순·박동진·이선규, “한국담배규제에 관한 입법적 고찰”, 경제법연구 제3권, 2003.
- 박능후 외4인, “기초보장체계 비교연구”, 한국보건사회 연구원, 2002.
- 박동진, “부당발급된 처방전에 의한 의료기관의 약제비반환 의무-서울행정법원 2004.6.1. 2003구합20449 사건을 중심으로-”, 한국의료법학회지, 제12권 제2호, 2014.
- 박지용, “빈곤과 건강보험”, 사회보장법학 제2권 제1호, 인간과 복지, 2013.
- 방승주, “헌법 제10조”, 헌법주석서, 법제처, 2010.
- 손명세 외 8인, “국제보건규칙 개정에 대한 전염병 관리 및 검역체계 개편방안”, 연세대학교 의료법윤리학연구소, 2006.
- 손홍렬, “한국 고대사회의 의료제도”, 청대사림, 청주대학교사학회, 제4·5권, 1895.
- 송해연·최재우·박은철, “한국성인의 경제활동 참여변화가 미충족 의료에 미치는 영향:4·5차 한국의료패널자료를 이용하여”, 보건행정학회지 2015-25(1).
- 신영진, “사회권으로서의 건강권;지표개발 및 적용가능성을 중심으로”, 비판사회정책(32), 2011.6.
- 신옥주, “인간다운 생활을 할 권리의 이해를 위한 비교법적 연구”, 전북대학교 법학연구소 법학연구 제40집, 2013.
- 안종범, “사회보장기본법 개정의 주요내용과 기대효과”, 사회보장기본법 전부개정을 위한 공청회 자료집, 2010.12.20.
- 엄주희, “환자의 생명 종결 결정에 관한 연구-입법적 실천 방안을 위한 미국과의 비교법적 모색”, 연세대학교대학원 박사학위논문, 2013.

- 오영호, “우리나라 공공보건의료의 문제점과 정책방향”, 보건복지포럼, 2003.6.
- 윤영호, “말기암환자 의료비 지출실태 분석”, 암정복추진연구개발사업 최종 보고서, 국립암센터, 2005.
- 이규식, “건강보험급여구조 개혁의 시급성”, 건강복지정책연구원 ISSUE PAPER, 2013.5.
- 이부하, “헌법상 국가의 개념과 내용”, 한양법학, 2008.6. 제23집.
- _____, “헌법국가에서 국민의 안전보장-독일헌법학의 논의를 중심으로-”, 한독사회과학총론 제21권 제1호, 2011.3.
- 이상돈, “국제환경법의 발전”, 중앙대학교사회과학논문집 1991. 12월 34호.
- 이인영, “준엄사에 대한 고찰”, 한림법학 FORUM 제14권, 2004.
- 이호근, “사회보장법 총론의 가능성”, 사회보장법학 제1권 제1호 2012.10.
- 이흥재, “사회보장법 형성의 풍토적 특징”, 서울대학교 법학, 제52권 제3호 2011.
- 임지봉, “헌법 제11조”, 헌법주석서, 법제처, 2010.
- 장영수. “헌법 제1조”, 헌법주석서, 법제처, 2010.
- _____, “헌법전문, 헌법주석서”, 법제처, 2010.
- 장 욱, “건강보험제도의 개선에 관한 법적 고찰”, 연세대학교 박사학위논문, 2004.
- 장승혁, “사회연대원리의 기원과 발전-전통적인 사회이론가들의 사상을 중심으로-”, 사회보장법연구 제3권 제2호, 2014.
- 전광석, “의료보험법에서 질병의 개념 및 범위에 관한 해석론적 및 정책논적 논의, 사회보장법학”, 한림대학교출판부, 1993.
- _____, “의료보장의 국제기준 및 국제적 보장에 관한 연구”, 사회보장연구 제5권 제2호, 1999.
- _____, “빈곤의 문제와 법학의 과제”, 사회보장법학, 한림대학교출판부, 1993.

- _____, “공공거버넌스와 공법이론: 구조이해와 기능”, 공법연구 제38집 제3호, 한국공법학회, 2010.
- _____, “헌법 제119조”, 헌법주석서, 법제처, 2013.
- _____, “헌법재판소가 바라본 복지국가원리”, 공법연구, 제34집 제4호 제1권, 2006.
- _____, “사회적기본권의 논의구조”, 유럽헌법연구, 제14호, 2013.
- _____, “사회정책과 사회보장법-사회보장기본법과 개별 사회보장법의 관계를 중심으로-”, 사회보장법학 제1권 제1호, 2012.10.
- _____, “사회보장재정에 대한 재정헌법적 분석”, 강원법학 제11권, 1999.
- _____, “복지국가론-무엇을 어떻게 연구할것인가”, 한국사회정책 제15집 제1호, 2008.
- _____, “범죄피해자구조청구권의 헌법체계내 위치의 문제와 사회보장법적 구체화문제에 관한 시론”, 사회보장법학, 한림대출판부, 1993.
- _____, “한국사회보장법학회의 창립과 과제”, 사회보장법학 제1권 제1호, 2012. 10.
- _____, “국민건강보험의 법률관계”, 의료법학 제2권 제1호, 대한의료법학회, 2001.
- _____, ‘사회보장의 소득재분배구조에 대한 헌법적 접근’ 한림대출판부, 1993.
- 전학선, “프랑스 법령체계 및 법치주의에 관한 연구”, 공법학연구 제12권 제1호, 2011.
- 정극원, “인권의 헌법적 보장과 기본권 규범화의 태양”, 유럽헌법연구 제8호, 2010.
- 정극원, “헌법 제35조, 헌법주석서”, 법제처, 2010.
- _____, “헌법 제36조, 헌법주석서”, 법제처, 2010.
- 정민수·김지연·김수인, “건강권의 법적 토대와 그 실현에 대한 국제인권법적 고찰”, 한국의료법학회지, 제22권 제2호, 2014.
- 정영철, “비급여진료비용 공개에 관한 헌법적 정당성 고찰” 의료법학, 제13권 제1호, 2012.

- _____, 공법적 시각에서 본 임의비급여의 제한적 허용의 쟁점, 법학논고 제 40집, 경북대학교 법학연구원, 2012.10.
- 정영훈, “공적 의료보험의 보험료 부담의 형평을 둘러싼 일본의 논의에 관한 검토”, 사회보장법학연구 제2권 제2호, 2013.
- 정윤석, “로크 통치”론, 서울대학교 철학사상연구소, 철학사상 별책 제2권 제 4호, 2003.
- 차진아, “사회보장수급권의 헌법적 근거와 제한사유의 합헌성에 대한 검토- 사회보험수급권을 중심으로-”, 사회보장법학 제2권 제2호, 2013.
- 최갑수, “1789년의 「인권선언」 과 혁명기의 담론”, 한국프랑스사학회, 프랑 스사연구 제4호, 2001.
- 키쿠치 요시미(최석환 역), “사회보장의 법이념과 사회보장법제의 장래구상”, 사회보장법연구 제1호, 2012.
- 한만호·김경하, “건강보험 요양기관 참여방식에 관한 연구 - 요양기관 계약제를 중심으로-”, 국민건강보험공단 건강보험연구센터 연구보고서, 2003.
- 한달선, “의료보험의 의료제도적 기능”, 국민건강보험의 평가와 발전방향, 한국의학원, 2001.
- 홍성필, “국제인권법의 국내적 적용에 관한 연구”, 법학논집, 이화여자대학교 법학연구소, 제3권 제1호, 1998.

- 판례 -

- 서울행정법원 2003.1.15. 선고 2001구25210 판결
- 서울행정법원 2006.1.5. 2005구합16833 판결
- 서울행정법원 2009.10.29. 선고 2008구합 9522, 14807(병합)

서울고등법원 2010.11.11. 선고 2009누38238
대법원 1999. 1. 26. 선고 97누14224
대법원 2001. 3. 23. 선고 99두4204
대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13434
대법원 2007. 6. 15. 선고 2006두10368
대법원 2012.6.18. 선고 2010두27639, 27646(병합)판결, 공2012하
헌법재판소 1994.6.30. 92헌가9
헌법재판소 1995.7.21. 93헌가14 판례집 7-2
헌법재판소 1996.10.31. 94헌가7, 판례집 8-2.
헌법재판소 2000.4.27. 98헌가16
헌법재판소 2000.6.29, 99헌마289, 판례집 12-1
헌법재판소 2000.8.31. 97헌가12, 판례집 12-2
헌법재판소 2001.8.30. 2000헌마668, 판례집 13-2
헌법재판소 2001.9.27. 2000헌마342, 판례집 13-2
헌법재판소 2002.10.31. 99헌바76, 2000헌마505(병합), 판례집 14-2
헌법재판소 2002.12.18. 2002헌마52, 판례집 14-2
헌법재판소 2003.7.24. 2002헌바51, 판례집 15-2상
헌법재판소 2003.10.30. 2000헌마801, 판례집 15-2
헌법재판소 2002.10.31. 99헌바76, 2000헌마505(병합)
헌법재판소 2003.12.18 선고 2001헌마 543, 판례집 15-2
헌법재판소 2003.12.18, 2002헌바1, 15-2(하),
헌법재판소 2004.10.28. 99헌바91
헌법재판소 2004.10.28. 2002헌마328 공보 제98호
헌법재판소 2005.5.26. 99헌마513 등, 판례집 17-1
헌법재판소 2009.11.26. 2007헌마734, 판례집 21-2하

헌법재판소 2012.11.29. 2011헌바224

헌법재판소 2013. 7. 25. 2010헌바51, 판례집 25-2

헌법재판소 2014.6.26. 2012헌마 459, 판례집 16-1하

헌법재판소 2015.4.30. 2013헌마435, 판례집 27-1하

- 기타자료 -

보건복지부, 「보건의료미래위원회 활동보고서」, 2011

대통령자문 양극화·민생대책위원회, 기획예산처 양극화·민생대책본부(편),

「국민과 함께 보는 참여정부 사회정책 돋보기」, 2008, (주)엠디아이

국민건강보험공단, 「OECD국가의 의료보장제도」, 2003

국민건강보험공단. 「외국의 건강보험제도 비교조사」, 2000년

보건복지부, 「2013년 국민기초생활보장사업안내」, 2013

심사평가연구소, 「주요국의 심사제도 현황」, 2012

건강보험심사평가원, 「건강보험심사평가원 기능과 역할」, 2014

국민건강보험공단·건강보험심사평가원, 「2011 건강보험통계연보」, 2012

국제문제조사연구소, 「각국헌법자료집」, 1980

민중서립, 「민중 옛센스 국어사전」, 2000.

건강보험심사평가원, 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항과 심사지침」, 2013.12.

국가권익위원회, 「유엔인권조약감시기구의 일반논평 및 일반권고」, 경제적·사회적 및 문화적 권리 위원회, 2006.8.

2012.1.18일 메디칼타임즈 「강아지 치료비가 보험수가보다 더 비싼 것은?」

2013.7.24일 국민일보 쿠키뉴스 「심사평가원부담금, 건강보험공단의 사업심사 권한 필요」

2013.7.26일 의학신문 「건보공단-심평원 갈등 ‘노조가 대리전」
2013.11.7일 연합뉴스 「심평원 관계자 만나는 소두증 환아 부모님」
2015.5.11일 메디컬타임즈 「실손보험 심평원 심사위탁은 민간보험사 배불리기」
2015.5.18일 청년의사 「실손보험 심평원 심사위탁, 장기적으로 의료계 도움」
2015.7.25일 헬스코리아뉴스, 「(분석) 의료계는 왜 건정심에 ‘폭발’했을까」
온라인 어원사전(<http://www.etymonline.com>)
세계보건기구(<http://www.who.int>)
다음 어학사전(<http://dic.daum.net>)
영국국립도서관(<http://www.bl.uk>)
유엔(<http://www.un.org>)
국제노동기구(<http://www.ilo.org>)
국민연금공단(<http://www.nps.or.kr>)
세계법제정보센터(<http://world.moleg.go.kr>)

2. 외국 문헌

- 단행본 -

- AMA, Health System Reform Legislative Summary Chart of Major Provisions, 2009. 12.
- Furrow, B. R., et al., Health Law 2nd ed, St. Paul : west Publishing Co., 2000
- Gerry Rodgers, Eddy Lee, Lee Swepston and Jasmien Van Daele, The International Labour Organization and the quest for social justice, 1919-2009, International Labour Office Geneva, ILO , 2009.

- Ishay, M., The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era, Berkley: University of California Press, 2004.
- Jean-Jacques Rousseau, The social contract, London : New York, 1968.
- Lawrence O. Gostin, Public Health Law, Berkeley and Los Angeles : Univ. of California Press, 2000.
- Lawrence O. Gostin, Global Health Law, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2004.
- Locke, John, Second Treatise of Government : The Original Classic Edition, Tebbo, 2010.
- Molla Donaldson, Karl Yordy, Neal Vanselow, Defining Primary Care: An Interim Report, IOM, National Adademy Press, Washington, 1994.
- Morrisey, M., Health Insurance, AUPHA, HAP. 2007.
- Norman Daniels, Just Health, Cambridge University Press, 2012.
- Sein, T., Health Sector Reform-Issues and Opportunities, Regional Health Forum, WHO South-East Region, 2001.
- Thomas Hobbes, Leviathan, or, The matter, forme and power of a commonwealth, ecclesiastical and civil, Middlesex, England, 1968.
- WHO, International Health Regulations(IHR, SECOND EDITION), 2005.

- 논문 -

- Blendon RJ, Benson JM, Hero JO. Public trust in physicians—U.S. medicine in international perspective. N Engl J Med. 2014;371(17).
- Brown, Lawrence, The Elements of Surprise: How Health Reform Happened, Journal of Health Politics, Policy and Law. 2011;36(3).

- Eleanor D. Kinney et al., “Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World”, Cornell Int’l Law. J., Vol 37, (2004).
- Gustav Adolf Salander, Vom Werden der Menschenrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte unter Zugrundelegung der virginischen Erklärung der Rechte vom 12. Juni 1776, 1926, S.54.
- Hulleberg and Klein, The effect of private health insurance on medical care utilization and self-assessed health in Germany, IZA DP No.5004, 2010.
- Koplan JP, Bond TC, Merson MH, Reddy KS, Rodriguez MH, Sewankambo NK, et al. Towards a common definition of global health. Lancet. 2009;373(9679).
- Lawrence O, Gostin et al., Health Care Reform in Transition: Incremental Insurance Reform Without an Individual Mandate, JAMA 2010;303(12).
- Oliver A, Mossialos E. Equity of access to healthcare: outlining the foundations for action. J Epidemiol Community Health. 2004;58(8).
- Pascoe EA, Richman LS. Perceived discrimination and health: a meta-analytic review. Psychol Bull. 2009;135(4).
- Pawlson LG, O’Kane ME. Professionalism, regulation, and the market: impact on accountability for quality of care. Health Aff (Millwood) 2002;21.

Abstract

Challenges and Improvement measures of National Health Insurance Act for realization of the Right to Health - through Constitutional Issues-

Health is a precondition to maintain community and its homogeneity by allowing individuals to share their social and cultural values. Our constitution recognizes health as a national matter and provides protection indirectly based on the human dignity and the right to happiness under Article 10, the environmental right under the first clause of Article 35 of the Constitution, and directly based on the right to have basic standard of human life under Article 34 and the right to health under Article 36 of the Constitution. This task of the Constitution becomes materialized through the National Health Insurance Act.

Health care benefits provided by the National Health Insurance Act should be appropriate to solve health care challenges and its decision process should be reasonable. In addition, the foundation to guarantee health rights of citizens should be established by making the system where people can choose health care services rationally including the uncovered services, which are beyond the scope of the health insurance. Therefore, the management group operating the health insurance needs to suggest plans that can organize and operate the health insurance realizing the

health rights of citizens and can solve challenges including the ones caused by the uncovered services. In this respect, the current National Health Insurance Act should solve the challenges mentioned below.

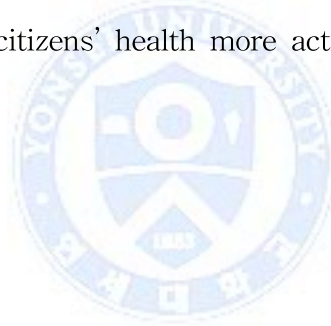
First, the benefit package that is covered by the National Health Insurance Act cannot directly solve the health risk of citizens. Burden caused by the uncovered services is highly likely to cause giving up of health or the economic plight. However, the area of the uncovered services is not only the area of the health insurance system but the area where the contracts between the health care facilities and individuals occur, which blocks the direct intervention by the country. Therefore, the coverage should be extended by switching the uncovered area to the covered area and this can be achieved by extending the range of the benefit package. At the same time, in case of the uncovered services, providing information on cost and effect that enable rational cost decision between patients and health care providers will guarantee citizens' right of choice for health care services and the detailed administrative enactment is required such as minimizing the liberty infringement of health care professional performing.

Second, the National Health Insurance Act lacks the legitimacy of formal and procedural requirements in the cost decision process of health care services. In terms of formality, the organization of the Health Insurance Policy Committee which decides the cost of health insurance benefits is not structured in a way that can obtain trust from health care professionals, the health care providers. The current human resource of the committee is structured in a way to represent the voice of the insurers easily and this drops not only the trust towards the committee and but also the

acceptability of the decision among the health care professionals. Therefore, it is required to have the proper human resources that can equally speak for interests of both insurers and providers. In terms of the procedure, the Minister of Health and Welfare makes a decision through a public announcement unless the contract for the benefit package is made between the insurers and the providers. However, it needs further consideration on whether there are any alternatives other than just confirming the cost, one of the important elements of the contract, by the Minister without settlement out of court. For example, when there is no settlement out of court, it may be possible to apply the current cost to the following year and make revision when the consensus becomes available through continuous publicity.

Third, the cost should be used efficiently in order to maintain the substantiality of the health insurance system and the rational operating system should be prepared so that the misuse and abuse can be minimized. In Korea, an independent institution, the Health Insurance Review and Assessment Service (HIRA), not the insurer, performs review and assessment of appropriateness of handling the premium. Therefore, HIRA should secure the position that can review and assess the appropriateness of the health care cost based on the scientific and objective evidence with the structure independently of the insurer. However, according to the current National Health Insurance Act, HIRA has its structure difficult to perform review and assessment independently. Therefore, the legislation should be improved so that it can secure its normative independence.

The nation should put its effort to make citizens lead a life worthy of human dignity by actively solving their health problems. Though it may be impossible to realize the goal in reality, it is the country's mission to put its maximum effort. But one of its important role is to induce the agreement from the community by actively and rationally providing explanation on the limitation of fundamental rights and duties of individuals that are caused by the country's role performance. As for the limitation of fundamental rights, if possible, additional efforts to mitigate the limitation range are required. The country can remain as what it really is when it actively protects its citizens from danger. This is the reason why the nation should protect its citizens' health more actively.



Key words: Health rights, National Health Insurance Act, Health care benefits, Uncovered services, Right of Acceptability, Right of Accessibility to Health Care, Right of Choice, Social Fundamental rights