

## 국민건강보험과 의회의 책임성\*

이 신 용

(고려대학교)

### [요 약]

국가의 임의적인 침해로부터 국민의 재산권과 자유권을 보호하려는 소극적인 법치국가의 역할은 오늘날 의회민주주의 시대에는 더 이상 의미를 찾을 수 없게 되었다. 왜냐하면 오늘날 개인에게 기회와 사회보장적 급부를 제공하는 국가의 역할은 자유로운 삶을 유지하는데 있어서 기본권을 침해하지 않아야 하는 것 못지않게 중요하게 되었기 때문이다. 기본권을 침해하지 않는 소극적 국가에서 기본권을 보호할 뿐만 아니라 실현하는 적극적 국가로 현대국가의 역할이 변한 것이다. 그러므로 현대 의회민주주의에서 고전적인 법치국가 기능의 발전적 변화는 국민의 기본권 보호와 실현을 위해서 의회의 더 책임 있는 입법 활동을 요구한다. 따라서 현대국가에서 기본권 중의 하나로 인식되는 사회적 기본권의 구현에 있어서도 의회의 적극적인 입법 활동이 요청된다. 그러나 행정부에 입법권을 과도하게 위임하는 한국 국회는 사회적 기본권의 구현에 있어서 현대 의회민주주의가 요구하는 기준을 충족시키지 못하고 있다.

주제어: 사회적 기본권, 건강보험, 의회유보, 위임입법

### 1. 서론: 사회복지제도의 주체 문제

우리나라 사회복지법에서는 많은 사항을 행정부가 결정하도록 위임하는 행태가 눈에 띈다. 이런 위임행태를 사법부는 법률유보원칙에 위배되지 않거나 불가피한 현상으로 보고 있다. 국민건강보험(이하 건강보험)과 관련된 헌법소원판례(헌재 2003.10.30, 2000헌마801, 106-136)<sup>1)</sup>에서 신청인은 지역가

\* 본 논문은 고려대학교 행정학과 BK21아시아행정학허브사업단의 지원에 의해 연구되었음. 좋은 비평을 해주신 익명의 심사위원님들에게 지면을 빌어 감사의 말을 전한다.

1) 이하 헌재판례는 대법원종합법률서비스(<http://glaw.scourt.go.kr/jbsonw/jbson.do>) 참조.

입자의 보험료를 산정하기 위해서 필요한 부과표준소득을 산정하는 방법을 시행령에 위임하고 있는 구 국민건강보험법(법률 제6124호) 제64조 제1항<sup>2)</sup>이 법률유보원칙에 어긋나고, 포괄위임법금지원칙에도 위배된다고 보고, 헌법소원을 신청했다. 그러나 헌법재판소는 건강보험법의 전반적인 체계와 관련규정을 종합하여 볼 때, 시행령에 의한 지역가입자의 보험료 산정 등은 충분히 예측가능하고, 재정에 관한 사실관계는 매우 다양하고 수시로 변화될 것이 예상되기 때문에 시행령에 위임하는 것은 불가피하다고 판결하면서, 신청인의 헌법소원을 기각했다(헌재 2000헌마801, 136). 아울러 시행령에 의하여 보험료 산정기준 등이 결정되는 것은 국회가 제정한 법률의 위임에 근거하는 것이기 때문에, 시행령이나 건강보험공단의 정관에 의한 보험료 결정은 법률유보원칙을 위배하는 것이 아니라고 헌법재판소는 판결했다.

또한 분만급여와 관련된 의료보험법(법률 제4728호) 제31조 제2항 위헌확인에 관한 헌재 판례(헌재 1997.12.24. 95헌마390, 817-834)를 보면 포괄적인 위임을 사법부에서도 인정하고 있음을 알 수 있다. 헌재는 분만급여의 범위, 상한기준을 보건복지부 장관이 정하도록 위임하고 있는 위헌의 법 조항이 위헌이 아님을 판결했다. 그 근거로 급부행정에서는 기본권 침해 영역보다는 구체성의 요구가 약화될 수 있다는 것을, 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성이 완화될 수 있다는 것을, 법률의 전반적인 체계와 관련규정에 비추어 위임의 한계나 범위를 확정할 수 있다는 것을, 국민의 재정부담수준과 국가의 재정수준을 고려하여 요양급여 및 분만급여의 방법, 절차, 범위, 상한기준 등을 미리 법률로 상세하게 규정하는 것은 입법기술상 어렵다는 것을 헌재는 판결근거로 제시한다(헌재 1997.12.24. 95헌마390, 817-818).<sup>3)</sup>

그러나 최근 헌법재판소의 판례들 중에는 사회복지법에서의 위임현상은 더 이상 당연한 것이 아니라는 근거를 제공하는 판례들이 있다. 국민의 기본권의 보호와 실현에 대한 국회의 책임 있는 규율행위를 요구하는 판례들이 그것들이다. 안마사에 관한 규칙 제3조 제1항 등 위헌확인(헌재 2006.5.25. 2003헌마 715, 112-133) 판례에서 헌법재판소는 ‘앞을 보지 못하는’ 사람만 안마사로 자격인정을 받을 수 있게 규정한 「안마사에관한규칙」(보건복지부령 제153호)이 헌법에서 보장한 국민의 직업선택의 자유를 제한하고 있기 때문에 이와 같은 기본권과 관련된 중요하고도 본질적인 사항은 법률에 의하여 규정되어야 한다고 판결했다. 더욱이 한국방송공사법 제35조 등 위헌소원(헌재 1999.5.27. 98헌바 70, 633-652)의 판례에서 헌재는 기본권의 실현과 깊은 연관성을 맺고 있는 사항에 대한 의회의 책임 있

2) 제64조(부과표준소득) ① 제62조 제4항의 규정에 의한 부과표준소득은 지역가입자의 소득·재산·생활수준·직업·경제활동참가율 등을 참작하여 정하되, 부과표준소득의 산정방법·기준 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

3) 그러나 판결에 참여한 몇 명의 재판관들은 위헌의 법 조항이 헌법이 규정하고 있는 위임규정에서 벗어나고 있기 때문에 위헌이라는 입장을 취했다. 즉, 의료보험법 제31조 제2항이 분만급여청구권의 본질적인 내용인 분만급여의 범위, 상한기준에 관하여 전혀 규율하지 않고, 이것을 보건복지부장관에게 위임한 것은 포괄적인 위임에 해당한다는 것이다(헌재 1997.12.24. 95헌마390, 818-819). 아울러 이들 소수재판관들은 분만급여청구권의 범위나 상한기준 등의 대강을 미리 법에 정하는 것은 입법기술상 어려운 일이라고 볼 수 없으며, 해당 법의 체계나 구체적인 규정들을 보아도 위임될 내용의 범위나 한계가 분명하지 않기 때문에 이 법률조항은 구체적으로 범위를 정하여 위임할 것을 규정하고 있는 헌법 제75조를 위반한 것으로 보았다.

는 규율행위를 안마사에 관한 규칙 위헌확인 판례에서보다 좀 더 구체적으로 요구하고 있다. 한국방송공사법(법률 제 4264호) 제36조 제1항은 한국방송공사 이사회가 텔레비전방송수신료의 금액을 심의하고 결정하도록 위임하고 있다. 그런데 현재는 이러한 위임은 위헌이라고 판결했다. 왜냐하면 현재는 “텔레비전방송수신료는 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유의 측면에서 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는” (헌재 1999.5.27. 98헌바 70, 633) 것이라고 보았기 때문이다.

안마사라는 직업선택의 자유, 수신료와 관련된 재산권의 보장, 방송의 자유 등과 같은 국민의 기본권과 관련된 사항은 국민을 대표하는 국회에 의하여 규율되어야 한다는 것을 의미한다. 이런 사항을 국회는 행정부에 위임해서는 안 되는 것이다. 그렇다면 앞서 살펴 본 건강보험법과 관련한 판례에서 보험료 산정방식과 요양급여의 범위에 관한 사항이 기본권과 관련되어 있다면, 이 사항들을 위임하고 있는 건강보험법의 법률 조항은 위헌일 수 있다. 이 문제에 대하여 헌법재판소는 판례를 제공하고 있다. 이 판례에서 현재는 보험료 산정방식은 기본권인 재산권과 관련되어 있고, 요양급여의 범위도 가입자가 지불한 보험료의 반대급부 성격을 갖는다는 점을 밝히고 있다(헌재 2003.12.18, 2002헌바1, 449-450). 더욱이 현재는 건강보험 수급권은 헌법 제34조 제1항에서 천명한 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회적 기본권 중의 하나라는 것을 인정하고 있다.<sup>4)</sup> 이것은 보험료산정방식과 요양급여의 범위는 위임입법으로 규율할 것이 아니라 의회가 제정하는 법률로 규율해야 한다는 것을 의미한다. 하지만 건강보험법에서 기본권과 관련된 사항들은 여전히 위임입법에 의하여 규율되고 있다.

사회복지법에서 기본권과 관련된 사항을 법률로 규율할 것인가 아니면 행정입법으로 규율할 것인가의 문제는 사회복지제도의 결정주체와 집행주체에 관한 문제이다. 한국 민주주의와 사회복지의 발전을 위하여 연구해야 할 부분인데도, 지금까지 한국사회복지학계에서는 사회복지제도의 결정주체와 집행주체가 분리되어야 하는 문제에 대해 다루지 않았다. 따라서 본 논문에서는 왜 사회복지제도의 결정주체와 집행주체가 분리되어야 하는지, 한국 민주주의와 사회복지의 발전이 사회복지제도의 결정주체와 집행주체의 분리문제와 어떻게 연결되어 있는지, 혹은 한국 민주주의와 사회복지의 발전을 위하여 왜 사회복지제도의 결정과 집행주체가 분리되어야 하는지를 연구질문으로 제기한다. 사회복지제도의 결정주체의 권한을 알아보기 위해서는 법률을, 집행주체의 권한을 알아보기 위해서는 해당법률의 시행령과 시행규칙을 분석한다. 그리고 허용된 지면의 양 때문에 사회복지법을 모두 분석할 수는 없고, 따라서 연구대상은 국민의 97%가 가입해 있는 국민건강보험으로 제한한다. 본 주제와 관련해서 다른 사회복지제도들에 대한 연구는 다른 논문에서 다루어질 것이다. 본 논문에서는 건강보험법에 국민의 기본권과 관련된 사항들로는 어떤 것이 있고, 이것들이 왜 행정부가 제정하는 시행령이나 시행규칙이 아닌 국회가 제정하는 법률에 의하여 규율되어야 하는가를 살펴볼 것이다. 헌법재판소가 이미 기본권 실현과 관련된 본질적이고 중요한 사항에 대한 국회의 책임성을 요구하고 있는 현 시점에서,

4) “이러한 사회보장수급권은 헌법 제34조 제1항에서 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회적 기본권 중의 핵심적인 것이고 의료보험수급권은 바로 이러한 사회적 기본권에 속한다”(헌재 2003.12.18, 2002헌바1, 449).

이러한 판결근거를 헌법이 천명하고 있는 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회보장법 중의 하나인 국민건강보험법에 적용하려는 본 논문의 시도는 한국 민주주의와 사회복지의 상호 발전 방향을 모색해 본다는 점에서 근본적인 의미를 갖는다.

## 2. 의회유보원칙과 사회복지발달의 친화성

### 1) 의회유보

#### (1) 의회유보의 정립과 개념

1970년대 독일연방헌법재판소는 헌법소원 청구를 통해서 제기된 일련의 판례들에서 국민의 기본권에 관련된 중요한 사항에 대한 의회의 책임성을 강조하는 판결을 내린다. 1972년 전문의(Facharzt) 사건 판결에서 독일연방헌법재판소는 의사협회가 주(州) 의회로부터 위임받아 제정한 정관(Satzung)이 독일 기본법(Grundgesetz)에서 보장하고 있는 직업선택의 자유를 침해했다고 판결했다. Nordrhein-Westfalen 주 의사협회의 정관에서는 가정의학과에 속하는 분야에서 전문의의 진료행위를 금지했고, Baden-Württemberg 주 의사협회 정관에서는 한 전문의가 두 개 이상의 전문의 자격증을 내걸지 못하도록 규정했다. 이 규정을 위반해서 징계를 받게 된 전문의들이 독일연방헌법재판소에 징계의 부당성을 제소했다(BVerfGE 33, 125). 이에 연방헌법재판소는 직업수행을 제한하는 이 정관 규정들은 기본법에서 보장하는 직업선택의 자유와 양립할 수 없다는 이유를 들어서 위헌 판결을 내렸다. 아울러 연방헌법재판소는 전문의 의사면허 조건, 승인된 전문의 분야, 최소한의 수련기간, 면허승인 절차, 전문의면허 취소사유, 전문의 지위에 관련된 내용과 같은 중요한 사항들은 의회가 법률로 직접 규율해야 함을 밝혔다(BVerfGE 33, 125(163)).

1970년대와 1980년대에 독일연방헌법재판소는 대학의 학칙으로 입학정원을 제한한다거나(BVerfGE 33, 303), 김나지움의 학칙으로 학생을 제적시키는 것(BVerfGE 58, 257)과 같은 기본권과 관련된 헌법소원 청구사건들에서, 이러한 사항들은 독일기본법(Grundgesetz)에서 보장하고 있는 직업교육장소 선택의 자유나 직업선택의 자유와 관련된 중요한 사항들이기 때문에 의회가 본질적인 사항에 대한 결정(wesentliche Entscheidung)을 내려야한다고 판시했다(BVerfGE 33, 125(158)). 이러한 헌법소원 사건들에서 독일연방재판소는 기본권과 깊은 관련성을 맺고 있는 사항들이 학칙, 지침, 정관 혹은 법규명령으로 결정되어서는 안 되고 의회가 제정한 법률에 의해서 규정되어야 한다는 것을 명확히 하였다.<sup>5)</sup> 최근까지도 독일연방헌법재판소는 예술의 자유와 청소년의 보호와 같은 대립되는 중요

5) 더욱이 대학 입학정원 제한 판례는 의회유보의 적용영역이 급부행정으로 확대될 수 있음을 보여주는 중요한 판례였다는 점에서, 그 동안의 독일연방헌법재판소의 판결 경향과는 다른 의미를 갖는 것이었다(송동수, 2006: 104). 현대국가가 국가시민의 사회보장과 문화적 증진에 관여할수록, 국가와 국가시민의 관계에서 국가가 제공하는 급부에 대한 기본권적인 보증을 요구하는 국가시민의 보충적인 요구가 점점 더 커진다고 보면서, 독일연방헌법재판소는 자유라는 기본권의 실현을 현실적으로

한 사항 및 종교의 자유와 관련된 판례들에서도 기본권 실현과 관계된 중요한 사항들은 법률에 의하여 규정되어야 한다고 판시하고 있다.

이러한 일련의 헌법소원 판례들을 통해서 독일연방헌법재판소는 기본권의 실현과 관련된 본질적인 사항들은 행정부의 시행령, 시행규칙과 같은 법규명령이나, 훈령 혹은 고시 등과 같은 행정규칙에 의하여 결정되어서는 안 되고, 국민의 대표기관인 의회에 의하여 결정되어야 한다는 의회유보원칙을 정립했다. 물론 법규명령은 법률에 근거해서(aufgrund des Gesetzes) 제정되는 것이기 때문에, 법규명령이 기본권을 통제할 수 없는 것은 아니다. 다만 법규명령을 제정할 수 있는 행정부의 입법적 권한을 정당화하는 입법부의 위임(Delegation)이 국민의 기본권을 임의로 상대화시킬 수 있는 위험을 불러일으킬 수 있기 때문에(Staupe, 1986: 94; 109), 이러한 이유에서 독일연방헌법재판소는 국민의 기본권과 관련된 중요하고 본질적인 사항에 대한 규율이 기본권의 보호와 실현을 위해서 의회가 제정한 법률을 통하여(durch das Gesetz) 마련되어야 한다고 판시하고 있는 것이다.

고전적인 법률유보(Vorbehalt des Gesetzes) 원칙은 19세기 독일 군주시대에 군주와 시민 사이의 대립관계 속에서 생겨났다. 이 고전적인 법률유보의 원칙은 왕으로 대표되는 행정부가 시민의 자유와 재산과 관련된 영역에서 행정권을 행사하기 위해서는 사전에 반드시 시민의 대표기관으로부터 동의의를 얻어야 하는 것을 의미했다(Kloepfer, 1984: 685f). 그런데 전통적인 법률유보원칙에서는 행정부의 행정행위가 법률에 의한 수권이나 혹은 법률에 근거하는가라는 문제만을 중요시 할 뿐이었고, 규율형식은 문제의 대상으로 삼지 않았다(김향기, 1993: 48). 그러나 1970년대 독일연방재판소의 판례들을 중심으로 형성되고, 현재까지 계속해서 발전되고 있는 의회유보(Parlamentsvorbehalt) 원칙은 규율형식을 문제 삼는다. 의회유보원칙은 국가에 의한 자유와 재산의 침해뿐만 아니라, 국민의 기본권 실현과 관련된 근본적이고 중요한 사항(Wesentlichkeit)은 반드시 국민의 대표로 구성된 의회의 규율이 필요함을 요구하기 때문이다.

고전적인 법률유보원칙은 군주로부터 혹은 군주의 행정부로부터 시민의 재산과 자유를 보호하려는 수동적이고 방어적인 성격을 갖고 있었다. 반면에 의회유보원칙은 과거 군주제 시기보다 확대된 국민의 기본권을 실현하려는 적극적 성격을 갖는다. 입헌군주시대에 정립된, 재산권과 자유권 영역에만 국한된 법률유보원칙은 현대국가에서 확대된 사회권이나 새롭게 부여된 환경권 같은 국민의 기본권을 포괄할 수 없게 되었다(Kloepfer, 1984: 686). 이런 이유에서 현대 의회민주주의 국가에서 의회유보원칙이 요청되고 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 의회유보는 고전적인 법률유보의 개념과 전혀 다른 새로운 개념은 아니다. 왜냐하면 고전적 법률유보원칙이 생겨난 배경이나 최근 독일에서 의회유보원칙이 생겨난 배경에는 국민의 기본권 보호라는 공통분모가 있기 때문이다. 다만 고전적 법률유보원칙은 수동적, 방어적으로 국민의 기본권을 보호하려는 성격이 강했기 때문에 법률에 의한 수권이나 법률적인 근거만 있으면 시행령과 시행규칙과 같은 법규명령에 의한 규율형식을 문제 삼지 않았던 반면에, 의회유보원칙은 이전보다 확대된 기본권을 적극적으로 실현하려는 목적에서 기본권과 관련된 본

가능하게 하는 사회권 보호에 대한 의회의 책임성을 요청하고 있다(BVerfGE 33, 330f). 즉, 현대국가에서는 “결국 개인에게 직접적으로 관련되는 사항이 문제된다면, 침해와 급부의 구별은 더 이상 중요한 의미를 가질 수 없게 된 것이다”(Häberle, 1972: 729).

질적인 사항들에 대하여 의회의 책임성을 요구하고 있다. 이것이 두 유보 원칙의 차이이다. 따라서 의회유보는 고전적인 법률유보의 개념이 법치국가적 민주주의사회에 적용하면서 나타나는 법률유보원칙의 발전된 형태로 보아야 한다(Staupe, 1986: 117).

의회유보원칙은 법치국가와 민주주의 원칙에 의하여 정당화된다. 따라서 국민의 기본권 실현과 관련된 본질적(wesentlich)이고 중요한 사항에 대해서는 의회가 스스로 결정을 내려야 하는 것을 의미한다. 의회유보가 본질적인 사항에 대하여 의회의 자기 결정 의무를 규정하고 있기 때문에, 특정한 전제조건 아래 분명한 제한을 갖는 규율이 의회에 의하여 마련되어야 하는 것이다(Staupe, 1986: 24-30). 따라서 의회유보원칙은 기본권과 관련된 중요한 사항에 대한 결정 권한을 의회가 행정부에 위임하는 것을 금지시킨다. 그러므로 의회유보의 개념에서 핵심적인 내용은 기본권과 관련된 중요한 사항에 대한 결정은 의회라는 장소에서 일어나야 하는 것이며, 이곳에서 어느 대상을 규정하는 규율이 마련되어야 하는 것이다.

## (2) 의회유보원칙의 적용

### ① 기본권과의 관련성

어느 사항에 의회유보원칙이 적용되기 위해서는 이것이 본질적인 것이냐 혹은 중요한 것이냐 하는 판단이 먼저 내려져야 한다. 그러나 본질적인 것 혹은 중요한 것은 그 자체로 선형적으로 존재하는 것이 아니다. 따라서 본질적인 것 혹은 중요한 것은 무엇을 위한 본질인지(wesentlich wofür), 어떤 것과 관련되어 있는지(im Hinblick worauf), 또한 무엇을 기준으로 측정될 수 있는지(wesentlich gemessen an was) 경험적으로 결정되어야 한다(Staupe, 1986: 112). 이런 의미에서 기본권과의 관련성(Grundrechtsrelevanz) 및 기본권과의 관련성 정도(Intensität der Grundrechtsbetroffenheit)는 어느 사항이 본질적인 것인가를 판단할 수 있는, 즉 어느 사항에 의회유보의 원칙이 적용되어야 하는가를 판단하는 중요한 기준이 될 수 있다(BVerfGE 58, 257(274)).

논쟁을 벌이고 있는 사항에 의회유보원칙을 적용해야 하는지를 결정하는 첫 단계에서 검토해야 할 것은 해당 사항이 기본권과 관계하는가의 여부이다. 독일연방헌법재판소가 해당 판례들에 의회유보원칙을 적용해야 한다고 결정한 첫 번째 판단기준은 독일 기본법이 보장하고 있는 국민의 기본권과 맺고 있는 이 사건들의 관련성 때문이었다. 즉, 직업선택의 자유나 예술의 자유, 종교의 자유 등과 같은 기본권을 보장하는 기본법의 조항들이 논쟁이 되는 사건과 관련성을 갖고 있었기 때문에, 해당 사건에 의회유보원칙을 적용할 수 있었던 것이다.

그러나 독일연방재판소가 상급학년진급 사건과 관련된 판례(BVerfGE 58, 257)에서 판시한 것과 같이, 논쟁이 되는 사항이 기본권과 관련되어 있다는 자체만으로 해당 사건에 반드시 의회유보원칙을 적용해야 하는 것은 아니라는 것이다. 의회유보원칙을 적용하기 위해서는 해당 사건이 어느 정도로 심각하게 기본권의 실현과 관계하고 있는가를 고려할 것을 연방헌법재판소는 요구하고 있다. 이 판례에서 연방헌법재판소는 나쁜 성적으로 인한 유급은 해당 학생이 졸업 후 자유롭게 직업을 선택하는 데에 결정적인 영향을 미친다고 볼 수 없기 때문에, 유급에 관한 사항은 행정부의 법규명령이나 학교의 학칙에 의하여 결정될 수 있다고 보았다. 그러나 연방헌법재판소는 성적이 지속적으로 나쁜 경우

에 퇴학처분을 규정한 학칙은 해당 학생의 직업선택의 자유에 결정적인 영향을 미치지 때문에 퇴학 조건, 절차, 담당기관과 같은 중요 사항은 의회가 제정한 법률로 규정해야 한다고 판시했다(BVerfGE 58, 257(274ff): BVerfGE33, 125(160)). 이 판례가 주는 시사점은 어느 사항이 단순히 기본권과 관련되어 있다고 해서 이 사항에 의회유보원칙이 적용될 수 있는 것이 아니라, 해당 사항이 기본권 실현과 깊은 관련성을 갖고 있을 때만 의회유보원칙이 적용되어야 한다는 것이다.<sup>6)</sup> 해당 사항이 기본권에 미치는 정도에 따라서 의회유보원칙의 적용이 결정되어야 한다는 것이다. 따라서 어느 사항에 의회유보원칙이 적용되어야 하는가를 결정하는 중요한 요인은 기본권과 관련된 해당 규정의 정도를 보는 관점이다(Staupe, 1986: 121). 독일연방헌법재판소는 유급과 퇴학 규정이 직업선택의 자유라는 기본권의 실현에 미치는 영향력을 상이한 관점에서 보고 있기 때문에, 의회유보원칙이 유급규정에는 적용되지 않았고, 퇴학 규정에는 적용되었다.

#### ② 규율장소(Regelungsebene)와 규율밀도(Regelungsdichte)

어느 사항이 기본권과 관련되어 있다고 해서 행정부로의 위임이 무조건 배제되지는 않는다. 이 사항이 기본권과의 관련성 정도가 약한 경우라면 의회는 행정부에 입법권한을 위임할 수 있고, 위임에 근거한 행정부의 파생적인 입법권한은 법률과 법규명령을 포함하는 법규유보(Rechtssatzvorbehalt)의 통제 아래 놓이게 된다(Kloepfer 1984: 693f; Staupe, 1986: 131; 172). 그러나 해당 사항이 기본권과 맺고 있는 관련 정도가 깊어서 의회유보를 적용해야 한다면, 이 사항은 의회가 행정부에 위임하는 것이 금지된다. 의회는 이 사항에 대하여 스스로 규율을 마련해야 하는 것이다. 따라서 의회유보원칙은 기본권과 관련성이 깊은 사항에 대한 통제는 의회라는 장소에서 행해져야 하는 것을 의무화하고 있는 것이다.

기본권과 깊은 관련성을 맺고 있는 사항이 의회에서 통제되어야 한다면 어느 정도의 수준으로 의회는 이 사항을 통제해야 하는가가 해결해야 할 또 다른 과제로 남는다. 의회유보원칙에 적용되는 어느 사항을 규율하는, 의회가 제정한 법률 조항이 있다는 자체만으로는 의회유보원칙이 요구하는 조건을 충족시켰다고 볼 수 없다. 의회유보원칙은 이 사항에 대하여 의회의 '구체적이고 명확한' 규정을 요구하고 있기 때문이다. 의회가 제정한 법률에 의해서 명확하게 규정된 사항은 행정부의 활동을 내용적으로 통제할 수 있어야 하고, 은폐된 위임(verdeckte Delegationen)의 성격을 갖는 불확정적이고 일반적인 원칙만을 제시해서는 안 된다(Staupe, 1986: 137). 그렇지만 해당 규정이 기본권과 어느 정도의 관련성을 갖고 있는지에 따라서 이 사항에 요구되는 법률의 구체성의 정도는 차이가 난다(Staupe, 1986: 137f). 해당 사항이 기본권 실현과 관련성을 약하게 보인다면, 그래서 이 부분에 대해서 행정부로의 위임이 가능하다면 그 만큼 법률에 요구되는 구체성의 요구는 약화된다. 반대로 해당 사항이 기본권 실현과 관련성이 깊으면 깊을수록 의회가 법률로 상세하고 구체적으로 해당 사항을 통제해야 하는 것이다. 이러한 경우 위임이 금지되어 의회유보원칙이 적용된다. 이와 같이 의회유보원칙은 어느 규정이 기본권과 깊은 연관성을 맺고 있을 때 법률에서 구체성을 요구하고 있기 때문에, 구

6) "Der Umfang des parlamentarischen Regelungsvorbehalts bestimmt sich nach der Intensität, mit welcher die Grundrechte der Regelungsadressaten betroffen werden" (BVerfGE 58, 257(274)).

체성 혹은 명확성의 원칙(Bestimmtheitsgebot)은 의회유보의 중요한 구성요소가 된다. 따라서 명확성의 원칙은 의회유보원칙을 강화시키는 기능을 하는 것이다 (Staupe, 1986: 140). 의회유보원칙에 명확성의 원칙이 수반되지 않는다면 행정부로의 위임을 금지하고 있는 의회유보원칙은 속빈 강정과 같은 것이다.

### (3) 의회유보원칙의 근거

#### ① 법치국가(Rechtsstaat) 원칙과 의회유보

독일 입헌군주시대에 시민의 자유와 재산과 관련된 영역에서 행정부의 임의적인 침해로부터 시민을 보호하기 위하여 법치국가 원칙이 확립되었다. 의회는 시민의 자유와 재산을 제한하는 법률을 제정할 수 있는 유일한 정당한 기관이었다. 의회가 제정한 법률은 국가권력의 분립을 보장할 뿐만 아니라, 보편성(Allgemeinheit), 평등성(Gleichheit), 법적 안정성(Rechtssicherheit), 통찰성(Übersichtlichkeit), 신뢰성(Verlässlichkeit), 계산가능성(Berechenbarkeit), 예측가능성(Vorhersehbarkeit) 등을 부여하는 기능을 했다(조성규, 2005: 380f). 입헌군주시대에 시민의 자유와 재산과 같은 기본권을 보호하기 위하여 확립된 고전적인 법치국가 원칙은 오늘날 의회민주주의 체제에서도 준수된다. 다만 오늘날 의회민주주의에서 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가 원칙은 자유와 재산에 관련된 침해영역 뿐만 아니라 개인적이고 정치적인 자유의 영역에서, 그리고 국가의 지원, 보조, 연금 등의 급부영역에도 확대 적용되고 있다(조성규, 2005: 382; BVerfGE 33, 330; BVerfGE 40, 237; Staupe, 1986: 176).

재산권과 자유권과 같은 고전적인 기본권뿐만 아니라 사회권과 같은 현대적 기본권을 보호하고 적극적으로 실현시키기 위하여 법치국가 원칙은 입법부에서 행정부로 입법 권한을 위임 할 때 구체성(Bestimmtheitsgebot)을 요구한다. 무엇보다 구체성의 규정은 입법부가 추상적이고 일반적인 법 조항을 제정하지 못하도록 한다. 동시에 입법권을 행정부에 위임할 때, 구체성의 규정은 위임의 내용, 목적, 범위를 상세히 법률에 규정하도록 요구하기 때문에 위임입법에 근거한 행정부의 재량권을 통제한다. 법률의 구체성에 의한 통제의 목적은 행정부가 임의로 기본권 영역을 침해하거나 국가차원에서 급부를 분배하는 것을 통제하는 것이다(Staupe, 1986: 177). 따라서 구체성을 충분히 담보한 법률이 제정될 때, 행정부의 행위는 법률에 의하여 규율될 수 있다. 오늘날 법치국가 원칙의 목적은 기본권의 보호와 실현에 있다. 이 목적을 달성하기 위하여 법률의 구체성이 요구된다. 이런 의미에서 법률의 구체성을 요구하는 법치국가 원칙은 국민의 기본권 실현과 깊은 연관성을 맺고 있는 사항에 대한 의회의 규율의무를 강제하는 의회유보의 구체성 원칙을 정당화한다.

#### ② 민주주의 원칙과 의회유보

법치국가 원칙 중에서 국민의 기본권을 보호하고 실현하려는 목적으로 법률의 구체성을 요구하는 규정은 구체성의 규정(Bestimmtheitsgebot)을 의무화하고 있는 의회유보원칙의 적용 방식과 관련해서 '어떻게'라는 측면에서 근거를 제공하고 있다면, 민주주의 원칙은 기본권과의 관련성이 깊은 사항에 대해서는 의회가 스스로 결정을 내려야 한다는 의회유보원칙의 시행 주체와 관련해서 '누가'라는 측면에서 근거를 제공하고 있다(Staupe, 1986: 175f). 권력의 주체인 국민 스스로 혹은 국민을 대표하는 기관이 국민의 권리와 의무에 관한 사항을 결정하는 것이 민주주의 원칙의 핵심이다. 이런 경우에

만 결정 주체나 주체를 대표하는 기관에 책임을 물을 수 있다. 그런데 일회적인 사건을 통해서 확보된 정당성만으로는 국민에게 일상적으로 책임을 물을 수 없다. 따라서 국민으로부터 얻을 수 있는 정당성은 국가차원에서 진행되는 과제에 국민의 참여를 보장하는 지속적인 정치과정을 통해서 확보되어야 한다. 국민으로부터 확보될 수 있는 민주적인 정당성의 크기는 어떤 방식으로, 어느 정도의 범위에서 국민이 일상적인 정치과정에 참여하느냐에 달려있다(Staupe, 1986: 164). 의회는 국민의 대표로 선출된 이들이 지속적으로 정치과정에 참여하는 것을 보장하는 기관이며, 그래서 의회는 정당성을 가장 많이 보유하고 있는 국가기관이다. 의회가 보유하고 있는 정당성에 비례해서 기본권과 관련된 근본적이고 중요한 사항에 대한 의회의 결정권한은 타 국가기관에 비해서 상대적으로 클 수밖에 없다. 기본권의 실현과 깊은 연관성을 갖고 있는 중요한 사항에 대한 의회의 결정의무를 요구하는 의회유보원칙이 민주주의 원칙에 근거를 두는 이유는 타 국가기관에 비교하여 의회가 갖고 있는 더 큰 정당성의 규모 때문인 것이다.

## 2) 사회복지제도와 의회유보원칙의 친화성

### (1) 사회복지와 법치국가적 민주주의의 친화성<sup>7)</sup>

법치국가적 민주주의 체제에서는 자유권과 재산권과 같은 기본권이 보장되며, 정치적 평등과 참여, 협력과 항의의 기회가 보장되고, 공정한 선거를 통해서 출현하고 교체될 수 있는 정치질서와 주도권이 받아들여진다. 무엇보다도 이러한 체제는 각 사회집단의 이해에 민감하게 반응하기 때문에 체제의 학습능력 및 실수에 대한 자기수정 능력은 다른 어떤 체제보다도 우월하다.

이러한 장점들을 보유하고 있는 법치국가적 민주주의 체제가 한 사회에 뿌리를 내리게 되면 이 체제는 지속적인 발전에 대한 중요하고 '독립적인' 영향력을 소유하게 된다 (Berg-Schlosser; Kersting, 1997: 111). 특히 사회권의 발달에도 법치국가적 민주주의 체제는 긍정적인 영향력을 미치게 된다. 법치국가적 민주주의 체제가 보장하는 국민의 정치적 권리의 자유로운 행사는 '사회의 정치적인 기능체계의 성과들 안으로 국민을 끌어들이는'(Luhmann, 1981: 25ff) 것을 의미하는 '정치적 접합'(Luhmann, 1981: 27)으로 귀결된다.

법치국가적 민주주의 체제가 보장하는 정치권을 통해서 국민의 '정치적 접합'이 현실화된다면 '필연적으로 복지국가로 귀결된다'(Luhmann, 1981: 27). 왜냐하면 사회권의 발전은 정치과정의 산물이기 때문이다(Krück; Merkel, 2004: 100; Zacher, 2001: 416). 법치국가적 민주주의 체제에서 사회권이 발달할 수 있는 중요한 정치과정의 메커니즘은, 국민이 정치권을 행사할 수 있도록 일정한 연령에 달한 모든 성인에게 선거권이 주어진다는 것과 공직에 대한 열린 공정한 경쟁이 국민 누구에게나 보장되어 있다는 것이다. 선거권을 소유한 모든 성인 중에는 상대적으로 빈곤한 계층과 시행 중인 사회복지정책으로부터 혜택을 보려는 계층이 있으며, 기존의 사회복지제도들로부터 혜택을 누리는 계층도 포함되어 있다. 공직에 오르려는 후보자들은 선거권을 소유하고 있는 이들 계층들의 상이한 복지 욕

7) 본 단락은 발표된 저자의 논문 일부(이신용, 2007: 139-141)을 요약하여 정리한 것이다.

구에 민감하게 반응해야 한다(Berg-Schlösser: Kersting, 1997: 119; Krück: Merkel, 2004: 97; Schmidt, 2004: 44). 선거권을 소유한 다양한 계층의 복지욕구와 이에 반응하는 후보자들 간의 상호 작용은 규칙적으로 시행되는 선거를 통해서 지속된다. 결과적으로 국민의 정치권을 보장하는 법치국가적 민주주의 체제는 사회복지를 발전시키게 되는 것이다. 20세기에 있었던 서유럽의 복지국가 발전은 시장에서 발생한 불평등을 정치적 과정을 통해서 수정하려고 노력한 결과물인 것이다(Korpi: Palme, 2003: 427).

## (2) 의회유보원칙과 사회복지의 친화성

입헌군주제에서 국민의 재산과 자유를 보호하려는 목적으로 고전적인 법치국가가 등장했다면, 현대 의회민주주의에서는 고전적인 법치국가의 역할 변화가 요청된다. 국가의 임의적인 침해로부터 재산권과 자유권을 보호하려는 소극적인 법치국가의 역할은 오늘날 의회민주주의시대에는 더 이상 의미를 찾을 수 없게 되었다. 왜냐하면 오늘날 개인에게 기회와 (사회보장적) 급부를 제공하는 국가의 역할은 자유로운 삶을 유지하는데 있어서 기본권을 침해하지 않아야 하는 것 못지않게 중요하게 되었기 때문이다(BVerfGE 40, 237(249)). 기본권을 침해하지 않는 소극적 국가에서 기본권을 보호할 뿐만 아니라 실현하는 적극적 국가로 현대 국가의 역할이 변한 것이다. 따라서 입헌군주시대와는 달리 의회민주주의 시대에서 법치국가 원칙은 국가가 기본권을 보호하고, 아울러 적극적으로 실현할 것을 요구한다(Kretschmer, H.J., B.B. Maydell, and W. Schellhorn, 1996: 370). 그러므로 현대 의회민주주의에서 고전적인 법치국가 기능의 발전적 변화는 국민의 기본권 보호와 실현을 위해서 의회의 더 책임 있는 입법활동을 요구한다.

오늘날 복지국가가 제공하는 많은 사회보장 급여들은 국민의 기본권인 자유권의 실현을 위한 전제 조건을 충족시키는 중요한 역할을 하고 있다(BVerfGE 40, 237(249); Häberle, 1972: 730f; 고영훈, 1993, 11). 왜냐하면 안정된 사회보장을 통하여 비로소 자유권의 향유가 가능하기 때문이다. 이런 의미에서 선진복지국가들은 국민의 삶에 중대한 영향을 미치는 사회보장 급여를 제공하면서 기본권의 실현에 있어서 사회복지제도의 중요성을 이미 오래전부터 부각시키고 있다. 이러한 결과는 독일의 사회법I 31조에 반영되어 있다. 독일 사회법I 31조는 입법부가 제정한 법률을 통해서만 사회법이 규정하는 급여영역들의 권리와 의무의 근거가 마련되고, 확정되고, 변경되고, 폐지될 수 있다고 규정하고 있다. 그러므로 독일 입법부는 사회법에 규정된 급여들에 관한 근본적인 문제들을 스스로 결정해야 한다는 것을 인정하고 있다(Stern, 1984: 810; Henke, 1976: 591). 따라서 현대 의회민주주의는 국민의 기본권을 실현하기 위하여 중요한 기능을 하고 있는 사회복지법 분야에서 의회의 책임 있는 입법활동을 지속적으로 요청하고 있다(송동수, 2006: 112; Henke, 1976: 596; Kretschmer, 1996: 374).

의회유보원칙이 정당성을 갖는 것은 이 원칙이 법치국가적 민주주의 원칙에 근거하기 때문이다. 따라서 사회복지법에 의회유보원칙이 적용되는 정도에 비례해서 법치국가적 민주주의 원칙이 사회복지법에서 구현된다. 사회복지법에서 법치국가적 민주주의 원칙에 근거하는 의회유보원칙이 구현된다는 것은 국민의 사회복지 욕구를 반영하는 정치과정이 법제정과 개정을 통하여 의회 안에 구조화된다는 것을 의미한다. 이 때 의회유보원칙은 국민의 기본권 실현에 깊은 영향을 미치는 사회복지법의 법률

조항들에 대한 의회의 책임 있는 규율행위를 요구하기 때문에, 이 조항들에 대한 의회의 규율행위는 사회복지가 발전할 수 있는 지속적인 구조를 만들어낸다. 왜냐하면 주권이 국민에게 있는 법치국가적 민주주의 체제에서 정당들은 유권자인 국민으로부터 정당성을 획득해야만 권력을 얻을 수 있는데, 사회복지법이 의회유보의 원칙에 의하여 충실히 규율되는 법 구조에서 정당들은 통치권의 정당성을 획득하는 정치도구로 사회복지정책을 사용하도록 동기화되기 때문이다. 따라서 사회복지제도가 제공하는 급여를 받는 유권자가 많으면 많을수록, 그리고 이 급여들을 규정하는 사회복지법의 조항들이 의회유보원칙에 많이 적용되면 될수록 유권자를 확보하기 위한 정당들 간의 경쟁은 의회 내에서 그만큼 치열해진다.<sup>8)</sup> 이러한 정치과정의 반복을 통해서 사회복지의 발달이 일상화되는 구조가 제도화되는 것이다. 아울러 의회유보원칙이 만들어내는 이러한 정치과정은 정당 간의 경쟁을 공개하여 여론을 환기시키고, 예측가능성과 법적 안정성을 가져오며, 여당과 야당들이 중요한 사항을 결정할 때 공동으로 참여하여 구현되는 사회적 합의는 사회복지정책이 일방적인 방향으로 진행되는 것을 막는 긍정적인 역할도 한다(김향기 1993: 49; BVerfGE 40, 237(249); Kloepfer 1894: 687).

### 3. 건강보험법과 의회유보원칙

#### 1) 의회유보원칙의 적용 가능성

국민건강보험법에 의회유보원칙이 적용될 수 있으려면, 앞장에서 논의된 것과 같이 두 단계의 과정이 필수적으로 고려되어야 한다. 첫 번째 단계에서는 국민건강보험법이 추구하는 목적과 기본권과의 관련성이 증명되어야 한다. 두 번째 단계에서는 관련성이 존재한다면, 관련성의 정도가 증명되어야 한다. 관련성이 있다라도, 그 정도가 미약하면 의회유보원칙의 적용은 허용될 수 없기 때문이다.

20세기에는 사회적인 권리가 확대되었고, 복지국가가 발달하면서 사회권은 국민의 기본권으로 자리잡았다. 국민건강보험법 제1조는 국민건강보험의 목적으로 국민의 보건 향상과 사회보장 증진을 위하여 건강보험이 질병, 출산 등에 대하여 보험급여를 제공한다는 것을 밝히고 있다. 이런 건강보험수급권이 사회적 기본권에 속하는 핵심적인 항목이라는 것은 의심할 여지가 없다. 한국헌법재판소도 헌법 제34조 제1항에 규정된 사회적 기본권을 실현하기 위해서는 건강보험수급권이 보장되어야 한다는 것을 판시하고 있다(헌재 2003.12.18. 2002헌바1, 449). 다른 한편 건강보험의 가입자인 국민은 의무규정인 보험료를 지불하는 한에서 건강보험 급여를 제공받을 법적 권리를 소유한다. 이것은 헌법 제23조

8) 의회유보의 준수가 항상 사회권의 발달로 귀결되는 것은 아니다. 원자력발전소를 승인하는 법 조항과 관련된 헌법소원 판례에서 독일연방헌법재판소는 어느 정도 불확정적인 법률조항을 두는 것이 헌법이 추구하는 목적을 달성할 수 있다고 판시했다(BVerfGE 49, 89(137,140)). 법률에 엄격한 승인규정이 마련되면 기술발전과 기본권 보호가 오히려 방해 받을 수 있다고 보았기 때문이다. 기본권의 실현을 위하여 유연성이 요구되는 특수한 경우에는 법규명령 등으로 규율하는 것이 사회권의 발달에 도움을 줄 수 있다는 것이다(Dynamischer Grundrechtsschutz). 그렇지만 예외적인 경우를 제외하고는 사회권의 보호와 발달을 위해서는 의회유보 원칙의 준수는 여전히 유효한 것이다.

제1항에서 보장하고 있는 재산권 행사에 대한 국민의 권리를 의미한다(Wimmer, 1999: 114). 따라서 건강보험제도가 추구하는 목적은 기본권의 구현과 관련성을 갖고 있다.

다음으로 살펴보아야 할 것은 건강보험이 추구하는 목적이 기본권의 구현과 어느 정도 관련성을 맺고 있는가를 고려하는 것이다. 첫째, 건강보험법이 규정하고 있는 목적의 달성은 입헌군주시기에서부터 헌법이 보장하고 있는 대표적인 기본권인 자유권을 실현하기 위한 전제조건이라는 점에서, 건강보험제도는 기본권의 구현에 있어서 본질적인 역할을 한다. 건강이 보장 안 된 자유권은 유명무실한 권리가 되기 때문이다. 국민건강보험이 자유권의 실현과 맺고 있는 이런 상관성 때문에, 자유권이라는 기본권의 구현에 있어서 건강보험은 본질적인 사항이 된다. 둘째, 질병이라는 사회적 위험으로부터 국민이 보호되지 못 할 경우 그 결과는 국민의 삶에 치명적이게 된다. 그러므로 기본권 구현에 있어서 건강보험제도는 중요하고 본질적인 역할을 하고 있다. 해당 사항이 기본권 구현을 위하여 본질적인 역할을 할 경우에 의회유보원칙은 국민을 대표하는 국회가 제정한 법률에 의하여 건강보험제도를 규율할 것을 요청한다. 법률에 의하여 규율 될 때, 언제 건강보험 급여청구권이 성립되고, 어떤 종류와 내용의 급여가 어떤 형태로 지급될 수 있는지에 대하여 예측이 가능하게 된다. 이런 예측 가능성은 법적 안정성에 기여하고, 개인의 생활설계를 가능하게 한다(전광석, 2007: 132).

그러나 건강보험제도에 대한 국회의 규율, 즉 법률에 의한 규율을 요청하는 의회유보원칙에도 불구하고, 국회는 건강보험의 모든 사항들을 규율할 필요도 없고, 할 수도 없다. 국회는 단지 기본권 구현과 본질적인 관련성을 갖고 있는 건강보험제도의 핵심적인 사항들만을 규율하는 것으로 족하다. 건강보험의 핵심적인 사항에는 건강보험의 보장성과 밀접한 관계를 맺고 있는 요양급여의 종류, 범위, 급여수준, 가입자의 재산권과 관련 있는 보험료와 본인부담금, 보호의 인적대상과 관련 있는 피부양자 범위가 속한다. 이외에도 건강보험의 민영화와 같은 기본권 구현과 밀접하게 관련된 사항들이 언급될 수 있지만, 본 연구에서는 지면 관계상 위에서 언급된 몇 가지 핵심적인 사항들만 다루기로 한다.

## 2) 요양급여 규율에 대한 국회의 역할

### (1) 법령 분석

요양급여는 사회적 기본권을 구현하는 기능을 하는 국민건강보험법에서 본질적이고 근본적인 부분이다. 따라서 요양급여를 규정하는 요양급여의 종류, 범위, 급여수준, 급여조건은 사회적 기본권을 구현하기 위한 본질적이고 중요한 부분이다. 국민건강보험법 제1조는 국민의 보건 향상과 사회보장 증진을 위하여 건강보험이 국민의 질병, 부상에 대한 예방, 진단, 치료, 재활과 출산, 사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 제공한다는 것을 밝히고 있다. 이와 같은 건강보험의 목적은 동법 제39조 제1항에서 급여 종류를 나열하면서 더 구체화된다. 동법 제39조 제1항에 나열된 급여의 종류는 진찰·검사, 약제·치료재료의 지급, 처치·수술 기타의 치료, 예방·재활, 입원, 간호, 이송이다. 해당 법 조항에서 치과적인 급여, 정신적인 질병에 대한 급여, 약품이나 의료보조기구 제공에 대한 언급은 없지만 질병의 진찰부터 예방과 재활을 포함하는 요양급여의 종류는 포괄적이라고 볼 수 있다. 그러나 이러한 요

양급여 종류의 나열이 곧바로 해당 항목의 요양급여 수준을 결정하는 것은 아니다. 어느 정도 수준에서 요양급여가 제공될 것인가를 결정하는 것은 급여 종류의 나열과는 다른 문제이기 때문이다. 따라서 동법 제39조 제2항은 요양급여 수준을 규율하는 법적 근거를 제공한다. 이 조항에는 동법 제39조 제1항에 나열된 요양급여의 “방법·절차·범위·상한 등 요양급여의 기준은 보건복지부령으로 정한다”고 규정되어 있다. 이 규정에 따라서 요양급여 수준에 관한 규율은 행정부에 위임된다.

이 조항의 근본적인 문제점 중의 하나는 헌법에서 요구하는 위임조건을 만족시키지 않고 있다는 데에 있다. 헌법 제75조는 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여” 위임 받은 사항을 행정부가 위임입법으로 제정할 수 있음을 규정하고 있다. 이 기준에 따르면 국민건강보험법 제39조 제2항의 위임규정은 범위가 한정되어 있지 않다는 것을 알 수 있다. 요양급여의 방법, 절차, 범위, 상한 등만이 언급되어 있을 뿐 요양급여의 기준은 보건복지부령으로 정하도록 포괄적으로 위임하고 있기 때문이다. 보건복지부에게 광범위한 재량권을 부여하는 이러한 포괄적인 위임행태는 헌법 제75조에서 요구하는 위임한계를 벗어나 있는 것이다.

국민건강보험법 제39조 제2항의 위임형식이 헌법에서 요구하는 위임형식에서 벗어나 있는 것도 문제이지만, 의회유보원칙과 관련해서 이 조항은 더 근본적인 문제점을 드러내고 있다. 의회유보원칙에 따르면 국민의 기본권 실현과 밀접한 관련을 맺고 있는 근본적이고 중요한 사항은 의회에서 결정해야 한다. 이러한 의회유보원칙의 요청을 고려했을 때, 사회적 기본권을 구현하기 위해서 중요한 역할을 하는 요양급여의 본질적이고 중요한 사항인 급여제공의 방법, 절차, 급여의 범위와 상한 등에 대하여 국가가 전혀 스스로 규정하지 않고 보건복지부가 정하도록 위임하는 것은 의회유보원칙을 위배하는 것이다. 국민의 대표기관인 국가가 국민의 기본권 실현과 관련 있는 건강보험수급권의 핵심 내용 중의 하나인 요양급여의 방법, 절차, 범위, 상한 등을 전혀 규정하지 않는다는 것은 민주주의 원칙을 위배하는 것이고, 이러한 중요하고 본질적인 사항들을 행정부가 결정하도록 포괄적으로 위임하는 것은 법치국가 원칙을 위배하는 것이다. 국회는 요양급여의 수준을 결정하는 기준으로써 요양급여의 수준이 당대의 의학 발전수준을 고려해야 한다든가 혹은 일반적으로 승인된 표준 수준을 유지해야 한다는 최소한의 일반적인 기준을 법률에서 제시해야 한다.

동법 제39조 제2항의 위임을 근거로 하여 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」(보건복지부령 제377호)은 요양급여의 방법, 절차, 범위, 상한 및 제외대상 등 요양급여기준에 관한 필요한 사항을 규정하고 있다. 그런데 본 규칙도 요양급여의 범위와 수준 등을 상세하게 구체화 하고 있지는 않다. 본 규칙 제5조 제1항과 관련된 별표 1에서는 요양급여의 일반원칙으로 요양급여는 “의학적으로 인정되는 범위 안에서 최적의 방법”과 “경제적으로 비용효과적인 방법”으로 제공되어야 한다는 것만을 밝히고 있다. 요양급여의 수준이 어느 정도 되어야 하는가를 나타내는 이런 추상적인 목표는 시행규칙이 아닌 의회가 제정하는 법률에 들어가야 할 내용임에도 불구하고, 요양급여의 수준을 구체화하기 위해서 마련된 시행규칙에 이런 추상적 규정이 사용되고 있다. 따라서 요양급여의 수준을 결정하는 데에 본질적이고 중요한 영향을 미치는 이런 조항들은 법률에 포함되어야 한다. 더욱이 이러한 추상적 조항들은 자주 변하거나 고도의 산술적인 기법을 요구하는 것들이 아니기 때문에 입법기술상의 문제로 법률에서 다루어질 수 없는 것도 아니다.

시행규칙에 포함된 이런 추상적 규정의 위험성은 행정부의 결정 권한을 확대시켜서 환자의 건강보험수급권과 의료공급자의 권리가 침해받을 수 있다는 데에 있다. 추상적 규정을 적용하는 과정에서 보건복지부와 건강보험심사평가원(이하 심평원)은 요양급여의 수준을 구체적으로 결정하는 최종기관이 된다. 요양급여 비용 산정에 기초가 되는 상대가치점수, 약제상한금액, 요양급여대상, 비급여대상 등의 결정 및 조정에 필요한 세부사항, 신약, 약제의 급여대상여부, 신의료기술 등 요양급여의 본질적이고 중요한 사항을 위 규칙은 복지부장관이 결정하도록 규정하고 있다. 결과적으로 요양급여의 방법, 절차, 범위, 상한 등에 대한 기준을 보건복지부령으로 정하도록 포괄적으로 위임하고 있는 국민건강보험법 제39조 제2항은 요양급여 수준이 도달해야 할 추상적인 목표조차 제시하지 않는 의회의 직무유기 행태를 보여주는 대표적인 조항이다. 건강보험이 어떤 종류의 급여를 제공하는가도 중요하지만, 제공되는 급여의 수준은 가입자인 환자의 건강에 본질적이고 중요한 영향을 미치기 때문에 의회는 급여 수준을 결정하는 조건들을 스스로 결정해야 한다.

## (2) 사례 분석

건강보험의 보장성에 결정적인 영향을 미치는 것은 어떤 의료행위를 급여항목으로 볼 것인가와 급여의 적정성은 어느 정도여야 하는 것이다. 급여의 대상과 관련해서 건강보험의 급여항목과 비급여항목을 구분 및 결정하는 것은 건강보험법 제39조의 위임을 근거로 마련된 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」이다. 이 규칙 제8조는 복지부장관이 요양급여대상을 정하여 고시하도록 규정하고 있으며, 제9조에서는 별도로 비급여대상의 범위를 규정하고 있다. 급여의 적정성과 관련해서는 이 규칙 제5조 제2항에 요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항은 보건복지부장관이 정하여 고시하는 것으로 규정되어 있고, 또한 건강보험법 제56조 제2항에서는 요양급여의 적정성 평가에 관한 기준, 절차, 방법을 보건복지부령으로 규정하도록 위임하고 있다. 이에 대한 세부적인 평가의 기준, 절차 및 방법 등은 보건복지부장관이 정하여 고시하도록 건강보험법 시행규칙 제21조 제3항은 규정하고 있다. 따라서 요양급여의 대상과 적정성은 보건복지부의 해석에 의하여 결정되는 구조를 갖게 된다. 이와 더불어 요양급여비용을 심사하고 요양급여의 적정성을 평가하기 위하여 심평원은 심사지침과 공개되지 않은 내부지침들을 갖고 있다(정순택, 2005: 379).

행정부의 영향력을 제도화하는 이와 같은 위임입법 구조는 요양급여에 대한 복지부의 자의성을 제도화할 수 있기 때문에 문제가 있다. 정순택(2005)은 그의 논문에서 복지부의, 특히 심평원의 심사기준의 모호성, 예측불가능성, 잦은 변경 등의 자의성을 지적하고 있다. 예를 들면 석고붕대의 절단이나 수술에 대한 기술료가 처음 시행한 의료기관에 상관없이 지불되었으나 언제부터인가 석고붕대를 시행한 의료기관은 이 기술료를 받을 수 없게 되었다는 것이다(정순택, 2005: 379). 더욱이 요양급여를 청구하기 위해서는 의료기관은 심평원의 “건강보험요양급여비용”이라는 책자뿐 아니라, 심평원 인터넷 홈페이지에 매월 올라오는 “심사지침”, 그 외 공개되지 않은 지침, “요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항과 심사지침”, 사설단체의 “건강보험 진료지침서” 등 다양한 것을 참고해야 한다. 문제는 이런 지침서를 참고하여 요양급여를 청구하여도 삭감되는 경우가 많다는 것이다. 의료기관에 대한 진료비 지급을 가능한 줄이고자 하는 경향 때문에 “심평원의 심사직원간의 관례나 자의적 해석, 진료

평가위원회 위원의 경험이나 자의적 해석에 의해 진료상황을 판단하여 삭감하는 것(척추골절의 후방 유합술 적용, 척추 고정술만 시행하는 경우 분절 증가에 대한 가산을 불인정, 고정기기 제거술과 삽입술 동시 시행 시 제거술은 인정하지 않겠다는 해석 등등)이다”(정순택, 2005: 380). 심사기준이 분명하지 않아서 심평원의 자의적 해석에 의하여 요양급여의 청구심사가 결정될 소지가 많다는 것은 문제이다. 의료기관의 요양급여 청구에 대한 심평원의 이러한 통제는 환자를 지나치게 이윤추구 동기에 경도된 상업적 의료기관으로부터 보호하는 순기능도 하겠지만, 모호한 기준에 의하여 청구된 진료비가 삭감되면, 이것은 다시 환자의 부담금 증가로 이어진다는 데에 문제가 있는 것이다. 진료비 삭감은 의료기관의 수익을 떨어뜨리고, 이것은 다시 의료기관으로 하여금 비급여 항목을 늘리거나 과잉진료를 하게 만드는 동기를 제공한다. 결과적으로는 모호한 요양급여비 심사기준은 환자의 부담을 가중시켜서 건강보험의 보장성을 떨어뜨리게 된다.

이러한 악순환을 방지하기 위해서는 요양급여비 심사에 대한 공정하고 객관적인 기준이 마련되어야 한다. 이 기준은 다양한 사회구성원의 이해를 반영할 수 있는 민주적인 정당성을 담보하고, 민주적인 절차를 보증하는 제도를 통해서 결정되어야 한다. 이러한 목표를 달성하기 위해서는 국민을 대표하는 의회의 역할이 필수적으로 확대되어야 한다.

### 3) 본인부담금 규율에 대한 국회의 역할

#### (1) 법령 분석

건강보험의 보장성을 결정하는 데는 요양급여의 수준뿐만 아니라 본인부담금도 중요한 역할을 한다. 본인부담금제도의 입법취지는 가입자들이 제도를 악용하여 잦은 진료를 받는 것을 막고, 건강보험의 재정압박을 방지하기 위한 것이다. 그래서 요양급여를 제공받을 때 환자는 일정정도 본인부담액을 지불해야 한다. 그런데 본인부담액의 크기는 요양급여를 향유하고자 하는 가입자들의 접근성에 결정적인 영향을 미칠 수 있다는 점에서, 본인부담금 제도는 국민건강보험법이 목표하는 사회적 기본권 구현에 있어서 적지 않은 의미를 갖고 있다. 너무 높게 책정된 본인부담금은 가입자가 요양급여를 적절한 시기에 받지 못하도록 하여 경미한 질병을 중병으로 발전시킬 수 있을 뿐만 아니라, 저소득층 가입자들의 접근성을 더욱 낮추는 부정적인 기능을 하게 된다(전광석, 2007: 255). 이런 의미에서 본인부담금 제도는 가입자의 건강보험수급권의 향유에 적지 않은 역할을 한다.

또한 본인부담금 비율을 시행령으로 규정하는 것은 그 자체로 기본권의 침해라고 볼 수 없다. 그러나 의회유보원칙에 비추어 보았을 때 문제가 되는 것은 기본권인 재산권이 행정입법에 의하여 임의로 제한될 수 있다는 점이다. 본인부담금이 법률로 규율되어야 하는 이유는 재산권이 법률로 보호되어야 하는 이유와 같다.

건강보험법 제41조에서는 “제39조 제1항의 규정에 의한 요양급여를 받는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 비용의 일부(이하“본인부담금”이라 한다)를 본인이 부담한다”고 규정하고 있다. 이 조항은 제39조 제2항과 같이 구체적인 내용을 위임입법이 규율하도록 행정부에 위임하고 있다. 이 조

항의 위임형식은 제39조 제2항의 위임형식과 같이 헌법 제75조가 요구하는 위임의 한계를 벗어나 있다. 위임입법에 의하여 결정될 본인일부부담금의 크기가 어느 정도 될지 법에서는 전혀 예측할 수 없기 때문이다. 이것은 위임의 범위(Ausmaß)가 너무 포괄적이기 때문에 나타나는 결과이다. 의회는 단지 본인부담금이라는 것이 있다는 것만을 규정할 뿐, 그 규모가 어느 정도 되어야 하는지를 전혀 법률로서 규율하고 있지 않을 뿐만 아니라, 행정부가 위임입법을 통해서 어느 정도의 크기로 본인부담금을 결정해야 할 것인지도 통제하고 있지 않다. 본인부담금이 요양급여의 접근성에 미치는 영향을 고려할 때, 이러한 위임입법 행태는 의회의 직무유기이다.

요양급여비용 중에서 본인이 부담할 비용의 부담률 및 부담액은 국민건강보험법 시행령(대통령령 제19818호) 제22조 제1항의 별표2에 규정되어 있다. 입원진료는 요양급여비용총액의 20%를 환자 본인이 부담해야 한다. 외래진료의 경우 및 보건복지부장관이 정하는 의료장비를 이용한 진료의 경우는 의료기관별, 소재지별, 요양급여비용총액별, 환자별로 상이한 본인부담액이 정해진다. 이 경우 가장 높은 본인부담액은 종합전문요양기관에서 일반환자가 지불하는 본인부담액인데, 이 환자는 요양급여비용총액에서 진찰료총액을 뺀 금액의 50%에 진찰료총액을 더한 금액을 본인이 지불해야 한다. 가장 적은 본인부담액은 환자가 의원이나 보건소를 이용하는 경우인데, 이때 환자는 요양급여비용총액의 30%를 지불해야 한다. 보건복지부장관이 정하는 요양급여를 받는 일반환자의 경우 본인부담액은 요양급여비용총액의 30%에서 50% 정도에 이른다.<sup>9)</sup> 동 시행령은 의약품에 대한 본인부담액도 규정하고 있는데, 처방전에 의한 의약품을 조제 받은 경우는 요양급여비용총액의 30%를, 그렇지 않은 경우에는 40%를 환자 본인이 지불해야 한다. 이와 같은 건강보험법 시행령 제22조 제1항의 별표2에서 규정한 있는 요양급여비용에 대한 환자본인부담액과 관련된 규정들은 수시로 변하는 것도 아니고, 입법 기술상 어려움을 준다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 고도의 계산식을 필요로 하는 것도 아니다. 2007년 4월 27일에 제정된 노인장기요양보험법(법률 제8403호)에서는 본인부담률이 법률 제40조에 의해서 구체적으로 규율되고 있는데, 이것은 건강보험법에서도 본인부담률이 법률로 구체적으로 규정될 수 있다는 것을 보여주는 중요한 사례이다.

따라서 의회가 입법기술상의 문제로 본인부담금에 관한 규정들을 행정부에 위임할 근거는 없다. 더욱이 이 규정들은 요양급여의 접근성에 결정적이고 본질적인 영향을 미치는 것들이기 때문에 의회가 규정해야 할 사항인 것이다. 그러므로 건강보험법 시행령 제22조 제1항의 별표2에서 규정하고 있는 본인부담액규정은 의회가 규율할 수 있는 사항이고, 규율해야 할 사항인 것이다.

## (2) 사례 분석

1964년 임의보험형태로 시행된 건강보험은 1977년 의무보험으로 되면서 전환기를 맞게 된다. 500인

9) 복지부장관이 정하여 고시하는 중증환자의 경우 본인부담액은 10%로 일반환자보다 낮다. 그러나 모든 환자본인이 부담하는 실질적인 본인부담액은 이 시행령에서 규정하고 있는 액수보다 높다. 왜냐하면 시행령에서 규정하고 있는 본인부담액은 건강보험의 급여항목들에만 적용되는 것이고 비급여 항목에 대해서는 환자본인이 100% 지불해야 하기 때문이다. 문제는 진료 상 필수적인 많은 진료 항목들이 여전히 비급여로 남아 있어서 환자본인의 실질적인 부담액은 법정부담액보다 커질 수밖에 없다. 더욱이 중증이나 난치병환자의 경우 실질적인 본인부담액은 더욱 커진다.

이상 근로자를 고용한 사업장의 근로자를 첫 가입대상으로 시작한 건강보험의 가입대상자 범위는 보사부(현 보건복지부의 전신)의 주도로 빠르게 확대되었다. 그 결과 2008년 현재 의료급여 대상자를 제외한 전 국민이 건강보험에 가입되어 있다. 그 동안 건강보험은 빠른 속도로 가입대상자만을 확대시켜 온 것이 아니라, 의료비 지출에서도 많은 발전을 보여주고 있다. 이러한 의료비 지출 증가 속도는 OECD 국가들의 평균 의료비 증가 속도보다 빠르게 나타나고 있다(OECD, 2005: 66f). 더욱이 공공부문의 의료비 지출 증가율도 2001년도를 제외하고는 OECD 국가들의 공공부문의 평균 의료비 지출 증가율을 상회하고 있다. 1997년부터 2003년 사이 공공부문의 의료비 지출 증가율은 OECD 국가 중에서 한국이 가장 높은 증가율을 보이고 있다(OECD, 2005: 69).

그러나 건강보험의 가입자 범위가 짧은 시간 내에 확대되어 거의 모든 국민이 수급자격을 갖게 되고, 그에 상응하여 공공부문에서의 의료비 지출증가를 보이고 있지만 한국의 건강보험의 보장성은 국제 비교를 통해서나 절대적인 수준으로 볼 때, 아직 많은 한계를 보여주고 있다. 2003년 한국은 GDP 대비 단지 5.6%만을 의료비로 지출했는데, 이것은 OECD 국가 중에서 가장 낮은 비율이다(OECD, 2005: 71). 더욱이 이 비율은 OECD의 평균인 8.8%에도 크게 못 미치는 수치이고, 우리나라와 비슷한 일인당 GDP를 보여 주고 있는 그리스, 포르투갈, 스페인보다 낮은 수치이며, 심지어 우리나라보다 일인당 GDP가 3배가량 낮은 터키보다도 낮은 수치이다(OECD, 2005: 71).

의료비 지출 총량이 적은 것보다 더 근본적인 문제는 공공과 민간재원의 불균형에 있다. 그 동안 공공부문에서 지속적으로 의료비 지출비율이 증가되었다고는 하지만, 여전히 민간부문의 의료비 지출 비율은 높은 수치를 보이고 있는 것이 한국의 의료비 지출 구성비율의 속성이다. OECD 자료에 따르면 2003년 한국의 의료비 지출 중 공공부문에서 차지하는 비율은 49%인데, 이 수치는 미국의 44%, 멕시코의 46% 다음으로 OECD 국가 중에서 가장 낮다. 심지어 이것은 OECD 국가 중에서 일인당 GDP가 가장 낮은 터키의 63%보다도 낮은 수치이다(OECD, 2005: 77). 공공재원의 낮은 의료비 지출은 민간재원의 높은 의료비 지출을 의미한다. 2003년 의료비 지출 중에서 환자 본인이 직접 지출한 비율(out-of-pocket payment)은 42%에 이른다. 이 비용은 민간재원에서 지출된 의료비의 83%를 차지하는 것이다. 환자 본인의 이러한 높은 의료비용 부담은 가계지출에서 의료비용이 차지하는 비율을 높인다. 이 비율이 높을수록 건강보험의 보장성은 낮아지며, 결과적으로 사회보험의 기능은 약화된다. 2003년 환자 본인이 지출한 의료비용이 가계지출에서 차지한 비율은 4.4%였는데 이 수치는 OECD 평균인 3%를 상회하는 것이며, OECD 회원국 중에서 그리스, 스위스, 멕시코 다음으로 높은 수치이다(OECD, 2005: 156). 건강보험에서 환자의 이러한 높은 본인부담비율은 환자와 가족의 부담과 의료혜택의 불평등을 증가시킨다.

실질적인 환자본인부담 비용은 건강보험법 시행령 22조 제1항 별표2에 규정된 법정 본인부담금과 건강보험법 제39조의 위임을 근거로 하여 제정된 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」에 의하여 건강보험 급여대상에서 제외된 비법정 본인부담금으로 구성되어 있다. 2005년 전체 의료비 지출 중에서 본인부담금은 48.1%였으며, 이 중에서 법정본인부담금은 19.8%를, 비급여본인부담금은 28.3%를 차지했다(정형선·신봉구, 2006: 35).<sup>10)</sup> 전체 의료비의 48.1%에 달하는 높은 본인부담률은 건강보험의 보장성 확대를 가로막는 큰 걸림돌이다. 특히 만성이나 중증환자의 경우에 그 부정적 결과는 더

심각하다.

전체 의료비 중에서 20% 가까이 되는 높은 법정본인부담금은 제외하고라도 28.3%에 달하는 비급여본인부담금은 의료비에 대한 환자의 부담을 가중시킨다. <표 1>에서 볼 수 있는 바와 같이 중증환자라고 할 수 있는 암환자의 비급여본인부담률은 환자의 의료비 부담을 더욱 증가시킨다.<sup>11)</sup> 즉, 암 같은 중증질환에 있어서는 일반질환과 비교해 보았을 때 비급여 항목이 증가하며 여기에 대한 환자본인의 부담은 그 만큼 증가하게 되는 것이다. 정형선·신봉구(2006)의 자료를 보면 2005년의 본인부담률 중에서 법정본인부담액이 차지한 비중은 41.1%였으며, 비급여본인부담액은 58.9%였다. 이것을 표1과 비교해 보았을 때 암환자의 비급여본인부담금액 비율은 전체 본인부담금 중에서 76%나 달하는 것을 알 수 있다. 더욱이 약, 각종 검사 등 진료와 직접적으로 관련이 있는 비급여본인부담금이 차지하는 비율도 무려 37%에 달한다는 점이다. “대형종합병원의 의사들 대부분이 선택진료의사로 지정되어 있어서 사실상 ‘선택’을 하기”(유원섭, 2005, 41) 어려운 선택진료비와 보험급여가 100% 적용되는 기준병실의 부족으로 상급병실을 이용할 수밖에 없는 상급병실료차액도<sup>12)</sup> 각각 15%, 19%를 차지하고 있는데 이러한 비율은 작은 비율이 아님을 알 수 있다.<sup>13)</sup>

<표 1> 암 환자의 본인부담금 진료비 구성비

법정본인부담	비급여				소계	계
	직접적 진료와 관련된 부분(약, 검사등)	직접적 진료와 관련없는 부분				
		선택진료	식대	상급병실료차액		
24	37	15	5	19	76	100

출처: 유원섭, 2005: 41, 재인용.

비급여본인부담률을 높이고, 건강보험의 보장성을 떨어뜨리는 비급여항목들이 질병치료와 직접적으로 관련된 항목들이라는 것이 문제이다. 즉, 미용의 향상을 위한 성형수술과 같이 해도 되고, 안 해도 되는 선택의 문제가 아니라 암이라는 질병 치료를 위해서 반드시 필요한 상당수의 의료행위들이 급여대상에서 제외되어 있는 것이다. 시행령과 시행규칙에 위임되어 있는 건강보험 급여범위에는 이

10) 건강보험급여율은 건강보험의료비 중 보험자부담액이 되며, 건강보험의료비에는 통상 보험자부담분, 법정본인부담분, 비급여본인부담분이 포함된다(정형선·신봉구, 2006: 30). 비급여본인부담분은 정형선·신봉구(2006: 33ff)가 통계청의 가계조사자료, 국민건강조사를 근거로 산출한 액수이다.

11) 암과 같은 고액진료비를 발생시키는 중증질환에 대한 건강보험의 급여율은 전체 진료비 대비 47%에 불과한데 이것은 건강보험 전체 평균 급여율보다 낮은 수치이다(최숙자·김정희·이상이, 2005: 7). 즉, 고액진료비를 발생시키는 질환을 앓고 있는 환자는 더 많은 본인부담금을 지출해야 하는 것이다.

12) “상급병실료차액의 경우에도 기준병실이 6인실 이하로 그 기준이 너무 낮고, 보험급여가 100% 적용되는 법정 기준병상 확보율이 50% 수준으로 대부분의 대형병원에서는 환자들이 기준 병실에 입원하고 싶어도 기준병실의 부족으로 상급병실을 이용할 수밖에 없는 경우가 발생하고 있다”(유원섭, 2005: 42).

13) 감신(2005: 18)의 자료를 재구성해 보았을 때 한 종합병원이 비급여의료서비스를 제공하고 환자로부터 본인부담금을 받은 항목을 보면 직접적 진료와 관련된 치료나 검사의 비중이 무려 59.3%에 이른다. 이 수치는 표1의 암 환자의 전체 비급여본인부담금 중 직접적 진료와 관련된 부분의 비율인 48.7%보다 높은 수치이다.

러한 필수적인 의료행위들이 급여항목에서 제외되어 있다. 결국 건강보험의 보장성과 밀접하게 연관되어 있는 실질적인 본인부담금의 크기가 입법부에 의하여 결정되지 않고, 입법부로부터 위임을 받은 행정부의 위임입법을 통해서 규정된다. 이것은 기본권의 실현과 밀접하게 관련 있는 근본적이고 중요한 사항에 대해서는 의회가 결정해야 한다는 의회유보의 원칙에서 벗어나 있는 것이다. 그 동안 행정부의 노력으로 본인부담금액이 줄고 있는 것은 사실이지만, 행정부의 노력만으로는 건강보험의 보장성을 충분히 확보하기는 어려워 보인다. 왜냐하면 본인부담금을 줄이기 위해서는 가입자는 지금보다 훨씬 고율의 보험료를 지불해야 하는데, 보험료를 많이 올릴 경우 이들의 저항이 작지 않을 것이기 때문이다. 건강보험의 보장성 강화를 위한 재원 마련의 방안으로 보험료의 상승은 불가피하지만, 민주적 절차에 따른 가입자의 동의 없이는 보험료의 추가 부담은 적지 않은 사회적 저항이 예견된다. 그런데 현재와 같이 행정부의 위임입법에 의해서 법정본인부담금과 비급여본인부담금이 결정되는 법제도 아래에서는 사회적 합의가 형성될 수 없다. 의회유보의 원칙에 따라서 법정본인부담금과 비급여본인부담금이 국회에서 결정되는 법제도를 갖출 때, 사회적 합의를 이끌어 낼 수 있는 제도적 기반이 형성될 수 있을 것이다. 보험료 상승에 대한 민주적 정당성이 국회에서 확보되면 그만큼 건강보험의 보장성을 확대하는 일은 용이해질 수 있는 것이다.

#### 4) 피부양자 범위 규율에 대한 국회의 역할

##### (1) 법령 분석

건강보험의 가입자는 모든 국민이지만, 가입자는 직장가입자와 지역가입자로 나뉜다. 지역가입자는 한 세대를 구성하는 세대구성원 전원이 공동으로 보험료를 부담한다. 반면에 경제능력이 없는 직장가입자의 세대구성원은 가입자의 보험료 부담으로 보험급여 혜택을 누릴 수 있다.

건강보험법 제5조 제2항은 직장가입자의 피부양자 자격조건과 범위를 규정한다. 자격조건으로 피부양자는 직장가입자에 의하여 생계를 유지하고 보수 또는 소득이 없어야 한다. 대상자로는 가입자의 배우자, 직계존속(배우자의 직계존속 포함), 직계비속(배우자의 직계비속 포함) 및 그 배우자, 형제·자매가 포함된다. 그러나 제3항에서는 제2항의 규정에 의한 피부양자의 자격 인정기준, 취득·상실시기 기타 필요한 구체적이고 자세한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 위임하고 있다. 보건복지부가 정하는 시행규칙을 보지 않고는 피부양자의 자격기준이 어떤 것인지 알 수 없는 것이다.

국민건강보험 시행규칙(보건복지부령 제379호) 제2조 제1항에 근거한 별표1에서는 가입자와의 관계, 가입자와의 동거관계로 나누어 피부양자 자격기준이 제시되어 있다. 예를 들어서 가입자의 부모가 피부양자 자격을 취득하기 위해서는 동거기준은 문제가 안 되지만, 부모와 동거하는 다른 형제·자매가 없거나, 동거하는 형제·자매가 있는 경우에는 이들이 보수 또는 소득이 없어야 한다. 법률에서는 보수나 소득이 없는 직계존속은 피부양자가 될 수 있다고만 규정하고 있으나, 법률의 위임을 근거로 제정된 시행규칙에서는 가입자의 부모와 동거하는 다른 형제·자매의 보수나 소득기준이 추가된다. 결국 직장가입자의 피부양자 자격기준은 법률이 아닌 위임입법인 시행규칙에 의하여 결정되고 있다.

이것은 피부양자로서 건강보험수급권을 보장받을 수 있는 권리가 행정부에 의하여 임의적으로 제한될 수 있다는 것을 의미한다. 법률에서 피부양자의 자격기준을 규정하고 있지만 실제적으로는 시행규칙에 의하여 결정되기 때문에, 피부양자의 건강보험수급권은 법률만으로는 예측 가능하지 않게 된다. 건강보험법 제5조 제3항의 위임 범위가 넓어서 포괄위임이나 백지위임의 의혹을 불러일으킬 수 있는 것은 제외하더라도, 피부양자의 자격기준과 같은 중요한 사항이 법률에 의하여 예측 가능하게 규정되지 않고, 시행규칙에 의하여 규정되는 것은 국민의 권리를 보호해야 할 의무가 있는 의회의 직무유기에 해당된다. 건강보험법 시행규칙 제2조 제1항에 근거한 별표1의 피부양자 자격의 인정기준은 수시로 변하는 사항도 아니며, 복잡한 산식을 필요로 하는 것도 아니다. 그러므로 피부양자의 자격기준을 결정하는 것과 같은 중요한 사항은 의회가 법률에 의하여 스스로 규율할 수 있고, 해야 할 사항이다.

## (2) 사례 분석

A씨는 남편의 피부양자로 있다가 사업소득 발생으로 인하여 건강보험자격이 변동되어 지역가입자가 되었다.<sup>14)</sup> 그러나 A씨는 실질적인 사업소득이 없는데도 건강보험공단이 보험료를 부과하는 것은 부당하다고 보고, 지역가입자로서 지불해야 할 보험료 납부를 거부했다. 그러나 A씨의 이의신청이 건강보험공단에 의하여 기각되었는데, 그 근거 중의 하나는 A씨가 피부양자 등재 신청을 하지 않았다는 것이다. 피부양자 인정요건인 부양요건 및 소득요건을 만족시켰어도 당사자가 피부양자로 등재 신청을 하지 않으면 피부양자로 인정될 수 없다는 것이다.

이 사례에서 문제가 되는 것은 당사자가 스스로 피부양자로 등재 신청을 해야 하는 규정이 건강보험법이 아닌 시행령(제2조 제4항)에 규정되어 있다는 데에 있다. 행정부가 제정하는 시행령에 자격조건이 규정됨으로써 건강보험법만으로는 피부양자 자격을 획득하기 위한 요건과 절차가 예측 가능하지 않게 된다. A씨 사례는 행정부의 자의성으로 인하여 언제든지 시민이 피해를 입을 수 있다는 데에 문제가 있다. 피부양자 자격취득 조건 등을 결정하는 권한을 건강보험법은 시행령이나 시행규칙에 위임하고 있기 때문에, 일반시민은 피부양자 자격취득 조건을 규정한 시행령이나 시행규칙을 사전에 인지해야 하고, 수시로 변경이 되었는지 확인해야 한다. 그러나 이런 것을 일반시민에게 요구하는 것은 무리인 것이다.

## 5) 보험료 규율에 대한 국회의 역할

### (1) 법령 분석

사회보장법 관계에서 민법상의 채권자와 채무자 관계를 가장 뚜렷하게 나타내는 것은 사회보험법이다(전광석, 2007: 95). 사회보험법이 이런 속성을 갖게 되는 근본적인 이유는 가입자는 보험료를 지불해야 할 의무가 있는 동시에, 이에 대한 반대급부로 사회보험의 보험자로부터 급여에 대한 권리를 청구할 수 있기 때문이다. 더욱이 국민의 재산권을 보장하는 헌법 제23조제1항은 보험료 지불에 대한

14) 건강보험공단 보험료부과처분취소신청 내부자료(2007).

반대급부로서 보험급여의 지급을 재산권적인 측면에서 보장하는 근거를 제공한다(Wimmer, 1999: 114; 전광석, 2007: 104, 132). 사회보험료가 갖는 재산권적인 성격 때문에 사회보험은 다른 어떤 사회보장제도보다도 침해행정을 견제하기 위해서 마련된 고전적인 법치국가 원칙과 긴밀한 관계를 맺고 있다. 따라서 사회보험료에 대한 규율은 법률을 통하여 혹은 법률에 근거하여 마련되어야 하는 것이다. 이것은 결국 의회의 입법적 책임성을 요구하는 것으로, 보험료에 대한 규정이 법률을 통하여 충분히 구체적으로 마련되어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 의회가 이러한 규율 내용을 행정부로 위임하려 할 때는 헌법 제75조에 근거해서 내용, 목적, 범위를 구체적으로 정하여 위임을 해야 한다.

건강보험의 보험료 부과기준은 직장가입자의 경우에는 보수월액이고, 지역가입자의 경우에는 부과 표준소득이다(국민건강보험법 제62조 제4,5항). 동법 제63조 제3항에서는 제1항에서 규정한 직장가입자의 보수월액을 산정하는 기준인 보수를 근로제공으로 받는 금품으로 규정하면서 그 범위를 대통령령에 위임하고 있다. 아울러 “보수관련 자료가 없거나 불명확한 경우 등 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 경우에는 보건복지부장관이 정하여 고시하는 금액을 보수로 본다”고 규정하고 있다(동법 제63조 제3항). 또한 보수월액의 상, 하한을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다(동법 제63조 제1항). 결국 법률의 위임을 근거로 행정부에 의해서 보수의 범위, 보수월액의 상한과 하한이 결정된다.

건강보험법 시행령 제33조에서는 보수에 포함되는 금품의 범위를 규정하고 있다. 여기에는 봉급, 급여, 보수, 세비, 임금, 상여, 수당, 직급보조비, 소득세법이 규정하는 비과세소득의 일부와 이런 항목들과 유사한 성질의 금품이 포함된다. 그런데 이러한 규정을 마련하는 것은 입법기술상 어려움을 주는 것도 아니고, 고도의 계산을 필요로 하는 것도 아니며, 자주 변경되는 사항도 아니다. 반면에 보험료의 재산권적 의미를 고려했을 때 보수의 범위를 정하는 것은 직장가입자의 재산권과 밀접한 관련이 있으므로 시행령 제33조의 규정은 법률에 의하여 규율되어야 한다.

“보수관련 자료가 없거나 불명확한 경우 등 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 경우에는 보건복지부장관이 정하여 고시하는 금액을 보수로 본다”고 건강보험법 제63조 제3항은 규정하면서, 이 조항은 1차적으로 대통령령이 정하는 사유를 시행령으로 정하도록 위임하고 있다. 그런데 시행령 제33조 제2항에서는 동법 제63조 제3항의 법 규정을 반복하면서 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 경우를 명확하게 언급하지 않으며, 시행령 제36조 제6항에서는 보수월액을 산정하기 곤란하거나 보수를 확인할 수 있는 자료가 없는 경우에 건강보험공단의 정관이 보수월액의 산정방법과 보수의 인상, 인하시 보수월액의 변경 신청 등 필요한 사항을 규정하도록 재위임하고 있다. 보수월액을 산정하기 곤란하거나 보수를 확인할 수 있는 자료가 없는 경우일지라도, 해당 사항이 직장가입자의 재산권과 직접적으로 관련되어 있는 것은 명백하다. 이와 같이 기본권의 하나인 재산권과 관련된 경우에는 법률에서 건강보험공단에 재위임하라는 규정이 명시되어야 하겠지만, 그것보다는 법률에서 해당 사항을 규율해야 할 것이다. 보수월액을 산정하기 곤란하거나 보수를 확인할 수 있는 자료가 없다는 이유로 법률에서는 아무런 규율 없이 건강보험공단이 해당 사항을 결정하는 것은 문제이다. 기본권에 관련된 사항에 대한 규율은 민주적인 대표성을 갖는 국회에서 마련해야 하기 때문이다. 보수에 대한 증빙자료가 없거나 불명확한 경우를 고려했을 때, 입법기술상 국회의 규율이 어렵다면 국회는 보수가 불분명한 근로자의 보험료 산정방법에 관한 최소한의 기준이라도 마련해야 할 것이다. 그 다음에 구체적

인 사항은 위임입법으로 규정하도록 위임할 수 있을 것이다.

동법 시행령 제36조 제4항에는 보수월액의 하한을 28만원, 상한을 6,579만원으로 규정하고 있다. 보수월액의 상, 하한의 결정은 보험재정에 미치는 영향이 클 뿐만 아니라, 해당 규정은 직장가입자의 재산권에도 영향을 미치게 된다. 보수월액의 하한선을 올리면 저소득근로자의 부담은 늘고, 상한선을 내리면 고소득근로자는 그만큼 부담이 줄게 된다. 따라서 재산권에 영향을 미치는 이런 근본적이고 중요한 사항은 국회 스스로 결정해야 한다. 이것 역시 입법기술상 어려움을 주거나, 수시로 변하는 것이 아니기 때문에 국회가 규율하지 못할 이유가 없다.

지역가입자의 보험료액은 세대단위로 산정되고, 이 보험료액은 부과표준소득을 근거로 산정한 보험료부과점수를 근거로 하여 결정된다. 보험료부과점수를 산정하기 위해서 부과표준소득에 포함되는 항목은 소득, 재산, 생활수준, 경제활동참가율 등이 고려된다 (국민건강보험법 제64조 제1항).<sup>15)</sup> 동법 제64조 제3항에서는 “보험료부과점수의 산정방법, 기준 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”고 규정하고 있다. 건강보험법 시행령 제40조의2에서는 보험료부과점수의 산정기준이 되는 항목들로 소득세법제4조 제1항 제1호의 규정에 의한 종합소득, 지방세법 제197조의 규정에 의한 농업소득, 지방세법 제181조의 규정에 의한 재산세의 과세대상이 되는 토지, 건축물, 주택, 선박 및 항공기, 주택을 소유하지 않은 가입자의 경우에는 임차주택에 대한 보증금 및 월세금액, 지방세법 제196조의2의 규정에 의한 자동차<sup>16)</sup>를 구체적으로 규정하고 있다. 이와 같은 산정기준의 항목들은 다시 시행령의 별표 4의2에서 규정한 산정방법에 의하여 부과점수가 산정된다.

시행령 별표 4의2에 따라서 종합소득이나 농업소득이 연 500만원을 초과하는 세대는 소득, 재산, 자동차로 보험료부과점수가 산정된다. 이 때 소득은 건강보험공단의 정관이 정하는 방법으로 평가하여 합산한 소득금액에 따라서 점수가 부과된다. 재산은 토지, 건축물, 주택, 선박, 항공기의 재산세과세표준금액에 따라서 점수가 부과되고, 자동차는 차종, 배기량(또는 적재량), 사용연수에 따른 감액률을 반영하여 점수가 부과되며, 주택을 소유하지 않은 가입자의 경우에는 임차주택에 대한 보증금 및 월세금액은 건강보험공단의 정관이 정하는 방법에 따라서 평가한 금액에 대하여 점수가 부과된다. 종합소득이나 농업소득이 연 500만원 이하인 세대는 소득이 연 500만원 이상인 세대와 같이 동일한 계산방식으로 재산과 자동차에 대하여 점수를 부과 받는다. 다만 소득대신 평가소득을 사용해서 합산한 점수가 첨가된다. 이 때 평가소득은 생활수준 및 경제활동참가율을 기초로 부과되며 가입자의 연령, 성, 장애정도, 재산, 자동차가 포함된다. 이 경우 재산과 자동차 항목은 이미 재산과 자동차에 대한 별

15) 지역가입자의 보험료 산정기준은 직장가입자와는 다르다. 직장가입자의 보험료가 가입자 개인을 기준으로 부과되는데 반해서 지역가입자의 보험료는 세대단위로 부과된다. 또한 직장가입자의 보험료는 가입자 개인의 소득만을 기준으로 부과되는데 반해서 지역가입자의 보험료는 소득, 재산, 생활수준, 경제활동참가율, 자동차 크기 등 다양한 요소들이 포함된다. 이러한 기준의 차이는 자영업자들의 소득 파악이 어렵다는 현실적인 문제에서 기인하는 것이다. 이런 현실적인 문제 때문에 발생한 형평성의 상실을 헌법재판소는 불가피한 것으로 인정한다(헌재 2003.10.30. 2000헌마801, 판례집 15-2 하, 106-136). 그런데도 이러한 산정기준의 차이가 헌법 제11조에서 보장하는 평등의 원칙을 위배하고 있다는 것을 부인할 수는 없다.

16) 장애인복지법과 지방세법 제7조의 규정에 의한 자동차와 지방세법 시행령 제146조의3의 규정에 의한 영업용 자동차는 보험료부과점수 산정에 포함되지 않는다.

도의 기준을 두어 점수가 부과되었으나 평가소득을 산정할 때 다시 한 번 계산됨으로써 이중으로 계산되어 형평성을 잃고 있다. 다른 한편 건강보험법 시행령 제40조의2의 제4항에서는 지역가입자의 보험료부과점수가 20점 미만인 경우에는 20점으로 하고, 11,000점을 초과하는 경우에는 11,000점으로 할 것을 규정하면서 보험료의 상한과 하한을 결정하고 있다.

건강보험법 제64조 제1항에서는 지역가입자의 보험료산정에 포함되는 항목들을 나열하고 있지만, 이 밖에 다른 항목들이 행정부에 의하여 추가될 수 있음을 허용하고 있다. 따라서 보험료부과점수를 산정하기 위해서 포함되는 항목들을 법률만으로는 파악할 수 없다. 실제로 자동차가 시행령을 통하여 평가항목으로 추가되며, 자동차 항목은 연 소득이 500만원 이하인 세대의 보험료를 산정할 때는 이중으로 평가되고 있다. 위임의 내용을 구체화하지 않을 뿐 아니라 위임의 범위를 한정하지 않는 이러한 위임형식은 헌법 제75조가 요구하는 위임형식을 충족시키지 못하고 있다. 그러나 헌법에 위배되는 위임형식보다 건강보험법 제64조의 더 근본적인 문제는 보험료와 같은 재산권과 관련된 중요하고 근본적인 사항이 행정부에 의하여 결정되고 있다는 것이다. 이것은 법치국가적 민주주의 원칙에 위배되는 것이다. 이 조항은 국가로부터 자유권과 재산권을 보호하려는 목적에서 마련되었던 고전적인 법치국가 원칙조차 충족시키지 못하고 있는 것이다. 지역가입자의 소득과 보증금 및 월세금액을 보험료의 산정을 위해서 점수화 하는 산정방식을 건강보험공단의 정관(건강보험법 시행령 제40조의 2 별표 4의 2 1호 가목과 나목의 (3))이 결정하는 것은 더 근본적인 문제이다. 국민건강보험공단 정관 제48조에 따르면 종합소득은 100%의, 근로소득, 연금소득 및 농업소득은 20%씩의 소득평가율이 반영되어 소득으로 환산된다. 제49조에서는 전세보증금과 월세금액평가의 산정방식이 규정되어 있다. 전세의 경우 전세보증금 x 30%, 월세의 경우 (월세보증금 + 월세 x 2.5%) x 30%가 산정방식이다. 정관에 의해서 이와 같은 산정방식이 결정되고, 이것에 근거해서 보험료가 결정된다는 것은 민주적 정당성이 결여된 것이다. 왜냐하면 보험료는 헌법의 재산권 보호 규정과 관련해서 지역가입자의 기본권과 관련되어 있기 때문이다. 이와 같은 기본권은 국민을 대표하는 국회가 스스로 마련한 규정을 통해서만 제한할 수 있는 것이다. 지역가입자의 보험료부과점수를 산정하기 위해서 건강보험법 시행령 제40조의2와 관련된 별표 4의2가 규정하고 있는 부과표준소득의 산정방법은 국회가 규정하지 못할 이유가 전혀 없다. 입법기술상 이 규정들은 고도의 전문성을 필요로 하는 것도 아니고, 수시로 수정해야 할 내용들도 아니다. 반면에 이 규정들은 헌법에서 보장하는 가입자의 재산권 행사와 관련해서 근본적이고 중요한 영향을 미치는 것들이다. 더욱이 지역가입자의 보험료부과점수가 20점 미만인 경우에는 20점으로 하고, 11,000점을 초과하는 경우에는 11,000점으로 할 것을 규정하면서 건강보험의 시행령이 보험료의 상한과 하한을 결정하고 있는데, 이 규정도 재산권 행사와 관련해서 근본적이고 중요한 영향을 미치는 것이다. 따라서 지역가입자의 보험료 산정에 필요한 항목과 방법은 국회가 법률을 통하여 스스로 명확히 규정해야 한다. 이런 경우에만 보험료와 관련된 국민의 기본권 중의 하나인 재산권이 국회에 의하여 보호받을 수 있을 뿐만 아니라 제한의 정당성도 확보되는 것이다.

## (2) 사례 분석

사업실패로 생활고에 시달리던 A세대는 이 세대의 소득에서 11% 가량 차지하는 '과다하게' 책정된

건강보험 보험료를 경감해 달라는 이의신청서를 건강보험공단에 제출했다.<sup>17)</sup> 소득에 비해 지나치게 높게 부과된 보험료가 부당하다는 주장이다. 건강보험법에서는 지역가입자의 보험료 산정을 위해서 소득뿐만 아니라 재산, 경제활동, 자동차 등을 포함시키고 있다. 그리고 산정방법은 행정부에 위임되어 있다. A세대가 지역가입자의 보험료 산정에 필요한 항목에는 소득이외의 것이 포함된다는 것을 오해한 것은 명백하다. 하지만 법률에 그 산정방법이 구체적으로 규정되어 있지 않아서 이러한 오해가 더 증폭될 수 있다는 것은 문제이다. 지금과 같이 위임입법에 의하여 지역가입자 보험료 산정방식이 결정되면 지역가입자의 보험료는 A세대처럼 소득의 11%가 될 수도 있고 그 이상도 될 수 있기 때문이다. 산정방식이 시행령이나 시행규칙으로 결정되기 때문에 지역가입자의 보험료 산정은 행정부의 권한에 달려있다. 이것은 곧 지역가입자의 재산권이 행정부에 의하여 임의로 침해받을 수 있다는 것을 의미한다. 그러므로 행정부가 결정하는 현재와 같은 산정방식은 법률로 규율해야 한다.

2007년 4월 26일 헌법재판소가 판결한 ‘국민건강보험법제63조제4항등위헌소원’(헌재 2005헌바51)에서도 재산권과 관련된 보험료 산정방식이 문제가 되고 있다. 법률사무소를 운영하고 있는 헌법소원 청구인은 2005년 6월 28일에 2002년 추가정산분 보험료 10,613,720원을 납입하라는 건강보험공단의 결정에 불복하여 헌법소원을 제기하였다. 청구인은 보수가 지급되지 아니하는 사용자의 표준보수월액의 산정 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하는 구 건강보험법(법률 제5854호)의 제63조 제4항이 표준보수월액의 산정에 관하여 개략적인 기준도 정하지 아니하기 때문에 포괄위임금지 원칙에 위배되는 것이고, 이로 인하여 재산권을 침해한다고 주장했다(2007.4.26, 헌재 2005헌바51, 490). 이에 반하여 헌법재판소는 근로기준법이나 국민연금법을 보면 사용자의 표준보수월액에 있어서 보수의 대강의 의미를 알 수 있고, 표준보수월액은 사용자가 영위하는 사업의 종류, 규모, 소득의 유형과 수입시기 등의 요소들이 수시로 변화할 수 있고, 더욱이 개인사업장의 사용자의 소득과약이 쉽지 않은 입법기술상의 어려움이 있기 때문에 위임입법의 필요성을 인정하고 있다(2007.4.26, 헌재 2005헌바51, 487). 따라서 해당 법률 조항은 포괄위임금지의 원칙에 위배되지 않는다고 현재는 판결했다.

그런데 이 판례에서 헌재가 결정근거로 들고 있는 근거들이 과연 타당한 근거인지 살펴볼 필요가 있다. 헌재가 근로기준법이나 국민연금법을 보면 사용자의 표준보수월액에 있어서 보수의 대강의 의미를 알 수 있다고 주장하는 바와 같이, 국민연금법에서의 규정도 대강의 정도만을 제시할 뿐이다. 이 경우에도 구체적인 사항은 시행령이 규정하도록 위임하고 있다. 더욱이 근로기준법에서 이 규정을 찾는 것은 쉽지도 않다. 설령 근로기준법이나 국민연금법에서 사용자의 소득산정방식이 규정되어 있다고 해도, 가입자가 건강보험법이 아닌 다른 법을 통해서 건강보험의 보험료 산정방식을 예측할 수 있다는 것을 기대하는 것은 무리한 주장이다. 전문가조차도 현행 보험료 산정방식을 이해하는 것이 쉽지 않은데, 가입자가 관련법들을 참고하여 자신의 보험료 산정방식을 파악할 수 있을 것이라고 기대

17) 건강보험공단 보험료감액조정신청 내부자료(2007). A세대가 2006년 7월 24일부터 지역가입자 자격을 취득했고, 보험료의 산정근거로 소득을 문제 삼는 것으로 보아, 이 세대는 지역가입자 자격을 취득하기 전에는 소득으로 보험료를 산정하는 직장가입자에 속했던 것으로 판단된다. 개인정보에 관련된 사항이기 때문에 저자도 제한된 정보만을 사용할 수밖에 없었다.

하는 것은 불가능에 가깝다.

건강보험법 제63조 제4항과 시행령 제38조 제1항 1호의 위임을 근거로 2006년 12월 30일 새로 제정된 건강보험법 시행규칙(보건복지부령 제379호) 제35조의2항에 따르면 소득세법 제18조 및 제19조에 따른 부동산임대소득과 사업소득이 사용자의 보험료 산정기준이 된다. 소득세법 제18조 및 제19조에 서도 부동산임대소득과 사업소득의 대강을 정하고 그 범위는 시행령으로 정하도록 위임하고 있다. 그런데 부동산임대소득과 사업소득의 범위를 규정하고 있는 소득세법 시행령 제28조 및 제29조는 지난 10년 동안 개정되지 않았다. 표준보수월액은 사용자가 영위하는 사업의 종류, 규모, 소득의 유형과 수입시기 등의 요소들이 수시로 변화할 수 있기 때문에 위임입법으로 규정되어야 한다는 현재의 주장대로라면, 소득세법 시행령 제28조 및 제29조는 벌써 수차례 개정되어야 했다. 따라서 사용자의 소득과 약과 같은 수시로 변하는 사항을 법률로 정하는 것은 비현실적이라는 주장은 타당한 것이 아니다.

이 관례에서 현재가 구 건강보험법(법률 제5854호)과 현 건강보험법의 제63조 제4항의 포괄위임금 지원칙의 위배를 인정하지 않는 것은 한층 더 근본적인 문제를 야기한다. 현재는 스스로 보험료가 국민의 재산권을 침해할 소지가 있다고 인정하면서도(2007.4.26, 헌재 2005헌바51, 497), 현실적인 이유 때문에 보험료 산정방식은 위임입법으로 규정해도 합헌이라고 보고 있다. 그러나 위에서 살펴본 것과 같이 현실적인 이유라는 것은 타당성이 없다. 반면에 보험료가 위임입법으로 규율되면서 행정부에 의하여 재산권이 침해받을 수 있는 가능성은 언제든지 존재한다. 보험료 정산이라는 명목으로 어느 날 1천만원이 넘는 추가보험료가 고지된다면 놀라지 않을 가입자가 누가 있겠는가?<sup>18)</sup> 그리고 이것을 재산권 침해라고 생각하지 않을 가입자가 누가 있겠는가? 건강보험법을 체계적으로 살펴보아도 어떻게 이런 추가보험료가 부과될 수 있는지 가입자는 알 수 없다. 국회가 국민의 대표기관으로서 국민의 기본권인 재산권을 보호해야 할 의무가 있다면, 시민인 가입자에게 어느 날 닥칠 수 있는 이런 당혹감을 국회가 사전에 예방해야 하는 것은 자신의 책무이다. 국회의 책무는 보험료 산정방식을 가능하면 구체적으로 규율하는 법률을 마련하는 것이다. 그래서 가입자가 법률을 보고 자신의 보험료의 정도를 예측할 수 있어야 한다. 사용자의 보험료를 결정하는 기준인 소득의 범위를 규정하고 있는 소득세법 시행령이 10년 넘게 개정되지 않은 것으로 보아, 국회가 법률로 보험료의 산정방식을 규율하지 못할 이유가 없다. 당위성이 항상 효율성보다 우선되어야 하는 것은 아니지만, 국민의 기본권을 보호하고 실현해야 할 경우에는 당위성이 효율성보다 반드시 우선되어야 한다.

#### 4. 결 론: 국민건강보험제도와 의회유보원칙

헌법 제34조 제1항은 국민의 사회적 기본권을 규정하고 있다. 건강보험수급권은 사회적 기본권에서 빠져서는 안 될 중요한 권리이다. 더욱이 보험료에 대한 반대급부의 의미를 갖는 요양급여 권리는 헌

18) 위임입법의 내용을 규율할 수 없는 모법의 위험성은 위임입법이 '잠긴 문 뒤에서' 중요한 사항들을 결정할 수 있고, 국민은 새롭게 결정된 사항들에 의하여 놀랄 수 있다는 데에 있다(Staupe, 1986: 109).

법이 보장하는 재산권 규정에 의해서 보호된다. 국민건강보험법은 이러한 사회적 기본권으로서의 건강보험수급권을 구현하기 위해서 국회가 제정한 법률이다. 따라서 국회는 국민건강보험법의 중요하고 본질적인 사항들을 스스로 규율해야 한다. 왜냐하면 오늘날 국가시민에게 기회와 (사회보장적)급부를 제공하는 국가의 역할은 헌법이 보장하는 자유로운 삶을 유지하는데 있어서 기본권을 침해하지 않아야 하는 것 못지않게 중요하게 되었기 때문이다. 더욱이 오늘날 법치국가적 민주주의는 국민의 기본권과 관련된 사항들에 대해 의회의 책임 있는 역할을 요청하고 있다.

그러나 국민건강보험법의 근본적이고 중요한 사항에 대한 한국국회의 규율 정도는 이러한 시대적 요청과 동떨어져 있다. 사회적 기본권을 보장하고자 하는 건강보험제도의 중요한 구성요소인 요양급여의 수준·범위·절차, 본인부담금 수준, 보험료 산정방식 및 수준 등은 의회가 제정하는 법률로 결정되는 것이 아니라, 행정부의 위임입법에 의해서 혹은 심지어 국민건강보험공단의 정관에 의해서 결정된다. 이러한 건강보험법 구조는 법치국가적 민주주의 원칙을 훼손하는 것이다. 국민의 기본권을 보호하고 적극적으로 실현해야 하는 국회가 자신의 근본적인 책임과 의무를 다하고 있지 않기 때문이다. 국회의 직무유기로 건강보험의 핵심사항들은 행정부에 의하여 통제된다. 절반밖에 안 되는 건강보험의 보장성 문제나, 건강보험 가입자가 건강보험공단에 이의를 신청한 항목 중에서 가장 높은 비율을 차지하고 있는 보험료 문제에 대하여 국회는 직접적인 영향을 미치는 기관이 아니라 간접적인 영향을 미치는 기관일 뿐이다.

사회적 기본권을 보호하고 적극적으로 구현해야 할 입법활동이 의회 안에서 결여되고, 위임입법을 근거로 하여 행정부가 중요하고 본질적인 사항들을 결정하게 되면, 정치과정은 국회에서 생략되어 건강보험의 발전은 제약된다. 이러한 법 구조는 정당들이 건강보험제도를 정치도구로 하여 유권자의 표를 확보하려는 계기를 제공하지 않기 때문이다. 아울러 행정부의 위임입법에 의하여 중요하고 본질적인 사항들이 결정되는 구조에서는 국회 내에서 사회적 합의구조가 만들어질 수 없다. 따라서 이런 구조는 절반밖에 안 되는 건강보험의 보장성 문제가 국회 내에서 공론화될 수 있는 기회를 제공하지 않는다. 공론화 없이는 국민의 동의를 얻을 수 없고, 국민의 동의 없이는 건강보험의 보장성 확대를 위한 높은 보험료 인상은 가능하지 않게 된다.

법치국가적 민주주의 원칙에 근거하는 의회유보원칙은 기본권 구현과 관련된 본질적이고 중요한 사항에 대해서 의회가 스스로 결정할 것을 요청하고 있다. 왜냐하면 국민을 대표하는 기관인 의회가 제정한 법률이 국민의 권리를 보호하고, 의무를 부과 하는 것이 법치국가적 민주주의의 기본 원리이기 때문이다. 따라서 사회적 기본권을 실현하려고 하는 국민건강보험법의 핵심사항들은 의회유보의 원칙을 따라서 국회에 의해서 통제되어야 하는 것이다. 이렇게 될 때 건강보험법과 건강보험제도는 국민으로부터 정당성을 획득할 수 있다.

건강보험법의 본질적이고 중요한 사항들을 국회가 스스로 결정할 때 발생하는 유익한 점은 건강보험제도에 대한 공론화가 현재보다 훨씬 다양하고 광범하게 일어날 수 있다는 것이다. 이런 공론화는 건강보험에 대한 여론을 환기시키고 국민의 관심을 얻을 수 있다는 데에 장점이 있다. 무엇보다 중요한 것은 국회 내에서 건강보험제도를 둘러싼 정치과정이 생겨나고, 이 구조가 제도화된다는 것이다. 이것은 건강보험제도의 발전을 위한 메커니즘이 제도화 된다는 것을 의미한다. 국회가 건강보험제도

의 본질적이고 중요한 사항들을 스스로 결정한다면, 국회 안에서 정당들은 건강보험제도를 유권자를 확보하기 위한 정치수단으로 사용하려고 하기 때문이다(이신용, 2007: 141). 민주주의 체제는 일정 연령에 달한 성인에게 선거권을 부여하기 때문에 정당들은 삶에 지대한 영향을 미치는 사회복지정책을 정치도구로 사용하는 경향을 띤다(Schmidt, 2004: 44). 따라서 유권자를 확보하기 위한 건강보험제도에 대한 정당간의 경쟁은 건강보험제도의 발전 속도를 가속화한다. 그러므로 의회유보원칙이 건강보험법에 적용되면, 국회 안에서 발생한 정치과정을 통하여 건강보험제도가 현재보다 빠르게 발전할 것이다.

더욱이 의회유보원칙의 준수는 사회적 합의의 구조를 만들어내는 계기를 제공한다. 국민건강보험의 문제 중 하나는 보장성의 확대 방안이다. 그런데 보장성 확대를 위해서 가장 필수적인 것은 충분한 재정을 확보하는 것이다. 일시적이고 단기적인 재정원이 아니라 건강보험의 보장성을 지속적으로 높게 유지시켜 줄 수 있는 항구적인 재정원이 필요한 것이다. 결국 이런 재정원은 보험료를 부담하는 국민일 수밖에 없다. 의회유보원칙이 건강보험법에 충실히 적용된다면, 건강보험제도를 이용해서 유권자의 표를 얻으려는 정치과정이 국회 내에 제도화될 것이다. 이런 정치과정에서 건강보험의 보장성을 확대하기 위해서는 국민의 부담이 증가하는 것의 불가피성이 공론화되고, 해결방안에 대한 사회적 합의가 국민의 동의를 기반으로 생겨날 것이다.

국민의 동의를 기반으로 하는 사회적 합의가 도출될 수만 있다면 건강보험의 보장성을 향상시킬 수 있는 막대한 재원마련이 불가능한 것은 아니다. 왜냐하면 2003년 지출한 의료비 총액 중에서 49.4%만이 공적제도를 통하여 지출된 반면에 50.6%는 사적제도나 본인의 호주머니에서 지출되었기 때문이다(OECD, 2005: 144, 145). 이것은 현재 본인 호주머니에서 지출되고 있는 의료비를 건강보험 제도로 끌어들이 수만 있다면, 전체 의료비 지출의 큰 변화 없이 건강보험의 보장성 향상을 위한 재원확보가 가능할 수 있다는 것을 시사한다. <표 2>는 이러한 저자의 주장을 뒷받침한다. 즉, 2004년 개인의료비 규모 및 재원구성을 보면 민간재원으로 가계는 무려 17조원을 부담했는데, 이 재원이 건강보험의 보장성 확대를 위해서 지속적으로 사용될 수 있다면 당장은 이 액수 외에 추가적인 부담은 없어도 된다는 것을 의미한다. 다만 이것을 누가 어떻게 할 수 있는가가 관건이다. 사회적 합의를 전제하는 이러한 시도는 행정부가 주도하는 현재와 같은 건강보험제도 운영체계에서는 가능하지 않다. 행정부는 법을 집행하는 기관이지 국민에게 동의를 구하고, 이를 반영하여 법률을 제정하는 기관이 아니기 때문이다. 이러한 활동은 국민의 대표 기관인 국회가 해야 할 몫이다. 막대한 민간재원을 공공재원으로 사용할 수 있기 위해서는 사회 각 집단의 이해를 대표하는 국회에서 많은 토론과정을 거쳐서 합의를 도출해야 한다. 건강보험의 보장성 향상을 위해서 민간부분에서 지출하고 있는 막대한 재원을 공적분야로 끌어들이 방안을 어떻게 마련할 것인가는 국회가 감당해야 할 몫이다. 그런데 국민의 동의를 반드시 필요로 하는 이런 방안이 현실화되기 위해서는 국회가 국회 내에서 정치과정을 통해서 이에 대한 공론화를 시작해야 하고, 사회적 합의를 이루어 법률에 반영해야 한다. 따라서 현재 의회유보원칙이 결여된 국민건강보험법에 의회유보원칙을 적용하는 것은 건강보험의 보장성 문제를 해결하기 위한 과제이기도 하다.

〈표 2〉 2004년 개인의료비 규모 및 재원구성

	개인의료비규모	구성비
계	39.3 조	100.0 %
<b>공공재원</b>	<b>19.8 조</b>	<b>50.3 %</b>
정부재원	2.9 조	7.3 %
사회보장재원	19.9 조	43.0 %
<b>민간재원</b>	<b>19.5 조</b>	<b>49.7 %</b>
가계부담	17.0 조	43.3 %
민영보험	1.7 조	4.3 %
기타	0.8 조	2.1 %

주: 공공재원에는 의료급여에 대한 정부부담, 공중위생 및 예방사업, 보건행정비용 포함. 단 건강보험에 대한 정부지원은 사회보장재원에 포함. 사회보장재원에는 건강보험, 의료급여, 산재 등의 급여 및 보험행정관리비용 포함. 민영보험에는 민영보험회사 이외에 자동차보험도 포함. 기타에는 기업 내의 직업보건, 병원 시설자본투자 등 포함.

출처: 정형선, · 신봉구(2006: 40).

## 참고문헌

- 고영훈. 1993. “법률유보원칙의 이론과 실제”. 『판례월보』 271호: 9-14.
- 감신. 2005. “MRI (자기공명영상촬영) 보험급여 현황과 정책관계”. 『건강보험포럼』 겨울호: 14-23.
- 김향기. 1993. “의회유보와 행정유보”. 『고시연구』 12월호: 47-59.
- 송동수. 2006. “중요사항유보결과 의회유보와의 관계”. 『토지공법연구』 34: 99-119.
- 이신용. 2007. “민주주의가 사회복지정책에 미치는 영향: 한국의 결합 있는 민주주의를 중심으로”. 『한국사회복지학』 59(4): 137-162.
- 유원섭. 2005. “중증질환 보험급여 현황과 정책과제”. 『건강보험포럼』 겨울호: 24-44.
- 전광석. 2007. 『한국사회보장법론』, 서울: 법문사.
- 정순택. 2005. “정형외과 의사가 본 건강보험의 문제점과 개선 방안”. 『대한정형외과학회지』 40(3): 376-390.
- 정형선 · 신봉구. 2006. “건강보험급여율의 경시적 변화와 의료보장성의 국가간 차이”. 『사회보장연구』 12: 27-48.
- 조성규. 2005. “법치행정의 원리와 조례제정권의 관계”. 『공법연구』 33(3): 371-399.
- 최숙자 · 김정희 · 이상이. 2005. “국민건강보험 보장성 강화: 의미 · 계획 · 실제”. 『건강보험포럼』 겨울호: 2-13.
- Berg-Schlosser and Kersting Dirk, Norbert. 1997. “Warum weltweit Demokratisierung? Zur Leistungsbilanz demokratischer und autoritäre Regime”, in: Rolf Hanisch (Hrsg.), *Demokratieexport in die Länder des Südens?*, Hamburg, 93-143.
- Häberle, Peter. 1972. “Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat Numerus-clausus-Entscheidung.” *Die Öffentliche Verwaltung* 21, 729-740.
- Henke, Norbert. 1976. “Gedanken zum Vorbehalt des Gesetzes: Ein Beitrag aus sozialrechtlicher Sicht.” *AöR* 101(4), 576-613.

- Kloepfer, Michael. 1984. "Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel." *Juristen Zeitung* 39(15/16), 685-695.
- Korpi, Walter and Joakim Palme. 2003. "New Politics and Class Politics in the Context of Austerity and Globalization: Welfare State Regress in 18 Countries, 1975-1995", *American Political Science Review* 97(3), 425-446.
- Kretschmer, H. J., B. B. Maydell, and W. Schellhorn. 1996. *Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch-Allgemein Teil (GK-SGBI) 3.Auflage*, Luchterhand.
- Krück, Mirko and Wolfgang Merkel. 2004. "Soziale Gerechtigkeit und Demokratie", in: Aurel Croissant, Gero Erdmann und Friedbert W. Rüb (Hrsg.), *Wohlfahrtsstaatliche Politik in jungen Demokratien*, Wiesbaden, 85-110.
- Luhmann, Niklas. 1981. *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München u.a.
- Schmidt, Manfred G.. 2004. "Wohlfahrtsstaatliche Politik in jungen Demokratien", in: Aurel Croissant, Gero Erdmann und Friedbert W. Rüb (Hrsg.), *Wohlfahrtsstaatliche Politik in jungen Demokratien*, Wiesbaden, 43-64.
- Staupe, Jürgen. 1986. *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis: Zur "Wesentlichkeitstheorie" und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht*, Dunker and Humblot, Berlin.
- Stern, Klaus. 1984. *Staatsrecht I*, München.
- Wimmer, Raimund. 1999. "Grenzen der Regelungsbefugnis in der vertragsärztlichen Selbstverwaltung." *NZS* 3, 113-120.
- Zacher, Hans F.. 2001. "Grundlagen der Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland", in: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung und Bundsarchiv (Hrsg.), *Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945. Bd.1, Grundlagen der Sozialpolitik*, Baden-Baden, 333-684.

## National Health Insurance and the Responsibility of the Parliament

Lee, Shin Yong  
(Korea University)

While the constitutional states emerged in the period of the constitutional monarchies to protect freedom and property of citizens from a illegal trespass of monarchs, the passive role of the constitutional states to protect them was changed in the modern parliamentary democracy in which the state is to play an active role to realize the basic rights. Today the state giving chances and social benefits to citizens plays a very important role so that the people may to enjoy a free life as a citizen. In the modern parliamentary democracy the role of the state, therefore, is transformed form passive roles to active ones realizing the basic rights for citizens. The active role of the state to embody the basic rights asks the parliament to bear more the responsibility for making laws than ever before. In the modern welfare state social rights are also recognized as a basic right. In this sense the parliament should play a active role to realize the social rights. But the Korean parliament excessively turns over his legislative right on the basis of a delegated legislation to the Administration. It does not fulfill its responsibility for which the modern parliamentary democracy asks. To realize the social rights the Korean parliament should play a more active role.

Key words: social right, health insurance, Parlamentsvorbehalt, delegated legislation

[논문 접수일 : 2008. 03. 12    게재 확정일 : 2008. 07. 01 ]