

의료법 위반과 국민건강보험공단에 대한 민법상 불법행위책임

- 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다91262 판결,
2015. 5. 14. 선고 2012다72384 판결을 중심으로 -

이 동 필*

I. 논의의 배경

1. 국민건강보험공단의 의료기관에 대한 민법 제750조의 손해배상 소송의 전개
2. 의료법위반과 민법 제750조 불법행위책임의 성립문제

II. 사안의 개요

1. 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다91262 판결
2. 대법원 2015. 5. 14. 선고 2012다72384 판결

III. 민법 제750조 불법행위책임의 성립여부 검토

1. 국민건강보험법상 요양급여의 구조와 요양급여 실시의 주체
2. 민법 제750조의 성립요건과 성립여부

IV. 손해배상책임이 인정된다고 보는 경우 상계문제 검토

V. 결론

I. 논의의 배경

1. 국민건강보험공단의 의료기관에 대한 민법 제750조의 손해배상 소송의 전개

국민건강보험법상 의료기관(요양기관)이 건강보험환자(가입자)를 진료하

* 논문접수: 2015. 12. 7. * 심사개시: 2015. 12. 9. * 수정일: 2015. 12. 20. * 게재확정: 2015. 12. 28.

* 법무법인 의성 변호사.

면 그 진료비용(요양급여비용)을 건강보험심사평가원(이하 ‘심평원’이라 함)에 심사청구 하고, 심평원이 심사결과를 국민건강보험공단(이하 ‘공단’이라 함)에 통보하면 공단은 심사결과에 따라 진료비용(요양급여비용)을 의료기관(요양기관)에 지급한다. 의료기관(요양기관)이 요양급여를 실시할 때에는 보건복지부장관이 정하여 고시하는 요양급여기준에 따라야 하며, 이를 위반한 경우 공단은 건강보험심사평가원의 심사에 의거하여 해당 요양급여비용에 대해서 지급을 하지 아니하거나 이미 지급을 하였다고 하더라도 현행 국민건강보험법 제57조 제1항에 따라 사후에 요양급여기준을 위반한 요양급여 전액에 대하여 부당이득으로 환수조치를 할 수 있다. 그런데 의약분업의 실시에 따라 입원환자, 주사제 등 특별한 예외사유¹⁾를 제외하고는 의사는 원외처방전을 발행하고 건강보험환자(가입자)는 해당 병의원 밖의 약국에서 약을 조제받아야 하므로 이때 해당 진료의 진찰료, 처방료 등의 진료비(요양급여비용)는 진료를 한 의료기관이 공단으로부터 지급을 받게 되는 반면 해당 약제비(요양급여비용)는 약을 조제하여 환자에게 교부한 약국이 별도로 공단에 청구하여 지급을 받게 된다.

어떤 개인의원 원장이 환자를 진료함에 요양급여기준을 위반한 원외처방전을 발행하였는데 공단은 그 처방전에 따라 해당 약국에 지급한 약제비(요양급여비용) 전액을 구 국민건강보험법 제52조(현행법 제57조)에 따라 의료기관에 환수처분을 하였다. 이에 해당 의료기관이 행정소송을 제기하여 다투었는데, 법원은 해당 약제비는 약국에 지급되었을 뿐 의료기관이 지급받은 것이 아니므로 국민건강보험법상 의료기관에 대하여 약제비를 환수처분 할 법적 근거가 없다는 논지로 공단의 처분을 취소하였다. 같은 논지의 판결이 이어졌고 다른 개인의원 원장이 약제비 환수처분에 대한 소송에서 승소판결을 받은 후 공단을 상대로 부당이득반환소송을 제기하자 공단은 요양급여기준을 위반한 원외처방전을 발행하여 약제비 지급이 되도록 한 의사의 행위는 민법 제750조²⁾

1) 약사법 제23조 제4항.

2) 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는

의 불법행위에 해당한다고 하여 환수한 약제비의 반환을 거부하였는데, 이와 관련하여 대법원은 의료기관이 요양급여기준을 벗어나 원외처방전을 발행함으로써 공단으로 하여금 약국에 약제비를 지급하게 한 것은 공단에 대한 민법 제750조의 불법행위에 해당한다는 판결을 하였다.³⁾

2. 의료법위반과 민법 제750조 불법행위책임의 성립문제

위 대법원 판결 이후 같은 논지의 판결이 이어지자, 공단은 의료기관을 개설한 의사가 매주 일정한 요일에 그 의료기관에 소속되지 않은 다른 의사로 하여금 환자를 진료하도록 하고 의료기관 개설자 본인의 이름으로 원외처방전을 발행하도록 함으로써 의료법 제33조 제1항⁴⁾, 제17조 제1항⁵⁾을 위반한 것 역시 공단에 대한 민법 제750조의 불법행위에 해당한다고 하여 손해배상소송을 제기하였고, 의료기관 개설자가 될 수 없는 자가 의료기관을 개설하고 고용된 의사로 하여금 진료를 하게 하여(의료법 제33조 제2항⁶⁾ 위반) 요양급여비용

그 손해를 배상할 책임이 있다.

- 3) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2009다78214 판결. 다만, 의료기관이 요양급여기준을 위반하게 된 경우나 동기 등을 참작하여 손해배상책임을 제한해야 한다고 판시하였다.
- 4) 의료법 제33조(개설 등) ① 의료인은 이 법에 따른 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 할 수 없으며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 외에는 그 의료기관 내에서 의료업을 하여야 한다(이하 생략).
- 5) 의료법 제17조(진단서 등) ① 의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안(檢案)한 의사[이하 이 항에서는 검안서에 한하여 검시(檢屍)업무를 담당하는 국가기관에 종사하는 의사를 포함한다], 치과의사, 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전[의사나 치과의사가 「전자서명법」에 따른 전자서명이 기재된 전자문서 형태로 작성한 처방전(이하 “전자처방전”이라 한다)을 포함한다. 이하 같다]을 작성하여 환자(환자가 사망한 경우에는 배우자, 직계존비속 또는 배우자의 직계존속을 말한다) 또는 「형사소송법」 제222조제1항에 따라 검시(檢屍)를 하는 지방검찰청검사(검안서에 한한다)에게 교부하거나 발송(전자처방전에 한한다)하지 못한다. 다만, 진료 중이던 환자가 최종 진료 시부터 48시간 이내에 사망한 경우에는 다시 진료하지 아니하더라도 진단서나 증명서를 내출 수 있으며, 환자 또는 사망자를 직접 진찰하거나 검안한 의사·치과의사 또는 한의사가 부득이한 사유로 진단서·검안서 또는 증명서를 내출 수 없으면 같은 의료기관에 종사하는 다른 의사·치과의사 또는 한의사가 환자의 진료기록부 등에 따라 내출 수 있다.
- 6) 의료법 제33조 제2항 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 아니면 의료기관을 개설할 수 없다. 이 경우 의사는 종합병원·병원·요양병원 또는 의원, 치과의사는 치과병원 또는 치과의원을, 한의사는 한방병원·요양병원 또는 한의원을, 조산사는 조산원만을 개설할 수 있다.

을 청구한 것 역시 민법 제750조의 불법행위에 해당한다고 하여 손해배상소송을 제기하였는데, 두 사건 모두 대법원은 공단의 주장을 받아들여 의사의 민법상 불법행위책임을 인정하였다.

국민건강보험법상 요양급여기준을 위반하여 원외처방전을 발행한 행위의 위법성에 대해 논란이 있지만 대법원은 같은 내용의 다른 모든 요양급여기준 위반 원외처방전 발행 사안에 대해 위와 같이 민법 제750조의 위법성과 공단의 손해를 일관되게 인정하고 있는데,⁷⁾ 이는 보건복지부가 요양급여기준을 정하고 그 기준에 합당한 경우만 요양급여비용을 지급하는 것으로 정한 것이어서 그 기준을 벗어난 경우에는 요양급여비용을 당연히 받을 수 없음에도 해당 요양기관이 이를 받았으므로 공단에 대한 손해배상책임을 쉽게 인정할 수 있었을 것으로 생각된다. 하지만 이와 달리 의료기관 개설자가 아닌 의사가 요양급여기준에 맞게 처방을 한 것이나 비록 의료기관을 개설할 자격이 없는 자가 개설하였더라도 의사에 의해 요양급여기준에 맞게 요양급여가 이루어진 경우는 요양급여기준을 위반한 원외처방전 발행 사건과는 다른 성격의 의료법 위반 사안으로서 과연 국민건강보험의 재정과는 다른 국민의료 행정의 정책목적 달성을 위해 마련된 의료법 위반이 공단에 대한 민법 제750조의 손해배상 책임이 인정될 수 있는지 의문이 있어 이를 검토하고자 한다.⁸⁾

-
1. 의사, 치과 의사, 한의사 또는 조산사
 2. 국가나 지방자치단체
 3. 의료업을 목적으로 설립된 법인(이하 “의료법인”이라 한다)
 4. 「민법」이나 특별법에 따라 설립된 비영리법인
 5. 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 준정부기관, 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」에 따른 지방의료원, 「한국보훈복지의료공단법」에 따른 한국보훈복지의료공단.
 - 7) 요양급여기준을 벗어난 원외처방전 발행에 대하여 불법행위책임을 인정한 대법원 판결에 대한 비판은 현두륜, 『의료법학』, 제15권 제1호, 123~164면 참조.
 - 8) 아래 대법원 사안들은 국민건강보험공단, 의사, 환자 사이의 계약법리에 따라 법률관계를 논의할 수도 있으나, 이번 검토에서는 판례에서 쟁점이 된 불법행위책임만 논의하기로 한다.

II. 사안의 개요

1. 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다91262 판결⁹⁾

가. 사안의 개요 및 원심의 판단

A의사는 A안과의원을 개설, 운영하던 중 2004. 10.경부터 2007. 3.경까지 사이에 이미 다른 B안과의원을 개설, 운영하고 있던 B의사로 하여금 매주 수요일에 A안과의원으로 방문하여 백내장 수술 등과 외래진료를 시행하도록 하였고, 환자들에게 A의사 명의로 원외처방전을 발행하도록 하였다. 이에 공단은 A의사가 의료법 제33조 제1항(의료인은 개설한 의료기관 내에서 의료업을 해야 함), 제17조 제1항(직접 진찰한 의사가 진단서, 검안서, 증명서 또는 처방전을 발행, 교부해야 함)을 위반하는 원외처방전을 발행하도록 함으로써 공단이 약국에 약제비로 3,200여만 원을 지급하였고, 환자들이 약국에 약제비 본인부담금으로 1,100여만 원을 부담하여 함께 4,300여만 원의 약제비 손해가 발생하였음을 이유로 민법 제750조에 따라 A의사에게 4,300여만 원의 손해배상을 청구하였다. 이에 원심은 환자들이 부담한 본인부담금 1,100여만 원을 제외한 공단 부담금 3,200여만 원을 공단에 배상하라는 판결을 하였다.¹⁰⁾

나. 대법원의 판단

대법원은 “A의사가 의료법을 위반하여 원외처방전을 작성, 발행하도록 한 것은 구 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호에서 규정하는 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험자에게 요양급여비용을 부담하게 한’ 행위로서 국민건강보험법에 의하지 아니한 요양급여비용을 부담할 의무가 없는 보험자로 하여금 요양급여비용을 지출케 한 것은 민법 제750조에서 정한 ‘위법행위’ 해당한다.”고 판시하고, 원외처방전을 발급한 의사의 명의가 달라진다고 하더라도 약

9) 이하 편의상 “안과 출장진료 사건”이라 칭함.

10) 의정부지방법원 2012나52 판결.

국에 지급하는 공단의 부담금이 달라지는 것이 아니므로 손해가 없다는 A의사 측의 주장에 대하여 “다른 의사가 진료하고 발급하는 원외처방전이 이 사건 원외처방전과 같다고 단정할 수 없고, 위법한 원외처방전 발행에 의해 요양급여비용을 부담할 의무가 없는 공단으로 하여금 요양급여비용을 부담하게 한 것은 그 지출에 의하여 이미 손해가 발생되었다. 따라서 이 사건 환자들이 다른 의료기관 등으로부터 정당하게 진료를 받았을 경우 부담하였을 것으로 예상될 수 있는 요양급여비용의 지출은 책임제한 등의 요소로 고려함은 별론으로 하고 불법행위로 인한 손해가 부정된다고 할 수 없다”고 판시하여 A의사의 주장을 배척하였다. 다만 이 사건 원외처방전이 의학적 타당성과 안전성을 갖추지 못하였다고 볼 만한 사정이 없고 이 경우 공단은 다른 의료기관의 유효한 원외처방전에 의해 요양급여를 지급할 수밖에 없었을 것으로 보이는 점, 이 사건 원외처방전의 발행으로 A의사가 특별히 얻은 경제적 이익은 없어 보이는 점 등을 감안하여 책임제한을 해야 한다는 취지로 원심을 파기환송 하였다.

2. 대법원 2015. 5. 14. 선고 2012다72384 판결¹¹⁾

가. 사안의 개요 및 원심의 판단

C의사는 비의료인인 D로 하여금 C의사 명의를 이용하도록 하고, C의사가 임대차계약을 체결한 것처럼 가장하는 방법으로 D의 의료기관 개설행위에 가담하고, D는 C의사를 고용하여 C의원을 개설하고 C의사로 하여금 진료행위를 하게 한 뒤 공단에 요양급여비용을 청구하여 공단은 합계 5억 1천만 원 상당을 요양급여비용으로 C의원에 지급하였다. 이에 대하여 공단이 C의사 및 D에 대하여 민법 제750조에 의한 손해배상청구를 하자, C의사 및 D는 “C의사의 진료 행위 자체는 면허가 있는 의사에 의해 정상적으로 이루어졌기 때문에 의사와 환자와의 진료계약은 유효하므로 C의사가 공단으로부터 요양급여비용을 지

11) 이하 편의상 “사무장병원 사건”이라 칭함.

급받는 것을 위법한 행위로 볼 수 없고, 공단이 요양급여비용을 지급하였다고 하더라도 공단의 손해라고 볼 수 없다. 공단이 국민건강보험법 규정에 따른 부당이득환수조치를 취하는 것과 별도로 손해배상을 구할 수 없고, 손해배상을 구할 수 있다고 하더라도 정당한 방법으로 청구하였더라면 지급되었을 금액을 제외한 나머지 금액만이 손해이므로 실제로 치료가 이루어진 부분까지 손해배상으로 청구하는 것은 부당하다”는 취지로 주장하였다.¹²⁾

이에 대하여 원심 법원은 “의료법을 위반하여 의료기관을 개설한 경우 국민건강보험법상 요양급여비용을 청구할 수 없음에도 이를 지급받았으므로 위법하고, 이러한 위법행위로 인하여 공단이 지급의무 없는 요양급여비용을 지출한 이상, 공단에게 그 요양비용 상당의 손해를 입게 한 것이며, 설사 의사와 환자 사이의 치료계약이 유효한 것으로 볼 수 있다고 하더라도 공단에 대한 관계에서는 불법행위가 성립한다. 이와 같이 C, D가 공단에게 지급의무 없는 요양급여비용을 지출하게 한 손해를 입게 한 이상 C, D가 배상해야 할 손해는 공단이 지출한 요양급여비용 전액이다”라고 판시하고, C, D의 손해배상범위(상계) 주장에 대해서도 “정당한 방법으로 청구하였더라면 지급되었을 금액을 공제 또는 상계 하려면 공단이 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 새로운 이득을 얻었을 뿐만 아니라 그 이득이 배상의무자가 배상하여야 할 손해의 범위에 대응하는 것이어야 하는바, 이러한 점에 아무런 자료가 없다”고 하여 이를 배척하였다.¹³⁾

나. 대법원의 판단

대법원은 “의료법이 의료기관 개설자격을 한정하고 의료인이 의료기관을 개설할 수 없는 자에게 고용되어 의료행위를 한 경우 면허자격의 정지사유로

12) 공단이 손해배상청구와 부당이득반환청구를 선택적으로 주장하여 C의사 및 D도 부당이득반환에 대한 반박주장을 하였지만 원심 법원이 손해배상청구를 받아들이고 부당이득반환청구에 대해 별도로 판단을 하지 않았으므로 부당이득반환청구와 관련된 주장은 생략하였다.

13) 광주고등법원 2011나6525 판결.

정하는 등 의료기관의 개설자격이 없는 자가 의료기관을 개설하는 것을 엄격히 금지하고 있고, 이를 위반한 경우 형사처벌을 하도록 정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의 건강을 보호·증진하는 데 기여하도록 하며 국민건강보험법은 의료법에 의하여 개설된 의료기관에서 요양급여를 행하도록 정하고 있으므로, 의료기관의 개설자가 될 수 없는 자가 의사를 고용하여 의료기관을 개설한 후 그 고용된 의사로 하여금 진료행위를 하게 한 뒤 공단에게 요양급여대상에 포함되지 아니하는 요양급여비용을 청구하여 이를 지급받는 경우, 이는 보험자인 공단으로 하여금 요양급여대상이 아닌 진료행위에 대하여 요양급여비용을 지급하도록 하는 손해를 발생시키는 행위로서, 국가가 헌법상 국민의 보건에 관한 보호의무를 실현하기 위하여 사회보험 원리에 기초하여 요양급여대상을 법정하고 이에 맞추어 보험재정을 형성한 국민건강보험 체계나 질서에 손상을 가하는 행위이므로 보험자에 대한 관계에서는 민법 제750조의 위법행위에 해당한다.”고 판시하였으며 아울러 손해배상의 범위 주장에 대해서도 원심의 판단을 그대로 인정하여 C, D의 상고를 기각하였다.

III. 민법 제750조 불법행위책임의 성립여부 검토

1. 국민건강보험법상 요양급여의 구조와 요양급여 실시의 주체

의료법위반을 한 행위가 국민건강보험공단에 대한 불법행위책임이 성립되는지에 대한 논의를 하기 위하여 먼저 국민건강보험법 제도에서 요양급여를 실시하는 궁극적 주체(실시의무자)에 대해 살펴본다.

가. 요양급여의 구조

국민건강보험법에서 정하는 보험급여의 종류에는 ① 가입자(및 피부양자)의 질병, 부상, 출산 등에 대해 진료, 투약, 간호, 이송 등을 실시하는 요양급여

(법 제41조), ② 요양기관과 비슷한 기능을 하는 기관에서 질병, 부상, 출산 등에 대하여 요양을 받거나 요양기관이 아닌 장소에서 출산한 경우 그 요양급여에 상당하는 금액을 지급해주는 요양비(법 제49조), ③ 임신, 출산에 대해 요양급여 외에 추가로 일정 금액을 지급하는 부가급여, ④ 장애인인 가입자(및 피부양자)에게 보장구에 대해 보험급여를 하는 장애인에 대한 특례(법 제51조), ⑤ 공단에서 실시하는 건강검진 등이 있다.

국민건강보험법 중 요양급여와 관련된 규정을 보면, 가입자 및 피부양자의 질병, 부상, 출산 등에 대하여 진찰·검사, 약제·치료재료의 지급, 처치·수술 및 그 밖의 치료, 예방·재활, 입원, 간호, 이송 등의 요양급여를 실시하며(법 제41조), 이러한 ‘요양급여’는 당연지정제(법 제42조)에 따라 공단과 계약이 사실상 강제되는 요양기관(의료법에 따라 개설된 의료기관, 약사법에 따라 등록된 약국, 약사법 제91조에 따라 설립된 한국회귀의약품센터, 지역보건법에 따른 보건소·보건의료원 및 보건지소, 농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법에 따라 설치된 보건진료소)에서 실시하고(법 제42조, 제45조 제2항), 이때 요양기관들은 정당한 이유 없이 요양급여를 거부하지 못하도록 규정하고 있다(법 제42조 제5항).

나. 요양급여 실시의 주체

일반 사보험에서는 피보험자가 요양기관으로부터 의료서비스를 제공받은 후 그 비용을 피보험자 본인이 직접 요양기관에 지급하고 사후에 보험자로부터 비용보상을 받는 구조를 취한다. 이러한 경우는 의료서비스의 제공주체는 요양기관이며 보험자는 비용을 지급하는 지위에 있을 뿐이다. 반면 국민건강보험에서는 요양급여를 제공하는 요양기관이 보험자인 공단과 독립적으로 분리되어 있으면서도 공단과 요양기관 사이의 사실상의 강제적 위탁계약에 따라 요양기관이 가입자에 대하여 미리 정해진 급여기준에 따라 의료서비스를 제공하고 그 비용을 공단으로부터 지급받으므로 요양급여를 실시할 의무의 주체가

공단인지, 요양기관인지 애매할 수 있다.

국민건강보험법상 요양급여의 종류인 요양비,¹⁴⁾ 부가급여,¹⁵⁾ 장애인에 대한 특례,¹⁶⁾ 건강검진¹⁷⁾의 각 조항에서는 “공단은~”이라는 형태로 규정되어 제공주체를 명시하고 있는 반면, 요양급여 부분에서는 법 제41,¹⁸⁾ 42조¹⁹⁾에서 요양급여를 누가 제공하는 것인지에 대해 주어가 명시되어 있지 않다. 하지만 국민건강보험은 헌법 제36조 제3항에 따라 국민의 보건에 관한 국가의 보호를 구현하기 위한 사회보험으로서 이를 실시하기 위해 국민건강보험법이 제정되었는데, 국민건강보험법은 국민보건 향상과 사회보장 증진에 이바지하는 목적을 달성하기 위하여 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 ‘보험급여’를 실시하며(법 제1조), 건강보험 사업은 보건복지부장관이 맡아 주관하는 것으로 규정하여(법 제2조) ‘보험급여 실시’의 주체가 국가임을 명시하고 있으며, 이를 실시하기 위하여 공단을 설치하고 건강보험사업을 공단에 위임한 점(법 제13조), 국민건강보험법에서 정하는 보험급여의 종류에는 요양기관에서 행하는 요양급여(법 제41조) 외에

- 14) 제49조(요양비) ① 공단은 가입자나 피부양자가 보건복지부령으로 정하는 긴급하거나 그 밖의 부득이한 사유로 요양기관과 비슷한 기능을 하는 기관으로서 보건복지부령으로 정하는 기관(제98조제1항에 따라 업무정지 기간 중인 요양기관을 포함한다)에서 질병·부상·출산 등에 대하여 요양을 받거나 요양기관이 아닌 장소에서 출산한 경우에는 그 요양급여에 상당하는 금액을 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 가입자나 피부양자에게 요양비로 지급한다.
- 15) 제50조(부가급여) 공단은 이 법에서 정한 요양급여 외에 대통령령으로 정하는 바에 따라 임신·출산 진료비, 장제비, 상병수당, 그 밖의 급여를 실시할 수 있다.
- 16) 제51조(장애인에 대한 특례) ① 공단은 「장애인복지법」에 따라 등록된 장애인인 가입자 및 피부양자에게는 보장구(補裝具)에 대하여 보험급여를 할 수 있다.
- 17) 제52조(건강검진) ① 공단은 가입자와 피부양자에 대하여 질병의 조기 발견과 그에 따른 요양급여를 하기 위하여 건강검진을 실시한다.
- 18) 제41조(요양급여) ① 가입자와 피부양자의 질병, 부상, 출산 등에 대하여 다음 각 호의 요양급여를 실시한다.
1. 진찰·검사, 2. 약제(藥劑)·치료재료의 지급, 3. 처치·수술 및 그 밖의 치료, 4. 예방·재활, 5. 입원, 6. 간호, 7. 이송(移送).
- 19) 제42조(요양기관) ① 요양급여(간호와 이송은 제외한다)는 다음 각 호의 요양기관에서 실시한다. 이 경우 보건복지부장관은 공익이나 국가정책에 비추어 요양기관으로 적합하지 아니한 대통령령으로 정하는 의료기관 등은 요양기관에서 제외할 수 있다.

도 요양비(법 제49조), 부가급여(법 제50조), 건강검진(법 제52조) 등이 있으며 모두 법 제4장 ‘보험급여’장에 규정하고 있고 요양급여를 제외하고는 모두 공단이 실시하는 것으로 명시하고 있는 점, 법 50조(부가급여) 규정에는 “공단은 이 법에서 정한 요양급여 외에 대통령령으로 정하는 바에 따라 임신, 출산 진료비, 장제비, 상병수당, 그 밖의 급여를 실시할 수 있다”라고 규정하고 있어 요양급여를 당연히 공단이 실시하는 것을 전제로 규정하고 있는 점, 이때 ‘요양급여 외에’의 의미는 요양급여를 제외한다는 뜻이 아니라 당연히 요양급여를 포함한다는 의미라는 점, 공단과 요양기관 사이의 계약은 사실상 강제되고 의료기관, 약국, 보건소 등 가입자에 대해 요양급여를 실시하는 요양기관은 정당한 사유 없이 요양급여를 거부하지 못하도록 강제하고(법 제42조 제5항) 이를 위반한 경우 의료법과 별도로 국민건강보험법에 처벌규정을 두고 있는 점(법 제117조), 요양기관은 요양급여를 실시함에 있어 보건복지부장관이 정하는 요양급여의 방법, 절차, 범위, 상한 등의 기준에 따라야 하고 이를 위반하여 요양급여비용을 공단으로부터 받은 경우 이는 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여비용을 받은 것으로 보아 요양기관이 지급한 해당 보험급여비용을 부당이득으로 징수하고 있는데, 부당이득 징수의 범위는 민법상 부당이득 반환청구권과는 달리 의료기관에게 실제로 어느 정도의 이득이 발생하였는지를 불문하고 공단이 지급했던 보험급여비용 전액을 징수하고 있을 뿐 아니라(법 제41조 제2항, 법 제57조) 해당 요양기관에 대하여 보건복지부장관이 정한 기준에 따라 1년 이내의 범위에서 업무정지처분을 하고 있는 점(법 제98조), 공단은 고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위에 그 원인이 있는 등 일정 사유가 있을 경우 요양급여를 포함한 보험급여를 중단할 권한이 있는 점(법 제53조), 법 58조(구상권) 규정에는 “공단은 제3자의 행위로 보험급여 사유가 생겨 가입자 또는 피부양자에게 보험급여를 한 경우에는 그 급여에 들어간 비용 한도에서 제3자에게 손해배상을 청구할 권리를 얻는다”라고 규정하고 있으며, 대법원도 ‘요양급여’의 성질과 관련하여 원칙적으로 요양기관에 의하여 질병 또는 부상이 치유되기까지 요양케 하는 ‘현물급여’의 형태로 이루어지는 것

이며, (요양기관이 요양급여비용을 지급받았을 때가 아니라) 피보험자가 요양기관에서 치료를 받았을 때 현실적으로 보험급여가 이루어지고, 공단은 현실적으로 보험급여가 이루어진 때에 그 보험급여의 한도 내에서 제3자에 대한 구상권을 취득하는 것으로 해석하고 있는 점(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012다39103 판결, 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다46046 판결, 대법원 2005. 1. 14. 선고 2004다59249 판결, 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다82633, 82640 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010다7294 판결 등) 등을 종합하여 볼 때, 요양기관의 의료서비스의 제공이라는 단면을 본다면 그 제공주체는 의료기관으로 볼 수 있더라도, 국민건강보험법 체계상 요양급여를 제공하는 주체는 공단이며,²⁰⁾²¹⁾ 따라서 가입자가 의료기관을 방문하여 진료(=현물급여)를 요청하는 경우 이를 제공해야 할 궁극적 의무자는 공단이다.

2. 민법 제750조의 성립요건과 성립여부

민법 제750조에서 규정한 불법행위가 성립하려면 가해자의 고의 또는 과실, 위법성, 손해의 발생, 가해자의 위법한 행위와 손해 사이의 인과관계가 인정되어야 한다. 이하에서는 가해자의 고의, 과실이나 인과관계에 대한 논의는 쟁점이 아니어서 생략하고 대상 판결에서 논란이 될 수 있는 위법성과 손해의 발생에 대하여 논의하고자 한다.

가. 위법성에 대한 해석

위법이란 단순하게는 법 내지 법질서 위반을 의미한다. 그러나 민법 제750조의 해석에 있어 실정법규 위반을 위법이라고 단정 짓는 형식적 위법성론에 따른다면 법령에 규정되지 않은 반사회적 행위로 타인에게 손해를 가하는 행

20) 석희태, “의료계약”, 『사법행정』, 제29권 제9호 참조.

21) 전광석, “국민건강보험의 법률관계 -헌법적 접근의 가능성-”, 『의료법학』, 제2권 제1호 참조.

위를 포괄하지 못하므로 사회의 공동생활을 실질적으로 해하는 것을 위법이라고 보는 실질적 위법성론과 함께 고찰하여야 한다. 대법원 역시 “불법행위 성립요건으로서의 위법성은 관련 행위 전체를 일체로만 판단하여 결정하여야 하는 것은 아니고, 문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 한다.”(대법원 2003.06.27. 선고 2001다734 판결, 대법원 2001. 2. 9. 선고 99다55434 판결 등)고 하여, “증권회사의 임직원이 강행규정에 위반한 투자수의 보장으로 투자를 권유하였으나 그 결과 손실을 본 경우에 투자자에 대한 불법행위책임이 성립하기 위하여는 거래 경위와 거래 방법, 고객의 투자 상황, 거래의 위험도 및 이에 관한 설명의 정도 등을 종합적으로 고려한 후 당해 권유행위가 경험이 부족한 일반 투자자에게 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식 형성을 방해하거나, 고객의 투자 상황에 비추어 과도한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가될 수 있어야 한다.”(대법원 1999.06.11. 선고 97다58477 판결, 대법원 1994. 1. 11. 선고 93다26205 판결, 1996. 8. 23. 선고 94다38199 판결 등)고 하였고, 사업자의 행위가 경쟁 사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위에 해당하는 개별 사안에서 “그 고객 유인행위의 위법성을 판단함에 있어서는 이로 인하여 사업자와 경쟁 사업자 상품 간의 가격 등 비교를 통한 소비자의 합리적인 선택이 저해되는지 여부, 해당 업계 사업자 간의 공정한 경쟁질서가 저해되는지 여부와 함께 사업자가 제공하는 경제적 이익의 정도, 그 제공의 방법, 제공기간, 이익 제공이 계속적·반복적인지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다.”(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013다212066 판결)고 판시하였다.

나. 대상 판례에서의 위법성이 존재하는지 여부

(1) 안과 출장진료 사건

안과 출장진료 사건에서 대법원은 “의료법을 위반하여 진료를 한 것은 구 국

민건강보험법 제85조 제1항 제1호에서 규정하는 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험자에게 요양급여비용을 부담하게 한’ 행위로서 국민건강보험법에 의하지 아니한 요양급여비용을 부담할 의무가 없는 보험자로 하여금 요양급여비용을 지출케 한 것은 민법 제750조에서 정한 ‘위법행위’ 해당한다.”고 판시하였다. 이는 대법원이 국민건강보험법상 요양급여를 받을 수 있는 적법한 진료행위는 의료법 등 관계법령을 준수할 것을 전제로 하므로 이러한 전제를 충족하지 못한 진료행위는 모두 부당한 방법에 해당한다고 판단하는 태도로 보인다.

어떠한 내용이든 일단 의료법을 위반하여 요양급여를 행한 것을 ‘부당한 방법으로 요양급여를 한 것’으로 포섭하여 공단이 해당 요양급여비용을 지급하지 않아도 되는데, 의사가 이를 지급받았다는 것으로 해석하자면 ‘요양급여비용 지급으로 인한 공단재산 감소’라는 법익침해의 측면에서는 일응 민법 제750조의 위법성 요건이 충족되었다고 볼 수도 있다.

그러나 적법하게 개설된 의료기관에서 개별적 진료를 함에 있어 어떠한 의료법 위반행위든 불문하고 국민건강보험법에서 정하는 ‘부당한 방법’으로 포섭하여 민법 제750조의 위법성을 인정하는 것에는 동의하기 어렵다. 국민건강보험법은 국민건강보험제도의 운용에 필요한 사항을 규율하기 위한 법이어서 그 입법목적이 의료법의 입법목적과 다르다. 의사가 개설한 의료기관을 벗어나 진료를 하지 못하도록 한 것은 개설된 의료기관의 유지, 관리가 형해화 되는 것을 방지하여 의료질서를 바로잡기 위한 것으로 보이며, 국민건강보험 재정유지라는 목적달성을 위해 마련한 규정이라고 볼 수 없다. 구체적으로는 구 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호는 부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 의료기관에 대해 직접적으로 그 비용을 환수를 하는 행정처분을 규정한 것이 아니고, 부당한 방법에 의해 요양급여비용을 부담하게 한 의료기관에 대하여 행정적 제재인 업무정지처분을 함으로써 간접적으로 건강보험재정의 건전성을 확보하려는 행정목적 달성을 위한 규정인데, 면허를 가진 의사가 보건복지부가 정한 요양급여기준에 맞게 환자를 진료하였음에도 단지 출장진료라는

의료법 위반행위를 하였다고 하여 이를 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호의 부당한 방법에 포섭시켜 민법 제750조의 불법행위책임에서의 위법성까지 인정하는 것은 타당하지 않다.

따라서 건강보험재정을 직접 해치는 행위(예를 들어 요양급여 기준 초과, 비급여 대상 진료 후 요양급여비용청구, 요양급여비용 산정방법 위반 등)에 대해서는 구 건강보험법 제85조 제1항 제1호의 '부당한 방법'으로 요양급여비용을 지출케 한 행위로 보아 민법 제750조의 위법성에 포섭시키는 것은 수긍이 되더라도, 적법하게 개설된 요양기관에서 적법한 면허를 가진 의사에 의해 진료료가 되었고, 요양급여기준을 위반하거나 이를 잠탈한 행위를 전혀 하지 않았으나 오로지 의료법 위반(개설지를 벗어난 의료행위 및 직접 진찰하지 않은 의사명의로 처방전 발행)행위를 한 것을 (의료법에 따른 처벌이나 행정처분을 넘어) 구 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호의 '부당한 방법'에 포함시켜 공단이 지급할 의무가 없는 요양급여비용으로 해석하는 것은 지나친 확대해석이라고 생각한다. 물론 우리나라 법원은 어떠한 의료관련 법령이라도 이를 위반하여 요양급여를 제공하는 일체의 행위를 '부당한 방법'에 포섭시키는 해석을 하고 있지만, 이런 논리라면 예를 들어 입원환자의 안전에 중요한 화재예방 설비를 법령에 규정한 대로 완벽하게 갖추지 않음으로써 소방기본법을 위반한 병원건물에서 입원환자를 진료하고 공단에 입원비(요양급여비용)를 청구하여 받은 것까지 '부당한 방법'으로 요양급여비용을 지급케 하여 보험재정을 잠탈하는 것으로 확대해석하여 모두 공단에 대한 민사상 불법행위 책임을 인정하는 것도 얼마든지 가능할 수도 있을 것이다.

(2) 사무장병원 사건

사무장병원 사건에서는 안과 출장진료 사건과 달리 의료법에 따라 적법하게 개설되지 않은 요양기관에서 요양급여가 이루어졌는데, 이러한 경우 해당 요양기관은 의료법을 위반함으로써 공단이 환자들에게 부담하는 요양급여(현물급여)를 대행할 수 있는 자격도 없고 요양급여비용을 공단에 청구할 자

격도 없다. 따라서 애당초 요양급여를 행할 자격, 요양급여비용을 청구할 자격 자체가 없는 사무장병원이 환자 진료에 따른 요양급여비용을 공단으로부터 지급받은 것은 공단의 재산에 대한 법익침해를 한 것으로 민법 제750조의 위법성을 갖추었다고 볼 수 있다.

다. 대상 판례에서의 구체적 손해가 존재하는지 여부

민법 제750조의 불법행위책임이 성립하려면 위법성뿐 아니라 피해자의 재산적 손해가 현실적, 구체적으로 존재하여야 한다. 이때 손해란 재산법익에 관하여 받은 불이익으로서 가해원인이 없었더라면 존재하였을 이익상태와 가해가 있는 현재의 이익상태의 차이가 손해라고 보는 차액설이 통설이다.

(1) 안과 출장진료 사건의 경우

안과 출장진료 사건에서 B의사는 자기 명의로 의원이 개설되어 있으면서 A의사의 요청에 따라 A의사가 개설한 안과의원에서 매주 일정한 요일에 백내장 환자를 진료하고 A의사 명의로 원외처방전을 발행하였다. 이를 국민건강보험법에 따라 해석하면, 환자들은 의료법에 따라 개설된 의료기관(=요양기관)에 내원하여 진료를 요청하였으며, 이러한 경우 공단은 환자들에 대하여 요양급여(현물급여)를 행할 채무를 부담하며, 공단의 위탁을 받은 A의원은 환자들에 대하여 요양급여(현물급여)를 한다. 그 과정에 비록 A의원 측이 환자 진료와 처방전 발행과정에 의료법 규정을 위반하였지만 A의원에서 진료를 한 B의사는 보건복지부장관의 면허를 받은 의사이며, B의사가 국민건강보험법과 보건복지부장관의 고시에서 정한 요양급여 기준에 따라 진료를 함으로써(=현물급여를 행함) 공단은 해당 환자들이 요청하여 부담하게 된 요양급여(현물급여)의 채무를 면하는 이득을 얻게 되었다. 따라서 공단이 그 비용을 지급하였다고 하더라도 공단 전체의 재산으로 볼 때 금전이 지급된 만큼 요양급여 채무를 면하였으므로 실질적으로는 의료법 위반 전, 후의 공단의 재산상태에 차이가

없이 손해가 없는 셈이 되어 민법 제750조의 불법행위책임의 요건사실이 결여되어 있다.

안과 출장진료 사건에서 대법원이 민법 제750조의 불법행위책임 성립을 인정한 것은 공단의 채무가 요양급여를 행할 채무이고 A의료기관에서 요양급여를 행함으로써 공단이 환자들에게 요양급여(현물급여)를 해 주어야 할 채무를 면하였다는 점은 고려하지 않고 국민건강보험법 제85조 제1항에 따라 요양기관에 대하여 지급할 필요 없는 요양급여비용을 지급한 것만을 평가한 것에 기인한다.

잘못 지출된 요양급여비용을 회수하여 원래 있어야 할 재산상태로 회복시키는 것은 국민건강보험법 제57조의 부당이득징수, 즉 보험재정을 유지하기 위한 행정목적 달성을 위한 법리로서 공단이 면하게 된 요양급여 채무를 고려하지 않은 것이므로 전체로서의 민사상 손해의 개념과 구별하여야 한다. 대법원의 논지대로 하면 결국 공단은 요양급여 채무를 면하는 이득을 얻었음에도 요양급여비용을 다시 회수함으로써 2중의 이득을 얻게 되며, A의료기관은 별도의 행정법규 위반에 따른 처분은 별론으로 하고 민법상으로 평가하자면 공단으로부터 받지도 않았던 약제비를 공단에 지급해야 하는 손해만 받게 된 것이다. 결국 대법원의 논지는 행정목적 달성을 위한 국민건강보험법 규정을 민법 제750조 불법행위로 역지로 포섭시킴으로써 민법 제750조의 이념에 반하는 결과를 초래하게 되었다.

한편, 대법원은 환자들이 A의료기관이 아닌 다른 의료기관에서 진료를 받았다고 하더라도 공단으로서는 같은 약제비를 지출하게 될 것이므로 A의료기관에서의 진료에 기인한 공단의 손해가 없다는 취지의 주장에 대해서 “A의료기관이 아닌 다른 의료기관에서 진료하고 발급하는 원외처방전이 B의사의 원외약제처방과 같다고 단정할 수 없고, 다른 의료기관에서 정당하게 진료를 받았을 경우 부담하였을 것으로 예상되는 요양급여비용 지출은 책임제한 요소로 고려할 수 있을 뿐 불법행위로 인한 손해가 부정될 수 없다”는 취지로 판시하였다. 그러나 이러한 판단 역시 공단의 주된 채무는 요양급여(현물급여)를 행

하는 것인데, 요양급여를 행하여 채무를 면한 것과 차후에 공단이 요양급여비용을 지급하는 것을 구별하지 못한 것에 기인한 것으로 생각된다.

공단이 지급한 요양급여비용의 측면에서 고찰하더라도, 설령 환자들이 A의원이 아닌 다른 의료기관에서 진료를 받았다고 하더라도 공단은 각 진료비를 요양급여비용으로 지급할 의무를 부담하므로 A의원에서의 진료가 없었더라면 존재하였을 공단의 재산상태와 A의원에서의 진료가 이루어진 이후의 공단의 재산상태에 어떠한 차이가 있다고 단정하기 어렵다고 해석하는 것이 오히려 타당하다.²²⁾ 더욱이 진료비용(요양급여비용)은 어느 의사가 진료를 하더라도(즉, 의료법 위반 여부와 무관하게) 약간의 차이가 있을 수밖에 없으며, 국민건강보험법은 그러한 차이를 예정하고 요양급여의 상한선을 정하여 고시를 하고 있고 획일화 된 요양급여기준 내에서는 요양기관에 따라 해당 요양급여에 대한 요양급여비용에 의미 있는 차이가 없으며²³⁾ 무엇보다도 공단은 국민건강보험법령 및 보건복지부장관 고시에서 정한 요양급여기준을 벗어나지 않는 한 어느 의사(의료기관)가 요양급여를 행하더라도 공단은 그 요양급여비용을 지출할 것을 예정하고 있으므로 A의료기관에서 요양급여기준에 부합한 요양급여를 행한 이상 급여기준 내에서의 요양급여비용의 차이를 공단의 손해라고 평가하기 어렵다. 만일 A의료기관이 아닌 다른 의료기관에서 요양급여를 행하였더라면 그 비용에 차이가 발생하였을 것이라는 점을 굳이 따져야 한다면, 이는 손해의 존부와 범위에 관한 것으로서 손해배상책임을 주장하는 공단이 이를 입증해야 할 것인데, 그 비용차이를 정확히 입증하는 것은 사실상 불가능에 가깝다.

22) 같은 논지의 서울고등법원 2014. 5. 22. 선고 2013나2017443 판결 참조.

23) 이 사건은 원외처방전에 의한 약제비가 문제된 사건이지만, 만일 요양기관에서 행한 요양급여에 대한 요양급여비용이라면 더욱 더 차이가 좁아질 수 있고, 혈액투석과 같이 진료 자체가 획일화, 정형화 되어 있는 영역에서는 요양기관에 따라 해당 의료행위에 대한 요양급여에 차이가 거의 없고, 백내장, 제왕절개, 급성중수염 수술 등 포괄수가제가 적용되는 영역에서는 어떤 의료기관에서 요양급여가 이루어지더라도 요양급여비용은 동일하게 된다.

(2) 사무장병원 사건의 경우

사무장병원 사건에서는 안과 출장진료 사건과 달리 적법하게 개설되지 않은 요양기관에서 요양급여가 이루어졌으므로 해당 요양기관은 공단이 환자들에게 부담하는 요양급여(현물급여)를 대행할 수 있는 자격자체가 없다. 하지만 현물급여를 행하였다는 측면을 두고 보면 보건복지부장관의 면허를 받은 C의사가 국민건강보험법과 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙에 합당한 진료를 하였으므로 이는 환자들의 진료요청(청구)에 따라 요양급여 자체를 행한 것이고, 환자들이 해당 진료로 요양급여 청구를 충족함으로써 공단은 요양급여(현물급여)를 행할 의무를 면제받게 된 현실적인 이익을 얻었다. 그렇다면 공단으로서는 C의사의 진료(요양급여)로 인한 실질적, 구체적인 손해는 없게 된 셈이다. 마찬가지로 설령 환자들이 C의원이 아닌 다른 의료기관에서 진료를 받았다고 하더라도 공단은 각 진료비를 요양급여비용으로 지급할 의무를 부담하므로 C의원에서의 진료가 없었더라면 존재하였을 공단의 재산상태와 C의원에서의 진료가 이루어진 이후의 공단의 재산상태에 어떠한 차이가 있다고 단정하기 어렵다.

따라서 이른바 사무장병원을 근절하고 법적 제재를 가해야 한다는 당위성은 별론으로 하더라도 민법 제750조에서의 구체적 손해의 발생이라는 요건사실은 충족되었다고 보기 어렵다. 대법원이 위와 같이 판시한 것은 마찬가지로 비록 불법으로 개설한 의료기관에서 C의사가 요양급여(현물급여)를 행하였지만 그로 인해 해당 환자에게 대한 공단의 요양급여(현물급여)를 제공할 채무를 면제받은 것을 고려하지 않고 오로지 국민건강보험법에 따라 지급하지 않아도 될 요양급여비용을 불법 요양기관에 지급하였다는 사실만으로 구체적 인 손실과 이익을 전혀 고려하지 않고 그 전액에 대해 손해배상책임을 인정한 것이며 이는 국민건강보험법상의 행정처분 법리와 민법 제750조의 불법행위 책임 법리를 혼동한 결과로 보인다.

IV. 손해배상책임이 인정된다고 보는 경우 상계문제 검토

사무장병원 사건에서 C의원은 요양급여비용을 지급받았으므로 C의원 측이 구상이나 부당이득반환을 청구할 손실이 일견 없지만, C의원에서 각 요양급여를 실시하고 공단이 각 요양급여비용을 지급한 것이 민법 제750조의 불법행위 성립의 구체적 요건사실을 모두 갖춘 것에 해당하여 C의원 측이 손해배상책임을 부담한다는 것을 전제하면 민법상 상계가 문제될 수 있다. 사무장병원 사건에서 원심 법원은 C, D의 손해배상범위(상계) 주장에 대해서 “정당한 방법으로 청구하였더라면 지급되었을 금액을 공제 또는 상계 하려면 공단이 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 새로운 이득을 얻었을 뿐만 아니라 그 이득이 배상의무자가 배상하여야 할 손해의 범위에 대응하는 것이어야 하는바, 이러한 점에 아무런 자료가 없다”고 하여 이를 배척하였으며, 대법원에서도 원심 판단이 정당하다고 판시하였다.

위 사건의 실제 변론에서 공단이 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 새로운 이득을 얻었고 그것이 원고가 배상해야 할 손해의 범위에 대응하는 것이라는 점에 대하여 어떤 구체적 주장과 증거자료가 제출되었는지 확인할 수는 없지만, 앞서 살펴본 바와 같이 C의원은 불법으로 개설된 의료기관으로서 국민건강보험법에 따른 요양기관에 해당하지 않으므로 공단이 국민건강보험법에 따라 C의원에게 요양급여비용을 지급할 의무가 없다고 하더라도 앞서 언급한 바와 같이 면허를 갖춘 C의사가 C의원에게 내원하여 진료를 요청한 환자들에게 요양급여기준에 맞게 의료행위(요양급여)를 함으로써 공단은 각 해당 환자에게 요양급여를 행할 의무를 면하였으므로 공단은 채무를 면하는 새로운 이득을 얻었으며, 그 이득에 상응하는 요양급여비용을 지급 받은 C의원 측이 불법행위책임으로 그 비용을 반환해야 하는 경우 C의원으로서 민법 제469조 제3자의 변제 규정²⁴⁾, 민법 제741조 부당이득 규정²⁵⁾에 의하여

24) 민법 제469조(제삼자의 변제) ① 채무의 변제는 제삼자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질 또는 당 사자의 의사표시로 제삼자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지

변제자 대위 내지 부당이득반환을 청구하거나 민법 제739조 사무관리에서 관리자의 비용상환청구권 규정²⁶⁾에 의하여 비용반환을 청구할 수 있고 이러한 부당이득반환청구권이나 비용상환청구권을 자동채권으로 공단에 대한 손해배상채무를 수동채권으로 하여 상계를 주장한다면 이는 자동채권(공단이 요양급여채무를 면한 이득에 대한 상환청구권), 수동채권(공단의 손해배상청구권)이 서로 대응하는 것이므로 상계가 되어야 한다고 본다.

민법상 제3자의 급부는 급부자가 누구인가 하는 것은 채권자에게 중요하지 않고 변제에서 중요한 것은 급부결과와 발생이며.²⁷⁾ 다만, 민법상 제3자에 의한 변제가 허용되지 않는 경우는 일신전속권과 같이 채무의 성질상 제3자의 변제가 허용되지 않는 경우, 채권자와 채무자 사이에 특약으로 제3자의 변제를 금지한 경우, 이해관계 없는 제3자의 변제가 채무자의 의사에 반하는 경우 등이 있는데, 이러한 경우 변제자의 구상권은 인정되지 않더라도 민법 제741조의 부당이득반환청구는 가능하다. 민법상 사무관리에서도 관리자가 본인의 의사에 반하여 관리를 하였을 경우라고 하더라도 본인의 이익이 현존하는 한도에서 필요비, 유익비를 상환하여야 하며(민법 제739조 제3항), 부당이득에서 불법원인급여일 경우 급여자가 그 이익의 상환을 청구할 수 없는데(민법 제746조) 이때 ‘불법’은 선량한 풍속 기타 사회질서 위반에 한하며 강행법규 위반은 제외된다는 것이 다수설과 판례²⁸⁾의 태도이다.

아니하다.

② 이해관계 없는 제삼자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다.

25) 민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

26) 제739조(관리자의 비용상환청구권) ① 관리자가 본인을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 본인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다.

② 관리자가 본인을 위하여 필요 또는 유익한 채무를 부담한 때에는 제688조제2항의 규정을 준용한다.

③ 관리자가 본인의 의사에 반하여 관리한 때에는 본인의 현존이익의 한도에서 전2항의 규정을 준용한다.

27) 지원립, 『민법강의』, 제3판, 731면 참조.

28) 부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서, 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지

이에 대하여 고의의 불법행위에 기한 손해배상채권을 수동채권으로 상계하지 못한다는 민법 제496조의 규정에 따라 상계가 금지된다는 반론이 제기될 수 있다. 그러나 상계가 금지되는 것은 고의에 의한 불법행위에 기한 손해배상채권이고 과실에 의한 불법행위에 기한 손해배상채권은 해당되지 않으며, 위 사건에서 설사 해당 의사들이 의료법 위반에 대한 인식 내지 고의가 있었다고 하더라도 이를 그대로 공단에 대한 민사상 불법행위를 저지르는 것이라는 점에 대한 인식과 고의가 있었다고 해석하기는 어렵다고 생각된다. 사무장병원 사건의 경우 해당 의사는 의료법 위반의 인식 내지 고의가 있었다고 볼 수 있지만 공단에 대한 불법행위나 손해배상채무에 대한 고의나 인식이 있었다고 보기 어렵고, 특히 안과 출장진료 사건의 경우 해당 의사는 의료법 위반에 해당한다는 사실도 알기가 쉽지 않았을 것으로 보이며 설사 의료법위반 사실에 대한 인식을 하였다 하더라도 해당 출장진료가 공단에 대한 민법 제750조의 불법행위가 성립될 수 있다는 것에 대한 인식은 불가능하였을 것이므로 민법 제496조의 상계금지에 해당하는 공단에 대한 ‘고의’에 의한 불법행위에 해당하지 않는다고 생각된다.

않는 경우에는 이에 해당하지 않는다. 부동산실권리자명의 등기에 관한 법률이 규정하는 명의신탁약정은 부동산에 관한 물권의 실권리자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말하는 것일 뿐이므로, 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 위 법률은 원칙적으로 명의신탁약정과 그 등기에 기한 물권변동만을 무효로 하고 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지는 않는 대신, 명의신탁자에 대하여 행정적 제재나 형벌을 부과함으로써 사적자치 및 재산권보장의 본질을 침해하지 않도록 규정하고 있으므로, 위 법률이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결).

V. 결론

적법하게 개설된 의료기관에서 개별 의료법을 위반하여 진료한 행위를 국민건강보험법상 부당한 방법에 의한 요양급여비용을 부담케 한 경우로 확대 포섭하고 국민건강보험법상 해당 의료기관에 업무정지를 명하는 규정과 결합하여 민법 제750조의 불법행위로 구성하는 것은 타당하지 않다고 생각하며, 환자가 진료를 요청하는 경우 그 진료(현물급여)라는 요양급여를 행할 국민건강보험법상 의무자는 공단이므로 보건복지부장관의 면허를 받은 의사에 의해 요양급여기준에 적합한 요양급여(현물급여)가 이루어졌다면 결국 공단으로서 요양급여행위에서의 개별 의료법 위반 여부를 떠나 구체적, 현실적 손해가 없는 셈이 되는데, 이를 간과하고 오로지 공단이 요양급여비용을 지급하였다는 측면만을 평가하여 불법행위에 의한 손해배상책임을 지우는 것은 민법 제750조의 해석에 맞지 않다고 본다. 의료법을 위반하여 불법 의료기관을 개설하고 진료를 함으로써 이루어지는, 국민건강보험의 재정 건전성을 해치고 국민보건위생에 위협을 초래할 수 있는 불법행위에 대해서는 강력한 제재를 가하고 적절해야 함은 당연한 일이고, 적법하게 개설된 의료기관이라고 하더라도 의료법위반행위를 해서도 안 될 일이다. 하지만 행정목적은 달성하기 위하여 마련한 의료법, 국민건강보험법을 위반한 행위라면 그 법에 따라 처벌을 하거나 환수를 해야 하고, 완전하지 못한 법 때문에 환수가 어렵다면 입법적으로 보완을 하는 것이 타당하며 민법 제750조의 무리한 해석, 적용을 통하여 행정목적은 달성하려는 것은 옳지 않다고 생각한다.

[참 고 문 헌]

곽윤직, 『민법주해』, 박영사, 2002.

지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2005.

석희태, “의료계약”, 『사법행정』, 제29권 제9호, 한국사법행정학회, 1988.

전광석, “국민건강보험의 법률관계 -헌법적 접근의 가능성-”, 『의료법학』, 제2권 제1호, 대한의료법학회, 2001.

법고을 LX 대법원 판례검색 프로그램, 2014.

[국문초록]

의료법 위반과 국민건강보험공단에 대한 민법상 불법행위책임
- 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다91262 판결,
2015. 5. 14. 선고 2012다72384 판결을 중심으로 -

이동필(법무법인 의성 변호사)

국민건강보험공단은 의사가 요양급여기준을 위반하여 처방을 함으로써 국민건강보험공단이 약국에 약제비를 지급하게 된 것은 의사가 국민건강보험공단에 대해 민사상 불법행위를 한 것이라고 주장하며 손해배상청구를 하였다. 대법원이 이를 인정하는 판결이 잇따르자, 국민건강보험공단은 의사들이 의료법을 위반하여 진료를 하여 약국에 지급하게 된 약제비나 해당 의료기관에 지급하게 된 요양급여비용에 대해서도 모두 국민건강보험공단에 대한 민법상 불법행위라고 주장하며 손해배상을 청구하였으며, 대법원은 이를 모두 인정하였다. 그러나 우리나라 국민건강보험제도에서 보험급여의 주체는 국민건강보험공단이며, 환자가 의료기관에 진료를 요청하여 의료기관이 행하는 요양급여 역시 보험급여이므로 이러한 요양급여를 행하는 주체 역시 국민건강보험공단이다. 그리고 국민건강보험법은 의사의 의료법위반행위를 규제하기 위해 만든 법이 아니므로 의사의 의료법 위반행위를 국민건강보험공단에 대한 민법상 불법행위책임에서의 위법성으로 포섭할 수 없다. 그렇다면 환자가 보건복지부장관으로부터 부여 받은 면허를 가진 의사에 의해 요양급여기준에 맞는 진료를 받은 경우에는 국민건강보험공단은 민법상 환자에게 요양급여를 해 줄 의무를 면하는 이득을 얻었으므로 설사 해당 의사가 진료를 하는 과정에 의료법을 위반한 행위를 하였더라도 국민건강보험공단으로서는 손해가 없다. 대법원이 의료법위반으로 진료를 한 행위를 모두 국민건강보험공단에 대한 민법상 불법행위책임으로 인정하는 것은 국민건강보험공단이 보험급여의 주체로서 보험급여를 해 줄 의무를 면하였다는 이득은 고려하지 않고, 오로지 의사에게 요양급여비용을 지급하였다는 측면만을 고려한 것으로서 민법 제750조의 법리에 어긋난다. 의사가 의료법을 위반하였다면 의료법에 따라 제재를 받을 일이지, 국민건강보험법으로 규율할 일이 아니며, 대법원이 위와 같이 판결한 것은 국민건강보험법의 법리와 민법의 법리를 혼동한 탓으로 생각된다.

주제어 : 국민건강보험, 요양급여, 요양급여비용, 사무장병원, 출장진료, 의료법, 위반, 민법 제750조, 손해배상책임

**The Violation of Medical law and liability of tort regarding
National Health Insurance Service (NHIS)
- Supreme Court 2013. 6. 13 Sentence 2012Da91262 Ruling, 2015. 5. 14
Sentence 2012Da72384 regarding the Judgment -**

Lee Dong Pil

lawyer, UiSung Lawfirm

=ABSTRACT=

NHIS claimed for damages to doctors that by doing the treatment breaching medical insurance criteria caused by doctors, NHIS paid for medicine cost to pharmacy; as a result, the doctors caused the tort to NHIS. Following consecutive rulings afterwards, NHIS also argued that the medicine cost violating medical law or medical treatment expense paid to medical organizations are both the tort in civil law. NHIS claimed for all the damages, and the Supreme Court confirmed this judgment. However, within our national health insurance system, the subject of insurance payment is NHIS and the subject of medical treatment expense are also NHIS since the treatment expense is also insurance payment by asking the treatment to medical organizations. Further, national health insurance law is not made to control the violation of medical treatment cases; therefore, the breach of medical law cannot be covered by illegality of tort in civil law regarding NHIS. If that is the case, in the case that if the patients are treated according to treatment criteria via the doctors delegated the doctors' permission by Health and Welfare minister, NHIS acquired the benefits to remove the duty to give treatment payment to doctors in civil law; thus, even though the doctors have breached the medical law, NHIS does not have any damages. The fact that supreme court confirmed the ruling that the treatment is the tort in civil law towards NHIS is the judgment not counting the benefits of insurance payment as the subject but

only considering the fact that NHIS paid to the doctors and this ruling have gone against the principle under civil code section 750. If the doctors have breached the medical law, the case should be sanctioned by medical law not national health insurance law, and the ruling of supreme court is assumed that they have confused both with the principle of national health insurance law and civil law.

Keyword: National Health Insurance Service, NHIS, Insurance payment, Breach of medical law, Civil code section 750, Tort in civil law