

임의비급여 진료행위에 관한 민사법적 검토

배 병 일*

I. 문제의 제기
II. 건강보험계약
III. 임의비급여
1. 임의비급여의 개념
2. 임의비급여의 원인
3. 임의비급여의 유형
4. 임의비급여에 대한 대법원의 종전 입장
5. 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 2764 전원합의체판결
IV. 임의비급여에 관한 구체적 사례
V. 임의비급여에 관한 요건 검토
VI. 마무리

I. 문제의 제기

우리나라 의료보험은 1963년에 의료보험법을 제정하여 시행하려다가 여러 사정으로 보류하였고, 1977년부터 본격적으로 실시한 이후 가입대상을 확대하여 오다가 1989년에 이르러 모든 국민을 대상으로 하여 전국민의료보험제도를 시행하였다. 1999년에는 종전의 의료보험법과 국민의료보험법을 폐지하고 국민건강보험법을 제정하여 단일보험자로 통합하여 운영하고 있다. 건강보험은 요양기관으로서의 의료기관이 환자에게 진료행위를 하는 경우에 급여와 비급여로 구분할 수 있고, 비급여는 법정비급여와 임의비급여로 구분할 수 있

* 논문접수: 2017. 12. 09. * 심사개시: 2017. 12. 13. * 게재확정: 2017. 12. 27.

* 영남대 법학전문대학원 교수, 법학박사.

* 이 연구는 2017년도 재단법인 동일문화장학재단의 지원으로 이루어졌음.

다. 의료기관은 그가 시행한 진료행위 중 건강보험의 대상에 해당하는 요양급여(법정급여)에 대해서는 건강보험공단에 그 비용을 청구하고, 일부 본인부담금 부분만 환자에게 징수할 수 있도록 하고 있지만(국민건강보험법 제44조), 건강보험의 대상이 아닌 법정 비급여는 그 대상을 법률로 정해 놓고 그 정해진 사항에 대해서만 비용을 환자에게 징수할 수 있도록 하고 있다(국민건강보험법 제41조). 그러나 현실적으로는 요양급여기준법령의 기준과 절차를 위반하거나 초과하여 가입자로부터 비용을 받거나 비급여 대상이 아닌데도 불구하고 의료기관이 환자에게 법정 비급여에 해당하는 것처럼 오인하게 하여 환자로부터 그 비용을 전액 징수하는 것 등의 임의비급여가 종종 발생하여 왔다. 이러한 임의비급여에 대해서 대법원은 종전에는 국민건강보험법상 속임수에 해당하는 것으로 파악하면서 매우 강하게 부정하였지만, 과징금부과처분취소와 부당이득환수처분취소가 쟁점이었던 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646 전원합의체판결(이하 ‘2010두27639, 27646 판결’이라 한다)에서 종전의 부정적 법리를 폐기하면서 임의비급여는 원칙적으로 속임수 그 밖의 부정한 방법에 의하여 보험급여비용을 받은 것에 해당하지만, 일정한 요건을 갖춘 예외적인 경우에는 속임수에 해당하지 않는다고 하였다. 이는 임의비급여를 둘러싼 과징금취소소송은 행정소송으로 하여야 함으로써 원칙적으로는 공법상의 문제이지만, 임의비급여에 관한 예외적인 경우를 해석함에 있어서는 사실상 민법상 사적자치의 원칙에 기초한 민사법적 쟁점이 기본적 전제로 포함되어 있음을 확인한 것이다. 2010두27639, 27646 판결 이후에는 임의비급여가 위 예외적 요건에 해당하는지 여부를 둘러싸고 논의가 많았다. 그동안 임의비급여에 대해서는 헌법,¹⁾ 행정법, 형사법 등 법적인 측면의 고찰 뿐 아니라 의학 및 보건학, 법경제학 등 여러 측면에서의 선행 연구가 많았다. 이 연구에서는 임의비급여에 관하여 중요한 법리를 선언한 2010두27639, 27646 판결을 민사법적으로 고찰함과 동시에 2010두27639, 27646 판결 이후에 선고된 8건의 대법원판

1) 정영철, “비급여진료비용 공개에 관한 헌법적 정당성 고찰”, 의료법학(13권 1호), 2012.

결의 분석과 검토를 통하여 임의비급여를 둘러싼 법적문제 해결을 위한 실마리를 찾고자 하며, 나아가 국민건강보험을 둘러싼 국민과 요양기관과 국민건강보험공단간의 서로에 대한 불만을 해소하고, 특히 정부에 대한 국민적 불신을 극복하는데 미력이나마 도움이 되고자 한다.

II. 건강보험계약

우리나라 건강보험은 국민건강보험공단(국민건강보험법 제13조)과 건강보험심사평가원(국민건강보험법 제62조)을 두 주체로 하고, 보건복지부장관이 모든 의료기관을 요양기관으로 당연지정하고(국민건강보험법 제42조), 모든 국민을 보험가입자 내지 피부양자로 하여 강제가입시키고 있는(국민건강보험법 제5조, 제31조, 제62조) 구조를 가지고 있다. 우리나라 요양급여의 범위를 규정하는 방식은 건강보험행위 및 치료재료는 비급여대상을 제외한 일체의 것을 요양급여로 하는 Negative List System을 채택하고, 약제는 요양급여 대상으로 결정되어 고시된 것만 정하는 Positive List System을 채택하고 있다.²⁾ 따라서 의료기관이 시행하는 진료행위 중 건강보험의 대상에 해당하는 요양급여의 기준과 요양급여비용의 산정기준은 건강보험법에서 구체적으로 규정하고 있다. 건강보험법 제41조 제3항은 요양급여의 방법, 절차, 범위, 상한 등 요양급여의 기준을 보건복지부령으로 정하도록 위임하였고, 그 위임에 따라 보건복지부령인 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조 2항에 의한 보건복지부 고시로 ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’(이하 ‘요양급여기준고시’로 약칭한다) 등이 마련되어 있다. 그리고 요양급여 대상 및 그 비용 산정에 관한 보건복지부 고시로 「건강보험 행위급여·비급여 목록표 및 급여상대가치점수³⁾」(이하 ‘행위수가고시’로 약칭한다), ‘치료재료

2) 최규진, “건강보험법 제52조 제1항의 해석에 관한 판례동향”, 법조(652호), 법조협회, 2011, 227면.

급여목록 및 상한금액표’, ‘약제급여·비급여목록 및 급여상한금액표’, ‘약제 및 치료재료의 구입금액에 대한 산정기준’, ‘한약제제급여목록 및 상한 금액표’ 등이 있다. 위 보건복지부 고시들은 법규명령의 형식이 아닌 행정규칙의 형식(고시)으로 제정되었지만 모두 법령의 명시적 위임에 근거한 것으로 위임의 한계를 벗어나지 않는 한 위임근거 법령과 결합하여 대외적 구속력이 있는 법규명령의 효력을 가진다고 보아야 한다.⁴⁾

건강보험의 대상이 아닌 법정 비급여는 그 대상을 법률로 정해 놓고 그 정해진 사항에 대해서만 비용을 환자에게 징수할 수 있도록 하고 있기 때문에(국민건강보험법 제41조), 비급여는 국민건강보험법에서 개별적으로 규정하고 있다. 국민건강보험법 제41조 제4항에 따른 요양급여기준규칙 제9조 1항, [별표 2]에서 법정 비급여 사항으로 ① 단순한 피로 또는 권태 등의 질환으로서 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 경우에 실시 또는 사용되는 행위·약제 및 치료재료, ② 쌍꺼풀수술(이중검수술), 코성형수술(융비술) 등의 진료로서 신체의 필수 기능개선 목적이 아닌 경우에 실시 또는 사용되는 행위·약제 및 치료재료, ③ 본인의 희망에 의한 건강검진, 예방접종 등의 예방진료로서 질병·부상의 진료를 직접목적으로 하지 아니하는 경우에 실시 또는 사용되는 행위·약제 및 치료재료, ④ 보험급여시책상 요양급여로 인정하기 어려운 경우 및 그 밖에 건강보험급여원리에 부합하지 아니하는 경우로서 상급병원 입원실 이용 비용 등에서 정하는 비용·행위·약제 및 치료재료, ⑤ 보건복지부령 제21조 제3항 제2호에 따라 보건복지부장관이 정하여 고시하는 질병군에 대한 입원진료의 경우에는 제1호 내지 제4호(제4호 하목을 제외한다), 제7호에 해당되는 행위·약제 및 치료재료, ⑥ 보건복지부령 제21조 제3항 제3호에 따른 완화의료 입원진료의 경우에는 제1호부터 제3호까지, 제4호나목(2)·더목에 해당

3) 요양급여에 소요되는 시간·노력 등 업무량, 인력·시설·장비 등 자원의 양과 요양급여의 위험도를 고려하여 산정한 요양급여의 가치를 각 항목 간의 상대적 점수로 나타낸 것을 말한다.

4) 대법원 1999. 6. 22. 선고 98두17807 판결.

되는 행위·약제 및 치료재료, ⑦ 건강보험제도의 여건상 요양급여로 인정하기 어려운 경우, ⑧ 약사법령에 따라 허가를 받거나 신고한 범위를 벗어나 약제를 처방·투여하려는 자가 보건복지부장관이 정하여 고시하는 절차에 따라 의학적 근거 등을 입증하여 비급여로 사용할 수 있는 경우로 하고 있다. 이 비급여 대상 진료행위는 건강보험의 적용대상에서 제외되어 그 비용의 부담을 요양기관과 가입자 사이의 私的自治에 맡기고 있으므로 민사법적 영역에 속한다고 볼 수 있다. 그런데 현실적으로는 법정 비급여 대상이 아닌데도 불구하고 의료기관이 환자에게 법정 비급여에 해당한다고 하면서 환자로부터 그 비용을 전액 징수하는 임의비급여도 의료 현장에서 나타나고 있다고 한다. 이것은 국민건강보험제도의 실효성이 크게 훼손될 가능성을 방지하기 위한 엄격한 국민건강보험법령과 이윤추구나 요양급여비용심사의 회피 등 여러 동기로 비급여 진료행위를 선호할 수 있는 의료현실사이의 괴리에서 나타나는 현상으로 사회적인 문제를 야기하기도 한다. 현재 우리나라 의료공급자인 요양기관은 의료원가의 70%에 지나지 않은 국민건강보험수가로 인하여 엄청난 경영난을 겪고 있는 실정인데 반하여, 건강보험공단은 2016년말 기준으로 누적 흑자가 20조원이라고 한다. OECD회원국의 건강보험보장률은 약 78%이고, EU주요국은 약 82%이지만, 우리나라는 63%로서 가장 낮다.⁵⁾ 따라서 현행법상 임의비급여에 대한 금지법규가 없음을 이유로 하여 병원과 의료인은 고가 진단장비를 이용한 병원수익창출이나 비급여 진료 중심 전공으로의 쏠림현상 등 임의비급여에 대한 유혹을 거절할 수 없다는 것이 현실이다. 이러한 임의비급여를 민사법적 사적 자치 영역에 전적으로 일임하여 두게 되면, 국민건강보험이라는 공법적인 부분이 훼손될 가능성이 있기 때문에 부득이 예외적으로 일정한 범위내에서만 인정되어야 할 정책적 필요성은 있다.

5) 이는 환자가 병원에 내원했을 때 진료비 중 건강보험에서 지급해주는 비율이 63% 정도이고, 나머지 37%는 개인이 부담해야 한다는 의미이다.

III. 임의비급여

1. 임의비급여의 개념

건강보험법령에는 임의비급여 개념에 관한 명시적인 규정이 없고, 명확한 개념 정의도 없었다. 그러나 보건당국은 이를 국민건강보험법상 허용되지 않는 것으로 보아 제재를 해왔다. 임의비급여 진료비청구가 사후에 발각될 경우 국민건강보험공단은 요양기관이 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’으로 환자로 부터 보험급여비용을 받은 것으로 보아, 국민건강보험법 제57조 제1항에 따라 그 보험급여나 보험급여비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수하고 있다. 이 경우 국민건강공단과 요양기관 사이에는 민사상 책임이 발생하는 것이 아니고 공법상 법률관계가 발생하고, 요양기관의 국민건강보험공단에 대한 부당이득징수처분의 취소소송은 행정소송으로 하여야 한다(국민건강보험법 제90조). 그런데 국민건강보험공단은 위 급여비용을 가입자 또는 피부양자에게 지체없이 지급하고 있기 때문에(국민건강보험법 제57조 제5항), 환자가 이를 악용하여 요양기관으로부터 임의비급여 진료를 받은 후 이를 보험공단에 신고하여 진료비를 반환받음으로써 사실상 무료진료를 받을 수도 있다. 그런데도 의료기관에서는 비현실적인 보험수가, 의학적 필요성 등 여러 가지 이유로 임의비급여를 암묵적으로 계속 실시하여 왔고, 의료계나 학계 등에서도 임의비급여를 허용해야 한다는 주장을 계속하여 왔다. 국민건강보험법령은 건강보험의 대상이 아닌 법정 비급여 대상을 정해 놓고 그 정해진 대상에 대해서만 그 비용을 환자에게 징수할 수 있도록 하고 있음에 그치고 있다. 이에 관례는 요양기관이 그러한 기준과 절차를 위반하거나 초과하여 가입자 등으로 부터 요양급여비용을 받은 경우뿐 아니라, 그 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 가입자와 요양 비급여로 하기로 합의하여 진료비용 등을 가입자 등으로부터 지급받은 경우를 ‘임의비급여’라고 불러 왔다.⁶⁾ 나아가 급여항목으로 분류되었거나, 급여·비급여항목 어디에도 속하지 않는 새로운 행위 등 또는 급여·비급여항목에는 포함되나 규정된 범위를 초

과한 행위 등을 요양급여로 제공하고, 모든 비용을 환자로부터 징수하는 경우를 임의비급여라고 할 수 있다.⁷⁾

2. 임의비급여의 원인

임의비급여의 원인은 의료기관의 착오나 도덕적 해이, 건강보험제도의 구조적 문제, 건강보험 요양급여기준 등재시스템의 구조적인 한계, 건강보험에서 제공하는 의료수준의 제한성, 의학기술의 발전속도와 요양급여기준의 개정속도의 차이 등이라고 할 수 있다. 건강보험제도의 구조적 문제는 단기간에 건강보험을 확대실시하는 과정에서 “낮은 보험료 낮은 급여 낮은 진료수가 정책”을 고수하게 되었고 불합리하게 낮은 진료 수가와 제한적인 요양급여기준 하에서 일선 의료기관들은 병원경영에 필요한 수익성을 확보하기 위하여 부득이 그 비용을 “임의비급여”라는 형식으로 환자들에게 부담시키고 있다. 건강보험 요양급여기준 등재시스템의 구조적인 한계는 의료행위의 종류가 워낙 많고 다양하여 급여대상인 모든 의료행위를 전부 급여목록표에 기재할 수 없어 급여대상임에도 불구하고 급여목록표에 열거되지 아니한 항목이 생길 수도 있다는 것을 말한다.⁸⁾ 건강보험에서 제공하는 의료수준의 제한성이란 건강보험은 공적 보험으로서 보험재정에 한계가 있고 보험요율의 안정성을 고려하기 때문에 요양급여의 수준이 의학적으로 인정되는 기준에 미치지 못할 수 있다는 것을 말한다.⁹⁾ 의학기술의 발전 속도와 요양급여기준의 개정속도의 차이는 법령상 새로운 의학기술이 개발되는 경우 이를 요양급여기준에 편입시켜 요양급여기준을 개정하는 절차가 마련되어 있는데 그 개정속도가 의학기술의 발전 속도를 따라가지 못하여 의료기관에서 새로운 의학기술을 비급여로 환자

6) 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639,27646 전원합의체 판결.

7) 김혜성, “국민건강보험법상 부당이득징수의 법적 쟁점”, 재판자료(132집), 법원도서관, 2016, 141면.

8) 현두륜, “건강보험에 있어서 의사와 환자간의 법률관계(임의비급여 문제를 중심으로)”, 의료법학(8권 2호), 2007, 80, 81면.

9) 김나경, “의료행위의 규범적 통제방식에 대한 소고”, 인권과 정의, 2009, 85면 참조.

에게 제공하는 것을 말한다.

3. 임의비급여의 유형

임의비급여의 유형으로는 다음과 같은 것이 있다고 한다.¹⁰⁾ ① 신의료기술 결정신청 절차를 거치지 않고 비급여 처리하는 경우 - 신의료기술의 경우 건강보험법령에 요양급여대상 또는 비급여 대상으로 결정하는 절차가 마련되어 있음에도 이를 거치지 않고 의료기관에서 임의로 비급여 처리하는 경우이다. ② 별도로 산정할 수 없는 치료재료의 비용을 환자에게 부담시키는 경우 - 법령에 정해진 요양급여의 행위수가에 치료재료, 방사선치료 비용 등이 이미 포함되어 치료재료 비용 등을 별도로 환자로 부터 징수할 수 없음에도 불구하고 의료기관이 그 비용을 환자에게서 임의로 징수하는 유형이다. 2010두27639, 27646 판결에서도 이 유형의 임의비급여가 발생하였다. ③ 요양급여기준을 초과하거나 열거되지 않은 진료행위에 관한 비용을 환자에게 부담시키는 경우 - 요양급여기준에서 인정되는 범위를 초과한 진료행위나 열거되지 않은 진료행위를 하고 그 비용을 환자에게 부담시키는 경우이다. 2010두27639, 27646 판결에서 원고 병원이 요양급여기준을 위반하여 의약품 비용을 징수한 부분이 이 유형에 해당한다. ④ 요양급여대상임에도 불구하고 요양급여비용 심사과정에서 삭감 우려 때문에 환자에게 부담시키는 경우 - 요양급여대상이어서 그 비용을 건강보험공단에 청구하여 지급받고 환자에게는 일부 본인부담금만을 징수해야 함에도 요양급여청구 심사를 담당하는 건강보험심사평가원에서 의료기관의 청구액을 삭감할 것을 우려하여 환자에게 그 비용을 전부 징수하는 유형이다. ⑤ 낮은 진료수가로 인하여 환자에게 진료 비용의 일부 또는 전부를 부담시키는 경우 - 요양급여대상이어서 보험처리를 해야 함에도 요양급여비용이 작다는 이유로 이를 환자에게 부담시키는 경우이다.

10) 현두륜, 전계논문, 79, 80면 참조; 박태신, “임의비급여의 허용요건에 관한 검토”, 의료법학(13권 2호), 2012, 17면; 송명호, “국민건강보험공단의 요양급여비용 환수과정에 있어서 법적용정밀성에 관한 검토”, 의료법학(13권 2호), 2012, 63-64면.

4. 임의비급여에 대한 대법원의 종전 입장

종전까지 임의비급여는 원칙적으로 허용되지 않았고, 대법원도 구 의료보험법 및 구 공무원 및 사립학교교직원의료보험법 제45조 제1항은 “보험자·보험자단체는 사위 기타 부정한 방법으로 보험급여비용을 받은 요양기관에 대하여 그 급여비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.”는 취지로 규정하고 있는바, 여기에서 ‘사위 기타 부정한 방법에 의하여 보험급여비용을 받은’이라 함은 요양기관의 의료보험요양급여기준, 의료보험진료수가기준에서 정한 진료수가 등을 위반·초과하여 보험자·보험자단체 또는 피보험자로부터 보험급여비용을 받은 경우만이 아니라, 요양기관이 의료보험요양급여기준과 의료보험진료수가기준에서 정한 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 수진자 본인과 사이에 보험비급여로 하기로 상호합의하여 그 진료비용 등을 수진자 본인으로부터 지급받은 경우에도 위 각 기준에 위반되는 것으로서 이에 해당한다¹¹⁾고 하여 허용하지 않았다. 또한 ‘사위 기타 부정한 방법으로 보험급여비용을 받은’이라 함은 요양기관이 의료보험 요양급여기준, 의료보험 진료수가기준에서 정한 진료수가 등을 위반·초과하여 보험자·보험자단체 또는 피보험자로부터 보험급여비용을 받은 경우만이 아니라, 요양기관이 의료보험 요양급여기준과 의료보험 진료수가기준에서 정한 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 수진자 본인과 사이에 보험비급여로 하기로 상호합의하여 그 진료비용 등을 수진자 본인으로부터 지급받은 경우에도 위 각 기준에 위반되는 것으로서 이에 해당한다고 할 것이고, 그 합의과정에서 요양기관이 수진자를 기망하지 아니하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다¹²⁾라고 하여 역시 허용하지 않았다. 이러한 판례에 대하여 위헌적이라고 비판하는 견해¹³⁾와 정당행위에 해당하는 것으로 수긍

11) 대법원 2001. 3. 23. 선고 99두4204 판결.

12) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13434 판결.

13) 부종식, 「우리나라 건강보험체계상 임의비급여의 문제점과 개선방안에 관한 연구」, 고려대 석사논문, 2011, 89면.

할 수 있다고 하는 견해¹⁴⁾ 등 서로 상반되는 견해가 있었다.

5. 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 2764 전원합의체판결

2010두27639, 27647 판결은 백혈병 등 혈액질환 환자에 관한 사안으로 임의비급여에 관한 획기적 법리를 선고한 효시적 판결이다. 이 사안에서 문제된 임의비급여의 유형과 금액은, 급여 기준위반 의약품 비용 징수(제1유형 징수) 9억 1890만원, 별도산정불가 치료재료 등의 비용 별도징수(제2유형 징수) 1억 206만원, 기준금액 이상 징수(제3유형 징수) 10억 2209만원, 선택진료비 징수(제4유형 징수) 7억 8755만원 등으로 총금액은 28억여원이다. 제1심에서는 제1유형, 제2유형, 제4유형은 부당청구가 아니지만, 제3유형은 부당청구로 보았다.¹⁵⁾ 항소심에서는 제1심 판결이 유지되어 피고가 패소하였다.¹⁶⁾ 대법원에서는 다음과 같은 이유로 제4유형은 부당청구가 아닌 것으로 확정되었고, 나머지 제1유형, 제2유형, 제3유형은 파기 환송되었다. 국민건강보험을 규율하는 법령은 ① 원칙적으로 모든 진료행위를 요양급여대상으로 삼고, 요양급여의 구체적인 적용기준과 방법은 구 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙과 보건복지부장관의 고시에 의하도록 하며, ② 거기에 규정되지 아니한 새로운 형태의 진료행위가 이루어지거나 기존 요양급여기준에 불합리한 점이 있으면 구 요양급여기준규칙이 정하는 여러 신청절차를 통하여 요양급여대상으로 포섭하고, ③ 구 요양급여기준규칙 제9조 [별표 2]에 규정된 이른바 법정비급여 진료행위는 건강보험 적용대상에서 제외하여 그 부분에 한하여 비용 부담을 요양기관과 가입자 등 사이의 私的自治에 맡기고 있는 것으로 해석된다. 따라서 요양기관은 법정 비급여 진료행위가 아닌 한 원칙적으로 요양급여의 인정기준에 관한 법령에서 정한 기준과 절차에 따라 요양급여를 제공하고,

14) 선정원, “과잉진료와 과잉원외처방으로 인한 부당이득의 환수처분과 손해배상청구”, 행정법연구(29호), 2011.

15) 서울행정법원 2009. 10. 29. 선고 2008구합9522, 2008구합14807(병합) 판결.

16) 서울고등법원 2010. 11. 11. 선고 2009누38239, 2009누38246(병합) 판결.

보험자와 가입자 등으로부터 요양급여비용을 지급받을 때에도 그 산정기준에 관한 법령에서 정한 기준과 절차에 따라야 한다. 그러므로 요양기관이 그러한 기준과 절차를 위반하거나 초과하여 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받은 경우뿐 아니라, 그 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 가입자와 요양 비급여로 하기로 합의하여 진료비용 등을 가입자 등으로부터 지급받은 경우도 위 기준을 위반하는 것으로서 원칙적으로 구 국민건강보험법 제52조 제1항, 제4항과 제85조 제1항 제1호, 제2항에서 규정한 ‘사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당한다. 원칙적으로 요양기관은 법정 비급여 진료행위가 아닌 한 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. 그러므로 요양기관이 그러한 기준과 절차를 위반하거나 초과하여 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받은 경우뿐 아니라, 그 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 가입자와 요양 비급여로 하기로 합의하여 진료비용 등을 가입자 등으로부터 지급받은 경우도 위 기준을 위반하는 것으로서 원칙적으로 구 국민건강보험법 제52조 제1항, 제4항과 제85조 제1항 제1호, 제2항에서 규정한 ‘사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당한다. 예외적으로 요양기관이 국민건강보험의 틀 밖에서 임의로 비급여 진료행위를 하고 비용을 가입자 등으로부터 지급받은 경우라도 ① 진료행위 당시 시행되는 관계 법령 상 이를 국민건강보험 틀 내의 요양급여대상 또는 비급여대상으로 편입시키거나 관련 요양급여비용을 합리적으로 조정할 수 있는 등의 절차가 마련되어 있지 않은 상황에서, 또는 그 절차가 마련되어 있다고 하더라도 비급여 진료행위의 내용 및 지급성과 함께 절차의 내용과 이에 소요되는 기간, 절차의 진행 과정 등 구체적 사정을 고려해 볼 때 이를 회피하였다고 보기 어려운 상황에서, ② 진료행위가 의학적 안전성과 유효성뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗

어나 진료해야 할 의학적 필요성을 갖추었고, ③ 가입자 등에게 미리 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료받는 데 대하여 동의를 받았다면, 이러한 경우까지 ‘사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당한다고 볼 수는 없다고 하였다. 과기환송심¹⁷⁾에서는 제3유형은 부당청구로 인정되었지만, 제1유형과 제2유형 중 일부분에서는 이 사건 진료를 한 2006년 당시에는 편입시키는 사전절차가 존재하지 않았고, 진료의 필요성이 시급하였으므로 사전절차를 회피한 것이라고 할 수 없다고 하였다. 진료행위의 의학적 타당성은 진료행위가 이루어진 2006년 당시에 나타난 진료 및 연구사례, 관련 문헌 등 여러 사정을 기초로 판단함이 원칙이고, 사후에 변경된 요양급여기준이나 진료이후 발표된 논문 등 자료는 보충하는 참고자료이다. 일부 진료행위는 의학적 안전성과 유효성을 뿐 아니라 요양급여기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성을 모두 갖추었다고 보았다. 일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에, 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서, 해당 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 해당 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택할 수 있도록 할 의무를 진다. 따라서 임의비급여 진료행위에 대한 요양기관의 설명은 일반적으로 의사가 하여야 하는 진료행위의 의학적 안전성과 유효성을 포함한 위와 같은 설명 외에 해당 진료행위가 요양급여의 대상이 아니라는 사정, 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성 및 가입자 등이 부담하여야 할 대략적인 비용 등의 사항들에 관하여 이루어져야 하며, 그에 관하여 충분히 설명하여 동의를 이루어졌는지 여부는 위와 같은

17) 서울고등법원 2017. 4. 19. 선고 2012누21385 판결(미공간).

사항들의 내용과 진료행위의 긴급성 및 설명의 정도 등을 비롯하여 변론에 나타난 제반 사정을 고려하여 가입자 등의 수급권과 임의비급여 진료행위에 대한 선택권이 실질적으로 보장되었다고 볼 수 있는지 여부에 따라 판단되어야 한다. 그리고 이러한 법리는 특정한 질병 또는 치료행위와 관련하여 장래 여러 비급여 진료행위가 반복될 것으로 예상되는 경우에 요양기관이 한꺼번에 가입자 등에게 여러 진료행위에 관하여 위와 같은 사항들을 설명하고 동의를 받는 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다고 봄이 타당하다고 하였다. 결론적으로 제1유형, 제2유형 중 일부분 2억 6744만원을 제외한 부분은 부당청구에 해당하고, 제3유형은 전액 부당청구에 해당한다고 하였다. 제4유형은 이미 대법원에서 부당청구가 아닌 것으로 확정되었다. 따라서 부당청구로 청구된 28억여 원중에서 확정된 부당청구금액은 17억여원에 지나지 않았다.

IV. 임의비급여에 관한 구체적 사례

[2] 대법원 2012. 7. 26. 선고 2010두9549 판결은 퇴행성관절염 환자에게 물리치료와 관절강내 주사를 모두 동시에 실시한 다음, 그 중 물리치료비용은 요양급여로 하여 보험자 및 수진자로부터 지급받고, 나머지 주사비용은 비급여로서 수진자에게 전액 부담시킨 사안으로, 대법원은 원심이 원고가 위와 같이 동시 시행한 진료행위 중 요양급여비용을 청구한 1종의 진료행위 외의 나머지 1종의 진료행위에 관하여 가입자 등으로부터 그 비용을 받은 것이 '사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등에게 요양급여비용을 부담하게 한 때'에 해당한다고 판단하기 위해서는, 먼저 위 나머지 1종의 진료행위에 관하여 비급여대상임에도 실시할 시급성 등 당시의 상황은 어떠하였는지, 의학적 안정성과 유효성 및 그 필요성은 갖추었는지, 그 내용 및 비용부담에 관하여 가입자 등에 대한 충분한 설명과 가입자 등의 동의는 있었는지 여부, 즉 원고가 임의로 비급여 진료행위를 하고 그 비용을 가입자 등으로부터 지급받더라도 부당하다고

볼 수 없는 예외적인 사정이 있는지에 관하여 살펴보았어야 할 것이라고 하면서 파기환송하였다. 파기환송심¹⁸⁾에서는 물리치료와 관절강내 주사 2가지 모두를 실시해야 할 의학적 필요성이 있었고, 환자에게 그 의학적 필요성 및 관절강내 주사비용을 환자가 부담하게 된다는 점에 관하여 충분히 설명한 다음 환자로부터 위 2가지 모두를 실시하는 것에 대한 동의를 받았다는 사실을 인정하기에 부족하고 이를 인정할 증거가 없다고 하였다.¹⁹⁾

[3] 대법원 2012. 8. 17. 선고 2011두3524 판결, [4] 대법원 2012. 9. 27. 선고 2011두11068 판결, [5] 대법원 2013. 7. 25. 선고 2010두23804 판결 등 3건은 비자극검사에 관한 사안으로, 비자극검사(Non-Stress Test)는 분만 전 감시와 산전 감시로 구분하고, 요양급여세부사항이 시행된 2009. 3. 15. 이전에는 분만전 감시에 한해 요양급여대상으로 하고, 산전 감시에는 요양급여 대상에 포함되지 않았고 비급여대상에도 해당하지 않았다. 그런데 대법원은 원고가 산전 비자극검사가 임의비급여 진료행위에 해당하더라도 그 비용이 예외적으로 과다본인부담금에 해당하지 아니한다는 취지로 다루고 있으므로, 원심으로서 산전 비자극검사의 비용이 2010두27639, 27646 판결에서와 같이 예외적으로 과다본인부담금에 해당된다고 볼 수 없는 사정이 있는지 여부를 심리·판단하였어야 한다고 파기 환송하였다. 각 파기 환송심²⁰⁾에서는 원고가 비자극검사를 실시할 당시 요양급여규칙에 비자극검사를 국민건강보험 틀 내의 요양급여 또는 비급여대상으로 편입시키거나 관련 요양급여비용을 합리적으로 조정할 수 있는 절차를 마련해두고 있었지만, 원고가 그러한 편입이나 조정절차를 거치지 않았다. 요양급여대상으로 편입할 것인지는 정책적으로 결정할 문제로서 의학적 필요성이 인정된다고 하더라도 그 사정만으로

18) 서울고법 2013.10.10. 선고 2012누25035 판결(미공간).

19) 이 사례에서는 원고 의사가 피고 보건복지부장관을 상대로, 원고의 업무정지기간에 갈음하는 최고한도의 과징금 액수가 너무 과도하여 재량권 일탈 남용이라는 원고의 다른 주장에 대해서는 법원이 인용하였고, 이에 피고가 상고하였으나, 대법원에서 심리불속행기 각되었다.

20) 서울고법 2012. 12. 14. 선고 2012누26441 판결(미공간), 서울고법 2013. 5. 23. 선고 2012누31672 판결(미공간), 서울고법 2014. 4. 30. 선고 2013누25384 판결(미공간).

즉시 당연히 이를 요양급여대상으로 결정하여야 하는 것은 아니다. 또한 수진자에게 사전에 비자극검사에 대해 충분히 설명한 후 동의를 받았다고 하는 증거가 없다고 하고, 수진자 동의요건을 추정적 동意的 경우에도 충족하는 것으로 넓게 해석하는 것은 적절하다고 할 수 없다고 하여 원고 패소로 귀결되었다.

[6] 대법원 2013. 1. 24. 선고 2008두8338, 8345 판결(미공간)은 소아과의 아토피피치료에 관한 사안으로, 의약품 산정기준 위반 징수 등에 대하여 각 진료행위가 요양급여기준을 벗어났고 법정 비급여 진료행위에 해당하지 아니하더라도 예외적으로 부당하지 아니하다고 볼 사정이 있는지 여부에 대한 심리미진을 이유로 파기환송하였다. 파기환송심²¹⁾은 사전절차를 거치지 않았지만 사전절차가 완비되어 있었다고 보기 어렵고, 사전절차는 의료기관의 신청과 관계기관의 심의 등을 거치는 등으로 상당한 시일이 소요될 것으로 보이고 환자에 대한 진료의 필요성은 시급한 점에 비추어 사전절차를 회피한 것으로 보기 어렵고, 의학적 안전성과 유효성, 필요성은 갖추었지만, 진료행위와 그 비용부담에 관하여 환자에게 설명하고 그로부터 그에 대한 동의를 얻었다고 인정하기에 부족하다고 하여 원고 패소로 귀결되었다.

[7] 대법원 2013. 3. 28. 선고 2008두19338 판결(미공간)은 선천성 기관지 기형 상병에 관한 사안으로, 대법원은 피고가 요양급여대상에 해당한다고 본 ‘급여 관련’ 항목에 관하여도, 원고는 그 중 상당 부분이 요양급여대상에 해당하지 아니하는 행위 즉, 임의비급여 진료행위에 해당한다는 취지로 다투고 있으므로, 원심으로서서는 우선, ‘급여 관련’ 항목 중에 원고가 그 진료행위 당시의 관계 법령상 요양급여의 대상에 포함되는데도 피고의 요양급여비용 심사와 정에서 삭감될 것을 염려하여 그 비용을 환자 측에 부담시킨 것이 아니라, 그 진료행위 당시의 관계 법령상 요양급여의 대상에 포함되지 아니하여 요양급여비용으로 청구하지 아니하고 그 비용을 환자 측에 부담하도록 한 것이 있는지를 가려본 다음, 만일 그러한 임의비급여 진료행위로 인정되는 부분이 있다면

21) 서울고법 2013. 12. 4. 선고 2013누4783, 4790 판결(미공간).

나아가 그 비용이 과다본인부담금에 해당하지 아니하는 사정이 있는지 여부를 심리·판단하였어야 한다고 하여 파기환송하였다. 파기환송심²²⁾에서는 별도 산정불가항목, 불인정항목, 급여관련 항목에 관하여 ㉠ 원고 병원이 요양급여 비용 산정기준에 따라 산정할 수 없는 치료재료 비용을 별도로 산정하여 환자 측으로부터 받기는 하였으나, 위와 같은 치료재료의 사용이 진료행위 당시 시행되는 관계 법령상 이를 국민건강보험 틀 내의 요양급여대상 또는 비급여대상으로 편입시키거나 관련 요양급여비용을 합리적으로 조정할 수 있는 등의 절차가 마련되어 있지 않은 상황이었거나, 그 절차가 마련되어 있다 하더라도 비급여 진료행위의 내용 및 시급성과 함께 그 절차의 내용과 이에 소요되는 기간, 그 절차의 진행 과정 등 구체적 사정을 고려할 때 그 절차를 일부러 회피하였다고 보기 어려운 상황이었던 점, ㉡ 환자는 기관지 폐색으로 인한 호흡곤란 증상으로 위독한 상태에 이르는 경우가 많았고 이러한 상태에서 원고 병원의 의료진이 환자를 회복시키기 위해서는 이러한 치료재료를 사용하는 것이 불가피하였던 것으로 보이며, 달리 이를 대체할 저가의 다른 치료재료가 있었다고 보기도 어렵고, 위 치료재료를 사용함으로써 환자가 위중한 상태에서 회복되었던 사정 등에 비추어, 이러한 치료재료의 사용은 의학적 안정성과 유효성뿐만 아니라 그 필요성도 갖추었던 것으로 보이는 점, ㉢ 원고 병원의 의료진은 위 치료재료를 사용하면서 환자의 부모에게 그 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료받는 데 동의를 받았던 점 등을 종합하면, 별도 산정 불가 항목인 금액은 과다본인부담금에 해당하지 아니한다고 봄이 타당하다고 하여 원고의 주장을 인용하였다.

[8] 대법원 2013. 4. 26. 선고 2012두8038 판결은 행위수가에 포함된 치료재료대와 C-Arm 영상증폭 장비료 별도징수에 관한 사안으로, 원심은 국민건강보험법령에서 정한 보험수가에 포함되어 있어 별도로 징수할 수 없는 위 치료재료대와 장비료를 수지자로부터 별도로 징수한 것은 '사위 기타 부당한 방

22) 서울고법 2013. 10. 16. 선고 2013누10412 판결(미공간).

법'에 속한다고 하였지만, 대법원은 원고들이 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 등은 위 치료재료 및 장비와 같이 새롭게 발명되는 치료재료나 장비가 치료에 사용될 수 있다는 사실을 전혀 예상하지 못하고 제정된 것으로서 가입자 등에게 요양급여기준을 벗어난 진료행위를 하고 그 비용을 지급받더라도 '사위 기타 부당한 방법'에 해당하지 아니한다는 취지로 다루고 있으므로, 원심으로서 앞서 본 법리에 따라 비록 원고들의 위와 같은 진료행위가 요양급여기준을 벗어났고 법정 비급여 진료행위에 해당하지 아니하더라도 예외적으로 부당하지 아니하다고 볼 사정이 있는지 여부를 심리·판단하여야 하겠다고 하면서 파기환송하였다. 파기환송심²³⁾에서는 치료재료대 및 장비료 별도 징수 부분은 임의비급여에 해당하는 것인데, 당시 이 병원에서 수진자에게 위 치료재료 및 영상증폭장비의 사용과 관련하여 내용과 그 비용에 관하여 충분히 설명하였고, 이에 따라 수진자가 본인부담으로 진료받는 것에 관하여 동의하였음을 인정할 증거가 없다고 하면서 원고의 주장을 부정하였다.

[9] 대법원 2016. 3. 24. 선고 2014두779 판결은 백혈병을 치료를 위한 조혈모세포이식에 관한 사안으로, 대법원은 '급여정산 부분'(요양급여기준상 요양급여비용 청구대상임에도 원고 병원이 과거의 심사사례에 비추어 삭감될 것을 우려한 나머지 국민건강보험공단에 청구하여야 할 요양급여비용을 수진자들로부터 비급여대상 진료비로 징수한 부분)에 대하여도 상고하였으나, 상고장 및 상고이유서에 이에 관한 상고이유의 기재가 없다고 하여 기각하여 부당청구로 확정하였고, '별도산정 불가 부분' 및 '허가사항 외 투약 부분'에 해당하는 임의비급여 진료행위 중 이 사건 면담 전에 이루어진 부분에 관한 원심 판결이유를 살펴보면, 조혈모세포이식 및 관련 치료과정의 특수성을 고려하더라도 이 사건 수진자들에게 이 부분 임의비급여 진료행위의 내용과 비용에 대하여 충분히 설명하여 이 사건 수진자들이 동의하였다고 인정하기 어렵다고 판단한 원심의 판단을 수긍할 수 있고, 또한 원고 병원이 이와 같은 설명이 불가

23) 서울고법 2014. 1. 24. 선고 2013누13084,13091(병합) 판결(미공간).

능하지 아니하였음에도 이를 하지 아니한 이상 이 사건 수진자들의 동의가 예상될 수 있다는 사정만으로 이 사건 수진자들의 국민건강보험 수급권 및 진료선택권이 보장될 수 있을 정도로 충분한 설명 및 동의가 이루어졌다고 할 수 없다고 하여 부당청구로 보았다. ‘별도산정 불가 부분’ 및 ‘허가사항 외 투약 부분’에 해당하는 임의비급여 진료행위 중 이 사건 면담 이후에 이루어진 부분에 관한 사실관계를 살펴보면, (1) 비록 원고 병원 주치의들이 이 사건 수진자들에게 개별 임의비급여 진료행위 시마다 그에 앞서 진료의 내용과 그 비용에 관하여 상세하고 구체적으로 설명하지는 않았더라도, 조혈모세포이식 및 관련 치료과정의 특수성에 비추어 볼 때 늦어도 이 사건 면담 무렵에는 이 사건 수진자들의 국민건강보험 수급권 및 진료선택권이 보장될 수 있을 정도로 해당 진료행위가 요양급여의 대상이 아니라는 사정, 요양급여 인정 기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성 및 비용 부담 등의 핵심적인 사항에 관하여 충분히 설명하였다고 볼 수 있고, (2) 이 사건 수진자들 측이 그 면담 후에 자신들의 비용으로 임의비급여 진료행위를 받았으며 공증에도 동의한다는 내용의 동종조혈모세포이식신청서를 직접 작성하여 제출한 이상 임의비급여 진료행위에 대한 실질적인 동의도 있었다고 봄이 타당하므로, (3) 원고가 이 사건 면담 이후에 이 사건 수진자들로부터 임의비급여 진료행위에 대하여 비용을 지급받은 것을 가지고, 구 국민건강보험법에서 규정한 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받은 때에 해당한다고 볼 수 없다고 하여 파기환송하였다. 파기환송심²⁴⁾에서는 신의료기술 등의 결정절차는 기존의 행위·약제 및 치료재료를 요양급여기준을 벗어나 사용할 필요가 있는 경우에는 적용되지 아니하고, 상대가치점수 등의 조정절차도 급여와 법정 비급여의 분류 등을 조정하는 절차일 뿐, 임의비급여 진료행위를 급여 또는 법정 비급여대상으로 새로 편입하는 절차는 아니기 때문에, 원고 병원이 사전 절차를 거치지 않고 수진자에 대하여 임의비급여 진료행위를 하였다고 하여 사전 절차를 회피한 것이라

24) 서울고법 2016. 11. 17. 선고 2016누423 판결(미공간).

고 보기는 어렵다. 설령 임의비급여 진료행위 중 일부가 사전절차의 적용대상이 된다고 하더라도, 그 절차는 요양기관 등의 신청과 관계기관의 심의 등을 거쳐야 하는 등 상당한 시일이 소요될 것으로 보이는 반면, 당시 수진자들에 대한 진료의 필요성은 시급하였다. 백혈병 치료를 위한 조혈모세포이식술은 이를 시행하는 과정에서 골수천자검사, 항암제 부작용 등으로 인한 환자의 고통이 극심하고, 면역저하로 인하여 경미한 감염에도 생명이 위태로울 수 있기 때문에 이를 완화하고 예방할 수 있는 즉각적이고 선제적인 치료가 필요하다. 또한 병원이 행하는 임의비급여 진료행위는 수진자의 고통을 완화하고 감염을 예방하기 위하여 선제적으로 이루어진 것들이거나 감염을 적극적으로 치료한 것들로서, 그 안전성과 유효성, 의학적 필요성에 대한 국내외의 여러 연구결과가 있다. 원고 병원의 임의비급여 진료행위 이후 원고 병원의 사용 및 투여의 방식대로 요양급여기준이 일부 변경되었는바, 이 같은 원고 병원의 치료재료 사용 및 의약품 투여 등의 방법은 진료행위 당시를 기준으로 하더라도 안전성과 유효성, 의학적 필요성이 있다고 보이기 때문에, 임의비급여 진료행위는 의학적 안전성과 유효성뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성을 갖추었다고 볼 수 있다. 조혈모세포이식은 그 치료기간이 장기간인데다 각각의 단계마다 합병증이나 감염이 발생하면 즉각적인 처치가 필수적이어서 미리 모든 비급여 약제나 치료재료 등에 대하여 개별적으로 구체적인 설명을 하고 각각의 진료행위마다 사전 동의를 받는 것은 사실상 불가능해 보인다. 비록 원고 병원 주치의들이 수진자들에게 개별 임의비급여 진료행위 때마다 그에 앞서 진료의 내용과 그 비용에 관하여 상세하고 구체적으로 설명하지는 않았더라도, 조혈모세포이식 및 관련 치료과정의 특수성에 비추어 볼 때 늦어도 의사와의 면담 무렵에는 수진자들의 국민건강보험 수급권 및 진료선택권이 보장될 수 있을 정도로 해당 진료행위가 요양급여의 대상이 아니라는 사실, 요양급여기준을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성 및 비용 부담 등의 핵심적인 사항에 관하여 충분히 설명하였다고 볼 수 있고, 수진자측이 그 면담 후에 자신들의 비용으로 임의비급여 진료행위를 받았으며 공중에도 동의한다는

내용의 동종조혈모세포이식신청서를 직접 작성하여 제출한 이상 임의비급여 진료행위에 대한 실질적인 동의도 있었다고 봄이 타당하므로, 수진자들에 대하여 의사와의 면담 이후에 이루어진 진료 부분에 관하여는 충분한 설명 및 동의가 있었다고 봄이 상당하다. 이 사건 면담이전 진료부분에는 충분한 설명과 동의가 이루어졌다고 할 수 없어 부당청구로 보았지만, 이 사건면담이후 진료부분에는 충분한 설명과 동의가 있었다고 보아 부당청구로 보지 않았다. 결론적으로 임의비급여 중 급여정산부분 모두, 별도산정 불가 부분 및 허가사항 외 투약 부분 중 사전 면담 이전에 이루어진 진료부분은 부당청구로, 별도산정 불가 부분 및 허가사항 외 투약 부분 중 사전 면담 이후에 이루어진 진료부분은 부당청구가 아니라고 보았다.

V. 임의비급여에 관한 요건 검토

앞서 본 바와 같이, 2010두27639, 27646 판결에서 임의비급여는 원칙적으로 사위 기타 부정한 방법에 의하여 보험급여비용을 받은 것에 해당하지만, 일정한 요건을 갖춘 예외적인 경우에는 이에 해당하지 않는다고 하였다. 그 예외적인 경우는 ①편입 또는 조정절차의 부존재, 존재하면 회피 불가피성, ②의학적 안전성과 유효성, 의학적 필요성, ③의사의 충분한 설명과 환자의 동의이다. ①요건과 ③요건은 절차적 요건, ②요건은 의학적 요건이라고 볼 수 있다. 즉, 임의비급여는 그레이 존(gray zone)에 속하는 것으로 원칙적으로 국민건강보험법상 ‘속임수 그 밖의 부당한 청구’에 해당하지만, 예외적으로 위 3개 요건을 충족하면 그에 해당한다고 볼 수는 없다고 하면서 비급여 진료행위의 예외적 인정은 신중히 하여야 한다고 한다. 각 요건을 검토해보면 다음과 같다. ①요건의 절차에는 신의료기술 및 새로운 약제에 관한 요양급여대상 여부 결정 신청(요양급여기준규칙 제10조 제1항, 제10조의 2), 상대가치 점수의 조정(요양급여기준규칙 제12조), 중증환자에 대한 사전신청제도(요양급여기준규칙 제

5조 제3항), 일반약제에 대한 비급여대상승인절차(요양급여기준규칙 제9조 제1항) 등이 있다. 먼저 요양기관, 의약관련 단체, 치료재료의 제조·수입업자는 요양급여대상 또는 비급여대상으로 결정되지 아니한 새로운 행위 및 치료재료에 대하여 가입자 등에게 최초로 행위를 실시한 날 또는 식품의약품안전청장으로부터 치료재료에 관한 품목허가를 받거나 품목신고를 한 날부터 30일 이내에 요양급여대상 여부의 결정을 보건복지부장관에게 신청하여야 하고, 보건복지부장관은 정당한 사유가 없는 한 결정신청일부터 150일 이내에 건강보험정책심의위원회의 심의를 거쳐 요양급여대상 또는 비급여대상의 해당 여부를 결정하여 고시하여야 한다(요양급여기준규칙 제10조, 제11조 참조). 이 절차는 2000. 6. 30. 요양급여기준규칙의 제정과 함께 도입·시행된 것으로서 신의료기술이 아닌 기존의 행위·약제 및 치료재료를 요양급여기준을 벗어나 사용할 필요가 있는 경우에는 적용되지 아니한다. 다음으로 결정신청자 또는 가입자 등은 행위에 포함된 업무량 또는 자원의 양·가격 등이 현저히 변화되어 행위의 상대가치점수를 조정할 필요가 있거나, 요양급여대상과 비급여대상 사이의 분류에 불합리가 있는 등의 경우에는, 이미 고시된 요양급여대상의 상대가치점수·상한금액, 요양급여대상·비급여대상의 조정을 보건복지부장관이 정하여 고시하는 바에 따라 보건복지부장관에게 신청할 수 있고, 조정신청을 받은 보건복지부장관은 심의조정위원회의 심의를 거쳐 상대가치점수·상한금액, 요양급여대상·비급여대상을 조정하여 고시할 수 있다(요양급여기준규칙 제12조, 신의료기술 등의 결정 및 조정기준 제3조 제2항 참조). 이 절차도 2000. 6. 30. 요양급여기준규칙이 제정될 때 도입된 것인데, 급여와 법정 비급여의 분류 등을 조정하는 절차일 뿐, 임의비급여 진료행위를 급여 또는 법정 비급여대상으로 새로 편입하는 절차는 아니다. 그런데 임의비급여에 관한 사안이 처음으로 발생할 2005년 당시에는 위와 같은 제도가 없었으므로 부존재가 문제될 수 있었지만, 2008년 이후에 법령 개정 등으로 절차의 부존재 문제는 입법적으로 해결되어, 지금에 와서는 편입시키기 위한 절차의 시도, 절차의 회피 불가피성 등이 문제될 수 있다. 다만, 비급여사용승인제도가 현재는

약제에만 있고, 치료재료나 의료행위에 대해서는 아직 제도가 없다.²⁵⁾ 특히 급성질환이나 암 등 이환속도가 빠른 질환에서는 진료행위의 시급성이나 긴급성, 의외성 등이 매우 중요하다. 이를 고려하면, 사전에 질병의 발병이나 치료 기술을 모두 예상하여 편입이나 조정을 거친다는 것은 사실상 어렵고, 그런 점에서 회피불가피성에 대한 요건을 크게 다룰 여지가 없다고 할 것이고, 이런 점을 고려하면 ①의 절차적 요건을 강조하는 것은 매우 신중을 기해야 할 것이다. ②의 의학적 요건도 진료행위가 의학적 안전성과 유효성뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료해야 할 의학적 필요성을 갖추어야 하지만, 이 요건에 관한 판단은 사실인정의 문제로서, 해당 진료행위가 행해진 당시에 나타난 진료 및 연구사례, 관련 문헌 등 제반사정을 기초로 전문가의 감정에 터잡아 이루어져야 하고, 사후에 변경된 요양급여기준(요양급여기준 고시, 심사평가원 공고)이나 진료시점 이후에 발표된 논문 등의 자료는 위 판단을 보충할 수 있는 참고자료가 될 수 있을 뿐이다. 따라서 이 요건도 역시 법원에서 크게 다투어질 문제는 아니고, 전문가적 감정의사의 의견에 크게 좌우될 수 있기 때문에, 법원에서의 판단을 엄격하게 할 수 있는 부분도 아니다.²⁶⁾ 결국 대법원의 3개 요건 중에서 가장 문제가 될 수 있는 것은 ③요건인 의사의 설명과 환자의 동의이고, 증명책임을 부담하는 요양기관으로서 이 요건에 대한 입증에 집중할 수밖에 없을 것이다. 의료기관의 충분한 설명은 의사가 환자에게 수술 등 의료행위를 하는 경우 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 보고 그 의료행위를 받을 것인지를 선택할 수 있도록 하는 것이다.²⁷⁾ 따라서 의사가 진료할 때에 환자에 대해

25) 이인영, 「국민건강보험법상 임의비급여의 개선방안연구」, 고려대학교 박사논문, 2015, 205면.

26) 김정중, “국민건강보험법상 임의비급여 진료행위의 부당성”, 『사법』 21호, 사법발전재단, 2012, 383면.

27) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다28629 판결.

여 하여야 하는 설명은 수술할 때 뿐만 아니라 검사·진단·치료 등 진료의 모든 단계에서 하여야 한다. 의료기관의 설명의 내용은 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항이다.²⁸⁾ 의료법에서는 의사는 환자에게 발생하거나 발생 가능한 증상의 진단명, 수술등의 필요성, 방법 및 내용, 환자에게 설명을 하는 의사, 치과의사 또는 한의사 및 수술등에 참여하는 주된 의사, 치과의사 또는 한의사의 성명, 수술등에 따라 전형적으로 발생이 예상되는 후유증 또는 부작용, 수술등 전후 환자가 준수하여야 할 사항을 환자에게 설명하고 동의를 받아야 한다(제24조의 2 제2항)고 규정하고 있다. 그런데 임의비급여 진료행위에 대한 요양기관의 설명은 일반적으로 의사가 하여야 하는 진료행위의 의학적 안전성과 유효성을 포함한 위와 같은 설명 외에 해당 진료행위가 요양급여의 대상이 아니라는 사정, 요양급여 인정 기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성 및 가입자 등이 부담하여야 할 대략적인 비용²⁹⁾ 등의 사항에 관하여 모두 설명되어야 하며, 그에 관하여 충분히 설명하여 동의가 이루어졌는지 여부는 위와 같은 사항들의 내용과 진료행위의 긴급성 및 설명의 정도 등을 비롯하여 변론에 나타난 제반 사정을 고려하여 가입자 등의 수급권과 임의비급여 진료행위에 대한 선택권이 실질적으로 보장되었다고 볼 수 있는지 여부에 따라 판단되어야 한다. 그리고 이러한 법리는 특정한 질병 또는 치료행위와 관련하여 장래 비급여 진료행위가 반복될 것으로 예상되는 경우에 요양기관이 한꺼번에 가입자 등에게 여러 진료행위에 관하여 위와 같은 사항들을 설명하고 동의를 받는 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다고 봄이 타당하다.³⁰⁾ 따라서 임의비급여에서의 의사의 설명은 의료사고에서의 손해배상책임에서의 의사의 설명보다 그 범위가 더 넓다고 할 수 있다. 의료사고에서의 설명의무의

28) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다96010 판결.

29) 진료행위와 진료비용사이에 현저한 불균형이 없도록 하는 비용의 적정성에 대한 설명도 필요하다(박태신, 전제논문, 28~30면).

30) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2014두779 판결.

대상은 모든 의료과정 전반이 아니라 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우 등과 같이 환자에게 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우를 대상으로 하는 것이기 때문에, 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무 위반이 문제될 여지는 없다.³¹⁾ 그러나 의료사고에서의 의사의 설명의무는 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험 발생 가능성이 희소하다는 사실만으로 면제될 수 없고, 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 되고,³²⁾ 이것은 임의비급여에서의 설명에도 유효하다고 보아야 한다. 결론적으로, 임의비급여의 예외적 요건은 질병의 치료와 생명을 구하는 의료행위에 대한 해석이라는 점에서 다소 완화된 접근이 필요하다. 대법원이 2010두27639, 27646 판결에서 ‘예외적 인정은 신중히’라는 용어의 의미는 이 판결이 종전의 엄격한 부정적 판례를 정면으로 뒤집는 사안이라는 점을 고려할 때 다소 수사적인 용어로 보아 ‘신중’이라는 용어를 ‘엄격’이라고 해석할 것은 아니다. 의료행위는 수단채무로서,³³⁾ 의사가 환자의 질병을 완쾌시키는 것이 아니라 최선을 다해 치료를 다함으로써 진료채무의 이행을 하게 된다. 따라서 의사는 자신의 전공지식에 기초하여 자유롭고 창의적인 진료를 할 수 있어야 새로운 의술이 개발되고 의학도 발달될 수 있고, 이를 통해서 질병도 극복될 수 있다. 건강보험에서 법정급여진료의 원칙을 너무 강조하고, 임의비급여와 같은 예외를 극도로 제한하게 되면 의술의 발달은 지체되고 인류는 질병의 질곡에서 벗어나지 못하게 된다. 따라서 새로운 의술의 발달을 촉진시키고 인간의 질병을 극복하기 위해서는 임의비급여에 관한

31) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다25971 판결, 대법원 2016. 9. 23. 선고 2015다66601 판결.

32) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다96010 판결.

33) 대법원 1988. 12. 13. 선고 85다카1491 판결.

예외적 허용요건의 해석에서는 의사의 설명과 환자의 동의라는 요건을 포함한 3개의 요건에 대해서 일정한 조건아래 다소 완화할 필요는 있다.

VI. 마무리

국민건강보험법상 급여에는 요양급여와 법정비급여가 있지만, 그 이외에도 임의비급여가 있다. 임의비급여는 법정 비급여가 아님에도 불구하고 의료기관이 비급여로 처리하고 환자로부터 진료비를 받는 것을 말하지만, 이러한 임의비급여에 대해서는 국민건강보험법령에서는 아무런 규정을 두지 않고 있다. 다만 국민건강보험공단은 사후에 이를 확인하여 요양기관이 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’으로 환자로부터 보험급여비용을 받을 것으로 간주하여 국민건강보험법 제57조 제1항에 의해서 그 보험급여나 보험급여비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수하고 있다. 2010두27639, 27646판결은 임의비급여에 관한 종전의 엄격하게 부정한 법리를 폐기하면서, 민법상 기본원칙인 계약자유의 원칙 내지는 사적자치의 원칙에 기초한 민사법적 쟁점이 임의비급여에 기본적 전제로 포함되어 있음을 확인하였다. 그런 의미에서 임의비급여를 원칙적으로 부정하면서 예외적으로 긍정하는 대법원의 판단은 의료계의 입장과 국민건강보험공단의 입장을 절충한 것으로 매우 시의적절한 것이라고 사료된다. 다만 대법원에서 제시한 ① 편입 또는 조정절차 부존재, 존재하면 회피 불가피성, ② 의학적 안전성과 유효성 및 필요성, ③ 충분한 설명과 동의 등의 요건은 예외적 요건으로 엄격한 증명을 요한다고 할 수도 있지만, 이를 의료현실과 비교해서 살펴보면 다소 누앙스가 다를 수 있다. ①의 요건은 임의비급여에 해당하는 질병 중 이환속도가 매우 빠른 질환에 해당하는 경우에는 진료행위의 시급성이나 긴급성 때문에 그 해석을 엄격하게 하는 것은 합리적이지 못하다고 생각된다. ②의 요건은 그 적용의 구체적 판단을 의료계의 전문가적 감정에 일임하는 것이 합리적이고, 법원은 그 의료계의 감정이 적절하였는지 여

부를 판단하는 것에 그칠 수밖에 없다는 점을 고려할 때 너무 엄격하게 판단할 것은 아니다. ③의 요건은 의사의 충분한 설명과 그에 따른 환자의 동의이지만, 그 중에서 가장 중요한 것은 의사의 충분한 설명에 있다. 임의비급여에 관한 증명책임은 의료기관에 있고, 이 경우 가장 집중적으로 논의되는 것이 의사의 충분한 설명이라는 점에서 임의비급여의 3요건 중 가장 중요한 요건이 바로 의사의 충분한 설명과 환자의 동의라고 할 수 있다. 그러나 이 요건도 너무 엄격하게 해석하면 열악한 의료현실에서 임의비급여가 의술의 발달과 질병의 극복을 위한 숨구멍 또는 얼음구멍으로서의 역할을 할 수 있도록 한 대법원판결의 근본 취지가 훼손될 수 있다. 따라서 임의비급여의 예외적 3개 요건을 해석함에 있어서는 엄격한 증명책임을 유지할 것이 아니고 다소 완화된 신중한 접근이 필요하다.

[참 고 문 헌]

- 김나경, “의료행위의 규범적 통제방식에 대한 소고”, 『인권과 정의』 392호, 2009.
- 김정중, “국민건강보험법상 임의비급여 진료행위의 부당성”, 『사법』 21호, 사법발전재단, 2012.
- 김혜성, “국민건강보험법상 부당이득징수의 법적 쟁점”, 『재판자료』 132집, 법원도서관, 2016.
- 박태신, “임의비급여 허용요건에 관한 검토”, 『의료법학』 13권 2호, 대한의료법학회, 2012.
- 부종식, 「우리나라 건강보험체계상 임의비급여의 문제점과 개선방안에 관한 연구」, 고려대 석사논문, 2011.
- 선정원, “과잉진료와 과잉원외처방으로 인한 부당이득의 환수처분과 손해배상청구”, 『행정법연구』 29호, 2011.
- 송명호, “국민건강보험공단의 요양급여비용 환수과정에 있어서 법적용정밀성에 관한 검토”, 『의료법학』 13권 2호, 2012.
- 이인영, 「국민건강보험법상 임의비급여의 개선방안연구」, 고려대학교 박사논문, 2015.
- 이정선 외 3인, “2012년 주요의료판결 분석”, 『의료법학』 14권 1호, 2013.
- 정영철, “비급여진료비용 공개에 관한 헌법적 정당성 고찰”, 『의료법학』 13권 1호, 2012.
- 현두륜, “건강보험에 있어서 의사와 환자간의 법률 관계: 임의비급여 문제를 중심으로”, 『의료법학』 8권 2호, 대한의료법학회, 2007.

[국문초록]

임의비급여 진료행위에 관한 민사법적 검토

배병일(영남대 법학전문대학원 교수)

국민건강보험법상 급여에는 요양급여와 법정비급여가 있지만, 그 이외에도 임의비급여가 있다. 임의비급여는 법정 비급여가 아님에도 불구하고 의료기관이 비급여로 처리하고 환자로부터 진료비를 받는 것을 말하지만, 이러한 임의비급여에 대해서는 국민건강보험법령에서는 아무런 규정을 두지 않고 있다. 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두 27639, 27646 전원합의체 판결은 중전의 부정적인 법리를 폐기하면서, 민법상 기본원칙인 사적자치의 원칙에 기초한 민사법적 쟁점이 임의비급여에 기본적 전제로 포함되어 있음을 확인하였다. 대법원에서 제시한 ① 편입 또는 조정절차 부존재, 존재하면 회피 불가피성, ② 의학적 안전성과 유효성 및 필요성, ③ 충분한 설명과 동의 요건은 예외적 요건으로서 그 해석에 있어서 매우 신중을 기해야 할 것이다. ①의 요건은 임의비급여에 해당하는 질병 중 치명적이거나 이환속도가 매우 빠른 질환에 해당하는 경우에는 그 해석을 엄격하게 하는 것은 매우 부적절하다고 생각된다. ②의 요건은 그 적용의 구체적 판단을 의료계의 전문가적 감정에 일임하는 것이 합리적이고, 법원은 그 의료계의 감정이 적절하였는지 여부를 판단하는 것에 그칠 수밖에 없다. ③의 요건은 의사의 충분한 설명과 그에 따른 환자의 동의이지만, 그 중에서 가장 중요한 것은 의사의 충분한 설명에 있다. 2010두27639, 27646 판결 이후에 선고된 대부분의 판결에서는 위 3개 요건의 불비를 이유로 기각하는 사례가 많았다.

주제어 : 요양급여, 법정 비급여, 임의비급여, 건강보험, 민사법

Civil Law Study on the Arbitrary Uninsured Medical Benefits

Byungil Bae

Professor, Yeungnam University, Law School

=ABSTRACT=

There are three types of benefits in the National Health Insurance Act of Korea. Those are the treatment benefit, statutory uninsured medical benefits and arbitrary uninsured medical benefits. Recently the Korea Supreme Court changed its past legal theory and permitted the arbitrary uninsured medical benefits under the strictly exceptional conditions. According to the Supreme Court's decision, the existence of procedural difficulty, the medical necessity and the patient's consent are necessarily required in order to allow the legal exceptions in arbitrary uninsured medical benefits. Among the three requirements, the doctor's explanation and the patient's fully informed consent are the most important essentials in this legal conflict. The requirement concerning the doctor's explanation and the patient's consent roles like a hole in the ice as a breathing hole in the arbitrary uninsured medical benefits. The most cases dismissed after Supreme Court Decision 2010DU27639, 27646 Decided June 18, 2012. were due to the defect of three requirements.

Keyword: treatment benefit, statutory uninsured medical benefits, arbitrary uninsured medical benefits, health insurance, civil law