

임의비급여 진료행위 병원에 대한 민사적 쟁점 검토*

- 보험자의 채권자대위권 행사 가부를 중심으로 -

임 응 찬·이 상 강·김 형 진**

<차례> _____

- | | |
|----------------|--------------------------|
| I. 들어가며 | IV. 보험자의 채권자대위 가능 범위의 검토 |
| II. 임의비급여의 문제점 | V. 마치며 |
| III. 대상판결의 검토 | |
-

주제어 : 국민건강보험법, 건강보험제도, 급여, 비급여, 임의비급여, 사적자치, 보험자, 피보험자, 실손의료보험, 실손의료비, 불법행위, 손해배상청구, 부당이득반환, 채권자대위, 특정물채권, 금전채권

<국문초록> 국가의 국민에 대한 보건의무를 규정한 헌법 제36조 제3항의 규정과 국민건강보험법을 근거로 설립된 국민건강보험공단은 한정된 재원으로 국민의 보건향상에 기여하고 있다. 그러나 현실적으로 모든 의료서비스에 소요되는 비용을 공단에서 부담할 수 없는바, 국민건강보험법은 요양급여에 대하여는 공단과 환자가 각 부담하도록 하되, 업무 및 일상에 지장이 없는 의료행위에 대하여는 비급여로 구별하여 이 부분에 한하여 환자와 의료기관 사이의 합의에 따라 의료행위를 할 수 있는 사적자치(私的自治) 영역으로 두고 그 진료비에 대하여는 환자에게 전액 부담하도록 하고 있다. 위와 같이 공단이 모든 의료비를 보장하는 것이 아니라 진료비 중 일부만 보장하고 나머지 진료비는 환자들이 부담해야 하기 때문에 환자들은 개인적으로 보험사와 진료비를 보장하는 보험계약을 체결하여 자신의 부담을 민영 보험사에게 맡기고 있다. 현재 우리나라 국민의 3분의 2 가량이 가입하고 있는 실손보험은 국민보건 향상이라는 역할에 비추어 볼 때 강제보험은 아니지만 매우 중요한 보험임에는 틀림이 없다.

한편, 정부에서는 건강보험의 보장범위를 확대하는 정책을 실시함으로써 건강보험에서 비급여가 줄어들어줄게 되자 의료기관은 실손보험 가입자를 상대로 과잉·과다진료를 하고 있다.

* 이 논문은 2019년 9월 30일 한국보험법학회 제79회 보험판례연구회에서 발표한 내용을 수정 및 보완한 것입니다.

** 법무법인 도원 구성원 변호사 / 법무법인 인연인 소속 변호사 / 삼성화재해상보험(주) 송무파트 수석 - 논문접수일(2019.10.09), 심사개시일(2019.10.10), 게재확정일(2019.10.29)

이렇게 과잉·과다진료, 임의비급여 진료를 제공함으로써 수익을 창출하고자 하는 의료계의 이해관계와 이러한 과잉·과다진료 및 임의비급여 진료를 적극적으로 이용하고자 하는 환자들의 이해관계가 맞아 떨어져 실손보험의 지급률이 매우 가파르게 오르는 등 심각한 상황에 직면하고 있다. 일부 의료기관과 환자 등 사회 구성원간 조금씩 자행되는 도덕적 해이가 결국 보험자 뿐 아니라 결국은 다른 선량한 보험가입자와 전체 국민에게 큰 부담으로 돌아가게 되는 것이다.

이러한 문제점을 바탕으로 본고에서는 실손의료보험자가 환자인 피보험자에게 보험금으로 지급한 임의비급여 진료비를 의료기관으로부터 직접 환수하는 방안에 대한 법적 구성을 어떻게 할 것인가가 문제된다.

먼저, 보험자가 직접 의료기관을 상대로 불법행위를 원인으로 손해배상청구를 할 수 있는지 여부를 살펴본다. 대상판결의 상고심에서는 의료기관의 행위와 보험자의 손해 사이에 인과관계가 없다는 이유로 불법행위책임을 부정하였다. 그러나 실손보험의 가입자 수가 다수이고, 의료기관에서 실손보험 청구를 위해 필요한 각종 서류를 발급해 주는 등 진료를 받은 환자가 실손의료비를 청구하리라는 사정을 충분히 인지할 수 있는 점 등에 비추볼 때 인과관계를 부정할 수 없을 것이다. 이러한 점에서 대상판결의 상고심 결론에는 동의하기 어렵다.

다음으로, 채권자대위권을 근거로 보험자가 직접 환자인 피보험자의 권리를 대위하여 행사하는 방안을 적극 검토해 볼 필요가 있다. 이에 대하여 채권자대위권의 태동적 한계를 언급하면서 강제집행을 위한 보조수단으로서 채무자의 책임재산으로 충분히 변제 자력을 없는 경우에만 활용할 수 있도록 제한적으로 해석하는 입장이 있다. 그러나 우리 대법원 판결 및 일본 최고재판소 판결은 채권자대위권의 독자적인 기능을 인정하여 일정한 경우에는 채무자의 변제자력, 책임재산 유무와 관련 없이 인정할 수 있다고 판단하고 있다. 이러한 판단은 채권자의 채권이 특정물 채권인지, 금전채권인지 여부에 따라 달라질 것은 아니라고 본다. 본고의 대상판결에서도 보험자에서 환자인 피보험자를 거쳐 의료기관에 지급된 금전이 결국 보험자로 다시 반환되어야 하는 상황이라면 이해관계가 없거나 때로는 의료기관의 임의비급여 행위에 가담하여 보험자에게 손해를 가한 피보험자(환자)를 거치지 않고 채권자인 보험자에게 바로 반환할 수 있는지가 쟁점이 되었다. 결론적으로 대상판결은 보험자에게 민법에 규정된 채권자대위권 행사를 인정함으로써 향후 유사사안에 대해 방향성을 제시한 의미있는 판결이라 할 것이다.

I. 들어가며

국민건강보험 수급자가 의료기관에서 진료를 받는 경우 수급자는 국민건강보험법에서 규정하는 요양급여 중 본인이 부담하는 부분 및 비급여 진료비용만을

의료기관에 지급하고 이후 건강보험공단(이하 “공단”이라고 함)은 공단부담금에 해당하는 금액을 의료기관에 직접 지급하게 된다(국민건강보험법 제47조 제3항). 이 때 수급자인 환자가 민영 보험사에서 판매하고 있는 실손의료보험(이하 “실손보험”이라고 함)¹⁾에 가입한 경우 당해 보험자에게 의료비 상당액의 보험금을 청구하면 보험자는 발생한 당해 의료비용 중 보상하는 손해에 해당하는 금액을 지정된 보험수익자에게 보험금으로 지급하게 된다. 이와 같이 실손보험은 피보험자가 부담하는 의료비를 보험자가 보상하는 상품으로 국민건강보험 급여항목 중 본인부담액과 비급여 합계액에서 자기부담금²⁾을 공제하고 지급하는 민영보험상품으로서 “제2의 건강보험”의 역할을 하고 있다.

실손보험은 고령화 사회를 대비한 국민들의 의료비 지출 경감, 의료서비스 수요 증가, 국민건강보험의 부족한 보장률의 보완 필요성에 따라 매년 계약 건수와 가입자 수가 증가하고 있다.³⁾ 그런데 가입자 수가 증가함에도 불구하고 보험자의 실손보험 손해율(지급보험금을 위험보장보험료로 나눈 값)이 계속 증가하면서 최근 보험업계에서는 실손보험 판매중단 논의까지 이루어지고 있는 실정이다.⁴⁾

실손보험의 손해율이 급상승하는 원인으로는 ①의료기술의 발달로 인한 중대 질병의 조기 발견, ②국민의 의료기관 이용 증가, ③의료기관의 과잉진료 행위, ④비급여 항목 통제 부재 등 복합적 원인이 혼재되어 있는 것으로 파악된다.⁵⁾ 그 중에서 최근 일부 의료기관이 실손보험에서 보장되지 않는 치료행위에 대해

1) 실손보험 자체가 상품명은 아니며 실손의료비 특약이 포함된 보험상품을 통칭하는 용어로 실무상으로는 ‘민영의료보험’ 또는 ‘의료실손보험’ 등으로 불리고 있다. 2003. 10.부터 손해보험사에서 처음으로 판매하기 시작하였고 2008. 5.월 생명보험사까지 상품판매가 확대되면서 국민 의료비 부담 경감에 기여하고 있다는 평가를 받고 있으며, 2013년 1월부터는 실손보험 단독상품으로 출시되고 있다(현재 상해입원형, 상해통원형, 질병입원형, 질병통원형 등 총 4개의 담보종목으로 구성).

2) 2009. 10월 이후 가입 실손보험은 발생의료비의 10% 또는 20%를 가입자가 부담하도록 하고 있다.

3) 금융감독원에 따르면 2019년 3월 말 기준 인구수 5,200만 명 중 3,426만 명이 가입하여 우리나라 국민 3명 중 2명이 실손보험에 가입하고 있는 것으로 보도된바 있다(2019. 7. 30.자 파이낸셜투데이 기사 참조).

4) 문화일보, “보험업계, 실손보험 판매중단 논의까지”, 2019. 7. 29. 경제면 기사 참조; 2019년 7월 29일 손해보험 13개사 업무보고서 자료에 따르면 2019년 1분기 실손보험 손해율은 전년 동기(129.7%) 대비 4.6% 포인트 증가한 134.3%로 손해액 또한 2017년 1분기 1조6,355억 원, 2018년 동기 1조8,723억 원, 2019년 동기 2조2,346억 원으로 매년 증가세를 보이고 있다.

5) 최근에는 2017. 8. 정부의 건강보험 보장성 강화대책(일명 ‘문재인 케어’) 시행에 따라 기존 비급여 진료가 급여로 전환되어 가격통제를 받자 그 외에 비급여 진료료가 늘어나는 ‘풍선효과’의 작용을 또 다른 원인으로 보는 견해도 있다(문화일보, “문케어 풍선효과... 과잉진료에 보험업계 적자 ‘눈덩이’”, 2019. 7. 29. 기사; 이뉴스투데이, “문재인케어 도입에 계류된 실손보험”, 2019. 8. 20. 기사 참조).

보장되는 치료를 한 것처럼 진료기록부나 진료비 명세서를 조작하여 환자로부터 그 비용을 전액 징수하는 행위 등이 금융감독당국⁶⁾과 다수의 언론 등을 통해 알려지면서 실손보험의 손해를 상승의 주요 원인으로 지목되기도 하였다.⁷⁾ 이는 공공의 복리를 위해 국가 재원으로 마련되는 국민건강보험제도의 실효성⁸⁾을 확보하기 위한 국민건강보험 관계법령의 엄격성과 의료기관의 수익창출 또는 요양급여비용 심사의 회피를 위한 수단 등 여러 동기로 비급여 진료행위를 선호할 수밖에 없는 의료 현실 사이의 괴리를 반영하는 현상으로서 여러 사회적 문제를 야기하기도 한다. 특히 최근 들어 각종 언론보도에 따르면 같은 병원에 같은 증상으로 내원을 하더라도 실손보험 가입여부에 따라 해당보험에 가입한 환자에 대해서는 고가의 비급여 치료를 권유하는 경향을 보이고 있으며,⁹⁾ 이를 통해 병원의 수익창출의 수단으로 악용되고 있는 것으로 확인되기도 하였다.¹⁰⁾

의료기관의 실손보험 악용으로 인한 보험자와 의료기관의 법률관계에 있어 보험자의 의료기관에 대한 손해배상청구권 또는 부당이득반환청구권 성립과 관련한 법리 및 당사자 적격의 문제로 갑론을박이 계속되어 오다가, 최근 서울중앙지방법원 2017. 3. 30. 선고 2016나81057 판결(대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다237264 판결의 파기환송심)에서 보험자가 피보험자에 대하여 가지는 부당이득반환청구권을 피보전채권으로 하여 피보험자가 의료기관에 가지는 부당이득반환청구권의 대위청구가 가능하다는 판단을 내린 이후 이에 대한 법리적 논쟁이 본격적으로 이루지게 된 계기가 되었다.

본고에서는 이상의 문제점을 기초로 하여 보험자가 지급한 보험금을 의료기관으로부터 환수할 수 있는 법적 구성을 대상 판결의 법리를 토대로 살펴보기로 한다.

6) 금융감독원, “실손보험금 허위청구 보험사기 조사로 36개 병원 적발”, 2016. 1. 22. 브리핑자료 참조
7) 이에 대해 의료계는 실손보험의 손해를 악화가 과장되어 있으며 보험자의 영업관리의 잘못을 보험료 인상의 방법으로 국민에게 떠넘기고 있다고 반박한다. 명순구, “실손의료보험과 비급여 의료비 심사제도 도입의 필요성”, 경영법률 제27권 제1호, 경영법률학회, 2016. 10. 297면.
8) 국민건강보험제도는 보험제정의 허용한도 내에서 가입자 등에게 비용과 대비하여 효과적이면서도 의학적으로 안전성과 유효성을 갖춘 진료행위를 요양급여로 제공하고, 그 보험혜택을 모든 국민이 보편적으로 누릴 수 있도록 함으로써 공공복리의 증진을 도모하기 위한 제도이다(대법원 2012.6. 18. 선고 2016두27639 판결 참조).
9) 이태일리, ““실손보험 있으세요?”.. 과잉진료 권하는 병원”, 2019. 5. 9. 기사.
10) 헤럴드경제, “과몰된 실손보험.. 병원 ‘탐욕에 속수무책’, 2019. 9. 6. 기사, 한국경제, “통증 없는데 400만 원 도수치료 권유..보험 악용해 돈벌이 나선 병원도”, 2019. 6. 4. 기사, KBS, “[백내장 수술] 검사비 차이 120배의 비밀..실손보험 ‘두터지 게암’”, 2019. 6. 25. 보도자료 등.

II. 임의비급여의 문제점

1. 급여와 비급여의 개념

국민건강보험의 보험자인 공단이 국민건강보험법령에 따라 각종 형태로 가입자 등에게 실시하는 의료서비스를 ‘보험급여’라 하는데 이 중 국민건강보험법 제 41조에 규정된 요양급여를 ‘급여’ 또는 ‘급여 항목’이라고 하고(동조 제3항),¹¹⁾ 요양급여대상에서 제외되는 ‘업무나 일상생활에 지장이 없는 질환에 대한 치료’ 등을 ‘비급여’라고 한다(동조 제4항).

요양급여와 비급여 대상을 구분하는 가장 큰 기준은 해당질환이 ‘업무 또는 일상생활에 지장을 주는가의 여부로 비급여대상을 규정하고 있는 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙을 보면, 구체적으로 ①업무 또는 일상생활에 지장이 없는 경우, ②신체의 필수 기능개선 목적이 아닌 경우, ③질병·부상의 진료를 직접목적으로 하지 아니하는 경우, ④보험급여 시책상 요양급여로 인정하기 어려운 경우 및 그 밖에 건강보험급여 원리에 부합하지 아니한 경우에 실시하는 비용·행위·약제 등이 비급여 대상에 해당한다고 규정하고 있다(동 규칙 제9조 1항 별표2). 국민건강보험은 급여 항목의 의료에 대해서는 보험급여를 하지만 비급여 항목에 대해서 보험급여를 하지 않으므로 의료수요자(환자)는 비급여 항목에 대해서는 의료공급자(병원)에게 지급하여야 한다. 또한 급여 의료행위에 대한 의료비는 정부에서 정한 수가에 따라 결정되지만 비급여 진료행위에 대한 의료비는 의료기관과 수진자 사이의 합의에 따라 정해지게 된다.

한편, 요양급여 대상 또는 비급여 대상 어느 것으로도 규정되어 있지 않은 의료행위 등을 “임의비급여”¹²⁾라고 하고, 앞에서 언급한 비급여를 이와 구별하기 위해 “법정비급여”라고 부르기도 한다.¹³⁾ 임의비급여는 의료기관과 환자 사이에

11) 급여 항목에 등재되기 위해서는 전문평가위원회에서 해당 의료의 안정성, 유효성을 확인하고 경제성(대체가능성, 비용효과성 등)이나 급여의 적정성(보험급여원리, 건강보험 재정상태 등) 등을 평가하여 요양급여 대상으로 결정한다. 급여항목에 해당하는 의료에 대해서는 의료수요자는 전액을 본인 부담하지 않고 일부만을 본인(일부)부담금으로 지급하고 나머지는 의료기관이 공단에 요양급여비용을 청구하여 지급받는다.

12) 임의비급여는 법률적·공식적 용어는 아니지만 의료계와 보건당국에서 관행적으로 사용하는 용어로서 사회일반적으로 통용되고 있다.

13) 박성민, 실손보험 연구, 경인문화사, 2019, 27-28면.

합의 없이 또는 합의가 있더라도 의료기관이 법정비급여 사유에 해당되지 아니 하는 사항에 대하여 요양급여기준에 관한 규칙이 정하는 기준이나 절차에 위배 하여 임의로 환자로부터 비용을 직접 징수하는 것을 말한다.¹⁴⁾

이상의 내용을 기초로 일반적으로 의료기관이 수진자에게 청구하는 의료비 항목은 아래와 같다.

(법정)급여		비급여	
일부본인부담	전액본인부담	선택진료	선택진료료 이외
공단부담금			본인부담금
			임의비급여

위 표를 기준으로 요양급여, 법정비급여, 임의비급여의 보장내역과 주체를 구체적으로 살펴보면 아래 표와 같다.

구분	보장내역 및 주체	보장예시
법정급여	건강보험에서 보장하는 항목으로 공단부담금과 본인부담금으로 구성됨 ※본인부담금은 실손보험에서 보장함	입원비, 물리치료 및 재활치료, 주사료, 처치료, 약제료, 진찰료 등
법정비급여	의학적 근거가 있고 검사나 진료행위 등을 국가가 인정했지만 환자가 비용을 부담함 ※건강보험에서 보장하지 않는 항목으로 실손의료보험에서 보장함	도수치료, 초음파·고주파·체외 충격파 치료, 치료목적의 성형술 등
임의비급여	주로 의학적 효과나 안정성이 입증되지 않은 치료목적의 최신 의료기술이나 미승인 약제 등에 적용되며 환자에게 진료비용 부담시킬 수 없음 ※미용·건강목적의 치료는 보험수가가 정해지지 않은 진료항목으로 보험약관상 보장대상이 아님	자가혈 치료술(PRP), 줄기세포 이식술, 미용·건강 목적 성형술 또는 주사시술 (태반, 회춘, 비타민 등)

14) 현두륜, “건강보험에 있어서 의사와 환자 간의 법률관계”, 의료법학 제8권 제2호, 대한의료법학회, 2007, 79면, 박태신, “임의비급여 허용요건에 관한 검토”, 의료법학, 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012, 16면.

임의비급여는 국민건강보험법령상 의료기관이 수진자로부터 적법하게 지급받을 수 있는 사유 외의 유형이므로, 공단이든 민영보험자든 보상책임을 지지 않게 되는 영역이 된다. 임의비급여가 발생하는 가장 큰 원인은 병원 경영에 필요한 수익성을 확보하기 위한 수단으로 “임의비급여”라는 형식을 통해 환자들에게 비용을 부담시키는 일부 의료기관들의 도덕적 해이에서 비롯된 것으로 보인다.¹⁵⁾ 더 나아가 일부 의료현장에서는 법정비급여 대상이 아님에도 불구하고 법정비급여에 해당한다고 하면서 환자로부터 그 비용 전액을 징수하는 등의 사회·경제적 폐해가 발생하고 있다.¹⁶⁾

2. 임의비급여의 유형

일반적으로 임의비급여 진료행위는 의료기관별로 음성적으로 진행되고 있어 정확한 유형을 파악하기 어렵지만 보건당국²²⁾과 의료계·학계²³⁾에서는 임의비급여 발생원인에 따라 통상 아래와 같이 5가지 유형으로 분류하고 있다.

순번	유형	개념
(1)	급여·비급여 목록 외 임의비급여	건강보험법 및 그 위임에 의한 법령 또는 고시에 급여목록, 비급여목록 어디에도 등재되어 있지 않는 행위 및 치료재료에 대한 비용을 환자에게 부담시키는 경우 또는 신의료기술결정신청 절차를 거치지 않고 비급여로 처리하는 경우(필자 추가) ¹⁷⁾
(2)	별도산정 불가에 따른 임의비급여	치료재료(골수검사비늘이나 진단시약 등)는 별도로 징수할 수 있다는 규정이 없는 한 그 비용은 행위로에 포함되어 있어서 별도로 징수할 수 없음에도 그 비용을 환자에게 부담시키는 경우 ¹⁸⁾
(3)	급여기준을 초과한 임의비급여	급여항목에 해당한다고 하더라도 필요한 경우 급여로 인정하는 적용증, 수량·가격산정방법 등을 제한하고 있고, 그 기준을 벗어나는 경우 환자로부터 비용을 징수할 수 있다는 규정이 있어야 비급여진료가 가능한데 그러한 규정이 없음에도 그 비용을 환자에게 부담시키는 경우 ¹⁹⁾

15) 배병일, “임의비급여 진료행위에 관한 민사법적 검토, 의료법학 제18권 제2호”, 대한의료법학회, 2017, 81면; 현두륜, 앞의 논문, 81면. 드물게는 의학적 필요에 의해서 불가피하게 요양급여기준을 초과하여 급여를 실시할 필요가 있는 경우도 있다.

16) 배병일, 앞의 논문, 79면.

순번	유형	개념
(4)	허가사항 초과에 따른 임의비급여	약제와 치료재료는 원칙적으로 식품의약품안전처의 허가범위 내에서 사용해야 하는데 허가범위를 초과해서 사용하고 그 비용을 환자에게 부담시키는 경우 ²⁰⁾
(5)	착오 또는 심사삭감 우려에 따른 임의비급여	급여항목임에도 그 비용을 전부 환자에게 부담시키는 경우 ²¹⁾

- 17) 신의료기술에 해당함에도 불구하고 신의료기술평가위원회의 평가를 받지 않은 경우에는 임의비급여 진료행위가 된다. 대법원 2019. 6. 27. 선고 2016두34585 판결에서도 “신의료기술평가 제도의 시행일인 2007. 4. 28. 이후에 새롭게 시도되는 의료기술이 시술의 목적, 대상, 방법 등에서 기존 의료기술을 변경하였고 그 변경의 정도가 경미하지 않기 때문에 서로 동일하거나 유사하다고 인정되지 아니한 경우에는 신의료기술평가의 대상이 되어 법령의 절차에 따른 평가를 받지 않는 이상 더 이상 비급여 진료행위에 해당하지 않게 된다.”고 하여 기존에 비급여 항목으로 등재된 약침술에 비하여 혈맥약침술은 그 변경의 정도가 경미하지 않다고 하여 신의료기술 평가대상이 된다고 판단하였다. 최근에는 맘모톰(Mammotome)을 이용한 유방 종양 제거 수술법이 신의료기술로 승인되기 전까지의 시술행위가 임의비급여 진료행위에 해당하는지에 대해 보험자와 시술 의료기관들 사이에 치열한 민사분쟁이 진행 중에 있다.
- 18) 의학기술의 발전에 따라 약제 및 치료재료의 경우 기존 약제나 치료재료보다 효능 및 효과가 뛰어난 것이 개발되고 있는데 이는 상대적으로 기존의 것들보다 고가인 관계로 이를 진료행위 시 사용하는 경우 그 초과분에 대해서는 환자가 부담하게 되는 경우가 발생한다.
- 19) 국민건강보험 재정 등의 이유로 급여 범위가 제한된 의료에 대해 의사가 의학적 판단에 의해 급여 기준을 초과하여 사용한 경우에 발생하며, 이를 의료기관 측에서는 ‘의학적 비급여’라고 부르기도 한다.
- 20) 예를 들어 일부 항암제를 제외한 대부분의 의약품이 허가사항 범위 내 사용으로 제한되어 있으므로 임상에서의 적응증 확대 또는 대체 약제가 없는 경우 사용하더라도 이에 따른 비용을 환자에게 부담시킬 수 없다.
- 21) 요양급여기준 등 제도가 변경되었으나 이를 인지하기 못하거나 착오로 인한 경우 또는 의료경험적으로 심평원에 요양급여비용 청구 시 주로 삭감되는 항목에 대하여 환자가 전액을 부담시키는 경우를 포함한다.
- 22) 보건복지부, 2007. 12. 11.자 임의비급여 개선안 발표문 참조
- 23) 박태신, 앞의 논문, 17면; 배병일, 앞의 논문, 82면; 송명호, “국민건강보험공단의 요양급여비용 환수과정에 있어서 법적용 정밀성에 관한 검토”, 의료법학 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012, 63-64면; 이인영, “국민건강보험법상 임의비급여의 개선방안 연구”, 고려대학교 박사학위 논문, 2016, 74-77면.

3. 임의비급여 진료비 수수(授受)의 사법적(私法的) 효력

국민건강보험법 제41조는 요양급여에 대하여, 가입자 및 피부양자의 질병·부상·출산 등에 대한 ‘진찰·검사, 약제·치료재료의 지급, 처치·수술 기타의 치료, 예방·재활, 입원, 간호, 이송’ 등의 방법·절차·범위·상한 등을 보건복지부령과 보건복지부 고시로 정한다고 규정하고 있다. 여기에서 전자는 ‘국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙’으로, 후자는 ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’으로 규정되어 있다. 이러한 요양급여기준은 의료기관에서는 진료 및 진료비 청구의 지침이 될 수 있고, 건강보험심사평가원(이하 “심평원”)의 입장에서는 심사기준이 되어 요양급여비용 환수처분 및 과징금부과처분의 근거가 된다.²⁴⁾

요양급여기준은 상위법인 국민건강보험법의 구체적 위임에 따라 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등 요양급여기준에 관하여 필요한 사항을 정한 것이므로 단순한 행정내부의 행정사무처리 기준이 아닌 국민의 권리와 의무에 직접 영향을 미치는 실체적 법규사항을 담고 있는 법규명령이라고 보는 것이 판례²⁵⁾와 다수설의 견해이다.

다만 요양급여기준의 법규성이 인정된다고 하더라도 강행법규로까지 인정할 수 있을 것인가에 대하여는 견해의 대립이 있다. 만일 강행법규에 해당되면 당사자의 의사에 의해 그 적용을 배제할 수 없고 그에 위반되는 행위의 법률행위는 무효가 된다(민법 제105조 참조). 무효의 법률효과로 그에 기한 이행이 있기 전이라면 이행할 필요가 없는 반면, 이행이 있었다면 급부한 것이 부당이득에 해당하여 그 반환을 청구할 수 있다.²⁶⁾ 판례에 의하면 이 때 원칙적으로 제746조²⁷⁾가 적용되지 않는다고 한다.²⁸⁾

24) 정영철, “원의처방 요양급여비용 환수의 공법적 고찰”, 행정법연구 제36호, 행정법이론실무학회, 2013. 7, 172면.

25) 대법원 1999. 6. 22. 선고 98두170807 판결; 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008두8918 판결 등. 헌법재판소에서도 보건복지부 고시인 ‘건강보험 요양급여행위 및 그 상대가치점수개장에 대하여 비록 그 제정형식은 행정규칙이지만 상위법령인 국민건강보험관계법률(법 제42조 7항 및 시행령 제24조 2항)과 결합하여 동 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것으로서 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능을 하고 있으므로 헌법소원의 대상이 된다고 하였다(헌재 2003. 12. 18. 선고 2001헌마543 결정).

26) 지원립, 민법강의 제16판, 홍문사, 2019, 185면.

27) 민법 제746조(불법원인급여) 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

결국 요양급여기준을 강행법규로 보는지 여부에 따라 의료행위의 사법상 효력이 부정될 수도 있는 만큼 이에 대한 학설 및 판례의 입장을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 학설의 검토

긍정설이 다수설로 요양급여기준은 법이 요양급여의 기준을 법정하도록 하여 불필요한 요양급여를 방지하고 요양급여와 비용의 합리성을 확보하여 한정된 건강보험재정으로 최대한의 건강보험 혜택을 부여하고자 하는 것이므로 단순한 임의규정이나 훈시규정이 아닌 강행규정으로 보는 견해이다. 그 근거로 고시에 의한 수가기준을 제시하지 않으면 환자와 의사 사이에 계약으로 수가를 정하게 되는데 이때 환자 등에게 불리하게 결정될 위험이 크다는 것이다. 이에 따라 공단·심평원과 의료기관들 간의 법률관계는 사법관계가 아닌 공법관계의 틀 속에 편입되게 된다.²⁹⁾

이에 대해 부정설은 강행법규에 해당하려면 법적 근거가 있어야 함에도 국민 건강보험법과 그 하위법령에 이에 대한 명시적 규정이 없고³⁰⁾ 의료서비스에 대한 수요와 공급이 다양화하고 있는 상황에서 고시가 특이체질을 가진 환자의 특수성을 적절하게 반영하고 있지 못하는 점³¹⁾ 등으로 의사의 진료권과 환자의 선택권을 침해할 우려가 있다고 한다. 더 나아가 의사의 구체적인 진료행위까지 강행법규를 인정하게 된다면 의료법상 보장된 의사의 진료권을 침해하고 환자의 계약체결의 자유와도 상충될 수 있으므로 의사의 진료 재량권 범위 내에 해당하는 경우에는 강행법규성을 인정하는데 신중할 필요가 있다고 한다.³²⁾

28) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다67890 판결은 비의료인인 갑이 의료인 을을 고용하여 의료기관의 운영 및 손익 등은 갑에게 귀속되도록 하는 약정을 체결하고 갑과 그의 처 병이 연대하여 을에게 의료기관 운영과 관련된 각종 채무 상당의 금원을 지급하겠다는 취지로 각서를 작성한 사안에서 각서작성으로 인한 약정은 의료법 제33조 제2항 위반으로 무효라고 하였다. 이에 따르면 무효인 약정에 기하여 급부의 이행을 청구하는 것은 허용되지 않고 그 무효인 약정으로 인하여 상호 실질적으로 취득하게 된 이득을 부당이득으로 반환하게 하는 문제만 남게 된다.

29) 신정원, “과잉진료와 과잉원외처방으로 인한 부당이득의 환수처분과 손해배상청구”, 행정법연구 제 29호, 2011. 4, 26면.

30) 현두륜, 앞의 논문, 110면.

31) 신정원, 앞의 논문, 16면.

32) 현두륜, “요양급여기준의 법적 성격과 요양급여기준을 벗어난 원외처방행위의 위법성”, 의료법학 제15권 제1호, 2014, 131면.

그러나 의료법은 의료인의 최선의 의료서비스 제공의무에 중점을 두는데 반해 국민건강보험법은 요양급여기준에 따라 요양급여의 일반원칙으로 보험재정의 경제성과 비용효과적 진료에 더 많은 비중을 두고 있다고 볼 수 있는데, 의료인의 진료행위의 전문성과 재량성은 의료법 제12조 1항³³⁾과 보건의료기본법 제6조 2항 단서³⁴⁾를 통해 당사자 간의 의료계약에서 공법적 관계의 사회보험방식의 건강보험으로 변환하게 되므로 국민건강보험법의 위임을 받은 요양급여기준은 법규 명령으로서 강행규정의 성격을 갖는다고 봄이 타당하다.³⁵⁾

(2) 판례의 검토

대법원은 이미 2001. 7. 13. 선고 99두12267 판결에서 “요양급여기준 등의 규정은 구 의료보험법 제29조 제3항, 제35조 제1항의 위임에 따른 것으로 법률상 위임 근거가 있는 법규명령이고 강행규정으로서의 성격을 가지므로 의료기관이 요양급여를 함에 있어서는 요양급여기준과 진료수가기준에서 정한 비에 따라 요양급여를 시행하고 진료수가를 징수해야 할 것이고, 비록 수진자의 사전 동의하에 임의적 비급여 진료를 시행하고 그 차액을 징수했다고 하더라도 그 동의는 강행법규에 위반되어 효력이 없다”고 판시한바 있다. 이 판결에 의하면 수진자의 사전 동의를 받고 비급여 진료를 하는 경우에도 그 동의는 강행법규에 위반되어 사법상의 효력이 없다고 판시하여 이를 효력규정(效力規定)으로 보았다. 이에 따라 강행규정을 위반한 의료기관과 환자 사이의 사법상의 계약 또한 그 법적 효력이 없다고 할 것이다.

다만 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646 전원합의체 판결³⁶⁾에서는 기존의 입장과 다른 변화를 주었는데, “의료기관이 국민건강보험의 틀 밖에서 임의로 비급여 진료행위를 하고 비용을 가입자 등으로부터 지급받은 경우라도

33) 제12조(의료기술 등에 대한 보호) ① 의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행(이하 “의료 행위”라 한다)에 대하여는 이 법이나 다른 법령에 따로 규정된 경우 외에는 누구든지 간섭하지 못한다.

34) 제6조(환자 및 보건의료인의 권리) ② 보건의료인은 보건의료서비스를 제공할 때에 학식과 경험, 양심에 따라 환자의 건강보호를 위하여 적절한 보건의료기술과 치료재료 등을 선택할 권리를 가진다. 다만, 이 법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

35) 정영철, 앞의 논문, 175면.

36) 이 판결은 백혈병 등 혈액질환 환자에 관한 사안으로 임의비급여에 관한 획기적인 법리를 선고한 효시적 판결로 평가받는다(배병일, 앞의 논문, 84면).

①진료행위 당시 시행되는 관계 법령상 이를 국민건강보험 틀 내의 요양급여대상 또는 비급여 대상으로 편입시키거나 관련 요양급여비용을 합리적으로 조정할 수 있는 등의 절차가 마련되어 있지 않은 상황에서, 또는 그 절차가 마련되어 있다고 하더라도 비급여 진료행위의 내용 및 시급성과 함께, 절차의 내용과 이에 소요되는 기간, 절차의 진행 과정 등 구체적 사정을 고려해 볼 때 이를 회피하였다고 보기 어려운 상황에서, ②진료행위가 의학적 안전성과 유효성뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료해야 할 의학적 필요성을 갖추었고, ③가입자 등에게 미리 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료 받는 데 대하여 동의를 받았다면, 이러한 경우까지 ‘속임수 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당한다고 볼 수는 없다. ④다만 의료기관이 임의로 비급여 진료행위를 하고 비용을 가입자 등으로부터 지급받더라도 그것을 부당하다고 볼 수 없는 사정은 이를 주장하는 측인 의료기관이 증명해야 한다.”라고 판시하였다.

위 대법원 전원합의체 판결은 임의비급여를 전면적으로 금지하던 기존의 입장에서 벗어나서 임의비급여는 원칙적으로 속임수 기타 부당한 방법에 의하여 보험급여비용을 받은 것에 해당하지만 일정한 요건을 갖춘 예외적인 경우에는 이에 해당하지 않는다고 하였다. 그리고 그 예외적인 경우로 먼저 ①절차적 요건으로 요양급여 또는 비급여 대상으로의 편입·조정절차의 부존재, ②의학적 요건으로 진료행위의 의학적 안전성·유효성 및 필요성, 마지막으로 ③의사의 충분한 설명과 환자의 동의를 들면서 그 예외적인 인정은 신중해야 한다고 하였다.

공단과 수진자는 각각 관계법령 등을 근거로 의료기관에 대해 법적 조치를 취할 수 있는 방법이 있으나 실손보험의 보험자는 의료기관과 직접적인 계약관계가 존재하지 않고 건강보험 관계법령의 적용을 받지 않으므로 그 민사적 대응방법에 대해서는 별도로 검토할 필요가 있다.

다음에서는 보험자가 임의비급여 상당의 진료비를 환자인 피보험자에게 지급한 후 나중에 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법을 이유로 해당 의료기관을 상대로 하여 민사상 손해배상이나 부당이득반환 청구가 가능한지에 대해 그동안 이루어진 대법원 및 하급심 판결을 통해 법리적 타당성을 검토해보고자 한다.

Ⅲ. 대상판결의 검토

1. 사실관계 및 분쟁사항

(1) 사실관계

피고들은 척추·관절 전문 치료병원 및 의사를 포함한 9인으로서 무릎 관절질 병 등을 치료하기 위해 내원한 환자들 중 원고 보험자의 실손보험에 가입한 피보험자들에 대해 MRI 진단을 한 후 그 진료비로 1회 당 40만원 안팎을 비급여로 청구하여 지급받고 피보험자들은 다시 원고 보험자(이하 “원고”라고 함)로부터 지급받는 일이 반복되었다.

한편 보건복지부 고시인 자기공명영상진단(이하 “MRI”라고 함) 요양급여 산정기준에 따르면 MRI는 질환별 급여대상 및 산정기준에 해당하지 않는 경우에는 요양급여에 해당하지 않음(비급여)이 원칙이나, 2010. 10. 1. 보건복지부 고시 2010-75호로 위 고시가 변경되어 외상으로 인한 급성 혈관질환, 골수염, 화농성 관절염, 무릎관절 및 인대의 손상(반달연골의 열상 등)에 따른 MRI 진료가 요양급여로 전환되어 이를 비급여로 청구할 수 없게 되었다.

(2) 당사자 사이의 다툼

이 사건 (1)원고는 ①피고 병원들이 무릎 관절질환에 대한 MRI 진료비로 비급여 금액을 청구한 것은 강행규정인 요양급여기준을 위배한 행위로서 위법하고 원고는 피고의 위 불법행위로 인하여 이 사건 피보험자들에게 비급여 금액과 MRI 요양급여의 환자부담분과의 차액 상당에 해당하는 돈을 추가로 지급하는 손해를 입었다는 점과 ②일부 환자들에 대한 진단서 또는 소견서에 허위로 상해로 인한 무릎 반월상연골파열 또는 인대파열을 의미하는 질병분류코드 ‘S83.2’를 기재하여 원고로 하여금 비급여 진료비 상당의 보험금을 지급하게 하였다는 점을 들어 불법행위에 기한 손해배상을 청구하였다.³⁷⁾

이에 대해 (2)피고는 ①일부 환자들에 대한 MRI 촬영은 1회째 촬영이 아닌 수술 후 또는 경과 관찰을 위한 추가 촬영이거나 퇴행성 및 만성 손상을 입은

37) 이 사건 피고병원들의 MRI 비급여 청구 행위는 위 임의비급여 발생유형 중 “제5유형”에 해당한다.

환자들에 대한 촬영이거나 무릎 외의 타 부위 인대 손상 등으로 인한 촬영으로서 이를 모두 비급여 대상이라고 할 수 없고, ② 일부 환자에게 대해서는 요양급여대상으로 변경된 이후 환불처리 하였으며, ③ 설령 피고의 불법행위책임이 인정된다고 하더라도 그 피해자는 원고가 아니라 환자들인 이 사건 피보험자들이므로 원고가 피고를 상대로 직접 손해배상을 구하는 것은 부당하다는 취지로 항변하였다.

2. 소송의 경위

(1) 제1심³⁸⁾

이 사건 제1심 판결에서는 (1) 피고병원들이 요양급여 대상인 MRI 진단을 하였음에도 위 환자들에게 MRI 진단에 관하여 비급여 대상으로 진료비를 청구하여 지급받았고 이로 인하여 원고는 위 환자들(피보험자)에게 비급여금액 MRI 진단료 상당액을 보험금으로 지급하여, 지급하지 않아도 되는 MRI 비급여금액과 MRI 요양급여 환자부담분과의 차액 상당에 해당하는 돈을 지급하게 되었다고 하여 보험자의 손해배상청구권에 대한 당사자적격을 인정하면서 (2) 피고들 중 일부 병원이 일부 피보험자에게 MRI 진단료를 환불하였어도 원고에게 지급된 것이 아닌 이상 여전히 손해배상책임을 부담한다고 하였다. (3) 다만 대상치료의 특성상 MRI 촬영이 요양급여 대상임을 인정할 만한 증거가 없는 증상의 환자에 대해서는 원고의 주장을 배척하고 (4) 허위진단서 발급에 대해서도 만성질환이라고 하더라도 그 원인이 상해에 의한 관절 또는 인대 파열일 수 있어 질병분류코드 'S83.2'를 기재한 것이 허위의 기재라고 단정할 수 없다고 하였다.³⁹⁾

위 1심 판결에 대해 피고들 중 1인이 위 세 가지 주장에 추가하여 손해배상채권이 인정된다고 하더라도 보험금을 지급함에 있어 심사를 제대로 하지 못한 원고의 과실과 소멸시효 도과를 주장하면서 항소하였고, 원고도 1심 청구원인에 덧붙여 만일 피고가 원고에게 불법행위에 기한 손해배상책임을 부담하지 않는다면 예비적으로 원고의 피보험자들에 대한 보험금반환청구권을 피보전채권으로 하여

38) 서울중앙지방법원 2014. 9. 18. 선고 2012가단5045958 판결.

39) 이에 대해 파열 지속 기간이 3주 내지 1개월 이상 상태에서의 MRI 촬영을 비급여 대상인 만성 손상 시의 MRI 촬영으로 보는 듯 하다는 이유를 설시하였다.

피보험자들의 피고에 대한 부당이득반환채권 내지 손해배상채권을 대위하여 행사할 수 있다는 채권자대위법리 주장을 추가하였다. 이에 대해 피고는 원고의 추가 청구는 실질적으로 보험자대위에 의한 것으로 원고와 이 사건 피보험자 사이에 체결된 실손보험계약은 인보험에 해당하므로 보험자대위권을 주장하려면 상법 제 729조 단서⁴⁰⁾에 의해 원고와 피보험자들 사이에 보험자대위에 관한 특별한 약정이 있었음이 입증되어야 할 것인데, 그러한 입증이 없이 피고를 상대로 직접 대위권을 행사하는 것은 부당하다고 항변하였다.

(2) 항소심⁴¹⁾

이 사건 항소심에서는 1심에 이어 (1)피고의 행위는 국민건강보험 관련법령, 요양급여기준규칙 및 MRI 요양급여 산정기준에 위반하는 행위일 뿐 아니라 피고의 업무, 지위와 신분 등에 비추어 적어도 “중과실”에 의한 위법행위라고 하였고 원고의 손해배상청구권은 물론 당사자적격을 다시 한 번 확인하였다. 아울러 (2) 원고가 피보험자들에게 보험금을 지급한 것은 피고가 발행한 진료비 내역서나 영수증에 기재된 비급여대상 여부에 대한 확인을 통해서이므로 피고가 허위로 기재한 내역서를 신뢰한 채 그 기재에 따라 보험금을 지급한 것을 과실이라고 보기 어려우며, (3)소멸시효 또한 피보험자들에 대한 MRI 진료가 이루어진 시기를 기준으로 하여 3년 내에 소제기를 하였다고 하여 피고의 소멸시효 항변을 물리쳤다.

이와 같이 항소심에서는 원고의 주위적 청구인 피고의 불법행위에 기한 손해배상청구권을 인용한 이상 예비적 청구인 피고에 대한 채권자대위권에 기한 부당이득반환청구부분은 판단하지 아니하였다.

이에 대해 피고는 다시 한 번 항소이유와 같은 사유로 상고를 제기하였다.

40) 상법 제729조제3자에 대한 보험대위의 금지) 보험자는 보험사고로 인하여 생긴 보험계약자 또는 보험수익자의 제3자에 대한 권리를 대위하여 행사하지 못한다. 그러나 상해보험계약의 경우에 당사자간에 다른 약정이 있는 때에는 보험자는 피보험자의 권리를 해하지 않는 범위 안에서 그 권리를 대위하여 행사할 수 있다.

41) 서울중앙지방법원 2016. 7. 1. 선고 2014나52673판결.

(3) 상고심⁴²⁾

대법원은 피고의 행위를 피보험자들에 대한 진료계약과 국민건강보험 관련 법령에 따른 의무를 위반한 경우로 보면서도 피보험자들과 보험계약을 체결한 원고에 대하여 진료계약에 따른 어떠한 의무를 부담한다거나 그 의무를 위반하였다고 볼 수 없으므로⁴³⁾ 피고가 이 사건 피보험자들에게 진료비를 청구하면서 주의의무를 다하지 아니한 잘못이 있다고 하더라도 그 잘못과 원고에게 발생한 손해사이에는 상당인과관계가 있다고 할 수 없다⁴⁴⁾고 하여 원고에게 손해배상청구권을 인정한 원심을 파기하고 사건을 다시 재판하도록 하였다.

(4) 파기환송심⁴⁵⁾

파기환송심 법원은 상급심인 대법원 파기환송 취지에 부합하게 이 사건 원고의 주위적 청구인 손해배상청구권은 인정하지 않았고, 예비적 청구인 원고의 대위청구에 대해서 아래와 같이 판시하였다.

1) 부당이득반환채무의 성립

우선, 피고는 진료계약과 국민건강보험 관련법령에 따른 의무를 위반하여 피보험자들로부터 MRI 진료비를 비급여액을 지급받은 점으로 법률상 원인 없이 비급여액과 MRI 요양급여의 환자부담분과의 차액 상당 이익을 얻었다고 할 것이므로 이 사건 피보험자들에 대하여 위 차액 상당의 부당이득금을 반환할 의무가 있고, 피보험자들 역시 원고로부터 법률상 원인 없이 위 차액 상당의 이익을 얻었다고 할 것이므로 원고에 대하여 위 차액 상당의 부당이득금 반환 의무가 있다고 판단하였다.

42) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다237264 판결.

43) 대법원에서는 더 나아가 국민건강보험 관련법령에서 요양급여기관이 환자 또는 그 보호자에게 요양급여에 해당하는 진료비를 청구할 수 없도록 한 규정이 그 환자와 보험계약을 체결한 원고와 같은 보험자를 보호하기 위한 규정이라고 보기 어렵다고 하였다.

44) 상당인과관계의 유무를 판단할 때는 일반적인 결과 발생의 개연성은 물론 주의의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적과 보호법익, 가해행위의 태양, 피침해이익의 성질, 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 하는데 이 건 사안에서는 상당인과관계를 인정하지 않았다.

45) 서울중앙지방법원 2017. 3. 30. 선고 2016나81057판결.

2) 채권자대위권 행사요건

피고는 원고의 채권자대위권 주장에 대해 원고가 피보험자들의 피고에 대한 부당이득반환채권을 대위행사함에 있어 피보험자들의 “무자력(無資力)” 요건을 입증하지 못하였으므로 이유 없다고 항변하였다.⁴⁶⁾

이에 대해 당심에서는 ①원고가 채권자대위에 의하여 보전하려는 이 사건 피보험자들에 대한 위 부당이득반환채권은 이 사건 피보험자들이 피고에 대하여 가지는 위 부당이득반환채권과 서로 밀접하게 관련되어 있고 ②원고가 수십 명의 이 사건 피보험자들을 상대로 일일이 반환청구를 한다면 그 보험금의 회수가 제대로 이루어지지 않을 수 있으므로 원고가 이 사건 피보험자들을 대위하여 피고가 부당하게 수취한 위 부당이득금반환을 구하는 것이 원고 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요하다고 보이며, ③위와 같은 원고의 채권행사가 이 사건 피보험자들의 자유로운 재산관리행위에 부당한 간섭으로 보이지도 않는 등의 사정까지 감안하면 채무자인 이 사건 피보험자들이 무자력이어야 한다는 요건을 엄격하게 적용할 수 없다고 봄이 상당하다고 하여 원고의 채권자대위권 행사를 인정하였다.

3) 채권자대위권 인정

당심의 판결은 임의비급여 환수소송에서 채권자대위권을 청구권원으로 하여 보험자의 반환청구를 인정한 최초의 판결이다. 당해 판결은 원고는 환자인 피보험자들에 대하여 지급한 보험금의 반환을 구할 청구권이 있고, 피보험자인 환자들은 피고에 대하여 부당하게 징수한 진료비의 반환을 구할 권리가 있음을 전제로, 채무자의 무자력을 대체하는 요건으로서 ①채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고 ②채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위해 필요하며, ③채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 아닐 것 등을 기준으로 그 법률적인 이론구성을 통하여 채권자대위권을 인정한 것이다.

46) 피고는 예비적 추가한 원고의 주장이 실기한 공격방어방법에 해당하여 허용될 수 없다고 주장하였으나 원고가 예비적 주장을 추가한 것으로 인하여 소송이 지연되었다고 볼 수 없다(대법원 1996. 3. 22. 선고 95누5509 판결 참조)고 하여 피고 주장을 배척하였다.

(5) 재상고심⁴⁷⁾

피고는 이러한 파기환송심 판결에 대하여 재상고를 하였는데 대법원은 상고가 제기된지 3개월 만에 심리불속행기각으로 판결하였다. 상고심에서 단순 심리불속행으로 종결하였지만 대법원에서 파기된 판결에 대하여 환송심에서 동일한 주문으로 판단하였음에도 불구하고 심리불속행으로 종결하였다고 하는 것은 대법원도 파기환송심의 법리를 인정한 것으로 볼 수 있다.

3. 대상판결의 의미

이 사건 소송은 2012년 4월에 시작되어 5년 이상 진행되었고, 1심 판결 이후에는 피고 중 1인만이 160여만 원에 대해 항소심, 상고심, 파기환송심, 재상고심(제5심)까지 끌어갈 만큼 치열한 법리다툼을 이어간 사건이었다.

이 사건 사안을 원고의 주장을 중심으로 보건대 보험자가 부당한 비급여행위의 의료기관에 대해 직접적인 불법행위에 기한 손해배상청구권 행사가 가능한지와 환자(피보험자)를 거치지 않고 곧바로 의료기관에 대해 부당이득반환청구가 가능한지의 두 가지가 이 건 사안의 가장 중요한 쟁점이 되었다.

(1) 보험자의 채권자대위권을 인정한 최초의 판결

대상판결은 의료기관이 요양급여에 관한 기준을 위반하여 진료비를 받은 경우(임의비급여의 제5유형) 당해 의료기관은 지급받은 진료비를 환자에게 반환해야 하고 실손보험계약의 피보험자인 환자는 지급받은 보험금을 보험자에게 반환해야 하는데 이러한 이중의 반환절차를 거침이 없이 채권자대위권 행사를 통해 보험자가 직접 의료기관을 상대로 반환청구를 할 수 있는 법적 근거를 마련한 최초의 판결이다.⁴⁸⁾

이러한 판단은 법적 정의에도 부합한 것으로 보인다. 실손보험 가입자가 국민의 3분의 2에 이르는 수준으로 의료기관은 진료비 중 환자 본인이 부담하는 진료비는

47) 대법원 2017. 7. 27. 선고 2017다222450 판결.

48) 실제 대상판결이 선고되기 전까지 일부 환수대상 금액이 고액인 일부 피보험자로부터 채권양도를 받은 후 의료기관을 상대로 양수금 청구소송을 제기하기도 하였다.

환자가 보험자에게 보험금을 청구할 것이라는 점을 충분히 인지하고 있고⁴⁹⁾ 더 나아가 의료기관과 환자의 서로 이해관계가 같은 관계로 상호 공모하여 과잉진료 등을 할 가능성도 제기되고 있다. 그런데 보험자의 채권자대위권을 허용하지 않고 환자들이 의료기관에 반환을 청구하지 않았음을 이유로 의료기관에서 임의비급여 진료비의 반환책임을 면한다면 이는 의료기관의 임의비급여 진료행위를 조장하게 되고 결국 보험료의 상승으로 귀결됨으로써 국민경제에 악영향을 미치게 될 것이다.

이러한 상황에서 이해관계가 상반된 보험자가 직접 나서서 의료기관으로부터 반환을 받을 수 있는 법적 근거를 제시하면서 이후 유사 분쟁에 있어 시금석(試金石) 역할을 하는 최초의 민사판결로서 중요한 의미가 있다.

(2) 의료기관의 불법행위를 원인으로 한 손해배상책임 여부

한편, 대상판결의 상고심에서는 국민건강보험법에서 정한 의료기관이 과실로 국민건강보험법에서 요양급여 대상으로 정한 진료를 비급여 대상으로 잘못 기재한 진료비 청구서를 작성하였다고 하더라도 그와 같은 진료비 청구서의 내용을 믿고 거래한 제3자에 대하여 언제나 손해배상책임을 져야 한다고 볼 수 없고 손해배상책임을 인정하기 위해서는 의료기관의 주의의무 위반과 제3자의 손해 발생 사이에 상당인과관계가 있음이 인정되어야 하는데 이 건 사안에서는 이러한 상당인과관계가 인정되지 않는다고 하여 의료기관의 보험자에 대한 직접적인 불법행위 손해배상책임을 인정하지 않았다.

그러나 이러한 대법원의 판단은 현행 의료 행정실무를 도외시한 것으로 의료기관에서 실수로 요양급여 대상임에도 비급여로 받는 경우는 거의 없다는 점에서 쉽게 수긍하기 어렵다. 그 이유로 먼저 ①실손보험은 국민의 3분의 2가 가입할 정도로 매우 높은 가입율의 상품인 점, ②의료기관은 자신들이 제공한 의료행위가 요양급여의 대상이 되는지 여부에 대하여 누구보다 잘 알고 있을 뿐 아니라 이를 확인할 수 있는 장치들이 충분한 점, ③현재 일부 병원은 실손보험을 가입한 환자의 편의를 위해 홈페이지 또는 어플리케이션을 통하여 보험자에게

49) 일례로 서울의 강남에 소재한 종합병원에서는 병원 홈페이지와 어플리케이션을 통하여 보험사에 실손보험금을 직접 청구할 수 있는 서비스를 제공하고 있다.

실손의료비를 청구할 수 있도록 서비스를 제공하고 있는 점, ④병원에서 실손의료비 담보에 따른 보험금 청구에 필요한 서류를 안내하고 발급해 주는 점, ⑤의료기관은 진료비 영수증에 급여사항과 비급여 사항을 구분하여 금액을 산정하여 작성하고 있고, 본인부담금과 비급여는 실손보험금 통하여 보험금을 청구할 수 있는 금액이라는 것을 충분히 인식하고 있는 점 등의 사정에 비추어 볼 때 의료기관의 보험자에게 대한 직접 불법행위 책임을 부정한 대법원 판결에 대하여는 쉽게 동의하기 어렵다.⁵⁰⁾⁵¹⁾

이와 관련하여 유사한 대법원 판결로 부동산 중개인이 허위의 부동산 계약서를 작성한 경우, 임차인이 위 부동산 계약서를 담보로 금융기관에 금전을 차용하는 것에 대한 공인중개사의 인식가능성을 이유로 제3자인 금융기관에 대해 손해배상책임을 인정한 판결이 있다.⁵²⁾ 이 판결에서 대법원은 공인중개사가 허위의 부동산 계약서를 작성할 때 위법행위의 인식가능성을 이유로 손해배상책임을 인정하였는바, 의료기관이 임의비급여 진료행위를 한 다음 (법정)비급여 항목에 진료비를 기재하여 발급하였다면 위 진료비 영수증을 이용하여 실손보험에 의료비를 청구하는 것에 대한 인식가능성을 이유로 충분히 불법행위를 인정할 수 있을 것이다.

-
- 50) 대상판결의 상고심 판결이 선고되기 전, 하급심 판결 중에는 위와 같은 사정을 고려하여 의료기관의 불법행위책임을 인정한 판결이 다수 있었다. 예를 들어 암 환자들에게 산소치료, 대체요법 및 쥘뜸치료를 하고 이를 비급여 진료비로 청구한 사안에서 서울고등법원 2016. 7. 15. 선고 2015나 2073270 판결은 1심 판결(의정부지방법원 2015. 11. 20. 선고 2014가합57744 판결)을 취소하면서 의료기관의 실손의료보험자에 대해 불법행위에 기한 손해배상청구를 인정하였고, 비록 소액사건이나 의정부지방법원 고양지원 2016. 10. 12. 선고 2016가소71010 판결, 서울중앙지방법원 2016. 1. 26. 선고 2014가단5352940 판결 등에서도 의료기관의 손해배상책임을 인정한바 있다.
- 51) 이러한 점에서 대상판결의 항소심이 피고의 행위가 국민건강보험 관련법령, 요양급여기준규칙 및 MRI 요양급여 산정기준에 위반하는 행위일 뿐 아니라 피고의 업무, 지위와 신분 등에 비추어 적어도 “중과실”에 의한 위법행위라고 판단한 점은 충분히 타당하고 근거가 있다고 여겨진다.
- 52) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009다78863, 78870 판결, “부동산 중개업자가 자신의 중개로 전세계약이 체결되지 않았음에도 실제 계약당사자가 아닌 자에게 전세계약서와 중개대상물 확인설명서 등을 작성·교부해 줌으로써 이를 담보로 제공받아 금전을 대어한 대부업자가 대어금을 회수하지 못하는 손해를 입은 사안에서, 중개업자로서는 일반 제3자가 그 전세계약서에 대하여 중개업자를 통해 그 내용과 같은 전세계약이 체결되었음을 증명하는 것으로 인식하고 이를 전제로 그 전세계약서를 담보로 제공하여 금전을 차용하는 등의 거래관계에 들어갈 것임을 인식할 수 있었다고 보아, 중개업자의 주의의무 위반에 따른 손해배상책임을 인정한 사례”.

IV. 보험자의 채권자대위 가능 법리의 검토

1. 서론

대상판결의 파기환송심에서 보험자의 임의비급여 부당이득반환청구와 관련하여 보험자가 피보험자에 대하여 가지는 부당이득반환채권을 피보전채권으로 하여 피보험자가 의료기관에 대하여 가지는 부당이득반환채권을 대위행사하는 것이 가능하다고 판단함에 따라 보험자는 실무적으로 채권자대위권의 법리에 근거하여 의료기관에 대하여 임의비급여 부당이득반환청구를 다수 진행하고 있다. 이러한 대상판결에도 불구하고 채권자대위권 행사가부에 대하여 여전히 하급심 판결이 갈리고 있어 신중한 검토가 필요하다.

채권자대위제도는 프랑스 민법에서 기원하여 독일 및 일본 등 대륙계 민법을 통해 계수된 제도이다. 최초 강제집행 규정이 미비한 프랑스법의 특성에 따라 강제집행을 위한 보완수단으로서의 기능이 강조되었으나 강제집행 방법과 재산권의 현금화절차가 비교적 상세하게 규정되어 있는 독일 및 일본 민법의 영향으로 인해 국내 채권자대위제도에서는 강제집행의 준비절차로서 채권자의 채무자 일반책임재산 보존수단으로서 기능에 그 의의가 있다고 보는 것이 대체적인 견해이다.⁵³⁾

일반적으로 우리나라의 채권자대위권의 인정요건으로는 ①피보전채권의 존재, ②피보전채권의 변제기 도래, ③채권보전의 필요성, ④대위할 채권에 대한 채무자의 권리 불행사로 정리된다. 보험자의 임의비급여 부당이득반환청구를 위한 채권자대위권 행사에 있어서도 주요한 쟁점이 되는 것은 대상판결 항목에서도 언급된 바와 같이, ‘채권보전의 필요성’, 즉, 채무자인 피보험자들이 반드시 무자력 상태에 있어야 하고 이에 대한 입증이 충분히 이루어져야 하는지 여부라고 볼 수 있다.

채권보전의 필요성은 채권자가 채무자의 권리를 행사하지 않으면 자기의 채권이 완전한 만족을 얻지 못하게 될 위험이 있는 것을 의미하는데,⁵⁴⁾ 채무자가 무자력인 경우에 한하여 채권보전의 필요성이 인정될 수 있는지 여부에 대하여는 무자력요건설, 무자력불요설, 절충설 등으로 학설이 갈린다. 원칙적으로 채무자가

53) 민법주석, 채권총칙, 한국사법행정학회, 2014, 113~114면.

54) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700,82717 판결.

무자력인 경우에 한하여 채권보전의 필요성의 인정되고 특정채권 보전을 위하여 판례를 통해 인정된 사안에 관해서는 예외적으로 채무자의 자력 유무에 관계없이 채권보전의 필요성을 긍정하는 ‘무자력요건설’이 통설적인 견해이다.⁵⁵⁾ 대법원 판례는 특정채권과 금전채권을 분리하여 금전채권에 대하여는 원칙적으로 채무자의 무자력을 채권보전의 필요성의 요건으로 하지만⁵⁶⁾, 특정채권의 경우에는 채무자의 무자력을 요하지 않는다⁵⁷⁾는 태도를 취하고 있다.

이처럼 국내 통설과 판례가 금전채권을 피보전채권으로 하는 경우에 대하여는 원칙적으로 채권보전의 필요성 요건으로서 ‘채무자의 무자력’을 요구하고 있는바, 대상판결을 포함하여 보험자가 피보험자의 의료기관에 대한 부당이득반환채권을 대위행사하는 경우 피보전채권에 해당하는 부당이득반환채권이 금전채권이므로 제3채무자인 의료기관은 채무자인 피보험자들의 무자력 요건이 충분히 입증되지 않았다고 주장함으로써 채권자대위의 소송요건 자체가 흠결되었음을 문제 삼게 되는 것이다.

따라서 채권자대위를 통한 임의비급여 부당이득반환 청구를 위해서는 대상판결에서와 같이 채무자인 피보험자들의 무자력 요건이 완화될 필요성이 존재하는 바, 비교법적인 관점에서 최근의 프랑스 개정 민법과 일본의 판례 및 학설 검토를 통해 임의비급여 부당이득반환 소송의 중요한 쟁점에 해당하는 무자력 요건 완화에 대한 내용을 살펴보고자 한다.

2. 무자력 요건의 완화에 대한 비교법적 검토

(1) 프랑스

전술한 바와 같이 채권자대위권 제도는 프랑스 민법의 ‘간접소권’(action oblique)에서 기원하였고 우리 민법 제404조 채권자대위권 제도 역시 프랑스 민법에서 독일, 일본 등 다른 대륙법계 국가를 거쳐 수계되었다.

55) 민법주석 채권총칙, 한국사법행정학회, 2014, 134면; 이러한 무자력 요건은 사적자치의 원리에 근거하여 채무자의 재산관리의 자유에 대한 부당한 간섭과 강제집행제도의 형해화(形骸化)를 방지하는 것에 그 취지가 있다고 볼 수 있다.

56) 대법원 1963. 4. 25. 선고 63다122 판결 등.

57) 대법원 1992. 10. 27. 선고 91다483 판결 등.

2016년 개정 전 프랑스민법 제1166조는 “채권자는 채무자의 일신에 전속한 권리를 제외하고는 채무자의 모든 소권(訴權)을 행사할 수 있다.”라고 간접소권(채권자대위권)을 규정하면서도, 구체적인 행사요건과 효과에 대해서는 전적으로 학설과 판례에 일임하여 왔다.⁵⁸⁾ 그런데 2016년 개정된 프랑스민법 제1341-1조는 간접소권에 대하여, “채무자가 그의 재산적 권리와 소권 행사를 태만히 함으로써 채권자의 권리를 위태롭게 할 경우 채권자는 채무자의 계산으로 채무자의 일신에 전속한 권리를 제외한 채무자의 권리와 소권을 행사할 수 있다.”라고 규정하면서, ①채무자가 자신의 권리를 태만히 하였을 것, ②이로 인해 채권자의 권리를 위태롭게 하였을 것이라는 2가지 요건을 간접소권의 행사요건으로서 명시하였다.

위 간접소권의 행사요건 중 “채무자가 자신의 권리를 태만히 하였을 것”은 채무자의 권리불행사를 의미하고, “채권자의 권리를 위태롭게 하였을 것”은 채권보전의 필요성과 동일한 개념이라고 볼 수 있다. 여기에서 채권보전의 필요성과 관련하여 개정민법이 “채권자의 권리를 위태롭게 하였을 것”이라는 포괄적인 표현을 사용한 것에 주목할 필요가 있다. 이에 대해 대다수의 프랑스 학자들은 해당 문구의 해석상 채무자가 무자력 상태가 아닐지라도 채권자의 권리가 위태롭게 되었다고 평가될 수 있다면 그 자체로 채권보전의 필요성이 인정되어 간접소권을 행사할 수 있다는 것으로서 결국, 간접소권의 행사에 있어서 채무자의 무자력이 입증될 필요가 없음이 법개정을 통해 명시화되었다고 평가하고 있다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾

이러한 프랑스 민법의 개정내용은 채무자의 권리불행사 요건과 관련하여 ‘권리 행사를 태만히 하였을 것’이라는 용어를 사용하여 간접소권의 적용영역을 넓히고 채권보전의 필요성과 관련하여서도 채권자의 권리가 위태롭게 되기만 하면 채무자의 자력여부와는 관계없이 간접소권의 행사가 가능하도록 하여 간접소권의 행사요건을 크게 완화시켰다는 점에서 의의가 있다고 볼 수 있다.

58) 여하운, 채권자대위권에 관한 프랑스에서의 최근 입법 동향, 재산법연구 제34권 제4호 2018, 170면.

59) 여하운, 앞의 논문, 174-175면

60) M. Julienne, *op.cit.*, n°396(p.236); *Pratiques Contractuelles* par l'éditeur du Dictionnaire Permanent, éd., Legislative, 2016, p.212; L. Andreu et N. Thomassin, *op.cit.*, n°1913(p.657 ets.); A. Bénabent, *op.cit.*, n°806(p.626); P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations* 9e éd., LGDJ, 2017, n°1150(p.674); B. Fages, *op.cit.*, n°520(p.438).

(2) 일본

1) 학설

일본에서도 채권자대위권은 국내 민법과 사실상 동일한 구조로서 공동담보로서의 책임재산보전에 그 목적이 있고, 이는 강학상으로 ‘책임재산보전형 채권자대위권(본래형)과 ‘개별권리실현준비형 채권자대위권(전용형)으로 분류되고 있다.

‘책임재산보전형 채권자대위권’은 채무자가 본래 행사하여야 할 권리를 행사하여야 함에도 불구하고 이를 행사하지 아니하여 채무자의 책임재산의 증가에 방해가 발생하는 경우, 채권자가 채무자의 재산관리에 직접적으로 개입하여 책임재산을 보전하기 위해 인정되는 권리이며, ‘개별권리실현준비형 채권자대위권’은 책임재산 보전의 목적이 아닌 특정한 개별적 권리를 실현하기 위한 준비를 위해 인정되는 권리로서, 이는 2017년도 개정민법 전에는 강학상 ‘채권자대위권의 전용(轉用)’이라는 표현으로 호칭되었다.⁶¹⁾

2) 판례

일본은 明治 39년(1906년) 채권자대위권의 행사요건으로 채무자의 무자력을 요한다는 취지의 최고재판소 판결 이래로 무자력요건에 대하여 거의 아무런 이의가 없었다. 이후에도 채무자의 무자력요건과 관련하여 금전채권을 피보전채권으로 하는 ‘책임재산보전형 채권자대위권’의 경우에는 무자력 요건이 필요하며, 등기청구권을 피보전채권으로 하는 등기청구권의 대위행사와 부동산임차권을 피보전채권으로 하는 방해배제청구권의 대위행사와 같은 ‘특정채권’을 피보전채권으로 하는 ‘채권자대위권의 전용’의 경우에는 불필요하다는 입장으로 정리되어 왔다.

그런데 일본 최고재판소는 1970. 3. 6. 선고 제1소법정 판결⁶²⁾을 통해 금전채권의 경우에도 무자력을 요건으로 하지 않는 판결을 선고하여 채권자대위권에 대한 새로운 논쟁을 일으켰다. 이 사건 사안은 피상속인이 본인 소유의 토지를 매수인에게 매도하는 토지매매계약을 체결한 후에 사망하여 상속인들(원고)이 대금지급채권 및 등기이전의무를 상속받은 상태에서 매수인에 대한 대금지급채권을 보전하기 위하여 등기이전의무의 이행을 거절하고 있는 다른 상속인 1인(피고)에

61) 潮見佳男, 債權總論, 第5版, 新山社, 2019, 176 ~ 177面, 207面.

62) 昭和48年(オ)第369号 土地所有權移轉登記請求事件.

대한 매수인의 등기이전청구권을 채권자대위권을 통해 대위행사한 사안으로, “상속인은 위 동시이행의 항변권을 상실시키고 본인의 대금지급채권을 보전하기 위하여 채무자인 매수인의 무자력 유무를 불문하고 민법 제423조 1항 본문에 따라 매수인을 대위하여 등기에 응하지 않는 상속인에 대한 매수인의 소유권이전등기 청구권을 대위행사할 수 있다고 봄이 상당하다.”라고 판시함으로써 금전채권(대금지급채권)이 피보전채권인 경우에도 채무자의 무자력 완화를 인정할 바 있다.

위 판결은 금전채권을 피보전채권으로 하는 경우에는 ‘본래형’으로서 무자력 요건이 원칙적으로 필요하다고 보아왔던 기존 학설 및 판례의 태도와는 달리 금전채권을 피보전채권으로 하여 전용형에 해당하지 않는 사안에서 무자력 요건이 불요하다고 판시함으로써 ‘채권자대위권의 전용’ 및 ‘무자력 요건의 요부’에 대한 새로운 논쟁을 제시하게 되었다.

이에 대해 학설 중 다수설의 입장은 무자력 요건 자체를 부정하는 철폐설의 입장에 근거한 것이라고 급진적으로 해석하기 보다는 금전채권을 피보전채권으로 하는 ‘본래형’의 경우에는 원칙적으로 무자력 요건이 필요하고 ‘전용형’의 경우에만 무자력 요건이 불요하다고 보던 종래의 입장을 유지하면서도 ‘전용’의 의미를 재해석하여 본 사건과 같은 채권자대위권 행사의 경우에는 피보전채권이 금전채권임에도 ‘전용형’의 범주에 포함시켰다고 해석하고 있다. 종래에는 채권자대위권 제도에 있어서의 ‘본래형’과 ‘전용형’의 구별기준이 피보전채권이 금전채권인지 아니면 특정채권인지 여부에 있었다면, 위 최고재판소 판결 이후에는 채권자대위권 행사의 목적에 있게 된다고 보는 해석이라고 할 수 있다. 즉 책임재산보전이라는 제도 본래의 목적을 위한 대위행사를 ‘본래형’, 그 이외의 적극적인 권리실현 등 목적을 위한 대위행사를 ‘전용형’으로 구분하는 것으로 볼 수 있다.⁶³⁾

결론적으로, 일본의 최고재판소 판결은 금전채권을 피보전채권으로 하는 경우에도 채무자의 무자력을 요하지 않는 ‘전용형’의 범주에 포함시킬 수 있는 여지를 부여함으로써, 책임재산보전이라는 목적을 넘어 채권자가 적극적으로 권리를 실현할 수 있는 현실적인 수단을 제공하였다는 점에서 그 의의가 있다고 볼 수 있을 것이다.

63) 工藤佑嚴 ‘金錢債權を保全する債權者代位權と債務者の無資力要件’, 民法判例百選Ⅱ第8版, 有斐閣, 2018, 26 ~ 27面.

(3) 비교법적 검토의 의의

일본과 프랑스는 우리나라와 같은 대륙법계 국가로서, 이들 민법은 우리 채권자대위권 제도의 도입과 반영에도 큰 영향을 준 바 있다.

일본의 경우 1970년 피보전채권이 금전채권인 경우에 대하여도 무자력을 완화한 최고재판소 판결이 나온 것을 계기로 채권자대위권이 실질적인 권리실현수단으로 활용될 수 있는 '개별권리실현준비형 채권자대위권'의 유형화 작업이 학계와 실무에서 활발하게 이루어지게 되었다. 프랑스의 경우에도 2016년도 민법개정을 통해 간접소권(채권자대위권)의 행사요건 중 채권보전의 필요성이 '채권자의 권리를 위태롭게 하였을 것'이라는 포괄적인 용어로 정의됨에 따라, 채무자의 무자력 요건에 대한 입증의 필요성은 것으로 정리된바 있다.

이처럼 다른 대륙법계 국가의 판례 및 입법 동향을 통해서도 채권자대위권 행사에 있어서 채무자 무자력 요건을 완화하는 움직임을 발견할 수 있는바, 이는 채무자의 책임재산을 보전하는 단계를 넘어 채권자의 실질적인 권리실현 수단으로서 채권자대위권이 변용하고 있으며, 이에 따라 채무자의 무자력을 요하지 않는 등 그 행사요건이 완화되고 있는 것이라고도 해석할 수 있을 것이다.

따라서, 본문을 통해 짧게나마 이루어진 무자력 요건을 완화에 대한 비교법적 검토는 국내 채권자대위권 제도의 발전에 있어서도 중요한 시사점을 제시해 줄 수 있으며, 이는 본고에서 다루고 있는 임의비급여 부당이득반환 소송의 주요 쟁점이라고 볼 수 있는 무자력 요건 완화의 근거로서도 원용될 수 있을 것으로 보인다.

3. 우리나라 판례의 검토

(1) 무자력요건

위에서 언급한 바와 같이 민법 제404조는 제1항은 “채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다.”라고만 규정되어 있을 뿐, 채권자가 대위하기 위한 요건으로 채무자의 무자력을 요한다는 규정이 없다. 그리고 다른 요건을 필요로 하지 않는다. 그럼에도 불구하고 일본의 초기 최고재판소 판결 이래로 채권자대위권의 행사요건으로 채무자의 무자력을 요한다는 취지의 판결이 국내 학설과 판례에도 영향을 미친 것으로 보인다. 그렇지만 대법원 판결은

무자력의 요건을 완화한 1970년 일본 최고재판소 판결보다 훨씬 전부터 금전채권에 관하여 무자력을 요건으로 하지 않는 판결을 선고한바 있다.⁶⁴⁾

그 판결례를 시간적 순서대로 보면, 금전채권을 갖는 채권자가 채무자의 국가에 대한 상속등기청구권을 대위행사하는 경우에 대법원은 상속인의 상속포기 및 한정승인권을 침해하는 것이 아니라는 취지로 본 판결(대법원 1964. 4. 3. 63타54 결정),⁶⁵⁾ 유실물법 제10조 제3항에 의하여 보상금채권을 갖고 있는 자가 법률상 습득한 자의 유실물에 대한 보상청구권을 대위행사하는 경우에 채권자대위권이 인정된다는 취지로 본 판결(대법원 1968. 6. 18. 선고 68타663 판결), 의료인이 치료비청구권을 보전하기 위하여 환자의 국가에 대한 배상청구권을 대위행사하는 경우에 채권자대위권을 인정한 판결(대법원 1981. 6. 23. 선고 80타1351 판결),⁶⁶⁾ 임차인의 주택명도가 선이행되어야 할 필요가 있는 임대차보증금반환청구권의 양수인이 임차인에 대한 임대인의 임차가옥명도청구권을 대위행사하는 경우에도 채권자대위권을 인정한 판결(대법원 1989. 4. 25. 선고 88다카4253 판결),⁶⁷⁾ 수입인이 제688조 제2항 전단에 따라라 위임인에게 갖는 대변제청구권의 보전을 위하여 채무자의 위임인인의 채권을 대위행사하는 경우에도 채권자 대위권을 인정한 판결(대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다52506 판결)등이 있다.⁶⁸⁾

64) 이하의 대법원 판례는 채권자대위권에서 금전채권을 행사하는 경우 무자력을 요건으로 하지 않는 대표적 판결로 자주 언급되고 있다(강봉석, 민사판례연구 24권, 한국민사판례연구회, 박영사, 2002, 20면 이하 참조).

65) 이 판결의 주요 쟁점은 상속인의 채권자가 상속등기를 한 경우 상속인의 상속포기, 한정승인에 관한 권리를 해치는 것이 아닌지 여부에 대한 판단으로 금전채권에 대하여 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는다는 구체적인 설시는 없다.

66) 이 판결도 주요 쟁점은 국가배상법 제4조에서 동법 제3조의 국가배상청구권은 압류를 금지하는 채권으로 규정하고 있는바 위와 같이 압류를 금지하는 채권에 대하여 채권자대위권을 허용할 수 있을 것인지 여부에 대한 판단으로 “압류를 금지하는 취지는 이를 금지함으로써 피해자로 하여금 그 상해를 치료하기 위한 치료비 채권을 확보할 수 있게 하여 피해의 구제에 만전을 기하려는 뜻이라고 할 것이나”라고 하면서 위 압류금지 취지에 비취볼 때, 의료인이 진료비채권을 실현하기 위해 직접 압류가 금지되는 국가배상청구권을 채권자대위 하는 경우 위 법의 취지에 어긋나지 않는다고 하면서 의료인의 채권자대위권을 인정하였다. 다만 명시적인 금전채권의 무자력 요건을 설시하고 있지는 않다.

67) 이 판결은 “채권자가 자기채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사하려면 채무자의 무자력을 요건으로 하는 것이 통상이지만 이 사건의 경우와 같이 채권자가 양수한 임대보증금의 이행을 청구하기 위하여 임차인의 가옥명도가 선 이행되어야 할 필요가 있어서 그 명도를 구하는 경우에는 그 채권의 보전과 채무자인 임대인의 자력유무는 관계가 없는 일이므로 무자력을 요건으로 한다고 할 수 없다”라고 하여 채권자의 채권의 보전과 채무자의 자력유무는 관계가 없는 점을 언급하면서 금전채권의 보전을 위하여 무자력을 요건으로 하지 않는다는 판단을 하였다.

최근 학계에서도 위 무자력 요건에 대하여는 제3채무자가 채무자에 대하여 피대위권리에 따른 채무를 변제해야 하는 지위에 있으므로 채권자대위권 행사로 인해 경제적 이해관계에 영향이 없으며 채권자대위권제도는 책임재산의 보전보다는 채권자의 채권보전이라는 측면에 초점을 맞추어야 한다는 측면에서 피보전채권이 금전채권인 경우라도 채무자의 무자력 요건이 불필요하다고 보아야 한다는 전향적인 견해들이 제기되고 있다.⁶⁹⁾⁷⁰⁾

(2) 무자력요건을 요하지 않는 사례

위 대법원 판결들이 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는 이유에 대하여 구체적인 설시가 없어 단정하기는 어려우나 채권자대위권을 채무자의 책임재산의 보전으로 국한하기 보다는 채권자가 자신의 채권을 확보하기 위하여 채무자의 권리를 대신하여 행사할 수 있는 권리로 확대하고 있다고 해석할 수 있을 것이다.

위 대법원 판결들은 채권자대위권에서 금전채권이 아닌 특정물 채권의 경우 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는데 위와 같은 무자력을 요건으로 하지 않는 이유에 대하여 판단한 내용은 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는 금전채권의 경우에도 차용할 수 있을 것이다. 대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700 판결은 “채권자는 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위해서 채무자의 권리를 행사할 수 있는바, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련 되어 있고 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우”에는 채권자 대위권을 인정하고 있다. 즉,

68) 이 판결을 보면, “수임인이 가지는 민법 제688조 제2항 전단 소정의 대변제청구권은, 통상의 금전채권과는 다른 목적을 갖는 것이므로, 수임인이 이 대변제청구권을 보전하기 위하여 채무자인 위임인의 채권을 대위행사하는 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니한다고 할 것이다”라고 판단하였다. 이 판결은 채권자대위권이 채무자의 책임재산을 보전하고자 하는 취지의 권리에 국한되지 않고 채권자가 자기채권의 만족을 위해 채무자의 권리를 행사하는 것으로 채권자 대위권 행사를 완화하고 있는 것으로 보인다.

69) 김형배 앞의 논문, 김형배, 채권총론, 제2판, 박영사, 1999, 346면; 김주수, 채권총론, 제3보정판, 삼영사, 2003, 218~221면; 김준호, 민법강의, 제25판, 법문사, 2019, 561면 각주 2번 참조.

70) 이에 대한 자세한 논의는 김준호, 민법강의, 제23판, 2017, 1082면 ‘채권자대위권에서 무자력이론에 대한 비판론 참조.

채권자대위권 행사시 금전채권인지, 특정물 채권인지 여부와 상관없이, ①채권자의 권리와 채무자의 권리가 밀접한 관련성이 있어야 하고, ②채권자가 대위권을 행사하지 않으면 채권의 만족을 할 수 없어 대위권 행사가 채권자의 권리실현을 위한 유효하고 적절한 수단이 되는 경우에는 채무자의 자력 유무와 관련 없이 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.

실제로 대상판결을 포함하여 최근까지도 판례는 피보전채권이 금전채권인 경우에도 채무자의 제3채무자에 대한 채권과 밀접한 관련이 있고, 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요하고, 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되지 않을 때에는 채무자의 무자력 요건이 불요하다고 판시하고 있다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결 등).

(3) 보험자의 채권자대위권 인정 사례

최근까지 임의비급여 진료행위를 한 의료기관을 상대로 부당이득반환청구소송에서 보험자의 채권대위권을 인정한 판결이 다수 있었다. 대상판결인 급여사항인 MRI 진단비의 비급여 진료비 징수 외에도 IMS(Intra-Muscular Stimulation)⁷¹⁾, 고압산소치료⁷²⁾, 트리암시놀론 주사⁷³⁾, 페인스크램블러(Pain Scrambler)⁷⁴⁾ 등의

71) 서울중앙지방법원 2016. 11. 25. 선고 2016가단5025914 판결; IMS 치료는 1회용 비닐로써 근육 내 자극을 통한 통증 치료요법으로 신의료기술에 해당하지만 이를 신청하지 않은 경우에는 임의비급여 진료행위가 된다. 이 사건 판결에서는 대상판결을 근거로 원고 보험자가 피보험자들을 대위하여 피고가 부당하게 수취한 진료비 상당의 부당이득금 반환을 구하는 것이 채권의 현실적 이행을 유효적절하게 확보하기 위해 필요하다고 하여 보험자의 대위청구를 인정하였다.

72) 서울중앙지방법원 2017. 12. 21. 선고 2016가소368733 판결(제1심) 및 서울중앙지방법원 2019. 2. 1. 선고 2018나1048 판결(제2심); 고압산소치료 적응증에 해당하지 않는 암환자들에게 해당 치료 행위를 하고 그 진료비를 비급여로 지급받은 사건으로 피고 의료기관의 행위에 대하여 '속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여 비용을 받은 경우에 해당한다고 하여 실손의료보험자인 원고의 채권자대위권행사를 통한 권리 실현을 인정하였다. 피고 의료기관이 상고하였으나, 2019. 6. 13. 피고 상고기각으로 확정되었다.

73) 대전지방법원 2018. 5. 17. 선고 2015가단210771 판결(제1심) 및 대전지방법원 2019. 4. 4. 선고 2018나107877 판결(제2심); 피고 의료기관이 자체 개발한 주사제를 비염치료에 특효약이라고 하면서 환자들에게 주사한 행위에 대해 이 사건 1심과 2심 모두 피고 의료기관의 진료 및 그에 따른 진료비 지급은 임의비급여에 해당하고, 이러한 임의비급여 진료행위는 강행규정인 국민건강보험법상의 요양급여 관련 규정을 위반한 것으로 무효가 된다고 하여 실손의료보험자인 원고의 피보험자인 환자를 대위한 채권자대위권에 기한 청구를 인용하였다. 위 판결은 피고 의원 상고로 현재 대법원 소송계속 중에 있다.

사례가 그것이다. 대부분 임의비급여에 해당하는 진료를 병원이 환자에게 시술하여 진료비를 수령한 후 환자가 실손보험을 가입한 보험자에게 보험금을 청구하고 보험금을 지급받은 사안으로, 각 판결에서는 국민건강보험법상 요양급여 관련 규정들은 강행규정이므로 병원은 법률상 원인 없는 보험금 상당의 진료비에 대하여 피보험자들에 대하여 부당이득으로 반환할 의무가 있으며 보험사가 피보험자들을 상대로 일일이 반환청구를 구한다면 보험금 회수가 제대로 이루어지지 않을 수 있으므로 채무자인 피보험자의 무자력 요건을 엄격히 적용할 수 없다는 취지로 보험사의 채권자대위권 행사를 통한 부당이득반환청구를 인용하였다. 이들 판결은 금전채권이 피보전채권인 경우에도 무자력 요건을 완화하여 채권자대위권이 부당이득반환 등 실제적인 권리실현을 위한 적극적인 수단으로 활용될 수 있는 가능성을 제시하였다.

임의비급여를 한 의료기관을 상대로 한 부당이득반환 소송에서 채권자대위권을 인정할 이러한 판결에도 불구하고, 환자인 피보험자의 동의가 있다고 하면서 채권자대위권 행사가 부당하다는 취지의 반박이 있다. 특히, 위에서 언급한 대법원 2010두27639, 27646 전원합의체 판결에서 임의비급여라고 하더라도 예외적으로 허용하는 요건과 관련하여, “가입자 등에게 미리 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료 받는 데 대하여 동의를 받았다면 이러한 경우까지 ‘속임수 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당한다고 볼 수는 없다”는 판결이유를 근거로 제시하는 견해가 대표적이다. 그러나 위 요건을 보면 의료기관으로부터 임의비급여 진료행위의 내용과 그 비용에 대한 충분한 설명을 듣고 정보가 제공된 상태에서 본인이 돈을 부담하더라도 이러한 임의비급여 진료행위를 받겠다는 진지한 고려에서 비롯된 것이지, 현재 문제되는 임의비급여 부당이득환수소송의 사안처럼 의료기관이 경제적인 목적으로 환자인 피보험자들에게 (급여사항이라고 하거나 실손의료비보험에서 보장한다고 하는 등) 잘못된 정보를 제공하거나 환자들의 도덕적 해이까지 경합한 경우까지 환자인 피보험자의 동의 요건을 끌어와서 채권자대위권 행사를 방해하는 사유로 삼을 수는 없을 것이다.

74) 서울중앙지방법원 2019. 5. 8. 선고 2018가소2435961 판결(확정); 페이스스크램블러는 주사나 약물을 사용하지 않고 통증 주변 신경회로에 전극을 전달하여 통증을 완화시키는 치료법으로 만성통증, 암성통증 및 난치성 통증 환자 외에 급성통증 환자에 대한 사용은 임의비급여 행위에 해당한다. 이 건 소송에서도 피고 의료기관이 이러한 적응증에 해당하지 않는 환자에게 페이스스크램블러 처치를 하고 임의비급여로 진료비를 지급받은 행위에 대해 보험자의 채권자대위권을 인정하였다.

4. 소결 : 채권자대위권 인정의 실익

일부 견해에 따라서는 피보험자인 환자들이 의료기관에 대하여 부당이득반환 청구를 행사하지 않을 경우도 있는데 이러한 경우까지 채권자가 채무자의 권리를 행사하게 하는 것이 타당한지, 보험자가 직접 피보험자를 상대로 부당이득반환을 청구하면 될 것이지 이러한 절차가 번거롭다고 하여 굳이 채권자대위권 제도를 인정할 필요성이 있는지(특히, 피보험자 1인에게 환수하는 금액이 고액인 경우에는 더욱 그럴 것이다)에 대한 의문을 제기하기도 한다. 또는 실손의료보험자로서는 채권자대위권을 행사하기 보다는 심평원에 부당한 진료비 확인을 요청하거나 공단에 요양급여비용 환수 처분을 촉구하여 심평원이나 공단이 환자의 권리 구제를 대신해주도록 하는 방법도 취함으로써 보험자가 소제기를 통한 비용이나 시간을 아낄 수 있다는 의견도 제기된다.

그러나 이러한 의견은 실제 임의비급여 발생 형태나 그에 따른 반환 실무가 어떻게 이루어지는지에 대한 이해가 부족한 상태에서의 피상적인 주장으로 다음과 같은 사정을 고려하면 채권자대위권 행사가 사회경제적 실익과 효율성 측면에서 우월할 것으로 판단된다.

첫째, 현행법 하에서는 실손보험 보험자가 부당한 진료비 확인 요청을 직접 할 수 없고 심평원이나 공단에 정보를 제공하는 등으로 그 처분을 사실상 촉구할 수 있을 뿐이므로 심평원이나 공단이 처분에 나아가지 않으면 보험자가 별다른 조치를 취할 수 없는 실정이다. 또한 건강보험관련법령이나 의료법 등 실정법 위반혐의로 형사적인 문제를 제기하더라도 의료행위의 전문성, 의료관행 등을 이유로 형사제재를 받지 않는 경우가 다반사이다.

둘째, 설사 심평원이나 공단이 처분을 한다고 하더라도 보험자로서는 당사자가 아닌 바 그 진행경과를 알 수 없으므로 실제로 환자가 해당 비용을 돌려받았는지 여부나 그 액수를 확인할 수도 없다. 만일 피보험자(환자)가 해당 비용을 돌려받은 사실을 보험자가 나중에 알게 되었다고 하더라도 피보험자가 자발적으로 지급받은 보험금을 반환하지 않으면(임의로 반환하는 경우는 거의 없을 것이다), 이를 반환받는 방법은 소제기를 통하여만 가능할 것인데 보험자 입장에서 고 개인 피보험자에 대하여 직접 법적 대응을 하는 것 보다는 의료기관을 상대로 하는 것이 더 수월할 수 있다.

셋째, 국민건강보험법령에 위반한 의료기관은 상당기간 동안 그러한 임의비급여 진료행위를 하여왔으므로 보험자가 채권자 대위권을 행사하면 기존의 부당이득반환청구권을 한 번의 소송으로 대위할 수 있다는 장점이 있다.⁷⁵⁾ 보험자의 대위권을 부정하는 견해로 피보험자를 상대로 부당이득반환청구를 하는 것이 현실적으로 어려워 보이지 않는다고 하지만 위에서 살핀 대로 피보험자를 상대로 하는 소송의 어려움이 있고 피보험자들에게 보험금을 지급하면서 일일이 채권양도를 받는다는 것도 쉽지 않기 때문에 당연히 채권자 대위권을 배척해서는 아니 될 것이다.

결국 의료비 반환채권에 대해 간이하게 해결할 수 있는 절차 및 실정법적 근거가 있음에도 불구하고 굳이 환자와의 소모적인 분쟁을 야기하면서 이종의 반환절차를 거치도록 할 필요는 없다고 할 것이므로 적극적으로 보험자의 반환청구권을 부정하여야 한다는 취지가 아니라면 소송경제상 채권자대위권을 인정할 필요성은 충분하다고 하겠다.⁷⁶⁾

V. 마치며

올해 상반기까지 국민의 3분의 2가 가입하면서 제2의 건강보험이라고 불리는 실손의료보험의 손해를 급증에 대한 주원인으로 지목되고 있는 임의비급여 진료행위가 실손보험 보험자와 의료기관의 분쟁을 넘어서 국민경제에 막대한 영향을 미치는 사회적 문제로 대두되고 있다.

국민건강보험법을 근거로 설립된 공단이 모든 의료비를 전부 보장하는 것이 아니라 진료비 중 일부만 보장함에 따라 나머지 진료비는 환자들이 개인적으로 가입한 실손보험에서 부담하고 있는 현실에서 불가피한 현상으로 보인다.

현 정부의 건강보험정책은 국민 모두가 진료비 걱정 없이 의료서비스를 받을 수 있도록 건강보험제도를 대대적으로 개정하여 건강보험에서 보장하는 영역을 넓히는데 그 목적이 있다고 할 것이다. 이러한 정책시행을 통해 요양급여항목이라도

75) 박성민, 앞의 책, 307-308면.

76) 김선정, “요양급여대상인 진단비를 비급여대상으로 처리한 병원에 대하여 보험회사가 지급한 보험금 반환을 청구할 수 있는지 여부”, 월간생명보험, Vol.479, 2019. 1. 53면.

본인 부담을 줄이고 비급여항목도 점차로 급여로 편입되게 함으로써 전체적으로 환자인 국민들이 진료비로 지출되는 돈이 줄어들고, 결국 환자들의 진료비를 보장하는 실손보험에서 지급되는 보험금도 줄어들어야 한다. 그런데 실재는 그 반대의 현상이 발생하고 있다.

이러한 문제의 가장 주된 원인은 건강보험의 비급여 부분에서 어느 정도 수익을 창출했던 의료기관이 건강보험에서 비급여가 줄어들자 실손보험에 가입한 자를 주요 고객으로 하여 과잉·과다진료를 하고 있기 때문으로 파악된다. 이에 더하여 임의비급여 진료 등을 통해 수익을 창출하고자 하는 의료업체와 이를 적극적으로 이용하고자 하는 환자들의 이해관계가 맞아 떨어져 실손보험의 보험금 지급이 건잡을 수 없는 가파른 상승으로 이어지고 있는 것이다. 사회 구성원간 조금씩 자행되는 도덕적 해이들이 결국 보험자에게 큰 부담으로 돌아가게 되었다. 결국은 선량한 다수의 보험가입자가 부담해야 할 몫으로 남게 될 것이다.⁷⁷⁾

일부 의료기관에서는 자신의 금전적 이익을 위하여 임의비급여 진료행위를 하였음에도 환자들이 실손보험 담보에서 보험금을 받을 수 있도록 진료비 영수증 등을 허위로 발급하거나 더 나아가 실손보험 가입자만을 따로 모집하여 치료와 관계없는 고가의 진료행위를 하고 보험금 청구를 할 수 있도록 관련 서류를 갖추어 주는 등 그 도가 지나친 경우가 종종 언론에 보도되고 있다.

이와 같이 과거에 이루어졌던 의료기관의 불법행위를 바로잡고 향후 유사행위의 근절을 통해 실손보험의 건전한 재정 확보 및 선량한 다수의 보험가입자를 보호하기 위하여 임의비급여 진료비는 반드시 반환되어야 한다.⁷⁸⁾

대상판결은 채권자대위라는 법리적용을 통하여 실손의료보험 보험자가 환자를 거침이 없이 사법적으로 무효행위인 임의비급여 진료비를 수수한 의료기관을 직접 상대방으로 하여 그가 부당하게 취득한 진료비의 반환을 구하는 것을 허용하였다. 대상판결은 적법하고 간소한 절차로써 사회적 정의 회복을 실현할 수 있도록 한 것으로 그 의미가 매우 크다고 할 것이다. 다만, 대상 판결의 상고심에서 의료 기관의 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정하지 않은 부분은 현재 실무 상황에 비춰볼 때 부합하지 않는바 재검토를 해야 할 것으로 보인다.

77) 이태일리, “문제인 케어와 실손의료보험의 엇박자”, 2019. 8. 26.자 기사(한국외국어대학교 법학전문대학원 김은경 교수 기고문) 참조.

78) 김선정, 앞의 논문, 54면; 이와 별개로 위법행위가 적발되지 않으면 부정한 이득을 취하고 적발되면 이미 받은 진료비를 돌려주면 된다는 도덕적 해이에 경종을 울릴 수 있도록 행정제재와 형사책입이 강화되어야 할 것이다.

마지막으로 국민 전체의 복리와 경제생활에 직접적인 영향을 미치는 사안에 대해, 사회구성원으로서의 법원이 대상판결의 취지에 공감하여 적극적으로 판단 해주기를 기대하며 이 부족한 본고가 조금이라도 도움이 되길 바란다.

참고문헌

1. 단행본

강봉석, 민사판례연구 24권, 한국민사판례연구회, 박영사, 2002.

김준호, 민법강의 제25판, 법문사, 2019.

김형배·김규완·김명숙 민법학강의 제15판, 신조사, 2016.

박성민, 실손보험 연구, 경인문화사, 2019.

지원림, 민법강의 제16판, 홍문사, 2019.

김은경, 보험계약법, 보험연수원, 2016.

박세민, 보험법 제5판, 박영사, 2019.

潮見佳男, 債權總論, 第5版, 新山社, 2019.

2. 논문

김선정, “요양급여대상인 진단비를 비급여대상으로 처리한 병원에 대하여 보험회사가 지급한 보험금 반환을 청구할 수 있는지 여부”, 월간생명보험, Vol.479, 2019. 1.

명순구, “실손의료보험과 비급여 의료비 심사제도 도입의 필요성”, 경영법률 제27권 제1호, 경영법률학회, 2016.

_____, “국민건강보험의 보장률 제고를 위한 비급여 의료비 관리 개선방향에 관한 연구”, 보험학회지 제114집, 2018.

박태신, “임의비급여 허용요건에 관한 검토”, 의료법학 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012.

배병일, “임의비급여 진료행위에 관한 민사법적 검토”, 의료법학 제18권 제2호, 대한의료법학회, 2017.

송명호, “국민건강보험공단의 요양급여비용 환수과정에 있어서 법적용 정밀성에 관한 검토”, 의료법학 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012.

선정원, “과잉진료와 과잉원외처방으로 인한 부당이득의 환수처분과 손해배상청구”, 행정법 연구, 제29호, 2011.

여하운, “채권자대위권에 관한 프랑스에서의 최근 입법 동향”, 재산법연구 제34권 제4호, 2018.

이인영, “국민건강보험법상 임의비급여의 개선방안 연구”, 고려대학교 박사학위 논문, 2016.

정영철, “공법적 시각에서 본 임의비급여의 제한적 허용의 쟁점”, 법학논고 제40집, 경북대학교 법학연구원, 2012.

_____, “원외처방 요양급여비용 환수의 공법적 고찰”, 행정법연구 제36호, 행정법이론실무학회, 2013.

현두륜, “건강보험에 있어서 의사와 환자 간의 법률관계”, 의료법학 제8권 제2호, 대한의료법학회, 2007.

_____, “요양급여기준의 법적 성격과 요양급여기준을 벗어난 원외처방행위의 위법성”, 의료법학 제15권 제1호, 2014.

工藤佑嚴, “金錢債權を保全する債權者代位權と債務者の無資力要件”, 民法判例百選Ⅱ 第8版, 2018.

<Abstract>

**Reviewing Civil Issues for Arbitrary Non-wage
Medical Practice Hospitals**
**- Focusing on the insurer's decision to exercise its creditor
authority -**

Lim, Ung Chan · Lee, Sang Kang · Kim, Hyung Jin

The National Health Insurance Corporation (NHIC), established on the basis of the provisions of Article 36 Paragraph 3 of the Constitution which stipulates health obligations to the people of the country and the National Health Insurance Act, contributes to the improvement of the health of the people with a set amount of funds. However, in reality, the National Health Insurance Act requires that the NHIC and the patient shoulder the cost of all medical services, while the NHIC and the NHS Act define work and daily medical activities as non-wage and place them in a private self-governing area where patients and medical institutions can perform medical activities in accordance with the agreement between the patient and the institution, and pay the entire cost of medical treatment. As above, patients have personally signed insurance contracts with insurance companies to guarantee their medical expenses to private insurers because the corporation guarantees not all but partial medical expenses, and the patients must pay the rest. Currently, about two-thirds of the nation's people are subscribed to loss insurance, suggesting that although it is not compulsory, it must be an essential insurance policy given its role in improving people's health nationwide.

Meanwhile, as the government implemented a policy to expand the coverage of health insurance, non-wage benefits were reduced from health insurance and medical institutions gave excess medical treatment in loss insurance as a target. The medical community's interest in generating revenue by providing excessive medical and

random benefit care align with patients' interest in actively using such over and excessive medical care and random benefit care, resulting in a rapid rise of insurance coverage and subsequently leading to an even more serious situation. Such moral hazard, done little by little among medical institutions and patients, will eventually return to the burden of other good policyholders and the entire public, not just the insurers.

Based on these problems, this paper focuses on how to recover the random non-benefit medical expenses paid by the loss-making health insurer to the insured patient from the medical institution.

First, check whether an insurer can claim damages against a medical institution for the cause of the illegal act. The appeal of the decision denied responsibility for illegal activities on grounds that there was no causal relationship between the actions of the medical institution and the loss of the insurer. However, the causal relationship cannot be denied, given the large number of lost-loss insurance subscribers and given that the medical institution can fully recognize that the patient who received the medical treatment will be charged for the loss-making medical expenses, such as issuing various documents necessary for the claim for loss-making insurance. In this respect, it is difficult to agree on the appeal conclusion of the target judgment.

Next, it is necessary to consider actively exercising on behalf of the insured's rights, which are directly patients, on the basis of creditor rights. In this vein, there is a limited interpretation on the creditor's right to use it only when the debtor's responsible property does not have sufficient resources to reimburse them as an aid to the execution of the debtor's obligation, referring to the dynamic limit of creditor's authority. However, the Supreme Court and the Japan's Supreme Court ruling have recognized the independent function of the creditor's authority and, in certain cases, can be acknowledged regardless of the debtor's ability to repay or hold responsible property. This judgement is not considered to differ based on whether a creditor's bond is a specific commodity bond or a monetary bond. In this case, the issue was whether the money paid to the medical

institution through the insurer, which had been directly paid by the insured who is the patient, should be returned directly to the creditor insurer without going through the insured (patient) who is not interested or sometimes has been involved in the random benefit actions of the medical institution and caused damage to the insurer. Consequently, the target judgment would be a meaningful ruling that gave the insurer directions for future similar cases by acknowledging the exercise of creditor rights as stipulated in the Civil Act.

Key Words : National Health Insurance Act, Health Insurance System, Salary, Non-payment, Arbitrary Benefit, Private Self-Governing, Insured, Lossy Medical Insurance, Lossy Medical expenses, Illegal Activities, Claims for damages, Reimbursement of Unfair Benefit, Debt for creditors, Specific Property Bonds, Money Bonds

