

## 진단서 등 제증명 발급 수수료 상한가 고시의 문제

김 연 희

법무법인 의성 변호사  
의협 대외협력자문위원  
lawanmed@hanmail.net



---

〈편집자 주〉 진단서 등 제증명수수료의 상한금액을 정하기 위한 보건복지부 고시가 행정예고를 거쳐 확정되었다. 확정된 고시는 9월 21일부터 시행되었다. 이번 고시 제정 과정에서 의료계는 강하게 반발한 반면, 일부 환자단체 등에서는 오히려 정부가 제시한 상한액을 더 낮추라고 요구했다.

고시는 제정되어 시행되었지만, 이번 제증명수수료 고시의 어떤 부분이 논란이 되었는지 구체적으로 살펴보고 법적으로는 어떻게 해석되는지 평가해 볼 필요가 있다. 이를 통해 고시가 제정된 상황에서의 현실적인 대안을 고민해보고, 기대하기로 법적인 구제수단의 실효성 등에 대해서 정확히 판단해보는 등 의료계의 컨센서스를 모아보는 단초가 될 수 있겠다.

---

## 1. 서론

지난 6. 27. 보건복지부는 제증명 수수료의 상한금액 설정을 내용으로 하는 「의료기관의 제증명수수료 항목 및 금액에 관한 기준」을 행정예고 하였고, 7. 25. 자로 행정예고 기간이 마감되었다. 위 고시의 내용을 두고 의료계는, 의사협회를 비롯한 의료단체의 반대 의견을 반영하지 않은 채 낮은 수수료로 의사의 진단서 등 각종 증명서 작성과 발급 비용을 규제하는 것은 불합리하다는 의견이 상당수이다. 한편, 의사의 직업 수행의 자유를 침해하고 위임입법의 한계를 일탈하였다는 의견도 제기되고 있다.

## 2. 본론

### 가. 위 고시의 내용

상한이 설정된 의료기관에서 발급하는 제증명의 항목은 일반진단서, 건강진단서, 근로능력평가용 진단서, 사망진단서, 장애진단서, 후유장애진단서, 병무용 진단서, 국민연금 장애심사용 진단서, 상해진단서, 영문 일반진단서, 입퇴원 확인서, 통원확인서, 진료확인서, 향후진료비추정서, 출생증명서, 시체검안서, 장애인증명서, 사산증명서, 입원사실증명서, 채용신체검사서, 진료기록사본, 진료기록영상, 제증명서 사본으로 구성되어 있어, 사실상 의료기관에서 발급하는 대부분의 서류를 망라하고 있다. 각 증명서의 상한 금액을 정리해보면, 진단서의 경우 1만원에서 10만원까지 상한금액을 정해두고 있고, 확인서의 경우 1천원, 증명서의 경우 1천원에서 1만원, 향후진료비추정서의 경우 5만원과 10만원으로 상한금액을 규정하고 있다. 발급받는 입장에서는 상한금액이 낮을수록 좋다고 생각할 수 있으나, 해당서류가 갖는 중

요성에 비교해 볼 때는 상한금액조차 결코 많은 금액이라고 볼 수 없을 것 같다.

### 나. 위임입법의 한계 일탈여부

보건복지부의 고시(이하 '제증명 수수료 고시')는 의료법 제45조제2항, 제45조의2, 제45조의3의 위임에 따른 것이고, 정확하게는 아래와 같이 규정되어 있다.

#### 의료법

##### 제45조 (비급여 진료비용 등의 고시)

- ② 의료기관 개설자는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 의료기관이 환자로부터 징수하는 제증명수수료의 비용을 게시하여야 한다.
- ③ 의료기관 개설자는 제1항 및 제2항에서 고지·게시한 금액을 초과하여 징수할 수 없다.

##### 제45조의2 (비급여 진료비용 등의 현황조사 등)

- ① 보건복지부장관은 모든 의료기관에 대하여 비급여 진료 비용 및 제45조제2항에 따른 제증명수수료(이하 이 조에서 "비급여진료비용등"이라 한다)의 항목, 기준 및 금액 등에 관한 현황을 조사·분석하여 그 결과를 공개할 수 있다. 다만, 병원급 의료기관에 대하여는 그 결과를 공개하여야 한다. [개정 2016.12.20]
- ② 보건복지부장관은 제1항에 따른 비급여진료비용등의 현황에 대한 조사·분석을 위하여 의료기관의 장에게 관련 자료의 제출을 명할 수 있다. 이 경우 해당 의료기관의 장은 특별한 사유가 없으면 그 명령에 따라야 한다. [신설 2016.12.20]
- ③ 제1항에 따른 현황조사·분석 및 결과 공개의 범위·방법·절차 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다. [개정 2016.12.20.]

##### 제45조의3 (제증명수수료의 기준 고시)

보건복지부장관은 제45조의2제1항에 따른 현황조사·분석의 결과를 고려하여 제증명수수료의 항목 및 금액에 관한 기준을 정하여 고시하여야 한다. [본조신설 2016.12.20] [시행일 2017.9.21.]

**의료기관의 제증명수수료 항목 및 금액에 관한 기준**

**제3조 (제증명수수료 항목 및 금액)**

① 제증명수수료 항목 및 금액은 다음 각 호의 사항을 고려하여 정한다.

1. 「의료법」 제45조의2에 따른 비급여 진료비용 등 현황 조사·분석자료
2. 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 별표 2에 따른 증명서 중 의료기관에서 많이 발급하는 제증명서
3. 그 밖에 보건복지부장관이 항목 및 금액 기준이 필요하다고 인정하는 제증명서

② 제1항에 따른 제증명수수료 항목 및 금액 기준은 별표와 같다.

**제5조(재검토기한)**

보건복지부장관은 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」(대통령훈령 제334호)에 따라 이 고시에 대하여 2017년 1월 1일을 기준으로 매 3년이 되는 시점(매 3년째의 12월 31일까지를 말한다)마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.

위 규정에서 보듯이 제증명 수수료 고시는 의료법의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는 데 필요한 구체적 사항을 정한 것으로서 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령(이른바 법령보충적 행정규칙)이다. 따라서 위임입법의 한계를 일탈하였다면 위법·무효가 될 수 있다. 『행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 재산권 등과 같은 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 대통령령, 총리령, 부령 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항<sup>1)</sup> 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서

업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다(2005헌바59 결정).』는 일정한 제한이 있지만, 의료기관의 제증명수수료 항목 및 금액을 결정하는 것은 비급여 진료비용 등의 현황조사 및 분석결과 등을 고려하여 할 수 있는 업무로서 전문적·기술적 사항으로 분류될 수 있으므로 제증명 수수료 고시가 위임입법의 형식에 위배된다고 보기는 어렵다.

또한, 『법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다고 할 것이고, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정법조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 그리고 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 하는 것(99헌바23결정)』이라는 헌법재판소의 판단 기준에 비추어 보면, 의료법 제45조의3은 위임할 사항을 “제증명수수료의 항목 및 금액에 관한 기준”이라고 하여 의료기관에서 발급하는 제증명의 항목과 제증명 서류의 수수료 금액에 관한 것임을 명확히 특정하여 고시로 위임을 하였고, 따라서 어떠한 내용이 고시에 규정

1) 행정규제기본법 제4조 (규제법정주의)

② 규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령(上位法令)에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다.

될 것인지 충분히 예측가능하며, 이러한 사항은 사회적 상황에 따라 변동이 가능하고 그 대상이 지극히 다양하므로 위임의 구체성·명확성의 정도가 완화되어야 한다는 점을 고려하면 법률유보의 원칙(포괄위임 금지의 원칙)에도 위배되었다고 보기 어렵다.

한편, 위임명령의 내용은 수권법률이 수권한 규율 대상과 목적의 범위 안에서 정해야 하고 이를 위배한 위임명령은 위헌·위법이라고 평가되는데, 제증명 수수료 고시의 경우 의료법 제45조의3이 정하고 있는 규율대상과 목적의 범위 안에서 의료기관에서 발급하는 제증명수수료의 항목 및 금액에 관한 기준을 정하고 의료기관에서 제증명수수료의 운영 기준을 보다 구체적으로 정하고 있는 것으로 수권법률이 수권한 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없어 법률우위의 원칙에도 위배된다고 하기 어렵다.

#### 다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 취지에 반하는지

2005년 서울시의사회가 병의원별로 다른 진단서 수수료의 기준을 제정하고 이 기준표 대로 수수료를 받을 것을 권고한 것에 대해 공정거래위원회는 수수료 가격을 획일화하는 것은 공정거래법 제19조(부당한 공동행위의 금지)에 위반된다며 과징금 5억 원을 부과한 적이 있는데 제증명 수수료 고시 역시 공정거래법 제19조에서 금지하는 경쟁제한 효과를 초래하여 공정거래법 위반으로 볼 수 있다는 주장도 한편으로 제기되고 있다.

일단 공정거래법 제19조에서는 부당한 공동행위의 주체를 '사업자'로 설정하고 있는데, 보건복지부장관은 사업자가 아니므로 위 조항의 적용대상이 아니다. 또한 공정거래법이 부당한 공동행위를 금지하는 이유가 사업자간 '경쟁'을 '협력'으로 대체하여 거래상대방 및 소비자에게 폐해가 발생하는 것을 막겠

다는 것이므로 고시의 적용 상대방인 의료소비자에게는 이익이 되는 사항을 규정하고 있는 위 고시는 공정거래법 제19조서 규율하는 내용과 논의의 평면을 전혀 달리한다고 하겠다.

#### 라. 지적재산권 침해 여부

헌법재판소는 『과학기술자의 특별보호를 명시한 헌법 제22조 제2항은 과학·기술의 자유롭고 창조적인 연구개발을 촉진하여 이론과 실제 양면에 있어서 그 연구와 소산을 보호함으로써 문화창달을 제고하려는 데 그 목적이 있는 것이므로, 이는 국민의 건강을 보호증진함을 목적으로 국민의료에 관한 사항을 규정한 의료법에 의하여 보호되는 의료인과는 보호의 차원이 다르다(92헌마87 결정).』라고 하여 의료인의 의료권이 지적재산권에 의해 보호되는 권리가 아님을 명시적으로 밝히고 있다.

#### 마. 재산권 침해 여부

헌법재판소는 ① 『개인이나 기업의 단순한 이윤추구의 기회나 유리한 법적 상황이 지속되리라는 기대나 희망은 재산권의 보호범위에 속하지 않는다(2002헌마579 결정)』 ② 『일반적으로 특정한 장소에서 영업을 함으로써 얻는 영업이익 내지 영업권은 헌법 제23조에 의하여 보호되는 재산권에 포함되지 아니한다(의료기관 시설 등에서의 약국개설 금지가 재산권 침해가 아니라는 결정. 2001헌마700 결정)』 ③ 『영업이익의 감소는 법개정으로 인한 기업활동의 사실적·법적 여건의 변화에 따른 것으로서 이로 인해 증감되는 영업이익은 장래의 불확실한 기대이익에 불과하여 헌법 제23조의 재산권의 범위에 속하지 아니한다(2003헌마544등 결정등).』라고 하여 법적 지위나 단순한 경제적 기회·기대이익·반사적 이익이나

기업활동의 사실적·법적 여건 등은 그것이 개인이나 기업에게 비록 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권에 포함되지 않는다고 보아왔다.

제증명 수수료 고시의 제정으로 인하여 제증명 수수료로 인한 이익이 상당히 감소하게 된다고 하더라도 그동안의 제증명서 발행으로 인한 이익은 단지 법이 규율하지 않음으로써 생긴 반사적 이익일 뿐이고 헌법상 보장되는 재산권이라고 보기 어렵다는 논리이다.

### 바. 직업의 자유 침해 여부

제증명 수수료 고시는 직업행사의 자유를 제한하고 있음은 확실한데 이것이 기본권을 침해하는 정도에 이르고 있는지는 따져보아야 한다. 헌법재판소는 2004헌가30 결정에서 부동산중개수수료를 법정하고 이를 초과하여 수령하면 부동산중개업의 등록취소와 같은 행정상 제재와 형사처벌을 가하는 것에 대해서, 대다수의 국민이 부동산중개업소를 통하여 주거지를 구하고 있는 부동산거래실정을 감안할 때 부동산중개업이 국민경제에 미치는 영향이 매우 크다는 이유로 합헌결정을 한 바 있다.

만일 제증명 수수료 고시가 직업의 자유를 침해하는지 여부를 판단하게 된다면 헌법재판소는 아마도 ① 의료법 제45조의3에 따라 의료기관에서 발급하는 제증명서류의 항목 및 그 금액에 관한 기준을 정함으로써, 국민생활과 밀접한 관련이 있는 제증명수수료를 합리적으로 운영하여 국민들의 불편을 최소화하기 위함을 목적으로 제정된 것으로서 그 목적이 정당하고(목적의 정당성), ② 그동안 의료기관마다 가격편차가 있어 국민들이 불편을 호소해 왔는데 이를 최소화하기 위한 목적을 달성하는 데 있어서 적합한 수단으로 판단되며(수단의 적합성), ③ 의료인의 직업 수행의 자유의 핵심적인 내용은 의료행위인데 제증명서의 작성 자체는 의료행위로 볼 수 없고, 환자의 의학적 상

태에 대한 의사의 최종적 판단을 제한하거나 규제하려는 것이 아니며, 제증명서류 작성 전에 이루어지는 의료행위(진찰 및 검사 등)에 대한 비용에 대해 규율하고 있지는 않다는 점, 매 3년이 되는 시점마다 고시 자체의 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하도록 하는 규정을 두고 있는 점, 직업 수행의 자유에 대해서는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 폭 넓은 규제가 가능하다는 점 등을 종합적으로 고려하면 침해의 최소성도 인정되는 것으로 판단되며(침해의 최소성), ④ 의료소비자인 국민들은 적정하고 균일한 가격으로 의료서비스를 이용할 수 있는 공익이 침해되는 사익에 비해 크다고 볼 수 있으므로 법익의 균형성도 충족한 것으로 보인다(법익의 균형성)고 판단할 여지가 많다.

### 3. 결론

이미 의료법 제45조의3에서 제증명수수료의 기준 고시 조항을 두고 있는 이상 보건복지부장관은 그와 같은 내용을 고시하여야 한다. 다만, 의료계가 반대하고 있는 지점은 제대로 된 현황조사·분석의 결과를 고려한 상한기준이 아니라는 점에 대한 부분이다. 보건복지부는 의료기관에서 많이 사용하는 제증명 30개 항목을 정의하고 항목별 대푯값(최빈값 및 중앙값)을 그 상한금액으로 정했는데, 자료의 변량 중에서 가장 많이 나타나는 것을 상한의 기준으로 삼는 것이 과연 적절한지에 관한 의문이 있다. 상한은 말 그대로 최대 금액이며 중앙값이나 최빈값을 의미하는 것이 아니기 때문이다.

그러나 현 단계에서 위 고시가 위헌, 위법이라고 판단 받을만한 근거는 빈약하다. 애당초 의료법 제45조의3이 신설되지 말았어야 하거나, 막을 수 없었다면 위 고시에 대해 매 3년이 되는 시점마다 타당성을 검토할 때 의견이 반영되도록 노력하는 게 현실적일 것이다.