

헌법재판소 결정(2016헌마719, 2017.06.29., 노인장기요양보험법

제35조의2 제1항 본문 등 위헌확인)에 대한 검토 및 대응방안

대한장기요양보험원 회장 황 철

1. 결정요지

헌법재판소는 2017년 6월 29일 재판관 전원 일치 의견으로, 2016. 5. 29. 법률 제14215호로 개정된 노인장기요양보험법 중 재가장기요양기관의 장이 보건복지부령으로 정하는 재무·회계기준에 따라 재가장기요양기관을 운영하도록 규정한 제35조의2 제1항 본문 중 ‘재가장기요양기관’에 관한 부분과, 재가장기요양기관이 지급받은 장기요양급여비용 중 보건복지부장관이 정하여 고시하는 비율을 장기요양요원에 대한 인건비로 지출하도록 규정한 제38조 제4항 중 ‘재가장기요양기관’에 관한 부분에 대한 심판청구를 기각한다는 결정을 선고하였다. [기각]

□ 사건개요

○ 청구인들은 노인장기요양보험법 제32조 제1항에 따라 재가장기요양기관을 설치·신고하여 운영하고 있는 재가장기요양기관의 장이다. 노인장기요양보험법은 2016. 5. 29. 개정으로 제35조의2 제1항을 신설하여 그 본문에서 장기요양기관의 장이 보건복지부령으로 정하는 재무·회계기준에 따라 장기요양기관을 운영하도록 규정하고, 제38조 제4항을 신설하여 장기요양기관이 지급받은 장기요양급여비용 중 보건복지부장관이 정하여 고시하는 비율을 장기요양요원에 대한 인건비로 지출하도록 규정하였으며, 부칙 제1조에 의하여 이 개정법이 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행하도록 하였다. 이에 청구인들은 개정 노인장기요양보험법 제35조의2 제1항 본문, 제38조 제4항이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며, 2016. 8. 26. 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

○ 청구인들은 노인장기요양보험법 제35조의2 제1항 본문과 제38조 제4항 전부에 대하여 헌법소원심판을 청구하였는데, 청구인들의 주장은 재가장기요양기관에 위 조항들을 적용하는 것이 헌법에 위반된다는 것이다. 그러므로 이 사건 심판대상조항을 위 조항들 중 재가장기요양기관에 적용되는 부분으로 한정한다.

○ 이 사건 심판대상은 노인장기요양보험법(2016. 5. 29. 법률 제14215호로 개정된 것) 제35조의2 제1항 본문 중 ‘재가장기요양기관’에 관한 부분(이하 ‘기준조항’이라 한다)과 제38조 제4항 중 ‘재가장기요양기관’에 관한 부분(이하 ‘인건비조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

노인장기요양보험법(2016. 5. 29. 법률 제14215호로 개정된 것)

제35조의2(장기요양기관 재무·회계기준) ① 장기요양기관의 장은 보건복지부령으로 정하는 재무·회계에 관한 기준(이하 “장기요양기관 재무·회계기준”이라 한다)에 따라 장기요양기관을 투명하게 운영하여야 한다.
(단서 생략)

제38조(재가 및 시설 급여비용의 청구 및 지급 등) ④ 장기요양기관은 지급받은 장기요양급여비용 중 보건복지부장관이 정하여 고시하는 비율에 따라 그 일부를 장기요양요원에 대한 인건비로 지출하여야 한다.

□ 결정주문

이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

□ 이유의 요지

과잉금지원칙 위반 여부(소극)

○ 기준조항은 장기요양보험 재정의 건전성과 투명성을 확보하기 위한 것이고, 인건비조항은 장기요양요원의 근로조건을 향상시켜, 안정적으로 양질의 장기요양급여를 제공하기 위한 것으로, 그 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

○ 기준조항

- 장기요양보험은 그 공공성에 비추어 장기요양기관의 재무·회계에 관하여 국가가 관리·감독하는 것은 불가피하다.
- 재가장기요양기관이 재무·회계에 관하여 국가의 관리·감독을 받더라도, 개정된 노인장기요양보험법은 보건복지부장관이 장기요양기관 재무·회계규칙을 정함에 있어 장기요양기관의 특성을 고려하도록 규정하고 있는바, 자기 자본으로 설치·운영되는 재가장기요양기관은 보다 완화된 기준이 적용될 수 있어, 기준조항을 적용하더라도 운영의 자율성이 완전히 박탈되는 것은 아니다.
- 이러한 점을 종합할 때, 기준조항은 침해의 최소성이 인정된다.

○ 인건비조항

- 장기요양보험 도입 당시 장기요양기관에 대한 규제 완화로 장기요양기관이 급증하고, 장기요양기관 간 경쟁으로 장기요양요원의 근로조건이 악화되어 장기요양요원에 대한 근로조건을 개선할 수 있도록 장기요양급여의 질을 담보하는 것이 불가피하다.
- 그간 근로기준법상 기준만으로는 이러한 상황을 막기 어려웠으므로, 인건비조항을 두게 된 것은 부득이한 것이다.
- 인건비조항은 재가장기요양기관이 지급받은 장기요양급여비용의 사용용도를 전부 제한하는 것이 아니다.
- 이러한 점을 종합할 때, 인건비조항은 침해의 최소성이 인정된다.

○ 장기요양기관 재정의 투명성과 효율성을 확보하여 장기요양보험의 재정건전화를 꾀하고, 장기요양요원의 근로조건을 보호함으로써 궁극적으로 장기요양급여의 질을 제고하여 노인장기요양보험법의 목적을 실현하고자 하는 공익은, 심판대상조항으로 인하여 직업수행의 자유를 제약받는 불이익보다 결코 작다고 하기 어려우므로, 법익의 균형성도 인정된다.

○ 따라서 심판대상조항은 모두 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.

신뢰보호원칙 위반 여부(소극)

○ 재가장기요양기관은 장기요양보험의 공공성에 비추어 국가의 관리·감독이 필요하지만, 개정 전 노인장기요양보험법상 그러한 관리·감독을 하지 아니하였고, 결국 재가장기요양기관이 증가하면서 장기요양요원의 근로조건이 악화되고, 양질의 안정적인 서비스 제공이 어렵게 되어 심판대

상조항을 두게 된 것이다.

○ 재가장기요양기관의 장이 기존 법질서 하에서 누릴 수 있었던 이익은 초기 인프라 구축을 위해 한시적으로 그 관리·감독을 유예함으로써 누릴 수 있었던 반사적 이익에 지나지 않고, 개정 노인장기요양보험법은 개정 법률의 시행을 1년간 유예하고 있는바, 이는 변화된 상황에 적절히 대처하는 데 있어 지나치게 짧은 기간이라고 보이지 아니한다.

○ 구법에 기초하여 재가장기요양기관의 장이 누리고 있는 이익에 대한 신뢰는 지속적으로 보호되어야 할 신뢰라고 보기 어렵고, 이에 비하여 심판대상조항으로 달성하려는 장기요양보험 재정의 건전성 확보와 안정적인 양질의 장기요양급여 제공이라는 공익은 중대하다.

○ 따라서 심판대상조항은 신뢰보호원칙을 위반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.

II. 현재결정의 절차상의 문제점

1. 소송절차에서 기회균등 상실 및 구체적인 심리판단자료 미비

노인장기요양보험법에 대한 헌법소원 사건(2016헌마719)에 대하여 헌법재판소는 기각결정을 내렸습니다.

그러나 이 사건 진행과정을 몇 가지 의문점을 갖게 합니다.

위 헌법소원사건(이하 헌법사건)은 2016년 08. 26. 사건이 접수되어서 이해관계인(보건복지부장관)에게 2016. 09. 20. 심판회부 통지를 하였고, 9개월 후인 2017. 06. 20. 이해관계인으로부터 의견서를 제출 받은 뒤, 심리 없이 1주일 후인 06. 27 선고기일을 통지한 후, 2일 후인 06. 29. 선고를 하였던 것입니다.

이는 이해관계인에 의견서를 제출할 기간을 9개월 부여한 것에 비하여 신청인들에게는 이해관계인인 보건복지부장관의 의견서에 대한 반론의견서를 작성하기에는 물리적으로 곤란한 단지 1주일을 부여한 후, 심리절차도 없이 선고일 통지 2일 후 바로 선고를 하였습니다.

이 과정에서 헌법재판소는 이해관계인의 의견을 거의 그대로 인용하는 기각결정을 내렸던 것입니다.

그러나 위 합헌결정은 재무회계규정이 확정되지 않은 상태에서, 또한 인건비고시의 구체적인 내용이 어떻게 되는 것인지에 대한 심리 판단 자료가 없는 상태에서 이루어진 것이라는 점을 주목해야 할 것입니다.

특히 인건비고시에 대해서는 고시무효확인소송(서울행정법원, 2017구합 65210, 2017. 05. 25.) 및 고시집행정지 신청사건(서울행정법원, 2017아 11330, 2017.)에서 심도 있게 다루어지고 있는 바, 향후 재무회계규칙이 확정되는 경우, 인건비고시의 구체적인 내용을 더하여 재차 헌법재판을 청구하는 경우 헌법재판소의 판결은 변경될 것으로 보고 있습니다.

그러므로 위 인건비고시 모법인 노인장기요양보험법에 대한 기각결정이 곧 인건비고시의 위법성을 조각하는 것은 아니라고 할 것입니다.

Ⅲ. 현재결정의 내용상의 문제점

□ 심판대상

○ 청구인들은 노인장기요양보험법 제35조의2 제1항 본문과 제38조 제4항 전부에 대하여 헌법소원심판을 청구하였는데, 청구인들의 주장은 재가장기요양기관에 위 조항들을 적용하는 것이 헌법에 위반된다는 것이다. 그러므로 이 사건 심판대상조항을 위 조항들 중 재가장기요양기관에 적용되는 부분으로 한정한다.

● 우선 청구인(전재연) 측이 심판대상을 재가장기요양기관에 한정하는 것은 특정 급여종류로 위헌심판대상을 축소하는 것인데 이는 위헌성 여부를 판단하는데 불리하게 작용한 것으로 보인다.

즉, 민간기관 전부로 심판대상을 삼아야 관련조항에 대한 위헌성 주장이 설득력을 더 갖을 수 있었다는 것이다.

○ 이 사건 심판대상은 노인장기요양보험법(2016. 5. 29. 법률 제14215호로 개정된 것) 제35조의2 제1항 본문 중 ‘재가장기요양기관’에 관한 부분(이하 ‘기준조항’이라 한다)과 제38조 제4항 중 ‘재가장기요양기관’에 관한 부분(이하 ‘인건비조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지

여부이다.

● 따라서 위 헌재결정은 재가장기요양기관에 국한하여 위헌성 판단을 하게 된 것이다.

[심판대상조항]

노인장기요양보험법(2016. 5. 29. 법률 제14215호로 개정된 것)

제35조의2(장기요양기관 재무·회계기준) ① 장기요양기관의 장은 보건복지부령으로 정하는 재무·회계에 관한 기준(이하 “장기요양기관 재무·회계기준”이라 한다)에 따라 장기요양기관을 투명하게 운영하여야 한다. (단서 생략)

제38조(재가 및 시설 급여비용의 청구 및 지급 등) ④ 장기요양기관은 지급받은 장기요양급여비용 중 보건복지부장관이 정하여 고시하는 비율에 따라 그 일부를 장기요양요원에 대한 인건비로 지출하여야 한다.

□ 결정주문

이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

□ 이유의 요지

과잉금지원칙 위반 여부(소극)

○ 기준조항은 장기요양보험 재정의 건전성과 투명성을 확보하기 위한 것이고, 인건비조항은 장기요양요원의 근로조건을 향상시켜, 안정적으로 양질의 장기요양급여를 제공하기 위한 것으로, 그 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

● 재무회계기준조항의 위헌성 판단에서 목적의 정당성 부분은 차치하더라도 그 수단의 적절성 내지 적합성 부분의 판단시 재무회계규칙의 성격에 대하여 간과한 점이 있다. 즉, 재무회계규칙이란 영리를 인정하지 않는 비영리기관에 적용되는 회계규칙인 것이다.

○ 기준조항

- 장기요양보험은 그 공공성에 비추어 장기요양기관의 재무·회계에 관하여 국가가 관리·감독하는 것은 불가피하다.

● 장기요양보험이 공공성을 갖는다 하더라도 국가가 당연히 재무·회계에 대하여 관리감독할 수 있다고 손쉽게 판단하고 있다. 즉, 공공성을 갖는

도로공사를 하는 민간건설업자의 경우 국가가 공사업체의 재무·회계에 대하여 관리감독할 수 있는 것은 아니다.

- 재가장기요양기관이 재무·회계에 관하여 국가의 관리·감독을 받더라도, 개정된 노인장기요양보험법은 보건복지부장관이 장기요양기관 재무·회계 규칙을 정함에 있어 장기요양기관의 특성을 고려하도록 규정하고 있는바, 자기 자본으로 설치·운영되는 재가장기요양기관은 보다 완화된 기준이 적용될 수 있어, 기준조항을 적용하더라도 운영의 자율성이 완전히 박탈되는 것은 아니다.

● 이미 완성단계인 재무회계규칙안은 재가장기요양기관의 특성을 전혀 고려하고 있지 않다. 그러므로 운영의 자율성이 완전히 박탈되는 것이다.

- 이러한 점을 종합할 때, 기준조항은 침해의 최소성이 인정된다.

● 그러므로 재무회계관련조항을 침해의 최소성을 위반한 것이다.

○ 인건비조항

- 장기요양보험 도입 당시 장기요양기관에 대한 규제 완화로 장기요양기관이 급증하고, 장기요양기관 간 경쟁으로 장기요양요원의 근로조건이 악화되어 장기요양요원에 대한 근로조건을 개선할 수 있도록 장기요양급여의 질을 담보하는 것이 불가피하다.

● 장기요양요원의 근로조건이 악화되었다는 근거는 없다. 또한 그 근로조건이 열악한 것은 저수가정책에서 비롯된 것이다. 근로조건을 개선하고 장기요양급여의 질을 담보하는 것은 적절한 급여수가 책정이다.

- 그간 근로기준법상 기준만으로는 이러한 상황을 막기 어려웠으므로, 인건비조항을 두게 된 것은 부득이한 것이다.

● 근로에 관해서는 근로기준법에 의해야 한다. 외국의 경우에도 매출액의 일정비율을 인건비로 지급하도록 하는 경우는 전혀 찾아볼 수 없다. 독일의 경우에도 각 직종별, 지역별 최저임금을 정할 뿐이지 특정 직업군의 인건비를 매출액 대비 일정비율을 지급하도록 하는 것이 아니다.

이에 대해서는 공산국가인 중국의 당간부도 이해하지 못한다고 할 뿐만 아니라 일본의 사회복지학자들도 도저히 이해할 수 없다고 한다.

- 인건비조항은 재가장기요양기관이 지급받은 장기요양급여비용의 사용용도를 전부 제한하는 것이 아니다.

● 인건비조항은 사용용도 전부에 대하여 제한하는 것이다.

즉, 모든 지출항목을 정할 뿐만 아니라 잉여금의 처분 조차도 복지부장관의 승인을 받아서 하라는 것이다.

- 이러한 점을 종합할 때, 인건비조항은 침해의 최소성이 인정된다.

● 그러므로 과잉침해인 것이다.

○ 장기요양기관 재정의 투명성과 효율성을 확보하여 장기요양보험의 재정건전화를 꾀하고, 장기요양요원의 근로조건을 보호함으로써 궁극적으로 장기요양급여의 질을 제고하여 노인장기요양보험법의 목적을 실현하고자 하는 공익은, 심판대상조항으로 인하여 직업수행의 자유를 제약받는 불이익보다 결코 작다고 하기 어려우므로, 법익의 균형성도 인정된다.

● 장기요양기관의 재정투명성과 효율성을 문제삼기 이전에 장기요양재정 운영주체인 건강공단의 장기요양재정의 투명성과 효율성에 대한 확보가 우선되어야 할 것이다. 근로조건을 보호함으로써 장기요양급여의 질을 제고하는 지름길은 장기요양수가를 현실화시키는 것이며, 이것이 충족되지 않은 상태에서 인건비지급비율을 정하여 장기요양기관의 운영을 어렵게 하는 것은 오히려 원활한 장기요양서비스 제공환경 조성에도 저해가 되는 조치가 되는 것이다.

○ 따라서 심판대상조항은 모두 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.

● 따라서 인건비관련 조항은 장기요양기관의 직업수행의 자유를 침해하는 것이다.

신뢰보호원칙 위반 여부(소극)

○ 재가장기요양기관은 장기요양보험의 공공성에 비추어 국가의 관리·감독이 필요하지만, 개정 전 노인장기요양보험법상 그러한 관리·감독을 하지 아니하였고, 결국 재가장기요양기관이 증가하면서 장기요양요원의 근로조건이 악화되고, 양질의 안정적인 서비스 제공이 어렵게 되어 심판대상조항을 두게 된 것이다.

● 장기요양기관에 대한 관리·감독은 개정전의 노인장기요양법상에서도 지나칠 정도였다. 재가장기요양기관이 증가하여 치열하게 시장에서 경쟁함으로써 장기요양서비스는 소비자 만족도 90%선을 유지하여 왔다. 재가장기요양기관이 증가함으로써 장기요양요원의 근로조건이 악화되었고, 안

정적인 양질의 서지스 제공이 어렵게 되었다는 것은 전혀 근거 없는 주장인 것이다.

○ 재가장기요양기관의 장이 기존 법질서 하에서 누릴 수 있었던 이익은 초기 인프라 구축을 위해 한시적으로 그 관리·감독을 유예함으로써 누릴 수 있었던 반사적 이익에 지나지 않고, 개정 노인장기요양보험법은 개정 법률의 시행을 1년간 유예하고 있는바, 이는 변화된 상황에 적절히 대처하는 데 있어 지나치게 짧은 기간이라고 보이지 아니한다.

● 재가장기요양기관이 누릴 수 있었던 이익(영리추구 및 기업회계 기준 적용)은 당연한 것이었으며, 회계에 대한 통제를 유예받은 것이 아니다. 또한 민간장기요양기관의 정체성을 부정하는 위헌적인 법개정의 시행을 1년간 유예한다고 하여 그 위헌성이 조각되는 것은 아니다.

이러한 논리가 받아들여진다면 입법의 시행을 일정기간 동안 유예하는 위헌적 입법이 횡행할 것이다. 위 논리는 전혀 논리성을 갖지 못하는 주장인 것이다.

○ 구법에 기초하여 재가장기요양기관의 장이 누리고 있는 이익에 대한 신뢰는 지속적으로 보호되어야 할 신뢰라고 보기 어렵고, 이에 비하여 심판대상조항으로 달성하려는 장기요양보험 재정의 건전성 확보와 안정적인 양질의 장기요양급여 제공이라는 공익은 중대하다.

● 구법에 의하여 재가장기요양기관의 장이 누리는 이익은 지속적으로 보호되어야 할 신뢰이익이며 이를 침해하는 것은 과잉침해이며 이를 침해하면서 얻을 수 있는 공익은 미미한 것이다.

○ 따라서 심판대상조항은 신뢰보호원칙을 위반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.

● 따라서 위 관련조항은 신뢰보호원칙을 위반하는 것이며, 장기요양기관의 직업수행의 자유를 침해하는 것이다.

IV. 장기요양기관의 향후 대응방안

1. 인건비조항에 대해서는 헌법 제126조를 근거로 위헌소송 필요

전재연 위헌소송에서는 헌법 제126조 위반을 문제 삼지 않았음.

(1). 헌법 제126조¹⁾ 위반

위 인건비조항은 장기요양기관의 요양보호사에게 장기요양기관의 수익금의 일정비율을 급여로 지급하도록 강제하고 있습니다. 이는 장기요양기관의 경영상 핵심인 인건비 지급에 대하여 구체적인 비율을 정하여 지급하도록 강제하는 것으로서 장기요양기관의 경영을 국가가 직접 통제하는 것입니다.

이는 헌법 제126조에 위반하여 위헌이라 할 것입니다.

복지부는 수가의 수준, 노동의 강도, 노동환경, 선호하는 연령대 등 다양한 요소가 복합적으로 작용한 노동시장원리에 의한 자연스러운 급여수준 결정이 마치 무슨 큰 문제가 있는 것처럼 부각하면서 국가기관인 복지부가 그 문제를 해결하기 위하여 민간기업의 경영에 직접 개입하는 것이 당연한 것처럼 주장하고 있습니다.

헌법 제126조는 “국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.” 고 하고 있습니다.

1) 헌법 제126조 국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.

기업의 소유권은 그대로 사인에게 맡겨둔 채, 국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 국가가 이들 기업의 경영을 통제 또는 관리한다는 것은 국민의 재산권에 대한 중대한 국가적 구속을 의미²⁾합니다.

국가가 사영기업의 경영을 통제 또는 관리하는 경우, 기업의 국·공유화보다 더 엄격한 해석이 필요하며, 그 허용의 필요성도 극히 한계적인 상황에서 예외적이며, 또한 일시적으로 할 수 있는 경우에 한하여야 합니다³⁾.

즉, 민간기관의 경영에 국가가 직접 개입하기 위해서는 전쟁이나 국가부도 사태 또는 이에 준하는 경우이나 사영기업의 경영을 예외적이며, 일시적으로 직접 통제할 수 있는 것입니다.

그럼에도 불구하고, 복지부는 노인장기요양보험법 제38조 제4항은 “장기요양기관은 지급받은 장기요양급여비용 중 보건복지부장관이 정하여 고시하는 비율에 따라 그 일부를 장기요양요원에 대한 인건비로 지출하여야 한다.” 고 규정하고 있고, 이 규정에 근거하여 인건비고시를 발령하여도 아무 문제가 없다고 주장하고 있습니다.

그러나 위 노인장기요양보험법 제38조 제4항은 국방상 또는 국민 경제상 긴절한 필요에 따른 입법이라 할 수도 없을 뿐더러, 예외적이며 일시적인 것도 아니기 때문에 헌법 제126조에 명백히 위반하는 규정으로서 이에 터잡은 본 인건비 고시 역시 원천 무효라고 해야 할 것입니다.

2) 樂寅, (全訂版)韓國憲法演習-事例와 判例-, 173쪽, 1998. 5. 15., 언약.

3) 상계 주 같은 쪽.

(2) 재무회계규정이 확정시 위헌소송 제기

재무회계규칙이 확정되면 그 침해의 정도가 명확해 지므로 위헌소송 제기하여 그 국민의 기본권침해의 정도를 입증하기가 수월해 짐.

V. 행동요령

- 공단에서 인건비 지급내역 8.1.부터 입력하도록 공문으로 통보함에 따라 거부 운동
- 재무회계규칙 확정시 모든 장기요양기관 위헌소송 돌입