

Special

의료광고 허용범위 확대에 관한 법률적 고찰



글 · 추 호 경 |
변호사, 보건학 박사, 대한병원협회 법률고문

I. 논점의 정리

우리는 '홍보의 시대'에 살고 있다. 오늘날 우리의 일상은 홍보로부터 시작해서 홍보로 끝난다고 표현되기도 한다. 지식이나 정보를 널리 알리는 홍보는 현대 산업사회에서 주요 광고를 통해 이루어진다. 이는 의료의 경우에도 마찬가지이다.

우리나라에서 의료광고는 그동안 의료법 등 관련 법령에 의하여 그 허용 범위 및 방법 등에 있어 특별한 규제를 받아 왔는 바, 최근에는 의료광고에 대한 법령상의 규제를 대폭 완화하고 의료광고에 대한 심사를 의사협회나 병원협회 등의 자율에 맡겨야 한다는 목소리가 높아지고 있다. 나아가 관련 법령이 조만간 개정되어 현행법상 금지된 방송광고 등이 허용되고 그밖에 적법한 광고의 범위도 전면적으로 확대될 것이라는 각종 언론보도도 몇 년째 계속 나오고 있는 형편이다.

우리나라에서의 의료광고에 대한 규제는 아래에서 보는 것처럼 의료법시행규칙을 중심으로 이루어지고 있는데, 아직까지는 현행 의료법시행규칙의 개정 문제에 관하여 보건복지부 등 관계 당국으로부터 공식적으로 발표된 바가 없다. 그러므로 본고에서는 현행법상 허용되는 의료광고의 범위, 내용 등과 함께 관련된 몇 가지 문제를 간략히 살펴보고 의료광고 규제 의 바람직한 방안을 제시해 보는 것으로 글을 맺기로 한다.

II. 의료광고에 대한 각종 법령의 규율

「표시·광고의공정화에관한법률」은 공정한 거래질서의 확립과 소비자 보호라는 목적 하에 허위 광고·기만적인 광고·비방적인 광고 등 부당한 광고행위를 금지하고 있는 바, 의료광고가 광고의 일종으로서 위 법률의 적용을 받을 것임은 물론이다. 그밖에도 의료법인·의료기관 또는 의료인은 의료광고를 함에 있어 「독점규제및공정거래에관한법률」·「소비자보호법」 등 일반적인 경제법상의 규율에 따르게 된다.

그러나 광고 일반에 관한 것이 아닌 의료광고에 대한 특별한 규제는 기본적으로 의료법 제46조와 제47조에서 출발한다. 먼저, 의료법 제46조는 제1항에서 의료법인·의료기관 또는 의료인은 의료업무 또는 의료인의 경력에 관하여 허위 또는 과대한 광고¹⁾를 하지 못한다고 규정하고 있으며, 제2항에서는 의료법인·의료기관 또는 의료인이 아닌 자가 의료에 관한 광고를 하는 것을 금지²⁾하고 있다. 또한 같은 조 제3항은 특정 의료기관이나 특정의료인의 기능·진료방법·조산방법이나 약효 등에 관하여 대중광고·암시적 기재·사진·유인물·방송·도안 등에 의하여 광고를 하지 못하도록 한다. 다음으로, 의료법 제47조는 의료법인·의료기관 또는 의료인이라 하더라도 학술목적 이외의 목적으로 예방의학·임상의학적 연구결과, 기능, 약효, 진료 또는 조산방법 등에 관한 광고를 하지 못한다고 규정한다. 그런데 의료법은 제46조 제4항에서 의료업무에 관한 광고의 범위 기타 의료광고에 필요한 사항을 보건복지부령에 위임하고 있으며, 그에 따라 보건복지부령인 의료법시행규칙 제33조가 의료광고의 범위 및 방법, 횟수 등을 구체적으로 규정하고 있다. 한편 의료법상의 처벌 규정을 살펴보면, 의료법인·의료기관 또는 의료인이 위 제46조 제1항에 위반하여 허위 또는 과대한 광고를 한 경우 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있고(의

- 1) 대법원은 의원을 운영하다가 의료기관 업무정지처분을 받은 의사가 관할시장을 상대로 위 처분의 취소를 구한 사건에서 “원고가 그의 경력과 진료방법에 관하여 의료법시행규칙이 정한 바에 따르지 아니한 유인물에 의하여 광고를 하였다고 그 기재에 의료법 소정의 병원이 아닌 의원을 병원이라고 기재하고 진료과목인 신경외과와 전문과목인 정형외과를 따로 표시하지 아니하고 ‘○○○ 정형외과 신경외과병원 원장 전문의 ○○○’ 라고 표시하여 마치 정형외과와 신경외과 양과의 전문의인 것처럼 오인 혼동을 일으키게 할 수 있는 기재를 하였다면 원고의 위와 같은 광고는 허위과대광고에 해당한다.”고 판시한 바 있다(1983. 4. 12. 선고 대법원 82누408 판결). 추호경, 의료판례해설, 수정증보판, 법정사, 1989. 제28면 ~ 제30면 참조.
- 2) 2002. 3. 경 검찰은 공동구매를 통한 라식수술 할인행사 등을 벌인 인터넷 의료공동구매사이트의 운영자를 의료법 제25조에 의해 금지된 의료알선행위로 입건한 일이 있었다. 위 인터넷사이트에 의한 공동구매 할인행사의 광고에 관하여는 의료법 제46조 제2항의 위반 여부도 문제될 수 있다.

료법 제67조), 같은 조 제2항, 제3항, 제4항 또는 위 제47조에 위반한 경우 300만원 이하의 벌금으로 처벌을 받게 된다(의료법 제69조).

그밖에 보건의료기본법은 제14조 제2항에서 건강에 위해한 정보를 유포·광고하는 것을 금하고 있으며, 국민건강증진법 제7조, 제32조는 보건복지부장관으로 하여금 국민건강의식을 잘못 이끄는 광고를 한 자에 대하여 그 내용의 변경 또는 금지를 명할 수 있도록 하고 그 명령을 이행하지 않은 자를 100만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 물론 위와 같은 규정들을 의료인이 위반하는 경우는 결코 많지는 않을 것으로 보인다. 그러므로 의료광고의 법적 규제에 대한 논의의 초점은 의료법 및 그 시행규칙의 해석과 개정 문제에 있다고 보아도 좋을 것이다.

III. 현행 의료법시행규칙상 의료광고의 허용범위

의료법시행규칙 제33조는 제1항에서 의료법인·의료기관 또는 의료인이 할 수 있는 의료광고의 범위를 ① 진료담당의료인의 성명·성별 및 그 면허의 종류, ② 전문과목 및 진료과목, ③ 의료기관의 명칭 및 그 소재지와 전화번호 및 인터넷 홈페이지 주소, ④ 진료일·진료시간, ⑤ 응급의료 전문인력·시설·장비 등 응급의료시설 운영에 관한 사항, ⑥ 예약진료의 진료시간·접수시간·진료인력·진료과목 등에 관한 사항, ⑦ 야간 및 휴일진료의 진료일자·진료시간·진료인력 등에 관한 사항, ⑧ 주차장에 관한 사항, ⑨ 의료인 및 보건의료인의 환자수에 대한 배치비율 및 각 인원수, ⑩ 의료인의 해당 분야에서의 1년 이상 임상경력, ⑪ 의료법 제32조의3의 규정에 의한 시설 등의 공동이용에 관한 사항, ⑫ 의료법 제47조의2의 규정에 의한 최근 3년 이내의 의료기관 평가결과 등으로 한정하고 있다. 또한 위 제33조는 제2항에서 의료광고를 텔레비전과 라디오를 제외한 모든 매체(인터넷 홈페이지 포함)에 의하여 할 수 있되, 일간신문에 의한 광고는 월 2회를 초과할 수 없다고 규정하면서, 제3항에서는 의료기관이 새로 개설되거나 휴업·폐업 또는 이전한 때에는 제2항 단서에도 불구하고 일간신문에 그 사실을 3회에 한하여 광고할 수 있게 하고 있다.

의료법시행규칙은 당초 위 ①항 내지 ④항 중 대부분의 사항에 대하여만 광고를 허용하는 입장을 취하다가 그 후 1974년 4월, 1993년 8월, 1997년 8월, 2003년 10월 몇 번의 개정을 거듭하면서 허용되는 광고의 내용을 점차적으로 늘려 왔다.

IV. 의료광고 규제의 근본취지와 헌법상 한계

그 동안 의료법이 의료광고를 극히 제한된 범위에서만 인정하려는 태도로 일관해 온 이유는 우선 의료는 극히 전문적이고 독점적인 분야이기 때문에 일반 의료소비자들이 광고의 진위 여부를 정확히 판단할 수 없으므로³⁾ 허위·과대광고로부터 의료소비를 보호하려는 것이고, 또한 의료인이 과다한 광고를 함으로써 광고에 대한 추가적인 지출이 의료비 상승으로 이어질 가능성을 우려하였기 때문이기도 하다. 그밖에 비영리사업인 의료업계의 과다한 경쟁은 전문직업인의 품위를 손상시킬 수 있으며 이로 인해 의료인과 환자 간 신뢰관계가 손상될 수 있다는 점, 광고의 자유화로 경쟁원리가 도입되면 환자의 편중을 초래하여 공적 건강보험제도에 의해 담보되는 현행 의료체계가 붕괴될 위험이 있다는 점 등도 의료광고의 부정적인 면으로 지적된다.⁴⁾

그러나 의료법 등이 허용하고 있는 의료광고의 범위는 지나치게 제한적이어서 의료인들의 일반적 행동 자유와 개성의 자유로운 발현을 억제함으로써 행복추구권을 실현하는 것을 방해하고, 특히 현재 의료광고가 허용되는 사항들은 단순한 사실적 사항을 고지하는 수준에 그치고 의료소비자들에게 알 권리를 충족시켜 주지 못할 뿐만 아니라 충분한 정보의 제공을 통한 합리적인 선택을 유도하기 어렵다는 점이 지적되고 있다.⁵⁾ 여기에서 더 나아가 현행 의료법이 의료인들의 행복추구권의 침해, 의료소비자들을 중심으로 한 일반 국민의 알 권리의 침해, 평등원칙의 위배 등의 면에서 헌법에 위반된다는 주장도 제기될 수 있을 것이다.

실제로 2002년 2월 서울지방법원은 자신의 인터넷 홈페이지에 라식수술의 진료방법 등을 게재한 혐의 등으로 약식기소된 의사가 낸 위헌심판제청신청을 받아들여 헌법재판소에 의료법 제69조와 제46조 제3항에 대한 위헌심판을 제기한 바 있다. 재판부는 위 위헌심판제청 결정에서 의료법이 의료광고를 규제하는 근본취지는 허위·과대광고로부터 의료소비를 보호하고 환자유치를 위한 무분별한 광고로 인한 의료질서의 문란을 막기 위한 것이라고 지적하고, 의료법이 위 취지를 넘어서 의사의 진료방법 등에 관한 의료광고를 일률적으로 금지하는 것은 공공복리상 필요한 정도를 넘어서는 과도한 것으로 이는 기본권 제한에 관한

3) 그리하여 의료는 소비자의 무지(consumer's ignorance)가 적용되는 전형적인 분야로 분류된다.

4) 이호용, 의료광고규제의 법적 문제, 한국법정책학회, 법과 정책연구, 제2집 제1호, 2001. 제143면 ~ 제144면.

5) 양삼승, 의료법 중 의료광고에 관한 규정 고찰, 의협신보, 2002. 4. 1. 제24면.

헌법상 원칙인 헌법 제10조와 제37조에 위배될 소지가 있다고 하였다. 위 결정은 또한 의료인도 영리행위를 하는 직업인이므로 광고를 통해 영업을 유지·확장할 헌법상 권리가 있다는 것을 전제로 의료법의 규정이 의료인의 행복추구권과 직업의 자유뿐 아니라 의료소비자의 알 권리를 침해할 여지가 있음을 인정하였다.⁶⁾ 의료법 규정의 위헌 여부는 헌법재판소에 계속된 위 위헌심판사건이 종결되어야 그 결론을 알 수 있을 것이나, 위 법원의 위헌심판제청은 그 자체만으로도 의료광고와 관련한 의료법 개정 논의에 전환점을 마련할 만한 사건이라 하지 않을 수 없다.

한편, 위에서 본 것처럼 의료법은 제46조 제1항 내지 제3항, 그리고 제47조에서 금지되는 광고의 내용과 유형을 열거하면서 제46조 제4항에서는 “의료업무에 관한 광고의 범위 기타 의료광고에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.”고 규정하고 있다. 그런데 의료법 시행규칙 제33조는 원칙적으로 의료광고를 금지하면서 제1항 각호에 열거된 범위에서만 광고를 허용하는 태도를 취하고 있으니 상위 법률인 위 의료법에서 제한적으로 열거된 금지사항 이외에는 의료광고가 허용되리라는 기대는 여기에서 무너지고 마는 것이다. 그렇다면 위와 같은 의료법시행규칙의 내용이 헌법상 위임입법의 한계를 넘어선 것인지에 관하여도 논란의 여지가 충분히 있을 것으로 본다.⁷⁾

V. 인터넷을 이용한 의료광고의 문제

1997년 8월 4일 의료법시행규칙 제33조의 개정으로 의료광고를 텔레비전과 라디오를 제외한 모든 매체에 의하여 할 수 있게 된 이후에도 인터넷 홈페이지를 이용한 의료광고가 허용되는지의 여부에 관하여는 한동안 해석이 분분했고, 보건복지부는 그 허용 여부의 질의에

- 6) 위 위헌심판사건에서는 헌법 제21조가 규정한 표현의 자유의 침해 여부도 큰 쟁점 중 하나가 될 여지가 있을 것으로 보인다. 이와 관련하여서는 영리광고가 표현의 자유에 관한 규정의 보호를 받는지의 여부 등에 대하여 많은 논의가 있어 왔으나, 미국에서는 영리광고라도 내용이 공공성을 갖는 한 표현의 자유의 보장을 받아야 한다는 취지로 몇 개의 판결이 선고된 바도 있다(Parker v. Commonwealth of Kentucky, Board of Dentistry, 818F. 2d 504, 1987 등).
- 7) 헌법 제75조는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 행정기관의 위임법을 허용하고 있는데, 헌법재판소는 여기에서 ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 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 판시한 바 있다(헌법재판소 1997. 9. 15. 선고 96헌바18, 97헌바46·47 결정 참조). 그렇다면 위와 같이 열거된 몇 가지 사항에 한하여 의료광고를 예외적으로 금지하는 의료법의 취지를 벗어나서 의료법시행규칙이 의료광고를 예외적으로만 허용하는 태도를 취한 것은 위임받은 입법권의 한계를 벗어난 것으로 볼 여지가 없지 않은 것이다.

응해 인터넷 홈페이지를 통한 광고가 가능하다는 회답을 한 바도 있었다.⁸⁾ 그러나 2003년 10월 1일 개정된 의료법시행규칙은 제33조 제2항에서 허용되는 광고 매체에 인터넷 홈페이지가 포함됨을 명시하였고, 현재 인터넷을 이용한 의료광고는 매우 활발하게 행해지고 있다.

인터넷을 이용한 의료기관의 홍보나 의료정보의 제공은 배너광고 등의 형태로 일반적으로 제공되는 경우와 의료소비자의 탐색에 의해 인터넷 홈페이지의 게시글 등으로 제공되는 경우가 있다. 배너·팝업창 등을 이용한 전자의 경우 다른 매체를 통한 일반적인 광고와 동일하게 취급하여도 별 문제가 없을 것이나, 후자의 경우를 일률적으로 의료광고로 볼 것인지에 대하여는 논란의 여지가 매우 크다. 의료인이나 의료기관의 인터넷 홈페이지에 게시되는 모든 내용을 의료광고로 볼 경우 의료인 등은 홈페이지를 통해 임상의학적 연구결과 등 각종 의료지식의 제공이나 진료방법에 대한 공개적인 설명도 하지 못한다고 해야 할 터인데, 만약 그러한 기준을 그대로 적용할 경우 현실적으로 의료법위반의 제재를 받을 의료인이나 의료기관이 셀 수 없이 많아질 것이다. 의료광고의 주체인 의료인 측에서는 대체로 인터넷 홈페이지를 통한 의료정보의 제공은 의료광고와는 다른 것이라 하면서 이를 널리 허용해야 한다는 입장을 보인다. 이와 관련, 대한의사협회에서는 인터넷 홈페이지의 게시 내용은 원칙적으로 의료광고로 보지 않는 것을 전제로 하여 자체적으로 정한 일정한 내용 외에는 게시를 허용한다는 지침을 마련하고 이를 보건복지부에 건의하기도 하였다. 그러나 설사 인터넷 홈페이지의 게시 내용을 일반적인 광고와는 달리 보아야 한다 하더라도 실제로는 의료기관에서 건강에 관한 정보를 제공한다는 명분 하에 객관성이 결여된 당해 의료기관의 홍보 내용을 신거나 홈페이지 내의 상담실을 환자들을 유인하는 수단으로 삼는 경우가 많은 것은 사실이기 때문에 이에 대하여는 관련 법령을 통해 또는 의료인단체의 자율지침 등을 통해 상세하고 객관적인 가이드라인을 마련할 필요가 있다. 다만, 현행법의 해석상 법리적으로는 의료기관의 인터넷 홈페이지를 통한 정보의 제공도 그것이 앞서 본 의료광고의 개념을 충족하는 한 이에 대하여 의료법의 관련 규정을 적용할 수밖에 없다는 것이 필자의 견해이다. 위에서 본 위헌심판 사안에서도 위헌심판제청을 한 의사는 인터넷 홈페이지에 진료모습과 경력, 진료방법 등을 게재하였다는 이유로 기소되었다는 점은 이 문제에 참고가 될 만하다.

8) 이호용, 앞의 논문, 제145면 각주 18 참조

VI. 의료광고에 대한 바람직한 규제 방안

허위광고 등으로부터 의료소비자들을 보호하려는 목적에서 나온 의료광고 규제가 오히려 의료공급자들 간의 경쟁을 가로막아 국민의 경제적 이득을 저해한다는 주장이 그동안 꾸준히 제기되었다. 소비자들의 알 권리를 보장하고 경쟁을 통한 의료수준의 향상을 위해 의료광고의 허용범위는 원칙적으로는 대폭 확대될 필요가 있다.⁹⁾ 다만, 의료광고에 대한 제한을 최소한으로 하면서도 반드시 규제가 요구되는 사항에 관하여는 규제의 내용을 좀더 구체적이고 상세하게 정할 필요가 있을 터인데, 의료광고에 있어서의 프라이버시의 보호가 그 대표적인 예라 하겠다.

인터넷을 이용한 의료광고의 비중은 날로 높아지고 있는데, 이에 대하여는 위에서 본 것처럼 배너광고·협찬광고 등 소비자에게 일방적으로 전달되는 유형과 홈페이지의 게재 내용처럼 탐색에 의해 전달되는 유형을 구분하여 각각을 어떻게 취급할 것인지를 명확히 규정하는 것이 요구된다. 한편, 최근 우리나라에서는 텔레비전의 건강정보 관련 프로그램, 신문이나 잡지의 홍보성 기사 등이 의료광고에 대한 규제를 피해가는 간접광고 수단으로 떠오르면서 의료법에서 금지된 광고 사항의 탈법적인 홍보 문제, 의료기관 사이의 형평성 문제 등을 낳고 있다. 이러한 간접광고에 대하여도 그 내용과 허용범위 등에 관해 시급히 기준이 마련되어야 할 것으로 보인다.¹⁰⁾

의료광고에 대한 법령상의 규제 완화에는 의료인단체 등의 자율적인 기준 설정과 규제가 반드시 수반되어야 할 것이다. 참고로 미국의 경우 의료광고는 미국의사협회(AMA)에 의해 자율적으로 규제되어 왔는데, 미국의사협회는 1980년 공정거래위원회가 위와 같은 규제가 부당하다는 취지로 제기한 소송에서 패소한 이후 회원 병원들에게 적용되던 광고 규제를 대부분 없앴다.¹¹⁾

의료광고의 표현범위의 설정에서 가장 중요한 것은 진실성이 결여된 광고로 인한 소비자

9) 2002. 4. 1.부터 시행된 일본의 개정 의료법에서는 수술건수, 치료방법, 분만건수, 평균재원일수, 병상이용률, (재)일본적합성인정협회의 인정을 받고 심사등록기관에 등록하고 있는 내용(ISO 9000s 등),청단의료서비스에 대한 사항 등에 대한 광고를 허용하고 있다. 원선애, 의료광고 규제에 관한 연구, 연세대학교 대학원, 의료법윤리학합동과정, 보건학전공, 석사학위논문, 2002. 제78면 ~ 제80면 참조.


10) 대한의사협회에서 2001. 12. 13. 제정한 의료광고지침은 일간신문이나 잡지에 실린 의료기사 중 기사의 하단에 의료인 및 의료기관의 전화번호나 홈페이지 주소, 이메일 주소 등이 기재되어 있는 경우, 위와 같은 매체에 동일한 기사내용이 3차례 이상 반복되어 실리는 경우를 일률적으로 의료광고 행위로 의제하는 것으로 규정하고 있다.

의 피해를 어떻게 최소화할 것인가 하는 점이 될 것이다. 의료광고의 진실성을 담보하는 장치로 의료광고의 내용에 대한 인증제도의 도입을 생각해 볼 수 있다. 의료광고가 의료인단체나 그밖에 권위 있는 기관에 의한 검토와 인증을 거칠 경우 예컨대 의료계에서 보편적으로 인정되지 아니한 진료방법의 홍보 등은 이 절차에서 상당히 차단될 수 있을 것이다. 또한 표시·광고의공정화에관한법률(제5조 참조)이 규정하는 바와 유사한 광고실증제도의 도입도 검토할 여지가 있을 것이다.

VII. 맺음말

모든 규제는 그 대상에 대한 불신에서 생겨나는 것이다. 의료광고에 관한 규제도 의료인 내지 의료인단체에 대한 신뢰가 충분하지 않음에서 비롯된 면이 없지 않을 것이다.

참고로 변호사법 제23조는 제1항에서 변호사·법무법인 등이 학력·경력·주요취급업무·업무실적 기타 그 업무의 홍보에 필요한 사항을 신문·잡지·방송·컴퓨터통신 등의 매체를 이용하여 광고할 수 있다고 하면서 제2항에서는 광고매체의 종류 등 세부적인 사항을 대한변호사협회의 자율규제에 맡기고 있다. 이에 따라 대한변호사협회에서는 변호사업무광고에관한규정 및 그에 관한 시행세칙을 제정하여 시행해 오고 있는 바, 위 규정 등에 의한 광고의 범위는 의료법상의 의료광고에 관한 규정과 대비하여 상당히 넓고 또한 다양한 매체를 통한 광고가 허용되고 있음을 볼 수 있다. 이처럼 법률에서는 변호사 광고에 관하여 일반적인 규정을 두고 있을 뿐이고 구체적인 광고 제한 등에 대하여는 변호사단체의 자체심사기준에 맡겨져 있는 것이다. 의사와 함께 대표적인 전문직종이라 할 변호사의 광고에 관한 위와 같은 현황은 의료광고의 허용범위에 대한 논의에 실질적으로 참고가 될 여지가 있을 것으로 생각된다.

우리나라에서도 하루 빨리 의료인과 의료기관에 대한 신뢰가 회복되어 의료광고에 관한 규제 내지 지침이 자율적으로 마련되고 의료기관 간의 건전한 경쟁과 환자 측의 충분한 정보 취득을 가능케 하는 방향으로 제도가 정비됨으로써 의료인의 직업권과 환자의 건강권이 조화롭게 고양되기를 기대하면서 이 글을 맺는다.  2005

11) 현재 미국의사협회는 이른바 '사람을 속이는 광고'를 제외하고 의사의 광고에 제약을 가하지 않는 자세를 취하고 있다. 위 협회가 의사의 광고에 대하여 유일하게 요구하는 것은 '진실을 진술하는 것'으로 이것은 윤리강령에 반영되어 있다. 최선호, 의료광고의 표현범위에 관한 연구, 홍익대학교 산업대학원, 광고디자인전공, 석사학위논문, 2003. 제 35면 ~ 제36면