

전문직 표시·광고규제의 몇 가지 쟁점: 의료광고를 중심으로

이 동 진*

I. 서론

II. 표시·광고규제 일반과 전문직 표시·광고(의료광고) 규제의 차이

1. 표시·광고규제 일반
2. 전문직 표시·광고규제: 의료광고의 예

III. 전문직 표시·광고규제의 정당성과 그 한계, 의료광고규제의 개선방향

1. 검열금지와 사전심의제도의 개선
2. 전문직으로서 의료업의 특수성과 의료광고

IV. 결론

I. 서론

광고(廣告)는 경제적 관점에서는 생산자·공급자가 소비자·수요자에게 자기의 상품·용역에 대한 정보를 제공하여 합리적 선택을 돕고 다른 생산자·공급자와 경쟁하는 하나의 수단이지만 정치적·사회적·문화적 관점에서는 그 자체 하나의 커뮤니케이션(communication) 수단이기도 하다. 그리하여 광고

* 논문접수: 2016. 11. 30. * 심사개시: 2016. 12. 14. * 게재확정: 2016. 12. 28.

* 서울대학교 법학전문대학원 부교수.

* 이 논문은 2016. 11. 17. 서울대학교에서 개최된 서울대학교 법학연구소 경쟁법센터 2016년도 제2차 법정책세미나 「표시광고법의 주요 쟁점과 개선 방안」에서 발표한 원고를 수정·보완한 것이다. 당시 지정토론자로서 유익한 논평을 해준 정진환 변호사와 원고 작성 과정 및 당일 발표에서 여러 조언을 해준 분들과 이 논문의 초고에 대하여 유익한 논평을 해준 익명의 심사위원들에게 감사드린다.

에 관하여는 경쟁의 부당한 제한 또는 부당한 경쟁방법의 사용과 표현의 자유의 제한 및 그 한계가 문제되어 왔다.

이상과 같은 사정은 기본적으로 전문직, 가령 변호사, 의사 등의 광고에서도 크게 다르지 아니하다. 그럼에도 불구하고 전문직 광고에 대하여는 과거부터 특별한 취급이 행해져왔다.¹⁾

그런데 적어도 의료광고의 경우 다수의 헌법재판소 결정, 특히 최근의 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정으로 그 상황이 바뀌었다. 같은 결정은 그 동안 의료인단체에 위탁되어 있던 의료광고사전심의제가 헌법상 금지되는 사전검열에 해당하여 위헌이라고 선언함으로써 의료광고에 대한 규제체계 전반을 재검토할 것을 요구하고 있는 것이다.

이 글에서는 이를 계기로 전문직 표시·광고규제가 일반적인 표시·광고규제와 어떤 관계에 있는지, 전문직 표시·광고에 대하여 차별화된 규제가 가능하다면 그 범위와 한계가 어디까지인지를 검토해보고자 한다. 다만, 전문직으로 통칭되고 있기는 하나, 각각의 전문직의 특성에 차이가 있을 수 있음을 고려하여, 구체적인 논의는 현안인 의료광고에 한정하기로 한다.

II. 표시·광고규제 일반과 전문직 표시·광고(의료광고) 규제의 차이

1. 표시·광고규제 일반

가. 경쟁제한방지와 부정경쟁방지의 관점에서

우리나라에서 표시·광고 일반에 대한 규제의 효시를 이루는 것은 1981년

1) 표시·광고에 대하여 다루는 문헌도 의약품 등 표시·광고의 특별한 규제는 언급하나 전문직 광고에 대하여는 잘 다루지 아니하는 편이다. 가령 이호영, 소비자보호법(제3판), 2015, 57면 이하.

제정된 독점규제및공정거래에관한법률 제15조 제6호라고 보인다. 같은 규정은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘독점규제법’이라 한다)상 불공정거래행위의 한 유형으로 “상품 또는 용역에 관하여 허위 또는 과장된 광고를 하거나 상품의 질 또는 양을 속이는 행위”를 들었다. 그중 전단, 즉 허위·과장 광고를 불공정거래행위로 본 부분이 표시·광고 일반에 대한 규제에 해당한다. 허위·과장광고에 대하여는 공정거래위원회가 시정조치(같은 법 제16조)를 명할 수 있었고, 5,000만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있었으며(같은 법 제56조 제2호), 그로 인하여 피해를 입은 자가 민법 또는 독점규제법(같은 법 제45조)상 손해배상을 구할 수 있었다.

이후 1999. 2. 15. 표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하 ‘표시광고법’이라 한다)이 제정됨과 동시에 독점규제법상 허위·과장광고 규제는 삭제되었다. 그러나 공정거래위원회가 소관의 독점규제법에서 표시·광고규제를 따로 떼어 단행 법령을 만든 결과 기본적으로 독점규제법의 규제 체계가 상당부분 그대로 이어졌다. 사업자, 사업자단체 등 용어를 그대로 사용하고(표시광고법 제2조 제3, 4호), 독점규제법을 준용할 뿐 아니라(표시광고법 제16조), 제재 권한도 대부분 공정거래위원회에 부여되었다(표시광고법 제7조 내지 제9조 참조).

이 점에 관하여는 약간의 설명이 필요하다. 우리 독점규제법은 그 제정 당시부터 미국 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act; FTCA)과 비슷하게, 그리고 독일의 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB)·부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; UWG)과는 달리, 공정거래위원회에서 집행하는 독점규제법 내에 경쟁제한행위, 즉 시장지배적 지위의 남용과 부당한 공동행위, 경쟁제한적 기업결합 이외에, 일정한 불공정경쟁행위를 포함하고 있었다.²⁾ 미국식 일원 체계에서는 경쟁제한행위와 부정경쟁행위 모두 공적 집행의 대상이 되는 반

2) 정호열, 경제법 전경(제5판), 2016, 368면.

면, 독일식 이원체제에서는 경쟁제한행위에 대하여는 공적 규제가 원칙이나 부정경쟁방지법은 기본적으로 사법(私法)이고 사적 집행이 원칙이다. 우리나라의 경우 사법(私法)적 성격이 지배적인 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률을 두고 있으나 같은 법에는 소수의 표시규제만이³⁾ 포함되어 있고(부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 가목 내지 바목), 전형적인 부정경쟁행위인 부당 광고에 대하여는, 일반적으로는, 오히려 독점규제법에서 파생된 표시광고법이 다루고 있다.

그런데 그 덕분에 경쟁제한행위와 부정경쟁행위 사이의 긴장관계가 좀 더 분명해진 측면도 있다. 어떤 행태를 부정경쟁행위로 보아 금지하면 경쟁의 방법 중 하나가 없어지므로 그 한도에서 경쟁이 제한된다. 즉, 경쟁제한과 부정경쟁의 금지 사이에는 일정한 긴장관계가 있는 것이다.⁴⁾ 부정경쟁행위를 금지하는 것은 위법한 경쟁제한이라고 할 수 없지만, 부정하지 아니한 경쟁행위를 제한하는 것은 위법한 경쟁제한이 될 소지가 있다. 표시광고법은 이 점을 잘 보여주고 있다. 같은 법은 한편으로는 허위과장표시·광고(지금은 거짓·과장의 표시·광고), 기만적 표시·광고, 부당한 비교 및 비방표시·광고를 금하고(표시광고법 제3조), 이에 반하는 행위에 대하여 임시중지명령, 중지명령, 정정광고 기타의 시정조치를 명하거나 과징금을 부과할 수 있게 하고 있지만(표시광고법 제7조, 제8조, 제9조 제1항), 다른 한편 사업자단체는 “법령에 따르지 아니하고는 그 사업자단체에 가입한 사업자에 대하여 표시·광고를 제한하는 행위를 하여서는 아니”되고(표시광고법 제6조 제1항 본문), 사업자들이 정한 표시·광고에 관한 자율규약 및 자율심의기구의 심의 또한 부당한 표시·광고(표시광고법 제3조 제1항)를 “방지하기에 적합하여야 하며, 정당한 사유 없이 사

3) 표시와 광고는 모두 자기 또는 다른 사업자등에 관한 사항, 자기 또는 다른 사업자등의 상품, 용역의 내용, 거래조건, 기타 거래에 관한 사항을 가리키나, 표시는 상품의 용기·포장·첨부분·내용물 및 사업장의 게시물 등에 붙인 것이고, 광고는 신문·인터넷신문, 정기간행물, 방송, 전기통신 등의 매체를 통하여 전파되는 것으로 구별된다. 표시광고법 제2조 제1호, 제2호 참조.

4) 이 한도에서, 정호열, 부정경쟁방지법론, 1992, 93면 이하, 특히 96면.

업자등의 표시·광고 또는 소비자에 대한 정보 제공을 제한하여서는 아니” 된다고(표시광고법 제14조 제2항, 제14조의2 제2항) 하여, 부당 표시·광고가 아닌 한 표시·광고의 제한을 통한 경쟁제한도 금지하고, 그 위반에 대하여 중징명령, 정관과 규약 등의 변경 기타 시정조치를 명하는 외에(표시광고법 제6조 제3항, 제14조 제5항, 제14조의2 제4항) 과징금을 부과할 수 있게 한다(표시광고법 제9조 제2항). 같은 법은 부당한 표시·광고뿐 아니라, 적법한 표시·광고를 제한하는 행위도 함께 금지하고 있는 것이다.⁵⁾

물론, 어떤 경쟁방법이, 어떤 표시·광고기법이 부당한지가 반드시 분명한 것은 아니다. 비교표시·광고가 부당한 표시·광고인지 오히려 정당한 경쟁방법인지 지속적으로 논란이 되어온 점이 이를 잘 보여준다.⁶⁾ 그리하여 부당한 표시·광고에는 해당하지 아니하나 사업자단체 등이 스스로 표시·광고의 방법을 제한하더라도 부당한 경쟁제한이라고 할 수는 없는 영역이 존재할 수 있다. 그러나(허용되는) 경쟁은 그 자체 보호가치가 있으므로 그러한 예외가 인정되기 위해서는 경쟁제한의 목적과 그 효과가 소비자의 편익 등 일정한 관점에서 정당하고 비례관계에 있음이 확립되어야 한다.⁷⁾

경쟁제한의 규제와 공정거래의 확립은 독점규제법 및 표시광고법의 입법 목적에 그치지 아니한다. 헌법 제119조 제2항은 독과점규제를 국가목표의 하나로 들고 있고, 헌법재판소는 이를 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진으로 이해한다.⁸⁾ 즉, 경쟁제한의 규제와 불공정거래의 금지는 헌법적 요청이기도 한 것이다.

5) 이 제도에 소비자보호보다(공정)경쟁보장이라는 측면이 더욱 강하게 반영되었다는 지적으로 박해식, “부당표시광고에 대한 규제 -표시광고의공정화에관한법률을 중심으로-”, 재판자료(제87집), 2000, 722~723면. 이러한 관점에서는 표시광고법 제10조, 제11조가 부당한 표시·광고에 대하여만 손해배상 규정을 두고, 부당한 광고제한에 대하여는 그러한 규정을 두지 아니한 점도 흥미를 끈다.

6) 우선 김종호, “경쟁의 촉진 도구로서 비교광고의 법적 측면 -미국 및 유럽연합의 입법례와 분쟁사례를 중심으로”, 동아법학(제51호), 2011, 395면 이하 참조.

7) 정호열(주 2), 304~305면, 344면 이하 참조.

8) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가19 결정(주세법 위헌); 성낙인, 헌법학(제13판), 2013, 273면.

나. 상업적 표현의 규제와 검열금지의 관점에서

광고는 그 자체 하나의 커뮤니케이션(communication) 수단으로써, 언론·출판의 자유(헌법 제21조 제1항), 즉 표현의 자유의 보호대상에 해당한다.⁹⁾ 미국 연방대법원은 과거 상업광고는 연방헌법 수정 제1조의 표현의 자유의 보호대상이 아니라고 보았으나 이후 이를 표현의 자유의 보호대상에 넣는 입장으로 전환하였고, 독일 연방헌법재판소도 과거 상업광고 문제를 직업(행사)의 자유의 관점에서 바라보았으나 지금은 이를 표현의 자유의 보호대상이기도 하다고 한다.¹⁰⁾ 우리 헌법재판소도 광고, 특히 상업광고가 헌법상 직업(행사)의 자유뿐 아니라 표현의 자유의 보호대상이기도 하다는 입장을 취한다.¹¹⁾ 다만, 이때 기본권 제한의 위헌성 심사기준에 대하여는 논란이 있고,¹²⁾ 헌법재판소도 과거에는 비례의 원칙(헌법 제37조 제2항)을 그대로 적용하였으나,¹³⁾ 그 후 “상업광고는 [중략] 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, [중략] 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니므로, 상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 ‘피해의 최소화’ 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기보다

9) 통설이다. 학설의 개관은 한위수, “광고의 규제와 표현의 자유”, 헌법논총(제18집), 2007, 352~353면; 성낙인(주 8), 565면.

10) 미국: Valentine v. Christensen 316 U.S. 52 (1942, 부정) → Bigelow v. Virginia, 421 U.S. 809 (1975); Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976); Carey v. Population Services, Intern., 431 U.S. 678 (1977); Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350 (1977, 각 긍정), 독일 : BVerfGE 21, 271; 64, 108; 71, 162.

11) 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 96헌바2 결정(옥외광고물등관리법 위헌): “광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론”; 2002. 12. 18. 선고 2000헌마764 결정(옥외광고물등관리법 합헌). 그러나 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2006헌바75 결정(건강기능식품에 관한 법률 합헌) 중 재판관 조대현의 별개의견은 건강기능식품의 기능에 대한 표시광고는 ‘민주사회의 다양한 의사를 말이나 글로 표현하여 공표하는 것이 아니고, 따라서 헌법 제21조의 ‘언론·출판’에 해당한다고 볼 수도 없다고 한다.

12) 한위수(주 9), 356면 참조. 완화된 심사기준을 지지하는 것으로 성낙인(주 8), 565면.

13) 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 96헌바2 결정(주 11); 2000. 3. 30. 선고 99헌마143 결정(식품등의표시기준 위헌).

는 ‘입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화”함이 상당하다고 함으로써,¹⁴⁾ 이른바 완화된 심사기준을 적용하였다. 미국 연방대법원도 오늘날은 대체로 비슷한 완화된 심사기준을 적용하고 있다.¹⁵⁾ 이처럼 완화된 심사기준을 적용하는 한 허위과장 및 기만적 표시·광고와 비교·비방표시·광고는 물론 규제의 이익이 있는 표시·광고라면 상당한 범위에서 규제 내지 제한을 가하는 것이 가능해진다.

상업광고를 표현(헌법규정상으로는 언론·출판)의 자유에 포섭하는 경우 문제는 다른 곳에서 생긴다. 헌법 제21조 제2항은 언론·출판에 대하여 검열을 부인하는데, 이 규정이 적용되는 것 아닌가 하는 점이다. 적용을 부정하는 견해도 있으나¹⁶⁾ 헌법재판소는 종래부터 적용을 긍정함을 전제해왔다.¹⁷⁾ 물론 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는 제도를 말하므로,¹⁸⁾ 이른바 자율규제(self-regulation), 가령 자율심의기구에서의 사전심의는 검열이 아니다.¹⁹⁾ 그러나 이를 형식적으로 판단하면 검열금지를 잠탈할 위험이 있다. 하여 헌법재판소는 “독립위원회의 심의도 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 한 실질적으로 검열기관은 행정기관이라고 보아야 하므로” 검열이라고 보았고,²⁰⁾ 그 연장선

14) 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 판결(의료법 위헌).

15) Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 U.S. 557 (1980) 및 특히 Board of Trustees of the State University of New York v. Fox, 492 U.S. 469 (1989).

16) 가령 성낙인(주 8), 565면. 상업광고 자체가 언론·출판에 해당하지 아니한다는 전제에서이지만 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2006헌바75 결정 중 재판관 조대현의 별개의견(주 11)도 참조.

17) 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 96헌바2 결정(옥외광고물등관리법 위헌).

18) 헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2004헌가8 결정(구 음반·비디오물및게임물에관한법률 위헌). 따라서 법원의 가치분에 의한 제한은 사전검열에 해당하지는 아니한다. 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌바36 결정(구 민사소송법 합헌).

19) 박용상, “헌법상 사전검열금지의 원칙”, 헌법논총 제21집(2010), 159면 이하.

20) 헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 93헌가13, 91헌바10 결정(영화법 위헌); 1997. 3. 27. 선고 97헌가1 결정(음반및비디오물에관한법률 위헌); 1998. 12. 24. 선고 96헌가23 결정(구 음반·비디오물및게임물에관한법률 위헌); 2000. 2. 24. 선고 99헌가17 결정(구 음반·비

상에서 방송광고 사전심의도, 방송법상 표현물제출의무가 있고, 심의 없이는 광고를 할 수 없도록 하고 있으며, 제재수단도 있고, 심의업무만이 자율심의기구(민간기구)에 위탁되어 있는데, 그 정관상 심의위원의 선임에 관여하는 회장과 이사의 선임에 문화관광부장관의 승인이 필요하고, 심의권한이 방송위원회에 있고 자율심의기구는 공무수탁사인(公務受託私人)의 지위에서 방송위원회의 지휘·감독 하에 업무를 수행하는 것이며, 방송위원회가 심의의 기준인 심의규정을 제·개정할 권한을 갖고 있고, 업무위탁계약상 업무수행에 필요한 비용의 전부 또는 그 일부를 지원할 수 있게 하고 있는 한, 검열에 해당한다고 하였다.²¹⁾

그렇다면 (사전)검열금지에는 어떠한 예외도 없는 것인가. 헌법재판소는 같은 결정에서 사전검열금지는 ‘절대적’임을 강조한바 있다. 그러나 다른 한편 헌법재판소는 건강기능식품의 위험성 내지 규제 필요성과 국가의 국민보건의무(헌법 제36조 제3항)에 비출 때 표현의 자유와 국민의 보건권 모두를 보장하고 이들 간의 균형을 기하기 위하여 건강기능식품의 표시광고에 대하여 법률로 사전심의절차를 규정하고 구체적인 심의를 자율심의기구에 위탁한 것은, “헌법이 절대적으로 금지하는 사전검열”이 아니라고 한다.²²⁾

그밖에 헌법재판소는 등록, 납본, 검·인정은 사전검열이 아니라고 한다.²³⁾

디오물및게임물에관한법을 위헌); 2008. 10. 30. 선고 2004헌가18 결정(구 음반·비디오물및게임물에관한법을 위헌).

21) 헌법재판소 2008. 6. 26. 선고 2005헌마506 결정(방송법 위헌).

22) 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2006헌바75 결정(주 11)의 다수의견. 같은 결정에는 사전검열은 절대적으로 금지되나 민간심의기구인 건강기능식품협회의 구성과 운영현황에 비추어볼 때 이를 행정주체로 볼 수 없다는 재판관 이강국, 송두환의 별개의견과, 같은 전체 하에 금지된 검열에 해당하여 위헌이라는 재판관 이공현, 김중대의 반대의견과 앞서 소개한(주 11) 재판관 조대현의 별개의견이 있었다.

23) 가령 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 90헌바26 결정(정기간행물의등록등에관한법을 합헌); 1992. 11. 12. 선고 89헌마88 결정(교육법 합헌).

2. 전문직 표시·광고규제: 의료광고의 예

가. 실체적 규제

(1) 1951~1973: 전면적 금지

전문직 표시·광고의 규제는 일반적 표시·광고규제보다 역사가 훨씬 길다. 의료광고의 경우 최초의 의료법인 1951. 9. 25. 제정 국민의료법이 이미 매우 강력한 표시·광고규제를 도입하고 있었다. 즉, 같은 법 제42조는 일반적으로 ‘학위·기능·약효·진료방법 또는 경력 기타’에 대한 광고를 금지하고, 제41조는 주무부 장관이 허가하는 ‘전문과목’ 표시만 허용하는 한편, 제34조에서 의료기관이 그 종별에 관하여 상호혼동하기 쉬운 칭호를 붙일 수 없게 하였다. 이러한 태도는 1962년 국민의료법이 의료법으로 개칭, 전면 개정된 이후에도 그 문언이 다듬어진 이외에는 대체로 유지되었다(1962. 3. 20. 전면 개정 의료법 제8조, 제36조, 제37조, 제43조). 전문의제도의 도입과 함께 전문과목 표시제도의 기초가 허가에서 전문의 인증으로 바뀌고(1965년 개정 의료법시행규칙 제17조), - 처음에는 일반의를 위하여 - 전문과목 표시제도 이외에 진료과목 표시제도가 도입되는데 그쳤을 뿐이다(1965. 3. 23. 개정 의료법 제36조 및 1966. 9. 12. 개정 의료법시행규칙 제16조의2). 이 시기에는 의료광고가 전면적으로 금지된 것이나 다름없었다.

(2) 1973~2005: 제한적 허용

이러한 상황은 1973. 2. 16. 개정 의료법으로 바뀌었다. 1973년 개정 의료법은 의료기관 및 의료인의 표시에 대하여는 대체로 종래와 같은 태도를 취하였다(1973. 2. 16. 개정 의료법 제35조, 제36조 참조). 그러나 의료광고에 대하여는 그 입장을 바꾸어 광고주체를 의료인으로 제한하는 대신에 의료인에게 의료에 관한 광고를 허용하고(같은 법 제46조 제2항), 허위·과대광고 및 특정 의료기관이나 특정의료인의 기능·진료방법·조산방법이나 경력 또는 약효 등에 관하여 대중광고·암시적 기재·사진·유인물·방송·도안 등으로 하는 광고

만을 금지하였다(같은 법 제46조 제1항, 제3항). 물론 같은 법은 “의료업무에 관한 광고의 범위 기타 의료광고에 필요한 사항은 보건사회부령으로 정한다”고 하여(같은 법 제46조 제4항) 읽기에 따라 시행규칙이 정하는 범위에서만 의료광고를 허용하되 기능·진료방법·경력 등에 관한 대중광고 등 일정한 매체 내지 방법을 통한 광고는 모법(母法)이 이미 금지하고 있다고 볼 수도 있었다.²⁴⁾ 그러나 판례는 그렇게 보지 아니하였다. 당시에 의료법시행규칙 제33조 제1항은 의료인의 성명·성별·면허의 종별, (전문의의 경우) 전문과목·진료과목, 의료기관의 명칭·소재지·전화번호, 진료일·진료시간만을 열거하고 있었으나, 판례는 의학박사학위를 가진 의료인이 ‘의학박사 전문의 ○○○ 피부비뇨기과 의원’이라고 쓴 아크릴판을 출입문에 붙여놓은 것은 과대광고가 아니므로 그 의원에 대한 업무정지처분은 위법하다고 하였다.²⁵⁾ 이는 시행규칙이 그 자체 광고의 범위를 제한하는 효력을 가지지 아니함을 뜻하는 것이다. 물론 가장 중요한 기능·진료방법·경력 등에 대한 광고가 널리 제한되고 주로 객관적으로 검증 가능한 사항들에 한하여 광고를 허용한 결과, 당시의 의료광고는 정보제공기능을 할 뿐, 환자유인기능이 거의 없었고, 규제의 밀도는 매우 높은 편이었다.²⁶⁾

24) 이러한 관점에서 같은 법의 의료광고 규제가 포지티브(positive) 규제에 해당한다는 것으로, 홍승희, “의료광고 네거티브제 도입에 따른 문제동향”, 형사정책연구소식(제100호), 2007, 42~43면.

25) 대법원 1979. 1. 23. 선고 78누190 판결. 한편, 대법원 1983. 4. 12. 선고 82누408 판결은 유인물을 인쇄하여 배부하는 방법으로 광고를 하였는데, 그 기체에 병원 아닌 의원을 병원으로 적고, 진료과목인 신경외과와 전문과목인 정형외과를 구분하지 아니한 채 ‘정형외과, 신경외과 병원 원장, 전문의’라고 한 것은 허위과대광고에 해당한다고 하였다. 그런데 이러한 광고는 그 자체 의료법이 정한 표시에 관한 규제를 위반하여 어떠한 관점에서 보더라도 위법한 것이다.

26) 이후의 개정으로 중요한 것은 2002. 3. 30. 개정 의료법이다. 같은 법은 종래 금지되었던 경력광고를 원칙적으로 허용하였고, 이에 따라 2003. 10. 1. 개정된 의료법시행규칙 제33조도 해당 분야에서의 1년 이상의 임상경력 광고는 허용하는 것으로 하였다. 또한 같은 개정은 의료기관평가인증제도의 도입에 맞추어 3년 이내의 의료기관평가결과에 대한 광고도 허용하였다. 이 두 사항은 의료인 내지 의료기관의 질(質; quality)에 대한 정보를 제공한다는 점에서 종래보다 환자유인적 성격이 강하다는 특징이 있다. 그러나 여전히 객관적으로 검증 가능한 정보에 제한되어 있는 것이기도 하다.

(3) 2005년 이후: 원칙적 허용

이러한 상황이 다시 한 번 바뀐 것은 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정에 의하여서이다. 당해 사안에서는 한 안과의사가 안과의원 인터넷홈페이지에 자기의 진료 모습이 담긴 사진, 외국연수경력 및 라식(LASIK)수술의 진료방법을 게재한 혐의로 기소되었고, 당해 사건 중 이를 금지한 구 의료법 제46조 제3항에 대하여 위헌법률심판제청이 이루어졌다. 다수의견은 상업광고도 표현의 자유와 직업수행의 자유 내지 영업의 자유의 보호범위에 들어가나 그 제한의 위헌 여부를 심사함에 있어서는 ‘입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’ 여부로 그 기준이 완화된다는 법리를 제시한 다음, “기능이나 진료방법에 대한 광고가 소비자들을 기만하는 것이거나, 소비자들에게 정당화되지 않은 의학적 기대를 초래 또는 오인하게 할 우려가 있거나, 공정한 경쟁을 저해하는 것이라면, 그러한 의료광고는 허용될 수 없”지만, “객관적인 사실에 기인한 것으로서 소비자에게 해당 의료인의 의료기술이나 진료방법을 과장함이 없이 알려주는 의료광고라면 이는 의료행위에 관한 중요한 정보에 관한 것으로서 소비자의 합리적 선택에 도움을 주고 의료인들 간에 공정한 경쟁을 촉진하므로 오히려 공익을 증진시킬 수 있”고, “비약적으로 증가되는 의료인 수를 고려할 때, 이 사건 조항에 의한 의료광고의 금지는 새로운 의료인들에게 자신의 기능이나 기술 혹은 진단 및 치료방법에 관한 광고와 선전을 할 기회를 배제함으로써, 기존의 의료인과의 경쟁에서 불리한 결과를 초래할 수 있는데, 이는 자유롭고 공정한 경쟁을 추구하는 헌법상의 시장경제질서에 부합되지 않는다”면서, 구 의료법 제46조 제3항은 피해의 최소성 원칙에 위반하여 표현의 자유, 영업의 자유 및 의료소비자의 알 권리를 제한하여 (단순)위헌이라고 판시하였다.

두 가지가 주목된다. 첫째, 다수의견은 형식상으로는 주로 표현의 자유 제한을 문제 삼고 있으나 실제로는 부당표시·광고를 중심으로 하는 부정(불공정) 경쟁행위가 아닌 한 제한하여서는 안 되고, 이를 제한하면 오히려 부당한 경쟁 제한으로 의료인의 영업의 자유와 의료소비자의 알 권리를 침해한다는, 표시

· 광고규제 일반에서 경쟁제한과 부정경쟁의 방지 사이의 긴장과 조정에 의거하고 있다. 같은 의견이 단순위헌을 하더라도 구 의료법 제46조 제1항의 허위과대광고금지와 표시광고법이 있으므로 별 문제가 없다고 지적하고 있는 것도 이를 보여준다. 이 맥락에서 전문직 내지 의료업에 대한 특별한 고려가 필요하다는 등의 언급은 전혀 보이지 아니한다. 둘째, 다수의견은 의료인의 기능과 진료방법에 대한 광고를 금지함으로써 “소비자가 얼마나 보호될 것인지, 과잉진료나 부적절한 진료가 얼마나 예방될 것인지, 의료인 간 불공정 경쟁이 어느 정도 방지될 것인지는 불분명”한 반면 그로 인한 표현의 자유, 직업수행의 자유, 알 권리의 침해는 적지 않다고 하여, 소비자보호와 부정(불공정)경쟁의 방지의 ‘가능성’만으로 경쟁을 제한할 수는 없음을 시사하고 있다.

같은 결정에는 재판관 윤영철, 김효중, 주선회의 반대의견이 있었는데, 반대의견은 두 쟁점 모두에 대하여 다른 입장을 취한다. 먼저, 위 반대의견은 종래부터 의술은 인술이라 불리듯 의료인은 윤리의식과 사명감이 강하게 요청되는 직종이고 의료행위는 일반 상행위와 본질이 다르며, 의료인의 기능과 진료방법에 관한 광고를 무조건 허용할 경우 과당경쟁으로 의료제도의 안정성을 해치고 국민과 의료보험공단으로 하여금 불필요한 의료비를 지출하게 할 수 있다는 점을 지적한다.²⁷⁾ 그리고 구 의료법 제46조 제1항의 허위과대광고금지와 표시광고법 등은 제3항과는 입법목적이 다르다고 한다. 의료의 특수성에 비추어 별도의 추가적인 고려가 필요하다는 것이다. 또한 같은 반대의견은 의료인의 기능과 진료방법은 전문적이고 주관적인 내용으로 표현될 수 있으며 소비자가 이해하기 어려워 “잠재적으로 기만적인 것이 되기 쉽”다면서 이러한 광고가 허용되면 그것이 허위과장된 것인지 아닌지 구분하기가 곤란해진다고 한다.²⁸⁾ 이는 허위과장광고가 될 추상적 위험만으로도 그러한 광고를 범주적으로 금지할 수 있다는 뜻으로, 다수의견과는 그 전제를 달리한다. 그밖에 같은

27) 이에 찬성하는 것으로, 유현정, “금지되는 기사성 의료광고의 한계”, 의료법학(제13권 제2호), 2012, 162~163면.

28) 이에 찬성하는 것으로, 유현정(주 27), 263~264면.

반대의견은 독일, 프랑스도 의료광고를 엄격히 제한하고 있다는 점도 논거로 들고 있다.

어떻든 위 위헌결정에 따라 2007. 1. 3. 의료법 개정으로 의료광고에 대하여 원칙적 허용, 예외적 규제로 접근이 바뀌었다.²⁹⁾ 즉 같은 법 제46조 제1항은 의료광고의 주체를 의료법인·의료기관·의료인으로 제한하고 제3항에서 허위과대광고를 금지하는 한편, 그 이외의 광고는 일반적으로 허용하되, 제2항에서 개별적으로 금지되는 광고방법을 열거하였던 것이다.

이러한 현행 의료법의 의료광고규제는 표시광고법의 일반 광고규제와 대체로 일치한다.

먼저, 의료법상 의료광고는 오직 의료법인·의료기관·의료인에 한하여 허용된다. 이와 같은 제한은 표시광고법에는 없는 것이다. 그러나 위 규정에서 광고의 주체란 광고의 내용이 귀속하는 자이자 광고 여부 및 그 내용을 통제하는 자를 말하고, 그러한 자의 이니셔티브(initiative) 하에 광고가 이루어진 이상 실제 광고를 광고대행사가 하였다 하여 광고대행사가 광고의 주체라고 볼 수는 없다.³⁰⁾ 그런데 의료법상 의료는 원칙적으로 의료법인·의료기관·의료인이 아니면 할 수 없으므로(의료법 제27조), 이는 합법적으로 의료업을 할 수 있고 또 하고 있는 자에 한하여 의료광고도 허용하겠다는 뜻에 그치고, 특별한 규제라고 하기는 어렵다.³¹⁾

29) 개정경위에 관하여는, 광명섭, “의료광고 관련 의료법 개정과정의 문제점과 의료광고 사전심의제도 등의 개선방안”, 법과 정책연구(제10집 제1호), 2010, 201면 이하.

30) 환자 유인에 관한 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도1763 판결의 원심인 서울중앙지방법원 2010. 1. 20. 선고 2009노2495 판결 참조(광고를 대행한 것에 불과한 자는 환자를 유인하였다고 할 수 없다). 이상돈·김나경, 의료법강의(개정판), 2013, 109면은 광고대행업자는 의료기관의 의뢰를 받아도 광고의 주체가 될 수 없다고 하는데, 스스로 광고의 내용과 방법을 정하여 광고할 수는 없다는 의미로 이해하여야 할 것이다.

31) 물론, 개별적인 규제내용이 충분히 상세하게 재단되었는지는 별개의 문제이다. 가령 의료업은 의료기관이 하는 것이고, 의료법인은 그 법적 개설권자 중 하나에 불과하며, 의료인이 의료기관에 속하지 아니한 채 의료업을 할 방법은 없다는 점(의료법 제33조 제1항)에 비할 때 의료기관 외에 의료법인과 의료인을 따로 열거할 필요가 있었는지 의문이다. 굳이 열거하겠다는 - 실익은 없으나 - 다른 개설주체인 의료기관을 개설한 국가, 지방자치단체, 학교법인, 종교법인, 사회복지법인, 준정부기관 등을 제외할 근거가 없다(만일 의료인만을 들었다면 자연인으로서 의료인의 윤리성에 기초하였다고 이해할 여지가 있

다음, 의료법상 허위과대광고(지금은 거짓 또는 과장광고) 개념도 대체로 표시광고법상 허위과장광고와 같다. 판례도 허위과대광고를 “진실이 아니거나 실제보다 지나치게 부풀려진 내용을 담고 있어 의료지식이 부족한 일반인으로 하여금 오인·혼동하게 할 염려가 있는 광고”로 규정하면서, 한의원에서 “국내 최초 양·한방 협진의원 개설, 국내 최상품 청정한약재 처방” 등으로 광고한 경우 이는 객관적으로 조사하거나 그에 관한 결정기준을 마련하기 곤란하여 그 자체 진실에 반하거나 실제보다 과장된 것으로 보일 뿐 아니라 피고인 스스로도 명확한 근거를 제시한 바 없으므로 일반인이 오인·혼동하게 할 염려가 있는 허위과대광고에 해당하고,³²⁾ 객관적 사실이 아니거나 근거가 없거나 현대의학상 안전성 및 유효성이 과학적으로 검증되지 아니한 내용을 기재하여 소비자로 하여금 막연하거나 헛된 의학적 기대를 갖게 하였다면 허위과대광고에 해당하는 바, 일반인도 일정 신체 부위에 집중적으로 주사와 찌름을 반복함으로써 당해 부위에 화상을 입혀 상처가 나게 하고 그곳에 고약을 바르면 고름이 나오는 것은 당연한 일임에도 “치료실로 들어가면 말기암 환자들이 몸 어느 부위엔가 커다란 구멍이 뚫려 있고, 그곳에서 고름이 흘러내리고 있다... 암의 독이 약침의 효력으로 몸 밖으로 빠져나오고 있”다고 광고하였다면 과대광고로 볼 여지가 있다고 함으로써,³³⁾ 표시광고법상 허위과장광고 및 그 판단기준으로서 오인·혼동우려와 대체로 같은 기준을 채택하고 있다.³⁴⁾ 그밖에 2007년 개정 의료법 제46조 제2항상의 개별적으로 금지되는 의료광고방법도 대부

다. 또한 위 규정을 문언 그대로 해석한 결과 이른바 네트워크(network) 및 프랜차이즈(franchise) 병·의원이 의료광고의 주체가 되지 못하고, 병·의원 내 각종 센터(center), 클리닉(clinic)이 의료광고의 주체가 되지 못하는 것[이상돈·김나경(주 30), 110면; 정정일, “의료광고의 허용한계와 법률적 쟁점”, 법조(통권 제619호), 2008, 172~173면]도 합리적이라고 할 수는 없다. 비슷한 지적으로 광명섭(주 29), 27면.

32) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006도9311 판결. 실제로는 협진이 아닌 의원과 한의원의 인접 개설에 불과함에도 양·한방협진으로 광고한 것이 과대광고라고 한 예로 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002두12342 판결.

33) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2006도9083 판결.

34) 과대광고와 관련하여 표시광고법상 과장광고와 같은 개념이라는 취지로, 이동진, “구 의료법 제46조 제1항의 과대광고의 의의와 그 범위”, 대법원판례해설(제45호), 2004, 82~86면.

분 허위·과장·기만·오도적(misleading) 광고에 해당한다. 치료효과를 보장하는 등 소비자를 현혹할 우려가 있는 광고(제2호), 의료인의 기능·진료방법과 관련하여 심각한 부작용 등 중요한 정보를 누락하는 광고(제6호), 객관적으로 인정되지 아니하거나 근거 없는 내용을 포함하는 광고(제7호), 신문·방송·잡지 등을 이용하거나 기사(記事)·전문가의 의견 형태로 표현되는 광고(제8호),³⁵⁾ 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 방법으로 비급여 진료비용을 할인하거나 면제하는 내용의 광고(제11호)가 그 예이다. 표시광고법상 오인야기성은 전형적인 소비자를 기준으로 판단하여야 하는데,³⁶⁾ 전형적인 의료소비자인 환자는 전문지식이 없고 질병 등으로 인하여 과장된 치료효과 등에 현혹되기 쉬우므로 위 각 사유는 표시광고법적 관점에서 이미 허위과장광고가 될 수 있는 것이다.

그러나 의료광고규제가 표시광고법상 광고규제와 완전히 그 범위를 같이 하는 것은 아니다. 첫째, 아직 평가를 받지 아니한 신의료기술광고(제1호)는³⁷⁾ 그것이 아직 평가를 받지 아니한 신의료기술임을 명시하는 등 기만적·오도적이지 아니한 경우에도 범주적으로 금지된다. 둘째, 2007년 개정 의료법은 예외사유의 하나로 다른 의료기관·의료인의 기능 또는 진료방법과 비교하는 내용의 광고(제3호), 다른 의료법인·의료기관 또는 의료인을 비방하는 내용의 광고(제4호)를 추가하였는데, 이들은 표시광고법상 비교 및 비방광고가

35) 순수한 기사 작성을 위하여 인터뷰에 응하거나 자료, 정보를 제공할 수 있음은 물론이다. 기사 형태와 광고와 순수한 기사를 구별함에 있어서는 특정 의료기관이나 의료인의 연락처나 약도 등의 정보가 포함되어 있는지 여부, 기사를 게재한 경위, 의료기관이나 의료인이 기사 게재의 대가로 경제적 이익을 제공하였는지 여부, 그 전체적 취지가 의료기관이나 의료인의 기능 또는 진료방법을 광고하는 것인지, 의료기관 또는 의료인이 기사 등을 통하여 광고효과를 의도하였는지 및 게재회수 등을 종합적으로 고려하여야 한다. 대법원 2012. 4. 12. 선고 2011도582 판결. 그 해설로, 권덕진, “구 의료법 제56조 제2항 제8호의 기사 형태로 표현되는 광고에 해당하는지 여부의 판단 방법”, 대법원판례해설(제92호), 2012, 1110면 이하.

36) 박해식(주 5), 655~656면 참조.

37) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2011도8694 판결은 이때 신의료기술은 보건복지부장관이 안전성·유효성을 평가할 필요가 있다고 인정하는 신의료기술에 한하지 아니하고 일체의 신의료기술, 즉 보건복지부장관이 위 필요를 부정하였거나 아직 필요 여부를 판단하지 아니하여 평가위원회의 평가대상이 되지 못한 신의료기술도 포함한다고 한다.

부당한, 즉 객관적 근거가 없는 것일 때에 한하여 금지되는 것과³⁸⁾ 달리 그 자체로 금지된다. 끝으로 의료법에는 표시광고법상 부당광고규제의 범주에 포섭할 수 없는 광고규제가 일부 포함되어 있다. 수술장면 등 직접적인 시술행위를 노출하는 내용의 광고(제5호)가 그 예이다.³⁹⁾ 이 규정은 환자의 사생활(privacy) 보호나 공중(公衆)에게 혐오감을 주는 광고의 금지로⁴⁰⁾ 정당화될 수 있을 뿐 부정(불공정)경쟁과는 무관하다.

이상과 같은 실체적 규제는 2007. 4. 1. 의료법 전면개정으로 규정의 위치가 의료법 제56조로 옮겨지고, 몇 개의 광고방법제한이 추가된 이외에는 대체로 그대로 유지되고 있다.

나. 절차적 규제

부당 의료광고의 규제는 오랫동안 형사처벌(1951년 제정 국민의료법 제62조, 1961년 개정 의료법 제7조 제1호)에만 맡겨져 왔다. 그러다가 1973년 개정 의료법에서 업무정지 등 제재적 행정처분이 추가되었고(1973년 개정 의료법 제51조 제1항 제5호), 2007. 4. 11. 전부개정으로 업무정지에 갈음하는 과징금 처분이 추가되었으며(2007. 4. 11. 개정 의료법 제67조), 2016. 5. 29. 개정 의료법 제67조 제1항은 여기에 - 동일한 위반행위에 대하여 표시광고법 제9조에 따른 과징금 부과가 가능함을 전제로 - 그 경우 과징금이나 업무정지 처분을 감경 또는 면제할 수 있음을 명시하고, 아울러 의료법 제56조 제6항으

38) 박해식(주 5), 676면 이하 참조.

39) 현행법에는 이러한 범주에 포함될 수 있는 광고규제가 몇 개 더 추가되어 있다. 이 글에서는 일단 논하지 아니한다.

40) 구 의료법 제46조 제5항은 제2항 각호의 구체적 기준에 관하여 대통령령에 위임하고 있었고, 이에 따라 제정된 구 의료법시행령 제19조의2 제1항 각호가 위 기준을 구체화하고 있었다. 그러나 이들 시행령 제19조의2 제1항 각호의 규정은 대체로 구 의료법 제46조 제2항 각호를 - 아주 약간의 부연설명만을 붙인 채 - 반복하고 있을 뿐이다. 다만, 같은 항 제5호는 “의료인이 환자를 대상으로 수술을 행하는 장면이나 환자의 환부 등을 촬영한 동영상 또는 사진으로서 일반인에게 혐오감을 일으키는 것을 게재하여 광고하는 것”이라고 하여 구 의료법 제46조 제2항 제5호가 일반인의 혐오감 방지를 위한 규정임을 시사한다.

로 보건복지부장관, 시장·군수·구청장 등이 의료법 제2항 제2호부터 제4호, 제6호, 제7호, 제3항을 위반하였음을 이유로 업무정지, 자격정지 및 과징금 처분을 하려는 경우 지체 없이 그 내용을 공정거래위원회에 통보하여야 한다고 정하였다.⁴¹⁾ 그밖에 -명문의 규정은 없으나- 불법적인 의료광고로 경쟁에서 우위를 차지한 경쟁 의료기관이나 피해를 입은 의료소비자(가령 환자)가 광고주체를 상대로 민법상 일반 불법행위책임(민법 제750조)-및 표시광고법상 손해배상책임(표시광고법 제10조, 제11조, 무과실책임이라는 데 실익이 있다)을 물을 가능성이 있었을 것이다. 그러나 이들은 모두 사후 규제에 그칠 뿐이다.

이러한 상황은 2007년 개정 의료법으로 크게 바뀌었다. 2007년 개정 의료법 제46조 제2항제9호는 금지되는 광고로 ‘제46조의2의 규정에 따른 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 광고’를 들고, 제46조의2는 의료법인·의료기관·의료인이 의료광고를 하고자 하는 때에는 미리 광고내용 및 방법 등에 관하여 보건복지부장관의 심의를 받아야 하며(제1항), 이를 거치지 아니하면 앞서 본 바와 같이 형사처벌 등의 제재가 가해지도록 하였다. 다만, 보건복지부장관은 위 심의업무를 ‘제26조의 규정에 따라 설립된 단체’, 즉 의료인단체(의사협회, 치과의사협회, 한의사협회 등)에 위탁할 수 있고(제3항) 실제로 이에 따라 각 협회에 심의업무를 위탁하였다(2007. 4. 6. 개정 의료법시행령 제19조의3 제2항). 이들 규정은 2009. 1. 30. 의료법 개정으로 조

41) 이 규정은 의료법 제2항 제2호부터 제4호, 제6호, 제7호, 제3항, 치료효과를 보장하는 등 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고(제2항 제2호), 다른 의료기관·의료인의 기능 또는 진료 방법과 비교하는 내용의 광고(제2항 제3호), 다른 의료법인·의료기관 또는 의료인을 비방하는 내용의 광고(제2항 제4호), 의료인의 기능, 진료 방법과 관련하여 심각한 부작용 등 중요한 정보를 누락하는 광고(제2항 제6호), 객관적으로 인정되지 아니하거나 근거가 없는 내용을 포함하는 광고(제2항 제7호), 거짓이나 과장된 내용의 광고(제3항)가 표시광고법상 부당 표시·광고 규제와 겹친다는 이해에 더 잡고 있다고 보인다. 제외된 것은 평가를 받지 아니한 신의료기술에 관한 광고(제2항 제1호), 수술 장면 등 직접적인 시술행위를 노출하는 내용의 광고(제2항 제5호), 기사(記事) 또는 전문가의 의견 형태로 표현되는 광고(제2항 제8호), 외국인환자를 유치하기 위한 국내광고(제2항 제10호) 정도인데, 그중 기사 등의 형태로 된 광고는 오인을 유발한다는 점에서 전형적인 부당 표시광고에 포함될 여지가 있다.

문 위치가 바뀌고, 2015. 9. 15. 개정 의료법시행령 제27조의2로 심의기관에 게 의료광고 모니터링(monitoring) 및 그 결과 보고의무가 추가된 이외에는 대체로 그대로 유지되어왔다. 이들은 표시광고법 등 광고규제 일반에서는 보기 어려운 사전규제에 해당한다.

이처럼 사전규제가 추가된 결과 이것이 헌법상 금지된 검열에 해당하지 아니하는지가 문제되었다.⁴²⁾ 헌법재판소는 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정에서, 사전심의를 받지 아니한 의료광고를 금지하는 2009년 개정 의료법 제 56조 제2항 제9호중 ‘제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고’ 부분과 이를 위반한 경우 형사처벌하는 같은 법 제89조 중 ‘제57조에 따른 심의를 받지 아니한’ 부분은 사전검열금지의 원칙에 위배되어 위헌이라고 선언하였다. 사전심 의가 검열에 해당하는지와 관련하여 쟁점이 된 것은 행정권이 주체가 되었다고 할 수 있는가 하는 점인데, 다수의견은 첫째, 의료법상 심의주체가 보건복지부장관이고 그 업무가 의료인단체에 위탁된 것뿐이어서 언제나 보건복지부장관이 위탁을 철회하고 직접 심의를 할 가능성이 열렸었고, 둘째, 의료인단체 내 심의위원회의 구성에 관하여 의료법 시행령이 직접 규율하고 있어 행정권이 그 구성에 관여할 수 있게 되어 있으며, 셋째, 보건복지부장관은 심의업무에 관하여 공무수탁사인인 의료인단체에 대하여 업무 지휘·감독권을 갖고 있을 뿐 아니라 의료법시행령 제28조 제6항에 의하여 심의기관의 장이 심의 등 결과를 분기별로 분기가 끝난 후 30일 내에 보건복지부장관에 보고하도록 되어 있으므로 업무처리에 영향을 미칠 수 있고, 넷째, 보건복지부장관이 의료인단체에 시설, 경비, 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있어(의료법 제83조 제1항) 이를 통하여 영향을 미칠 가능성이 있으며, 다섯째, 심의기준도 대통령령으로 정할 수 있게 되어 있고(의료법 제57조 제4항) 실제로 의료인단체의 의료광고

42) 이미 정정일(주 31), 175~178면이 사전심의에 해당하여 위헌이 될 가능성이 있다면서 제도 보완을 촉구한 바 있다. 이세연, “의료광고심의제도의 개선방안에 대한 연구”, 법제연구 제33호(2008), 390면 이하도 대체로 비슷하다. 반면 규정과 형식상으로는 행정기관성이 있으나 실질적으로는 충분히 자율적이어서 위헌이 아니라는 견해도, 락명섭(주 29), 210~217면(그러나 규정개정은 필요하다고 한다).

심의기준이 의료법시행령 제23조 제1항 각 호를 거의 그대로 전재(全載)하고 있음에 비추어 언제나 영향력을 행사할 수 있는 상황이라는 이유로, 실질적으로 행정권이 주체가 된 경우로 보아야 한다고 한다.

이에 대하여 재판관 조용호의 반대의견은, 의료는 고도의 전문지식과 기술을 요하고 국민의 건강에 직결되는 것이므로 의료광고에 대하여는 사전규제가 필수적이며, 의료광고가 정치적·시민적 표현행위와 관련도 적으므로 ‘기본권들 사이의 균형을 기하는 차원에서 사전심의절차를 법률로 규정하였다면’ 검열금지의 원칙이 적용되지 아니한다고 보아야 할 뿐 아니라, 실제 의료인단체의 의료광고사전심의를 보건복지부장관이 관여하고 있는 것이 아닌 이상 행정권이 주체가 된 검열도 아니라고 한다. 즉, 다수의견은 의료광고는 - 건강기능식품의 기능성 표시·광고와는 달리 - 검열금지의 원칙의 예외에 해당하지 아니함을 전제로, 행정권의 (법적) 개입 ‘가능성’만으로도 행정권이 주체가 되었다고 할 수 있다는 입장인 반면, 반대의견은 사안이 - 건강기능식품의 기능성 표시·광고와 마찬가지로 - 검열금지의 원칙의 예외에 해당할 뿐 아니라, 실제 행정권이 개입을 하지 아니하고 있는 한 검열이라고 할 수 없다는 입장인 것이다.

III. 전문직 표시·광고규제의 정당성과 그 한계, 의료광고 규제의 개선방향

1. 검열금지와 사전심의제도의 개선

가. 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정의 당부

(1) 상업광고에 대한 검열금지의 적용 여부

표현은 그 내용에 관계없이 헌법적인 보호를 받는다.⁴³⁾ 내용에 따라 헌법

43) 미국에서도 내용에 근거한 규제(content-based regulation)가 내용중립적 규제(content-neutral regulation)보다 엄격한 심사를 받고, 독일에서도 직접적 규제가 간접적 규제보다

제21조의 적용 여부를 달리하는 것은 위험하기 때문이다. 헌법상 특히 정치적·시민적 표현이 중요한 기능을 한다는 점이 명문의 규정 없이 그 밖의 표현을 보호의 대상에서 제외하는 근거가 되지는 아니한다.⁴⁴⁾ 표현의 자유로 보호되는 표현방법에는 제한이 없고, 상업광고도 사상·지식·정보를 불특정다수인에게 전파하는 수단이 될 수 있다(주 10). 상업광고도 - 그것이 표현인 한 - 헌법 제21조의 보호대상이라는 헌법재판소 다수의견과 통설에 반론을 제기하기는 어렵다.⁴⁵⁾

그러나 상업광고는 사상·지식·정보를 불특정다수인에게 전파하(여 공중의 의견형성에 기여하)는데 주된 목적이 있는 것이 아니라 이를 통하여 경쟁에서 우위를 차지하는 데 주된 목적이 있다. 상업광고의 자유와 그 제한이 - 표현의 자유와 그 제한의 틀에서 다루어질 때조차 - 주로 경쟁제한과 부정경쟁의 방지의 문제로 귀착되는 까닭이 여기에 있다. 이 점에서 검열금지를 경쟁의 수단인 상업광고에 적용하는 것이 합리적인지는 의심스럽다. 경쟁제한과 부정경쟁의 방지의 틀 안에서 경쟁제한 또는 부정경쟁의 방지를 위하여 사전규제를 가하는 것은 공동행위 인가 및 기업결합 사전신고(독점규제법 제19조 제2항, 제12조 제6항)의 예에서 보듯 - 비례의 원칙(헌법 제37조 제2항)의 통제를 받는 이외에는 - 그 자체 별다른 헌법적 문제를 야기하지 아니한다. 그중 오직 광고만 사전규제의 대상에서 제외되어야 할 까닭이 무엇인가.

이러한 문제는 헌법 제21조 제3항이 (사전)검열금지의 원칙을 선언하면서 제1항에서와 같은 '언론·출판'을 그 대상으로 하여 생긴 것이다. 상업광고를 제1항의 '언론·출판'에 포함시키면서 제3항의 '언론·출판'에서 제외하기가 어려웠던 것이다. 그리하여 헌법재판소는 기본권간 균형을 피하기 위하여 불

엄격한 합헌성통제를 받는다. 박용상(주 19), 86-87면.

44) 각각의 기본권 조항은 다른 기본권 또는 헌법 조항과 체계적 관련 하에 있지만, 동시에 그러한 체계적 맥락에 구애되지 아니하고 독자적 기본권을 보호할 수 있으므로, 기본권 내지 헌법에 대하여 특정한 체계를 세우고 이를 전제로 기본권을 좁게 해석하는 것은 올바른 헌법해석이라고 할 수 없다.

45) 의료광고는 상업광고가 아니라는 주장(주 27 및 그 본문)은 이 점에서 - 표현의 자유에 관한 한 - 논점을 벗어난 비난이라고 할 수 있다.

가피한 경우 예외가 인정된다고 하여(주 22) 검열금지의 ‘절대성’을 완화한다. 그러나 헌법재판소 다수의견은 - 건강기능식품의 표시·광고와 달리 - 의료광고는 이러한 예외에 해당하지 아니한다고 한다. 확실히 건강기능식품의 표시·광고와 의료광고에는 상당한 차이가 있다. 의료광고는 의료인 등만이 할 수 있고, 의료인이 되기 위해서는 - 현행법상으로는 - 매우 까다로운 과정을 거쳐 면허를 받아야 한다(의료법 제2조, 제5조 참조). 현행 의료법은 의료인 면허를 통하여 최소한의 질(quality)과 안전성을 확보하고, 구체적 의료행위는 면허 있는 의료인의 재량에 맡기는 것을 기초로 한다.⁴⁶⁾ 건강기능식품의 표시·광고와 의료광고가 갖는 내재적 위험은 같지 아니한 것이다. 이러한 경우예까지 예외를 인정한다면 헌법 제21조 제3항을 상업광고에도 적용한다는 해석이 무의미해질 위험이 있다.

그렇다면 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정의 결론은 만족스러운 것인가. 그렇게 볼 수는 없다. 검열은 무엇보다도 “행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 직접 그 금지를 규정하고 있는 것이다.”⁴⁷⁾ 헌법재판소가 문언상 반드시 분명하지 아니한 ‘행정권’이 주체가 될 것을 검열의 요건으로 내세우는 것도 그 때문이다. 그런데 검열의 이와 같은 측면, 즉 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과는 거의 전적으로 정치적·시민적 표현의 자유에 관계하고 상업광고와는 별 관계가 없다. 검열금지를 상업광고에 적용하는 것은 합리적이라고 할 수 없다. 헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 자유는 그 취지상 표현 일반, 특히 상업광고의 자유도 보호하지만, 제3항의 언론·출판은 그 취지상 본래의 의미의 언론·출판의 기능을 하는 매체에 한하여 적용되고, 상업광고에

46) 대법원 1984. 6. 12. 선고 83도3199 판결; 2010. 10. 14. 선고 2007다3162 판결 등. 또한 이동진, “건강보험과 의료과오책임법 : 두 기준 사이의 긴장·갈등과 그 조정”, 서울대 법학(제55권 제2호), 2014, 20면.

47) 헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 93헌가13, 91헌바10 결정(영화법 위헌).

대하여는 적용되지 아니한다고 볼 수는 없는지 의문이다. 미국 연방대법원은 상업적 표현(commercial speech)에는 사전억제금지의 원칙(prior restraint doctrine)이 적용되지 아니한다고 하고,⁴⁸⁾ 기본법 제5조 제1항에서 검열금지(Zensurverbot)를 규정한 독일에서도 상업광고를 표현의 자유의 보호대상에서 제외하거나 검열금지를 상대화하여야 한다는 등의 주장이 제기되고 있다.

(2) 의료인단체의 의료광고 사전심의가 검열인지 여부

헌법재판소도 적절하게 지적하고 있는 바와 같이 의료법은 사전심의를 받지 아니한 광고를 하는 경우 형사처벌과 제재적 행정처분 등 제재를 가함으로써 심의를 강제하고 있다. 따라서 상업광고에도 검열금지가 적용된다는 헌법재판소의 입장을 따를 때 검열에 해당하는지 여부와 관련하여서는 의료인단체의 사전심의가 행정권이 주체가 된 경우인가 하는 점이 쟁점이 된다.

우선 문제되는 것은 현행 의료법상 의료인단체가 보건복지부로부터 독립한 단체가 아닌 것처럼 보인다는 점이다.

본래 전문직 협회(professional association)는 전문직의 직무규범을 정립하고 자율적으로 징계권을 행사하여 이를 관철하는 기능을 한다. 변호사, 의사 등 (자유)전문직의 큰 특징 중 하나가 이러한 협회를 갖고 있고, 협회가 자율적 규범 정립 등 중요한 기능을 한다는 점이다. 현행 의료법상 그러한 단체에 해당하는 것이 대한의사협회 등 의료인단체이다. 그러나 현행법상 의료인단체는 반드시 그러한 지위를 누린다고 할 수 없다. 의료인단체가 법률상 갖고 있는 권한 내지 지위라곤 보수(補修)교육 실시의무뿐이고(의료법 제30조 제2항), 가장 기본적인 - 단체 내의 (회원) 지위가 아닌 의료인의 면허, 업무에 관한 - 징계권조차 보건복지부장관에게 유보되어 있으며, 의료인단체는 자격정지사유가 있을 때에 한하여 윤리위원회의 심의·의결을 거쳐 보건복지부장관에게 자

48) 가령 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council, Inc., 425 U.S. 748, 772 (1976, Justice Blackmun); Central Hudson Gas & Elect. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n, 447 U.S. 557, 571 (1980).

격정지 처분을 요구할 수 있을 뿐이다(의료법 제66조의2). 이들 권한은 의료인단체의 고유권한처럼 규정되어 있으나 실질적으로는 의료법의 집행을 보조하는 것에 불과하다고 하여도 과언이 아니다. 그밖에 의료법시행령으로 의료인 신고의 수리(의료법 제25조 제3항, 의료법시행령 제11조 제2항)와 의료광고 사전심의(의료법 제57조 제3항, 의료법시행령 제24조 제2항)가 의료인단체에 위탁되어 있으나-위탁사무인 점에서도 알 수 있듯-이 또한 의료법의 집행의 보조기능에 그친다. 같은 취지에서 의료법은 보건복지부장관 등이 의료인단체에 시설, 경비, 비용을 보조할 수 있게 한다(의료법 제83조 제1항).

우리 의료법이 의료인단체에 대하여 이와 같은 지위만을 부여하는 것이 입법론적으로 타당한지는 신중한 평가를 요한다. 여기에서는 일단 우리 법 하에서도 가령 변호사회에는 훨씬 더 전문직 협회의 본래 모습에 가까운 지위가 부여되어 있음을 지적하는데 그치기로 한다(변호사법 제78조 이하 참조). 중요한 점은 이것이 의료인단체의 전체성격을 규정하는 것은 아니라는 점이다. 첫째, 건강보험체제 하에서 의료인단체에는 몇 가지 추가적인 지위가 부여되어 있다. 건강보험정책심의위원회에 위원을 추천하고(국민건강보험법 제4조 제4항 제3호), 이른바 수가(酬價)계약의 당사자가 되는 것이다(국민건강보험법 제45조, 국민건강보험법시행령 제20조). 이들 제도는, 실제로 얼마나 잘 작동하는지는 별론, 의료인단체가 보건복지부 등 행정과 독립된 이익단체임을 전제한다. 둘째, 사적 단체로서 의료인단체는 실제 회원의 이익을 지키기 위한 활동을 하며, 그중에는 보건복지부 등 행정권과 대립하는 활동도 포함되어 있다.⁴⁹⁾

그러므로 실제 문제는 의료인단체가 본래 독립성이 떨어진다는 점이 아니라, 의료광고 사전심의가 보건복지부장관의 사무로 되어 있고, 의료인단체는 그 수탁자, 즉 공무수탁사인으로서 사전심의를 진행하고 있다는 점에 있다. 보건복지부도 이러한 점을 의식하여서인지 실제로는 의료인단체의 자율성을 존

49) 가령 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결 참조.

중하고 사전심의에 개입하지 아니하였다고 한다.⁵⁰⁾ 그러나 검열은 구체적으로 관제외의견이나 지배자에게 무해한 여론을 조성하고 있어야 금지되는 것이 아니라 추상적으로 그 제도가 그러한 위험을 내포하고 있다는 점만으로 이미 금지된다. 위헌법률심판의 대상으로서 관련 의료법 규정은 사전심의권한을 보건복지부장관에게 부여하고, 행정권이 주체가 되어 변경하거나 영향을 미칠 수 있는 행정입법(대통령령/시행령)에 위탁 등에 관한 근거를 두고 있다. 이러한 상황에서 관련 의료법 규정이 - 현실적으로는 의료인단체의 자율적 결정에 보건복지부장관이 개입하지 아니하고 있으므로 - 합헌이라는 주장(주 42 참조)은 타당하다고 할 수 없다.

나. 사전심의제도의 개선방향

그런데 여기에서 곧바로 의문이 제기된다. 만일 보건복지부장관이 직접 의료광고 사전심의를 하는 것이 위헌적이어서 허용될 수 없다면, 그리하여 의료인단체에게 위탁하여야 한다면, 왜 실제 행사하지도 아니할 권한을 법 형식상으로는 보건복지부장관에게 부여하였던 것일까. 이 기묘한 형식과 실질의 불일치는 어디에서 유래하는 것인가.

핵심은 의료법이 직접 의료광고 사전심의를 의무화하고 이를 규제하는 한, 그것은 이미 그 자체 국가의 영역에서, 사실상 행정권이 부과한 의무일 수밖에 없다는 점에 있다. 의료광고 사전심의는 의료인단체가 자율적으로 정한 바가 아니라 법률상 강제된 것이므로, 그것을 보건복지부장관의 권한으로 하고 의료인단체에게 위탁하는 것이 자연스러웠던 것이다.

이로부터 가능한 개선방안을 도출할 수 있다.

먼저, 어떠한 형태로든 보건복지부장관에게 사전심의권을 유보하는 접근은 포기함이 바람직하다.

광고 일반에 대하여, 그리고 전문직 광고의 또 다른 예인 변호사광고의 경우

50) 가령 광명섭(주 29), 213면 이하.

에도, 사전심의제도는 흔하지 아니하다. 우리 의료법에서도 사전심의제도는 2007년 의료법 개정에서 비로소 도입되어 2015. 12. 23. 위헌결정이 선고될 때까지 9년 간 존재하였을 뿐이다. 비교법적으로도 의료광고에 대하여 법률상 사전심의를 받게 하는 예는 찾아보기 어렵다. 과거 우리 의료법과 같이 매우 엄격한 광고규제를 가하고 있는 나라들뿐 아니라, 일반적 부당 광고 규제 외에 특별한 의료광고 규제를 가하지 아니하고 있는 미국, 독일의 경우에도 사전규제는 존재하지 아니한다. 의료법상 사전심의의 의무화하는 한 검열금지를 피하기도 쉽지 아니하다. 이러한 문제는 의료인단체 대신에 완전한 제3의 사적 단체, 또는 의료인단체들이 공동으로 설립한, 그러나 의료인단체와는 완전히 독립되어 있는 별도의 재단법인에 사전심의를 위탁한다 하여 해소되지 아니한다. 제도의 모든 틀을 다 법으로 정하고 그 구체적(법)집행만을 외주(外注) 주는 것은 - 비록 상업광고에까지 검열금지를 적용함으로써 인하여 생긴 '공백'을 메우기 위한 궁여지책이라고 하나 - 변태적인 입법이라는 비난을 면하기 어렵다.

그렇다면 그로 인한 공백은 어떻게 메울 수 있는가. 두 가지 대안을 생각할 수 있다.

첫째, 보건복지부장관이 권한을 갖되, 의무적 사전심의가 아닌 심의필 인증으로 대체하는 것이다. 검열이 되기 위해서는 행정권이 주체가 되어 제출 및 심의의무를 부과하고 그에 위반한 표현을 제재하여야 하므로, 행정권이 주체가 된다 하더라도 제출 및 심의를 받을 의무가 없는 한 검열이라고 할 수 없다. 헌법재판소도 등록, 납본, 검·인정은 검열이 아니라고 하며(주 23), 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정도 의료법 제56조 제2항 제9호중 '제57조에 따른 심의를 받지 아니한' 부분만 위헌으로 선언하고 '심의받은 내용과 다른 내용의 광고' 부분은 위헌이라고 하지 아니하였다.⁵¹⁾ 이 부분을 살려 광고

51) 실제로 대한의사협회는 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정 이후에도 '자율 심의'로서 의료광고 사전심의는 계속 해왔다고 한다. 인터넷 의협신문 2016. 8. 8.자 (<http://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=111247>, 최종방문 2016. 12.

주체로 하여금 보건복지부장관에게 의료광고 인증(accreditation)을 신청할 수 있게 하고, 보건복지부장관이 인증을 한 경우 그와 다른 내용의 광고를 할 수 없으며, 대신 의료광고에 인증표시를 붙일 수 있게 하는 한편, 인증을 받지 아니한 의료광고가 인증표시를 사용하는 것을 금지한다면, 장차 인증 받지 못한 의료광고가 대부분 퇴출되면서도, 헌법상 검열금지 위반 문제는 생기지 아니할 것이다.⁵²⁾ 이러한 인증(accreditation)은 의료법이 의료소비자에게 믿을 만한 정보를 제공하기 위하여 여러 곳에서 써온 방식이기도 하다(전문의, 전문간호사, 전문병원, 상급종합병원, 의료기관 인증, 의료법 제42조, 제58조 이하, 제77조, 제78조). 이때에는 보건복지부장관이 권한을 제3자에게 위탁하는지 여부는 중요하지 아니하다.

둘째, 의료인단체의 권한으로 하되, 의료법에는 의료인단체가 의료광고에 대한 사전심의 등을 할 권한이 있다는 점만을 밝히는 일반적 수권(授權) 규정만 남기고, 구체적인 것은 단체의 정관 등으로 정하도록 하는 것이다.⁵³⁾ 의료법이 의료광고의 심의에 관하여 절차든 실제적 기준이든 자세한 규정을 둔다면 이는 이미 앞서 본, 법집행만을 외주(外注)하였다는 비판을 면하기 어렵다. 그러나 단지 수권규정만을, 또는 수권규정에 덧붙여 그러한 제도를 운영하는 경우 그 경비 또는 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다는 근거규정만을 둔다면 행정권이 주체가 된 검열이라고 할 수는 없다. 물론, 이러한 자율규제(self-regulation)는 굳이 의료법에 명문 규정을 두지 아니하여도 의료인단체에서 정관 개정 등으로 할 수 있는 것이지만, 의료법에 그 근거 규정을 두는 것

23).

52) 검열금지의 원칙은 검열로 인하여 표현이 위축되는 것을 막는 것이므로, 검열을 피하여 표현을 할 수 있는 한 그러한 표현에 시장에서 사실상 신뢰받지 못할 위험 내지 부담을 지운다 하여 검열금지의 원칙에 반한다고 할 수는 없다.

53) 이러한 입장으로 보이는 것으로, 현두륜, “의료광고 사전심의제 앞으로 어떻게 개선할 것인가”, 병원신문 2016. 3. 21.자(<http://www.khanews.com/news/articleView.html?idxno=119959>, 최종방문 2016. 12. 23). 잘못된 의료광고로 인한 피해는 매우 광범위하고 심각해질 수 있고 사후적인 제재만으로는 실효성이 떨어지므로 사전규제의 필요성이 인정된다면서, 다만 사전심의의 대상을 축소하고 병원의 의료광고에 대하여는 의료기관단체인 병원협회에 심의권한을 줄 필요가 있다고 한다.

도 좋을 것이다. 위탁사무가 아니므로 보건복지부장관에게 구체적 지휘·감독권은 없다. 감독관청으로서 일반적 감독권을 가질 수 있고, 경비와 비용 등을 보조할 수 있으나, 그러한 사정만으로 행정권이 주체가 되었다고 할 수는 없다.⁵⁴⁾

사전심의를 의료법에 법정하고자 한다면 위 두 가지 방법 정도가 별 무리 없이 가능한 방안이라고 여겨진다. 의료법이 의료인단체가 아닌 제3의 사적 단체에게 일반적으로 사전심의권한을 부여하는 것 또한 별 근거를 찾기 어렵기 때문이다.

나아가 굳이 공백을 메울 필요가 있는 것인지도 검토해볼 필요가 있다. 사전심의제는 의료인의 기능, 기술, 진료방법 등에 관한 광고를 금지하고 의료법시행규칙에서 허용되는 광고의 범위를 일일이 열거하던 구 의료법의 접근을 폐기하면서 그 보완책으로 도입되었다. 그러나 심의대상에 포함되는 모든 광고를 심의하여야 하므로 비용이 많이 들고, 표시·광고규제에 대한 전문성과 기준의 일관성, 투명성을 충분히 확보하기 어렵다는 문제가 있다.⁵⁵⁾ 사전심의는 자칫 법이 정하는 범위를 넘어서 과도한 규제를 가하는 경향을 떨 우려도 있다.⁵⁶⁾ 얻는 이익도 불확실하다. 사전심의는 사람의 생명, 신체, 건강에 관계하

54) 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정은 검열에 해당한다고 보는 근거 중 일부로 위와 같은 사정도 들고 있다. 그러나 위 사정이 다른 사정들과 보태어져 전체로서 행정권이 주체가 되었다고 볼 수 있다는 뜻이고, 위 사정들만 존재하였을 때에도 행정권이 주체가 된 검열이라는 뜻은 아닐 것이다.

55) 가령 광명섭(주 29), 218면 이하 참조.

56) 대부분 의료법 및 의료법시행령을 따랐다고 하는 「대한의사협회 의료광고심의위원회 심의기준(2014)」을 보더라도 법률이 위임한 범위 내인지 의심스러운 내용이 없지 아니하다. 가령 심의기준은 2002년 개정 의료법이 위헌으로 선언되었음에도 6개월 이하의 임상경력 의 광고를 범주적으로 금지하고(IV. 6. ③), 특정 의료기관 등과의 비교, 비방이 아닌 예도 비전문과의 진료, 한방의료 일반과의 비교, 비방 일체를 금지하며, 기능이나 진료방법의 비교가 아닌 예도 비급여진료비용의 비교 또한 금지한다(IV. 7.). 또 ‘맹장’을 ‘충수염’으로, ‘최면’을 ‘최면요법’으로, ‘수면내시경’을 ‘수면(의식하진정)내시경’으로 수정 표기하는 등(IV. 11.) 용어순화에 관한 규제를 포함하고, ‘질성형’, ‘소음순성형’, ‘음경확대’ 대신 ‘여성성형’, ‘남성성형’만 허용하는 등 선정적 광고규제를 포함한다. 이들은 - 가이드라인(guideline) 내지 윤리규정에 편입될 수 있는지 여부는 별론 - 의료법이 정한 범위 내에 있고, 그리하여 형사처벌을 포함하는 법적 제재에 의하여 강제할 만한 것인지 의심스러운 사항이다. 현두륜(주 53)도 종래 의료광고 심의가 그 기준을 지나치게 협소하게

는 의료의 특성상 소비자보호가 매우 중요하다는 점으로 정당화되고 있다. 그러나 의료업은 면허를 가진 자가 법적으로 독점하고, 면허를 취득하고 유지하는 과정과 그 이후 의료과오(민·형사)책임 등을 통하여 상당한 수준의 질(quality)과 안전성을 확보할 것을 예정하고 있다. 이러한 방식으로 일정 수준(이른바 의료수준; normal practice) 이상의 의료 서비스가 확보되는 한, 광고 규제가 갖는 소비자보호 효과는 - 적어도 의료의 안전성과 효과성과 관련하여서는 - 부차적이다.⁵⁷⁾ 오히려 정보제공이 더 중요하다고 할 수 있다. 비교법적

적용하거나 해석하여 과도하고 자의적으로 운용된 혐의가 있다면서 합리적 심의기준 마련이 필요하다고 한다.

나아가 규제당국(보건복지부 등)도 법률이 정하는 이상의 광고 규제를 선호한다는 의심이 있다. 예컨대 의료법 제42조, 의료법시행규칙 제40조 제1호는 의료기관의 명칭에 관하여 의료법이 정하는 증別に 따른 명칭만을 허용하고 그와 혼동할 수 있는 명칭의 사용을 금지하고 있고, 과거 우리나라에서는 클리닉(clinic)도 '혼동할 수 있는' 명칭으로 보아 제재하였다(대법원 1992. 5. 12. 선고 92도686 판결 등). 이후 이러한 규제는 비합리적이거나 하여 사실상 포기되었다[이동진(주 34), 86면 참조]. 그런데 근래에는 '전문병원'(의료법 제3조의5)과 혼동될 우려가 있다는 이유로 인터넷에서 병·의원 검색과 관련하여 '전문'을 검색어로 하는 것까지 금지하는 방향으로 행정지도가 이루어지고 있다. 이는 '전문'이 일상어로서 의료인의 기능 등에 관한 설명에서 자연스럽게 또는 거의 필연적으로 나오는 용어라는 점에서 과도할 뿐 아니라, 혼동의 우려가 있는 용어는 오직 의료기관의 '명칭'으로 사용할 수 없을 뿐 인터넷 키워드 검색과는 무관하다는 점에서도 의문이다. '전문병원'이 의료법상 인증의 대상인 보호되는 명칭이 되었다 하여 본래 식별력이 없는 '전문'이라는 단어까지 독점할 수는 없는 것이다.

- 57) 얼핏 생각하면 의료행위는 환자의 생명, 신체, 건강에 영향을 주고 사후에 그 부작용 내지 후유증을 회복시키기 어려우므로 특히 규제의 필요성이 높다고 할 수도 있다. 그러나 조금 더 생각해보면 의료광고가 이러한 문제에 미치는 영향은 그리 크지 않음을 알 수 있다. 의료행위는 일정한 교육과정 등을 거쳐 면허를 취득한 의료인이 독점적으로 제공한다. 의료인은 임상의학의 실천에서 행해지는 의료수준에 따라 환자의 건강상태를 진단하고 적절한 치료를 해주어야 하며, 자신이 적절한 치료를 할 수 없을 때에는 전의(轉醫)·전원(轉院)을 할 의무도 있다. 또한 환자가 적절한 선택을 할 수 있도록 설명하고 때로는 설득하여야 할 의무도 진다(duty to inform). 즉, 환자 등이 스스로 구매하여 복용하는 의약품과 달리 의료행위는 의료인의 통제 하에서 제공되며 의료인에게는 직업윤리는 물론 법적으로도 적절한 범위 내의 의료행위를 할 의무가 부과되어 있는 것이다. 의료행위의 안전성, 효과성은 이를 통하여 확보된다[의약품에 대하여 전세계적으로 매우 강도 높은 광고규제가 행해지고 있는 반면 의료행위에 대하여는 전혀 다른 접근이 이루어지는 까닭이 여기에 있다. 건강기능식품광고의 특별취급(주 22)도 이러한 맥락에서 이해할 필요가 있다]. 의료광고 사전규제는 - 수준 이하의 진료가 아니라 - 반드시 더 효과적이거나 안전한 진료방법이 아님에도 광고 등을 통하여 특정 진료방법과 그것을 시행하는 의료기관이 유행하는 것을 막을 수 있을 뿐이다. 그나마도 이처럼 미묘한 영역에서는 어떤 광고가 진실된 정보를 제공하고 어떤 광고가 소비자를 호도하는지 객관적 근거를 들어 가리기는 어렵고, 그 결과 정작 문제가 되는 광고 중 상당수는 규제하지 못할 가능

으로 의료광고에 대하여 사전심의제를 두고 있는 나라를 찾아보기 어렵다는 점은 이미 본 바와 같다. 미 연방거래위원회(Federal Trade Commission; FTC)는 광고에 대하여 일반적으로 이사회(의사회의)의 사전 승인을 받도록 한 치과의사협회의 윤리규정을 불공정한 거래행위로 제재하기도 하였다.⁵⁸⁾

2. 전문직으로서 의료업의 특수성과 의료광고

가. 상이한 규제기준의 근거로서 의료업의 특수성 논변

이제 눈을 돌려 실체적 관점에서 부당 의료 표시·광고의 기준을 본다.

헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정의 다수의견은 - 적어도 그 문면상으로는 - 의료 표시·광고에 관하여 어떤 특별한 지위도 인정하지 아니하였다. 반면 재판관 윤영철, 김효중, 주선희의 반대의견은 의료업이 윤리성을 갖고 있어 일반 상행위와 그 본질이 다르고, 의료에서 과당경쟁은 의료제도와 국민건강보험체제의 안정을 해할 수 있다는 점을 고려하여야 한다고 주장한다. 두 시각은 가령 의료인들 사이의 동업자의식, 윤리성, 품위를 지키기 위하여 객관적 근거가 있는 비교 내지 비방 표시·광고도 금지할 수 있는지, 과당경쟁을 막기 위하여 비급여비용의 가격에 대한 광고, 선전적인, 즉 환자유인적인 성격이 매우 강한 광고도 금지할 수 있는지와 관련하여 서로 다른 결론에 이를 수 있다. 이와 같은 차이는 의료법상 공적 규제뿐 아니라 의료인단체 등의(사적) 자율규제에서도 문제될 수 있다. 의료법상 모든 의료인은 법률상 당연히(ipso iure) 의료인단체의 회원이 되므로(의료법 제28조 제3항) 그 정관 등에 의하여 구성원의 기본권을 침해하거나 경쟁을 제한하는 경우 민법 제103조(공서양속)를 통하여 이른바 기본권의 제3자효와 비례의 원칙의 심사를 받게 되기 때문이다(간접효력설).

비교법적으로는 서로 다른 태도가 관찰된다. 미국에서는 의료 표시·광고를

성이 높다.

58) Association of Independent Dentists, 100 F.T.C. 518 (1982).

규제하는 연방법은 따로 없고, 일반적인 표시·광고규제(Lanham Act)가 적용된다. 과거 미국 의사협회(AMA) 등에서 제정한 윤리장전(Principles of Medical Ethics)은 의료인의 환자유인(solicitation) 및 광고를 금하고, 그 위반행위에 대하여 징계를 가하였다.⁵⁹⁾ 주 부정경쟁방지법(unfair trade practice law)은 의사 등 (자유)전문직(learned profession)에 대하여도 적용되었지만, 경쟁법은 그 예외로 보아왔기 때문이다(learned profession exemption). 표시·광고규제의 하한은 존재하였지만 상한은 존재하지 아니하였던 셈이다. 그러나 미국 연방대법원이 Goldfarb v. Virginia State Bar 사건 판결에서⁶⁰⁾ (자유)전문직에 대한 경쟁법 적용 면제를 폐기함에 따라 상황이 바뀌었다. 연방거래위원회(FTC)는 1975년 전미 의사협회와 그에 따른 몇몇 지역 의사협회가 환자 유인행위와 광고를 제한하는데 대하여 중지명령(cease and desist order) 등을 구하였다. 연방항소법원은 1980. 10. 7. American Medical Association et al. v. Federal Trade Commission 사건 판결로,⁶¹⁾ 위와 같은 사실관계 하에서 미국 의사협회 등은 FTC의 관할(jurisdiction) 하에 있고, 위 규정은 경쟁제한적 목적과 효과(anti-competitive purpose and effect)를 갖는다면서 중지명령을 하였다. 의료의 특수성은 문제되지 아니하였다.⁶²⁾ 미 의사협회는 윤리장전을 개정하여 의료광고도 일반 광고와 마찬가지로 오인유발적이지 아니한 이상 널리 허용하였다. 현행 의료윤리장전 제

59) Canby and Gellhorn, Physician Advertising : The First Amendment and The Sherman Act, Duke L. J. 1978, 543, 546 f.

60) 421 U.S. 773 (1975).

61) 638 F.2d 443 (2d Cir. 1980). 연방대법원은 4:4로 이 판결에 대한 상고를 기각하였다. 455 U.S. 676 (1982). 그러나 실제로 위 규정에 대한 징계는 이미 한참 전부터 행해지지 아니하고 있었고, 위 소송 중 규정도 개정되어 의료광고를 광범위하게 허용하였다고 한다. 그 이외에 비슷한 사건으로 American Psychological Association, 115 F.T.C. 993 (1992, 진실한 광고, 비교광고 등의 제한); Connecticut Chiropractors Association, 114 F.T.C. 708 (1991, 무료 및 할인 관련 광고 규제); American Academy of Optometry, Inc. 108 F.T.C. 25 (1986, 일체의 진실한 광고와 유인 금지).

62) 이 점에 관하여는 이미 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council(주 10), p. 773. 그 결과 경쟁법 적용기준상의 차이도 없다고 한다. Canby and Gellhorn(주 59), pp. 578 ff.

9.6.1조도 사기적 행위(deceptive practice)로부터 공중을 보호하기 위한 경우가 아닌 이상 광고에 대하여는 어떠한 제한도 없으며, 오인유발적이지 아니하면 되고, 그러한 한 요금을 포함한 일체의 정보를 제공할 수 있다고 정한다. 반면 독일에서는 부정경쟁방지법(UWG)상 일반적 표시·광고규제 이외에 의료영역에서 광고에 관한 법률(Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens; HWG) 및 의료인단체의 내부규율인 의사직업규정(Berufsordnung)이 있는데, 부정경쟁방지법과 의료영역에서 광고에 관한 법률 사이에는 별 차이가 없으나,⁶³⁾ 직업규정은 광고를 엄격히 금지하였다. 그리고 독일 연방헌법재판소는 의료광고는 의료인의 직업(Berufsstande) 관념을 해하고, 의료광고는 내재적으로 오인유발적이며 국민 건강을 해하고, 의사가 이윤을 위하여 특정 진료를 하지는 아니하리라는 환자 및 공중의 신뢰를 해한다면서 일반적 광고금지를 정당화하였다.⁶⁴⁾ 의료인 등 (자유)전문직에 경쟁제한방지법(GWB)을 적용할 가능성은 일반적으로 긍정되고 있으나 실례는 찾기 어렵다. 흥미를 끄는 것은 그 다음이다. 위 연방헌법재판소 결정에도 불구하고 독일의사협회는 이후 이러한 광고금지가 젊은 의사에게 진입장벽으로 기능한다는 인식을 받아들여 2002년 개정된 모범독일의사직무규정(Muster-Berufsordnung der Deutschen Ärzte; MBO) 제27조에서 선정적이거나 오인유발적인 광고 및 비교광고 등 직업위반(berufswidrig)의 광고를 일반적으로 금지하는 외에는 의료광고를 널리 허용하는 입장으로 전환한 것이다.⁶⁵⁾

63) HWG의 규정은 대부분 의약품 광고에 대한 것이고, 의료광고에 대한 것은 몇 없는데, 그중 의약품과 의료 모두에 적용되는 HWG 제2조는 오인유발적 광고를 금지하는 내용에 불과하다. 그 이외에 제6조는 전문가 의견이나 체험담 등을 이용한 광고를 범주적으로 따로 금지하고 있는 점에 주목된다.

64) BVerfG NJW 1982, 2487. 이는 위 각 쟁점에 대하여 모두 다른 입장을 취하는 미국의 판례·학설과 크게 다르다. Canby and Gellhorn(주 59), pp. 554 ff. 및 그곳에 인용된 판례들 참조. 그러나 독일에서도 의료광고규제가 부당한 경쟁제한으로써 실질상 젊은 의사의 시장진입을 차단하는 기능을 하고 있는바, 경쟁제한방지법(GWB) 위반이 문제된다는 주장이 있었다. Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe (1991), S. 1243. 그리고 독일 연방헌법재판소도 이후 병원입원환자에 대한 광고규제의 허부에 대하여는 좀 더 엄격한 태도를 취하였다. BVerfG NJW 1986, 1533; 1999, 1784.

65) Ratzel/Lippert, Das Werberecht der Ärzte nach den Beschlüssen des 105. Deutschen

나. 비판

의료의 특수성을 강조하는 입장은 무엇보다도 의료업이 (자유)전문직(learned profession; Freiberuf)이라는 점에 주목한다. 전문직은 인적 급여, 면허 등 자격요건, 일정한 공적 요청, 직무수행의 독립성, 의뢰인의 신뢰, 그리고 비영리성을 그 특징으로 하는데, 의사는 변호사와 함께 이러한 전문직의 대표적인 예에 해당한다.⁶⁶⁾ 의료업이 비영리적이므로, 경쟁을 상당한 정도로 제한하는 것이 가능하다는 취지이다. 의료법시행령 제20조도 의료법인과 의료기관을 개설한 비영리법인은 영리를 추구하여서는 아니 된다고 규정하고 있고, 의료법 제27조 제3항은 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 금하고 있으며, 의료법 제66조 제1항 제1호, 의료법시행령 제32조 제1항 제6호는 다른 의료기관을 이용하려는 환자를 영리를 목적으로 자신이 종사하거나 개설한 의료기관으로 유인하거나 유인하게 하는 행위를 의료인의 품위를 손상한 행위로서 자격정지 사유로 정한다. 서울고등법원 1983. 6. 1. 선고 83나274 판결도 사회통념상의 의료행위가 주목적인 의료기관의 개설행위를 상법 제23조가 정하는 영업이나 부정경쟁방지법 제1조가 정하는 상거래로 보거나 의료인을 상인으로 볼 수 없다고 한다.⁶⁷⁾

그러나 이러한 주장의 타당성은 의심스럽다.

첫째, 의료법은 의료법인 기타 의료기관을 개설한 비영리법인이 영리를 추구하는 것을 금지할 뿐, 의료기관(의원)을 개설한 의료인이 영리를 추구하는

Ärztetages in Rostock, MedR 2002, 607. 이 점에서 독일이 의료광고를 엄격하게 금지하고 있다는 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정 중 재판관 윤영철, 김효중, 주선희의 반대이견 및 유현정(주 27), 148면; 이경권, “인터넷 의료광고의 규제방향에 대한 법적 검토”, 의료법학(제9권 제2호), 2008, 290~291면의 설명은 잘못된 것이었다. 물론 프랑스에서 의료광고가 엄격히 제한되어 있다는 설명은 그때나 지금이나 옳다.

66) 이경권(주 65), 274면. (자유)전문직의 개념, 역사, 법적 지위에 관하여는 Taupitz(주 64), S. 11 ff.

67) 이 판결에 대하여는 박민, “영리의료법인의 설립가능성”, 한국의료법학회지(제9권 제2호), 2001, 43면 이하 참조. 그밖에 변호사의 상인성을 부정한 대법원 2011. 4. 22.자 2011다110 결정도 참조.

것을 금지하지는 아니한다. 의료인은 - 변호사가 그러한 것처럼 - 일정한 직업 윤리, 공적 의무를 진다. 따라서 의료인이 영업주로서 영리를 추구한다 하더라도 - 이론적으로는 - 불법적이거나 국민보건을 해하는 정도에 이르지는 아닐 것이다.⁶⁸⁾ 반면 의료법인이나 기타 의료기관을 개설한 비영리법인의 경우 - 법인은 윤리적 의무를 지지 아니하므로 - 영리를 추구한다면 가능한 최대의 영리를 추구할 수 있고, 이는 그 소속 (피용)의료인으로 하여금 직업윤리나 공적 의무에 반하는 행위를 하게 하는 형태로 발현될 수 있다. 즉, 이 규정은 의료업에 영리성이 전혀 없다는 취지가 아니라 영업주가 법인인 경우 법인이 영리를 추구함에 따라 그 소속 의료인이 의료윤리를 지키지 못하거나 환자와 법인 사이에 이익충돌 상황에 빠지는 것을 막기 위한 것이다.⁶⁹⁾

둘째, 의료인이 개별적으로 환자를 유인하는 행위는 금지되어 있지만, 다른 한편 의료광고는 원칙적으로 허용되고 있다. 의료광고는 기본적으로 환자 유인적이므로 이는 환자 유인 그 자체가 금지된다기보다는 특정한 환자 유인 방법이 금지된다는 취지로 이해된다. 판례도 이와 같은 점을 고려하여 의료광고 행위는 원칙적으로 금지된 환자의 '유인'에 해당하지 아니하고,⁷⁰⁾ 의료기관·의료인이 스스로 자신에게 환자를 유치하는 행위도, 그 과정에서 환자 또는 행위자에게 금품이 제공되거나 의료시장의 질서를 근본적으로 해하는 등의 특별

68) 물론, 의료업에서 '과당'경쟁이 직업윤리를 해할 위험이 있다는 점은 부정할 수 없다. United States v. Oregon State Medical Society, 343 U.S.326 (1952)도 다른 분야에서와 같은 경쟁은 의료인의 직업윤리를 파괴할지 모른다는 점을 고려할 필요가 있다고 한다. 그러나 문제는 무엇이, 어느 정도에 이르러야 지나치다고 할 수 있는지인 것이다.

69) 이 점에서 이 규정은 미국의 법인 형태 의료업의 금지(corporate practice of medicine doctrine)와 같은 취지라고 할 수 있다. 이 법리에 대하여는 박민(주 67), 34면 이하. 그러나 대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다2390, 2406 판결은 이 규정의 입법취지가 "의료기관 개설 자격을 의료전문성을 가진 의료인이나 공적인 성격을 가진 자(이하 '의료법인 등'이라 한다)로 엄격히 제한함으로써 건전한 의료질서를 확립하고, 영리 목적으로 의료기관을 개설하는 경우에 발생할지도 모르는 국민 건강상의 위험을 미리 방지하고자 하는 데에 있다"고 한다. 한편, 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2001헌바87 결정은 "현행 의료법 체계 하에서는 의료업에 있어 영리를 추구하는 것은 금하고 있다"고 하면서도 실제로는 "영리 법인이 의료기관을 개설하여야 운영하는 경우", 즉 "대자본을 바탕으로 한 기업형 병원"만을 문제 삼는다.

70) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도1763 판결.

한 사정이 없는 한 환자의 ‘유인’이라고 할 수 없다고 하여 해당 규정을 크게 제한 해석한다.⁷¹⁾

셋째, 전문직에 대하여 상인성을 부정하는 것은 그렇다 하더라도⁷²⁾ 부정경쟁방지법의 적용을 부정하는 견해는 존재하지 아니하며, 독점규제법도 그 적용을 배제할 근거가 없다. 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결(주 49)도 의사는 ‘서비스업 기타 사업을 행하는 사업자’이고, 대한의사협회는 독점규제법상 사업자단체라면서 대한의사협회의 휴업독려에 대하여 독점규제법을 적용하였다. 미국과 독일에서도 오늘날 전문직에 경쟁법을 적용하여야 한다는 것이 지배적인 견해이다.

즉, 의료인은 실제 영리를 추구하고 있고, 법적으로도 영리를 추구할 수 있으며, 이를 전제한 규제를 받고 있다. 대부분의 의료행위는 무상으로 이루어지는 자선행위가 아니며, 개원의는 자신의 영업으로 인한 이익을 모두 누릴 뿐 아니라 그로 인한 손실의 위험도 모두 지는 것이다. 의료윤리 기타 공적 임무를 부과 받고 있다고는 하나, 그러한 측면은 의료업 아닌 다른 직업에도 존재한다. 그렇다고 그들 직업에 영리성이 없다고 하지는 아니한다. 이것이 의료업에 대한 차별화된 규제를 정당화할 수 없음은 물론이다.⁷³⁾

71) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004도5724 판결. 상세한 해석론적 제안으로는 이석배, “의료법 제27조 제3항 환자 ‘유인’ 금지의 적용범위”, 의료법학(제12권 제1호), 2011, 11면 이하 참조. 주로 부당 경쟁방법인지 여부가 문제된다. 그러나 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결은 불법 낙태시술의 유인이 이러한 ‘특별한 사정’에 해당한다고 한다. 최동렬, “인터넷 홈페이지의 상담게시판을 이용한 낙태 관련 상담과 구 의료법 제25조 제3항의 ‘유인’ 해당 여부”, 형사판례연구(제14권), 2006, 379면 이하. 이는 전혀 다른 종류의 이익을 고려한 것으로 그 당부에 논란이 있을 수 있다. 중국적으로는 구체적인 입법을 통하여 해결함이 바람직할 것이다.

72) 통설. 그러나 반대하는 견해가 있을 뿐 아니라, 2005년 개정으로 종래의 상법(Handelsgesetzbuch; HGB)체제에서 기업법(Unternehmensgesetzbuch; UGB)체제로 전환한 오스트리아에서는 (자유)전문직에 대하여도 기업법(의 상당부분)을 적용하고 있고, 입법론적으로 이러한 접근이 타당하다는 견해도 유력하다.

73) 한편, 이와 달리 영리성을 단순히 이익을 추구한다는 의미가 아니라 그 이익을 극대화하기 위하여 노골적으로 환자를 유인하고 선정적인 광고를 하는 등 공격적 경영을 한다는 의미로 이해한다면 이는 (직업)윤리와 법의 규율대상을 혼동한 것이라는 비판을 면하기 어렵다.

다른 한편 일부에서는 의료의 비영리성과 관련하여 나아가 제1차, 제2차, 제3차 진료기관 간 의료전달체계의 유지, 보호와 건강보험체계의 안정을 강조하기도 한다.⁷⁴⁾ 기능, 진료방법 등에 대한 의료광고금지가 위헌이라고 한 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정이 “모든 의료를 사회보장보험체계 속에 편입시킨 국민건강보험법제와는 부정합적인(incoherent) 것”이고, 현행법의 네거티브 방식의 규제와 사전심의제도의 결합과 방송 의료광고의 금지가 “의료의 공공성과 의료의 자유, 의료광고의 공익적 측면과 사익적 측면, 의료인(의료기관)과 의료소비자의 상충하는 이해들 사이에서 균형과 조화를 도모한 것”이라는 설명⁷⁵⁾ 비슷하다.

그러나 이 또한 선뜻 수긍하기 어렵다. 이 견해는 - 적어도 보험진료(요양급여)에 관한 한 - 경쟁이 적절한 수준으로 통제되어야 하고, 이를 통하여 대부분의 의료기관이 적절한 수준의 수익을 보장받아 전체 의료체계를 원활하게 작동시켜야 한다고 전제하고 있는 듯하다. 가급적 광고 등을 하지 아니하고 찾아오는 환자를 중심으로, 차차 입소문에 의지하여, 의료업을 수행하는 ‘평화로운’ 상태가 바람직하다는 인식이다. 그러나 이는 새 아파트 단지가 들어서면 같은 전문과목으로 몇 개의 의원이 개설되고 짧은 기간 내에 그 대다수가 도태하는, 이미 경쟁이 격화된 우리 의료시장의 현실과는 거리가 있다. 경쟁 자체를 줄이는 방법으로 건강보험체계의 안정성을 지키는 전략의 현실적 타당성은 의심스럽다. 사회보험체제하에서도 가격경쟁을 하지 못할 뿐 서비스의 질 등 다른 측면에서의 경쟁은 가능하고, 또 바람직한 것이기도 하다(이른바 관리된 경쟁; managed competition). 미국은 물론으로 하더라도, 같은 사회보험체제를 취하는 독일에서도 오늘날 의료광고를 다른 광고에 준하여 너그럽게 허용되고 있다. 의료광고를 허용한다 하여 허위과장광고의 폐해가 클지도 의심스럽다. 영리의료법인을 금지하면서도(주 69) 의료인이 의료기관을 개설하여 영리를

74) 의료기관의 양극화와 비급여진료과목에 특화된 전문병원, 병원의 브랜드화 등을 우려하는 홍승희(주 24), 44~45면도 그러한 취지라고 보인다.

75) 이상돈·김나경(주 30), 107면의 설명을 이러한 취지에서 이해할 수 있다.

추구하는 것은 특별히 금지하지 아니하는 데서도 알 수 있듯, 우리 의료법은 의료인이 전문직업윤리(professional ethics)에 구속되어 영리를 위하여 환자를 희생시키지는 아니하리라는 전제 하에 입법되어 있다. 이러한 전제가 광고와 관련하여 갑자기 부정될 까닭이 없다. 또한 모든 의료기관이 당연히 요양기관이 되고(국민건강보험법 제42조 제1항 제1호), 할 수 있는 행위와 그 비용이 강하게 통제되고 있으며,⁷⁶⁾ 나아가 진료거부의 금지까지 규정되어 있는(의료법 제15조) 우리나라에서 의료인이 과도하게 공격적인 광고경쟁에 뛰어들어 초과이익을 얻기란 쉽지 아니하다. 반면 의료광고를 과도하게 규제하는 경우 해악은 분명하다. 신규진입자, 초보의사의 시장진입은 더 어려워질 가능성이 높다. 어차피 의료광고가 없어도 환자는 인터넷 커뮤니티 등 여러 공간을 통하여 의료기관과 의료인에 대한 정보를 교환한다. 그러나 의료가 경험재이기는 해도, 전문성과 정보 비대칭성이 있어 환자 사이의 정보 교환이 반드시 정보의 정확성을 담보하지는 못한다. 의료인의 광고가 좀 더 적극적으로 행해진다면 그중 허위과장광고는 위 커뮤니티 등에서 어느 정도 걸러질 수 있고, 오히려 더 정확한 정보가 유통될 수 있다.⁷⁷⁾

물론 경쟁이 가져올 의료 전달체계 기타 의료업 전반의 생태계의 변화에 대하여는 충분한 검토와 대응이 필요할 것이다. 그러나 이는 이미 시작되었고 멈출 수 없을 경쟁 자체를 통제하려는 무망한 노력에 의하여서가 아니라, 관리된 경쟁에서 관리에 해당하는 부분, 즉 적절한 유인체계(incentive system)의 설계 등에 의하여야 할 일이다. 의료 표시·광고에 관하여 실체적 관점에서 표시·광고 일반에 대한 규제와 전혀 다른 규제를 가할 근거는 없다고 보인다.

76) 이동진(주 46), 14면 이하.

77) 이러한 관점에서 일찍부터 의료에 대한 전문적이고 진실한 정보를 제공하는 것이 주가 되는 한 그 부수적 효과로서 생기는 환자유인에도 불구하고 의료광고를 허용하여야 한다고 한 것으로, 김천수, “의료정보 등에 관한 법적 고찰”, 대구법학(제4호), 2001, 112~114면.

IV. 결론

이 글의 결론은 새삼스러운 것이 아니다. 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정과 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정이 본래 지시하는 바가 그것이다. 헌법재판소가 위 두 결정 모두에서 헌법불합치 결정 대신 단순 위헌 결정을 하였다는 점도 고려할 필요가 있다. 그럼에도 불구하고 의료광고 규제를 둘러싸고 계속하여 논란이 생기는 것은 단적으로 말하여 헌법재판소의 시각과 입법 및 법집행자, 즉 보건복지부 및 의료인단체의 시각 사이에 근본적인 차이가 있기 때문 아닌가 한다. 즉, 헌법재판소는 의료업의 특수성보다는 오늘날 경쟁적 환경 하에 있는 의료업의 현실에 주목하여 의료에서 표시광고를 일반 표시광고에 준하여 규율하여야 한다는 입장인 반면, 보건복지부 및 의료인단체는 보다 전통적인 (자유)전문직상(象)과 사회보험체제 하 의료업의 경쟁적 측면을 억제하는데 기울어져 있다는 것이다.⁷⁸⁾ 의료광고의 자유화에도 불구하고 환자 유인 금지(의료법 제27조 제3항)를 그대로 두어 대법원으로 하여금 우리 판례에서는 매우 드물게 과격한 목적론적 축소(teleologische Reduktion)를 하게 한 것(주 69)도 이와 관계되어 있을지 모른다. 물론 어느 입장이 타당한지는 경험 내지 장래 예측에 달려 있는 문제로서 선형적으로 답하기 어렵다. 그러나 근래의 전반적인 추세는 - 비교법적으로 보더라도 - 좀 더 자유로운 영업을, 그리고 좀 더 자유로운 광고를 허용하는 것이라고 보인다. 결정의 문면을 보면, 헌법재판소도 이러한 경향을 참고하였던 것 아닌가 생각된다.

이러한 관점에서 의료광고 사전심의제는 폐지함이 바람직하다. 헌법재판소가 상업광고에 대하여 검열금지의 원칙을 적용한 데 찬성하는 취지는 아니다. 그러나 이미 의료인에게 상당한 교육과 훈련을 거쳐 면허를 주고 면허를 받은 자에 한하여 의료업과 의료기술의 시행 및 그에 대한 광고를 허용하면서, 추가

78) 이러한 점은 의료법의 다른 규정, 가령 의료기관 개설에 관한 규정에서도 드러난다. 이에 대하여는 별고(別稿)를 기약하기로 한다.

로, 상당한 비용 부담을 감수하면서까지 사전규제를 가하여야 하는지는 의문이다. 사전규제가 과도하거나 불투명하고 비일관적인 것이 되기 쉽다는 점에서 더욱 그러하다. 굳이 사전규제를 하여야 한다면 광고 사전심의필 인증제로 대체하거나, 의료인단체의 자율규제에 맡기는 데 그쳐야 한다. 이를 넘어서 현재와 같은 광범위한 사전심의를 의료법에 규정하고 그 구체적 집행만 제3의 독립된 기관에 맡기는 것은, 헌법재판소 결정의 취지에 부합하지 아닐 뿐 아니라 법 정책적으로도 의문이고, 규제 자체는 국가권력, 특히 행정권이 설계하고 그 집행만을 외주(外注)하는 변태적인 제도로 취할 바가 아니다.

끝으로 이처럼 사전심의제가 폐지되거나 완화된다 하더라도 이를 보완하기 위하여 의료광고에 대한 실체적 자유 제한을 다시 강화할 일은 아니다. 지금보다 다소 규율의 강도와 밀도를 낮추는 것이 바람직하고, 또 - 적어도 헌법재판소 결정에 따르면 - 헌법이 요구하는 바이기도 하다. 이는 결국 의료광고규제를 일반 표시·광고규제에 매우 근접시키는 결과가 된다.

[참 고 문 헌]

- 곽명섭, “의료광고 관련 의료법 개정과정의 문제점과 의료광고 사전심의제도 등의 개선방안”, 『법과 정책연구』 제10집 제1호, 2010.
- 권덕진, “구 의료법 제56조 제2항 제8호의 기사 형태로 표현되는 광고에 해당하는지 여부의 판단 방법”, 『대법원판례해설』 제92호, 2012.
- 김종호, “경쟁의 촉진 도구로서 비교광고의 법적 측면 - 미국 및 유럽연합의 입법례와 분쟁사례를 중심으로”, 『동아법학』 제51호, 2011.
- 김천수, “의료정보 등에 관한 법적 고찰”, 『대구법학』 제4호, 2001.
- 대한의사협회 의료광고심의위원회 심의기준, 2014.
- 박 민, “영리의료법인의 설립가능성”, 『한국의료법학회지』 제9권 제2호, 2001.
- 박용상, “헌법상 사전검열금지의 원칙”, 『헌법논총』 제21집, 2010.
- 박해식, “부당표시광고에 대한 규제 -표시광고의 공정화에 관한 법률을 중심으로-”, 『재판자료』 제87집, 2000.
- 성낙인, 『헌법학』 제13판, 2013.
- 유현정, “금지되는 기사성 의료광고의 한계”, 『의료법학』 제13권 제2호, 2012.
- 이경권, “인터넷 의료광고의 규제방향에 대한 법적 검토”, 『의료법학』 제9권 제2호, 2008.
- 이동신, “구 의료법 제46조 제1항의 과대광고의 의의와 그 범위”, 『대법원판례해설』 제45호, 2004.
- 이동진, “건강보험과 의료과오책임법: 두 기준 사이의 긴장. 갈등과 그 조정”, 『서울대 법학』 제55권 제2호, 2014.
- 이상돈·김나경, 『의료법강의』 개정판, 2013.
- 이석배, “의료법 제27조 제3항 환자 ‘유인’ 금지의 적용범위”, 『의료법학』 제12권 제1호, 2011.
- 이세연, “의료광고심의제도의 개선방안에 대한 연구”, 『법제연구』 제33호, 2008.
- 이호영, 『소비자보호법』 제3판, 2015.
- 정정일, “의료광고의 허용한계와 법률적 쟁점”, 『법조』 통권 제619호, 2008.
- 정호열, 『경제법』 전정 제5판, 2016.
- _____, 『부정경쟁방지법론』, 1992.

- 최동렬, “인터넷 홈페이지의 상담게시판을 이용한 낙태 관련 상담과 구 의료법 제25조 제3항의 ‘유인’ 해당 여부”, 『형사판례연구』 제14권, 2006.
- 한위수, “광고의 규제와 표현의 자유”, 『헌법논총』 제18집, 2007.
- 현두륜, “의료광고 사전심의제 앞으로 어떻게 개선할 것인가”, 병원신문 2016. 3. 21.자(<http://www.khanews.com/news/articleView.html?idxno=119959>), 최중방문 2016. 12. 23).
- 홍승희, “의료광고 네거티브제 도입에 따른 문제동향”, 『형사정책연구소식』 제100호, 2007.
- Canby and Gellhorn, Physician Advertising: The First Amendment and The Sherman Act, Duke L. J. 1978, 543.
- Ratzel/Lippert, Das Werberecht der Ärzte nach den Beschlüssen des 105. Deutschen Ärztetages in Rostock, MedR 2002, 607.
- Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe (1991).

[국문초록]

전문직 표시·광고규제의 몇 가지 쟁점: 의료광고를 중심으로

이동진(서울대학교 법학전문대학원 부교수)

상업광고는 경쟁의 수단이자 그 자체 표현양식이기도 하다. 따라서 이는 영업의 자유(헌법 제15조)와 언론·출판의 자유(헌법 제21조 제1항)의 보호를 받는다. 영업의 자유 내지 경쟁과 관련하여서는 부정경쟁행위로서 제재되어야 하는 부당광고와 그 제한이 부당한 경쟁제한으로 오히려 금지될 수 있는 정당한 광고의 구분이 중요하다. 언론·출판의 자유 내지 표현과 관련하여서는 검열금지의 원칙(헌법 제21조 제2항)이 문제된다. 이 글에서는 이들 두 쟁점을 중심으로 (자유)전문직 광고규제, 특히 의료광고를 검토하였다. 그 결과는 다음과 같다.

첫째, (자유)전문직 광고, 특히 의료광고라 하더라도 사전심의를 받게 할 것은 아니다. 이는 검열금지가 상업광고에 대하여 적용되어야 한다는 뜻은 아니다. 검열금지를 상업광고에까지 적용하는 것은 부적절하다. 그러나 헌법재판소는 검열금지를 상업광고에 적용하고 있고, 실제로 의료광고에서 사전검열이 필요하다고 보이지도 아니한다. 사전심의의 지지하는 이는 주로 의료에 정보비대칭성이 있고, 잘못된 의료로 인한 해가 중대할 뿐 아니라 회복불가능하다는 점에서 그 근거를 찾는데, 의료법은 의료과오책임과 설명의무로 이에 대응하고 있고 의료광고가 여기에 미치는 영향은 매우 제한되어 있기 때문이다. 사전심의는 전면 폐지하거나 굳이 틀을 유지하려면 심의 받은 광고에 대한 인준제도 또는 완전한 자율규제로 전환하여야 한다.

둘째, (자유)전문직 광고, 특히 의료광고에 대하여 광고 일반보다 더 높은 규제를 가할 근거도 없다. 더 높은 수준의 규제를 가하여야 한다는 주장은 그 근거로 (자유)전문직은 윤리성, 비영리성을 갖고 있고, 특히 의료업은 국민건강보험체제에 편입되어 있는바, 경쟁이 이 체제의 안정성을 해할 수 있다는 점을 지적한다. 그러나 (자유)전문직이라 하더라도 직업윤리 등의 제약 하에 영리를 추구하고 경쟁할 수 있고, 또 실제로 하고 있으며, 의료업이 국민건강보험체제에 편입되어 있다는 사정 또한 경쟁의 수단 등에 일정한 제약을 부과할 뿐 경쟁 자체를 배제하지는 아니한다. 의료업에 대하여 일반 광고규제보다 더 엄격한 광고규제를 가하는 것은 초보의사에 대한 진입장벽으로 작용할 가능성이 높고, 그러한 점에서 경쟁제한적 행위로서 그 정당성이 의심스럽다.

주제어: 부당광고규제, 경쟁제한행위 규제, 사전검열, 전문직, 상업광고, 의료광고

Regulation of Professional Advertising: Focusing on Physician Advertising

Dongjin Lee

Professor, Seoul National University School of Law

=ABSTRACT=

A commercial advertisement is not only a way of competition but also a medium of communication. Thus, it is under the constitutional protection of the freedom of business (article 15 of the Constitution) as well as the freedom of press [article 21 (1) of the Constitution]. In terms of the freedom of business or competition, it should be noted that an unfair advertising (false or misleading advertisement) can be regulated as an unfair competition, while any restraint on advertising other than unfair one might be doubted as an unjustifiable restraint of trade. In terms of the freedom of press or communication, it is important that article 21 (2) of the Constitution forbids any kind of (prior) censorship, and the Constitutional Court applies this restriction even to commercial advertising.

In this article, the applicability of these schemes to advertising of the so-called learned professions, especially physician, are to be examined, and some proposals for the reformation of the current regulatory regime are to be made. Main arguments of this article can be summarized as follows:

First, the current regime which requires advance review of physician advertising as prescribed in article 56 (2) no. 9 of Medical Act should be reformed. It does not mean that the current interpretation of article 21 of the Constitution is agreeable. Though a commercial advertising is a way of communication and can be protected by article 21 (1) of the Constitution, it should not be under the prohibition of censorship prescribed by article 21 (2) of the Constitution. The Constitutional Court adopts the opposite view, however. It is doubtful that physician advertising needs some prior restraint, also. Of course, there exists severe informational asymmetry between physicians and patients and medical treatment

might harm the life and health of patients irrevocably, so that medical treatment can be discerned from other services. It is civil and criminal liability for medical malpractice and duty to inform and not regulation on physician advertising, to address these differences or problems. Advance review should be abandoned and repelled, or substituted by more unproblematic way of regulation such as an accreditation of reviewed advertising or a self-regulation preformed by physician association independently from the Ministry of Health and Welfare or any other governmental agencies.

Second, the substantive criteria for unfair physician advertising also should correspond that of unfair advertising in general. Some might argue that a learned profession, especially medical practice, is totally different from other businesses. It is performed under the professional ethics and should not pursue commercial interest; medical practice in Korea is governed by the National Health Insurance system, the stability of which might be endangered when commercial competition in medical practice be allowed. Medical Act as well as the condition of medical practice market do not exclude competition between physicians. The fact is quite the opposite. Physicians are competing even though under the professional ethics and obligations and all the restrictions provided by the National Health Insurance system. In this situation, regulation on physician advertising might constitute unjustifiable restraint of competition, especially a kind of entry barrier for ‘new physicians.’

Keyword: unfair advertising, restraint of trade, censorship, learned profession, physician advertising