

전문병원과 키워드검색광고 규제

이 동 진*

I. 서론
II. 전문병원 제도의 취지와 내용
1. 전문병원 제도 도입의 취지와 배경
2. 전문병원 제도의 내용
III. '전문'을 포함하는 의료광고
1. 전문병원 인증의 법적 성질과 보호근거
2. '전문' 등이 포함된 의료광고와 전문병원 인증 표시의 보호
IV. '전문'이나 질환명을 포함하는 키워드검색광고
1. 인터넷검색광고에 대한 광고법상 규제 일반
2. 보건복지부 전문병원 광고관련 가이드라인
V. 결론

I. 서론

경쟁이 격화되면서 자유전문직(learned profession; Freiberuf)으로서 의료업의 자기 이해가 퇴색되고, 의료업을 영위하는 사업자에게도 다른 영역에서와 비슷한 경쟁수단이 주어져야 한다는 요청이 커져왔다. 두 차례의 헌법재판소 결정에 의한 의료광고규제의 완화와¹⁾ 판례에 의한 환자자유인금지의 제한 해석이²⁾ 이를 잘 보여준다. 그러나 다른 한편 전 국민을 국민건강보험공단이 라는 공법인(公法人)이³⁾ 제공하는 사회보험 내지 공적 보험(public insurance;

* 논문접수: 2017. 6. 7. * 심사개시: 2017. 6. 8. * 게재확정: 2017. 6. 20.

* 서울대학교 법학전문대학원 부교수.

1) 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정; 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정.

2) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도1763 판결.

3) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2003헌바58, 65 결정.

Sozialversicherung)의 피보험자로 규정하고(국민건강보험법 제5조) 모든 의료기관에게 요양급여를 제공할 의무를 부과하고 있는(국민건강보험법 제42조) 우리나라에서 의료업이 고도로 규제되고 있고 의료시장이 전적으로 자유경쟁에만 맡겨질 수 없다는 점 또한 부정할 수 없다. 상반되는 두 요청 가운데 어느 지점에서 균형을 잡아야 할지는 우리 의료법이 근래 계속하여 맞닥뜨리는 난제 중 하나이다.

전문병원과 키워드검색광고 규제도 이러한 긴장·갈등이 드러나는 여러 국면 중 하나이다. 전문병원은 의료법 제3조의5에 따라 보건복지부장관으로부터 병원급 의료기관 중에서 특정 진료과목이나 특정 질환 등에 대하여 난이도가 높은 의료행위를 하는 병원으로 지정받은 것을 말한다. 이러한 병원은 그 명칭에 ‘전문병원’이라는 표현을 쓸 수 있고(의료법 제42조 제1항 제2호), 실제로 그중 일부는 의료기관의 명칭 자체에 ‘전문병원’을 넣고 있다.⁴⁾ 그런데 다른 한편 의료기관은 거짓·과장광고가 아닌 한 널리 광고를 할 수 있고,⁵⁾ 여기에는 당해 의료인 또는 의료기관이 특정한 분야에 특화되어 있다는 점이 포함된다.⁶⁾ 그러한 광고는 대개 ‘○○에 전문[인] ... 병·의원’의 형태를 띠기 쉽다. 이러한 광고가 허용된다면 전문병원과 혼동이 야기되어 전문병원 제도의 취지가 퇴색될지 모른다는 우려가 있을 수 있다.

이 문제는 현안이다. 환자가 어떤 질환이 있다고 의심하는 경우 그 질환에 전문성이 있는 병·의원이 어디인지를 찾아보게 마련이고, 오늘날 그 가장 대표적인 방법은 인터넷검색이다. 이때 네이버(naver.com), 다음(daum.net), 구글(google.co.kr) 등 검색엔진(search engine) 서비스에서 ‘○○전문’으로 검색하였는데 의료법상 전문병원은 아니나 특정 분야에 전문성이 있다고 주장하

4) 가령 ‘늘봄재활전문병원’, ‘미추홀재활전문병원’ 등.

5) 이에 관한 상세한 분석은, 이동진, “전문직 표시·광고규제의 몇 가지 쟁점: 의료광고를 중심으로”, 의료법학(제17권 제2호), 2016. 12., 189면 이하.

6) 사실 의료광고규제완화의 핵심 중 하나가 특정 의료인의 기능·진료방법·경력에 관한 광고의 허용여부였다. 2007년 개정 전 의료법 제46조 제3항 참조. 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정(주 1)과 그에 따른 2007년 의료법 개정은 바로 이러한 광고를 허용하는 것을 내용으로 하였다.

는 병·의원이 검색결과로 노출되는 경우, 그 병·의원은, 그리고 그러한 서비스를 제공한 포털(portal)사업자는 부당광고를 한 것인가? 공정거래위원회는 2012. 9. 4. 제정한 ‘인터넷 광고에 관한 심사지침’(공정거래위원회 예규 제 167호) IV. 1. 나.에서 부당 검색광고의 예로 ‘의료법상 임플란트 전문병원이 없음에도 소비자가 인터넷 포털사이트 등의 검색창에 “임플란트전문”을 입력하였을 때 “임플란트전문 ○○치과”가 검색결과에 나타나게 하여 마치 임플란트 전문병원인 것처럼 광고하는 경우’를 들고 있고, 실제로 이러한 검색광고를 한 치과 병·의원에 대하여 ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’(이하 ‘표시광고법’이라 한다)에 터 잡아 시정조치를 한 일도 있다.⁷⁾ 보건복지부도 2012. 11. 15. ‘전문병원 광고관련 가이드라인’을 제정하고 이를 대한의사협회의료광고심의위원회에 전달하였는데, 이 가이드라인 또한 키워드검색광고(keyword search ads)에서 ‘전문’, ‘특화’, ‘첨단’ 또는 특정 질환, 신체부위, 시술명 등으로 검색하였을 때 그 결과 값으로 전문병원 지정을 받지 아니한 의료기관의 ‘전문병원’ 용어가 노출되는 광고, ‘전문병원’ 또는 ‘전문’ 키워드로 검색 시 결과 값에 ‘전문병원’, ‘전문’ 명칭이 노출되지는 아니하나 전문병원으로 지정받지 아니한 의료기관의 명칭이나 소개 등이 노출되는 광고를 금지하고 있다. 그러나 이러한 규제가 적법하고 타당한 것인지에 대하여는 논란이 계속되고 있다.

이 글에서는 전문병원 제도와 관계된 키워드검색광고 규제의 적법성과 타당성을 살펴보고자 한다. 우선 전문병원 제도가 어떤 취지에서 우리 법에 도입되었고, 그 내용이 어떠한지 살펴본다(아래 II). 그리고 전문병원 제도가 의료광고에 어떠한 영향을 미치는지 검토한 뒤(아래 III), ‘전문’이 포함된 키워드 검색광고와 검색엔진 서비스 사업자의 책임을 검토한다(아래 IV).

7) 공정거래위원회(소비자정책국 소비자안전정보과) 2011. 12. 12.자 보도자료(“임플란트 전문의가 시술합니다” 광고 ... 하지만 의료법에 ‘임플란트 전문의’ 자격은 없다).

II. 전문병원 제도의 취지와 내용

1. 전문병원 제도 도입의 취지와 배경

가. 전문병원 제도 도입의 취지

우리 의료법상 전문병원 제도는 2009. 1. 30. 개정 의료법에서 비로소 도입되었다. 그러나 여러 형태의 전문병원 제도가 논의된 것은 그로부터 대략 10년을 더 거슬러 올라간다.

논의의 배경은 무엇보다도 중소병원의 경영난과 높은 도산율, 그리고 그와 관계된 중소병원 의사의 높은 이직률이었다. 여기에 2005년 의료시장이 개방되면 특히 중소병원이 직접적 타격을 입으리라는 예상이 보태어졌다. 그리하여 중소병원의 - 대형병원, 제3차 진료기관에 대한 - 경쟁력제고가 필요하였는데, 그 방안 중 하나가 전문화·특성화였다.⁸⁾

이미 1990년대 후반 중소병원이 전문화될 경우에 대형병원에 비하여 차별화·전문화 면에서 우위를 점할 수 있으므로 「중소기업의 사업영역 보호 및 기업 간 협력증진에 관한 법률」에⁹⁾ 중소병원 관련 조항을 추가하여 중소병원이 전문화하는 분야에 대한 대형병원의 진입을 제한하여야 한다는 - 상당히 과격한 - 주장이 제기되었다.¹⁰⁾ 2000년대 초반에는 중소병원의 특성화를 유도하기 위하여 특성화된 부문에 대하여 의료기관 중별 가산율을 전문종합요양기관과 동등하게 적용하고 전문부문에 대한 전공의 수련을 지원하여야 한다는 주장이 제기되었고,¹¹⁾ 보건복지부도 그러한 의미의 전문병원 제도를 도입하는 것을 염두에 두고 전문병원 인정기준 개발에 나섰다.¹²⁾

8) 김원중 외, “의료서비스의 질 향상과 전문병원 도입을 위한 정책연구”, 『보건복지부 정책연구 보고서』, 2003. 6., 209~211면. 또한 「병원신보」 2003. 5. 26.자(전문병원, 병원 경영난 해소대안).

9) 2006. 3. 3. 대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률로 대체되었다.

10) 정우진, “중소병원의 발전구상(1) - 병원전문화를 중심으로”, 보건복지포럼(제6호), 1997. 3., 11면 이하.

11) 류시원 외, “병원산업 발전을 위한 비전 및 전략” 『한국보건사회연구원 보고서』, 2002. 4.

그리하여 2003. 8. 20. 김명섭 의원 등이 의료기관의 종별 유형에 ‘전문병원’을 신설하고 시·도지사의 허가를 받아 전문병원을 개설할 수 있게 하는 의료법 개정안을 제출하였으나,¹³⁾ 통과되지 못한 채 2004. 5. 29. 제16대 국회의 임기만료로 폐기되었다. 이후에도 대체로 같은 취지, 즉 수가조정과 전공의 수련 지원을 골자로 하는 전문병원 제도의 도입이 논의되어오다가,¹⁴⁾ 몇 차례 시범사업을 거쳐¹⁵⁾ 2009. 1. 30. 의료법 개정으로 우리 법에 전문병원 제도가 도입되었고, 이후 정부부처개편에 따른 부서명 변경 이외에는 별다른 법 개정 없이 오늘날에 이르고 있다.

나. 비교법적 배경

장기간에 걸친 전문병원 제도 도입논의에서 비교법적으로 참고가 되었던 것은 주로 미국과 일본의 제도였다.¹⁶⁾

(a) 미국에서 전문병원(specialty hospital)은 특정 분야 치료에 집중 내지 특화된 병원으로 일반병원(general hospital)에 대비되는 개념이다. 이러한 형태의 병원은 과거에도 아동병원 등의 형태로 존재하였으나, 1990년대부터 특정 외과수술을 전문으로 하는, 의사들이 전부 또는 일부를 소유하며 종중은 영리병원의 형태로 설립되는 전문병원이 나타나기 시작하여 주목 받았다.¹⁷⁾ 본

12) 김원중 외(주 8), 250면 이하; 이신호 외, “전문병원제도 도입에 관한 연구”, 『한국보건산업진흥원 연구보고서』, 2003. 1., 64면 이하.

13) 위 법률안의 검토보고서도 대도시지역 중소종합병원이 3차 종합전문요양기관에 대하여 경쟁력이 되지고 있어 전문병원으로의 전환이 필요하다는 점을 그 배경으로 지적하면서 기대효과로 병원 간 효과적인 역할 분담, 특히 3차 진료기관에 환자가 집중되는 현상의 개선을 들었다. 보건복지위원회 수석전문위원, 『의료법중개정법률안(김명섭의원 대표발의) 검토보고서』, 2003. 11., 1~3면.

14) 이용균 외, “전문병원제도 도입 방안 연구”, 『한국병원경영연구원 연구보고서』, 2006. 3., 92면 이하.

15) 김운목 외, “전문병원 2차 시범사업 평가 및 시행방안 연구”, 『보건복지부 정책연구보고서』, 2010. 4. 또한 전현희, “한국에서 의료기관 설립과 운영상의 새로운 과제”, 의료법학(제6권 제1호), 2005. 6., 248~249면.

16) 김원중 외(주 8), 215면 이하; 이용균 외(주 14), 13면 이하; 김운목 외(주 15), 28면 이하.

17) General Accounting Office, Specialty Hospitals: Geographic Location, Services Provided, and Financial Performance (GAO-04-162, 2003), p. 1.

래 전문병원은 하나의 사실상의 병원조직·운영형태에 불과하고 법개념은 아니며, 따라서 정확한 개념 규정도 없다.¹⁸⁾ 단 하나의 맥락, 즉 자기 진료의뢰(self referral) 규제에 관하여 연방법이 전문병원을 직접 개념 규정하고 규율하고 있을 뿐이다.

자기 진료의뢰(self referral) 규제는 미연방사회보장법 제1877조 (a)에¹⁹⁾ 규정되어 있는 것으로 의사가 자기의 환자를 자신이 투자하였거나 기타 금전적 이해관계가 있는 다른 의료기관에 보내는, 즉 진료를 의뢰하는 것을 금지하는 것을 그 내용으로 한다. 이러한 경우 의사로서는 자신의 이익을 극대화하기 위하여 더 많은 비용이 소요될 환자는 자신이 투자하지 아니한 의료기관에, 더 적은 비용이 소요될 환자는 자신이 투자한 의료기관에 진료를 의뢰할 유인이 있고, 그 결과 메디케어(Medicare), 메디케이드(Medicaid) 제정에 악영향을 줄 수 있기 때문이다. 이러한 진료 의뢰가 있었을 때에는 환자의 진료비를 지급 받을 수 없고 이미 지급받은 진료비도 환급하여야 하며 나아가 과태료에 처해질 수 있다[미연방사회보장법 제1877조 (g)].

전문병원은 이 규제의 예외와 관련하여 등장한다. 같은 조 (d)(3)은 진료를 의뢰하는 의사가 그 병원에서 의료행위를 할 권한이 있고, 진료를 의뢰하는 의사는 병원의 일부(subdivision)가 아닌 병원 자체에 지분을 갖고 있는 이외에 일정한 지배구조 등 요건을 충족하면 그 의사가 병원에 투자한 것을 위 규정의 의미에서 소유 또는 투자로 보지 아니한다고 규정하여 그 예외를 인정한다. 이는 한 의사가 병원 전체의 지분을 많이 가질 수는 없는 것이 보통인 이상 자기 이익을 위하여 부당한 진료 의뢰를 하지는 아니할 것이라는 인식을 전제한다(이른바 whole hospitals exception).²⁰⁾ 그런데 전문병원은 일반병원과 달리 규모가 작아 진료 의뢰와 관련하여 이익충돌이 생길 수 있다.²¹⁾ 그리하여 같

18) GAO(주 17), p. 29.

19) Social Security Act § 1877 [42. U.S.C. § 1395] (a) Prohibition of Certain Referrals.

20) General Accounting Office, Specialty Hospitals: Information on National Market Share, Physician Ownership, and Patient Served (GAO-03-683R, 2003), p. 2.

21) GAO(주 20), p. 2. 또한 Bartels, The Application of Antitrust and Fraud-And-Abuse Law

은 규정은 2003. 12. 8.부터 위와 같은 예외를 ‘전문병원(specialty hospital)’에 대하여는 더는 인정하지 아니하고 있다.²²⁾ 여기에서 말하는 전문병원은 주로 또는 오로지 심장질환자, 정형외과환자, 일반외과환자 또는 장관이 전문성을 인정한 범주의 환자만을 치료하는 병원으로서 법이 정하는 일정한 요건에 해당하는 것으로 규정되어 있다[미연방사회보장법 제1877조 (h)(7)].

그밖에 전문병원을 직접적으로 규제하는 것은 아니나 사실상의 전문병원과 관계된 것으로는 다음 세 가지를 들 수 있다. 첫째, 전문병원 설립 현황을 살펴 보면 병상수의 부족이 확인되지 아니하는 한 병원개설허가를 내주지 아니하는 (Certificate of Need; CON이라 한다) 주에서²³⁾ 전문병원이 훨씬 적게 설립되는 경향을 보인다.²⁴⁾ 병원설립규제가 전문병원에 대하여 차별적으로 적용되고 있음을 시사한다. 둘째, 전문병원은 법률상 인증(accreditation, certification)은 아니나 의료기관 인증을 업무로 하는 사적 단체인 JCAHO(Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations)의 인증을 받는 경우가 흔하고, Medicare Program 참여를 위해서는 사실상 JCAHO의 인증을 받을 필요가 있다.²⁵⁾ 그 인증기준이 일반병원과 전문병원, 전문분야에 따라 다르고 당해 병원이 특정 분야의 전문병원인 경우 그 점을 전제로 인증을 한다. 그러나 인증 자체가 전문병원과 일반병원으로 나뉘어 있는 것은 아니다. 셋째, 특정 의료행위의 영역에서 매우 뛰어난 성과를 보이는 경우 사적 의료보험 등에서 그 의료기관에 더 높은 보상프로그램을 책정할 수 있다. 전문병원이 특정

to Specialty Hospitals, 2006 Colum. Bus. L. Rev. 215, 219 ff. (2006).

22) 이는 Medicare Prescription Drug, Improvement, and Modernization Act of 2003에 의하여 도입되었다.

23) 연방법상 CON은 1975년 도입되어 1986년 HCQIA로 폐지되었으나 다수의 주는 주법으로 같은 규제를 유지하고 있다. 이는 불필요하게 많은 병상(beds)이 공급되면 - 보건의료영역에서는 - 그에 상응하는 수요가 유발되어 의료비용이 증가한다는 전제 하에 이를 통제하기 위한 규제이다. Bartels(주 21), pp. 234 f. 이러한 가설의 당부는 아직까지도 논란 중이다.

24) GAO(주 17), p. 15.

25) 인증을 받아야 deemed status를 취득한다. Jost, Medicare and the Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations: A Healthy Relationship? 57(4) Law and Contemporary Problems 15 (1994).

영역에서 그러한 지위를 누릴 수 있음은 물론이다. 그러나 위 지위는 성과에 연동되어 있고 전문병원인지 여부와 직접 관련되어 있는 것은 아니다.

미국에서 전문병원이 대두한 것도 중소병원의 경쟁력 강화를 위해서였다. 그러나 전문병원이 응급실을 운영하지 아니하고 중증도가 낮은 환자를 선호하여 cherry picking을 함으로써 일반병원의 부담을 가중시키는 경향이 있다는 지적도 매우 유력하다.²⁶⁾ 전문병원 규제를 목적으로 하지 아니하는 병원 설립 규제(CON)가 사실상 전문병원에게 불리하게 작용한 것도 그러한 인식과 무관하지 아니할 것이다.²⁷⁾ 미국에서 전문병원은 병원경영전략의 하나로 현존 하기는 하나, 장려되고 있다고 하기는 힘들고, 제도적으로는 오히려 규제의 대상에 가깝다.

(b) 또 하나의 예는 일본의 전문병원(専門病院)이다. 일본의 전문병원도 암이나 순환기질환, 아동 등 전문분야로 특화된 병원을 말한다. 이러한 형태의 전문병원은 이미 오래 전부터 존재해왔으나, 특히 1998년 이후 중소병원의 경영 위기에 대한 대안으로 새롭게 주목을 받기 시작하였다.²⁸⁾ 일본에서도 전문병원은 사실상의 병원조직·운영형태의 하나이고, 의료기관의 종별이나 인증은 아니다.

다만 후생노동성이 건강보험법 제76조 제2항에 따른 진료보수의 산정기준에서 ‘전문병원’의 입원기본료와 시설기준 등에 관하여 별도의 규정을 마련하여 통상적인 병원보다 좀 더 높은 수가를 인정하고 있어, 그 한도에서 일정한 법적 의미를 획득하고 있다. 위 기준은 ‘주로 악성종양환자 또는 순환기 질환자를 당해 병원 일반병동에 70% 이상 입원시키고 고도로 전문적인 의료를 행하는 병원’을 ‘전문병원’으로 정의하고, 높은 시설기준을 충족하면 지방사회보험 사무소장에게 신고하여 가산된 보험수가를 받을 수 있게 한다.²⁹⁾ 이 개념 규

26) GAO(주 17), pp. 6 ff. 김운목 외(주 15), 32면도 관련된 여러 연구를 요약하고 있다.

27) 그밖에 일반병원이 전문병원에 참여하는 의사들의 staff privilege를 박탈하거나 사실상 일반병원 내 수술을 곤란하게 함으로써 전문병원을 차별하고 있다는 점에 대하여는 Bartels(주 21), pp. 233 ff.

28) 이신호 외(주 12), 21면 이하, 94면 이하.

정은 위 기준이 제시하듯 특정 분야에 한하여 매우 좁게 적용되고 있고, 그나마도 건강보험법 내에서만 통용되고 있으며 그 밖의 영역에서는 아무 의미도 갖지 아니한다. 이러한 의미의 전문병원이라 하여 그 사실을 명칭이나 광고 등에서 내거는 일도 찾아보기 어렵다.

2. 전문병원 제도의 내용

우리나라에서도 종래부터 병원조직·운영전략의 하나로 특정 분야에 특화된 병원이 있었다. 그러나 하나의 법 제도로 전문병원이 도입된 것은 2009. 1. 30. 의료법 개정에 의하여서이다. 이하에서는 위 개정으로 도입된 우리의 전문병원 제도를 살펴본다.

가. 전문병원 인증 사실의 표시와 인증 마크의 사용

의료법 제3조의5는 전문병원에 대하여 보건복지부장관에 의한 지정, 즉 인증(accreditation, certification) 제도를 도입하였다. 2004년 개정안이 병원급 의료기관의 종별 유형으로 ‘전문병원’을 신설하는 것을 그 내용으로 한 것과 달리 2009년 개정 의료법 제3조 제2항 제3호는 전문병원을 병원급 의료기관의 종별 유형에는 포함시키지 아니한다. 의료기관은 의원급과 병원급으로 나뉘고, 병원급은 여전히 병원과 요양병원, 종합병원으로 구분되며, 전문병원은 이러한 의미의 의료기관 종별이 아니라 상급종합병원과 함께 보건복지부장관의 ‘지정’ 대상일 뿐이다(의료법 제3조의4, 5). 병원급 의료기관은 일정한 조직, 시설 및 인력요건을 갖추어 관할 시·도시자의 개설허가를 받아야 개설할 수 있으나(의료법 제3조의2, 제3조의3, 제33조 제4항, 제5항),³⁰⁾ 전문병원이 되기 위해서는 병원급 의료기관이 보건복지부장관의 지정을 받으면 족한 것이다

29) 가령 厚生労働省 告示 第377号, 7頁 이하. 또한 김운목 외(주 15), 25면 이하.

30) 반면 의원급 의료기관은 관할 시장·군수·구청장에게 신고하면 족하다. 의료법 제33조 제3항.

(의료법 제3조의5 제1항). 명문의 규정은 없으나, 지정을 받은 이상 당연히 그 사실을 공표할 수 있다. 의료광고 등에 ‘보건복지부 지정 ○○○ 전문병원’이라는 표시나 인증 마크(certification mark)를 쓴다. 현재로서는 「전문병원의 지정 및 평가 등에 관한 규칙」 별표 1에서 의료기관 인증(의료법 제58조)을 받은 의료기관에 한하여 전문병원 지정을 받을 수 있게 하고 있으므로 의료기관 인증사실과 함께 적는 것이 보통이다.

보건복지부장관의 지정을 받으려면 특정 질환별·진료과목별 환자의 구성비율이 보건복지부령으로 정하는 기준에 해당하고, 보건복지부령으로 정하는 수 이상의 진료과목을 갖추고 각 진료과목마다 전속하는 전문의를 두어야 한다(의료법 제3조의5 제2항).³¹⁾ 보건복지부장관은 위와 같은 사항 이외에 진료 난이도 등에 대하여 평가한 뒤 합리적 재량에 따라 지정하거나(의료법 제3조의5 제3항, 제1항), 지정된 전문병원을 3년마다 재평가, 재지정할 수 있다(의료법 제3조의5 제4항). 지정 또는 재지정과정에서 부정행위를 한 경우, 지정 또는 재지정의 취소를 원하는 경우 및 재지정 요건을 충족하지 못한 경우



<그림 2-1> 전문병원 및 의료기관 인증마크

31) 구체적인 기준은 「전문병원의 지정 및 평가 등에 관한 규칙」 별표 1이 정하는데, 환자의 구성비율(분야마다 다른데, 적게는 30%에서부터 많게는 66%까지 요구한다. 외국의 예에 비하여 낮은 편이고, 보건복지부의 시범사업 인증기준보다도 낮다)과 분야별 필수 진료과목(관절질환의 경우 정형외과 + 내과), 전문의의 수, 병상수, 의료의 질(quality) 등을 내용으로 한다. 그러나 같은 규칙 제2조 제2항 제1, 2호는 특정지역에서의 전문병원 또는 특정 질환이나 진료과목 전문병원의 경우 보건복지부장관의 재량으로 이 기준을 상당한 정도로 완화할 수 있게 하고 있다.

에는 지정 또는 재지정을 취소하여야 한다(의료법 제3조의5 제5항). 보건복지부장관은 평가업무를 관계전문기관 또는 단체에 위탁할 수 있다(의료법 제3조의5 제6항).

나. 전문병원과 의료기관의 명칭 표시의 특례

나아가 ‘전문병원’이라는 표시의 사용을 일반적으로 보건복지부장관이 지정한 전문병원이 독점하는가. 의료법은 여러 곳에서 이른바 명칭독점을 정하고 있다.³²⁾ 의사·치과의사·한의사·조산사 또는 간호사 명칭이나 이와 비슷한 명칭은 각 그 해당 의료인만 사용할 수 있고(의료법 제27조 제2항), 의료기관의 명칭이나 이와 비슷한 명칭은 의료기관만 사용할 수 있으며, 의료기관도 원칙적으로는 종별에 따른 명칭만을 사용할 수 있다(의료법 제42조 제3항, 제1항). 보건복지부장관의 인증을 받은 의료기관이 아니면 인증 받았다는 점을 표시하거나 인증마크를 제작하거나 사용하지 못한다(의료법 제58조의6). 그러나 전문병원에 대하여는 이러한 규정이 없다. 대신 의료법 제42조가 전문병원에 대하여 의료기관 명칭 표시의 특례를 인정함으로써 전문병원 표시의 사용을 규제한다. 이 규정은 현행법상 전문병원으로 지정된 경우 법적 효과를 명시한 유일한 규정이다.

첫째, 전문병원만 의료기관의 명칭에 ‘전문병원’이라는 표시를 넣을 수 있다. 의료법 제42조는 의료기관의 종별에 따른 명칭 외의 명칭을 사용하지 못하게 하고 있는데, 그 예외로 전문병원으로 지정받은 때에는 ‘○○전문병원’ 또는 ‘~ 전문병원 ○○’과 같은 명칭을 사용할 수 있게 해준다.³³⁾ 다른 한편 의료법 제42조 제1항은 의료기관도 의료법상 종별에 따른 명칭밖에 사용할 수 없다고 하고 있는데, 전문병원은 의료기관의 종별에 해당하지 아니하므로 특례를 인

32) 주호노, 『의사법총론』, 2012, 6면; 米村滋人, 『医事法講義』, 2016, 36頁.

33) 2004년 개정안에는 이러한 규정이 없었다. 이때에는 전문병원을 종합병원, 병원, 요양병원과 함께 별도의 병원 종별로 신설하고자 하였으므로 전문병원의 경우 별도의 예외 규정이 없는 한 ‘전문병원’을 명칭에 넣어야 했기 때문이다.

정받고 있는 보건복지부장관 지정 전문병원이 아닌 한 의료기관의 명칭으로 ‘전문병원’을 쓸 수는 없다. 그 결과 보건복지부장관의 지정을 받은 전문병원만이 의료기관의 명칭 자체에 ‘전문병원’을 넣을 수 있게 되는 것이다.

그러나 위 규정은 ‘전문병원’이라는 표시의 사용을 보건복지부장관의 지정을 받은 전문병원에게 독점시키는 규정이 아니라는 점에 주의할 필요가 있다. 위 규정은 어디까지나 의료기관의 명칭만을 규율한다. 의료기관의 명칭에 대하여는 그밖에도 매우 엄격한 규제가 존재하고 그 범위에서 (의료)광고 규제와 아주 다르다. 어떤 의미에서는 광고가 자유화되어 있기 때문에 이와 같은 엄격한 명칭 규제가 정당화될 수 있다고 할 수 있다. ‘전문병원’이라는 표시를 명칭에서 독점하는 것이 광고 등 그밖의 맥락에서 ‘전문병원’이라는 표시를 독점함을 의미할 수 없는 까닭이다.

나아가 전문병원은 의료기관의 종별이 아니므로 의료기관 명칭에 ‘전문병원’을 넣을 의무는 없다. 실제로 보건복지부 지정 전문병원 대다수는 지정받은 사실을 광고하고 인증마크를 사용할 뿐 명칭에 ‘전문병원’을 넣지 아니하고 있다.

둘째, 전문병원은 의료기관의 명칭에 지정받은 특정 진료과목 또는 질환명의 표시를 넣을 수 있고, 실제로 그러한 표시를 하는 예도 제법 있다고 보인다. 본래 의료기관은 명칭 표시에 특정 진료과목 또는 질환명 및 그와 비슷한 명칭을 넣지 못하는 것과 대비된다(의료법 제42조 제2항, 의료법 시행규칙 제40조 제1호, 제3호). 그러나 이 또한 의료기관의 명칭 표시에 제한된 규제이다. 자격인정을 받은 전문의에 한하여 ‘전문과목’ 표시를 할 수 있고(의료법 제77조 제1, 2항) 전문의가 개설자인 의료기관만 그 의료기관의 명칭에 인정받은 ‘전문과목’ 표시를 넣을 수 있지만(의료법 제42조 제3항, 의료법 시행규칙 제40조 제4호), 그것이 당해 분야의 전문의가 아닌 자가 특정 분야의 기술을 주로 내지 전문적으로 한다는 점을 내거는 것이 금지되어 있지는 아니한 것과 마찬가지로이다.

끝으로 의료기관의 명칭표시판에는 본래 의료기관의 명칭, 전화번호, 의료인의 면허 종류 및 성명 정도만을 적을 수 있게 되어 있는데(의료법 제42조 제

2항, 의료법 시행규칙 제40조 제6호 마.목), 전문병원으로 지정받은 사실을 명칭표시판에 넣는 것이 가능하다. 그러나 이는 규정 자체가 분명히 하고 있듯 명칭표시판에 적을 사항에 관한 규제가 그친다. 명칭표시판에 대하여도 매우 엄격한 규제가 있고, 그 규제의 내용은 광고와는 무관하다.

오히려 비교적 짧은 명칭 표시의 규제를 벗어나 특정 의료기관이 ‘전문병원’임을 명칭표시판에 따로 적을 때 ‘전문병원으로 지정받은 사실’을 적게 하고 있다는 점이 주목된다. 지정에는 주체가 있어야 하고 그 주체는 보건복지부장관이다. 즉, 명칭표시판에는 ‘전문병원’이라는 점보다는 오히려 ‘보건복지부(장관)지정 ○○전문병원’이라는 점을 적어야 하고, 그것이 실무이기도 하다.

다. 건강보험수가상 가산율과 수련병원 자격 인정

한편 아직까지 전문병원으로 지정된 경우 관련 진료에 대하여 건강보험수가에서 가산율을 적용받거나 수련의를 받을 수 있게 되는 등의 특례는 마련되지 아니하고 있다. 「건강보험요양급여비용의 내역」과 「건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수」 고시상 의료기관의 종별에 따른 환산지수와³⁴⁾ 종별 가산율에³⁵⁾ 전문병원에 대한 특례가 규정되어 있지 아니하여³⁶⁾ 일반 병원과 같은 수가를 적용받고 있고, 수련병원 지정요건에 병상수와 진료과목에 관한 규제가 엄격하여³⁷⁾ 전문병원이 그 요건을 충족할 수 없는 것이다.³⁸⁾

34) 2016. 9. 22. 보건복지부 ‘건강보험요양급여비용의 내역’ 개정고시(제2016-179호)는 2017년의 경우 병원, 요양병원, 종합병원의 상대가치점수당 단가를 72.3원으로, 의원의 상대가치점수당 단가를 79.0원으로 정하고 있다.

35) 일정 항목에 대하여는 상급종합병원은 30%, 그 밖의 종합병원은 25%, 병원은 20%, 의원은 15%를 가산한다. 건강보험심사평가원 편, 『건강보험요양급여비용』 2016년 2월판, 2016, 35면.

36) 다만 「건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치점수」에 ‘전문병원 관리료’와 ‘전문병원 의료질지원금’ 제도가 신설되어 일정한 경우 전문병원의 각 의료행위에 상대가치점수를 가산해주는 제도가 시행 중이다.

37) 전문의의 수련 및 자격인정 등에 관한 규정 시행규칙 제6조 참조.

38) 이에 대하여 수련병원이 될 수 없는 상황을 고려하여 그 요건을 완화하거나 예외적으로

특히 논란이 많은 부분은 전문병원에 대한 가산율의 인정이다. 만일 전문병원이 전문화를 통하여 경쟁력을 강화하고자 하는 경영전략이라면, 전문병원 인증은 그러한 전문화의 질(質; quality)을 엄격하게 평가하여 의료소비자에게 정보를 전달하는 기능을 수행하여야 하고, 이를 위해서는 특별한 수준에 이른 전문병원에 한하여 인증을 하여야 한다. 그러한 수준에 이른 때에는, 우리와 같이 사실상 모든 의료기관이 요양기관으로 국민건강보험체제에 편입되어 수가(酬價)의 적용을 받는 상황에서는, 원가가 다르므로 상급종합병원에 종합병원보다, 종합병원에 병원보다 높은 가산율을 적용하는 것처럼 그 조직·시설·인력 및 서비스 수준에 상응하게 별도의 가산율을 적용함이 합리적이다. 일본에서 후생노동성 고시로 인정된 전문병원이 그러한 예에 해당한다. 그러나 전문병원 제도가 중소병원의 경영난 해소를 위하여 전문화를 유도하기 위한 장치라면, 인증은 쉽게 이루어져야 하는 반면 따로 가산율을 정할 근거는 약해진다.³⁹⁾

III. ‘전문’을 포함하는 의료광고

1. 전문병원 인증의 법적 성질과 보호근거

가. 전문병원 인증의 법적 성질

현행법상 전문병원 인증의 법적 효과는, 의료기관의 명칭과 명칭표시관 규제라는 이 글의 주제와는 무관한 좁은 영역을 제외하면, 인증 받은 사실과 인증 마크를 쓸 수 있다는 점에 한한다. 이는 사실 기관에 의한 인증이 행해지고 있기는 하나 전문병원이라는 점에 대하여 별도의 인증이 이루어지는 것은 아닌

과건근무 등을 할 수 있게 해주거나, 전공의를 배정하거나, 순환근무하게 하여야 한다는 견해로 이신호 외(주 12), 100면; 이용균 외(주 14), 98면 이하.

39) 이미 이러한 취지로 김운목 외(주 15), 95면. 오히려 그러한 수준에 이르지 못한 전문병원의 성행은 체계적으로 종합병원의 부담을 가중시킬 위험이 있고, 미국에서처럼 오히려 규제를 검토해야 할 대상이 될 수도 있다.

미국이나 아예 전문병원이 건강보험법상의 개념에 불과하고 전문병원이라는 점에 대한 별도의 인 증은 존재하지 아니하는 일본과 다르다.

어떻든 전문병원은 ‘특정 진료과목이나 특정 질환 등에 대하여 난이도가 높은 의료행위를 하는 병원으로’ 보건복지부 장관이 평가하여 지정한 것을 가리킨다(의료법 제3조의5). 지정은 의료소비자에게 보건복지부 장관 지정 전문병원이 특정 분야에서 신속하고 저렴하며 질 높은 서비스를 제공하리라는 기대를 불러일으켜,⁴⁰⁾ 해당 범주의 의료소비자를 전문병원으로 유인하는 효과를 의도한다. 이러한 점에서 전문병원 인 증은 보건복지부 장관이 의료서비스업의 품질보증업무를 수행하여 일정한 기준을 충족하였음을 증명하는 행위이고, ‘전문병원’ 표시 및 그 인 증 마크는 그와 같은 증명에 사용하는 표장에 해당한다. 상표법은 이러한 인 증 표시를 증명표장(certification mark)이라고 한다.

증명표장에 관하여는 일반적으로, 상표가 자신의 상품·서비스와 타인의 상품·서비스를 구별하는 출처표시기능을 중심으로 품질보증기능과 광고기능을 갖는 반면,⁴¹⁾ 증명표장은 출처표시기능은 없고 품질보증과 광고기능만을 갖는다고 설명된다.⁴²⁾ 그러나 증명표장이 되려면 독립된 제3의 증명표장권자가 존재하여야 하고(상표법 제2조 제1항 제4호, 제3조의3 제1항 단서 참조),⁴³⁾ 증명표장은 바로 그 증명표장권자가 품질 등을 증명하였음을 표시하므로, 서비스의 출처는 아니나 서비스의 품질 인 증의 출처를 표시하는 기능은 한다. 그리하여 증명표장에 대하여는 원칙적으로 상표에 적용되는 법리가 적용된다.⁴⁴⁾

40) 전문병원이 실제로 그러한 성과를 내고 있다는 주장으로, 황재문·서원식, “전문병원제도의 시행성과 분석”, 『대한경영학회 2014년 추계학술대회 자료집』, 2014. 11., 482면 이하. 또한 정홍대, “전문병원 도입효과와 정책과제 - 제1기 전문병원 조사연구를 통한 전문병원제도 활성화 방안 제시-”, KIHM(제4권 제1호), 2014. 1., 17면 이하 등. 대다수의 연구는 전문병원 근무자와 그 이용자의 주관적 만족도를 따는 방식으로 수행되었다.

41) 정상조·박준석, 『지식재산권법』 제3판, 2013, 566면. 그중 무엇이 가장 중요한 기능인지에 대하여는 논란이 있다.

42) 심미량, “상표법상 증명표장의 보호와 사용범위”, 경영법률(제23권 제3호), 2013. 4., 373면.

43) 심미량(주 42), 377면 이하; 정상조·박준석(주 41), 576면.

44) 다만 증명표장의 기능상 일정한 품질요건을 갖춘 자에 대하여는 증명표장을 사용하도록 반드시 허락할 의무가 있고(상표법 제23조 제1항 제8호), 그렇지 아니한 자에 대하여는 증명표장의 사용을 허락해서는 안 되며(상표법 제73조 제1항 제13호), 평가능력이 있음

나. 전문병원 인증의 보호근거

물론 상표법은 등록된 증명표장에 한하여 적용된다. 등록되지 아니한 상표는 주지·저명한 것일 때에 한하여 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률상 보호될 뿐이고(부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 제2조 제1호가. 다.목, 이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다), 상표가 아닌 증명표장의 경우 거짓의 원산지 표시나 품질에 관하여 오인하게 하는 표시(부정경쟁방지법 제2조 제1호 라. 바.목)를 쓴 경우에 한하여 보호될 뿐이다. 그러나 부정경쟁방지법상의 보호 외에 인증을 받지 아니한 자가 증명표장을 사용하여 소비자의 오인을 유발하는 경우 거짓·과장 표시·광고나 기만적 표시·광고로 규제될 수 있다(표시광고법 제3조 제1항 제1, 2호). 상표법이 부정경쟁방지법의 보호를 확장하여 주지·저명상표가 아닌 때에도 등록된 이상 일정한 보호를 주기 위한 법이고,⁴⁵⁾ 부정경쟁방지법이 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 불공정거래행위 및 그로부터 파생된 표시광고법상 부당 표시·광고 규제와 밀접한 관련이 있음에 비추어도 자연스러운 결론이다.⁴⁶⁾ 전문병원 인증 표시의 보호의 근거법률은 결국 부정경쟁방지법과 표시광고법이 된다.⁴⁷⁾

그럼에도 불구하고 거짓·과장 및 기만 여부 등을 판단함에 있어서는 상표법상 증명표장의 보호범위가 여전히 참고가 될 수 있다고 본다. 본래 광고는 그 자체 경쟁의 수단이자 표현의 자유의 보호 대상이므로, 불공정한 광고가 아닌 한 자유롭게 허용되어야 한다.⁴⁸⁾ 그런데 상표는 그러한 광고의 방법 중 하나를, 일반적인 위법성이나 주지성 유무를 따지지 아니하고 등록을 요건으로 특

을 증명하여야 증명표장으로 보호될 수 있다(상표법 제9조 제5항, 상표법 시행령 제1조의5 제2항 참조).

45) 정상조·박준석(주 41), 561~565면.

46) 박해식, “부당표시광고에 대한 규제-표시광고의공정화에관한법률을 중심으로-”, 재판자료(제87집), 2000, 640면 이하; 정호열, 『경제법』 전정 제5판, 2016, 368면. 미국에서도 표시광고규제와 부정경쟁행위, 상표법이 기본적으로 하나의 법(Lanham Act)의 규율대상으로 되어 있다.

47) 의료법상 의료광고에 대한 특별한 규제는 네거티브(negative) 방식으로 열거되어 있는데, 전문병원에 관한 규제는 포함하지 아니한다. 의료법 제56조 참조.

48) 의료광고에 대하여는 특히 앞의 주 1의 헌법재판소 결정. 또한 이동진(주 5), 178면 이하.

정인에게 독점시킨다. 정태적 효율성(static efficiency)을 다소 희생하더라도 상표를 발전시킬 기회를 줌으로써 동태적 효율성(dynamic efficiency)을 기하기 위함이다.⁴⁹⁾ 이 점에서 등록상표와 등록된 증명표장의 보호는 광고의 자유에 대한 제한의 한 끝에 있다고 할 수 있다. 전문병원 인증의 보호가 등록된 증명표장의 보호를 넘기 어려운 까닭이 여기에 있다. 전문병원 인증이 의료법에 따라 보건복지부장관이 하는 것인 이상 등록과 같은 절차적 요건을 따질 필요 없이 등록된 증명표장에 준하는 보호를 부여할 수도 있는 것이기도 하다.

미국의 연방거래위원회(Federal Trade Commission; FTC)도 인증 마크와 비슷한 마크를 권한 없이 사용하는 행위를 불공정거래행위로 규제하고 있다.

2. ‘전문’ 등이 포함된 의료광고와 전문병원 인증 표시의 보호

가. 전문병원 인증 표시 보호의 문제점

전문병원 인증 표시에서 어떤 부분이 표시 및 광고의 맥락에서 보호되어야 하는가 하는 점에서는 무엇보다도 식별력 내지 특별현저성이 문제가 된다.

어떤 상표가 상표법상 보호되기 위해서는, 절차적 요건으로서 등록을 제외하더라도, 실체적 요건으로서 사용의사와 식별력(distinctiveness) 내지 특별현저성이 있어야 한다. 이미 주지·저명할 필요까지는 없다. 그중 식별력이 요구되는 것은 식별력이 있어야 출처표시기능을 수행할 수 있어 수요자의 혼동을 방지할 수 있을 뿐 아니라, 식별력이 없는 상표를 보호대상에서 제외하여야 경쟁업자도 자신의 상품을 설명하는 데 그러한 표현을 자유롭게 사용할 수 있기 때문이다(경쟁과 표현의 자유).⁵⁰⁾ 어느 정도여야 식별력이 있는가 하는 기준은 통상의 상표와 증명표장에서 다르지 아니하다.⁵¹⁾ 상표법의 배후에 있는

49) 정상조·박준석(주 41), 563, 10~11면.

50) 정상조·박준석(주 41), 585면 이하.

51) 양자의 식별력 기준을 달리 볼 만한 근거가 없다. 영국에서도 그와 같이 해석한다. 다만 증명표장의 식별력 기준을 낮게 보는 입법례도 있다. 조경희, “미국 증명표장제도와 일본의 관련제도(상표제도, 인증제도)에 대한 고찰”, 지식재산연구(제4권 제2호), 2009. 6.

이와 같은 이익형량은 법에 의하여 인정된 인증 표시에 대하여도 타당하다.

이러한 관점에서 ‘전문병원’ 및 그 일부로서 ‘전문’이라는 표시는 그것만으로는 식별력이 거의 없다. ‘병원’은 의료기관 중 입원환자(inpatient)를 진료하는 것을 목적으로 하고 병상(bed)을 확보하고 있는 것을 가리키는 기술적 표시이고, ‘...전문’은 그 앞에서 지시한 분야에 특화되어 있음을 뜻하는 기술적 표시이다. 양자를 결합하여도 특별한 식별력이 생기지 아니한다. 2009년 의료법 개정 전에도 이미 특정 분야에 특화되어 있는 (사실상의) 전문병원이 있었고, ‘전문’과 ‘병원’ 두 단어의 결합은 매우 자연스럽게 그러한 병원 일반을 가리키는 것으로 이해된다. 실제로 병원경영전략과 전문병원 제도 도입에 관한 국내외의 다수의 문헌도 ‘전문병원’을 그러한 의미로 사용해왔다. 2009년 의료법 개정 이후 지금까지 ‘전문’ 또는 ‘전문병원’에 사용에 의하여 식별력이 취득되었다고 보기도 어렵다.⁵²⁾ 식별력을 가지는 것은 인증 표시 중 ‘보건복지부지정’ 부분과 <그림 2-1>의 인증 마크이다.⁵³⁾ 실제로 보건복지부장관 지정 전문병원은 ‘보건복지부지정 ○○전문병원’과 <그림 2-1>의 인증 마크를 쓰는 것이 보통이고, 단지 ‘전문병원’이라고만 표시하는 예는 드물다. 단지 ‘○○전문병원’이라고만 하는 경우 그 분야에 특화되었다는 사실을 전달하는 외에 조직·시설·인력·서비스의 질(質; quality)에 대하여 어떤 특별한 증명을 받았다고 수요자, 즉 의료소비자가 인식할 수 있을지도 의문이다. 의료기관의 명칭 자체에 쓰는 경우가 아닌 명칭표시판에 병기하는 경우 법규상 이미 ‘전문병원’임이 아닌 ‘보건복지부장관으로부터 전문병원으로 지정받았음’을 표시하게 되어 있음은 앞서 보았다.

그러므로 보건복지부장관으로부터 전문병원으로 지정받지 아니한 병·의원

101면 이하; 이수미·김경진, “증명표장 제도의 효율적 도입을 위한 영국의 증명표장 제도 검토”, 인하대 법학연구(제13집 제1호), 2010. 4., 72면 참조.

52) ‘전문병원’에 대한 홍보강화가 계속하여 과제로 지적되고 있다는 점이 이를 반증한다. 가령 정홍태(주 40), 22~23면.

53) 역시 ‘보건복지부지정’이라는 글귀가 적혀 있다. 법상으로는 둘 다 보건복지부장관 지정이 맞으나, 인증 표시와 인증마크는 대개 ‘보건복지부지정’으로 되어 있다.

이 광고 등에서 ‘전문병원’이나 ‘전문’을 썼다 하여 지정받은 전문병원의 전문병원의 인증 표시에 대한 권리를⁵⁴⁾ 침해한다고 할 수 없다. 부정경쟁방지법이나 표시광고법은 오인혼동 우려가 있는 표시의 사용이나 거짓·과장 및 기만적 표시광고를 금지할 뿐이고, 거짓·과장 및 기만적 표시광고의 판단기준은 결국 오인을 야기하는지 여부에 달려 있다.⁵⁵⁾ ‘보건복지부(장관)지정’이나 <그림 2-1>의 인증 마크 또는 그와 비슷한 표현이나 도형을 전혀 쓰지 아니한 채 ‘전문’ 내지 ‘전문병원’이라는 표현만 사용한 경우 수요자들이 보건복지부장관이 지정, 즉 인증한 의료법 제3조의5의 전문병원이라고 오인할 것으로 여겨지는 아니한다. 표시광고법상 오인혼동의 우려의 유무는 전체적 인상을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고,⁵⁶⁾ 부정경쟁방지법과 표시광고법상 오인혼동의 우려 내지 증명표장권 침해 여부도 일반 수요자나 거래자의 입장에서 전체적·직관적 인식을 기준으로 판단하여야 하며, 특히 수요자의 주의를 끌고 식별력을 갖춘 부분, 즉 중요한 부분(要部)이 있으면 그 부분이 동일 또는 유사한지 여부를 중요하게 고려하여야 하는데,⁵⁷⁾ 전문병원 표시에서 이러한 의미의 요부는 오히려 ‘보건복지부지정’이기 때문이다. 단지 ‘보건복지부지정 ○○ 전문병원’이나 그와 비슷한 표시를 사용하는 행위 또는 <그림 2-1>에서와 같은 인증 마크나 그와 비슷한 마크를 사용하는 행위가 그 자체 전문병원의 인증 표시 등에 대한 권리를 침해하는 것이자 부정경쟁행위 또는 불공정 광고행위로 금지될 뿐이다.⁵⁸⁾

54) 상표법상 증명표장권은 증명표장권자의 권리이므로, 증명표장권자가 침해금지 및 손해배상청구를 할 수 있다. 그러나 적어도 증명표장권자로부터 이용허락을 받은 자가 증명표장권자의 침해금지청구권을 대위(민법 제404조)행사할 수는 있을 것이다.

55) 박해식(주 46), 645면 이하.

56) 박해식(주 46), 657면 이하.

57) 정상조·박준석(주 41), 664면 이하, 712면.

58) 증명표장의 경우에는 증명 및 증명을 위한 시험·검사와 관리·감독행위 이외에 허락 없이 증명대상이 되는 상품 또는 서비스에 상업상 사용하는 행위도 금지되는 ‘사용’에 해당한다고 보아야 한다. 심미랑(주 42), 400면.

나. 대한의사협회의 의료광고심의기준

의료광고에 대하여는 표시광고법 외에 의료법 제56조가 중복하여 적용된다. 의료법 제67조 제1항, 제56조 제6항도 이를 전제한다. 실체적 관점에서 두 규제의 내용은 대부분 일치하나⁵⁹⁾ 의료법은 그밖에 절차적 규제로 광고사전심의제를 덧붙이고 있다(의료법 제46조 제2항 제9호, 제46조의2). 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정으로 필수적 사전심의는 위헌·무효가 되었으나 임의적 사전심의는 여전히 가능하고, 또 실제로 행해지고 있다.

그런데 위 사전심의를 이용되고 있는 대한의사협회 의료광고심의기준은 “환자를 현혹할 수 있는 ... ‘전문’, ‘특화’, ‘특성화’ 등의 문구는 허용되지 않는다”고 한다.⁶⁰⁾ 그러나 의문이다.

먼저, ‘전문’, ‘특화’, ‘특성화’ 등의 표현이 그 자체 환자를 현혹한다고 할 수는 없다. 만일 위와 같은 표현이 그 자체 수요자의 오인을 유발하는 성격을 갖고 있다면 ‘전문병원’이라는 표시도 마찬가지로 마찬가지일 것이고, 따라서 폐기하여야 한다. 그러한 취지는 아닐 것이다.

다음, 전문병원으로 지정받지 아니한 의료기관이 ‘전문’을 내거는 것이 객관적 근거가 없어 거짓·과장 또는 기만적 광고가 되기 쉽다는 이해를 생각해볼 수 있을지 모른다. 그러나 이러한 이해도 설득력이 없다. 진료 및 연구실적으로 전문성에 대한 객관적 근거가 충분히 확보된 경우가 있을 수 있고, 그러한 경우에도 객관적 근거가 없다고 할 수는 없을 것이기 때문이다. 국가의 인증을 필수적으로 요구하는 것은 비례의 원칙(헌법 제37조 제2항)에 반하는 경쟁 및 표현의 자유의 제한이기 쉽고, 전문‘병원’은 있는데 전문‘의원’은 없어 의원급 의료기관은 위와 같은 ‘객관적 근거’를 마련하고자 하여도 그 방법이 없다는 점에서도 문제이다. 실제로 위 심의기준은 “○○○원장은 ○○○분야에서 많은 연구 및 발표를 하고 있다”거나 “A병원 유방암 수술 3000건”과 같은 광고를 허용

59) 이동진(주 5), 189면 이하.

60) 대한의사협회 의료광고심의위원회 심의기준(2014), 31면.

하고, 특정 치료나 기술을 광고하는 것도 - 그것이 공인된 것이고 부작용도 함께 알리는 한 - 허용하는데,⁶¹⁾ 이는 전문성을 광고하는 것이 가능함을 뜻한다. 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정이 ‘특정 의료기관의 기능·진료방법’에 대한 광고의 금지가 위헌이라고 한 점도 이에 부합한다. ‘특정 의료기관의 기능·진료방법’에 대한 광고는 특정 의료기관이 ‘전문’인 기능·진료방법에 다름 아니기 때문이다.

그러므로 위 규제는 단지 ‘전문’, ‘특화’, ‘첨단’이라는 특정 어휘의 사용을 금지하는 취지로 이해할 수밖에 없다. 위와 같은 표현이 특히 소비자를 현혹하거나 보건복지부장관이 지정한 전문병원이라는 오인을 야기하는 것이 아닌 이상, 이러한 심의기준이 의료소비자를 보호하는 기능을 하지는 못한다. 물론 위와 같은 어휘를 사용하지 아니하고도 특정 분야에 전문이라는 점을 광고할 방법이 있는 한 전문병원으로 지정받지 아니하였거나 지정받을 수 없는 병·의원이 ‘특정 의료기관의 기능·진료방법’과 그 전문성을 광고할 길이 막혀 있는 것은 아니다. 이 점에서 위 심의기준은 부당한 광고제한이지만⁶²⁾ 보통의 의료광고에 관한 한 반드시 그 폐해가 크다고 할 수는 없을지도 모른다. 그러나 인터넷검색광고의 경우는 그러하지 아니하다.

IV. ‘전문’이나 질환명을 포함하는 키워드검색광고

1. 인터넷검색광고에 대한 광고법상 규제 일반

가. 검색엔진, 검색서비스, 키워드검색광고

인터넷(Internet)은 일정한 공통의 통신 프로토콜(TCP/IP)을 이용해 복수

61) 대한의사협회(주 60), 27면, 31면 이하.

62) 표시광고법은 불공정한 광고행위 이외에 사업자단체의 부당한 광고제한도 금지하고 있다. 표시광고법 제3조 제1항, 제6조 제1항 본문, 제14조 제2항, 제14조의2 제2항. 그리고 대한의사협회는 사업자단체에 해당한다. 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결 참조.

의 컴퓨터 사이에 정보를 주고받는 네트워크(network)이다. 주고받을 수 있는 정보에는 별다른 제한이 없어 웹페이지(webpage)를 만들어 보여주거나 이용하게 할 수도 있고, 실제로 널리 통용되는 규약인 하이퍼텍스트 전송프로토콜(HTTP)을 사용하여 웹페이지를 만들어 특정인 또는 공중(公衆)에게 개방하는 예가 많다.

웹페이지를 개설·운영하는 목적은 매우 다양하다. 그러나 특히 비즈니스 영역에서는 광고·홍보를 위하여 웹페이지를 개설·운영하는 예가 많다. 의료영역에서도 그러하다. 오늘날 상당수의 의원과 대다수의 병원은 웹페이지를 개설하여 그 병·의원에 관한 정보를 제공하고 그 병·의원을 홍보한다. 위 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정에서도 한 안과의원이 LASSIK 수술 사진을 웹페이지에, 물론 광고 목적으로, 게시한 것이 문제되었다. 웹페이지는 건물 외벽 현수막, 버스·지하철 등의 내·외부, 전화번호부, 일간지 등에 끼워져 있는 홍보전단지과 함께 병·의원 광고의 가장 대표적인 수단에 해당한다. 웹페이지상의 광고에 대하여는 위 II.에서 본 법리가 그대로 적용된다.

문제는 수요자가 웹페이지를 방문하기 위해서는 그 웹페이지의 주소를 알아야 하는데, 광고를 하려는 웹페이지의 운영주체로서는 웹페이지의 내용보다도 더 각인시키기 어려운 일련의 숫자를 알려야 한다는 점이다. 그리하여 검색엔진(search engine) 서비스가 발달하게 되었다. 네이버(naver.com), 다음(daum.net), 구글(google.co.kr) 등이 제공하는 검색엔진 서비스는 월드와이드웹(worldwide web; www)에서 이용자가 입력한 검색어에 해당하는 정보를 찾아서 화면에 보여주고, 대개는 링크(link)를 제공하여 클릭(click)만 하면 그 주소, 그 웹페이지로 갈 수 있게 해준다. 광고의 경우 수요자로서는 이러한 서비스를 통하여 원하는 정보가 있는 웹페이지를 찾아갈 수 있고, 공급자로서도 검색엔진의 검색결과 값에 노출됨으로써 수요자를 자기 영업에 대한 광고·홍보가 있는 자신의 웹페이지로 끌어들이 수 있다.

그런데 오늘날 상당수의 검색어는 매우 많은 수의 검색결과 값으로 나타나고 있다. 예컨대 서울 시내 치과를 주요 검색엔진에서 검색하면 서울 시내 치과

의 웹페이지뿐 아니라 이용자가 사설 블로그(blog) 등에 쓴 이용후기, 근래의 관련 뉴스나 연구결과 소개 등 다양한 정보가 뒤섞여 나오게 마련이다. 너무 많은 정보가 한꺼번에 나오기 때문에 오히려 무의미해진다.

그리하여 검색엔진 서비스를 제공하는 사업자는 키워드검색광고(keyword search ads)라는 상품을 판매하고 있다. 이는 검색결과 값을 노출시킬 때 이용자가 좀 더 주목할 만한 위치와 순서에 자신에 관한 정보를 노출시키기를 원하는 광고주로부터 일정한 대가를 받고 그 위치와 순서를 할당해주는 서비스로서, 맞춤형 광고로서 큰 의미가 있다.⁶³⁾ 검색엔진 서비스 사업자는 정해진 검색어(keyword)를 경매에 붙이고, 광고주는 원하는 검색어에 대하여 자신이 제시한 가격 조건에 따라 서로 다른 시간, 상황, 순위로 검색될 기회를 얻는다.⁶⁴⁾ 오늘날 검색엔진 서비스 사업자의 수익 중 가장 큰 비중을 차지하는 것이 키워드검색광고 판매수익이다.

나. 키워드검색광고의 광고법상 규제 일반

키워드검색광고와 관련하여서는 여러 가지 법적 쟁점이 제기되고 있는데, 광고법상 규제도 그 한 예이다.⁶⁵⁾ 키워드검색광고에 대한 광고법상 규제에서는 크게 두 가지가 문제된다.

첫째, 검색어의 사용 자체가 광고에 해당하는가 하는 점이다. 광고주가 운영하는 웹페이지가 광고임은 분명하다. 검색결과 값으로 나타나는 초기제목, 광고주가 운영하는 웹페이지(보통 랜딩 landing 사이트라고 한다)의 URL (Uniform Resource Locator) 주소 및 설명문도 광고주가 검색광고를 구매할

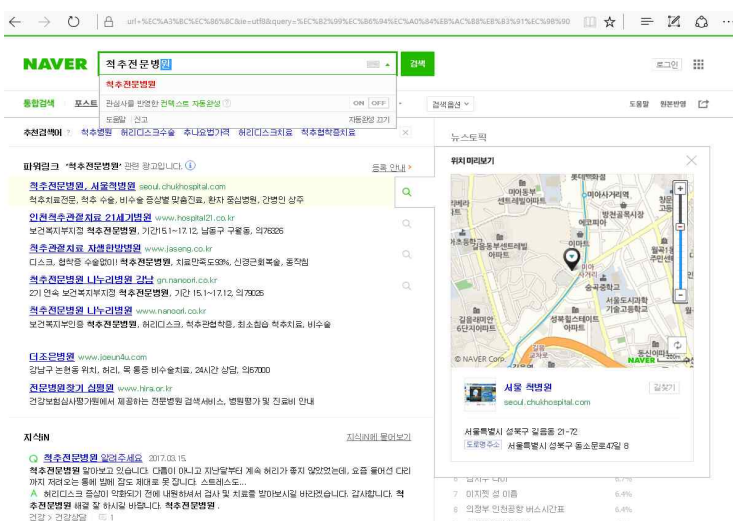
63) 김윤명, “포털서비스의 법률 문제에 관한 개략적 고찰”, 디지털재산법연구(제4권 제1호), 2005. 12., 200~201면; 유대중, “검색광고의 법적 문제”, 『정상조 편 Entertainment Law』, 2007, 546면.

64) 포털 서비스 사업에서 검색광고의 성장배경과 비중에 대하여는 이병규, “인터넷 검색광고의 법적 제문제-규제방안 재정립을 중심으로-”, 성균관법학(제28권 제3호), 2016. 9., 348면 이하.

65) 이병준, “인터넷 검색서비스와 법률문제”, 남효순·정상조 공편 『인터넷과 법률 III』, 2010, 227면 이하.

때 함께 제공하여 검색결과에서 나타나는 것으로 광고라고 봄이 상당할 것이다.⁶⁶⁾ 그러나 랜딩 사이트나 초기제목, URL, 설명문에는 거짓·과장 광고나 기만적인 광고가 없으나 검색어 자체가 광고법상 문제되는 경우가 있을 수 있다. 검색어에 대하여 검색엔진 서비스 사업자와 광고주가 광고법상 책임을 지는지는 이 부분이 광고인지에 달려 있다.

둘째, 검색광고 서비스를 제공한 검색엔진 서비스 사업자가 그 결과 링크된 웹페이지 등의 광고에 대하여 책임을 지는가 하는 점이다. 앞서 본 검색어나 초기제목, 랜딩 사이트의 주소 및 검색결과 페이지에 나타나는 설명문은 광고주의 요청에 따라 검색엔진 서비스 사업자가 게시한 것이지만, 랜딩 사이트, 즉 광고주가 운영하는 웹페이지는 링크(link)된 것에 불과하므로 논란의 소지가 있다.



<그림 4-1> 키워드검색광고 검색결과 화면: 초기제목, URL 주소, 설명문을 볼 수 있다.

66) 이병규(주 64), 362면. 또한 황창근, “새로운 유형의 인터넷광고 시장 발전을 위한 이용자 보호 정책과제”, 『국회 정책세미나 자료집』, 2015. 8. 27., 28면.

두 번째 쟁점에 관하여는 인터넷 또는 온라인 서비스 제공자(ISP/OSP)의 책임에 관한 일반 법리가 참고가 된다.⁶⁷⁾ 검색엔진 서비스 사업자는 키워드검색광고를 판매하는 과정에서 초기제목, 랜딩 사이트의 주소 및 설명문을 접수하게 마련이므로 그 과정에서 그 합법성을 검토할 기회가 있고, 이 단계에서 랜딩 사이트의 내용을 검토하는 것도 가능하다. 나아가 키워드검색광고로 일정한 수익을 거두고 있다. 부당 광고를 검색결과 값으로 위에 노출시키는 경우 그로 인하여 피해가 확대될 것이므로 키워드검색광고가 부당 광고에 기여하는 측면이 있음도 부정하기 어렵다. 그러나 직접적 행위자, 즉 광고주 이외에 그의 불법행위를 막지 아니한 점에 대하여 게이트키퍼(gatekeeper)에게 제2차적 책임을 지울 것인지 여부는 여러 사정을 형량하여 판단하여야 한다. 키워드검색광고의 가격이 반드시 비싸지는 않고, 검색광고의 대상이 되는 키워드의 수가 매우 많으며, 그 키워드로 검색되는 개개의 광고도 매우 많다는 점, 부당 광고인지 여부가 늘 확인하기 쉬운 것은 아니라는 점, 검색 서비스에는 그 자체 이용자에게 정보를 효율적으로 제공하는 측면이 있다는 점을 함께 고려하여 검색엔진 서비스 사업자에게 사전 검토를 요구할 수 있는지, 요구한다면 어떤 경우에 그러한지 및 사후 계속 감시를 요구할 수 있는지를⁶⁸⁾ 가려야 할 것이

67) 일반적으로 권영준, “인터넷상에서 행해진 제3자의 불법행위에 대한 온라인서비스제공자의 책임”, 남효순·정상조 공편 『인터넷과 법률』, 2002, 541면 이하; 박준석, “온라인서비스제공자의 저작권 침해책임에 관한 한국에서의 입법 및 판례 분석”, Law & Technology(제7권 제4호), 2011. 7., 3면 이하. 판례는 저작권 및 상표권 침해, 명예훼손, 프라이버시(privacy) 침해 등 여러 영역에서 대체로 비슷한 기준을 제시하고 있다. 민·형사를 불문하고 방조책임으로 구성하고 있는데, 방조의 요건은 게시물 등이 불법성이 명백하고, 구체적·개별적 삭제요구를 받았거나 불법게시물의 존재를 인식하였거나 인식할 수 있음이 외관상 명백하며, 기술적·경제적으로 관리·통제가 가능한 경우에는 그에 따른 조치를 취하여야 한다는 것이다. 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결; 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결; 2009. 4. 16. 선고 2998다53812 전원합의체 판결; 2009. 5. 14. 선고 2008다75676 판결; 2010. 3. 11. 선고 2009다434 판결; 서울고등법원 2010. 5. 10.자 2009라1941 결정 등. 광고법에 대하여 이러한 기준을 적용한 것으로 이병준(주 65), 250면 이하.

68) 일반적으로는 부당 광고가 검색결과화면에 노출될 문구가 아닌 랜딩사이트에 있는 경우 및 최초의 랜딩사이트가 아닌 그 후 변경된 랜딩사이트에 있는 경우 책임요건이 점점 더 까다로워진다. 그러나 최초의 검색결과화면에 노출될 문구에 이미 부당 광고가 있다 하더라도 부당 광고가 문제되는 맥락이 다양하고 관련 법령과 권리자의 수도 매우 많다

다.⁶⁹⁾ 책임이 인정되는 경우 문제되는 책임에는 부당 광고에 대한 경쟁사업자의 손해배상청구(표시광고법 제10, 11조)⁷⁰⁾와 저작권·상표권·인격권을 침해한 광고에 대한 권리자의 손해배상 및 금지청구가 포함된다. 그러나 책임요건이 충족될 때에도 부당 광고에 대한 공정거래위원회의 중지명령(표시광고법 제7조 제1항 제1호)이 포함되는지는 분명하지 아니하다.⁷¹⁾

반면 첫 번째 쟁점의 경우 금지된 광고에 해당한다면 경쟁사업자나 권리자가 손해배상 및 금지청구를 할 수 있고, 공정거래위원회가 중지명령을 할 수 있게 될 가능성이 높지만,⁷²⁾ 이때 검색어 설정과 사용 자체가 ‘광고’에 해당하는지가 분명하지 아니하고 논란의 대상이 된다.

이러한 맥락에서 참고가 되는 것은 키워드검색광고가 상표권이나 이른바 퍼블리시티(publicity)권을⁷³⁾ 침해하는지 여부에 대한 논란이다. 예컨대 웹시콜라가 ‘코카콜라’를 키워드로 하는 검색광고를 구매한 경우 ‘코카콜라’라는

는 점에 비추어볼 때 범용 포털서비스 사업자가 부당 광고임을 어떠한 사정으로 인식하였거나 당연히 인식하였어야 할, 즉 명백한 부당 광고가 아닌 한 그에게 책임을 지우기는 쉽지 아니할 것이다.

69) Kühne, Haftung von Suchmaschinenbetreibern, 2012, S. 45 ff.

70) 불공정 광고행위에서 경쟁사업자에게 금지청구가 인정되는지에 대하여는 별도의 검토가 필요하다.

71) 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003두8296 판결은 표시광고법상 시정명령의 대상은 광고주뿐 아니라면서 포털 서비스 사업자는 광고주가 아니므로 허위과장광고에 대하여 포털 서비스 사업자에게 시정명령을 한 것은 위법하다고 한다. 이에 찬성하는 것으로 이병준(주 65), 267면. 소비자보호를 도외시하였다는 비판으로 나지원, “사이버몰 운영자의 표시광고법상 책임”, 「법률신문」 제3485호, 2006. 8. 28.

72) 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003두8296 판결은 “사이버몰 운영자가 입점업체의 광고행위에 대하여 입점업체와 공동으로 또는 입점업체와 독립하여 광고행위의 주체로서 행정적 책임을 지는지 여부는 사이버몰 운영자와 입점업체 사이의 거래약정의 내용, 사이버몰 운영자의 사이버몰 이용약관의 내용, 문제된 광고에 관하여 사이버몰 운영자와 입점업체가 수행한 역할과 관여 정도, 광고의 구체적 내용은 물론 광고행위의 주체에 대한 소비자의 오인가능성 등을 종합하여” 판단하여야 한다고 하는데, 이와 같은 기준에 의한다면 검색어와 초기제목, 설명문 등에 대하여는 검색엔진 서비스 사업자도 공동광고주라고 볼 소지가 다분하다. 중지명령은 손해배상과 달리 주의의무 위반이나 과실은 요하지 아니한다는 점도 참조.

73) 퍼블리시티권이 우리 법상 독자적인 권리인지 여부와 그 성격에 대하여는 논란이 있으나, 이 글에서는 상론(詳論)하지 아니한다. 어느 견해를 따르더라도 이하의 논의에 영향을 주지는 아니한다.

타인의 상표를 사용한 것인가, 그리하여 상표권 침해가 인정되는 것인가, 유명 연예인이 드라마에서 입고 나와 화제가 된 스카프에 관하여 그 연예인과 아무런 계약관계 없이 그 연예인의 이름을 키워드로 하는 검색광고를 구매하여 광고한 경우 그 연예인의 성명권 내지 퍼블리시티권을 침해한 것인가.

학설상으로는 크게 두 가지 접근이 이루어지고 있다. 하나는 이러한 경우를 아예 상표사용 내지 퍼블리시티권의 행사의 범주에서 제외하는 것이다. 키워드검색광고에서 검색어는 일정한 프로파일(profile)에 해당하는 잠재적 수요자를 찾아내는 역할을 한다. ‘코카콜라’라는 검색어를 입력한 사람 중에는 콜라 일반에 대한 관심을 가진 사람이 상당수 있을 것이고, 특정 연예인의 이름으로 검색한 사람 중에는 그 연예인이 하고 나온 상품에 관한 정보를 원하는 사람이 있을 것이다. 검색결과 값 화면에서 펍시콜라가 스스로 ‘코카콜라’인 척하지 아니하고 스카프 판매업자가 그 연예인이 보증하거나 그 연예인과 어떤 관계가 있는 상품인 척하지 아니하는 한 ‘코카콜라’는 상품표지로 이용된 것이 아니고 연예인의 이름은 퍼블리시티권을 행사하는 데 쓰인 것이 아니라는 접근이다. 다른 하나는 이러한 경우에도 상표사용 내지 퍼블리시티권의 행사에 포함된다고 보되, 상표권 또는 퍼블리시티권 침해 여부 판단에서 실질적으로 출처혼동위험이 있는지, 퍼블리시티권의 상업적 가치를 침해한 것인지 여부를 따지는 접근이다. 비교법적으로도 두 접근 모두가 나타나고 있다.⁷⁴⁾

그런데 어느 견해를 취하든 실제에 있어서 상표권이나 퍼블리시티권을 침해하였다고 판단된 예는 찾아보기 어렵다. ‘코카콜라’로 검색하였을 때 ‘펍시콜라’가 함께 나온다 하여 이용자가 ‘펍시콜라’가 ‘코카콜라’의 일종이라고 혼동할 가능성은 크지 아니하다. 이용자로서는 ‘콜라’ 일반에 관심이 있었으나

74) 학설과 비교법을 포함하여, 박준석, “인터넷상 ‘상표의 사용’ 개념 및 그 지위-검색광고 등 인터넷 광고에 대한 해외의 논의를 중심으로-”, 법조(제651호), 2010. 12., 114면 이하; 박영규, “키워드(keyword) 광고의 상표법적, 경쟁법적 문제-유럽에서의 논의를 중심으로-”, 산업재산권(제34호), 2011. 4., 357면 이하; 권태상, “키워드 검색광고와 퍼블리시티권, 성명권-서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006219 판결-”, 이화여대 법학논집(제20권 제3호), 2016. 3., 357면 이하 참조.

의도적으로 또는 우연히 ‘코카콜라’라는 특정 상표를 입력하였을 수 있는데, 이때 ‘펩시콜라’가 함께 노출되는 것은 출처나 그에 따른 품질을 혼동시키지 아니하고 오히려 최적의 정보를 낮은 비용에 제공하는 결과가 된다. 이용자가 ‘코카콜라’만을 의도하고 ‘코카콜라’로 검색하였으나 ‘펩시콜라’가 함께 또는 더 우선하여 나왔고, 그 결과 그것이 ‘코카콜라’가 아님을 알면서도 마음을 바꾸어 ‘펩시콜라’를 선택하게 되었다면, 평소 그 이용자에게 상표를 각인시키기 위하여 노력해온 ‘코카콜라’로서는 광고투자의 가치 중 일부를 빼앗겼다고 여길 수 있다. 그러나 비교광고도 부당하지 아니한 이상 허용되는 한(표시광고법 제3조 제1항 제3호) ‘코카콜라’의 이러한 기대가 법적으로 보호되기는 어렵다.⁷⁵⁾ 결국 이러한 경우를 사용 내지 행사로 볼 것인가 하는 점은, 상표사용 단계에서부터 배척하여 침해판단에 나아갈 필요가 없게 할 것인지, 아니면 상표사용은 인정하고 침해판단에서 이를 통제함으로써 혹 있을지도 모르는, 정말로 ‘펩시콜라’가 ‘코카콜라’와 출처혼동이 일어나거나 기타 품질보증 및 광고기능을 중대하게 해하는 사안유형을 포섭할 것인지의 문제에 불과하고 대개의 사안에서 책임은 결국 부정되는 것이다. 아직 우리 판례의 입장은 분명하다고 할 수 없고, 사안별 접근에 머무르고 있으나 대체로 사용 내지 행사 자체를 부정하는 방식으로 해결하는 경향이다.⁷⁶⁾

광고법상의 책임에 대하여도 대체로 같은 접근을 할 수 있다.⁷⁷⁾ 키워드검색 광고에서 타인의 상표나 유명인의 성명·예명 등을 검색어로 쓰는 것이 그의 상표권이나 퍼블리시티권 침해가 되지 아니하는 까닭은 바로 그것이 광고도 아닌 그 전 단계, 즉 광고로의 유인을 위하여 쓰인 것이기 때문이다. 여기에서

75) 정상조·박준석(주 41), 667면.

76) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도1424 판결; 서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2008라618 결정; 2009. 10. 22. 선고 2009노300 판결; 2015. 1. 30. 선고 2014나2006219 판결. 그러나 사용을 긍정한 예도 있다. 대법원 2010. 9. 30. 선고 2009도12238 판결. 상표권 침해에 관하여는 그렇게 볼 만한 나름의 이유가 있다. 우리 상표법이 비교광고를 공정사용(fair use)의 항변의 대상으로 규정하지 아니하고 있어, ‘사용’을 넓게 잡으면 비교광고조차 상표권 침해가 되는 것을 피하기 어려워지기 때문이다. 박준석(주 74), 161~163면 참조.

77) Kühne(주 69), S. 122 ff.

키워드는 경쟁자의 상품을 찾는 잠재적 수요자 앞에 나타나 적극적으로 자기의 상품도 보라고, 경우에 따라서는 그 수요자에게 귀찮게, 그 결과 때로는 경쟁자에게 불리하게, 그 앞에서 흔드는 것과 같다.⁷⁸⁾ ‘사용’ 자체를 부정하는 종래의 접근은 결국 이러한 행위는 원칙적으로 어떤 표현행위가 아니라는 인식을 보여준다. 광고법은 광고의 내용과 표현을 규제한다. 광고가 아닌 광고에의 유인에 대하여는, 원칙적으로는, 적용될 수 없다.

2. 보건복지부 전문병원 광고관련 가이드라인

보건복지부 전문병원 광고관련 가이드라인은 인터넷 검색엔진의 검색창에 ‘전문’, ‘특화’, ‘첨단’ 또는 특정 질환명, 신체부위, 시술명 등으로 검색하는 경우 결과 값에 전문병원 지정을 받지 아니한 의료기관이 노출되는 것을 금지하고 있다.

그러나 그 타당성은 매우 의심스럽다.

전문병원 인증의 요부(要部)는 앞서 언급한 바와 같이 ‘보건복지부(장관)지정’이다. 인터넷 검색창에 ‘전문’이나 ‘전문병원’을 넣어 검색하는 이용자가 다름 아닌 ‘보건복지부(장관)지정’ 전문병원을 찾고자 하는 의도였다면, 검색결과 값에서 ‘보건복지부(장관)지정 ○○전문병원’임이 명시되어 있는 경우와 그렇지 아니한 경우를 구별할 수 있게 마련이다. 그러므로 전문병원 지정을 받지 아니한 의료기관이 단지 ‘전문’ 내지 ‘...전문 ○○병원’과 같은 표현을 쓴 경우가 함께 검색결과 값으로 노출된다 하더라도 원하는 결과를 골라낼 수 있고, 인증 표시 혼동위험은 존재하지 아니한다. 굳이 불필요한 검색결과를 보고 싶지 않다면 검색창에 몇 글자를 더 넣으면 된다. 가령 ‘보건복지부지정’과 ‘전문병원’을 둘 다 넣으면 보건복지부의 지정을 받지 아니한 병·의원을 검색결과 값에서 더 잘 걸러낼 수 있을 것이다. 나아가 수요자, 즉 이용자가 보건복지부(장관)지정 전문병원과 그러한 지정을 받지 아니하고 특정 분야에 전문적임을

78) 박준석(주 74), 123면 각주 23의 비유 참조.

내거는 병·의원을 구별할 수 있는 한 두 병·의원을 함께 모두 노출시킬 만한 상당한 이익도 존재한다. 보건복지부(장관)의 지정을 받지 아니한 병·의원도 보건복지부(장관)의 지정을 받은 전문병원보다 더 전문성을 확보하는 경우가 있을 수 있고, 객관적 근거를 갖추어 적절한 비교광고를 할 이익이 있을 수 있기 때문이다.

잠재적 이용자 내지 수요자가 보건복지부(장관)지정 전문병원 제도를 알지 못하고 검색결과 값 내에 지정을 받은 전문병원과 지정받지 아니한 전문병원이 각각 표시되어 있어도 양자의 차이에 주의를 기울이지 아니하는 경우는 어떠한가. 이때 이용자 내지 수요자는 ‘전문’ 내지 ‘전문병원’을 입력하면서 보건복지부(장관)지정 전문병원을 찾고자 한 것이 아니라 사실상의 의미에서 특정 진료과목이나 특정 질환에 전문적인 병·의원을 찾고자 한 것이므로, 양자 모두 검색되는 것이 이용자의 의도에 부합한다. 그는 보건복지부장관 지정 전문병원 제도를 알지 못하므로 지정을 받지 아니한 병·의원이 보건복지부장관의 인증을 받아 일정 조직·시설·인력 및 서비스의 질을 갖추었다는 기대도 갖지 아니할 것이고 따라서 그러한 기대가 배반되거나 인증 표시의 품질보증 및 광고기능이 해해지지도 아니한다. 이용자가 ‘전문’이라는 표현에서 공적 인증을 기대하지 아니하는 한 소비자 보호가 해쳐지지도 아니한다.

그럼에도 불구하고 ‘전문’이나 ‘특화’, ‘첨단’ 또는 특정 질환명, 신체부위, 시술명을 검색어로 하는 검색광고를 전문병원에 한하여 허용하면 전문병원으로 지정받지 못한 병·의원은 전문분야의 광고라는 중요한 경쟁수단을 별다른 합리적 근거 없이 크게 제한 당하게 된다. 의원급 의료기관도 전문화를 할 수 있고 실제로 하는 경우가 적지 아니하며⁷⁹⁾ 이러한 일은 의료법상 전혀 부정적으로 평가되고 있지 아니하다. 병원급 의료기관도 같다. 특히 병원급 의료기관이

79) 예컨대 일반외과의원 중 상당수는 대장항문 또는 하지정맥류 등 특정 분야에 집중하고 있고 그 사실을 명칭 등에서 암시하거나 게시하는 방법으로 공공연히 내세운다. 내과도 신장투석 등에 집중하는 예가 있다. 네트워크 병·의원도 디스크치료, 임플란트치료, 불임치료 등 특정 분야에 특화되어 있다.

전문병원으로 지정받으려면 조직·시설·인력 및 특정 질환자의 비율 등에서 일정한 양적 기준을 충족하고 나아가 그 분야 서비스에서 일정한 질적 기준도 충족하여야 한다. 이는 인증받기 전부터 그러한 방향으로 병원을 운영하여야 함을 뜻한다. 즉, 전문병원 지정이 없더라도 병·의원은 사실상 전문화할 수 있고, 이는 우리 법이 이미 예정한 바라는 것이다. 그런데 특정 전문과목의 영역에서 일반적인 서비스를 제공하는 병·의원이 간판, 현수막, 버스광고, 일간지에 끼워 넣은 전단지 등으로 일정한 지리적 범위의 사람들에게 평상시에 각인 되면 족한 것과 달리, 특정 질환이나 시술에 사실상 전문화된 병·의원은 일정한 지리적 범위에 국한되지 아니하고 보다 넓은 범위의, 바로 그 질환이나 그 시술이 문제되는 사람들을 수요자로 한다. 이러한 수요자는 진단을 받거나 특정 시술을 알게 된 뒤 비로소 그러한 분야에 특화된 병·의원을 찾아 나서게 마련이고, 오늘날 그 가장 대표적인 수단이 키워드검색이다. 그런데 키워드검색은 대개의 경우⁸⁰⁾ 이용자가 자신의 일상적인 언어사용에 비추어 상식적으로 적합한 검색어를 넣고, 검색엔진 서비스 제공자(무료 검색결과인 경우) 또는 키워드검색광고를 구매한 광고주는 무엇이 그러한 검색어인지를 예측하여 그 검색어에 가장 적합한 웹페이지를 연결시켜주므로, 이용자가 특정 제도와 무관하게 매우 일반적으로 쓰고 있고 또 떠올릴 수 있는 ‘전문’과 같은 단어를 키워드로 사용하지 못하게 하는 것은 전문병원 이외의 전문화된 병·의원에게 이용자가 접근할 기회를 사실상 차단하는 결과가 된다. 가령 위와 같은 규제를 아는 이용자라면 ‘의원’, ‘특수’, ‘시술’과 같은 검색어를 이용하여 검색엔진에서 전문병원으로 지정받지 아니하였으나 특정 시술에 특화되어 있는 의료기관을 찾을 수 있다. 그러나 위와 같은 규제를 알지 못하는 이용자라면 ‘전문’을 더 먼저 떠올릴 가능성이 높고, 그 결과에서 전문병원으로 지정받지 아니한 병·의원이 - 전문성을 표방하고 있는지 여부를 불문하고 - 모두 제외되었다는 점 또한 알 수 없는데, 그러한 검색결과는 그에겐 매우 뜻밖의 것이다. 결국 위 규

80) 검색 노하우가 많은 이용자는 독특하나 그렇기 때문에 오히려 목적에 매우 부합하는 검색어를 쓸 수 있다.

제는 광고에 노출된 소비자를 보호하는 것이 아니라 액세스(access)를 선별적으로 허용함으로써 보건복지부장관의 지정을 받은 전문병원이 아닌 전문화된 병·의원의 경쟁수단을 빼앗고 소비자에게는 알 권리를 빼앗는 방식으로 작동한다. 위 가이드라인은 법적 근거가 없고, 반경쟁적이며, 의료소비자의 보호에도 기여하지 못한다. 폐지되어야 할 것이다.

V. 결론

왜 이런 일이 생겼을까.

만일 전문화, 즉 선택과 집중이 효율성을 제고한다면 비용절감 등으로 중소병원의 경영난 해소에 도움이 되고, 나아가 제3자 진료기관에의 집중을 완화하여 의료전달체계를 개선하는데 도움이 되었을 것이다. 그러나 이는 전문화가 그 자체 효율성을 제고하여야 가능한 일이다. 그리고 우리나라 정도의 시장에서 이를 위해 별도의 인증 제도가 필요하지는 아니하다. 이미 전문병원 제도가 도입되기 전부터, 실제 의료 서비스의 질이 높은지 여부는 별론-차병원은 불임시술로, 우리들병원은 디스크시술로 이름이 높았다. 의료기관의 질을 평가하는 제도라면 의료법 제68조의 의료기관 인증으로 충분하고, 전문병원에 대한 별도의 인증은 필요하지 아니하다. 오히려 전문병원이 종합병원이나 상급종합병원이 받는 규제(가령 응급실과 중환자실의 설치·운영)를 회피하는 수단이 되어 전체 의료재정에 악영향을 미치는 것은 아닌지 고민해야 한다. 미국의 접근이다. 만일 전문화가 고도화를 뜻하고, 그 결과 상급종합병원은 아니나 원가가 상승한다면, 그럼에도 불구하고 일정한 공적 기능(가령 순환기질환자의 격리)을 위하여 그 모두를 상급종합병원에 맡기지 아니하고 전문병원에 맡길 필요가 있다면, 오직 그러한 필요와 수준에 맞는 질환과 의료기관을 선별하여 전문병원으로 해야 한다. 이때 필요한 것은 인증이 아니라 건강보험수가의 조정이다. 바로 일본의 접근이다.

우리나라에서 전문병원은 중소병원의 경영난 타개를 위하여 발달하였고, 이를 촉진하기 위하여 법제화되었다. 문제는 현재의 건강보험수가체제와 의료전달체계상 전문화만으로 충분한 효과를 거두지 못하고 있다는 데 있다. 아직까지 의료법이 제공하는 법적 보호는 약간의 명칭 규제를 제외하면 전문병원 인증뿐인데, 이러한 인증이 수요자에게 어느 정도의 공신력을 확보하고 있는지는 전혀 분명하지 아니하다. 이러한 상황에서 ‘전문’이나 ‘전문병원’, 질환명 등을 넣은 의료광고와 특히 키워드검색광고를 제한하면, 전문 의료기관을 찾는 수요자들이 자기도 모르는 사이에 전문병원으로 지정받지 아니한 병·의원을 놓치게 됨으로써 그 수요를 전문병원이 흡수할 수 있다. 보건복지부 전문병원 광고관련 가이드라인은 바로 이러한, 전문병원 지정을 받지 아니한 병·의원을 배제하는 방식으로 전문병원을 보호하는 기능을 한다. 소비자 보호와 다른 경쟁자 보호는 이곳에 존재하지 아니한다.

이러한 방식의 경쟁배제는 표시광고법이 정하는 불공정 광고행위의 규제와 부당한 광고제한의 금지에 맞지 아니한다. 이는 불공정 광고행위가 아닌 부당한 광고제한에 해당한다. 이러한 방식의 경쟁배제는 의료법이 정한 전문병원의 지위에 맞지 아니한다. 의료법은 전문병원 지정을 받지 아니한 전문화된 병·의원을 금지하기는커녕 오히려 전제하고 있고, 이는 그러한 병·의원에게 그러한 점에 대한 광고가 열려 있어야 함을 뜻한다. 이러한 방식의 경쟁배제는 전문병원 정책 자체와도 조화되기 어렵다. 전문병원은 미국형이든 일본형이든 제3차 진료기관과의 경쟁을 통하여 그 수요 중 일부를 중소병원으로 분산시키는 것을 의도하는데, 위 경쟁배제는 오히려 전문화되었거나 전문화를 시도하고 있는 제1, 2차 진료기관(일반 병·의원)을 향한 것이기 때문이다.

가이드라인은 폐지함이 마땅하다. 이미 키워드검색광고가 상표권 등을 침해하는지에 관한 논란에서 확인되었듯, 검색어 자체를 제한하는 형태의 광고 제한이 정당화되기는 매우 힘들다. 보건복지부장관이 지정한 전문병원이라고 오인할 만한 사정이 없는 한 전문성을 광고하는 것도 허용된다고 보아야 한다. 인증 표시와 인증 마크를 써야 한다면 보호되어야 할 것은 ‘보건복지부(장관)

지정 ○○전문병원'과 인증 마크이고, 아무 식별력이 없는 '전문'이나 '전문병원'이 아니다. 나아가 단순한 인증만으로 중소병원의 전문화를 촉진하고 그 경영난을 해소할 수 있을지 자체를 재고할 필요가 있다. 앞서 언급한 바와 같이 인증은 중소병원의 전문화 촉진과 경영난 해소에 적합한 수단이라고 하기 어렵기 때문이다.

[참 고 문 헌]

- 건강보험심사평가원 편, 『건강보험요양급여비용』 2016년 2월판, 2016.
- 권영준, “인터넷상에서 행해진 제3자의 불법행위에 대한 온라인서비스제공자의 책임”, 남효순·정상조 공편, 『인터넷과 법률』, 2002.
- 권태상, “키워드 검색광고와 퍼블리시티권, 성명권 - 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006219 판결 -”, 『이화여대 법학논집』 제20권 제3호, 2016. 3.
- 김운목 외, “전문병원 2차 시범사업 평가 및 시행방안 연구”, 『보건복지부 정책 연구보고서』, 2010. 4.
- 김원중 외, “의료서비스의 질 향상과 전문병원 도입을 위한 정책연구”, 『보건복지부 정책연구보고서』, 2003. 6.
- 김운명, “포털서비스의 법률문제에 관한 개략적 고찰”, 『디지털재산법연구』 제4권 제1호, 2005. 12.
- 나지원, “사이버몰 운영자의 표시광고법상 책임”, 『법률신문』 제3485호, 2006. 8. 28. 대한의사협회, 『의료광고심의위원회 심의기준』, 2014.
- 류시원 외, “병원산업 발전을 위한 비전 및 전략”, 『한국보건사회연구원 보고서』, 2002. 4.
- 박영규, “키워드(keyword) 광고의 상표법적, 경쟁법적 문제 - 유럽에서의 논의를 중심으로 -”, 『산업재산권』 제34호, 2011. 4.
- 박준석, “온라인서비스제공자의 저작권 침해책임에 관한 한국에서의 입법 및 판례 분석”, 『Law & Technology』 제7권 제4호, 2011. 7.
- _____, “인터넷상 ‘상표의 사용’ 개념 및 그 지위 - 검색광고 등 인터넷 광고에 대한 해외의 논의를 중심으로 -”, 『법조』 제651호, 2010. 12.
- 박해식, “부당표시광고에 대한 규제 - 표시광고의 공정화에 관한 법률을 중심으로 -”, 『재판자료』 제87집, 2000.
- 심미랑, “상표법상 증명표장의 보호와 사용범위”, 『경영법률』 제23권 제3호, 2013. 4.
- 유대중, “검색광고의 법적 문제”, 『정상조 편 Entertainment Law』, 2007.
- 이동진, “전문직 표시·광고규제의 몇 가지 쟁점: 의료광고를 중심으로”, 『의료법학』 제17권 제2호, 2016. 12.
- 이병규, “인터넷 검색광고의 법적 제문제 - 규제방안 재정립을 중심으로 -”, 『성

- 균관법학』 제28권 제3호, 2016. 9.
- 이병준, “인터넷 검색서비스와 법률문제”, 남효순·정상조 공편, 『인터넷과 법률 III』, 2010.
- 이수미·김경진, “증명표장 제도의 효율적 도입을 위한 영국의 증명표장 제도 검토”, 『인하대 법학연구』 제13집 제1호, 2010. 4.
- 이신호 외, “전문병원제도 도입에 관한 연구”, 『한국보건산업진흥원 연구보고서』, 2003. 1.
- 이용균 외, “전문병원제도 도입 방안 연구”, 『한국병원경영연구원 연구보고서』, 2006. 3.
- 전현희, “한국에서 의료기관 설립과 운영상의 새로운 과제”, 『의료법학』 제6권 제1호, 2005. 6.
- 정상조·박준석, 『지식재산권법』 제3판, 2013.
- 정우진, “중소병원의 발전구상(I) - 병원전문화를 중심으로”, 『보건복지포럼』 제6호, 1997. 3.
- 정호열, 『경제법』 진정 제5판, 2016.
- 정흥태, “전문병원 도입효과와 정책과제 - 제1기 전문병원 조사연구를 통한 전문병원제도 활성화 방안 제시”, 『KIHM』 제4권 제1호, 2014. 1.
- 조경희, “미국 증명표장제도와 일본의 관련제도(상표제도, 인증제도)에 대한 고찰”, 『지식재산연구』 제4권 제2호, 2009. 6.
- 주호노, 『의사법총론』, 2012.
- 황재문·서원식, “전문병원제도의 시행성과 분석”, 『대한경영학회 2014년 추계학술대회 자료집』, 2014. 11.
- 황창근, “새로운 유형의 인터넷광고 시장 발전을 위한 이용자보호 정책과제”, 『국회 정책세미나 자료집』, 2015. 8. 27.
- 米村滋人, 医事法講義, 2016.
- Bartels, The Application of Antitrust and Fraud-And-Abuse Law to Specialty Hospitals, 2006 Colum. Bus. L. Rev. 215 (2006).
- General Accounting Office, Specialty Hospitals: Geographic Location, Services Provided, and Financial Performance (GAO-04-162, 2003).
- _____, Specialty Hospitals: Information on National Market

- Share, Physician Ownership, and Patient Served (GAO-03-683R, 2003).
- Jost, Medicare and the Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations: A Healthy Relationship? 57(4) Law and Contemporary Problems 15 (1994).
- Kühne, Haftung von Suchmaschinenbetreibern, 2012.

[국문초록]

전문병원과 키워드검색광고 규제

이동진(서울대학교 법학전문대학원 부교수)

2009년 개정 의료법은 전문병원 인증 제도를 도입하였다. 병원이 일정 요건을 갖추어 보건복지부장관으로부터 특정 질병 또는 특정 치료에 대하여 전문병원으로 인증을 받으면 그 병원의 명칭에 '전문병원' 등의 표시를 넣고 '보건복지부(장관)지정 전문병원'이라는 글씨가 적힌 인증 마크를 쓸 수 있다. 이후 각각 광고 일반 및 의료광고에 대하여 규제 권한을 갖고 있는 공정거래위원회와 보건복지부는 인터넷키워드검색광고에서 '전문' 등의 검색어를 넣었을 때 그 검색결과 값에 전문병원으로 인증 받지 아니한 의료기관이 노출되는 것을 금지하는 가이드라인을 발표하고 이를 집행하고 있다. 그러나 전문병원 정책이 적절한 것이었는지는 별론, 위와 같은 가이드라인은 법적 근거가 없고, 전문병원이 전문화를 통하여 제3차 진료기관과 경쟁할 수 있는, 그리하여 당해 병원의 경영을 개선함은 물론 전체 의료전달체계의 개선에도 기여하는 방향이 아닌, 나름의 방식으로 전문화를 도모 중인 제1차 및 다른 제2차 진료기관이 법적으로 허용되는 전문적 기술 등의 광고를 하는 것을 차단함으로써, 즉 경쟁을 배제함으로써 전문병원의 이익을 도모하려는 것으로서 바람직하지도 아니하다. 이 글에서는 전문병원 인증의 법적 성질과 광고 규제의 한계, 키워드검색광고의 법리 및 인터넷서비스제공자의 책임의 관점에서 이와 같은 점을 분석하였다.

주제어: 전문병원, 인증 마크 (증명표장), 광고 규제, 키워드검색광고, 인터넷서비스 제공자(ISP)의 책임

Specialty Hospital and Keyword Searching Ads Regulation

Dongjin Lee

Professor, Seoul National University School of Law

=ABSTRACT=

The (Korean) Medical Services Act revised in 2009 introduces the accreditation of specialty hospital. When a hospital meets prescribed standards, passes a board review, and is accredited as a specialty hospital by the Minister of Health and Welfare, then it may use ‘specialty hospital’ in its name and certification mark of specialty hospital. The problem is that the (Korean) Fair Trade Commission and the (Korean) Ministry of Health and Welfare, both of which have authorities to regulate advertising in general and in health care service in turn, announced the guidelines to prohibit internet (portal) service providers to provide keyword search ads service using key-words such as ‘specialty’ or ‘specialized in’ for those who are not accredited by the Minister of Health and Welfare. In this article, whether these guidelines can be justified by the current regime and whether the current specialty hospital policy is agreeable would be examined. To do this, the legal nature of accreditation of specialty hospital, the limit of advertisement regulation, the law of keyword search ads, and the liability of internet service providers also would be analyzed.

Keyword: Specialty hospital, Certification mark, Keyword search ads, Advertising regulation, Internet service provider (ISP)