

## 4

## 치과 의료광고 규제에 관한 소고 - 대법원 판결과 헌법재판소 결정을 중심으로 -

인하대학교 법학전문대학원

장 연 화(제1저자), 백 경 희(교신저자)

### ABSTRACT

#### A Study on the Regulation of Dental Medical Advertisements -Focusing on the Decisions of the Supreme Court and the Constitutional Court-

Inha University Law School  
Yeonhwa Chang, Kyonghee Baek

As the citizens' life and body are the object of medical practice, it should ultimately protect the citizens' right of health. For this reason, medical practice possesses characteristics of non-profit and public and such special characteristics caused heavy regulations in the medical industry as exemplified by medical advertisements.

For advancement of market economy, the government has been moving toward relaxing regulations in the medical industry and this trend can be shown in medical advertisements.

Moreover, as a type of commercial advertisements, medical practitioners should be able to express their freedom of expression and freedom to occupation. From the perspective of patients who are medical consumers, they need access to information to locate appropriate medical practitioners and institutions for their symptoms. Therefore, medical advertisements can help realize the patients' right to know.

This study will first analyze the general theories behind the necessity of medical advertisements and details of regulations, then analyze the issues from the cases of the supreme court and the constitutional court that are related to dental medical advertisements.

Key words : Medical Practice, Non-Profit, Public, Medical Advertisement, Dental Medical Advertisement

Corresponding Author

Yeonhwa Chang(제1저자), Kyonghee Baek(교신저자)

Inha University School of Law 100 Inharo Nam-gu, Incheon 22212, Korea

Tel : +82-32-860-8972, Fax : +82-32-860-7914, E-mail : kulpro@inha.ac.kr

\* 이 논문은 인하대학교의 지원에 의하여 연구되었음

## I. 서론

최근 정부는 우리나라의 시장 경제의 발전과 관련하여 규제 개혁이라는 기치 하에 그동안 여러 영역에서 영업의 자유를 가로 막았던 것으로 지칭된 규제의 장막들을 걷어내기 시작하였고, 이는 의료계에서도 나타나고 있다.

특히 의료계는 의료행위가 국민의 생명과 신체를 대상으로 하고 있고 궁극적으로 국민의 건강권 보호에 목적으로 인하여 지니는 고유한 특성인 비영리성 내지 공공성 때문에 다른 영역보다 더 많은 규제가 이루어져 왔고, 그 대표적인 것이 의료광고에 관한 규제였다.

그러나 의료광고도 궁극적으로는 광고의 하나이며, 광고는 본질적으로 '명시된 광고주가 유료로 행하는 조직, 제품, 서비스, 또는 아이디어에 대한 비대인적 커뮤니케이션 형태'이기 때문에<sup>1)</sup>, 상품이나 서비스에 대한 정보를 여러 매체를 통해 알림으로써 정보를 제공하는 기능과 소비자를 설득하여 구매하도록 하는 기능을 지니고 있다<sup>2)</sup>. 의료광고를 일반적인 광고의 정의에 대입하여 법적으로 조명한다면, 잠재적 환자로 의료소비자인 국민에게 의료행위와 관련한 정보를 제공하여 결정할 수 있는 기회를 부여하는 기능을 지니고 있는 것이다. 또한 의료시장 역시 시장을 지배하고 있는 자유시장경제질서의 원리를 거스를 수 없기 때문에 의료인이 자신의 직업을 수행하기 위하여 자신이 어떠한 자격을 지니고 있고 어떠한 인적·물적 시스템 하에 진료를 하고 있다는 점을 외부에 알릴 필요가 있다는 것도 의료광고를 통하여 투영될 수밖에 없다. 더구나 의료시장이 국내는 물론 국외로 확장되어 국경이라

는 경계가 무너지고 있는 현 시점에서, 의료인이 자신과 자신의 의료기관에 대하여 잘 표현된 의료광고를 통하여 얻게 되는 경제적 이익은 단순히 의료인 개인의 사익에 머무는 것이 아니다. 따라서 의료기술과 의료 인적 자원 등이 이제 국가의 산업 기반이 되어 가고 있는 시대적 상황에서 의료광고를 어느 선까지 법적·정책적으로 규율할 것이냐는 중요한 문제이다.

그러므로 본고에서는 의료광고의 필요성과 규제 내역에 관한 일반론을 살펴본 뒤, 치과 의료광고와 관련한 대법원 판결과 헌법재판소 결정을 통하여 문제가 된 쟁점들을 검토해보기로 한다.

## II. 의료광고의 필요성

### 1. 환자 등 의료소비자의 알권리와 자기결정권

알 권리란 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 의사형성에 필요한 정보를 자유롭게 수령, 수집하여 정보를 취사, 선택할 수 있는 권리로 헌법 제21조에서 보장하고 있다. 의료의 경우 매우 전문적인 내용으로 이루어져 있으므로 의료정보에 대하여 환자에게 진입 장벽이 존재하며, 환자의 질병과 관련된 각종 정보, 예를 들어 병의 중증도, 예후, 부작용은 물론 치료 방법, 수술시 사용되는 재료, 소요비용, 의료인의 기능과 숙련도, 의료기관의 규모와 전문과목 등에 관한 정보를 언더라도 이를 이해하는 것은 쉽지 않다<sup>3)</sup>. 의료에 있어서는 불가피하게 의료행위가 지니고 있는 전문성과 의료정보의 편중성이라는 특성 때문에 의료인 측에서 의료정보를 국민에게 제공하지 않는다면 오히

1) 미국 마케팅협회(AMA: American Marketing Association)의 정의위원회가 규정한 내용으로 광고학에서 가장 널리 광고의 정의로 인용하고 있는 것이라고 한다.; 이시훈, 광고의 개념 재정립과 이론화: 상호작용 광고의 영향을 중심으로, 커뮤니케이션 이론 제3권 제2호, 2007, 154-155면

2) 장욱, 의료광고 법제 변화와 개선방향, 법학연구, 제19권 제1호, 연세대학교 법학연구소, 2009, 281면

3) 신현호·백경희, 의료분쟁 조정·소송 총론, 육법사, 2011, 80-81면

려 국민의 알 권리를 충족시키지 못하게 된다. 그리고 의료정보 외에도 잠재적 환자인 국민들은 병원이나 의원에 대한 정보를 공유하여 자신에게 맞는 의료서비스를 제공할 수 있는 의료기관을 결정할 수 있어야 한다.

따라서 국민은 의료소비자의 입장에서 의료기술 방법과 의료수가, 의료기관의 인적·물적 역량 등에 대한 정확한 정보를 제공받아 의료인과 의료기관을 결정하여야 하므로, 의료광고는 이러한 국민의 알권리를 보호하기 위하여 필요하다.

한편, 일반적으로 자기결정권이란 '개인이 자신의 삶에 관한 중대한 사항에 대하여 스스로 자유롭게 결정하고 그 결정에 따라 행동할 수 있는 권리'<sup>4)</sup>를 의미하고 이는 헌법 제10조의 '인간의 존엄과 가치'와 '행복추구권'에서 그 근거를 찾을 수 있다고 할 것이다. 이러한 자기결정권을 의료영역에 대입하여 본다면, 위와 같은 알권리를 통해 얻어진 정보를 기초로 의료소비자가 자신의 질병상태와 자신에게 이루어질 의사의 치료행위에 대하여 그 치료 여부와 어떠한 치료를 받을 것인가 등에 대하여 스스로 결정할 수 있는 권리라고 할 것이다<sup>5)</sup>. 의료소비자의 자기결정권은 환자의 인격을 최대한 존중하여 인간으로서의 존엄성을 보장하고 아울러 환자가 자신의 신체나 정신에 관하여 다른 사람의 개입 없는 본인의 의사에 의한 처분권을 보장하는 것이므로 일반적인 자기결정권과 마찬가지로 헌법 제10조에서 그 근거를 찾을 수 있다<sup>6)</sup>.

## 2. 의료인의 직업수행의 자유 및 표현의 자유

직업선택의 자유는 자주적 인간에 있어 경제적인 개성신장을 위한 수단일 뿐만 아니라 인간의 인격발전을

위한 수단으로서 헌법 제15조에서 규율하고 있는 기본권이며, 의료인도 인간으로 당연히 지니고 있는 권리이다. 직업수행의 과정에서 의료공급자인 의료기관과 의료인은 의료소비자인 환자의 유치가 필요하며, 의료서비스의 제공을 통한 이윤창출과 재투자가 필요하므로 그 홍보수단으로써 의료광고는 존재의 의의가 있다. 따라서 의료인은 의료광고를 통하여 자신이 선택한 직업을 영위하면서 사회적, 경제적 생활관계를 형성해 나가는 직업수행의 자유를 지니고 있다.

또한 헌법 제21조 제1항에서 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 규정하고 있고, 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 되는 것이기에<sup>7)</sup>, 의료광고의 자유도 역시 의료인의 표현의 자유의 보호범위 내에서 존재할 것이다.

## Ⅲ. 의료광고의 규제

### 1. 규제의 이유

의료광고를 규제하는 이유로 대법원과 헌법재판소는 ① 소비자(환자)의 보호, ② 공정거래의 확보, ③ 의료행위의 승고함의 유지를 들고 있다. 헌법재판소는 「의료는 고도의 전문적 지식과 기술을 요하므로 일반 상품이나 용역과는 차이가 있으며 국민의 건강에 직결되는 것이므로 소비자를 보호하고 의료인 간의 불공정한 과당경쟁을 막기 위하여 의료광고에 대한 합리적 규제가 필요하다」고 결정하였다<sup>8)</sup>. 또한 대법원은 의료광고의 규제필요성에 대하여 더욱 상세하게 분석

4) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2011, 405면

5) 김지석, "의사의 설명의무의 범위에 관한 고찰", 재산법연구 제28권 제1호, 2011, 343면.

6) 최행식, "의사의 설명의무와 환자의 자기결정권", 법학연구 제17집, 한국법학회 2004, 334-335면

7) 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 96헌바2 결정, 헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2000헌마764 결정

8) 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정

하면서 「일반적으로 광고는 상업성을 배제하기 어려운 것이고, 의료광고도 예외일 수는 없다고 할 것이나, 의료광고는 상행위에 대한 광고만으로는 볼 수 없는 특성이 있고 의료서비스 소비자인 국민들의 건강에 직접적인 영향을 미치게 되므로, 의료행위를 대상으로 하는 광고를 규제해야 할 공익상의 필요성이 클 뿐만 아니라 전문적인 의학 지식이 없고 질병의 치료를 앞두고 있어 객관적으로 판단능력이 떨어지는 상태에서 의료인에게 의존하여야 할 처지에 놓인 의료서비스 소비자의 선택권을 보호하여야 할 필요성이 강하게 요구된다. 의료법 제56조 제2항제2호가 허위·과장광고'를 금지하는 것과는 별개로 '치료효과'를 보장하는 등 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고'를 금지하고 있는 취지도, 이와 같은 의료광고 규제의 필요성과 더불어 의료광고의 경우에는 그 표현내용의 진실성 여부와 상관없이 일정한 표현방식 내지 표현방법만으로도 의료서비스 소비자의 절박하고 간절한 심리상태에 편승하여 의료기관이나 치료방법의 선택에 관한 판단을 흐리게 하고 그것이 실제 국민들의 건강보호나 의료제도에 영향을 미칠 가능성이 매우 큰 점을 고려하여 일정한 표현방식 내지 표현방법에 의한 광고를 규제하겠다는 것으로 해석된다.»는 입장을 원칙적으로 취하고 있다<sup>9)</sup>. 이에 따라 그동안 의료광고는 의료정보의 전문성과 편중성으로 그 표현내용의 검증이 현실적으로 행하기가 수월하지 아니하다는 점<sup>10)</sup>과 의료소비자인 환자측의 판단능력이 부족하다는 점을 악용하여 의료인이나 의료기관이 환자측을 호도하여 국민의 건강권을 침해하고 영리만을 추구하는 허위 또는 과장된 의료광고를 행하는 경우가 있다는 점 때문에 이를 사전에 차단하기 위하여 다른 상업광고보다 엄격하게 규제되어 왔다.

그러나 최근 헌법재판소는 「헌법이 특정한 표현에 대해 예외적으로 검열을 허용하는 규정을 두지 않은 점, 이러한 상황에서 표현의 특성이나 규제의 필요성에 따라 언론·출판의 자유의 보호를 받는 표현 중에서 사전검열금지원칙의 적용이 배제되는 영역을 따로 설정할 경우 그 기준에 대한 객관성을 담보할 수 없다는 점 등을 고려하면, 헌법상 사전검열은 예외 없이 금지되는 것으로 보아야 하므로 의료광고 역시 사전검열금지원칙의 적용대상이 된다. 의료광고의 사전심의는 보건복지부장관으로부터 위탁을 받은 각 의사협회가 행하고 있으나 사전심의의 주체인 보건복지부장관은 언제든지 위탁을 철회하고 직접 의료광고 심의업무를 담당할 수 있는 점, 의료법 시행령이 심의위원회의 구성에 관하여 직접 규율하고 있는 점, 심의기관의 장은 심의 및 재심의 결과를 보건복지부장관에게 보고하여야 하는 점, 보건복지부장관은 의료인 단체에 대해 재정지원을 할 수 있는 점, 심의기준·절차 등에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 각 의사협회는 행정권의 영향력에서 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심의업무를 수행하고 있다고 보기 어렵다.»고 하여<sup>11)</sup>, 의료법상 사전심을 받지 아니한 의료광고를 금지하고 이를 위반한 경우 처벌하는 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정된 것) 제56조 제2항 제9호 중 '제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고' 부분 및 의료법(2010. 7. 23. 법률 제10387호로 개정된 것) 제89조 가운데 제56조 제2항 제9호 중 '제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고'에 관한 부분을 위헌이라고 판단하였다. 이러한 추세에 비추어 볼 때 의료광고의 규제는 점차 의료인의 직업의 자유 및 표현의 자유와 의료소비자 등의 보호 사이에 균형을 이루기 위하여 그 허용범위를

9) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009두21435 판결 등

10) 이호용, 의료광고의 규제완화가가능성에 대한 법적 검토, 인권과 정의 제317호, 2003. 1, 대한변호사협회, 118-119면 참조

11) 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2015헌바75 결정

넓히고 있는 것으로 이해된다<sup>12)</sup>.

## 2. 현행법상 의료광고 규제

현행법상 의료광고에 관한 직접적인 규정은 의료법 제5장의 제56조에서 금지되는 의료광고의 범위에 대하여 규율하고 있으며 동법 제57조에서는 필수적 사전심의 절차에 대하여 규율하고 있다<sup>13)</sup>. 그런데 앞서 기술한 최근 헌법재판소에서 동법 제56조 제2항 제9호의 '제57조에 따른 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 광고' 부분과 이와 관련된 동법 제89조의 형사처벌규정에 대하여 위헌결정을 하였기에 사전심의와 관련된 제57조는 아직 법 개정 전이지만 법적 효력이 없어졌다고 할 것이다.

그러므로 현행법상 실효성이 있는 의료광고에 관한 규정으로서 의료법 제56조에서는 의료광고에 관하여 의료행위의 공익성과 비영리성이라는 특수성에 기인하여 의료기관 간의 과당경쟁 방지와 저질화를 막기 위하여 타 상업광고보다 강도 높은 규제를 하고 있다<sup>14)</sup>. 동조 제1항에서 의료법인·의료기관 또는 의료인이 아닌 자는 의료에 관한 광고를 하지 못하도록 하여 주체를 제한하고 있고, 그 내용과 관련하여 제3항에서 거짓이나 과장된 광고를 행하지 못하도록 하는 일반원칙을 적시하는 외에 구체적으로 제2항에서 ① 보건복지부장관의 신의료기술 평가를 받지 아니한 신의료기술에 관한 광고, ② 치료효과를 보장하는 등 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고, ③ 다른 의료법인·의료기관·의료인의 기능 또는 진료 방법과 비

교하는 내용의 광고, ④ 다른 의료법인·의료기관 또는 의료인을 비방하는 내용의 광고, ⑤ 수술 장면 등 직접적인 시술행위를 노출하는 내용의 광고, ⑥ 의료인의 기능·진료방법과 관련하여 심각한 부작용 등 중요한 정보를 누락하는 광고, ⑦ 객관적으로 인정되지 아니하거나 근거 없는 내용을 포함하는 광고, ⑧ 의료광고의 내용이 국민건강에 중대한 위해를 발생하게 하거나 발생하게 할 우려가 있는 것으로서 대통령령으로 정하는 내용의 광고를 금하고 있다. 또한 광고형식과 관련하여 제2항과 제4항에서 ① 방송법상의 방송, ② 국민의 보건과 건전한 의료경쟁의 질서를 유지하기 위하여 제한할 필요가 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 방법, ③ 신문·방송·잡지 등을 이용하여 기사 또는 전문가의 의견 형태로 표현되는 광고, ④ 제27조제3항에 따라 외국인환자를 유치하기 위한 국내광고를 할 수 없도록 하고 있다. 그리고 그 구체적인 의료광고의 금지기준은 대통령령인 의료법 시행령 제23조에서 규율하고 있다<sup>15)</sup>.

위와 같은 의료광고에 관한 규제는 기본적으로 의료행위가 지니는 공익성과 비영리성을 토대로 한 것인바, 이는 특히 제56조 제2항 제10호의 '의료광고의 내용이 국민건강에 중대한 위해를 발생하게 하거나 발생하게 할 우려가 있는 것'을 금지한다는 부분과 동조 제4항 제2호의 '국민의 보건과 건전한 의료경쟁의 질서를 유지하기 위하여 제한할 필요가 있는 경우'에 의료광고를 규율한다는 부분을 통해 발현되고 있다.

의료법상의 위와 같은 규율은 의료행위나 의료인의

12) 황성기, 인터넷 환경에서의 의료광고 규제제도 개선방안에 관한 연구, 법학연구 통권 제48집, 전북대학교 법학연구소, 2016. 5. 26면(23-64면)

13) 현행 의료법의 전신(前身)인 국민의료법에서부터 의료광고에 대한 규제가 시작되어 왔는데, 자세한 내용에 대하여는 김나경, 의료광고의 법적 규제, 성신법학 제13호, 성신여자대학교 법학연구소, 2014, 61-62면(57-78면)

14) 우리나라는 2007. 1. 3. 의료법 일부개정을 통하여 기존에 의료광고의 허용범위를 법령에서 종하는 포지티브방식의 규정에서, 의료광고가 금지되는 범위를 정하는 네거티브방식으로 변경하였고, 현행법에도 네거티브방식이 유지되고 있다.; 광명섭, 의료광고 관련 의료법 개정과정의 문제점과 의료광고 사전심의제도 등의 개선방안, 법과 정책연구, 제10집 제1호, 한국법정책학회, 2010. 4. 206면 이하 참조, 네거티브 방식을 통하여 금지되는 것으로 규정되지 않은 의료광고의 허용범위가 상대적으로 대폭 확장된 것으로 평가된다.; 홍승희, 의료광고 네거티브제 도입에 따른 문제 동향, 형사정책연구소식, 제100호, 2007, 44면

기능과 관련된 허위광고 혹은 과장광고를 규율하고자 하는 규정으로 이해된다. 주지하다시피 의료행위나 의료진에 대한 정확한 정보의 제공은 의사-환자관계의 전제이자 환자가 충분한 설명에 근거한 동의(informed consent)를 하기 위한 전제조건이다. 그러므로 의료진이 훌륭한 기술을 가지고 있으며 이를 제공받을 수 있다고 환자에게 알려주는 것은, 그 내용이 거짓이 아닌 한 정당한 행위라고 보아야 한다. 그렇지만 의료인이 환자에 대하여 의료기술이나 의학적 명성에 대한 내용을 거짓으로 제공하기에 이르는 행위는 의료광고에 관한 규제 외에 경우에 따라서는 형법상 사기죄에 해당할 가능성도 배제할 수 없다<sup>15)</sup>.

#### IV. 치과 의료광고 규제에 관한 헌법재판소와 법원의 태도

##### 1. 헌법재판소 2009. 12. 29. 선고 2008헌마593 결정

###### 1) 사실관계

청구인은 창원시 성주동 ○○상가에서 ○○치과 의원을 경영하는 치과의사인바, 의료기관 또는 의료인은 객관적으로 인정되지 아니하거나 근거가 없는 내용을 포함하는 광고 및 거짓이나 과장된 내용의 의료광고를 하여서는 아니 됨에도 불구하고, 2008. 2. 중순경 위 치과의원 입구에 배너를 설치하여 “저희 병원은 세계가 인정한 straumann implant(iti) 시술병원입니다.”(이하 이를 ‘이 사건 광고’라 한다)라는 내용으로 과대광고를 하였다. 이에 대하여 피청구인은 청구인에 대하여 2008. 7. 4. 창원지방법검찰청 2008년 형제18029호로 기소유예처분을 하였고, 청구인은 2008. 9. 26. 위 기소유예처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

###### 2) 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 “저희 병원은 세계가 인정한 straumannimplant(iti) 시술병원입니다.”라는 청구인의 의료광고는 구체적인 사실을 적시한 것이라기 보다는 주관적 평가를 필요로 하는 ‘추상적인 용어’만을 사용한 것으로, 이로 인하여 일반인들이 청구인을 세계적인 치과의사로 오인·혼동할 우려가 있다고 보

15) 제23조 (의료광고의 금지 기준) ① 법 제56조제5항에 따라 금지되는 의료광고의 구체적인 기준은 다음 각 호와 같다.

1. 법 제53조에 따른 신의료기술평가를 받지 아니한 신의료기술에 관하여 광고하는 것
2. 특정 의료기관·의료인의 기능 또는 진료 방법이 질병 치료에 반드시 효과가 있다고 표현하거나 환자의 치료경험담이나 6개월 이하의 임상경력을 광고하는 것
3. 특정 의료기관·의료인의 기능 또는 진료 방법이 다른 의료기관이나 의료인의 것과 비교하여 우수하거나 효과가 있다는 내용으로 광고하는 것
4. 다른 의료법인·의료기관 또는 의료인을 비방할 목적으로 해당 의료기관·의료인의 기능 또는 진료 방법에 관하여 불리한 사실을 광고하는 것
5. 의료인이 환자를 수술하는 장면이나 환자의 환부(患部) 등을 촬영한 동영상·사진으로서 일반인에게 혐오감을 일으키는 것을 게재하여 광고하는 것
6. 의료행위나 진료 방법 등을 광고하면서 예견할 수 있는 환자의 안전에 심각한 위해(危害)를 끼칠 우려가 있는 부작용 등 중요 정보를 빠뜨리거나 글씨 크기를 작게 하는 등의 방법으로 눈에 잘 띄지 않게 광고하는 것
7. 의료기관·의료인의 기능 또는 진료 방법에 관하여 객관적으로 인정되지 아니한 내용이나 객관적인 근거가 없는 내용을 광고하는 것
8. 특정 의료기관·의료인의 기능 또는 진료 방법에 관한 기사나 전문가의 의견을 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조에 따른 신문·인터넷신문 또는 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」에 따른 정기간행물이나 「방송법」 제2조제1호에 따른 방송에 실거나 방송하면서 특정 의료기관·의료인의 연락처나 약도 등의 정보도 함께 실거나 방송하여 광고하는 것

16) 정규원, 의료광고에 대한 법적 규율, 법학논총, 제31권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2014, 9면(1-23면)

기 어려움에도 불구하고, 피청구인이 위 의료광고를 의료법상 금지된 과장의료광고라고 판단한 것은 객관적으로 자의적인 판단에 해당한다고 할 것이므로<sup>17)</sup>, 이러한 판단에 근거한 기소유예처분으로 말미암아 청구인의 행복추구권과 평등권이 침해되었다고 볼 수 있다.»고 보아 해당 부분의 기소유예처분을 취소하였다.

## 2. 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009두21345 판결

### 1) 사실관계

원고는 피고 보건복지부장관로부터 치과의사면허 치과의원을 개설하여 운영하고 있는 치과의사로, 자신의 의료기관 인터넷 홈페이지에 팝업 창 형식으로 임플란트 시술과 관련하여 “레이저를 이용하여 치아나 잇몸을 절삭, 절개하여 통증과 출혈이 거의 없습니다.”라고 광고하였고, 이에 관하여 피고는 2008. 10.

14. 원고에 대하여 해당 인터넷 광고가 의료법 제56조 제2항 제2호에 규정된 ‘소비자를 현혹할 우려’가 있는 내용의 의료광고에 해당한다는 이유로 치과의사면허 자격정지 처분을 행하였다<sup>18, 19)</sup>.

### 2) 대법원의 판단

대법원은 「의료광고규제의 현실적 필요성이 있다고 하더라도 이를 지나치게 강조함으로써 광고 형태의 의료정보 제공을 합리적 근거 없이 봉쇄하는 것은 의료인의 표현의 자유 내지 직업수행의 자유를 침해하거나 종국적으로는 의료서비스 소비자의 합리적인 선택권마저 침해할 가능성을 배제할 수 없게 된다. 따라서 어떠한 광고가 ‘치료효과를 보장하는 등 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고’에 해당하는 것인지를 판단함에 있어서는, 표현방식과 치료효과 보장 등의 연관성, 표현방식 자체가 의료정보 제공에 있어서 불가피한 것인지 여부, 광고가 이루어진 매체의 성격과 그

17) 동 사안에 대하여 청구인은 헌법소원심판청구 외에 창원지방법원에 대하여 업무정지 1월의 행정처분을 부과한 창원시장을 상대로 그 취소를 구하는 소를 제기하여, 승소하였고 피고가 항소하지 아니하여 그 판결이 확정되었다. 즉 창원지방법원 2009. 3. 3. 선고 2008구단885 판결에서는 그 판단의 근거로「① 이 사건 배너에서 사용된 ‘세계가 인정한’이라는 용어는 구체적인 사실을 적시한 것이라기보다는 주관적 평가를 필요로 하는 ‘추상적인 용어’에 해당하고, 이는 통상적으로 제품의 품질, 기술, 성능 등이 매우 훌륭한 수준임을 표현하기 위하여 일상적인 상거래에서 자주 사용되는 용어에 해당하는 점, ② 한편으로 위 배너에서 ‘세계가 인정한’이라는 용어는 문맥상 ‘시술병원’을 수식한다기보다는 ‘straumann implant(iii)’를 직접적으로 꾸미는 용어로 보이는 점, ③ 따라서 위 광고를 접하는 일반인들로서는 위 광고가 ‘스트라우만이 제조한 임플란트제품’이 ‘세계적으로 판매되는 제품들과 비교할 때 상당히 훌륭한 수준’이고, ‘원고가 운영하는 삼성치과의원은 이러한 제품을 사용하는 병원’임을 광고한다고 인식할 것으로 보일 뿐, 원고가 운영하는 삼성치과의원이 곧바로 ‘세계가 인정한 시술병원’이라고 받아들일가능성은 거의 없다고 보이는 점, ④ 즉 이 사건 배너는 스트라우만 한국지사가 자사 제품의 홍보를 주된 목적으로 하여 대량 제작하여 자사 제품을 사용하는 병원에 일괄적으로 배포·설치한 입식 판촉물로서, 설치된 해당 병원의 명칭, 주소, 연락처, 의료진 등의 구체적인 정보가 기재되어 있지 아니하고, 나아가 원고의 의료업무 또는 의료인의 경력에 관한 구체적인 사실도 전혀 나타나지 않는 점, ⑤ 결국 이 사건 배너는 원고가 고객의 유인을 주된 목적으로 설치한 것이라기보다는 원고가 운영하는 병원에서 사용하는 임플란트제품을 소비자에게 알려 주기 위하여 설치된 것으로서, 이는 고객에 대한 정보 제공의 차원에서 원고의 진료방법을 과장함이 없이 알려주는 광고로 봄이 상당한 점, ⑥ 나아가 이 사건 배너에 표시된 ‘시술병원’은 스트라우만 한국지사가 배너를 제작하면서 선택한 용어로서, 이는 ‘병자를 진찰, 치료하는 데 필요한 설비를 갖추어 놓은 곳’으로서 의료기관을 총칭하는 용어로 보일 뿐, 해당 의료기관의 규모를 의도적으로 과장하기 위하여 사용한 용어로 해석할 수 없는 점 등」을 적시하였다.

18) 당시 의료관계행정처분규칙 제4조 관련 [별표] 2.가.23)에 규정된 자격정지 1개월의 행정처분기준에서 원고가 기소유예처분을 받은 사정을 고려하여 [별표] 1.라.1)의 감경 조항에 따라 2분의 1을 감경하여 치과의사면허자격정지 15일의 처분이 부과되었다.

19) 원고는 치과의사면허자격정지처분 외에 대한치과의사협회로부터 심의받은 의료광고에 “휴먼노인 임플란트”, “통증, 염증, 회복시간 단축으로 시술부담 줄어” 등의 문구를 임의로 추가하여 무료일간지 노컷뉴스, 에이엠(am)7에 광고(이하 ‘이 사건 지면 광고’라 한다)하였다가 의료법위반 혐의로 입건되어 기소유예처분을 받았으며, 이에 대하여는 의료법 제56조 제2항 제9호에 규정된 심의받은 내용과 다른 내용의 광고에 해당한다는 이유로 의료관계행정처분규칙 제4조 관련 [별표] 2.가.24)의 규정에 따라 치과의사면허자격정지처분도 받았으나, 해당 부분에 관한 상고이유가 명시되지 않았다는 이유로 대법원에서는 이를 판단하지 않았다.

제작·배포의 경위, 광고의 표현방식이 의료서비스 소비자의 판단에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 보통의 주의력을 가진 의료서비스 소비자가 당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 객관적으로 판단하여야 할 것이다.»라고 하면서 「이 사건 광고는 레이저 치료기에 의한 임플란트 기술이 다른 기술방법에 비해 부작용이 적다는 의료정보를 제공하는 측면이 있는 것으로 보일 뿐만 아니라 그 표현 방식 역시 레이저 치료기 제조사에서 만든 책자의 내용을 참고로 레이저 치료기에 의한 임플란트 기술의 장점을 의료서비스 소비자들에게 전달하는 차원에서 사용된 것이었음을 알 수 있다. 나아가 이 사건 광고와 같이 수치로 환산하기 어려운 통증의 정도 등을 표현하는 광고에 있어서 ‘많다, 적다, 거의 없다’와 같은 다소 불확정적인 개념을 사용하는 것은 불가피한 것으로 판단될 뿐만 아니라 이 사건 광고에서 사용된 ‘통증과 출혈이 거의 없다’라는 표현이 곧바로 ‘통증과 출혈이 없다’ 또는 ‘전혀 없다’라는 의미로 의료서비스 소비자들에게 인식됨으로써 그들의 판단에 어떠한 영향을 미칠 것이라고 보기도 어렵다. 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 광고가 그 표현내용에 있어서 ‘허위·과장광고’에 해당하는 것인지 여부는 별론으로 하더라도 이를 들어 곧바로 ‘치료효과를 보장하는 등 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고’에 해당한다고 볼 수는 없다고 할 것이다.»라고 하여 치과의사면허 자격정지처분에 관한 부분을 파기환송하였다.

### 3. 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌마799 결정

#### 1) 사실관계

사건의 청구인들은 치과의사전문의로써 치과의원을 운영하거나(청구인 1 내지 6), 치과전문의로써 치과병원에서 전임의 또는 봉직의로써 근무하거나(청구인 7 내지 17), 치과전문의로써 공중보건의로써 근무하거나(청구인 18 내지 20), 치과의사전공의로써 2014년 1월 실시된 제7회 치과전문의 자격시험의 응시를 준비하고 있던(청구인 21 내지 29) 사람들인데, 이들은 의료법 제77조 제3항이 전문과목을 표시한 치과의원으로 하여금 그 표시한 전문과목에 해당하는 환자만을 진료하도록 함으로써<sup>20)</sup>, 치과의원을 개설·운영하였거나 개설·운영하고자 하는 청구인들의 직업의 자유와 평등권 등을 침해한다고 주장하면서, 2013. 11. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 2) 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 「심판대상조항은 치과전문의가 1차 의료기관인 치과의원에서 진료하는 것을 가급적 억제하고 그들이 2차 의료기관에서 진료하는 것을 유도함으로써 적정한 치과 의료전달체계를 정립하고, 특정 전문과목에만 치과전문의가 편중되는 현상을 방지함으로써 치과 전문과목 간의 균형 있는 발전을 도모하고자 하는 것인바, 이와 같은 입법목적은 정당하다. 그러나 치과의원의 치과전문의가 자신의 전문과목을 표시하는 경우 그 진료범위를 제한하여 현실적으로 전문과목의 표시를 매우 어렵게 하고 있는바, 이는 치과전문의 자격 자체의 의미를 현저히 감소시키고, 이로 인해 치과의원의 치과전문의들이 대부분 전문과목을 표시하지 않음에 따라 치과전문의 제도를 유명무실하게 만들 위험이 있다. 또한 치과전문의는 표시한 전문과목 이외의 다른 모든 전문과목에 해당하는 환자를

20) 제77조는 제3항에서 ‘제2항에 따라 전문과목을 표시한 치과의원은 제15조제1항에도 불구하고 표시한 전문과목에 해당하는 환자만을 진료하여야 한다. 다만, 응급환자인 경우에는 그러하지 아니하다.’고 되어 있었다. 현재에도 아직 법령의 정비가 되지 않아 그대로 잔재하고 있다.



진료할 수 없게 되므로 기본권 제한의 정도가 매우 크다. 1차 의료기관의 전문과목 표시에 대해 불이익을 주어 치과 전문의들이 2차 의료기관에 근무하도록 유도하는 것은 적절한 치과 의료 전달체계의 정립을 위해 적절한 방안이 될 수 없다. 또한 심판대상조항은 자신의 전문과목 환자만 진료해도 충분한 수익을 올릴 수 있는 전문과목에의 편중현상을 심화시킬 수 있다. 따라서 심판대상조항은 수단의 적절성과 침해의 최소성을 갖추지 못하였다. 심판대상조항이 달성하고자 하는 적절한 치과 의료전달체계의 정립 및 치과전문의의 특정 전문과목에의 편중 방지라는 공익은 중요하나, 심판대상조항으로 그러한 공익이 얼마나 달성될 수 있을 것인지 의문인 반면, 치과의원의 치과전문의가 표시한 전문과목 이외의 영역에서 치과일반의로서의 진료도 전혀 하지 못하는 데서 오는 사적인 불이익은 매우 크므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다.»고 하고, 「1차 의료기관의 전문과목 표시와 관련하여 의사전문의, 한의사전문의와 치과전문의 사이에 본질적인 차이가 있다고 볼 수 없으므로, 의사전문의, 한의사전문의와 달리 치과전문의의 경우에만 전문과목의 표시를 이유로 진료범위를 제한하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵고, 치과일반의는 전문과목을 불문하고 모든 치과 환자를 진료할 수 있음에 반하여, 치과전문의는 치과의원에서 전문과목을 표시하였다는 이유로 자신의 전문과목 이외의 다른 모든 전문과목의 환자를 진료할 수 없게 되는바, 이는 보다 상위의 자격을 갖춘 치과의사에게 오히려 훨씬 더 좁은 범위의 진료 행위만을 허용하는 것으로서 합리적인 이유를 찾기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 평등권을 침해한다.»고 판단하였다.

## V. 결론

치과의 영역을 비롯한 전 범위의 의료행위를 토대로 살펴볼 때 의료행위도 직업적 행위의 일종이며, 환자의 자율성이 의료행위의 정당화에 중요한 역할을 한다고 인정한다면 의료광고가 원칙적으로 허용되어야 한다는 점을 인정하는 것이 논리적이라고 생각된다. 즉, 비약적인 IT 기술의 발달과 국민의 권리가 신장되면서 국민은 다양한 정보매체를 통하여 의료정보를 수집하고 스스로 판단할 수 있는 능력을 지니게 되고, 이른바 소비자주권의 시대가 열리면서 의료인측에서 먼저 객관적인 근거를 두고 있는 의료인의 기능과 숙련도나 치료방법 등 의료행위의 기본적인 정보를 의료광고를 통하여 제공하여야 환자들이 이를 토대로 의료인과 의료기관을 자신의 판단 하에 선택할 자유가 보장되는 것이다. 따라서 지나친 의료광고의 규제는 의료인의 표현의 자유 및 직업수행의 자유는 물론 의료소비자로서의 국민의 알 권리와 행복추구권까지 침해할 소지가 있다.

그러나 의료행위가 국민의 건강과 생명에 영향을 미치는 등 공공성이라는 특성을 지니고 있어 분명 다른 재화와는 이질적인 점이 있기에 일반 상업광고와는 동일선상에서 판단할 수는 없다. 따라서 특정 의료광고의 허용 여부를 판단할 때에는 다음과 같은 점이 고려되어야 할 것이다. 첫째, 의료서비스의 소비자를 기만하는 의료광고를 금지하여야 한다는 점은 분명하다고 할 것이다. 둘째, 의료광고를 통하여 제공되는 정보는 의학적으로 적절한 정보여야 한다. 셋째, 객관적 증거 없이 자신의 의료행위 방식만이 우월하다거나 유일하게 치료효과가 있다는 식의 의료광고는 규제될 필요가 있다. 의료행위는 일단 시행되면 돌이킬 수 없는 신체적 또는 정신적 손해가 발생할 수 있으므로 원치 않는 결과의 발생에 대한 사전적 예방이 다른 재화에 비하여 보다 적극적으로 고려되어야 한다. 넷째, 의료서비스의 제공자와 소비자 간의 정보에 있어서의 불균형성이 고려되어야 한다. 이렇게 볼 때 특정 의료광고의 허용 여부에 대한 판단은 ① 당해 의료정보의 객관적 합

의료법칙성, ② 의료행위의 선택가능성이라는 기준에 의하여 이루어지는 것이 타당할 것으로 생각된다<sup>21)</sup>.

치과 의료광고와 관련하여서도 위와 같은 의료광고에서의 논의는 그대로 유지되며, 위에서 살펴 본 각각의 대법원판결과 헌법재판소의 결정은 이러한 현상이 투영된 것이라고 보인다. 특히 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌마799 결정을 통하여 치과 전문가가 자신의 진료과목에 전문과목을 표시함으로써 자신의 능력과 경력에 대하여 의료소비자에 대하여 의료광고를 통하여 알리는 것이 허용됨에도 불구하고, 그로 인하여 표시된 전문과목의 범위 내로 진료 범위를 한

정하는 의료법상의 규정이 위헌으로 판단된 것은 의료광고와 직업의 자유 사이에서의 형평을 찾는 것으로 이해된다. 이에 따라 치과 의사가 전문과목을 표시하더라도 전문과목 외의 일반 치과 진료까지 수행할 수 되므로, 의료소비자의 입장에서 알 권리의 보장과 함께 의료기관 선택의 범위를 확장하는 바람직한 결과를 도출하게 된다. 그리고 헌법재판소의 위헌결정에 따라 치과 의료광고에 대한 필수적인 사전심의제가 폐지된 상황에서 치과 의료광고에 있어서도 의료인의 직업의 자유 뿐만 아니라 정확한 정보 제공과 관련한 의료소비자의 보호를 위해 치과 의료인들의 적극적인 자

## 참 고 문 헌

1. 김지석, “의사의 설명의무의 범위에 관한 고찰”, *재산법연구* 제28권 제1호, 2011.
2. 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2011.
3. 신현호·백경희, 「의료분쟁 조정·소송 총론」, 육법사, 2011.
4. 이시훈, 광고의 개념 재정립과 이론화: 상호작용 광고의 영향을 중심으로, *커뮤니케이션 이론* 제3권 제2호, 2007.
5. 이호용, 의료광고의 규제완화가능성에 대한 법적 검토, 인권과 정의 제317호, 대한변호사협회, 2003. 1.
6. 장욱, 의료광고 법제 변화와 개선방향, *법학연구*, 제19권 제1호, 연세대학교 법학연구소, 2009.
7. 정규원, 의료광고에 대한 법적 규율, *법학논총*, 제31권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2014.
8. 최행식, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, *법학연구* 제17집, 한국법학회, 2004.
9. 황성기, 인터넷 환경에서의 의료광고 규제제도 개선방안에 관한 연구, *법학연구 통권* 제48집, 전북대학교 법학연구소, 2016. 5.
10. 홍승희, 의료광고 네거티브제 도입에 따른 문제 동향, *형사정책연구소* 제100호, 2007.

21) 정규원, 앞 논문, 제18~19면