

醫療廣告制度的 改善方案에 관한 研究

李世靜*

차 례

I. 서 언

II. 의료광고 규제

1. 의료광고의 규제 연혁
2. 의료광고의 주체
3. 개정 의료법상 허용되지 아니하는 의료광고 및 그 위반의 효과
4. 개정 의료법 제56조 제5항의‘포괄적 위임입법 금지의 원칙’위반 여부

IV. 의료광고사전심의제도

1. 의료광고사전심의제도의 의의
2. 의료광고사전심의의 대상 및 절차
3. 의료광고사전심의제도의 합헌성 여부

V. 신의료기술평가제도

1. 신의료기술평가제도의 의의
2. 신의료기술평가의 대상 및 절차
3. 신의료기술평가위원회의 구성
4. 신의료기술평가제도의 문제점

VI. 결 론

【참고문헌】

* 韓國法制研究院 副研究委員, 法學博士

I. 서 언

의료광고란 “의료인·의료기관·의료법인이 의료서비스에 관한 사항(건강을 유지하고 질병을 예방하거나 경감 또는 치료하기 위하여 적용되는 과학 및 기술상의 제반활동)과 의료인, 의료기관에 관한 사항(경력, 시설, 기술 등)을 신문, 잡지 등의 매체를 이용하여 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것”을 말한다.¹⁾ 의료법이 제정된 이래 상업적 성격을 띤 의료광고의 규제에 관한 문제가 계속적으로 제기되어 왔으나, 그동안 의료광고의 규제 여부 및 규제의 정도와 관련하여 의료계나 학계의 입장이 완전하게 일치되지는 않았다. 즉 의료광고에 관한 규제를 과감하게 풀어서 소비자(환자)에게 많은 정보를 제공하여 소비자의 알 권리를 충족시키고, 의료인을 적정하게 선택할 수 있도록 하여야 한다는 입장과 의료광고의 허용 범위를 확대하면 광고비용이 증가하게 되고 증가된 광고비용은 의료비에 전가되어 국민의료비 지출을 높이는 부작용을 가져오며, 자본력과 기술력을 잘 갖춘 대형 의료기관으로 환자가 몰릴 수 있다는 부정적 측면 때문에 규제완화를 반대하는 견해도 적지 않다. 이러한 논의의 와중에 2005. 10. 27. 헌법재판소는 “특정의료기관이나 특정의료인의 기능·진료방법에 관한 광고”를 금지한 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제46조 제3항 및 그 위반시 300만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 같은 법 제69조가 “표현의 자유와 직업수행의 자유를 침해”하여 위헌이라는 판결을 내린 바 있다.²⁾ 이로 인해서 동 조항은 효력을 상실했고, 위 판결의 취지를 고려하여 의료법 개정이 강구되었다.

의료법 개정방안을 논의하는 과정에서 특히 다음과 같은 2가지의 쟁점사항이 중심으로 논의되었는데, 그 중 하나는 의료인의 기능이나 진료방법을 어떻게 광고할 수 있도록 할 것인가의 문제인 ‘의료광

1) 보건복지부·대한의사협회·대한치과의사협회·대한한의사협회 의료광고심의위원회, 의료광고 심의기준, 2007. 7. 19, 2쪽.

2) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3 전원재판부.

고의 내용’에 관한 사항이고, 나머지 하나는 ‘의료광고에 관한 방송광고’를 인정할 것인가의 문제인 ‘광고매체’에 관한 사항이었다. 먼저 ‘의료광고의 내용’에 관한 사항은 구 의료법 시행규칙에서 의료광고가 가능하도록 정하고 있었던 12가지 사항에 기능이나 진료방법을 추가하여 기존의 규제 방식에 수정을 가할 것인가와 금지되는 의료광고 사항을 법정하고 그 외에는 광고를 전면적으로 허용하는 ‘네거티브 방식’을 채택할 것인가에 관한 것이었다. 논의의 결과 네거티브 방식을 채택하되, 의료광고사전심의를 거치는 방향으로 입장이 정리되었다. 이에 따라 2007. 7. 27. 개정 의료법(법률 제8559호)은 법상 금지되는 광고의 유형을 열거하고, 이에 해당하지 않는 경우에는 광고를 허용하는 방식을 채택했다. 한편 의료광고의 방송광고를 허용할 것인가에 관한 문제는 TV, 라디오, 유선방송 등 방송에 의한 일방적이고 무차별적인 의료광고를 허용할 경우 이로 인해 발생할 수 있는 환자의 피해를 사전에 차단할 필요성이 있고, 불필요한 의료수요 창출 및 의료비 상승을 초래할 수 있다는 우려 때문에 허용하지 않는 방향으로 결정되었다.³⁾

이하에서는 개정 의료법상 변경된 의료광고 규제방식 및 새로이 도입된 의료광고 관련 제도, 즉 의료광고사전심의회제도, 신의료기술평가제도에 대해서 상세하게 분석하고 그 문제점을 밝힌 뒤 대안을 모색하고자 한다.

II. 의료광고 규제

1. 의료광고의 규제 연혁

중전의 국민의료법(1951. 9. 25. 법률 제221호)은 전문과목의 표방 이외의 의료광고를 전면 금지했고, 전문과목의 표방도 주무부장관의

3) 임종규, 의료광고제도 개선을 위한 의료법 개정방향, 데일리메디, 2006. 9. 10, 임종규, 의료광고제도 개선을 위한 의료법 개정방향, 데일리메디, 2006. 9. 10, <http://www.dailymedi.com/news/opdb/index/php?cmd=print&code=3...>

허가를 받도록 했다(같은 법 제41조, 제42조). 구 의료법(1965. 3. 23. 법률 제1690호) 역시 국민의료법의 경우와 유사하게 전문과목과 진료과목의 표시 이외의 의료광고를 전면 금지했다(같은 법 제36조, 제37조). 그 후 개정된 의료법(1973. 2. 16. 법률 제2533호)은 의료업무 또는 의료인(의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말함)의 경력에 관한 허위 또는 과대광고를 금지하는 규정을 두는 한편, 종전의 금지규정을 그대로 유지하면서도 일부 범위의 의료광고의 허용을 보건사회부령(의료법 시행규칙)에 위임했다(같은 법 제46조, 제47조). 당시 보건사회부령은 텔레비전과 라디오를 제외한 모든 매체에 의하여(일간신문 광고는 월 1회 한정) 의료인의 성명·성별 및 면허종류, 의료기관의 명칭·소재지 및 전화번호, 진료일, 진료시간 등 기본적인 사항에 관한 광고를 할 수 있도록 했다(같은 법 시행규칙 제33조).

한편 2002. 3. 30. 개정된 의료법은 의료인의 경력 광고를 허용했고(같은 법 제46조 제1항, 제3항), 2003. 10. 1. 개정된 의료법 시행규칙은 인터넷 홈페이지 주소(같은 법 시행규칙 제33조 제1항 제3호), 의료인 및 보건의료인의 환자수에 대한 배치비율 및 각 인원수(같은 항 제9호), 의료기관 평가결과(같은 항 제12호)를 추가로 광고할 수 있도록 허용했다(일간신문 광고는 월 2회로 제한함, 같은 조 제2항).

이상에서 알 수 있는 것처럼 기존의 의료법은 원칙적으로 의료광고를 금지하면서 예외적으로 특정사항에 관해서만 광고를 허용하는 ‘포지티브 방식’을 취했다. 그런데 이러한 규제 방식에 대해서 의료계 및 관련 학계에서는 의료광고의 허용 범위를 지나치게 제한하여 의료인 등의 표현의 자유, 직업수행의 자유를 침해하고, 소비자(환자)의 알권리를 침해한다는 등의 비판을 제기했고, 2005. 10. 27. 헌법재판소는 “특정의료기관이나 특정의료인의 기능·진료방법에 관한 광고를 금지”한 구 의료법 제46조 제3항이 “표현의 자유와 직업수행의 자유를 침해”하여 위헌이라는 판결⁴⁾을 내려 기존의 의료광고 규제방식에 문

4) “의료인의 기능이나 진료방법에 대한 광고가 소비자들을 기만하는 것이거나, 소비

제가 있다는 것을 확인했다.

2007. 7. 2 개정 의료법(법률 제8559호)은 위 판결의 취지를 고려하여 구법상의 규제방식과는 달리 ‘허용되지 아니하는 의료광고’를 의료법(제56조)에 열거하고, 이에 해당하지 아니하는 의료광고는 모두 허용하는 방식, 즉 네거티브 방식을 채택했다.⁵⁾ 이와 같은 입법태도는 건강기능식품, 의약품, 화장품 등 그 밖의 보건분야의 광고를 규율하는 입법례와 맥을 같이 하는 것이다.⁶⁾

이하에서는 개정 의료법상 의료광고의 주체, 허용되지 아니하는 의료광고 및 그와 관련된 문제점에 대해서 체계적으로 검토하고자 한다.

2. 의료광고의 주체

개정 의료법 제56조 제1항은 “의료법인·의료기관 또는 의료인이 아닌 자는 의료에 관한 광고를 하지 못한다”라고 규정하여 의료광고의 주체를 ‘의료법인·의료기관 또는 의료인’으로 한정하고 있다. 이것은 의료가 지극히 전문적인 분야이기 때문에 의료지식이 없는 자에 의한

자들에게 정당화되지 않은 의학적 기대를 초래 또는 오이하게 할 우려가 있거나, 공정한 경쟁을 저해하는 것이라면, 국민의 보건과 건전한 의료경쟁 질서를 위하여 규제가 필요하다. 그러나 객관적인 사실에 기인하는 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 있다. 비록 의료광고가 전문적이고 기술적인 영역에 관한 것이고, 일반 국민들이 그 가치를 판단하기 어려운 측면이 있다 하더라도, 소비자로 하여금 과연 특정의료인이 어떤 기술이나 기량을 지니고 있는지, 어떻게 진단하고 치료하는지를 알 수 없게 한다면, 이는 소비자를 중요한 특정 의료정보로부터 차단시킴으로써 정보의 효율적 유통을 방해하는 것이며, 표현의 자유와 영업의 자유의 대상이 된 상업광고에 대한 규제가 입법목적의 달성에 필요한 한도 내에서 섬세하게 제단된 것이라 할 수 없다.” 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3 전원재판부.

5) 의료법 제56조(의료광고의 금지 등) 및 제57조(광고의 심의)의 개정규정은 법률 제8203호 의료법 일부개정법률의 시행일인 2007년 4월 4일 이후 최초로 행하는 의료광고부터 적용한다(의료법 부칙 제4조).

6) 임종규, 의료광고제도 개선을 위한 의료법 개정방향, 테일리메디, 2006. 9. 10, <http://www.dailymedi.com/news/opdb/index.php?cmd=print&code=3...>

광고가 국민의 건강에 중대한 위해를 끼칠 수 있다는 점을 고려한 것이다.⁷⁾ 따라서 의료광고의 주체는 원칙적으로 의료법인, 의료기관, 의료인이어야 한다. 의료인 단체 및 공인 학회(예를 들면, 대한피부과학회, 대한성형외과학회 등)는 의료광고의 주체로 인정된다. 하지만 침사나 구사(뜸치료사)는 의료광고의 주체가 될 수 없고, 의료기관의 부속시설(부설연구소, 연구센터 등)도 의료광고의 주체가 될 수 없다.⁸⁾ 또한 네트워크 의료기관⁹⁾의 브랜드 자체는 의료광고의 주체가 될 수 없으며, 브랜드 이미지만을 강조하여 광고하는 경우에도 네트워크에 속한 의료기관이 최소한 1개 이상 존재하여야 한다는 점을 유의할 필요가 있다.¹⁰⁾

3. 개정 의료법상 허용되지 아니하는 의료광고 및 그 위반의 효과

(1) 허용되지 아니하는 의료광고

개정 의료법 제56조 제2항은 “의료법인·의료기관 또는 의료인은 i) 의료법 제53조에 따른 평가를 받지 아니한 신의료기술에 관한 광고, ii) 치료효과를 보장하는 등 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고, iii) 다른 의료기관·의료인의 기능 또는 진료 방법과 비교하는 내용의 광고, iv) 다른 의료법인·의료기관 또는 의료인을 비방하는 내용의 광고, v) 수술 장면 등 직접적인 시술행위를 노출하는 내용의 광고, vi) 의료인의 기능, 진료 방법과 관련하여 심각한 부작용 등 중요한 정보를 누락하는 광고, vii) 객관적으로 인정되지 아니하거나 근거가 없는 내용을 포함하는 광고, viii) 신문, 방송, 잡지 등을 이용하여

7) 이호용, 의료광고의 규제완화가능성에 대한 법적 검토, 인권과 정의 2003. 1, 107쪽.

8) 보건복지부 외, 의료광고 심의기준, 2쪽.

9) 네트워크 의료기관은 일반적으로 “공동으로 같은 브랜드를 사용하는 의료기관의 그룹”을 총칭한다. 보건복지부 외, 의료광고 심의기준, 2-3쪽.

10) 보건복지부 외, 의료광고 심의기준, 3쪽.

기사(記事) 또는 전문가의 의견 형태로 표현되는 광고, ix) 의료법 제 57조에 따른 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 광고, x) 그 밖에 의료광고의 내용이 국민건강에 중대한 위해를 발생하게 하거나 발생하게 할 우려가 있는 것으로서 대통령령으로 정하는 내용의 광고 중의 어느 하나에 해당하는 의료광고를 하지 못한다"라고 규정하여 법상 허용되지 아니하는 10가지 유형의 의료광고를 열거하고 있다.

또한 같은 조 제3항은 “의료법인·의료기관 또는 의료인은 거짓이나 과장된 내용의 의료광고를 하지 못한다”라고 규정하여 거짓·과장광고를 금지하고, 같은 조 제4항은 “의료광고는 i) 방송법 제2조 제1호의 방송, ii) 그 밖에 국민의 보건과 건전한 의료경쟁의 질서를 유지하기 위하여 제한할 필요가 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 방법으로서는 하지 못한다”라고 하여 의료광고 매체에 제한을 가하고 있다.

생각건대, 구 의료법상 포지티브 방식에 비해 개정 의료법상 네거티브 방식의 의료광고 규제제도는 일견 그 규제의 범위가 대폭 축소되고, 규제가 완화된 것으로 보인다. 하지만 네거티브 방식의 본질을 살리려면 법상 허용되지 아니하는 사항이 열거적으로 명확하게 특정되어야 하나, 개정 의료법 제56조 제2항은 ‘하는 등’, ‘현혹할 우려가 있는’, ‘근거가 없는’, ‘발생하게 하거나 발생하게 할 우려가 있는’ 등과 같은 불확정적인 용어를 사용함으로써 법률문구를 예시적으로 해석할 가능성이 있고, 그에 따라 규제의 정도가 강화될 여지가 있어 법적 안정성과 예측가능성을 해칠 소지가 있다는 문제점이 있다. 따라서 개정 의료법이 구법과 달리 네거티브 방식을 채택한 취지, 즉 의료광고 규제 완화라는 취지를 살리려면, 법상 허용되지 아니하는 사항을 가능한 한 확정적인 용어를 사용하여 법률문구를 예시적으로 해석할 가능성을 배제할 필요가 있을 것이다.

(2) 위반의 효과

보건복지부장관 또는 시장·군수·구청장은 의료기관이 의료법상 허용되지 아니하는 의료광고를 하거나, 거짓·과장광고를 하거나 또는 허용되지 아니하는 의료광고 매체를 이용하여 광고를 한 경우에는 일정한 기간을 정하여 그 위반한 사항을 시정하도록 명할 수 있다(의료법 제63조). 또한 보건복지부장관 또는 시장·군수·구청장은 의료기관이 의료법 제56조를 위반한 때에는 그 의료업을 정지시키거나 개설 허가를 취소하거나 의료기관 폐쇄를 명할 수 있다(의료법 제64조 제1항 제5호). 보건복지부장관은 의료인이 의료법상 허용되지 아니하는 의료광고를 하거나, 거짓·과장광고를 하거나 또는 허용되지 아니하는 의료광고 매체를 이용하여 광고를 한 경우 또는 의료광고사전심의를 거치지 아니하고 의료광고를 한 때에는 1년의 범위에서 면허자격을 정지시킬 수 있다(의료법 제66조 제1항 제7호). 이러한 행정적 제재 외에도 의료법상 허용되지 아니하는 의료광고를 하거나, 거짓·과장광고를 하거나 또는 허용되지 아니하는 의료광고 매체를 이용하여 광고를 한 경우에는 형사적 제재로서 1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금이 예정되어 있다(의료법 제89조).

구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것)이 허위 또는 과대광고를 한 경우에 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 그 의료업을 정지하거나, 그 개설허가를 취소하거나 또는 당해 의료기관의 폐쇄를 명할 수 있도록 하고(제51조 제1항 제5호), 300만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 한 것(제69조)에 비하여 개정 의료법은 관할 행정청에게 시정명령을 발할 수 있는 권한을 추가하고, 1년의 범위에서 면허자격을 정지시킬 수 있도록 했으며, 형사제재의 경우에도 징역형을 추가하고, 벌금의 상한선을 올렸다는 점에서 의료광고의 허용 범위를 확대하는 대신, 그 위반에 대한 제재의 수위를 대폭 강화했다는 점에 그 특징이 있다.

4. 개정 의료법 제56조 제5항의 ‘포괄적 위임입법 금지의 원칙’ 위반 여부

개정 의료법 제56조 제5항은 “의료법 제56조 제1항이나 제2항에 따라 금지되는 의료광고의 구체적인 기준 등 의료광고에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고 규정하여, ‘금지되는 의료광고의 구체적 기준 등’을 의료법 시행령에서 정하도록 위임하고 있다. 이에 따라 의료법 시행령 제19조의3 제1항은 “i) 법 제53조에 따른 신의료기술평가를 받지 아니한 신의료기술에 관하여 광고하는 것, ii) 특정 의료기관·의료인의 기능이나 진료방법이 질병치료에 반드시 효과가 있다고 표현하거나 환자의 치료경험담 또는 6개월 이하의 임상경력을 광고하는 것, iii) 특정 의료기관·의료인의 기능이나 진료방법이 다른 의료기관이나 의료인의 것과 비교하여 우수하거나 효과가 있다는 내용으로 광고하는 것, iv) 다른 의료법인·의료기관 또는 의료인을 비방할 목적으로 해당 의료기관·의료인의 기능 또는 진료방법에 관하여 불리한 사실을 광고하는 것, v) 의료인이 환자를 대상으로 수술을 행하는 장면이나 환자의 환부 등을 촬영한 동영상 또는 사진으로서 일반인에게 혐오감을 일으키는 것을 게재하여 광고하는 것, vi) 의료행위나 진료방법 등을 광고하면서 예견할 수 있는 환자의 안전에 심각한 위해를 줄 우려가 있는 부작용 등의 중요 정보를 누락하여 광고하는 것, vii) 의료기관·의료인의 기능 또는 진료방법에 관하여 객관적으로 인정되지 아니한 내용이나 객관적인 근거가 없는 내용을 광고하는 것, viii) 특정 의료기관·의료인의 기능이나 진료방법에 관한 기사나 전문가의 의견을 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 제2조에 따른 정기간행물 또는 인터넷신문이나 방송법 제2조 제1호에 따른 방송에 게재 또는 방송하면서 특정 의료기관이나 의료인의 연락처나 약도 등의 정보도 함께 게재 또는 방송하여 광고하는 것, ix) 제19조의3 제1

항에 따라 심의대상이 되는 의료광고를 심의를 받지 아니하고 광고하거나 심의받은 내용과 다르게 광고하는 것“으로 구체화하고 있다.

한편 우리 헌법 제75조는 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”에 관해서만 대통령령을 발할 수 있도록 하여 ‘포괄적 위임입법금지의 원칙’ 내지 ‘골격입법의 금지’를 선언하고 있는바,¹¹⁾ 이는 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본적 사항이 이미 법률에 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강 내지 기본적 윤곽을 예측할 수 있어야 함을 의미하고,¹²⁾ 여기서 구체적이란 대상이 특정되어야 할 뿐만 아니라 그 기준도 명확하여야 함을 의미한다.¹³⁾ 위임의 근거법이 명확하여야 한다는 것은 근거법에 따른 국가의 작용이 시민에게 예측가능하고, 시민이 고려할 수 있어야 함을 의미한다. 여기서 명확성의 정도는 사항에 따라 상이하나, 기본권에 강하게 관련되면 될수록, 본질적인 사항에 관련되면 될수록, 입법자는 보다 정밀하게 규율하여야 한다.¹⁴⁾ 다만, 여기서 말하는 예측가능성은 당해 조항 및 관련법 조항 전체를 유기적·체계적·종합적으로 판단하여야 한다는 것이 헌법재판소와 대법원 판례의 입장이다.¹⁵⁾

그런데 의료법 제56조 제5항¹⁶⁾을 보면 그 문언상 무엇을 대통령령에 위임하는 취지인지 전혀 구체화되어 있지 않다. 즉 대통령령에서

11) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2007, 201쪽.

12) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36.

13) 헌재 2003. 7. 24. 2002헌바82.

14) 헌재 2003. 7. 24. 2002헌바82; 헌재 2000. 7. 20. 99헌가15; 헌재 2002. 8. 29. 2000헌바50, 2002헌바56 (병합); 대판 2000. 10. 19. 98두6265.

15) 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률이나 상위명령의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하고, 나아가 각 규제 대상의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토함을 요한다. 대판 2006. 2. 24. 2005두2322; 대판 2004. 7. 22. 2003두7606; 헌재 2002. 6. 27. 2000헌가10; 헌재 1997. 11. 27. 96헌바12 등.

16) 구 의료법 제46조 제4항이 “의료업무에 관한 광고의 범위 기타 의료광고에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다”라고 규정했던 것에 반하여 개정 의료법 제56조 제5항은 ‘대통령령’으로 정하도록 규정하고 있다는 차이점을 발견할 수 있다.

규정하도록 위임하고 있는 ‘금지되는 의료광고의 구체적 기준’은 지나치게 추상적·포괄적이고, 대통령령에서 규정될 기준이 한정적인 것인지, 예시적인 것인지 불분명하며, 위 조항이 위임하고 있는 내용이 금지되는 광고의 내용에 관한 것인지, 절차에 관한 것인지 그 위임의 범위를 특정하기도 쉽지 않다. 아울러 그 예측가능성은 당해 조항 및 관련법 조항 전체를 유기적·체계적·종합적으로 판단하더라도 통상의 사람에게는 물론 법률전문가에게도 하위법령에서 어떤 행위가 금지될 것인지에 관하여 예측할 수 없게 하므로, 헌법 제75조의 포괄위임입법 금지의 원칙에 위반된다.¹⁷⁾ 따라서 법적 예측가능성을 담보할 수 있도록 금지되는 의료광고의 구체적 기준의 대강을 의료법에 규정하고, 그 세부적인 내용을 대통령령으로 위임하는 것이 바람직할 것이다.

IV. 의료광고사전심의제도

1. 의료광고사전심의제도의 의의

앞서 살펴본 것처럼 개정 의료법은 의료광고의 허용 범위를 확대하는 대신 “의료법인·의료기관·의료인이 의료광고를 하려면 미리 광고의 내용과 방법 등에 관하여 보건복지부장관의 심의를 받아야 한다”(의료법 제57조 제1항)라고 규정하여 의료광고사전심의제도를 도입하여 2007년 4월 30일부터 시행 중이다.

이와 같이 개정 의료법은 의료광고의 허용범위의 확대로 인하여 발생할 수 있는 국민의 피해를 방지한다는 취지 하에 구법상 존재하지 않았던 의료광고사전심의제도를 새로이 도입했으나, 그 당위성 및 합헌성에 대한 의료계 및 관련 학계의 이의가 제기되고 있는 바, 이하에서는 먼저 의료광고사전심의의 대상 및 절차를 살펴보고, 다음으로 의료광고사전심의제도의 합헌성 여부에 대해서 검토하고자 한다.

17) 구 의료법 제46조 제4항의 위헌성 여부를 판단한 헌재 2007. 7. 26. 2006헌가4 참조.

2. 의료광고사전심의의 대상 및 절차

(1) 대 상

개정 의료법 제57조 제4항은 “심의의 대상과 기준, 그 밖에 심의에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고 규정하고 있고, 이에 따라 개정 의료법 시행령 제19조의4 제1항은 “법 제46조의2 제1항에 따라 의료법인·의료기관·의료인이 ①신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 제2조에 따른 정기간행물 및 인터넷신문, ②옥외광고물 등 관리법 제2조 제1호에 따른 옥외광고물 중 현수막, 벽보 및 전단의 어느 하나에 해당하는 매체를 이용하여 의료광고를 하려는 때에는 보건복지부장관의 심의를 받아야 한다”라고 규정하고 있다.

여기서 정기간행물은 “동일한 제호로 연 2회 이상 계속적으로 발행하는 신문·잡지·기타간행물”을 말하고(신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 제2조 제1호), 인터넷신문은 “컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치와 통신망을 이용하여 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파하기 위하여 간행하는 전자간행물로서 독자적 기사 생산과 지속적인 발행 등 대통령령이 정하는 기준을 충족하는 것”을 말한다(신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 제2조 제5호). 현수막은 “천·종이 또는 비닐 등에 문자·도형 등을 표시하여 건물 등의 벽면, 지주·계시시설 기타 시설물 등에 매달아 표시하는 광고물”을 말한다(옥외광고물 등 관리법 시행령 제3조 제7호). 벽보는 “종이 또는 비닐 등에 문자·그림 등을 표시하여 지정계시판·지정벽보판 기타 시설물 등에 부착하는 광고물”을 말한다(옥외광고물 등 관리법 시행령 제3조 제10호). 전단은 “종이 또는 비닐 등에 문자·그림 등을 표시하여 옥외에서 배부하는 광고물”을 말한다(옥외광고물 등 관리법 시행령 제3조 제11호).

따라서 의료법인·의료기관·의료인(이하 ‘신청인’이라 한다)이 이러한 매체를 이용하여 의료광고를 하려는 때에는 미리 광고의 내용과 방법 등에 관하여 보건복지부장관의 심의를 받아야 한다(의료법 제57조 제1항, 의료법 시행령 제19조의4 제1항).

(2) 절 차

1) 신청서의 제출

의료광고의 심의를 받으려는 신청인은 보건복지부령이 정하는 신청서¹⁸⁾에 해당 의료광고 내용을 첨부하여 의료법 시행령 제19조의4 제2항에 따라 의료광고 심의업무를 수탁받은 기관(이하 ‘심의기관’이라 한다)에 제출하여야 한다(같은 법 시행령 제19조의5 제1항). 개정 의료법 제57조 제2항은 “보건복지부장관은 의료광고의 심의에 관한 업무를 같은 법 제28조에 따라 설립된 단체, 즉 의사회, 치과의사회 및 한의사회에 각각 위탁할 수 있도록” 규정하고 있고, 이에 따라 의료법 시행령 제19조의4 제2항은 i) 의사회(대한의사협회)는 “의사, 의원, 병원, 요양병원, 종합병원(치과를 제외한다), 조산원이 행하는 의료광고”, ii) 치과의사회(대한치과의사협회)는 “치과의사, 치과의원, 치과병원, 종합병원(치과에 한한다)이 행하는 의료광고”, iii) 한의사회(대한한의사협회)는 “한의사, 한의원, 한방병원, 요양병원(한의학자가 설립한 경우에 한한다)이 행하는 의료광고”를 심의하도록 규정하고 있고, 의료법 시행령 제19조의8 제1항은 “심의기관은 의료광고의 심의를 위하여 심의위원회를 설치·운영하여야 한다”라고 규정하고 있는바, 각 협회는 협회 내에 의료광고심의기구를 설치하여 심의업무를 수행 중이다.

18) 의료법 시행규칙 서식 제18호.

2) 심의 및 재심의

신청을 받은 심의기관은 30일 이내에 같은 법 시행령 제19조의8에 따른 의료광고심의위원회(이하 ‘심의위원회’라 한다)의 심의를 거쳐 심의결과를 신청인에게 문서로 통지하여야 한다. 다만, 부득이한 사유로 그 기간 내에 심의결과를 통지할 수 없는 경우에는 신청인에게 지연사유 및 처리예정기간을 통지하여야 한다(같은 법 시행령 제19조의 5 제2항).

신청인은 통지받은 심의결과에 대하여 이의가 있는 경우에는 심의결과를 통지받은 날부터 15일 이내에 재심을 요청할 수 있다(같은 법 시행령 제19조의5 제3항). 재심을 요청받은 심의기관은 심의위원회의 재심을 거쳐 재심을 요청받은 날부터 30일 이내에 재심의 결과를 신청인에게 문서로 통지하여야 한다(같은 법 시행령 제19조의 5 제4항).

심의 또는 재심을 받은 자가 심의받은 광고 내용을 변경하여 광고하려는 경우에는 그 변경 내용에 관하여 같은 법 시행령 제19조의4에 따라 심의를 받아야 한다. 다만, 광고 내용을 변경하지 아니하는 범위 내에서 자구를 수정하거나 삭제하여 광고하려는 경우에는 심의를 받지 아니하고 광고할 수 있다(같은 법 시행령 제19조의6 제1항). 이 때 광고를 개시하기 전에 그 사실을 심의기관에 통보하여야 하며, 심의기관은 통보받은 내용이 광고 내용의 변경이라고 판단되는 경우에는 지체 없이 신청인에게 심의를 받을 것을 통지하여야 한다(같은 법 시행령 제19조의6 제2항).

신청인이 같은 법 시행령 제19조의4 및 제19조의5에 따라 심의를 받은 내용을 광고하려는 경우에는 광고에 심의를 받은 사실을 표시하여야 한다(같은 법 시행령 제19조의7).

< 각 협회별 의료광고 심의 현황 >

(2007. 6. 8. 현재)

구 분	의사협회	치과의사협회	한의사협회
접수건수	1140	196	400
심의건수	1050	183	350
승 인	1000	165	340
미승인	50	18	10

(3) 소 결

이상에서 살펴본 바와 같이 의료업계의 자율성을 보장하고, 정부의 규제를 완화하는 차원에서 의사회, 치과의사회, 한의사회에 의료광고 사전심의를 위탁했으나, 각 의료광고심의기구간의 심의기준이 달라 의료광고심의의 공정성과 통일성이 저해된다는 문제점이 제기되었다. 이에 2007. 7. 19. 보건복지부는 세 협회의 각 의료광고심의위원회와 협의하여 의료광고에 대한 구체적인 심의기준을 정하여 발표함으로써 어느 정도 공정성과 통일성을 확보하고자 했다.¹⁹⁾

그러나 이러한 문제점 외에도 개정 의료법은 원심의기관과 재심의 기관을 동일하게 규정하고 있기 때문에 실질적인 재심의제도를 운영하지 못할 가능성이 있다. 따라서 원심의기관과 재심의기관을 법적으로 이원화하여, 즉 별도의 업계 자율 단체를 재심의기관으로 설립하

19) 이 심의기준에 의하면, i) 의료인의 경력을 표시하고자 할 경우 법률상 인정되지 않는 전문의 명칭, 세부전문의, 인정의의 명칭은 사용할 수 없고, ii) 의료직역간 기능·진료방법에 대한 비교는 원칙적으로 금지되며, iii) 전·후 비교사진을 게재할 경우 해당 의료기관에서 직접 진료한 환자에 한하여 동일한 조건에서 촬영된 사진이어야 하고, iv) 공인된 학회 등에 의하여 인정되지 않은 의료기관에서 임의로 명명한 치료법, 시술명, 약제명은 허용되지 않으며, v) 한방의 경우 “○○탕, ○○산, ○○환, ○○제 등의 약제는 한방문헌에 나타나 있거나, 공인된 학회에서 인정된 명칭에 한하여 사용할 수 있다. 보건복지부 외, 의료광고 심의기준, 2쪽 이하 참조.

거나 또는 보건복지부 산하에 재심의기관을 설치함으로써 위법·부당한 결정으로부터 피해를 입은 국민의 실효적인 권리구제수단을 확보하는 방안을 모색할 필요가 있을 것이다. 다만, 의료법 시행령 제19조의4 제3항은 의료광고 심의에 관한 업무를 위탁받은 “의료인단체가 의료광고 심의를 위하여 통합 심의기구를 설치·운영하는 경우에는 해당 심의기구에 의료광고의 심의에 관한 업무를 위탁한다”라고 규정하여 복수의 심의기관이 존재할 가능성을 열어 놓았다는 점에서 의의가 있을 것이다.

또한 의료법과 그 하위법령은 심의위원회의 결정에 대하여 “행정쟁송법상 이의를 제기할 수 있다”는 규정을 두고 있지 않다. 심의위원회의 위법·부당한 결정으로 인하여 피해를 입은 국민이 행정쟁송법상 이의를 제기할 수 있다는 사실을 알지 못하여, 그 불복기간을 도과하여 권리구제를 받지 못하는 결과가 초래될 가능성이 매우 크다는 문제점이 있다. 따라서 주의적인 측면에서라도 이를 범정할 필요가 있을 것이다.

3. 의료광고사전심의제도의 합헌성 여부

(1) 문제의 제기

이상에서 살펴본 바와 같은 의료광고사전심의제도는 의료법인·의료기관·의료인이 의료광고를 하려는 때에는 미리 광고의 내용과 방법 등에 관하여 보건복지부장관의 심의를 받도록 한 것인데, 이러한 사전심의제도가 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 ‘언론·출판에 대한 사전검열’에 해당하는지 여부가 문제된다.

헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열은 ... 인정되지 아니한다”라고 하여 사전검열금지의 원칙을 선언하고 있으나, 이 조항만으로는 언론·출판에 대한 허가나 검열이 무엇을 의미하는지, 그것이 담고 있는 내용이 구체적으로 어떤 것인지는 규정하고 있지

않다. 이와 관련하여 헌법재판소는 헌법 제21조 제2항에서 말하는 검열은 “그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로써 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니하는 것의 발표를 금지하도록 하는 제도를 뜻한다”라고 하면서, “i) 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, ii) 행정권이 주체가 된 사전심사절차, iii) 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건”을 갖춘 경우에 검열에 해당한다고 판시한 바 있다.²⁰⁾ 따라서 여기서는 헌법재판소가 제시한 사전검열금지의 원칙의 구성요건을 중심으로 의료광고사전심의제도가 헌법상 사전검열에 해당하는지 여부를 살펴보고자 한다.

(2) 의료광고가 사전심사의 대상으로서 ‘표현물’에 해당하는지 여부

우선 의료광고가 헌법 제21조 제2항이 보호하고자 하는 검열금지의 대상이 되는 표현물에 해당하는지 여부가 문제된다. 이와 관련하여 헌법재판소는 “광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 되며”,²¹⁾ “광고가 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 경우에도 그 내용이 공익을 포함하는 때에는 헌법 제21조의 표현의 자유에 의하여 보호된다. … 뿐만 아니라 국민의 알권리는 국민 누구나가 일반적으로 접근할 수 있는 모든 정보원으로부터 정보를 수집할 수 있는 권리로서 정보수집의 수단에는 제한이 없는 권리인 바, 알권리의 정보원으로서 광고를 배제시킬 합리적인 이유가 없음을 고려할 때, 광고는 이러한 관점에서 표현의 자유에 속한다”²²⁾고 판시

20) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3 전원재판부; 헌재 2005. 3. 2. 2004헌가8; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9; 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13.

21) 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2.

한 바 있고, 의료광고도 헌법상 검열금지의 대상이 되는 표현물에 해당한다는 입장을 밝힌 바 있다.²³⁾

(3) 의료광고사전심의위원회가 검열의 주체로서 ‘행정권’에 해당하는지 여부

1) 검열의 주체로서의 행정권

헌법 제21조 제2항의 사전검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것은 아니고, 여기서 말하는 사전검열금지는 대국가적 효력을 갖는 것이지, 대사인적 효력을 갖는 것은 아니다. 따라서 매체의 자발적인 자기통제는 검열에 해당하지 않으며,²⁴⁾ 헌법상 사전검열금지는 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려 있는 사전검열의 금지만을 의미한다.²⁵⁾ 즉 표현하고자 하는 대상물을 행정기관에 제출할 의무가 있고, 제출된 표현물을 사전에 심사받을 것을 요건으로 하는 경우에만 헌법 제21조 제2항의 검열금지의 원칙에 반하는 것이다.

여기서 표현물의 사전검열기관이 행정기관인가의 여부는 기관의 형식에 의하기 보다는 그 실질에 따라 판단하여야 한다. 즉 헌법 제21조 제2항의 검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다.²⁶⁾ 따라서 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 사전검열을 행한다고 하더라도 행정권이

22) 헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764.

23) 헌재 2005.10.27, 2003헌가3.

24) 전정환, 방송위원회의 방송광고에 대한 사전심의·의결의 위헌성 여부, 헌법학연구 제12권 제3호, 2006. 9, 531쪽.

25) 헌재 2005. 2. 3. 2004헌가8; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9; 헌재 1995. 10. 31. 94헌가6; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13.

26) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13.

주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 그 검열기관은 행정기관으로 보아야 한다.²⁷⁾ 그리하여 헌법재판소는 영화법(1984. 12. 31. 법률 제 3776호로 개정된 것)²⁸⁾ 제12조 등에 대한 위헌제청사건에서 “공연윤리법상 공연윤리위원회의 구성의 경우에는 공연윤리위원회의 위원은 문화체육부장관에 의해 위촉되고(공연윤리법 제25조의3 제3항), 위원장과 부위원장의 선출은 장관의 승인을 받아야 하며(같은 법 시행령 제20조 제1항), 위원장은 심의결과를 장관에게 보고하여야 하고(같은 법 시행령 제21조), 공연윤리위원회는 국가예산의 범위 안에서 공연윤리위원회의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록(같은 법 제25조의 3 제6항) 규정하고 있다. 그렇다면 공연윤리위원회가 의료광고도 헌법상 검열금지의 대상이 되는 ‘표현물’에 해당하고, 행정권이 심의기관의 구성에 간접적인 영향을 미칠 가능성이 존재한다는 점에서 ‘행정권’ 해당 가능성이 전적으로 배제되었다고 볼 수는 없으며, ‘허가받지 아니한 의사표현의 금지’ 및 ‘심사절차를 관철할 수 있는 강제 수단’이라는 요건을 충족한다. 고 할지라도 법에서 영화에 대한 사전 허가제도를 채택하고, 공연윤리법에 의하여 공연윤리위원회를 설치하도록 하여 행정권이 공연윤리위원회의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있게 하였으므로 공연윤리위원회는 검열기관으로 볼 수밖에 없다”라고 판시한 바 있다.²⁹⁾

또한 헌법재판소는 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정되기 전의 것) 제16조 제1항에 대한 위헌제청사건에서 “영화에 대한 심의 및 상영등급분류업무를 담당하고 등급분류보류결정권한을 갖고

27) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13.

28) 이 법은 법은 1995. 12. 30. 법률 제5130호로 제정 공포되고 1996. 7. 1.부터 시행된 ‘영화진흥법’에 의하여 폐지되었다.

29) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13.

있는 영상물등급위원회의 경우에도, 비록 이전의 공연윤리위원회나 한국공연예술진흥협의회와는 달리 문화관광부장관에 대한 보고 내지 통보의무는 없다고 하더라도, 여전히 영상물등급위원회의 위원을 대통령이 위촉하고(공연법 제18조 제1항), 영상물등급위원회의 구성방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(공연법 제18조 제2항, 공연법시행령 제22조), 국가예산의 범위 안에서 영상물등급위원회의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록 하고 있는 점(공연법 제30조) 등에 비추어 볼 때, 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 있다고 보지 않을 수 없다. 영상물등급위원회가 비록 그의 심의 및 등급분류활동에 있어서 독립성이 보장된 기관이라 할지라도(공연법 제23조), 그것이 검열기관인가 여부를 판단하는 데 있어서 결정적인 것이라고는 할 수 없다. 심의기관의 독립성이 보장되어야 하는 것은 단지 심의절차와 그 결과의 공정성 및 객관성을 확보하기 위하여 모든 형태의 심의절차에 요구되는 당연한 전제일 뿐이기 때문이다. 국가에 의하여 검열절차가 입법의 형태로 계획되고 의도된 이상, 비록 검열기관을 민간인들로 구성하고 그 지위의 독립성을 보장한다고 해서 영화진흥법이 정한 등급분류보류제도의 법적 성격이 바뀌는 것은 아니다. 따라서 이러한 영상물등급위원회에 의한 등급분류보류제도는 ‘행정권이 주체가 된 사전심사절차’라는 요건도 충족시킨다³⁰⁾라고 판시하여 심의기관이 민간인으로 구성된 자율적 기관이고, 그 기관이 독립성을 갖추고 있다고 하더라도 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우에는 역시 검열의 주체로서 행정권에 해당하는 것으로 보았다.

30) 헌재 2005. 2. 3. 2004헌가8 전원재판부.

2) 의료광고사전심의위원회의 ‘행정권’ 해당성

앞서 살펴본 것과 같이 헌법재판소는 헌법상 사전검열금지는 의사 표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려 있는 사전검열의 금지만을 의미하고, 표현물의 사전검열기관이 행정기관인가의 여부는 기관의 형식에 의하기 보다는 그 실질에 따라 판단하여야 하며, 검열기관의 독립성 여부는 중요하지 않다는 입장을 취하고 있다. 아래에서는 이러한 헌법재판소의 입장에 따라 의료광고사전심의위원회가 검열의 주체로서 ‘행정권’에 해당하는지 여부에 대해서 살펴보려고 한다.

먼저 의료법 제57조 제1항은 “의료법인·의료기관·의료인이 의료광고를 하려면 미리 광고의 내용과 방법 등에 관하여 보건복지부장관의 심의를 받아야 한다”라고 규정하여 표현하고자 하는 의료광고를 행정기관에 제출할 의무와 제출된 표현물을 사전에 심사받을 것을 요건으로 하고 있다. 같은 조 제3항은 “보건복지부장관은 제1항에 따른 심의에 관한 업무를 제28조에 따라 설립된 단체에 위탁할 수 있다”라고 규정하고 있고, 이에 따라 보건복지부장관은 ‘의사회, 치과의사회, 한의사회’에 심의에 관한 업무를 위탁했다.³¹⁾ 또한 의료법 제57조 제4항은 “심의를 대상과 기준, 그 밖에 심의에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로” 정하도록 규정하고 있고, 이에 따라 의료법 시행령 제19조의8 제1항부터 제6항은 다음과 같이 심의위원회의 구성·운영 및 심의에 관하여 필요한 기본적인 사항을 규정하고 있다.

즉 의료광고사전심의회의 위원장은 보건복지부장관이 아닌 ‘심의기관의 장’이 위촉하고(의료법 시행령 제19조의8 제3항), 심의위원회는

31) 당초 의료광고사전심의의 주체를 놓고 의견이 분분했으며, 각 의료인 단체 각각에 위임하는 방안과 각 단체들이 연합해 대한병원협회를 포함하는 컨소시엄 형태의 방안이 논의되었으나, 사전심의를 의료인 단체가 아닌 병원협회가 주체가 되어 담당하는 것은 문제가 있다는 각 의료인 단체들의 반발로 대한병원협회가 제외되었으며, 결국 각 의료인 단체에 위탁하는 것으로 결론지어졌다. “의료광고, 누가 먼저 시작할까”, 청년의사, 2007. 4. 2, <http://www.docdocdoc.co.kr>

위원장 1인과 부위원장 1인을 포함한 10인 이상 20인 이하의 위원으로 구성한다(같은 법 시행령 제19조의8 제2항). 위원은 i) 해당 심의기관의 회원이 아닌 다른 직역의 의료인(조산사와 간호사를 제외한다), ii) 해당 심의기관의 회원, iii) 소비자기본법 제2조 제3호에 따른 소비자단체의 장이 추천하는 자, iv) 변호사의 자격을 가진 자, v) 그 밖에 보건의료에 관한 학식과 경험이 풍부한 자 중의 어느 하나에 해당하는 자 중에서 심의기관의 장이 위촉한다(같은 법 시행령 제19조의8 제4항). 의료법 시행령 제19조의8 제1항부터 제6항까지의 규정에서 정한 것 외에 심의위원회의 구성·운영 및 심의에 관하여 필요한 사항은 심의위원회의 의결을 거쳐 위원장이 정한다(같은 법 시행령 제19조의8 제7항).

이상에서 살펴본 것처럼 개정 의료법은 심의기관의 장이 심의위원회의 위원장과 심의위원을 위촉하도록 하고, 심의위원 중에 공무원을 의무적으로 포함시키지 아니하며,³²⁾ 국가예산의 범위 안에서 심의위원회의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있는 규정³³⁾을 두지 아니하는 등 심의위원회의 구성에서 최대한 자율성을 확보하고자 노력하여 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 가능성을 줄여 심의위원회의 ‘행정권’ 해당 소지를 줄인 점은 크게 평가할 만하다. 하지만 여전히 의료광고사전심의위원회의 구성·운영방법에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 한 점 및 심의기관의 장은 심의 및 재심의 결과를 분기별로 분기가 종료된 후 30일 이내에 보건복지부장관에게 보고하도록 한 점(같은 법 시행령 제19조의8 제6항)

32) 건강기능식품심의위원의 자격 중에 “1. 건강기능식품 관련업무를 담당하는 5급 이상의 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원중 보건복지부장관이 임명하는 자”를 건강기능식품심의위원의 자격에 명시하고, 공무원이 아닌 민간인의 경우에는 보건복지부장관이 위촉하도록 하고 있는 건강기능식품에 관한 법률 시행령 제7조 제3항 비교.

33) “보건복지부장관 또는 식품의약품안전청장이 건강기능식품 연구위원의 조사·연구 등을 위하여 예산의 범위 안에서 조사·연구비와 소요경비를 지급할 수 있도록” 하고 있는 건강기능식품에 관한 법률 시행령 제14조 제2항 비교.

등에서 행정권이 심의기관의 구성에 간접적인 영향을 미칠 가능성이 존재한다는 점에서 ‘행정권’ 해당 가능성이 전적으로 배제되었다고 볼 수는 없을 것이다.

3) 의료광고사전심의제도와 허가받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단과의 관계

헌법 제21조 제2항의 검열금지의 원칙은 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단의 요건을 충족한 경우에 성립한다.³⁴⁾ 의료법인·의료기관 또는 의료인은 의료광고사전심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 광고를 할 수 없다(의료법 제56조 제2항 제9호). 이를 위반한 경우에는 1년 이내의 면허자격 정지(의료법 제66조 제1항 제7호), 1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금형에 처해질 수 있다(의료법 제89조). 따라서 의료광고사전심의제도는 ‘허가받지 아니한 의사표현의 금지’ 및 ‘심사절차를 관철할 수 있는 강제수단’이라는 요건을 충족시킨다.

4) 소 결

이상에서 살펴 본 것처럼 의료광고는 헌법상 검열금지의 대상이 되는 표현물에 해당하고, 사전에 허가받지 아니하면 의료광고를 할 수 없고, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단을 갖추고 있다는 점에서 헌법재판소가 제시한 검열금지원칙의 구성요건으로서의 “i) 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, ii) 행정권이 주체가 된 사전심사절차, iii) 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단” 중 i)과 iii)의 두 가지 요건을 명확하게 충족시킨다고 할 수 있다. 다만, ‘ii) 행정권이 주체가 된 사전심사절차’의 경우에는 명확하게 이를 충족시킨다고 볼 수는 없으나, “행정권이 의료광

34) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13.

고심의기관의 구성에 간접적인 영향을 미칠 가능성이 존재한다”는 점에서 이러한 요건에서 전적으로 자유롭다고는 할 수 없다.

생각건대, 광고의 본질은 소비자의 알 권리를 충족시키기 위한 것이나, 의료광고사전심의는 사전검열의 성격이 있어 광고의 본질을 충분히 담아내지 못할 우려가 있다. 의료광고사전심의제도에 대한 합헌성 논란에서 완전히 자유롭기 위해서는 행정권이 의료광고심의기관의 구성에 간접적인 영향을 미칠 가능성을 배제하는 등 순수한 민간자율기구에 의해서 운영되도록 제도를 보완할 필요가 있을 것이다.

V. 신의료기술평가제도

1. 신의료기술평가제도의 의의

개정 의료법 제53조 제1항은 “보건복지부장관은 국민건강을 보호하고 의료기술의 발전을 촉진하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 의료법 제54조에 따른 신의료기술평가위원회의 심의를 거쳐 신의료기술의 안전성·유효성 등에 관한 평가(이하 ‘신의료기술평가’라 한다)를 하여야 한다”라고 하여 신의료기술평가제도를 도입했고, 같은 법 제56조 제2항 제1호는 “의료법인·의료기관 또는 의료인은 의료법 제53조에 따른 신의료기술평가를 받지 아니한 신의료기술에 관한 광고를 하지 못한다”라고 규정하여 신의료기술에 관한 광고를 하기 위해서는 반드시 신의료기술평가를 거치도록 의무화하고 있다.

그동안 신의료기술의 안전성·유효성 인정절차는 국민건강보험법에 따라 건강보험심사평가원에서 신의료기술의 보험급여 여부(경제성 평가)를 판단하면서 안전성·유효성을 평가하여 실질적인 평가기능을 대행해 왔다. 이 때 신의료기술의 안전성·유효성에 관한 평가는 의료인단체 또는 전문학회의 의견서 제출로 갈음되어 왔고[신의료기술 등의 결정 및 조정기준(보건복지부고시) 제7조 제1항 제1호], 관련 학

회간 상이한 의견제출 등으로 그 객관성·공정성에 대한 시비가 끊이지 않았다. 이에 개정 의료법은 의료법에 근거한 신의료기술의 체계적·객관적 평가를 통하여 국민의 건강권 보호 및 신의료기술의 발전을 촉진하기 위하여 보건복지부장관이 신의료기술의 안전성·유효성 등에 관한 평가를 실시하도록 하는 신의료기술평가제도를 도입한 것이다.

여기서 말하는 신의료기술은 “새로 개발된 의료기술로서 보건복지부장관이 안전성·유효성을 평가할 필요성이 있다고 인정하는 것”을 말한다(의료법 제53조 제2항). 의료법 제53조 제3항은 신의료기술평가의 대상 및 절차 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 위임하고 있고, 2007. 4. 27. 보건복지부장관은 의료법 제53조부터 제55조까지의 규정에 따른 신의료기술평가의 대상, 절차와 신의료기술평가위원회의 구성·운영 등에 관하여 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 규정하기 위하여 신의료기술평가에 관한 규칙(보건복지부령 제396호)을 제정했고, 같은 날부터 시행 중이다.

2. 신의료기술평가의 대상 및 절차

(1) 대 상

의료법 제53조에 따른 신의료기술평가의 대상은 i) 안전성·유효성이 평가되지 아니한 의료기술로서 보건복지부장관이 평가가 필요하다고 인정한 의료기술, ii) 신의료기술로 평가받은 의료기술의 사용목적, 사용대상 및 시술방법 등을 변경한 경우로서 보건복지부장관이 평가가 필요하다고 인정한 의료기술이다(신의료기술평가에 관한 규칙 제2조 제1호 및 제2호).

통상적인 의학용어가 아닌 해당 의료기관이 독자적으로 만든 의학용어를 사용하여 시술명을 표시할 수 없다. 다만, 관련 전문학회의 인정을 받은 경우에는 광고할 수 있다. 새로운 수술·재료 및 신기술

등의 정의는 새로운 기구, 새로운 재료, 새로운 방법 등으로 진료를 하는 것이고, 신기술에 대한 인증을 받아야 하며, 기존에 있었던 의료 기구, 기존에 허가된 재료를 사용하여 개발한 수술이나 진료방법은 응용기술로 간주하며, 신의료기술로는 보지 않는다. 신의료기술을 신청하여 절차가 진행 중인 경우나 특허출원과 같이 최종적으로 인증되지 아니한 것을 표시하는 것은 허용되지 않는다.³⁵⁾

(2) 절 차

의료법 제53조에 따라 신의료기술의 평가를 신청하려는 자(이하 ‘신청인’이라 한다)는 신의료기술평가 신청서를 보건복지부장관에게 제출하여야 한다(신의료기술평가에 관한 규칙 제3조 제1항). 보건복지부장관은 신의료기술평가 신청이 없더라도 필요하면 직권으로 신의료기술을 평가할 수 있다(같은 규칙 제3조 제2항). 보건복지부장관은 신청 또는 직권에 신의료기술평가를 의료법 제54조에 따른 신의료기술평가위원회(이하 ‘위원회’라 한다)의 심의에 붙여야 한다(같은 규칙 제3조 제3항).

보건복지부장관은 신의료기술평가 신청서를 접수한 날부터 90일 이내에 해당 의료기술의 평가 대상 여부를, 평가대상인 의료기술은 신청서를 접수한 날부터 1년 이내에 해당 의료기술의 안전성·유효성에 대한 평가결과를 신청인에게 통보하여야 하며, 해당 의료기술의 안전성·유효성에 대한 평가결과, 사용목적, 사용대상 및 기술방법 등을 고시하여야 한다(같은 규칙 제4조).

3. 신의료기술평가위원회의 구성

보건복지부장관은 신의료기술평가에 관한 사항을 심의하기 위하여 보건복지부에 신의료기술평가위원회(이하 ‘위원회’라 한다)를 둔다(의

35) 보건복지부 외, 의료광고 심의기준, 9-10쪽.

료법 제54조 제1항). 위원회는 위원장 1명을 포함하여 20명 이내의 위원으로 구성한다(같은 조 제2항). 위원은 i) 의사회·치과의사회·한의사회에서 각각 추천하는 자, ii) 보건의료에 관한 학식이 풍부한 자, iii) 소비자단체에서 추천하는 자, iv) 변호사의 자격을 가진 자로서 보건의료와 관련된 업무에 5년 이상 종사한 경력이 있는 자, v) 보건의료정책 관련 업무를 담당하고 있는 보건복지부 소속 5급 이상의 공무원 중에서 보건복지부장관이 위촉하거나 임명한다. 다만, 위원장은 제1호 또는 제2호의 자 중에서 임명한다(같은 조 제3항). 위원장과 위원의 임기는 3년으로 하되, 연임할 수 있다. 다만, 위의 공무원의 경우에는 재임기간으로 한다(같은 조 제4항). 위원회의 심의사항을 전문적으로 검토하기 위하여 위원회에 분야별 전문평가위원회(내과계, 외과계, 내·외과계, 치과, 한방의료전문위원회)를 둔다(같은 조 제6항, 신의료기술평가에 관한 규칙 제7조 제1항).

보건복지부장관은 신의료기술평가에 관한 업무를 수행하기 위하여 필요한 경우 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 자료 수집·조사 등 평가에 수반되는 업무를 관계 전문기관 또는 단체에 위탁할 수 있는 바(의료법 제55조, 신의료기술평가에 관한 규칙 제8조), 2007. 4. 28. 건강보험심사평가원이 위탁기관으로 선정되어 신의료기술평가업무를 수행 중이다.

4. 신의료기술평가제도의 문제점

신의료기술의 도입과 확산은 의료비 지출 증가의 주요 요인이 될 수 있기 때문에, 신의료기술이 보편적 진료로서 널리 확산되기 전 단계에 미리 그 안전성·유효성에 대한 평가가 선행될 필요가 있을 것이다.³⁶⁾ 하지만 의료의 특성상 단기간에 다양한 새로운 기술이 등장

36) 이의경 외, 신의료기술 등의 경제성 평가 및 활용을 위한 정책방안, 한국보건사회연구원, 2005, 43쪽.

하나, 과연 적절한 기간 내에 이를 평가할 수 있는 제도적 여건이 구비되어 있는지가 의문이고, 신의료기술을 평가할 수 있는 전문인력과 관련 통계나 분석 자료 등 연구 인프라 또한 미흡한 실정이다.³⁷⁾ 신의료기술의 객관적·효율적 평가를 위해서는 이러한 여건의 확보가 시급하게 요청된다.

또한 신의료기술평가는 안전성과 유효성을 입증해 과학적으로 평가하는 것을 목적으로 하나, 한방의료기술의 경우 과학적 입증이 곤란하다는 문제점이 있고, 따라서 한방신의료기술의 평가기준이나 방법 마련이 선행되어야 할 것이다.

VI. 결 론

오늘날 광고는 경제활동을 위한 필수적 요소의 하나로 인정되고 있을 뿐 아니라 광고 자체가 일종의 의사소통의 수단으로서 표현의 자유에 의해 보호되고 있다.³⁸⁾ 광고는 상품의 품질, 특징, 가격 등의 정보를 제공함으로써 소비자의 소비선택을 위한 판단과 의사결정에 보조적인 역할을 수행함과 동시에 여러 가지 형태의 표현방식을 동원하여 상품에 대한 사회적 가치를 부여하고 이러한 과정에서 새로운 생활양식과 가치관을 제시함으로써 새로운 문화를 형성하기도 한다.³⁹⁾

그러나 한편으로 광고가 소비자에게 미치는 직·간접적인 영향력이 큰 만큼 그 사회적 역기능도 적지 아니하다. 예컨대, 허위·기만·과장광고로 인하여 소비자를 오도하거나 시장에서의 공정경쟁을 저해하기도 하고, 이윤추구라는 목적 하에 그릇된 행동양식을 사회적 가치로 정형화시킴으로써 기존의 문화를 왜곡된 방향으로 변질시킬 수도

37) 이의경 외, 전계보고서, 282쪽.

38) 장영수, '건강기능식품광고 사전심의제도의 위헌성' 발표에 대한 토론요지, 건강기능식품법제의 개선방안 전문가회의 자료집, 한국법제연구원, 2006. 10. 19, 155쪽.

39) 현재 2002.12.18. 2000헌마764.

있다.⁴⁰⁾ 광고는 그 속성상 경제활동영역의 한 요소이면서 사회적 공공재(public goods)라는 특성으로 인해 사회적 책임이 특별히 강조되고 있고, 세계 각국은 이러한 사회적 책임을 담보하기 위하여 광고표현에 대하여 광범위한 타율적 규제장치들을 마련하고 있으며, 그 밖에 광고유관단체에 의한 자율규제도 널리 논의되어 왔다.⁴¹⁾

광고규제는 소비자가 경쟁상품 사이에서 합리적인 선택을 할 수 있도록 정확하고도 관련 있는 상품정보가 전달되어야 한다는 가정에 기초를 두고 있다. 또한 마케팅 측면에서 광고효과의 극대화를 꾀하는 영리적 상업성이 허위 및 과장광고의 속성을 지니고 있다는 믿음에 근거하고 있다. 광고규제의 목적은 소비자의 보호에 있다. 그러나 그 규제가 지나치거나 잘못된 경우에는 시장에서 유용한 정보의 흐름을 억누르거나 꼭 필요한 정보의 양을 감소시킴으로써 도리어 소비자의 합리적 선택을 방해하고 시장질서의 왜곡을 초래할 수 있다. 의료광고의 규제도 마찬가지이다.

의료광고를 규제하는 이유는 소비자(환자)의 보호, 공정거래의 확보, 의료행위의 송고함의 유지라 할 수 있다. 의료는 사람의 신체를 치료하고 생명을 다루는 것이므로 일반 상품이나 용역과는 차이가 있으며, 국민의 건강에 직결되는 것이므로 소비자를 보호하고, 의료인간의 불공정한 과당경쟁을 막기 위하여 의료광고에 대한 합리적인 규제가 필요한 것이다. 하지만 국가가 소비자 보호를 이유로 허위나 과장된 것이 아닌 사실에 기초한 의료정보의 유통까지 막는다면, 소비자는 오히려 무지에 상태에 놓이게 될 수 있다. 자유시장경제에서 소비자에게 상업적 정보가 충분히 보장되어 소비자가 합리적인 결정을 할 수 있도록 하는 것은 표현의 자유의 중요한 과제에 속한다. 문제는 의료소비자가 현혹되거나 기만될 수 있는 의료광고를 차단하는 것이지, 기능과 진료방법에 관한 모든 의료광고를 차단하는 것이 아니

40) 현재 2002.12.18. 2000헌마764.

41) 이구현, 광고법학, 법문사, 2002, 41쪽.

다.⁴²⁾ 특히 의료서비스는 마음에 들지 않는다고 교환하는 일반 상품들과는 달리 생명을 다루는 돌이킬 수 없는 상품이기 때문에, 진료에 필수적인 요소만 광고할 수 있는 규제가 필요하다.

그리하여 의료광고의 규제방식을 네거티브 방식으로 전환하여 의료광고의 허용범위를 확대하고자 하는 개정 의료법의 취지에 공감하는 바이다. 하지만 개정 의료법상 금지조항들은 지나치게 포괄적으로 규정되어 있기 때문에 의료광고의 규제가 위헌이라는 헌법재판소의 판결 취지를 실질적으로 반영하지 못하고 있다는 문제점이 있다. 따라서 법상 허용되지 아니하는 사항을 구체적·확정적으로 열거하는 등의 보완이 필요할 것이다.

그리고 개정 의료법은 의료광고의 범위를 확대하는 대신 의료광고의 허용범위의 확대로 인하여 발생할 수 있는 국민의 피해를 방지한다는 취지 하에 의료광고사전심의제도를 새로이 도입했으나, 이는 사전검열의 성격을 완전히 배제하지 못한 것이므로, 행정권이 의료광고심의기관의 구성에 간접적인 영향을 미칠 가능성을 배제하는 등 의료업계의 자율적 규제가 확보되도록 제도를 보완할 필요가 있을 것이다.

또한 개정 의료법은 의료법에 근거한 신의료기술의 체계적·객관적 평가를 통하여 국민의 건강권 보호 및 신의료기술의 발전을 촉진하기 위하여 신의료기술평가제도를 도입했으나, 아직 적절한 기간 내에 신의료기술을 평가할 수 있는 전문인력·연구 인프라 등 제도적 여건이 구비되어 있지 않고, 한방신의료기술의 평가기준이나 방법 역시 미비되어 있는 실정이다. 신의료기술의 객관적·효율적 평가를 위해서는 이러한 여건의 확보가 시급하게 요청된다.

주제어 의료광고, 의료광고사전심의, 신의료기술평가, 표현의 자유, 포괄적 위임입법

42) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3 전원재판부.

【참고문헌】

- 보건복지부·대한의사협회·대한치과의사협회·대한한 의사협회 의료
광고심의위원회, 의료광고 심의기준, 2007. 7. 19.
- 이구현, 광고법학, 법문사, 2002.
- 이의경 외, 신의료기술 등의 경제성 평가 및 활용을 위한 정책방안,
한국보건사회연구원, 2005.
- 이호용, 의료광고의 규제완화가능성에 대한 법적 검토, 인권과 정의
2003. 1.
- 장영수, ‘건강기능식품광고 사전심의제도의 위헌성’ 발표에 대한 토론
요지, 건강기능식품법제의 개선방안 전문가회의 자료집, 한국
법제연구원, 2006. 10. 19.
- 전정환, 방송위원회의 방송광고에 대한 사전심의·의결의 위헌성 여부,
헌법학연구 제12권 제3호, 2006. 9.
- 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2007.
- 임종규, 의료광고제도 개선을 위한 의료법 개정방향, 데일리메디, 2006.
9. 10, <http://www.dailymedi.com/news/opdb/index/php?cmd=print&code=3...>
- 청년 의사, 의료광고, 누가 먼저 시작할까, 청년 의사, 2007. 4. 2,
<http://www.docdocdoc.co.kr>.

Study on the Improvement of the Medical-Advertisement system

Yi, Se - Jeong *

Since the establishment of the Medical Services Act, issues regarding the regulation on Medical Advertisements have been continuously raised.

The Medical Services Act(Act No. 8559, 2007. 7. 27) has widened the range of acceptability of Medical Advertisements by adopting a Negative system. To prevent possible harm to the public that the widening of the acceptability range may cause, the Preview system of Medical Advertisement was added. The Preview of Medical Advertisements allows the minister of Health and Welfare's to assess and evaluate the content and method of medical advertisements produced by medical corporations, institutions, or practitioners etc.

Moreover the Medical Services Act adopted the Evaluation of New Health Technologies in order to protect the public's Right to Health by ensuring fairness and objectivity in the evaluation of new health technologies' safety and validity, as well as to promote new health technologies. The Evaluation of New Health Technologies is a system the approves new medical technology, after an assessment by the New Health Technology Evaluation Committee.

This article analyses the present status and problems of the Medical Advertisement system, under the Medical Services Act that came into effect in April 2007, and to make improvements.

This article attempts to analyze, i) the type of regulations on medical

* Associate Research Fellow in Korea Legislation Research Institute, Ph.D. in Law

advertisement, ii) the subject of medical advertisements, iii) prohibited medical advertisements and its related problems, iv) and to propose alternative plan after a detailed analysis of the Preview system of Medical Advertisement, the Evaluation system of New Health Technologies, which has been newly adopted in the Medical Advertisement related system.

KEY WORDS Medical Advertisement, Preview of Medical Advertisement, Evaluation of New Health Technologies, Freedom of Expression, Comprehensive Delegated Legislation