

전문병원 지정제도와 인터넷 의료광고의 허용범위

이 병 준*

차 례

- I. 들어가며
 - 1. 전문병원 지정제도와 광고관련 허용범위에 관한 논란
 - 2. 본 논문의 논의범위와 순서
- II. 의료법에 의한 의료광고의 규제
 - 1. 원칙: 의료광고의 허용
 - 2. 의료법상 의료광고의 예외적 제한 - 허위·과장광고의 규제
- III. ‘전문병원’ 내지 ‘전문’이 사용된 광고의 위법성
 - 1. 전문병원 지정제도 시행 전 ‘전문’이라는 용어를 특별히 고려하지 않은 대법원 판례
 - 2. 전문병원 지정제도 시행 후 과도하게 ‘전문’이라는 용어를 고려하는 소관기관의 해석
- IV. 독일에서의 의료광고 규제와 전문병원 관련 판례
 - 1. 개관
 - 2. 독일 연방의사협회의 표본직무규정 제27조
 - 3. ‘전문병원’과 관련된 독일 연방법원의 판결의 내용과 그 시사점
- V. 나가며

* 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수.

접수일자 : 2017. 10. 30. / 심사일자 : 2017. 11. 22. / 게재확정일자 : 2017. 2017. 11. 24.

I. 들어가며

1. 전문병원 지정제도와 광고관련 허용범위에 관한 논란

의료광고는 매우 제한적으로만 인정되었던 시절이 있었다. 그러나 의료인과 의료기관의 경쟁이 점차 치열해지고 의료광고가 원칙적으로 허용되면서 의료인과 의료기관들은 자유롭게 직업적 활동과 경력 및 자격, 그리고 제공되는 의료서비스 유형에 대한 정보를 일반 공중에게 제공할 수 있게 되었다.¹⁾ 그런데 이와 같은 의료광고 규제의 본질적인 변화와 함께 인터넷 등 정보통신수단의 발전으로 인하여 광고시장 환경에 큰 변화가 있었다. 특히 인터넷광고가 활성화됨에 따라 의료광고 역시 인터넷을 통해 가능하게 되면서 그 이전에는 미처 생각하지 못한 광고형태와 광고방식이 등장하고 있다. 즉 기존에는 방송, 신문, 전단지, 표지판 등을 통한 광고수단이 존재하였다면, 키워드 검색광고 및 각종의 홈페이지·블로그 등을 통한 광고가 새로운 형태의 광고로서 등장하였다.²⁾ 본 논문은 이러한 광고들이 결합하며 발생한 문제와 연관된다.³⁾

2011년 의료법 개정으로 전문병원 지정제도가 도입되었고, 이 제도를 활성화하기 위하여 소관기관인 보건복지부가 2012년에 전문병원에 대한 의료광고 관련 가이드라인을 제정하였는데, 이를 통해 과도한 보호를 추구하며 전문병원 지정제도 자체를 넘어서 의료광고 일반에 상당한 제한을 가하고 있지는 않은지에 대한 논란이 일고 있다.⁴⁾

- 1) 의료광고 규제방식의 변천에 관하여 자세한 것은 김나경, “의료광고의 법적 규제 - 규율의 구조, 역사 그리고 구체화”, 『성신법학』 제13권, 2014, 61쪽 이하; 이동진, “전문직 표시·광고규제의 몇 가지 쟁점: 의료광고를 중심으로 -”, 『의료법학』 제17권 제2호, 2016, 185쪽 참조.
- 2) 인터넷의료광고를 크게 (1) 특정사이트에 의료광고를 게재하는 방법, (2) 이메일을 이용하여 의료광고를 전송하는 방법, (3) 실시간 채팅을 통하여 의료광고를 제공하는 방법 등으로 나누는 문헌으로 정규원, “인터넷 의료광고에 대한 법적 규율”, 『법학논총』 제31집 제2호, 14쪽 이하 참조.
- 3) 이처럼 의료기술이 첨단화 및 진산화에 따른 기술발전으로 새로운 윤리적·법적 규제의 문제가 발생하는 것으로 원격의료가 있다(이에 관하여 자세한 것은 유화신, “원격의료에 관한 의료법 개정방법 연구”, 『법제연구』 제28호, 257쪽 이하 참조).
- 4) 최근 이를 직접적으로 다룬 문헌으로 이동진, “전문병원과 키워드검색광고 규제”,

전문병원 지정제도가 시행되면서 보건복지부에서는 전문병원으로 지정 받은 병원 외에는 ‘전문병원’이라는 고유명칭은 물론 ‘전문’이라는 일반 용어를 광고에 사용할 수 없도록 하고 있다. 그 근거로 의료기관의 명칭을 보호하고 있는 의료법 제42조를 들고 있다. 이와 동시에 공정거래위원회에서도 심결례를 통해 임플란트와 관련하여 사실과 다르게 임플란트 전문의 또는 임플란트 전문병원이라고 광고한 병원에 대해 시정조치를 내렸다. 그 후 2012년 보건복지부에서는 전문병원 광고 관련 가이드라인을 제정하였다. 그 내용을 요약하여 살펴보면 ① "전문병원" 또는 "전문" 키워드로 검색 시 비지정 의료기관의 광고가 노출되지 않아야 하고, ② 키워드에 상관없이 비지정 의료기관이 "전문병원" 문구로 광고하는 것이 노출되지 않아야 하며, ③ 키워드에 상관없이 비지정 의료기관이 "OO전문 **병원"의 문구로 광고하는 것이 노출되지 않아야 하고, ④ 키워드에 상관없이 비지정 의료기관이 "전문", "특화", "첨단" 등의 문구로 광고하는 게 노출되지 않도록 자제를 당부하였다. 이를 기초로 보건복지부에서는 이러한 가이드라인에 반하는 검색광고의 키워드를 판매금지 키워드로 지정하기에 이르렀다.⁵⁾

그 결과 전문병원 지정 의료기관에 한해서만 ‘지정과목 + 전문 or 전문병원’ 키워드로 광고 게재가 가능하게 되었다. 그에 반하여 전문병원 비지정 의료기관의 경우에는 ‘OO전문’, ‘OO전문병원’ 등 모든 전문류 키워드에 광고 게재가 불가능하게 되었다. 또한 ‘지정과목 + 전문 or 전문병원’ 외 나머지 키워드들은 판매금지 키워드로 지정(ex. 코골이전문, 코골이전문병원, 하지정맥류전문, 하지정맥류전문병원 등)되었다. 이러한 결과가 과연 의료광고의 허용 및 전문병원 지정제도의 목적과 취지에 부합하는 해석인지에 관하여는 상당한 의구심이 든다. 왜냐하면 의료광고를 제대로 하기 위해서는 해당 의료기관이 무엇을 전문으로 하는지를 광고해야만 제대로 된 광고효과를 볼 것이고, 소비자로서도 이러한 내용의 정보에 관하여 광고라는 형식을 통하여 취득할 수 있어야만 자기가 원하는

『의료법학』 제18권 제1호, 2017, 103쪽 이하. 이에 관한 기사로는 메디컬타임즈 2017. 8. 26자 기사, “ ‘전문’ 단어 아무나 못 쓰게 하는 정부 부당하다”.

5) '비전문병원이 전문병원 행세' 네이버 의료광고 제동(연합뉴스, 2013.5.22.).

의료기관을 선택할 수 있기 때문이다. 의료기관의 표현의 자유 및 소비자의 알권리 그리고 이를 바탕으로 한 자기결정권을 침해하는 보건복지부 및 공정거래위원회의 해석이 타당한지에 관하여 본 연구를 통해 살펴보고려고 한다.⁶⁾

2. 본 논문의 논의범위와 순서

필자는 이 쟁점을 두 가지로 나누어서 논문을 작성하기로 하였다. 첫 번째 쟁점인 의료법상 명칭보호규정에 관한 검토를 주제로 한 글은 이미 발표하였다.⁷⁾ 해당 논문의 분석결과는 다음과 같다. 『보건복지부 전문병원 지정을 받지 않은 의료기관에서 ‘전문병원’이라는 명칭을 사용하면 바로 의료법 위반이 되나(의료법 제42조), 현재의 법문상으로는 종별명칭과 달리 전문병원으로 혼동될 수 있는 유사명칭의 사용을 금지하는 규정 없으므로, ‘전문병원’이라는 명칭을 직접 사용하지 않고 ‘전문’ 내지 ‘특화’와 같은 용어를 고유명칭과 함께 사용하여 의료법상의 전문병원으로 혼동가능성을 유발하는 명칭을 사용하더라도, 명칭표시와 관련하여 현행 의료법에 기해 처벌될 수 있는 근거는 없다.』

하지만 의료법상의 명칭보호에 관한 위와 같은 좁은 금지규정과는 달리, 허위·과대광고에 관해서는 의료법이 표시광고법과 유사한 규정을 두고 있다. 따라서 광고에서 ‘전문병원’ 내지 ‘전문’ 개념을 사용하였을 때 소비자에게 당해 의료기관이 보건복지부 지정 전문병원으로 혼동·오인될 가능성이 발생할 수 있는지 여부는 완전히 다른 문제이다.

이에 따라서 본 논문은 의료광고 규제와 관련한 전문병원 지정제도 문제를 살펴보고려고 한다. 이를 위하여 의료광고규제의 내용에 관해 의료법상의 허위·과대광고금지규정을 중심으로 살펴보고(Ⅱ) ‘전문병원’ 내지 ‘전문’이라는 용어가 사용된 판례, 가이드라인, 심결례 등을 허위·과대 광고금지규정을 기초로 분석한 후(Ⅲ) 독일 의료광고제도와 관련 ‘전문병

6) 의무안전인증제도의 헌법적 정당성을 비례의 원칙을 기초로 검토하는 문헌으로 이종영, “산업기계·기구의 의무안전인증제도”, 『법제연구』 제39호, 232쪽 이하 참조.

7) 이병준, “전문병원 지정제도와 의료법상 명칭보호 - 전문병원 인터넷 의료광고규제와 관련된 논의를 중심으로 -”, 『부산대학교 법학연구』 제58권 제4호, 2017, 117쪽 이하.

원’ 판례를 통하여 시사점을 도출하려고 한다(IV).

II. 의료법에 의한 의료광고의 규제

1. 원칙: 의료광고의 허용

일반적으로 의료광고란 의료인이나 의료기술 등에 관한 정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것을 말한다.⁸⁾ 대법원에 의한 정의에 의하면 ‘의료광고’라 함은 의료법인·의료기관 또는 의료인이 그 업무 및 기능, 경력, 시설, 진료방법 등 의료기술과 의료행위 등에 관한 정보를 신문·인터넷신문, 정기간행물, 방송, 전기통신 등의 매체나 수단을 이용하여 널리 알리는 행위를 의미한다. 구체적으로 판례의 경우를 보면 의원 시설 내의 게시물의 경우에는 의원을 방문한 사람만 볼 수 있어 그 전파가능성이 상대적으로 낮아 경력을 널리 알리는 행위라고 평가하기 어렵다는 측면에서 광고성을 부정하였으나,⁹⁾ 인터넷 블로그에 게시된 내용은 그에 반하여 광고성을 인정하였다.¹⁰⁾ 이러한 측면에서 본 논문에서 구체적으로 문제되는, 검색을 통하여 그 내용이 확인되는 병원 홈페이지에 기재된 내

8) 이상돈·김나경, 의료법강의, 법문사, 2013, 100쪽. 이와 유사하게 의료광고를 “의료법인·의료기관 또는 의료인이 자신들이 제공하고자 하는 의료행위와 관련된 정보를 불특정 다수인인 일반인에게 알릴 목적으로 행하는 일체의 행위”로 정의하는 견해도 있다(정규원, 앞의 글, 4쪽).

9) 대법원 2016. 6. 23. 선고 2014도16577 판결: 피고인이 ‘미국 치주과학회 정회원’이 아님에도 위 경력이 포함된 유리액자 형태의 약력서를 자신이 운영하던 치과의원 내에 게시한 경우, 피고인은 유리액자 형태의 약력서를 위 의원 내에만 게시하였을 뿐 이를 신문, 잡지, 방송이나 그에 준하는 매체 등을 이용하여 일반인에게 알린 것은 아닌 점, 위 약력서는 의원을 방문한 사람만 볼 수 있어 그 전파가능성이 상대적으로 낮아 피고인의 경력을 널리 알리는 행위라고 평가하기는 어려운 점 등을 위 법리에 비추어 살펴보면, 피고인의 위와 같은 행위를 의료광고에 해당한다고 보기는 어렵다는 이유로, 피고인이 거짓 경력이 포함된 약력서를 의원 내에 게시한 행위가 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제3조 제1항의 거짓 표시행위에 해당함은 별론으로 하고, 의료법 제56조 제3항의 거짓 의료광고에 해당한다고는 볼 수 없다고 하여 유죄를 선고한 원심판결을 파기한 사례.

10) 대법원 2016. 6. 23. 선고 2016도556 판결: 피고인이 자신의 인터넷 블로그에 거짓 내용이 기재된 명패를 사진 촬영하여 게시함으로써 그 이력에 관하여 거짓 광고를 하였다는 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 사례.

용도 광고로 볼 수 있을 것이다.

이와 같은 의료광고는 의료법 초기에는 전문과목의 표방 이외에는 전면 금지되었다가 점차 그 허용범위가 확대되어 왔다.¹¹⁾ 특히 2005년에 헌법재판소는 의료인의 기능 및 진료방법을 광고할 수 없도록 금지하는 구 의료법 제46조 제3항 및 그 위반 시 300만 원 이하의 벌금에 처하도록 하는 동법 제69조가 표현의 자유와 직업수행의 자유를 침해한다는 이유로 위헌결정을 하였다.¹²⁾ 특히 헌법재판소가 강조한 점은 의료광고 역시 자유시장경제에서 소비자에게 재화에 관한 정보를 전달하는 중요한 수단이며, 특히 기능이나 기술 혹은 진단 및 치료방법에 관한 광고의 기회를 배제하는 것은 새로운 의료인들이 기존의 의료인과 공정한 경쟁을 할 수 없도록 하여 헌법상의 시장경제질서에 부합하지 않는다고 보았다. 의료광고가 다른 일반적인 상품이나 용역과는 구분되는 의료재에 관한 광고이지만 의료인이 영리를 추구하는 중요한 수단으로서 상업적인 성격을 가진다는 점을 결코 간과해서는 안 된다는 점을 분명히 하였다.¹³⁾ 이후 2007. 1. 3. 개정된 의료법에서는 2005년 헌법재판소의 위헌결정 취지를 반영하여 의료광고 규율에 있어 원칙적 금지, 예외적 허용 방식에서 원칙적 허용, 예외적 금지 방식으로 전환되었다.

11) 1951. 9. 25. 제정된 국민의료법은 전문과목의 표방 이외의 의료광고를 전면 금지하였고, 전문과목의 표방도 주무부장관의 허가를 받도록 하였다(법 제41조 및 제42조). 1962년 개정 의료법에서는 전문과목의 표방을 허용하되 금지되는 의료광고의 범위에 조산 방법을 추가하였다. 1965. 3. 2. 개정된 의료법 역시 전문과목과 진료과목의 표시 외에는 의료광고를 전면 금지하였다(법 제36조 내지 제37조). 즉, 전문의만이 전문과목을 표방할 수 있도록 하였으며 의료광고의 범위는 좁히는 내용의 개정이 이루어졌다. 1973. 2. 16. 전부 개정된 의료법에서는 의료업무 또는 의료인(의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사)의 경력에 관하여 허위 또는 과대광고를 금지하는 규정을 두는 한편, 중전의 금지규정을 그대로 유지하면서도 보건사회부령으로 일부범위의 의료광고를 허용하도록 하였다(동법 제46조 내지 제47조). 그 위임에 따라 1973. 10. 17. 전부개정된 의료법 시행규칙에서는 의료인의 성명·성별 및 면허종류, 의료기관의 명칭 및 소재지와 전화번호, 진료일·진료시간 등 기본적 사항에 대한 광고를 일간신문 등 인쇄매체를 통하여 할 수 있도록 허용하였다(동법 제33조). 2002. 3. 30. 개정된 의료법에서는 의료인의 경력 광고를 허용하였고(동법 제46조 제1항 내지 제3항), 2003년 개정된 의료법 시행규칙은 인터넷 홈페이지 주소, 의료인의 환자 수에 대한 배치비율 및 인원수, 의료기관의 평가결과를 추가로 광고할 수 있도록 허용하였다(동법 제33조).

12) 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정.

13) 김나경, “의료광고의 법적 규제”, 『성신법학』 제13권, 2014, 65쪽.

2. 의료법상 의료광고의 예외적 제한 - 허위·과장광고의 규제

(1) 금지규정의 내용

의료법상 의료광고에 대한 규제는 의료법 제56조에서 이루어지고 있다. 우선 의료법인·의료기관·의료인이 아닌 자는 의료에 관한 광고를 할 수 없으므로(의료법 제56조 제1항) 의료광고의 주체를 의료법인·의료기관·의료인에 제한하고 있다.¹⁴⁾ 의료광고에 관한 이러한 규제는 의료지식이 없는 자가 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위에 해당하는 의료행위를 시행하는 내용의 광고를 함으로써 발생할 수 있는 보건위생상의 위험을 사전에 방지하기 위한 것으로 이해할 수 있다.¹⁵⁾

의료광고에 대한 규제는 내용에 관한 규제(동조 제2항 및 제3항)와 방법에 관한 규제(제4항)로 나뉘어 있다. 일정한 내용을 담은 의료광고는 의료법에 의하여 금지되며(제2항) 거짓이나 과장된 내용의 의료광고(제3항)가 금지된다. 한편 광고 방법에 대한 규제로서는 「방송법」 제2조 제1호의 방송광고만이 제한되고 있다(제4항 제1호).¹⁶⁾ 의료광고의 내용 또는 방법에 대한 규제를 위반하여 광고하는 경우, 보건복지부장관 또는 시장·군수·구청장은 당해 의료기관에 대하여 시정명령을 내릴 수 있고(의료법 제63조), 의료업의 1년 이내 정지 또는 개설허가 취소나 의료기관 폐쇄를 명할 수 있다(의료법 제64조 제1항 5호). 한편 이와 같은 행위는 동시에 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금이라는 형사처벌의 대상이 된다(의료법 제89조 1호).

14) 이상돈·김나경, 앞의 책(주8), 108-109쪽.

15) 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009도7455 판결.

16) 그 밖에 국민의 보건과 건전한 의료경쟁의 질서를 유지하기 위하여 제한할 필요가 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 방법. 모법(제4항 제2호)으로 위임규정이 있으나, 시행령에 관련 규정이 없다.

이와 관련한 주요 판결을 살펴보면 다음과 같다. 의료법 제56조 제2항 제1호의 신의료기술에 대하여, 대법원은 이를 가리켜 “‘새로 개발된 의료기술에 대하여 보건복지가족부장관이 신의료기술평가 필요성이 있다고 인정하여 평가위원회의 심의를 거친 신의료기술평가’를 말하며, 그 신의료기술평가를 받지 아니한 새로 개발된 의료기술, 즉 보건복지가족부장관은 신의료기술평가 필요성이 있다고 인정하였으나 평가위원회로부터 안전성·유효성을 인정받지 못하여 신의료기술로 평가를 받지 못한 새로 개발된 의료기술과 보건복지가족부장관이 신의료기술평가 필요성을 부정하거나 그 여부에 관하여 판단하지 아니하여 평가위원회의 신의료기술평가 대상이 되지 못한 새로 개발된 의료기술은 모두 ‘제53조에 따른 평가를 받지 아니한 신의료기술’로서 광고가 금지된다”고 해석하였다.¹⁷⁾

의료법 제56조 제2항 제2호는 동조 제3항이 ‘허위·과장광고’를 금지하는 것과는 별개로 ‘치료효과를 보장하는 등 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고’를 금지하고 있는데, 대법원은 그 취지에 대하여 “‘공익상의 요구 등에 의한 의료광고 규제’의 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”고 본 바 있다.

이 때 어떠한 광고가 ‘치료효과를 보장하는 등 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고’에 해당하는 것인지를 판단하는데 있어서, 대법원은 “표현방식과 치료효과 보장 등의 연관성, 표현방식 자체가 의료정보 제공에서 불가피한 것인지 여부, 광고가 이루어진 매체의 성격과 그 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 판

17) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2011도8694 판결.

단하여야 한다”고 기준을 제시하였다.¹⁸⁾

(2) 허위·과장된 의료광고의 규제

의료법 제56조 제3항은 ‘의료법인·의료기관 또는 의료인은 거짓이나 과장된 내용의 의료광고를 하지 못한다’고 규정하고 있다. 대법원은 “‘허위 또는 과대한 광고’라 함은 진실이 아니거나 실제보다 지나치게 부풀려진 내용을 담고 있어 의료지식이 부족한 일반인으로 하여금 오인·혼동하게 할 염려가 있는 광고를 의미한다”고 본다.¹⁹⁾ 그 이유로 대법원은 “의료광고가 객관적인 사실에 기인한 것으로서 의료소비자에게 해당 의료인의 의료기술이나 진료방법을 과장 없이 알려주는 것이라면, 이는 소비자의 합리적 선택에 도움을 주고, 의료인들 사이에 공정한 경쟁을 촉진시켜 공익을 증진시킬 수 있으므로 허용되어야 할 것이지만, 의료행위가 사람의 생명·신체에 직접적이고 중대한 영향을 미치는 것임에 비추어 객관적 사실이 아니거나 근거가 없는, 또는 현대의학상 안전성 및 유효성이 과학적으로 검증되지 않은 내용을 기재하여 의료서비스 소비자에게 막연하거나 헛된 의학적 기대를 갖게 하는 광고는 허위 또는 과대광고로서 금지되어야 한다”²⁰⁾는 논거를 들고 있다. 이

18) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009두21345 판결: 자신의 의료기관 인터넷 홈페이지에 임플란트 기술과 관련하여 “레이저를 이용하여 치아나 잇몸을 절삭, 절개하여 통증과 출혈이 거의 없습니다”라는 내용의 광고를 한 치과의사에 대하여 보건복지가족부장관이 위 광고가 의료법 제56조 제2항 제2호에 해당한다는 이유로 치과의사면허자격 정지처분을 한 사안에서, 위 광고는 레이저 치료기에 의한 임플란트 기술이 다른 기술방법에 비해 부작용이 적다는 의료정보를 제공하는 측면이 있는 것으로 보일 뿐만 아니라, 그 표현방식 역시 치료기 제조사에서 만든 책자의 내용을 참고로 레이저 치료기에 의한 임플란트 기술의 장점을 의료서비스 소비자들에게 전달하는 차원에서 사용된 것임을 알 수 있는 점 등에 비추어, 위 광고가 곧바로 ‘치료효과를 보장하는 등 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고’에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례.

19) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006도9311 판결. 한편 헌법재판소는 이에 대해 “‘거짓이나 과장된 내용’의 의료광고(이하 ‘거짓·과장광고’라 한다)는 사실이 아니거나 사실보다 지나치게 부풀려진 내용을 담고 있어 일반 의료소비자에게 오인이나 혼동을 불러일으킬 염려가 있어 국민건강 및 건전한 의료경쟁질서를 해할 위험이 있는 의료광고로 해석할 수 있고, ‘의료광고’란 의료업무 또는 의료인의 경력 등에 한정되지 않는 모든 내용의 의료광고를 의미한다”고 본 바 있다[헌재 2015. 12. 23. 2012헌마685 (소위 의료광고 사전심의제도 위헌판결)].

때 오인·혼동야기의 대상은 소비자의 구매의사형성에 실질적인 영향을 끼치는 객관적 증거를 통하여 입증가능한 사실에 관련된 사항이다.²¹⁾ 물론 구체적으로 어떠한 사항이 소비자의 구매의사형성에 실질적 영향력을 주는 입증가능한 사실인지는 경제적·문화적·시대적 요소를 기초로 해당 광고가 대상으로 하고 있는 소비자군의 소비행태와 소비패턴을 기준으로 구체적 사건에서 판단할 수밖에 없을 것이다. 그리고 판단의 기준이 되는 소비자는 합리적인 평균인이 아니라, 지적 수준이 다소 낮은 보통의 주의력을 가진 일반 소비자를 기준으로 삼아야 한다.²²⁾

이에 따라 독일 판례의 경우 비록 압도적 다수의 주민에게는 정확한 정보를 제공하는 경우라도 해당 광고가 대상으로 하는 거래대상에서 적지 않은 부분²³⁾에 해당한다면, 즉 10~15% 정도에 대한 오인야기만 있으면 오인·혼동야기 가능성을 인정하고 있다.²⁴⁾ 우리 판례도 이와 유사하게 ‘보통의 주의력을 가진 일반 소비자’,²⁵⁾ ‘일반 대중’²⁶⁾을 기준으로 삼아서 오인·혼동야기 가능성을 판단하고 있다.

구체적으로 의료법 제56조 제3항²⁷⁾ 위반이 직접적으로 문제된 판례는 3가지가 있다. 먼저 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002두12342 판결²⁸⁾은, A와

20) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2006도9083 판결: 약침의 효력으로 암의 독이 고름으로 빠져 나온다는 소위 ‘고름광고’를 한의원의 인터넷 홈페이지에 게재한 행위는, 일정 신체 부위에 집중적으로 주사와 찌름을 반복함으로써 당해 부위에 화상을 입혀 상처를 나게 하고 그곳에 고약을 바르면 고름이 나오는 것은 당연한 현상이므로 실제와 달리 과장하여 표현한 ‘과대광고’에 해당함에도, 이를 무죄로 인정한 원심판단에 구 의료법 제46조 제1항의 ‘과대광고’에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

21) 박해식, “부당표시광고에 대한 규제 - 표시광고의 공정화에 관한 법률을 중심으로 -”, 『재판자료』 제87집, 2000, 649쪽.

22) 박해식, 앞의 글, 654쪽.

23) 구체적인 표현으로는 nicht völlig unerheblichen Teils des angesprochenen Verkehrskreises(대상 거래분야의 완전히 중요하지 않는 부분)를 의역한 것이다.

24) 예컨대 BGH GRUR 1990, 604, 605.

25) 대법원 1998. 3. 27. 선고 96누5636 판결.

26) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92도3035 판결.

27) 구 의료법 제46조 제1항, “의료법인·의료기관 또는 의료인은 의료업무 또는 의료인의 경력에 관하여 허위 또는 과대한 광고를 하지 못한다.”

28) 이에 대한 평석으로 이동신, “구 의료법 제46조 제1항의 과대광고의 의의와 그 범위”, 『대법원판례해설』 제45호, 2004.

B가 그 건물의 1, 2층을 각각 사용하면서 독립된 의료기관을 운영하고 있고 의료장비도 각각 구입하여 비치한 관계로 각자의 의료장비를 이용하여 각 그 해당 분야에 관하여 각자 개별적으로 각종 검사와 진료를 할 수 있을 뿐 한의원과 내과의원을 하나의 의료기관으로 설립하여 공동으로 운영하는 것이 아니고, A와 B가 다른 일방에게 그의 해당 분야에 관한 검사와 진료를 받아보도록 권유하는 정도의 협조밖에 할 수 없는데도, A와 B가 각자 독립된 두 개의 의료기관의 개설을 안내하는 광고전단지를 배포하면서 1장으로 된 광고지에 '양·한방 협진 검사 안내'라는 난을 만들고 그 곳에 '양·한방 종합검진' 등의 문구와 아울러 각종 진료내용과 검사 내용을 기재한 것은, 의료지식이 부족한 일반 환자로 하여금 그 두 개의 의료기관 중 어느 한 곳에만 가면 마치 병원급 의료기관에서 각 진료분야별 전문의들이 조직적이고 유기적인 협조체제 아래 각종 질병에 관하여 종합적인 검사와 진료가 행해지는 것처럼, 한의사와 내과의사의 긴밀하고 유기적인 협조 아래 한방과 양방의 종합적인 검사와 진료를 받을 수 있는 것으로 오인하게 할 염려가 있다고 할 것이므로, A와 B의 그와 같은 광고행위는 구 의료법 제46조 제1항에서 금지하는 과대광고에 해당한다고 보았다.

다음으로 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006도9311 판결은, C가 운영하는 ○○한의원의 인터넷 홈페이지에 “국내 최초 양·한방 협진의원 개설, 국내 최상품 청정한약재 처방, ○○ Children's Clinic, ○○ 한의원은 아이질병을 소아과가 아닌 한의원에서 치료할 수 있다는 인식을 최초로 심어준 대표적 소아전문 한의원입니다”라고 게재하였는데, 위 광고에 포함된 ‘국내 최초’, ‘국내 최상품’, ‘대표적’ 등의 문구는 이를 객관적으로 조사하거나 그에 관한 결정기준을 마련하기 곤란하여 그 자체로 진실에 반하거나 실제보다 과장된 것으로 보일 뿐 아니라 C 스스로도 명확한 근거를 제시한 바 없으므로, 위 광고는 일반인으로 하여금 오인·혼동하게 할 염려가 있는 광고로서, 구 의료법 제46조 제1항이 정하는 ‘허위 또는 과대한 광고’에 해당한다고 보았다.

마지막으로 대법원 2010. 5. 27. 선고 2006도9083 판결은, D의 인터넷

홈페이지에 게재된 광고로서, “약침요법이라는 특별한 치료법으로 암환자들을 치료하는 ○○한방병원이다”(이하 ‘약침광고’라 한다), “우선 치료실로 들어가면 말기암 환자들이 몸 어느 부위엔가 커다란 구멍이 뚫려 있고, 그곳에서 고름이 흘러내리고 있다..., 고름이 흘러나오는 것은 소위 내장에 있는 암의 독이 약침의 효력으로 몸 밖으로 빠져 나오고 있는 것이라는 게 원장의 설명”(이하 ‘고름광고’라 한다)이라는 내용에 대해, 우선 이 사건 약침광고는 피고인이 실제로 자신 운영의 ○○한의원내 내원하는 환자들을 상대로 약침요법을 사용하여 치료한 사실이 있으므로 위 약침광고 문구는 사실의 적시에 불과하고, 그것이 사실이 아니라거나 내용이 부풀려진 것이라고 보기 어렵다고 보았다. 그러나 한편, 이 사건 고름광고와 관련하여서는 현대의학의 기준에서 보면, 암환자가 아닌 일반인의 경우에도 일정 신체 부위에 집중적으로 주사와 찌름을 반복함으로써 당해 부위에 화상을 입혀 상처를 나게 하고 그곳에 고약을 바르면 고름이 나오는 것은 당연한 현상이고, 이러한 증상이 피고인의 시술로 인하여 그 치료 효과로서 나타나는 특별한 현상이라고 보기는 어려움에도 불구하고, 이 사건 고름광고가 과대광고에 해당하지 않는다고 본 원심을 파기환송하였다.

클리닉이라는 명칭을 사용한 경우에 과대광고에 해당하는지가 문제된다. ‘클리닉(Clinic)’을 명칭에 사용하게 되면 의료기관의 명칭표시에 위반이 된다.²⁹⁾ 독일에서는 개업의원 또는 이와 유사한 외래환자용 의료시설에 대해서 ‘클리닉(Klinik)’이라는 명칭을 사용하는 것은 금지되어 있다.³⁰⁾ 이에 따르면 일반 소비자들은 클리닉이라는 개념을 입원이 가능한 종합병원(Krankenhaus)으로 이해하기 때문이라고 한다. 이에 따라 독일에서는 ‘클리닉’ 명칭을 사용하는 것이 오인유발 광고에 해당한다고 보았다.³¹⁾

29) 이에 따라 의료기관의 고유명칭과 증별표시인 ‘의원’ 사이에 ‘클리닉’이라는 명칭을 사용한 경우에 명칭표시위반을 이유로 형사처벌한 사례가 있다(대법원 1992. 5. 12. 선고 92도686 판결).

30) BGH, 07.06.1996, Az.: I ZR 103/94.

31) 이러한 맥락에서 뮌헨 고등법원은 안과외과사가 외래환자 진료를 위한 의원을 광고함에 있어서 “레이저 클리닉(Laserklinik) 개념을 사용한 경우 오인광고에 해당하고 부정경쟁방지법에 위반된다고 판시하였다(OLG München, 15.01.2015, Az.: 6 U 1186/14).

그런데 우리 실무의 경우 의료계에서 대학병원 등 종합병원에서는 물론 일반 병·의원에서도 ‘클리닉’이라는 명칭이 병기되어 사용되어 온 것을 고려하여 행정관청은 그 단속을 하지 않거나 자제하고 있다고 한다. 그리고 이러한 명칭 표시에 있어서 명칭표시 위반이 문제될 수는 있어도 그 자체가 허위·과장광고가 아니라는 견해가 주장되고 있다.³²⁾ 이와 함께 ‘중풍, 비만, 근골격계 통증클리닉’ 등 ‘클리닉’에 질병명을 덧붙여 사용한 것도 역시 명칭표시위반에 해당하기는 하지만, 종합병원에서의 ‘전문클리닉’이라는 본래의 의미로 오인될 가능성이 매우 낮다는 측면에서 그 자체로 허위·과장광고에 해당하지 않는다고 한다.

(3) 표시광고법상의 허용범위와의 비교

1) 표시광고법에 의한 광고규제

표시·광고의 공정화에 관한 법률(법률 제12380호, 2014.1.28., 일부개정; 이하 “표시광고법”)은 사업자 또는 사업자단체가 상품·용역에 관한 사항을 소비자에게 알리기 위하여 표시·광고를 하는 경우에 대한 규제를 하고 있다.³³⁾ 이를 위반하여 사업자들이 부당한 표시·광고행위를 하는 경우에는 공정거래위원회가 임시중지명령(제8조 제1항 1호) 또는 시정조치를 할 수 있는데, 시정조치의 종류는 ① 해당 위반행위의 중지, ② 시정명령을 받은 사실의 공표, ③ 정정광고, ④ 그 밖에 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치로 이루어져 있다(표시광고법 제7조 제1호). 또한 공정거래위원회는 일정한 범위 내³⁴⁾에서 과징금을 부과할 수 있다(표시광고법

32) 이동신, 앞의 글(주 28), 86-87쪽.

33) 표시광고법은 표시·광고의 내용에 ① 거짓 또는 과장, ② 사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법(기만), ③ 비교 대상 및 기준을 분명하게 밝히지 아니하거나 객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 상품이나 용역(이하 상품 등)을 다른 사업자 또는 사업자단체(이하 사업자 등)나 사업자 등의 상품 등과 비교하여 우량 또는 유리하다고 표시·광고하는 것(부당한 비교), ④ 다른 사업자 등 또는 다른 사업자 등의 상품 등에 관하여 객관적인 근거가 없는 내용으로 표시·광고하여 비방하거나 불리한 사실만을 표시·광고하여 비방하는 내용이 들어가는 것을 부당한 광고로 보고 금지한다(표시광고법 제3조 및 동 시행령 제3조). 동시에 사업자 등의 표시나 광고 내용에 대해서는 실증할 수 있을 것을 요구하고 있다(표시광고법 제5조 제1항).

제9조 제1항). 동시에 표시·광고 내용규제를 위반한 사실은 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금이라는 형사처벌의 대상이 된다(제17조 1호). 한편 이로 인해 손해를 입은 자가 있는 경우에는 사업자 등이 그 피해자에 대하여 민사상 손해배상책임을 진다(제10조).

그 중에서도 거짓 또는 과장광고(표시광고법 제3조 제1항 1호)에 대하여, 대법원은 “허위·과장의 광고는 (1) 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고하여 (2) 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고행위로서 (3) 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 광고를 말하고, 광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단되어야 한다”³⁵⁾고 판시한 바 있다. 즉 판례의 입장에 의하면 1차적으로는 표시·광고의 진실성이 문제되고, 2차적으로 소비자 오인성과 공정거래 저해성이 모두 인정되어야 표시광고법이 금지하는 허위·과장광고가 된다.³⁶⁾

2) 양 법률 규정의 차이점

그러면 의료법과 표시광고법상의 광고금지규정의 관계가 어떻게 되는지가 문제된다. 각각의 입법목적과 적용영역을 달리하기 때문에 어느 법도 특별법적 지위에 있지 않고 병렬적으로 적용되는 것으로 본다.³⁷⁾ 이와 관련하여 이중재제(행정 및 형사)가 부과될 수 있는 문제가 발생할 여지는 있으나, 이는 각 행정기관이 상호협의를 거치면 해결될 수 있는 문제이다. 현재 표시광고법에서 관련기관과의 협의를 거치도록 하고 있으므로

34) 대통령령으로 정하는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위. 다만, 그 위반행위를 한 자가 매출액이 없거나 매출액을 산정하기 곤란한 경우로서 대통령령으로 정하는 사업자 등인 경우에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위.

35) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002두6965 판결

36) 이선희, “거짓·과장의 표시·광고에 있어서 부당성 판단”, 『성균관법학』 제29권 제1호, 2017, 150쪽.

37) 박해식, 앞의 글(주 21), 640쪽. 판례도 식품위생법과 관련하여 같은 입장을 취하였다(대법원 1990. 9. 25. 선고 89누8200 판결).

일관성의 유지를 위한 노력이 있는 것으로 보인다. 본 문제와 관련하여서는 1992. 2.부터 공정거래위원회가 식품위생법, 약사법, 의료법 등의 관할 부서인 보건복지부와 이종규제문제를 해결하기 위하여 업무조정을 하고 있다.

의료법 제56조 제3항의 허위·과대광고 금지규정과 표시광고법 제3조 제1항의 허위·과장광고 금지규정을 비교하면, 우선 의료법은 ‘과대광고’를 금지하고 있고 표시광고법은 ‘과장광고’를 금지하고 있어, 용어 상의 차이는 있으나, 거의 차이가 없으므로 아예 동일한 개념으로 파악하면 된다는 견해도 있다.³⁸⁾ 둘째, 요건 상으로 대법원 판결에서는 공히 허위 또는 과장일 것 그리고 소비자 오인성을 요구하고 있으나, 의료법 제56조 제3항은 두 가지 요건 외에 별도로 공정거래 저해성을 요구하지 않는 반면, 표시광고법 제3조 제1항은 공정거래 저해성까지 인정되어야 부당한 광고가 된다. 하지만 학설에서 공정거래 저해성이라는 요건을 기본적으로 소비자의 합리적 선택을 방해할 추상적인 위험성 내지 가능성을 의미하는 것으로 이해하는 한 공정한 거래를 저해하는 사실이 현실적으로 존재할 필요는 없는 것이다.³⁹⁾ 따라서 형식적으로 차이가 있는 것처럼 보이지만, 실질적으로는 동일한 기준에 의하여 판단이 이루어지고 있다고 보아야 한다.

Ⅲ. ‘전문병원’ 내지 ‘전문’이 사용된 광고의 위법성

1. 전문병원 지정제도 시행 전 ‘전문’이라는 용어를 특별히 고려하지 않은 대법원 판례

전문병원 지정제도가 시행되기 전 ‘전문병원’ 내지 ‘전문’이라는 용어가 사용된 경우와 연관된 대법원 판례가 1개 있다.

38) 이처럼 ‘과대광고’를 ‘과장광고’의 의미로 이해해야 한다는 견해로 이동신, 앞의 글(주 28), 85쪽.

39) 박해식, 앞의 글(주 21), 664쪽.

(1) 판결의 내용

[소아전문 한의원 사례] - 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006도9311 판결

한의학원의 인터넷 홈페이지에 “국내 최초 양·한방 협진의원 개설, 국내 최상품 청정한약재 처방, (명칭 생략) Children’s Clinic, (명칭 생략) 한의원은 아이질병을 소아과가 아닌 한의원에서 치료할 수 있다는 인식을 최초로 심어준 대표적 소아전문 한의원입니다”라고 게재하였다.

본 판결에서는 허위·과장 광고 또는 의료기관의 명칭사용위반을 이유로 한 형사처벌이 문제되었다. 허위·과장 광고와 관련하여 대법원에서는 이를 “진실이 아니거나 실제보다 지나치게 부풀려진 내용을 담고 있어 의료지식이 부족한 일반인으로 하여금 오인·혼동하게 할 염려가 있는 광고”라는 개념 정의를 한 후에 이러한 “광고에 포함된 ‘국내 최초’, ‘국내 최상품’, ‘대표적’ 등의 문구는 이를 객관적으로 조사하거나 그에 관한 결정기준을 마련하기 곤란하여 그 자체로 진실에 반하거나 실제보다 과장된 것으로 보일 뿐 아니라” “피고인 스스로도 명확한 근거를 제시한 바 없으므로, 위 광고는 일반인으로 하여금 오인·혼동하게 할 염려가 있는 광고”에 해당한다고 보아, 허위·과장 광고임을 인정한 원심⁴⁰⁾을 인용하였다. 또한 명칭사용위반과 관련하여 “피고인들이 사용한 ‘(명칭 생략) 한의원’이라는 명칭은, 의료기관의 종별 표시인 ‘한의원’ 앞에 고유명칭으로 ‘(명칭 생략)’라는 명칭을 사용한 것으로, ‘소아’라는 고유명칭은 병원, 치과병원, 의원 또는 치과의원의 전문의들이 고유명칭과 종별 명칭 사이에 전문과목으로 삽입할 수 있는 ‘소아과’라는 특정진료과목과 유사한 점, 피고인 1이 운영하던 (명칭 생략) 한의학원의 인터넷 홈페이지 (영문주소 생략)에는 한의학원의 영문표기를 ‘○○ Childrens’s Clinic’으로 표기하고, (명칭 생략) 한의원을 ‘국내 최초 소아전문한의원’이라고 소개하고 있고, 피고인들이 광고하기 위하여 제작, 배포한 전단지에도 (명칭 생략) 한의원을 ‘국내 최초 소아전문한의원으로서 자연육아의 대변인’ 등으로 소개하는 등 (명칭 생략) 한의원이 소아를 전문적으로 치료하는 한의원인 것

40) 서울중앙지방법원 2006. 11. 23. 선고 2005노2808 판결.

처럼 표방하여 온 점 등에 비추어 보면, 피고인들은 피고인들이 의도적으로 고유명칭에 ‘소아’라는 명칭을 사용하였건, 또는 ‘함박 웃음을 머금은 아이’라는 의미에서 고유명칭에 ‘(명칭 생략)’라는 명칭을 사용하였건, 객관적으로 ‘(명칭 생략) 한의원’이라는 명칭은 특정진료과목인 ‘소아과’와 유사한 명칭을 사용한 것”으로서 혼동할 우려가 있는 명칭사용으로 볼 수 있는 여지는 있으나, 고유명칭에 중별 명칭과 혼동할 우려가 있는 명칭을 사용한 경우에는 시정명령 및 불응시에 행정처분만 가할 수 있을 뿐 형사처벌 규정이 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심을 인용하였다.

(2) 판결의 평가

본 판결과 관련하여 주목할 것은 사안에서 ‘소아전문’이라는 표현을 사용하고 있지만, ‘전문’이라는 용어가 사용되고 있다는 것이 허위·과장 광고와 관련하여 전혀 문제가 되지 않았다는 점이다. 물론 본 판결에서는 다른 사유로 인하여 이미 허위·과장 광고임이 명백히 증명된 사안이라고 보아서 주장되지 않을 가능성도 있다. 또한 명칭보호와 관련하여 ‘소아전문’이라는 표현을 명칭에 사용한 것이 ‘소아’가 갖는 ‘소아과’라는 특정진료과목으로 혼동할 가능성을 야기하고 있음을 지적하고 있지만, ‘전문’이라는 용어 자체는 문제삼고 있지 않았다. 이러한 사정을 기초로 해서 보면 전문병원 지정제도가 도입되기 전까지는 ‘전문’이라는 용어가 실무에서 큰 의미를 가지지 못하였다는 점을 알 수 있다. 최소한 확인할 수 있는 것은 전문병원 지정제도가 시행되기 전에는 ‘전문’ 내지 ‘전문병원’과 관련한 본격적인 판결은 없었다는 점이다.

2. 전문병원 지정제도 시행 후 과도하게 ‘전문’이라는 용어를 고려하는 소관기관의 해석

전문병원 지정제도가 시행된 후 보건복지부에서 전문병원과 관련된 광고에 관한 가이드라인을 제정하는 한편 공정거래위원회에서는 의료광고를 조사하여 다수의 심결을 하게 되고 이를 바탕으로 지침에 해당 내용을 부분적으로 반영한다. 그런데 이러한 관련 행정기관의 해석은 그 내용

이 부정확할 뿐만 아니라, 동시에 포괄적인 내용을 기초로 규제하기 시작하면서 기본권 제한의 측면을 강하게 내포하게 된다.

(1) 보건복지부

1. 보건복지부 지정 전문병원이 아닌 의료기관의 ‘전문병원’ 명칭 사용 광고 제한

- * 키워드 광고, 배너 광고, 디스플레이 광고 등 인터넷 포털 광고 전체
- o 키워드 검색광고에서 ‘전문병원’, ‘전문’, ‘특화’, ‘첨단’ 또는 특정 질환명, 신체부위, 시술명(척추, 관절, 코골이, 라식 등)등으로 검색 시 결과 값으로 비지정 의료기관의 ‘전문병원’ 용어가 노출되는 광고 금지 ①
- o ‘전문병원’ 또는 ‘전문’ 키워드로 검색시 결과 값에 ‘전문병원’, ‘전문’ 명칭이 노출되지는 않지만 비지정 의료기관의 명칭 및 소개 등이 노출되는 광고 금지 ②

2. ‘전문’ 용어를 사용한 광고 제한

- o 의료기관명칭(고유명칭+종별명칭)과 함께 ‘전문’ 용어를 사용한 광고는 소비자에게 복지부 지정 전문병원으로 오인하게 만드는 것으로 사용을 금지함. ③
- * 예시) 관절전문 000병원 vs 보건복지부 지정 관절전문병원 000병원
- o 의료기관명칭과 함께 쓰지 않은 경우에도 ‘전문’, ‘특화’, ‘첨단’ 등의 유사용어 사용은 객관적으로 근거가 없거나 그 입증이 어려우며, 소비자에게 오인·혼돈케 할 우려가 있어 사용 자제 ④
- * 의료광고 사전심의 기준에도 ‘전문’, ‘특화’ 등의 경우 객관적으로 인정되지 않거나 근거가 없는 내용으로 보아 사용을 제한

보건복지부에서 제정한 『전문병원 광고관련 가이드라인』은 그 법적 구속력이 없는 행정지도에 해당하는 것으로 보인다. 그리고 그 수범대상은

가이드라인의 내용만으로는 명확하지 않으나, 배포대상 등에 비추어 보면 광고주 외에 검색서비스를 제공하는 사업자도 포함하는 것으로 보인다.

가이드라인의 문제점은 관련 표현이 검색 키워드로 사용되는 경우와 검색결과 값으로 나타나는 경우를 엄격히 구분하지 않고 대략적으로 결합하고 있다는 점이다. 또한 그 금지의 법적 근거가 의료법상의 명칭보호 규정을 기초로 하고 있는지, 아니면 허위·과장광고 금지규정을 기초로 하고 있는지를 명확하게 밝히고 있지 않다. 따라서 금지의 내용과 금지의 근거를 추측할 수밖에 없다.⁴¹⁾

그런데 앞서 서론에서 살펴보았듯이, 의료법상 명칭보호 규정의 적용영역은 전문병원 제도와 관련하여 ‘전문병원’ 개념 자체에 한해서만 사용된 것이고, 실제로 전문병원으로 지정되지 않은 의료기관이 사용되는 경우에만 적용된다는 점을 기초로 해서 보았을 때에는 본 가이드라인이 매우 제한적으로만 의료법상 명칭보호를 근거로 함을 알 수 있다. 따라서 본 가이드라인에 있어서는 허위·과장광고 금지규정이 실질적인 금지근거규정이 될 것이다.

더 나아가 본 가이드라인은 ‘전문병원’ 내지 ‘전문’이라는 개념을 사용하는 경우뿐만 아니라, ‘특화’ 내지 ‘첨단’이라는 개념을 사용하는 경우까지 금지하고 있다. 하지만 특화된 영역에서 첨단 기술을 확보한 의료기관의 경우에는 자신의 이러한 특성을 광고할 필요가 있을 것이다. 따라서 해당 의료기관이 실제로 특성화 되어 있거나, 실질적으로 첨단인 기술 내지 기계를 보유하고 있다면 허위·과장광고에 해당하지 않을 것이다. 왜냐하면 ‘특화’ 내지 ‘첨단’이라는 개념은 ‘보건복지부 지정 전문병원’과는 혼동가능성이 없는 용어라고 보이지 않기 때문이다.

이러한 이유로 본 가이드라인은 의료기관, 소비자 및 검색서비스 사업자의 기본권을 제한하는 것으로 보인다. 의료기관은 의료광고를 통하여 자신의 전문분야와 능력을 알리는 것이 현실적으로 필요함에 따라 광고를 일반적으로 허용하게 되었다.⁴²⁾ 따라서 허위·과대광고라는 예외적 사

41) 이미 이러한 문제점에 관한 지적으로 자세한 것은 이병준, 앞의 글, 20쪽 이하 참조.
42) 의료기관이 훌륭한 기술을 가지고 있으며 이를 제공받을 수 있다고 환자에게 알려주는 것은, 그 내용이 거짓이 아닌 한 정당한 행위에 해당한다(이러한 취지로 정규원,

유에 해당하지 않은 한 의료기관의 광고는 허용되어야 하는 것이다. 이러한 측면에서 가이드라인은 의료인의 표현의 자유, 직업수행의 자유를 침해할 여지가 있다. 또한 검색서비스를 이용하는 소비자로서는 “전문병원”, “전문”이라는 검색용어를 통하여 보건복지부가 지정한 전문병원을 찾고자 하는 경우도 있을 수 있으나, 보건복지부의 지정 여부와 무관하게 특정 분야에 전문성을 갖춘 의료기관을 검색하고자 하는 경우도 충분히 있을 수 있다. 이 측면에서는 가이드라인은 소비자의 알 권리 및 이를 바탕으로 한 자기결정권과도 충돌할 여지가 있다. 또한 위 가이드라인이 검색서비스 사업자를 규제대상으로 삼고 있다면, 이는 소비자의 권리도 제한할 뿐 아니라 검색서비스 사업자의 직업수행의 자유도 침해하는 것이 될 수 있다. 소비자가 보건복지부 지정 전문병원을 검색하고자 함에도 전문병원이 아닌 의료기관이 더 많이 검색된다거나, 보건복지부 지정 여부와 무관하게 특정 분야의 전문의를 찾는 데도 오로지 보건복지부 지정 전문병원만 검색된다면 소비자의 선택에 의하여 그러한 검색기능은 퇴출될 것이고, 퇴출 여부는 소비자의 선택에 의하여 결정되는 것이 바람직하다. 이러한 측면에서 가이드라인은 검색서비스 사업자의 직업수행의 자유를 침해할 여지가 있다.

의료법상 명칭보호와 허위·과대광고 규정이 행정적·형사적 벌칙규정과 연관하여 규정되어 있다는 측면을 고려하고 위 기본권 제한의 성질이 있다는 측면을 고려한 엄격한 해석이 요구된다고 하겠다. 물론 의료행위가 갖는 공익성, 공공성 등을 고려해서 다른 영역과는 다른 좀 더 엄격한 기준이 의료광고의 혼동·오인가능성 판단에 있어서 세워져야 하는 것은 자명하다. 하지만 그 반면에 이와 같은 기본권 제한의 특성이 있고 벌칙규정으로서의 성격이 있음을 감안하면 이러한 기준은 엄격하게 세워져야 할 것이라고 판단된다. 이러한 점에 있어서 본 가이드라인은 지침으로서의 역할을 충실히 하지 못하는 보인다.

앞의 글, 9쪽).

(2) 공정거래위원회

1) 심결례의 내용

전문병원 지정제도가 시행되면서 전문병원 표현이 들어간 광고에 대한 조사가 공정거래위원회를 통하여 이루어진 것으로 보인다. 기본적으로 공정거래위원회의 심결에서 전제로 하고 있는 판단기준은, 의료진의 전문성 등은 의료기관을 선택함에 있어서 중요한 고려요소가 되기 때문에 이에 관한 진실성이 담보되어야 한다는 것이다. 이에 따라 혼동 내지 오인가능성이 발생할 수 있는 유형은 두 가지로 나눌 수 있다. 첫 번째 유형은 전문병원이 아닌데도 전문병원이라는 명칭을 사용하거나, 전문병원 지정을 받았다고 하더라도 지정받을 수 없는 진료과목에 대한 전문병원 명칭과 병기하는 것이다. 이러한 경우에는 처음부터 전문병원 지정을 받지 않았거나, 명칭에 사용된 영역에 대해 지정 받은 것이 아니므로 전문병원 명칭보호 위반과 함께 허위 내지 과장광고가 될 수 있을 것이다. 따라서 ‘임플란트 전문병원’,⁴³⁾ ‘주름성형에 다양한 임상경험을 가진 전문병원’,⁴⁴⁾ ‘눈코 재수술 지방이식 전문병원’,⁴⁵⁾ ‘눈코 재수술 전문병원’⁴⁶⁾이라는 표현을 사용한 것은 모두 허위·과장광고에 해당한다.

두 번째 유형은 전문병원이라는 명칭을 직접 사용하지 않고 있으나, ‘전문’이라는 용어를 사용하는 경우에 해당한다. 그런데 이러한 사례의 경우에도 그 내용을 살펴보면 전문병원이라는 명칭을 직접 사용하고 있지 않으므로 의료법상 전문병원 명칭보호와는 직접 연관성이 없다. 그러나 공정거래위원회는 관련 심결례에서 ‘임플란트 전문 치료센터’라는 표현을 사용하고 있기 때문에, 이는 사실상 병원이라는 명칭과 함께 사용하고 있는 것이므로 전문병원 지정을 받은 의료기관으로 오인할 여지가 있다고 지적한 바 있다. 치료센터라는 표현은 종합병원에만 사용할 수 있는 것이나, 종합병원이 아닌 의료기관에서는 이러한 표현을 사용하는 것 자

43) 공정거래위원회 2011. 12. 14.자 제2011-141호 의결(약).

44) 공정거래위원회 2014. 1. 13.자 제2014-028호 의결(약).

45) 공정거래위원회 2014. 1. 13.자 제2014-023호 의결(약).

46) 공정거래위원회 2014. 1. 13.자 제2014-027호 의결(약).

체가 허위·과장광고에 해당한다.

그런데 해당 심결례에서는 다음과 같은 또 하나의 추가 판단을 하였다. 즉 임플란트 분야는 전문병원으로 지정받을 수 없는 특정질환이나 과목이 아님에도 불구하고, 전문병원으로 지정받지 않은 의료기관에서 병원 내 시설 중 일부를 “임플란트 전문 치료센터”라고 칭하고 있는 것도 허위·과장광고에 해당하는 것으로 볼 수 있다고 하였다.⁴⁷⁾

이 두 번째 유형에 대한 공정거래위원회의 판단은 문제가 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 전문병원이라는 표현을 직접 사용하고 있지 않음에도 임플란트 전문 의료기관으로 표시하는 것 자체가 혼동·오인 가능성을 유발한다고 보고 있기 때문이다. 이미 저자의 다른 논문을 통하여 살펴본 바와 같이 의료법은 전문병원의 명칭보호에서 법문상 혼동가능성을 염두에 두고 있지 않다. 따라서 ‘전문병원’ 명칭을 직접 사용하지 않으면서 전문성 있는 의료기관으로 표시하는 것 자체를 의료법상 전문병원 명칭보호와 연결시키는 것은 문제가 있는 것이라고 생각된다. 이 경우에는 일반적인 전문성 있는 병원으로 혼동·오인 가능성이 있는지 여부만이 판단의 대상이 되어야 한다고 생각한다. 따라서 해당 의료기관에 문제가 된 진료과목에 있어 전문성이 인정될 수 있다면 혼동·오인 가능성은 존재하지 않은 것일 수도 있는 것이다.

2) 인터넷 광고 심사지침의 내용

공정거래위원회에서 2012. 9. 4. 제정한 ‘인터넷 광고에 관한 심사지침’ (공정거래위원회 예규 제167호) IV. 1. 나.에서 불공정한 검색광고행위의 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 있다. 이러한 심사지침의 내용은 위에서 살펴본 두 번째 유형을 반영하여 검색광고의 경우에 대입한 기준이라고 생각된다.

소비자에게는 의료광고를 통하여 전문적인 의료인 내지 병원을 찾을

47) 공정거래위원회 2011. 12. 14.자 제2011-143호 의결(약).

수 있는 가능성을 만들어 줄 필요가 있다. 즉 소비자는 정확한 의료광고를 통하여 의료기관을 찾을 수 있는 정보접근권이 보장되어야 한다. 또한 그 반대 측면에서 보았을 때 의료인 내지 의료기관에서는 제대로 된 정보를 제공하고 의료광고를 할 수 있도록 보장받아야 한다. 물론 의료행위가 소비자의 생명·신체라는 법익과 연관되어 있고 많은 경우에 의료행위에 대한 절박성이 가미되어 있는 경우가 많기 때문에 다른 분야보다 더 엄격히 의료광고의 내용을 판단해야 함도 당연하다.

이러한 요소들을 고려해 보았을 때 의료인은 의료광고를 통하여 자신의 전문분야와 능력을 알릴 필요성이 있으며, 이는 일부 금지사항에 포함되는 것을 제외하고 의료광고를 전면적으로 허용하는 의료법의 입법취지에 부합한다. 이러한 측면에서 ‘인터넷 광고에 관한 심사지침’은 의료인의 표현의 자유와 직업수행의 자유를 침해할 여지가 있다.

따라서 심사지침을 현행 의료법 및 표시광고법을 기초로 해서 살펴보았을 때 다음의 방향으로 개정하는 것이 타당한 것으로 생각된다. ‘의료법상 전문병원을 지정받은 사실이 없음에도 소비자가 인터넷 포털사이트 등의 검색창에 “전문” 내지 “전문병원”을 입력하였을 때 “○○전문병원”이 검색결과에 나타나게 하여 마치 지정받지 않았음에도 불구하고 지정 전문병원인 것처럼 광고하는 경우’로 개정하는 것이 바람직할 것이다.

IV. 독일에서의 의료광고 규제와 전문병원 관련 판례

1. 개관

현재 독일에서는 의사들도 자신의 직업적 활동, 경력 및 자격 그리고 제공되는 의료서비스 유형에 대한 정보를 일반 공중에게 제공할 수 있다는 점에 이론이 없다.⁴⁸⁾ 특히 오늘날 전통적인 광고매체와 더불어 새로운

48) 독일에서는 다른 범영역에서처럼 의료분야도 법제가 상당히 정비되어 있다. 특히 최근에는 의료계약이 민법의 전형계약의 하나로 규정되었다고 한다(이에 관한 자세한 소개로 김종길, “민법상 전형계약으로서 의료계약 - 독일법과의 비교를 중심으로 -”, 『법제연구』 제47호, 339면 이하 참조).

형태의 미디어를 통해 확대되고 있는 광고 스펙트럼이 의료서비스 종사자에 의해서도 점점 선호되고 있는 추세이다.

독일 내 의사광고법에 대한 핵심적 기초는 주(州)의사협회(Landesärztekammer)의 직무규정(Berufsordnungen)인데, 2000년 이전에는 의사의 광고를 포괄적으로 금지하고 있었고, 극소수의 몇몇 객관적 정보에 한해 옥외광고가 허용되어 있었다. 이러한 규율태도는 이후 최고법원의 몇몇 판결을 토대로 수정되어야 했고, 특히 독일 연방헌법재판소가 기본권으로서 “직업수행의 자유”를 강조하면서 독일 내 의사광고의 자율화를 위한 기반이 형성되었다.⁴⁹⁾ 구체적으로 2002년 제105회 독일 의사대회에서 독일 연방공화국 내에서 활동하는 의사에 대한 표본직무규정(Musterberufsordnung für die Ärzte: MBO-Ä)을 개정하면서, 직무에 반하는 광고를 여전히 금지하면서도 객관적인 정보제공을 목적으로 하는 의사광고는 원칙적으로 모두 허용하는 규정을 도입하였고(표본 직무규정 제27조), 의사광고 자율화 노선을 따르는 판례가 지속적으로 누적되어 왔다. 직무에 반하는 의사광고의 전형으로는 의사직무의 완전성에 대한 환자의 신뢰가 위협받게 되는 경우, 특히 선전성 광고(anpreisende Werbung) 내지 오인유발광고(irreführende Werbung)에 해당하는 의사광고가 이에 해당하고, 자율화 가운데에도 여전히 금지되고 있다.⁵⁰⁾

2. 독일 연방의사협회의 표본직무규정 제27조

의사의 정보제공 및 광고의 직업법적 기본규율은 독일 연방의사협회의 표본직무규정⁵¹⁾ 제27조에 명문화 되어 있다.⁵²⁾ 이 규정은 의사광고에 대

49) 의료광고의 독일 헌법상 기초에 대해서는 Miriam Balzer, *Arzt- und Klinikwerberecht: Aktuelle Werbechancen für Arzt und Klinik*, 2011 S. 5 ff. 참조.

50) 직업법과 더불어 의사 광고는 치료수단광고에 관한 법률(Heilmittelwerbegesetz) 및 부정경쟁방지법에 의해서도 제한된다. 치료수단광고법의 경우 2012년 개정을 통해 몇몇 광고제한이 폐지되었지만, 여전히 의사의 광고에 대한 여러 요구사항들을 규정하고 있고, 오인유발광고로서 부정경쟁방지법 위반으로 판단될 때에는 자유형까지도 부과될 수 있는 중한 제재가 문제될 수 있다.

51) (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte - MBO-Ä 1997 - in der Fassung des Beschlusses des 118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main: http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_02.07.2015.pdf. [제27조 - 허용되는 정보와 직무에 반하는 광고] (1) 이하

한 일반적인 요구사항을 규정하면서도, 직무에 반하는 광고의 금지(Verbot berufswidriger Werbung) 및 이른바 타인광고금지(Fremdwerbverbot)와 같은 특유한 광고제한 형태도 규율하고 있다.⁵³⁾

(1) 일반요건: 직업과 관련된 광고의 객관성 및 적절성

의사직무규정 제27조 제1항은 의사의 정보제공 및 광고에 대한 직업법상 규정의 규율목적이 “환자보호(Patientenschutz)”에 있음을 명확히 하면서, 의사라는 직업이 광고를 통해서 어느 정도 상업화가 진전된다 할지라도, 궁극적으로 의사직군의 자기이해에 역행하는 상업화에 이르러서는 안

직업법 규정의 목적은 적절한 정보를 통해 환자보호를 보장하는 것과 의사의 자기이해에 역행하는 의사직업의 상업화 방지에 있다. (2) 이를 기초로 의사들은 객관적인, 직업과 연관된 정보 제공을 할 수 있다. (3) 의사의 직무에 반하는 광고는 금지된다. 특히 선전성 광고, 오인광고 또는 비교광고는 직무에 반한다. 의사는 타인에 의한 이러한 광고를 부추겨서도 안 되고 감내해서도 안 된다. 의사의 활동과 관련하여 자신 또는 타인의 영업활동 또는 상품에 대해 광고하는 것은 허용되지 않는다. 다른 법률상 규정을 근거로 한 광고 금지는 영향을 받지 않는다. (4) 의사는 1. 직업연수법에 따라 취득된 명칭, 2. 그 밖에 공법 규정에 따라 취득된 자격, 3. 그러한 것으로서 표시된 중점적 활동영역, 4. 조직에 대한 안내를 공고할 수 있다. 제1호에 따라 취득된 표시는 직업연수법에 따라 허용된 형태로만 가능하다. 수여한 의사협회에 대한 안내는 허용된다. 다른 자격 및 중점적 활동영역은 이의 표시들이 직업연수법에 따라 취득된 자격과 혼동될 수 없는 경우에 한해서만 광고될 수 있다.

52) 주(州)의사협회가 자신의 관할 하에 있는 의사들을 위한 직무규정을 공포하고, 독일 내 모든 의사들에게 통일적으로 적용되는 직무규정이 있는 것은 아니기 때문에 연방 의사협회의 표본직무규정 제27조가 직접적 효력을 가지고 있지는 않다. 연방의사협회는 그 자체가 공법인의 성격을 가지지 않고, 주(州)의사협회의 공동연합체에 불과하기 때문에, 여기서 제정한 표본직무규정은 그 자체로 구속력을 가지지 않는다. 다만 표본직무규정을 토대로 주(州)의사협회 차원의 직무규정이 만들어져 있고, 표본직무규정이 개정되면 주(州)직무규정도 이에 부합하는 내용으로 전환되는 것이 일반적이라는 점에서 의미가 적지 않다. 대체로 주(州)의사협회의 직무규정은 연방차원에서의 표본직무규정에 비해 광고허용 범위를 좀 더 엄격하게 규정하거나 해석되고 있다.

53) 앞서 언급한 바와 같이 독일 내 의사의 자율적 직업 활동을 위한 정보제공 및 광고는 독일 헌법 제12조 제1항에서의 자율적 직업수행에 대한 기본권을 통해 보호되고 있다. 독일 연방헌법재판소의 관련 판결¹⁾에 의하면 의사 자신의 직업 활동에 대해 공중에 정보를 제공하거나 환자들에게 제공되는 의료서비스를 광고할 수 있고, 다른 직업 활동 영역에서와 같이 모종의 규제 하에 놓이긴 하지만, 의사 광고제한을 통해 공공복리 목적(Zwecke des Gemeinwohls)이 추구되는 경우에 한해서만 헌법과 합치된다고 한다. 이러한 헌법재판소의 태도는 제105회 독일 의사대회에서 결정된 의사직무규정 제27조의 내용에 대한 기초를 형성하고 있다.

된다는 점을 선언하고 있다. 일반 공중의 이익을 고려해 보았을 때 의사의 완전성(Integrität)에 대한 환자의 신뢰, 특히 의사가 상업적 이익에 의해 좌우되지 않을 것이라는 환자의 신뢰가 보호되어야 하고, 이에 따라 의사가 환자의 안녕과 적합한 치료를 통해서 이윤을 목표로 한다는 인상을 불러일으키는 행동방식이 저지될 수 있다.⁵⁴⁾

이를 토대로 표본직무규정 제27조 제2항은 직업과 관련되는 광고의 두 가지 기준으로 객관성(Sachlichkeit) 및 적절성(Angemessenheit)을 제시하고 있다. 이 두 가지 요건의 적용영역은 부분적으로 겹칠 수 있기 때문에 엄격히 분리하여 그 충족여부를 검토해서는 안 되고, 상호 간 보충적으로 제시되는 기준으로 다뤄져야 한다. 객관성의 원칙은 특히 내용적으로 정확하고, 누구나 이해할 수 있는 정보의 제공을 요구하는데, 광고기능을 하는 단순 옥외간판(Außendarstellung)의 유형도 이 객관성의 기준을 충족시켜야 한다. 다만 의사의 광고가 무미건조한, 객관적 사실의 단순한 통지에 제한되지는 않는다. 마찬가지로 적절성의 원칙도 광고의 내용과 형태에 적용된다. 이에 의하면 광고를 통해 관심을 불러일으키고자 하는 기본적인 목표는 의사들도 추구할 수 있지만, 그 표현이 과장되어 있거나, 환자의 공박 상태를 이용하는 경우 의사의 정보제공 및 광고가 적절성의 원칙에 위배될 수 있다.

(2) 직무에 반하는 광고의 금지 - 의사직무규정 제27조 제3항에 서의 오인유발광고

객관성과 적절성의 일반원칙을 토대로 하여 의사직무규정 제27조 제3항은 직무에 반하는 광고를 금지하고 있고, 그 예시로서 선전성 광고,⁵⁵⁾

54) 이를 명시적으로 언급하는 판례로 BVerfG, 01.06.2011, Az.: 1 BvR 233/10, 1 BvR 235/10.

55) 의사의 광고는 잠재적 환자로서 하여금 의료서비스에 대한 관심을 주 목적으로 한다는 점에서, 이를 위해 의사자신 및 제공되는 의료서비스 스펙트럼의 적극적, 긍정적인 표현은 적법한 행태이다. 따라서 의사에 의한 이미지 광고(Imagewerbung) 및 호감광고(Sympathiewerbung)는 원칙적으로 허용되고 곧바로 선전성 광고가 문제되는 것은 아니다(BVerfG, 01.06.2011, Az.: 1 BvR 233/10, 1 BvR 235/10.). 의사직무규정 제27조 제3항에서 말하는 직무에 반하는 선전성 광고는 특별히 지나치게 강조하는 광고의

오인유발 광고 및 비교 광고를 나열하고 있다.

광고를 이유로 의사의 의료서비스에 대한 잘못된 생각을 가지게 되고, 환자 자신이 어떤 결정을 함에 있어 잘못된 영향을 줄 수 있다면 부정경쟁방지법상 오인유발광고와 더불어 표본직무규정 제27조 제3항에서의 오인유발광고도 인정된다. 환자의 신뢰가 보호되어야 한다는 관점에서 건강문제와 관련된 광고의 정확성(진실성) 내지 명확성에 대해 상당히 높은 수준의 요구가 설정되어야 하는데,⁵⁶⁾ 이 경우 평균적인 환자가 광고를 접함에 있어서 받게 되는 전체적 인상이 그 기준이 된다.

오인유발광고의 문제는 특히 의사의 자격 내지 능력을 홍보함에 있어서 많이 문제된다. 예컨대 Hamm 고등법원 판례에 의하면 일반의학 전문의(Facharzt für Allgemeinmedizin)가 “남성의(醫)Männerarzt (CMI)”라는 표시를 추가하여 광고를 하였고, 이 추가항목에 부합하는 전문의 직업연수를 통해 자격을 가지고 있지 않았다면 오인유발 광고라고 판시된 바 있다.⁵⁷⁾ 마찬가지로 하급심 판례에 의해 서비스 제공능력 또는 개인병원의 인적 구성에 대해 잘못된 인상을 불러일으킬 수 있는 표시도 기만적 광고로 판단된 바 있다. 즉 의사가 ‘클리닉(Klinik)’ 또는 ‘인스티튜트(Institut)’이라는 개념을 가지고 광고를 하지만, 실제로는 이 개념에 부합하는 시설을 가지고 있지 않았고, 독일 내에서 이따금씩 수술을 수행하였던 것이

형태, 특히 객관적인 정보내용을 퇴보시키고 흥미위주의 또는 다분히 요란한 수단으로 행하는 광고형태를 말한다. 이에 예컨대 자신의 의료서비스를 특별히 효과가 좋다고 강조하고 환자들에게 암시적으로 영향을 주고자 하는 목적으로 과장 또는 최상급적 표현을 사용하는 것이 해당한다. 선전성 광고에 해당하는지 유무를 판단함에 있어서는 개별적인 단어 또는 광고텍스트의 문구가 아니라 전체적으로 드러난 양상을 기준으로 한다. 예컨대 안과 레이저기술에 대한 시상경력을 지나치게 시각적·광학적으로 강조한 경우 직무에 반하는 선전성 광고가 될 수 있다. 구체적으로 제목의 첫 부분에 수상경력 홍보가 위치하고, 수상경력에 대해 가장 큰 글자를 사용하며 제목 이하에 직접적으로 수상경력에 대한 반복적 표현이 존재한다면, 이러한 수상경력의 과대한 강조를 통해서 실제 기술의 위험 및 복합성에 대한 주의를 무력화시킬 수 있다. 판례는 의사의 서비스에 대해 서술하면서 The Best라는 최상급적 표현을 사용하고, 글자크기, 글자색 그리고 글자체의 선택을 통해서 The Best의 표시를 강조하는 경우 마찬가지로 직무에 반하는 선전성 광고로 판단한 바 있다(LG Hamburg, 13.03.2008, Az.: 327 O 105/08.).

56) BGH, 06.02.2013, Az.: I ZR 62/11.

57) OLG Hamm, 24.07.2008, Az.: 4 U 82/08.

전부였던 사례에서 오인유발성이 인정되었다.⁵⁸⁾ 나아가 공동개업의원(Gemeinschaftspraxis)이 종합병원(Krankenhaus) 옆에 위치하고, 이 공동의원의 의사가 종합병원에서 Belegärzte(의사가 고정 배치되지 않은 종합병원의 부서에 특근하는 개업의사를 말함)로서 일하고 있다고 하여, 이 종합병원의 안과파트(Augenabteilung am St. G. Hospital)로 표시하는 것은 오인유발성 광고라고 판시 한 사례가 있고,⁵⁹⁾ 의사가 “센터(Zentrum)”라는 표시로 자신의 개인 개업의원에 대해 광고를 하고, 극히 예외적으로만 공동진찰 내지 공동 상담을 한다면, 개별적인 경우 오인유발광고가 될 수 있다고 판시한 하급심 판례가 있다.⁶⁰⁾

나아가 불완전한 표시 또는 다의적인 표시들이 오인유발광고에 해당할 수 있다. 예컨대 Karlsruhe 고등법원 판결에 의하면 학문과 연구에 있어 대학교수의 전형적인 업무와 상관없이 수여되어진 외국교수경력 표시가 그 출처에 대한 설명 없이 행해지는 경우 오인유발광고가 된다고 한다.⁶¹⁾ 독일 내에서 교수로 활동한 경력의 표시는 독일 내 각 주(州)의 고등교육법이 규율하고 있는 상황이다.

(3) 직업연수과정의 표시(Weiterbildungsbezeichnungen),
자격 및 능력(Qualifikationen),
중점적 의료 활동(Tätigkeitsschwerpunkte)

현재 모든 주(主)의사협회의 직무규정들은 의사가 자신들의 전문적 자격, 중점적 의료활동 및 의료조직에 대한 안내사항을 (옥외광고를 통해) 공고하는 것을 허용하고 있다(표본직무규정 제27조 제4항 참조). 이에는 특히 주(主)의사협회의 직업연수법에 따라 부여받은 전문영역의 표시, 그리고 중점교육(Schwerpunktbildungen)과 추가적 직업연수(Zusatzweiterbildungen)의 표시가 속하는데, 이러한 표시들은 오직 각각의 직업연수규정에 따라서 이루어져야 한다. 중점적 의료 활동을 표시하는 경우에도 관련 전문의 표시가

58) VG Gießen, 11.03.2015, Az.: 21 K 1976/13.

59) LG Münster, 20.11.2015, Az.: 23 O 55/15.

60) BerG Ärzte Hannover, 22.04.2015, Az.: BG 9/14.

61) OLG Karlsruhe, 23.05.2012, Az.: 6 U 180/10.

동반되어야 하는데, 예를 들어 소아-심장학(Kinder-Kardiologie)과 같은 중점적 치료영역을 표시함에 있어서는 이 영역에 속하는 전문의표시와 함께 하는 경우에만 가능하다. 판례는 구강, 턱 그리고 안면외과 전문의가 ‘성형수술’이라는 추가표시를 하면서, 전화번호부내 성형외과란 아래에서 자신을 광고한 경우 직업법 위반으로 보았다.⁶²⁾ 이를 통해서 전화번호부 내 광고자가 성형외과 전문의라는 부정확한 인상을 받을 수 있다고 판시하였다. 나아가 유사치료요법(Homöopathie)과 같이 전문영역으로 분류할 수 없는 독립된 추가적 표시는 각각의 전문의 표시 내지 “의사”라는 표시와 관련하여서만 가능하다고 (표본)직업연수교육규정(Musterweiterbildungsordnung, MWBO)에 규율되어 있다.

표본 의사직무규정 제27조 제4항은 주(主)의사협회의 직업연수법에 따른 표시와 함께 “기타 공법 규정에 따라 취득된 자격”들도 공고할 수 있음을 명확히 하고 있다. 따라서 예컨대 초음파(Ultraschall)와 같이 특정한 진찰방법 및 시술방법의 수행을 위해 의료보험사 의사연합단체(Die Kassenärztlichen Vereinigungen)에 의해서 수여된 허가도 표시할 수 있다.

나아가 중점적 의료 활동도 그것이 명백히 이러한 의미로 표시될 수 있는 의료 영역인 경우에 한해서 외부에 공고될 수 있다. 다시 말해 의사가 상당한 정도로 전념을 다하여 의료행위를 하는 활동영역, 따라서 방대한 지식과 실제적 경험을 보유하고 있는 의사의 활동영역이어야 중점적 의료영역으로 표시할 수 있다. 이와 관련된 독일 하급심 판례에서는 치과의사들이 공동개업의원의 광고를 위해서 “어린이 치과의사(Kinderzahnarzt)”라는 표시를 하였으나, 실제로 치과의사 전체가 어린이 치아치료를 중점적으로 행하지는 않은 경우, 잘못된 인상을 줄 수 있다는 이유로 허용되지 않는다고 판시된 바 있다.⁶³⁾

그 밖에 지금까지 설명한 직업연수법에 의해 취득한 자격 및 그 밖의 공법상 수여되는 자격, 그리고 중점적 활동영역에 대한 공고는 표본의사직무규정 제27조 제5항의 유보 하에 놓이게 됨을 유의해야 한다. 이에 따

62) OLG Hamm, 03.06.2008, Az.: I-4 U 59/08.

63) OVG Münster, 25.05.2012, Az.: 13 A 1399/10.

르면 위 표시들은 직접적으로 표시된 활동 내지 관련 활동들이 기회가 있을 때 가끔씩 수행되는 정도가 아니라 상당한 범위에 있어서 빈번하게 수행되는 경우에 한해 허용된다. 다만 중점적 활동영역으로 표시할 수 있는 구체적인 빈도에 대해서는 표본의사직무규정이 아무런 언급을 하고 있지 않다.

끝으로 직업연수규정에 의해 규율되지 않는 기타 전문영역의 표시, 중점 영역의 표시 및 기타 추가적 표시들은 직업연수규정에 따라 표시되는 전문영역, 중점영역 등과 혼동의 위험이 있어서는 안 된다는 점을 유의해야 한다. 앞서 오인광고를 검토하면서 소개된 판례에서 “남성의(醫)Männerarzt (CMI)”라는 추가 표시가 전문의 자격에 대한 착오를 유발할 수 있기 때문에 허용되지 않는다고 판시한 것은⁶⁴⁾ 이러한 맥락에서도 이해될 수 있다. 그 외에도 이비인후과 전문의가 신경이(耳)과(Neurootologie)라는 표시를 사용한 경우 마찬가지로 직무에 반하는 오인유발광고로서 판단되었는데, 이 경우 일반 공중은 특히 신경과(Neurologie) 개념과 혼동을 일으킬 위험이 있다는 점을 그 근거로 하였다.⁶⁵⁾

3. ‘전문병원’과 관련된 독일 연방법원의 판결의 내용과 그 시사점

전문병원 지정제도는 없지만, 전문병원이라는 법문상의 용어정의와 일반적으로 전문병원이 갖는 의미를 연결 지어서 판시한 독일 연방법원의 판결이 있어서 이를 여기서 소개하기로 한다.⁶⁶⁾ 해당 판결에서는 전문병원이라는 명칭을 ‘전문의’처럼 특별한 자격을 갖춘 병원으로 이해할 것인지, 단순히 특정 질환영역에 제한해서 치료행위를 하는 병원으로 이해할 것인지가 문제되었다. 일반 거래계에서는 전자로 이해될 수 있는 반면, 당시 법령에서는 전문병원을 후자로 정의하고 있어서 문제가 되었다. 또한 전문병원이라는 개념 자체의 오인유발 가능성도 문제지만, 진료과목과

64) OLG Hamm, 24.07.2008, Az.: 4 U 82/08.

65) BerG VG Gießen, 25.07.2011, Az.: 21 K 408/10, Gl.B.

66) Beate Bahner, *Das neue Werberecht für Ärzte*, S. 329 참조.

함께 전문병원이라는 명칭을 사용하는 경우 그 진료과목 명칭에 따라서도 오인유발 가능성이 달라질 수 있다고 본 점도 본 판결에서 주목할 부분이라고 할 수 있다.

(1) 판결의 내용

[독일 전문병원 사례] - BGH, 15.06.1988, Az.: I ZR 51/87 = BGH NJW 1988, 2954 ff.

피고 병원은 정신신체의학 및 혈액순환질환 전문병원(Fachkrankenhaus für Psychosomatik und Durchblutungserkrankungen)이라는 명칭을 사용하면서, 이 명칭을 자신들의 안내용 광고(Prospektwerbung)에 사용하였다. 특히 안내용 광고에서는 구체적인 의료진의 성명을 표기하지 않고 "전문병원에서 치료되는 영역"란에 혈액순환질환(Durchblutungskrankheiten)도 표기를 하였다. 이에 원고는 병원의 이름과 안내용 광고가 경쟁법에 반한다는 점을 근거로 전문병원 명칭 사용의 중단을 청구하였다.

해당 판결의 원심은 피고의 전문병원 명칭 사용에 대한 원고의 부작위 청구를 기각하였다. 전문병원이라는 표현 자체가 특정한 의료 전문분야에 대해 어떤 안내를 하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 오인을 유발할 위험이 없다고 판단하였다. 피고가 특정질환에 대해 전문병원의 명칭을 사용한 것은 단지 병원 내에서 다루어지는 질환영역 및 치료유형을 제한하는 의미로 받아들일 수 있고, 고객은 이러한 제한으로 인해 가지게 되는 전문적 지식을 기대할 것이라고 판단하였다. 즉 해당병원이 특정 질환 영역에 단순한 특유화가 되어 있다고만 이해할 수 있다는 점을 근거로 하였다.

원심은 거래생활에서 일반인들이 전문병원이라는 명칭을 어떠한 의미로 받아들여질지에 대해 별다른 검토를 하지 않았고 단지 전문병원이라는 명칭이 당시 구 연방 의료기관 보수 규율에 대한 명령(Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze) 제2조 제3호67)에 포함되어 있던 정에 부합하였기 때문에 이를 이유로 피고병원의 표현이 적합한 것으로 보았던

67) § 2 Nr. 3 BPflV a. F. vom 25. April 1973.

것이다. 당시 의료기관 보수 규율에 대한 명령 제2조는 동령에서 사용하는 개념을 정의하고 있었는데, 제2호에서 나이 및 질환의 종류와 상관없이 환자를 수용하는 병원을 “일반병원(allgemeine Krankhäuser)”이라고 정의하면서 동조 제3호에서는 특정 연령대 또는 특정 질환유형의 환자만을 수용하는 병원을 전문병원(Fachkrankhäuser) 내지 특수병원(Sonderkrankhäuser)이라고 규정하였다. 이를 토대로 원심은 피고가 사용한 전문병원 명칭이 병원 내에서 다루어지는 질환영역 및 치료유형을 제한하는 의미로 받아들일 수 있다고 판시한 것이다.

이에 대해 독일 연방대법원은 법령이 전문병원이라는 용어를 사용하고 있고, 따라서 피고의 명칭사용이 객관적으로는 정확한 표현에 해당 할지라도, 피고의 광고 자체가 목표하고 있는 광고수신자들이 속한 거래생활에서 부정확한 표시로써 주관적 효과를 가질 수 있음을 원심이 유의하지 않았다고 지적하였다. 그리고 이러한 주관적 효과는 광고에 사용된 개념이 법률용어 또는 관청언어로서 특정한 의미로 정의되어 있거나 사용되고 있다는 이유만으로 곧장 부인될 수 없다고 하면서 다음과 같이 판시하였다: ‘구체적으로 법령을 통해 도입되었거나, 법령으로부터 도출되는 특정개념이 실제 법률생활 내지 경제생활에서 다른 의미를 가지고, 이로 인해 오해가 발생한다고 해서 그러한 개념의 사용 자체를 막지는 못하는 것이 원칙이다. 하지만 경쟁법적 판단에 있어서는 그러한 새로운 명칭 그 자체가 불명확한 경우, 특히 이미 거래생활에서 잘 알려진 개념이 지금까지 통용되는 의미와 다르게 사용되는 경우에 주의해야 한다. 무엇보다 보건·의료 광고 영역에서는 질병이 있거나 도움이 필요한 사람이 치료수단을 구함에 있어 쉽게 유혹될 수 있는 위험이 있으므로 경쟁법상 상당히 높은 요구 하에 놓인다고 봐야 한다.’

이와 같이 법령상 사용되고 있던 전문병원 개념과의 관계를 명확히 설정한 뒤 독일 연방대법원은 원심이 오인유발 위험 유무에 대한 충분한 검토를 하지 않았다고 하면서 (잠재적) 환자들이 전문병원이라는 명칭을 통해서 특정 질환의 치료에 집중함으로써 귀결되는 전문적 지식(aus der Natur der Beschränkung auf bestimmte Krankheiten folgende Sachkunde)만을

기대할 것이라는 원심의 판단을 정면으로 비판하였다. 그리고 전문병원이라는 명칭을 통해 일반적인 거래생활에서, 예컨대 해당 병원이 어떠한 형태의 특별한 (다른 병원에는 있지 않은) 전문적 자격(Qualifikation des Krankenhauses)과 같은 것으로 오인할 위험이 야기된다면 독일 부정경쟁방지법 제3조상의 오인유발광고에 해당할 수 있다고 판시하였다. 구체적으로 의료영역에서는 ‘전문’이라는 개념은 ‘전문의’ 개념과 연결되는 것이 일반적임을 지적하면서, 전문의 표시의 의미가 전공과 관련된 추가적 특별직업교육 및 이에 부합하는 전문적인 자격과 결합되어 있기 때문에 전문 개념이 의사가 아니라 병원과 연결되어 사용되는 경우에도 이 개념이 거래계에 있어 어떻게 이해되는지, 일반의와 전문의가 구분되듯이 인적구성에 있어 일반병원과 구분되는 전문병원으로 이해되는지를 원심이 검토했어야 했다고 비판하였다.

끝으로 독일 연방대법원은 전문병원이라는 명칭이 특별한 자격을 가지고 있는 병원이 아니라 (원심이 지적했듯이) 단순히 전문병원으로서 표시한 질환유형에 특화되어 있는 병원으로 이해되는 것이 일반적이라고 판단된다 할지라도, 전문병원이라는 명칭과 함께 광고되는 구체적 질환영역의 표시와 함께 다시금 오인유발성이 검토되어야 한다고 지적하였다. 구체적으로 사안에서 피고 병원이 체내 혈액전달영역에서의 전문병원(Fachkrankenhaus für Durchblutungserscheinungen)이라는 명칭을 사용하였는데, 이 명칭이 특화되어 있는 특정 질환영역에서의 치료행위가 “포괄적으로” 그리고 “실제로” 가능하다는 거래계의 기대를 초래하는지 여부가 검토되어야 한다고 하였다. 만약 그러한 거래계의 기대가 인정될 수 있다면, 병원 내에서 실제로 가능한 치료방법에 대해 피고 병원 스스로가 표시한 내용 및 보건관청 서류에 기록되어 있는 피고병원의 각종 보유 시설을 고려해 보았을 때, 체내 혈액전달영역 내에서 가능한 치료행위가 상당히 제한된 범위로 한정된다면, 특히 상황에 따라 수술적 요법이 필요한 중증질환을 실제로 치료할 수 없는 병원이라면, 이것만으로도 오인유발이 인정될 수 있다고 판시하였다.

결론적으로 연방대법원은 사안에서 문제가 된 병원의 의료진들이 전문

영역에 대한 특별직업교육을 근거로 일반적인 병원과 구분되지 않고, 단지 혈액순환질병 영역 중 몇몇 영역에서만 치료행위를 할 수 있으며, 예컨대 수술을 통해서 중증 환자도 치료 할 수 있는 상황이 아니라면, 체내 혈액전달영역에서의 전문병원으로 표시할 수 없다고 판시하였다.

(2) 판결의 시사점

본 판결에서 중요한 전문병원 명칭과 관련하여 고려할 중요한 원칙들을 선언하고 있다.

첫째, 법률에서 특정한 의미로 ‘전문병원’이라는 명칭을 정의하더라도 일상 거래생활에서 통용되던 일반적 의미에서 개념이 사용되고 있다면 이의 사용을 원칙적으로 막지 못한다. 왜냐하면 법률상 특정 개념을 일정한 목적 내지 법률규정의 요건으로 사용함으로써 일반적인 용례와 다른 개념정의를 하는 것은 충분히 가능하지만, 그렇다고 하여 해당 개념의 일반적 의미를 법률에서 일방적으로 변경하고 그러한 일반적 개념의 사용을 방해할 수는 없는 것이기 때문이다.

둘째, 전문병원이라는 용어는 크게 보면 2가지 의미를 갖는다. 일반병원에 반대되는 개념으로서의 전문적 치료 영역으로 제한되어 있다는 측면에서의 의미와 전문의에 대응하는 개념으로서의 전문적 자격과 연관된 측면에서의 의미이다. 따라서 법률에서는 제한적 의미에서 전자의 개념으로 사용하고 있더라도 거래생활에서는 원칙적으로는 후자의 의미로 전문병원 개념을 사용할 수 있는 것이다. 결론적으로 의료광고와 관련하여서는 전문병원이라는 개념은 크게 보면 이와 같은 2가지 의미를 가지고 있는 것이다.

셋째, 허위·과장 광고와 관련한 소비자의 오인유발 가능성과 관련하여 크게 2가지 측면에서 판단을 해야 한다. 전문병원 개념 사용으로 인한 그 자체의 혼동 가능성과 진료과목과 결합하여 사용함으로써 발생할 수 있는 혼동가능성을 검토해야 한다. 우선 전문병원 개념 자체와의 혼동 가능성과 관련하여서는 전문병원 개념과 관련된 2가지의 의미와 연관하여 모두 혼동가능성이 발생할 수 있음을 고려해야 한다. 다시 말하면 전문병원

이라는 용어를 사용함으로써 전문적인 영역으로 치료가 이루어진다는 측면에서의 혼동가능성과 전문적인 자격이나 능력을 갖추었다는 측면에서의 혼동가능성을 모두 고려해야 한다. 그 다음으로 진료과목과 함께 ‘전문병원’ 내지 ‘전문’이라는 용어를 사용한 경우에는 해당 진료과목에 관련된 전문적 자격 내지 전문성과 연관된 혼동가능성이 존재하는지를 판단해야 한다고 보는 것이다.

독일 연방대법원의 이 판결을 직접 우리나라에 적용하기에는 그 사안이 완전히 다르다. 왜냐하면 독일의 경우에는 전문병원 지정제도가 존재하지 않고, 따라서 ‘전문병원’이라는 명칭이 특별한 보호를 받는 것은 아니기 때문이다. 오히려 여기서 살펴본 독일 연방대법원의 판결에서는 법률상 사용된 개념이 일반인이 가지고 있던 전문병원 개념보다 더 넓어서 법률상 개념으로 보았을 때에는 혼동가능성이 존재하지는 않지만, 더 좁은 일반적 관념에서 보았을 때도 혼동가능성이 존재할 수 있는 여지가 있음을 지적한 판결에 해당한다.

그러나 우리나라의 경우에는 전문병원 지정제도가 존재하고 의료법상 전문병원 명칭보호가 이루어지고 있어서 그 한도에서는 의료기관에서 전문병원이라는 용어를 부적법하게 명칭사용 하는 것이 금지되고 있다는 큰 차이점을 갖는다. 즉 법률상 전문병원 개념이 더 협의로 사용되고 있고 이러한 법률상 정해진 전문병원 개념보다 일반인들이 인식하고 있는 더 넓은 의미의, 즉 전문성 있는 병원으로서의 ‘전문병원’ 개념을 사용할 수 있는지와 연관되고 있다. 다시 말하면 법률상 협의로 정해 놓은 ‘전문병원 지정병원’으로서의 의미를 갖는 ‘전문병원’개념과 이보다 더 넓은 개념인 일반적 전문성을 갖는 전문병원 개념이 함께 사용될 수 있는지가 문제되고 있는 것이다.

그러나 독일 연방대법원 판결을 통하여 알 수 있는 점은 각 개념이 갖는 의미의 혼동가능성은 개별적으로 판단해야 한다는 점이다. 즉, ‘보건복지부 지정 전문병원’으로서의 혼동가능성과 전문적인 병원으로서의 혼동가능성은 구별되어야 한다는 점이다. 따라서 ‘보건복지부 지정 전문병원’이 보호를 받는 영역은 기본적으로 의료법상 명칭보호와 보건복지부

지정 전문병원으로 혼동될 광고의 금지인 것이다. 그런데 전문병원 지정 제도가 명칭보호를 통하여 의도한 것은 지정받지 않은 병원이 명칭에서 ‘전문병원’이라는 표현을 사용하지 못하도록 하고 있는 것이다. 이에 따라 일반적인 광고에서, 예컨대 블로그나 홈페이지 내 광고성 텍스트에서 전문병원 문구를 사용하는 것은 원칙적으로 금지되지 않는다. 그러면 이러한 광고 문구 내지 홈페이지 어느 곳에 ‘전문병원’ 내지 ‘전문’이라는 용어가 사용되었다고 하여 반드시 ‘보건복지부 지정 전문병원’과의 혼동 가능성이 존재하는지는 별도로 판단하여야 할 것이다. 그리고 해당 의료기관에서 객관적으로 전문성을 증명할 수 없음에도 불구하고 자신을 전문병원으로 광고하는 것은 일반적 의미의 전문병원과 다르기 때문에 허위 내지 과장광고에 해당할 것이다.

V. 나가며

기본적으로 의료법상 허위·과대광고는 표시광고법상의 허위·과장광고 금지규정과 크게 다르지 않다. 그에 따르면 원칙적으로 허위·과장광고를 판단함에 있어서는, 즉 광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단해야 한다.

전문병원이라는 명칭은 기본적으로 3가지의 일반적 의미를 가질 수 있고 이러한 일반적 의미와 연관하여 혼동·오인가능성을 가져 온다면 허위·과장광고가 될 수 있을 것이다. 법률에서 이러한 일반적인 의미와 다른 개념을 사용한다고 하여 일반적인 의미가 소비자의 인식에서 사라진다고 할 수 없으므로 법률에서 사용하는 특수한 의미와 다른 내용을 가질 수 있는 일반적 의미도 함께 고려해야 한다. 즉 전문병원 지정제도를 통하여 의료법에 전문병원을 특수한 의미로 개념정의하고 있더라도 일반적인 인식에 따라 전문병원이라는 단어가 갖는 의미도 고려해야 한다.

첫째, 의료법상으로는 전문병원 지정제도와 연관하여 전문병원을 지정

받은 병원만이 전문병원 명칭을 사용할 수 있고 지정받은 진료과목 한도에서만 명칭표시가 가능하다. 따라서 전문병원으로 지정받지 않은 경우 및 전문병원 진료과목에 없는 진료과목을 사용한 명칭은 허위·과장광고에 해당할 것이다. 둘째, 전문병원이라는 명칭은 독일법상 사용하는 바와 같이 일반병원에 대립되는 개념으로서 제한된 특수영역 한도에서 진료를 한다는 의미를 가질 수 있다(예컨대 코성형 전문병원). 이러한 경우에는 해당 특수 영역에 한해서 진료를 하지 않음에도 불구하고 전문병원으로 광고를 한다면 허위·과장광고에 해당할 수 있을 것이다. 셋째, 전문병원이라는 명칭은 전문의에 대응하는 개념으로 특정 진료과목에 전문성을 갖춘 병원이라는 의미를 가질 수 있다. 따라서 특정 진료과목에 전문성이 없는 병원에서 전문병원 명칭을 사용하는 것은 허위·과장광고가 될 것이다.

보건복지부에서 제정한 『전문병원 광고관련 가이드라인』은 사례들을 명확히 구분하지 않고 기준을 제시하는 한편, 그 금지의 법적 근거도 분명히 밝히지 않음으로써 행정지도가 달성해야 할 일반적인 기준으로서의 가치가 없다. 오히려 광범위한 금지영역을 설정함으로써 의료기관이 갖는 표현의 자유 및 직업 활동의 자유를 제한하고 있다. 또한 소비자가 의료기관을 검색할 때 전문성을 갖는 의료기관을 광범위하게 검색하고 싶어 하는데, ‘전문’, ‘특화’, ‘첨단’ 등의 용어를 포괄적으로 금지하여 소비자가 전문성을 갖는 의료기관을 적합하게 찾을 수 있는 자유를 부당하게 막고 있다.

설령 해당 의료기관이 보건복지부 지정 전문병원이 아니라 할지라도, 일정한 영역에 전문성을 가지고 있거나, 특성화되어 있거나, 첨단 의료기술 내지 의료기기를 갖추 수 있고 이를 입증할 수 있다면 이러한 사실을 광고할 수 있어야 한다. 이러한 광고는 허위 광고도 아니고 과장된 광고도 아닐 것이며, 오히려 의료소비자에게 제공되어야 할 적합한 의료기관에 대한 정보일 것이다. 이러한 전문성을 갖춘 의료기관에게 자신의 특성을 공중에 알릴 기회를 박탈하는 본 가이드라인은 전면적으로 재검토되어야 한다고 생각된다.

또 다른 한편 검색서비스 사업자는 ‘보건복지부 지정 전문병원’과 ‘전

문병원'이라는 명칭의 혼동가능성이 존재함을 유의하는 자율규제수단을 실행하는 것도 가능해 보인다. 즉 의료소비자가 '전문' 내지 '전문병원'이라는 검색어를 이용하여 검색하려는 경우에 알림 창을 통하여 '보건복지부 지정 전문병원'을 검색하려고 하는지, 아니면 특정 의료행위에 전문성이 있는 '병원 내지 의료기관'을 검색하려고 하는지에 관한 정보를 제공하는 것이다. 이러한 정보를 제공한다면 '전문병원' 내지 '전문'이라는 검색용어와 '보건복지부 지정 전문병원' 사이의 혼동가능성이 처음부터 차단될 것이므로 보건복지부 가이드라인에서 우려하는 문제는 발생하지 않을 것으로 보인다.

참고문헌

(국내 문헌)

- 김나경, “의료광고의 법적 규제”, 『성신법학』 제13권, 2014.
- 김중길, “민법상 전형계약으로서 의료계약 - 독일법과의 비교를 중심으로 -”, 『법제연구』 제47호, 2014.
- 박해식, “부당표시광고에 대한 규제 - 표시광고의 공정화에 관한 법률을 중심으로 -”, 『재판자료』 제87집, 2000.
- 유화신, “원격의료에 관한 의료법 개정방법 연구”, 『법제연구』 제28호, 2005.
- 이동진, “구 의료법 제46조 제1항의 과대광고의 의의와 그 범위”, 『대법원판례해설』 제45호, 2004.
- 이동진, “전문직 표시·광고규제의 몇 가지 쟁점: 의료광고를 중심으로 -”, 『의료법학』 제17권 제2호, 2016.
- 이동진, “전문병원과 키워드검색광고 규제”, 『의료법학』 제18권 제1호, 2017.
- 이병준, “전문병원 지정제도와 의료법상 명칭보호 - 전문병원 인터넷 의료광고규제와 관련된 논의를 중심으로 -”, 『부산대학교 법학연구』 제58권 제4호, 2017.
- 이상돈·김나경, 의료법강의, 법문사, 2013.
- 이선희, “거짓·과장의 표시·광고에 있어서 부당성 판단”, 『성균관법학』 제29권 제1호, 2017.
- 이종영, “산업기계·기구의 의무안전인증제도”, 『법제연구』 제39호, 2010.
- 정규원, “인터넷 의료광고에 대한 법적 규율”, 『법학논총』 제31집 제2호, 2014

(외국 문헌)

Beate Bahner, *Das neue Werberecht für Ärzte: Auch Ärzte dürfen werben*, Springer-Verlag, 2013.

Cornelis Lehment, “Werberecht für Krankenhäuser und Institute: Grenzüberschreitungen nicht erlaubt”, *Deutsches Ärzteblatt* Jg. 97 Heft 44, 2000, 2916 ff.

Miriam Balzer, *Arzt- und Klinikwerberecht: Aktuelle Werbechancen für Arzt und Klinik*, Springer-Verlag, 2011.

Peter Hüttl, *Werberecht für Arztpraxen und medizinische Versorgungszentren*, MWV, 2009.

<국문초록>

최근 전문병원 지정제도가 도입되었는데, 이와 관련하여 인터넷 온라인 검색에서 '전문병원' 내지 '전문'이라는 용어를 사용하여 병원을 검색할 수 있는지가 문제되고 있다. 이에 본 논문에서는 광고에서 '전문병원' 내지 '전문' 개념을 사용하였을 때 소비자에게 당해 의료기관이 보건복지부 지정 전문병원으로 오인될 가능성이 발생할 수 있는지, 그래서 의료법상 허위·과대광고에 해당할 수 있는지를 살펴보고 다음과 같은 결론을 도출하였다.

전문병원이라는 명칭은 기본적으로 3가지의 일반적 의미를 가질 수 있고 이러한 일반적 의미와 연관하여 혼동·오인가능성을 가져 온다면 허위·과장광고가 될 수 있을 것이다. 법률에서 이러한 일반적인 의미와 다른 개념을 사용한다고 하여 일반적인 의미가 소비자의 인식에서 사라진다고 할 수 없다. 따라서 전문병원 지정제도를 통하여 의료법에 전문병원을 특수한 의미로 개념정의하고 있더라도 일반적인 인식에 따라 전문병원이라는 단어가 갖는 의미도 고려해야 한다.

첫째, 의료법상으로는 전문병원 지정제도와 연관하여 전문병원을 지정 받은 병원만이 전문병원 명칭을 사용할 수 있고 지정받은 진료과목 한도에서만 명칭표시가 가능하다. 따라서 전문병원으로 지정받지 않은 경우 및 전문병원 진료과목에 없는 진료과목을 사용한 명칭은 허위·과장광고에 해당할 것이다. 둘째, 전문병원이라는 명칭은 독일법상 사용하는 바와 같이 일반병원에 대립되는 개념으로서 제한된 특수영역 한도에서 진료를 한다는 의미를 가질 수 있다. 이러한 경우에는 해당 특수 영역에 한해서 진료를 하지 않음에도 불구하고 전문병원으로 광고를 한다면 허위·과장광고에 해당할 수 있을 것이다. 셋째, 전문병원이라는 명칭은 전문의에 대응하는 개념으로 특정 진료과목에 전문성을 갖춘 병원이라는 의미를 가질 수 있다. 따라서 특정 진료과목에 전문성이 없는 병원에서 전문병원 명칭을 사용하는 것은 허위·과장광고가 될 것이다.

이러한 결론을 토대로 보건복지부에서 제정한 『전문병원 광고관련 가

이드라인』를 살펴보면 광범위한 금지영역을 설정함으로써 의료기관이 갖는 표현의 자유 및 직업 활동의 자유를 제한하고 있음을 알 수 있다. 또한 소비자가 의료기관을 검색할 때 전문성을 갖는 의료기관을 광범위하게 검색하고 싶어 하는데, ‘전문’, ‘특화’, ‘첨단’ 등의 용어를 포괄적으로 금지하여 소비자가 전문성을 갖는 의료기관을 적합하게 찾을 수 있는 자유를 부당하게 막고 있다. 전문성을 갖춘 의료기관이 자신을 적절히 광고할 기회를 박탈하고 있는 해당 가이드라인은 전면적으로 재검토되어야 한다고 생각된다.

주제어 : 전문병원, 지정제도, 인증제도, 의료법, 의료기관, 검색광고, 오인 광고

A study on specialized hospitals and allowed range of internet advertisement

Lee, Byung-Jun*

Recently, a specialized hospital designation system has been introduced. In this regard, it is a question of whether a hospital can be searched by using the term 'specialized hospital' or 'specialized' in Internet online search. In this paper, it was examined whether there is a possibility that the medical institution might be mistaken as a specialized hospital designated by the Ministry of Health and Welfare when the concept of 'specialized hospital' or 'specialized' was used in advertisements.

The name specialized hospitals can basically have three general meaning. So, if there is a possibility of confusion or misunderstanding in connection with this general meaning, it may be false advertising. The use of concepts other than these general meanings in law does not mean that general meaning disappears from consumer perception. Therefore, although the concept of a specialized hospital in the medical service act is defined in a special sense, the meaning of the specialized hospital should also be considered according to general recognition.

In conclusion, the "Guideline for Specialized Hospital Advertising" prepared by the Ministry of Health and Welfare shows that the establishment of a wide range of prohibition limits the freedom of expression of medical institutions.

In addition, the comprehensive prohibition of search terms such as 'specialized', and 'advanced' prevents consumers from freely searching for medical institutions with expertise. These guidelines, which are being deprived of the opportunity for professional medical institutions to advertise themselves appropriately, must be thoroughly reviewed.

* Professor of HUFs Lawschool, Seoul.

Key Words : Specilized hospital, designation, certification, medical service act, medical institution, search Ads, misleading advertising