

30. 의료광고 제한 사건

<헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 의료법 제69조 등 위헌제청, 판례집 17-2, 189>

가. 사건의 배경

이 사건은 “특정의료기관이나 특정의료인의 기능·진료방법”에 관한 광고를 금지한 의료법 제46조 제3항 및 그 위반시 300만 원 이하의 벌금에 처하도록 하는 동법 제69조(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)가 헌법에 위반된다고 결정한 사건이다.

제청신청인은 서울에서 안과를 운영하는 의사로서 2001. 7. 30.경부터 2002. 2. 경까지 위 안과 인터넷 홈페이지에 자신의 진료모습이 담긴 사진과 함께 외국에서 연수한 약력(경력), 라식수술에 대한 진료방법을 게재하는 등 특정의료인의 기능, 진료방법에 관하여 광고를 하였다는 이유로 기소되어 서울중앙지방법원에서 재판을 받던 중 이 사건 조항이 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌여부심판의 제청신청을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 2003. 2. 19. 헌법재판소에 제청하였다.

나. 결정의 주요 내용

헌법재판소는 관여 재판관 6:3의 의견으로 이 사건 조항은 헌법에 위반된다고 선고하였다.

이 사건 조항이 의료광고를 규제하는 이유는 소비자(환자)의 보호, 공정거래의 확보, 의료행위의 승고함의 유지라고 할 수 있다. 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.

그런데 이 사건 조항이 의료인의 기능(技能), 즉 의료행위를 할 수 있는 기술적인 능력이나 재능 및 진료방법, 즉 진찰과 치료방법에 대한 광고를 일률적으로 금지하고 있는 것은 그러한 규제를 달성하기 위한 필요한 범위를 넘어선 것이다.

의료인의 기능이나 진료방법에 대한 광고가 소비자들을 기만하는 것이거나, 소비자들에게 정당화되지 않은 의학적 기대를 초래 또는 오인하게 할 우려가 있거나, 공정한 경쟁을 저해하는 것이라면, 국민의 보건과 건전한 의료경쟁 질서를 위하여 규제가 필요하다. 그러나 객관적인 사실에 기인한 것으로서 소비자에게 해당 의료인의 의료 기술이나 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 가

치를 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 재단(裁斷)된 것이라 할 수 없다.

비약적으로 증가되는 의료인 수를 고려할 때, 이 사건 조항에 의한 의료광고의 금지는 새로운 의료인들에게 자신의 기능이나 기술 혹은 진단 및 치료방법에 관한 광고와 선전을 할 기회를 배제함으로써, 기존의 의료인과의 경쟁에서 불리한 결과를 초래할 수 있는데, 이는 자유롭고 공정한 경쟁을 추구하는 헌법상의 시장경제질서에 부합되지 않는다.

그리고 이 사건 조항이 아니더라도 의료법 제46조 제1항, 표시·광고의공정화에 관한법률, 소비자보호법, 독점규제및공정거래에관한법률, 옥외광고물등관리법 등에 의하여 “의료인의 기능이나 진료방법”에 관한 허위·기만·과장광고를 통제할 수 있다.

그러므로 이 사건 조항이 의료인의 기능과 진료방법에 대한 광고를 금지하고 이에 대하여 벌금형에 처하도록 한 것은 입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위를 넘어선 것이므로, ‘피해의 최소화’ 원칙에 위반된다.

한편 이 사건 조항으로 인하여 의료소비자가 어느 정도 보호될 것인지, 과잉진료나 부적절한 진료가 얼마나 예방될 것인지, 의료인 간의 불공정 경쟁이 어느 정도 방지될 것인지는 불분명하다. 그러나 이 사건 조항으로 인한 의료인의 기능과 진료방법과 같은 중요한 의료정보의 유통제한은 의료인에게 자신의 기능과 진료방법에 관한 광고와 선전을 할 기회를 전면적으로 박탈함으로써 표현의 자유를 제한하고, 의료인이 다른 의료인과의 영업상 경쟁을 효율적으로 수행하는 것을 방해함으로써 직업수행의 자유를 제한하고 있다. 나아가 이 사건 조항은 소비자의 의료정보에 대한 알 권리를 제약하게 된다. 그러므로 이 사건 조항은 보호하고자 하는 공익보다 제한되는 사익이 더 중하다고 볼 것이므로 이 사건 조항은 ‘법익의 균형성’ 원칙에도 위배된다. 결국 이 사건 조항은 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위배하여 표현의 자유와 직업수행의 자유를 침해하는 것이다.

이에 대하여 재판관 윤영철, 재판관 김효종 및 재판관 주선회는 아래와 같은 반대의견을 개진하였다.

의료행위는 사람의 신체를 치료하고 생명을 다루는 것이므로 일반 상행위와는 본질적으로 다르고, 따라서 의술에 대한 상업적 광고는 일반 상품이나 용역에 대한 것과는 차이가 있을 수밖에 없다. ‘의료인의 기능과 진료방법’은 의료인에 따라 매우 다양하며, 이에 대한 광고는 전문적이고 주관적인 내용으로 표현될 수 있는 것

이고, 의료기술이나 진료방법에 대한 정보는 소비자가 이해하기 어렵거나, 소비자에게 잘못된 기대를 갖게 하거나, 현대의학상 검증되지 않은 것일 수도 있다. 그러므로 의료인의 기능과 진료방법에 관한 광고는 환자의 입장에서는 잠재적으로 기만적인 것이 되기 쉽다. 또한 의료인의 기능과 진료방법에 관한 광고가 무조건 허용될 경우 의료인들 간에 과당경쟁이 발생할 우려가 높아 의료제도의 안정성을 해치고, 국민들과 의료보험공단 등으로 하여금 불필요한 의료비를 지출하도록 하는 문제점도 발생할 수 있다. 다수의견은 객관적 사실에 근거한 것으로서 허위·과장 광고가 아닌 의료인의 기능·진료방법에 대한 광고는 허용되어야 한다는 것이나, 이를 구분하기는 곤란하고, 과당경쟁으로 인하여 의료인 간의 공정한 경쟁을 더 어렵게 만들 것이 분명하다. 또한 이 사건 조항이 아니더라도 현행법상 의료인의 면허의 종류와 전문과목, 진료과목, 응급의료시설에 관한 사항, 진료인력, 의료인의 경력에 관한 광고가 가능하며, 의료기관의 평가결과도 광고의 허용범위에 포함되므로, 이들을 통하여 의료소비자는 의료인과 시설에 관한 기본정보를 충분히 알 수 있다. 따라서 이 사건 조항은 피해의 최소성원칙이나 법익의 균형성원칙에 위반한 것으로 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 사후경과

입법자는 헌법재판소의 위 결정의 취지를 반영하고자 2007. 1. 3. 법률 제8203호로 의료법 제46조를 개정하여 의료광고를 금지하는 경우를 구체화하였는데, 의료법인·의료기관 또는 의료인은 제45조의3에 따라 평가되지 아니한 신의료기술에 관한 광고, 치료효과를 보장하거나 암시하여 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고, 다른 의료기관·의료인의 기능 또는 진료방법과 비교하는 내용의 광고, 다른 의료법인·의료기관 또는 의료인을 비방하는 내용의 광고, 수술장면 등 직접적인 시술 행위를 노출하는 내용의 광고 등을 하지 못하도록 규정하였다.