

법무법인(유) 지평 뉴스leter 수신을 원치 않으시면 [수신거부](#)를 클릭해주시기 바랍니다.

건강기능식품 광고 심의 조항 위헌

최근 헌법재판소는 2019년 5월 30일자 2019헌가4 결정에서 재판관 전원일치 의견으로 사전심의를 받지 않은 건강기능식품의 기능성 광고를 금지하고 이를 위반할 경우 형사처벌 받도록 한 구 건강기능식품에 관한 법률 조항이 위헌이라는 결정을 내렸습니다. 이러한 사전심의회가 헌법이 엄격하게 금지하고 있는 사전검열에 해당한다는 이유입니다.

문제가 된 조항은 (1) 건강기능식품의 기능성 등에 관하여 사전심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 표시·광고를 한 경우 이를 허위·과대·비방의 표시·광고로 보아 금지한 구 건강기능식품에 관한 법률(2012. 10. 22. 법률 제11508호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 제6호 중 “사전심의를 받지 아니한 광고”에 해당하는 부분과, (2) 이를 위반하여 사전심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 표시·광고를 함으로써 허위·과대·비방의 표시·광고를 한 자를 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 구 건강기능식품에 관한 법률(2014. 5. 21. 법률 제12669호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것) 제44조 제4호의 “사전심의를 받지 아니한 광고를 한 자”에 해당하는 부분입니다. 이처럼 건강기능식품의 기능성표시·광고심의를 받지 아니한 광고를 금지하고 이를 처벌하는 것은 사전검열금지원칙에 반한다는 것이 헌법재판소의 본 결정 이유입니다.

본 결정이 있기 전, 2018년 6월 28일에 이미 헌법재판소는 동일한 조항의 나머지 부분(즉, “심의 받은 내용과 다른 내용의 광고”를 금지하고 이러한 광고를 한 자를 처벌하도록 정한 부분)에 대해 사전검열금지원칙에 반한다는 같은 이유로 위헌 결정을 내린 바 있습니다(2016헌가8 결정 등). 본 결정은 당시 헌법재판소의 결정 이유를 그대로 인용하고 있으므로, 2016헌가8 결정문의 내용을 통해 헌법재판소의 결정 이유를 보다 상세하게 살펴볼 수 있습니다.

본 결정과 2016헌가8 등에서 문제가 된 쟁점은 크게 3가지로 (1) 건강기능식품광고가 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유 보호 범위에 포함되는지, (2) 표현의 자유 보호 범위에 포함된다면 동 조 제2항의 사전검열 금지원칙 적용대상에도 해당하는지, (3) 적용대상에 해당한다면 이러한 사전심의회제도가 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하는지 여부입니다.

헌법 제21조 제1항이 보호하는 표현의 자유에 있어 “표현”은 그 형태와 내용에 제한을 두지 않습니다(헌법재판소 1993. 5. 13. 자 91헌바17 결정). 이에 따라 상업적 광고 표현 또한 표현의 자유 보호 범위에 포함되며, 현행 헌법상 표현의 자유 보호 범위에 해당할 경우 이는 예외 없이 사전검열금지원칙의 적용대상이 된다는 것이 일관적인 헌법재판소의 입장입니다(헌법재판소 2000. 3. 30. 자 99헌마143 결정; 헌법재판소 2015. 12. 23. 자 2015헌바75 결정). 따라서 상업광고에 해당하는 건강기능식품광고 역시 헌법 제21조 제1항에 따라 그 표현의 자유가 보호될 수 있고, 나아가 동 조 제2항에 의해 건강기능식품광고에 대한 사전검열은 원칙적으로 금지됩니다.

이 때, 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하기 위해서는 크게 다음 4가지 요건을 충족하여야 합니다: (1) 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무가 존재할 것, (2) 행정권이 주체가 된 사전심사절차가 존재할 것, (3) 허가를 받지 아니한 의사표현이 금지될 것, (4) 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 존재할 것(헌법재판소 2015. 12. 23. 자 2015헌바75 결정 등). 문제가 된 구 건강기능식품에 관한 법률은 건강기능식품광고에 대해 사전심의 제도를 두고 있고, 이러한 사전심의를 거치지 아니한 광고를 금지하며 이를 위반할 경우 형사처벌 절차를 두고 있어 다른 요건의 충족 여부는 크게 문제가 되지 않았으나, 사전심의 주관기관이 식품의약품안전처장으로부터 동 업무를 위탁받은 “한국건강기능식품협회”였기 때문에 한국건강기능식품협회의 사전심의회가 과연 “행정권이 주체가 된 사전심사”에 해당할 수 있는지 논란이 있었습니다.

헌법재판소는 사전검열금지원칙에 있어 심사절차의 주체가 행정권인지 여부는 기관의 형식이 아닌 “실질”에 따라 판단되어야 함을 전제로, 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 등 행정권의 “개입가능성”이 존재한다면 그 존재 자체로 이는 행정권이 주체가 된 검열로 보아야 한다고 판시하였습니다. 본 사안의 경우에도 비록 실무적으로 건강기능식품광고에 대한 직접적 심의를 행하는 것은 한국건강기능식품협회이나, (1) 법문상 광고 심의 주체가 식품의약품안전처장인 점, (2) 식품의약품안전처장은 언제든지 한국건강기능식품협회에 대한 업무 위탁을 철회할 수 있는 점(즉, 업무 위탁이 의무 사항이 아닌 점), (3) 한국건강기능식품협회 내 광고심의위원회의 구성 역시 식품의약품안전처장의 승인을 받아야 한다는 점에서 식품의약품안전처장의 개입 가능성이 높은 점, (4) 심의기준을 식품의약품안전처장이 제정하며 분기별로 심의 결과를 식품의약품안전처장에게 보고해야 하는 등 한국건강기능식품협회의 심의업무의 독립성과 자율성이 존재한다고 보기 어려운 점 등을 고려하면 이는 결국 행정기관인 식품의약품안전처장이 주체가 되어 이루어지는 사전검열에 해당한다고 보아야 할 것입니다. 헌법재판소 역시 이러한 점을 근거로 구 건강기능식품에 관한 법률상의 건강기능식품광고 사전심의회가 행정권이 주체가 된 사전심사절차에 해당한다고 판단하였습니다.

따라서 구 건강기능식품에 관한 법률상 건강기능식품광고는 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하기 위한 요건을 모두 충족하여 이는 헌법에 위반된다는 것이 최종적인 헌법재판소의 결론입니다. 이에 대해 2016헌가8 결정에서는 건강기능식품의 광고와 같이 국민의 건강과 보건에 영향을 미칠 수 있는 광고의 경우에는 그 규제 필요성이 크고, 국가의 보호의무를 이행하기 위해 사전심의회절차를 법정하였다면 사전검열금지원칙이 적용될 수 없다는 취지의 반대의견이 있었으나, 헌법재판소는 그럼에도 불구하고 건강기능식품 광고를 표현의 자유 보호 대상으로 보아 사전검열금지원칙을 적용하였습니다. 이처럼 우리 헌법이 표현의 자유를 엄격하고 넓게 보호하고 있다는 점을 다시 한번 확인할 수 있고, 나아가 사전검열금지원칙에 해당하기 위한 요건의 판단 기준을 보다 자세히 살펴볼 수 있다는 점에서 본 결정과 2016헌가8 결정은 큰 의미를 가진다고 할 것입니다.

한편, 2018. 3. 13. 법률 제15480호(2019. 3. 14. 시행)로 건강기능식품에 관한 법률이 개정되는 과정에서 건강기능식품광고에 대한 사전심의 제도가 폐지되어 본 결정에서 문제가 된 조항들은 모두 삭제되었습니다. 건강기능식품을 포함한 식품 등의 표시·광고를 규제하는 별도의 법률인 「식품 등의 표시·광고에 관한 법률」이 2018. 3. 13. 법률 제15483호(2019. 3. 14. 시행)로 신규 제정되었기 때문입니다. 위 법률에서는 지난 2016헌가8 결정 등의 취지를 고려하여, 식품 등의 표시·광고에 대한 심의가 정부의 개입 없이 민간단체를 통해 이루어지도록 “자율심의제”를 채택하였습니다. 이에 따라 위 법률의 시행 시점부터 식품등의 표시·광고에 관한 심의는 소비자단체, 한국식품산업협회 등 동 법률이 정하는 요건을 갖추어 식품의약품안전처장에게 등록된 민간단체가 “자율심의기구”로서 행하게 되며(제10조 제1항 및 제2항), 자율심의기구 내 심의위원회의 설치·운영 역시 식품의약품안전처장의 개입 없이 자율심의기구가 자율적으로 구성할 수 있게 되는 등(제11조) 사전검열에 해당할 만한 위헌적 요소가 대부분 제거되었음을 참고하시기 바랍니다.

담당 변호사

법무법인(유) 지평 바이오·제약·헬스케어팀

최승수 변호사

T. 02-6200-1759
E. sschoi@jipyong.com

이태현 변호사

T. 02-6200-1788
E. thlee@jipyong.com

오유림 변호사

T. 02-6200-1899
E. yroh@jipyong.com