

건강기능식품의 사전광고 심의 조항 위헌 - 헌법재판소 2018. 6. 28.자 2016헌가8 결정



사전검열이라는 지적을 지속적으로 받아온 헬스케어 분야 광고의 사전심의제도에 대하여 헌법재판소가 지난 2015년 의료법 상 의료광고의 사전심의제도에 대한 위헌 결정을 한 후 지난 6. 28. 건강기능식품법 상 기능성 광고의 사전심의제도에 대하여도 위헌 결정을 하였습니다. 이번 결정은 비록 건강기능식품에 관한 것이기는 하나 그 결정의 파장이 사전 광고심의제도를 가지고 있는 약사법, 의료기기법에도 미칠 수 있는 것으로 새로운 입법이 이루어지기 전까지 헬스케어 마케팅 분야에 상당한 영향을 끼칠 것으로 보여집니다. 이번 포스팅에서는 이번 결정에 관하여 간략하게 소개하도록 하겠습니다.

- 사실관계(결정에 나타난)

■ 1번 사건: 사전 심의받은 내용과 다른 내용으로 건강기능식품 기능성 광고를 하였다는 공소사실로 기소

■ 2번 사건: 건강기능식품을 TV 홈쇼핑 채널에서 판매하면서 심의받은 내용과 다른 내용의 표시광고를 하였다는 이유로 영업정지 처분을 받음

- 심판대상

■ 구 건강기능식품에 관한 법률(2012. 10. 22. 법률 제11508호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것)

제18조(허위·과대·비방의 표시·광고 금지) ④ 누구든지 건강기능식품의 명칭, 원재료, 제조 방법, 영양소, 성분, 사용방법, 품질 및 건강기능식품이력추적관리 등에 관하여 다음 각 호에 해당하는 허위·과대·비방의 표시·광고를 하여서는 아니 된다.

6. 제16조 제1항에 따라 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 표시·광고

■ 구 건강기능식품에 관한 법률(2014. 5. 21. 법률 제12669호로 개정되고, 2016. 2. 3. 법률 제14018호로 개정되기 전의 것)

제32조(영업허가취소 등) ① 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업허가를 취소하거나, 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명하거나, 영업소의 폐쇄(제6조에 따라 신고한 영업만 해당한다. 이하

이 조에서 같다)를 명할 수 있다.

3. 제18조 제1항을 위반한 경우

■ 구 건강기능식품에 관한 법률(2012. 10. 22. 법률 제11508호로 개정되고, 2014. 5. 21. 법률 제12669호로 개정되기 전의 것)

제44조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 징역과 벌금을 병과할 수 있다.

4. 제18조 제1항의 규정에 위반하여 허위·과대·비방의 표시·광고를 한 자

■ (참고) 구 건강기능식품에 관한 법률(2014. 5. 21. 법률 제12669호로 개정되고, 2018. 3.

13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것)

제16조(기능성 표시·광고의 심의) ① 건강기능식품의 기능성에 대한 표시·광고를 하려는 자는 식품의약품안전처장이 정한 건강기능식품 표시·광고 심의의 기준, 방법 및 절차에 따라 심의를 받아야 한다.

- 결정이유

■ 현행 헌법상 사전검열은 표현의 자유 보호대상이면 예외 없이 금지된다. 건강기능식품의 기능성 광고는 인체의 구조 및 기능에 대하여 보건용도에 유용한 효과를 준다는 기

능성 등에 관한 정보를 널리 알려 해당 건강기능식품의 소비를 촉진시키기 위한 상업광고이지만, 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유의 보호 대상이 됨과 동시에 같은 조 제2항의 사전검열 금지 대상도 된다.

■ 광고의 심의기관이 행정기관인지 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단되어야 하며, 민간심의기구가 심의를 담당하는 경우에도 행정권이 개입하여 자율성이 보장되지 않거나, 행정기관의 자의로 개입할 가능성이 열려 있다면 개입 가능성의 존재 자체로 헌법이 금지하는 사전검열이라고 보아야 한다.

■ 건강기능식품법상 기능성 광고의 심의주체는 행정기관인 식약처장이며, 법상 언제든지 위탁을 철회하고 직접 심의업무를 담당할 수 있다. 심의기관의 장이 위원을 위촉하려면 식약처장의 승인을 받아야 하고, 식약처장이 일정한 경우 해당 위원을 해촉할 수도 있다. 그리고 위원의 수와 구성 비율, 위원의 자격과 임기, 위원장과 부위원장의 위촉 방식 등 심의위원회의 구성에 관하여 총리령으로 규율하는 등으로 법령을 통해 행정권이 표시·광고심의위원회의 구성에 개입하고 지속적으로 영향을 미칠 가능성이 존재하는 이상 그 구성에 자율성이 보장되어 있다고 볼 수 없다.

■ 건강기능식품 표시·광고 심의기준, 방법, 절차를 식약처장이 정하도록 하고 있으므로, 식약처장은 심의기준 등의 제정 및 개정을 통해 언제든지 심의기준 등을 정하거나 변경함으로써 심의기관인 한국건강기능식품협회의 심의 내용 및 절차에 영향을 줄 수 있다.

실제로 식약처장이 심의기준을 제정하면서 심의의 기준이 되는 사항들을 구체적으로 열거하고 있는 점, 심의 또는 재심의 결과를 통보받은 영업허가 또는 신고기관은 위 심의 기준에 맞지 않는다고 판단하는 경우 식약처장에게 보고하여야 하고 보고를 받은 식약처장은 심의기관에 재심의를 권고할 수 있으며 심의기관은 특별한 사유가 없으면 이를 따라야 하는 점, 심의기관의 장은 심의 및 재심의 결과를 분기별로 분기종료 15일 이내에 식약처장에게 보고하여야 하는 점 등에 비추어 볼 때 건강기능식품 광고 심의업무가 행정기관으로부터 독립적, 자율적으로 운영되고 있다고 보기 어렵다.

■ 따라서 이 사건 건강기능식품 기능성광고 사전심의는 그 검열이 행정권에 의하여 행하여진다 볼 수 있고, 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하므로 헌법에 위반된다.

- 결정주문

건강기능식품에 관한 법률(2012. 10. 22. 법률 제11508호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 제6호 중 '제16조 제1항에 따라 심의받은 내용과 다른 내용의 광고' 부분 및 구 건강기능식품에 관한 법률(2012. 10. 22. 법률 제11508호로 개정되고, 2014. 5. 21. 법률 제12669호로 개정되기 전의 것) 제44조 제4호 중 제18조 제1항 제6호 가운데 '제16조 제1항에 따라 심의받은 내용과 다른 내용의 광고를 한 자'에 관한 부분, 구 건강기능식품에 관한 법률(2014. 5. 21. 법률 제12669호로 개정되

고, 2016. 2. 3. 법률 제14018호로 개정되기 전의 것) 제32조 제1항 제3호 중 제18조 제1항 제6호 가운데 '제16조 제1항에 따라 심의받은 내용과 다른 내용의 광고를 한 자'에 관한 부분은 모두 헌법에 위반된다.

그런데 건강기능식품의 경우 건강기능식품에 관한 법률이 2018. 3. 13.자로 개정되면서 사전심의 관련 부분이 모두 삭제되고, 식품 등의 표시·광고에 관한 법률이 제정되어 새로운 민간자율심의제도가 도입되어 2019. 3. 14.부터 시행되게 되었습니다.

하지만 새롭게 시행되는 의료법 및 식품 등의 표시·광고에 관한 법률의 경우 그 위헌성이 모두 제거되었다고 할 수 있는지는 여전히 의문으로 남습니다. 비록 아직 하위법령이 정비되지는 않았으나 조문에서 자율심의기구가 구성되기 전까지는 여전히 행정부가 정하는 바에 따라 행정부의 심의를 받도록 하고 있고, 그 심의위원회의 요건 역시 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 심의결과에 이의가 있는 경우 이에 대한 이의를 행정부에 하도록 하고 있고, '공정한 심의'를 하지 아니하는 경우 행정부가 심의위원회 등록을 취소하도록 하고 있는 점 등은 새롭게 시행되는 제도가 헌법재판소가 이유로 든 심의업무의 행정기관으로부터의 독립적, 자율적 운영의 보장이 충족되었는지 여부의 판단을 명확하게 하기 어려운 요소로 보여집니다.

한편 새로운 법률의 시행일이 2019. 3. 14.라는 점에서 의료법 위헌 사건의 경우에서와 같이 그 시행 전까지 이번 결정으로 건강기능식품 기능성 광고의 사전심의 건수는 상당히 줄어들 것으로 보여집니다.

나아가 의료기기법의 경우 현재 사전심의제도 관련 부분이 위헌제청되어 있어 조만간 결론이 날 것으로 보여지나, 약사법의 경우 관련 부분에 대한 위헌제청 신청은 현재까지 없고 해당 부분의 법령 개정 또한 아직 국회에 입법안이 제출된 것은 없는 것으로 파악됩니다. 조문의 구조가 위헌으로 결정된 의료법 및 건강기능식품에 관한 법률과 크게 다르지 않다는 점에서 약사법 상 사전심의제도 역시 상당한 위헌성을 내포하고 있는 것으로 짐작됩니다. 제도의 변화를 주목해야 할 필요가 있을 것입니다. 결정문이 입수되는 대로 추가로 포스팅하여 드리겠습니다.

유제형 변호사

약사변호사, 약사법, 의료법 자문, 형사소송, 행정소송, 실무적 대응전략

T. 02-591-0657 E. yjh@kasanlaw.com H. www.kasanlaw.com