

구 건강기능식품에 관한 법률 제44조 제4호 위헌제청

[2019. 5. 30. 2019헌가4]

【판시사항】

사전심의를 받지 않은 건강기능식품의 기능성 광고를 금지하고 이를 어길 경우 형사처벌하도록 한 구 ‘건강기능식품에 관한 법률’(2012. 10. 22. 법률 제11508호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 제6호 중 ‘제16조 제1항에 따라 심의를 받지 아니한 광고’ 부분 및 구 ‘건강기능식품에 관한 법률’(2014. 5. 21. 법률 제12669호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것) 제44조 제4호 중 제18조 제1항 제6호 가운데 ‘제16조 제1항에 따라 심의를 받지 아니한 광고를 한 자’에 관한 부분이 사전검열금지원칙에 위배되는지 여부(적극)

【결정요지】

헌법상 사전검열은 표현의 자유 보호대상이면 예외 없이 금지된다. 건강기능식품의 기능성 광고는 인체의 구조 및 기능에 대하여 보건용도에 유용한 효과를 준다는 기능성 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 하고, 행정기관이 자의로 개입할 가능성이 열려 있다면 개입 가능성의 존재 자체로 헌법이 금지하는 사전검열이라고 보아야 한다. ‘건강기능식품에 관한 법률’에 따르면 기능성 광고의 심의는 식품의약품안전처장으로부터 위탁받은 한국건강기능식품협회에서 수행하고 있지만, 법상 심의주체는 행정기관인 식품의약품안전처장이며, 언제든지 그 위탁을 철회할 수 있고, 심의위원회의 구성에 관하여도 법령을 통해 행정권이 개입하고 지속적으로 영향을 미칠 가능성이 존재하는 이상 그 구성에 자율성이 보장되어 있다고 볼 수 없다. 식품의약품안전처장이 심의기준 등의 제정과 개정을 통해 심의 내용과 절차에 영향을 줄 수 있고, 식품의약품안전처장이 재심의를 권하면 심의기관이 이를 따라야 하며, 분기별로 식품의약품안전처장에게 보고가 이루어진다는 점에서도 그 심의업무

의 독립성과 자율성이 있다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 건강기능식품 기능성 광고 사전심의를 행정권이 주체가 된 사전심사로서, 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하므로 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

구 건강기능식품에 관한 법률(2012. 10. 22. 법률 제11508호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 제6호 중 ‘제16조 제1항에 따라 심의를 받지 아니한 광고’ 부분

구 건강기능식품에 관한 법률(2014. 5. 21. 법률 제12669호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것) 제44조 제4호 중 제18조 제1항 제6호 가운데 ‘제16조 제1항에 따라 심의를 받지 아니한 광고를 한 자’에 관한 부분

【참조조문】

헌법 제21조 제1항, 제2항

【참조판례】

헌재 2018. 6. 28. 2016헌가8등, 판례집 30-1하, 313, 327-330

【당 사 자】

제 청 법 원 서울동부지방법원

당 해 사 건 서울동부지방법원 2018노813 건강기능

식품에관한법률위반

【주 문】

구 건강기능식품에 관한 법률(2012. 10. 22. 법률 제 11508호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 제6호 중 ‘제16조 제1항에 따라 심의를 받지 아니한 광고’ 부분 및 구 건강기능식품에 관한 법률(2014. 5. 21. 법률 제12669호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것) 제44조 제4호 중 제18조 제1항 제6호 가운데 ‘제16조 제1항에 따라 심의를 받지 아니한 광고를 한 자’에 관한 부분은 모두 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 통신판매업을 하는 안○○은 “2017. 9. 10. 인터넷 사이트를 통하여 건강기능식품인 ‘○○’를 판매함에 있어 한국건강기능식품협회의 심의를 받지 않은 광고물을 게재하였다.”라는 공소사실로 약식기소되었다. 안○○은 정식재판청구를 하였으나 2018. 5. 15. 벌금 50만 원을 선고받았다(서울동부지방법원 2018고정7).

나. 안○○은 항소하였고(서울동부지방법원 2018노813), 당해 사건 법원(다음부터 ‘제청법원’이라 한다)은 2019. 1. 8. 직권으로 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 심판대상

가. 제청법원은 처벌조항인 구 ‘건강기능식품에 관한 법률’(다음부터 ‘건강기능식품법’이라 한다) 제44조 제4호 중 제18조 제1항 제6호 가운데 ‘제16조 제1항에 따라 심의를 받지 아니한 광고를 한 자’에 관한 부분에 대하여 위헌법률심판을 제청하였다. 그런데 제청법원은 결정 이유에서 위 처벌조항과 아울러 심의를 받지 아니한 광고의 표현을 금지하는 구 건강기능식품법 제18조 제1항 제6호 중 ‘제16조 제1항에 따라 심의를 받지 아니한 광고’ 부분의 위헌성도 함께 다루고 있다.

나. 그렇다면 이 사건 심판대상은 구 ‘건강기능식품에 관한 법률’(2012. 10. 22. 법률 제11508호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 제6호 중 ‘제16조 제1항에 따라 심의를 받지 아니한 광고’ 부분(다음부터 ‘이 사건 금지조항’이라 한다) 및 구 ‘건강기능식품에 관한 법률’(2014. 5. 21. 법률 제12669호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것) 제44조 제4호 중 제18조 제1항 제6호 가운데 ‘제16조 제1항에 따라 심의를 받지 아니한 광고를 한 자’에 관한 부분(다음부터 ‘이 사건 처벌조항’이라 하고, 위 두 조항을 합하여 ‘심판대상조

항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 건강기능식품에 관한 법률(2012. 10. 22. 법률 제 11508호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것)

제18조(허위·과대·비방의 표시·광고 금지) ① 누구든지 건강기능식품의 명칭, 원재료, 제조방법, 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 제 12669호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것)

제44조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 징역과 벌금을 병과할 수 있다.

4. 제18조 제1항 제2호부터 제6호까지를 위반하여 허위·과대·비방의 표시·광고를 한 자

3. 제청법원의 위헌제청이유

상업광고라도 표현의 자유의 보호대상이 되고, 상업광고에 대한 사전검열도 금지된다. 구 건강기능식품법 제16조 제1항은 건강기능식품의 기능성에 대해 광고를 하려는 자는 미리 심의를 받도록 하고 있다. 이 사건 금지조항은 심의받지 않은 의사표현을 금지하고 있고, 이 사건 처벌조항은 사전심의절차를 관철하기 위한 강제수단이다. 건강기능식품의 기능성 광고에 대한 심의업무의 주체, 해당 위원회의 구성, 심의기관의 보고 절차 및 보고 대상, 식품의약품안전처장의 재심의 권고와 심의기관의 재심의 의무, 이의신청 절차 등에 비추어 보면, 행정권이 주체가 된 사전심사절차가 존재한다. 따라서 심판대상조항은 헌법이 금지하고 있는 사전검열을 규정한 것으로서 헌법에 위반된다.

4. 판 단

가. 헌법재판소의 선행

헌법재판소는 사전심의를 받은 내용과 다른 내용의 건강기능식품 기능성 광고를 금지하고 이를 위반한 경우 처벌하는 구 건강기능식품법(2012. 10. 22. 법률 제 11508호로 개정되고, 2018. 3. 13. 법률 제15480호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 제6호 중 ‘제16조 제1항에 따라 심의받은 내용과 다른 내용의 광고’ 부분

및 구 건강기능식품법(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 등이 사전검열금지원칙에 반하여 위헌이라는 결정을 한 바 있다(헌재 2018. 6. 28. 2016헌가8등). 그 이유의 요지는 다음과 같다.

『헌법상 사전검열은 표현의 자유 보호대상이면 예외 없이 금지된다. 건강기능식품의 기능성 광고는 인체의 구조 및 기능에 대하여 보건용도에 유용한 효과를 준다는 기능성 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 하고, 행정기관이 자의로 개입할 가능성이 열려 있다면 개입가능성의 존재 자체로 헌법이 금지하는 사전검열이라고 보아야 한다. 건강기능식품법상 기능성 광고의 심의는 식품의약품안전처장으로부터 위탁받은 한국건강기능식품협회에서 수행하고 있지만, 법상 심의주체는 행정기관인 식품의약품안전처장이며, 언제든지 그 위탁을 철회할 수 있고, 심의위원회의 구성에 관하여도 법령을 통해 행정권이 개입하고 지속적으로 영향을 미칠 가능성이 존재하는 이상 그 구성에 자율성이 보장되어 있다고 볼 수 없다. 식품의약품안전처장이 심의기준 등의 제정과 개정을 통해 심의 내용과 절차에 영향을 줄 수 있고, 식품의약품안전처장이 재심의를 권하면 심의기관이 이를 따라야 하며, 분기별로 식품의약품안전처장에게 보고가 이루어진다는 점에서도 그 심의업무의 독립성과 자율성이 있다고 보기 어렵다.

이 사건 건강기능식품 기능성 광고 사전심의는 행정권이 주체가 된 사전심사로서 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하므로 헌법에 위반된다.』

나. 선례 변경의 필요성

심판대상조항은 위 선례의 심판대상과 실질적인 내용이 동일하고, 사전검열금지원칙 위반 여부와 관련하여 위 선례와 달리 판단해야 할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니한다.

5. 결 론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되므로, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 유남석 이선애 이석태 이은애 이영진 김기영
문형배 이미선