

# 건강기능식품의 표시·광고의 사전심의제와 관련한 문제점

Prior screening of the advertisement for health functional food

김중권<sup>1,\*</sup>  
Jung-Kwon Kim<sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup>중앙대학교 법학전문대학원  
<sup>1</sup>Law School, Chung-Ang University, Korea

## Abstract

If private discipline replace the strict administrative regulation, fundamental rights of protective essence can be relativized while it may be beneficial for the individual freedom. Assigning the state power to the private organization is equivalent to giving up the practice of individual liberty to the organized authority. It is important to make use of public law mechanism, particularly under the imperfect juristic system. Regarding the prohibition of prior censorship, it is necessary to consider whether it is desirable to prioritize the freedom of speech over the rest of the legal benefit. Apart from this necessity, new advertisement screening mechanism was irreversibly – and controversially – introduced for the health functional food since the unconstitutional verdict of the

prior screening of advertisements. With this, the state must secure the broad order through legal regulations and norms in order to freedom of speech and other legal benefit can be harmoniously and practically guaranteed.

Key words: advertisement, pre-review, functional food, regulation

## 1. 처음에-광고사전심의제의 근본적인 변화

현재 2015. 12. 23. 2015헌바75에 의하여 의료광고의 사전심의가 헌법이 금지하는 검열에 해당함을 근거로, 의료광고의 사전심의를 전제로 한 의료법의 규정 모두가(의료법(2009.1.30. 법률 제9386호로 개정된 것) 제 56조 제2항 제9호 중 ‘제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고’ 부분 및 의료법(2010. 7. 23. 법률 제10387호

Corresponding Author:

Jung-Kwon Kim

Law School, Chung-Ang University, 84 Heukseok-ro, Dongjak-gu, Seoul, 06974, Korea

Tel: +82-2-820-5422

Fax: +82-2-816-6760

Email: jungkwon@cau.ac.kr

Received September 14, 2018; revised December 11, 2018; accepted December 11, 2018



표 1. 종래의 법률상 광고사전심의제 전반

심의대상	근거법령	시행(수탁)기관
의료광고	의료법	대한의사협회 등
의료기기광고	의료기기법	한국의료기기산업회
의약품광고	약사법	한국제약협회
건강기능식품	건강기능식품에 관한 법률	한국건강기능식품협회
영화비디오물의 광고사전심	영화 및 비디오물의 진흥에관한 법률	영상물등급위원회
식품광고	식품위생법	한국식품산업협회

로 개정된 것) 제89조 가운데 제56조 제2항 제9호 중 ‘제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고’에 관한 부분) 헌법에 위반된다고 판시하였다(헌재 2015.12.23. 2015헌바75.). 사회적 영향이 큰 주요 사안에 대해서 식품법 등은 종래 광고사전심의제를 채용하였는데, 광고의 사전심의제 자체를 검열로 본 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75로 인해 기왕의 광고사전심의제 전반에 대한 대대적인 개편이 예상된다고 지적하였다(필자는 이미 2016.7.20.에 개최된 제5회 건강기능식품미래포럼에서 ‘건강기능식품 기능성 표시광고의 사전심의 자율화에 대한 발전방안’의 제목으로 발표하면서 이 점을 지적하였다).

예상대로 「식품 등의 표시·광고에 관한 법률」이 (이하 ‘식품등표시광고법’으로 칭함) 2018.3.13.에 제정되어[법률 제15483호]2019.3.14.부터 시행된다(동법의 문제점에 관해서는 후술함). 동법의 제정과 동시에 건강기능식품법의 기능성표시광고와 관련한 조항(제16조, 제16조의 2, 제17조)은 물론 식품법에서의 관련 조항이 폐지되었다. 그와 별개로 최근 헌재 2018. 6. 28. 2016헌가8, 2017헌바476에 의하여 건강기능식품에서의 사전광고심의가 위헌으로 판시되었다. 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75를 계기로 건강기능식품에서의 동일한 판단이 예상되었는데, 예상대로 현실화되었다.

그런데 건강기능식품의 경우 과거 헌재 2010.7.29. 2006헌바75를 통해 광고사전심의의 위헌성이 부인되었기에 다른 법제도에서의 광고사전심의제와는 다른

상황이다. 이하에서는 헌재 2015.12.23. 2015헌바75와 헌재 2010.7.29. 2006헌바75의 차이점을 확인하고, 그런 시각에서 헌재 2018. 6. 28. 2016헌가8, 2017헌바476의 문제점도 검토하고, 아울러 현행 광고사전심의와 관련해서 식품표시법이 지닌 문제점까지 살펴보고자 한다. 이 글은 건강기능식품미래포럼에서 발표하고(2016.7.20., 2016.10.18.), 토론한(2018.5.11.) 것을 바탕으로 건강기능식품에서의 표시·광고 사전심의제를 위헌으로 판시한 헌재 2018. 6. 28. 2016헌가8, 2017헌바476를 연계시켜 관련 문제점을 종합적으로 다시금 검토하고자 한다.

## II. 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75의 내용

여기서 쟁점은 의료광고 사전심의가 헌법 제21조 제2항이 금지하는 사전검열에 해당하는지 여부이다(권용진 등, 2011)

### I. 결정요지

헌법이 특정한 표현에 대해 예외적으로 검열을 허용하는 규정을 두지 않은 점, 이러한 상황에서 표현의 특성이나 규제의 필요성에 따라 언론·출판의 자유의 보호를 받는 표현 중에서 사전검열금지원칙의 적용이 배제되는 영역을 따로 설정할 경우 그 기준에 대한 객관성을 담보할 수 없다는 점 등을 고려하면, 헌법상 사전검열은 예외 없이 금지되는 것으로 보아야 하므로 의료

광고 역시 사전검열금지원칙의 적용대상이 된다.

의료광고의 사전심의는 보건복지부장관으로부터 위탁을 받은 각 의사협회가 행하고 있으나 사전심의의 주체인 보건복지부장관은 언제든지 위탁을 철회하고 직접 의료광고 심의업무를 담당할 수 있는 점, 의료법 시행령이 심의위원회의 구성에 관하여 직접 규율하고 있는 점, 심의기관의 장은 심의 및 재심의 결과를 보건복지부장관에게 보고하여야 하는 점, 보건복지부장관은 의료인 단체에 대해 재정지원을 할 수 있는 점, 심의기준·절차 등에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 각 의사협회는 행정권의 영향력에서 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심의업무를 수행하고 있다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률규정들은 사전검열금지원칙에 위배된다.

## 2. 반대의견

사전검열금지원칙은 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 목적에 맞게 한정하여 적용해야 한다. 의료는 국민 건강에 직결되므로 의료광고에 대해서는 합리적인 규제가 필요하고, 의료광고는 상업광고로서 정치적·시민적 표현행위 등과 관련이 적으므로, 의료광고에 대해서는 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다고 보아야 한다.

가사 의료광고에 대해 사전검열금지원칙이 적용된다고 할지라도, 의사·치과의사·한의사로 구성된 민간단체인 각 의사협회가 사전심의업무를 처리하고 있는 점, 심의위원회의 심의위원 위촉에 보건복지부장관의 관여가 배제되어 있는 점, 심의위원회는 자체적으로 운영규정 및 의료광고 심의기준을 제·개정해 왔다는 점, 심의위원회는 수수료를 재원으로 하여 독립적으로 운영된다는 점, 보건복지부장관은 심의내용에 관해 구체적인 업무지시를 하지 않고 있는 점 등을 고려하면, 각 의사협회는 행정권으로부터 독립된 민간 자율기구로서 행정주체성을 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건 법률규정들은 사전검열금지원칙에 위배되지 아니한다.

## III. 헌재 2015.12.23. 2015헌바75의 분석

일찍부터 헌법재판소는 광고는 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것으로서, 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상으로 본다(헌재 2014.9.25. 2013헌바28 등). 표현의 자유에 대한 가장 치명적인 제한인 사전검열은 절대적으로 금지되고(헌재 1996.10.31. 94헌가6; 2001.8.30. 2000헌가9; 2005.2.3. 2004헌가8; 2008.6. 26. 2005헌마506 등), 여기에서 절대적이라 함은 언론·출판의 자유의 보호를 받는 표현에 대해서는 사전검열금지원칙이 예외 없이 적용된다는 의미이다(헌재 2001.8.30. 2000헌가9 참조).

헌법재판소는 사전검열의 요건으로 첫째, 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무가 존재할 것, 둘째, 행정권이 주체가 된 사전심사절차가 존재할 것, 셋째, 허가를 받지 아니한 의사표현을 금지할 것, 넷째, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 존재할 것을 제시하고 있다(헌재 1996.10.31. 94헌가6; 2008.6.26. 2005헌마506 참조). 사안에서 쟁점은 의료법이 예정하고 있는 의료광고 사전심의가 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하는지 여부이다(박용상, 2010).

사전검열요건 가운데 특히 문제되는 것이 두 번째 요건이다. 여기서 헌법재판소는 의료광고의 심의기관이 행정기관인가 여부를 기관의 형식이 아닌 그 실질에 따라 판단하면서(헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75결정: 의료광고의 심의기관이 행정기관인가 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단되어야 한다. 따라서 검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도, 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 그 검열기관은 행정기관이라고 보아야 한다), 궁극적으로 행정권의 개입가능성 여부에 따른 사전심의에서의 자율성 보장 여부를 판단 척도로 삼았다(헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75결정: 민간심의기구가 심의를 담당하는 경우에도 행정권이 개입하여 그 사전심의에 자율성이 보장되지 않는다면 이 역시 행정기관의 사전검열에 해당하게 될 것이다(헌재

2008. 6. 26. 2005헌마506 참조). 또한 민간심의기구가 사전심의를 담당하고 있고, 현재에는 행정기관이 그 업무에 실질적인 개입을 하고 있지 않더라도 행정기관의 자의에 의해 언제든지 개입할 가능성이 열려 있다면 이 경우 역시 헌법이 금지하는 사전검열이라는 의심을 면하기 어려울 것이다. 개입가능성의 존재 자체로 민간심의기구는 심의 업무에 영향을 받을 수밖에 없을 것이기 때문이다). 심의기관인 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한 의사협회의 행정기관성을 다음의 구체적 논거에 의거하여 시인하였다: i) 의료법 제57조 제1항이 광고심의주체를 보건복지부장관으로 규정하고 있는 점, ii) 광고심의위원회 설치 및 구성의 근거규정이 의료법시행령(제28조)에 두고 있는 점, iii) 보건복지부장관이 지휘감독권을 가지며, 심의기관의 장의 심의결과 등을 보고할 의무가 있는 점, iv) 의료법상의 재정지원(제83조 제1항)을 통해 국가가 심의절차에 대해 영향을 미칠 가능성이 있는 점, v) 협회의 광고심의기준과 절차가 심의기준, 절차 등에 관한 법령규정을 그대로 전제하고 있는 점.

#### IV. 건강기능식품에서 광고사전심의를 위한 문제

헌법재판소는 건강기능식품에서 광고사전심의를 위한 현성을 다음과 같이 부인하였는데, 금번 결정에서 종래의 입장을 바꾸어 위헌성을 긍정하였다.

##### 1. 현재 2010.7.29. 2006헌바75의 요지

###### (1) 법정의견

건강기능식품의 허위·과장 광고를 사전에 예방하지 않을 경우 불특정 다수가 신체·건강상 피해를 보는 등 광범위한 해악이 초래될 수 있고, 허위·과장 광고 등에 대해 사후적인 제재를 하더라도 소비자들이 신체·건강상으로 이미 입은 피해는 피해 회복이 사실상 불가능할 수 있어서 실효성이 별로 없다는 문제가 있다. 반면에 건강기능식품 광고는 영리 목적의 순수한 상업광고로서 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위 등

과 별로 관련이 없고, 이러한 광고를 사전에 심사한다고 하여 예술활동의 독창성과 창의성 등이 침해되거나 표현의 자유 등이 크게 위축되어 집권자의 입맛에 맞는 표현만 허용되는 결과가 될 위험도 작다.

그러므로 이와 같이 건강기능식품의 기능성 표시·광고와 같이 규제의 필요성이 큰 경우에 언론·출판의 자유를 최대한도로 보장할 의무를 지는 외에 헌법 제36조 제3항에 따라 국민의 보건에 관한 보호의무도 지는 입법자가 국민의 표현의 자유와 보건·건강권 모두를 최대한 보장하고, 기본권들 간의 균형을 기하는 차원에서 건강기능식품의 표시·광고에 관한 사전심의절차를 법률로 규정하였다 하여 이를 우리 헌법이 절대적으로 금지하는 사전검열에 해당한다고 보기는 어렵다.

건강기능식품 표시·광고의 내용을 심사하여 건강기능식품에 관한 올바른 정보를 제공하고 허위·과장 광고를 방지하여 국민의 건강 증진에 이바지하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하고, 표시·광고문안을 사전에 심사하고 이의가 있을 경우 불복절차를 두는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라 할 것이다. 또한 건강기능식품의 허위·과장 광고로 인해 국민들이 입을 수 있는 신체·건강상의 피해가 크고 광범위한 반면에 사후 제재 등만으로는 실효성이 없는 점 등을 고려하면 건강기능식품의 표시·광고에 대하여 사전심의를 거치도록 하는 것은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위 내인 것으로 보이고, 추구하는 공익이 제한되는 사익에 비해 균형을 벗어난 것으로 볼 수 없다.

따라서 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자가 사전에 건강기능식품협회의 심의절차를 거치도록 하는 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 표현의 자유 등 기본권을 침해한다고 보기 어렵다.

###### (2) 반대의견(이공현, 김중태 재판관)

건강기능식품의 기능성 표시·광고에 관한 사전심의절차에 있어서, 식약청장이 정한 건강기능식품 표시·광고 심의기준, 방법 및 절차에 따라 심의를 받도록 하고 있는 점, 건강기능식품의 기능성 표시·광고에 관한

사전심의업무를 실제 수행하는 건강기능식품협회 산하 심의위원회의 심의위원 위촉에 있어서 식약청장의 승인을 받도록 하고 있는 점, 심의위원회가 행정기관으로부터 완전히 독립적·자율적으로 운영되고 있는지의 의문이 있고, 보건복지부장관 또는 식약청장은 예산의 범위 안에서 건강기능식품의 안전성 제고를 위한 민간 단체의 활동에 소요되는 경비 등의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다고 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 건강기능식품협회 산하 심의위원회가 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의업무를 수행함에 있어서 식약청 등 행정기관의 영향력에서 완전히 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심을 하고 있다고 보기 어렵고, 결국 심의기관인 건강기능식품협회의 행정기관성을 부인하기 어렵다. 그리고 건강기능식품법상으로 이러한 안전장치들이 구비되었음에도 불구하고 행정기관성을 가지는 건강기능식품협회가 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자들의 표시·광고의 문안까지 사전적으로 일일이 심사하는 것은 표시·광고자들의 표현의 자유를 지나치게 위축시키는 것이라 할 것이다. 따라서 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의를 건강기능식품협회가 담당하고 있지만 그 실질은 식약청장이 위탁이라는 방법으로 그 업무의 범위를 확장하고 있는 것에 지나지 않는다 할 것이고, 건강기능식품협회가 행하는 이 사건 건강기능식품 기능성 표시·광고 사전심의절차는 헌법이 금지하는 행정기관에 의한 사전검열로서 청구인의 표현의 자유를 침해한다고 할 것이다.

## 2. 현재 2018. 6. 28. 2016헌가8 등의 내용

### (1) 법정의견

현행 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 된과

동시에 같은 조 제2항의 사전검열 금지 대상도 된다. 광고의 심의기관이 행정기관인지 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단되어야 하고, 행정기관의 자의로 개입할 가능성이 열려 있다면 개입 가능성의 존재 자체로 헌법이 금지하는 사전검열이라고 보아야 한다. 건강기능식품법상 기능성 광고의 심의는 식약처장으로부터 위탁받은 한국건강기능식품협회에서 수행하고 있지만, 법상 심의주체는 행정기관인 식약처장이며, 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. 식약처장이 심의기준 등의 제정과 개정을 통해 심의 내용과 절차에 영향을 줄 수 있고, 식약처장이 재심을 권하면 심의기관이 이를 따라야 하며, 분기별로 식약처장에게 보고가 이루어진다는 점에서도 그 심의업무의 독립성과 자율성이 있다고 어렵다. 따라서 이 사건 건강기능식품 기능성광고 사전심의를 그 검열이 행정권에 의하여 행하여진다고 볼 수 있고, 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하므로 헌법에 위반된다.

### (2) 반대의견(조용호 재판관)

사전검열금지원칙은 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 목적에 맞게 한정하여 적용해야 한다. 건강기능식품의 기능성 광고와 같이 규제 필요성이 큰 표현에 대해 국민의 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 이행하기 위하여, 사전심의절차를 법률로 규정하였다면, 이에 대해서는 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다고 보아야 한다. 건강기능식품 기능성광고에 대해 사전검열금지원칙이 적용된다고 하더라도, 한국건강기능식품협회는 행정권으로부터 독립된 민간 자율기구로서 그 행정주체성을 인정하기 어려우므로 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다고 할 수 없다. 잘못된 건강기능식품 기능성 광고로 인해 국민들이 입을 수 있는 피해가 크므로, 미리 사전심을 거치도록 하는 것은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위 내라 할 것이어서, 과잉금지원

칙에 위배되지 아니한다.

## V. 현재 2018. 6. 28. 2016헌가8 등의 문제점

먼저 의료광고와 건강기능식품의 표시·광고는 광고 대상에서 차이가 있다. 의료법에서의 의료광고는 ‘의료에 관한 것’이 그 대상이지만, 건강기능식품의 경우 광고는 그것의 기능성에 대한 것이다. 즉, 건강기능식품 광고는 인체에 유용한 “기능성”을 가진 건강기능식품에 관한 광고로서 다른 제품 광고와는 다른 성격을 지닌다(현재 2010.7.29. 2006헌바75). 그리하여 건강기능식품법 제18조 제1항에서 “질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고”(제1호)와 “의약품의 용도로만 사용되는 명칭(한약의 처방명을 포함한다)의 표시·광고”(제4호)를 허위·과대의 표시·광고에 해당하는 것으로 명시하여 금지하고 있다.

의료광고와는 달리 건강기능식품의 경우 그 기능성의 표시 및 광고가 심의대상이고, 그 기능성의 표시는 국가가 승인한 기능성의 표시이다. 건강기능식품의 핵심징표인 기능성을 국가가 사전에 확인하고 승인한 것은 그것에 관한 사전적 통제의 메커니즘의 채택이다. 건강기능식품의 기능성에 관한 표시·광고는 일종의 사후적 통제의 기능을 한다. 국가의 사전적 통제가 법률에 의해 정립된 이상 그것에 관한 사후적 통제 역시 정당화될 수 있다. 따라서 의약품과의 혼동을 막기 위한 기능성의 표시는 오로지 상업적 광고로 접근할 수 없으며 당연히 사전심의의 의무가 요구되며, 또한 전적으로 표현의 자유 영역으로 접근하여서는 아니 된다.

일반적인 광고의 사전심의와 건강기능식품에서의 그것은 본질적으로 다름에도 불구하고, 사전심의의 메커니즘 자체에 초점을 맞춘 논의가 시종 행해졌다. 이 점은 과거 합헌론을 전개한 현재 2010.7.29. 2006헌바75 역시 지닌 치명적인 결함이다. 국가가 공인한 기능성을 중심으로 한 그것의 표시·광고는 사전에 국가의 개입이 전혀 없는 대상의 표시·광고와는 본질적으로 다르다. 국민의 건강에 치명적인 영향을 주는 의약품의

경우도 마찬가지로 국가의 사전적 통제에 연계하여 그것의 표시·광고에 관해 사전적 심의가 행해져야 한다. 일반 식품의 경우 처음부터 생산시설의 위생과 같은 요청과는 별도로 그 자체에 관한 국가의 사전통제가 존재하지 않았다. 따라서 일반 식품의 광고 사전심의를 소비자보호법의 차원의 문제이지 식품법의 문제가 아니다. 하지만 건강기능식품이나 의약품의 경우는 국가의 사전적 통제에 연계시켜 표시·광고의 사전심의를 접근해야 한다. 결론적으로 현재 2018. 6. 28. 2016헌가8 등은 의료광고와 건강기능식품의 표시·광고의 차이점을 전적으로 간과한 것이다.

## VI. 건강기능식품의 표시·광고의 사전심의제의 개편방안

### I. 착안점: 행정임무의 민간화 경향(탈규제, 규제완화)과 국가의 보장책임의 조화

오늘날 점차 국가가 자신의 적극적 형성기능에서 물러남으로써, 그의 본래의 역할에 변화가 왔다. 행정법에서 민간전문가를 활용하는 것이 증대되는 것은 세계적인 경향이다. 국가는 특히 민간의 힘을 활용함으로써 더 효과적으로 특히 더 비용을 절감하는 식으로 실현하고자 시도한다. 이제 행정결정에 전문가가 참여하는 것이 결코 새로운 현상은 아니다. 행정법집행의 최적화를 위해 민간전문가를 참여시킨다고 하여, 행정법의 기초가 급격하게 또한 완전히 새롭게 바뀌진 않는다. 이미 행정실무상론은 여러 가지로 다양한 변위로 민간의 노우하우(Know-how)를 이용하여 왔다. 국가의 의사결정과정 및 실현의 메커니즘에서 민간의 전문성과 역량을 법치국가원리의 기본틀을 견지하면서 협력의 차원에서 활용하는 것을 전향적으로 검토할 필요가 있다(이하의 내용은 2016.7.20.에 개최된 제5회 건강기능식품미래포럼에서 제시한 것인데, 그때 제시한 내용이 ‘식품등표시광고법’에 구현되었는지를 확인하기 위해 기왕의 논의를 다시금 전개한다).

## 2. 구체적 개편방안의 제시

사전검열금지원칙은 모든 형태의 사전적 규제를 금지하는 것은 아니고, 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지된다(헌재 2008.6.26. 2005헌마506; 2010.7.29. 2006헌바75). 결국 광고의 사전심의 메커니즘에서 민간의 자율성이 최대한으로 보장되게 하는 것이 관건이 된다.

먼저 건강기능식품의 기능성 표시는 국가의 개입영역의 문제로 보아 사전검열금지의 대상인 표현의 자유 영역에 속하지 않음을 명확히 하기 위해 기능성 표시의 심의와 기능성 광고의 심의를 분리시켜야 한다. 그리고 건강기능식품법상으로 민간단체의 심사근거 규정을 적극적으로 둘 필요가 있다. 즉, 현행 건강기능식품법 제16조 제1항과 같은 식품의약품안전처(장)가 주도하는 심의절차규정에 의거한 위탁사무 시스템이 아니라 법률에서 민간단체의 심사를 거친 다음 광고할 수 있게 하는 식으로 직접 민간단체에 맡기는 방식이다. 이처럼 민간단체에 국가권력을 조직화된 사회단체에 넘기는 것은, 다른 아닌 개인의 자유행사를 집단의 권력으로 넘기는 것을 의미하기도 한다. 일각에서 그것의 민주적 정당성을 제기할 법하나, 심의주체인 단체를 선택할 자유를 부여하면서 민주적 정당성을 담보할 수 있도록 그 심의주체의 구성 및 심의절차 등에 대한 법률적 장치를 마련하면 민주적 정당성의 의문을 불식시킬 수 있다. 즉, 기능성표시광고의 심의의 기준, 방법, 절차 및 심의위원의 자격 등과 같은 제도의 틀은 고도의 민주성과 전문성을 충족할 수 있는 수준에서 법령에서 정하되, 심의위원회의 구체적 구성 등과 같은 그 실행메커니즘은 심의주체가 전적으로 자율적으로 정할 수 있게 할 필요가 있다.

## Ⅶ. '식품등표시광고법'의 사전심의제의 의의와 문제점

### 1. 심의주체상의 변화 및 그 의의

'식품등표시광고법'은 심의주체상의 변화를 표방하였다. 즉, '식품등표시광고법'은 종래 건강기능식품법

등에서 식품의약품안전처장 등의 위탁에 의하여 심사하게 한 것(건강기능식품법 제16조 제2항, 제3항 등)을 바꿔 등록 민간단체가 바로 수행할 수 있도록 하였다(제10조 제1항). 사전심의의 기초는 유지하면서 법률차원에서 심의주체를 민간으로 바꾼 것이다.

심의주체상의 근본적 변화는 민간의 자율적 심의기구가 심의하도록 법률에 의해 자율성을 제고한 것인데, 이런 변화는 공법이론적으로도 중요하다. 종래의 심의구조는 식품의약품안전처장이 자신의 사전심의업무를 민간단체에 위탁하는 공무위탁의 메커니즘이다. 여기서 심의기구는 행정청의 기능을 하는 공무수탁사인에게 해당한다(공무수탁사인의 법적 성격을 두고서 행정주체설과 행정기관설이 다투어진다. 많은 행정법문헌에서는 공무수탁사인을 행정주체로 보며, 판례 역시 그러하다(대법원 2007다82950, 82967판결)). 그러나 작용법의 차원에서 공무수탁사인은 행정청이나 공무원마냥 나름의 직무담당자이다(김중권, 2016). 홍준형 교수 역시 행정주체설에 대해 강한 의문을 피력한다(홍준영, 2010)

-행정정보와는 달리- 공무위탁은 법률에 의하여 또는 법률에 의거하여 행해지므로, 제도적 법률유보의 차원에서 보면, 종래의 사전심의위탁제와 '식품등표시광고법'상의 사전심의위탁제가 다르지 않고, 심의기구가 여전히 공무수탁사인의 지위를 가지지만, '식품등표시광고법'에 의한 심의구조는 분명히 자율심의를 지향한다. 왜냐하면 공무수탁사인은 위임과 법령안에서 자율적으로 활동할 수 있기에, 소관 행정청의 직·간접적인 지도를 받지 않기 때문이다. 다만 국가의 본연의 임무를 최소한 수행하기 위해 국민의 안전을 보호한다는 차원에서 -심의기준과 구성 등과 관련해서- 심의구조에 관한 대강의 법질서를 마련한 것인 점에서 '식품등표시광고법'에 의한 심의구조는 '규제된 자율규제'에 해당한다.

### 2. 바뀐 사전심의구조가 사전검열인지 여부

'식품등표시광고법'이 사전심의구조를 그대로 유지

한 것에 대해서 여전히 문제될 수 있다. 사전검열 자체에 대해 엄격성을 견지하는 입장에서 보면, ‘식품등표시광고법’상의 사전심의구조 역시 사전검열이라고 주장할 법하다. 여기서 사전검열금지와 관련해서 오로지 표현의 자유의 측면만을 주안점으로 삼기보다는 다른 법익과 조화를 기할 수 있는 탄력적 인식이 요구된다. 이 점에서 건강기능식품의 기능성 표시광고의 사전심 의에 대해 합헌으로 판단한 헌재 2010.7.29. 2006헌바 75가 보여준 탄력적 인식이 사라지고 검열금지의 명제 만이 통용되는 상황은 매우 우려스럽다. 특히 의료광고와 건강기능식품의 기능성 표시광고는 전혀 동질적 이지 않다는 점에서 더욱 그러하다.

### 3. 민간화에 따른 국가의 보장책임

민간의 규율이 엄격한 행정적 통제를 대신하면, 개인의 자유영역을 위해 긍정적인 면도 있지만, 기본권적 보호본질의 상대화가 초래될 우려도 있다. 특히 국가권력을 조직화된 민간단체(협회)에 넘기는 것은, 다름 아닌 개인의 자유행사를 집단의 권력에 넘기는 것이다. 따라서 법치국가원리를 구체화하는 행정법의 임무는, 민간에 의한 자율적 법집행형식이 그 영역의 자유이념 및 국가이념의 궤도안에서 유지되게 하는 것이다(Di Fabio, 1997). 국가의 식품감시는 의약품감시와 더불어 危險防止라는 전통적인 국가임무로부터 발전되어온 행정유형인, “리스크행정(Risikoverwaltung)”을 대표한다(Di Fabio, 2003; 따라서 자율심의기구의 출범에도 불구하고 국민의 건강과 안전을 유지하고 건전한 시장질서를 보호하기 위해 국가는 나름의 자신의 임무를 다해야 한다. 즉, 여전히 광고의 사전심의 임무 자체가 완전히 민간화되지 않은 이상, 국가의 이행책임은 변함이 없지만, 여기서도 국가의 보장책임이 통용되어야 한다. ‘식품등표시광고법’ 제8조의 ‘부당한 표시 또는 광고행위의 금지’ 규정이 일종의 심의기준을 제시한다고 할 수 있다. 공무원탁의 특징적 징표는 권한위임이기에, 민간전문가활동의 민주적 정당성의 요청이 제기된다. 민간전문가는 위탁과 함께 자동적으로 민주

적 정당성을 확고히 하는 국가내부적인 조정의 지배를 받는다. 따라서 ‘식품등표시광고법’이 자율심의기구의 구성에 관해 일련의 기준을 설정한 것(법 제11조) 역시 당연하고, 바람직하다.

한편 법률상의 이런 규정이 자칫 민간의 자율적 심의메커니즘과 조화되지 않으며, 국가의 개입이 존재하여 사실상의 사전검열시스템이 온존한 것으로 비난이 가해질 수 있다. 이런 의문점을 불식시킬 수 있는 착안점이 보장국가에 더 잡은 국가의 보장책임론이다. 보장국가적 모델의 매력은 양립할 수 없는 대립된 가치, 즉 국가작용상의 합리성과 사회활동상의 합리성을 결합시켜 동시에 추구하는 것이다. 이런 혼합관계는 물론, 거버넌스체제를 법학적으로 어떻게 다룰 것인가가 행정법의 중요한 새로운 임무이다(보장국가에 관한 효시적 문헌으로 김남진, 학술원통신 제261호, 2015; 학술원통신 제221호, 2011).

### 4. 자율규제의 차원에서의 ‘식품등표시광고법’의 문제점

공무위탁은 사회의 행위자를 행정청적 기능차원으로 격상함으로써 거꾸로 민간부문이 “국가화”(verstaatlicht)된 셈이다. 그런데 여기서 국가로서 중요하게 여기는 것은, 국가적 임무를 私主體에게 맡김으로써 사회분야에서의 전문가적 노우하우를 나름의 목적을 위하여 효과적이게 만드는 것이다. ‘식품등표시광고법’상의 관련 규정이 ‘규제된 자율규제’의 차원에서 살펴보면, 몇몇 조항이 어울리지 않는다. 동법 제10조 제4항에 의하면, 심의 결과에 이의가 있는 자는 그 결과를 통지받은 날부터 30일 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 식품의약품안전처장에게 이의신청할 수 있다. 이는 현행 건강기능식품법 제16조의2를 그대로 옮긴 것인데, 문제는 현행 건강기능식품법 제16조의2 제2항(식품의약품안전처장은 제1항에 따른 이의신청을 받았을 때에는 제27조 제1항에 따른 건강기능식품 심의위원회에 자문하여 이를 심사하고 그 결과를 신청인에게 알려야 한다)에 해당하는 내용을 ‘식품등표시광고법’이 규정하고 있지 않아서 여기서의 이의신청에

따른 후속절차는 공백상태이다. 본래 이의신청은 처분청에 대해 일종의 재고의 요청인 점에서 자율규제로 바뀐 ‘식품등표시광고법’상의 심의메커니즘과는 어울리지 않는다. 제도의 취지를 살리자면 식품의약품안전처장으로 하여금 의견을 개진할 기회를 주되, 그 견해 표명에 대해 구속적 의미를 부여하기보다는 나름 존중될 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 그리고 ‘식품등표시광고법’ 제10조 제5항이 심의 수수료납부의무를 직접적으로 규정한 것 역시 시행령이나 시행규칙에서 그것을 구체화하는 것을 예정하고 있다는 점에서 제도본질의 변화와 어울리지 않는다(2018.5.11.의 건강기능식품미래포럼 세미나에서 이런 문제점을 제기하여 아직 시행되기 전이라도 개정을 촉구하였다).

#### Ⅷ. 맺으면서-새로운 광고심의 메커니즘의 도입에 따른 국가의 책무

민간의 규율이 엄격한 행정적 통제를 대신하면, 개인의 자유영역을 위해 긍정적인 면도 있지만, 기본권적 보호본질의 상대화가 초래될 우려도 있다. 국가권력을 조직화된 민간단체(협회)에 넘기는 것은, 다름 아닌 개인의 자유행사를 집단의 권력에 넘기는 것이다. 따라서 법치국가원리를 구체화하는 행정법의 임무는, 민간에 의한 자율적 법집행형식이 그 영역의 자유이념 및 국가이념의 궤도안에서 유지되게 하는 것이다(Di Fabio, 1997). 특히 사법적 구조가 현실적으로 한계를 지닌 상황에서 오로지 사법적 구조에 맡기는 것은 바람직하지

않고, 공법적 메커니즘을 적극 활용할 필요가 있다. 사전검열금지를 대함에 있어, -다수의 문헌이 제시하듯이- 표현의 자유를 다른 법익보다 절대적 우위에 두는 것이 과연 바람직한지 고민이 필요하다. 이런 고민의 필요성과는 별개로 -바람직한지 논란이 되지만- 광고의 사전심의제의 위헌을 계기로 건강기능식품 등에서 새로운 광고심의 메커니즘이 되돌릴 수 없게 도입되었다. 이를 기화로 국가는 표현의 자유와 다른 법익이 조화롭게 실제적으로 보장되도록 법률적 규율과 규준을 통해 그 대강적 질서를 확고히 해야 한다.

#### 참고문헌

- Udo Di Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat -Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung*, (1994)
- Udo Di Fabio, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, VVDStRL 56, (1997)
- Udo Di Fabio, *Risikovorsorge-uferlos?*, ZLR (2003)
- 권용진/임영덕, *의료광고 사전심의제도에 관한 법적 고찰*, 유럽헌법연구 제10호, 411면 이하. (2011)
- 김남진, *자본주의 4.0과 보장국가·보장행정론*, 학술원통신 제221호, (2011)
- 김남진, *한국에서의 보장국가론과 규제개혁*, 학술원통신 제261호, (2015)
- 김중권, *행정법*, (2016)
- 박용상, *헌법상 사전검열금지의 원칙*, 헌법논총 제21집, 75면 이하 (2010)
- 이종훈, *상업광고에 대한 사전검열의 헌법적 문제 : 헌법재판소 판례이론을 중심으로*, 헌법실무연구 제17권, 1면 이하 (2017)
- 홍준형, *(사인에 의 임무의 수행 : 공무수탁사인을 둘러싼 법적 쟁점을 중심으로*, 공법연구 제39집 제2호 639면 이하 (2010)