

식품위생법에서의 허위표시 · 과장광고*

유 동 호**

< 목 차 >

- I. 서설
- II. 허위표시 · 과장광고 규정 및 의미
- III. 대표적인 판례 분석
- IV. 처벌 등 강화
- V. 결어

I. 서설

최근 메르스 사태를 통해서도 확인한 바와 같이 일부 식품제조, 판매업체에서 메르스가 확산되면서 조성된 불안감을 악용하여 의학적 효능이 검증되지 않은 식품 등을 메르스 특효약이라고 홍보하는 이른바 ‘공포 마케팅’을 이용하는 사례가 발생하는가 하면, 일부 대형 식품제조업체에서 프렌치카페 커피믹스 광고에 화학적 합성품인 카제인나트륨을 뺐다고 했다가 과장 · 비방광고로 식약처로부터 시정명령을 받기도 하였다.

또한 노인 및 40대 이상의 주부들을 상대로 무료공연, 경품 등을 미끼로 홍보관으로 유인하여 허위 · 과장 광고를 통해 식품 등을 원가보다 5~10배 이상으로 판매하여 폭리를 취하는 속칭 ‘뺏다방’업체들로 인한 피해사례가 급증하여

* 식품위생법 제13조(허위표시 등의 금지)에 따르면, “...허위 · 과대 · 비방의 표시 · 광고를 하여서는 아니되고, 포장에 있어서는 과대포장을 하지 못한다”고 규정하여 허위의 경우에도 표시 외에 광고도 규제하고 있고, ‘과장’이라고 규정하지 않고 ‘과대’라고 규정하고 있으나 1973년 식품위생법 개정 때부터 흔히 사용하던 통칭으로 위 글에서도 ‘허위표시 · 과장광고’라고 표시하기로 한다.

** 대구지방검찰청 검사.

사회적 문제로 대두되기도 하였고¹⁾, 2015. 10. 하순경 공표한 대법원 판결에 따르면, 산수유제품에 산수유 대신 ‘니코틴산’을 과다하게 넣은 저질 산수유제품을 마치 건강에 효능이 좋은 식품인 것처럼 홍보하여 130명의 환자를 유발하게 한 사건도 있었다.

이처럼 개인적인 이익을 위하여 국민들의 불안감이나 사행심 등 심리를 악용하고, 또한 확인되지 않은 저질 첨가물 등으로 식품을 만들고도 마치 의약품의 효능이 있거나 소비자를 기만하고 오인·혼동하게 하는 사례가 속출하고 있다.

식품관련 법제에서 논의되는 허위표시·과장광고는 식품위생법, 건강기능식품에관한법률, 축산물위생관리법 등에 그 규정을 두고 있지만, 본 발표문에서는 식품위생법, 그 중에서도 가장 많이 발생하는 허위표시·과장광고의 유형인 ‘의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려 있는 표시·광고’를 중심으로 살펴보고자 한다.

그러기 위하여 먼저 식품위생법상 허위표시·과장광고의 규정 및 그 의미에 대하여 살펴보고, 허위표시·과장광고에 대한 대표적인 판례를 통해 어떤 경우에 허위표시·과장광고에 해당하는지를 분석한 다음, 향후 식품안전에 대한 법 집행과 관련한 방향을 고찰하고자 한다.

II. 허위표시·과장광고 규정 및 의미

1. 식품위생법상 허위표시·과장광고 규정의 변천

우리나라 식품위생법은 1962년 제정시부터 식품, 첨가물 등에 관하여 허위표시만을 금지하였다가 1973년 식품위생법 개정으로 허위표시 외에 과대광고하는 행위도 금지하였다. 그 후 2011년 식품위생법 개정으로 지금과 같이 허위·과대의 경우에 표시와 광고를 모두 금지하는 것으로 개정이 되었고, 2013년 식품위생법 개정으로 허위·과대 외에 비방까지도 표시와 광고를 모두 금지하는 것으로 개정되어 오늘에 이르고 있다.

1) 식품의약품안전처 불량식품근절추진단, 「허위·과대광고 판별메뉴얼」, 식품의약품안전처, 2014, 112면.

2. 허위표시·과장광고의 규정 형태

우리나라 식품위생법은 허위표시·과장광고를 규정하면서 식품위생법에 일반적인 행위유형을 열거하고 있고, 그 범위 등 필요한 사항을 보건복지부령인 시행규칙에 위임하는 형태를 취하고 있다. 즉, 식품위생법 제13조를 보면, 제1항에서 허위표시·과장광고를 금지하는 일반 규정을 두고, 제2항에서 허위표시·과장광고의 범위와 그 밖에 필요한 사항을 식품위생법 시행규칙에 위임하고 있으며, 같은 법 시행규칙 제8조에는 허위표시·과장광고의 범위를 용기·포장 및 라디오·텔레비전·신문·잡지·음악·영상·인쇄물·간판·인터넷, 그 밖의 방법으로 식품등의 명칭·제조방법·품질·영양가·원재료·성분 또는 사용에 대한 정보를 나타내거나 알리는 행위로 제한하고 있다.

이에 대하여 위와 같은 규정이 위임입법의 한계와 죄형법정주의에 위반되는 것이 아니냐는 논의에 대하여 대법원에서는 이는 사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 과대광고 등으로 인한 형사처벌에 관련된 법규의 내용을 빠짐없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능하다는 고려에서 비롯된 것이고, 식품위생법 시행규칙 제8조 제1항에서 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 예측할 수 있도록 구체적으로 규정되어 있다고 할 것이므로 식품위생법 제13조 및 같은 법 시행규칙 제8조 제1항의 규정이 위임입법의 한계나 죄형법정주의에 위반된 것이라 할 수 없다고 판시하였다²⁾.

3. 입법취지

식품은 영양섭취를 주된 목적으로 하는 음식물임에 비하여, 의약품은 질병을 치료·예방하거나 사람의 구조 기능에 약리학적 영향을 주기 위한 목적으로 사용되는 것이므로(약사법 제2조 제4항), 질병의 치료에 효능이 있다는 내용 또는 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시·광고를 금지하고, 사실과 다르거나 소비자를 기만하는 광고, 다른 업체를 비방하는 광고 등을 금지함으로써 식품으로 인하여 생기는 위해를 방지하고 식품에 관한 올바른 정보를 제공하여 국민보건의

2) 대법원 2002.11.26. 선고 2002도2998 판결.

증진에 이바지함을 그 목적으로 하고 있다(식품위생법 제1조).³⁾

4. 질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고

식품위생법 제13조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 ‘질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고’는 법문상 그 의미 내지 적용범위가 반드시 명확하다고는 할 수 없다. 그리하여 위 내용이 약사법 제2조와의 관계에 비추어 질병의 치료·처치·예방에 관한 표시·광고 또는 사람의 구조기능에 약리학적 영향을 준다는 표시·광고를 뜻하는 것으로 보게 되면, 식품의 약리적 효능에 관한 표시·광고는 모두 ‘질병의 치료에 효능이 있다는 내용 또는 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시·광고’에 해당하는 것으로 볼 여지가 있다.

그러나 식품이나 식품에 함유된 영양소도 경우에 따라 일정한 약리적 작용을 할 수 있고, 사람의 건강증진과 질병의 치료 및 예방에 일정한 역할을 할 수 있다는 사실이 점차 받아들여지고 있으며, 이에 관한 과학적 연구성과도 축적되어 가고 있다. 칼슘, 마그네슘과 같은 미네랄, 그리고 비타민은 주로 식품을 통하여 섭취되거나 그것에서 추출한 특정 영양소를 정제하여 섭취되는데, 이들은 생명현상에 필수적인 유기물로서 그 섭취가 부족하거나 균형이 깨어지면 질병을 유발하거나 악화시키는 것으로 알려져 있다. 이와 같이 어떤 식품에 일정한 약리적 효능이 있다면 그에 관한 정확한 정보를 제공하는 것은 국민의 건강수준 향상을 위해 필요하다.

따라서 그와 같이 식품의 약리적 효능에 관한 표시·광고 전부를 무조건 금지하는 것으로 풀이하는 것은 불필요하고 지나치게 포괄적인 규제를 허용하는 셈이 되어 국민건강에 관한 유용한 정보를 사장시키고, 식품의 약리적 효능에 관한 연구·개발, 건강보조식품 또는 식이식품의 개발·개선 및 보급도 위축시킴으로써 오히려 국민의 건강수준과 국가전체의 보건수준 향상에 걸림돌이 될 수 있다. 이러한 결과는 국민보건의 증진에 이바지함을 목적으로 하는 식품위생법의 입법취지에도 어긋날 뿐만 아니라, 식품제조업자 등의 영업의 자유, 광

3) 현재 2000.3.30. 선고 97헌마108 결정; 이종영, 「식품위생법의 개선방안」, 한국법제연구원, 1996, 19면.

고표현의 자유, 나아가 소비자의 행복추구권을 지나치게 제약하는 것으로 헌법적으로도 용인되지 아니한다.

그러므로 식품의 약리적 효능에 관한 표시·광고를 전부 금지하고 있는 것으로 볼 것이 아니라, 그러한 내용의 표시·광고라 하더라도 그것이 식품으로서 갖는 효능이라는 본질적 한계 내에서 식품에 부수되거나 영양섭취의 결과 나타나는 효과임을 표시·광고하는 것까지 금지하는 것은 아니다. 시행규칙 제8조 제2항 제4호 관련에서도 “신체조직과 기능의 일반적인 증진을 주목적으로 하는 표현, 식품영양학적으로 공인된 사실 또는 제품에 함유된 영양성분(비타민, 칼슘, 철, 아미노산 등)의 기능 및 작용에 관한 표현”을 허용하고 있다.

결국 ‘질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고’는 식품 등에 대하여 마치 특정 질병의 치료·예방 등을 직접적이고 주된 목적으로 하는 것인 양 표시·광고하여 소비자로 하여금 의약품으로 혼동·오인하게 하는 표시·광고만을 규제하고 있는 것으로 한정적으로 풀이하여야 할 것이다. 어떠한 표시·광고가 식품광고로서의 한계를 벗어나 의약품으로 혼동·오인하게 하는 것인지는 사회일반인의 평균적 인식을 기준으로 법적용기관이 구체적으로 판단할 수밖에 없다.⁴⁾

Ⅲ. 대표적인 판례 분석

앞에서 살펴보았듯이, 결국 식품위생법 제13조 제1항에서 금지하는 ‘식품에 관하여 의약품과 혼동할 우려가 있는 광고’라 함은 라디오·텔레비전·신문·잡지·음악·영상·인쇄물·간판·인터넷, 그 밖의 방법으로 식품 등의 품질·영양가·원재료·성분 등에 대하여 특정 질병의 치료·예방 등을 직접적이고 주된 목적으로 하는 것인 양 표시·광고하여 소비자로 하여금 의약품으로 혼동·오인하게 하는 표시·광고라 할 것이다. 문제는 어떤 표시·광고가 사회일반인의 평균적 인식을 기준으로 식품광고로서의 한계를 벗어난 것인지를 확인하는 것이 중요하다. 이를 명확히 하기 위해서는 구체적인 판례분석을 하여야

4) 현재 2000.3.30. 선고 97헌마108 결정; 김명철, 「식품법」, 교문사, 2007, 43면.

할 필요가 있으므로 아래에서 살펴보도록 하겠다.

1. 질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고 해당여부

식품위생법 제13조 및 시행규칙 제8조 제2항 제4호와 관련하여 신체조직과 기능의 일반적인 증진을 주목적으로 하는 ①인체의 건전한 성장 및 발달과 건강한 활동을 유지하는데 도움을 준다는 표현, ②건강유지·건강증진·체력유지·체질개선·식이요법·영양보급 등에 도움을 준다는 표현, ③특정질병을 지칭하지 아니하는 단순한 권장 내용의 표현 및 식품영양학적으로 공인된 사실 또는 제품에 함유된 영양성분(비타민, 칼슘, 철, 아미노산 등)의 기능 및 작용에 관한 표현 등에 대하여는 허위표시·과대광고로 보지 아니한다고 규정하고 있다.

따라서 어떤 표현이 질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고에 해당하는지에 대하여 그 기준을 명확히 하기 위하여는 판례에 대한 분석이 필요할 것이다.

1) 유죄 사례

(1) 참옷진액, 폴시노⁵⁾

대법원은 인터넷 웹사이트를 통해 참옷진액을 설명하면서 “옷의 살균효과는 위장병의 주요원인인 헬리코박터 파이로리 균을 살균하고, 위무력증 또는 위하수 증세도 빠르게 치유하며, 신장을 젊게 하여 정상기능을 하게 한다”고 게시하였고, 폴시노를 설명하면서 “본 치료요법을 사용하신 분은 한 사람도 뇌졸중으로 쓰러진 사람이 없다”고 게시하였는바, 식품의 표시나 식품에 대한 광고의 내용에 특정 질병의 치료나 예방에 효능·효과가 있다는 표현이 포함되어 있는 경우에는 그 표시나 광고는 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시나 광고에 해당한다고 판시하였다.

즉, 식품위생법의 규제대상인 식품에는 동법 제2조 제1호에 의하여 처음부터

5) 대법원 2006.6.2. 선고 2006도2034 판결.

의약품은 제외되어 있으므로, 일반식품이 질병의 치료에 효능이 있는 것이 사실이라 할지라도 그 제품을 식품위생법에 의하여 식품으로 공인받았을 뿐 의약품으로 공인받지 아니한 이상, 그 식품을 표시하거나 광고함에 있어 의약품과 혼동할 우려가 있는 표현을 사용한다면 그것은 식품에 관한 표시나 광고로서의 범위를 벗어나 그 자체로 식품의 품질에 관한 허위표시나 과대광고로서 소비자의 위생에 위해를 가할 우려가 있다고 할 것이어서, 식품으로 인한 위생상의 위해를 방지한다는 관점에서 식품에 관한 표시와 광고를 규제하는 식품위생법 제13조, 같은 법 시행규칙 제8조 제1항 제2호를 위반하게 된다는 것이다.

(2) 바란스 등 건강보조식품⁶⁾

대법원은 피고인들이 일간지 등에 게재한 이 사건 광고(단 한번에 잘~빠졌다. 마술부린 듯 빠지는 살이 신기해요. 원샷 시스템다이어트프로그램의 제품 중 바란스는 아주대 대학병원 임상실험을 거친 특수영양식)는 이를 보는 사람들로 하여금 바란스 등의 건강보조식품이 마치 비만을 치유하는데 특별한 효능이 있는 것으로 인식케 할 가능성이 크다고 할 것이어서 과대광고에 해당한다고 판시하였다.

즉, 원심은 위와 같은 광고내용과 20kg에서부터 25kg까지 감량에 성공하였다는 체험기를 신문에 게재한 사실, 피고인들은 바란스, 화인큐 등 10여 종의 건강보조식품을 판매해 온 사실, 한편 피고인들이 광고한 다이어트 프로그램은 피고인들이 취급하는 건강보조식품을 취식하는 것 외에는 특별한 내용이 없는 사실이 인정되므로, 이 사건 광고는 이를 보는 사람들로 하여금 바란스 등의 건강보조식품이 마치 비만을 치유하는데 특별한 효능이 있는 것으로 인식하도록 할 가능성이 크다고 할 것이라고 하면서 질병의 치료에 효능이 있다는 내용 또는 의약품으로 혼동할 우려가 있는 내용의 과대광고에 해당한다는 것이다.

(3) 은행나무잎⁷⁾

대법원은 피고인들이 신문에 이 사건 제품에 대한 광고를 게재하면서 “사람이 섭취했을 때 인체의 콜레스테롤을 분해, 혈액을 정화시키는 작용을 합니다.”라는 내용의 문구를 게재한 사실을 인정한 다음, 이 사건 제품과 같은 다류제

6) 대법원 2002.11.26. 선고 2002도2998 판결.

7) 대법원 2002.6.14. 선고 2001도4633 판결.

품은 식품위생법 시행규칙 제8조 제2항 관련하여 소정의 건강보조식품 등에 해당하지 않으므로 그 식품의 유용성에 관한 표시가 허용되지 않는다 할 것이고, 또한 비록 위와 같은 광고문구가 이 사건 제품의 원료인 은행나무잎의 유용성을 표현한 것이라고 하더라도 소비자는 이를 원료로 한 완제품에도 그와 같은 유용성이 있는 것으로 오인한 나머지 이를 질병의 치료에 효능이 있는 것으로 또는 의약품으로 혼동할 우려가 있으며, 위 광고의 우측 하단에 “깡코톤은 약이 아닙니다. 식품입니다.”라는 문구가 게재되어 있다는 사정만으로는 위와 같은 우려를 소멸시키기에 부족하므로 이는 결국 같은 법 제13조 제1항 소정의 식품이 품질에 관한 과대광고에 해당한다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

즉, 식품위생법 제13조 및 같은 법 시행규칙 제8조 제1항에서 그 제품의 성분 및 원재료에 대하여 질병의 치료에 효능이 있는 것처럼 광고하는 행위도 과대광고로 규제하고 있는 점에 비추어 볼 때, 그 식품자체에 관하여 그러한 효능이 있는 것으로 광고하지 아니하였다 할지라도 그 원재료가 그러한 효능이 있는 것으로 광고한 경우에는 그 식품에 관하여 과대광고를 한 것이 된다 할 것이며, 또한 그 광고에서 그 제품을 의약품이 아니라 식품이라고 명시하고 있다 할지라도 그 표시나 광고의 내용에 의학적 효능·효과가 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표현이 포함되어 있는 경우에는 그 제품이 질병의 치료에 효능이 있는 것처럼 광고한 것이라고 보지 아니할 수 없어 역시 과대광고에 해당한다고 할 것이고, 결국 어느 광고에서 식품에 관하여 질병의 치료에 효능이 있는 것처럼 광고한 것으로 볼 것인지 여부는 사회일반인의 시각에서 판단되어야 할 것이라고 판시하였다.

(4) 식초⁸⁾

대법원은 피고인이 양조식초 및 현미식초를 판매하면서 이 식초를 마시면 고혈압, 당뇨병, 동맥경화증, 신경통, 저혈압, 간장병, 암 등 성인병의 예방치료에 특효가 있다는 벽보를 포장 속에 동봉하여 판매한 행위는 식품위생법 제13조, 동법 시행규칙 제8조 제1항 제2호 소정의 과대광고에 해당한다고 판시하였다.

즉, 위와 같이 양조식초 및 현미식초를 마시면 고혈압, 당뇨병, 동맥경화증, 신경통, 저혈압, 간장병, 암 등 성인병의 예방치료에 특효가 있다는 벽보를 포

8) 대법원 1983.2.22. 선고 82도3054 판결; 최성락, 「식품위생법의 이해」, 도서출판 일영, 2004, 197면.

장 속에 동봉하여 판매한 행위는 질병의 치료에 효능이 있다는 내용이나 의약품으로 오인할 우려가 있는 내용의 광고라 할 수 있고, 달리 식품학, 영양학 등에 의한 문헌을 이용하여 그 문헌의 내용을 정확히 표시하고 연구자의 성명, 문헌명, 발표년월일을 명시하는 광고라고 할 수 없다고 판시하였다.

(5) 클로렐라⁹⁾

항소심에서는 피고인이 건강식품 제조 및 판매업을 영위하면서 건강보조식품인 ‘클로렐라’를 자사 홈페이지에 광고함에 있어 “본사 클로렐라, 2002. 9. 12. 간기능장해개선제 및 혈중지질개선제 특허등록, 특히 혈중지질개선제란 인간 등 고등척추동물의 체내에 들어 이는 콜레스테롤의 수치를 낮추어 뇌졸중이나 심장병 등 순환기 질환을 예방하여 동맥경화증이나 고지혈증을 개선한다는 것으로, 이는 대한민국 특허를 받은 것입니다”라는 광고를 게재한 사실을 인정할 수 있는 바, 이는 ‘특정질병’을 지칭하면서 그 질병의 예방과 치료 등 의학적 효능·효과가 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표현을 사용한 것으로 보여 식품위생법 제13조, 동법 시행규칙 제8조 제1항 제2호 소정의 과대광고에 해당한다고 판시하였다.

즉, 비록 건강보조식품에 대하여 간기능 장해 개선제와 혈중 지질 개선제로 특허를 받았다고 하더라도 의약품으로 공인받지 아니한 이상 그 표시나 광고의 내용에 의학적 효능·효과가 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표현이 허용되는 것은 아니라고 할 것이라고 판시하였다.

2) 무죄 사례

(1) 홍삼¹⁰⁾

대법원은 피고인이 인터넷 홈페이지를 통해 홍삼제품을 판매하는 사람이 그 홈페이지에서 판매용 홍삼제품을 설명하는 웹페이지와 구분된 별도의 웹페이지인 건강정보란에 다른 건강 관련 정보와 함께 일반적으로 널리 알려진 홍삼의 약리적 효능 및 효과에 관한 글을 게시한 사안에서, 이는 식품위생법 제13조

9) 부산지법 2005.9.7. 선고 2005노2117 판결; 김태민, 「영양가있는 변호사의 식품과 법률」, 좋은땅, 2015, 71면.

10) 대법원 2008.8.11. 선고 2007도7415 판결.

제1항에서 금지하는 ‘의약품과 혼동·오인하게 할 우려가 있는 표시·광고’에 해당하지 않는다고 판시하였다.

즉, 이 사건에서는 피고인이 인터넷 홈페이지에서 자신이 판매하는 제품과 이에 대한 설명이 들어 있는 웹페이지와는 시간적·공간적으로 구분되어 있는 별도의 ‘건강정보’라는 웹페이지에서 일반적으로 널리 알려진 홍삼의 약리적 효능 및 효과를 기재한 글을 게시한 행위는 피고인이 판매하는 ‘천생홍삼’ 또는 그와 같은 홍삼제품의 원재료 중의 하나인 홍삼에 대하여 소비자로서 하여금 의약품과 혼동·오인하게 할 우려가 있는 표시 또는 광고를 하였다기보다는 피고인이 판매하는 홍삼제품의 판매를 촉진하고자 하는 의도에서 이 사건 인터넷 홈페이지를 이용하는 소비자들에게 홍삼에 대한 정보를 제공하는 정도에 그쳤다고 봄이 상당하다고 하여 과대광고가 아니라고 판시하였다.

(2) 백미¹¹⁾

대법원은 피고인이 인터넷 홈페이지에 자신이 판매하는 백미가 다이어트 기능용 쌀로서 체중감량 뿐만 아니라 당뇨병, 변비, 고혈압, 동맥경화 환자에게 월등한 효과를 보인다는 내용의 글을 게시한 행위가, 위 백미의 벼 품종이 가지는 특성을 설명하는 내용을 비롯하여 표현의 전체적인 취지상 식품위생법 제 13조 제1항에서 금지하는 ‘의약품과 혼동·오인하게 할 우려가 있는 표시·광고’에 해당하지 않는다고 판시하였다.

즉, 백미인 ‘고아미 2호’에 함유된 식이섬유가 콜레스테롤의 체내 흡수를 막아주고 지방분해와 배변활동을 도와주며, 체내 혈당량, 콜레스테롤 및 중성지방을 감소시키는 식품영양학적 내지 생리학적 기능을 가지고 있고 그러한 기능의 결과로 비만, 당뇨병, 변비, 고혈압, 동맥경화 환자가 이를 섭취하는 경우 건강 유지에 도움이 된다는 취지를 표현하였다고 보이고, 피고인이 판매하는 ‘라이스 퀴’이 위 질병들의 치료·예방을 직접적이고도 주된 목적으로 하는 것인양 표현하였다고 보기는 어려우며, 또한 피고인이 판매하는 ‘라이스 퀴’이 제2세대 품종인 ‘고아미 2호’에서 생산된 백미임을 명백히 알리고 있고 어떠한 인위적 가공을 거쳤다는 표현도 없는 바, 이러한 사정들을 종합하여 보면, 사회일반인의 관점에서 위와 같은 글을 보게 된다고 하여 피고인이 판매하는 백미인 ‘라

11) 대법원 2007.9.6. 선고 2007도3831 판결.

이스 쿼'을 식품이 아닌 의약품으로 혼동·오인할 우려가 있다고 볼 수는 없다고 판시하였다.

(3) 마늘¹²⁾

대법원은 피고인이 인터넷 홈페이지에 마늘의 효능에 관하여 위염, 위궤양 등에 치료효과가 있다는 내용의 글을 게재한 행위가 식품위생법 제13조 제1항에서 금지하는 '의약품과 혼동·오인하게 할 우려가 있는 표시·광고'에 해당하지 않는다고 판시하였다.

즉, 인터넷 홈페이지에 마늘의 효능에 관하여 “위염·위궤양을 치료한다거나 소화불량과 하루에 5-6회 이상 설사를 하는 급성이질에도 마늘건강요법이 효과가 있다”는 등의 내용이 들어 있는 글을 게시한 사실이 있음을 알 수 있는 바, 위 게시자료의 내용은 일반적으로 널리 알려진 마늘의 약리적 효능과 마늘을 이용한 여러 민간건강요법을 설명하고 있는 것에 불과하고, 그와 같은 효능이 피고인이 생산·판매하는 깡마늘에 고유한 것이거나 어떠한 관련이 있다는 내용은 전혀 포함되어 있지 아니한 점 등에 비추어 보면, 피고인은 단순히 마늘이 건강에 유익한 것이라는 점을 홍보하여 자신이 생산하는 깡마늘의 판매를 촉진하고자 하는 의도에서 위와 같은 내용을 인터넷 홈페이지에 게시하였던 것으로 보인다.

또한, 피고인은 인터넷 홈페이지에서 자신이 생산하는 깡마늘의 생산공정에 대하여 자세히 설명하고 있고, 위와 같은 마늘의 일반적인 약리적 효능에 대한 것은 이미 사회일반인에게도 널리 알려져 있는 내용에 불과하다는 점 등을 고려하여보면, 사회일반인의 관점에서 위와 같은 게시내용을 보게 된다고 하여 피고인이 판매하는 깡마늘을 식품이 아닌 의약품으로 혼동할 우려가 있다고도 보기 어렵다고 판시하였다.

(4) 비빔밥¹³⁾

대법원은 비빔밥 판매 식당을 운영하는 피고인이 홈페이지에 콩나물, 썩갓, 미나리, 고사리, 표고에 관하여 ‘암을 예방, 간을 보호, 위장기능 강화, 비위를 편하게 하고, 해열, 혈압강하, 황달에 효과가 있고, 복수, 부종에 효과가 있으며,

12) 대법원 2006.11.24. 선고 2005도844 판결.

13) 대법원 2005.4.14. 선고 2005도1105 판결.

고혈압, 암 등의 예방에 효과가 있다’는 등의 표현을 사용하였다 하여도, 이는 재료의 약리적 효능을 표시한 것에 불과하고, 더 나아가 ‘특정 질병’의 치료·예방 등을 ‘직접적’이고 ‘주된 목적’으로 하였다고는 보기 어려우며, 전체적으로 볼 때 비빔밥을 선전하는데 주안점이 있고, 재료의 약리적 효능을 나열하여 결과적으로 비빔밥에 건강의 증진에 도움되는 재료가 많이 들어간다는 점을 홍보하는데 주목적이 있는 것으로 보이므로, 이는 ‘비빔밥’이라는 명칭을 가진 ‘식품’에 대한 표시·광고로 보일 뿐이며, 사회일반인으로 하여금 이 비빔밥을 ‘식품’이 아닌 ‘의약품’으로 혼동하게 할 우려가 있다고 볼 수 없다고 판시하였다.

(5) 벌꿀¹⁴⁾

항소심에서는 피고인이 인터넷 홈페이지를 통해 벌꿀을 판매하는 사람이 그 홈페이지에 벌꿀의 효능에 관하여 빈혈, 간장병 등에 치료효과가 있다는 내용의 글을 게재한 행위가 식품위생법 제13조 제1항에서 금지하는 ‘의약품과 혼동·오인하게 할 우려가 있는 표시·광고’에 해당하지 않는다고 판시하였다.

즉, 벌꿀에 함유된 비타민 및 유기물은 체내에서 간장기능의 강화와 조혈작용 및 헤모글로빈의 형성작용을 하는 식품영양학적 내지 생리학적 기능을 가지고 있고, 그러한 기능의 결과로 빈혈, 간장병 환자가 이를 섭취하는 경우 건강유지에 도움이 된다는 취지를 표현하였다고 보이고, 그와 같은 벌꿀의 일반적인 약리적 효능에 대한 것은 이미 사회일반인에게도 널리 알려진 내용에 불과하여 피고인이 판매하는 벌꿀이 위 질병들의 치료·예방을 직접적이고도 주된 목적으로 하는 것인 양 표현하였다고 보기는 어려우며, 사회일반인의 관점에서 위와 같은 게시 내용을 보게 된다고 하여 피고인이 판매하는 벌꿀을 식품이 아닌 의약품으로 혼동·오인할 우려가 있다고 볼 수는 없다고 판시하였다.

3) 소결

위에서 살펴 본 바와 같이, 결국 식품위생법 제13조 제1항 제1호에서 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려 있는 표시·광고를 금지하고 있는 위 법령조항은 식품등에 대하여 마치 특정 질병의 치료·예방 등을 직접적이고

14) 전주지방법원 2008.7.24. 선고 2008노607 판결.

주된 목적으로 하는 것인 양 표시·광고하여 소비자로 하여금 의약품으로 혼동·오인하게 하는 표시·광고만을 규제한다고 한정적으로 해석하여야 하며, 어떠한 표시·광고가 식품광고로서의 한계를 벗어나 의약품으로 혼동·오인하게 하는 지는 구체적인 사안마다 식품위생법의 입법취지를 고려하여 사회일반인의 평균적 인식을 기준으로 법적용기관이 구체적으로 판단하여야 할 것이다.

2. 표시·광고 해당여부

1) 판례의 입장

대법원은 판결문에서 식품위생법 제13조 및 그 시행규칙 제8조를 종합하면, 동법 제13조 제1항에서 금지하는 ‘식품에 관하여 의약품과 혼동할 우려가 있는 광고’라 함은 라디오·텔레비전·신문·잡지·음악·영상·인쇄물·간판·인터넷, 그 밖의 방법으로 식품 등의 품질·영양가·원재료·성분 등에 대하여 질병의 치료에 효능이 있다는 정보를 나타내거나 알리는 행위를 의미한다고 보아야 한다고 판시한 후, 식품판매자가 식품을 판매하면서 특정구매자에게 그 식품이 질병의 치료에 효능이 있다고 설명하고 상담하였다고 하더라도 이를 가리켜 법 제13조 제1항에서 금지하는 ‘광고’를 하였다고 볼 수 없고, 그와 같은 행위를 반복하였다고 하여 달리 볼 것은 아니라고 판시하였다¹⁵⁾.

2) 검토

위 대법원 판결에서 식품판매자가 식품을 판매하면서 특정구매자에게 그 식품이 질병의 치료에 효능이 있다고 설명하고 상담한 경우를 ‘광고’라고 볼 수 없다고 판시하면서 ‘광고’에 대한 정의를 하지 않았다.

한편, 식품위생법에는 ‘광고’에 대한 정의규정을 두고 있지 않지만, 동법과 유사한 ‘건강기능식품에관한법률’에는 ‘광고’에 대한 정의규정을 두고 있다. 즉, 건강기능식품에관한법률 제3조 제4호에 ‘광고’란 라디오·텔레비전·신문·잡지·음성·음향·영상·인터넷·인쇄물·간판 또는 그 밖의 방법으로 건강기능식품

15) 대법원 2014.4.30. 선고 2013도15002 판결.

에 대한 정보를 나타내거나 알리는 행위를 말한다고 규정되어 있다. 식품위생법 시행규칙에 정한 광고의 범위와 건강기능식품에관한법률상 광고의 정의규정을 비교하면, ‘음성’부분이 추가되어 있음을 알 수 있다. 그렇다면 말로써 의약품과 혼동할 우려가 있는 상담이나 설명을 위 대법원 판결과 같이 해석하여 전부 혐의가 없다고 할 수 있는지 검토해 볼 여지가 있다.

위 대법원 판결은 원심판결(서울중앙지방법원 2013. 11. 21. 선고 2013노3200 판결)이 특정구매자에게 한 상담을 식품위생법상의 ‘광고’에 해당하지 않는다고 판시한 것은 정당하다고 하였으므로, 원심 판결을 살펴볼 필요가 있다. 원심의 공소사실 요지는 ‘피고인이 다단계 판매조직 총판으로 혼합음료를 판매하면서 피고인의 처 등 관련자들에게 당뇨, 관절, 고혈압, 동맥경화 등에 효능이 있는 만병통치약’이라고 설명하고 상담하였다는 것이다.

이에 원심은 「식품위생법」에 ‘광고’에 대한 정의규정이 없고, 국립국어원 표준국어대사전에는 광고에 대하여 ‘널리 알리는 행위’라고 되어 있는데 피고인은 지인들을 다단계 사무실의 강의실로 데리고 와 혼합음료의 효능에 대한 개설자 강의를 듣게 했고, 효능을 설명하고 함께 판매해보자고 권유한 사실만 있으므로 이를 두고 구매자들을 상대로 상담하였다고 볼 수 없는 점, 비록 피고인이 총판의 지위에 있었다라도 이 사건 식품의 효능을 특정인에게 설명하였다고 하여 소비자에게 널리 알렸다고 보기도 어려운 점을 종합하면 이를 ‘광고’라고 할 수 없다는 취지로 무죄를 선고하였다.

그렇다면, 소위 ‘뺨다방’의 경우와 같이 대체로 불특정 다수를 상대로 단시간 내에 말로써 손님들에게 제품구매를 하도록 설득해야 하는 상행위의 경우에는 제품의 원료에 대한 광고뿐만 아니라 필연적으로 제품 자체가 특정 질병에 효과가 있다는 취지의 광고를 할 수밖에 없을텐데 이러한 경우 다른 진단지나 영상 등에 질병의 치료에 효능이 있는 설명이 들어있지 않으면 대법원 판결에 따라 단순 상담행위에 불과하다고 하면서 ‘광고’에 해당하지 않는다고 하기는 어려울 것이다.

실제로 관광버스에서 노인들에게 사슴녹용엑기스를 판매하면서 “우리 농장에서 키운 사슴에서 자른 녹용으로 만들었으며 관절, 고혈압, 당뇨 등에 좋고 피가 잘 통한다”고 광고한 사건¹⁶⁾, 저가관광 및 단체관광을 한다는 명목으로 고

16) 대전지방법원 2013.12.26. 선고 2013고단3442 판결.

객을 유인하여 강의실, 버스 안에서 액상차인 ‘삼장인 흑홍삼 가바’를 “간, 당뇨, 고혈압, 중풍, 각종 암, 뇌졸중 등에 특효”라고 광고한 사건¹⁷⁾에서 유죄판결이 확정된 바 있다.

따라서, “뺏다방”의 경우처럼 말 또는 음성으로 식품 등에 대하여 의약품으로 오인할 우려 있는 설명 등을 한 경우에는 소비자에게 널리 알렸다고 볼 여지가 있는지 여부에 따라 식품위생법 시행규칙에 있는 ‘광고’의 범위 중 ‘그 밖의 방법’에 해당한다고 판단하는 것이 타당하다 할 것이다.

IV. 처벌 등 강화

대통령이 4대약 중 하나로 불량식품을 지정하면서, 식품의약품안전청이 2013. 3. 23. 식품의약품안전처로 승격되었고, 그 후 2013. 7. 30.자로 위 허위표시·과대광고에 대한 규정도 개정이 되었다. ‘질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고’위반에 대하여 종래 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있던 규정을 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있도록 개정하였고, 위 개정에 따라 위 허위표시·과장광고에 대하여는 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률 제2조 제1항 관련 중 대범죄에 해당하게 되어 범죄수익의 몰수, 추징까지 가능하게 되었다.

또한, 위 2013. 7. 30.자 식품위생법 개정시에 식품위생사범에 대한 형량하한제¹⁸⁾ 및 부당이득환수제¹⁹⁾ 규정도 도입하였는데, 위 ‘질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고위반’에 대하여도 형량하한제 및 부당이득환수제가 적용되어 필요적으로 병과하도록 하였다.

대법원 양형위원회에서도 식품범죄를 「허위표시」, 「유해식품」으로 나누고, 「허위표시」중 ‘질병 예방 및 치료 효능 등 내용의 표시·광고’ 행위는 부정적 인자

17) 대전지방법원 2014.3.27. 선고 2014노186 판결.

18) 식품위생법 제94조 제2항 규정으로, 위 제94조 제1항의 죄로 형을 선고받고 그 형이 확정된 후 5년 이내에 다시 제1항의 죄를 범한 자는 1년 이상 7년 이하의 징역에 처한다.

19) 식품위생법 제94조 제3항 규정으로, 위 제94조 제2항의 경우 그 해당 식품 또는 식품첨가물을 판매한 때에는 그 소매가격의 4배 이상 10배 이하에 해당하는 벌금을 병과한다.

로 정의하여 가중처벌하도록 하고 있다.²⁰⁾

V. 결어

식품위생법은 제1조(목적)에서 “식품에 관한 올바른 정보를 제공하여 국민보건의 증진에 이바지 함을 목적”으로 하고 있음을 명시하고 있으므로, 식품제도가공업자는 소비자들에게 제품에 대한 정확한 정보를 제공하여 국민보건 증진향상에 기여하여야 할 것이다.

사회현상의 복잡다기화와 전문적·기술적 능력의 한계 때문에 허위표시·과장광고의 기준이 구체적으로 정할 수는 없지만, 판례축적과 연구 등을 통하여 일용 기준을 마련해 줄 필요가 있을 것이다. 대체로 판례의 기준을 살펴보면, 사회일반인의 평균적 인식을 기준으로 식품제도가공업자의 표시, 광고에도 불구하고 질병예방 등의 효능, 효과가 있다고 인식하기보다는 그 식품이 가지는 정보제공 정도로 이해하는 경우에는 허위표시·과장광고에 해당하지 않는다고 한다. 따라서, 허위표시·과장광고 여부를 판단하기 위하여 사회일반인의 평균적인 시각이 무엇인지에 대한 검토가 선행되어야 할 것이다.

또한, 식품위생법에 ‘광고’에 대한 명확한 정의규정이 없고, 식품위생법과 같은 입법취지를 가진 건강기능식품에관한법률 규정과도 맞지 않으므로 이 부분에 대한 조정이 필요할 것으로 보인다.

소위 ‘뺏다방’은 아직도 기승을 부리고 있고, 비만 및 키성장 보조식품도 여전히 신문이나 인터넷 광고를 도배하고 있는 실정이다. 특히 소위 ‘뺏다방’은 매일 허위표시·과장광고를 하는 것이 아니라 평시에는 생활용품을 판매하거나 무료공연, 경품 등을 통해 노인, 주부들을 유인하고 1-2일 집중하여 허위표시·과장광고를 통해 제품을 판매하고 있어 단속이 용이하지 않으므로 초동수사를 제대로 하여 증거를 충실히 확보할 필요가 있다.

마지막으로 입법자는 식품위생법 개정을 통하여 허위표시·과장광고에 대하여 법정형을 강화하였을 뿐만 아니라 범죄수익의 몰수 및 추징, 형량하한제, 부당이득환수제까지 도입하였고, 대법원 양형위원회도 「허위표시」중 “질병 예방

20) 대법원 양형위원회, 「양형기준」, 대법원, 2015, 215면.

및 치료 효능 등 내용의 표시·광고” 행위는 부정적 인자로 정의하여 가중처벌 하도록 하고 있으므로, 국민보건의 증진 향상을 위하여 악의적으로 계속 허위표시·과장광고를 반복하는 불량식품사범에 대하여는 엄단을 하여야 할 것이다.

투고일 : 2015.11.6. / 심사완료일 : 2015.12.1. / 게재확정일 : 2015.12.20

[참고문헌]

김명철, 「식품법」, 교문사, 2007.

김태민, 「영양가 있는 변호사의 식품과 법률」, 좋은 땅, 2015.

대법원 양형위원회, 「양형기준」, 대법원, 2015.

식품의약품안전처 불량식품근절추진단, 「허위·과대광고 판별메뉴얼」, 식품의약품
안전처, 2014.

이종영, 「식품위생법의 개선방안」, 한국법제연구원, 1996.

최성락, 「식품위생법의 이해」, 도서출판 일영, 2004.

[국문초록]

식품위생법에서의 허위표시·과장광고*

유 동 호**

식품위생법상 허위표시, 과장광고의 기준을 명확히 하기 위하여 그 규정의 연혁을 살펴보고, 허위표시 및 과장광고로 인정된 판결과 부정된 판결을 검토하여 어떤 경우에 허위표시, 과장광고에 해당하는지 분석하였다. 식품위생법은 초기에는 허위표시만 금지하였다가 식품에 관한 올바른 정보제공을 위하여 몇 차례 개정을 통해 허위표시 외에도 과장광고, 비방까지도 모두 금지하도록 하였다. 식품위생법상 허위표시, 과장광고에 대하여 이를 직접 다룬 논문은 없고 주로 위 개념과 기준은 판결을 통하여 축적되고 있다.

헌법재판소 및 대법원 판결을 분석한 결과, 사회 일반인의 평균적인 인식을 기준으로 사회일반인이 흔히 접하는 식품의 경우에는 의약품으로 혼동할 우려가 없어 무죄를 선고한 반면, 자주 접하지 않는 식품의 경우에는 의약품으로 혼동할 우려가 있다고 하여 유죄를 선고하는 것으로 분석되었다. 따라서, 사회 일반인의 시각을 객관화하기 위하여 좀 더 다양한 사례를 통한 판결의 축적으로 이를 정리할 수 있을 것이다. 본 자료가 식품위생법을 비롯한 식품관련 법제의 허위표시, 과장광고에 대한 논의의 출발을 위한 기초자료로 사용될 수 있을 것이다.

주제어 : 허위표시, 과장광고, 혼동, 정보, 식품

* 식품위생법 제13조(허위표시 등의 금지)에 따르면, “...허위·과대·비방의 표시·광고를 하여서는 아니되고, 포장에 있어서는 과대포장을 하지 못한다”고 규정하여 허위의 경우에도 표시 외에 광고도 규제하고 있고, ‘과장’이라고 규정하지 않고 ‘과대’라고 규정하고 있으나 1973년 식품위생법 개정 때부터 흔히 사용하던 통칭으로 위 글에서도 ‘허위표시·과장광고’라고 표시하기로 한다.

** 대구지방검찰청 검사.

[Abstract]

Misstatements and an Exaggerated advertisement on the Food Hygiene Law

Ryu, Dong-Ho*

In order to clarify the standard for misstatements and an exaggerated advertisement on the Food Hygiene Law, it was examined the history of provisions, And analyzed whether corresponds to misstatements and an exaggerated advertisement in any case to consider denied judgment and judgment that has been certified to misstatements and an exaggerated advertisement. The Food Hygiene Law, but early was prohibited only misstatement, through the revision of the few times in order to provide the correct information about the food, apart from misstatements, was made to ban all an exaggerated advertisement and slander also. For the misstatement and an exaggerated advertisement of the Food Hygiene Law, no papers dealing with this directly, primarily the concepts and standards have been accumulated through the ruling.

The results of the analysis of the ruling of the Constitutional Court and the Supreme Court, based on the recognition the general public of society, in the case of food that the general public of society are in contact often, it was sentenced to innocence there is no possibility of confusion as a medicine, whereas in the case of infrequent contact with food, it was sentenced of guilt there is a risk of confusion as a drug, Therefore, in order to objectify the perspective of general public of society, it will be able to arrange it into accumulation of judgment through a more diverse cases. This document will be able to be used as the basic data for the starting point for discussion of the misstatement and an exaggerated advertisement of food-related legislation,

* Prosecutor, Daegu District Public Prosecutors's offices

including the Food Hygiene Law.

Key words : misstatements, exaggerated advertisement, confusion, information, food

