

## 식품안전 관련 규제 및 분쟁 사례의 유형별 분석

강 동 근\*

### < 목 차 >

- I. 서론
- II. 식품안전 관련 규제 형태
- III. 식품안전 관련 분쟁 사례
- IV. 맺음말

### I. 서론

최근 식품안전과 관련한 국민의 인식도가 점차 높아지는 추세이다. 최근 연구결과에 의하면 식품안전 체감도와 관련하여 ‘보통 이상’이라고 응답한 비율이 72.2%인데, 이는 2012년도 조사에 비하여 5.6%포인트 증가한 수치이다.<sup>1)</sup> 국민은 식품안전에 점점 더 많은 관심을 기울이고 있으며, 이러한 추세는 식품안전에 관한 법적·정책적 대응으로 이어지고 있다.

특히, 현 정부는 국정비전을 국민행복, 희망의 새 시대로 정하고, 이를 구현하기 위한 구체적인 방안으로 국민의 일상을 위협하는 4대악을 척결하겠다는 목표를 제시한 바 있다. 그 중 하나로 불량식품을 제시하였는데, 이는 먹거리 안전에 보다 많은 관심을 기울이겠다는 정부의 의지로 이해된다. 이러한 기조하에 정부는 종래 보건복지부 산하의 식품의약품안전청을 국무총리 산하의 식품의약품안전처로 승격하여 식품안전의 총괄기구로서의 역할을 부여하였으며,

\* 김앤장 법률사무소 변호사.

1) 정기혜·김동우·조주연·송다영·김동영, 「2013년도 식품안전체감도 조사」, 한국보건사회연구원, 2013, 9면.

검찰 등 수사기관 또한 불량식품을 제조하거나 유통시킨 사람은 원칙적으로 구속수사를 천명하고, 전국 53개 검찰청에 부정식품 합동단속반을 설치하여 식품 안전을 위협하는 식품범죄 근절에 총력을 다하겠다는 의지를 피력한 바 있다.

또한, 식품에 관한 행정적 규제에 관한 기본법인 식품위생법 외에 식품 안전에 관한 국가 및 지방자치단체의 책임을 명시한 식품안전기본법, 어린이에게 보다 안전한 먹거리를 제공할 수 있도록 하기 위한 어린이 식생활안전관리 특별법이 제정되어 시행되고 있으며, 수입식품의 안전성을 확보하기 위한 수입식품안전관리특별법이 제정되어 시행을 앞두고 있다.

하지만, 위 각 법률에 따른 국가 및 지방자치단체, 식품 관련 사업자의 책임 범위 및 소비자의 보호 범위 등에 관하여는 아직까지 많은 판례가 축적되지 못하였고, 이에 대한 연구 또한 부족한 상황인 것으로 판단된다.

본 논문에서는 2000년 이후 판례에서 확인되는 식품안전과 관련한 주요 분쟁 사례를 유형적으로 분석함으로써 식품 안전에 관한 구체적인 내용을 담고 있는 식품위생법 상의 정부(지방자치단체), 식품사업자 및 국민 상호간의 권리의무에 관한 내용을 검토하고 시사점을 검토하고자 한다.

## II. 식품안전 관련 규제 형태

식품위생법상 식품안전에 대한 구체적 규제 및 감독 수단은 행정적 규제, 형사적 규제로 나눌 수 있다. 식품위생법에서는 식품을 섭취하는 과정에서 피해를 입은 일반 소비자에 대한 구제방법에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 이에 대해서는 민사구제에 관한 특별법인 제조물책임법 또는 민법상의 채무불이행, 불법행위책임 등의 법리에 따라 구제가 가능할 것으로 판단된다.

행정적 규제는 영업허가에 관련된 규정, 사전예방적 규정, 사후제재적 규정으로 나누어 볼 수 있는데,<sup>2)</sup> 이 중 식품안전과 관련하여 특히 주목하여야 하는 규정은 사전예방적 규정 및 사후제재적 규정이다.

사전예방적 규정은 식품안전에 대한 침해가 현실화 되기 이전에, 그러한 침

2) 박창석, “식품안전을 위한 식품위생법상 규제”, 『법학논총』 제24집 제4호, 한양대학교출판부, 2005, 116면.

해가 발생하지 않도록 일정한 의무를 부과하는 형태를 취하고 있다. 이 때, 식품위생법 상의 의무는 식품 또는 식품첨가물의 제조업 등 식품위생법 제36조 제1항 각 호의 영업을 하려는 자(이하 영업자라고 한다)만을 수범자로 하는 경우도 있고, 영업자인지 여부에 관계 없이 일반 국민을 수범자로 하는 경우도 있다. 사전예방적 규정으로는 위해식품 등의 판매를 금지하는 식품위생법<sup>3)</sup> 제4조 내지 제5조, 유독기구 등의 판매와 사용을 금지하는 제8조, 식품 등의 명칭·제조방법 및 원산지 등 표시에 관한 허위표시 등을 금지하는 제11조, 식품의약품안전처장에게 위해 우려가 제기되는 식품 등에 대한 위해평가 의무를 부여하고 있는 제15조 등이 있다.<sup>4)</sup> 이들 규정은 국민의 생명·신체·건강에 영향을 미칠 수 있는 식품이 판매되거나 유통되는 것은 사전에 차단하고, 설령 그러한 식품 유통되고 있다고 하더라도 위해 우려가 있는 때에는 즉시 위해성 여부를 검사하여 필요한 조치를 취함으로써 국민의 생명·신체·건강에 대한 구체적인 위험이 발생하지 않도록 하는 데에 목적이 있는 것으로 이해된다.

사후예방적 규정은 이미 식품안전에 대한 구체적인 침해가 발생한 상태에서 그러한 침해 상태를 제거하거나 침해를 야기한 자에 대한 제재적 조치를 취하는 것을 주된 내용으로 한다. 이러한 규정에는 시정명령에 관한 제71조, 폐기처분에 관한 제72조, 위해식품 등의 공표에 관한 제73조, 시설 개수명령에 관한 제74조, 허가취소 및 영업정지에 관한 제75조, 품목의 제조정지에 관한 제76조 등이 있다.<sup>5)</sup>

다만, 위해식품 등의 자진회수에 관한 제45조를 사전예방적 규정으로 해석하는 견해가 있으나<sup>6)</sup>, 제45조에서는 판매의 목적으로 식품 등을 제조·가공·소분·수입 또는 판매한 영업자는 해당 식품 등이 제4조부터 제6조까지, 제7조 제4항, 제8조 또는 제9조 제4항을 위반한 사실(식품 등의 위해와 관련이 없는 위반사항을 제외한다)을 알게 된 경우라고 규정함으로써 위해의 우려가 있는 식품 등이 이미 판매되어 유통되고 있는 상황을 전제로 하고 있으므로, 이미 국민의 생명·신체·건강에 대한 구체적 위험이 발생하였고, 자진회수는 이를 제거하기 위한 조치이므로 사전예방적 규정이라기 보다는 사후예방적 규정으로

3) 이하에서 식품위생법상의 규정을 지칭할 때에는 필요시 법명을 생략한다.

4) 박창석, 앞의 책, 117-123면.

5) 위의 책, 123-127면.

6) 위의 책, 122-123면.

보는 것이 타당한 것으로 생각된다. 이와 같이 해석하는 것이 영업자가 위해식품 등을 자진회수 하는 경우에도 식품의약품안전처장 등에게 회수계획 등을 보고하여야 하고, 이 경우 식품의약품안전처장은 제73조 제1항 제2호에 따라 회수사실에 대한 공표를 하도록 하고 있는 것에도 체계상 균형을 이루는 것으로 판단된다.

한편, 행정적 규제와 관련된 분쟁 현황에 대해서는 정확한 통계적 연구가 많이 이루어지지 않은 상태로 보인다. 다만, 식품의약품안전처에서 발간되는 식품의약품통계연보 상 식품제조가공업체 위반 현황을 통하여 그 추이를 짐작할 수 있다.

[표] 식품제조가공업체 위반현황<sup>7)</sup>

연도	무허가(무신고)	위해우려식품	시설위반	성분규격	보존 및 유통기준	허위과대광고	표시기준
2010	96	67	316	511	69	96	498
2011	32	86	324	727	20	133	551
2012	15	116	340	538	29	94	462
2013	59	60	451	529	63	121	549
2014	66	63	400	348	77	187	538

단위: 건

식품안전과 관련하여서는 위해우려식품 항목 및 성분규격 항목이 상대적으로 의미가 있다고 할 것인데, 2010년 이래 현재까지 위해우려식품과 관련하여 행정처분을 받은 숫자는 큰 변동 없이 유지되고 있는 반면, 성분규격과 관련하여 행정처분을 받은 숫자는 다소 감소하는 추세인 것으로 생각된다. 다만, 영업자는 통상 영세한 경우가 많아 식품의약품안전처등의 행정처분에 대해 소송으로까지 나아가는 경우가 드문 편임을 고려하면 행정소송 자체는 많지 않을 것으로 사료된다.

형사적 규제는 유해식품 판매 등에 관한 규제 (제94조 제1항), 허가 사항 위반에 관한 규제 (제95조 제2호2 등), 기준규격 위반행위에 대한 규제 (제95조 제1호), 폐기처분명령 위반 등에 대한 규제 (제95조 제4호) 등이 있다. 형사적 규제와 관련된 분쟁 현황에 대해서는 검찰연감 통계시스템을 통하여 개략적인

7) 식품의약품안전처 식품관리총괄과, 식품의약품 통계연보 (제17호), 2015, 120면.

추세를 확인할 수 있다. 2008년 이후의 식품위생법 위반 사건의 발생건수, 기소건수 등을 살펴보면 다음과 같다.

[표] 식품위생법 위반 사건 현황<sup>8)</sup>

연도	접수건수	전년 대비 증감률 (%)	기소건수
2008	12,816	-	9,371
2009	17,131	34%	10,553
2010	15,300	-11%	8,826
2011	15,197	-1%	8,977
2012	13,889	-9%	8,357
2013	17,273	24%	10,351

단위: 건

2008년 이후로 사건의 증감은 있으나 큰 변동이 없다가 2013년에 식품위생법 사건이 급격히 증가한 사실을 확인할 수 있는데, 이는 현 정부가 식품안전 범죄에 대한 단죄 의지를 표명한 것과 관련이 있는 것으로 생각된다.

### Ⅲ. 식품안전 관련 분쟁 사례

지금까지 최근의 식품위생법 관련 행정적, 형사적 사건 현황을 개략적으로 살펴보았다. 하지만, 행정 사건 수가 매년 3,000여 건을 웃돌고, 형사사건 수는 15,000여건 내외에 이르는 국내 사건 현황과 달리 대법원 판결로 확인할 수 있는 식품위생법 사건 수는 상대적으로 매우 적은 편이다. 실제로 대법원 판례검색 사이트를 통해 2000년 이래 식품 관련 사건의 수를 살펴본 바로는 70건이 채 되지 않는 것으로 파악되었다. 여기에는 여러 가지 이유가 있겠지만, 식품위생법 위반으로 행정처분 또는 형사처벌을 받는 수범자의 대부분은 영세한 상인인 경우가 많아 소송으로 다룰 경제적 여유가 없는 경우가 많고, 형사처벌 또한 약식기소로 처리되는 경우가 대부분인 점 등이 영향을 미친 것으로 판단된다.<sup>9)</sup> 하지만, 대법원 판결은 식품위생법 분야에서 어떠한 사건이 치열하게 다

8) 검찰연감 통계시스템 (<http://prosec.crimestats.or.kr/>).

9) 2013년의 경우 식품위생법 위반으로 기소된 10,351건 중 약식기소 된 수가 9,938건으로

투어지는 지를 확인할 수 있는 가능자 역할을 한다는 점을 부정할 수는 없다. 이하에서는 2000년 이래 대법원에서 판단된 주요 식품위생법 사건의 내용을 (1) 식품위생법 규정의 해석이 문제된 사례, (2) 위임입법의 범위가 문제된 사례, (3) 처분청의 재량권 행사 범위가 문제된 사례, (4) 식품위생법과 타 법률과의 관계가 문제된 사례, (5) 식품의 안전성이 타 법률에서 문제된 사례 등으로 나누어 살펴보고자 한다.

## 1. 식품위생법 규정의 해석이 문제된 사례

### 1) 대법원 2014.4.30. 선고 2013도15002 판결

다단계 판매조직 총판으로 활동하는 피고인이 혼합음료를 판매하면서, 당뇨, 관절, 고혈압, 동맥경화 등에 효능이 있는 만병통치약이라고 설명하고 상담하는 등의 방법으로 의약품과 혼동할 우려가 있는 광고를 하였다는 공소사실로 기소되었다. 구 식품위생법(2011. 6. 7. 법률 제10787호로 개정되기 전의 것) 제13조 제1항에서는 누구든지 식품에 관하여 의약품과 혼동할 우려가 있는 광고 등을 하여서는 아니 된다고 규정하고 있었다. 본 사건에서는 금지대상이 되는 광고의 수단이 쟁점이 된 사건이었다.

이에 대해 원심<sup>10)</sup>은 위 혼합음료가 당뇨, 관절, 고혈압, 동맥경화 등에 효능이 있는 만병통치약이라고 설명하고 상담하는 등의 방법이 식품에 관하여 의약품과 혼동할 우려가 있는 광고에 해당한다고 판단하였으나, 대법원은 구 식품위생법 제13조 제2항은 제1항에 따른 허위표시, 과대광고 및 과대포장의 범위와 그 밖에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다고 규정하고 있고, 시행규칙(2011. 8. 19. 보건복지부령 제73호로 개정되기 전의 것) 제8조는 법 제13조에 따른 허위표시 및 과대광고의 범위는 용기포장 및 라디오, 텔레비전, 신문, 잡지, 음악, 영상, 인쇄물, 간판, 인터넷, 그 밖의 방법으로 식품 등의 명칭·제조방법·품질·영양가·원재료·성분 또는 사용에 대한 정보를 나타내거나 알리는 행위 중 질병의 치료에 효능이 있다는 내용의 광고 등 어느 하나에 해당하는 것으로 한다고 규정하고 있는 점을 근거로, 법 제13조 제1항에서 금지하는

전체의 96%를 차지하였다(검찰연감 통계시스템).

10) 서울중앙지방법원 2013.11.21. 선고 2013노3200 판결.

식품에 관하여 의약품과 혼동할 우려가 있는 ‘광고’라고 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 하므로, 단순히 식품을 판매하면서 특정 구매자에게 그 식품이 질병의 치료에 효능이 있다고 설명하고 상담하였고 그러한 행위를 반복하였다고 하더라도 이는 ‘광고’에 해당하지 않는다고 판단하여 원심을 파기하였다.

표시광고와 관련된 일반법이라고 할 수 있는 표시광고의 공정화에 관한 법률에서도 광고를 사업자 등이 상품 등에 관한 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항을 신문 등의 진흥에 관한 법률 제2조 제1호 및 제2호에 따른 신문인터넷신문, 잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률 제2조 제1호에 따른 정기간행물, 방송법 제2조 제1호에 따른 방송, 전기통신기본법 제2조 제1호에 따른 전기통신, 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법으로 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것이라고 하여 수단을 한정함으로써 광고의 범위가 무한정 확대되는 것을 방지하고 있다. 약사법 제68조에서도 거짓광고 또는 과장광고를 금지하고(제1항), 허가 또는 신고를 받은 후가 아니면 의약품 등의 명칭, 제조방법, 효능이나 성능에 관하여 광고를 하지 못하도록 하면서도(제2항), 그 범위와 관련해서는 의약품 등의 안전에 관한 규칙 제78조 제1항에서 광고 매체의 범위를 열거하여 금지되는 광고의 범위를 제한하고 있다.

영업활동을 위해서는 상품의 특성, 효능 및 장점을 잠재적 소비자에게 알리는 행위가 수반될 수밖에 없는데, 이러한 행위 전체를 ‘광고’라고 평가하여 금지하게 되면 헌법상 인정되는 영업의 자유를 과도하게 침해하는 결과를 초래할 수도 있다. 따라서 적절한 한계를 설정하는 것이 필요한데, 각각의 법률마다 입법목적에 따라 그 범위를 다르게 설정하고 있는 것으로 이해된다.

본건 또한 식품위생법 시행규칙에서 ‘광고’의 범위를 제한하고 있었으나, 규정 상 ‘그 밖의 방법’이라고 하여 그 범위에 관하여 논란을 불러일으킨 사건인데, 대법원은 구체적으로 열거 되어 있는 광고 매체, 수단을 고려하여 ‘그 밖의 방법’의 범위 또한 이에 부합하는 것이어야 한다고 판시한 것으로서, 합리적이고 타당성을 갖춘 판결로 생각된다.

## 2) 대법원 2007.9.6. 선고 2007도3831 판결

피고인이 인터넷 홈페이지에 자신이 판매하는 ‘라이스 킴’ 상표의 백미(白米)가 다이어트 기능용 쌀로서 원료인 식이섬유가 체중감량뿐만 아니라 당뇨병, 변비, 고혈압, 동맥경화 환자에게 월등한 효과를 보였다는 실험결과를 인용한 신문기사를 게시한 행위가 의약품과 혼동할 우려가 있는 내용의 표시광고를 하였다는 기소된 사건이다. 본 사건에서는 식품의 약리적 효능에 관한 광고의 한계가 쟁점이 되었다.

이에 대해 원심<sup>11)</sup>은 구 식품위생법 시행규칙 제6조 제1항 제2호에서 질병의 치료에 효능이 있다는 내용 또는 의약품으로 혼동할 우려가 있는 내용의 표시광고가 금지됨을 명시적으로 표시하고 있음을 근거로 위와 같은 행위가 구 식품위생법 제11조에서 금지하는 과대광고에 해당한다고 판단하였다.

하지만, 대법원은 식품의 약리적 효능에 관한 표시광고를 전부 금지하고 있다고 볼 수는 없고, 그러한 내용의 광고라고 하더라도 그것이 식품으로서 갖는 효능이라는 본질적 한계 내에서 식품에 부수되거나 영양섭취의 결과로 나타나는 효과임을 표시광고하는 것과 같은 경우에는 허용되고, 식품 등에 대하여 마치 특정 질병의 치료예방 등을 직접적이고 주된 목적으로 하는 것인 양 표시광고하여 소비자로서 하여금 의약품으로 혼동·오인하게 하는 표시광고만을 규제한다고 한정적으로 해석하여야 하며<sup>12)</sup>, 어떠한 표시광고가 식품광고로서의 한계를 벗어나 의약품으로 혼동·오인하게 하는지는 사회 일반인의 평균적 인식을 기준으로 법 적용기관이 구체적으로 판단하여야 한다고 전제한 후 위 광고 내용은 ‘라이스 킴’ 상표의 백미가 위 질병들의 치료예방을 직접적이고도 주된 목적으로 하는 것인 양 표현하였다고 보기는 어려우며, 또한 ‘라이스 킴’이 제2세대 벼 품종인 ‘고아미 2호’에서 생산된 백미임을 명백히 알리고 있고, 어떠한 인위적 가공을 거쳤다는 표현도 없음을 이유로 과대광고에 해당한다고 볼 수

11) 수원지방법원 2007.5.1. 선고 2007노101 판결.

12) 대법원 2006.6.2. 선고 2006도2034 판결에서 이미 이러한 입장을 표명한 바 있다. 이 사건은 피고인이 참옷진액을 판매하면서 옷의 살균효과는 위장병의 주요원인인 헬리코박터 파이로리 균을 극히 짧은 기간 이내에 살균하게 되고 위장벽의 헐어진 부분에 새살을 두게 하여 보통 3개월 이내에 완치되고 술을 마셔서 발생한 소화기 계통의 만성 질병도 동시에 사라지고 특히 죽을 때까지 고생하는 위무력증 또는 위하수 증세 등도 빠르게 치유(된다)고 표시하였고, 대법원은 이러한 표현은 특정 질병의 치료나 예방에 효능·효과가 있다는 표현에 해당한다고 판단하였다.



없다고 판시하였다.

위 대법원 판결은 과장된 광고로 인하여 식품안전에 위해가 발생할 수 있는 가능성과 사업자의 영업의 자유 사이의 어디에 금지의 선을 그을 것인가에 관한 판단으로서, 대법원은 상대적으로 영업의 자유를 보다 강조하는 입장에 서 있는 것으로 보인다. 그리고 이러한 경향성은 앞서 살펴본 대법원 2014.4.30. 선고 2013도15002 판결에서도 엿볼 수 있다.

다만, 대법원<sup>13)</sup>은 ‘사람이 섭취했을 때 인체의 콜레스테롤을 분해, 혈액을 정화시키는 작용을 합니다’라는 광고문구와 관련하여서는 과장광고에 해당한다고 판시한 바 있는데, 위 판례와 비교하여 볼 때 어느 범위에서 과장광고가 인정되는지 여부가 명확하지는 않은 것으로 판단된다. 이러한 점은 결국 사건 및 판례의 축적을 통해 해결할 수밖에 없을 것으로 보인다.

한편, 위 대법원 판결이 식품을 의약품을 혼동·오인할 가능성이 있는지 여부를 사회일반인의 평균적 인식을 기준으로 판단하여야 한다고 판시한 것과 관련하여, 일반인이 의약품으로 혼동할 우려가 있을 정도에 도달할 경우에 그 식품은 이미 의약품이라고 볼 수밖에 없으므로, 위 규정은 이미 의약품(일반인의 통상의 인식에 따라서)을 의약품으로 표시광고 하였음에도 이를 처벌하는 결과가 되어 논리모순이라는 견해가 있으나<sup>14)</sup>, 식품인지 의약품인지 여부는 약사법 및 식품위생법에 따라 객관적 기준에 따라 결정되는 것이고, 위 대법원 판결은 오인 가능성의 판단 기준을 전문가가 아니라 일반인으로 삼아야 한다는 취지라는 점에서 적절한 비판인지 의문이 있다.

### 3) 대법원 2005.5.12. 선고 2005두548 판결

서귀포시에서 일반음식점을 운영하던 원고는 시장에서 북어채 및 건새우를 구입하여 원고가 운영하던 식당의 식자재 보관창고에 보관하고 있었는데, 서귀포시는 이를 표시기준위반(무표시)식품을 조리·판매목적으로 영업상 사용하였다는 이유로 위 북어채 및 건새우를 수거하여 폐기한 후, 원고에 대해서는 1개월의 영업정지처분을 하였다.

13) 대법원 2002.6.14. 선고 2001도4633 판결.

14) 이영무, “식품과 의약품의 개념 및 그 구별기준에 관하여”, 「공법연구」 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008, 354면.

식품위생법 제10조 제2항<sup>15)</sup>에서는 식품 등은 그 기준에 맞는 표시가 없으면 판매하거나 판매할 목적으로 수입·진열·운반하거나 영업에 사용하여서는 아니 된다고만 규정하고 있는데, 위 사안과 같이 식재료를 구입하여 음식재료로 사용하기 위하여 보관한 행위도 영업에 사용하는 행위에 포함되는지가 쟁점이 된 사안이다.

이에 대해서 원심<sup>16)</sup>은 식품위생법에서 영업상 사용이라는 용어는 기구와 용기포장에 대하여만 쓰이고 있고 식품 및 식품첨가물의 경우에는 쓰이지 않고 있고, 식품의 영업상 사용이라는 의미도 분명하지 아니하므로, 영업상 사용하지 못한다는 부분은 기구와 용기포장에 한하여 적용될 수 있을 뿐 식품 및 식품첨가물의 경우에는 적용될 여지가 없다고 판시하였다.

하지만, 이에 대하여 대법원은 식품위생법 제10조 제2항에서 일정한 행위를 제한하는 목적과 대상, 제한되는 행위의 범위는 같은 법 제7조 제4항, 제9조 제4항과 다르다고 할 것이므로, 단지 ‘영업상 사용’이라는 용어가 같은 법 제8조, 제9조에서 반복적으로 사용된 형식을 들어 같은 법 제10조 제2항에서 그 의미를 기구와 용기포장에 한하여 적용될 수 있을 뿐 식품 및 식품첨가물의 경우에는 적용될 여지가 없다고 한정적으로 해석할 수는 없다고 하면서, 식품위생법 제10조 제2항의 식품 등은 동 조 제1항에 의하여 표시에 관한 기준이 정하여진 것에 한정되므로, 원심으로서 원고가 오일장에서 구입한 이 사건 북어채와 건새우가 식품위생법 제10조 제1항의 식품에 해당하는지 여부를 살핀 다음, 이 사건 북어채와 건새우를 원고가 운영하는 식당의 식자재 보관창고에 보관한 것이 식품위생법 제10조 제2항의 금지행위에 해당하는지 여부를 살폈어야 한다고 판시하였다.

식품위생법은 식품, 식품첨가물, 기구 또는 용기포장을 식품 등으로 정의한 후 (제3조 제3항), 법 전반에 걸쳐 구분 없이 사용하고 있다. 식품, 식품첨가물과 기구 또는 용기포장은 그 성질을 달리할 뿐만 아니라 영업에 사용한다는 문

15) 제10조(표시기준) ① 식품의약품안전처장은 국민보건을 위하여 필요하면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 표시에 관한 기준을 정하여 고시할 수 있다.

1. 판매를 목적으로 하는 식품 또는 식품첨가물의 표시
2. 제9조제1항에 따라 기준과 규격이 정하여진 기구 및 용기·포장의 표시
3. 삭제

② 제1항에 따라 표시에 관한 기준이 정하여진 식품 등은 그 기준에 맞는 표시가 없으면 판매하거나 판매할 목적으로 수입·진열·운반하거나 영업에 사용하여서는 아니 된다.

16) 광주고등법원 2004.12.3. 선고 2004누314 판결.

언이 식품, 식품첨가물보다는 기구 또는 용기·포장과 의미상 합치하는 면이 있기 때문에 위와 같은 분쟁이 발생한 것으로 이해된다.

#### 4) 대법원 2014.4.10. 선고 2013도9171 판결

피고인은 2011. 2. 28. 중국 투멘시 길림성 소재 회사로부터 마약류로서 유해 물질인 테트라하이드로칸나비놀(THC) 성분이 함유된 중국산 대마씨 오일 1,050kg을 매입한 다음 국내에 판매할 목적으로 수입한 후 500ml들이 유리병 1,440개에 소분하여, 대마씨 오일 909병 시가 40,459,650원 상당을 판매하였다. 검찰은 위 대마씨 오일이 식품위생법 제4조 제2호에서 판매 등을 금지하고 있는 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 그러한 염려가 있는 식품 등에 해당한다고 판단하였는데, 유독유해 물질이 극소량 포함되어 인체의 건강에 사실상 영향이 없을 것으로 판단되는 제품의 경우에도 식품위생법에서 판매 등을 금지하는 식품에 해당한다고 보아야 하는지 여부가 쟁점이 되었다.

피고인은 대마씨 오일에 함유된 테트라하이드로칸나비놀(THC) 성분이 극미량이어서 환각작용이 나타날 함량에 미치지 못하므로 유해물질이라고 할 수 없다고 주장하였는데, 이에 대해 1심 법원<sup>17)</sup>은 대마씨 오일에 함유된 테트라하이드로칸나비놀(THC) 성분이 극미량이라고 할 수 없고<sup>18)</sup>, 테트라하이드로칸나비놀(THC)은 대마에서 환각작용을 일으키는 물질이므로 그 자체로 유해물질로 평가할 수 있고, 위 대마씨 오일이 그러한 유해물질을 함유하였다면 그 함량과 관계없이 그것을 식품위생법 제4조 제2호 소정의 ‘유해물질이 들어 있는 식품’이라고 볼 수 있다(설령 그와 달리 보더라도 적어도 식품위생법 제4조 제2호 소정의 ‘유해물질이 들어 있을 염려가 있는 식품’으로 볼 수는 있다)고 판시하였으며, 원심 법원<sup>19)</sup>도 이러한 판단을 유지하였다.

이에 대하여 대법원은 식품위생법 제94조 제1호, 제4조 제2호는 유독·유해

17) 춘천지방법원 강릉지원 2012.11.1. 선고 2012고정133 판결.

18) 국립과학수사연구소의 사실조회회보서에 의하면, 테트라하이드로칸나비놀(THC)을 체중 1kg 당 0.12mg 복용하면 환각증상이 나타날 수 있는데, 경찰 감정의뢰 회보(수사기록 93면)에 의하면, 이 사건 대마씨 오일에서 함량이 10.49 $\mu\text{g}/\text{ml}$ (= $\text{mg}/\ell$ )에 달하는 테트라하이드로칸나비놀(THC)이 검출되기도 하였으므로, 복용자의 체중, 체질 및 복용량에 따라서는 이 사건 대마씨 오일이 환각증상을 일으킬 위험도 충분히 있다고 판시하고 있다.

19) 춘천지방법원 강릉지원 2013.7.9. 선고 2012노357 판결.

물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 그러한 염려가 있는 식품, 식품첨가물 등을 판매한 경우에는 처벌하도록 규정하고 있고, 다만 제4조 제2호 단서에 의하여 식품의약품안전처장이 인체의 건강을 해칠 우려가 없다고 인정하는 것은 판매 등 금지대상에서 제외하고 있으며, 식품위생법 시행규칙 제3조는 식품위생법 제4조 제2호 단서에 따라 판매 등이 허용되는 식품의 범위를 ‘식품위생법 제7조 제1항 제2항에 따른 식품 등의 제조·가공 등에 관한 기준 및 성분·관한 규격에 적합한 것과 그 기준 및 규격이 정해지지 아니한 것으로서 식품의약품안전처장이 식품위생심의위원회의 심의를 거쳐 유해의 정도가 인체의 건강을 해칠 우려가 없다고 인정한 것’으로 한정하고 있으므로, 이에 해당하지 않는 것은 그 판매 등이 금지된다고 보아야 한다고 하면서, 식품의 각 품목마다 반드시 그 고시를 하여야 하는 것은 아니고 또 이러한 고시를 아니하였다 하여 유독·유해한 성분을 용인하는 것이라고는 볼 수 없고, 실제로 유독·유해물질이 들어 있지 않거나 그로 인하여 사람의 건강을 해한 결과가 발생하지 아니하였더라도 그러한 염려가 있음만 인정된다면 식품위생법 제94조 제1호, 제4조 제2호에 의한 처벌대상이 된다고 판시하였다. 나아가 대법원은 실제로 유독·유해물질이 들어 있지 않거나 그로 인하여 사람의 건강을 해한 결과가 발생하지 아니하였더라도 그러한 염려가 있음만 인정된다면 식품위생법 제94조 제1호, 제4조 제2호에 의한 처벌대상이 되며, 피고인이 판매한 대마씨기름 중에는 그 성분이 매우 적은 양만 포함되어 있어 인체의 건강에 영향을 없는 경우가 있을 수 있다고 하더라도, 인체의 건강에 유해할 정도의 테트라하이드로칸나비놀이 들어 있을 가능성을 배제할 수 없는 이상, 피고인이 판매한 대마씨기름 원액은 같은 법 제4조 제2호에서 판매 등을 금지하고 있는 유독·유해물질이 들어 있거나 그러한 염려가 있는 식품에 해당한다(다)고 판시하였다.

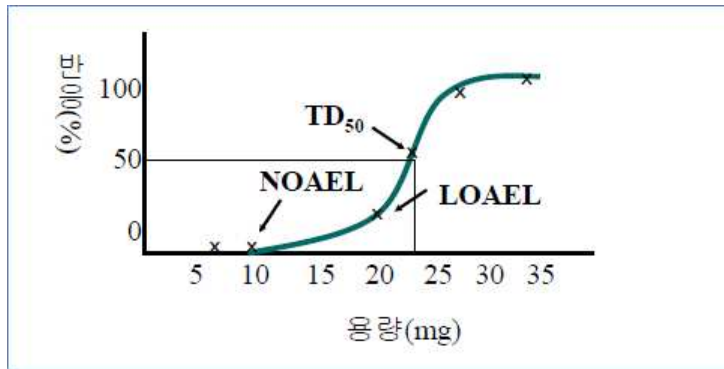
독성학<sup>20)</sup> 연구에 의하면 독성물질의 용량과 생명체의 반응을 그래프로 표시할 경우 일반적으로 S자 곡선 (sigmoid curve)의 형태를 가지며, 대부분의 경우 낮은 용량에서는 독성이 없다가 일정 용량 이후로 독성을 보이는데, 이처럼 처음 독성을 보이는 지점을 역치용량수준(threshold dose level)이라고 한다<sup>21)</sup>. 특히 독성이나 유해효과가 관찰되지 않는 최고지점을 무해용량(NOAEL, No

20) 화학물질 또는 물리적인 성질을 가진 물질이 생명체에 미치는 유해효과(adverse effect)를 연구하는 학문 (국립독성연구원, “알기 쉬운 독성학의 이해”, 2007, 3면).

21) 위의 책, 13면.

Observed Adverse Effect Level)이라고 하고, 독성이나 유해효과가 관찰된 최저지점을 최소유해용량(LOAEL, Low Observed Adverse Effect Level)이라고 하며<sup>22)</sup>, 이러한 요소는 용량 및 함량에 차이가 있을 뿐 모든 독성물질에서 인정되는 개념이다. 따라서, 화학물질과 물리적 물질의 독성과 관련하여 가장 중요한 것은 용량이라고 평가되고 있다<sup>23)</sup>.

[그림] 독성작용에 대한 용량평가<sup>24)</sup>



이러한 점에 비추어 보면, 비록 식품위생법 제4조 제2호에서 단순히 유독·유해물질이 들어있거나...그러할 염려가 있는 것이라고만 규정하고 있다고 하더라도, 여기서 말하는 ‘유독·유해물질’이란 실제로 인체의 생명·신체·건강에 영향을 줄 수 있는 정도, 예컨대 독성학에서 말하는 최소유해용량 이상을 의미하는 것으로 해석하여야 한다는 견해가 제기될 수 있을 것이다.

본 대법원 판결은 이러한 의문에 대한 법률적 판단으로서, 식품 등에 포함되어 있는 성분이 유독유해한 성분인 이상 포함된 용량에 관계 없이 식품위생법 제4조 제2호에 해당하여 판매 등이 금지되는 것으로 해석함으로써 국민의 생명·신체·건강을 보다 강하게 보호하는 방향의 해석론을 개진하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있을 것으로 사료된다.

22) 위의 책, 18면.

23) 위의 책, 19면.

24) 황진희, “위해평가에 필요한 독성학 정보”, 국립독성과학원, 9면.

([http://www.foodnara.go.kr:9010/src/viewer/download.php?host=main&site=20081008\\_144918&no=2](http://www.foodnara.go.kr:9010/src/viewer/download.php?host=main&site=20081008_144918&no=2)).

## 2. 위임입법의 범위가 문제된 사례

### 1) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010두3473 판결

식품제조가공업자인 원고가 영유아용 이유식 등을 제조생산하면서 생산공장에 생산일지를 작성하여 보관하고 있었는데, 그 중 2008. 2. 1. 부터 2008. 8. 3. 까지 작성된 부분에 원료의 유통기한이 잘못 기재되어 있었다. 식품의약품안전청 임시점검반의 점검에 대비하기 위하여 서류를 정리하던 중 이러한 사실을 알게 된 원고의 직원이 생산일지 중 2008. 2. 27. 부터 2008. 5. 2. 까지 작성된 부분의 내용을 원료수불 관련서류 및 품질검사자료 등을 토대로 실제 유통기한에 맞게 정정해 두었다. 이에 대해 피고 공주시장은 원고가 생산 및 작업기록에 관한 서류와 원료의 입고출고사용에 대한 원료수불 관계서류를 작성하여, 최종 기재일부터 3년간 보관하도록 하고 있는 구 식품위생법(2009. 2. 6. 법률 제9432호로 개정되기 전의 것)을 위반하였다는 이유로 영업정지 15일에 갈음한 과징금 처분을 하였다.

이 사건에서는 구 식품위생법 시행규칙(2009. 8. 12. 보건복지가족부령 제132호로 개정되기 전의 것) 제53조 [별표 15] ii.1.17. 가. (1)(가)규정이 사용하는 용어 중 수범자인 식품 또는 식품첨가물의 제조가공업자가 작성하여야 하는 생산 및 작업기록에 관한 서류에 대하여 법령에서 직접 정의를 내리지 않고 있고, 구성요건인 거짓으로 작성한 때라는 부분이 규범적 평가가 필요한 개념으로서 광범위한 해석의 여지를 두고 있다는 점에서 위임입법 금지원칙에 위배되어 무효로 보아야 하는 것은 아닌지가 쟁점이 되었다.

이에 대해 대법원은 생산 및 작업기록에 관한 서류는 식품 또는 식품첨가물의 제조가공업자가 식품 등을 생산하는 작업을 수행하면서 그 과정을 기록한 서류를 의미하는 것이 명백하고, 거짓으로 작성한 때의 의미도 다른 법규에서 자주 사용되어 내용이 확립된 개념이므로, 생산 및 작업기록에 관한 서류를 거짓으로 작성한 때란 수범자인 식품 또는 식품첨가물의 제조가공업자가 생산 및 작업과정을 기록하면서 서류에 기재하는 내용이 사실과 다르다는 점을 인식하면서도 허위로 기재하는 것으로 문리해석 할 수 있고, 이는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인으로서도 능히 인식할 수 있는 것으로서 위 조항이 명확성을 결여하였다고 볼 수 없고, 위 조항을 위와 같이 보는 이상, 생산

및 작업기록에 관한 서류를 거짓으로 작성한 경우를 위 서류를 작성하지 아니하거나 보관하지 아니한 경우와 구별하지 아니하고 동일한 조항 내에서 일률적인 제재를 가하는 것이 헌법상 비례평등의 원칙에 반한다고 볼 수 없다고 판시하였다.

대법원의 위와 같은 판단은 국회의 입법과정에서 기술적전문적 능력이나 시간적 적응능력에 한계가 있을 뿐만 아니라, 규율대상인 식품 및 식품첨가물의 제조 또는 가공업의 종류 및 형태가 다양하여 이에 종사하는 자들이 준수하여야 할 세부적인 사항을 법률 모두 규정할 수 없고 하위법령에 위임할 현실적 필요성이 있는 점 등에 비추어 볼 때 일응 수긍이 가는 측면이 있다. 하지만, 생산 및 작업기록에 관한 서류를 식품 또는 식품첨가물의 제조가공업자가 식품등을 생산하는 작업을 수행하면서 그 과정을 기록한 서류로 해석하더라도 식품위생법령 상 어떠한 서류를 작성보관하여야 하는 지에 대한 아무런 기준이 마련되어 있지 않다. 따라서 식품 또는 식품첨가물의 제조가공업자가 자신의 업무를 위하여 작성하는 모든 서류가 적용대상이 되는 것으로 해석될 수 있어 형사 처벌 범위가 지나치게 확대될 가능성이 있다는 점에서는 논란의 여지가 있는 것으로 사료된다.

## 2) 대법원 2007.5.10. 선고 2005도591 판결

이 사건은 구 식품위생법에 의하여 식품으로 공인 받았을 뿐 의약품으로 공인 받지 아니한 제품에 대하여, 일간지 등에 해당 제품이 비만을 치유하는 데 특별한 효능이 있는 것처럼 광고물을 게재한 행위가 문제된 사안이다. 다만, 이 사건에서는 위와 같은 행위가 과대광고에 해당하는지 여부에 앞서 과대광고의 범위를 식품위생법 시행규칙 제6조 제1항에서 규정하고 있는데, 이러한 규정 체계가 죄형법정주의 원칙에 위배되는 것은 아닌지 여부가 문제되었다.

이와 관련하여 대법원은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 수권법률(위임법률)이 구성요건의 점에서는 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 위임입법이 허용되며, 이러한 위임입법은 죄형법정주의에 반하지 않으므로, 식품위생법 제11조 및 같은 법 시행규칙 제6조 제1항의

규정이 위임입법의 한계나 죄형법정주의에 위반된 것이라고 볼 수는 없다고 판시하였다.

구 식품위생법 (2009. 2. 6. 법률 제9432호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항에서는 식품 등의 명칭·제조방법 및 품질에 관하여는 허위표시 또는 과장광고를 하지 못하고, ... 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시를 하거나 광고를 하여서는 아니 된다고 규정하여, 금지되는 표시, 광고의 범위를 대략적으로 규정하고 있다. 구 식품위생법 시행규칙 제6조 제1항 각호는 위와 같은 범위 내에서 금지되는 허위표시 또는 과장광고의 범위를 정한 것이어서, 이러한 체계가 죄형법정주의에 위반된다고 볼 수는 없을 것으로 판단된다.

### 3) 대법원 2000.10.27. 선고 2000도1007 판결

본 사건에서 피고인들은 냉면 등의 제조용으로 사용한 걸보리를 태운 탄화된 분말을 원료로 사용하였는데, 피고인들이 사용한 탄화된 분말이 식품공전, 식품첨가물공전에 규정되어 있지 아니하여 식품위생법 위반으로 기소되었다. 재판 과정에서 형벌 규정의 전제가 되는 구성요건에 해당하는 규정을 식품위생법에서 식품의약품안전청 고시인 식품공전, 식품첨가물공전에 위임한 것이 죄형법정주의에 위배되지 않는지가 문제 되었다.

대법원은 식품 또는 식품첨가물은 지극히 다양할 뿐만 아니라 그 제조·가공·사용·조리 및 보존의 방법에 관한 기준과 그 성분에 관한 규격은 기술적, 전문적인 것이어서 입법기술상 이를 보건복지부장관(위 법률 개정 후부터는 식품의약품안전청장)으로 하여금 고시하도록 한 것은 부득이 하다 할 것이고, 또 위 조항에서 규정한 식품 또는 식품첨가물의 제조·가공·사용·조리 및 보존의 방법에 관한 기준과 그 성분에 관한 규격이란 개념은 비교적 구체성을 가져 그 내용에 관한 대강을 예측할 수 있고 일반인들이 식용으로 하는 것과 식용으로 하지 아니하는 것은 너무 다양하여 일일이 나열할 수 없고, 또 안전성 및 건전성이 입증되지 아니한 식품원료를 미리 예측하여 규정하는 것이 사실상 불가능한 점 등을 근거로 구 식품위생법이 위와 같은 내용을 고시로 규정하도록 한 것이 죄형법정주의에 위배된다고 볼 수 없다고 판시하였다.

구 식품위생법 (2009. 2. 6. 법률 제9432호로 개정되기 전의 것) 제6조에서는 제7조 제1항의 규정에 의하여 기준규격이 고시되지 아니한 화학적 합성품인 첨



가물과 이를 함유한 물질을 식품첨가물로 사용하거나 이를 함유한 식품을 판매하거나 판매의 목적으로 제조·수입·가공·사용·조리저장 또는 운반하거나 진열하지 못한다고 규정하고, 이를 위반할 경우 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있었다(구 식품위생법 제74조). 그런데, 위와 같은 형사처벌의 전제가 되는 기준규격은 법률, 시행령 등이 아니라 보건복지부장관이 규격을 정한 고시에 일임하여 별도의 보충을 필요로 하는 형벌법규 형식을 취하고 있어 문제가 되었다.<sup>25)</sup>

형벌의 종류와 한도만을 규정하고 구성요건의 내용을 다른 법률이나 행정처분 또는 고시 등에 위임하여 별도의 보충규범을 필요로 하는 백지형법의 정당성과 관련하여 기존에 다양한 논의가 있었으나, 현재는 구성요건의 내용으로 전문적, 기술적 내용을 불가피하게 필요, 하위규정에 위임되는 내용이 명확하여 예측 가능성이 있는 때에는 예외적으로 허용된다는 견해가 일반적인 것으로 보인다.<sup>26)</sup>

이러한 법리적인 측면 외에도 대법원이 적절하게 실시한 바와 같이 식품 또는 식품첨가물의 다양성, 제조·가공·사용·조리 및 보존의 방법에 관한 기준과 그 성분에 관한 규격의 기술적 특성, 안전성 및 건전성이 입증되지 아니한 식품원료를 미리 예측하여 규정하는 것이 사실상 불가능하다는 정책적 측면 등을 종합적으로 고려한다면 국민의 생명·신체·건강을 보호하기 위해서는 신속한 개정이 가능한 고시로 위와 같은 내용을 규정할 수밖에 없다고 생각된다.

### 3. 처분청의 재량권 행사 범위가 문제된 사례

#### 1) 대법원 2010.4.8. 선고 2009두22997 판결

유해화학물질인 말라카이트그린이 사용된 냉동새우를 수입하면서 수입신고서에 그 사실을 누락한 회사에 대하여 지방식품의약품안전청이 영업정지 1월의 처분을 하였다. 이에 대해 원심<sup>27)</sup>은 원고인 수입자는 대한민국과 수출입 수산

25) 이러한 형식은 현행 식품위생법도 동일하다. 다만 현재는 식품의약품안전청장이 기준과 규격을 고시하도록 규정하고 있다(식품위생법 제7조 제4항).

26) 이인영, “백지형법 및 보충규범의 제한 및 고시의 변경과 추급효”, 「고시연구」 제345호, 고시연구사, 2002 참조.

27) 서울고등법원 2009.11.17. 선고 2009누10415 판결.

물의 품질관리 및 위생안전에 관한 약정이 체결되어 있는 태국의 수산청이 발행한 위생증명서를 신뢰하여 위와 같은 물질이 사용되지 않은 것으로 신뢰하였을 뿐이고, 원고와 같은 기업체가 자체적으로 정밀 성분분석을 하기 위한 고가의 장비를 갖추는 등의 방법으로 말라카이트그린이 사용된 냉동새우가 수입되는 모든 가능성을 사전에 방지하는 것은 현실적으로 불가능하며, 수입된 냉동새우가 국내에서 유통되지 않고 전량 반송되어 말라카이트그린으로 인한 위험성이 현실화되지는 않았다는 점 등을 근거로 위 처분은 위반행위의 내용과 정도에 비하여 그 제재의 정도가 지나치게 가혹하여 재량권을 일탈 내지 남용한 것으로 위법하다고 판단하였다.

하지만, 이에 대해 대법원은 동물용 의약품으로서 발암성 등 그 유해성이 명백히 입증된 유해화학물질인 말라카이트그린이 포함된 이 사건 냉동새우가 수입유통됨으로써 발생할 수 있었던 위생상의 위해가 적지 않았고, 이 사건 처분은 그와 같은 위해를 야기한 원고에게 불이익을 가함과 동시에 이로써 장래에 발생할 수 있는 위생상의 위해를 방지할 공익상의 필요에서 행해진 것으로 위 처분으로 인하여 원고가 받는 불이익이 위와 같은 공익상 필요보다 막대하다거나 양자 사이에 현저한 불균형이 발생한다고 보이지는 않는다고 판단하여 원심을 파기하였다.

식품위생법 사건에서 항상 문제되는 것은 위해한 성분이 사용되었거나 포함된 식품이 유통되지 않아 소비자에게 실질적인 피해가 야기되지 않은 경우라고 하더라도 이를 처벌하는 것이 타당한지 여부이다. 즉, 구체적인 피해나 위험이 발생하지 않은 이상 처분 또는 처벌을 함에 있어서 이를 고려하여야 한다는 주장이다.

하지만, 식품위생법은 위해한 식품이 유통된 경우뿐만 아니라 그러한 식품이 제조되었거나 수입된 이상 언제든지 유통되어 국민의 생명·신체·건강에 유해한 영향을 미칠 수 있고, 유통 속도가 빨라 위험성이 크다는 점을 중요하게 고려하고 있는 것으로 판단된다<sup>28)</sup>.

이러한 견지에서 바라볼 때, 설령 말라카이트그린이 사용된 냉동새우를 수입자가 수입된 후 유통되기 전에 전량 반송되었다고 하더라도, 이미 국민의 생명, 신체·건강에 위해를 야기할 수 있는 추상적인 위험은 발생한 상태이므로 이에

28) 식품위생법 제4조 제2호에서 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것과 그러한 염려가 있는 것을 동일하게 취급하고 있는 점 등에서도 이러한 모습을 확인할 수 있다.

대해 식품위생법 시행규칙이 정한 기준에 따라 행정처분을 하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수는 없다고 생각된다.

## 2) 대법원 2000. 3. 24. 선고 97누12532 판결

이 사건의 원고는 지하상가에서 운영하고 있던 일반음식점을 확장하기 위하여 일반음식점 허가사항 변경신청을 하였는데, 대전광역시 중구청장은 지하상가는 지하도로 통행시민의 편익을 도모하고 지하상가 매장을 이용하는 시민들에게 쾌적한 휴식공간을 제공하여 시민건강을 보호할 목적으로 설치되었고, 그 목적을 달성하기 위하여 지하상가에 설치되는 매장의 업종을 제한하고 있으므로 원고가 확장 신청 한 점포는 지정업종이 서점이라는 이유로 허가신청을 거부하는 반려처분을 하였다. 이 사건에서는 구 식품위생법상 일반음식점 영업허가 신청에 대하여 관계 법령에서 정하는 제한사유 외에 공공복리 등의 사유를 들어 거부할 수 있는지 여부와 그러한 법리가 일반음식점 허가사항의 변경허가의 경우에도 적용되는지 여부가 다투어졌다.

원심<sup>29)</sup>은 지하상가의 대기오염이 점차 심화되고 있어 공공복리상 이산화탄소의 주발생원이 되고 있는 음식점영업을 규제할 필요성이 있는 점에 비추어 보면 이 사건 변경허가신청을 반려한 처분은 업종제한의 효력 등에 근거한 적법한 처분이라고 판단하였다.

하지만, 대법원은 식품위생법상 일반음식점 영업허가는 성질상 일반적 금지의 해제에 불과하므로 허가권자는 허가신청이 법에서 정한 요건을 구비한 때에는 허가하여야 하고 관계 법령에서 정하는 제한사유 외에 공공복리 등의 사유를 들어 허가신청을 거부할 수는 없고, 이러한 법리는 일반음식점 허가사항의 변경허가에 관하여도 마찬가지라고 판시하였다. 그런데, 구 식품위생법 제24조 제1항 제4호는 공익상 허가를 제한할 필요가 있다고 인정되어 보건사회부(현 보건복지부) 장관이 지정하는 영업 또는 품목에 해당하는 때에는 그 허가를 할 수 없도록 규정하고 있으나 보건사회부장관이 위 허가제한대상으로서 일반음식점영업을 지정하고 있지는 아니하며 달리 관계 법령의 규정에 의하여 위 변경허가를 제한할 근거가 없는 이상, 지하도로 대기오염의 심화를 방지하자는 공

29) 대전고등법원 1997.7.25. 선고 97구735 판결.

익을 감안한다 하더라도 이 사건 거부처분은 위 관계 법령의 규정 취지에 반하여 위법하다고 판시하였다.

위 사안은 국민의 생명, 신체, 안전과는 직접적인 관련이 없지만, 법령상 규정되어 있지 아니한 일반 이익인 공익을 근거로 영업의 자유를 제한할 수 있는지에 관한 판시라는 점에서 의의를 찾을 수 있다. 특히, 허가는 일반적이고 상대적인 금지를 해제하는 행위이므로 국민이 법령상 요건을 구비하여 일정한 행위의 허가를 신청하는 경우에는 원칙적으로 관계법령에서 정하는 제한사유가 없는 이상 공공복리 등의 사유를 내세워 허가처분을 거부할 수는 없는 것이 원칙이다.

이러한 점에서 재산권을 제한하는 내용인 허가 거부처분을 정당화시킬 수 있는 환경공익 또는 제3자 보호요청이 '상당한 정도'로 현재성과 확정성이 인정되는 때에만 공익을 근거로 한 거부가 허용되어야 한다는 견해가 제기되고 있기도 하다.<sup>30)</sup>

다만, 본 사안과 같이 허가신청이 국민의 생명, 신체, 안전과 직접적인 관련성이 없는 경우에는 공익을 이유로 한 제한이 적법한지 여부에 대해 강한 심사가 이루어져야 하겠지만, 허가에 따른 행위로 인하여 국민 일반에 대한 법익침해 가능성이 높다고 인정될 때에는 그러한 사유가 법령상 규정되어 있지 않은 경우라고 하더라도 이를 근거로 허가를 거부하는 행위에 보다 강한 정당성이 인정될 수 있을 것으로 생각된다.

#### 4. 식품위생법과 타 법률과의 관계가 문제된 사례

##### 1) 대법원 2005.12.22. 선고?2005도7167 판결

이 사건에서 피고인은 2003. 11. 11. 경부터 2004. 8. 초순경까지 건강보조식품인 '클로렐라'를 홈페이지에 광고하면서 간기능장애 개선제 및 혈중지질 개선제 특허 등록 - 혈중지질 개선제란 인간 등 고등척추동물의 체내에 들어 이는 콜레스테롤의 수치를 낮추어 뇌졸중이나 심장병 등 순환기 질환을 예방하여 동맥경화증이나 고지혈증을 개선한다는 것으로, 이에 '대한민국 특허를 받은 것임

30) 이덕연, "환경권우선론: 생활환경상 이익과 건축의 자유", 『헌법판례연구2』, 박영사, 2000, 371면.

니다'라는 광고를 게재하였고, 이러한 행위가 구 식품위생법 (2006. 9. 27. 법률 제8005호로 개정되기 전의 것) 제11조에서 금지하는 허위표시 또는 과장광고에 해당한다는 이유로 기소되었다.

그런데 당시에는 건강기능식품에 관한 법률이 2002. 8. 26. 제정되어 2003. 8. 27. 부터 시행되고 있던 중이어서 식품위생법이 아니라 건강기능식품에 관한 법률을 적용해야 하는 것이 아닌지 여부가 쟁점이 되었다.

이에 대해 원심<sup>31)</sup>은 본 건에 대해 건강기능식품에 관한 법률이 적용되는지 여부에 대해서는 별도로 심리를 하지 않고, 피고인이 사용한 문구가 '특정질병'을 지칭하면서 그 질병의 예방과 치료 등 의학적 효능효과가 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표현을 사용한 것이라는 이유로 식품위생법위반죄에 해당한다고 판시하였다.

하지만, 대법원은 건강기능식품에 관한 법률에서 건강기능식품을 별도로 정의하고 있고, 같은 법 제14조 제1항에서 식품의약품안전청장으로 하여금 판매를 목적으로 하는 건강기능식품의 제조사용 및 보존 등에 관한 기준과 규격을 정하여 고시하도록 하고 있으며, 같은 법 제44조 제4호는 같은 법 제18조 제1항의 규정에 위반하여 허위과대의 표시광고를 한 자를 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 건강기능식품에 관한 법률이 시행된 2003. 8. 27. 이후 영업자가 건강기능식품에 관하여 허위과대의 표시광고를 한 경우에는 같은 법 제44조 제4호, 제18조 제1항에 의하여 처벌할 수 있을 뿐이고, 식품위생법상의 처벌규정은 그 적용이 배제되므로 피고인이 판매한 클로렐라가 건강기능식품에 관한 법률이 규정하는 '건강기능식품'에 해당하는 것이라면 식품위생법을 적용하여서는 아니 된다고 판시하였다.

2003. 8. 27. 부터 건강기능식품에 관한 법률이 시행되기 전에는 식품의 유형에 관계 없이 모두 식품위생법의 규율을 받았다. 하지만, 건강기능식품에는 '기능성'이라는 특성이 있는 점을 고려하여 별도의 법률로 규율하여야 한다는 요청이 있었고, 이에 따라 건강기능식품에 관한 법률이 제정시행되게 된 것이다. 개념적으로 건강기능식품은 식품의 한 유형이므로 식품위생법이 기본법, 건강기능식품에 관한 법률이 특별법의 지위에 서게 되고, 건강기능식품에 대해서는

31) 부산지방법원 2005.9.7. 선고 2005노2117 판결.

기본법인 식품위생법의 적용이 배제되는 것은 논리적 귀결이라고 하겠다. 이러한 점에서 대법원 판결이 타당하다 할 것이다.

서두에도 언급하였지만, 최근에는 식품안전에 대한 관심이 점점 더 높아지면서 식품 안전을 규율하는 법률이 계속 세분화 되고 있는 추세다. 식품위생법을 필두로, 식품안전기본법, 어린이 식생활안전관리 특별법이 제정시행되고 있고, 수입식품안전관리특별법이 곧 시행될 예정이다. 이들 법률은 고유의 입법 목적을 갖추고 있는 것들로서 식품안전 영역에서 고유한 자리매김을 하게 될 것으로 생각되나, 각각의 법률의 관계에 대해서는 지속적인 연구가 필요할 것으로 판단된다.

## 5. 식품의 안전성이 타 법률에서 문제된 사례

### 1) 대법원 2010.9.9. 선고 2008다77795 판결

2004. 2. 2. 경 부산에 살고 있는 남자 어린이가 냉장고 냉동실에서 꺼내 온 냉동 상태의 젤리를 먹다가 젤리가 목에 걸려 기도를 막는 바람에 호흡곤란으로 사망한 사건이 발생하였다. 사망한 어린이가 먹은 젤리는 플라스틱 통 포장 용기 안에 있던 날개 제품인데, 그 날개 제품에는 ‘Mango MINI FRUIT JELLY’라고 기재되어 있을 뿐 제조원이나 수입원 등에 대하여는 아무런 표시가 되어 있지 아니하였다. 해당 제품은 대만에서 제조된 제품으로 국내 여러 수입업체가 수입하고 있었다.

사망한 남자 어린이의 모친을 비롯한 원고들은 대한민국을 상대로 위 사고 이전에 이미 위 젤리 제품과 유사한 형태의 미니컵 젤리로 인한 질식사고가 발생한 적이 있었음에도 불구하고, 미니컵 젤리 형태로 한 입에 흡입하여 내용물을 섭취할 경우 질식사고의 유발 가능성이 내재되어 있는 상황에서, 미니컵 젤리에 대한 물성 등에 대한 시험을 실시하여 그 물성과 질식사고 유발 가능성과의 관계를 파악하는 등으로 질식사고의 발생을 방지하여야 할 의무가 있음에도 이러한 조치를 취하지 않은 채 만연히 국내에 수입유통되도록 한 잘못이 있으므로 유족인 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하였다.

이에 대하여 1심 법원<sup>32)</sup>은 대한민국으로서는 미니컵 젤리의 물성에 대한 시험 등을 실시하여 그 물성과 질식사고 유발 가능성과의 관계를 파악하는 등으

로 질식사고의 발생을 방지하여야 할 의무가 있음에도 불구하고, 이러한 조치를 취함이 없이 막연히 수입업자에 의한 성분신고에만 의존하여 이 사건 젤리를 국내에 유통시킨 과실로 이 사건 사고 발생의 원인을 제공하였다고 할 것이므로, 이 사건 사고에 대한 손해를 배상할 의무가 있다고 함과 동시에 위 제품을 수입하여 판매한 회사에 대하여도 제조물책임법의 이념과 입법취지에 비추어 볼 때, 피고가 자신을 수입원 및 판매자로 표시한 플라스틱 통 포장용기에 이 사건 젤리를 담아 밀봉된 채로 유통되게 한 이상, 이 사건 젤리의 수입 또는 판매업자로서 이 사건 사고로 인한 원고들의 손해를 배상할 책임을 져야 한다고 판시하였다.

하지만, 이에 대하여 원심 법원<sup>32)</sup>은 대한민국에 관하여 망인이 이 사건 젤리를 먹을 당시 시행 중이던 구 식품위생법(2005. 1. 27. 법률 제7374호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)의 취지, 목적 및 그 법령에 따라 피고 대한민국 산하 식품의약품안전청 공무원이 부담하는 의무를 고려하여 볼 때, 구 식품위생법은 국민 일반의 건강에 위협이 될 식품의 제조, 판매, 수입 등을 규제하고 국민의 생명, 신체 및 재산상의 안전에 위해를 끼칠 물품이나 용역을 규제함으로써 국민 전체의 이익을 도모하기 위한 것이라고 할 것이고, 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 규정이라고 볼 수는 없으므로 이 사건 젤리의 수입이나 유통을 금지시키지 아니한 피고 소속 공무원의 직무상 행위와 이 사건 사고 사이에 상당인과관계가 있다고 할 수 없다 ... 설령 구 식품위생법 소정의 규정들이 오로지 공공 일반 또는 국민 전체의 이익을 도모하기 위한 것은 아니고, 부수적으로라도 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라고 본다 하더라도 ... 식품의약품안전청 공무원이 위험성이 있는 식품 등임에도 이를 규제하지 않았고, 만일 이를 규제하였더라면 국민이 위험성 있는 식품 등을 사용하지 않았을 수도 있었다는 사정만으로는 이 사건 젤리의 수입이나 유통을 금지시키지 아니한 피고 소속 공무원의 직무상 행위와 이 사건 사고 사이에 상당인과관계가 있다고 할 수 없고, 한편 이 사건 젤리의 수입을 허용할 경우 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하거나 발생할 우려가 있음에도 피고 소속의 식품의약품안전청 공무원이 그 직무상의 주의의무를 다하지 아니하여 그 위험을 배제하지 않은 과

32) 서울중앙지방법원 2006.12.8. 선고 2005가합57993 판결.

33) 서울고등법원 2008.9.11. 선고 2007나7074 판결.

실이 있다고 보기도 어렵다고 판단하였고, 수입판매 회사에 대하여도 피고가 이 사건 사고의 원인인 이 사건 젤리를 수입 또는 판매, 유통시킨 사실을 인정하기에 부족하다고 하여 원고들의 배상청구를 모두 기각하였다.

대법원 또한 구 식품위생법 제7조, 제9조, 제10조, 제16조 등 관련 규정이 식품의약품안전청장 및 관련 공무원에게 합리적인 재량에 따른 직무수행 권한을 부여한 것으로 해석된다고 하더라도, 식품의약품안전청장 등에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 상황 아래에서 식품의약품안전청장 등이 그 권한을 행사하지 아니한 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 직무상 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다. 그리고 위와 같이 식품의약품안전청장 등이 그 권한을 행사하지 아니한 것이 직무상 의무를 위반하여 위법한 것으로 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 과실도 인정된다고 하면서도 식품의약품안전청장 및 관계 공무원이 위 사고 발생 시까지 구 식품위생법 상의 규제 권한을 행사하여 미니컵 젤리의 수입유통 등을 금지하거나 그 기준과 규격, 표시 등을 강화하고 그에 필요한 검사 등을 실시하는 조치를 취하지 않은 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없다거나 객관적 정당성을 상실하여 위법하다고 할 수 있을 정도에까지 이르렀다고 보기 어렵고, 그 권한 불행사에 과실이 있다고 할 수도 없다고 하여 원심의 판단을 유지하였다.

이 사건은 실제 소송에서는 공무원의 직무상 의무위반으로 인한 국가배상책임의 성립여부가 문제 되었지만, 식품안전 측면에서는 정부와 식품 수입업자가 국민이 해당 식품으로부터 피해를 입지 않도록 어느 정도의 사전 조치를 취하여야 하는지와 관련되어 있다는 점에서 시사하는 바가 크다고 생각된다.

우선, 대법원은 구 식품위생법 제7조, 제9조, 제10조, 제16조가 공공 일반의 이익만을 위한 규정이 아니라, 사회구성원 개개인의 건강상의 피해를 방지하는 등의 개별적인 안전과 이익도 도모하기 위한 규정임을 밝혔고, 특히, 식품의약품안전청장 등이 구 식품위생법 제7조, 제9조, 제10조, 제16조 등에 의하여 부여된 권한을 행사하지 않은 것이 직무상 의무를 위반한 것으로 위법하다고 인정되는 경우라면 특별한 사정이 없는 한 과실도 인정되는 것으로 판시하였는데, 이는 식품위생법이 식품안전과 관련한 기본법이라는 인식 하에 국가기관이 적극적으로 식품안전을 위한 구체적인 안전조치를 취할 의무가 있음을 인정한 최초의 판시로 생각된다.



다만, 국가기관이 식품안전을 위한 선제적인 조치를 위하여야 하는 범위와 관련하여서는 조치를 취하지 않은 것이 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없거나 객관적 정당성을 상실(하는 정도)에 이른 때에만 위법성을 인정할 수 있다고 판시한 것은 실질적으로는 국가기관의 안전조치 의무를 지나치게 축소한 것은 아닌지 논란의 여지가 있다.

한편, 식품 등의 수입자와 관련하여서는 제조물책임법 상의 배상책임이 인정되는지가 문제되었는데, 식품위생법 등에서는 일반 소비자에 대한 배상책임에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문에 제조물책임법 상의 책임이 어느 범위에서 인정되는지 여부에 따라 일반 국민이 식품안전 상의 문제로 인하여 피해를 입었을 경우의 보호범위도 결정되는 것으로 볼 수 있다.

다만, 위 사건에서는 위 제품을 수입한 것으로 지목된 피고가 실제로는 위 제품을 수입하지 않은 것으로 인정되어 제조물책임이 인정되는 범위에 대해서는 대법원의 판단이 이루어지지 않았다. 이에 대해서는 아래 판결을 통해 살펴 보도록 한다.

## 2) 대법원 2010.11.25. 선고 2008다67828 판결

이 사건은 앞서 살펴본 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다77795 판결 사안과 유사한 사안이다. 피해자인 어린이(6세)는 2004. 9. 23. 친구의 부모가 운영하는 식당에 가서 놀던 중 친구 아버지가 구입해 놓은 젤리 제품(MINI FRUIT JELLY ASSORTED FLAVORS)을 먹다가 기도가 막혀 2004. 10. 10. 사망한 사건이다. 해당 제품은 대만 회사가 제조하였고 피고 회사가 수입판매하였다.

이 사건에서도 피해자의 유가족은 대한민국 및 수입회사를 상대로 손해배상 청구를 하였는데, 대한민국에 대한 판단은 앞서 살펴본 대법원 2010. 9. 9. 2008다77795 판결과 차이가 없으므로, 이 부분에서는 수입회사에 대한 부분만을 살펴 보도록 한다.

1심 법원<sup>34)</sup>은 피고 회사가 수입한 이 사건 젤리는 비록 끈약 성분을 함유하지 않았다고 신고되었더라도 모두 물성시험에서 강도, 응집성, 탄성 등이 높은 것으로 나타나 질식의 개연성이 높은 제품이었을 뿐만 아니라, 그 형태에 있어

34) 서울중앙지방법원 2006.8.17. 선고 2005가합32369 판결.

서도 한입 크기 정도로 제조되어 통상 입으로 흡입을 하는 방법으로 섭취하도록 되어 있고, 표면이 매끄러워서 입에 쉽게 빨려 들어간 후 입 안에서 쉽게 부서지거나 녹지 않고 탄력성이 있어서 질식할 위험성이 항상 존재하고 있는 등 그 자체로서 하자가 있는 제품이라고 할 것이고, 비록 피고 회사의 주장처럼 ‘섭취 시 주의가 필요하다’는 문구를 기재하였다는 사정만으로 사고의 발생을 회피하는 데 필요한 조치를 다하였다고 할 수도 없으므로, 피고 회사는 그와 같이 하자 있는 제조물의 수입업자로서 그 하자로 인하여 발생한 이 사건 사고로 망인 및 원고들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 판시하였다. 이에 대해 피고가 항소를 하지 않아, 위 젤리 제품의 결함여부에 대한 판단은 항소심 이상에서는 나오지 못하였다.<sup>35)</sup>

제조물책임법은 제조 또는 가공된 동산을 제조물로 정의하므로(제조물책임법 제2조), 식품이나 식품첨가물, 화학적 합성물로 인해 위해를 당했을 때 이들이 제조물책임법의 대상이 되는지가 문제되며, 여기에는 제조와 가공의 개념, 미가공 농축수산물이 제조물책임의 대상이 되는지 여부 등의 쟁점들이 있으나, 가공된 식품은 제조물책임법의 대상으로 보는 것이 일반적이다.<sup>36)</sup>

하지만, 제조물책임법이 적용되기 위해서는 제조상의 결함, 설계상의 결함 또는 표시상의 결함이 인정되어야 하는데 가공식품에 대해서 이를 어느 범위까지 일정할 수 있는지가 문제가 된다. 이를 넓게 인정할수록 위해 우려가 있는 식품으로부터 국민을 더 폭넓게 보호할 수 있을 것이지만, 반대로 사업자에게는 지나친 부담을 주는 결과를 초래할 수 있기 때문에 적절한 균형을 찾을 필요가 있다.

이와 관련하여 대법원은 1992년 변압변류기 폭발사건에서 현대의 기술 수준과 경제성에 비추어 기대가능한 범위 내의 안전성과 내구성을 갖추지 못한 것이라고 하여 결함의 판단기준으로 ‘현대의 기술수준’과 ‘경제성’을 제시한 바 있다<sup>37)</sup>. 또한, 2000년 TV폭발로 인한 화재사건에서 제품의 구조, 품질, 성능 등에

35) 소송의 경과를 간략히 요약하면, 항소심(서울고등법원 2008.8.26. 선고 2006나92129 판결)에서도 대한민국의 손해배상책임을 인정하였으나, 대법원은 식품의약품안전청장이 미니젤리의 위와 같은 위험성을 의심하기에 충분한 사정이 존재하였다고 하기는 부족하고, 규제권한을 행사하지 아니한 것이 앞서 본 법리에 비추어 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없다고 볼 수 있는 정도에까지 이른 것이라고 평가하기는 어렵다는 이유로 파기 환송하였다.

36) 김민동, “식품에 혼합된 이물(異物)에 대한 제조자의 과실 및 제품결함의 판단기준과 제조상 결함”, 『소비자문제연구』 제34호, 한국소비자원, 2008, 11면.

있어서 그 유통 당시의 기술 수준과 경제성에 비추어 기대 가능한 범위 내의 안전성과 내구성을 갖춘 제품을 제조판매하여야 할 책임이 있(다)고 판시<sup>38)</sup>하였는데, 이는 결합판단기준에 관하여 소비자 기대수준을 언급한 것으로 평가되고 있다.<sup>39)</sup>

위 사건에서 1심 법원은 위 제품의 물성, 형태, 표면의 특성, 섭취방식 등을 기준으로 해당 제품을 섭취하는 과정에서 질식할 위험성이 항상 존재하고 있으므로 그 자체로서 하자가 있는 제품이라고 하면서, 단순히 ‘섭취 시 주의가 필요하다’는 문구를 기재한 것만으로는 책임을 면할 수 없다고 판단하였다. 식품은 섭취를 전제로 하는 제품이므로 성질상 섭취해서는 아니되는 성분이 포함되어 있거나 본 사안과 같이 섭취 과정에서 생명·신체·건강에 위해가 발생할 우려가 큰 경우에는 제조상의 결함 또는 설계상의 결함이 있는 것으로 인정될 여지가 크다고 생각된다는 점에서 법원의 판단은 타당하다. 특히, 제조자가 일방적으로 주의문구를 기재하는 것만으로 면책을 허용하지 않음으로써 제조자로 하여금 실질적인 안전 조치를 강구하도록 하였다는 점에서 식품안전 측면에서의 의의를 찾을 수 있다고 생각된다.

#### IV. 맺음말

식품안전은 전 세계에서 이미 주요한 의제가 되고 있다. 유전자조작식품 등 과학적으로는 위험성이 없는 것으로 확인되고 있으나 여전히 우려의 시선을 거둘 수 없는 식품이 등장하고, 광우병과 같이 먹거리로 인한 질병이 발생하는 것을 목도하면서 이러한 추세는 더욱 강화될 것으로 보인다. 우리나라 또한 이러한 추세에 발맞추어 식품안전과 관련된 각종 법제를 정비해 나가고 있음을 앞서 간략히 언급한 바와 같다.

그러나 여전히 우리나라에서 식품사고는 빈번하게 발생하고 있으며, 이에 따라 국민들의 식품안전에 대한 불안감은 여전히 높은 편이다. 이를 위해서는 제

37) 최병록, “미니컵 젤리로 인한 어린이 질식 사망사건의 제조물책임: 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다77785 판결(A): 대법원 2010. 11. 25. 선고 2008다67828 판결(B)”, 『서울법학』 제 19권, 서울시립대학교 법학연구소, 2012, 141면.

38) 대법원 2000. 2. 25. 선고 98다15934 판결.

39) 최병록, 앞의 책, 142면.

도를 정비하는 것도 필요하지만, 현재의 제도를 보다 합목적적으로 해석하는 운용의 묘도 필요한 것이 사실이다. 이러한 측면에서 앞서 살펴본 바와 같은 실제 분쟁 사례들 속에서 사법부는 식품안전의 강화와 법률의 문언 사이에서 많은 고심을 하고 있는 것으로 보인다.

특히, 본고에서는 2000년 이후의 식품 관련 주요 대법원 판례를 법령 해석, 위임입법, 처분청의 재량권 행사, 타 법률과의 관계 등으로 유형화하여 살펴보았는데, 전체 대법원 판례 가운데는 법령 해석이 문제된 경우가 절대 다수를 차지하였다. 이는 식품의 다종다양성, 식품안전과 관련된 분야의 기술적 측면 등으로 인하여 법령 제정 당시에는 미처 예상하지 못하였던 행위 대양이 나타남에 따라 발생하는 자연스러운 모습으로 생각된다. 이러한 점을 고려하여, 식품 위생법은 기술적인 부분을 식품공전 등에 규정함으로써 사회의 변화에 신속하게 대응할 수 있도록 하고 있음은 앞서 대법원 판례를 통해 살펴본 바와 같다.

본 연구가 향후 식품안전과 관련된 사례를 축적하고, 이에 관한 연구의 단초가 될 수 있기를 바라며, 우리나라 식품안전과 관련된 사법과 행정의 보다 발전되기를 기대한다.

투고일 : 2015.11.9. / 심사완료일 : 2015.11.30. / 게재확정일 : 2015.12.20.

[참고문헌]

- 국립독성연구원, 알기 쉬운 독성학의 이해, 2007.
- 김민동, “식품에 혼합된 이물(異物)에 대한 제조자의 과실 및 제품결함의 판단기준과 제조상 결함”, 『소비자문제연구』제34호, 한국소비자원, 2008.
- 박창석, “식품안전을 위한 식품위생법상 규제”, 『법학논총』제24집 제4호, 한양대학교출판부, 2005.
- 식품의약품안전처 식품관리총괄과, 식품의약품 통계연보 (제17호), 2015.
- 이덕연, “환경권우선론: 생활환경상 이익과 건축의 자유”, 『헌법판례연구』, 박영사, 2000.
- 이영무, “식품과 의약품의 개념 및 그 구별기준에 관하여”, 『공법연구』 제37집 제 1-2호, 한국공법학회, 2008.
- 이인영, “백지형법 및 보충규범의 제한 및 고시의 변경과 추급효”, 『고시연구』 제 345호, 고시연구사, 2002.
- 정기혜 · 김동우 · 조주연 · 송다영 · 김동영, 2013년도 식품안전체감도 조사, 한국보건사회 연구원, 2013.
- 최병록, “미니킵 젤리로 인한 어린이 질식 사망사건의 제조물책임: 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다77795 판결 (A) : 대법원 2010. 11. 25. 선고 2008다67828 판결(B)”, 『서울법학』 제19권, 서울시립대학교 법학연구소, 2012.

[국문초록]

## 식품안전 관련 규제 및 분쟁 사례의 유형별 분석

강 동 근\*

식품위생법 상 식품안전에 관한 규제는 크게 행정적 규제, 형사적 규제로 나눌 수 있다. 행정적 규제는 영업허가에 관련된 규정, 사전예방적 규정, 사후제재적 규정으로 나누어 볼 수 있는데, 식품안전과 관련하여서는 사전예방적 규정 및 사후제재적 규정이 의미가 있다. 형사적 규제는 유해식품 판매, 허가사항 위반 등에 관한 처벌 규정이 주류를 이루는 것으로 이해된다. 다만, 매년 행정사건 수가 3,000여 건을 웃돌고, 형사사건 수가 15,000여건 내외에 이르는 것에 반해 대법원 판결로 확인할 수 있는 식품위생법 사건 수는 상대적으로 매우 적은 편인데, 이는 수범자의 대부분은 영세한 상인인 경우가 많다는 점이 영향을 미친 것으로 생각된다.

2000년 이래 대법원에서 판단된 주요 식품위생법 사건은, 크게 식품위생법 규정의 해석이 문제된 유형, 위임입법의 범위가 문제된 유형, 처분청의 재량권 행사 범위가 문제된 유형, 식품위생법과 타 법률과의 관계가 문제된 유형, 식품의 안전성이 타 법률에서 문제된 유형 등으로 일별 할 수 있다. 이들 각 유형별 판례 분석을 통하여 법령 해석이 문제된 경우가 절대 다수를 차지하고 있음을 확인할 수 있는데, 이는 사회 변화로 인해 법령 제정 당시에는 미처 예상하지 못하였던 행위 태양이 나타남에 따라 발생하는 자연스러운 모습으로 생각된다. 또한, 법원이 식품위생법 상 규제적 규정을 국민의 생명·신체·안전에 대한 보호 범위를 넓히는 방향으로 해석하고 있음을 확인할 수 있다.

주제어 : 식품위생법, 식품안전, 법령 해석, 위임입법, 재량권 남용, 민사적 규제

\* 김앤장 법률사무소 변호사.

[Abstract]

## Analysis of Food Safety Regulations and Dispute Cases

Kang, Dong-Kun\*

Under the Food Sanitation Act, regulations on food safety are largely divided into administrative regulation and criminal regulation. Administrative regulation may be sub-divided into regulations on business permits, preventive regulations, and ex post facto sanction regulations. Preventive regulations and ex post facto sanction regulations are meaningful in regards to the food safety issue. It is understood that criminal regulations mostly include punitive regulations on the sale of harmful food and the violation of permits. However, while the number of administrative cases is over 3,000 and the number of criminal cases amounts to nearly 15,000 each year, the number of Food Sanitation Act cases that can be verified by the Supreme Court decisions is relatively small. This may be due to the fact that most of those who are convicted are petty merchants.

Major cases involving the Food Sanitation Act decided by the Supreme Court since 2000 may be largely categorized into the following types: issues regarding the interpretation of the Food Sanitation Act provisions; issues regarding the scope of delegated legislation; issues regarding the scope of discretionary rights exercised by disposition authorities; issues regarding inter-relations between the Food Sanitation Act and other laws; and food safety being a issue in other laws, etc. The analysis of precedents of these types shows that an absolute majority of cases involves issues regarding the interpretation of legislation. This appears to be a natural ramification as the types of acts that were not anticipated at the time of the enactment emerge as a result of social changes. It also confirms that the court interprets the

---

\* Lawyer, Kim & Chang lawfirm.

restrictive regulations under the Food Sanitation Act in the direction of extending the protective scope of the public's life, health and safety.

Key words : Food Sanitation Act, food safety, legislative interpretation, delegated legislation, abuse of discretionary rights, civil relief