

[건강기능식품] 표시광고법 규정 및 비교광고 관련 실무적 포인트



1. 건강기능식품의 비교 광고가 전면적으로 금지되는 것은 아니지만, 비교광고를 하는 경우 그 비교대상과 비교기준이 명확하여야 하고, 비교 내용과 비교방법이 적정하여야 합니다.

건강기능식품에 관한 법률에서는 비교광고 자체에 대한 금지를 하고 있지 않습니다(건강기능식품에 관한 법률 제 18 조 제 1 항). 다만 건강기능식품 광고에 대한 세부 기준을 정한 건강기능식품에 관한 법률 시행규칙 별표 5 는 특정한 비교광고의 경우 소비자를 기만하거나 오인, 혼동할 우려가 있는 광고로 보아 이를 규제합니다. 구체적으로 동 별표 제 3 호 마목에서는 비교대상과 비교기준이 명확하지 아니하거나 비교내용 및 비교방법이 적정하지 않은 내용의 광고가 소비자 기만, 오인혼동 우려 광고에 해당됨을 밝히고 있습니다.

그러나 이러한 법령 문언만으로는 과연 어떠한 범위까지의 비교광고가 허용되는 것인지가 불명확합니다. 이와 관련하여서는 식품의약품안전처에서 발간한 건강기능식품 기능성표시 광고 가이드라인을 참고하여 볼 필요가 있는데, 동 가이드라인에서는 정당한 비교광고에 해당되는 것인지를 판단하는 기준으로 아래와 같은 점들을 고려하여야 한다고 규정합니다.

- 비교 표시·광고는 소비자에게 사업자나 제품에 관한 유용하고 정확한 정보제공을 목적으로 행하는 것이어야 하며, 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 없도록 하여야 한다.
- 비교 표시·광고는 그 비교대상 및 비교기준이 명확하여야 하며 비교내용 및 비교방법이 적정하여야 한다. 비교 표시·광고는 객관적으로 측정 가능한 특성을 비교하여야 하며 객관적으로 측정이 불가능한 주관적 판단, 경험, 체험, 평가 등을 근거로 다른 사업자 또는 다른 사업자의 제품과 비교하는 표시·광고 범위는 허용되지 않는다.
- 비교 표시·광고는 법령에 의한 시험조사기관이나 사업자와 독립적으로 경영되는 시험·조사기관에서 학술적 또는 산업계 등에서 일반적으로 인정된 방법 등 객관적이고 타당한 방법으로 실시한 시험·조사 결과에 의하여 실증된 사실에 근거하여야 한다.

- 비교 표시·광고가 소비자를 속이거나 또는 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지의 여부는 표시·광고에 나타난 구체적인 비교대상, 비교기준, 비교내용 및 비교방법에 따라 판단되는데 아래의 비교 표시·광고의 경우 원칙적으로 금지되지 않는다.

- 비교대상과 관련하여 동일 시장에서 주된 경쟁관계에 있는 사업자의 제품으로서 자기의 제품과 동종 또는 가장 유사한 제품을 자기의 제품과 비교하는 경우
- 비교기준과 관련하여 가격, 기능성, 품질, 판매량 등의 비교기준이 자기의 제품과 다른 사업자의 제품간에 동일하며, 비교기준이 적정하고 합리적으로 설정된 경우
- 비교내용과 관련하여 비교내용이 진실되고 소비자의 제품선택을 위하여 유용한 경우
- 비교방법과 관련하여 객관적이고 공정하게 비교가 이루어지고, 시험·조사 결과를 인용할 때 그 내용을 정확하게 인용하는 경우

위와 같은 규정 및 공정거래위원회의 비교표시광고에 관한 심사지침 등에 비추어 볼 때 건강기능식품의 비교광고에 있어서는 ㉠그 비교대상과 관련하여 ㉡동일한 원재료 혹은 동일한 기능성을 가지는 제품과 같이 거래통념상 동등한 것으로

인정되는 제품 간, ⑥비교대상을 명확히 밝혀 비교를 하여야 하고, ②비교기준과 관련하여 ①동일한 실험조건 하에서 동일한 평가기준에 의하여 비교하고, ③상이한 원료성분으로 동일한 기능성을 나타내는 제품 간 비교 등 비전형적인 비교에 있어서는 특정 지표 등에 관한 비교광고의 결과가 해당 비교기준의 채택과 불가분적 관계에 있는 것으로 평가될 수 있으므로 이를 명시하여야 하며, ④비교내용과 관련하여 ①허위, 과장된 비교자료를 이용하여서는 아니되고, ②기능성과 관계된 임상결과 등 비교자료를 과장하여 해석하여서는 아니되며, ③비교방법과 관련하여 ①비교결과와 관계없는 사항까지 결과의 해석을 확장하여서는 아니되고, ②시험결과를 왜곡하여서는 아니된다는 기준을 설정하여 볼 수 있습니다.

한편 위와 같은 비교광고의 기준을 준수한다 하더라도 다른 업체 또는 그 업체의 제품을 비방하는 광고는 금지되어 있으므로, 다른 업체나 제품에 대하여 객관적인 근거 없는 내용을 나타내는 광고를 하여서는 아니되며, 특히 비교의 형식을 갖추었다 하더라도 자신 또는 자신의 상품의 우수성보다 타인 또는 타인의 상품에 대한 단점을 부각시킨다거나, 사실에 기초하여 비교를 한다 하더라도 타인의 상품에 중대한 이미지 훼손을 가하는 등 실제보다 타인의

상품이 현저히 열등하거나 불리한 것으로 평가될 수 있는 광고를 하는 것은 금지됩니다.

따라서 특정한 건강기능식품 광고가 허용되지 아니하는 비교광고 혹은 타 제품 비방광고에 해당되는지 여부를 평가하기 위해서는 개개 광고별로 위 기준이 준수되었는지 여부를 살펴보아야 하는 것으로 문제의 뉴트리코어 광고와 같은 경우 이미 허위, 과대광고라는 이유로 식품의약품안전처로부터 행정처분을 받은 바 있음이 확인됩니다. 한편 이와 같은 행정처분 이후에도 동일한 위법행위를 지속하는 경우 이는 별개의 처분대상이 되는 행위로 평가되어 추가적인 행정처분을 받을 수 있음에 유의하여야 합니다.

- 2. 건강기능식품에 관한 법률 또는 표시광고의 공정화에 관한 법률 위반으로 행정처분이 예견되는 경우 처분 전이라면 의견제출, 처분 후라면 행정심판 또는 행정소송을 통하여 당해 처분에 대하여 단계별 대응이 가능합니다.**

위에서 검토한 바와 같이 특정한 광고행위가 위법한 광고로 문제가 되는 경우 이에 대한 법률적 대응은 처분의 사전통지에 기재된 내용을 바탕으로 문제가 되는 각 광고 별 광고의 문구, 비교의 대상, 비교의 기준, 비교의 방법, 비교의

내용 등을 종합적으로 고려하여 해당 광고가 건강기능식품에 관한 법률 및 표시광고 공정화에 관한 법률이 목적하고자 하는 광고행위의 한계를 일탈하였는지 여부를 평가하는 것이 선행되어야 하고 이러한 평가를 바탕으로 해당 광고에 특유한 쟁점을 도출하여 처분청을 설득하거나 법률적으로 다투어야 하는 것으로, 이와 같이 법률적 대응에 개개 광고별 특성의 평가가 필수적인 것이라면 그 평가의 성질 상 비교광고 전반에 통용 가능한 법률적 대응방안을 마련하는 것은 가능하지 않을 것으로 사료됩니다.

다만, 원론적인 차원에서는 위 평가를 바탕으로 처분 전이라면 처분청을 상대로 행정절차법이 보장하는 의견제출 절차를 적극적으로 활용하고, 처분이 이루어진 후라면 행정심판 또는 행정소송을 통하여 대응할 수 있는데, 특히 해당 처분의 위법성이 아닌 부당성을 다투고자 하는 것이라면 행정심판을 통하여 그 처분의 취소를 구하는 것이 바람직할 것입니다.

약사변호사, 건강기능식품, 의료기기, 인허가법률자문, 행정소송, 특허심판소송, 영업비밀

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

