

[건강기능식품광고분쟁] 건강기능식품 과장 및 소비자 기만광고 관련 기소유예 처분 취

소 사례 - 헌법재판소 2018. 1. 25.자 2017헌마38 결정



건강기능식품 시장은 새로운 원료의 개발과 아울러 광고 및 마케팅 기법이 매출에 상당한 영향을 끼치는 시장입니다. 그러나 제품의 본질적 특성과 이를 반영한 관련 규제의 엄격성으로 인하여 광고의 범위는 제한적입니다. 지난 포스팅 (<https://blog.naver.com/kasanlaw/221119537315>) 등으로 당소에서는 건강기능식품의 광고 제한과 관련된 검토 및 여러 판례를 소개하여 드린 바 있습니다. 이번에 소개드릴 결정은 광고 규정 위반으로 인하여 검찰 단계에서 받은 기소유예를 헌법재판소가 취소한 사건입니다.

- 문제가 된 광고의 내용

■ 구성: 유산균 섭취의 효과와 중요성을 강조하는 부분, 균의 종류와 숫자 등 유산균제품의 선택기준을 설명하는 부분, 화학첨가물의 부작용을 설명하는 부분

■ 부작용 설명 부분: 장 건강을 위해서는 화학물질을 삼가야 한다고 강조하는 내용, 유산균제품에도 화학첨가물이 사용되고 있다고 알리는 내용("유산균과 같은 건강기능식품 속에도 맛이나 향, 생산성 향상을 위한 각종 화학첨가물이 투여되고 있으니 이를 따져보아야 한다") 및 이산화규소가 미국에서 발암가능성이 있는 위험물질로 규정되어 있다는 등 화학첨가물의 부작용을 구체적으로 적시하는 내용으로 구성

■ 화학첨가물이 국내 시판중인 상당수의 유산균제품에 부분적으로 사용되고 있고, 화학첨가물의 부작용에 관하여 광고에서 적시한 내용은 국내외 공공기관과 연구기관의 자료를 통해 객관적으로 확인됨

- 피의사실

인터넷 광고에 타사 제품에만 들어가는 이산화규소 등 화학첨가물의 유해성을 적시하여 자사 해당제품의 제조방법·품질·영양소·원재료·성분 또는 효과와 직접 관련이 적은 내용을 강조함으로써 다른 업소의 제품을 간접적으로 다르게 인식되게 하여 결국 **소비자를 기만**

하거나 **오인·혼동시킬 우려**가 있는 광고를 하였다

- 제조방법·품질·영양소·원재료·성분 또는 효과와 직접 관련이 적은 내용을 강조한 것인지

여부(건강기능식품에 관한 법률 시행규칙 별표5 제3호 라목)

■ 유해한 물질을 사용하지 않았다는 내용의 광고는 소비자의 정당한 관심에 호응하는 것으로 원재료에 유해한 물질이 포함되어 있지 않다거나 유해한 물질을 사용하지 않는 공법을 사용하였다는 내용 또는 제품이 부작용 없이 본래의 효능을 발휘한다는 내용이라서 해당제품의 원재료나 제조방법 또는 품질이나 효과에 대해 설명하는 광고라고 보는 것이 상당하다.

■ 자사 제품의 제조방법이나 원재료 또는 품질이나 효과의 우수성을 화학첨가물을 사용하는 타사 제품과의 비교를 통해서 강조하면서 타사제품에 함유된 화학첨가물의 유해성을 설명한 것일 뿐이므로 자사 제품의 제조방법·품질·영양소·성분 또는 효과와 직접 관련이 적은 내용을 강조한 것이라고 보기 어렵다.

- 다른 업소의 제품을 간접적으로 다르게 인식되게 하여 소비자를 기만하거나 오인하도록

하는 것인지 여부(건강기능식품에 관한 법률 시행규칙 별표5 제3호 라목)

■ 광고가 소비자를 기만하거나 소비자로 하여금 오인하도록 하는 것인지 여부는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 광고를 보고 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준

으로 객관적으로 판단하여야 할 것

■ “유산균과 같은 건강기능식품 속에도 맛이나 향, 생산성 향상을 위한 각종 화학첨가물이 투여되고 있으니 따져봐야 한다”라고 쓰인 부분은 유산균의 효능과 선택기준을 설명하는 광고의 전체 맥락 속에서 선택기준의 일부로 화학첨가물의 함유 여부를 따져보아야 한다는 취지로 기재된 것임

■ “화학첨가물이 투여되고 있으니 따져봐야 한다”는 문구를 ‘유산균제품에도 화학첨가물이 들어가는 경우가 있으니 잘 살펴보고 선택하여야 한다’라는 의미를 넘어 ‘다른 업소의 모든 제품 또는 대부분의 제품에 화학첨가물이 들어 있다’라는 의미로까지 해석하기는

곤란

■ 시판되는 유산균제품에 화학첨가물이 사용되는 경우가 상당수 있고 그 화학첨가물의 유해성이 객관적인 자료에 의해 확인됨

∴ 보통의 주의력을 가진 일반 소비자로서 하여금 다른 업소의 제품을 사실과 다르게 인식되도록 하여 기만하거나 오인을 유발하는 것이라고 인정하기 어렵다.

다만 건강기능식품에 관한 법률 시행규칙 별표 5 제3호 라목의 규정은 “해당 제품이 제조방법·품질·영양소·원재료·성분 또는 효과와 직접 관련이 적은 내용을 강조함으로써 다른 업소의 제품을 간접적으로 다르게 인식되게 하는 광고”를 소비자를 기만하거나 오인·혼

동시킬 우려가 있는 표시·광고에 해당하는 경우로 규정하고 있는데, 동 결정에서는 해당 사건에서의 광고가 제조방법 등과 직접 관련이 적은 내용을 강조한 것이 아니라고 판단 하였음에도 이에서 나아가 다른 업소의 제품을 간접적으로 다르게 인식되게 한 것인지 여부를 다시 별도로 판단한 것으로 규정의 체계 측면에서 다소 의문이 드는 결정입니다.

어쨌든 기소유예 결정은 실질적으로 어떠한 처벌을 당하는 것이 아니어서 자칫 대수롭지 않게 생각하고 넘기는 우를 범하기 쉽습니다. 그러나 서두에서 말씀드린 바와 같이 고강도의 광고 금지 규제가 존재하는 시장 특성 및 그 규제의 모호성과 업체간 경쟁에서 기인된 '아슬아슬'한 광고의 집행으로 인하여 영업을 유지함에 있어 형사문제 발생의 위험성은 상존할 수밖에 없을 것으로 보여집니다. 기소유예처분기록이 존재하는 경우 다시 광고 관련 형사문제가 발생할 때 매우 어려운 상황에 직면할 수 있으므로 이를 방지할 필요가 있을 것입니다. 관련 결정을 첨부하여 드립니다.

첨부: 헌법재판소 결정문

유제형 변호사

약사/변호사 식약처 의약품안전국 경력, 약사법, 의료기기법, 법률자문, 행정소송

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