

특별법상 허위·과장광고 및 표시에 관한 형사처벌 조항에 대한 검토

—보건의료 및 생명공학분야를 중심으로—

심 영 주*

- I. 들어가며
- II. 허위·과장 광고 및 표시 규제 일반론
 - 1. 관련 개념 정리
 - 2. 규제의 필요성
 - 3. 규제 연혁
 - 4. 규제 체계와 근거 법률
- III. 개별 법규 상 관련 규정의 구체적 검토
 - 1. 검토대상 법률과 검토의 필요성
 - 2. 관련 규정 개관
 - 3. 구체적 규정의 비교 검토
- IV. 나오며

I. 들어가며

우리는 일상생활에서 수많은 표시와 광고들을 접하게 된다. 지하철과 버스 같은 대중교통에서 우리가 쉽게 볼 수 있는 것들이 광고이며, 우리가 사먹게 되는 제품들에 성분별 함량 등이 표시되어 있는 것들을 볼 수 있다. 또한 집에서

* 논문접수: 2014. 5. 9. * 심사개시: 2014. 5. 10. * 수정일: 2014. 6. 12. * 게재확정: 2014. 6. 14.

* 인하대학교 법학부 강사, 법학박사.

* 이 논문은 2013년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2013S1A5B5A07046688).

TV 시청 중 프로그램 간간이 보게 되는 것이 TV광고이며, 지면신문에서 또한 광고를 볼 수 있고, 인터넷을 통해서도 각종 광고들을 접하게 된다. 그렇다면 이러한 표시와 광고들은 무엇을 위한 것이며, 우리는 이를 통해 무엇을 얻게 될 것인가? 기본적으로 표시와 광고가 과장되지 않은 사실적 내용만을 적시하고 있다면, 우리는 이러한 표시와 광고로부터 표시 또는 광고 대상에 대한 정보를 획득할 수 있으며, 이를 통해 구매여부 등을 적절히 판단할 수 있게 된다. 표시의 경우에도 표시된 내용을 통해 필요한 정보를 취득할 수 있다. 그런데 이러한 정보제공이 적절히 이루어지지 않거나, 잘못된 정보를 제공하게 되면 어떻게 될 것인가? 이 경우 소비자 입장에서 필요한 제품을 적절하게 잘 선택하는데 어려움이 있게 될 것이다. 이러한 점 때문에 광고 및 표시에 관한 적절한 기준과 규제가 필요하게 된다.

이에 허위·과장광고 및 표시를 금지하고 이를 위반하는 경우 처벌하는 규정을 두고 있는데, 이러한 규정들은 각 특별법상 혼재되어 있으며, 대개의 경우 처벌은 형사제재로 이루어지게 된다. 따라서 각 처벌규정들은 기본적으로 특별한 사유가 존재하지 않는 한 형법일반원칙과 이론에서 벗어나면 안 될 것이라 하겠다. 그런데 일반적으로 특별법 상 규정들은 그 태생적 한계¹⁾로 인하여 다른 법률과 비교 시 유사위반행위에 대한 처벌의 정도가 다르게 되어 있는 등의 문제가 지적되고 있다. 이러한 점은 허위·과장광고 및 표시에 관한 규정에서도 마찬가지로 나타나고 있는 것으로 보이는 바, 본고에서는 이러한 점에 대한 문제의식을 가지고 개선방안을 모색해 보고자 한다.

1) 여기에서 태생적 한계라 함은 특별법상 문제의 근본적 원인으로 지적되는, 전체 법체계를 고려치 않고 그때그때의 상황이나 여론에 따라 뻔질식으로 예외적인 내용을 규정하는 입법태도를 의미한다.

II. 허위·과장 광고 및 표시 규제 일반론

1. 관련 개념 정리

관련된 용어의 사전적 정의를 알아보면, 허위란 진실이 아닌 것을 진실인 것처럼 꾸민 것을 의미하고, 과장이란 사실보다 지나치게 불려서 나타내는 것을 의미한다. 그리고 광고란 상품이나 서비스에 대한 정보를 여러 가지 매체를 통하여 소비자에게 널리 알리는 의도적인 활동을 말하며, 표시란 겉으로 드러내 보이는 것을 말한다.²⁾ 한편, 표시광고에 관한 기본법이라 할 수 있는 표시·광고의 공정화에 관한 법률에서도 이와 관련된 용어정의를 찾아볼 수 있다. 거짓·과장의 표시·광고와 기만적인 표시·광고가 그것이다. 전자는 사실과 다르게/사실을 지나치게 부풀려 표시·광고하는 것을 의미하며, 후자는 사실을 은폐하거나 축소하는 방법으로 표시·광고하는 것을 의미한다. 그리고 표시는 상품 또는 용역에 관한 자기 또는 자기의 상품 등의 내용, 거래, 조건, 그 밖의 거래에 관한 사항을 소비자에게 알리기 위해 상품의 용기·포장, 사업장 등의 게시물 또는 상품 등에 관한 권리를 나타내는 증서에 쓰거나 붙인 문자·도형과 상품의 특성을 나타내는 용기·포장이고, 광고는 신문, 인터넷신문, 정기간행물, 방송, 전기통신 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법³⁾으로 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것을 말한다. 결국 허위는 사실과 다름, 즉 거짓을 의미하는 것이고, 과장은 거짓의 정도에 미치지 않지만 사실보다 어느 정도 부풀려진 것을 말하는 것이 된다고 하겠다.

2) 국립국어원 표준국어대사전(<http://stdweb2.korean.go.kr/>).

3) 1. 전단·팸플릿·견본 또는 입장권, 2. 인터넷 또는 PC통신, 3. 포스터·간판·네온사인·애드벌룬 또는 전광판, 4. 비디오물·음반·서적·간행물·영화 또는 연극, 5. 자기 상품 외의 다른 상품, 그 밖에 제1호부터 제5호까지의 규정에 따른 매체 또는 수단과 유사한 매체 또는 수단(표시·광고의 공정화에 관한 법률 시행령 제2조 광고의 방법).

2. 규제의 필요성

사업자 등에 의한 광고나 표시는 생산과 유통 등을 하여 이윤을 남기게 되는 그들 입장에서 볼 때 자신들이 공급하는 상품의 품질이나 가격경쟁력 등에 대해 전달매체를 통해 최대한 홍보하는 것을 통해 가능한 한 많은 고객을 확보하고 판매를 촉진하는 수단으로 기능하게 되며, 소비자 입장에서는 상품이 무엇인지에 대한 정보를 획득하는 수단으로 기능하게 된다.⁴⁾ 즉, 판매하는 사업자 등과 구매하는 소비자 양자의 입장에서 서로 다른 기능을 하게 되는 것이다. 그런데 이러한 광고는 목적지향적 성격을 지니고 있다. 실제 목적이 우선적으로 소비자들의 수요를 자극하여 구매로 이어지도록 하는 것에 있기 때문이다. 다시 말하자면, 단순히 소비자들에게 정보를 제공하는 것을 목적으로 하는 것이 아니라 소비를 유발하기 위한 것이다.⁵⁾ 여기에서 광고나 표시가 허위·과장된 것으로 나타나게 될 소지가 있으며, 바로 이러한 점 때문에 광고·표시에 대한 규제가 필요하다고 하겠다.

3. 규제 연혁

표시·광고의 규제와 관련한 우리나라 최초의 법률은 1980년 12월 31일 제정되어 이듬해 4월 1일부터 시행된 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다)이라 할 수 있다. 동법은 제정 당시 불공정거래행위를 금지하면서 해당규정에서 ‘상품 또는 용역에 관하여 허위 또는 과장된 광고를 하거나 상품의 질 또는 양을 속이는 행위로 경제기획원장관이 지정·고시한 불공정거래행위를 해서는 안된다.’고 명시하였다. 이것은 부당한 표시·광고행위를 불공정거래행위의 한 유형으로 파악한 것이라 할 수 있는데, 이후 몇 차례의 개정을 통해서도 표시·광고 규제 법령 중 거의 모든 업종에 활발히 적용되어 왔다.

그러나 표시·광고에 대한 일반적이고 포괄적인 규제로는 한계가 있었다. 부

4) 이석배, “허위·과장 광고와 사기죄”, 『고려법학』, 제51권, 고려대학교 법학연구원, 2008, 제260면.

5) 이석배, 위의 논문, 제260~261면.

당한 표시·광고행위를 다른 불공정거래행위와 동일한 방법으로 단순히 사후적 규제를 가함으로써 부당한 표시·광고행위에 대해 적절하고 효과적으로 대처하지 못했다는 점에서 그러하다. 또한 시대변화에 따라 사업자 규제를 통한 공정한 거래질서의 확보라는 측면에서 뿐만 아니라 소비자의 선택권 보장 측면에서 접근한 종합적인 대책마련의 필요성이 대두하게 된다.⁶⁾ 이에 표시·광고에 관한 총괄적 규제 규정인 표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하 ‘표시광고법’이라 한다)이 1999년 2월 5일 제정되어 같은 해 7월 1일부터 시행되게 되었다. 종래 공정거래법이 담당해 오던 표시·광고에 대한 규제를 표시광고법에서 담당하게 된 것으로, 공정거래법 상의 관련 규정들은 개정을 통해 삭제되게 되었다.⁷⁾

4. 규제 체계와 근거 법률

표시·광고에 대한 규제는 크게 자율적 규제와 법적 규제로 구분할 수 있을 것이다. 자율적 규제는 강제성이 없고, 업계에서 자율적으로 관련 규범을 만들고 준수하자고 하는 선언적 의미를 가지고 있는 것으로 볼 수 있다. 법적 규제는 자율적 규제와 달리 강제성이 있다. 미준수 시 법률상 제재가 가해질 수 있기 때문이다. 가장 바람직한 규제는 자율규제라 할 수 있겠지만, 시장자율에만 맡겨둘 경우 이를 악용하는 사례가 발생할 수 있으므로, 어느 정도의 법적 규율은 불가피하다고 할 수 있다. 소비자에게 직접 영향을 미치는 상품의 표시·광고에 대한 부분의 경우는 특히 그러하다.

표시·광고에 대한 법적 규제는 각 규제의 목적과 특성에 따라 민사적 규제, 경제법적 규제, 행정적 규제, 형사적 규제 등 다양한 방식으로 이루어진다. 이것은 표시·광고가 다양한 방면에서 다양한 목적과 기법으로 행해지고 있기 때문이다.⁸⁾ 불법행위에 대한 사후적 배상개념으로 민법상 불법행위법에 근거한

6) 박수영, “부당한 표시·광고행위의 성립요건과 유형”, 『기업법연구』, 제13집, 한국기업법학회, 2003, 제274면.

7) 손영화, “일본에서의 표시·광고에 관한 규제”, 『기업법연구』, 제25권 제2호, 한국기업법학회, 2011, 제406면.

민사적 규제가 있을 수 있고, 법률상 의무규정 미 준수에 대한 과태료, 과징금 부과 등 행정적 제재와 이보다 더 강력한 벌금형이나 징역형을 부과하는 형사적 제재가 각 법률의 목적과 기능에 따라 달리 적용 및 작용하게 되는 것이다.

우리나라에는 표시광고법을 표시·광고와 관련한 일반적인 규제법률로 하여, 결혼중개업의 관리에 관한 법률, 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률, 식품위생법, 의료법, 약사법 등 다양한 분야의 각 법률들에서 허위·과장광고에 대한 사항을 규제하고 있다. 이와 관련하여 표시광고법과 표시·광고에 관한 개별 법률들은 입법목적과 적용영역을 달리하기 때문에 타방에 대하여 특별법적 지위를 가지지 않고 서로 병렬적 지위를 가진다고 보는 견해가 있다.⁹⁾ 그러나 표시·광고에 관한 개별 법률들이 입법목적과 적용영역을 달리 하기에 서로 병렬적 지위를 가진다는 점에 있어서는 의문이 없으나, 표시광고법과의 관계에서도 병렬적 지위를 가진다고 보는 것에는 다소 무리가 있다고 생각된다. 왜냐하면 표시광고법은 표시·광고와 관련한 일반적인 내용을 담고 있는 표시광고에 대한 기본법적 성격을 가지고 있기 때문이다. 따라서 표시·광고에 관한 법적 규제에 있어서는 표시광고법을 기본으로 하되, 각 개별법의 특성을 고려, 각 개별법을 특별법의 지위에 있는 것으로 보고, 특별한 규정이 없으면 표시광고법을 적용하고, 그렇지 않은 경우 특별법 우선의 원칙에 따라 각 개별법에서 정하는 제재에 따르는 것이 옳다고 생각된다.

III. 개별 법규 상 관련 규정의 구체적 검토

1. 검토대상 법률과 검토의 필요성

본 논문은 허위·과장 표시 및 광고에 대한 형사처벌 규정을 검토 대상으로

8) 한건우·장연화, “건강기능식품의 광고규제에 관한 법적 문제점과 개선방안”, 『공법연구』, 제36집 제2호, 한국공법학회, 2007, 제277면.

9) 한건우·장연화, 앞의 논문, 제277면 참조.

삼고 있는 바, 표시·광고에 대한 일반법이자 기본법인 표시광고법이 우선 검토 대상이 될 것이며, 허위·과장 표시 및 광고에 대한 규정들 중에서도 보건의료 분야 및 생명공학분야로 범위를 한정하였으므로, 보건의료 및 생명공학분야 법률들 중 허위·과장 표시 및 광고에 대한 금지 규정을 두고 있는 법률들이 구체적 검토 대상이 된다. 허위·과장 표시 및 광고에 대한 규정을 두고 있는 해당 법률들을 검색해 본 결과 의료법, 약사법, 식품위생법, 건강기능식품에 관한 법률(이하 ‘건강기능식품법’이라 한다), 생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 ‘생명윤리법’이라 한다), 유전자변형 생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률(이하 ‘LMO법’이라 한다), 농수산물품질관리법으로 그 대상 범위가 한정되었다.

표시 광고법은 표시·광고와 관련한 기본적인 내용을 담고 있는 기본법적 성격을 가진 법으로, 표시·광고와 관련한 규제와 처벌에 대한 기준이 될 수 있다. 그 다음으로 의료법과 약사법은 보건의료분야의 가장 대표적인 양대 법률로, 의료법은 의료광고와 관련한 규정을 두고 있고, 약사법은 의약품 등과 관련한 과장광고 등을 금지하는 규정을 두고 있다. 생명윤리법은 생명공학분야의 규제와 관련한 대표적 법률로, 유전자 검사 기관에 대한 허위표시와 광고에 대한 규제를 하는 규정을 두고 있다. 그리고 LMO법과 농수산물품질관리법 및 식품위생법은 허위표시 등에 관한 규제를 내용으로 하는 규정을 포함하고 있다. 유사 분야의 유사한 구성요건위반행위에 대한 처벌을 내용으로 하고 있으므로, 비교, 검토하여 법정형의 균형을 비교하고 처벌의 적정성 여부에 대해 생각해 볼 수 있을 것이다.

2. 관련 규정 개관

가. 표시광고법

표시광고법은 상품 또는 용역에 관한 표시·광고를 할 때 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자

를 보호함을 목적으로 제정되어 시행되고 있다. 이를 위해 부당한 표시·광고의 행위를 금지하는 규정을 두고 있는데, 여기에서 금지하고 있는 행위 유형 중 하나가 거짓·과장의 표시·광고이다. 이와 관련한 구체적 내용은 하위법령인 시행령에 위임하여 규정하고 있다. 이러한 금지규정을 위반하여 부당한 표시·광고 행위를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 하게 한 사업자등은 벌칙규정에 따라 징역 또는 벌금형에 처해진다.

나. 의료법과 약사법

국민의 건강을 보호하고 증진하는 것을 목적으로 필요한 사항을 규정하고 있는 의료법은 이를 위한 구체적 규정의 하나로 의료광고의 금지와 관련한 규정을 두고 있다. 이에 따르면 의료법인·의료기관 또는 의료인은 거짓이나 과장된 내용의 의료광고를 하지 못한다. 이를 위반할 경우, 시정명령이나 개설허가 취소 등 행정조치를 취할 수 있도록 규정하고 있으며, 벌칙규정으로 징역형과 벌금형을 규정하고 있다.

약사법은 의약품·의약외품의 제조·조제·감정·보관·수입·판매와 그 밖의 약학 기술에 관련된 사항인 약사(藥事)에 관한 일들이 원활하게 이루어질 수 있도록 필요한 사항을 규정하여 국민보건 향상에 기여하는 것을 목적으로 하여 제정·시행되고 있는 법이다. 이러한 목적달성을 위한 여러 구체적 규정들 중 의약품 등의 명칭 등과 관련하여 거짓·과장광고를 하지 못하도록 하는 규정이 있는데, 이러한 내용 위반 시 벌칙규정에 따라 징역형 또는 벌금형에 처해진다.

다. 건강기능식품법, 식품위생법

식품으로 인하여 생기는 위생상의 위해를 방지하고 식품영양의 질적 향상을 도모하며 식품에 관한 올바른 정보를 제공하여 국민보건의 증진에 이바지함을 목적으로 제정·시행되고 있는 건강기능식품법은 이러한 목적을 달성하

기 위한 다수의 규정들 중, 허위·과대·비방의 표시·광고를 금지하는 규정을 두고 있다. 사실과 다르거나 과장된 표시·광고나 소비자를 기만하거나 오인·혼동시킬 우려가 있는 표시·광고를 하는 경우 건강기능식품에 대한 오해를 불러일으키고 소비자의 올바른 선택을 저해할 수 있기 때문이다. 따라서 이러한 규정 위반 시 징역형이나 벌금형을 선고받게 되며, 징역형과 벌금형은 병과 가능하도록 하고 있다.

식품으로 인해 발생할 수 있는 위생상의 위해를 방지하고 식품에 관한 올바른 정보를 제공하기 위한 내용들에 대해 규정하고 있는 식품위생법은 사실과 다르거나 과장된 표시광고나 등을 금지하는 것을 통해 식품에 관하여 소비자가 올바른 정보를 제공받을 수 있도록 하고 있다. 식품위생과 관련한 부분은 보건과도 관련된 내용이라 할 수 있겠으나, 식품위생법에는 특히 생명공학분야와 관련된 규정도 있는데, 유전자재조합식품에 대한 부분이 그것이다. 유전자재조합식품이란 생물의 유전자 중 유용한 유전자만을 취하여 다른 생물체의 유전자와 결합시키는 등의 유전자재조합기술을 활용하여 재배·육성된 농산물·축산물·수산물 등을 주요 원재료로 하여 제조·가공한 식품 또는 식품첨가물을 말하는 것¹⁰⁾으로, 생명공학기술을 이용해 생산된 원재료를 이용하여 가공된 식품을 소비자가 알고 선택할 수 있도록 관련 정보를 표시하도록 규정하고 있다. 이러한 표시가 없으면 판매 등을 할 수가 없고, 이를 허위로 표시해서도 안 되며, 위반 시 벌금형이나 징역형을 선고받게 된다.

라. 농수산물품질관리법

농수산물의 안전성을 확보하기 위한 목적으로 품질을 관리하기 위한 내용들에 대해 규정하고 있는 농수산물품질관리법은 앞에서 살펴본 다른 법령들과 비교하여 상대적으로 보건의료나 생명공학분야와의 관련성이 크게 있어 보이지 않는 법령이지만, 생명공학분야와 관련된 규정이 있다. 바로 유전자변형농

10) 식품위생법 제12조의2 제1항.

수산물에 관한 부분이 그것이다. 유전자변형농수산물은 인공적으로 유전자를 분리하거나 재조합하여 의도한 특성을 갖도록 한 농수산물¹¹⁾로, 생명공학기술을 이용하여 변형생산한 산물인데, 대량의 생산이 가능하다는 장점이 있지만, 원래의 것에 인위적으로 조작하여 형질을 변형시킨 부분이 있기 때문에 우리에게 미칠 수 있는 영향이 아직 축적되거나 알려진 바는 없으나, 혹시 장래에라도 미치게 될 수 있는 영향을 구매자가 알고 선택할 수 있도록 관련 정보를 표시하도록 규정하고 있다. 이러한 표시의무를 위반한 자에 대하여는 과태료를 부과하고, 이러한 표시를 거짓으로 하거나 혼동하게 할 우려가 있는 표시 등을 한 경우에는 징역형 또는 벌금형을 선고하도록 하고 이러한 징역과 벌금형은 병과하는 것이 가능하도록 하는 한편, 표시의무위반에 대하여 시정명령 등을 한 경우 이에 응하지 않았을 시에도 징역형 또는 벌금형을 선택하여 선고하도록 규정하고 있다.

마. 생명윤리법

생명윤리법은 관련 연구 시 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 끼치는 것을 방지함으로써 생명윤리 및 안전을 확보하는 것을 통해 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 하고 있다. 유전자 검사기관 등의 준수사항에 대해 규정하면서, 유전자검사기관 등이 유전자 검사에 관하여 허위표시 또는 과대광고를 해서는 안되고, 이 규정에 의한 허위표시 또는 과장광고의 범위를 보건복지부령으로 정하도록 규정하고 있는데, 이를 위반한 경우 징역형과 벌금형에 처하도록 규정하고 있다.

바. LMO법

유전자변형생물체의 개발·생산·수입·수출·유통 등에 관한 안전성의 확보를 위해 필요한 사항을 정하여 유전자변형생물체로 인한 국민의 건강과 생물

11) 농수산물품질관리법 제2조 제11호.

다양성의 보전 및 지속적인 이용에 미치는 피해를 사전에 방지하기 위한 목적으로 제정하여 시행하고 있는 LMO법은 이를 담보하기 위한 여러 가지 절차를 규정하고 관련자가 이를 따르도록 하고 있다. 전체 6개의 장으로 구성되어 있는 동법은 유전자변형생물체의 수출입 등 및 안전관리와 관련한 내용을 제2장에서 규정하고 있으며, 여기에서 규정하고 있는 신고, 허가 등과 관련한 제반 사항을 위반할 경우 처벌하는 규정을 두고 있는데, 그 정도에 따라 총 4개의 형벌을 규정하고 있고, 농수산물품질관리법이나 식품위생법 관련 규정과 달리 징역형과 벌금형의 병과규정은 두고 있지 않다.

3. 구체적 규정의 비교 검토

표시·광고와 관련된 규제들은 표시광고법을 기본으로 하여 앞에서 간략하게 언급하였던 법들에 개별적으로 각 허위·과장 광고 및 표시에 관한 내용들이 규정되어 있다. 관련 내용을 간단하게 표로 정리하면 <표3-1>과 같다.

허위·과장광고나 표시를 금지하는 것과 관련하여 구성요건상 형벌의 규정

<표 3-1> 허위·과장 광고 및 표시와 관련한 개별 규정의 구성요건과 처벌 비교

법명	구성 요건	처벌 정도	수범자
표시 광고법	소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고 행위로써 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 거짓·과장의/기만적인 표시·광고	2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금	사업자 등
의료법	금지된 방법과 형태의 의료광고 외의 의료광고를 행하면서 거짓이나 과장된 내용의 의료광고	1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금	의료법인·의료기관 또는 의료인
약사법	의약품 등의 명칭 등에 관하여 거짓 또는 과장광고	1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금	특별한 언급 없음
건강기능 식품법	건강기능식품의 명칭, 성분 등에 관하여 사실과 다르거나 과장된/ 소비자를 기만하거나 오인·혼동시킬 우려가 있는 표시·광고	<ul style="list-style-type: none"> • 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금 • 징역형과 벌금형 병과 가능 	누구든지

법명	구성 요건	처벌 정도	수범자
식품위생법	질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고	<ul style="list-style-type: none"> • 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금¹²⁾ • 징역형과 벌금형 병과 가능 	누구든지
	식품등의 명칭, 품질 등/ 유전자재조합식품등의 표시에 관하여 사실과 다르거나 과장된 / 소비자를 기만하거나 오인·혼동시킬 우려가 있는 표시	<ul style="list-style-type: none"> • 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금 • 징역형과 벌금형 병과 가능 	
농수산물 품질관리법	유전자변형농수산물의 표시를 거짓으로 하거나 혼동하게 할 우려가 있는 표시를 하는 행위 유전자변형농수산물의 표시를 혼동하게 할 목적으로 그 표시를 손상·변경하는 행위	<ul style="list-style-type: none"> • 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금 • 징역형과 벌금형 병과 가능 	유전자변형 농수산물 표시의무자
생명윤리법	유전자검사에 관하여 거짓표시 또는 과대광고	1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	유전자검사 기관
LMO법	유전자변형생물체 또는 그 유전자변형생물체의 용기나 포장 또는 수입송장에 정하는 사항의 표시를 거짓으로 하거나 이를 임의로 변경하거나 삭제	1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	누구든지

과 유사하거나 동일한 규정은 없는 것으로 보인다. 다만, 표시·광고의 공정화에 관한 법률을 기본법으로 하여, 해당 내용을 담고 있는 규정들은 개별법에 산재되어 있으며, 각 법의 벌칙규정에서 해당행위 위반 시 처벌하도록 규정하고 있다. 그리고 개별법 상 표시·광고와 관련된 금지규정들 대부분은 허위·과장의 표시 및 광고를 금하는 것들이다. 이 중 보건의료 및 생명공학분야에의 해당 규정은 앞에서 살펴본 바와 같다.

그렇다면, 이러한 규정들은 어떠한 문제가 있는가? 법정형의 균형을 상실하고 있음이 비교표를 통해 자명하게 나타나고 있다. 각 규정들은 모두 허위·과

12) 2014년 3월 18일 법 개정으로 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금으로 징역형 상한선 10년으로 변경되었으며, 2014년 9월 19일부터 시행될 예정이다.

장의 광고 및 표시에 관한 사항에 대한 것이라는 점에 있어 공통되며, 크게 보건·의료 및 생명공학분야에 관한 규율이라는 점에 있어서도 공통된다. 구체적으로 살펴보면, 완전히 일치하는 공통분모를 찾기가 쉽지는 않지만, 대략적으로 일치하는 부분은 발견되는데, 의료법과 약사법 상 규정의 경우, 국민건강과 보건을 위한 내용을 규율하는 것을 목적으로 한다는 점에서 공통되는데, 의료행위와 의약품 모두 국민 건강과 보전에 직접 관련이 된다는 점에서 일치함에도 불구하고 이에 대한 허위·과장의 광고 및 표시에 대한 규제에 있어 위반 시 제재의 징역형은 일치하나 이에 벌금형 액수가 차이나는 점을 논리적으로 설명하기 어렵다.

한편, 규율 내용을 보면 공정거래위원회 소관 법률들은 사업자를 대상으로 하는 것들이 많은 바, 대체로 벌칙규정에서의 법정형이나 벌금형과 과태료에 따른 규제와 처벌 정도가 중하다고 할 수 있다. 이러한 점을 고려한다면, 공정거래위원회 소관 법률인 표시·광고의 공정화에 관한 법률상 처벌규정이 무거운 점은 대체로 수범자를 사업자나 그 단체로 한다는 점에 있어 입법취지를 고려한 내용 상 불가피한 면이 어느 정도 있을 수 있음에도 불구하고, 기본법보다 개별법의 규정이 더 가벼운 규제를 하고 있는 것은 전체 법체계 상 일반법이나 기본법 규정보다 개별법 규정에서 예외적이거나 특수한 경우를 규율하는 현실을 고려할 때 일관되지 않는 부분이기 때문에 문제의 소지가 있다고 생각된다. 일관성을 위해 기본법인 표시광고법에서 원칙적인 사항만을 규제하고 구체적인 내용은 각 개별법에 위임하는 것이 바람직하다고 하겠다.

또한 형법상 유사규정은 없으나, 허위·과장광고 및 표시를 통해 다른 사람을 속이고 유인하여 이득을 취할 수 있다는 점에 있어서는 형법상 개인적·사회적 법익에 관한 죄와 법익이 유사하고, 사기죄 등의 구성요건과 비교하여 법정형을 합리적으로 정하는데 참고할 수 있을 것이라 생각된다.¹³⁾ 한편, 형법

13) 이와 관련하여 허위·과장광고와 사기죄에 대한 논의가 형법학계에서는 이미 있었다. 이른바 백화점 변칙세일 사건(대법원 1992.9.14. 선고 91도2994판결)에 대한 대법원 판결이 그 단초를 제공하였는데, 대법원은 판결에서 '사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상

상 사기죄로 규율 가능한 경우 개별법에서 특별히 따로 규정할 이유가 없는 한 처벌규정을 별도로 두는 것은 바람직하지 않다고 할 수 있으나, 각 개별법 상 목적과 보호대상과 내용에 있어서 일부 차이가 있다고 할 수 있는 점을 고려할 때, 개별법에 처벌규정을 두는 것은 불가피하다. 다만, 이러한 경우에도 앞서 언급한 바와 같이 전체 법체계에 있어서의 균형과 일관성은 무너트리지 않는 선에서만 허용된다고 하겠다.

이상과 같은 점은, 표시광고법 상 관계 행정기관의 장이 사업자등에게 표시·광고를 금지 또는 제한하거나 표시·광고하도록 의무를 부과하는 것을 내용으로 하는 법령을 제정하거나 개정할 때에는 미리 공정거래위원회와 협의하여야 한다는 의무규정을 두고 있는 것¹⁴⁾의 실제 활용을 통해 실현이 가능할 것이다. 표시광고법이 표시·광고와 관련한 기본법으로서의 기능을 가지고 중심축을 담당하는 한편, 다양한 분야와 주무관청이 있는 개별 특별법들을 입법하거나, 표시·광고 관련 규정을 개정할 때에 부처협의를 통해 일관성 있고 균형 있는 법정형을 설정할 수 있는 것이다.¹⁵⁾

의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 및 소극적 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말하며 사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있고, 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 아니하는바, 일반적으로 상품의 선전, 광고에 있어 다소의 과장, 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 거래상의 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 과장, 허위광고의 한계를 넘어 사기죄의 기망행위에 해당한다.'고 하면서 '현대산업화 사회에 있어 소비자가 갖는 상품의 품질, 가격에 대한 정보는 대부분 생산자 및 유통업자의 광고에 의존할 수밖에 없고 백화점과 같은 대형유통업체에 대한 소비자들의 신뢰(정당한 품질, 정당한 가격)는 백화점 스스로의 대대적인 광고에 의하여 창출된 것으로서 이에 대한 소비자들의 신뢰와 기대는 보호되어야 한다고 할 것인바, 종전에 출하한 일이 없던 신상품에 대하여 첫 출하시부터 종전가격 및 할인가격을 비교표시하여 막바로 세일에 들어가는 이른바 변칙세일은 진실규명이 가능한 구체적 사실인 가격조건에 관하여 기망이 이루어진 경우로서 그 사술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘은 것이어서 사기죄의 기망행위를 구성한다.'고 하여 상품의 허위, 과장광고가 사기죄의 기망행위에 해당하는 경우로 보고, 대형백화점에서의 이른바 변칙세일이 사기죄의 기망행위를 구성한다고 하였다. 이에 대한 자세한 조망과 논의는 이석배, "허위·과장 광고와 사기죄", 『고려법학』, 제51권, 고려대학교 법학연구원, 2008; 이승준, "과장·허위광고와 사기죄의 기망-판례를 중심으로-", 『형사법연구』, 제21권 제1호, 한국형사법학회, 2009.

14) 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제13조.

IV. 나오며

일반적으로 특별법 입법의 취지는 현행 법률로 규율하기 어려운 내용을 규율하거나 가중처벌할 목적이라 할 수 있다. 그런데 허위·과장 광고나 표시의 경우에는 이러한 부분에 있어 그 궤를 벗어나고 있으므로, 원칙적용 가능성과 적정성 여부에 대해 살펴볼 필요가 있었다. 그 결과 허위·과장 광고 및 표시의 경우 형법 상 사기죄로 규율할 가능성이 있음이 확인되었다. 형법에 규정이 있지만 특별법 상 규정이 따로 존재할 경우에는 특별법 우선의 원칙에 따라 특별법이 적용되는데, 해당 내용의 경우 이러한 원칙이 적용되게 될 경우, 형법상 사기죄의 처벌정도보다 오히려 가볍게 처벌되는 결과가 발생하게 된다. 또한 표시·광고를 규율하는 기본법적 성격을 가진 표시광고법의 해당 규정 위반 처벌규정과도 균형성을 상실하여 전체 법체계의 혼란을 야기한다고 할 수 있겠다. 그 밖에도 형법 상 사기죄와 비교하여 벌금의 액수는 고액이지만 자유형은 상대적으로 법정형이 낮은 경향도 정당성 여부가 문제될 수 있다. 따라서 해당 규정은 검토를 통해 정비되어야 하고, 이러한 관점에서 다른 특별법상 처벌규정도 정비해 나갈 필요가 있다. 형벌의 균형성을 꾀하고 중복성을 배제해야 하는 것이다. 이러한 정비는 개별 법령의 구체적인 분석을 통한 구성요건 간의 차이점 검토를 통해 이루어져야 할 것인 바, 본 논문에서는 이에 대한 구체적 부분에 대해서는 다루지 않았다는 점에서 미완이라고 할 수 있으며, 이러한 부분은 추후 연구과제로 삼아 계속 탐구해 보고자 한다.

주제어: 특별법, 허위·과장광고 및 표시, 형사처벌, 사기, 보건의료·생명공학

15) 이러한 부처협의를 현실적으로 잘 이루어지고 있는 것 같지 않다. 따라서 이러한 규정에 따른 사전 협의 및 타 법령 검토가 선행되어야만 법령 간 상호조화를 이루고 중복이나 상충되지 않는 입법이 가능하게 될 것이다.

[참 고 문 헌]

- 김지선, 『허위, 과장광고의 규제실태 및 개선 방안』, 한국형사정책연구원, 1999.
- 박수영, “부당한 표시·광고행위의 성립요건과 유형”, 『기업법연구』, 제13집, 한국기업법학회, 2003.
- 성승제, 『상표와 서비스에 대한 표시·광고 공정화법 개선방안연구』, 한국법제연구원, 2011.
- 손영화, “일본에서의 표시·광고에 관한 규제”, 『기업법연구』, 제25권 제2호, 한국기업법학회, 2011.
- 오영근, 『형법총론(3판)』, 박영사, 2014.
- _____, 『형법각론(2판)』, 박영사, 2009.
- 이기중, “기만적 표시·광고의 규제-미국법에 대한 비교법적 고찰을 중심으로-”, 『경제법연구』, 제10권 제2호, 한국경제법학회, 2011.
- 이석배, “허위·과장 광고와 사기죄”, 『고려법학』, 제51권, 고려대학교 법학연구원, 2008.
- 이승준, “과장·허위광고와 사기죄의 기망-판례를 중심으로-”, 『형사법연구』, 제21권 제1호, 한국형사법학회, 2009.
- 정정일, “의료광고의 허용한계와 법률적 쟁점”, 『법조』, 제57권 제4호, 법조협회, 2008.
- 한건우·장연화, “건강기능식품의 광고규제에 관한 법적 문제점과 개선방안”, 『공법연구』, 제36집 제2호, 한국공법학회, 2007.

A Review about the Penal Provision relating False and Exaggerated Advertising · Indication of the Special Law - Centering on the area of Health · Medical · Biotechnology -

Shim, Young Joo

Inha University College of Law

=ABSTRACT=

Advertisements and labels provided by businesses are highly likely to contain false or exaggerated content because of the business's purposes. In these cases, it is difficult to deliver proper information to consumers, and regulation is necessary to some extent. In particular, information delivery is more important in the health · medical and biotechnology areas than any other because of their specialized characteristics. The Fair Labeling and Advertising Act regulates ordinary content for labels and advertisements, while individual laws stipulate regulations for false or exaggerated advertisements and labels. Criminal law might apply in fraud cases depending on their characteristics. Therefore, consistency is needed among criminal fraud laws and regulations, the Act on Fair Labeling and Advertising, and legal punishment. However, a review of all these laws found that there is no such consistency. Accordingly, this paper asserts the need for improvement in this area.

Keyword: Special law, False or Exaggerating Advertising and Labeling, Criminal Punishment, Fraud, Health&Medical · Biotechnology

* This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government(NRF-2013S1A5B5A07046688)