

식품안전정보원·한국소비자법학회 공동학술대회

2023년 소비자를 위한 식품 표시제도 및 손해배상 쟁점

일시 | 2023. 6. 8. (목) 13:30 ~ 17:30

장소 | 연세대학교 법학전문대학원 광복관 별관 국제회의장

주최 | 식품안전정보원, 한국소비자법학회

식품안전정보원·한국소비자법학회

학술대회 진행순서

사회 : 권소영 부장(식품안전정보원)

시 간	내 용
13:30-13:50 (20분)	등록 및 내빈소개
13:50-13:55 (5분)	개회사 임은경 원장(식품안전정보원)
13:55-14:00 (5분)	환영사 고형석 회장(한국소비자법학회·한국해양대학교 교수)
	제 1 부 좌장 : 이승용 교수 (동국대학교 식품의약품 규제정책학과, 전 대전 식품의약품안전청장)
발제 1 14:00-15:00	제1주제 미국 식품법상 네이밍 원칙과 이미테이션 푸드의 관계 발표 : 이주형 실장 (식품안전정보원 정책연구실) 토론 : 김도년 팀장 (한국소비자원 소비자지향성개선팀) 김미연 변호사 (법무법인 바른)
발제 2 15:00-16:00	제2주제 대체 성분과 식품의 표시 - EuGH, 01.12.2022 - C-595/21 사전결정 (Vorabentscheidung)을 중심으로 - 발표 : 박신욱 교수 (경상국립대학교 법학과) 토론 : 임대성 교수 (단국대학교 자유교양대학) 오나희 박사 (식품안전정보원 법규제연구부 선임연구원)
16:00-16:20	휴 식
	제 2 부 좌장 : 이은영 교수 (전북대학교 법학전문대학원)
발제 3 16:20-17:20	제3주제 미국 식품관련 손해배상 특징 및 최근 연방대법원 판례 분석 발표 : 서종희 교수 (연세대학교 법학전문대학원) 토론 : 정신동 교수 (강릉원주대학교 법학과) 송도영 변호사 (법무법인 비트)
17:20-17:30	폐 회 (사진촬영)

목 차

개 회 사	1
임은경 식품안전정보원 원장	
환 영 사	3
고형석 한국해양대학교 교수, 한국소비자법학회 회장	
발 제1	
미국 식품법상 네이밍 원칙과 이미테이션 푸드의 관계	5
발제자 이주형 식품안전정보원 정책연구실 실장	
토론자 김도년 한국소비자원 소비자지향성개선팀 팀장	
김미연 법무법인 바른 변호사	
발 제2	
대체 성분과 식품의 표시	31
발제자 박신욱 경상국립대학교 교수	
토론자 임대성 단국대학교 교수	
오나희 식품안전정보원 선임연구원	
발 제3	
미국 식품관련 손해배상 특징 및 최근 연방대법원 판례 분석	49
발제자 서종희 연세대학교 법학전문대학원 교수	
토론자 정신동 강릉원주대학교 교수	
송도영 법무법인 비트 변호사	



식품안전정보원
원장 임 은 경

안녕하십니까?

식품안전정보원장 임은경입니다.

작년과 재작년에 이어 올해 세 번째로 한국소비자법학회와 공동으로 식품안전과 소비자보호를 논의하기 위한 학술대회를 개최하게 되어 매우 뜻깊게 생각합니다. 이번 학술대회를 함께 주최해주신 한국소비자법학회 고형석 회장님을 비롯한 관계자 여러분께 진심으로 감사드립니다.

식품 표시제도는 소비자에게 올바른 정보를 제공함으로써 소비자가 알고 선택할 수 있는 권리를 보장하는 것을 목적으로 하는 제도이며, 식품에 있어 손해배상은 특성상 손해에 대한 입증이 어려워 피해자 구제를 위한 합리적 제도개선이 지속적으로 요구되어 있는 분야입니다. 이러한 두 제도 모두 소비자 알권리 충족과 소비자 보호 입장에서 역할과 중요성이 매우 큰 만큼, 제도의 목적 달성을 위해서는 기업에서 제품에 올바른 표시를 하고 기업과 소비자 간 합리적인 손해배상이 이루어질 수 있도록, 지속적으로 해외 선진사례 연구와 논의를 통해 제도 개선책을 마련하는 것이 필수적이라고 판단됩니다.

이에 본 학술대회는 미국 식품법상 네이밍 원칙과 이미테이션 푸드의 관계, 최

근 독일 판례를 중심으로 한 대체 성분과 식품의 표시, 그리고 미국의 식품관련 손해배상 특징과 최근 판례에 대해서 식품과 소비자법의 전문가들이 함께 논의하는 자리로 마련하였습니다.

오늘 이 자리가 식품 표시제도와 손해배상의 제도적 발전방안을 모색하기 위한 진지하고 활발한 소통의 장이 되기를 기대합니다.

마지막으로 오늘 학술대회를 함께 개최하여 주신 한국소비자법학회 고흥석 회장님과 좌장을 맡아주신 동국대학교 이승용 교수님, 전북대학교 이은영 교수님, 그리고 발제를 맡아주신 경상국립대학교 박신욱 교수님, 연세대학교 서종희 교수님께도 깊이 감사드립니다.

또한 바쁘신 와중에도 토론에 참여해주신 한국소비자원 김도년 팀장님, 법무법인 바른 김미연 변호사님, 단국대학교 임대성 교수님, 강릉원주대학교 정신동 교수님, 법무법인 비트 송도영 변호사님께도 진심으로 감사드립니다.

마지막으로 다시 한 번 오늘의 자리를 빛내주신 모든 분께 감사의 말씀을 드립니다. 이 자리를 빌어 여러분의 건강과 건승을 기원합니다.

감사합니다.

2023. 6. 8.

식품안전정보원 원장 임 은 경



한국소비자법학회
회장 고형석

안녕하십니까? 한국소비자법학회 회장 고형석입니다.

식품안전분야에서의 소비자권익을 보호하고 증진하기 위해 2021년부터 시작된 식품안전정보원과의 공동 세미나가 3회째를 맞이하고 있습니다. 매 세미나를 함께 주최해주신 식품안전정보원 임은경 원장님과 관계자 분께 진심으로 감사를 드립니다.

소비자는 다양한 재화를 소비하면서 생을 영위하고 있습니다만, 그 중 가장 중요한 것은 식품이라고 할 것입니다. 이러한 식품은 단지 소비자가 식(食)이라는 기본적인 욕구를 충족하기 위한 재화에 그치는 것이 아닌 건강한 생을 유지하기 위한 필수재이기 때문에 건강한 장수를 기대하고 있는 현대 소비자의 식품에 대한 관심은 매우 높습니다.

그러나 위해식품이 통용되거나 미표시 또는 오표시에 따라 소비자가 식품을 오용할 경우에 소비자의 생명 또는 신체에 회복불가능한 피해가 발생할 수 있기 때문에 식품안전, 즉 위해식품의 유통 또는 식품의 오용을 방지하는 것은 소비자권익보호에 있어서 첫 번째라고 할 수 있습니다. 이와 더불어 식품안전사고로 인해 소비자피해가 발생하였을 경우에 효율적인 피해구제는 소비자의 적기 치료와 회복을 위해 필수적인 사항입니다.

이러한 측면에서 오늘 세미나는 소비자가 올바른 식품 선택과 소비에 필요한 정보의 제공 및 식품안전사고의 발생에 따른 효율적 피해구제에 관해 논의를 한다

는 점에서 의미가 크다고 할 수 있습니다.

이러한 논의를 위해 발제를 맡아 주신 식품안전정보원 이주형 실장님, 경상국립대학교 박신욱 교수님 그리고 연세대학교 서종희 교수님께 깊은 감사의 말씀을 전합니다. 또한 동국대학교 이승용 교수님과 전북대학교 이은영 교수님의 사회를 통해 이루어지는 토론은 한국소비자원 김도년 팀장님, 법무법인 바른 김미연 변호사님, 단국대학교 임대성 교수님, 식품안전정보원 오나희 박사님, 강릉원주대학교 정신동 교수님, 법무법인 비트 송도용 변호사님이 맡아 주십니다. 사회와 토론을 맡아 주신 분께도 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

오늘의 발제 및 토론이 식품안전분야에서 소비자권익의 보호가 한층 더 강화되고, 증진될 수 있는 계기가 되기를 기대합니다.

바쁘신 와중에서 이 자리에 참석해 주신 모든 분들에게 감사의 말씀을 전하면서 이상으로 환영사를 마치겠습니다.

감사합니다.

2023년 6월 8일

한국소비자법학회 회장 **고 형 석**

발제 1

미국 식품법상 네이밍 원칙과 이미테이션 푸드의 관계

발제자 이주형 식품안전정보원 정책연구실 실장

토론자 김도년 한국소비자원 소비자지향성개선팀 팀장

김미연 법무법인 바른 변호사

미국 식품법상 네이밍 원칙과 이미테이션 푸드의 관계

이 주 형*

목 차

I. 서론

II. 식품의 정체성 기준

1. 식품기준의 시작

가. 기준 부재의 한계

나. 식품기준의 표준화

2. 정체성 확인기준으로서의 레시피

3. 소비자 기만 및 오인혼동 방지

4. 레시피 식별기준의 문제점

가. 행정 부담

나. 소비자의 선택권과 혁신의 제한

다. 진입장벽

라. 특수이익단체의 렌트 추구(Rent-Seeking)

III. 합리적 소비자 기준과 모조식품

1. 허위표시

2. 합리적 소비자

3. 모조식품

IV. 정체성 기준의 완화와 정보표시 규제로의 전환

1. 정체성 기준의 완화

2. 관용적 또는 통용적 명칭

3. 모조품의 영양학적 열등성

4. FDA의 식물성 대체우유의 라벨링에 관한 산업 지침

V. 결론

* 식품안전정보원 정책연구실장/수석연구원, 법학박사

I. 서론

2022년 12월, 식품의약품안전처(식약처)가 행정 예고한 ‘식품의 기준 및 규격(식품기준 규격)’ 개정안¹⁾은 대체식품을 ‘동물성 원료 대신 식물성 원료, 미생물, 식용곤충, 세포배양물 등을 주원료로 사용’한 일련의 가공품, 포장육과 ‘유사한 형태, 맛, 조직감 등을 가지도록 제조’한 제품이라 정의했다. 이 중에서도 현재 시장에서 쉽게 찾아볼 수 있는 식물성 대체식품에 대한 ‘고기·우유’ 등의 용어사용을 두고 축산업계의 반발이 최근 논란이 되고 있다. 이러한 상황은 국내만의 문제가 아니며 전세계적으로 논의가 진행 중이다. 축산업계는 대체식품은 ① 축산물 대신 사용 가능한 대체 관계가 아니므로 ‘대체’라는 용어 사용과, ② 대상 원료를 이용한 상표·제품명의 사용을 반대하므로, ③ 대체식품이라는 용어 사용보다는 ‘모조식품’ 또는 ‘모방식품’으로 표시하는 것이 적절하다고 주장한다. 즉, 대체식품의 제품명이나 브랜드명에 고기, 우유, 생선 등 동물성 원료의 명칭을 사용하는 것은 소비자의 오인혼동을 불러일으킬 뿐만 아니라 새로운 대체식품이 전통적인 축산에서 만들어 온 육류제품의 명칭을 도용함으로써 축산업의 가치를 폄하시킨다는 것이다.

사실 대체식품의 용어 논란과 같은 사안은 특정 기술의 문제라기보다는 식품산업의 역사에서 새로운 식품의 등장으로 항상 발전해 왔던 사안이기 때문에 법리적으로 이를 어떻게 풀어낼 수 있는지 검토하는 것이 필요하다. 식품은 인간의 원초적 욕망의 산물이라 할 수 있다. 그러다 보니 해외에서만 먹어왔던 선망의 식품이나 경제적 어려움으로 먹기 어려웠던 식품을 먹고자 하는 요구가 늘어나면 식품산업계는 원료, 제조, 유통, 비용 등 다양한 문제를 검토하여 소비자가 원하는 상품을 합리적 가격에 대량 생산하기 위하여 다양한 모방식품들을 만들어낸다. 식품 유형으로써 식품기준규격에 등재된 대표적인 모방식품으로는 게맛살, 마가린, 탈지유, 식물성크림, 모조치즈 등이 존재하며, 이외로도 식품 유형으로 등재되지는 않았지만 조리식품 등의 형태로 수많은 대체식품이 존재한다. 특히, 게맛살, 마가린, 식물성 크림, 모조치즈 등의 경우에는 크고 작은 사회적 논란이 존재하였고 이를 계기로 대체식품의 용어와 정의에 대하여 검토할 기회가 있었다. 미국에서는 탈지유, 땅콩버터 등의 논란을 거치면서 대체식품의 용어 사용 등에 대한 법리적 논의를 통하여 입법적으로 기틀을 완비하여 나갔지만, 우리는 개별 사안만 해결한 채 법리적으로 체계를 완비하지 못하였다.

우리 식품기준규격에는 식품 유형과 정의 등이 명시되어 있지만, 식품위생법이나 식품 표시광고법상 어떤 원칙을 가지고 식품의 유형과 정의, 명칭을 정하는지 규정되어 있거나 법리적으로 분석된 자료가 없다. 그러다 보니, 이와 관련된 핵심 사안인 식품 명칭의

1) 식품의기준및규격일부개정고시(안) 행정예고(공고 제2022-576호)

명명법과 오인혼동의 기준 그리고 모조식품의 기준 등의 원칙과 기준을 알 수가 없다.

식품법은 국내법이 독자적으로 발전한 것이 아니라 미국과 일본의 식품법이 국내에 많은 영향을 주었고, 국제적 조화 차원에서 각국이 유기적인 관계를 맺고 있으므로 대체식품의 논란이 우리보다 수십 년 앞서 있던 미국 식품법의 근거와 이를 어떻게 해결하는지를 검토하여 현재 우리의 상황을 비교하고자 한다.

II. 식품의 정체성 기준

1. 식품기준의 시작

가. 기준 부재의 한계

미국의 순수식품의약품법(Pure Food and Drug Act, 순수식품법)은 식품공급업체의 기만적인 관행에 대처하기 위하여 1906년 제정되었다. 순수식품법은 이러한 기만적 관행에 대처하기 위하여 품질이나 순도를 해치는 행위를 의미하는 변조(adulteration)와 상표나 제품명 등의 표시를 오인혼동시키는 행위를 의미하는 부당표시(misbranding)의 정의를 확립하고, 이 범주에 속하는 것으로 판명된 식품을 압수할 수 있는 권한을 규정하였다.

변조에 대한 정의는 주로 건강에 대한 잠재적 위험에 관한 것이고 경제적 피해에 관한 내용은 일부에 불과하였다. 입법자들은 제조업체가 잠재적으로 유해한 성분을 사용하는 것 외에도 값싼 대체품을 제조하기 위해 대상식품에서 주요 성분을 줄이거나 제외할 수 있다는 것을 우려하였다.²⁾ 이 당시에는 제조업체가 특정 식품을 모방한 제품이나 다른 식품의 명칭을 차용한 제품을 판매함으로써 식품의 정체성에 대한 소비자의 인식을 악용할 수 있다는 것에 대한 문제점을 현재와 같이 중요하게 인식하지는 않았던 것이다. 순수식품법은 "구매자가 조심하라(let the buyer beware)"는 오래된 격언을 따르고 있으며, 1906년 당시의 의회는 표시를 완전하고 정직하게 공개하면 대부분의 소비자를 사기로부터 보호할 수 있다고 믿었던 것 같다.³⁾

그러나 순수식품법은 예를 들어 물로 희석한 우유나 왕겨가 혼입된 귀리 등과 같이 단순한 형태의 경제적 변조(economic adulteration)가 사기에 해당함을 입증하는 것에는 문제가 없었지만⁴⁾, 여러 원부자재를 조합하여 제조된 특정 명칭으로 판매되는 가공식품

2) C. DUNN, FEDERAL FOOD, DRUG, AND COSMETIC ACT—A STATEMENT OF ITS LEGISLATIVE RECORD. 118-120, 245-247, 480, 571, 1072-1073, 1202-03 (1938).

3) Litman & Litman, Protection of the American Consumer: The Congressional Battle for the Enactment of the First Federal Food and Drug Law in the United States, 37 FOOD DRUG COSM.L.J. 310, 310 (1982).

이사기에 해당하는지를 입증하는 것에는 어려움을 겪었다.

식품기술의 발전으로 좋은 식품도 늘어난 반면 식품사기의 영역은 빠르게 확대되고 있는 것이 현실이다. 다양한 경험으로 인해 제조업체들이 전통 식품과 유사하지만 동일하지 않은 신제품을 생산하는 것이 더욱 쉬워졌다. 이러한 신제품이 고유한 제품명으로 판매되는 경우, 순수식품법을 통해 통제하기에는 어려움이 있었다.

즉, 정부가 식품 A를 경제적으로 변조된 제품, 또는 식품 B의 모방품(imitation)이라 판단하더라도 제조업체가 자신의 제품 A는 식품 B를 변조한 제품이 아니라 별도의 시장 정체성을 가진 순수하고 독특한 제품이라고 반박한 경우, 순수식품법상에는 제품의 무결성을 측정할 공식적인 기준이 없었기 때문에 경제적 변조를 판단하기 어려웠다.

대표적인 사건이 바로 1930년대 초의 ‘브레드 스프레드(Bred Spred)’ 사건이다.⁵⁾ 이 사건의 제조업체는 아침 식사용 토스트에 발라먹는데 사용되는 과일이 20% 함유된 제품을 ‘브레드 스프레드’라는 제품명으로 판매했다. 정부는 이 제품의 모양, 맛, 냄새가 잼과 비슷하고 소비자들이 잼처럼 취급하므로 전통적인 ‘잼’이라는 식품 범주에 해당하지만, 잼의 과일 함유량인 45%가 되지 못하였기에 변조된 제품이라고 주장하였다. 그러나 법원은 ‘브레드 스프레드’가 잼과 매우 유사하며 과일의 양이 절반 이하임에도 불구하고 ‘브레드 스프레드’와 잼을 비교할 수 있는 권위 있는 기준이 없고 ‘브레드 스프레드’ 표시에 오도하는 문구가 없었으므로 모조품이 아니라고 결론지었다.⁶⁾

나. 식품기준의 표준화

미국 도시화와 산업화의 급격한 진전에 따라 가정 조리식보다 가공 및 포장 식품을 구입하는 비율이 폭발적으로 증가하였다. 이에 따라 식품의 경제적 변조에 대한 소비자 보호의 필요성이 증가하였고⁷⁾ 경제적 변조에 따른 논란으로 식품산업 전반에 대한 불신이 깊어지자 많은 기업들이 소비자의 신뢰를 회복하기 위하여 경제적 변조를 막을 수 있는 입법에 많은 관심을 기울이게 되었다.⁸⁾

1930년, 미 의회는 FDA에 통조림 식품의 품질기준(standards of quality)을 선정할 수 있는 권한을 부여했고,⁹⁾ 1938년에는 연방식품의약품화장품법(Federal Food, Drug,

4) Forte, Definitions and Standards of Identity for Foods, 14 U.C.L.A. L. REV. 798-799 (1967); Cavers, The Food, Drug, and Cosmetic Act of 1938: Its Legislative History and Its Substantive Provisions, 6 LAW & CONTEMP. PROB. 2, 28-29 (1939).

5) United States v. Ten Cases Bred Spred, 49 F.2d 87 (8th Cir. 1931); United States v. 15 Cases of Bred Spred, 35 F.2d 183 (7th Cir. 1929); United States v. 491/2 Cases of Bred Spred (E.D. Mich. 1927), reported in WHITE & GATES, DECISIONS OF COURTS IN CASES UNDER THE FEDERAL FOOD AND DRUG ACT 1204 (1934).

6) 21 C.F.R. § 29.3 (1973), 5 Fed. Reg. 3554 (1940) (45% 요건); 52 Cases of Jam v. United States, 340 U.S. 593, 599 (1951) (법원이 45% 요건의 유효성을 가정).

7) Forte, Definitions and Standards of Identity for Foods, 14 U.C.L.A. L. REV. 796, 800 (1967).

8) R. LAMB, AMERICAN CHAMBER OF HORRORS 178 (1936).

and Cosmetic Act, 이하, FD&C법)이 통과되면서 FDA에 최초로 식품에 대한 광범위한 "정체성 기준(standards of identity)"을 수립할 수 있는 권한을 부여했다.¹⁰⁾¹¹⁾ 이 권한은 FDA가 전통적인 성분이 제거되거나 새로운 값싼 성분으로 대체된 식품, 즉 저렴한 식품의 판매를 막을 수 있도록 하기 위해 부여되었다. FDA는 식품기준을 수립하고 시행하기 위해 이 권한을 신속히 수행하였다.

1906년 법의 표시 규정과는 달리, FD&C법 401조 정체성 기준 조항은 경제적 변조를 명확하게 측정할 수 있는 "판단 기준(yardstick)"을 제공했으며, 403(g)조의 "표방(purports to be)"이라는 표현은 설사 업체가 사실을 표시하였음에도 FDA가 기만적인 '브레드 스프레드'와 같은 제품을 관리할 수 있는 근거가 되었다. 401조는 버터와 같은 특정 식품에 대한 정체성 기준을 설정한 다양한 개별 법령과 FDA가 통조림 제품의 품질, 상태 및 용량 기준을 만들 수 있도록 허용한 1930년 맥나리-메이플스 수정안을 모 델로 삼았다.¹²⁾

식품기준의 표준화 프로그램에 대한 행정적 열의는 1960년대 초 이후 약화 되었지만, 기존 표준은 여전히 미국 식단의 상당 부분을 차지하고 있으며 식품 생산업체의 개발 및 판매방식에 상당한 영향을 미치고 있다.¹³⁾

2. 정체성 확인기준으로서의 레시피(recipe)

1938년 FDA는 식품 정체성 기준을 공표하고 시행할 수 있는 권한을 부여받으면서 식품기준 규제에 대한 자체적인 접근 방식을 개발할 수 있는 상당한 재량권도 함께 부여 받았다. 1938년부터 1960년대 초까지 FDA는 식품의 경제적 변조를 방지하기 위해 매우 상세한 "레시피(recipe)" 정체성 기준을 사용했다.

FD&C법의 입법 기록에 따르면 의회는 정체성 기준(standards of identity)을 주부 및 "평판이 좋은 제조업체"의 "오랜 전통"의 레시피로 설정하면 될 것이라 판단했다.¹⁴⁾ 당시에는 가공식품이 전통식품보다 열등하다는 생각이 일반적이던 시절이었다.¹⁵⁾ 정체성 기

9) 의회는 변질된 캔 제조로 인한 증가하는 신뢰성 저하로부터 캔 제조업을 보호하기 위해 1906년 법에 대한 McNary-Mapes 개정안(Act of July 8, 1930, ch. 874, 46 Stat. 1019)을 마련하였다.

10) Federal Food, Drug, and Cosmetic Act § 401, 21 U.S.C. § 341 (1970).

11) Austern, The F-O-R-M-U-L-A-T-I-O-N of Mandatory Food Standards, 26 FOOD DRUG COSM. L.J. 381 (1971). 처음에는 많은 이들이 표준화(standardization)를 제한적으로 적용하는 장치로 간주했지만, 정체성 기준(standards of identity) 설정 권한은 곧 가장 중요한 규제 혁신으로 입증되었다.

12) Austern, Food Standards: The Balance Between Certainty and Innovation, 24 FOOD DRUG COSM.L.Q. 440, 441 (1969); Note, Developments in the Law—The Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 67 HARV.L.REV. 632, 660 n. 211 (1954).

13) 1954년에는 미국 소비자가 구매하는 모든 식품의 절반 이상을 기준이 표준화된 식품이 차지했으며 1972년 말까지 FDA는 약 248개의 일반 식품에 대한 정체성 기준을 공표했다.

14) H.R. REP. NO. 2139, 75th Cong., 3d Sess. (1938).

준은 "오랜 전통을 지닌" 가정식 조리법에 따라 식품을 정의해야 한다는 초기 개념에서 출발하였고, FDA는 식품의 구성을 자세히 규정하는 기준을 공표하기 시작했다.¹⁶⁾ 최초의 기준은 식품의 모든 성분을 고정했지만, 점차 FDA "레시피"는 필수 성분뿐만 아니라 특정 선택 성분도 허용하기 시작했다.¹⁷⁾ 일반적인 레시피 기준은 필수 및 선택 재료를 규정하고 각각의 양이나 비율을 규정하였다.¹⁸⁾

FDA가 원래의 레시피 형식을 장기간 고수하게 된 배경에는 첫째, 소비자를 속일 수 있는 기본 식품 공식의 어떤 수정도 방지하려는 목적이 있었고, 둘째, 안전성이 입증되지 않은 화학 첨가물의 식품 생산에서의 사용 증가를 제한하려는 목적이 있었다. 원래 FD&C법의 402(a)조 (2)항에서는 FDA가 허용치를 설정하지 않은 "유독하거나 유해한 물질을 첨가한 식품"을 불순물로 규정했지만,¹⁹⁾ 법 어디에도 검증되지 않은 성분을 사용하기 전에 FDA의 사전 승인을 받도록 명시적으로 요구하지는 않았다. 게다가 402(a)조 (2)항을 집행하려면 FDA는 추가 물질이 실제로 유독하거나 해롭다는 것을 입증해야 하는 법정 소송을 제기해야 했다. 따라서 FDA는 401조 식품기준을 활용하여 적어도 표준화된 식품에서 의심스러운 첨가물의 사용을 금지할 수 있는 권한을 마련했다.²⁰⁾²¹⁾

이러한 장점에도 불구하고 1960년대 초까지 거의 모든 정체성 기준이 기본적으로 "레시피" 형식을 따름에 따라 제조업체의 원재료 선택이 제한되는 상황이 발생하였고 소비자는 표준화된 식품의 구성에 대한 정보를 거의 제공받지 못했다.²²⁾

또한 과일잼, 통조림 식품 및 기타 유사한 전통제품이 먼저 표준화되었지만,²³⁾ FDA의 이러한 접근법은 점점 복잡하고 불분명한 식품으로 확대되었다. 그러다 보니 대부분의 소비자가 예상할 수 있는 특정 식품의 특성을 식별하거나 모든 소비자가 제품을 인식하는 명칭을 파악하는 것이 점점 더 어려워졌다. 또한, 새로운 식품의 확산으로 인해 기존

15) Hutt, The Basis and Purpose of Government Regulation of Adulteration and Misbranding of Food, 33 FOOD DRUG COSM.L.J. 505, 517 (1978).

16) 예를 들어 21 CFR § 133.160 Muenster cheese와 munster cheese를 참조.

17) Austern, Certainty and Innovation, supra note 23, at 443-46. 식품기준의 표준화 프로그램은 처음부터 경쟁이 치열한 원료 공급업체들의 각축장이었다.

18) Forte, supra note 42, at 796; Austern, supra note 47.

19) 406조, Pub. L. No. 75-717, 52 Stat. 1049(1938), 개정 21 U.S.C. § 346(1970), 관련 부분 참조: 식품에 첨가되는 독성 또는 유해 물질은 그러한 물질이 식품 생산에 필요하거나 선량한 제조 관행에 의해 피할 수 없는 경우를 제외하고, 402(a)조 (2)항의 적용 목적상 안전하지 않은 것으로 간주되지만, 그러한 물질이 필요하거나 피할 수 없는 경우, 기관장은 공중 보건 보호를 위해 필요하다고 판단되는 범위까지 그 양을 제한하는 규정을 공표해야 한다.

20) 예를 들어, 주로 안전성을 이유로 폴리옥시 에틸렌 모노스테아레이트의 연화제 사용을 허용하지 않는 밀가루에 대한 FDA의 정체성 기준을 유지했다. Atlas Powder Co. v. Ewing, 201 F.2d 347 (3d Cir. 1952)

21) 연혁 부분에서의 언급은 현재의 미국법 제21장 341조 - 343조가 아닌 401조 - 403조와 같은 원래의 규정을 참조하였다.

22) Merrill & Collier, supra note 7, at 568.

23) 1947년까지 이미 30개의 표준이 제정되었는데, 대부분 통조림 제품과 전통 식품(과일 보존 식품 등)의 포장 버전에 대한 것이었다. 그 후 정체성 기준의 표준화 과정은 가속화되어 1972년까지 248개의 표준 식품이, 1980년까지 275개가 제정되었다.

식품에 대한 기존 요건이 완화되기보다는 좁게 설정된 수많은 개별 기준이 생겨나기 시작했다.²⁴⁾

3. 소비자 기만 및 오인혼동 방지

레시피 식별 기준은 제품명을 통해 전달할 수 있는 경험 및 신뢰 가치 주장의 범위를 제한하여 소비자가 정보에 입각한 구매 결정을 내릴 수 있도록 도와준다.

첫째, 레시피의 정체성 기준은 제품명을 통해 전달할 수 있는 경험 가치 주장을 간접적으로 고착시킨다. 예를 들어, 아이스크림 표준은 아이스크림이라고 주장하는 제품이 표준 아이스크림과 같은 맛을 내야 한다고 명시적으로 요구하지 않으며, 유지방과 유고형분의 최소함량을 통해 아이스크림을 정의한다.²⁵⁾ 그러나 레시피 기준에 대한 엄격한 구성 표준 때문에 표준화된 식품들은 맛, 질감 등과 같은 관능적 특성이 비슷해질 것이다. 일반적으로 비표준화 식품은 표준화 식품과 다른 경험 가치를 갖는 경향이 있다.

둘째, 레시피 기준은 제품명이 전달할 수 있는 신뢰 가치 주장의 범위를 제한한다. 특히, 정체성 기준은 특정 성분으로 만들어졌다는 제품의 신뢰 가치 주장의 진실성과 관련이 있다.

FD&C법은 제품명만 제대로 표시하면 된다고 보고 있지만, 이는 잘못된 판단이고 제품에 대한 사실을 정확하게 표시하는 것이 필요하다는 의견도 존재한다. 예를 들어, FDA는 순수식품법을 개정하여 모든 식품의 모든 성분을 자세히 나열하도록 하는 표시 규정을 채택할 수 있었다. 그러면 이론적으로 소비자는 모든 식품에 무엇이 들어 있는지 알 수 있고 그에 따라 구매 결정을 조정할 수도 있다. 그럼에도 불구하고 정체성 확인 기준을 사용하여 경험과 신뢰에 가치를 두는 것은 장점이 있다.

FD&C법 403(g)조 (2)항에서 표준화된 식품에 대한 성분 표시를 의무화하지 않기 때문에 레시피 기준에 따라 표준화된 식품의 성분에 대한 소비자의 지식이 불완전한 경우가 많은 것은 사실이지만, 소비자가 표준화된 식품의 정확한 성분을 모른다는 사실만으로 표준이 성분에 대한 유용한 사전 지식을 제공하지 않는다는 것을 의미하는 것은 아니다. 잼의 과일, 땅콩버터의 땅콩 등 중요한 성분이 명확하기 때문에 표시가 필요 없을 만큼 표준화된 식품도 많지만²⁶⁾ 마요네즈와 같이 특징적인 성분이 분명하지 않아 효과적인 표시가 어려운 식품도 있다. 소비자는 "마요네즈"라는 제품이 전통적인 마요네즈에 들어가는 성분으로 구성되어 있는지 알고 싶을 수 있지만, 그 성분이 무엇인지 알지 못할 수

24) Austern, Certainty and Innovation, *supra* note 23, at 447-448.

25) 21 C.F.R. § 135.110. 실제로 FDA의 레시피 기준 표준 시행은 아이스크림 맛이 나는 제품이 혼란과 기만의 잠재적 원인이 될 수 있다는 전제를 바탕으로 이루어졌다.

26) 이러한 관찰은 대부분의 소비자가 표준화된 식품과 표준화되지 않은 식품의 의미 있는 차이를 인식할 수 있다고 가정한다.

도 있고 알고 싶지 않을 수도 있다. 또한 모든 표시 제도는 소비자가 표시를 읽고자 하는 의지와 능력에 따라 달라진다.²⁷⁾ 소비자가 표시를 읽을 의지와 능력이 있다고 하더라도 이러한 규제 제도는 필연적으로 정체성 시스템 표준보다 더 많은 정보 수집 비용이 요구될 것이다.²⁸⁾

레시피 기준은 식품의 성분을 정확하게 고정함으로써 표준화된 식품의 경제적 변조 가능성을 완전히 제거한다. 레시피는 필수 성분을 정하기 때문에 제조업체가 해당 성분을 제거하거나 다른 성분으로 대체하고도 표준 식품으로 판매하는 것은 불가능하다. 예를 들어, 아이스크림에 대한 표준이 정해지면 제조업체는 유지방 함량이 10% 미만인 냉동 유제품 디저트를 아이스크림으로 속여 판매할 수 없다.²⁹⁾

사실상 레시피 기준의 엄격한 구성 요건은 소비자가 구매 결정을 내릴 때 직면하는 불확실성을 줄여 혼란을 방지하는 데 도움이 된다. 항상 다른 제품 구성을 선호하는 소비자가 있기 때문에 특정 레시피 기준이 모든 소비자의 사전 기대치를 충족시킬 수는 없지만, 표준이 확립되면 모든 소비자가 제품의 경험과 신뢰 가치에 대한 합리적인 기대치를 형성할 수 있다. 예를 들어, 아이스크림에 대한 표준은 소비자에게 어느 회사 제품이 좋을지 알려주지는 못하지만, "아이스크림"이라고 불리는 제품의 맛과 구성에 대해 어느 정도 정보를 제공할 수 있다. 따라서 레시피 기준은 아이스크림을 사고 싶거나 사고 싶지 않은 소비자들이 아이스크림과 연관된 경험과 신뢰성을 알 수 있는 정보 환경을 조성한다. 그렇기에 신속하고 주도적으로 구매 결정을 내릴 수 있는 것이다.

레시피 기준은 제품명이 전달할 수 있는 정보의 범위를 제한함으로써 소비자에게 해당 제품명의 정보적 가치를 효과적으로 높여준다. 레시피 기준은 상표와 동일한 명칭 비용을 발생시킬 수 있지만, 표준화된 식품의 명칭은 특정 제품을 나타내는 반면 상표는 특정 제품의 출처를 나타낸다는 점을 제외하면 "혼동 가능성"을 줄이는 등 일부 동일한 이점을 제공한다. 식품이 표준화되면 해당 식품과 관련된 제품명은 표준이 만들어지기 전에는 없었던 정확하고 구체적인 의미를 얻게 된다. 예를 들어, '아이스크림'이라는 단어는 FDA가 아이스크림 기준을 만들기 전에는 소비자에게 더 넓은 의미를 가졌겠지만, 그런 다양한 의미는 소비자가 구매 결정을 내리는데 효과적이지는 않았을 것이다. 정체성 기준은 제품명을 경험과 신뢰성을 대체하는 검색값이 된다. 따라서 레시피 기준은 복잡한 혼합물인 아이스크림을 구매하는 과정을 사과를 사는 것처럼 쉽게 결정을 내릴 수 있게 만든다.

27) Khan, Food Labeling: More or Better?, 35 FOOD DRUG COSM.L.J. 160, 160 (1980). 모든 표시 체계에는 정보 과부하의 위험이 있다.

28) Morey, What's in a Name?—Identifying New Food Products, 28 FOOD DRUG COSM.L.J. 605, 607 (1973).

29) 21 C.F.R. § 135.110(a)(2).

4. 레시피 식별기준의 문제점

가. 행정 부담

정체성 기준은 FD&C법 제701(e)조의 공식 규칙 제정 조항³⁰⁾과 FDA 규정에 따라 정해지는데, 기준을 제정하고 변경하는 행정절차에 시간과 비용의 부담이 너무 크다.

악명 높은 땅콩버터 표준³¹⁾이 확정되기까지 11년이 걸렸는데, 이 과정에는 FDA와 제조업체 간의 9년간의 분쟁, 4개월간의 청문, 7000쪽이 넘는 인쇄 기록 제작, 대법원의 기준 유지 결정이 포함되었다.³²⁾ 하지만 소비자의 이해관계와 기대는 결정에 영향을 미치지 못했고 이러한 표준은 제조업체, 정부, 사법부 간의 상호작용의 결과일 뿐이었다. 마찬가지로 FDA가 청량음료에 대한 표준을 제안하는 데 24년, 냉동 디저트에 대한 최초의 표준을 채택하는 데 19년이 걸렸다. 이렇게 비용이 많이 드는 결과는 누구에게도 도움이 되지 않지만, 어느 정도 피할 수 없는 것이기도 하다. 제조업체들이 표준에 합의하는 경우는 드물고 소비자의 기대치가 항상 명확하지 않을 수 있다. FDA는 기준을 공표할 때 항상 어려운 행정적 결정을 내려야 한다.

다행히도 FDA는 식품 기준의 관리 비용을 완화하기 위한 몇 가지 조치를 마련했다. FDA는 기준 개정이 보류 중인 제품의 시험 판매를 위한 임시 허가 제도를 마련했다.³³⁾

나. 소비자의 선택권과 혁신의 제한

1938년부터 1960년대 초까지와 같이 레시피 기준이 엄격하게 적용될 경우, 소비자가 선택할 수 있는 대체식품(Substitute Foods)은 결국 줄어들 수밖에 없을 것이다. 모든 제품에는 잠재적인 대체품, 즉 소비자가 선호하는 제품을 구매할 수 없는 경우 구매할 수 있는 대체제품이 있어야 한다. FDA는 모든 유사 제품에 대해 레시피 기준을 강력하게 시행함으로써 정체성 기준이 표준화된 식품에 대한 많은 대체식품의 판매를 중단시켰다.

예를 들어, FDA가 처음 땅콩버터를 표준화했을 때 땅콩 함량이 90% 미만인 땅콩버터와 유사한 스프레드³⁴⁾는 판매할 수 없었다.³⁵⁾ 따라서 맛이나 가격상의 이유로 땅콩 함

30) 21 U.S.C. § 371(e) 설정 절차.

31) 21 C.F.R. § 164.150 땅콩버터.

32) Merrill & Collier, "Like Mother Used to Make": An Analysis of FDA Food Standards of Identity, 74 COLUM.L.REV. 61, 585-591 (1974).

33) 21 C.F.R. § 130.17. 식품의 정의 및 정체성 기준 요건과 다른 실험용 식품 팩의 주 간 배송에 대한 임시 허가.

34) 21 C.F.R. § 164.150(a) 땅콩버터는 이 조의 (b)항에 규정된 껍질을 벗기고 볶은 땅콩 재료 중 하나를 갈아서 만든 식품으로, 이 조의 (c)항에 규정된 안전하고 적합한 조미료 및 안정화 성분을 첨가할 수 있지만, 이러한 조미료 및 안정화 성분의 총합이 완성 식품 무게의 10%를 초과해서는 안 된다. 땅콩 가루에 다진 땅콩, 껍질을 벗긴 땅콩, 볶은 땅콩을 첨가할 수 있다. 가공하는 동안 땅콩 성분의 오일 함량은 땅콩 오일을 가감하여 조정할 수 있다. 완제품 식품의 지방 함량은 "공식 분석 화학자 협회 공식 분석법", 13판(1980), 27.006(a)조의 "조지방-공식 첫 번째 조치, 직접 방법"에 규정된 대로 결정할 때 55%를 초과하지 않아야 하며, 이는 단락 (a)에 참조로 통합되어 있다.

량이 90% 미만인 땅콩버터를 선호하던 소비자들은 사실상 그러한 제품을 구매할 기회를 박탈당했다. 사실상 많은 소비자가 원하는 것보다 더 높은 품질의 땅콩버터를 얻게 된 셈이다. 소비자들은 일반 땅콩버터에 더 높은 가격을 지불 하거나 땅콩버터를 아예 포기할 수밖에 없었다. 또한 사회적으로 볼 때, 소비자들이 다른 식품에 비해 땅콩버터에 너무 많은 자원을 낭비하는 상황일 수도 있는 것이다.

레시피 기준은 몇 가지 부정적인 문제를 가지고 있다. 첫째, 정체성 기준은 표준화된 식품을 거의 대체할 수 있는 제품 개발을 억제한다. 제조업체가 FD&C법 403(c)조에 따라 자사 제품을 "모조품"이라고 부르고 그 용어가 내포하는 다소 경멸적인 의미를 감수하지 않는 한, 영양 또는 건강 측면에서 표준보다 우수한 제품이라도 표준과 약간 다른 제품을 출시할 수 없다. 둘째, 표준화된 식품을 생산하는 새로운 방법의 도입을 저해한다. 기준등록 식품의 정확한 성분과 주요 제조 방법을 고정함으로써 레시피 기준은 가능한 생산 혁신의 범위를 제한한다.

대체 제품 제한의 또 다른 부정적인 결과는 식품산업의 경쟁력이 저하된다는 것이다. 정체성 기준이 표준화된 식품 생산자는 대체식품과의 경쟁에서 자유로울 수 있다. 그러나 표준화 식품 생산자는 동일한 표준 식품을 생산하는 다른 생산자와의 경쟁도 줄어든다. 레시피 기준의 특수성으로 인해 모두 실질적으로 동일한 제품을 판매하고 있으므로 가격 경쟁 역시 제한된다.

이와 관련된 또 다른 문제는 새로운 식품의 명칭을 명명할 때 효율적인 설명 용어가 사라진다는 것이다. 표준화된 제품의 이름이 전체 제품군에서 가장 적합하고 효율적인 설명 용어인 경우, 해당 용어의 사용을 제한하면 비효율성만 증가된다. 따라서 레시피 기준은 FDA가 만들고 시행하는 상표와 같은 역할을 하며 상표와 동일한 언어 비용을 발생시킬 수 있다.³⁵⁾ 예를 들어 땅콩버터 기준이 제정된 이후 "땅콩버터"라는 단어는 규정된 구성의 특정 제품만 설명하는 데 사용할 수 있다. 제조업체는 "가공 땅콩 스프레드"라는 용어를 사용할 수 있지만, 이 단어는 소비자에게 제품을 설명하는 데 유용성과 가치가 떨어지게 된다.

다. 진입장벽

레시피 기준은 기업이 식품 산업의 표준화된 부문에 진입하는 데 진입장벽으로 작용한다. 레시피 기준은 표준 식품을 생산하는 데 드는 최소 비용을 상승시킨다. 예를 들어 땅콩이 땅콩버터의 가장 비싼 재료라고 가정하면 땅콩버터 표준은 땅콩버터의 최저 가격을 설정한다. 따라서 기준을 충족할 만큼 효율적으로 땅콩버터를 생산할 수 없는 기업은 사

35) 1977년부터 소비자들은 "땅콩 스프레드"를 구입할 수 있었다. 21 C.F.R. § 102.23 참조.

36) Posner, Trademark Law: An Economic Perspective, 30 J.LAW & ECON. 265, 273-75 (1987).

실상 업계에 진입할 수 없게 된다. 진입장벽이 설정되고 나면, 기업들이 시장 경쟁력을 초과하는 가격을 부과할 가능성이 있다.

잠재적 진입장벽으로서의 식품 기준의 대표 사례는 1982년 플로리다 오렌지 주스 생산 업체들이 냉동 농축 오렌지 주스의 가용성 고형분 최소 수준을 높여 달라고 청원하면서 표면화되었다. 당연히 플로리다 오렌지는 다른 지역에서 재배된 오렌지보다 가용성 고형분 함량이 높았다. 따라서 서부 오렌지 생산업체들은 자신들의 오렌지가 가용성 고형분 함량이 적다는 이유로 청원에 반대했다. 플로리다 생산업체들이 이미 시장의 90%를 점유했다는 사실은 가용성 고형분 요건을 높이는 경우, 냉동 농축 오렌지 주스 산업에서 현실적인 진입장벽이 될 가능성이 있다는 것을 보여주었다.³⁷⁾

라. 특수이익단체의 렌트 추구(Rent-Seeking)

FDA 레시피의 정체성 기준은 특수이익단체에 렌트 추구(Rent-Seeking)³⁸⁾ 기회를 제공할 수 있다. 규제는 항상 다른 그룹보다 일부 그룹에 더 많은 혜택을 주기 때문에 특정 그룹은 필연적으로 자신의 이익을 위해 규제를 형성하려고 시도한다.³⁹⁾ 즉, 정부의 규제 절차에 참여하여 규제 "렌트(rents)"를 획득하기 위해 많은 노력을 기울인다. 특히, FDA 레시피 기준의 경우, 표준화된 식품에 대해 이권을 가질 수 있는 기준을 설정할 수 있는 기회라는 점에서 큰 렌트가 걸려 있다. 실제로 1938년 이전에 의회와 주에서 직접 통과된 많은 식품 기준은 소비자를 보호하기보다는 개별 산업의 경쟁을 줄여 특정 이익이 되는 명백한 결과를 초래하였다.

FD&C법 제정 이전에는 소비자 보호를 가장하여 새로운 식품에 세금이나 표시 요건을 부과하거나 완전히 금지하는 보호주의 식품 기준을 의회와 주에서 통과시키고 대법원에서 유지하는 사례가 많이 존재하였다. 이러한 보호주의적 식품법의 한 예로 1923년 치환유법(Filled Milk Act)이 존재한다. 동법은 동물성 지방이 제거되고 이를 식물성 지방으로 대체한 우유의 주 간 거래를 금지시켰다.⁴⁰⁾ 치환유법은 건강 및 소비자 오인혼동을 이유로 정당화되었지만, 유제품 업계가 신제품과의 경쟁을 없애기 위한 노력의 일환

37) Miller & Skinner, The Nose of the Camel: The Paradox of Food Standards, 39 FOOD DRUG COSM.L.J. 102 (1984)

38) '렌트 추구(Rent-Seeking)'란 경제학에서 주로 사용되는 용어로서 기업, 단체 또는 개인이 경제적 이익을 얻기 위해 경제적 활동을 직접 수행하는 대신, 정부나 기타 규제 당국의 정책이나 규정을 이용하려는 행위를 의미한다.

39) Becker, A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence, 98 Q.J.ECON. 371 (1983); Peltzman, Toward a More General Theory of Regulation, 19 J.LAW & ECON. 211 (1976). Stigler, The Theory of Economic Regulation, 2 BELL J.ECON. 3 (1969).

40) 조제분유법의 합헌성은 유명한 사건인 United States v. Carolene Products Corp(304 U.S. 144, 1938)에서 확인되었다. 법원이 마침내 이 법이 자의적이고 변덕스러운 법이라고 판결하기까지 34년이 걸렸다. Milnot Co. v. Richardson, 350 F.Supp. 221 (S.D.Ill.1972).

으로 평가받고 있다.⁴¹⁾ 또한 1890년⁴²⁾ 및 1891년⁴³⁾ 육류검사법에도 소비자 보호라는 목표 로비를 위한 명분으로 사용했다는 비판이 존재하였다.

FDA는 행정 기관으로서 의회나 주 입법부에 비해 직접적인 특수 이익 로비의 영향을 덜 받지만, 식품 기준을 설정할 때 특수 이익의 무대가 될 가능성이 있다. 예를 들어, 땅콩버터 표준에 땅콩 함량이 매우 높게 설정되는 경우, 미국의 땅콩 생산자들은 당연히 기득권을 가지게 된다. 실제로 아이스크림의 정체성 기준을 완화하려는 FDA의 시도에 대해 유제품 업계가 맞서 싸운 사례도 존재한다.⁴⁴⁾

III. 합리적 소비자 기준과 모조식품

1. 허위표시

"허위 표시(Misbranding)"는 식품의 표시를 전체적으로 파악할 때뿐만 아니라 "특정 부분에서 허위 또는 오해의 소지가 있는" 경우에 발생한다.⁴⁵⁾ 표시가 "오해의 소지가 있는 지" 여부는 진술, 단어, 디자인, 장치 또는 이들의 조합에 의해 진술되거나 제안된 표현 뿐만 아니라, 그러한 표현에 비추어 중요한 사실을 드러내지 못하는 정도에 따라 결정된다.⁴⁶⁾ 표시의 오인혼동 가능성에 대한 기준은 "합리적인 소비자"이다.⁴⁷⁾

미국 법원은 허위표시 조항을 엄격하게 해석하고 있으며, 대법원은 "하나의 표현이 허위이거나 오해의 소지가 있는 것으로 보이는 경우"를 허위표시로 판단하고 있다.⁴⁸⁾

기술적으로 거짓이 아니거나 글자 그대로 진실인 경우에도 기만이 발생할 수 있다. 이 규정의 목적은 모호하거나 애매한 것으로부터 오는 기만행위를 방지하는 것이다.

41) Miller, The True Story of Carolene Products, 9 SUP.CT.REV. 397 (1987). 1923년 이전에도 의회는 유제품 업계의 요청에 따라 올레마가린(24 Stat. 209 (1886))과 충전 치즈(28 Stat. 253 (1896)) 제조에 세금을 부과하고 규제하는 법률을 통과시킨 바 있다. Young, "This Greasy Counterfeit": Butter versus Oleomargarine in the United States Congress, 1886, 53 BULL.HIST.MED. 392 (1979).

42) 26 Stat. 414 (1890).

43) Stat. 1089 (1891).

44) R. MERRILL & P.B. HUTT, FOOD AND DRUG LAW: CASES AND MATERIALS 192-94 (1980). Wade, Ice Cream: Dairymen Imperiled by FDA's Recipe, 197 SCI. 844 (1977); 39 Fed.Reg. 27,144 (July 25, 1974); 42 Fed.Reg. 19,127 (Apr. 12, 1977); 42 Fed.Reg. 35,152 (July 8, 1977); and 43 Fed.Reg. 4596 (Feb. 3, 1978).

45) 21 U.S.C. § 343(a)(1); 21 U.S.C. §§ 453(h), 601(n) (가금류 및 육류).

46) 21 U.S.C. § 321(n).

47) Guidance for Industry: Qualified Health Claims in the Labeling of Conventional Foods and Dietary Supplements: Availability, 67 Fed. Reg. 78002, 78003-04 (2002) (합리적인 소비자 표준 채택).

48) United States v. An Article of Food ... 'Manischewitz ... Diet Thins,' 377 F. Supp. 746, 748-49 (E.D.N.Y. 1974).

속이지 않는 문장, 디자인, 장치를 선택하는 것은 어렵지 않다. 모호하고 오해를 일으킬 수 있는 것들은 법의 목적을 달성하는데 유리하게 해석되어야 한다.⁴⁹⁾

긍정적인 표현뿐만 아니라 중요한 사실을 누락하는 경우에도 표시가 오해의 소지가 있는 것으로 판단될 수 있다.⁵⁰⁾ 식품이 해롭거나⁵¹⁾ 열등하지 않더라도 허위 표시로 비난 받을 수 있다.⁵²⁾

2. 합리적 소비자

합리적인 사람(reasonable person)은 미국 관습법의 기본 개념이다. 법에서는 합리적인 사람을 "특정 상황이나 사실과 관련된 행동, 결론 또는 기대가 무언가를 측정하거나 결정하는 객관적인 기준으로 사용되는 보통 정도의 이성, 신중함, 주의력, 예지력 또는 지능을 가진 가상의 인물"로 정의한다.⁵³⁾ 식품과 관련된 소송의 맥락에서 '합리적인 사람' 기준은 '합리적인 소비자(reasonable consumer)' 기준이 된다. 불법행위법에서 흔히 볼 수 있는 합리적 소비자는 분석의 본질에서 자신의 행위(구매 결정)의 이익과 위험을 비교하여 궁극적으로 논리적이고 합리적인 방식으로 행동하는 것으로 간주된다.⁵⁴⁾

합리적 소비자와 관련된 대부분의 소송은 제품을 구매한 원고가 포장이나 표시에 속았거나 속을 가능성이 있다고 주장하면서 시작된다.

오랜 시간 동안 합리적 소비자 기준을 근거한 판례가 나오면서도 명확한 기준이 없어 법원마다 다른 결론에 도달한 것과 달리 최근에는 합리적인 소비자가 무엇을 알고 어떻게 행동할지에 대해 동일한 유형의 기준이 도출되고 있다.

피츠제럴드(Fitzgerald)사건⁵⁵⁾에서, 제품 표시에 "MADE FROM REAL GINGER"라는 문구 때문에 폴라진저에일⁵⁶⁾에 생강 뿌리가 들어 있다고 믿었다는 원고의 주장에 대해 법원은 "일반적으로 소비자가 판단 시 생강의 사전적 정의만을 고려하지는 않을 것이다. 따라서 합리적인 소비자라면 청량음료에 '진짜 생강'이 들어 있다는 문구를 음료에 생강 맛이 아닌 '생강 뿌리' 덩어리가 들어 있다는 표현으로 오해하지 않을 것이다."라고 판시

49) United States v. Ninety-Five Barrels (More or Less) Alleged Apple Cider Vinegar, 265 U.S. 438, 443 (1924) (1906년 법 해석).

50) 21 U.S.C. § 321(n).

51) Manischewitz, 377 F.Supp. at 749.

52) Ninety-Five Barrels, 265 U.S. at 443.

53) Reasonable Person, Merriam-Webster (online ed. 2021).

54) Guarino, J., C. Dugard and B. Endres. "Food Litigation's Search for the Reasonable Food Consumer: 2021 Update." farmdoc daily (11):63, Department of Agricultural and Consumer Economics, University of Illinois at Urbana-Champaign, April 19, 2021.

55) CIVIL ACTION NO. 20-10877-RGS (D. Mass. Nov. 10, 2020).

56) 생강 뿌리를 섭취하면 특정 건강상의 이점을 얻을 수 있다고 믿는 사람들이 많다.

하였다. 또한 법원은 소비자 법률이 어떻게 해석되든지 간에 그 기준은 무지한 소비자가 아니라 합리적인 소비자를 기준으로 판단해야 한다고 판시하였다. 합리적인 소비자라면 진저에일이 생강 향이 첨가된 탄산음료이며 건강에 해로운 양의 설탕이 함유되어 있을 가능성이 높다는 사실을 알고 있을 것이다. 따라서 법원은 “진짜 생강으로 만들었다”는 주장은 기만적 사실이 아니며, 이 문제를 더 이상 방치하는 것은 공공 정책에 도움이 되지 않는다고 판시하였다.⁵⁷⁾

3. 모조식품

FD&C법의 모조식품 조항⁵⁸⁾은 대체식품의 경우 다른 식품의 "모조품"으로 표시하면 판매가 가능한 것으로 규정하고 있다. 모조식품 조항은 식품 정체성 기준 관련 조항인 401조 및 403(g)조와 직접적인 관련은 없지만, 이 규정 또한 전통 식품의 기만적인 모조품을 대상으로 하고 있다. 그러나 두 가지 규제 접근 방식은 현저하게 다른 영향을 미친다.

표준화된 식품을 "표방"하지만 기준을 충족하지 못하는 제품은 합법적으로 판매할 수 없지만, 전통 식품의 모조품은 라벨에 "모조품"이라는 사실을 눈에 띄게 공개하는 경우 판매가 가능하다. 따라서 일부 제조업체가 엄격한 403(g)조의 적용을 회피하기 위해 403(c)조의 적용을 받고자 하는 것은 놀라운 사실이 아니다.⁵⁹⁾ 이러한 시도는 그 유명한 "모조 잼" 사건에서(62 Cases of Jam v. United States)⁶⁰⁾ 대법원의 판결을 통해 허용되었다.

본 사건에서 청구인은 FDA의 잼 식별 기준에서 요구하는 45%의 과일이 아닌 25%의 과일만 함유한 과일 스프레드를 제조했다. 이 제품은 "맛있는 브랜드 모조잼"이라는 라벨을 부착하여 주로 레스토랑과 같은 영업 구매자에게 표준 잼보다 훨씬 낮은 가격으로 판매하였다. FDA는 해당 제품이 잼의 유형에 포함되기 위한 기준을 충족하지 못했다고 주장했다. 지방법원에서는 FDA의 주장에 동의했지만, 대법원은 이를 뒤집었다. 대법원은 이전에는 표준화된 식품의 "모조품"으로 제품을 마케팅하는 행위의 적법성을 고려한 적이 없었다. 연방대법원은 403(c)조를 적절하게 표시만 한다면 '모조품'의 판매를 긍정적으로 승인하는 것으로 해석했다.⁶¹⁾

57) CIVIL ACTION NO. 20-10877-RGS (D. Mass. Nov. 10, 2020).

58) 21 U.S.C. § 343(c)(1970). 다른 식품의 모조품인 경우, 표시면에 균일한 크기와 눈에 잘 띄는 글씨로 "모조품"이라는 단어와 그 바로 뒤에 모방한 식품의 명칭을 표시하여야 한다.

59) 이러한 마케팅 대안의 상업적 실행 가능성은 식품과 대상 시장에 따라 달라진다. '모방' 표시는 최종 구매자가 제품 표시를 크게 신경쓰지 않는 B to B 제품용 식품생산자에게는 큰 문제가 되지 않겠지만, 일반 소비자에게는 제품의 매력을 크게 저하시킨다.

60) 340 U.S. 593 (1951).

61) 정부는 청구인의 "모방" 표시가 눈에 잘 띄는지에 대해서는 아무런 문제 제기를 하지 않았다. 법원의

"모조 잼" 사건은 식품 기준에 대한 당시 FDA의 입장을 보여준다. "모조품"이라는 용어는 일반 제품에 비해 열등하다는 사실을 의미하는 것이었기 때문에 일부 제조업체는 절대 자사 제품에 사용하지 않았다.⁶²⁾ 현실적으로 FDA 식품 기준을 회피하는 이 방법은 주로 기관에 식품을 공급하는 공급업체에게 매력적으로 다가왔다.

403(c)조는 표준화 식품뿐만 아니라 표준화되지 않은 식품의 "모조품"에도 적용된다. 과거 FDA는 유사성이 있는 대체품을 "모조품"으로 지정해야 한다고 주장함으로써 비표준화 전통 식품의 무결성을 유지하려고 시도했다. 대표적인 사례가 바로 냉동 디저트 제품을 초콜릿 아이스크림 "모조품"으로 보고 압수한 칠저트 초콜릿 사건(United States v. 651 Cases ... Chocolate Chil-Zert)⁶³⁾이다.

'칠저트'는 유지방과 단백질 대신 대두유와 단백질을 사용했다는 점을 제외하고는 초콜릿 아이스크림과 동일한 일반적인 성분으로 구성된 신제품이었다. 이 제품은 맛, 색, 질감, 녹는 성질 등이 초콜릿 아이스크림과 비슷했고 크기와 모양이 같은 상자에 포장되어 있었다. 당연히 아이스크림과 같은 용도로 제공되었지만 아이스크림의 평균 소매가격보다 훨씬 저렴한 가격으로 소비자에게 판매되었다.⁶⁴⁾ 제조업체는 "칠저트"를 구별하기 위해 제품명 바로 아래에 상자 라벨의 네 면 모두에 눈에 잘 띄는 글씨로 "아이스크림이 아님"이라는 문구를 표시했다. 두 면에는 "우유나 유지방이 들어 있지 않다!"라는 문구도 표시했다. 표시면에는 전체 성분 설명이 포함되어 있으며 제품을 "맛있는 새 냉동 디저트!"라고 광고했다. FDA는 광고에서 제품의 정체성과 관련하여 오해의 소지가 있는 진술을 했다는 증거를 제시하지 않았다. 그럼에도 불구하고 지방법원은 외관, 포장 및 사용법이 유사하다는 점을 강조하면서 "칠저트"가 "모조품" 아이스크림이라는 FDA의 견해를 채택했다. 또한 법원은 "청구인이 자신의 제품이 실제로 모방된 제품이 아니라는 것을 대중에게 알리기 위한 수단이나 방법을 선택한 것은 청구인의 권한이 아니다. 법률은 명시적으로 이에 대한 규정을 두고 있다: 진실한 라벨링은 칠저트가 법령의 요건에서 면제되지 않는다. 청구인의 제품이 모조품임을 입증하기 위해 속임수나 오인의

결정을 보면, "모조잼"이라는 단어는 "맛있는 브랜드"라는 단어만큼이나 눈에 잘 띄게 표시되었다. Libby, McNeill & Libby v. United States, 148 F.2d 71 (2d Cir. 1945), where a product conforming to the standard of identity for tomato catsup except for the presence of a harmless preservative was condemned notwithstanding the fact that the label fully disclosed the product's nonstandard contents. 토마토 캐첩의 정체성 기준에 부합하는 제품이 표시면에 제품의 비표준 내용물을 완전히 공개했음에도 불구하고 해롭지 않은 방부제의 존재로 인해 비난받았다.

62) Cody, New Foods and the Imitation Provisions of the Food, Drug, and Cosmetic Act, 25 FOOD DRUG COSM. L.J. 220, 224-25 (1970); WHITE HOUSE CONFERENCE ON FOOD, NUTRITION AND HEALTH, Final Report, Report of Panel III-2 at 120 (1970) [hereinafter cited as WHITE HOUSE CONFERENCE REPORT].

63) 114 F. Supp. 430 (N.D.N.Y. 1953).

64) 가격 차이는 두 가지 측면에서 중요하다. 소비자에게 제품이 "진짜" 아이스크림이 아니라는 경각심을 줄 수 있을 뿐만 아니라, "할인" 가격은 배송된 제품에 대해 과다 청구되었다는 의미에서 사기 주장을 약화시킬 수 있다.

도는 필요치 않다⁶⁵⁾”고 판시 하였다,

따라서 FDA는 이전에 403(g)조가 정체성 기준을 채택한 식품에 대한 기만적 대체품의 판매를 금지할 수 있다고 성공적으로 주장했던 것처럼 403(c)조가 표준화되지 않은 식품에 대한 기만적 대체품에 "모방" 라벨링을 요구한다는 점을 입증하는 데 성공했다.⁶⁶⁾

사실 FDA는 403(c)조에 대한 접근 방식을 점차 완화했다고 말하는 것이 정확할 것이다. FDA는 칠저트 판결 이후 해당 조항을 집행하기 위한 법정 소송을 다시는 제기하지 않았다.⁶⁷⁾ 많은 주 정부 기관과 달리 FDA는 휘핑크림이나 커피 미백제와 같은 다른 유제품 대체품에 대한 규제 조치를 하지 않았다.⁶⁸⁾

그리고 최근 규정에서 FDA는 403(c)조의 요건에 대한 현재 견해를 발표했는데, 이는 새로운 식품 생산자가 "모방" 표시의 필요성에 대한 우려 없이 새로운 제형을 자유롭게 마케팅할 수 있도록 허용한 것이다. 그럼에도 불구하고 FDA는 칠저트 판결을 공식적으로 포기한 적이 없으며, 이에 따라 백악관 식품, 영양 및 건강 회의의 최종 보고서에서 많은 새로운 식품에 대해 "모방" 라벨링을 요구하려는 시도에 대해 비판을 받았다. 또한 식품분야의 실무자들은 403(c)조에 대한 FDA의 접근 방식에 대해 자주 불평하여 칠저트에서 결정을 내린 철학이 한동안 지속되었다고 생각한다.⁶⁹⁾

IV. 정체성 기준의 완화와 정보표시 규제로의 전환

1. 정체성 기준의 완화

최근 FDA는 "레시피" 식품 정체성 기준에 대한 기존의 강조에서 점차 벗어나 보다 유

65) FDA는 "Chil-Zert"와 같은 냉동 디저트 제품인 멜로린과 파레빈의 식별 기준을 설정하자는 제안을 발표했다. 38 Fed. Reg. 2150 (1973).

66) FDA는 표준화된 식품의 "모조품" 판매를 허가한 대법원의 결정에 완전히 동의하지 않았다. United States v. 856 Cases ... "Demi", 254 F. Supp. 57 (N.D.N.Y. 1966)에서는 FDA의 "마가린" 기준에 부합하지 않는 "모조 마가린"이라고 눈에 띄게 표시된 저지방 테이블 스프레드인 "Demi"의 마케팅에 이의를 제기했다. FDA는 이 제품이 버터 또는 더 정확하게는 버터를 모방한 '모조품'이라고 주장했다. 또한 버터의 "모조품"에 대한 표준, 즉 "마가린"에 대한 표준을 설정하면 다른 대체품을 판매 할 수 없다는 이론에 따라 "모조품 잼" 결정을 회피하려 했다고 주장했다. 그러나 FDA의 주장은 받아들여지지 않았고 지방 법원은 "데미스" 라벨링이 버터 또는 실제 마가린과 혼동되는 것을 효과적으로 방지할 수 있다고 결론지었다.

67) 사실 칠저트의 소송도 보면 FDA가 403(c)조 위반만을 주장하는 사건으로 소송 제기한 것은 아니라는 것이다. 칠저트 사건 자체는 회사가 제품 마케팅과 관련하여 FDA에 요청한 자문 의견을 따르지 않았기 때문에 발생한 것이기 때문이다.

68) Coffee-Rich, Inc. v. Kansas State Board of Health, 192 Kan. 431, 388 P.2d 582 (1964); Coffee-Rich, Inc. v. Commissioner of Pub. Health, 348 Mass. 414, 204 N.E.2d 281 (1965); and cases cited in P. KEETON & M. SHAPO, PRODUCTS AND THE CONSUMER: DECEPTIVE PRACTICES 339-40 (1972).

69) Kegan, A Unique Food Or an "Imitation"?, 21 Bus. LAW. 77 (1965).

연한 표준과 정보 표시 요건에 중점을 두는 방향으로 변화하고 있다.

엄격한 레시피 식별 기준에서 이러한 변화는 식품 및 색소 첨가물에 특별히 적용되는 별도의 법령이 제정되면서 처음 촉발되었다. 사실상 1958년 식품 첨가물 개정안⁷⁰⁾ 및 1960년 색소 첨가물개정안⁷¹⁾에 따라 FDA는 소비자 기만 방지와는 별개로 안전 목적으로 식품 식별 기준을 사용할 필요가 없어졌다.

레시피 기준에서 처음으로 벗어난 것은 1965년 FDA가 “냉동 생 빵가루 입힌 새우 (frozen raw breaded shrimp)”에 대한 표준을 공포한 것부터이다.⁷²⁾ 주재료인 새우에 대한 요건은 전통적인 형태(즉, “새우 재료” 50% 요구)였지만 반죽과 빵가루에 대한 요건은 “안전하고 적합한(safe and suitable)” 재료의 사용만 명시하였다.

FDA는 ‘안전하고 적합한’ 성분을 식품에서 적절한 기능을 수행하고, 필요 이상으로 많지 않은 양이어야 하고 이러한 성분은 법에서 정의하는 색소나 식품 첨가물이 아니어야 한다고 정의했다.⁷³⁾ 따라서 “냉동 생 빵가루 입힌 새우 표준”은 FDA가 제조업체에게 표준화된 식품에서 중요한 성분의 구성과 양을 자유롭게 결정할 수 있는 권한을 부여한 최초의 사례이다.

“냉동 생 빵가루 입힌 새우 표준”의 성공 이후, FDA는 1972년에 모든 식품 표준을 “(1) 전체 성분 표시를 요구하고, (2) 안전하고 적합한 기능성 성분의 사용을 허용하며, (3) FAO/WHO 국제식품규격위원회에서 개발한 국제식품표준을 채택하기 위해 현대화하기 시작했다.”⁷⁴⁾

또한, FDA는 정체성 식품 기준을 계속 사용하기로 결정한 경우에도 경험 가치 사기를 구성하는 요소에 대한 변화하는 생각을 반영하기 위해 일부 기준의 형태를 수정하거나 “약화”시키고 있다. 예를 들어, 일부 유제품 표준은 오늘날 영양학적 이점으로 여겨지는 지방 함량을 낮추도록 변경되었다. 따라서 현재 전유(유지방 3.25% 이상), 저지방 우유(유지방 0.5%~2%), 탈지유(유지방 0.5%)가 있으며, 마찬가지로 코티지 치즈(유지방 4%), 저지방 코티지 치즈(유지방 0.5%~2%), 건조 커드 코티지 치즈(유지방 5%)가 있다.⁷⁵⁾ 이러한 유형의 표준을 통해 FDA에서는 “저지방 코티지 치즈”가 더 이상 모순된 제품으로 간주하지 않는다.

그러나 FDA는 특히 표시 분야에서 소비자 기만행위를 방지하기 위해 식품의 정체성 기준이 사라졌다고 생각하는 사람이 없도록 기존의 정체성 기준을 계속 유지하고 있다는

70) Pub.L. No. 85-929, 72 Stat. 1784 (1958) (codified at 21 U.S.C. § 348).

71) Pub.L. No. 86-618, 74 Stat. 397 (1960) (codified at 21 U.S.C. § 376).

72) 21 C.F.R. § 161.75.

73) 21 C.F.R. § 130.3(d).

74) R. MERRILL & P.B. HUTT, FOOD AND DRUG LAW: CASES AND MATERIALS 92, 192 (1980).

75) Lake & Newberry, Current Labeling Issues Concerning Dairy Products, 45 FOOD DRUG COSM.L.J. 273, 275 (1990).

사실을 유의해야 한다. 예를 들어, 1982년 FDA는 "테이블 시럽(table sirup)"에 대한 정체성 기준을 충족하지만 원래 "순수 생꿀(Pure Raw Honey)"로 표시한 제품의 표시를 변경하도록 강제했다.⁷⁶⁾

최근 FDA가 제품 구성 및 제품명보다는 표시 주장에 대한 규제를 새롭게 강조하고 있음에도 불구하고 식품 정체성 기준이 소비자 기만 행위를 방지하는 도구로서의 전통적인 역할을 계속 수행하고 있음은 분명하다.

2. 관용적 또는 통용적 명칭

동시에 FDA는 특정 비표준화 식품에 “관용적 또는 통용적 명칭(common or usual names)”을 설정하는 규정도 공표하였다.⁷⁷⁾ 이러한 “관용적 명칭 또는 통용적 명칭” 기준은 모든 성분의 양을 고정하는 대신 “특징적인 성분(characterizing ingredient)”의 백분율만 표시하도록 규정하였다. 실제로 이 규정은 관용적 명칭 또는 통용적 명칭”에는 “식품의 기본 특성 또는 특징적인 특성 또는 성분”에 대한 정확한 설명이 있어야 한다고 규정하고 있다.⁷⁸⁾ 예를 들어, 오렌지 주스가 100% 미만 또는 0% 이상 함유된 비탄산 음료로 정의되는 “희석 오렌지 주스 음료”의 표준은 “제품에 대한 설명적인 명칭”과 “제품에 함유된 오렌지 주스의 비율”을 5% 단위로 명시할 것을 요구한다.⁷⁹⁾

3. 모조품의 영양학적 열등성

같은 기간 동안 FDA는 403(g)조의 “의도된(purports to be)” 기준에 대한 엄격한 해석을 철회했다. 1973년 FDA는 403(c)조에 따라 대체식품이 모조품인지 여부를 판단하는 중요한 새 기준으로 “영양적 열등성(nutritional inferiority)”을 포함하는 “모조품(imitation)” 식품의 정의를 공표했다. 즉, 표준화된 식품(또는 관용적이거나 통용적인 명칭을 가진 비표준화된 식품)의 대체품은 거짓이거나 오해를 불러일으키는 표시가 아니라면, 자동적으로 ‘모조품’이라고 표시할 필요가 없어졌다.

집행의 관점에서 볼 때, 새로운 규정의 한 가지 장점은 “영양적 열등성”은 객관적인 기준으로 정량화할 수 있는 유일한 열등성 유형”이라는 것이다.⁸⁰⁾ 따라서 이 규정은 영양

76) United States v. Pure Raw Honey, 550 F.Supp. 15 (W.D.Okla.1982).

77) “비표준화” 식품에 대한 “일반명 또는 통상명” 표준을 공표할 수 있는 FDA의 권한은 American Frozen Food Institute v. Matthews, 413 F.Supp. 548, aff’d, American Frozen Food Institute v. Califano, 55 F.2d 1059 (D.C.Cir.1977)에서 지지되었다.

78) 21 C.F.R. § 102.5(a).

79) 21 C.F.R. § 102.32.

80) 38 Fed.Reg. 20,702 (Aug. 2, 1973).

적으로 열등한 식품을 "오리지널" 식품과 비교할 때 단백질 또는 기타 필수 영양소(지방이나 칼로리는 제외)의 미국 일일 권장량에서 2% 이상 감소한 식품으로 정의했다.⁸¹⁾ 또한, 이 규정은 "목적"이라는 광범위한 용어를 피하고 대신 '다른 식품의 대체품이거나 유사한 식품'으로 명확히 했다.

1970년대 FDA의 혁신은 전통적인 레시피의 정체성 기준과 403(g)조의 '의도된' 표준에 대한 해석으로 발생하는 행정적, 반경쟁적 경제적 비용을 인식하기 시작했다. 사실상 FDA는 영양과 같은 핵심적인 신뢰성 문제에 대한 소비자 기만을 방지하기 위해 정보표시를 더욱 강화하는 방향으로 나아갔다. FDA는 오늘날의 식품제조업체들이 신뢰도 가치(예를 들어, 건강에 대한 효과나 장기적인 영향 등)보다 품질이나 경험 가치(예를 들어, 맛이나 질감) 측면에서 소비자를 속이는 것이 훨씬 더 어렵다는 것을 깨달은 것 같다. 경제학적으로 보면 정부 기관보다 시장이 경험 가치에 대한 사기를 더 효율적으로 규제할 수 있다. 이러한 이유로 지방정부는 기본적인 보건 및 위생 규정을 넘어서는 외식업 규제를 시도하지 않는다.

4. FDA의 식물성 대체우유의 라벨링에 관한 산업 지침

2023년 2월, FDA는 FD&C법 403(a)조 (1)항 및 403(i)조, 343(a)조 (1)항, 343(i)조 (1)항에 따라 식물성 대체우유(Plant-based milk alternatives)로 판매되는 식물성 식품의 명칭(Naming, Name) 및 자발적 영양정보표시(Voluntary Nutrient Statements)⁸²⁾의 권고에 대한 산업 지침(초안)을 발표했다.⁸³⁾

FDA는 소비자가 제품명에 "우유"가 표시된 다양한 유형의 제품 구입 시 식물성 대체우유에 실제로 우유 성분이 없음을 인지하고 있는 조사 결과를 바탕으로 식물성 대체우유의 명칭에 "milk" 표시 사용을 허용하였다.

식물성 대체우유는 아직 정체성(identity) 표준이 확립되지 않은 비표준식품이나 343(a)조 (1)항 및 343(i)조 (1)항에 따라 관용적 또는 통용적으로 사용되는 명칭(common or usual name)을 사용하거나, 해당 명칭이 없을 경우 식품을 정확하게 설명명해줄 수 있는 제품명(statement of identity)을 표기해야 명시하였다. 식물성 대체우유에 대한 관용적 또는 통용적으로 사용되는 명칭이 확립되어 있으므로(예. milk, soy milk, almond milk), 해당 용어를 명칭에 사용 가능하고 명칭 표시방법은 "식물성 대체우유의 식물성 원료명" + "milk, beverage, 또는 drink"으로 제시(예. soy milk,

81) 21 C.F.R. § 101.3(e).

82) 자발적 영양 정보 표시란 소비자가 우유와 식물성 대체우유 간 영양학적 차이를 이해하고 정보에 입각한 식이 선택을 하는 데 도움이 되는 추가 영양 정보를 제공하는 것을 말한다.

83) FDA, Labeling of Plant-Based Milk Alternatives and Voluntary Nutrient Statements: Guidance for Industry Draft Guidance, 2023

almond milk)하였다.

V. 결론

대체식품의 제품명 논란과 관련하여 검토해야 할 법령에는 크게 식품 유형과 정의, 식품기준규격을 규정한 식품위생법, 제품의 표시와 광고를 관할하는 식품표시광고법 및 식품표시기준 등이 해당될 것이다.

본 연구의 출발은 현재 국내에서의 대체식품의 용어 논란을 해결하고자 하는 목적이었지만, 검토를 해 갈수록 수십 년을 동일한 문제로 갈등을 겪어오면서도 입법적 미비로 인하여 새로운 대체식품이 나타날 때마다 무한 반복을 하고 있는 이 상황을 어떻게 해결할지로 고민이 바뀌었다. 물론 원칙을 입법화하고 그 내용을 기반으로 현재의 문제를 해결하면 되겠지만 식품법은 법리적 해석도 중요하지만 현실적 합리성도 중요하게 고려해야 할 분야이기 때문이다.

우선 미국의 사례를 검토하면서 식품위생법상 식품유형과 정의에 대한 원칙과 방법에 대한 규정 신설이 필요하다는 생각을 하게 되었다. 물론 식품유형과 정의 등의 기준으로 소비자의 오인혼동이 일어나는 것을 예방할 수 있다는 장점은 있지만 식품유형과 정의의 고착화로 급격히 발전하는 무한 경쟁사회에서 산업경쟁력 약화와 소비자의 선택권이 침해받고 있다는 것도 사실이다. 이를 해결하기 위하여 식품유형의 간소화 이전에 우리 역시 레시피와 주원료 중심으로 이루어진 식품유형과 정의를 어떻게 개편할지 원칙을 마련해야 할 것으로 보인다. 이러한 원칙을 세운 후 간소화하는 방향으로 나아가야 합리적 체계성을 갖춘 대안이 마련될 것이다. 또한 그래야 모조치즈 등과 같이 부정적 용어 사용으로 소비자와 산업체 모두가 기피하는 유형이 신설되지 않을 것이다.

두 번째로, 식품유형은 사실 ‘관용적 또는 통용적으로 사용되는 명칭’에 해당한다. 우리 유권해석상 식품유형은 제품명으로 사용하는 것을 금지하고 있는데 새로운 혁신을 막고 기득권을 보장하는 부차적 결과가 발생하게 된다. 예를 들어 현재 미생물 정밀발효 기술을 이용한 유청 단백질을 주원료로 하여 아이스크림류 등을 생산할 때 아이스크림이라는 용어를 사용하지 못하게 하면 어떤 단어를 사용할 수 있을까? 미국에서 1960년대부터 이미 우유 대체식품이 나와 아이스크림이라는 단어를 사용할 수 있는지에 대하여 수십 년간 다투어왔다. 이에 대한 결론은 아이스크림을 대체할 단어가 없고, 용어를 금지하는 것은 결국 혁신을 저해하기 때문에 최근에는 오히려 사용 가능하다고 명확히 하고 있다.

세 번째로, 식품표시광고법상 원칙에 대한 대체와 모조 등의 개념을 법리적으로 반영하고, 최근 미국의 영양표시 제공을 중심으로 한 패러다임 변화를 검토할 필요가 있을

것이다. 물론 이미 우리 유권해석에서는 결론적으로는 다 사용하고 있는 방법이다. 예를 들어 대체육의 표시와 관련한 유권해석을 보면 고기 등의 용어는 사용 가능하지만, 식물성임을 명확히 표시하고 주원료의 함량을 명확히 주표시면에 기재하라고 권고하고 있다. 이러한 내용과 원칙들을 식품표시법상의 원칙으로 명확히 해야 유권해석마다 달라지는 오류를 막을 수 있을 것이다.

참고문헌

- Austern, Food Standards: The Balance Between Certainty and Innovation, 24 FOOD DRUG COSM.L.Q. 440, 441 (1969); Note, Developments in the Law—The Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 67 HARV.L.REV. 632, 660 n. 211 (1954).
- Austern, The F-O-R-M-U-L-A-T-I-O-N of Mandatory Food Standards, 26 FOOD DRUG COSM. L.J. 381 (1971).
- Becker, A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence, 98 Q.J.ECON. 371 (1983); Peltzman, Toward a More General Theory of Regulation, 19 J.LAW & ECON. 211 (1976). Stigler, The Theory of Economic Regulation, 2 BELL J.ECON. 3 (1969).
- C. DUNN, FEDERAL FOOD, DRUG, AND COSMETIC ACT—A STATEMENT OF ITS LEGISLATIVE RECORD. 118-120, 245-247, 480, 571, 1072-1073, 1202-03 (1938).
- CIVIL ACTION NO. 20-10877-RGS
- Cody, New Foods and the Imitation Provisions of the Food, Drug, and Cosmetic Act, 25 FOOD DRUG COSM. L.J. 220, 224-25 (1970); WHITE HOUSE CONFERENCE ON FOOD, NUTRITION AND HEALTH, Final Report, Report of Panel III-2 at 120 (1970) [hereinafter cited as WHITE HOUSE CONFERENCE REPORT].
- Coffee-Rich. Inc. v. Kansas State Board of Health, 192 Kan. 431, 388 P.2d 582 (1964); Coffee-Rich. Inc. v. Commissioner of Pub. Health, 348 Mass. 414, 204 N.E.2d 281 (1965); and cases cited in P. KEETON & M. SHAPO, PRODUCTS AND THE CONSUMER: DECEPTIVE PRACTICES 339-40 (1972).
- Fed. Security Adm'r v. Quaker Oats, 318 U.S. 218, 230 (1943); Austern, The F-O-R-M-U-L-A-T-I-O-N of Mandatory Food Standards, 25 FOOD DRUG COSM.L.J. 376, 382-86 (1971), reprinted from 2 FOOD DRUG COSM.L.Q. 532 (1947).
- FDA, Labeling of Plant-Based Milk Alternatives and Voluntary Nutrient Statements:

Guidance for Industry Draft Guidance, 2023

Forte, Definitions and Standards of Identity for Foods, 14 U.C.L.A. L. REV. 798-799 (1967); Cavers, The Food, Drug, and Cosmetic Act of 1938: Its Legislative History and Its Substantive Provisions, 6 LAW & CONTEMP. PROB. 2, 28-29 (1939).

Guarino, J., C. Dugard and B. Endres. "Food Litigation's Search for the Reasonable Food Consumer: 2021 Update." *farmdoc daily* (11):63, Department of Agricultural and Consumer Economics, University of Illinois at Urbana-Champaign, April 19, 2021.

Guidance for Industry: Qualified Health Claims in the Labeling of Conventional Foods and Dietary Supplements: Availability, 67 Fed. Reg. 78002, 78003-04 (2002)

Hutt, The Basis and Purpose of Government Regulation of Adulteration and Misbranding of Food, 33 FOOD DRUG COSM.L.J. 505, 517 (1978).

H.R. REP. NO. 2139, 75th Cong., 3d Sess. (1938).

Kegan, A Unique Food Or an "Imitation"?, 21 Bus. LAW. 77 (1965).

Khan, Food Labeling: More or Better?, 35 FOOD DRUG COSM.L.J. 160, 160 (1980).

Lake & Newberry, Current Labeling Issues Concerning Dairy Products, 45 FOOD DRUG COSM.L.J. 273, 275 (1990).

Libby, McNeill & Libby v. United States, 148 F.2d 71

Litman & Litman, Protection of the American Consumer: The Congressional Battle for the Enactment of the First Federal Food and Drug Law in the United States, 37 FOOD DRUG COSM.L.J. 310, 310 (1982).

Merrill & Collier, "Like Mother Used to Make": An Analysis of FDA Food Standards of Identity, 74 COLUM.L.REV. 61, 585-591 (1974).

Miller & Skinner, The Nose of the Camel: The Paradox of Food Standards, 39

- FOOD DRUG COSM.L.J. 102 (1984)
- Miller, The True Story of Carolene Products, 9 SUP.CT.REV. 397 (1987). Young, "This Greasy Counterfeit": Butter versus Oleomargarine in the United States Congress, 1886, 53 BULL.HIST.MED. 392 (1979).
- Morey, What's in a Name?—Identifying New Food Products, 28 FOOD DRUG COSM.L.J. 605, 607 (1973).
- Ninety-Five Barrels, 265 U.S. at 443.
- Posner, Trademark Law: An Economic Perspective, 30 J.LAW & ECON. 265, 273-75 (1987).
- Pub.L. No. 85-929, 72 Stat. 1784(1958)
- Reasonable Person, Merriam-Webster (online ed. 2021).
- R. LAMB, AMERICAN CHAMBER OF HORRORS 178 (1936).
- R. MERRILL & P.B. HUTT, FOOD AND DRUG LAW: CASES AND MATERIALS 192-94 (1980). Wade, Ice Cream: Dairymen Imperiled by FDA's Recipe, 197 SCI. 844 (1977); 39 Fed.Reg. 27,144 (July 25, 1974); 42 Fed.Reg. 19,127 (Apr. 12, 1977); 42 Fed.Reg. 35,152 (July 8, 1977); and 43 Fed.Reg. 4596 (Feb. 3, 1978).
- United States v. An Article of Food ... 'Manischewitz ... Diet Thins,' 377 F. Supp. 746, 748-49 (E.D.N.Y. 1974).
- United States v. Ninety-Five Barrels (More or Less) Alleged Apple Cider Vinegar, 265 U.S. 438, 443 (1924)
- United States v. Ten Cases Bred Spred, 49 F.2d 87 (8th Cir. 1931); United States v. 15 Cases of Bred Spred, 35 F.2d 183 (7th Cir. 1929); United States v. 491/2 Cases of Bred Spred (E.D. Mich. 1927), reported in WHITE & GATES, DECISIONS OF COURTS IN CASES UNDER THE FEDERAL FOOD AND DRUG ACT 1204 (1934).

발제2

대체 성분과 식품의 표시

발제자 박신욱 경상국립대학교 교수

토론자 임대성 단국대학교 교수

오나희 식품안전정보원 선임연구원

대체 성분과 식품의 표시

EuGH, 01.12.2022 - C-595/21 사전결정(Vorabentscheidung)을 중심으로 -

박신욱*

목 차

- I. 들어가며
- II. 유럽법에 따른 식품의 표시
- III. 사안의 진행
- IV. 유럽법원의 판단
- V. 나가며

I. 들어가며

좁은 의미에서 식품법(Lebensmittelrecht)은 식품과 사료를 유통하는 과정에서 건강상의 위험과 기만으로부터 소비자를 보호하기 위한 법규범 및 정보제공의 근거가 되는 법을 의미하며, 여기에는 식품의 질(質)과 양(量)뿐만 아니라 생산, 제조, 합성, 표시, 포장 등에 대한 규정이 포함되어 있다. 이러한 협의의 식품법과 달리 넓은 의미의 식품법은 식품과 사료뿐만 아니라 화장품과 생필품을 포섭하고 있기 때문에 소비자 보호, 위험의 방지 및 유통법을 아우르는 교차적인 문제를 다루는 법으로 이해할 수 있다. 이와 같이 식품법은 광범위한 범위를 아우르기 때문에 식품법의 체계적 지위¹⁾에 대한 논의도 필수적이겠지만, 식품이라는 특수성에 기반한 연구도 필요하다. 특히 2018년 제정된 「식품 등의 표시·광고에 관한 법률(이하 “식품표시광고법”）」²⁾에 관한 연구는 식품이 일반적인 상품 또는 용역과 구분되는 특수성을 명백히 보여주고 있다.³⁾

* 경상국립대학교

1) 최봉석, “식품법의 체계적 지위”, 법과 정책연구 제9집 제1호, 한국법정책학회, 2009, 81면 이하; 김두수, “국제통상법에 있어서 식품안전에 대한 EU식품법의 지위”, 국제지역연구 제16권 제1호, 한국외국어대학교 국제지역연구센터, 2012, 37면 이하.

2) 법률 제18445호.

3) 김두진, “건강기능식품 표시·광고 법제의 현황 및 개선방안”, 소비자법연구 제8권 제4호, 2022, 한국소비자법학회, 2022, 43면 이하; 이은영, “식품표시에 관한 외국의 입법 동향 및 시사점”, 소비자법연구 제8권 제4호, 한국소비자법학회, 2022, 99면 이하; 이은영, “「식품 등의 표시·광고에 관한 법률」의 문

이러한 식품에 표시와 관련하여 유럽법원(EuGH)은 최근 제품명(Produktname)과 식품에 대한 표시(Bezeichnung des Lebensmittels)의 동일성 및 대체 성분의 경우에 표시방법에 관한 중요한 해석의 기준을 제시한 바 있다. 이하에서는 비교법이 갖는 여러 가지 기능⁴⁾ 중 하나인 해석의 틀을 우리의 식품법에 제공하기 위해 식품의 특수성에 초점을 두어 다툼이 된 사안에서의 구체적인 사실관계를 확인함과 동시에 판단의 근거가 된 법규범 및 유럽법원의 사전결정을 소개하도록 한다.

II. 유럽법에 따른 식품의 표시

유럽연합의 식품표시제도는 일반적인 표시제도와 인증표시제도로 구분되며, 후자의 경우는 명칭보호표시와 유기식품인증표시로 구분되며, 명칭보호표시는 다시 전통특산물보증과 원산지명칭보호 및 지리적표시보호로 구분된다.⁵⁾ 이하에서 확인할 유럽법원의 사전결정과 관련된 식품의 표시는 일반적인 표시제도에 관한 내용이며, 이러한 사전결정은 제품명과 일반적인 식품의 표시에 관한 차이가 존재하는지에 대해 바이에른 행정법원의 청문으로부터 시작되었다.

일반적인 표시제도와 관련하여 가장 핵심적인 유럽법⁶⁾은 2011년도에 제정되어 2014년부터 적용되었던 「식품정보규범」⁷⁾이다. 이는 59개의 고려이유(Erwägungsgründe)와 55개의 조문으로 구성된 7개의 장(Kapitel) 그리고 15개의 부속서로 구성되어 있다.⁸⁾ 한국에 소개된 선행연구에 따르면 식품정보규범은 <표-1>과 같은 주요 내용을 포함하고 있다.⁹⁾

표 2 - 식품정보규범의 주요내용

- 소비자가 읽기 쉽게 표기 - 사전 포장된 식품의 구성성분 목록에 알레르기 성분을 명확하고 조화롭게 표시	- 온라인, 원격 판매, 점포 구매에 대해 동일한 라벨링 요구사항의 적용 - 식품에 첨가하는 나노물질의 목록화
--	--

제점과 개선방향”, 동북아법연구 제16권 제4호, 전북대학교 동북아법연구소, 2023, 287면 이하; 이주형/전홍준, “대체식품 표시광고 규제에 대한 비교법적 연구”, 의생명과학과 법 제28권, 원광대학교 법학연구소, 2022, 327면 이하.

4) Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen, 1996, S. 14ff.

5) 김부영, “유럽연합의 식품표시제도”, 세계농업 제189호, 한국농촌경제연구원, 2016, 79면 이하.

6) 유럽연합의 법체계는 최상위법(Primäres Unionsrecht)과 하위법(Sekundäres Unionsrecht)으로 구분할 수 있다. 최상위법으로 EU조약(EUV/ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 13ff.)과 EU기능조약(AEUV/ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47ff.) 등을 들 수 있는데, EU조약은 유럽연합의 구성과 원칙, 유럽연합의 법인격, 주요기관의 구성과 역할, 구성국가의 권리와 의무 및 공동의 외교안보정책 등에 관하여 규정하고 있다. EU기능조약은 EU조약을 구체화한 것으로 유럽연합의 역할과 정책, 운영에 관한 내용을 포함하고 있다. 하위법규범으로는 규범(Regulation), 지침(Directive) 및 결정(Decision)이 언급된다(EU기능조약 제288조).

7) Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 (ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 18ff.).

8) Anja Hentschel, Verbraucherinformationen zu Lebensmitteln - die neue Lebensmittelinformationsverordnung, VuR 2015, S. 55ff.; Voit/Grube, LMIV, 2. Aufl., Rn. 1ff.2. Auflage 2016

9) 김부영, 앞의 논문, 제3면 이하.

- 식당, 카페에서 외식 시 사전에 포장되지 않은 식품의 알레르기 성분에 대한 정보의 제공 - 대부분의 사전 포장된 가공식품의 특정 영양 성분의 표시 - 돼지, 양, 염소, 가금류의 신선육에 대한 원산지 의무 표시	- 식물성 정제유 및 정제지방의 원재료 표시 - 사실을 오도하지 않는 표시의 강화 - 모방식품의 대체성분 표기 - 혼합식품의 명확한 표기 - 해동식품의 명확한 표기
---	---

이후 식품정보규범의 내용들은 다양한 집행규정(Durchführungsbestimmung)을 통해 구체화 되었는데, 예를 들어 「신선, 냉장 또는 냉동 돼지, 양, 염소, 가금류의 원산지와 관련된 집행규정」,¹⁰⁾ 「주요 첨가물의 표시에 관한 집행규정」¹¹⁾ 등이 그것이다.¹²⁾ 식품법 영역에서의 유럽법 차원에서 이루어지는 이러한 대응은 인간의 생명과 건강에 대한 높은 수준의 보호를 달성하기 위한 방식으로 받아드려지며, 이를 기반으로 한 유럽 전 역역에서 이루어지는 식품에 대한 이력추적, 신속경보시스템의 작동, 나아가 수거(Rücknahme) 및 리콜(Rückruf)에 이르는 식품관리의 체계화에 기여하게 된다. 이하에서는 유럽법원의 사전결정을 이해하기 위한 목표로 식품정보규범 제7조와 제17조를 소개하도록 한다.

식품정보규범 제7조는 정확한 정보의 제공을 목표로 한다. 정보가 무엇을 의미하며 그것이 포함하는 대상이 무엇인지에 대한 논의가 존재하기는 하지만 일반적으로 정보는 광범위하게 해석되어야 하며, 그렇기 때문에 광고와 포장의 표현들도 정보에 해당하게 된다. 식품정보규범 제7조 제1항은 식품에 대한 정보를 통해 최종 소비자를 오도하는 행위를 전면적으로 금지하는 내용이 포함되어 있다. 이러한 금지규정은 이하에서 확인할 수 있는 바와 같이 식품정보규범 제7조 제1항 제a호 내지 제d호 및 제4항을 통해 구체화된다. 이는 「식품기본규범」¹³⁾ 제16조¹⁴⁾의 특별규정으로 이해된다.¹⁵⁾

식품정보규범 제17조는 식품의 표시에 관해 규정하고 있는데, 제1항은 식품에 대한 적절한 표시 방식을 제시하고 있으며, 표시방식 자체에 대한 정의는 식품정보규범 제2조 제2항에 제시되어 있다. 식품정보규범 제17조 제2항과 제3항은 국경을 넘어서 이루어지는 마케팅의 경우에 생산국에서 적용되는 표시가 마케팅이 이루어지는 국가에서 사용될 수 있는 요건들을 적시하고 있다. 식품정보규범 제17조 제4항은 식품의 표시가 지식재산권 등을 통해 보호되는 표시로 대체될 수 없다는 점을 확인하고 있으며, 제5항은 제6부속서와 더불어 식품 표시의 보완을 위한 내용들이

10) Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1337/2013 (ABl. L 335 vom 14.12.2013, S. 19ff.).

11) Durchführungsverordnung (EU) 2018/775 (ABl. L 131 vom 29.5.2018, S. 8ff.).

12) Sosnitza/Meisterernst (vormals Zipfel/Rathke), Lebensmittelrecht (Werkstand: 185. EL Dezember 2022), Rn. 3a.

13) Verordnung (EG) Nr. 178/2002 (ABl. L 31 vom 1.2.2002, S. 1ff.).

14) 식품기본규범 제16조 [포장] 식품법의 특정 조항을 유보한 채로, 형식, 외관 또는 포장 방식, 포장에 사용되는 재료, 배치방식 및 진열되는 환경 그리고 매체에 관계없이 식품 또는 사료에 대해 제공되는 정보를 포함한 식품 또는 사료의 표시, 광고 및 포장은 소비자를 오도해서는 안된다.

15) 식품기본규범(Basisverordnung)으로 통칭되는 유럽연합의 「식품법 일반원칙과 요구사항의 확립, 유럽 식품안전청의 설치 및 식품안전절차의 확립을 위한 유럽연합규범」은 유럽의 소비자 안전 관리체계의 초석이 되는 규범이다. 다섯 개의 장(Kapitel)으로 구성되어 있는 이 규범은 예방을 강조하는 위험분석의 원칙, 투명성의 원칙, 식품안전과 추적가능성에 대한 식품사업자의 책임과 같은 식품법의 일반원칙을 도입하였는데, 이로 인하여 유럽연합의 식품법은 근본적으로 변화됨과 동시에 통일화되었다고 평가된다.

규정되어 있다.

III. 사안의 진행

1. 사실관계

원고는 「식품, 생필품 그리고 사료에 관한 법(LFGB)」¹⁶⁾ 제39조,¹⁷⁾ 「통제규범」¹⁸⁾ 제137조¹⁹⁾ 및 제138조²⁰⁾에 따라 식품에 대한 감독권한을 가지고 있는 관할관청이 舊 「식품법 준수확인규

16) 독일에서 식품을 비롯한 소비자생필품과 관련된 가장 기본적인 법률은 2021년 7월 28일 개정되어 2021년 8월 10일부터 시행(BGBl. I, S. 3274 ff.)되고 있는 LFGB(BGBl. I S. 4530)이다. LFGB는 12개의 장(Abschnitt)으로 구성되어 있으며, 제7장 제38조 내지 제49a조에서 감독(Überwachung)에 관한 내용들이 규정되어 있다.

17) LFGB 제39조 [제2조 제6항 제1문 제1호에 따른 식품, 사료 및 생필품의 감독에 관할을 갖는 관청의 조치] (1) 제2조 제6항 제1문 제1호에 따른 식품, 사료 및 생필품의 감독에 관할을 갖는 관청은 통제규범(Verordnung (EU) 2017/625) 제137조 및 제138조에 따라 이 법률의 적용범위 내에서 이 법률의 규정, 이 법률을 근거로 공포된 규정 그리고 유럽공동체 또는 유럽연합의 직접 적용되는 법적 행위의 준수여부를 감시하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다. [...]

18) Verordnung (EU) 2017/625 (ABl. L 95 vom 7.4.2017, S. 1ff.

19) 통제규범 제137조 [집행과 관련된 관할이 있는 기관의 일반의무] (1) 관할이 있는 관청이 이 장(章)에 부합하게 활동해야 하는 경우, 그 관청은 인간, 동물 및 식물의 건강에 대한 위험 또는 - GMO 및 식물 보호제품의 경우에는 - 환경에 대한 위험을 제거하거나 제한하기 위한 조치를 선제적으로 하여야 한다. (2) 위반사항이 있다는 의심이 있는 경우, 관할 관청은 이러한 의심을 확인하거나 제거하기 위해 조사를 수행하여야 한다.

(3) 제2항에 따른 조치는 다음 각 호를 포함한다.

a) 합리적인 기간 동안 동물, 상품 및 사업자에 대한 강화된 공적인 통제
b) 경우에 따라서는 동물과 상품 및 허용되지 않은 물질 또는 상품의 공적인 임치
20) 통제규범 제138조 [위반사항이 확인된 경우의 조치] (1) 위반사항이 확인된 경우, 관할 관청은 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.

a) 위반사항의 원인과 범위 및 사업자의 책임을 조사하기 위한 조치
b) 해당 사업자가 위반사항을 종결하고 이러한 종류의 위반사항이 다시 발생하지 않도록 하기 위한 조치

취하여야 할 조치를 결정할 때 관할 관청은 위반사항의 종류와 지금까지 이 규정의 준수와 관련한 해당 사업자의 행동을 고려한다.

(2) 관할이 있는 관청이 제1항에 따라 조치를 취하는 경우, 그 관할 관청은 제1조 제2항에 따른 규정준수를 보장하기 위해 적절하다고 판단하는 모든 조치를 취하여야 한다. 다음 각 호의 내용이 이러한 조치에 포함되지만, 이에 한정되지 않는다.

a) 관할 관청은 동물치료를 명령하거나 또는 스스로 이를 수행한다.
b) 관할 관청은 동물을 내리거나 또는 다른 운송수단으로 옮기고 그 동물을 보호하고 돌보라고 명령한다. 관할 관청은 도축을 연기하라고 명령한다. 관할관청은 필요한 경우 수의학적 치료가 제공되도록 명령한다.
c) 관할 관청은 상품의 처리, 표시의 변경, 소비자에게 정정된 정보제공을 명령한다.
d) 관할 관청은 동물과 상품에 대한 시장의 출시, 선적, 유럽연합으로의 수입 또는 수출을 금지하거나 금지하며, 관할 관청은 구성국가로의 반품을 금지하거나 구성국가로의 반품을 명령한다.
e) 관할 관청은 사업자에게 자체 점검의 빈도를 높이라고 명령한다.
f) 관할 관청은 해당 사업자의 특정한 활동을 강화하도록 명령하거나 시스템적으로 공적인 통제의 대상이 되도록 명령한다.
g) 관할 관청은 상품의 리콜, 회수, 제거 및 파괴를 명령하며, 경우에 따라서는 원래 의도했던 목적과는 다른 목적으로 상품의 사용을 허가한다.
h) 관할 관청은 사업 전부 또는 일부 혹은 사업자의 영업시설, 소유지 또는 영업장소를 적절한 기간동안

법」²¹⁾ 제54조 제1항 및 제2항 제b호²²⁾에 근거하여 추가적인 정보 없이 특정된 크기로 제품명 등이 표시된 물품을 시장에 출시하지 못하도록 한 처분에 대해 다투고자 하였다.²³⁾ 사안에서 원고는 “BiFi²⁴⁾ The Original Turkey”라는 상표명으로 판매되는 제품을 생산하였고, 이를 포장하여 소매점을 통해 판매하였다. 제품을 생산하기 위하여 팜유지(Palmfett)와 유채씨유(Rapsöl)가 사용되었다. “BiFi The Original”이라는 상표는 독일 상표법에 따른 문자도형결합상표이며, 「상표규범」²⁵⁾에 따르면 도형상표로 분류된다. 원고는 다툼이 되는 식품 외에도 다양한 식품들을 “BiFi The Original”이라는 상표와 함께 식품에 첨가된 내용물을 표시하여 판매하였다.

문제가 된 행정처분은 제소 당시 원고가 사용하고 있는 “BiFi The Original Turkey” 이전에 생산한 제품의 라벨 표시와 관련되어 있었다. 당시 원고는 “BiFi 100% Turkey”라는 제품명으로 식품을 출시하여 판매하였는데, 관할관청은 라벨표시에 문제가 있다고 지적하면서 해당 제품²⁶⁾의 판매를 금지하는 결정을 하였다.

격리하거나 폐쇄하도록 명령한다.

i) 관할 관청은 적절한 기간 동안 해당 사업자의 활동 전부 또는 일부의 정지를 명령하거나 경우에 따라서는 사업자가 운영하거나 이용하는 인터넷 사이트를 폐쇄하도록 명령한다.

j) 관할 관청은 해당 영업시설, 공장, 소유지, 운송수단 또는 운송업자 혹은 운전자의 운전면허의 등록 또는 허가의 정지 또는 박탈을 명령한다.

k) 관할 관청은 인간과 동물의 건강을 보호하고 동물을 보호하기 위해 해당 동물의 도살이나 도축이 가장 적합한 경우에는 도살이나 도축을 명령한다.

(3) 관할 관청은 해당 사업자 또는 그의 대리인에게 다음 각 호의 내용을 통지한다.

a) 제1항과 제2항에 따라 취하여야 할 조치에 해당하는 결정과 그 결정의 이유에 대한 서면통지

b) 이러한 결정에 대한 불복신청에 관한 권리 및 해당 규정과 기간

(4) 이 조(條)에 근거하여 발생하는 모든 비용은 책임이 있는 사업자가 부담한다.

21) Verordnung (EG) 882/2004 (ABl. L 165 vom 30.4.2004, S. 1ff.). 舊 식품법 준수확인규범은 2019년 12월 13일부로 실효되었고, 현재는 새로운 준수확인규범(Verordnung (EU) 2017/625)으로 대체되었다.

22) 舊 식품법 준수확인규범 제54조[위반의 경우 조치사항] (1) 관할관청이 위반사항을 확인하는 경우, 사업자가 시정조치를 취하도록 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 관할관청은 위반사항의 종류와 위반사항과 관련하여 지금까지 사업자의 행동을 고려하여야 한다.

(2) 이에 대해 다음 각 호의 조치가 포함된다. [...]

b) 사료, 식품 또는 동물의 시장 출시, 수입 또는 수출의 제한 또는 금지 [...]

23) VG Ansbach, Beschluss vom 22.09.2021 - AN 14 K 19.00097.

24) “BiFi”라는 명칭은 독일어권에서는 “Bissfinger”의 약자로 알려졌다. 번역하면 “손가락을 깨물다”의 의미로 받아들여진다. 영미권에서는 “beefy”로 해석되는데, “뚱뚱한” 혹은 “고기 같은” 정도로 해석될 수 있다.

25) Durchführungsverordnung (EU) 2018/626 (ABl. L 104 vom 24.4.2018, S. 37ff.).

26) https://fddb.info/db/de/lebensmittel/unilever_bifi_turkey/foto.html (2023년 5월 28일 검색).

그림 1 - BiFi 100% Turkey



이러한 행정처분은 세 가지 이유에 근거하고 있었다. 첫 번째 이유는 “100%”라는 표현으로 인한 것이었으며, 두 번째 이유는 유럽연합의 식품정보규범에 따른 첨가물에 관한 표시 방법이 지켜지지 않았기 때문이며, 세 번째 이유는 식물성 유지가 사용된 것이 언급되지 않았기 때문이었다. 이러한 결정에 불복하여 원고는 바이에른 행정법원(Ansbach)에 제소하였다. 2019년 2분기에 이르러서 원고는 라벨링을 변경하였다. 상품의 전면에는 “BiFi The Original”이라고 표시하였고, 그 옆에 “Turkey”라고 표시하였다. “Turkey”라는 단어 옆에는 검은 칠면조 그림이 그려져 있었다.²⁷⁾ 상품의 후면에는 “팜유지와 유채씨유가 곁들여진 가금류 미니 살라미”라고 표시되어 있었다.²⁸⁾ “BiFi”, “The Original” 그리고 “Turkey”라는 단어의 크기는 모두 달랐는데, “BiFi”가 가장 큰 글씨로 인쇄되어 있었으며 “The Original”이 가장 작은 글씨로 인쇄되어 있었다.

그림 2 - BiFi The Original 전면



이에 따라 관할관청은 첫 번째 이유와 세 번째 이유에 근거한 결정을 변경하였다. 그러나 계속해서 문제가 된 것은 식품정보규범에 따른 첨가물에 관한 표시 방법이 지켜지지 않고 있다는 점이었다. 이와 관련하여 식품정보규범에는 고려이유를 통해 다음과 같이 식품표시에 대해 설명하고 있다.

27) <https://fooody4u.de/products/bifi-100-turkey> (2023년 5월 28일 검색).

28) <https://www.genussleben.de/products/genussleben-box-mit-bifi-im-mix-herzhafter-wurstsnack-mit-salami-verschiedene-sorten-mit-bifi-original-ranger-carazza-oder-vegan> (2023년 5월 28일 검색).

그림 3 - BiFi The Original 후면

	ZUTATEN BIFI TURKEY ROLL MINISALAMI: WEIZENMEHL, Putenfleisch, Putenfett mit Haut, Palmöl, Zucker, Hefe, jodiertes Speisesalz (Speisesalz, Kaliumiodat), Emulgatoren (Mono- und Diglyceride von Speisefettsäuren, Citronensäureester von Mono- und Diglyceriden von Speisefettsäuren, Mono- und Diacetylweinsäureester von Mono- und Diglyceriden von Speisefettsäuren), WEIZENGLUTEN, MAGERMILCHPULVER, Gewürze (Pfeffer, Knoblauchpulver), Aromen, EIGELBPULVER, Rapsöl, Säuerungsmittel (Citronensäure, Ascorbinsäure), Dextrose, Stabilisatoren (Triphosphate, Polyphosphate, Guarkernmehl), EIKLARPULVER, Backtriebmittel (Calciumcarbonat), Speisesalz, Konservierungsstoff (Natriumnitrit), Buchenholzrauch.
	ZUTATEN BIFI TURKEY MINISALAMI: Putenfleisch, Palmfett, jodiertes Speisesalz (Speisesalz, Kaliumjodat), Rapsöl, Dextrose, Gewürze (Pfeffer, Koriander, Knoblauchpulver), Antioxidationsmittel (Natriumascorbat), Konservierungsstoff (Natriumnitrit), Buchenholzrauch. 100g Minisalami werden hergestellt aus 133g Putenfleisch und 21 g pflanzlichem Fett und Öl.
	ZUTATEN BIFI BEEF MINISALAMI: Rindfleisch, jodiertes Speisesalz (Speisesalz, Kaliumiodat), Dextrose, Zwiebelpulver, Pfeffer, Knoblauch, Antioxidationsmittel (Natriumascorbat), Konservierungsstoff (Natriumnitrit), Buchenholzrauch. 100 g Minisalami werden hergestellt aus 165 g Rindfleisch (der Gewichtsverlust entsteht durch Wasserverlust beim Räuchern).
	ZUTATEN BIFI HOT MINISALAMI: Schweinefleisch, Rindfleisch, jodiertes Speisesalz (Speisesalz, Kaliumiodat), Gewürze (Pfeffer, Knoblauch, Kümmel, Koriander), Dextrose, Gewürzextrakte (Chili, Paprika, Zwiebel), Antioxidationsmittel (Natriumascorbat), Konservierungsstoff (Natriumnitrit), Buchenholzrauch.
	ZUTATEN BIFI ROLL HOT MINISALAMI: Schweinefleisch, WEIZENMEHL, Speck, Palmöl, Zucker, Hefe, jodiertes Speisesalz (Speisesalz, Kaliumiodat), Emulgatoren (Mono- und Diglyceride von Speisefettsäuren, Citronensäureester von Mono- und Diglyceriden von Speisefettsäuren, Mono- und Diacetylweinsäureester von Mono- und Diglyceriden von Speisefettsäuren), WEIZENGLUTEN, MAGERMILCHPULVER, Dextrose, Gewürze (Pfeffer, Knoblauchpulver, Kümmel), EIGELBPULVER, Gewürzextrakte (Chili, Paprika), EIKLARPULVER, Stabilisator (Guarkernmehl), Antioxidationsmittel (Natriumascorbat), Backtriebmittel (Calciumcarbonat, Calciumphosphate), Speisesalz, Rapsöl, Hefeextrakt, Buchenholzrauch.

- (3) 소비자 건강과 관련하여 높은 수준의 보호를 가능하게 하고 소비자의 알 권리를 보장하기 위하여, 소비자에게는 자신이 소비하는 식품에 대해 적절한 정보가 제공되어야 한다. 소비자의 선택은 특히 건강, 경제, 환경, 사회 및 윤리적 고려 사항의 영향을 받을 수 있다.
- (18) 식품정보법이 진화하는 소비자의 정보 요구에 부합할 수 있도록 하기 위하여 어떠한 식품정보가 제공되어야 하는지 판단함에 있어 특정 정보에 대한 공개와 관련하여 대다수의 소비가 명백히 큰 관심을 가지고 있는지 여부가 고려되어야 한다.
- (20) 식품정보법은 특히 식품의 표시(Merkmal), 효과 또는 성질(Eigenschaft)과 관련하여 소비자를 오도하는 정보 혹은 식품에 의학적 효과가 있다고 부기하는 것을 금지해야 한다. 이러한 금지는 식품의 광고 및 포장의 경우에도 적용되어야 한다.

이러한 내용들은 식품정보규범을 통해 구체화되었는데, 특히 식품정보규범 제7조, 제17조 및 식품정보규범 제6부속서(Anhang)는 다음과 같이 규정하였다.

식품정보규범 제7조 [정보처리의 공정성] (1) 식품에 대한 정보는 특히 다음 각 호와 관련하여 오해의 소지가 없어야 한다.

a) 식품의 종류, 정체성, 성질, 구성, 양, 유통기한, 원산지 국가 또는 생산장소, 생산 또는 제조 방식과 같은 식품의 성질 [...]

d) 식품에 자연적으로 존재하는 성분 또는 일반적으로 사용되는 첨가물이 다른 성분 또는 여타의 첨가물로 대체되었음에도 외형, 표시 또는 그림을 통해 특정 식품 또는 첨가물의 존재를 암시하는 방식

(2) 식품에 대한 정보는 명확해야 하며 소비자가 쉽게 이해할 수 있어야 한다. [...]

(4) 제1항, 제2항 및 제3항은 다음 각 호의 경우에도 적용된다.

a) 광고

b) 식품의 포장, 특히 포장의 형태와 외관, 포장방법, 사용된 포장재료, 배치방식 및 진열되는 환경

식품정보규범 제17조 [식품의 표시(Bezeichnung des Lebensmittels)] (1) 식품은 법으로 규정된 식품의 표시로 적시되어야 한다. 이러한 표시가 존재하지 않는 경우 식품은 식품에 대한 관례적인 이름으로 표시되어야 하며, 만일 관례적인 이름이 없거나 관례적인 이름이 사용되지 않을 때에는 식품을 설명하는 이름을 제공하여야 한다. [...]

(4) 식품의 표시는 지식재산권으로 보호되는 표시, 상표 또는 공상적 이름(Fantasiebezeichnung)으로 대체될 수 없다.

(5) 제6부속서에는 식품의 표시 및 이에 수반되는 사항에 대해 규정한다.

식품정보규범 제6부속서 [식품의 표시 및 특별한 추가적인 사항]

PART A - 식품 표시의 보완을 위한 의무적인 사항 [...]

4. 일반적으로 사용되거나 자연적으로 존재할 것이라고 소비자가 기대하는 성분 또는 첨가물이 다른 성분 또는 여타의 첨가물로 대체된 경우, 라벨링에는 - 성분 목록(Zutatenverzeichnis)에 추가하여 - 부분적으로 또는 전적으로 대체된 물질의 구성 성분 및 첨가물에 대한 명확한 표시가 있어야 하며, 다음 각 호의 방식으로 표시되어야 한다.

a) 제품명(Produktname)과 가까운 곳에 표시

b) 글꼴의 크기는 높이가 제품명 높이의 75% 이상이어야 하고, 이 규범 제13조 제2항에 규정된 최소 글꼴 크기보다 작지 않아야 한다.

2. 바이에른 행정법원의 청문사항

이러한 일련의 유럽법 규정에 관한 해석에 대해 바이에른 행정법원은 네 가지 쟁점과 관련한 해석상의 문제에 대해 유럽법원에 사전결정(Vorabentscheidung)을 요청하였다.²⁹⁾

29) 박진완, “유럽연합의 법질서에 있어서 기본권의 효력보장의 문제로서 유럽연합의 기본권 헌장상의 기본권 위반의 법적 효과에 대한 검토”, 유럽헌법연구 제13호, 유럽헌법학회, 2013, 79면; 박신욱, “온라인 서비스제공자의 플랫폼에 게시된 동영상으로 인한 법적 쟁점에 대한 독일연방대법원 판례 연구”, 한양법학 제36집 제3호, 한양법학회, 2019, 251면.

1. 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조에 규정된 “제품명(Produktname)”은 식품정보규범 제17조 제1항 내지 제3항의 “식품의 표시(Bezeichnung des Lebensmittels)”와 동일하게 해석되어야 하는가?

우선 바이에른 행정법원은 관할관청이 한 금지처분은 舊 식품법 준수확인규범 제54조 제1항 및 제2항 제b호(2019년 12월 14일부터는 통제규범 제167조 제1항 제2문30)에 따라 통제규범 제138조 제1항 제b호)에 근거하고 있음을 확인하였다. 식품의 시장 출시에 대한 금지처분을 하기 위해서는 식품법 위반이 요구되는데 바이에른 행정법원은 해당 사안에서 식품법 위반이 존재하는지에 대해 의문을 갖고 있었다.

바이에른 행정법원은 식품정보규범 제7조 위반은 존재하지 않는다고 판단하였다. 이러한 판단은 기존의 유럽법원의 판단에 기초하고 있는데, 이에 따르면 소비자가 제품의 구성성분을 기준으로 구매를 결정하는 경우 소비자는 제일 먼저 성분 목록을 읽는다고 가정한다.³¹⁾ 이는 해당 사안에서도 마찬가지로 볼 수 있는 것이다. 팜유지와 유채씨유로 대체되었고 이것이 표시되었기 때문에 식품정보규범 제7조 제1항 제d호에 따라 식품의 포장에 볼 때에는 해당 식품에 칠면조 지방이나 다른 동물성 지방이 포함되어 있다는 추측은 가능하지 않게 되는 것이다. “Turkey”라는 표현과 인쇄된 칠면조 이미지는 단순히 해당 식품에 칠면조 성분이 포함되어 있음을 나타낼 뿐이다.

물론 바이에른 행정법원은 해당 식품이 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조 및 식품정보규범 제17조 제5항을 위반하여 표시되었을 가능성은 존재한다고 보았다. 해당 식품의 경우, 확인한 바와 같이 “팜유지와 유채씨유가 곁들여진 가금류 미니 살라미”로 표시되었기 때문에 일반적으로 사용되거나 자연적으로 존재할 것이라고 소비자가 기대하는 성분 또는 첨가물이 다른 성분 또는 여타의 첨가물도 대체된 것이다. 그러나 구체적인 사안에서 평균적이고, 합리적으로 정보를 얻으며, 신중한 일반 소비자도 해당 제품이 동물성 기름으로 생산되었다고 기대할 수 있기 때문이다. 여기서 가장 큰 문제는 제품명과 식품의 표시가 동일한 의미인지 여부였다. 제품명에 관하여 유럽법 영역에서는 어떠한 정의도 확인할 수 없기 때문에 소송의 당사자들은 이 문제에 대해 대립한 것이다. 원고는 제품명과 식품의 표시가 동일하다고 주장하고 있으며, 피고는 이 두 단어가 다른 의미를 갖고 있다고 보았다. 바이에른 행정법원은 이와 관련한 해석에 대해 두 번째로 청문하였다.

2. 첫 번째 질문에 대해 “아니오”로 답변한 경우: 식품의 표시가 아니라 식품정보규범 제17조 제4항에 규정된 지식재산권으로 보호되는 명칭, 상품명 또는 공상적 이름이 문제된 경우에도, “제품명”은 식품이 판매되고 광고되는 명칭이며 소비자에게 일반적으로 알려진 것으로 볼 수 있는 것인가?

30) 통제규범 제167조 [발효 및 효력 개시] (1) 이 규범은 유럽관보에 게재된 후 20일째에 발효된다. 제2항 내지 제4항에 달리 규정하지 않는 한 이 규범은 2019년 12월 14일부터 적용된다.

31) EuGH, 04.04.2000 - C-465/98; EuGH, 26.10.1995 - C-51/94.

이러한 첫 번째와 두 번째 질문의 내용은 매우 중요한 의미를 가질 수 있는데, 제품명은 일반적으로 명확하게 그리고 매우 크게 표시되는 반면 식품에 대한 정보는 비교적 작게 적시될 뿐만 아니라 눈에 잘 띄지도 않기 때문이다. 세 번째의 질문사항은 첫 번째 질문에 “아니오”로 대답하고, 두 번째 질문에 긍정으로 답변하였을 때로 한정되어 있다.

3. 두 번째 질문에 대해 “네”로 답변한 경우: “제품명”이 상표법으로 보호되지만 개별 식품과는 관련되어 있지 않은 보통명사(Gattungsname) 또는 상위개념 그리고 개별 제품과 관련하여 그 제품을 구체화하는 (제품명의 두 번째 부분으로서) 첨가물에 의해 보충되는 개념이라는 두 가지 부분으로 구성되는가?

원고가 “BiFi”라는 상표를 이용하여 다양한 제품을 출시하고 있기 때문에 구체적인 각각의 제품에 있어 그 제품명이 무엇인지 문제가 될 수 있다. 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조에서는 제품명에 대한 어떠한 설명도 하고 있지 않기 때문에 “BiFi”와 같은 상위개념에 덧붙여 “Turkey”와 같이 구체적인 제품에 맞게 표현된 내용으로 구성된 제품명이 가능한지에 대해서도 언급되고 있지 않다. 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조에 따른 표시의무가 발생하기 위해서는 식품의 경우 성분 또는 첨가물이 교체되어야 하기 때문에 제품명을 결정하기 위해서는 구체적인 식품명도 중요한 기준이 될 수 있으며, 이에 기반을 두어 어떠한 표시가 판매 및 광고에 있어 적시되어야 하는지 나아가 소비자에게 인식될 수 있는지 확인이 요구되는 것이다. 만일 이러한 표시가 다양한 부분으로 구성될 수 있다면, 다양하게 구성된 그 표시가 제품명이 될 수 있게 된다.

3. 세 번째 질문에 대해 “네”로 답변한 경우: 제품명을 구성하는 두 부분이 다른 크기로 포장에 인쇄되어 있는 경우, 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조에 따라 추가적인 정보의 제공은 그 두 부분 중 어느 부분을 기준으로 해야 하는가?

식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조에 규정된 추가 정보의 크기는 제품명을 기준으로 하고 있다. 만일 세 번째 질문에 긍정된다면, 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조에 따라 제공되어야 하는 추가 정보의 크기를 결정하는 제품명 부분의 기준이 무엇인지 알아야만 한다. 이는 결국 소비자에게 전달되는 정보와 직접적으로 관련될 수 밖에 없다.

IV. 유럽법원의 판단

유럽법원의 입장에서 바이에른 행정법원은 자신의 첫 번째 질문을 통해 식품정보규범 제17조에 따른 식품의 표시와 제6부속서 PART A 제4조의 제품명이라는 용어는 각기 독립적인 의미를 가지고 있는지 여부를 확인하고자 하였으며, 제품명이 법으로 규정된 표시, 관례적인 표시, 설명하는 표시뿐만 아니라 “지식재산권으로 보호되는 표시”, “상표” 또는 “공상적 이름”도 포함할 수 있

는지 여부를 문의한 것으로 판단하였다.

1. 식품의 표시와 제품명은 동일한 의미를 갖는가?

이와 관련하여 유럽법원은 우선 식품정보규범 제17조 제1항에 따른 “식품의 표시”는 식품에 대해 법적으로 규정된 표시, 만일 법적으로 규정된 표시가 없는 경우에는 관례적인 표시, 이러한 표시가 없거나 사용되지 않는 경우에는 식품을 설명하는 표시를 말하며, 이때 세 가지의 개념은 식품정보규범 제2조 제2항 제n호, 제o호 및 제p호에 정의되어 있다는 점을 지적하였다.

식품정보규범 제2조 [개념 정의] [...] (2) 나아가 다음 각 호의 표현에 대한 정의는 다음과 같다.

n) “법적으로 규정된 표시(rechtlich vorgeschriebene Bezeichnung)”는 해당 식품에 적용되는 유럽법을 통해 규정된 표시, 또는 만일 그런 종류의 유럽법이 존재하지 않는 경우 최종 소비자 또는 단체급식 제공자에게 식품이 판매되는 구성국가들의 법률 또는 행정규칙에 규정되어 있는 표시를 말한다. [...]

o) “관례적인 표시(verkehrsübliche Bezeichnung)”는 식품이 판매되는 구성국가에서 추가적인 설명이 없이도 소비자에 의해 식품의 표시로서 수용되는 표시를 말한다.

p) “(식품을) 설명하는 표시(beschreibende Bezeichnung)”는 식품 및 필요한 경우에는 식품의 용도를 설명하는 표시이며, 소비자가 식품의 실제적 종류를 인식하고 식품과 혼동할 수 있는 제품을 구별할 수 있을 만큼 충분히 정확해야 한다. [...]

동시에 식품정보규범 제17조 제4항에 따라 식품에 대한 표시는 지식재산권으로 보호되는 표시, 상표 또는 공상적 이름으로 대체될 수 없다는 점을 확인하였다. 둘째, 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조에 따르면 소비자가 식품에 정상적으로 사용되었거나 자연적으로 존재할 것이라고 기대한 성분 또는 첨가물이 여타의 성분 또는 첨가물로 대체된 경우, 성분 목록에 추가하여 라벨링에는 그 성분 및 첨가물에 대한 명백한 표시가 수반되어야 하며, 이는 제품명에 근접하게 표시여야 할 뿐만 아니라 제품명 높이의 75%에 달하는 글꼴로 적시되어야 한다는 점이다. 셋째, “제품명”이라는 용어는 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조에만 사용되어 있으며, 이 규범에 정의되어 있지 않다는 점이다. 독일과 프랑스를 제외하고는 그 표현의 유사성이 인정될 여지가 있다.³²⁾ 그러나 확립된 유럽법원의 판결에 따르면, 유럽법 조문에 대한 언어 버전 중 하나의 언

32)

표 3 - 구성국가의 언어에 따른 식품의 표시와 제품명 표현

언어	식품의 표시	제품명
스페인어	denominación del producto	denominación del alimento
체코어	název produktu	název potravin
영어	name of the product	name of the food
크로아티아어	naziv proizvoda	naziv hrane
이탈리아어	denominazione del prodotto	denominazione dell'alimento

어 버전에 사용된 개념은 해당 조항을 해석함에 있어 유일한 근거로 사용될 수 없으며, 그 언어 버전이 여타의 언어 버전보다 선행한다고 주장할 수 없다.³³⁾ 더욱이 어떠한 경우에도 유럽법상 식품에 대한 정의는 식품정보규범 제2조 제1항 제a호에서 밝히고 있는 바와 같이 식품기본규범 제2조에 따라야 한다.

식품정보규범 제2조 [개념 정의] (1) 이 규범의 목적을 위하여 다음 각 호의 개념 정의가 적용된다.

a) “식품”, “식품법”, “식품회사”, “식품사업자”, “소매”, “출시” 및 “최종소비자”의 개념 정의는 식품기본규범 제2조, 제3조 제1항, 제2항, 제3항, 제7항, 제8항 및 제18항에 따른다. [...]

식품기본규범 제2조 [“식품”의 정의] 이 규범에서 “식품”이라 함은 가공, 부분적 가공 또는 가공되지 않는 상태로 인간이 섭취하도록 의도하였거나 합리적으로 예상할 수 있는 모든 물질 또는 제품을 말한다.

“식품”에는 음료, 껌, 물을 포함하여 식품의 생산, 가공 또는 처리의 과정에서 의도적으로 첨가되는 모든 물질이 포함된다. [...]

이러한 개념 정의를 통해서 식품정보규범 제17조 제1항에 언급된 “식품의 표시”와 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조에 언급된 “제품명” 사이의 차이는 단순히 전문용어 성격을 띄고 있다는 점을 추론할 수 있다. 이러한 식품의 정의에 따르면, 제품명은 오직 “식품의 이름”을 의미한다. 이러한 까닭에 두 표현은 다른 언어 버전의 차이에도 불구하고 동일한 내용을 포함하는 것으로 이해해야 한다. 이러한 해석은 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조가 삽입되어진 맥락을 통해서도 확인할 수 있다. 이 부속서의 명칭은 “식품의 표시 및 특별한 추가적 사항”이며, PART A 역시 “식품 표시의 보완을 위한 의무적인 사항”으로 명명되어 있으며, 이를 통해 라벨링의 방식에 대해 구체화하고 있는 것이다.

또한 식품의 표시에 대해 규정하고 있는 식품정보규범 제17조 제5항은 “제6부속서에는 식품의 표시 및 이에 수반되는 사항에 대해 규정한다”고 밝히고 있다. “이에 수반되는”이라는 표현은 명백하게 식품의 표시에 수반되는 것을 의미하는 것이며, 이 경우 이 조문이 식품정보규범 제17조 제4항에 언급되는 개념으로 확장될 가능성은 존재하지 않는다.

네덜란드어	benaming van het product	benaming van het levensmiddel
폴란드어	nazwa produktu	nazwa środka spożywczego
포르투갈어	denominação do produto	denominação do género alimentício
루마니아어	denumirea produsului	denumirea produsului alimentar
슬로바키아어	názov výrobku	názov potraviny
슬로베니아어	ime proizvoda	ime živila
핀란드어	tuotteen nimi	elintarvikkeen nimi
스웨덴어	produkstens beteckning	livsmedlets beteckning

33) EuGH, 27.10.1977 - 30/77; EuGH, 25.02.2021 - C-772/19.

2. 어떠한 방식으로 식품정보규범의 목적이 달성되는가?

식품정보규범이 추구하는 목표는 식품정보규범 제1조 제1항과 제3조 제1항을 통해 명확히 드러난다. 이는 식품정보규범의 세 번째 고려이유를 통해서도 확인된다.

식품정보규범 제1조 [대상과 적용범위] (1) 이 규정은 역내시장의 적절한 기능을 보장함과 아울러 소비자의 기대와 다양한 정보요구를 고려하여 식품 정보와 관련하여 높은 수준으로 소비자를 보장하기 위한 기반을 제공한다. [...]

식품정보규범 제3조 [일반적인 목적] (1) 식품에 대한 정보의 제공은 건강, 경제, 환경, 사회 및 윤리적 측면을 특별히 고려한 적절한 선택과 식품의 안전한 사용을 위한 근거를 최종소비자에게 제공함으로써 소비자의 건강과 이익을 충분히 보호하는 역할을 하게 된다. [...]

정리하면, 식품정보규범은 소비자의 다양한 기대치에 입각한 정보를 제공하고 이러한 정보에 입각한 선택을 소비자에게 할 수 있도록 함으로써 식품정보와 관련하여 높은 수준의 소비자 보호를 보장하는 것을 목표로 삼고 있는 것이다. 식품의 표시 역시 식품정보규범에 따라 제공되어야 하는 정보 중 하나이다. 또한 식품에 대한 정보로 인해 소비자의 오해가 발생해서는 안 된다. 식품정보규범 제7조는 소비자의 오해를 막기 위한 규정이다. 특히 이 조항은 식품에 일반적으로 사용되거나 자연적으로 존재할 것이라고 소비자가 기대하는 성분 또는 첨가물이 다른 성분 또는 여타의 첨가물로 대체된 경우, 소비자에게 외관, 표시 또는 그림표현을 통해 특정 식품의 존재 혹은 첨가물의 존재한다고 암시하는 것을 금지하고 있다. 물론 식품정보규범 제7조가 제17조와는 달리 명시적으로 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조를 언급하고 있지는 않지만, 식품정보규범 제7조 제1항 제d호를 감안한다면, 제7조의 규정은 소비자의 오해 방지를 위하여 특별한 표시조항들을 통해 보완되는 것이다. 바이에른 행정법원의 우려와는 달리, 소비자가 식품의 실제 구성 성분과 예상할 수 있는 성분의 차이를 포장된 식품의 전면에 위치하고 있으며 특별히 주의를 환기시키는 설명이 없더라도, 소비자 보호의 목적은 달성될 수 있다. 이러한 목적을 달성하기 위해서 식품의 표시는 식품정보규범 제17조 제1항 및 제5항에 따라 포장의 후면에 식품정보규범 제7조 제2항에 규정된 방식으로 적절하고, 확실하며 쉽게 이해할 수 있는 단어로 작성된 성분 목록을 제시하는 것으로 충분하다. 왜냐하면 일반적으로 정보를 알고 합리적으로 관찰하며 신중한 평균 소비자는 해당 식품의 성분에 따라 구매결정을 하게 되며, 이는 제일 먼저 식품의 성분 목록에 적시되어 있기 때문이다.³⁴⁾ 그렇기 때문에 식품정보규범 제17조 제1항에 따른 식품의 표시 뿐만 아니라 지식재산권으로 보호되는 표시, 상표 또는 공상적 이름 근처에 대체된 구성성분을 적시하도록 하는 것은 이 규범의 입법목적을 과도하게 초과하는 것이다.

34) EuGH, 16.07.1998 - C-210/96; EuGH, 04.06.2015 - C-195/14.

V. 나가며

우리나라에서 유사한 상황이 발생하면 어떠한 판단을 하게 될 것인가? 표시와 관련하여 우리 식품표시광고법 제4조 및 제5조, 「식품 등의 표시·광고에 관한 법률 시행규칙」³⁵⁾ 제2조 내지 제7조, 「식품등의 표시기준」³⁶⁾ 등의 법규정을 통해 식품의 표시와 관련되어서는 동일 혹은 유사한 판단을 할 수 있을 것으로 기대된다.

식품표시광고법 제8조의 규정을 확인할 필요가 있어 보인다. 식품표시광고법 제8조 제1항 제4호에 서는 “거짓·과장된 표시 또는 광고”가 금지되며, 제5호에 따라 “소비자를 기만하는 표시 또는 광고” 역시 금지된다. 후자는 특히 「식품등의 부당한 표시 또는 광고의 내용 기준」³⁷⁾을 통해 구체화 되는데, 이 고시 제2조 제3호 가목 내지 너목에서는 금지되는 “소비자를 기만하는 표시 또는 광고”가 규정되어 있다.

표 4 - 식품등의 부당한 표시 또는 광고의 내용

- 해당 식품 등에 사용하지 못하도록 정한 원재료 등이 없거나 사용하지 않았다는 표시·광고 - 해당 식품 등에 사용하지 못하도록 정한 보존료가 없거나 사용하지 않았다는 표시·광고 - 범위를 구체적으로 정할 수 없는 인체유해물질이 없다는 표시·광고 - 제품에 포함된 성분 또는 제조과정 중에 생성되는 성분이 해당 제품에 없거나 사용하지 않았다는 표시·광고 - 원래의 식품 등에 해당 영양성분이 전혀 들어 있지 않은 경우 그 영양성분에 대한 강조 표시·광고 - 당류를 사용하거나, 무당류 기준에 적절하지 않은 식품 등에 ‘무설탕’ 표시·광고 - 식품첨가물의 기준 및 규격에서 규정하고 있지 않는 명칭을 사용한 표시·광고	- 합성향료만을 사용하여 원재료의 향 또는 맛을 내는 경우 그 향 또는 맛을 뜻하는 그림, 사진 등의 표시·광고 - 특정한 식품에 대해 “천연”, “자연”이라는 표시·광고 - 최종 제품에 표시한 1개의 원재료를 제외하고 어떤 물질이 남아 있는 경우의 “100%” 표시·광고 - 위탁생산 식품 등의 위탁자 이외의 상표나 로고 등을 사용한 표시·광고 - 정의와 종류가 명확하지 않고, 객관적·과학적 근거가 충분하지 않은 용어를 사용하여 다른 제품 보다 우수한 제품으로 소비자를 오인·혼동시키는 표시·광고 - 표시대상 유전자변형농임수축산물이 아닌 농산물 등에 비유전자변형식품 등 유사한 용어 및 표현을 사용한 표시·광고
--	--

물론 이 고시의 목적에서도 밝히고 있는 바와 같이 <표-3>의 내용은 부당한 표시 또는 광고의 구체적인 내용을 예시하는 것에 불과하기 때문에 식품표시광고법에 따른 일련의 규제가 가능할 수 있을 것이다. 더욱이 우리의 식품표시광고법에는 자율심의를 통한 사전규제의 방식도 마련되어 있다.

이러한 상황에서 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조에 따른 라벨링에 대한 요구사항은 대체된 성분을 식품의 표시 근처에 적시하는 것에 한정되는 것이 아니라 식품 포장에 적시되어 있

35) 총리령 제1813호.

36) 식품의약품안전처고시 제2022-86호.

37) 식품의약품안전처고시 제2021-89호.

는 지식재산권으로 보호되는 표시, 상표 또는 공상적 이름 근처에 표시하도록 하는 것으로 해석되었어야 하는 것은 아닌가라는 생각을 하게 된다. 이러한 해석이 가능하다는 전제 하에 식품정보규범 제6부속서 PART A 제4조와 같은 소비자의 인식과 관련된 일반규정의 도입도 적극적으로 고려할 필요가 있다. 더욱이 대부분의 소비자는 제품의 구성성분이 아닌 가격³⁸⁾을 기준으로 판단한다. 식품의 표시에 대한 세밀한 규정의 필요성을 부정할 수는 없지만 소비자가 예상하지 못하는 첨가물이 식품에 포함되어 있고 그것을 표시했다는 것만으로 소비자의 선택을 위한 모든 정보를 제공했다고 보기는 어렵다. 추가적으로 중요한 내용의 경우에는 이를 단순히 표시하는 것 이외에도 제품명(Produktname)과 가까운 곳에 표시하도록 강제하는 것도 소비자에게 진정한 알 권리를 보장하는 하나의 방식이 될 수 있을 것이다.

38)

<http://www.farminsight.net/news/articleView.html?idxno=8468#:~:text=%EC%8B%9D%ED%92%88%20%EA%B5%AC%EC%9E%85%20%EC%8B%9C%20%EC%A4%91%EC%9A%94%ED%95%98%EA%B2%8C%20%EA%B3%A0%EB%A0%A4%ED%95%98%EB%8A%94%20%EA%B8%B0%EC%A4%80%EC%9C%BC%EB%A1%9C%EB%8A%94,4%25p%20%EA%B0%80%EA%B9%8C%EC%9D%B4%20%EC%A6%9D%EA%B0%80%ED%95%98%EC%98%80%EB%8B%A4.> (2023년 5월 30일 검색).

발제3

미국 식품관련 손해배상 특징 및 최근 연방대법원 판례 분석

발제자 서종희 연세대학교 법학전문대학원 교수

토론자 정신동 강릉원주대학교 교수

송도영 법무법인 비트 변호사

미국법상 식품피해 손해배상과 징벌적 손해배상제도에 대한 평가 - 식품위생법 개정방향에 대한 고찰과 함께 -

서종희*

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 현행법상 징벌적 손해배상제도
- III. 미국에서의 식품피해와 제조물책임(Products Liability)
- IV. 식품위생법의 개정방향 - 맺음말에 갈음하여 -

I. 들어가는 말

식품위생법에서는 규정 위반 시 영업정지 등의 행정처분이나 5년 이하의 징역 등 형사처분을 행하고 있다. 하지만 식품위생 위반사범에 대한 행정제재나 형사벌에도 불구하고 부정·불량 식품의 판매 등 국민 식생활의 안전을 위협하는 위반 사례가 지속적으로 발생하고 있는 실정이다. 예컨대 우리 사회에서는 햄버거병, 살충제 계란, 용가리 과자 등 식품사고가 끊이지 않고 있으나 정작 소비자들이 기업을 상대로 피해배상을 받기란 현실적으로 매우 어렵고 실질적으로 소송에서 승소하더라도 배상액도 매우 소액에 머무르고 있어 피해자가 소송을 포기하고 피해를 감수하는 현상이 일어나고 있다(소위 ‘합리적 무관심’). 이러한 현실을 감안하여 일각에서 식품위생법을 개정하여 부당이득환수제도(이득토출제도)를 도입하자는 주장과 함께 과징금액을 상향하거나 징벌적 손해배상제도를 도입하자는 주장을 강하게 제기하고 있다.¹⁾

* 연세대학교 법학전문대학원 교수

1) 20대 국회에서 더불어민주당 이종걸 의원 등 의원 10인은 징벌적 손해배상제도를 도입한 ‘식품위생법 일부개정법률안’을 2017년 2월 17일 발의했다. 위 개정안은 국민 안전과 직결된 식품위생법상의 위해식품 등의 판매 금지, 기준·규격 부적합 식품 제조·판매 금지 등의 규정을 위반해 손해가 발생한 경우

먼저 20대 국회에서 제윤경 의원 등 의원 10인(의안번호 제15542호)은 위해식품 판매로 법을 위반할 경우 과징금을 판매금액의 2배 이상 5배 이하로 상향조정하는 내용의 식품위생법 개정안을 발의하였다(〈표 1〉참조).²⁾

〈표 1: 신구대조표〉

현행	개정안
제83조(위해식품등의 판매 등에 따른 과징금 부과 등) ① 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 위해식품등의 판매 등 금지에 관한 제4조부터 제6조까지의 규정 또는 제8조를 위반한 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여 그가 판매한 해당 식품등의 <u>소매가격에 상당하는 금액</u> 을 과징금으로 부과한다.	제83조(위해식품등의 판매 등에 따른 과징금 부과 등) ① ----- ----- ----- ----- ----- ----- <u>판매금액의 2배 이상 5배 이하에</u> 해당하는 금액-----.
1. · 2. (생략)	1. · 2. (현행과 같음)
② 제1항에 따른 과징금의 산출금액은 대통령령으로 정하는 바에 따라 결정하여 부과한다.	② 제1항에 따른 과징금의 구체적인 계산 방법과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
③ · ④ (생략)	③ · ④ (현행과 같음)
제93조(벌칙) ① · ② (생략)	제93조(벌칙) ① · ② (현행과 같음)
③ 제1항 및 제2항의 경우 제조·가공·수입·조리한 식품 또는 식품첨가물을 판매하였을 때에는 그 <u>소매가격의 2배 이상 5배 이하에</u> 해당하는 벌금을 병과(併科)한다.	③ ----- ----- ----- <u>판매금액</u> -----.
④ (생략)	④ (현행과 같음)
제94조(벌칙) ① · ② (생략)	제94조(벌칙) ① · ② (현행과 같음)
③ 제2항의 경우 그 해당 식품 또는 식품첨가물을 판매한 때에는 그 <u>소매가격의 4배 이상 10배 이하에</u> 해당하는 벌금을 병과한다.	③ ----- ----- <u>판매금액</u> -----.

해당 영업자로 하여금 소비자가 입은 손해의 3배 이내 범위에서 배상책임을 지도록 하는 내용을 담고 있다. 참고로

- 2) 더 나아가 위 개정안은 현행법에서는 위해식품 판매 등의 불법행위에 대한 과징금 및 벌금의 부과기준을 소매가격으로 규정하고 있으나, 소매가격이 최종 소비자가격을 의미하는지 명확하지 않고 실제 벌금액 산정과정에서 반영하고 있는 판매량의 개념을 반영하고 있지 않는 점 등을 고려하여 최종 판매한 금액에 판매량을 반영한 개념인 판매금액으로 변경하는 내용을 담고 있다(안 제83조제1항·제2항, 제93조제3항 및 제94조제3항).

한편 윤후덕 의원 등 더불어민주당 의원 10인(의안번호 제19490호)은 국민 안전과 직결된 위해식품등의 판매금지, 기준 및 규격 부적합 식품의 제조·판매 금지 등의 규정을 위반하여 손해가 발생한 경우 해당 영업자로 하여금 소비자가 입은 손해의 2배 이내의 범위에서 배상책임을 지도록 하는 징벌적 손해배상제도를 도입하는 ‘식품위생법 일부개정법률안(제84조의2 신설. 이하 ‘개정안’)'을 2023년 1월 16일 국회에 제출했다(〈표 2〉참조).

〈표 2: 신규대조표〉

현행	개정안
〈신설〉	제84조의2(손해배상 책임) ① 영업자가 제4조부터 제6조까지 또는 제8조³⁾를 위반하여 소비자에게 손해를 입힌 경우에는 그 소비자에게 발생한 손해에 대하여 배상책임을 진다. ② 영업자가 제4조부터 제6조까지 또는 제8조를 위반하여 소비자에게 손해를 입힌 경우 법원은 그 손해액의 2배를 넘지 아니하는 범위에서 손해배상액을 정할 수 있다. ③ 법원은 제2항의 손해배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. 1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도 2. 위반행위로 인하여 입은 피해의 규모 3. 위법행위로 인하여 영업자가 취득한 경제적 이익 4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금 5. 위반행위의 기간·횟수 등 6. 영업자의 재산상태 7. 영업자의 피해구제 노력의 정도

3) 제4조(위해식품등의 판매 등 금지) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 식품등을 판매하거나 판매할 목적으로 채취·제조·수입·가공·사용·조리·저장·소분·운반 또는 진열하여서는 아니 된다.

1. 썩거나 상하거나 설익어서 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것
2. 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 그러할 염려가 있는 것. 다만, 식품의약품안전처장이 인체의 건강을 해칠 우려가 없다고 인정하는 것은 제외한다.
3. 병(病)을 일으키는 미생물에 오염되었거나 그러할 염려가 있어 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것
4. 불결하거나 다른 물질이 섞이거나 첨가(添加)된 것 또는 그 밖의 사유로 인체의 건강을 해칠 우려가

요컨대 위 개정안은 제4조(위해식품등의 판매 등 금지), 제5조(병든 동물 고기 등의 판매 등 금지), 제6조(기준·규격이 정하여지지 아니한 화학적 합성품 등의 판매 등 금지) 및 제8조(유독기구 등의 판매·사용 금지)를 위반하여 소비자에게 손해를 입힌 경우 손해액의 2배까지 손해배상액을 정할 수 있도록 하는 징벌적 손해배상제도를 도입하려는 것으로, 「식품위생법」 제4조부터 제6조까지 및 제8조에 따른 금지규정은 국민의 생명 안전과 직결되는 사항이라는 점에서 개정안은 해당 위법행위를 엄중히 근절하기 위한 취지로 이해된다.

「식품위생법」에서는 위해식품, 병든 동물 고기 등의 판매를 금지하고 있으며, 이를 위반한 경우 영업정지 등의 행정처분이나 10년 이하의 징역 등 벌칙을 부과하고 있으나, 손해배상과 관련하여서는 별도의 규정이 없이 「민법」 규정에 따르고 있다. 그런데 현재 손해배상 소송 시 소비자가 피해 사실을 입증하여야 하나 이러한 인과관계를 입증하는 데에는 정보의 비대칭 등으로 인한 어려움이 존재할 뿐만 아니라, 손해배상의 범위가 제한되어 있어 기업의 비도덕적이고 반사회적인 행위를 억제하는 데 한계가 있는 점을 고려할 때, 위 개정안은 소비자의 건강에 중대한 위해를 야기할 수 있는 법 위반 행위에 대한 징벌적 손해배상을 도입함으로써 소비자의 권익 보호에 기여할 수 있을 것으로 보인다. 징벌적 손해배상제도 자체에 대한 거부감을 차치하더라도 위 개정안은 “영업자가 제4조부터 제6조까지 또는 제8조를 위반하여 소비자에게 손해를 입힌 경우”를 배상책임의 요건으로 규정하여 ‘고의 또는 과실’ 여부를 묻지 않고 배상책임을 인정하고 있는데, 징벌적 손해배상제도는 악의적인 불법행위를 방지하기 위한 ‘징벌’의 목적이 있다는 점을 고려할 필요가 있다.⁴⁾ 즉 고의·중과실에서부터 착오나 부주의에 따른 1회성 위반행위까

있는 것

5. 제18조에 따른 안전성 심사 대상인 농·축·수산물 등 가운데 안전성 심사를 받지 아니하였거나 안전성 심사에서 식용(食用)으로 부적합하다고 인정된 것

6. 수입이 금지된 것 또는 「수입식품안전관리 특별법」 제20조제1항에 따른 수입신고를 하지 아니하고 수입한 것

7. 영업자가 아닌 자가 제조·가공·소분한 것

제5조(병든 동물 고기 등의 판매 등 금지) 누구든지 총리령으로 정하는 질병에 걸렸거나 걸렸을 염려가 있는 동물이나 그 질병에 걸려 죽은 동물의 고기·뼈·젖·장기 또는 혈액을 식품으로 판매하거나 판매할 목적으로 채취·수입·가공·사용·조리·저장·소분 또는 운반하거나 진열하여서는 아니 된다.

제6조(기준·규격이 정하여지지 아니한 화학적 합성품 등의 판매 등 금지) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 식품의약품안전처장이 제57조에 따른 식품위생심의위원회(이하 “심의위원회”라 한다)의 심의를 거쳐 인체의 건강을 해칠 우려가 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제7조제1항 및 제2항에 따라 기준·규격이 정하여지지 아니한 화학적 합성품인 첨가물과 이를 함유한 물질을 식품첨가물로 사용하는 행위

2. 제1호에 따른 식품첨가물이 함유된 식품을 판매하거나 판매할 목적으로 제조·수입·가공·사용·조리·저장·소분·운반 또는 진열하는 행위

제8조(유독기구 등의 판매·사용 금지) 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있어 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 기구 및 용기·포장과 식품 또는 식품첨가물에 직접 닿으면 해로운 영향을 끼쳐 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 기구 및 용기·포장을 판매하거나 판매할 목적으로 제조·수입·저장·운반·진열하거나 영업에 사용하여서는 아니 된다.

4) 「개인정보 보호법」 제39조(손해배상책임) ① 정보주체는 개인정보처리자가 이 법을 위반한 행위로 손해

지 다양하게 나타날 수 있는 식품분야 법 위반사항에 대해 고의·과실 여부를 묻지 않고 징벌적 손해배상책임을 부담지우는 것은 과도한 측면이 있는 것으로 판단된다.

이에 본고에서는 현행법상 징벌적 손해배상제도를 살펴보고(II) 미국법상 징벌적 손해배상제도의 운영을 검토한 후(III) 맺음말에 같음하여 식품위생법의 개정방향을 제시하면서 글을 마치고자 한다(IV).

II. 현행법상 징벌적 손해배상제도

1. 징벌적 손해배상제도를 두고 있는 현행법률

「민법」은 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하면서, “손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다”고 규정하여, 손해에 상응하는 액수만을 보상하게 하는 전보(填補)적 배상방식을 따르고 있다⁵⁾.

반면에 징벌적 손해배상제도는 이러한 전보적 손해배상의 원칙의 예외로서 불법행위로 인한 피해자의 손해에 추가하여 악의적인 불법행위자를 응징하고 재발을 방지하기 위한 목적으로 실손해액보다 많은 액수를 배상하도록 하는 것을 말하며, 주로 영미법에서 발전되어 온 제도이다. 징벌적 손해배상 제도의 도입에 대해서 찬성하는 입장은 ①추가적 배상책임을 부과함으로써 악의적 가해자를 응징하는 제재적 기능이 가능하고, ②법위반 행위로 얻은 부당 이익을 환수함으로써 향후 법위반행위의 유인을 제거하여 법위반행위를 효과적으로 억제할 수 있으며, ③실손해의 배상만으로는 피해자 구제에 불충분한 경우를 방지할 수 있어 도입의 효과가 크다고 주장한다.⁶⁾ 이에 반대하는 입장은 ①실손해 배상을 원칙으로 하는 우리 법체계의 정합성에 손상이 있을 수 있고, ②과잉금지 및 이 중처벌금지 원칙에 위배될 수 있으며, ③징벌적 손해배상 우려에 따른 기업활동의 위축, 손해배상액의 자의적 산정 등이 우려된다고 주장한다.⁷⁾ 위와 같은 엇갈린 평가에도 불구하고 징벌적 손해배상제도는 2011년 「하도급거래 공정화에 관한 법률」에 도입된 이래

를 입으면 개인정보처리자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다. ③ 개인정보처리자의 **고의 또는 중대한 과실로 인하여** 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 경우로서 정보주체에게 손해가 발생한 때에는 법원은 그 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 손해배상액을 정할 수 있다. 다만, **개인정보처리자가 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.**

5) 「민법」 제393조(손해배상의 범위) ① 채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다. 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 제763조(준용규정) 제393조, 제394조, 제396조, 제399조의 규정은 불법행위로 인한 손해배상에 준용한다.

6) 엄동섭, “한국 민법상 비재산적 손해의 배상과징벌적손해배상”, 민사법학 제71호, 2015, 239면 이하; 이경규, “제조물책임에 있어서 징벌적 손해배상의 과제와 전망 - 미국 Toole 판결의 분석과 시사점을 중심으로 -”, 인하대학교 법학연구 제20집 제2호, 2017, 226면 등 참조.

7) 이경규, 앞의 논문, 227면.

공정거래, 정보보호, 노동, 지식재산권, 제조물 분야 등 특정 분야 법률에 도입되어 시행되고 있다(〈표 3〉 참조).

〈표 3: 징벌적 손해배상 도입현황〉

분 야	법 률 명	주관적 요건	한도	대 상	도입 시기
공정거 래	하도급거래 공정화에 관한 법률	고의 과실	3배	기술자료 유용행위 부당한 발주 취소 등	2011
	가맹사업거래의 공정화에 관한 법률	고의 과실	3배	허위정보제공 상품용역 공급의 부당 중단 등	2017
	대부점거래의 공정화에 관한 법률	고의 과실	3배	구입 강제 경제상 이익제공 강요행위	2015
	대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률	고의 과실	3배	대규모유통업자의 정당한 이유 없는 상품 반품 등	2018
	독점규제 및 공정거래에 관한 법률	고의 과실	3배	부당공동행위(담합) 등	2018
	축산계열화사업에 관한 법률	고의 과실	3배	축산계열화사업법 위반행위 (허위·과장광고 등)	2019
	대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률	고의 과실	3배	납품대금의 조정신청 등을 이유로 한 위탁기업의 보복조치 등	2019
개인정 보	개인정보 보호법	고의 중과실	3배	개인정보의 분실, 도난, 유출 등	2015
	신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률	고의 중과실	5배	신용정보의 분실, 도난, 유출 등	2015
소비자 안전	제조물 책임법	고의	3배	제조물 책임	2017
	환경보건법	고의 중과실	3배	환경유해인자로 발생한 환경성 질환 등 손해	2018
	자동차관리법	악의	5배	자동차 제작의 결함	2021
노 동	기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률	명백 고의	3배	차별적 처우의 반복	2014
	파견근로자 보호 등에 관한 법률	명백 고의	3배	차별적 처우의 반복	2014
특 허	특허법	고의	3배	타인의 특허권, 전용실시권 침해	2019
	부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률	고의	3배	영업비밀 침해행위	2019
	산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률	고의	3배	산업기술 유출 및 침해행위	2019
	상표법	고의	3배	타인의 상표권, 전용사용권 침해	2020
	디자인보호법	고의	3배	타인의 디자인권, 전용실시권 침해	2020
공익신 고 보호	공익신고자 보호법	고의 과실	3배	공익신고자에 대한 불이익조치로 인한 손해	2017
중대 재해	중대재해 처벌 등에 관한 법률	고의, 중과실	5배	중대재해처벌법에서 정한 의무위반	2022

한편 법무부는 2020. 9.28. 징벌적 손해배상제 및 집단소송제를 확대 도입하는 ‘상법 개정안’과 ‘집단소송법 제정안’을 입법예고하였다.⁸⁾ 상법 개정을 통한 징벌적 손해배상제

확대 도입은 개별 분야에 국한되지 않은 ‘일반적 도입’이라는 점에서 기존 제도와 차이가 있다. 법무부 설명자료에 의하면, 상법상의 징벌적 손해배상제도는 2011. 3. 개정 ‘하도급 거래 공정화에 관한 법률’에서 도입된 이래, ‘제조물 책임법’, ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 등 이미 약 20개 법률을 통해 국내 수용된 제도이지만 분야별로 산발적으로 도입되어 있어, (1) 도입 여부에 따른 분야별 형평, (2) 법률별로 적용대상·요건 및 효과에 차이가 존재하는 문제가 있어서, 분야별 구별 없이 악의적 위법행위에 대한 억지력을 확보하기 위한 목적으로 상법 개정을 통한 일반적 도입을 추진하는 것을 목표로 한다.

2. 개정안과 제조물책임법과의 관계

영업자로부터 제조·가공·조리·포장 등의 공정을 거쳐 소비자에게 제공되는 대부분의 식품⁹⁾은 「제조물 책임법」상의 제조물에 해당하여 제조물 결함으로 발생한 손해에 대한 배상책임을 규정하고 있는 「제조물 책임법」의 적용을 받을 수 있는데, 2017년 개정된 「제조물 책임법」 제3조제2항에서는 제조업자에게 개정안의 배상책임(손해액의 2배)보다 큰 ‘손해액의 3배’까지 배상책임을 지도록 규정하고 있는 점을 재고할 필요가 있다. 물론 제조물책임법의 경우에는 제조물의 결함이 인정되어야 한다는 점에서 금지행위 위반에 대한 제재적 성격을 가지는 개정안과는 다른 측면을 가지고 있다는 점에서 개정안이 제조물책임법과 다른 기능을 할 수도 있을 것이다.

8) 징벌적 손해배상제 확대에 관한 상법 개정안의 주요 내용은 다음과 같다.

- 특정 업종 등의 제한 없이 상인(회사 포함)이 고의 또는 중과실로 타인에게 손해를 가한 경우에 대해서 인정됨
- 이행보조자를 이용한 경우 및 사용자책임을 부담하는 경우 등 상인이 법률에 따라 손해배상책임을 부담하게 되는 모든 원인행위에 대하여 적용됨
- 배상책임은 손해액의 5배 한도 내에서 인정됨
- 징벌적 손해배상책임을 미리 배제하거나 제한하는 특약은 효력이 없음
- 다른 법률의 손해배상책임 조항에 우선하여 적용되며, 소송으로써만 청구할 수 있음
- 시행 후 최초로 행하여진 행위로 인한 손해부터 적용됨

9) 개정안은 「제조물 책임법」이 적용되지 않는 식품(가령, 제조·가공 등 공정이 이루어지지 않은 농·축·수산물)에 대하여 「민법」상 전보적 손해배상 원칙에 대한 특례로서 실익이 있을 수 있으나, 실제 사례가 많지는 않을 것으로 판단된다.

Ⅲ. 미국에서의 식품피해와 제조물책임(Products Liability)¹⁰⁾

1. 이물질 혼입에 따른 피해와 손해배상

(1) 국내사건

청주지방법원 2019. 11. 28. 선고 2018가단22893 판결에서, 원고는 피고에게 원고가 제공하는 착즙 레몬에 비타민을 혼합한 레몬과즙의 제조를 의뢰하였는데, 피고는 원고의 의뢰에 따라 레몬과즙을 납품하였고, 원고는 피고로부터 납품받은 레몬과즙을 D에 판매하였고, D는 위 레몬과즙에 대하여 유자과즙이 혼입되었다는 고객 불만이 제기되자, 원고에게 입고 및 보관되어 있던 레몬과즙에 대한 반품을 요청하였다. 이에 원고는 D의 요청에 따라 레몬과즙을 반품 처리하였다. 그 후 원고는 D가 반품한 제품 대금 및 물류비에 대한 손해배상청구를 하였고, 피고는 납품한 레몬과즙에 유자즙이 섞여 있다는 주장은 사실이 아니며, 원고가 주장하는 반품과즙 전체에 유자과즙이 혼입되었다고 단정할 수 없다고 주장하였다. 법원은 “감정축삭결과에 의하면 피고가 제조한 반품과즙에서 유자의 염기서열이 검출된 점, 원고는 피고에게 레몬원료와 유자원료를 구분하여 공급하였던 것으로 보이는 점 등”을 이유로 제조사인 피고의 귀책사유를 인정하였다. 또한, 피고가 작업일자별 생산수량을 구별하여 기재하지 않아 유자과즙이 혼입된 제품을 특정하지 못하고 있어, 유자과즙의 혼입 여부를 검사하기 위하여는 개별 제품을 모두 개봉하여야 하는데, 일단 개봉한 상품은 판매할 수 없게 되는 점 등을 이유로, 같은 시기에 제작되어 납품되었다가 반품된 이 사건 반품과즙 모두를 반품대상으로 보는 것이 타당하다고 판단하였다. 대량으로 제조·유통되는 제품 중 일부에 하자가 존재하는 경우에는 그 하자가 어느 단계에서 발생하였는지가 명확한지, 하자가 있는 제품이 특정될 수 있는지 등에 대한 정확한 사실관계의 판단 및 구체적 입증이 반품 및 손해배상의 범위를 결정하는데 핵심이라고 할 것이다.

(2) 이물질 혼합에 의한 손해발생

1) 책임의 판단기준¹¹⁾

Mix v. Ingersoll Candy Co.¹²⁾에서 창시된 foreign-natural test는 혼입된 상해유발

10) 필자는 제조물이 식품인 경우에만 특별하게 적용되는 징벌적 손해배상법리를 찾고자 하였으나 필자가 과문하여 그러한 법리를 찾는 것은 실패하였다. 이에 이하에서는 선행연구에서 다루지 않았던 미국법상 제조물책임에서의 징벌적 손해배상법리에 대한 소개에 집중하고자 한다.

11) 선행연구로는 “식품에 혼입된 이물(異物)에 대한 제조자의 과실 및 제품결함의 판단기준과 제조상 결함”, 소비자문제연구 제34호, 2008, 1면 이하.

12) 6 Cal.2d 674, 59P.2d 144(1936). 이는 치킨파이를 사 먹다가 그 안에 혼입된 이물인 닭 뼈 한 개를

이물질이 그 식품에 자연스러운 것이면 제품의 결함을 인정할 수 없어서 제품의 엄격책임이나 제조자의 과실책임이 면책되지만 그 특성에 적합하지 않은 이질적인 것이면 책임을 져야한다는 원칙이다. 이 원칙은 미국의 제2차 불법행위 Restatement §402 A(com. h.)에서도 확인된다.¹³⁾ 예컨대 어떤 물체가 그것이 발견되는 식품의 유형과 자연적으로 관련된 것인 경우, 이러한 물체의 간헐적인 존재는 소비자가 예상할 수 있는 것이기 때문에 이질적인 것으로 간주되지 않는다는 것이다. 이 기준에 의하면 굳고 결정화된 옥수수 알갱이는 콘플레이크 패키지에 이물질이 아니며, 고기를 포함하는 통조림 제품에서 같은 고기의 뼈가 나온 경우라면 그 뼈는 이물질이 아니다.¹⁴⁾

현재 미국의 경향은 reasonable expectations test를 선호하여 foreign-natural test를 거부한다.¹⁵⁾ 이에 따라 제조사의 책임은 소비자가 해당 물질이 식품이나 음료에 존재할 것으로 예상했는지 여부에 따라 달라진다. 예컨대 닭고기 수프에 들어 있는 닭뼈와 같이 식품에 포함된 예상치 못한 자연물질은 같은 수프에 들어 있는 유리 조각과 같은 이물질이나 물질만큼 해를 끼칠 수 있다. reasonable expectations test는 Restatement Third, Torts: Products Liability § 7에 의해 채택되었으며 다음과 같이 명시되어 있다:

“결함이 있는 식품을 판매 또는 유통하는 식품 판매 또는 유통 사업에 종사하는 사람은 ... 결함으로 인해 발생하는 인명 또는 재산 피해에 대한 책임을 져야한다 ... [A] 식품의 위해를 유발하는 성분은 합리적인 소비자가 식품에 해당 성분이 포함될 것으로 기대하지 않는 경우에는 결함이 된다.”

Restatement Reporters는 또한 reasonable expectations test가 법률 검토 평론가들에 의해 크게 선호되었으며 이 원칙이 미국에 지배적인 기준이 되었다는 점을 주목한다. 이 기준에 의하면 상해유발 물질자체가 자연스런 물질이나 이질적인 물질이나에 국한하지 않고 그 음식의 특성에 비추어 소비자가 합리적으로 예상할 수 있는 것이냐를 기준으로 판단한다. 구체적으로는 재료물질의 성질, 제조과정, 물품의 성질, 물품에 대한 소비자의 성향, 제조자의 여건 등을 종합적으로 고려하여 판단한다. 요컨대

삼켜서 상해를 입은 소비자가 제조자(restaurateur)에게 손해배상책임을 주장한 사안을 다룬 판결이다.

13) 이 기준은 식품에 혼입된 자연물질인 경우는 엄격책임을 면책시켜줌으로써 식품을 다른 제조물과 달리 취급하려고 하였고 아울러 식품제조자를 보호한다는 공공정책적 측면을 가지고 있었다. 이러한 분석은 김민동, 앞의 논문, 5면.

14) 완제품을 가공하거나 준비하는 과정에서 특정 물질이 제품에 쉽게 들어갔다는 사실이 해당 물질이 제품에 천연물질로 간주된다는 의미는 아니다. 예를 들어, 통조림을 밀봉하는 과정에서 들어간 금속 조각이 통조림에 있다면 그 금속은 통조림 고기에 이질적인 것으로 간주된다.

15) Douglas Danner, Larry L. Varn, and Amy M. Dorsey, § 8A:33. Foreign substance in food or beverage—Plaintiff to defendant, 2023, p. 1 ff.

foreign-natural test는 reasonable expectations test의 고려요소에 지나지 않는다. 제조물 책임 소송에는 불법행위 또는 보증 위반이 주장되는 개인 상해 또는 재산 손실에 대한 다른 소송과 동일한 피해 규칙이 적용된다. 미국통일상법(Uniform Commercial Code) 또한 보증 위반에 대한 청구에 적용되는 손해에 대한 규칙을 적용한다. 따라서 식품 또는 음료에 포함된 이물질의 소비로 인해 발생한 상해에 대해 소비자는 제조업체 또는 판매자를 상대로 한 소송에서 다음과 같은 추가 피해 요소에 대해 증명해야 한다.¹⁶⁾

- (1) 식품 또는 음료 제품 교체 비용
- (2) 명시적 및 묵시적 보증 위반으로 인한 결과적 손해;
- (3) 판매자의 위반으로 인한 우발적 손해;
- (4) 이익 및 영업권의 손실; 그리고
- (5) 정신적 고통에 대한 손해.

또한 피해자가 위 손해와 별개로 징벌적 손해배상을 청구하기 위해서는 징벌적 손해배상을 받기 위한 요건을 갖추어야 한다(이하 III. 3. 참조).¹⁷⁾

2) CRATEN v. FOSTER POULTRY FARMS INC.¹⁸⁾

2013년, 당시 생후 17개월이었던 N.C.는 살모넬라증에 걸렸고 그 후 심각한 합병증을 경험하였다. N.C.의 부모인 원고 제임스와 아만다 크래튼(CRATEN)은 N.C.의 질병이 피고 위탁 양계장 주식회사('양계장')가 가공한 생닭에 의한 것이라 믿고 피고를 상대로 제조물책임을 주장하였다. 즉 원고는 피고를 상대로 엄격책임(Strict liability), 과실책임(negligence), 묵시적 보증위반(breach of implied warranty of merchantability) 법리¹⁹⁾에 기반하여 제조물책임을 주장하였다. 특히 원고는 의도적 무시(Reckless Disregard)를 이유로 피고들을 상대로 징벌적 손해배상을 별도로 청구하였다.²⁰⁾

당해 법원은 살모넬라균이 가금류에게 자연적이고 적절한 조리를 통해 죽는다는 점, 합리적인 소비자라면 날것이 부적절하게 조리되거나 부적절하게 취급된 생 닭고기가 소비시에 안전할 것이라고 기대하지 않다는 점을 이유로 원고의 엄격책임과 묵시적인 보증 위반 책임에 대한 주장은 인정될 수 없다고 판단하였다.

16) Douglas Danner, Larry L. Varn, and Amy M. Dorsey, p. 8 ff.

17) 이는 주마다 상이하다.

18) 305 F.Supp.3d 1051 (D.Ariz. 2018).

19) 상인이 판매하는 모든 상품은 통상의 목적에 적합해야 한다. UCC §2-314.

20) Conn. Gen. Stat. § 52-240b.

2. 설계상의 결함에 의한 손해: FERRY v. MEAD JOHNSON & CO., LLC²¹⁾

Tylea Hundley는 조산아로 태어나 태어난 지 48일 만에 장 질환²²⁾으로 사망했다. Kevin Ferry는 Tylea의 죽음의 원인이 Yale New Haven 병원의 의사들이 Tylea가 죽기 전에 먹인 세 가지 유아용 조제식이라고 보아 생산자들을 상대로 손해배상을 주장한 사안이다.²³⁾

구체적으로, 페리는 미드 존슨 & 컴퍼니, LLC 및 미드 존슨 영양 회사('미드 존슨')와 Abbott laboratories, Inc.('애벗')을 상대로 (1) 경고 및/또는 지시 불이행, (2) 설계 결함에 대한 엄격책임, (3) 부실표시(misrepresentation), (4) 보증 위반 등의 법리에 기반하여 '피고인들이 코네티컷 제조물 책임법("CPLA")을 위반하였다고 주장하였다. 특히 페리는 피고인들의 유아용 조제분유에 젖소 우유가 포함되어 있는데, 피고인들은 그것이 안전하지 않다는 것을 알고 있었음에도 불구하고 이를 설계하였고 이러한 위험을 알리지 않았다는 점을 강조하였다. 특히 본 사안에서는 제품의 결함있는 설계가 문제되었다. 코네티컷 법에 따르면, 소비자 기대 테스트(consumer expectations test)와 위험 평가 테스트(risk-utility test)를 통해서 설계상의 결함여부를 판단한다.²⁴⁾

코네티컷에서 사용된 "위험 효용" 테스트에 따르면, (1) 위해의 위험을 피하거나 줄일 수 있는 합리적인 대체 설계를 사용할 수 있었고 해당 대체 설계를 하지 않은 것이 제품을 비합리적으로 위험하게 하는 경우 또는 (2) 제품이 명백하게 비합리적인 설계라는 점에서 위해의 위험이 제품의 효용을 명백하게 초과하기 때문에 그러한 위험과 효용을 알고 있는 합리적인 소비자라면 제품을 구매하지 않을 것이라고 판단되는 경우에 설계에 결함이 있다고 판단한다. "소비자 기대" 테스트에 따르면, 제품은 결함이 있는 상태이며, 그 결함이 제품을 구매하는 일반 소비자가 고려할 수 있는 정도를 초과하는 위험이라면 설계상의 결함이 존재한다.

당해 법원은 원고측이 최소한 위 테스트를 통해서 피고들의 설계상의 결함을 입증한 것으로 판단할 수 있다고 보았다.

3. 제조물책임에서의 징벌적 손해배상

징벌적 손해배상은 일반적으로 미국에서 200년 이상 인정되어 왔지만²⁵⁾, 제조물책임 소

21) 514 F.Supp.3d 418 (D.Conn. 2021).

22) 구체적인 병명은 과사성 장염("NEC")이다.

23) 참고로 코네티컷주는 징벌적 손해배상의 전보기능을 강조하여 소송비용의 반환을 주된 내용으로 한다. *Anastasia v General Cas Co. of Wisconsin*, 59 A.3d 207 (2013); *Collens v New Canaan Water Co.* 234 A. 2d 825, 831 (1967).

24) 324 Conn. at 432, 152 A.3d 1183; 321 Conn. at 194, 136 A.3d 1232.

송에서 징벌적 손해배상이 판결된 최초의 인정된 것은 1852년이다.²⁶⁾ 현대의 제조물 책임 사건에서 최초의 징벌적 손해 배상 판결은 Richardson-Merrell이 경쟁자들을 제치고 시장에 진출하기 위해 항콜레스테롤 약물(anticholesterol drug)인 MER/29를 무모하게 판매한 사안에 대한 것이다.²⁷⁾

제조물 책임 소송에서 징벌적 손해배상의 부과는 매우 논란이 되어 왔으며²⁸⁾, 이에 초기에는 제조업체가 제품에 고의로 이물질 등을 혼입한 경우와 같이 드문 경우에만 징벌적 손해배상을 인정하였다.²⁹⁾ 때때로 제조상의 결함 사례에서도 징벌적 손해배상 판결이 내려지기도 하지만³⁰⁾ 오늘날 대부분의 사례는 체계적인 오류, 경고 실패 또는 설계상의 결함과 관련되어 있다.³¹⁾

(1) 객관적 요건

징벌적 손해배상이 인정되기 위하여 우선 청구권원으로서 불법행위손해배상청구가 인정

25) 징벌적 손해배상이 판결된 미국의 첫 사례는 *Coryell v. Colbaugh* (1791) 1 NJL 77. 사건이다. 이 판결에서 법원은 "가장 잔혹하고 불명예스러운 성격의" 의도적인 불법행위를 처벌하고 저지하기 위해 징벌적 손해배상이 적용되어야 한다고 보았다. 구체적으로는 *Morris*, Punitive damages in tort cases, 44 Harv LR 1173, at 1198 (1931) (discussing the *Coryell* case). 참조.

26) *Fleet v. Hollenkemp*, 52 Ky (13 B. Mon.) 175 (1852). 이 사안은 약제사가 처방전에 독극물을 실수로 섞어 현저하게 주의의무를 위반한 경우에 대한 민사 처벌로서 징벌적 손해배상이 평가되었다. 이를 의심하지 않는 손님은 이물질이 섞인 약을 먹은 후에 심하게 아팠으며 이에 배심원단은 원고의 실제 손해배상액보다 훨씬 큰 1,141.75달러를 징벌적 손해배상으로 명하였다. 켄터키 법원은 "각 특정 사건을 특징짓는 악화 또는 완화의 상황이 합리적으로 요구될 수 있는 만큼 주어진 손해배상이 다소 모범적일 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다"면서 배심원의 판단을 판결에서 지지하였다.

27) MER/29라는 약품은 콜레스테롤 수치를 낮추는 약품인데, 백내장을 유발하는 부작용이 발생하였다. 400,000명이 MER/29라는 약품을 복용하였고, 490명에게 백내장이 발생하였는데, 제약회사는 위 약품으로 7,000,000 달러의 수익을 올렸다. *Roginsky* 사건에서 배심원은 전보적 손해배상으로 17,500 달러, 징벌적 손해배상으로 100,000 달러를 인정하는 평결을 선고하였고, 연방지방법원은 위 배심평결을 승인하였다. 연방 제2항소법원은 뉴욕주의 요건(중과실)을 충족하기에 부족하다고 판단하여 징벌적 손해배상 부분을 파기하였다. *Friendly* 판사는 다수의 피해자에게 징벌적 손해배상을 허용하는 것은 적절한 징벌과 예방의 한계를 넘어서며 제조자의 경제활동을 위협하는 것이며 이는 사회 전체적으로 악영향을 미친다고 하면서 제조물책임에서 징벌적 손해배상을 인정하는 것은 부적절하다는 견해를 피력하였다. *Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc.* (1967, CA2 NY) 378 F2d 832. *Toole* 사건에서 배심원은 약품의 위험성을 인지하였음에도 불구하고 조사결과를 왜곡하여 식약청의 허가를 받은 것은 약의에 해당한다고 보아 175,000 달러의 전보적 손해배상과 500,000 달러의 징벌적 손해배상의 평결을 내렸으나, 1심 법원은 징벌적 손해배상액을 250,000 달러로 감축하였고, 캘리포니아주 항소법원은 1심 판결을 승인하였다. *Toole v. Richardson-Merrell, Inc.* (1967, 1st Dist) 251 Cal App 2d 689, 60 Cal Rptr 398, 29 ALR3d 988. *Toole* 판결에 대한 분석은 이경규, 앞의 논문, 230면 이하 참조.

28) *Wheeler*, The constitutional case for reforming punitive damages procedures, 69 Va LR 269 (1983).

29) *Standard Oil Co. v. Gunn* (1937) 234 Ala 598, 176 So 332.

30) *Southwestern Coca Cola Bottling Co. v. Northern* (1947) 65 Ariz 172, 177 P2d 219 (이물질이 포함된 음료). Cf. *Crews v. Sikeston Coca-Cola Bottling Co.* (1949) 240 Mo App 993, 225 SW2d 812 (이물질이 포함된 음료). See also *Cohen v. Allendale Coca-Cola Bottling Co.* (1986, App) 291 SC 35, 351 SE2d 897, CCH Prod Liab Rep ¶ 11223, 3 UCCRS2d 93 (이물질이 포함된 음료).

31) J.A. Henderson, Jr. & A.D. Twerski, *Products Liability: Problems and Process* (1987). 다만 제조물책임소송 중에서 약 2%에서만 징벌적 손해배상이 명해진다고 한다.) *Owen*, *Products Liability Law*, 3rd ed., 2015, p. 268.

되어야 한다. 특히 개별불법행위를 구성하는 여러 가지 요건 중에서 손해 요건이 문제된다. 대다수의 주는 '실질적 손해(actual damage)'가 인정되어야 비로소 징벌적 손해배상이 인정된다고 본다.³²⁾ 제조물책임소송에서는 과실불법행위(negligence), 담보책임(breach of warranty), 엄격책임(strict liability)이 주된 청구권원(cause of action)으로 주장된다.³³⁾ 특히 주관적 요건으로 중과실 이상을 요구하므로 과실불법행위를 증명하는 것만으로 징벌적 손해배상이 인정되지 않으므로 단순 과실을 능가하는 행위를 원고는 증명하여야 한다.³⁴⁾ 요컨대 어느 청구권원에 의하더라도 징벌적 손해배상이 인정되기 위해서는 추가로 가해행위의 비난가능성을 인정할 만한 사정이 증명되어야 한다.³⁵⁾

(2) 주관적 요건³⁶⁾

단순한 과실만으로는 징벌적인 손해배상의 판결을 지지하지 않으며³⁷⁾, 피해를 입은 사람들의 권리나 복지에 대한 의식적인 무관심(conscious indifference)의 증거가 없는 한, 다수의 주에서는 중대한 과실만으로 그러한 손해배상을 인정하지 않는다.³⁸⁾

즉 징벌적 손해배상의 판결을 정당화하기 위해서는 피고인 측에 어떤 '의식적 위법행위의 요소(element of conscious wrongdoing)'가 있어야 한다.³⁹⁾ 이 기준은 "결과에 대한 의도적 무관심(reckless indifference to consequences)"과 연관되며⁴⁰⁾, 초점은 피고의 행위와 동기(the defendant's conduct and motives)에 있다.⁴¹⁾ 일부 주는 가해자의 악의를 요건으로 하나⁴²⁾ 대다수의 주는 의도적 무시(reckless disregard)를 요건으로 한다.⁴³⁾

32) 63B Am. Jur. 2d Products Liability § 1834. 징벌적 손해배상은 독자적 청구권원(cause of action)이 될 수 없다. 따라서 일정한 청구권원이 인정되는 경우에 추가적 요건을 증명하여야 비로소 징벌적 손해배상이 인정될 수 있을 뿐이다. Kircher/Wiseman, Punitive Damages: Law and Practice, 2d ed., §§ 6:16.

33) Kircher/Wiseman, Punitive Damages: Law and Practice, 2d ed., § 6:1.

34) Kircher/Wiseman, Punitive Damages: Law and Practice, 2d ed., § 6:2.

35) Kircher/Wiseman, Punitive Damages: Law and Practice, 2d ed., § 6:1.

36) 주관적 요건에 대해 미국의 주별로 상세하게 분석한 선행연구로는 이창현, "제조물책임과 징벌적 손해배상", 저스티스 제172호, 한국법학원, 2019, 9면 이하 참조.

37) Enright v. Lubow (1985) 202 NJ Super 58, 493 A2d 1288.

38) Aluminum Co. of America v. Alm (1990, Tex) 785 SW2d 137. Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5th ed., 1984, pp. 9-10 § 2. 일리노이주 등 4개주는 중과실(gross negligence)로 징벌적 손해배상이 인정된다고 본다. Nugent/Hammesfahr, Punitive Damages: A State-By-State Guide To Law and Practice, 2012-2013 Ed. 2012, § 3:3, p. 108 ff.

39) Berg v. Reaction Motors Div., Thiokol Chemical Corp. (1962) 37 NJ 396, 181 A2d 487.

40) Berg v. Reaction Motors Div., Thiokol Chemical Corp. (1962) 37 NJ 396, 181 A2d 487.

41) Prosser and Keeton on the Law of Torts, p. 11 § 2.

42) 네바다 주 등 8개의 주가 이러한 입장이다. Nugent/Hammesfahr, Punitive Damages: A State-By-State Guide To Law and Practice, 2012-2013 Ed. 2012, § 3:3, p. 100 ff.

43) 버지니아 주 등 32개 주와 컬럼비아 특별구에서는 징벌적 손해배상의 주관적 요건으로 '악의'에 이르지 않는 '의도적 무시(reckless disregard)'로 충분하다고 한다. Nugent/Hammesfahr, Punitive Damages: A State-By-State Guide To Law and Practice, 2012-2013 Ed. 2012, § 3:3, p. 102 ff.

제조물 책임소송에서 징벌적 손해배상은 일부 '무모한 행위' 또는 공공안전에 대한 무분별한 무시를 증명하도록 한다. 따라서 징벌적 손해배상은 통상 고의적인 침해행위에 대해서만 가능하지만, 이러한 손해배상은 "피고가 원고에게 손해를 입힐 의도가 없었음에도 불구하고, 그는 '다른 사람들의 이익을 의식적이고 고의적으로 무시하여 그의 행위가 고의적이거나 의도적이라고 볼 수 있다'면 징벌적 손해배상책임을 인정한다.⁴⁴⁾ 같은 맥락에서 뉴저지 대법원은 (1) 제조업체가 불필요한 피해발생의 위험을 인지하고 있거나 (2) 그러한 위험을 허용 가능한 수준으로 줄이기 위한 조치를 거부한 경우에 처벌적 손해배상을 청구할 수 있다고 보았다.⁴⁵⁾ 즉 이 기준은 "결과에 대한 의도적 무관심(reckless indifference)에 의한 고의적인 행위 등에 대해 징벌적 손해배상을 인정할 수 있다는 것을 의미한다.⁴⁶⁾ 요컨대 대다수의 주에서는 제품이 가지는 잠재적 위해에 대한 제조자의 의도적 무관심(reckless indifference)이 징벌적 손해배상을 인정함에 있어 매우 중요한 고려요소가 된다. Rimer v Rockwell International Corp. 사건에서 비행기 연료 탱크의 결함으로 인하여 비상착륙하게 되자 피해자가 제조자를 상대로 제조물책임에 기한 손해배상을 청구하였다. 연방지방법원은 '의도적 무시(willful and wanton negligence)'가 인정되지 않아 징벌적 손해배상청구를 기각하였으나, 연방 제6항소법원은 제조자가 결함을 인식하였으나 소송을 염려하여 연료장치의 교체를 거부한 것은 오하이오주법상 '의도적 무시(willful and wanton negligence)'에 해당된다고 판시하였다.⁴⁷⁾ 이런 맥락에서 FERRY v. MEAD JOHNSON & CO., LLC에서도 원고는 "Reckless disregard(의도적 무시)"를 근거로 피고들에게 징벌적 손해배상을 청구하였다.

참고로 Fischer v. Johns-Manville Corp.에서 법원은 징벌적 손해배상 소송의 사실심리에 대한 지침을 제시하였다:⁴⁸⁾ "피고인의 행위가 징벌적 손해배상을 정당화할 정도로 터무니 없었는지 여부를 판단함에 있어서, 사실 조사자들은 대중에 대한 위험의 심각성, 위험에 대한 피고의 인식 정도 및 과도함, 위험을 시정하거나 줄이는 비용, 부적절한 마케팅 행동과 은폐의 기간, 위법행위 발견 시 기업의 태도 및 행동, 피고의 위반행위의 동기 등을 고려해야 한다."

44) 2 L.R. Frumer & M.I. Friedman, Products Liability, § 8.01 (1990). Rusch, Products Liability Trapped by History: Our Choice of Rules Our Choices, 76 Temple Law Review 739, 747 (2003).

45) Fischer v. Johns-Manville Corp. (1986) 103 NJ 643, 512 A2d 466.

46) Berg v. Reaction Motors Div., Thiokol Chemical Corp. (1962) 37 NJ 396, 181 A2d 487.

47) Rimer v Rockwell International Corp., 641 F.2d 450, 455-456 (6th Cir. 1981).

48) Fischer v. Johns-Manville Corp. (1986) 103 NJ 643, 512 A2d 466, CCH Prod Liab Rep 11092. 이 지침은 나중에 뉴저지 주 의회에 의해 성문화되었습니다. Ann. § 2A:58C-1 ~ 2A:58C-7.

4. 연방대법원 판결과 제조물책임에서의 징벌적 손해배상

비록 미국 연방 대법원이 제조물책임 소송의 맥락에서 징벌적 손해배상 사건에 대해 아직 판결을 내리지 않았지만, 연방대법원은 다른 유형의 소송에서 징벌적 손해배상 문제에 대해 몇 가지 중요한 결정을 내렸다. 최근의 결정은 징벌적 손해배상 문제에 대한 고등법원의 입장에 대한 유용한 지침을 제공한다.⁴⁹⁾ 생각건대 이러한 연방 대법원 판결 중 제조물 책임 소송에서 징벌적 손해배상 판결을 다른 것은 없지만, 연방대법원이 채택한 헌법 분석뿐만 아니라 고려된 많은 요소들이 제조물 책임 사건의 징벌적 손해배상 평가에 동일하게 적용될 것이다.

현대 불법행위 소송에서의 주요 딜레마는 불법행위의 피해자들인 원고들이 항상 실제로 발생한 손해의 배상을 훨씬 초과하는 징벌적 손해배상을 추구하기 때문에 발생한다. 이에 대해 불법행위에 대한 피고들은 주 배심원들이 정도나 빈도에 관계없이 징벌적 손해배상을 과도하게 부과하는 것이 미국 수정헌법에 위배된다는 주장을 많이 제기해 오고 있다. 지금까지 미국 연방대법원은 헌법에 반한다는 위와 같은 가해자들의 주장을 대체로 기각하였다. 예컨대 *United States v. Halper*⁵⁰⁾에서 연방대법원은 이중 위험 금지에 대한 수정헌법 제5조의 민간 당사자들 사이의 소송에서 징벌적 손해배상의 다중 부과를 금지하지 않는다고 판결하였으며 *Browning-Ferris Indus. v. Kelco Disposal*에서 연방 대법원은 과도한 벌금금지에 대한 수정헌법 제8조가 민간 소송자들 사이의 민사 사건에는 적용되지 않는다고 판결했다.⁵¹⁾

(1) 수정헌법 제14조(정당한 절차조항)과 징벌적 손해배상

1991년 연방대법원은 *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*⁵²⁾에서 징벌적 손해배상에 대한 피고들의 헌법적 공격을 기각하여 주 및 연방 배심원들의 손해배상에 대한 광범위한 재량을 허용했다.

연방대법원은 징벌적 손해배상이 미국 수정헌법 제14조의 정당한 절차 조항(Due Process Clause)을 위반하지 않는다고 판결하였다. "징벌적인 손해배상 판결이 가해행위의 억지력과 보복의 목적과 합리적으로 관련되어 있는 한..." 징벌적 손해배상 판결의

49) *TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp.* (1993, US) 125 L Ed 2d 366, 113 S Ct 2711, 93 CDOS 4755, 93 Daily Journal DAR 8072, 61 CCH EPD ¶ 42321, 7 FLW Fed S 536; *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip* (1991) 499 US 1, 113 L Ed 2d 1, 111 S Ct 1032, 91 CDOS 1626, 91 Daily Journal DAR 2599, 18 Media L R 1753; *Browning-Ferris Indus. v. Kelco Disposal* (1989) 492 US 257, 106 L Ed 2d 219, 109 S Ct 2909.

50) *United States v. Halper* (1989) 490 US 435, 104 L Ed 2d 487, 109 S Ct 1892.

51) *Browning-Ferris Indus. v. Kelco Disposal* (1989) 492 US 257, 106 L Ed 2d 219, 109 S Ct 2909.

52) *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip* (1991) 499 US 1, 113 L Ed 2d 1, 111 S Ct 1032, 91 CDOS 1626, 91 Daily Journal DAR 2599, 18 Media L R 1753.

타당성을 평가하면서 법원은 징벌적 손해배상액을 산정함에 있어 고려해야 할 많은 요소들을 다음과 같이 설시하였다.⁵³⁾

- (a) 징벌적 손해배상 판결과 피고의 행위로 인하여 발생할 우려가 있는 손해 및 실제로 발생한 손해 사이에 합리적인 관계가 있는지 여부;
- (b) 피고의 행위에 대한 책임의 정도, 그 행위의 기간, 피고의 인식, 은폐, 유사한 과거 행위의 존재와 빈도;
- (c) 부정행위에 대한 피고에 대한 수익성 및 해당 이익을 제거하고 피고에게도 손실을 입히는 것이 바람직한지;
- (d) 피고의 "재정적 지위";
- (e) 모든 소송 비용;
- (f) 그 행위에 대해 피고에게 형사 제재가 가해졌는지 여부(경감사유);
- (g) 동일한 행위를 이유로 피고가 다른 민사상 책임판결을 받은 경우(경감사유).

징벌적 손해배상의 구체적인 판단기준으로 비난가능성의 정도는 가장 중요한 판단요소이다. 폭력성 여부, 사기적 방법의 사용 여부, 피해법익의 내용(생명·신체의 안전의 침해인지 경제적 이익의 침해인지 여부), 사회·경제적으로 어려운 처지에 놓인 사람을 대상으로 한 가해행위인지 여부 등을 고려하여 판단한다.⁵⁴⁾ 특히 제조물책임의 맥락에서 보면 비난가능성은 제조업자의 결함 및 그로 인한 위험의 인식, 결함의 은폐, 결함 및 위험의 감소를 위한 조치의 내용, 적절한 조치를 취하지 아니한 이유(수익적 고려 등) 등으로 구체화 된다.⁵⁵⁾

소송비용 특히 원고의 소송비용이 고려되는데, 이는 소송비용의 전보를 통한 피해자의 소송제기의 유인을 제공하여 불완전집행의 문제를 해소하기 위한 것이다.⁵⁶⁾

징벌적 손해배상의 목적인 제재와 예방을 최적화하기 위하여 피고인 가해자의 재산관계가 고려된다.⁵⁷⁾ 동일한 행위에 대한 형사상의 처벌 등은 징벌적 손해배상의 감액사유이다.⁵⁸⁾ 가해자가 이득을 노려 가해행위를 한 경우라면, 징벌적 손해배상을 통하여 수익

53) Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, (1991) 499 US 1, 113 L Ed 2d 1, 111 S Ct 1032, 1045, 91 CDOS 1626, 91 Daily Journal DAR 2599, 18 Media L R 1753.

54) BMW of North America, Inc. V Gore, 517 US 559, 575-576 (1996).

55) Hodges v S.C. Toof & Co., 833 S.W.2d 896, 901-902 (Tenn. 1992); Hospital Authority of Gwinnett County v Jones, 386 S.E.2d 120, 124, Fn. 13 (Ga. 1989).

56) Mallor/Roberts, "Punitive Damages: Toward a Principled Approach", 31 Hastings Law Journal 639, 668(1980).

57) Mallor/Roberts, "Punitive Damages: Toward a Principled Approach", 31 Hastings Law Journal 639, 668(1980).

58) Mallor/Roberts, "Punitive Damages: Toward a Principled Approach", 31 Hastings Law

에 대한 인센티브를 제거하여야 한다.⁵⁹⁾ 따라서 가해행위로 인한 수익을 초과하는 금액을 징벌적 손해배상으로 인정한다.

한편 연방대법원은 징벌적 손해배상 판결에서 일정 정도 예측 가능한 금액을 초과할 수 없다는 점을 미리 피고인 불법행위자에게 보장할 필요가 없다고 판단하였다. 즉 연방대법원은 “적법한 절차는 합리적으로 명확한 배심원 지시(jury instructions)⁶⁰⁾와 의미 있는 사법적 검토를 통해 피고들이 자의적이고 과도한 배심평결로부터 보호받을 것을 요구할 수 있을 뿐”이라고 보았다.

(2) 연방대법원 판결

1) TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp⁶¹⁾

1993년 미국 연방대법원은 TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp에서 원고의 실제 손해액의 526배에 해당하는 징벌적 손해배상 판결의 합헌성을 평가하면서 합리성 문제를 추가로 검토할 기회가 있었다. 즉 위 사건에서 연방대법원은 그러한 불균형적인 징벌적 손해배상 판결이 피고의 실질적인 정당한 절차 권리를 침해하는지 여부를 결정하도록 하였으며, 구체적으로는 정당한 절차 조항이 전보적 손해배상과 징벌적 손해배상 사이에 일정한 '합리적 비율'을 요구하는지를 판단하도록 하였다.

가. 웨스트 버지니아 대법원의 판단

웨스트 버지니아 대법원은 불균형적인 징벌적 손해배상 판결 또한 다음과 같은 이유에서 문제되지 않는다고 보았다:⁶²⁾ “비록 모든 징벌적 손해배상 사건에 사용할 기계적 수학적 공식은 없지만, 우리는 징벌적 손해배상이 실제 손해배상과 합리적인 관계가 있는지에 대한 몇 가지 광범위하고 일반적인 지침을 제공하는 것이 적절하다고 생각한다.”⁶³⁾ 닐리 법관(Justice Neely)은 다수를 위해 글을 쓰면서 합리성에 관한 지침이 있었는지 여부를 판단하기 위해 미국 연방 대법원의 하슬립(Haslip) 판결 이후 내려진 징벌적 손해배상 판결을 검토하였다. 웨스트 버지니아 대법원은 이 사건들이 세 가지 일반적인 범주로 분류된다고 결정하였다.⁶⁴⁾

Journal 639, 668(1980).

59) Mallor/Roberts, “Punitive Damages: Toward a Principled Approach”, 31 Hastings Law Journal 639, 667(1980).

60) 이는 법관이 배심원들에게 그들이 사실로 밝혀진 사실에 적용해야 할 법에 대해 주는 지침이다.

61) TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp. (1993, US) 125 L Ed 2d 366, 113 S Ct 2711.

62) TXO의 징벌적 손해배상 판결은 불공정한 사업 경쟁 사건에서 비롯되었다.

63) TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp. (1992) 187 W Va 457, 419 SE2d 870.

64) TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp. (1992) 187 W Va 457, 419 SE2d 889.

(1) 매우 어리석은 피고(stupid defendants); (2) 매우 비열한 피고(mean defendants); 그리고 (3) 자신의 행동으로 많은 해를 끼칠 수 있었지만 실제로는 최소한의 해를 끼친 정말 어리석은 피고(stupid defendants).

웨스트 버지니아 대법원은 전보적 손해배상액이 아주 작거나 크지 않다면 징벌적 손해배상액이 보상금보다 대략 5배 더 클 수 있다고 결론을 내렸다. 동 법원은 전보적 손해가 미미하다면, "정말 어리석은" 피고들은 매우 불균형한 손해로 처벌받을 수 있다고 보았으며, 특히 "정말 비열한" 피고들은 훨씬 더 불균형한 손해배상으로 처벌받을 수 있다고 판단하였다.⁶⁵⁾ 배심원단은 피고의 Tug Fork에게 19,000달러의 배상금과 1,000만 달러의 징벌적 손해배상금을 지급할 것을 결정하였다. 이에 대해 웨스트 버지니아 대법원은 "전보적 손해보다 500배 더 큰 징벌적 손해배상도 그 자체로 위헌은 아니다.... 이러한 판결의 적절성은 피고의 주의를 끌기 위해 합리적으로 무엇을 필요로 하는가에 달려 있다."고 보아,⁶⁶⁾ 징벌적 손해배상금을 줄여달라는 피고의 요청을 기각하였다. 특히 웨스트 버지니아 대법원은 피고의 매우 비열한 행위와 중간 수준의 기업 관리자들에게 향후에도 그러한 행위가 용납되지 않을 것이라는 메시지를 전달하기 위해 TXO에서 징벌적 손해배상 판결을 그대로 유지하였다.

나. 연방대법원의 입장

미국 연방대법원은 징벌적 손해배상 판결이 적법절차조항의 실질적 구성요소를 위반하지 않는다고 판단하여 웨스트버지니아주 대법원 판결을 확정하였다. 연방대법원은 모든 경우에 적합한 헌법적으로 허용되는 징벌적 손해배상 판결과 헌법적으로 허용되지 않는 징벌적 손해배상 판결 사이에 수학적으로 분명한 선을 그릴 필요는 없다고 결론을 내렸다.⁶⁷⁾ 이를 전제로 미국 연방대법원은 TXO 사건의 징벌적 손해배상 판결이 적법한 절차를 위반할 정도로 "심각하게 과도한" 것이 아니라고 판단하면서, 전보적 손해배상 판결과 징벌적 손해배상 판결 사이의 극적인 차이가 통제 요인이 아니라고 지적하였다. 한편 연방대법원은 TXO의 나쁜 의도, TXO의 계획이 사기, 속임수, 기만의 일부라는 사실, TXO의 재산에 비추어 볼 때 징벌적 손해배상 판결이 국가의 권한을 벗어나지 않는다고 결론 내렸다.⁶⁸⁾

65) TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp. (1992) 187 W Va 457, 419 SE2d 889.

66) TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp. (1992) 187 W Va 457, 419 SE2d 889.

67) TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp. (1993, US) 125 L Ed 2d 366, 113 S Ct 2711, 2718-2720.

68) TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp. (1993, US) 125 L Ed 2d 366, 113 S Ct 2711, 2721-2723.

(2) *Stare Farm Mut. Auto Ins. Co. v Campbell*⁶⁹⁾

연방대법원은 전보적 손해배상과 징벌적 손해배상 사이에 합리적 관계가 요구된다는 원칙을 유지하면서도⁷⁰⁾ 징벌적 손해배상액의 한계를 ‘구체적 비율(bright-line ratio)’을 통하여 규율하는 것을 거부하였다. 다만 위 판결은 “양자 간의 비율이 한자리수를 초과하지 않는 경우에 적법절차의 원칙을 충족할 가능성이 높고(‘single digit rule’), 특히 악랄한 가해행위로 인하여 매우 적은 재산적 손해가 발생하거나 손해액의 산정이 어려운 경우에는 양자 간의 비율이 한 자리수를 초과하더라도 적법절차의 원칙에 합치될 수 있고, 전보적 손해배상액이 상당한 경우에는 더 낮은 양자간의 비율이 적법절차원칙의 상한에 이를 수 있고, 경우에 따라서는 1:1의 비율이 그 상한이 될 수 있다.”고 판단하였다.⁷¹⁾

5. 검토

식품은 그로 인하여 소비자의 건강 등을 직접적으로 침해하여 생명·신체의 손해를 발생시킨다는 점에서 다른 제조물에 비하여 피해법익이 경제적 이익의 침해가 아닌 생명·신체의 안전의 침해라는 점을 고려해야 한다.

식품은 일반적으로 제조자가 위험을 인지하면서도 의도적으로 무시하고 수익을 증대할 목적으로 유통시키는 경우가 많다는 점에서 징벌적 손해배상액을 산정함에 있어 가해자가 얻은 수익의 토출을 고려할 필요가 있다. 수익을 얻고자 하는 가해자의 행위의 동기에 초점을 맞추어 *Vossler v Richards Mfg. Co.* 사건에서 캘리포니아주 항소법원은 제조자가 결함을 알았음에도 불구하고 시장점유율을 유지하기 위하여 그대로 판매한 것은 소비자의 안전을 의도적으로 무시한 것으로 징벌적 손해배상이 인정될 수 있다고 판시하였다.⁷²⁾ *O’Gilvie v International Playtex, Inc.* 사건에서 연방 제10항소법원은 생리대의 유해성을 알았음에도 불구하고 다른 제조자의 제품의 판매중단으로 인한 수익을 거두기 위하여 그대로 판매한 것은 소비자의 안전을 무모하게 무시한 것으로 징벌적 손해배상이 인정될 수 있다고 판시하였다.⁷³⁾

식품은 또한 유통과정에서의 변질 등을 이유로 제조업자의 지배영역을 벗어날 가능성이 높아 결함의 은폐 또한 용이하다는 점에서 제조업자가 이를 의도하였다면 더욱 더 비난

69) 538 US 408, 424-425 (2003).

70) *BMW of North America, Inc. V Gore*, 517 US 559, 580 (1996).

71) *Boerner v Brown & Williamson Tobacco Co.*, 394 F.3d 594; *Williams v ConAgra Poultry Co.*, 378 F.3d 790.

72) *Vossler v Richards Mfg. Co.*, 143 Cal. App. 3d 952, 966 (5th Dist. 1983).

73) *O’Gilvie v International Playtex, Inc.*, 821 F.2d 1438 (10th Cir. 1987).

가능성이 크다고 할 수 있다. 제조자가 제품의 결함 및 그로 인하여 발생할 중대한 위험을 인식하였음에도 불구하고 이를 은폐하여 의도적으로 무시한 경우라면 징벌적 손해배상을 인정할 유인이 크다고 할 수 있다.⁷⁴⁾

IV. 식품위생법의 개정방향 - 맺음말에 갈음하여 -

1. 징벌적 손해배상제도 도입에 대한 평가

판매자가 소비자의 비합리성 및 합리성을 의도적으로 이용하여 이익을 볼 목적으로 거래 행위를 한 경우에 그 유인을 억지하기 위해서는 판매자에게 징벌적 손해배상 및 의도적 계약위반을 이유로 한 초과손해배상을 청구할 수 있는 규정을 마련할 필요가 있다. 특히 의도적 계약위반은 「불성실한 계약위반이라는 불법행위(tort of bad faith breach of contract)」라고도 불리며⁷⁵⁾, 통상의 계약위반에 대해서는 이행이익배상이 과해지는데, 채무자가 불성실(bad faith)한 행위 태양으로 불이행을 행한 경우에 당해 행위를 고의불법행위(intentional torts)로 평가함으로써⁷⁶⁾ 이행이익을 초과하는 손해배상까지도 인정하는 법리이다.⁷⁷⁾

이에 피해자가 손해배상소송에 있어서 실제로 입은 손실의 배상과는 별개로 징벌적인 성질의 손해배상을 청구할 수 있는 제도의 도입이 필요하다. 현행법상 위자료를 통해 제재가 실현되기도 하지만 위자료가 저액화되어 있는 현실상 큰 실효성은 없다. 징벌적 손해배상은 금전 지급이라는 제재가 야기하는 억지적 효과를 가지고 그와 같은 효과의 실현에 행정부 이외의 직접피해자도 참가할 수 있는 제도로서 큰 의미를 가진다.⁷⁸⁾ 이에 우리의 경우에도 식품안전과 관련된 일정한 유형의 악질적인 행위에 대해서는 2·3배액 배상이 가능하도록 입법화가 이루어 져야 할 것이며, 이런 관점에서 보면 식품위생법의 개정을 통해 징벌적 손해배상제도의 도입을 시도하자는 주장은 설득력이 있다. 그러나 가해자의 행위와 동기(the defendant's conduct and motives)를 고려하지 않고 행위위반만을 이유로 징벌적 손해배상책임을 인정하게 하는 것은 재고가 필요하다.

74) Kircher/Wiseman, Punitive Damages: Law and Practice, 2d ed., § 6:21.

75) 「계획적 계약위반(deliberate breach of contract)」이라고도 불린다.

76) 많은 선행연구가 지적하는 바와 같이, 미국에 있어서는 채무불이행에 대해 징벌적 손해배상을 과할 수 없기 때문에, 고의불법행위로 구성함으로써 징벌적 손해배상을 과해 왔다.

77) Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, An Information Theory of Willful Breach, 107 Mich. L. Rev. 1479 (2008). 참고로 Restatement (Second) of Contracts §355 (1979)에서도, 채무불이행이 징벌적 손해배상이 인정될 정도의 불법행위를 구성하는 경우에는 예외적으로 징벌적 손해배상이 인정된다는 취지를 규정하고 있다.

78) 피해자가 실손해의 배상 이상의 이익을 취하는 것이 부당하다고 본다면 징벌적 손해배상 부분에 대해서는 소비자기금에 지급하도록 할 수도 있을 것이다.

2. 부당이득환수제도의 도입

현행법상의 구제 수단만으로는 소비자의 피해 확산 방지에 충분한 기능을 하지 못한다.⁷⁹⁾ 즉 현행법에 의하면, 부당한 거래로 취득한 이익을 가해업자가 향유하게 하는 결과를 가져온다. 요컨대 현행법은 가해자가 가해행위를 멈추겠다고 생각할 만한 동기를 부여하지 못한다. 향후 소비자단체소송 제도가 마련된다고 할지라도, 소권의 대상이 계약조항의 사용금지에 한정될 뿐 이득의 토출로는 직접 연결되지 않을 것으로 예상된다. 따라서 소비자보호차원에서 일반규정으로 이득토출(disgorgement of profits)을 인정하거나 이득참조형 손해배상(gain-based damages)을 인정하는 방안이 적극적으로 모색될 필요가 있다.⁸⁰⁾

참고로 독일은 부정경쟁방지법에 대한 2004. 7. 7. 개정을 통해 단체소송에 대한 새로운 의미 있는 도약을 하게 되었다. 즉 동법 제8조 제3항 2호 내지 제4호에 규정된 단체는 기본적으로 제3조(부정경쟁행위의금지)에 위반된 행위를 한 자에 대해 당해 부적법한 행위의 결과를 제거할 것(Beseitigung)을 요구할 수 있으며 반복의 위험이 있는 경우 부작위(Unterlassung)도 청구할 수 있다. 더 나아가 동법 제10조 제1항은 소비자단체의 이익환수청구권을 인정하고 있다.⁸¹⁾ 이는 손해배상청구권을 인정하는 경우에는 실무상 손해배상액을 결정하기가 어려운 경우가 발생한다는 점을 고려하여 입법자들이 부정경쟁법 위반으로 직접 취득한 이득의 환수(Gewinnabschöpfung)를 인정한 것이다.⁸²⁾ 이 권리는 고의에 의한 위반행위로 인하여 다수의 구매자가 손해를 입었으나, 각각의 손해가 매우 약소하여 손해배상청구가 주장될 가능성이 극히 적은 경우에 행사된다. 다만 이익환수청구권이 인정되기 위해서는 (i) 고의 있는 위반행위가 있을 것, (ii) 위반행위자에게 이익이 생기고 있을 것, (iii) 다수의 수요자(소비자)의 부담이 있을 것, (iv) 인과관계가

79) 악덕사업자들은 자신의 수지에 맞는 한 부당거래행위를 계속할 것이며, 이는 결과적으로 소비자의 피해와 연결된다. 따라서 소비자피해를 야기하는 악질거래를 방지하는 유효한 대책은 그들이 수지에 맞지 않는 장사를 하도록 하는 것이다. 이를 위해서는 가해업자의 이득을 토출시키고 경제적으로 이득을 취할 수 없게 만드는 제도를 도입할 필요가 있다.

80) 개별규정으로 분산시키는 것은 수범자들을 혼돈(Chaos)으로 유도하여 법체계의 복잡성을 증가시킨다는 점에서 신중한 검토가 필요하다. Jeffrey Rudd, J.B. Ruhl's "Law-and-Society System": Burying Norms and Democracy Under Complexity Theory's Foundation, William & Mary Environmental Law and Policy Review vol. 29(3), 2005, 552 ff.; J.B. Ruhl, The Co-Evolution of Sustainable Development and Environmental Justice: Cooperation, Then Competition, Then Conflict, 9 DUKE ENVTL. L. & POL'Y F. 161(1999); J.B. Ruhl, Complexity Theory as a Paradigm for the Dynamical Law-and-Society System: A Wake-Up Call for Legal Reductionism and the Modern Administrative State, 45 DUKE L. J. 849(1996), 857 ff.

81) 특히 독일 부정경쟁방지법 제3조 제4항은 '연령'을 고려하여 고령자를 특별한 보호가치가 있는 소비자로 전제한 후, 그자와의 거래행위는 그 특정집단의 평균구성권이 갖는 관점에서 판단되어야 한다고 하여, 독일은 일반소비자와 고령소비자를 다르게 판단할 근거조항을 마련하고 있다.

82) BT-Drs. 15/3640, 35, 54.

인정 될 것이라는 요건이 충족되어야만 한다. 한편 이 제도는 위반자에 대한 제재를 위해 마련된 규정이라 할 수 있다.⁸³⁾ 다만 이익환수청구권을 소비자단체 등의 일정 단체에만 인정하고 있으며, 환수된 이익은 국고에 귀속된 후 연방정부의 일반적 지출에 사용된다.⁸⁴⁾ 또한 경쟁제한금지법(Kartell법, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)은 제34조 a에 의해 이익환수를 실현한다.⁸⁵⁾ 즉 Kartell청은 고의로 이 법을 위반하여 이득을 취득한 경우, 행정처분으로서 Kartell법을 위반하여 획득한 모든 이익의 박탈을 명할 수 있다.⁸⁶⁾ 영업이익단체 또한 사법상의 청구권으로서 이익환수청구를 주장할 수 있으나, Kartell청이 이미 과료(과징금)⁸⁷⁾ 또는 이익박탈을 명한 경우, 단체는 이익환수청구권을 행사할 수 없다.

그러나 독일 내에서도 이익환수제도는 실효성이 크지 않다고 평가되고 있다. 요컨대 환수된 이익이 모두 국고로 환수되므로 이 청구권이 활성화될 유인(incentive)이 작다는 것이다. 이러한 이유에서 독일에서 이익환수제도는 사실상 죽은 권리(praktisch totes Recht)라고 불리기도 한다.⁸⁸⁾ 이에 독일 내에서는 “이 제도가 실질적으로 입법부가 추구했던 목적을 빈약하게 달성했을 뿐”이라는 비판이 제기되었고, 이에 부정경쟁방지법(UWG) 제10조에 의거한 이익환수청구제도(Gewinnabschöpfungsanspruch)의 개정이 필요하다는 의견이 주장되었다. 일부 견해는 고의뿐만 아니라 과실(Verschuldenserfordernis)에 의한 위법행위에도 환수를 인정할 필요가 있음을 강조하거나, 독일 민사소송법(ZPO) 제287조에 의거하여 법원이 불법적으로 취득된 이익에 대해서는 심사(Schätzung)를 할 수 있도록 해야 한다고 주장한다.⁸⁹⁾ 더 나아가 이 견해는 “이 제도의 적극적인 활성을 위해서는 환수된 이익금을 소비자관련연구(Verbraucherarbeit) 분야에서 사용하도록 해야 한다”는 점에서 환수금을 국고에 모두 귀속시키는 현행법은 개정되어야 한다고 주장한다.⁹⁰⁾

83) BT-Drs. 15/3640, 36.

84) 소비자보호에 한정하여 사용되지 않는다.

85) BT-Drs. 15/1487, 23. 미국의 증권거래위원회(SEC) 및 연방거래위원회(FTC)에서도 이익환수를 적극적으로 활용하고 있다.

86) Kartell청은 이익박탈과 과료 중 하나만을 명한다. 과료와 달리 이익박탈에 있어서의 이익의 산정은 다양한 경제적 사정을 고려해야 하며 절차가 장기화될 수 있다는 점에서 통상적으로 과료처분을 한다고 한다. van Raay, Gewinnabschöpfung als Präventionsinstrument im Lauterkeitsrecht : Möglichkeiten und Grenzen effektiver Verhaltenssteuerung durch den Verbandsanspruch nach § 10 UWG; Untersuchung unter vergleichender Heranziehung insbesondere der Verletzergeinnhaftung im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung nach Immaterialgutsverletzungen, KIT Scientific Publishing, 2012, S. 100 ff.

87) 과료와 이익토출은 침해자에 대한 제재라고 할 수 있다. BT-Drs. 15/1487, 23.

88) Goldmann, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb(UWG) - Kommentar, 3. Aufl., 2013, § 10 Rn. 5; Emmerich, in Wettbewerbsrecht GWB-Kommentar zum Deutschen Kartellgesetz Bd. 2, 4. Aufl., 2007, § 34 a Rn. 4.

89) Kutschat/Freudenberg/Gerhardt, Wir brauchen eine verbraucherrechtliche Musterfeststellungsklage, ZRP 2017, 27, 28.

90) 즉 이 견해는 소비자를 위한 사용은 정해진 특별재산(Sondervermögen)의 조성을 통해 실현될 수 있

징벌적 손해배상과 부당이익환수제도는 하나를 선택해야 하는 제도가 아니다. 징벌적 손해배상제도를 실손해의 2배내지 3배 이내로 국한하는 한 불법행위에 대한 억지를 손해배상제도만으로 실현할 수 없다는 점을 고려하면 이익을 환수시킬 수 있는 제도가 별도로 필요할 것이다. 더 나아가 이익의 귀속을 국가에 모두 귀속시키는 것보다는 일정 자원을 소비자를 위한 기금으로 활용할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.

3. 집단소송제도의 도입

다수의 기업들이 소비자로부터 영수증에 부당한 비용을 청구하는 사례가 일상생활에서 이뤄지는 사건(Massengeschäft)은 지속적으로 발생하고 있다. 이런 비용들은 개별적으로는 극히 적은 손해만을 야기하지만, 총액을 따졌을 때는 상당히 큰 손해(티끌 손해, Streuschaden⁹¹⁾)라고 할 수 있다. 예를 들어 소비자신용을 처리하는 비용에 대한 청구, 가격조정에 관한 승인되지 않은 약관에 의한 비용전가, 압류방지계좌(Pfändungsschutzkonto)에 대한 인상된 계좌관리수수료, 혹은 온라인 예약을 이용한 후에 신용카드회사부터의 비용 청구 등 무수히 많다. 이러한 경우에 대개 해당 고객들은 소송과 관련된 소모나 비용위험을 감수하지 않으려고 할 것이므로⁹²⁾, 스스로 참는 편이 경제적 손실이 더 적다는 생각을 하게된다. 물론 현행법으로도 민사소송법상 선정당사자제도, 소비자기본법상 소비자단체소송(집단분쟁조정제도), 증권집단소송법상 증권집단 소송제도 등이 존재하지만, 그 제도만으로는 집단소비자피해의 효율적 구제에 한계가 있다. 먼저 선정당사자제도는 피해자 많아지면 많아질수록 어려움을 겪게 된다. 예컨대 현재 우리나라에서 진행 중인 집단소송은 일반적으로 민사소송법상의 선정당사자(選定當事者)소송(제53조)를 이용한다. 동일한 불법행위로 다수의 피해자가 발생했을 때 이들 중 선정당사자라는 대표자를 선출해 소송을 수행하도록 하는 것인데, 피해자가 다수일 때 이들에게 일일이 가입하도록 하는 것이 쉽지 않다는 점 등에서 한계가 있다. 한편 소비자기본법 제70조에 의하면 일정한 요건을 갖춘 소비자단체는 사업자가 일부규정을 위반하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 대한 권익을 직접적으로 침해하고 그 침해가 계속되는 경우에 법원에 소비자권익침해행위의 금지·중지를 구하는 소송(이하 “단체소송”)

다는 점에서 현행법상 불법소득을 독일연방예산으로 환수하는 것은 타당하지 않다는 것이다.

91) 손해액이 대략 500~1,000유로에 해당되는 손해로서 손해액보다 소송비용이 더 많이 들 것이 예상되기 때문에 피해를 입은 소비자들이 개인적으로 소송을 제기하지 않고 합리적인 무관심(rationales Desinteresse)을 보일 수 있는 사건을 의미한다(Caroline Meller-Hannich, “Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen-bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?”, Verlag C.H. Beck München(2018)]이고, 그 이외에도 Astrid Stadler, “Musterfeststellungsklagen im deutschen Verbraucherrecht?”, VuR 2018, A.25).

92) 이를 소위 피해자의 (비)합리적 무신경 - 작은 피해사실에 대한 무감각함(sogenannte (ir)rationale Apathie des Opfers)으로 표현한다.

을 제기할 수 있다. 그러나 단체소송은 부작위청구를 목적으로 한다는 점에서 이미 발생 한 손해배상을 주장할 수 없다는 한계가 있다. 또한 권집단소송법상 증권집단 소송제도는 특정 사건에만 적용된다는 점에서 그 적용범위에 있어 한계를 가진다. 즉 우리나라는 2005년 미국형의 집단소송법제를 참조하여 증권관련 집단소송법제를 제정하였으나 동법은 증권관련 이외의 다른 사안에서의 집단적 피해자들을 구제하기 불가능하다는 내재적인 한계를 가진다는 비판을 받았다.⁹³⁾ 일례로 최근 독일에서 발생한 폭스바겐의 사태는 본질적으로 수많은 피해자들이 금융투자 이외의 소비자영역에서 발생할 수 있음을 보여 준다. 결국 이러한 현행법의 한계는 일반집단소송제도의 도입의 결정적인 유인이 된다. 참고로 폭스바겐 디젤게이트 사건 등을 계기로 독일에서도 집단소송제도의 정비의 필요하다는 주장이 강하게 제기되었다. 특히 폭스바겐사가 책임을 질 배출가스조작사건 그 자체와 미국과 독일 시장에 대한 기업의 모순적인 해명과 해결태도(Aufklärungs- und Regulierungsverhalten)는 결국 입법적 결단으로 이어지는 결정적인 계기가 되었다.⁹⁴⁾ 예컨대 2015년 9월 폭스바겐사건이 알려지면서 차량구매자들의 손해배상청구권에 관한 관심이 높아지게 되었는데, 폭스바겐사는 미국에서는 다수의 집단소송(Class Action, Federal Rules of Civil Procedure)이 제기되자 2016년에 이미 전체 약 250억 달러(차량별로는 5,000 내지 10,000달러 정도)를 지급하고 화해로써 소송을 종결지은 반면에 독일 내에서는 적극적인 태도를 보이지 않았다.⁹⁵⁾ 국민적인 여론을 확인한 독일정부는 2018. 3. 14. 폭스바겐사건의 소멸시효를 고려하여 2018. 11. 1.부터는 표준확인소송을 시행하기로 합의를 하였고, 내각은 2018. 5. 9. 정부안(Regierungsentwurf)을 의결하였다. 이 법률안은 2018. 6. 4. 연방하원(Bundestag)에 제출되었는데, 2018. 6. 14. 일부 수정되어 연방하원과 연방상원의 결의를 거쳤고, 2018. 7. 12. 서명되고 2018. 7. 17. 관보에 게재되었다.⁹⁶⁾ 이어 연방 법무부 및 소비자보호부는 2018. 10. 24. 민사소송법 제609조 제7항에서 위임된 사항에 관하여 “표본확인소송을 위한 등록부에 관한 법규명령”⁹⁷⁾을 제정하고 2019. 11. 6. 관보에 게재하였다. 이러한 점을 고려해보면, **식품과 관련한 집단소비자피해구제를 위하여 미국식 집단소송제도나 일본 및 프랑스식의 집**

93) 이 법률에 대한 문제점 및 개정방향에 대해서는 최광선, “증권관련 집단소송법제에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2016, 231면 이하 참조.

94) Michael Heese, “Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal”, JZ 9/2019, 429, 439.

95) 표본확인소송에 대하여는 2016년 말 담당자초안(Referentenentwurf)이 제출되면서 논의가 시작되었다. 그 이후인 2017년 초에 연방 법무부 장관 및 소비자보호부 장관은 논의용초안(Diskussionsentwurf)을 공개하였으나, 진척이 되지 않았다. 그런데 2017년 9월 선거과정에서 총리후보로서 메르켈과 솔츠는 빠른 시간내에 집단적 권리보호의 가능성을 마련하기로 합의한 후에 비로소 입법적인 동력을 얻게 되었다. Peter Röthemeyer, Musterfeststellungsklage Spezialkommentar zum 6.Buch ZPO, 2.Aufl., 2020, S.44.

96) 입법과정에 관하여 자세히는 Röthemeyer, a.a.O., S.46 ff.

97) Verordnung über das Register für Musterfeststellungsklagen(Musterfeststellungsklagenregister Verordnung, MFKRegV)

단소송제도를 참조하여 국내에서도 신속히 집단소송이 가능하도록 소비자안전기본법에 이를 입법화할 필요가 있다. 방법론상 양 국가제도 중 하나를 선택하거나 양자를 절충하는 것도 가능할 것이다.⁹⁸⁾

98) 참고로 서희석, “집단소송법의 제정방향”, 「소비자법연구 제3권 제1호」, 한국소비자법학회(2017), 113면 이하는 후자(일본 및 프랑스식)의 방법에 찬성한다.