

rbST 표시에 관한 미국 판례의 분석*

금 태 환**

<국문초록>

이 논문은 rbST(재조합소성장호르몬)를 투여한 소로부터 생산된 우유와, 그렇지 않은 소로부터 생산된 우유의 표시에 관한 미국 판례를 분석한다. 이러한 판례는 결국 유전자재조합식품의 표시에 관한 것이라 할 수 있다. 유전자재조합식품의 표시는 실질적 동등주의에 입각한 미국식품의약청(FDA)의 자발적 표시주의와 사전예방원칙에 입각한 유럽의 의무적 표시주의로 나눌 수 있는데, 이 논문에서 다루고자 하는 것은 어느 한쪽의 타당여부가 아니고, rbST 표시에 관한 미국 판례를 분석하여 미국 법원이 FDA 정책에 어떻게 대응하고 있는가를 분석하고, 이를 평가하며, 그 방향성을 짐작하여 보는데 있다.

이 논문은 먼저 미국 rbST 표시의 판결의 배경이 된 FDA 정책과 관련 법을 검토한다. FDA는 1992년과 2001년 유전자재조합식품의 표시에 관한 정책을 선언하고 있는 데, 유전자재조합식품과 그에 대응하는 통상 식품 간에 큰 차이가 없고, 표시로써 드러내야 할 중요한 차이도 없다고 한다. 1994년 발표된 “우유의 자발적 표시에 관한 중간안내”에서도 마찬가지로 취하고 있다. 이러한 표시는 미국 수정헌법 제1조 언론의 자유, 그 중에서도 상업적 표현의 자유의 틀 속에서 이루어져야 한다. rbST 표시에 관한 미국의 판례는 상업적 표현의 자유를 어느 정도까지 인정할 것이냐 하는 문제에 집중되어 있다. 상업적 표현의 자유의 제한에는 표현의 금지와 공개의 요구가 있을 수 있는데, 전자는 *Central Hudson* 법리가, 후자는 *Zauderer* 법리가 적용된다.

rbST 표시에 관한 미국의 판례는 2010년 제6항소법원의 *Boggs* 판결이 기존의 판결과 달리 FDA의 관점을 벗어나고 있다는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 이리하여 이 논문은 *Boggs* 판결 이전의 판결과 *Boggs* 판결로 나누어 분석한다. *Boggs* 판결 이전의 판결로는 *Stauber*, *Amestoy*, *Shalala* 판결이 있고, 이러한 판결은 전단·자의 기준, *Chevron* 법리 등을 적용하였다. *Boggs* 판결은 우유가 “rbST가 투여되지 않은 소로부터 생산되었다”라는 생산 표시와 “rbST-free(rbST 불포함)”이라는 성분 표시가 수정헌법 제1조에 위반되는지를 다루고 있다. 법원은 오하이오 주의 생산 표시 조건 중 일부가 너무 엄격하여 위헌이고, 성분 표시를 전면적으로 금지하는 것 또한 위헌이라고 선언하였다. *Boggs* 판결은 FDA의 입장과는 달리 rbST가 투여된 소와 그렇지 않은 소에서 생산된 우유 간에 성분상의 차이가 있을 수 있다는 것을 처음으로 인정하고, 다만 현재까지 그것이 증명되지 않았을 뿐이라고 하여 앞으로 rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유에 관하여 의무적 표시주의를 인정할 여지를 만들고 있다.

미국 법원은 수정헌법 제1조, 연방식품의약품법 상의 중요사실 표시조항, 기망방지, 소비자의 알 권리, 산업계의 이익을 고려하여 *Central Hudson* 법리와 *Zauderer* 법리를 탄력적으로 운영하

* 이 연구는 2013학년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수.

며, rbST 표시의 적정성을 기하려고 한다. *Boggs* 판결은 FDA의 입장에 대한 새로운 시도를 하고 있으며, *Boggs* 판결이 발전하면 부기의무를 조건으로 하는 의무적 표시도 합헌으로 인정될 수 있을 것이다. 한국에서의 의무적 표시주의 운용을 위하여 *Boggs* 판결의 의미를 되새겨 볼 필요가 있다.

주제어 : 재조합소성장호르몬, 재조합소성장호르몬 불투여, 우유 표시, *Boggs* 판결, 유전자재조합식품

I. 서

II. rbST 표시에 관한 미국 판례의 배경

III. *International Dairy Food Association v. Robert J. Boggs* 이전의 판결

IV. *International Dairy Food Association v. Robert J. Boggs*

V. 결론

I. 서

유전공학 기술이 적용된 유전자재조합 식품에 대하여 그러한 기술이 적용되었다는 표시를 의무화(mandatory labeling)할 수 없다는 것이 미국 식품의약청(FDA)의 확고한 정책이며, 이러한 미국의 정책은 유럽의 의무적 표시주의와 뚜렷한 대비를 이루고 있다. rbST(recombinant bovine somatotropin: 재조합소성장호르몬)¹⁾를 투여하여 우유생산을 늘이는 것도 대표적인 유전공학 기술이며, 이에 관한 표시도 일반적인 유전자재조합식품의 표시와 궤를 같이하고 있다.

유전자재조합식품의 표시는 실질적 동등주의에 입각한 미국식품의약청(FDA)의

1) rbST는 인위적으로 합성한 단백질로서 하루에 소 한 마리당 1갤론 이상의 우유를 증산시킨다고 한다. 그것은 원래 생산량의 10-30%에 해당하는 양이다.(rbST에 관하여 상세한 것은 Elie Gendloff, *STAUBER v. SHALALA: Are Environmental Challenges To Biotechnology Too Difficult?*, Wisconsin Environmental Law Journal, Winter, 1997(4 WIELJ 41, 44); John Beiswenger, *Moving Beyond Risk in Assessing Technological Artifacts: The Case of Recombinant Bovine Somatotropin*, 16 VTLR 667(1992); Margaret Sova McCabe, *Got Controversy? Milk Does*, 13 DRAKEJAL 475(2008). 이 논문에서는 rbST가 여러 표현으로 번역될 수 있어 rbST를 번역하기 보다는 그대로 쓰기로 한다.

자발적 표시주의와 사전예방원칙에 입각한 유럽의 의무적 표시주의로 나눌 수 있는데,²⁾ 이 논문에서 다루고자 하는 것은 어느 한쪽의 타당여부가 아니고, 소에게 rbST가 투여되었는지 여부를 알리는, 우유에 관한 표시(이하 “rbST 표시”라 함)에 관한 미국 판례를 분석하여, 미국 법원이 FDA 정책에 어떻게 대응하고 있는가를 분석하고, 이를 평가하며, 그 방향성을 짐작하여 보는데 있다.

미국 제6항소법원은 2010년 *International Dairy Food Association v. Robert J. Boggs* 판결³⁾(이하 “*Boggs* 판결”이라 함)에서 기존의 FDA의 정책 지지 입장과는 다른 좀 더 적극적인 태도를 보여주고 있다. 여기서는 먼저 rbST 표시에 관한 미국 판결의 배경을 살펴보고, *Boggs* 판결 이전의 판결, *Boggs* 판결을 분석하며, 그리고 *Boggs* 판결의 영향과 한국에서 *Boggs* 판결이 가지는 의미 등을 생각하여 보기로 한다.

이러한 시도는 rbST 표시 정책에 관한 미국 법원의 대응을 이해시킬 뿐만 아니라, 이해관계가 극심하게 대립하는 유전공학 기술 정책에 대한 사법적 통제라는 일반론적 관점에서든 시사점을 줄 것이다.

II. rbST 표시에 관한 미국 판례의 배경

1. rbST 표시에 관한 미국의 정책

(1) rbST 표시의 종류

rbST 표시는 크게 2가지 종류로 나눌 수 있다. 첫째는 우유 속에 rbST가 포함되어 있는지 여부를 표현하는 성분 표시(*composition claim*)인데, “rbST 포함” 혹은 “rbST 불포함 (rbST-free)”으로 표현된다. 둘째는 우유를 생산하면서 소에게 rbST를 투여하였는지를 표현하는 생산 표시(*production claim*)가 그것인데, “이 우유는 rbST가 투여된 소로부터 생산되었다” 혹은 “이 우유는 rbST가 투여되지 않은 소로부터 생산되었다”라고 표현된다.

²⁾ *Infra*, note 79.

³⁾ *International Dairy Food Association v. Robert J. Boggs*, 622 F. 3d 628(6d Cir. 2010).

(2) FDA의 정책

FDA는 rbST 표시에 관하여 새로운 입법으로 해결하기 보다는 기왕에 존재하는 연방식품의약품법으로 해결한다.⁴⁾ 연방식품의약품법 § 403 (a)⁵⁾와 § 201(n)⁶⁾에 따르면 표시가 “그 내용에 있어 중요하거나 사용결과에 있어 중요한 사실을 드러내지 않는 경우” “오해를 유도하는 것(misleading)”이라고 한다. rbST를 사용하여 우유를 생산하는 것이 이러한 조항에 따른 중요한 사실이 되느냐 하는 것이 rbST 표시의 관건이 되는 사항이다.

FDA는 1992. 5. “새로운 식물 품종으로 만들어진 식품”이라는 정책선언⁷⁾을 발표하였는데, 그것은 “FDA가 유전공학기술을 사용하여 만들어진 식품이나 식품 원료가 연방식품의약품법 § 403 (a) 혹은 201(n)에 따라 공개해야 할 중요한 사실이라는 결론을 내릴만한 자료나 다른 정보를 알지 못한다”라는 것이었다. 이 선언은 또한 “유전공학 기술로 개발된 식품 속의 전이된 유전 물질은 그러한 물질이 일반적으로 안전하다고 추정되지 않는 한 식품첨가물이 되고, FDA가 사전심사를 해야 할 정도로 안전에 관한 문제가 제기되면 식품첨가물에 관한 절차 규정이 적용될 것이지만, 대부분의 경우에는 유전자 변형으로 구성요소가 될 것으로 기대되는 물질은 정상적인 식품에서 발견되는 물질과 동일하거나 실질적으로 비슷할 것”⁸⁾이라고 한다.⁹⁾ 따라서 유전자 재조합식품에 대하여 특별히 공개해야 할 사실이 없다는 것이다.

4) Peter Barton Hutt, *Food and Drug Law* 245(3rd ed. 2007).

5) Food, Drug, and Cosmetic Act 403(a)[21 U.S.C. §343(a)]:

A food shall be deemed to be misbranded—

(a) False or misleading label. If (1) its labeling is false or misleading in any particular, or:

6) Food, Drug, and Cosmetic Act 201(n)[21 U.S.C. §321(n)]:

If an article is alleged to be misbranded because the labeling or advertising is misleading, then in determining whether the labeling or advertising is misleading there shall be taken into account (among other things) not only representations made or suggested by statement, word, design, device, or any combination thereof, but also the extent to which the labeling or advertising fails to reveal facts material in the light of such representations or material with respect to consequences which may result from the use of the article to which the labeling or advertising relates under the conditions of use prescribed in the labeling or advertising thereof or under such conditions of use as are customary or usual.

7) Statement of Policy, Foods Derived from New Plant Varieties, 57 Fed. Reg. 22,984(FDA, May 29, 1992).

8) *Id.* 22990.

9) 이것을 실질적 동등성의 원리라고 한다.

FDA는 1994. 2. rbST 표시에 관해서 특별 중간안내를 하고 있다.¹⁰⁾ 먼저 FDA는, “rbST가 안전하고 유효하며, rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유도 식용으로 안전하며, rbST가 환경에도 중대한 영향을 끼치지 않는다는 이유로 rbST를 승인하였다”고 하면서, “rbST의 승인 시에 FDA는 이 약품이 투여된 소와 그렇지 않은 소로부터 생산된 우유 사이에 중대한 차이가 없으며(no significant difference), 그렇기 때문에 FDA가 이 약품이 투여된 소로부터 생산된 우유에 대하여 연방식품의약품법에 따른 특별한 표시를 하도록 요구할 권한이 없다”고 한다.¹¹⁾ 그리고 rbST 표시에 관해서는 “자연적인 상태 하에서도 우유 속에 bST(bovine Somatotropin: 소성장호르몬)가 존재하므로 bST가 없는 우유는 없고, 그렇기 때문에 bST-free라는 표시는 허위이다. 또한 FDA는 rbST-free라는 표시도 우유가 생산되는 방식의 차이보다는 rbST가 투여된 소와 그렇지 않은 소에서 생산된 우유의 성분상의 차이를 의미할 수 있다는 사실에 유의한다. ‘rbST-free’라는 개념은 ‘rbST가 투여되지 않은 소로부터’ 혹은 이와 비슷한 방법으로 표현되는 것이 더 나을 것이다. 그러나 그러한 표현조차도 소비자로부터 하여금 rbST가 투여되지 않은 소로부터 생산된 우유가 더 안전하거나 품질이 더 낫다고 오인시킬 소지가 있다. FDA는 그러한 오인이 적당한 문맥에서 진술을 추가함으로써 피해질 수 있다고 믿는다. 적당한 문맥에서 진술을 추가하는 것은 여러 방법이 있을 수 있지만 ‘rbST가 투여되지 않은 소로부터’ 라는 진술 옆에 ‘rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유와 그렇지 않은 소로부터 생산된 우유 간에 중대한 차이가 보이지 않는다’라는 진술을 추가하는 것도 한 방법이 될 수 있을 것이다. 또한 표시가 진실하고 소비자의 오해를 유도하지 않는 것임을 전제로, 회사가 안전이나 품질의 문제 외에 왜 rbST가 투여되지 않은 소로부터 생산된 우유를 사용하였는가를 설명하는 것도 한 방법이 될 수 있을 것이다”라고 한다.¹²⁾

FDA는 2001. 1. “산업계를 위한 안내 초안: 식품이 유전공학 기술을 사용하여 개발되었거나 개발되지 않은지에 관한 자발적인 표시의 가능성”¹³⁾으로써, 이상의 정책을 재확인하고 있다.

¹⁰⁾ Interim Guidance on the Voluntary Labeling of Milk and Milk Products From Cows That Have Not Been Treated With Recombinant Bovine Somatotropin, 59 Fed. Reg. 6279-04(FDA, Feb. 10, 1994).

¹¹⁾ *Id.* 6280.

¹²⁾ *Id.*

¹³⁾ Draft Guidance for Industry: Voluntary Labeling Indicating Whether Foods Have or Have Not Been Developed Using Bioengineering; Availability, 66 FR 4839-01(FDA, Jan. 18, 2001).

FDA가 이와 같이 유전자 재조합식품에 대하여 의무적 표시주의 아닌 자발적 표시주의를 채택하고 있는 근거에는 경제적으로나 정치적으로 막강한 산업계의 영향이 있는 것으로 보인다.¹⁴⁾

(3) 주의 정책

FDA와 달리 일부 주는 적극적으로 rbST 표시를 하려고 한다. 특히 유기농을 강조하는 주에서는 그러하다. 2011년과 2012년 19개의 주가 의무적 표시주의 도입을 고려하고 있다.¹⁵⁾ 캘리포니아와 오레곤 주에서는 이에 관한 주민투표를 실시하였으며, 캘리포니아에서는 “제안 37: 알 권리 법”에 대하여 2012. 11. 주민투표가 실시되었는데, 의무적 표시주의가 부결되었다. 이러한 주에서 법률이 정해진다고 할지라도 이러한 법률은 수정헌법 제1조의 언론의 자유 조항과 통상조항의 기준을 통과해야 한다. 나머지 주 들은 대부분 FDA 정책을 따라가고 있다.

2. 상업적 표현(commercial speech)과 수정헌법 제1조¹⁶⁾

수정헌법 제1조의 언론의 자유(free speech)가 상업적 표현을 포함할 수 있다는 법리는 1976년 *Virginia State Bd. of Pharmacy*¹⁷⁾ 판결에 와서야 이루어 졌다. 이 판결에서 단순한 상업적 거래를 권유하는 표현이 아니라, 일반 국민들이 어떠한 상품과 서비스가 가능한지를 알리는 표현인 경우에는 수정헌법 제1조의 보호를 받는다고 하였다.¹⁸⁾ 이어 상업적 표현에 대한 제한이 어느 정도 까지 허용될 수 있는가는 *Central Hudson*¹⁹⁾ 판결에 와서 정립되었는데, 다음과 같은 4가지 법리 분석에 따르게 된다. 첫째는 그 표현이 본질적으로 소비자의 “오해를 유도하는 것”

14) Paul Weirich, *Labeling Genetically Modified Food*, 147(2007).

15) Morgan Anderson Helme, *Genetically Modified Food Fight: The FDA should Step up to the Regulatory Plate so States do not Cross the Constitutional Line*, 98 MNLR 356, 364(2013).

16) The First Amendment (Amendment I) to the United States Constitution prohibits the making of any law respecting an establishment of religion, impeding the free exercise of religion, abridging the freedom of speech,

17) *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748(1976).

18) *Id.* 765.

19) *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S.557(1980).

인지 여부에 대한 심사이고, 그러하다면 여기서 분석은 끝나며 그 표현은 수정헌법 제1조의 보호를 받지 못한다. 둘째는 금지로서 얻는 이익이 실질적인지 여부이고, 셋째는 금지를 규정한 규칙이 직접적으로 그러한 이익을 증진시키는지 여부이며, 넷째는 그 금지가 필요한 최소한도인지 여부이다.

소비자의 “오해를 유도하는” 표현을 방지하기 위하여 정부는 표시와 동시에 공개(disclosure)를 요구하며, 이것은 규제를 하지 않는 것과 전적인 금지 사이의 중간 지점이라 할 수 있다. 주는 그러한 목적을 달성하는데 필요한 것보다 더 과도하게 얹게 규율하여야 한다.²⁰⁾ 이러한 법리를 처음으로 확립한 것이 *Zauderer*²¹⁾ 판결이다. 이 판결은 “상업적 표현의 보호가 표현하는 사람의 권리보호 보다는 정보의 자유로운 유통으로 정당화 된다”고 하면서, “소비자 착각이나 기망을 방지하기 위해서는 그 공개 요구가 주의 이익과 합리적으로(reasonably) 연결되어 있어야 하며, 부정당하거나(unjustified) 과도하게 부담을 주지 않으면 수정헌법 제1조에 어긋나지 않는다”²²⁾고 한다. 이러한 *Zauderer* 법리는 *Central Hudson* 법리보다는 상업적 표현의 제한을 용이하게 한다.

III. *International Dairy Food Association v. Robert J. Boggs*²³⁾ 이전의 판결

1. *Stauber v. Shalala*²⁴⁾(이하 “*Stauber* 판결”이라 함)

²⁰⁾ David A. Martin, *Crying over Split Milk: A Closer Look at Required Disclosure and the Organic Milk Industry*, 18 Mo. Env'tl. L. Pol'y Rev. 524, 530(2011)(이하 David A. Martin, *Crying*).

²¹⁾ *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626(1985)

변호사의 광고에 대한 징계가 쟁점인 사건으로 “기망의 정도에 이르지 않은 법적인 도표가 기재된 신문광고를 한 변호사를 징계할 수 있는지, 공중의 오해를 방지하기 위하여 광고에서 수입료에 관한 공개를 요구할 수 있는지” 하는 것이 쟁점이었다. 후자의 쟁점에 관하여 원고는 주가 공개 요구를 하기 위해서는, 주가 그러한 공개 요구가 없는 경우 광고가 허위 혹은 기망적인 것이 되거나, 혹은 공개 요구가 정부의 다른 실질적 이익을 증진시키고 필요한 최소한도에 그치는 경우에만 수정헌법 제1조 위반이 아니라고 주장하였다. 연방대법원은 표현의 금지에 관해서는 원고의 주장이 타당하지만, 공개 요구에 관해서는 다른 방법이 있다고 하더라도 표현의 억압을 대체할 만한 방법 중의 하나이면 충분하다고 하였다.(*Id.* 651 FN14.).

²²⁾ *Id.* 651.

²³⁾ *International Dairy Food Association v. Robert J. Boggs*, 622 F. 3d 628(6d Cir. 2010).

²⁴⁾ *Stauber v. Shalala*, 895 F. Supp. 1178(W.D.Wis,1995).

(1) 사실관계

원고들은 상업적으로 팔리는 낙농제품의 소비자들이다. 원고들은 피고 보조참가인인 몬산토가 생산한 rbST의 상품명인 포실락의 사용 승인의 취소를 구하였는데 그 이유는 다음과 같다. (i) FDA가 포실락의 사용과 관련된 소비자건강과 식품 안전문제를 고려하지 않고 포실락을 승인하였다. (ii) FDA가 포실락이 투여된 소로부터 생산된 상품이라는 표시를 강제하지 않았다.

(2) 판결

포실락의 승인에 대하여 법원은 “원고들이 rbST의 사용이 소비자건강과 관련이 있다는 증거를 제출하고 있지만, 그것은 사용승인당시의 기록 속에 포함되어 있지 않으므로 고려할 수 없다.²⁵⁾ FDA는 rbST의 투여로 인하여 소의 유방염이 증가할 가능성이 있다는 연구결과가 있음에도 포실락을 승인하였는데, 농부들이 몬산토의 권고대로 처방하는 경우 그 위험은 크지 않다고 판단하였기 때문에 전단·자의적이지 않다.²⁶⁾ FDA가 유방염으로 인하여 우유 속에 항생제가 증가하는 문제에 관하여도 그 가능성이 적다고 판단한 것은 적절한 자료에 근거하였기 때문에 전단·자의적이지 않다.²⁷⁾ 인슐린유사성장제(Insulin-like growth factor: IGF-1)의 증가가 장기적으로 소비자건강을 해칠 것이라는 원고의 주장을 뒷받침하는 증거가 없다²⁸⁾”고 한다.

포실락이 투여된 소로부터 생산된 상품이라는 표시를 강제하지 않은 점에 대하여 법원은 “원고들은 rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유라는 것을 강제적으로 표시하도록 해야 한다는 소비자의 광범위한 요구가 있고, 그러한 사실도 21 U.S.C. 321(n) 상의 중요한(material) 사실이라고 하지만, 표시를 강제하는 근거는 어떤 제품이 새로운 제품과 중요한 부분에서(materially) 다르다는 결정이다.²⁹⁾ 양자가 다르지 않는데도 소비자가 원한다고 하여 중요한 사실로서 표시되면 오히려 소비자의 ‘오해를 유도하는 것’이 된다³⁰⁾”고 한다.

25) *Id.* 1190.

26) *Id.*

27) *Id.* 1192.

28) *Id.*

29) *Id.* 1193.

30) *Id.*

(3) 분석

미국 행정법에서 전단·자의 심사는 가장 낮은 단계의 심사로서 행정부의 결정이 불합리하지 않으면 그 결정을 존중한다는 기준이다.³¹⁾ 이러한 기준은 포실락의 승인 심사에 특별히 적용된 것이라기보다는 행정작용의 사법심사에 일반적으로 적용되는 기준이다. 또한 위법성 판단의 기준 시점이 처분시이기 때문에 처분 이후에 만든 원고의 자료는 참작할 여지가 없었다. 또한 rbST의 투여로 인한 인슐린 유사 성장제가 장기적으로 소비자건강을 해칠 가능성이 있다는 입증책임을 원고에게 부담시키는 것은 소송법 상으로 이해할 수 있지만 현실적으로 원고에게는 불가능한 일이다. 이 판결은 소송법적으로는 이해될 수 있지만 소송법적 제도의 운용에 융통성을 배제한 점에서 FDA의 입장을 유지하려 하고 있다고 볼 수 있다. 이 판결은 연방식품의약품의약품법의 표시제도가 보호하고자 하는 것이, 소비자에 대한 기망방지이지 소비자의 알권리가 아니라는 것을 분명히 하고 있고, 이 점에서 비판의 대상이 되고 있다.

2. *International Dairy Food Association v. Amestoy*³²⁾(이하 “Amestoy 판결”이라 함)

(1) 사실관계

1994. 4. 버몬트 주는 “만약 rbST가 우유나 우유 제품의 생산에 사용되면, 이러한 우유나 우유제품은 rbST가 사용되었다고 표시하도록 요구하는 법”을 제정하였고,³³⁾ 버몬트 농무성 장관은 rbST를 사용하는 낙농업자들이 포장지나 진열대에 rbST가 사용되었거나 사용되었을 가능성이 있다고 표현하도록 하였다.³⁴⁾ rbST를 사용하는 낙농업자들이 수정헌법 제1조 언론의 자유와 휴면통상조항을 위반하였다는 이유로 이 법률의 집행을 금지하는 금지영장을 신청하였다.

31) 금태환, 연방행정절차법에서의 실질적 증거, 행정법연구 제18호, 2007, 299-326면. 전단·자의 기준은 반대증거가 아무리 많아도 지지증거가 조금이라도 있으면 심사를 통과할 수 있다는 불평이 많다.(David A. Martin, *Crying*, 547).

32) *International Dairy Food Association v. Amestoy*, 92 F.3d 67(2nd Cir.,1996).

33) Vt. Stat. Ann. Tit. 6, §2754(c)(1994).

34) Adopted Rules(rbST Notification and Labeling regulations Relating to Milk and Milk Products) of Vermont Dep't of Agriculture, Food and Markets, §3.1b.(1994)

(2) 판결

1) 다수의견

“상업적 표현에 대한 제한이 허용될 수 있는가는 *Central Hudson*³⁵⁾의 법리 분석에 따르게 된다. 버몬트 주는 이 법이 건강이나 안전에 대한 염려로 인하여 제정된 것이라 주장하지 않고 있으며, 그 대신 소비자의 이익과 공중의 알 권리에 근거한다고 한다. 이러한 이익은 보호된 헌법적 권리를 제한하는 것을 정당화하기에 충분하지 않다.³⁶⁾ 단순한 소비자 걱정(*consumer concern*)은 실질적인 이익이라고 할 수 없다. 소비자의 그러한 정보에 대한 요구가 진실한 것은 사실이지만, 그러한 소비자 이익만으로 제조자에게, 최종 제품에 두드러진 영향을 미치지 않는, 생산방법에 대한 경고와 동일하게 평가되는 것을 제시하도록 요구할 수 없다.³⁷⁾ 이 법원도 소비자가 rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유인지 그렇지 않은지에 대해서 알고 싶어 하는 점에 공감하지만 그러한 바램만으로 낙농업자로 하여금 그들의 의사에 반대되는 표현을 강제할 수는 없다.³⁸⁾”

2) Leval 판사의 반대의견

“우유생산에서 rbST가 사용될 경우 이를 공개하도록 요구하는 버몬트 법은 인간이나 소의 건강에 대한 rbST의 영향, 영세 낙농가의 생존에 대한 배려, 유전공학을 통한 자연의 변형에 대한 걱정을 포함한 주의 실질적 이익에 근거하고 있다.³⁹⁾ 다수의견은 FDA가 새로운 기술에 의한 건강 위험을 발견할 수 없다고 하여 건강에 관한 걱정이 실재하거나 인식할만한 것이 아니라고 하나 이러한 전제는 경계해야 하고 위험하며 최소한으로도 비정상적이고 비실제적이다.⁴⁰⁾ FDA의 rbST에 관한 조사가 철저하지 않을 것이라고 의심할 이유는 없지만 rbST의 장기적인 영향에 대해서는 알 수 없는 것이다. 또한 정부의 시간이나 예산 부족, 과학기술의 미발달, 표본수의 적음, 산업계의 압력, 간단한 실수 등으로 인하여 건강상의 위험을 발견하지 못할 수도 있다. 단기간의 연구 결과를 놓고 단순히 그러한 기술을 사용하였다는 공개를 금지

35) *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U. S.557(1980). *Supra*, note 19와 그 본문 참조.

36) *Amestoy*, 73.

37) *Id.*

38) *Id.* 74.

39) *Id.*

40) *Id.* 76.

하는 것은 비합리적이고 위험하다.⁴¹⁾ 수정헌법 제1조는 정부가 진실하고 소비자의 중요한 정보를 공개할 것을 요구하는 것을 금지하는 것이 아니다.⁴²⁾”

(3) 분석

이 판결은 두 가지 점에서 특징적이다. 첫째는 소비자의 염려 내지 호기심만으로는 상업적 표현의 자유를 제한 즉 공개를 요구할 만한 주의 이익이 되지 않는다는 것이다. 이리하여 rbST를 사용하였다는 것을 공개하도록 요구하는 버몬트 법은 “보호하고자 하는 이익이 실질적인지”라고 하는 *Central Hudson*의 두 번째 기준을 통과하지 못하여 위헌으로 선언되었다. 이 점에 관하여는 반대의견이나 소비자의 알 권리를 주장하는 측에서 건강에 대한 소비자의 관심은 공개를 요구할 주의 정당한 이익이 된다고 한다.⁴³⁾ 이 점은 rbST 사용의 위험성에 관한 평가와 관계되며 그것이 위험하다고 볼 증거가 없다고 보는 FDA 입장에서는 소비자의 관심은 호기심에 머무르는 것이 되고 건강에 대한 걱정이라고 볼 수 없는 것이다.

다른 하나는 이 판결이 공개 요구에 관한 사항을 다루고 있는데도 기준이 덜 엄격한 *Zauderer* 법리⁴⁴⁾를 적용하지 않고 *Central Hudson* 법리를 적용하였다는 사실이다. 이 점은 후술하는 *Boggs*⁴⁵⁾ 판결과 다른 점이며, *Amestoy* 판결에서 문제된 것이 표시만이고 광고가 아니었기 때문으로 보인다.⁴⁶⁾ *Central Hudson* 법리를 적용함으로써 “rbST가 사용되었다”는 사실을 공개하도록 하는 것은 “오해를 유도하는 것”이 되지 않는 반면, *Boggs* 판결에서는 *Zauderer* 법리를 적용함으로써, “rbST가 사용되지 않았다”는 사실을 공개하도록 하는 것이 “오해를 유도하는 것”이 되는 결과가 되었다.⁴⁷⁾ rbST의 위험성이 논란이 되고 있는 상황에서 “rbST를 사용하였다”는 것은 표시에서 나타낼 필요가 없고, “이를 사용하지 아니하였다”는 광고는 부기조항(disclaimer)을 붙여야 가능하다는 것은 표시가 넓은 의미의 광고라고 볼

41) *Id.*

42) *Id.* 80.

43) Paul Weirich, *Labeling*, 145-146; David Alan Nauheim, *Food Labeling and the Consumer's Right to Know: Give the People What They Want*, 4 LIBULR 97(2009); Christina Cusimano, *rbST, It does a Body Good?: rbST Labeling and the Federal Denial of Consumers' Right to Know*, 48 SANCLR 1095(2008)

44) *Supra*, note 21과 그 본문 참조.

45) *Infra*, part IV.

46) David A. Martin, *Crying*, 546.

47) *Id.*

때 매우 부자연스럽다. 그러나 이는 미국 법원이 FDA 입장과 산업계의 이익 조정 등 구체적 타당성을 기하려는 노력으로 보인다.

3. *Alliance for Bio-Integrity v. Shalala*⁴⁸⁾(이하 *Shalala* 판결이라 함)

(1) 사실관계

1992. 5. FDA는 “새로운 식물 품종으로 만들어진 식품”이라는 정책선언⁴⁹⁾을 발표하였는데, 그 내용 중 “(i)FDA가 유전자 재조합을 통해 생산된 식품이, 연방식품의약화장품법 하에서 일반적으로 안전하다고 추정되고(generally recognized as safe: GRAS), 식품첨가제 규정의 적용을 받지 않는다. (ii)유전자 재조합을 통한 변형은 연방식품의약화장품법 § 321(n) 상의 중요한(material) 사실이 아니기 때문에 그 점에 관한 표시는 요구되지 않는다”고 하는 것이 다툼의 대상이었다. 원고들은 FDA의 정책선언에 대하여 (i)유전자재조합식품이 GRAS로 추정되고 식품첨가제 적용을 받지 않는다는 결정이 전단·자의적이고, (ii)유전자 재조합을 통한 변형에 관하여 표시를 요구하지 않는다는 결정도 전단·자의적이라는 이유로(기타 이유는 생략) 위 정책선언의 무효를 구하는 소송을 제기하였다.

(2) 판결

법원은 “연방식품의약화장품 상 식품첨가제는 ‘식품의 구성요소가 되거나, 또는 식품의 성격에 영향을 주는 물질’을 말하고,⁵⁰⁾ FDA는 유전자재조합식품에서 첨가되는 것은 핵산단백질(nucleic acid proteins)로서 그것은 안전할 뿐만 아니라, 세포

⁴⁸⁾ *Alliance for Bio-Integrity v. Shalala*, 116 F.Supp.2d 166(2nd Cir.2000).

⁴⁹⁾ *Supra*, note 7.

⁵⁰⁾ 21 U.S.C. § 321.

(s) The term “food additive” means any substance the intended use of which results or may reasonably be expected to result, directly or indirectly, in its becoming a component or otherwise affecting the characteristics of any food (including any substance intended for use in producing, manufacturing, packing, processing, preparing, treating, packaging, transporting, or holding food; and including any source of radiation intended for any such use), if such substance is not generally recognized, among experts qualified by scientific training and experience to evaluate its safety, as having been adequately shown through scientific procedures (or, in the case of a substance used in food prior to January 1, 1958, through either scientific procedures or experience based on common use in food) to be safe under the conditions of its intended use;

의 생존을 위해 필요하다고 추론하였으며, 이러한 추론은 *Chevron* 법리⁵¹⁾에 따라 허용할 만하므로 법원은 이를 존중한다.⁵²⁾”고 하였다. 또한 법원은 유전자 재조합 식품에 대한 표시를 요구하지 않는 점에 대하여는, 소비자의 염려, 종교적 그룹과 알레르기를 가진 사람의 특별한 관심을 고려하여 유전자 변형 식품임을 표시하여야 하는가 하는 쟁점도 “21 U.S.C. 321(n) 상의 중요한(material) 사실에 대한 행정청의 해석에 대한 문제이고, 문언에 명백히 반하지 않고 허용할 만한 것이면 *Chevron* 법리에 따라 존중되어야 하며, FDA가 중요한 사실이나를 판단함에 있어 소비자의 이익을 제외한 것은 허용할 만한 것이다.⁵³⁾”고 한다.

(3) 분석

여기에서도 *Chevron* 법리에 따라 FDA의 정책선언이 지지되었다. 이에 대하여는 “유전자 재조합 식품이 일반적으로 안전하다고 추정되고, 그러기 때문에 유전자재조합식품 제조회사가 예외적인 경우를 스스로 인정하고 입증하여 승인을 얻도록 하는 것은 제조회사에게 소비자 건강을 맡겨 놓은 것과 마찬가지로이기 때문에 그러한 추정을 폐지하여야 한다”는 주장이 있다.⁵⁴⁾ 또한 소비자의 알 권리 측면에서 건강이나 안전에 관한 것이 아니라도 소비자가 알고 싶으면 그러한 사항이 표시되어야 한다는 비판이 있다.⁵⁵⁾

IV. *International Dairy Food Association v. Robert J. Boggs*⁵⁶⁾

1. 사실관계

51) *Chevron, U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837.(1984) 이 판결에 따른 *Chevron* 법리는 “법률의 뜻이 명확하지 않을 때 행정부의 해석이 허용할만한 경우 법원은 행정부의 해석을 존중하여야 한다”는 것이다.

52) *Alliance for Bio-Integrity v. Shalala*, 116 F.Supp.2d 166, 176(D.C.Cir. 2000).

53) *Id.* 179.

54) Alicia T. Simpson, *Buying and Eating in the Dark: Can the Food and Drug Administration Require Mandatory Labeling of Genetically Engineered Foods? Alliance For Bio-Integrity V. Shalala, Et Al.*, 116 F. SUPP.2D 166 (2000), 19 TMPELTJ 225, 238(2001).

55) David Alan Nauheim, *Food Labeling and the Consumer's Right to Know: Give the People What They Want*, 4 LIBULR 97(2009).

56) *International Dairy Food Association v. Robert J. Boggs*, 622 F. 3d 628(6d Cir. 2010).

rbST를 사용하지 않는다는 표시나 광고를 하는 낙농업자가 늘고, 한편으로 인공적인 호르몬을 사용하는 낙농업자는 그러한 표시나 광고를 금지하여 달라고 요구하자, 오하이오 주 농무성은 2008. 5. 그러한 광고를 제한하기 위한 규칙을 제정하였는데 그 내용 중 다툼의 대상이 된 것은 아래와 같다.

“(B) ‘이 우유는 rbST가 투여되지 않은 소로부터 생산되었다’라는 생산 표시(production claim)는, 그 표시 자체가 정확하다는 것을 서류로서 입증해야 하며, 같은 패넬에서 같은 서체, 스타일, 상자, 색깔, 그리고 이전의 제시문과 최소한 같은 크기로 인접하여(contiguous) 추가적인 다음의 서술을 하지 않으면 소비자의 ‘오해를 유도하는 것’(misleading)이 될 수 있다. FDA는 rbST가 투여된 소와 그렇지 않은 소에서 생산된 우유 간에 중대한 차이가 나타나지 않는다고 결정하였다.⁵⁷⁾

(C) ‘No hormones’, ‘Hormone Free’, ‘rbST Free’, ‘rbGH Free’, ‘No Artificial Hormones’, ‘bST Free’라는 성분 표시(composition claim)는 허위이고, 소비자의 ‘오해를 유도하는 것’이다. 오하이오 주 농무성은 그러한 표시를 허용하지 않는다.⁵⁸⁾”

(B)항은 우유가 “rbST가 투여되지 않은 소로부터 생산되었다”라고 표시하기 위해서는 그것을 서류로서 입증해야 하며, 무엇보다도 “rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유와 정상적인 소로부터 생산된 우유 간에 중대한 차이가 나지 않는다는 것”을 부기로써 공개해야 할 의무(disclosure requirement)를 부과하였고, (C)항은 “rbST Free”라는 표현을 금지하는 것이다. 공개 의무에 관해서는 그러한 공개를 요구할 수 있느냐, 공개 요구가 가능하다면 어떠한 형태로 요구할 수 있느냐 하는 것이 문제인데, (B)항은 반드시 생산표시에 인접하여 표시할 것을 요구하고 “*”로써 부기를 표시할 수 없다는 것이었다.

rbST를 투여하지 않는 유기농업자 조합 등이 위와 같은 표시를 하면 자신들의 우유가 덜 팔릴 것을 예상하여, 위 규칙이 수정헌법 제1조 언론의 자유와 휴면통상조항을 위반하였다는 이유로 위 규칙의 무효를 구하였다.⁵⁹⁾

57) Oh. Admin. Code 901:11-8-01(B)(2008).

58) *Id.*(C).

59) 휴면통상조항위반에 대한 주장은 미국에 특유한 문제이어서 여기서의 분석에서는 제외한다.

2. 판결

(1) rbST-free라는 성분 표시를 금지하는 것이 수정헌법 제1조를 위반하는 것인지 여부에 대하여

1) 표시가 본질적으로 소비자의 “오해를 유도하는 것”인지 여부

“지방법원은 FDA의 결론에 따라 rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유와 그렇지 않은 우유 간에 성분상의 차이가 존재하지 않는다고 하였으나 오히려 기록은 차이가 존재한다는 것을 보여준다.⁶⁰⁾ 원고 측의 감정에 따르면 rbST가 사용되면 인슐린과 유사한 성장 요소 I이 증가하며, 이것이 과다하면 여러 종류의 암과 연결되고,⁶¹⁾ rbST의 사용은 소의 생체리듬을 깨트리며, 비자연적인 시기에 우유를 생산하고, 이러한 시기의 우유는 지방이 증가하며 단백질이 부족하다고 한다.⁶²⁾ 또한 rbST가 투여된 소에서 생산된 우유 속에 rbST가 존재하지 않는다고 단정할 수 없고 단지 그것을 발견해 낼 과학적 방법이 없을 뿐이다.⁶³⁾ FDA 안내도 rbST가 투여된 소로 태어난 우유와 그렇지 않은 우유 간에 ‘중대한’ 차이가 존재하지 않는다고 하였을 뿐이다. 그렇다면 rbST-free라고 하는 표시는 한편으로는 소비자에게 의미 있는 구별을 제시하여 준다고 할 수 있고, 다른 한편으로는 성분이 다른 우유가 건강을 해친다고 오인하게 할 가능성이 있다.⁶⁴⁾ 이러한 상황 하에서 rbST-free라고 하는 표시가 본질적으로(inherently) 소비자의 오해를 유도하는 것이라고 볼 수는 없다.⁶⁵⁾”

2) 금지로써 달성하고자 하는 이익이 실질적인지 여부

“이 규칙의 목적은 ‘허위 또는 오해를 유도하는’ 표시의 사용을 억제하는 것이다. 소비자 기망을 방지한다는 것이 실질적이긴 하지만, 주(state)는 그러한 위험이 실재하고 그 제한이 그러한 위험을 상당한 정도로 줄일 수 있다는 것을 보여주어야 한다.⁶⁶⁾ 그에 관한 증거로는 FDA 안내와 소비자의 의견 제

⁶⁰⁾ *Boggs*, 636.

⁶¹⁾ *Id.*

⁶²⁾ *Id.*

⁶³⁾ *Id.* 637.

⁶⁴⁾ *Id.*

⁶⁵⁾ *Id.*

출이 있는데 그것만으로는 부족하다. FDA 안내는 rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유와 그렇지 않은 우유 간에 성분상의 차이가 있을 수 있는(may) 가능성을 전제하고 있으므로 rbST-free라고 하여 모든 경우에 소비자의 오해를 유도하는 것이라고 할 수 없다. FDA는 그에 관한 증거나 연구 자료를 제시하지 않고 있고, 1994년 2월의 안내가 충분한 증거가 된다고 할 수 없다.⁶⁷⁾”

3) 금지가 필요한 최소한도인지 여부

“rbST-free라는 말이 약간의 혼란을 줄 수 있다고 하더라도 그것은 부기조항(disclaimer)으로써 해결될 수 있기 때문에 그러한 표현을 전적으로 금지하는 것은 과잉이다.⁶⁸⁾”

(2) 생산 표시(production claim)에 대한 공개 요구(disclosure requirement)가 수정헌법 제1조에 어긋나는지 여부

“이러한 쟁점에 대한 심사기준은, 표현의 금지가 아닌 공개의 요구이므로 Central Hudson 법리가 아닌 *Zauderer*⁶⁹⁾ 법리가 적용된다.⁷⁰⁾ 이 사건에서와 같이 표현이 소비자의 ‘오해를 유도하는 것’이 될 가능성이 있는(potentially) 경우에도 *Zauderer* 법리를 적용하여야 한다. *Zauderer* 법리가 성립하는 계기는 ‘상업적 표현에 대한 수정헌법 제1조의 보호가 광고자의 권리라는 측면보다, 소비자에 대한 정보의 부여라는 측면에 의해서 정당화되며, 이를 구체적으로 말하면 사실상의 정보를 제공하지 않음으로써 가지는 광고자의 헌법상의 이익은 미미하다’고 할 수 있기 때문이다.⁷¹⁾ 이 건 규칙의 공개 의무가 소비자의 기망을 방지하려는 주의 이익과 합리적으로(reasonably) 연결되어 있지만, 이러한 이익과 ‘같은 패널에서 제시문과 최소한 같은 크기로 인접하여 추가적인 서술을 하도록 하는 것’과는 합리적으로 연결되지 않는다. 그러한 서술은 별표(*)로서 연결될 수도 있기 때문에 서술의 형태를 제한할 필요

66) *Id.* 638.

67) *Id.*

68) *Id.*

69) *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626(1985).

70) *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U. S. 640(1980).

71) *Boggs*, 641.

는 없다.⁷²⁾”

3. *Boggs* 판결에 대한 평가

(1) 분석

Boggs 판결은 rbST-free 라는 성분 표시가 본질적으로 소비자의 오해를 유도하는 것이 아니고 그러할 가능성만 있고, 부기조향을 붙여 이를 방지할 수 있기 때문에 이를 전적으로 금지하는 것은 수정헌법 제1조 위반이라고 한다. 또한 생산 표시는 부기조향을 바로 인접하여 요구하는 점에서만 소비자의 기망을 방지한다는 주의 이익과 합리적으로 연결되지 않아 마찬가지로 수정헌법 제1조 위반이라고 한다.⁷³⁾

Boggs 판결은 오하이오 주에서도 다른 주의 관행과 비슷한 rbST 표시를 하도록 하게 한다.⁷⁴⁾ 판결의 결과는 FDA의 정책과도 비슷하다. 그러나 *Boggs* 판결의 진정한 의미는 판결이유에 있어 이전의 판결과는 획기적으로 다르다(dramatic departure)는 점에 있다.⁷⁵⁾ 이전의 판결은 rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유와 그렇지 않은 소에서 생산된 우유 간에 중대한 차이가 없다는 FDA의 입장을 반복하였지만, *Boggs* 판결은 행정기관이 제출하지 않은 새로운 과학적 증거를 인용하였을 뿐만 아니라, 양 우유 간에 차이가 존재할 수 있다는 것을 인정하고 있다. 이 때까지의 차이의 부정에서 차이의 긍정으로 바뀐 것이다. 그러한 의미에서 *Boggs* 판결은 의무적 표시주의의 길을 열고 있다고 할 수도 있다.⁷⁶⁾

Boggs 판결은 한편으로는 *Cental Hudson* 법리가 아닌 *Zauderer* 법리를 적용하여, “양 우유 간에 중대한 차이가 없다”는 사실을 공개하도록 요구하는 오하이오 주 규칙을 합헌으로 인정하고 있다.⁷⁷⁾ 이 점은 *Amestoy* 판결과는 크게 다르다.

72) *Id.* 642.

73) *를 사용하여 부기조향을 기재하도록 하는 것은 수정헌법 제1조 위반이 아니다.

74) Laurie J. Beyranevand, *Milking it: Reconsidering the FDA's Refusal to Require Labeling of Dairy Products Produced from rbST Treated Cows in Light of International Dairy Foods Association v. Boggs*, 23 *FDMEJREV* 102, 133(2012). 유기농주의자의 입장에서 보면 이 판결은 rbST-free라는 표현을 단독으로 못하고 부기조향을 붙여야 하기 때문에 불만이다.(David A. Martin, *Crying*, 547, 551)

75) *Id.*

76) *Id.* 136.

77) *Supra*, III.2.(3) 참조.

Boggs 판결은 표시나 광고가 본질적으로 소비자의 오해를 유도하는 경우뿐만 아니라, 유도할 가능성이 있을 경우까지도 *Zauderer* 법리를 적용하여야 한다고 하면서, *Zauderer* 법리의 적용범위를 넓히고 있다. 이렇게 되면 상업상 표현을 하지 않을 자유 즉 공개 요구에 응하지 않을 자유에 대한 제한이 용이하게 된다. *Boggs* 판결은 그 근거로 “수정헌법 제1조 상업적 표현의 자유가 정보를 제공하지 않을 권리 보호에 중점이 있다기보다는 소비자에 대한 정보의 부여라는 점에서 정당화된다”고 한다. 그리하여 소비자의 오해를 유도할 가능성이 있는 표시나 광고의 경우 소비자에 대한 정보 부여의 필요성이 있으면 공개 요구가 가능해 진다는 것이다. *Amestoy* 판결은 “단순한 소비자 걱정(consumer concern)은 실질적인 이익이라고 할 수 없다”고 하며 “rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유”라는 공개 요구를 위헌으로 보았으나, *Boggs* 판결은 소비자에 대한 정보를 부여하여야 한다는 의미에서 “rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유와 그렇지 않은 소에서 생산된 우유 간에 큰 차이가 없다”는 사실에 대한 공개 요구를 합헌으로 받아들이고 있다. 이는 *Amestoy* 판결이 *Cental Hudson* 법리를 적용하고, *Boggs* 판결이 *Zauderer* 법리를 적용한 결과이지만, 소비자에 대한 정보 부여를 강조하고 있다는 점에서 *Boggs* 판결이 *Amestoy* 판결에 비해 진일보하였다고 볼 수 있다.

그러나 *Boggs* 판결도 너무 멀리 나아가지는 않고 있다. rbST-free라는 표현이 소비자의 오해를 유도할 가능성이 있다는 것을 인정한 것, *Zauderer* 법리를 이용하여 생산표시에 부기조항을 요구하는 것을 인정한 것은 FDA의 입장을 크게 벗어나지 않은 것으로 보인다. 그러하기 때문에 *Boggs* 판결은 rbST를 투여하는 농가와 유기농 농가의 입장 중 양 우유의 차이를 인정하여 후자의 편에서 있으나, 후자도 완전하게 만족시키지 못하고 있다.⁷⁸⁾

(2) *Boggs* 판결과 미국의 rbST 표시의 미래

rbST 표시에 관하여 미국과 유럽, rbST 제조업자와 소비자 간에 심각한 의견 대립을 보이고 있으며, 이와 관련한 이해관계도 크다. 일반적으로 미국은 실질적 동등주의에 근거하여 자발적 표시주의를 채택하고 있고, 유럽은 사전예방의 원칙에 근거하여 의무적 표시주의를 채택하고 있다고 한다.⁷⁹⁾ 실질적 동등주의가 좀 더 과학

⁷⁸⁾ David A. Martin, *Crying*, 551.

⁷⁹⁾ Helle Tegner Anken, *Authorization of Genetically Modified Organisms: Precaution in US and EC Law*, 4 *European Food and Feed Law Review* pp3 et sqq; Christophe Chao-Hung Chen, *Labeling Genetically Modified Food-Comparative Law Studies from*

적이라고 강변하기도 한다.⁸⁰⁾ 소비자의 알 권리가 있고 소비자가 알고 난 다음에 선택하도록 하여야 한다는 입장에서 미국의 자발적 표시주의를 비판하기도 한다.⁸¹⁾

이러한 상황에서 미국의 법원은 rbST 표시에 관하여 전단·자의 기준, *Chevron* 법리, 입증 책임의 원칙을 가감없이 그대로 적용하고 있다. 전 2자는 행정부의 결정이 합리성이 있거나 허용할 만한 것이면 그대로 존중하는 극히 제한적 심사⁸²⁾이며, 후자는 소송을 제기하는 원고 측에서 행정부의 결정을 다투는 증거를 제출해야 한다는 원칙으로서 행정부에 대항할 과학기술 자료를 갖출다는 것은 거의 불가능하기 때문에 원고에게 불리하다.⁸³⁾

지금까지의 rbST 표시에 관한 판례를 살펴보면 대부분의 쟁점은 수정헌법 제1조 “언론의 자유”와 연방식품의약품법 § 201(n) 표시에서 나타내야 할 “중요한 사실”의 해석에 관한 것이었다. 표시도 수정헌법 제1조의 보호를 받으며, 전적인 금지는, 소비자의 오해를 유도하지 않는 경우에, 소비자의 기망을 방지하기 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하고(*Central Hudson* 법리)⁸⁴⁾, 공개해야 할 의무는, 소비자의 오해를 유도하거나 유도할 가능성이 있는 경우, 소비자의 기망을 방지하는 것과 합리적으로 연결되어 있으면 가능하다(*Zauderer* 법리)⁸⁵⁾고 한다. 또한 중요한 사실을 나타내지 않은 것도 오해를 유도하는 것이 된다.

Boggs 판결은 “rbST가 투여되지 않은 소로부터 생산되었다”라는 생산 표시는 그러하지 아니한 우유가 그러한 우유보다는 덜 안전하거나 품질이 떨어진다고 소비자의 오해를 유도할 가능성이 있기 때문에, 공개 의무를 수월하게 인정하는 *Zauderer* 법리를 적용하여 공개 요구를 합헌으로 보고 있다. 또한 “rbST-free”라는 성분 표시에 관하여는 *Central Hudson* 법리를 적용하여 부기의무를 조건으로 유효하다고 보고 있다. *Amestoy* 판결은 “rbST를 사용하여 생산된 우유”라는 표시를 강제하는 것에 대하여는 상업적 표현을 하지 않을 자유를 제한할 이익이 없다고 한다. 이러한 판단의 기저에는 FDA의 “rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유와 전통

Consumer's Perspective. 1 NTAIULR 1, 18(2006).

80) *Id.*22.

81) Paul Weirich, *Labeling*, 147(Thomas O. McGarity 교수는 의무적 표시주의가 세계적으로 합의되고 있다고 한다).

82) *Supra*, note 51.

83) *Shalala*, 1192. 이 사건에서 원고는 rbST의 사용이 장기적으로는 소비자 건강을 해칠 것이라는 점을 입증하지 못하였다.

84) *Supra*, note 19과 그 본문.

85) *Supra*, note 21과 그 본문.

적인 우유 간에 큰 차이가 없다”는 과학적 판단이 자리하고 있다.

현재 가장 큰 논쟁의 대상은 “rbST를 투여한 소로부터 생산된 우유”라는 표시를 강제하는 것이다. *Amestoy* 판결은 이를 강제할 수 없다고 한다. *Boggs* 판결은 그러한 우유와 그러하지 아니한 우유의 차이를 인정하는 효시적 판결이다. 양 우유의 성질상 차이가 있다면 위와 같은 표시를 강제할 법적 이익이 있게 된다. 즉 그 표시는 소비자의 건강, 소비자의 알권리, 소비자의 바른 결정 등의 이익과 관련이 있다. 그렇기 때문에 이 표시도 *Zauderer* 법리를 적용하여 부기의무를 조건으로 수정헌법 제1조의 심사를 통과할 수 있을 것으로 본다. *Boggs* 판결은 소비자의 오해를 유도할 가능성이 있을 경우 주의 이익과 합리적으로 연결되어 있으면 공개요구가 가능하다는 것이다. “rbST를 투여한 소로부터 생산된 우유”라는 표시는 소비자의 건강, 소비자의 알권리, 소비자의 바른 결정 등의 이익과 관련이 있고, 그러한 표시는 “rbST를 투여한 소로부터 생산된 우유”가 정상 우유보다 품질이 열등하다는 소비자의 오해를 유도할 가능성이 있으므로 양 우유 간에 중대한 차이가 없다는 부기조항을 붙이는 경우 그러한 표시가 위헌이라는 *Amestoy* 판결을 극복하게 된다. 그러하다면 그 경우의 표시는 “이 우유는 rbST를 투여한 소로부터 생산된 우유임. FDA는 이러한 우유와 rbST를 투여하지 않은 소로부터 생산된 우유 간에 성질상의 큰 차이가 없다고 함”이라는 것이 될 것이다.

4. *Boggs* 판결과 한국의 무유전자재조합식품(GMO-Free) 표시

한국의 유전자재조합식품등의 표시기준⁸⁶⁾에 따르면 유전자재조합식품등은 표시하여야 한다.⁸⁷⁾ 현행 기준에는 유전자재조합식품 표시를 해야 하는 식품, 하지 않아도 되는 식품 두 가지로 구분되어 있으나, 2008. 10.의 유전자재조합식품등의 표시기준 개정안 입안예고에서는 이 두 가지 이외에 무유전자재조합식품(GMO-Free)이라는 새로운 형태의 표시 제도를 추진한 적이 있었다.⁸⁸⁾ 이에 따르면 무유전자

86) 식품의약품안전처 고시 제2013-165호(2013. 4. 5, 개정). 이 기준은 식품위생법 제12조의 2에 근거하고 있다. 한편 식품위생법 제12조의2, 농수산물 품질관리법 시행령 제20조 및 유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률 제24조에 따른 「유전자변형식품등의 표시기준」 제정안이 현재 고시되어 있다.(2013. 12. 24. 식품의약품안전처 공고 제2013-293호).

87) 유전자재조합식품등의 표시기준, 제1조, 제3조-제5조.

88) 유전자재조합식품등의 표시기준 개정안 입안예고(2008. 10. 식품의약품안전처 공고 제2008-193호), 제5조 제2항-제3항.

재조합식품(GMO-Free)이란 유전자재조합식품등을 사용하지 않고 제조·생산된 것을 말한다.⁸⁹⁾ 이에 대하여는 “GMO-Free를 따로 구분·정의함으로써, 소비자에게 정보를 제공하고 비승인품목에 대해서는 이러한 표시를 하지 못하도록 하기 위한 목적도 있는 반면, 소비자로 하여금 ‘유전자재조합식품(농산물)(성분)없음’의 의미로 인식될 소지가 있으며, 일각에서 일상 용어로 사용하는 ‘비유전자재조합’을 의미하는 Non-GMO와 혼용되는 등, 소비자 선택권 보장을 위한 취지의 사안이 오히려 소비자 선택권을 제약할 수도 있다”는 의견이 있었다.⁹⁰⁾ 그런데 이러한 표시기준의 규정여부를 불문하고 시장에서는 “유전자변형(콩)이 아님” 혹은 “유전자변형 농산물(GMO)이 아님”이라는 표시가 사용되고 있다고 한다.⁹¹⁾

Boggs 판결은 기본적으로, 현재까지의 과학적 증거로는 rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유와 정상적인 소로부터 생산된 우유 간에 “중대한” 차이가 없기 때문에, rbST-free라는 성분 표시가 품질이나 안전성 면에서 소비자의 오해를 유도할 가능성이 있다는 FDA 입장을 전제하고 있다. 유전자재조합식품에 관하여 의무적 표시주의를 택하고 있는 한국은 유전자재조합식품과 무유전자재조합식품 간에 품질이나 안전성 면에서의 차이에 대하여 과학적 증거가 불충분하다는 것을 전제하고 있다. 한국에서의 무유전자재조합식품(GMO-Free)이라는 표시가 가지는 의미는 미국에서와 다르며, 그러한 표시는 소비자의 오해를 유도할 가능성이 적다고 볼 수 있다. 한국에서의 무유전자재조합식품(GMO-Free)이라는 표시는 헌법 제21조 언론의 자유, 15조 직업선택의 자유, 식품위생법 등 관계법규가 정하는 “소비자를 기만하거나 오인·혼동시킬 우려가 있는 표시·광고”⁹²⁾ 등과 관련지어 검토될 문제이지만, 무유전자재조합식품(GMO-Free)이라는 표시를 한다고 하더라도 “유전자재조합식품과 무유전자재조합식품 간에 품질이나 안전성 면에서 ‘중대한’ 차이가 없다”는 부기조항을 의무화할 필요는 없다고 보인다.

미국의 자발적 표시주의는 유전자재조합 기술 개발회사의 보호를 위한 측면도 있다. 한국도 유전자 변형 기술 개발이 발전되어 상용화하는 단계에 이르면 “현재까지의 과학적 증거”에 의하여 의무적 표시주의를 보완해야 한다는 견해가 나타날 수 있을 것이다.

89) 동 기준, 제2조 제2호.

90) 박성용 외 2인, “GMO의 법률상 용어 정의 및 관련 표시주의도 개선에 관한 연구”, 한국소비자원, 정책연구보고서, 2010.11, 87면.

91) 위 보고서, 68면.

92) 식품위생법 제13조 제1항 제3호, 농수산물품질관리법 제57조 등 참조.

V. 결론

rbST 표시에 관한 미국 법원의 판결은 수정헌법 제1조의 “상업적 표현을 할 자유와 하지 아니할 자유”의 구조 하에서 연방식품의약화장품법 상의 “오해를 유도하는”이라는 조항의 해석에 관한 판결이다. 주요 쟁점은 rbST가 투여된 소로부터 생산된 우유라는 것을 표시해야 하느냐(의무적 표시), rbST-free 혹은 rbST가 투여되지 않은 소로부터 생산된 우유라는 것을 표시할 수 있느냐(rbST-free), 양 우유 간에 중대한 차이가 없다는 것을 부기해야 하느냐(부기의무)하는 것이었다. 미국 법원은 *Stauber* 판결과 *Amestoy* 판결에서 의무적 표시를 부정하고, *Boggs* 판결에서 rbST-free 라는 표현을 인정하였으나 부기의무를 요구하였다. 전 2자의 판결은 rbST가 투여된 소에서 생산된 우유와 그렇지 않은 소에서 생산된 우유 간에 큰 차이가 없기 때문에, 혹은 그럼에도 생산자를 강제해서 소비자에게 알려야 할 이익이 없기 때문에, 의무적 표시는 위헌이라고 한다.

Boggs 판결은 양 우유 간에 증명되지는 않았지만 차이가 있을 수 있기 때문에, rbST-free 라는 표현이 “본질적으로” 소비자의 오해를 유도하는 것은 아니며 이를 전적으로 금지하는 것은 위헌이라고 판단한다. *Boggs* 판결은 소비자의 오해를 유도할 가능성이 있는 경우에도 *Central Hudson* 법리를 적용하지 않고, *Zauderer* 법리를 적용한다. 미국 법원은 rbST 표시에 관하여 양 법리를 융통성있게 적용하여 구체적 타당성을 기하고, 자발적 표시주의의 근간을 유지하고 있다고 볼 수 있다.

Boggs 판결은 조심스럽지만 양 우유 간에 차이가 존재할 수 있다는 것을 처음으로 인정함으로써 의무적 표시의 가능성을 열었다는 점에서 대단히 중요한 판결이다. 현재 미국은 유전자 재조합 식품에 관하여 의무적 표시주의를 채택하여야 한다는 내외로부터의 강력한 압력을 받고 있다. 또한 실질적 동등주의에 입각한 FDA 정책에 대하여 소비자들은 신뢰를 가지지 못하고 있다.⁹³⁾ *Boggs* 판결은 이러한 상황에 대처하는 미국 법원의 노력이라 볼 수 있다.

한국은 유전자재조합식품에 관하여 의무적 표시주의를 채택하고 있다. 미국의 자발적 표시주의의 운영 실제와 논리에 대한 이해가 있어야 한국의 의무적 표시주의가 만전을 기할 수 있을 것이다.

투고일자 2014.02.02, 심사일자 2014.02.21, 게재확정일자 2014.02.27

⁹³⁾ Thomas O. McGarity, *Seeds of Distrust: Federal Regulation of Genetically Modified Foods*, 35UMIJLR 403, 489-490(2002)

참고문헌

[국내문헌]

박성용, “GMO의 법률상 용어 정의 및 관련 표시주의도 개선에 관한 연구”, 한국 소비자자원, 정책연구보고서, 2010.11.

[외국문헌]

A. Bryan Endres, *United States Food Law Update: Consumer Protections and Access to Information: rbST, BPA, The ADA and Color Additives*, Journal of Food Law & Policy, Fall, 2008(4 JFOODLP 263).

Alicia T. Simpson, *Buying and Eating in the Dark: Can the Food and Drug Administration Require Mandatory Labeling of Genetically Engineered Foods? Alliance for Bio-Integrity V. Shalala, et al.*, 116 F. SUPP.2D 166 (2000), Temple Environmental Law and Technology Journal, Spring 2001(19 TMPELTJ 225).

Christina Cusimano, *rbST, It does a Body Good?: rbST Labeling and the Federal Denial of Consumers' Right to Know*, Santa Clara Law Review, 2008(48 SANCLR 1095).

Christophe Chao-Hung Chen, *Labeling Genetically Modified Food-Comparative Law Studies from Consumer's Perspective*. National Taiwan University Law Review, March, 2006(1 NTAIULR 1).

David Alan Nauheim, *Food Labeling And the Consumer's Right to Know: Give The People What They Want*, Liberty University Law Review, Fall, 2009(4 LIBULR 97).

Elie Gendloff, *Stauber v. Shalala: Are Environmental Challenges to Biotechnology Too Difficult?*, Wisconsin Environmental Law Journal, Winter, 1997(4 WIELJ 41).

Helle Anker and Margareth Grossman, “*Authorization of Genetically Modified Organisms: Precaution in US and EC Law*”, 4 European Food and Feed Law Review 3(2009).

John Beiswenger, *Moving Beyond Risk in Assessing Technological Artifacts: The*

- Case of Recombinant Bovine Somatotropin*, Vermont Law Review, Winter, 1992(16 VTLR 667).
- Kelly A. Leggio, *Limitations on the Consumer's Right to Know: Settling the Debate over Labeling of Genetically Modified Foods in the United States*, San Diego Law Review, Summer 2001(38 SANDLR 893).
- Laura Murphy, Jillian Bernstein, Adam Fryska, *More Than Curiosity: The Constitutionality of State Labeling Requirements for Genetically Engineered Foods*, Vermont Law Review, Winter 2013, 38 VTLR 477.
- Laurie J. Beyranevand, *Milking It: Reconsidering the FDA's Refusal to Require Labeling of Dairy Products Produced from rbST Treated Cows in Light of International Dairy Foods Association v. Boggs*, Fordham Environmental Law Review, Spring, 2012(23 FDMELREV 102).
- Paul Weirich, *Labeling Genetically Modified Food*, Oxford University Press, 2007.
- Peter Barton Hutt, *Food and Drug Law*, Foundation Press, 2007.
- Margaret Sova McCabe, *Got Controversy? Milk Does*, Drake Journal of Agricultural Law, Fall, 2008(13 DRAKEJAL 475).
- Rebecca Tushnet, *It Depends on What The Meaning of "False" Is: Falsity And Misleadingness In Commercial Speech Doctrine*, Loyola of Los Angeles Law Review, Fall 2007(141 LYLALR 227).
- Thomas O. McGarity, *Seeds of Distrust: Federal Regulation of Genetically Modified Foods*, University of Michigan Journal of Law Reform, Spring 2002(UMIJLR 403).
- Tony Au, *Got rbST-free Milk? The Sixth Circuit Overturns Ohio's Milk Labeling Restrictions*, Ecology Law Quarterly, 2011(38 ECGLQ 571).

<Abstract>

An Analysis of the U. S. Court's Decisions Regarding the Labeling of Milk from Cows Treated with rbST

Taehuan Kum^{*}

This article analyses the U.S. Court's decisions regarding the labeling of milk from cows treated with and without rbST. rbST milk is a type of Genetically Modified Food (G.M.Foods) that is regulated by the principle of substantial equivalence in the U.S. The FDA has the authority regarding the labeling of G.M.Foods and regulates the voluntary labeling system from the "Statement of Policy: Foods Derived from New Plant Varieties" since 1992. This Policy states that there is no significant difference between G.M.Foods and ordinary foods and that it is not necessary to reveal the fact that the food is a G.M.Food Product. The aim of this article is not to discuss the validity of the FDA's stance, but to examine the response of the court to the FDA's policy which must comply with the U.S. Constitution's Article 1 of the First Amendment. This section of the Constitution deals with the freedom of speech including commercial matters. Commercial freedom of speech was reviewed under the *Central Hudson* and *Zauderer* decision. In these cases the courts defined and upheld the opinion that labeling that does not reveal the material facts could be assumed to be misleading. This is according to the Food, Drug, and Cosmetics Act § 321(n).

Cases here are divided into two parts. One is the *Boggs* case, and the others are cases prior to *Boggs*. *Boggs* is characterized by the court's findings and explicit recognition that there might be a difference between milk from cows treated with rbST and from those without. Until then, the FDA had been denying the possibility that the consumption of rbST by cows could affect their milk. *Boggs* makes a dramatic departure from the viewpoint of the FDA. *Stauber*, *Amestoy*, and *Schalala* were decided under the arbitrary and capricious standard,

* Professor, Yeungnam University, School of Law.

Chevron, and the principle of Burden of Proof. It seems that these latter cases eventually complied with the FDA's policy.

In *Boggs*, the Sixth Circuit court held that the state of Ohio cannot prohibit the outright ban of “rbST-Free” Labels. The composition claim of “rbST-free” in the Ohio rule could not be valid under the *Central Hudson* Case. Thus, the requirement that disclosure be contiguous to the production of milk could not be sustained under the *Zauderer* Case. Since *Boggs* recognized the difference between milk from cows treated with rbST and those that were rbST-free, it was told to open the road to mandatory labeling.

U.S. Courts have been trying to find adequate solutions by being flexible to the interpretation of the First Amendment through the pragmatic applying of the *Central Hudson* and *Zauderer* decision. *Boggs* might develop rbST-labeling to accept a mandatory disclosure of milk from cows treated with rbST in the future. Korean mandatory labeling system could learn from the experience and decisions of the U.S. rbST-labeling.

Key Words: rbST, rbST-free, Labeling of Milk, <i>Boggs</i> decision, Genetically Modified Food
--