



서울대학교 경쟁법센터 2016년도 제2차 법·정책세미나
"표시광고법의 주요 쟁점과 개선 방안"

- 일 시 : 2016년 11월 17일(목) 13:30~17:40
- 장 소 : 서울대학교 법과대학 17동 6층 서암홀
- 주 최 : 서울대학교 경쟁법센터
- 후 원 : 한국인터넷광고재단

서울대학교 경쟁법센터 2016년도 제2차 법·정책 세미나

“표시광고법의 주요 쟁점과 개선 방안”

- 일 시 : 2016년 11월 17일(목) 13:30~17:40
- 장 소 : 서울대학교 법과대학 17동 6층 서암홀
- 주 최 : 서울대학교 경쟁법센터
- 후 원 : 한국인터넷광고재단

시간	내용
13:30~13:50	등록 Tea Time
13:50~14:00	개회 및 인사말 : 이봉의 교수 (경쟁법센터장, 서울대 법학전문대학원)
<주제발표 및 토론>	
<Session 1> 14:00~15:20 (80분)	제1주제 「거짓·과장의 표시·광고에 있어서 부당성판단」 발표: 이선희 교수(성균관대 법학전문대학원) 토론: 황태희 교수(성신여대 법과대학) 제2주제 「비교광고 규제의 주요쟁점」 발표: 이봉의 교수(서울대 법학전문대학원) 토론: 윤신승 변호사(법무법인 화우)
15:20~15:40	<i>Coffee Break</i>
<Session 2> 15:40~17:40 (120분)	제3주제 「전문직 표시광고의 몇 가지 문제 : 의료광고의 예」 발표: 이동진 교수(서울대 법학전문대학원) 토론: 정진환 변호사(법무법인 광장) 제4주제 「표시광고법 위반행위에 대한 책임주체 판단 기준」 발표: 최인선 변호사(법무법인 울촌) 토론: 최난설현 교수(연세대 법학전문대학원) 제5주제 「부당한 표시광고로 인한 피해 구제 방안에 대한 검토」 발표: 김지영 변호사(김앤장 법률사무소) 토론: 이동규 고문(김앤장 법률사무소)
17:40~	폐회 및 만찬 서울대학교 소담마루 식당 (약도 뒤페이지 참조)

▣ 주제 발표

제 1 주제 「거짓·과장의 표시·광고에 있어서 부당성 판단」

발표: 이선희 교수 (성균관대 법학전문대학원)

토론: 황태희 교수 (성신여대 법과대학)

거짓·과장의 표시·광고에 있어서 부당성 판단

성균관대학교 법학전문대학원 이선희

I. 서

우리나라에서 가습기 살균제의 유해성으로 인한 사망 등 사건은 사회적으로 큰 파장을 일으켰다. 그 손해배상청구소송은 아직 진행 중이지만, 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 이하 ‘표시·광고법’이라 한다) 위반행위와 관련하여 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)의 행정처분은 확정되었다. 행정처분인 시정명령 및 과징금부과처분이 내려진 주요 4개 업체 중 유한회사 옥시레킷벤키저(이하 ‘옥시’라 한다), 홈플러스 주식회사(이하 홈플러스라 한다)가 공정위 처분에 불복하여 각각 행정소송을 제기하였으나, 모두 원고의 청구를 기각하는 판결이 확정된 것이다.¹⁾

위 행정소송에서 위 가습기 살균제의 “인체에 안전한 성분을 사용하여 안심하고 사용할 수 있습니다”는 표시가 문제되었다. 대법원은 “(제품) 주성분의 안전성이 객관적으로 검증되지 않았음에도 인체에 안전한 성분을 사용했다고 사실과 다르게 표시”를 하였고, “보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 이 사건 표시로 인해 이 사건 제품이 인체에 안전하다고 오인할 우려”가 있으므로 “공정한 거래질서를 저해”할 수 있는 허위·과장의 표시로 인정된다고 판단하였다.²⁾

그런데 가습기 살균제 사건과 같은 부당한 표시·광고에 있어서 부당성의 요건을 이루는 거짓·과장의 의미와 소비오인성 그리고 공정거래저해성은 무엇인가? 그리고 이들 상호간에 어떤 관계를 가지는 것일까?

본고는 표시·광고의 규제에 대한 논의가 활발한 미국법을 참고하여, 부당한 표시·광고행위의 가장 대표적인 유형인 거짓·과장의 표시·광고에 대하여 고찰하기로 한다.

II. 거짓·과장의 표시·광고에 있어서 부당성의 요건과 내용

1. 개설

표시·광고법 제3조³⁾의 규정으로부터, 부당한 표시·광고가 성립하려면 i) 표시 또는

1) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2014두11977, 서울고등법원 2014. 8. 13. 선고 2012누28287(옥시 판결); 대법원 2013두17787(심리불속행 기각), 서울고등법원 2013. 7. 26. 2012누28171(홈플러스 판결).

2) 위 2014두11977 판결.

3) 제3조(부당한 표시·광고 행위의 금지)

① 사업자들은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고 행위로서 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 다음 각 호의 행위를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 하게 하여

광고행위가 존재하여야 하고 ii) 그 표시·광고법이 열거하고 있는 4가지 유형, 즉 거짓·과장된 표시·광고이거나 기만적 광고, 부당한 비교 표시·광고, 비방 표시·광고에 해당하여야 하며 iii) 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있고 iv) 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있어야 한다고 이해된다. 이 중 표시·광고의 부당성과 관련되는 부분은 ii) 내지 iv)의 요건이다.

표시·광고의 부당성을 구성하는 ii) 내지 iv) 요건의 의미는 판례 및 학설에 의하여 대체로 정리되어 있다. 그러나 이들이 별개의 독립된 요건인지 아니면 상호 밀접한 관련성이 있는지 - 예를 들어 ii)의 요건이 구비되면 iii), iv)의 요건이 구비된 것으로 추정된다든지⁴⁾, ii)의 거짓·과장성 등의 판단 자체에 iii)의 소비자오인성의 내용이 포함된다든지 등 - 에 대해서 이를 깊이 있게 다룬 판례나 문헌을 찾아보기 힘들다.

본고에서는 부당한 표시·광고의 대부분을 차지하고, 가슴기 살균제 사건에서도 문제된 거짓·과장의 표시·광고를 중심으로 부당성의 요건과 내용에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 거짓·과장의 표시·광고

소비자보호 관련 법률 위반 행위 유형별 시정 실적을 분석한 통계⁵⁾에 따르면 표시·광고법 위반과 관련한 시정조치는, 부당한 표시·광고와 관련한 사건 165건(2014년의 경우) 중 거짓·과장의 표시·광고에 관한 사건이 144건으로서 87.27%의 압도적인 비율을 차지한다. 1999년부터 2014년까지의 기간을 통틀어서도 4,021건 중 73.2%를 차지한다.

가. 표시·광고

표시·광고의 개념은 법 제2조 제1호와 제2호 및 법 시행령 제2조에 규정하고 있다.

양자는 내용상 구분되는 것이 아니라 형식에 의하여 구분된다. 대체로 당해 상품의 용기·포장 등에 쓰거나 붙인 문자·도형 등은 표시에 해당하고, 당해 상품 이외의 다른 상품, 기타 이와 유사한 매체 또는 수단을 이용하는 방법으로 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것은 광고에 해당한다.

서는 아니 된다.

1. 거짓·과장의 표시·광고 2. 기만적인 표시·광고 3. 부당하게 비교하는 표시·광고 4. 비방적인 표시·광고

② 제1항 각 호의 행위의 구체적인 내용은 대통령령으로 정한다.

4) 예를 들어 박해식, “광고실증제도와 입증책임의 전환”, 대법원판례해설 44호(2003 상반기), 법원도서관, 2004, 449면은 광고내용이 절대적 비교광고(특정사업자를 지명하지 않고 ‘가장’ 또는 ‘제일’이라는 단어를 사용함으로써 확연히 경쟁사의 제품 등과 비교하는 광고)인 경우, 당해 광고의 허위성이 입증되면 소비자오인성과 공정거래저해성의 요건은 사실상 추정된다고 하여, 표시·광고 중에는 이러한 유형이 있을 가능성을 열어두고 있다.

5) 공정거래위원회, 2014년도 공정거래위원회 통계연보, 2015, 69면 참조.

나. 거짓·과장성

(1) 거짓·과장의 의미

거짓·과장의 표시·광고⁶⁾는 사실과 다르게 표시·광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 표시·광고하는 것을 말한다(법시행령 제3조 제1항).

㉠ 1차적 요건

부당한 표시·광고행위가 되기 위한 부당성 판단기준은 우선적으로는 표시·광고의 진실성 여부이고, 2차적으로 소비자오인성과 공정거래저해성이라고 한다.⁷⁾

판례도 과거 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다)상 불공정거래행위로 규율하였던 거짓·과장의 표시·광고와 관련하여, 표시·광고의 내용이 거짓이거나 사실을 과장한 것이어야 하고, 그러한 광고가 소비자를 오인시킬 우려가 있어야 하며, 나아가 그러한 광고가 공정한 거래를 저해할 우려가 있어야 한다고 판시함으로써⁸⁾ 거짓과장의 부당한 표시·광고에 있어서는 거짓과장성이 1차적 성립요건을 전제하고 있는 것으로 보인다.

이와 같은 태도에 의하면, 표시·광고가 진실하다면 소비자오인성이나 공정거래저해성에 대해서는 나아가 살펴볼 필요 없이 거짓·과장의 표시·광고는 성립하지 않게 된다. 표시·광고가 진실한 것임에도 불구하고 소비자의 오인을 유발하여 부당한 표시·광고로 되는 경우가 있을 수 있다는 견해도 있으나,⁹⁾ 적어도 우리나라 표시·광고법이 규율하는 거짓·과장광고에는 적용되지 않는다고 할 것이다.

㉡ 거짓과 과장의 구별

거짓은 객관적 사실과 다르다는 것이다. 이는 사실인정의 문제이고 증명의 대상이 된다. 반면 과장은 특정사실에 기초하거나 객관적인 근거는 있으나 지나치게 부풀린 것을 말한다. 증명된 객관적 사실을 기초로 사회통념에 기하여 판단하게 된다.

그런데 일반적으로는, 표시·광고의 거짓·과장을 판단함에 있어서 양자를 구분하지 않은 채, 사회통념을 기준으로 하며 자연과학적인 엄밀성을 요구하지 않는다고 한다.

6) 종전의 표시·광고법은 이를 ‘허위·과장’의 표시·광고라고 표현하였으나 2011. 9. 법 개정으로 현재와 같이 규정하였다. 이는 어려운 용어를 한글로 바꾼다는 취지에서 표현이 변경되었을 뿐, 그 의미는 동일하다. 이하 본고에는 편의상 법개정 전후를 불문하고 ‘허위’ 대신에 ‘거짓’이라는 표현으로 통일하여 기술하기로 한다.

7) 박수영, “부당한 표시·광고행위의 성립요건과 유형”, 기업법연구 13권(2003. 6.), 한국기업법학회, 277-278면; 정원준, “표시·광고행위의 부당성판단기준”, 법학논총 제38권 제4호(2014. 12.), 단국대학교, 398면.

8) 대법원 2002. 6.14. 선고 2000두4187 판결 참조.

9) 박수영, 278면.

그리고 표시·광고의 진실성 여부를 판단할 때에는 문구의 명료성, 글자 및 도안의 상대적인 위치와 크기 또는 색상, 보통의 소비자에게 전달되는 의미 등 표시·광고의 전체를 종합적으로 판단하여야 한다고 한다.¹⁰⁾

그러나 객관적 사실의 진위가 문제되는 ‘거짓’의 표시·광고에도 위와 같이 사회통념에 기초하여 판단한다는 것은 개념상의 혼란을 가져온다. 아마도 실제 사례에 있어서 양자를 구분하기 어렵고 한계가 모호하여, 표시·광고법 및 동법 시행령도 양자를 구분하지 않은 채 묶어서 하나의 유형으로 규정하고 있기 때문이 아닌가 하고 생각한다.¹¹⁾

(다) 기만성, 소비자오인성 등과의 구별

거짓·과장 여부는 표시·광고 자체가 판단대상이라는 점에서 표시·광고주의 태도에 중점을 두는 기만성과 구별되고, 소비자의 인식에 중점을 소비자오인성 과도 구별된다.¹²⁾

또한 표시·광고 자체의 진실성 여부만 묻는 것으로서 사업자 스스로 표시·광고내용이 진실한 것으로 믿었는지 여부는 거짓·과장성의 인정에 영향을 끼치지 않는다고 할 것이다.

그러나 다음 판결례를 보면 거짓·과장성을 인정함에 있어서 기만성이나 소비자오인성과 개념이 혼용되는 경우가 있고, 표시·광고실증제에 의한 표시·광고내용의 진실성 입증과 관련하여 사업자가 진실하다고 믿은 정당한 이유를 판단하는 경우가 있음을 알 수 있다.

1) 천연사이다 사건¹³⁾

이 사건에서 사업자의 문제된 표시·광고행위는 다음과 같다.

① 상품명을 "천연사이다"로 한 청량음료제조업허가를 받고 "천연"이란 연합상표등록을 받아 그 상품을 "천연사이다"라고 표시하여 광고하였다. ② 그리고 상품용기인 유리병에 한글로 크게 "천연사이다"라고 표시하면서 한글 '천연' 다음에 바로 한자 泉然을 써 넣지 않고 다른 줄에 작은 한문자로 '泉然'이라고 표시하였다. ③ 또한 "천연사이다시대 개막선언"이란 표제의 신간광고를 하였다.

대법원은, 위 ①의 광고는 상표권의 정당한 권리행사가 될 수 있으나, ②는 천연적으로 생산된 사이다라고 오해되기를 바라고 한 것이라고 볼 여지가 충분하고, 그 뒤

10) 정원준, 406면.

11) 손수진, "부당광고의 규제에 관한 연구 : 독점규제 및 공정거래에 관한 법률을 중심으로", 한양대학교(박사학위논문), 1996, 4면; 이병규, "미국법상 부당광고의 법리에 관한 연구", 법조, 통권 649호 (2010. 10.), 253면도 同旨.

12) 박수영, 281면.

13) 대법원 1990. 2.9 선고 89누6860판결.

편에 영문자로 MINERAL WATER와 CIDER를 각각 분리표시한 것도 그 제품을 광천수로 보이게 하려는 의도가 없다고 보기 어렵다고 보았다. 거기에 ③의 광고표제는 보는 사람으로 하여금 지금부터 천연적으로 생산되는 사이다가 나오는 시대가 되었다는 뜻으로 받아들여질 염려가 충분한 것으로 생각된다고 하였다. 따라서 위 일련의 상품선전 내지 광고행위는 특단의 사정이 없는 한 거짓·과장 광고행위에 해당하지 아니한다고 하기 어렵다고 하였다.

여기에서 대법원이 거짓·과장광고라고 인정한 것은, 앞서 본 거짓의 의미, 즉 객관적 사실이 진실과 부합하지 않다는 점에 기초하였다고 보기는 어렵다. ① 자체로는 어떠한 거짓이 있었다고 보기 어렵고, ②는 광고주의 의도를 문제 삼고 있어 기만성과 연관되며, ③은 소비자오인성에 대한 내용이다.

그렇다면 이 경우는 광고내용은 진실하지만 소비자오인성이 있는 경우인가?

그러나 대법원은 ②, ③의 점을 강조하면서 ①부터 ③까지 일련의 광고행위에 거짓·과장성이 있다고 판단하였다. 이 판결의 예를 보면, 거짓·과장성을 판단함에 있어서 단순히 표시·광고 자체가 객관적 사실에 부합하는지를 보는 것이 아니라 광고주의 의도 및 소비자오인성 등의 요소를 복합적으로 고려한 종합적 판단을 하고 있음을 알 수 있다.

2) 연수기(軟水器)¹⁴⁾ 광고사건¹⁵⁾

문제된 광고는 소비자의 체험후기를 게시하여 제품을 사용하기 이전과 사용한 이후의 상태를 비교한 사진과 그 사진 아래 간략하게 개선내용(아토피증상 개선, 가려움, 짓무름 개선, 성인어른 탈모 개선 등)을 기술하여 보여주었다. 이로써 표시·광고에 소비자가 본인의 사용 경험에 근거하여 당해 상품을 효능, 효과, 성능 등의 면에서 좋은 상품으로 평가·보증하거나 당해 상품의 구매·사용을 추천하는 내용이 포함되어 있었다.

이와 관련하여 대법원은 위 내용이 추천자의 개인적 경험을 넘어 일반 소비자들에게도 가능한 사실로 받아들여지는 경우라는 전제 하에, 그러한 경우에는 그 추천·보증의 내용이 추천자가 실제로 경험한 사실에 부합한다고 하더라도 추천자의 경험내용이나 판단내용이 일반 소비자들에게 보편적으로 발생하는 현상이 아니거나 학계 등 관련 전문분야에서 일반적으로 받아들여지고 있는 견해가 아니라면 표시·광고행위를 한 사업자가 그 소비자가 추천·보증하는 내용이 진실임을 입증할 책임이 있다고 판시하였다. 그런데 사업자가 이러한 내용을 입증하지 못한 채, 객관적으로 확인될 수 없거나 확인된 사실이 없음에도 불구하고 제품의 사용으로 아토피성 피부염, 가려움증,

14) 보통의 물에 들어 있는 칼슘, 마그네슘 등과 같은 양이온을 제거하여 광물질을 함유하지 않은 물로 만드는 기구를 말한다.

15) 대법원 2013. 9.26. 선고 2011두7632 판결.

짓무름, 성인어른 탈모 증상 등이 개선되는 효과가 ‘확실하게’ 나타나는 것처럼 광고한 행위는 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀린 것으로서 거짓·과장성이 인정된다고 하였다.

여기서 판례는 위 광고로 사용된 추천자의 개인적 경험이 진실에 부합한다고 하더라도 그것으로 표시·광고의 진실성이 입증된 것이 아니라는 태도를 취한다. 그리고 그 추천·보증내용을 보는 일반 소비자들의 입장에서는 자신에게도 가능한 사실로 받아들여진다고 전제한 다음, 일반 소비자들에게도 추천·보증내용이 ‘확실하게’ 적용됨을 입증하여야 한다는 취지이다. 표시·광고내용을 인식하는 일반 소비자를 상정한다는 점에서 광고 자체가 아닌 소비자의 인식에 중점을 둔 소비자오인성과 연결되고, 표시·광고실증제에 의하여 진실성을 입증하여야 하는 대상이 표시·광고의 내용을 이루는 추천자의 개인적인 경험이 아닌 추천·보증내용의 보편성이라는 점에서 일반적인 거짓·과장의 대상과 차이가 있다.

3) 가슴기살균제 사건

대법원은 표시·광고행위에 있어서 표시·광고행위를 한 사업자 등에게 표시·광고에서 주장하는 내용 중 사실과 관련한 사항이 진실임을 합리적·객관적 근거에 의해 입증할 책임이 있다고 전제한 다음, 원고인 사업자가 제품 주성분의 안전성이 객관적으로 검증되지 않았음에도 인체에 안전한 성분을 사용했다고 사실과 다르게 표시를 하였다는 원심의 판단이 정당하다고 판시하였다.

위 사건의 원심에서 원고는, 제품 표시 당시 그 주성분 내지 PHMGP의 유해성이 과학적으로 명백하게 증명되지 않았으므로 그것이 안전하다는 표시를 한 것은 정당하다는 취지의 주장을 하였다. 그러나 원심법원은 표시 당시 주성분의 안전성 증명되지 않은 상태였음에도 불구하고, 원고가 ‘확정적으로’ 인체에 안전하다고 표시한 것은 거짓·과장으로 평가된다고 하였다. 또한 이 사건 제품을 소비자에게 공급하는 원고로서는 제품의 안전성 여부, 특히 에어로졸 형태의 흡입독성에 관해 좀 더 면밀하게 점검한 뒤 이 사건 표시를 할 필요가 있었음에도¹⁶⁾ 별도의 실험 등 검증절차를 거치지 않았다는 점에서, 위 표시 당시 그 주성분 내지 PHMGP의 유해성이 과학적으로 명백하게 증명되지 않았다는 사정이 원고에게 위 표시를 닦할 수 없는 정당한 사유가 인정된다고 볼 수 없다고 판시하였다.

16) 위와 같은 필요를 인정한 근거가 된 사실은, ① 호주보건부의 광고 내용에 따르면 위 제품 주성분이 분진형태로 흡입되는 경우 매우 위험하다는 것이므로 가슴기를 통해 에어로졸의 형태로 흡입되는 경우에도 위험성을 의심할 여지가 충분했던 점, ② 원고가 이것을 가슴기 수조의 살균 세정제로 판매한 것은 제품 개발 당시 주목하지 않은 새로운 용도로서 이 경우 필연적으로 PHMGP가 가슴기에서 분출되는 수증기에 에어로졸 형태로 분산돼 사용자에게 흡입될 것이 예상됨에도 불구하고 이런 흡입독성에 관해 본격적인 실험이 이루어졌다고 볼 아무런 자료도 없는 점, ③ 더구나 주로 면역력이 약한 어린이·노약자·임산부·환자 등이 밀폐된 공간에서 호흡기를 통해 흡입하게 되는 이 사건 제품의 특성과 우리나라 외에 전 세계적으로 가슴기살균제를 널리 사용하는 사례가 없어 그 안전성 여부를 판단할 연구자료 등이 부족했던 상황이었던 점이다.

그런데 이 판결에서는 표시·광고실증제에 의하여 사업자에게 입증책임이 있는 표시·광고상 사실과 관련된 사항이 무엇인지가 명확하지 않다. 제품에 사용한 성분의 안전성인가? 안정성에 대한 객관적인 근거인가?

(라) 미국법으로부터의 시사점

부당광고에 대한 미국법의 法源으로는 보통법, 주법, 연방법이 논의되고 있다. 연방법으로는 연방상표법인 Lanham법¹⁷⁾ 등이 있고, 연방거래위원회법(이하 'FTC법'이라 한다)이 있다. 한편 표시를 규제하는 법률로는 공정포장 및 라벨법(Fair Packaging and Labeling Act)이 있다.¹⁸⁾

Lanham법 제43조 (a)항¹⁹⁾은 상업광고 또는 판촉활동에 있어서 거짓이거나 또는 오인을 유발하는(false or misleading) 사실의 표시 또는 표현(description or representation of fact)이 혼동이나 오인을 일으키거나 속일 염려가 있을 때 규제한다. 위법은 부당광고의 성립요건에 손해의 발생을 요하고, 구제수단으로 금지명령과 손해배상을 두고 있다. 경쟁자와 소비자를 모두 보호하기 위한 법이지만 소비자에 의한 직접적인 구제청구를 허용하는 것은 아니고,²⁰⁾ 주로 경쟁사업자에게 거짓광고에 대한 금지청구를 허용함으로써 간접적으로 소비자를 보호하는 효과를 도모한다.²¹⁾

반면 FTC법 제5조는 불공정하거나 기만적인 행위나 관행(unfair or deceptive acts or practices)을 위법하다고 선언하고, 이러한 위법행위에 대하여 FTC가 직접 광고중지명령 등의 행정조치를 취하거나 직접 법원에 소를 제기할 수 있는 권한을 부여한다. 그러나 위와 같이 위법한 행위로 인하여 피해가 발생하였을 것을 요건으로 하지 않고,²²⁾ 피해를 입은私人이 위 법에 기하여 구제를 청구할 수는 없다.

17) 1946년에 제정되었으나 1954년 L'Aiglon 판결[L'Aiglon Apparel, Inc. v. Lana Lobell, Inc., 214 F.2d 649 (3d Cir. 1954)] 이후 1989년 개정된 제43조 (a)항이 연방법원의 판례들을 성문화한 것으로서 의미가 있다. Lanham법은 기본적으로 상표에 관한 법이지만 허위표시 등에 관한 제43조 (a)에 관한 한, 상표와 관련된 것에 국한되지 않고 광고상 다양한 종류의 표현에 적용된다. - Mark Janis, Trademark and Unfair Competition in a Nutshell, West, 2013, pp. 335-337; 이병규, "미국법상 부당광고의 법리에 관한 연구", 법조 통권 제649호(2010.10.), 236면.

18) 이병규, 228-229, 236-240, 252-253면.

19) (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities,

shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.

20) Colligan v. Activities Club of New York, Ltd., 442 F.2d 686, 692(2d Cir.).

21) 이병규, 241면.

한편 공정포장 및 라벨법은 표시를 ‘소비재에 부착되거나 소비재에 부착된 용기에 부착되는 문서, 인쇄, 그림 등을 말한다’고 정의하고,²³⁾ 불공정하고 기만적인 표시는 FTC법 제5조에 의하여 규율한다고 규정한다.²⁴⁾

이하 1)에서는 미국법상 부당광고의 대표적인 유형인 거짓 또는 오인을 유발하는 광고를 Lanham법을 중심으로 살펴보고,²⁵⁾ 2)에서는 FTC법에 특유한 부분을 살펴보기로 한다.

1) Lanham 법

Lanham 법 및 그 판례에 의할 때 부당광고는 i) 사업자가 광고에서 그 제품에 관하여 거짓의 또는 오인을 야기하는 진술(false or misleading statement of fact)을 할 것 ii) 그 진술이 실제로 상당수의 청중을 속였거나 속일 가능성(deceptiveness)²⁶⁾이 있을 것 iii) 그러한 기만이 소비자의 구매의사결정에 영향을 미칠 정도로 중요성한 것일 것(materiality) 등을 요건으로 한다.²⁷⁾

위 i) 요건에 있어서, ‘거짓’은 명시적이고 모호하지 않은 진술(explicit and unambiguous)을 말하는데, 문자상 명백한(express) 거짓인 경우도 있지만 암시적으로(by necessary implication) 전달하는 메시지가 거짓인 경우도 있다.²⁸⁾ 그리고 거짓이 아니라고 하더라도 ‘소비자를 오인을 야기하는 것’이라면 i)의 요건을 구비한다.²⁹⁾ 소비자의 오인을 야기한다는 것은, 문자 그대로는(literally) 사실일 수도 있지만 광고에서 전달하는 문구가 모호하거나 일부 내용의 생략으로 인해서 고객의 오인을 유발하는 경우를 말한다.³⁰⁾ 이는 우리나라 표시·광고법상 기만적 광고³¹⁾에도 해당할 수 있다.³²⁾ 양자의 차이는 소비자가 실제로 속았다는 입증을 요하는지 아닌지에 있다. 대부분의 법원은 광고가 거짓이면 소비자들이 실제로 속았다고 추정한다.³³⁾ 그러

22) 이병규, 246면.

23) 15 U.S. Code § 1459.

24) 15 U.S. Code § 1456.

25) 이병규, 228면에 의하면, 미국법은 부당광고를 크게 거짓 또는 오인을 유발하는 광고와 비방광고의 2가지로 구별하는데, 좁은 의미의 부당광고는 전자만을 말하고 비방광고는 이와는 조금 다른 법리로 규율되고 있다고 한다.

26) 이를 기만성으로 번역하는 것이 보통이나 우리나라 표시·광고법상의 기만광고와 혼동될 우려가 있어서 속이거나 속일 가능성이라고 풀어쓰기로 한다.

27) Janis, p. 337; 이병규, 237면.

28) Janis, p. 346-347.

29) Janis, p. 346-347; 나종갑, 356면.

30) Janis, p. 337; 나종갑, 미국 상표법연구, 한남대학교 출판부, 2006, 357면은 이를 직접적인(direct) 허위사실과 간접적인(indirect) 허위사실로 나눈다. 이병규, 238면은 명시적 허위와 묵시적 허위로 구분하지만, ‘묵시적 허위’와 ‘허위는 아니지만 오인을 유발하는 경우’에 대한 설명을 명백히 구분하지 않고 있다.

31) 앞서 본 통계에 의할 때 1999년부터 2014년까지 전체 사건의 4.3%에 해당하며, 거짓·과장광고에 있어 두번째로 많은 비율을 차지한다.

32) 이병규, 252면.

나 거짓(특히 묵시적이거나 간접적인 경우)과 거짓은 아니지만 소비자의 오인을 야기하는 경우의 구별이 쉽지 않은 경우도 있다.³⁴⁾

또한 우리 법과는 달리, 과장광고는 위 법에 의하여 금지되는 행위가 아니다.³⁵⁾ 미국문헌에서는 “amazing”, “change your life forever” 등을 과장광고의 전형적인 예로 보고 있는데, 명백한 과장광고는 부당광고에 해당하지 않는다는 학설 및 판례의 태도가 확립되어 있다. 명백한 과장광고를 부당하지 않다고 보는 이유는 소비자들이 무관심하거나 냉소적으로 대하므로 결국 그들이 기만당했다고 볼 수 없고 소비자의 의사결정에도 별 영향을 미치지 않는다고 보기 때문이다.³⁶⁾

ii)의 ‘속였거나 속일 가능성’은 부당광고에 있어서 중요한 요소이다. 우리 표시·광고법상 소비자오인은 위 i)에서의 ‘오인을 유발하는’ 것에 ii)의 요건을 결합한 것으로 이해하여야 할 것이다.

2) FTC법

FTC법 제5조가 규정하고 있는 ‘불공정하거나 기만적인 행위나 관행’은 부당한 표시·광고를 규제하는 근거로서 작용한다. FTC 제5조에 의한 부당한 광고는 앞서 Lanham 법과 관련된 부당광고의 요건이 대체로 타당하다.

특히 광고가 소비자의 이익을 해치는 ‘기만적인 행위나 관행’에 해당하는 경우에는 경쟁에 대한 부정적인 영향을 입증되지 않더라도 규율이 가능하다. 그리고 FTC법 제 15조 (a) (1)은 거짓광고(false advertisement)를, 표지(label) 이외의 것으로서 주요한 점에 있어서 오인을 야기시키는 광고를 의미한다고 정의하는데, 반드시 거짓이 입증되어야 하는 것은 아니고 소비자의 오인성만으로도 족하다.³⁷⁾

FTC는 거짓을 입증하기는 어렵지만 진실한지 여부가 의심스러운 광고의 경우에, 광고주가 광고상의 주장에 대하여 객관적이고 합리적인 근거를 가지고 있었는지 여부를 평가하여, 합리적 근거를 가지지 않고 광고에서 적극적인 주장을 하는 광고와 그러한 광고주의 행위자체를 제5조 소정의 불공정한 관행과 행위로 간주하여 행정조치를 발할 수 있다.³⁸⁾ 비록 당해 내용이 사후적으로 진실임이 밝혀지더라도 마찬가지이다.³⁹⁾ 이것이 미국의 광고실증제인데 사전적 규제제도라는 점에 특징이 있다.⁴⁰⁾

(2) 거짓·과장의 입증책임

33) Janis, p. 346; 나종갑, 356-257면; 이병규 238-239면.

34) 나종갑, 358면.

35) 나종갑, 367면.

36) Janis, p. 337; 이병규, 254면 등.

37) U.S. Retail Credit Ass'n v. FTC, 300 F.2d 212(4th Cir), 1962.

38) FTC 법 제5조 (a), (b) 및 제6조 (a), (b), (f) 참조.

39) 손수진, “표시·광고의 공정화에 관한 법률상의 광고실증제에 관한 연구”, 한양법학 제10집, 1999, 292, 299면.

40) 미국의 광고실증제에 대한 상세는 손수진(주 39), 287-306면 참조.

(가) 입증책임의 중요성

거짓·과장의 표시·광고가 성립하기 위한 앞서 본 ii) 내지 iv)의 요건이 상호 밀접한 관련을 가지는 경우는 물론, ii) 내지 iv)의 요건이 별개의 것이라도 표시·광고의 거짓·과장이 인정되지 않는다면 나머지 iii), iv)의 판단에 나아갈 필요가 없다는 점에 서⁴¹⁾ 표시·광고의 거짓·과장성의 입증은 중요하다.

특히 과학기술이나 식품보건 분야에서 표시·광고의 거짓·과장성 판단은 상대적으로 용이하지 않아 입증책임을 다하였는지에 관한 판단은 실무상 중요한 의미가 있다.⁴²⁾

(나) 표시·광고실증제

우리나라는 1999년 표시·광고법을 개정하면서 과거 공정거래법이나 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)에는 없었던 표시·광고 실증제를 도입하였다. 이는 사업자등으로 하여금 자기가 한 표시·광고 중 사실과 관련한 사항에 대하여는 실증하도록 함으로써(법 제5조 제1항), 합리적·객관적 근거 없는 사실을 이용한 부당한 표시·광고행위를 방지하는 데에 의미가 있다.⁴³⁾

위 표시·광고실증제는 공정위가 광고내용의 진위여부를 판단함에는 많은 시간과 노력 및 비용이 소모되고, 특히 전문적인 광고의 경우 거짓임을 입증하는 것이 사실상 어려우므로 공정위의 이러한 입증책임을 덜어주기 위하여 광고내용의 사실여부에 한 하여 입증책임을 사업자에게 전환하였다.⁴⁴⁾ 이로써 부당광고심의회 효율성과 신속성이 제고될 뿐 아니라 소비자에 대한 정보제공의 측면에서도 의의가 있다.⁴⁵⁾

표시·광고실증제에 의하여 입증의 대상이 되는 것은 광고내용의 진위에 관한 것이다. 기본적으로 입증의 대상이 되는 것은 사실에 대한 것이고 거기에 가치판단은 포함하지 않는다.

그런데 가습제살균제 사건에서 공정위 및 법원은 위 안전하다는 표시에 대한 입증책임을 사업주에게 있는데 이를 입증하지 못하였다고 보았다. '안전'하다는 것은 사실에 관한 것인지 또는 어떤 사실이 입증되어야 안전하다고 할 수 있는지는 명확하지

41) 다만, 앞서 본 박수영, 278면의 견해와 같이 진실이라도 소비자오인성이 있다면 거짓과장광고가 성립된다고 하는 입장은 별론으로 한다.

42) 정재훈, "표시·광고법상 거짓·과장광고·보람상조사건", 경쟁저널 171호(2013. 11.), 공정경쟁연합회, 98-99면.

43) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011두7632 판결 등 참조. 표시·광고실증제에 대한 운영고시(2015.10.23. 공정거래위원회고시 제2015-15호) II. 2에 의하면, "실증"이라 함은 표시·광고에서 주장한 내용 중에서 사실과 관련한 사항이 진실임을 합리적인 근거나 객관적인 자료 등을 통하여 증명하는 것을 말한다.

44) 과거에는 공정위의 지침으로 입증책임을 전환하여 위임입법의 한계를 일탈하였다는 문제(대법원 2000. 9. 29. 선고 98두12772 판결)가 있었다.

45) 손수진(주 39), 291면; 정원준, 392면.

않다. 사건으로는 안전하다는 것은 주장이고, 그 주장의 진위는 객관적인 근거에 의하여 입증될 것을 요구하여야 한다고 생각된다.

우리나라의 표시·광고실증제는 기본적으로 사후적 규제제도로 파악된다.⁴⁶⁾ 2005년 법 개정으로 공정위가 일정한 요건 하에 사업자 등이 실증자료를 제출할 때까지 그 표시·광고행위의 중지를 명할 수 있는 권한을 부여하기는 하였지만⁴⁷⁾ 미국 FTC 법과 같은 사전규제제도로 보기는 부족함이 있다. 따라서 거짓·과장광고를 방지하는 데에도 다소 미흡함이 있다.

(3) 사실에 부합하지 않지만 소비자오인성 또는 공정거래저해성이 없는 경우

1) 사실에 부합하지 않지만 소비자오인성이 없는 경우에 해당하는 예로는 일명 허풍 또는 부풀리기(puffing, blow-up)를 들 수 있다. 예컨대, PCS광고에서 “소리가 보인다”는 표현이나 사이다 광고에서 “가슴속까지 시원한 사이다”는 표현 등이 이에 해당한다.⁴⁸⁾ 사실에 부합하지 않을 때에도 소비자오인성이 없으면 규제의 대상이 되지 않는다.

영국의 거래명세법(Trade Descriptions Act) 제3조는 표시가 중대한 정도로 사실에 반한 때에 한하여 거짓표시로 하고 있으며, 미국 FTC법 제15조 (a)는 실질적 요소 즉 소비자의 구매의사결정에 실질적인 영향을 주는 경우에만 규제하고 있다. 미국 법상 명백한 과장광고를 부당하지 않다고 보는 이유는 소비자들이 기만당했다고 볼 수 없고 소비자의 의사결정에도 별 영향을 미치지 않는다고 보기 때문임은 앞서 본 바와 같다.

2) 반면 사실에 부합하지 않지만 공정거래성이 없는 경우에 해당하는 예는 대법원이 이에 해당한다고 판시한 상조업체의 약관에 관한 사건⁴⁹⁾이 있다. 이에 대해서는 뒤의 공정거래저해성에서 보기로 한다.

3) 이와 같이 광고의 진실성이 입증되지 못하더라도 바로 거짓광고로 규제할 수 있는 것은 아니다.⁵⁰⁾ 앞서 본 바와 같이 거짓·과장성은 부당한 표시·광고행위에 해당하기 위한 1차적 조건에 불과하고, 부당광고의 또 다른 요건으로서 소비자오인성, 공정거래저해성이 있기 때문이다.

4) 한편, 표시·광고가 사실에 부합하는 것임에도 불구하고 소비자의 오인을 유발하여

46) 손수진(주 39), 298-300면; ; 박해식, 451-452면.

47) 제5조 제5항(위 조항은 2005.12.29. 법 개정으로 비로소 도입되었다).

48) 조성국, “부당한 표시·광고의 규제에 관한 연구”, 법학논문집 제33집 제1호, 중앙대학교, 2009, 175면; 박수영, 278면; 정원준, 397면.

49) 대법원 2013. 6. 14. 선고 2011두82 판결.

50) 정원준, 392면, 398면.

부당한 표시·광고로 되는 경우가 있을 수 있다는 견해가 있다.⁵¹⁾ 우리나라 표시·광고법상 기만적인 광고가 이에 해당할 수 있을 것이나, 거짓·과장광고와 관련하여서는 타당한 서술이라고 볼 수 없다.

미국법으로는 표시·광고가 사실에 부합하더라도 소비자의 오인을 유발하는 경우에도 규율할 수는 있다. Lanham법이나 FTC법은 거짓이 아니라고 하더라도 소비자의 오인을 유발하는 광고인 경우에는 규율대상으로 하고 있다. 또한 미국의 광고실증제는 사전실증제로서, 앞서 본 바와 같이 FTC법은 합리적 근거를 가지지 않고 광고에서 적극적인 주장을 하는 광고와 그러한 광고주의 행위자체를 제5조 소정의 불공정한 관행과 행위로 간주하여 문제삼을 수 있다. 그리하여 광고내용의 진실성을 사후적으로 입증하였다고 하더라도 미실증광고로서 규제대상이 되는 것이다.⁵²⁾

III. 소비자오인성

1. 의의

부당한 표시·광고의 요건 중 ‘소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려’는 약술하여 소비자오인성이라고 일컬어지는데, 위법성판단기준으로서 가장 중요한 것이라고 할 수 있다.

우리 표시·광고법에 대한 학설 및 판례는 소비자가 실제로 오인할 것을 요하지는 않고, 오인의 위험성 또는 혹은 개연성만 있으면 족하다고 한다.⁵³⁾ 그런데 미국에서는 묵시적인 거짓인 경우와 ‘사실에 부합하지만 소비자를 오인시킬 가능성이 있는 경우’를 구별하여 후자의 경우에는 실제로 소비자를 오인시켰다는 점에 대한 입증을 요한다는 점이 우리나라의 경우와는 차이가 있다.⁵⁴⁾

2. 소비자오인성의 기준 - 보통의 주의력을 가진 일반 소비자

소비자오인성은 보통의 주의력을 가진 일반소비자가 그 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 객관적으로 판단하여야 한다. 일반 소비자는 광고에서 직접적으로 표현된 문장, 단어, 디자인, 도안, 소리 또는 이들의 결합에 의하여 제시되는 표현뿐만 아니라 거기에서 간접적으로 암시하고 있는 사항, 관례적이고 통상적인 상황 등도 종합하여 전체적·궁극적 인상을 형성하므로, 광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 그 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단하여야 한다.

일반적인 소비자의 주의력을 기준으로 한다는 것은 관련분야 전문가의 주의력 기준

51) 박수영, 278면.

52) 손수진(주 39), 288-289, 291-293, 299, 301, 304면; 박해식, 447-448면.

53) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002두6965 판결 등; 박수영, 280면; 정원준, 398면.

54) Janis, p. 346; 나종갑, 356-257면; 이병규 238-239면.

으로 하는 것이 아니라는 의미이다. 전문가들이 사용하는 용어나 표현 중에는 일반인들이 이해하는 것과 상이한 것이 적지 않다. 특히, 금융이나 보험, 의학분야 등에서 사용하는 용어나 표현 중에는 일반인들의 시각과 다른 것이 많다. 따라서 이러한 경우는 일반적인 소비자의 인식을 기준으로 판단하여야 하는데, 미국의 FTC나 우리나라의 공정거래위원회는 소비자 인식조사를 위해 여론조사를 활용하곤 한다.⁵⁵⁾

미국의 FTC법이나 일본의 부당경품류 및 부당표시·광고법, 영국의 거래명세법 등이 합리적 소비자를 기준으로 하고 있어 우리나라의 경우와 유사하다.

대법원도 소비자오인성은 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단하여야 한다고 판시하였다.⁵⁶⁾ 특히 상조회사의 광고에 관한 대법원 2013. 6.14. 선고 2011두82 판결에서, 상조보증제도라는 용어를 직접 사용하지는 않았다고 하더라도, 이를 접한 일반 소비자에게 전체적·궁극적으로 회사 등이 폐업한 후에도 상조보증제도를 통하여 정상 영업을 하고 있던 경우와 마찬가지로 상조서비스의 이행이 보장되는 것처럼 사실과 다른 인상을 형성하게 함으로써 상조서비스 제공 상품을 구매하려는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있다는 이유로 소비자오인성을 충족하는 것으로 보았다.

3. 오인유발에 대한 사업자의 고의, 과실 필요여부

소비자오인 요건에 있어서 소비자의 오인을 유발시킨 것에 대한 사업자의 고의, 과실이 필요한가? 법문상 고의나 과실을 요건으로 하지 않은 점, 행위자의 고의나 과실 유무에도 불구하고 이로 인한 소비자의 피해를 방지하기 위해 표시·광고법이 규정하고 있는 시정조치 등을 명할 필요가 인정되는 점, 표시·광고법이 손해배상책임에 대해서 규정하면서도 고의 과실이 없음을 이유로 그 책임을 면할 수 없다고 함으로써 무과실책임을 부과하고 있는 점(제10조 2항) 등을 고려하면, 요구되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.⁵⁷⁾

공정위는 (주) 필립스 전자의 전동칫솔 광고사건⁵⁸⁾에서 소비자의 오인유발에 대한 사업자의 고의, 과실은 필요하지 않다고 하였다.

55) 조성국(주 46), 176면. 그런데 실제로 공정거래위원회가 소비자인식을 알아보기 위해 여론조사를 하는 경우가 많지는 않다. 경우에 따라서는 표시·광고자문회의를 열어 관련 분야 전문가의 의견을 듣기도 하고 소비자단체나 시민단체의 기존 조사를 활용하기도 한다.

56) 대법원 1998. 3. 27. 선고 96누5636 판결 - 파스퇴르 고름우유, 대법원 2003. 2. 28. 선고 2002두6170 판결 - 한국투자신탁의 금융상품, 대법원 2003.04.11 선고 2002두806 - 학원가맹점모집광고와 학원유치부모집광고:외대어학원, 대법원 2003.06.27 선고 2002두6965 판결, 대법원 2005.02.18 선고 2003두8203 판결 - 분양대행사에 의한 밀리오레의 상가임대분양광고에 마치 밀레오레가 직접 분양하는 듯한 오인성, 대법원 2006.10.27 선고 2004두3274 판결 등.

57) 이호영, 소비자보호법(제3판), 홍문사, 2015, 75-76면; 박수영, 281면; 정원준, 399면.

58) 공정위 의결 제2009-103호, 2009. 5. 6.

4. 가슴기살균제 사건의 경우

가슴기살균제 사건에서 대법원은 “보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 이 사건 표시로 인해 이 사건 제품이 인체에 안전하다고 오인할 우려”가 있다는 이유로 소비자 오인성을 인정하였다. 그 원심인 고등법원은 그 이유를 상술하고 있는데, 제품 표시에 사용된 ‘인체에 안전한 성분; 안심하고 사용’ 등의 표현은 보통의 주의력을 가진 일반 소비자에게 이 사건 제품에 부작용이 전혀 없거나 그 사용에 있어 더 이상의 안전에 방조치를 필요로 하지 않는다는 인상을 주어, 이 사건 제품이 인체에 안전하다고 잘못 알게 할 우려가 있다는 것이다. 위와 같은 판단은 정당하다고 여겨진다.

IV. 공정거래저해성

1. 의미

(1) 부당한 표시·광고에 있어서 공정거래저해성은 무엇을 의미하는가?

표시·광고법 제1조는, 동법이 상품 또는 용역에 관한 표시·광고를 할 때 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 한다고 규정하고 있다.

여기에서 공정한 거래질서의 확립은 소비자를 오인시킬 수 있는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 가능한 것이라는 문언상 구조를 띄고 있어, 소비자의 선택권 침해가 바로 공정거래저해성이라고 볼 여지가 있다.

그런데 이러한 문언에도 불구하고 위 공정거래저해성은 공정하고 자유로운 경쟁의 유지·촉진에 반하는 행위 내지 소비자의 합리적인 선택을 방해할 추상적 위험성을 의미한다는 등으로, 전자는 경쟁질서적인 측면, 후자는 소비자보호의 측면으로 병렬적인 설명을 하는 경우가 많다.⁵⁹⁾ 부당한 표시·광고의 규제는 사업자와 소비자 간의 정보 비대칭성을 완화시키고 거짓·기만적인 정보의 시정을 통해 소비자가 합리적인 선택을 하여 시장경제가 원활하게 작동할 수 있도록 기능한다. 또한 부당한 표시·광고의 규제를 통해 소비자입장에서는 진실에 부합하는 올바른 정보를 전달받음으로써 올바른 제품 및 서비스에 대한 구매결정을 가능하게 하고, 경쟁사업자 간에는 공정한 경쟁을 보장한다. 부당한 표시·광고행위로 인하여 왜곡된 정보를 제공받을 경우 순식간에 다수의 소비자피해가 예상되고, 사업자 또한 가격과 품질경쟁보다는 거짓과장광고를 통한 고객유인에 치중하는 등 시장경제의 실패요인이 될 수 있다.⁶⁰⁾ 이러한 점에서 보

59) 정원준, 395면; 정재훈, 101면

60) 조성국(주 46), 171면; 정원준, 382면.

면, 부당한 표시·광고의 규제는 소비자로서 하여금 합리적인 상품용역의 선택을 가능하도록 하여 소비자보호에 이바지하는 한편, 부당한 표시·광고가 경쟁 사업자에게 미치는 부정적인 영향에 비추어 볼 때 공정한 거래질서도 보호한다고 볼 수 있을 것이다.

그런데 여기에서 공정한 거래질서는 공정한 경쟁보다 넓은 개념으로 경쟁수단 및 방법의 공정성 뿐만 아니라 거래조건의 공정성까지 포함하는 개념으로 보아야 할 것이다.⁶¹⁾ 이는 불공정거래행위의 공정거래성과 마찬가지로, 표시·광고가 불공정한 법률행위의 한 유형으로 규율되기 시작하였다는 점에서 연유한다. 1980년 공정거래법을 제정할 당시 제15조에서 불공정한 거래행위로 규정하였는데, 1981. 5. 13. 고시한 불공정거래행위 지정고시 7호에서 부당표시를, 12호에서 거짓과장광고 및 기만행위에 대하여 규정하였다가 1995. 8. 7. 개정된 고시에서 9호로 통합하여 현재 법률규정과 같이 4가지 유형을 규정하기에 이르렀다.

(2) 미국의 경우

연혁적으로, FTC법 제5조는 불공정한 경쟁방법(unfair method of competition)을 규율하는 것이었기 때문에 경쟁에 대한 부정적인 영향(adverse impact on competition)이 입증되지 않는 한, 기만적인 행위 등은 위 조항에 따라 위법한 것으로 규율할 수 없었다.⁶²⁾

그래서 의회는 1938년 소비자의 이익을 보호하기 위해 Wheeler-Lee Act⁶³⁾ 제12조에 의하여 반드시 경쟁에 대한 부정적인 영향을 입증되지 않더라도 소비자의 이익을 해치는 ‘불공정하거나 기만적인 행위 또는 거래관행(unfair or deceptive acts or practices)’에 대하여 FTC법 제5조를 폭넓게 적용될 수 있게 되었다.⁶⁴⁾ 이러한 맥락에서 연방대법원은 FTC v. Sperry & Hutchinson 사건에서 FTC는 경쟁에 미치는 영향에 관계없이 불공정하거나 기만적인 행위가 무엇인지 규정할 수 있는 권한이 있다고 판시하였다.⁶⁵⁾

표시·광고의 불공정성과 기만성이 반드시 경쟁과 연계되어야 하는 것은 아니다. 그러나 예컨대 Pfizer, Inc., 81 F.T.C. 23(1972)⁶⁶⁾사건에서 FTC는, 광고를 하는 사업

61) 조성국(주 46), 178면 참조. 박수영, 276-277면, 285면은 부당한 표시·광고에 있어서 부당성을 불공정거래행위의 부당성과 같은 것으로 보아야 하지만, 공정거래저해성은 소비자의 합리적 선택을 침해하는 것까지 포함시켜야 한다고 주장한다.

62) FTC v. Raladam Co. 283 U.S. 643 (1931).

63) Wheeler-Lee Act is a United States federal law that amended Section 5 of the Federal Trade Commission Act to proscribe “unfair or deceptive acts or practices” as well as “unfair methods of competition”.

64) 정월준, 389면 등.

65) 405 U.S. 233, 244(1972). 다만, 근래 미국 FTC의 법집행경향을 살펴보면, FTC법 제5조의 전단인 불공정한 경쟁방법(unfair method of competition)의 집행에 있어서는 Sherman 법과 유사하게 경쟁제한성을 요구하는 경향이 강하다. 그래서, FTC법 5조 전단은 경쟁법, 후단은 소비자법이라고 부를 수 있다. 조성국, “시장지배적 지위 남용에 대한 위법성판단기준에 관한 연구”, 경쟁법연구 제 19권(2009.5), 378-379면 참조.

66) 이 사건은 “Un-Burn”이라는 피부화상치료제의 표시·광고에 관한 사건이었는데, 판매 및 광고 이전에 비록 과학적인 방식에 의한 검증은 없었지만 경험적으로 입증된 것이라고 보아 무혐의 판정이

자는 자신의 주장에 대한 합리적인 근거를 갖추어야 하며 만약 그렇지 않은 경우 소비자의 합리적인 선택이 저해되고 경쟁기업은 가격과 품질, 서비스에 의한 공정한 경쟁을 하지 못하게 된다고 밝히는 등 소비자보호와 경쟁질서의 확립을 연결시키고 있다.

(3) 사건

표시·광고법 제1조가 규정한 동법의 목적과 소비자오인성을 모든 유형의 부당한 표시·광고의 요건으로 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 부당한 표시·광고에 있어서 문제삼는 공정거래저해성은 원칙적으로 소비자의 합리적인 선택권에 관계되는 것이지만, 이에 포섭되지 않는 경쟁사업자에 대한 관계에서의 경쟁질서 보호와도 관계된다고 생각한다. 즉, 원칙적으로는 소비자의 합리적 선택권의 침해가 곧 공정거래저해성을 이루는 것이지만, 부당한 표시·광고로 손해를 입은 사업자보호 등 경쟁질서의 보호도 공정거래저해성의 내용을 이루는 것이라고 할 것이다.

적어도 우리 표시·광고법상으로는 소비자의 합리적 선택권이 침해와 관련 없는 공정거래저해성은 생각하기 어렵다. 한편 연혁적·비교법적으로 보면 표시·광고에 있어서 경쟁자를 포함한 경쟁질서의 보호가 소비자의 합리적 선택권의 보장보다 우선하였다. 우리나라에서 표시·광고법이 제정되기 전에는 공정거래법이 부당한 표시광고를 규율하였는바, 경쟁촉진법으로서의 성격을 가진 공정거래법의 성격상 부당성의 요건에 공정거래저해성이 포함되었다고 할 수 있다.⁶⁷⁾ 미국에서도 Lanham 법 초기에는 허위 광고에 의하여 실제로 고객을 상실하였음이 입증되는 경쟁자가 아니면 소를 제기할 수 없었고, Wheeler-Lee Act에 의하여 FCT법 제5조가 개정되기 전에는 경쟁질서에 대한 영향이 입증되지 않는 한 기만적인 관행이라는 이유만으로는 규제를 할 수 없었다. 그러나 우리나라에서 표시·광고법의 제정 전에도 위 공정한 거래질서는 공정한 경쟁보다 넓은 개념으로 파악되었고, 더욱이 미국의 판례 및 입법의 변천, 그리고 우리나라에서 표시·광고법의 제정으로 공정거래저해성의 본질에 대한 논쟁은 거의 무의미하다고 생각된다.

최근 공정위의 심결례를 분석해 본 결과, 공정거래저해성을 형식적으로 언급할 뿐 구체적 판단을 내리지 않고 있었으며 심지어 언급을 하지 않은 경우도 상당히 있었다.⁶⁸⁾ 그렇다면 공정거래저해성이 부당한 표시·광고에 있어서 가지는 위치는, 소비자 선택이나 경쟁질서에 미치는 영향이 적을 경우에 굳이 부당한 표시광고로 보지 않는다는 소극적인 기능을 수행하는 것에 지나지 않는다고 볼 것이다.

2. 거짓·과장성, 오인성과의 관계

난 사건이다.

67) 손수진(주 39), 288-289면 참조.

68) 조성국(주 46), 178면; 정원준, 400면.

표시·광고의 공정거래저해성은 거짓과장성과는 별개의 요건이다. 따라서 광고실증제 등으로 사업자 등이 진실성을 입증하지 못함으로써 거짓과장성이 인정된다고 하더라도, 공정거래성을 공정위가 입증하지 못하는 한, 표시·광고법상의 규제대상인 부당한 표시·광고에 해당하지 않는다.

이 점을 명백히 한 판결이 보람상조사건이다. 위 사건에서 대법원은 공정거래저해성에 대한 판단기준을 제시하였다. 즉 원고들이 표준약관과 부분적으로 다른 내용의 약관을 두면서 “표준약관준수”라고 광고한 것은 세부사항에 관하여 사실과 일부 다른 내용을 광고한 것으로 볼 수 있기는 하지만, 이로 인하여 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있다고 보기 어렵다고 판시하였다.⁶⁹⁾ 즉, 위 약관이 사실과 일부 차이가 있어서 거짓·과장성이 인정될 여지가 있더라도 경쟁자 간의 공정하고 자유로운 경쟁의 유지·촉진이라는 경쟁질서 확립과는 거리가 있는 조항인데다가, 소비자의 결정에 영향을 미친다고 보기도 어려워 공정거래 저해성이 인정되지 않는다고 본 것이다.

그러나 공정거래저해성이 소비자오인성과 뚜렷이 구별되는 기능을 가지는 것으로는 보이지 않는다. 표시·광고에 있어서 공정거래성이 가지는 1차적인 의의가 소비자보호에 있다고 할 때, 일반적으로 소비자오인성이 있는 표시·광고는 공정거래저해성이 인정된다고 할 것이다.⁷⁰⁾

3. 가슴기살균제 사건의 경우

대법원은 "(제품) 주성분의 안전성이 객관적으로 검증되지 않았음에도 인체에 안전한 성분을 사용했다고 사실과 다르게 표시"를 하였고, “보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 이 사건 표시로 인해 이 사건 제품이 인체에 안전하다고 오인할 우려”가 있으므로 “공정한 거래질서를 저해”할 수 있는 거짓·과장의 표시로 인정된다고 판단하였다. 이는 소비자오인성이 있는 표시광고에 바로 공정거래저해성이 인정된다는 취지로 볼 수 있다.

그리고 그 원심판결에서는 가슴기살균제의 안전성 여부가 소비자들의 제품 선택에 있어 매우 중요한 고려사항이므로, 이 사건 표시는 소비자의 합리적인 선택을 방해해 공정한 거래질서를 저해할 가능성이 있다고 인정하였다. 이는 공정거래저해성의 주요한 내용으로서 소비자의 합리적인 선택의 방해를 적시한 것으로 볼 수 있다.

IV. 손해배상책임과의 관계

앞서 본 바와 같이 표시·광고법 상 거짓과장표시에 해당하여 행정처분이 적법하다고 하여 바로 표시·광고를 한 사업자의 손해배상책임이 성립된다고는 볼 수 없다.

69) 앞서 본 2011두82 판결.

70) 정원준, 400면도 同들.

표시·광고법 위반행위 자체는 사업자의 고의·과실을 필요로 하지 않으므로 이에 대한 행정처분을 함에 있어서는 사업자의 고의·과실을 살피지 않았다. 그러나 부당한 표시·광고행위로 인한 손해배상책임에 있어서 사업자의 고의·과실을 필요로 하는 것은 민법상 불법행위책임의 이론상 요건이다. 또한 부당한 표시·광고로 인하여 피해자의 손해가 발생하였다는 인과관계도 요구된다.

한편 제조물책임으로서의 손해배상을 구할 경우에, 그 책임은 성질상 무과실책임이지만 개발위험의 항변이 제조자의 무과실에 대한 면책항변으로 사용될 여지는 있으므로 민사책임의 문제는 여전히 남아있다.

V. 결

우리나라 표시·광고법은 부당한 표시·광고의 유형을 거짓·과장의 표시·광고와 기만적 광고, 부당한 비교광고와 비방광고로 구분한다. 그리고 거짓·과장의 표시·광고는 표시·광고에 거짓·과장이 있을 것을 1차적인 요건으로 하고, 거기에 소비자오인성과 공정거래저해성이 구비될 것을 요구한다.

그런데 앞서 판례에서 본 바와 같이 거짓 여부의 판정이 이론적으로는 사실인정의 문제임에도 사회통념과 같은 가치판단이 개입되는가 하면, 소비자오인성이나 기만성과 같이 2차적 요건과 관련되는 요소나 거짓·과장의 표시·광고와는 별개의 유형인 기만적인 표시·광고의 요소가 포함되기도 한다.

그렇다면 우리나라 표시·광고법이 앞서 본 4가지 유형의 부당한 표시·광고를 준별할 필요가 있는 것인지에 대한 근본적인 의문이 든다. 미국의 Lanham 법과 같이 '거짓 또는 오인을 유발하는' 표시광고를 규율하거나, 소비자오인성을 중심개념으로 하면서 현재 우리나라의 표시·광고법이 규정하고 있는 4가지 유형을 예시규정으로 개정하는 것은 어떨까 생각해 보게 된다.

그리고 표시·광고실증제에 대하여 의의를 좀 더 명확히 할 필요가 있다고 생각된다. 위 제도는 거짓·과장과 관련한 입증책임을 전환하는 기능을 하고, 입증의 대상은 표시·광고 중 사실에 관한 사항이라고 설명된다. 그러나 광고의 내용이 '안전'과 같이 단순한 사실에서 더 나아가 추상적인 개념과 관련지어지는 것이라면, 사업자가 입증하여야 하는 것은 표시·광고상의 주장에 대한 객관적이고 합리적인 근거로 보아야 할 것이다. 이와 같이 해석하는 것이 미국의 FTC법의 운용실태와도 궤를 같이 하는 것이고, 사업자가 입증하여야 할 대상이 좀 더 명확해 지게 된다.

토 론 문

황 태 희(성신여대 법대 부교수)

표시광고법을 본격적으로 해석함에 있어 가장 문제가 되는 부당성 판단기준 및 거짓, 과장광고에 대한 실증의무와 관련한 좋은 발표 감사드립니다.

표시광고법 상 문제되는 광고의 유형 중 거짓, 과장광고는 확인되지 않은 사실을 적시함으로써 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 대표적인 유형으로 볼 수 있습니다. 그런데 발표자께서는 사업자의 광고가 거짓이거나 과장임을 판단하는 기준에는 소비자 오인성이 포함되어서는 바람직하지 않으며, 다만 그 광고의 부당성 판단에 있어서는 소비자 오인성과 함께 공정거래저해성이 있어야 한다는 견해를 피력하고, 천연사이다, 연수기 그리고 가습기 살균제와 관련한 대법원 판례에서 대법원이 거짓, 과장의 판단기준과 소비자의 오인성을 크게 구분하지 않고 혼용하여 사용하며, 결과적으로 거짓 여부의 판정이 이론적으로는 사실 인정의 문제임에도 사회통념과 같은 가치판단이 개입되는 것이 문제점이라고 지적하셨습니다.

원래, 우리나라에서 표시광고 실증제가 도입된 것은 ‘전문적 광고’의 경우에 광고주의 거짓말을 입증하는 것이 사실상 어렵기 때문에 입증책임을 완화시켜주기 위하여 광고내용의 ‘사실’ 여부에 한해서만 입증책임을 사업자에게 전환시킨 것입니다. 다시 말하면 광고주가 실증을 통하여 입증하는 대상은 광고 중 ‘사실과 관련된 사항’의 진위에 관한 것입니다. 그런데 발표자께서는 실증제도가 사전적 규제인 미국과는 달리 우리나라에서는 사후적 규제이기 때문에 거짓, 과장광고를 방지하는 데에 미흡함이 있다고 평가하셨습니다. 또한 무엇이 사업자에게 입증책임이 있는 표시, 광고상 사실과 관련된 사항인지를 판례가 명확히 하지 않았다고 비판하셨습니다.

그와 관련하여 몇 가지 질문 올리겠습니다.

우선, 미국에서 사전규제로서 광고실증제가 운영된다면 그것이 모든 광고에 대하여 적용되는 것인지, 아니면 특정한 광고의 영역에서 시행되는 것인지 보충설명 부탁드립니다. 그리고 만일 이러한 규제를 통하여 사전적으로 실증이 가능한 광고만을 하게 하는 것이라고 한다면, 결국 불공정한 광고라는 것은 비록 사실이 실증되었지만 소비자의 오인을 유발하는 경우에만 이를 규제하는 태도라고 볼 수 있는지요?

그렇다면 일단 거짓 또는 과장 광고로서 부당한 표시광고가 될 우려가 있는 경우에 실증의무(사업자의 입증책임)의 부과를 통하여 이를 제거하도록 하는 우리나라에서는 실증의 의미가 사실의 확인뿐이고 별도로 부당성을 판단하여야 하는 것인지, 아니면 실증 자체로서 소비자오인성이나 공정거래저해성을 제거할 수 있는 것인지요?

또한, 우리 법은 표시, 광고를 넓게 개념정의하고 있기 때문에 때로는 합법적인 ‘과장된 홍보’와 불법인 ‘과장 표시,광고’의 명확한 경계를 구분하기 어려운 경우가 있습니다. 또한 ‘거짓’과 ‘과장’의 개념 차이에도 불구하고 하나의 위법행위로 구성하고 있습니다. 이러한 불확실성을 소비자 오인성 내지 공정거래저해성과 같은 기준으로 부당성 판단단계에서 명확히 구별할 수 있는지 이에 관한 발표자의 고견을 여쭙고 싶습니다.

감사합니다.

▣ 주제 발표

제 2 주제 「비교광고 규제의 주요쟁점」

발표: 이봉의 교수 (서울대 법학전문대학원)

토론: 윤신승 변호사 (법무법인 화우)

표시·광고법상 비교광고의 주요 쟁점

이봉의 교수(서울대학교 법학전문대학원)

※ 이 글은 아직 완성된 논문이 아니므로 인용을 삼가주시기 바랍니다.

I. 머리말

1. 비교광고와 경쟁질서

표시·광고는 사업자가 고객을 확보하기 위한 중요한 수단으로서, 소비자에게는 구매 선택에 필요한 정보를 제공한다는 점에서 자유경쟁을 촉진하는 효과를 갖는다. 특히 TV광고나 온라인광고의 경우 소비자로서는 일방적으로 사업자가 제공하는 정보에 의존하게 된다는 점에서 그 중요성이 더욱 커진다. 그런데 엄밀하게 보자면 모든 표시·광고가 자기 상품의 상대적 장점을 주장하여 고객을 유인하기 위한 것이어서, 어느 정도의 ‘비교’적 성격을 갖게 마련이다.

이처럼 소비자의 합리적 선택이나 공정하고 자유로운 경쟁에 유익한 광고는 자칫 잘못 수행될 경우 이들 모두에게 부정적인 폐해를 야기할 수 있다. 특히 현대사회에서 소비자와 사업자 사이에는 정보나 전문지식 면에서의 비대칭성이 매우 크고, 그 결과 소비자는 사업자가 일방적으로 제공하는 광고에 의지하여 구매선택을 내리게 된다는 점에서 광고질서의 공정화는 시장경제의 건전한 발전에 필수적인 제도에 해당한다.

특히, 비교광고는 그 자체가 소비자에게 정보를 제공하는 측면이 강하고, 경쟁사업자에게 가격이나 품질 개선의 자극을 줄 뿐만 아니라, 과점화된 시장에 신규로 진입한 경쟁사업자로서는 자신이 제공하는 상품이나 용역의 가격·품질 또는 거래조건이 기존의 독과점사업자에 비하여 유리하다는 점을 소비자에게 알리는 것이 매우 중요하다는 점에서 원칙적으로 경쟁촉진적인 성격이 매우 강하다고 할 수 있다.¹⁾ 1999년 표시·광고법 제정 이전에는 ‘자기 것의 유리한 부분만을 비교하여 표시·광고하는 행위’도 부당한 비교의 표시·광고로 규정되어 있었으나(구 공정거래법 시행령 [별표1] 제9호 다목), 표시·광고법 시행령은 객관적인 근거가 있는 한 이를 따로 금지하지 않는 태도를 취하고 있는바, 비교광고가 갖는 경쟁촉진효과를 고려한 것으로 보인다.

1) 같은 취지로 이호영, 소비자보호법 제3판, 2015, 90쪽.

우리나라에서는 2001년에 「비교표시·광고에 관한 심사지침」이 처음 제정되기 전까지 다양한 광고관련 규제들이 포괄적으로 비교광고를 규제하고 있어 비교광고에 대한 규제의 불확실성이 적지 않았다. 그런데 위 심사지침의 취지가 사업자로 하여금 비교광고의 정당성과 부당성 여부를 스스로 판단할 수 있도록 충분한 예시와 함께 구체적인 가이드라인을 제시하는 데에 있었던 만큼,²⁾ 동 지침은 그간 비교광고 자체를 자제하던 사업자들이 활발하게 비교광고를 하게 된 계기를 마련하였다.

2. 문제제기

허위·과장광고나 기만 또는 비방광고는 행위 자체에 소비자에 대한 오인가능성을 내포하여 공정한 거래질서와 부합하기 어려운 반면, 비교광고는 소비자에게 경쟁사업자의 상품과 가격이나 품질, 거래조건 등을 인식하게 함으로써 그 자체로는 친소비자·친경쟁적인 성격을 갖는다. 따라서 비교광고의 부당성을 판단함에 있어서도 허위·과장광고 등과 다른 접근을 요한다.

표시·광고법은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것을 네 가지로 열거하고 있는바, 거짓·과장의 표시·광고, 기만적인 표시·광고, 비방적인 표시·광고와 더불어 ‘부당하게 비교하는’ 표시·광고를 규정하고 있다(법 제3조 제1항 각호).

법문상 어떤 광고가 금지되기 위해서는 위 각호의 어느 하나인 광고에 해당하여야 하고, 그것이 소비자를 속이거나 잘못 알게 할 우려, 즉 소비자 오인성이 있어야 하며, 마지막으로 그러한 광고가 공정한 거래를 저해할 우려가 인정되어야 한다. 그런데 관련규정상 부당성의 해석상 적지 않은 부분이 모호하여, 친소비적이거나 친경쟁적인 비교광고가 원활하게 이루어지기 어려운 면이 있어 보인다. 이처럼 원칙적으로 금지되는 비교광고와 허용되는 비교광고의 경계가 명확하지 않을 경우 규제의 예측가능성이 낮아지고, 결과적으로 광고산업의 발전을 저해할 뿐만 아니라 건전한 경쟁을 곤란하게 할 수 있다.

II. 비교광고의 개념

비교광고(vergleichende Werbung; comparative advertisement)는 크게 직접비교와 간접비교로 나눌 수 있다. 전자는 경쟁사업자나 경쟁사업자의 상품 등이 구체적으로 적시되는 것으로서, 상품 등의 가격이나 품질까지 구체적으로 언급될 필요는 없다

2) 공정거래위원회 보도자료, 「비교 표시·광고에 관한 심사지침 제정」, 2001.

라도 광고의 전체적인 내용으로부터 직접 경쟁사업자나 경쟁상품을 특정 내지 식별할 수 있어야 한다. 반면, 후자는 직접적인 명시는 없으나 광고의 전체 구성과 맥락에 비추어 충분한 정도로 경쟁사업자나 경쟁사업자의 상품 등을 특정할 수 있는 광고를 말한다. 따라서 어떤 시장에 두 개의 사업자만 존재하는 이른바 복점시장(duopoly)의 경우에는 경쟁제품에 대한 추상적인 암시만으로도 간접비교가 성립할 수 있다. 표시·광고법은 양자를 모두 포섭하는 것으로 해석되고, 소비자의 합리적 선택을 보장하려는 동법의 취지에 비추어 일응 타당하다.

여기서 당초 ‘비교’ 자체가 성립하기 위해서는 자신과 경쟁사업자의 대상상품에 대하여 어떤 형태로든 대조(Gegenüberstellung)가 이루어져야 하고, 경쟁사업자나 그의 상품 등에 대한 추상적·일반적인 비난만으로는 -비방광고의 성립 여부는 차지고- 비교광고에 해당하지 않는다. 아래에서는 비교광고의 개념에 관하여 먼저 표시·광고법의 규정을 비판적으로 살펴보고, 몇 가지 쟁점을 자세히 다뤄보기로 한다.

(1) 표시·광고법의 태도

비교광고란 말 그대로 자사의 상품이나 서비스를 다른 경쟁사업자의 그것과 비교하는 내용을 담고 있는 광고를 말한다. 시행령 제3조 제3항은 부당하게 비교하는 표시·광고를 “비교 대상 및 기준을 분명하게 밝히지 아니하거나 객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 상품이나 용역(이하 "상품등")을 다른 사업자 또는 사업자단체(이하 "사업자등")나 다른 사업자등의 상품등과 비교하여 우량 또는 유리하다고 표시·광고하는 것”으로 정의하고 있다.

여기서 도출할 수 있는 표시·광고법상 ‘부당한 비교광고’의 개념요소로는 크게 세 가지를 들 수 있다.

가. 다른 사업자(단체) 또는 사업자(단체)의 상품등과 비교

먼저, 경쟁사업자나 경쟁상품에 대하여 명시적인 언급이 없는 광고도 비교광고에 해당할 수 있는가? 대표적으로 자신이 만든 제품이 국내 또는 세계 유일의 것이라고 광고하는 경우를 들 수 있으며, 엄밀한 의미에서 비교광고에 해당하지 않을 것이다. 그리고 해당 상품등의 ‘유일한’ 지위가 객관적 사실에 부합하고 어느 정도 지속성을 갖는 경우에 그러한 유일성 광고는 금지할 수 없다. 다만, 특정한 market segment에서 소수의 경쟁사업자만 존재하고, 나머지 경쟁사업자들을 충분히 특정할 수 있는 경우에는 비교광고로 볼 여지도 충분하다.

이러한 유일성 광고와 구별되는 광고가 이른바 최고(급)광고로서, 통상적으로는 자신과 동일 또는 유사한 수준의 경쟁상품의 존재를 부정하지 않고 경쟁상품에 대한 충분히 구체적인 적시가 없다는 점에서 비교광고에는 해당하지 않고, 경우에 따라서 거짓·과장광고가 문제될 수 있을 뿐이다. 물론 이 경우에도 최고(급)에 해당 경쟁사업자가 1-2개밖에 없는 경우에는 비교광고로 볼 여지도 있으나, 후술하는 바와 같이 자신이 보다 우량 또는 유리하다는 주장은 아니어서 역시 비교광고에 해당하기는 어려울 것이다.

아울러 경쟁사업자 또는 경쟁상품이 아니라 자기 제품의 품질개선이나 가격인하, 신제품개발 등을 광고하는 형태의 자기비교(Eigenvergleich) 또한 비교광고가 될 수 없고, 경우에 따라서 거짓·과장광고 또는 기만광고가 문제될 수 있을 뿐이다. 소비자에게 단지 다른 경쟁상품과 비교해보라는 내용의 광고 또한 일반적으로는 경쟁상품에 대한 특정이 없으므로 비교광고로 보기 어렵다. 또한 “석기시대는 끝났습니다”(Die Steinzeit ist vorbei)와 같이 아무런 맥락 없이 모호하게 표현된 광고로서 경쟁사업자나 경쟁상품을 특정할 수 없는 경우에도 비교광고는 성립하지 않는다.

나. 비교대상 또는 비교기준의 불분명 또는 객관적 근거의 부존재

부당한 비교광고가 문제되기 위해서는 비교기준이 아예 없거나 근거 없는 것이어야 한다. 목조주택을 광고하면서 기존의 석조주택을 빗대어 “석기시대는 끝났습니다”(Die Steinzeit ist vorbei)라고 표현한 경우, 이를 뒷받침할 아무런 객관적 근거가 없는 것으로서 부당한 비교광고에 해당할 것이다.³⁾ 자세한 내용은 후술한다.

비교대상이 불분명한 경우가 아니라 비교대상 자체가 적절하지 않은 경우에도 비교광고에 해당될 수 있는지가 문제될 수 있다. 수신오가피 사건에서 동사는 자신과 타사의 오가피류 건강보조식품에 대한 특정 성분의 함량비교를 제시하면서 지표물질도 아닌 동 성분이 적거나 없는 타사의 제품은 가짜라는 취지로 광고한 것이 문제되었다. 그런데 동사의 제품은 오가피를 원료로 만들어진 반면, 타사의 제품은 오가피 또는 가시오가피로 만든 것이고, 오가피와 가시오가피는 종, 과실의 종자수, 가시오양, 효능이 달라서 이를 원료로 한 제품을 비교대상으로 삼을 수 없음에도 불구하고 특정

3) 독일의 경우 연방대법원의 태도는 일련의 변화를 경험하였다. 먼저, 2001년 “Soooo Billig!” 사건과 이듬해인 2002년 “Die Steinzeit ist vorbei” 사건에서 연방대법원은 비교 내지 대비 자체가 존재하지 않는다는 이유로 비교광고의 존재를 부인하였다. 반면, 2004년 2월 “Genealogie der Düfte” 사건에서는 비교광고를 광의로 해석하여야 한다는 입장에서 경쟁사업자의 상품·서비스에 대한 비교 여부는 중요하지 않다고 하였다. 그러나 곧이어 같은 해 7월 연방대법원은 “Aluminiumräder” 판결에서 과거의 태도로 회귀하였는데, 경쟁사업자의 상품을 단지 언급하는 것만으로는 소비자의 대체재로 대조된 것이 아니므로 비교광고가 성립하지 않는다는 것이다. 그로부터 몇 달 후인 동년 12월 “Bestellnummernübernahme” 판결에서는 또다시 반대결론이 내려졌다.

성분만으로 비교한 것이 부당하다고 판시되었다.⁴⁾

여기서 이른바 ‘비교가능성’ 여부는 사업자 또는 소비자 중에서 누구를 기준으로 판단할 것인지가 다투어질 수 있다. 이 사건 광고를 일단 비교광고로 본 것은 다분히 평균적인 소비자의 관점에서 판단한 것으로 볼 수 있으며, 그로부터 오인가능성이 도출될 수 있게 된다. 그런데 이 사건에서 문제된 오가피와 가시오가피를 평균적인 소비자가 효능 등으로 구별하기란 불가능에 가까운 점을 감안할 때 법원은 사업자(또는 객관적인 제3자)를 기준으로 부당성을 판단한 것으로 보인다. 즉, 비교광고 및 부당성 판단의 주체가 이원화되어 있는 것이다. 그밖에 비교대상인 상품들이 서로 경쟁관계에 있지 않은 경우에 대해서는 후술하기로 한다.

한편, 객관적 근거가 있어야 한다는 것은 비교광고의 내용이 (객관적) 사실에 관한 사항이어서 실증의 대상이 됨을 의미한다.⁵⁾ 따라서 비교광고의 내용 중 사실부분에 대해서 사업자는 이를 실증할 수 있어야 하고(법 제5조 제1항), 사업자가 자기가 한 표시·광고 중 사실과 관련한 사항을 실증하기 위하여 시험이나 조사를 하려는 경우에는 실증에 사용되는 시험 또는 조사의 방법은 학술적으로 또는 산업계에서 일반적으로 인정된 방법 등 객관적이고 타당한 방법이어야 하고, 아울러 시험 또는 조사는 법령에 따른 시험·조사기관이나 사업자등과 독립적으로 경영되는 시험·조사기관에서 이루어져야 한다(시행령 제4조 제1항).

다. 보다 우량 또는 유리함의 적시

경쟁사업자의 유명 상표 등에 편승하거나 객관적인 근거 없이 경쟁사업자의 상품등과 동일 또는 유사하다고 광고하는 행위는 ‘우량’ 또는 ‘유리’하다는 표현을 담고 있지 않기 때문에 현행법상 비교광고에 포섭하기 어렵다. 이 또한 공정거래를 저해할 우려가 마찬가지로 점을 고려할 때, 입법적 불비로 볼 수 있다.

이처럼 현행 표시·광고법은 비교광고 그 자체가 아니라 그 수단이나 방법의 부당성을 포함하여 규제대상을 정하고 있고, 공정거래위원회의 실무와 판례는 이를 금지하기 위해서는 그밖에 소비자 오인성과 공정거래저해성을 요구하기 때문에 이들 요건간의 관계가 명확하지 않다. 결과적으로 현행법은 규제대상인 비교광고의 범위가 다소 제한적이어서 가능한 여러 유형의 비교광고를 포섭할 수 없다는 난점을 안고 있는 것으로 보인다.

4) 서울고법 2004.7.8. 선고 2003누1631 판결, 대법원 2005.3.10. 선고 2004두9654 판결.

5) 조재영, “부당한 비교 표시·광고의 심결사례에 나타난 법리적 특성에 관한 연구”, 한국언론정보학보 제39호, 2007, 461쪽.

(2) 몇 가지 쟁점

이러한 맥락에서 비교광고의 개념요소를 둘러싸고 몇 가지 검토할 사항이 있다.

첫째, 비교의 대상이 되는 ‘다른 사업자’란 광고를 행하는 사업자와 경쟁관계에 있어야 하는지, 즉 경쟁사업자이어야 하는지 여부이다. 비교광고 또한 소비자의 선택을 왜곡할 수 있다는 우려 때문에 규제를 받는 것이므로, 평균적인 소비자의 관점에서 선택에 영향을 미칠 수 있으려면 현실적으로나 잠재적으로 경쟁관계에 있어야 한다고 해석하는 것이 논리적으로 타당할 것이다. 이와 관련하여 심사지침은 이 문제를 부당성과 관련하여 설명하고 있는 것으로 보인다. 그에 따르면 비교대상과 관련하여 동일 시장에서 주된 경쟁관계에 있는 사업자의 상품으로서 자기의 상품과 동종 또는 가장 유사한 상품을 자기의 상품과 비교하는 경우에는 부당하게 비교하는 표시·광고에 해당되지 않는다고 한다. 엄밀하게 말하자면, 이러한 경우에 비로소 비교광고 자체가 성립하는 것이라고 해석하여야 할 것이다.

이러한 맥락에서 벤트리 사건을 살펴보면, 여기서 동사는 자신의 건강식품에 대한 임상실험결과를 유명 발기부전치료제와 비교하면서 자사의 식품이 위 의약품과 대등하거나 오히려 우월한 효과가 있는 것처럼 광고한 것이 문제되었다. 그런데 서울고법 및 대법원은 벤트리의 건강식품과 비교대상인 발기부전치료제가 동일한 시장에서 경쟁관계에 있는 상품으로 볼 수 없음에도 불구하고 양자를 비교한 점을 기초로 해당광고의 오인가능성 및 부당성을 인정하였다.⁶⁾ 이러한 태도는 ‘비교광고’의 본질에 대한 오해 또는 표시·광고법상 규정의 모호함에서 비롯되는 것으로서, 이 사건의 경우에는 비교기준이나 객관적 근거의 유무를 따지기 이전에 비교광고가 성립하기 어렵다고 판단된다. 즉, 판결도 언급하고 있는 바와 같이 위와 같은 광고는 자신의 연구결과와 발기부전치료제의 임상실험결과를 비교함으로써 (사실과 다르게) 마치 양자가 비슷한 연구과정을 거친 것으로 오인할 수 있다는 점에 문제의 본질이 있는 것으로서, 거짓 광고로 보는 것이 타당할 것이다.

둘째, 역시 비교대상에 관한 것으로서, 상품이나 서비스 외에 광고주인 사업자와 그의 경쟁사업자와 관련된 요소들이 포함되는지에 관한 것이다. 시행령 제3조 제3항의 문언상으로는 상품이나 용역뿐 아니라 사업자간에 비교하는 경우도 비교광고에 포함되는 것으로 해석된다. 심사지침은 이 경우에 대해서는 별다른 설명이 없다. 상품등에 관한 비교는 없이 국적이나 종교 등 단지 경쟁사업자의 개인적인 사항을 자신과 비교하는 광고(persönlich vergleichende Werbung)에 관하여 독일에서는 이 또한 비교광고에 해당한다고 보되, 원칙적으로 허용되지 않는다고 한다.⁷⁾ 상품등과 무관한 사

6) 서울고법 2004.4.29. 선고 2003누6650 판결, 대법원 2004.10.14. 선고 2004두5112 판결.

향을 비교하는 것 또한 소비자의 합리적 선택에 영향을 미칠 의도와 효과를 가질 수 있다는 점에서 수긍할 수 있을 것이다. 다만, 이러한 사적인 비교광고의 경우 통상적인 방법으로 부당성을 판단할 수 있을지는 의문이며, 본질적으로 거짓·과장광고나 비방광고의 관점에서 파악하는 것이 타당할 수도 있다.

끝으로 비교광고에는 일반적으로 경쟁사업자의 상품이나 서비스에 대한 비교가 있어야 하며, 암묵적이거나 간접적인 비교도 무방하다. 다만, 엄밀한 의미에서 ‘비교’가 반드시 포함되어야 하는지는 의문이며, 다른 경쟁사업자의 상품이나 서비스를 비교하지 않고 단지 경쟁사업자나 그의 상품, 서비스를 적시하는 것만으로도 비교광고에 해당할 수 있는지 여부이다. 긍정하여야 할 것이다.⁸⁾ 참고로, 독일 부정경쟁방지법(Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb) 제6조 제1항이나 유럽공동체 지침 2006/114 제2조 c호에 따르면 엄밀한 의미에서 비교없는 비교광고도 가능한 것으로 해석되고 있다. 즉, UWG 제6조 제1항은 비교광고를 직접 또는 간접으로 경쟁사업자나 경쟁사업자가 제공하는 상품·용역을 인식토록 하는 모든 광고로 정의하고 있는바,⁹⁾ 상품이나 서비스 외에 경쟁사업자를 단지 인식하도록 하는 것도 비교광고에 포함시키고 있기 때문이다.

UWG 제6조 제1항의 문언만 보자면 ‘비교’가 명시적으로 규정되어 있지 않기 때문에 학설도 긍정설과 부정설이 나뉘어 있다. 제6조 제2항 1호와 2호를 들어 제1항의 적용범위를 상품·서비스의 직접적인 비교에 한정하려는 견해도 있으나, 여전히 제1항을 비교광고에 대한 ‘법적 정의’(Legaldefinition)로 파악하는 입장에서는 이에 동의하기 어려울 것이다. UWG 제6조가 상품·서비스의 비교에 국한되는 것은 아니지만(5호 참조), 적어도 1호와 2호는 목적론적 해석상 상품·서비스의 비교에 한정하여 적용되어야 한다는 견해가 지배적이다.

2. 여타 부당한 광고와의 구별

비교광고는 경쟁사업자나 경쟁사업자의 상품 등과 대조하는 내용이 포함되는 점을 빼고는 여타의 광고와 마찬가지로, 따라서 일견 거짓·과장이나 기만 또는 비방의 성격을 아울러 가질 수 있다.¹⁰⁾ 이 점에서 보자면 비교광고란 통상의 광고 중에서 ‘비

7) Koos, in: Feser(hrg.), UWG Lauterkeitsrecht, 2010, §6 Rn.24.

8) 같은 취지로 박성용·정용수·송민수, 「비교광고와 경쟁정책에 관한 연구」, 한국소비자원 정책연구보고서 09-12, 2009, 71쪽.

9) UWG 6 (1) Vergleichende Werbung ist jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht.

10) 이들 개념의 상호 중첩가능성과 경계의 모호함에 대한 문제제기로는 조재영, 앞의 글, 432쪽 이하.

교'의 특성, 특히 현행법상으로는 비교수단이 부당한 다분히 특수한 광고유형이라고 이해할 수 있고, '비교'가 갖는 위험성으로 인하여 별도의 준칙이 필요하게 된다. 따라서 어떤 광고가 비교의 성격을 갖는 경우에는 먼저 부당한 비교광고 여부를 살펴봐야 하고, 거짓·과장이나 기만광고 또는 비방광고는 비교광고에 해당하지 않는 경우에만 적용된다고 해석해야 할 것이다.¹¹⁾

(1) 거짓·과장광고와의 관계

비교광고가 성립하기 위해서 반드시 경쟁사업자의 상품이나 서비스 보다 우량 또는 유리하다는 내용 또는 경쟁사업자의 상품이나 서비스가 보다 열등하다는 내용이 포함되어야 하는가? 표시·광고법 시행령 제3조 제3항에 따르면 비교광고의 개념에 이러한 요소가 포함되어 있는 것으로 해석할 수밖에 없어 보인다. 문제는 오로지 자기 또는 자기의 상품이 우량 또는 유리하다는 근거가 명확하지 않거나 아예 없는 경우일 것이다.

그런데 비교대상 및 비교기준을 분명히 밝히지 않거나 객관적인 근거 없이 경쟁사업자의 상품이나 서비스 보다 우량 또는 유리하다는 내용을 광고하는 경우에는 적어도 현행법의 해석상 비교광고 보다는 오히려 거짓·과장 또는 경우에 따라서 기만적인 광고에 해당한다고 보는 것이 타당할 수도 있다. 서울고법은 자사의 사운드카드와 경쟁사업자의 그것을 비교광고하면서 각 항목별로 '사실과 다르게' 경쟁사업자의 제품이 열등한 것으로 표현한 행위를 부당한 비교광고로 판시한 바 있는데,¹²⁾ 이 경우에는 해당 광고의 본질이 비교보다는 허위에 있다는 점에서 거짓광고로 파악하는 것이 타당하였을 것이다.

(2) 기만·비방광고와의 관계

기만·비방광고는 사실을 은폐·축소하거나 객관적인 근거 없이 비방하는 것 자체에 이미 공정거래를 저해하는 요소를 내포하고 있기 때문에, 굳이 '비교'의 존부를 따질 필요 없이 금지된다. 즉, 기만·비방광고에 있어서 비교는 핵심요소가 될 수 없다.

심사지침은 비교표시·광고와 비방적인 표시·광고와의 관계에 대해서만 입장을 밝히고 있다(V). 그에 따르면 일견 비교형식을 취하고 있더라도 정보제공보다는 다른 사업자의 단점을 부각시켜 실제보다 열등 또는 불리한 것으로 소비자가 오인할 수 있는 경

11) 이와 달리 비교광고와 거짓·과장 등과의 차이를 간과하고 있는 예로는 박성용·정용수·송민수, 앞의 책, 85쪽.

12) 서울고법 1999.2.4. 선고 98누2463 판결.

우에는 비방광고로 본다고 한다. “맥주의 90%는 물 - 그렇다면 강물이나 하천물 등 지표수를 취수하여 오물이나 모래를 가라앉힌 다음 여과, 살균, 소독 등 약품처리과정을 거쳐 정화한 수도물로 만든 맥주를 드시겠습니까? 살균, 여과과정을 전혀 거치지 않은 살아 있는 물로 만든 하이트는 그 맛이 비교될 수 없습니다. 하이트의 순수한 맛은 어디서 오는가? 밥맛은 쌀이 좌우하듯 맥주맛은 물이 좌우합니다. 이것이 여러 단계의 여과, 과, 소독, 살균과정을 거친 수도물로 만든 맥주와 하이트맥주의 차이입니다.”라는 광고에 대하여 공정거래위원회가 이를 비방광고로 보아 금지한 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.¹³⁾

사실에 기초한 비교형식의 광고도 이와 마찬가지로의 기준으로 판단하고 있다. 다만, 심사지침이 제시하는 “표시·광고의 전체 내용이 전달하는 바”가 무엇인지는 개별 사례에서 모호함만 가중할 수 있을 것이다.

III. 비교광고의 부당성

1. 부당성 요건의 특징

표시·광고법은 어떤 표시·광고를 금지하기 위해서 공통적으로 “공정한 거래질서를 해칠 우려”를 요구하고 있다. 표시·광고법이 공정거래법상 부당한 고객유인의 일 유형으로 규제되다가 별도의 법률로 독립하면서도 여전히 이른바 “공정한 거래질서”를 보호법익으로 삼고 있는 것이다. 즉, 어떤 표시·광고가 소비자에게 오인가능성이 있다고 하더라도 당연히 위법한 것이 아니고, 「불공정거래행위 심사지침」이 언급하고 있는 바와 같이 그 경쟁수단이 불공정하여 바람직한 경쟁질서를 저해하는 경우에만 위법성을 갖게 되는 것으로 이해할 수 있다.

이러한 맥락에서 공정거래위원회는 일관되게 부당한 비교광고의 요건을 ① 비교의 대상, 내용, 기준 및 방법 등의 부당성, ② 소비자 오인성, ③ 공정거래저해성의 세 가지로 제시하고 있다. 즉, 비교광고의 경우에는 적어도 형식상으로는 부당성과 공정거래저해성을 준별하여 법문에 충실한 해석을 하고 있는 것이다.¹⁴⁾

소비자 오인성 판단과 관련해서 어떤 광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지의 여부는 ‘보통의 주의력’을 가진 일반 소비자가 당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단한다.¹⁵⁾ 끝으

13) 공정거래위원회 의결 제94-182호, 1994.6.21.

14) 독일 UWG상 비교광고의 위법성은 오로지 오인유발(Irreführung)의 가능성으로 판단한다. 자세한 내용은 Koos, 앞의 책, Rn.295 ff.

15) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002두6965 판결 참조

로, 비교광고를 포함한 부당한 표시·광고에 있어 공정한 거래를 저해한다는 의미는 소비자의 합리적 선택을 방해하여 상품선택을 왜곡함으로써 자기와 거래하도록 만드는 것을 말한다. 그런데 어떤 비교광고가 소비자를 오인시킬 우려가 있다면 당연한 결과로 소비자의 합리적 선택이 왜곡될 것이기 때문에, 실무상 소비자 오인성과 공정거래저해성은 엄밀하게 구분하기 어려운, 동전의 양면과도 같아 보인다.

비교광고에서 야기되는 소비자 오인성은 말 그대로 ‘부당한 비교’에서 비롯되는 것이어야 하고, 단순히 거짓이나 과장, 기만¹⁶⁾ 등에서 비롯된 것이 아니어야 한다. 소비자 오인성은 막연한 가능성으로는 부족하고, 소비자의 합리적인 선택을 효과적으로 교란시킬 수 있어야 할 것이다. 여기서 광고에 명시된 내용뿐만 아니라 비교광고가 제공하는 전체적인 인상 내지 이미지도 소비자 오인성 여부를 판단하는데 매우 중요한 요소가 될 수 있다. 비교광고를 통하여 경쟁사업자나 경쟁상품과 혼동이 생길 우려(Verwechslungsgefahr)가 있는 경우 또한 소비자 오인성을 인정할 수 있는 대표적인 사례일 것이다.¹⁷⁾

사건으로는 공정거래저해성 요건에 나름의 독자적 의미를 부여할 필요가 있는데, 비록 소비자 오인성이 인정되더라도 공정거래를 저해하는 정도가 상당한 수준에 이르지 않는 경우에는 동 요건을 부인할 필요가 있기 때문이다. 비교광고가 갖는 경쟁촉진효과를 감안할 때, 문제된 비교광고의 부당성이 경쟁과정 및 이해관계자에게 상당한 중요성을 갖는 경우에만 금지하는 것이 바람직할 것이다. 그에 따르자면, 수단·방법에 있어서 비교광고의 부당성이나 소비자 오인의 정도는 약하지만 다수의 시장참가자들에게 커다란 영향을 미치는 경우에도 공정거래저해성을 인정할 수 있게 될 것이다. 특히 경쟁사업자의 관점에서 볼 때 모든 비교광고는 자신에게 불리한 효과를 갖는 것이어서 어느 정도 오인가능성이 있더라도 상당성 심사를 통하여 규제대상을 적절히 제한할 필요가 있는 것이다.

2. 실무상 비교광고의 위법성 판단

부당한 비교광고의 금지 여부에 대한 일반원칙은 「비교표시·광고에 관한 심사지침」(이하 “심사지침”)¹⁸⁾에서 정하고 있다. 공정거래위원회의 실무는 예컨대 기만적인 표시·광고의 경우에 표시·광고내용의 기만성, 소비자 오인성 및 공정거래저해성을 요구하고 있으며, 그 연장선상에서 비교광고의 경우에도 비교하는 내용의 표시·광고 외에 소비자 오인성 및 공정거래저해성에서는 별다른 차이를 두지 않는 것으로 보인다.

16) ‘기만’을 넓게 해석할 경우에는 소비자 오인과의 경계가 모호해질 수밖에 없다.

17) Hasselblatt, in: Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3.Aufl., 2005, §44 Rn.63.

18) 공정거래위원회 예규 제235호, 2015.10.23.

다만, 표시·광고법상 ‘부당하게 비교하는 표시·광고’가 거짓·과장이나 기만적이거나 비방적인 표시·광고와 병렬적으로 규정되어 있다는 점에서(법 제3조 제1항 각호), 비교광고 중에서도 그 수단이나 방법이 부당한 광고만이 규제대상 행위에 포함되어 있다는 점이 눈에 띈다. 이때 여타 표시·광고와 달리 비교광고의 부당성이 독자적인 요건인지 등과 관련하여 체계상 지위가 다투어질 소지가 있다.

참고로 독일 UWG 제6조 제2항은 통상적인 오인유발행위에 관한 제5조와 별도로 비교광고에 고유한 위법성과 관련하여 다음과 같이 6가지 유형을 열거하고 있다.¹⁹⁾

- ① 동일한 수요나 용도를 갖지 않는 상품이나 용역과의 비교
- ② 해당 상품의 본질적이고 중요하며 검증가능하고 전형적인 특성이나 가격과 객관적으로 무관한 비교
- ③ 거래상 광고자와 경쟁사업자 사이 또는 이들이 제공하는 상품이나 용역, 이들이 사용하는 표시 사이에 혼동의 위험을 야기하는 비교
- ④ 경쟁사업자가 사용하는 표시의 명성을 부당하게 유용하거나 저해하는 비교
- ⑤ 경쟁사업자의 상품이나 용역, 활동이나 대인 또는 사업관계를 비하하거나 비방하는 비교
- ⑥ 법적으로 보호받는 표시를 붙여 판매하는 상품이나 용역을 모조품으로 서술하는 비교

(1) 심사지침

공정거래위원회의 심사지침은 소비자 오인성이나 공정거래저해성에 관하여는 명시적으로 세부기준을 제시하지 않고, 법문상 요구된 “소비자를 속이거나 또는 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려”(소비자 오인성)가 있는지 여부를 비교대상, 비교기준, 비교내용, 비교방법의 범주로 나누어 사례 중심으로 설명하고, 광고의 다양성과 발전속

19) § 6 Vergleichende Werbung

(2) Unlauter handelt, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich

1. sich nicht auf Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung bezieht,
2. nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist,
3. im geschäftlichen Verkehr zu einer Gefahr von Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den von diesen angebotenen Waren oder Dienstleistungen oder den von ihnen verwendeten Kennzeichen führt,
4. den Ruf des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt,
5. die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft oder
6. eine Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung darstellt.

도 등에 비추어 개개의 사례별로 접근하되, 이들 모든 측면에서 부당하지 않은 비교 광고만을 정당한 비교광고로 인정하고 있다. 심사지침의 내용을 간략히 정리하면 다음과 같다.

가. 비교대상에 관한 사항

비교대상과 관련하여 동일 시장에서 주된 경쟁관계에 있는 사업자의 상품으로서 자기의 상품과 동종 또는 가장 유사한 상품을 자기의 상품과 비교하는 경우에는 부당하게 비교하는 표시·광고에 해당되지 않는다. 따라서 동급의 수동변속기 자동차와 자동변속기 자동차를 대상으로 연비를 비교하여 자기 상품의 연비가 우량한 것처럼 광고하는 행위는 부당하다. 그밖에 자신의 최신 잉크젯 프린터와 경쟁사업자의 구형 잉크젯 프린터에 대하여 출력속도를 비교하는 광고도 마찬가지이다. 한편, 자기를 포함한 패키지형 에어컨 제조 상위 2사가 당해 시장의 75%수준을 점유하고 있고 또한 이들 상위 2사가 소비자 인지도도 높은 상황에서, 시장점유율이 미미하며 소비자 인지도가 떨어지고 기술력도 열등한 중소기업이 제조하는 패키지형 에어컨과의 성능비교를 통하여 자기 상품의 성능이 우수한 것처럼 광고하는 등 소비자의 선택에 있어서 정보로서 가치가 없는 사업자의 상품과 비교하는 광고 또한 원칙적으로 부당하다.

나. 비교기준에 관한 사항

비교기준과 관련하여 가격, 성능, 품질, 판매량, 서비스내용 등의 비교기준이 자기의 상품과 다른 사업자의 상품간에 동일하며, 비교기준이 적정하고 합리적으로 설정된 경우에는 부당하게 비교하는 표시·광고에 해당되지 않는다. 따라서 자기 엔진오일의 상온에서의 성능과 경쟁사업자 엔진오일의 고온 또는 저온에서의 성능을 비교하거나, 자기 맥주의 여름 판매량과 경쟁사업자의 동종 맥주의 겨울 판매량간 비교를 통하여 자기 상품의 판매량이 경쟁사업자에 비하여 월등한 것처럼 광고하는 행위는 부당하다.

아울러 자기의 보험상품은 경쟁사업자의 보험상품과 달리 여러 가지 급여제한사유가 있음에도 불구하고, 이를 명시하지 아니하고 단순히 급여내용만의 비교를 통하여 자기의 보험상품의 급여내용이 경쟁사업자에 비하여 우수한 것처럼 광고하는 등 표시·광고에 나타나지 아니한 사항이 당해 표시·광고상 비교기준과 불가분의 직접적 관계에 있어 소비자의 선택에 중대한 영향을 미치는 사항임에도 불구하고, 이를 명시하지 아니함으로써 소비자를 속이거나 또는 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경

우에도 부당한 비교광고가 성립한다.

다. 비교내용에 관한 사항

비교내용과 관련하여 비교내용이 진실되고 소비자의 상품선택을 위하여 유용한 경우에는 부당하게 비교하는 표시·광고에 해당되지 않는다. 경쟁사업자의 슬라이스 치즈의 우유함유량이 자기의 표시·광고 이전에 이미 상당히 증가되었음에도 불구하고 이를 알지 못하여 경쟁사업자의 슬라이스 치즈의 과거 우유함유량을 표시·광고상에 제시함으로써, 사실과 다르게 자기의 슬라이스 치즈의 우유함유량이 경쟁사업자에 비하여 2배 이상 많은 것처럼 광고하는 행위가 여기에 해당한다.

맥주를 제조하는 과정에서의 열처리 여부가 객관적으로 맥주맛의 우열을 결정짓는 것이 아님에도 불구하고 이를 근거로 자기의 비열처리 맥주가 경쟁사업자의 열처리 맥주에 비하여 맛의 우위를 점하는 것처럼 광고하는 등 비교사항의 내용상 차이가 객관적으로 의미가 없거나 아주 근소하여 성능이나 품질 등에 미치는 영향이 미미한데도 불구하고 그 차이가 성능이나 품질 등에 중대한 영향을 미치는 것처럼 비교하는 광고도 원칙적으로 부당하다.

라. 비교방법에 관한 사항

비교방법과 관련하여 객관적이고 공정하게 비교가 이루어지고, 시험·조사 결과를 인용할 때 그 내용을 정확하게 인용하는 경우에는 부당하게 비교하는 표시·광고에 해당되지 않는다. 국제선 비행기의 비즈니스 클래스의 좌석간격을 막대그래프로 표시하고 이와 함께 몇 cm인가를 병기하면서 자기 비행기의 좌석간격이 가장 넓은 것으로 사실에 부합되게 행한 광고는 부당하지 않으나, 자기의 항공요금이 경쟁사업자에 비하여 상대적으로 고가임에도 불구하고, 좌석간격 뿐 아니라 항공요금을 포함한 전체적인 거래조건 면에서 경쟁사업자에 비하여 우수한 것처럼 소비자가 오인할 수 있도록 비교하는 광고는 부당하다.

교통사고가 차량 결함 이외에 운전자의 부주의 등 다양한 원인에 의해서 유발됨에도 불구하고 교통사고의 원인에 대한 종합적인 분석을 하지 아니한 채, 단순히 자기 차량의 교통사고율이 경쟁사업자 차량의 교통사고율보다 낮다는 통계자료만을 인용하여 자기 차량이 경쟁사업자의 차량에 비하여 상대적으로 안전한 것처럼 소비자가 오인할 수 있도록 비교하는 광고도 마찬가지로 부당하다.

(2) 판례

먼저 시행령 제3조 제3항의 문언에 의할 경우 어떤 비교광고가 비교 대상 및 기준을 분명하게 밝히지 아니하거나 객관적인 근거 없이 이루어진 경우에 그것만으로 해당 비교광고를 금지할 것인지 여부가 문제될 수 있다. 판례는 별도로 공정거래저해성을 따지지 않고, 예컨대 그 기준이 적정하고 합리적으로 설정되지 않은 비교광고는 부당한 비교광고에 해당한다는 입장을 취하고 있다.²⁰⁾ 중외산업 사건에서 동사가 일산화탄소 등 유해가스 배출량의 감소와 연료절감 등을 위하여자동차 연료에 첨가하는 엔진내부세척제로 생산·판매하는 '엔팍'을 경쟁사업자가 생산·판매하는 엔진내부세척제인 '불스원샷'과 비교하는 광고를 신문 등에 게재하면서, 제작사·제작연도 및 차종이 다른 차량에 '엔팍'과 '불스원샷'을 각 사용하여 유해가스 배출량 감소비율을 측정해 결과 '엔팍'을 사용한 차량의 유해가스 배출량 감소비율이 2배 정도 커 '엔팍'의 품질과 성능이 더 우수하다는 취지로 광고하였는데, 비록 유해가스 배출량 감소비율 측정에 사용된 차량의 배기량이 비슷하고 그 배출가스허용기준이나 보증기간 등이 같다고 하더라도 차종이나 제작연도 등에 따라 유해가스 배출량이 달라질 수 있는 점 등에 비추어 보면 그 광고의 비교기준이 적정하고 합리적으로 설정된 것으로 보기 어려우므로, 동사의 광고행위는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 '부당하게 비교하는 광고'에 해당한다고 판단하였다. 즉, 비교기준의 적정성 내지 합리성은 비교광고 해당 여부가 아니라 부당성의 문제라는 것이다. 일응 법 제3조의 문리적 해석이라는 측면에서 이해할 수 있는 부분이다. 그밖에 비교대상 및 비교기준이 명확하더라도 광고내용 중 사실에 관련된 사항을 보여주기 위한 조사가 객관적이고 타당한 방법으로 이루어지지 못한 경우에는 부당하게 비교하는 표시·광고에 해당될 수 있다는 판결²¹⁾ 또한 위와 동일한 맥락에서 이해할 수 있다.

(3) 소결

표시·광고의 위법성은 소비자에 대한 오인가능성에 핵심이 있다는 점에서 비교광고가 어떤 수단과 기준, 방법에 따라 이루어졌는지, 객관적인 근거가 있는지 여부만으로 판단하기 어렵다. 따라서 비교광고의 부당성은 이러한 요소들을 감안하여 결국 소비자의 오인가능성 여부를 중심으로 살펴보아야 할 것이다. 그리고 소비자 오인성을 판단함에 있어서는 과연 어떤 소비자상(Verbraucherleitbild; consumer model)을 기

20) 대법원 2003.2.26. 선고 2002다67062 판결.

21) 대법원 2003.3.31. 선고 2002마4109 결정.

준으로 삼을 것인지, 이를테면 합리적인 소비자 또는 충동적인 소비자 중 어느 관점에서 접근할 것인지가 매우 중요한 의미를 갖게 된다.²²⁾ 판례는 ‘보통의 주의력을 가진 일반 소비자’의 관점에서 오인성을 판단한다고 하나,²³⁾ 이것이 ‘평균적인’ 소비자라는 의미라면 그리 유용한 개념으로 보기 어렵다.

3. 비교광고에 고유한 부당성 요소

전술한 바와 같이 공정거래위원회 실무나 판례상 어떤 비교광고가 비교대상 및 기준을 분명하게 밝히지 아니하거나 객관적인 근거 없이 이루어졌는지 여부가 부당성 내지 위법성의 핵심요소로 고려되고 있다. 문제는 구체적인 사례에서 비교대상 및 기준이 분명하지 않거나 특히 객관적인 근거가 없는 점과 허위·과장이나 기만 등과 제대로 준별되지 못하고 있다는 점이다. 즉, 비교광고가 갖는 고유한 위법성 징표는 단순한 허위·과장이나 기만과 달리 적절하지 못한 ‘비교’에서 비롯되는 것이라는 점을 감안할 때, 부당성 판단시 다음과 같은 사항을 보다 적극적으로 고려할 필요가 있어 보인다.

(1) 비교대상의 적절성(appropriateness)

심사지침에서 자기의 상품등과 동종 또는 유사한 상품을 비교하는 경우에 이를 일견 정당한 비교광고로 보는 태도 자체는 지극히 당연하다. 즉, 사과와 배, 쇠고기와 돼지고기의 비교광고는 비교대상으로서는 적절한 것이다. 동일한 용도나 목적을 갖지 않는 상품을 비교할 경우에는 이들은 상호 객관적으로 비교가능하지 않기 때문이다. 따라서 다양한 브랜드의 특성을 비교하는 것, 이를테면 이통3사의 요금을 비교하는 광고는 원칙적으로 적절하다. 이와 같은 맥락에서 동일 브랜드의 상품이라도 상이한 판매업자들이 가격비교를 하는 경우에 비교광고가 성립할 뿐만 아니라 일응 적절하다고 할 것이다.

다만, 심사지침에서 비교대상들이 주된 경쟁관계에 있을 것을 요구하는 것은 일차적으로 소비자의 관점에서 비교가능성을 판단해야 한다는 태도로 이해할 수 있는바, ‘선물용’ 꽃과 차(茶)와 같이 경우에 따라서는 광고의 전체적인 맥락상 용도 면에서의 경쟁 내지 대체가능성이 인정될 수도 있을 것이다. 다만 기능 내지 성능에 관한 한 전문적인 지식을 요하는 사업자나 제3자의 관점에서 파악해야 할 경우도 충분히 상정할

22) 유럽 및 독일의 소비자모델과 오인유발에 관해서는 Sebastian Ulbrich, Der BGH auf dem Weg zum normativen Verbraucherleitbild, WRP 2005, 940쪽 이하.

23) 대법원 2002.2.28. 선고 2002두 6170 판결.

수 있어 보인다. 공정거래위원회의 실무도 일련의 사건에서 이처럼 제3자의 객관적 관점을 충분히 고려하고 있는 것으로 보인다. 예컨대, 전술한 수신오가피 사건에서 오가피와 가시오가피가 효능이 전혀 다르다는 것은 일반 소비자로서는 알 수 없는 것이고, 오히려 동종의 사업자나 제3자의 전문가 입장에서 비교가능성을 파악한 것으로 볼 수밖에 없다.

한편, 법률상 구분되는 상품들을 비교하는 경우에 객관적인 비교가능성이 인정될 수 있을지는 쉽지 않은 문제이다. 예컨대, 의약품과 건강기능식품을 기능 내지 효능 면에서 비교하는 경우가 그러하다. 결국 비교광고를 규제하는 목적, 즉 오인가능성으로부터 소비자를 보호하려는 취지에 비추어 볼 때, 소비자의 관점에서 대체가능한 것으로 고려되는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 의약품과 건강기능식품을 비교하는 광고 또한 비교대상의 관점에서 그 자체로는 적절한 것으로 파악해야 할 것이다.

(2) 비교내용의 중요성(materiality)

비교광고의 내용은 자기와 경쟁사업자의 상품등의 가격이나 품질·성능·효능 등 광의의 특성이어야 하며, 소비자의 선택에 영향을 미칠 수 있는 요소들을 널리 포함한다. 상품등의 평가와 선택에 영향을 미칠 수 있는 원산지나 내구성, 친환경성, 성분이나 주요 작용, 호환성이나 안전성 등을 들 수 있다. 반면 주관적인 느낌(이렇게 하면 좋다, 나쁘다 또는 달다, 짜다 등)은 상품등의 특성에 해당되지 않을 것이다. 이러한 광고는 경우에 따라서 기만광고에 해당될 수 있을 것이다.

가격비교의 문제는 매우 난해한 점을 내포하고 있는바, 가격은 제품의 특성과 밀접하게 관련되어 있으나 제품 자체를 구성하는 특성은 아니기 때문이다.²⁴⁾ 다만, 품질이나 성능이 가격과 결부되어 광고되는 경우에는 가격비교 또한 비교광고에 해당할 수 있을 것이다. 이때, 가격비교라고 해서 모든 경쟁사업자와 비교할 필요는 없고, 비교가능한 상품이라면 특정 경쟁사업자의 가격과 비교하는 광고는 그 자체로서 적절하다고 할 것이다. (유)오지정(아웃백스테크) 사건²⁵⁾에서 “할인된 가격을 비교해보세요”라는 제목아래 경쟁사업자인 T레스토랑 및 B레스토랑의 제품과 가격비교를 함에 있어 비교기준을 달리하여 자신이 보다 저렴한 것처럼 광고한 사례가 여기에 해당한다.

관건은 비교내용이 상품등의 중요한 특성 내지 무시할 수 없을 정도로 중요한 특성

24) 비교광고에 관한 유럽지침 2006/114는 가격을 제품의 특성 중 하나로 명시하고 있는 반면, 독일에서는 이를 제품특성으로 보지 않는다. THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, DIRECTIVE 2006/114/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising, Art.4 (a).

25) 공정거래위원회 의결(약) 제2002-149호, 2002.9.17.

이어야 하며, 지극히 사소한 특성을 비교하는 것은 오히려 소비자에게 잘못된 인상을 심어주고 그 결과 합리적인 선택을 왜곡할 소지가 있다는 점에서 부당하다고 볼 소지가 있다. 이를 달리 표현하자면 비교내용은 소비자의 선택 내지 의사결정에 상당한 또는 적어도 무시할 수 없는 영향을 미칠 수 있을 정도의 중요성을 가진 특성이어야 하는 것이다. 달리 표현하자면 그러한 특성은 해당 상품의 가치를 보여주는 대표적인 내용이어야 할 것이다. 이른바 비교내용의 대표성 내지 전형성(representativeness)에 관한 요구이다.²⁶⁾

(3) 비교내용의 실증가능성(verifiability)

비교광고의 내용은 상품등의 객관적 특성으로서, 제3자인 전문가를 통해서 내용의 진실성이 사후에라도 실증될 수 있는 것이어야 한다. 비교광고는 본질적으로 객관적 사실을 내용으로 하기 때문이다. 표시·광고법상 객관적 근거 없는 비교광고를 부당성의 기초로 삼고 있는 것과 맥락을 같이 하며,²⁷⁾ 일찍이 미국 연방거래위원회의 비교광고에 대한 개념정의에서도 이 점은 비교적 명확해 보인다.²⁸⁾ 비교광고의 부당성 판단에 있어서 실증가능성을 따지는 이유는 이를 통하여 광고내용의 객관성과 투명성을 보장하여, 궁극적으로 소비자의 합리적인 선택을 용이하게 하려는 데에 있다.

실증가능성 내지 객관적 근거의 요구가 갖는 시사점은 어떤 상품에 대한 이미지나 평판 등 주관적 가치판단과 객관적 사실을 구분하여야 한다는 데에 있는바, 구체적인 사례에서 양자의 경계가 언제나 명확한 것은 아니고 일견 유동적일 수 있음에 유의하여야 한다.

26) BGH WRP 2004, 739/745 “Genealogie der Düfte”.

27) 계승균, “비교광고의 부당성에 관한 소고”, 법학연구 제46권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2005, 22쪽.

28) FTC. Statement of Policy Regarding Comparative Advertising, Washington D.C., Aug.13 1979. 그에 따르면 비교광고란 “경쟁 브랜드에 대하여 객관적으로 측정할 수 있는 속성이나 특징 또는 가격을 비교하는 광고로서, 이름이나 설명 또는 기타 특징적인 정보에 의하여 경쟁브랜드를 특정할 수 있을 것”을 말한다.

IV. 맺는말

1. 비교광고를 규제하는 목적도 여타의 부당한 광고와 마찬가지로 소비자에 대한 올바른 정보제공과 시장투명성을 제고하는 데에 있다. 따라서 소비자선택을 왜곡하거나(소비자 오인성) 또는 경쟁(자)를 침해할 우려(공정거래저해성)가 있는 비교광고는 금지되어야 하며, 이와 같은 규제목적에서 금지-허용의 기준이 도출될 수 있다. 허위·과장광고 등과의 위법성 징표를 명확하게 구분하기 위해서도 ‘비교광고’의 개념은 그 실질에 맞게 객관적으로 정의하는 것이 바람직하고, 비교광고의 수단에 따라 ‘부당하게’ 여부를 규제대상 단계에서 판단할 것은 아니다.
2. 표시·광고법상 비교광고의 위법성은 비교수단의 부당성과 그로 인한 소비자오인성, 그리고 공정거래저해성이라는 세 가지 요건이 충족되어야 인정된다. 그런데 비교광고의 개념 및 범위가 명확하지 않고, 사실상 비교수단의 부당성만으로 위법성이 좌우되고 있어서 비교광고의 위법성 판단기준이 충분히 체계화되어 있지 못하고 있다. 입법론으로는 비교수단의 부당성 부분을 삭제하고, 소비자 오인성과 공정거래저해성으로 요건을 정비하는 것이 바람직할 것이다. 위법성 요건과 관련해서는 비교광고의 고유한 특성을 기초로 거짓·과장이나 기만과는 다른 형태의 소비자 오인성에 착안할 필요가 있다. 아울러 소비자에게 오인을 야기할 우려가 있는 비교광고라도 오인성이 상당하지 않거나 공정거래에 미치는 부정적 영향이 크지 않은 경우에는 비교광고를 허용하지 않는 것이 경쟁촉진의 관점에서 바람직할 것이다.
3. 이 글에서는 다루지 않았으나, 비교광고는 경우에 따라서 경쟁사업자의 상표권과 이해상충을 가져올 수 있다. 사업자가 자신의 브랜드와 경쟁브랜드를 비교하는 과정에서 경쟁사업자의 상표를 함께 표시하는 경우가 그러하다. 유럽의 경우 자기 상품과의 구별을 목적으로 타인의 상표를 표시한 경우에는 상표권 침해로 보지 않는바, 참고할 만하다.²⁹⁾ 이러한 맥락에서 표시·광고법과 상표법, 부정경쟁방지법과의 관계에 대해서도 추가로 논의가 필요할 것이다.³⁰⁾
5. 끝으로 표시·광고법의 역외적용에 대해서도 고민이 필요하다. 약관과 마찬가지로 상품·서비스와 더불어 광고에도 국경이 없다. 특히, 인터넷 내지 모바일을 통한

29) 그밖에 2005년 Gillette Company/LA-Laboratories 사건에서 유럽법원은 직접적인 비교없이 단지 주된 제품인 면도기의 상표를 거명하며 Rasierklingen이라는 악세사리를 광고한 행위가 허용되는지가 문제되었는데(LA-Laboratories는 면도기뿐만 아니라 악세서리 시장에서도 Gillette의 경쟁사업자였음), 이 경우에는 의문의 여지없이 비교광고가 성립하지 않는다는 전제 하에 비교광고지침이 아니라 오로지 상표지침 89/104 제6조 제1항 c호의 기준에 따라 판단하였다.

30) 참고로 미국에서 비교광고를 실질적으로 규제하는 법률은 상표법, 즉 Lanham Act 제43조 a항과 제35조이다. 동법의 내용에 대해서는 김종호, 경쟁의 촉진도구로서 비교광고의 법적 측면“, 동아법학 제51호, 2011년, 403쪽 이하.

상거래가 보편화하면서 한 사업자의 (홈페이지 또는 방송) 광고는 그 자체가 글로벌하게 영향을 미치게 된다. 여기서 국내사업자의 외국제품과의 비교광고 또는 외국사업자의 국내제품과의 비교광고에 대하여 위법성 판단기준과 집행수단의 조화를 모색할 필요가 있다. 국경을 넘어 글로벌하게 통일된 비교광고를 안전하게 행할 수 있도록 외국의 입법례에 대한 검토를 통하여 비교광고에 관한 글로벌 기준을 마련하는 일이 시급해 보인다.

토 론 문

법무법인(유) 화우
변호사 윤신승

표시광고법상 부당한 비교광고의 법리에 관한 논의가 많지 않은 상황에서, 이봉의 교수님의 발제문은 비교광고에 관하여 제기될 수 있는 주요한 쟁점들에 관한 논의의 장을 제공하여 주시는 글로서 학술적으로나 실무적으로 매우 가치가 높다고 생각합니다. 다만, 교수님의 글을 읽고 또 오늘 발표를 들으면서 가지게 된 몇 가지 의문에 관하여 질문을 드리고자 하며, 혹시 교수님의 발제에 대한 저의 이해 부족에 기인한 토론이 될 지라도 너그러이 이해하여 주시기 바랍니다.

1. 교수님께서서는 건강식품과 유명 발기부전치료제를 비교하는 광고가 문제되었던 '벤트리 사건'과 관련하여, 이 사건에서 문제된 건강식품과 발기부전치료제는 동일한 시장에서 경쟁관계에 있는 상품으로 볼 수 없다는 점에서 '비교광고' 자체가 성립할 수 없고, 따라서 부당한 비교광고가 아니라 거짓광고로 보는 것이 타당하다는 의견을 제시하고 계십니다. 그런데, 비단 '벤트리 사건'뿐만 아니라 '수신오가피 사건' 역시 비교의 기준, 내용 및 방법 등의 측면에서 거짓·과장·비방의 요소가 포함되어 있었던 사건이라 할 수 있으며, 그 밖에 공정거래위원회가 부당한 비교광고로 판단한 다른 사례들 역시 그 비교의 대상, 기준, 내용 및 방법 측면에서 거짓·과장 표현이 있음으로 인해 공정거래위원회가 비교광고로 의율하지 않았다면, 거짓·과장광고 또는 기만광고로 판단할 수 있는 사례들이 적지 않을 것으로 보입니다. 또한, 교수님께서도 공정거래위원회 또는 법원에서 다루어진 구체적인 사례에서 비교대상 및 기준이 분명하지 않거나 특히 객관적인 근거가 없다는 점이 거짓·과장광고 또는 기만광고의 인정 기준과 준별되지 못하고 있다는 점을 지적하고 계십니다.

이상과 같은 점에 비추어 보면, 교수님의 발제에도 불구하고 구체적인 사안에서 과연 부당한 비교광고 이외의 다른 유형, 즉 거짓·과장 광고, 기만광고 또는 비방 광고에는 해당하기 어려운 반면에 오직 부당한 비교광고로서만 규제할 수 있는

경우를 상정하는 것이 가능한지, 보다 근본적으로는 과연 부당한 비교광고를 독자적으로 규제하는 실익이 무엇인지 의문이 들기도 합니다. 이와 관련하여 교수님께서 보충해 주실 수 있는 말씀이 있으신지요?

2. 위 질문과 유사한 취지가 될 수도 있겠습니다만, 교수님께서서는 어떤 광고가 비교의 성격을 갖는 경우에는 먼저 부당한 비교광고 여부를 살펴 보아야 하고, 거짓·과장이나 기만광고 또는 비방광고는 비교광고에 해당하지 않는 경우에만 적용된다고 해석해야 한다는 견해이신데, 오히려 거짓·과장광고, 기만광고 또는 비방광고 중 어느 하나에도 해당하지 않는 경우라면, (비교광고가 가지는 경쟁촉진적 성격에 비추어 볼 때) 그와 같은 비교광고는 전면적으로 허용하는 것이 바람직하지 않은지요?

3. 마지막으로, 교수님께서서는 “비교광고의 개념” 부분에서 「건강식품과 발기부전 치료제와 같이 동일한 시장에서 경쟁관계에 있는 상품으로 볼 수 없는 경우는 비교기준이나 객관적 근거의 유무를 따지기 이전에 ‘비교광고’ 자체가 성립하지 않는 것으로 보아야 한다」고 설명하시는 한편, “비교광고에 고유한 부당성 요소” 중 한 가지로서의 “비교대상의 적절성”을 설명하심에 있어서는 「비교광고를 규제하는 목적, 즉 오인가능성으로부터 소비자를 보호하려는 취지에 비추어 볼 때, 건강식품과 의약품을 비교하는 광고 또한 비교대상의 관점에서 그 자체로는 적절한 것으로 파악해야 할 것」이라는 의견을 제시하고 계신데, 혹시 이는 서로 모순되는 설명이 아닌지요?