

# 공정거래법 심결사례 해설 및 평석

정호열 / 아주대학교 법학부 교수

## 진로쿠어스맥주(주)의 부당광고행위에 대한 평석

· 1997. 3. 3. 공정거래위원회 심결 / 사건번호 9601 광고 1428

### 사실 개요

진로쿠어스맥주주식회사(이하 “피심인”)는 주류의 제조·판매업을 영위하는 사업자이다. 진로쿠어스는 자신이 제조·판매하는 「카스맥주」에 대하여, “가장 맛있고 신선한 맥주는 전혀 열을 가하지 않은 100% 비열처리맥주”, “맥주의 본고장, 독일에서는 100% 비열처리맥주만 만든다”, “일본의 기린 맥주는 세계 최첨단공법으로 가장 맛있기 때문에 비열처리로 돌아섰다”, “국내맥주 중 100% 비열처리맥주는 카스밖에 없다”고 객관식 문답형식으로 구성한 광고와 “열을 가했다 식힌 맥주보다 열을 가하지 않은 맥주가 훨씬 맛있으니까”의 표현을 사용한 광고를 조선일보 등 4개 중앙일간지에 1996년 9월 19일~24일의 기간 동안 4회에 걸쳐 광고하였다.

### 심결 요지

(1) “가장 맛있고 신선한 맥주는 전혀 열을 가하지 않은 100% 비열처리맥주”, “열을 가했다 식힌 맥주보다 열을 가하지 않은 맥주가 훨씬 맛있으니까”의 표현

비열처리맥주, 즉 열처리를 하지 아니한 맥주의 경우 종전에 비해 다소 향상된 기법을 사용하여 열처리과정 없이 효모 등을 제거하고 있다. 그러나 맥주의 맛은 그 원료인 맥아, 호프, 부원료 등의 종류나 그 배합비율 및 담금, 발효 및 여과 등의 여러 제조공정의 복합적인 기술에 의해서도 좌우되며, 또한 소비자의 기호에 따라서도 달리 평가될 수 있다.

그럼에도 불구하고 피심인이 위와 같은 표현을 사용하여 오직 열처리 여부만이 맥주의 맛을 결정하는 유일한 요소이며, 또한 비열처리맥주가 더 맛있는 맥주인 것처럼 광고한 행위는 사실과 다르게 소비자를 오인시키거나 오인시킬 우려가 있는 행위로 인정된다.

**(2) “맥주의 본고장, 독일에서는 100% 비열처리맥주만 만든다”라는 표현**

피심인이 이 광고의 근거로서 독일 Brauerei Herenhausen이라는 맥주회사의 직원이 피심인에게 보낸 서신을 제시하고 있으나, 이 자료에서도 ‘독일에서는 100% 비열처리맥주만 만든다’는 표현은 없다. 그리고 실제에 있어서도 독일 맥주시장의 경우 대규모 맥주회사들(Holsten Brau사, Lowen Brau사 등)이 저온살균기 및 고온의 순간살균기를 사용하는 등 열처리를 하여 맥주를 제조하고 있다. 위의 사실에 비추어 볼 때, 피심인이 “독일에서는 100% 비열처리맥주만을 만든다”라고 한 표현은 사실과 다르게 소비자를 오인시키거나 오인시킬 우려가 있는 행위로 인정된다.

**(3) “일본의 기린맥주는 세계 최첨단공법으로 가장 맛있기 때문에 비열처리로 돌아섰다”라는 표현**

피심인이 위 표현의 근거로 제시하고 있는 ‘일본경제신문’ 1996년 1월 9일자 「기린 Lager도 생으로」라는 기사에 의하면, 일본 맥주회사의 대표격인 ‘기린맥주사’가 자신의 “Lager맥주”를 열처리맥주에서 생맥주(비열처리)로 전환하게 된 것이지, 비열처리한 맥주가 세계 최첨단공법으로 만들어져 가장 맛있기 때문에 전환했다는 표현은 없다. 또한 ‘일본식품정보(주간지)’ 제290호(1996. 1. 13. 자)에 게재된 기린맥주사 관련기사에 의하면, “대형브랜드 중 유일하게 열처리방식으로 제조해 온 「라거」를 비열처리제품인 「생」으로 교체하는 이유는 무엇이며, 그 맛에는 변화가 있는가”라는 기자의 질문에 대하여 기린맥주사는 “1995년의 판매가 전년을 밑돈데 대한 반성으로 상품의 쇄신을 위해 소비자 욕구가 강한 「생」을 선택하게 되었고, 또한 맛의 변화는 발효도를 높이고 아로나호프의 사용방법을 바꾸었기 때문이지, 그것이 열처리·비열처리의 차이 때문에 변한 것은 아니다”라고 답변하고 있다.

이러한 점을 감안할 때, 피심인이 위와 같이 “세계 최첨단공법으로 가장 맛있기 때문”이라는 표현을 사용하여 광고한 행위는 객관적인 근거도 없이 사실과 다르게 소비자를 오인시키거나 오인시킬 우려가 있는 행위로 인정된다.

**(4) “국내맥주 중 100% 비열처리맥주는 카스 밖에 없다”라는 표현**

피심인은 국내에서 생산되는 비열처리맥주로 피심인 제품 “카스” 외에 조선맥주주식회사의 “하이트” 및 오비맥주주식회사의 “아이스” 등이 있기는 하나, 피심인의 경우는 공장설립 때부터 비열처리 맥주의 생산을 염두에 두고 전공정을 최첨단 설비로 갖추었고, 또한 비열처리맥주 생산의 세계적인 기술과 노하우를 도입하였으며, 국내 최고의 비열처리맥주 생산공정을 구축했기 때문에 국내에서 생산되는 비열처리맥주 중에서 100% 비열처리맥주는 유일하게 자신의 “카스”맥주 뿐이라고 주장하고 있다.

다른 회사의 제품(하이트나 아이스)의 경우도 비열처리의 공법 및 공정 등에는 다소 차이가 있을지 모르나, 열을 가하지 아니한 비열처리맥주인 점에는 피심인의 제품과 다를 바 없고, 또한 비열처리맥

주가 그 의미상 제조과정에서 열을 가하지 아니한 맥주를 의미하므로 비열처리를 50%만 했든지 70%만 했든지 하는 표현은 있을 수가 없다.

그럼에도 불구하고, 피심인이 자신의 제품에 대하여 '100% 비열처리맥주' 라고 표현한 행위는 국내에서 자신의 제품 외에는 비열처리맥주가 전혀 없는 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있는 행위로 인정된다.

**(5) 이상의 사실을 종합하여 볼 때, 피심인의 행위는 법 제23조 제1항 제6호, 불공정거래위의 유형 및 기준(공정거래위원회 고시 제1995-6호, 1995. 7. 8.) 제9조 제1호가 규정하고 있는 허위광고행위로 인정된다.**

### 법령의 적용

피심인의 행위에 대하여는 법 제24조의 규정을 적용하여 주문과 같이 의결한다.

#### (주문)

1. 피심인은 자신이 제조·판매하는 "카스맥주"에 대하여 광고함에 있어 다음과 같이 소비자를 오인시킬 우려가 있는 허위광고행위를 하여서는 아니된다.

- 가. "가장 맛있고 신선한 맥주는 전혀 열을 가하지 않은 100% 비열처리맥주", "열을 가했다 식힌 맥주보다 열을 가하지 않은 맥주가 훨씬 맛있으니까" 등 열처리 여부가 맥주의 맛을 결정하는 유일한 요소이며, 따라서 열처리를 하지 아니한 맥주가 더 맛있는 맥주인 것처럼 광고하는 행위.
- 나. 독일의 경우 맥주를 제조함에 있어 열처리를 하지 않는 맥주회사가 있음에도 불구하고, "맥주의 본고장, 독일에서는 100% 비열처리맥주만 만든다"라고 표현함으로써 독일에서는 열처리를 하지 아니한 맥주만 제조하는 것처럼 광고하는 행위.
- 다. 일본의 기린맥주사가 비열처리맥주를 제조하게 된 이유에 대하여 언급함에 있어 "세계 최첨단 공법으로 가장 맛있기 때문에"라고 표현함으로써 객관적인 근거도 없이 비열처리맥주를 최첨단공법에 의한 우수한 제품인 것처럼 광고하는 행위.
- 라. 국내 다른 맥주회사의 제품 중에 열처리과정 없이 만든 맥주가 있음에도 불구하고, "국내 맥주 중 100% 비열처리맥주는 카스 밖에 없다"라고 표현함으로써 자신의 제품만이 열처리를 하지 아니한 맥주인 것처럼 광고하는 행위.

2. 피심인은 이 시정명령을 받은 날부터 30일 이내에 위 1. 의 행위를 함으로써 독점규제 및 공정거래에 관한 법률을 위반하였다는 사실을 이 건과 관련하여 이미 광고한 3개 중앙일간지에 5단×37cm의 크기로 평일에 1회 게재함으로써 공표하여야 한다. 단, 공표관련 대상일간지의 범위, 게재면, 문안 및 활자크기는 사전에 공정거래위원회와 협의를 거친 것이어야 한다.

## 해설 및 평석

### 1. 총설

불공정거래행위의 유형 및 기준에 관한 고시 제9조 본문은 부당한 표시, 광고에 관하여 “사업자의 규모, 연혁, 생산시설, 기타의 내용 또는 상품이나 용역의 가격, 수량, 재료, 성분, 품질, 규격, 함량, 원산지, 제조원, 제조방법, 효능, 기타의 내용이나 거래조건에 관하여 다음 각호의 1에 해당하는 내용으로 표시, 광고하여 소비자를 오인시킬 우려가 있는 행위”로 정하고, 그 하위유형으로서 허위과장 표시광고, 기만적인 표시광고, 부당한 비교표시광고, 그리고 비방표시광고 등의 네가지를 열거하고 있다.

고시 제9조는 공정거래법 제23조 제1항 제6호의 “허위 또는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 표시광고행위”를 보다 구체화한 것인데, 실제로 이 부당한 표시·광고는 공정거래위원회가 심의한 불공정거래행위의 유형 중 가장 큰 비중을 차지하고 있는 것 중의 하나이다. 그리고 사시장체제하의 대중소비사회에서 이 행위유형은 자유롭고 공정한 경쟁의 확보라는 이념면에서도 대단히 중요한 의미가 있다. 그것은 여러 영업자가 경합적으로 제공하는 상품이나 용역에 관한 소비자 내지 일반 수요자의 정확한 정보확보는 자유롭고 공정한 경쟁질서의 원활한 작동을 위해 불가결한 전제가 되기 때문이다. 다시 말해 정확한 정보의 확보 없이는 소비자가 경쟁적으로 제공되는 재화나 서비스에 대하여 심판자로서의 역할, 즉 소비자주권을 제대로 수행할 수 없는 것이다.

이 행위유형의 특색은 행위가 겨냥하는 직접적인 상대방과 피해구제를 주장하는 자가 다르다는 점에 있다. 다시 말해 표시광고의 직접적인 표적이 일반소비자임에도 불구하고 통상적으로는 반사적 불이익을 입는 것에 지나지 아니하는 다른 경쟁자들이 공정위나 법원에 이로 인한 피해의 구제를 신청하는 것이다. 여기에서 이 행위유형은 진실원칙(Wahrheitsgrundsatz)에 입각하여 소비자 일반에 대한 포괄적인 보호를 꾀하고, 나아가 자유롭고 공정한 경쟁이라는 공익의 보호를 목적으로 하는 것으로 입론된다. 그리하여 보호법의 내지 피침해법익을 기준으로 할 때 부당한 표시광고는 무엇보다도 수요자 이익에 대한 침해를 구성하는 것이다.

### 2. 거짓되거나 과장된 표시나 광고에 대한 법적규율의 체계

거짓되거나 과장된 표시나 광고는 소비자의 정보확보나 경쟁사업자의 영업상의 이익에 치명적인 영향을 미치게 되고, 대중홍보사회에 있어 이의 중요성은 두말할 나위가 없다. 그 결과 허위의 광고나 표시에 대한 법적 규율에 있어서는 공정거래법 이외의 다수의 법령이 개입한다.<sup>1)</sup>

1) 정호열, 부정경쟁방지법론, 삼지원, 1993, 186면 이하 참조.

우선 허위의 광고나 표시가 민법이나 형법의 사기를 구성할 수 있다. 즉 허위과장광고나 표시가 형법의 사기죄(동법 제347조)를 구성하는 극단적인 사례가 있을 수 있고, 민법상으로도 경우에 따라서는 허위의 광고나 표시가 사기에 의한 의사표시나 통정허위표시를 구성하여(민법 제110조, 제108조), 취소 또는 무효의 대상이 될 수 있다. 그러나 허위광고나 상품상의 허위의 표시는 그 자체로는 사실행위에 지나지 아니하는 경우가 태반이므로 대체로 민법 제750조 이하의 불법행위 규정의 적용이 문제로 될 것이다.

그 다음 허위 또는 불실광고를 일반적으로 혹은 개별 영업과 관련하여 금지하는 단행법규들이 다수 존재한다. 우선 계량 및 규격의 적정화를 기하고 각종 표시와 광고의 기준을 정하는 소비자보호법(제7조, 제8조, 제9조 등 참조), 원산지 등의 허위표시를 규제하는 대외무역법 제44조, 허위광고와 업무방해를 경범죄로 구성하는 경범죄처벌법 제1조를 들 수 있다. 나아가 특수한 영업에 있어서 허위광고를 단속하는 단행법규로는 의약품에 관한 약사법 제54조와 제55조, 식품에 대한 허위광고와 과대포장을 금하는 식품위생법 제11조, 허위의 품질표시를 금지하는 공산품품질관리법 제5조, 도소매업진흥법 제56조 등을 들 수 있다. 그리고 이러한 유의 규제는 서비스의 제공과 관련한 안내장이나 기타 문서에 허위광고나 불실한 기재를 금지하는 법규에서도 산재하고 있다. 그 예로는 증권거래법 제210조, 보험업법 제225조, 은행법 제38조의 4, 의료법 제46조와 제47조 등을 들 수 있다.

마지막으로 다양한 표시에 대한 각종의 단속법규를 들 수 있다. 단속법규가 개입하는 다양한 표시를 유형화하면 다음과 같다. 예컨대 신체나 생명의 안전을 위하여 취급상의 주의나 사용방법을 표시하는 안전 표시(약사법, 독극물법 등), 품질이나 규격이 소정의 기준에 부합하는지 여부를 나타내는 품질규격표시(공업표준화법), 일정한 계량상품의 성질, 체적, 농도 등을 나타내는 자격표시(전기공사업법 등), 상품이나 용역의 가격을 나타내는 가격표시(물가안정법 등), 그리고 소비자를 보호하고 공정한 경쟁을 확보하기 위한 허위과장 혹은 기만적인 표시와 광고 등을 금지하는 부당표시제도(공정거래법, 부정경쟁방지법, 소비자보호법 등)를 열거할 수 있다. 부당표시와 관련이 깊은 기타의 표시제도로는 품질표시와 가격표시를 들 수 있으며, 독일법은 가격표시령을 통해 가격표시에 대해 대단히 큰 비중을 두고 있다.<sup>2)</sup> 오인유발 혹은 혼동이란 결국 가격과 품질에 관한 것으로 귀착하기 때문이다.

거짓되거나 과장된 표시광고에 관하여는 이와 같이 다양한 법률들이 개입하기 때문에 문제의 법률이 단속법적 성질을 지니는지, 여러 법률들이 중복적으로 개입하는지 혹은 어느 법률이 우선적으로 개입하는지를 결정하는 것은 법기술상 중요한 의미가 있다. 예컨대 규율의 내용이 공정거래법과 광범하게 일치하는 부정경쟁방지법 소정의 오인유발행위(동법 제2조 제1호 다, 라, 마목)는 현실적으로 거의 문제되지 아니한다. 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위에 관해 공정거래법이 경합적인 규정을 들 경우 공정거래법을 우선시키고 있기 때문이다(동법 제15조 참조).

### 3. 불공정거래행위에 관한 고시 제9조의 분석

2) Volker Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, S. 247f

## 가. 부당한 표시광고의 구조

현행 일반고시 제9조의 부당한 표시광고는 소비자를 포함한 일반소비자의 오인이나 혼동을 유발시키는 부당한 표시광고를 금지하는 것이고, 따라서 이 행위유형은 실질적으로 “부당한 표시광고일 것”이라는 단순한 문귀로 재정리할 수 있다.<sup>3)</sup>

여기에서 표시·광고란 상품이나 그 용기, 포장에 행한 표시와 상품에 관한 선전광고에서 나타난 내용을 망라하는 것이다. 그리고 광고란 널리 공중을 대상으로 행하여진 선전주장이나 표시 중 영업 목적을 가진 것을 의미하는 바, 광고의 매체에 관하여는 신문, 잡지, 라디오, TV, 포스터, 간판, 네온 사인, 견본, 전단, 입장권, 방문광고와 실연에 의한 광고 등 제한이 없다.

표시 혹은 선전주장의 소재 내지 대상으로는 가격, 수량, 재료, 성분 품질, 함량, 원산지, 제조원, 제조방법, 효능, 그리고 기타의 내용이나 거래조건 등이 동조 본문에서 적시되고 있다. 그러나 “기타의 내용이나 거래조건”의 문귀가 본문에 부가되어 위에서 적시된 오인유발적 표시광고의 소재는 제한적 열거가 아니라 주의적 예시에 해당되는 것이다.

## 나. 부당성의 의미와 그 판정

고시 제9조의 부당한 표시광고에 관해서는 이를 ‘소비자의 오인을 유발하는 표시나 광고’로 다시 요약할 수 있음은 앞에서 언급한 바 있다. 표시광고의 부당성의 판단과 관련해서는 다음과 같은 사항을 특히 유의할 필요가 있다.

첫째, 표시나 광고의 부당성과 진실성은 서로 정확하게 대응하는 개념이 아니라는 점이다. 즉 표시나 광고의 부당성과 허위성 혹은 정당성과 진실성은 서로 다른 개념이므로, 객관적인 진실에는 부합하지 아니하는 허위의 표시나 광고임에도 불구하고 소비자의 오인이 유발되지 않는 경우가 있는가 하면, 반대로 진실한 것임에도 불구하고 오인유발적인 표시나 광고로 되는 경우가 얼마든지 있을 수 있다.<sup>4)</sup> 여기에서 부당한 표시광고란 객관적 진실에 일치하지 않는 허위의 표시광고를 의미하는 것이 아니라, 소비자를 오인시킬 우려가 있는 표시광고를 말하게 된다.

둘째, 소비자의 오인을 유발할 위험은 선전의 대상인 거래권이 실제로 오인하여야 하는 것이고, 오히려 소비자의 오인을 유발하는 단순한 적격성, 즉 오인의 위험성으로 충분하다고 보통 풀이되고 있다. 그리고 오인에 관한 위험의 판단에 있어서는 그 위험은 일반적 추상적 판단이 되는 것이 아니라, 개별적 구체적으로 판단되고, 따라서 위험은 구체적이어야 한다고 봄이 또한 일반적이다. 그리

3) 독일의 경우 여기에 대응하는 것이 부정경쟁방지법 제3조의 소위 작은 일반조항으로, 동조는 “경쟁목적하에” 또 “영업적 거래방식으로” “오인유발적 표시가 행해질 것”의 세 가지 요건을 가지고 있다. 그러나 우리법의 경우에도 불공정거래행위가 되기 위해서는 표시나 광고가 경쟁목적하에 그리고 영업적 거래 혹은 사업활동상으로 이루어져야 한다. 여기에서 독일 부정경쟁방지법 제3조와 우리법 사이의 실질적인 차이는 존재하지 않는 것으로 된다.

4) 豊崎光衛/松尾和子/澁谷達紀, 不正競争防止法 - 特別法コメンタル 第一法規, 247면 참조.

고 표시와 광고 이외의 기타의 사정, 즉 이들이 겨냥하는 수요자층, 표시의 매개체, 표시의 주체 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 또 전체적으로 오인유발의 위험 여부를 판단하게 된다.<sup>5)</sup>

그리고 오인의 주체는 선전이나 표시가 표적으로 삼는 대상거래권에 속하는 평균인들로서, 이들이 통상적인 주의하에 선전이나 표시를 오인하는지 혹은 오인할 위험이 있는지 여부가 중요하다. 따라서 거래통념상 선전이나 표시의 의미가 사실과 다르게 이해될 위험이 있으면 오인유발적인 것이고, 표시나 선전의 문리적 의미 보다는 평균인이 받아들이는 의미가 중요한 것이다. 즉 특정한 소비자에게 선전이나 표시를 행한 경우에도 그 소비자가 속하는 거래권의 평균인의 관념을 기준으로 당해 행위의 부당성을 판단하게 된다.<sup>6)</sup>

결국 선전이 향하는 거래권이 무엇인가, 대상거래권이 문제의 선전을 어떻게 이해하는가, 그리고 전달된 선전이나 표시의 의미가 사실과 일치하는가의 세단계를 거쳐 오인유발위험의 존재 여부가 궁극적으로 판정된다.

## 5. 이 사건의 경우

최근 몇 년 사이에 걸쳐 우리나라 주류제조와 그 판매시장은 커다란 변화를 겪었다. 주지하다시피 소주제조업의 경우에는 지역적으로 시장이 분할되고 있었으며, 맥주제조업도 복점상태에 지리한 점유율 싸움을 벌이고 있었을 따름이다. 그러나 경쟁제한적 법규와 관행의 폐기가 우리나라 경쟁정책의 근간을 이루면서 주류의 제조와 판매 영역에서도 생존을 건 경쟁이 벌어지고 있다. 이 심결은 맥주 제조업 시장에서 유력한 새 사업자의 신규참입과 기존 사업자의 생산설비의 확장이 맞물려 공격적인 마케팅을 통해 참여한 시장쟁탈전을 벌이고 있는 주류제조업의 현상황을 반영하고 있어 대단히 흥미롭다.

이 사건의 경우 신규참입자임에도 불구하고 단시간에 상당한 정도의 시장을 점유하게 된 진로쿠어스가 자사의 제품을 찬양하고 타사의 제품을 간접적으로 깎아내리기 위해 행한 광고가 문제로 된 것이다. 특히 광고문안에서 “가장”, “훨씬”, “100%” 등의 단어를 사용한 점과 관련하여, 공정위는 객관적인 근거나 충분한 입증이 없음에도 불구하고 자사의 제품 만이 최고의 품질과 맛을 지닌 것처럼 표현하여 소비자를 오인시킬 우려가 있는 행위를 하였고, 경쟁사업자의 생산품중에도 비열처리맥주가 있음에도 불구하고 자사만이 생산하고 있는 듯한 표현을 사용한 점을 문제삼고 있다.

진로쿠어스가 사용한 위의 문구들은 대체로 유일지위선전(唯一地位宣傳) 혹은 정상선전(頂上宣傳)의 범주에서 생각할 수 있다.<sup>7)</sup> 기본적으로 언어상의 표시광고가 오인유발적인 성격을 가지자면, 문제의 선전주장이 객관적으로 검증될 수 있는 정보를 전달하는 것이어야 한다. 그리하여 호화로움이

5) Baumbach/Herfermehl, Wettbewerbsrecht, Kurz-Kommentar, 14. Aufl., Par.3 Rdnrn. 36ff.

6) 정호열, 부정경쟁방지법론, 224-5면.

7) 독일 판례가 유일지위선전으로 확인한 사례로는 ‘세계정상’, ‘최초의 제품’, ‘유일한 할인’, ‘가장 싼 가격’, ‘가장 큰 신문’ 등이 있다 (Emmerich저/정호열역, 부정경쟁법, 253면 참조). 우리가 흔히 쓰는 ‘세계최대’, ‘동양최고’, ‘한국최초’, ‘한국유일’ 등의 표현이 유일지위 혹은 정상지위선전의 전형이다.

나 품질에 관한 일반적인 관념만을 불러 일으키고 어떤 제품에 대한 긍정적인 반응의 초래만을 의도할 뿐 사실적인 핵이 빠진 단순한 찬사들은 오인유발적이거나 부당한 선전광고에 해당될 수가 없다. 그러나 소위 정상선전들은 사실적인 핵을 포함하는 것으로 보통 여겨지고 있다(Emmerich저/정호열역, 앞의 책, 237-8면 참조).

이 사건에 관한 심결에서 공정위는 피심인의 선전이 객관적인 진실에 정확하게 근거하고 있지 아니한 점과 이 선전문구가 일반소비자로 하여금 사실과 다른 인식을 가지게 하거나 그러한 우려가 있음을 꼼꼼하게 확인하고 있고, 또 이러한 공정위의 심결태도는 오래전부터 확립된 것이라고 할 수 있다.

그러나 어느 행위의 불공정성 혹은 부정성을 인정할 경우 그 만큼 시장에서의 경쟁의 자유는 위축되는 것이고, 또 표시나 광고의 정확성과 객관적 근거를 엄격하게 요구할 경우에는 사업자의 홍보의 자유와 다양한 제품에 대한 소비자의 정보확보를 실질적으로 제약할 소지가 있는 것이다. 특히 우리나라 공정거래위원회는 비교광고에 대해 지나치게 엄격한 규제를 행하고 있어 정확한 정보확보를 전제로 한 소비자주권의 행사에 불필요하고 부당한 제한을 가한다는 혐의를 받고 있다.

이 심결과 관련해서는 독일 판례가 '최고(beste)', '정상급' 혹은 '대단히 좋음'이라는 문구 등에 대해 사실적인 핵이 없는 단순한 찬사로 볼 뿐 이를 유일지위선전으로 판단하지 않는 점을 참조할 만하다(앞의 번역서, 253면 참조).

그리고 사업자들이 기습적으로 또 집중적으로 홍보하여 광고의 효용을 충분히 누린 후에, 다시 말해 원님 지나간 뒤 나팔부는 식의 규제를 행하는 것이 규제비용과 규제효과에 대한 비용편의 분석상 바람직한 것인지 의문이 제기된다. 게다가 우리나라의 경우 특정 사업자의 홍보가 주효할 경우 다른 사업자들이 모두 이를 추수하는 경향을 보인다. 이러한 경우 공정위의 지나치게 세심하고 꼼꼼한 규제는 당해 상품이나 용역의 생산비를 전체적으로 증대시켜 오히려 소비자의 복리후생의 증진에 역행하게 된다.

여기에서 부당한 표시광고에 관한 정책에 있어서도 공정위는 종전의 규제태도를 근본적으로 재검토할 필요가 있다고 생각된다. 다양하고 개성있는 상품이 쏟아지고 있고 소비자의 기호가 단기간에 급격하게 변하여 상품의 판매사이클이 전반적으로 짧아지는 현상향을 고려할 때 소비자의 정보확보를 최대한으로 배려할 필요가 있다. 최근 들어 백화점의 할인특매에 대한 터무니없이 꼼꼼한 규제를 철폐한 동기를 되새기고, 또 우리나라의 불공정거래행위에 관한 규제가 시장지배적 지위 혹은 독점적 지위를 전제로 하지 않는 점을 특히 유의할 필요가 있다.<sup>8)</sup> 불공정성을 인정하는 만큼 시장에서의 경쟁이 배제되고 다른 경쟁자들은 결과적으로 경쟁제한의 안락함을 즐기게 되는 것이다. 경쟁류에 대한 규제도 마찬가지이다. 판단력이 충분하지 아니한 소비자를 충동하고 현혹시키지 않는 한 경쟁의 제공은 단순한 가격경쟁으로 보아야 할 것이기 때문이다(앞의 번역서, 209면 이하 참조).

8) 주지하다시피 정통적인 시카고학파는 독점금지법의 규제대상으로 명시적인 가격결정과 대규모의 수평적 결합의 두가지를 열거할 뿐이다. 그리하여 끼워팔기나 재판매가격유지, 그리고 약탈적 가격형성도 독점적 지위의 형성이나 유지 혹은 독점적 이윤획득과 무관하다고 보고 있다. 그리고 하버드학파가 매우 중시해 온 광고에 대해서도 정반대로 홍보의 진입장벽적 성격을 부인하고 있다(Richard R. Posner, "The Chicago School of Antitrust Analysis", Antitrust and Regulation, An Elgar Reference Collection, 1992, pp.162-5).