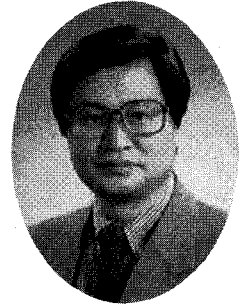




표시·광고규제에 있어서 부당성의 판단기준



서 헌 제

중앙대 법학과 교수

I. 표시·광고의 특성과 규제

표 시와 광고는 사업자가 자신이 판매하는 상품이나 용역에 관한 여러 정보를 소비자에게 알리는 수단이다. 표시는 제품 또는 그 포장용기에 부착하여 상품의 이름이나 성능 또는 성분 등을 알리는 제한적인 홍보수단임에 비해 광고는 주로 신문 TV와 같은 대중매체 등을 통하여 불특정 다수인에게 적극적으로 제품에 대한 홍보를 하는 마케팅수단이다. 이에 따라 표시, 특히 광고에 있어서는 어느 정도 자신의 제품에 대한 과장이나 부풀리기가 있게 마련이며 또 소비자들도 이러한 상황을 감안하여 광고를 받아들인다.

그러나 대중 소비시대에 들어와서 주종 소비제품이 되어버린 컴퓨터나 전자제품 또는 약품, 식료품들은 제품의 사양과 구조 등이 매우 복잡하고 전문화함에 따라 문외한들인 소비자들은 점점 사업자들이 일방적으로 전하여 주는 표시나 광고에 의존하여 제품에 대한 정보를 획득하고 이러한 정보를 근거로 하여 제품구매의 선택을 할 수 밖에 없게 되었다. 나아가 정보사회의 도래로 인하여 소비자는 상품정보의 대부분을 사업자의 표시·광고에 의해 얻고 있고, 품질이나 안전문제 등 모든 소비자문제도 정보 부족이나 사업자의 왜곡된 정보제공에 의해 발생하고 있는 점을 감안할 때 표시·광고의 진실성과 적정성을 보장하는 것이 중요한 과제로 되어 있다. 이러한 부당한

표시·광고의
규제에 있어서
는 소비자보호

뿐만 아니라 경쟁상대방에 대한 경쟁조건의 공정성을 보장한다는 측면도 함께 고려되어야 할 것이다. 아래에서는 부당한 표시·광고에 대한 법적 규제와 규제의 기준이 되는 '부당성'의 내용이 무엇인가라는 문제를 간단하게 검토하기로 한다.

II. 표시·광고규제의 구조

1. 표시·광고규제에 관련되는 법률

다양한 법률이 다양한 목적으로 표시·광고에 대한 규제를 하고 있으며 한 연구조사에 의하면 현재 약 110개 법률이 표시·광고규제와 관련된다고 한다(KDI, 「표시·광고등의 공정화에 관한 법률」제정에 관한 연구, '97.10. 참조).

(1) 기본법

표현의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조가 표시·광고규제의 기본을 이룬다. 대중 매스컴을 통한 광고에 대한 규제에서 광고의 공정성과 표현의 자유를 어느 선에서 조화시킬 것인가, 방송 위원회에 의한 사전 심사의 합헌성 여부 등이 문제된다. 허위광고나 비방광고는 소비자에 대하여는 민법상 사기를 구성할 수 있고 또 민법 제750

조 이하의 불법행위를 구성하여 손해배상문제가 발생할 수 있다. 또 경쟁사업자에 대하여도 불법행위로 인한 손해배상청구가 문제될 수 있지만 이는 공정거래법(표시·광고법)상의 손해배상청구와는 별개로 인정된다. 형사상으로는 사기죄, 명예훼손죄, 업무방해죄 등이 문제될 수 있는데 이는 매우 예외적인 경우에 한정될 것이다.

(2) 공정거래 및 소비자보호 관련법

소비자보호법에서는 소비자가 물품이나 용역을 사용하거나 이용함에 있어서 표시나 포장 등으로 인하여 선택이 잘못되는 일이 없도록 하기 위해 일정한 표시기준을 정하고 있으며 또 잘못되거나 과다한 소비로 인한 소비자의 생명, 신체 및 재산상의 피해를 방지하기 위하여 상품이나 용역의 광고 내용 및 방법에 관한 기준을 정할 수 있도록 하고 있다.

부정경쟁방지법은 국내에 널리 알려진 타인의 상표나 상호 등을 부정하게 사용하는 부정경쟁행위를 방지함을 목적으로 하기 때문에 표시·광고와 관련하여 중요한 법이라고 할 수 있다. 이 법에 의하면 부정경쟁으로 의해 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다고 인정하는 자는 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있도록 하고 있다. 또 방문판매에 관한 법률에서도 상품 또는 용역의 제공에 관하여 광고를 할 때 표시해야 할 사항을 규정하고 있으며 다단계판매에 관한 광고에 대하여도 일정한 규제를 하고 있다.

(3) 기타

상표법, 의장법, 저작권법, 특허법과 같은 지적재산권에 관련된 법률에는 등록상표 기타 지적재산권의 표시에 관한 일정한 제한을 가하고 있다. 산업표준과 계량의 목적을 위해 표시에 대한 규제를 하는 법률로는 산업표준화법, 품질경영촉진

법, 계량 및 측정에 관한 법률, 기술개발촉진법, 중소기업협동조합법 등이 있다. 표시·광고는 국제무역과 통상에도 관련을 가지고 있는데 대외무역법과 관세법은 원산지표시에 관한 규정을 두고 있다. 기타 식약품, 농수산물과 관련하여 국민의 보건과 안전을 위하여 표시·광고에 대한 일정한 규제를 가하고 있는 많은 법률이 있다.

2 공정거래법에 의한 규제

(1) 법 제23조제1항제6호 및 일반지정

앞에서 설명한 대로 부당 표시와 허위과장 광고의 규제는 소비자보호라는 관점에서 중요성을 가지고 있을 뿐 아니라 경쟁수단으로서도 불공정한 것이기 때문에 불공정거래행위로서 경쟁법인 공정거래법의 규제를 받게 된 것이다. 이리하여 공정거래법은 1980년 처음 제정시부터 부당한 표시·광고행위를 대표적인 불공정거래행위의 하나로써 규제를 하여 왔다(동법 제23조제1항제6호). 또 공정거래위원회의 「불공정거래행위의 유형 및 기준(일반지정)」은 제9조에서는 부당한 표시·광고의 유형으로 허위·과장 표시·광고, 기만적인 표시·광고, 부당한 비교 표시·광고, 비방 표시·광고의 4가지를 지정하고 있다.

(2) 표시·광고지침 등

이러한 공정거래법의 규정과 일반지정에서 정하고 있는 4가지 유형의 불공정표시·광고에 대한 규제기준을 상세히 정하기 위해 공정거래위원회는 「표시·광고에 관한 공정거래지침」(1982년 12월 제정, 1992년 12월 1차 개정, 1998년 8월 2차 개정)을 제정하였으며 또 1999년 1월에는 통신판매의 특수성을 반영한 「통신판매 표시·광고에 관한 공정거래지침」을 제정한 바 있다. 이들 지침에서는 일반지정 제9조의 운용방침과 대표적인 부당 표



시·광고 행위들을 예시하고 있다. 이에 따르면 사업자의 고의나 과실 여부는 불문하며 표시·광고 내용에 대한 사실이나 진위의 입증책임은 당해 사업자에게 있다.

이외에도 표시·광고에 관련된 여러 지침들이 있는데 「주유소 등 석유판매업에서의 공급자표시에 관한 불공정거래행위의 유형 및 기준」(1992.1.28.), 「환경관련 표시·광고에 관한 불공정거래행위의 유형 및 기준」(1996.8.), 「환경관련 표시·광고에 관한 공정거래지침」(1996.11.), 「수상·인증 등의 표시·광고에 관한 공정거래지침」(1997.3.31.), 「은행등의 금융상품 표시·광고에 관한 공정거래지침」(1997.1.11.), 「주택광고에 관한 심사기준」(1989.11.22.), 「상가 등의 분양 및 임대 광고에 관한 공정거래지침」(1997.1.9.)이 그것이다.

3. 「표시·광고의공정화에관한법률」의 제정

(1) 배경

시장구조가 공급자 중심에서 수요자 중심으로 전환됨에 따라 소비자의 올바른 상품선택이 시장경쟁을 촉진하는 관건이 되고 있다. 즉 소비자의 올바른 상품선택을 보장하기 위해 구매선택에 필요한 상품 정보의 제공 필요성이 증대하고 있을 뿐 아니라 상품의 전문화·다양화, 광고기법의 발달에 따라 소비자를 오인시키는 표시·광고가 급증하고 있어 이를 효과적으로 억제할 수 있는 제도의 도입이 필요하다. 그러나 부당 표시·광고에 관한 법이 앞에서 본대로 여러 군데 산재해 있고 이를 규제하는 중심적인 수단인 공정거래법은 사후적인 시정에 그치고 있기 때문에 부당한 표시·광고를 효과적으로 시정할 수 있도록 하기 위해 표시·광고에 관한 새로운 기본법률을 제정할 필요가 컸다. 선진국인 미국, 일본, 영국에서도 경쟁법 외에 별도로 표시·광고에 관한 법률을

제정·시행하고 있는데, 미국의 연방거래위원회법(FTC법)이라든가 일본의 부당표시방지법, 영국의 거래표시법이 그것이다. 이리하여 우리 나라도 1999년 1월에 「표시·광고의공정화에관한법률」을 제정하게 되었다.

(2) 주요 골자

이 법의 주요골자는 다음과 같다. 첫째, 부당한 표시·광고행위의 금지이다. 즉 소비자의 오인을 초래하는 부당한 표시·광고를 허위·과장, 기만, 부당 비교, 비방 등 4가지로 구분하여 규제하고 있는데 이는 구 공정거래법 제23조제6호와 일반지정고시 제9조를 그대로 답습하고 있다. 둘째, 중요정보공개제 도입이다. 이는 소비자에게 제공되어야 할 필요가 있는 중요한 정보는 공정위가 관련부처와 협의하고 공청회를 통한 사업자·소비자단체 등의 의견을 들어 의무적 표시·광고사항으로 고시할 수 있도록 하고 있다. 다만 다른 법령에서 공개를 의무화하고 있는 사항은 제외한다.

셋째, 광고실증제 도입이다. 즉 사업자 등은 표시·광고중 “사실과 관련된 사항”을 실증할 수 있어야 함을 규정하고 공정위는 사업자에게 관련 실증자료의 제출을 요청할 수 있도록 하고 있다. 또한 실증자료 중 소비자 정보제공을 위하여 공개필요성이 있는 경우에는 이를 공개할 수 있도록 하였다. 가령 자동차 엔진오일에 대해 “엔진수명 80만km까지 연장”, “연료절감효과 10% 이상” 등으로 광고하는 경우라든가 “키프러스라는 운동기구를 하루 10분 사용하면 3~6개월에 키가 1~10cm 정도 크는 효과가 있다”고 광고하는 경우에 이를 실증할 수 있는 자료의 공개가 요청될 수 있을 것이다. 넷째, 부당한 표시·광고행위에 대한 시정의 실효성을 확보하기 위해, 소비자나 경쟁사업자에게 중대한 피해를 줄 우려가 있어 시정조치의 필요성이 시급한 부당 표시·광고행위에 대하여는 일시

중지토록 하는 임시중지명령제도를 도입하였다.

(3) 기대효과

표시·광고법이 제정됨에 따라 종래 공정거래법 제23조제1항제6호는 폐지되었고 이 법은 금년 7월부터 발효된다. 표시·광고법에 도입된 새로운 제도가 시행되는 경우 소비자는 보다 정확한 정보를 가지고 올바른 상품을 선택할 수 있기 때문에 소비자문제가 획기적으로 개선됨은 물론 사업자간의 공정한 경쟁도 촉진될 것으로 기대된다. 이에 따라 광고주 등 사업자도 이제는 표시·광고를 단순한 자기 상품을 판촉하는 수단으로만 생각할 것이 아니라 소비자의 선택에 유용한 정보를 제공하는 공정한 경쟁수단으로 보는 인식의 전환이 필요할 것이다.

III. 부당한 표시·광고규제의 일반기준

1. 관련 규정

부당한 표시·광고규제의 가장 중심의 되는 규정은 표시·광고법 제3조(구 공정거래법 제23조 제1항제6호)이다. 이 규정은 “① 사업자 등은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 다음 각 호의 행위를 하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하게 하여서는 아니된다. 1. 허위·과장의 표시·광고 2. 기만적인 표시·광고 3. 부당하게 비교하는 표시·광고 4. 비방적인 표시·광고, ② 제2항 각 호의 행위에 대한 구체적인 내용은 대통령령으로 한다”고 되어 있다. 한편 「불공정거래행위의 유형 및 기준」제9조는 “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 각 호의 1에 해당하는 내용으로 표시·광고하여 소비자를 오인시킬 우려가 있는 행위는 위 규정에 말하는 “소비자를 속이거나 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위”에 해당한다고 규정하고 있다.

2. 표시·광고지침상의 기준

표시·광고법의 시행령이 아직 구체화되지 않았지만 종래 공정거래위원회가 제정한 「표시·광고에 관한 공정거래지침」과 「통신판매 표시·광고에 관한 공정거래지침」에는 표시·광고의 부당성에 관한 상세한 기준과 그에 대한 예시가 제시되어 있다. 대표적인 부당 표시·광고의 유형을 보면 다음과 같다.

(1) 사업자에 대한 부당 표시·광고

생산규모가 국내에서만 가장 큰 데도 불구하고 “세계최대규모”라고 표시·광고하는 경우, 자사 주식의 공개상장 여부가 불확실한 데에도 “00년에는 틀림없이 상장되어 주가가 큰 폭으로 상승할 것”이라는 광고, 특정사업에 대한 진척이 없음에도 불구하고 착공과 준공시기를 특정일로 지정하여 표시·광고한 경우, “중앙고시연수원”이라고 표시하여 국가에서 인정한 교육기관이거나 국가 또는 공공기관인 것처럼 소비자를 오인시키는 경우 등이 이에 해당한다.

(2) 가격에 대한 부당 표시·광고

자기가 공급하는 상품을 할인하거나 다른 회사 제품 가격과 비교하여 판매하는 경우에 비교의 기준이 되는 가격을 허위로 하는 경우가 이에 해당한다. 가령 종래 1,000원에 판매하던 것을 750원으로 할인판매하면서 종전가격을 1,500원으로 하여 마치 절반이나 할인하는 것처럼 표시·광고하



는 경우이다. 그 외에도 허위의 시가라든가, 다른 회사가격을 임의로 높게 하여 할인가와 비교하는 등의 행위도 이에 해당한다. 중고품이나 재고상품의 경우에는 이를 표시하고 할인판매할 경우에도 허위의 가격을 제시하여서는 아니된다.

(3) 원재료, 성분에 관한 부당 표시·광고

실제 사용되지 않는 원재료 성분 등이 포함된 것처럼 하는 경우, 또는 실제 사용된 양보다 많이 포함된 것처럼 과장하는 경우, 실제로는 수입원재료를 사용하지 않았음에도 불구하고 수입원재료를 사용한 것처럼 하는 경우, 사용된 원재료나 성분이 수입된 것을 완제품이 수입된 것처럼 선전하는 경우 등이 이에 해당한다.

(4) 품질, 성능, 효능, 규격 등에 관한 부당 표시·광고

품질 등이 일정한 수준에 해당하지 아니함에도 불구하고 그 수준에 해당한다고 하는 경우, 성능이 발휘될 수 있는 판단기준을 명시하지 아니하고 막연히 일정 성능을 발휘한다고 하는 경우, 일부 또는 부분에 관련되는 품질 또는 성능을 전체에 관련되는 성능인 것처럼 과장하는 경우, 표시·광고된 성능이 객관적으로 확인될 수 없거나 확인되지 아니함에도 불구하고 확실하게 발휘되는 것처럼 표시·광고하는 경우이다.

(5) 제조일자, 유효기간, 제조방법에 관한 부당 표시·광고

“제조일자로부터 00일간 유효”라고 표시하고 제조일자를 기재하지 않은 경우, 수동 또는 반자동 생산설비로부터 생산된 것임에도 불구하고 “자동화설비”, 또는 “최신컴퓨터생산설비”로 생산된 것처럼 표시·광고하는 경우, 단순히 기술연수를 한 정도임에도 불구하고 “00회사와 기술 제휴

로 한 경우, 기계제품임에도 불구하고 손으로 만든 상품인 것처럼 표시·광고하는 경우 등이 이에 해당한다.

(6) 특징에 관한 부당 표시·광고

“자연”, “순수” 등의 일정한 특징을 가지고 있지 아니하거나 또는 그것이 실증되지 아니한 것임에도 불구하고 “00 자연수” 또는 “순수 알칼리” 등으로 표시·광고하는 경우, 사용된 주원료가 천연식물성 원료이기는 하지만 여타 부재료와 화학재료가 첨가되었음에도 불구하고 “천연 000”라고 표시한 경우, 전년도 재고분 참고서를 표지만 바꾸어 “개정신판”, “완전신판”으로 표시·광고한 경우 등이다.

(7) 원산지, 제조자 등에 관한 부당 표시·광고

국내에서 제조된 상품임에도 불구하고 상품설명서, 포장용기 등에 영문, 일본어 등으로 표기함으로써 당해 상품이 마치 외국산인 것처럼 표시·광고하는 경우, 외국의 유명상표 등을 불법적으로 이용하거나 모사하여 사용하는 경우, 강화도에서 생산된 돛자리가 아닌 데에도 “강화돛자리”라고 표시하는 경우가 이에 해당한다.

(8) 보증 등에 관한 부당 표시·광고

보증의 내용, 방법, 기간, 책임자에 관하여 일체 표시하지 않고 “100% 품질보증” 또는 “무조건보증”으로 한 경우 주요 도시에만 한정된 A/S조직을 가지고 있음에도 불구하고 “전국적인 A/S조직”이라고 표시한 경우이다.

(9) 추천, 권장 등에 관한 부당 표시·광고

전문가, 연구기관, 유명단체에 의한 추천이나 실험 등이 없음에도 불구하고 이들의 추천 등이 있는 것으로 표시·광고하는 경우, 당해 상품을 실제로 구매하여 사용해보지 않은 소비자의 추천을



표시·광고하는 경우, 참가상이나 순번적으로 받는 상을 수상한 것을 가지고 마치 우수상을 받은 것처럼 표시·광고하는 경우, 부분적인 품질 또는 규격과 관련된 상을 전품질, 전규격에서 상을 수상한 것으로 표시·광고하는 경우이다.

IV. 부당한 표시·광고규제의 구체적 기준 - 사례별 검토

1. 부당성-오인유발의 위험

부당한 표시·광고란 '소비자를 속이거나 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위'를 말한다. 즉 오인유발의 위험이 부당성 판단의 핵심적인 요소이며 이와 관련하여 다음과 같은 두가지가 문제된다. 첫째로 표시나 광고의 부당성과 진실성의 직접적인 관련성은 없다는 점이다. 즉 객관적 진실에는 부합되지 아니하는 허위의 표시나 광고임에도 불구하고 소비자의 오인이 유발되지 않는 경우가 있으며 반대로 진실한 것임에도 불구하고 오인유발적 표시나 광고로 부당성이 인정될 수 있는 경우도 있다. 가령 일반적인 설비나 제조방법을 마치 자신에 대한 설비나 방법인 것처럼 주장하거나, 혹은 사실이지만 균형 있게 정보를 밝히지 아니하여 소비자를 오도하는 경우가 있다. 가령 홍콩산을 영국제로 표시하거나 마카오산을 포르투갈제로 원산지를 표시하는 경우는 허위표시는 아니라도 오인유발적인 것이다. 반대로 "고급품", "상등품" 등과 같은 진부한 과대선전은 허위임에도 불구하고 아무도 믿지 않는 무의미한 내용으로 부당성을 인정하기는 어렵다고 본다.

둘째로는, 소비자를 오인시킬 위험이 있으면 충분하고 실제로 오인에 이르는 결과가 발생하여야 하는 것은 아니라는 점이다. 오인위험은 일반적, 추상적으로 판단되는 것이 아니라 개별적, 구체적

으로 판단되어야 하며 그 위험은 구체적인 것이어야 한다. 다만 거래대상권에 속하는 평균인의 통상적인 주의능력을 기준으로 한다.

2. 허위·과장 표시·광고

허위·과장 표시·광고라 함은 "자기의 것 또는 경쟁사업자의 것에 관하여 허위의 내용을 표시하거나 사실을 과장하여 허위·과장 표시·광고하는 행위"이며 대부분의 부당한 표시·광고는 이 유형에 해당한다.

(1) (주)상일리베가구의 허위·과장광고 사건

상일리베가구는 미국 킹코일사와 상표 및 기술 도입계약을 체결한 후 침대를 국내에서 생산 판매하면서 킹코일 침대에 관하여 "킹코일 침대는 척추의학입니다", "척추의사들이 설계한 침대는 킹코일 뿐입니다", "국제척추의사협회"라는 문언을 사용하여 광고하였다. 또 침대매트리스에 미국기와 함께 영문으로 된 큰글씨로 "U.S.A King Koil", "King Koil Posture Bond"라는 표현을 사용하였다. 이 사건에서는 위 회사가 'Chiropractics'를 척추의학으로 "Doctor of Chiropractor"를 "척추의사"로 번역하여 이를 광고문안에 사용한 것이 허위과장성에 있는가 하는 점이 문제가 된 것이다.

카이프로틱은 척추치료를 전문으로 하는 의료 서비스업이고 카이프로렉터 역시 소정의 교육과정을 이수하고 Doctor 학위를 취득한 것도 사실이다. 그러나 위에서도 본 바와 같이 허위·과장 광고로서 오인유발적이나 여부는 그 진실성 여부와 일치하지 않는다. 따라서 이러한 번역이 정당한 것이라고 하더라도 이를 일반소비자를 대상으로 하는 선전광고에 사용할 경우 원래의 의미와 다르게 받아들여질 수 있다면 부당성이 있다고 하겠다. 이 사건의 경우 카이프로렉터라는 제도가



국내에는 알려진 바 없고 따라서 의사란 국내의 료법상 면허를 취득한 자만이 이를 사용할 수 있는 대단히 제한된 용어라는 점을 고려할 때 과장성과 오인유발의 위험이 인정된다고 하겠다.

(2) (주)삼보컴퓨터의 과장광고

(주)삼보컴퓨터는 일간신문에 자사제품을 광고하면서 “인기 1위 신뢰 1위 삼보컴퓨터”, “삼보컴퓨터가 고객들로부터 국내최상의 제품을 공급하는 기업으로 격찬받고 있습니다”라는 문언을 게재하였다. 광고라는 것이 어차피 약간의 과장은 필수적인 것이기 때문에 그 과장성의 한계를 어디에서 그을 것인가 하는 점이 과장광고에서는 항상 문제된다. 그 구별기준의 하나로서 부당한 과장광고나 기만적인 광고가 되기 위하여는 표시·광고문안에 상품에 대한 구체적인 정보가 담겨 있어야 하며 객관적으로 검증될 수 없는 막연한 찬사는 이에 해당하지 않는다는 것이다.

문제는 자신의 제품을 칭찬하는 광고 등이 단순한 찬사인가 아니면 일정한 사실적인 실체를 가지고 있는가 하는 점이 구별되어야 하는데, 그 구별은 결국 거래상대방이 문제의 선전문구를 진지하게 받아들이는가에 달려 있다고 하겠다. 보통 “한국최초”, “한국최고”, “세계최대” 등의 표현은 단순한 찬사가 아니라 사실적인 실체를 담고 있다고 보며 따라서 객관적인 근거 없이는 이를 사용할 경우 허위·과장광고가 된다. 이 사건에서 ‘인기 1위, 신뢰 1위’라는 표현도 이에 해당함은 명백하고 따라서 객관적인 근거를 제시하지 못하는 한 오인유발적인 광고가 되는 것이다. 다만 ‘최상의 제품’, ‘격찬 받고 있다’는 표현은 단순한 찬사라고 볼 수 있는 측면도 없지 않다. 지나친 광고의 규제는 소비자의 정보에 대한 접근을 오히려 가로막는 효과도 있으므로 부당성의 기준은 신중하게 결정되어야 할 것이다.

(3) (주)미원의 허위원산지 광고

허위·과장광고의 가장 대표적인 유형의 하나는 제품 또는 원료의 출처에 관한 표시를 허위로 기재하는 경우이다. (주)미원은 (주)대창이 생산한 멸치액젓을 판매하면서 “추자도 멸치액젓”이라는 광고를 하였다. 그런데 이 사건의 멸치액젓의 원료는 서울 노량진시장, 전남 목포 등에서 구매하였고 이를 가공한 지역도 천안이기 때문에 허위·과장광고로 시정명령을 받게 되었다.

3. 기만적 표시·광고

기만적인 표시·광고는 “사실을 은폐하거나 기만적인 방법으로 소비자를 속이거나 속일 우려가 있는 표시·광고”를 말한다. 기만적 표시·광고와 앞에서 본 허위 과장광고의 구별이 문제되는데, 허위는 객관적 사실과 부합하지 아니하는 것을 의미한다면, 기만은 주관적 요소가 게재된 사기와 결부된 것으로 볼 수 있다. 그러나 경쟁법에서는 주관적 요건은 중요하지 않기 때문에 민법상의 사기와는 구별되며 결국 표시나 광고의 허위성, 과장성이 노골적이고 그 고의성이 뚜렷한 경우를 기만적인 표시·광고로 보고 있다.

이에 관련된 심결사례로는 출판사가 전년도 재고서적을 시판하면서 표지만을 개정판으로 덧씌운 경우, 전체 166면 중 27면만 수정되었음에도 불구하고 이를 완전신판으로 표시한 경우, 백화점이 수입쇠고기기를 한우고기로 표시하는 경우 등을 들 수 있다. 특히 백화점등이 판매하다 남은 재고품을 가공일과 유통기한 표시가 되어 있는 포장지를 벗겨낸 다음, 다시 새로운 포장지로 포장한 후 가공일을 새로 기재한 경우가 전형적인 기만적 표시행위이다.

4. 부당한 비교 표시·광고

(1) 의의

부당한 비교 표시·광고란 “객관적으로 인정된 근거 없이 자기의 것이 경쟁사업자의 것에 비하여 우량 또는 유리하다고 하거나 자기의 것을 경쟁사업자의 것과 비교함에 있어서 자기의 것의 유리한 부분만을 비교하여 표시·광고하는 행위”를 말한다. 일반적으로 비교광고란 자신의 제품의 우수성을 두드러지게 하고 또 이를 과시하기 위하여 경쟁자의 상품이나 용역을 비판적으로 비교하는 행위 일반을 의미하는데 이 중에서 객관적인 근거가 없는, 즉 비교의 부당성이 인정되는 선전광고가 부당한 비교광고가 된다.

(2) 삼양식품공업(주)의 부당한 비교광고

삼양라면은 자사의 제품인 라면을 광고함에 있어 “좋은 라면은 동식물성 기름을 혼합하여 만듭니다. 라면의 튀김기름은 동물성기름과 식물성기름을 6:4의 비율로 혼합하여 사용하는 것이 가장 합리적입니다”, “다른 라면에서 사용하는 팜유는 그 성질상 콩기름과 같은 식물성기름이 아니며 동맥경화의 요인이 되는 팔미트산이 45.1%로 우지에 비해 거의 2배나 많습니다”라고 광고하였다.

(3) 비교대상의 특성성

비교광고에서는 비교대상인 상대방 경쟁자가 광고에서 명시적으로 인용되거나 전체적인 문언을 통해 특정되어야 하는가 하는 문제가 있다. 현행 규정상으로는 특정성이 요구되지 않는 것처럼 보이지만 특정성이 없는 경우에는 단순히 자신의 제품에 대한 찬사나 우수성 혹은 신규성의 일반적인 과시로서 부당성이 인정되지 않는 경우가 대부분이라고 하겠다. 위 사건에서 광고문안에서는 특정한 상대방이 지적되지 아니하고 기타의 라면제조업자가 포괄적으로 포함되어 있다. 그러나 비교 상대방은 반드시 하나의 사업자일 필요는 없고 당시

의 라면 시장이 과점상태에 놓여 있어 경쟁상대방들이 일반적으로 추정될 수 있으므로 비교상대방의 특정성은 충분히 인정된다고 하겠다.

(4) 비교광고와 부당성의 한계

비교광고는 소비자의 제품에 대한 정보획득에 효과적이라는 측면이 있기 때문에 그 부당성의 한계를 어떻게 정해야 할 지가 문제된다. 즉 비판적인 비교광고를 통하여 모든 소비자를 위한 시장의 투명성이 제고될 수 있을 뿐 아니라 공급자 상호간의 공정경쟁조건도 확보될 수 있기 때문에 적절한 비교광고는 원칙적으로 허용되어야 하며 비교광고에는 당연위법이 아니라 합리성의 원칙이 적용된다. 나아가 상품종류나 판매체제의 비교를 부당한 비교광고에서 제외시켜야 한다는 주장까지 제기되고 있다. 가령 소비조합과 소매상의 체제 비교, 도매상의 소비자에 대한 직판과 전통적인 유통체제의 비교, 다양한 제조방법이나 상품종류의 비교 등이 이에 해당한다. 따라서 삼양라면의 광고문안 자체는 이러한 비교광고의 장점이 나타나 있는 것이므로 그 주장하는 것이 객관적인 근거가 있는지 여부만 문제될 것이다.

5. 비방 표시·광고

(1) 의의

비방 표시·광고란 경쟁사업자의 것에 관하여 객관적으로 인정된 근거 없는 내용으로 표시·광고하여 비방하거나 경쟁사업자의 것에 관하여 불리한 사실만을 표시·광고하여 비방하는 행위를 말한다. 비방광고의 핵심은 경쟁사업자의 명예와 신용의 훼손에 있고 이를 통해 비방적 광고나 표시를 행한 사업자는 피해사업자의 판매 기회를 박탈하고 부당하게 자신의 경쟁상의 지위를 확보하게 된다. 이러한 방해경쟁의 가장 흔한 형태가



제3자에 대하여 그의 인격이나 기업 또는 제품에 대하여 부당한 사실을 주장하는 것이다.

(2) 파스퇴르유업(주)의 비방광고

파스퇴르는 경쟁사업자인 한·덴마크 유가공(주)과 그 제품에 대하여 일간지에 “원유를 엄선하지 않은 채...패스처라이션으로 그 많은 세균을 어떻게 됩니까?”, “한·덴우유는 서울에서 폭리를 취하고 있습니다”, “한·덴 사장은 남의 나라 국민의 건강은 상관없다는 말입니까?”, “8년전, 제5공화국 출범을 앞두고 속죄양처럼 피바람을 맞아야 했던 우리 광주시민이 지금은 외국인의 기만적 상술에 우롱당하고 있음” 등의 광고문안을 담아 광주일보, 매일신문과 광고전단을 통하여 선전하였다.

(3) 검토

파스퇴르 사건과 관련하여 문제가 되는 점은 진실을 지적하는 표시나 광고는 비방광고에 해당하지 않는 것으로 허용되는가 이다. 미국과 독일 등 선진국의 심결례와 판례등에서도 허용된다는 입장과 원칙적으로 금지된다는 입장으로 대조적인 입장을 보이고 있다. 그러나 객관적으로 진실이면서도 전체적으로 오도적인 광고 등이 존재할 수 있으므로 부분적인 진실을 균형을 잃은 채 지적하는 것은 비방적일 수 있다. 특히 이 사건에서는 비방광고의 전형적인 유형인 인적선전을 포함하고 있다.

인적선전이란 어느 영업자가 그 광고에서 경쟁사업자가 제공하는 상품이나 용역에 대해서가 아니라 소비자들로 하여금 경쟁자를 혐오하거나 불신하도록 하기 위해 경쟁자의 일신적 속성을 지적함으로써 그 인격을 가지고 비판적으로 비교하는 경우를 말한다. 가령 경쟁자가 외국인이라든가, 외자회사, 다른 인종에 속한다거나 다른 지역 출신이라는 사실 등을 지적하는 광고가 이에 해당한다.

이러한 경우에는 비록 그 사실이 객관적인 진실에 해당한다고 하더라도 비방광고에 해당하며 따라서 이 사건은 이러한 전형적인 사례에 해당한다. 이 경우에는 경쟁상대방의 피해가 명백하기 때문에 공정위에 의한 시정조치 외에 상대방의 손해배상 청구 등을 신속하게 보장할 필요가 있다.

IV. 맺는말

이상에서 본 바와 같이 표시·광고의 부당성에 대하여는 관련법의 규정이나 지침 등에서 매우 상세한 기준과 예시를 제시하고 있음에도 불구하고 구체적인 사안에 적용될 기준을 찾아내는 데에는 많은 어려움이 있다. 이는 무엇보다도 광고의 속성이 기업측에서 볼 때에는 중요한 마케팅 수단이고 이에 대한 과도한 규제는 기업의 창의적인 마케팅 활동을 저해할 우려가 있기 때문이다. 나아가 광고는 헌법이 보장하는 표현의 자유 또는 영업활동의 자유의 한 내용이므로 그 규제는 합헌성의 문제를 제기하게 된다. 또 공정거래법적인 측면에서 볼 때에도 광고, 특히 사업자간의 경쟁적인 비교광고를 통해 소비자들이 중요한 정보를 취득할 수 있으므로 규제의 기준을 정함에 있어서도 이러한 특성을 감안해야 할 것이다.

중요정보공개제, 광고실증제, 임시중지명령제 등 강력한 규제수단을 갖추고 있는 표시·광고법이 금년 7월부터 시행됨으로써 부당한 표시·광고규제는 이제까지의 사후적인 규제에서 사전적인 규제로 전환하게 되었다. 이러한 규제의 강화는 소비자보호의 측면에서 획기적인 개선의 계기가 될 것으로 기대된다. 그러나 강화된 규제는 광고가 가지고 있는 순기능을 충분히 발휘될 수 있도록 탄력적으로 운용되어야 할 것이며 기업을 옥죄는 또 하나의 칼이 되어서는 안 될 것이다. **공정**