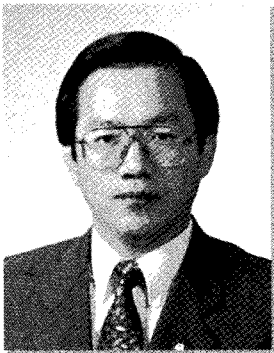


부당광고의 종류와 부당성 판단의 기준



김 연 호
국제법률사무소 변호사

1. 서설

일상적으로 만나게 되는 수많은 광고(표시 포함) 중에 규제 대상이 되는 광고는 부당광고뿐이다. 따라서 규제차원에서 볼 때에는 부당광고만이 문제가 되며 법

규정이 역할을 하게 되는 것은 오직 부당광고 영역에 한한다. 그러므로 부당광고의 정의와 종류, 그리고 그 부당성 판단의 기준을 알아보는 것은 의의가 있는 일이라고 본다.

그러면 불법광고와 부당광고의 차이점은 무엇일까? 사람에 따라서는 불법부당광고라고 명명하기도 하고 불법광고라기도 하며 또는 부당광고라고만 하기도 한다. 실정법규의 정면위반을 초래한 광고는 불법광고이고 실정법규의 정면 위반은 아니되 소비자오인성 판단과정을 거쳐 규제당국이 불가결정을 내린 광고를 부당광고라고 구별할 수도 있다. 즉, 변호사법에 변호사는 개업광고를 제외한 광고를 할 수 없다라는 규정이 있음에도 불구하고 특정변호사가 광고행위를 하였을 경우, 또는 의약품관리법에 마약의 광고를 금지하고 있음에도 불구하고 특정마약의 판매광고를 하였을 경우 각 해당 광고를 불법광고라고 명할 수 있는 반

면에 광고자체는 허용되나 그 내용이 소비자오인성을 포함한 광고의 경우는 불법광고는 아니되 부당광고라고 구별할 수가 있을 것이다. 그러나 부당광고라도 할지라도 표시광고법 및 시행령, 그리고 고시 등의 법규의 적용을 거쳐 부당성 여부가 결정되므로 결국 불법광고이다. 따라서 불법광고와 부당광고는 불법성에 있어서는 동일한 의미이고 또한 구별의 실익도 없다고 본다. 그러므로 불법광고로 명명하든 아니면 부당광고로 명명하든 관계가 없다고 본다.

2. 부당광고의 종류와 부당성 판단 기준

부당광고의 종류에는 허위과장광고, 기만광고, 비방광고 그리고 부당비교광고 4종류가 있다. 허위과장광고, 기만광고 및 비방광고는 그 자체가 부당한 광고인 반면에 비교광고는 그 자체가 부당한 광고는 아니고(오히려 비교광고는 소비자의 제품선택에 있어 도움을 준다는 이유로 장려되고 있는 실정임) 부당할 경우에만 부당광고 즉 부당비교광고가 된다. 위와 같은 4가지의 부당광고는 광고주(광고대행사 포함)의 적극적 행위(광고행위)가 있을 경우에 규제당국이 금지명령을 내리는 형태로서 규제대상이 됨에는 차이점이 없다.

그런데 금번에 시행된 표시광고법에는 중요정보표시의무제도를 신설하였다. 이것은 규제당국이 광고주에 대하여 제품 또는 관련 사항에 관한 중요정보를 공개하도록 명할 수 있는 제도이다. 해

당상품 등에 관하여 무엇이 중요정보인가는 규제 당국이 결정하도록 되어 있다. 사실 모든 상품마다 중요한 정보가 있을 수 있으므로 중요정보 표시의무제도로 인하여 위 4가지 종류의 부당광고 이외에 광고에 관한 규제의 폭이 확대되었다고 볼 수 있다. 이 제도의 시행결과 규제당국으로부터 중요정보를 표시하도록 명령을 받았음에도 불구하고 이를 어겼을 경우에는 해당사업자(광고주)의 광고는 부당(불법)광고가 된다. 따라서 중요정보 표시명령을 위반한 광고는 그 자체로서 허위과장광고, 기만광고, 비방광고 및 부당비교광고 어느 하나에도 해당하지 않음에도 불구하고 부당광고가 될 수 있다. 따라서 표시광고법의 시행으로 인하여 새로운 종류(제 5)의 부당광고가 하나 더 생겼다고 볼 수 있다. 이 부당광고는 기존의 4가지 종류의 부당광고와 비교한다면 광고주의 적극적 행위(광고)에 대하여 금지명령을 내리는 것이 아니라 소극적 행위(중요정보의 미공개행위)에 대하여 적극적 행위명령을 내리는 데에 차이점이 있다. 그러나 이 글의 목적인 부당성 판단기준을 논함에 있어서는 이 부당광고는 논외로 한다. 왜냐하면 중요정보 표시명령 위반광고는 부당성 판단을 받을 필요가 없이 명령불이행 자체로 인하여 바로 부당(불법)광고가 되기 때문이다.

3. 허위과장광고와 부당성 판단

허위과장광고라 함은 자기의 것 또는 경쟁사업자의 것에 관하여 허위의 내용을 광고하거나 사실을 과장하여 광고하는 행위를 말한다. 여기에서 “허위”(Deceptive Expression)의 내용에 관하여는 별 문제가 없어 보이나 “과장”(Misleading Expression)의 내용에 관하여는 상당한 논란이 일 수가 있다. 왜냐하면 광고란 속성상 자기의 것을

허위과장광고의 허위과장성

즉 부당성의 판단을

어느 기준에 두느냐 하면

광고를 보게 될 일반소비자에게

오인을 발생시켰느냐 여부에 따라

판단하여야 한다는 것이 통설이다.

일반소비자를 기준으로 한다고

하더라도 모든 일반소비자는 아니고

특정 상품의 소비자로 한정된다.

경쟁사업자의 것보다 우수하다는 표현을 함에 본질이 있으므로 당연히 과장적 표현이 들어가지 않을 수 없기 때문이다. 과장적 표현의 대상이 되는 것은 가격, 원자재 또는 성분, 품질 및 성능, 규격 또는 용량, 제조일자 및 유효기간, 원산지 및 제조자, 용기 또는 포장 등 여러가지가 있을 수 있다.

광고에는 필연적으로 다소나마 과장적 표현이 따르지 않을 수 없으므로 모든 과장적 표현이 규제대상이 되는 것이 아님은 쉽게 짐작이 되는 바이다. 여기에서 PUFFING과 과장광고와는 구별이 필요하다고 본다. 영어로 PUFFING이란 사실에 기초하지 않은 단순한 의견상의 우수성 표현이라고 번역되고 있다. 즉, 광고주가 광고시 다른 제품보다 “우수하다”라고만 표현하였을 때에 PUFFING에 불과하다고 본다. 그런데 예를 들어 제품의 특정요소를 들어 “특정요소가 더 낫기 때문에 우수하다”라고 광고표현을 하였다면 사실에 기초하였기 때문에 PUFFING이라고는 볼 수 없

**기만광고의 경우 부당성 판단기준은
허위과장광고와 마찬가지로 일반소비자를
기준으로 판단하여야 하나 기만성이
있으면 따로 일반소비자의 기준에서
부당성 여부는 별 문제가 아니라고 본다.
왜냐하면 기만성 자체가 존재하면
일반적으로 부당한 것이 되는 것이고
따로 일반소비자로 하여금 오인케
하였는가 여부는 문제가 되지 않다고
보기 때문이다.**

고 만약 기초사실이 허위이거나 과장되었을 경우 허위과장광고가 된다. 그리고 허위과장광고에 있어서 광고주의 고의 또는 과실은 필요로 하지 않으므로 광고주의 주관적 의사는 고려요소가 아니다.

허위과장광고의 정의를 어떻게 내리든지 관계 없이 허위과장성 즉 부당성의 판단을 어느 기준에 두느냐 하면 광고를 보게 될 일반소비자에게 오인을 발생시켰느냐 여부에 따라 판단하여야 한다는 것이 통설이다. 일반소비자를 기준으로 한다고 하더라도 모든 일반소비자는 아니고 특정 상품의 소비자로 한정된다. 따라서 만약 어린이용 상품의 경우에는 어린이들이 일반 소비자로 되어야 하고 여성들만이 사용할 상품이라면 남성을 제외한 여성들만이 일반 소비자가 될 것이다. 일반소비자에의 오인성이 부당성 판단기준이더라도 구체적 적용에 있어서는 쉬운 작업이 아니다. 왜냐하면 일반소비자들은 연령, 학력, 경험 등 갖가지 점에서 엄청난 차이가 나므로 어느 한 소비자에게는 특정 광고표현이 오인을 일으켰다고 하더

라도 다른 소비자에게는 전혀 오인성이 없을 수 있기 때문이다.

오인성 여부는 규제당국의 전속적 판단에 의존하므로 자칫 규제당국과 피규제자인 광고주간에 오인성 판단문제에 있어 의견충돌이 발생하기 쉽다. 광고주로서는 해당표현에 별 문제가 없다고 보았는데 규제당국이 허위과장성이 있다고 본다는 식으로 대립되게 된다. 이러한 차이는 결국 오인성 판단에 있어 일반소비자의 범위 또는 정도의 불일치에 기인한다고 보는데 미국에서는 상식적인 판단력을 가진 일반소비자의 30% 정도가 오인하였다면 오인성이 있다고 판단한다고 한다. 그러나 30% 정도가 되느냐 여부도 검증되어야 하므로 외부여론기관 등에 의뢰하여 판단하지 않을 수 없다고 볼 수 있다. 결국 오인성 판단문제는 광고주가 법원에서 다룰 경우 끝도 없이 공방될 수 있는 위험성을 안고 있다.

4. 기만광고와 부당성 판단

기만광고라 함은 사실을 은폐하거나 기만적인 방법으로 소비자를 속이거나 속일 우려가 있는 광고를 말한다. 기만성이 있다는 의미는 허위과장성을 초월하여 광고주의 속일 의도 즉 기망행위가 있음을 염두에 두나 반드시 광고주의 고의성이 기만성 성립에 필요하지는 않다. 허위과장성이 다소 심할 경우, 소비자의 입장에서 보아 “속았다”라는 정도의 허위성이 있을 경우 기만광고라고 볼 수 있으나 광고주의 고의성이 없는 경우 기만광고라고 함은 용어선택상 적절하지 않다는 의견도 있다. 기만광고의 경우 부당성 판단기준은 허위과장광고와 마찬가지로 일반소비자를 기준으로 판단하여야 하나 기만성이 있으면 따로 일반소비자의 기준에서 부당성 여부는 별 문제가 아

니라고 본다. 왜냐하면 기만성 자체가 존재하면 일반적으로 부당한 것이 되는 것이고 따로 일반 소비자로 하여금 오인케 하였는가 여부는 문제가 되지 않다고 보기 때문이다.

5. 비방광고와 부당성 판단

비방광고라 함은 경쟁사업자의 것에 관하여 객관적으로 인정된 근거도 없이 비방하거나 경쟁사업자의 것에 관하여 불리한 사실만을 적시하여 비방하는 광고를 말한다. 이 광고는 경쟁사업자 또는 경쟁사업자의 상품을 “욕하는” 광고를 의미한다. 비방광고는 허위로(즉, 객관적으로 인정된 근거없이) 행하여졌을 때뿐만 아니라 비방의 내용이 사실에 근거하였다고 하더라도 비방광고에 해당할 수 있으므로 허위과장광고 또는 기만광고와는 이 점에서 차이가 난다. 경쟁사업자나 상품을 비방하는 이유는 비방 자체가 목적이 아니라 광고주 자신 또는 상품의 우수성을 알리는 데에 목적이 있을 것이므로 비교광고 규제내용과 중첩될 수도 있다. 비교광고의 규제는 가급적 제한적으로 규정되어 있으므로 규정해당성이 없어 부당한 비교광고가 성립되지 않을 경우에도 비방성이 있으면 비방광고가 성립될 수 있다.

비방광고의 부당성 판단도 일반소비자를 기준으로 한다. 그러나 기만광고와 마찬가지로 비방성이 있으면 곧바로 부당성이 인정되므로 일반소비자에게 오인케 하였는가 여부 또는 일반소비자의 범위 또는 정도는 문제가 되지 않으리라고 본다. 어느 정도 표현해야 경쟁사업자 또는 경쟁사업자의 상품을 “욕하게 되는 것”인지는 일률적으로 정할 수는 없고 광고주와 경쟁사업자가 처한 구체적 상황을 검토하여 판단하는 수밖에 없다.

경쟁사업자나 상품을 비방하는 이유는 비방 자체가 목적이 아니라 광고주 자신 또는 상품의 우수성을 알리는 데에 목적이 있을 것이므로 비교광고 규제내용과 중첩될 수도 있다. 비교광고의 규제는 가급적 제한적으로 규정되어 있으므로 규정해당성이 없어 부당한 비교광고가 성립되지 않을 경우에도 비방성이 있으면 비방광고가 성립될 수 있다.

6. 비교광고와 부당성 판단

비교광고는 광고주가 경쟁사업자의 상품과 비교하여 자기 상품의 우수성을 알리는 광고로서 사실에 근거한 비교광고의 경우 소비자에게 상품에 대한 정보를 알려 줌으로써 소비자의 상품선택의 폭을 넓힐 수 있으므로 비교광고는 광고관련 단체 및 규제당국에서 장려되고 있는 실정이다. 미국 등 선진국에서는 일찍이 사용되어 왔으나 우리 나라는 문화차이로 인하여 광고주 사이에서 가급적 자제되어 왔다. 그러나 표시광고법의 시행으로 활성화되리라고 본다. 그렇다고 하여 무제한적으로 허용될 수는 없고 부당한 비교광고 즉, 객관적으로 인정된 근거없이 자기의 것이 경쟁사업자의 것에 비하여 우량 또는 유리하다고 하거나 자기의 것을 경쟁사업자의 것과 비교함에 있어서 자기 것의 유리한 부분만을 비교하여 행하는 광고의 경우에는 부당한 비교광고라 하여 규제대상이 된다.

비교광고에 있어서 비교대상은 자기의 것과 동종 또는 가장 유사한 상품과 비교하여야 하며 비교방법은 객관적 사실에 근거하고 동일한 기준에 의하여야 하며 시험조사 등을 인용할 경우에는 내용에 맞도록 정확하게 인용되어야 한다. 비교광고는 원칙적으로 인정하되 예외적인 경우에만 규제되므로 비교대상 및 비교방법만 규제지침 해당성이 없으면 원칙적으로 인용될 것이다.

그러나 비교광고에 있어서 부당성 여부의 판단은 광고에 표현된 구체적인 비교대상 및 비교내용에 의하여 결정된다. 즉, 비교대상은 자기의 것과 동종 또는 가장 유사한 상품과 비교하여야 하며 비교방법은 객관적 사실에 근거하고 동일한 기준에 의하여야 하며 시험조사 등을 인용할 경우에는 내용에 맞도록 정확하게 인용되어야 한다. 비교광고는 원칙적으로 인정하되 예외적인 경우에만 규제되므로 비교대상 및 비교방법만 규제지침 해당성이 없으면 원칙적으로 인용될 것이다.

비교광고에서의 부당성 여부도 종국적으로는 비교광고를 통하여 일반소비자의 오인성이 있는가 여부에 따라 결정된다. 그러나 허위과장광고에서의 소비자오인성만큼 중요하지는 않다고 본다. 그것은 부당비교광고의 경우에는 규제지침에 구체적으로 규정할 것이므로 일단 규정해당성이 있으면 일반소비자에 대한 오인성 여부는 크게 문제가 되지 않을 것이기 때문이다. 물론 규제지침의 내용은 일반소비자의 입장에서 보아 규제가

바람직한 내용을 성문화하였다고 볼 수도 있으나 비교광고의 부당성 여부는 규제지침에 해당규정이 존재하는가 여부에 따라서 결정될 사안이다. 그러므로 부당한 비교광고에서의 부당성 판단기준은 일응 규제지침이라고 볼 수 있다. 이러한 면에서 부당비교광고의 경우에는 허위과장광고의 경우와는 달리 지침의 역할이 크다고 볼 수 있다. 그러나 일반소비자의 관점에서 보아 판단되어야 한다는 대전제는 변함이 없다.

7. 결어

앞서 본 바와 같이 부당광고의 종류에 따라 부당성 판단기준의 내용 및 적용이 달라질 수 있다. 즉, 기만광고, 비방광고 그리고 부당비교광고에서는 부당성 판단기준으로서의 소비자오인성이 상대적으로 문제가 크게 되지 않는다. 기만광고 및 비방광고에서는 그 의미자체가 부당성을 내포하고 있고 부당비교광고에서는 규제지침해당성 여부가 부당성을 판단하는 우선적 기준이 되기 때문이다. 그러나 부당성 판단기준이 가장 문제가 되는 광고는 허위과장광고이다. 허위과장광고는 합법 내지 합당한 광고와 가장 근접한 경계선상의 부당광고로서 그 부당성 판단기준이 애매모호하기 때문이다. 부당성 판단기준이 일반소비자가 되어야 함이 당연하나 구체적 적용에 있어서 소비자오인성 여부 판단이 간단하지는 않다. 광고의 효과는 일시적이며 충격적으로 확산되므로 부당광고의 경우 규제의 시의적절성 확보를 위해 즉각적인 조치가 요구되나 소비자 오인성 판단이 어렵다고 하여 소비자여론조사 등 검증절차를 거칠 수도 없는 이치이다. 따라서 꾸준한 연구와 사례의 축적을 통하여 해결할 수밖에 없다고 본다.

공정