

공정거래위원회 주요 심결 사례 해설

정호열/ 아주대학교 법학부 교수

사
례

1. 쌍용정유의 부당한 광고 행위
2. 캐드랜드의 경쟁사업자 배제 행위
3. 한일투자신탁의 부당한 광고 행위 및 부당한 고객유인 행위

1 쌍용정유(주)의 부당한 광고 행위에 대한 건

• 1996. 1. 29 공정거래위원회 심결/사건 번호 9510광고940

1. 사실 개요

쌍용정유(주)는 자기가 제조하여 판매하는 ‘수퍼크린’ 휘발유의 판매 촉진을 위하여 1995. 10. 10. 일자 조선일보에 “세계유일, 국내최초 제5세대 휘발유 - 쌍용 ‘수퍼크린’”, 그리고 “유독성 배기 가스인 질소 화합물 20% 감소”라는 표현을 사용하여 광고하였다.

2. 심결 요지

가. “세계 유일”, “국내 최초”라는 표현에 관한 점

(1) 피심인의 주장

미국 텍사코사가 1994년초 엔진의 요구 옥탄가를 감소시키고 배기 가스 중의 질소화합물을 감소시키는 첨가제를 개발하여 이를 제5세대 첨가제로 이름을 붙여 1994. 4. 이후 자사 휘발유에 사용하고 있는 첨가제를 도입하여 자신이 국내에서 독점적으로 사용하고 있으므로, 이를 근거로 자신의 휘발유에 관하여 “세계 유일, 국내 최초”,라는 표현을 사용하였다고 주장한다.

(2) 공정거래위원회의 판단

먼저 “세계 유일”이라는 표현에 관하여는 이미 미국 텍사코사도 자사의 제5세대 첨가제인

TFA4952K를 사용하고 있으므로 이는 부당하다.

그 다음 쌍용정유와 현대정유만이 미국 텍사코사의 첨가제를 사용하고 다른 정유사는 스스로 개발하였거나 다른 미국 회사에서 개발한 첨가제를 사용하고 있으며, 또 이들 첨가제에 대해서는 객관적인 비교 평가가 이루어져 있지 않다. 이러한 상황에서 쌍용정유가 자신의 첨가제만을 기준으로 “국내 최초” 제5세대 휘발유라고 광고하는 행위는 자신이 사용하는 첨가제가 국내 정유사들이 사용하는 첨가제 중 가장 우수한 최초의 첨가제인 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있다.

3. 법령의 적용

쌍용정유의 행위는 불공정거래 행위의 유형 및 기준(공정위 고시 제1995-6호) 제9조 제1호(허위과장 표시 광고)에 해당되어 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제6호에 위반되므로 법 제24조를 적용하여 주문과 같이 의결한다.

<주 문>

가. 피심인은 자신이 제조, 판매하는 휘발유인 ‘수퍼크린’의 판매 촉진을 위한 광고를 함에 있어 “세계 유일, 국내 최초”, “유독성 배기 가스인 질소 화합물 20% 감소”라는 표현을 사용함으로써 사실과 다르게 소비자를 오인시킬 우려가 있는 부당한 허위 광고 행위를 하여서는 아니된다.

나. 피심인은 이 시정명령을 받은 날로부터 30일 이내에 공정거래위원회로부터 시정명령을 받았다는 사실을 이미 광고한 신문에 공표하여야 한다.

4. 해설 및 평석

가. 부당한 표시 광고의 체계

불공정거래 행위의 유형 및 기준에 관한 고시(1995. 7. 8. 공정위 고시 제95-6호: 이하 이를 고시로 약칭함) 제9조는 부당한 표시 광고를 정하고 있는 바, 허위 과장 광고, 기만적인 표시 광고, 부당한 비교 표시 광고, 비방 표시 광고의 어느 하나의 방법으로 소비자의 오인을 유발하는 행위를 규제하고 있다.

한편, 표시와 광고의 개념은 대단히 광범한 것이 사실이고, 또 표시와 광고의 소재나 수단에 대한 제한은 원칙적으로 존재하지 않는다. 그러나 고시 제9조의 문언을 전체적으로 살펴보면 언어상의 표시에 의한 오인 유발을 원칙으로 하고 있다고 할 수 있고, 이를 뒷받침하는 것이 공정거래법 제23조 제1항 6호에서 허위 또는 소비자를 오인시킬 우려가 있는 표시, 광고의 수단과 관련하여 상표나 의장 등의 영업상의 표지는 제외하고 오로지 상호의 사용만을 포섭시킨 점을 들 수 있다.

그러나 사진이나 그림과 같은 형상적인 묘사나 소리나 음색 등 기타의 묘사에 의한 소비자의 오인 유발에 관해서도 공정거래법의 개입은 당연히 필요한 것이다(공정위의 심결례에서도 사진에 의한 허위 과장 광고가 인정된 사례가 다수 있다. 예컨대 조선맥주의 비방 광고 사건. 1994. 6. 21, 94-

182호 의결 참조).

다만 동일하거나 유사한 상표, 의장, 성명, 상호 등을 선전상으로 사용함으로써 영업주나 상품의 동일성에 관한 소비자의 오인에 관하여는 공정거래법이 적용되지 아니하고, 이에 관하여는 부정경쟁방지법 제2조 제1호가, 나목 그리고 배타적인 권리로서의 영업상의 표지에 관하여는 상표법, 의장법 등의 규율에 맡기고 있다고 하겠다(정호열, 부정경쟁방지법론, 삼지원, 122면 이하 참조).

나. 오인 유발 위험과 단순한 찬사

고시 제9조 소정의 표시와 광고가 언어의 사용에 의한 것을 원칙으로 함은 앞의 설명과 같으나, 언어적 표시나 광고가 오인 유발적이기 위하여는 문제의 선전 주장이 객관적으로 검증될 수 있는 정보를 전달하는 것이어야 한다. 증거 조사를 통해 그 정당성이 조사될 수 없는 막연한 선전 주장은 사실적 핵이 없고, 그리하여 오인 유발적이거나 기만적인 표시나 광고에 해당될 수 없는 것이다(Emmerich 저/정호열 역, 부정경쟁법, 삼지원, 1996, 237면).

그리하여 가치 판단이 아니라 호화로우거나 품질에 관한 일반적인 관념 만을 불러 일으키고 일정한 제품에 대한 긍정적인 반향을 초래하는 입증이 불가능한 찬사는 문제되지 아니한다. 그러나 일반적인 찬사나 가치 판단에 사실적 핵심이 은폐될 수도 있고, 이 경우에는 당해 표시 광고가 오인 유발적일 수 있다.

문제는 단순한 찬사이냐, 아니면 선전 주장이 일정한 사실적 핵을 가지고 있는가의 구별인 바, 이에 관하여는 표시 광고의 대상인 거래 상대방이 문제의 선전 문구를 진지하게 받아 들이는가 여부에 달려 있다. 왜냐하면 거래 상대방 내지 소비자가 이 선전 광고에 대해 객관적으로 입증 가능한 관념을 결부시키기 때문이다.

다. 유일 선전 혹은 정상 선전의 경우

유일 선전(唯一宣傳) 혹은 정상 선전(頂上宣傳)은 그 표시와 광고에 사실적인 핵을 포함하고 있는 것으로 보통 인정된다(Emmerich/정호열 역, 237-8면). 대부분의 경우에 있어 어느 기업이 과연 그가 주장하는 유일한 위치나 혹은 정상의 위치를 차지하고 있는지를 검증할 수 있는 객관적인 심사기준이 존재하기 때문이다.

그리하여 “한국 최초”, “한국 유일”, “세계 최대”, “동양 최고” 등의 표현에 관하여는 객관적인 근거없이 이를 사용할 수 없게 된다. 공정거래위원회 역시 유일 혹은 정상 선전에 관하여는 대단히 엄격한 입장을 보여 왔다(예컨대 삼보 컴퓨터의 ‘인기 1위, 신뢰 1위’ 라는 선전 문구를 다룬 공정위 1990. 10. 17. 의결/제90-60호 사건).

한편, 독일의 판례는 “다른 것이 아닌 이것”, “돈으로 살 수 없는” 등등의 표현과 같이 단순히 호소적인 선전이거나, 호화로우거나 품위에 관한 일반적인 관념 만을 불러 일으키는 경우, 또는 단순한 주관적 가치 판단에 지나지 아니하고 이를 심사하기 위한 객관적 기준이 전혀 없는 경우 등에 대하여는 오인 유발성을 부인하고 있다(앞의 책, 238면).

라. 이 건의 경우

먼저 “국내 유일, 세계 최초”라는 표현이 소위 정상 지위 선전에 해당함은 명백하고, 또 이 선전이 사실적인 핵을 가지고 있음도 명백하다. 문제는 이와 같은 선전을 위한 객관적인 근거가 있는가 하는 점인데, 이에 관해 공정위는 피심인이 제시한 근거가 충분하지 않아 결국 이러한 선전 주장이 소비자의 오인을 유발하는 허위 과장된 선전이라고 판단하고 있다. 그 다음 질소 화합물이 20%나 감소하였다는 주장의 허위성 내지 과장성은 명백히 입증된 것으로 보인다.

그러나 여기에서 부당한 표시 광고에 대한 근본적인 규제 이유를 되새겨 볼 필요가 있다. 즉, 일반고시 제9조는 소비자의 복지를 위하여 특정한 사업자가 자신의 제품을 근거없이 치켜 올리고 상대방의 제품은 이유없이 이를 깎아 내리는 오인 유발적 선전주장을 규제하기 위한 것이지, 소비자의 정보에의 접근을 막아서는 곤란하다. 그리하여 표시나 광고에 대한 지나치게 엄격한 규제는 오히려 소비자 보호에 역행하는 결과가 될 수 있고, 특히 자유직업이나 특정한 제품에 대한 광고의 전면적인 금지는 신규사업자의 시장 진입을 봉쇄하는 효과있는 기술적 수단으로 작용할 수도 있는 것이다.

특히 공정거래위원회가 선전 주장의 객관적 근거에 대해 지나치게 엄격한 입증을 요구하는 것은 소비자의 풍부한 정보 취득과 상품 비교를 제한하는 요인으로 작용할 수 있다. 특히 대다수의 소비자가 그 선전 문구에서 정확한 정보를 파악할 수 있다고 한다면 다소간의 비약이 존재한다고 하더라도 이는 오인 유발적이지 아니라고 볼 필요가 있다고 여겨진다. 그 이유는 상당히 많은 소비자들의 이해력이 일반적인 수준에 미달하는 데다가, 매스 미디어, 특히 라디오나 텔레비전의 선전 문구는 강력하게 축약되어 필연적으로 다의적(多義的)인 성격을 지니고 있어 다소간의 과장과 오해는 불가피하기 때문이다(앞의 책, 241면).

2 (주)카드랜드의 경쟁사업자 배제 행위에 대한 건

• 1996. 2. 23 공정위 심결/9512경축1240

1. 사실 개요

(주)카드랜드는 지리정보시스템(GIS) 관련 소프트웨어 및 하드웨어 등을 판매하는 자로서, 1995. 10. 10. 한국전력공사의 배전 설비 자동화 시스템 개발을 위한 지리 정보 시스템 소프트웨어 구매 입찰(물량 : 10식, 예정 가격 : 1,560백만원)에 쌍용정보통신(주)와 함께 참여하면서 1원에 입찰하여 1995. 11. 10 낙찰예정자로 결정되었다.

(주)카드랜드의 이 행위는 부당하게 경쟁자를 배제하기 위하여 거래하는 행위로 인정되었고, 이에 따라 공정거래위원회는 계약이 체결되어 실제로 공급이 이루어지기 전에 시급히 시정할 필요성이 있는 점을 고려하여 1995. 12. 30.에 시정권고(제95-123호)하였으나, (주)카드랜드는 1996. 1. 8. 이를

수락하지 아니하였다.

2. 심결 요지

가. 장기 거래 계약상의 부당염매에 관한 점

피심인이 한국전력공사에 응찰한 가격(70세트에 1원)은 동일한 제품을 국내의 다른 수요자에게 공급한 가격(33,400천원/세트)에 비해 현저하게 낮고, 한전이 예정한 가격(22,286천원/세트) 보다도 현저히 낮으며, (주)캐드랜드는 미국 에스리(ESRI)사의 국내 독점대리점으로서 동사가 70세트를 1원에 캐드랜드에 공급한 것은 정상적인 가격으로 볼 수 없고, 이 거래에 있어 1995년 말에 4식, 96년 2월에 3식, 96년 5월에 3식 등 일정한 기간 동안 납품할 계획이므로 이는 장기 거래 계약상의 부당염매 행위에 해당한다.

나. 자기 또는 경쟁사업자를 배제할 우려에 관한 점

이 건 염매의 의도 및 목적, 염매의 폭, 행위자의 시장에서의 지위, 염매로 영향을 받게 되는 시장 상황 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 본건의 경우 한번 선정되어 사용중인 컴퓨터 소프트웨어 시스템을 변경하려면 많은 시간과 인력, 비용이 소요되어 기존 시스템의 변경이 어렵고, 피심인의 시장 점유율이 10.4%로서 제3위에 해당되는 유력한 사업자이며, 이 건 입찰액과 향후 발주될 한전의 구매 예상액 200억원과 지리정보 시스템의 국내 시장 규모(1995년 기준 약 100억원)를 고려할 때 피심인의 행위는 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있다.

3. 법령의 적용

(주)캐드랜드의 행위는 불공정거래 행위에 관한 고시(제1995-6호) 제3조(경쟁사업자배제) 제2호(장기거래계약상의 부당염매)에 해당되어 공정거래법 제23조 제1항 제2호에 위반되므로, 동법 제24조의 규정을 적용하여 주문과 같이 의결한다.

<주 문>

가. 피심인은 국내 지리정보 시스템 소프트웨어를 거래하는 계약의 입찰에 부당하게 낮은 대가로 참가하는 등의 방법으로 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위를 하여서는 아니된다.

나. 피심인은 이 시정명령을 받은 날로부터 30일 이내에 공정거래위원회의 시정명령을 받았다는 사실을 공표하여야 한다.

4. 해설 및 평석

이 사건의 경우 피심인은 여러 가지 함의를 지니는 대단히 재미있는 항변들을 제출하고 있으며, 공정거래위원회는 이에 대해 일일이 반박하고 있다. 경쟁사업자 배제에 관한 점을 제외하고 이들 쟁점들을 개별적으로 살펴 본다.

가. 고시 3조 제2호의 “장기 거래 계약”의 의미

피심인은 이진 입찰이 소프트웨어 개발 도구 10식에 대한 1회적 공급 계약이고, 다만 그 공급 시기가 구매자의 필요에 따라 분산되어 있을 뿐이므로, 불공정거래 행위의 유형 및 기준에 관한 고시 제3조 제2호의 장기거래 계약에 해당되지 아니하고, 이 구매 계약은 정부투자기관 회계규정 제238조의 ‘장기 계속 계약’에 해당되는 임대차, 운송, 보관, 전기나 가스, 수도 등의 공급처럼 수년간 연속적으로 계속하여 존속할 필요가 있거나 계약 이행에 수년을 요하는 장기 계속 계약이 아니고 일회적으로 끝나는 계약이므로 이 행위는 ‘장기 거래 계약’이 아니라는 항변을 제출하고 있다.

그러나 이에 대해 공정위는 고시 제3조 제2호의 장기 거래 계약에는 한 품목에 대하여 단 1회의 납품이 아니고 몇 차례에 걸쳐 나누어서 납품하는 단일한 계약도 포함됨을 명백히 밝히고 있다. 나아가서 정부투자기관 회계규정상의 ‘장기 계속 계약’과 불공정거래 행위에 관한 고시상의 장기 거래 계약은 그 의미 뿐만 아니라 입법 취지나 법운용에 있어서도 서로 다르다고 판단하고 있음은 당연한 것이다.

나. 불공정거래 ‘행위’의 의미

피심인은 자신의 응찰 행위가 예산회계법에 의해 정당하게 시행된 행위로서 한국전력공사와 공급계약을 체결하거나 물품을 공급한 사실이 없으므로 공정거래법상의 ‘거래 행위’ 또는 ‘공급 행위’로 볼 수 없고 낙찰 예정자로 선언된 것에 불과하므로 법에 위반된 행위를 한 사실이 없다고 주장하고 있다. 이에 대하여 공정위는 불공정거래 행위 제도가 경쟁제한적 상태의 사전적인 예방을 위한 것이고, (주)캐드랜드는 낙찰 예정자로 선언되어 별다른 하자가 없는 한 계약을 체결할 수 있으며 1996. 1. 8. 한전에 계약 체결을 독촉하는 문서를 발송하여 계약 체결 의사를 명백히 밝히고 있으므로, (주)캐드랜드의 행위는 공정거래법의 적용 대상인 ‘거래 행위’ 또는 ‘계약 행위’로 볼 수 있다고 보고 있다.

그러나 이에 대한 공정위의 설시는 불충분한 것으로 보인다. 기본적으로 불공정거래 행위는 사법상의 법률 행위의 성질을 가질 필요가 없다. 오히려 사실 행위적 성질을 띠는 복합적 관행인 불공정한 경쟁 수단이 대단히 많으며, 경우에 따라서는 불공정거래 행위 그 자체가 사법상의 불법 행위를 구성할 수도 있는 것이다(정호열, 부정경쟁방지법론, 77면). 그러므로 이 점에 관한 피심인의 항변은 정당성이 전혀 없다. 여기서 불공정거래 행위라는 표현보다 불공정거래 관행이라는 표현을 선호하는 이유를 확인할 수 있다.

다. 법령에 따른 정당한 행위

피심인은 자신의 1원 입찰 행위가 재정경제원으로부터 유효하다는 유권해석을 받는 등 타법령에 의한 정당한 행위이므로 공정거래법 제58조에 의하여 동법의 적용 대상에서 배제된다고 주장한다. 우선 입찰 행위의 유효성에 대한 재정경제원의 유권해석은 행위의 불공정성에 관한 공정거래위원회의 판단과 다른 범주에서 이루어진 것이므로 피심인의 주장은 정당성이 없다. 특히 우리나라의 거의 모든 개별 시장이 감독 법규에 의거하여 주무관청의 행정적 규제와 간섭을 받고 있음은 주지의 사실이다. 이러한 상황에서 주무관청의 허가나 인가 혹은 사실상의 조정을 거친 모든 행위가 독점금지법의 적용 면제를 받는다는 주장은 공정거래법의 실효성을 전면 부인하는 결과로 이어질 수 있는 것이다.

여기에서 공정위가 공정거래법 제58조 규정의 '법령에 따른'의 의미는 타법령에 경쟁제한 행위에 대한 구체적인 근거가 있어야 하고, 근거 규정이 포괄적이거나 애매한 경우에는 공정위가 입법취지 등을 고려하여 해당 여부를 판단하여야 하는 것이고, '정당한 행위'란 법령에 따른 것이라고 할지라도 그 법령의 범위 내에서 필요한 최소한도의 행위를 뜻하므로 이를 일탈하거나 남용하는 때에는 법령에 따른 정당한 행위로 볼 수 없다고 판단한 것은 옳은 것이다.

그러나 공정거래법 제정 당시부터 계속되어 온 적용 면제의 범위와 관련된 논란의 배후에는 고질적인 관할권 다툼이 깔려 있으며, 특히 제58조의 법문 자체가 "법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따른 정당한 행위에 대해 동법의 적용을 면제한다"라고 막연하고 광범한 표현을 그대로 존치하는 것은 입법적으로 시정되어야 한다고 생각된다.

라. 무체재산권 행사행위와 공정거래법

피심인은 자신의 지리정보시스템 소프트웨어 판매는 무체재산권의 행사행위이므로 공정거래법 제59조에 의거하여 동법의 적용대상에서 배제된다고 주장한다.

그러나 공정거래법 제59조의 취지는 본질적으로 사권보호법(私權保護法)의 체계에 속하는 특허법, 저작권법, 상표법 등의 특별법이 지적인 발견이나 창조에 대해 일정한 기간 타인의 모방을 금지하고 독점적 배타적인 사용권을 인정하는 것이 독점금지법에 반하지 아니한다는 원칙을 선언하고 있는 것이다(Emmerich 저/정호열 역, 부정경쟁법, 172-3면 참조).

그리하여 공정거래법은 저작권, 특허권 등 무체재산권의 행사 행위에 대하여는 창작, 발명의 보호 등 일정한 목적을 위한 권리 행사라고 인정되는 범위에서 법 적용제외를 하고 있지만, 무체재산권을 남용하거나 경쟁사업자배제와 같은 행위를 하는 경우에는 정당한 무체재산권의 행사라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 무체재산권 보호라는 본래의 취지에도 배치되는 것이다. 이는 마치 헌법이 보장하는 계약 자유 또는 영업의 자유를 남용하여 경쟁제한적인 카르텔을 체결하는 협정이 계약의 자유의 내재적 한계를 일탈하여 공정거래법에 의해 금지되는 것과 전혀 다를 바 없다.

마. 가격 형성의 자유와 부당 염매

일반적으로 부당염매에 대한 광범한 규제는 가격 경쟁의 위축이라는 결과를 가져 올 수 있다. 특히 현행 고시 제3조 제2호(계속 거래상의 부당염매)의 '공급에 소요되는 비용'라는 문구는 그 개념

이 모호하고, 설사 중간 상인의 경우처럼 구입 가격을 객관적으로 조사할 수 있다고 하더라도 통상적인 고정 비용을 여기에 포섭시켜야 하기 때문이다(Areeda/Kaplow, Antitrust Analysis with 1992 Supplement, pp.537-8).

그리고 상인 혹은 사업자는 자신의 상품에 대한 가격 형성에 있어 근본적인 자율권을 누려야 함은 지극히 당연한 것이다. 우선 개별 상품에 관하여 장기적으로 혹은 단기적으로 구입가격 이하로 판매하도록 하는 사정이 얼마든지 존재할 수 있다. 예컨대 구상품을 신속하게 정리하여야 하거나 상품이 부패될 가능성이 있거나, 혹은 신상품의 도입에 즈음하여 소위 개시손해(Anlaufverluste)를 감수하는 경우 등이 있다. 그리고 어느 상품에서 얻은 수익으로 다른 상품에 관한 손실을 전보할 수도 있고, 또 수많은 품목의 가격을 편의에 따라 올리거나 내리서 시장의 상황에 최대한 탄력적으로 대응하는 것은 단순히 사업자의 영업 전략의 문제로서 본질적으로 사업자의 가격형성의 자유에 해당되는 것이다.

그러므로 모든 형태의 가격 할인은 근본적으로 허용되는 것이며, 이를 통해 경쟁사업자들이 손해를 본다든가 혹은 시장에서 축출되는 것은 오히려 시장기능이 살아 있다는 반증이며, 심지어는 모 회사의 보조금을 통해 재정지원을 받는 큰체 큰 소속 기업의 염매도 문제될 것이 없다고 한다(권오승 외, 공정거래법 심결례 백선, 법문사, 241면).

그리하여 경쟁법상 사업자의 가격 형성의 자유에 대한 제한 사유로 거론될 수 있는 것은 덤핑을 통한 경쟁사업자의 말살이나 독점의 형성, 카르텔이 공동염매를 통해 국외자를 괴롭히는 경우, 가격에 관해 소비자를 기만하거나 오인을 유발하는 경우, 시장지배적 사업자가 가격할인을 통해 영세 경쟁자의 영업을 방해하는 경우 등의 극단적인 사례이다.

특히 독일의 연방대법원이 가격 할인의 부정성 내지 불공정성을 근거지우는 사유로 경쟁자 배제 내지 말살의 관점을 도입할 수 없다는 원칙론을 내세우면서, 다만 구입 가격 이하의 조직적 판매가 경쟁자를 축출하고 또 이를 통하여 시장에서 경쟁이 전적으로 혹은 거의 정지되는 결과를 가져 오거나(소위 경쟁 존속에 대한 위협) 혹은 구입 가격 이하의 판매로 인하여 공동체 훼손적인 경쟁 교란을 가져 올 정도로 다른 경쟁자들이 이러한 가격 형성을 모방하는 경우(소위 공동체 훼손적인 모방)에 한해 이를 불공정한 것으로 평가할 수 있다는 태도를 보이는 점은 참조할 가치가 있다(줄역, 105-6면).

현행 고시상의 부당염매나 부당 고가 매수의 행위 유형은 경쟁사업자 배제의 우려를 핵심적인 요건으로 한다. 그리하여 앞으로 공정위의 이 요건에 대한 해석과 운용을 주목할 필요가 있다(예컨대 안국상사의 장기거래계약상의 부당염매 사건 참조, 공정위 1994. 11. 9. 94-328호 의결, 9407경정430).

3 한일투자신탁(주)의 부당한 광고 행위 및 부당한 고객 유인 행위에 대한 건

• 1996.2.23. 공정위 심결/9512광고1194

1. 사실 개요

가. 한일투자신탁(주)는 1995. 9. 제작한 ‘한일 알토란공사채투자신탁’의 안내장에서 수익률이 “연 13.5% + a”라고 기재하여 선전한 사실이 있다.

나. ‘한일우량주식’ 3호와 4호를 판매하면서 각 영업점 직원들은 본사가 팩스로 통보한 바에 따라서 그 내용을 고객들에게 설명하고 일부의 고객에 대하여는 고객의 통장에 “확정 수익률: 15% + a”라고 기재해 주었으며 매일 매일의 예약 상황을 본사 영업추진팀에 통보한 사실이 있고, 본사 영업부, 운용부장 또는 영업점 지점장들은 ‘한일우량주식’ 1호, ‘안전성장주식’ 6호, 9호, 10호와 12호, ‘한일법인주식’ 2호 등을 판매하면서 연 14.0% 내지 14.7%의 확정 수익률을 보장한다는 지점장 명의의 각서를 고객에게 교부하고 자금을 유치한 사실이 있다.

2. 심결 요지

가. 부당한 광고 행위에 관한 점

피심인이 ‘한일 알토란공사채투자신탁’의 안내장에 수익률이 “연 13.5% + a”라고 표시하여 광고한 행위는 문제의 상품이 연 13.5%의 확정 수익률을 제공하고 펀드의 운용에 따라서는 추가 수익도 얻을 수 있는 것처럼 고객의 오인을 유발할 우려가 있는 허위 과장 광고 행위로 인정된다.

그리고 안내장 중간에 고객이 알아보기 어려운 색상과 작은 글씨로 “상기 수익률은 목표 수익률임”이라고 부기하였다고 하더라도 이러한 소비자에 대한 오인 유발의 위험은 제거되지 아니한다.

나. 부당한 고객 유인에 관한 점

피심인이 고객의 통장에 “15% + a”라고 기재해 주거나 연 14.0%에서 14.7%의 확정 수익률을 보장한다는 내용의 지점장 명의의 각서를 교부하여 수익률을 보장하는 행위는 자기가 공급하는 주식투자신탁 상품에 관하여 실제보다 현저하게 우량 또는 유리한 것으로 고객을 오인시켜 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 부당하게 유인하는 행위로 인정된다.

3. 법령의 적용

한일투자신탁의 1. 가.의 행위는 불공정거래 행위의 유형 및 기준에 관한 고시 제9조 제1호(허위 과장 표시광고)에 해당되어 법 제23조 제1항 제6호의 규정에 위반되고, 1. 나.의 행위는 같은 고시 제4조 제2호(위계에 의한 고객 유인)에 해당되어 법 제23조 제1항 제3호 전단에 위반되므로, 각각 법 제24조의 규정을 적용하여 주문과 같이 의결한다.

<주 문>

가. 피심인은 자신의 상품 안내장에 “연 13.5% + a” 등으로 표시함으로써 마치 13.5% 이상의 수

익률을 제공하는 것처럼 고객을 오인시킬 우려가 있는 허위 과장 광고 행위를 하여서는 아니된다.

나. 피심인은 일정한 수익 또는 수익률을 보장할 수 없는 자신의 상품에 대하여 고객에게 일정한 수익 또는 수익률을 보장하겠다는 내용의 문서(각서, 확인서 등 명목을 붙문)를 교부, 제시하거나 또는 그와 같은 취지를 설명함으로써 자기가 제공하는 투자신탁 상품의 수익률이 현저하게 우량한 것으로 고객을 오인시켜 자기와 거래하도록 부당하게 유인하는 행위를 하여서는 아니된다.

다. 피심인은 이 시정명령을 받은 날로부터 30일 이내에 공정거래위원회로부터 시정명령을 받았다는 사실을 1개 중앙일간지와 1개 인천 경기 지방일간지에 평일에 각 1회씩 게재하고, 또 같은 사실을 자신의 사업장(전국 본지점) 정문 출입구 등 고객이 가장 쉽게 볼 수 있는 곳에 전지 크기(78.8cm × 109cm)로 10일간 게시하여야 한다.

해설 및 평석

가. 증권투자신탁 상품의 내용

증권투자신탁이란 투자신탁회사가 수익증권을 발행하여 투자자에게 매각하고 그 자금을 모아 주권과 채권 등의 유가증권에 투자함으로써 생긴 이익을 투자자에게 되돌려 주는 금융상품으로서 이는 다시 주식형과 공사채형으로 크게 나누어진다.

공정위가 인정한 주식형과 공사채형의 차이를 보면 주식형은 펀드의 일부를 주식에 투자하여 운용하는 상품으로서 펀드 매니저는 자신의 독자적인 판단에 따라서 주식을 매매하기 때문에 펀드 매니저 사이의 수익률의 편차가 크게 나타난다. 이에 비해 공사채형은 펀드를 국공채, 회사채, 금융채 등의 채권에만 투자하여 운용하므로 상대적으로 안정성이 있는 상품으로서 주로 장기채권 등에 투자하여 이자를 취득하고, 채권 금리의 변동이 예상되는 경우에는 시세 차익을 목적으로 채권 매매를 하기도 하고 콜론 및 정기예금에 운용하기도 하는 특색을 가지고 있다.

나. 금융상품의 과장 표시와 선전

‘한일 알토란공사채투자신탁’의 안내장에 수익률이 “연 13.5% + a”라고 표시한 것은 공정위의 판단과 같이 투자신탁 상품에 관한 지식이 부족한 일반 고객들로 하여금 확정 수익률이 보장될 뿐만 아니라 그 이상의 수익도 가능하다는 인식을 유발하기에 충분한 것이다.

특히 사업자가 상품 안내장에 “상기 수익률은 목표 수익률임”이라고 별도로 부기하였음에도 불구하고 공정위가 이를 충분치 아니한 것으로 본 점은 큰 의미가 있다. 그것은 목표 수익률임을 알리는 문구가 알아 보기 어려운 색상과 작은 글씨로 부기되었으며, 일반 소비자에게 목표 수익률의 개념을 정확히 알리지 아니한 사정을 고려한 까닭이다.

결국 상품 안내장의 문언을 전체적으로 살펴 보건대 사업자는 당해 상품에 관한 정보를 소비자에게 균형있고 정확하게 알리지 못한 것이고, 그리하여 오인 유발적인 허위 과장 광고로 본 공정위의

판단은 정당한 것이다. 그리고 불리한 사실에 관해서는 소비자의 주의를 끌지 않도록 안내장 등의 구석에, 작은 글씨로 또 소비자가 쉽사리 알 수 없는 전문적 표현으로 기재하여 설명의무를 다했다고 변명하는 행태에 대해 경종을 울린 것이라고 하겠다¹⁾.

다. 부당한 고객 유인에 관한 점

(1) 구성 요건의 경합 문제

불공정거래관행 내지 부정경쟁 행위를 규율하는 방식에는 포괄적인 일반조항에 의한 규율 방식(미국 연방거래위원회법 제5조, 독일 부정경쟁방지법 제1조²⁾, 스위스 연방 부정경쟁방지법 제1조 등)과 개별 구성 요건을 한정적으로 열거하여 규율하는 두 가지 접근 방식이 있다.

전자의 경우에는 포괄적인 일반조항의 구체화가 필요하며 일반 사업자가 구체적으로 어떠한 경쟁수법이 금지되는지를 쉽사리 알 수 없다는 단점이 있으나 시대의 변화에 따라 새로이 출현하는 불공정한 경쟁수법에 대해 탄력적으로 대처할 수 있는 장점이 있다. 한편, 후자의 경우에는 미리 금지되는 행위유형이 개별적으로 또 한정적으로 열거됨으로 인하여 수범자들의 계산가능성이 증대되고 특히 행정규제주의와 결부되면 공정거래위원회 등의 신속한 조치가 담보된다는 점이 기본적인 장점이다.

우리의 법체제는 개별적 구성요건에 의한 접근 방식이다. 이는 공정거래법 제23조와 이에 의거한 불공정거래 행위에 대한 일반 혹은 특수 고시상의 행위 유형은 물론이고, 부정경쟁방지법의 경우에도 마찬가지이다. 그러나 불공정거래행위에 관하여 공정거래법은 6가지의 행위 유형을, 그리고 일반

- 1) 이러한 유형의 금융상품에 대한 과장 선전은 보험이나 은행 등 금융상품 전반에 널리 퍼져 있고, 이에 대한 법적 규제가 커다란 쟁점으로 대두하고 있다. 우선 약관이 정한 거래 조건을 부풀린 것이라는 점에서 약관규제법 소정의 명시설명 의무에 대한 위반 문제, 그리고 진실과 일치하지 아니하는 부분에 대한 불법 행위법상의 손해배상책임의 문제가 또한 제기될 수 있다. 그러나 과장 설명과 상당 인과관계가 있는 손해의 산출 등 사법상의 책임을 추궁하는 것이 실제로 어려운 경우가 대단히 많기 때문에 공정거래법에 의한 예방적 구제가 특히 강조될 필요가 있다.
- 2) 독일의 지배적 견해는 부정경쟁 행위 내지 부정경쟁 행위를 고객 유인, 방해 행위, 표절 행위, 법 위반, 그리고 시장 교란의 5가지 유형으로 크게 나눈다. 이 중 고객 유인이란 선량한 풍속에 반하는 방법으로 고객 내지 거래 상대방의 의사 결정 내지 자유롭고 진지한 판단을 침해하는 행위를 말한다. 그리하여 이 고객 유인은 직접적으로는 수요자를 마비시켜 그 의사 결정의 진정성을 해치는 것이지만 간접적으로는 고객 유인을 통하여 다른 영업자의 고객 관계를 부정하게 훼손하는 행위로서의 성격을 또한 지니게 된다(Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Kurz Kommentar, 14 Aufl., Einl. Rdnr. 163.).

그리고 이 고객 유인은 오인 유발, 강권 행위, 호객 행위, 경품 등에 의한 미혹 행위, 사행심 자극 행위 등의 하위 유형으로 세분되는 바, 이 중에서 가장 중요한 것이 오인 유발(Irreführung)이다. 오인 유발은 다시 부당한 표시와 자화자찬, 오도적 관행, 기만 행위, 선전 행위의 위장, 그리고 허위의 상품 표시 등의 상품에 관한 오인 유발과 영업권의 침해, 상호와 성명권 침해, 외장 기타의 영업상의 표시 침해 등을 포괄하는 영업에 관한 오인 유발로 나뉘어지고 있다(Baumbach/Hefermehl, Par.1 Rdnr. 5ff.).

고시는 9가지의 기본 유형과 30가지의 세부 유형을 망라하고 있으므로, 실제 불공정한 경쟁수법은 그것이 어떠한 것이든 고시가 열거하는 행위 유형에 반드시 포섭될 수 밖에 없는 실정이다³⁾.

그리고 하나의 경쟁 행위가 불공정거래 행위의 유형과 기준에 관한 고시가 열거하는 여러가지 구성 요건을 동시에 충족하는 경우가 얼마든지 있을 수 있다⁴⁾. 이 경우 어느 구성 요건에 해당시키든지 마찬가지로의 결과가 되지만, 법 적용 기술에 있어서는 문제의 사실과 가장 친밀한 하나의 구성요건에 포섭되는 것으로 보아야 할 것이다⁵⁾. 중복 적용을 인정하는 것은 유형적 접근의 취지에 반하는 것이다.

다만 현행 고시가 구성요건을 지나치게 세분하여 유형귀속에 관한 판단이 기술적으로 곤란한 때가 많다. 예컨대 고시 제9조의 부당한 표시 광고에는 허위 과장 표시 광고, 기만적인 표시 광고, 부당한 비교 표시 광고, 그리고 비방 표시 광고의 네 가지 세부 유형이 열거되어 허위 과장성, 기만성, 비교, 비방 등의 서로 구별하는 것이 대단히 어려운 개념 사이의 차별이 불가피하게 되어 있다.

(2) 표시 광고와 부당한 고객 유인

이 사건에 있어 공정거래위원회는 상품 안내장에 수익률을 과장 기재하여 고객을 유치한 사실에 대하여는 허위 과장 광고로 본 반면에, 수익률을 과장 기재한 지점장 명의의 각서를 교부하여 고객을 유치한 행위에 대하여는 위계에 의한 고객 유인(고시 제4조 제2항)의 규정을 적용시키고 있다.

그러나 공정위의 이러한 판단은 그 취지는 이해되나 법기술적인 문제를 내포하고 있다고 생각된다. 지점장 명의의 각서를 교부하여 고객을 유치하는 것도 고시 제9조의 표시 광고에 포섭되기 때문이다. 즉 표시 광고라 함은 영업의 목적하에 불특정의 상대방을 대상으로 행하여진 표시 또는 선전주장을 말하며, 여기에는 민법이나 상법 기타 법규상의 공고, 공시, 고시, 표시, 선전 등이 모두 망라된다.

그리고 광고는 반드시 불특정 다수의 공중을 대상으로 할 필요가 없고, 예컨대 점포를 찾은 고객에게 상품의 구입을 권하는 것 역시 광고에 해당된다(졸저, 부정경쟁방지법론, 200-1면 참조). 게다가

- 3) 물론 타법이 규제하는 한계적 사례유형, 예컨대 산업스파이를 통해 다른 사업자의 영업비밀을 훔쳐 자신의 경쟁상의 입지를 제고한다든가, 최근 그 폐해가 격심해지고 있는 피라미드식 판매방법 혹은 다단계판매방식 등이 있다. 전자에 대해서는 지적재산권성을 인정하는 방향으로 법리가 전개되고 있고 또 후자에 대해서는 방문판매법에 의한 규제가 이루어지고 있으나, 이들 행위도 본질적으로 불공정거래행위 내지 부정한 수법에 의한 경쟁행위로 파악되어야 한다.
- 4) 예컨대 타인의 제품에 대한 비방 광고(부당한 표시 광고)는 경제적 경쟁에서 경쟁사업자를 배제하여(경쟁사업자 배제) 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위(부당한 고객 유인)로 평가될 수 있는 것과 같다.
- 5) 그러나 시장지배적 사업자의 지위 남용 행위와 불공정거래 행위가 경합하는 경우는 관련 법조가 중복해서 적용되는 것으로 풀이하여야 할 것이다. 전자는 독점규제의 취지를 담고 있는데 비해, 후자는 문제의 사업자의 시장지배적 지위와는 상관없이 경제적 경쟁에 있어서의 불공정한 경쟁 수단을 규제하는 것이어서 양자는 그 취지와 요건이 크게 다르기 때문이다(해태제과의 시장지배적지위 남용 행위 및 부당 표시 행위/공정위 1992. 1. 15. 92-1호 의결, 9111독759 : 권오승 외, 공정거래법 심결례 백선, 55-6면 참조).

가 고시 제4조 제2항⁶⁾은 표시광고의 방법에 의한 고객 유인을 동조의 적용 범위에서 명시적으로 배제하고 있다. 그러므로 두 번째의 사실에 대하여도 부당한 표시 광고의 구성요건에 포함시키는 것이 옳다고 생각된다.

(3) 관행의 정당성에 관한 판단 기타

한일투자신탁측은 보장각서에 관하여 업계 관행과 고객 확보를 위해 불가피하게 교부한 것이라 고 항변하고 있다. 비록 일정한 업계에 일정한 관행이 광범위하게 정착되어 있다고 하더라도 관행의 존재 자체가 당해 관행의 정당성을 담보하는 것이 아니라는 점은 공정거래위원회의 심결에서 거듭 확인되고 있다(권오승 외, 앞의 책, 300면). 즉, 관행은 다시 공정성에 관한 심판, 예컨대 건전한 상도의(商道義)에 반하지 아니할 때(줄역, 64면 이하 참조) 불공정성의 혐의를 벗게 되는 것이다.

그 다음 이 사건에서 공정위가 '경쟁' 사업자의 개념과 관련하여 은행 상품과 투자신탁 상품의 경쟁 관계 내지 대체성을 인정하고 있는 점을 살필 수 있다. 경쟁법의 구성 요건에 있어 경쟁 관계 내지 경쟁 행위의 요건은 완화하여 해석하고 특히 이 점에 관한 주관적 요건, 즉 행위자의 고의, 과실은 따지지 않는 것이 보통이다(줄역, 47면 이하).

라. 시정조치의 공표

이 사건에서 공정위가 해당 사업자에 대하여 시정명령에 관한 사실을 중앙일간지는 물론이고 지방 일간지에도 광고 게재하도록 명하고, 나아가서 문제의 사업자의 전국 모든 영업장에서 고객이 가장 쉽게 볼 수 있는 장소, 예컨대 정문 출입구 등에 전지 크기로 '10일간' 공표하도록 한 점이 재미가 있다. 공정위의 이러한 시정조치의 개별화는 꼭 바람직한 것이고, 앞으로 이러한 수단을 더욱 다양화시킬 필요가 있다.

6) 위계에 의한 고객 유인에 관한 고시 제4조 제2항은 "제9조의 표시 광고 이외의 방법으로 자기가 공급하는 상품 또는 용역의 내용이나 거래 조건 기타 거래에 관한 사항에 관하여 실제보다 또는 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리한 것으로 고객을 오인시키거나 경쟁사업자의 것이 실제보다 또는 자기의 것보다 현저히 불량 또는 불리한 것으로 고객을 오인시켜 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 부당하게 유인하는 행위"라고 정한다. ■