



## 허위·과장광고의 성립요건

대상판결: 대법원 2002.6.14. 선고 2000두4187 판결

이봉의 | 경북대학교 법대 교수

### I. 사건의 개요

외환신용카드(주)를 포함한 원고들은 여신전문금융업을 영위하는 회사로서 주택할부금융 안내광고를 함에 있어서 1996. 2월경부터 1998. 6월까지 대출안내전단 등을 통하여 전국 각 지역의 아파트분양과 관련한 주택할부금융 안내광고를 한 바 있고, 여기서 실제로는 대출금리가 변동될 수 있음에도 불구하고 대출금리에 대하여 연13.3%(매 3년 후 이자율 재조정) 또는 연13.99% 등으로 기재하였다. 그리고 원고들은 실제로 주택할부금융 신청자와 주택할부금융 약정을 체결함에 있어서 재정경제부가 승인한 동일한 내용의 여신거래기본약관이 위 주택할부금융약정에 적용됨을 승인할 것을 약정하였는데, 위 여신거래기본약관은 제3조에서 '이자율 등의 변경과 지연배상금'에 관하여 정하면서 제1항으로 '다음 각호의 요건을 갖춘 경우에 회사가 이자, 지연배상금, 할인료, 수수료 등의 율을 변경한 때에는 채무자는 이에 따르기로 한다'고 규정하면서 그 각호로서 1. 금융사정의 변화 기타 상당한 사유가 있을 것. 2.(생략) 3. 제1호의 사유에 상응하는 정도의 변경일 것이라고 규정하고 있다.

그런데 원고들을 비롯한 국내 할부금융회사들은 1997년말 소위 IMF 사태에 따라 주택할부금융상품의 이자율을 일제히 인상하게 되었는데, 원고들도 1998. 1월경부터 같은 해 4월 사이에 기존대출금에 관하여 약 6% 정도 대출금리를 인상하였다. 그러나 원고들은 위에서 본 바와



같이 대출안내전단 등을 통하여 전국 각 지역의 아파트분양과 관련한 주택할부금융 안내광고를 함에 있어서 그 대출금리가 '확정금리' 라든가 '대출기간 동안 금리의 변동이 없다' 라는 명시적인 기재를 하지 아니하였다.

이에 대하여 피고인 공정거래위원회는 원고들이 위 1996. 2월부터 1998. 6월 사이에 대출안내전단 등을 통하여 주택할부금융 안내광고를 함에 있어서 대출금리에 대하여 '연13.3%(매 3년 후 이자율 재조정)' 또는 '연13.99%' 등으로 표현한 사실을 들어 위와 같은 주택할부금융 안내광고행위가 독점규제및공정거래에관한법률(1999. 2. 5. 개정 이전의 것) 제23조제1항제6호, 같은 법 시행령 제36조제1항 관련 [별표]제9호 가목(허위 또는 과장의 표시·광고) 또는 구 불공정거래행위의유형및기준(공정거래위원회고시 제1995-6호) 제9조제1호에 해당되는 허위·과장광고로서 불공정거래행위라고 판단하여 1998. 8. 25. 외환신용카드(주) 외 5개사에 대하여 그 시정을 명하였고<sup>1)</sup>, 이에 원고들은 서울고등법원에 동 시정명령의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 그 후 2000. 4. 19. 원심이 피고의 시정명령을 취소함으로써 원고들의 손을 들어주자<sup>2)</sup>, 공정위가 불복하여 대법원에 상고하기에 이르렀다.

## II. 대법원판결의 요지

1. 본 건에서 대법원은 구 공정거래법 제23조제1항 6호 소정의 허위 또는 과장광고에 의한 불공정거래행위에 해당하기 위한 요건을 다음과 같이 크게 세 가지로 정리하고 있다. ① 사업자, 상품 또는 용역에 관한 광고의 내용이 허위이거나 사실을 과장한 것이어야 하고, ② 그러한 광고가 소비자를 오인시킬 우려가 있어야 하며, 끝으로 ③ 그러한 광고가 공정한 거래를 저해할 우려가 있어야 한다.

2. 이어서 대법원은 그 중 첫 번째 요건인 광고의 허위·과장 여부와 관련하여 사업자가 광고를 함에 있어서 상품 또는 용역에 관한 모든 사항을 광고내용에 포함시켜 광고하여야 할 의무

1) 공정위 의결 제98-182호, 사건번호 9805광고0729~0731, 9806광고1005~1007.

2) 서울고법 2000. 4. 19. 선고 99누396 판결.



는 없는 것이고, 소비자의 구매결정에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항에 대하여 적정한 정보를 제공하면 되는 것이라고 지적하고 있다. 즉, 사업자가 상품 등에 관한 비본질적인 사항에 대하여 정보를 제공하지 않았다고 하여 그 광고가 허위·과장에 해당되지는 않는다는 것이다.

3. 이에 따라 대법원은 주택할부금융회사들이 주택할부금융상품을 안내전단의 형식으로 광고함에 있어서 여신거래기본약관에 따라 일정한 경우에 예외적으로 금리가 변동될 수 있다는 사실을 광고내용에 포함시키지 않은 경우에도 그러한 사실이 '소비자의 구매결정에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항'에 해당된다고 할 수 없으므로 이를 광고내용에 포함시키지 않았다고 하여 허위 또는 과장된 것이라고 할 수는 없다고 판시하여, 문제의 광고가 소비자를 오인시킬 우려가 있는지, 그리고 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지에 대하여 나아가 판단할 필요도 없이 본 건 시정명령의 취소를 명한 원심판결을 정당하다고 보았다.

### III. 평석

동 판결은 그간 공정위의 실무에서 빈번하게 문제되었던 허위·과장광고에 관한 것으로서 특히 대법원이 소비자의 오인가능성이나 공정거래저해성이 아니라 '허위·과장광고'의 성립 여부에 관한 나름의 기준을 약관규제법상의 명시·설명과 결부하여 제시한 것으로서 그 의미가 적지 않아 보인다. 특히 본 건에서는 사업자가 적극적으로 허위 또는 과장된 사실을 광고한 것이 아니라, 소극적으로 소비자에게 불리할 수도 있는 일정한 사항을 광고에 포함시키지 않은 것이 문제되었다는 점에서 사업자의 정보제공의무의 범위 및 한계와도 밀접한 관련을 갖는다.

허위·과장광고를 규제하는 것은 그로 인한 소비자피해를 예방하고, 사업자와 소비자간에 존재하는 정보의 비대칭성 하에서 올바른 정보제공을 통하여 능률경쟁을 촉진하기 위한 것이다. 이러한 맥락에서 허위·과장광고가 불공정거래행위에 해당하기 위해서는 '광고의 허위·과장성' 뿐만 아니라 '소비자오인가능성', 그리고 '공정거래저해성'이 요구되는 바, 아래에서는 그 요건별로 본 건 대법원판결이 제시하고 있는 허위·과장광고의 판단기준과 그 문제점을 살펴보기로 한다.



## 1. 대법원판결의 의미와 문제제기

구 공정거래법 제26조제1항 6호는 사업자가 상품 또는 용역에 관하여 허위 또는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 표시 광고를 하는 행위를 불공정거래행위로서 금지하고, 시행령 별표 제9호는 그 일 유형으로서 허위 또는 과장의 표시·광고를 열거하고 있다<sup>3)</sup>. 그에 따르면 허위·과장광고란 자기 또는 경쟁사업자의 상품의 내용이나 거래조건에 관하여 허위의 내용을 광고하거나 사실을 과장하여 광고하는 행위를 말한다. 이때 허위·과장광고를 비롯한 부당한 표시·광고는 그것이 부당하게 고객을 유인하는 측면이 문제되는 것이지만 그 특수성을 고려하여 경품규제와 더불어 별도로 규제되고 있는 것이다.

그렇다면 사업자가 적극적으로 사실과 다르거나 사실보다 과장된 내용을 광고하는 것이 아니라 소비자에게 불리할 수 있거나 소비자의 구매선택에 영향을 미칠 수 있는 내용을 광고에 포함시키지 않는 것도 규제대상에 포함되는가? 이 문제는 목적론적 해석의 관점에서 상품이나 용역, 기타 거래조건에 관한 일정한 사실을 광고내용에 포함시키지 않을 경우 그것이 부당하게 고객을 유인할 소지가 있는지에 따라 판단되어야 할 것이다. 이와 같은 맥락에서 본 건 대법원 판결은 사업자가 적극적으로 허위 또는 과장의 내용을 광고하는 것뿐만 아니라 소비자의 구매 결정에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항에 대하여 적절한 정보를 제공하지 않는 광고 역시 소극적인 의미에서 '허위·과장의 광고'에 포함될 수 있다는 태도를 취하고 있는 것으로 보인다.

나아가 대법원은 광고에 있어서 사업자의 정보제공의무와 허위·과장광고 해당성을 결부시켜서, 정보제공의무를 제대로 이행하지 않은 광고는 허위·과장광고에 해당될 수 있다는 논리를 전개하고 있는 바, 이는 이 사건에서와 같이 사업자의 정보제공이 주로 계약체결시(표준)약관을 통해서 비로소 이루어지는 경우에 약관규제법상의 명시·설명의무와 허위·과장광고 해당성의 관계와 관련하여 적지 않은 의문을 제기하게 된다. 왜냐하면 광고시의 정보제공의무와 계약체결시의 정보제공의무는 아래에서 살펴보는 바와 같이 그 의미를 달리 하는 것이기 때문이다.

또한 소비자에게 불리한 사실을 은폐하는 식의 광고에 대해서는 시행령 별표 9호에서 허위·과장광고와는 별개의 구성요건으로 정하고 있는 '기만적인 표시·광고'에 관한 규정을 적용하는 것이 해석론상 보다 적절하였을 것으로 보인다. 다만, 대법원이 실시하고 있는 바와 같이 공정위가 시정명령은 물론이고 원심변론종결 당시까지도 원고들의 행위를 기만적인 광고에 의한

3) 그 밖에 시행령 별표 9호에서는 부당한 표시·광고로 기만적인 표시·광고, 부당한 비교표시·광고 및 비방적인 표시·광고를 들고 있었다. 그 후 1999년 '표시·광고의공정화에관한법률'이 제정되면서 공정거래법상 부당한 표시·광고 관련 규정은 삭제되었다.



불공정거래행위로 볼 수 있다는 점을 처분사유로 주장하지 않음으로써 본 건 원고들의 행위가 '기만적인 광고'에 해당될 수 있는 것인지에 대한 판단이 내려지지 않은 점은 다소 유감스럽다.

## 2. 정보제공의무와 어위·과장광고

대법원은 이 사건 광고에서 문제된 주택할부금융상품들은 순수한 변동금리상품의 경우와 달리 여신거래기본약관 제3조에서 정한 '금융사정의 변화 기타 상당한 사유'가 있는 등 이른바 사정변경의 원칙에 따른 금리변경의 요건에 해당되어 원고들이 금리변경권을 행사하였을 경우에만 예외적으로 금리를 변경할 수 있는 바, 위 약관에 따라 일정한 경우 예외적으로 금리가 변경될 수도 있다는 사실은 소비자들이 원고들과 개별적으로 할부금융거래약정을 할 때 약관규제법 제3조 등에 의하여 원고들로부터 위 약관의 내용을 명시 받고, 그 중요한 내용에 대하여는 설명을 받게 될 것인 점을 들어, 이러한 사항은 주로 안내전단의 형식으로 이루어지는 원고들의 광고에서 반드시 제공되어야 할 '소비자의 구매결정에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항'에 해당하지 않는다고 보았다. 즉, 예외적인 금리변경가능성은 광고시에 사업자가 의무적으로 제공해야 할 정보에 해당하지 않고, 따라서 이를 광고에 명시하지 않았다고 해서 허위·과장광고가 성립하지는 않는다는 것이다.

여기서 대법원의 논지와 관련하여 두 가지 점을 검토할 필요가 있다. 하나는 주택할부금융거래의 실무에서는 크게 '확정금리상품'과 우대금리(prime rate) 등의 기준금리에 연동되어 있는 '순수한 변동금리상품', 그리고 사정변경의 원칙에 따라 예외적으로만 금리변동이 가능한 '넓은 의미의 변동금리상품'이라는 세 가지 상품이 통용되고 있다는 사실이다. 따라서 별도의 명시가 없는 한 단순히 이자율만을 기재할 경우 소비자는 추후 계약체결 시점에서 이를 알게 되는지의 여부와 상관없이 이를 '확정금리'인 것으로 판단할 수밖에 없다. 즉, 이들 세 가지 상품은 병렬적으로 존재하는 것이고 이들 상품간에 원칙과 예외의 관계를 인정할 수는 없기 때문에 예외적인 금리변동가능성을 따로 광고내용에까지 포함시킬 필요가 없다는 판례의 태도는 일응 수긍하기 어렵다. 왜냐하면 사정변경의 원칙에 따른 금리변경가능성이란 한편으로는 계약을 체결할 당시에 당사자들이 모두 예측할 수 없었던 경제사정의 변화에 따라 처음에 약정된 금리를 계속 유지하는 것이 당해 계약내용의 공정성에 부합하지 않고, 그 결과 계약내용에 대한 적절한 수정을 허용하는 것이 타당하다는 신의칙에 근거한 것으로서 위 여신거래기본약관 제3조는 이를 명시적인 계약조건으로 확인하고 있다는 측면과, 다른 한편으로는 사정변경의 원칙에 다른 금리변동가능성을 명시적으로 배제한 이른바 '확정금리상품'과의 구별을 가져오는 상품의 본질적인 특성의 하나라는 측면을 모두 갖고 있기 때문이다.



다른 하나는 광고란 일반적으로 소비자에게 청약을 유인하는 수단이고, 온라인쇼핑 등 일정한 경우를 제외하고는 실제로 계약을 체결하는 단계에서 당해 상품이나 용역을 직접 살펴보거나 거래조건 등에 관한 설명을 다시 듣게 마련이다. 여기서 허위·과장광고를 금지하는 취지는 잘못되거나 불충분한 정보제공으로 인하여 고객을 오인시켜 자기와 계약을 체결하도록 유인하는 데에 있으므로, 실제 부정확한 정보로 유인된 고객에게 계약체결 시점에서 추가로 소비자에게 진실된 정보를 제공하거나 제공할 가능성이 있다 하더라도 당해 광고의 허위·과장성을 배제할 수는 없는 것이다. 이는 곧 광고에서 제공되어야 할 정보와 실제 계약체결 단계에서 명시·설명되어야 할 사항은 공정거래법의 관점에서 볼 때 서로 다른 차원의 것임을 의미한다<sup>4)</sup>. 즉, 광고시의 정보제공의무와 계약체결시의 설명의무는 구별되어야 하고, 전자는 그것이 고객을 유인하는 효과와, 후자는 (유인된) 고객이 계약체결 여부를 최종적으로 결정하는데 미치는 효과와 관련되는 것이다. 실제로 사업자가 할부금융계약을 체결하는 시점에 명시·설명 의무를 이행하여 당해 약관이 계약에 편입되었다더라도 문제된 광고의 오인유발 내지 고객유인효과에는 아무런 변함이 없으며, 사업자가 명시·설명 의무를 이행하지 않아서 처음부터 약관이 계약에 편입되지 않았더라도 고객으로서는 계약체결과정에서 불필요한 비용을 부담하게 되는 것이다. 그렇다면 이 사건 광고는 소비자가 엄밀히 말하자면 '구매결정'이 아니라 그 전(前)단계로서 특정사업자와의 구매협상으로 나아가는데 영향을 미치는 사항을 표시하지 않은 것으로서 허위·과장광고에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

끝으로, 대법원은 금리가 예외적으로나마 변동될 수 있다는 사실이 계약(내지 약관)의 중요한 내용이라는 전제에서 이에 관한 사항은 소비자가 할부금융거래약정을 할 때 약관규제법 제 3조 등에 따라 중요한 내용에 대하여 설명을 받게 될 것이기 때문에 이를 그 전단계인 광고에서 제공하여야 할 중요한 사항에는 해당되지 않는다고 보았다. 원심판결 역시 이와 같은 맥락에서 소비자가 광고내용에 의거하여서만 계약체결 여부를 결정하는 것은 아니므로 이 사건과 같이 예외적인 금리변동가능성을 표시하지 않더라도 소비자가 오인할 우려가 없다고 지적하고 있다. 그러나 소비자가 광고내용만으로 계약체결여부를 결정하지 않는 것은 지극히 당연한 것이고, 판례의 논리에 따르자면 약관규제법상 명시·설명 의무의 내용이 될 만한 중요한 사항은 모두 광고에서 제공되어야 할 '소비자의 구매결정에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항'에는 포

4) 이와 동일한 맥락에서 일명 '불고기버거' 사건에서 대법원은 돼지고기를 원료로 하여 제조한 햄버거를 '불고기버거'로 광고한 행위에 대하여, 실제 매장에 안내문을 게재하여 불고기버거가 국내산 돼지고기로 만들어졌음을 설명하고, 추후 새로 제작한 포스터에서도 "우리 돈육으로 만듭니다"라는 표현을 사용하였음에도 불구하고 소비자의 오인가능성을 인정한 바 있다(대법원 2000. 12. 12. 선고 99두12243 판결).



함되지 않는다는 결론이 되는 바, 그것이 부당함은 두말할 나위가 없다. 왜냐하면 사업자가 광고를 할 때에는 상품의 특성이나 거래조건 중에서 계약체결시 설명할 필요가 없는 중요하지 않은 사항만을 기재하면 족할 것이기 때문이다.

요컨대, 주택할부금융에 있어서는 대출금리, 특히 확정금리인지 변동금리인지의 여부는 소비자가 주택할부금융의 이용여부나 할부금융사를 선택하는 이른바 계약체결의 전 단계에서 고려하게 되는 가장 중요한 사항의 하나이고, 그렇다면 대법원으로서 이를 허위·과장광고로 보아 과연 문제의 광고가 고객으로 하여금 원고들의 상품을 확정금리상품으로 오인케 함으로써 다른 경쟁사업자와의 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는지에 대한 판단으로 나아갔어야 할 것이다.

### 3. 허위·과장광고의 부당성

허위·과장광고는 그것이 사업자의 규모, 연혁, 생산시설 기타의 내용 또는 상품이나 용역의 가격·수량·재료·성분·품질·규격·함량이나 원산지·효능 기타의 내용이나 거래조건에 관하여 소비자를 오인시킬 우려가 있는 경우에 한하여 '부당성'이 인정된다. 이때 소비자의 오인을 유발시킬 우려가 있는지의 여부는 보통의 주의력을 가진 소비자가 당해 광고를 보고 인식하는 내용이 객관적으로 볼 때 소비자를 오인시킬 우려가 있는지에 따라 좌우되며<sup>5)</sup>, 광고를 하는 사업자의 의도와는 무관하게 일반소비자들이 광고를 보고 난 후의 인상이나 인식을 기준으로 판단하게 된다.<sup>6)</sup>

그런데 이 사건 광고를 보면 원고들은 적극적으로 '확정금리상품'이라고 표시하지도 않았을 뿐만 아니라, 그렇다고 '변동금리상품'이라고 표시하지도 않았다. 따라서 원고들이 대출금리에 대하여 표현한 '연13.3%(매 3년 후 이자율 재조정)' 또는 '연13.99%'라는 기재가 통상적인 소비자들에게 어떠한 인식을 갖게 할 것인지를 고려하지 않으면 안 된다. 여기서 연13.3%에 부가하여 "매 3년 후 이자율 재조정"이라거나 "3년을 주기로 금리를 변경하므로 금리하락시 혜택이 큼니다" 등의 표현을 보면 소비자로서는 주택할부금융을 제공하는 당해 사업자가 적어도 3년 이내에는 이자율을 재조정하지 않을 것이라는 인식을 갖게 될 수 있고, 이러한 부기 없이 단순히 "연13.99%"라는 표현은 그 기간에 상관없이 확정금리라는 인상을 갖게 하기에 충분할 수도 있다. 이러한 점을 고려할 때 위 광고는 소비자를 오인시킬 우려가 있다고 봄이 상당하다.

5) 서울고법 1996. 2. 27. 선고 95구37904 판결.

6) 서울고법 1996. 2. 27. 선고 95구35274 판결. 반면, 이 사건 원심판결에서는 당시 세계적인 금리의 하향안정화추세에 비추어 원고들에게 허위 또는 과장의 내용을 광고할 의사가 있었다고 단정하기 어려움을 지적하고 있다.



끝으로 원고들의 이와 같은 광고가 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는가? 이 문제는 만약 해당 광고가 소비자가 구매결정이나 사업자를 선택함에 있어서 중요한 사항을 제대로 알려주지 않고 있고, 그 결과 할부금리와 관련하여 '변동금리' 내지 '사정변경에 따른 이자율변동 가능성'을 제대로 알려주고 있는 다른 할부금융사의 현실적 또는 잠재적 고객을 자기에게 유인함으로써 할부금융회사들간의 능률경쟁을 저해할 우려가 있는지의 여부를 따져보아야 할 것이다. 이 부분에 대해서는 원심 및 대법원판결에서 거의 언급하지 않고 있어서 단정할 수는 없으나, 무엇보다도 할부금융약정 당시 향후의 금리변동가능성에 대한 사업자나 소비자의 평균적인 인식이 어떠한지에 따라 그 판단이 좌우될 수 있을 것이다. 즉, 원심이 짧게나마 지적하고 있듯이 만약 광고행위 당시 대부분의 금융기관이 금리의 하향안정을 예측하고 있었고, 소비자의 인식 역시 그와 별반 다를 바 없었다면 '확정금리'라는 잘못된 인식을 심어줄 수 있는 오인 유발성 광고라도 고객을 유인하는 효과를 가질 것으로 기대할 수 없을 것이고, 사실이 그러하다면 결국 그러한 광고가 불공정한 경쟁수단으로서 할부금융회사들간의 능률경쟁을 저해할 가능성도 인정하기 어려울 것이다.

#### 4. 맺는말

여기서는 이 사건 광고가 불공정거래행위에 해당되지 않는다는 대법원이 내린 결론의 당부를 다루고자 한 것이 아니다. 문제는 허위·과장광고의 성립여부를 판단하는 대법원의 접근방법이다. 즉, 허위·과장광고의 성립여부는 추후 소비자가 계약체결시 제대로 된 정보를 제공받을 '가능성'이 있는지에 따라 좌우되는 것이 아니라, 그 이전 단계에서 소비자가 상품이나 용역, 거래조건 등에 관하여 잘못된 인식을 가질 수 있는지에 달려있는 것이다. 아울러 금리와 같은 거래조건은 단순한 계약의 내용이라는 성격뿐만 아니라 경우에 따라서는 상품의 특성을 좌우하는, 즉 여러 상품을 준별하는 요소이기 때문에 그에 관한 불충분한 표시는 소비자로서 하여금 사실과 다른 상품으로 오인시킬 우려가 있다는 점도 지적하지 않을 수 없다.

그 밖에 실제로 주택할부금융약정을 하는 과정에서 '여신거래기본약관'이 소비자에게 제대로 설명되고 있는지도 조금은 고려할 필요가 있다. 통상 할부금융약정시에는 각 할부금융회사의 해당 약관과 대출신청서가 작성·교부되고, 이른바 대출약관에는 단순히 고객이 '여신거래기본약관'이 적용됨을 승인하는 것으로 규정하고 있기 때문에 실제 소비자는 '여신거래기본약관'의 존재나 그 내용을 알기가 매우 어렵다. 그렇다면 대법원이 실시하고 있는 바와 같이 계약체결시 여신거래기본약관에 대한 명시 및 중요한 사항에 대한 설명이 제대로 이루어질 것임을 전제로 광고에서는 동 약관의 주요내용을 표시하지 않아도 무방하다고 보는 것은 현실과 다소 거리가 있는 태도가 아닌가 싶다. 