

부당한 비교표시·광고의 심결사례에 나타난 법리적 특성에 관한 연구*

조재영**

(청운대학교 광고홍보학과 교수)

본 연구에서는 ‘부당한 비교표시·광고’의 법리적 특성은 어떻게 해석되어 적용되고 있는가를 알아내기 위해 공정거래위원회의 심결사례를 분석하였다. 7년 동안 ‘부당하게 비교하는 표시·광고’로 분류된 심결사례는 38건이었으나 실제로 부당 비교표시·광고로 심결된 사건은 17건이었다. 이러한 오류의 이유는 위반 내용 중 ‘비교’라는 표현이 있는 경우는 모두 비교광고의 범주에 포함시켰기 때문으로 추정된다. 결과에 의하면, 부당 비교표시·광고의 ‘부당성’ 유형으로는 비교대상 5건, 비교기준 11건, 비교내용 7건 및 비교방법 4건(중복 적용 수)으로 나타났는데 각 부당행위에는 ‘기만’ 또는 ‘허위·과장’적 요소가 중복으로 존재하고 있었다. 이와 같은 결과들로 미루어 부당한 비교표시·광고의 ‘부당성’의 의미를 ‘기만’, ‘허위·과장’, ‘비교’ 및 ‘비방’ 등의 개념들과 상호 복합적으로 고려하여 보다 명확히 규명할 필요가 있으며 의미 적용적 측면에서 합리적인 법 운용방법을 모색해야 할 것이다. 그리고 이러한 개선방안들은 무엇보다도 표시·광고법의 입법목적인 소비자 보호적 차원에서 이루어져야 할 것이다.

주제어: 부당표시·광고, 비교표시·광고, 공정거래위원회

1. 문제제기 및 연구문제

사업자가 왜곡된 정보를 전달하는 부당한 광고행위를 어떻게 규제할 것인가? 기존 공정거래법의 조항만으로는 실효성이 있는 규제가 불가능한 단계에

* 본 연구는 2006년도 청운대학교 학술연구조성비 지원에 의하여 연구되었음.

** jyoungcho@cwunet.ac.kr

이르자 1999년 2월 15일 ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’(이하 ‘표시·광고법’이라 약칭한다)이 제정되고 동년 7월 1일부터 시행되었다.¹⁾ 표시·광고법의 입법 목적(표시·광고법 제1조)은 상품 또는 용역에 관한 표시·광고에 있어서 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호하는 데 있다. 즉, 표시·광고법은 사업자로 하여금 단순히 부당한 표시·광고를 방지하는 데 그치지 않고 적극적으로 소비자에게 바르고 유용한 정보를 제공하도록 함으로써 소비자를 보호하고 나아가 공정한 거래질서를 확립하려는 것을 목적으로 하고 있다.

이러한 목적을 달성하기 위하여 표시·광고법은 부당한 표시·광고행위를 금지시키고(법 제3조), 공정거래위원회가 소비자의 보호 또는 공정한 거래질서 유지를 위해 필요한 중요 정보를 고시하여 이것을 사업자가 표시·광고에 포함시키도록 하였으며(법 제4조), 사업자가 자신이 행한 표시·광고 중 사실과 관련한 사항에 대해서는 소비자에게 이를 실증해야 하는 광고실증제(법 제5조)를 도입하였고 또한 부당한 표시·광고 행위의 신속한 대처 및 실효성 확보를 위하여 임시중지명령제(법 제6조)를 실행하고 있다.

위와 같이 표시·광고법은 소비자보호를 목적으로 기존의 공정거래법보다 훨씬 구체적이며 실효성 있는 조항들을 도입, 운용하고 있으나 표시·광고에 의한 폐해는 줄어들지 않고 있다. 공정거래위원회 2005년도 통계연보(공정거래위원회, 2005a)에 의하면, 1980년 12월 31일 공정거래법이 제정된 이후 2005년에 이르기까지 법령별 사건접수 현황에서 소비자보호관련법²⁾이

-
- 1) 동법의 구체적인 시행을 위하여 공정거래위원회가 제정한 각종 지침과 고시도 동법의 해석에 있어서 중요한 역할을 한다. 공정거래법(독점규제 및 공정거래에 관한 법률; Monopoly Regulation and Fair Trade Act), 소비자보호관련법, 하도급법(하도급거래공정화에 관한 법률; Fair Subcontract Transactions Act), 가맹사업법(가맹사업거래공정화에 관한 법률; Fair Franchise Transactions Act) 등이다.
 - 2) 표시·광고의 공정화에 관한 법률(Fair Labelling and Advertising Act), 약관의 규제에 관한 법률(Regulation of Adhesion Contracts Act), 방문판매 등에 관한 법률(Door-to-Door Sales, ets. Act), 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률(Act on Consumer

17.9%를 차지하고 있으며 소비자보호 관련 법률별 사건 접수 현황에서 표시·광고법은 55.7%를 차지하여 가장 높은 비중을 보이고 있다. 표시·광고법이 시행된 1999년 7월1일 이후 부터 2005년에 이르기까지 조치유형별 시정 실적을 보면 동법 시행 직후에는 다소 감소하는듯 했으나 다시 증·감을 나타내고 있다(공정거래위원회, 2005a, 2005b).

위와 같이 소비자보호 관련 법률 중에서 표시·광고법과 관련된 사건 접수의 양이 월등히 많은 것은 다양한 측면에서 시사하는 바가 크다. 우선, 기존의 공정거래법보다 한층 더 구체화된 표시·광고법의 시행으로 인해 전보다 규제가 엄격해짐으로써 상대적으로 문제의 소지가 있는 표시·광고들의 수가 더 드러났다고 볼 수 있으며 또한 날로 사업자들 간의 경쟁이 치열해져서 부당표시·광고의 수가 늘어났기 때문으로도 볼 수 있다.

이러한 표시·광고법 위반 사례 수의 증가와 관련하여 고려해볼 문제 중의 하나는 위반 내용을 판단함에 있어서 동법의 각 부당표시·광고 유형을 어떻게 적용시킬 것인가이다. 즉, 허위·과장의 표시·광고, 기만적인 표시·광고, 부당하게 비교하는 표시·광고 및 비방적인 표시·광고(이상, 표시·광고법 제3조 제1항 각호)의 각 의미들을 어떻게 해석할 것인가의 문제이다. 예를 들어, ‘허위·과장의 표시·광고’란 ‘사실과 다르게 표시·광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 표시·광고하는 것’(표시·광고법 시행령 제3조제1항)을 의미하고 ‘부당한 비교표시·광고’는 ‘…… 객관적인 근거 없이 다른 사업자 등의 상품 등과 비교하여 우량 또는 유리하다고 표시·광고하는 것(동법 시행령 제3조 제3항)’을 의미하는데 여기서 객관적 근거 없이 비교하는 행위는 결국 허위이며 과장인 경우가 많다.

부당표시·광고에 속하는 각 유형들의 의미가 상호 연결되어 있다는 사실은 최근 한국소비자보호원이 발표한 ‘부동산 분양·임대관련 표시·광고 실태조사’(한국소비자보호원, 2006)의 결과를 분석해보면 잘 나타난다. 이들 사업자의 부당한 광고내용을 보다 자세히 살펴보면, 조사대상 사업자(35개)의 62.8%

Protection in Electronic Commerce etc.) 등을 의미한다.

가 동 심사지침의 ‘IV.상가등 표시·광고에 관한 지침’중에서 특히 ‘상권’, ‘재산가치, 수익성’, ‘가격, 분양면적’ 등에서 “최대”, “최고수준”, “유일상가”, “○○지역 능가”, “특별”, “독보적”, “독점” 등의 객관적으로 근거 없는 최상급 표현을 사용한 위반 행위이다. 이러한 최상급 표현의 위반 행위는 동 심사지침에서 규제하고 있기도 하지만 최상급적 은유적 표현이 상황에 따라서는 소비자로 하여금 해당 사업자를 다른 사업자와 ‘비교’하여 우월하게 인식할 수 있게 한다는 점에서 부당한 비교표시·광고 규정과도 관련될 수 있다.

그러나, 공정거래위원회의 ‘비교표시·광고에 관한 심사지침’에 의하면, 당 지침의 적용범위에 속하는 비교표시·광고행위로서 규정하고 있는 경우는 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상호, 상표, 상품의 고유명칭, 기타 다른 사업자의 상품을 나타내는 기호 등을 직접 명시하여 비교하는 표시·광고 외에 은유적 표현, 유사한 발음·기호·상징 등을 통하여 일반 소비자가 통상적으로 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품임을 인지할 수 있는 방법으로 비교하는 표시·광고의 경우이다. 즉, 최소한 경쟁관계에 있는 사업자라는 사실을 소비자가 인지할 수 있는 경우에 ‘비교표시·광고’의 범위에 해당된다.

따라서, 특정한 지역의 상가 등에 관한 표시·광고의 최상급 표현에 대해서는 ‘IV.상가등 표시·광고에 관한 지침’에 의거하여 ‘객관적 근거 없는 최상급 표현’의 사용을 규제하고 있는데 한편, 이러한 표시·광고에 대해 그 지역 소비자들이 해당 사업자와 다른 사업자의 경쟁관계를 인지하고 있는 경우라면 객관적 근거없는 부당한 비교표시·광고로서도 인식할 수 있다고 할 것이다. 즉, 상호 경쟁관계에 있는 사업자 또는 그의 상품이라는 사실을 인지할 수 있는 소비자는 해당 표시·광고를 접촉하는 모든 소비자일 필요는 없다고 판단되며 해당 표시·광고의 목표 소비자들에 한해 인지할 수 있는 경우라고 한다면 비교표시·광고의 범주에도 속한다고 할 것이다.

이처럼 부당한 표시·광고 행위를 유형별로 명확하게 분류하여 어느 한 가지의 규정만으로 판단하는 것은 그리 쉽지 않다. 그 한 가지 이유는 ‘부당성의 유형화’가 지니는 의미에 대한 논의, 즉 부당한 표시·광고행위를 유형화하는 것이 반드시 필요한가에 대한 논의는 차치하고서라도 부당한 표시·광고행

위 유형들이 지니는 ‘허위·과장’, ‘기만’, ‘비교’ 및 ‘비방’ 등의 핵심 개념들의 의미가 상호 중복되거나 연결되어 있다는 점에서 그 원인을 찾을 수 있다.³⁾

부당한 표시·광고행위의 중복위반 현상이 나타나고 있는 이유는 여러 가지가 있겠지만 사업자들이 부당한 표시·광고행위에 다양한 방법을 사용하고 있다는 점과 동시에 ‘부당성’을 구성하고 있는 개념들 간에 경계가 모호하거나 의미가 명확치 못하여 정의를 하거나 그 적용상에 한계가 있다는 점을

-
- 3) 부당한 표시·광고의 부당성을 판단할 때 ‘부당성’을 구성하고 있는 핵심적 개념들을 어떻게 해석하여 적용할 것인가는 매우 중요하다. 부당성을 판단하여 유형화하는 일이 그리 단순하지 않다는 사실은 기존 연구에서도 잘 나타나고 있다. 지금까지 표시·광고법 및 표시·광고법이 제정되기 전 공정거래법의 표시·광고에 관한 법률규정을 핵심적 틀로 이루어진 연구는 계속되고 있으나 그리 많지 않은 편이다. 공정거래법상 부당표시·광고규정의 합리적인 운용에 관한 연구(정준우, 1998), 표시·광고법의 법률적 해석에 관해 심층적으로 논의한 연구(박해식, 2000; 원용수, 2003), 광고의 오인 야기성에 대한 법리적 개념에 대한 연구(손수진, 1999b), 부당한 표시·광고행위의 성립요건과 유형에 관해 논의한 연구(박수영, 2003), 표시·광고법에 의한 심결절차의 합리적 운용방법 즉, 부당표시·광고의 합리적인 유형화 방법과 관련된 연구(이종민, 김지선, 2002; 이종민, 이종연, 2003) 등과 표시·광고법의 특정한 조항들과 관련된 광고실증제의 의미(손수진, 1999a), 광고실증제도의 개선방안에 관한 연구(박성용, 2004), 중요한 표시·광고사항 고시에 대한 소비자 인식 및 정책개선방안 연구(여정성, 최신애, 2005) 및 표시·광고법과 관련된 비교광고에 관한 연구(계승균, 2005; 김봉현, 유중근, 2003) 등이 있다. 그리고 표시·광고법이 규정하고 있는 부당광고 자체에 대한 논의보다는 부당광고에 대한 소비자 인식과 관련된 연구(박종민, 2003; 안승철, 장홍섭, 1997)들이 있다.

이러한 연구들이 연구의 주된 부분으로 또는 일부로 다루고 있는 ‘부당한 표시·광고’는 대체로 허위·과장의 표시·광고이거나 기만적인 표시·광고의 범주에 속한다. 공정거래위원회 통계에 의하더라도 1999~2005년까지 허위·과장 및 기만표시·광고에 의한 시정실적이 54.1%로서 거의 절반에 이르고 있음을 알 수 있다. 이러한 위반유형실적은 문제가 되는 표시·광고를 대표되는 위반유형을 기준으로 분류한 것으로서 실제 내용을 자세히 들여다보면 위반유형이 몇 가지씩 중복되어 나타나고 있다. 즉, 부당한 비교표시·광고행위이면서 동시에 허위·과장 또는 기만광고에 해당되기도 한다는 점이다. 객관적인 근거 없이 또는 허위적으로 비교하여 광고하는 경우 그 결과는 당연히 부당한 비교표시·광고행위이면서 허위·과장 또는 기만광고행위에 해당되기 때문이다.

들 수 있다.

예를 들어, 비교표시·광고의 경우 표시·광고법 시행령 제3조 제3항에서 비교대상 및 기준을 명시하지 않거나 객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 상품이나 용역을 다른 사업자 또는 사업자단체나 다른 사업자 등의 상품 등과 비교하여 우량 또는 유리하다고 표시·광고하는 것을 부당하다고 정의하고 있을 뿐이며 실제로는 ‘비교표시·광고에관한심사지침’⁴⁾에 의거하여 심결하고 있다. 그러나 비교하는 과정에서 보통은 허위·과장 또는 기만의 방법이 사용되어 ‘부당한’ 비교가 이루어지는 경우가 많다는 점을 고려하면 부당한 비교표시·광고의 부당성을 논의할 때도 허위·과장 및 기만의 개념을 함께 생각해야 할 것이다(이종민, 이종연, 2003).

위와 같은 맥락에서 표시·광고법이 시행된 지 7년여가 지난 현 시점에서 표시·광고법의 운용상 법률적 해석은 어떻게 적용되고 있는가를 살펴보는 것은 매우 의미 있는 일이라고 사료된다. 특히 동법 제3조 제1항 각 호들과 관련된 사건 접수가 많은 점, 이 각 호들에 대한 학계 및 업계의 관심이 큰 것에 비해 제3호인 부당하게 비교하는 표시·광고에 대한 관심은 다소 적었던 점을 상기하여 부당한 비교표시·광고를 중심으로 한 표시·광고법의 법리적 특성에 대해 연구하는 것은 법 적용상의 문제는 물론 나아가 동법 입법 목적의 근간이 되는 소비자 보호를 위한 정책 실현을 위해서도 의미를 줄 것이다.

연구자가 설정한 구체적인 연구문제는 다음과 같다.

- 첫째, 표시·광고법상 ‘비교표시·광고’의 ‘부당성’ 구성요건은 무엇인가?
- 둘째, 공정거래위원회 심결에서 비교표시·광고의 부당성은 어떻게 운용되고 있으며 그 특성과 문제점은 무엇인가?

4) 제정 2001. 8. 22. 공정거래위원회 예규 제52호.

2. 표시·광고의 부당성과 비교표시·광고의 부당성

1) 표시·광고행위의 원칙과 ‘부당성’ 판단

표시·광고의 기본 원칙⁵⁾에 의하면 소비자는 자기가 구매하고자 하는 상품 또는 용역(이하 ‘상품 등’이라 한다)에 관하여 알 권리가 있고 공급자는 자기가 판매하고자 하는 상품 등에 관하여 소비자에게 알릴 권리가 있는 동시에 또한 알려주어야 할 의무가 있으므로 모든 상품 등의 공급자는 이러한 자기의 권리와 의무를 각별히 유의할 필요가 있다.

즉, 표시·광고의 근간이 되는 원칙의 초점은 소비자는 자신이 구입하고자 하는 상품에 관하여 알 권리가 있고 공급자는 자신이 판매하고자 하는 상품에 관하여 소비자에게 알릴 권리가 있는 동시에 또한 알려주어야 할 의무가 있으며 정부는 공급자로 하여금 진실되게 알려야 하고 소비자가 올바르게 알 수 있도록 지도해야 할 책임과 의무가 있다는 데 있다(홍천룡, 1996). 따라서, 공급자는 소비자가 합리적인 상품선택을 할 수 있도록 도와주고 경쟁사업자와는 공정한 경쟁질서를 유지할 수 있도록 사실에 기초하여 충실한 내용을 객관적이고 적정한 방법으로 표시·광고해야 할 의무가 있는 것이다.

일반적으로 ‘표시’라 함은 사업자가 상품 자체에 부착시켜 놓은 물체 또는 그 제품의 포장이나 사용설명서에 기재한 제품의 내용에 관한 중요한 사항을 말한다.⁶⁾ 표시·광고법에 의하면 ‘표시’는 사업자 또는 사업자단체(이하 ‘사업자등’이라 한다)가 상품 등에 관한 ‘자기 또는 다른 사업자 등에 관한 사항’ 또는 ‘자기 또는 다른 사업자 등의 상품 등의 내용·거래조건 기타 그 거래에

5) 부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시, II. 1. (개정 2001. 8. 30. 공정거래 위원회고시 제2001-13호).

6) 표시제도는 그 존재 목적이 상품 구매 시 필요한 정보를 소비자에게 제공하기 위한 것이다. 따라서 표시의 방법 여하를 불문하고 당해 상품에 관한 사항으로서 소비자에게 제공되는 것은 모두 표시의 범주에 포함된다(國民生活センタ, 表示規制法, 日本評論社, 1979, 1~3면 참조, 정준우(1998), p.110에서 재인용).

관한 사항' 중 어느 하나에 해당하는 사항을 소비자에게 알리기 위하여 상품의 용기·포장·첨부물 및 내용물을 포함한다), 사업장 등의 게시물 또는 상품권·회원권·분양권 등 상품 등에 관한 권리를 나타내는 증서에 쓰거나 붙인 문자·도형 및 상품의 특성을 나타내는 용기·포장을 말한다(법 제2조 제1호). 이와 같이 표시·광고법의 '표시'의 개념에는 사업자가 자사는 물론 경쟁사업자 또는 그 경쟁사업자의 상품에 대해 기재하는 것까지, 즉 비교표시까지 모두 포함하고 있음을 알 수 있다. 마찬가지로, 표시·광고법상 '광고'에 대한 개념에 있어서도 사업자들이 상품 등에 관한 '자기 또는 다른 사업자 등에 관한 사항' 또는 '자기 또는 다른 사업자 등의 상품 등의 내용·거래조건 기타 그 거래에 관한 사항' 중 어느 하나에 해당하는 사항을 「신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률」 제2조 제1호의 규정에 의한 정기간행물,⁷⁾ 동조 제5호의 규정에 의한 인터넷신문,⁸⁾ 「방송법」 제2조 제1호의 규정에 의한 방송,⁹⁾ 「전기통신법」 제2조 제1호의 규정에 의한 전기통신,¹⁰⁾ 그 밖에 대통령령이 정하는 방법으로 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것(법 제2조 제2호)이라고 규정함으로써 비교광고까지 모두 포함하고 있다.

위와 같은 '표시·광고'의 기본원칙과 그 의미에 대해 부연하면, 사업자는 소비자의 올바른 구매선택을 위한 알 권리를 충족시키고 동시에 자신의 상품을 알릴 수 있는 권리실현을 위해 자사 및 경쟁사에 대한 적법한 표시·광고행

-
- 7) '정기간행물'이라 함은 동일한 제호로 연 2회 이상 계속적으로 발행하는 신문·잡지·기타간행물을 말한다.
 - 8) '인터넷신문'이라 함은 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치와 통신망을 이용하여 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파하기 위하여 간행하는 전자간행물로서 독자적 기사 생산과 지속적인 발행 등 대통령령이 정하는 기준을 충족하는 것을 말한다.
 - 9) '방송'이라 함은 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중(개별계약에 의한 수신자를 포함하며, 이하 '시청자'라 한다)에게 전기통신설비에 의하여 송신하는 것으로서 다음 각목(텔레비전, 라디오, 데이터, 이동멀티미디어방송)의 것을 말한다.
 - 10) '전기통신'이라 함은 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 부호·문언·음향 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다.

위를 해야 한다는 것이다.

그렇다면 ‘부당한’ 표시·광고란 무엇을 의미하는가? 그리고 특정한 표시·광고가 ‘부당하다’는 판단은 무엇을 기준으로 하는가?

표시·광고의 의미에 반하여 부당한 표시·광고 또는 부당표시·광고의 의미가 무엇인가에 관하여 표시·광고법을 제외한 개별법규는 적극적으로 그 의미를 확정하지 않고 일정한 표시·광고행위를 금지·제한하거나 또는 제재를 가하거나 일정한 표시·광고행위에 일정한 사항을 포함시킬 것을 의무 또는 권장 사항으로 하는 등 소극적인 형태를 취하고 있다(박해식, 2000). 그러나 부당한 표시·광고에 있어서의 ‘부당성’의 의미를 보다 명확히 하고자 한다면 공정거래법상의 불공정거래행위의 ‘부당성’¹¹⁾과 같은 의미로 보는 것이 좋을 것이다. 단 이때 공정경제 저해성에 있어서는 그 범위를 소비자의 합리적인 선택을 침해하는 것까지 포함시켜야 한다(박수영, 2003). 이러한 맥락에서 부당한 표시·광고에 있어서 ‘부당성’이란 어떠한 행위나 처분이 위법의 정도에까지 이르지는 않았지만 도덕적·사회적으로 통념 시 되고 있는 가치관에 위배되는 것을 말하는 것으로서 부당성의 판단은 사회적 통념에 그 기초를 두고 있다(박성용, 두성규, 1993; 정준우, 1998)고 할 것이다.

표시·광고법상의 부당한 표시·광고란 사업자 등이 상품 등에 관하여 자기 또는 다른 사업자 등에 관한 사항 및 자기 또는 다른 사업자 등의 상품 등에

11) 불공정거래행위에서의 부당성의 의미에 대해서는 첫째, 부당성이란 어느 행위가 어떠한 의미에서 거래제한적인 작용을 하는 것 또는 공정한 거래를 저해할 우려가 있다는 것을 의미한다는 견해(결국 부당성과 공정거래저해성을 동일시하는 입장), 둘째, 공정거래법상의 ‘공정한 거래를 저해할 우려’와 각호의 ‘부당하게’라는 요건은 별개의 요건이지만 일반지정 각호의 ‘부당하게’ 또는 ‘정당한 이유 없이’의 요건에는 공정거래저해성이 포함되어 있다는 견해, 셋째, 부당성이란 일반적으로 선량한 풍속, 신의성실, 권리남용금지의 원칙 등에 반하는 것, 즉 당해업계의 정상적인 경쟁방법의 범위를 벗어났다거나 상관습에 반한다거나 혹은 경제사회의 통념상 시인될 수 없는 경쟁수법이라는 뜻으로 보아야 한다는 견해, 넷째, 일반지정의 ‘부당하게’의 요건은 공정한 거래를 저해할 우려를 의미하지만, ‘정당한 이유 없이’라는 요건은 공정경쟁의 확보라는 법목적에 미루어 허용되는 거래행위라는 의미로 풀이하는 견해 등이 있다(정호열, 1996).

관하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 내용을 표시·광고하는 행위를 말한다. 부당한 표시·광고행위는 소비자가 구매할 상품에 대한 알 권리를 침해할 우려가 있고 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있으므로 금지되며 유형별로는 허위·과장의 표시·광고, 기만적인 표시·광고, 부당하게 비교하는 표시·광고, 비방적인 표시·광고 등이 여기에 해당된다(법제3조 제1항). 보다 자세한 부당표시·광고행위의 유형은 동법 ‘부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시’¹²⁾에서 보다 구체적으로 제시되고 있다.

즉, ① 사업자 자신에 대한 표시·광고, ② 가격에 관한 표시·광고, ③ 원재료, 성분에 관한 표시·광고, ④ 품질, 성능, 효능 등에 관한 표시·광고, ⑤ 규격, 용량, 수량 등에 관한 표시·광고, ⑥ 제조일자, 유효기간 등에 관한 표시·광고, ⑦ 제조방법에 관한 표시·광고, ⑧ 특징에 관한 표시·광고, ⑨ 원산지, 제조자에 관한 표시·광고, ⑩ 보증에 관한 표시·광고, ⑪ 용기, 포장에 관한 표시·광고, ⑫ 추천, 권장 등에 관한 표시·광고, ⑬ 용도, 사용방법, 주의사항 등에 관한 표시·광고, ⑭ 경쟁사업자, 경쟁관계 상품에 관한 비교 표시·광고, ⑮ 누락, 은폐 등에 의한 기만적인 표시·광고, ⑯ 기타의 거래내용 및 거래조건에 관한 사항의 표시·광고 등으로 분류하여 그 부당성을 규정하고 있다.

위와 같은 부당한 표시·광고에 대한 법적인 정의에도 불구하고 어떠한 표시·광고가 부당한가를 판단하는 것은 현실적으로 그리 쉽지 않다. 따라서, 부당한 표시·광고의 의미 규정에서 핵심적으로 논의되고 있는 사항에 대하여 보다 심층적으로 살펴볼 필요가 있다. 우선 ‘소비자를 속이거나(기만) 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는(오인야기) 광고행위’란 점을 들 수 있다. 소비자를 속이거나 잘못 알게 할 우려가 있는 광고의 내용은 실질적인 잘못된 설명 또는 관행으로서 제품구입과 관련된 소비자의 선택 또는 행동에 영향을 끼치기 쉬운 것을 말한다(박해식, 2000). 즉, ‘속이거나’(기만), ‘잘못 알게 할 우려가 있는’(오인야기) 광고내용(주장)이란, 소비자의 구매의사결정에 실질적인 영향을 끼치는 객관적 근거를 통하여 입증 가능한 사실과 관련된

12) 부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시, II. 2~17.(개정 2001. 8. 30. 공정거래위원회고시 제2001-13호).

사항이라는 의미이다.

광고상의 주장이 객관적 사실을 포함하지 아니하는 경우, 즉 소비자에게 호화로우거나 품질에 관한 일반적인 설득적·정서적 관념을 불러일으키는 표현이나 이로 인해 소비자로 하여금 긍정적인 반응을 일으키는 표현 등은 기만적 또는 오인야기적이 될 수 없다고 본다. 비슷한 맥락에서 상품에 대한 소비자의 선택이나 행동에 영향을 미칠 가능성이 없거나 소비자에게 있어서 중요하지 않은 정보가 허위인 광고는 기만광고가 되지 않는다고 보기 때문에 역시 부당한 광고에 포함되지 않는다. FTC(Federal Trade Commission)도 합리적으로 행동하는 소비자를 속일 가능성이 거의 없는 주관적인 주장(맛, 느낌, 외관, 냄새) 또는 정확하게 명시된 의견주장과 일반적으로 소비자가 심각하게 받아들이지 않을 정도로 과장되거나 과대표현된 경우에 대하여는 기만성이 없다고 보고 있다.¹³⁾

그러나 구체적으로 무엇이 소비자의 구매의사 결정에 실질적 영향을 주는 객관적으로 입증 가능한 사실에 관련한 사항인지의 여부는 사항을 판단하는 것 자체뿐만 아니라 광고내용을 수용하는 소비자의 태도가 개개인별로 매우 다르기 때문에 판단하기가 더욱 어렵다. 따라서, 경제적·사회적·문화적·인습적·시대적 요소로부터 유래하는 소비자의 소비행태나 소비패턴을 배경으로 구체적 사건별로 그 의미를 귀납적으로 찾아가는 것이 방법이라고 하겠다.

다음으로 ‘소비자를 속이거나’, ‘소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는’ 부당한 광고행위가 발생하였는지를 판단함에 있어서는 ‘소비자’¹⁴⁾의

13) Pfizer Inc., 81 FTC, 23, 64 (1972); Wilmington Chemical, 69 FTC, 828, 865(1966) (박해식, 2000; p.14에서 재인용).

14) 표시·광고법이 제정되기 전 공정거래법에서는 소비자에 관한 정의 규정을 두지 않았으나 부당광고의 규제에 있어서 보호대상은 소비자뿐만 아니라 사업자도 포함하고 있었다. 그리고 표시·광고법 제2조 제5호의 규정에 의하면 소비자란 ‘사업자 또는 사업자단체가 생산 또는 제공하는 상품 또는 용역을 사용하거나 이용하는 자’를 말한다. 따라서 사업자라 하더라도 다른 사업자가 생산 또는 제공하는 상품이나 용역을 사용 또는 이용하는 경우에는 표시·광고법상의 소비자에 해당하므로 표시·광고법의 호보대상이 된다(손수진, 1999b).

인식 수준을 고려하지 않을 수 없다. 일정비율의 소비자가 기만 또는 오인되면 기만 또는 오인이 있는 것으로 판단하는 방법과 일정수준의 소비자를 기준으로 그 소비자가 기만 또는 오인되면 기만 또는 오인이 있는 것으로 판단하는 방법이 있는데 대법원은 ‘보통의 주의력을 가진 일반 소비자’의 인식을 기준으로 하고 있다.¹⁵⁾ 즉, 광고가 일반 소비자를 대상으로 하는 경우, 소비자를 오인시킬 우려가 있는지의 여부는 전문가가 아닌 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단되어야 한다는 것이다.

또 한 가지 부당한 표시·광고의 ‘부당성’을 판단할 때 논의될 수 있는 점은 기만성과 오인야기성은 관념적으로는 구분 가능할지 모르지만 소비자의 관점에서 보면 실제적으로 별 차이가 없다고 보는 것이 지배적인 견해(손수진, 1999b)이며, 보다 중요한 것은 기만성과 오인야기성을 판단할 때 광고에서 주장된 구체적인 사실만을 고려할 것인가 아니면 광고에서 주장된 전체적인 인상을 기준으로 할 것인가이다. 이에 대해서, 소비자는 대체로 광고에 나타나는 개개의 용어나 어휘를 주의깊게 연구하거나 생각하지 않으며 또 실제로 표현된 것뿐만 아니라 그것으로부터 직접, 간접적으로 연상되고 암시되는 것까지 유추하여 자신만의 주관적인 관념과 혼합하여 총체적으로 발생한 궁극적 인상에 기초하여 광고내용을 이해하기 때문에 부당광고를 판단함에 있어서는 광고물을 전체적으로 고려하여 전반적 인상을 기초로 판단해야 한다는 것이 일반적인 견해이다(두성규, 1994; 손수진 1996).

이러한 견해는 대법원¹⁶⁾의 ‘허위·과장 광고’를 판단함에 있어서 “사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 광고를 말하고 광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 ‘보통의 주의력을 가진 일반 소비자’가

15) 대법원 2003. 2. 28. 선고2002두6170 판결.

16) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002두6965 판결.

대법원 2005. 2. 18. 선고 2003두8203 판결.

‘당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준’으로 하여 객관적으로 판단되어야 한다”고 하여 같은 입장을 취하고 있음을 알 수 있다.

위와 같은 논의를 바탕으로 부당한 표시·광고인지 여부를 판단함에 있어서는 다음과 같은 여러 가지 기준을 종합적으로 고려해야 한다. 즉, 보통의 주의력을 가진 소비자의 관점에서 광고의 전체적인 인상 또는 이미지, 광고문구의 해석상 의미, 광고내용의 진실성, 광고내용의 한정성, 광고주의 태도 등(공정거래위원회, 2002)이다. 예를 들어 광고문구가 해석상 여러 가지 의미로 이해될 수 있고 비록 소비자의 합리적인 선택권을 침해하지 않는 방향으로 해석이 가능하다고 하더라도 소비자가 현실적으로 광고문구를 보고 연상한 상황이 허위광고 등과 같이 두 가지 이상의 의미로 해석 가능할 경우에는 실질적으로 소비자의 합리적인 선택권을 침해하는 부당한 표시·광고로 판단된다.

요약하면, 표시·광고는 그 자체가 소비자에 대한 진실한 정보제공을 목적으로 행해지는 것이다. 따라서 표시·광고는 다음과 같은 기본적인 원칙하에서 합리적으로 운영되어야 한다. 즉, ① 표시·광고는 그 내용이 소비자가 신뢰할 수 있는 객관적인 근거에 입각해 있어야 하며, ② 표시·광고의 내용은 구체적이고 명확하여야 하고, ③ 표시·광고된 제품의 성능 및 효능 등은 입증 가능하여야 한다. 또한 ④ 과장된 내용을 포함하지 않아야 한다. 이러한 원칙에 반하는 내용을 사업자가 표시·광고한 경우에는 표시·광고법에 의거하여 부당한 표시·광고로서 규제를 받아야 할 뿐만 아니라 형사적 규제 및 민사적인 손해배상책임까지도 부담해야(정준우, 1998) 하는 것이다.

2) 비교표시·광고의 원칙과 부당성

비교표시·광고란 간단히 설명하면 사업자가 자사의 상품의 우수성을 더욱 부각시키고 인정받기 위해 경쟁사의 급부를 비판적으로 비교하는 것이다. 이 비교가 사실상 객관적이고 정확한 경우에는 소비자의 알 권리에 기여하면서 구매결정에 중요한 역할을 한다. 사실, 모든 광고의 목적은 자사의 상품과

용역 등이 경쟁사의 것보다 더 우월하다고 소비자를 설득함으로써 구매를 촉진시키기 위함이라고 할 때 모든 광고에는 어느 정도의 '비교'적인 내용들이 암시되어 있다고 해도 과언이 아니다. 사업자의 입장에서조차 자사 상품의 우수성이 사실에 기초하여 객관적이고도 합리적으로 비교광고를 통해 부각될 수 있다면 비교광고는 효율적인 기능을 가진 광고방법이라고 할 것이다.

1972년 미국의 FTC가 비교광고의 사용을 전면적으로 허용함과 동시에 비교광고를 올바르게 사용하기 위한 가이드라인을 발표하면서 비교광고가 소비자들에게는 유용한 정보를 보다 많이 전달할 수 있고 광고인들에게는 그들의 광고효과를 극대화시킬 수 있다는 점을 들고 있지만 보다 근본적인 취지는 경쟁상품의 선두기업과 새로운 소규모 기업 간의 자유로운 경쟁을 보장해주기 위한 것으로 풀이할 수 있다. 자유시장의 원칙에 입각하여 기업 간의 자유로운 경쟁을 보장해주면 소비자들에게는 보다 많은 정보를 제공하게 되어 선택의 폭이 넓어질 수 있다는 것이다. 이로 미루어볼 때 비교광고의 도입은 결국 소비자가 구매하고자 하는 상품의 정보에 대한 알 권리를 보다 잘 충족시켜주기 위함에 있다고 할 것이다.

비교광고의 의미를 보다 자세히 논의하면, 학자들에 따라 다소의 견해 차이는 있을지라도 일반적으로 자사의 상품 및 서비스의 상표나 특징 등을 광고할 때 경쟁사의 상품 및 서비스의 상표나 특징 등을 직접 명시하거나 암시적으로 제시하면서 비교하여 자사의 것이 우월하다는 주장을 펴는 광고방식을 뜻한다. 비교광고에 대한 Wilkie와 Farris(1975)의 견해에 의하면, 비교광고는 동일한 제품종류 또는 서비스 부류 내에서 둘 또는 그 이상의 상표를 구체적으로 명명하거나 구별이 가능하도록 비교하는 광고를 의미하며 그 비교의 내용에 있어서 하나 혹은 그 이상의 제품 및 서비스의 속성과 관련하여 비교를 하는 것이다. 이러한 정의는 경쟁제품의 상표를 명시함과 아울러 제품 속성을 대응시켜 비교해야만 비교광고로서 인정된다는 의미에서 매우 제한적이다.

이와는 달리 McDougall(1977)은 보다 폭넓게 비교광고를 어떤 차원에서든 경쟁적 우월성을 내포하는 통합적 광고형식이라고 정의하였다. 즉, 암시적이든 명백하게든 비교가 이루어지면 비교광고로 보는 것이다. 또다른 정의로

Ash와 Wee(1983)는 자사 상표를 상품, 서비스, 가격, 시장포지션은 물론 이미지와 같은 기업요인과 관련된 속성 등에서 경쟁상표와 비교하는 광고라고 주장한다.

한편 Boddewyn(1983)은 비교광고를 단일상표의 비(非)비교광고는 물론 경쟁상품을 암시적으로 비교하는 간접적 비교광고와도 구분된다고 하면서 구체적으로 그 특징을 열거한 후 정의를 내리고 있다. 그에 의하면, 비교광고의 특징은 첫째, 본질적으로 모든 광고는 어떤 준거점을 가지고 있어서 적어도 암시적으로라도 비교를 하기 때문에 모든 것은 비교적이며 둘째, 직접적으로 ‘최상’이라는 표현을 사용하는 광고의 경우 그것은 비교라기보다는 슬로건이라고 할 수 있고 셋째, 경쟁상품이 명시되지 않아도 소비자에게 분명히 인식되어서 경쟁상품이 직접적으로 비교가 되는 경우 이것은 엄격한 의미에서 비교적인 것은 아니며 넷째는, 이와 유사한 광고형태로 비록 명시하지는 않았지만 경쟁상표를 즉시 추출할 수 있도록 빗대서 암시하는 광고, 즉 시장에 두 가지 상표만 있거나 잘 알려진(경쟁이 되는) 하나의 상표가 있기 때문에 경쟁상표를 암시적으로 언급하는 경우는 비교광고라는 것이다. 따라서 그는 진정한 비교광고는 하나의 상품 또는 서비스의 범주 내에서 둘 또는 그 이상의 상표를 명시해서 비교하거나 상품 및 서비스의 하나 또는 그 이상의 속성에 기초하여 비교하거나 또는 비교주장을 지지할 수 있는 사실적이고 객관적인 정보를 암시 및 진술하거나 제시하는 광고라고 정의한다.

위와 같이 비교광고 정의에 대한 견해들은 다소 차이를 보이고 있다. 그러나 공통점을 발견할 수 있는데 그 첫째는, 비교광고는 경쟁관계에 있는 상표나 상표의 특징 또는 기업을 명시적으로 거론하거나 식별하는 광고, 둘째는, 비록 명시적으로 경쟁관계에 있는 상표, 상표의 특징 또는 기업을 거론하지는 않았을지라도 암시적으로라도 즉각적으로 그 경쟁관계를 추출할 수 있는 광고라는 점이다. 여기서 공통되는 핵심내용은 ‘경쟁사업자의 식별’을 요건으로 한다는 사실이다. 경쟁사업자를 식별할 수 있는가는 결국 소비자에게 달려 있다는 점을 고려하면 비교광고의 판단은 소비자에게 달려 있다는 것을 간과할 수 없다.

그렇다면 특정 광고를 비교표시·광고라고 판단하는 기준은 무엇인가?

첫째, 표시·광고법 제3조제1항제3호에서는 부당하게 비교하는 표시·광고를 금지하면서 동법 시행령 제3조제3항에서 부당하게 비교하는 표시·광고에 대해 비교대상 및 기준을 명시하지 아니하거나 객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 상품이나 용역(이하 ‘상품 등’이라 한다)을 다른 사업자 또는 사업자단체(이하 ‘사업자 등’이라 한다)나 다른 사업자 등의 상품 등과 비교하여 우량 또는 유리하다고 표시·광고하는 것으로 규정하고 있다. 이와 같은 규정에서 알 수 있는 것은 동법은 비교표시·광고의 개념에 대해 제한적인 정의를 사용하고 있다는 점이다. 즉, 자사의 상품 및 서비스의 상표나 특징 등을 경쟁사의 상품 및 서비스의 상표나 특징 등과 명시적 또는 은유적으로 비교하는 광고를 비교광고로 보고 있다. 다시 말해서 소비자가 경쟁사업자를 인식할 수 있는 경우에 한하고 있다.

이러한 제한적인 정의사용은 ‘비교표시·광고에 관한 심사지침’¹⁷⁾(이하 ‘심사지침’이라 칭한다)에서 보다 자세히 나타나고 있다. 동 지침의 비교표시·광고의 ‘적용범위’에 의하면 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상호, 상표, 상품의 고유명칭, 기타 다른 사업자의 상품을 나타내는 기호 등을 직접 명시하여 비교하는 표시·광고 또는 이에 해당하지 아니하나 은유적 표현, 유사한 발음 기호·상징 등을 통하여 일반 소비자가 통상적으로 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품임을 인지할 수 있는 방법으로 비교하는 표시·광고에 대하여 적용하고 있음을 알 수 있다. 비교표시·광고가 소비자를 속이거나 또는 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지의 여부는 원칙적으로 표시·광고에 나타난 구체적인 비교대상, 비교기준, 비교내용 및 비교방법에 따라 판단한다. 동 지침은 이러한 심사기준별로 정당한 비교와 부당한 비교를 구체적인 사례를 들어 제시하고 있다. 동법의 ‘심사지침’에서 규정하고 있는 ‘비교표시·광고’가 ‘비교광고’에 대한 일반적인 개념을 정의하고 있는 것이라고는 볼 수 없다. 즉, 동법 시행령 및 심사지침에서 의미하고 있는 정당한 혹은 부당한

17) 제정 2001. 8. 22. 공정거래위원회 예규 제52호.

비교광고의 개념이 비교광고에 대한 일반적 혹은 학술적 정의는 아닐지라도 시행령 및 심사지침에서 적용하고 있는 비교광고의 형식을 취했을 경우에 그런 규제를 하겠다는 의미이다.

이처럼 법리적 측면에서의 비교광고의 규정과 학술적 차원에서의 비교광고의 정의에서 찾을 수 있는 비교광고의 의미에 대한 공통점은 소비자의 식별 가능성이다. 즉, 광고에 나타난 해당 사업자와 경쟁사업자를 소비자가 식별할 수 있는가를 기준으로 비교광고인가 아닌가를 판단한 후 비교광고와 관련된 법규정을 적용하게 되는 것이다. 비록 비교의 정도는 차이가 있을지라도 특정한 목표 소비자층이 식별할 수 있는 경쟁 사업자들에 의한 광고일 경우 비교광고이며 비교광고일 경우 비교광고 법 규정이 적용된다.

이때 중요한 것은 어떤 ‘소비자’가 식별하느냐 하는 문제이다. ‘모든’ 소비자가 식별할 수 있어야 할 필요는 없을 것이다. 즉, 해당 표시·광고가 목표로 하는 소비자층이 해당 사업자와 경쟁사업자를 식별할 수 있는 광고인가를 판단해야 한다는 의미이다. 예를 들어서 ‘ㄱ’이라는 ‘김치냉장고’ 사업자가 표시·광고를 함에 있어서 은유적으로 또는 암시적으로 경쟁사업자인 ‘ㄴ’의 김치냉장고를 비교했을 때 김치냉장고의 주요 소비자층(구매자)이 아닐 경우 ‘ㄱ’과 ‘ㄴ’이 상호 경쟁관계에 있다는 사실을 모를 경우가 많다. 이러한 경우, 모든 소비자가 경쟁관계를 식별하지 못한다고 하여 비교광고가 아니라고 말할 수는 없을 것이다. 김치냉장고에 대한 관여도가 있는 목표 소비자층이라면 상호 경쟁관계의 사업자들이라는 사실을 인식할 수 있을 것이고 그렇다면 비교광고라고 판단할 수 있게 된다.

그렇다면 또 다른 예로서, 특정한 지역의 상가분양 광고의 예를 들어보겠다. ‘ㄷ’이라는 지역의 주민들은 그 지역에 어떠한 상가들이 이미 들어서 있고 새로이 ‘ㄹ’이라는 사업자의 상가가 분양될 것이라는 광고를 접할 경우, 그 광고의 주요 주장이 ‘ㄷ지역 동일한 시공의 최저가 분양’이라고 할 때 ‘최저가’를 어떻게 인식할 것인가. ‘ㄹ’은 이미 들어서 있는 상가들의 분양가를 암시적으로 비교하여 동일한 품질임에도 불구하고 그 ‘ㄷ’지역에서는 ‘최저가’로 분양한다고 주장하고 있는데 ‘ㄷ’지역의 주민들은 당연히 ‘ㄹ’의 상

가를 기존 상가들과 비교 식별하여 의사결정을 내리게 될 것이다. 이러한 예의 경우, ‘최저가’라는 표현은 단순히 슬로건과도 같은 막연한 비교 즉 앞에서 정의한 ‘비교표시·광고’의 범주에 속하지 않는 일반적인 광고라고 할 수 있는 것인가. ‘최고’, ‘최저’, ‘최첨단’ 등의 최상급 표현은 일반적으로 대부분의 광고가 자사의 상품을 어느 정도의 비교의 표현을 사용하여 포장하고 있다는 사실을 인정한다면 그리 예민하게 받아들일 단어는 아닐 것이며 단순히 ‘최상급 표현 금지’ 조항만으로 규제할 수 있을 것이며 보다 제한적 의미의 비교광고 개념을 인용할 필요가 있을 것이다.

그러나 드물게 특정한 시장상황의 경우에는 소비자의 입장에서 인식할 때 ‘최고’ 등의 배타성을 띤 절대적 표현이 비교표시·광고로 인정¹⁸⁾되는 경우도 있다는 점을 상기하여 비교표시·광고에 대한 법 규정을 적용하기에 앞서 비교표시·광고인가를 판단할 경우에는 광고가 집행된 시장상황 및 소비자의 인식 등을 복합적으로 판단해야 할 것이다.

그렇다면 부당한 비교표시·광고란 무엇인가, 어떤 기준에 의해 판단하는가? 부당하게 비교하는 표시·광고 즉 부당비교표시·광고란 비교대상 및 기준을 명시하지 아니하거나 객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 상품이나 용역을 다른 사업자 또는 사업자단체나 다른 사업자단체의 상품이나 용역과 비교하여 우량 또는 유리하다고 표시·광고하는 것을 말한다(법 시행령 제3조3항). 부당한 비교표시·광고라고 판단되어질 경우 공정거래위원회로부터 당해 위반행위를 중지하라는 명령을 받을 수 있고 범위반사실에 대해서 공표해야 할 경우도 있으며 정정광고를 내리는 시정조치를 받을 수도 있다(법 제7조). 또한 공정거래위원회는 부당한 비교표시·광고가 소비자를 속이거나 공정한

18) 대구지역 생활정보신문 중 대구교차로와 대구벼룩시장이 다른 생활정보신문과는 큰 차이를 두고 1, 2위를 다투고 있으므로 발행부수와 관련해서는 대구벼룩시장의 발행부수가 1위라는 배타성을 띤 절대적 표현의 비교표시·광고를 하였으므로 대구벼룩시장의 발행부수가 다른 모든 생활정보신문의 발행부수와 비교하여 가장 많다는 사실을 스스로 합리적·객관적 근거에 의하여 입증하여야 한다고 판시함(대법원 2003. 3. 31. 자2002마4109결정).

거래질서를 해친다고 의심이 명백하게 될 경우에는 일시 중지할 것을 명할 수 있다(법 제8조). 또한 법을 위반한 부당한 비교표시·광고라고 판단이 되면 매출액의 100분의 2범위 내에서 과징금부과처분의 대상이 된다.¹⁹⁾ 더 나아가 위법한 비교표시·광고는 형사책임의 대상이 되기도 한다(법 제17조). 이러한 부당한 비교표시·광고에 의해 피해를 입은 피해자는 사업자를 대상으로 손해배상의 청구를 할 수 있다. 즉, 부당한 비교표시·광고행위는 민사책임, 형사책임, 행정처분의 대상, 과징금부과의 대상이 되는 것이다(계승균, 2005).

비교표시·광고가 공정하게 행해질 경우에는 소비자의 구매의사결정에 정보제공의 효과가 있기 때문에 유용하지만 비교기준, 비교대상, 비교내용 및 비교방법 등이 적정하고 합리적으로 설정되지 않은 경우에는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있어 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있기 때문에 부당한 비교표시·광고가 된다. 표시·광고법은 비교표시·광고의 활성화를 위하여 이와 관련된 심사지침을 통해 부당한 비교표시·광고의 부당성 요건을 명확히 제시하고 있다. 표시·광고법 제정 전의 공정거래법²⁰⁾에서는 부당하게 비교하는 표시·광고의 내용을 ‘객관적으로 근거가 없거나 자기 것의 유리한 부분만을 들어 경쟁사업자의 것과 비교하는 행위’로 폭넓게 규정하여 비교표시·광고가 그다지 활발하게 이루어지지 않았다고 해

19) 이에 대해 계승균(2005)은 ‘이중처벌금지원칙’을 들어 논의하고 있다. 즉, 동일한 부당한 광고행위와 관련하여 공정거래위원회에서 행하는 처분이 이중으로 내려질 경우 헌법 제13조 제1항에서 명하고 있는 이중처벌금지원칙에 위배될 수도 있는데 이 원칙은 헌법재판소 결정(1994. 6. 30. 92헌바38)에 의하면 “헌법 제13조 제1항이 정한 ‘이중처벌금지의 원칙’은 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권 특히 신체적 자유를 보장하기 위한 것이므로 그 ‘처벌’은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서 과벌을 의미하는 것이고 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분은 모두 그에 포함된다고 할 수는 없다”고 하였으나 동일한 사태에 대해서 국가행정기관이 이중의 제재를 가하는 것이 과연 정당한 것인가와 관련하여 헌법상의 이중처벌금지의 원칙을 인용할 수도 있다고 보는 견해이다.

20) 공정거래법 시행령 제36조 제1항 관련 [별표 1] 일반 불공정거래 행위의 유형 및 기준 제9호 다목(부당하게 비교하는 표시·광고)(1999. 6. 30. 삭제).

도 과언이 아니다. 그러나 표시·광고법의 제정과 함께 동법시행령에서 부당하게 비교하는 표시·광고의 내용을 명백히 하고 그 범위를 축소함으로써 부당성의 요건을 완화하여 비교표시·광고의 활성화를 통한 소비자 정보제공이 이루어지도록 하였다(박수영, 2003).

3. 자료의 분석과 논의

1) 자료의 수집과 분석방법

본 연구에서는 표시·광고법이 시행되기 시작한 1999년 7월 1일부터 2006년 6월 30일까지 7년 동안에 심결된(심결일자 기준) 심결사례 중에서 대표 위반유형으로서 ‘부당한 비교표시·광고’에 해당되는 사례들을 수집하였다. 명확한 심결사례 수집을 위하여 온라인과 오프라인을 동시에 이용하였다.

우선, 공정거래위원회 인터넷 사이트(www.ftc.go.kr)상의 ‘심결·범위반사실조회’에서 ‘위반유형’ 중 ‘부당한 비교표시·광고’ 검색으로 47건의 법 위반 사례를 찾아 검토한 결과 1건에 대한 이의신청²¹⁾에 대한 심결이 2006년 7월 6일에 이루어져 본 건까지 포함시켜 총 48건의 사례를 수집하였다. 이 48건 중에서 또 다른 이의신청 건²²⁾의 본 건²³⁾이 ‘부당한 비교표시·광고’였음에도 불구하고 허위·과장으로 분류되어 있는 사실이 발견되어 이 건을 포함시킨 결과 총 49건의 사례가 수집되었다. 그런데 총 49건 중에서 3건이 동일한 사업자의 이의신청 건²⁴⁾으로서 각각 1건으로 처리하여 심결사례는 총 46건이

21) 2006. 3. 2. 의결된 2005부사1483 건(개미마을의 부당한 광고행위에 대한 건)의 이의신청이 2006. 7. 6.에 ‘기각’됨.

22) 2001심일1080 (주)경동보일러의 이의신청에 대한 건.

23) 9909소기1353 (주)경동보일러의 부당한 표시·광고행위에 대한 건.

24) 앞의 이의신청 2건 외에 ‘2002심삼0558 폴리우레탄패널 제조 6개사의 이의신청에 대한 건’이 있음.

되었다. 이 중에서 2건²⁵⁾은 본 연구와 관련된 사례가 아니라서²⁶⁾ 제외시키고 44건이 선택되었다. 다시, 44건을 1차적으로 내용분석한 결과 6건은 기존 공정거래법에 의해 심결된 사건으로서 표시·광고법에 의해 심결된 38건을 최종적으로 선택하였다.

사례수집의 정확성을 기하기 위해 오프라인상에서의 사례수집과 비교해보았다. 공정거래위원회 담당자²⁷⁾와 직접 연락하여 해당 기간의 부당한 비교표시·광고에 해당되는 총 72건의 목록을 확보한 결과 72건으로 나타난 이유는 ‘조치유형’으로서 ‘경고’를 포함시켰기 때문이며 ‘경고’에 해당하는 사건은 의결서 없이 문서로 회신되기 때문에 인터넷상의 ‘심결자료’에는 나타나지 않아서 결과적으로 표시·광고법에 의해 ‘부당한 비교표시·광고’로 분류되어 ‘경고’조치를 제외한 ‘시정명령’ 이상에 해당되는 38건의 동일한 사례를 수집할 수 있었다.

본 연구의 핵심 연구대상인 부당한 비교표시·광고의 심결사례를 보다 심층적으로 분석하기 위해 이와 관련된 대법원 판례를 수집하였다. 판례수집에는 ‘법원도서관’의 ‘법고을 LX DVD 2006²⁸⁾’을 사용하여 ‘대법원’, ‘전체판례등급’을 선택하여 검색어로 ‘광고’를 사용한 결과 총 466건이 검색되었으며 이 중에서 ‘표시·광고’라 할 수 있는 27건의 판례를 수집한 후 다시 ‘표시·광고법’과 직접적으로 관련되는 판례(2006. 6. 30. 기준) 6건을 최종적으로 추출하였다(<표 1> 참조). 이 중에서 부당한 표시·광고행위로 공정거래위원회와

25) 인터넷 사이트상에는 ‘2004부사0543’ 및 ‘9904구사0462’이라 표기되어 있으나 이는 잘못 표기된 것으로서 심결내용을 보면 실제의 사건은 각각 ‘2004부사0522~0564’와 ‘9904구사0454’임.

26) 공정거래위원회 심판행정팀 김현진에 의하면 심결사례 분류에서 다소 오류가 있다고 함.

27) 앞의 심판행정팀 김현진.

28) ‘대법원판례(1948.~2006. 2. 1) 민사/형사/세무/행정/기사/특허; 41,712건, 헌법재판소 결정(1989. 1.~2005. 11.(제110호)); 1,883건, 하급심 판결(1948.~2006.1) 하급심 판결집(2003년까지), 각급법원(제1,2심) 및 판결공보(제1호~제29호) 게재판결; 8,093건 등 수록된 총 판례 건수 51,688건.

<표 1> 표시·광고법 관련 대법원 판례(1999.7.1~2006.6.30)

사건번호	원고 및 피고	판시사항
대법원2005.12.22. 선고 2003두8296 판결	원고, 상고인: (주)다음커뮤니케이션 피고, 피상고인: 공정거래위원회	광고행위의 주체
대법원2005.2.18. 선고 2003두8203 판결	원고, 상고인: (주)성창에프엔디 피고, 피상고인: 공정거래위원회	허위·과장의 광고의 의미 및 그 판단 기준
대법원2003.6.27. 선고 2002두6965 판결	원고, 상고인: 남해화학 주식회사 외 4인. 피고, 피상고인: 공정거래위원회	시정명령 공표, 개인행위의 신뢰보호의 원칙, 허위·과장광고의 의미 및 그 판단 기준
대법원2003.4.11. 선고 2002두806 판결	원고, 피상고인: (주)동성교육개발 외 1인. 피고, 피상고인: 공정거래위원회	광고에 대한 소비자의 오인성 여부 판단 기준
대법원2003.3.31. 자 2002마4109 결정	채항고인: (주)교차로 상대방: (주)미디어월	입증책임의 소재, 부당하게 비교하는 표시·광고 해당 여부
대법원2003.2.26. 선고 2002다67062 판결	채권자, 피상고인: (주)블스윈 채무자, 상고인: (주)중외산업	부당하게 비교하는 광고의 판단 기준

다툼이 있었던 사건은 4건이었으며 공정거래위원회와의 다툼은 아니지만 부당한 비교표시·광고와 관련된 판례가 2건 있었다.

38건의 심결사례는 법 제3조 제1항, 법 시행령 제3조 및 ‘비교표시·광고에 관한 심사 지침’²⁹⁾에서 정하고 있는 심사기준을 근거로 분석하였다. 심사지침에 의한 심사기준은 비교대상, 비교기준, 비교내용, 비교방법 등이며 각 범주의 의미는 <표 2>와 같다.

29) 제정 2001. 8. 22. 공정거래위원회 예규 제52호.

<표 2> 비교표시·광고에 관한 심시지침상의 심사기준

유형	내용
부당한 비교대상	① 자기의 상품과 용량, 크기, 생산시기, 등급, 특성 등에 있어서 차이가 존재함으로써 거래통념상 동등한 것으로 인정되지 아니하는 다른 사업자의 상품과 비교하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우 ② 동일 시장에서 자기와 유사한 지위에 있는 다른 사업자가 존재함에도 불구하고 소비자 인지도, 시장점유율 등이 미미한 사업자의 상품과 비교하는 등 소비자의 선택에 있어서 정보로서 가치가 없는 사업자의 상품과 비교하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우
부당한 비교기준	① 서로 다른 조건, 기간, 환경 등 동일하지 아니한 기준에 의하여 비교함으로써 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우 ② 표시·광고에 나타나지 아니한 사항이 당해 표시·광고상 비교기준과 불가분의 직접적 관계에 있어 소비자의 선택에 중대한 영향을 미치는 사항임에도 불구하고 이를 명시하지 아니함으로써 소비자를 속이거나 또는 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우
부당한 비교내용	① 자기 상품에 대해서 허위·과장된 성능, 품질 등을 제시하거나 아니면 다른 사업자의 상품에 대해서 허위·과장된 성능, 품질 등을 제시하여 비교 표시·광고를 함으로써 소비자를 속이거나 또는 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우 ② 비교사항의 내용상 차이가 객관적으로 의미가 없거나 아주 근소하여 성능이나 품질 등에 미치는 영향이 미미한데도 불구하고 그 차이가 성능이나 품질 등에 중대한 영향을 미치는 것처럼 표시·광고하거나 다른 사업자의 상품을 실제 이상으로 열등한 것처럼 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우 ③ 객관적으로 측정 가능한 특성이 아닌 사항을 비교하거나 또는 객관적으로 측정이 불가능한 주관적인 판단·경험·체험 등을 토대로 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품과 비교함으로써 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우
부당한 비교방법	① 특정항목, 특정조건 등에서의 비교결과를 근거로 전체적인 우수성을 주장함으로써 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우 ② 시험·조사 결과를 인용하는 경우에 시험·조사 결과를 왜곡하여 자기의 상품이 우수한 것처럼 표시·광고함으로써 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우

2) 분석 결과의 논의

(1) 심결사례 분류의 오류

온라인 및 오프라인을 통해 1차적 확인 절차를 거쳐 ‘부당한 비교표시·광고’로 분류된 38건의 사례를 내용분석한 결과 부당비교표시·광고행위가 아닌 허위·과장표시·광고 범주에 속하는 사례들이 상당수 있었다(<표 3> 참조).

<표 3>에서 알 수 있듯이 사례 번호 16번~36번에 이르는 총 21건은 위반내용 및 심결내용을 분석한 결과 법 제3조 제1항 제1호에 의해 ‘허위·과장의 표시·광고’³⁰⁾로 판명된 사례들이다. 또한 2번 ‘롯데쇼핑(주)롯데마트사업본부의 부당한 광고행위에 대한 건’³¹⁾의 경우 경쟁사업자(이마트, 홈플러스)를 명백히 밝히면서 비교기준 및 비교방법 등에 있어서 부당하게 비교광고행위를 했다는 사실을 인정했음에도 불구하고 부당비교광고행위가 아닌 허위·과장의 광고행위로 심결하는 오류가 있었다. 따라서 본 연구의 초점이 되고 있는 실제의 부당한 비교표시·광고의 사례는 17건(2번 포함)이었다. 17건 중에서 부당비교표시·광고행위 외에 기만적인 표시·광고행위(법 제3조 제1항 제2호)로도 심결된 사건은 ‘(주)한국유일통신의 부당한 광고행위에 대한 건’³²⁾이었으며 ‘(주)현대홈쇼핑의 부당한 광고행위에 대한 건’³³⁾, ‘(주)노아피앤디 및(주)선구플래닝의 부당한 광고행위에 대한 건’³⁴⁾ 및 ‘(주)한미은행의

30) 법 제3조 제1항 제1호에서 정한 ‘허위·과장의 광고’에 대한 판단은 판례에 의하면 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 광고를 말하고 광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단한다(대법원 2003. 6. 27. 선고 2002두6965 판결; 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003두8203 판결).

31) 2005광고2336.

32) 2002광고0857.

33) 2004광고1007.

34) 2003광고1381.

<표 4-1> 심결사례 분석 결과 요약

부당 유형	허위·과장	부당비교				소계	합계
		허위·과장 + 부당비교	기만 + 부당비교	순수 부당비교			
				부당비교인데 허위·과장	부당비교		
사례 수	21	3	1	1	12	17	38

<표 4-2> 부당 비교 표시·광고(17건의 심사기준 적용 상황

심사기준	부당 비교 표시·광고 심사기준			
	비교대상	비교기준	비교내용	비교방법
적용 수*	5	11	7	4

* 한 사례에 대해 중복 적용한 숫자임.

부당한 광고행위에 대한 건³⁵⁾ 등 3건은 허위·과장의 표시·광고 및 부당하게 비교하는 표시·광고로도 심결되었으며 따라서 순수하게 부당비교표시·광고 행위에만 속하는 사례는 모두 13건(2번 포함)이었다(<표 4-1, 4-2> 참조).

허위·과장의 표시·광고(법 제3조 제1항 제 1호 적용)로 판명된 21건의 경우, 어떻게 부당한 비교표시·광고로 분류되었는지는 알 수 없다. 아마도 분류상의 단순한 오류이거나 아니면 위반내용에서 알 수 있듯이 단순히 비교표현이 있었을지라도 소비자가 경쟁사를 인지할 수 없다고 판단되어 허위·과장 또는 기만광고라고 판단하였으며 심결내용상으로는 비교라는 행위가 있었기에 담당자(분류자)가 비교표시·광고의 범주에 포함시킨 것으로 추정된다. 예를 들어 사례 16번인 ‘한도기업의 부당한 광고행위에 대한 건³⁶⁾의 사안을 살펴보면 “객관적 근거 없이 국내·국제 최고성능 최신제품이라는 배타성을 띤 절대적인 표현을 사용하여 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리하다고 오인케 할 우려가 있는 허위·과장광고행위”를 하였다고 심결하였는데 심결문 중에 ‘…… 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리하다고……’란 표현이

35) 9911광고1580.

36) 9912광고1819.

있는 것을 보고 분류자가 ‘비교’의 범주에 포함시킨 것은 아닌가 한다. 이와 같이 공정거래위원회의 표시·광고법에 의한 심결사례 분류상에 상당한 오류가 있는 것으로 미루어 다른 범주 즉, 허위·과장, 기만, 비방 등에 의한 부당표시·광고 사례의 분류에 있어서도 오류가 존재할 것으로 보인다. 분류상의 오류를 간과한 채 통계를 발표하면 그 자료를 바탕으로 이루어지는 다양한 연구에도 상당한 영향을 미칠 수 있다는 점을 감안하면 소홀히 다루어서는 안 될 문제일 것이다.

(2) 부당한 비교표시·광고의 심결사례에 나타난 법리적 특성

① 소비자의 ‘경쟁사업자 식별 가능성’

‘부당하게 비교하는 표시·광고’에 해당되기 위해서는 앞서서도 논의했듯이 우선, 비교표시·광고로서의 요건을 갖추어야 하며 명시적이든 은유적이든 소비자가 통상적으로 경쟁관계에 있는 사업자 또는 사업자의 상품임을 인지할 수 있는 방법으로 비교하는 경우이어야 한다. 이 때의 소비자는 해당 상품의 목표가 되는 소비자이면 족하며 ‘모든’ 소비자 즉, 목표 소비자 외 소비자 전체일 필요는 없다. 전체 소비자가 모두 수천 수만 가지의 상품들에 대해 이해하고 있지도 않을뿐더러 나아가 해당 상품과 경쟁이 되는 상품에 대해서는 더욱 알지 못할 것이기 때문이다.

이와 같은 논지는 심결사례 분석 결과를 살펴보면 한층 설득력을 얻는다. <표 3>의 심결사례 번호 3번 ‘(주)유탕건설의 부당한 광고행위 및 중요한 표시·광고사항고시 위반행위에 대한건’의 경우, 광주광역시 운암동 ‘하늘세움 아파트’를 분양광고하면서 광고 당시 광주지역에서 분양 중인 다른 아파트(H사, L사, D사 등으로 표기하여 비교표 제시함)의 분양가보다 월등히 낮은 것처럼 객관적 비교기준없이 비교광고를 한 사건이었다. H, L, D, 등의 영자표기가 어떤 경쟁사의 영자표기 첫글자라고 가정한다고 하더라도 광고 당시 광주지역 외의 아파트에 관심이 별로 없는 소비자들의 입장에서는 어떤 사업자들을 의미하는 지 알기는 어렵다. 그러나 광고 당시의 광주지역 아파트에

관심이 있는 소비자들은 이 첫글자들이 어떤 회사를 지칭하는지 인지할 수 있을 것이다. 따라서 ‘비교표시·광고’로 인정하면서 동시에 부당한 비교기준을 사용한 부당비교광고행위로 판정된 것이다. 이와 비슷한 사례로서 4번인 ‘(주)현대홈쇼핑의 부당한 광고행위에 대한 건’의 경우에서도 ‘(주)현대홈쇼핑’이 ‘해피툼’이라는 안마매트를 비교광고하면서 단지 ‘타사’라는 표현을 했고 또한 안마의자 ‘다이또’를 비교광고하면서 경쟁사를 ‘N브랜드’, ‘F브랜드’라고 표기했을 뿐인데 비교표시·광고로 인정되면서 부당 비교대상적 측면에서 부당하다는 판정을 받았다. 이것은 당시 당 사업자의 케이블채널을 통해 시청하고 있는 목표 소비자들의 입장에서는 그 ‘타사’ 및 N, F브랜드가 어떠한 경쟁사임을 알고 있을 것이라고 판단했다는 의미이기도 하다. 이외에도 심결사례 9번 ‘(유)오지정의 부당한 광고행위에 대한 건’, 10번 ‘(주)대한항공의 부당한 광고행위에 대한 건’, 12번 ‘폴리우레탄패널 제조6개사의 부당한 광고행위에 대한 건(기린산업(주)의 5개사),’ 및 13번 ‘대우전자(주)의 부당한 광고행위에 대한 건’도 이러한 경우에 해당된다.

위와 같은 심결사례 분석 결과로 미루어, 표시·광고법에서 규정하고 있는 비교표시·광고의 범위 즉, ‘명시적이든 은유적이든 소비자가 다른 사업자를 인지할 수 있는 방법으로 비교표시·광고하는 경우’라는 범위는 결국 소비자가 다른 사업자를 인지할 수 있느냐에 초점을 두고 판단하고 있음을 알 수 있다. 그렇다면 항상 일관성있게 소비자의 인지에 초점을 두고 있는가. 여기서 한 번 돌이켜볼 문제가 있다. 앞의 서론부분의 ‘(2) 부당한 표시·광고의 부당성 유형 적용의 문제’에서도 지적하였듯이 ‘IV.상가등 표시·광고에 관한 지침’에서는 “최대”, “최고수준”, “유일상가”, “독보적”, “독점” 등의 배타적 표현에 대해 객관적으로 근거 없는 최상급 표현을 사용해서는 안 된다고 규정함으로써 즉, ‘최상급 표현 금지’ 규정에 의해 금지하고 있다. 그러나 이러한 최상급 표현들이 특정한 맥락이 없을 때는 일반적인 최상급 표현으로서 ‘비교광고’의 정의에 포함되지 않는 통상적인 슬로건과 같은 의미를 지녀 단순히 사업자를 미화시키고 포장하는 것으로 의미 전달될 수 있지만 앞에서 논의한 ‘(주)유담건설’ 사건에서 알 수 있듯이 특정한 지역이라는 맥락 속에

서 사용될 경우 단순한 최상급 표현으로만 간주할 수 있을 것인지는 재고할 필요가 있다. 진정으로 소비자의 관점에서 일관성있는 판단을 하고자 한다면 이것은 최상급 표현사용 여부가 아닌 부당한 비교표시·광고인가 아닌가의 범주 내에서도 판단할만 한 사안이라는 의미이다.

② ‘부당하게 비교하는 표시·광고’에 나타난 ‘부당성’ 유형

앞에서도 논의한 바와 같이 표시·광고법에 의한 ‘부당하게 비교하는 표시·광고’의 ‘부당성’ 판단은 ‘비교표시·광고에 관한 심사 지침’에 의해 비교대상, 비교기준, 비교내용 및 비교방법 등을 기준으로 이루어지고 있다. 이들 각 기준들에 내포되어 있는 의미는 우선적으로 ‘비교광고’의 조건을 만족시켜야 한다. 그런데 조건을 만족시키는 비교광고임에도 불구하고 그 비교의 대상, 기준, 내용 및 방법 측면에서 허위·과장표현이 있음으로 인해 사업자 간의 ‘비교’라는 사안만 아니라면 단순히 허위·과장광고 또는 기만광고라고 판단할 수 있는 사례들이 있었다.

예를 들어, 심결사례 1번(<표 3> 참조) ‘(주)개미마을의 부당한 광고행위에 대한 건’의 경우, “‘진표 태양초 고추장’은 고추분 성분을 기준으로, 경쟁사업자의 제품은 고추분을 포함한 전체 성분을 기준으로 태양초 함량을 표시하여……” 부당한 비교기준을 사용한 이유로 부당비교표시·광고로 판정된 사례이다. 그런데 여기서 자사의 고추장은 고추분 성분으로, 경쟁사의 제품은 전체 성분을 기준으로 상호 기준을 달리한 사실을 ‘은폐하고’ 마치 두 개사의 제품 모두를 고추분 성분을 기준으로 비교한 행위는 ‘기만’적 행위이기도 하다. 법 시행령 제3조 제2항에서 ‘기만적인 표시·광고는 사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법으로 표시·광고하는 것으로 한다’고 규정하고 있듯이 이 (주)개미마을의 부당한 광고행위의 부당성은 자사의 유리한 점을 부각시키고 약한 점을 은폐하기 위함에서 찾을 수 있다. 이러한 예를 통해 제기할 수 있는 문제는 자사에게 유리하게 사실을 은폐하거나 축소하지 않으면서 부당하게 비교한다는 것이 가능한가이다. 다시 말해서, 부당한 비교행위가 있기 위해서는 최소한의 사실 은폐, 축소, 과장 내지 허위사실표기 등의 방법이

따를 것이라는 의미이다.

또 다른 예를 살펴보면, 심결사례 4번 ‘(주)현대홈쇼핑의 부당한 광고행위에 대한 건’의 경우, “안마매트 ‘해피룸’에 대해 2003. 10. 18. 이후의 할인 판매가격인 429,000원을 기준으로 하지 않고 할인판매 이전 가격인 499,000원을 기준으로 가격할인 광고함으로써 과장하여 광고하는 행위”라는 이유로 ‘허위·과장의 표시·광고’라 판결하였다. 가격이 ‘과장’되었다는 사실이 판결의 쟁점인데 이미 2003. 10. 18. 이후로 할인된 가격으로 판매되고 있다는 사실을 ‘은폐’한 부당한 광고행위라는 측면에서 보면 ‘기만’의 가능성도 매우 높다고 하겠다. 더욱이 해당 사업자는 이러한 변동된 가격 사실을 숨기고 대폭할인된 것처럼 타사와 비교하여 광고함으로써 부당비교표시·광고로도 판결되었다. 이와 같이 ‘부당한 비교광고’라고 판단한 경우에도 허위·과장 및 기만적 요건이 존재했다는 사실은 인정해야 할 것이다.

<표 3>에서 알 수 있듯이 본 연구의 초점이 된 실제의 비교표시·광고 17건외에 21건은 허위·과장광고 사례였다. <표 3>의 심결사례 번호 16번~36번에 해당되는 허위·과장광고의 위반내용을 살펴보면, “……객관적 근거 없이…… 최고, 최저가…… 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리한 것으로 오인케 할 우려가 있는 허위·과장광고행위……”(16, 17, 19번의 가.)이거나 상당기간 거래한 사실이 없는 가격을 비교가격으로 제시하여 대폭 할인된 가격으로 판매하는 것처럼 가격을 과장한 행위(18번)³⁷⁾가 있었다. 그리고 대부분이 “…… 제조업자 등이 임의로 정한 권장소비자가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위”(20~36번)였다.

이러한 결과에서 알 수 있는 것은 비교표현이 있었을지라도 ‘권장소비자가격’과 자사의 판매가격 비교와 같은 막연한 비교일 경우에는 일반적인 부당표시·광고행위로 인정하여 허위·과장 또는 기만으로 판단하고 있다는 사실을 다시 한 번 확인할 수 있다는 점이다.

37) 앞에서 살펴 본 ‘(주)현대홈쇼핑의 부당한 광고행위에 대한 건’의 ‘가.’사안과 같은 행위, 같은 법리 적용함.

③ 합리적·객관적 근거에 의한 입증 책임

부당하게 비교하는 표시·광고의 부당성은 ‘객관적 근거 없이’ 비교하는 경우에 많이 나타난다. 앞서서도 논의했듯이 객관적 근거라는 것은 광고내용과 관련된 ‘사실’문제로서 실증의 대상이 되는 것을 의미한다. 부당한 비교광고행위와 관련된 대법원 판례는 2건이었는데 둘다 비교광고의 부당성을 판단하는 주요 요인에 대해 판시하고 있다.

대법원에 의하면, “…… 조사결과가 왜곡될 가능성이 있는 특정한 조건 하에서 이루어진 것으로서 합리적·객관적 근거가 되지 못하는 경우에는 비록 그 조사결과를 인용한 비교광고가 비교대상 및 비교기준이 명확하더라도 부당하게 비교하는 표시·광고에 해당할 수 있다”³⁸⁾고 한다. 즉, 비교대상 및 비교기준의 명확성 여부가 ‘비교광고의 부당성’을 판단하는 주요 요인이 아니라 그 전에 광고주는 자기의 광고내용 중 사실과 관련한 사항이 진실이라는 점에 대한 입증책임(법 제5조 제1항)이 있는 한 합리적·객관적 근거에 의한 입증을 하여야 할 것이며 조사결과를 합리적·객관적 근거로 사용하기 위해서는 그 조사는 법령에 의한 조사기관이나 사업자와 독립적으로 경영되는 조사기관 등에서 학술적 또는 산업계 등에서 일반적으로 인정된 방법 등 객관적이고 타당한 방법으로 실시한 결과이어야 한다고 판단한다. 따라서, 입증책임이 있는 사업자에 대해서 입증을 요구할 것과 동시에 그 입증이 합리적·객관적 근거에 의해 이루어졌는지의 여부에 대한 판단이 함께 존재해야 한다는 것이다. 이와 같은 판례의 내용을 보면 부당한 비교표시·광고행위의 판단에는 단순한 입증의 여부가 아닌 합리적·객관적 입증의 존재 여부까지 판시해야 함을 알 수 있다.

④ 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려

또 다른 대법원 판례³⁹⁾는 자동차 엔진내부세척제를 타사제품과 부당비교

38) 대법원 2003. 3. 31. 자 2002마4109 결정.

39) 대법원 2003. 2. 26. 선고 2002다67062 판결.

한 광고에 대한 것이다. 자동차 엔진내부세척제로 생산 판매하는 ‘엔팍’을 타사가 생산 판매하는 ‘볼스윈샷’과 비교하면서 ‘엔팍’을 사용한 차량의 유해가스 배출량 감소비율이 2배 정도 커 ‘엔팍’의 품질과 성능이 더 우수하다는 취지로 광고했는데, 차종이나 그 제작연도 등에 따라 유해가스 배출량이 달라질 수 있는 점 등에 비추어 보면 그 광고의 비교기준이 적정하고 합리적으로 설정된 것으로 보기 어려우므로 이러한 광고행위는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 ‘부당하게 비교하는 광고’에 해당한다고 본 사례이다. 이와 같은 판단에서 알 수 있는 사실은 해당 광고가 적정하고 합리적인 기준에 의해 비교하지 않았기 때문에 부당비교광고라고 판단한 근본적인 이유는 비교기준의 적정성 및 합리성 여부 자체에서 ‘부당성’의 요건을 추출하기 보다는 그러한 기준이 ‘소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있기 때문’이라는 점, 즉 폭넓은 ‘부당표시광고’의 요건을 더 우선적으로 고려하여 판시하였다는 점이다.

4. 결론

기존의 공정거래법보다 훨씬 구체적이며 실효성있는 조항들을 도입하여 소비자 보호를 입법 목적으로 하는 표시·광고법이 제정되어 시행된 지 7년이 넘었지만 표시·광고에 의한 피해는 줄어들지 않고 있다. 그 배경에는 여러 가지 원인이 있을 수 있겠지만 우선적으로 표시·광고법의 효율적 운용과 개선점에 대하여 점검하지 않을 수 없다. 본 연구는 이러한 취지에서 부당한 표시·광고행위 유형 중 ‘부당한 비교표시·광고’를 중심으로 그 법리적 특징을 살펴보고 실제 법 위반으로 심결된 사례 및 판례를 내용분석하여 법리적 특징이 어떻게 적용되고 있는지를 살펴보았다.

부당한 표시·광고행위 심결사례 중 부당한 비교표시·광고 유형에 속하는 사건은 그리 많지 않았으며 법원의 판례도 매우 드물 뿐만 아니라 비교광고가 무엇인지와 부당한 비교광고에 있어서 부당성이 무엇인지에 관해서도 적극적

으로 언급하고 있지 않았다.⁴⁰⁾ 이와 같은 이유는 비교광고가 정보제공적 측면에서 소비자의 구매결정에 도움을 줄 수 있다는 긍정적 기능이 높게 인식되고 있기는 하지만 아직 우리 광고업계 및 소비자 문화 정서상 적극적으로 경쟁사업자나 경쟁사업자의 상품을 언급하면서 비교하는 광고사례가 많지 않기 때문에⁴¹⁾ 그만큼 문제제기의 기회도 적었기 때문이었을 것으로 생각된다. 또는 ‘비교표시·광고에 관한 심사 지침’에서 규정한 바대로 ‘합리적이며 객관적인 근거’에 의해 비교광고를 수행하는 풍토가 아직 덜 성숙된 것으로도 보인다.

이렇듯 부당한 비교표시·광고의 사례가 적음에도 불구하고 심결사례에 대한 내용분석결과가 함축하고 있는 점은 의미가 있다. 우선, 가장 중요한 점은 비교표시·광고의 ‘부당성’의미에 대해서 보다 적극적인 규명이 필요하다는 것이다. 특히 경쟁사업자 상호간의 입장이 아닌 소비자 보호적 차원에서의 명확한 규명이 필요하다 할 것이다. 현재는 ‘부당’하지 않으면 허용된다는 소극적 태도이다. 즉, 일정한 비교표시·광고행위를 했을 때 금지, 제한, 또는 제재받는 경우를 기술하거나 일정한 내용을 포함시킬 것을 지시하고 있을 뿐이며 비교표시·광고가 소비자를 보호하기 위해 갖추어야 할 의무적인 요건 등과 관련된 사항은 찾기 어렵다. 그 지시의 내용에는 경쟁사업자 당사자간의 객관적이며 합리적인 경쟁을 유도하기 위함이 존재하지만 정작 시장 상거래에 있어서 중심 축이 되는 소비자의 구매의사결정에 도움이 되는 정보제공적 차원의 지시로서는 부족하다 할 것이다. 물론, ‘객관적·합리적’ 경쟁 유도가 소비자를 속이지 않게 하고 소비자가 잘못 알게 할 우려가 없도록 하기 위함이라는 하지만 이것은 방어적인 소극적 태도이지 적극적으로 시장에서 소비자의 우월성을 전제하면서 정보제공을 통해 보호하기 위함이라고 보기에는 미약하다는 뜻이다.

따라서 비교표시·광고에서는 그 경쟁사 제품 내지 경쟁사간의 ‘경쟁성’

40) 대법원 2003. 2. 26. 선고 2002다67062 판결.

41) 이에 대한 논의는 본 연구의 초점에서 벗어난 것으로서 다루지 않기로 함.

혹은 ‘대립성’으로 인해 고도의 도덕성, 윤리성이 무엇보다도 필요할진대 만일의 부당한 행위가 발생하였을 경우 그 이후의 대책 즉, 당사자인 사업자 및 소비자 피해 보상과 관련된 법적인 대책 마련이 필요하다. 이를 위해서는 책임의 근거를 지을 수 있는 ‘부당성’의 의미에 대해서 더욱 심도있는 기준이 마련될 필요가 있을 것이다. 지금까지 논의한 부당한 비교표시·광고가 성립되기 위한 구체적인 ‘부당성’의 요건은 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다.

첫째, 부당비교표시·광고가 되기 위해서는 우선 해당되는 표시·광고의 내용에 경쟁관계에 있는 사업자나 그의 상품이 명시적 또는 은유적으로 거론되거나 적어도 묵시적으로라도 전체적으로나 소비자가 추정할 수 있어야 한다. 즉, 소비자의 입장에서 해당 사업자가 거론하는 경쟁자나 그의 상품을 식별할 가능성이 있어야 한다. 법에서 규명하고 있는 비교표시·광고는 경쟁사업자나 경쟁상품에 대하여 자신이나 자신의 상품이 우량 또는 유리하다는 것을 소비자에게 인식시켜 소비자로 하여금 구매결정을 하도록 유도하기 위하여 이루어지는 것이기 때문에 경쟁사업자의 상품을 소비자가 식별할 수 없는 비교표시·광고라면 소비자의 오인을 야기할 가능성도 없고 경쟁사업자의 신용도를 저하시키지도 못하기 때문에 부당한 ‘비교’라기보다는 막연한 ‘허위·과장의 표시·광고’의 범주에 속할 것이기 때문이다. 또한 해당 사업자 또는 사업자의 상품이 경쟁사업자나 경쟁사업자의 상품보다 현저히 우량 또는 유리하다고 나타내기 위해 ‘최대’, ‘최고’, ‘최초’, ‘유일’ 등의 배타성을 띤 절대적 표현을 사용할 경우 소비자를 오인시킬 우려가 있어서 허용하지 않지만 해당 사업자가 광고내용을 객관적·합리적 자료를 바탕으로 입증하여 경쟁사업자나 소비자에게 피해를 주지 않는다면 허용된다.⁴²⁾

둘째, 비교대상·비교기준·비교내용·비교방법이 문제되는 경우이다.

사업자가 자신이나 자신의 상품을 경쟁사업자나 경쟁사업자 상품과 비교함에 있어서 비교대상 및 비교기준을 명시하지 않은 경우에 부당성이 인정된다. 비교대상 및 기준을 공정하고 적절하게 선정 및 제시하지 않은 경우 즉,

42) 부당한표시·광고행위의유형및기준지정고시, II. 15. 나.(개정 2001. 8. 30. 공정거래위원회고시 제2001-13호).

동일한 조건하에서 비교하지 않고 자신에게 유리한 부분만을 발췌하여 비교하거나 특정한 일부에 대하여 비교하면서 마치 전체에 대한 비교인 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있는 비교표시·광고는 부당비교표시·광고로서 허용되지 않는다. 또한 비교내용 및 비교방법에 있어서 객관적인 근거가 없는 경우 부당하다고 판단된다. 객관적인 근거가 없다는 것은 학술적 또는 산업계에서 일반적으로 인정되는 방법 등에 의하여 실증되지 않은 것(법시행령 제4조 제1항 제1호)을 의미한다. 이로 인해 구체적으로 객관성이 없는 자체조사나 다른 조사기관이 조사한 조사자료를 사실과 다르게 인용하는 경우 등이 자주 문제된다.⁴³⁾

셋째, 합리적이고 객관적인 근거가 없는 경우이다.

이것은 위의 비교대상, 비교기준, 비교내용 및 비교방법 등과 밀접한 관계에 있는 요건으로서 객관적 근거 없이 다른 사업자의 상품 등과 비교하는 경우에도 부당성이 인정된다는 의미이다. 이때 객관적 근거라는 것은 광고내용과 관련된 ‘사실’문제로서 실증의 대상이 되는 것을 의미한다. 소비자는 광고주의 묵시적 주장이든, 명시적 주장이든 광고에서 주장하는 내용에 대하여 그럴 만한 근거가 있다고 믿기 마련이다. 따라서, 광고주인 사업자는 자신이 주장하는 바에 대한 명확하고도 객관적인 실증적 자료를 가지고 있어서 필요할 경우 일반인이 열람할 수 있도록 해야 한다(법 제5조 제1항, 제4항). 판례⁴⁴⁾에 의하면 비교대상 및 비교기준이 명확하더라도 조사결과를 인용하는 비교광고에 있어서는 조사결과가 특정 조건하에서 왜곡될 가능성이 있는 경우에는 부당한 비교광고라고 한 점은 주목할 만하다. 즉, 조사결과를 인용하는 비교광고에 있어서는 광고주가 자기의 광고내용 중 사실과 관련한 사항이 진실임을 입증하되 그 근거는 합리적·객관적이어야 하며, 조사기관은 객관적이면서 독립성이 있어서 법령에 의한 조사기관이거나 사업자와는 독립성을 유지할 수 있어야 하며, 조사방법은 학계나 산업계에서 인정된 방법이어야

43) 대법원 2003. 3. 31. 자2002마4109 결정.

44) 대법원 2003. 3. 31. 자2002마4109 결정.

하고, 조사조건 내지 조사내용의 공정성 내지 합리성이 담보되어야 하며 또한 조사결과가 왜곡되지 않아야 한다는 것이다.

넷째, ‘소비자를 속이거나’ 및 ‘소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려’가 있는 경우이다.

표시·광고법의 입법 목적은 궁극적으로 소비자 보호에 있다. 즉, 사업자의 경쟁활동과 연관성이 있는 소비자 및 일반 공공의 보호와 관련되어 있다. 따라서 부당한 비교표시·광고의 부당성을 판단함에 있어서도 소비자보호의 여부가 초점이 된다.

공정거래위원회 예규 제52호(2001. 8. 22. 제정) ‘비교표시·광고에 관한 심사지침’에서 비교표시·광고가 소비자를 속이거나 또는 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지의 여부는 원칙적으로 표시·광고에 나타난 구체적인 비교대상, 비교기준, 비교내용 및 비교방법에 따라 판단한다고 하여 소비자 피해(공정한 거래질서를 저해함) 여부가 부당한 비교표시·광고의 판단에 있어서 중요한 기준이 됨을 밝히고 있다. 이것은 해당 사업자가 자신에게 유리한 대상 및 기준만을 근거로 경쟁사업자의 상품과 비교하는 경우에도 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 없다면 부당한 비교표시·광고로 판단하지 않는다는 의미이기도 하다. 동시에 객관적인 근거에 의한 비교이거나 비교기준이 적합하다고 하더라도 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우에는 부당한 비교표시·광고에 해당한다는 뜻이다.

비교표시·광고가 소비자를 보호하기 위해 ‘정당성’을 인정받으려면 위와 같은 부당한 비교표시·광고의 ‘부당성’ 기준을 명확히 하는 일 외에도 동시에 어떠한 방향으로 나아가야 하는가에 대한 적극적인 문제제기도 필요하다. 또한 부당한 표시·광고의 범람은 궁극적으로는 소비자에게 피해가 간다는 사실을 상기하여 볼 때 광고학계 차원에서도 광고가 결국은 소비자를 위해서 존재해야 한다는 당위성에 입각해서 표시·광고법에 대한 보다 면밀한 해석 및 운용의 실상과 관련된 연구들이 더욱 활성화될 필요가 있다.

<표 3> 심결 사례 분석 결과

번호	사건 번호	사건명 (피심인)	경쟁사업자(제품)	위반내용 및 판시사항	대표 조치 유형	조치 일자
1	2005 부사 1483	(주)개미마을의 부당한 광고행위에 대한 건	(주)해찬들 (주)대상	피심인의 '진표 태양초 고추장'은 고추분 성분을 기준으로, 경쟁사업자의 제품은 고추분을 포함한 전체 성분을 기준으로 태양초 함량을 표시하여 경쟁사업자 제품의 함량이 실베보다 현저히 적은 것처럼 오인하게 할 우려가 있음(비교기준-313*).	시정 명령	2005-03-02
2	2005 광고 2336	롯데쇼핑(주) 롯데마트 사업본부의 부당한 광고행위에 대한 건	이마트 홈플러스	피심인의 상품 가격은 2005. 6월말을 기준으로, 경쟁사 상품가격은 1~6개월전의 가격 중 피심인보다 낮게 판매된 가격을 제외하고 피심인보다 높게 판매된 가격 중에서 골라 표시하여 피심인 상품가격이 가장 저렴한 것처럼 소비자 오인 부당비교광고행위(비교기준, 비교방법에 의한 허위·과장-311**	시정 명령	2005-11-21
3	2005 광사 2057	(주)유탄건설의 부당한 광고행위 및 중요한 표시광고사항고시 위반행위에 대한 건	광고당시 광주지역에서 분양중인 다른 아파트	광주광역시 운암동 “하늘세움아파트”를 분양 광고하면서 객관적 비교기준 없이 광주지역 다른 아파트의 분양가보다 월등히 낮은 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있는 부당비교 광고(비교기준-313)	시정 명령	2005-11-21
4	2004 광고 1007	(주)현대 홈쇼핑의 부당한 광고행위에 대한 건	단지 ‘타사’, ‘N브랜드’, ‘F브랜드’ 등으로 광고함	가. 안마매트 ‘해피룸’에 대해 2003.10.18.이후의 할인 판매가격인 429,000원을 기준으로 하지 않고 할인판매 이전 가격인 499,000을 기준으로 가격할인 광고함(할인금액 과장(311). 나. 안마매트 ‘해피룸’ 및 안마의자 ‘다이또’에 대해 동등하지 않은 타사제품 및 단종된 타사제품과 부당 비교함(비교대상-313).	시정 명령	2004-07-30
5	2004 광고 0333	(주)케이티 프리텔의 부당한 광고행위에 대한 건	SK텔레콤	피심인의 무제한정액요금, 더블지정번호요금 및 무제한커플요금을 경쟁사와 비교하면서 비교대상 및 비교기준에 있어서 자사에게 유리한 기준을 임의로 적용하여 소비자를 오인하게 할 우려가 있는 부당비교광고행위(비교대상, 비교기준, 비교방법-313)	시정 명령	2004-04-09

번호	사건 번호	사건명 (피심인)	경쟁사업자(제품)	위반내용 및 판시사항	대표 조치 유형	조치 일자
6	2003 광고 1381	(주)노아피앤디 및 (주)선구플래닝의 부당한 광고행위에 대한 건	현대홈타운, IG빌리지, 벽산메가트리움, 신동아하이켈리스, 현대하이페리온1, 현대하이페리온2	오피스텔 문래동 '동양파라곤'을 분양광고하면서 객관적 근거없는 인근지역 시세표를 게재하여 평당가격이 주변의 시세에 비해 현저하게 저렴한 것처럼 소비자 오인 우려있는 부당표시광고(과장, 비교기준-311, 313)	시정 명령	2004-01-08
7	2002 광고 0857	(주)한국유일통신의 부당한 광고행위에 대한 건	기간통신사업자	가. 기간통신사업자와의 전화요금을 비교하면서 적정하지 않은 비교기준사용으로 피심인의 서비스가 현저하게 저렴하다는 소비자 오인 부당비교광고(비교기준-313) 나. 전화기본료를 24개월 할부총액으로 피심인이 선취하고 이에 대한 수수료를 가입자가 부당하게 되는 사실을 적시하지 않아 소비자 오인 기만광고(기만-312)	시정 명령	2002-10-08
8	2001 전보 0838	(주)닷네임코리아의 부당한 광고행위에 대한 건	Verisign사	피심인은 웹브라우저의 성능에 따라 40bit, 56bit, 128bit로 암호화 수준이 결정되는 미Entrust사의 표준SSL인증서 판매를 위한 광고를 함에 있어 웹브라우저의 성능과 무관하게 128bit로 암호화되는 제품인 Verisign사의 SGCG기능이 있는 Global Server ID와 같은 선상에 놓고 가격 비교표시·광고(비교기준-313)	시정 명령	2002-08-12
9	2002 광고 0586	(유)오지정의 부당한 광고행위에 대한 건	T레스토랑 및 B레스토랑	피심인은 비교기준을 달리하여 비교광고하거나 또는 내용물에상당한 차이가 있는 동일하지 않은 제품임에도 단순히 가격만을 비교하여 피심인의 제품이 더 저렴한 것처럼 소비자 오인 부당광고행위(비교기준, 비교대상-313)	시정 명령	2002-09-17
10	2002 광고 0494	(주)대한항공의 부당한 광고행위에 대한 건	A항공, B항공	동경(일본)행 항공편 서비스내용에 대하여 광고하면서 피심인의 경우에는 갑작스러운 예약, 일일비즈니스 가능, 아침 일찍 출발 비행편 가능, 대형여객기 운행 등인데 반해 경쟁사업자의 경우에는 동 서비스가 가능하지 않은 것처럼 소비자 오인우려 부당비교광고행위(비교내용, 비교방법-313)	시정 명령	2002-09-17

번호	사건 번호	사건명 (피심인)	경쟁사업자(제품)	위반내용 및 판시사항	대표 조치 유형	조치 일자
11	2002 광고 0215	(주)중외산업의 부당한 광고행위에 대한 건	(주)볼스원의 '볼스원 샷'	피심인의 '엔팍'을 광고하면서 동일한 비교대상 및 기준을 적용하지 않은 시험치를 근거로 자사의 제품이 현저히 우수한 것처럼 소비자 오인 부당비교광고행위(비교대상, 비교기준-313)	시정 명령	2002-06-17
12	2001 광고 2115	폴리우레탄 패널 제조 6개사의 부당한 광고행위에 대한 건(기린산업(주)와 5개사)	특정한 경쟁상표가 아닌 유사한 기능의 경쟁제품에 대해 비교	피심인들은 자기의 건축용 단열재 제품인 폴리우레탄 패널을 경쟁제품인 스티로폼패널 및 그라스울패널과 비교 광고함에 있어 지역별, 건축물 부위별로 소요되는 패널두께를 서로 다른 측정온도에 따라 산정한 열전도율을 기준으로 표시하는 한편, 지역별로 소요되는 지붕의 패널두께를 경쟁제품은 시중의 유통 제품을 기준으로 하여 표시하고 자기의 제품은 계산값에 근사한 값으로 표시 광고함으로써 피심인 제품의 단열성능이 더 우수한 것처럼 소비자 오인 부당비교광고행위(비교기준, 비교방법-313)	시정 명령	2001-11-02
13	2000 소기 1226	대우전자(주)의 부당한 광고행위에 대한 건	A, B사, 일반 세탁기	피심인의 표백제를 넣지 않고 세탁하는 살균 표백세탁기를 광고함에 있어 객관적인 근거 없이 표백제를 넣고 세탁하는 타경쟁사의 일반세탁기에 비해 표백효과와 살균력이 뛰어나고 기존의 공기방울 세탁기에 비해 세탁력이 50%이상 향상된 것처럼 소비자 오인 부당비교광고행위(비교내용-313)	시정 명령	2001-03-21
14	2000 소기 0784	(자)동해산업 환경개발의 부당한 광고행위에 대한 건	경쟁사업자의 오수처리 공법	피심인의 오수처리공법인 목판발효침법과 경쟁사업자들의 장기폭기법, 접촉폭기법을 비교광고함에 있어 객관적인 근거 없이 자신의 공법을 유리하게 광고하여 모든 부문에서 월등한 것처럼 소비자 오인 부당광고행위(비교내용-313)	시정 명령	2000-10-24
15	2000 광고 0756	영창약기제조(주)의 부당한 표시·광고 행위에 대한 건	외국 제조업체 스타인웨이, 아마하, 가와이 및 '타사'	자사 제품의 향판, 브릿지는 통째로, 경쟁사업자 제품은 모두 합판으로, 자사 제품의 액손은 모두 정목으로, 경쟁사업자의 그랜드형 제품은 모든 지주가 접착식으로 만들어진 것처럼 부당비교광고행위. 여기서 '타사'는 경쟁사인 삼익약기를 지칭하고 있음을 피심인도 인정함.(비교내용-313)	시정 명령	2000-10-02

번호	사건번호	사건명 (피심인)	경쟁사업자(제품)	위반내용 및 판시사항	대표 조치 유형	조치 일자
16	9912 광고 1819	한도기업의 부당한 광고행위에 대한 건	-	피심인은 물리기구(성인용품)에 대한 광고에서 객관적 근거 없이 국내·국제 최고성능 최신 제품이라는 배타성을 띤 절대적인 표현을 사용하여 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리하다고 오인케 할 우려가 있는 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000- 04-11
17	9912 광고 1818	한국아마시 다의 부당한 광고행위에 대한 건	-	피심인은 야마시다 제습기에 대해 광고하면서 객관적 근거 없이 국내최초 투명물통 장착, 최저가 판매 등 배타성을 띤 절대적인 표현을 사용하여 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리한 것으로 오인케 할 우려가 있는 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000- 04-11
18	9912 광고 1814	코리아트 갤러리의 부당한 광고행위에 대한 건	-	피심인이 판매하는 고려청자에 대한 광고를 하면서 이번 기회에 한하여 70% 특별할인, 전시가 320,000 → 특별할인가 98,000 등의 표현을 사용하였는 바, 이미 1997년 9월부터 98,000원으로 판매하고 있었으며 종전가격으로 표현한 320,000원은 1990년에 판매되었던 가격으로서 최근 상당기간 자신이 거래한 사실이 없는 가격을 비교가격으로 제시하여 소비자 오인 우려가 있는 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000- 04-06
19	9912 광고 1812	(주)삼구쇼핑 의 부당한 광고행위에 대한 건	-	피심인이 취급하고 있는 가. 가보로 다우리 천소파에 대하여 객관적 근거 없이 국내 최저가로 공급한다는 소비자 오인 우려 허위·과장광고행위(311) 나. 일본산 히즈미스 속옷제품에 대하여 확정되지 않은 백화점 판매가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 우려 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000- 04-11
20	9912 광고 1811	(주)기프트서 울의 부당한 광고행위에 대한 건	-	피심인이 취급하고 있는 상품을 광고함에 있어 제조업자 등이 임의로 정한 권장소비자가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000- 04-11

번호	사건 번호	사건명 (피심인)	경쟁사업자(제품)	위반내용 및 판시사항	대표 조치 유형	조치 일자
21	9912 광고 1810	(주)채티비의 부당한 광고행위에 대한 건	-	가. 제조업자 등이 임의로 정한 권장소비가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311) 나. 자동차용 연소자 보호장치(어린이 안전시트)에 대하여 객관적으로 인정된 근거 없이 모든 국제규격 시험을 통과한 완벽한 제품인 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000-04-11
22	9912 광고 1809	미래로리서치&컨설팅의 부당한 광고행위에 대한 건	-	제조업자 등이 임의로 정한 권장소비가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000-04-11
23	9912 광고 1808	(주)프로라인 코리아의 부당한 광고행위에 대한 건	-	제조업자 등이 임의로 정한 권장소비가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000-04-11
24	9912 광고 1807	다산웹서너리의 부당한 광고행위에 대한 건	-	가. 제조업자 등이 임의로 정한 권장소비가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311) 나. 루이보스티(건강보조식품)에 대하여 객관적 근거 없이 피부병 치료효과 등이 있는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000-04-11
25	9912 광고 1806	(주)엔터테크의 부당한 광고행위에 대한 건	-	가. 제조업자 등이 임의로 정한 권장소비가격을 자기의 판매가격과 비교하여 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311) 나. 객관적인 근거 없이 키플러스(건강보조식품)의 효과에 대해 허위·과장광고행위(311) 다. 객관적인 근거 없이 Minceur(화장품류)에 대해 선진 9개국에 특허를 출원한 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000-04-06

번호	사건번호	사건명 (피심인)	경쟁사업자(제품)	위반내용 및 판시사항	대표 조치 유형	조치 일자
26	9912 광고 1805	(주)인터파크의 부당한 광고행위에 대한 건	-	가. 제조업자 등이 임의로 정한 권장소비자가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311) 나. 대응압력보온밥솥에 대하여 객관적인 근거 없이 ‘세계최초로 개발..’ 등 표현을 사용하여 세계최초의 제품으로 인정받은 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000-04-11
27	9912 광고 1804	야루의 부당한 광고행위에 대한 건	-	제조업자 등이 임의로 정한 권장소비자가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000-04-11
28	9912 광고 1803	부일정보링크(주)의 부당한 광고행위에 대한 건	-	제조업자 등이 임의로 정한 권장소비자가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000-04-11
29	9912 광고 1802	쇼핑플라자의 부당한 광고행위에 대한 건	-	가. 제조업자 등이 임의로 정한 권장소비자가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311) 나. 쿨핀링클패취(화장품)에 대해 객관적인 근거 없이 주름제거 효과 등이 있는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000-04-11
30	9912 광고 1800	태홍정보시스템의 부당한 광고행위에 대한 건	-	제조업자 등이 임의로 정한 권장소비자가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000-04-11
31	9912 광고 1799	조이하비의 부당한 광고행위에 대한 건	-	제조업자 등이 임의로 정한 권장소비자가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000-04-11
32	9912 광고 1798	DAEILL C&C의 부당한 광고행위에 대한 건	-	제조업자 등이 임의로 정한 권장소비자가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000-04-11

번호	사건번호	사건명 (피심인)	경쟁사업자(제품)	위반내용 및 판시사항	대표 조치 유형	조치 일자
33	9912 광고 1797	(주)조우니컴퓨터의 부당한 광고행위에 대한 건	-	가. 제조업자 등이 임의로 정한 권장소비가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인허위·과장광고행위(311) 나. 삼백초(약초)에 대해 객관적 근거 없이 각종 성인병의 치유와 증상을 개선...등의 표현을 사용함으로써 질병치료효과가 있는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000- 04-11
34	9912 광고 1796	정보샘의 부당한 광고행위에 대한 건	-	제조업자 등이 임의로 정한 권장소비가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000- 04-11
35	9912 광고 1795	(주)이맥스코리아의 부당한 광고행위에 대한 건	-	제조업자 등이 임의로 정한 권장소비가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000- 04-11
36	9912 광고 1794	코리아포인트통상의 부당한 광고행위에 대한 건	-	제조업자 등이 임의로 정한 권장소비가격을 자기의 판매가격과 비교함으로써 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 소비자 오인 허위·과장광고행위(311)	시정 명령	2000- 04-11
37	9911 광고 1580	(주)한미은행의 부당한 광고행위에 대한 건	단위농협	가. 객관적 근거 없이 피심인이 기존의 시금고 지정 금융기관보다 모든 면에서 월등히 유리한 것처럼 허위·과장광고행위(311) 나. 금고정책에 대해 행정자치부가 복수금고정책을 채택하기로 결정한 것이 아님에도 불구하고 마치 이를 채택하기로 결정한 것처럼 허위·과장광고행위(311) 다. 자기의 점포망을 객관적 근거 없이 최고의 점포망이라고 허위·과장광고행위(311) 라. 대출금리 비교에 있어 기존 시금고지정기관인 농협중앙회의 대출금리를 비교하지 아니하고 단위농협의 대출금리를 비교(비교기준, 비교내용, 비교대상-313)	시정 명령	2000- 03-28

번호	사건 번호	사건명 (피심인)	경쟁사업자(제품)	위반내용 및 판시사항	대표 조치 유형	조치 일자
38	9909 소기 1353	(주)경동보일러의 부당한 표시·광고 행위에 대한 건	자사 일반 가스보일러, 스텐레스보일러, 첩보일러	피심인이 제조·판매하는 콘텐싱가스보일러 또는 스텐레스보일러를 광고함에 있어 다음과 같이 소비자 오인 우려 부당광고행위 함. 객관적 근거 없이 콘텐싱가스보일러가 일반가스보일러에 비해 가스비를 20% 절감시키는 것처럼 광고(비교내용-313)나. 객관적 근거 없이 스텐레스보일러가 첩보일러에 비하여 열효율이 높고 난방유가 적게 드는 것처럼 광고(비교내용-313)	시정 명령	2000-07-13

Ⅰ 참고문헌

- 계승균 (2005). 비교광고의 부당성에 관한 소고 『법학연구』, 제46권 1호, 63~88.
- 공정거래위원회 (2002). 『소비자 오인성 판단에서의 ‘소비자’의 개념 연구』.
- _____ (2005a). 『통계연보』(1).
- _____ (2005b). 『통계연보』(2).
- 김기영 (2002). 공정거래법상 불공정행위에 있어 ‘부당성’의 판단기준. 『경쟁법연구』, 제8권, 629~648.
- 김봉현·유중곤 (2003). 비교광고 규제변화에 따른 광고실무자들의 인식에 관한 실증적 연구: 비교표시, 광고에 관한 심사지침을 중심으로. 『광고학연구』, 제14권 4호, 281~304.
- 김의성 (1999). 표시·광고의공정화에관한법률. 『법제』(496), 69~78.
- 두성규 (1994). 부당광고의 판단 기준과 구성요건에 관한 고찰. 『광고연구』, 제24호, 143~173.
- 박성용·두성규 (1993). 『부당광고규제기준제정에 관한 연구』. 서울: 한국소비자보호원.
- 박성용 (2004). 광고실증제도의 개선방안에 관한 연구. 『소비자문제연구』, 제27호, 한국소비자보호원, 87~105.

- 박수영 (2003). 부당한 표시·광고행위의 성립요건과 유형. 『기업법연구』, 제13호, 271~307.
- 박종민 (2003). EPQ 척도를 이용한 부당표시·광고에 대한 소비자 인식 연구. 『광고연구』 제58호, 81~114.
- 박해식 (2000). 부당표시·광고에 대한 규제: 표시·광고의 공정화에 관한 법률을 중심으로. 『재판자료: 경제법의 제문제』, 87집, 629~759.
- _____ (2004). 광고실증제도와 입증책임의 전환. 『대법원판례해설』, 44호, 438~469.
- 손수진 (1996). 부당광고의 규제에 관한 연구. 『광고연구』, 제32호, 255~297.
- _____ (1999a). 표시·광고의 공정화에 관한 법률상의 광고실증제에 관한 연구. 『한양법학』, 10호, 287~306.
- _____ (1999b). 판례연구/부당광고의 오인야기성. 『상사판례연구』, 제10권, 255~271.
- 안승철·장홍섭 (1997). 부당광고에 대한 소비자 인식에 관한 조사분석. 『자원문제연구논문집』, 제16권 1호, 117~130.
- 양원근 (1997). 은행의 금융상품 표시 광고기준제정에 관한 연구. 『정책조사보고서』, 제97권 1호, 1~106.
- 여정성·최신애 (2005). ‘중요한 표시,광고사항고시’에 대한 소비자인식 및 정책개선 방안 연구. 『소비자학연구』, 제16권 1호, 119~150.
- 원용수 (2003). 표시, 광고법에 관한 해석론적 고찰. 『경영법률』, 제13권 2호, 353~387.
- 이종민·김지선 (2002). 부당표시·광고의 유형화 연구: 공정거래위원회의 심결사례를 중심으로. 『한국광고홍보학보』, 제4권 2호, 31~51.
- 이종민·이종연 (2003). 부당광고의 효과적인 심결을 위한 방법론 연구. 『광고연구』, 제58호, 179~04.
- 정준우 (1998). 공정거래법상 부당한 표시·광고 규제 규정의 합리적 운용에 관한 고찰. 『한양법학』, 제9집, 107~144.
- 정호열 (1996). 『공정거래법강의』. 서울: 법문사.
- 한국광고단체연합회 (1992). 『광고관련법규자료집』.
- 한국소비자보호원 (2006). 부동산 분양 임대 관련 표시·광고 실태조사 요약. 『정책연구실 보고서』, 1~10.

홍천룡 (1996). 한국에서의 상품의 부당표시와 정보제공자의 책임. 『한독법학』, 제12호, 한독법률학회, 219~272.

Ash, Stephen B. & Chow-Hou Wee (1983). Comparative advertising: A review with implications for further research. *Advanced in Consumer Research*, 10, 370~376.

Boddewyn, Jean J. (1983). *Comparison Advertising: Regulation and Self-Regulation in 55 Countries*. New York: International Advertising Association, January, 11~16.

McDougall, G. H. G. (1977). The strategy of comparative advertising. *Working Paper Series*, 168.

Wilkie, William L. & Paul W. Farris (1975). Comparative advertising: Problems and potential. *Journal of Marketing*, 39(4), 7~15.

(최초 투고 2007.6.1, 최종 원고 제출 2007.8.1)

A Study on the Unfairness of the Comparative Labelling and Advertising Activities in the Judicial Precedents

Jae-Yung Cho

Associate Professor

Dept. of Advertising and PR, Chungwoon University

The purpose of this study is to find that how the principles of Fair Labelling and Advertising Act(called 'FLAA' hereinafter) apply to the unfair comparative labelling and advertising activities, as compared with deceptive and misleading, by analyzing the related judicial precedents for 7 years since FLAA enacted, The exact 17 precedents of Fair Trade Commission were analyzed to be judged the unfair comparative labelling and advertising activities, and partly also deceptive, falsified and exaggerated, which include in overlapping 5 comparative counterparts, 11 comparative standards, 7 comparative contents and 4 comparative methods in the unfairness types of comparison. Conclusively, it is needed that the unfairness of comparative labelling and advertising activities should be multiply considered in the concepts of deception, false or exaggeration and slanderousness, to more clearly apply to the facts and to more sufficiently protect consumers from the misleading environments.

Key words: unfair labelling and advertising, comparative labelling and advertising, Fair Trade Commission