

상품과 서비스에 대한 표시·광고 공정화법 개선방안연구

RESEARCH INSTITUTE

성 승 제



연구보고 2011-04

상품과 서비스에 대한 표시·광고 공정화법 개선방안연구

성 승 제

상품과 서비스에 대한 표시·광고 공정화법 개선방안연구

Study on Improvement of Act on fair labeling
and Advertising

연구자 : 성승제(부연구위원)
Seong, Seung-Je

2011. 10. 31.

요약문

I. 배경 및 목적

현대산업사회의 소비자와 표시·광고

- 현대산업사회에 살고 있는 우리는 생활에 필요한 상품과 서비스 대부분을 소비자로서 구매해야 함
- 상품과 용역이 질과 양 심지어 포장만일지라도 나날이 새로이 제공되고 있기에, 표시와 광고의 역할과 기능은 다양할 뿐 아니라 중요성을 더해 가고 있음
- 표시와 광고는 사업자에게는 홍보를 소비자에게는 정보획득의 수단으로써 기능하며, 부당표시광고를 억제하지 않는다면 좋은 상품과 서비스가 퇴출될 수도 있을 것임
- 그 경우 자원배분은 왜곡되고 소비자의 합리적 선택권이 방해받을 것임. 뿐만 아니라 소비생활을 거부할 수 없는 오늘날 적정한 표시·광고는 인권 차원의 문제가 됨

표시광고 공정화법 개선

- 위와 같은 중요한 기능을 더욱 최적규제화 할 필요가 있음

II. 주요 내용

□ 표시와 광고 규제 법제

- 법령 이름만 묶어도 책 1권이 편제될 수 있을 만큼 관련 법제가 광범위하고 매우 다양하여, 표시와 광고에 대한 법적 조정을 위해서는 표시·광고의 공정화에 관한 법률에 초점을 두고자 함
- 동법은 제3조에서 부당한 표시·광고행위의 금지라는 포제하에
 - 유형 : 허위·과장의 표시·광고(제1호), 기만적인 표시·광고(제2호), 부당하게 비교하는 표시·광고(제3호), 비방적인 표시·광고(제4호)
 - 정의 및 제도 : 정의규정(제2조), 중요정보의 고시(제4조), 표시·광고 실증제(제5조), 사업자단체에 의한 표시·광고 제한 행위 금지(제6조) 등을 축으로 하여
 - 법위반 효과 : 시정조치, 과징금, 손해배상 등을 규정하고 있음

□ 연관 법제 검토

- 법위반 효과와 관련된 제재의 효율성 제고를 위하여 민사법적 규범과 형사법적 규범을 검토함
- 주요 선진국과의 비교를 위하여 미국, 일본, 독일 규범을 비교 검토함
- 현재 제안되었거나 제안 중인 개정안 현황을 스크린함

Ⅲ. 기대효과

- 우리는 공정거래법을 축으로 한 경제법 규범을 주요선진국을 제외하고는 상당히 일찌감치 정착시켜서 상당한 효과를 거두어 온 경험을 갖고 있음
- 그러나 경제 규모 팽창과 새로운 국제 경제환경에 대응하여 현실 부적응 내지 개선 필요 사항을 검토함
- 과징금 등 관련 제도와와의 유기적 검토가 필요하다는 점을 발견하였고 광고실증제도가 사전실증인지 사후실증인지 불명확하다는 점 등 일부 개선과제를 도출하게 되었음

▶ 주제어 : 표시·광고, 광고실증제도, 임시중지명령제도, 공정거래법, 과징금

Abstract

I . Background and Purposes

- Consumers and Label* Advertisement in Modern Industrial Society
 - People who are living in modern industrial society have to purchase most of merchandises and services as a consumer
 - Merchandises and services are newly provided everyday, with new quantity, quality and even with just new wrapping, the role and function of labeling and advertising became more diverse and became significant
 - Labeling and advertisement works as a method of promotion to manufacturers, and method of obtaining information to consumers, thus if false labeling and advertisement are not suppressed, good service and merchandise can be kicked out of the market
 - That way, distribution of resources can be distorted, and consumer's right to choose would be disturbed. Moreover, today where we cannot deny the importance of life as a consumer, fair labeling and advertising becomes a problem of human rights
- Improvement of Act on Fair Labeling and Advertising
 - Important functions as above, should be restricted to optimum

II. Main Summary

Act on Labeling and Advertisement Restriction

- Since related legislation is very extensive and diverse (with all the names of act on this matter put together, one book can be published), in order to adjust the legislation system regarding labeling and advertising, I wish to focus on Act on Fair Advertisement
- Act on Fair Advertisement states on article 3, under the title ‘Prohibition of Unfair Labeling and Advertisement’
 - Types: 1. False and Exaggerated Labeling and Advertisement, 2. Deceitful Labeling and Advertisement, 3. Unfair Comparative Labeling and Advertisement, 4. Slandorous Labeling and Advertisement.
 - Definition and system: Article on Definition (Article 2), Notification of Important Information (Article 4), Substantiation of Labeling and Advertisement (Article 5), Ban of Restriction on Labeling and Advertisement by Business Groups (Article 6) as main factor,
 - Effect of Violation: Corrective Action, Penalty, Compensation and such are regulated

Overlook on Related Legislations

- To analyze efficiency of sanction against violation, I will overlook on Civil and Criminal Law

- Conduct a comparative research of legislation of main advanced countries, U.S.A., Japan and Germany
- Overlook on revised bill that are already proposed and are being ready to be proposed

III. Expected Outcomes

- We have an experience in achieving a significant effect by adopting economic regulations, as Fair Trade Act as a basis, in ahead of the tim
- However I will overlook on improvements that are needs to be made in order to implement this regulation in new environ-ment, which is caused by expansion in size of economy and new international economic environment
- Necessity for holistic overview in this matter with correlated legislations such as penalty has been found, and the fact that whether substantiation of advertisement is preliminary or post is unclear, few improvement task is derived

➤ **Key Words : Labeling, Advertisement, Substantiation of Advertise-ment, Temporary Order of Suspension, Fair Trade Act, Penalty**

목 차

요 약 문	3
Abstract	7
제 1 장 서 론	15
제 1 절 연구의 필요성과 목적	15
제 2 절 연구의 범위	17
제 2 장 표시광고공정화법 일반론	19
제 1 절 적정한 소비자정보 제공	19
I. 표시·광고 개념과 부당성	19
II. 표시광고공정화법 제정과 부당성 유형	21
III. 표시광고공정화법 제도	26
제 2 절 부당 표시·광고의 규제 필요성	32
I. 표시·광고의 기능과 규제 필요	32
II. 부당광고의 형태	34
제 3 절 부당 표시·광고에 대한 경제법적 규제와 민사법적 규율	35
I. 표시광고공정화법의 부당성 판단과 규제수단	35
II. 구제수단과의 관계	41
III. 형사제재의 문제점	44
IV. 맺음말	52

제 3 장 표시·광고의 공정화 법률과 외국법제 현황	55
제 1 절 미 국	56
I. 들어가며	56
II. 미국의 표시·광고 공정화 규제의 법적 기초	57
III. 미국법상 부당표시·광고의 요건	63
IV. 시사점	69
제 2 절 일 본	71
I. 들어가며	71
II. 일본의 표시·광고 공정화 규제 개관	72
III. 경품표시법상의 표시·광고규제	74
IV. 독점금지법상의 표시·광고규제	86
V. 시사점	91
제 3 절 독 일	93
I. 들어가며	93
II. 독일 부정경쟁방지법의 변화	94
III. 2006년 12월 12일 허위광고 및 비교광고에 관한 유럽연합지침	101
IV. 2008년 부정경쟁방지법상 허위광고와 비교광고	106
V. 맺음말	114
제 4 장 표시광고공정화법 현황 및 개정동향	117
I. 표시광고공정화법의 연혁과 개정	117
1. 표시광고공정화법의 제정	117
2. 표시광고공정화법의 개정	118

3. 현행 표시광고공정화법의 특징	119
Ⅱ. 논의 중 개정안	120
1. 박주선의원 대표발의안(2008. 12. 29. 의안번호 : 3282)	120
2. 박상돈의원 대표발의안(2009. 2. 11. 의안번호 : 3760)	121
3. 조경태의원 대표발의안(2010. 2. 3. 의안번호 : 7535)	123
4. 정부 제출안(2010. 4. 30. 의안번호 : 8362)	125
5. 정무위 합병안(2011. 8. 23. 의안번호 : 12952)	125
Ⅲ. 입법론적 검토사항	126
1. 과징금 제도 정비	126
2. 통일적 제재 검토	127
3. 입법례 시사점 검토	129
제 5 장 결 론	131
참 고 문 헌	135

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 필요성과 목적

우리가 살고 있는 현대산업사회는 사회적 분업화가 극도로 진행되어 있다. 이는 오늘날 사회구성원 거의 전체가 소비자로서 생활을 영위하여야 한다는 의미이다. 일부 물품을 구매할 때에 소비자로서 행위하는 경제방식이 출현한 것도 적은 세월이 아니었으니, 이는 사람이 교역에 의하여 물자를 조달하게 된 것이 오래되었기 때문이다. 그러나 사회구성원 상당수가 생활에 필요한 상품과 서비스 중에서 일정 부분 이상을 소비자로서 만족을 얻어야 살아갈 수 있게 된 소위 산업화사회는 출현한지 100~200여년이 될 뿐이다.¹⁾ 그런데, 대부분 구성원들이 생활에 필요한 대부분의 상품과 서비스를 소비자로서 구해야만 비로소 일상 생활이 가능해지는 사회를 완전한 소비사회라고 생각한다면, 이러한 완전한 소비사회는 출현하고 확산된 지 오래되지 않았다. 대략 2차 세계대전 종전 후에 미국, 그리고 1960년대에 기타 주요 선진국들에서 나타나기 시작한 것으로 파악할 수 있다.²⁾

현대 산업사회는 상품과 용역이 낱알이 새로이(질과 양 또는 심지어 포장만이라도) 제공되고 있어서, 표시와 광고의 기능과 역할은 매우 다양해질 뿐 아니라 그 중요성을 더해 가고 있다. 표시와 광고는 사업자에게는 ‘홍보’를, 소비자에게는 ‘정보획득’의 수단으로써 기능한다.³⁾ 상품과 서비스의 표시와 광고가 왜곡되거나 부당하게 구매자를

1) 그 시발점을 산업혁명이라고 생각한다면, 그에 대해서는 다양한 정의가 존재한다. 여기서는 그것을 기술진보에 의한 대량생산과 그 대량생산된 상품을 소비할 수 있는 “규모의 사회”(규모의 경제에 빗대어 봄)가 태동한 시점으로 보도록 한다.

2) 존 F. 케네디가 소위 소비자의 7대 권리(안전할 권리, 정보를 제공받을 권리, 선택할 권리, 의사를 반영할 권리, 피해보상을 받을 권리, 교육받을 권리, 단체조직 및 활동의 권리)를 미국의회에서 선언한 것이 1962년의 일이었다. 그러한 소비자 권리 선언이 나타난 이유는 미국에서 세계 최초로 완전한 소비사회가 구현된 때문이었다.

유인하는 경우 품질이 좋고 효율성이 높은 상품과 서비스가 오히려 시장에서 퇴출될 수도 있다. 그 경우 자원 배분은 왜곡될 것이고 소비자의 합리적인 선택권 행사도 방해받게 된다. 그것을 방치한다면 그 사회 또는 국가는 비경제적 효과를 낳는 자원 배분 구조로 인하여 최고수준의 효율성을 발휘하지 못하게끔 될 것이다. 경제적 효율성을 위한 공정경쟁이 이루어지도록 하려면 사업자가 소비자에게 전달하는 정보의 진실성이 확보될 수 있어야 하며 사경제적 활동인 표시와 광고 행위도 시장조성 또는 시장실패를 막기 위하여 최소한의 조정을 요한다.

나아가 소비자는 현대 소비사회에서 소비생활을 거부할 수 없다. 따라서 만일 그러한 경쟁저해적 또는 반시장적 효과가 만연해 있는 사회 또는 국가는 그 지속가능성이 감소할 뿐 아니라 심지어 그 사회 또는 국가 소비자의 생존에도 영향받게 될 것을 예상할 수 있다. 이 점에 착안한다면 적합한 표시와 광고의 사용과 대중들의 합리적 수용을 보장하는 것은 법제도적 또는 시장효율성 문제가 되는 것은 물론이고 기본적 인권 보장과도 결부될 수 있게 된다. 즉 표시와 광고에 대한 최적규제방안을 도출하여 상품과 서비스에 대한 거래 공정성을 제고하면 경제구조 개선은 물론이고, 실질적 인권 보장의 기반이 될 수 있다. 누구나 소비자일 수 밖에 없는 현대 산업사회에서 소비자 권리의 실질적 실현에 노력하는 것은 산업선진화와 효율성 제고를 위해서도 빼놓을 수 없는 문제이다. 본 보고서는, 상품과 서비스에 대한 표시·광고 규제가 시장경제질서의 왜곡을 막고 소비자의 합리적 선택권을 보호하는데 실질적인 역할을 하는데 기여하여야 한다는 데 대하여 문제의식을 갖고 구성하고자 한다.

3) 제품 자체보다 오히려 표시와 광고 때문에 그 상품과 서비스가 존재한다고도 할 수 있을 것이다.

제 2 절 연구의 범위

표시와 광고를 규제하는 법제는 식품위생 관련 법규와 의료 관련 법규 등에 이르기까지 매우 다양하여 광범위한 스펙트럼을 보이고 있으며 절대적인 분량도 상상을 넘어설 정도이다. 그런데 표시와 광고에 대한 조정을 하기 위한 기술적인 문제는 다양한 각각의 해당 관련 법규에서 별도로 세밀한 규율을 주면 될 뿐이다. 결국 표시와 광고에 대하여 제1절에서 전술한 사회경제적 기능을 주관하는 것과 가장 직결되는 법률은 표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하 “표시광고공정화법”이라 함)이라 할 수 있다.

표시광고공정화법은 제3조에서 부당한 표시·광고행위의 금지라는 표제하에 허위·과장의 표시·광고(제1호), 기만적인 표시·광고(제2호), 부당하게 비교하는 표시·광고(제3호), 비방적인 표시·광고(제4호)를 핵심으로 하여 정의규정(제2조), 중요정보의 고시(제4조), 표시·광고 실증제(제5조), 사업자단체에 의한 표시·광고제한행위 금지(제6조) 등을 축으로 하여 시정조치, 과징금, 손해배상 등을 규정하고 있다. 이와 같이 표시광고공정화법은 상품 또는 용역에 관한 표시와 광고에 있어서 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 한다(제1조). 본 연구는 표시광고공정화법을 상품과 용역에 대한 표시·광고 질서 확립의 기본 규범으로서 파악하고 개선점을 검토한다. 한편 본 보고서의 제목은 『상품과 “서비스” ...』라 하여 법령상 “용역”이란 표현에 따라 본 보고서 내용 중 대부분 표현이 서비스가 아닌 “용역”이라 표현되어 있어서 서로 다른데, 이 점 양해를 구하고자 한다.

제 2 장 표시광고공정화법 일반론

제 1 절 걱정안 소비자정보 제공

I. 표시·광고 개념과 부당성

(1) 표시·광고의 개념

표시라 함은 사업자 또는 사업자단체가 자기 또는 다른 사업자등(이하 ‘사업자 등’이라 함⁴⁾)에 관한 사항이나 자기 또는 다른 사업자등의 상품 또는 용역의 내용·거래조건 기타 그 거래에 관한 사항을 소비자에게 알리기 위하여 그 상품 등의 용기·포장(첨부물 및 내용물 포함) 또는 사업장 등에 설치한 표지판에 쓰거나 붙인 문자나 도형 및 상품의 특성을 나타내는 용기·포장을 말한다(법 제2조 제1항). 한편 광고라 함은 사업자·사업자단체가 자기 또는 다른 사업자·사업자단체에 관한 사항이나 자기 또는 다른 사업자·사업자단체의 상품 또는 용역의 내용·거래조건 기타 그 거래에 관한 사항을 신문·방송·잡지 기타 대통령령이 정하는 방법으로 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것을 말한다(법 제2조 제2항).

요약하면 표시란 상품 자체 또는 포장·용기에다 상품 또는 용역에 관하여 일반 소비자에게 널리 알리는 것을 말하는 것이라 할 수 있고, 광고란 사업자가 매체를 통하여 상품 또는 용역에 관하여 일반 소비자에게 널리 알리는 것을 말한다.⁵⁾

이와 같이 소비자가 충분한 시장정보를 가지고 합리적인 구매의 선택을 할 수 있도록 소비자를 관점으로 하여 영업자가 영업을 함에 있

4) 사업자단체는 사업자의 공동이익을 증진할 목적으로 조직한 결합체이나 독자적인 사업활동을 전개할 수도 있으며, 그 한도에서는 사업자와 마찬가지로의 지위를 지니게 된다(신현윤, 경제법 [제3판], 법문사, 2010, 452쪽 각주 24)

5) 신현윤, 위 책, 453쪽.

어 표시와 광고를 보다 명확하게 제시할 수 있도록 하는 목적으로 ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’(전 표시와 같이 표시광고공정화법이라 함)이 제정되어 있다.⁶⁾ 특히 이 법은 소비자가 상품선택을 함에 있어서 필요한 중요정보를 공정거래위원회가 고시하도록 하고 있고 이를 사업자가 반드시 포함하도록 하는 ‘중요정보공개제’, 광고주가 사실을 주장하는 광고내용에 대하여 객관적인 실증자료를 갖추고 이를 소비자에게 공개하게 하는 ‘광고실증제’ 및 부당한 표시광고로 인한 불특정 다수인의 피해를 신속히 방지하도록 하는 ‘임시중지명령제’ 등을 규정하고 있다.

(2) 부당한 표시·광고의 개념

고객의 상품 또는 용역의 선택에 즈음하여 그 객관적인 성질이나 거래조건 등에 관한 정보를 소비자에게 제공하기 위하여 이루어지는 표시·광고행위는 본질적으로 시장경쟁에 있어서 고객을 유인하기 위한 정상적인 판매촉진활동에 속하는 것이지만, 사업자가 자신의 상품 또는 용역을 허위·과장 또는 기만적인 방법으로 표시·광고하거나 경쟁사업자의 것과의 부당한 비교 또는 비방하는 표시·광고를 하여 고객을 오인에 빠뜨려 합리적인 판단을 왜곡할 경우 고객인 소비자의 상품선택권은 물론 시장에서 경쟁사업자에 의한 능률경쟁은 침해될 수 있을 것이기에, 부당한 표시·광고행위의 위법성의 근거는 1차적으로 ① 고객의 합리적이고 자유로운 선택권 왜곡과 ② 경쟁사업자의 능률경쟁 침해에서 찾을 수 있을 터인데, 표시·광고가 구체적으로 어떠한 경우에 부당한 것으로 볼 수 있을 것인가 하는 판단기준에 대해서 표시광고공정화법은 “...소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나 다른 사업자 등으로 하여금 이를 행하게 하여서는 아니

6) 이기수·유진희, 경제법, 제8판, 세창출판사, 421쪽 이하.

된다”고 규정하여 그 부당성의 구체적인 판단기준으로서 ① 소비자의 오인성과 ② 거래질서 저해성을 제시하고 있다.⁷⁾

II. 표시광고공정화법 제정과 부당성 유형

(1) 표시광고공정화법 제정⁸⁾

표시·광고의 규제를 목적으로 하는 법률은 적용대상 등에 따라 개별적으로 산재해 있다.⁹⁾ 그러나 이들 가운데 부당광고에 따른 상품 구매자의 의사결정 왜곡을 방지·예방하려는 포괄적 목적을 갖고 부당광고를 직접 규제하려는 기본법의 성격을 갖는 법률은 표시광고공정화법이라 할 수 있다. 이 법률은 종래 공정거래법이 규율하던 부당광고를 별도의 규율대상으로 삼고 있다.

말하자면 과거 부당 표시광고는 공정거래법상 불공정거래행위의 한 유형으로 열거되어 주로 경쟁업체간의 공정경쟁의 보장이라는 차원에서만 파악되어 왔었다. 그러다가 소비자보호의 요청이 사회적으로 증폭해 가면서, 소비자의 의사결정 왜곡 등 권익침해로부터 보호하기 위한 차원에서 부당광고가 규제되어야 할 필요가 있으며, 또한 올바

7) 신현윤, 앞의 책 452~454쪽. 같은 책 454쪽은 소비자오인성과 거래질서저해성을 다음과 같이 설명한다. 소비자 오인성이라 함은 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있음을 의미한다. 오인의 개연성 내지 추상적 위험성이 있는 행위인지 여부는 평균인으로서의 일반 소비자에게 주는 전체적인 인상에 의하여 판단된다. 오인의 주체로서 소비자는 통상의 신중함과 주의력을 가진 소비자를 전제로 한다. 객관적인 진실성이 있더라도 소비자의 오인을 유발할 우려가 있는 경우에는 부당한 것으로 볼 수 있다. 이와 함께 거래질서의 저해성이 요구되는데 이는 부당한 표시·광고에 따른 소비자 오인의 결과 소비자가 잘못된 선택권을 행사하게 되고, 이로 인해 경쟁사업자의 고객을 빼앗는 등 시장에서의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있어야 한다.

8) 김상중, “부당 표시·광고에 대한 민사법적 규율”, 한국법제연구원 워크숍 자료집 (『표시·광고 공정화 법제 현황 검토』), 2011.4.15, 49~50쪽 전제함.

9) 한국행정학회의 2005년 “각종 표시·광고 규제 개선을 위한 연구” 보고에 따르면 표시·광고를 규제하는 개별 법령은 그 당시를 기준으로 130여개로 집계되고 있다고 한다.

른 정보를 통한 소비자의 합리적 선택기회의 보장이 바로 공정 거래 질서의 확립을 위한 전제라는 인식이 자리잡게 되었다. 이런 시각에서 보았을 때에 사후적 규제조치만을 정해두고 있던 공정거래법에 의한 부당광고의 규제는¹⁰⁾ 소비자의 의사결정 자유를 보장하기에 충분하지 않다고 여겨졌다. 또한 상품의 복잡화·다양화 및 광고기법이 발달해 가는 사회적 상황에서 부당광고에 대하여 포괄적이고 통일적으로 규율하는 단일 법률의 필요성이 지적되었고, 이로써 부당광고에 관한 사전적 규제수단을 대폭 강화하는 내용을 담아 표시광고공정화법이 1999년 제정·시행된 것이다.

이 같은 입법배경에 따라 올바른 소비자정보의 제공과 이를 통한 공정경쟁의 확립을 목적으로 하는¹¹⁾ 표시광고공정화법은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 부당 표시광고를 금지하면서, 개별 유형으로서 허위·과장의 표시광고, 기만적인 표시광고 등을 열거하고 있다(동법 제3조).¹²⁾ 그러면서 이러한 금지에 위반할 경우에는 공정거래위원회로 하여금 위반 사업자에게 시정조치 등을 명할 수 있도록 하는가 하면, 더 나아가 공정거래법에서 정해져 있지 않던 중요정보 공개제도(제4조), 표시·광고 내용의 실증제도(제5조), 임시중지명령제(제8조) 등의 예방적 규제조치를 신설해 두고 있다.

10) 표시광고공정화법의 제정 이전에 적용되던 공정거래법 제24조의 2에 따르면 부당표시광고를 포함한 불공정거래행위에 대한 제재로는 당해 불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 정정광고, 법위반사실의 공표, 과징금의 부과 등을 열거해 두고 있다. 이에 관한 상세한 내용은 박수영, 표시광고법, 10쪽 이하.

11) 이와 같이 소비자의 의사결정 자유의 보장을 통해 공정 경쟁질서의 수립을 목표로 하고 있다는 점에서 표시광고공정화법의 제정은 현대의 시장구조가 사업자, 공급자 중심으로부터 소비자 중심으로 전환되었음을 선언하고 있다고 지적된다. 이에 관하여는 이기수·유진희, 경제법, 2004, 369쪽; 박해식, 부당표시광고에 대한 규제, 637-638쪽; 더 나아가 박수영, 표시광고법, 17쪽.

12) 표시광고공정화법 제3조는 위에서 언급한 허위·과장의 표시광고, 기만적인 표시광고 이외에 부당하게 비교하는 표시광고, 비방적인 표시광고도 함께 부당 표시광고로 정하고 있는데, 이 두 유형은 그 직접적인 규율목적이 경쟁업자의 보호에 있음이 두드러져서 본 논문에서는 허위·과장광고와 기만적 광고를 중심으로 언급하도록 한다.

(2) 허위·과장 표시·광고

허위·과장의 표시·광고는 사실과 다르게 표시·광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 표시·광고하는 것을 말한다(동법 시행령 제3조 제1항).

“허위”라 함은 진실과 다름을 의미하는 것으로서 허위내용은 그 자체만으로 오인을 유발할 가능성이 있으므로 허위사실만 입증되면 위의 요건을 충족하는 것으로 보는 것이어서 허위사실의 판단기준은 사회통념을 기준으로 하며, 자연과학적인 엄밀성을 요구하는 것은 아니기에, 표시·광고의 진실성 여부를 판단할 때에는 문구의 명료성, 글자 및 도안의 상대적인 위치와 크기 또는 색상, 보통의 소비자에게 전달되는 의미 등 표시·광고의 전체를 종합적으로 판단하여야 할 것이며, 이에 대하여 “과장”이라 함은 넓은 의미에서 허위의 범주에 속하는 것이나 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”이라 함)은 양자를 구별하여 표현내용이 명백하게 허위가 아니면서 진실보다 부풀려 과대하게 표현된 경우를 말하는 것으로서 부분적으로는 사실이라고 하더라도 전체적으로 보아 소비자를 오인시킬 우려가 있는 부정확한 표시·광고행위도 이에 속한다고 볼 수 있는데, 실제에 있어 상거래상 어느 정도의 과장은 사회적으로 용인되고 있지만, 객관적인 근거없이 배타성을 띤 절대적 표현을 사용하는 경우에는 과장의 범주에 해당될 가능성이 크다.¹³⁾

(3) 기만적인 표시·광고

기만적인 표시·광고는 사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법으로 표시·광고하는 것을 말한다(동법 시행령 제3조 제2항).

13) 신현윤, 앞의 책 454~455쪽.

“사실”이라 함은 소비자가 상품 또는 용역을 선택하는데 있어 필요한 사항, 예컨대 원재료, 성분, 품질, 효능, 규격, 제조방법, 제조일자, 원산지, 포장, 추천, 권장, 용도, 사용방법, 기타의 거래내용 등을 의미하는 것인데, 사업자가 표시·광고를 함에 있어 자기 자신이나 자기가 공급하는 상품에 대하여 이러한 사실을 표기하여야 하는 것으로서 기만적인 표시·광고행위라 함은 사업자 자신이나 상품에 관하여 중요한 사실이나 내용을 누락하거나 은폐함으로써 소비자를 기만에 빠트릴 우려가 있는 행위를 말한다.¹⁴⁾

(4) 부당한 비교 표시·광고

부당하게 비교하는 표시·광고는 비교대상 및 기준을 명시하지 아니하거나 객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 상품이나 용역을 다른 사업자 또는 사업자단체나 다른 사업자 등의 상품이나 용역과 비교하여 우량 또는 유리하다고 표시·광고하는 것을 말한다(동법 시행령 제3조 제3항).

비교 표시·광고가 공정하게 이루어진다면 소비자의 다양한 구매욕구에 부합하는 유용한 정보를 제공할 수 있을 것이나, 객관적으로 근거가 없거나 자기의 것의 유리한 부분만을 들어 비교 표시·광고하는 경우 오히려 소비자의 그릇된 선택을 유도하는 결과가 되는데, 본래 비교 표시·광고는 자기의 우월성을 나타냄으로써 상대적으로 경쟁사업자의 단점을 표시·광고하기 위한 목적으로 행하여지는 것이고, 자칫 경쟁사업자의 상품 또는 용역에 대해 비방으로 비취질 수도 있다는 점에서 비교 표시·광고는 비교대상, 비교기준, 비교내용 및 비교방법이 명확하고 적정하여야 할 것이 요구되는데 이에 대하여 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 단점을 주장할 때 비록 그 내용이 진실하다 하여도 자기 상품 또는 용역과의 비교에서 중요한 차이가 있는 경우

14) 신현윤, 앞의 책 455쪽.

에만 허용되고 그 정도가 유사하여 구분이 어려운 경우에는 이를 내용으로 하여 상대방의 상품 또는 용역을 비방하는 것은 허용되지 않는다는 소위 중요성의 원칙(Doctrine of Significance)이 존재한다.¹⁵⁾

(5) 비방 표시·광고

비방 표시·광고는 다른 사업자 등 또는 다른 사업자 등의 상품이나 용역에 관하여 객관적인 근거가 없는 내용으로 표시·광고하여 비방하거나 불리한 사실만을 표시·광고하여 비방하는 것을 말한다(동법 시행령 제3조 제4호).

비방행위는 통상적으로 경쟁사업자나 그 제품에 대한 직접적인 비방을 내용으로 하므로 경쟁사업자의 명예·신용의 훼손, 사업기회의 박탈 등 경쟁사업자의 영업상 이익을 침해하게 되며, 그 자체로서 부당한 것이기 때문에 표시광고공정화법은 비방 표시·광고에 대해서는 특별히 그 이상의 부당성을 요건으로 하고 있지는 않는데, 비방 표시·광고는 객관적 근거 없는 허위의 내용인 경우 뿐만 아니라 사실에 기초하고 있더라도 다른 사업자 및 다른 사업자의 상품에 대해 불리한 사실만을 표기하여 중대한 이미지 훼손에 이르거나 전체 내용이 전달하는 바가 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품이 실제보다 현저히 열등 또는 불리한 것처럼 소비자가 오인할 수 있도록 하는 경우에는 비방 표시·광고에 해당한다 할 것이며, 그 밖에 객관적 진실에 합치되더라도 상품·용역 자체에 대한 비방광고가 아니라 경쟁사업자의 전과사실이나 과산직면 사실 등에 관한 인적 선전을 통해 경쟁사업자를 배제하고 자신의 영업목적을 달성하려는 것은 선량한 풍속에

15) 신현윤 앞의 책 457쪽, 2001년 9월 1일 「비교표시·광고에 관한 심사지침」이 제정되었다. 동 지침은 일반원칙으로서 비교표시·광고는 객관적으로 측정 가능한 특성을 비교하여야 하며 객관적으로 측정이 불가능한 주관적 판단, 경험, 체험, 평가 등을 근거로 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품과 비교하는 표시·광고행위는 허용할 수 없는 것으로 하고 있다.

반하는 행위로서 허용되지 않는다.¹⁶⁾

(6) 사업자단체의 표시·광고 제한행위 금지

사업자단체가 법령의 근거없이 구성사업자의 표시·광고활동을 제한하는 행위를 금지하고 있다(동법 제6조 제1항 본문). 개별사업자의 자유로운 표시·광고활동을 제한하는 것은 사업자간 경쟁을 제한할 뿐 아니라 소비자에 대한 정보제공을 차단하기 때문이다. 다만 소비자보호 또는 공정한 거래질서 유지를 위해 공정거래위원회가 미리 관계부처와 협의를 거쳐 이를 인정하는 경우에는 예외적으로 허용된다(법 제6조 제1항 단서, 제2항).

Ⅲ. 표시광고공정화법 제도

(1) 중요정보 공개제도

중요정보는 상품등이나 거래분야의 성질에 비추어 소비자보호 또는 공정한 거래질서 유지를 위하여 필요한 사항으로서 사업자등이 표시·광고에 포함하여야 하는 사항을 뜻한다(법 제4조 제1항). 주로 표시·광고사항에 포함되지 아니할 경우 정보를 은폐·누락하거나 불분명하게 표현함으로써 소비자의 기만·오인을 야기할 우려가 큰 것에 대처하기 위한 것이다.¹⁷⁾ 동조는, 표시·광고를 하지 아니하여 소비자 피해가 자주 발생하는 사항(제1호), 표시·광고를 하지 아니하면 소비자가 상품 등의 중대한 결함이나 기능상의 한계 등을 정확히 알지 못하여 구매 선택을 하는데에 결정적 영향을 미치게 될 때(동호 가목)나 소비자의 생명·신체 또는 재산에 위해를 끼칠 가능성이 있는 경우(동호 나목)와 그 밖에 소비자의 합리적인 선택을 현저히 그르칠 가능

16) 신현운, 앞의 책 457~458쪽.

17) 한국개발연구원, 「표시·광고 등의 공정화에 고나한 법률 제정에 관한 연구」, 1997, 250쪽.

성이 있거나 공정한 거래질서를 현저히 해치는 경우(동호 다목)일 때의 사항(제2호)을 예시하고 있다.¹⁸⁾

공정거래위원회는 제1항에 따른 중요정보와 그 표시·광고의 방법을 관계 행정기관의 장과 미리 협의하여 고시할 수 있으며, 이 경우 필요하면 공청회를 개최하여 사업자단체, 등록소비자단체 그 밖의 이해관계인 등의 의견을 들을 수 있다(법 제4조 제2항). 다른 법령에서 표시·광고를 의무화하고 있는 사항은 고시에서 제외한다(법 제4조 제1항 단서). 공정거래위원회는 중요정보를 고시할 때에 소비자, 사업자 등 이해관계인에게 종합적인 정보를 제공하기 위하여 다른 법령에서 표시·광고를 하도록 한 사항과 표시·광고를 제한하거나 금지하고 있는 사항을 통합하여 공고(통합공고)할 수 있다(법 제4조 제3항).

(2) 표시·광고 실증제도

상품이나 용역에 대한 정보를 소비자에게 제공하는 기능을 갖는 표시와 광고는, 사업자가 행하는 것으로서 허위·기만적인 내용이 포함될 가능성이 적지 않으면서도¹⁹⁾ 방대한 상품 또는 용역의 내용은 물론 잦은 교체에 따라 소비자 판단이 어려워지고 있어서 광고실증제도의 존립기반이 되고 있다.

사업자 등은 표시·광고 중 사실과 관련된 사항은 실증할 수 있어야 한다(법 제5조 제1항). 공정거래위원회는 사업자가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고 행위인 ① 거짓·과장의 표시·광고, ② 기만적인 표시·광고, ③ 부당하게 비교하는 표시·광고, ④ 비방적인 표시·광고에 해당할 수 있어서 실증이 필요하다고 인정되는 경우에는 그 내용을 구체적으로 밝혀서 해당 사업자 등에게 관련 자료를 제출하도록 요청할 수 있다(법 제5조

18) 일반적으로 제4조 제1항 각호가 열거한 것으로 한정하는 해석을 하는 것이 아닌가 생각되지만, 그것에 국한할 필요가 없이 중요정보 여부를 파악해야 한다고 생각된다.

19) 한국소비자원, 『표시·광고실증제도 개선방안 연구』, 1쪽 2007. 7.

제2항→법 제3조 제1항). 사업자는 실증자료 제출을 요청받은 날부터 15일 이내에 그 실증자료를 공정거래위원회에 제출하여야 하고 정당한 사유가 있다고 인정되는 경우에는 그 제출기간을 연장할 수 있다(법 제5조 제3항). 공정거래위원회는 상품 등에 관하여 소비자가 잘못 아는 것을 방지하거나 공정한 거래질서를 유지하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 제3항에 따라 사업자 등이 제출한 실증자료를 갖추어 두고 일반이 열람할 수 있게 하거나 그 밖의 적절한 방법으로 이를 공개할 수 있는데, 다만, 그 자료가 사업자 등의 영업상 비밀에 해당하여 공개하면 사업자 등의 영업활동을 침해할 우려가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(법 제5조 제4항). 공정거래위원회는 사업자 등이 동조 제2항에 따라 실증자료 제출을 요구받고도 제3항에 따른 제출기간 내에 이를 제출하지 아니한 채 계속하여 표시·광고를 하는 경우에는 실증자료를 제출할 때까지 그 표시·광고의 중지를 명할 수 있다(법 제5조 제5항).

이와 같은 현행 표시·광고 제도는 부당한 표시·광고의 규제와 관련하여 공정거래위원회의 입증책임을 완화하여 부당광고규제의 신속성을 제고하는 기능만 가지고 있으며, 사전실증제도인지 사후실증제도인지 성격이 명확하지 아니하여 제도 운용의 묘가 요구되고 있어서 구체적으로 그 성격을 확정하고 그에 걸맞는 입법적인 보완을 가하는 것도 바람직한 것으로 보인다.²⁰⁾

(3) 법규 실효성 확보제도

1) 시정조치

공정거래위원회는 사업자 등이 부당한 표시·광고행위를 하는 경우에는 당해 사업자 등에 대하여 그 시정을 위하여 ① 당해 위반행위의 중지, ② 시정명령을 받은 사실의 공표, ③ 정정광고, ④ 그 밖에 위반

20) 한국소비자원 앞의 책 참조.

행위의 시정을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다(법 제7조 제1항). 공정거래위원회는 이러한 경우 시정명령을 받은 사실의 공표 또는 정정광고를 명함에 있어서 위반행위의 내용 및 정도 그리고 위반행위의 기간 및 회수를 참작하여 공표 또는 정정광고의 내용 및 회수·크기·매체 등을 정하여 명하여야 한다(령 제8조 제1항). 그리고 당해 사업자 등에 대하여 미리 그 문안 등에 관하여 공정거래위원회와 협의하도록 할 수 있다(령 제8조 제1항).

그 밖에 사업자단체는 법령에 따르지 아니하고는 그 사업자단체에 가입한 사업자에 대하여 표시·광고를 제한하는 행위를 하여서는 아니 되는데 다만 공정거래위원회가 소비자의 이익을 보호하거나 공정한 거래질서를 유지하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다(법 제6조 제1항). 공정거래위원회가 사업자단체의 표시·광고 제한행위를 인정하려는 경우에는 관계 행정기관의 장과 미리 협의하여야 한다(법 제6조 제2항). 공정거래위원회는 사업자단체가 가입한 사업자에 대하여 표시·광고를 제한하는 경우에 ① 해당 위반행위의 중지, ② 해당 위반행위를 정한 정관·규약 등의 변경, ③ 그 밖에 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치를 할 수 있다(법 제6조 제3항).

2) 과징금

부당한 표시·광고행위를 한 사업자 또는 사업자단체에 대하여는 매출액 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만 위반행위를 한 자가 매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다(법 제9조 제1항).

과징금은 위반행위의 내용 및 정도를 우선적으로 고려하고, 시장상황 및 다른 법률상 부당한 표시·광고에 따른 제재 여부 및 정도 등을 종합적으로 참작하여 그 부과 여부를 결정하는데, ① 자유롭고 공

정한 경쟁질서를 크게 저해하는 경우, ② 소비자 등에게 미치는 영향이 큰 경우, ③ 위반행위에 의하여 부당이득이 발생한 경우, ④ 그 밖에 가목부터 다목까지의 규정에 준하는 경우로서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 경우에는 과징금 부과를 원칙으로 한다(령 제15조 제1항 별표1(과징금의 부과기준)). 이 시행령 제15조에 부속하는 별표 1의 과징금의 부과기준은 이어서 과징금을 기본과징금, 의무적 조정과징금, 임의적 조정과징금, 부과과징금 등으로 단계적으로 구분하여 관련매출액이라는 위반기간 동안 판매 또는 매입한 관련 상품·용역의 매출액 또는 매입액 또는 이에 준하는 금액이라는 개념을 사용하고 있다. 그 밖에 동 별표는 관련매출액 산정기준에 관한 세부기준, 의무적 조정과징금 및 임의적 조정과징금 산정기준 그 밖에 과징금 부과에 필요한 세부적 기준과 방법 등에 대한 사항을 다시 공정거래위원회의 고시에 맡기는 것으로 정하고 있다. 자세한 과징금 기준은 동 보고서의 범위를 벗어나는 것이어서 상론은 하지 않는다. 다만 구체적인 고시 내용은 시행령 내지 시행규칙 정도로 하여 보다 쉽게 알 수 있도록 하는 방안이 바람직하다.

3) 과태료

표시광고법 위반행위자로서, ① 중요사항으로서 고시된 표시·광고사항을 표시·광고에 포함시키지 아니한 자, ② 요청받은 실증자료를 공정거래위원회에 제출하지 아니한 자, ③ 임시중지명령에 응하지 아니한 자 및 공정거래위원회의 법 위반 행위 조사와 관련하여 ④ 공정거래위원회의 조사 및 의견청취 요구에 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 자, ⑤ 공정거래위원회에 보고 또는 필요한 자료나 물건의 제출을 하지 아니하거나, 허위의 보고 또는 자료나 물건을 제출한 자 및 ⑥ 공정거래위원회의 조사를 거부·방해 또는 기피한 자는 1억원 이하의 과태료에 처하며, 이와 관련한 법인 또는 사업자단체의 임원

이나 종업원 또는 그 밖의 이해관계인은 1천만원 이하의 과태료에 처한다(법 제20조 제1항).

4) 임시중지명령

공정거래위 시정조치는 준수법절차를 거쳐 이루어지기 때문에 이를 발동하는 데까지 많은 시간이 소요되어서 시정조치가 있더라도 소비자·경쟁사업자에게 회복할 수 없는 피해를 입히거나 시정의 실익이 없는 경우가 발생할 수 있으므로, 소비자 또는 경쟁사업자에게 중대한 피해를 줄 우려가 있는 부당한 표시·광고에 대하여 공정거래위원회의 정식절차에 의한 시정조치가 있기 전까지 이를 일시 중지하도록 하는 제도가 임시중지명령 제도인데, 이는 법 위반이 명백한 광고로서 당해 광고로 인한 회복하기 어려운 손해발생을 사전에 예방하고자 하는 것이다.²¹⁾

공정거래위원회는 ① 표시·광고행위가 부당한 표시·광고행위의 금지에 해당한다고 명백하게 의심되고, ② 당해 표시·광고 행위로 인하여 소비자 또는 경쟁사업자에게 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있어 이를 예방하기 위한 긴급한 필요가 있다고 인정될 때에는 사업자 등에 대하여 당해 표시·광고 행위를 일시 중지할 것을 명할 수 있으며(법 제8조 제1항), 이에 대해 소비자단체 기타 대통령령이 정하는 기관·단체(정보통신윤리위원회, 한국간행물윤리위원회, 한국소비자원, 한국신문윤리위원회 및 한국광고자율심의기구 등 표시·광고를 심의하기 위하여 설립된 기관·단체)는 사업자 등의 표시·광고 행위가 동 요건에 해당한다고 인정되는 때에는 서면으로 공정거래위원회에 당해 표시·광고행위의 일시 중지를 명하도록 요청할 수 있고(법 제8조 제2항), 그 임시중지명령에 불복하는 자는 그 명령을 받은 날부터 7일 이내에 공정거래위원회에 이의를 제기할 수 있는데(법 제8조 제3항), 이 경우 공정거래위원회는 지체없이 서울고등법원에 그

21) 신현윤, 앞의 책 465쪽.

사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 서울고등법원은 비송사건절차법에 의하여 재판을 한다(법 제8조 제4항).

5) 민·형사적 처리

사업자 등은 부당한 표시·광고행위를 함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다(법 제 11조 제1항).

부당한 표시·광고행위를 하거나 또는 다른 사업자 등으로 하여금 이를 행하게 한 사업자 등과 그리고 공정거래위원회의 시정조치명령에 따르지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금에 처한다(법 제17조).

6) 자율적 해결제도

표시광고공정화법은 사업자 등으로 하여금 부당한 표시·광고행위를 방지하기 위하여 자율적으로 표시·광고에 관한 규약을 정할 수 있도록(법 제14조 제1항) 하고 있으며, 자율심의기구를 운영하는 자가 대통령령이 정하는 바에 따라 공정거래위원회에 신고하도록 하고 있다(법 제14조의2).

제 2 절 부당 표시·광고의 규제 필요성²²⁾

I. 표시·광고의 기능과 규제 필요

현대의 거래사회에서 재화, 서비스 등 상품을 제조·제공하여 판매하려는 자와 이를 구매하려는 자 사이를 매개하는 가장 중요한 수단 은 바로 상품의 표시와 광고이다. 상품을 공급하는 자의 입장에서 상품의 표시·광고는 신제품의 소개, 시장개척 및 유지를 위한 수요 창

22) 김상중, “부당 표시·광고에 대한 민사법적 규율”, 한국법제연구원 워크숍 자료집 (『표시·광고 공정화 법제 현황 검토』), 2011.4.15, 45~46쪽, 48~49쪽 전재함.

출에 기여하는 역할을 한다면, 구매하는 자의 시각에서는 상품에 대한 정보를 제공받아 구매 여부에 관한 올바른 의사결정을 위한 판단 자료로서 활용된다. 엄밀한 의미에서 이러한 상품의 표시와 광고는 서로 구별되어, 표시가 상품의 품질, 재질, 원산지 등에 관해 직접적이고 객관적 사실을 전달하는 의미를 갖는다면, 광고는 정보전달 이외에 이를 통해 상품의 공급자가 취득자의 구매 의사결정에 영향을 미쳐 상품의 구입을 유도하려는 마케팅의 수단을 의미한다. 그렇지만 상품의 표시에서 이미 공급자는 상품의 우수성을 강조해 판매고를 높이려는 내용을 담음으로써 실제 표시와 광고의 일체화 현상이 두드러지게 된다.²³⁾

상품의 광고가 거래에서 차지하는 영향력은 갈수록 높아만 가고 있다. 대중적 통신수단의 발달에 따라 광고 자체가 양적으로 증대함과 더불어 상품의 다양화와 복잡화에 따라 상품 공급자의 광고에 대한 구매자의 의존성이 증가해 가고 있기 때문이다. 더욱이 제품 공급자 사이의 판매경쟁은 치열한 광고 현상으로 이어지고 있다. 이러한 현상은 한편으로는 구매자에게 상품에 관한 정보 제공을 제고시킨다는 점에서는 긍정적 측면도 있겠다. 그러나 다른 한편으로는 광고가 경쟁 수단으로 됨에 따라 공급자는 상품광고에서 보다 자극적인 표현을 사용하고 더 나아가 구매자를 속이는 허위의 사실을 알리거나 또는 사실을 잘못 알게끔 유도하는 기만적인 부당한 광고를 하도록 유혹받게 된다. 만약 공급자가 이런 유혹에 따라 상품에 관한 허위 또는 기만의 부당한 광고를 하여 잘못된 정보를 시장에 제공할 경우, 제공된 광고의 진정성을 신뢰하여 상품취득의 계약관계에 들어선 구매자에게는 예기치 못한 손해를 초래하게 될 것이다. 또한 부당 광고는 구매자의 개인적 피해에 한정하지 않고 더 나아가 경쟁 사업자에 대하여

23) 정준우, 공정거래법상 부당한 표시·광고 규제규정의 합리적 운영에 관한 고찰, 한양법학 제9집, 1998, 107쪽. 따라서 아래에서는 상품의 표시와 광고를 별도로 구별하지 않고 그저 상품의 광고로만 표현하도록 한다.

는 허용될 수 없는 방법으로 고객을 빼앗는 효과를 가져 오며 좀 더 거시적으로는 건전한 경쟁질서에 기초하고 효율적인 시장질서의 형성을 가로막는 요인으로도 작용하게 될 것이다.²⁴⁾

이러한 부당광고의 폐해를 예방·방지하고 거래에 필요한 올바른 정보제공을 촉진하려는 취지에 따라, 표시광고공정화법이 시행되고 있다. 이러한 부당광고에 관하여 표시광고공정화법에 의한 경쟁법적 규제 이외에 민사법적 구제의 필요성을 검토하여 본다.

II. 부당광고의 형태

본 보고서 수행상 워크숍에서 발표한 지금 전제하는 글은, 계약관계에 영향을 줄 수 있는 부당 광고를 4가지 형태로 나누어 유형화하고 있는데 유용한 틀이라고 판단되어 이하 계속 소개한다.²⁵⁾

먼저, [형태 1 : 상품 공급자 자신에 관한 부당 광고]의 경우로서, 사업자가 자신의 사업규모, 연혁, 수상경력, 사업실적 등을 사실과 달리 또는 사실을 부풀려 광고하거나 어떤 사실을 누락하여 소비자를 오인하게끔 광고하는 행위이다. 공정위의 심결례에서 자주 문제되는 경우로는, 가령 사업자가 자신을 해당 상품업계에서 “한국의 최대 기업, 신뢰도 1위 기업”이라고 사실과 달리 소개하거나 또는 학원 등 사교육 기관에서 국가기관 등 공신력 있는 기관과의 연관성 또는 수강생의 입학실적을 허위 또는 과장하여 광고하는 경우를 들 수 있겠다. 둘째로는, [형태 2 : 상품의 품질, 효능, 용량, 수량, 제조일자와 원산지 등에 관한 부당 광고]의 경우로서, 사업자가 제공하는 상품과 보다

24) 박해식, 부당표시광고에 대한 규제 - 표시광고법의 공정화에 관한 법률을 중심으로, 재판자료 87집: 경제법의 제문제, 2000, 631, 635쪽; 박수영, 표시광고법, 2004, 5, 29쪽.

25) 김상중 앞의 글에서, “이러한 형태의 분류는 본질적으로 표시광고공정화법의 “부당한 표시·광고 내용”(동법 제3조)의 판단에 활용하기 위하여 공정거래위원회가 마련한 “부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시”(개정 2008.6.18. 공정거래위원회고시 제20김08-10호)에 열거된 부당광고행위의 유형을 필자가 생각하는 계약관련성의 정도에 따라 변형한 것에서 비롯한다.”고 하고 있다.

직접적으로 밀접한 사항들에 관하여 허위·과장 또는 기만적으로 광고하는 형태이다. 예를 들어, 건강보조식품의 광고에서 특정질병의 치료에 대한 효능을 선전하거나 전자제품 또는 건물의 용량이나 크기를 허위 또는 과장하는 광고, 그리고 식품의 제조·가공일자 또는 원산지를 위조하여 표시한 경우가 자주 문제되고 있다. 셋째로는, [형태 3 : 가격 또는 그 외 부대시설·조건 등의 거래 내용에 대한 부당광고]의 형태로서, 사업자가 가격을 사실과 다르게 비교 광고함으로써 자신의 판매가격이 보다 저렴한 것처럼 소비자를 오인하도록 하는 광고,²⁶⁾ 또는 할부금융, 보험 등의 금융상품에서 반환기간과 이자율, 지급조건 등의 조건을 사실과 다르게 이해하도록 광고하는 행위가 여기에 해당한다. 끝으로, [형태 4 : 상품 자체가 아닌 거래의 부수적 사정에 관한 부당광고]의 경우도 있겠는데, 예를 들어 상가분양광고에서 분양점포의 수익률, 다른 점포 또는 상가의 주변시설과 교통상황 등의 부대사정, 더 나아가 주택 분양광고에서 중도금 등 매수자금의 대출가능성을 과장하여 광고하는 행위도 생각할 수 있겠다.

제 3 절 부당 표시·광고에 대한 경제법적 규제와 민사법적 규율

I. 표시광고공정화법의 부당성 판단과 규제수단²⁷⁾

(1) 표시광고공정화법의 부당한 광고

표시광고공정화법이 의미하는 부당한 광고행위는 ① 소비자의 구매 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 사실에 관하여, ② 사실과 다르게

26) 예를 들어, 사업자가 종전 거래가격을 실제로 판매했던 가격보다는 높게 표시해 줌으로써 현재 할인상태로 공급되는 가격이 훨씬 유리한 가격조건임을 과장하여 표현하는 형태 등이 해당한다. 가격에 관한 허위과장 광고의 여러 형태로는 부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시, 4쪽 이하.

27) 김상중 앞의 글 51~56쪽 전재함

또는 사실을 지나치게 부풀려 알리거나(허위·과장광고) 또는 사실을 은폐 또는 축소하는 방법으로(기만적 광고) 소비자를 속이거나 오해하도록 할 염려가 있는 광고를 함으로써 ③ 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 행위를 뜻한다.²⁸⁾ 각각을 나누어 살펴보면 아래와 같다.

먼저, 소비자의 구매의사 결정에 영향을 줄 수 있는 사실에 관한 광고행위이어야 한다. 다시 말해 객관적으로 검증할 수 있는 사실에 관한 잘못된 내용을 담고 이것이 소비자의 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 요소이어야 한다.²⁹⁾ 이는 개별 사안에 따라 정해질 수 있겠는데, 공정거래위원회의 “부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시”가 정한 부당 표시·광고의 유형에 속하는 사항, 즉 위 I. 2.에서 소개한 [형태 1 ~ 4]의 광고사항은 대체로 이에 해당한다고 여겨진다. 이에 반해, 상품에 관하여 객관적으로 검증할 수 없는 막연한 관념이나 선전만을 담아서 상품에 대한 호감을 일으키려는데 불과하거나 주관적 감정 내지 주장만을 전달하는 경우에는 규제대상의 광고행위라고 할 수 없다. 다만 그 자체로는 단순히 부풀리기 또는 주관적 감정을 표현하고 있더라도 전체 광고의 맥락에서는 일정한 사실적 핵심을 포함한다고 여겨지는 경우가 있다. 가령 [형태 1]에서 소개한 ‘한국 최대’, ‘신뢰도 1위’의 광고표현은 기업의 유일선전 또는 정상선전을 담는 것으로서 객관적 검증이 가능할 수 있으며, 이런 한도에서 허위의 광고일 경우 부당 표시광고법의 규제대상으로 된다.

둘째, 허위, 과장 또는 기만적 광고행위를 통하여 소비자가 의사결정에 필요한 사실을 잘못 이해하도록 할 염려가 있어야 할 것이다. 부당 광고의 해당성 여부에 관한 판단에서 가장 중요한 이 같은 ‘소비자의 오인가능성’이라는 요건은 그 동안 판단기준과 방법이 나름대

28) 표시광고공정화법 제3조 및 동 시행령 제3조에 따른 이 같은 포괄적 이해로는 박해식, 부당표시광고에 대한 규제, 645쪽 이하; 박수영, 표시광고법, 49쪽 이하.

29) 박해식, 부당표시광고에 대한 규제, 645-647쪽.

로 정형화 되어 있다. 즉, 표시광고공정화법에 관한 판결례는 일관되게 “광고가 일반 소비자를 대상으로 하는 경우 소비자를 오인시킬 우려가 있는지 여부는 전문가가 아닌 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단되어야 한다’고 판시해 오고 있다.³⁰⁾ 이러한 소비자의 오인가능성은 표시광고공정화법 제3조가 분명히 하듯이, 사업자가 사실을 다르게 또는 지나치게 부풀려 광고하는 허위·과장 행위 이외에 사실을 은폐·누락하는 기만적 광고행위에 의해서도 인정될 수 있다. 이 경우 사실은폐 등에 관한 사업주의 고의는 반드시 필요로 하지 않으며 또한 광고의 내용 자체가 소비자에게 잘못된 이해를 야기할 가능성을 갖는다고 인정되는 한 소비자가 현실적으로 오인했는지 여부는 묻지 않는다. 다시 말해 소비자의 오인가능성은 추상적 위험성만으로 족할 뿐 그 위험이 구체적으로 현실화 되었는지에 대한 판단을 필요로 하지 않는다.³¹⁾

끝으로, 부당광고로 인해 공정거래를 저해할 우려가 있어야 한다. ‘공정거래 저해성’이라는 이 요건은 표시광고공정화법의 규정취지와 보호법익에 비추어 부당광고에 따른 개별거래의 당사자 관계 이외에 사업자 사이의 관계 및 공정한 시장질서의 확립이라는 전체적·일반적 입장에서 판단되어야 한다고 이해되고 있다.³²⁾ 다만 공정거래 저해의 위험성은 이미 소비자의 합리적 선택을 방해할 염려가 있는 행위만으로 인정된다는 점에서, 허위·과장 또는 기만적 광고는 대체로 공정경쟁의 저해성이 있음을 인정받게 된다.³³⁾

30) 단지 최근의 판결례만을 소개한다면 대판 2008.11.13, 2008두6646 판결.

31) 정준우, 공정거래법상 부당한 표시·광고 규제규정의 합리적 운영에 관한 고찰, 121쪽; 박수영, 부당한 표시·광고행위의 성립요건과 유형, 280-281쪽; 박해식, 부당 표시광고에 대한 규제, 664-665쪽.

32) 박수영, 부당한 표시·광고행위의 성립요건과 유형, 285-286쪽.

33) 박수영, 부당한 표시·광고행위의 성립요건과 유형, 285-286쪽; 박해식, 부당표시 광고에 대한 규제, 664쪽.

(2) 표시광고공정화법의 여러 규제수단

부당광고에 대한 표시광고공정화법의 규제는 공정거래위원회가 전담하는 행정적 조치가 중심을 이루고 있다. 과거 공정거래법의 적용 시기에도 인정되었던 시정조치와 과징금(제7조, 제9조)의 사후적 조치 이외에, 사전적 예방을 목적으로 하는 중요정보 공개제도(제4조), 광고실증제(제5조), 그리고 임시중지명령제도(제8조)가 표시광고공정화법의 제정에 따라 신설되었다.³⁴⁾ 더 나아가 표시광고공정화법은 부당광고에 대한 민형사적 규율수단으로서 손해배상책임(제10조 이하)과 징역 또는 벌금의 제재도 정해두고 있다. 행정적 규제를 중심으로 간략히 부연하면 아래와 같다.

1) 예방적 조치

먼저, 중요사항의 정보공개를 위한 고시제도는 구매의사결정에서 상품공급자가 제공하는 정보에의 의존성이 높아가는 상황에서 의사결정에 필요한 중요한 정보를 사업자로 하여금 공개하도록 하는 제도이다. 즉, 상품 등에 관한 중요정보가 광고사항에 포함되지 않을 경우 그로 인해 (i) 소비자의 피해가 자주 발생하면서도 사후적으로 구제하기 곤란한 경우, (ii) 소비자의 생명·신체의 위해가 발생할 가능성이 있거나 또는 상품 등의 중대한 결함 또는 한계를 알지 못해 구매

34) [최근 2007년까지 5년간 부당한 표시·광고 행위의 규제조치 유형 현황 (출처 : 공정거래위원회, 「공정거래백서」, 2008, 334쪽).

구분	2002	2003	2004	2005	2006	2007	총계(5년간)
고발	1	2	0	0	0	2	5
시정명령 (과징금)	135 (9)	234 (4)	138 (2)	196 (8)	151 (1)	76 (3)	930 (27)
시정권고	0	0	0	0	0	0	0
경고	202	307	307	337	273	222	1,639
합계	330	543	436	533	424	300	2,574

선택에 결정적 영향을 미치게 되는 사항에 대하여는 사업자가 광고행위를 함에 있어서 반드시 포함하도록 정하고 있다(표시광고공정화법 제4조 1항). 가령, 식품 제조·판매업의 경우 유전자변형물질 포함 사실 여부에 대한 광고, 상품권의 발행·판매업의 경우 권면금액 중 사용 후 잔액에 대한 환불기준 등이 그러한 사항에 해당한다.³⁵⁾

다음 광고실증제도로서, 이 제도는 광고의 필요성이 증대하는 만큼 부당광고의 유혹도 커져가는 상황에 비추어 광고의 진실성을 담보할 수 있도록 하기 위하여 사업자로 하여금 광고 중 사실과 관련된 사항에 대하여는 이를 실증할 수 있도록 하는 조치이다(표시광고공정화법 제5조 1항). 주요한 실증대상은 소비자의 의사결정에 실질적 영향을 미치는 사항으로서 (i) 인체에 직접적으로 영향을 미치는 내용, (ii) 안전 또는 환경에 관련된 내용, (iii) 성능, 효능, 품질에 관한 내용, 그리고 (iv) 그 외 소비자의 구매선택에 중대한 영향을 미치는 내용이다.³⁶⁾ 광고실증제도는 그 자체로는 사업자가 광고를 하기 이전에 사실에 관한 실증적 근거를 갖는 것을 전제로 하는데, 그 현실적 의미는 공정거래위원회가 부당광고를 규제하는데 있어서 부당광고에 대한 입증부담을 완화하는데 있다고 할 것이다.³⁷⁾

그 외에도 부당광고 임시중지명령제도를 들 수 있겠는데(표시광고공정화법 제8조), 이는 공정거래위원회의 정식의결이 있기 이전에 필요하다고 여겨지는 경우에는 미리 부당광고의 중지를 명할 수 있도록 하는 조치이다. 광고의 중지에 따른 사업자의 이익침해를 고려하여야 하기 때문에 임시중지명령은 (i) 광고행위가 부당하다고 명백히 의심되고, (ii) 부당광고로 인하여 소비자에게 전보하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있어서 이를 예방할 긴급할 필요가 있을 것을 그 요건으

35) 보다 상세한 내용으로는 “중요한 표시·광고사항 고시”(개정 2009.4.28. 공정거래위원회 고시 제2009-8호) 참고.

36) “광고실증에 관한 운영지침”(개정 2007.12.31, 공정거래위원회 고시 제2007-17호) 참고.

37) 박해식, 부당표시광고에 대한 규제, 705-706쪽.

로 한다. 표시광고공정화법에 따르면 임시중지명령은 공정거래위원회의 직권인지 이외에 소비자단체 등의 요청에 의해서도 발해질 수 있도록 정해져 있다(표시광고공정화법 제8조 2항, 동 시행령 제9조).

2) 사후적 조치

부당광고에 관한 행정적 규제 가운데 가장 빈번히 활용되는 규제로서 시정조치는 사업자가 부당광고행위를 계속하는 때에 그 시정을 취하도록 하는 공정거래위원회의 명령이다. 부당광고행위의 중지, 시정 명령을 받은 사실의 공표 또는 정정광고, 더 나아가 가령 주의촉구, 경고 등과 같이 기타 위반행위의 시정에 필요한 조치를 취하도록 함으로써(표시광고공정화법 제7조) 부당광고로 인해 소비자에게 남겨진 잘못된 오인을 불식시키려는 조치이다. 표시광고공정화법에 따르면 시정조치 역시 공정거래위원회가 그 명령을 발할 수 있는 주체이며, 소비자단체는 부당광고의 사실을 공정거래위원회에 신고할 수는 있으나 시정명령 자체를 신청할 권한을 갖지는 못하도록 되어 있다. 다만 최근 개정된 소비자기본법에 의하면 소비자단체는 사업자가 법령상의 광고기준을 위반하여 소비자의 생명, 신체, 재산에 대한 권익을 침해하고 그 침해가 계속되는 경우 그 행위의 중지와 금지를 법원에 청구할 수 있도록 되어 있다(같은 법 제70조).

다음으로, 과징금제도로서 공정거래위원회는 부당광고행위를 사업자에 대하여 일정한 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있도록 되어 있다(표시광고공정화법 제9조 1항). 대체로 부당광고에 따른 부당이득의 환수 및 행정벌적 제재로서 이해되는데, 구체적 금액을 산정함에 있어서는 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모, 소비자의 피해를 예방하거나 보상하기 위해 기울인 노력 등의 사업자 행태를 참작하도록 되어 있다. 다만 과징금제도는 다른 제재수단과의 관계에서 이중의 제재로 기능할

염려가 있는 등 논란이 계속되고 있으며 이에 그다지 활발히 이용되지는 않는다고 하겠다.

II. 구제수단과의 관계³⁸⁾

(1) 광고를 통한 정보제공에 관한 규율의 필요와 수단

이상에서 소개하였듯이, 표시광고공정화법은 공정한 경쟁질서의 수립을 위하여 부당광고를 금지하고 올바른 정보를 제공함으로써 소비자의 구매 의사결정의 자유를 보장해 주고자 한다. 그런데 표시광고공정화법이 이 같이 소비자의 의사결정 자유를 보장하는데 기여하는 한, 이는 바로 개별 계약관계를 규율하는 민법과도 그 영역을 함께 공유함을 말해 준다. 실제로 민법은 지난 수십년 동안 올바르게 충분한 정보를 바탕으로 하여 계약관계에서 진정한 자기결정과 실질적 계약정의를 실현시키려는 방향에 따라 해석·운용되어 오고 있다. 무엇보다 계약교섭단계에서 정보제공의무의 강화³⁹⁾와 성실한 교섭행태의 강조가 바로 그러한 산물이라고 하겠다. 그렇다면 부당한 광고를 금지하고 올바른 정보를 시장에 유통시켜야 한다는 요청은 한편으로는 표시광고공정화법이라는 경제법적 규제의 전통적 영역에 속하는가 하면 다른 한편으로는 개별 계약관계에 대한 영향에 따라 민사법적 규제의 영역에서도 실현되어야 할 문제임을 분명히 할 수 있다.

물론 우리의 현행 민법전은 그 자체만으로 보았을 때에는 상품의 광고에 따른 정보제공의무에 대하여 명시적 규정을 두고 있지는 않다. 그러나 부당광고에 대한 민사법적 규제가 다름 아니라 부당광고로 인해 원치 않는 계약체결로 이끌린 당사자의 보호에 관한 문제의 한 단면이라고 파악할 수 있는 한, 몇몇 일반적 제도와 규정의 적용

38) 김상중 앞의 글 56~59쪽 전재함

39) 가령 김상중, 계약체결 이전 단계의 정보제공의무, 고려법학 56호, 2010, 1쪽 이하; 더 나아가 박영복, 계약교섭전단계의 법규범화, 외법논집 10집, 2001, 93쪽.

을 긍정할 수 있다.⁴⁰⁾ 무엇보다 먼저 계약체결 의사의 취소에 따른 구제로서, 부당광고라는 외부적 방해에 의한 의사결정의 침해로부터의 표의자 보호라는 차원에서 사기에 의한 의사표시의 취소(민법 제 110조)가 부당광고에 대한 민사법적 규율수단의 정점에 위치해 있다고 하겠다. 마찬가지로 착오취소의 규정(민법 제109조) 역시 사기취소의 적용이 문제되지 않는 경우에 부당광고로 왜곡하여 결정된 계약적 구속으로부터 표의자를 보호하는데 기능할 수 있을 것이다. 다음으로, 상품에 관한 광고를 계약내용으로 구성하여 상품공급자로 하여금 광고에 따른 소비자 기대에 부합하는 상태로 상품을 제공할 계약상의 이행의무를 인정하는 방법에 의한 구제도 생각할 수 있겠다. 끝으로 위의 구제수단과 더불어 또는 이와 관계없이 부당광고에 따른 손해를 배상청구할 수 있도록 하는 방법도 부당광고에 대한 민사법적 구제수단으로 고려될 것이다.

(2) 표시광고공정화법 규제와 민사법적 구제의 상호관계

바로 위에서 열거한 부당광고에 대한 민사법적 구제수단은 모두 그 적용을 위하여 구체적 보충을 필요로 하는 ‘열려진’ 요건으로 이루어져 있다. 즉, ‘위법한 기망행위’(민법 제110조, 제750조), “법률행위의 내용의 중요부분”(민법 제109조), 그리고 계약해석을 위한 ‘상대방의 합리적 시각’이 그것이다. 그런데 이러한 민사법적 요건을 구체화하는데 있어서는 광고에 의한 정보제공을 함께 규율하는 표시광고공정화법의 판단과 평가내용이 반영될 여지를 가질 수 있다. 짧게 생각하더라도, 부당광고에 대한 표시광고공정화법의 지속적 규제는 거래계에

40) 김상중, 상품의 표시·광고와 계약의 내용, 6쪽 이하; 손수진, 부당광고로 인한 소비자피해의 사법적 구제에 관한 연구, 441쪽 이하; 더 거슬러서는 최금숙, 불공정광고, 허위광고 및 과대광고로 인한 소비자 피해의 구제방법, 한독법학 제12권, 1996, 178, 187쪽 이하; 독일 문헌으로는 Lehmann, Die bürgerlichrechtliche Haftung für Werbeangaben, NJW 1981, 1233 ff.

서 올바른 정보제공에 대해 보다 민감하고 엄격한 관념을 형성해 가는데 긍정적 영향을 미치게 될 것이고, 이는 다시 가치평가를 전제로 한 민사법의 판단내용에도 반영될 것이기 때문이다. 이는 실제로 최근 몇 년 사이에 부당광고에 대한 민사법적 판결례가 그 이전과 비교해 눈에 띄게 증가한 것만을 보더라도 손쉽게 확인할 수 있다.

다만 이 같은 영향에도 불구하고 유념할 바는, 표시광고공정화법의 부당성 판단이 언제나 민사법적 평가내용과 동일시 될 수는 없다는 점이다. 이는 표시광고공정화법과 민법의 부당광고 및 정보제공에 대한 규제가 소비자의 의사결정 보호라는 동일한 목적에서 비롯하고 있지만 양 법영역이 규율의 관점 또는 보호의 방법을 서로 달리하고 있다는 점에 기인하고 있다. 구체적으로 말해, 민법은 부당광고와 정보제공의 현상을 개별 계약과의 관련 아래에서만 파악하게 되는 반면, 표시광고공정화법은 공정거래법에서 비롯한 연혁이 말해 주듯이 이를 개별 계약의 관련성에서 벗어나 오히려 경쟁사업자와 시장질서 전반을 아우르는 전체적 시각에서 이해하고 있다. 그러다보니 민법의 보호가 부당광고에 따라 의사결정이 왜곡된 소비자에 대한 개별적 보호를 내용으로 한다면, 이와 달리 표시광고공정화법의 광고규제는 소비자의 현실적 오인 여부를 묻지 않고 단지 추상적 오인의 가능성과 사업자의 고의·과실을 묻지 않는 객관적 부당성만을 요건으로 하여 소비자에 대한 추상적이고 일반적 보호를 그 특징으로 하고 있다.⁴¹⁾ 더 나아가 이런 접근의 상이함에 따라 표시광고공정화법은 소비자를 위한 예방적 규제조치를 중심으로 하고 있는 반면,⁴²⁾ 민법의 경우에는

41) 독일에서 경쟁법과 민법의 관계에 대한 이 같은 태도에 관하여는 특히 Köhler, UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, 265, 267; Tiller, Gewährleistung und Irreführung, 2005, 83 f. 재인용.

42) 이와 관련해 표시광고공정화법의 시정조치는 부당광고가 행해진 이후에 이를 규제한다는 점에서는 사후적 조치에 해당하나 개별 계약에 대한 영향의 유무를 묻지 않고 부정광고를 시정하도록 하여 그 위험성을 제거하려고 한다는 점에서는 개별 소비자와의 관계에서 예방적 기능도 함께 수행한다고 여겨진다.

앞서 언급한 계약의 취소, 이행청구, 손해배상 모두 사후의 교정적 보호만을 내용으로 하게 된다. 이 같은 접근태도나 규율수단의 차이 등에 비추어 보면, 표시광고공정화법과 민법이 모두 부당광고의 규제를 통하여 소비자보호와 공정거래질서의 형성에 기여하고 있더라도, 민법이 직접적으로는 소비자의 의사자유를 보장하는 가운데 단지 간접적으로만 공정거래질서의 형성에 기여하고 있다면, 이와 반대로 표시광고공정화법은 직접적으로는 공정거래질서의 형성을 목적으로 하면서 이를 위해 부차적으로 소비자의 보호를 도모한다는 견해⁴³⁾도 충분히 이해될 수 있다.

Ⅲ. 형사제재의 문제점⁴⁴⁾

(1) 제재의 중복부과

1) 형사적 · 행정적 · 민사적 제재의 병과

우선 한 개의 행위에 대한 제재의 종류가 많다는 점을 꼽을 수 있다. 허위 · 과대의 표시 · 광고행위를 하게 되면 형사절차, 행정절차 및 민사절차에 의해 중첩적으로 다양한 제재를 받을 수 있다. 표시광고공정화법에 따르면, 허위 · 과대의 표시 · 광고행위를 한 경우(제9조)에는 다음과 같은 제재가 부과될 수 있다.

첫째, 행정절차에 의해 ① 공정거래위원회는 당해행위의 중지, 시정 명령을 받은 사실의 공표, 정정광고, 기타 법위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치 등 다양한 시정조치를 취할 수 있고(제7조 제1항), ② 부당한 표시 · 광고행위(법 제3조 제1항 위반)가 명백하게 의심되거나 당해표시 · 광고행위로 인하여 소비자 또는 경쟁사업자에게 회복하기

43) 위 각주 24)와 대비되는 시각으로 소개되는 독일 문헌으로서 Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2002, 4 ff.; Tiller, Gewährleistung und Irreführung, 82. 재인용.

44) 이천현, “표시광고 공정화법과 형사책임”, 「워크숍 자료집」(표시 · 광고 공정화 법 제 비교법 검토), 2011.5.27, 44~52쪽 전재함.

어려운 손해가 발생할 우려가 있어 이를 예방하기 위한 긴급한 필요가 있다고 인정되는 경우에는 임시중지명령을 부과할 수 있으며(제8조 제1항), ③ 대통령령이 정하는 매출액(대통령령이 정하는 사업자의 경우에는 영업수익을 말한다)에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다(제9조 제1항).

둘째, - 공정거래위원회의 고발이 있을 경우 - 형사절차에 의해 ① 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금에 처하고(제17조 제1호), ② 시정조치 등에 응하지 않는 경우에도 위와 동일한 형벌에 처한다(제17조 제2호).

셋째, 민사절차에 의해, 사업자 등은 피해를 입은 자가 있는 경우 당해 피해자에 대하여 손해배상 책임을 지고(제10조 제1항), 손해배상의 책임을 지는 사업자 등은 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다(제10조 제2항). 물론 이러한 특칙을 가진 동법상의 민사소송절차는 민법 제750조에 의한 손해배상청구의 소를 제한하지는 않는다(제11조 제1항).

이처럼 하나의 위반행위에 대하여 시정조치 등을 하는 것과는 별도로 과징금을 부과하고, 손해배상 책임을 인정하며, 형사적 제재까지 과할 수 있게 하는 것은 수범자에 대한 통일적 규율을 다소 곤란하게 할 수 있다. 민사제재는 불법행위의 가해자와 피해자 사이의 손해와 이익의 조정을 목적으로 하고, 행정제재는 다양한 행정목적의 실현을 위해 부과된다. 그리고 형사제재는 일정한 사회생활의 핵심적인 가치 즉 법익의 보호를 목적으로 한다. 이러한 명백한 구분없이 일정한 행위에 대해 제재체계가 다수로 구성되어 있으므로 규제(민사적 제재)와 제재(형사적 제재)가 효율화되고 실효성있는 규율을 거둘 수 있도록 통일성 있는 규제와 제재 방안을 구상한다는 것이 필요해진다.

한편 형사제재가 실효성을 갖기 위해서는, 국가의 공적 제재는 그 역할을 분담하여야 한다. 즉 하나의 행위에 대하여 행정제재와 형사

제재의 중복적 대응은 바람직하지 않다. 허위·과대의 표시·광고행위에 대하여 1차적으로 행정적 제재를 부과하고, 이러한 행정적 제재를 불이행하는 경우 비로소 국가 형벌권을 발동(형벌부과)하는 방안도 생각해 볼 만하다. 한편 일본의 부당경품류 및 부당표시방지법(不当景品類及び不当表示防止法)은 부당한 표시금지행위(동법 제4조)를 한 경우에는 먼저 행정상의 조치명령(금지나 기타 필요한 조치 등; 동법 제6조)을 내리고 이러한 조치명령을 위반한 경우에 비로소 형벌을 부과하도록 규정(동법 제15조)하고 있는 사례를 볼 수 있다. 물론 그것이 우리 사회적 환경하에 타당하게 기능할 수 있는 법제인지는 더 검토해 보아야 할 것이다.

2) 과징금과 벌금형의 병과

종래에는 과징금은 - 독점규제법에서 처음도입 - 법 위반행위로 인한 경제적 이득을 국가가 징수하여 위반행위자가 그것을 얻지 못하게 함으로써 사회적 공정을 확보함과 동시에 위반행위의 억제를 도모하고 법규정의 실효성을 확보하기 위하여 집행되는 행정상 조치로서 이해되었다. 따라서, 과징금은 법위반행위의 반사회적 내지 반윤리성을 근간으로 하여 그에 과해지는 형사벌과는 그 취지, 성격, 목적 및 그 절차를 달리하기 때문에, 하나의 위반행위에 대하여 과징금과는 별도로 벌금형(형벌)에 처하는 것은 이중처벌금지원칙(헌법 제13조 1항)에 반하지는 않는다고 하는 것이 일반적인 견해이다.⁴⁵⁾

자연범과 법정범의 구분이 모호해지고 있고, 경제범죄라고 하여 개인이나 사회 또는 국가에 대한 실행이나 실행의 가능성이 반드시 적다고는 할 수 없으며, 그리고 현재의 과징금이 대부분 경제적 이익을 박탈하는 성격을 배제할 수 없다는 점을 고려해 볼 때, 동일한 행위에 대하

45) 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 2004, 647쪽; 유지태, 행정법신론, 신영사, 2006, 300쪽; 홍정선, 행정법원론(상), 2000, 498쪽 이하; 서울고등법원 1998. 11. 4. 선고, 98누9488 판결; 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고, 92헌바38 결정 참조.

여 과징금 외에 벌금형을 부과하는 것은 실질적으로 동일한 위반행위에 대한 ‘이중처벌’적 성격을 가지고 있음을 부정할 수는 없다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾

따라서 과징금부과 규정(또는 형벌규정)을 삭제하거나 또는 과징금 부과시 선고된 벌금형을 고려하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다. 즉 - 설사 과징금과 형사제재의 병과가 기본적으로 이중처벌이 아니라고 할지라도 - 과징금과 형벌 양자는 위반행위 억제라는 기능적인 측면에서 교집합을 인정하지 않을 수 없기 때문에, 양자를 병과하는 경우에는 그 공통되는 부분을 조정하여 벌금액의 일정부분을 과징금으로부터 공제하여 주는 방식을 생각해 볼 수 있다.

예를 들어, 일본의 독점금지법의 내용을 참고할 수 있을 것이다. 일본의 독점금지법상- 2005년 법 개정 이전에 - 판례는 과징금은 형사벌과는 그 취지, 목적, 수단 등을 달리 하는 것으로서 양자를 병과하는 것은 이중처벌을 금지하는 일본헌법 제39조에 위반되지 않는다고 하였다.⁴⁸⁾ 그러나 2005년 법개정으로 과징금의 산정율을 약 2배 정도 인상함으로써(예를 들어, 제조업자에 대하여 6%에서 10%로 인상), 법 개정시에 과징금제도에 대하여는 부당이득상당액 이상의 금전을 부과하는 것으로서 행정제재로서의 성격을 강하게 갖게 되었다는 이유로 이중처벌문제가 논의되었다.⁴⁹⁾ 이에 따라 과징금과 벌금에 대한 벌금형 사이에 조정규정을 두어 동일한 행위로 벌금형이 부과된 경우에는 벌금 상당액의 절반을 과징금으로부터 공제하도록 규정을 두고 있는 것(동법 제7조의2 제14항, 제51조)을 볼 수 있다. 물론 이러한 사례는

46) 이동규, 독점규제및공정거래에관한법률개론, 행정경영자료사, 1997, 131쪽. 이에 대하여는 윤동호, “행정제재와 형사제재 병과의 이론과 현실”, 형사정책연구 제65호 (2006·봄호), 183쪽 이하 등 참조.

47) 따라서, 예를 들어 해운법 제60조 제2항(벌칙적용의 특례)은 과징금을 납부한 자에 대하여는 고발을 하지 못하도록 규정하고 있다.

48) 東京高判 平成 5. 5. 21; 東京高判 平成 9. 6. 9; 最判 10. 10. 13 등.

49) 金井貴嗣외, 獨占禁止法, 2006, 433쪽 이하; 白石忠志 監修, 獨占禁止法の爭訟實務, 2006, 216쪽 이하 등 참조.

사회적 통제능력이 고도화되어 있는 일본의 경우이므로 가능한 것으로 볼 수도 있다.

(2) 법정형 검토

행정법규에서는 허위·과대의 표시·광고 등을 한 경우, 이에 대한 제재는 형벌을 부과하는 경우와 과태료를 부과하는 경우가 있다.

[표 허위·과대의 표시·광고와 법정형 분포/유형]

법정형		해당조문수			유형 (표기)
자유형	벌금형				
5년 이하의 징역 또는	5천만원 이하의 벌금	2	1	건강기능식품에 관한 법률 (제44조 제4호)	A
	2천만원 이하의 벌금		1	직업안정법(제47조 제5호)	B
3년 이하의 징역 또는	5천만원 이하의 벌금	6	2	축산물가공처리법 (제45조 제2항 제9호) 등	C
	3천만원 이하의 벌금		3	식품위생법(제77조 제1호) 등	D
	1천만원 이하의 벌금		1	의료기기법 (제44조 제1항 제1호)	E
2년 이하의 징역 또는	1억5천만원 이하의 벌금	4	1	표시·광고의 공정화에 관한 법률(제17조 제1호)	F
	1천만원 이하의 벌금		3	온천법(제32조 제3호) 등	G
1년 이하의	2천만원 이하의 벌금	10	1	생명윤리 및 안전에 관한 법률(제53조 제7호)	H

제 3 절 부당 표시·광고에 대한 경제법적 규제와 민사법적 규율

법정형		해당조문수			유형 (표기)
자유형	벌금형				
징역 또는	1천만원 이하의 벌금		4	양곡관리법(제34조 제4호) 등	I
	500만원 이하의 벌금		3	농약관리법(제33조 제1호) 등	J
	300만원 이하의 벌금		2	약사법 (제95조 제1항 제10호) 등	K
	3천만원 이하의 벌금	2	1	자격기본법(제41조)	L
	500만원 이하의 벌금		1	재해경감을 위한 기업의 자 율활동 지원에 관한 법률 (제36조 제1항 제2호)	M
과태료 (6개)	2천만원 이하의 과태료	6	1	대부업 등의 등록 및 금융 이용자 보호에 관한 법률 (제21조 제1항 제9호)	N
	1천만원 이하의 과태료		3	수산물품질관리법(제56조 제1항 제4호) 등	O
	5백만원 이하의 과태료		1	에너지이용 합리화법 (제78조 제3항 제2호)	P
	200만원 이하의 과태료		1	세무사법(제23조 제5호)	Q
합 계		30개 조문			17 유형

허위·과대의 표시·광고 등을 한 경우에 대한 제재규정 총 30개 규
정 가운데 과태료를 부과하는 규정은 6개로 전체의 20.0%에 불과하다.

허위·과대의 표시·광고금지 위반행위에 대한 벌칙규정 가운데 형벌을 징역형과 벌금형을 선택적으로 규정한 22개 규정 가운데, 가장 많은 비율을 차지하고 있는 법정형 유형은 “1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금”(4개 규정)이지만, 그 밖에 “3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금”과 “2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금”이 각각 3개 규정으로 큰 차이가 없다. 즉 그 법정형이 대체적으로 다양하게 분포되어, 30개에 불과한 규정에 대한 법정형이 총 17개 유형(A~Q)이나 된다.

이러한 행위는 단순히 허위·과대의 표시·광고행위만으로도 처벌의 대상이 되기 때문에 형법상 사기죄(제347조)의 법정형(10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)보다 경하게 규정되는 것은 타당하지만, 유사한 행위에 대한 법정형을 서로 상이하게 규정하는 것은 그 합리성을 위해 정비할 필요를 주게 된다.

표시광고공정화법(제17조 제1호)의 경우도 다른 법률의 법정형과의 형평성을 고려해 볼 때 그 법정형을 조정하는 것도 검토해보아야 한다. 특히, “2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금”에 처하도록 규정하고 있는 것은 - 이익의 환수라는 측면을 고려한다고 할지라도 - 징역형과 벌금형의 균형성을 침해한 측면이 있다.

표시광고공정화법상의 허위·과대의 표시·광고금지 위반행위에 대한 가장 적정한 법정형은 - 행정법규상 허위·과대의 표시·광고행위에 대한 형벌규정(총 30개) 가운데 가장 많은 비율을 차지하고 있는 징역형이 ‘1년 이하’라는 점을 고려하면 - 징역형은 ‘1년 이하’와 이에 대한 선택형인 벌금형은 ‘500만원 이하~1천만원 이하’로 규정하는 것이 합리적이 아닐까 한다(이는 다른 행정법률상에 규정되어 있는 처벌규정에도 동일하게 적용되어야 할 기준이라 생각된다. 일부 행정법령에서 ‘과태료’를 부과하는 규정은 형벌 부과대상으로 전환하여야 할 것이다).

(3) 법인에 대한 처벌의 한계

표시광고공정화법 제19조는 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 위반행위(제17조)를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 ‘각 본조의 벌금형을 과한다’라고 규정하여, 종업원 등에 대한 벌금형의 상한과 법인에 대한 벌금형의 상한이 동일하다. 이로 인해, 예를 들어 법인의 종업원이 제17조의 위반행위를 했을 경우 그 행위자인 종업원은 ‘2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금’에 처해지지만, 법인은 ‘1억5천만원 이하의 벌금’으로 처벌될 수 밖에 없다.

표시광고공정화법 위반행위는 직접 행위자인 종업원 등에 의한 경우보다 법인의 사업활동 그것으로 행해지는 것이 현실이며, 그로 인한 이득도 당해 법인에 귀속되는 것이기 때문에, 법인에 대한 표시광고공정화법 위반행위의 억지력을 높이기 위해서는 법인에 대한 벌금형의 상한을 자연인의 벌금형의 상한보다 높게 할 필요가 있다. 현행 법률과 같이 자연인과 법인의 벌금형을 동일하게 규정하여 처벌하는 것은 법인의 경우에는 자연인에게 부과되는 벌금액으로써는 형벌로서의 위하력이 없고 처벌의 실효성이 적다는 점에서 법인에 대하여는 중한 벌금형에 처하는 것이 타당하다.

현행법상 대부분의 양벌규정은 법인에 대한 형벌로서 유일하게 벌금형만을 인정하고 있을 뿐만 아니라, 이 벌금형 상한도 “각 본조에 규정된 벌금형을 과한다”라고 규정하고 있어 본조의 자연인에게 부과할 수 있는 금액의 상한과 동일하다.

따라서 자연인에 비해 자산규모가 큰 법인에게는 별 타격이 될 수 없어 법인범죄의 억제효과를 기대할 수 없다. 그리고, 통상적으로 자연인의 행위는 직접 행위자인 자신을 위한 경우보다 법인 등의 사업활동을 위하여 행해지는 것이 현실이며, 그로 인한 이득도 당해 법인

등에 귀속되는 것이기 때문에 이러한 벌금형은 그 타당성을 인정하기 어렵다.

법인 및 종업원에 대한 각 형벌은 각 법령의 취지, 목적 등을 고려하여 위반행위를 억제하고자 하는 정책목적을 달성하기 위하여 각각 어떠한 것이 타당한 것인가를 고려하는 관점에서 독자적으로 정하여야 한다. 또한, 법인의 처벌은 종업원 등 자연인의 처벌에 부수하여 이루어지는 것이 아니라 법인의 독자적인 행위로 인하여 처벌되며 그 법적 근거도 각각 달리하여 처벌되는 것이기 때문에 법인에 벌금형의 상한을 종업원 등에 대한 벌금형의 상한과 반드시 맞추어야 하는 것은 아니다.⁵⁰⁾

최근 일부 개정법률들은 자연인과 법인의 벌금형을 분리하여 규정하고 있는 추세에 있다. 즉 상표법 제97조(2001년 개정), 특허법 제230조(2001년 개정), 디자인보호법 제87조(2001년 개정), 실용신안법 제50조(2001년 개정) 등이 개인에 대하여는 각 해당 조의 벌금형을, 법인에 대하여는 따로 정한 벌금형(자연인에 비해 약 3배가량 상향조정)을 과하도록 하고 있다.

IV. 맺음말

표시광고공정화법과 민법은 부당광고에 따른 정보제공이라는 동일한 현상을 규율하면서도 한쪽에서는 개별 계약에서의 사적자치의 실현, 다른 한쪽에서는 공정경쟁질서의 수립이라는 각각의 고유한 목적을 실현해 가고 있기 때문에, 민사법적 구제수단도 충분한 고유의 영역을 인정할 수 있어서 어떠한 부당광고의 민사법상 구제수단의 해당

50) 법인(사업자)에 대한 벌금형의 상한과 자연인(종업원)에 대한 벌금형의 상한의 분리에 관한 논의에 대하여는 박기석, “양벌규정의 문제점과 법인범죄의 새로운 구성”, 형사정책, 제10호(1998), 112쪽 이하; 동, “벌금형의 개선방안”, 형사정책, 제12권 제2호(2000), 11쪽 이하 참조.

성 여부가 표시광고공정화법의 규제조치에서의 판단과는 다를 수 있음을 말해주고 있는데, 물론 민사법에 의한 개별적 구제수단은 부당광고를 충분히 규제하는데 적지 않은 한계를 갖고 있으며 이런 한도에서 표시광고공정화법의 일반적 보호조치와 서로 보완하는 관계에 있을 것임을 짐작하게 해 주고 있는데, 이렇듯 표시광고공정화법과 민사법은 부당광고에 관하여 일반적-개별적 보호조치의 관계에 있다고 할 때에, 양자의 증화된 규율관계, 다시 말해 표시광고공정화법의 부당성이라는 가장 큰 외연(外延) 안에서 민법의 개별 제도에 따른 각각의 구제수단이 인정되는 관계라고 여길 수도 있다.⁵¹⁾

한편 형사제재 측면에서 표시광고공정화법상의 허위·과대의 표시·광고금지 위반행위에 대한 법정형을 적정하게 규정할 필요가 있는데, 이에 대하여 가장 적정한 법정형은 - 행정법규상 허위·과대의 표시·광고행위에 대한 형벌규정(총 30개) 가운데 가장 많은 비율을 차지하고 있는 징역형이 ‘1년 이하’라는 점을 고려하면 - 징역형은 ‘1년 이하’와 이에 대한 선택형인 벌금형은 ‘500만원 이하~1천만원 이하’로 규정하는 것이 합리적일 수 있다.⁵²⁾

법인 및 종업원에 대한 각 형벌은 각 법령의 취지, 목적 등을 고려하여 위반행위를 억제하고자 하는 정책목적을 달성하기 위하여 각각 어떠한 것이 타당한 것인가를 고려하는 관점에서 독자적으로 정하여야 하는 것이 바람직하므로, 자연인과 법인의 벌금형을 분리하여 법인에게 보다 중한 벌금형을 과할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 한다.⁵³⁾

51) 김상중 앞의 글 59쪽.

52) 이천현 앞의 글 53쪽.

53) 이천현 앞의 글 53쪽.

제 3 장 표시·광고의 공정화 법률과 외국법제 현황

표시·광고의 법적 문제는 소비자와 사업자간 상품에 대한 정보의 비대칭문제를 해결하는 방향으로 해결되지 않으면 안 될 것인 바, 소비자가 상품에 대한 정보를 입수하는 가장 대표적인 방법은 사업자의 표시·광고의 내용을 접하는 것으로서, 사업자의 표시·광고는 그로부터 소비자에게 허위 또는 기만적인 정보가 전달되지 않도록 규제되지 않으면 안 된다.⁵⁴⁾ 우리나라의 경우 표시광고공정화법이 표시·광고에 대한 일반적인 규제를 하고 있다. 이 법률은 종래 공정거래법이 규율하던 부당광고를 규율대상으로 하여 부당광고에 따른 소비자의 의사결정 왜곡을 방지·예방하려는 포괄적 목적을 갖고 부당광고를 규제하는 일반법으로서 1999년 도입되었다.⁵⁵⁾ 표시광고공정화법은 우선, 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 금지하고 있다. 부당한 표시·광고에는 ① 허위·과장의 표시·광고, ② 기만적인 표시·광고, ③ 부당하게 비교하는 표시·광고, ④ 비방적인 표시·광고 등으로 나누어진다(동법 제3조 제1항).⁵⁶⁾

54) 이하 손영화, “일본에서의 표시·광고에 관한 규제”, 『워크숍 자료집』(표시·광고 공정화 법제 비교법 검토), 2011.5.27, 59쪽.

55) 종래 공정거래법에 의한 부당표시·광고의 규제는 불공정거래행위에 대한 제재로서 이루어져 당해 불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 정정광고, 범위반사실의 공표, 과징금의 부과 등이 이루어졌다. 기본적으로 종래 공정거래법상의 부당한 광고·표시규제는 사후적으로 이루어졌다고 할 수 있다(박수영, 표시광고법, 10쪽; 김상중, 앞의 자료집 50쪽).

56) 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제3조 제1항 제1호, 같은 법 시행령 제3조 제1항에 의하면, 허위·과장의 광고는 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 판단하여야 한다(대법원 2010.7.22. 선고, 2007다59066 판결). 지방자치

이하에서는 우리나라의 표시광고공정화법과 관련된 주요외국의 법제 현황을 차례로 검토하고 우리 법제 운용상 시사점을 찾아보고자 한다.

제 1 절 미 국⁵⁷⁾

I. 들어가며

표시·광고의 공정화와 관련된 미국법상 법원(法源)은 코먼로, 연방입법, 주입법 등이 혼재하여 있고, 그 집행도 법원, 연방거래위원회(FTC), 연방식품의약국(FDA), 각 주의 사법당국 등 다양한 기관들에 맡겨져 있다. 또한 표시·광고에 관한 민간에 의한 자율규제도 매우 광범위하게 이루어지고 있다.⁵⁸⁾ 미국법제 현황 검토의 범위는 표시·광고의 공정화와 관련된 미국법제를 전면적, 세부적으로 고찰하기보다 연방법을 중심으로 그 전체적인 윤곽을 파악하는 데 중점을 두고자 한다.

먼저 미국 표시·광고 공정화 규제의 법원(法源)과 소비자법상의 기만행위 개념에 대해 살펴보고, 랜햄법·연방거래위원회법·공정포장 및라벨법 등 주요 연방입법상의 표시·광고 공정화 규제를 고찰한 뒤, 우리 법에 대한 시사점을 모색해 보고자 한다.

단체의 추상적·일방적 개발계획에 근거하여 그 시행이 확정되지 않았음에도, 건설회사가 아파트 단지 맞은편에 경의선 복선전철화와 관련하여 역사가 신설될 예정이라는 취지로 아파트 분양광고를 한 것은 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀려 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고를 한 것으로서, 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 광고에 해당하므로 위 건설회사는 수분양자들에 대하여 ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’이 정한 허위·과장 광고로 인한 손해배상책임을 부담한다(대법원 2010.7.22. 선고, 2007다59066 판결).

57) 이기중, “표시광고 공정화법 미국법제 현황 검토”, 『워크숍 자료집』(표시·광고 공정화 법제 비교법 검토), 2011.5.27, 11~26쪽 전재함.

58) 이에 관한 상세는, 한국행정학회, 각종 표시·광고 규제 개선을 위한 연구, 2005, 163쪽 이하.

II. 미국의 표시·광고 공정화 규제의 법적 기초

1. 주요 법원(法源) 및 집행기구

표시·광고의 공정화에 관한 대표적인 연방입법으로는 랜햄법(Lanham Act) 제43(a)조와 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act) 제5조를 들 수 있다. 먼저 랜햄법은 “상업광고 또는 판촉활동에 있어 허위 또는 오인유발적인(misleading) 사실의 진술”에 대하여 금지명령(injunction) 및 손해배상에 의한 구제를 인정한다. 또한 연방거래위원회법은 “불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행”에 대하여 FTC가 중지명령(cease and desist order)을 발하거나 법원에 제소할 수 있음을 규정하고 있다. 한편 모범법전인 통일기만적거래관행법(Uniform Deceptive Trade Practices Act: UDTPA)이 제정되면서 여러 주의 불공정·기만행위 관련 입법의 기초가 되기도 하였다.⁵⁹⁾ 또한 포장 및 라벨에 관한 일반적 규제법으로서 공정포장및표시법이 제정되어 있다. 이들 연방 및 주 입법들이 부당표시·광고 규제의 주된 법원으로서 기능하면서 이와 관련된 코먼로의 법리는 오늘날 매우 제한된 범위 내에서만 적용되고 있다.⁶⁰⁾ 여기서 표시·광고의 공정화 규제의 주축이 되고 있는 양대 연방입법인 랜햄법과 연방거래위원회법의 연혁과 적용범위 및 집행기구 등의 개요를 살펴보면 다음과 같다.

(1) 랜햄법

랜햄법의 정식 명칭은 연방상표법(the Federal Trade Mark Act)이며 1946년에 상표규제를 주목적으로 제정된 법이다. 그 전신인 1920년

59) 이러한 각 주의 불공정·기만행위 관련 입법들(state UDAP statutes)에 관한 상세는, Nat'l Consumer Law Center Inc., *Unfair and Deceptive Acts and Practices* (5th ed. 2001) 참조.

60) 전통적인 코먼로 법리가 부당광고의 피해 구제에 대하여 갖는 한계에 대하여, 이 병규, *미국법상 부당광고의 법리에 관한 연구*, 비교법연구 Vol. 649, 2010, 232-234쪽 참조.

상표법(the Trade Mark Act of 1920)은 상품의 원산지에 관한 광고상의 허위표시에 대하여 연방민사소송 제기권한을 인정하는 데 그쳤으나, 랜햄법은 그 적용범위를 확장하여 영업주체혼동행위(passing-off) 등과 같은 상표 및 트레이드 드레스⁶¹⁾ 관련 행위들에 대하여서까지 제소권을 인정하였으며, 특히 그 제43(a)조에서 상품 또는 용역에 대한 허위의 기술 또는 표시를 금지하였다. 동 조항은 1988년과 1992년에 개정되어, 현재 동조 (1)항 (B)호는 “자신 또는 타인의 상품·용역 및 영업활동(commercial activities)의 성질, 특성, 품질 또는 원산지를 부정확하게 진술하는 허위 또는 오인유발적인 사실의 기술(description) 및 허위 또는 오인유발적인 사실의 표시(representation)”를 금지하고 있다. 이러한 개정을 통해 동조는 자신 뿐 아니라 타인의 상품 또는 용역에 대한 허위의 또는 오인유발적인 진술(예, 비방)까지도 위반행위 목록에 포함시키고 있다. 또한 동조항의 적용대상인 “상업적 광고 또는 판촉활동(commercial advertising and promotion)”이라 함은 제품의 판촉을 위해 일반 공중과의 사이에 이루어지는 모든 종류의 의사소통을 말하며, 이에 포장 및 라벨,⁶²⁾ 무료 샘플에 부수된 문서,⁶³⁾ 보도자료 등이 포함된다.⁶⁴⁾ 다만, 주주 등과 같이 소비자가 아닌 청중들을 향한 진술은 이에 해당하지 아니한다.⁶⁵⁾ 따라서 랜햄법은 부당표시·광고에 공히 적용되는 법이라 할 수 있다.

61) 트레이드 드레스(trade dress)라 함은 상품 전체의 시각적인 이미지와 인상을 말하며 상표와 유사한 보호를 받는다. 상세는 나종갑, 미국상표법연구, 글누림, 2006, 391쪽 이하 참조.

62) PPX Enters., Inc. v. Audiofidelity Enters., Inc., 818 F.2d 266, 272 (2d Cir. 1987).

63) Mylan Labs, Inc. v. Pharm. Basics, Inc., 808 F. Supp. 446, 458 (D. Md. 1992), rev'd in part on other grounds sub nom, Mylan Labs, Inc. v. Patkari, 7 F.3d 1130 (4th Cir. 1993), cert denied sub nom. Am. Home Prods. Corp. v. Mylan Labs., Inc., 510 U.S. 1997 (1994).

64) Truck Components, Inc. v. K-H Corp., 776 F. Supp. 405, 407-08 (N.D. Ill. 1991).

65) Musicom Int'l Inc. v. Time Inc. Magazine Co., 1992-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 70,209, at 69,005 (S.D.N.Y. 1992).

상표법으로서의 랜햄법의 본질상 랜햄법에 의한 제소의 원고적격은 경쟁자 기타 상업적 이익의 침해를 받은 자들에 국한되며, 소비자들은 원고적격이 없다는 것이 확립된 법리이다.⁶⁶⁾ 부당표시·광고 등으로 피해를 입은 경쟁자 등은 금지명령 외에 자신이 입은 손해에 대한 금전배상을 청구할 수 있다. 3배배상도 허용되나 이는 반드시 징벌적인 목적보다는 손해액 입증의 곤란을 고려하여 인정되곤 한다.⁶⁷⁾ 한편 기만의 고의가 인정된 경우 등에 피고의 부당이득에 대한 반환청구를 인정한 판례들도 있다.⁶⁸⁾ 소송비용의 청구는 악질적인 고의적 기만의 경우 등에 극히 예외적으로 인정된다.⁶⁹⁾

(2) 연방거래위원회법

1914년 제정 당시 연방거래위원회법은 경쟁사업자간의 불공정한 거래 관행(unfair trade practices)을 규율할 수 있는 권한이 부여된 연방거래위원회를 설치하였다. 그러나 1938년의 휠러-리법에 의한 개정(Wheeler-Lea Amendment)으로 “불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행(unfair or deceptive act or practices)”을 금지행위에 포함시킴으로써 연방거래위원회의 권한은 확장되어 부당표시·광고와 같이 소비자를 해하는 불공정하거나 기만적인 행위들까지도 규율할 수 있게 되었다. 오늘날 특정 분야의 표시·광고를 규율하는 여러 기관들이 있지만, 부당표시·광고에 관한 가장 포괄적이고도 주도적인 권한을 행사하고 있다.⁷⁰⁾

66) *Colligan v. Activities Club of New York, Ltd.*, 442 F.2d 686, 692 (2d Cir.), cert. denied, 404 U.S. 1004 (1971).

67) *Mobius Mgmt Sys., Inc. v. Fourth Dimension Software, Inc.*, 880 F. Supp. 1005, at 1025 (S.D.N.Y. 1994).

68) *BASF Corp. v. Old World Trading Co.*, 41 F.3d 1081, 1086-87 (7th Cir. 1996).

69) *Mobius Mgmt Sys., Inc. v. Fourth Dimension Software, Inc.*, 880 F. Supp. 1005, (S.D.N.Y. 1994).

70) Roy L. Moore, Carmen Maye and Erik L. Collins, *Advertising and Public Relations Law* at 236 (2d ed. 2011).

연방거래위원회는 동법 위반행위에 대하여 중지명령(cease and desist order)을 내릴 수도 있고, 연방법원에 제소하여 금지명령(injunction)을 청구할 수도 있다. 이를 위해 연방거래위원회는 광범위한 조사권한이 부여되어 있으며, 많은 경우 피심인들은 동의명령(consent decree)에 의해 법위반선언 없이 연방거래위원회와의 협의를 통해 사건을 종결지우는 방안을 선호한다. 또한 연방거래위원회는 관련 규칙 제정 등 입법적 권한을 행사하거나 각종 지침의 발간 등을 통해 그 법집행의 기준을 공표함으로써 일반 공중은 물론 입법부와 사법부에 영향을 미치곤 한다.

한편 연방거래위원회는 연방거래위원회법 외에도 공정포장및라벨법(Fair Packaging and Labeling Act), 섬유제품표시법(Textile Products Identification Act), 모직제품라벨법(Wool Products Labeling Act), 모피제품라벨법(Fur Products Labeling Act) 등에 대한 집행권한을 통해 각종 소비자용품의 라벨에 그 원산지, 내용, 순함량, 제조·포장 및 유통업자의 성명 및 주소 등이 공개되도록 규제하고 있다.

2. 표시·공정화 규제의 기초로서의 기만행위(deception) 개념

미국 소비자법상 기만행위는 매우 광범위한 적용범위를 갖는 용어로서 노골적인 사기 뿐 아니라 광고가 선의로 배포되었으나 이에 내포된 내용이 적절히 실증되지 못한 경우라든가, 포장 또는 판촉물에 기재된 내용이 정확하더라도 제정법상의 표시규제를 준수하지 못한 경우 등에까지 널리 적용되는 개념이다.⁷¹⁾ 따라서 우리법상의 부당표시·광고는 미국 소비자법상으로는 기만행위의 일종으로서 법규제의 대상이 된다고 할 수 있다. 미국 소비자법상의 기만행위 범리는 다음과 같이 코먼로상의 사기(fraud) 법리로부터 유래된 발전을 거듭하여 왔다.

71) ABA Section of Antitrust Law, Consumer Protection Handbook at 3 (2004).

(1) 원고의 고의 요건

연방법원들은 기만적인 관행(deceptive practice)을 상당한 숫자의 소비자에게 실질적인 오인을 유도하는 경향 또는 능력이 있는 관행으로 정의하여 왔다.⁷²⁾ 또한 이러한 개념은 각 주의 불공정·기만행위 관련 입법에서도 명시적·묵시적으로 수용되었다. 그런데 연방거래위원회와 각주의 법집행기관들은 소비자보호의 문맥에서 사업자 측의 엄격책임을 인정하여 고의(intent)의 입증 없이도 기만적 관행의 성립을 인정하여 왔다. 그리하여 랜햄법이나 각 주의 불공정·기만행위법에 따른 민사소송에 있어 대규모 손해배상 기타 징벌적 구제를 청구하는 경우가 아니면 고의의 입증이 요구되지 않음이 일반이며, 심지어 고의의 입증 없이 3배 배상청구가 인용되는 경우도 있다.⁷³⁾ 또한 불공정·기만행위 관련 주입법이 기만행위의 요건으로 고의를 요구하는 경우에도 실무상으로는 문제되는 표시가 고의적으로 이루어졌음을 입증하면 되고 기만의 고의가 꼭 입증되어야 하는 것은 아닌 경우가 종종 있다.⁷⁴⁾

(2) 기만의 능력 요건

코먼로상의 사기 법리와 달리 현대의 기만행위 법리 하에서는 피고가 원고의 부실표시(misrepresentation)에 실제로 기만당했거나 그에 따른 행위로 피해를 입었다는 주장이나 입증이 요구되지 않는다. 심지어 불공정·기만행위관련 주입법의 근본 목적이 사기에 관한 전통적인 입증요건을 제거하는 데 있다고 보는 법원들도 있다.⁷⁵⁾ 물론 손해

72) 예컨대, Am. Home Prods. Corp. v. FTC, 695 F.2d 681, 686-87 (3d Cir. 1982); Sears, Roebuck & Co. v. FTC, 258 F. 307, 311 (7th Cir. 1919).

73) 예컨대, Ramandham v. N.J. Mfg. Ins. Co., 455 A.2d 1134, 1135-36 (N.J. Super. App. Div. 1982); Marshall v. Miller, 302 N.C. 539, 546 (1981); Pennington v. Singleton, 606 S.W. 2d 682, 690 (Tex. 1980).

74) 예컨대, State ex rel. Corbin v. Tolleson, 773 P.2d 490, 503 (Ariz. App. 1989); Ashlock v. Sunwest Bank, N.A., 753 P.2d 346, 347 (N.M. 1988).

75) 예컨대, Thomas v. Sun Furniture & Appliance Co., 399 N.E.2d 567, 569-70 (1978).

배상청구를 위해서는 실제 손해의 입증이 필요하겠지만, 금지명령만을 청구하는 경우에는 피고의 행위가 기만의 능력(capacity to deceive)이 있음을 증명하는 것으로 족한 것이 일반적이다.

(3) 기만의 대상 문제

전술한 “기만의 능력” 요건과 관련하여 유의할 것은 어떤 소비자를 기준으로 기만의 능력 여부를 판단한 것인가 하는 문제이다. 초기의 연방거래위원회 심결들은 무지하거나(ignorant), 속기 쉽거나(credulous), 경솔하거나(unthinking), 가장 순진한(least sophisticated) 소비자들을 속일 수 있는 한 기만적 관행이 성립한다고 보았다.⁷⁶⁾ 다만, 일반대중 가운데 대표성이 없는 소소한(insignificant and unrepresentative) 일부를 속이는 데 불과한 경우는 기만적 관행의 성립을 부정하였다.⁷⁷⁾

연방거래위원회는 1983년의 기만행위에 관한 정책선언⁷⁸⁾에서 이러한 기만행위의 개념을 다음과 같이 수정하였다. 즉, 어떤 표시·침묵(omission) 및 관행이 기만적인 것이 되기 위해서는 문제된 상황 하에서 합리적으로 행동하는 소비자(a consumer acting reasonably in the circumstances)의 오인을 유도하는 경향이 있는 중요한(material) 표시·생략 또는 관행일 것이 요구된다고 규정하였다. 표면적으로 이러한 입장은 종전의 “속기 쉬운 소비자” 기준보다는 기만행위의 성립요건을 강화한 것으로 보인다. 그러나 동 정책선언은 문제된 행위의 대상이 된 특정 소비자 집단이 그 고유의 특성 내지 주변상황으로 인해 오인을 유도하는 행위에 취약할 경우 이에 대한 특별한 고려를 하고 있어 이러한 수정의 영향범위는 제한적이다. 먼저 아동들은 그 고유의 특성상 순진하고 취약하기 때문에 이들을 대상으로 한 광고에서는 기만적

76) Charles of the Ritz Distrib. Corp. v. FTC, 143 F.2d 676, 679 (2d Cir. 1944).

77) Heinz W. Kirchner, 63 F.T.C. 1282 (1963), aff'd, 337 F.2d 751 (9th Cir. 1964).

78) FTC Policy Statement on Deception (1983), available at <http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-decept.htm>.

경향의 판단 기준이 매우 완화되어야 한다는 것이 연방거래위원회의 입장이다.⁷⁹⁾ 또한 특정한 상황에 처한 소비자 집단이 기만적 관행에 취약한 대상이 될 수 있다. 예컨대, 최근에 주택을 잃었거나, 가족과 사별했거나, 체중증가 또는 탈모로 고통 받게 된 소비자들의 경우 보다 완화된 기만적 경향 판단기준에 의하여 보호될 수 있다.⁸⁰⁾ 설사 특정 집단이 아닌 일반 공중에 대한 전국적 광고의 경우에도 소비자의 대부분이 오도될 필요는 없고 의미 있는 소수가 오도되는 것으로 족하다고 본다.⁸¹⁾ 또한 연방거래위원회의 1983년 정책선언이 표면상 초기의 “속기 쉬운 소비자” 기준을 수정하였으나, 여러 주의 법집행당국 및 연방 및 주법원은 지금도 이러한 초기 기준의 일부를 고수하고 있음을 유의하여야 한다.⁸²⁾

Ⅲ. 미국법상 부당표시·광고의 요건

미국법상 부당표시·광고는 광의의 기만행위의 일종이기는 하지만, 그 중요성으로 인해 이에 관한 방대한 선례와 입법이 축적된 법분야이다. 이하에서는 연방거래위원회법과 랜햄법을 중심으로 부당표시·광고의 일반적인 성립요건을 살펴보고자 한다.

1. 허위이거나 오인유발적인(misleading) 진술

허위 또는 오인유발적인 진술은 명시적 또는 묵시적 주장의 형태로 이루어질 수 있다. 먼저 명시적 주장의 경우 이에 사용된 단어들의

79) Roscoe B. Starek III, The ABCs at the FTC: Marketing and Advertising to Children, Summary of Prepared Remarks of Commissioner before the Minnesota Institute of Legal Education (July 25, 1997), available at <http://www.ftc.gov/speeches/starek/minnfin.htm>.

80) Heinz V. Kirchner, 63 F.T.C. at 1290.

81) Id.

82) 예컨대, Good v. Broyhill Furniture, Inc., No. C041176, 2003 WL 21760027, at *11 (Cal. Ct. App. July 31, 2003).

문리적 의미 자체가 허위라야 한다.⁸³⁾ 명시적 진술에는 비언어적 묘사도 포함되는데, 예컨대 타인의 상품 사진을 자신의 상품 사진인 것처럼 게재한 경우가 그것이다.⁸⁴⁾ 그런데 명시적 주장의 허위성 판단에 대하여 유의할 사항들이 있다. 첫째, 표시·광고 속의 주장의 의미에 대하여 복수의 해석이 가능한 경우도 있을 수 있으며, 이 경우 그 주장의 문리적 의미는 그 표시·광고 속의 다른 주장(또는 생략된 주장)들과의 관계라는 문맥 속에서 판단되어야 한다.⁸⁵⁾ 둘째, 표시·광고에서 과장은 흔히 있을 수 있는 일이기 때문에 소비자들이 진지하게 받아들일 개연성이 있는 주장과 그렇지 않은 단순한 허풍(puffing)을 구별하여야 한다.⁸⁶⁾ 셋째, 주관적인 기호나 취향(taste)의 진술은 합리적으로 허위성 여부를 판단하기에 적합하지 않기 때문에 일반적으로 위법한 것으로 취급되지 않는다.⁸⁷⁾ 특정인의 의견(opinion)의 진술도 마찬가지로, 소위 “추천(endorsements and testimonials)”의 경우는 주의를 요한다.

연방거래위원회가 제정한 광고에 있어서의 추천의 활용에 관한 지침⁸⁸⁾은 유명인 또는 일반인에 의한 추천이 진실한 것으로 인정받기 위한 기본요건을 제시하고 있다. 첫째, 표명된 의견은 당사자의 진실한 의사여야 하며 왜곡되거나 변경이 가해진 것이어서는 안 된다. 둘째, 추천의 내용이 순수한 의견이 아닌 사실의 진술이어서는 안 된다. 셋째, 의견을 제시한 자가 누린 효용이나 혜택이 일반적인 소비자에게 해당하는 것이 아니고 일부 소비자에 국한된 것인 경우 그러한 점

83) *Castrol, Inc. v. Pennzoil Co.*, 987 F.2d 939, 941 (3d Cir. 1993).

84) *L'Aiglon Apparel, Inc. v. Lana Lobell, Inc.*, 214 F.2d 649 (3rd Cir. 1954).

85) *S. C. Johnson & Son, Inc. v. Clorox Co.*, 241 F.3d 232, 238 (2d Cir. 2001)(타일 조각 하나하나를 보기보다는 모자이크 전체를 보아야 함).

86) *Bose Corp. v. Linear Design Lbs, Inc.*, 467 F.2d 304, 310-11 (2d Cir. 1972)(“수많은 시간의 연구”로 탁월한 제품을 만들었다는 주장의 위법성 부정).

87) *Lipton v. Nature Co.*, 71 F.3d 464, 474 (2d Cir. 1995).

88) Federal Trade Commission, *Guides Concerning the Use of Endorsement and Testimonials in Advertising*, 16 C.F.R. §255.

이 명시되어야 한다. 넷째, 의견을 표명한 사람의 신뢰도에 영향을 미칠 수 있으면서 소비자들이 일반적으로 예측할 수 없는 의견 표명자와 광고자 사이의 특별한 관계가 있다면 공개되어야 한다.

다음 묵시적 주장이란 비록 표시·광고 속에 명시적으로 진술되지는 않았지만 소비자들이 이를 전체적으로 파악할 때 당해 표시·광고에 의해 전달되는 의미로 이해하게 되는 주장을 말한다.⁸⁹⁾ 묵시적 주장 중에는 그 필연적 함의(necessary implication)로 인해 거의 명시적 주장과 동시되는 것도 있다.⁹⁰⁾ 랜햄법 하에서 피고의 묵시적인 주장에 대하여 제소하고자 하는 경우라면 원고는 소비자들이 광고 등으로부터 문제된 주장을 추정(infer)할 것임을 입증하여야 하는데, 이 때 일반적으로는 소비자에 대한 설문조사의 방법이 활용된다.⁹¹⁾ 때로는 피고의 기만에 대한 고의를 입증함으로써 광고 등의 허위성에 대한 외부적 증거를 대체할 수 있는 경우도 있다.⁹²⁾

2. 침묵(omissions)

침묵도 때로는 부당표시·광고에 해당할 수 있으나, 연방거래위원회법과 랜햄법상 그 위법 요건에 다소의 차이가 있다. 먼저 연방거래위원회법의 경우 합리적인 소비자들이 표시·광고 전체로부터 허위 또는 오인유발적인 인상을 받을 경우 침묵이 기만적 관행에 해당할 수 있다. 이는 다시 두 경우로 나뉜다. 첫째, 표시·광고가 부분적 진실(half-truth)을 말하는 데 그치고 추가적인 정보가 생략되어 오인유발적인 광고가 되는 경우이다. 둘째, 광고자의 침묵 자체가 묵시적인 허위

89) Johnson & Johnson-Merck Consumer Pharm. Co. v. Rhone-Poulenc Rorer Pharm, Inc., 19 F.3d 125, 132 (3d Cir. 1994).

90) Novartis Consumer Health, Inc. v. Johnson & Johnson-Merck Consumer Pharm. Co., 290 F.3d 578, 586-87 (3d Cir. 2002).

91) 예컨대, McNeilab, Inc. v. American Home Prods. Corp., 501 F. Supp. 517, 528 (S.D.N.Y.), modified on other grounds, 501 F. Supp. 540 (S.D.N.Y. 1980).

92) Johnson & Johnson-Merck, 960 F.2d at 298-99.

의 진술을 구성하는 경우이다.⁹³⁾ 후자의 경우의 예로는, 제품이 하자가 있거나 위험한 경우와 같이 그것이 공개되지 않을 경우 합리적인 소비자가 당연히 그런 것이 없으리라고 기대하게 되는 경우를 들 수 있다.

다음 랜햄법에 의할 경우 위의 두 번째 경우와 같은 단순한 침묵만으로는 제소권이 발생하지 않으며,⁹⁴⁾ 위의 첫 번째 경우 즉, 부분적 진실의 경우에만 위법성이 인정된다. 즉, 선별적 인용도 동법 위반이 될 수 있으며,⁹⁵⁾ 부분적으로 부정확하거나 중요사실을 공개하지 않음으로써 진실하지 않게 된 진술도 위법이 될 수 있다.⁹⁶⁾ 전형적인 사례는 비교광고에서 자신의 상품의 우월성을 훼손할 약점을 숨기는 것이다.⁹⁷⁾

3. 중요성

부당표시·광고가 위법한 것이 되기 위해서는 문제된 진술이 중요한(material) 것이라야 한다. 전술한 연방거래위원회의 기만행위에 관한 정책선언에 의하면 다음과 같은 경우에는 이러한 중요성이 추정된다. 첫째, 명시적인 허위의 주장을 한 경우,⁹⁸⁾ 둘째, 소비자가 공개되지 않은 정보를 필요로 함을 알았던 경우, 셋째, 묵시적 주장을 의도한 경우, 및 넷째, 소비자에게 의미가 있다고 일반적으로 인정되고 있는 상품·용역의 목적, 효능·품질 및 성능, 건강 및 안전, 비용, 내구성, 및 보증 등의 분야에 관한 주장을 한 경우 등이 그것이다.

93) Int'l. Harvester Co., 104 F.T.C. 949, 1058 (1984).

94) Pfizer, INC. v. Miles, Inc., 868 F. Supp. 437, 449 (D. Conn. 1994).

95) Consumers Union v. General Signal Corp., 724 F.2d 1044, 1052 (2d. Cir. 1983).

96) U.S. Healthcare, Inc. v. Blue Cross of Greater Phila., 898 F.2d 914, 921 (3d. Cir.), cert. denied, 498 U.S. 816 (1990).

97) Pfizer, 868 F. Supp. at 450. 의약품의 부작용을 숨긴 사례로서 E.R. Squibb, 1990 WL, 159909, at *18.

98) Energy Four Inc. v. Dornier Med. Sys., Inc., 765 F. Supp. 724, 731 (N.D. Ga. 1991).

랜햄법 하에서는 문제된 진술이 소비자의 구매결정에 영향을 미칠 개연성이 있는 경우 그 진술의 중요한 것으로 인정된다.⁹⁹⁾ 실무상으로는 문제된 표현이 단순히 허위사실을 암시하는 데 그치지 않고 문리적으로 허위인 경우 그 중요성이 추정된다.¹⁰⁰⁾

4. 고 의

전술한 바와 같이 기만행위의 성립요건으로 기만의 고의는 요구되지 않는 것이 일반이며, 이는 기만행위의 일종인 부당표시·광고의 경우에도 동일하다. 이는 대부분의 경우 부당표시·광고에 대한 주된 구제방법이 금지명령인 바, 허위 또는 오인유발적인 표시·광고가 행해진 이상 위반행위자의 고의 여부에 관계 없이 이러한 행위는 금지되어야 한다는 논리를 반영하고 있다.¹⁰¹⁾ 다만 손해배상소송의 경우 많은 주법들이 행위자의 고의가 인정되는 경우 3배배상 및 비용의 보상 등을 인정하고 있다.¹⁰²⁾

5. 실증(substantiation)

부당표시·광고로서의 제재를 면하기 위해 그 진실성에 대한 어느 정도의 실증이 요구되는가에 관하여 연방거래위원회법과 랜햄법의 기준은 상당한 차이를 보여주고 있다. 먼저 연방거래위원회가 1983년 제정한 광고의 실증에 관한 정책선언¹⁰³⁾에 의하면, 표시·광고상에 어

99) U.S. Healthcare, Inc. v. Blue Cross of Greater Phila., 898 F.2d 914, 922 (3rd Cir.), cert. denied, 498 U.S. 816 (1990).

100) Alpo Petfoods, Inc. v. Ralston Purina Co., 720 F. Supp. 194, 213 (D.D.C. 1989), aff'd in part, rev'd in part on other grounds, 913 F.2d 958 (D.C. Cir. 1990), order modified, 1991 WL 25793 (D.D.C. 1991), aff'd in part, modified in part, rev'd in part on other grounds, 997 F.2d 949 (D.C. Cir. 1993).

101) FTC v. Algoma Lumber Col, 291 U.S. 67, 81 (1934); Parkway Banking Co. v. Freihofer Baking Col, 255 F.2d 641, 648 (3d Cir. 1958).

102) Warner-Lambert Co. v. FTC, 562 F.2d 749, 763 n.70 (D.C. Cir. 1977), cert. denied, 435 U.S. 950 (1978).

103) Federal Trade Commission, Policy Statement Regarding Advertising Substantiation

편 주장이 행해질 당시 합리적인 근거를 결하였다면 후일 문제된 주장이 진실임이 밝혀져도 부당한 표시·광고에 해당한다. 합리적인 근거를 구비하였는지 여부를 판단함에 있어서는 제품 및 주장의 유형, 실증의 비용 및 수행가능성, 당해 분야의 전문가들이 합리적이라고 간주하는 실증의 정도 등 다양한 요소들을 고려하여야 한다.¹⁰⁴⁾ 특히 건강이나 제품의 안정성 등의 민감한 문제들에 관하여는 한층 더 강화된 기준이 적용되어 당해 주장에 대한 과학적으로 신뢰할 수 있는 증거가 요구된다.¹⁰⁵⁾

이에 비해 랜햄법 하에서는 문제된 주장이 행해질 당시에는 충분한 실증이 이루어지지 않았더라도 후일 그 주장이 진실임이 판명된 경우에는 부당표시·광고에 해당하지 않는다. 즉, 단순히 실증을 결여한 사실을 광고하였다는 것만으로는 랜햄법 위반이 되지 않는 것이다.¹⁰⁶⁾ 다만 광고상의 주장이 신뢰할 만한 입증을 완전히 결여하여 전혀 근거가 없는 것으로 판단되는 경우 더 이상 허위성에 대한 증거를 요하지 않고 허위로 간주된 사례들도 있다.¹⁰⁷⁾

6. 비교 및 비방(disparagement)

경쟁자의 제품의 단점을 지적하는 광고에 있어서, 이를 과장하거나 당해 제품의 작동에 전형적으로 나타나지 않는 단점을 묘사할 경우 허위 또는 오인유발적인 광고가 될 수 있다.¹⁰⁸⁾ 그러나 연방거래위원회의 비교광고에 관한 정책선언¹⁰⁹⁾은 비교광고가 소비자에게 유용한 정보의 원천이 될 수 있다는 이유로 이러한 광고에 대하여 상당히 수

(1984), available at <http://www.ftc.gov/bcp/guides/ad3subst.htm>.

104) 예컨대, In the Matter of Pfizer, Inc., 81 F.T.C. 23 (1972).

105) In the Matter of Schering Corp., 118 F.T.C. 1030, 1127 (1994).

106) Procter & Gamble Co. v. Chesebrough-Pond's Inc., 747 F.2d 114, 119 (2d Cir. 1984).

107) 예컨대, Sandoz Pharm. Corp. v. Richardson-Vicks, Inc., 902 F.2d 222, 228 n.7.

108) S.C. Johnson & Son, Inc. v. Clorox Co., 241 F.3d 232, 241 (2d Cir. 2001)(경쟁사업자의 플라스틱 음식 저장용기 중 아주 일부에만 나타나는 누수현상을 묘사한 경우).

109) FTC Statement of Policy Regarding Comparative Advertising, 16 C.F.R. § 14, 15 (1979).

용적인 입장을 견지하면서, 비방과 관련한 각 주의 입법들이 확대 해석되는 것을 경계하고 있다. 또한 비교·비방광고라는 이유로 실증에 관하여 더욱 강화된 기준을 적용한다거나 엄격한 심사를 가하는 것도 거부하고 있다.

이처럼 연방거래위원회가 비교·비방광고에 대하여 상당히 수용적인 입장을 표명하고 있음에도 불구하고, 이러한 광고에서 단점을 지적당한 경쟁사업자들은 랜햄법에 의하여 법원에 소송을 제기하거나, 연방거래위원회에 사건을 접수하거나, 각주의 불공정·기만적관행 관련 입법에 따라 주 법원에 제소하거나, 각종 민간자율규제기구에 호소하는 등 관련 분쟁이 그치지 않고 있다.¹¹⁰⁾ 따라서 광고자들은 비교 광고에 있어 진실한 주장과 실증으로 뒷받침된 주장들만을 포함시키도록 특별한 주의를 기울일 것이 권고되고 있다.¹¹¹⁾

7. 손해(injury)

랜햄법 하에서 원고가 금지명령을 청구할 경우 문제된 광고 등의 허위성 또는 오인유발성으로 인해 일정한 손해를 입을 개연성이 있음을 입증하여야 한다.¹¹²⁾ 그러나 전술한 바와 같이 손해배상의 청구를 위해서는 실제 손해의 발생을 입증하여야 한다. 한편 원고의 상품이 언급된 비교광고가 허위로 판명된 경우 피고의 피해는 추정된다.¹¹³⁾

IV. 시사점

현행 표시·광고의공정화에관한법률 제3조 제1항은 부당한 표시·광고행위를 (i) 허위·과장의 표시·광고, (ii) 기만적인 표시·광고,

110) 예컨대, Pharmacia Corp. v. GlaxoSmithKline Consumer Healthcare L.P.I., 292 F. Supp. 2d 594 (D.N.J. 2003).

111) ABA Section of Antitrust Law, Consumer Protection Handbook at 23.

112) Johnson & Johnson v. Carter-Wallace Inc., 631 F.2d 186, 190-91 (2d Cir. 1980).

113) Novartis Consumer Health, Inc. v. Johnson & Johnson-Merck Consumer Pharm Co., 129 F. Supp. 2d 351, 367 (D.N.J. 2000), aff'd, 290 F.3d 578, 586-87 (3d Cir. 2002).

(iii) 부당하게 비교하는 표시·광고, 및 (iv) 비방적인 표시·광고로 분류하고, 그 시행령 제3조 제1항 내지 제4항에서 각 유형에 대한 보다 상세한 정의를 규정하고 있다. 그러나 이러한 행위유형의 구분이 충분한 이론적 근거에 기초하여 있는지는 의문이고, 실제 심결례에서도 각 행위유형 간의 경계가 모호하거나 위 행위유형에 관한 각 조항들의 적용에 중복 내지 혼선이 발견되곤 한다.

예컨대, 동 시행령 제3조 제2항은 기만적인 표시·광고는 “사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법으로 표시·광고하는 것”이라 규정하고 있는데, 이는 동조 제1항의 허위·과장 표시·광고와 대조되는 행위유형으로서 개념정의한 것으로 보인다. 그러나 과장, 은폐, 축소, 비교, 비방 등은 궁극적으로는 소비자를 기만하는 방법상의 차이에 불과한 것이고, 이들 네 유형을 포괄하는 공통의 개념요소는 위의 미국 법에 대한 고찰에서 알 수 있는 바와 같이 그 허위 내지 기만성에 있지 않나 여겨진다. 따라서 지엽적인 방법상의 차이를 기준으로 행위유형을 분류하고 있는 현행법의 입법방식은 기만성이라는 부당광고의 본질적인 요소에 초점을 맞추는 방식으로 재검토되어야 하지 않은가 생각된다.

이 경우 표시·광고의 허위 내지 기만성을 판정하기 위한 실질적인 기준을 정립하여야 한다는 어려운 과제가 대두되지만, 이는 불가피한 일이라 여겨진다. 이미 기만성의 실질적 판정기준을 입법화하기 위한 선행연구가 이루어진 바 있으므로,¹¹⁴⁾ 이러한 연구성과들을 바탕으로 부당표시·광고의 실질적인 판정기준에 입각한 개념정의 및 행위유형 분류를 입법화하기 위한 작업이 시급히 요구된다 할 것이다. 이러한 법개정작업의 기초 위에서 기만의 구체적인 방법이나 대상에 따라 구분되는 세부적인 기만성의 체계적인 판정기준들이 도출하기 위한 노

114) 예컨대, 한국경제법학회, 기만 표시·광고 규제에 대한 제도개선 방안 연구, 2009, 116쪽.

력들이 좀 더 원활하게 이루어질 수 있지 않을까 여겨진다.

제2절 일본¹¹⁵⁾

I. 들어가며

표시는 상품의 품질, 재질, 원산지 등에 관해 직접적이고 객관적 사실을 전달하는 의미를 갖는다.¹¹⁶⁾ 이에 대하여 광고는 어떻게 자신의 상품·서비스를 인지시키고 소비자가 소비욕구를 느끼게 할 것인가 하는 이른바 판매촉진 활동 또는 마케팅의 수단을 의미한다. 이와 같이 표시와 광고는 양자가 서로 구별된다. 그러나 상품의 표시에서 이미 공급자는 상품의 우수성을 강조해 판매고를 높이려는 내용을 담음으로써 실제 표시와 광고의 일체화 현상이 두드러지게 된다.¹¹⁷⁾ 광고에 있어서는 무엇보다 최근, 유효기한의 정정이나 원산지 위장문제 등 「광고의 방법, 표시의 존재방식」에 대해서 법률이 관여하는 경우가 많아지고 있다(일부의 사례에서는 형사사건으로까지 발전하는 경우도 있다).

우리나라의 표시·광고의 공정화에 관한 법률에 대응하는 부분을 찾아서, 일본의 표시·광고에 관한 법률을 개관하고 일본의 표시·광고규제에 관한 일반법이라고 할 수 있는 부당경품류 및 부당표시방지법(不当景品類及び不当表示防止法)(이하 경품표시법)과 사적 독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律)(이하 독점금지법)상의 표시·광고 규제에 대한 내용에 대하여 고찰해 보고자 한다.

115) 이하 대부분에서 손영화, 앞의 글 60쪽, 63~71쪽, 80~87쪽을 전재하였음. 72~75쪽과 88~92쪽은 일부 발췌함.

116) 김상중, 전개 워크숍 논문, 45쪽.

117) 정준우, 앞의 글 7쪽.

II. 일본의 표시·광고 공정화 규제 개관

표시· 광고 대상의 분류	독점금지법 (사업자 +소비자)	사업자·소비자를 불문하고, 광고·표시 규제의 이른바 총본산과 같은 평가의 법률이다. 구체적으로 다음의 조항이 문제가 된다. ▼ 부당한 고객유인 행위의 금지(2조 9항 6호) ▼ 기만적 고객유인 행위의 금지(일반지정 8항) ▼ 부당한 이익에 의한 고객유인의 금지(일반지정 9항)
	경품표시법 (소비자)	광고·표시를 소비자에게 하는 경우 반드시 대처해 두어야 하는 법률이다. 구체적으로는 다음과 같은 조항이 문제가 된다. ▼ 품질 등의 우량오인 표시의 금지(4조 1항 1호) ▼ 거래조건 등의 유리오인 표시의 금지(4조 1항 2호) ▼ 지정제에 의한 표시규제(원산국 고시, 미끼광고 등) ▼ 부당한 가격표시지침, 비교광고지침
취급상 품의 분류	식품	식품위생법, 건강증진법, 농림물자규격법(JAS법)
	술	주세법
	의약품·화장품(이른바 건강식품 포함)	약사법
	섬유, 합성수지, 전기기구, 잡화	가정용품품질표시법

	금융상품	금융상품거래법
	부동산	택지건물거래업법
	여행	여행업법
거래 형태에 의한 분류	· 통신 판매 · 특정 계속적 역무제공 (에스테틱 · 영어회화 교실 등)	특정상거래법
	소비자 신용거래 (크레디트, 분할지급)	할부판매법
업계 단체에 의한 자주 규제	경품표시법	경품표시법 11조에 근거하는 공정경쟁규약(69업종) (참고 : 사단법인 전국구성거래협의회 연합회에서 업종을 확인)
	업계 단체가 임의로 정한 가이드 라인	각 업계 단체가 정하고 있다. 덧붙여 광고를 출고함에 있어서 매체마다 자주규 제가 있다(신문, 잡지, 텔레비전).
	지방 공공단체	① 각 도도부현에서 제정되고 있는, 이른바 「소비 생활조례」에 있는 부당 광고 표시의 규제조항

		② 경품표시법에 근거하는 지방공공단체에 의한 지시 등
--	--	-------------------------------

※ 1) 2009년의 개정에 의해 일반지정 중 「공동의 거래거절」, 「차별대가」, 「부당염가판매」, 「재판매가격의 구속」, 「우월적 지위의 남용」이 법률상 명문화되어 있다. 따라서 독점금지법 제2조 제9항 제6호가 공정거래 위원회에 의한 일반지정의 근거 조문이 된다. 또한, 일반지정도 「16」항목으로부터 「15」항목으로 변경되어 있다.

Ⅲ. 경품표시법상의 표시·광고규제

1. 경품표시법의 개요

경품표시법(1962년 법률 제134호)은 독점금지법의 특례법으로서 제정되었다. 소비자가라면 누구나가 보다 좋은 상품이나 서비스를 요구한다. 그런데 실제 보다 좋게 가장하는 표시를 하거나 과대한 경품판매를 하면 그것에 끌려 소비자가 실제로는 질이 좋지 않는 상품이나 서비스를 구매하여 버릴 우려가 있다. 경품표시법은 상품이나 서비스의 품질, 내용, 가격 등을 속이고 표시를 하는 것을 엄격하게 규제함과 동시에 과대한 경품류의 제공을 막기 위해서 경품류의 최고금액을 제한하고 있다.¹¹⁸⁾

경품표시법상 ‘경품류’란 고객을 유인하는 수단으로서 사업자가 자기의 공급하는 상품·서비스의 거래에 부수하여 제공하는 물품, 금전 등(가격인하, 애프터 서비스 등을 제외한다)을 말한다. 퀴즈나 추첨에 의 응모, 상가 등에서의 제비뽑기 등에 의해서 제공되는 것 외에 상

118) 경품표시법은 ① 과대한 경품판매를 규제하는 경품규제, ② 소비자의 상품 선택에 필요한 표시의 의무 부여와 허위·과대한 부당표시를 금지(신문, 잡지 그 외의 출판물 등의 광고도 대상)하는 표시규제, ③ 업계의 자주규제로서 공정경쟁규약제도를 그 중심축으로 하고 있다.

품에 더 주는 “덤”이나 점포를 찾는 모든 자에게 주는 선물 등도 기본적으로는 해당된다. 그리고 예를 들면 “덤”이면 상품 가격의 10분의 2 이내(상품 가격이 1,000엔 미만의 경우에는 200엔 이내)¹¹⁹⁾와 같이 「경품류」의 최고금액이나 총액 등을 제한하고 있다. 경품표시법상 「표시」란 고객을 유인하기 위한 수단으로서 사업자가 자기의 공급하는 상품·서비스의 내용(품질 등)이나 거래조건(가격 등)에 대해 행하는 광고·표시를 말한다.¹²⁰⁾ 상품 본체에 의한 표시(용기·포장을 포함한다), 매장에서 표시, 또 광고지·신문·잡지·TV·인터넷 등에 의한 광고 등이 해당된다.¹²¹⁾ 경품표시법은 여러 가지 표시매체에 의해서 일반소비자에 대해서 이루어지는 상품·서비스에 관한 표시에 폭넓게 적용된다.¹²²⁾ 실제의 상품이나 경합 타사의 상품에 비하여 내용이 현저하

119) 2007년 3월 개정에 의하여 이와 같이 되었다. 종래에는 즉, 1977년부터는 현상에 의하지 않는 경품류의 제공(總付け景品)을 거래가격의 10분의 1의 금액(1000엔 미만의 경우는 100엔)으로 하고 있었다. 또한, 1977년 3월에 공정거래위원회는 「잡지업에 있어서의 경품류의 제공에 관한 사항의 제한(『雑誌業における景品類の提供に関する事項の制限』)」「잡지업 경품제한고시」1992년 전부 변경.1996년 일부 변경) 고시를 정하여 잡지에 모집의 내용을 게재하여 현상에 의해 경품을 제공하는 경우에는 최고 금액을 3만엔으로 하였다.

120) 경품표시법 제2조 제4항에서는 「고객을 유인하기 위한 수단으로서 사업자가 자기의 공급하는 상품 또는 서비스의 내용 또는 거래조건 그 외 이러한 거래에 관한 사항에 대해 행하는 광고 그 외의 표시로서 내각총리대신이 지정하는 것」이라고 규정되고 있다.

121) 「부당 경품류 및 부당 표시 방지법 제2조의 규정에 의해 경품류 및 표시를 지정하는 건(不当景品類及び不当表示防止法第二条の規定により景品類及び表示を指定する件)」이라고 하는 고시에 의하면 ① 상품, 용기 또는 포장에 의한 광고 그 외의 표시 및 이것들에 첨부한 것에 의한 광고 그 외의 표시, ② 견본, 광고지, 팜플렛, 설명서면 그 외 이것들에 유사한 것에 의한 광고 그 외의 표시(다이렉트 메일, 팩스 등에 의하는 것을 포함한다.) 및 구두에 의한 광고 그 외의 표시(전화에 의하는 것을 포함한다.), ③ 포스터, 간판(플랜카드 및 건물 또는 전철, 자동차 등에 기재된 것을 포함한다.), 네온·싸인, 애드벌룬, 그 외 이것들에 유사한 것에 의한 광고 및 진열물 또는 실연에 의한 광고, ④ 신문지, 잡지 그 외의 출판물, 방송(유선전기통신설비 또는 확성기에 의한 방송을 포함한다.), 영사, 연극 또는 전광에 의한 광고, ⑤ 정보처리의 용으로 제공하는 기기에 의한 광고 그 외의 표시(인터넷, PC통신 등에 의하는 것을 포함한다.)라고 정해져 있다. 현시점에서 생각할 수 있는 광고 수단은 모두 그 대상이 되는 것으로서 되어 있다.

122) 昭和 37年 6月 30日 公正取引委員会 告示 第3号; 公正取引委員会, “不当景品類

고 우량하다고 나타내는 「표시」(이것을 「우량오인표시」라고 한다)나 거래조건이 현저하고 유리하다고 소비자에게 오인되는 「표시」(이것을 「유리오인표시」라고 한다)등이 금지되고 있다.

2. 경품표시법상의 규제방안

(1) 부당한 표시의 규제

상품·서비스의 품질이나 가격에 대한 정보는 소비자가 상품·서비스를 선택할 때의 중요한 판단 재료이며 소비자에게 올바르게 전해질 필요가 있다. 그런데 상품·서비스의 품질이나 가격에 대해서 실제보다 현저하게 우량 또는 유리하다고 가장하는 표시를 하면 소비자의 적정한 상품선택을 방해할 수 있게 된다. 이 때문에 경품표시법에서는 소비자에게 오인되는 부당한 표시를 금지하고 있다.

1) 우량오인표시

경품표시법 제4조 제1항 제1호는 사업자가 자기가 공급하는 상품·서비스의 거래에서 그 품질, 규격 그 외의 내용에 대해서 일반소비자에 대하여 ① 실제의 것보다 현저하고 우량하다고 나타내 보이는 것, ② 사실과 달리 경쟁 관계에 있는 사업자와 관련되는 것보다 현저하고 우량하다고 나타내 보이는 것에 대하여 부당하게 고객을 유인하고, 일반소비자에 의한 자주적이고 합리적인 선택을 저해할 우려가 있다고 인정되는 표시를 금지하고 있다(우량오인표시의 금지).

구체적으로는 상품·서비스의 품질을 실제보다 우수하다고 속여 선전하거나 경쟁업자가 판매하는 상품·서비스보다 특별히 우수한 것이 아닌데, 마치 우수한 것 같이 속여 선전하는 행위가 우량오인 표시에

及び不当表示防止法第4条第2項の運用指針-不実証広告規制に関する指針-”, 2003. 10. 28, 1面. 한편 경품표시법은 2009년의 개정에 의해 종래 공정거래위원회가 소관하고 있던 표시규제의 취급을 소비자청으로 이관하기에 이르렀다.

해당한다. 고의로 속여 표시하는 경우뿐만이 아니라, 잘못하여 표시해 버렸을 경우에도 우량오인표시에 해당하는 경우는 경품표시법에 의해 규제된다.¹²³⁾¹²⁴⁾

우량오인표시를 효과적으로 규제하기 위해 소비자청장관은 우량오인표시에 해당하는지 아닌지를 판단할 필요가 있는 경우에는 기간을 정하여 사업자에게 표시의 증명이 되는 합리적인 근거를 나타내는 자료의 제출을 요구할 수 있다. 사업자가 요구된 자료를 기간내에 제출하지 않는 경우나 제출된 자료가 표시의 증명이 되는 합리적인 근거를 나타내는 것으로 인정받지 못하는 경우에는 해당 표시는 부당표시(우량오인표시)로 간주되게 된다(경품표시법 제4조 제2항)(부실증광고 규제).¹²⁵⁾

부실광고규제에 관한 지침에 의하면 우량오인표시의 요건인 「현저히 우량하다고 나타내는」 표시에 해당하는가의 여부는 「업계의 관행

123) 일본 소비자청에서 부실증광고규제의 적용대상이 되는 것으로 다음과 같은 것을 예시하고 있다. ① 다이어트 식품의 경우 이용자의 체험담이나 앙케이트를 이용하고, 식사 제한을 하는 일 없이 살이 바질 수 있는 것 같이 표시하고 있었지만 실제로는 이것들은 날조되었던 것이기 때문에 효과, 성능의 실증 데이터도 근거가 없는 것이었다. ② 해충 구제기의 경우 초음파나 전자파에 의해서 바퀴벌레나 쥐를 집으로부터 내쫓는다고 표시했지만 실제로는 그러한 구제 효과는 인정되지 않고, 표시의 근거가 되는 데이터도 존재하지 않았다(消費者庁, “不実証広告規制の適用対象となり得る効果,性能に関する表示の具体例”) <<http://www.caa.go.jp/representation/keihyo/hujisyo.html>>.

124) 우량오인표시의 구체적인 예로서는 다음과 같은 것을 들 수 있다(上吉原宏, “製品デザインに関する知的財産と広告”, 20面). <<http://www9.ocn.ne.jp/~k-patent/seihinndezaainn.pdf>>.

【구체적인 예 1】 후생노동성 인가식품을 포함하고 있는 가공품에 「후생노동성 인가식품첨가물 사용」이라고 표기하는 것은 문언상은 잘못되어 있지 않기는 하지만 수요자가 보면 그 가공품 자체가 후생노동성의 인가를 받은 식품이며 우량한 것이라고 오인한다고 생각할 수 있다.

【구체적인 예 2】 「00상을 수상」 등이라고 표시하고 있지만 그 상을 받은 콩쿨 등의 권위나 가치가 의심스러운 그러한 경우.

【구체적인 예 3】 「일본 제일」, 「세계 최초」, 「업계 톱」 등의 형용사를 사용해 강조 표시하고 있지만 객관적 근거가 의심스러운 그러한 경우.

125) 부실증광고규제(不実証広告規制)는 2003년의 경품표시법 개정에 의하여 도입된 제도이다.

및 표시를 하는 사업자의 인식에 의해 판단하는 것이 아니고, 표시를 받게 되는 일반소비자에게 현저히 우량하다고 인식되는가의 여부의 관점에서 판단된다」고 하고, 부실증광고규제에서 표시의 증명이 되는 합리적인 근거를 나타내는 것으로 인정되기 위해서는 ① 자료제출이 객관적으로 실증된 것일 것(시험·조사에 의하여 얻어진 결과 또는 전문가, 전문가단체 혹은 전문기관의 견해 또는 학술문헌) 및 ② 표시된 효과, 성능과 제출 자료에 의하여 실증된 내용이 적절하게 대응하고 있을 것의 2가지 점을 충족할 필요가 있다고 하고 있다.¹²⁶⁾ 또한 일본에서 법원이 부실증광고제도에 대하여 최초로 판단을 내린 사건인 카쿠다시사건에서 동경고등법원은 다음과 같이 판단하고 있다. 「본건 각 자료가 본건 표시의 증명이 되는 합리적인 근거를 나타내는 것인가의 여부는 본건 각 자료가 본건 상품을 사용하는 것에 의해 상기 각 효과를 얻을 수 있다는 것을 객관적으로 실증하는 것인가의 여부에 의하여 판단되어야 할」 것이라고 판시하고 있다.¹²⁷⁾ 동경고등법원의 판례는 부실광고규제에 관한 지침상의 기준을 실질적으로 인정한 것이라고 평가되고 있다.¹²⁸⁾

한편, 경품표시법 제4조 제2항의 규정에 근거하여 소비자청장관이 표시의 증명이 되는 합리적인 근거를 나타내는 자료의 제출을 요구하는 경우 문서를 교부받은 날로부터 15일을 경과하는 날까지 자료를 제출하지 않으면 안 된다.¹²⁹⁾ 주의하여야 하는 것은 15일이 경과하여 자료를 제출하는 경우에는 이러한 자료는 우량오인표시를 부정하기 위한

126) 公正取引委員会, “不当景品類及び不当表示防止法第4条第2項の運用指針-不実証広告規制に関する指針-”, 5面.

127) カクダイ事件-東京高裁, 平成 22年 7月 16日 判決.

128) 東京青山・青木・狛法律事務所, “景品表示法上の不実証広告規制に関して近時の先例が示唆する留意点”, 『Client Alert』 May 2011, <http://www.taalo-bakernet.com/j/news_letters/pdf/2011/ClientAlert_20110401Tokyo_Antitrust_keihin_J.pdf>.

129) 不当景品類及び不当表示防止法第四条第二項の規定による資料の提出要求の手続に関する内閣府令(平成二十一年八月二十八日 内閣府令 第五十一号), 제2조.

증명자료가 되지 않는다는 것이다. 이는 곧 표시를 하는 사업자가 당해 표시의 증명이 되는 합리적인 근거를 나타내는 자료를 사전에 가진 후에 표시행위를 하여야 할 것을 의미하는 것이라고 할 것이다.¹³⁰⁾

2) 유리오인표시

경품표시법 제4조 제1항 제2호는 사업자가 자기의 공급하는 상품·서비스의 거래에서 가격 그 외의 거래조건에 대해서 일반소비자에 대하여 ① 실제의 것보다 현저하게 거래의 상대방에게 현저히 유리하다고 일반소비자에 오인되는 것,¹³¹⁾ ② 경쟁사업자와 관련되는 것보다 거래의 상대방에게 현저하게 유리하다고 일반소비자에 오인되는 것¹³²⁾으로서 부당하게 고객을 유인하고, 일반소비자에 의한 자주적이고 한편 합리적인 선택을 저해할 우려가 있다고 인정되는 표시를 금지하고 있다(유리오인표시의 금지).

구체적으로는 상품·서비스의 거래조건에서 실제보다 유리하다고 속여 선전하거나 경쟁업자가 판매하는 상품·서비스보다 특히 싼 것도 아닌데 마치 현저하게 싼 것처럼 속여 선전하는 행위가 유리오인표시에 해당한다. 고의로 속여 표시하는 경우뿐만이 아니라, 잘못하여 표시해 버렸을 경우에도 유리오인표시에 해당하는 경우에는 경품표시법에 의해 규제되게 된다. 예를 들면, ① 광고지에서 「통상 가격 3000엔을 1500엔」이라고 표시하고 있었지만 과거에 3000엔으로 판매했던 적이 없었던 경우(이중가격표시),¹³³⁾ ② 통신판매 상품으로 「회원이 되면 유익」이라고 표시하고 있었지만 5개 이상 구입의 경우라고 하는 조건을

130) オーシロ事件-東京高裁, 平成 22年 10月 29日 判決.

131) 당선자 100명에게만 저렴한 요금으로 계약할 수 있다는 취지를 표시하고 있었지만 실제로는 응모자 전원을 당선시켜 전원에게 동일한 요금으로 계약시키고 있는 경우 등이 이에 해당한다.

132) 「타사 상품의 2배의 내용량입니다」라고 표시하고 있었지만 실제로는 타사와 동일한 정도의 내용량에 지나지 않은 경우 등이 이에 해당한다.

133) 이중가격표시에 대하여는 항을 나누어 상세히 살펴본다.

표시하지 않은 경우, ③ 외화예금으로 「대형이자」라고 표시하고 있었지만 수수료가 드는 것을 표시하지 않은 경우 등이 이에 해당한다.

사업자가 유리오인표시를 하고 있다고 인정되었을 경우에는 소비자청은 해당 사업자에 대해 조치명령 등의 조치를 취하게 된다.¹³⁴⁾

3) 그 외의 부당표시

그 외의 부당표시로서 상품 또는 서비스의 거래에 관한 사항에 대해 일반소비자에게 오인시킨다고 하여 내각총리대신이 지정하는 표시가 있다(경품표시법 제1항 제 3호). 현재 지정되어 있는 것으로서는 ① 무과즙의 청량 음료수 등에 대한 표시,¹³⁵⁾ ② 상품의 원산국에 관한 부당한 표시,¹³⁶⁾ ③ 소비자 신용의 용자 비용에 관한 부당한 표시,¹³⁷⁾ ④ 부동산의 미끼광고에 관한 표시,¹³⁸⁾ ⑤ 미끼광고에 관한 표시,¹³⁹⁾

134) 소비자청은 소비자로부터 신고 등을 받고, 부당한 표시나 과대한 경품류의 우려가 있을 때는 조사를 한다. 사업자에게는 변명, 자료제출 등의 기회가 주어진다. 위반이 있는 경우에는 「조치명령」(2009년 8월 이전에는 「배제명령」), 위반은 없지만 위반의 우려가 있는 경우에는 「경고」, 위반으로 연결될 우려가 있는 경우에는 「주의」의 조치가 취하여진다. 즉, 일반적으로부터의 신고·직권에 의한 탐지→조사→변명의 기회의 부여→조치 명령·경고·주의→(불복 신청·소송)→확정 등의 순으로 소비자청의 행정조치가 이루어지게 된다.

135) 과즙이나 과육이 들어가 있지 않은 청량 음료수(우유음료류, 아이스크림 등도 포함한다)에 다음과 같은 표시를 하는 경우 「무과즙」인 것을 명료하게 기재할 필요가 있다.

무과즙의 청량 음료수등에 관한 표시 ① 과실명을 이용한 상품명, ② 과실의 그림, 사진, 도안, ③ 과즙·과육과 닮은 색, 향기나 맛에 가공제인 취지의 표시.

136) 상품에 대해서 다음과 같은 표시를 실시하는 경우 원산국을 명료하게 기재할 필요가 있다. ① 원산국 이외의 국명, 지명, 국기 등, ② 원산국 이외의 나라의 사업자, 디자이너명 등, ③ 문자표시의 전부 또는 주요 부분을 원산국 이외의 문자로 표시.

137) 금전의 대출이나 론의 이율에 관해서 다음과 같은 표시를 실시하는 경우 실질 연리를 명료하게 기재할 필요가 있다. ① 단리(add on) 방식, 일보, 월리에 의한 이율의 표시, ② 용자비용의 액수의 표시, ③ 변제 사례에 의한 용자비용의 표시, ④ 용자비용의 일부에 대하여 연 단위에 의한(年建てによる) 이율의 표시.

138) 부동산의 거래에서 소비자를 유인하는 수단으로서 다음과 같은 물건을 표시하여서는 안 된다. ① 실재하지 않기 때문에 거래할 수 없는 부동산, ② 실재하지만 거래의 대상이 될 수 없는 부동산, ③ 실재하지만 거래할 의사가 없는 부동산.

139) 광고대로 거래를 실시할 수 없는 경우가 있음에도 불구하고 소비자를 유인하기

⑥ 유료 양로원 등에 관한 부당한 표시¹⁴⁰⁾가 있다.

4) 이중가격표시

이중가격표시란 자신의 판매가격과 그것보다 높은 가격의 2개의 가격표시를 병기하여 가격이 싼 것을 어필하는 광고 방법이다. 소비자에게 있어서는 매력적인데 예를 들어, 다음과 같이 내용이 부적절한 경우에는 규제의 대상이 된다.¹⁴¹⁾

- ① 품질의 차이를 명기하지 않고, 단지 가격만을 병기하여 표시하고 있는 경우이다.
- ② 통상가격과 세일가격의 병기이다.
- ③ (발매기념 특가 등) 장래의 가격과 비교하는 광고로 장래 그 가격으로 판매하는 것이 확실하지 않은 경우이다.

이중가격표시를 할 때 동일하지 않은 상품의 가격과의 이중가격표시를 하는 경우에는 판매가격과 비교대조가격과의 가격차에 대해서는 상품의 품질 등의 차이도 반영되어 있기 때문에 이중가격표시로 나타

위해서 다음과 같은 표시를 해서는 안 된다. ① 실제로는 거래를 할 수 없는 상품·서비스에 대한 표시, ② 상품·서비스의 제공기간이나 공급수가 한정되어 있음에도 불구하고 그 취지를 명시하지 않는 표시, ③ 실제로는 거래할 의사가 없는 상품·서비스에 대한 표시.

140) 유료 양로원의 시설·설비, 서비스에 대해서 예를 들면 다음과 같은 경우에는 그 취지를 명료하게 기재할 필요가 있다. ① 자기 소유가 아닌 토지·건물의 표시에서 자기 소유가 아닌 취지, ② 시설·설비의 표시에서 해당 집을 설치하지 않은 경우 이용할 때 마다 비용이 필요한 경우에는 그 취지, ③ 시설·설비의 표시에서 그 용도에 전용으로 사용되지 않은 경우는 그 취지, ④ 방(居室)의 표시는, 동숙인의 교체가 있는 경우에는 그 취지, ⑤ 의료기관과의 협력 관계의 표시를 할 때에는 그 구체적인 협력관계, ⑥ 개호서비스의 내용의 표시에 있어서 해당 집이 개호서비스를 제공하지 않는 경우는 그 취지, ⑦ 개호보험법의 보험금부의 대상이 되지 않는 개호서비스의 표시에 대해서는 해당 서비스의 내용 및 비용, ⑧ 개호 직원의 수의 표시에 대해서는 상근 환산 방법에 의한 개호 직원의 수, 야간에 최소의 개호 직원의 수 등, ⑨ 관리비 등의 비용을 표시할 때에는 해당 비용의 내역.

141) 磯井 美葉, “広告に対する規制”, 『アグリビジネス 経営塾』 No. 194(2004. 4), 1面.

난 가격차만을 가지고 판매가격이 싸다는 평가를 하는 것은 어렵고, 일반소비자에게 판매가격이 싸다는 오인을 주어 부당표시에 해당할 우려가 있다.¹⁴²⁾

이중가격표시에서 상품의 동일성이 중요하다. 상품의 동일성은 종 목, 품질, 규격 등에서 보아 동일로 보여지는지의 여부에 의하여 판단 된다.

(2) 부당한 비교광고

자기의 공급하는 상품 또는 서비스(이하 「상품 등」이라고 한다)에 대해서 이것과 경쟁 관계에 있는 특정한 상품 등을 비교대상 상품 등으로 나타내 보여(암시적으로 나타내 보이는 경우를 포함한다), 상품 등의 내용 또는 거래조건에 관해서 객관적으로 측정 또는 평가하는 것에 의해서 비교하는 광고를 말한다. 이외의 형태에 의해 비교하는 광고에 대해서는 개개의 사례마다 다음 사항의 취지를 참작하고, 경품 표시법상의 적부를 판단하는 것으로 한다.¹⁴³⁾ 1986년에 일본 공정거래 위원회에서 일반적으로 말하는 「비교광고 가이드라인」¹⁴⁴⁾이 발표되었다.¹⁴⁵⁾ 이 가이드라인에서 경품표시법상 비교광고는 금지되지 않는 것이 확인되고(동 가이드라인 (1) 아),¹⁴⁶⁾ 내용이 객관적으로 실증되고 있

142) 不当な価格表示についての景品表示法上の考え方(平成 12年 6月 30日 公正取引委員会)(改定 平成 14年 12月 5日 公正取引委員会)(改定 平成 18年 1月 4日 公正取引委員会), 第4 1. (1) ア, 5面.

143) 社団法人 衛星放送協会, 『広告放送のガイドライン2009』, 社団法人 衛星放送協会, 2009. 7. 52面.

144) 公正取引委員会, 比較広告に関する景品表示法上の考え方, 昭和 62年 4月 21日.

145) 1971년 닛산 “씨니 1200”의 TVCM에 의한 「옆의 차가 작게 보입니다」 캠페인에 있어서 도요타카 롤러를 대상으로 한 광고와 같이 타사와의 비교는 옛부터 행해지고는 있었다. 그러나 일본에 있어서는 비방의 우려가 있는 것부터 구체적인 상대명을 지명하는 행위는 기피 되고 있었다. 2009년에는 토요타의 프리우스의 카탈로그나 신형 발표회의 촌극에서 혼다의 인사이트(구체적인 차명은 게재하고 있지 않지만 당시 비교 대상이 되는 시판 하이브리드 차는 그 밖에 없었기 때문에 곧바로 안다)와의 우위성을 강조한 것이 화제가 되었다.

146) 경품표시법 제4조는 자기의 공급하는 상품의 내용이나 거래조건에 대해서 경쟁

는 것과 그 사실을 정확하고 적정하게 나타내 보이는 것이 추구되게 되고, 이에 따라 일부의 업종에서 비교 광고를 하게 되었다.¹⁴⁷⁾

비교광고가 부당표시가 되지 않게 하기 위해서는 일반소비자에게 이러한 오인을 불러일으키지 않게 할 필요가 있다. 비교광고가 부당표시가 되지 않기 위해서는 다음 3가지의 요건을 모두 충족할 필요가 있다.

- ① 광고의 내용이 객관적으로 실증되어 있는 것이어야 한다.
- ② 실증되고 있는 수치나 사실을 정확하게, 적정하게 인용하고 있는 것이어야 한다.
- ③ 비교의 방법이 공정한 것이어야 한다.

3. 공정경쟁규약

각 업계의 사업자 또는 사업자 단체가 과도한 광고표시, 과도한 경쟁품제공을 방지하고, 이러한 활동을 적정하게 실시하기 위해서 정한 자주규제의 틀로서 경품표시법 제12조의 규정에 근거한 「공정경쟁규약」이 있다. 각각의 사업자 단체가 스스로의 업계에 대하여 소비자청 장관 및 공정거래위원회의 인정을 받아 정할 수 있기 때문에 상품 특성 등을 고려하고 소비자에게 도움이 되는 필요표시사항, 구체적인 표시기준, 특정 용어의 사용법 등을 규제하는 내용이 되고 있다.¹⁴⁸⁾

사업자의 것보다 현저하게 우량 또는 유리하다고 일반소비자에게 오인시키는 표시를 부당표시로서 금지하고 있지만, 경쟁사업자의 상품과 비교 그 자체에 대해 금지하고 제한하는 것은 아니다.

147) 새로운 디자인을 발표하는 경우 자사제품의 우위성을 어필하기 위해서 타사와의 비교광고나 과대광고에 의한 「부당경품류 및 부당표시방지법의 문제」뿐만 아니라 의장의 신규성을 상실한다고 하는 「의장법상의 문제」, 저작물을 공히 공시하는 경우의 저작권이나 저작자 인격권의 「저작권법상의 문제」 그리고 오인야기행위나 신용훼손행위에 의한 「부정경쟁방지법의 문제」등이 발생한다(上吉原宏, 2面).

148) 경품류에 관한 공정경쟁규약의 경우 실제로는 해당 업종에 속하는 대부분의 사업자가 경품판매의 자주규제를 정하고 이것이 공정거래위원회에 의해 공정경쟁규약으로서 인정될 때에 아울러 업종별 경품제한고시가 이루어지고 있는 것이 많다.

공정경쟁규약 중 가장 많은 것은 식품에 관한 것인데, 화학제품에 관계가 깊은 것으로는 「화장품」, 「화장비누」, 「가정용 합성세제 및 가정용 비누」, 「치약류」, 「방충제」에 대해 정해져 있다. 예를 들면, 「가정용 합성세제 및 가정용 비누의 표시에 관한 공정경쟁규약(家庭用合成洗劑及び家庭用石けんの表示に関する公正競争規約)」에서는 「제균(除菌)」이라고 표시하는 경우에 대해서 충족시켜야 할 제균기준, 표시해야 할 사항, 해서는 안 되는 표시 등이 정해져 있다.¹⁴⁹⁾ 방충제에서는 사용목적, 성분, 용도, 사용상의 주의, 보존방법 등의 표시를 의무부여하고 있다.¹⁵⁰⁾ 부동산 광고에서는 도보에 의한 소요시간은 80m에 대해 1분으로 산정하고 있다.¹⁵¹⁾ 공정경쟁규약에 참가하고 있지 않는 사업자에 대한 강제력은 없지만 참가 사업자가 공정경쟁규약에 위반한 경우에는 각 공정경쟁규약을 운용하는 공정거래협의회에 의한 조치를 강구할 수 있다.¹⁵²⁾ 또, 참가사업자의 상품으로 공정경쟁규약에 따라 적정한 표시를 하고 있으면 공정거래협의회가 인정한 것에 표시되는 「공정마크」나 참가 사업자의 매장에 표시되는 「회원증」도 있어서 소비자가 상품 등을 선택할 때의 기준으로 이용할 수 있다.

2004년 7월 1일 현재, 공정경쟁규약은 105건 제정되어 경품관계는 40건(식품 18건, 그 외 22건), 표시관계는 65건(식품 33건, 그 외 32건)이다.

149) F-3 家庭用合成洗劑及び家庭用石けんの表示に関する公正競争規約, 第6条の2; 公正競争規約施行規則, 第5条の2.

150) 防虫剤の表示に関する公正競争規約, 第4条. <<http://www.bouchuko.org/images/kiyaku.pdf>>.

151) 不動産の表示に関する公正競争規約(表示規約), 第15条 第11号.

152) 공정경쟁규약으로서 인정되면 일반적으로 다음과 같은 효과가 있다.

첫째로, 규약의 인사이더는 규약의 내용을 지키고 있는 한 부당표시로서 문제로 되는 것이 없기 때문에 안심하고 판매활동에 전념할 수 있다.

둘째로, 만일 인사이더가 규약에 위반하는 행위를 한 경우에도 업계의 자주규제 기관인 공정거래협의회가 조치하게 되어 있기 때문에 즉시 법률에 근거하는 조치(배제명령)를 받는 것은 없다.

셋째로, 공정경쟁규약은 아웃사이더에 대해서는 법적 구속력은 없지만 규약의 내용을 참작하여 법률의 운용을 하기 때문에 실질적으로는 규약의 효과가 아웃사이더에게도 미치게 된다.

4. 적격소비자단체의 유지청구권

적격소비자단체의 소송 및 소송외의 유지청구의 대상은 당초 소비자계약법에 위반하는 것으로 한정되어 있었다(부당한 계약조항, 부당한 권유).¹⁵³⁾ 그 후, 2009년 4월에는 경품표시법 위반의 행위 중 표시에 관한 위반(우량오인표시)에 관해서, 2009년 12월부터는 특정상거래법 제5장2에 규정되는 「방문판매」(부실고지 등 청약철회(cooling-off), 과대한 위약금), 「통신판매」(부실고지 등), 「전화권유판매」(부실고지 등 청약철회(cooling-off), 과대한 위약금), 「연쇄판매」(부실고지 등 청약철회(cooling-off), 중도해약조항), 「특정 계속적 서비스 제공」(부실고지 등 청약철회(cooling-off), 중도해약조항), 「업무제공 유인판매」(부실고지 등 청약철회(cooling-off), 과대한 위약금)에 관해서도 적격소비자단체는 유지청구를 할 수 있게 되어 있다. 따라서 적격소비자단체가 유지청구를 행사할 수 있는 범위는 한정되어 있다. 그러므로 예를 들면 일반적인 기업활동에 대한 소송은 제기할 수 없다.¹⁵⁴⁾

153) 적격소비자단체는 소비자의 이익을 옹호하기 위해서 사업자의 부당행위에 대해서 유지청구권을 행사한다(소비자계약법 제12조). ① 소비자계약법 제4조 제1항부터 제3항까지 규정하는 권유행위.

② 소비자계약법 제8조부터 제10조까지 규정하는 조항을 포함한 소비자계약의 체결의 의사표시.

③ 민법 제90조의 규정에 의해 무효로 여겨지는 소비자계약의 조항을 포함한 소비자계약의 의사표시.

④ 사기 등 행위(사람을 사기하거나 또는 강박하는 행위)에 해당하는 권유행위.

⑤ ② 또는 ③의 의사표시를 실시하는 것을 추천하거나 또는 제안하는 행위.

154) 한편, 적격소비자단체는 공동의 이익을 가지는 다수 소비자의 피해를 구제하기 위하여 손해배상 등 단체소송을 추행(追行)한다(소비자계약법 제13조). 이는 소비자가 소비자계약에 관해서 사업자 등에 대해서 가지는 손해배상청구권 그 외의 금전채권(제조물책임법 제3조에 규정하는 손해배상청구권을 포함한다.)에 대해서 해당 소비자를 대표하여 일괄하여 그 급부를 요구하는 소송이며, 해당 소비자의 의사에 근거하는 것 없이 제기할 수 있다.

IV. 독점금지법상의 표시·광고규제

1. 독점금지법과 표시의 관계

일본에서는 사실 표시관계의 문제로 독점금지법이 적용되는 경우는 많지 않다. 이것은 독점금지법의 특별법인 「경품표시법」¹⁵⁵⁾이 있어서 표시 문제를 다루고 있기 때문이다. 그런데 경품표시법은 소비자에 대한 표시(* 단 경품표시법의 「표시」에 해당하지 않는 경우에는 독점금지법의 적용대상이 된다)에 대해 적용된다. 따라서 독점금지법이 적용되는 경우는 기본적으로는 ① 사업자에 대한 표시에 문제가 있는 경우, ② 경품표시법의 적용 대상이 되지 않는 소비자에 대한 표시의 문제가 있는 경우이다.

2. 「기만적 고객유인」과 「부당한 이익에 의한 고객 유인」

일본 독점금지법은 구체적으로 어떠한 행위가 「불공정한 거래 방법」에 해당하는지 공정거래위원회의 지정에 맡기고 있다. 이에 따라 일본 공정거래위원회는 15항목을 정하고 있는데, 이것을 「일반지정」이라고 한다. 이 중에서도 표시와의 관계가 문제되는 것은 다음과 같은 2가지 항목이다.

(1) 일반지정 8항 「기만적 고객유인」

이것의 구체적인 예로서는 네트워크 비즈니스에서 권유방법이 문제가 된 「벨기에 다이아몬드 사건」¹⁵⁶⁾이 있다.

155) 원래는 不当景品類及び不当表示防止法이다. 이를 일반적으로 경품표시법이라고 약칭한다. 1962년 시행되었다. 소비자의 상품선택의 판단에 영향을 미치는 지나친 경품의 제공이나 과대한 또는 허위의 표시 선전을 금지하는 법률이다. 부당 표시에 대해서는 상품·서비스를 실제보다 우량하게 보이게 하는 우량오인표시, 판매가격 등의 거래조건을 실제보다 싸게 느끼게 하는 등 유리하게 보이게 하는 유리오인표시 등을 금지하고 있다. 이전에는 공정거래위원회가 운용하고 있었지만, 2009년 9월에 소비자청에 이관되었고, 동법에 위반한 사업자에 대한 「배제명령」은 「조치명령」으로 명칭이 변경되었다.

156) 벨기에 다이아몬드 사건에서 문제가 된 것은 다음과 같은 판매체제이다. 벨기에

네트워크 비즈니스는 스스로가 이익을 얻기 위해서는 산하 회원을 신규로 획득해야 하는데, 이것이 매우 어려운 것은 주지의 사실일 것이다. 그러나 회원에 대한 권유를 할 때 마치 간단하게, 노력하기에 따라 누구라도 고객의 수입이 가능하다고 설명하고 있던 것이 「기만적 고객 유인」에 해당한다고 여겨졌다(덧붙여서, 네트워크 비즈니스의 경우 표면상 BtoB 거래가 되기 때문에 소비자 보호를 전제로 하는 경쟁표시법 등의 적용이 어려웠기 때문은 아닌가라고 추측된다). 판매원의 권유가 1982년 공정거래위원회 고시 제15호의 「불공정한 거래방법」의 제8항 「기만적 고객유인」이나 제9항의 「부당한 이익에 의한 고객유인」에도 해당한다고 하고, 권유방법에 대해서도 강한 위법성을 긍정하고 있다.¹⁵⁷⁾

또한, 공정거래위원회에서는 추상적인 독점금지법에 대해서 가능한 운용체계를 명확하게 하고자 구체적인 운용방법을 가이드라인으로 공표하고 있다. 다양한 가이드라인이 공표되고 있는데, 그 중에서도 「기

다이아몬드 주식회사(이하에서는 Y1 회사)는 다이아몬드의 판매를 실시하고, 그 구입자와 별개로 다이아몬드의 판매매개계약(비즈니스 계약)을 체결하고, 해당 구입자는 비즈니스 회원이 된다. 비즈니스 회원이 된 구입자는 다이아몬드의 구입을 권유하고 새롭게 비즈니스 회원을 획득했을 경우에는 Y 회사에서 판매매개료 및 지도육성료가 지급된다. 스스로가 권유하여 획득한 비즈니스 회원이 고객을 획득할 때마다 지도육성료 및 오버라이드(override)라고 하는 명목으로 Y 회사에서 금액이 지급된다. 다이아몬드의 구입자는 당초는 다이아몬드의 구입대금의 회수를 위해 다시금 지도육성료나 오버라이드(override)라고 하는 비가동 이익을 포함한 많은 이익을 획득하기 위해서 자기 주위의 인간관계를 이용하여 판매매개활동을 한다. Y1 회사의 판매체제는 이러한 시스템에 의해 다이아몬드의 판매를 촉진시킨다고 하는 것이다(山田泰弘, “投資取引における従業員の不当勧誘に関する取締役の第三者責任”, 『立命館法学』 第299号(2005. 1), 523面).

157) 大阪地判, 平成 3. 3. 11 『判例時報』 第1401号, 81面. 한편 다른 판례에서는 「언제 과탄하는가에 의해서 자기의 출연을 회수할 수 있는 것으로 할 수 없는 것이 운명적으로 나뉘게 되어 매우 사행성, 도박성을 가진 조직이며, 이러한 조직의 개설, 운영을 인정하면 반드시 사기적, 기만적인 권유가 이루어지는 것이」고, 1988년 개정된 방문판매법으로 규제되고 있던 연쇄거래판매(피라미드판매)에 유사한 내용을 가진다고 하였다. 이 때문에 동법의 금지행위로 여겨지는 부적절한 권유가 있던 것을 본건 판매체제의 주된 위법성으로 하고 있다(大阪地判, 平成 4. 3. 27, 『判例時報』 第1450号, 100面).

만적 고객유인」에 대해 다루고 있는 것이 「프랜차이즈 시스템에 관한 독점금지법상의 견해(フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方)」와 「지적재산의 이용에 관한 독점금지법상의 지침(知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針)」이 있다.

프랜차이즈 시스템에 관한 독점금지법상의 견해에 대하여는 예를 들면, 매상 예측 등을 과대하게 계상하고, 타사보다 유리하다는 점을 부각하여 가맹점 모집을 하는 것은 ‘기만적 고객 유인’ 이라고 여겨진다. 다시 말해, 가맹본부가 가맹자의 모집에 대하여 중요한 사항을 충분히 공시하지 않고, 또는 허위 혹은 과대 공시를 하고, 이로써 실제 프랜차이즈 시스템보다 현저하게 우량 또는 유리한 것으로 오인시켜 경쟁사업자 고객을 자기와 거래하도록 부당하게 유인하는 경우에는 불공정한 거래방법의 일반지정의 제8항(기만적 고객 유인)에 해당한다.¹⁵⁸⁾¹⁵⁹⁾

158) 公正取引委員会, “フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について”, 平成 14年 4月 24日(改正:平成 22年 1月 1日), 2. (3).

159) 일본 공정거래위원회의 프랜차이즈 시스템에 관한 독점금지법상의 견해에서 구체적으로 밝히고 있는 기만적 고객유인행위에 해당하는가의 여부는 다음과 같다(公正取引委員会, “フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について”, 2. (3)). 일반지정 제8항(기만적 고객 유인)에 해당할지의 여부는 예를 들면, 다음과 같은 사항을 종합 감안하고, 가맹자 모집과 관련되는 본부의 거래방법이 실제의 것보다 현저하게 우량 또는 유리하다고 오인시켜 경쟁자의 고객을 부당하게 유인하는 것인지에 의해서 판단된다.

① 예상매상 또는 예상수익의 액수를 제시하는 경우, 그 액의 산정근거 또는 산정방법이 합리성이 결여된 것이 아닌가. 또, 실제로는 달성할 수 없는 액 또는 달성 곤란한 액을 예상액으로 제시하고 있지 않는가.

② 로열티의 산정방법에 관하여 필요한 설명을 실시하지 않는 것에 의해 로열티가 실제보다 낮은 금액인 것 같이 공시하고 있지 않는가. 예를 들면, 매상 총이익에는 폐기한 상품이나 진열중 분실 등한 상품의 원가(이하 「폐기손실원가」라고 한다.)가 포함된다고 정의한 다음, 해당 매상 총이익에 일정율을 곱한 액수를 로열티로 하는 경우 매상 총이익의 정의에 대해 공시를 충분히 하고 있는가 또는 정의와 다른 설명을 하고 있지 않는가.

③ 스스로의 프랜차이즈 시스템의 내용과 타본부의 시스템의 내용을 객관적이 아닌 기준에 의해 비교하는 것으로써 스스로의 시스템이 경쟁자에 비해 우량 또는 유리한 것처럼 공시하고 있지 않는가. 예를 들면, 실질적으로 본부가 가맹자로부터 징수하는 금액은 동수준인 것에도 불구하고, 비교 대상 본부의 로열티의 산정방법과의 차이에 대하여 설명을 하지 않고, 비교 대상 본부보다 자기의 로열티의 비율

또한, 지적재산의 이용에 관한 독점금지법상의 지침에서는 예를 들면, 보유하는 기술의 기능·효용을 타사보다 뛰어난 것이라고 과대하게 설명하여 라이선스계약 등을 체결하는 것은 「기만적 고객유인」에 해당하는 것으로 본다. 다시 말해, 동 지침에서는 공정경쟁저해성을 ① 경쟁감쇄, ② 경쟁수단으로서의 부당성, ③ 자유경쟁기반의 침해의 3가지의 내용이 있는 것이라는 견해를 취하고 있는데, ② 경쟁수단의 부당성과 관련하여 ㉠ 권리의 대상이 되는 기술의 기능·효용 및 권리의 내용에 대하여 오인시키는 행위, ㉡ 경쟁자의 기술을 비방중상하는 행위, ㉢ 자기의 권리가 무효라는 것을 알면서 유지청구소송을 제기하는 행위 등이 일반지정 제8항(기만적 고객유인), 제9항(부당한 이익에 의한 고객유인) 제15항(경쟁자에 대한 거래방해)과 관련된다.¹⁶⁰⁾

허위·과대 표시는 일본 독점금지법 위반이 되는 것이다.

(2) 일반지정 제9항 「부당한 이익에 의한 고객유인」

부당한 이익에 의한 고객유인이란 정상적인 상관습에 비추어 부당한 이익을 가지고 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 것을 의미한다(일반지정 제9항). 공정한 경쟁은 본래 상품이나 서비스의 성능이나 가격에 의해서 이루어져야 할 것인데 부당한 이익을 가지고 고객을 유인하려고 하는 행위는 고객의 정당한 선택의 자유를 빼앗는 것이고, 경쟁수단의 불공정함을 현저하게 나타내 보이는 것이라고 할 수 있다.

부당한 이익에 의한 고객유인의 구체적인 예도 벨기에 다이아몬드 사건이 대표적인데, 피라미드형 조직의 상위회원이 되면 산하의 하위

이 낮은 것을 강조하고 있지 않는가.

④ 프랜차이즈 계약을 중도 해약하는 경우 실제로는 고객의 위약금이 본부에 징수되는 것에 대하여 충분히 공시하고 있는지, 또는 그러한 위약금은 징수되지 않는 것처럼 공시하고 있지 않는가.

160) 泉克幸, “知的財産權のライセンスと独占禁止法”, 『特許研究 PATENT STUDIES』 No. 45(2008. 3), 47面.

회원의 판매활동에 의하여 마진도 얻을 수 있으므로 누구라도 고객 소득을 얻을 수 있다고 하여 회원 모집을 하였던 것이 ‘부당한 이익에 의한 고객유인’에 해당한다고 본 것이다.

또한, 증권회사가 특정 고객에 대해서 손실보충을 실시하는 것으로 고객 이탈을 막으려고 한 예(다만 지금은 손실보충은 금융상품거래법상 금지되고 있다),¹⁶¹⁾ 고객에 대해서 과잉이기까지 한 경품을 붙여 상품을 판매하는 판촉 활동의 결과, 타사의 판매 활동에 영향이 나온 예를 들 수 있다(이는 경품표시법 문제와 중복된다).

이러한 행위가 불공정한 거래로서 규제되고 있는 것은, 고객의 권유는 경쟁의 본질적인 요소이며 그 자체는 비난받을 것은 아니지만, 본래적인 거래 대상인 상품 또는 서비스 이외의 경제상 이익을 제공하는 것으로써 고객을 유인하는 불공정한 경쟁수단이 이용되면 상품 또는 서비스의 가격이나 품질에 의한 본래의 능률경쟁을 하지 않을 우려가 있을 뿐아니라 소비자에 의한 적정한 상품 또는 서비스의 선택이 왜곡될 우려가 있어 공정하고 자유로운 경쟁이 저해되기 때문이다. 그러므로 일반지정 제9항의 「부당한 이익」이란 경제상의 이익을 말한다고 해석하여야 한다.¹⁶²⁾

3. 오픈현상

오픈현상이란 일반소비자가 상품의 구입 등을 조건으로 하지 않고 (거래에 부수 하지 않는다), 관제엽서(특정한 응모용지만은 불가), FAX,

161) 증권회사가 증권거래에 관해서 일부의 대규모 고객에 대해서 행한 이른바 「손실보충」은 투자가가 자기의 판단과 책임으로 투자를 한다고 하는 증권투자에서 자기 책임원칙에 반하고, 증권거래의 공정성을 저해하는 것이며 증권업에서의 정상적인 상관습에 반하는 것이라고 인정된다. 증권회사는 고객과의 거래관계를 유지하거나 또는 확대하기 위하여 일부의 고객에 대해서 손실보전 등을 실시하고 있던 것이고, 이것은 정상적인 상관습에 비추어 부당한 이익을 가지고 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하고 있는 것이며, 불공정한 거래방법의 제9항에 해당하여 독점금지법 제19조의 규정에 위반한다(野村證券事件－公取委勸告審決, 平成3年 12月 2日).

162) ゆうパック差止請求訴訟－東京地判, 平成 18年 1月 19日(平成16年(ワ) 第20498号).

전화, 인터넷 등의 응모로 널리 일반적으로 요구하는 현상을 말한다.¹⁶³⁾ 경품액은 1인당 1,000만엔까지이고, 총액규제는 없다. 다만, 고도의 정신적 노작(소설, 논문 등)의 작품모집에서의 상금 등은 그렇지 아니다. 경품을 수취하는 때에 고액의 경우에는 세금이 붙기 때문에 그 취지를 명시할 필요가 있다. 또, 업계에 따라서는 총액규제를 하고 있는 경우가 있다.

V. 시사점

이상에서 우리의 표시·광고의 공정화에 관한 법률과 대응되는 일본의 경품표시법과 독점금지법에 의한 규제내용을 검토하였다. 시사점을 보면

첫째, 우리나라 표시광고공정화법도 표시·광고내용의 실증제도(표시광고실증제도)¹⁶⁴⁾를 규정하고 있다. 일본의 경품표시법상 우리나라와 마찬가지로 15일의 기간을 주어 실증하도록 하고 있다. 그러나 일본은 내각부령 및 판례에 의하여 15일이 경과하여 자료를 제출하는 경우에는 이러한 자료는 우량오인표시를 부정하기 위한 증명자료가 되지 않는다. 이에 의하여 일본에서는 광고실증제도가 사실상 사전실증제도와 동일하게 운영되도록 하고 있다. 사실상 사후실증제도로 운

163) 아래와 같은 예의 경우에는 경품표시법상의 일반현상 또는 소비자경품의 적용을 받게 된다.

「00엔 구입하신 분으로부터 추첨으로…」

「선착 00분중에서 추첨으로…」

「내점자중에서 추첨으로…」

「응모 방법…자세한 것은 매장에서…」

「관제엽서 또는 응모용지로…」

「응모상자에 넣어주세요…」

164) 표시광고실증제도는 표시·광고규제 즉, ① 표시광고실증제도, ② 중여정보공시제도, ③ 정정광고제도, ④ 임시중지명령제도 중에서 소비자보호와 공정거래질서 확립에 가장 타당한 정책으로, 정책목적을 가장 충실히 이행하고 있다는 평가를 받고 있다(최신애/여정성, “소비자정책으로서의 표시·광고규제 성과 평가”, 『소비자학연구』 제21권 제4호(2010. 12), 122-123쪽.

영되는 우리나라의 입법개정에 참조할 수 있다.

둘째, 현재 우리나라에서는 표시광고 공정화법이 표시·광고규제의 기본법으로서 역할을 담당하고 있다. 종래 공정거래법이 담당해 오던 표시·광고에 대한 규제를 표시광고공정화법이 담당하게 된 것이다. 2006년 소비자기본법의 제정과 2007년 소비자의 관할권이 공정거래위원회로 이관되어 온 것을 생각할 때, 표시광고공정화법은 경쟁정책적 입장에서의 표시·광고의 규제를 넘어 소비자정책적 관점에서의 소비자보호의 문제도 모색되어야 할 것으로 생각된다.¹⁶⁵⁾

셋째, 일본의 경우 적격소비자단체에게 소송 및 소송외의 유지청구를 할 수 있도록 하고 있다(경품표시법 제10조; 특정상거래법 제5장의 2(제58조의4-제58조의9)). 또한 일본의 경우에는 소비자계약법에 단체소송제도가 도입되어 있다. 한편 우리의 경우 소비자계약법에 따른 소비자단체소송의 대상이 되는 부당한 표시·광고는 국가가 정한 기준에 어긋나는 표시·광고에 국한되어 있는 한계가 있다. 표시·광고에 대한 업계의 자율규정도 그 의미가 있는 바 공정거래위원회 등이 승인한 업계의 자율규정의 경우에 이를 국가가 정한 표시·광고로 볼 수 있는가 하는 문제가 있다. 이러한 부분을 재삼 검토할 필요가 있다.

한편, 소비자단체소송은 집단 대표나 단체가 소송을 수행하고 피해구제를 직접 받아내는 ‘집단소송제’와 달리, 판결 효력이 해당 제품의 판매금지나 불공정약관 시정 등 기업의 위법행위 금지에만 미친다. 또한, 소비자단체소송은 손해배상규정이 없어 소비자가 금전적 보상을 받기 위해서는 소비자 개개인이 별도의 민사소송을 제기해야 한다.¹⁶⁶⁾

165) 이종영, “표시·광고 공정화 법제 현황 및 개정 동향”, 『표시·광고 공정화 법제 현황 검토』, 한국법제연구원 워크숍 자료집, 2011. 4. 15, 99쪽.

166) 한편, 집단소송제 도입 여부는 단체소송제를 3년 동안 실시한 뒤 재논의 될 예정이다.

제3절 독일

I. 들어가며

소비자가 충분한 시장정보를 가지고 합리적인 구매의 선택을 할 수 있도록 소비자를 관점으로 하여 영업자가 영업을 함에 있어 표시와 광고를 보다 명확하게 제시할 수 있도록 하는 목적으로 ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’이 제정된 것이다.¹⁶⁷⁾ 특히 이 법은 소비자가 상품선택을 함에 있어서 필요한 중요정보를 공정거래위원회가 고시하도록 하고 있고 이를 사업자가 반드시 포함하도록 하는 ‘중요정보공개제’, 광고주가 사실을 주장하는 광고내용에 대하여 객관적인 실증자료를 갖추고 이를 소비자에게 공개하게 하는 ‘광고실증제’ 및 부당한 표시광고로 인한 불특정 다수인의 피해를 신속히 방지하도록 하는 ‘임시중지명령제’ 등을 규정하고 있다.

우리나라의 ‘표시·광고의 공정화법에 관한 법률’과 비교할 만한 독일의 실정법은 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG)이라고 할 수 있다. 독일의 부정경쟁방지법은 1차적으로 경쟁에 있어서 불공정한 행위방식을 규제하고자 한다. 경쟁의 공정성을 확보하고자 부정경쟁방지법은 금지청구권이나 손해배상청구권과 같은 사법적 규제를 통하여 발생하는 문제를 제재하고자 한다.¹⁶⁸⁾

경쟁사업자, 소비자 기타 시장참가자를 부정한 경쟁으로부터 보호하고 공정한 경쟁이라고 하는 공공이익을 보호하고자 하는 독일의 부정경쟁방지법은 유럽연합의 회원국으로서 유럽연합지침과의 조화를 위하여 여러 번에 걸쳐 개정을 한 바 있다. 독일에서 부정경쟁에 대한

167) 자세히는 이기수·유진희, 경제법, 제8판, 세창출판사, 421쪽 이하.

168) 독일에서 경쟁제한금지법과 부정경쟁방지법의 구분에 대하여는 유주선, “표시·광고 공정화에 관한 법률 -독일에서의 논의-”, 한국법제연구원 전문가회의 자료집, 2011. 3. 12, 21쪽.

실효적인 규제 문제가 명백하게 등장한 시기는 1871년경의 시대에 있다고 한다.¹⁶⁹⁾ 당시는 독일 연방이 프로이센에 의하여 통일이 이루어졌고, 독일 제국의 전 영역에서 영업의 자유가 허용되면서 경쟁체제로 전환되었던 것이다. 그러나 모든 분야의 카르텔화를 위한 전선이 형성되면서 부정경쟁현상의 대량적인 현상이 발생하는 것을 저지할 수 없었다.

우선 보고서는 독일의 부정경쟁행위를 금지하고자 하는 부정경쟁법상에 나타나고 있는 허위광고와 비교광고 규제사항을 고찰하고자 한다. 독일의 부정경쟁방지법을 고찰하되, 독일 역시 유럽연합회원국으로서 유럽연합지침의 영향력으로부터 벗어날 수 없기 때문에, 중요하다고 생각되는 유럽연합지침을 비교 검토한다. 끝으로 2008년에 개정된 부정경쟁방지법상 관련 내용을 소개한다.

II. 독일 부정경쟁방지법의 변화

법률의 내용과 관련하여 크고 작은 개정의 변화가 있었던 부정경쟁방지법은 2004년에 개정이 이루어졌고, 최근에 와서는 2008년에 다시 부정경쟁방지법의 변화가 있었다.

1. 연혁적 고찰

부정한 경쟁을 예방하기 위한 대책은 우선 1894년 상표법(Warenzeichengesetz)의 개정으로 나타났다. 그러나 상표법의 개정이 문제를 해결하는 방법으로 완전하지 못하다는 지적이 제기되었고, 그 결과 독일에서는 처음으로 부정경쟁방지법이 제정되었다.¹⁷⁰⁾ 부정경쟁방지법의 제정이 발생하고 있는 문제를 전반적으로 규율하고자 하는 의도는

169) 독일의 부정경쟁의 규제에 대한 연혁에 대하여는 Emmerich 저서를 정호열 역, 부정경쟁방지법, 삼지원, 1996, 30쪽 이하.

170) Reichgesetz v. 27. 5. 1896, RGBL. S. 145.

존재하지 않았고, 단지 일련의 개별적인 규정들을 두고 있었다.¹⁷¹⁾ 그러므로 1896년 부정경쟁방지법에서 발생하는 흠결은 민법에 의하여 보완을 받을 수 밖에 없었다.¹⁷²⁾ 그 중에서도 부정한 음모로부터 경쟁을 보호하기 위한 핵심적인 규정은 바로 민법 제826조 불법행위에 대한 일반조항이었다. 그러나 민법 제826조는 고의의 가해요건을 요구하고 있다는 점에서 적용의 한계가 있었다. 이러한 한계를 극복하기 위하여 독일의 입법자는 선량한 풍속에 반하는 일체의 경쟁행위를 금지하기 위하여 1909년 부정경쟁방지법에 일반조항을 입법하기에 이르렀다.

1896년 구 부정경쟁방지법 제1조는 역시 선전에 의한 일체의 오인유발행위를 금지하고 있었다. 당시 오인유발행위라 함은 특별히 유리한 제공이라는 외관을 만들기에 적합한 광고나 통지에 한정된 것이었다. 오인유발행위의 금지규정은 1909년의 부정경쟁방지에서도 계승되었다. 부정경쟁방지법상 일반조항의 도입은, 경쟁자의 부정한 음모로부터 영업자를 보호하고자 부정경쟁방지법이 아닌 민법에 의하여 적용되었던 법적 흠결이 보완되었다는 것을 의미한다. 당시 일반조항은 부정한 경쟁에 관한 법 전반에 걸쳐 최상위 규범으로 인정받기에 이르렀고, 부정경쟁방지법 제3조의 작은 일반조항과 더불어 법소재 전체를 지배하고 있었다. 소비자를 보다 강화하기 위하여 1969년 개정된 부정경쟁방지법에서 열거된 ‘오인유발금지에 대한 예외사항’을 삭제하였다.

시간이 지남에 따라 생필품, 의약품광고에 대한 특별규정이 계속적으로 보충되고 있고, 소비자를 보호하기 위한 목적으로 다양한 광고의 형태나 설명이 금지되거나 엄격한 요건 하에 허용되고 있다. 출판

171) 1896년에 제정된 부정경쟁방지법은 오인유발, 신용훼손 및 악의 비방, 영업상의 표지남용 및 비밀누설의 금지 등을 규정하고 있었던 점은 현 부정경쟁방지법에 남아 있는 이상 그 의의를 완전히 배제하기는 어렵다고 할 것이다.

172) 독일 민법은 1900년에 제정되었다.

물에 의한 오인유발행위의 모든 가능성을 원천적으로 배제하기 위하여 일정한 직업과 영업부문에 있어서 광고가 일반적으로 금지된다. 특히 의사, 치과의사, 변호사 및 공증인과 같이 중요한 자유직업에 대하여 적용된다.

2. 2004년 개정 전 부정경쟁방지법상 오인유발행위

허위광고 및 표시광고와 관련하여 2004년에 부정경쟁방지법이 개정되기 전 법전을 보면 세 가지 유형을 규정하고 있었다. 제3조 내지 제5조에서 오인유발광고, 제6조 내지 제8조에서 금지된 광고방법, 그리고 제12조에서 매수사례를 규정하고 있었다.¹⁷³⁾

(1) 일반적인 사항

오인을 유발하는 광고에 대하여는 부정경쟁방지법 제3조와 제4조가 우선적으로 적용되었다. 즉 오인유발광고는 그것이 개별적인 경우에 양속위반인지의 여부를 문제 삼지 않고 부정경쟁방지법 제3조와 제4조에 의하여 금지되는 것이었다.¹⁷⁴⁾ 파리협약 역시 이러한 사항을 금지하고 있다. 파리협약(리스본 초안) 제10조 제3항 제3호는 상거래에 있어서 상품의 성질, 제조방법, 본질적인 특성, 사용가능성이나 수량에 대하여 대중을 오인하기에 적합한 내용의 표시나 주장을 하지 못하도록 하고 있다. 그러한 광고는 객관적으로 오인을 유발한 것으로 충분하게 적용가능하며, 그러한 행위가 가치가 없다는 것을 요하지 않았다.

결론적으로 본다면, 부정경쟁방지법 제3조의 ‘작은 일반조항’은 오인유발적인 광고를 예방하기 위한 매우 효과적인 방법일 뿐만 아니라, 부정경쟁방지법 제1조를 보충하는 기능을 하고 있었다. 한편 부정

173) 부정경쟁방지법의 구성요건상 유형화에 대하여는 Rittner 저, 권오승 역, 독일경쟁법, 법문사, 1997, 71쪽 이하.

174) J. Kemper, Beweisprobleme im Wettbewerbsrecht, 1992; Rittner, ZJP 107 (1994), 398.

경쟁방지법은 형벌에 관한 몇 개의 조문을 두고 있는데, 그 중의 대표적인 조항이 바로 부정경쟁방지법 제4조이다. 구성요건에 있어서 제4조는 부분적으로는 제3조보다 좁은 것으로 생각될 수도 있지만, 형법 제263조(사기죄)가 아직 적용되지 않는 사기의 전단계에 대하여 정당한 처벌을 할 수 있는 상황에 처벌할 수 있다는 점에서 부분적으로 넓게 규정되어 있었다고 할 것이다.

(2) 오인유발적인 표시의 금지

부정경쟁방지법 제3조가 오인유발적인 표시의 금지를 규정하고 있었다. 부정경쟁방지법에 따르면, 영업적인 거래에 있어서 경쟁의 목적을 영업적인 관계에 대하여 오인유발적인 표시를 해서는 아니 된다. 단지 개별적인 상품 또는 서비스의 성질, 출처, 제조방법 또는 가격산정, 상품의 구입방법이나 구입처, 수상을 받은 실적, 판매의 동기나 목적 또는 재고량에 관하여 예시적으로 표시가 가능하도록 하고 있었다. 그러므로 표시는 영업적인 관계에 대한 진술 및 그에 대한 의견제시가 객관적으로 심사가 가능한 진술만을 포함하고 있는 경우를 말한다.¹⁷⁵⁾ 그러한 표시는 대부분 경쟁자의 영업적인 관계에서 발생하게 된다. 단순한 침묵이나 불특정한 표시가 오인을 유발할 수 있는가의 문제가 제기될 수 있는데, 대법원의 경우 어떤 사실에 대하여 단순하게 침묵하고 있거나 불특정한 표시는 오인을 유발하지 않는다고 판단하고 있다.¹⁷⁶⁾

어떤 표시가 오인을 유발할 수 있는 것인가에 대하여 논란이 발생할 수 있는데, 우선 다음과 같은 사항이 판단되어야 한다. 오인을 유발한 것으로 판단하는 것이 타당성을 갖기 위해서는 그 표시가 사용되는 거래계의 관점에서 판단되어야 한다는 점이다. 그런 측면에서 객관

175) BGH GRUR 1971, 365 = MDR 1971, 645 “Das große deutsche Wörterbuch”과 같이 ‘독일에서 큰 사전’이라는 표시는 가능할 것으로 보인다.

176) BGHZ 43, 140 “Lavamat II” “AEG-Lavamat - den und keinen anderen”(그것 다른 것이 아닌); OLG Frankfurt GRUR 1981, 603 “Keine Bausparkasse ist besser”(더 나은 저축은행은 없어).

적으로 진실한 표시라 할지라도 오인을 유발할 수 있다. “Der Meistergekaufte der Welt”(세계에서 판매된 것의 거장)이라고 하는 표시광고에 대하여, 연방대법원은 그 표시가 세계시장에 대한 사항이기는 하지만 독일에서는 그것이 적합하지 않아 오인을 야기할 수 있다고 판단하였다.¹⁷⁷⁾ 또한 “Überall Westfalenblatt”(도처에 있는 페스트팔렌신문)이라고 하는 광고와 관련하여, 대법원은 신문의 발행부수가 하나의 지역적인 경쟁지의 발행부수보다 현저하게 적은 경우라면 그 광고는 오인을 야기할 수 있다고 판단하였다.¹⁷⁸⁾ 부정경쟁방지법은 법적 효과로서 방어청구권과 배제청구권을 제3조에 규정하고 있었다.

(3) 형벌조항

부정경쟁방지법 제4조는 오인행위로 인한 형벌규칙을 규정하고 있었다. 부정경쟁방지법 제4조가 적용되기 위해서는 주관적인 요건과 객관적인 요건이 필요하였다. 전자의 관점에서는 고의 내지 ‘특별하게 유리한 공급이라는 외관을 야기하는 의도’가 있어야 하고, 후자의 관점에서는 그 표시가 항상 거짓이고, 또 오인을 유발하기에 적합하며 다수의 사람들을 위한 통지를 통하여 행하여 질 것이 요구되었다. 그 결과 경쟁자 뿐만 아니라 모든 임의의 제3자도 행위자가 될 수 있었다.

부정경쟁방지법 제4조 제2항에 따르면, 그 표시가 어떠한 영업거래에서 피용인이나 수락자에 의하여 행해진 경우에는, 당해 영업주나 지배인도 역시 그가 적극적으로 그러한 행위를 알고 있었던 경우에는 처벌될 수 있다.

(4) 기 타

그 외에도 표시광고와 허위광고에 관련된 다수의 판례가 있다. 표시광고의 대상은 ‘기업표시나 상표표시’의 경우에 존재할 수 있다. ‘기

177) BGH NJW 1972, 104 = GRUR 1972, 129.

178) BGH NJW 1984, 1106.

업표시나 상표표시'가 상호법이나 상표법에 의하여 허용되지 못하고, 소비자의 시각으로 표시가 오인을 유발하는 행위로 인정되는 이상 그것은 부정경쟁방지법의 대상이 되었다. 왜냐하면 그 표시가 소비자에게 상품의 생산지나 품질에 대한 부정확한 관념을 야기하기 때문이었다. 의사나 변호사들이 교수라는 타이틀을 사용하는 경우가 있다. 독일에서 대학교수가 되기 위하여는 교수자격논문이라고 하는 전제조건을 요구한다. 그런데 아무런 특별한 학문적 연구를 하지 않은 채 외국의 대학으로부터 그러한 명칭을 사실상 빌린 것이라고 한다면, 교수라는 타이틀을 사용한다면 그것은 부정경쟁방지법을 위반한 것이라는 판례가 있다.¹⁷⁹⁾

광고주장이 진실과 부합하지 않은 경우 이는 부당한 일이다. 광고와 관련하여 다양한 사례가 제시될 수 있다. 개별 개념이 두드러지게 광고가 이루어진 경우 이러한 개념은 그 자체 정확한 것이어야 한다. 경험상 나머지 문언에 대하여는 피상적으로 넘어가도록 이루어져 있기 때문에 그러한 개별 개념이 정확하지 않으면 아니 된다. 동일한 영업자의 종래 광고문과의 관계를 고려해야 한다. 비록 그 자체가 정확한 광고의 주장이라 하더라도 종래의 오인유발적 표시의 계속적 작용은, 소비자에게 종래의 오인유발적 표시에 대한 기억을 야기할 수 있기 때문이다.

광고주장이 여러 가지의 의미를 가지고 있을 때, 그러한 광고를 행하는 영업자는 가능한 일체의 의미를 계산에 넣어야 한다. 만약 다양한 의미 중 하나라도 사실과 부합하지 아니하다면, 그 광고는 오인을 유발하는 것으로 인정될 수 있을 것이다. '효과가 없을 경우 수업료 반환'이라고 약속을 하는 보충수업광고를 하는 경우, 소비자는 수업실패 시 수업료가 반환된다는 것을 받아들이는 것이 아니라, 수업의 효과에 대한 보장이 부여되는 부당한 약속을 받아들이기 때문에, 이 경우 오인유발적인 것으로 금지한 판례가 있다.¹⁸⁰⁾

179) BGH LM § 3 UWG Nr. 264 = NJW 1987, 293.

180) BGH LM § 3 UWG Nr. 199 = NJW 1983, 1327.

3. 2004년 부정경쟁방지법의 개정내용

2000년 들어 자유주의의 강렬한 경향이 지배하게 되었다. 그러한 경향은 1909년 부정경쟁방지법의 법문에 대한 현대화를 요구하게 되었다. 준비단계를 포함하여 입법절차가 다른 장소에 다시 기술되어 있었고, 그러므로 다시 기술될 필요가 없는 경우가 있었다. 그러한 것을 바로잡고자 하여 시도가 이루어지게 되었다. 어법과 체계에서 현대적 입법기술에 상응하고자 2004년 독일 부정경쟁방지법이 탄생된 것이었다. 우선 부정경쟁방지법 제1조는 보호 목적을 제시하고 있다. 경쟁사업자, 소비자 그리고 일반 공중이 보호된다. 특히 일반 공중은 단지 순수한 경쟁에 대한 이익관계 내에서만 보호된다. 2004년 부정경쟁방지법에서 요점이 되는 사항은 부정경쟁방지법 제4조에서 제7조에 다양한 예시들을 통하여 구체화되고 있는 부정경쟁방지법 제3조에 있는 일반조항이다. 부정경쟁방지법 제8조 이하에 있는 권리의 실현과 제재규정이 새로 도입된 이익포탈에 대한 청구권과 함께 처음으로 입법화 되었다. 특별행사나 염가판매 등에 관한 규정¹⁸¹⁾과 실무상 의미를 상실한 소비자의 철회권(2004년 개정 전 부정경쟁방지법 제13a조)은 삭제되었다. 특히 관심을 끄는 것은 2004년 부정경쟁방지법 제3조에 있는 일반조항이 더 이상 공서양속을 고려하고 있는 것이 아니라, 단지 부정경쟁행위를 고려하고 있다는 점이다. 부질없이 우리는 부정경쟁(Unlauterkeit)의 개념에 대한 정의를 부정경쟁방지법 제2조의 정의목록에서 찾게 된다. 이러한 개방성은 전적으로 의도된 것이다. 입법이 유서¹⁸²⁾에 따르면, ‘공서양속’은 부도덕한 행위의 불명예를 가지고 불필요하게 경쟁업자에게 부담을 주었을 뿐만 아니라. 유럽법상 ‘공서양속’은 ‘불공정’이라는 의미보다 덜 조화롭다고 한다.

181) Räumungsverkäufe, Insolvenzwarenverkauf, Hersteller-/Großhändlerwerbung sowie Kaufscheinhandel.

182) Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung v. 22. 8. 2003, Drucks. 15/1487.

Ⅲ. 2006년 12월 12일 허위광고 및 비교광고에 관한 유럽연합지침

1. 의 의

2006년 유럽연합은 허위광고와 불법적인 비교광고의 근절을 위하여 적절한 지침을 마련하였다. 그것은 소비자나 상인들이 잘못된 정보로 인하여 피해를 받는 것을 근절하고자 하는 목적을 가지고 있다. 1984년 9월 10일 마련된 허위광고 및 비교광고에 관한 위원회의 지침이 몇 번의 개정과정을 거친 후 본 지침이 명확하고 합리적으로 마련된 것으로 보고 있다. 유럽연합은 모두 27개의 회원국으로 이루어진 국가 연합체를 형성하고 있다. 유럽에서 한 국가의 광고는 국경을 넘어 방송이 되기 때문에 다른 나라에도 영향을 미칠 수 밖에 없다. 허위광고나 불법적인 비교광고는 해당 국가의 내부시장에서 왜곡을 만들 수도 있을 뿐만 아니라, 다른 국가의 시장에도 상당한 영향을 미치게 되는 것이다. 그러한 광고는 소비자의 경제활동에 부정적인 영향을 주고, 상인 간의 경제적 활동에도 영향을 미치게 된다. 그러나 허위광고를 규제하는 법은 유럽연합 회원국 각각의 법률에 따라 다를 수가 있다. 그러한 결과 유럽연합에서 광고의 홍보나 물건 또는 서비스가 자유롭게 유통되는 것을 저해 받는 결과를 초래하게 된다. 소비자와 시장은 국내 시장에서 가장 좋은 선택을 해야 하고, 또 그러한 선택을 할 수 있어야만 한다. 다수의 국가로 이루어진 유럽연합의 상인과 소비자는 국내시장 뿐 아니라 다른 국가에서도 최적의 선택을 위하여 광고에 대하여 공통적이면서 조화롭게 규제할 수 있는 지침의 존재에 대한 필요성이 제기된다. 유럽연합 회원국에서 조화롭게 적용될 수 있는 규정을 마련함으로써, 소비자는 비교광고에 대한 이익을 받을 수 있고 공급자 역시 자유로운 경쟁이 이루어질 것이다.

2. 개념과약

1) 목 적

2006년 12월 12일 유럽연합 및 유럽연합위원회의 허위광고 및 비교광고에 관한 지침은 허위광고와 비교광고와 같은 부당한 광고로부터 발생할 수 있는 상인이나 소비자의 이익을 보호하고 비교광고와 허위광고의 허용되는 요건을 정하는데 그 목적이 있다. 본 지침을 통하여 광고가 허위에 해당하는 것인지 아닌지에 대한 객관적인 기준이 마련된다. 허용되는 비교광고의 조건은 비교광고의 실행이 경쟁을 왜곡하고 소비자의 선택에 악영향을 미치는 결과를 초래하므로 경쟁자들에게 불이익이 되는가의 기준을 가지고 판단되어야 한다.

2) 개 념

본 지침은 다양한 용어에 대하여 개념정의를 하고 있다(지침 제2조). 본 지침에서 광고라 함은 무역, 비즈니스, 기술이나 직업 등에 있어서 부동산이나 권리 의무 등을 포함하여 물품이나 서비스의 공급을 촉진시키기 위한 행위를 의미한다. 가장 중요한 개념으로 등장하는 허위광고와 비교광고에 대하여는 다음과 같이 정의하고 있다. 어떤 방법으로든 광고로서 그 광고가 도달되는 자에게 사기 또는 사기의 방법으로 경제행위에 영향을 미치거나 영향을 미칠 수 있도록 하여 경쟁자에게 손해를 야기할 수 있는 광고를 ‘허위광고’라 하고, 명시적으로나 묵시적으로 경쟁자나 경쟁자가 제공하는 물품 및 서비스를 확정하는 광고를 ‘비교광고’로 정의한다.

상인이란 무역이나 공예, 사업 및 직업으로서 관련 행위에 상인이나 그 대리인의 이름으로 행위하는 자를 말하는데 자연인 뿐만 아니라 법인을 포함하는 개념이다. ‘법률소유자’라 함은 모든 기업, 상인이나 상사 그룹을 모두 포함하여 행위규정의 제정이나 수정의 책임이 있고 그 규정을 감독하는 기관을 말한다.

이와 같이 유럽연합지침 제2조는 ‘광고’, ‘허위광고’, ‘비교광고’, ‘상인’ 및 ‘법률소유자’에 대하여 명확하게 개념을 정의하고 있는 것을 볼 수 있다.

3. 허위광고의 비교광고의 결정요건

1) 허위광고

유럽연합지침 제3조는 허위광고의 적용요건에 대하여 규정하고 있다. 사용되는 광고가 허위인 광고에 해당하는지의 여부는 정보의 내용을 고찰해야 한다. 유럽연합지침 제3조 (a)는 가능성, 성질, 집행여부, 구성요건, 제조와 공급방법 및 날짜 목적의 적정성, 이용방법, 품질, 지역적, 상행위(commercial)의 기원 및 그 이용으로부터 발생될 것으로 예견되는 결과, 상품이나 서비스 이행을 시험하기 위한 재료의 특징 등이 고려되어야 함을 규정하고 있다. 또한 가격 및 가격이 계산되는 방법, 상품이 공급되고 서비스가 제공되는 조건(유럽연합지침 제3조 (b)) 역시 고려되어야 할 뿐만 아니라 특질, 광고자의 신원과 자산 등의 권리와 태도, 지적 자산에 관한 소유권이나 자격수상의 여부 등의 내용 등이 고려된다.

2) 비교광고

유럽연합지침은 비교광고와 관련하여 다음과 같은 조건을 충족해야 그 비교를 허용함을 제시하고 있다.

첫째, 불공정 사업자와 소비자 간 상사거래와 관련한 2005년 5. 11. 유럽의회 및 위원회의 지침 2005/29/EC 제6조 및 제7조, 본 지침의 제 2(b), 제3조 및 8(1)조에 따르는 경우에는 허위로 보지 않는다.

둘째, 서비스와 상품을 동일 목적으로 같은 필요성을 비교한 경우

셋째, 객관적으로 하나 이상의 재료, 관련성, 입증가능하고 확인가능한 상품 및 서비스의 가격을 포함한 특징을 비교한 경우

넷째, 해당 상표나 상품명 기타 구분이 되는 물건, 서비스, 경쟁자의 활동에 대한 신용을 떨어뜨리거나 훼손하지 않아야 한다.

다섯째, 상품의 연혁에 따르는 목적에 따라서 각 상품을 동일한 목적으로 비교하는 경우

일곱째, 상표, 상품명 기타 경쟁자의 상품을 고유하게 구별할 수 있는 사항을 불공정하게 이용하지 말아야 한다.

여덟째, 상품이나 서비스의 모방이나 복제품을 제공하지 말아야 한다.

아홉째, 상인들 사이에서 광고주와 경쟁자 또는 광고주의 상표, 상품명 기타 경쟁업자의 상품이나 서비스를 구별할 수 있는 사안에 혼동을 일으키지 말아야 한다.

4. 허위광고를 규제하기 위한 증거

유럽연합지침 제5조는 허위광고를 규제할 수 있는 기관을 각 가맹국에 설립할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 유럽연합의 회원국은 상인과 소비자를 보호하기 위하여 허위광고와 비교광고를 제재할 수 있는 방법을 적절하고도 효율적으로 마련해야 한다. 이러한 예방책은 회원국에서 허위광고나 비교광고를 규제할 수 있는 권한을 가진 자나 기관들은,

첫째, 허위광고나 비교광고에 대한 소송제기

둘째, 허위광고나 비교광고에 대하여 행정기관이 적절한 적법절차나 불만사항을 결정할 수 있는 사항 등을 법률에 규정해야 한다.

또한 유럽연합지침 제5조는 유럽연합지침 제6조에서 정한 불만사항에 대한 처리문제를 규정하고 있다. 유럽연합 회원국은

첫째, 같은 경제의 분야에서 다수의 상인들이 연대하여 법률기관의 지도를 받을 수 있도록 하여야 하며

둘째, 법률기관이 ‘법률소유자’로부터 관련 법을 따르도록 감독받을지의 문제를 정해야 한다.

또한 유럽연합회원국은 공익을 위하는 등의 모든 권리관계를 고려하여 법원이나 행정기관에 대하여,

첫째, 허위광고나 불법적인 비교광고에 대하여 중지를 명하거나 그것에 대한 중지를 명하는 등의 적절한 법률절차를 수립하거나,

둘째, 허위광고나 불법적인 비교광고가 아직 공개되지 않은 경우라도 공개가 임박한 경우라면 그것을 금지하기 위하여 적절한 법률절차를 수립할 수 있는 권한을 부여하도록 하고 있다. 또한 회원국은 허위광고나 불법적인 비교광고의 지속적인 영향을 제거하기 위하여 그 중지를 최종적으로 명령할 수 있는 권한을 법원이나 행정기관에게 수여할 수 있도록 하고 있다. 그러나 그러한 권한은 적당하다고 생각되는 형식으로 전부 또는 일부를 공개해야 하고, 광고를 수정한 형식으로 공개할 것을 요건으로 하고 있다.

5. 자율통제기관과 구제절차

유럽연합지침은 제6조는 허위광고나 비교광고에 대하여 제5조의 자기통제기관이 법원의 판결이나 행정기관이 결정을 하기 이전에 스스로 자기 통제의 일환으로서 광고를 규제할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 유럽연합지침 제7조는 유럽연합회원국은 법원이나 행정기관에 제5조에서 정하는 민사적인 절차나 행정적인 절차를 이행할 권한을 수여하도록 하고 있다. 광고에서 주장하는 사실이 정확하다는 것을 광고자가 입증해야 하고 있다. 즉 광고주 및 제3자의 권리가 경합하는 경우에, 만약 이 광고주가 입증해야 할 요건이 광고주에게 특정상황에 해당되고 그것이 적절하다는 것을 입증해야 한다. 증거가 제공되지 않거나, 그것이 불충분하다고 판단되는 경우라면 이는 부정확한 것으로 판단되어야 한다.

6. 제재의 한계

유럽연합지침 제8조는 본 지침이 유럽연합회원국이 허위광고를 제재함으로써 보다 더 상인이나 소비자를 보호하고자 하는 정책에 방해가 되어서는 아니된다는 사항을 규정하고 있다. 그런 측면에서 특정 상품이나 서비스의 특정 미디어에서 광고를 제한하는 규정은 적용되지 않도록 하고 있다. 또한 유럽연합지침은 각 회원국에게 강제적으로 특정 상품이나 서비스에 관한 광고를 금지하는 것을 도입하도록 하는 것은 금지하며, 회원국의 법률에서 비교광고에 대한 책임을 지는 의무를 부과하는 기관의 설립을 강제해서도 아니 된다.

한편 유럽연합지침 제9조는 각 회원국이 국내법의 내용을 정함에 있어 위원회가 서로 상의하여 내용을 정하도록 규정하고 있다.

IV. 2008년 부정경쟁방지법상 허위광고와 비교광고

1. 부정경쟁방지법의 체계

부정경쟁방지법은 총 5장으로 이루어져 있다.

1) 제1장의 내용

제1장은 일반조항으로 7개의 조문으로 이루어져 있다. 제1조는 법률의 목적, 제2조는 개념에 대한 정의를 제시하고 있다. 제3조는 부당한 거래행위를 허용하지 않음을 규정하고 있고, 제4조는 금지되는 거래에 대한 사례들을 제시하고 있다. 제5조는 오인하는 영업행위를 규정하고 있으며, 특히 부작위를 통한 오인행위를 규정하고 있는 제5a조는 2008년 12월 22일 새로 입법화 된 것이다. 제6조는 비교광고에 대하여, 제7조는 과도하게 성가심을 당하는 행위를 금지하는 내용을 담고 있다.

2) 제2장

제2장은 법적효과를 규정하고 있다. 제8조는 방해제거청구권과 부작위청구권의 행사에 대하여, 제9조는 손해배상청구권에 대하여, 그리고 제10조는 이익에 대한 반환청구권을 행사할 수 있도록 하고 있다. 제11조는 소멸시효에 대한 규정이다.

3) 제3장

제3장(제12조~제15조)은 절차규정을 두어 다툼에 대한 관할문제를 규정하고 있다.

4) 제4장

제4장(제16조~제19조)은 벌칙규정에 해당한다.

5) 제5장

제5장은 종결규정이다.

2. 부당거래행위의 금지

부정경쟁방지법 제3조는 부당거래행위에 대한 금지를 규정하고 있다. 금지되는 거래행위가 경쟁업자, 소비자 및 그 밖의 시장참여자의 이익을 현저하게 침해하는 것으로 판단되는 경우라면, 그러한 행위는 허용되지 않는다. 소비자에 반하는 행위는, 만약 그러한 행위가 기업에게 요구되는 전문가적인 배려에 합당하지 않고, 정보를 근거로 하여 결정하게 되는 소비자의 능력을 현저하게 침해하는 것이 적절하며, 그 결과 다른 경우라면 소비자가 결정하지 않았을 것이라고 거래행위라고 하는 것이 적절하다고 할 경우에만, 그러한 행위는 금지된다. 그러한 금지는 평균적인 소비자나, 또는 그러한 거래행위가 특정

한 소비자단체에 향한 것이라고 한다면, 그러한 단체의 평균적인 구성원에 적용된다. 정신적, 신체적인 허약, 나이 또는 경박함 등의 이유 때문에 특별히 보호를 필요로 하고, 명확하게 신분이 파악되는 소비자단체의 평균적인 구성원에 대하여, 만약 그 기업이 그러한 사항들을 예견할 수 있는 것이라고 한다면, 그러한 거래행위는 단지 그 단체만을 관련시키는 것이라고 할 것이다.

3. 부당한 거래행위가 금지되는 예시사항

부정경쟁방지법 제4조는 부당거래행위에 대한 사례들을 제시하고 있다. 그러한 사례는 총 11가지 사항에 해당되며, 부정경쟁방지법은 그러한 행위에 대하여 금지하고 있다. 다음에 제시되는,

첫째, 인격의 모독적인 방법으로 압력을 행사하거나, 또는 그 밖의 부적절하면서 사실과 다른 영향력을 행사하면서 소비자나 그 밖의 시장참여자들의 결정의 자유를 침해하는 일련의 행위들.

둘째, 소비자에 대한 정신적 또는 육체적 허약, 나이, 거래에 대한 무경험, 경박함, 공포나 압력 등을 악용하여 행사되는 일련의 거래 행위들.

셋째, 거래행위에 대한 광고의 특징을 기만하는 행위

넷째, 가격할인, 프리미엄이나 선물 등을 지급하는 것과 같은 판매 증진조치의 경우에, 영업자가 그의 청구를 위한 조건들을 명확하게 제시하지 않는 경우.

다섯째, 광고의 특징을 가지고 가격을 서면으로 제시하거나(Preisauschreiben) 추첨게임(Gewinnspielen)을 하는 경우에 참가조건을 명백하게 제시하지 않는 경우.

여섯째, 가격을 서면으로 제시하거나 추첨게임에 소비자가 참가에 대하여 상품의 획득이나 서비스의 청구에 달려있게 하는 행위. 그러나 가격의 제시나 추첨게임이 본질적으로 상품이나 서비스에 결합되어 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

일곱째, 경쟁사업자의 표시, 서비스, 행위 또는 신상적인 관련성이나 영업적인 관련성을 지나치게 열등한 것으로 평가하거나 비방하는 행위.

여덟째, 경쟁업자의 상품, 서비스 또는 경쟁기업에 대하여, 또는 기업가나 기업을 운영하는 구성원에 대하여, 어떠한 사상이 진실한 것이 아닌 것으로 증명되는 한, 기업의 운영이나 기업가의 신용을 손상시키기에 유용한 것으로 판단될 수 있는 사실을 주장하거나 주위에 전달하는 행위. 신뢰할만한 통지와 관련되는 한, 그리고 통지자나 통지의 수령인이 그 통지에 권한이 있는 이익을 가지고 있는 경우에 있어서, 그 사실이 진실에 반하여 주장되거나 널리 유포되는 경우에만 그러한 행위는 단지 부당한 행위에 해당하게 된다.

아홉째, 경쟁자의 상품이나 서비스의 모방에 해당하는 상품이나 서비스를 제공하는 행위는 다음과 같은 경우에 부당한 행위에 해당한다.

- ① 경쟁업자가 영업상 출처에 대하여 구매자가 예방할 수 있는 행위를 하지 못하도록 사기를 야기하는 경우
- ② 모방된 상품이나 서비스의 가치평가를 부적절하게 악용하거나 침해하는 경우
- ③ 모조품에 대하여 요구되는 인식이나 서류 등을 부정직한 방법으로 획득하는 경우

열 번째, 경쟁업자를 목적상 방해하는 경우

열한 번째, 시장참가자의 이익관계에서 시장행위를 규율하도록 정해져 있는 법적 규정에 위반하는 행위 등은 부당한 거래행위로 금지되는 사항에 속한다.

4. 오인을 야기하는 거래행위

부정경쟁방지법 제5조는 오인을 야기하는 거래행위에 관하여 규정하고 있다. 오인을 야기하는 거래행위를 한 자는 부당거래를 한 것이

다. 만약 거래가 진실하지 못한 고지사항을 포함하고 있거나 타당한 고지사항을 기만하기 위하여 그 이외에 다음의 사항을 담고 있는 경우에는, 그러한 거래행위는 오인을 야기하는 행위가 해당된다고 볼 것이다.

첫째, 자유처분가능성, 종류, 이행, 장점, 위험, 조립, 부속물, 절차나 제조시점, 배달이나 이행, 목적의 유용성, 사용가능성, 양, 상태, 고객 서비스 그리고 이의제기절차, 지리상 또는 영업상 출처, 사용으로 기대되는 결과나 상품이나 서비스의 테스트로 인한 결과나 본질적인 구성부분.

둘째, 판매에 계산되는 가격이나 종류와 방식, 특별한 가격장점의 존재와 같은 판매의 유인책 또는 상품이 제공되거나 서비스가 이행되는 조건

셋째, 정신적 소유권을 포함하여 신분, 재산과 같은 기업가의 신상, 성질 및 권리들을 포함하는 경우 및 거래의 행위나 영업방법을 위하여 책무의 범위, 능력, 지위, 허가, 구성원적 지위나 관계, 상벌이나 명예, 동인(기)

넷째, 직접적이나 간접적인 지원과 관련되어 있는 언명이나 상징 또는 기업가, 상품, 서비스의 허가에 관련되어 있는 언명이나 상징 역시 동일하다.

다섯째, 급부, 대체부품, 교환 및 수리의 필요불가분성

여섯째, 기업가가 반드시 부담한다고 한 경우에, 그가 그러한 기속에 대하여 지침을 준 경우에, 기속되는 행위규범의 준수

일곱째, 급부의 장애 시 보증약속이나 담보권을 근거로 한 소비자의 권리.

또한 비교광고를 포함하여 상품이나 서비스를 시장에 출시하는 것과 관련하여, 다른 상품이나 서비스 또는 경쟁업자의 상표나 다른 표시와의 교환위험을 야기하는 영업에 해당된다면, 그러한 영업행위는

오인을 야기하는 행위에 해당된다. 부정경쟁방지법 제5조 제1항 1호부터 7호에 해당하는 사항(오인을 야기하는 행위에 해당되는 사항)의 의미에서, 신고는 비교가능한 광고의 영역에서 신고 및 그러한 신고를 대체하기 위한 목적을 두고 있으며 또 그것에 유용한 것으로 판명될 수 있는 형상적 기술과 그 밖의 행사 등이 해당된다.

가격할인을 광고하는 경우에, 그 가격이 단지 부적절하게 짧은 시간 동안에 요구되는 한, 그러한 행위는 오인을 야기하는 것으로 추정된다. 그 가격이 요구되는지의 여부와 어느 시간 동안에 그것이 요구되는지에 대하여 다툼이 있다면, 그 입증에 대한 책임은 가격할인을 광고했던 그 자에게 있다.

5. 부작위를 통한 오인행위

부정경쟁방지법 제5a조는 부작위를 통한 오인행위에 대하여 규정하고 있다. 어떠한 사항에 대한 침묵이 오인을 야기하는 것인가에 대하여 판단함에 있어, 그것의 의미는 거래입장에 따라 영업상의 결정과 결정의 영향력에 대한 침묵의 성질이 고려되어야 한다. 부정경쟁방지법 제3조 제2항의 의미에서 소비자가 결정할 수 있는 능력과 관련하여, 구체적인 사례에서 의사교환매체의 제한을 포함하여 모든 상황의 고려 하에 본질적인 것으로 될 수 있는 정보를 독점하면서 소비자의 결정능력에 영향력을 행사하면서, 소비자에게 정보를 제공하지 않는 것은 부당한 것으로 판명될 수 있다.

평균적인 소비자가 거래를 체결함에 있어서, 사용되는 의사소통매체의 적절한 방법으로 상품이나 서비스가 특징이나 가격의 고려 하에 그 상품과 서비스가 제공된다면, 다음에 제시되는 정보가 상황으로부터 직접적으로 제기되는 것이 아닌 한, 그러한 정보들은 제5a조 제2항의 의미에서 본질적인 것으로 효력을 갖게 된다. 여기서 제시되는 정보는 다음과 같다(부정경쟁방지법 제5a조 제3항 각호를 참조).

첫째, 사용되는 의사소통매체의 적절한 범위에서 상품과 서비스의 모든 본질적인 특징

둘째, 기업가의 신상과 주소, 때때로 그가 거래하고 있는 기업가의 신상과 주소

셋째, 최종가격, 또는 상품이나 서비스의 제공을 근거로 하여 그러한 가격이 이전에 계산될 수 없는 사례에서 계산 산정의 방법 및 모든 부가적인 화물비용(Frachtkosten), 배달비용(Lieferkosten)과 도달비용(Zustellkosten), 또는 이러한 비용이 미리 산정될 수 없는 사례에서 그러한 부가적인 비용이 발생되었던 사실.

넷째, 지급조건, 제공조건과 급부조건 및 이의제기의 절차 등이 전문가적인 주의의 필요성과 다른 것인 한, 지급조건, 제공조건과 급부조건 및 이의제기의 절차.

다섯째, 해제권이나 철회권의 발생 등.

광고나 홍보를 포함하여 단체법적인 명령을 근거로 하거나 또는 상거래의 의사소통에 대한 단체법적인 지침의 입법화를 위한 법규에 따라 알려져야만 하는 정보들은 제5조 제2항의 의미에서 본질적인 것으로 효력을 갖게 된다.

6. 비교광고

부정경쟁방지법 제6조는 비교광고를 규정하고 있다. 비교광고라 함은 직접적이든 간접적이든 경쟁업자 또는 경쟁업자에 의하여 제공된 상품이나 서비스를 인식하게 하는 광고를 말한다. 부정경쟁방지법의 입법자는 비교하여 광고하는 경우에 있어, 그 비교가 다음과 같은 경우에는 부당하게 행위한 것으로 판단하고 있다.

첫째, 동일한 필요성이나 동일한 목적특정에 대하여 그 비교가 상품이나 서비스와 관련이 없는 경우.

둘째, 상품이나 서비스에 있어서 하나 혹은 둘 이상의 본질적인, 적절한, 확인할 수 있으면서 전형적인 성질이나 가격에 대하여 그 비교가 객관적으로 관련되지 않는 경우.

셋째, 영업상 거래에 있어서 광고자와 경쟁자 사이, 이들에 의하여 제공된 상품이나 서비스 사이, 또는 그들 사이에 사용되는 표시에 있어서 혼동의 위험을 야기하는 경우.

넷째, 경쟁업자에 의하여 사용되는 표시의 평판을 부당한 방법으로 악용하거나 침해하는 경우.

다섯째, 상품, 서비스, 행위 또는 경쟁업자의 일신상이나 영업상의 관계를 지나치게 낮게 평가하거나 비방하는 경우.

여섯째, 보호받는 표시를 가지고 영위하고 있는 상품이나 서비스를 인조품이나 모조품으로서 상품이나 서비스를 설명하는 경우.

7. 과도하게 성가시게 하는 행위

부정경쟁방지법 제7조는 너무나 지나치게 성가시게 하거나 방해하는 행위에 대하여 규정하고 있다. 영업상의 거래행위를 통하여 시장참여자가 과도하게 성가심을 당하게 된다면, 그러한 행위는 금지된다. 특히 광고에 대하여는, 위에 언급된 시장참여자가 이러한 광고를 원하지 않았다는 점이 인식될 수 있다고 할지라도, 동일하게 적용된다. 다시 말하자면 금지된다. 과도하게 성가심을 당하는 행위라 함은 다음과 같다(부정경쟁방지법 제7조 제2항 각호에 해당함).

첫째, 뒤에 언급하는 둘째와 셋째에서 언급되지 않는, 장거리를 위하여 상업상의 의사소통매체의 적당한 도구의 사용 하에 광고. 그러한 도구를 통하여 소비자는, 비록 그가 그것을 원하지 않았다 할지라도, 소비자는 집요하게 언급된다.

둘째, 이전에 명백한 소비자의 동의를 얻지 아니하거나, 그 밖의 시장참여자에게 적어도 추측할만한 동의를 얻지 아니하고 소비자에 대

하여 전화로 광고를 하는 경우.

셋째, 이전에 수신자로부터 명백한 동의를 얻지 아니하고 자동수신 전화기, 팩스 또는 전자상의 우편을 사용하면서 광고하는 경우.

넷째, 발신자의 위임 하에 뉴스의 소식이 교부됨에 있어 발신자의 신분이 기만되고 은폐되며, 또한 수신자가 그러한 뉴스의 소식을 중지할 수 있는 유효한 주소가 존재하지 않는 경우에 있어서, 송달비용(Übermittlungskosten)과 달리 기본비용에 따라 발생하지 않고 뉴스의 소식을 광고하는 경우.

그러나 제2항 제3호(여기서는 셋째에 해당함)와 달리, 전자우편을 사용하면서 광고를 하는 경우라 할지라도, 다음의 경우에는 과도하게 성가시게 하는 행위로 인정되지 않는다.

첫째, 상품이나 서비스의 판매와 관련하여 기업이 고객으로부터 전자우편의 주소를 수령한 경우.

둘째, 기업이 독자적 유사한 상품이나 서비스에 대한 직접광고를 위하여 주소를 사용하는 경우.

셋째, 고객이 그것의 사용에 대하여 이의를 제기하지 않는 경우.

넷째, 기업이 주소를 수집할 때나 주소를 사용할 때, 송달비용과 달리 기본비용에 따라 발생하지 않고, 고객에게 언제나 그것의 사용에 대하여 이의를 제기할 수 있다고 명백하게 지침이 있는 경우.

V. 맺음말

1992년 상품이나 용역에 관한 표시·광고에 있어서 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시나 광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 “표시·광고의 공정화에 관한 법률”을 제정하게 되었다.

여기서는 허위광고 및 비교광고와 관련하여, 독일을 중심으로 한 유럽에서 어떠한 방향으로 입법을 도모하고 있는가를 고찰하고 있다. 유럽은 유럽연합회원국의 지침 하에 각 회원국들이 입법을 모색하고 있다. 독일 역시 유럽연합지침을 수용하여 자국법에 수용하고 있는 모습을 볼 수 있다. 특히 중요한 것으로 생각되었던 2006년 허위광고와 비교광고에 대한 유럽연합지침을 다루고 이어서 그것을 중심으로 독일의 부정경쟁방지법을 고려하였다.

특히 독일의 부정경쟁방지법은 2008년 다소 개정되어 실정법을 파악하는 작업을 하게 되었다.

제 4 장 표시광고공정화법 현황 및 개정동향

I. 표시광고공정화법의 연혁과 개정

1. 표시광고공정화법의 제정

표시·광고에 대한 규제는 공정거래위원회 소관의 대부분의 법률이 그러하듯이 당초 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 규정되어 있었으나 상품에 대한 표시광고가 전문화 다양화됨과 동시에 그에 대한 소비자들의 알 권리를 최대한 보장할 필요성이 대두되어 1999년 표시광고공정화법(「표시·광고의 공정화에 관한 법률」)이 제정되었다. 제정 「표시·광고법」은 총 20개의 조로서 구성되어 있었으며, 그 주요 내용은 다음과 같다.

- 가. 소비자를 보호하고 공정한 거래질서를 확립하기 위하여 허위·과장, 기만, 부당비교, 비방 등의 부당한 표시·광고행위를 금지함(제3조).
- 나. 사업자들이 소비자에게 제공하여야 할 필요가 있는 중요한 상품정보 등은 공정거래위원회가 관계부처, 사업자·소비자단체 등과 협의하여 의무적으로 표시·광고사항으로 고시하고 사업자들은 이를 반영하도록 함으로써 소비자의 합리적 선택에 도움이 되도록 함(제4조).
- 다. 공정거래위원회는 부당한 표시·광고행위에 대하여 그 사실과 관련하여 실증이 필요한 경우에는 사업자에게 관련 자료의 제출을 요청할 수 있도록 함으로써 부당한 표시·광고를 억제하도록 함(제5조).
- 라. 사업자의 자유로운 영업활동을 보장하고 경쟁을 촉진하기 위하여 사업자단체가 법령의 근거 없이 사업자의 표시·광고행위를 제한할 수 없도록 함(제6조).
- 마. 부당한 표시·광고의 시정을 위하여 당해 행위의 중지·범위반사실의 공표 등 시정조치를 명하고, 과징금을 부과할 수 있도록 함(제7조 및 제9조).
- 바. 시정조치의 필요성이 시급한 부당 표시·광고행위를 일시 중지시켜 소비자 및 경쟁사업자를 보호하는 임시중지명령제도를 도입함(제8조).

2. 표시광고공정화법의 개정

표시광고공정화법은 제정 이후 총 두 차례의 개정이 있었다.¹⁸³⁾

제1차 개정은 2005년 12월에 이루어졌고, 그 주요 내용은 다음과 같다.

- 가. 다른 법령에서 표시·광고를 하도록 하고 있는 사항 및 표시·광고를 제한하거나 금지하는 사항을 공정거래위원회가 통합하여 공고할 수 있도록 함(제4조제3항).
- 나. 중요정보와 관련된 사항을 협의하기 위하여 관계 행정기관, 소비자단체 및 사업자단체 등이 참여하는 중요정보제공협의회를 설치하고, 공정거래위원회가 중요정보의 고시를 하고자 하는 때에는 미리 중요정보제공협의회와 협의를 거치도록 함(제4조제2항 및 제4조의2).
- 다. 사업자들이 공정거래위원회로부터 실증자료의 제출요청을 받은 경우 그 자료의 제출기간을 제출요청을 받은 날부터 30일 이내에서 15일 이내로 단축하고, 실증자료를 제출하지 아니하고 계속하여 표시·광고행위를 하는 사업자에게 대하여는 실증자료를 제출할 때까지 그 표시·광고행위의 중지를 명할 수 있도록 함(제5조제3항 및 제5조제5항).
- 라. 공정거래위원회는 표시·광고가 자율심의기구등의 심의대상에 해당하는 경우 자율심의기구등에 대하여 표시·광고의 심의를 요청할 수 있도록 하고, 자율심의기구등이 요청받은 심의를 행한 경우에는 예산의 범위 안에서 그 소요경비를 보조할 수 있도록 함(제14조의2).

제2차 개정은 2010년 3월에 이루어졌으며, 그 주요 내용은 다음과 같다.

- 가. 부처 중심의 책임행정체제를 확립하고 의사결정의 신속성을 제고하기 위한 정부위원회 정비계획이 확정됨에 따라 공정거래위원회에 두는 중요정보제공협의회를 폐지함(제4조의2 삭제)
- 나. 헌법재판소의 양벌규정 위헌결정¹⁸⁴⁾에 따라 「표시·광고법」 상의 양벌규정 정비(제19조)

183) 타법 개정 제외. 타법 개정까지 포함하면 7번의 개정이 있었음

184) 헌법재판소 2007.11.29. 선고 2005헌가10 보건범죄단속에관한특별조치법 제6조

다. 과태료 처분에 대한 이의제기, 관할법원 통보·재판 및 체납처분절차를 포함한 ‘과태료의 부과·징수 및 재판’에 관한 일반법인 「질서위반행위규제법」이 제정되어 2008. 6. 22. 시행됨으로써 「표시·광고법」 관련 조항을 삭제(제20조)

3. 현행 표시광고공정화법의 특징

(1) 임시중지명령제도(제8조)

현행 「표시광고공정화법」 제8조는 공정거래위원회가 사업자에게 법 위반의 의심이 있는 표시·광고행위를 임시 중지할 것을 명할 수 있도록 하고 있다. 이는 공정거래위원회 소관 다른 법률들이 법 위반사업자에 대한 제재로 영업정지, 시정조치, 과징금 등만을 규정하고 있는 것과는 구별되는 것이다. 즉, 임시중지명령제도는 표시·광고 영역의 특성을 감안하여 도입된 표시광고공정화법의 특징적인 제도이다.

(2) 표시·광고 실증제도(제5조)

현행 「표시광고공정화법」 제5조는 사업자가 자기가 행한 표시·광고 중 사실과 관련한 사항에 대하여는 이를 실증할 수 있어야 하고, 공정거래위원회는 이를 위하여 관련 자료의 제출을 요청할 수 있도록 하고 있다.

(3) 법 집행 시 유의점

위와 같이 표시광고공정화법 상의 특징적인 제도가 도입 의도와는 달리 활성화되지 못하고 있다. 임시중지명령제도의 경우 최근 11년간 2번밖에 실행되지 못하였고, 표시·광고 실증제도의 경우 38건의 실

증자료 요구 및 6건의 실증공개가 있었으며 그 중 25건이 제도초기인 2002년 이전에 시행된 것이다. 부당한 표시·광고가 범람하고 있는 현실을 감안할 때 공정거래위원회는 위 두 제도를 적극적으로 활용할 필요가 있다.

II. 논의 중 개정안¹⁸⁵⁾

1. 박주선의원 대표발의안 (2008. 12. 29. 의안번호 : 3282)

박주선의원 대표발의안은 법 제3조제1항제2호의 “기만적인 표시·광고”를 구체화하여 이를 “부정확한 가격 등 기만적인 표시·광고”로 개정하고자 하는 것이다. 이는 가격표시를 부정확하게 하여 소비자의 부담을 가중시키는 사례가 많다는 점을 반영한 취지인 것으로 보이나, 2010년 7월부터 오픈프라이스 제도가 시행됨에 따라 개정실익이 크지 않게 되었다.

현행	개정안
第3條 (부당한 표시·廣告行爲의 금지) ① 事業者등은 消費者를 속이거나 消費者로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 表示·廣告行爲로서 公정한 去來秩序를 저해할 우려가 있는 다음 各號의 行爲를 하거나 다른 事業者등으로 하여금 이를 행하게 하여서는 아니 된다. 1. (생략)	제 3 조 (부당한 표시·광고행위의 금지) ① ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- 1. (현행과 같음)

185) 각 법률안 및 이에 대한 검토보고서들은 국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr>).

현 행	개 정 안
2. <u>기만적인 表示·廣告</u> 3.·4. (생 략) ② (생 략)	2. <u>부정확한 가격 등 기만적인 ---</u> 3.·4. (현행과 같음) ② (현행과 같음)

박주선의원 대표발의안은 2009년 11월 25일 정무위원회 전체회의에 상정되어 법률안심사소위원회에 회부되었고, 2010년 4월 21일 법률안심사소위원회에서 논의하였으나 통과되지 못하였으며, 현재 법률안심사소위원회에 계류 중이다.

2. 박상돈의원 대표발의안 (2009. 2. 11. 의안번호 : 3760)

박상돈의원 대표발의안은 공정거래위원회에 의한 직권조사 사유가 있더라도 금융·보험 사업자등의 경우에는 금융위원회를 통하여 간접적으로 처리하도록 하고, 금융위원회는 그 결과를 공정거래위원회에 통보하도록 한 제15조제4항 및 제5항을 삭제하는 내용이다.

현 행	개 정 안
제15조 (관계기관등의 장의 협조) ① ~ ③ (생 략) ④ <u>공정거래위원회는 금융·보험 사업자들이 제3조제1항의 규정에 위반하였다고 인정되어 직권으로 조사할 사유가 있는 경우에는 이를 조사하지 아니하고 금융위원회에 통보하여 금융위원회로 하여금 이를 처리하도록 하여야 한다.</u>	제15조 (관계기관등의 장의 협조) ① ~ ③ (현행과 같음) <삭 제>

현 행	개 정 안
<p>⑤ 제4항의 규정에 의한 통보를 받은 금융위원회는 금융·보험관계법령이 정하는 바에 따라 이를 성실히 처리하여 그 결과를 공정거래위원회에 통보하여야 한다.</p>	<p><삭 제></p>

개정안의 내용에 대하여 공정거래위원회와 금융위원회는 각각 찬성과 반대 입장을 밝혔는바, 그 논거는 다음과 같다.

공정위 의견(개정안 찬성)	금융위 의견(개정안 반대)
<ul style="list-style-type: none"> ○ 최근 금융·보험회사의 과장 광고로 인한 소비자피해가 증가하고 있으므로, 개정안과 같이 공정위에 직권조사권을 부여하는 것은 필요한 입법조치로 판단됨 ○ 이에 대하여 금융위원회는 금융·보험사업자의 광고에 대한 감독업무는 중복규제 방지 등을 위해 금융감독당국에서 일괄적으로 처리함이 바람직하다는 입장 ○ 그러나 첫째, 부당한 표시·광고금지규정을 두고 있는 개별법이 많지만 모두 공정위의 직권조사를 금지하고 있지 않는 반면 금융·보험 분야에만 유독 공정위의 직권조사를 금지하고 있고, 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 금융감독당국은 상품인가에서 광고 등 영업활동에 이르기까지 금융회사 업무전반에 대하여 감독업무를 수행하고 있어 - 공정위가 금융·보험상품 광고에 대한 직권조사를 하는 경우 공정위와 금융감독당국이 각각 광고에 대하여 규제하게 되어 금융회사에 대한 중복규제가 되는 등 금융회사 부담이 가중 - 보험업법 개정시 광고기준을 법제화하고, 이를 위반한 허위·과장 광고에 대하여는 과징금을 부과하는 등 감독·규제를 더욱 강화할 예정 ⇒ 이중규제 우려 증가 ○ 보험상품은 일반인이 이해하기 어려운 고도의 수리적 기법을 사용하여 개발·판매됨에 따라

공정위 의견(개정안 찬성)	금융위 의견(개정안 반대)
<ul style="list-style-type: none"> ○ 둘째, 같은 위반 사건이라고 하더라도 신고가 있는 경우 공정위가 이를 조사할 수 있으나 직권으로는 조사를 하지 못한다는 점은 형평에 맞지 않다는 점에서 개정안은 필요한 입법조치로 판단됨 	<ul style="list-style-type: none"> 보험회사 및 소비자간 정보의 비대칭성이 심한 분야로 - 이러한 상품광고행위에 대하여 상품개발을 감독하는 금융감독당국이 일관성 있는 감독을 수행하는 것이 소비자보호 차원에서 효과적 - 아울러, 금융감독당국은 지속적으로 부당·광고방지를 통한 소비자 보호를 위하여 지속적으로 감독·검사를 강화하여 왔음 ○ 광고라는 동일 사안에 대해 공정위와 금융감독당국의 판단이 다를 경우 시장혼란 및 정부정책에 대한 불신초래 우려

박상돈의원 대표발의안은 2009년 11월 25일 정무위원회 전체회의에 상정되어 법률안심사소위원회에 회부되었고, 2010년 4월 21일 법률안심사소위원회에서 논의하였으나 통과되지 못하였으며, 현재 법률안심사소위원회에 계류 중이다.

3. 조경태의원 대표발의안 (2010. 2. 3. 의안번호 : 7535)

조경태의원 대표발의안은 제4조제1항에 따라 공정거래위원회가 고시하여야 하는 사항에 사업자가 표시·광고를 하지 아니한다면 “소비자의 재산상의 손해가 발생할 가능성이 현저히 높은 경우”를 추가하는 내용이다.

제 4 장 표시광고공정화법 현황 및 개정동향

현 행	개 정 안
<p>제 4 조 (중요정보의 고시 및 통합 공고) ① 공정거래위원회는 상품 등이나 거래분야의 성질에 비추 어 소비자의 보호 또는 공정한 거래질서의 유지를 위하여 필요 한 사항으로서 다음 각 호의 어 느 하나에 해당하는 사항인 경우 에는 사업자등이 표시·광고에 포함하여야 하는 사항(이하 “중요 정보”라 한다)과 표시·광고의 방 법을 고시(인터넷 게재를 포함한 다. 이하 같다)할 수 있다. 다만, 다른 법령에서 표시·광고를 하 도록 한 사항을 제외한다.</p> <p>1. (생 략)</p> <p>2. 표시·광고를 하지 아니할 경우 에는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사정이 생길 우려가 있는 사항</p> <p>가·나. (생 략)</p> <p><신 설></p> <p>다. (생 략)</p> <p>② ~ ⑤ (생 략)</p>	<p>제 4 조 (중요정보의 고시 및 통합 공고) ①----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- -----</p> <p>1. (현행과 같음)</p> <p>2. ----- -----</p> <p>가·나. (현행과 같음)</p> <p>다. <u>소비자의 재산상의 손해가 발생할 가능성이 현저히 높 은 경우</u></p> <p>라. (현행 다목과 같음)</p> <p>② ~ ⑤ (현행과 같음)</p>

조경태의원 대표발의안은 2010년 11월 24일 정무위원회 전체회의에 상정되어 법률안심사소위원회에 회부되었고, 현재 법률안심사소위원회에 계류 중이다.

4. 정부 제출안(2010. 4. 30. 의안번호 : 8362)

정부 제출안은 기존의 법률들이 용어가 어렵고 비문이 많다는 문제를 해결하기 위하여 법제처가 주도하고 있는 “알기쉬운 법령만들기” 사업의 일환이다. 그 주요내용은 법률을 한글로 표기하고, 어려운 용어를 순화하며, 정확한 법 문장을 구성하는 것이다. 정부 제출안은 2010년 11월 24일 정무위원회 전체회의에 상정되어 법률안심사소위원회에 회부되었고, 현재 법률안심사소위원회에 계류 중이다.

5. 정무위 합병안(2011. 8. 23. 의안번호 : 12952)¹⁸⁶⁾

상기 “Ⅲ. 조경태 의원” 안과 “Ⅳ. 정부 제출안”을 제294회 국회(정기회) 제13차(2010.11.24) 정무위원회에 각각 상정한 후 법률안심사소위원회에 회부한 후 제301회 국회(임시회) 정무위원회 제6차 법률안심사소위원회(2011.6.29)에서 심의를 하였다. 이상 2건 법률안은 본회의에 부의하지 아니하기로 한 후 제301회 국회(임시회) 제6차 정무위원회(2011.6.29)는 상기 2건 법률안을 일부 수정한 후 통합하여 위원회 대안으로 제안하기로 하였다.

현행 표시광고공정화법 제4조 제1항은 소비자의 상품 또는 용역의 구매 선택에 영향을 미칠 수 있는 중요한 표시·광고사항으로서 ‘중요한 표시·광고사항 고시’를 운영하고 있다.

이에 대하여 소비자의 생명·신체뿐만 아니라 재산에 위해를 끼칠 가능성이 있는 부당한 표시·광고를 방지하여 소비자에게 바르고 유

186) http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_W1B1A0Z6F2X8E1M7R3O1G4A4T8S7G1 참조

용한 정보의 제공을 촉진하고 공정한 거래질서를 확립하기 위하여 사업자 등이 표시·광고에 포함하도록 의무화하는 ‘중요정보’의 요건에 ‘재산에 위해를 끼칠 가능성이 있는 경우’를 추가하고 있다. 한편, 법적 간결성·합축성과 조화를 이루는 범위에서 법률 문장의 표기를 한글화하고, 어려운 용어를 쉬운 우리말로 풀어쓰며, 복잡한 문장은 체계를 정리하여 간결하게 다듬음으로써 쉽게 읽고 잘 이해할 수 있으며 국민의 언어생활에도 맞게 정비하려고 한다는 입법 제안이유를 달았다.

Ⅲ. 입법론적 검토사항

1. 과징금 제도 정비

현행 제9조는 공정거래위원회로 하여금 법 위반 사업자에게 매출액의 2% 범위 내의 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있다. 그런데 공정거래위원회 소관 대부분의 법률들¹⁸⁷⁾이 영업정지를 같음하여 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있다는 점에서 표시광고공정화법 상의 과징금제도는 특징적이다.

과징금 제도의 유형은 크게 세 가지인데, ① 행정처분명령 위반에 따른 경제적 이익을 환수하기 위한 과징금, ② 영업정지처분을 같음하여 부과하는 과징금, ③ 행정법령 위반에 대한 금전적 제재로서의 과징금이 그것이다. 표시광고공정화법 상의 과징금 제도는 ③에 해당하는 유형이라고 할 수 있다. 그런데 ②유형의 과징금이 영업정지 처분에 따르는 국민들의 불편을 최소화하기 위하여 이루어짐에 따라 그 타당성과 필요성이 인정되는 반면, ③유형의 과징금은 행정편의적인 징벌적 금전적 제재수단에 불과하므로 지양되어야 할 유형의 과징금이다.

187) 할부거래에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 등

아무튼 과징금 제도 개선점을 검토하자면 첫째, 과징금은 금전적 제재라는 점에서 수범자의 입장에서 벌금과 큰 차이가 없다 할 수 있음에도 법원의 판결 없이 행정기관인 공정거래위원회가 이를 부과하는 것은 되도록 최소화할 필요가 있으며, 과징금 부과는 영업정지처분을 명하기에 부적절한 사업을 대상으로 한정하는 것이 바람직하다. 둘째, 법 위반에 따른 피해액이 국고로 귀속되는 것은 소비자 피해보상 측면에서도 바람직하지 않다. 즉, 피해를 입는 것은 소비자인데 그 이익은 국가가 가져간다는 것은 국가편의주의적인 제도라 할 수 있다. 따라서 표시광고공정화법 상의 과징금 제도는 폐지를 검토하여야 하며, 그 대신 소비자 피해보상 강화 방안을 검토할 필요가 있다.

2. 통일적 제재 검토

형사제재와 관련하여 소개한 부분에서 살펴보았듯이 부당한 표시·광고에 대한 제재가 다양하고 복잡한 규정을 갖고 있다. 한 개의 행위에 대한 제재의 종류가 많아서 형사절차, 행정절차 및 민사절차에 의한 중첩적인 제재가 존재할 수 있다. 그 결과 현실적 부조화가 발생할 수 있다. 첫째 부당한 표시·광고를 행한 자에 대한 어떠한 제재가 장식품으로 전락한 경우도 없다고 할 수 없으며, 두 번째 경우에 따라서는 과도한 제재를 받게 될 가능성도 있다. 실효성 확보 차원에서라도 어떠한 부당 표시·광고 행위에는 반드시 어떠한 형벌이 부과될 것이라는 예측가능성을 높이는 것이 바람직하다.

그리하여 첫 번째 과징금 부과시 선고된 벌금형을 고려하거나 공제해주는 방식을 고려할 수 있는데 이는 제재의 종류를 단순화하고 예측가능할 수 있도록 해야되지 않는가라는 고민에서 나온 발상이다. 두 번째 형사제재에 대하여 소개한 앞에서의 글은 전반적으로 제재의 완화에 대한 방향을 검토하였으나, 오늘날 부당한 표시·광고는 범죄의식이나 비난의 정도는 상대적으로 미약하면서도 오히려 피해의 정

도나 금액의 규모는 막대해지는 경향이 있음을 발견할 수 있기에, 오히려 사기죄의 법정형 등과 일치시킬 수 있도록 상향할 필요성을 발견하였다. 어떤 측면에서는 실질적으로 부당한 표시·광고를 ‘사주’하거나 자연발생적으로 종업원들이 행위하도록 ‘강요’한, ‘법인에 실질적으로 영향을 미치는 모든 자’¹⁸⁸⁾에 대한 실질적 처벌을 감안한 규정의 가능성을 찾을 수 있다. 세 번째 법인 및 종업원에 대한 양벌규정에 대하여 법인에 대한 형벌을 상향 조정할 필요성이 있다. 그것은 법인에 대한 형벌은 종업원과 달리 벌금형이 유일한데 그것이 자연인과 동일할 수 없으며 자산규모가 큰 법인에게 아무런 타격이 될 수 없기 때문이라는 점 때문이다.

한편 현재 표시광고공정화법 제10조는 부당한 표시·광고 사업자의 손해배상 책임을 규정하면서 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다고 하여 사업자의 무과실 책임을 규정하고 있다. 이는 소송 과정에서 약자일 수밖에 없는 소비자를 보호하기 위한 조치이나 이것만으로는 소비자 보호에 취약한 측면이 있으므로 보다 더 강한 방안이 필요하다.

이를 위하여 집단소송제도의 도입, 입증책임의 전환 등을 검토하여야 할 것이다. 또한, 국회는 최근 「하도급거래 공정화에 관한 법률」상 기술 유용 행위에 대하여 3배 범위 내의 징벌적 손해배상제도를 도입한 바 있는 바, 이를 표시광고공정화법에 도입하는 것도 검토해 볼 수 있다.

188) 아래 상법 조문을 참조한다면 책임을 확장할 수 있을 것으로 보인다.

상법 제401조의2 【업무집행지시자 등의 책임】 ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서 이를 이사로 본다.

1. 회사에 대하여 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자
2. 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자
3. 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자

3. 입법례 시사점 검토

먼저 전술한 바, 미국의 부당 표시·광고와 관련하여 인용한 글을 보면 미국법상 표시광고공정화와 관련된 법원은 혼재되어 있지만 아무튼 “미국 소비자법상 기만행위는 매우 광범위한 적용범위를 갖는 용어로서 노골적인 사기 뿐 아니라 광고가 선의로 배포되었으나 이에 내포된 내용이 적절히 실증되지 못한 경우”와 “제정법상의 표시규제를 준수하지 못한 경우 등에까지 널리 적용되는 개념”으로서 이러한 “미국 소비자법상의 기만행위 법리는 다음과 같이 코먼로상의 사기 (fraud) 법리로부터 유리된 발전을 거듭” 하여 왔다는 점을 지적하고 나서 우리의 현행법의 입법방식은 기만성이라는 부당광고의 본질적인 요소에 초점을 맞추는 방식으로 재검토되어야 한다고 말하고 있다. 그 점에 대하여 생각건대 초기 미국법은 입증 등의 측면에서 불철저한 단점을 가지고 있었으나 오늘날 미국법은 과학문명의 고도화나 사회구조의 복잡화 등에 따라 자연히 입증이 곤란할 수 밖에 없는 사항들을 입증책임의 전환이나 3배배상이나 3진아웃 등 기계적인 적용규정 등으로 과감히 돌파하여 오히려 성공적인 현대적 법규정으로 거듭날 수 있었음을 알 수 있고, 또한 사기 규정을 각 법 분야에서 폭 넓게 규정하여 역시 복잡한 사회구조와 과학문명 고도화에도 적절히 대처할 수 있는 결과론적 타당성을 보여주는 장점을 갖고 있다. 이와 같은 점을 전제한다면 인용한 글의 주장은 필자의 생각에도 적절하다고 생각된다. 즉 기만성이라는 본래 사기에서 유래한 미국법상 부당 표시·광고행위에 대한 적용 판단기준을 원용한다면 우리 법제상 부당 표시·광고에 대한 판단기준 확립 내지 강화에 보탬이 될 수 있을 것으로 보인다.

역시 전술한 바와 같이 일본에 대한 입법례를 조사한 글을 인용하였는데, 여기에서 보여주는 시사점을 요약한다면 첫 번째 표시·광고

내용의 실증제도를 사전실증제도로 운영한다는 점, 두 번째 표시·광고규제로서의 기본법으로서 이제는 사업자를 위한 표시·광고 규제가 아닌 소비자보호와 관련된 기본법으로서의 전환을 요한다는 점, 세 번째 적격소비자단체에게 소송 및 소송 외의 유지청구를 할 수 있도록 하는 규정 등을 참고할 수 있다.

제 5 장 결 론

주지하다시피 현대 산업사회에서 대다수 시민은 소비자로서 행위하여야 하기 때문에, 표시광고는 오늘날 기본권의 문제로도 조명받아야 한다. 헌법은, “국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호 운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보호한다(제124조)”고 규정하고 있다. 그리하여 소비자기본법도 제정된 바 있고 아울러 대법원 규칙으로 소비자단체 소송규칙이 제정되기도 하였다. 자본주의 체제에서 생산자 내지 사업자와 소비자 내지 시민은 서로 맞물리는 관계에 서 있다. 생산자(사업자)와 소비자의 관계를 사적관계라고 하여 국가가 단순히 방치하고 있을 수 없는 이유는 생산자(사업자)와 소비자 사이의 불평등한 지위를 고려해야 하는 기본 단계에서 이미 자명하다. 이와 같이 불평등한 관계에는 일정한 규율을 요한다는 것은 그럼으로써 비로소 건전한 경제질서의 기본적 전제요건을 충족시킬 수 있는 때문이다.¹⁸⁹⁾

소비자보호 관련 법규는 기능적 내용을 기준으로 거래의 적정, 공정하고 자유로운 경쟁확보, 계량 규격의 적정, 표시의 적정, 광고의 적정, 피해방지, 적정한 가격 유지, 전자상거래 관련 등의 내용을 가진 것으로 분류할 수 있다.¹⁹⁰⁾ 본 보고서가 다루는 표시·광고 규제가 종래 공정거래법상 단순한 사후조치적 성격을 지닌데 그치고 있어 대책이 결여되고 있다는 문제점을 인식하고 이를 개선하고자 1999년 2월 표시광고공정화법이 제정되어 그 이후 시행 및 개정되어 왔다. 표

189) 헌법재판소 1995.7.21, 94헌마136 재판관 조승형 별도의견 181쪽 이하 참조; 강창경, 『중장기 소비자입법정책의 과제와 방향』, (한국소비자원, 2010.12) 20쪽 이하 참조.

190) 강창경/정순희/허경옥, 『소비자법과 정책(개정판)』, 2000, 103쪽. 이 책에서는 표시·광고 법제에 관하여 특히 제10장 ‘표시광고공정화법’과 제14장 ‘광고규제’ 등 2개 장에서 논의하고 있다.

시·광고는 그 내용이 관련사업 영역이나 활동 자체에 따라 매우 특유한 사항을 포함하기 마련인데, 이에 관하여 구체적으로 규정하기 위하여 공정거래위원회는 표시·광고 관련 고시나 지침이라는 형식을 활용하여 왔다.¹⁹¹⁾

표시광고공정화법은 살펴본 바와 같이 입법화가 이루어졌고 추가 및 보정이 계속되고 있다. 원칙적으로 표시·광고를 하는 사업자는 시장에서 자유롭게 표시하거나 광고할 자유를 갖음과 동시에 공정거래위원회는 사회적인 제한(헌법 제119조 제2항) 또는 소비자보호의 차원(헌법 제124조)에서 표시·광고 사업자를 규제할 수 있지만 전 각주에서 본 바와 같이 각종 고시나 지침이 표시광고 공정화법과 개별적으로 이루어지고 있다는 점은 문제될 수 있다. 하루속히 일목요연한 체계하에 표시광고공정화법 관련 법규범이 정립될 수 있어야 할 것이다. 두 번째로 범죄의식이 미약하고 실제적인 사회적 피해에 비해 경미한 비난이 발생하는 것이 일반적인 가운데 오늘날 전국민이 사실상 소비자로서 표시광고에 의존한 생활을 영위하고 있을 뿐 아니라 독과

191) 표시광고공정화법 이외에도 아래와 같은 지침들을 볼 수 있다.

- ① 표시광고사항에 대한 통합공고(2009-05-01)
- ② 기만적인 표시광고 심사지침(2010-12-31)
- ③ 보험상품 표시광고에 관한 심사지침(1999-07-01)
- ④ 부당한 표시광고행위의 유형 및 기준(2008-09-01)
- ⑤ 비교표시광고에 관한 심사지침(2001-08-22)
- ⑥ 상가 등의 분양 및 임대 표시광고에 관한 심사지침(2003-01-01)
- ⑦ 소비자 안전에 관한 표시광고 심사지침(2005-09-21)
- ⑧ 수상 인증 등의 표시광고에 관한 심사지침(1999-07-01)
- ⑨ 은행 등의 금융상품 표시광고에 관한 심사지침(2009-08-12)
- ⑩ 임시중지명령에 관한 운영지침(2009-08-12)
- ⑪ 정정광고에 관한 운영지침(2006-12-27)
- ⑫ 주택의 표시광고에 관한 심사지침(2009-08-12)
- ⑬ 중요한 표시광고사항 고시(2009-04-28)
- ⑭ 추천 보증 등에 관한 표시광고 심사지침(2010-10-29)
- ⑮ 통신판매 표시광고에 관한 심사지침(1999-07-01)
- ⑯ 표시광고 실증에 관한 운영고시(2008-04-01)
- ⑰ 환경관련 표시광고에 관한 심사지침(2010-12-31)

점적 사업자의 분야가 증가한 때문에 그 피해규모는 사회적 인식을 감안할 때 그 보다 적지 않다는 점에서 소비자에 대한 기망에 대한 점을 감안하여 법 해석을 하는 미국법 상황을 감안한 연구가 보다 필요하다. 아울러 좀 더 간결하게 예측가능성을 부여할 수 있는 각종 제재를 통일적으로 부여하고 좀 더 강화된 제재가 가능할 수 있도록 하는 이중의 고려를 요한다는 점을 전술하였다. 세 번째 광고실증제도가 실질적으로 사후심사제도로 운영되는 점 등을 감안할 때 법해석을 통하여 실질적으로 사전심사제도로 운영하는 일본의 입법례에 대한 소개를 하는 글을 인용하여 살펴보았다. 이와 같이 구체적이고 대폭적인 법제도 개혁 외에도 구체적 법규정 개선작업도 요한다는 점을 검토하였다.

참 고 문 헌

- 공정거래위원회, 「공정거래백서」, 2008.
- 김상중, 계약체결 이전 단계의 정보제공의무, 고려법학 56호, 2010.
- 김상중, “부당 표시·광고에 대한 민사법적 규율”, 한국법제연구원
워크숍 자료집(「표시·광고 공정화 법제 현황 검토」), 2011.4.15.
- 나종갑, 미국상표법연구, 글누림, 2006
- Rittner 저, 권오승 역, 독일경쟁법, 법문사, 1997
- 박기석, “양벌규정의 문제점과 법인범죄의 새로운 구성”, 형사정책,
제10호, 1998
- _____, “벌금형의 개선방안”, 형사정책, 제12권 제2호, 2000
- 박수영, 표시광고법, 학우, 2004.
- 박영복, 계약교섭전단계의 법규범화, 외법논집 10집, 2001.
- 박윤흔, 최신행정법강의(상), 박영사, 2004.
- 박해식, 부당표시광고에 대한 규제 - 표시광고법의 공정화에 관한
법률을 중심으로, 재판자료 87집: 경제법의 제문제, 2000
- 손영화, “일본에서의 표시·광고에 관한 규제”, 「워크숍 자료집」(표
시·광고 공정화 법제 비교법 검토), 2011.5.27.
- 신현윤, 경제법 [제3판], 법문사, 2010
- 유주선, “표시·광고 공정화에 관한 법률 -독일에서의 논의-”, 한국
법제연구원 전문가회의 자료집, 2011. 3. 12
- 유지태, 행정법신론, 신영사, 2006

참 고 문 헌

- 윤동호, “행정제재와 형사제재 병과의 이론과 현실”, 형사정책연구 제65호, (2006·봄호)
- 이기수·유진희, 경제법, 제8판, 세창출판사
- 이기종, “표시광고 공정화법 미국법제 현황 검토”, 『워크숍 자료집』 (표시·광고 공정화 법제 비교법 검토), 2011.5.27
- 이동규, 독점규제및공정거래에관한법률개론, 행정경영자료사, 1997
- 이병규, 미국법상 부당광고의 법리에 관한 연구, 비교법연구 Vol. 649, 2010
- 이종영, “표시·광고 공정화 법제 현황 및 개정 동향”, 『표시·광고 공정화 법제 현황 검토』, 한국법제연구원 워크숍 자료집, 2011. 4. 15
- 이천현, “표시광고 공정화법과 형사책임”, 『워크숍 자료집』(표시·광고 공정화 법제 비교법 검토), 2011.5.27.
- 정준우, 공정거래법상 부당한 표시·광고 규제규정의 합리적 운영에 관한 고찰, 한양법학 제9집, 1998
- 정호열 역, 부정경쟁방지법, 삼지원, 1996
- 최금숙, 불공정광고, 허위광고 및 과대광고로 인한 소비자 피해의 구제 방법, 한독법학 제12권, 1996
- 최신애/여정성, “소비자정책으로서의 표시·광고규제 성과 평가”, 『소비자학연구』 제21권 제4호(2010. 12)
- 한국개발연구원, 「표시·광고 등의 공정화에 고나한 법률 제정에 관한 연구」, 1997
- 한국경제법학회, 기만 표시·광고 규제에 대한 제도개선 방안 연구, 2009

- 한국행정학회, 각종 표시·광고 규제 개선을 위한 연구, 2005
- 公正取引委員会, “不当景品類及び不当表示防止法第4条第2項の運用
指針-不実証広告規制に関する指針-”
- 磯井 美葉, “広告に対する規制”, 『アグリビジネス 経営塾』 No. 194
(2004. 4)
- 東京青山・青木・狛法律事務所, “景品表示法上の不実証広告規制に関
して近時の先例が示唆する留意点”, 『Client Alert』 May 2011,
<http://www.taalo-bakernet.com/j/newsletters/pdf/2011/ClientAlert_20110401Tokyo_Antitrust_keihin_J.pdf>
- 白石忠志 監修, 独占禁止法の争訟實務, 2006
- 社団法人 衛星放送協会, 『広告放送のガイドライン2009』, 社団法人
衛星放送協会, 2009
- 上吉原宏, “製品デザインに関する知的財産と広告”, 20面). <<http://www9.ocn.ne.jp/~k-patent/seihinndezainn.pdf>>
- 山田泰弘, “投資取引における従業員の不当勧誘に関する取締役の第三
者責任”, 『立命館法学』 第299号(2005. 1)
- 消費者庁, “不実証広告規制の適用対象となり得る効果,性能に関する表示
の具体例”) <<http://www.caa.go.jp/representation/keihyo/hujisyo.html>>
- 泉克幸, “知的財産権のライセンスと独占禁止法”, 『特許研究 PATENT
STUDIES』 No. 45(2008. 3).
- Federal Trade Commission, Policy Statement on Deception (1983),
available at <http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-decept.htm>.
- Federal Trade Commission, Policy Statement Regarding Advertising Sub-
stantiation (1984), available at <http://www.ftc.gov/bcp/guides/ad3subst.htm>.

참 고 문 헌

Lehmann, Die bürgerlichrechtliche Haftung für Werbeangaben, NJW 1981, 1233 ff.

Roscoe B. Starek III, The ABCs at the FTC: Marketing and Advertising to Children, Summary of Prepared Remarks of Commissioner before the Minnesota Institute of Legal Education (July 25, 1997), available at <http://www.ftc.gov/speeches/starek/minnfin.htm>.