

현안분석 2002-16

디지털경제법제⑫

## 온라인광고의 법적 과제

趙恩嬉

한국법제연구원

# 온라인광고의 법적 과제

The Legal Issues on On-Line Advertisement

研究者 : 趙恩嬪(한국법제연구원 초빙연구원)  
cho, eun-hee

2002.

한국법제연구원

## 목 차

제 1 장 서 론 .....	7
제 2 장 온라인 광고의 현황과 문제점 .....	9
제 1 절 온라인 광고에 대한 개관 .....	9
1. 광고의 개념 .....	9
2. 인터넷의 발전과 온라인 광고 .....	12
3. 온라인 광고의 특성 .....	14
제 2 절 온라인 광고의 현황 .....	16
제 3 절 온라인 광고의 문제점 .....	18
제 3 장 우리나라와 독일의 온라인 광고 관련 법제 .....	23
제 1 절 서 문 .....	23
제 2 절 온라인 광고 관련 법제 .....	23
1. 광고 관련 법규의 현황 .....	23
2. 온라인 광고와 관련 법제 .....	25
제 3 절 부당광고의 유형과 사례 .....	37
1. 서 문 .....	37
2. 허위·과장 광고 .....	37
3. 기만광고 .....	40
4. 부당비교광고 .....	42
5. 비방광고 .....	43

제 4 절 독일의 온라인 광고 관련 법제 .....	45
1. 법제의 개관 .....	45
2. 부정경쟁방지법 .....	58
3. 온라인 광고 소송 관련 법제 .....	75
<b>제 4 장 광고방식에 따른 법적 문제 .....</b>	<b>77</b>
제 1 절 도메인네임 .....	77
1. 도메인네임의 구성요소와 체계 .....	78
2. 상표권 보호를 위한 법적 이론 .....	80
3. 도메인 네임과 타상표의 충돌 .....	82
4. 도메인 네임에 의한 상표권침해의 사례 .....	87
5. 도메인 네임의 문제점과 분쟁해결 .....	92
제 2 절 메타태그와 검색엔진, Link, Frames 그리고 사이버몰 .....	95
1. 메타태그와 검색엔진 .....	95
2. Link .....	97
3. 프레임 .....	101
4. 사이버몰 .....	102
제 3 절 홈페이지 광고 .....	103
1. 홈페이지 광고의 유형과 개념 .....	103
2. 홈페이지 광고와 분리법칙 .....	103
3. 웹사이트에서 저작권보호문제 .....	104
제 4 절 배너광고 .....	105
1. 배너광고의 유형 .....	105
2. 배너광고유형에 따른 문제점 .....	108

제 5 절 E-Mail-Marketing과 뉴스레터 .....	109
제 5 장 맺는말 .....	113
참고문헌 .....	117

## 제1장 서론

본래 과거에는 군사적 목적으로 만들어졌던 인터넷이 후일 학문적 연구분야에서 중요하게 이용되었고 오늘날에는 개인을 위하여 또한 상업적인 관점에서 인터넷에 대한 관심은 고조되고 있다.

경제적인 관점에서 볼 때 인터넷상의 광고를 특히 두 가지의 영역에서 생각하여 볼 수 있다. 하나는 이메일을 통한 광고이고 다른 하나는 WWW(World Wide Web)상의 광고이다. 이메일을 통한 광고는 소비자에게 직접적인 마케팅이 가능하기 때문에 기업가들에게 큰 관심의 대상이 되고 있다. 또한 이메일광고는 보다 짧은 시간 내에 그리고 보다 더 적은 비용으로 동일한 효과를 볼 수 있다는 장점을 가지고 있다. WWW상의 광고는 광고하는 자 뿐만 아니라 일반적으로 이를 접하고 수용하는 이들에게도 장점을 제공한다. 고객은 제공되어진 상품에 단지 간단한 마우스 클릭으로 자신의 관심을 알릴 수 있을 뿐만 아니라, 질문에 대해 반응하기도 하고, 제공된 상품에 대한 의견도 제시한다. 인터넷상 고객은 여전히 다른 전통적인 신문, 인쇄나 방송 미디어에 비해 적은 수를 차지하나 다른 방송매체와는 달리 밤낮없이 관심 있는 정보를 제공해 줄 수 있다는 점에서 이점을 가지고 있다. 비약적인 정보망(Nets)의 확대는 잠재된 소비자집단의 거대한 시장을 형성시키고 이러한 거대한 시장은 국내에만 국한된 것이 아니라 세계를 그 대상으로 하고 있다. 광고주는 WWW 이용자의 특성을 정확히 결정할 수 있으며 그들이 갖는 관심의 내용을 보다 상세히 제공할 수 있다는 측면에서 WWW상의 이러한 이점들을 이용하려는 광고주의 수는 보다 확대될 것이다.<sup>1)</sup>

급증하고 인터넷 사용자 수의 증가와 확산을 보더라도 우리의 경제생활에서 인터넷은 더 이상 빼 놓고 생각할 수 없는 매체가 되었으며, 미디어의 기업인이나 광고대행업자 그리고 최종소비자에 이르기까지 모두 인터넷을 유용하게 사용하고자 한다. 기업가 혹은 생산자는 그들의 상품

1) Scherer, Maxi: Werbung und Internet: Rechtliche Probleme in Deutschland und in Frankreich, S. 242-243.

이나 서비스에 주의를 기울이고 있으며, 광고대행업자나 출판업계는 새로운 판매시장을 정복하고자 한다. 최종소비자의 입장에서 그들은 정보를 입수하거나 온라인 쇼핑을 하기 위하여 "정보망"을 이용한다. 이처럼 인터넷은 다양한 가능성과 커다란 기회를 부여하고 있다. 그러나 반면 이에 대한 위험 역시 존재하고 있다.

강제적인 글로벌화의 새로운 유형의 광고는 국내법의 규정을 적용함에 있어 문제가 제기된다. 이는 기존의 미디어의 반대편에 존재하는 온라인 광고가 어떻게 새로운 관점에서 적용되어야 하는가에 대한 질문이 될 것이다. 이것을 어떻게 볼 것인가? 그리고 개별적인 사항들에 있어서 어떻게 적용되어야 할 것인가?는 결국 강한 논쟁의 대상이며 이러한 논쟁은 모든 관련자들과 경우에 따라 관련되는 법률규정에 확산되어 진다.<sup>2)</sup>

현재 우리나라뿐만 아니라 독일에서도 광고에 대한 규제는 다양한 법의 영역에서 규정하고 있다. 그러므로 온라인 광고와 관련된 법적 규제 역시 한 눈에 개괄한다는 것은 사뭇 어려운 일이다. 그러나 각 국가가 현행 법에서 어떻게 온라인 광고를 규제하고 있으며 또는 온라인 광고의 유형에 따른 개별적인 문제점들이 무엇인가를 검토하는 것은 대단히 중요한 과제가 아닐 수 없다.

본 논문은 독일법제와의 비교법적인 관점에서 크게 양 국가의 온라인 광고에 적용되는 법규를 검토하고자 하며 더 나아가 온라인 광고의 유형에 따라 발생되어질 수 있는 개별적인 문제들을 검토하고자 한다.

---

2) Tino Naumann, Präsentationen im Internet als Verstoß gegen§§ 1,3 UWG, Dresden, Techn. Uni., Diss. 2000, S. 3.

## 제 2 장 온라인 광고의 현황과 문제점

### 제 1 절 온라인 광고에 대한 개관

#### 1. 광고의 개념

##### (1) 광고의 개념

온라인광고<sup>3)</sup>의 개념에 앞서 일반광고에 대한 정의를 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 온라인광고의 특수성에도 불구하고 광고라는 영역에서 온라인 광고는 기존의 일반광고의 적용을 벗어날 수 없기 때문이다.

현행 우리나라의 표시·광고공정화를위한법률(이하 본문에서 “표시광고법”이라고 함)과 동법 시행령에서는 표시와 광고에 대한 개념과 광고방법을 규정하고 있다. 우선 표시는 “사업자 또는 사업자단체가 자신 및 상품 또는 용역에 관하여 그리고 상품의 내용·거래조건 기타 그 거래에 관한 사항을 소비자에게 알리기 위해 그 상품의 용기·포장 또는 사업장 등에 설치한 표지판에 쓰거나 붙인 문자나 도형 및 상품의 특성을 나타내는 용기·포장을 말한다”(표시광고법 제2조)라고 정의하고 있으며 또한 광고는 “사업자가 상품에 관하여 자기 또는 다른 사업자에 관한 사항이나 자기 또는 다른 사업자의 상품의 내용·거래조건 기타 거래에 관한 사항을 신문·방송·잡지 등을 통하여 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것”으로 정의하고 있다(표시광고법 제2조).

표시광고법시행령에서 규정하고 있는 광고의 방법은 1. 전단, 팜플렛, 전본, 광고성냥, 입장권, 2. 인터넷, PC통신, 3. 포스터, 간판, 네온사인,

3) 온라인 광고는 인터넷 광고보다는 보다 넓은 의미로 사용된다. 그러나 본문에서는 개념의 사용에 있어서 온라인 광고와 인터넷 광고의 특별한 구분을 두지 않고 사용하였다. 광고의 종류를 분류함에 있어서 그 사용매체에 따라 광고를 다음과 같이 분류하고 있다. 예를 들어 추구목적에 따라 광고가 영리광고와 비영리광고로 분류된다면 사용매체에 따른 광고의 분류는 방송광고, 인쇄매체광고, 옥외광고, 온라인광고로 분류된다. 이러한 대분류에 방송광고는 다시 TV광고와 라디오광고로 인쇄매체광고는 신문광고, 잡지광고, 팜플렛, 리플렛으로, 옥외광고는 옥외간판광고, 옥내외 상징물광고로 분류할 수 있으며, 또한 온라인 광고는 다시 인터넷 광고, SMS, PC통신, 음성사서함 등으로 세부 분류하고 있다(이현우의 다수, 인터넷과 광고, 2001, 28면).



에드벌룬, 전광판, 4. 비디오물, 음반, 서적, 기타 간행물, 다른 상품, 영화, 연극 및, 5. 기타 위 1-5와 유사한 매체 또는 수단을 이용하여 이루어진다(동법 시행령 제2조). 이와 관련하여 미국 마케팅협회의 정의위원회에서 내린 일반 광고의 개념은 "명시된 광고주의 아이디어, 상품 또는 서비스의 유가형식의 비인적 제시(nonpersonal persentation) 및 촉진(promotion)으로 이해하고 있다.<sup>4)</sup>

### (2) 온라인 광고의 개념

온라인 광고는 좁은 의미로는 일반 사이트에 자사의 제품이나 서비스, 이벤트 등을 광고하는 배너를 게재함으로써 그 사이트에 자신의 사이트로 연결되도록 하이퍼링크 시키고 그에 대한 일정한 대가를 지불하는 경우로서, 결국 사이트를 광고하는 것을 말한다. 그러나 넓은 의미의 온라인 광고는 기업이나 조직이 인터넷이라는 새로운 매체를 통하여 고객과의 일련의 커뮤니케이션 활동을 하는 것을 의미한다. 여기에서 인터넷을 통하여 상품 및 서비스의 제공, 이벤트, 프로모션, 전자상거래를 지원하는 특정 기업이나 조직의 포괄적인 마케팅 커뮤니케이션 활동을 온라인 광고로 정의하고 있다.<sup>5)</sup>

### (3) 독일에서 광고의 개념

독일에서 광고법(Werberecht, Recht der Werbung)이란 특별히 경제광고(Wirtschaftswerbung)에 관련되는 법규범과 관련하여 이해하고 있다. 광고법은 또한 경제광고에 상당한 작용을 한다. 광고법은 모든 미디어에서 상품의 판매와 서비스를 제공하기 위한 경제광고를 그 대상으로 한다. 그러므로 광고가 이와 같이 상업성을 띄고 있기 때문에 이와는 달리 영업활동이 아닌 기관이나 정치, 사회·정치적인 그리고 세계관과 관련된 것은 광고로 고려되지 않는다.

4) R.S. Alexander, 1948 Report of the Definitions Committee of A.M.A., Journal of Marketing, Vol. 8, No. 2, Oct. 1948, p. 9; 재인용, 김상규, 부당 광고의 규제에 관한 소고, 97면.

5) 이유재, "인터넷광고", 서울대학교 전자상거래 지원센터, 2000.

독일법에는 특별히 광고에 대한 정의를 두고 있지는 않다. 그러나 1984년<sup>6)</sup> 오인유발광고에 대한 ECG지침의 기본조약에서는 광고를 "상업, 영업, 수공업 혹은 상품의 판매 혹은 부동산, 권리 그리고 의무를 촉진하려는 것을 목적으로 하는 서비스의 제공, 자유직업의 활동에 있어서의 표현"<sup>7)</sup> 이라는 개념정의를 내리고 있다. 이러한 광고의 의미는 독일의 광고법이 입법, 판례 그리고 한 폐쇄된 법분야의 법률문헌에서 형성되어진 것은 아니며, 독일에서 광고 관련법의 이론은 지금껏 실무의 필요성이 얼마나 크며, 허락되고 금지되는 광고가 무엇인지에 관한 모형(Bild)을 충분히 발전시키지 못했다고 할 수 있다. 그러나 물론 이것이 독일에서의 광고가 법적으로 불충분한 규제 하에 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 이와는 달리 독일에서의 광고는 법규의 다양성에 따르고 있다. 광고와 관련된 법규들은 형태, 내용, 적용범위 그리고 실무적 효과에서 아주 다양하게 형성되어져 있기 때문에 이들을 전체적으로 통찰한다는 것이 매우 어렵다. 다른 유럽 국가들도 이에 관하여는 독일과 마찬가지로 광고에 관한 규정의 강도가 역시 아주 다양하다.<sup>8)</sup> 광고법은 기본적으로 광고의 한계를 범으로 어떻게 규정하고 있는가를 다룬 것이다. 이것은 제공자, 수송자 그리고 공공의 이익으로 구성된다.<sup>9)</sup> 현재 독일에서 전자미디어 광고는 기본적으로 다른 인쇄(Print)매체광고나 방송(Rundfunk)광고, TV광고와 다르지 않은 법률이 적용된다.<sup>10)</sup> 온라인광고는 서비스제공자의 자기광고 이외에도 콘텐츠와 서비스제공자를 소개하는 서비스제공을 포함하고 있는 모든 유상의 타인 것에 대한 공개(Fremdveroeffentlichung)를 의미한다. 그러므로 여기서 전자통신/미디어서비스(Tele-/Mediendiensteangebote) 또는 방송에 관하여 규정한 서비스(제20조 2항

6) GRUR Int 1984, 688, 689; s. im einzelnen unten Rnr. 143. Zur Rechtslage in der EU nach Verabschiedung der Richtlinie s. ZAW (Hrsg.), Irrefuehrende Werbung in Europa, 1990.

7) Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie.

8) Gerhard Schricker, Recht der Werbung in Europa, 1995, S. 13, 14.

9) Gerhard Schricker, Recht der Werbung in Europa, 1995, S. 9.

10) Nordemann/Goddard/Toenhardt/Czychowski, CR 1996, 645, 653; fuer Btx-Werbung so 1983 schon der Gutachter-Ausschuss fuer Wettbewerbesfrage, Gutachten 41/1983, WRP 1983, 715.

(RStV)) 등의 한계를 구별하는 것은 여기서 별 의미가 없다.<sup>11)</sup> 독일에  
서 온라인광고와 관련된 특별한 규정들은 다른 광고와 비교하여 상대적  
으로 오랜 년수를 가지고 있지 못하기 때문에 이를 주제로 한 판례의 범  
위 내에서도 중요하게 언급할만한 것은 없다. 이에 관한 문헌에 있어서도  
독일에서는 다수, 소수설을 나누기에도 아직은 부족한 현실에 있으며 이  
분야의 연구활동은 항상 “찾고, 발견”하는 과정에 있다고<sup>12)</sup> 한다.

## 2. 인터넷의 변천과 온라인 광고

인터넷은 정보망의 정보망<sup>13)</sup>이며 컴퓨터와 컴퓨터의 통신을 가능하게 한  
전자적 미디어이다. 인터넷은 송신자(Absender-Rechner)가 정보, 그림,  
음양, 서류, 이메일 형태의 우편, 전자카드 등을 수신자(Empfänger-  
Rechner)에게 보낼 수 있으므로 이러한 새로운 형태의 커뮤니케이션은  
시대 변화에 지대한 영향력을 행사하고 있다.

온라인 광고를 이해하기에 앞서 우선 인터넷의 변천사를 잠시 살펴보  
면, 우선 60년대의 냉전시대로 거슬러 올라가게 된다. 인터넷을 통하여  
이루어지고 있는 이러한 거대한 정보가 거래되기 위하여 통신자들은 서  
로간 그들의 통신을 가능하게 하기 위하여 “동일한 언어로 소통할” 것이  
요구되어졌다. 이러한 “언어”는 60년대의 미국과 소련이 동서진영으로 대  
치했던 냉전시대에 발전되었다. 미 국방부는 1969년 이에 관한 연구 프  
로젝트를 아르파넷(ARPANET)에 위임하였다. 그들의 과제는 전체 미국  
에 분산되어 있는 통신자들 사이의 다양한 정보교환을 가능하게 하도록 하  
는 것이었으며 더 나아가 한 통신자로부터 다른 모든 통신자의 모든 프로  
그램을 작업할 수 있는지 또는 어떻게 할 수 있는지를 검토하는 것이었다.

당시 미 국방부에 이것이 의미하였던 것은 Nuklear전쟁과 통신망의  
마비를 막는 것이었다. 이는 다시 말해 통신망의 중요부분이 한곳에 모여

11) Andreas Schardt, Das neue Multimedia-Gesetz, Teil 8, Stand März 2001, 8/2 S. 1.

12) Kiethe, WRP 2000, S. 616, 617; Leupold/Braeutigam/Pfeiffer, WRP 2000, S. 575, 579-581.

13) Thomas Hoeren, in: Grundzüge des Internets, 2001, S. 176.

있으면 한번의 공격으로 통신망 전체가 마비되어질 수 있으므로 그에 대비하여 통신망의 마비를 막고 정보를 유지시키도록 하는 것이었다. 아르파넷(ARPANET)은 그들의 과제를 수행하게 됨으로써 인터넷 시초의 길을 열게 되었다.

이것은 소위 IMP(Interface Message Processor)라는 특별한 컴퓨터의 발전을 통하여 도달하게 되었는데, 이는 다수의 IMP가 한 IMP의 연결을 통해 정보전달의 과정통로의 마비를 보호하여 줄 수 있게 한데서 기인한 것이다.

연이어 인터넷은 빠른 속도로 발전하게 되었으며 1971년에 군사적 목적으로 연결되었던 컴퓨터는 23개에 불과하였으나 오늘날 30 Millionen<sup>14)</sup>이 넘는 통신자를 수를 이룩하게 되었다.

인터넷은 통일된 통신망은 아니며<sup>15)</sup> 많은 중사자가 작은 통신망을 가지고 자율을 기본으로 하여 연결되어 있다.<sup>16)</sup> 사적자치의 협정에 의해 연결된 이러한 통신중사자들은 자율적으로 기관을 통하여 이루어져 있다. 미국은 Internet-NIC, 독일은 DE-NIC, 우리나라의 경우는 한국인터넷정보센터(KRNIC)가 이를 행정·조정하고 있다. 이 기관의 중요한 과제는 IP주소와 도메인네임에 대한 관할에 있다. IP(Internet Protocol)가 더욱 폭넓게 사용되면서 서로 연결된 네트워크들은 전 세계적으로 TCP/IP를 가동시켜, 거의 세계 모든 국가의 컴퓨터들간에 서로 통신을 가능하게 해 주었다.

개인 이용자들은 이미 인터넷에 연결되어 있는 컴퓨터에 접속함으로써 전체 인터넷에 연결할 수 있으며 이에 많은 상업적인 이용자들에게도 이러한 방법은 수월한 일이 되었다.

지난 30년 간 인터넷의 발달과 함께 현저한 발달을 가져온 것은 인터넷의 상업화이며 이에 따라 인터넷의 상업적 제공자가 구축되었다(예를 들어 Deutsche Telekom, AOL). 1990년까지만 해도 인터넷은 전미

14) Millionen=백만. Milliarde=십억

15) Vgl. auch die anschauliche Darstellung ueber die Funktion des Internets bei Cichon, Internetvertraege, 2000, S. 7ff.

16) 이러한 상황을 부분적으로는 "인터넷의 무정부"로 표현되어 지고 있다.

과학재단에 소속된 미국정부의 소유였으며, 주로 정부에서 이를 운영하였다. 당시만 해도 비상업적 연구기관인 AUP(Acceptable Use Policy)는 NSFNET를 통한 상업적인 메시지의 전송을 명백히 금지했다. 이러한 네트워크를 통하지 않고는 전송한다는 것이 불가능하였기 때문에 사실상 모든 상업적 통신은 금지되었다. 그러나 1990년 이후 미국정부와 유럽연합은 '사이버공간'에서 기업과 개인간 빠른 정보를 이끌 수 있는 글로벌 정보기반의 가능성을 이끌기 위하여 열을 올리기 시작했으며 이에 정부의 비용이 아닌 벤처의 자본과 영리적 스폰서가 요구되면서 상업화는 보다 빠른 속도의 진전을 보게 되었다.<sup>17)</sup>

이와 합류하여 가장 놀라운 변화를 가져온 것은 온라인 광고이다. 인터넷이라는 새로운 커뮤니케이션 매체의 영향력은 시대의 변화에 가장 민감하게 반응하고 있는 광고산업에서 명백하게 나타난다. 그 이유는 광고의 역사가 매체의 역사와 궤적을 같이하고 있기 때문이다. 광고의 역사를 살펴볼 때 새로운 매체가 등장할 때마다 광고는 그 형식과 내용을 새롭게 매체에 맞추어 변화해 왔던 것이다. 여기서도 우리가 주목해야 할 사실은 인터넷이라는 새로운 매체의 등장과 함께 온라인 광고산업이 빠른 속도로 발전해가고 있다는 것이다.<sup>18)</sup>

오늘날 2000개 이상의 인터넷 서비스 제공업체(ISP: Internet Service Provider)가 대중들에게 인터넷 서비스를 제공하고 있으며 50만 개 이상의 웹사이트가 있으며 그 가운데 10만 개는 기업이 소유하거나 운영하고 있다.<sup>19)</sup>

### 3. 온라인 광고의 특성

온라인 광고의 목적은 기업에 관한 정보, 즉 기업이 생산하는 상품이나, 서비스에 관한 정보 혹은 기타 기업의 경영철학이나 이념 등에 관한 정보를 소비자에게 전달하는데 있다. 이러한 광고의 목적에 도달하기 위하

17) 닐 바렛, 이명천 (역), 인터넷광고론, 2000, 10면.

18) 이현우, 인터넷과 광고, 2001, 12, 13면.

19) 닐 바렛, 이명천 (역), 전제서, 12면.

여 온라인 광고는 기존의 인쇄매체 및 전파매체(신문이나, TV, 라디오, 직 접우편(Direct Mail), 잡지 등)에 비교하여 많은 질적인 차이를 보인다.

온라인 광고는 마케팅 커뮤니케이션 영역에 새로운 형태의 커뮤니케이션을 가능하게 하였다. 우선 기존에 소비자는 기업의 일방적인 정보제공에 수동적인 입장에서 정보에 참여하였으나 온라인 광고를 통한 커뮤니케이션은 이러한 공급자 중심의 논리에서 소비자가 원하는 때에 원하는 정보를 선택하여 사용할 수 있는 사용자 중심의 논리로 전환되었다. 뿐만 아니라 기존의 광고가 불특정 다수의 대중을 상대로 하였다면 인터넷을 통한 광고는 일대일 전달 방식으로 광고를 개인화·차별화 시켰다고 할 수 있다.

신문이나 잡지와 같은 기존의 인쇄 광고는 일정한 지면을 통하여 또한 TV나 라디오는 제한된 시간에 실행되어졌다. 그래서 이에 따른 정보의 양도 제한적이라 할 수 있으나 온라인 광고는 전달하려는 정보량에 대하여 제약을 받지 않고 형식에 구애받지 않고 다량의 정보를 소비자에게 정보를 제공할 수 있는 특성을 지닌다. 또한 온라인 광고는 많은 정보를 제공할 수 있을 뿐만 아니라 정보를 소비자에게 정확히 전달하는 능력도 갖추고 있다. 이는 인터넷 이용자가 우연히 온라인 광고를 접하기보다는 자신의 특정한 기대감으로 정보를 접근하기 때문이다. 다양한 온라인 광고의 특성 중에서도 가장 핵심적인 것은 인터넷이 상호작용의 효과를 얻을 수 있는 매체라는데 있다. 즉 온라인 광고는 소비자가 원하는 차별화된 정보를 소비자가 원하는 시간과 장소에서 전달받을 수 있는 동시에 소비자가 이에 즉각적으로 반응할 수 있다는 데 있다. 이에 온라인 광고의 표현방식도 문자, 음성 그리고 영상 모두를 갖춘 복합적인 멀티미디어형 매체를 지향하고 있어 이러한 속성을 바탕으로 인터넷을 통한 마케팅 커뮤니케이션은 정보 전달 및 교환은 기존의 광고에 비해 보다 높은 효과를 얻을 수 있는 것이다.

이 이외에도 온라인 광고의 특성으로 꼽을 수 있는 것은 기존 광고에 비해 비용이 적게 든다는 것은 이미 언급한 중요한 사실이다. 이에 보다 중요한 쟁점 중의 하나는 온라인 광고는 효과 측정에 가장 용이하다는 것이다. 광고효과는 일반적으로 노출효과, 심리적 효과, 그리고 행동적 효

과로 대별되는 데 이면에서 온라인 광고는 다른 기존의 광고보다 노출효과 면에서 가장 뛰어난 장점을 보이고 있다. 이는 인터넷 이용자들의 매체 이용과 관련된 행동을 자동적으로 저장하게 만드는 인터넷의 기술적인 특성이 온라인 광고의 노출효과를 측정하기에 가장 적합한 매체로 만들고 있다.<sup>20)</sup>

## 제 2 절 온라인 광고의 현황

오늘날 그 유형과 분포면에서 인터넷<sup>21)</sup>은 아직은 정보와 통신미디어가 얼마 되지 않은 최근의 일이다. 그러나 인터넷은 지난해 동안 이에 대한 범주뿐만 아니라 내용면에서도 비교할 수 없을 만큼의 놀라운 발전을 보이고 있다.

세계적으로 인터넷 이용자의 수가 급증하는 추세를 보이면서 우리나라에서도 한국인터넷정보센터의 최근자료에 의하면 2001년 3월 국내 인터넷 이용자의 수는 2천만명을 넘어섰고 인터넷사용자의 수가 2005년에는 2,600만 명에 달해 전화 가입자 수(2,300만 추정)를 앞지를 것이라고 한국통신은 전망하고 있다.<sup>22)</sup> 또한 독일에서 인터넷 이용자의 수는 1998년 3월초에서 9월초까지 4,9 Millionen에서 6,9 Millionen으로 그 이용자 수가 증가하였으며<sup>23)</sup> 이에 2000년도에는 약 10 Millionen의 독일인이 인터넷을 사용하였다.<sup>24)</sup> 실질적으로 소비연구<sup>25)</sup>를 위한 기업은 이미 1999년 8월부터 2000년 2월까지 독일인 인터넷 이용자가 9,9 Millionen에서 15,9 Millionen으로 약 60% 이상이 증가하였으며 2000년 8월은 18 Millionen으로 조사되었다. 이러한 폭발적으로 증가하는 인터넷 이용자의 수는 인터넷이 명확히 상업화되어가고 있는 경향을 보이고 있음을 아울러 보여 주고 있다.

20) 이현우 외, 전제서, 17-24면.

21) International Network의 약자.

22) 이현우외, 인터넷과 광고 2001, S. 14.

23) vgl. SZ v. 19.9.1998

24) Niebler in: Loewenheim/Koch, S. 243

25) <http://www.gfk.de>

이렇듯 인터넷 사용자가 급증함에 따라 온라인 광고도 그 시장이 급성장하고 있는 추세이다. 우리나라에서 온라인 광고비는 1997년 65억원 수준에 불과하였던 것이 1998년에는 110억원 1999년도에는 370억원 2000년도에는 930억원 수준에 달하였다.<sup>26)</sup> 가장 최근에 적자에 허덕이던 인터넷 포털업체들이 올 3분기에는 어려움을 면하게 되었다고 보도되었다. 이는 온라인 광고가 증가하면서 수입이 좋아졌기 때문이다. 다음(Daum)의 3분기 매출은 쇼핑물 406억원, 온라인 광고 110억원, 아바타 등 거래형 서비스 54억원 등으로 구성됐다. 하지만 다음(Daum)은 쇼핑물 거래액을 모두 매출액으로 잡기 때문에 실제로 매출액 중 가장 비중이 큰 것은 온라인 광고이다. 온라인 광고로 인해 기업의 경기 부진에도 불구하고 3분기에 2분기보다 23% 늘어나는 기염을 토했다고 보도되었다.<sup>27)</sup>

독일에서 매년 배너광고를 위한 투자는 1997년 약 1 Milliarde 달러에 달했으며 기업 상담 연구진들은 2003년에는 이것이 15 Milliarde 달러가 될 것으로 추정하고 있다. 이미 1999년 온라인 광고를 위하여 150 Millionen 마르크가 기존의 고전적 광고인 신문광고보다 예전했던 대로 더 많은 액수에 달하게 되었다.<sup>28)</sup>

이러한 결과는 우선 인터넷 기술의 가능성이 새로운 광고의 질을 가져오게 했기 때문이다. 인터넷은 글이나 그림 이외에 모든 오디오 그리고 비디오형태로 표현할 수 있을 뿐만 아니라 상호작용의 연결을 통하여 진행되어질 수도 있다. 오늘날 각 대 기업들의 홈페이지는 이제 자명한 것이 되었으며 많은 수의 소규모 제공자들도 서비스제공자의 설치로 온라인을 작성하고 그곳에서 자신들의 상품과 서비스를 광고한다. 소규모의 기업과 자유직업인들은 인터넷을 통하여 자신들의 서비스를 국제적으로도 광고하는 것이 가능하여졌다. 그러므로 가까운 미래에는 국제적인 법률상담의뢰인을 위한 경쟁이 인터넷을 통해 중요하게 실행되어질 것이다.<sup>29)</sup>

26) 출처: 한국 온라인 마케팅 대행사 협회.

27) 조선일보, 2002.10.22, B10.

28) Der Spiegel 35/99, S. 96

29) Ebbing, NJW-CoR 1996, 242 ff



### 제 3 절 온라인 광고의 문제점

앞서 설명되어진 인터넷의 발달과 그에 따르는 온라인 광고의 장점에도 불구하고 이에 적지 않은 문제점들이 있다. 여기에서 우선 설명되어지는 온라인 광고에 대한 문제점은<sup>30)</sup> 온라인 광고에 관한 여러 문제 중 총괄적으로 다섯 가지의 문제점들을 살펴보고자 한다. 후에 제5장에서 다시 논의되어질 온라인광고와 관련되는 문제점들은 광고방식에 따라 발생되어질 수 있는 개별적인 문제점들이 보다 상세히 검토되어 진다.

온라인 광고에 대한 문제점으로 첫 번째 이메일 광고이다. 기본적으로 이메일에서 문제가 되는 것은 원치 않는 메일, 즉, 스팸메일이다. 온라인 광고는 광고물이 인터넷망을 통하여 불특정 다수인에게 무차별하게 전송될 수 있다는 점에서 스팸메일은 심각한 사회문제를 야기시켰고, 광고의 대부분이 당해 상품의 표시와 일치화되어 행해지는 점등의 문제점들을 안고 있다. 이러한 광고의 문제점들은 결과적으로 소비자의 알권리와 합리적 선택권을 침해하는 결과를 초래하게 되었으며 때로는 인터넷 이용자의 프라이버시를 해치고 있다.<sup>31)</sup>

독일의 경우 스팸메일은 부정경쟁방지법의 제1조의 사례에서 고객확보(Kundenfang)와 관련되는 사항이며<sup>32)</sup> 그리고 지적재산권과 관련하여 성과에 대한 모방, 사용을 들 수 있다. 컨텐츠와 관련되어진 것들은 컨텐츠가 지적재산권보호를 받는 여부와 관계없이 컨텐츠를 무단 모방 사용했을 때 상표나 부정경쟁방지법과 관련된 것들이 문제가 된다.

또 하나 문제가 되는 것은 소위 소비자를 귀찮게 하는 행위들이다. 수신을 거부하여야 하고 보내진 원치 않는 메일을 삭제하여야 하는 모든 행위들은 귀찮은 행위이다.<sup>33)</sup> 이러한 것들은 부정경쟁행위가 된다. 기본

30) 김병일 교수가 소개한 인터넷광고와 관련된 문제점을 근간으로 하여 소개하고자 한다. 인터넷 광고와 법, 한국법제연구원, 2002-7, 124-127면 참조.

31) 정준우, 인터넷 광고의 법적 문제점과 그 해결방안, 인터넷법률, 2001 5호, 69-70면.

32) "고객확보"는 사실에 맞지 않는 옹지 않은 경쟁행위가 고객의 자유로운 결정에 영향을 미친다.

33) 다양한 미디어에서 광고를 통해 느끼는 방해가 어느 정도인지 이에 관하여 독일에

적으로 이용자측면에서 컴퓨터저장용량에 문제가 되어질 수도 있고 소비자에게는 삭제 기타 동등과 관련되어서 시간 돈과 관련되어질 수 있어 자칫 잘못하게 되면 전체 네트워크를 무력화시킬 수도 있다. 이와 같이 이메일광고가 타인의 성과물을 무단 모방, 사용하는 것과 출처와 관련되어져서 지적재산권과 문제가 되어지고 성가시게 하는 행위와 관련되어져서 부정경쟁으로 규제되어지는데 우리나라에서는 대부분 이들 행위들이 독점규제법에 의해서 규제되고 있다.

두 번째가 키워드광고와 메타태그와 관련된 문제이다. 실제로 법적으로 문제가 되어진 키워드광고의 경우에 있어서의 문제는 일단 인터넷서비스의 제공을 소비자가 방문할 수 있는지의 여부는 검색엔진에 달려있다. 검색엔진에 관련되어진 것을 키워드라고 볼 수 있는데, 문제는 자신의 홈페이지 텍스트에 경쟁자의 이름을 표시하는 것으로 인해 쉽게 광고효과를 가져오게 되는데 주로 이런 것들이 독일 같은 경우는 부정경쟁방지법위반이 되는 여러 가지 문제가 된다. 여기서 이러한 것을 사람이 인식할 수 있는 내용을 홈페이지에 표시하는 것, 그러니까 대부분 법에 의해서 규제가 될 가능성이 많기 때문에 이것을 회피하는 수단으로 메타태그가 이용되고 있다. 메타태그는 기본적으로 사람이 눈으로 인식할 수 있는 것이 아니라 기본적으로 기계의 힘을 빌어서 인식할 수 있는 것이기 때문에 이런 문제에 대해서는 어떻게 규제를 할 것인가가 많이 논의되고 있다. 다른 예로는 워드스토펙이라는 것이 있는데 이것은 소위 홈페이지상의 어떤 배경화면 기본적인 화면의 채색과 검색을 활용하기 위한 키워드색깔을 동일하게 함으로 인해서 일반적인 것도 사람의 눈으로 인식할 수 없고 단지 검색기계 등에 의해서만 검색 가능하다. 일반 인터넷 사업자들이 이런 많은 회피수단을 사용하고 또 앞으로는 더욱 더 많은 회피수단이 나타날 수 있는데, 이러한 것을 어떻게 규제할 것인가는 또한 온라인 광고의 특수 문제이다.

---

서 조사된 바가 있다. 사용자들에게 있어서 온라인 광고는 -이것은 독자적인 홈페이지, 타 인터넷 사이트의 배너광고로- 다른 텔레비전이나 방송과 비교하여 볼 때 방해도가 적은 것으로 조사되었다. Vgl. <http://www.business-guide.de/bp/anzeigen/presentation/online-werbewirksamkeit-2htm> vom 20.08. 2001.

세 번째는 분리원칙에 관한 것이다. 온라인 광고는 상업광고와 정보제공이 복합적 형태로 이루어진다. 그러나 독일법상 광고에 있어서의 분리원칙은 광고와 정보의 내용이 분리되어야 한다는 것을 의미한다. 웹상 나타나는 광고의 경우에 있어서 기존 종이매체를 통한 광고에서 요구하는 분리원칙이 엄격히 적용되어지는는 상당히 어렵다. 광고와 소위 말하는 콘텐츠에 관련되어진 것이 복합적으로 적용되어지고 있고, 이것은 또 일부 이용자와도 어느 정도 의견이 일치되어 있다. 왜냐하면 이제 광고는 콘텐츠를 무료로 이용할 수 있는 것에 대한 대가이기 때문이다. 일반 이용자들이 이렇게 인식하고 있기 때문에 이러한 사항을 일반적인 광고와 그대로 접근해서는 어려울 것이다. 여기서 하나 문제되어지는 것은 다만 그러나 하이퍼링크나 기타 동등성을 통해서도 어떤 광고가 이루어지는데 일반 소비자들이 이것을 분명하게 인식할 수 있는 수단이 홈페이지에서 나타나지 않으면 이것은 소위 경쟁행위의 위반으로 보여지는 것이다. 그러므로 어떤 기술적 방식에 의하건 이용자가 이것은 분명히 '이것은 광고다'라고 인식할 수 있을 정도로 홈페이지에 나타나지 않으면 규제대상이 되어야 한다는 문제이다.

네 번째로 방문자수에 관한 것이다. 방문자 수는 온라인 광고 효과 측정의 또 다른 기준으로서 제시된 개념으로 일정 웹사이트에 한번 이상 접속한 이용자의 수를 파악하는 방법으로써 광고의 효과를 분석하는 것이다. 이를 위해서는 쿠키<sup>34)</sup> 기술(Cookie Technology)이나 사용자 등록(user registration)과 같은 방법을 통해 보다 정확한 측정을 기할 수 있으나, 쿠키의 경우 보안이나 프라이버시 문제에 봉착되기 쉬우므로, 사용자 등록의 경우 허위 정보의 유입이나 정보 누출 등의 이유로 인해 상당한 제약이 있다고 하겠다.<sup>35)</sup> 방문자수가 허위조작 되어진 것은 표시·광고에는 진실원칙에 부합되어지지 않을 경우 앞으로 반드시 규제대상이 되어져야 하는 문제가 있다.

34) 로컬 브라우저에 저장된 데이터를 '쿠키'라고 부른다. 이는 브라우저 활동을 추적하기 위해 남겨진 작은 파일이다.

35) 이유재, "인터넷 광고의 이해와 실천에 관한 연구", 106면.

다섯째로 인터넷의 특수성으로 인해 발생된 문제에 따른 해결방안을 위한 규제 역시 얼마만큼 가해져야 할 것인가 결정하기도 어려운 점도 있으며 인터넷의 국제성으로 인해 광고에 대한 규제가 이제는 국내의 문제만이 아닌 국제적으로 확산되어졌기 때문에 문제해결에 있어서 다각적인 국제적 협력이 요구되고 있다. 이러한 문제로 인해 국제 표준화 기구(International Standards Organization)는 상품이나 서비스의 환경관련 특성을 광고하는 경우의 국제적 광고 기준을 제안한 바 있고 국제마케팅감독네트워크(International Marketing Supervision Network)에서도 그 해결방안을 강구하고 있다. 그러나 각국의 이해관계가 첨예하게 대립되고 있으므로 이에 대한 성과를 위하여 좀더 많은 시간을 필요로 하고 있다.<sup>36)</sup>

---

36) 왕상한, "전자거래와 법적 과제", 디지털경제시대의 법적 과제, 한국법제연구원, 2001, 92면.



## 제3장 우리나라와 독일의 온라인 광고 관련 법제

### 제1절 서문

헌법 제21조는 “모든 국민은 언론, 출판의 자유”를 보장하고 있다. 표현의 자유는 자신의 사상이나 의견을 말할 수 있는 자유로서 이는 개인, 법인 그리고 외국인에게도 보장되는 인간의 권리이다.<sup>37)</sup> 그러나 표현의 자유는 무제한 허용되는 것은 아니며 일정한 조건하에서 제한되어 진다. 이에 관한 조건은 표현의 자유에 대한 행위가 자유민주주의의 기본질서를 위배하거나, 또는 국가의 존엄을 위태롭게 하거나, 타인의 명예를 훼손하는 경우 제한된다. 경제적 영리를 목적으로 하는 광고와 관련하여 표현의 자유는 제한되어지는데, 이는 사업자가 자신의 상품에 대하여 보다 높은 구매력을 증가시키기 위해 과도한 광고를 하거나 또한 부당한 광고를 통하여 소비자로부터 잘못된 구매를 이끌 수 있기 때문이다. 그러므로 광고행위 대한 규제는 소비자의 권익을 보호하는 측면에서 필요할 뿐만 아니라 건전한 시장경제를 유도하는데도 필요하다.

본 장에서는 우리나라에서 온라인 광고에 적용되는 법규를 소개하고, 또한 부당광고에 대한 법적 규제와 그에 대한 사례를 소개하고자 한다. 독일의 경우에 있어서도 마찬가지로 독일에서 온라인 광고에 적용되는 법규와 특히 광고영역에 있어서 일반적인 사례형성(Fallgestaltung)의 다수를 규정하고 있는 부정경쟁방지법(UWG)을 좀 더 상세히 소개하고자 한다.

### 제2절 온라인 광고 관련 법제

#### 1. 광고 관련 법규의 현황

우리나라의 현행법상 광고는 여러법에서 규제되고 있어 광고법에 대한 규제는 다양하다.<sup>38)</sup> 대부분은 각 분야에 있어서 허위 또는 과장광고를 금

37) 권영성, 헌법학원론, 1997, 339, 341면.

38) 광고와 관련된 법규들은 소비자보호원 홈페이지에서 다운 받을 수 있다 주소: <http://www.cpb.or.kr/>

제 3 장 우리나라와 독일의 온라인 광고 관련 법제

지하고 있으며 이를 위반할 경우 일정한 규제를 가하는 것을 그 내용으로 하고 있다.

우선 한국 광고관련 법규 현황을 소개하면, 우리나라 현행 법규 중 광고와 직·간접적으로 관련된 조항이 포함된 법규는 총 182개로 조사되었으며, 이들 법규에 조문으로 명문화된 광고관련 조항은 약 998개에 달하고 있다.<sup>39)</sup> 광고와 관련된 법률의 내용을 분류하여 보면 다음과 같다.

(1) 상거래 관련 법률

일 반	상법, 한국표준산업분류, 대외무역법, 관세법, 외자도입법, 외국인 투자에 관한 규정, 상품권법
공 정 거 래	독점규제및공정거래에관한법률(불공정거래 행위의 유형 및 기준, 표시·광고에 관한 공정거래지침, 환경관련 표시·광고에 관한 불공정 거래행위의 유형 및 기준, 경품류 제공에 관한 불공정 거래행위의 유형 및 기준 지정고시, 할인특별판매행위에 대한 불공정 거래행위 유형 및 기준), 물가안정에 관한 법률, 부정경쟁방지법
특 허	품질경영촉진법, 상표법, 실용신안법, 의장법, 의장등록령, 저작권법, 세계저작권조약, 세계지적소유권기구 설립협약, 문화적·예술적 저작물보호를 위한 베른조약, 특허법, 실용신안법·의장법 및 상표법에 의한 특허료·등록수수료의 징수규칙, 컴퓨터 프로그램 보호법

(2) 광고매체 관련 법률

방송·신문·잡지	방송법(방송위원회 기본규칙, 방송운영 협의에 관한 규칙, 시청자 불만처리에 관한 규칙), 방송문화진흥회법, 한국방송공사법, 한국방송광고공사법, 종합유선방송법, 정기간행물의 등록에 관한 법률, 출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률, 출판광고 대행에 관한 규칙
SP 매체, 기 타	건축법, 도로법, 서울특별시 도로점용료 징수조례, 지하도로 시설 기준에 관한 규칙, 철도광고업무 취급규정, 우편법, 옥외광고물 등 관리법, 육교사용료 징수조례, 자연공원법, 도시공원법

39) 구체적인 현황은 이구현, 광고법학, 515-516면 참조. 자료: 조명량, 한국광고관련 법규의 현황과 특성에 관한 연구, 한국광고단체연합회, 1991.

(3) 광고업무 관련 법률

정치 정부 광고	국인투표법, 공직선거 및 선거부정방지법, 정부광고 시행에 관한 건
광고 제작 실무	공연법, 영화진흥법, 음반 및 비디오물에 관한 법률, 음반의 무단복제로부터 음반제작자를 보호하기 위한 조약, 실연자·음반제작자 및 방송사업자의 보호를 위한 국제조약
기 타	외국간행물 수입배포에 관한 법률, 정보매개물 보장계획에 관한 협정 시행령, 문화예술진흥법, 국립중앙극장 대관규칙, 국립현대미술관 대관규정, 소비자보호법, 공보처와 그 소속기관 직제

(4) 광고행위 표현 규제법률

일 반	식품위생법, 공중위생법, 약사법, 의약품 대중광고 관리기준, 담배사업법
심 의 규 정	방송심의에 관한 규정, 선거방송심의에 관한 특별규정, 인쇄출판물 광고심의규정, 인쇄출판물 광고심의기준, 인쇄출판물광고심의 운영요강, 광고자율심의규정
자율 규제 강령	한국광고단체연합회 광고윤리강령, 한국광고업협회 광고윤리강령, 한국광고주협회 광고주 윤리강령, 한국방송광고공사 방송광고 윤리강령, IOC광고활동 국제기준 강령, 한국신문윤리위원회 신문광고 윤리강령

2. 온라인 광고와 관련 법제

온라인 광고는 기존 광고와는 다른 매체적 특성을 갖고 있음에도 불구하고 이들 광고의 목적이 여전히 상품이나 서비스를 판매하기 위한 것이라는 관점에서 현재 우리나라에서 기존의 광고에 부과되었던 규제의 대상과 다를 바 없이 적용될 수 있다.

우리나라에서 광고와 관련된 규제로는 표시·광고의 공정화에 관한 법률을 비롯하여 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 본문에서 “전자상거래 소비자보호법”이라고 함) 중 표시·광고에 관한 규정, 기타 각종



법령에 의한 표시·광고에 관한 규제는 온라인상의 표시·광고에 그대로 적용된다고 볼 수 있다. 전자상거래소비자보호법과 그 하위 시행령 및 시행규칙에서 비교적 상세하게 인터넷 상거래에서의 표시·광고 규제에 관해 규정하고 있다. 또한 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률,<sup>40)</sup> 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 부정경쟁방지법으로 명함)이나 통신판매표시광고에 관한 심사지침도 표시·광고에 관한 규정을 하고 있다. 예를 들어 동법 제10조의 사이버몰 운영자의 표시·광고 사항이나 동법 시행령 제13조 제3항에서의 표시·광고 및 고시방법은 거래방법이나 재화등의 특성을 고려하여 다르게 고시할 수 있도록 하고 있으므로 인터넷 상거래의 특성을 고려한 표시·광고 방법에 대한 별도의 고시로도 보여진다.

표시·광고공정화에관한법률이나 부정경쟁방지법 등 표시·광고에 관한 사항을 규제하는 법규 외에도 식품위생법, 약사법, 의료법 등의 보건위생 관련법, 농약관리법, 담배사업법 등의 농업임업관련법, 변호사법, 자격기본법이나 부동산중개업법 등의 전문서비스 관련법률, 특허법, 저작권법 등의 지적소유권 관련법률, 방송법, 공연법, 음반및비디오물에관한법률 등의 방송문화 관련 법률, 아동복지법이나 청소년보호법, 기타 환경관련 법률 및 품질계량 관련 법률, 금융서비스 관련 법률 등이 있다.<sup>41)</sup>

이상에서 살펴 본 종래의 법규는 인터넷에서의 표시·광고에 관한 사항들이 상당부분 규제될 수 있으며 실제로 인터넷에서의 표시·광고에 관하여 규제한 사례들도 상당수 있다.<sup>42)</sup> 광고와 관련된 모든 법규 모두를 검토할 수는 없으므로 이에 온라인 광고와 관련되는 몇몇 법규들을 검토하고자 한다.

40) 2001년 1월 16일 정보통신망이용촉진등에 관한 법률은 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률로 바뀌고 대폭개정 2001년 7월 1일부터 시행되었다.

41) 우리나라 현행 법규 중 광고와 직·간접적으로 관련된 조항이 포함된 법규는 총 182개로 조사되었으며, 이들 법규에 조문으로 명문화된 광고관련 조항은 998개에 달하고 있다. 한국 광고관련 법규의 구체적인 내용은 다음과 같다. 이구현, 광고법학 2001, 515-516면 참조.

42) 공정거래위원회에서는 2002년에만 34건(경고 8건, 시정명령 26건)의 인터넷상의 무단 표시광고행위에 대하여 심결을 행하였다. 이성구, 인터넷광고와 법, 법제연구원, 58, 59면.

(1) 표시·광고의공정화에관한법률<sup>43)</sup>

표시·광고의공정화에관한법률은 기존의 독점규제및공정거래에관한법률, 소비자보호법물가안정에관한법률 등 개별법에서 이미 규제되었던 것을 독자적으로 독립시킨 법규이다. 이는 상품내용이 다양화, 복잡화되고 광고 기법이 개별법만으로는 소비자 보호의 측면에서 통제할 수 없는 상황을 고려하여 부당한 표시·광고행위에 대한 규제의 한계를 보완하기 위하여 제정되었다.<sup>44)</sup> 전자거래에 있어서 소비자는 매체의 특성으로 인하여 사업자의 일방적인 광고·표시에 많이 의존하게 된다. 이에 따라 허위·과장 광고로 인한 피해가 빈번하게 발생하고 있다. 이는 일반거래와는 달리 전자거래에 있어서는 상품에 대한 실물확인이 불가능하고 판매자의 표시·광고에 의존하여 거래할 수밖에 없는 한계가 그 원인이라고 할 수 있을 것이다. 이러한 이유에서 상품에 대한 정확한 정보제공과 광고·표시에 관한 기준을 세워 신뢰할 수 있는 전자거래의 환경의 형성을 촉진하는 것이 필요하다. 이에 표시·광고의공정화에관한법률이 갖는 의미는 크다고 할 수 있다.

표시광고법의 제2조에서는 표시·광고의 정의를 설명하고 있으며, 표시광고법의 제3조에는 부당한 표시·광고행위의 금지를 규정하고 있다. 이 법은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 부당한 표시·광고행위를 허위 과장의 표시·광고, 기만적인 광고 및 비방적인 표시·광고의 4가지 유형으로 구분하여 소비자를 보호하고 공정한 거래질서를 확립하기 위한 규정이다.

표시광고법의 제4조에서는 중요한 정보에 대한 공개를 강제하도록 한 규정이다. 이 법은 상품이나 거래분야의 성질에 비추어 소비자를 보호하고 공정한 거래질서를 유지하기 위한 중요사항으로써 그 사항이 표시·광고사항에 포함되지 아니할 경우, 그러나 그로 인해 소비자의 피해가 빈번하게 발생하고 그 피해의 사후구제가 곤란하게 되거나 소비자가 상품의

43) 법률 제5814호 1999 2.5. 공포, 1999 7.1. 시행.

44) 김의성, 표시·광고의공정화에관한법률, 법제 99. 4, 69면.

중대한 결함 또는 기능상의 한계 등을 정확히 알지 못하게 되고 그 알지 못한 사정이 구매선택의 판단에 결정적인 영향을 미치게 되는 경우, 또한 공정한 거래질서를 현저히 저해하는 문제가 발생할 우려가 크다고 판단되는 경우 공정거래위원회가 중요한 표시·광고사항을 고시할 수 있도록 규정하고 있다.

표시광고법의 제5조에서는 표시·광고의 내용에 관한 실증제도로써 기업자는 자신이 한 표시·광고 중 사실과 관련한 사항에 대하여 이를 실증할 수 있도록 한 규정이다. 공정거래위원회는 사업자가 부당한 표시·광고행위를 할 우려가 있어 표시·광고의 실증이 필요하다고 인정되는 경우 그 내용을 구체적으로 명시하도록 당해 사업자에게 관련자료의 제출을 요청할 수 있다. 이러한 입증자료의 제출은 객관적인 근거가 없는 표시·광고를 할 가능성을 사전에 방지하고자 하며, 위의 요청된 자료를 일반인에게 공개함으로써 소비자에 대한 정보제공을 촉진하고 부당한 표시·광고행위를 억제할 수 있게 한 규정이다.

표시광고법의 제6조에서는 사업자단체의 표시·광고제한행위의 금지를 규정하고 있다. 이 법은 사업자단체가 법령에 의하지 아니하고는 당해 사업자단체에 가입된 사업자의 표시·광고행위를 제한해서는 안된다는 것을 규정한 조항이다. 다만 공정거래위원회가 소비자의 이익을 보호하거나 공정한 거래질서를 유지하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

표시광고법의 제7조는 공정거래위원회가 제3조 1항의 규정을 위반하여 부당한 표시·광고행위를 하는 당해 사업자 등에 대하여 일정한 시정조치를 취할 수 있도록 한 규정이다.

표시광고법의 제8조는 공정거래위원회가 부당한 표시·광고행위에 해당된다고 명백하게 의심하거나 당해 표시·광고행위로 인해 소비자 또는 경쟁사업자에게 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있거나 이를 예방하기 위한 긴급한 조치가 요구되어질 때 사업자에 대하여 당해 표시·광고행위를 일시 중지하도록 명할 수 있도록 한 규정이다.

공정거래위원회가 부당한 표시·광고행위에 대하여 통상적인 절차를 따르는 경우 상당한 시간이 요구된다. 이러한 경우 부당한 표시·광고행위

를 방치하였을 때 발생되어질 수 있는 소비자와 경쟁사업자의 피해는 보다 확대될 것이다. 그러므로 이를 최소화하기 위한 제도로써 임시중지명령제는 민사소송법상의 가처분과 같은 제도이다.

표시광고법의 제9조에서는 부당한 표시·광고행위를 한 사업자에 대하여 매출액 또는 영업수익에 100분의 2를 곱한 금액을 부과할 수 있다. 다만 위반행위를 한 자가 매출액이 없거나 매출액 산정이 곤란한 경우로서 대통령령이 정하는 사업자이거나 사업자단체인 경우에는 5억원을 초과하지 않는 범위 내에서 과징금을 부과할 수 있도록 하였다.

표시광고법의 제10조 및 제11조에서는 독점규제및공정거래에관한법률에서 규정한 바와 같이 부당한 표시광고를 한 사업자는 이에 피해를 입은 자에게 손해배상의 책임을 지도록 하고 있다. 이에 손해배상의 책임을 지는 사업자는 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 책임을 면할 수 없도록 하였으며 손해배상청구권의 소멸시효도 독점규제및공정거래에관한법률에서와 같이 3년으로 하였다.

## (2) 전자상거래관련소비자보호법

전자상거래소비자보호법에서 기존 소비자보호법, 방문판매등에관한법률 중 통신판매에 관한 규정, 그리고 약관규제에관한법률을 비롯한 약관과 관련한 각종 규제나, 표시광고의공정화에관한법률을 비롯한 각종 표시·광고에 관한 규제는 전자거래에서의 소비자보호에 대하여도 그대로 적용된다.

전자상거래소비자보호법의 제13조 1항은 통신판매업자가 재화 등의 거래에 관한 정약을 받을 목적으로 표시·광고를 행하는 경우에 다음 각 호의 사항이 포함되도록 하고 있다. 즉, 1. 상호 및 대표자 성명 2. 주소·전화번호·전자우편주소 3. 제12조의 규정에 의한 통신판매업 신고번호를 기재하여야 한다. 동법 2항에서 통신판매업자는 소비자가 계약체결 전에 재화 등에 대한 거래 조건을 정확하게 이해하고 실수 또는 착오 없이 거래할 수 있도록 다음 각 호의 사항을 적절한 방법으로 표시·광고 또는 고지하고 다음 각 호의 사항이 기재된 계약내용에 관한 서면을 교부하도록 규정하고 있다. 다만, 신속한 거래를 위하여 소비자의 동의를

언은 경우에는 전자문서 또는 동법 제16조의 규정에 의한 공급서로 갈음할 수 있다.

1. 재화 등의 공급자 및 판매자에 관한 사항
2. 재화 등의 명칭 종류 및 내용
3. 재화 등의 가격(가격이 결정되어 있지 아니한 경우에는 그 결정의 구체적인 방법)과 그 지급 방법 및 시기
4. 재화 등의 공급 방법 및 시기
5. 청약의 철회 및 계약의 해제의 기한·행사방법 및 효과에 관한 사항
6. 재화 등의 교환·반품·보증과 그 대금 환불의 조건 및 절차
7. 전자매체로 공급이 가능한 재화 등의 전송·설치 등과 관련하여 요구되는 기술적 사항
8. 소비자피해보상, 재화 등에 대한 불만 및 소비자와 사업자간 분쟁 처리에 관한 사항
9. 거래에 관한 약관
10. 기타 소비자의 구매 여부 판단에 영향을 주는 거래조건 또는 소비자의 피해 구제에 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항

동법 제3항에서 공정거래위원회는 제1항 및 2항의 규정에 의한 통신판매업자의 상호 등에 관한 사항 및 거래조건에 대한 표시·광고 및 고지의 방법을 정하여 고시할 수 있고 이 경우 거래방법이나 재화 등의 특성을 고려하여 그 표기·광고 및 고지의 방법을 다르게 정할 수 있다.

제4항에서 통신판매업자는 제2항의 규정에 의하여 소비자에게 표시·광고 또는 고지한 거래조건을 신의에 좇아 성실하게 이행하여야함을 규정하고 있다.

표시광고와 관련하여 전자상거래소비자보호법 제23조 1항에서 전자상거래를 행하는 사업자 또는 통신판매업자는 허위 또는 과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인 또는 거래하거나 청약·철회 등 또는 계약의 해지를 방해하는 행위를 금지하고 있다.

전자상거래소비자보호법이나 표시광고법 기타 표시광고에 관한 입법적 규제는 대부분 사업자를 규제하고 있을 뿐 피해자의 구제방법을 별도로 규정하고 있지는 않다. 다만 새로 제정된 전자상거래소비자보호법은 현행 표시광고법과는 달리 소비자의 피해 여부를 과징금 부과 요건으로 하고 있으며, 과징금 부과시 피해회복을 위한 노력을 감안하도록 하고 있다(전자상거래소비자보호법 제34조2항). 또한 공정거래위원회나 시도는 시정조치 또는 시정권고에 앞서 분쟁조정을 의뢰할 수 있도록 하고 있고 분쟁조정이 성립된 경우에는 시정조치를 하지 아니하도록 되어 있다(전자상거래소비자보호법 제33조1항 및 3항).

### (3) 소비자보호법

소비자보호법 제9조는 물품이나 용역의 잘못된 소비나 과도한 소비로 인하여 소비자의 생명, 신체 및 재산상의 危害를 방지하기 위하여 광고의 내용 및 방법에 관한 기준을 국가가 정할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 관한 3가지 항목중 온라인 광고와 관련된 2가지는 용도, 성분, 성질, 규격, 원산지 등의 광고에 있어서 허가 또는 공인된 내용만으로는 광고를 제한할 필요가 있거나 광고함에 있어서 특정내용을 반드시 소비자에게 알려야 할 필요가 있는 경우, 광고함에 있어서 소비자가 오인할 우려가 있는 특정용어 및 특정표현의 사용을 제한 할 필요가 있는 경우이다.

### (4) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률

전자상거래와 관련하여 인터넷광고 등 거의 모든 콘텐츠는 “정보”에 해당하는 것이므로 전자상거래 사업자의 거의 모두 동법의 정보통신서비스 제공자에 해당한다고 할 수 있다. 그리고 인터넷 접속 서비스 제공자도 동법상의 “정보의 제공을 매개하는 자”에 해당하므로 역시 정보통신서비스제공자에 해당한다고 할 것이다.

이에 정보통신제공자는 법이 정하는 바에 따라 의무를 이행하여야 한다. 정보통신제공자의 의무로는 개인정보의 수집 및 취급 관련 의무(제16조), 개인정보의 이용 및 제공 관련 의무(제17조), 개인정보와 관련한

이용자의 권리(제18조)에 이를 규정하고 있으며 이러한 규정을 위반한 경우 벌칙을 제30조에 규정하고 있다.<sup>45)</sup> 정보통신망이용촉진등에관한법률 제19조 2항에서 “정보통신서비스제공자 또는 이용자는 수신자의 의사에 반하여 영리목적의 광고성 정보를 전송하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 그러나 이 법은 원칙적으로 원하지 않은 이메일광고를 허용하고 있기 때문에 소비자보호 차원에서 실질적인 문제해결을 하지 못했다.

새로 시행된 정보통신이용촉진및정보보호등에관한법률(2001년 7월 1일부터)에서는 제50조 2항에 이메일 전송자에게 일정한 설명의무를 부과하고 있다. 즉, 1. 전송목적 및 주요내용, 2. 전송자의 명칭 및 연락처 등, 3. 수신거부의 의사표시에 관한 사항 등을 이메일에 명시해야 한다. 이러한 내용의 규정은 실질적으로 이메일광고를 아예 원치 않는 자를 위하여 보호측면에서는 여전히 부족하다.<sup>46)</sup>

#### (5) 통신판매표시광고에관한심사지침

통신판매표시광고에 관한 심사지침(1999.6.30)은 표시·광고의 공정화에관한법률 제3조 및 동법 시행령 제3조의 규정에 의한 부당한 표시·광고를 심사하는데 있어서 통신판매와 표시·광고에 관한 구체적인 처리기준을 제시한다.

##### 1) 통신판매사업자 자신에 관한 사항

①통신판매사업자의 상호를 사실대로 명확히 표시하지 않고, 약칭 또는 가명을 사용하거나, 자기의 상호보다 제조회사명이나 카드회사명 등을 강조 표현하는 방법으로 표시·광고하여 통신판매사업자가 누구인지 소비자를 오인시킬 우려가 있는 표시·광고행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

②통신판매사업자가 자기의 주소를 사실대로 표시하지 않고 사서함만을 표시하거나 행정구역, 지번, 빌딩명 등을 구체적으로 표시하지 않고 모호하게 표시함으로써 자기의 사업장소재지에 대하여 사실과 다르게 소

45) 왕상한, 전자거래와 법적과제, 디지털경제시대의 법적과제, 99년.

46) 이병준, 스팸메일의 법적 규제, 언론과 정보, 제7호, 2001. 3. 100면.

비자를 오인시킬 우려가 있는 표시·광고행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

③통신판매사업자의 전화번호에 대하여 정상적인 영업시간 내에 통상적으로 소비자와 통화가 가능한 전화번호를 사실대로 표시·광고하지 않고 정상적인 통화가 어려운 전화번호나 연락처를 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

### 2) 상품의 내용 및 가격에 관한 사항

①상품을 사진이나 화면으로 제시하는 경우 광고상에 표시된 상품의 크기를 실제상품 크기와 다르게 하거나 화면에 나타난 상품의 색상, 디자인 등이 차이가 있음에도 그 내용을 표시하지 않음으로써 상품의 품질 등이 실제보다 우수한 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

②상품의 가격에 대해 자기의 실제 판매가격을 정확히 표기하지 않고 객관적인 근거 없이 허위의 일반소매가격을 기준으로 하거나 제조업자가 임의로 정한 권장(희망) 소비자가격을 자기의 판매가격과 비교 표시·광고하여 실제보다 저렴하게 판매하는 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

③실제 판매가격이외에 송료 등 추가비용을 소비자가 부담하여야 함에도 그 내용과 금액을 정확하게 알리지 않거나 모호하게 표시함으로써 마치 추가비용이 없거나 추가비용은 판매사업자가 부담하는 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

### 3) 거래조건 등에 관한 사항

①상품인도에 소요되는 기간을 표시·광고하는 경우 최단 및 최장 소요기간을 사실과 다르게 표시하거나 모호하게 표시함으로써 실제보다 상품인도 소요기간이 짧은 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

②상품의 판매수량, 신청기간 등에 제한이 있는 경우 동 내용을 사실대로 표시하지 않거나 모호하게 표시함으로써 수량 또는 신청기간 등에 제한이 없는 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.



③사후 반품이 되지 않음에도 반품이 가능하다고 하거나 애매 모호하게 표시·광고하여 마치 환불을 보증하여 주는 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

④청약철회와 관련된 광고를 하는 경우 청약철회 가능 여부, 그 기간과 절차 등에 관하여 사실대로 표시·광고하지 않고, 그 내용을 모호하게 표시하거나 법규에서 정한 청약철회 행사권을 제한하여 소비자를 오인시킬 우려가 있는 표시·광고행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

#### 4) 기타 거래제한등에 관한 사항

①미성년자가 구입할 수 없는 상품을 명확히 표시·광고하지 않음으로써 마치 미성년자도 구입할 수 있는 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

②객관적인 근거 없이 마치 광고시점 이후에는 제품가격이 크게 상승하여 지금 구입하지 않으면 손해를 보는 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

전자상거래에 관한 매체별 지침으로는 다음과 같은 사항들이 있다.

##### 가) 부가·개인정보에 관한 사항

①PC통신이나 온라인 광고에서 부가정보에 대한 단위시간당 이용료를 표시·광고하지 않아 소비자의 이용료 부담이 크지 않은 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

②소비자의 신상명세와 관련한 정보를 보호할 수 없음에도 마치 개인 정보가 타인에 의해 노출되지 않는 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

##### 나) 중요한 정보누락에 관한 사항

①PC통신이나 인터넷광고에서 상품 등 용역에 관한 정보가 일부만 있음에도 이러한 사실을 은폐하거나 정보가 많은 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

②인터넷 거래시 소비자 고충을 처리하는 기구가 없음에도 마치 소비자고충처리기구를 통한 피해구제가 가능한 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

③상품이 특정국가에서 수입이 금지되어 있는 상품임에도, 이러한 사실을 표시하지 않거나, 수입이 되는 것처럼 표시·광고하는 행위는 부당한 표시·광고에 해당된다.

통신판매표시광고에 관한 심사지침은 인터넷 상거래에서 표시·광고에 관한 표시광고법의 적용에 관한 중요한 지침이 될 수 있지만, 어렵게도 동 지침은 전자상거래나 인터넷상의 표시·광고에 관하여 아주 간단히만 언급하고 있어 실질적인 법집행의 지침으로서는 그다지 유용한 것이 되지 못한다.<sup>47)</sup> 오히려 전자상거래소비자보호법과 그 하위 시행령 및 시행규칙에서 비교적 상세하게 인터넷 상거래에서의 표시광고 규제에 관한 규정을 하고 있다.

예컨대 동법 제10조의 사이버몰 운영자의 표시광고 사항이나 동법 시행규칙 제7조의 표시방법에 관한 규정 등이 대표적인 것이다. 또한 동법 제13조 제3항에서는 거래방법이나 재화동의 특성을 고려하여 표시광고 및 고지의 방법을 다르게 정하여 고시할 수 있도록 하고 있으므로 인터넷 상거래의 특성을 고려한 표시광고 방법에 대한 별도의 고시도 예상된다.<sup>48)</sup>

#### (6) 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(부정경쟁방지법)

부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(2001.2.3. 법률 제6421호로 개정되기 전의 것)은 광고에 의하여 거래상의 서류 또는 통신에 허위의 원산지의 표지를 하거나 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품이 생산, 제조 또는 가공된 지역 이외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인될 일으 키게 하는 표지를 하는 행위 등을 부정경쟁행위라 하여 금하고 있다(부정경쟁방지법 제2조).

47) 이성구, 인터넷상의 허위과장광고 규제실태와 개선방안, 인터넷광고와 법, 2002, 58, 59면.

48) 이성구, 인터넷상의 허위과장광고 규제실태와 개선방안, 법제연구원, 2002-7, 58, 59면.

(7) 약사법

이 법에서는 의약품등의 명칭, 제조방법, 효능이나 성능에 관하여 허위 또는 과대한 광고나 의약품 등의 효능이나 성능에 관하여 묵시적 기사, 사진, 도안 기타 암시적 방법에 의한 광고를 금하는 한편, 법에 의한 허가를 받거나 신고를 한 후가 아니면 의약품 등의 명칭, 제조방법, 효능이나 성능에 관하여 광고하는 것을 금지하고 있다(약사법 제63조 1, 3, 5항).

(8) 식품위생법

이 법에서는 식품 등의 명칭, 제조방법 및 품질에 관하여 과대광고와 식품, 식품첨가물의 표시에 있어서는 의약품과 혼동할 수 있는 광고는 금하고 있다(식품위생법 제11조).

(9) 형 법

인터넷 이용자가 확산되면서 이에 따라 유익한 정보의 제공뿐만 아니라 사회적으로 크게 문제가 될 수 있는 음란물에 대한 규제문제가 대두되고 있다. 광고와 관련하여 인터넷상 이루어지는 음란한 표현을 통한 광고는 우선 형법 제242조에 적용되어질 수 있는가 하는 문제이다. 형법 제242조는 “음란한 문서, 도화, 필름, 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금을 처한다”라고 규정하고 있다. 형법 제242조의 규정은 컴퓨터 네트워크를 이용한 음란한 광고의 적용 여부가 문제시 될 수 있는데 결과적으로 이들 광고선전을 통한 음란물의 판매는 형법규정을 적용시키는데 문제가 없는 것으로 보고 있다.<sup>49)</sup>

---

49) 왕상한, 전계논문, 101면.

## 제 3 절 부당광고의 유형과 사례

### 1. 서 문

인터넷을 통해 이루어지는 전자상거래는 우선 인터넷 광고를 통하여 제공되어지는 상품과 서비스에 대한 마케팅이 이루어진다. 상품의 구입을 위하여 소비자들은 제공되는 상품이나 서비스에 대한 올바른 정보와 충분한 정보가 제공되기를 원한다. 이는 소비자가 상품을 선택, 구입하는데 매우 중요하다. 그러나 사업자들이 상품이나 서비스를 제공함에 있어서 소비자들에게 정보만을 제공하는 것이 아니고 자신들의 유리한 사항을 소비자에게 전달하거나 과장하여 보다 많이 판매욕구를 유도한다. 이렇듯 사업자가 자신의 목적을 위하여 그 자신의 상품에 관한 소비자정보를 제공함에 있어서 사실과 다른 허위나 과장된 광고, 또는 부당한 비교, 기만적인 광고를 하는 것을 부당한 광고라 한다. 이러한 부당광고는 소비자를 오인시켜 재산상의 피해를 가져오게 하거나 또한 경쟁자와의 공정한 경쟁을 저해시킨다. 그러므로 이에 대하여 표시광고법, 소비자보호법, 부정경쟁방지법, 방문판매법, 정보통신법에서 이를 규제하고 있다. 이에 따라 현행 표시광고법의 제3조에는 부당한 표시·광고행위의 금지를 규정하고 있다. 이 법은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 부당한 표시·광고행위를 허위 과장의 표시·광고, 기만적인 광고 및 비방적인 표시·광고의 4가지 유형으로 구분하고 있다.

이에 따른 구체적인 사항은 동법 시행령에서 정하고 있으며, 이는 개정 전 공정거래법 제23조 6항의 규정과 내용상 큰 차이를 보이지는 않는다.

### 2. 허위·과장 광고

현행법은 허위와 과장광고를 구별하지 않고 개괄적으로 정의하고 있다. 이에 따르면 허위·과장 광고는 사실과 다르게 광고하거나 사실보다 지나치게 부풀려 광고하는 것을 말한다(표시광고법 시행령 제3조 1항).

허위와 과장광고의 구별은 쉽지 않으며 규정으로도 이를 구별하고 있지 않다. 시행령은 부당한 광고 가운데 허위광고가 하나의 유형이라는 것이 상을 언급하고 있지 못하며 이 규정은 어떠한 것이 허위광고에 해당하는지에 대해서는 설명하고 있지 않다.

허위·과장광고의 판단기준에 있어서 중요한 것은 광고가 사실을 위반했느냐 그렇지 않느냐의 여부에 있다. 물론 광고의 속성상 광고는 어느 정도는 과장성을 내재하고 있으므로 그 자체가 일반 상거래상 신의칙에 비추어 인정되어질 때는 허용되는 것으로 보고 있다.<sup>50)</sup> 또한 광고는 일반적으로 객관적이고 과학적인 근거를 결여한 광고, 배타성을 띤 절대적인 표현의 사용은 허위과장광고에 해당된다고 본다.<sup>51)</sup> 허위·과장광고를 판단함에 있어서 그 제품 자체의 성질상 용인될 수 없는 것을 광고하는 경우이다. 예를 들어 세계의 경우 100% 천연식품원료라는 표현은 제품의 성질상 용인될 수 없는데도 천연제품으로 광고하거나 또는 제품의 수치를 들어 광고하는 경우, 그 사실을 증명하는 것이 불가능함에도 불구하고 그것이 사실인 것처럼 광고하는 경우이다.<sup>52)</sup>

광고의 허위·과장은 내용 전체가 허위·과장되어야 함을 요하지 않고 부분적으로 허위·과장된 광고의 경우에도 이에 해당한다고 할 수 있다. 이에 대한 간단한 사례를 들면 여러 곳에서 구입하여 만든 멸치액젓을 "추자도멸치액젓"이라고 광고한 경우이다.<sup>53)</sup>

#### ▲ 인터넷상 허위과장광고의 사례

##### - 홈쇼핑에 허위·과대광고

이 사건은 TV홈쇼핑에 자신들이 제조한 의약품을 허위·과대 광고해 수익원의 부당이득을 챙긴 건강식품제조업자와 한의사가 검찰에 적발된 사례이다. 부산동부지청 수사과는 1일 C바이오 대표 이모씨(36)를 약사

50) 대법원 1993. 8. 13 선고, 92다52665(법원공보 제953호, 2417-2419).

51) 손수진, 부당광고의 규제에 관한 연구, 한양대 박사학위논문, 1996, 46-47면.

52) 이상규, 전계논문, 106면.

53) 공정거래위원회 1994. 3. 3. 의결, 9301표778, 참조 심결례: 1994. 1. 28. 의결, 9309표669; 1994. 2. 2. 의결, 9312전사943; 1994. 7. 28. 의결, 9404경정304.

법 및 식품위생법위반 등의 혐의로 구속하고 P한의원 원장 박모씨(42)를 같은 혐의로 불구속 입건했다.

검찰에 따르면 이들은 지난 5월 건강보조식품인 'LCP'가 "인체의 간정화, 성기능을 개선시켜준다"라는 내용의 비디오물을 만들어 TV홈쇼핑을 통해 의약적 효능이 있는 것처럼 방송한 뒤 1세트당 9만9천원씩 총 5천 9백52세트를 판매해 5억9천여 만원의 부당이득을 챙긴 혐의다.<sup>54)</sup>

- 인터넷상 의약품에 대한 허위 과장광고의 사례

이 사건은 인터넷 홈페이지상의 제품 소개도 허위·과장이 있으면 행정처분의 대상이 된 한 사례이다.

H사는 2000년 일간지에 유아생식제품에 대한 광고를 하면서 '면역력 강화' 등 문구가 과장인 것으로 적발됐었고 이에 대한 조사를 위해 구청 직원이 방문했다가 신고 없이 영업소를 이전한 사실이 드러나 영업소 폐쇄처분, 행정소송 등이 이어졌었다. 결국 소송에서 영업소폐쇄처분이 취소되자 이번에는 서초구청이 인터넷 홈페이지상 제품 소개가 과장이라며 과징금부과 처분을 내리자 이 사건 소송을 냈었다.

재판부는 판결문에서 "이 사건 제품이 유아의 면역력을 증진하고 '아토피성 피부염'과 같은 특정질환을 예방한다고 표시하고 있어 일반인이 질병치료의 효능이 있는 것으로 혼동·오인할 수 있는 광고로서 허용되지 않는다"며 "식품위생법 시행규칙 6조는 '송기·포장 및 라디오·텔레비전·신문... 기타의 방법'으로 허위표시·과대광고의 범위를 정하고 있어 인터넷 홈페이지 제품소개는 '기타의 방법'에 해당, 허위·과장광고는 규제돼야 마땅하다"고 밝혔다.

서울행정법원 11부는 유아용 생식·제조·유통업체인 H사가 "인터넷 홈페이지상 제품소개에 '아토피성 피부염 같은 질병을 예방하고'라는 문구는 식품을 의약품으로 혼동·오인하게 하는 것"이라며 8백85만원의 과징금을 물린 서초구청장을 상대로 낸 과징금부과 처분 취소청구소송(2002 구합2727)에서 원고패소판결을 내렸다.<sup>55)</sup>

54) <http://www.lawtimes.co.kr/news/news.asp?Serial=8072&Kind=N>.

55) <http://www.lawtimes.co.kr/news/news.asp?Serial=8204&Kind=N>.

### 3. 기만광고

개정 전 공정거래법에서는 기만광고를 "사실을 은폐하거나 기만적인 방법으로 소비자를 속이거나 속일 우려가 있는 광고"라고 규정하고 있었다. 이는 허위 과장광고에 비해 기만을 보다 구체적으로 예시하고 있으며 규제의 범위가 기만행위가 현실적으로 나타나는 경우에 한하지 않고, 이러한 행위로 소비자가 속을 우려가 있는 경우까지를 포함하고 있다는 점에서 차이가 있다. 그러나 여기서도 기만행위라는 개념 역시 불명확한 것으로 보고 있으며 이에 대해 표시광고법 시행령 제3조 2항은 기만광고를 사실의 은폐·축소·누락 기타 이와 유사한 방법으로 광고하는 것으로 정의함으로써 기만을 보다 구체적으로 설명하고 있다.<sup>56)</sup>

시행령에서 "기만적"이라는 말은 거래당사자가 서로 지켜야 할 신의성실의 의무를 저버리는 적극적 그리고 소극적인 기만행위를 의미한다. 따라서 이때의 기만행위는 기만을 당할 잠재적인 위험성까지를 포함하여 규제의 대상이 될 수 있는 것으로 보고 있다.<sup>57)</sup> 소비자가 광고의 내용을 유심히 보지 아니한다는 것이 일반적이라 할 수 있으므로 광고의 내용이 전체적인 맥락에서 볼 때 광고가 소비자를 오도할 수 있는 여지가 충분할 경우 기만적이라고 볼 수 있다.<sup>58)</sup>

#### ▲ 기만광고에 대한 사례

원심은 음반제품·비디오 등의 판매업 등을 주목적으로 하는 원고가 영국 회사인 폴리그램 비디오 인터내셔널(PolyGram Video International Ltd.)로부터 전 8편의 가정용 비디오물 '미스터 빈(Mr. Bean)'의 원작을 수입하여, 1997. 11. 25. 주식회사 베어엔터테인먼트(이하 '베어'라고 한다)와 사이에 베어가 워 비디오물 중 제1편 및 제3편을 제품 1

56) 김상규, 전계논문, 104면.

57) 미국의 FTC는 기만적 광고규제에 있어서 소비자는 실제로 그가 속았다는 것을 입증할 필요는 없으며, 그 광고가 소비자를 속일 수 있는 경향을 가지고 있다는 것을 입증할 수 있으면 족하다고 하였다(Charles of the Ritz Dist. Corp. v. FTC, 143 F.2d 676, 680(2d cir. 1944); 재인용, 정준우, 전계논문, 83면.

58) 정준우, 전계논문, 83면.

개당 금 2,500원에 제작하여, 이를 금 6,400원에 판매하는 내용의 제작 계약 및 판매계약을 체결하였다(원고는 판매단가와 제작단가의 차액을 이익으로 취하게 된다), 위 비디오물의 광고 제작을 위하여 위 영국 회사로부터 수령한 비디오자켓, 컴퓨터 CD출력물, 슬라이드 사진출력물 등 홍보자료를 베어에게 교부하였다. 베어는 위 비디오물의 판매홍보를 위하여 자체적으로 광고를 제작하여 1998년 1월 하순경, 같은 해 2월호로 발매되는 비디오안내 광고잡지들에 광고를 게재하였으며 한편 주식회사 하명중영화제작소(이하 '영화제작소'라고 한다)가 영국 회사인 폴리그램 필름 인터내셔널(PolyGram Film International Ltd.)과 사이에, 코미디 영화 '빈(Bean)'의 한국 내 상영을 위한 판권계약을 맺은 후, 1997. 10. 10.경부터 국내 신문, 잡지 등에 위 영화의 상영을 알리는 광고를 게재하고, 1998. 1. 17.경 서울 동 전국 26개 영화관에서 위 영화를 개봉하였다가 1998. 2. 27.경 종영하였던 사실을 인정하였다. 그 다음 원고와 베어 사이의 제작계약 및 판매계약의 내용에 의하여 알 수 있는 바와 같이 원고가 위 비디오물의 판매에 관하여 이해관계가 크다는 점, 원고가 베어에게 비디오물의 광고에 필요한 자료를 제공하고 그 광고에 원고의 로고를 사용하도록 하고 광고와 관련하여 원고와 베어 사이에 업무연락이 있어 왔던 점, 위 영화가 상영될 무렵에 원고가 영화제작소로부터 수차례에 걸쳐 비디오물의 광고나 출시로 인하여 위 영화의 흥행에 지장이 없도록 하여 줄 것을 부탁 받기도 한 점등에 비추어 보면 원고가 베어로 하여금 위 비디오물에 관한 광고를 하게 하고 그 이후의 광고제작 과정에 계속 관여하였다 할 것이고, 한편 위 비디오물 광고의 편집형식·색상·도안·구성·삽입된 문구의 내용 등을 살펴보면, 원고가 비디오물에 관하여 한 광고는 위 비디오물이 영화제작소가 수입, 상영한 영화 '빈'과 같은 내용의 영상물인 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있는 광고에 해당한다 할 것이므로, 결국 원고가 위 비디오물 광고에 관하여 베어로 하여금 위와 같은 광고를 하게 한 것은 '사실을 은폐하거나 기만적인 방법으로 소비자를 속이거나 속일 우려가 있는 내용으로 광고하여, 소비자를 오인시킬 우려가 있는 행위'로서 불공정거래행위에 해당한다. 따라서 그 시정을 명하는 피고의 이 사건 처분은 적법하다고 판단하고, 위 비디오



물에 관한 광고는 전적으로 베어의 책임과 권한으로 이루어졌고 원고가 그 광고에 관여한 바 없다는 등의 원고의 주장을 받아들이지 아니하였다.<sup>59)</sup>

이 사례는 비디오물의 수입업자가 자신과 비디오물 제작판매계약을 맺은 회사의 판매홍보용 광고행위에 관여하였고, 그 광고행위가 구 독점규제및공정거래에관한법률시행령(1999. 3. 31. 대통령령 제16221호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 의 9, 나, 소정의 '사실을 은폐하거나 기만적인 방법으로 소비자를 속이거나 속일 우려가 있는 내용으로 광고하여, 소비자를 오인시킬 우려가 있는 행위'로서 불공정거래행위에 해당한다고 판단한 사례이다.

#### 4. 부당비교광고

기업자들은 자신의 상품이나 서비스가 타경쟁자의 그것보다 우월하다는 것을 비교광고 함으로 소비자로 하여금 자신의 상품에 대한 구매욕구를 유도한다. 물론 이러한 비교광고는 소비자들이 합리적인 선택을 할 수 있도록 정보를 제공한다는 측면에서 도움을 준다. 그러나 이러한 비교가 부당한 비교일 때 상대 경쟁자는 불공정한 경쟁으로 인한 피해를 받을 수 있다. 그러므로 위와 같은 부당한 비교광고는 규제되어야 한다.

부당한 광고는 개정전의 공정거래법에서 객관적 근거없이 자기의 것이 타 경쟁자의 것보다 우량하고 더 유리한 조건하에 있다는 것을 광고하거나 또는 자기의 유리한 부분만을 광고한다. 표시광고법 시행령은 객관적으로 인정된 근거없이 또는 비교대상 및 기준을 명시하지 아니하고 자기 또는 자기의 상품 또는 용역에 관한 사항을 다른 사업자 또는 사업자단체 또는 다른 사업자 등의 상품 또는 용역에 관한 사항과 비교하여 우량 또는 유리하다고 광고하는 행위를 부당비교광고라 규정하고 있다(표시광고법 시행령 제3조 3항).

##### ▲ 부당비교광고에 대한 사례

주식회사 대한항공은 주요 일간지 및 잡지 등을 통한 광고에서 “동경비즈니스 여행은 따져 볼수록 대한항공이 더욱 편리합니다”라는 큰 제목 아

59) 서울고법 2000. 4. 25. 선고 99누235 판결.

래 5개 항목의 질문사항에 대하여 대한항공, A항공, B항공 등 3개 항공사와 비교하면서 광고하였다. 그러나 위의 광고는 비교대상이나 비교기준을 명시하지 아니하거나 객관적 근거 없이 자기는 5개 항목 모두가 서비스 가능한 것으로 표시·광고한 반면, 경쟁사인 A항공, B항공은 5개 질문항목 어느 것도 서비스 제공이 가능하지 않은 것처럼 부당하게 비교하는 표시·광고행위를 하였으므로 이에 공정거래위원회는 시정조치하기로 의결하였다.<sup>60)</sup>

## 5. 비방광고

비방적인 광고는 “비방”이라는 사회적 부당성을 내포하고 있다. 비방광고에 부당성을 요구하지 않고 비방행위만 있으면 규제한다는 점에서 다른 광고의 유형에서와는 다르다.

표시광고법시행령은 다른 사업자 동 또는 다른 사업자 동의 상품 등에 관한 사항에 대하여 객관적으로 인정된 근거가 없는 내용으로 광고하는 것을 비방광고라 정의하고 있다(표시광고법시행령 제3조 4항).

비방광고의 성립을 위한 구성요건으로 경쟁사업자나 그 상품에 대하여 객관적 근거 없이 또는 불리한 사실만을 광고하여<sup>61)</sup> 경쟁사업자를 비방하여야 한다. 경쟁사업자나 그의 상표를 정확히 밝히지 않고 단지 “모기업”이나 “갑기업” 등의 지칭으로 표현하였다 하더라도 이를 쉽게 알 수 있는 경우에는 경쟁사업자에 대한 비방이 성립된다.<sup>62)</sup> 불리한 사실만을 광고하여야 하며 불리한 사실이 객관적으로 인정되지 아니한 경우에는 허위 또는 과장광고에 해당할 수 있으나, 객관적인 사실이 인정된 경우에는 비방광고로 보았다.<sup>63)</sup>

60) 공정거래위원회 사건번호 2002광고0494.

61) 1994. 6. 21. 공정거래위원회 의결 제94-182호, 9402광고076; 1994. 10. 12. 공정거래위원회 의결 제94-310호, 9405광고321.

62) 1994. 12. 29. 공정거래위원회 의결 제94-496호, 9410광고636; 1994. 12. 29. 공정거래위원회 의결 제94-497호, 9411광고750.

63) 1994. 12. 29. 공정거래위원회 의결 제94-496호, 9411광고750.

▲ 비방광고에 대한 사례

- KTF 대 SK텔레콤의 비방전

KTF는 지난달 미국의 유력 경제잡지인 '비즈니스위크'의 보도내용을 근거로 'KTF가 세계 1위 이동통신기업에 선정됐다'고 광고한 데 대해 SK텔레콤이 '왜곡된 자료를 근거로 한 결과'라고 반박광고를 내자 이를 공정위에 제소했다. KTF는 지난 2002년 7월 3일 자사가 이동통신 분야에서 SK텔레콤을 제치고 1위를 차지했다는 내용의 광고를 냈다. 이에 KTF는 비즈니스위크지가 신용등급 평가기관인 스탠더드 앤드푸어스의 데이터를 활용, 연간 매출 3억달러 이상의 전세계 IT 기업에 대해 순위를 책정한 것으로 자사가 국제적으로 인정받았다고 설명하였다.<sup>64)</sup>

이에 대하여 공정거래위원회는 KTF가 자사에 대한 SK텔레콤의 반박광고를 표시광고법 위반으로 제소한 사건과 관련, SK텔레콤의 광고가 '비방광고'로 범위만 사실이 인정된다고 내부 결론을 내리고 다음달초 전원회의를 열어 과징금 등 시정조치를 취할 예정이라고 25일 밝혔다.

공정위는 SK텔레콤에 대해 30억원 내외의 과징금과 신문공표명령 등의 조치를 취할 것으로 알려졌다.<sup>65)</sup>

- 파스퇴르유업(주)의 부당한 광고행위에 대한 건

파스퇴르주식회사는 2000.5.22.~6.21. 기간 중 중앙일간지를 통하여 자기의 분유제품인 "골든뉴로히트"를 광고하면서 남양유업의 "바꾸니까 참 좋다"라는 광고를 인용, 광고하면서, 광고의 내용으로 가장 고칠 세고, 가장 거짓말하지 않는 회사의 유아식이야말로 가장 믿을 수 있으니 계속 해서 서로 자기 것이 좋다고 한다면 가장 고칠 세고, 가장 거짓말 않는 유아식을 선택하는 것이 현명한 어머니의 선택이라고 광고하였다.

이에 대하여 '피심인은 자신의 분유제품인 "골든뉴로히트"를 광고하면서 객관적 근거없이 자기회사만이 가장 거짓말을 하지 않고 타사업자는 거

64) 전자신문, 2002. 7. 6.

65) 전자신문, 2002. 8. 26.

짓말을 하는 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있는 비방광고행위를 하여서는 안된다고 의결하였다.

이상은 온라인상의 광고에 적용되어지는 다양한 종래의 법규에서 몇가지의 법규들과 부당광고에 관련되는 사례들을 살펴보았다. 현재 우리나라에서 인터넷상의 표시·광고에 대한 규제는 종래의 광고에 관한 법이 적용된다는 점에서 크게 다르지 않다. 다만, 새로운 매체인 온라인 광고를 무조건 적용한다면 무리가 있을 수 있다. 이는 전자상거래소비자보호법이나 전자거래기본법 등을 제외한다면 모든 기존법들은 인터넷을 상상할 수 없었던 시대에 만들어진 법으로 전 국민의 인터넷 보급을 예기치 못했던 상황에서 만들어진 법들이기 때문이다. 물론 온라인광고를 통해 발생되어질 수 있는 문제들은 전자상거래라고 하여 기존의 소비자보호 문제에서 전혀 다른 종류의 문제가 발생하는 것은 아니라 할지라도 전자거래 수단의 동장에 따라 그 문제의 형태는 달리 나타나고 있으므로 디지털시대에 맞는 표시·광고의 규제에 적합한 법규가 개정되어야 할 필요성은 있는 것이다.<sup>66)</sup>

## 제 4 절 독일의 온라인 광고 관련 법제

### 1. 법제의 개관<sup>67)</sup>

다음에 소개되는 것은 독일에서 통신(Telekommunikation)과 광고(Werbung)에 관련된 법률로서 멀티미디어법, 정보보호법이며 더 나아가 온라인 영역에서 생산물 또는 직업과 관련된 기업광고의 법률들이다.

①멀티미디어법과 관련된 것으로는 정보통신서비스법(IuKDG), 전기통신법(TKG), 전자통신서비스법(TDG), 미디어서비스주간조약(MDStV), 서명법(Signaturgesetz)등이 있다.

66) 이상구, 전제논문, 58면 참조.

67) 인터넷 광고를 대한 독일 국내법에서 중요한 것은 우선 일반광고를 위한 현행 부정경쟁방지법(UWG)이고 다른 두가지로는 멀티미디어법, 즉 정보통신서비스법/전자통신서비스법과 미디어서비스주간조약(MDStV), 이 세 가지의 법률이라고 할 수 있다 (Leupold/Brautigam/Pfeiffer: WRP 2000, S. 575, 583-584) 참조.

②정보보호를 위한 법률로서 명할 수 있는 것으로는 연방-주정보보호법(BDSG bzw. LDSG), 전자통신서비스정보보호규정(TDDSV), 미디어서비스주간계약에서의 정보보호법적 규정(MDStV) 등이 있다.

③더 나아가 기업의 광고는 온라인 영역에서 생산물 또는 직업과 관련하여 다음과 같은 법률을 규정하고 있다:

소비자보호와 관련하여서는 민법에서 원거리판매법규<sup>68)</sup>와 정보책임에 관한 법령이다. 독일민법에서는 새로운 하자개념(Mangelbegriff), 즉 광고선전문구에 대한 책임을 들 수 있으며 이는 소위 "IKEA"-조항으로 불법행위와 관련된 것이다. 또한 부정경쟁방지법(UWG), 경쟁보호를 위한 특별한 규범, 특히 생산물 예를 들어 담배, 알콜, 약품, 치료제(Heilmittel)이 있으며, 상표법(Markengesetz)이 있고 저작권법(UrhG), 예술품저작권법(KUG) 그리고 동질의 보호법률인 의장법(GeschmMG)이 있다. 또한 특유한 직업과 관련된 법률(직업법)로 예를 들어 변호사, 의사, 회계사 등이 있다.

이 때 모든 인터넷사이트는 어느 곳이든 도달되어질 수 있으므로, 특히 국제적으로 조직된 기업은 국제적인 문제와 국제적인 소송법의 지시에 따른다.<sup>69)</sup>

이들 범영역 이외에도 독자적인 온라인광고를 위한 법률의 범주로는 나머지 일반법률로서 이는 광고를 위해 매우 중요하다. 이에 또한 관련 있는 것은 형법상의 규정 그리고 질서에 반하는 규정 또는 특별법규에 따른 광고제한, 금지<sup>70)</sup>이 있다. 마지막으로 미디어주간조약 제9조에는 불법적인 미디어서비스와 청소년보호에 대해 상세한 목록의 내용을 제시하고 있다. 예를 들어 국민을 선동하는, 비인간적인 폭력을 표현하는, 전쟁

68) 기업인과 소비자 사이에서의 원거리통신수단(예를 들어 팩스, 전화, 이메일, 방송, 미디어서비스)의 이용과 관련하여, 그들 사이에 성립될 수 있었던 계약을 규정한 1997년 5월 20일의 EU-Richtlinie 97/7/EG의 변형을 근간으로 한 원거리판매규정은 2000년 6월 30일 효력을 발생하였다. 그러나 단지 이 규정은 1년 반 동안만 존재하였다. 2002년 1월 1일 이후부터 이 규정은 거의 변하지 않은 형태로 독일민법 제 312조 이하, 제385조에 옮겨지게 되었으며, 원거리판매에 있어서 철회와 해제법은 기존의 독일민법 제 355-357조에 규정하였던 것을 독일민법 제361조a, 제361조b에 두었다.

69) Sybille, Werbung online, 2002, S. 53.

70) 이에 대한 예로 치료제광고법이 있다.

을 찬양하는, 포르노그래픽 (§ 184 StGB), 어린이와 청소년이 관습상 매우 위험에 처하도록 하게 하는, 인간존엄을 해하는 등을 내용으로 하는 광고는 금지된다.<sup>71)</sup>

앞서 제시되어진 온라인 광고에 관한 법률 중에서 중요하게 다루어지고 있는 몇 가지 법률을 설명하고자 하며 특히 독일에서 온라인광고와 관련하여 부정경쟁방지법은 중요한 의미를 지니므로 제4절 2에서 이를 보다 상세히 다루고자 한다.

(1) 정보통신서비스법(Informations und Kommunikationsdienstegesetz)

독일에서는 1970년대 중반을 기점으로 이른바 social Marketing<sup>72)</sup>이 활성화됨에 따라 광고시장은 비약적으로 발전하게 되었으며 이러한 사회현상은 광고에 대한 법적 문제를 재조명하기에 이르렀고, 독일의 광고규제는 엄격한 기준에 입각하여 구성되었다.<sup>73)</sup> 그 후 멀티미디어를 사용한 상거래와 금융거래가 행하여지고 거래의 안전을 보호하기 위하여 문제가 제기되면서 새로운 기술에 대한 법적인 틀을 만들어야 한다는 필요성에 의해 정보통신법을 제정하게 되었다.<sup>74)</sup> 정보통신법의 제정으로 입법자는 정보와 통신의 다양한 이용가능성을 위한 통일적이고 경제적인 대강조건을 만들고자 하였다. 이 법의 제정을 통하여 정보통신 제공자와 이용자는 새로운 정보와 통신서비스의 이용을 위한 법적 근거를 확보하게 되었으며 또한 정보통신 분야에서 사업투자를 위한 통일적이고 명확하고 신뢰성 있는 법적 틀이 마련되었다.<sup>75)</sup> 이 법률의 정식명칭은 정보·통신서비스에 관한 대강조건에 관한 법률(Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen fuer Informations-und Kom-

71) 마리안 파쉬케 지음 이우승역, 일반 법질서에 의한 매스 미디어 질서의 원칙, 독일 미디어법, 1998, S. 263 참조.

72) S. Schmidt, Urheberrechtsprobleme in der Werbung, 1982, S. 13 참조.

73) 이호정, 도두형, 김재형, 정상조, 세계화 시대의 광고와 저작권, 1998, S. 86.

74) 1997년 8월 1일부터 시행되었다.

75) 이종용, 독일 멀티미디어법, 법제, 1998, 9, S. 95; 주3) A.Noßnagel, in: Müller/Pfitymann(Hrg.), Mehrseitige Sicherheit in der Kommunikationstechnik-Vertrauen in Technik durch Technik, 1997, S. 361.

munikationsdienste)이다. 이 법률의 내용을 살펴보면 제1조는 전자통신서비스 이용에 관한, 제2조는 전자통신서비스에서의 정보보호에 관한, 제3조는 전자서명, 제4조는 형법개정에 관한, 제5조는 질서위반법률개정에 관한, 제6조는 청소년유해문서배포에 관한 법률개정에 관한, 제7조는 저작권법개정에 관한, 제8조는 가격표시 규정의 개정에 관한 법률 등으로 구성되어 있다.

## (2) 전자통신법(Telekommunikationsgesetz)

전자통신법(Telekommunikationsgesetz)은 매우 적은 규정이 온라인 광고와 관련되기 때문에 여기선 별로 언급하지 않겠다.

## (3) 전자통신서비스법(Teledienstegesetz)

전자통신서비스법(Teledienstegesetz)은 정보통신서비스법(Informations und Kommunikationsdienstegesetz)을 근간으로 하여 제정되었으며 전자적 서비스의 제공을 개인이 이용할 수 있도록 한 것이다. 이로써 독일은 뉴미디어 서비스 분야에서 기업활동 지원과 이용자의 자율결정권을 보장하는 토대를 마련하였다(§2 TDG). 이 법률은 단지 12개조로 이루어진 전자정보통신서비스의 다양한 이용을 가능하게 하기 위하여 만들었다.<sup>76)</sup> 이 법은 서비스를 위한 접근의 자유, 책임 그리고 제공자 표시(Anbieterkennzeichnung)를 규정하고 있다. 서비스제공자 문제와 관련하여 2002년 1월 1일 이후부터는 전자통신서비스의 내용에 대해 누가 제공하였는가를 분명히 하도록 입법자는 §6 TDG에 소위 Impressumspflicht를 제정하였다. 이로 인해 이메일 주소나 전화번호를 표기하는 것만으로는 충분하지 않고 책임자의 전체성함과 이메일 그리고 완전한 주소를 명시하여야 한다. 회사인 경우 경영자(Geschaeftsfuehrer)나 이사(Vorstand)를 표시하도록 하고 있다. 그 이외에도 사업법인 혹은 기타 등록번호가 기재되어야 하며 법률적 직업명, USt-ID 번호 또는 제27 a UStG에 따른 전자통신서비스제공자를 제시하여야 한

76) Sybille Heyms, Werbung online, 2002, S. 58.

다. 위의 Impressumspflicht를 침해한 경우 50.000 EURO의 과태료를 부과할 수 있다(§12 TDG).<sup>77)</sup>

2002년 1월 1일 이후부터 전자통신서비스법 제6조의 Impressumspflicht 뿐만 아니라 부가적으로 서비스제공자가 이행하여야 하는 Informationspflicht를 전자통신서비스법 제7조에 규정하였다. 서비스제공자는 상업상의 통신(kommerzielle Kommunikation)에서 최소한 다음과 같은 조건들을 고려해야 한다. 상업적 통신은 명확히 인식할 수 있어야 하며, 제공이나 가격할인, 그들의 요건과 또한 가격을 다 기재하는 등 이와 같은 판매방법은 “명확히, 이중적 의미를 담지 않도록” 수용자가 인식할 수 있도록 표현하여야 한다.<sup>78)</sup>

#### (4) 미디어서비스주간조약(Mediendienstestaatsvertrag)

미디어서비스주간조약<sup>79)</sup>은 독일의 모든 주들이 하나의 통일된 대강조건(einheitliche Rahmenbedingungen)을 만든 것으로 이것은 전자적 정보 그리고 통신서비스의 규정을 계약한 것이다(§1 MDStV). 전자통신서비스법과 문구상 동일한 규정으로 되어 있다. 미디어서비스주간조약은 인터넷상 “주문과 분배서비스”의 제공과 이용을 규정하고 있으며(§2 MDStV), 특히 접속자유(§4 MDStV), 제공자책임(§5 MDStV), 더 나아가 Impressumspflicht에 대한 과태료(§ 6 i.V.m. 20 Abs. 2 MDStV) 그리고 청소년 정보보호에 관하여(§§ 8, 9, 12-17 MDStV) 규정하고 있다. 미디어서비스주간조약 제9조의 광고와 스폰서에 관한 규정을 살펴보면:

77) Sybille, S. 61.

78) Sybille, S. 60-61.

79) 여기에 쓰여진 MDStV은 단지 2002년 6월 30일까지이다. 2001년 7월 1일부터는 다시 문구상 전자통신서비스법과 동일하다. Tele- und Mediendienst의 자이를 예로 들면 Teledienst는 전자은행(Telebanking), 정보교환, 거래의 정보서비스, 날씨, 주식, 인터넷이용을 위한 제공, 상품의 제공, 텔레게임 등. Mediendienst의 예로는 직접적 제공의 분배서비스로서 즉, 매매, 임대차(Mietete), 용임임대차(Pacht)의 공개, 혹은 인쇄나 그림, TV, 혹은 비디오, 상품의 인도서비스와 같은 형식을 취하는 것들의 일정한 전시회결과의 공개를 위한 서비스(Sybille, S. 62, 68).



- 1) 광고가 어린이와 청소년을 목적으로 하거나 혹은 어린이와 청소년의 이익에 손해 혹은 무경험을 악 이용해서는 안된다.
- 2) 광고는 광고라고 명백히 표시하여야 하고 제공의 다른 내용과 분리되어야 한다. 광고에서 어떠한 은밀한 기술도 사용하여서는 안된다.
- 3) 텔레비전 텍스트 스폰서의 경우에 방송주간계약법 8조에도 동일하게 적용된다.

미디어서비스주간계약 제9조 1항의 규정은 문구상 방송주간계약(RStV) 제7조 1항과 동일하다. 그러나 여기서 이 규정의 기본원칙과 관련하여 판례의 결술한 수용이 있기 전 온라인광고영역에 있어서 경고된다. 수용에 있어서 가장 우선적으로 생각되어질 수 있는 것은, 온라인광고에 있어서의 분배서비스(Verteilendienst)이다(§2 Abs. 2 Nr. 1-3 MDStV). 왜냐하면 이는 방송의 "Verteilmedium"과 근접하기 때문이다. 그러나 온라인 광고<sup>80)</sup>상 다루어지는 상품인도서비스(§2 Abs. 2 Nr. 4 MDStV)는 방송과 비교하여 볼 때 제공과 이용에 있어서 그 차이점은 크다. 어린이와 청소년은 켜다 켜다하는 "수동적인" 방송도구(Rundfunkgeraet) 보다는 더 능동적으로 온라인상 제공되어지는 그들에게 관심있는 서비스에 도달하기도 하고, 제공된 온라인광고를 찾아내기도 한다. 이러한 어린이와 청소년들은 독자적으로 광고를 평가할 수 있다. 이러한 범주에 있는 어린이와 청소년들은 그들의 독자적인 능력을 근거로 온라인영역에서는 방송법보다는 "보호의 필요성"이 적다. 그러므로 미디어서비스주간계약 제9조 1항의 규정은 동일한 방송주간계약(§7 Abs. 1 RStV)보다 너무 엄격하지 않게 해석되어야 할 것으로 보고 있다.<sup>81)</sup>

80) 미디어서비스주간계약 8조의 Nr.1-3까지와 다르게 Nr. 4는 전자적으로 저장된 미디어서비스에 해당된다. 이 미디어서비스는 이용자의 호출로 이용될 수 있다. 이러한 미디어서비스는 텍스트, 음성, 영상 혹은 이러한 매개체가 지니는 특성을 임의적으로 조합시킨 형태로 제공될 수 있다. 따라서 Video-on-demand처럼 광대역 호출서비스는 물론이고 전자신문이나 일간 대중을 상대로 하는 다른 정보 및 오락물처럼 협대역 호출서비스가 여기에 포함된다. 예외적으로 개인 커뮤니케이션적인 성격이 강조되는 서비스는 여기서 제외된다(독일의 멀티미디어법, 방송연구자료집 97-2, 90-91쪽 참조).

81) Andreas Schardt, Das neue Multimedia-Gesetz, Teil 8, Stnad Maerz 2001, 8/2 S. 3.

(5) 서명법(Signaturgesetz)

1997년 7월부터 효력을 발생한 서명법은 정보통신서비스법의 근간으로 그리고 전자서명을 위한 유럽연합의 전자서명지침<sup>82)</sup>을 변형되어 2000년 5월에 본질적인 개정을 가져왔다.<sup>83)</sup> 이 법의 목적은 전자거래의 안전한 형성과 예를 들어 전자거래의 계약에 있어서 관련되는 규정을 보충하기 위한 것이다.

디지털 의사표시의 효력은 (마우스를 클릭함으로 한 의사표시) 결과적으로 민법 제126조<sup>84)</sup>에 따른 기존에 규정된 서면형식으로는 자주 충족할 수 없었던 것이 인정되게 되었다. 디지털 서명은 전자키로 작성자의 동일성과 문서의 진정성을 신뢰성 있게 증명하고 전송자가 내용에 귀책될 수 있도록 암호문에 의해서 보장된다. 자필서명은 가볍게 위조될 수 있으나 디지털 서명은 위조가 쉽지 않은 전자문서의 간단한 형식이다. 전송자는 이러한 간단한 방식으로 단지 그에게만 인지될 수 있는 비밀 칩 카드에 저장된 비밀키의 서명프로그램의 도움으로 이용할 수 있다. 문서를 해독할 수 있는 공개키는 통상적으로 수령자에게 알려진다. 검사프로그램은 공공의 온라인 설비에 보유하고 있는 공개키로 서명을 해독할 수 있다. 이 때 수령인이 믿을 수 있는 인증서와 인증기관이 필요하다. 비밀키 또는 공개키 그리고 인증서는 전자 상거래에 안정장치가 될 수 있다. 이러한 필수적인 안정장치로서 제정된 디지털 서명법에 의해 특정인의 서명과 날짜는 위조와 변조로부터 보호된다.<sup>85)</sup>

개정된 서명법은 유럽연합의 전자서명지침을 이행하기 위한 것을 목적으로 하였다. 우선 유럽연합지침 제3조 1항에 의한 인증기관의 허가자유,

82) EG-Richtlinie 1000/93EG über die gemeinschaftlichen Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen vom 13. 12. 1999.

83) 1997년 7월 22일에 구 서명법은 폐지되었고 Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und zur Änderung weiterer Vorschriften 은 2001 7월 22일에 효력을 발생하였다.

84) 독일민법 제126조 「법적 서면 양식」 제1항-법으로 서면양식이 규정되어 있으면 제시자의 서면은 자신의 서명 혹은 공증 하에 서명되어야 한다. 제2항-계약상 해당 문서에 당사자의 서명이 이행되어야 한다. 계약상 문서가 제시되면 당사자가 상대방을 위해 확실히 문서에 서명했을 때 그 효력이 있다. 제3항-서면양식은 공증을 통해 대체된다.

85) 이승우, 「디지털 서명과 소비자 보호」, 「전자상거래와 법률문제」, 2001, 391-392면.

제3조 3항과 4항의 규정에 의한 감독시스템의 도입, 제6조의 규정에 의한 책임규정의 도입 및 제7조의 규정에 의한 전자서명의 국제적인 인정을 개정 전자 서명법에 도입하고자 하였다.<sup>86)</sup>

(6) 새로 개정된 독일민법에 관한 규정(weitere Regelungen im neuen BGB)

1) 주관적 하자개념(Subjektiver Fehlerbegriff)

독일민법의 하자개념은 2002년 1월 1일부터 개정되었다. 계약을 위하여 단지 순수한 주관적 하자개념만이 효력이 있다. 이러한 결과로 한 고객은 자신과 합의했던 물건과 다른 물건을 받게 되는 경우 항상 하자담보권(Gewährleistungsrechte)에 따른 소를 제기할 수 있다. 이것은 계약 당시 어떤 합의가 있었느냐에 엄격한 주의를 기울이게 했음을 의미한다.

단지 성상(Beschaffenheit)이 합의되지 않았을 때 물건에 하자는 없다. 이것은 독일민법 제434조 1항 1호에 따라 적용되어진다.<sup>87)</sup> 또한 이것이 합의되지 않았을 때 그들은 관습에 의한 적용이 적합하며 혹은 구매자가 기대할 수 있는 일반적인 성상으로 한다. 이것은 독일민법 제 434조 1항 2호에 규정하고 있다.<sup>88)</sup>

86) A. Roßnagel, in: Geis (Hrsg.), Die digitale Signatur & eine Sicherheitstechnik für die Informationsgesellschaft, 2000, S. 206ff; 이종영, 독일의 전자정부법제, 2001-18, 65면.

87) 독일민법 제434조 1항 1호

1) 위험 이전 시에 물건이 약정된 성상을 갖추면 그에는 물건하자가 없다. 성상에 관한 약정이 없는 때에는, 다음의 경우에 그에 물건하자가 없다.

1. 물건이 계약에서 전제가 된 용도에 적합한 경우, 또는 (양창수 번역 독일민법, 2002 참조).

88) 독일민법 제434조 1항 2호

2. 그러한 전제가 없는 때에는, 물건의 성질상 기대할 수 있는 성상을 갖춘 경우. 매도인이나 제조자 (제조물책임법 제4조 제1항 및 제2항) 또는 그의 보조자가 한 물건의 성상에 관한 공개적 언명에 기하여, 특히 광고나 상품표시에서 한 언명에 기하여 매수인이 기대할 수 있는 성질도 제2분 제2호의 성상에 포함된다. 다만 매도인이 그 언명을 알지 못하였고 또 알았어야 하지도 않았던 경우, 그 언명이 계약체결 전에 동일한 방식으로 정정되었던 경우, 그 언명이 매수결정에 영향을 미칠 수 없었던 경우에는 그러하지 아니하다(양창수 번역 독일민법, 2002 참조).

독일민법 제475조 1항과 연결된 3항,<sup>89)</sup> 즉 독일민법 제307-309조는 기업인을 통한 소비자에 대한 하자담보를 위한 책임배제는 단지 제한적으로 AGB의 규정에 의해 허용된다고 하였으며 이는 새로운 것이다. 배제는 단지 손해배상의 영역에서 가능하지, 판매자의 후이행-, 변경-, 혹은 경감청구권에서는 안된다.

## 2) 광고표현을 위한 책임(Haftung fuer Werbeaussagen)

고객은 합의되어졌던 것이 아닌 하자가 발생되어진 물건에 대하여는 생산자의 광고나 혹은 판매자의 광고에 의한 소를 제기할 수 있다. 이것은 독일민법 제434조 2항 3절에 따른 것이며 이는 새로운 규정이다. 이것은 모든 광고를 행하는 기업이나 그들 자신의 웹사이트 제작을 위임받은 광고 대행업자가 광고를 제작할 때 주의를 기울여야 함을 규정한 것으로 상품에 대한 모든 광고표현과 관련하여 효력을 갖게 된다. 광고된 상품과 사실상 그 상품의 기능이나 특성이 일치하여야 한다. 이것은 광고진실성 원칙과도 동일하다.<sup>90)</sup>

## (7) 저작권법

### 1) 저작권법과 광고

독일의 지적재산권법 저작권법 제1, 2조에 의해 개인의 정신적인 창작물은 보호된다. 이러한 창작물의 보호는 일정한 형식하에 발견되어진 개인의 표현으로서 정신적인 것을 그 내용으로 하고 있다. 그러나 이것은

89) 독일민법 제475조

- 1) 제433조 내지 제435조, 제437조, 제439조 내지 제443조 및 이 관의 규정과 다른 내용으로서 소비자에 불리한 약정은 그것이 사업자세의 하자 동지 전에 행하여진 경우에는 사업자가 이를 원용할 수 없다. 제1문에 정하여진 규정들은 다른 방법으로 이를 회피한 경우에도 적용된다.
- 2) 제437조에서 정한 청구권의 소멸시효를 범용시효를 범용행위에 의하여 결감하는 경우에, 그 약정이 소멸시효기간을 범용상의 시효기간 시점으로부터 2년 미만으로, 중고물에 있어서는 그로부터 1년 미만으로 하는 결과가 되는 것인 때에는, 사업자에게 하자가 동지되기 전에는 이를 할 수 없다.
- 3) 제1항 및 제2항은 손해배상청구권의 배제 또는 제한에 대하여는 적용되지 아니하나, 제307조 내지 제309조의 적용은 별도이다(양창수 번역 독일민법, 2002 참조).

90) Sybille Heyms, S. 95-96.

이데(Idee)나 미학(Ästhetik)을 보호하는 것은 아니다.<sup>91)</sup> 이에 저작권법은 작품이나 저작자를 보호하는 것뿐만 아니라 누군가가 타인의 정신적 작품을 아무런 노력 없이 사용하여 이익을 보려는 행위에 대한 보호라고 할 수 있다.

기본적으로 저작권법 제29조 1항에 따라 양도되어질 수 없다.<sup>92)</sup> 그러므로 저작권자는 동조 제29조 2항, 동법 제31조, 제39조에 따라 제3자에게 단지 저작권에 대한 이용권을 허락할 수 있다. 기본적으로 저작권에 대한 불양도성은 만장일치 된 이론으로 저작권에 대한 불포기성을 발생시킨다.<sup>93)</sup>

이는 사망의 경우에 있어서는 예외이다: 저작권법 제28조, 제29조 1항은 저작권의 상속을 규정하고 있다. 저작권자는 사망을 원인으로 하여 자신의 저작물에 대한 처분을 할 수 있으며 그리고 이것은 또한 상속인에게 양도되어질 수 있다.

독일에서 광고의 저작권법적인 문제는 주로 광고의 저작권법적인 보호라는 관점에서, 어떻게 광고 자체가 보호될 수 있는가, 혹은 광고아이디어 또는 광고슬로건이 저작권법적으로 어떻게 보호받을 수 있는가의 문제와 관련된다. 광고는 여러 통상적인 형성수단을 이용하여 잠재적인 고객에 정보를 제공함으로써 상품 또는 기업을 현저하게 하고, 계약을 이끄는 역할을 담당한다. 따라서 광고와 관련된 저작권법적인 문제는 광고를 구성하는 개개의 구성부분의 보호로부터 출발하여야 한다.

## 2) 개별적인 사례

### ▲ 광고슬로건(Werbeslogan)

광고슬로건은 그것이 개인의 정신적인 창작물로 표현되어질 때, 저작권법 제2조 1항 1호의 언어로 된 작품(Sprachwerk)으로서의 의미를

91) Vgl. auch Haimo Schack, Urheber- und Urheberverlagsrecht 1997, Rnr. 152-168: der Schutz der Ästhetik ist über das Geschmacksmusterrecht möglich.

92) 2002년 1월 25일부터 개정, 효력을 발생하였다.

93) Schricker in Schricker, Urheberrecht 2. Auflag. 1999, §29 Rnr. 15 zum bisherigen Urheberrecht.

지니고 있다고 보고 있다.<sup>94)</sup> 이것은 양적인 것은 아니다.<sup>95)</sup> 이것은 결과적으로 강한 논쟁의 대상이 되고 있다.<sup>96)</sup> 그러나 판례의 입장은 기본적으로 광고슬로건을 위한 저작권법적인 보호는 거절하는 입장을 취하고 있다.<sup>97)</sup>

판례에 의한 예를 살펴보면, "Hamburg geht zu E."<sup>98)</sup> "Ja.... Jacobi" 및 "für das aufregendste Ereignis des Jahres"<sup>99)</sup> 등에 대한 보호가 거절되었다. 반면 "Forma 브래지어 안에서 나는 봄나비처럼 부드러워요"라는 브래지어 광고슬로건,<sup>100)</sup> "손가방 속의 침대"라는 침낭 광고슬로건<sup>101)</sup> 등에서는 보호가 허용되었다. 이러한 판례의 태도는 원칙적으로 몇몇의 단어만으로는 저작권법의 보호를 받지 못하지만<sup>102)</sup> 운율에 맞춘 경우에는 예외적으로 보호가 인정된다고 이해된다.<sup>103)</sup> BHG의 판결은 부분적으로 개인적인 창작물에서 단지 최저의 기준이 만족되어질 때라고 판시함으로써, 최근 LG München<sup>104)</sup>의 한 사건에서는 광고슬로건을 위한 저작권법적인 보호를 거절하였다. 이유는 그것이 네 단어로 구성되어 있고, 간단하기 때문이었으며, 또한 이 광고슬로건은 영어로 된 단어이며 이중적인 의미를 지니고 있었다.

#### ▲ 컴퓨터 프로그램

컴퓨터 프로그램은 저작권법 제2조 1항 1호에 의해 작품이라는 개념하에 언어작품(Sprachwerk)에 속한다. 이에 우선 모든 정보망을 기초로

94) LG Berlin, GRUR 1974, 412 -Werbeprospekt.

95) Lorwenheim in Schricker, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999, §2 Rnr. 45.

96) 기본적으로 광고슬로건을 위한 지적재산권을 거절하는 것은 : Moehring/Nicolin/Ahlberg, Urhebergesetz, 2. Aufl., §2. Rnr. 98.

97) Moehring/Nicolin/Ahlberg, Urhebergesetz, 2. Aufl., §2 Rnr. 98.

98) OLG Braunschweig, GRUR 1955, 205.

99) OLG Stuttgart GRUR 1956, 481.

100) OLG Köln GRUR, 1934, 758, 759.

101) OLG Düsseldorf BB 1964, 617. 그러나 이에 대한 상고심판결인 BGH GRUR 1966, 691, 692 - schlafsaecke은 입장을 밝히지 않았다.

102) OLG München Schulze OLGZ 134.

103) 세계화 시대의 광고와 저작권, 이호정 외, 1998, 92면 참조.

104) LG München, ZUM 2001, 723, 724; 이미 KG GRUR 1973, 602, 604.

하는 프로그램이 이에 속한다. 그러나 또한 웹사이트 혹은 온라인 서비스<sup>105)</sup>의 이용자면(Benutzeroberflaechen)은 컴퓨터프로그램의 표현으로써 고려되고 있다. 인터넷 통신안으로써 IP 그리고 TCP는 저작권보호를 향유하지는 못한다. 왜냐하면 이것은 보다 기본적인 혹은 기술적인 절차방법으로써의 특성을 지니고 있기 때문이다.<sup>106)</sup>

▲ 모음집/정보은행(Sammelwerk/Datenbanken)

저작권법 제4조<sup>107)</sup>에는 모음집이나 정보은행을 위한 저작권보호를 위하여 구성되어 있다.<sup>108)</sup> 정보은행은 정보의 모음 혹은 체계적인 혹은 방법론적으로 정리된 그리고 개별적 전자적인 수단으로 혹은 다른 방법으로 접근하기 쉬운, 다른 독자적인 요소를 의미한다.<sup>109)</sup> 이것은 광범위한 정보개념으로 보여지고 실질적으로 각 유형의 정보모음, 특히 CD-ROM, CD-Is 그리고 멀티미디어 작품 등을 포함하고 있다.<sup>110)</sup> 그러나 데이터베이스저작물의 창작을 위한 또는 그 구성요소에 진입하기 위한 컴퓨터 프로그램(제69조a)은 데이터베이스저작물의 구성요소에 해당되지 않는 것으로 하였다.<sup>111)</sup>

▲ 멀티미디어 작품(Multimediawerke)

멀티미디어 작품은 지금껏 알려진 작품류 그리고 새로운 디지털화에 따른 정보<sup>112)</sup>의 혼합된 형태로 작품개념에 포함된다. 이것은 무형의 작품으

105) KG CR 1996, 531; OLG Karlsruhe GRUR 1994, 726, 728f.

106) Heimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht 1997, Rnr. 216f.

107) 저작권법 제4조 1항: "저작물, 데이터 또는 기타 독립적 요소들의 편집물은 요소의 선택이나 배치에 의해 개인의 정신적 창작물이며 개별 요소에 존재하는 저작권 또는 이와 유사한 보호권과 무관하게 독립적 저작물로서 보호된다"

108) Seit der Umsetzung der Datenbankrichtline gelten Datenbank seit dem 1.1.1998 als Sammelwerke.

109) §4 Abs. 2 UrhG.

110) Vgl. Kerstin Zscherpe, Urheberrechtsschutz digitalisierter Werke im Internet, MMR 1998, 404, 405 m. w. N.; Sybille Heyms, a.a.O., S. 119.

111) 정진명, 인터넷관련 독일의 법제 동향과 전망, 한국법제연구원, 2001-14, 71면 참조.

112) Heimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht 1997, Rnr. 217.

로 저작권법 제6조 2항 1호에 속하고<sup>113)</sup> 영화작품과도 유사하게 창작된 것이다: 그러나 영화작품에 관한 규정은 최소한 저작권법 제88조와 그후 계속되는 조항도 포함하여 유추 적용되도록 하고 있다.<sup>114)</sup>

#### (8) 상표법(Markengesetz)

독일의 상표법은(Markengesetz)은 -Kennzeichenrecht라고 칭하기도 한다- 자연인과 법인으로, 법인은 상품과 서비스를 제공하는 기업 혹은 영업을 하는 이들의 상표를 보호하기 위한 규정이다.

상표법의 보호를 받는 (§§3, 5 MarkenG) 상표 및 영업적 표시는 상품 및 용역의 거래에 있어서 식별기능을 가진다.<sup>115)</sup> 상표는 일정한 상품에 대한 광고실행의 상징으로서 그에 의해서 일반대중은 일정한 품질 및 제작자에 대한 관념을 가지게 된다. 상표는 등록을 통하여 취득되어지며 또한 거래상 통용됨으로써 취득되기도 한다 (§4 MarkenG). 저작권은 저작자가 죽은 후 70년까지만 효력을 가지게 되지만 등록상표의 경우에 있어서는 그 존속기간이 임의로 연장 가능하기 때문에 극단적인 경우에 있어서는 그 사용기간이 영구적이라고 할 수도 있다.<sup>116)</sup>

상표법과 저작권법의 중복 내지 충돌은 그래픽에 의한 제품설명뿐만 아니라 음성부호(Hoerzeichen)의 경우에도 (§3 I MarkenG) 발생될 수 있다. 영업적 표시의 일종으로서 보호될 수 있는 제품명의 경우에 특히 그러하다 (§5 I, III MarkenG). 독일 판례의 경우는 일부의 예외를 제외하고는 상표법 제2조 1항 1호에 따라 저작권법적인 보호를 거부하였다. 그러나 영업적 표시로서 상표법 제5조 3항에 의한 보호는 넓게 인정되었다.<sup>117)</sup>

113) Wolfgang Nordemann, Bildschirmspiele-eine neue Werkart im Urheberrecht, GRUR 1981, 894.

114) Heimo Schack, Urheber- und Urheberverlagsrecht 1997, Rnr. 217.

115) Schack, a.a.O., Rnr. 66; wenzel, Urheberrecht fuer die Praxis, 3. Aufl., 1996, Rnr. 19.

116) Schack, a.a.O., Rnr. 66.

117) BGHZ 68, 132, 136ff; 이호경외, 전게서, 101면.



독일에서 상표에 대한 침해행위는 두 가지 범주에서 구별되어 진다. 하나는 상표법 제4조에 의한 상표의 침해이고 다른 하나는 동법 제5조에 의한 것이다. 상표권의 침해(Markenverletzung)는 권리소유자의 동의 없이 동일한 상품이나 서비스를 동일한 상표로 거래상 사용하는 경우에 발생되며(§14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), 상품이나 서비스에 대한 상표가 권리소유자의 상표와 유사하거나 혹은 동일하여 혼동을 유발하는 경우(§14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG), 혹은 다른 상품이나 서비스를 위하여 유사, 동일한 상표를 이용한 자는 그 상표가 국내에서 유명하거나 상표의 가치평가가 '부당한 방법'(in unlauterer Weise)을 통해 이용되어졌을 경우이다(§14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG).

상표침해는 온라인상 링크나 혹은 메타태그에서 발생할 수 있으며 이는 상표소유자의 동의없이 사용되어졌을 경우이다. 이에 관하여 광고유형에 따른 개별적인 문제 부분에서 보다 상세히 설명하고자 한다.

## 2. 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)

### (1) 법률의 목적

독일경쟁법의 핵심을 이루고 있는 것은 부정경쟁방지법이다. “공정한” 광고를 위한 부정경쟁방지법의 요청은 역시 온라인 광고에서도 그 효력을 갖는다. 예를 들어 법원은 인터넷상 오인을 유발한 도메인주소에 관한 문제를 판결하였다: 인터넷광고의 상표법은 부정경쟁방지법에 마찬가지로 적용되어진다. 광고와 관련하여 일반적인 사례형성(Fallgestaltung)의 다수를 규정하고 있는 것은 부정경쟁방지법(UWG)이며 여기서 소위 부정경쟁방지법 제1조의 일반조항과 제3조의 작은 일반조항은 특히 양속위반, 오인유발 비교광고에서 중요한 의미를 지닌다.<sup>118)</sup> 부정경쟁방지법은 시장에서 광고를 하고자 하는 광고주들에게 기준점을 제시해 주며 경쟁의 능률성에 대한 안전을 도모하고 경쟁의 한계 그리고 추월에 대응하는 역

118) Vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. Einleitung UWG, Rn. 65.

할을 담당한다. 부정경쟁방지법은 적어도 그 경쟁이 위조, 날조되지 않고 공정하게 이끌어질 수 있도록 보호하고자 하는 것이다.<sup>119)</sup> 이와 함께 부정경쟁방지법은 경쟁자들의 개별적 이익을 보호하며 또한 소비자보호를 그 목적으로 한다. 독일에서 경쟁법의 부속법(Nebengesetz)으로 영업행위의 형성한계에 중요한 역할을 하는 것은 경품령과 할인법이 있다.<sup>120)</sup>

## (2) 판단기준

우선 광고의 공정성을 측정할 수 있는 기준이 설명되어져야 한다. 첫째로 불공정한 경쟁의 영역은 중요한 개별사건에서 고객확보, 법률위반을 통한 *Vorspruchung* 혹은 비교광고 등과 같은 것들이 제시되어진다.

공정한 광고는 거래에 있어서 "선량한 양속"을 지향한다.<sup>121)</sup> 이로 인한 것이 명확히 경쟁행위의 법적인 판결이 통일적인 가치기준을 측정할 수 있도록 해주는 것은 아니나 법외적인 그리고 법적 기준의 역할을 한다. 이러한 기준의 일반조항은 다양하게 변화해 가는 사회상황에 지배된다.<sup>122)</sup> 법원이 부정경쟁방지법 제1조를 근거로 하여 내렸던 판결은 위에서 언급한 대로 규범의 개별적인 내용이 변경되고 있거나 이미 변경되었다는 사실은 판례법의 구조를 면밀히 조사하여 봄으로 알 수 있다. 그러나 이러한 불가피한 탄력성을 개별 사건만을 바라보는 법원의 판결과 혼동해서는 안된다.<sup>123)</sup> 법관의 판단은 우선 일반원칙을 조사하고 정립해야하며 지속적인 발전가능성을 열어 두기 위하여 판결문에서는 이를 암시하는 데 그칠 수도 있다.<sup>124)</sup>

119) Weimar/Schmikowsky, Grundzuege des Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Rnr. 264.

120) 2000년 중반에 할인법, 경품령이 폐지되어 독일 기업인들은 보다 많은 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)를 누리게 되었다. 이 법을 폐지하게 된 입법자의 동기는 자유화의 방향을 지향하고자 하였으며 다른 유럽국가들의 법에 적용하려는 태도를 보이고 있다. 또한 이는 기존에 존재했던 경쟁의 단점을 없애기 위한 것이다.

121) 양속위반에 관한 사항은 실무상 거의 모든 판결에 그 핵심을 이루고 있다.

122) Baumbach/Hefermehl, Wettberbsrecht, 22. Aufl., Einl UWG Rnr. 84.

123) Baumbach/Hefermehl, Wettberbsrecht, 22. Aufl., Einl UWG Rnr. 74.

124) F. 리트너 권오승 역, 전게서, 44면.

법내적인 기준은 기본권과 그들 내부에 존재하는 관습적 가치관의 반영을 의미한다.<sup>125)</sup> 이는 광고행위에 있어 개인영역의 적당한 보호를 그 내용으로 한다.<sup>126)</sup> 의사표현의 자유나 정보의 자유, 예를 들어 특히 언론, 방송, 영화의 자유는 광고를 할 때 작용한다. 이뿐만 아니라 "선량한 풍속"은 경쟁제한법(GWB)의 근거로도 측정되어진다. EU법은 독일 국내법의 대하여 우위적인 위치에서 고려되어진다.<sup>127)</sup> 경쟁법에서는 성과원칙을 그 근간으로 하고 있다. 여기서 적극적인 경쟁은 자신의 기업의 판매활동의 촉진을 위하여 자신의 성과를 수단으로 한 활동이 이루어져야 한다는 것을 의미한다. 이것에 반해 소극적 혹은 방해적 경쟁은 단지 타 경쟁자의 방해로 목적으로 하여 발생되어진다. 타경쟁자의 경쟁활동의 방해로 통하여 자신들의 판매가 보다 자유로워질 수 있도록 하려는 것이다. 광고의 규제를 "공정" 혹은 "불공정"으로서 평가하기 위하여 광고의 최종적인 전체 특성은 중요하다. 그러므로 광고행위는 항상 동행되어지는 상황과 관련하여 그에 따른 효과와 결과가 판결되어진다.

(3) 분리법칙과 하이퍼링크(Trennungsgesetz und Hyperlinks)

광고에 있어서 보도란과 광고란은 엄격히 분리되어진다. 이것을 소위 분리법칙이라고 한다.<sup>128)</sup> 이는 일반평균독자가 보도내용과 광고를 명확

125) BverfGE 7, 198/206ff. (Loth)

126) Bereits für Telefon-Werbung, BGH GRUR 73, 211-212 und für Telex-Werbung BGH GRUR 65, 315-316 entschieden.

127) Z.B. Herstellung und Sicherung des freien Warenverkehrs nach Art. 28, 30 EG koennen sich auf das Verbot irrefuehrender Werbung und die Auslegung der Generalkausel des§1 UWG auswirken.

128) 1991년에 Btx-(Deutsche Bundespost angebotene Bildschirmtextangebot) 주간조약 제8조는 특히 광고의 표시의무를 규정하였다. 광고에 있어서의 제공이 경제적인 목적에 이용되는 내용을 부분적으로 함유하고 있을 때 이 내용은 나머지 내용과 구분하여 명확히 "W"로 표시하여야 한다. 또한 제공된 기록과 내용개관에 있어서도 제공자표시, 관련분야 그리고 핵심어가 결과적으로 단지 경제적 광고를 목적으로 이용되어질 때 "W"로 표시해 주어야 한다. 제공자로서 이러한 지시규정을 행하지 않을 때에 이는 부정경쟁방지법 1조에 반하는 위반행위인 부정행위로 취급하였다 (Baymbach/ Hefermehl, 19. Aufl., §1 UWG Rdnr. 70). 그러나 Btx-주간조약 제8조는 이메일에 대한 광고내용의 표시의무는 아니었다(Tobias H.Stroemer, Online-Recht, 1999, S. 131).

히 인식할 수 있도록 분리되어야 한다는 것을 의미한다. 그러므로 광고는 레포타게나 공공보고서, 혹은 학문적인 논문의 형식에서는 실을 수 없다.<sup>129)</sup> 이것은 또한 온라인출판에 있어서도 마찬가지이다.<sup>130)</sup> 광고는 명확히 "광고(Anzeige)"라는 말로 표기하여야 한다.<sup>131)</sup> "PR-Mitteilung"이나 "PR-Anzeige"라는 말로는 불충분하다.<sup>132)</sup> 기업이 스스로 편집하여 만든 자신의 기업에 대한 기사를 "광고"라고 표시하지 않았을 때, 동시에 기업의 광고가 유상으로 분포되었을 때, 이것은 경쟁에 반하는 것이다. 분리원칙에 대하여 BGH는 Willi-Bogner-Film "Feuer, Eis & Dynamit"의 판결에서 이를 분명히 설명하고 있다.<sup>133)</sup>

Hyperlinks는 전자적 인쇄물로 표현된다. 자주 기업의 Homepage에 하이퍼링크가 포함되어 있는 편집된 기사들이 전자잡지(E-Zines)<sup>134)</sup>에 실려있다. 이것은 독자가 단지 "클릭"함으로 쉽게 기업의 사이트로 접속하는 것을 가능하게 한다. 그러나 여기서 주의하여야 할 것은 이것이 독자에게 실질적인 정보를 제공하느냐 하는 것이며, 더 나아가 여기서 되어지는 모든 것들은 광고로서 고찰되어지고, 표시되어야 한다는 것이다. 이것은 하이퍼링크스의 기업을 나타내거나 이를 통해 자신의 상품을 광고할 때에 적용된다.<sup>135)</sup> 독자의 실질적인 학습을 중점으로 하거나 이를 원인으로 하여 피할 수 없이 연결된 광고효과가 상품거래에 있어서의 부가적 효과로 나타날 때, 이는 광고분리의 법칙을 침해하는 것은 아니다.<sup>136)</sup>

129) 예들들어; BGH GRUR 68, 382; GR 81, 835; Karlsruhe 88, 757.

130) Sybille Heyms, Werbung online, 2002, S. 98.

131) Hamburg WRP 72, 89; Duesseldorf WRP 72, 145.

132) Duesseldorf WRP 72, 145

133) BGH, GRUR 1995, 744ff.

134) E-Zines=elektronische Zeitschrift(전자 잡지).

135) So auch Hoeren, Cyberrmanners und Wettbewerbsrecht-Einige Ueberlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet, WRP 1997, S. 993, 996; a.A.: Pfeffer, Von der Werbung zum kommerziellen Kommunikation: Die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen im Internet, WRP 2000, 575, 588.

136) Maxi Scherer, Werbung und Internet: Rechtliche Probleme in Deutschland und in Frankreich, Rechtsfragen der Informationsgesellschaft, 1999, 251-252.

(4) 부정경쟁방지법 제1조, 일반조항과 사례들

부정경쟁방지법 제1의 규정은 일반조항으로 구성되어져 있으며 선량한 풍속을 위반한 전체적 행위는 경쟁법에 위반한다. 이에 대한 규정은 다음과 같다.

"영업상의 거래에 있어서 경쟁의 목적으로 선량한 풍속에 위반하는 행위를 하는 자에게는 그 행위의 금지 및 손해배상을 청구할 수 있다"(§1 UWG).<sup>137)</sup> 공정한 광고는 거래에 있어서 "선량한 양속"을 지향한다.<sup>138)</sup> 부정경쟁방지법 제1조의 일반조항은 유동적인 면은 장점이나, 경제에 참여하는 자들에게 법적 안정성을 제공해주지 못한다는 단점이 있다. 이러한 "선량한 풍속"에 대한 판례는 경우에 따라 다양한 척도에 의해 평가되어지기 때문이다.<sup>139)</sup> 이렇듯 선량한 양속은 경쟁행위에 대한 법적인 판결이 명확하고 통일적인 그에 대한 가치기준을 설정해 주고 있지 못하므로 판례는 지난 10년 동안 1조의 일반조항에 대한 다섯 사례들은 형성하였다. 이는 시장에서 일상적으로 발생되어지는 것들을 정리한 것이다. 부정경쟁방지법 제1조의 사례들로: 고객확보, 경쟁자방해, 경쟁자이용, 법률위반, 시장교란 등이 있다.

1) 고객확보(Kundenfang)

"고객확보"는 사실에 맞지 않는 옳지 않은 경쟁행위가 고객의 자유로운 결정에 영향력을 가하는 것을 의미한다. 사실에 맞지 않는다는 것은 광고에 있어서의 진실성원칙이 사기나, 강요, 부담, 감정을 유발시키는,<sup>140)</sup> 감정과 믿음을 이용하는, 경험이 없는 것으로 잘못 이용되어지는 경우이다. 고객확보와 관련하여 인터넷상 고려되어질 수 있는 것은 특히 원치

137) 여기서의 "선량한 풍속"이라는 개념은 민법적 개념(§138 BGB)인 "선량한 풍속"과는 다르게 평가고 있다는데 주의를 기울여야 한다.

138) 양속위반에 관한 사항은 실무상 거의 모든 판결에 그 핵심을 이루고 있다.

139) Emmerich, Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 3. Aufl., Verlag C.H. Beck'sche, München 1990; 정호열 (역), 부정경쟁법, 1996, 64-96.

140) 여기서 당첨돼서 이기는 경우 연계 되는 큰 이익을 통하여 계임을 하도록 유발시키는 사기행위도 이에 속한다: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflag. §1 UWG Rnr. 152ff.

않는 이메일광고, 불법광고, 유가광고(Werteklame)형태인 경품, 선전 프리미엄, 가격할인, Gewinnspiel, Powersopping 등이 있다.

가) 원치 않는 이메일 광고(Unzulaessigkeit von E-Mail-Werbung)

원치 않는 이메일을 보내는 것은 팩스에 있어서의 상황과 비슷하다. 인터넷에 있어서도 수신자가 당하는 침해는 상당하다.<sup>141)</sup> 이에 관한 규제로서 이메일광고는 메일이 명확히 광고임이 표시되어야 한다. 광고표시로 발송자는 곧바로 메일이 광고임을 인식할 수 있어야 한다.<sup>142)</sup> 독일에서 어떤 구체적인 개별광고가 한 개인에게 이메일로 전송되어진 것은 명시적으로 혹은 추정할만한 동의가 있지 않을 경우에 그것은 경쟁에 반하는 것이다;<sup>143)</sup> 이름을 교부한 것이(Visitenkarte) 이를 추정할만한 합의가 있었다고 보지 않는다.<sup>144)</sup> 개인이 합의하였다고 볼 수 있는 것은 단지 수신자가 앞서 메일리스트(mailing-list)에 주문하였어야 하며 메일리스트의 테마에 직접적으로 주제에 관련이 있어야 한다. 영업자간에 있어서의 추정할만한 합의는 수신자의 관심분야에 이메일이 있거나 수신자가 광고를 직접 per e-Mail로 받기를 원한 것이 구체적인 상황에 의해 추정되어질 수 있을 때이다.<sup>145)</sup> 독일의 위와 같은 규제방법은 옵트-인방식에(Opt-in approach)의한 것이다.<sup>146)</sup> 2001년 7월에 전자상거래포럼의 소위 Permissin Marketin Policy<sup>147)</sup>을 위한 이메일마케팅

141) Mathias Schwarz(Hrg.), Recht im Internet(Der Rechtsberater fuer Online-Anbieter und-Nutzer, Teil I, 2001, S. 17. 참조.

142) So Hoeren in Rechtsprobleme internationaler Datennetz, S. 35/45.

143) So LG Traunstein in NJW-CoR 1998, 109 und LG Ellwangen in MMR 1999, 675ff., LG Berlin in NJW-CoR 1998, 431.

144) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 22. Auflag., §1 UWG, Rnr. 70b.

145) Vgl. zum gesamten Komplex auch Andreas Leupold, Die massenhafte Versendung von Werbe-eMail: Innovatives Direktmarketing oder unzumutbare Belaestigung des Empfaeger?, WRP 1998, S. 270 ff.; a.A. zum gesamten Komplex: Claudia Ziem, Spamming, MMR 2000, 129, 132.

146) 이 유형에 포함되는 국가는 오스트리아, 덴마크, 핀란드, 이태리 그리고 스웨덴 등이다.

147) <http://www.eco.de/arbeitskreise/arbeitskreise/onlinemarketing/Per missionMarketing Policy.pdf>.

지침은 eco로부터 작성되었다. 이들은 위에서 말하여진 사항들을 매우 비판적인 시각으로 고찰하였으며 원거리판매지침(Fernabsatzrichtlinie)을 통하여는 옵아웃절차가 허용되어야 한다고 주장하였다. 그들은 이메일광고에 있어서는 이메일에 광고가 명확히 표시하여야 한다고 제안하였으나 반면 이 지침은 Visitenkarte, 서식설문(Formularanfrage) 등과 같은 소위 오프라인접근의 접근방식을 찬성하였다.

일부 독일의 법학문헌에서의 이메일광고에 관한 이론은 수신자가 확실하게 적극적으로 보호조치를 거절하지 않았을 경우에는 허용되어야 한다는 견해이다(옵아웃방식에서의 해결). 이러한 관점은 특히 전자상거래지침과 원거리판매지침<sup>148)</sup>과 동일하게 관련되는 유럽법규의 초안을 근거로 한 것이다. 이 두 지침은 옵아웃의 변형으로서 다시 말해 원거리통신기술의 사용과 원거리통신을 수단으로 한 광고의 전송은 항상 소비자가 명확히 거절하지 않은 경우 허용된다. 그러나 이 의견은 이 두 유럽지침이 단지 소비자보호를 위한 최소한의 기준을 전망하는 것을, 각 유럽국가들에 맡기는 것을 또한 소비자보호를 위한 법규를 제정하는 것을 간과하고 있다. 이러한 이유로 독일에서의 판례는 이러한 학문적 의견을 따르고 있지 않고 있다.<sup>149)</sup>

원치 않는 이메일광고는 타인의 자원을 이용하게 될 때 이는 소유권에 대한 침해로 직접적으로 독일민법 제823조 1항에 의한 금지청구권을 발생시키며 제1004조와도 관련된다. 직접적인 소유권에 대한 침해가 있지 않았을 경우에 인격권에 대한 침해(Verletzung des Persoenlichkeitsrechts)가 발생한다. 부분적으로 정보자유에 기본권이 보충된다. 민사법적인 청구권에 보충적으로 부정경쟁방지법에 따른 금지청구권과 상황에 따른 손해배상청구권이 있다. 이는 원치 않는 광고가 경쟁위반행위로 소비자를 침해하였을 때이다. 그러나 부정경쟁방지법 제1조의 전제요건은 광고주와 수신자 사이에서 또한 광고주들 사이에서 이들의 행위가 구체적인 경쟁관계를 구성하고 있어야 한다. 결과적으로 이것은 개인인 최종

148) vgl. Claydia Ziem, MMR 2000/3, S. 129.

149) Mathias Schwarz(Hrg.), Recht im Internet(Der Rechtsberater fuer Online-Anbieter und-Nutzer, Teil I, 2001, S. 21-22

소비자는 광고주에 대해 민사적 금지청구권을 통해 보호를 받을 수 있지 부정경쟁방지법에 의한 것은 아니다. 반면 광고경쟁자들은 민사청구권이 아닌 부정경쟁방지법을 근거로 보호받을 수 있다.

#### 나) SMS-Werbung

SMS광고<sup>150)</sup>에서도 마찬가지로 우선적인 수신자의 승인을 요하고 있다. 특히 모바일을 통해 보내지는 SMS광고는 그 강제가 직접적이다. 지우기 전에 그것을 알아야 하기 때문에 광고내용에 들어가야 한다. 이는 이메일광고 보다 더 강한 피해를 준다고 할 수 있다. 그러므로 고객이 이미 동의하지 않은 한 어떤 경우든 이는 경쟁위반이다.<sup>151)</sup>

#### 2) 광고의 위장, 은닉광고

분리원칙과 은닉광고의 금지는 최소한 인터넷상의 경쟁법적인 판결에 있어서도 법적인 근거가 되어 적용된다. 이것이 구체적으로 어떻게 인터넷상 이 문제와 관련하여는 BGH가 Willi-Bogner-Film "Feuer, Eis & Dynamit"의 판결에서 그 범주에 대한 전망을 다음과 같이 하고 있다. 우선 소비자는 인터넷상의 중요한 유상의 서비스와 내용이 배너광고 그리고 기타 Promotion을 통해 제정이 지원(finanzieren)되고 있음을 인식한다. 더 나아가 항상 인터넷의 이용은 우선적으로 인터넷의 상태(Gegebenheit)와 경제적인 작용방식(wirtschaftliche Wirkungsweise)이 신뢰되는 거래범주 안에서 이루어진다. 이것을 근거로 다음과 같은 평가가 발생될 수 있다.

#### 가) 배너광고(Bannerwerbung)

배너광고란 웹페이지에 있는 링크된 그래픽을 말한다. 배너는 광고주의 웹페이지로 링크되어 있는데, 클릭하면 브라우저는 광고주의 웹페이지로 이동하게 된다. 사이트와 홈페이지가 링크되어 있다고 해서 링크광고라고

150) 영어로 : short-message-service.

151) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, §1 UWG, Rn. 70c.



부르기도 한다.<sup>152)</sup> 배너광고는 자체의 면이 명확히 광고로서 표시되지 않더라도 은닉광고(Schleichwerbung)는 아니다. 배너광고는 광고로써 쉽게 알 수 있다. 동일한 광고내용의 그래픽으로 형성된 히퍼링크나 Incons이 표현되어 면적이 넓은 것을 근거로 분리원칙을 위반한 것이라 할 수 없다.

#### 나) 홈페이지(Hompage)

독일에서 일반적으로 기업의 홈페이지(Unternehmenshomepage)는 광고로 보고 있다. 왜냐하면 이들 전체가 광고로 구성되었기 때문이다. 기업의 홈페이지를 이용하는 자는 홈페이지의 내용이 기업의 영업을 목적으로 한다는 것을 알고 이용한다는 것이 지배적인 생각이다.<sup>153)</sup>

#### 3) 방해(Behinderung)

“방해”는 다양한 반경쟁적 수단을 통하여, 단지 상대경쟁자가 성과를 달성하지 못하도록 방해하는 것을 의미한다. 허용되는 경쟁수단에 의한 것이라면 누구나 다른 영업자를 방해할 수 있고 심지어는 폐업을 시킬 수도 있다. 그러나 그 수단이 적정한 경쟁에 부합하지 않기 때문에 일정한 한도 내에서 인정되는 것이다.<sup>154)</sup> 경쟁을 위반하는 방해를 위한 구성요건은 판매를 방해하는 행위로 의도적인 반대광고, 의도적인 비방 등이 있고 광고 방해를 위한 것으로는 타광고의 모방, 타광고를 실패시키는 것 등이 있고, 경쟁자들로부터 보이콧 시키는 것, 차별, 또는 일정한 조건하의 비교광고 등이 있다.<sup>155)</sup>

이러한 일반적 사전상태의 특이할만한 중대성은 인터넷상 존재하지 않는다. 다만 몇 가지의 특별한 사건의 경우에 있어서 이는 중요할 수 있다.

152) 널 바레트 지음, 이명천 역, 인터넷광고론, 미디어세력, 2000, S. 61.

153) Sybille Heyms, Werbung online, 2002, S. 104.

154) 권오승, 독일경쟁법, 1995, 55.

155) Sybille, S. 104

가) 메타태그(Meta-Tag)

웹사이트 제작자나 운영자가 자신의 사이트에의 접속을 유도하는 방법으로서는 다음 두 가지가 있다. 하나는 다른 유명사이트에 자신의 사이트를 링크 하도록 협상하는 방법이고 다른 하나는 검색엔진이 사이트를 접속할 수 있도록 메타 태그를 만드는 방법이다. 인터넷 검색엔진은 사용자로부터 검색명령을 받아 인터넷 사이트의 메타 태그를 스캔한 다음 검색어를 포함하고 있는 메타태그를 발견하게 된다. 이와 같이 웹사이트의 제작자와 운영자는 보다 많은 사람의 접속을 유도하기 위하여 사이트의 내용과는 무관한 이용자들의 흥미를 유발하는 일반적인 검색어를 붙여놓는 조작을 행하기도 한다. 또한 저명한 경쟁업자의 명칭을 자신의 메타 태그에 기술하여 놓기도 한다. 이 경우 경쟁업자의 사이트를 검색하는 경우 자신의 사이트도 검색되도록 하기 때문에 특별한 노력 없이 경쟁업자와 경쟁을 하게 되며 더 나아가 경쟁업자의 상표권을 침해하게 된다.<sup>156)</sup> 그러므로 이용자가 악용된 메타 태그로 인해 자신의 물건구입의사를 변경할 경우 이것은 판매방해로 간주되어질 수 있는 것이다.<sup>157)</sup>

소위 반대광고(Gegenwerbung)에서도 마찬가지로 경쟁자 사이트의 전화번호부에 광고되어졌을 때 이것은 경쟁위반이다. 왜냐하면 잠재적 고객은 활자가 큰 광고의 제공자에게 전화를 걸지 작은 활자의 제공자에게 전화를 하지 않기 때문이다.

악용된 메타 태그는 경쟁업자의 웹사이트가 검색엔진의 Treffer 리스트의 첫 면에 위치할 때 이것은 반대광고의 구성요건을 충족시킨다.<sup>158)</sup>

156) 정규, 보이지 않는 상표권의 침해 -메타태그-, 인터넷법률, 2001/7, 6, 7.

157) Burkhardt Menke, Die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta-Tag: Ein Fall fuer das Kennzeichen- und/oder das Wettbewerb?, WRP 1999, 982, 989.

158) Sybille, S. 105; Burkhardt Menke, Die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta- Tag: Ein Fall fuer das Kennzeichen- und/oder das Wettbewerb?, WRP 1999, 982, 990.

#### 나) 딥링크(Deep-Links)

경쟁에 반하는 “판매방해”는 Deep links의 일정한 형태를 통해 일정한 전제조건하에 주어질 수 있다. 이는 웹사이트의 소유자의 동의 없이 사이트에 링크 되었을 경우이다. 이렇게 링크하는 형식이 타인, 제3자가 유치한 홈페이지를 자신의 목록에 연결시켜서 자기 자신의 일의 성과로 있게 하는 것인 한 부정경쟁방지법 제1조에 따라 불공정한 직접적인 실적수령으로서 이는 허락되지 않는다.<sup>159)</sup>

#### 4) 표절(Ausbeutung)

표절은 방해와 마찬가지로 경쟁자에 대한 것이지만, 주로 경쟁자 그 자체를 목표로 하지 않고 그의 성과를 목표로 한다. 타인의 성과를 부정적인 방법으로 도용하는 경우이다.<sup>160)</sup> 이러한 행위의 사례로는 타인의 성과를 모방하거나 도용하는 또는 타인의 명성과 광고를 악이용하는 것이다. 예를 들어 이는 경쟁자가 기만할 목적으로 그의 상품에 대하여 혼동이 일어날 수 있는 표시를 사용하는 경우이다.<sup>161)</sup> 이 범주 안에 속하는 것은 온라인 광고와 관련하여 line-linking과 Framing이 있다. “Framing”은 자신의 홈페이지에 다른 사람의 웹사이트의 내용을 융합시키는 것이다. 이것은 타인의 상표나 표시가 자신의 성과물인양 모조하거나 축약하는 경우 혹은 오인유발이 관련 있어 질 때, 이는 허락되지 않는다.

#### 5) 비교광고(Vergleichende Werbung), 부정경쟁방지법 제2조

기본적으로 부정경쟁방지법 제2조에 따라 비교광고는 허용된다.<sup>162)</sup> 부정경쟁방지법 제2조 1항에 의하면 비교광고는 광고의 직접 혹은 간접적으로 경쟁자와 혹은 경쟁자가 제공한 상품이나 서비스를 인식할 수 있도

159) vgl. OLG Celle, WRP 1999, 865; Wiebe, “Deep Links“-Neue Kommunikationsformen im Wettbewerb aus lauterkeitsrechtlicher Sicht, WRP 1999, 734 ff.

160) 권오승, 전제서, 60.

161) F. 리트너 독일경쟁법, (권오승 역), 1995, S. 60-64 참조.

162) EG-Richtlinie 97/55/EG의 변경에 따라 독일 부정경쟁방지법의 제2조의 비교광고는 개정되어 2001년 9월 1일부터 시행되었다.

록 하고 있다. 이들 비교광고의 한계에 관하여는 부정경쟁방지법 제2조 2항에 그 예들을 설명하고 있다. 이는 부정경쟁방지법 제2조 1항의 Nr. 1-6에 어떠한 경우에 비교가 동법 제1조가 의미하는 선량한 양속을 위반하는 행위인가를 규정하고 있다(§2 Abs. 2 UWG). 이에 대한 설명은 다음과 같다.

광고에서 비교가 동일한 필요나 혹은 목적을 위한 상품이나 서비스와 관련되지 않을 경우 비교광고는 허용되지 않는다. 예를 들어 여기에서는 과일과 채소를 비교함을 의미한다(§2 Abs. 2 Nr. 1 UWG). 비교가 객관적으로 하나 혹은 다수의 기본적인, 중요한, 실험할 수 있는, 전형적인 특질과 관련이 있어야 한다. 이것은 가격에서도 있을 수 있다.

비교를 통해 광고주와 경쟁자간에 혼동위험(Verwechslungsgefahr)이 발생하지 않아야 하며 혹은 상품/서비스와 사용하는 표시간에도 이에 관하여는 마찬가지로이다(§2 Abs. 2 Nr. 3 UWG). 이는 결과적으로 상표법에서 나타난다. 더 나아가 상표/서비스가 보호된 상표/서비스의 모방이나 표절로 표현되어서는 안된다(§2 Abs. 2 Nr. 6 UWG).

비교는 경쟁자가 사용하는 표시와 그것에 대한 평가를 불공정한 방법으로 이용하거나 침해해서는 안되고, 비교는 경쟁자의 행동 혹은 개인적인, 영업상의 관계, 상표/서비스를 저하하거나 비방해서는 안된다(§2 Abs. 2 Nr. 4 그리고 Nr. 5 UWG).<sup>163)</sup>

(5) 부정경쟁방지법 제3조: 오인을 유발하는 광고(irreführende Werbung)

1) 오인유발적 표시의 금지(§3 UWG)

부정경쟁방지법 제3조는 소위 작은 일반조항(kleinen Generalklausel)으로 거래에 있어서 표시를 통해 오인을 유발하는 것을 보호한다. 이는 다음과 같이 규정하고 있다:

“영업상의 거래에 있어서 경쟁의 목적으로 영업상의 관계에 관하여 특히 개별적인 상품이나 영업적 금부 또는 제공되는 상품이나 영업적 금부

163) Sybille, S. 108.

전체의 성질, 출처, 생산방법 또는 가격산정에 관하여, 가격목록에 관하여, 受賞에 관하여, 판매의 동기나 목적에 관하여 또는 재고량에 관하여 오인유발적 표시를 하는 자에게는 그 표시의 금지를 청구할 수 있다. 1 문에서의 거래관계에 대한 표시는 또한 비교광고의 범위 내에서의 표시이다.”

오인유발에 관한 금지조항은 비록 부정경쟁법 전반에 있어서 가장 중요한 원칙은 아니라고 하더라도 진실의 원리(Wahrheitsgrundsatz)가 동법을 지배하는 가장 중요한 법리 중의 하나임은 분명하다. 부정경쟁방지법이 경쟁상의 기만행위에 대한 금지는 작은 일반조항인 제3조 그리고 형벌구정인 제4조는 물론이고 동법의 규정 전부에서 마찬가지로 표현되고 있다. 오인유발과 관련하여 부정경쟁방지법 제6조 a와 제6조 b<sup>164)</sup> 그리고 신용훼손과 악의의 비방금지, 나아가 1984년의 개정에 따른 동법 제6조 c와 제6조 d, 제6조 e 그리고 마찬가지로 1986년에 비로소 도입된 오인유발시의 해제권(제13조 a)등이 있다. 이밖에도 일체의 고의적인 공중에 대한 기만에 대해서는 물론 부정경쟁방지법 제1조의 일반조항이 항상 적용된다.<sup>165)</sup> 그렇지만 작은 일반조항인 동법 제3조도 때로는 광고를 통한 일체의 오인유발로부터 공중을 보호하는데는 커다란 의의를 지닌다.

## 2) 오인유발행위에 따른 EG/EU

우선 광고는 오인을 유발해서는 안된다(§3 UWG). 이 기본원칙은 EU와 일치한다.<sup>166)</sup> 오인유발행위에 대한 소비자의 보호는 유럽공동체 모든 회원국의 관심사이다. 따라서 1984년 유럽공동체는 오인유발광고에 대한 회원국들의 법규정 및 행정규정을 조화시키기 위한 이사회의 지침을 마련하였다. 동지침의 주된 목표는 전 회원국에 걸쳐서 오인을 유발하는 광고

164) 제조자나 도매상으로서의 속성을 수반하는 광고 및 구매교부.

165) BHG LM §1 UWG nr.181; GRUR 1967, 596.

166) EU-Richtlinie ueber irrefuehrende Werbung 84/450EWG vom 10.09.1984, s. GRUR int. 1984, S. 688 f. Zur gemeinschaftsrechtlichen Beurteilung von Werbeverboten s. etwas Meyer GRUR Int. 1996, 697, 703.

설명에 대한 규제를 위한 효과적인 행정절차 및 사법절차를 도입하는 것이다. 그 결과 동 지침 제1조에서는 오인 유발광고와 그에 따른 불공정한 효과로부터 소비자, 영업자 및 기타 공익을 보호하여야 함을 강조하였다. 동 지침 제2조와 제3조에서는 회원국에 대하여 1986년 말까지 법질서 내에 오인을 유발하는 광고설명을 규제하고 있다.

EU법이 독일 국내법에 優位的으로 고려되어진다 할지라도 독일법은 이러한 절차를 이미 포함하고 있기 때문에(부정경쟁방지법 제3조, 제4조 및 제13조), 그 지침에 대하여 독일법을 변경할 필요는 없다.<sup>167)</sup>

### 3) 오인유발광고에 대한 구성요소

부정경쟁방지법 제3조는 오직 영업관계에 관한 오인유발적 '표시'에 대해서 적용되고, 이 경우 형상적인(bildlich) 그리고 여기서 주의되어지는 것은 광고방법이 글자뿐만 아니라 그림으로 한 광고(§5 UWG)에도 그것이 표시하고자 하는 목적을 대신하기에 적합할 경우, 이에 해당된다. 따라서 일차적인 검토는 문제의 광고행위가 도대체 표시를 포함하는지 또 그리하여 선전주장(Werbebehauptung)을 구성하는지 하는 것이다. 따라서 동법 제3조에 해당되는 것은 오로지 증거조사를 통하여 그 정당성이 조사될 수 있는, 환언하여 진실입증(Wahrheitsbeweis)이 가능한 선전주장 뿐이다.<sup>168)</sup>

불공정한 광고에 대한 위반은 부정경쟁방지법 제1조에 의하여 규제되어지고 "오인을 유발한" 광고는 동법 제3조에 의한다. 광고조치를 "공정" 혹은 "불공정"으로 정하기 위하여 결국 광고의 총체적 특성은 중요한 역할을 하므로 경쟁행위는 항상 공존하는 상황과 관련하여 그 사후작용과의 결과들로 결정되어진다.<sup>169)</sup>

부정경쟁방지법 제3조에 따라 그에 관한 오인유발적 표시가 허용되지 아니하는 영업상의 관계의 예로서 동법은 나아가서 어느 사업자의 상품이나 서비스의 성상을 또한 들고 있다. 상품이나 영업상의 금부의 성상에

167) Sybille, S. 97.

168) 정호열, 부정경쟁법, 237면.

169) Sybille, S. 97.

속하는 것으로 제조한 재료는 물론, 그 상품이나 서비스가 소비자의 눈에 유리하게 보이도록 하는데 적합한 사실적 성질의 표시된 모든 사용방법과 효용형태가 여기에 포함된다. 일반적으로 모든 표시는 실질적인 상황과 혹은 상품의 실질적인 성질(Beschaffenheit)에 일치하지 않은 것은 오인을 유발한 것이다. 부정경쟁방지법 제3조의 성상이라는 개념 역시 영업상의 관계라는 상위개념과 유사하게 폭넓게 해석되고 있다. 이에 관한 예로 전자계산기에 대한 광고를 함에 있어 그 광고가 비록 전문가에 대한 것일지라도 그 기계의 제한적인 능력에 대하여 명시하여야 한다.<sup>170)</sup>

그러므로 UWG 3조는 오인유발로 표시되어질 수 있는 다양한 가능성을 설명하고 있다. 예를 들어 성질, 원산지, 생산방법, 표기 또한 판매의 동기 그리고 목적 혹은 재고량에 관한 영업상의 상황 등이다.<sup>171)</sup>

#### 4) 오인유발의 사례들

웹사이트에 광고하려는 자는 요소들을 제시(명명)하여야 하며 반드시 이러한 것들이 옳은가에 주의를 기울여야 한다. 선입견을 갖고 있지 않은 독자가 광고를 잘못 이해하도록 하게 할 때 광고주는 더 비싼 값을 치를 수 있다. 그는 민사법적인 그리고 형사법적인 결과에 처하게 될 수 있다. 미디어서비스주간조약(MDStV) 8조에는 오인을 유발한 온라인 광고를 명확히 금지하고 있다.

인터넷이 상업적으로 개인의 목적을 위하여 이용되지 않는다면 법적인 관점에서 이는 금지되지 않으며 다소 넘어갈 수 있다. 그러나 웹사이트가 광고버너를 통하여 재정적으로 지원되어질 때 이는 다르다. 최종적으로 제공자는 영업상의 경쟁의 거래목적에 책임이 있고 경쟁법의 규정을 준수하여야 한다. 여기서 특별히 금지되어지는 것은 웹사이트의 이용자를 속이는 행위이다. 사기행위가 발각되면 공식적인 경고가 뒤따르며 혹은 범죄의 고발에 대해서도 미리 염두해 두어야 한다. 부정경쟁방지법 제3조와 관련된 예를 하나 들면 성대화(Sexdialogsystem)의 서비스를 제공하기 위한 한 광고주의 상행위에 있어서 Frankfurt 주법원은 광고주가

170) BGH LM 3 UWG Nr. 274; NJW 1988, 2468.

171) Sybille, S. 109

서비스를 제공함에 있어서 대화에 투입한자가 아마추어였다는 것을 미리 명확히 언급하지 않은 경우 부정경쟁방지법 제3조에 의해 그에게 책임이 있다는 판결을 내렸다.<sup>172)</sup>

가) 인터넷경매(Internetaktionen)

인터넷경매에 있어서도 법률을 위반한 경우 법률위반에 대한 부정경쟁방지법 제1조의 위반이 발생한다. 이때 다수설에 의하면 장기간경매(Langzeitaktion)는 영업법(Gewerberecht) 제34조 b가 말하고 있는 진정한 의미로서의 경매는 아니다. 왜냐하면 이것은 시간상 그리고 장소상으로도 한계가 주어지지 않기 때문이며 소비자는 이것을 통하여 진정한 경매에서처럼 표시(Druck)할 수도 없기 때문에 영업법 위반이라고 할 수 없다. 그러나 인터넷경매에 있어서 광고가 “경매라는 단어(“Auktion” “Versteigerung”)”를 사용할 때, 장기간경매에 있어서의 경매는 기존 경매의 의미가 아니고 그 표현도 부합되지 않으므로 거래의 중요한 부분에 있어서 오인을 유발할 수 있다. 이러한 경우 동법 제3조를 위반할 수 있다.<sup>173)</sup>

나) 인터넷 서점(Internet-Buchshops)

인터넷 서점을 경영하는 사람이 인터넷상 책자의 명을 제시하고 그의 일정한 수량의 책을 “제공”한다고 광고하였을 경우, 그는 영업활동 진행기간 동안 이 책을 확보하고 있어야 한다. 제공된 책은 거래이외의 시간에도 처분되어 질 수 있어야 한다.<sup>174)</sup> 이렇지 않을 경우에 있어서 이러한 광고는 경쟁법상 불법이다.

일정한 수량의 책을 보유하고 있는 인터넷 서점이 “세계에서 가장 큰 온라인 서점”이라는 광고를 위한 언급에도 동일한 효력을 지닌다. 광고에서 제시한 책의 명하여진 수량은 온라인상 주문가능하나, 동시에 처리(취급)가능하지 않은 경우, 즉 적정한 기간 내에 주문자에게 인도되어질 수 없는 경우, 이는 오인을 유발하는 광고이다. 왜냐하면 온라인쇼핑몰상의

172) 이러한 상행위에 대하여 이미 구 Btx-Recht는 양측에 반하는 불공정한 것으로 보지 않았다.

173) Sybille, S. III.

174) LG München, K & R 1999, S. 574 ff.



표시된 많은 정보들이 고객에게 이용되어지지만 고객이 이를 그것들을 주문-인도 받을 수 없다면 이는 아무 쓸모가 없기 때문이다.<sup>175)</sup>

다) 가격표시(Preiseangaben)

인터넷상 서비스 제공자가 자신의 서비스에 대한 가격을 "착계 표시"하고 이것이 부가가치세와 관련된 가격으로 개인 최종소비자가 이 가격이 최종적으로 기업주이나 상인들에게 적용되는 것임을 명확히 인식할 수 있도록 한 경우에는 부정경쟁방지법 제1조, 제3조에 의한 그리고 관련조항 가격표시령 제7조에 의하여 이는 경쟁법상 위법한 것이 아니다. 제공(Angebot)이 개인에게도 영업주에게도 명확하게 제시되었을 때 네토(Netto)가격의 광고는 가격표시규정을 위반한 것이다.<sup>176)</sup> 개인인 최종소비자와 상거래를 하는 상인들에게 제공되어지는 가격을 달리 취급되어진다. 이러한 가격의 차이를 (즉 부가가치세와 관련하여) 인터넷에서 광고하는 경우 표시하여야 하며 개인 소비자와 상인을 명확히 같이 취급한 가격의 제시는 위법한 것이다.

5) 부정경쟁방지법 제4조의 벌칙조항

이 요건은 객관적인 관점에서 그 표시가 항상 거짓이고, 또한 오인을 유발할 수 있기에 적합하고, 보다 많은 사람들을 위한 통지를 통하여 행해져야 한다는 점에서 동법 제3조와는 구별된다. 동법 제4조 다음과 같이 규정하고 있다: "특별히 유리한 제공인 것 같은 외관을 유발할 목적으로 광범위한 사람을 대상으로 하는 공개적인 광고 또는 통지에서 영업상의 관계, 특히 상품이나 영업적 금부의 성질, 출처, 생산방법 또는 가격산정에 관하여, 상품의 구입방법이나 구입원에 관하여, 수상에 관하여, 판매의 동기나 목적에 관한 또는 재고량에 관하여 사실과 다르고 오인을 유발하기에 적합한 표시임을 알고서 그러한 표시를 하는 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

175) LG München, K&R 1999, S. 574 ff. 선전광고의 판결은: "größte Programmzeitschrift für das Internet im Internet": LG Düsseldorf: K u. R 2000, S. 201.

176) LG Ellwangen, in: MMR 1999, S. 675.

## (6) 경쟁위반에 대한 효과

독일에서 경쟁위반이 발생할 것에 대한 제한장치로는 기본적으로 세 가지 수단이 있다. 우선 발생되어진 상황을 제거하고 혹은 위협적인(미래와 관련하여서도) 피해행위를 청지시키려는 방어청구권(Abwehranspruch)이다. 두 번째로는 손해배상청구권(Schadensersatzanspruch)이다. 이는 부정경쟁방지법 제1조, 제13조 2항, 이와 관련된 제3조, 제6조, 제6a조, 제6b조, 제8조항이다. 또한 독일민법 제823조 1항이 부가적으로 이와 관련된다. 세 번째로 형벌구성요건의 장치는 부정경쟁방지법의 제4조, 제12조, 제15조, 제17조, 제18조, 제20조 형벌규정이다. 이밖에도 부정경쟁방지법과 그 부속법률은 일련의 질서위반규정(Ordnungswidrigkeitstatbestände)을 포함하고 있다.

## 3. 온라인 광고 소송 관련 법제

인터넷은 세계적으로 팽창된 통신시장으로써 실질적으로 지구에 있는 거의 모든 국가가 서비스제공/광고로 "영양공급"을 받고 있으며 또한 이들의 내용을 거의 모든 곳에서 접할 수 있게 되었다.

제공자는 자신의 광고내용이 이런 방식으로 취급하기를 원한다면 "위반을 유발"하는 것으로부터 안전하기를 원한다. 제공자는 국내의 모든 중요한 법규정을 계약에 있어서 어떻게 규정하고 있는가를 조사해 보아야 한다. 결국 독일에서는 단지 서비스나 상품의 제공이 온라인상 요구되어진다면 독일 국내 경쟁법/광고법을 제외한 것들에도 주의를 기울여야 한다. 인터넷상의 제공되어지는 것들은 독일 외부에서도 주문이 요청되어 질 수 있기에 독일의 "법규정이 어려움 앞에" 직면해 있다고 할 수 있다. 이것은 제공과 그의 내용을 담고 있는 광고가 "타인"(다른 국가)의 시장을 위하여 규정을 두고 있지 않기 때문이다.<sup>177)</sup>

177) 일반 국제관할권에 대한 그리고 인터넷계약에 있어서 법의 적용에 관한 것은: Junker, in: RJW 1999, S. 809 ff.; Ernst, in: K&R 1999, S. 558 ff., 561 참조. 온라인 영역에서 경쟁침해에 관한 독일법원의 관할권은: Apel/Grappnerhaus, in: WRP 1999, S. 1246 ff., 1249-1250; Spindler, MMR 2000, S. 18 ff.; Schack, MMR 2000, S. 135 ff.; Kiethe, WRP 2000, S. 616, 617-619;

독일은 잘 알려진 바와 같이 광고에 관한 법이 세계에서 가장 엄격하게 규율되고 있는 국가 중 하나에 속하기 때문에(최소한 형식에 있어서 그것은 독일법원의 판결을 통하여 내린 해석을 통한 경험이다) 어느 제공자든 자신의 상품이나 서비스에 대하여 인터넷상 제공을 하는 자는 자신의 인터넷광고가 이러한 기준에 맞춘다면 세계에서 별문제는 없을 것이다. 그러나 기본적으로 -얼핏 보기에- 제공자는 그들의 광고내용이 독일 국내의 엄격한 법에 도달하지 못하는 경우 보다 불리한 입장에 서게 된다. 이는 자신의 제공을 독일에서 취급하고 요구되어질 때 법규를 위반하게 됨을 미리 짐작해야 한다. 이것은 다시 말해 제공자는 자신의 서비스를 독일 내에서 더 이상 폭넓게 확장시키지 못할 수도 있으며 주어진 사건에 따라서는 손해배상지급에 대한 책임을 질 수도 있을 것이다.<sup>178)</sup>

법원의 관할권 문제에 있어서 어떤 상황하에 어떤 독일 국내법이 온라인 광고를 위하여 효력을 갖는가 하는 질문은 어떤 국내 법원이 독일법의 위반에 있어서 관할권을 갖는가에 따라 이 문제는 분리되어진다. 부정경쟁방지법 제24조<sup>179)</sup>는 이에 대한 기준을 제시해 준다. 관할권은 침해행위를 한 자의 주소/거처지가 있는 구역(지역)에 위치하고 있는 법원에 주어진다.<sup>180)</sup> 이에 인터넷광고는 어디서나 이행에 대한 요구가 있을 수 있기 때문에 소위 "날아다니는 법원"(fliegender Gerichtsstand)이라고 München 지방법원은 표현하고 있다.<sup>181)</sup> 브레멘 지방법원이 이 의미에서 하나의 예외적인 판결을 남겼는데 이 판결에 의하면 단지 온라인 광고를 행했던 구역에 그 관할권이 있다는 것이다.<sup>182)</sup>

Leupold/Braeutigam/Pfeiffer, WRP 2000, S. 575, 582-583.

178) Andreas Schardt, Das neue Multimedia-Gesetz, Stand: Juni 2002, Bands, Teil 8/8 S. 2.

179) 부정경쟁방지법 제24조:

(1) 본법에 근거한 소에 관해서는 피고가 그 영업소를 두고 있는 지역 또는 그러한 영업소가 없는 경우에는 피고의 주소지가 소재하는 지역의 법원이 관할권을 가진다. 국내에 영업소나 주소가 없는 자에 대해서는 국내 거처의 법원이 관할권을 가진다.

(2) 본법에 근거한 소에 관해서는 그 이외에도 위반행위가 행하여진 지역의 법원만 관할권을 가진다.

180) s. LG Berlin, MMR 1999, S. 43.

181) MMR 1998 S. 448.

182) ZUM 2001, S. 257.

## 제 4 장 광고방식에 따른 법적 문제

인터넷은 광고- 그리고 판매미디어로써 성장하고 있으며 선호되고 있기 때문에 기업은 그들의 광고활동이 법적 규제와 상호간 보다 강한 충돌 상태에 놓이게 된다. 생산품은 더 이상 상점에서만 판매하는 것이 아니라 인터넷을 통해서도 판매된다. 즉, 인터넷에 상품을 위한 광고가 진행되어져야 한다. 광고대행업자들은 광고를 인터넷출현을 통해서 형성할 뿐만 아니라 전체 광고프로젝트로써 온라인 쇼핑을 위임하고 있다.

그러므로 그들은 이러한 광고프로젝트의 대강조건(Rahmenbedingungen)에 대하여 개별적인 광고의 방식, 예를 들어 배너나 이메일 광고에 따른 법적인 판결에 관하여 또한 이러한 광고의 방식이 법과 대립되는 것이 어떠한 것이 있는가를 알아야 한다. 제4장은 광고방식에 따라 발생하는 행위를 소개하고자 하며 이에 따른 법적인 문제점을 살펴보고자 한다. 이는 상품에 대한 광고효과 혹은 제공자를 고양시키는 혹은 최소한 이용자(Nutzer/ User)가 주의해야 할 부분들이 어떤 것인가를 환기시켜줄 것이다.

### 제 1 절 도메인네임

상표, 서비스표나 상호를 통해 이미 널리 소비자에 의해 인식되고 있는 사업자는 자신과 무관한 제3자가 소비자를 혼동시키는 인터넷 주소를 이용, 오프라인에서 쌓아올린 자사의 노력과 투자에 무임승차, 인터넷 영업을 하려 한다면 손해를 보게 되는 것은 당연하다. 더욱이 인터넷 이용자가 접근하기 위해 먼저 거쳐야 하는 관문인 도메인 네임을 유명 상표권자나 상호권자의 상표, 상호를 따서 선점, 광고를 한다면 피해는 더욱 커질 것이다.<sup>183)</sup> 이러한 의미에서 도메인 네임은 온라인 광고에서 상표권과 관련하여 상표권 보호를 위한 측면에서 이에 따른 법적인 문제가 제기될 수 있다.

183) 박석호, 인터넷광고에서의 지적재산권 문제와 해결방안의 모색, 인터넷광고와 법, 법제연구원, 워크샵 2002-7, 27면.

### 1. 도메인네임의 구성요소와 체계

정보통신망에 참여하기를 원하는 자는 각기 연결관계를 이끌어 주는 정확한 표시가 필요하다. 거대한 망에서 정확한 표시가 없으면 자신이 원하는 거래를 할 수 없으므로 일정한 기준을 갖는 중서, 즉 TCP/IP (Internet-Protokoll)를 부여함이 요구된다. 이러한 기능을 하는 것이 소위 IP이다. 그래서 모든 컴퓨터에는 고유의 IP 주소는 부여되며, 또한 IP 주소를 찾아야 한다.

각 도메인네임은 여러 가지 부분으로 구성되어 있고 이것은 점(.)으로 서로 구별되어 있다. IP 주소는 최소한 4개의 정수가 연결되어 있는 것으로 구성되어지는 것이 기본이다(예를 들어: 123.236.34.26). 그러나 이것은 일반인들에게는 너무 복잡하기 때문에 영문자로 구성된 도메인네임을 사용한다(예를 들어: www.domain.com). 이 때 우선 고려되는 것은 영업제공자를 위한 표시로는 "com"이며 또한 나라를 나타내는 도메인네임은 예를 들어 "de"로 등록되어진다. 인터넷에서 사용되는 도메인네임은 전세계적으로 고유하게 존재하는 것이므로 공통적으로 정해진 체계를 가지고 있어야 한다. 이는 임의로 변경되거나 생성되어질 수 없다. 인터넷의 모든 도메인은 루트(root)라 불리는 도메인 이하에 역트리(inverted tree)구조로 계층적으로 구성되어 있다. 예를 들어 http://www.eunhee.ac.kr 라는 URL에서 www.eunhee.ac.kr는 도메인네임이고 kr이 최상위 도메인이며, ac가 제2 도메인 그리고 eunhee가 제3도메인이다. 최상위 도메인은 com, gov, net, org, edu, int, mil의 7개가 있다. 이 중 com, org, net는 전세계가 사용하는 도메인이다. 또한 7개의 계속적인 Top-Level-Domains<sup>184)</sup>가 계획되어졌고, 그러는 사이 어떻게 또는 어떠한 많은 새로운 Top-Level-Domains이 실행되어졌는지 분명치가 않게 되었다.<sup>185)</sup>

184) vgl. dazu <http://www.denic.de/gtld.html> : "arts" für Unternehmen im Bereich Kultur/Unterhaltung; "firm" für Unternehmen und Firmen; "info" für Unternehmen im Informationsdienstleistungssektor; "nom" für private Internetnutzer; "rec" für Unternehmen im Bereich Erholung/ Freizeit; "shop" für Verkaufseinrichtungen; "web" für WEB Angebote allgemein.

185) Entscheiden wird dies erst auf einer Sitzung der ICANN des 19-

사용되는 IP주소는 중간에 DNS라고 불리는 도메인네임 서버를 사용해 영문 도메인네임과 숫자 IP주소 사이의 변환 작업을 해 주어야 한다. 이러한 도메인네임은 등록기관에 등록을 하여 자유로이 이용할 수 있도록 할 수 있는데 이 등록기관은 선신청주의 원칙에 따라 (first come, first served basis) 누구든지 먼저 신청하는 자에게 사용권이 부여된다.

독일 국내의 도메인신청의 관할은 DE-NIC(Deutsche Network Information Center)가 맡고 있다. 여기서는 IV-DE-NIC<sup>186)</sup>회원의 전체적인 관리절차들의 처리가 행하여지고 있다.

도메인네임은 선신청원칙에 따라 부여되고 있다. 신청한 그 시점을 기준으로 하고 있으며 등록과 관리는 부과금을 의무화하고 있다.

InterNIC의 도메인분쟁정책(Domain Name Dispute Policy)<sup>187)</sup>인 위임지침(Vergabenrichtlinie)에 따르면 신청자는 그가 제3자의 권리를 침해하지 않았다는 것에 대한 최대한의 인지에 대한 확신이 있어야 한다. 제3자가 선신청된 상표를 증명하거나 그리고 그 당시의 소유자가 상표를 등록처리하지 않았을 때 도메인네임은 등록이나 혹은 법적인 판결이 있을 때까지 90일의 과도기간 동안 폐쇄한다.<sup>188)</sup> 위에 설명되어진 위임지침은 미국이나 다른 외국국가의 경우이며 독일의 경우는 아니다. 독일에서 이러한 위임지침(Vergabenrichtlinie)은 결국 실행되어지지 않았다.<sup>189)</sup> 신청자는 신청을 통하여 인식한 상태에서 자신이 제3자의 권

koepigen ICANN-Direktoriums am 20. November 2000.-vgl. dazu FAZ vom 24.7.2000, S. 25.

186) Interessenverbund zur Sicherstellung des Deutschen Network Information Center.

187) Die aktuelle Fassung vom 25. 2. 1998 ist unter: ftp://rs.internic.net/policy/internic/internic-domain-6.txt veröffentlicht; vgl. dazu auch Bettinger GRUR Int 1997, 402, 406; Ueber, wrp 1997, 497, 498.

188) "Network Solutions will reinstate the domain name placed in "Hold" status, or will not place it in "Hold" status, upon receiving a properly authenticated temporary or final order by of court of competent jurisdiction, or arbitration award, stating which party to the dispute is entitled to the domain name, if Network Solutions receives other satisfactory evidence from the parties of the resolution of the dispute, or the complainant requests that the domain name not be placed on "Hold"."

189) DE-NIC의 가장 최근의 위임지침은 <http://www.denic.de/vergabebestimmung>.

리를 침해하지 않았다는 것을 보장하여야만 하며 그리고 등록되어 보호되고 있는 네임에 대한 발생된 논쟁을 제거할 의무가 있다.<sup>190)</sup>

## 2. 상표권 보호를 위한 법적 이론

도메인 네임이 상품이나 서비스의 출처로 상용되는 경우에는 상표의 사용에 해당하는 한도에서 상표권의 침해가 될 수도 있다. 예를 들면 이미 등록된 문자상표와 동일한 문자를 도메인 네임으로 하여 다른 상인이 동일 또는 유사한 상품이나 서비스를 제공하는 온라인 영업을 하는 경우에 있어서 상표를 사용하기 때문이다.<sup>191)</sup>

일반적으로 상표권의 보호를 위하여 등록상표 또는 주지 내지 저명한 비등록상표를 권리자 이외의 자가 사용할 수 없도록 하는 것을 말한다. 이에 따라 상표권의 보호는 원칙상 동일 내지 유사한 상표를 동일 내지 유사한 상품에 상표권자의 허락 없이 상용할 수 없음을 근간으로 한다. 따라서 동일 내지 유사한 상표의 사용에 대한 상표권의 보호는 혼동가능성이론에 의해 보호된다. 그러나 동일 내지 유사한 상표의 사용이 다른 상품간에 사용된 경우에는 이 혼동가능성이론에 따른 보호는 불가능하다. 그 이유는 혼동가능성이론의 전제가 되는 출처의 혼동이 발생할 개연성이 현저히 줄어들기 때문이다. 이러한 것들을 극복하기 위한 이론이 바로 희석화이론이다.

상표권 보호를 위한 이론적 근거인 혼동가능성이론과 희석화이론을 살펴보면 다음과 같다.

### (1) 혼동가능성이론

혼동가능성이론에 따르면 상표보호의 주목적은 상품의 출처에 대한 소비자의 혼동을 방지하기 위한 것이다.<sup>192)</sup> 여기서 출처의 혼동에는 출처

---

html에서 찾을 수 있다.

190) DE-NIC에 도메인네임을 등록하는 것은 1997년 2월 1일부터 더 이상 가능하지 않게 되었다. 단지 필요한 것은 도메인네임의 신청을 통한 위임이다. 이것은 WWW에 자리를 확보하는 것이다.

191) 최경진/고지환, e-법, 2000, 255면.

192) 우리나라 상표법 제7조 1항 10호는 혼동에 대한 것으로 다음 소항의 1에 해당하

가 동일하다고 생각하는 혼동(협의의 혼동)과 양자 사이에 기업의 혼동 또는 연관관계가 있다고 오인할 수 있는 혼동(광의의 혼동)이 있다. 우리나라의 경우 법원은 부정경쟁행위에 대한 혼동가능성이론의 적용에 있어서 광의의 혼동의 개념을 채택하고 있다.<sup>193)</sup> 그리고 혼동가능성의 판단에는 상표의 동일 내지 유사성이 전제되어야 하는데 이에 대한 판단은 혼동을 초래한 상표간의 경쟁관계의 설정이 있어야만 한다. 그리고 혼동가능성은 비교형량 테스트에 의해 결정된다고 한다.<sup>194)</sup> 혼동가능성에 대한 결정은 대체적으로 다음과 같은 요소들에 의하여 측정되어진다. 첫째 상표의 식별력의 정도, 둘째 상표의 유사성, 셋째 분배방법의 유사성, 넷째 구매자의 관심의 정도, 다섯째 상표권자의 업종확장 가능성, 여섯째 침해의 위도, 일곱째 피고상품의 품질, 여덟째 혼동의 실제적인 증명 등이다.<sup>195)</sup> 혼동가능성이론이 갖는 한계는, 즉 이 이론은 비록 유사한 상표를 사용하는 경우라도 원칙적으로 상품이나 영업의 혼동가능성이 있어야 위법한 사용으로 상표권침해가 성립하고 상표소유자가 타인의 상표사용을 금지할 수 있다. 그러나 이 원칙을 엄격히 적용할 경우 어떠한 상표가 저명한 경우 그 상표의 저명성에 대한 부당한 편승의 영업행위를 저지할 수 없는 경우가 생긴다. 이러한 무단사용을 자유방임상태로 놓아두면 저명상표권자가 막대한 비용과 노력을 들여 이룩한 특정상표와 상표만의 직관적, 긍정적 연상작용을 파괴, 오염시킬 우려가 크고 신용과 고객흡인력이 각종의 상품으로 분산될 우려가 있다.<sup>196)</sup> 이러한 것을 극복하기 위해 등장한 이론이 희석화 이론이다.

는 商標는 第6條의 規定에 불구하고 需要者間에 顯著하게 認識되어 있는 他人의 商品이나 營業과 混同을 일으키게 할 虞려가 있는 商標 商標登錄을 할 수 없음을 규정하고 있다.

193) 서울지방법원 1999. 11. 8. 선고 99가합8863 판결.

194) 정규, 전제논문, 8면.

195) Terrell W. Mills, *supra* note 7, at 4. Polaroid 사건(287 F.2d 495)에서 확립된 혼동가능성 여부의 판단기준으로 이를 Polaroid 공식이라고 한다(J.R. Kuester & P.A. Nieves, *supra* note 10, at 243), 정규, 전제논문, 9면.

196) 김원오, "인터넷 환경에서의 상표법문제와 현행상표법의 개정방향(하)", AIPPI저널 제4권, 2000.3, 4-5면.



## (2) 희석화이론

희석화이론은 영국의 보통법에서 유래한 이론으로 미국의 판례<sup>197)</sup>를 통하여 확립된 이론이다. 이 이론은 상표권자의 상표와 출처의 혼동이 없는 경우에도 이에 대한 일반 소비자의 인식이 희석되지 않도록 저명상표의 이미지, 광고선전력, 고객흡인력 등이 다른 상품에 흡수되어 희석화되는 현상을 방지하기 위한 이론이다. 희석화이론은 혼동가능성과는 달리 당사자가 경쟁관계에 있지 않더라도 동일하고 유사한 상표를 허락 없이 사용하는 경우 혼동을 야기시키지 않더라도 상표권의 침해를 인정하기 위한 것으로 상표가 가지는 상업적인 흡인력이나 판매력을 보호하기 위한 법이론이다.<sup>198)</sup> 이것은 소비자를 보호하려는 것이기 보다는 희석화를 통하여 발생되어질 수 있는 상표의 오용을 막고 상표의 경제적인 가치를 보호하기 위한 것이라고 할 수 있다.

## 3. 도메인 네임과 타상표의 충돌

인터넷상 도메인네임에 관련된 분쟁은 성명권 또는 상호권 등에 관련되어 발생되어진다. 타인의 성명, 상호 또는 상표를 부당히 도메인 네임으로 등록한 경우에 등록자와 상표권자 사이의 분쟁은 크게 세 가지로 나누어 생각하여 볼 수 있다.<sup>199)</sup> 첫째, 제3자가 의도적으로 타상표를 도메인 네임으로 등록하여 단순히 보유하고 있는 경우이다. 미국의 경우 단순

197) 미국법원이 최초로 희석화이론을 적용하여 상표권침해를 인정한 사건은 Allied Maintenance Corp. v. Allied Mechanical Trades Inc. 269 NE 2d 1162, 399 NY 2d 628, 198 USPQ 418 (NY Ct. App. 1977)이다. 미국은 1996년 1월의 상표법(Lanham Act)개정을 통해 소위 '희석화방지' 조항을 입법함으로써(Federal Trademark Dilution Act) 혼동의 우려가 없어도 상표권을 보호할 수 있는 계기를 마련한 바 있고, 1999년 11월에는 도메인 네임을 악의로 무단 先占하는 자를 규제할 수 있게끔 상표법을 개정한 특별법(Anticybersquatting Consumer Protection Act)을 만들으로써 기존 오프라인에서의 권리자를 더욱 쉽게 보호하고자 노력하였다.

198) 이대희, "상표법상 희석이론에 관한 고찰", 창작과 권리 제9호, 1997, 55면.

199) 정경석, 도메인 네임 분쟁에 관한 분석 및 접근, 인터넷법률, 2001/5, 107-136면에서 이에 관하여 상세히 다루고 있다.

히 상표를 등록만 한 경우에는 연방상표법의 시행 이후부터 상표회석이 된다.<sup>200)</sup> 독일의 경우 본래 성명권자 또는 상표권자에게 매매할 의도로 도메인 네임을 보유한 경우 독일민법 제826조에 의한 풍속위반 행위로 손해배상을 청구 할 수 있는 구성요건을 충족한 것으로 명백하고, 독일민법 제12조 제2문의 성명 또는 독일상법 제37조 제2항의 상호를 도메인 네임으로 부당히 등록한 경우에 부착위청구권이 허용된다. 우리나라의 경우에도 유명상표의 회색화는 성명권이나 상호권의 침해에 해당할 수 있다. 종래 개정전 상표법에서는 상표의 회색화에 관한 규정이 없어 해석론으로서 회색화의 염려가 있는 상표는 등록단계에서 저지할 수 있다고 보았다(제7조 1항). 그러나 상표의 회색화는 상표 자체에 대한 직접적인 공격이 아니므로 전통적인 상표침해이론인 혼동가능성이론에 의하여 구제받을 수 없었다. 이에 따라 상표법에 구체적으로 회색화에 따른 규정을 두자는 주장들이 있었다. 특허청은 저명상표의 회색화 방지를 위하여 유명상표의 지정상품과 유사하지 않은 상품에 사용하더라도 유명상표권자의 식별력이나 명성을 부정하게 이용하거나 부당한 방법으로 손상 또는 회색시킬 염려가 있는 상표에 대하여 상표등록을 금지하는 규정의 신설을 제안하였다(개정안 제7조 1항 10호). 그러나 개정 상표법(법률 제 6414호 일부개정 2001. 2.3 시행 2002.2.1)에서는 특허청에서 제안한 구체적 저명상표의 회색화를 방지하기 위한 규정을 채택하지 않음으로써 제 7조1항 4호의 규정을 적용하여 해결하는 수밖에는 없는 것으로 보인다.<sup>201)</sup>

두 번째는 타인의 상표나 상호 등을 등록하여 동일한 또는 유사한 상품이나 서비스에 적극적으로 사용하는 경우이다. 독일의 경우 상표법에 기초한 상표 보호는 사적인 영역<sup>202)</sup>이 아니라 상업적인 거래에서 사용되

200) 이 법은 상표의 회색화 현상을 "유명 상표권과의 경쟁관계나 오인, 혼동 가능성의 유무와는 무관하게 유명상표의 상품 식별력을 감소시키는 행위"라고 정의하고 있다(15 USC § 1127).

201) 4. 公共의 秩序 또는 善良한 風俗을 損란하게 할 염려가 있는 商標(제7조1항 4호).

202) 독일에서 도메인 네임 사용의 사적인 영역에서 청구권은 §§12, 823, 1004 BGB 또는 §826 BGB에 의해 대항할 수 있고 영업적인 사용을 위하여는 서명법적인 청구권이 §12 BGB에 따라 기업법적인 것은 등록과 도메인 네임의 §37 Abs. 2 독일상법에 의해 대항할 수 있다(Sybille Heyms, Werbung onlie, 2002, S. 146, 147).

어야 한다.<sup>203)</sup> 따라서 독일에서 상표법의 적용은 웹사이트에서 오직 사적인 목적으로 상표를 도메인 네임으로 등록하는 경우에 처음부터 적용이 배제된다고 볼 수 있다.<sup>204)</sup> 우리나라의 경우 상표권이 침해되었다고 인정될 경우, 상표권자 또는 전용사용권자는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다(상표법 제65조). 또한 법원은 고의 또는 과실에 의하여 상표권 또는 전용사용권을 침해함으로써 상표권자 또는 전용사용권자의 업무상의 신용을 실추하게 한 자에 대하여는 상표권자 또는 전용사용권자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 상표권자 또는 전용권자의 업무상의 신용회복을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다(상표법 제69조). 우리의 경우 과거의 혼동가능성 기준에 의해 판단할 때에는 “국내에서 주지, 저명한 상표인 주연테크와 동일, 유사한 jooyontech.com 및 jooyon.com 도메인 이름에 대하여 도메인 이름의 사용 사실이 없는 이상, 도메인 이름을 등록하였다는 사실만으로는 상표법 및 부정경쟁방지법 위반을 인정할 수 없다”고 해석하고<sup>205)</sup> 판례는 나름대로 ‘혼동가능성’의 범위를 확대하려고 노력하였지만, 2001년 7월 1일부터 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위의 유형에 타인의 표시의 식별력이나 명성을 손상케 하는 행위(제2조 제1호 다목)를 추가, 시행함으로써 혼동의 가능성이 없는 ‘희석화’도 규제하게끔 되었다.<sup>206)</sup>

셋째로 동일한 또는 일반적인 명칭의 상표권, 상호권의 정당한 이용권자가 둘 이상 존재하는 경우 현실 세계에서는 보호받을 수 있으나 인터넷상에서는 보호받지 못하는 경우가 있다. 왜냐하면 인터넷상의 가상공간에서는 단지 하나의 도메인 네임만이 등록할 수 있기 때문이다. 일반적인 용어상표도 동일한 상황에 있다.<sup>207)</sup>

203) §14 Abs. 2, §15 Abs. 2 MarkenG

204) 현대호, 디지털경제법제의 제문제(III), 한국법제연구원, 2001-25, 65-67면

205) 인천지방법원 2000.6.16 선고, 2000가합1637 판결.

206) 방석호, 인터넷광고에서의 지적재산권 문제와 해결방안의 모색, 인터넷광고와 법, 2002-7, 29면.

207) 현대호, 전제논문, 67면.

## (1) 부정경쟁방지법과 도메인 네임

우리나라의 부정경쟁방지법에서는 국내에 널리 인식된 타인의 성명 상호 상표 상품의 용기 포장 기타 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매, 반포 또는 수입, 수출하여 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하는 행위를 부정경쟁행위라고 규정하고(부정경쟁방지법 제2조), 부정경쟁행위의 유형에 타인의 표시의 식별력이나 명성을 손상케 하는 행위(제2조 제1호 다목)를 추가, 시행함으로써 혼동의 가능성이 없는 '희석화'도 규제하게끔 되었다.<sup>208)</sup> 부정경쟁행위로 인하여 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다고 인정하는 자에게 부정경쟁행위를 하거나 하고자 하는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있도록 하고 있다(부정경쟁방지법 제4조).

또한 고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위로 타인의 영업상 이익을 침해하여 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임을 지게 함으로써 원래의 상표 또는 상호 등의 권리자를 보호하고 있다(부정경쟁방지법 제5조). 이 때 법원은 고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위로 타인의 영업상의 신용을 실추하게 한 자에 대하여 당사자의 청구에 의하여 손해배상을 대신하거나 손해배상과 함께 영업사의 신용을 회복하는 데 필요한 조치를 명할 수 있음을(부정경쟁방지법 제6조) 규정하고 있다.

독일에서 누군가가 상표를 영업상의 거래에 연결시키거나 모방하거나 그리고 거래상의 혼동의 위험을 야기 시켰을 때, 이것은 부정경쟁으로 취급된다. 이때 또한 그가 다른 상표를 선택할 수 있었거나 그것을 추측할 수 있을 때이다. 경쟁법적인 청구권은 부정경쟁방지법 제1조에 따라 본래의 것에 대한 혼동(Herkunftstaeschung)을 피할 수 있었느냐가 고려되어 진다.<sup>209)</sup>

여기에서 구체적인 경쟁관계의 용인을 위하여 충분한 것은, 피해자가 어떠한 방법으로든 경쟁의 상태에 있어야 하며 이것은 원래상표가 호평

208) 방석호, 전제논문, 29면.

209) Baumbach/Hefermehl, I UWG Rn. 484.

을 받고 있는데 기인하며, 이것을 이용하려고 했다는 것이다.<sup>210)</sup> 또한 효과적인 경쟁법적인 개별보호를 위한 이익에 있어서 각 기업 당사자의 경기동등성(Branchengleichheit)은 필요치 않다.<sup>211)</sup> 혼동위험에 있어서 결국 본질적으로 이것은 사용한 도메인 네임의 “생산근접”에 의하여 결정된 것에 기인한다.<sup>212)</sup>

독일에서 또한 상표에 대한 희석화는 부정경쟁방지법 제13조의 위반이 가능하다. 이러한 경우는 상표가 유명한 경우이며, 이러한 유명세는 포괄적인 거래가치를 근거로 하여 유일한 상표효과와 광고효과 혹은 양도할 수 있는 경쟁적인 소유권형태를 지니고 있으며, 이러한 것들로 인하여 다른 상표로부터 구별되어 진 경우이다.<sup>213)</sup>

결국 문제가 되는 것은 목표주소(Zieladresse)로서 도메인 네임의 이용이 적합하나? 유명한 상표의 광고효과를 희석화를 발생시켰나?는 것이다. “Camel Tours”의 사건에 따른 독일민사최고법원의 결정<sup>214)</sup>은 구체적인 위험이 없을 경우, 어떠한 법적인 중요한 한계를 넘지 않았을 경우에는 이 경우로 보지 않았다. 독일에서 경쟁법은 인터넷상 도메인 네임에 대한 분쟁의 규정을 위한 적합한 수단을 설명하고 있다. 그래서 규정에 따라 상표-해적에 대한 경쟁법적인 제거청구권과 부착위청구권을 근거하고 있다. 그러나 인터넷상 혼동위험은 완화된 기준에 의하여 판결되어진다. 그러나 이러한 것들은 도메인 네임의 소유권자가 자신의 상표로 청구를 이끌 수 있는지는 개별사건에 고려되어 진다.

도메인 네임으로써 종류개념의 이용 혹은 쓰여진 말에 대한 이용은 이에 대한 이의신청이 없어야 한다.<sup>215)</sup>

210) Baumbach/Hefermehl, §1 UWG Rn. 566b.

211) BGH v. 29. 11. 1984-I ZR 158/82, GRUR 1985, 550, 552, Baumbach/Hefermehl, Allg Rn. 138 b.

212) so auch Poeck in: Schwarz, 4-2.2, S. 25; i.E. ebenso Viefhues in: Hoeren/Sieber, 6 Rn. 142.

213) Baumbach/Hefermehl, Allg Rn. 138 a/b; Koehler/Piper, 1 UWG Rn. 320.

214) BGH v. 2.4.1987 - I ZR 27/85, GRUR 1987, 711, 713.

215) Tino Baumann, a.a.O., S. 26.

## 4. 도메인 네임에 의한 상표권침해의 사례

## (1) 우리나라

1) 샤넬사건<sup>216)</sup>

## 가) 사건경위

원고 샤넬은 향수 등의 화장품류나 속옷, 악세사리 등을 지정상품으로 하여 'chanel' 또는 '샤넬' 표장을 문자상표로, 의류 화장품향수류 판매대행업을 지정서비스업으로 하여 '샤넬' 표장을 서비스표로 각각 등록한 상표권자였다. 원고의 상품은 우수한 품질로 외국에서는 물론 우리나라에서도 잘 알려진 유명한 상품이었다. 피고는 1998년 12월 30일 국내 도메인 네임의 등록업무를 담당하고 있는 한국인터넷정보센터에 'chanel.co.kr'이라는 도메인 네임을 등록한 후 그 홈페이지 여러 곳에 'Chanel International'이나 '샤넬 인터내셔널'이라는 상호를 표시하고 페르몬 향수, 콘돔 등을 비롯한 각종 성관련 상품들과 여성용 속옷을 판매하였다. 특히 페르몬 향수의 광고에는 '프랑스 직수입품'이라고 표시하였다. d)에 원고인 프랑스 샤넬사는 상표권 등의 침해금지를 청구하는 소송을 서울지방법원에 제기하였다. 피고는 소송제기 이후 상호를 '샤넬 인터내셔널'에서 '다인코리아' 등으로 바꾸었으며, 란제리(여성용 속옷) 판매를 품목에서 제외하고 페르몬 향수에 대한 광고에 '프랑스 직수입품'이라는 표현을 삭제하였으며 홈페이지 초기화면에 '본 사이트는 현재 프랑스 샤넬사와 소송 중에 있습니다. 아울러 저희 회사는 프랑스 Chanel사와 무관함을 밝힙니다'라는 문구를 기재하였다.

## 나) 판결내용

서울지방법원은 피고는 소송제기 이후에 상호를 변경하고 홈페이지에 샤넬 등의 상호나 유사한 표시를 모두 삭제하였으나, 피고가 이 사건 'chanel.co.kr'이라는 도메인 네임을 자신의 위 홈페이지 주소로 사용하고 있는 한 언제나 다시 원고 샤넬의 영업표지와 동일, 유사한 표지를 사전의 홈

216) 서울지방법원 1999. 10. 8 선고 99가합41812 판결.

페이지에 표시·사용함으로써 원고들의 이익을 침해할 우려가 있다 할 것이므로, 원고들은 이와 같은 부정경쟁행위에 대한 예방청구로서 여전히 피고에게 위와 같은 상호 등의 사용금지와 도메인 네임의 등록말소청구를 할 수 있다고 하면서, 부정경쟁방지법 소정의 영업주체의 혼동은 주체의 동일성에 관한 협의의 혼동 외에 후원관계의 혼동도 포함하는 광의의 혼동이라고 해석되고, 따라서 사넬의 상호 등을 포함한 이 사건 도메인 네임 및 상호나 표시를 사용한 것은 부정경쟁행위에 해당한다고 판시하였다.

다) 평 가

우리나라에서 이 사넬사건이 갖는 의미는 처음으로 도메인 네임과 관련된 사건이라는 데 있다.<sup>217)</sup> 이 판결은 상표권 침해는 인정하지 않았지만 도메인 네임의 선점수 선등록 원칙을 파기한 사건으로서 주목을 받는다.<sup>218)</sup>

이 판결은 부정경쟁행위가 되기 위해서는 경쟁자의 상호표시가 침해받는 자의 상품이나 그 자가 영업의 주체인 것처럼 혼동할 수 있어야 한다는 부정경쟁방지법의 규정을 적용하고 있다(개정전의 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조 제1호 가, 나목). 이 판결에서 부정경쟁방지법은 '주지성'을 바탕으로 부정경쟁행위의 개념을 영업 주체의 동일성에 대한 혼동은 물론이고 양자 사이에 영업상, 조직상, 재정상 또는 계약상 어떤 관계가 있는 것인지에 대한 광의의 혼동 내지 후원관계의 혼동을 의미하고 있다.<sup>219)</sup>

이 사건은 개정 부정경쟁방지법에 따르면 제2조 제1호 다목에서 규정하고 있는 상표의 희석화방지 규정에 따라 해결되었을 사건이라고 본다. 다만 개정법에 따르더라도 도메인 네임에 대한 일반적인 희석화방지규정

217) 우리나라에서 도메인명과 관련된 최초의 분쟁은 1996년에 발생한 미국의 이동통신 관련업체인 Nextel사가 한국의 인터넷서비스제공업체인 Nextel사의 도메인 네임인 nextel.net이 자사의 도메인 네임인 nextel.com과 유사하여 자사의 등록상표인 NEXTEL을 침해하고 있다고 하여 도메인 네임을 사용하지 못하도록 한 사건이다. 한국의 Nextel사가 그들의 도메인 네임을 사용하지 않는 것으로 하여 이 사건은 종결되었다.

218) 원낙연, "디지털화와 상표권-도메인 네임으로 중심으로", 디지털은 자유다, 이후, 2000, 132면.

219) 박석호, 전제논문, 13면

의 적용에도 의문은 있다. 상품과 서비스류의 구분이 없는 도메인 네임의 체계에 대한 고려 없이 이를 일률적으로 적용하는 데에는 무리가 있다고 본다.<sup>220)</sup>

2) 하이마트사건<sup>221)</sup>

가) 사전경위

신청인은 1989년 경부터 '하이마트'(MHMART)라는 상호로 가전제품 판매업을 시작하여 1999년 19월경에는 전국적으로 산하대리점 수가 약 200개에 이르고, 매출액을 기준으로 국내 가전제품 유통시장의 약 16%를 차지하는 가전제품 유통업자이고, 피신청인은 한국인터넷정보센터에 'http://www.himart.co.kr'이라는 도메인 네임을 등록함 후, 위 도메인 네임에 개설된 웹사이트에서 전자부문방식에 의한 가전제품 등의 판매업을 하고 있었다. 그리고 그 홈페이지나 하위 사이트 좌측 상단에 'Himart'라는 표시를 해 두고 있었다.

나) 판결내용

서울지방법원은 피신청인의 도메인 네임 앞부분에 표시된 'himart'가 신청인의 상호인 '하이마트(HI-MART)'와 거의 동일한 것으로 인식되기 때문에, 이는 소비자들로 하여금 영업주체를 혼동하게 하는 행위로서 신청인에 대한 부정경쟁행위를 구성한다고 함으로써 앞의 샤넬사건과 유사한 판단을 하고 있다.

3) 비아그라 사건<sup>222)</sup>

가) 사전경위

원고는 발기기능장애에 치료제인 비아그라를 비롯한 다수의 의약품을 개발하여 판매하는 미국회사 및 그 한국자회사이고, 피고는 'viagra.co.kr'

220) 정규, 보이지 않는 상표권의 침해, 인터넷법률, 2001년 7호, 25면.

221) 서울지방법원 1999. 11. 24. 99카합2819 결정.

222) 서울지방법원 1999.11. 18. 선고 99가합8863 판결.



이라는 인터넷 도메인 네임의 홈페이지를 개설, 운영하면서 인터넷 통신망으로 생취즙, 취수 등의 건강식품을 판매하고 있었다. 원고는 발기기능장애에 치료용 약제를 지정상품으로 하는 'Viagra'나 '비아그라' 문자상표와 항생물질제 등의 다양한 약제를 지정상품으로 하는 'PFIZER' 문자상표를 등록해서 사용하는 상표권 보유자 및 통상사용권자로서 피고가 피고의 도메인 네임에 원고의 상표와 동일한 문자를 사용한 점 피고의 홈페이지에 '비아그라 관련정보'라는 제목하에 비아그라에 관한 정보를 제공하면서 원고의 상표를 사용한 점이 상표권의 침해 및 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하였다.

나) 판결내용

이 사건에서 서울지방법원은 타인의 등록상표를 도메인 네임으로 이용한 행위에 대하여 상표권침해 및 부정경쟁행위에 해당하지 않는다고 판결하였다. 즉, 법원은 먼저 상표권침해에 있어서 피고가 원고의 문자상표와 동일한 지정상품인 약제는 피고가 판매하고 있는 생취즙 등의 건강식품과는 유사한 상품이라고 보기 어려우므로 상표법상 상표권의 침해가 있다고 인정할 수 없다고 판시하였다. 또한 부정경쟁행위에 관하도 이에 해당하지 않는다고 판시하였는데 이에 관한 세 가지의 원인을 다음과 같이 판시하였다. 첫째, 피고의 판매상품인 생취즙은 원고 상품과는 전혀 달리 숙취해소를 위한 효능이 있고 이를 홈페이지에 명시하였다는 점, 이에 반해 원고의 비아그라는 의사의 처방이 있어야만 구입할 수 있는 것으로 인터넷 통신망을 통하여는 구입할 수 없는 것이라는 점이다. 둘째, 원고들의 위 각 상표인 'Viagra'는 원고들이 개발하여 판매하는 발기기능장애 치료제를 지칭하는 기능이 다른 상표들에 비하여 무척 강하여 다른 상품과 혼동하기가 쉽지 아니한 점, 셋째 일반적으로 외국이나 외국계의 제약회사가 생취즙 등의 우리의 재래 건강식품을 판매한다고는 쉽게 생각되지 않는다는 점등을 종합하여 보건데 피고의 도메인 네임 혼동이나 원고와의 특수관계가 있는 것으로 혼동할 위험이 있다고 보기는 어렵고 또한 피고가 원고 상표의 고급 이미지나 주지, 저명성에 부상으로 편승하여 주지, 저명상품의 고객흡인력을 희석화시키는 것은 상품, 영업 주체의 혼동

과 무관하게 부정경쟁행위로 보아야 한다는 주장은 영미법상 소위 회색  
 화이론을 채택하고 있지 아니한 우리나라의 부정경쟁방지법하에서 받아  
 들일 수 없다고 판시하고 있다. 그러나 이 판결은 부정경쟁행위의 유형  
 에 譯識의 회색화가 추가적으로 입법됨으로써 서울고등법원의 판결<sup>223)</sup>  
 을 통하여 위의 비아그라 사건의 판결은 취소된다.

## (2) 독일의 사례

### 1) LG Köln 결정

- 누군가 도요타 자동차생산자의 허락 없이 "toyota.de"<sup>224)</sup>라는 도메  
 인 네임을 인터넷에서 사용하였다. 이는 독일의 상표표 제15조와 부정경  
 쟁방지법 제1조의 위반이다.

- "loveparade.de"라는 도메인 네임은 이것이 이름 혹은/그리고 상표  
 상 귀속되는 경우에 인터넷 주소로서 사용되어질 수 있다.

- "bahnhof.de"<sup>225)</sup> 독일 철도청(Deutsche Bahn AG)은 다른 한 계  
 공자보다는 "bahnhof.de"라는 도메인 네임을 소유할 보다 나은 권리를 가  
 지고 있다. 이 청구권은 경쟁법적인 청구근거에서 보호되어진다.

### 2) LG Berlin

- "deutschland.de" 사건에서<sup>226)</sup> "deutschland.de"의 도메인하에  
 있을 수 있는 것은 단지 독일 연방공화국인 경우이다. "deutschland.de"  
 는 지리적으로 쓰여진 것이 아니며 이는 이름을 표시하기 위한 것으로  
 인터넷 사용자의 많은 부분은 이 도메인네임으로 독일 연방공화국을 추  
 측하게 된다.

223) 서울고등법원 2001. 12. 11 선고 99나66719.

224) Landgericht Köln, Einstweilige Verfügung vom 14. Juni 1996.

225) Landgericht Köln, Beschluss vom 31 O 880/97- <http://www.netlaw.de/urteil/Igk-05.htm>.

226) Landgericht Berlin, Urteil vom 10. August 2000, 16 O 101/00-<http://www.net-law.de/urteile/lgb-8.htm>, <http://www.jurpc.de/rechrspr/20000211.htm>, MMR 1/01, S. 57ff.

- "Telekom" "telco"<sup>227)</sup>의 결정에서는 이들 사이의 혼동위험을 부인하였다. "T"라는 철자는 모든 유형에서 독일 텔레콤 AG의 표시로써 보여진다. 보호범위로는 단지 일정한 T의 특별한 그래픽의 형태를 통하여서만 되어질 수 있다고 하였다.

### 3) BpatG 결정

- t-com<sup>228)</sup> 상표는 Telekom과 t-com 사이의 상표를 혼동할 위험이 있다고 판결하였다.

## 5. 도메인 네임의 문제점과 분쟁해결

도메인 네임의 중요성은 수많은 인터넷 사이트들 중에서 굳이 인터넷 이용자가 검색 엔진을 통하지 않고 도메인 네임만으로도 원하는 정보를 찾을 수 있다는 데 있다. 그러므로 사이버 공간에서 도메인 네임은 상호나 상표 못지 않게 중요한 역할을 하고 있다.<sup>229)</sup> 이 때 제3자가 무임승차하여 유명 상표권자나 상호권자의 상표를 따서 도메인 네임으로 사용하거나 광고를 한다면 이에 대하여 원래 권리자의 피해는 클 것이다.

문제는 인터넷에서의 도메인 네임이 사업자의 동일성을 식별할 수 있는 상표적 기능을 충분히 수행할 수 있고 이로 인해 부당한 광고행위에 악용될 수 있음에도 등록 절차는 상표등록과는 무관하게 도메인 네임 등록 대행기관에 의해 '先접수, 先처리'의 원칙에 따르고 있기 때문에 문제가 발생할 수 있다. 이러한 등록절차는 매우 용이하다 할 수 있으나 특별히 이를 규율하는 법령도 없기 때문에 문제가 될 수 있다. 또한 이 뿐만 아니라 등록된 나라에서만, 그것도 해당 제품이나 서비스 시장에서만 제한적 보호를 받는 상표권과 달리 도메인 네임은 전세계적으로 하나밖에 존재하지 않고, 더욱이 등록비와 유지비를 납부하는 한 영구적으로 사용할 수 있기 때문에 기존 오프라인의 상표권자와 도메인 네임 先占者 사이의

227) Urt.v. 12.05. 2000- 5U 9058/98, ZUM-RD 1/01, S. 26ff.

228) Urt. v. 04. 05. 1999, Az.: 24 W (pat) 228/97; JurPC-Web-Dok. 158/1999.

229) 정경석, 도메인 네임 분쟁에 관한 분석 및 접근, 인터넷법률 5호(2001.3), 98면.

갈등과 다툼은 불가피하다는 데에 있다.<sup>230)</sup> 현재 국내에서 소송까지 발전한 도메인네임 분쟁의 대부분의 경우 원고는 피고의 도메인네임 등록 및 사이트 운영행위를 상호권, 상표권 침해나 부정경쟁행위로 구성하여 URL, 인터넷 홈페이지, 전자우편주소 등에 해당 도메인네임을 사용하지 못하도록 하고 있으며 또한 해당 도메인네임의 등록말소를 청구하고 있다. 도메인네임 등록이 상호 또는 상표의 사용에 해당하는지에 대해서는 여전히 논란의 여지가 있으나, 법원은 주로 부정경쟁행위 특히 영업을 하는 주체의 혼동행위 개념을 원용하여 도메인네임 분쟁을 해결하고 있는 것으로 보인다.<sup>231)</sup> 부정경쟁방지법은 '주지성'(周知性)을 바탕으로 부정경쟁행위의 개념을 영업 주체의 동일성에 대한 혼동은 물론이고 양자 사이에 영업상, 조직상, 재정상 또는 계약상 어떤 관계가 있는 것인지에 대한 廣義의 혼동 내지 후원관계의 혼동을 의미하고,<sup>232)</sup> 혼동의 위험이 있는 이상 반드시 동종의 상품을 생산, 판매하는 경우에만 국한되지 않는다.<sup>233)</sup> 반면, 상표법은 지정상품, 서비스의 동일, 유사성 여부가 엄격한 기준이 되며, 외관, 호칭, 관념을 객관적, 전체적, 離隔的으로 관찰하여 그 어느 한 가지에 있어서라도 거래상 그 상품간에 오인, 혼동의 우려가 있는지에 의해 판단하지만<sup>234)</sup> 상품간 유사성이 없는 경우까지만 상표법이 미치지 않는다는<sup>235)</sup> 차이점이 있게 된다. 만약 오프라인에서의 저명 상표를 도메인 네임에 악용, 부당한 영업 활동을 하는 자를 규제하기 위해 도메인 네임에 대한 '회색화' 기준을 사용하게 되면 상표권자와 도메인 네임을 먼저 사용하고 있는 제3자 사이에 경쟁관계가 존재하지 않고 출처 혼동이 전혀 없는 경우에도 저명 상표의 도메인 네임 사용으로 인하여 당해 저명 상표의 신용과 명성 또는 고객흡입력을 떨어뜨린다고 인정되는

230) 방석호 전계논문, 27, 28면.

231) 정경석, 전계논문, 134면.

232) 서울지방법원 1999.10.8. 선고 99가합41812 판결(샤넬판결), 서울지방법원 1999. 11. 24. 선고 99카합2819 판결(하이마트 판결)

233) 서울지방법원 동부지원 1999.11.18 선고, 99가합8863 판결(비아그라 판결). 그러나 동 판결은 부정경쟁행위의 유형에 '標識의 회색화'가 추가, 입법됨으로써 서울고등법원 2001. 12. 11 선고, 99나66719 판결을 통해 취소된다.

234) 대법원 1985. 9. 24 선고, 84후98 판결

235) 같은 입장은 송영식, 이상정, 황종환, 지적소유권법 (하) 제 5전정판, p. 224.

경우에는 제재를 받게 된다. 그러나 현재로서는 도메인 네임을 먼저 등록하였다고 하여 등록기관과의 채권적 권리외에 제3자에 대한 특별한 배타적 권리까지 발생한다고 입법화한 나라는 없으며 우리의 경우도 '회석화'라는 새로운 기준이 도메인 네임 관련 분쟁에 얼마나 쉽게 접목될 수 있는지 아직은 미지수이다.

상표법과 부정경쟁법과는 달리 도메인네임은 그 특성상 이렇게 국제적인 관계를 갖고 있기 때문에 다국적 기업이 포함된 분쟁 발생시 어떤 나라가 재판 관할권을 가지고 어떤 기준에 의해 해결되어야 하는 문제에 대해서도 아직까지 획일적 국제 기준이 정해지지 않고 있다.<sup>236)</sup> 도메인 네임의 국제적 분쟁에 대해서는 ICANN(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)이 1999. 8. 26 채택한 UDRP(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) 및 절차 규정(Rules for UDRP)등이 com, org, net 등 일반최상위도메인네임과 관련된 분쟁해결의 강제적 행정절차를 규율하고 있고 분쟁해결기관으로는 세계지적재산권기구(WIPO), 전미중재원(NAF), DeC(Disputes.org/eResolution Consortium) 등으로<sup>237)</sup> WIPO는 ICANN에 의해 첫 번째 분쟁해결기관으로 승인을 받았다.

실제의 중재절차가 도메인 네임을 등록할 때부터 후에 상표권자와의 분쟁이 발생하면 UDRP에 따르겠다고 동의를 하지 않으면 등록 자체를 하지 못하게 함으로써 사실상 시작되는 것이기 때문에 동의를 바탕으로 강제 결정을 하는 점은 중재와 외형은 비슷하다. 그러나 UDRP에 따라 결정이 내려지더라도 법원의 확정 판결과 동일한 효력을 인정받지는 않고 당사자는 법원에 소송을 다시 제기할 수 있는 차이점이 있다.<sup>238)</sup> 행정적 분쟁해결절차에서 나온 결정을 법원이 그대로 사법적 판단에 적용할 것인지 아니면 국제사법상의 준거법에 따라 상표권자 등의 권리침해 여부를 판단해야 할 것인지 논란의 여지가 있다.<sup>239)</sup>

236) 방석호, 전계논문, 29면.

237) 정경석, 전계논문, 135면.

238) 방석호, 전계논문, 30면.

239) 전자상거래법, 사법연수원, 2000, 242면 참조.

## 제 2 절 메타태그와 검색엔진, Link, Frames 그리고 사이버몰

### 1. 메타태그와 검색엔진

최근 문제되고 있는 새로운 침해행위는 메타태그를 이용한 보이지 않는 타인의 상표권 침해행위이다.<sup>240)</sup> 인터넷에서 소비자들은 특정한 웹사이트에 처음 접속하기 위해 도메인네임을 이용하거나 검색엔진을 통하여 검색을 하여야 한다. 웹사이트의 존재가 알려지기 위해서는 검색엔진과 웹사이트가 연결되어야 하는데, 웹페이지를 이루는 글과 그래픽은 하이퍼텍스트언어(HTML)로 구성되고 웹브라우저는 하이퍼텍스트언어로 화면에 나타내고자 하는 것만이 읽어들일 수 있게 해준다. 그리고 이 하이퍼텍스트언어는 사이트의 이용자가 볼 수 있는 부분뿐만 아니라 웹브라우저에 의해서만 읽혀지는 태그와 마커들로 이루어진다. 이러한 것들의 하나가 메타태그이다. 메타태그는 인터넷검색엔진이 일정한 검색언어에 따라서 원하는 웹사이트를 효율적으로 검색하도록 도와주기 위해 웹페이지에 포함시켜 놓은 색인어를 말한다.<sup>241)</sup> 검색엔진에는 예를 들어 Alta Vista,<sup>242)</sup> WebCrawler,<sup>243)</sup> 혹은 Lycos<sup>244)</sup> 등이 있다. 웹사이트의 제작자나 운영자들은 자신의 사이트에 많은 접속을 유도하기 위하여 사이트 내용과는 무관한 검색어를 붙여놓는 행위를 한다. 그들은 저명한 경쟁업자의 명칭을 자신의 메타태그에 기술해 놓음으로 저명한 경쟁업자의 사이트를 검색하는 경우 항상 자신의 사이트도 검색되도록 하여 이익을 취하고자 하는 것이다. 이러한 행위로 인하여 웹사이트 운영자는 특별한 노력을 하지 않고 저명한 경쟁업자와 경쟁을 하게 되고, 나아가서는 직접적으로 저명한 경쟁업자의 상표권을 침해하게 된다.

240) 박준석, "메타태그와 상표권 침해", 인터넷과 법률, 현암사, 2000, 135면.

241) 정상조, "인터넷과 법률", 인터넷과 법률, 현암사, 2000, 21면.

242) <http://www.altavista.de>

243) <http://www.crawler.de>

244) <http://www.lycos.de>

우리나라의 경우 개정된 상표법이나 부정경쟁방지및영업비밀보호에 관한 법률(이하 부정경쟁방지법으로 한다)에서 혼동이론을 적용하여 이 문제를 해결하고자 하였으나 문제해결에 한계를 가짐으로써 미국식의 희석화 이론을 도입하는 법의 개정이 있었다. 그러나 우리나라에서는 미국법에서와 같은 명확한 규정을 개정하지 못하고 이에 대한 것을 그 규정을 추상화로 인한 해석의 문제로 남겨두고 있다. 아직 이에 관한 판례는 하나도 없으며 앞으로 이에 대한 법원의 판단을 주시해 보아야 할 것이다.<sup>245)</sup>

독일의 경우 LG Mannheim<sup>246)</sup>에서는 한 기업상당 회사가 직접적인 경쟁자의 등록된 기업이름을 상표로써 자신의 메타태그에 표시한 것에 대한 사례를 판결하였다. 검색엔진에서 이 이름을 올리면 열 가지의 명칭이 주어지는데 찾던 기업 외에 추가적으로 자신의 경쟁자가 리스트에서 발견된다.

이것은 상표법적인 위반 이외에도 부정경쟁방지법 제3조에 의한 오인 유발이라고 볼 수 있다. 이에 피고는 원고와 경제법적 그리고/혹은 회사 법적 연관관계를 지고 있다는 것으로 이끌어 졌기 때문이다.<sup>247)</sup>

LG Frankfurt a. M.<sup>248)</sup>에서 자신의 홈페이지의 HTML-Code에 메타태그로서 한 변호사이름을 이용하는 것은 이 사이트가 그의 개인이나 혹은 그에게서 행하여지는 일들과 관계가 없는 한 이것을 금지하였다.

LG Frankfurt의 "diaprog"<sup>249)</sup>사건은 검색엔진 결과에 대한 출현이 상표법적으로 보호된 개념의 입력에 있어서 상표권침해를 보였음을 판결하였다. 이것은 또한 논쟁이 되는 개념이 그렇게 발견된 웹사이트 상에서 혹은 메타태그에서 나타나는 것이 증명되어 질 수 없을 때도 효력이 있다.

245) 정규, 보이지 않는 상표권의 침해, 인터넷법률7호, 2001, 7면.

246) Urteil v. 1.8.1997, 7 O 291/97, CR 1998, 306.

247) 비슷한 판결은 LG Hamburg, Beschluss v. 13.9.1999, 315 O 258/99, CR 2000, 121; LG Hamburg, Urteil v. 16.2.2000, 315 O 25/99, CR 2000, 392.

248) LG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27. 09. 2000 2-06 O 679/00, <http://www.jurpc.de/rechtspr/20000247.htm>

249) Landgericht Frankfurt, Urteil vom 14. Dezember 1999, 3/11 O 98/99, [http://www.netlaw.de/urtrile/lgf\\_8.htm](http://www.netlaw.de/urtrile/lgf_8.htm)

LG Hamburg<sup>250)</sup>는 영업 표시의 이용(Verwendung einer geschaefflichen Bezeichnung)이 한 웹사이트의 메타태그에서 상표권을 침해한 것으로 결정되었다.

## 2. Link

### (1) 링크에 대한 개관

링크는 웹상에서 특별한 유형으로써 “인터넷의 심장부위(Herzstück Internets)”<sup>251)</sup>라고 할 수 있다. 일반적으로 웹 이용자가 웹페이지를 방문하는 방법에는 두 가지가 있다. 하나는 웹페이지의 URL을 직접 브라우저에 타이핑하는 방법이고 이 때에는 물론 주소를 알아야 한다. 다른 방법은 링크를 이용하여 웹페이지에 연결되는 방법이 있다. 링크는 웹사이트의 이용을 빠르게 할뿐만 아니라 직접적으로 관련된 테마에 도달하게도 함으로 보다 폭 넓은 정보의 이용을 가능하게 한다. 이용자는 따로 자신이 찾는 정보를 찾지 않아도 되며 단지 “웹사이트에 링크 되어진” 것을 마우스로 클릭하는 것으로 충분하다. 이때 이용자는 원래의 홈페이지를 떠나게 되는 것이다.<sup>252)</sup> World Wide Web이 처음 만들어졌던 1990년부터 모든 사람들이 쉽게 통신을 하고 정보를 공유할 수 있게끔 짜여진 웹의 특성을 살리기 위하여서는 어떤 정보이든지 자유롭게 접속할 수 있도록 하기 위한 링크는 꼭 필요한 필수적인 수단으로 간주되었다.<sup>253)</sup> 링크는 단지 홈페이지 제작자가 인터넷에 올린 하이퍼텍스트 문서<sup>254)</sup>에 링크가 저작권법상 복제에 해당하는가가 문제가 된다. 예를 들면 <a href=“http://www.eclaw.net/”> 전자상거래 부티크 로펌</a>과 같이 링크

250) Landgericht Hamburg, Urteil vom 13. September 1999, 315 O 258/99, [http://www.netlaw.de/urteile/lghh\\_9.htm](http://www.netlaw.de/urteile/lghh_9.htm)

251) so Kochinke/Troendle, CR 1999, 190.

252) Tino Naumann, a.a.O., S. 34.

253) Mark Sableman, Link Law: The Emerging Law of Internet Hyperlinks, <http://www.ldrc.com/cyber2.html>; 방석호, 전제논문, 13면.

254) 보통 HTML이라는 홈페이지 제작 언어를 이용하기 때문에 HTML문서라고 하며, htm이나 html의 확장자를 가진다.



하고자 하는 웹사이트의 이름인 인터넷 주소(URL<sup>255</sup>) 여기서는 www.eclaw.net이다)에 링크하는 태그(Tag)를 붙여 놓은 것에 불과하고 웹사이트의 내용에 대한 복제행위가 전혀 이루어지지 않았기 때문에 저작권법상 복제에 해당한다고 할 수는 없다.<sup>256</sup>)

그러나 최근의 홈페이지는 단순한 텍스트뿐만 아니라 음악, 이미지 등이 혼합되어 있는 복합사이트의 경향을 띄고 있으며, 똑같은 내용과 형식을 가진 홈페이지는 존재하지 않기 때문에 홈페이지는 저작권법에 의해 보호는 저작물로 성립하기 위한 요건의 하나인 창작성<sup>257</sup>)이 인정되는 경우가 적지 않다. 따라서 타인의 홈페이지의 내용이나 형식을 홈페이지 제작자의 허락 없이 자신의 홈페이지에 링크 하는 행위는 저작권침해의 문제가 생긴다.

링크행위를 일괄적으로 저작권침해여부를 판단하기는 곤란하다. 이에 링크를 크게 두 가지로 분류하면 우선 단순링크와 직접링크로 나눌 수 있다. 단순링크는 홈페이지의 도메인 네임만을 링크 하는 것을 말한다. 직접링크는 루트 도메인이나 서버 도메인의 홈페이지 내부에 있는 특별한 파일, 문서 자료 등에 대한 직접적인 링크를 의미한다. 이에 관하여 살펴 보면 다음과 같다.

## (2) 단순링크의 저작권침해여부

단지 도메인 네임만을 링크는 단순링크를 저작권침해로 볼 수 있는가?에는 긍정설과 부정설 그리고 제한적 긍정설로 나뉘어 진다. 예를 들어 A사이트에서 링크를 통하여 B사이트로 넘어간 것은 단지 이동에 불과한

255) 문서에 부여하는 특별한 이름이 있다고 하여도 그것 자체는 저작권의 보호 대상이 되지 못한다.

256) 최경진, e법, 241면.

257) 저작권에 의해 보호되어지는 편집저작물의 독창성(originality)에 대한 실체를 우리의 저작권법은 '소개의 선택과 배열의 창작성'으로 설명 저작권법 제6조에 규정하고 있다. 대법원도 이를 반복적으로 확인하고 있다. "편집물이 편집저작물로서 보호를 받으려면 일정한 방침 혹은 목적을 가지고 소개를 수집, 분류, 선택하고 배열하여 편집물을 작성하는 행위에 창작성이 있어야 한다."(대법원 1996. 6. 14. 선고 96다6264 판결); "편집저작물에 있어서도 소개의 선택 또는 배열이 창작성이 있어야 독자적인 저작물로 보호된다."(대법원 1993.6.8. 선고 92도2963 판결).

것이지 B사이트에서 나타나는 것은 실제적으로 A사이트 자체이기 때문에 이를 복제라고 할 수 없다는 것이다. 부정설에 따르면 모든 홈페이지는 고유의 형식과 내용을 갖고 있으므로 이는 저작권법이 보호하고자 하는 '창작성'이 인정되는 저작물이며 그러므로 이러한 링크행위는 저작권의 침해로 볼 수 있다는 것이다. 따라서 타인의 홈페이지를 자신의 홈페이지에 링크하기 위해서는 저작자의 허락을 받아야 한다는 주장이다.<sup>258)</sup> 제한적 긍정설은 해당 홈페이지에 따라 그 저작자의 동의를 요구하는 접속계약이 규정되어 있다면 동의를 구하여야만 하고 만약 이 경우 저작자의 허락 없이 그 사람의 홈페이지의 주소 첫 페이지를 단순히 링크 하는 경우에는 비록 출처를 명시한 경우에도 저작권침해에 대한 책임을 면할 수 없다고 한다. 그렇지만 홈페이지에 그러한 접속계약 규정이 없는 경우에는 링크가 허용될 여지가 있지만 저작자의 허락 없이 링크가 허용되는 것은 루트 도메인 네임 링크의 경우에만 한정된다.<sup>259)</sup>

### (3) 직접 링크의 저작권침해여부

직접링크 역시 단순링크와 마찬가지로 접속계약규정의 유무에 따라 파악할 수 있을 것이다. 그런데 이 경우 유의해야 할 것은 현재 대부분의 웹사이트들은 프레이밍기법<sup>260)</sup>에 의해 제작되어 있어서 링크의 방식에 따라서는 링크의 대상이 되는 홈페이지와 링크를 하는 홈페이지간의 구분이 불명확하게 되어 원래 홈페이지 제작자의 의도를 무시하는 결과가 발생할 수 있다는 점이다. 그러므로 직접링크의 판단여부는 링크를 제공하는 사이트가 계약규정이 없는 경우에 링크의 제공자가 영리성을 가지고 있는가의 여부를 기준으로 하여 허용 여부를 판단하여야 할 것이다. 비영리의 경우에도 링크를 하는 사이트에 구현이 되는 특히, 프레이밍 기

258) 송영식, 이상정, 지적재산법(3정판), 378면.

259) 저작권심의조정위원회편, 지구촌 통신과 저작권, 1997, 34면.

260) 홈페이지 기법의 하나로서 윈도우 화면을 여러개로 나누어 서로 다른 내용을 보여 줄 때 각각의 부분을 프레이밍이라고 한다. 즉 홈페이지를 다중 면으로 분할하여 보여 줄 때 쓰이는 기법으로 프레이밍 기법이 사용된 홈페이지에 접속한 후 링크를 하면 프레이밍의 일정 영역이 계속해서 인터넷 브라우저의 일정부분에 남아 있을 수 있게 되어 사용자는 현재 어느 홈페이지를 보고 있는지 전혀 모를 수가 있다.

법에 의한 링크의 경우에는 어느 사이트 제공자의 자료인지가 불분명하게 될 수 있으므로 단순 링크의 경우보다 더 엄격하게 그 출처를 명시하는 것이 요구된다고 볼 수 있다.<sup>261)</sup>

#### (4) 허락되지 않는 링크(Unzulässige Links)

독일에서 링크와 링크를 통해 표시에 작용하는 침해는 표시소유자에게 침해에 따른 손해를 가져온 경우에 있어서 허락되지 않는 것으로 본다. 단지 문제는 링크의 변환으로 자신의 경제적인 이익에 도달하였는가 하는 것으로는 충분하지 않다. 더 나아가 요청되어지는 것은 표시소유자의 제공의 침해가 예를 들어 경쟁방해의 유형에 속하나 하는 것이다.

이러한 경쟁방해의 경우는 예를 들어 Deep-Link에서 이는 소위 표시소유자의 웹사이트의 위반으로 계속적으로 표현되어지고, 또한 이러한 경우는 방해가 웹사이트의 정보를 축약하거나, 허락되지 않는 비교광고(vergleichende Werbung)를 통해서 또한 표시이용(Kennzeichenausbeutung)의 출현과 혹은 표시희석화가 작용할 때 존재한다.<sup>262)</sup>

각 Verlinkung은 권리침해가 조사되어야 한다. 제공자가 Verlinkung가 허락될 것인지 확실하지 않을 때 그는 안전한 길을 가든지 아니면 링크 되어지는 자의 동의를 얻어야 할 것이다. 이것은 특히, 링크가 다른 제공이나 제공자와 연결되어 있지 않을 때가 아니라 이용자가 동일한 제공에 머물러 있을 때 링크를 통해 그러나 계속적인 내용이 나타날 때에도 효력이 있다. 이 경우에는 강제적으로 링크 당하는 제공자의 합의가 있어야 한다.<sup>263)</sup>

독일에서 이끌어낸 법원의 판결에서 Köln LG<sup>264)</sup>은 251개의 선택하여 그리고 편집하여 정리한 링크의 모음은 질적으로 작품성이 없는 단순한 정보은행으로서 저작권법 87조에 따라 보호된다고 판결하고 있다.

261) 장봉석, "인터넷에 있어서의 저작권의 보호", Jurist, 2001. 10, 63면.

262) Sybille, a.a.O., S. 197.

263) Sybille, a.a.O., S. 198.

264) Landgericht Köln, Urteil vom 25. August 1999, 28 O 527/98, [http://www.netlaw.de/urteile/lgk\\_14.htm](http://www.netlaw.de/urteile/lgk_14.htm)

Hamburg LG<sup>265</sup>)는 누군가 인터넷 사이트에 모욕적인 내용으로 되어 있는 것을 링크하여 사이트의 그 내용을 자기의 것으로 하였다. 타인의 사이트경영자에 대한 자기책임의 이러한 단순한 지시는 여기에서 충분하지 않다.

Frankfurt LG는 제공자의 웹사이트에 적법하지 않은 비교광고가 도달되어졌을 경우에 그 제공자 또한 TDG 제5조 1항에 따라 책임이 있다고 한다. 이는 적법하지 않은 내용으로 한 그의 웹사이트가 우선 몇 가지의 링크로 계속되는 활동을 통해 보여지는 경우라고 판결하고 있다.

### 3. 프레이밍

“프레이밍”(framing)이란 다른 웹사이트의 내용을 자신의 홈페이지에 융합시키는 것을 말한다. 프레이밍은 자신의 웹페이지를 2개 이상으로 분할하여 각각의 분할된 화면상에 별개의 웹페이지가 동시에 나타날 수 있도록 하는 기법이다. 이 때 발생할 수 있는 문제는 복제 전송권 침해 외에 링크된 웹페이지가 원래 의도된 바와 다르게 변형되어 나타난다는 점에서 2차적 저작물의 작성권이나 동일성유지권의 침해, 다른 웹페이지와 새롭게 결합되어 나타난다는 점에서 편집저작물의 작성권의 침해가 문제로 거론될 수 있다.<sup>266)</sup>

상표법 그리고 부정경쟁방지법적인 판결에서 프레이밍은 링크에서의 기본원칙에 의하여 이루어지며 프레이밍 자체는 상표법침해로 나타나지는 않는다. 그러나 프레이밍이 허락되지 않는 경우가 있는데, 이는 표현을 하는데 있어서 그러한 것을 행하는 자(Framende)가 타인의 상표나 표시가 자신의 서비스나 혹은 상품에 대한 성과인양 나타내거나 아니면 상표소유자의 광고행위가 어떠한 형식으로든 축소되었거나 위조된 경우, 이에 해당된다고 할 수 있다. 또한 이와 마찬가지로 허락되지 않는 것은 상표가 위조되어 오인을 유발한 경우와 관련된 때이다.

265) LG Lueck: Urteil vom 24. 11. 1998; ger. Az.: 11 S 4/98, <http://www.flick-sass.de/sauerstoff.html>

266) 이형렬, 링크와 프레이밍의 법적 문제, Lowlaw, 2002, 11, 55면.

이에 대한 독일의 지방법원 Luebeck<sup>267)</sup>은 웹사이트의 운영자가 표현을 위하여 타인의 내용을 프레임한 경우 통신서비스법(Teledienstgesetz) 제5조 1항의 의미에서 책임이 있다고 판결하고 있다. 이러한 경우는 그 표현에 있어서 그가 프레임 되어진 ("geframten")면과 그의 내용이 정신적으로 자신의 것처럼 표시하였다는 데 있었다. Hamburg 지방법원의 판결은 자신의 웹사이트에 프레임하는 경우에 있어서 타인의 내용에 대한 표현은 저작권자의 허락을 필요로 한다. 웹사이트의 출판은 여기에 대하여 꼭 명확한 동의(Zustimmung)를 표현해야 하는 것은 아니다. 자신의 웹사이트 안에 타인의 웹사이트의 내용을 표현하는 것은 그것이 자신의 내용이라는 인상을 주었을 때 어떤 경우든 저작권법의 위반이다라고 판결하였다.<sup>268)</sup>

#### 4. 사이버몰(virtuall malls)

가상시장은 인터넷상의 가상의 공간에서 일정한 범주에 의한 하이퍼링크들이 다양한 제공자들에 의해 상품과 정보가 모여지는 것을 의미한다. 이러한 경우에 시장의 의미로의 의견은 Verlinkung의 정당성에서 기인하고 있다.<sup>269)</sup>

링크하는 것은 시장형성의 이러한 유형에서 상표에 대한 침해로 나타낼 수 있다. 이미 설명되어진 것처럼 일정한 상표품목을 경영하는데 권리가 있는 기업은 그가 이러한 품목을 광고에서 제공할 때 허락을 받아야 하는 것을 기본으로 한다. 그러나 기업이 상품 생산자와의 계약상 연관관계가 있지 않을 때, 이러한 허락은 받아들여지지 않는다. 이미 상표가 이용된 경우 상표권의 침해로 확인되고 있다. 가상시장의 경우에서도 이것은 같은 경우이다. 제공자가 상표생산의 경영에 직접적으로 권리가 없고 그와 상표생산자간에 계약관계도 없다. 동일한 링크의 변환을 통해 생산자의 상표는 영업상의 거래에서 이용되었다. 이 때 이에 대한 사전승인은 없었으며 생산자의 상표권에 대한 침해가 있어진 것으로 본다. 이

267) Landgericht Luebeck, Urteil vom 24. November 1998, 11 S 4/98.  
[http://www.netlaw.de/urteile/lglue\\_1.htm](http://www.netlaw.de/urteile/lglue_1.htm).

268) Sybille, S. 203.

269) BGH NJW 1996, 1131, 1132.

러한 경우 링크의 변환은 부정경쟁방지법의 위반으로 나타난다. 이러한 표현의 행위를 통해 알게 되는 것은 제공자와 생산자 사이에 영업상의 관계가 존재한다는, 생산품에 대한 광고를 할 권리를 갖고 있다는 것으로 보여질 수 있다는 것이다. 이것은 오인을 이끌 수 있을 뿐만 아니라 그들의 평판을 이용하는 것으로 경쟁에 반하는 행위라 할 수 있다.<sup>270)</sup>

## 제 3 절 홈페이지 광고

### 1. 홈페이지 광고의 유형과 개념

홈페이지 광고는 제품을 직접적으로 소개하는 단순한 형태의 웹페이지 광고 콘텐츠, 사용자들의 흥미를 끌 수 있는 오락적 요소나 특정 정보 내용을 웹사이트 내용에 포함하여 수송자들의 재 방문을 유도하는 유형, 그리고 특정 마케팅 전략에 따라 예비가입자 모집, 고객불만 접수, 판촉 캠페인 등의 내용을 포함시킨 광고유형 등으로 나누어진다.

홈페이지 광고는 일반적으로 홈페이지 자체의 광고 효과를 인식하고 온라인 광고의 개념을 포괄적으로 정의하는 경우에 성립하는 용어이다. 즉, 온라인 광고를 배너광고와 타겟광고 뿐만이 아니라 인터넷 홈페이지를 통해 제공되어지는 모든 광고를 지칭하는 포괄적인 범주 안에서 규정하고 있다. 왜냐하면 일반적으로 인터넷상에서 행하여지는 모든 기업의 행위들은 광고로 인식되어 질 수 있기 때문이다. 온라인 광고를 단순히 배너 광고로만 파악하지 않고 인터넷상에서 이루어지고 있는 기업과 관련된 모든 광고를 포함하고 있는 것이다.<sup>271)</sup>

### 2. 홈페이지 광고와 분리법칙

홈페이지가 광고로써 간주되어질 때 물론 논쟁의 여지가 없는 것은 아니다. 이것은 독일의 부정경쟁방지법 제1, 3조의 규정과 관련되어지는 문제로써 분리법칙(Trennungsgebot)과 연관되어지는 문제이다.

270) Sybille, S. 196.

271) 리대룡외, "인터넷 광고의 정보기능에 관한 연구: 인터넷 쇼핑몰 홈페이지 이용자들 중심으로, 광고문화론집, 제6권 2호, 1999년 겨울, 21면.

분리의 법칙은 앞서 설명하였듯이 보도부분과 광고가 분리되어야 함을 의미한다. 이 원칙은 즉 방송 그리고 언론영역에서 뿐만이 아니라 정보와 통신서비스를 위한 인터넷상에서도 마찬가지이다.<sup>272)</sup> 분리법칙은 이용자나 소비자의 오인을 유발할 수 있는 것을 막기 위해서 발전되어왔다. 정보가 제공되어질 때 보도부분에 있어서는 편집의 객관적 의견이 근거되어지고 주관적 의견이 아닌 자신들의 상품 선전이 기업인들에 의해 보도되어진다.<sup>273)</sup>

홈페이지는 분리원칙의 관점에서 의견의 차이를 보이고 있다. 한쪽은<sup>274)</sup> 전체 기업의 홈페이지를 "광고" 개념하에 두었다. 이는 소비자가 광고와 내용사이의 구별이 더 이상 가능하지 않다는데 있다. 그래서 그는 인터넷 홈페이지의 분리원칙은 적용될 수 없다는 관점이다. 그러나 다른 쪽의 관점은<sup>275)</sup> 교수는 소비자와 홍보에 대한 광고, 공공성을 지닌 광고 사이에는 기업의 홈페이지 안에서도 구별되어야 한다는 생각이다. 그들은 미디어기업이 인터넷을 통해 상품을 제공하는 것에 대해서는 차별화 하여 전체 홈페이지를 위하여 표시의무화를 주장하고 있다. 그들은 홈페이지를 통일적으로 광고로 보는 것은 불공평하다고 생각한다.

그러나 이러한 논쟁은 추측컨대 EGG<sup>276)</sup>로 실행으로 인해 무의미한 논쟁이 될 수 있다. 전자적 거래를 위한 법적인 대강조건에 관한 법인 EGG에서 통신서비스(Teledienst)의 정보의무에 관한 사항을 정의하고 있다. 왜냐하면 §7 I EGG에는 어떤 경우에든 "상업적인 통신"은 인식할 수 있어야 한다고 규정하고 있기 때문이다.<sup>277)</sup>

### 3. 웹사이트에서 저작권보호문제

홈페이지를 제작하기 위해서는 많은 노력과 시간, 비용이 필요하다. 홈페이지가 유료사이트로 제공되어지지 않는 한 해당사이트의 제작자는 자

272) Baumbach/Hefermehl, WettbewerbsR I, Rn. 45a.

273) so auch Baumbach/Hefermehl, WettbewerbsR I, Rn. 30.

274) 대표자로 Hoeren교수: Hoeren WRP 1997, 993 ff.

275) Leopold/Braeutigam/Pferffer, WRP 2000, 575 ff.

276) BGBI I S. 3721 ff.

277) Sybille Heyms, a.a.O., S. 190.

신의 정보를 공유할 목적으로 공개하는 것이다. 따라서 어떤 홈페이지가 저작권법에 의해 보호되는 저작물인가의 여부를 판단하기 위해서는 저작권법의 요건을 살펴보아야 할 것이다. 저작권법 제2조 1호에 의하면 '문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물'로 저작물을 해석하고 있어서 홈페이지 제작이 이와 같은 목적을 갖고 있는가는 고려되어야 할 것이다. 우리의 저작권법은 저작물을 타인이 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있도록 하고(동법 제25조), 영리를 목적으로 하지 않고 반대급부를 받지 않는 경우에는 그 공표된 저작물을 공연 또는 방송할 수 있게 하고 있으며(동법 제26조), 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 복제까지 할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제27조). 그러나 웹사이트에서 상품판매를 목적으로 하는 광고의 경우, 영리를 목적으로 하는 것은 자명하다.<sup>278)</sup>

광고주가 타인의 홈페이지 안에 있는 문서, 파일, 사진 등과 같은 저작물을 링크 방식이 아니라 저작자의 허락 없이 자신의 웹사이트에 복제하여 사용하는 경우 이러한 행위가 저작권법상 인정될 수 있는지는 문제가 된다. 이러한 경우는 링크의 경우와 달리 무단복제에 해당하며 저작자의 복제권 침해에 해당한다고 할 것이다.<sup>279)</sup>

## 제 4 절 배너광고(Bannerwerbung)

### 1. 배너광고의 유형

온라인 광고는 일반적으로 사용자의 환경에 최대한 가깝게 접근 할 수 있는 형식을 띠기 위해 사용자가 사이트를 열었을 때 가장 잘 눈에 띄는 장소에 배너형식으로 나타내는 경우가 대부분이다.<sup>280)</sup>

278) 장봉석, 전제논문, 62, 63면.

279) 전석진, "디지털시대의 저작권", 정상조(편), 지적재산권강의, 1997, 262면.

280) 송민희, "인터넷 배너광고에서의 청각적 효과에 관한 연구", 안양과학대학논문집, 2000, 12, 284면.



배너광고는 웹페이지상에 게재된 직사각형 모양의 그래픽 광고로 웹 광고 중에서 가장 초기에 시작되었으며, 현재까지도 가장 널리 이용되고 있는 광고이다. 따라서 지금까지 온라인 광고의 전형을 이루고 있는 것은 배너광고이며, 인터넷 사용자들의 대부분이 배너광고에 많이 노출되어 있는 것으로 나타났다. 배너광고는 일반적으로 가로 120-150픽셀, 세로 45-120픽셀의 크기이며, 이를 클릭할 경우 해당 사이트로 연결되는 것이 일반적이다.<sup>281)</sup> 배너광고는 초기의 이미지 고정형 배너에서 주목률을 높이기 위해 이미 변환배너로 발전되었으며 더 나아가 소비자와의 쌍방향성 의사교환이 가능한 배너로까지 활용되고 있다. 이것은 배너 안에 검색과 거래기능까지 수행하도록 그 기능을 확장한 것으로 소비자에게 편리함을 제공한 것으로 웹사이트를 이동하지 않아도 모든 행위를 동일한 배너 안에서 행할 수 있도록 한 것이다.<sup>282)</sup>

배너광고에 관한 문제점을 검토하기에 앞서 우선 여러 가지 유형 중 게재방식에 의한 배너광고의 분류는 다음과 같다.

#### (1) 스태틱(Static)배너

대부분의 사이트에서 사용하는 보통방식으로 특정기술을 사용하지 않고 단지 그래픽 이미지와 텍스트 그리고 링크만을 사용하여 만든 것이다. 이는 웹 광고 초기에 최초로 사용된 배너이다. 이의 장점은 제작이 쉽고 모든 사이트에서 본질적으로 받아들여진다는 점이다. 그러나 이제는 진부한 점이 있어 수용자의 반응을 기대하기 어려운 단점이 있다.

#### (2) 애니메이션 배너(Animated banners)

동작이 있거나 행위가 있는 배너를 말한다. 이것은 대부분 2에서 20프레이밍을 사용한다. 보편적으로 널리 사용되기 때문에 스태틱(static)배너보다 'Click-Through'가 높다. 이것은 스태틱 배너보다 상대적으로 비용이 저렴하고 작은 크기로도 제작이 가능하여 널리 사용되고 있다.

281) 리대룡, 전계논문, 21년.

282) 이현우, 전계논문, 38년.

(3) 상호작용 배너(Interactive banners)

게임, 추가정보, 퀴즈, 구매 등이 추가되어 있는 배너로 단지 '클릭'으로 직접적인 상호작용이 가능한 배너를 말한다. 신기술의 발전으로 이러한 배너의 동장은 급성장하고 있다.

(4) 리치미디어 배너

온라인 광고의 형태가 단순한 배너 형태에서 다양화 되어가고 있다. 이 리치미디어배너를 간단히 말하면 소리가 크고, 현란하고 움직임이 있다는 데 있다. 리치미디어는 텍스트나 이미지가 아니라 비디오, 오디오, 사진, 애니메이션 등을 결합한 멀티미디어 형태의 온라인 광고이다.

광의의 의미로 정의된 리치미디어는 상호작용성을 지원하는 온라인 광고로서 자바, 자바스크립트(Javascript), 속웨이브(Schockwave), 스트리얼비디오(RealVideo)를 이용한 광고 방식까지를 리치미디어라는 개념 속에 포함시키기도 한다.

(5) 팝업광고(Pop-Up)

팝업 광고는 새로운 조그만 창에 나타나는 광고 형태를 말한다. 팝업 광고는 웹사이트의 원래 포맷을 변경하지 않으며, 광고의 형태로, 컨텐츠가 로딩/loading되는 동안 잠시 동안 보여주는 광고를 말한다. 틈새광고는 TV프로그램 사이의 스팟(spot)광고의 형태와 매우 흡사한 형태의 광고로 광고메시지의 도달율이 배너보다 높다는 것이 특징이다.<sup>283)</sup>

(6) 차단광고(Interstitials, Unterbrechungswerbung)

Interstitials는 독일말로 "Unterbrechungswerbung"이다. 이는 우리말로 차단이나 정지를 의미한다. 이 배너의 유형은 이용자의 행위에 상관없이 독자적으로 작동한다. 이는 일정한 웹사이트에 이용자가 선택한 사이트가 도달되기 전에 나타난다. 관찰자는 이 광고를 수용하도록 강

283) 이유재, "인터넷 광고의 이해와 실천에 관한 연구", 99면.

요당한다. 이러한 종류의 광고를 위한 통일적으로 규격화된 크기의 틀은 정하여지지 않았다. 진짜 차단광고와 팝업광고는 구별되어진다. 진짜 차단광고는 이용자가 일정한 사이트를 명령(지시)할 때 정확히 적극적인 브라우저 창에 삽입되어진다. 우선 클릭을 통해서 혹은 정해진 일정한 시간 안에 광고는 소멸되며 그후 원하였던 사이트가 나타난다. 광고자들을 위해서 이러한 형태의 광고유형은 장점이 되고 있다. 이것은 이용자가 광고를 단순히 없애려고 클릭하는 것이 아니라 실질적으로 원하는 선택한 사이트가 나올 때까지 기다려야만 하기 때문이다. 그러나 이에 대한 단점은 이용자가 실질적으로 광고가 없어지기를 기다려야 하는 것에 화가 날 수 있다는 것이다.<sup>284)</sup>

## 2. 배너광고유형에 따른 문제점

배너광고는 항상 계속적으로 발전하였다. 이로 인해 기업생산에 자주 연결되는 새로운 유형의 배너광고가 발전하고 있다.<sup>285)</sup> 배너광고에서 일반적으로 배너광고의 제공자는 유럽에서 국내법과 유럽법의 원칙을 따르게 된다.

배너는 소위 인터넷에서 투자된 광고로써(finanzierte Anzeige) 고려되어진다. 이 때문에 그들은 광고에서 가장 빈번한 표현유형으로 나타나고 있으며 이용자들은 배너광고를 신뢰한다. 배너의 이용자들은 규칙적으로 광고내용과 관련을 맺고 있기 때문에 각 배너광고가 분리원칙의 의미에서 광고로써 표시되어지지 않는다. 그러나 이용자를 위해 현재의 배너광고가 광고유형과 관련되는 것인지 명확하지 않을 때, 오인유발을 가져올 수 있으므로 이를 피하기 위하여 "광고"라고 배너광고의 표시를 하여야 한다. 그러므로 이것은 어떤 경우를 막론하고 선택되어진 배너유형이 명확히 광고와 동일 시 되어지나가는 것은 실험되어져야 하는 것이다. 여기서 의심의 여지가 있을 경우에는 오인유발을 회피하기 위한 표시가 요구되어져야 할 것이다.

284) Sybille, S. 192.

285) Zu weiteren Banner- und Werbeformen <http://www.werbeformen.de>

차단광고(Unterbrechungswerbung)는 실질적으로 어떠한 막간을 이용하여 발생되어지는 광고로서 이는 분리원칙에 부합한다. 왜냐하면 이 광고는 홈페이지를 방문하기에 앞서 호출되기 때문이다. 결국은 이러한 형식의 광고는 이용자를 귀찮게 하는 아주 중요한 침해행위로 보지는 않는다. 이것은 특별히 전체적인 그림이 번쩍거리는 광고일 때도 마찬가지이다. 이용자는 선택된 제공자의 웹사이트를 기대하고 있음에도 불구하고 이 광고를 받아들여야 한다.

Pop-Up 광고는 반면 전체 그림이 보여지지 않으며, 이용자는 어떤 형식 혹은 어느 장소에서 광고창이 뜨게 될지 아무런 영향력을 행사할 수 없다.

차단(Unterbrechung)으로 관계되어진 침해는 부정경쟁방지법 제1조의 위반으로서 평가되어 질 수 있으며, 차단광고의 형태는 그러한 가능성을 내포하고 있으므로 누구든 이러한 침해를 피하기 위하여는 각 차단광고(Unterbrechnungswerbung)를 단순히 클릭하는 것으로 이 창을 닫을 수 있어야 한다.

이외에도 배너광고는 현행법, 예를 들어 상표법, 표시법, 경쟁법의 규정을 위반해서는 안된다. 마찬가지로 배너에 있어서 저작권법적으로 보호되어 있는 작품을 허락없이 이용해서는 안된다. 이것은 또한 위의 제2장에서 설명되어진 광고의 한계에서 소개되어진 광고규제법도 이에 대한 효력을 갖는다.<sup>286)</sup>

## 제 5 절 E-Mail-Marketing과 뉴스레터

많은 광고주들은 값이 싼 이메일 광고를 이용한다. 원치 않는 메일을 스팸메일이라고 한다. 잠재적 고객의 이메일 주소를 모으고 그들에게 광고가 보내짐으로써 이러한 이메일을 통한 광고는 많은 경영자들뿐만 아니라 개인들에게도 화를 일으키게 한다. 독일에서는 지금껏 이러한 원치 않게 보내진 광고에 대한 적법성(Zulaessigkeit)을 법적으로 규정하고 있지 않다.

286) Sybille, a.a.O., S. 193-194.

그러나 원치 않는 우편광고는 이 분야에서 많은 법적 논쟁을 일으키고 있으며 많은 판례의 기본원칙들을 형성해 나가고 있다.

이것은 대부분이 우편광고, 전화광고 그리고 팩스광고를 위한 판례에 의존하고 있다. 이메일 광고의 일반 부적법성이 논쟁이 없는 것은 아니다. 현재의 시점에서 이에 관하여 개인에게 혹은 경영을 하는 이용자에 대한 원치 않는 이메일의 발신은 법의 위반으로 보고 있다.<sup>287)</sup>

원치 않는 메일광고에 대한 독일의 판례로는 Ellwangen LG의 판결<sup>288)</sup>에서 사전에 동의 없이 보낸 메일광고는 부정경쟁방지법 제1조의 선량한 풍속을 위반하는 것으로 판단하고 있다. 원고는 경쟁관계에 있는 피고에게 메일광고를 자신의 고객에게 보내지 말 것을 청구할 수 있으며 이미 메일광고의 전송으로 발생한 손해의 배상은 청구할 수 있다고 판시하였다. 이메일에 관한 AG Essen-Borbeck<sup>289)</sup>판결에서, 이메일을 통한 원치 않는 광고는 받는자의 소유권과 인격권의 방해로 표시되고 독일 민법 제823조에 따라 발신자에게 정지를 요구할 수 있다고 판결하였다. 또한 LG Traunstein의 판결에서도 원치 않는 이메일 광고를 개인 이메일 주소에 보내는 것은 경쟁위반으로 정할 수 있다고 판결하고 있다. 이외에도 원치 않는 이메일 광고에 대한 LG Berlin 판결들<sup>290)</sup>에서는 마찬가지로 이러한 원치 않는 이메일 통한 인격권의 침해와 이에 대해 부정적 측면에서의 정보자유를 설명하고 있다.<sup>291)</sup>

독일에서 아직 입법은 없지만 판례가 부정경쟁방지법 및 민법을 적용하여 원치 않는 이메일의 불법성을 인정하여 왔다. 아직 최고연방법원의 판결이 나오지 않은 상태에서 어떠한 결론이 날지는 두고 보아야 한다. 소비자를 강하게 보호하는 측면인 OPT-In방식에서 광고가 위축되지 않

287) Sybille, S. 205.

288) Urteil v. 27.08.1999- Az.: 2KfH O 599, MMR 1999, 675ff.

289) Urt. v. 16. 01. 2001-6C 658/00; Leitsätze: MMR 4/01, S. 261-<http://www.jurpc.de/rechtspre/20010062.htm>.

290) Urt. v. 30. 12. 1999 = Az.: 15 O 396/99, <http://www.advoris.de/Sz/000925/t000925mc.htm> 또는 Urt. v. 07. 01. 2000 = Az: 15 O 495/99, <http://home.t-online.de/home/rahilpuesch/recht/lgberlin.htm>.

291) 이명준, 스팸메일의 법률적 규제: 유럽연합지침과 독일 판례를 중심으로, 언론과 정보 제7호(2001.3), 125-132면 참조.

는 원활한 방식으로 진행될 수 있는 OPT-Out방식으로 바뀌어야 한다는 지적도 적지 않게 늘고 있다.<sup>292)</sup> 그러나 독일에서 미래에도 역시 판례가 보여줄 경향은 이메일 광고가 발송을 위한 정당한 근거 없을 때 그 이메일 광고에 대하여 소비자뿐만 아니라 경영자들로부터 금지가 요청되어 질 수 있을 것이다.<sup>293)</sup> 그러나 이것은 어떠한 경우에도 발신자로부터 증명되어야 한다.

다른 유럽국가들의 법률적인 입장은 통일적이지 못하다.<sup>294)</sup> 오스트리아나<sup>295)</sup> 그리스<sup>296)</sup>에서는 이메일 광고가(받는 사람의 동의 없는) 불법이고 더욱이 처벌을 통하여 보호되어지고 있는 반면, 프랑스나 벨기에에서는 지금껏 이러한 동일한 소비자보호규정이 없다.<sup>297)</sup>

사실 이메일은 단순하고 저렴한 값으로 무수히 많은 사람들에게 보낼 수 있어서 이 광고유형은 대규모 수용됨으로 위험은 잠재되어 있다. 이것은 인터넷 이용자에게 강한 침해나 혹은 귀찮게 하는 행위를 유도할 것이다. 이러한 의미에서 최소한 유럽국가간 이러한 문제를 해결할 수 있는 통일된 규정을 만들기를 희망되고 있다.<sup>298)</sup>

뉴스레터(Newsletter)는 이용자가 제공자의 웹사이트에 자신이 어떠한 것에 관심을 갖고 있는가를 이미 알린 경우 대부분 무료로 보내진다. 다시 말해 이용자는 교부에 관한 뉴스레터를 구독한 경우에 그것을 받게 된다. 뉴스레터는 이용자의 승낙에 의존하는 광고유형이기 때문에 이용자의 의도에 반하는 경우는 잘 일어나지 않는다. 그러나 최근 들어 뉴스레터와 관련되는 문제는 보다 많은 경고가 이루어지고 있는데, 이는 이

292) 이명준, 전제논문, 137면.

293) 다르게 관찰한 것은 Leupold/Braeutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 592 ff.

294) vgl. Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2001, 17ff. m.w.N.

295) vgl. Laga, Das österreichische Spam-Verbot, JurPC-Dokument 170-2000, Rnr 8 ff.

296) Umsetzung der ISDN-Datenschutz-Richtlinie. Sie wrde mit Gesetz 2774/99 umgesetzt, wonach jede Verarbeitung personenbezogener Daten nur mit Zustimmung erfolgen darf.

297) Darstellung der Rechtsvorschriften der EU siehe Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2001, 10 ff.

298) Sybille, S. 208.

용자가 질문했던 것 정보 보다 더 많이 그리고 자주 뉴스레터의 서식이 주문되어질 수 있다는 것이다. 여기서 최고로 주의가 요청된다. 뉴스레터의 발신을 위해서는 단지 이메일 주소가 요구된다. 이 때 이용자의 진짜 이름이 서비스제공자에게 알려지는 것은 필요하지 않고 단지 익명으로 교부되어진다. 이 테마부분에서 나타나는 경고는 논쟁의 여지가 있다고 논의되어졌다. 이 경고가 적법한가 그리고 근거를 가지고 있는가와는 무관하게 기업은 항상 요구되어진 정보만을 제공하여야 한다.<sup>299)</sup>

---

299) Sybille Heyms, S. 209.

## 제 5 장 맺는말

광고의 규제는 일반적으로 크게 두 가지로 나누어 생각할 수 있다. 하나는 광고의 자유라는 측면에서 광고법규는 표현의 자유를 신장하기 위한 제도를 기본틀로 하여 존재한다. 독일의 광고자율규제는 광고경제중앙협의회(Zentralausschuss der Werbewirtschaft: ZAW)산하에서 이루어지고 있다.<sup>300)</sup> 광고규제의 또 다른 측면은 광고법규가 기업간의 공정경쟁을 보장하고 소비자를 보호하고자 하는데 그 목적을 갖고 있다.<sup>301)</sup>

인터넷 이용의 확산으로 우리 생활에서 더 이상 인터넷은 빼 놓을 수 없는 매체가 되었다. 미디어의 기업인이나 광고대행업자 그리고 최종소비자에 이르기까지 모두 인터넷을 유용하게 이용하고자 한다.

그러나 인터넷을 통한 새로운 여러 가지의 가능성과 편리함 그리고 새로운 기회에도 불구하고 역시 그 반대편에 이에 대한 위험성은 존재하고 있으며 이를 법적으로 어떻게 규제하여야 하는 것은 새로운 법적 과제가 될 것이다. 이는 바로 강제적 글로벌화의 새로운 형태로의 온라인 광고가 국내법에서 어떻게 새로운 관점에서 적용, 규제되어야 할 것 것인가에 대한 질문이기도 하다.

광고관련 법적인 문제를 고찰하여 볼 때 우리나라나 독일의 경우에서도 광고미디어로서 인터넷은 자주 관련자들에게 있어 법규를 전망하기에 어려운 것처럼 보여진다. 그 원인은 적용할 수 있는 법규가 여러법 분야에 산재하여 다양하게 존재하고 있기 때문이다.

본고에서 온라인 광고와 관련되는 법규들과 그들 법규 중 밀접히 연관되는 법규들을 검토하여 보았으며 이와 관련된 판례들도 함께 살펴보았다. 우리나라에 표시·광고의 공정화에관한법률을 비롯하여 전자상거래동에서의 소비자보호에관한법률 중 표시광고에 관한 규정등 기타 법령들이 이들 광고에 적용되는 법령으로, 대부분 표시광고에 관한 규제는 온라인

300) 이구현, 광고법학, 1997, S. 467, 468: ZAW의 자율규제기구로서 독일광고위원회(Deutscher Werberat)가 있고 또한 ZAW는 국제상공회의소와 긴밀한 협조체제를 맺고 있다. 독일은 1967년 ICC국제광고규정을 공식적으로 채택하였다

301) 이구현, 광고법학, 1997, S. 16, 17.



상의 표시광고에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않지만 온라인 광고에도 적용된다고 할 수 있다. 독일의 경우 법규들 중 온라인광고에 적용되는 중요한 법규는 멀티미디어법과 미디어주간조약 그리고 부정경쟁방지법 등이며 이외에도 앞서 본문에서 소개한 상표법, 서명법, 저작권법 민법 등 이들은 광고의 한계와 범주를 규정하고 있다.

온라인 광고와 관련되는 법은 기존 광고와 관련된 법들이 그대로 적용된다고 할 수 있으나 온라인 광고에 관련된 특별한 규정들은 정보통신법과 미디어서비스주간조약, 우리나라의 경우 전자거래의 소비자보호법과 그 하위 시행령 및 시행규칙 등으로, 이들은 다른 광고와 비교하여 상대적으로 얼마되지 않은 년수를 거쳤기 때문에 이에 대한 판례도 굉장히 적고 이론 역시 정립된 상태가 아니므로 현재로써는 여전히 찾고 발견하려는 과정에 있다고 할 수 있다.

독일에서 경쟁법과 광고관련법이 기본적으로 온라인 거래상 적용된다는 확정은 개별사건에 있어서 판례에 의해 발전된 원칙들이(지금껏 단지 미디어 영역, 인쇄나 혹은 방송에 관련되어진 것과 같이) 온라인 광고에도 수용되고 또한 어떻게 수용되는지에 관하여 언급하고 있지는 않았다. 그러나 어떠한 경우에도 온라인광고의 다양한 제공의 형식(Angebotsform)과 이용의 형식(Nutzungsform)을 원인으로 무비판적인 수용되는 것은 금지하고 있다.<sup>302)</sup>

인터넷은 새로운 세계적인 통신형태로 존재한다. 이런 의미에서 인터넷에 관한 특별법규의 규정에 대한 결핍으로 다른 미디어류(인쇄, 방송 등)를 위한 법의 기본원칙들이 발전되었다 하더라도 이것이 "콜셋"과 같이 기존에 이미 존재했던 미디어의 규정의 법률이나 판례 그리고 법률문헌들을 통하여 끼워 맞춰져서는 안될 것이며 또한 강요되어져서도 안될 것이라 생각한다.

독일의 엄격한 부정경쟁방지법의 규정은 온라인 광고 규제에도 물론 동일하게 적용되어진다. 엄격한 규정은 건전한 시장경쟁을 조성하고 소비자를 보호하는 측면에서는 장점으로 작용할 수 있겠으나 시장의 활성화를 위축시킬 수 있다는 측면에서는 단점으로 작용할 수 있다. 이러한 의미

302) Leupold/Brautigam/Pfeiffer: WRP 2000, S. 575, 584.

에서 우리나라나 독일 역시 시장경제의 활성화를 위한 체제를 더 중요시 할 것이냐 아니면 규제를 통해 얻어낼 수 있는 실익들을 더 중요시 여길 것이냐는 각국의 중요한 선택여하에 달려있다고 할 수 있을 것이다.

우리나라는 규제적 측면보다는 시장의 활성화를 더 중요시하기 때문에 이와는 다른 입장에 있는 독일법제를 수용하기에는 어려움이 있을 것으로 생각된다. 독일 역시 최근에 보다 원활한 시장경제의 활성화를 위한 움직임이 있는 것으로 보도되어지는 것으로 보아 현 체제에 대한 보완점과 그에 따른 개선방향을 찾고자 하는 시도로 보여주고 있다. 이는 온라인 광고의 엄격한 법적 규제는 시장경제의 활성화를 방해하는 측면이 있으나 반면 규제의 완화는 무질서하고 불건전한 광고경쟁을 야기시킬 수 있으며 소비자에게도 오인을 유발하는 부당한 광고를 통해 소비를 조장시키고 재산상 정신상의 손해를 가져오게 할 것이다. 이러한 측면을 고려하여 불 때 광고규제에 관한 법적 규제의 절충적인 발전이 바람직할 것으로 생각되어진다.



## 참고문헌

### 1. 국내문헌

- 강봉석, 인터넷에 있어서의 저작권의 보호, *Jurist*, 2001. 10.
- 권영성, 『헌법학원론』, 1997.
- 김상규, "부당광고의 규제에 관한 소고", 법학논업 제15집.
- 김원오, 인터넷 환경에서의 상표법문제와 현행상표법의 개정방향(하), *AIPPI저널* 제4권, 2000. 3.
- 리대룡 외, 인터넷 광고의 정보기능에 관한 연구: 인터넷 쇼핑몰 홈페이지 이용자를 중심으로, 광고문화론집, 제6권 2호, 1999년 겨울.
- 마리안 파쉬케, 이우승역, 일반 법질서에 의한 매스미디어 질서의 원칙, 독일미디어법, 1998.
- 박준석, 메타태그와 상표권 침해, 인터넷과 법률, 현암사, 2000.
- 방석호, 인터넷광고에서의 지적재산권 문제와 해결방안의 모색, 인터넷광고와 법, 법제연구원, 2002-7.
- 사법연수원, 『전자상거래법』, 2000.
- 손수진, 부당광고의 규제에 관한 연구, 한양대 박사학위논문, 1996.
- 송민희, 인터넷 배너광고에서의 청각적 효과에 관한 연구, 안양과학대학 논문집, 2000. 12.
- 송영식, 이상정, 지적재산법, 3정판, 세창출판사, 2000.
- 양창수 번역, 독일민법, 박영사, 2002.
- 엄호현(발행인), 『독일의 멀티미디어법』, 한국방송개발원, 1997.
- 왕상한, 전자거래와 법적 과제, 디지털경제시대의 법적 과제, 한국법제연구원, 심포지엄 2001.
- 원낙연, 디지털화와 상표권-도메인네임을 중심으로-, 디지털은 자유다, 이후, 2000.
- 윤주희, 전자거래 관련 방문판매법의 적용과 한계, 전자거래 관련 법제정 비방안, 한국법제연구원, 2001-5.

## 참고문헌

- 이구현, 『광고법학』, 법문사, 2001.
- 이대희, 상표법상 희석이론에 관한 고찰, 창작과 권리 제9호, 1997.
- 이병준, 스팸메일의 법률적 규제: 유럽연합지침과 독일 판례를 중심으로, 언론과 정보 제7호, 2001. 3.
- \_\_\_\_\_, 스팸메일의 법적 규제, 언론과 정보, 제7호, 2001. 3.
- 이성구, 전자상거래에서의 소비자보호 법제 정비-표시광고 및 개인정보 수집 이용에 대한 규제를 중심으로-, 정보법학, 제4권 제2호.
- 이승우, 디지털 서명과 소비자 보호, 전자상거래와 법률문제, 광주 전남 대학교출판부, 2001.
- 이유재, 『인터넷광고』, 서울대학교 전자상거래 지원센터, 2000.
- \_\_\_\_\_, 인터넷 광고의 이해와 실천에 관한 연구, 서울대경영논집, 2000. 6.
- 이종영, 『독일의 전자정부법제』, 한국법제연구원, 2001-18.
- \_\_\_\_\_, 독일 멀티미디어법, 법제, 1998. 9.
- 이현우 외, 『인터넷과 광고』, 한울아카데미, 2001.
- 이호정, 도두형, 김재형, 정상조, 『세계화 시대의 광고와 저작권』, 1998.
- 저작권심의조정위원회편, 『지구촌 통신과 저작권』1997.
- 전석진, 디지털시대의 저작권, 정상조(편), 지적재산권강의, 1997.
- 정경석, “도메인 네임 분쟁에 관한 분석 및 접근”, 인터넷법률, 2001. 5.
- \_\_\_\_\_, 도메인 네임 분쟁에 관한 분석 및 접근, 인터넷법률 5호, 2001. 3.
- 정 규, “보이지 않는 상표권의 침해 -메타태그-”, 인터넷법률, 2001. 7.
- 정상조, 인터넷과 법률, 인터넷과 법률, 현암사, 2000.
- 정준우, 인터넷 광고의 법적 문제점과 그 해결방안, 인터넷법률 5호, 2001.
- 정진명, 『인터넷관련 독일의 법제 동향과 전망』, 한국법제연구원, 2001-14.
- 최경진, 고지환, 『e-법』, 2000.
- 현대호, 『디지털경제법제의 제문제(III)』, 한국법제연구원, 2001-25.

## 2. 독일문헌

- A. Ronagel, in: Geis (Hrsg.), Die digitale Signatur-eine Sicherheitstechnik fuer die Informationsgesellschaft, 2000.

- Alexander, R.S., Report of the Definitions Committee of A. M.A., *Journal of Marketing*, Vol. 8, No. 2, Oct. 1948.
- Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 22. Aufl., Einleitung UWG, Rn. 65.
- Ebbing, Frank, Virtuelle Rechtberatung und das anwaltliche Verbot, *NJW-CoR* 1996.
- Emmerich, Volker, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 3. Aufl., Verlag C.H. Beck'sche, Muenchen 1990.
- Heyms, Sybille/Priess, Christiane: *Werbung online*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2002.
- Hoeren, Thomas, *Cybermanners und Wettbewerbsrecht- Einige Ueberlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet*, *WRP* 1997.
- \_\_\_\_\_, *Grundzuege des Internetrechts : E-Commerce, Domains, Urheberrecht* 2. Aufl., Muenchen : Beck, 2001.
- Kochinke, Clemens/Trndle, Rdiger, *Links, Frames und Meta-Tags- Urheber-und markenrechtliche Implikationen im Internet*, *CR* 1999.
- Leupold, Andreas, *Die massenhafte Versendung von Werbe-eMail: Innovatives Direktmarketing oder unzumutbare Belaestigung des Empfaenger?*, *WRP* 1998.
- Mathias Schwarz(Hrg.), *Recht im Internet (Der Rechtsberater fuer Online-Anbieter und-Nutzer, Teil 1*, 2001.
- Menke, Burkhardt, *Die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta- Tag: Ein Fall fuer das Kennzeichen-und/oder das Wettbewerb?*, *WRP* 1999.
- Moehring/Nicolin/Ahlberg, *Urherbergesetz*, 2. Aufl., §2 Rnr. 98.

참고문헌

- Naumann, Tino, Praesentationen im Internet als Verstoss gegen §§ 1,3 UWG, Dresden, Techn. Uni., Diss. 2000.
- Nordemann, Axel/Goddar, Heinz/Tonhardt, Marion/Czychowski, Christian, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im Internet, CR 1996.
- Nordemann, Wolfgang, Bildschirmspiele-eine neue Werkart im Urheberrecht, GRUR 1981.
- Pfeiffer, Tim, Von der Werbung zum kommerziellen Kommunikation: Die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen im Internet, WRP 2000.
- Schack, Haimo, Urheber- und Urheberverlagsrecht 1997, Rnr. 152-168.
- \_\_\_\_\_, Urheber- und Urhebervertragsrecht 1997, Rnr. 216f.
- Schardt, Andreas, Das neue Multimedia-Gesetz, Teil 8, Stand Maerz 2001, 8/2.
- Scherer, Maxi, Werbung und Internet: Rechtliche Probleme in Deutschland und in Frankreich, Rechtsfragen der Informationsgesellschaft, hrg. von Thomas Hoeren, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1999.
- \_\_\_\_\_, Werbung und Internet: Rechtliche Probleme in Deutschland und in Frankreich, Rechtsfragen der Informationsgesellschaft, 1999.
- Schmidt, Stephan, Urheberrechtsprobleme in der Werbung, Berlin, Freie Univ., Diss., 1981.
- Schricker, Gerhard: Urheberrecht 2. Aufg., 1999.
- \_\_\_\_\_(hrsg), Einfuehrung in das Recht der Werbung: Internationales und EWG-Recht, Band: 1, 1990.
- Weimar/Schmikowsky, Grundzuege des Wirtschaftsrechts, 2. Auflage, Rnr. 264.

- Wenzel, Karl Egbert, Urheberrecht fuer die Praxis 4., Aufl.  
Stuttgart, 1999.
- Wiebe, Andreas, Deep Links-Neue Kommunikationsformen  
im Wettbewerb aus lauterkeitsrechtlicher Sicht, WRP  
1999.
- Ziem, Claudia, Spamming, MMR 2000.
- Zscherpe, Kerstin, Urheberrechtsschutz digitalisierter Werke  
im Internet, MMR 1998.