

비교광고 심사지침에 대한 비판적 연구

박성용

요 약

비교광고란 사업자가 자신과 경쟁관계에 있는 사업자의 상표 또는 상품이나 서비스의 속성 등을 비교하여 주장하는 광고를 말한다. 비교광고는 소비자들의 구매선택에 도움이 되는 정보를 일반광고에서 보다 많이 제공한다. 비교광고는 사업자 간 경쟁을 촉진하는 효과도 매우 크다. 그러나 비교광고의 폐해 또한 무시할 수 없기 때문에, 1980년대 이후에 와서야 대부분의 국가에서 비교광고를 허용하기 시작하였다.

우리나라에서 비교광고는 소비자보호와 함께 사업자간 경쟁 촉진의 일환으로, “비교 표시·광고 심사지침”을 제정하면서 시행이 구체화되었다. 그러나 경쟁당국이 의도한 대로 비교광고가 활발히 이루어지지 않고 있다. 본 연구에서는 이의 원인을 표시광고법상 부당광고 구성요건, 부당한 비교광고 판단기준, 외국의 비교광고 규제법제 등을 중심으로 살펴보았다.

본 연구에서는 표시광고법, 비교광고 심사지침에서 비교광고의 범위는 포괄적으로 규정하고 있으나, 비교대상을 너무 협소하게 규정하고 있으며, 비교기준과 방법, 그리고 비교내용에 대해서도 많은 문제점이 있음을 발견하고, 이를 개선할 수 있는 방안을 비교광고 심사지침을 중심으로 구체적으로 제시하고 있다.

• **주제어:** 비교광고, 부당광고 구성요건, 비교광고 부당성 판단기준, 비교광고 심사지침

목 차

I. 서론	IV. 주요국의 비교광고 부당성 판단기준
II. 비교광고의 본질	V. 비교광고 심사지침에 대한 비판적 검토
III. 비교광고의 부당성 판단기준	VI. 결론

* 본 연구는 2019학년도 1학기 한양여자대학교 교내연구비에 의해 연구됨
박성용 | 한양여자대학교 경영학과 조교수(psy0822@hywoman.ac.kr)

I. 서론

광고는 사업자의 가장 강력한 판매촉진 행위의 하나이다. 사업자는 광고를 통하여 자신이 제조·판매하는 상품에 대한 정보 등을 제공하고, 구매를 설득한다. 광고가 본격적으로 도입되기 시작한 것은 시장에서 상품이 초과공급 되면서부터이다.¹⁾ 수요보다 공급이 많은 시장에서 사업자는 자신의 상품을 판매하기 위하여 필요한 활동을 할 수밖에 없으며, 이의 대표적인 수단 중의 하나가 광고이다²⁾.

광고는 명시적이든 묵시적이든 경쟁대상을 전제로 한다. 따라서 독점시장과 완전경쟁시장에서는 개념상 광고가 필요하지 않다. 광고가 가장 많이 이루어지는 곳은 과점시장이다. 과점시장에서는 대규모의 소수 사업자가 시장을 지배하고 있기 때문에 경쟁이 치열하고, 경쟁대상이 명확하며, 광고의 효과가 유의미하게 나타나며, 광고를 집행할 자금조달도 가능하기 때문이다.

광고는 상품 등에 대한 정보를 제공한다. ‘정보’는 소비에 있어서 경합성이 존재하지 않으므로, 제3의 사업자에 의해서 상품으로 시장에 공급되지 않는 것이 일반적이다.³⁾ 따라서 사업자는 자신이 제조 또는 판매하는 상품에 대한 정보를 광고라는 수단을 통하여 직접 제공한다. 그러므로 광고에서 제공되는 정보는 허위·기만적일 가능성이 매우 크다. 사업자는 이윤극대화를 목적으로 하고 있기 때문이다. 허위·기만적인 광고는 소비자피해를 유발하며, 사업자간 공정한 경쟁도 저해한다. 광고규제를 처음 시작한 미국에서 허위·기만적인 광고규제의 목적이 처음에는 소비자보호가 아니라, 사업자간 불공정한 경쟁을 규제하기 위한 것이었다.⁴⁾

비교광고도 광고이다. 단지, 광고에서 주장하는 내용이 경쟁사의 것과 비교한다는 것이 일반적인 광고와 다를 뿐이다. 그럼에도 불구하고 비교광고가 합법적으로 허용된 것은 그리 오래 전이 아니다. 세계에서 가장 먼저 비교광고를 허용한 미국에서조차 비교광고가 본격적으로 이루어지기 시작한 것은 1970년대 후반이

1) 광고는 1929년 세계대공황을 계기로 본격적으로 이루어지기 시작하였다. 종전에는 공급보다 수요가 많았기 때문에, “공급은 스스로 수요를 창출한다.”는 세이의 법칙이 경제를 지배하는 사조였다. 따라서 당시에는 광고가 거의 이루어지지 않았다. 그러나 세계대공황은 수요보다 공급이 많아서(유효수요가 부족) 발생한 것이었기에, 개별 사업자 입장에서 자신의 상품에 대한 수요를 증진시키기 위해서 광고활동을 할 수밖에 없었다.

2) 광고시행과 함께 이전까지 단일모델을 대량으로 생산하던 것을 여러 가지 모델로 소량 생산하는 생산방식의 변화도 함께 일어났다.

3) 사업자가 소비자 구매선택에 필요한 특정상품에 대한 정보를 생산하여 ‘상품’으로 판매하였다고 가정하자. 이 경우, 동 상품정보를 구입한 소비자가 이를 이용하여 특정상품을 구매하더라도, 그 상품정보는 소멸되지 되지 않고 그대로 정보로서의 가치를 가지고 있다(소비에 있어서 비경합성의 존재). 따라서 동 상품정보를 처음 구입한 소비자가 이를 필요로 하는 지인에게 공짜로 제공할 수 있다. 이러한 과정이 연속적으로 이루어진다면 정보라는 상품을 생산하여 판매하는 사업자는 도산할 수밖에 없다. 따라서 “정보”라는 상품은 제3의 사업자에 의해서 상품으로 시장에 공급되지 않는 것이 일반적인 현상이다.

4) FTC법 이전의 광고규제는 셔먼법, 클레이튼법 등 반독점금지법에 의해서 이루어졌다. 따라서 광고규제의 목적도 당시에는 사업자간 불공정한 경쟁관점에서 이루어졌다. 광고규제가 소비자보호관점에서 이루어지기 시작한 것은 FTC법 제정이후부터이다.

다.⁵⁾ 비교광고가 오랫동안 금지되어 온 이유는 간단하다. 경제적인 측면에서 비교광고로 인한 폐해가 장점보다 크다고 인식하였기 때문이다.⁶⁾ 그러나 1960대에 접어들면서 소비자주의(consumerism)⁷⁾가 사업자(기업)의 거스를 수 없는 대외환경의 하나로 대두되고, 광고규제의 목적이 사업자간 불공정한 경쟁에서 소비자보호로 전환되면서, 소비자 입장에서 비교광고의 유용성이 강조되기 시작하였다. 경쟁당국에서도 비교광고를 시장에서 경쟁을 촉진시키는 유용한 수단으로 인식하면서 이를 장려하기 시작하였다. 비교광고가 공정하고 소비자를 오도하지 않는다면, 제품선택에 대한 소비자정보를 증가시켜 시장에서 경쟁을 촉진시킨다고 인식하면서 비교광고가 허용되기 시작한 것이다.

우리나라에서도 비교광고를 금지하여 오다가 1990년부터 부분적으로 허용하기 시작하였다. 공정거래법 제23조 제1항에서 부당한 표시·광고행위를 사업자의 불공정한 행위유형 중의 하나로 규정하고, 불공정거래행위의 유형 및 기준(고시90-7호) 제8조에서 부당광고 유형을 허위·과장광고, 기만광고, 부당한 비교광고, 비방광고로 규정하였기 때문이다. 그러나 당시에는 부당한 비교광고에 대한 구체적인 기준이 미흡하여⁸⁾ 비교광고가 거의 이루어지지 않았다. 그러나 1997년에 표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하에서는 ‘표시·광고법’이라 한다)이 공정거래법에서 분리되어 제정되고, 동법에서 부당한 비교광고와 비방광고를 금지광고 유형의 하나로 규정하였으며, 2001년에 “비교표시·광고에 관한 심사지침(이하 ‘비교광고 심사지침’이라 한다)”이 제정되면서 비교광고가 실질적으로 이루어지기 시작하였다.⁹⁾ 그러나 우리나라에서 비교광고는 경쟁당국이 기대하였던 만큼 활성화되지 않고 있다. 한 연구결과에 의하면, 3년간(2009-2012) 공정거래위원회의 부당광고 심결사례에서 비교광고 관련사례는 전체 182건 중 2건(1.1%)¹⁰⁾에 불과한 것으로 나타났다.¹¹⁾ 이는

-
- 5) FTC는 1979년에 비교광고는 소비자에게 정보를 제공하는 유익한 광고방법이라는 점을 강조하면서, 매체사나 업계에서 자율적으로 비교광고를 금지하지 못하도록 하는 정책성명을 채택하였다.
 - 6) 비교광고에서 주장하는 내용이 객관적이고 과학적인 방법에 의해 실증된 것이라면, 경쟁을 촉진하기 때문에 자원의 효율적 배분 차원에서 바람직한 결과를 유도한다. 그러나 그 내용이 허위·기만적일 경우에는 불공정한 경쟁으로 인한 폐해가 매우 크게 발생한다. 특히, 부당한 비교광고가 소수의 대기업이 지배하는 과점시장에서 발생할 경우에는 더욱 그러하다.
 - 7) 소비자주의란 인간우선이라는 철학과 사상에 기초하고 있는 1960년대 이후의 소비자운동이다. 이는 인간과 환경을 수호한다는 새로운 가치기준에 입각하여, 사회·생태학적 균형(Socio - ecological Balance)을 회복함과 동시에 인간복지(Human Welfare)를 지향하는 새로운 소비자운동으로 1960년대 이전의 소비자운동과 구분된다. 미국의 마케팅학자 Philip Kotler도 소비자주의는 이제 기업이 거스를 수 없는 외부환경의 요인으로 자리하고 있다고 한 바 있다. 소비자주의는 기업에게 큰 영향을 미쳤는데, 마케팅측면에서는 경영적 마케팅 개념을 사회적 마케팅 개념으로 전환시키는데 크게 기여하였다.
 - 8) 광고규제 일반지침에서 상기 부당광고 유형 4가지에 대한 구체적인 기준이 제시되어 있다. 그러나 동 지침에서 부당한 비교광고와 관련해서는, “경쟁관계에 있는 제품을 비교표시하거나 광고할 수 있다. 단지, 광고내용이 허위여서는 아니되며, 비교광고의 주장은 객관성이 있어야 하며, 본인이 명백히 입증해야만 사용할 수 있다.”고만 규정하고 있다.
 - 9) 방송광고에서 비교광고를 적극적으로 수용하기 시작한 것은 1995년 1월부터이다. 종전에는 방송광고기준 제86조에서 “배타적인 표현”이라는 제목으로 “방송광고는 다른 기업이나 상품 도는 용역을 중상하거나 비방·배척하는 표현을 하여서는 아니된다”라고 규정하고 2가지 유형을 규정하고 있었던 것을 1995년의 개정에서 조문 제목을 “상품 등 비교”로 변경하고, 부당한 비교광고 유형 3가지를 구체적으로 규정하였기 때문이다.

문화적인 측면¹²⁾ 등 여러 원인이 있을 수 있다. 그러나 무엇보다도 중요한 것은 비교광고와 관련된 제도를 들 수 있다. 표시광고법 제3조에서는 부당광고 유형의 하나로 부당한 비교광고와 비방광고를 별도로 규정하고 있으며, 부당한 비교광고 여부를 심의하기 위하여 ‘비교광고 심사지침’이 마련되어 있다. 그리고 공정거래위원회가 표시광고법 제3조(부당한 표시광고 금지)를 운용하기 위하여 마련해 놓은 14가지 분야 및 종류별 심시지침과 고시 등에서도 비교광고와 관련이 있는 내용이 일부 존재한다.¹³⁾

비교광고는 소비자정책뿐만 아니라 경쟁정책측면에서도 매우 중요한 기능을 한다. 이에 따라 개별 사업자 입장에서 비교광고의 효과에 대한 연구는 꾸준히 이루어지고 있다. 그러나 부당한 비교광고 규제와 관련한 연구는 공정거래위원회에서 ‘비교광고 심사지침’을 제정한 시기를 전후해서 몇몇 연구가 이루어졌을 뿐이다.¹⁴⁾ 최근 이루어진 연구로는 조재영(2017)의 “비교광고의 효과와 규제에 관한 연구”, 옥소영(2016)의 “비교광고, 경쟁 그리고 상표-한국법과 미국법을 중심으로-” 등이 대표적이다.

본 연구에서는 표시광고법에서 규정하고 있는 비교광고와 관련한 법제측면에서 비교광고가 활성화되지 못한 원인을 분석하고자 한다. 이를 위하여 I.의 서론에 이어 II.에서는 비교광고의 본질을 살펴보고, 비교광고의 효과를 소비자보호 측면과 사업자간 경쟁촉진 측면에서 살펴본다. III.에서는 표시광고법상 부당광고 구성요건, 부당한 비교광고 판단기준을 ‘비교광고 심사지침’을 중심으로 살펴본다. IV.에서는 미국, 일본, EU 등에서의 비교광고 규제법제를 살펴본다. V.에서는 우리나라 ‘비교광고 심사지침’을 비판적으로 검토하면서 개선방안을 제시하고, VI.에서는 결론을 기술한다.

II. 비교광고의 본질

- 10) 조성국·김한신(2013), 부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 개정방안 연구, 공정거래위원회 용역과제, 중앙대학교 산학협력단의 자료를 이용하였다.
- 11) 공정거래위원회에서 2018년(의결일 기준)에 부당광고로 의결한 사건 총 22건 중에서 부당한 비교광고에 해당되는 사건은 한건도 없는 것으로 나타났다(비방적인 광고에 해당되는 사건은 1건 있었음)
- 12) 광고학자인 Mooij(2005)에 따르면, 미국에서는 387개의 광고 중에서 10%에 가까운 32개가 비교 광고인 반면, 일본은 251개의 광고 중에서 2%도 되지 않는 3개만이 비교 광고였다고 소개하고, 이러한 원인을 Hofstede(1984)는 개인주의의 차이에 기인한 것으로 분석하고 있다
- 13) “부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시”에서 비교광고에 대한 내용이 3. 가격에 관한 표시광고(가격에 대한 비교광고), 15. 경쟁사업자 및 경쟁관계상품에 관한 비교표시·광고에서 규정되어 있다. 구체적인 내용은 고시내용을 참고하기 바란다.
- 14) 대표적인 연구로 두성규(1996)의 “비교광고 규제에 관한 연구”, 리대용·이현선(2004)의 “세계 각국의 비교광고 규제에 관한 비교 연구”, 조계현(1995)의 “비교광고의 법적 규제에 관한 고찰”, 계승균(2005)의 “비교광고의 부당성에 관한 소고”, 조재영(2007)의 “부당한 비교표시광고의 심결사례에 나타난 법리적 특성에 관한 연구”, 엄기열(2007)의 “표현의 자유와 소비자의 알권리로서의 광고-광고 및 비교광고와 관련한 규제의 변화 및 판례분석” 등이 있다.

1. 비교광고의 개념

광고는 거의 대부분 비교 주장의 기법을 사용한다. 광고의 목적은 자사 상품의 판매촉진에 있으며, 이는 결국 자사 상품 등이 경쟁관계에 있는 타사보다 우월하거나 최소한 대등하다는 주장을 하여야 하기 때문이다. 따라서 비교광고는 비교 주장이 일반적인 광고에서보다 명확하게 들어나게 하는 광고라고 할 수 있다. 따라서 비교주장의 범위를 어떻게 규정할 것인가에 따라 비교광고의 정의도 달라진다.

비교광고에 대한 초기 연구자인 Wilkie & Famis(1975)는 비교광고를 ‘같은 부류의 제품이나 서비스 분야에서 둘 또는 그 이상의 명시화 된 상표를 비교하는 것이며, 하나 또는 더 많은 제품, 서비스의 속성과 관련하여 비교하는 것’으로 정의하였다. 이들은 경쟁상표를 구체적으로 명시하고, 경쟁상품의 속성을 구체적으로 비교하여야 비교광고로 규정함으로써, 비교광고의 범위를 엄격하게 보고 있다. Prasad(1976)도 비교광고를 “전체적인 제품 속성이나 선택된 몇 가지 제품 속성에 대해 경쟁사의 제품보다 우위에 있다는 것을 주장할 목적으로 경쟁상품의 이름을 명시적으로 나타내는 광고”로 정의하고 있다. Boddewyn & Katherin(1978)은 비교광고를 비 비교광고와 구분하고, 비교광고도 경쟁상표를 암시하는 간접적 비교광고와 구분된다고 하였다. 이상은 모두 비교광고를 협의로 정의하고 있는 대표적 개념들이다.

이들과는 달리, 비교광고를 포괄적으로 정의하고 있는 학자도 있다. McDougall(1975)은 “비교광고란 어떠한 차원에서든 즉, 광고가 암시적이든 명시적이든 경쟁적인 우월성을 함축하는 형식을 갖추고 있다면 모두 비교광고로 정의할 수 있다.”고 함으로써, 비교광고의 범위를 매우 폭 넓게 규정하고 있다. 이 정의에 따르면, 광고에서 직접적으로 경쟁사 또는 제품을 명시하거나 구체적인 속성을 직접 비교하지 않더라도 “다른 제품들”, 또는 “다른 회사”와 같이 묵시적·암시적으로 자사 상품을 강조하는 것도 비교광고로 보고 있다.

2. 비교광고의 효과

1) 소비자보호 측면

비교광고의 효과에 대한 논쟁은 오래 전부터 있어 왔다. 광고는 소비자에게 관심을 끌게 하고, 설득하여, 마침내는 상품을 구매하게 하는 것이 목적이다. 따라서 광고는 정보제공적 기능과 설득적 기능을 동시에 가지고 있다. 비교광고는 일반적인 광고보다 훨씬 설득적이고 정보제공적이다. 비교광고는 상표나 상품 등에 대한 특성을 구체적으로 비교할 수 있는 정보를 제공하기 때문이다.

비교광고는 막연히 고정관념이나 편견, 또는 기존 이미지에 의한 소비자의 구매결정을 구체적인 정보에 기초하여 경쟁제품과 비교하여 구매선택을 할 수 있게 한다. 미국 연방거래위원회(Federal Trade Commission : FTC)에서 비교광고를 지지하는 첫 번째 이유로 소비자들이 구매의사를 결정할 때, 보다 많은 정보, 보다 유용한 정보를 제공한다는 점을 들고 있다.¹⁵⁾ 이러한 특성 때문에 비교광고는 후발기업이 선

발기업을 추월하는데 매우 유용한 방법으로도 많이 이용되고 있다. 그러나 비교광고의 효과에 대해서는 지금까지 완전한 일치를 보지 못하고 있다.

비교광고 옹호론자는 비교광고는 소비자에게 보다 많은 정보를 제공함으로써 소비자들의 제품선택에 도움을 주며, 광고에 보다 주목하게 하며, 경쟁을 유발하여 제품의 품질 향상에 도움이 된다고 주장한다. Barry가 광고주를 대상으로 조사한 비교광고 채택이유를 살펴보면 다음과 같다.¹⁶⁾

- ① 시장에 보다 많은 상품정보를 제공할 수 있다.
- ② 시장 내의 선두 브랜드 또는 유명 브랜드에 대항하여 새로운 포지셔닝을 할 수 있게 한다.
- ③ 소비자에게 중요한 속성을 제공함으로써 소비자의 혼란을 줄일 수 있다.
- ④ 비교광고의 형식을 통해 소비자의 눈길을 끌고, 기억을 보다 오래 할 수 있게 한다.
- ⑤ 제품의 질을 향상시키며, 신제품의 시장진입을 용이하게 해준다.
- ⑥ 비교 구매가 가능하도록 하며, 상품이나 상표의 차별화에 도움을 준다.
- ⑦ 광고의 신뢰성을 높여준다

그러나 비교광고에 대한 비판론자들은 다음의 내용을 비교광고의 문제점으로 지적하고 있다.¹⁷⁾

- ① 소비자에게 정보 부하를 일으킨다.
- ② 광고주에 대한 착각(sponsor misidentification)을 일으킨다.
- ③ 경쟁상표를 명시함으로써, 경쟁상표에 충성도가 높은 소비자들에게는 반발을 초래하는 역효과를 불러올 수 있다.
- ④ 공정하고 진실하지 못한 비교광고는 광고에 대한 전반적인 신뢰도를 저하시킬 수 있다
- ⑤ 비교 주장에 대한 경쟁사의 반격에 적절한 대응을 하지 못하면 예상하지 못한 큰 피해가 발생할 수 있다.
- ⑥ 광고비를 들여 경쟁사의 이름을 공짜로 소비자에게 알릴 수 있다.
- ⑦ 공격받는 경쟁사에 대해 소비자들이 동정심을 갖는 역효과가 발생할 수 있다.
- ⑧ 심한 경우, 소비자들이 자기회사와 경쟁사를 혼동할 수 있게 한다.
- ⑨ 잘못된 비교 주장으로 인해 경쟁사의 사회적 비난이나 공격이 치명적일 수 있다.

15) 이 외에도 시장측면에서 상품 간 경쟁을 촉진하며, 제품 향상을 자극한다는 점, 광고주 측면에서 비교광고의 신선함에 기인하여 광고에 대한 소비자의 관심 증가와 소비자들의 신뢰와 설득을 제고함으로써 광고효과를 높여주는 점을 지적하고 있다.

16) 김민기(2002), “비교광고 특집- 백번 봄이 한번 행함만 못하다”, 『CHEIL Communication』, 2월호 p.14

17) 김민기(2002), 상계서, pp.14-15

- ⑩ 경쟁 브랜드 상호 간 비교가 산발적으로 되면, 소비자의 판단을 오히려 저해할 수 있다.
- ⑪ 비교가 극단적으로 이루어지면 서로의 약점만 남게 되어, 기업불신으로 이어질 수 있다.
- ⑫ 비교가 명확하고 객관적으로 이루어지기 어려운 상품(맛, 향기 등)인 경우에는 오히려 전략의 효율성을 떨어뜨리게 한다.
- ⑬ 올바른 분위기가 형성되어 있지 않은 사회 분위기에서는 대립적인 면만이 표출되어, 불쾌감을 가져다 줄 수 있다.

이상의 내용을 살펴볼 때, 비교광고 옹호론자는 비교광고는 소비자들의 구매 선택에 실질적인 도움이 되는 보다 객관적이고 과학적인 정보를 제공함으로써, 소비자의 합리적 선택을 도모하며, 이는 시장에서 경쟁을 촉진하여 제품의 품질을 향상시키며, 정보제공기능이 보다 강화되어 소비자의 광고에 대한 신뢰도도 제고되므로 광고산업의 발전에도 도움이 된다고 주장한다. 반면에, 비판론자들은 비교광고가 잘 못 이루어졌을 경우에 광고주가 받을 수 있는 피해를 중심으로 비판을 하고 있음을 알 수 있다.

비교광고의 변천과정을 살펴 볼 때, 소비자주의(consumerism)의 태동 등에 의해 소비자주권이 신장될수록 소비자보호 측면에서 비교광고의 효과와 기능이 강조되어 왔다. 이에 따라 종전에는 대부분의 국가에서 비교광고를 금지 내지 부분적으로 허용하였으나, 지금은 대부분의 국가에서 비교광고를 허용하고 있다.

2) 경쟁촉진 측면

비교광고도 광고 유형의 하나이다. 광고가 시장에서 경쟁을 촉진하는지 제한하는지에 대한 논쟁은 오래 전부터 있어 왔다. 광고가 시장에서 경쟁을 제한한다는 견해는 시장구조론자의 입장이다. Bain(1956)에 따르면, 광고는 제품차별화를 형성하며, 이는 시장의 진입장벽 역할을 하여 반경쟁적인 효과를 유발한다는 것이다. Bain의 주장이 타당하다면, 광고를 통한 제품차별화 노력은 하나의 유력한 시장전략으로서 시장지배력을 형성·강화시켜주는 요인이 된다. 따라서 기존 기업과 신규 기업 간의 관계에서 뿐만 아니라, 동일 시장 내의 기존 기업들 간의 경우에도 규모나 기술수준 등이 비슷하더라도 이들 기업의 시장지배력은 광고가 가장 큰 역할을 한다는 것을 시사한다. 광고의 제품차별화 현상은 Scherer(1980)의 연구에서도 분석되고 있다. 다만, Scherer는 광고의 제품차별화가 가격상승을 초래할 수 있으며, 이의 요건으로 3가지 경우¹⁸⁾를 제시하고 있다. Comanor와 Wilson(1974)은 광고의 제품차별화 문제를 소비자행동이론에 입각하여 설명하고 있다.¹⁹⁾

광고가 시장에서 경쟁을 촉진한다는 견해는 시장행태론자들의 일반적인 입장이다. 이들은 광고가 제품의

18) 첫째, 제품 간의 뚜렷한 우위를 판단하기 어려울 때, 둘째, 경쟁적인 제품들 간 객관적인 특징이 두드러지게 나타나지 않을 때, 셋째, 잘못된 제품 선택이 초래할 수 있는 불이익이 큰 제품인 경우이다.

19) Schmalensee(1974)는 Comanor와 Wilson(1974)와 유사한 연구를 하면서 특히, 광고비지출이 진입장벽에 미치는 효과를 이론적 모형으로 체계화 하였다.

속성과 가격 등에 대한 정보를 소비자들에게 제공함으로써 기업의 시장지배력을 감소시킨다는 것이다. 즉, 광고는 소비자들의 상표에 대한 충성도를 잠식하고 상품에 대한 탐색비용을 감소시킴으로써, 기업 간 경쟁을 심화시키고, 신규 기업의 시장진입을 용이하게 하며, 그 결과 어떤 상표나 제품에 대한 수요의 가격탄력성을 보다 탄력적이게 하여 시장에서 경쟁을 제고한다는 것이다.

광고가 시장에서 경쟁을 제한 또는 촉진하는가의 문제는 시장성과가 시장구조에서 기인하는지 아니면 시장행태에서 기인하는지의 문제와, 시장성과를 단기간에 정태적으로 볼 것인가 아니면 장기간 동태적으로 볼 것인가의 문제로 귀결된다. 광고가 시장에서 경쟁을 제한한다는 견해는 전자에 기초한 것이라면, 경쟁을 촉진한다는 견해는 후자에 기초하고 있다.

비교광고는 일반적인 광고에 비하여 기업 간 경쟁을 촉진한다. 비교광고가 경쟁을 촉진한다는 이면에는 비교광고에서 주장하는 내용이 진실하다는 것을 전제로 한다. 그렇지 않으면 폐해도 그만큼 심각할 것이다. 따라서 비교광고에 대한 규제는 일반적인 광고에 비하여 보다 엄격히 시행되어야 한다.

Ⅲ. 비교광고의 부당성 판단기준

1. 표시광고법상 부당광고의 구성요건²⁰⁾

표시광고법 제3조 제1항에서는 부당한 비교광고와 비방광고를 부당광고 유형의 하나로 규정하고 있다. 따라서 비교광고의 부당성 판단기준을 살펴보기 위해서는 먼저, 표시광고법상 부당광고 구성요건을 살펴볼 필요가 있다.²¹⁾ 표시광고법은 부당광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 하고 있다(제1조). 동법에서는 부당광고의 방지와 관련해서는 대표적으로 부당광고 금지 조항(제3조)을, 바르고 유용한 정보제공의 촉진과 관련해서는 중요정

20) 표시광고법에서는 표시와 광고를 규제대상으로 하며, 금지행위 대상도 표시와 광고 모두 동일하게 거짓·과장의 표시광고, 기만적인 표시광고, 부당하게 비교하는 표시광고, 비방적인 표시광고 등 4가지로 규정하고 있다. 이에 따라 표시광고법, 지침 등 관련법규에서 모두에서 “표시광고”로 함께 표기하고 있다. 그러나 표시(labeling)와 광고(advertising)는 정보제공측면에서는 같은 기능을 하지만, 정보제공 주체, 정보제공 목적, 정보가 제공되는 공간, 제공되는 정보내용 등에서 차이가 있다. 또한, 표시에서는 현실적으로 다른 사업자와 비교가 이루어지지 않는다. 이러한 점을 감안하여 이하에서는 “표시광고”에서 표시를 삭제한다. 예를 들면, 부당하게 비교하는 표시광고를 부당하게 비교하는 광고와 같이 표기한다.

21) 어떠한 요건을 갖춘 광고를 부당광가로 볼 수 있는가? 이는 광고의 영향이 소비자에 따라 다르기 때문에 매우 어려운 일이다. 그러나 이는 어떠한 광고를 규제대상으로 하는가와 직결되는 문제이므로 광고규제에서 매우 중요한 과제이다. 이에 대한 선행연구는 크게 두 부류로 구분할 수 있다. 하나는 소비자를 오도하는 광고내용을 분류함으로써 유형화를 시도한 연구이고, 다른 하나는 기만광고의 특정 구성요소(유형)가 실제로 소비자에게 거짓신념(false belief)을 구축 하는가 또는 실제로 소비자를 기만하는가를 검증하는 연구가 그것이다. 전자의 대표적인 연구자는 Gardner(1975)를 후자의 대표적인 연구는 D.J. Aake(1982)와 D. Cohen(1975) 등을 들 수 있다. 지면관계 등으로 이에 대한 구체적인 내용은 생략하지만, 이하에서 관련내용을 참조한다.

보의 고시 및 통합광고 조항(제4조)을 두고 있다.

동법에서는 부당광고에 대한 정의를 구체적으로 규정하고 있지 않다. 다만, 동법 제3조에서 “부당한 광고 금지”라는 제목으로 제1항에서 “소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고행위로써 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 행위”를 금지시키고 있다. 이를 통하여 부당광고란 “소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고행위”로 간접적으로 정의할 수 있으며, 사업자의 부당광고행위 금지를 통하여 공정한 거래질서의 확립을 목적으로 하고 있음을 알 수 있다.²²⁾

상기 부당광고 행위의 개념을 토대로 표시광고법상 부당광고의 구성요건을 추출하면 ① 소비자를 속이는 광고행위, ② 소비자로 하여금 잘 못 알게 할 우려가 있는 광고행위 중에서 ③ 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 광고행위로 볼 수 있다. 그런데 ①과 ②가 충족하면 필연적으로 공정한 거래질서를 해친다.²³⁾ 따라서 ③은 부당광고 구성요건에서 제외시켜도 무방하다고 판단된다. 한편, 상기 ①은 부당광고 구성요건에서 기본적인 광고에 해당될 수 있으며, ②의 내용은 광고내용이 허위이거나, 소비자에게 구매선택 등에 반드시 필요한 정보를 제공하지 않는다거나, 광고의 전체적인 메시지(이미지)가 소비자를 오인하는 경우 등 여러 가지가 포함될 수 있다.

표시광고법에서는 사업자의 부당한 광고행위의 유형으로 ① 거짓·과장의 광고, ② 기만적인 광고, ③ 부당하게 비교하는 광고 ④ 비방적인 광고 등 4가지를 규정하고 있다. 거짓·과장의 광고는 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고하는 것을 말한다(동법 시행령 제3조제1항). 거짓(false)이란 “사실과 어긋난 것. 또는 사실이 아닌 것을 사실처럼 꾸민 것”을 의미한다. 사실과 관련한 사항은 객관적으로 증명 가능하다. 따라서 거짓광고는 사실과 관련한 사항에 대하여 주장하는 광고에 적용된다. 표시광고법에서는 거짓광고 여부를 신속하게 파악하기 위하여 광고실증제도를 도입하고 있다. 따라서 실증되지 않는 광고는 거짓광고에 해당된다. 이는 부당광고 구성요건에서 진실성을 위반하는 광고이다. 한편, 과장이란 “사실보다 지나치게 부풀려 나타냄”을 의미한다. 그러나 광고의 속성을 고려할 때, 과장광고를 규제하는 것은 문제가 있다고 판단된다.

기만적인 광고(deceptive advertising)는 “사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법으로 광고하는 것”을 의미한다(동법 시행령 제3조제2항). 은폐란 “덮어 감추거나 가리어 숨김”을, 축소란 “모양이나 규모 따위를 줄여서 작게 함”을 의미한다. 축소는 소비자에게 필요한 정보 등을 제공하고 있지만, 일부 내용을 제공하지 않는 것을 의미하므로 해석상 큰 문제가 없다. 그런데 은폐는 어떻게 해석하는지에 따라 부당광고 대상이 달라질 수 있다. 먼저, ‘덮어 감추거나 가리어 숨김’의 대상을 광고에서 관련내용을 주장하고 있으면서 교묘하게 덮어 감추거나 가리어 숨기는 경우만으로 해석하는 경우이다. 대표적인 사례로 광고내용이나 문구를

22) 광고규제의 목적이 사업자간 불공정한 경쟁행위 규제에서 소비자보호로 전환된 점을 감안하면, 동법 제3조제1항에서 “공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는”이라는 문구를 “소비자에게 피해를 야기할 우려가 있는”으로 개정하거나, 아니면, 동 문구를 새로이 추가하는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

23) 물론 반대의견도 존재할 수 있다. 그러나 공정거래위원회 부당광고 심결례에서는 거의 대부분 이렇게 기술되어 있다.

일반적인 소비자가 이해할 수 없는 난해한 기호나 문자 등으로 광고하는 경우이다. 광고에서 내용은 제시하지만 소비자를 속이는 것이다. 두 번째로는 앞의 내용에 더하여 특정내용을 광고에서 아예 제시하지 않는 경우(omission)까지 포함하여 해석하는 경우이다. 생략(omission)은 표시광고법에서 광고 시에 반드시 제공하도록 규정하고 있는 내용을 제공하지 않는 경우이다. 표시광고법 제3조와 관련한 고시, 심사지침과 심결사례 등을 살펴보면 두 번째 해석이 통상적인 해석으로 판단된다. 미국 등에서는 기만(deception)과 생략(omission)에 의한 부당광고를 구분한다

부당하게 비교하는 광고란 “비교 대상 및 기준을 분명하게 밝히지 아니하거나 객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 상품이나 용역(이하 "상품 등"이라 한다)을 다른 사업자 또는 사업자단체(이하 "사업자등"이라 한다)나 다른 사업자 등의 상품 등과 비교하여 우량 또는 유리하다고 광고하는 것을 의미한다(동법 시행령 제3조제3항). 비방적인 광고란 “다른 사업자 등 또는 다른 사업자 등의 상품 등에 관하여 객관적인 근거가 없는 내용으로 광고하여 비방하거나 불리한 사실만을 광고하여 비방하는 것”을 말한다(동법 시행령 제3조제4항).

표시광고법에서 부당한 광고행위 유형의 하나로 “부당하게” 비교하는 광고를 규정하고 있는 것은 정당하게 비교하는 광고는 허용된다는 의미이다. 그런데 비방적인 광고는 “부당하게”라는 문구가 없다. 따라서 부당성에 상관없이 비방적인 광고는 부당광고에 해당되는 것으로 이해할 수 있다. 그런데 시행령(제3조제4항)에서는 비방광고를 “다른 사업자 등.....① 객관적인 근거가 없는 내용으로 광고하여 비방하거나, ② 불리한 사실만을 광고하여 비방하는 것”으로 규정하고 있어 혼란이 야기된다. ①의 문구를 반대로 해석하면, 객관적인 근거가 있는 내용으로 광고하여 비방하는 것은 비방광고에 해당되지 않기 때문이다.

표시광고법상 부당성 판단기준으로 박해식은 ① 기만성(소비자를 속이거나)과 ② 오인 야기성(소비자로 하여금 잘 못 알게 할 우려가 있는)을 들고 있으며,²⁴⁾ 조성국은 ① 진실성, ② 소비자 오인성, ③ 공정거래 저해성을 들고 있다.²⁵⁾ 김두진은 ① 허위성 및 기만성, ② 오인 가능성, ③ 공정거래 저해성을,²⁶⁾ 박성용은 ① 광고의 전체적 인상, ② 광고물의 해석범위, ③ 광고내용의 진실성, ④ 광고내용의 한정성(제한성 등을 들고 있다.²⁷⁾ 상기 내용에서 기만성이 있으면 오인을 야기할 가능성이 크므로 기만성과 오인야기성과의 구분이 모호하며, 진실성과 오인야기성을 위반한 광고는 모두 공정거래를 저해한다는 측면에서 공정거래 저해성을 부당성 판단기준으로 보아야 하는지 등에 대하여 비판적인 시각이 존재한다.

24) 박해식(2000), 부당한 표시·광고에 대한 규제: 표시·광고의 공정화에 관한 법률을 중심으로, 재판자료 : 경제법의 제문제, 제87집, pp.629-759

25) 조성국·김한신(2012), 부당한 표시·광고 행위의 유형 및 기준 제정방안 연구, 공정거래위원회 용역보고서, p.23

26) 김두진(2017), 부당한 표시·광고 행위의 부당성 판단기준, 소비자문제연구, 제48권 제3호, 한국소비자원, pp.164-173

27) 박성용·두성규(1993), 부당광고 규제기준 제정에 관한 연구, 한국소비자보호원

2. 부당한 비교광고 판단기준

1) 개관

우리나라에서 비교광고는 표시광고법이 공정거래법으로부터 분리되어 나오기 전에도 일부 허용되었다. 당시 공정거래법 제23조에서 사업자의 부당거래행위의 금지 중 제6호의 내용인 “사업자, 상품 또는 용역에 관하여 허위 또는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 표시·광고(상호의 사용을 포함한다)를 하는 행위”를 금지하였으며, 시행령(별표1)에서 제6호의 내용을 구체적으로 ①허위·과장광고, ②기만광고, ③부당한 비교광고, ④비방광고로 구분하고 있었기 때문이다. 그러나 당시에는 객관적인 근거가 있다 하더라도 자기의 것의 유리한 부분만을 비교하는 것은 금지되었기 때문에 비교광고가 완전히 허용되었다고 볼 수는 없다.

그런데, 표시광고법이 1999년에 공정거래법에서 분리되고, 동법 시행령에서 부당한 비교광고에 대하여 “비교대상 및 기준을 명시하지 아니하거나 객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 상품이나 용역(이하 “상품 등”이라 한다)을 다른 사업자 또는 사업자단체(이하 “사업자 등”이라 한다)나 다른 사업자등의 상품등과 비교하여 우량 또는 유리하다고 표시·광고하는 것”으로 규정함으로써, 부당하지 않는 비교광고는 전면 허용하게 되었다. 이제는 ‘객관적인 근거가 있는 비교 대상 및 기준만 제시한다면 자신에게 유리한 내용만 비교하는 것’도 허용되었기 때문이다. 그러나 비교광고에서 부당성에 대한 구체적인 판단기준인 비교 대상, 비교 기준 등이 무엇인지에 대한 구체적인 내용이 마련되어 있지 않아 비교광고가 실제로는 활발하게 이루어지지 않았다.²⁸⁾

이에, 공정거래위원회는 2001년에 비교 대상, 비교 기준 등이 포함된 “비교 표시·광고에 관한 심사지침”을 발표하면서, “가격에 비교우위가 있는 사업자는 가격만으로, 일정 성능에 비교우위가 있는 사업자는 당해 성능만으로 경쟁 사업자와 비교하는 광고가 활성화 될 것으로 전망하며, 이러한 비교광고는 제품의 가격과 질을 바로 비교하기 때문에 사업자로 하여금 비교열위에 있는 부분을 개선시키도록 하는 채찍으로 작용하는 긍정적 효과도 창출할 것으로 기대된다.”고 하였다. 이는 비교광고 활성화를 통하여 소비자에게 보다 유용한 정보를 제공하려는 목적도 있었지만, 시장에서 경쟁촉진을 유도하기 위한 것도 매우 중요한 목적이었음을 시사한다. 그러나 정책 당국의 의지와는 달리 우리나라에서 비교광고는 지금까지 많이 이루어지지 않고 있다.

28) 1998년에 사업자가 표시·광고 시 반드시 준수하여야 할 일반지침으로 마련된 “부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준”에서 ‘경쟁사업자 및 경쟁관계상품에 관한 비교 표시·광고’에서 비교 광고에 대한 내용이 일부 규정되어 있었다. 그러나 동 내용은 부당한 비교 광고를 모두 규제하는데 한계가 있었다.

2) 비교광고의 부당성 판단기준²⁹⁾

비교광고의 부당성 판단기준에서는 비교광고가 표시광고법 제3조에서 규정하고 있는 부당광고의 부당성 구성요건에 해당되는지를 판단할 수 있는 기준이 제시되어야 한다. 비교광고는 어느 경쟁사업자(비교광고 범위)의 어떠한 상품(비교대상)에 대하여, 어떠한 기준(비교기준)에 의해 산출된 결과(실증자료)를 광고에서 주장(비교방법)한다. 따라서 비교광고 심사지침에서는 비교광고가 비교광고의 범위, 비교대상, 비교기준과 방법, 비교내용에서 객관적인지의 여부를 판단할 수 있는 구체적인 기준이 제시되어야 한다. 또한, 비교광고의 본질을 고려할 때, 비교광고에서 주장하는 내용은 경쟁 사업자 간 유의적인 차이가 있어야 하며, 사업자 간 공정한 경쟁을 촉진하는데 기여하여야 한다. ‘비교광고 심사지침’에서는 상기 내용에 대하여 부당성 판단 기준을 예시와 함께 구체적으로 제시하고 있다.

먼저, 비교광고 범위와 관련하여, ‘비교광고 심사지침’에서는 ① 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상호, 상표, 상품의 고유명칭, 기타 다른 사업자의 상품을 나타내는 기호 등을 직접 명시하여 비교하는 광고, ② 위 ①에 해당하지 아니하나 은유적 표현, 유사한 발음·기호·상징 등을 통하여 일반 소비자가 통상적으로 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품임을 인지할 수 있는 방법으로 비교하는 광고를 모두 적용범위에 포함시키고 있다.

다음으로, 비교대상과 관련하여, ‘비교광고 심사지침’에서는 “동일시장에서 주된 경쟁관계에 있는 사업자의 상품으로서 자기의 상품과 동종 또는 가장 유사한 상품을 자기의 상품과 비교하여야 한다.”고 규정하고 있다. 여기서 “동일시장”에서, “주된 경쟁관계”에 있는 사업자, 그리고 “자기의 상품과 동종 또는 가장 유사한 상품”을 어떻게 해석하는가에 따라 비교대상이 크게 달라진다. ‘비교광고 심사지침’에서는 동일시장에서 주된 경쟁관계에 대해서는 구체적인 언급이 없으며, 단지, 자기의 상품과 동종 또는 가장 유사한 상품 등과 관련하여 포괄적으로 ① 비교대상 상품이 자기의 상품과 용량, 크기, 생산시기, 등급, 특성 등에 있어서 차이가 있어, 거래통념상 동등한 것으로 인정되지 아니하는 다른 사업자의 상품과 비교하는 것과 ② 비교대상을 밝히지 않은 채 자신의 제품이 경쟁제품보다 우월하다고 광고하였으나, 실제 비교대상인 제품이 가격·품질·성능·소비자인지도 등에 있어 경쟁제품으로 보기 어려운 경우는 부당한 비교광고에 해당할 수 있다고 규정하고 있다.

다음으로 비교기준과 관련해서는 가격, 성능, 품질, 판매량, 서비스내용 등의 비교기준이 자기의 상품과 다른 사업자의 상품 간에 동일하며, 비교기준이 적정하고 합리적으로 설정되어야 한다고 규정하고, 따라서 ① 서로 다른 조건, 기간, 환경 등 동일하지 아니한 기준에 의하여 비교하는 경우, ② 광고에 나타나지 아니한 사항이 당해 광고상 비교기준과 불가분의 직접적 관계에 있어 소비자의 선택에 중대한 영향을 미치는 사항임에도 불구하고, 이를 명시하지 아니하는 경우는 부당한 비교광고에 해당될 수 있다고 하고 있다.

다음으로, 비교방법과 관련해서는 비교가 객관적이고 공정하게 이루어지고, 시험·조사 결과를 인용할 때

29) 이하 내용은 “비교표사·광고 심사지침”내용을 기초로 하고 있다.

는 그 내용을 정확하게 인용하여야 한다. 따라서 ① 특정항목, 특정조건 등에서의 비교결과를 근거로 전체적인 우수성을 주장하는 경우 ② 시험·조사결과를 인용하는 경우에 시험·조사결과를 왜곡하여 자기의 상품이 우수한 것처럼 광고하는 경우는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우는 부당한 비교방법이 된다고 규정하고 있다.

다음으로, 비교내용에 관한 사항이다. 비교광고에서 주장하는 내용은 사실과 관련된 사항(객관적인 사항)만 주장할 수 있으며, 그 내용은 반드시 실증자료에 근거하여야 한다. 따라서 실증이 불가능한 주관적인 내용은 비교광고에서는 광고내용으로 주장할 수 없다. 비교광고의 본질상 광고에서 주장하는 내용은 소비자 구매선택에 중대한 영향을 미치는 내용이어야 하며, 사업자 간 공정한 경쟁을 위해서 허위·과장적인 내용이어서는 아니 되기 때문이다. ‘비교광고 심사지침’에서도 “비교내용이 진실되고 소비자의 상품 선택을 위하여 유용한 경우에는 부당하게 비교하는 광고에 해당되지 않는다.”고 규정하고, 구체적으로 ① 자기 상품에 대해서 허위·과장된 성능, 품질 등을 제시하거나, 다른 사업자의 상품에 대해서 허위·과장된 성능, 품질 등을 제시하는 경우, ② 비교사항의 내용상 차이가 객관적으로 의미가 없거나 아주 근소하여 성능이나 품질 등에 미치는 영향이 미미한데도 불구하고 그 차이가 성능이나 품질 등에 중대한 영향을 미치는 것처럼 광고하는 경우는 부당한 비교내용이 된다고 하고 있다.

한편, ‘비교광고 심사지침’에서는 비방광고와의 관련성에 대하여 “비록 사실에 기초하여 비교하는 형식의 광고라고 하여도 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품에 대한 중대한 이미지 훼손에 이르는 등 광고의 전체내용이 전달하는 바가 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품이 실제보다 현저히 열등 또는 불리한 것처럼 소비자가 오인할 수 있도록 한다면 이는 비방적인 광고에 해당된다.”고 규정하고 있다

IV. 주요국의 비교광고 부당성 판단기준

1. 미국

개방과 자유사상이 강조되는 미국에서 비교광고가 1970년대 이전까지 엄격하게 금지되었던 이유는 청교도 정신과 페어플레이 정신 등을 들 수 있다. 그러나 FTC에서 비교광고가 소비자에게 보다 양질의 제품정보를 제공할 수 있고, 새로운 시장 진입자에게 유용한 소구수단이며, 기업 간의 공정한 경쟁을 유발하여 산업발전과 제품가격 하락을 유도할 수 있다는 이유를 들어 1970년대 이후부터 비교광고의 시행을 결정하였다. 1971년부터 비공식적으로 방송국에서 비교광고의 취급을 기피하는 것을 규제하기 시작한 것이다.³⁰⁾ 그러나 미국에서 비교광고가 본격적으로 시행되게 된 것은 FTC가 1979년에 비교광고에 대한 정책성명을³¹⁾

30) 이에 따라, NBC방송은 1971년부터 비교광고를 허용하게 되었고, CBS방송과 ABC방송도 1972년 비교광고를 하기 시작하였으며, 1974년에는 미국광고대행사협회도 비교광고에 관한 정책선언 및 가이드라인을 발표하였다.

31) Statement of Policy Regarding Comparative Advertising(August 13, 1979)

을 발표하고 난 이후부터이다. 여기에서 FTC는 비교광고를 “객관적으로 측정 가능한 속성이나 가격에 의해 경쟁상표를 비교하며, 이름과 모양 또는 뚜렷한 정보에 의해 경쟁상품을 노출시키는 광고”라고 정의하고,³²⁾ FTC는 경쟁자를 광고에 사용하는 것을 지지하며, 소비자 혼동을 막기 위해 광고내용은 명확해야 하며, 이를 위하여 비교광고에서 요구되는 실증자료의 엄격성을 일반광고와 동일한 수준으로 하며, 진실한 비교광고의 사용을 방송사나 NAD, NARB 등 광고자율기관에 의해 규제되어서는 안 된다는 점을 밝히고 있다.

FTC에서 비교광고에 대한 규제는 다른 광고에서와 마찬가지로 FTC법 제5조에 근거하고 있다. 다만, 비교광고에 대한 규제는 일반 광고규제의 기본원칙³³⁾과 함께 특히, 다음 5가지 사항을 관심을 가지고 본다.

① 광고주가 시험결과를 광고에서 사용한다면 그 결과는 정확하게 하여야 한다. ② 광고된 제품이 어린이들에게 직접적인 영향을 준다면, 영양상의 우월성에 관한 주장은 특히 정확성과 관련하여 특별한 관리가 이루어져야 한다. ③ 제품 성능의 주장으로 해석되는 독특함에 대한 주장에 대해서는 위원회에 의한 조사를 필요로 하게 된다. ④ 비교 주장과 관련하여, 위원회는 광고 이면의 전문적 사항을 보는 것이 아니라, 광고에서 주장하는 내용을 일반 대중이 어떻게 인식하는가에 대한 효과를 보는 것이다. ⑤ 비교광고에서 주장의 입증은 독립적인 실험실 테스트를 통해 매우 타당한 방법과 절차에 의해 이루어져야 한다.³⁴⁾

그러나 1980년대에 들어와서 FTC 정책이 미국 의회의 비판을 받으면서 비교광고에 대한 FTC의 영향력이 축소되었다. 법원도 그 동안 비교광고에 대하여 판결기준이 되었던 FTC의 광고관련 가이드라인 대신, 1964년에 통과된 Lanham Act를 새로운 판결기준으로 사용하기 시작하였다.

Lanham법은 연방 상표규제법이다. 광고에서 타 회사의 상표나 상호 등 포장을 사용할 수 있다. 따라서 비교광고에서 타 회사의 상표나 상호 등을 기만적으로 이용한다면 Lanham법에 저촉된다. Lanham법에서 광고규제 근거는 허위광고 규제의 근거조항인 43조(a)이다.³⁵⁾ 동 조항은 광고주 자신의 제품과 연관된 거

32) 동 정의에서는 비교대상으로 상품 등의 속성 외에 ‘가격’을 포함시키고 있으며, ‘경쟁상품을 노출시키는 것’으로 규정하고 있기 때문에 명시적으로 비교하지 않더라도 경쟁 상품을 소비자가 알 수 있다면 비교광고로 규정하고 있다.

33) 미국 FTC에서 광고규제 기본원칙은 다음 5가지이다. 광고는 ① 진실하여야 한다. ② 소비자를 오도하여서는 아니 된다. ③ 모든 주장은 실증되어야 한다. ④ 불공정하여서는 아니 된다.

34) 박성용·정용수·송민수(2009), 비교광고와 경쟁정책에 관한 연구, 한국소비자원, pp.44-45

35) § 43 (15 U.S.C. § 1125). False designations of origin; false description or representation

(a) (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such

것 주장에만 적용되고 다른 사람(사업자)의 제품을 단순히 비난하는 주장에는 적용되지 않는다는 문제점이 있었다. 이에 동 조항이 1988년에 ‘다른 사람의 재화, 서비스 또는 상업적 활동을 침해하는 어떠한 광고도 불법이다’라는 내용으로 개정되었다. 이에 따라 동 조항에 근거하여 다른 사업자가 상업적으로 사용하는 상표, 단어, 문구, 이름, 상징, 또는 의장 등을 기만적으로 사용하는 광고도 동법의 규제대상이 되었다. 즉, Lanham법이 부당한 비교광고를 광범위하게 규제하는 강력한 근거가 된 것이다. 법원에서도 Lanham법 43조(a)는 명백한 허위주장 뿐만 아니라 빗대어 말하기, 간접적 위협, 애매한 표현도 규제의 대상이 된다고 판시하고 있다

2. 일본

일본에서는 광고가 기본적으로 다른 사업자와의 경쟁을 전제로 한다는 것을 인식하고, 이를 부당 경쟁류 및 부당표시 방지법(이하에서 ‘경품표시법’이라 한다)에 반영하고 있다. ‘경품표시법’ 제5조에서 부당표시의 유형을 ① 내용에 대한 우월성을 오인시키는 부당표시, ② 거래조건에 대한 우월성을 오인시키는 부당표시, ③ 기타 거래의 부당표시 등 3가지 유형으로 규정하고 있는데, 위 ①, ②의 내용에서³⁶⁾ 모두 ‘당해 사업자와 경쟁관계에 있는 타사업자의 관련된 것보다 현저히 우량하다고’라는 문구가 포함되어 있다.

일본에서도 우리나라와 마찬가지로 문화적인 이유 등으로 비교광고는 많이 시행되지 않았다. 경쟁기업 상품 등의 결점을 지적한다든가 타사 제품과 비교하면서 자사 제품의 장점을 강조하는 방법을 별로 좋아하지 않는 풍조가 있었기 때문이다. 이에 따라 공정경쟁규약에서도 비교광고에 대해서는 엄격한 기준을 마련해 놓고, 가능한 한 비교광고를 실시하지 않게 하는 경우가 적지 않았다. 그러나 비교광고는 소비자에게 동

act.

(2) As used in this subsection, the term “any person” includes any State, instrumentality of a State or employee of a State or instrumentality of a State acting in his or her official capacity.

Any State, and any such instrumentality, officer, or employee, shall be subject to the provisions of this chapter in the same manner and to the same extent as any nongovernmental entity.

(3) In a civil action for trade dress infringement under this chapter for trade dress not registered on the principal register, the person who asserts trade dress protection has the burden of proving that the matter sought to be protected is not functional.

36) 第五条 事業者は、自己の供給する商品又は役務の取引について、次の各号のいずれかに該当する表示をしてはならない。

一 商品又は役務の品質、規格その他の内容について、一般消費者に対し、実際のものよりも著しく優良であると示し、又は事実に相違して当該事業者と同種若しくは類似の商品若しくは役務を供給している他の事業者に係るものよりも著しく優良であると示す表示であつて、不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがあると認められるもの

二 商品又は役務の価格その他の取引条件について、実際のもの又は当該事業者と同種若しくは類似の商品若しくは役務を供給している他の事業者に係るものよりも取引の相手方に著しく有利であると一般消費者に誤認される表示であつて、不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがあると認められるもの

종의 상품 등에 대한 내용이나 거래조건 등을 적절히 비교할 수 있는 구체적인 정보가 제공되는 광고이므로, 비교광고가 적절히 행해진다면 상품 선택에 있어서 도움이 되는 광고라는 견해가 제기되고, 외국기업의 일본시장에의 진출을 고려한다면 비교광고를 수용하는 환경을 조성할 필요성이 있다는 의견이 꾸준히 제기되었다.

그러나 일본에서 비교광고는 외부 영향에 의해 시작되었다고 볼 수 있다. 1986년 당시 미국과의 무역마찰이 국제문제로 부각되고, 외국기업으로부터 비교광고규제로 효과적인 광고활동을 할 수 없다는 비판이 제기되자, 공정거래위원회(公定取引委員會)가 1986년 6월에 ‘비교광고에 관한 경품표시법상의 견해’를 발표하였다. 동 견해에서 공정거래위원회는 경품표시법 제4조(부당표시 금지)는 경쟁 사업자의 제품보다 현저하게 우수한 것으로 소비자가 오해하게 할 만한 표시를 부당표시로서 금지하고 있지만, 경쟁사업자의 상품과 비교하는 그 자체에 대해서는 금지·제한하는 것은 아니며, 바람직한 비교광고는 소비자가 상품을 선택할 때 동종 상품의 품질과 거래조건에 관한 특징을 적절하게 비교할 수 있도록 구체적인 정보를 제공하는 것이라고 밝히고 있다.³⁷⁾³⁸⁾ 그리고 다음 해인 1987년 4월에 공정거래위원회는 “비교광고에 대한 경품표시법상의 고려사항”³⁹⁾(이하 ‘가이드라인’이라 한다)을 공표함으로써 비교 광고를 본격적으로 허용하기 시작하였다.⁴⁰⁾

상기 가이드라인에서는 비교광고의 범위를 “자기가 공급하는 상품 또는 역무(이하 ‘상품 등’ 이라고 한다.)에 대해서, 이것과 경쟁관계에 있는 특정의 상품 등을 비교대상 상품 등으로 나타내면서(암시적으로 나타내 보이는 경우를 포함한다.), 상품 등의 내용 또는 거래조건에 관해서 객관적으로 측정 또는 평가하는 것에 의해서 비교하는 광고를 말하고, 상기 이외의 형태에 의해 비교하는 광고에 대해서는 사례별로 본 가이드라인의 취지를 참작하고, 경품표시법상의 적부를 판단하는 것으로 한다.”고 규정하고 있다.⁴¹⁾ 즉, 비교광

37) 아울러, 동 견해에서는 바람직한 비교광고는 일반소비자가 상품을 선택하는데 있어 동종 상품의 품질이나 거래조건에 대한 특징을 적절히 비교할 수 있게 하기 위하여 구체적인 정보를 제공하는 것이므로, 다음과 같은 비교광고는 상품의 특징을 적절히 비교하는 것을 방해하고, 일반소비자들의 적절한 상품선택을 저해하여 부당 표시에 해당할 우려가 있다고 하였다. : ① 실증되지 않은 또는 실증될 수 없는 사항을 비교하는 것, ② 일반소비자의 상품선택에 있어서 중요하지 않은 사항을 중요한 것과 같이 강조해 비교하는 것, 비교하는 상품을 자의적으로 골라내는 등 불공정한 기준에 의해서 비교하는 것, ③ 일반소비자에 대한 구체적인 정보제공이 아니고, 단지 경쟁사업자 또는 그 상품을 중상하거나 또는 비방하는 것

38) 상기 내용들은 비교 광고에 관한 가이드라인 서문 (1)에 그대로 들어가 있다.

39) 이하의 내용은 “比較広告に関する景品表示法上の考え方”을 기초로 작성되었다.

40) 일본에서 최초의 비교광고 가이드라인은 1986년4월 11일 고시된 ‘사진기류의 소매업에 있어 표시에 관한 공정경쟁규약’이다. 동 규약 제9조에서 “사업자가 사진기류의 품질, 성능, 거래조건 등에 대하여 타 제품과의 비교표시를 하는 경우에는 다음 각 호에 정하는 바에 따르지 않으면 아니 된다.”라고 규정하고, 다음 각 호의 사항으로 ① 비교대조사항을 표시할 것, ② 비교대조사항에 대하여 객관적 사실에 근거한 수치 또는 근거를 제시할 것, ③ 비교에 있어서 현재 판매되고 있는 사진기류를 대상으로 할 것, ④ 비교의 대상이 되는 사진기류의 품명표시를 할 것 등을 규정하고 있다.

41) 자사의 상품을 종전과 비교하는 것도 비교광고의 일종이다. 예를 들면, 「성능 업!! 당사비 20%」, 「20% 증량」등이라고 주장하는 경우이다. 그러나 동 주장에 대해서는 비교된 측에서의 반론이 있을 수 없고, 비교 내용에 대해 정확하다면 그 자체로서는 문제가 되는 여지는 없기 때문에, 부당한 비교광고에는 포함하지 않는다. 川井 克俊 地頭所 五男, Q&A

고는 “자사가 공급하는 상품 또는 서비스에 대해 경쟁관계에 있는 특정 상품 등을 비교대상 상품으로서 표시(암시적으로 표시하는 경우도 포함)하고, 상품의 내용 또는 거래조건에 관해 객관적으로 측정 또는 평가함으로써 비교하는 광고를 말한다.”고 정의하고 있다.⁴²⁾

비교광고의 부당성 판단기준과 관련해서는 경품표시법 제4조는 자기가 공급하는 상품 등의 내용이나 거래조건에 대해서 실제의 것 또는 경쟁 사업자의 것보다 현저하게 우량 또는 유리하다고 일반소비자에 오인되는 표시를 부당표시로서 금지하고 있는 것이므로, 비교광고도 이를 충족하여야 한다고 전제하고, 비교광고가 경품표시법 제4조를 위반하는 부당표시가 되지 않기 위해서는 일반소비자에게 상기의 오인을 주지 않아야 하며, 이를 위해서는 ① 비교광고로 주장하는 내용은 객관적으로 실증될 수 있는 것이어야 하며, ② 실증되는 수치나 사실은 정확하고 적절하게 인용되어야 하며, ③ 비교하는 방법은 공정하여야 한다는 세 가지 요건이 모두 충족되어야 한다고 규정하고 있다.⁴³⁾

①에서 광고에서 주장하는 내용이 “객관적으로 실증될 수 있는 것인지”는 실증이 필요한 사항의 범위, 실증의 방법 및 정도, 조사기관 등을 고려하여 판단한다. 실증이 필요한 사항은 광고에서 주장하는 내용이다. 따라서 비교광고에서 주장하는 사항에 대한 범위가 곧 실증이 필요한 사항의 범위가 된다. 실증방법 및 정도와 관련해서는 실증방법이 이미 확립되어 있는 경우에는 당해 확립된 방법에 의하며, 그렇지 않는 경우에는 사회통념상 및 경험칙 상 타당하다고 생각되는 방법에 의한다. 또한, 공적기관이 공표하고 있는 수치나 사실, 비교대상 상품 등을 공급하는 사업자가 팜플렛 등으로 공표하거나 객관적으로 신뢰할 수 있다고 인정되는 수치나 사실은 실증자료로 인정할 수 있다. 실증자료를 생산한 조사기관은 광고주와 관계가 없는 제3자이어야 하지만, 상기 조건에 해당되지 않더라도 실증방법 등이 타당한 것이라면, 비교광고의 근거로서 사용할 수 있다.⁴⁴⁾

②에서 “실증되는 수치나 사실이 정확하고 적절하게 인용되는 것”에 대한 판단은 조사결과의 인용방법, 조사방법에 대한 정보제공 내용 등을 고려하여 판단한다. 조사결과의 인용은 실증되고 있는 사실의 범위 내에서 인용하여야 하며, 조사결과의 일부를 인용하는 경우에는 조사결과의 취지에 따라 인용하여야 한다. 그리고 어떤 조사결과를 인용하여 비교하는 경우, 일반 소비자들이 조사결과를 정확하게 인식하는 것이 가능하도록 도와주기 위하여 조사기관, 조사시점, 조사장소 등 당해 조사방법에 대한 정보를 제공하는 것이 바람직하다. 그러나 광고 공간 등의 문제로 정보제공이 불가능한 경우에는 이를 표시하지 않아도 된다. 그러나 고의로 정보를 제공하지 않은 경우에는 부당표시가 될 우려가 있다.⁴⁵⁾

③의 “비교의 방법이 공정한 것”인지의 여부는 표시사항(비교 항목)의 선택기준, 비교의 대상이 되는 상품

景品表示法 景品・表示規制の理論と実務, 青林書院, 2007, 175頁.

42) 比較広告に関する景品表示法上の考え方 1. 対象とする比較広告の範囲.

43) 比較広告に関する景品表示法上の考え方 2. 基本的考え方

44) 比較広告に関する景品表示法上の考え方 3. 比較広告で主張する内容が客観的に実証されていること

45) 比較広告に関する景品表示法上の考え方 4. 実証されている数値や事実を正確かつ適正に引用すること

등의 선택기준, 단점의 표시 등의 사항을 고려하여 판단한다. 먼저, 비교항목은 어떠한 것이든 상관없다. 다만, 특정사항만을 비교한 것을 기초로 마치 광고상품 전체의 효능 등이 우월한 것처럼 주장하여서는 아니 된다. 다음으로, 비교하고자 하는 대상상품의 선택도 경쟁관계에 있는 상품이라면 어떠한 상품을 선택하여도 전혀 문제가 없다. 다만, 사회통념상 또는 거래통념상, 동등한 것으로서 인식되고 있지 않은 것과 비교하고, 마치 동급의 것과의 비교인 것처럼 표시하는 경우에는 부당표시가 될 우려가 있다. 또한, 제조 또는 판매가 중지되어 있는 상품 등과 비교하고 있으면서, 마치 현재 제조 또는 판매되고 있는 상품 등과의 비교인 것처럼 표시하는 것도 부당표시가 될 우려가 있다. 단점표시와 관련해서는 비교하는 어떤 시항에 수반하는 단점을 표시하지 않아도 큰 문제는 없다. 그러나 표시가 의무화되어 있거나, 광고에서 주장하는 장점과 분리할 수 없는 관계에 있는 단점을 표시하지 않으면, 부당표시가 될 우려가 있다.⁴⁶⁾

한편 동 가이드라인에서 중상, 비방에 해당되는 비교광고와 관련하여, 일반적으로 중상, 비방이란 상품 등에 관한 구체적인 정보를 제공하기 위한 것이 아니고, 단지 경쟁사업자 또는 그 상품 등을 함정에 빠뜨리기 위하여 고의로 그 결점을 지적하는 것을 말하고, 중상, 비방을 하는 비교광고에서 사실에 반하는 것이 일반소비자에게 오인을 주는 경우에는 부당표시가 될 우려가 있다고 지적한다. 다만, 사실에 근거하는 것이라 하더라도 신용실추, 인신공격에 해당하는 것 등으로, 광고 전체의 취지가 마치 비교대상 상품 등이 실제의 것보다 현저하게 뒤떨어져 있을 것 같은 인상을 일반소비자에게 주는 경우에도 부당표시가 될 우려가 있다고 지적하고, 이 경우는 경우에 따라서는 형법 등 다른 법률문제로 파급될 가능성이 많으며, 윤리상의 문제, 품위와 관계되는 문제를 야기하기도 하므로 주의할 필요가 있다고 규정하고 있다.⁴⁷⁾

3. EU

EU제국은 다양한 문화와 생활관습을 유지하고 있기 때문에 광고규제에 대해서도 각국이 특징 있는 활동을 전개하여 왔다. 그러나 유럽시장이 통합됨에 따라 진정한 공동시장의 실현을 위해서는 각국이 독자적으로 전개하고 있는 광고규제활동을 조화(harmonization)롭게 통합시키는 것이 필요하다고 인식하고, 1979년 7월에 「오인 유도적·불공정한 방법에 대한 회원국의 법령조정에 관한 이사회 지침안」을 초안으로 작성하였다. 당시 지침안의 주요 내용은 오인유도광고(misleading advertising)와 불공정광고(unfair advertising)의 금지, 그리고 비교광고(comparative advertising)의 허용 등 3가지이었다.

그러나 영국은 상기 지침안의 내용에서 불공정광고는 아직까지 개념이 정착되지 않았음에 불구하고, 지침안에서 불공정경쟁의 범위를 지나치게 넓게 하고, 이에 대한 광고를 금지하면 오히려 자유경쟁을 저해할 수 있다는 이유에서 강한 반대 입장을 표명하고, 프랑스와 독일(당시 서독)에서는 비교광고의 허용에 대하여

46) 比較広告に関する景品表示法上の考え方 5. 比較の方法が公正であること

47) 比較広告に関する景品表示法上の考え方 6. 中傷、ひぼうにわたる比較広告

부정적인 경향을 보이는 등 회원국 간에 큰 차이를 보였다. 이에 따라 EC이사회에서는 일차적으로 불공정 광고와 비교광고에 대한 지침은 보류하고, 오인유도광고에 관한 EC지침만 1984년에 채택하였다. 그 정식 명칭이 「오인야기광고에 관한 회원국의 법률, 규칙 및 행정규정의 접근에 관한 1984년 9월 10일 이사회 지침」(Directive)이다.⁴⁸⁾

그러나 소비자보호 등 여러 관점에서 비교광고에 대한 인식이 달라짐에 따라, 상기 지침(84/450/EEC)에 비교광고를 포함시키는 방향으로 개정이 이루어졌다.⁴⁹⁾ 최종 개정지침은 기존의 지침을 법전화 하여 2006년 12월 12일 최종 개정되었으며,⁵⁰⁾ 2007년 12월 12일부터 발효되었다.

상기 “오인유도광고 및 비교광고에 관한 지침(Directive 2006/114/EC)”은 기존 지침의 명확성과 합리성을 위하여 성문화 할 필요성이 제기됨에 따라 기존 지침을 법전화 하여 최종적으로 개정한 것으로 서문과 12개 조문으로 구성되어 있다. 특히 서문에서 비교광고와 관련하여 다음과 같은 내용을 포함시켜 비교광구의 유용성을 제시하고 있다,

(1) 국내시장에서 사업자의 성공은 폭넓은 선택을 받았음을 의미한다. 소비자와 사업자는 국내시장에서 가능한 최상의 상품 등을 사용을 할 수 있거나 사용하도록 하여야 하며, 광고는 EC공동체에서 모든 상품과 서비스에 대한 진정한 판로를 창출하는 가장 중요한 수단이다. 비교광고의 형태와 내용을 규제하는 기본적인 규정들은 통일되어야 하며, 비교광고의 사용조건들은 조화되어야 한다. 이러한 조건들이 충족되면, 비교광고는 다양하고 비교할 수 있는 상품들의 장점들을 객관적으로 설명하는 데 도움이 될 것이다. 비교광고는 상품과 서비스 공급자들 간의 경쟁을 촉진시킬 수도 있으며, 이는 소비자에게 도움을 준다.⁵¹⁾

(2) 비교광고는 상품의 원료, 관련성이 있고 증명가능하며 대표적인 특징들을 경쟁사의 것과 비교하면서 오인을 유도하지 않을 때, 소비자에게 이익이 되는 정보를 제공하는 적절한 수단이 될 수 있다. 따라서 모든 형태의 비교광고에 적용될 수 있는 비교광고에 대한 개념을 광의로 규정하는 것이 바람직하다.⁵²⁾

(3) 비교광고의 허용조건은 비교를 하면서 비교광고에 관한 어떠한 관행들이 경쟁을 왜곡시킬 수 있는지, 경쟁사에게 손해가 되는지, 소비자 선택에 악영향을 주는지 등을 종합적으로 고려하여 정립되어야 한다. 비교광고에서 허용된 광고조건들은 상품과 서비스의 특성에 대한 객관적인 비교기준을 포함하여야 한다.⁵³⁾

48) Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising.

49) Directive 97/55/EC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising.

50) Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising(codified version)(Text with EEA relevance)

51) Directive 2006/114/EC Preamble (6).

52) Directive 2006/114/EC Preamble (8).

53) Directive 2006/114/EC Preamble (9).

동 지침에서는 목적을 오인유도광고 및 그로 인한 부당한 결과로부터 소비자들을 보호하고 비교광고가 허용되는 조건을 규정하는 데 두고⁵⁴⁾있으며, 비교광고를 “명시적으로나 묵시적으로 경쟁사업자나 경쟁사업자가 제공하는 상품 또는 서비스를 판정 또는 알리는 모든 광고를 말한다.”고 정의하고 있다.⁵⁵⁾ 그리고 동 지침 제4조에서 비교광고가 허용되는 8가지 조건을 다음과 같이 규정하고 있다.⁵⁶⁾

- (a) 본 지침의 제2조 (b)호, 제3조 및 제8조 제1항 또는 국내시장에서의 사업자-소비자 간 불공정한 상사관행에 관한 2005. 5. 11. 유럽의회 및 이사회지침 2005/29/EC(불공정 상사 관행 지침) 제6조 및 제7조의 의미 내에서 허위가 아닌 경우
- (b) 상품 또는 서비스를 동일 용도에 부합하거나 동일 목적을 의도하여 비교하는 경우
- (c) 가격을 포함하여 당해 상품과 서비스에 대해서 하나 이상의 상품 원료 및 관련성이 있고, 입증가능하고 대표적인 특징들을 객관적으로 비교하는 경우
- (d) 상표, 상호, 기타 구분이 되는 마크, 상품, 서비스, 경쟁사업자의 활동과 상황들에 대하여 신용을 떨어뜨리거나 훼손하지 않는 경우
- (e) 원산지 표시가 있는 제품에 대해서, 동일한 표시가 있는 제품들에 관련되는 경우
- (f) 상표, 상호, 기타 경쟁사업자를 구별할 수 있는 마크, 혹은 경쟁 제품의 원산지 표시에 대한 명예와 관련하여 불공정한 이익을 취하지 않는 경우
- (g) 상품이나 서비스를 보호 상표나 상호를 가진 상품이나 서비스의 모조품이나 복제품으로 나타내지 않는 경우
- (h) 사업자들 간, 광고주와 경쟁사 간, 혹은 광고주의 상표, 상호, 기타 경쟁사업자의 상품이나 서비스를 구별할 수 있는 마크, 상품 또는 서비스와 경쟁사업자의 상품 또는 서비스 간에 혼동을 야기하지 않는 경우

한편, 동 지침에서는 비교광고의 효과적인 규제수단을 확보하기 위하여 회원국이 취해야 할 사항도 비교적 자세히 규정하고 있다.⁵⁷⁾

54) Directive 2006/114/EC Article 1.

55) Directive 2006/114/EC Article 2 (c).

56) Directive 2006/114/EC Article 4.

57) Directive 2006/114/EC Article 5.

V. 비교광고 심사지침에 대한 비판적 검토

1. 적용범위

표시광고법에서는 비교광고의 정의를 직접 규정하고 있지 않다. 그러나 동법 시행령에서 부당한 비교광고를 설명하고 있는 내용, 그리고 ‘비교광고 심사지침’에서의 적용범위 내용을 기초로 판단하면, 비교광고란 경쟁사업자, 경쟁사업자의 상품 등을 직접 명시한 광고는 물론이고, 은유적 표현 등을 통하여 일반 소비자가 통상적으로 경쟁사업자 등을 인지할 수 있는 방법으로 비교하는 광고도 비교광고로 정의할 수 있다. 이는 비교 광고의 본질, 그리고 주요 국가에서의 비교광고의 범위 등을 고려할 때 문제가 없다고 판단된다. 다만, 추가적으로 검토되어야 할 사항은 비교광고에서 경쟁 기업이 명시되어 있지 않을 경우, ‘어떠한 소비자’들이 경쟁 상표나 상품 등을 인지하는지의 여부를 결정하여야 한다. 단순히 소비자로서만 규정할 경우에는 소비자 계층이 너무 다양하기 때문이다.⁵⁸⁾

2. 비교대상

비교 대상은 어떠한 기업의 어떠한 상품(서비스 포함)을 대상으로 비교하는가에 대한 문제이다. 그러나 ‘비교광고 심사지침’에서는 이에 대하여 구체적인 내용을 규정하지 않고, 단지, ‘동일 시장에서 주된 경쟁관계에 있는 사업자의 상품으로서 자기의 상품과 동종 또는 가장 유사한 상품을 자기의 상품과 비교하여야 한다.’고 규정하면서, ① 비교대상인 상품이 자기의 상품과 용량, 크기, 생산시기, 등급, 특성 등에 차이가 있어 거래통념상 동등한 것으로 인정되지 아니하는 경우, ② 실제 비교대상인 제품이 가격·품질·성능·소비자인지도 등에 있어 경쟁 제품으로 보기 어려운 경우는 부당한 비교광고에 해당할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 이는 비교대상 기업측면과 비교대상 상품측면 모두에서 문제가 있다.

먼저 비교대상 기업측면에서 살펴보면, 비교광고는 주된 경쟁관계에 있는 사업자 간에만 할 수 있으며, 주된 경쟁관계에 있는 사업자란 제품의 가격·품질·성능·소비자인지도 등에서 경쟁사업자로 볼 수 있는 사업자로 해석할 수 있다. 따라서 새로이 특정상품 시장에 진입한 사업자가 그 상품시장에서 선도적인 지위를 가지고 있는 사업자를 대상으로 비교광고를 할 수 없다. 신규사업자는 선도사업자와 판매량(시장점유율), 소비자인지도 등에서 매우 큰 차이가 존재하므로 주된 경쟁관계에 있는 사업자로 볼 수 없기 때문이다.⁵⁹⁾ 외국

58) 공정거래위원회 심결사례에서는 비교 광고에서 주장하는 내용에 관심이 있는 소비자를 기준으로 하고 있다. 즉, 비교광고에 관심이 있는 소비자가 그 광고를 보고 경쟁 기업이 직접 명시되어 있지 않았더라도 그 기업을 인식할 수 있다면, 당해 광고는 비교광고로 보고 있다(아파트 분양가 비교광고 사례, 안마 매트 비교 광고심결사례 참고). 그러나 이는 표시광고법 제3조에서 규정하는 부당광고 유형 전체에 적용되는 판단기준 소비자를 설정하지 않고, 비교 광고에서만 판정기준 소비자를 설정하고 있다는 점에서 문제가 있다.

59) 따라서 새로이 자동차시장에 진출한 사업자가 제조한 휘발유를 사용하는 중형자동차를 기존의 선도적인 자동차회사의

에서는 신규사업자가 가장 많이 활용하는 광고가 선도사업자와의 비교광고이다.⁶⁰⁾

다음으로 비교대상 상품측면을 살펴보자. ①에서 동일시장을 유추해석하면, 용량, 크기, 생산시기, 등급, 특성 등에 차이가 없는 상품이 거래되는 시장을 의미한다. 따라서 동일한 기능을 가진 상품인데도 불구하고, 용량(크기), 특성 등이 다르면 비교광고를 할 수 없다. 자동차를 예를 들면, 소형차와 중대형차(크기) 간, 휘발유차와 경유차, 승용차와 SUV차(특성) 간에는 연비 등 어떠한 항목의 비교도 할 수 없으며, 생산년도가 다른 자동차 간 비교도 불가능하다. 이는 소비자들이 상기 내용들을 거의 대부분 고려하여 어떠한 자동차를 구매할 것인지를 선택하고 있는 현실을 전혀 반영하지 못하고 있다. 뿐만 아니라, 최근에는 온라인 시장과 오프라인 시장 간 경쟁도 치열하다. 이에 따라 일부 유통업체는 오프라인 시장은 소비자가 상품을 직접 보는 견본상품 진열 매장으로만 사용하고, 온라인시장을 주력시장으로 하는 경우도 있다. 그러나 온라인과 오프라인 시장간 비교광고도 역시 불가능하다.

비교광고에서 비교 대상의 적정성 여부는 대상 기업이나 상품 등이 서로 비슷한 규모나 특성 등에 의해서 판단할 것이 아니라, 비교대상이 서로 시장에서 대체관계에 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다. 따라서 같은 기능을 가진 상품이라면, 사업자 규모나 그 상품의 용량, 크기, 생산시기, 등급 등에 상관없이 모두 비교광고를 할 수 있도록 하여야 한다. 그렇게 하여야만, 비교광고의 장점으로 지적하는 ‘비교된 정보의 제공을 통하여 소비자의 선택에 도움을 주는 것’이 가능하기 때문이다.

일본에서도 경쟁관계에 있는 상품이라면 어떠한 상품을 선택하여도 전혀 문제가 없다고 규정하고 있으며, EU에서도 동일한 용도 또는 목적에 부합하는 상품 또는 서비스 간 비교광고를 허용하고 있다. 다만, 사회 통념상 또는 거래통념상, 동등한 것으로서 인식되고 있지 않은 것과 비교하고, 마치 동급의 것과 비교인 것처럼 표시하는 경우에는 부당한 비교광고가 될 가능성이 있다. 따라서 비교대상은 단순히 비교대상 기업이나 상품의 성격이 아니라, 상품 등이 서로 동일한 시장 내에서 대체관계에 있는지에 기초하여 부당한 비교대상인지의 여부를 판단하여야 한다. 비교대상은 비교광고의 본질, 경쟁정책에서 시장획정 방법⁶¹⁾, 대체재

어떠한 자동차와 연비에 대하여 비교 광고를 할 수 없다. 모두 부당한 비교광고에 해당되기 때문이다

60) 1980년대 말부터 미국에서는 시장선도자를 대상으로 비교광고를 하는 것이 상황적 요건에만 맞다면 더 효과적이라고 하면서, 상황적 조건으로 ①시장 선도자와 2위 브랜드 매출이 크지 않을 때, ②비록 상당한 차이가 있다 하더라도 2위 브랜드의 성장 속도가 빠를 때, ③시장 선도자의 가격 경쟁력이 후발업체에 비하여 나쁘지 않을 때임을 제시하고 있다.

61) 경쟁정책 집행을 위해서는 시장획정이 전제되어야 한다. 이와 관련하여 공정거래법에서 “일정한 거래분야”를 “거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야로 정의하고, 이의 판단기준으로 거래대상(상품시장), 거래지역(지역시장) 두 가지를 두고 있다. 여기서 거래대상(상품시장)이란 상품시장에서 거래되는 특정상품의 가격이 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상될 경우, 동 상품의 구매자 상당수가 이에 대응하여 구매를 전환할 수 있는 상품의 집합을 말하며, 이는 상품의 기능 및 효용성의 유사성, 상품가격의 유사성, 구매자들의 대체 가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태, 거래 상대방 등 7가지 사항을 고려하여 판단하며, 지역시장 역시 지역시장에서 의미 있는 가격 인상 시, 구매자 상당수가 구매를 전환하는 지역전체로 규정하고 4가지 사항을 고려하여 판단한다. 여기서 “일정한 거래분야”란 수요의 대체 가능성을 핵심으로 하고 있음을 알 수 있다. 이에 대해서는 공정거래위원회의 시장 지배적 지위 남용행위 심사기준, 기업결합 심사기준 등의 내용을 참고하기 바란다.

의 범위, 그리고 소비자 구매행위 등으로 고려하여 확대하여야 한다.

3. 비교내용

비교내용은 어떠한 내용을 광고에서 경쟁기업의 것과 비교하여 주장할 것인가에 대한 문제이다. 일반적으로 광고에서는 주장하는 내용에는 제한이 없다. 주관적인 내용이든, 객관적인 내용이든 상관이 없다. 그러나 비교광고는 광고에서 주장하는 내용이 소비자 구매선택에 매우 증대한 기능을 하여야 하며, 그 내용이 허위·기만적이어서는 아니 된다. 따라서 비교광고에서는 사실과 관련한 사항(객관적인 사항)에 대하여 실증된 내용만을 광고내용으로 하여야 한다. ‘비교광고 심사지침’에서도 이러한 점을 인식하여, 일반원칙 3.⁶²⁾에서 이러한 내용을 규정하고, 세부심사지침에서도 “비교내용이 진실되고 소비자의 상품선택을 위하여 유용한 경우에는 부당하게 비교하는 광고에 해당되지 않는다고 기술하고, 구체적인 내용을 2가지 유형으로 제시하고 있다.

그러나 여기서 기술하고 있는 내용으로는 ‘사실과 관련한 사항(객관적인 사항)에 대하여 실증된 내용만’을 광고내용으로 하여야 한다는 것을 명확하게 반영하지 못하고 있다. 보다 명확한 의미가 전달될 수 있는 방향으로 문구의 전면적인 수정이 필요하다. 이와 관련하여, 동 지침 개정 전의 내용(3-3)⁶³⁾을 참조하여, 사실과 관련한 사항으로써, 실증된 자료만 광고내용이 될 수 있음을 명확히 할 필요가 있다. 미국,⁶⁴⁾ EU에서도 이와 관련하여 명확한 의미가 전달되는 문구를 규정하고 있다.

또한, 비교광고에서 주장하는 내용은 실증자료에 근거하여야 한다는 내용을 어떻게 해석할 것인가도 문제의 소지가 있다. 문구대로 해석하면, 비교광고를 하기 전에 실증자료를 생산(마련)하고, 동 실증자료에 근거하여 광고에서 주장하여야 한다고 해석할 수 있다. 그러나 표시광고법상 실증자료는 광고 시행 후 15일 이내에만 제출하면 된다. 즉, 광고시행이후 실증자료의 마련이 가능하다는 것이다. 이에 대하여 명확한 기준도 제시할 필요가 있다.

62) 일반원칙 3. 비교광고는 법령에 의한 시험·조사기관이나 사업자와 독립적으로 경영되는 시험·조사기관에서 학술적 또는 산업계 등에서 일반적으로 인정된 방법 등 객관적이고 타당한 방법으로 실시한 시험·조사 결과에 의하여 실증된 사실에 근거하여야 한다.

63) 3-3 : 객관적으로 측정 가능한 특성이 아닌 사항을 비교하거나 또는 객관적으로 측정이 불가능한 주관적인 판단·경험·체험 등을 토대로 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품과 비교함으로써 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우

64) 일본에서는 이와 관련하여, 실증방법에 대한 내용도 구체적으로 의견서에서 언급하고 있다. 그러나 실증방법 등에 대해서는 현재 우리나라 심사지침에서처럼, “실증과 관련한 모든 사항은 “표시·광고 실증에 관한 운영”의 내용에 따른다고만 규정하면 될 것으로 판단된다.

4. 비교기준

비교기준은 비교하고자 하는 내용을 어떠한 기준에 의해서 생산 또는 산출할 것인가에 대한 문제이다. 즉, 사실과 관련된 사항(객관적으로 입증이 가능한 사항)을 어떠한 기준에 의해서 산출할 것인가의 문제이므로 비교광고에서는 매우 중요한 사항이다. 따라서 비교기준은 경쟁사업자의 것과 동일하게 적용되어야 하며, 그 기준도 사회에서 통상 인정될 수 있도록 적정하고 합리적으로 설정되어야 한다. 이와 관련하여 ‘비교광고 심사지침’에서는 비교기준이나 방법은 누구나 인정할 수 있는 기준과 방법이어야 한다고 규정하고, 부당한 비교광고 유형으로 ① 서로 다른 조건, 기간, 환경 등 동일하지 아니한 기준에 의하여 비교하는 경우, ② 광고에 나타나지 아니한 사항이 당해광고상 비교기준과 불가분의 직접적 관계에 있어 소비자의 선택에 중대한 영향을 미치는 사항임에도 불구하고, 이를 명시하지 아니한 경우를 제시하고 있다.

여기서 ①의 내용은 매우 중요한 내용이지만 일반적이고, 당연한 내용이다. ‘비교광고 심사지침’에 왜 이러한 내용이 규정되었는지 이해가 되지 않는다. 여기에서 규정되어야 할 내용은 “누구나 인정할 수 있는 비교기준”이 어떠한 것인가에 대한 내용이다. 예를 들면, 비교하려는 내용(실증자료)을 생산하는 시험방법 등이 해당분야의 학계, 업계 등에서 정해져 있는 경우에는 그 방법이 일반기준이 될 수 있으며, 그렇지 않은 경우에는 어떠한 기준을 사용하여야 하는지에 대한 내용 등이 제시되어야 한다. 그러나 ‘비교광고 심사지침’에서 ①의 내용은 학계 등에서 이미 인정되고 있는 어떠한 시험방법 등을 서로 다른 조건, 기간 환경 등에 적용할 때의 사항이다. 여기서 비교기준이란 실증자료를 생산하는 방법을 말하는 것이며, 이 방법이 어떠한 경우에 객관적이고 과학적인 것으로 인정할 것인가에 대한 내용이다. 이에 대한 내용으로 ‘비교광고 심사지침’의 개정이 필요하다.

그리고 ②의 내용은 비교기준이 아니라, 비교방법에 관한 사항이다. 비교방법은 비교기준에 의하여 생산된 자료를 광고에서 어떠한 방법으로 이용할 것인가에 대한 문제이다. 비교광고의 전면 허용으로 사업자는 경쟁사업자에 비하여 자신이 우월한 분야(항목)만을 비교하여 광고할 수 있다. 그러나 자신이 비교광고에서 주장하는 우월한 내용이 이와 불가분의 관계에 있는 어떠한 사항이 전제되어야 하며, 이것이 소비자 선택에 매우 중요한 영향을 미치는 경우에는 이를 반드시 표시하여야 한다. ②의 내용은 바로 이와 같은 경우에 해당되는 내용이다. 즉, ②에서 ‘명시하지 아니한 것’의 대상은 비교기준이 아니라, 우월성과 직접적으로 관련이 있는 사항이다. 동 내용은 일반적인 광고에서도 매우 중요한 부당성 판단기준의 하나이다. ②의 내용은 여기서 삭제하고, 이를 비교방법(‘비교광고 심사지침’ 4.)에 포함시켜야 한다.

5. 비교방법

비교방법은 실증자료를 비교광고에서 주장할 때에 어떻게 사용하는가에 대한 문제이다. 실증자료는 객관적이고 공정하며, 내용을 정확하게 인용하여야 한다. 이와 관련하여 ‘비교광고 심사지침’에서도 ① 특정항목, 특정조건 등에서의 비교결과를 근거로 전체적인 우수성을 주장하여서도 아니 되며, ② 시험·조사결과를

왜곡하여 자기의 상품이 우수한 것처럼 광고하여서도 아니 된다고 규정하고 사례도 함께 제시하고 있다. 비교방법은 적절하게 기술되어 있으며, ②의 내용과 사례도 적절한 것으로 판단된다고 판단된다.

그러나 ①에서 제시하는 예시 3가지는 모두 ①의 경우에 해당되는 예시가 아니다. 예시의 전면 교체가 필요하다. 또한, 여기서 정당하다고 제시한 예시도 모두 정당하지 않는 즉, 부당하게 비교하는 광고로 판단된다. 첫 번째 사례를 살펴보자. 휴대용 전화 서비스를 비교하는 광고이다.⁶⁵⁾ 여기서 사업자가 “자기와 경쟁사업자의 휴대용 전화의 보증금, 기본요금, 통화요금 등의 조건을 비교하면서, 자기 서비스의 요금이 저렴한 것으로 광고한 것은 사실과 부합되게 표시·광고한 것이라고 하고 있다. 여기서 요금이 상기 3가지(보증금, 기본요금, 통화요금) 항목이외에 다른 요인이 존재하는데도 불구하고, 3가지만 가지고 요금이 가장 싸다고 주장하였다면, ①의 사례에 적절한 것이라고 할 수 있다. 그러나 그렇지 않은 경우는 적절한 사례로 볼 수 없다. 더구나, 자기 서비스 요금이 저렴한 이유가 자기의 휴대용 전화서비스가 경쟁사업자에 비하여 상대적으로 통화지역이 적고 통화 장애가 빈번히 일어나는 등 성능 면에서 뒤떨어진다는 사실에 의한 것이라면, 이는 요금이 저렴한 사실과 밀접한 직접적인 관계에 있다. 따라서 이것이 소비자 구매선택에 매우 중요한 내용이라면, 동 내용을 반드시 광고에서 제시하여야 한다. 따라서 이러한 내용을 제시하지 않고 자신의 전화요금이 싸다고 한 광고는 부당광고에 해당된다. 그럼에도 불구하고, ‘비교광고 심사지침’에서는 이를 정당하게 비교하는 사례로 제시하고 있다. ①에 부합하는 사례를 발굴하여 새로이 제시하여야 한다.⁶⁶⁾

한편, 대법원 판례⁶⁷⁾에서 비교광고와 관련한 판례를 살펴보면, ①광고주가 자기의 광고내용 중 사실과 관련된 사항이 진실임에 대한 입증은 합리적·객관적 근거에 의하여야 하고, ②조사결과를 합리적·객관적 근거로 사용하기 위해서는 그 조사는 법령에 의한 조사기관이나 사업자와 독립적으로 운영되는 조사기관 등에서 학술적 또는 산업계 등에서 일반적으로 인정된 방법 등 객관적이고 타당한 방법으로 실시한 결과이어야 하며, ③객관적이고 타당한 방법으로 실시한 조사가 되기 위해서는 조사시간, 표본설정, 질문사항, 인터뷰 방법 등이 동일한 조건 등 합리적이고 공정한 조건하에서 이루어진 조사이어야 하고, ④조사결과가 왜곡될 가능성이 있는 특정한 조건하에서 이루어진 것으로 합리적·객관적 근거가 되지 못하는 경우에는 비록 그 조사결과를 인용한 비교광고가 비교대상 및 비교기준이 명확하더라도 부당하게 비교하는 광고에 해당할 수 있다고 판결한 바 있다.

65) 정당하게 비교하는 광고의 예시(휴대용 전화 서비스를 비교하는 표시·광고): 자기와 경쟁사업자의 휴대용 전화의 보증금, 기본요금, 통화요금을 비교하면서 통화상품명, 통화구간, 통화시간·요일 등의 제 조건을 기재하고 자기 서비스의 요금이 저렴한 것으로 사실과 부합되게 광고(이 경우 자기의 휴대용 전화 서비스가 경쟁사업자에 비하여 상대적으로 통화지역이 적고 통화장애가 빈번히 일어나는 등 성능면에서 뒤떨어진다는 사실 등을 광고상에 알리지 않았다고 하여도, 이를 알리지 않았다는 것만으로는 원칙적으로 당해 광고를 부당하게 비교하는 광고로 볼 수 없음)

66) 이의 대표적인 사례를 예시하면, 따뜻한 지역 용도의 엔진오일 성능에 관한 비교광고에 있어서, 동 비교실험의 결과만을 근거로, 자사제품이 모든 지역에 있어서 우수한 것으로 주장하는 것은 부당한 비교광고에 해당된다.

67) 동 판례는 대구 벼룩시장에서 주장한 비교광고에 대한 내용이다(2003. 3. 31 자 2002마4109 결정)

6. 비방광고와의 관계

비방광고도 다른 사업자의 상품 등에 관한 사항을 자신의 상품 등과 비교하여 광고하는 것이다. 다만, 주장하는 내용이 자사 상품 등의 우월성을 중심으로 하는 것이 아니라, 경쟁사 상품 등의 열등성을 중심으로 주장하는 것이 다를 뿐이다. 그런데, 표시광고법 시행령과 ‘비교광고 심사지침’상 비방광고의 개념을 살펴보면 혼란이 야기된다. 객관적인 근거에 의하여 열등성을 주장하는 비교광고도 비방광고에 해당되는지에 대한 보완이 필요하다. 아울러, 소비자오인성이 없는 비방광고를 표시광고법상 규제대상으로 하는 것이 타당한지에 대한 검토도 필요하다.

VI. 결론

비교광고란 사업자가 자신과 경쟁관계에 있는 상표 또는 상품이나 서비스의 속성 등을 비교하여 주장하는 광고를 말한다. 비교광고에서 주장하는 내용은 반드시 사실(facts)에 기초한 객관적이고 과학적인 정보이어야 한다. 따라서 비교광고가 공정하고, 사실에 근거한 과학적이고 객관적인 내용으로 이루어진다면 소비자에게 유용한 정보가 되는 것은 물론이고, 시장에서 경쟁을 촉진시킨다. 그러나 비교광고에서 주장하는 내용이 허위기만적이라면 소비자의 구매선택을 오도하는 것은 물론이고 사업자간 불공정한 경쟁을 초래한다. 이에 따라 비교광고는 1970년대 이전까지 전 세계에서 비교적 엄격하게 규제되었으나, 1980년대부터 소비자보호 측면과 함께, 경쟁정책 측면을 고려하여 허용되기 시작하였다.

우리나라에서도 비교광고는 1990년부터 부분적으로 허용되었다. 그러나 비교광고가 전면 허용된 것은 2001년에 공정거래위원회가 경쟁정책 측면에서 비교광고를 활성화시키고자 ‘비교광고 심사지침’을 제정하면서부터이다. 그러나 비교광고는 경쟁당국이 기대하였던 것처럼 활성화되지 않고 있다. 이의 원인은 문화적인 요인 등 여러 가지 측면에서 고찰할 수 있다. 본 연구에서는 표시광고법 제3조, 그리고 ‘비교광고 심사지침’을 중심으로 살펴보았다. 연구결과, ‘비교광고 심사지침’ 등 관련법제에서 많은 문제점을 발견하였다. 표시광고법 상 부당광고 구성요건, 비교광고의 본질과 부당한 비교광고 판단기준 등에 기초하여 ‘비교광고 심사지침’ 등 관련법제 개선방향을 제시하면 다음과 같다.

먼저, ‘비교광고 심사지침’에서 비교대상을 시장에서 대체관계에 있는 모든 상품으로 확대하여야 한다. 비교광고에서 비교는 시장에서 자신과 경쟁관계에 있는 모든 것과의 비교이어야 하며, 경쟁관계 존재여부는 시장에서 수요 대체성에 기초하여야 한다. 그러나 ‘비교광고 심사지침’에서는 비교대상 사업자를 ‘동일시장에서 주된 경쟁관계에 있는 사업자’로 규정하고 있으며, 비교대상 상품으로는 “자기의 상품과 용량, 크기, 생산 시기, 등급, 특성 등에 차이가 존재하지 않고, 거래 통념상 동등한 것으로 인정되는 것”으로 규정하고 있다. 동 기준은 소비자가 실제로 어떠한 정보에 기초하여 제품을 구입하는지를 전혀 반영하지 못하고 있다. 비교기준과 방법이 객관적이고 과학적이라면, 시장에서 대체재의 관계에 있는 모든 상품에 대하여 비교

광고가 이루어질 수 있도록 하여야 한다. 비교광고는 경쟁정책 측면에서도 매우 중요하다. 이러한 점을 감안하여, 공정거래법상 “일정한 거래분야” 등 관련내용을 참고하여 비교대상에 대한 전면 개정이 필요하다.

다음으로, 비교기준과 방법에서는 규정하고 있는 내용뿐만 아니라, 제시하고 있는 사례의 전면적인 개정이 필요하다. 비교기준은 실증자료를 생산하는 기준이, 비교방법은 생산된 실증자료를 광고에서 어떠한 방법으로 사용하는 것이 객관적이고 과학적인가에 대한 문제임을 명확히 구분하고, 전면 개정하여야 한다. 이와 관련하여, ‘표시·광고 실증에 관한 운영’ 내용을 참고하여야 한다.

다음으로, 비교광고에서 주장하는 내용은 사실에 관련한 사항으로써, 실증자료에 근거한 것이어야 함을 명확하게 규정하여야 한다. 비교광고에서 주장하는 내용은 “사실과 관련된 사항”으로 실증이 가능한 것이어야 한다. 주관적인 내용은 실증할 수 없으므로, 비교광고에서는 광고내용이 될 수 없다. 그러나 이러한 내용이 ‘비교광고 심사지침’에서 명확하게 나타나지 않고 있다. ‘비교광고 심사지침’ 일반원칙 3의 내용은 사실과 관련된 사항으로서 실증자료에 근거하여야 한다는 내용으로 수정하여야 한다. 비교광고에서 주장하는 내용에 대한 실증은 비교광고를 행하기 전에 이루어져야 하는지에 대해서도 명확하게 규정되어야 한다. 표시광고법상 실증은 사후실증이 가능하지만, ‘비교광고 심사지침’에서 관련내용은 사전실증으로 해석될 수 있기 때문이다.

다음으로, 비방광고와 관련해서는 개관적인 사실에 근거하여 경쟁사업자를 비방하는 광고도 금지대상이 되는가의 문제이다. 표시광고법 시행령에서 규정하고 있는 내용으로는 비방광고로, ‘비교광고 심사지침’의 내용으로는 비방광고에 해당되지 않는 것으로 해석된다. ‘비교광고 심사지침’에서 관련내용의 개정이 필요하다.

마지막으로 표시광고법 제3조의 부당한 표시·광고행위 유형에서 부당한 비교광고와 비방광고를 별도의 유형으로 규정하는 것이 타당한가에 대한 문제이다. 비방광고를 개관적인 사실에 근거하였는지의 여부에 관계없이 경쟁사업자를 비방하는 광고로 규정하고 이를 금지시킨다면, 이는 표시광고법상 규제의 전제인 소비자오인성이 아니라, 사업자의 윤리성 차원에서 규제대상이 된다. 이는 표시광고법 제3조에서 부당광고 유형 전반에 대한 검토와 함께 이루어져야 한다.

[투고일] 2019. 07. 30

[심사시작일] 2019. 08. 07

[게재확정일] 2019. 12. 24

| 참고문헌 |

- 계승균(2005)의 “비교광고의 부당성에 관한 소고”, **법학연구**, 46(1), 부산대학교 법학연구소, pp.63-88
- 김두진(2017), 부당한 표시·광고 행위의부당성 판단기준, **소비자문제연구**, 제48권 제3호, 한국소비자원, pp.164-173
- 김민기(2002), “비교광고 특집- 백번 봄이 한번 행함만 못하다”, **CHEIL Communication**, 2월호, pp10-15
- 김주연(2008), “미국의 비교 광고,” **광고심의**, 3월, pp.72-75
- 두성규(1998), “비교 광고의 규제에 관한 연구,” **광고심의 논문 선집**, 한국광고자율심의기구, pp.90-111
- 리대용·이현선(2004), “세계 각국의 비교광고 규제에 관한 비교 연구”, **한국언론정보학보**, 통권 26호, 한국언론정보학회, pp.209-257
- 박성용·두성규(1993), **부당광고 규제기준 제정에 관한 연구**, 한국소비자원
- 박성용·정용수·송민수(2009), **비교광고와 경쟁정책에 관한 연구**, 한국소비자원,
- 박찬표(2004), **한국 광고관련 법제 연구**, 한국방송광고공사, pp.66-73
- 박해식(2000), 부당한 표시·광고에 대한 규제: 표시·광고의 공정화에 관한 법률을 중심으로, **재판 자료 : 경제법의 제문제**, 제87집, pp.629-759
- 엄기열(2007), “표현의 자유와 소비자의 알 권리로서의 광고,” **언론과 법**, 제6권 제2호, pp.320-35
- 전성훈(2007), 경쟁정책 목적의 시장획정 방법론, 및 사례, **한국경제연구**, 18, 한국경제연구학회, pp.75-114
- 조계현(1995), “비교광고의 법적 규제에 관한 고찰,” **광고연구**, 겨울호, pp.151-172
- 조성국·김한신(2013), **부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 개정방안 연구**, 공정거래위원회 용역 과제, 중앙대학교 산학협력단
- 조재영(2006), “부당한 비교 표시·광고의 심결사례에 나타난 법리적 특성에 관한 연구,” **한국언론정보학보**, 가을, 통권 제39호, pp.428-473
- 한상필 역(1995), **광고와 경제- 광고의 경제적 효과에 관한 논쟁**, 나남출판
- 공정거래위원회(2017), **경제분석 실무 가이드라인 마련을 위한 연구**, 고려대학교 산학협력단
- Bain, J. S.(1956), *Barriers to New Competition : The character and Consequences in Manufacturing Industry*, Harvard Univ. Press

- Comanor, W. S., and Wilson, T. A.(1974), *Advertising and Market Power*, Harvard Univ. Press
- McDougall, G. H. G.(1975), The Strategy of Comparative Advertising, *Working Paper Series*, 168
- Nagle, T. T.(1981), “Do Advertising- Profitability Studies Really Show that Advertising Creates a Barrier to Entry”, *J. L. E.*, 24(2), pp.333-349
- Petz M. and F. Barigozzi(2004), *Comparative Advertising and Competition Policy*, Working Paper 19/2004, International University
- Prasad, V. K, & L. W. Ring(1976), “Measuring Sales Effects of Some Marketing Mix Variables and Their Interactions,” *Journal of Marketing Research*, 13(Nov.) pp.391-396
- Scherer, F. M.(1980), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Rand Mc-Nally
- Wilkie, W.L., & P. W. Farris(1975), “Comparative Advertising: Problems and Potential,” *Journal of Marketing*, 39(4), pp.7-15
- 川井 克俊 地頭所 五男, **Q&A 景品表示法 景品・表示規制の理論と実務**, 青林書院, 2007
- 공정거래위원회 홈페이지(<http://www.ftc.go.kr/>)
- 미국 연방거래위원회 홈페이지 (<http://www.ftc.gov/>)
- 일본 소비자청 홈페이지(<https://www.caa.go.jp/>)

| Abstract |

A Critical Study on the Guidelines for Examination of Comparative Labeling and Advertising

Park Sungyong

Comparative advertising refers to advertising that claims against the nature of a competitor's product or service. Comparative advertising provides more information in general advertising to help consumers choose to buy products. In addition, comparative advertising has a significant effect on promoting competition among operators. However, because the harm of comparative advertising is also so great, comparative advertising has been allowed in most countries since the 1980s.

In Korea, comparative advertising was allowed when the “Guidelines for Examination of Comparative Labeling and Advertising” were enacted for the promotion of competition, along with consumer protection. However, comparative advertising is not being activated as intended by competition authorities. In this study, I looked at the causes of this problem, focusing on the components of unfair advertisements, the criteria for unfair comparative advertising, and the laws for regulating comparative advertising in foreign countries.

This study found that the scope of comparative advertising is comprehensively specified in “Guidelines for Examination of Comparative Labeling and Advertising”, but the comparison target is too narrow, and that there are many problems with comparison criteria, methods, and comparative content. And the direction of improvement is centered on comparative advertising review guidelines. In this study, improvement measures are presented based on Guidelines for Examination of Comparative Labeling and Advertising.

Key words: *Comparative Advertising, Components of Unfair Advertising, Criteria for Determining the Unfairness of Comparative Advertising, Guidelines for Examination of Comparative Labeling and Advertising*

Park Sungyong | Assistant Professor, Department of Business Administration, Hanyang Women's University, Seoul, Korea