법과 기업 연구 제10권 제3호 DOI : 10.35505/sjlb.2020.12.10.3.33

표시광고법의 성격과 보호대상으로서의 소비자 개념의 개선*

심 재 식**

Ⅰ. 서론: 표시광고법상 보호 대상인 소비자 개념의 재정립 필요성에 대한 논의
Ⅱ. 소비자 관련 법률들에 규정된 소비자 개념 비교 검토
Ⅲ. 외국의 사례 검토
Ⅳ. 표시광고법의 성격에 비추어본 소비자 개념의 재정립 및 개선 방안
Ⅴ. 결론

국문초록

완전경쟁시장이 성립하기 위해서는 공급자와 수요자 모두 완전한 정보가 필요하지만 현실적으로 대부분의 경우 양자 간에는 정보의 비대칭성이 발생하고 있으며 이는 특히 공급자가 행하는 표시·광고 분야에서 많이 발생하고 있다. 따라서 이를 보완하기 위한 정부 개입이 필요한데 대부분의 선진국에서는 공급자의 표시·광고에 대하여 여러 가지 제도적 규제를 통하여 이를 행하고 있다. 우리나라에서도 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」을 통해 이러한 규제를 시행하고 있는데 동법 제1조에 따르면 동법이 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 하고 있다고 규정하고 있다. 동법은 소비자보호와 함께 공정한 거래질서 확립을 목적으로 하고 있는데 보호 대상으로서의 소비자가 누구인지에 대한 정의는 명확하지 않다. 동법을 살펴보면 소비자를 사업자등이 생산하거나 제공하는 상품등을 사용하거나 이용하는 자로 규정하고 있는데 이는 공정거래위원회가 집행하고 있는 다른 소

* 이 논문의 내용은 집필자의 개인 의견이며 공정거래위원회의 공식견해를 나타내는 것은 아닙니다.

** 공정거래위원회 과장, 서강대학교 일반대학원 법학과 박사과정

비자보호법들의 소비자개념과는 상이한 것이다. 그 차이에서 중요한 내용은 재화등의 최종적 사용 여부, 원재료, 자본재 또는 이에 준하는 용도로 생산활동에의 사용 여부인데, 이러한 차이로 인하여 법집행 대상이 상이해지고 표시광고법의 성격에 대하여 논란이 발생할 우려가 있다. 이에 본 고에서는 소비자보호에 관한 여러 법률들에 규정된 소비자에 대한 개념들을 살펴보고 소비자 개념의 상이성이 법의 성격에 어떠한 영향을 미치는 것인지를 분석해 보고자 한다. 다음으로 이로 인한 법적용의 혼란 가능성을 이론적, 실무적 관점에서 논의해본 후 주요 국가들의 표시·광고에 관한 규정들도 살펴보겠다. 마지막으로 동법의 법적 성격에 맞는 소비자개념을 정립하는 것에 주안점을 두면서 일반 소비자 또는 이에 준하는 소규모 사업자 등 경제적 약자 보호라는 현실적 요구를 수용하는 방향으로 바람직한 개선방안을 제안하고자 한다.

• 핵심어 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 소비자, 경쟁제한성, 보호 대상, 법 집행

Ⅰ. 서론 : 표시광고법상 보호 대상인 소비자 개념의 재정립 필요성에 대한 논의

현대사회는 정보의 홍수 속에 놓여 있으며 우리 사회의 모든 삶은 정보와 밀접하게 연계되어 있다. 오히려 산업에서 일상생활에 이르기까지 정보와 무관한 것은 없다고 하는 것이 보다 정확한 표현일 것이다. 특히 4차 산업혁명으로 표현되는 생산의 패러다임 변화 속에서 소비자에게 표시·광고는 더욱 중요한 의미를 가질 수밖에 없다. 오늘날 표시·광고는 전통적인 표시·광고뿐만 아니라 정보통신기술 발전에 기반한 인터넷의 확대로 그 양태가 갈수록 다양해지고 있다. SNS, 상품 관련 Q&A 등 광고에의 해당 여부에 대한 의문점을 유발하는 새로운 형태의 정보 전달이 발생하는데 전자상거래의 확대, 외국사업자로부터 직구매와 같은 국제거래의 증가 등과 맞물려 편의성 증진과 함께 그로 인한 소비자 피해도 늘어나고 있다.

일반적으로 소비자는 자신들이 소비하는 재화나 용역의 구매에 필요한 정보의 상당 부분을 표시 또는 광고에 의존하면서도 공급자(생산자 또는 판매자)에 비하여 재화나 용역에 대한 정보가 취약한 것이 현실이다. 이로 인하여 소비자들은 잘못되거나 불충분한 정보에 의존하여 구매의사결정을 내리는 결과가 발생하기도 한다. 이는 일차적으로 소비자에게는

비합리적인 구매로 인한 손해를 유발하고, 부수적으로는 품질과 가격에서 경쟁우위에 있는 공급자의 상품이 선택받지 못하는 시장왜곡을 초래한다. 이는 완전경쟁시장이 성립하기 위한 전제조건[1] 중 하나인 완전한 정보와 연계되어 있다. 그러나 현실적으로 대부분의 경우 공급자와 소비자 간의 정보비대칭성은 발생할 수밖에 없으며, 정부 개입을 통하여 양자의 정보격차를 줄이는 것이 합리적인 차선책이 될 수밖에 없다. 이를 반영하듯이 대부분의 선진국에서는 공급자의 표시·광고에 대하여 여러 가지 제도적 규제를 하고 있으며, 우리나라도 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」(이하 '표시광고법'이라 한다.)을 통해 규제를 시행하고 있다. 우리나라의 표시광고법은 제1조에 따라 동법이 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 하고 있음을 명문화하고 있다. 이렇게 날이 갈수록 중요성이 더해지는 표시광고법이 소비자를 보호하는 역할에 보다 충실하기 위해서는 표시광고법이 추구하는 목적이 무엇이며, 그 목적을 보다 효과적으로 달성하기 위한 개선사항을 모색하는 것이 중요하다. 일반적으로는 표시광고법의 목적이 왜곡된 표시·광고로부터 소비자를 보호하는 것이라고 단순하게 생각될 수 있다. 하지만 표시광고법 제1조의 목적 규정에 나타나 있듯이 소비자보호 이외에도 공정한 거래질서 확립이라는 목적이 있으며, 소비자보호에 있어서 소비자가 누구인지에 대한 정의도 명확하지 않다. 상세히 살펴보면 표시광고법 제1조는 공정한 거래질서 확립과 소비자 보호를 동시에 그 목적으로 하고 있는데 동법 제2조 제5호에서는 소비자를 사업자등이 생산하거나 제공하는 상품등을 사용하거나 이용하는 자로 규정하고 있다. 참고로 표시광고법 시행령상 소비자의 개념에 관한 별도의 규정이 없을 뿐만 아니라 다른 법과 달리 법에서 시행령에 위임하는 규정도 없다. 반면에 다른 법에서는 최종소비자뿐만 아니라 일정한 범위에서 사업자도 포함하도록 정의함으로써 표시·광고 등의 대상에 따라 법적용 여부를 판단할 수 있다. 사업자의 입장에서는 공정거래위원회(이하 '공정위'라고 한다)의 소비자정책국에서 함께 집행하는 법률들에서 사용되는 소비자라는 동일한 용어가 달리 정의되고 이에 따라 법적용 여부가 상이하게 된다면 자신이 행한 광고로 인한 법적 제재 가능성이 불분명하게 될 것이다. 구체적으로 다른 법률에서는 최종적인 소비자를 대상으로 한 행위에 대해서만 제재를 가하는 데 반하여 표시광고법은 소비자뿐만 아니라 사업자를 대상으로 한 행위의 경우에도 제재가 이루어질 수 있으므로 상대적으로 적용 범위

1) 다수의 생산자와 소비자, 동질의 상품, 진입과 퇴출 비용이 거의 없음, 완전한 정보

가 불분명하게 될 수 있다.

이에 본 고에서는 표시광고법 조문에 언급된 소비자가 누구냐 하는 것이 명확하지 않다는 점, 다시 말하면 상식적 의미 또는 사전적 의미에서의 소비자와 일치한다고 보기는 어렵다는 점을 주목하면서 그 함의를 살펴보고자 한다. 표시광고법상의 소비자개념은 소비자기본법을 비롯하여 다른 소비자보호 관련 법률 또는 시행령에 규정된 그것들과는 상이한데, 학설과 판례도 이에 대하여 명확한 언급을 하고 있지 않다는 점에서 현실에서 그 개념의 불확실성으로 인한 논란을 야기할 수 있다.

일반적으로 소비자라 함은 사전적으로는 '경제, 재화를 소비자하는 사람'[2], 업자가 제공하는 물품 및 용역을 "사적인 용도나 소비를 위해 구매하는 개인"[3]으로 정의하고 있다. 참고로 법원의 판결에서는 '재화를 소비하는 사람'이라는 매우 단순화된 개념으로 소비자를 파악하고 있다.[4]

첫째, 표시광고법상의 소비자 개념은 공정위에서 집행하고 있는 다른 소비자보호법들의 그것과는 상이하다는 점을 지적하고자 한다. 소비자 개념에 대해서는 대체로 여러 견해가 있을 수 있으나 민법 또는 그 외의 법률에 소비자의 개념 정의를 두고 있는 대부분의 국가들에서는 대체적으로 소비자를 "소비 목적으로 (또는 사업목적 이외의 목적으로) 행위하는 자연인"으로 정의하고 있는데, 이것은 개별적인 법률행위의 장면에서 소비 목적을 갖고 있는 자연인이라면 누구나가 소비자로 인정될 수 있지만 소비 목적이 없다면 소비자가 아닐 수도 있다는 상대적인 소비자개념으로 보는 견해[5]가 있으며 필자는 상당히 합리적인 견해라고 생각한다.

만약 표시광고법이 보호하고자 하는 대상이 다르다고 볼 수 있다면, 그러한 실익 또는 이유가 있는지 검토하고자 한다. 같은 기관에서 집행하는 법률에서 규정된 개념이 서로 달리 정의 또는 해석된다면 혼란이 야기될 수 있는데 그러한 혼란을 감수할 만한 실익이 있는지에 대하여 고찰해볼 필요가 있기 때문이다.

참고로 법률에 규정된 용어에 혼란이 발생할 경우 명확한 규정이 없을 경우에는 다른 법률에 규정된 동일한 용어와 달리 보기는 어려우며[6] 특히 침익적 행정의 경우에는 더욱

---

2) 국립국어원, 표준국어대사전

3) Black's Law Dictionary에서는 consumer의 개념을"one who consumes", "individual who purchases goods for private use or consumption", "users of the final product" 등으로 설명하고 있다.

4) 대법원 2016. 11. 24. 선고 2015도18765 판결. 이 판결은 동물보호법 시행규칙 제36조 제2호에 규정한 '소비자'의 의미 및 동물판매업자 등 반려동물을 구매하여 다른 사람에게 판매하는 영업을 하는 자가 이에 포함되는지 여부를 다루고 있다.

5) 서희석, "소비자 개념의 재정립", 『소비자법연구』 제3권 제2호, 소비자법학회, 2017. 9, 146면.

소극적으로 해석된다고 봄이 타당하다. 따라서 표시광고법상의 소비자 개념이 다른 소비자보호법상 소비자 개념과 상이할 경우 다른 소비자보호법상의 개념들보다 확대되어 해석될 수 있을까 하는 의문이 생겨난다.

둘째, 소비자 개념의 차이는 표시광고법과 다른 소비자보호법들의 적용 범위 또는 대상의 차이를 결정하는 중요한 요소가 된다. 표시광고법에 규정된 소비자의 개념이 공정위가 집행하고 있는 소비자보호법들에 규정된 그것들과 상이한 것은 단순히 소비자의 범위에 대한 문제에 국한되는 것은 아니다. 소비자 개념을 법적으로 어떻게 정의할 것인가는 대단히 중요한 의미를 가진다. 왜냐하면 소비자의 정의에 따라 소비자계약의 범주가 결정되고 소비자계약에 관한 실정법의 인적 적용범위가 획정되기 때문이다.[7)]

셋째, 표시광고법의 연원을 살펴보고 이로 인하여 다른 소비자보호법들의 소비자 개념과 차이가 발생한 것인지 살펴볼 필요가 있다. 표시광고법이 소비자보호법의 하나라는 상식적 측면을 넘어서 다른 법적 성격을 가졌으며 이에 기인하여 소비자 개념의 차이가 발생하였다면 이는 단순한 용어, 개념의 차이를 넘어 법의 성격에 대한 논의가 필요할 것이며 그 성격에 적합한 법 적용 방안과 개선 방향을 모색하여야 한다.

마지막으로 앞에서 언급하였듯이 소비자 개념은 실정법인 표시광고법의 인적 적용범위에 직접 관련되는데 이는 표시, 광고를 행하는 사업자들의 법률적 위험(legal risk)과 관련된다. 사업자들은 자신들이 행하는 표시·광고가 법적으로 문제될 경우 제재를 받을 우려가 있는데 법위반에 해당하는 요건들이 불명확할 경우 영업 활동에 상당한 불확실성이 발생할 수 있다. 이는 자유로운 기업 활동을 제약함으로써 경제의 활력을 저해하고 부수적으로 경쟁을 저해하는 부작용을 야기할 수 있다. 참고로 우리나라에서 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 '공정거래법'이라 한다)로 집행되는 소위 경쟁법의 경우 많은 국가들이 ICN, OECD 경쟁위원회 논의 등을 통하여 경쟁법 집행의 불확실성을 감소시켜 국제무역과 투자를 활성화 시키고자 노력하고 있는 점을 주목할 필요가 있다.

소비자 개념의 문제는 단순히 표시광고법이 보호하고자 하는 소비자의 범위에 관한 문

---

6) "고시에 규정된 처분기준은 당연히 그 상위 법령인 독점규제법령에 합치되어야 하는바, 이사에 관한 「상법」과 독점규제법의 여러 규정들에 비추어 볼 때 독점규제법에 규정된 이사의 개념을 「상법」상의 이사와 달리 보기 어려운 점, 과징금 부과처분 등 침익적 행정처분에 있어서는 국민의 재산권 등 권리보호라는 헌법적 요청 및 법치행정의 원리에 따라 근거 규정에 대한 엄격한 심사를 요하는 점 등을 비롯한 여러 사정을 종합하면, 위 고시에 규정된 이사는 「상법」상의 이사로서 법인등기부상에 이사로 등기된 자를 의미한다고 봄이 상당하다"(대법원 2008. 10. 23. 2008두10621 판결)

7) 나아가 소비자의 정의는 소비자를 특별한 공법적 보호의 대상으로 하는 많은 실정법의 인적 적용범위를 획정하는 의미를 갖게 된다. 서희석, 앞의 논문, 158면.

제에 불과하다고 볼 수도 있지만 표시광고법의 성격에 대한 근본적인 질문에 관한 것이라고 할 수도 있다. 즉 표시광고법이 공정거래법 혹은 경쟁법의 성격을 가지느냐 아니면 소비자 보호법이냐에 따라 소비자의 개념 혹은 그 범위는 부수적으로 정해진다. 이에 본 고에서는 소비자 개념을 통하여 표시광고법의 성격을 검토한 후 외국의 사례 등을 참고하여 바람직한 소비자 개념의 재정립 방안에 대한 견해를 제시하고자 한다.

II. 소비자 관련 법률들에 규정된 소비자 개념 비교 검토

1. 공정위 소관 소비자 관련 법률에서의 소비자 개념

오늘날 소비자 보호를 위한 많은 법률에서 소비자를 언급하고 있다. 물론 직접적으로 소비자를 명시하는 경우도 있지만 유사한 용어를 사용하는 경우도 발견할 수 있다. 예를 들면, 공정위에서 담당하는 소비자기본법, 표시광고법, 방문판매 등에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률, 전자상거래 등 소비자 보호에 관한 법률 등에서 소비자 개념이 명시되어 있다. 하지만 약관의 규제에 관한 법률은 적용 대상을 고객이라고 규정하고 있으며, 구체적으로 「"고객"이란 계약의 한쪽 당사자로서 사업자로부터 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안받은 자를 말한다.」라고 정의하고 있다. 비록 약관의 규제에 관한 법률이 명시적으로 소비자를 보호하는 것을 목적으로[8] 하고 있으나, 정의 규정에 소비자가 아닌 고객으로 표현되어 있고, 고객을 계약의 당사자로 정의하고 있으므로 소비자뿐만 아니라 사업자도 보호의 대상이 된다고 보는 것이 타당하다.

표시광고법은 제1조에 따라 상품 또는 용역에 관한 표시·광고를 할 때 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 하고 있으며, 제2조 제5호에서는 동법의 소비자를 사업자등이 생산하거나 제공하는 상품등을 사용하거나 이용하는 자로 규정하고 있다. 참고로 표시광고법 시행령에는 별도의 추가적인 규정은 없다.

현재 표시광고법은 공정위 소비자정책국에 속해 있는 소비자안전정보과에서 관련 정책

8) 법률 제1조(목적) 이 법은 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 불공정한 내용의 약관(約款)을 작성하여 거래에 사용하는 것을 방지하고 불공정한 내용의 약관을 규제함으로써 건전한 거래질서를 확립하고, 이를 통하여 소비자를 보호하고 국민생활을 균형 있게 향상시키는 것을 목적으로 한다.

및 직권인지 사건을 중심으로, 지방사무소 소비자과에서는 신고 사건을 중심으로 그 처리를 담당하고 있다. 공정위 소비자정책국은 소비자정책과, 소비자안전정보과, 특수거래과, 약관심사과, 전자거래과 그리고 할부거래과 등 6개 과로 구성되어 있다. 각 과는 소비자보호에 관한 법률을 담당하고 있는데 소비자기본법(소비자정책과), 표시광고법(소비자안전정보과), 방문판매 등에 관한 법률(특수거래과), 약관의 규제에 관한 법률(약관심사과), 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률(전자거래과) 그리고 할부거래에 관한 법률(할부거래과)이 그것이다.

약관의 규제에 관한 법률을 제외한 5개 법률들은 소비자의 개념을 법률 또는 시행령에 규정하고 있는데 각 법률마다 약간의 차이를 두고 있지만 대체로 사업자와 대비되어 재화등을 사용하는 자로 보고 있다. 아울러 표시광고법을 제외하고는 "소비생활"을 위하여 사용 또는 이용하여야 하는 것으로 보고 있는 데 반하여, 표시광고법은 사용 또는 이용하는 것으로만 규정하고 있다. 즉, 표시광고법은 소비자가 재화등을 반드시 소비생활을 위하여 사용 또는 이용할 필요 없이 단순히 사용 또는 이용만 하면 법 적용 대상이 되는 것으로 해석된다. 다만 이러한 개념적 구별과는 별도로 사업자와 대비되는 소비자가 재화등을 소비생활이 아닌 다른 목적으로 사용 또는 이용하는 경우가 어떠한 것인지는 현실적으로 구분하기는 매우 어렵다고 생각된다. 쉽게 생각할 수 있는 것은 소비자가 재화등을 재판매하거나 원부자재, 자본재 등으로 사용하는 것이 있는데 이 경우 사실상 사업자와 유사하게 되어 사업자와 대비되는 소비자 개념과의 혼돈이 유발될 수 있다. 이는 표시광고법이 소비자보호법으로서의 정체성과도 관련될 수 있는 문제로 소비자에 대한 개념을 다른 소비자보호법들과 달리 규정함으로 인하여 발생하는 문제점들을 살펴보고 합리적인 개선방안을 모색하는 것이 필요하다. 참고로 공정위 소관 주요 소비자보호법상의 소비자 개념을 살펴보면 표시광고법은 소비자를 '사업자등이 생산하거나 제공하는 상품등을 사용하거나 이용하는 자'로 규정[9]하고 있는 반면에 소비자기본법, 방문판매 등에 관한 법률, 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 및 할부거래에 관한 법률에서는 '소비생활을 위하여 사용 또는 이용'과 '재화 또는 용역의 최종적 사용 또는 이용 및 원재료 및 자본재로 사용시 제외'라고 규정하고 있다.

9) 표시광고법 제2조 제5호

2. 공정위 소관이 아닌 소비자 관련 법률에서의 소비자 개념

공정위 소관이 아닌 경우 소비자가 언급된 많은 법률들은 주로 관련 산업 또는 공급자를 규율하는 것을 주된 목적으로 하고 있으며, 소비자 보호는 부수적인 경우가 대부분이다. 또한 대부분의 경우 소비자에 대한 보호 목적을 직접적으로 명시하지는 아니하며, 소비자의 개념에 대해서도 별도로 규정하고 있지 아니하다. 다만 최근에 제정되어 2021년 시행 예정인 「금융소비자 보호에 관한 법률」(금융위원회 소관)에서는 금융소비자 보호를 명문화하면서, 금융소비자의 개념을 전문금융소비자와 일반금융소비자로 세분하여 정의하고 있다.[10]

3. 소비자 개념의 차이가 가지는 함의

법에서 소비자 개념을 어떻게 정의하느냐에 따라 법의 적용범위가 다르게 됨으로써 적용대상자의 권리와 의무에 큰 영향을 미칠 수 있다는 것은 앞에서 이미 언급하였다. 물론 소비자의 정의가 일치하지 않는 것에 대하여 한 국가 내에서도 개별법에서 소비자의 정의가 각각 달라질 수 있음(소위 다원화 방식)을 긍정적으로 평가할 수 있다는 입장도 있다.[11] 하지만 소비자 개념의 정의에 대한 차이로 인하여 표시광고법이 다른 소비자보호법들에서는 찾아볼 수 없는 법집행 사례가 발생할 수 있다. 참고로 법에서 정의되는 용어의 개념이 해당 용어의 언어적 의미와 언제나 일치하는 것은 아니며, 법적 개념의 정의작업(definition of legal norm)은 언어의 사전적 용어풀이가 아닌 해당 법률의 적용대상과 범위를 결정하는 데 주안점이 맞추어져 있는 것이라는 견해도 있다.[12] 하지만 동 견해에서도 소비자 개념이 단순히 법 적용범위를 정하는 역할에 그치지 않고 소비자정책의 주안점과 보호대상, 그리고 방향 등을 가늠하는 척도로 기능하고 있음은 인정하고 있다.

---

10) "금융소비자"란 금융상품에 관한 계약의 체결 또는 계약 체결의 권유를 하거나 청약을 받는 것(이하 "금융상품계약체결등"이라 한다)에 관한 금융상품판매업자의 거래상대방 또는 금융상품자문업자의 자문업무의 상대방인 전문금융소비자 또는 일반금융소비자를 말한다.(법 제2조 제8호)
"전문금융소비자"란 금융상품에 관한 전문성 또는 소유자산규모 등에 비추어 금융상품 계약에 따른 위험감수능력이 있는 금융소비자로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.(법 제2조 제9호)
"일반금융소비자"란 전문금융소비자가 아닌 금융소비자를 말한다.(법 제2조 제10호)

11) 예컨대, 김성천, "소비자법상 소비자개념에 관한 연구",『경제법연구』제4권 제1호, 한국경제법학회, 2005. 6, 1면 이하. 서희석, 앞의 논문, 158면.

12) 신영수, "소비자기본법상 소비자 개념 - 회고와 평가, 그리고 대안에 관하여 -",『소비자문제연구』제48권 제2호, 한국소비자원, 2017. 8, 1면.

표시광고법의 소비자 개념이 다른 소비자보호법들과 결정적으로 차이가 발생하는 점은 재화등을 소비생활을 위하여 사용 또는 이용하느냐, 최종적으로 사용하느냐 그리고 중간재를 포함한 원재료나 자본재로 사용하는지 여부 등에 있다. 소비생활과 최종적 사용은 사실상 매우 유사하다고 볼 수 있으며 현실에서 그 차이를 구별하기도 쉽지 않다. 반면에 원재료나 자본재로의 사용 여부는 구별하기가 상대적으로 용이한 것으로 보인다. 최근 공정위는 원재료나 자본재를 구입하고자 하는 사업자를 대상으로 한 표시·광고에 대하여 위법성을 판단하였는데 소비자의 개념과 관련하여 논란이 발생하였다.

〈사례 : (주)원주기업도시의 부당한 광고행위에 대한 건〉
(사건번호 : 2019안정2136, 2019. 10. 28.)

□ (주)원주기업도시는 '원주 지식기반형 기업도시 개발사업 관련 지식산업용지'를 분양광고하면서 세금 감면 적용 제외 대상 등에 대한 기재 없이 '취득세·재산세 감면: 취득세 15년간 100%'라고 광고하였으며, 신고인은 사업을 영위하는 자로 자신의 공장을 설립하기 위하여 토지를 물색하던 중 피조사인의 취득세·재산세 감면 광고를 보고 해당 토지를 구매하였으나 광고와 달리 감면을 받지 못하였음

□ 동 사건이 신고인은 일반적인 소비자가 아닌 사업자이며, 관련 광고의 대상인 토지는 공장을 설립하는 산업용 부지이다. 따라서 관련 토지는 소비목적이 아닌 생산을 위한 자본재에 해당하는 것으로 볼 수 있는데 이는 동 건 신고인이 과연 표시 광고법이 보호하고자 하는 소비자에 해당할 수 있는지에 대한 의문이 제기되었음

□ 법제처는 이에 대해 산업용지를 분양받아 해당 용지에 공장을 건설하는 수분양자도 부당한 표시·광고로부터의 보호 필요성이 있다고 해석하였음(「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제2조 제5호 관련) 19-0132, 2019. 6. 5. 법제처]

□ 법제처의 해석에 의거 공정위는 (주)원주기업도시의 동 건 광고에 대하여 위법성을 인정하였음(경고)

하지만 공정위에서는 사업자에 대하여 표시광고법상의 소비자에 해당하지 아니한다고 결정한 사례도 있다.[13] 공정위는 '컴퓨터 애프터서비스를 위한 소모성 자재(메인보드)에 명시된 표시'와 관련하여 그 자재를 공급받은 애프터서비스 사업자 및 중소기업정책자금 신청을 위한 컨설팅 서비스 광고와 관련하여 그 컨설팅 서비스를 이용하려는 사업자(중소기업)에 대하여 표시광고법에 따른 소비자로 볼 수 없어 표시광고법 적용대상이 아니라고

13) 공정위 2014안정2145(삼성전자 주식회사의 부당한 표시행위 건), 공정위 2018안정0249(모두플랜대부중개의 부당한 광고행위에 대한 건)

판단한 바 있다.

현재까지 법원에서 소비자 개념이 위법성 판단의 주요 쟁점으로 다투어진 사례는 매우 드문 것으로 보인다. 특히 표시광고법에 정의된 소비자에 해당하지 아니하여 법 적용대상이 아니라는 판례는 아직까지는 없다. 이는 아마도 대부분의 표시·광고가 일반적인 소비자를 대상으로 이루어졌고, 사업자를 상대로 한 표시·광고는 상대적으로 매우 적은 데 기인한 것으로 보인다. 부수적으로 표시광고법 관련 사건의 경우 소비자보호를 위한 공표명령 등 시정명령을 위주로 행하고 부과되는 과징금이 공동행위 등에 비하여 상대적으로 적기 때문에 사법적 다툼이 활발하지 아니한 것에도 일부 요인이 있다고 생각된다.

Ⅲ. 외국의 사례 검토

1. 검토의 필요성

표시광고법이 보호하고자 하는 소비자의 정의가 동 법의 성격과 연계된다면 이는 향후 표시광고법의 발전 방안을 모색할 때 반드시 고려해야 할 사항이다. 표시광고법을 경쟁법의 하나로 볼 것인지 아니면 소비자보호법으로 볼 것인지 명확히 한 후 그에 따라 논리적 정합성을 갖추어 나가야 하는 것이 논리적으로 타당하기 때문이다. 만약 경쟁법으로 구분된다면 일반적인 경쟁법이 국제적인 논의를 거치면서 집행의 불확실성을 감소시켜 나가는 것처럼 표시광고법도 유사한 논의가 필요할 수도 있다. 아울러 경쟁법 집행과의 논리적 일관성을 제고하기 위한 하부 지침 개정 등 제도적 개선안도 마련되어야 할 것이다.

따라서 이 장에서는 표시·광고에 대한 주요 국가들의 규제를 살펴보고자 한다. 구체적으로 외국에서는 표시·광고규제가 어떠한 성격의 규정에 근거하여 이루어지고 있는지, 보호 대상이 누구인지를 비교해 봄으로써 본 고에서 논쟁이 되고 있는 의문점들에 대한 해결의 단서를 찾고자 한다.

2. 주요 국가의 사례

(1) 미국

미국에서 광고 규제에 관한 일반법은 연방거래위원회법 제5조이며, 표시는 공정포장표

시법(Fair Packaging and Labeling Act)에서 규제하고 있다. 미국에서 광고규제에 관한 최초의 연방법은 1914년에 제정된 연방거래위원회법이다. 연방거래위원회법 제5조는 광고규제 뿐만 아니라 사업자의 불공정하거나 기만적인 행위 모두에 대한 규제의 근거조항이기도 하다. 연방거래위원회에서의 광고규제대상은 허위·기만적인 광고와 함께 불공정한 광고까지 포함되어 있다. 아울러 동 법 제12조에 따라 허위광고 행위를 법 제5조 위반으로 보고 있다. 그러나 동법이 제정되고 난 이후에도 허위광고로 인한 소비자피해는 극심하였는데 이는 연방거래위원회법이 독점의 폐해를 방지하기 위하여 제정된 서먼법(1890년)과 클레이톤법(1914년)을 보완하기 위하여 제정되었기 때문이다. 동법에 의해 이루어진 광고규제의 목적도 처음에는 소비자보호가 아니라 사업자간 부당한 경쟁을 방지하기 위한 것이었다. 당시 연방거래위원회법 제5조의 내용은 "상거래에서의 불공정한 경쟁방법(unfair method of competition in commerce)"을 불법으로 규정하고 있었으며, 이에 따라 광고규제도 '사업자간 부당한 경쟁을 유발할 가능성이 있는 광고'에 국한될 수밖에 없었다. 따라서 당시의 연방거래위원회법 제5조로는 소비자보호 측면에서 광고규제를 할 수가 없었으며, 이로 인하여 허위광고에 대한 소비자 불만은 매우 높았다.[14] 미국 연방대법원은 1931년 광고규제와 관련된 판결문에서 "경쟁이 기만이라는 수단에 의하여 침해되지 않는 경우에는 허위 또는 기만 광고에 대하여 연방거래위원회가 규제할 권한이 없다."고 판결하였는데 이는 허위광고로 인한 소비자 불만이 많은 상황에서 연방거래위원회가 소비자보호를 위한 광고규제를 하는 데 한계가 있음을 명확히 제시한 사건이었다. 미국 연방거래위원회에서 부당광고로부터 소비자를 보호할 수 있게 된 계기는 1938년에 Wheeler-Lee Act가 제정되고 난 이후부터이다. 동 법이 제정되고 난 이후, 연방거래위원회법 제5조[15]의 내용이 불공정한 경쟁방법뿐만 아니라 "불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행(unfair or deceptive acts or practices)"도 불법으로 규정하고, 동법 제12조[16]에서 허위광고의 금지를

14) 특히, 아무런 치료효과가 없는 식품이 만병통치약인 것처럼 광고되는 경우가 전국적으로 발생하였으며, 이로 인한 소비자피해도 심각한 수준이었다.

15) 5조. 불공정 경쟁방법의 사용은 위법; 위원회의 금지
(a) 위법의 선언; 불공정 관행을 금지하는 권한; 외국과의 거래에서는 적용되지 아니함
(1) 거래 또는 거래에 영향을 미치는 불공정한 경쟁 수단들, 불공정하거나 기만적인 행위들 또는 관행은 위법이다.
§45. Unfair methods of competition unlawful; prevention by Commission
(a) Declaration of unlawfulness; power to prohibit unfair practices; inapplicability to foreign trade
(1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful

16) 제12조. 허위광고의 유포
(a) 위법성

별도로 규정하였다. 이에 따라 연방거래위원회에서는 허위광고는 물론이고 사업자의 기만적인 광고행위도 규제할 수 있게 됨으로써 명실상부하게 소비자보호를 위한 광고규제가 가능하게 되었다. 그러나 1970년에 접어들면서 허위·기만적인 광고에는 해당되지 않으나 소비자피해를 유발하는 광고가 나타나게 되자, 1975년에 연방거래위원회법 제5조에 "상거래에 영향을 미치는"이라는 문구를 삽입함으로써, "불공정성"에 대한 개념을 새로운 규제대상으로 포함시켰다. 현재 연방거래위원회에서의 광고규제대상은 허위·기만적인 광고와 함께 불공정한 광고까지 포함되어 있다.[17] 이러한 연방거래위원회법을 살펴보면 회사(기업)에 대해서는 그 개념을 규정하고 있으나, 소비자에 대해서는 별도로 개념을 규정하고 있지 아니하다.[18]

미국에서 광고규제의 일반법은 연방거래위원회법 제5조이며, 표시규제의 일반법은 공정포장표시법(Fair Package and Labeling Act)이지만 소비재 중에서 식품, 의약품, 화장품, 의료기기에 대해서는 두 법의 적용이 제외되고, "Food, Drug and Cosmetic Act"에 의해 식품의약품안전청에서 규제하고 있다. 또한 상기의 개별품목이외에 표시규제가 별도로 필요한 분야는 연방거래위원회나 관련기관에서 관장하고 있는 개별법과 산업별 또는 품목별 거래규칙에 의해서 이루어진다. 참고로 고기, 가금, 담배, 농약, 알코올 음료 등도 이를 관

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법에 의하여 허위광고를 유포하거나 허위광고의 유포를 유발하는 자, 조합, 또는 회사의 행위는 위법이다.

(b) 불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행

본 조 제(a)항의 규정의 범위 내에서 허위광고를 유포하거나 또는 허위광고의 유포를 유발한 행위는 이 법 제5조의 범위 내에서 통상에 영향을 미치는 불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행이 된다.

§ 52. Dissemination of false advertisements

(a) Unlawfulness

It shall be unlawful for any person, partnership, or corporation to disseminate, or cause to be disseminated, any false advertisement—

(b) Unfair or deceptive act or practice

The dissemination or the causing to be disseminated of any false advertisement within the provisions of subsection (a) of this section shall be an unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce within the meaning of section 45 of this title.

17) 박성용, 『표시·광고규제 합리화 방안 연구』, 한국소비자원, 2007, 34~36면.

18) §44. Definitions

The words defined in this section shall have the following meaning when found in this subchapter, to wit:

……

"Corporation" shall be deemed to include any company, trust, so-called Massachusetts trust, or association, incorporated or unincorporated, which is organized to carry on business for its own profit or that of its members, and has shares of capital or capital stock or certificates of interest, and any company, trust, so-called Massachusetts trust, or association, incorporated or unincorporated, without shares of capital or capital stock or certificates of interest, except partnerships, which is organized to carry on business for its own profit or that of its members.

장하는 특별법에 의해 규제되고 있다.[19]

(2) 일본

일본에서의 표시·광고규제에 관한 일반법은 1962년에 제정된 부당경품류 및 부당표시 방지법(不当景品類及び不当表示防止法)(이하 경품표시법)이며, 이 법은 일본 독점금지법의 특례법이라고 볼 수 있다. 참고로 특정 품목별로는 가정용품은 통산성에서, 택지건물은 건설성에서, 식품과 의약품은 후생성 등에서 관련 법률에 의거하여 규제되고 있다. 일본에서는 1960년의 가짜 쇠고기캔(ニセ牛缶) 사건으로 부당표시에 대한 소비자의 비판이 높았으나 기존의 법으로는 처벌이 곤란하여 이미 소비자 문제로 되어 있던 과대한 경품류와 더불어 이것들을 규제하는 경품표시법을 1962년에 제정하였다.[20]

경품표시법 제4조에서는 일반 소비자를 오인케 함으로써 부당하게 고객을 유인하거나, 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있다고 인정되는 표시를 "부당표시"로 규정하고, 이러한 표시를 금지하고 있다. 이 법도 연방거래위원회법과 마찬가지로 사업자에 대해서는 그 개념을 규정하고 있으나, 소비자에 대해서는 별도로 개념을 규정하고 있지 아니하다.[21]

(3) EU

EU는 "불공정거래관행지침(Directive 2005/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 May 2005)"에서 회원국들이 오인성 있는 상업적 관행(Misleading Commercial Practice)을 금지하는 제도를 마련하여 운영하도록 하여 진행하고

---

19) 박성용, 앞의 자료, 41면.

20) 손영화, "일본에서의 표시광고에 관한 규제 - 독점금지법 및 경품표시법을 중심으로 -",『기업법 연구』제25권 제2호, 한국기업법학회, 2011. 6, 384면.

21) 법 제1조 이 법률은 상품 및 용역의 거래에 관련한 부당한 경품류 및 표시에 의한 고객의 유인을 방지하고, 일반소비자에 의한 자주적 또한 합리적인 선택을 저해할 우려가 있는 행위의 제한 및 금지에 관하여 정함으로써, 일반소비자의 이익을 보호하는 것을 목적으로 한다.
第一条 この法律は、商品及び役務の取引に関連する不当な景品類及び表示による顧客の誘引を防止するため、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のある行為の制限及び禁止について定めることにより、一般消費者の利益を保護することを目的とする。
제2조 이 법률에서 「사업자」란, 상업, 공업, 금융업, 기타의 사업을 하는 자를 말하며, 당해 사업을 하는 자의 이익을 위해 하는 행위를 하는 임원, 종업원, 대리인 또는 기타가 명시한 것과 제31조의 규정의 적용에 관하여는 이를 당해 사업자로 본다.
第二条 この法律で「事業者」とは、商業、工業、金融業その他の事業を行う者をいい、当該事業を行う者の利益のためにする行為を行う役員、従業員、代理人その他の者は、次項及び第三十一条の規定の適用については、これを当該事業者とみなす。

있다. 참고로 이 지침은 표시나 광고뿐만 아니라 소비자오인성이 있는 관행 일반을 규제 대상으로 하고 있다. '광고'규제는 허위광고 및 비교광고지침(Directive 2006/114/EC)을 제정하여 표시규제와 별도로 규율하고 있다. 참고로 광고규제의 경우 종전에는 사업자의 부당한 상거래행위 전반을 규율하는 방식이 아니라 이로부터 분리된 별도의 광고규제법을 통해 규율을 하여 왔으나, 최근에는 광고규제법을 부당한 상거래행위 규제관련법으로 통합할 것을 권고하고 있고 있으며 현재 다수의 회원국에서 이러한 권고사항을 국내법에 반영하고 있다.[22]

불공정거래관행지침에는 사업자 개념과 더불어 소비자 개념[23]도 규정되어 있는데 제2조 제a호에서 소비자를 거래, 사업, 숙련직업(craft) 또는 전문직업(profession) 이외의 목적을 위하여 행동하는 자연인으로 정의하고 있다. 여기서 소비자의 범위는 대체로 소극적인 정의에 기초하고 있으나, 자연인에 한정된다는 점에서는 적극적인 의미를 갖고 있다. 자연인에 한정되므로, 법인에 대한 상관행은 지침의 적용범위에서 제외되고 법인은 영업 등 이외의 목적으로 거래하더라도 소비자가 될 수 없다.[24] 또한 제2조 제b호에서는 거래자를 이 지침에서 포괄되는 상관행에서 거래, 사업, 숙련직업 또는 전문직업과 관련된 목적으로 행동하는 자연인 또는 법인과 거래자의 이름으로 또는 거래자를 위하여 행동하는 자를 말한다고 정의한다.[25]

3. 소결

미국과 일본의 표시·광고규제를 살펴보면 최초에는 사업자의 불공정행위에 대한 규제의 하나로 표시·광고를 규율하였으나 이러한 방법으로는 소비자보호가 미흡하였다. 이에 대한 보완책으로서 별도의 규정이나 법을 제정하여 시행하여 오고 있으며 이러한 과정은 우리나라의 경우와 유사하다고 볼 수 있다. 다만 본 고에서 다루고자 하는 보호 대상, 구

22) 신영수·박수영·김광중, 『표시'와 '광고' 규제체계 재정립 등을 위한 제도개선 방안 연구』, 경북대학교 산학협력단, 2016, 119면.

23) Article 2 Definitions
(a) 'consumer' means any natural person who, in commercial practices covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession;
(b) 'trader' means any natural or legal person who, in commercial practices covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession and anyone acting in the name of or on behalf of a trader;

24) 고형석, "소비자의 개념에 관한 연구", 『법학논문집』 제40집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2016. 4, 115면.

25) 홍대식, "유럽연합(EU)의 「불공정한 상관행 지침」에 대한 고찰", 『서울대학교 경쟁법센터 연구총서』 제1권, 2010. 5, 5~6면.

체적으로 소비자에 대해서는 다소 상이한 모습을 보이고 있다.

미국은 연방거래위원회에서 불공정행위와 허위 광고를 함께 규율한다는 면에서는 우리나라와 유사하나 소비자 개념을 별도로 규정하고 있지 않다는 점에서 차이가 있다. 일본의 경우 경품표시법 이라는 별도의 규정에 의하여 규율한다는 점을 유사하나 공정위가 아닌 소비자청에서 집행하며, 미국과 마찬가지로 소비자에 대한 개념은 없다.

EU의 경우는 표시·광고규제를 별도의 규정에 근거하여 집행하여 왔으나 최근에는 부당한 상거래행위 규제에 통합할 것을 권고하고 있다. EU는 미국, 일본과 달리 소비자 개념을 정의하면서 사업 등 전문 직업 이외의 목적을 가지는 자연인으로 한정하고 있다. 이는 표시광고법이 아닌 공정위에서 집행하고 있는 나머지 소비자보호법의 소비자 개념과 유사한 것으로 보인다.

결론적으로 주요 선진국들의 표시·광고관련 규정을 살펴보면 별도로 소비자 개념을 두고 있지 않거나, 개념을 두는 경우에는 전문직업 등의 목적에 의하여 행동하는 경우는 소비자에서 제외하도록 정의하고 있음을 확인할 수 있다. 즉 소지자 개념을 명시하면서도 사업자 등과의 구별이 모호한 우리나라 표시광고법상의 소비자 개념과는 차이가 있는 것이다.

Ⅳ. 표시광고법의 성격에 비추어본 소비자 개념의 재정립 및 개선 방안

1. 표시광고법의 소비자 개념에 대한 논란의 원인

표시광고법에 규정된 소비자의 개념이 공정위가 집행하고 있는 소비자보호법들에 규정된 그것들과 상이한 것은 단순히 소비자의 범위에 대한 문제에 국한되는 것은 아니라고 생각된다. 위에서 언급하였듯이 용어의 정의에 따라 관련법의 적용을 받는 당사자의 권리와 의무에 미치는 영향이 크기 때문이다. 그러므로 소비자보호법들 간의 소비자 개념의 차이를 단순히 입법상 용어의 차이에 불과한 것으로 보아서는 아니 된다. 그렇다면 표시광고법과 다른 소비자보호법들간의 소비자 개념의 차이가 발생하는 이유가 무엇인지 규명하는 것이 중요한데 필자는 이것이 표시광고법의 성격에 대한 인식의 차이 즉 표시광고법을 경쟁법 혹은 공정거래법의 하나로 보느냐 아니면 소비자보호법의 하나로 보느냐에 따른 것에 기인한다고 생각한다. 만약 경쟁법 혹은 공정거래법의 하나로(혹은 특별법으로)

본다면 다른 소비자보호법의 소비자 개념과 달리하는 현행 규정에 대하여 어느 정도 논리적 정당성이 뒷받침 될 수 있다고 볼 수 있다. 다만 이 경우에도 많은 논리적 모순점이 있다. 또한 소비자보호법의 하나로 본다면 법 개정을 포함한 논리적 정합성 제고를 위한 개선책이 마련되어야 할 것이다. 이하에서는 표시광고법을 경쟁법(또는 공정거래법)으로 보는 경우와 소비자보호법으로 볼 경우 각각에 대하여 논거를 설시하고 이에 대한 분석을 통하여 보다 바람직한 발전방안을 제안하고자 한다.

2. 경쟁법(또는 공정거래법)의 하나로 볼 수 있는 논거 : 소비자 개념에 사업자도 포함

표시광고법은 경쟁법(또는 공정거래법)의 성격을 가지고 있고, 따라서 경쟁법(또는 공정거래법)과 같이 시장에서의 공정한 거래질서를 보호하는 것이 중요한 목적의 하나가 될 수 있다. 따라서 부당한 표시·광고라는 불공정한 행위의 상대방이 누구인지는 중요한 것이 아니며, 그 행위가 시장에서 공정한 거래질서를 저해하는지 여부가 법 위반 여부를 판단하는데 중요한 고려 요소가 되어야 할 것이다. 즉, 부당한 표시·광고가 누구를 상대로 행하여졌는지 보다는 표시·광고로 인하여 관련되는 시장에서의 공정한 거래질서가 어느 정도 저해되는지를 파악하는 것이 보다 중요하므로 부당한 표시·광고로 오인된 상대방이 반드시 상식적인 소비자에 국한될 필요는 없으므로 소비자에 사업자가 포함될 수 있다고 보아야 한다. 표시광고법이 경쟁법(또는 공정거래법)의 성격을 가진 이유는 다음과 같다.

첫째, 표시광고법은 그 연원이 공정거래법 제23조 제1항 제6호와 동법 시행령 제36조에 있었으며, 당시 공정거래법 시행령에 규정된 부당한 표시·광고의 네 가지 유형이 오늘날 표시광고법에 그대로 이어지고 있다. 그러므로 오늘날 표시광고법이 과거 공정거래법의 맥락을 이어왔고 공정거래법의 특별법적 성격을 가진 것으로 볼 수 있다.

오늘날 우리나라에서 표시·광고에 대한 일반적인 규제는 표시광고법에 근거하여 집행되고 있다. 이전에는 공정거래법에서 부당광고를 제재하고 있었는데 부당광고에 대한 포괄적 규제를 위하여 1999년에 표시광고법이 제정되었다.[26] 표시광고법이 제정되기 전, 허

26) 종래 공정거래법에 의한 부당표시광고의 규제는 불공정거래행위에 한 제재로서 이루어져 당해 불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 정정광고, 법위반사실의 공표, 과징금의 부과 등이 이루어졌다. 기본적으로 종래 공정거래법상의 부당한 광고표시규제는 사후적으로 이루어졌다고 할 수 있다(박수영, 『표시고법: 表示廣告의 公正化에 한 法律』, 학우, 2004, 10면; 김상중, "부당 표시·광고에 관한 민사법적 규율-표시광고법에 따른 규제와의 관계에서 그 내용과 한계-", 『표시·광고 공정화 법제 현황 검토』, 한국법제연구원 위

위·과장광고 등의 부당광고는 많은 법률에 의하여 규제되고 있었다. 공정거래법, 소비자보호법, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(부정경쟁방지법), 방송법 등의 일반규제법과 식품위생법, 약사법, 공중위생법, 의료법, 방문판매 등에 관한 법률 등의 개별규제법들이 그것이다. 이러한 많은 법률들 가운데 부당광고의 규제에 있어서 가장 중요한 역할을 한 것은 바로 공정거래법이었다. 개별규제법은 특정 사업자, 물품, 용역, 업종 또는 거래행태에만 적용되고, 모든 사업자, 물품, 용역에 적용되는 일반규제법으로서 소비자보호법, 부정경쟁방지법, 방송법 등은 부당광고를 규제함에 미흡하거나 일정한 한계를 지니고 있기 때문이다.[27]

참고로 당시 표시광고에 대한 공정거래법상의 규제 내용은 제23조 제1항 제6호[28]와 동법 시행령 제36조[29]에 나타나 있었으며, 공정거래법 제23조 제1항에서 알 수 있었듯이 사업자의 불공정거래행위를 제재하는 것이 주된 목적이라고 볼 수 있었다.

당시 공정거래법 시행령에는 부당한 표시·광고의 유형을 네 가지로 분류하고 있었는데

크숍 자료집, 2011. 4. 15, 50면. 손영화, 앞의 논문, 382면. 재인용

27) 손수진, "표시·광고의 공정화에 관한 법률상의 광고실증제에 관한 연구", 『한양법학』 제10집, 한양법학회, 1999. 12, 287면.

28) 법 제23조 (불공정거래행위의 금지) ①사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 "不公正去來行爲"라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.
6. 사업자, 상품 또는 용역에 관하여 허위 또는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 표시·광고(商號의 사용을 포함한다)를 하는 행위

29) 시행령 제36조 (불공정거래행위의 지정) ①법 제23조(불공정거래행위의 금지)제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표1과 같다.
9. 부당한 표시·광고
법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제6호에서 "사업자, 상품 또는 용역에 관하여 허위 또는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 표시·광고(상호의 사용을 포함한다)를 하는 행위"라 함은 사업자의 규모·연혁·생산시설 기타의 내용 또는 상품이나 용역의 가격·수량·재료·성분·품질·규격·함량·원산지·제조원·제조방법·효능 기타의 내용이나 거래조건에 관하여 다음 각목의 1에 해당하는 내용으로 표시·광고하여 소비자를 오인시킬 우려가 있는 행위를 말한다.
가. 허위 또는 과장의 표시·광고
자기의 것 또는 경쟁사업자의 것에 관하여 허위의 내용을 표시·광고하거나 사실을 과장하여 표시·광고하는 행위
나. 기만적인 표시·광고
사실을 은폐하거나 기만적인 방법으로 소비자를 속이거나 속일 우려가 있는 표시·광고행위
다. 부당하게 비교하는 표시·광고
객관적으로 인정된 근거없이 자기의 것이 경쟁사업자의 것에 비하여 우량 또는 유리하다고 하거나 자기의 것을 경쟁사업자의 것과 비교함에 있어서 자기의 것의 유리한 부분만을 비교하여 표시·광고하는 행위
라. 비방적인 표시·광고
경쟁사업자의 것에 관하여 객관적으로 인정된 근거없는 내용으로 표시·광고하여 비방하거나 경쟁사업자의 것에 관하여 불리한 사실만을 표시·광고하여 비방하는 행위법률 제5813호 1999. 2. 5. 일부개정

이는 오늘날 표시광고법에도 그대로 이어지고 있다. 이를 살펴볼 때, 오늘날 표시광고법이 과거 공정거래법의 맥락을 이어왔다는 점은 분명한 것으로 보인다.

둘째, 표시광고법의 목적을 살펴보면 제1조에 공정한 거래질서 확립이 포함되어 있다. 이는 다른 소비자보호법들에는 나타나지 않으며, 오히려 공정거래법의 불공정거래행위에 대한 규제의 목적과 유사하다고 볼 수 있다.

법률	목적 규정
표시광고법	제1조(목적) 이 법은 상품 또는 용역에 관한 표시·광고를 할 때 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 한다.
공정거래법	제1조(목적) 이 법은 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 한다.
소비자기본법	제1조(목적) 이 법은 소비자의 권익을 증진하기 위하여 소비자의 권리와 책무, 국가·지방자치단체 및 사업자의 책무, 소비자단체의 역할 및 자유시장경제에서 소비자와 사업자 사이의 관계를 규정함과 아울러 소비자정책의 종합적 추진을 위한 기본적인 사항을 규정함으로써 소비생활의 향상과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.
전자상거래법	제1조(목적) 이 법은 전자상거래 및 통신판매 등에 의한 재화 또는 용역의 공정한 거래에 관한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도를 높여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.
방문판매법	제1조(목적) 이 법은 방문판매, 전화권유판매, 다단계판매, 후원방문판매, 계속거래 및 사업권유거래 등에 의한 재화 또는 용역의 공정한 거래에 관한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도를 높여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.
할부거래법	제1조(목적) 이 법은 할부계약 및 선불식 할부계약에 의한 거래를 공정하게 함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도를 높여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

또한, 표시광고법은 법위반의 요건으로 공정거래저해성을 규정하고 있는데, 이는 다른 소비자보호법들과 중요한 차이점으로 볼 수 있다.[30] 즉 광고나 표시의 내용이 문제가 있

30) 법 제3조(부당한 표시·광고 행위의 금지) ① 사업자등은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고 행위로서 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 다음 각 호의 행위를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 하게 하여서는 아니 된다.

다고 하더라도 바로 법위반이 되는 것이 아니라 소비자가 오인하고 그로 인하여 해당 재화등의 관련시장에서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있어야만 비로소 법위반이 될 수 있다는 것이다. 이러한 공정거래저해성 요건은 표시광고법이 순수한 소비자보호법과 달리 공정거래법적 요소를 지니고 있음을 보여주는 것으로 볼 수 있다. 참고로 전자상거래법과 방문판매법에 의한 소비자유인 등의 행위의 경우는 공정거래저해성을 요건으로 하지 아니한다.

판례와 심결례도 일관되게 표시광고법 위반의 요건으로 공정거래저해성을 요구하고 있다.

> 표시광고법 제3조 제1항 제1호, 제2호, 시행령 제3조 제1항, 제2항에 의하면, 기만적인 광고는 사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법으로, 거짓·과장의 광고는 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 광고를 말한다. 한편 일반 소비자는 광고에서 직접적으로 표현된 문장, 단어, 디자인, 도안, 소리 또는 이들의 결합에 의하여 제시되는 표현뿐만 아니라 광고에서 간접적으로 암시하고 있는 사항, 관례적이고 통상적인 상황 등도 종합하여 전체적·궁극적 인상을 형성한다. 따라서 광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 그 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2011두82 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두26708 판결 등)
>
> 법 제3조 제1항 제2호의 규정에 의한 기만적 표시·광고는 소비자의 구매선택에 중요한 영향을 미칠 수 있는 사실이나 내용을 은폐·누락하거나 축소함으로써 소비자를 오인하게 하고 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 표시·광고를 말한다. 따라서 기만적인 표시·광고행위가 성립하기 위해서는 표시·광고내용의 기만성, 소비자 오인성 및 공정거래저해성이 인정되어야 한다. … 공정거래저해성 여부는 광고가 소비자의 합리적 구매 결정을 방해함으로써 관련시장에서의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는지 여부를 기준으로 판단한다.[31] [공정거래위원회 의결 제2019-253호. 2019. 10. 14. 등]

참고로 공정거래법상의 공정거래 저해성*에 대하여 판례와 공정위 심결례에서는 동법상의 공정거래 저해성이 불공정성을 포함하는 개념으로 경쟁수단 또는 거래내용이 정당하지 않으면 불공정한 행위로서 공정거래 저해성이 있다 할 것이고, 공정거래 저해의 정도는 실제로 공정한 경쟁을 저해한 사실이 있어야 할 필요는 없고 그 우려가 있는 것만으로 충분하며, 그 우려의 정도는 추상적인 가능성만으로 충분하고 구체적인 위험성을 필요로 하지 않는다고 보고 있다. 이는 공정거래 저해성에 대한 입증 정도가 표시광고법의 그것**과 유

31) 서울고등법원 2012. 10. 25. 선고 2012누3875 판결, 서울고등법원 2012. 10. 25. 선고 2012누14066 판결 등 참조.

사하다고 볼 수 있다.

> * 가격과 품질을 중심으로 한 공정한 거래질서를 침해할 우려가 있다고 인정되어야 하지만, 당해 행위에 의하여 구입, 판매와 같은 거래가 반드시 현실적으로 이루어져야 하거나 혹은 공정한 거래질서에 대한 침해의 우려가 구체적일 것까지 요구되는 것은 아니다.(출처 : 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결)
> ** 기만적인 광고로 소비자오인성과 공정거래저해성이 있을 우려가 있다고 인정되면 족하다고 할 것이고 반드시 소비자가 오인하거나 공정한 거래질서를 해치는 결과가 실제로 발생하였음을 피고가 입증할 것을 요한다고 볼 수 없다. 또한 위 규정(표시광고법 제3조 제1항)은 광고를 접한 모든 소비자가 예외 없이 실제로 오인을 하여 공정한 거래질서를 요구하는 것도 아니다. [홈플러스 판결. 서울고등법원 2016. 10. 19. 2015누45177 판결(대법원 확정)]

셋째, 소비자 정의를 살펴보면 다른 소비자보호법들과는 달리 재화등을 최종적으로 사용한다는 조건이 명시되어 있지 아니하다. 즉 동법의 소비자는 '상품등을 사용하거나 이용하는 자'에 해당하면 족하고, 최종적으로 사용할 필요는 없다고 해석될 수 있다. 법제처의 해석도 이와 같다. 따라서 표시광고법을 순수한 소비자보호법으로 보기는 어렵다.

> … 법령에서 사용하고 있는 용어와 관련하여 법령 자체에서 그 의미를 규정하고 있다면 그 의미에 따라 해석해야 하는바, 표시광고법 제2조 제5호에서는 "소비자"를 "상품등을 사용하거나 이용하는 자"로 정의하여 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제1호에서는 상품 또는 용역을 "상품등"으로 약칭하여 규정하고 있을 뿐 달리 재화 등을 자본재로 사용하는 자를 같은 법의 적용 대상인 소비자의 범위에서 제외하는 명시적인 규정을 두고 있지 않습니다. ….따라서 사업자등(각주: 사업자 또는 사업자단체를 말함(표시광고법 제2조 제1호 참조).)이 생산하거나 제공하는 "상품등"을 사용하거나 이용하는 자는 그 이용 방식이나 이용 목적에 관계없이 표시광고법의 적용대상인 "소비자"에 해당한다고 보아야 하므로 기업도시개발사업의 시행자로부터 산업용지를 분양받아 해당 용지에 공장을 건설하는 수분양자도 표시광고법 제2조 제5호의 소비자에 포함됩니다. [「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제2조 제5호에 따른 소비자의 범위(「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제2조 제5호 관련) 19-0132, 2019. 6. 5. 법제처] [32]

넷째, 실제로 사업자를 대상으로 한 광고에 대해서도 표시광고법이 적용되고 있다. 예로서, 학원 가맹점사업자 모집을 위한 학원가맹점모집광고 관련 사건에서 대법원은 '어느 광고가 특정 소비자를 대상으로 하는 경우에는 그 오인성 여부는 보통의 주의력을 가진 특

32) https://www.moleg.go.kr/lawinfo/nwLwAnInfo.mo?mid=a10106020000&cs_seq=416970&currentPage=1&keyField=1&keyWord=광고&sort=date

정 소비자가 그 광고를 받아들이는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 하는 것이므로, 학원 가맹점사업자의 모집을 목적으로 한 학원가맹점모집광고의 오인성 여부는 보통의 주의력을 가진 학원 가맹희망자들을 기준으로 오인성을 판단하여야 한다.'라고 하였다.[33] 이 경우 소비자는 학원 가맹희망자들로서 최종적으로 재화등을 소비하는 소비자이기 보다는 사업을 준비하는 사실상의 사업자에 가까운 존재로 볼 수 있는데 대법원은 '특정 소비자'라는 개념을 도입하여 이들을 소비자 개념에 포섭하였다. 참고로 본 사건에서 원심[34]은 이 사건 학원가맹점모집광고가 학원 가맹희망자 등 수요자들을 오인시킬 우려가 있다고 단정하기는 어렵다고 판단하였으나, 대법원은 오인성이 있다고 하면서 원심을 파기환송하였다.

물론 대부분의 표시광고 사건에서 공정위와 법원의 소비자 여부에 대한 다툼은 매우 적은 편이다. 법 위반 여부에 대한 판단은 거짓·과장성(기만성 등), 소비자 오인성 및 공정거래저해성을 중심으로 다루어지고 있으나, 특히 첫 번째 요건인 거짓·과장성(기만성 등) 여부에 대한 판단에 우선 순위를 두고 있는 것처럼 보인다. 아마도 이는 대부분의 사건에서 광고의 대상 및 피해자가 일반적인 소비자이기 때문이므로 소비자 여부에 대한 판단을 요하는 경우가 거의 없기 때문인 것으로 생각되며, 실제 사례에서도 사실상 사업자가 피해를 입은 경우에도 별도의 검토 없이 소비자성을 인정한 후 위법성을 살펴보고 있다.

다섯째, 권리구제의 범위가 확대될 수 있다. 소비자의 범위를 확대하여 사업자도 포섭하게 되면 부당한 광고·표시로부터 피해를 입은 피해자의 범위가 확대되므로 권리구제의 범위가 넓어질 수 있다. 법제처도 동일한 입장이다.

> … 표시광고법은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호하는 것을 목적(제1조)으로 하는바, 산업용지를 분양받아 해당 용지에 공장을 건설하는 수분양자도 부당한 표시·광고로부터의 보호 필요성이 있다는 점도 이 사안을 해석할 때 고려해야 합니다. [「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제2조 제5호에 따른 소비자의 범위(「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제2조 제5호 관련) 19-0132, 2019. 6. 5. 법제처]

33) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002두806 판결.
34) 서울고등법원 2001. 11. 29. 선고 2000누6369 판결.

3. 소비자보호법으로 볼 수 있는 논거 : 소비자를 최종적 소비 주체로 한정

표시광고법을 소비자보호법의 하나로 보아 동법에서의 소비자는 다른 소비자보호법들의 그것과 유사하게 최종적인 소비 주체로 한정하거나 적어도 원재료(중간재를 포함한다), 자본재 또는 이에 준하는 용도로 생산활동에 사용하는 자는 제외하는 것으로 정의하는 것이 타당하며 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 소비자에 사업자가 포함될 수 있다면 표시광고법상 소비자와 대비되는 개념인 사업자[35]와의 혼동이 발생할 수 있다. 동법상 "소비자"란 사업자등이 생산하거나 제공하는 상품등을 사용하거나 이용하는 자로 보고 있는데, 사업자도 소비자 개념에 포함될 수 있다면 굳이 사업자를 생산 또는 제공의 주체로 정의할 필요가 없다. 즉, 사업자는 단순히 일방 당사자 또는 생산자 등으로 정의하고, 소비자는 사용자 등으로 정의하는 것이 보다 타당할 것이다. 적절한 정의에 대하여 논란이 있다면 소비자 개념은 별도로 정의하지 않는 것도 대안이 될 수 있다. 실제로 공정거래법에서 정의 조항인 제2조를 보면 사업자에 대한 정의는 있으나 소비자에 대해서는 별도로 정의하고 있지 아니하다.

둘째, 표시광고법의 집행 체계를 살펴보면 표시광고법이 소비자보호법적 성격을 지닌 것으로 볼 수 있다. 앞에서 언급하였듯이 표시광고법은 공정위 소비자정책국을 중심으로 그 집행이 이루어지고 있다. 이는 그 성격에 관한 논란에도 불구하고 표시광고법이 현실적으로 소비자보호법의 테두리에 있다는 강력한 근거가 된다. 어떠한 법률의 성격에 대하여 다양한 견해가 있을 수는 있으나 가장 중요한 것은 해당 법률이 현실에서 집행되고 국민들에게 어떻게 영향을 미치는 것인지에 관한 것이라고 할 수 있다. 현실적으로 보더라도 표시광고법 위반 여부가 다투어지고 관련된 주요 사건들의 대부분은 재화등을 최종적으로 소비하는 자를 대상으로 하는 표시 또는 광고에 대한 것들이다.

과거 산업구조가 단순하였던 시기에는 소비자 개념에 대한 혼란은 거의 없었다. 그러나, 산업구조가 변하고, 거래형태가 다양화되면서 소비자법의 보호범위가 불분명하게 되었다. 다양한 형태의 소비자가 출현하고 생산자의 성격도 함께 가진 주체들도 소비자법의 적용범위에 포함되면서 소비자 개념과 사업자 개념의 구분이 모호하게 되는 문제가 발생하고 있다. 우리나라의 경우 소비자기본법, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률, 표시

35) 표시광고법 제2조 제3호에서 사업자란 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조 제1호에 따라 제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자로 정의 된다.

광고법 등 개별 소비자법에서 소비자 개념에 관한 규정이 있으나 소비자 개념 자체의 모호성, 개별 법률상의 소비자 범위 규정 불일치가 발생하고 있는데, 이는 바람직한 것으로 볼 수는 없다.

앞에서 언급하였듯이 법원도 법률에 규정된 용어에 혼란이 발생할 경우 명확한 규정이 없을 경우에는 다른 법률에 규정된 동일한 용어와 달리 보기는 어렵다고 보고 있으며, 표시광고법이 현실에서 소비자보호법의 영역에서 집행되고 있는 한 소비자보호법의 기본 법률인 소비자기본법의 개념 정의를 완전히 벗어날 수는 없을 것이다. 소비자기본법 역시 제3조에서 '소비자의 권익에 관하여 다른 법률에서 특별한 규정을 두고 있는 경우를 제외하고는 이 법을 적용한다.'라고 규정하여 기본법으로서의 기능을 분명히 하고 있다. 이런 점에서 표시광고법의 소비자 개념에 혼란이 있을 경우 소비자기본법의 취지에 따라 그 개념의 해석이 이루어져야 하는 것은 당연한 일이라 하겠다.

셋째, 공정거래 저해성 입증의 측면을 살펴볼 때 표시광고법의 공정거래법적 성격은 매우 낮다고 볼 수 있다. 공정거래법의 주목적은 자유로운 경쟁촉진이며 이를 통하여 부수적으로 창의적인 기업활동조장과 소비자보호라는 목적을 달성하는 데 있다. 따라서 원칙적으로 경쟁촉진을 위하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 제재하는 것이 중요하며 소비자 보호는 이에 수반되는 것으로 보아야 한다. 그렇다면 우선적으로 공정한 거래를 저해하는 즉 '공정거래저해성'이란 무엇인지 살펴볼 필요가 있다. 공정위의 「불공정거래행위 심사지침」 Ⅲ. 1. 가. (2)에서는 공정거래저해성이란 경쟁제한성과 불공정성을 포함하는 개념으로 보고 있다. 여기서 경쟁제한성이란 당해 행위로 인해 시장 경쟁의 정도 또는 경쟁사업자(잠재적 경쟁사업자 포함)의 수가 유의미한 수준으로 줄어들거나 줄어들 우려가 있음을 의미하고, 불공정성이란 경쟁수단 또는 거래내용이 정당하지 않음을 의미한다. 구체적으로 경쟁수단의 불공정성은 상품 또는 용역의 가격과 질 이외에 바람직하지 않은 경쟁수단을 사용함으로써 정당한 경쟁을 저해하거나 저해할 우려가 있음을 의미한다. 거래내용의 불공정성이라 함은 거래상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정거래의 기반이 침해되거나 침해될 우려가 있음을 의미한다.

공정거래법은 불공정거래행위의 위법성을 판단할 때 공정거래저해성을 매우 중요한 요소로 보고 있다. 예로서 불공정거래행위 유형의 하나인 '부당한 이익에 의한 고객유인' 행위를 살펴보면 이익을 제공하였다고 위법한 것이 아니라 ① 정상적인 거래관행, ② 경쟁사업자의 고객을 유인할 가능성을 고려하여 판단하는데 설령 불공정한 경쟁수단에 해당되어도 ① 이익제공으로 인한 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과가 공정거래저해 효과를

현저히 상회하는지, ② 합리적인 사유 여부 등을 함께 고려하여 법 위반 여부를 판단하게 된다. (「불공정거래행위 심사지침」 Ⅴ. 4. 가.)

이에 반해 표시광고법은 공정거래저해성을 위법성 성립 요건으로 하고 있음에도 불구하고 위법성 판단에 있어서는 사실상 그 존재 의의가 희박한 것이 현실이다.[36] 판례는 공정거래저해성이 있을 우려가 있다고 인정되면 족하고 결과가 실제로 발생하였음을 입증할 것을 요한다고 볼 수 없다고 하고 있는데 이는 입증책임의 완화로 볼 수도 있으나, 광고가 거짓 혹은 기만성이 입증되고 소비자오인성도 우려됨에도 불구하고 공정거래를 저해할 우려가 없다고 본 사례는 발견되지 않는다는 점에서 위법성 판단의 요소로서의 기능을 한다고 보기는 (적어도 현실에서는) 어렵다고 할 수 있다.

현실적으로 표시광고법에서 공정거래저해성 요건을 강화한다면 오히려 소비자 보호의 범위가 매우 줄어들 수도 있다. 실제 사건에서는 대부분 표시·광고들이 시장에 미치는 영향이 매우 미미한 경우가 많기 때문이다. 예로서 컴퓨터속기학원에서 "1개월 정도 학습하면 현재의 입력시간을 1/3로 단축할 수 있다"라고 광고한 행위의 경우 본 광고의 컴퓨터학원시장에서의 공정거래저해성 분석은 거의 무의미하다고 할 수 있으며 실제로 공정거래저해성에 대한 분석 없이 시정명령으로 종결되었다.[37]

넷째, 표시광고법을 별도로 제정한 취지를 살펴보더라도 소비자보호법으로 보는 것이 적합하다. 왜냐하면 표시광고법을 공정거래법 논리로 집행시 소비자 피해 구제가 어려울 수도 있기 때문이다. 공정거래법은 본래 공정한 경쟁을 확보하기 위하여 제정된 법으로서 그 성격이 경쟁을 촉진하기 위한 법이라고 할 수 있다. 따라서 제정 당시에는 사업자 간의 공정한 경쟁을 저해하는 광고만을 규제대상으로 하다가 점차 경쟁과 관계없이 소비자를 오인시키거나 기만하는 광고도 규제대상으로 삼게 되었으나, 공정거래법의 법적 성격으로 인하여 소비자보호에는 미흡하였다. 공정거래법의 입법목적이 경쟁촉진에 있었기 때문에 부당광고의 규제에 있어서도 소비자의 합리적 선택의 보장 측면보다 공정경쟁의 유지 및 경쟁사업자의 보호라는 측면이 강했기 때문이다.[38]

다섯째, 표시광고법이 대부분 일반적인 소비자를 대상으로 한 표시·광고에 적용되고 있는 현실에서 표시·광고의 대상이 자본재일 경우 이를 사용하는 사업자를 보호할 의미

36) 기만적인 광고로 소비자오인성과 공정거래저해성이 있을 우려가 있다고 인정되면 족하다고 할 것이고 반드시 소비자가 오인하거나 공정한 거래질서를 해치는 결과가 실제로 발생하였음을 피고가 입증할 것을 요한다고 볼 수 없다. [홈플러스 판결: 서울고등법원 2016. 10. 19. 선고, 2015누45177 판결]

37) (주)한국스테노의 부당한 표시광고행위에 대한 건, 공정위 의결 약식2006-222, 2006. 5. 22.

38) 손수진, 앞의 논문, 288면.

가 있는지 의문이 제기된다. 즉, 생산자가 생산 활동에 가장 중요한 요소 중 하나인 자본재를 구입하면서 일반 소비자의 주의력으로 구입한다고 보기는 어려울 것이다. 왜냐하면 자본재는 통상적으로 고가이며, 생산하는 상품에 가장 적합한 자본재인지 여부는 구입하는 사업자가 가장 잘 판단할 것이기 때문이다. 법원도 보호의 대상을 '보통의 주의력을 가진 일반 소비자'로 보면서 소비자가 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 판단하도록 하고 있다.[39]

또한 소비자에 사업자를 포함할 경우 오히려 포함된 사업자를 보호하지 못하는 결과를 유발할 수도 있다. 예로서 위법한 부당비교광고의 경우 부당하게 비교를 당한 사업자는 해당 재화등의 품질 등에 있어서 전문적인 지식을 보유하고 있으므로 당해 비교 광고가 잘못되었다는 것을 쉽게 알 수 있을 것이고 이 경우 오인성이 인정되기 힘들게 된다. 즉, 부당한 비교광고의 경우 1차적인 피해자는 경쟁사업자로 볼 수도 있는데 경쟁사업자를 소비자 개념에 포함시킬 경우 '소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려'가 있다고 보기가 어려울 수 있다. 하지만 당해 광고를 접한 보통의 주의력을 가진 일반적인 소비자는 광고를 보고 잘못된 의사결정 즉, 오인을 할 가능성이 매우 높아지게 될 것이다. 따라서 피해를 입은 사업자를 보호하기 위하여 무리하게 소비자 개념에 포섭시키는 것은 - 적어도 논리적으로 볼 때는- 반대의 결과를 초래할 수 있다.

법원도 자동차 엔진내부세척제로 생산 판매하는 "엔팍"을 타사가 생산 판매하는 "불스원샷"과 비교하면서 "엔팍"을 사용한 차량의 유해가스 배출량 감소비율이 2배 정도 커 "엔팍"의 품질과 성능이 더 우수하다는 취지로 광고한 경우, 차종이나 그 제작연도 등에 따라 유해가스 배출량이 달라질 수 있는 점 등에 비추어 보면 그 광고의 비교기준이 적정하고 합리적으로 설정된 것으로 보기 어려우므로 '부당하게 비교하는 광고'에 해당한다고 보면서 동 광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있다고 판단하였다.[40] 이를 해석해보면 "불스원샷"을 판매하는 사업자는 동 광고가 잘못되었다는 것을 쉽게 인식할 수 있으므로 속거나 잘못 알 우려는 거의 없었을 것으로 볼 수 있다. 따라서 본 판결에서 언급된 소비자는 사업자가 아닌 일반적인 소비자로 봄이 타당하다.

여섯째, 대중소기업간 하도급 거래, 기업의 규모 등에 따른 시장에서의 영향력 등과 관련된 기업간 거래에서 발생할 수 있는 분쟁에서 표시광고법의 적용가능성에 대한 문제가 발생할 수 있다. 오늘날 많은 사업자들은 다른 사업자들로부터 부품 등을 납품받아 완제

39) 대법원 2013. 6. 14. 선고 2011두82 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두26708 판결 등
40) 대법원 2003. 2. 26. 선고 2002다67062 판결, 서울고등법원 2002. 10. 23. 선고 2002나30376 판결.

품을 생산하고 있는데, 부품 등을 공급하는 사업자는 중소기업인 경우가 많으며, 완제품 생산 기업은 대기업인 경우가 많다. 만약 부품 공급업자가 제품등에 표시한 내용에 문제가 발생하는 경우에 대기업이 협력업체에 대하여 표시광고법 위반에 대한 제재 및 손해배상을 요구할 수 있는지에 대한 의문을 제기할 수도 있다. 물론 현실에서의 발생 가능성은 매우 희박하겠지만 사업자를 표시광고법의 소비자 개념에 포섭하고, 위법한 행위를 한 사업자의 요건을 따지지 않는다면 이론적으로 불가능하지는 않다. 참고로 시장지배적 지위남용의 경우 법 위반 사업자는 시장지배력을 가져야 하며, 불공정거래행위의 경우에도 원칙적으로 안전지대[41] 범위를 상회하여야 한다. 심지어 거래상지위남용행위의 경우 또한 거래상지위를 가져야 제재 대상이 될 수 있으며, 이를 충족하지 못할 경우에는 행위의 위법성 여부에 대한 검토가 무의미하게 된다. 하지만 표시광고법에서는 단지 표시나 광고를 행하는 사업자라면 -거래상 열위에 있는 사업자라 하더라도- 누구나 제재의 대상에 포함될 수 있다.

마지막으로 침익적 행정에 있어서 제재대상 기업에 불리하게 법률 용어를 확장하여 해석하는 것은 매우 신중하게 접근하여야 한다. 일반적으로 소비자에 사업자가 포함되어 있다고는 생각하기 어려운데도 불구하고 최종적인 소비라는 문구가 없다는 이유로 소비자에 사업자를 포함시켜 제재를 가하는 것은 확대해석으로 볼 우려가 있다. 표시광고법은 공표명령, 과징금 등 행정적 제재와 함께 징역 등 형사처벌도 병과될 수 있는데 소비자라는 의미를 확대함으로써 제재와 처벌의 범위를 넓히는 것은 제재를 받는 사업자의 입장에서는 매우 불리하게 되며, 죄형법정주의를 위배할 가능성도 있다. 참고로 미국 연방거래위원회법 제15조에서는 '약품의 광고가 의료계 종사자에게만 유포되고, 중요한 사실에 대한 거짓 표시를 포함하지 아니하였고, 그 약품의 각 성분을 진실로 정량적으로 나타내는 방식을 공개하여 포함하였다면 그 광고는 허위로 간주되지 아니한다.'[42]라고 하면서 전문성을 가진 주체에 한정된 광고에 대해서는 위법성을 소극적으로 판단하고 있다. 국내에서도 소비자의 정의를 "사업목적 이외의 목적으로 행위하는 자연인"과 같이 자연인에 한정되도록 재정

41) 사업자의 규모나 시장점유율 등이 미미할 경우 시장 경쟁에 미치는 영향이 적을 것으로 간주하여 공정위가 원칙적으로 심사절차를 개시하지 않는 제도를 말하며, 구체적으로 불공정거래행위 혐의사실을 실행한 사업자의 시장점유율이 10% 미만인 경우. 다만 시장점유율 산정이 사실상 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 당해 업체의 연간매출액이 20억원 미만인 경우로 규정되어 있다. (불공정거래행위 심사지침 Ⅲ. 2.)

42) No advertisement of a drug shall be deemed to be false if it is disseminated only to members of the medical profession, contains no false representation of a material fact, and includes, or is accompanied in each instance by truthful disclosure of, the formula showing quantitatively each ingredient of such drug.

립하고, 필요하다면 개별법에서 정책적으로 개인사업자(소상공인)나 비영리법인 등으로 그 범주를 확장할 수 있음을 인정하는 방향으로 개선해야 한다는 견해[43]가 있다.

4. 각 논거에 대한 비판적 고찰

(1) 표시광고법을 공정거래법의 하나로 본다면 다음과 같은 보완이 이루어질 필요가 있다.

첫째, 표시광고법에 규정된 사업자와 소비자 개념에 대한 재정의가 필요하다. 사업자도 포함될 수 있는 소비자 개념은 일반적인 인식과도 괴리될 뿐 아니라 공정위에서 함께 집행하고 있는 다른 법률에서 규정된 소비자 개념과의 혼동을 유발할 수 있다. 이는 법적용의 혼란을 야기하고 사업자의 법적 불확실성을 증대시키는 문제를 야기할 수 있다. 그러므로 사업자, 소비자 정의 조항을 함께 삭제하거나, 적어도 소비자 정의 조항을 삭제하는 것이 법집행의 혼선과 사업자의 불확실성을 줄일 수 있을 것으로 보인다. 참고로 미국 연방거래위원회법은 소비자 개념을 별도로 규정하고 있지 않다.

둘째, 공정거래법과의 논리적 일관성 유지를 위해서는 공정거래저해성 요건을 구체적으로 규정할 필요가 있다. 공정거래법은 단순히 행위 자체만으로 위법하다고 볼 수 없으며 대부분 공정거래저해성(경쟁제한성) 여부를 검토하여야 한다. 하지만 표시광고법은 공정거래저해성을 법위반 여부의 판단을 위한 요건으로 하면서도 실질적인 검토는 이루어지고 있지 않다. 하위 규정에서도 공정거래저해성에 대해서는 구체적인 판단기준 없이 '소비자의 합리적인 의사결정이 저해될 우려가 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단'이라고만 규정[44]하고 있는데 소비자의 합리적인 의사결정 저해만으로 곧바로 공정거래저해성이 충족된다고 보기에는 무리가 따른다. 이에 대하여 미국 연방거래위원회 역시 실질적 요소(material respect) 즉 소비자의 구매의사결정에 실질적으로 영향을 주는 경우에만 규제를 하고 있다. (법 제15조 (a)(2)항 참조)[45] 그러므로 제품에 관한 소비자의 선택이나 행동에

43) 서희석, 앞의 논문, 145~146면.

44) 기만적인 표시·광고 심사지침 Ⅳ.

45) §55. Additional definitions (a) False advertisemen (2)In the case of oleomargarine or margarine an advertisement shall be deemed misleading in a material respect if in such advertisement representations are made or suggested by statement, word, grade designation, design, device, symbol, sound, or any combination thereof ……Dee Pridgen, op. cit., p.10-3; Gary T. Ford & John E. Calfee, *"Recent Developments in FTC Policy on Deception"*, Journal of Marketing, Vol 50, July 1986, p89. 손수진, 앞의 논문, 295면. 재인용.

영향을 미칠 가능성이 없거나 소비자에게 중요하지 않은 정보가 허위인 광고는 규제하지 않고 있다.[46]

셋째, 공정거래저해성(경쟁제한성)과 관련하여 검토가 필요한 것으로 안전지대가 있다. 공정거래저해성은 특정 행위가 시장에 미치는 영향을 고려하여 법위반 여부와 제재 수준을 결정하는 중요한 요소로서 공정거래법의 중요한 특성이 된다. 표시광고법을 공정거래법의 일환으로 본다면 안전지대 개념을 표시광고법에도 도입하여야 하는 것이 타당하다. 비록 기만적인 요소와 오인성이 있다고 하더라도 시장에 거의 영향이 없는 표시나 광고에 대하여 제재를 하는 것은 실질적으로 의미도 없을 뿐만 아니라 행정력 낭비만 가져올 수 있기 때문이다. 가령 청약경쟁률이 수백대일에 달하고 분양권에 상당한 웃돈이 형성된 특정 지역의 아파트 광고에서 주출입구에 관한 사소한 허위 광고나 소규모 마을의 연매출액이 1억원 미만인 영세가게의 전단지에 기재된 허위 광고에 대하여 행정적 제재를 가해야 하는 것이 과연 사회적 자원 배분의 측면에서 바람직한 것인지 의심스럽다. 현재 표시광고법 위반행위 중 특정 소비계층을 대상으로 하는 표시·광고로서 불특정 다수에 대한 소비자 오인성 치유보다는 계약당사자에 대한 피해구제적 성격이 강하다고 인정되는 경우나 생활정보지, 전단지, 팸플릿 등을 통한 표시·광고로서 그 효과가 1개 시(광역시 이상 제외)나 군 또는 구 지역에만 한정된 경우에는 경고로 처리할 수 있는데[47] 이는 공정거래저해성의 부족으로 인하여 행정적 제재를 가할 필요성 또는 명분이 부족한 현실을 어정쩡하게 회피하면서 법규정에 의한 형식적 제재 의무와 타협한 것으로 보인다. 표시광고법을 공정거래법의 일환으로 보는 이상 차라리 안전지대 개념을 도입하여 제재 대상에서 제외하는 것이 논리적으로나 현실적으로 타당하다.

넷째, 표시광고법을 공정거래법의 영역으로 볼 경우 입증책임에 관하여 논리적 정합성이 떨어진다. 즉, 공정거래법은 사업자의 위법성에 대한 입증책임을 공정위가 부담하도록 하고 있으나, 표시광고법은 사업자가 부담하도록 하고 있다. 이는 부당한 표시·광고가 공정거래법에 규정되어 있었던 과거에도 문제점으로 지적되었다. 과거에는 지침으로 문제되는 표시 광고내용에 대한 사실 여부 또는 진위 여부에 관한 입증책임은 당해 사업자가 지도록 규정하고 있었다.[48] 그러나 이 규정이 공정거래법에서 정한 위임입법권의 한계를 일

46) Gary T. Ford & John E. Calfee, op. cit., p89; David A. Aaker & John G. Myers, Advertising Management, 2nd ed., Prentice Hall, 1982, p524. 손수진, 위의 논문, 295면. 재인용.

47) 공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙 [별표] 경고의 기준(제50조 제2항 관련) 4.

48) 표시광고법이 제정되기 전 부당광고는 공정거래법 제23조 제1항 제6호에 의하여 불공정거래행위의 일종으로 금지되고 있었으며, 공정거래위원회가 제정·고시한 표시·광고에 관한 공정거래지침 Ⅲ. 2. 나(공정거

탈한 규정으로서 법적인 효력에 의문이 가는 규정이었으며, 지침상의 규정이 있었다고 하더라도 여전히 부당광고에 대한 입증책임은 공정거래위원회에 있다고 보는 것이 타당하다는 견해도 있었다.[49] 또한 대법원도 당시 지침에 의한 입증책임규정은 법령의 위임 한계를 벗어난 규정이어서 법규적 효력이 없다고 하였다. 참고로 미국 연방거래위원회는 광고실증제의 시행 전까지 특정광고를 금지하기 위하여 당해 광고가 허위이거나 기만적이라는 것을 입증해야만 했다.[50]

> 구 독점규제및공정거래에관한법률(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것) 제23조 제3항은 "공정거래위원회가 불공정거래행위를 예방하기 위하여 필요한 경우 사업자가 준수하여야 할 지침을 제정·고시할 수 있다."고 규정하고 있으므로 위 위임규정에 근거하여 제정·고시된 표시·광고에관한공정거래지침의 여러 규정 중 불공정거래행위를 예방하기 위하여 사업자가 준수하여야 할 지침을 마련한 것으로 볼 수 있는 내용의 규정은 위 법의 위임범위 내에 있는 것으로서 위 법의 규정과 결합하여 법규적 효력을 가진다고 할 것이나, 위 지침 Ⅲ(규제대상 및 법 운용방침) 2(법운용방침) (나)호에서 정하고 있는 '문제되는 표시·광고내용에 대한 사실 여부 또는 진위 여부에 관한 입증책임은 당해 사업자가 진다'는 입증책임규정은 원래 공정거래위원회가 부담하고 있는 표시·광고 내용의 허위성 등에 관한 입증책임을 전환하여 사업자로 하여금 표시·광고 내용의 사실성 및 진실성에 관한 입증책임을 부담하게 하는 것으로서 사업자에게 중대한 불이익을 부과하는 규정이라 할 것이므로 이러한 사항을 지침으로 정하기 위하여는 법령상의 뚜렷한 위임근거가 있어야 할 것인데, 위 법규정은 공정거래위원회로 하여금 불공정거래행위를 예방하기 위하여 사업자가 준수하여야 할 사항을 정할 수 있도록 위임하였을 뿐 입증책임전환과 같은 위 법의 운용방침까지 정할 수 있도록 위임하였다고는 볼 수 없으므로 위 입증책임규정은 법령의 위임 한계를 벗어난 규정이어서 법규적 효력이 없다. (대법원 2000. 9. 29. 선고 98두12772 판결)

그 후 1999년 2월 5일 표시광고법 제정시 사업자에게 표시·광고에 대한 실증의무를 부과함으로써 사업자의 입증책임을 명시하였는데 이는 표시광고법이 공정거래법과는 상이한 체계를 가졌다는 점을 나타낸 것이라고 볼 수 있다. 또한 2005년 12월 29일 표시광고법 개정시 사업자가 실증자료를 제출하지 않을 경우에는 제출시까지 표시·광고행위의 중지를 명할 수 있도록 함으로써 미제출에 대한 제재를 강화하였다.[51]

래위원회 고시 제1998-9호)에서는 법운용방침으로서 "문제되는 표시·광고내용에 대한 사실여부 또는 진위여부에 관한 입증책임은 당해 사업자가 진다"고 규정

49) 한국개발연구원, 『표시·광고등의 공정화에 관한 법률 제정에 관한 연구』, 한국개발연구원, 1997, 290면 참조; 미국의 경우에도 판례는 "FTC가 법집행절차 또는 처벌절차에서, 피고(사업자등)에게 입증책임의 부담을 전가하는 명령을 발하는 것은 피해구제권한을 넘어서는 것"(Federated Nationwide Wholesalers Service v. F.T.C., 398 F. 2d 253, 260(2d Cir. 1968)이라고 판시함으로써 FTC에 대하여 입증책임을 부담시키고 있다. 손수진, 앞의 논문, 291면. 재인용

50) 손수진, 위의 논문, 291면.

다섯째, 일반법으로서의 표시광고법과 부당한 표시·광고에 대한 제재를 규정한 개별법들과의 관계 정립이 필요하다. 표시광고법은 표시광고에 관한 일반법이며, 여러 개별법들에 표시·광고 관련 조항들이 규정되어 해당 법률의 목적을 달성하기 위하여 집행되고 있다. 예를 들면, 식품 등의 표시·광고에 관한 법률 제8조, 약사법 제68조, 의료기기법 제24조, 축산물위생관리법 제32조 등 여러 개별법에서 부당한 표시·광고를 규제하고 있다. 하지만 식품 등의 표시·광고에 관한 법률만이 우선 적용을 명시[52]하고 있을 뿐 다른 법률들은 별도의 규정이 없다. 이로 인하여 개별법상의 표시·광고 규제와 일반법인 표시광고법 간에 우선 적용에 대한 혼선이 발생하고 있는데 현실에서는 개별법 소관 부처에서 관련 적용을 공정위로 떠넘기는 경향이 있다. 이로 인하여 의료, 약품, 주택 등 전문 분야에서의 표시·광고의 위법성 여부의 판단에 많은 시간이 소요되어 적시성 있는 소비자 피해 구제에 애로가 발생하고 있다. 더구나 표시광고법을 공정거래법의 일환으로 볼 경우 공정거래저해성을 법위반 여부의 요건을 두고 있지 않는 개별법들의 표시·광고 위법성 판단과의 혼란이 초래될 수 있다. 즉 개별법들은 표시·광고의 거짓·과장성이 입증되면 공정거래저해성에 대한 별도의 검토 없이 제재를 가할 수 있는데 이 경우 개별법상 위법한 경우에도 표시광고법상으로는 무혐의가 될 수도 있다. 반대로 공정거래저해성까지 인정된다면 동일한 행위에 대해서 개별법과 표시광고법 각각에 대하여 제재가 이루어지는 이중처벌이 이루어질 수도 있다.[53]

(2) 표시광고법을 소비자보호법의 하나로 본다면 다음과 같은 보완이 이루어질 필요가 있다.

첫째, 표시광고법에 규정된 소비자 개념에 대한 통일적 재정의가 필요하다. 표시광고법이

---

51) 제5조(표시·광고 내용의 실증 등) ① 사업자등은 자기가 한 표시·광고 중 사실과 관련한 사항에 대하여는 실증(實證)할 수 있어야 한다.
② 공정거래위원회는 사업자등이 제3조 제1항을 위반할 우려가 있어 제1항에 따른 실증이 필요하다고 인정하는 경우에는 그 내용을 구체적으로 밝혀 해당 사업자등에게 관련 자료를 제출하도록 요청할 수 있다.
…
⑤ 공정거래위원회는 사업자등이 제2항에 따라 실증자료의 제출을 요구받고도 제3항에 따른 제출기간 내에 이를 제출하지 아니한 채 계속하여 표시·광고를 하는 경우에는 실증자료를 제출할 때까지 그 표시·광고 행위의 중지를 명할 수 있다.

52) 식품 등의 표시·광고에 관한 법률 제3조(다른 법률과의 관계) 식품등의 표시 또는 광고에 관하여 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다.

53) 엘지전자(주)의 부당한 광고행위에 대한 건(공정위 의결 2019-128, 2019. 6. 17. 과징금 7천4백만원), 식품위생법상 부당한 표시·광고(식약처 고발, 벌금 3천만원 등)

소비자보호법의 하나로 체계화된다면 공정위에서 집행하고 있는 다른 소비자보호법들과의 통일성을 갖추는 것이 타당하며, 따라서 소비자 개념도 일치시키는 방향으로 개정이 이루어져야 할 것이다. 위에서 언급되었듯이 소비자기본법 등에서는 소비자의 개념에 ⅰ) 그 목적을 소비생활로 하거나, ⅱ) 재화등을 최종적으로 소비하거나, ⅲ) 원재료, 중간재, 자본재 등으로 사용하지 아니할 것을 포함하고 있다. 표시광고법도 이에 준하여 소비자 개념을 개정하되 영세 사업자 보호를 위하여 사업자라 하더라도 당해 재화등을 사실상 최종적인 소비활동에 사용을 하는 소비자에 준하는 경우에는 보호대상으로 하도록 배려할 필요는 있다.

참고로 사업자가 제공하는 물품이나 용역을 생산활동을 위하여 사용 또는 이용하는 자를 소비자의 범위에 포함시키는 것은 입법정책적으로 검토되어야 한다는 견해[54]가 있으며, 구체적으로 "이 법에서 소비자란 사업자가 제공하는 물품이나 용역을 자신의 영업 및 사무활동에 속하지 않은 목적으로 사용하거나 이용하는 자연인을 말한다."라고 소비자 개념을 재정의 할 것을 주장하는 견해도 있다.[55]

둘째, 소비자 오인성에 대한 구체적인 기준을 제시할 필요가 있다. 위에서 살펴보듯이 오인의 주체인 소비자에 대한 개념의 혼란은 오인의 기준을 명료하지 못하게 하고 있다. 위에서 제시된 바와 같이 심지어 법원은 학원가맹점모집광고에서 '특정 소비자'라는 개념을 도입하여 표시광고법을 적용하였다. 그러나 이는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 그 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2011두82 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두26708 판결 등) 라는 판례와 혼선이 초래될 수 있다. 일반적인 소비자와 특정 소비자가 상호 모순되지 않도록 오인성의 기준을 정립하거나 절차를 마련할 필요가 있다.

셋째, 공정거래저해성에 대한 논의가 필요하다. 표시광고법이 위법성 충족의 요건으로 하고 있는 공정거래저해성은 그 입증 요건이 매우 완화되어 사실상 의미가 없다고 볼 수도 있다. 실무적으로 유명무실한데다 소비자 보호가 주된 기능이라면 차라리 공정거래저해성 요건을 삭제하는 것도 검토할 만하다.

넷째, 시정권고, 사업자 자율준수 등 소비자 피해를 실질적으로 보상하거나 감소시킬 수 있는 제도의 활성화가 필요하다. 부당 광고로 인하여 피해를 입은 소비자에게 적절한 보상이 이루어질 경우에는 법적용을 면제하고, 위법성 논란이 있는 광고에 대하여 사업자들이 자율적으로 시정하도록 하는 것이 실질적이면서 신속한 소비자피해 구제에 도움이 될

54) 권오승, 『소비자보호법(제4판)』, 법문사, 2002, 5면.
55) 김성천, 앞의 논문, 18면.

것이다. 이는 다양하고 역동적인 표시·광고의 영역에 대한 사법적 잣대를 적용하는 것을 축소함으로써 보다 창의적이고 미래지향적인 광고가 제작되는 긍정적인 효과를 가져다 줄 수 있다. 참고로 최근 공정위는 인터넷강의 사업자들이 자율적으로 부당한 광고를 방지하는 것을 내용으로 하는 '인강 업체 부당 광고 방지를 위한 자율준수 협약'을 체결하도록 지원하였다.[56] 다수의 소비자에 대하여 상당한 손해를 야기하고 시장에서의 공정한 경쟁을 저해할 우려가 큰 광고를 중심으로 엄격한 사법적 심사와 징벌을 부가함으로써 시장에 경고를 주고 사업자가 광고를 제작할 때 소비자를 중심으로 표현을 하도록 유도하는 것이 행정자원의 효율적 활용 측면에서 바람직할 것이다.

마지막으로 특정 소비계층을 대상으로 하는 표시·광고로서 불특정 다수에 대한 소비자 오인성 치유보다는 계약당사자에 대한 피해구제적 성격이 강하다고 인정되는 경우나 생활정보지, 전단지, 팸플릿 등을 통한 표시·광고로서 그 효과가 1개 시(광역시 이상 제외)나 군 또는 구 지역에만 한정된 경우에는 관할 지방자치단체에서 시정권고토록 하는 것이 합리적으로 판단된다. 이는 지역에 국한된 문제는 가급적 관할 지방자치단체에서 해결한다는 지방자치제의 취지와 공정위의 한정된 자원의 효율적 사용이라는 현실을 함께 고려한 것이다.

Ⅴ. 결론

이상에서 표시광고법의 소비자 개념으로부터 표시광고법의 성격에 대한 검토를 해보았다. 서론에서 언급하였듯이 동법에서 언급된 소비자개념은 단순히 용어의 차이가 아닌 법의 적용 범위를 결정하고 법의 성격을 나타내는 중요한 부분이 될 수 있다. 오늘날 우리나라에서의 표시광고법은 당연히 소비자보호법의 하나로 인식될 수 있는 체계로 나타나 있음을 부인하기는 어렵다. 하지만 다른 소비자보호법들과의 차이 -소비자개념의 상이성- 으로 인하여 표시광고법의 성격이 일반적인 소비자보호법과는 상이할 수 있다는 점을 살펴보았다. 이러한 차이점은 단순히 법의 성격이라는 문제를 넘어서 현실에서 법집행의 범위와 연결될 수 있는데 이는 법의 적용을 받는 사업자의 입장에서는 결코 단순한 문제로 볼 수는 없을 것이다. 이러한 미묘한 개념적 차이로 인하여 법의 논리적 일관성이 떨어지고 현실에서 소비자개념에 대한 새로운 해석을 통하여 법을 적용하는 것이 그다지 바람직한 모습은 아닐 것이다. 법의 논리적 일관성을 확보하여 법집행의 예측가능성을 제고하는 것

56) "인강업체 부당광고 방지 자율협약 체결", 『공정위 보도자료』 (2019. 11. 28.)

이 필요하며 현실적으로도 공정위가 다수의 소비자들에게 영향을 미치는 중요한 사안에 집중할 수 있도록 하여야 할 것이다.

미국 연방거래위원회법, 일본의 경품표시법처럼 소비자개념을 별도로 규정하지 아니함으로써 법집행 대상에 제한을 두지 않거나 EU의 불공정거래관행지침과 같이 소비자의 개념을 순수하게 소비를 목적으로 하는 자연인으로 한정하는 것도 고려할 만할 것이다. 다만 미국과 일본의 체계를 따를 경우에는 공정거래저해성에 대한 실질적 검토가 이루어져야 할 것이며, 표시광고법이 소비자보호법의 범주를 벗어나 공정거래법의 집행체계로 편입되는 상황도 발생할 수 있다. 개인적으로는 표시광고법을 소비자보호법의 범주에 두면서 다른 소비자보호법의 소비자개념과 일치시키는 입법적 보완이 타당하다고 생각한다. 왜냐하면 표시광고법의 취지가 사업자와 소비자의 정보비대칭성을 감소시켜 시장에서의 공정한 거래를 촉진하고 상대적으로 정보가 취약한 소비자를 보호하는 두 가지 목적이 있는데 후자가 중점적으로 고려되어야 하기 때문이다. 전자가 주 목적이라면 기존 공정거래법에 규정된 관련 조항을 이용하여 법을 집행하면 충분하였음에도 불구하고 별도로 표시광고법을 제정한 것은 후자의 필요성이 더욱 중요하기 때문이며 이는 미국, 일본이 광고규제에 대한 별도의 법이나 규정을 제정한 것도 동일한 이유에서이다. 다만 재화 등을 최종적으로 소비하는 자에 대해서만 보호할 경우 소상공인 등 사회적 약자에 대한 보호가 소홀해질 수 있는데 이는 사업자라 하더라도 사실상 소비자에 준하는 정보획득 능력만을 가질 경우에는 표시광고법의 보호를 받을 수 있도록 보완하는 방안을 마련하여 해결하는 것이 타당할 것이다.

결론적으로 표시광고법상의 소비자개념을 다른 소비자보호법들과 일치시켜 재화 등을 소비생활을 위하여 최종적으로 사용하는 자로 한정하고 원재료(중간재를 포함), 자본재 또는 이에 준하는 용도로 생산활동에 사용하는 자는 제외하는 것으로 개정하여야 할 것이다. 또한 소비자오인성의 판단 기준을 명확히 하여 이를 충족하지 못하는 광고 등은 법적용에서 과감히 제외하여야 할 것이다. 실제로 신고로 접수되는 광고들의 상당수가 허위 또는 과장 광고로 보이므로 제재를 요구하는 경우에 해당되고 있다. 이는 오히려 소비자오인성이 매우 낮으므로 당해 광고로 인하여 소비자가 잘못된 선택을 할 가능성이 매우 낮다는 것을 의미하고 따라서 표시광고법에 의하여 제재를 할 필요성이 없다는 것을 반증하는 것으로 볼 수 있다. 이를 통하여 표시광고법이 정보비대칭 문제에서 상대적 약자인 소비자를 보호하면서도 재화 등의 거래에서 발생하는 왜곡을 최소화하여 시장에서 공정한 거래가 이루어질 수 있도록 하여야 할 것이다.

▶ 논문투고일 : 2020. 11. 13, 논문심사일 : 2020. 12. 11, 게재확정일 : 2020. 12. 11.

▌참고문헌

1. 단행본

권오승, 『소비자보호법(제4판)』, 법문사, 2020.

2. 논문

서희석, “소비자 개념의 재정립”, 『소비자법연구』 제3권 제2호, 소비자법학회, 2017. 9.

신영수, “소비자기본법상 소비자 개념 - 회고와 평가, 그리고 대안에 관하여 -” 『소비자문제연구』 제48권 제2호, 한국소비자원, 2017. 8.

김성천, “소비자법상 소비자개념에 관한 연구”, 『경제법연구』 제4권 제1호, 한국경제법학회, 2005. 6.

손영화, “일본에서의 표시광고에 관한 규제 - 독점금지법 및 경품표시법을 중심으로”, 『기업법연구』 제25권 제2호, 한국기업법학회, 2011. 6.

손수진, “표시·광고의 공정화에 관한 법률상의 광고실증제에 관한 연구”, 『한양법학』 제10집, 한양법학회, 1999. 12.

홍대식, “유럽연합(EU)의 「불공정한 상관행지침」에 대한 고찰”, 『서울대학교 경쟁법센터 연구총서』 제1권, 2010. 5.

고형석, “소비자의 개념에 관한 연구”, 『법학논문집』 제40집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2016. 4.

3. 기타

박성용, 『표시·광고규제 합리화 방안 연구』, 한국소비자원, 2007.

신영수·박수영·김광중, 『‘표시’와 ‘광고’ 규제체계 재정립 등을 위한 제도개선 방안 연구』, 경북대학교 산학협력단, 2016.

“인강업체 부당광고 방지 자율협약 체결”, 『공정위 보도자료』 (2019. 11. 28.)

4. 정부자료

공정위 의결 약식2006-222, 2006. 5. 22.

공정위 의결 2019-128, 2019. 6. 17.

공정위 의결 2019-253, 2019. 10. 14.

서울고등법원 2001. 11. 29. 선고 2000누6369 판결.

서울고등법원 2016. 10. 19. 선고 2015누45177 판결.

서울고등법원 2002. 10. 23. 선고 2002나30376 판결.

대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결.
대법원 2008. 10. 23. 선고 2008두10621 판결.
대법원 2003. 4. 11. 선고 2002두806 판결.
대법원 2003. 2. 26. 선고 2002다67062 판결.
대법원 2000. 9. 29. 선고 98두12772 판결.
대법원 2013. 6. 14. 선고 2011두82 판결.

▌Abstract

The Characteristic of ACT ON FAIR LABELING AND ADVERTISING and Improvement of consumer concept as a protected object

Shim, Jae Sik*

In order to establish a perfectly competitive market, both the supplier and the consumer need complete information, but in reality, in most cases, information asymmetry occurs between the two, especially in the field of labeling and advertising performed by suppliers. Therefore, government intervention is necessary to compensate for this, and most developed countries do this through various institutional regulations on labeling and advertising of suppliers. Korea also enforces these regulations through the 「Act on Fair Labeling and Advertising」. According to Article 1 of the Act, the Act prevents unfair labeling and advertising that deceive consumers or mislead consumers. It stipulates that it aims to establish a fair trade order and protect consumers by promoting provision. The law aims to establish a fair trade order along with consumer protection, but the definition of who the consumer is a protected object is not clear. In this Act, consumers are defined as those who use or use products produced or provided by business operators, etc. This is different from the consumer concept of other consumer protection acts enforced by the Fair Trade Commission. The important factors in the difference are whether the goods are ultimately used, raw materials, capital goods, or whether they are used in production activities for similar purposes. These differences lead to different Act enforcement targets and controversy over the Characteristic of the 「Act on Fair Labeling and Advertising」. There is. Therefore, in this paper, we examine the concepts of consumers stipulated in various laws on consumer protection, and analyze how differences in consumer concepts affect the Characteristic

* Director of Korea Fair Trade Commission, Sogang University School of Law Ph.D. Program

of the law. Next, after discussing the possibility of confusion in legal use due to this, from a theoretical and practical point of view, we will also look at the regulations on labeling and advertising of major countries. Lastly, while focusing on establishing a consumer concept that fits the legal Characteristic of the Act, we would like to propose a desirable improvement plan in the direction of accommodating the realistic demands of protecting the economically underprivileged, such as general consumers or small business owners equivalent thereto.

• Key Words Act on Fair Labeling and Advertising, Consumer, Competition Limit Protected Object, Act Enforcement