

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2019두36001 시정명령등 처분 취소청구의 소
원고, 피상고인 겸 상고인

홈플러스 주식회사 외 1인

원고들 소송대리인 변호사 임시규 외 2인

피고, 상고인 겸 피상고인

공정거래위원회

소송대리인 법무법인 등정

담당변호사 김명철 외 2인

원 심 판 결 서울고등법원 2019. 2. 1. 선고 2016누82227 판결

판 결 선 고 2022. 4. 28.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 원고들의 상고로 인한 부분은 원고들이, 피고의 상고로 인한 부분은 피고가 각 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 원고들의 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 원고들의 상고이유에 관한 판단

원심은 판시와 같은 이유로 원고들이 한 이 사건 제1 광고 중 ②, ③, ④, ⑤, ⑥광고, 제2-1광고, 제3-1광고가 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」(이하 '표시광고법'이라 한다) 제3조 제1항 제1호에서 정한 '거짓·과장의 광고'에 해당한다고 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 광고의 거짓·과장성 및 소비자 오인성에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

2. 피고의 상고이유에 관한 판단

가. 이 사건 제1 광고 중 ①광고 부분

원심은 판시와 같은 이유로 원고들이 한 이 사건 제1 광고 중 ①광고가 표시광고법 제3조 제1항 제1호에서 정한 '거짓·과장의 광고'에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 광고의 거짓·과장성 및 소비자 오인성에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

나. 이 사건 제2-2, 3-2 광고 부분

1) 표시광고법은 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 보호하는 데 그 목적이 있다(제1조).

이에 따라 표시광고법 제3조 제1항 제1호, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률 시행

령」(이하 '표시광고법 시행령'이라 한다) 제3조 제1항은 '거짓·과장의 광고'를 부당한 표시·광고의 한 유형으로 규정하고 있는데, 여기서 '거짓·과장의 광고'란 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고한 것을 의미한다. 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 형성하게 된다. 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 2018. 7. 20. 선고 2017두59215 판결 등 참조).

2) 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가) 원고들은 2014. 10. 8.부터 2015. 3. 18.까지 전단을 통하여 아래 [표1] 기재 각 상품들에 대하여 '1+1 행사' 광고, 즉 1개 가격으로 2개를 구매할 수 있다는 내용의 이 사건 제2-2 광고를 하였다. 위 광고에 표시된 판매가격(이하 '광고상 1+1 판매가격'이라 한다), 위 광고 직전 1개당 실제 판매가격(이하 '광고 직전 판매가격'이라 한다), 위 광고 전 20일의 기간 동안 1개당 실제 판매가격 중 최저가격(이하 '광고 전 20일 동안 최저 판매가격'이라 한다)을 보면, 아래 [표1] 중 각 해당란 기재와 같다.

[표1]

순번	상 품	광고상 1+1 판매가격	광고 직전 판매가격	광고 전 20일 동안 최저 판매가격
1	아비노 스킨릴리프 모이스춰라이징 로션	19,000원	19,000원	10,450원
2	아비노 크림 모이스춰라이징 오일	19,000원	19,000원	9,500원

3	애경 2080 진지발리스 K/나인모션 칫솔 4입	9,900원	9,900원	4,450원
4	PB안주 8종	7,980원	7,980원	5,580원
5	해찬들 고기전용 쌈장 등	5,200원	5,200원	2,600원
6	헬로3겹 천연펄프 화장지	12,900원	12,900원	1,780원
7	LG생활건강 테크액체 용기 일반/드럼	16,500원	9,600원	9,600원
8	모나리자 벨라지오 미용티슈	6,980원	6,980원	1,600원
9	혼제오리 슬라이스	13,800원	14,800원	8,000원
10	크라운 딸기파이	2,880원	2,880원	1,440원
11	애경 케라시스 살롱 샴푸 외 3종	13,500원	13,500원	9,600원
12	CJ 햇반 발아현미밥/흑미밥	5,300원	5,300원	2,980원
13	대상 청정원 초고추장	6,000원	6,000원	4,200원
14	해표 압착 카놀라유	6,300원	6,300원	3,150원
15	샘표 백년동안 흑초 석류/블루베리	16,500원	16,500원	9,600원
16	CJ 제일제면소 소면/중면	3,200원	2,000원	2,000원

나) 원고들은 2014. 10. 16.부터 2015. 4. 15.까지 전단을 통하여 아래 [표2] 기재 각 상품들을 할인하여 판매한다는 내용의 이 사건 제3-2 광고를 하면서 그 판매가격을 종전거래가격과 비교하여 표시하였다. 위 광고에 표시된 종전거래가격(이하 '광고상 종전거래가격'이라 한다)은 광고 직전 판매가격과는 같으나, 광고 전 20일 동안 최저 판매가격보다는 높다. 보다 구체적으로 보면, 아래 [표2] 중 각 해당란 기재와 같다.

[표2]

순번	상 품	광고상 종전거래가격	광고 직전 판매가격	광고 전 20일 동안 최저 판매가격
1	해찬들 태양초 고추장	21,700원	21,700원	14,900원
2	개별스위치 멀티코드 3구	14,200원	14,200원	6,000원
3	마리끌레르 파빌론 차렵이불	89,900원	89,900원	71,900원
4	스위트 믹스넛	8,280원	8,280원	5,800원
5	옥시 파워크린 토탈케어 세탁세제 일반/드럼	19,800원	19,800원	16,400원

3) 원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 제2-2, 3-2 광고가 모두 표시광고법 제3조

제1항 제1호에서 정한 '거짓·과장의 광고'에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

가) '종전거래가격'의 의미에 관하여 별다른 설명이나 단서를 붙이지 않은 이 사건 제2-2, 3-2 광고에서의 '종전거래가격'은 특별한 사정이 없는 한 '광고 전 근접한 기간에 실제 판매한 가격'이라고 해석하여야 하고, 이 사건에서 종전거래가격은 '광고 직전 판매가격'이라고 보아야 한다.

나) 이 사건 제2-2 광고는 광고상 1+1 판매가격이 종전거래가격의 2배보다 낮으므로, 위 광고가 있기 전과 비교하여 일반 소비자들이 얻을 수 있는 경제적 이익이 없다고 볼 수 없어 '거짓·과장의 광고'라고 할 수 없다.

다) 이 사건 제3-2 광고는 광고상 종전거래가격이 실제 종전거래가격과 같으므로, 원고들이 이 부분에서 종전거래가격을 표시하여 광고한 것에 거짓·과장성이 있다고 할 수 없다.

4) 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

가) 「부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정 고시」(2015. 10. 23. 공정거래위원회 고시 제2015-15호로 개정되기 전의 것, 이하 '이 사건 고시'라 한다)는 'Ⅲ. 3. 가격에 관한 표시·광고' 항목에서 '자기가 공급하는 상품을 할인 또는 가격인하 하여 판매하고자 하는 경우에 허위의 종전거래가격을 자기의 판매가격과 비교하여 표시·광고하는 행위'를 부당한 표시·광고의 하나로 규정하면서[나. (1)항], 위 '종전거래가격'의 의미에 대하여 "당해 사업자가 당해 상품과 동일한 상품을 최근 상당기간(과거 20일 정도) 동안 판매하고 있던 사실이 있는 경우로서 그 기간 동안 당해 상품에 붙인 가격. 단, 위 기간 중 당해 상품의 실거래가격이 변동한 경우에는 변동된 가격 중 최저가격을 종전거래가격으로 봄"이라고 규정하고 있다.

나) 이 사건 고시는 부당한 표시·광고의 세부적인 유형 또는 기준을 예시적으로 규정한 것이므로, 어떤 사업자의 표시·광고 행위가 부당한 표시·광고 행위로서 표시광고법 제3조를 위반한 것인지 여부를 판단할 때 표시광고법 제3조 및 표시광고법 시행령 제3조의 규정에 따라 판단하여야 하는 것이지, 피고가 이 사건 고시에서 예시한 내용에 해당되는지 여부를 기준으로 판단하여야 하는 것은 아니다(대법원 2018. 7. 20. 선고 2017두59215 판결 등 참조).

다) 다만 할인 또는 가격인하의 방법으로 자기가 공급하는 상품을 판매하기 위한 표시·광고가 부당한 표시·광고에 해당하는지 여부는 사업자가 광고에 기재한 판매가격과 비교되는 종전거래가격을 거짓으로 표시하였는지 여부를 기준으로 판단할 수밖에 없다. 이때 '종전거래가격'을 해석할 때에는 과거 20일 정도의 최근 상당기간 동안 최저가격으로 판매된 기간이 매우 짧거나 그 판매량이 미미하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이 사건 고시의 규정내용이 표시광고법 제3조 제1항 제1호에서 정한 '거짓·과장의 광고'에 해당하는지 여부를 판단하는 주요 기준이 된다고 볼 수 있다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 이 사건 고시는 'I. 목적' 항목에서 "이 고시는 표시광고법 제3조 제1항 각 호 및 표시광고법 시행령 제3조 제1항 내지 제4항의 규정에 의한 부당한 표시·광고가 구체적으로 어떠한 경우에 해당되는지를 사업자, 사업자단체 및 일반국민에게 예시함으로써 부당한 표시·광고행위를 사전에 방지하고 부당한 표시·광고에 대한 법집행의 객관성과 투명성을 확보하는데 그 목적이 있다."라고 규정하고, 'II. 1. 표시·광고의 기본원칙' 항목에서 "이 고시에 예시된 사항은 일반거래상에 흔히 나타나고 있는 대표적이고 공통적인 사항만을 추출한 것이다."라고 규정하고 있다. 비록 이 사건 고시가 부

당한 표시·광고의 세부적인 유형 또는 기준을 예시적으로 규정한 것으로 법규로서의 효력은 없다고 하더라도 사업자나 사업자단체는 표시·광고행위를 할 때 이 사건 고시를 주요 지침으로 삼고 있다고 볼 수 있고, 소비자들에게도 부당한 표시·광고인지 여부를 알 수 있는 일응의 기준으로 작용한다.

(2) 이 사건 고시는 할인판매 등 광고에서 판매가격과 비교되는 '종전거래가격'의 의미에 관하여 '최근 상당기간(과거 20일 정도) 동안의 실제 판매가격 중 최저가격'으로 규정하고 있는데, 일반적으로 원고들이 운영하는 '홈플러스'와 같은 대형마트는 소비자들의 방문빈도가 그리 높지 않은 점 및 할인판매 등 광고에 대한 일반인의 인식 등에 비추어 보면, 종전거래가격의 의미를 '직전 판매가격'으로 보는 것보다 이 사건 고시의 규정내용과 같이 해석·적용하는 것이 일반 소비자들의 인식에 더 부합해 보인다.

(3) 이 사건 고시의 규정대로 종전거래가격의 의미를 해석·적용하더라도 이는 부당한 표시·광고를 규제하기 위한 것에 불과하므로, 이로써 사업자가 광고 전 20일 동안 일정한 가격을 유지하여야 한다거나 사업자의 가격책정 자율권이 침해될 우려가 있다고 할 수는 없고, 소비자에게 이득이 되는 가격인하를 억제하는 등으로 소비자후생을 악화시킬 우려가 있다고 보기도 어렵다.

(4) 광고 전 20일 동안 최저가격으로 판매된 기간이 매우 짧거나 그 판매량이 미미하지 않다면, '종전거래가격'의 의미에 관한 이 사건 고시의 규정내용이 불합리하다거나 타당하지 않다고 보이지 않는다.

라) 앞서 본 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 그대로 받아들이기 어렵다.

(1) 이 사건 제2-2 광고 중 [표1]의 순번 2, 3, 5, 6, 8, 10, 14 부분은 광고상 1+1

판매가격이 '광고 직전 판매가격'의 2배보다는 낮으나, '광고 전 20일 동안 최저 판매가격'의 2배와 같거나 그 2배보다 높다. 또한 위 부분 광고에 해당하는 상품들을 '광고 전 20일 동안 최저 판매가격'으로 판매한 기간이 매우 짧거나 그 판매량이 미미하다고 볼 만한 특별한 사정이 없다. 따라서 광고상 1+1 판매가격이 종전거래가격의 2배와 같거나 그 2배보다 높다고 볼 수 있으므로, 이 부분 광고가 있기 전과 비교하여 일반 소비자들이 얻을 수 있는 경제적 이익이 없다고 볼 수 있으므로, 이는 표시광고법 제3조 제1항 제1호에서 정한 '거짓·과장의 광고'에 해당한다고 볼 여지가 크다.

(2) 이 사건 제3-2 광고는 광고상 종전거래가격이 '광고 직전 판매가격'과는 같으나, '광고 전 20일 동안 최저 판매가격'보다는 높다. 또한 위 부분 광고에 해당하는 상품들을 '광고 전 20일 동안 최저 판매가격'으로 판매한 기간이 매우 짧거나 그 판매량이 미미하다고 볼 만한 특별한 사정이 없다. 따라서 광고상 종전거래가격이 실제 종전거래가격보다 높다고 볼 수 있으므로, 이는 표시광고법 제3조 제1항 제1호에서 정한 '거짓·과장의 광고'에 해당한다고 볼 여지가 크다.

5) 그런데도 원심은 이 사건 제2-2, 3-2 광고에 실린 상품들의 '종전거래가격'을 '광고 직전 판매가격'으로 보아, 이 사건 제2-2, 3-2 광고가 모두 표시광고법 제3조 제1항 제1호에서 정한 '거짓·과장의 광고'에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다. 이러한 원심판결에는 광고의 거짓·광고성 및 소비자 오인성에 관한 법리를 오해하는 등으로 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다. 이를 지적하는 피고의 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

6) 위와 같은 이유로 이 사건 제2-2 광고 중 [표1]의 순번 2, 3, 5, 6, 8, 10, 14 부분 및 이 사건 제3-2 광고가 표시광고법 제3조 제1항 제1호에서 정한 '거짓·과장의

광고'에 해당한다고 보기 어렵다고 판단한 원심판결은 그대로 유지될 수 없다. 그러나 위 부분 외에도 이 사건 제1 광고 중 ②, ③, ④, ⑤, ⑥광고, 제2-1, 3-1 광고가 표시광고법 제3조 제1항에서 정한 '거짓·과장의 광고'에 해당하므로 이 사건 시정명령 및 경고처분은 여전히 적법하고, 이 사건 제1 광고 중 ①광고 및 이 사건 제2-2 광고 중 [표1]의 순번 1, 4, 7, 9, 11, 12, 13, 15, 16 부분이 표시광고법 제3조 제1항에서 정한 '거짓·과장의 광고'에 해당하지 않으므로 이 부분이 '거짓·과장의 광고'에 해당함을 전제로 한 이 사건 과징금납부명령은 전부 취소될 수밖에 없다. 따라서 이 사건 시정명령 및 경고처분의 각 취소를 구하는 원고들의 청구를 기각하고, 이 사건 과징금납부명령을 전부 취소한 원심의 결론은 결론적으로 정당하고, 이러한 원심의 잘못은 판결에 영향을 미치지 않았다.

3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용 중 원고들의 상고로 인한 부분은 원고들이, 피고의 상고로 인한 부분은 피고가 각 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 민유숙

주 심 대법관 박정화

대법관 노태악