

# 프랜차이즈계약의 법적 문제점

저자: 정상조

발행년도: 1997

문헌: 법학

권호: 38권1호 (1997년)

출처: 서울대학교 법학연구소

프랜차이즈계약의 법적 문제점

( Unsatisfactory Legal Framework for Franchising Agreements ) / 정상조

## 초록

프랜차이즈(Franchise)라고 함은 상품이나 서비스의 배포나 공급에 관련된 상표권, 상호권, 의장권, 영업비밀 등의 지적재산권 또는 영업상의 재산권을 의미하고, 프랜차이즈계약(franchise agreement)이라고 함은 프랜차이즈계약자 또는 가맹계약자(franchisee)가 프랜차이즈사업자 또는 가맹사업자(franchisor)의 상표, 상호, 영업비밀 등을 사용하여 일정한 종류의 상품이나 서비스를 배포 또는 공급하기로 하는 내용의 명시적 또는 묵시적인 형태의 계속적 상사계약을 의미한다. 1995년말에 있었던 상법개정에서는 프랜차이즈를 상행위의 하나로 포함시키는 규정을 두게 되었고, 1997년 2월에는 공정거래위원회가 프랜차이즈에 관한 불공정거래행위의 유형과 기준을 마련하여 고시하였으나 법적 대응으로는 불완전한 면이 있다.

따라서 본고에서는 프랜차이즈계약과 관련한 법적 문제점을 대내적 법률관계와 대외적 법률관계로 나누어 살펴보는바 대내적 법률관계로는 프랜차이즈계약의 체결, 프랜차이즈계약의 이행, 가맹 계약자의 원재료구입, 경쟁품의 취급제한과 품질통제, 프랜차이즈계약의 종료 등에 관한 문제점들을 살펴보도록 한다. 특히, 계약당사자들 사이의 내부적 분쟁이 발생한 경우에 계약조항의 일부가 독점규제법에 위반된다는 사실을 토대로 해서 그 효력을 다투거나 공정거래위원회의 시정조치를 전제로 해서 손해배상을 청구하는 경우에는 독점규제법하의 문제가 중요하므로 독점규제법도 검토한다. 대외적 법률관계로서는 우선 상법상 명의대여자로서의 책임을 살펴보고, 제조물책임을 포함한 불법행위책임과 상표권자로서의 의무 그리고 상표권의 취소 등이 중요한 논점으로 등장한다.

## 결론

현행 독점규제법, 민법, 상법, 상표법 등의 관련 규정이 가맹계약에 그대로 적용되는 경우에 현실적으로 부당하거나 납득하기 어려운 결과로 되기 때문에 현행법의 해석에 의하여 가맹계약의 문제점을 모두 해결하는 데에는 한계가 있다.

## 주제어

상행위법, 경제법, 독점규제법, 가맹계약, 프랜차이즈, 상표법

## I. 머리말

시장개방과 더불어<sup>1)</sup> 본래 프랜차이즈(Franchise)라고 함은 상품이나 서비스의 배포나 공급에 관련된 상표권, 상호권, 의장권, 영업비밀 등의 지적재산권 또는 영업상의 재산권을 의미하고, 프랜차이즈계약(franchise agreement)이라고 함은 프랜차이즈계약자 또는 가맹계약자(franchisee)가 프랜차이즈사업자 또는 가맹사업자(franchisor)의 상표, 상호, 영업비밀 등을 사용하여 일정한 종류의 상품이나 서비스를 배포 또는 공급하기로 하는 내용의 명시적 또는 묵시적인 형태의 계속적 상사계약을 의미한다. 우리 상법은 "상호·상표 등의 사용허락에 의한 영업에 관한 행위"를 상행위의 하나로 열거함으로써 프랜차이즈의 개념적 특징을 명시적으로 규정하고 있다. 여기에서 한걸음 더 나아가 더욱 엄격한 의미의 프랜차이즈계약 또는 가맹계약은 가맹사업자가 가맹계약자의 상품이나 영업일반에 대한 품질통제(quality control)를 할 수 있는 권리를 포함하고 있다. 공정거래위원회가 고시한 "가맹사업의 불공정거래행위의 기준"<sup>2)</sup> 및 "국제계약상의 불공정거래행위의 유형 및 기준"에 의하면 프랜차이즈 즉 가맹사업이라고 함은 "가맹사업자가 다수의 가맹계약자에게 자기의 상표, 상호, 서비스표, 휘장 등(이하 "영업표지"라 한다)을 사용하여 자기와 동일한 이미지로 상품판매, 용역제공 등 일정한 영업활동을 하도록 하고 그에 따른 각종 영업의 지원 및 통제를 하며, 가맹계약자는 가맹사업

[123]

자로부터 부여받은 권리 및 영업상 지원의 대가로 일정한 경제적 이익을 지급하는 계속적인 거래관계"를 말한다고 개념을 규정하고 있다.

프랜차이즈에도 여러 가지 종류가 있을 수 있는 바, 상품 또는 물건의 제조에 관한 산업프랜차이즈(industrial franchise), 상품의 판매에 관한 판매프랜차이즈(distribution franchise), 그리고 서비스의 공급에 관한 서비스프랜차이즈(service franchise) 등으로 나누어 볼 수 있다. 이 가운데 산업프랜차이즈는 판매프랜차이즈 및 서비스프랜차이즈와는 달리 생산업자와 생산업자와의 관계로 맺어지는 프랜차이즈로서, 영업지도나 설비디자인 등에 관한 지원은 없고 오직 특허발명, 영업비밀, 상표의 사용에 국한되어 있는 특징을 가지고 있다. 따라서, 프랜차이즈에 관한 아래의 논의가 세 가지 종류의 프랜차이즈에 모두 적용되기는 어렵고 판매프랜차이즈와 서비스프랜차이즈에 한정되어 적용되는 경우도 상당수 있을 것이다.

프랜차이즈는 가맹사업자로서는 자신의 경영상 노하우와 상표 등의 재산적 가치를 극대화할 수 있고 가맹계약자로서는 주지의 상표 등 영업표지와 가맹사업자에 의한 지원에 힘입어서 비교적 용이하게 사업을 개시할 수 있다는 장점을 제공해 주지만, 아직 프랜차이즈에 관한 성문법과 해석론이 잘 발달되어 있지 못한 결과로 가맹사업자와 가맹계약자 또는 소비자와의 사이에 가맹점포설비의 시공이나 가맹사업자에 의한 지원의 내용 등에 관하여 상당히 많은 분쟁이 발생하고 있는 실정이다.<sup>3)</sup> 프랜차이즈사업 및 그에 관한 분쟁의 급증에 따라서 지난 1995년말에 있었던 상법개정에서는 프랜차이즈를 상행위의 하나로 포함시키는 규정을 두게 되었고, 1997년 2월에는 공정거래위원회가 프랜차이즈에 관한 불공정거래행위의 유형과 기준을 마련하여 고시하게 되었던 것이다. 그러나 후술하는 바와 같이 프랜차이즈에 관한 다수의 분쟁과 법규정 자체의 문제점은 앞으로 이에 관한 추가적인 입법적 대응을 필요로 한다고 잠정적으로 판단하게끔 해 주고, 그러한 입법적 대응이나 해석론의 전개

에 참고할 수 있도록 하기 위하여 가맹사업자와 가맹계약자의 대내적 법률관계 및 가맹사업자의 대외적 법률관계를 검토해 보고자 하는 것이 본고의 목적이다.주4) 대내적 법률관계로는 프랜차이즈계약의 체결, 프랜차이즈계약의 이행, 가맹 계약자의 원재료구입, 경쟁품의 취급제한과 품질통제, 프랜차이즈계약의 종료 등에 관한 문제점들을 살펴보도록 한다. 특히, 계약당사자들 사이의 내부적 분쟁이 발생한 경우에 계약조항의 일부가 독점규제법에 위반된다는 사실을 토대로 해서 그 효력을 다투거나 공정거래위원회의 시정조치를 전제로 해서 손해배상을 청구하는 경

[124]

우에는 독점규제법하의 문제가 중요한 대내적 관계의 문제로 등장하게 되기 때문에, 본고에서는 이러한 대내적 관계를 검토함에 있어서 프랜차이즈계약이 독점규제 법에 위반되는지 여부의 문제도 함께 검토하도록 한다. 그리고, 가맹사업자의 대외적 법률관계로서는 우선 상법상 명의대여자로서의 책임을 살펴보고, 제조물책임을 포함한 불법행위책임과 상표권자로서의 의무 그리고 상표권의 취소 등에 관해서 차례로 살펴보도록 한다.

## II. 대내적 법률관계

### 1. 프랜차이즈계약의 체결

프랜차이즈계약에 있어서 계약당사자 일방의 기망에 의해서 계약이 체결된 경우에는 일반 계약에서와 마찬가지로 계약상대방은 기망을 원인으로 하여 계약의 취소 및 손해배상을 청구할 수 있게 된다. 여기에서 기망이라고 함은 프랜차이즈계약의 체결과정에 있어서 예컨대 가맹사업자가 보유한 상표권이나 영업비밀 등에 관한 설명을 허위로 하여 그러한 허위의 설명을 믿고 프랜차이즈계약이 체결됨으로써 가맹계약자가 손해를 받게 된 경우에 가맹사업자의 허위의 설명이 기망에 해당될 것이다. 흔히 문제되는 점으로는 가맹사업자가 장래의 가맹계약자에게 계약체결전에 모든 정보를 제공해야 할 의무를 가지는가 하는 점인데, 신의성실의 원칙에 비추어 가맹사업자가 입지선정, 광고, 점포의 설비, 자금지원 등의 중대한 사실을 의도적으로 은닉한 사실이 기망에 해당되는 경우를 제외하고, 일반적으로 가맹사업자가 포괄적 정보제공의무를 부담한다고 말할 수는 없을 것이다. 이 점에 관한 미국판례를 보면, 프랜차이즈계약의 당사자들은 충실의무(fiduciary duty)를 부담하기 때문에 충실의무위반은 계약해지의 원인이 된다고 인정한 판례가 있는 바, 이는 계약체결 이후에 충실의무를 부담한다는 취지이기 때문에 계약체결단계에서는 충실의무가 존재하지 않고 따라서 계약체결단계에서 포괄적 정보제공의무가 반드시 존재한다고 말할 수 없다고 해석되고 있다.주5)

입지선정 등 계약체결단계에서의 기망 등을 둘러싼 분쟁이 발생한 경우에 가맹계약자는 소비자보호법에 의한 구제를 받을 수 있는가? 장래의 가맹계약자가 소비자 보호법에서의 소비자에 해당되는가의 문제이다. 미국판례 가운데, 가맹계약자가 가맹사업자로부터 유형적 상품 또는 부품을 공급받는 경우에는 당해 가맹계약자가 소

[125]

비자보호에 관한 주법에 규정된 소비자에 해당된다고 판시한 주법원판례가 있다.주6) 우리나라 소비자보호법은 그 적용대상이 되는 "소비자"의 개념을 사업자가 제공하는 물품이나 용역을 소비생활을 위하여 최종적으로 사용하거나 이용하는 자라고 규정하고 있고 이러한 소비자의 개념에는 제공된 물품을 원재료 또는 중간재나 자본재로 사용하는 자는 포함되지

않는다.주7) 따라서, 패스트푸드(fast food)에 관한 프랜차이즈계약을 체결하여 영업을 하는 경우와 같이 원재료를 공급받아서 가공 등의 방법으로 재판매하는 경우에는 가맹계약자를 우리나라 소비자보호법상의 소비자로 보기 어려운 측면이 있다. 그러나, 단순유통영업에 관한 프랜차이즈계약에서와 같이 가맹사업자가 계약자에게 영업비밀을 제공해 주고 직원연수 또는 지도만을 해 주는 경우에는 계약자가 그러한 용역의 최종소비자로서 소비자보호법상의 소비자에 해당 된다고 해석될 수도 있지 않을까 생각된다.

입지선정 등 계약체결단계에서 중요한 정보를 가맹사업자가 제공하지 아니한 경우에 독점규제법에 의한 구제를 받을 수는 있는가? 우리나라 공정거래위원회가 고시한 "가맹사업의 불공정거래행위의 기준"주8) 에 의하면, 가맹사업자가 자기의 가맹계약자 모집에 응하여 가맹준비를 하여온 가맹희망자와 계약을 체결하는 과정에서 긴요한 사전정보나 자료를 제공하지 아니한 행위는 "자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는" 소위 불공정거래행위에 해당된다. 예컨대, 희망입지 인근지역의 가맹점 현황, 점포 예상매출액, 가맹사업 관련 재무상황, 최근 5년간의 사업경력, 가맹사업 관련 진행중인 소송에 관한 사항, 상품 또는 용역의 공급조건, 영업지도와 그에 대한 댓가지급, 영업의 통제사항 등에 관한 구체적인 정보와 자료를 가맹희망자가 요구하였음에도 불구하고 가맹사업자가 그러한 정보 또는 자료를 제공하지 아니한 행위가 불공정거래행위에 해당되는 것이다. 독점규제법은 부당한 공동행위가 당사자간에 있어서 무효라고 규정하고 있는 반면에 불공정거래행위에 해당되는 계약의 효력에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나, 가맹사업자가 당해 정보나 자료를 제공하지 아니한 것이 결과적으로 가맹계약자의 무경험과 결합하여 현저하게 공정을 잃은 계약체결을 초래하게 된 경우에는 무효라고 해석될 수도 있을 것이다.

[126]

## 2. 프랜차이즈계약의 이행

프랜차이즈계약의 이행단계에서 계약당사자들이 계약상의 권리를 행사하고 의무를 이행하게 되는 것은 일반계약에서와 마찬가지로이다. 프랜차이즈계약에서 특히 문 제되는 것은 계약에 규정되지 아니한 의무로서 소위 충실의무(fiduciary duty)가 일반적으로 도출될 수 있는가 하는 문제로서, 전술한 바와 같이 미국 연방항소법원이 처음으로 프랜차이즈계약이 체결된 이후의 계약당사자들은 충실의무를 부담한다고 판시한 바 있으나, 과연 프랜차이즈계약 당사자들이 이사의 회사에 대한 충실의무나 변호사의 고객에 대한 충실의무와 같이 전적으로 회사나 고객의 이익을 위해서 행동해야 하고 이익충돌을 회피해야 할 고도의 충실의무를 부담한다는 의미로 해석될 수 있을지에 대해서는 의문이 제기되고 있다. 충실의무라고 하는 표현에도 불구하고 동 판결은 프랜차이즈계약 당사자들 사이에 신의성실의 원칙에 따른 일반적 의무에 해당되는 행위기준을 재확인한 것으로 해석되고 있다. 프랜차이즈계약 당사자들 사이에 품질통제의 특수한 관계가 존재하는 것은 사실이지만, 기본적으로 각자 자신의 계산으로 자신의 이익을 위하여 영업을 수행하는 것이기 때문에, 충실 의무를 부담시키는 것은 부당한 결과를 가져올 것이다.

## 3. 가맹계약자의 원재료구입

프랜차이즈계약에서 가맹계약자로 하여금 상표 등 상업적 표장의 사용을 허락하면서 동시에 가맹사업자로부터 또는 그가 지정한 자로부터 점포설비나 관련된 제품 또는 부품이나 원재

료를 구입하도록 요구하는 경우에 그러한 점포설비나 원재료 구입조항이 독점규제법에 위반되는 소위 "끼워팔기(tying)" 조항에 해당되는지 여부가 문제될 수 있다. 우리 공정거래위원회가 고시한 "가맹사업의 불공정거래행위의 기준"주9) 및 "국제계약상의 불공정거래행위의 유형 및 기준"에 의하면, 가맹사업자가 제시한 사양서나 품질기준에 따른 경우 점포의 통일적 이미지 확보에 지장이 없음에도 불구하고 점포설비의 구입 및 설치를 가맹사업자 자신이나 자신이 지정한 자로부터 하도록 강요하는 행위는 독점규제법상 "부당하게 거래를 강제하는 행위" 또는 "자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위"에 해당되고, 가맹사업의 목적달성을 위해서 필요한 범위를 벗어나서 가맹계약자의 원재료 또는 부품을 가맹사업자 자신 또는 자신이 지정한 자로부터 공급받도록 하는 행위는 독점규제법상 "자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위" 또는 "거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 그 사

[127]

업활동을 방해하는 행위"에 해당된다.

가맹계약에서 끼워팔기는 빈번히 문제될 수 있는 사항인 바, 이에 관한 미국판례를 보면, *Susser v. Carvel Corp.*주10) 사건에서 Carvel은 가맹계약자들로 하여금 자신의 상표를 사용하게 하면서 동시에 아이스크림의 제조방법에서부터 아이스크림 상품종류와 직원의 복장에 이르는 아이스크림업소의 운영지침을 따르도록 요구하고 특히 자신이 특허권을 보유하고 있는 아이스크림제조기뿐만 아니라 아이스크림스푼, 컵, 종이까지 자신으로부터 구입하도록 요구하였는 바, 가맹계약자들은 아이스크림스푼, 컵, 종이의 구입을 강요하는 것은 끼워팔기로 독점규제법에 위반된다고 주장하였다. 1954년 당시 피고의 가맹점은 180개점이었으나 1962년 당시에는 400여 개점으로 증가하여 상당한 판매고를 가지고 있었다. 그러나, 미국 연방항소법원은 아이스크림스푼, 컵, 종이 등은 아이스크림의 제조·판매에 밀접히 관련된 제품들이라는 점과 Carvel이 대도시 아이스크림시장의 1%만을 점유하고 있고 아이스크림스푼, 컵, 종이 시장에서도 시장지배적 지위를 가지고 있지 않다는 점을 전제로 하여, 문제된 끼워팔기는 독점규제법 위반에 해당되지 않는다고 판시하였다.

특히, 점포설비의 경우에 가맹사업자가 이미지 확보에 필요한 점포설비를 가맹사업자 또는 가맹사업자가 지정하는 자로부터 구입할 것을 강제하는 것이 경우에 따라서는 포괄적으로 프랜차이즈계약의 본질적 내용의 일부에 포함된다고 볼 수도 있기 때문에 소위 끼워팔기에 해당되지 않는다고 볼 여지도 있다. 예컨대, 미국 판례 가운데 *Principe et al. v. McDonald's Corp. et al.*주11) 사건에서 맥도날드측이 가맹계약자로부터 판매총액의 3%를 로얄티로 요구할 뿐만 아니라 맥도날드점포 자체를 임대해 주면서 동 점포의 임대료로 총판매액의 8.5%와 계약체결시 15,000달러의 보증금을 요구한 사안에서, 맥도날드점포의 임대를 요구한 것이 부당한 끼워팔기에 해당되는지 여부가 논란의 대상이 되었는데, 미국 연방제4순회항소법원은 부당한 끼워팔기라고 하는 것은 별개의 두 가지 이상의 상품이나 영업을 부당하게 함께 구입 하거나 사용하도록 강요하는 것을 의미하는 것으로서 당해 상품이나 서비스에 관한 시장을 왜곡하는 것이지만, 맥도날드사건에서 상표사용허락과 점포임대허락은 프랜차이즈계약의 본질적 구성요소에 불과할 뿐이고 별도의 두 가지 상품이나 서비스의 결합이 아니기 때문에 끼워팔기 자체가 존재하지 않는다고 판시한 바 있다.

다른 한편 *Siegel v. Chicken Delight, Inc.*주12) 사건에서는, 프랜차이즈계약에서 상표사용을 허락함과 동시에 가맹계약자로 하여금 요리도구와 각종 재료 등을 가맹사

[128]

업자로부터 구입하도록 요구하고 있었고, 가맹계약자들은 그러한 재료 등 구입조항 이 독점 규제법위반에 해당되는 끼워팔기에 해당된다고 주장하면서 3배배상의 청구를 구하는 단체 소송을 제기하였는데, 미국 연방제9순회항소법원(주13) 은 특허권자 또는 저작권자에게 경제력 또는 시장지배적 지위가 있다고 추정할 수 있다고 하는 대법원판결(주14) 을 원용하면서 이 사건에서도 피고 Chicken Delight가 수백 건의 프랜차이즈계약을 체결한 사실을 중시하고 가맹계약자로 하여금 여러 가지 재료 등의 구입을 강요한 것은 독점규제법 위반에 해당되는 끼워팔기라고 판시하였다. 이 판결에 대해서는, 문제된 끼워팔기가 독점규제법 위반에 해당되는지 여부의 판단에 있어서 상표권자가 경제력을 가지고 있었는지 여부가 중요한 판단요소라는 점을 강조하면서, 상표권자가 현실적으로 어느 정도의 시장점유율을 가지고 있는지 그리고 당해 상표에 대한 광고에 의해서 어느 정도의 소비자 인지도를 획득하고 있는지 등을 고려함으로써 실질적인 경제력 또는 시장지배력을 판단해야 함에도 불구하고, 판시와 같이 상표권 자체로부터 경제력을 추정하는 것은 논리적으로 타당하지 못한 것이 아닌가 하는 의문을 제기하는 견해도 있다. 상표권자는 상표의 사용에 대한 배타적 권리만을 가지는 것이고 상품 자체에 대해서까지 배타적 지배권을 가지는 것은 아니라는 점에서 끼워팔기의 대상이 되는 상품 자체에 대한 경제력은 상표권자라는 사실과는 별도로 검토해 보아야 한다는 것이 그 근거인 바, 주15) 참고할 가치가 있다고 생각된다.

#### 4. 경쟁품의 취급제한과 품질통제

가맹계약에 따라서 판매하거나 공급하는 상품이나 서비스에 필요한 원재료나 부품에 있어서는 경쟁품의 취급을 제한하는 것이 전술한 바와 같이 끼워팔기의 형식으로 나타나는 경우가 많고 그러한 끼워팔기의 경쟁제한적 효과로 인하여 독점규제법 위반으로 판단될 수 있으나, 완성품에 있어서의 경쟁품취급제한은 다소 상이한 분석을 필요로 할 수 있다. 일반적인 특허발명실시허락계약이나 상표사용허락계약에 있어서는 경쟁품취급제한이 합리적인 근거없이 경쟁을 제한하는 것으로 되어 독점규제법위반에 해당된다고 보기 쉬우나, 프랜차이즈에 있어서는 특정 상품이나 서비스로 한정하여 일관된 영업방식을 그 본질로 하고 취급 상품의 동질성 확보가 전제조건으로 되어있기 때문에 완성품에 관한 경쟁품취급제한이 언제나 독점규제법

[129]

위반이라고 볼 수는 없기 때문이다. 주16) 우리나라 공정거래위원회가 고시한 가맹사업의 불공정거래행위의기준 및 국제계약상의 불공정거래행위의 유형및기준에서 "가맹 사업자가 가맹사업의 목적달성을 위한 필요범위를 벗어나서 가맹계약자의 판매상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정한 자로부터 공급받도록 하는 것" 주17) 을 불공정거래행위의 한 가지 유형으로 규정한 것에서도 알 수 있다시피, 가맹계약자의 취급 상품의 동질성 확보와 품질통제의 필요성에 비추어 경쟁상품을 취급하지 못하도록 하는 경쟁품취급제한이 반드시 독점규제법위반이라고 볼 수는 없는 것이다.

이와 같이 경쟁품취급제한은 동질성 확보 및 품질통제의 필요성에 따라서 허용되는 것이기 때문에, 마찬가지로 맥락에서 가맹계약자가 공급하는 서비스나 판매하는 상품의 동질성을 확보하기 위하여 가맹계약자로 하여금 가맹사업자가 제시하는 일정한 영업방법을 채택하도록 하거나 영업시설에 대한 일정한 기준을 따르도록 의무화하고 동 영업장소·시설(contract

premise)에 대한 가맹사업자의 검사 또는 감독을 받도록 하는 것도 허용된다. 그러나 품질의 동일성이 확보될 수 있음에도 불구하고 부당하게 경쟁을 제한하는 계약조건은 독점규제법위반으로 될 가능성이 있다. 예컨대, 가맹계약자가 가맹사업자 또는 그가 지정한 자로부터 구입한 상품을 판매 하도록 되어 있는 경우에 가맹계약자가 제안한 특정의 제3자를 상품공급업자로 지정하는 것을 가맹사업자가 품질의 동일성이나 가맹사업자의 명성과 무관함에도 불구하고 거절하는 것은 경쟁제한으로서 독점규제법 위반에 해당될 수 있을 것이다.주 18) 이 점은 전술한 바와 같이 우리나라 공정거래위원회가 고시한 가맹사업의 불공정거래행위의 기준에서도 불공정거래행위의 한 가지 유형으로 규정되어 있다.

##### 5. 프랜차이즈계약의 종료

프랜차이즈계약이 당사자들의 합의에 의해서 종료되는 경우도 있을 수 있겠지만, 문제되는 경우에는 계약상 규정된 해지원인이 발생했거나 가맹계약자의 귀책사유 없이 가맹사업자가 일방적으로 계약을 해지하는 경우 또는 가맹계약자가 설비 및 광고에 상당한 투자를 하고 신용을 획득하였지만 계약기간이 만료되어서 가맹사업자가 계약갱신을 해주지 않는 경우 등이다. 또한, 계약이 종료된 후에 일정기간 동

[130]

안 가맹계약자가 동종영업의 영업행위를 할 수 없도록 하거나 가맹사업자의 경쟁사업자와의 거래를 할 수 없도록 한다든지(주19) 또는 가맹사업자가 제공한 영업비밀이 가맹계약자의 귀책사유 없이 공지의 사실이 되었음에도 불구하고 가맹계약자가 계약종료후에도 동 영업비밀에 해당되었던 기술이나 정보를 계속하여 사용할 수 없도록 하는 경우에, 가맹계약자가 그러한 계약규정에 구속되는지 여부가 문제된다. 이러한 경우에 계약문구에 그대로 효력을 인정함으로써 가맹사업자의 이익을 보호할 것인가 아니면 신의성실이나 권리남용금지의 원칙을 원용하여 계약종료로 인하여 가맹계약자에게 초래되는 가혹한 결과를 방지할 것인가에 관한 논란과 고민이 시작 된다.

Zapatha v. Dairy Mart, Inc.주20) 사건에서 문제된 프랜차이즈계약은 계약체결 이후 1년이 경과한 후에는 당사자 일방의 90일전 서면통지에 의해서 계약을 해지할 수 있다고 규정하고 있었고, 약 4년이 경과한 후에 가맹사업자인 Dairy Mart가 새로운 계약조건을 제시하였으나 가맹계약자인 Zapatha는 자신에게 다소 불리한 조항이 삽입되어 있다고 하면서 새로운 계약의 체결을 거절하였고, 이에 Dairy Mart는 90일전 서면통지를 통해서 프랜차이즈 계약을 해지하고자 하였다. 가맹계약자인 Zapatha는 90일전 서면통지에 의해서 계약을 해지할 수 있도록 규정한 프랜차이즈 계약조항이 형평과 양심(equity and good conscience)에 반하는 조항으로 무효이고 Dairy Mart가 정당한 원인도 없이 일방적으로 계약을 해지하는 것은 부당한 불이익을 강요하는 것으로 신의성실의 원칙에 반하는 것이라고 주장하였다. 지방법원은 해지규정의 불합리성과 신의성실원칙의 위반에 관한 주장을 받아들였으나, 항소법원은 계약체결 이후 1년이 경과한 후에 90일의 기간이 경과한 후에 해지의 효과가 발생하도록 규정하고 있는 해지조항은 불합리한 계약규정이라고 보기 어렵다고 하고, 또한 가맹사업자가 계약을 해지하면서 계약규정에 따라서 가맹계약자의 설비를 재구입해 주었기 때문에 일방적인 계약해지로 인해서 가맹계약자에 부당한 불이익을 강요한 것이라고 볼 수 없어서 신의성실의 원칙에 위반된 점도 없다고 판시하였다.

### III. 대외적 법률관계

#### 1. 명의대여자로서의 책임

가맹계약자는 가맹사업자와 동일한 상호 또는 상표 등의 동일한 영업표지를 사용 함으로써 가맹계약자와 거래하는 거래상대방이나 일반소비자들은 가맹계약자와 가

[131]

맹사업자를 동일한 영업주체로 인식하기 쉽다. 그러나, 실질적으로는 가맹계약자와 가맹사업자는 각자의 계산으로 영업을 수행하는 독립적인 별도의 영업주체인 것이다. 이와 같이 독립적인 영업주체로서의 실질에도 불구하고 동일한 영업주체와 같은 외관을 보여 주는 경우에, 가맹계약자와 거래한 거래상대방이나 일반소비자가 입게 된 손해에 대해서 가맹사업자도 책임을 져야 하는가 하는 어려운 문제가 제기된다.

우선, 가맹계약자로부터 손해를 받게 된 거래상대방 또는 일반소비자가 가맹사업자를 상대로 하여 우리 상법상 명의대여자로서의 책임을 추궁할 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 상법 제24조에 의하면 타인으로 하여금 자기의 성명이나 상호를 사용하여 영업을 하도록 허락한 소위 명의대여자는 자기를 영업주로 오인하여 거래한 거래상대방에 대하여 그 타인 즉 명의사용자와 연대하여 변제할 책임이 있다. 상법상 명의대여자책임에 관한 이러한 규정은 거래상대방이 명의대여 사실을 알았거나 알 수 있었음에도 알지 못한데 중대한 과실이 있는 때에는 명의대여자가 책임지지 아니한 것으로 해석되기 때문에, 주21) 대부분의 가맹계약자에 의한 영업을 경우에서처럼 가맹계약자가 가맹사업자와는 별개의 영업주체라고 하는 사실이 용이하게 인식될 수 있다면 가맹사업자가 가맹계약자와 거래한 거래상대방에 대해서 책임을 지게 되는 경우가 많지는 않을 것이다. 참고되는 사례로, 제3자가 자기의 상호아래 대리점이라는 명칭을 붙여 사용하는 것을 허락하였더라도 상법상 명의대여자로서의 책임을 물을 수는 없다고 판시된 사례가 있다. 주22) 다른 한편, 실제로는 명의대여가 없었더라도 시설임대 등으로 인하여 명의대여의 외관이 있는 경우에는 당해 시설의 임대인이 상법상의 명의대여자와 마찬가지로의 책임을 지게 된다고 판시된 사례도 있다. 주23) 요컨대, 가맹계약자와 가맹사업자의 상호나 상표를 사용하지만 자기의 계산과 책임하에 영업을 운영하는 별개의 영업주체라고 인식될 수 있는 대부분의 경우에는 가맹사업자에게 명의대여자로서의 책임을 부과하기 어렵겠지만, 주24) 거래상대방이 가맹계약자와 가맹사업자를 동일한 영업주체로 오인할 우려가 큰 경우에 명의대여의 외관이 인정되어 명의대여자의 책임이 인정될 수도 있을 것이다.

상법상 명의대여자의 책임은 거래와 관련하여 발생한 채무에 한정되기 때문에, 거래행위의 외형이 있는 불법행위에 대해서는 적용될 수 있지만 거래와 관계없는 불법행위에 대해서는 적용되지 않는다. 주25) 따라서, 예컨대 가맹계약자로부터 음식을 구매한 소비자가 동 음식의 부패 또는 이물질로 인해서 손해를 받게 된 경우에, 전

[132]

술한 바와 같이 가맹사업자가 상법상 명의대여자에 해당된다고 볼 수 있는 한, 가맹사업자도 불법행위로 인한 채무를 변제할 책임이 있다. 현재의 관행상으로도, 가맹사업자가 하자 있는 원재료를 공급함으로써 소비자에게 손해가 발생한 경우에 소비자가 직접 가맹사업자로부터 배상을 받는 경우도 상당수 있고 대부분의 경우에 가맹계약자가 소비자에게 일단 배상



한 후 가맹계약자가 가맹사업자로부터 구상을 받고 있는 실정이다.주26)

## 2. 불법행위책임

거래와 관계없는 불법행위에 해당되는 경우에도, 가맹사업자의 대외적 책임여부를 판단함에 있어서, 상법상 명의대여자의 책임은 적용되지 않지만 사용자의 불법행위책임에 관한 [민법 제756조](#)가 적용될 수도 있다. 예컨대, 총포도검화약류등단속법에 따라서 화약류사용허락을 받은 자가 자기의 명의를 빌려주면서 타인으로 하여금 화약류를 사용하여 채석작업을 하도록 하였다면, 당해 명의대여자가 그 타인(명의를사용자)에 대하여 실제로 화약류사용에 관한 지휘·감독을 했느냐의 여부에 관계없이 객관적으로 명의사용자를 지휘·감독할 지위에 있었다고 보여지는 한, 명의대여자는 [민법 제756조](#)에 규정된 사용자로서의 불법행위책임을 지게 된다고 판시된 바 있다.주27) 특히 사용자의 불법행위책임에 관한 [민법 제756조](#)는 사용자가 피용자의 선임 및 사무감독에 상당한 주의를 한 경우에 책임을 부담하지 아니한다고 규정하고 있으나, 판례는 사용자 쪽의 면책주장을 인정하지 않고 있어서 사실상 사용자의 무과실책임을 인정하는 것과 마찬가지로 되어 있기 때문에,주28) 가맹사업자가 가맹계약자에 대한 상표사용허락에 따른 품질통제 및 영업비밀의 사용허락에 따른 지도·감독할 지위에 있는 한도내에서는 가맹사업자가 가맹계약자의 영업과 관련하여 발생한 불법행위에 대하여 무과실책임과 마찬가지로의 책임이 인정될 수 있다. 또한, 소규모의 가내기업의 경우와는 달리 대기업을 경우에는 고도의 주의의무가 요구되어 무과실에 가까운 사용자책임을 인정되어야 하는 것처럼, 다수의 가맹계약자에게 원재료 또는 부품을 공급하거나 상당한 경영지도 및 품질·디자인 통제 등을 하는 경우에는 고도의 주의의무가 요구되고 무과실에 가까운 사용자책임을 인정되어야 할 필요가 있다고 생각된다. 물론, 가맹사업자가 사용자로서의 무과실책임에 가까운 책임을 진다고 보더라도 그것은 가맹계약자의 고의 또는 과실에 의한 불법행위가 있음을 전제로 하는 것이기 때문에, 가맹사업자가 자신이 공급한 상품의 결

[133]

함으로 인하여 발생한 손해에 대하여 무과실 또는 무과실에 가까운 엄격책임을 져야 한다고 하는 소위 제조물책임을 지게 되는 것과는 구별된다.주29)

## 3. 상표권자로서의 의무

다음으로, 가맹사업자가 상표권자로서 상표사용허락을 받은 가맹계약자의 상표사용에 따른 품질의 동일성 확보 등의 통제 또는 관리를 적절히 하지 못함으로써 일반 소비자 또는 관련업자에게 끼치게 되는 손해에 대해서 책임을 지게 되는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 미국판예 가운데 Mini Maid Services Co. v. Maid Brigade Systems Inc.주30) 사건에서 원고 Mini Maid와 피고 Maid Brigade 모두 청소대행 영업에 관한 가맹사업을 수행하고 있는데, 피고와 가맹계약을 체결하고 청소대행업을 영위하고 있는 가맹계약자가 같은 지역에서 원고와 가맹계약을 체결하고 청소대행업을 영위하고 있던 가맹계약자로부터 영업을 인수하여 동 원고가맹계약자로 부터 고객명단, 청소장비차량, 사무실임차권, 전화번호 등을 모두 양도받았고, 전화번호는 원고 가맹계약자로부터 피고 가맹계약자로 양도되었지만 업종별전화번호부에는 여전히 원고 가맹계약자가 사용하고 있었던 원고 서비스표(Mini Maid)가 광고와 함께 게재되어 있어서 일반소비자들이 업종별전화번호부를 보고 원고 가맹계약자로 혼동하여 청소서비스를 의뢰하지만 실제로는 피고 가맹계약자가 청소서비스를 제공하게 됨으

로써 서비스표에 관한 소비자의 혼동을 초래할 위험이 있다는 점을 들면서 원고는 피고에 대하여 서비스표침해에 대한 책임을 추궁하고 전화번호의 사용금지를 청구하였다. 연방지방법원은 업종별전화번호부에 원고의 전화번호로 표시되고 광고된 전화번호를 그대로 피고가 맹계약자가 사용함으로써 소비자와 거래계의 혼동을 초래할 가능성이 있기 때문에 상표권침해에 해당된다고 판단함으로써 원고가 승소하였으나, 연방항소법원은 가맹계약자가 제3자의 상표권을 침해한 경우에 가맹계약자가 동 침해에 대한 책임을 질 수 있지만 가맹사업자가 가맹계약자에 의한 상표권침해행위를 방지해야 할 일반적 의무를 부담한다고 말할 수 없기 때문에 가맹사업자는 제3자의 상표권침해에 대해서 책임지지 아니한다고 전제하면서 원심을 파기하였다. 즉, 본래 상표권자가 상표사용허락을 함에 있어서 사용권자(licensee)에 의한 상표사용시 품질의 동일성을 확보할 수 있도록 감독하고 통제할 의무

[134]

가 있다고 하더라도 사용권자가 제3자의 상표를 무단으로 사용하는 행위까지 저지해야 할 의무가 있다고 볼 수는 없기 때문에, 가맹계약자가 제3자의 상표권을 침해 했다고 해서 당연히 그에 대하여 가맹사업자도 함께 책임을 져야 한다고 말할 수는 없다는 것이다. 그러나, 다른 한편 가맹계약자가 제3자의 상표권을 침해한 경우에도 가맹사업자가 그러한 침해에 대하여 방조 또는 교사한 측면이 있으면 공동불법행위의 책임을 지게 될 수도 있는 바, 예컨대 제조업자가 자신의 제품의 유통과정에서 유통업자들의 행위를 직접 통제할 수는 없지만 그러한 유통업자가 제3자의 상표권을 침해하는 것을 의도적으로 유도하거나 그러한 상표권침해를 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 자신의 제품을 계속 공급해 준 경우에는 당해 제조업자도 유통업자와 함께 상표권침해의 책임을 지게 되고, 주31) 마찬가지로 가맹사업자도 가맹계약자와 함께 제3자에 대한 공동불법행위의 책임을 지게 되는 경우가 있을 것이다. 따라서, 가맹사업자가 가맹계약자와 함께 제3자에 대하여 상표권침해의 책임을 질 것인가 여부는 가맹사업자가 가맹계약자의 상표권침해에 의도적으로 참여했거나 그러한 침해행위를 실제로 알고 있었는가 여부에 좌우되는 것이고, 따라서 이 사건을 담당할 연방항소법원은 피고가 피고 가맹계약자에 의한 상표권침해를 명시적으로나 묵시적으로 유도하거나 조장했는지 여부에 관한 심리를 추가적으로 해야 한다고 판시하면서 원심판결을 파기 환송하였다. 주32)

#### 4. 상표권의 취소

가맹사업자는 상당수의 경우에 등록상표를 보유한 상표권자로서 가맹계약자로 하여금 자신의 상표를 사용하도록 허락해 주는 상표사용허락계약(trademark license) 을 체결하고, 그러한 상표사용허락계약은 가맹계약의 중요한 일부를 구성하게 된다. 이러한 상표사용허락계약은 우리 상표법상 가맹계약자에게 통상사용권을 설정하여 주는 것에 해당되고 통상사용권은 전용사용권과는 달리 그 성립에 등록을 요하지 아니하지만 제3자에 대항하기 위해서는 등록되어야 하며, 주33) 우리 [상표법 제73조 제1항 제1호](#)는 특히 "상표권자가 전용사용권 또는 통상사용권의 설정등록을 하지 아니하고 타인에게 자기의 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 6월 이상 사용하게 한 경우"에 상표등록이 취소될 수 있다고 규정하고 있다. 따라서, 가맹계약이 상표사용허락계약을 포함하고 있어서 가맹계

[135]

약자가 통상사용권을 취득하게 되는데, 가맹계약자가 통상사용권자로서 가맹사업자의 상표를 사용하여 6개월이 경과하도록 그러한 통상사용권의 설정을 등록하지 아니하면 상표등록이 취소되는 것인지 문제된다. 여기에서 가맹계약자가 [상표법 제73조 제1항 제1호](#)의 "타인"에 해당된다고 보게 되면 6개월 이상 통상사용권의 설정 등록 없이 가맹계약자가 상표를 사용한 것이 상표등록취소심판의 사유로 되겠지만, 가맹계약자를 상표권자인 가맹사업자와 동일한 영업주체라고 본다면 타인에 해당되지 않기 때문에 반대의 결론에 도달하게 된다. 대법원은 [상표법 제73조 제1항 제1호](#)의 "타인"에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서 상표권자와 별개의 경영주체로서 자기의 계산과 책임하에 독자적으로 영업 활동을 하는지 여부를 기준으로 삼고 있다. 따라서, 대법원의 견해에 의하면 상표권자와 동업관계에 있거나 상표권자와 주종관계를 맺고 상표권자의 영업이익을 위하여 상표권자의 감독 아래 등록상표를 사용한 자는 [상표법 제73조 제1항 1호](#)의 "타인"에 해당된다고 볼 수 없다는 것이다. 예컨대, 특정업체의 실질적인 경영주체는 상표권자인 남편이고 다만 편의상 동 업체의 사업자등록만이 아내의 명의로 되어 있을 뿐인 경우에 등록상표를 타인에게 사용하도록 한 경우라고 볼 수 없다고 판시된 사례가 있고, 주34) 상표권자가 다른 사람과 동업으로 지정상품을 생산하여 등록상표를 붙여 판매한 경우에도 상표법상 타인에게 상표사용을 허락했거나 묵인한 것으로 볼 수 없다고 판시된 사례가 있다. 주35) 특히 가맹계약과 관련하여 주목할 만한 사례로는, 등록상표의 상표권자인 외국업자(쿤난엔터프라이즈)로부터 제품을 수입하여 판매하는 한국총판대리점(켄넥스스포츠상사)이 수입제품의 광고선전을 위하여 당해 등록상표를 사용한 경우에, 대법원은 광고선전을 위한 등록상표의 사용은 한국총판대리점이 아니라 상표권자 자신에 의하여 이루어진 것으로 보아야 할 것이라고 하면서 타인에 의한 사용에 해당되지 않는다고 판시한 바 있다. 주36)

다른 한편, 대법원은 상표를 사용하는 자가 자신의 계산과 책임하에 독자적인 영업을 수행하는 경우에 상표법상 타인에 의한 상표사용으로 보고 있다. 예컨대, 체인점의 형태로 카마스터라고 하는 서비스표를 사용하는 경우라거나 자유계약자(independent contractor)의 형태로 Federal Express라는 서비스표를 사용하는 경우에 타인에 의한 상표사용에 해당된다고 판시된 바 있다. 주37)

특히 가맹계약에 관한 사례에서, 대법원은 마사지업을 지정서비스업으로 하는 등

[136]

록서비스표권자와 등록서비스표를 사용한 각 가맹계약자들이 마사지업의 경영기법의 전수와 선전광고 등에 있어서 상호협력관계는 있다 하더라도 각자 사업자등록을 하고 자기의 책임과 계산으로 사업을 영위하는 별개의 독립된 경영주체임이 분명하여 각 가맹계약자들은 [상표법 제73조 제1항 제1호](#)에 규정된 타인에 해당된다고 판시하였다. 주38) 요컨대, 앞에서 살펴본 대법원판례의 상당수는 구상표법의 요건을 해석한 것이어서 취소심판사유가 개정된 현행 상표법하에서도 그대로 타당한 해석론이라고 단정하기는 어렵지만, 상표법 개정 전후를 불문하고 대법원은 한결같이 상표를 사용하는 자가 자신의 계산과 책임하에 독자적인 영업을 수행하는 자인 경우에는 상표법상 타인에 의한 상표사용에 해당된다고 해석하는 일관된 해석론을 견지하고 있다. 또한, 대리점에 의한 상표사용에 있어서는 본래 학술상 대리점이 상법상 대리상과는 달리 자기의 명의로 계산으로 판매하는 독자적인 영업주체라고 보고 있음에도 불구하고 주39) 상표권자에 의한 상표사용과 마찬가지로 본 사례도 있었지만, 체인점이나 자유계약자 또는 가맹계약자의 경우에는 자신의 계산과 책임하에 독자적인 영업

을 수행하는 자에 의한 상표사용으로 통상사용권 설정의 등록 없이 사용된 사실을 취소심판 사유에 해당되는 것으로 보고 있다. 대법원은 한걸음 더 나아가, 일단 통상사용권의 설정등록 없이 타인에게 6개월 이상 상표를 사용하도록 한 사실이 있으면 그 후 설정등록을 했다 라도 그 하자가 치유되는 것은 아니기 때문에 취소심판사유의 성립에 아무런 영향을 미치지 않는다고 판시하고 있고, 주40) 현행 상표법상 통상사용권은 전용사용권과는 달리 그 설정등록이 성립요건으로 되어 있지 아니함에도 불구하고 그 설정등록 없이 타인에게 사용하도록 한 것을 취소심판사유로 정한 것은 입법상의 잘못이라고 하는 주장도 근거없는 것으로 받아들일 수 없다고 함을 분명히 하고 있다. 주41)

따라서, 현행 상표법하에서는 가맹계약자의 수가 아무리 많더라도 모두 통상사용권자로 등록되어야 상표등록의 취소를 피할 수 있게 된다고 해석된다. 다만, 가맹계 약자의 수가 많아지게 되면 통상사용권의 설정등록이 번거롭게 될 것이고, 가맹계약자들이 동시에 계약을 체결하지 않고 대부분의 경우에서처럼 순차적으로 그리고 수시로 다양한 지역에서 가맹계약 이 체결되는 경우에 더욱 통상사용권에 관한 등록을 빈번하게 해야 한다는 번거로움이 남게 된다. 이러한 경우에 가맹계약자 전부 또는 일부에 관한 통상사용권 설정등록이 되어 있지 않다는 이유로 상표권 자체의

[137]

등록이 취소되도록 하는 것은 너무 가혹한 것이 아닌가 하는 의문과 함께, 현행 상표법이 통상사용권은 전용사용권과는 달리 설정등록이 그 성립요건으로 되어 있지 않기 때문에 통 상사용권의 설정등록의 유무는 상표등록취소사유에서 제외되어야 한다는 입법론이 상당한 설득력을 가지게 된다. 더욱이, 외국의 가맹사업자와 국내의 가맹계약자와의 사이에 가맹계 약이 체결되는 상당수의 경우에서처럼 외국의 가맹사업자가 하나의 국내 가맹계약자와의 사 이에 전용사용권을 설정해 주고 당해 국내 가맹계약자가 주계약자(master franchisee)로서 다수의 부수적인 가맹계약자 또는 부계약자와의 사이에 통상사용허락계약을 체결하는 소위 다단계 가맹계약의 경우에까지 가맹사업자가 통상사용권의 설정등록 없이 타인에게 상표를 사용하도록 한 것으로 보아서 상표등록취소의 사유에 해당된다고 보는 것은 불합리한 것이 아닌가 생각된다. 특히, 현행 [상표법 제73조 제1항 제1호](#)의 취소사유를 해석함에 있어서 통 상사용권의 설정등록 없이 타인에 의한 상표사용을 목인한 경우도 포함하는 것으로 넓게 해 석하는 견해에 의하면, 다단계 가맹계약의 경우에 다수의 부계약자 가운데 어느 하나에 관 해서도 통상사용권 설정등록이 이루어지지 아니하면 상표등록취소의 사유가 된다고 보게 되 는 바, 이는 상표권자에게 너무 가혹하고 상표권자에게 지나치게 넓은 감독의무를 인정하는 결과로 된다. 이에 관하여 입법적 해결을 주장 하는 견해도 상당한 설득력을 가지게 된다. 주42)

가맹사업자가 통상사용권의 설정등록 없이 가맹계약자로 하여금 상표를 사용하도록 한 것이 상표등록취소사유에 해당된다고 해석하는 경우에도, 누가 취소심판을 청구할 수 있는가 하 는 당사자적격의 문제는 별도로 신중히 검토할 문제를 내포하고 있다. 우리 상표법은 이해 관계인에 한해서 취소심판을 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있고, 여기에서 이해관계인 이라고 함은 상표등록의 존속으로 인하여 등록 상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용할 수 없 게 됨으로써 피해를 받을 염려가 있는 경우과 같이 상표등록의 취소에 관해서 직접적이고 현실적인 이해를 가진 자라고 해석되고 있다. 특히 문제된 경우로, 상표권자로부터 상표사 용허락을 받아서 상표를 사용하고 있거나 사용한 바 있는 사용자 또는 사용자였던 자가

자신의 통상사용권에 관한 설정등록이 되어 있지 않다는 이유를 들면서 상표등록취소심판을 제기할 수 있는가 하는 문제이다. 대법원은 구상표법하에서 유사한 취소사유로 "상표권자가 자기의 등록상표와 동일하거나 유사한 상표를 타인이 사용하는 것을 묵인하였거나 또는 사용하게 한 경우"라고 규정된 취소사유를 해석하면서 상표부정사용을 방지하기 위한 제재적 규정이고 일반수요자의 이익을 도모하기 위한 공익적 규

[138]

정이라고 전제하면서, 설사 상표권자와 사용권자와의 사이에 상표권의 효력을 다투지 아니한다는 약정을 한 경우에도 그러한 사전포기약정은 무효이고 사용권자 또는 사용권자였던 자도 취소심판을 제기할 수 있다고 판시하였다.주43) 그러나 이해관계인 가운데 상표사용권자 또는 사용권자였던 자가 취소심판을 제기하거나 특히 상표사용허락에서 상표권의 효력을 다투지 않는다는 약정이 있음에도 불구하고 취소심판을 제기하는 것은, 신의성실의 원칙에 위반하여 취소심판의 권리를 남용한 것이라고 볼 수 없는지 하는 의문이 제기된다. 사용권자 또는 사용권자였던 자는 설정등록되어 있지 아니한 통상사용권 자체로부터 상표사용이라는 이익을 누리고 있거나 그러한 이익을 누리 바 있는 당사자인데, 그러한 사용권자 또는 사용권자였던 자가 자신의 통상사용권에 관한 설정등록이 되어 있지 않다는 사실을 근거로 하여 취소 심판을 제기하는 것은 자신의 언행과 상반되는 행위로 신의성실의 원칙에 반하는 것이기 때문에 허용되어서는 곤란하지 않다가 생각된다.

#### IV. 결 론

위에서 살펴본 바와같이 프랜차이즈사업 또는 가맹계약에 대해서 상법이 상행위의 하나로 열거하는 규정을 두게 되었고, 동 계약의 해석에 관하여 민법뿐만 아니라 독점규제및공정거래에관한법률과 그에 따른 공정거래위원회의 기준이 존재하고, 가맹사업자가 제3자에 대한 책임을 지게 되는 경우가 있는지 여부에 대해서는 특히 상법상 명의대여자의 책임에 관한 규정이나 민법상 불법행위 규정을 검토해 볼 수 있었고, 가맹계약의 체결로 인하여 경우에 따라서는 상표등록취소의 사유로 될 수도 있는 것인지에 대해서 상표법도 검토해 보았다. 가맹계약의 체결에서부터 그 이행 및 종료에 이르기까지 가맹사업자와 가맹계약자와의 사이에 현실적으로 많은 분쟁이 있음에도 불구하고, 동 계약조항의 구체적 의미와 유효성 여부 등에 관하여 소송이 제기된 사례가 거의 없어서 법원의 해석론을 접할 수 없었다. 그러나, 현행 독점규제법, 민법, 상법, 상표법 등의 관련 규정이 가맹계약에 그대로 적용되는 경우에 현실적으로 부당하거나 납득하기 어려운 결과로 되기 때문에 현행법의 해석에 의하여 가맹계약의 문제점을 모두 해결하는 데에는 한계가 있다고 생각된다. 예컨대, 특정 지역의 가맹계약자와 거래한 거래상대방이나 제3자는 전국적인 규모로 널리 알려져 있고 동일한 상표 또는 상호 등의 영업표지로 인하여 당해 가맹계약자가 가맹사업자와 동일인이라고 생각하거나 양사업자간에 밀접한 관련이 있다고 생각하

[139]

기 쉽지만, 현행법의 해석상 가맹사업자가 계약상의 책임이나 불법행위 책임을 진다고 보기 어려운 경우가 많다. 또한, 가맹계약에 대한 독점규제법의 적용에 있어서도 공정거래위원회가 마련하여 고시한 기준이 있지만, 국내의 사업자 사이에 체결된 가맹계약에 대해서는 "가

맹사업의 불공정거래행위의 기준"이 적용되는 반면에, 외국 사업자와 국내의 가맹계약자와의 사이에 체결된 국제적 가맹계약에 대해서는 국제계약상의 불공정거래행위의 유형과 기준이 적용되기 때문에 유사한 내용의 기준이 중복적으로 마련되어 있다는 문제점으로부터 비롯하여 그 효과의 차이점 등의 다수의 문제점이 남아있는 실정이다. 그리고 상표법상 통상사용권의 등록과 상표등록취소에 관한 법규정이 내포하고 있는 해석론상 문제점들이 가맹계약의 경우에 더욱 명백히 드러나게 된다고 볼 수 있다. 앞에서 제기된 문제점들은 현행법의 해석론에 한계가 있음을 잘 보여 주는 것일 뿐만 아니라 상법상 가맹계약을 단순히 상행위의 하나로 열거하는 것이 과연 무슨 의미가 있는지 하는 의문을 제기하게 해 준다.

[140]

### 〈Resume〉

#### Unsatisfactory Legal Framework for Franchising Agreements

Sang Jo Jong

For the past ten years or so, a substantial number of retail shops or independent shops have disappeared and have been replaced by franchised shops with the same name or mark all over the country. With the increase of franchised shops, there have been an increasing number of disputes between franchisers and franchisees, which did not reach the judicial court for various reasons. It is not certain, however, whether satisfactory remedies are available for those disputes or any other potential disputes concerning franchise agreements even if they are reviewed under the current statutes by the judicial court. The statutes which are covered by this paper include the Commercial Code, the Civil Code, the Monopoly Regulation and Fair Trade Act, and the Trademark Act.

The Commercial Code provides that a business person or a business entity which has allowed others to use its name including its tradename is liable to the third party with regard to any contract which was concluded between the third party and the person who borrowed the name (Section 24 of the Commercial Code). And, also, the Commercial Code has been amended to enlist franchise agreements into the category of commercial activities without any further relevant provisions for franchise agreements. It was held by the judicial court, however, that franchisees were not regarded as a person who borrowed the franchisor's name under the Commercial Code with the result that a third party might not claim any damages against the franchisor.

The Trademark Act provides that registered trademark owners are entitled to grant others non-exclusive license to use the trademark. Although non-exclusive licenses are valid without registration of non-exclusive license, trademark registration

[141]

may itself be cancelled when the trademark owners have allowed licensees to use

their trademarks without registration for those non-exclusive licenses. Accordingly, franchisors are recommended to make registration for non-exclusive licenses even when there are several tens of franchisees. It was also held by the court that ex-franchisee's petition to cancel the registration for the franchised trademark was not contrary to the ex-franchisee's good faith. Questions arise, however, as to the policy reason for requiring the franchisors to make registration for non-exclusive licenses.

Fair Trade Commission has issued various guidelines to enforce the Monopoly Regulation and Fair Trade Act. With regard to franchisee agreements, there appear to be two sets of guidelines: Guidelines concerning Unfair Trade Practices in Franchise Agreements are designed for domestic franchise agreements and, on the other hand, Guidelines concerning Unfair Trade Practices and Others in International Contracts are designed for International franchise agreements concluded between domestic enterprise and foreign enterprise. The questions then, are why there should be two sets of guidelines and whether they are different to each other. It is submitted in this paper that relevant statutory provisions be amended to get rid of any exceptions for international contracts.

---

주1)

1994년 현재 fast food, chicken 등의 외식업과 편의점 등을 비롯하여 30개 업종에 걸쳐서 1만 5천개의 가맹점포들이 있다: [최성근·정공식, 프랜차이즈 관행에 관한 연구\(한국법제연구원, 1994\), 15면.](#)

주2)

"가맹사업의 불공정거래행위의 기준"(공정거래위원회고시 제1997-4호) 제2조 제1호. "국제계약상의 불공정거래행위의 유형 및 기준"(공정거래위원회고시 제1997-23호)도 외국사업자와의 사이에 체결된 프랜차이즈 도입계약에 관한 규정을 두고 있으나 그 개념정의는 비교적 영성한 편이다.

주3)

[최성근·정공식, 전거서, 122면.](#)

주4)

가맹사업자와 가맹계약자의 대내적 법률관계와 대외적 법률관계로 나누어 살펴본 문헌으로는 [최기원, 상법총칙·상행위\(경세원, 1994\), 715면](#) 참조.

주5)

Arnott v. American Oil Co., 609 F.2d 873(8th Cir. 1979); John G. Lewis, Franchise litigation in Texas: Analysing claims and defenses, 19 St. Mary's L.J. 663 (1988) at 674.

주6)

텍사스의 기망적거래규제 및 소비자보호에 관한 법률(Deceptive Trade Practices-Consumer Protection Act)의 해석에 있어서 이용권자가 소비자에 해당된다고 판시되고 있다고 한다: John G. Lewis, Op. cit., at 677.

주7)

[소비자보호법 제2조](#) 및 [소비자보호법시행령 제2조](#).

주8)

가맹사업의불공정거래행위의기준(공정거래위원회고시 제1997-4호) 제5조.

주9)

가맹사업의불공정거래행위의기준(공정거래위원회고시 제1997-4호) 제6조 및 제8조 및 국제계약상의 불공정거래행위등의유형및기준 제6조.

주10)

332 F.2d 505(2d Cir. 1964).

주11)

208 USPQ 377(CA4).

주12)

448 F.2d 43(9th Cir. 1971).

주13)

전술한 Carvel사건을 담당한 제2순회항소법원과는 관할지역을 달리하는 항소법원임.

주14)

United States v. Loew's, Inc., 371 U.S. 38(1962); United Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc., 394 U.S. 495(1969).



주15)

William M. Hensley, Franchise Tying: Gauging the economic power of a trademark, 15 U. C. Davis L. Rev. 405(1981) at 427.

주16)

Preamble (9) and Article 2(e), Commission Regulation 4087/88 of 30 November 1988 on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Categories of Franchise Agreements [1988] O.J. L359/46.

주17)

가맹사업의 불공정거래행위의 기준(공정거래위원회 고시 제1997-4호) 제7조 및 국제계약상의 불공정거래행위등의 유형및 기준(고시 제1997-23호) 제6조.

주18)

Article 5(c), Commission Regulation 4087/88 of 30 November 1988 on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Categories of Franchise Agreements [1988] O. J. L359/46.

주19)

국제계약상의 불공정거래행위등의 유형및 기준(고시 제1997-23호) 제6조.

주20)

408 N.E.2d 1370(Mass. 1980).

주21)

[대법원 1992.6.23. 선고 91다29781 판결](#); [대법원 1991.11.12. 선고 91다18309 판결](#).

주22)

[대법원 1989.10.10. 선고 88다카8354 판결](#).

주23)

[대법원 1978.6.13. 선고 78다236 판결](#).

주24)

손경환, 프랜차이즈와 지적재산권법, 지적재산권법강의(홍문사, 1997), 481면.

주25)

[최기원, 상법총칙·상행위\(경세원, 1994\), 158면 참조.](#)

주26)

[최성근·정공식, 프랜차이즈 관행에 관한 연구\(한국법제연구원, 1994\), 131면.](#)

주27)

[대법원 1996.5.10. 선고 95다50462 판결.](#)

주28)

[곽윤직, 채권각론\(박영사, 1995\), 750면.](#)

주29)

참고로, 아리조나주대법원은 상표권자가 상표사용권자(licensee)에 의한 제품의 디자인, 제조 또는 판매 등의 과정에 적극적으로 관여하거나 실질적인 통제권을 행사한 경우에는 상표권자도 제조업자와 마찬가지로 엄격한 제조물책임(strict product liability)를 부담하게 된다고 판시한 바 있다: *Torres v. Goodyear Tire & Rubber Co. Inc.*, 14 USPQ2d 1521(CA 9th Cir., 1990).

주30)

23 USPQ2d 1871(CA 11th Cir., 1992).

주31)

*Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.*, 456 U.S. 844, 214 USPQ 1(Supreme Court, 1982).

주32)

23 USPQ2d 1871, at 1876(CA 11th Cir., 1992).

주33)

[상표법 제57조](#) 및 [제58조](#).

주34)

[대법원 1995.2.14. 선고 93후1865 판결.](#)

주35)

[대법원 1989.5.23. 선고 88후943 판결.](#)

주36)

[대법원 1989.7.11. 선고 88후622 판결.](#)

주37)

[대법원 1993.3.23. 선고 92후1431 판결; 대법원 1992.7.28. 선고 92후162, 179\(병합\) 판결.](#)

주38)

[대법원 1995.8.25. 선고 95후156 판결.](#)

주39)

[최기원, 상법총칙·상행위\(경세원, 1994\), 482면.](#)

주40)

[대법원 1995.8.25. 선고 95후132 판결.](#)

주41)

[대법원 1995.4.7. 선고 94후1060 판결.](#)

주42)

손경환, 프랜차이즈와 지적재산권법, 지적재산권법강의(홍문사, 1997), 479면 참조.

주43)

[대법원 1987.10.26. 선고 86후78, 79, 80 판결.](#)