

# 프랜차이즈 계약 법리에 관한 연구

- 외식업을 중심으로 -

A Study on the Legal Principles of the  
Franchise Agreement

- Focused on Food Service Industry Franchise Agreement -

오진권\*

## 목 차

- |                     |                   |
|---------------------|-------------------|
| I. 서언               | 3. 입지선정과 본부의 의무   |
| II. 프랜차이즈의 개념 및 종류  | 4. 상품 기타 물품의 공급   |
| 1. 프랜차이즈의 개념        | 5. 계약기간의 만료와 갱신거절 |
| 2. 프랜차이즈의 종류        | 6. 계약의 해지         |
| 3. 프랜차이즈의 경제적 기능    | 7. 영업권의 양도        |
| III. 프랜차이즈계약의 법적 성질 | 8. 가맹금, 로열티, 보증금  |
| 1. 서설               | 9. 영업표지의 사용허락     |
| 2. 프랜차이즈계약의 내용      | V. 결언             |
| IV. 프랜차이즈계약과 독점금지법  | □ 참고문헌            |
| 1. 서설               |                   |
| 2. 본부의 주의의무         |                   |

\* (주) 놀부 대표이사

## I. 서 언

(1) 오늘날 새로운 상행위로 취급되는 프랜차이즈 사업(franchise business)은 국내에서 해를 거듭할수록 변창해 가고 있다. 외국과 달리 프랜차이즈에 대한 이론적 연구가 적어서 국내의 정확한 통계는 나와 있지 않지만 1980년대 중반 이후 외식업계를 중심으로 비약적으로 확산되어 온 프랜차이즈 사업은 96년을 기준으로 3천여개의 체인본사와 15만개의 가맹점이 있는 것으로 추산되고 있다.<sup>1)</sup>

이러한 성장추세는 국내시장 개방과 맞물려 외식사업은 물론 의류업이나 교육 혹은 법률서비스나 의료 분야와 같은 전문 서비스분야로까지 확대될 것으로 전망된다.

문제는 프랜차이즈와 같은 독특한 성격을 지닌 새로운 상거래를 기존의 법제도로 규율하는 데는 한계가 있다는 것이다. 새로이 등장하는 상거래 유형이 대개 그러하듯이 프랜차이즈 경우에 있어서도 대상업종이 다양해지고 점포수가 증가함에 따라, 창업에 관심을 두고 있는 소비자의 욕구충족이라고 하는 순기능만을 달성하는 것이 아니라, 법제도의 공백을 남용한 불공정 또는 부당한 거래관행의 사례가 늘고 있기 때문이다.

이와 관련하여 1980년대 후반 이후 프랜차이즈와 관련된 불공정거래 행위의 사례가 점증함에 따라, 공정한 거래질서의 유통 및 가맹점주의 보호 등을 위한 제도적 장치를 마련할 필요성이 관련업계를 비롯하여 정부관계부처에서 지속적으로 거론되어 왔고 업계 자체로는 98년 2월 한국프랜차이즈 협회(KOREA FRANCHISE ASSOCIATION)가 결성되어 자체적인 자율의 움직임을 보이고 있는 실정이다.<sup>2)</sup>

(2) 국내의 프랜차이즈 사업은 '95체인브랜드 가이드 북'이나 KFA 가입 회원들을 보더라도 프랜차이즈 전업종 중에서 외식업이 가장 큰 비중을 차지하고 있다.<sup>3)</sup>

그러나 외식업체 프랜차이즈 중에서도 외국계 프랜차이즈와 국내 자생프랜차이즈는 확연한 구별이 되고 있다. 외국계 프랜차이즈의 경우 수년간 축적된 노하우를 통해 충분히 검증된 사업으로서 운영

---

1) 한국의 산업 경쟁력을 키우자, 매일경제신문(1998년 2월16일). 미국의 경우 프랜차이즈 점포수는 1992년 558,125개로 서 매출액은 81032억 달러이고, 고용인원만도 총 800만 명으로 조사되고 있다. 한편 일본의 경우에는 1993년 기준으로 총 점 포수는 131,506개이고 매출액은 10조 9천만엔에 이르고 있다.

2) 한국프랜차이즈 협회(KFA)는 1998년 2월 창립총회를 열어 사단법인을 추진중이며 1998년 4월까지 총 170개 회원업체가 가입할 것으로 예상되고 있다.

3) 95 한국 체인브랜드 가이드북에 의하면 조사대상가맹점 중 가맹조건 상황을 근거로 볼 때 외식업이 전체의 52.9%, 소매업 이 28.4%, 서비스업이 18.7%로 조사되고 있다.

에 관한 매뉴얼이 정비되어 있는 반면 국내 외식업의 경우에는 프랜차이즈에 대한 역사가 짧을 뿐만 아니라 여러가지 성장의 장애요인으로 인해 프랜차이즈 매출규모에 걸맞는 사업의 이론적 토대를 구축하지 못하였다.<sup>4)</sup> 이렇게 노하우가 충분히 형성되지 못한 상태에서 영세업체가 난립하는가 하면 법률의 공백을 악용한 부실·사기성 본부로부터의 피해가 속출하고 있는 실정이다.

따라서 본 소고는 프랜차이즈 계약관계에 있어서 약자의 입장에 있을 수 있는 가맹점주들의 정당한 권익과 건전한 거래관행 형성을 통해 외식업계 전반의 수준향상과 그 이론적 기본토대 형성에 의미를 두었으며 그 첫번째 순서로 프랜차이즈 계약에 대한 법리를 집중적으로 정리하였다.

그러나 아직 프랜차이즈 사업의 건전한 육성이 미흡한 우리 실정에서 외식업 프랜차이즈 계약관련 사항만을 별도로 취급하기에는 여러가지 난점이 있을 뿐만 아니라 프랜차이즈의 기본적인 개념에만 충실한다면 업종에 관련없이 대동소이한 골격의 계약형태를 취하고 있기 때문에 일반적인 프랜차이즈의 계약관행과 법리위주로 다루었고 세부적인 분야별 논점에 대해서는 차후로 미루었다.

## II. 프랜차이즈의 개념 및 종류

### 1. 프랜차이즈의 개념

프랜차이즈란 가맹본부가 일정 지역의 가맹점주에 대하여 자기의 상호·상표 등 영업을 상징하는 표지를 사용하여 상품 또는 서비스를 판매하거나 기타 영업을 할 수 있는 권리를 부여함과 동시에 영업에 대하여 일정한 지원·통제를 하는 시스템을 말한다.<sup>5)</sup>

한편, 가맹본부는 영업에 관한 노하우를 제공하거나 상품을 공급하고, 가맹점주는 가맹본부에 대하여 그 대가로서 가맹비, 보증금 또는 로열티나 상품대금 등을 지급하는 계속적 채권관계를 말한다.

프랜차이즈라는 영업형태가 가맹본부의 상호·상표 등을 사용하고 그의 지원 통제하에 영업을 한다는 조건이기 때문에 상품의 제조업자로부터 계속적으로 상품을 공급받아 자기의 상호를 사용하여 판매하는 특약점과 구별되고, 본인의 명의로 거래하는 위탁판매인도 다른 개념이다.<sup>6)</sup>

가맹계약의 필수적인 요소는 상호·상표 등 영업을 나타내는 표지의 사용허락과 가맹본부의 가맹점주에 대한 일정한 영업상의 지원·통제 및 이에 대한 대가의 지급이다. 여기에 선택적으로 그 판매

4) 외식업의 성장 저해요인에 대한 연구로는, 오진권, 한국형 프랜차이즈의 전개기법, 호텔·외식경영연구 제5권 제1호, 1996, 218~220면 참조.

5) 최성근·정금식, 프랜차이즈 관행에 관한 연구, 한국법제연구원, 1994, 28면.

6) 정동운, 새로운 유형의 상행위(其三), 기업법의 행방, 1991, 293~295면.

기타 영업에 관한 노하우의 제공 또는 상품의 공급이 문제된다.

이중 특히 가맹점주에 대한 일정한 영업상의 지원·통제는 프랜차이즈에 의한 영업을 여타의 독립적인 영업형태와 구별 지우는 가장 특징적인 요소라고 할 수 있다.<sup>7)</sup>

이러한 지원·통제의 주된 목적은 가맹본부가 사용을 허락한 상호·상표의 신용도·인지도·선호도와 같은 경제적 가치를 유지하기 위한 것으로, 가맹점주의 '영업의 질'에 대한 관리가 그 요체를 이룬다.

## 2. 프랜차이즈의 종류

프랜차이즈는 크게 결합관계, 업종, 제공의 내용 및 가맹점주의 권한범위에 따라 다음과 같이 분류할 수 있다.

### 1) 결합관계에 따른 분류

프랜차이즈가 그 제공자 및 이용자가 서로 상이한 유통단계에 있으면서 수직적으로 결합할 수도 있고 동일한 유통단계에서 수평적으로 결합할 수도 있다. 이중 수직적 결합관계는 다시 제조업자·도매상 간 프랜차이즈, 제조업자·소매상 간 프랜차이즈, 도매상·소매상 간 프랜차이즈 및 제조업자·도매상·소매상 간 프랜차이즈로 분류할 수 있다.

### 2) 업종에 따른 분류

프랜차이즈는 대상이 되는 업종에 따라 크게 외식업 프랜차이즈, 소매업 프랜차이즈 및 서비스업 프랜차이즈로 분류할 수 있다.

### 3) 제공의 내용에 따른 분류

프랜차이즈는 가맹본부가 가맹주에게 무엇을 제공하는가에 따라 상품·상호형 프랜차이즈(product & name franchise)와 사업형 프랜차이즈(business format franchise)로 분류할 수 있다. 상품·상호형 프랜차이즈란 가맹점주에게 상호·상표 등 영업을 상징하는 표지의 사용을 허락함과 동시에 상품만을 공급하고 그 영업에 관한 노하우를 제공하지 아니하는 프랜차이즈를 말하며, 이에 대해 사업형 프랜차이즈란 상호·상표 등 영업을 상징하는 표지의 사용 또는 상품의 공급은 물론 점포의 선정, 직원교육, 사업확장, 광고, 시장조사 등 영업 전반에 관한 노하우를 제공받는 프랜

7) 상법 제46조 20항에서는 프랜차이즈를 「상호·상표등의 영위에 관한 행위」라고 정의하고 있는데, 이러한 표현만으로는 프랜차이즈의 본질을 정확하게 반영하고 있다고 보기 어렵다. 상호·상표등의 사용허락에 의한 영업은 단순한 상호·상표등의 라이선스 계약에 의해서도 달성될 수 있다. 따라서 이러한 행위와 프랜차이즈를 구별하기 위해서는 정의에 상호·상표등의 사용허락 이외에 '가맹점주에 대한 일정한 영업상의 지원·통제'를 수반한다는 의미가 담겨져야 할 것이다.

차이즈를 말한다.<sup>8)</sup>

#### 4) 가맹점주의 권한범위에 따른 분류

프랜차이즈는 가맹점주의 권한범위 또는 권한의 내용에 따라 단일지역 프랜차이즈(single-unit franchising)와 복수지역 프랜차이즈 (multiple-unit franchising)로 나눌 수 있고, 복수지역 프랜차이즈는 다시 지역개발 프랜차이즈(area development franchising)와 지역분할 프랜차이즈(master franchising)로 분류할 수 있다.

##### ① 단일지역 프랜차이즈

단일지역 프랜차이즈란 일정기간, 일정지역내에서 어떤 개인 또는 집단에게 하나의 점포에만 가맹점 영업을 하도록 하는 가장 보편적이고 전형적인 형태의 프랜차이즈를 말한다.

단일지역 프랜차이즈에 있어서는 대개의 경우 가맹점주가 일정기간 동안 일정지역내에서 독점적 영업권(exclusive right)을 가진다.

##### ② 복수지역 프랜차이즈

###### ㉠ 지역개발 프랜차이즈

지역개발 프랜차이즈란 일정기간, 일정 지역 내에서 어떤 개인 또는 집단에게 수개의 점포에 대하여 가맹점 영업을 하도록 하는 형태를 말한다. 지역개발 프랜차이즈에서는 가맹점주가 가맹본부와 지역개발계약(area development agreement)을 체결하고 개발수수료(development fee)를 지급한 후 일정지역에 대한 개발권을 매입한다. 이 경우 만일 가맹점주가 약정대로 해당지역을 개발하지 못하면 가맹본부는 계약을 취소하고 가맹점주의 권리를 박탈할 수 있다.

###### ㉡ 지역분할 프랜차이즈

지역분할 프랜차이즈란 일정기간, 일정 지역 내에서 어떤 개인 또는 집단에게 가맹본부로서의 권리를 부여하고, 이러한 권리를 부여받은 분할지역 가맹본부(subfranchisor 또는 master franchisee)가 다시 최종 가맹점주(subfranchisee)에게 하나 또는 수개의 점포에 대하여 가맹점 영업을 하도록 하는 형태를 말한다. 이 경우에는 물론 분할지역 가맹본부자신이 가맹점주가 될 수도 있다.

### 3. 프랜차이즈의 경제적 기능

프랜차이즈 시스템은 기존의 유통사업 운영방식과는 상당한 차이가 있다. 프랜차이즈본부와 이용

8) Poss A. McCallum, FRANCHISING, New York:John Wiley & Sons Inc., 1993, PP.1~2. 여기서는 최성근·정금식, 전계논문, 31면에서 재인용.

자에게 미치는 장·단점을 살펴보면 다음과 같다.

### 1) 가맹자에게 유리한 점

- ① 사업에 대한 아무런 경험이 없어도 가맹본부의 교육을 통하여 영업지식을 보충할 수 있다.
- ② 비교적 적은 자본으로 독립적인 사업주가 될 수 있다.
- ③ 본부의 상호나 상표, 서비스표 등의 영업권<sup>9)</sup>을 이용할 수 있다.
- ④ 점포의 입지선정, 내외장식, 직원교육, 자재 및 물품구입 등을 포함하여 전반적으로 영업운영상의 도움을 받는다.
- ⑤ 본부가 실시하는 전국적인 광고나 판촉활동의 효과를 공유할 수 있다.
- ⑥ 본부의 대량구매력이나 교섭력의 이익을 누린다.
- ⑦ 유능하고 경험 있는 가맹본부의 업무지도 등으로 사업실패율이 비교적 적다.
- ⑧ 적절한 지역적 안배를 누릴 수 있다.
- ⑨ 본부로부터 시장정보나 경험을 얻을 수 있고 새로운 기법이나 개발계획을 이용할 수 있다.

### 2) 가맹자에게 불리한 점

- ① 본부에게 로열티를 지급하여야 한다.
- ② 영업에 관하여 본부로부터 통제를 받는다.
- ③ 처음부터 능력과 자질을 갖춘 본부를 선별하기가 어려워서 위험을 감수해야 하는 경우가 있다.
- ④ 본부에 대한 의존율이 높아, 점주의 사업개성을 살리기가 어렵다.
- ⑤ 프랜차이즈영업 자체의 양도나 판매가 제한된다.

### 3) 가맹본부에게 유리한 점

- ① 중앙조직의 힘으로 커다란 위험부담없이 이윤을 획득할 수 있다.
- ② 타인의 자본을 통해 신속히 사업을 전개시킬 수 있다.
- ③ 전국적인 브랜드인지를 인용하여 신규사업 진출을 가능케 한다.
- ④ 해당 지역 영업에 밝은 사람을 체인점주로 이용할 수 있어 영업의 효율성을 기할 수 있다.

### 4) 가맹본부에게 불리한 점

- ① 사업유형에 맞는 체인점주를 선별 모집해서 폐점률(fail rate)을 줄여야 하는 부담이 있다.

---

9) 영업권이란 영업활동이 행해지는 가운데 성립한 영업상의 비밀, 노하우, 거래처 등의 경제적 가치를 가진 사실 관계를 말한다.

- ② 소수의 가맹점의 부실경영으로 본사의 이미지가 실추될 수 있다.
- ③ 시설이나 자재 사용에 관하여 체인점과 의견대립이 있을 수 있다.
- ④ 슈퍼바이저와 가맹점주간에 불신이 싹틀 수 있다.
- ⑤ 직영점과는 달리 당사자간에 의사소통의 문제가 있을 수 있다.
- ⑥ 품질이나 서비스에 관한 기준이 준수되는지를 감시하여야 한다.
- ⑦ 매뉴얼의 통일성을 기하다 보니 지역상권이 특수성에 대해 유연하게 적응하지 못한다.

이상의 장·단점을 종합적으로 검토해 볼 때 결국 가맹본부와 가맹점주 간에는 상호신뢰에 기초하여 긴밀한 협력관계를 유지하는 것이 공존·공영의 대전제가 된다 할 것이다.<sup>10)</sup>

### Ⅲ. 프랜차이즈 계약의 법적 성질

#### 1. 서설

프랜차이즈계약의 법적 성질은 상호·상표등의 영업표지에 대한 사용권의 설정과 더불어 영업상의 통제와 조력을 내용으로 하는 비전형의 계속적인 유상, 쌍무, 복합계약이다. 또 프랜차이즈 계약은 기존의 계약형태와는 다른 새로운 유형의 계약으로서 우리 상법에 규정되어 있는 다수의 기본적 상행위보다도 현실적으로 그 이용도가 활발한 실정이므로 마땅히 그 독자성이 인정되어야 할 것이다. 프랜차이즈 계약의 법적 성질은 다음과 같이 설명될 수 있다.<sup>11)</sup>

- 1) 프랜차이즈계약은 라이선스계약이다. 프랜차이즈계약은 상호, 상표, 서비스표, 로고 등의 사용권을 가맹점에게 설정하는 것을 기본요건으로하기 때문에 영업표지의 사용권설정을 내용으로 하는 라이선스계약이다.
- 2) 프랜차이즈계약은 가맹점의 영업에 대하여 가맹본부가 통제, 조력하는 특수한 계약이다. 기존의 계약관계에서는 독립적인 기업주체에 대하여 통제나 조력을 할 수 없으나 프랜차이즈계약에서는 가맹본부가 독립적인 가맹점의 영업에 대하여 통제를 가하거나 조력을 제공하는 특수한 계약이다.
- 3) 프랜차이즈계약은 계속적 계약이다. 프랜차이즈계약 담당자의 권리의무관계는 일회적 이행으로 종료되는 것이 아니고 일정기간 동안 계속적으로 이행이 필요한 계속적 계약이다.
- 4) 프랜차이즈계약은 유상계약이다. 가맹본부의 영업표식의 사용허가 및 각종 통제, 조력과

10) 법무부, 프랜차이즈의 법리, 법무자료 제115집, 1989, 14면.

11) 최영홍, 가맹상계약의 법률문제에 관한 연구 - 미국 프랜차이즈 계약을 중심으로-, 고려대 법학박사 학위논문, 1990, 44~45면.

가맹점의 가맹료(initial franchise fees) 지급 사이에는 대가관계가 있으므로 가맹상 계약은 유상계약이다.

- 5) 프랜차이즈계약은 쌍무계약이다. 가맹점은 가맹본부의 통제와 조력에 대하여 대가를 지급하여야 하고 가맹본부는 가맹료에 대하여 영업표지의 사용허가 및 가맹점의 영업을 지도, 통제하여야 하므로 프랜차이즈 계약은 쌍무계약이다.
- 6) 프랜차이즈계약은 복합계약이다. 프랜차이즈계약은 영업표지의 사용허가계약과 상품이나 서비스의 공급계약 그리고 영업을 지도, 통제할 것을 내용으로 하는 계약 등 여러가지 계약이 복합적으로 일체를 이루는 복합계약이다.
- 7) 프랜차이즈계약은 상사계약이다. 가맹본부는 이미 상호, 상표 등의 영업표지를 소유하고 있어야 하므로 상인이고, 가맹점은 아직 상인의 지위를 보유하지 못한 경우가 많겠으나 이 경우에도 가맹점이 되려는 자가 가맹본부와 프랜차이즈계약을 체결하는 것은 상행위를 영위하기 위한 개업준비행위에 해당하므로 프랜차이즈계약은 상사계약이다.

## 2. 프랜차이즈 계약의 내용

프랜차이즈계약은 프랜차이즈 본부와 가맹점 사이에 체결되는 계약으로서, 계약의 내용은 표준적인 약관에 의하여 정하여지는 것이 보통이다. 따라서 프랜차이즈계약의 법률관계도 이 약관의 내용에 따라 정하여지기 마련이다.

약관에 포함되는 내용은 프랜차이즈의 종류에 따라 다르겠지만 일반적으로는 다음의 외식업체 프랜차이즈 계약서와 같은 사항 중심으로 일정한 변용을 가하고 있다.

주식회사 ( )를 본부(갑)로 하고 ( )를(을)로하여 다음과 같이 ( )에 관한 가맹점 계약을 체결한다.

### 제 1조(가맹점의 가입)

본부는 가맹점인 아래 점포에서 본부가 제공하거나 본부가 지정하는 상품을 판매하는 것을 승인함과 동시에 가맹점의 판매 활동에 대하여 본부는 적극적으로 협조하기로 한다. 가맹점은 주방 기기, 집기 부품 기타 본부가 지정한 점포 운영 비품을 구입해야 하며 본부가 지정한 품목 이외의 제품은 판매할 수 없다.

- 1) 가맹점 소유자 :
- 2) 주소 :
- 3) 점포 규모 : ( )m<sup>2</sup> ( )평



**제 2조(상표, 상호의 변용)**

본부는 가맹점에 대하여 본부가 소유한 상표 및 상호를 사용토록 하며 이를 사용함에 있어 본부가 승인하지 않는 범위에는 적용할 수 없다.

**제 3조(가맹금)**

가맹점은 본 계약 체결과 동시에 가맹금조로 일금 ( )원을 현금으로 본부에 납입하여야 한다. 가맹금은 어떠한 경우에도 반환할 수 없으며 계약기간 종료 후 재계약의 경우 가맹금은 재계약일 현재의 타 가맹점이 입금시키는 가맹금의 ( )%로 한다. 단, 점포 평수 ( )평 이상일 때의 가맹금은 ( )% 추가 계산하여 본부에 납입하여야 하며 재계약시의 가맹금도 이 비율에 의해 계산한다.

**제 4조(로열티 지불)**

가맹점은 매월 총 매출액의 ( )%를 로열티조로 본부에 지불하여야 한다. 지불기일은 익월 15일 까지로 하며 본부가 지정하는 은행 계좌에 입금토록 한다.

단, 개점일부터 월말까지 일자가 10일 미만일 때는 차월분과 합계하여 차차월 15일 까지 입금키로 한다.

**제 5조(계약기간)**

본 계약의 유효기간은 계약체결일로부터 ( )년간으로 하며, 기간 만료 6개월전 본부 및 가맹점 쌍방의 해약신청이 없으면 ( )년간 자동 연장되는 것으로 하며, 그 이후도 동일한 방법에 의하여 계약기간을 연장한다.

**제 6조(권리 이전의 금지등)**

가맹점은 본부의 승인없이 명의변경을 할 수 없으며, 본 계약서상에 결정된 권리를 제3자에게 양도하거나 담보로 제공할 수 없다.

**제 7조(대금 지불)**

1) 가맹점은 신규 개점의 경우 본부에 대하여 아래와 같이 해당대금을 지불하여야 한다.

- 주방기기, 집기, 비품 등 - 인도일까지
- 연수비 - 연수개시 전일까지
- 보험료 - 개점일까지

2) 가맹점이 본부로부터 공급받는 제품, 원재료, 소모품 기타의 용품에 대한 대금결제는 매월말을 기준으로 종합 계산하고 차월 10일까지 본부가 지정하는 은행 계좌에 입금시켜야 한다.

### 제 8조(과태료 지급)

가맹점이 제 4조 및 제 7조에 정한 각종 대금을 지정한 일자까지 지불하지 않을 때는 지급일로부터 15일까지는 5%, 지급일로부터 30일까지는 10%에 해당하는 과태료를 지불하여야 한다. 단 30일을 초과하여도 대금을 입금치 않을 때는 식자재공급 중단 등을 행할 수 있으며 가맹점은 이에 대해 이의를 제기할 수 없다.

### 제 9조(계약의 해제)

- 1) 가맹점이 다음의 행위를 하였을 때 본부가 일정 기간을 두고 그 시정을 최고하여도 이를 이행하지 않을 때 본부는 본 계약을 해약할 수 있다.
  - ① 계약상의 대금 지불이 3회이상 연체되었을 때
  - ② 가맹점이 본부의 신용을 현저히 떨어뜨린 행위를 하였을 때
  - ③ 가맹점이 본부의 지시나 담당 직원의 지시를 위반하거나 이행하지 않을 때
  - ④ 계약상의 각 사항에 대한 위반 행위가 있을 때
- 2) 가맹점이 다음의 행위를 했을 때 본부는 최고 없이 즉시 본 계약을 해제할 수 있다.
  - ① 가맹점이 발행한 수표, 어음 등에 부도가 발생할 때
  - ② 가맹점이 가압류, 가처분, 강제 집행, 경매, 대납 처분등을 받거나 파산, 회사정리, 특별 청산 등의 신청을 했을 때
  - ③ 가맹점의 신용 상태가 극히 악화되어 물품 대금 등의 지불이 곤란할 때 단, 계약해제시에는 가맹점이 본부에 지불해야 하는 일체의 대금은 본부가 해약 통보를 한 날부터 3일 이내에 현금으로 본부에 입금시켜야 한다.

### 제 10조(본 계약 종료 후의 처리)

본 계약 종료후 가맹점은 다음의 의무를 이행하여야 한다.

- 1) 영업의 즉시 중지
- 2) 제 2조에 정한 상표, 상호 기타 표시물의 사용 금지
- 3) 제 21조에 정한 간판 등의 철거
- 4) 계약 종료후 2년간은 동일 장소에서 동종 또는 유사 영업 행위 금지
- 5) 본부로부터 구입하거나 본부가 지정한 업체로부터 구입한 주방 기기, 집기 비품, 영업용 비품 등의 처분은 반드시 본부와 합의한 후 하여야 한다.

### 제 11조(비밀 업무 의무)

가맹점은 본 계약상 혹은 점포 운영상 취득한 본부의 영업에 관한 기밀사항을 계약기간 중이거나

종료 후에도 제3자에게 누설해서는 안된다. 만약 본부의 노하우에 관한 사항을 외부 제3자에 누설하여 본부가 불이익을 당하였다고 생각될 때는 본부는 손해 배상을 청구할 수 있으며 가맹점은 이에 대해 이의를 제기할 수 없다.

### **제 12조(해석)**

만약 본 계약 각 조항에 대한 이의가 있을 때 본부와 가맹점은 성의를 갖고 문제를 해결키로 한다.

### **제 13조(종업원 스카웃 금지)**

가맹점은 본부 직영 또는 타 가맹점으로부터 점포 관리자 및 파트타임 아르바이트 종사원을 사전 양해 없이 임의로 선발할 수 없다.

### **제 14조(교육 훈련)**

- 1) 가맹점은 경영자 및 점포 종사자를 선발하여 본부가 지정하는 장소와 지정하는 기간에 걸쳐 필요한 교육을 이수시켜야 한다.
- 2) 훈련에 소요되는 비용은 별도로 정한다.

### **제 15조(개점)**

가맹점은 점포디자인, 내장공사, 레이아웃, 주방시설 등을 본부가 입안 설계한 내용대로 시행하여야 하며, 가맹점 임의로 제반 공사를 시행할 수 없다. 단 본부는 제반공사에 필요한 지도를 직접 행하거나 제 3자에게 위임하여 지도할 수 있다.

### **제 16조(경영 지도 등)**

본부는 필요한 경우 본부사원이나 슈퍼바이저를 파견하여 아래와 같은 경영지도를 할 수 있다. 단 파견에 따르는 경비를 그 범위와 정액을 따로 정하여 시행한다.

- 1) 본부가 제공하는 각종 원재료 및 제품에 관한 특성 및 사용 방법
- 2) 당해 점포의 시장분석
- 3) 당해 점포의 매출 증진에 관한 사항
- 4) 당해 점포의 경영, 경리, 세무 담당
- 5) 기타 종업원 교육 지원 등

### **제 17조(영업보고 의무)**

가맹점은 본부가 지정하는 양식으로 영업보고서를 작성, 매월 단위로 익월 5일까지 본부에 보고하여야 한다. 지역 슈퍼바이저 또는 본부파견 직원이 가맹점의 장부를 열람할 수 있으며 가맹점

은 이를 거부할 수 없다.

### 제 18조(보험 가입)

가맹점은 당해 점포에 대하여 본부가 지정하는 보험에 가입하여야 한다.

### 제 19조(위생관리)

가맹점은 식품위생법 등 식품에 관한 각종 법규준수 사항을 철저히 이행하여야 하며 위생상의 문제에 대한 책임은 전적으로 가맹점에 있다.

### 제 20조(영업 시간)

가맹점의 휴무 및 영업 시간은 사전에 본부와 협의하여 결정하여야 하며 본부의 승인 없이 임의로 변경할 수 없다. 단, 종업원은 영업시간중 본부가 지정한 유니폼을 착용하여야 한다.

### 제 21조(광고, 선전)

가맹점은 판매촉진 등을 위한 캠페인 실시 신문, 잡지, 라디오, TV 등 광고매체를 이용해 광고, 선전 행위를 할 때에는 반드시 사전에 본부와 협의해야 한다. 또한 본부가 전국적으로 실시하는 광고선전 등에 대한 소요 비용은 본부의 방침에 따라 일부를 분담해야 한다. 단 본부는 사전에 광고 및 선전의 실시방법, 시기, 소요비용 및 당해 가맹점 분담금 내용 등을 사전에 가맹점에 통보하여야 한다.

### 제 22조(관할 법원)

본 계약서상의 쟁송사건을 해결키 위한 재판청구 등 법률행위는 본부 소재지의 관할 법원으로 한다.

상기 각 조항의 약정을 증명하기 위하여 본 계약서 2통을 작성, 서명 날인한 뒤 본부, 가맹점에 각 1통씩 보관기로 한다.

서기	년	월	일
본부	0	0	0 인
가맹점 대표	0	0	0 인

## IV. 프랜차이즈계약과 독점금지법

### 1. 서설

독점규제정책은 공정하고 자유로운 경쟁질서의 촉진을 통하여 창의적 기업활동의 보장, 소비자 보호, 국민경제의 균형있는 발전을 도모하는 것을 긍정적인 목적으로 하고 있다.<sup>12)</sup>

프랜차이즈 계약에 있어서 프랜차이즈본부는 자신의 상호, 상표 등에 대한 이미지를 지키기 위하여 일정한 기준과 사양을 설정하고 그 준수를 위하여 여러가지 통제력을 행사한다. 즉 프랜차이즈계약의 기본속성상 프랜차이즈 본부의 통제력의 행사는 필연적이다.

이 경우 통제력은 가맹점의 내부적 영업행위와 외부적 영업행위에 미치게 되는 바, 내부적영업통제는 본부의 우월적 지위를 이용한 남용이 문제될 수 있고 외부적 영업통제는 가맹점의 대외경쟁에 제한을 초래할 수 있다.

특히 프랜차이즈 본부는 브랜드의 이미지를 지키고 통일적인 시스템을 유지하기 위해 끊임없는 통제력을 행사하게 된다.

그러나 가맹점의 입장에서는 경우가 다를 수 있다. 가맹점의 경우 영업상태가 활성화되어 소기의 성과를 거두었다면 모르지만 가맹점주가 원하는 수준의 매출이 달성되지 않을 경우 프랜차이즈 본부의 통제와 구속에서 벗어나 별개 행동을 하려는 것이 속성이다.

이와 같은 상태에서 프랜차이즈 본부와 가맹점간의 갈등은 발생된다. 이런 갈등은 본부의 경영지도 및 쌍방이 해결해 나가야 할 사적 문제이지만 결국 양자간의 입장차이가 좁혀지지 않을 경우 초기의 계약 내용으로 돌아가 문제를 처리하게 되며 이때의 계약 내용은 계약 당사자 쌍방의 이해관계에 절대적인 영향을 주고 있는 실정이다.

이와같은 상태에서 계약관계에서 발생될 수 있는 계약관련 조항의 법리와 독점금지법상의 문제가 될 수 있는 부분에 대해 살펴 본다.<sup>13)</sup>

12) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제1조 참조.

13) 미국의 입법례 중 프랜차이즈 계약과 관련되는 독점금지법 조문으로는 Sherman 법과 Clayton 법 제7조 Robinson-Patman법에 의하여 수정된 Clayton법 제2조 그리고 연방거래위원회법 제5조 등이 있다.

### 외식업 프랜차이즈 본부와 가맹점간의 갈등 사례

	갈등의 유형	갈등의 결과
가 맹 점 이 본 부 에 게 느 끼 는 갈 등	① 개점전 시설공사의 하자	개점의 지연으로 연결되어 가맹점주의 불만을 야기
	② 공급품목의 배달 지연	식자재의 변질및 영업지장초래
	③ 상권 보장의 불확실	가맹점에게 있어서 영업부실에 대한 구실로 등장할 가능성이 크며 본부에게 소송을 제기하거나 상권내 가맹점간 갈등을 야기시킴
	④ 반품규정의 불확실	본부에 대한 신뢰도를 떨어뜨림
	⑤ 초기 상권조사의 불충실로 입지선정이 잘못된 경우	영업부진이 계속될 경우 폐점으로 연결되며 그 책임소재에 대한 논란이 있음
	⑥ 본부의 재무구조가 불량한 경우	전반적인 경영지도가 어려우며 본부의 존립을 위협함
	⑦ 본부가 사회적인 이미지를 실추한 경우	전체적인 브랜드 이미지를 신뢰하는 고객들을 실망시켜 그 여파가 가맹점까지 연결됨
	⑧ 본부의 직영실적이 미비한 경우	시행착오를 거듭하여 신뢰도를 떨어뜨림
	⑨ 본부의 영업노하우 축적이 취약한 경우	본부의 수명이 단축됨
	⑩ 본부가 연계판매를 강요할 경우	합당성에 대한 논란이 있음
	⑪ 재계약시 갱신을 거절할 경우	거절사유의 합당여부를 놓고 갈등을 야기
본 부 가 가 맹 점 에 느 끼 는 갈 등	① 가맹점에서 임의로 규정외의 메뉴를 취급할 경우	일반고객에게 혼선을 빚게 함으로서 프랜차이즈의 통일성 유지를 불가능케 함
	② 메뉴가격을 임의대로 변경하는 경우	본부의 중앙통제를 위협하는 결과를 초래하여 본부의 제재를 받음
	③ 가맹점 측에서 결제대금을 지연할 경우	상호불신의 시초를 만들며 식자재공급 중단등의 사태가 발생할 수 있음
	④ 가맹점측에서 무리한 광고 요구 또는 영업지원을 요청할 경우	빈번하게 일어날 수 있으며 특히 매출 부진시 빈출함
	⑤ 임의대로 타인에게 양도를 하는 경우	본부의 경영이념을 재전달해야 하는 문제 발생
	⑥ 본사의 노하우를 유출하는 경우	계약해지의 사유가 될 수 있음
	⑦ 규정된 메뉴를 변경하는 경우	수퍼바이저의 제재를 받거나 계약해지의 사유가 될 수 있음

## 2. 본부의 주의의무

프랜차이즈계약의 당사자 중에서 특히 본부에게 계약의 체결이나 이행 또는 강제에 있어서 어느 정도의 주의의무를 기대할 것인가 하는 것이 중요한 문제로 등장한다. 이하에서는 계약의 내용에 따라

본부에게 고도의 주의의무를 요구할 수 있는 영역과 고도의 주의의무까지는 아니라고 하더라도 특별한 주의의무를 요구할 수 있는 영역, 그리고 계약법상의 일반적인 주의의무를 요구할 수 있는 영역이 어떠한 것인지를 구분지어 살펴보기로 한다.

### 1) 본부의 행위에 고도의 주의의무 내지 충실의무(fiduciary obligation)를 요구할 수 있는 영역

본부와 가맹점이 고도의 신뢰관계하에 있는 경우에는, 가맹점이 전문지식을 얻기 위하여 본 부에 의존하고 있기 때문에 여기에 관한 계약상의 내용은 불완전하거나 유보적(open ended) 인 것이 많은데, 이 불완전하고 유보적인 부분은 본부의 고도의 주의의무로 보충하여 주는 것이 합리적이다.

본부에게 이러한 의무가 존재한다고 하기 위하여는 계약규정의 적용이, ① 가맹점이 본부의 전문지식에 의존하고 있고, ② 전문지식과 교섭력에 있어서 본부가 우월한 지위에 있으며, ③ 규정의 내용이 불완전하거나 유보적 또는 계약을 이행할 때 많은 융통성을 필요로 하며, ④ 특별히 외부적 동기가 있는 경우를 제외하고는 본부와 가맹점의 이해가 일치한다는 요건을 충족하고 있어야 한다.

계약서 중에 이러한 요건을 충족하는 규정이라고 볼 수 있는 것으로는 입지선정, 교육, 훈련, 연수, 광고, 점포의 설비 및 장식, 개점과 자금의 지원 및 알선에 관한 규정 등을 들 수 있겠다.

### 2) 본부의 행위에 정당한 이유(good cause)를 요구할 수 있는 영역

본부와 가맹점 사이에 고도의 신뢰관계가 전제되어 있다고는 볼 수 없어 본부에게 고도의 주의의무 내지 충실의무를 요구할 필요는 없지만, 그렇다고 계약법의 일반적인 해석원리대로 해석하면 본부가 권한을 남용할 가능성이 있어서, 본부의 행위에는 정당한 이유나 부득이한 사유가 있을 것을 요구할 수 있는 영역이다.

본부에게 이러한 의무가 존재한다고 하기 위하여는 계약규정의 내용이, ① 계약상의 내용을 결정하거나 이행하는 데 있어서, 본부가 가맹점에 비교하여 거래상의 우월한 지위에 있고, ② 규정의 내용이 불완전하거나 유보적이어서, 그해석이나 이행에 있어서 융통성을 요하거나 또는 당사자의 주관적인 의도나 기대가능성에 대해 법원의 판단을 필요로 하고, ③ 본부가 해당 규정을 근거로 재량권을 남용하지는 아니할 것이라고 가맹점이 정당하게 기대하고 있다고 예상할 수 있어야 한다.

프랜차이즈계약서 중에서 이러한 요건을 충족하는 규정이라고 볼 수 있는 것으로는, 상권의 범위, 경쟁의 금지, 상품 기타 물품의 공급, 영업권의 양도, 계약의 해지와 갱신거절, 영업시간, 상품의 가격, 회계감사 등이다

### 3) 본부에게 계약법상의 일반적인 주의의무(implied obligation of good faith and fair dealing)만 요구되는 영역

명시되어 있는 계약상의 내용을 계약법상의 일반적인 해석원리대로 해석하여도 불합리한 해석이

되지 아니하는 경우에는 본부에게 계약법상 일반적으로 요구되는 주의의무 외에 특별한 주의의무를 부과할 필요성이 없을 것이다. 프랜차이즈계약서 중에서 이러한 요건을 충족하는 규정이라고 볼 수 있는 것으로는, 가맹금, 로열티, 중재와 재판관할에 관한 규정 등을 들 수 있겠다.

### 3. 입지선정과 본부의 의무

프랜차이즈계약에서 본부가 사전에 수요예측 등 입지조건을 조사하여 만든 시장조사의 보고서는 가맹점이 되고자 하는 자에게 계약체결의 여부를 결정하는 가장 중요한 자료가 되고 있다. 더구나 본부는 축적된 노하우 및 전문적 지식을 이용하여 시장조사를 하고, 입지의 적격여부를 판단할 수 있는 잘 개발된 입지선정기준이나 전문가적 식견을 가지고 있다.

따라서 앞에서 설명한 바와같이, 본부에게는 가맹점에게 적절한 도움(reasonable assistance)을 줌으로써 가맹점이 부적당한 입지선정으로 경영상의 위험상태에 빠지지 아니하게 해야 할 고도의 주의의무가 요구된다고 할 것이다. 그러므로 본부는 제안된 입지를 승인할 것인지 아니면 합리적 근거가 없는 입지라고하여 부인할 것인지 등을 판단할 때에 위와 같은 주의의무를 다하여 행동하여야 한다.

본부의 이러한 의무는 수탁자인 본부가 신탁관계에서 수익자 위치에 있는 가맹점의 최대이익을 위하여 행동할 고도의 주의의무 즉, 충실의무에서 나온다고 보는 것이 합당하다 하겠다.

### 4. 상품 기타 물품의 공급

프랜차이즈에서 대부분의 경우는 가맹점이 본부로부터 상품 기타의 물품을 공급받아 영업을 하고 있다. 프랜차이즈 계약서에서, 본부는 가맹점에게 물품을 공급할 의무를 지고, 가맹점은 본부에서 공급받은 물품을 구입하여 영업할 의무를 진다고 하여 명시되어 있는 것이 대부분이다. 여기서는 이러한 프랜차이즈관계에서 발생하는 본부의 물품공급의무와 가맹점의 물품구입의무와 관련한 몇가지 특수한 법률문제를 살펴보기로 한다.

#### 1) 본부의 물품공급의무

본부의 물품공급의무와 관련하여 현실적으로 주로 문제되는 것은 가맹점의 계약불이행이 있을 경우에 본부의 물품공급의무는 면제되는가이다.

이 경우에 본부가 장래적으로 물품의 공급을 거절하더라도 부득이하다고 일반적으로 이해되는 정도의 계약 의무 위반행위가 가맹점에게 있었던 경우에 한하여, 그 위반의 정도에 상응한 한도에서 공급을 거절할 수 있다고 본다. 왜냐하면 물품의 공급에 관한 규정은 그 내용이 불완전하거나 유보적(open ended)이어서 융통성이 많은 규정이기 때문에 본부가 거래상의 우월한 지위를 이용하여 재량



권을 남용할 가능성이 있다. 따라서 앞에서 설명한 바와 같이, 장래적으로 본부가 물품의 공급을 거절하기 위하여는 정당한 이유(good cause) 내지 부득이한 사유가 필요하다고 볼 것이기 때문이다.<sup>14)</sup>

## 2) 가맹점의 물품구입의무 (연계판매의 합의)

프랜차이즈시스템은 본부의 지도하에 동일한 이미지로 통일적으로 영업을 전개한다는 의미가 있기 때문에 본부가 상품의 품질을 유지한다거나 동일한 이미지를 유지하기 위하여 가맹점이 판매할 상품은 물론이고 판매할 상품도 아니더라도 포장용품, 비품, 사무용품, 기계용구 등 영업에 필요한 각종의 물품을 본부로부터 구입해야 한다는 내용을 계약서에 규정하고 있는 경우가 많다.

그러나 본부가 자기의 상호나 상표 등 영업표지의 신용유지 내지 상품의 품질유지의 필요에서 인정되는 합리적 범위를 초과한 경우, 예컨대 명백히 현재보다 유리한 공급자가 있음에도 불구하고 반드시 본부에서 공급하는 물품의 구입을 가맹점에게 강제하는 것은 소위 연계판매(franchise tie-ins)의 합의에 해당되어 독점금지법상의 문제를 야기시킬 수 있다.

연계판매의 합의란 공급자가 하나의 상품(연계상품:tying product)을 판매하면서 그 상품과 통상 기능적으로 연관하는 다른 상품(연계된 상품:tied product)도 아울러 구입할 것을 합의하거나, 또는 다른 공급자로부터는 그 상품(연계된 상품)을 구매하지 아니한다는 것을 조건으로 판매의 합의를 하는 것을 말한다.<sup>15)</sup>

그런데 프랜차이즈계약에서 당사자가 이러한 연계판매의 합의를 하게 되면 가맹점은 연계상품외에 연계된 상품도 다른 공급자로부터는 구매할 수 없게 되고, 또한 연계된 상품의 공급자 입장에서는 연계판매의 합의의 효력이 미치는 범위 내에서는 그만큼 경쟁을 제한 받게 된다.

특히 미국에서는 연계판매의 합의가 지니는 이러한 경쟁 제한적인 성격 때문에 Sherman법 제1조(경쟁제한행위의 금지) 또는 Clayton법 제3조(경쟁자의 상품을 사용하지 아니하는 협정)의 저촉 여부와 관련하여 많은 논란의 대상이 되어 왔다.

전통적으로 미연방대법원은 3가지 요건 즉, ①구별되는 두 종류의 별개상품 또는 서비스간의 연계 판매일 것, ②연계상품 시장에서의 경제적 지배력이 연계된 상품 시장에서도 중대한 제한으로 작용하기에 충분한 경제적 영향력을 가질 것, ③연계판매의 합의가 연계된 상품 시장에서의 거래량에 영향을 미칠 것이라는 요건을 충족하면 연계판매는 자체위법(per se illegality)하다고 판단하여, 연계판매의 위법성을 주장하는 원고에게 연계판매로 인한 반경쟁적 효과를 입증할 책임을 면제시켜주었다.

그러나 연방대법원이 이 세가지 요건과 관련하여 세부적인 면에서 명확한 기준을 제시하지 못하였

14) 임재호, 프랜차이즈 계약의 내용과 해석 원리, 제남 강위두박사화합기념 상사법 논총, 1996, 118면.

15) 광의의 연계판매에는 전품목 강매(full-line forcing)와 묶어 팔기(block booking)도 포함된다.

기 때문에 구체적인 사건에서 많은 혼란들이 존재하였다. 이로 인하여 최근에는 설사 프랜차이즈계 약 당사자 사이의 구체적인 연계판매의 합의가 위의 세가지 자체위법 요소를 갖추고 있다고 하더라도 그 합의를 정당화시킬 수 있는 합리적 이유가 있으면 위법이 아니라고 하고 있다.

예컨대 '새로운 업종'이라거나, '연계상품과 연계된 상품을 단일상품'으로 볼 수 있는 경우, '대체재의 사용이 곤란한 경우' 등에는 합리성원칙(rule of reason)을 적용하여 연계 판매의 합의는 위법이 아니라고 하고 있다. 이 합리성원칙에 의할 경우에는 위 자체위법 의원리에 의할 경우와는 달라서 원칙적으로 원고가 연계판매로 인한 반경쟁적효과에 대한 입증 책임을 부담하게 된다.

## 5. 계약기간의 만료와 갱신거절

1) 프랜차이즈계약에는 계약의 존속기간이 정하여져 있는 것이 보통이다. 계약기간에 대하여는 이를 규제하는 일반적인 법률이 없어, 원칙적으로 당사자가 합의로 설정한 기간이 그대로 효력을 지니게 될 것이지만, 계약기간이 지나치게 단기인 경우나 지나치게 장기인 경우는 문제가 될 수 있다.

계약기간이 지나치게 단기이면 가맹점이 투자자본을 회수하고 장래의 영업이익의 예상을 세울 여유도 없는 채 거래관계가 중단되어 버리기 때문이고, 반면에 계약기간이 지나치게 장기이면 당사자의 계약으로부터 이탈할 자유 즉, 계약자유 원칙에 반하게 되기 때문이다.

2) 여기서 가맹점의 지위 보호와 관련하여 특히 법률적으로 문제가 되는 것은, 우리나라처럼 단기의 계약기간을 두고 있는 경우에 계약기간이 만료하면 자연적으로 계약관계는 해소되는 것인가? 그리고 본부는 계약기간이 만료하면 자유롭게 계약갱신을 거절할 수 있는가? 하는 점이다.

생각하건대, 이 문제는 궁극적으로는 자유경쟁의 범위내에서 본부의 계약관계해소의 자유와 프랜차이즈의 특성에서 기인하는 가맹점의 기대이익의 보호를 어떻게 균형있게 조화시킬 것인가의 문제라고 생각한다. 일반적으로 말하면 프랜차이즈계약에서의 본부는 누구를 사업의 동반자로 삼고 영업을 할 것인가를 선택할 수 있는 고유의 권리와 자유를 가지고 있으며, 또한 보다 높은 이익을 추구하기 위하여 기존의 가맹점과의 계약관계를 종료시키고 새로운 계약의 상대방과 새로운 판매·유통방식으로 체제적 전환을 하여 영업을 할 수 있는 독립적 결정권한이 있다.

이는 상거래의 기본원칙이자 독점금지법 아래에서도 당연히 인정되어지는 법원칙이다. 그러나 이러한 원칙은 프랜차이즈 계약관계가 가맹점의 투자자본의 보호라는 요청 때문에 거래의 계속성이 특별히 강하게 요청되는 영역이며 또한 당사자간에 상호의존성이 강한 계약관계라는 특성 때문에 본부의 위와 같은 재량권의 행사는 형평의 원칙에 의하여 일정한 제한을 받는다고 할 것이다. 왜냐하면 가맹점은 특별히 계약의 해지사유가 발생하지 아니하는 한 계약은 계속될 것을 기대하고 있고, 이를 전제로 가맹점은 본부나 다른 가맹점과 광고선전비를 부담하거나 본부의 지도나 조언아래 시장개척

을 위한 노력을 기울이며, 또한 설비투자를 하고 있는 것이 현실이기 때문이다.

여기서 가맹점의 이러한 노력이나 투자가 계약기간 중에 계속하여 행하여지고 있다는 것을 알고 있는 본부가 계약기간의 만료를 이유로 상품의 공급을 중단한다든지 갑자기 갱신거절을 통보하여 오면 계약이 계속될 것이라는 것을(본부의 행위에 비추어) 신뢰하고 지속적인 노력과 투자를 하여 온 가맹점에게 예기치 아니한 불이익을 주게 되어 형평의 원칙에 어긋나기 때문이다. 따라서 본부의 계약관 계해소의 자유라는 법원칙은 가맹점의 계약계속에 대한 신뢰의 정도, 계약종료에 의하여 입을 당사자의 이해득실, 프랜차이즈계약의 종류에 따른 일반적인 계약존속기간을 고려하여 일정 범위에서 합리적인 제한을 가해야 할 것이다.

미국의 코네티컷 주법에서처럼 가맹점이 계약에서 정한 중대하고도 합당한 의무를 이행하지 아니한 경우 즉 정당한 이유(good cause)가 있는 경우를 제외하고는 계약의 갱신 거절을 할 수 없다고 한, 입법례의 태도가 타당하다고 할 것이다.

## 6. 계약의 해지

프랜차이즈 계약관계에서 분쟁의 많은 부분은 우월한 지위에 서서 잠재적으로 남용하기 쉬운 거래 수단을 가지고 있는 본부가 계약해지권을 행사함으로써 발생한다.

따라서 프랜차이즈계약에서 계약의 해지사유는 그만큼 중요하다고 볼 수 있는데, 프랜차이즈계약에서는 계약기간이 정하여져 있는 경우이든 없는 경우이든 보통은 계약의 해지사유를 계약서에 명시하여 두고 있다.

해지사유로서 일반적으로 열거되고 있는 것으로는 가맹점의 채무불이행, 지급불능, 도산(압류, 가압류, 가처분, 경매, 파산 등), 가맹점의 극도의 경영부진, 본부의 지시위반 등이 있다. 그런데 해지사유가 '가맹점의 극도의 경영부진'이나 '본부의 지시위반'처럼 그 내용이 불명확하거나, 가맹점에게 일방적으로 불리한 사유가 규정되어 있다거나, 또는 주로 본부측에서 계약을 해지할 수 있는 사유만 열거하고 있는 경우에는 가맹점의 이익보호 특히 투자자본 회수이익의 보호라는 측면에서 문제가 된다. 이것은 계약법상으로 문제가 있을 뿐만 아니라 아울러 경제적으로 우월한 지위에 있는 자가 그 지위를 이용하여 경제적 약자에게 부당하게 불이익을 주는 즉, 우월한 지위의 남용이 되어 독점금지법상으로도 문제가 된다.

종래의 계약법상의 일반적인 법리에 의하면, 프랜차이즈계약도 다른 계약에서와 마찬가지로 계약의 당사자는 약정의 해지사유가 발생하면 자유롭게 계약을 해지할 수 있을 것이다. 그리고 본부의 입장에서는 계약규정의 위반이나 본부의 지시나 통제에 따르지 아니하는 가맹점을 프랜차이즈시스템에서 축출함으로써 당해 프랜차이즈시스템의 이미지나 신용도를 유지할 현실적인 필요성도 있을 것이다.

그러나 본부의 계약해지권의 행사에는 법률적으로 일정한 제한을 가하는 것이 타당하리라고 본다. 왜냐하면 본부가 약정해지사유의 발생을 이유로 해지권을 무제한적으로 행사할 수 있게 하면, 본부는 사실상의 우월적지위를 이용하여 해지권을 자칫 남용하기 쉽고, 또한 일반적인 경우에 가맹점은 프랜차이즈권을 행사하기 위하여 막대한 자본을 투자하는 것에 반하여 계약이 해지되는 경우에는 대부분 이러한 투자자본을 제대로 회수하기 곤란한 위험에 처하게 되기 때문이다.

이와 같은 이유로, 미국의 Connecticut주법에서는 가맹점이 계약에서 정한 중대하고도 합당한 의무를 이행하지 아니한 경우 즉 정당한 이유(good cause)가 있는 경우를 제외하고는 계약의 해지를 할 수 없다고 규정하고 있다. 프랜차이즈계약 해지권을 행사할 수 있는 정당한 이유로는 할당량의 판매부진, 품질기준의 불준수, 적정수준의 투자불이행, 적합한 영업장소의 미확보 등이 해당된다고 볼 수 있을 것이다.

## 7. 영업권의 양도

프랜차이즈계약상의 지위 특히 가맹점의 지위를 일종의 무체재산권처럼 일정한 조건하에서 제3자에게 양도하거나, 매각하는 것이 가능할 것인가? 프랜차이즈계약서 중에는 본부의 동의 없이는 가맹점의 지위 양도나 제3자에의 임대나 담보권설정 등을 금지하고 있는 것은 물론이고, 영업의 위탁이나 권한의 대행 등도 금지하는 규정을 두고 있는 경우가 많다.

프랜차이즈 계약관계는 본부의 가맹점에 대한 교육, 연수나 노하우의 제공 등을 통하여 형성되는 관계이기 때문에, 일반적인 계약관계보다는 당사자의 신뢰가 특별한 의미를 가지는 관계라고 말할 수 있다. 프랜차이즈계약관계의 이러한 특성을 고려하면 본부의 사전동의 없이는 가맹점은 영업권(프랜차이즈권)을 타인에게 양도할 수 없다고 말할 수 있다.

그렇다면 본부는 정당한 이유가 없이도 가맹점의 영업권양도를 부인할 수 있는가? 하는 것이 문제된다. 생각하건대, 본부가 가맹점 영업권의 양도를 정당한 이유도 없이 제한하는 경우에는 그 영업권을 획득하기 위하여 막대한 시간과 비용을 투자한 가맹점의 투자자본의 회수기회를 부당하게 제한하는 결과를 초래할 수 있다.

또한 영업권의 양도를 부인할 수 있는 절대적인 재량권을 본부에게 주면 가맹점을 본부의 잠재적인 권리의 남용하에 종속하게 한다. 따라서 이러한 잠재적인 힘의 불균형을 막기 위하여는 본부가 가맹점 영업권의 양도를 부인할 경우에는 정당한 이유(good cause)가 있음을 입증하여야 한다고 본다.

프랜차이즈계약서 중에는 가맹점이 사망 등의 사유로 영업을 계속할 수 없는 경우에는 그 상속권자의 권리를 최대한 보호하도록 배려하고 있거나, 가맹점이 부득이한 사유로 제3자에게 영업권을 매도하고자 하는 경우에는 본부가 이를 우선적으로 매수할 수 있는 선택권을 보유하도록 정함으로써 양당사자의 이익을 조화시키고 있는 것도 있다.

## 8. 가맹금, 로열티, 보증금

프랜차이즈계약을 체결하면 가맹점은 본부에게 가맹금(initial franchise fees), 로열티(royalties), 보증금 등으로 불리는 일정액의 금전을 지급하게 된다. 이러한 금전들은 프랜차이즈계약의 체결에 의하여 지급한다는 면에서는 동일하지만 그 성격에는 약간의 차이가 있다.

이러한 금전 중에 프랜차이즈계약을 체결할 때에 가맹금, 가입금, 계약금 또는 권리금이라는 이름으로 가맹점이 본부에게 지급하고 있는 것이 있는데, 이것은 가맹점으로서의 자격을 획득하는 것에 대한 대가 내지 프랜차이즈의 제공을 받는 대가로서 지급하는 것이다.

프랜차이즈의 내용은 프랜차이즈의 종류에 따라 다르기 때문에 이러한 가맹금 등이 무엇에 대한 대가이나 하는 그 범위도 다르겠지만, 일반적으로 영업표지의 사용허락, 노하우의 제공, 독점판매권의 부여, 점포의 입지조사, 개점전의 연수나 지도, 개점전이나 개점시의 지도원의 파견, 점포구조나 내외장에 대한 설계나 디자인, 경영지침서의 사용, 개점에 필요한 설비 등의 기획과 조달 및 선전 등에 대한 대가라고 볼 수 있다.

그리고 계약기간 중 가맹점이 매월 또는 매년 계속적으로 지불하는 것을 일반적으로 로열티라고 부르고 있는데, 이 로열티는 본부가 가맹점에 대하여 계속적으로 부여하는 지도나 원조에 대한 보수라고 생각된다. 로열티는 정률료금이나 고정료금으로 지급하고 있는데, 정률계산을 하는 경우에는 총매상의 몇 퍼센트라든가 이익의 몇 퍼센트라는 식으로 결정하는 것이 많다.

보증금은 본부가 가맹점에게 가맹점의 채무의 담보로서 교부하게 하고, 가맹점으로부터 채무의 불이행 등이 있으면 이것으로 충당하는 것을 말한다. 그런데 현실적으로 가맹점이 본부에게 지급한 금전이 가맹금인가 로열티인가의 여부가 불분명하여 다툼이 자주 발생한다.

프랜차이즈계약이 계약기간의 중간에 해지되었을 경우에, 계약 체결시에 본부가 받은 금전 중에 일부는 가맹점에게 반환하여야 하는가 하는 문제는 그 금전이 가맹금이었는지 로열티이었는지에 따라 결론이 달라질 것이기 때문이다. 일반적으로 말하면 계약자유의 원칙의 결과로 권리금 등의 이름으로 지급한 금전의 내용을 어떻게 정하는가는 당사자의 자유이다.

또한 가맹점이 계약체결시에 본부에게 지급하는 금전을 권리금이나 분담금이라고 부르든지, 가맹금이라고 부르든지 당사자의 자유이다. 문제는 계약체결시에 권리금의 이름으로 지급한 금전이 무엇에 대한 대가로 지급한 것이냐에 있다.

따라서 이 문제는 그 금전의 법적성질에 따라 판단할 것이지 어떤 이름으로 지급하였는가를 가지고 판단할 것은 아니라고 본다.

그러므로 권리금 등의 이름으로 지급한 금전이 가맹점이 개점에 앞서 연수를 받는 대가였다면, 이것은 이미 사용하여 없어진 것이 되어 계약해지시에 본부가 반환할 의무가 없다. 반면에 이러한 금전

이 가맹점이 본부의 영업표지를 사용하는 것에 대한 대가였다면, 영업표지의 사용에 대한 이익은 기간에 따라 균등의 비율로 상대방에게 귀속되는 것이 원칙이므로 계약해지시에 잔여기간에 해당하는 부분은 반환하여야 한다고 할 것이다. 판례도 가맹점이 계약체결시에 분담금이나 권리금이라는 명목으로 지급하였다고 하더라도 실질적으로는 일종의 로열티를 선불한 것이었다면, 잔여기간에 해당하는 금전의 반환청구는 가능하다고 하였다.<sup>16)</sup>

## 9. 영업표지의 사용허락

여기서의 영업표지는 하나의 영업을 표시하는 상호, 상표, 영업표등으로 본부와 본부로부터 사용허락을 받은 다수의 가맹점이 사용하는 것이다. 그리고 여기서의 영업표지는 본부의 영업표지와 동일한 영업표지 뿐만아니라 유사한 영업표지도 포함하는 것으로 해석할 수 있다.

그리고 프랜차이즈계약에서 사용허락의 대상이 되는 상호 등의 영업표지에 대한 권리는 무체재산권, 특히 공업소유권에 속하는 것이고, 공업소유권 중에도 특허권·실용신안권·의장권처럼 창작적인 권리는 아니고 소위 영업상의 표장에 관한 권리이다. 이 영업표지에 대한 권리는 배타성을 지니는 지배권으로서, 재산권이지만 인격권적 성질도 포함하고 있다.

프랜차이즈계약에 의하여 본부는 가맹점에게 위와 같은 내용을 가지는 영업표지를 사용하여 독자적으로 영업을 할 수 있는 권리를 부여한다. 영업표지의 사용권을 부여한다는 것은 영업표지의 소유권을 양도하거나 병존적으로 양도하여 공유관계를 설정하는 것이 아니라, 단순히 사용권을 부여하는데 지나지 아니한다. 따라서 영업표지를 제3자에게 사용허락하는 권능은 본부만이 가지고 있다. 가맹점이 가지는 영업표지의 사용권은 채권적인 권리고, 본부는 특정 가맹점에 대하여 이 사용권을 설정한 후에도 스스로 이것을 사용하거나 다른 자에게 그 사용을 허락할 수도 있다. 가맹점의 영업표지 사용권은 적극적으로 영업표지를 사용할 수 있는 권리 뿐만아니라, 소극적으로 침해자에게 이를 금지시킬 수 있는 권리도 포함한다. 따라서 가맹점이 아닌 자가 이 영업표지를 사용하면, 가맹점의 권리의 침해가 된다. 이 침해에 대하여, 본부와 가맹점간의 채권관계에 대한 제3자의 채권침해를 이유로, 각 가맹점은 침해자에게 사용금지를 청구할 수 있다. 물론 민법 제404조에 의하여 본부의 금지청구권의 대위행사도 가능할 것이다. 어떤 가맹점의 가까운 곳에서 비가맹점 즉 침해자가 침해행위를 하는 경우가 흔히 발생하기 때문에, 영업표지사용권의 침해에 대하여는 본부보다 오히려 가맹점의 이해관계가 큰 경우가 많을 것이다. 이 경우 가맹점 스스로가 원고가 될 수 있는 당사자적격을 가질 뿐만 아니라, 본부가 원고인 소송에 보조참가할 수도 있을 것이다.

16) 임재호, 프랜차이즈 계약의 체결·이행·종료, 상사판례연구 제7집, 1996, 31면.

그리고 가맹점의 영업표지 사용권은 시간과 지역과 사용방법에 있어서 제한을 받는다. 시간상의 제한은 계약기간 동안만 사용이 허락되는 것을 말하는데 이는 당연한 제한이라고 할 수 있지만, 지역적으로 제한하는 이유는 본부에게는 새로운 가맹점을 모집할 수 있는 근거를 마련하여 주고, 가맹점에게는 사용이 허락된 지역 내에서는 배타적으로 영업활동을 할 수 있도록 보장하기 위한 것이다.

그러나 이러한 지역적인 제한은 계약자유 원칙에 따라 사법상의 효력을 부인할 수 없으나, 새로운 가맹점의 가입을 차단하고 상품의 광범위한 이용 가능성을 제한하며 소비자 가격에 영향을 줌으로써 자유로운 경쟁을 제한하게 된다는 점에서 독점금지법상의 문제를 야기한다. 그리고 본부와 가맹점은 동일한 영업표지를 사용하므로 각 영업점이 본부의 직영점인가 지점인가 또는 프랜차이즈 가맹점인가 하는 것이 불분명할 수 있다.

여기서 고객이 가맹점을 본부의 직영점이나 지점으로 오인하여 거래한 경우, 그 거래에 대하여 본부가 책임을 부담하게 될 위험이 있으므로 본부는 이러한 위험에서 벗어나기 위하여 가맹점은 본부의 영업표지의 사용에 지점이라는 표현을 하지 못하게 하는 등 여러가지 제한을 가하고 있다.

그러나 본부가가맹점에게 영업표지의 사용을 허락함으로써 명의대여자책임(상법 제24조)이나 사용자책임(민법 제756)등을 지게 되는 경우도 있을 것이다.

## V. 결 언

프랜차이즈 계약이라 함은 당사자의 일방(가맹본부)이 타방(가맹점)에게 자기의 영업표지를 이용하여 영업을 하도록 허락하고 그 영업과 관련하여 통제, 조력할 것을 약정하며, 타방은 이에 대하여 대가를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 독립적 상인간의 계약이라 하겠다.

이러한 프랜차이즈 제도가 우리주변에서 쉽게 찾아볼 수 있을 정도로 많이 이용되고 있지만 프랜차이즈 계약에 대해서는 당사자간의 계약자유에 맡겨 두고 있는 실정이다.

그러나 프랜차이즈계약은 전혀 새로운 종류의 계약으로서 많은 전형계약의 요소를 포함하고 있으므로 어느 한 전형계약으로 프랜차이즈계약을 해결할 수 없다. 또한 프랜차이즈계약의 당사자인 본부와 가맹점간의 관계에 대하여는 이를 규율하는 법률의 규정이 전혀 없고 아직 국내의 판례도 형성되어 있지 아니하여 프랜차이즈관계의 규율은 오직 계약서의 해석에 의존할 수 밖에 없다.<sup>17)</sup>

17) 우리나라에서 프랜차이즈를 직접 규율하는 법규는 없고 이의 지원, 육성에 관한 약간의 규정 및 개별계약을 규율할 수 있는 법규로서 도·소매업진흥법, 도·소매업진흥법시행령, 도·소매업시행규칙, 소매상의 연쇄화사업 운영요령, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률, 상표법, 부정경쟁방지법 기타 민·상법이 이에 해당한다. 최성근·정금식, 전계 논문, 39~40면.

따라서 가맹점 입장에서 불리한 내용으로 계약을 체결한 경우와 경제적 약자를 보호하는 실질적 평등의 입장을 고려하여 약관규제법에 의한 내용통제를 모색해야 할 시점이라 하겠다.

또한 프랜차이즈거래질서가 정립되지 않은 경우에 흔히 발생하는 프랜차이즈 본부의 파산은 심각한 사회경제적인 문제를 야기시킴으로 프랜차이즈 본부가 파산한 때의 처리방법도 함께 고려해야 한다. 프랜차이즈 계약과 관련되는 법령의 제정에는 미국의 통일주법위원회가 작성, 공포한 프랜차이즈 및 사업기회에 관한 통일법(Uniform Franchise and business opportunities act)과 미국연방거래위원회가 제정, 공포한 연방거래위원회 프랜차이즈 규칙(Federal Trade Commission Franchising Rule) 및 연방 프랜차이즈 거래 규제규칙 지침(Guide To Federal Franchising Trade Regulation Rule) 등이 좋은 참고가 될 것이다.

프랜차이즈제도가 발생되고 활성화된 미국에서 '프랜차이즈-붐' 이후 프랜차이즈제도가 위기에 처했던 점을 고려할 때 우리나라에서도 정책적인 배려와 함께 관련입법이 필요한 시점이라고 생각한다. 그런의미에서 첫번째로 생각해 볼 수 있는 것은 미국의 여러 주의 예와 같이 프랜차이즈 관계법률을 제정하는 방법과 두번째로는 프랜차이즈제도나 조직을 관장하는 기관 즉 프랜차이즈협회 등을 통해 프랜차이즈 거래에 관한 표준적인 약관을 제정하는 것도 하나의 방법이 될 것이다.



## 참고문헌

### 〈 국내문헌 〉

#### (1) 단행본

- 김은성, 프랜차이즈, 을지서적, 1992  
 법무부, 프랜차이즈의 법리, 법무자료 제115집, 1989  
 이광중, 프랜차이즈 시스템 경영기법, 한국수퍼체인협회, 1987

#### (2) 논문

- 오진권, 한국형 프랜차이즈의 전개기법, 호텔·외식경영학연구 제5권 제1호, 1996.  
 강희갑·김숙자, 프랜차이즈 계약의 법적규제에 관한 연구, 명지대학교 사회과학논총 제6집, 1991.  
 김재범, 프랜차이즈 기업의 효율적 운용에 관한 연구, 연세대학교 경영대학원 석사학위논문, 1989.  
 김영환, 국제 프랜차이즈에 관한 연구, 고려대학교 경영대학원 석사학위논문, 1989.  
 박진용, 간이 음식산업 프랜차이즈 시스템에 있어서 경로구조 결정에 관한 연구, 연세대 경영학 석사학위논문, 1992.  
 박종희, 프랜차이즈경로상에서의 환경동태성, 경로간 경쟁 및 경로통제에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 1991.  
 신창락, 프랜차이즈 가맹점의 성과 결과 요인에 관한 연구, 국민대학교 경영학박사학위논문, 1993.  
 윤용석·임재호·최광준, 새로운 형태의 거래행위 - 리스, 팩토링, 프랜차이즈에 관한 연구, 법학연구 제36권 1호, 1995.  
 이영철, 프랜차이즈 계약에 관한 연구, 성균관대학교 법학석사학위논문, 1989.  
 이정자, 프랜차이즈 회계에 관한 연구-가입비 수익 인식을 중심으로-, 단국대학교 박사학위논문, 1987.  
 \_\_\_\_\_, 한국에서의 외식산업프랜차이즈에 관한 연구, 관광학연구 제9호, 1986.  
 임재호, 프랜차이즈 계약의 내용과 해석원리, 제남 강위두 박사 화갑기념 상사법논총(상), 1996.  
 \_\_\_\_\_, 프랜차이즈 계약의 체결·이해·종료, 상사판례연구 제7집, 1996.  
 정동윤, 새로운 유형의 상행위(其三) - 프랜차이즈에 관하여 -, 기업법의 행방, 1991.

최영홍, 프랜차이즈 관계에 있어서의 통제력, 「설성 이윤영 선생 정년기념 논문집 현대상사법의 제문제」 법지사, 1988.

\_\_\_\_\_, 프랜차이즈계약에 관한 연구 -미국 프랜차이즈 계약을 중심으로-, 고려대학교 법학박사 학위논문, 1990.

한국소매업협회, 프랜차이즈스토아 실태조사보고, 1987.

대한상사중재원, 모범상거래계약서집, 1996.

### 〈 외국문헌 〉

Mahmood A. Khan, Restaurant Franchising, 1992.

Ross A. McCallum, NewYork:John Wiley & Sons Inc. ,1993.

Andrew J.Sherman, The franchising handbook, New York:AMACOM, 1993.

William Lasher · Carl Hausman, Small-Business Franchises Made Simple, Bantam Doubleday Dell Publishing Group,Inc.,1994.

Martin Mendelsohn,The Guide to FRANCHISING 5th Edition, London:British Library Cataloguing in Publication Data,1992.

Joel Corman · Robert N.Lussier, SMALL BUSINESS MANAGEMENT, Library of Congress Cataloging -in-Publication Data, 1996.