

「프랜차이즈 경영가이드」 총서 12

## 「프랜차이즈」 분쟁사례 연구



산업자원부



사단  
법인

한국프랜차이즈협회

# 프랜차이즈 분쟁사례 연구

이 영 대

## 발 간 사

우리 협회는 2002년에 실시한 전국 프랜차이즈산업실태조사를 토대로 프랜차이즈 산업 발전을 위한 청사진을 만들고 실행계획을 하나씩 하나씩 추진해 나가고 있습니다. 그 첫 번째 사업으로 20개 업종별 「프랜차이즈 창업가이드 북」을 발간·보급한 바 있거니와, 이번에는 그 후속으로 「프랜차이즈 경영가이드 총서」를 성공적으로 발간하게 되어 가슴 뿌듯합니다.



유통혁신의 총아로 이미 선진각국에서 급성장하고 있는 프랜차이즈산업이 우리나라에 도입된 지 20여년 만에 토종 프랜차이즈사업을 중심으로 성장기에 접어들고 있으며, 특히 경제가 어려운 시기에 소규모 창업열기를 확산시켜 신규 고용창출에 크게 기여하고 있어 그 중요성이 점차 커지고 있습니다.

프랜차이즈 경영에 관한 자료 및 정보가 태부족한 우리 현실에서 체계적인 「프랜차이즈 경영가이드 총서」 발간은 우리 업계의 오랜 바램이었습니다. 프랜차이즈산업 발전을 위한 지적 인프라 구축사업의 일환으로 이번에 발간하는 경영가이드 총서는 총12권으로 출간되는 바, 각 경영분야별로 국내의 권위있는 전문가들이 집필을 담당하고 분야별 이론 및 국내·외 경영사례, 매뉴얼 등을 깊이 있게 연구·소개함으로써 우리나라에서는 처음으로 종합적, 체계적이면서도 전문성과 실용성을 두루 갖춘 프랜차이즈 경영실무서로서의 특성을 지니고 있습니다.

우리 협회가 심혈을 기울여 발간한 이 프랜차이즈 경영 총서는 앞으로 우리 프랜차이즈 업계의 경영현대화에 크게 기여할 것이며, 21C 대한민국 프랜차이즈산업을 이끌 인재육성 교재로 활용되는 한편, 보다 깊이 있는 학문적 연구의 기폭제가 될 것으로 믿어 의심치 않습니다.

이를 계기로 프랜차이즈사업을 전개하는 가맹본부 사업자는 우수한 사업 아이디어와 기업가정신으로 수많은 가맹점사업자들이 성공 경영을 이룩할 수 있도록 공존·공영의 길을 모색하는데 최선을 다해야 할 것이며, 저비용 실현을 위한 공동화사업 추진 등 공동의 발전과제를 꾸준히 발굴하여 풀어가야 한다는 점을 강조하고 싶습니다.

끝으로 「프랜차이즈 경영가이드 총서」를 발간할 수 있도록 적극 도와주신 산업자원부 유통정보서비스과 관계관 여러분과 밤낮으로 집필에 애쓰신 집필위원, 감수하시느라 고생하신 감수위원, 그리고 우리 협회 관계자들의 노고에 가슴 벅찬 감사의 말씀을 글로 전합니다.

2004년 1월

사단법인 한국프랜차이즈협회

회장 윤 홍 근 

## 프랜차이즈 경영가이드 연구 총서

연구부문		집필자	
		주요 경력	성 명
제1권	프랜차이즈 경영원론	경북대학 경영학과 교수(학과장) 한국경영컨설팅학회 이사 한국경제신문사 창업 자문위원	책임연구위원 박주현
제2권	프랜차이즈 본부 창업시스템 개발론	한국E&F 컨설팅 대표 핀란드 헬싱키 경제경영대학(Executive MBA)경영학석사 미국 Nova Southeastern University의 Fast Track MBA in Franchise Management 과정수료 미국 IFA의 CFE(Certified Franchise Executive)	책임연구위원 장재남
제3권	프랜차이즈 인적자원관리	전략기업컨설팅 원장 선문대학교경영학부 겸임교수 세종사이버대학교 겸임교수	책임연구위원 장수용
		전략기업컨설팅 연구위원 서울산업대학교 겸임교수 한국표준협회 전문위원	공동집필위원 한두성
제4권	프랜차이즈 입지 및 상권분석 연구	(주)비즈니스유엔 수석컨설턴트 비즈넷타임즈 상권분석 칼럼니스트 한국도시개발연구원 연구원 역임	책임연구위원 박민구
제5권	프랜차이즈 인테리어·디자인·디스플레이 사례연구	프랑스 국가건축사(D.P.L.G) 한국 건축사 김포대학 실내디자인과 겸임교수	책임연구위원 이승주
제6권	프랜차이즈 창업 및 운영에 관한 법률과 제도	경제학박사, 경영지도사 한국금융연수원 자문교수 배재대학 경영학부 겸임교수 대한상사중재원 중재인 중소기업청 서인천소상공인지원센터장	책임연구위원 조태현
제7권	프랜차이즈 정보·물류관리 시스템구축·운영 사례연구	한국창업컨설팅협회 회장 (주)비즈니스유엔 대표이사 한국사업정보개발원 원장	책임연구위원 이형석
제8권	프랜차이즈 본부 창업 및 운영실무	(주)큰돌F&B 대표이사 (사)한국프랜차이즈협회 부회장 가맹사업거래분쟁조정협의회 분쟁조정위원	책임연구위원 이병길
		(주)큰돌F&B 상임고문	연구위원 김현희
제9권	프랜차이즈 가맹점 창업 및 운영실무	중소기업청 중앙소상공인중앙센터장 가맹사업거래분쟁조정협의회 분쟁조정위원	책임연구위원 박광열
		(월간)창업&프랜차이즈 컨설팅사업본부장	연구위원 이강원
		사회연대은행 RM, 창업전문 컨설턴트	연구위원 이민재
제10권	프랜차이즈 본부 및 가맹점 평가척도 연구	(주)굿파트너비즈 대표컨설턴트 김성수 창업·경영연구소 소장 서울보건대학 유통과학과 객원교수 진로그룹 유통담당 임원 역임	책임연구위원 김성수
제11권	프랜차이즈사업 성공사례 연구	체인정보(주) 대표이사 체인본부 창업 및 경영 컨설턴트 선진 해외프랜차이즈 국내 도입 컨설턴트	책임연구위원 박원휴
제12권	프랜차이즈 분쟁사례 연구	법무법인 수호, 한국 및 뉴욕주 변호사 법학박사	책임연구위원 이영대

\* 이 연구 총서는 2004년 3월부터 누구나 한국프랜차이즈협회 홈페이지([www.ikfa.or.kr](http://www.ikfa.or.kr))공간에서 무료로 다운받아 활용하실 수 있습니다.

# C Contents

## 제1장 지적재산권 위반사례

- 제1절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(1):  
‘ROLEX’와 ‘ROLENS’가 유사하지 않다고 판시한 사례
- 제2절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(2)
- 제3절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(3)
- 제4절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(4):  
인터넷 도메인 네임과 상표법 및 부정경쟁방지법
- 제5절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(5)
- 제6절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 판례(6)
- 제7절 상표권 보호사례
- 제8절 도메인 네임 보유자를 보호한 사례
- 제9절 희석화이론에 관한 사례
- 제10절 인터넷 도메인 분쟁사례
- 제11절 프랜차이즈 상표권침해에 대한 사례
- 제12절 상표 관련 사례

## 제2장 정보제공의무

- 제13절 정보제공의무 불이행을 이유로 손해배상을 명한 사례
- 제14절 정보제공의무를 위반하지 않았다고 판단한 사례
- 제15절 가맹본부의 정보제공의무 위반을 부정한 사례

81
81
85
92
97
99
107
114
123
133
143
143
144
148
150
151
152
154
155
157

### 제3장 계약법 위반사례

- 제16절 계약의 성립을 부정한 사례
- 제17절 신의성실의 원칙 위반을 인정한 사례
- 제18절 가맹점을 동업으로 운영하다가 탈퇴한 자의 잔여재산 배분청구를 부정한 사례
- 제19절 프랜차이즈 계약상 채무 불이행이 업무상 횡령에 해당하지는 않는다고 본 사례
- 제20절 가맹본부의 프랜차이즈 계약상 명의변경의무를 부인한 사례
- 제21절 가맹본부의 원조의무 불이행을 인정한 사례
- 제22절 가맹본부의 지원의무 위반을 인정한 사례
- 제23절 가맹점의 채무 불이행을 인정한 사례
- 제24절 가맹본부의 고객확보의무를 부정한 사례

### 제4장 불법행위 책임

- 제25절 경쟁사가 가맹희망자를 유인한 것을 계약 침해에 의한 불법행위라고 보기 어렵다고 판단한 사례
- 제26절 근린방해에 의한 불법행위에서 가맹본부와 가맹점의 연대책임을 인정한 손해배상 사례
- 제27절 가맹본부의 표현책임을 부정한 사례
- 제28절 가맹점으로부터 손해를 입은 자가 사업본사에게 대위책임을 청구한 사건
- 제29절 가맹본부의 불법행위 책임을 긍정한 사례
- 제30절 가맹본부의 손해배상 책임을 긍정한 사례
- 제31절 가맹본부의 손해배상 책임을 부정한 사례
- 제32절 가맹본부의 책임을 긍정한 사례
- 제33절 가맹본부의 배상책임을 부정한 사례

161
161
163
164
164
166
168
170
175
177
179
180
183
185
187
191
204
205
206
208
210

## 제5장 공정거래법 위반

- 제34절 수직적 유통 제한에 관한 일반적 사례(1)
- 제35절 재판매가격 유지에 관한 일반 사례
- 제36절 수직적 거래 제한에 관한 기본 판례
- 제37절 재판매가격 유지에 관한 기본 판례
- 제38절 배타적 독점판매권에 관한 사례
- 제39절 연계판매에 관한 일반적 사례
- 제40절 독점금지법 관련 지적재산권 일반 사례
- 제41절 풀(pool)제의 위법성을 판단한 사례
- 제42절 강제 실시허락의 적법성을 인정한 사례
- 제43절 특허권에 의한 독점 확대를 위법으로 선언한 사례
- 제44절 수직적 제한에 관한 일반 사례
- 제45절 단체거래 거절에 대한 기본 판례
- 제46절 수평 결합에 관한 기본 판례
- 제47절 가맹점사업자의 독점적 배급권이 가맹본부의 배급권을 부정할 수 없다고 판단한 사례
- 제48절 끼워팔기에 관한 기본 판례
- 제49절 서비스와 제품의 결합에 관하여 끼워팔기로 인한 독점금지법 위반을 부정한 사례
- 제50절 상표 사용허락과 물품공급이 연계판매에 해당되지 않는다고 판단한 사례
- 제51절 자동차 딜러에 대하여 광고자금을 지급하고 동시에 특정광고사를 이용하도록 지정한 행위는 끼워팔기에 해당한다고 인정한 사례
- 제52절 연계판매계약의 전제인 시장지배력을 인정할 수 없어 독점금지법 위반의 점을 부인한 사례
- 제53절 보수유지 서비스를 연계한 계약이 독점금지법 위반에 해당된다고 판시한 사례

211

제54절 상표권 보유가 독점금지법 위반의 전제인 시장지배력을 당연 추정 하는 요소는 아니라고 판단한 사례

213

제55절 저작권을 연계판매 위반의 요소인 시장지배력의 근원으로 인정한 사례

215

제56절 재판매가격 유지에 관한 기본 판례

223

제57절 지역할당에 관한 사례

234

제58절 프랜차이즈 사업에서의 끼워팔기

241

## 제6장 해지

241

제59절 가맹본부의 일방적 경영형태 변경에 의한 해지의 효력을 부인한 사례

245

제60절 경고 절차를 생략한 해지의 효력을 부인한 사례

250

제61절 가맹점사업자의 채무불이행으로 인한 계약해지를 인정한 사례

262

제62절 가맹점의 채무불이행을 이유로 해지 및 원상회복을 인정한 사례

269

## 제7장 가맹사업거래공정화법 해설

295

## 제8장 유통산업발전법 해설

307

## 제9장 산업발전법 해설



## 서 문

본 연구는 프랜차이즈 사업을 시행함에 있어서 피해·분쟁사례를 수집, 검토한 것이다. 실제 최종 재판에 이른 경우로서 선례적 가치가 있는 판례를 분석 대상으로 삼았다. 가맹사업과 관련된 법률(상법, 지적재산권, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 유통산업발전법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등)이 적용된 국내의 판례도 주요 연구대상이 되었다. 아울러 프랜차이즈가 보다 활성화된 미국, 일본 및 대륙법계 국가들의 케이스를 다루어 향후 국내에서 발생할 수 있을만한 사례를 참고자료로 활용하였다. 단순한 사례의 나열이 아니라 쟁점별, 법적 구제절차별 분석을 통하여 실제로 피해의 우려가 있는 실무 당사자들이 직접적으로 효용을 얻을 수 있도록 체계적으로 구성했다. 국제 프랜차이즈 계약의 사례들도 포함하여 국제규범의 추세를 우리 법 해석에 반영하려는 모색과 노력을 담아 보았다.

이 가운데 기본법인 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 체계를 근간으로 사례를 분석하였다. 그 요지는 다음과 같다. 오늘날 현대 상거래나 기업법무에서 쉽게 볼 수 있는 프랜차이즈 사업은 날로 그 범위가 넓어지고 그에 따른 법률적 분쟁도 치열해지는 것이 현실이다. 그런데 프랜차이즈 사업의 속성상 경제적, 정보적 우위에 있는 가맹본부가 행사하는 통제력에 의한 힘의 불균형에서 기인하는 본부의 권한 남용의 가능성이 있다는 지적 하에, 이미 오래 전부터 가맹사업에 따른 부조리를 극복하기 위한 특별법의 제정이 필요하다는 주장이 제기되어 왔다.

이에 2001년 공정거래위원회는 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(안)」을 만들어서 그 입법을 위한 절차를 밟아왔다. 그리하여 2001년 6월에 상정된 본 법안은 2002년 5월 국회 본회의를 통과하여 공포되게 된 것이다. 그 주요내용은

- i) 가맹본부와 가맹점사업자가 준수해야 할 사항을 규정함으로써 가맹사업거래의 기본적인 모델을 제시하고,
- ii) 가맹본부로 하여금 가맹희망자에게 정보공개서를 제공하도록 하고, 허위·과장된 정보의 제공을 금지함으로써 가맹점사업자의 피해를 사전에 예방하며,
- iii) 일정한 경우 가맹본부로 하여금 가맹점사업자에게 가맹금을 반환하도록 하고,
- iv) 가맹계약서의 교부를 의무화하며,
- v) 가맹본부의 불공정거래행위 금지규정을 두고,
- vi) 가맹사업거래분쟁조정협의회의 설치근거를 두어 분쟁의 자율적인 해결을 통해 건설한 거래관계가 유지될 수 있도록 하는 것 등이다.

소자본과 경영의 경험 없이도 창업이 가능한 가맹사업(franchise)은 그 본래의 취지와는 달리 일부 가맹본부의 기만적인 가맹점 모집행위로 인해 가맹희망자에게 피해를 주고 있으며 가맹본부가 우월적인 지위를 남용하여 불공정한 거래행위가 이루어지기도 하였으나, 본 법의 제정을 통해 가맹점 모집과정의 투명성과 거래과정의 공정성을 확보함으로써 가맹사업분야의 공정한 거래질서를 확립하고, 건설한 가맹사업의 성장에도 기여할 것이다.

## 제1장

# 지적재산권 위반사례

제1절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(1):

‘ROLEX’와 ‘ROLENS’가 유사하지 않다고 판시한 사례

제2절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(2)

제3절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(3)

제4절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(4):

인터넷 도메인 네임과 상표법 및 부정경쟁방지법

제5절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(5)

제6절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 판례(6)

제7절 상표권 보호사례

제8절 도메인 네임 보유자를 보호한 사례

제9절 희석화이론에 관한 사례

제10절 인터넷 도메인 분쟁사례

제11절 프랜차이즈 상표권침해에 대한 사례

제12절 상표 관련 사례

## 제1장 지적재산권 위반사례

### 제1절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(1):

#### ‘ROLEX’와 ‘ROLENS’가 유사하지 않다고 판시한 사례

[판례]

1. 사건표시 : 대법원 1996. 7. 30. 선고 95후1821 판결

#### 2. 쟁점 및 판결 요지

▷ 쟁점

- 1) 2개의 상표가 유사해 보이더라도 일반적인 거래실정을 종합하여 수요자들이 상품 품질이나 출처에 관한 오인·혼동의 염려가 없을 경우에 그 등록이 무효인지 여부(소극)
- 2) 유사한 두 상표 “Rolens”와 “ROLEX”가 오인·혼동될 염려가 없어 상표법 제7조 제1항 제7호 등의 적용이 없다고 본 사례

#### 3. 판결요지

등록상표 “Rolens”와 선출원된 인용상표를 비교하면 등록상표는 그 출원 당시에는 시계류의 국내 일반 거래계에서 수요자간에 널리 알려져 있었고, 다른 한편 등록상표의 상품들은 중저가의 상품으로서 거래자 및 일반수요자는 일반적인 보통수준의 사람들인데 반하여, 인용상표의 상품들은 세계적으로 유명한 고가, 고품질의 시계로서 그 주요 거래자는 재력이 있는 소수의 수요자에 불과하며, 양 상표의 지정상품들은 외형과 품위에 있어서 현저한 차이가 있고, 기록상 국내에 인용상표의 지정상품들을 판매하는 대리점이 있다는 자료도 없거니와 이들 상품들을 정식으로 수입하여 판매된 자료도 나타나 있지 아니하는 등 인용상표의 지정상품은 국내에서는 공항 등의 보세구역 면세점에서 극히 소량 거래되고 있을 뿐이고 외국 여행객을 통하여 극소수 반입되는 정도에 불과한 바, 위와 같은 사정과 거래실정에 비추어 보면, 양 상표가 동일한 지정상품에 다같이 사용될 경우라도 거래자나 일반 수요자에게 상품의 품질이나 출처에 대하여 오인·혼동을 일으키게 할 염려는 없고, 이와 같이 등록상표가 상품의 품질이나 출처에 대하여 오인·혼동을 일으킬 염려가 없는 상표에 해당한다면 상표법 제7조 제1항 제7호, 제9호, 제10호, 제11호가 적용될 여지가 없다.

## [관련 법률지식]

### 4. 가맹계약의 특성

#### 가. 개괄

가맹계약이 가지는 특징적인 요소는 다음의 4가지를 들 수 있다. 즉, ①영업표지 등의 사용허가 ②가맹점사업자의 독립적인 지위 ③가맹본부의 통제·조력 ④가맹금의 지급 등이 그것이다. 위와 같은 특징들로부터 독점권, 가맹본부의 지원과 같은 권리의무들이 생겨난다. 이러한 가맹계약에 내재하는 특수성을 전제로 동법은 가맹본부의 가맹계약서의 교부의무, 가맹계약 종료사실의 통지의무, 가맹계약해지의 제한, 자율규약 등에 관하여 규정하고 있다.

#### 나. 요식계약

가맹본부는 가맹계약서(유의사항, 특수거래조건 등 가맹본부와 가맹점사업자의 권리와 의무사항을 기재한 문서를 포함한다.)를 가맹금의 최초 수령일전에 미리 가맹희망자에게 교부하여야 하고, 동 가맹계약서를 가맹사업의 거래가 종료된 날부터 3년간 보관하여야 한다.

#### 다. 상표 사용허락

가맹계약의 본질은 상호, 상표 등의 사용허락이다. 이를 통하여 가맹본부의 영업적 우월성을 가맹점이 차용할 수 있는 법적 근거가 마련된다. 상표법은 등록상표(登録商標)를 지정상품(指定商品)에 독점적으로 사용할 수 있는 권리를 법으로 정한 것을 말한다. 일반 사회에서 말하는 상표란 기업의 상품이나 서비스에 붙이는 마크 또는 심벌 등을 총칭하는 것으로서 상품이나 서비스의 얼굴이라고 말할 정도로 중요한 것이다. 즉 상표는 어떤 기업이 자사의 상품 또는 업무를 개성화함으로써 자사의 상품과 타사의 상품이 식별되고 또 소비자들은 상품 또는 업무에 대하여 품질, 성능, 출처 등을 믿고 그 상품을 선택하게 된다. 따라서 상표는 상품거래에서 생산 및 제조사와 소비자를 연결하여 주는 일종의 표식이다. 그러나 상표법상의 상표란 상품을 생산, 가공 발명 또는 판매하는 것을 영업으로 영위하는 자가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장(기호, 문자, 도형, 입체적 형상 또는 이들을 결합한 것과 이들에 각각 색채를 결합한 것)을 말한다. 따라서 자·타 상품을 식별하기 위하여 사용되는 것이 아닌 표장은 상표가 아니다.

상표의 소유권자인 본부는 상표의 사용을 허가하게 되는데 상표는 조직망에 대한 관계의 표시로서 필수적이다. 가맹점은 사용허락 된 상표의 특징을 부착한 상품을 판매하여야 한다. 비록 계약상 상품의 판매허가가 있더라도 본부가 제공하지 아니하는 외부의 상품에 대하여 상표를 부착할 수 없다. 용역 가맹계약에서는, 가맹점은 본부에 의한 서비스제공의 방법을 재현하며, 상표의 이미지의 존중은 필수적인 것이기 때문에 상표의 사용허가는 중요하다. 용역 가맹계약에는 가맹점이 상표를 부착할 상품이 없기 때문이다. 결국 상표의 보호는 판례에 의해 보통법상(common law)의 보호를 받는 데 그쳤다. 미국에서 연방상표법이 재차 성립된 것은 1950년이며, 그 헌법적 기초는 ‘통상조항’에 관한 것이었다. 이 법이 1946년의 현행 상표법으로 이어진다.

## 라. 위임계약

가맹본부는 조언과 지도에 관하여 선량한 관리자의 주의의무로 가맹점에게 계약사항을 이행하여야 한다.

## 마. 독점권

독점권 조항은 당사자의 일방 또는 타방이 오직 상대방과 거래할 것을 강제한다. 실제로 가맹점은 상품을 구입함에 있어서 구입량의 일정비율을 심지어는 본부에게서 매수분 전부를 구입하여야 한다. 이 점에서 독점권 조항은 조달의 자유에 대한 제한을 의미한다. 이론적으로 독점권이 필수 요건으로 인정하는 것은 명백하지 아니함에도 불구하고, 실무는 대체로 상호적인 독점권을 규정하고 있다. 독점권은 본부와 가맹점 모두에게 부과된다. 본부는 허락한 지역에서 가맹점에게만 공급하여야 하고, 가맹점은 상품을 오직 본부로부터만 조달 받아야 한다.

## 바. 표지 사용권

표지는 “영업소를 구별하고 공중이 타방과 혼동하지 아니하도록 하는 인식가능한 표시”라고 정의된다. 실제로 가맹사업에서의 표지는 영업점의 진열대 등에 본부의 상표 부착권을 포함한다. 흔히 표지는 가맹점에게 사용이 허가된다. 즉 부속물로서 그리고 대부분의 경우에는 계약의 적용으로 인한 것이다.

## 사. 노하우

실제적인 노하우가 없으면 가맹계약이 성립하지 않는다. 노하우라 함은 본부의 경험에 기인하고 본부에 의하여 시험된 특허권이 없는 실제적인 정보의 총체이고, 이 총체는 비밀성이 있고, 실질적이며, 식별할 수 있어야 한다. 노하우의 특성으로 실용성, 독창성, 특수성, 발전성 등이 들어간다.

## 아. 지원

계약기간 동안 본부에서 가맹점으로서의 상업적 또는 기술적 지원이 계속된다. 노하우의 이전의 연장이라고 할 수 있는 기술적, 상업적, 경우에 따라서 법률적 지원은 노하우의 존재와 더불어 프랜차이즈 계약의 특징의 하나이다. 그러나 지원이 필요하지만 일정한 수준을 초과할 수 없다. 가맹점은 본부의 종업원이 아니고 양자는 독립적이기 때문이다.

## 자. 위반행위에 대한 제재

공정거래위원회는 가맹계약서의 교부의무를 위반한 가맹본부에 대하여 법 위반행위의 중지, 법 위반내용의 시정을 위한 필요한 계획 또는 행위의 보고, 그 밖에 당해 위반행위의 시정에 필요한 조치를 명할 수 있고, 시정명령을 하는 경우에는 가맹본부에게 시정명령을 받았다는 사실을 공표하거나 거래상대방에 대하여 통지할 것을 명할 수 있다. 공정거래위원회는 가맹계약서의 교부의무를 위반한 가맹본부에 대하여 대통령령이 정하는 매출액(당해 가맹본부의 위반행위 직전 3개 사업연도의 평균매출액

을 말한다. 다만, 당해 사업연도 초일 현재 사업을 개시한지 3년이 되지 아니하는 경우에는 사업개시일부터 위반행위 직전 사업연도 말일까지의 매출액을, 당해 사업연도에 사업을 개시한 경우에는 사업개시일부터 위반행위일까지의 매출액을 연 매출액으로 환산한 금액으로 한다.)에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.

#### 차. 국제법적 보호

TRIPs(무역관련지적재산권에관한협정 ; agreement on trade-related aspects of intellectual property rights) : 특허권, 의장권, 상표권, 저작권 등 소위 지적재산권에 대한 최초의 다자간규범을 말한다. 종전에 지적재산권에 대한 국가간 보호는 세계지적재산권기구(wipo)를 중심으로 파리협약, 베른협약, 로마협약 등 개별적인 국제협약에 의해 시행되어 왔으나 보호수준이 미약하고 GATT체제의 다자간 규범 내에 있지 않아 무역마찰의 주요 이슈가 되어왔다. 지적재산권의 국제적인 보호를 강화하고 침해에 대한 구제수단을 명기했다. TRIPs는 지적재산권에 대한 정의규정을 두지 않고, 다만 저작권 및 저작권접권, 상표권, 지리적 표시권, 공업의장권, 특허권, 반도체 설계배치권, 영업비밀권을 지적재산권의 예로 들고 있다. 이 규정은 세계무역기구(WTO)회원국 모두에게 적용된다는 점에서도 종전의 개별적인 협약과 다르다. 이 규범은 기존의 지적재산권 관련 협약이 속지주의에 따른 내국민대우만을 보호대상으로 삼은 것과는 대조적으로 최혜국대우를 원칙으로 한다. 또한 공중보건 및 영양 등 지적재산권 자체가 사회나 개인의 발전을 저해하거나 기술 및 교역에 손해가 되는 경우에는 지적재산권의 보호에 대한 예외를 허용하고 있다. 30여개 선진국들은 1996년 1월부터 TRIPs를 시행하고 있다. 개발도상국은 2000년까지 유예되었으며, 최빈 개도국은 2005-2006년까지가 유예기간으로 되어있다

## 제2절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(2)

### [판례]

1. 사건표시 : 대법원 1999.12.7. 선고, 97후3289 판결

### 2. 판결요지

이 사건 등록상표(1991.4.1.출원, 1992. 8.7. 등록)는 미합중국 공군의 공식기장인 인용표장과 날개모양에 있어서만 부분적으로 다소의 차이가 있을 뿐, 전체적인 외관이 극히 유사하나, 상표법 제7조 제1항 제1호는 파리조약 제6조의 3에 규정된 것을 입법화한 것으로 위 상표법규정 소정의 파리조약가맹국의 훈장, 포장, 기장이 보호받기 위하여는 파리조약 제6조의 3 제3항a의 규정에 따라 그 보호대상인 기장 등이 국제사무국을 통하여 우리나라에 통지되어야 한다.

이 사건에서 보면 인용표장이 이 사건 등록상표의 등록사정시는 물론 원심심결당시에도 미국공군의 공식기장이고 이 사건 등록상표와 인용표장이 유사한 것은 원심이 판단한 바와 같으나, 인용표장에 관하여

위 시점까지 파리조약가맹국인 미국으로부터 같은 파리조약가맹국인 우리나라에 대하여 통지가 없었다.

결국 인용표장은 상표법 제7조 제1항 제1호 소정의 파리조약동맹국의 記章에 해당한다고 볼 수 없어 그 등록이 무효라고 할 수 없다.

## [관련 법률지식]

### 파리 협약

특허권을 포함한 산업재산권 분야에 있어서는 산업재산권보호를 위한 파리협약이 1883년에 체결되어 1995. 4. 15. 현재 131개국이 가입하고 있으며, 우리나라도 1980. 5. 4.에 동협약에 가입하여 회원국으로 되어 있다. 파리협약은 내외국인 평등의 원칙, 우선권주장의 원칙, 속지주의원칙을 기본원칙으로 삼고 있다.

- 1) 내외국인평등의 원칙이란 산업재산권의 보호를 청구한 다른 동맹국의 국민에 대해서 각 동맹국의 영역내에 주소 또는 영업소가 없더라도 내국민에게 과하는 조건 및 절차에 따르라는 권리능력을 인정하여 산업재산권의 보호에 있어서 자국민과 동등한 이익을 부여하는 원칙을 말한다.
- 2) 우선권제도는 어떤 동맹국에서 정규의 출원을 한 자 또는 그 승계인이 일정기간 내에 다른 동맹국에서 동일 대상에 대하여 출원을 하면 출원순위 및 신규성 등 특허요건을 판단함에 있어 최초의 출원일을 기준으로 할 것을 주장할 수 있는 제도이다.
- 3) 속지주의원칙이란 특허독립의 원칙이라고도 불리는 것으로 각국이 자기 나라에서 부여한 권리에 대하여서만 보호를 하고, 다른 나라에서 부여된 권리의 효력은 그 나라에서만 미치며 제3국에는 미치지 않는다는 것이 이 원칙의 내용이다.

## 제3절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(3)

### [판례]

1. 사건표시 : 100 U.S. 82

### 2. 판결요지

상표에 대한 미국 최초의 연방법은 1870년법이다. 그런데 이 법은 1879년 상표사건(Trade Mark Case, 100 U.S. 82)에서 상표법은 연방헌법의 특허·저작권조항에 해당하지 않는다는 이유로 헌법위반으로 되었다. 즉 상표는 특허·저작권조항에 포함되지 아니하므로 동 조항에 기초하여 연방이 연방법을 제정한 것은 위헌이라는 것이다. 이에 1881년 당시 그 적용범위는 외국 및 인디언과의 통상에 한정되었다.

## 제4절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(4) : 인터넷 도메인 내임과 상표법 및 부정경쟁방지법

[판례]

1. 사건표시 : 서울지법 1999년 11월 24일, 99카합2819결정

2. 사실관계 및 판결 요지

▷ 사실관계

신청인은 1989년경부터 “하이마트(HIMART)”라는 상호로 가전제품 판매업을 시작하여 1999년 10월 경에는 산하 대리점의 수가 전국적으로 약 200개에 이르고, 그 가전제품 매출액은 국내 가전제품 유통 시장의 16.1%에 이르며, 신문과 TV 등에 많은 광고비를 지출함으로써 가전제품 판매회사로서 전국적으로 널리 알려지게 되었다.

한편 피신청인은 1998. 6. 5. 경 KRNIC에 “http://www.himart.co.kr” 이라는 도메인 이름을 등록한 후 1998. 9. 중순경부터 전자주문방식에 의한 가전제품 등의 판매업을 시작하였고, 위 인터넷 도메인에 개설된 웹사이트에서는 그 홈페이지 및 하위 사이트 화면의 좌측 상단에 “Himart” 라는 표시를 하여 두고 있고, 전자우편주소에 “webmaster@himart.co.kr” 등을 사용하고 있다.

이에 신청인은 「 피신청인은 “Himart” 등의 문자를 피신청인의 인터넷 도메인 이름이나 전자우편 주소에 포함시켜서는 “하이마트” “Himart” 등의 문자를 피신청인의 상호로 사용하거나 피신청인의 인터넷 홈페이지 상에 표시하여서는 아니된다」는 신청을 하였다.

3. 판결요지

신청취지대로 인용되었다. 이 사건의 피신청인은 널리 알려진 “하이마트(HI\_MART)”라는 상호를 도메인네임으로 등록하여 사용하고 있음은 물론 인터넷 도메인에 개설된 웹사이트에서는 그 홈페이지 및 하위 사이트 화면의 좌측 상단에 “Himart” 라는 표시를 하여 두고 있고, 전자우편주소에 “webmaster@himart.co.kr” 등을 사용하고 있으며, 취급하는 상품도 신청인이 취급하는 상품과 동일·유사하였다. 따라서 피신청인의 행위를 부정경쟁방지법으로 규율하였다.

[관련 법률지식]

4. 지적재산권의 침해에 대한 구제방법

지적재산권에 대한 침해를 지적재산에 대한 소유권을 보장할 수 있는 보호장치에는 민사적, 형사적, 행정적 구제방법이 있다. 지적재산권은 무체재산을 대상으로 하는 특수한 권리이므로 민법의 구제로는 보충규정인 침해금지청구권, 손해배상청구권, 신용회복청구권, 부당이득반환청구권이 있고 형사적 구제로는 침해죄, 허위표시죄가 있다. 그리고 행정적 구제로는 시정권고와 통관규제가 있다.



## 가. 민사적 구제

### 1) 침해금지청구권

- 지적재산권자는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다. 이는 독립된 준물권적 청구권으로서 성격을 띄고 여기서 말하는 지적재산권자란 특허권자, 실용신안권자, 의장권자, 상표권자, 저작권자, 프로그램저작자 등을 말한다.
- 침해금지청구권의 내용은 침해하고 있는 자에 대하여는 침해금지청구권, 침해할 우려가 있는 자에 대하여는 그 예방을 청구할 수 있다. 그리고 지적재산권자는 본청구인 금지청구권의 부대청구로서 침해행위를 조성한 물건의 폐기나 침해행위에 제공된 설비의 제거, 기타 담보제공 등 침해의 예방에 필요한 행위를 청구할 수 있다. 또한 지적재산권자는 침해금지청구권에 대한 본안소송에 앞서 임시적 지위를 설정하기 위한 침해중지가처분신청을 제기할 수 있다.(민소법 제714조 2항)

### 2) 손해배상청구권

- 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.(민법 제 750조) 이는 민사상 불법행위를 나타낸 것인데 지적재산권 침해도 일종의 불법행위이므로 손해배상청구권을 행사할 수 있다.

### 3) 신용회복청구권

- 지적재산권자는 고의 또는 과실로 자기의 권리를 침해함으로써 업무상의 신용을 실추케 한 자에 대하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 업무상의 신용회복을 위해 필요한 조치를 명할 것을 법원에 청구할 수 있다. 이는 민법 제 764조의 명예훼손 경우의 명예회복 조치에 관한 규정과 같은 취지이다.

### 4) 부당이득반환청구권

- 법률상 원인없이 타인의 권리침해로 이익을 얻고, 이로 인해서 권리자에게 손해를 가한 자에게는 그 이익을 반환할 것을 청구할 수 있다.(민법 제 741조) 이로 인해 지적재산권자에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환할 것을 청구할 수 있다.

## 나. 형사적 구제

### 1) 침해죄

- 침해죄는 지적재산권 침해에 대한 민사상 금지청구나 손해배상 청구 등에 의한 불법행위제재 외에 형사처분을 가능토록 함으로써 보다 완벽한 권리보호 장치를 마련하고 있다. 그 내용은 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권을 침해한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하고 그러한 침해행위로 조성한 물건 또는 침해행위로부터 생긴 물건은 몰수하거나 피해자에게 교부할 수 있다는 것이다. 다만 상표권의 경우 몰수만 가능하다.

## 2) 허위표시죄

- 허위표시 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권에 대한 허위표시행위를 한 자는 3년이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

## 다. 행정적 구제

### 1) 시정권고

- 특허청장은 부정경쟁행위등 위반행위의 확인이 필요할시 영업시설 또는 제조시설을 조사하게 할 수 있다. 이 조사를 거부, 방해, 기피한 자는 2천만원 이하의 과태료에 처한다.

### 2) 통관규제

- 상표법에 의하여 등록된 상표권을 침해하는 물품은 수출 또는 수입할 수 없다. 관세청장은 상표권등록자로 하여금 상표권에 관하여 신고하게 할 수 있고 수출입 신고된 물품이 상표권을 침해하였을 경우 통관보류를 요청 할 수 있다.

## 제5절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 사례(5)

### [판례]

#### 1. 사건표시 : 대법원 2000. 5. 30. 선고 98후843 판결

#### 2. 판결요지

- 1) 상표법 제7조 제1항 제10호를 적용함에 있어 인용상표가 저명상표인가의 여부는 그 상표의 사용, 공급, 영업활동의 기간, 방법, 태양 및 거래범위 등과 그 거래실정 또는 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부 등이 인용의 기준이 된다 할 것이고, 인용상표가 다른 나라에 등록되어 있고 거기에서 그 상표 및 상품이 널리 선전되어 있다거나 상품판매실적이 상당하다고 하여 반드시 우리나라의 일반 수요자들 사이에서도 현저하게 인식되었다고 단정할 수 없으며, 인용상표가 저명상표인지 여부를 판단하는 기준시는 그 상표의 등록출원시라고 보아야 한다.
- 2) 상표법 제7조 제1항 제11호에서 규정하고 있는 수요자를 기만할 염려가 있다고 하기 위하여는 인용상표나 그 사용상품이 반드시 저명하여야 하는 것은 아니지만 적어도 국내의 일반거래에 있어서 수요자나 거래자에게 그 상표나 상품이라고 하면 특정인의 상표나 상품이라고 인식될 수 있을 정도로 알려져 있어야 할 것이고, 이러한 경우에는 인용상표와 동일 또는 유사한 상표가 위 사용상품과 동일 또는 유사한 지정상품에 사용되어질 경우에 위 규정에 의하여 일반 수요자로 하여금 상품의 출처에 관하여 오인·혼동을 일으키게 하여 수요자를 기만할 염려가 있다고 할 수 있을 것이며, 이는 상표등록출원에 대하여 상표등록사정을 할 때를 기준으로 판단하여야 한다.
- 3) 인용상표가 캐릭터(character)를 주제로 한 상표인 경우, 캐릭터는 그것이 가지고 있는 고객흡인력(顧客吸引力)때문에 이를 상품에 이용하는 상품화(이른바 캐릭터 머천다이징; character merchandising)

가 이루어지게 되는 것이고 상표처럼 상품의 출처를 표시하는 것을 그 본질적인 기능으로 하는 것은 아니므로, 그 캐릭터 자체가 널리 알려져 있다 하더라도 그러한 사정만으로는 곧바로 인용 상표가 일반 수요자나 거래자들에게 특정인의 상표로서 널리 인식되어 있다고 보기 어렵다.

- 4) 등록상표의 출원시 및 등록사정 당시에 시행중인 구 저작권법(1995. 12. 6. 법률 제5015호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항에 의하면 “외국인의 저작물은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다. 다만, 당해 조약 발효일 이전에 발행된 외국인의 저작물은 보호되지 아니한다.”고 규정하였고, 1995. 12. 6. 법률 제5015호로 개정된 저작권법은 위 제3조 단서조항을 삭제하여 외국인의 저작물에 대한 소급보호를 인정하면서도 그 경과조치로서 부칙(1995. 12. 6.) 제3조에서 “제3조 제1항 …… 에 의하여 보호되는 외국인의 저작물 …… 로서 이 법 시행 전에 공표된 것 (이하 ‘회복저작물 등’이라 한다)의 저작권 …… 는 당해 회복저작물 등이 대한민국에서 보호되었더라면 인정되었을 보호기간의 잔여기간 동안 존속한다.”고 규정하고 있는바, ‘TOM & JERRY’ 만화영상물이 1940년 만화영화에 상영되어 공연되었음을 알 수 있고, 1986. 12. 31. 법률 제3916호로 전문 개정되기 전의 저작권법 제33조에 의하면, ‘TOM & JERRY’ 만화영상물과 같이 회사가 저작자인 경우 그 존속기간은 공연한 날로부터 30년이므로, 결국 ‘TOM & JERRY’의 저작권은 이미 1970년 말에 그 존속기간이 만료되어 소멸되었다고 볼 것이므로, 저작권법 부칙(1995. 12. 6.) 제3조에 따른 회복저작물의 보호를 받지 못한다고 할 것이고, 또한 위 ‘TOM & JERRY’의 저작물은 세계저작권협약(UCC: Universal Copyright Convention)의 대한민국 내 발효일인 1987. 10. 1. 이전에 창작된 것이어서 위 1995. 12. 6. 법률 제5015호로 개정되기 전의 저작권법 제3조 제1항 단서에 의하여도 저작물로서의 보호대상이 되지 아니하므로, 등록상표가 위 ‘TOM & JERRY’를 모방하여 출원등록한 것이라고 하더라도 저작권을 침해한 것이라고 볼 수 없다.

## 제6절 상표에 관한 기초적 이해에 관한 판례(6)

### [판례]

1. 사건표시 : 서울지방법원 판결 사건 99가합 41812
2. 사실관계 및 판결 요지

#### ▷ 사실관계

원고 샤넬은 CHANEL 또는 샤넬이라는 상표로 화장품, 의류를 비롯해서 악세사리, 핸드백 등 수많은 패션 제품을 디자인하여 생산·판매하는 프랑스 공화국의 법인이고 원고 샤넬유한회사는 위와 같은 업종에 종사하는 원고 샤넬의 한국내 자회사로서 원고 샤넬의 제품을 한국에서 독점적으로 수입 판매하는 자이다. 피고는 chanel.co.kr이라는 인터넷 도메인 네임의 홈페이지를 운용하면서 인터넷 통신망으로 성인용품을 판매하는 자이다.

이에 피고는 원고들의 승낙을 받지 아니하고 1998.12.30. 국내 도메인 네임을 담당하는 한국전산원 산하의 한국인터넷정보센터에 chanel.co.kr 이라는 인터넷 도메인 네임을 등록하여 영업을 하였고 이에 원고는 도메인 네임 등록 말소를 청구하는 사건이다.

### 3. 판결요지

- 1) 피고가 위와 같이 국내에 주지된 원고 샤넬의 상호 등과 유사한 이 사건 도메인 네임 및 상호를 무단으로 사용하여 통신판매업을 하는 행위는 부정경쟁방지법 소정의 타인의 영업표지가 갖는 명성에 편승하여 수요자를 유인하여 부정한 이익을 얻고자 하는 영업주체 혼동행위라 할 것이므로 원고는 그로 인하여 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있기 때문에 피고들에게 그 침해의 중지 및 예방을 청구할 수 있다.
- 2) 도메인 네임은 피고가 한국인터넷정보센터의 위 샤넬 도메인 이름 등록 세부원칙에서 정한 선 접수 선 처리의 원칙에 따라 원고들 보다 그 등록을 말소 할 수 없다는 취지의 주장을 하나, 선 접수 선 처리의 원칙은 위 단체의 방침 또는 지침에 불과한 것이므로 그에 따른 도메인 네임 등록의 부정경쟁방지법 등의 일반 법률질서에 위반한 경우예까지 적법하게 되어 허용할 수 없으므로 피고의 주장도 이유 없다고 하였다.
- 3) 나아가 피고들에게 이 사건 도메인 네임의 등록 말소절차를 이행할 의무가 있다고 판시하였다.

### [관련 법률지식]

### 4. 지적재산권 보호의 필요성과 한계

하루가 다르게 인터넷을 통해 사이버 세계가 폭발적으로 팽창하고 있다. 종래에는 컴퓨터에 관해서 즉 인터넷 이용은 주로 전문가들의 전유물로 생각되어졌다. 하지만 월드 와이드 웹의 등장과 검색엔진의 등장으로 이제는 누구나 손쉽게 인터넷을 이용할 수 있게 되었다. 이처럼 이용 인구의 증가와 더불어 인터넷은 단순히 정보전달의 매체에 머물지 아니하고 새로운 시장으로서 기능하게 되었다. 그런데 문제는 이러한 사이버 공간에서 이전에는 생각할 수 없던 문제들이 발생하게 되었다. 특히 사이버 상에서의 지적 재산권의 권리를 어떻게 다루어 져야 할 것인가?

우리가 일반적으로 인식하고 있는 소유권 재산권 개념은 권리보호 객체가 점유 가능한 유체물로써 현실공간에서 존재하는 정형의 물체로 인식되어 왔다. 하지만 판례에서 보듯이 유형이 아닌 상표가 사이버 공간에서조차 소유권 개념으로서 권리를 보호받아야 함을 제시해 주는 사건이다. 오랜시간 자신의 회사 브랜드 명성을 쌓았는데 한 순간에 다른 회사에서 이 브랜드로 도메인 네임에 등록을 하고 브랜드 인지도에 편승해 부를 축적 한다면 그동안 꾸준히 상표를 지켜온 회사는 남 좋은 일 시켜준 꼴이나 다름없을 것이다. 하지만 도메인 네임이란 인터넷에서 통신망을 통하여 연결된 다른 사람의 호스트에 대한 이름과 주소를 지칭하는 용어이다. 그러므로 이를 등록하고 이용하는 사람들에게는 부득이 우연하게 다른 회사의 브랜드와 일치하게 되는 경우가 인터넷 상에서 다분히 행해지고 있다. 이와는 반대로 회사 브랜드의 명성과 가치를 이용하려는 사람 역시 존재할 수 있음을 간과해서는 안된다.

이러한 현실적 이유에 의한다면 이는 분명 상표에 대한 재산적 가치의 침해가 분명하다. 그러나 사

이더 공간에서의 지적재산권의 소유권 개념에 대한 새로운 인식체계가 확립되어 있지 않는 현실에서는 분쟁이 빈번히 발생할 수 있을 것이며 이로써 보다 중요한 기술개발에 자본을 투자하는 것보다 소송에 투자하는 비용이 더 많아 질 것이다. 이는 한 나라의 국제 경쟁력을 저하시킬 뿐 아니라 필요없는 소모일 뿐이다. 그러므로 현재의 지적소유권 개념은 날이 갈수록 발전되어지고 광범위해지는 사이버 공간에서 종래의 인식구조와 동일하게 파악할 수 없다고 생각한다. 또한 국가 경제력을 위하여서도 창의성을 중요시하는 정보화사회 속에서 지적 산출물의 권리를 보다 중요시하여 지금 세계의 추세에 따라가야 함이 타당하다고 생각한다. 이러한 논리로서 분명 새로운 사이버 공간 안에서도 지적재산권은 법으로서 보호되어야 함이 지극히 적당하다고 생각한다. 그런 인식체계 및 법적 확립이 점점 넓어지는 사이버 공간에서 자국의 나라가 발전하고 살아남는 방법이 된다.

## 제7절 상표권 보호사례

### [판례]

#### 1. 사건표시

#### 2. 사실관계 및 판결요지

##### ▷ 사실관계

이 사건에서는 저명한 샤넬(chanel)이라는 상호 또는 상표를 프랑스의 샤넬사와 무관한 피고가 「chanel.co.kr」이라는 인터넷 도메인 네임을 등록한 다음 그 홈페이지 여러곳에 “ChanelInternational” 또는 “샤넬인터네셔널”이라는 상호를 표시하고 있다. 그리고 피고의 거래상품도 샤넬이라는 상호 내지 상표를 들으면 소비자의 머리 속에 연상될 상품 또는 그와 유사한 상품을 전자거래에서 취급된 사건이다. 이에 원고들은 부정경쟁방지법 위반을 들어 부정경쟁행위의 금지 또는 예방으로서 피고의 도메인 네임의 등록말소를 청구하였다.

#### 3. 판결요지

법원은 피고의 영업행위가 원고 샤넬의 영업과 사이에 부정경쟁방지법 제2조의 타인의 영업표지가 갖는 저명성에 편승하여 수요자를 유인하여 부정한 이익을 얻고자하는 영업주체의 혼동으로 보아 원고의 청구를 인정하였다.

그리고 도메인 네임의 등록에 있어서 선등록 우선주의는 한국인터넷정보센터(KrNIC)의 방침 또는 지침에 불과한 것으로 그에 따른 도메인 네임 등록이 부정경쟁방지법 등의 일반 법률질서에 위반한 경우까지 적법하게 허용된다고 할 수 없다고 판시하였다.

## [관련 법률지식]

## 4. 인터넷 도메인 네임의 보호

## 가. 서설

최근 인터넷이 전세계적으로 활성화되어감에 따라 인터넷상에 자기 기업명을 표기하는 인터넷 도메인 네임(Internet Domain Name)이 중요한 자산으로 부각되고 있다. 이에 따라서 인터넷 도메인 네임을 둘러싸고 여러가지 법적분쟁이 제기되고 있다. 그 중에서 인터넷 도메인 네임과 관련된 지적재산권적 문제는 도메인 네임과 상표권의 연관성으로 발생한다. 이것은 인터넷 관리의 기술적 편리성을 위하여 알기 쉽고 기억하기 쉬운 문자체계로 고안된 인터넷 도메인 네임과 법적보호를 받는 등록상표의 분쟁을 말한다. 특히 전통적인 상호와 상표는 상품이나 서비스와 함께 일정한 제약 하에 사용하는 것이 보통이었지만, 도메인 네임은 인터넷의 대중화로 전세계 어디서나 손쉽게 접근할 수 있는 표장으로 격상되어, 당해 도메인 네임의 보유자의 의사와 무관한 상표권 침해의 가능성은 심각한 문제로 제기되고 있다. 현재 인터넷 도메인 네임이 갖는 분쟁의 원인에는 다음과 같은 것이 있다.

첫째, 지역적 한계가 없는 인터넷에서 고유한 도메인 네임은 국제적으로 통일되어 있지 않은 국가별 상표법이나 부정경쟁방지법과 충돌할 수밖에 없다.

둘째, 도메인 주소의 등록 및 관리는 특정국가기관이나 정부가 관장하는 것이 아니라 미국의 국제정보망센터(InterNIC)에서 담당한다는 것이다. 따라서 분쟁당사자들을 구속할 만한 강제력을 행사하기 어렵다.

셋째, 도메인 네임을 등록하는 데는 그러한 도메인 네임을 사용할 수 있는 자격요건(예컨대, 도메인 네임과 동일하거나 유사한 상표권의 보유 및 사용여부 등)을 필요로 하지 않는다는 것이다. 즉 선등록 우선주의(First come, First served)의 원칙이 적용되고 있어서 다른 사람이 등록하지 않는 도메인 네임을 누구든지 등록할 수 있다는 것이다.

넷째, InterNIC은 도메인 네임과 관련한 분쟁에 대하여 원칙적으로 중립적인 입장을 취하고 있다.

현재 국경없는 가상공동체인 인터넷에서 도메인 네임에 관련된 분쟁이 발생하였을 경우에 각기 다른 상표권 보호의 방법을 가진 상표가 충돌을 할 경우에 어느 법을 기준으로 분쟁해결을 할 것인지에 대하여 확립된 기준이 없다. 현실적으로는 이익이 침해되었다고 주장하는 자가 자신에게 유리한 법원을 선택하여 소송을 제기할 가능성이 높을 뿐이다.

여기서 인터넷 도메인 네임의 분쟁해결방안을 찾기 위해서는 우선, 도메인 네임의 개념과 등록에 관한 절차 등을 고찰하여야 할 것이다. 그리고 도메인 네임과 상표권의 분쟁이 발생했을 경우에 해결기준으로 제시될 수 있는 상표법상의 혼동이론과 희석화이론에 대해서도 고찰이 필요하다.

## 나. 인터넷 도메인 네임의 등록절차

모든 컴퓨터에는 고유한 IP주소가 부여되어 있는데, 이것은 일반인들에게는 대단히 복잡하기 때문에 이런 단점을 극복하기 위하여 사람이 쉽게 인식할 수 있도록 문자 형태의 도메인 네임을 사용하게 되었다. 즉 도메인 네임은 인터넷에서 통신망을 통하여 연결된 다른 사람의 호스트에 대한 이름과 주소를 지칭하는 용어이다.

현재의 인터넷 도메인 네임 체계에 있어서 최상위 도메인(Top Level Domain)은 크게 둘로 나뉘어

져 있다. 첫째는 TLD에 ISO 3166의 국가코드에 의한 '.kr', '.jp' 등의 국가명이 붙는 체계가 있는데 이는 각 국가NIC가 관리한다. 둘째 국가명이 아닌 '.com', '.net', '.org', '.edu', '.gov' 등이 붙는 체계 등이 있는데, 이러한 도메인 네임과 국가 NIC가 없는 도메인은 미국의 InterNIC에서 관리한다.

현재 이러한 도메인 네임은 동일 도메인 네임의 동시사용이 금지되고 있기 때문에 InterNIC은 선등록 우선주의(First come, First served)를 채택하고 있다. 도메인 네임의 등록은 등록을 위하여 특별한 요건이나 입증이 필요없고 기술적 제한의 범위 내에서 이미 선점된 도메인 네임이 아닌 한 어떠한 도메인 네임도 등록할 수 있다. 일반적으로 도메인 네임의 등록·관리는 NIC(National Information Center)산하에 있는 NSI(Network Solutions Inc.)에서 하는바, NIC은 국가별로 따로 있다.

그러나 도메인 네임을 NIC에 등록하여도 이러한 등록은 DNS(Domain Name System)의 운영을 위한 것에 불과하다. 즉 등록에 있어서 InterNIC의 선등록 우선주의도 「도메인 네임 분쟁 정책(Domain Name Dispute Policy)」이라는 지침의 일부에 불과하고, 실정법에 근거가 있는 것은 아니다.

한편 영업활동과 관련이 있는 '.com'의 도메인은 미국 기업에게만 발급되던 것이 1995년 말부터 미국 이외의 기업에 대하여도 등록이 허용되면서 국내 기업들도 '.com' 도메인 네임으로 등록하려는 경향이 있다. 이러한 '.com', '.net', '.org'를 통상의 최상위 도메인 네임(generic Top Level Domain ; gTLD)이라 한다.

분쟁이 일어나는 인터넷 도메인 네임은 「www.이름.com」의 형태인 것이 대부분이다. 이 중에서 실질적으로 상표권과 충돌을 일으키는 부분은 차상위 도메인 네임(Second Level Domain; SLD)인 '이름'부분이다. 이러한 SLD의 분쟁은 gTLD가 세분화되어 있지 않아서 유통업체이건, 사회체육업체이건, 웹사이트업체이건 모두 '.com'라는gTLD를 사용하기 때문이다.

#### 다. 인터넷 도메인 네임의 법적 보호

도메인 네임은 엄밀한 의미에서 명칭이라고 하기보다는 전화번호 등과 같은 식별번호에 해당한다. 그러나 실제로는 도메인 네임을 컴퓨터보유자의 명칭처럼 활용하고 있으며 흔히 그러한 도메인 네임이 그 보유자에 의해서 제공되는 상품이나 서비스의 출처표시로서 기능하고 있음을 부인할 수는 없다. 이와 같이 도메인 네임이 상품이나 서비스의 출처표시로서 사용된 경우에 상표의 사용에 해당되는 한도에서는 상표권의 침해도 될 수 있다.

인터넷 도메인 네임에서 상표법상 상표보호의 논의로서 제기되었던 것이 혼동이론과 희석화이론이다.

## 제8절 도메인 네임 보유자를 보호한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시

#### 2. 사실관계 및 판결요지

##### ▷ 사실관계

이 사건은 피고들이 「viagra.co.kr」이라는 인터넷 도메인 네임의 홈페이지를 개설·운영하면서 인터넷 통신망으로 생츠킵, 칩수 등의 건강식품을 판매하자, 원고들이 자신들의 등록상표인 “Viagra”, “비아그라”, “PFIZER”의 등록상표권 침해를 이유로 상표권 침해행위 금지 또는 예방을 청구하였다.

#### 3. 판결요지

우선 상표법상의 상표권 침해에 대하여, 법원은 동법상의 상표권 침해행위는 동일 또는 유사한 상품에 상표가 사용될 것을 요건으로 하나 이 사건에서 살펴보건대, 원고의 등록상표의 지정상품은 의약품이고 피고가 판매하는 것은 건강식품으로 서로 유사한 상품이라고 보기 어렵다고 보았다. 나아가 이 사건 도메인 네임의 등록과 그 홈페이지의 이용만으로는 피고들이 이 사건 등록상표권을 침해하였다고 보기도 어려우므로 원고들의 주장은 이유없다고 판시하였다.

또한 피고의 행위는 부정경쟁방지법상의 상품주체 또는 영업주체의 혼동을 초래하는 것으로 보지 않았고, 원고들이 주장한 희석화이론에 대해서는 부정경쟁방지법이 상품주체 또는 영업주체에 관하여 오인, 혼동을 야기할 위험이 있는 행위만을 부정경쟁행위로 보고 있으므로, 원고들의 주장은 현행법 체계하에서는 받아들일 수 없는 주장이라고 판시하였다.

### [관련 법률지식]

#### 4. 혼동이론

##### 가. 혼동의 의미

혼동이라 함은 대상의 동일성에 관한 오인을 뜻하는데, 이것은 협의의 혼동과 광의의 혼동으로 나누어 볼 수 있다.

협의의 의미의 혼동에는 상표의 외관·칭호·관념 등 구성상의 근사성이 오인이 되어 商標 그 자체가 동일한 것으로 오인되는 직접혼동이 있다. 그리고 상표 그 자체의 오인은 없지만 위에서 본 것처럼 양 상표가 지닌 외관·칭호·관념 및 그 밖의 공통점 때문에 商品의 出處에 관한 혼동이 생기는 간접적 혼동이 있다. 광의의 혼동이란 상표가 비슷하기 때문에 구매자의 심리에 당해 상품의 출처가 상표권자의 기업과 업무상·계약상·조직상 또는 그 밖의 특수한 관계에 있는 것처럼 오인되는 경우를 말한다.



현행 상표법이 사용하고 있는 혼동의 개념은 이러한 광의의 혼동을 포함하고 있는 것으로 해석된다. 특히 저명상품의 경우에는 품질의 우수성과 기업의 명성으로 인하여 일반 소비대중에게 절대적인 신뢰를 획득하고 있으므로, 어느 상표가 저명상표와 약간만 근사하여도 상품의 출처에 관한 결합관계가 즉시 연상된다. 이런 특수한 사정으로 인하여 저명상표의 경우에는 비유사상품의 경우에도 혼동의 염려를 인정하는 범위가 넓다.

혼동에 대한 판단의 전제조건은 우선 商標 및 商品의 동일·유사성과 동일한 장소에서 판매되어질 가능성·개연성이다. 왜냐하면 서로 다른 장소에서 판매되어질 수 있다면 수요자에게 오인을 유발할 가능성이 적기 때문이다. 또 경쟁적인 관계가 설정되어져야 하는데, 경쟁적인 관계가 설정되어지지 않는다면 전통적인 상표보호의 법리인 혼동이론의 적용은 불합리하여지기 때문이다. 그렇지만 경쟁적인 관계가 전제하지 않더라도 주지상표에 대한 편승을 통한 이익을 창출하려고 하는 경우가 상당부분 발생하고 있는 시점에서, 주지상표의 보호에 대한 문제는 여전히 논의의 실익이 있을 것이다.

## 나. 혼동가능성의 결정 요건

혼동의 가능성은 비교형량 테스트에 의하여 결정되는데 이에에는 다음과 같은 사항들이 기준이 된다. 즉 상표의 표식력·상표의 유사성·상표를 선정하게 된 의도와 상품의 근접성·상품의 형태·구매자들이 기울일 관심의 정도·제품종류의 확장가능성·현실적인 혼동의 증거·사용된 판매채널 등이 그것이다.

특히 상표의 분쟁에 있어서 문제가 되는 것은 원고의 상표가 보호받을 수 있는 것이라는 점과 피고의 상품에 관하여 출처에 대한 혼동가능성, 투자·후원관계에 대한 혼동가능성을 원고가 입증하여야 한다는 점이다.

## 다. 현행법상 혼동이론에 의한 상표보호

### 1) 상표법 제7조 1항 10호

현행법상 혼동이론을 적용하고 있는 부분은 상표법 제7조 1항 10호라고 볼 수 있다. 즉 본 조항은 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 할 염려가 있는 상표를 등록할 수 없게 한다.

### 2) 부정경쟁방지법

상표법과는 달리 부정경쟁방지법에서는 등록받지 아니한 상표를 주지성을 갖추는 요건하에서 보호하고자 한다.

동법 제2조 1호 가목에서 혼동이론과 관련하여 부정경쟁행위를 “국내에서 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표·상품의 용기포장 기타 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 商品을 판매·배포 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하는 행위”로 규정하여 상품주체 혼동행위에 관하여 정하고 있다.

또한 나목에서도 “국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표 기타 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하여 타인의 營業上의 施設 또는 活動과 혼동을 일으키게 하는 행위”

로 규정하여 영업주체 혼동행위에 관하여 명시하고 있다. 여기서 상호는 약칭·애칭을 포함하며 상법에 의한 상호보호의 대상보다 넓고 탄력적인 개념이다. 그렇다면 도메인 네임도 영업표지에 해당한다고 할 수 있고, 따라서 이미 등록된 상표와 같은 도메인 네임에서 유사한 상품이나 서비스를 판매하는 경우 상표권 침해로 볼 가능성이 높다.

## 제9절 희석화이론에 관한 사례

### [판례]

#### 1. 해당판례

##### 가. 아본(Avon) 사건

이 사건은 미국의 연방상표희석화법의 발효 이후 최초로 제기된 소송이다. 이 사건에서 Avon화장품회사는 Carnetta Wong Associate(CWA)가 「avon.com」을 도메인 네임으로 등록하자 자신의 상표의 희석화로 인한 상표권침해를 이유로 CWA의도메인 네임의 사용중지와 도메인 네임의 독점적인 사용을 요구하였다.

법원은 도메인 네임이 Avon화장품회사의 상표권이 침해되었음은 입증하였으나, 도메인 네임이 원고에게 이전되어 사용될 수 있는 권한의 근거에 대해서는 적절히 논증하지 않고 단지 도메인 네임의 이전을 명하였다. 참고로 미국에서만도 avon이라는 상표를 가진 기업이 수 개에 이르므로 이 중 어느 한 회사가 「avon.com」이라는 도메인을 소송을 제기했다는 이유만으로 독점적으로 사용할 수 있는지를 충분히 검토해야 할 것이라고 명시하였다.

법원의 판시 후 원고인 Avon화장품회사는 획득된 도메인 네임은 「avon.com」이었지만 「avon.avon.com」으로 도메인 네임을 사용하였다.

##### 나. 토이(Toys' RUs) 사건

이 사건은 아동용품회사인 Toys'RU스사가 자사의 이름의 일부를 이용하여 성인용 물품을 판매하는 성인용 사이트인 「Adults'RU스」를 개설한 사람에게 자사의 상표권을 희석화(dilute)했다고 소송을 제기한 것이다.

InterNIC사는 그 소송사건의 당사자는 아니지만 법원이 분쟁의 해결을 유예하면서 예비적으로 원고의 침해주장에 무게를 두자, 그 도메인이름의 사용을 중지시키고 통제력을 행사하였다. 그 후 법원은 원고의 주장인 상표권 희석화이론을 받아들여 피고의 도메인명의 사용을 중지시키고, 피고에게 인터넷 이용자들에게 이 사건의 판시사항을 알릴 것을 명령하였다.

## 다. 캔디랜드(candyland.com) 사건

이 사건의 원고인 Hasbro, Inc.사는 “CANDY LAND”라는 게임을 50년 이상동안 아동용 게임의 명칭으로 사용하고 있었고, 법원은 “CANDY LAND”는 연방상표희석화법에 의해 보호되는 상표라고 판시하였다. 즉, candyland라는 게임명을 등록하고 있던 원고에게 법원이 판결에 의하여 「candyland.com」에 대한 권리를 인정하였다.

피고측은 두 회사의 분야가 서로 다르므로 소비자에게 혼동을 줄 염려가 없다고 주장하였으나, 연방상표희석화법은 피고의 사용이 실제로 혼동을 일으켰는가를 불문하고 매우 잘 알려진 상표의 경우에는 보호받게 되어있으므로, 피고는 현재 사용중인 「candyland.com」의 내용을 삭제하고 도메인 네임을 원고에게 넘겨주어야 한다고 판결을 내렸다.

이 사건에서 법원은 연방상표희석화법에 의해 보호되는 상표에는 도메인 네임도 포함된다고 보아 판시한 것으로 의미있는 판례라 할 수 있다.

## [관련 법률지식]

### 2. 희석화이론

#### 가. 희석화의 의미

희석화이론이 제기된 이유는 원고상표의 강한 공공적인 식별력에 어떤 위험을 가져오는 위험을 제거하고, 식별력·독점력·명성·영향력 등 식별력 있는 상표에 다른 사용자가 편승하여 사용하는 것을 막기 위한 것이다.

희석화란 주지·저명한 동일·유사한 商標를 동일·유사하지 아니한 商品에 사용하여, 주지·저명한 상표주가 그 동안의 비용과 노력으로 쌓아놓은 상표의 신용에 편승하여 부당한 이득을 얻는 행위를 말한다. 즉 동일·유사하지 않은 상품에 상표를 사용하여 혼동의 위험이 전혀 없다고 하더라도 저명상표를 비유사품에 자유롭게 사용할 수 있게 하면 저명상표주가 막대한 비용과 노력을 들여 쌓아올린 당해 상표의 신용·고객흡인력 등이 각종의 상품에 분산 사용되고 그것으로 인하여 저명상표의 이미지·광고선전력·고객흡인력 등이 다른 상품에 흡수되어 희박하게 되는 현상을 상표의 희석화 현상이라 한다.

그렇지만 상표의 희석화는 상표자체에 대한 직접적인 공격이 아니므로 전통적인 상표침해이론인 혼동이론에 의하여 구제받을 수 없는 영역에 속한다. 혼동가능성에 의한 상표권의 침해는 당사자간의 경쟁을 전제로 하지만, 희석화는 당사자간의 경쟁이 존재하지 않더라도 동일·유사한 상표를 허락없이 사용하는 경우에 혼동을 야기시키지 않더라도 상표권의 침해를 인정함으로써 상표권자를 보호하기 위한 것이다. 곧 희석화이론은 상표가 가지는 상업적인 흡인력이나 판매력을 보호하는 법이론인 것이다.

희석화행위에 대한 구제방법에는 입법적인 규제가 주된 방법이다. 가장 대표적인 경우가 미국의 연방상표희석화법인데, 이것은 판례법상 일정하게 유지된 상표혼동과 출처혼동 등에 대한 이론이 입법화된 것이라고 하겠다. 일본 및 영국의 경우 상표법에 사용의사가 없는 상품류에도 동일표장으로 출원하는 것을 허용하고 있다. 독일의 경우에는 부정경쟁방지법에 관련 내용을 두고 있다.

## 나. 미국의 연방상표희석화법(The Federal Trademark Dilution Act of 1995, HR 1295)

### 1) 의의

미국의 연방상표희석화법에서는 희석화행위를 상품·서비스를 식별하고 구분하는 저명상표의 능력을 감소시키는 행위라고 정의하고 있다. 저명상표권자와 제3자 사이에 경쟁관계가 없거나 혼동가능성, 오해나 사기 등의 여부에 상관없이 희석화행위의 유발가능성을 인정하고 있다.

### 2) 특징

동법은 권리자와 침해자와의 경쟁이나 혼동의 가능성의 입증없이 상표권자에게 구제를 허용하고 있는데, 이러한 입법방법은 고전적인 상표관에 입각한 보통법의 입장과는 크게 다른 것이다. 동법의 해석상 문제가 되는 것은 희석화에 관한 입증의 정도인데, 주법에서는 희석화의 가능성만을 요구하고 있는 반면 연방법은 문언상 실제로 희석화가 있었음을 요구한다. 동법은 침해자가 의도적으로 희석화행위를 한 경우 금지명령·금전배상 및 침해물품의 폐기를 명할 수 있도록 하고, 법원의 희석화이론에 의한 소송에서 고려할 사항을 상세하게 열거하고 있는데, 주로 저명성여부에 관한 요소에 중점을 두고 있다.

동법은 상표의 정당한 사용, 상표의 비상업적인 사용, 뉴스나 뉴스논평에서의 사용에는 적용되지 않는다. 그리고 동법은 저명상표에 대한 희석화행위에 대하여 연방관할의 소인을 마련해주고 있다.

### 3) 희석화 요건

Anthony는 연방상표희석화법을 해석함에 있어서 희석화에 대한 원고의 상표의 전제요건을 다음과 같이 다섯 가지를 들고 있다.

- ㉠ 원고 상표의 저명성(The plaintiff's mark is "famous")
- ㉡ 피고의 상표나 상호에 대한 상업적 사용이 있을 것(There was "commercial use" by the defendant of a mark or trade name)
- ㉢ 피고의 상표나 상호의 사용이 상거래에 있었을 것(The defendant's use of the mark or trade name was "in commerce")
- ㉣ 피고의 상표나 상호의 사용이 원고의 상표가 저명하게 된 후일 것(The defendant's use of the mark or trade name began after the plaintiff's mark had become famous)
- ㉤ 피고의 사용이 원고의 상표의 식별력의 희석화를 가져올 것(The defendant's use causes dilution of the distinctive quality of the plaintiff's mark)

여기에서 무엇보다 중요한 점은 저명상표를 판단하는 것인데, 이것은 (c)항의 '저명상표의 희석화에 대한 구제'부분에서 유추할 수 있다.

### 4) 구제방법

희석화에 대한 구제방법으로 동법은 미래의 희석화에 대하여 가처분만을 허용하고 있다. 그러나 피고가 원고측의 명성에 기인하여 거래를 하고, 상표의 희석화를 가져온 경우에는 변호사비용, 손해배상, 그리고 징벌적 성격의 3배 배상을 청구할 수 있다.

## 다. 현행법상 희석화이론에 의한 상표보호

상표법 제7조 1항 12호에서 “타인의 상품을 표시하는 것이라고 국내 또는 국외의 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 상표와 동일 또는 유사한 상표로서 부정한 이익을 얻으려 하거나 타인에게 손해를 가할 의도 등 부정경쟁의 목적을 가지고 사용하는 상표”를 부등록상표로 규정함으로써 희석화이론을 적용하고 있다고 보여진다. 수요자간에 현저하게 인식되어진 상표에 한정하여 보호함으로써, 그 명성에 의존하여 부정한 이익을 얻으려는 것을 방지하려는 것이다. 그러나 이 조항은 몇 가지의 문제점을 가지고 있다. 먼저 상표등록에 있어서 희석화이론을 적용함에도 불구하고, 상표등록 류가 동일 내지 유사한 범위에서의 적용일 수밖에 없다는 것이다. 그 이유는 현저한 표장의 등록출원은 같은 류일 수 밖에 없고, 그렇게 될 경우야 비로소 부정한 목적이 개입될 수 있기 때문이다. 그리고 국내 또는 국외라고 규정함으로써 국내의 상표주권에 대한 약화를 가져올 것으로 보인다.

## 제10절 인터넷 도메인 분쟁사례

### [판례]

#### 1. 해당 사례들

##### 가. 선취득된 도메인 네임이 보호된 사례

###### 1) 에스콰이어(Esqwire) 사건

이 사건은 Esqwire잡지를 발행하는 The Hearst사가 Ari Goldberger를 상대로 뉴욕시 남부법원에 제소한 것이다. 피고 Ari Goldberger는 필라델피아에 소재하는 법률회사 Pepper, Hamilton & Scheet에서 근무하는 변호사로서 변호사들에 대한 경칭으로 사용되는 “esqwire”를 사용하여 “ESQ.wire”라는 도메인 네임을 만들어 사용하고 있었다.

이에 원고 The Hearst사는 「esqwire.com」과 유사한 도메인 네임을 만들어 사용함으로써 다른 사람들에게 피고의 사이트가 원고 잡지사로부터 재정지원을 받는다는가 또는 승인을 받은 것처럼 믿게 하였다고 주장하였다. 이에 피고는 사전에 나오는 일반적인 단어에 대하여 원고가 독점할 이유가 없다고 주장하여 소 각하신청을 하였다.

법원은 “esq.wire” 또는 “esqwire”의 도메인이 법률서비스를 위해서 사용될 경우 이러한 도메인이 Esquire잡지의 상표권을 침해하지 않는다고 판시하였다. 그리고 그 이름이 서비스 마크, 상표권, e-mail 주소로서 사용될 경우에도 마찬가지로 허용된다고 하였다. 그 대신 피고에 대해 자신의 홈페이지상에 있는 내용이 법률서비스에 한정되어 있다는 사실을 명시해야 하며, Esqwire잡지의 상징물이나 표어는 사용해서는 안된다고 판시하였다. 한편, The Hearst사에 대해서는 골드버거씨의 사용영역 외의 영역에서는 자신들의 이용을 위해 “ESQWIRE”, “ESQ”를 사용할 수 있음을 판시하여 피고의 도메인 네임 사용을 일부 제한시켰다.

## 2) 미디어메트릭스 사건

이 사건에서 문제된 도메인 네임에 대해서 NSI는 Media Matrix사의 Steven K. Bang에게 「mediamatrix.com」이라는 도메인이름의 등록을 허용했는데, 그 후 미시시피에 있는 Peavey Electronics Corporation of Meridian사가 자사의 상표권인 “MEDIAMATRIX”를 침해했다고 NSI사에 이의를 제기하여 도메인 네임이 사용이 중지되었다.

그러자 원고인 Steven K. Bang가 피고인 Peavey Electronics Corporation의 주장이 근거없다고 소송을 제기하였다. 원고는 Mediamatrix 상표는 컴퓨터관련 상품에만 상품권이 인정되므로 다른 분야의 상품에 사용하는 것은 권리를 침해하는 것이 아니라고 주장하였다. 그리고 상당기간 도메인의 사용을 묵인한 것은 금반언의 원칙상 이후에 도메인에 대한 권리를 주장하는 것은 인정될 수 없다고 주장하였다.

이에 법원은 원고의 주장을 받아들여 「mediamatrix.com」이라는 도메인이 Mediamatrix의 상표권을 침해하지 않았음을 판시하였다

## 나. 협상 중이거나 협상으로 마무리 된 사례

### 1) 맥도널드(mcdonalds.com) 사건

이 사건은 인터넷 주소역할을 하는 도메인 네임에 관련된 최초의 분쟁이다. 미국의 인터넷 잡지사인 와이어드지의 기자가 악의없이 「mcdonalds.com」을 등록하고, 맥도널드사에게 도메인 네임을 제공하는 대가로 초등학교에 컴퓨터를 기부하라는 조건을 잡지에 공개적으로 게재하자 맥도널드사(<http://www.mcdonalds.com>)가 이에 굴복하여 컴퓨터를 기증하고 도메인 네임을 돌려 받았다.

### 2) MTV 사건

이 사건은 MTV의 전직 직원(비디오 자키)인 Adam Curry가 원고의 반대가 없어 인터넷에 「mtv.com」이라는 도메인 네임으로 등록을 하고 이 사이트를 통해 록 음악계에 대한 보도를 매일 제공하자, 뉴욕시에 있는 MTV 유선방송망의 소유주가 Adam Curry에게 상표권 침해와 불공정경쟁을 이유로 뉴욕시 남부 자치구에 소재한 연방자치구법원에 침해정지와 금전적인 배상을 요구하는 소송을 제기하였다. 결국 판결 전에 화해로 종결되어 현재는 MTV사가 「mtv.com」를 사용하고 있다.

### 3) 카플란(Kaplan Education Center) 사건

이 사건은 Kaplan Education Center가 그의 경쟁자인 프린스턴 리뷰(Princeton Review)가 인터넷 도메인을 「Kaplan.com」으로 등록하자, 상표권침해와 불공정경쟁을 이유로 제소한 사건이다. 결국 화해로 Kaplan Education Center는 Princeton Review에게 자사의 상표를 도메인 네임으로 사용하지 못하도록 하였다.

### 4) 넥스텔(Nextel) 사건

이 사건은 미국 이동통신 관련업체인 넥스텔([www.nextel.com](http://www.nextel.com))사가 한국의 인터넷서비스업체(ISP)인 넥스텔([www.nextel.net](http://www.nextel.net))이 InterNIC에 등록해 사용하고 있는 도메인 네임인 「nextel.net」가 자사의 도메인 네임을 침해하고 있다고 NSI사에 도메인 네임 취소를 요청한 것이다. 이 사례는 국가가 다르고

도메인 네임이 다른 경우로서 한국의 넥스텔의 경우 특허청에 이미 서비스마크 출원신청을 마치고 등록이 완료되기까지를 기다리던 상태이었으며, 특허법에 의하면 출원심사 중인 상표나 서비스표도 효력을 가지는 것으로 되어 있었다. 그러나 NSI사는 정식 등록되지 않은 서비스마크는 NSI 규정 상 효력이 없다고 주장하였다. NSI사의 규정은 1995년 11월 23일 개정되었지만, 문제의 도메인 네임 「nextel.net」을 등록한 것은 그 전임에도 불구하고 NSI사는 규정이 소급 적용되는 것으로 해석하여 상표권이 등록되어 있을 것을 요구하였다. 결국 한국 넥스텔사는 국제소송에 휘말릴 경우 관할법원이 미국이고, 승소하더라도 엄청난 정신적·물질적 손해를 볼 것으로 판단하고 도메인 네임을 「uriel.net」으로 변경하였다.

#### 다. 법원에 계류 중인 사례

##### 1) 로드러너(Roadrunner) 사건

이 사건은 NSI사의 정책이 바뀌기 전에 이미 「roadrunner.com」이라는 도메인 네임을 등록하고 있던 로드러너사(<http://roadrunner.com>)의 도메인 네임에 대하여 정책이 바뀐 후, 워너브라더스사가 자신들의 등록상표인 roadrunner를 침해하였다고 이의가 제기되자, NSI사는 바뀐 방침에 의거 로드러너사의 도메인 네임 사용을 중지할 것을 통지하였다.

그러자 로드러너사는 상표등록이 간단한 튀니지에서 이틀만에 상표등록을 하고 NSI사측에 도메인 이름의 존속을 요구했으나 거절당하여, 로드러너사는 NSI를 상대로 도메인 네임 상용중지처분금지가처분을 신청했고, 현재 계류 중이다.

#### [관련 법률지식]

### 2. 인터넷 도메인 네임 분쟁해결방안

#### 가. 미국 특허상표청(PTO)의 도메인 네임의 상표등록

인터넷 도메인 네임을 둘러싼 상표법적 분쟁을 해결하기 위한 가장 분명한 방법은 도메인 네임 자체를 상표로 등록하는 것이다. 이에 미국 특허상표청(PTO)은 1996년 2월에 도메인네임의 상표등록에 관한 기준을 마련하여 공표한 바 있다.

동 등록기준에 의하면 도메인 네임을 단순한 인터넷 IP주소로만 사용하는 경우에는 상표법상 상표의 개념에 해당되지 않기 때문에 등록될 수 없고, 당해 도메인네임을 실질적으로 상품이나 서비스(대개의 경우에는 인터넷을 통한 서비스의 판매를 위한)의 표장으로 사용하는 경우에 한해서 등록될 수 있다. 미국은 사용주의에 입각하고 있기 때문에 등록단계에서 도메인네임이 상품이나 서비스의 표장으로 사용된다는 것을 소명하는 것이 필요한 바, 단순히 도메인네임을 전화번호와 나란히 하여 사용한 것만으로는 도메인네임을 상표로 사용한 것이라고 볼 수 없고, 당해 도메인네임을 상품이나 서비스의 출처를 표시하기 위한 표장으로 명료하게 사용한 경우에만 상표로 등록될 수 있는 것이다.

## 나. InterNIC의 도메인 네임 분쟁정책

### 1) 분쟁정책의 수립과정

상표권을 침해하는 도메인 네임 등록은 법으로 보호받을 수 없다는 미국 법원의 판결이 여러 차례 나오면서 InterNIC은 기존의 선등록 우선주의(First come, First served)원칙을 수정 내지 보완할 필요성을 느끼게 되었다.

이에 따라 도메인 네임의 배정권한을 가진 InterNIC은 도메인 네임 등록 자체가 어떤 법적 권리도 보장하지 않으며, 분쟁이 발생하는 경우에는 권한있는 법원의 판결에 따른다는 등의 내용으로 「도메인 네임 분쟁정책(Domain Name Dispute Policy)」 2차 개정안을 발표하여 지난 1996년 9월 9일부터 시행하기 시작하였다. 이 개정안은 전문과 14개 조문으로 이루어져있다.

이 정책의 전문에 따르면, NSI는 도메인 등록에 있어서 그 합법성여부를 결정하거나 또는 그 등록 또는 사용행위가 제3자의 권리를 침해하는지 여부를 평가하지 않는다. 도메인 네임 신청자는 자신의 도메인 네임을 선택한 데 대하여 스스로 책임을 진다. 즉 신청자는 신청서에 기재된 내용이 진실이라는 점과, 자신이 선택한 도메인 네임의 등록이 어떠한 제3자의 권리도 방해하거나 침해하지 않는다는 점을 책임진다. 또 도메인 네임 등록자는 어떠한 불법적인 목적으로도 등록할 수 없다. NSI는 도메인 네임의 등록 또는 사용에 관하여 등록자와 제3자간에 제기되는 분쟁에서 중재자 역할을 담당하지 않는다. 이런 「도메인 네임 분쟁정책(Domain Name Dispute Policy)」은 제3자인 원고에게 절차적으로나 실체적으로나 아무런 권리도 부여하지 않는다. 또 원고는 이 정책에 반드시 따를 의무도 없다.

### 2) 분쟁정책의 주요내용

이 정책의 주요 골자를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 도메인 네임에 관한 상표권 소송에 있어서 도메인 네임 배정기관의 면책조항을 두고 있다(제3조). 즉 도메인 네임 등록자는 NSI 등 인터넷 도메인 배정기관과 그 임직원을 상대로 도메인 네임의 등록 또는 사용과 관련하여 소송이나 청구가 제기될 경우에 관할법원으로부터 부과되는 어떠한 손해라도 이를 방어하고, 면책하고, 보호하는데 동의한다는 규정을 두고 있다.

둘째, NSI는 도메인 네임의 등록을 취소할 권한을 가진다(제4조). 즉 NSI는 독자적인 판단에 따라 30일 이전에 서면으로 통고하거나 법원의 명령에 따라 도메인 네임을 취소할 권리를 가진다. 이 경우 NSI는 미국연방법원이나 주법원이 관할권이 있다는 명령서를 접수하여야 하고, 등록자에게 도메인 네임 등록을 변경하거나 보류하도록 요구하는 내용이 인증된 명령서를 접수하여야 한다.

셋째, NSI의 제3자 분쟁에 대한 개입여부에 관한 조항이다(제5조). 도메인 네임 등록자는 NSI가 도메인 네임의 등록으로부터 제기되는 분쟁의 중재자로서의 역할을 할 수 없다는 점을 인식하고 동의하여야 한다. 이와 동시에 NSI는 등록된 도메인 네임이 제3자의 법적 권리를 침해한다는 내용의 정보(증거자료)를 제출 받을 수 있다.

제5조 a항은 이러한 상표권을 입증하기 위해 제출할 증거자료에 관하여 상세히 규정하고 있다. 동조 b항은 상표권자는 도메인 네임 등록자에게 그 도메인 네임 등록 또는 사용행위가 상표권자의 법적 권리를 침해한 것이라는 사실을 통지하고, 그 통지서 사본을 NSI에 제출하도록 규정하고 있다. 동조 c항은 이러한 상표권자의 청구의 기초가 공인된 상표등록에 입각한 것이 아니거나, 청구인이 통지된 사실



을 입증하는데 실패하는 경우에는 후술할 「제3자 절차(Third Party Procedures)」를 적용할 수 없다고 규정한다.

넷째, 제3자의 청구가 제5조 a·b항에 부합하게 이루어진 경우에도 상표 소유권이 도메인 네임에 자동적으로 연장 적용되는 것이 아니라 일정한 절차를 거쳐야 한다(제6조).

만일 도메인 네임의 발효시점이 공식적인 등록상표의 최초 사용일자 또는 제소인이 소유한 공인 등록상표의 실제 발효일자보다도 이전이거나 또는 도메인 네임 등록자가 자신의 상표권을 입증하는 자료를 제출한 때에는 그 도메인 네임의 등록을 유지하고 사용할 수 있다(동조 b항). 반면에 도메인 네임의 발효시점이 위 일자 이후인 경우에는 NSI는 도메인 네임 등록자에게 그 권리를 입증할 수 있는 공식문서의 제출을 요구한다(동조 c항). 만일 도메인 네임의 발효시점이 위 일자 이후로 확인되거나 도메인 네임 등록자가 30일 이내에 상표권을 입증하여 NSI에 제출하는데 실패하게 되면, NSI는 그 등록자에게 새로운 도메인 네임을 선정하도록 도와준다. 그리고 새로운 도메인 네임으로 질서있게 이전할 수 있도록 신규 도메인을 90일 동안 잠정적으로 유지할 수 있게 허용한다.

이 기간이 끝나면 NSI는 문제된 도메인 네임을 어떠한 당사자도 사용할 수 없는 보류(HOLD)상태로 둔다(동조 d항). 동조 e항에서는 이러한 보류(HOLD)상태의 시점을 보다 명확하게 특정하기 위하여 동조 c항의 상표권 입증서류를 30일 이내에 제출하지 못한 경우 등으로 3가지 특칙을 두었다.

도메인 네임의 보류(HOLD)상태를 원상회복하기 위하여는 미국내의 연방 또는 주법원으로부터 정당한 재판관할권과 도메인 네임의 적법한 소유자를 명시한 확정적 또는 잠정적 판결을 접수받거나, 당사자들로부터 분쟁해결에 관한 만족스러운 증거를 제출받아야 한다(동조 f항). 그러나 이 정책은 결국 NSI가 방관자적 입장을 고수함으로써 도메인 네임 분쟁의 예방과 조정에 미흡한 것이 사실이다. 국내 기업들의 도메인 네임 분쟁은 NSI가 규정한 대로 법률적 해결을 통하는 것이 가장 확실하겠지만 법률 체계가 다른 미국법에 대한 무지, 소송에 소요되는 막대한 비용과 시간, 대기업의 경우 해외 이미지 실추 등에 대한 우려로 대부분 일정한 계약금을 주고 선등록된 네임을 사오고 있는 형편이다.

#### 다. 인터넷 국제 특별위원회(IAHC)의 최종 보고서

인터넷 도메인 네임 분쟁의 해결을 위해서 인터넷소사이어티(ISOC), 국제인터넷협회(IANA), 인터넷구조위원회(IAB), 연방네트워크 위원회(FNC), 국제전기통신연합(ITU), 국제상표권협회(INTA), 세계지적소유권기국(WIPO) 등이 참여한 국제 특별위원회(IAHC)가 만들어졌다. 그리고 그 결실로 1997년 2월에 다음과 같은 사항을 주내용으로 하는 최종보고서를 발표하였다.

그리고 그 결실로 1997년 2월에 다음과 같은 내용을 주내용으로 하는 최종 보고서를 발표한 바 있다. 첫째, gTLDs 그룹에 현존하는 ‘com’, ‘org’, ‘net’ 외에 ‘firm’, ‘store’, ‘web’, ‘arts’, ‘rec’, ‘info’, ‘nom’ 등의 7개를 추가하기로 하며, 둘째, 현재 미국의 1개 업체에 의해 독점되고 있는 인터넷 도메인 네임 등록기관 역시 세계 7개 지역의 28개 업체를 새로 선정하며, 셋째, 인터넷 도메인 네임 분쟁시 WIPO 중재·조정센터에서 분쟁해결을 하도록 한다. 또한 1997년 5월 1일에는 IAHC가 해체되면서 우리나라의 데이콤과 SDS를 비롯한 80개의 세계 각국의 인터넷 관련단체들이 양해각서(Memorandum of Understanding; 이하 MoU라 함)를 체결한 바 있다.

## 1) 최상위 도메인 체계

1997년 2월 4일에 발표된 IAHC의 최종 보고서를 살펴보면 다음과 같다. 먼저 인터넷 도메인 네임의 최상위 그룹을 종래의 ISO 3166의 국가코드에 의한 국가명을 사용하는 국내 최상위 도메인(nTLD)체계와 국제 정부간 기구를 포함 '.int'와 같은 국제 최상위 도메인(iTLD)체계, 국적에 상관없이 누구나 사용할 수 있는 '.com', '.org', '.net' 등과 같은 통상의 최상의 도메인(gTLD)체제로 3단계로 나누고 있다.

다음으로 특별한 gTLDs로서 사업 또는 기업을 위한 '.firm', 유통관련 사업을 위한 '.store', WWW와 관련된 활동을 중점적으로 하는 곳을 위한 '.web', 문화와 연예활동을 중점적으로 하는 곳을 위한 '.arts', 사회체육 혹은 연예활동을 중점적으로 하는 곳을 위한 '.rec', 정보서비스를 제공하는 곳을 위한 '.info', 개인을 위한 '.nom' 등의 7개를 추가할 것을 권고하고 있다.

참고로 현재의 gTLDs는 인터넷 등과 같은 데이터 네트워크 활동을 중점적으로 하는 곳을 위한 '.net', 비영리인 곳을 위한 '.org', 사업 또는 상업을 목적으로 하는 기업체를 위한 '.com' 등이 있으며, 이들은 결국 공유되는 것으로 계획되고 있다.

## 2) 등록기관

IAHC의 최종 보고서는 또한 gTLD 등록기관의 선택에 있어서는 세계무역기구(WTO)에 의해 정의된 지역구조에 따라 7개 지역에서 4개의 기관씩 28개 이상의 등록기관을 채택하도록 권고하고 있다.

IAHC 최종보고서는 gTLD 등록기관 신청요건으로 다음과 같은 것을 요구하고 있다. gTLD 도메인 네임체계 정책감독위원회(Policy Oversight Committee; 이하 POC라 함)와의 협의 없이는 등록기관의 권리를 이전할 수 없도록 하고 있으며, 원칙적으로 1기관 1신청에 한하고, 기관은 법적, 재정적인 책임이 공유된 단위여야 함을 권고하고 있다.

이와 더불어 신청자는 경쟁자가 5개 기관 미만인 지역에서는 최소한 50만불의 보험금과 최소한 5명의 상시고용인이 있어야 하며, 최소한 30만불의 자본금을 가져야 하며, 5개 기관 이상의 지역에서는 최소한 500만불의 보험금과 최소한 10명 이상의 상시고용인, 50만불의 자본금을 가지고 있어야 한다고 한다.

또한 등록기관은 산업재산권 보호를 위한 파리협약이나 WTO 지적재산권협정(TRIPS)의 체약국에 위치해야 하는 것을 동의해야 하고, 신청자는 「<http://www.iahc.org/dnswalk.html>」로 검색했을 때 유효한 차상위 도메인 네임(SLD)을 소유하고 있어야 한다고 한다. 또한 등록기관은 독립적인 감사기관의 추천에 의하여 각 지역별로 4개씩 임의로 채택하도록 권고하고 있다. 신청시 수수료는 2만불이며, 등록기관으로 채택되지 못한 경우에는 반환되며, 각 신청자는 독립적인 사업신용보고기관의 보고를 위한 적절한 비용을 지불할 책임이 있으며 그 비용은 반환되지 않는다고 하고 있다.

등록기관으로 선정된 신청자는 등록기관위원회 양해각서(CORE-MoU)에 서명하여야 하며, 각 신청자는 등록기관의 채택과정에서 발생하는 어떠한 분쟁이든 간에 IAHC에 의해 특정된 지역의 중재에 따라야 하며, 모든 자료를 공유하여야 한다고 한다.

## 3) WIPO의 주요 정책제안

### ㉔ 도메인명 등록절차의 개선

현실세계의 권리자인 지적재산권자와 사이버세계의 권리자인 도메인명등록권자의 권리를 상호 부합시키기 위하여 WIPO는 도메인명 등록절차를 보다 강화하여야 한다고 보고 있다. 그 핵심은

도메인명 등록신청자가 진실하고 정확한 정보를 제공하고 이정보에 대한 접근성을 보다 강화하여야 한다는 것이다. WIPO는 이를 위하여 다음의 사항을 제안한다. 도메인명 등록 시 명시적 등록계약(registration agreement)을 통해 성명, 국적, 우편번호, 지역 및 번지수가 포함된 상세주소, 이메일주소(가능한 경우), 전화번호, 팩시밀리번호(가능한 경우), 기관의 경우 담당관의 성명 및 연락처, 1차네임서버(호스트명, 넷주소), 2차네임서버(호스트명, 넷주소) 등을 적시하도록 한다.

도메인명등록계약에 ①등록신청자는 해당 도메인명이 타인의 지적재산권을 침해하지 않는 것임을 확인하며, 자신이 제공하는 정보가 진실되며 정확함을 확인한다는 내용, ②해당정보에 대하여 지적재산권보호를 위한 기본목적 이외의 용도로 사용하지 않는다는 내용, ③허위정보를 제공하거나 확인불가능 정보를 제공하였을 경우 등록기관에서 등록을 취소할 수 있다는 내용, ④분쟁의 경우 특정법원으로 관할을 지정할 수 있으며 대체 분쟁해결 수단(조정이나 중재 등)을 통해 해결받을 수 있다는 내용 등을 포함한다. 도메인 네임은 등록료를 지불하여야만 효력이 발생하며 유효기간을 설정하여 기간만료이전에 재등록을 하여야만 계속 유효하도록 한다. 기한 내에 재등록하지 않으면 등록을 취소한다.

상표권 데이터베이스를 통하여 이에 대한 사전검색을 자발적으로 하더라도 상표권 사전검색을 등록조건으로는 하지 않는다. 등록도메인명에 대한 검색데이터베이스를 구축한다.

#### 4) 분쟁해결 절차의 개선

국가간 소송관할 및 등록기관의 분쟁해결에 대한 논의는 그동안 인터넷도메인명과 관련하여 끊임없이 제기되었는데 WIPO는 다음과 같은 방안을 제시한다.

##### ㉠ 소송

소송이외의 방법으로 분쟁해결을 시도한 경우라 하더라도 소송에서의 당사자적격에는 지장이 없다. 그리고 도메인명과 관련한 소송관할은 등록계약에 따라 등록신청자의 주소지국가의 관할법원과 등록기관 소재지국가의 관할법원으로 한다. 이 경우 국가는 파리협정이나 TRIPS협약의 조약국이어야 한다.

##### ㉡ 조정(arbitration)

등록계약에서 규정하는 경우 선택적으로 도메인명 관련조정(arbitration)을 할 수 있으며, 이때 조정절차는 등록계약에서 별도로 규정하는 경우에는 온라인(on-line)을 통해서할 수 있다.

##### ㉢ 등록기관에 의한 직권분쟁해결절차(Uniform dispute-resolution procedure)

등록기관에 의한 직권분쟁해결절차는 DNS에 한하여 적용되며, ICANN으로부터 적법한 계약을 통해 등록기관으로 선정된 경우로서 등록계약에 반영하여야 한다.

등록계약에는 등록신청자가 직권분쟁 해결절차를 통해 도메인명 관련분쟁을 해결할 수 있음을 명시하여야 한다. 직권분쟁해결 위임조항은 도메인명과 관련된 지적재산권 관련분쟁의 해결에도 적용되어야 한다. 직권분쟁해결절차에 의한 권리구제는 도메인 등록의 정지(suspension), 취소(cancellation), 제3자에 의한 변경(transfer), 분쟁해결 비용의 분배에 한한다.

직권분쟁해결절차는 소송에는 영향을 미치지 아니하며 직권분쟁 해결절차가 종료된 후라도 당사자는 법원에 소송을 제기할 수 있으며 이 경우 법원의 판결은 직권분쟁해결절차에 의한 결정에 우선한다.

직권분쟁해결절차 신청에 대한 기각여부 결정은 절차개시 일주일 이내에 하여야하며, 최종결정은

2개월 이내에 하여야 한다. 직권분쟁해결절차의 심판부는 단독심판부(a single decision-maker)로 한다. 다만, 당사자간에 합의부(three decision-makers)로 약정한 경우에는 그에 따른다. 직권분쟁 해결절차에서 등록기관은 직권분쟁해결정책에 따라 결정을 내려야하며 등록계약에는 분쟁개시절차 및 결정에 대한 승복규정을 넣고 직권분쟁해결절차에서의 결정은 web-site를 통해 공개한다.

#### 5) 주지저명상표(famous and well-known marks)의 공개최상위도메인명(open Top Level Domain Name) 사용배제

WIPO는 저명상표에 대한 지적재산권을 보호하기 위한 국제적 노력을 강조하면서 이에 대한 악의적 최상위도메인명 등록을 방지하고 주지저명상표권자의 권리를 보호하기 위하여 다음의 사항을 제안한다. ICANN은 주지저명상표에 대한 공개최상위도메인명 사용배제등록 체계를 별도로 수립하여야 하며 등록기관은 적법계약에 따라 이 절차를 적용하여야 한다. 공개최상위도메인명 사용배제등록 신청 및 결정사항을 대표웹사이트(centralized web site)를 통하여 공개한다.

신청에 대한 결정을 내리기 위하여 능력을 갖춘 심판관(well-qualified decision-makers)의 명단을 공개하고 이 전문가 중에서 3인의 특별심판관(ad hoc panels)을 임명한다. 절차에 이해관계있는 제3자의 참여를 인정한다. 심판관 임명에는 당사자의 참여를 배제하고 중앙집권적으로 절차를 진행한다. 주지저명상표에 대한 도메인명 사용배제등록에 관한 등록기관의 결정은 해당국의 산업재산권관련 행정기관의 결정이나 법원의 판결에 영향을 미치지 아니한다.

## 제11절 프랜차이즈 상표권침해에 대한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시 : 던킨 도너츠 사례

#### 2. 판결요지

텍사스에 던킨도너츠의 가맹점이 4개의 “Donkin Donas”라는 도넛즈 가게를 멕시코에 열었다. 법원은 Dunkin’s Donut’s 의 상표위반을 인정했고 3배의 손해, 변호사 선임비, 소송비용 모두를 배상하라고 판결했다.

### [관련 법률지식]

#### 3. 상표침해 및 구제방법

##### 가. 등록 및 효력

##### 1) 주 등록

주 등록은 모든 주에서 쉽고, 빠르고, 저렴하게 이용할 수 있지만 대부분의 주에서는 가치가 없다.

주 등록은 “상업에서” 라는 드문 상황에서 연방 등록을 위한 각주간의 상업을 만족시킬 수 없는 지역적 사업에서 종종 이용된다. 대부분의 주에서 현실적인 권리를 이러한 등록에 의해 거의 획득되어지지 못한다. 왜냐하면 모든 사람의 이익은 사람이 증명할 수 있는 모든 보통법의 권리이기 때문이다. 그러나 몇몇의 주에서는 텍사스와 메사추세츠와 같이 그들의 상황에서 추정적인 규정을 가지고 있다. 주 등록을 획득하는 것은 상표를 사용하는 다른 잠재적인 사용자에게 경고를 함으로써 사업을 시작하기 위한 권리를 가장 쉽게 획득할 수 있는 방법이다. 그러나 연방등록을 위한 실용성은 명백히 더 나은 선택이며 주 등록은 불필요하다.

## 2) 연방 등록의 이익

연방 등록은 보통법에 의해 제공되는 권리의 강화와 추가적인 권리를 부여함으로써 중요한 이익을 준다. 현실적이고 절차상의 이점은 타당한 연방등록 특히 프랜차이즈와 같은 사업확장을 통해 획득한다.

## 3) 체계적인 사실

연방 등록은 등록의 날짜로부터 등록자의 소유권을 모든 사람에게 주장할 수 있는 추정적인 사실을 제공한다. 등록은 세력범위에 대하여 논쟁이 확장된다면 그 상표를 사실상 사용할 수 없는 나라일지라도 뛰어난 권리를 부여한다.

## 4) 효력과 소유권의 가능성

등록은 등록된 상표의 유효성의 제일의 표면상의 증거이고 전국적인 상업에 있어서 상표를 사용하기 위한 등록자의 배타적인 권리의 제일의 표면상의 증거이다.

## 5) 체계적인 사용

일단 등록이 발효되면, 등록자에게는 그 나라의 추정적인 날짜로부터 분류하기 위한 자격이 주어진다.

## 6) 연방법원의 판결

등록은 연방법원에서 손해의 양 혹은 사회성의 차이점에도 불구하고 침해 주장을 위하여 판결을 제공한다.

## 7) 명백함

상표가 등록 후 5년동안 계속해서 사용된 후에는 등록자들은 그 상표를 논쟁의 여지가 없이 주장할 수 있도록 해준다. 이러한 관점에서 상표를 사용하기 위한 유효성과 배타적인 권리의 제일의 표면상의 증거는 결정적인 증거가 된다. 등록 후 5년 동안 이용할 수 없는 중요한 확정적인 근거는 상표는 단순히 기술적이고 부차적인 의미는 없으며 등록자는 상표의 우선적인 사용자가 아니라는 것이다. 등록이 부정적으로 획득하고 상표는 등록되지 않고 상표는 버려지는 것처럼 또 다른 번호는 늘 이용된다.

## 나. 구제방법

Lanham법은 금지명령, 손해, 피고의 이익, 3배의 손해, 위반조항의 파괴, 비용, 변호사 선임비용을 포함한 위반 침해를 위한 다양한 구제책을 제공한다.

### 1) 침해 조항의 중요성에 대항한 금지명령

연방 등록은 등록된 상표를 파는 조항의 독단적인 중요성을 제명하는 U.S Customs Service의 기초이다.

### 2) 위조상표에 대항한 특별한 구제방법

등록은 압류명령을 위한 기초이며 상표의 일체성 혹은 대체로 등록된 상표로부터 구별할 수 없는 위조상표 사용에 있어서 특별한 형사법적 사회적 구속력을 위한 기초이다.

### 3) 등록 상징

오직 연방적인 등록된 상표는 사실상 등록의 인식을 다른 사람에게 주기 위해 ®로 나타낸다. 등록자가 그런 인식을 주는데 실패한다면 Lanham 법에 의해 침해행위에 관해 이익과 손해를 회복하는데 불가능하게 될 것이다. 그렇지 않으면 피고는 사실상 등록의 지식을 가지게 된다.

## 다. 연방 등록의 획득

연방적인 상표의 등록을 위한 기초에 따르면 두가지 옵션을 이용할 수 있다.

- 1) 상표가 각주간의 상업에 있어서 상품을 선적하고 서비스를 이용하게 되어 진다면 지원서는 상업에 있어서 사실상 상표의 기초를 충족시켜야 한다.
- 2) 상표가 각자간의 상업에 사용되지 않는다면, 지원서는 상표를 사용하기 위한 의향의 기초가 된다. 그러한 의향은 사업의 일반적인 과정에 있어서 상표를 사용하기 위한 “bona fide”로써 적격함에 틀림없다. 그리고 상표에 있어서 단순히 권리를 보호하는 것이 아니다. 게다가, 등록은 상표가 사실상 사용되기까지 발효되지 않는다. 지원서를 사용하기 위한 의향이 완전히 반대되지 않는다면, PTO는 그 상표가 사실상 사용되고 있다는 것을 보여주기 위한 진술을 증명하기 위해 지원자에게 6개월간의 제한된 시간인 허락의 통지를 준다. 사용한다는 진술을 충족시키기 위한 제한된 시간은 추가적인 6개월에서 최고 3년까지 확대된다. 등록이 기초가 되는 상업 조항의 사용의 법적인 요구에 만족시키는 것은 반드시 의회에 의해 제정되는 각 주간의 상업 혹은 다른 상업에 직접적으로 영향을 미치는 사용이 되어야만 한다. 그 결과 지역적 레스토랑은 각주간의 상업이 될 것이다. 예를 들어 한 지역의 레스토랑 “Bozo”의 상표는 “use in commerce” 요구를 만족시켜준다. 왜냐하면 Memphis 근처에 위치해 있고 그것은 세 개의 주로 구성되는 도시 지역에 위치해 있으며, 다른 주로부터 종종 관광객들이 방문하게 때문이다.

### 1) 시험

지원은 정확한 법률적인 요구에 따라야만 한다. 사실상 사용에 기초한 지원은 상품과 서비스와 연결

되어 사용되고 있음을 보여주는 보기로 요구된다. 지원이 PTO에 합당하게 충족된 후에 시험 검사관은 등록에 부적절한(예를 들어 상표가 순전히 지리적 혹은 성 혹은 상표로서 너무 기능미만) 것이 없는가를 심사하고 지원하는 동안 어떤 것이 먼저 등록한 것과의 어느 정도의 혼란이 있는지 없는지 검사한다. 그래서 또 다른 단체의 사용은 다른 단체에 의해 어떠한 행위도 없이 등록을 막을 수 있다.

## 2) 이의 신청

일단 시험 검사관에 의해 승인되면, 상표에 있어서 이의신청을 충족시키기 위한 등록기회에 의해 손상된 믿음을 어떤 단체에 주기 위해 PTO의 Official Gazette에 있어서 발표된다. 이의신청이 충족된다면 발견을 포함한 각 단체들간의 행정적인 과정이 Trademark Trial과 Appeal Board 전에 확정된다. 원리면에 있어서 이의신청은 지위측면의 기초가 될 수 있으나 대부분의 경우에 있어서는 먼저 등록한(혹은 종종 먼저 사용된) 상표와 함께 유사성의 혼란은 예견되어진다. 종종 이의신청 과정은 해결하기 위해 수년이 걸리기도 한다.

## 3) 등록

지원이 사실상 사용의 기초가 되고 지원이 성공적인 도전이 되어지지 않는다면 상표는 Principal Register에 등록될 것이다. 지원이 미래에 상표로 사용될 의향이 있다면 PTO는 허가의 통지에 발표되고 지원자는 상표를 사용하고 사용의 진술을 충족시킨 후 상표로 등록될 것이다. 등록은 10년의 기간 동안 발효되고 상표가 여전히 사용되는 것을 5번째 해 동안 지속된다면 등록자는 선서진술서로써 제공될 것이다. 등록은 상표가 계속해서 사용되는 한 거의 10년이라는 추가적인 기간이 새롭게 될 것이다. 2차적인 의미가 없기 때문에 아직 등록할 수 없는 기술적인 상표는 Supplement Register에 등록될 것이다. 그러나 그러한 등록은 보통법에서 이용함을 뛰어 넘어 현실적인 권리를 제공하지 않고 상표가 데이터베이스에 나타나는 사실 이외의 장점은 거의 없다. 그래서 새로운 상표를 분명하게 하고 나중에 충족된 지원서에 대항하여 시험 검사관에 의해 소환을 위해 이용될 것이다.

## 4) 취소

비록 이의신청이 충족되지 않거나 상표가 등록으로 나아가지 않더라도 이익단체는 그들이 이의신청한 분야에서 상표를 취소시키기 위해 청원을 충족시키기 위해 등록 후 5년이 걸린다. 취소과정은 이의신청 과정보다 훨씬 덜 자주 일어난다. 그럼에도 불구하고 등록과정에서 주의를 요한다. 5년 후, 단순히 취소를 위한 몇몇의 근거는 이용되도 주로 상표는 위조로 획득되고 버려지고 상품으로 등록되지 않는다.

## 5) 동시 사용

아직 선순위자에 의해 점유되지 않은 제한된 지리적 지역에서 등록의 현재 사용의 발행은 과정적인 면에서 드물게 호소된다. 전형적으로 대부분 같거나 유사한 상표로 권리를 배분받기 위해 사용되고 한 국가에서 지리적으로 분리된 지역의 다른 두개의 단체에 의해 사용되어진다.

## 라. 상표 권리의 강화

### 1) 입법의 원인

입법의 다른 원인은 강화된 상표가 등록되거나 혹은 주나 연방 법이 발효된 경우와 같은 것에 의존한다.

### 2) 연방적으로 등록된 상표의 침해행위

연방적으로 등록된 상표의 보유자는 연방법원이나 주 법원에 원고의 강요나 원고로부터 발생한 것으로 생각함으로써 피고의 상품이나 서비스의 원천에 혼란을 일으킴으로써 중요한 소비자 수에 쉽게 야기시키는 방법으로 어떤 사람이 상표를 사용하는 침해 행위를 고소할 수 있다.

### 3) 연방 부당경쟁

Lanham 법 43(a)의 일부는 침해행의 주장을 위해 연방법원에 訴를 제기하기 위해 등록되지 않은 상표 소유권자에게 보통법을 적용하고 있다. Lanham법에 의해 주어지는 등록의 이로움은 적용되지 않지만 43(a)법 일부분에서 이용가능한 구제방안은 등록된 상표의 침해행위 구제방안과 동일하다. 물론 보통법 상표의 소유권자는 또한 주 법원에 訴를 제기할 수 있다.

### 4) 1984년 연방 상표 위조에 관한 법

1984년 Lanham법의 개정안은 위조에 관하여 형사법적 제재와 함께 금전상의 구제방안과 압류명령을 상세히 하는 것을 추구하는 활동의 원인을 제공한다.

### 5) 주 보통법

주는 상표 침해행위에 관한 법안의 원인을 주는 그들 자신의 보통법을 발전시켰다. 주 보통법은 상표면의 침해행위, 부정유통, 잘못된 광고, 오명, 실질적인 가치저하, 기타 등등에 대항한 법안의 원인을 제공하는 여러가지 부당경쟁 이론을 발전시켰다. 이러한 법안은 전형적으로 Lanham법의 법안에 기초하였으며 연방법원에서 유용되었다.

### 6) 다양한 성문법

대다수의 주에서는 주 상표등록 지위에 관한 입법을 하였으나 그들은 일반적으로 거의 현실적인 이로움은 가져다주지 못하였다.

### 7) 성문법의 실질적인 가치저하

만약 “베스킨 라빈스” 상표로 오븐 클리너를 판매한다면 어떻게 될까? “코닥”상표로 도넛츠를 판매한다면? 비록 그러한 사용이 아마도 전형적으로 혼동과 유사한 상표의 침해행위를 만족시키지는 않지만 그러한 서비스와 상표의 비경쟁적 사용은 특수성과 독창성을 서서히 손상시킴으로써 유명한 상표의 실질적인 가치저하를 가져온 것이다. 이러한 또다른 상품의 저작권 침해를 막기 위해서 대다수의 주에서는 특별한 실질적 가치저하 법규를 채택하게 된다. 비록 전형적으로 이러한 법규에 의해 명쾌하게



요구되어지진 않지만 대부분의 법원은 그러한 주 법규의 실질적인 가치저하에 대항한 보호는 오직 강하고 현실적인 유명한 상표를 이용하는 것이라고 주장한다. 많은 주에서 그러한 보호를 제공하지 않는 사실뿐만 아니라 이러한 많은 법규에 있어 모호한 용어의 일치하지 않는 법률적 해석(설명)의 구제를 위하여 1995년 The Federal Trademark Dilutier Action은 효과적으로 1996년 1월 16일 Lamham 법의 43(c)부분과 1125(c)부분을 추가하였다. 이 법안은 상표의 소유권자가 연방등록 혼동과 유사함 혹은 경쟁의 존재 없음에 상관없이 상표의 구별할 수 있는 특질을 가치저하하는 유명한 상표의 인정되지 않는 사용을 위한 입법의 원인을 창조한다. 그래서 “유명”(이러한 결정에 따르는 많은 요소의 법규 목록)이라고 판단되는 상표는 서비스와 상품과 관련이 없는 상표의 또다른 사용에 대응하며 보호되어진다. 이것이 상표보호의 강력한 도구인 반면, 많은 상표가 그것들이 별명, 거리명, 혹은 현혹시키는, 혹은 다른 사람이 관련되지 않은 분야에서 사용할 자격이 있는 일반적 용어를 포함한 이후로 실질적인 가치저하를 보호하기 위한 특별한 특성이 없음에도 불구하고 꽤 잘 알려진 체인점으로 인정된다. 법원은 이러한 제거의 형태를 추구하기 위해 상표 소유권자에 의해 증명의 큰 부담을 요구한다고 추정된다. 주의 현혹시키는 상표사용에관한법은 주 보통법 아래 발달된 어떤 부당경쟁 이론을 성문화 한다. 주의 위조금지에관한법규는 Lamham 법을 수정하며 1984년 연방상표위조에관한법의제정 이후 그 중요성을 크게 상실하였다. 그러나 주의 대부분은 최근에 대략적으로 위조금지법을 제정하였다.

#### 마. 침해행위의 증명

연방상표침해행위에관한법규의 발생에 요구되는 5가지 요소는 다음과 같다. (1)등록된 상표의 복제품, 복사품 혹은 다양한 모제품의 사용, (2)상업적인 면에서 판매와 관련된 접촉, (3)제품 판매 제공, 배분, (4)어떤 상품, 서비스의 광고 (5)혼란을 야기, 실수, 혹은 제품, 서비스의 재료로써 사기로 판단되기 쉬운 것 관계상으로 볼 때 (2),(3)의 요소 그리고 (4)의 요소를 논쟁의 면에 있어서는 매우 드물다. 다른 요소들은 상표의 유사성에 의해 혼란을 일으키기 쉬운 “분명한 이성적 구매자”의 질문과 결합한다. 혼동의 유사성은 보통법과 연방 상표 침해행위 사이의 시험이고 외관상의 유사성, 발음성, 상표의 의미의 유사성을 포함한 다양한 요소에 의해 결정된다. 제품 혹은 서비스의 접근, 사람들의 구매의 적절한 분할의 유사성 고객의 교양, 상품과 서비스의 비용, 원고 상표의 강인성, 그리고 무역과 광고의 채널의 유사성 혼동의 유사성을 증명하는 것은 충분하다. 그러나 사실상의 혼란의 중요성은 그것의 유사성의 증명하기 위한 최고의 방법이다. 고객들이 아마도 두개의 같지 않지만 유사한 상표의 혼란을 일으키는 것을 보여주는 고객조사는 혼동의 유사성을 증명하기 위해 사용되어진다. 이러한 결정은 매우 사실적이고 배심원들에게 질문이 되어진다. 그러나 실질적인 문제에 있어서, 상표 논쟁의 가장 대부분의 것은 준비명령단계에서 결정된다. 혼란의 유사성에 관한 질문으로 법원에 의해 결정된다. 비록 피고의 취지가 상표 침해행위에 관한 필요적 요소가 아닐지라도 혼동의 유사성의 매우 효과적인 증거로 이루어진다. 또다른 상표의 복제품에 관하여 다양한 법은 피고가 고객의 혼란을 참조하는 것을 일으킨다. Kentucky bourbon에 있어 “Jim Beam”의 상표로 잘 알려진 소유권자가 아일랜드계의 완강한 “Beamish”를 사용하여 침해행위에 관하여 소를 제기한다면 어떠한 혼동의 유사성은 발견되지 않을 것이다. 왜냐하면 포장의 디자인과 라벨은 지리적 원산지가 다르며 bar의 다른 고객들은 bourbon과 맥주를 혼동을 일으키기가 쉽지 않다. bourbon 생산지는 맥주시장에 들어가는 것은 증거가 없다. 상품은 사실상의 혼동의 증거없이 아일랜드에서 동시에 존재하고 피고인에 의해 원고의 명성을 자본화하는 의향은

전혀없다. 부당경쟁 혹은 미등록 상표의 침해행위, Lanham법의 43(a)의 일부분중 상표 dress의 침해행위의 결정의 요점은 일반적으로 피고의 사용이 잘못 되었거나 혹은 입회, 접촉, 제휴, 원산지, 상품과 서비스의 후원자에 관해 혼동의 원인이 된다는 것이다.

## 바. 구제방법

법원은 상표 침해행위에 관하여 다양한 형태의 구제방법을 명령하고 있다.

### 1) 강제명령

상표침해 행위의 대부분 제거는 상표의 인정되지 않은 사용을 계속하는 침해자를 막기 위해 강제명령으로 한다. 법원은 또한 침해자에게 수정한 광고를 방송하게 하고, 시장으로부터의 철수와, 침해제품의 파괴 등을 명령한다. 법원은 예비적인 명령과 일시적으로 소송기간동안 상표 소유권자를 보호하기 위하여 구금명령을 주기도 한다.

### 2) 금전적 배상

하나 혹은 그 이상의 금전적 배상은 연방적으로 등록된 상표의 침해행위에 관하여 Lanham법에 의해 구제되고 미등록 상표는 43(a)의 일부에 의해 구제된다. 상품의 품질과 판매의 손해로부터 발생하는 원고의 사실상 손해는 회복되지만 양을 측정하기는 어렵다. 상표변화에 실패하는 것을 수반한 경우에 있어서는 법원은 잃어버린 로열티가 보상의 기초가 된다고 판단하고 있다. 피고의 이익은 침해행위가 고의이거나 피고의 부당이득이 인정되는 경우에 인정된다. 법원은 사실상의 손해에 기초하여 배상의 증가나 감소의 결정권이나 혹은 법원이 만약 피고가 이득을 얻게 되고 원고의 타당한 배상을 찾게 되지 못하면 법원이 찾게 된다. 이러한 규칙에 따라 원고의 승소는 소송의 모든 비용을 보상받게 될 자격이 있다. 변호사 선임비는 오직 추가적인 경우에 승소측에 주어진다. 최근의 사건의 경우에 있어서 침해품목의 몰수와 파괴 혹은 그것을 만드는 도구는 법원에 의해 강제명령 된다. 법원은 다른 단체에게 합병을 포기하라는 뜻을 부과한다. 등록된 상표 수반과 함께 법원은 등록의 취소나 수정하라는 명령을 한다. 그러나 취소는 원고의 유일한 추구가 아니다. 만약 그렇다면 취소과정은 법원보다 PTO가 하는 것이 더 낫다. 끝으로 형사법적인 제재가 부과된다. 위조상품을 제조한 경우에는 5년 이상의 징역과 25만불의 벌금이 부과된다.

## 사. 상표의 단속

총 지점장은 끊임없이 동일한 미등록 사용에 대하여 시장이나 거래관계에 대하여 조사하거나 상표의 심각한 약화를 피하기 위하여 조사해야 한다. 가치있는 상표는 즉시, 부지런히, 활기있게 단속되어야 한다. 그렇게 하는 것이 실패한다면 법적 보호범위가 줄어들게 되고, 잠재적으로 상표의 보호가 불가능해지며 상표의 기술적 포기가 이루어지게 된다. 더욱 많은 사람들이 유사한 상표에 노출되면 될수록 총지점장의 상표가 독특한 특성의 상징으로 의존되는 것은 불가능해진다. 그러한 견해에 따르면 그런 상표의 가치가 줄어들면서 상표의 단속은 불가능해지고 계약의 위반이 된다. 총지점장은 자신의 프랜차이즈가 다른 상표의 권리에 침해하지 않는다고 확신한다.

## 아. 상표와 프랜차이즈와의 관계

상표면허는 일반적으로 프랜차이즈 관계에서의 핵이다. 상표사용의 면허는 유니폼을 다시 만들고 기준의 특성화하는 사업의 일부가 된다. 상표면허의 필요와 임무는 프랜차이즈 시스템에 의존하고 있다.

### 1) 상표면허가 필요할 때

상표면허는 프랜차이즈 업체가 제품을 제조하거나 누군가에게 상표 소유권자로부터 물건을 판매한다면 반드시 필요하다. 또한 프랜차이즈 업체가 상표 소유권자로부터 면허를 이용한 서비스(예를 들어 프랜차이즈 시스템처럼)를 수행한다면 반드시 필요하다.

## 제12절 상표 관련 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시 : 헤롯즈(Harrods) 사건

#### 2. 판결요지

이 사건은 영국에서 발생한 사건인데 영국 최대 백화점인 헤롯즈(Harrods)사는 InterNIC에 자사 상표가 포함된 「www.harrods.com」 라는 도메인 네임을 미첼 로리에가 소유하고 있다는 사실을 확인하고, 미첼 로리에를 상대로 상표권 침해 및 부정경쟁방지법위반으로 영국법원에 제소한 사건이다.

영국법원은 헤롯즈사가 상표권을 가지고 있는 ‘harrods’라는 상표를 도메인 네임에 이용한 미첼 로리에의 행위는 상표권침해및부정경쟁방지법 위반행위에 해당된다고 보아 해당 도메인 네임을 반환할 것을 결정하며, 상표권은 인터넷 등 가상공동체에서도 보호되어야 한다고 판시하였다.

#### 3. 평석

##### 가. 상품명(마크)의 선택

##### 1) 알맞은 이름을 고르는데 있어서

알맞은 상품명(이하 마크)을 선택하는 것은 프랜차이즈 사업의 성공에 있어서 중요한 작용을 한다. 마크는 특정한 프랜차이즈의 성격, 캐릭터의 중심이어서 그 사업의 가장 가치있는 자산이 될 수 있다. 그러나 그 과정이 자주 사업가들에게 그 중요성 만큼의 관심을 받지 못하고 있다.

##### 2) 합법적 보호를 받을 수 있는 마크

첫번째로, 마크는 합법적으로 보호받을 수 있고 접수 가능한 것이어야 한다. 합법적이지 않은 마크를

고를 경우 소송제기나 광고비 초과와 결과를 가져올 수 있고, 또한 그 이름으로 새로운 상품이 나오거나 다른 나라에 그 상품이 수출될 경우, 그 이름을 쓰지 못하는 일이 발생할 수 있다. 마크를 선택하는 카운슬(담당자)들은 이런 경우를 염두에 두고 합법적인 마크를 고르는데 각별히 신경을 써야 한다.

### 3) 시장을 공략할 수 있고 관심을 끄는 마크

합법적인 마크를 선택하는 것 외에 또한 마크는 모든 광고나 다른점에 있어서도 적합한 것이어야 한다. 기억하고 발음하기 쉬워야 하고, 영어 또는 다른 외국어라도 숨은 다른 뜻이 있는 단어여서는 안 된다.

### 4) 확장가능성이 있는 마크

마크를 정할 때는 미래 지리적 확장보급이나 새로운 종류의 상품이나(그 이름으로 생산될) 서비스에 있어서 같은 이름의 사용여부도 염두해 두어야 한다. 나중에 다른 생산품에 적용될 것을 생각해 볼 때 현재의 생산품의 본질을 묘사하는 이름은 적합하지 않다. 이럴 경우 owner(생산자)는 다른 상품이 나올 때마다 새 이름을 지어야 하고 트레이드마크로서 얻을 수 있는 이득도 잃게 된다. 선택된 마크가, 목표하는 세계시장에 적합하고 합법적인지도 신중히 고려해야 한다. 각 나라마다 다른 조건을 필요로 하는 트레이드 마크에 관한 법이 있기 때문이다. 사람의 성(이름), 지방이름, 또 공식적이거나 종교적인 뜻을 내포하고 있는 단어들은 외국에서 문제를 일으킬 가능성이 있다. 설사 한 마크가 외국에서도 합법적으로 보호받을 수 있고 접수 가능한 것이라 해도 문화적인 이유나 불쾌한 느낌을 준다는 이유로 다른 나라들로 부터 거부당할 수도 있다. (예를 들면, 열대지방에 위치한 나라에서는 “Banana Republic” - 바나나 공화국이라는 이름이 거부감을 가져올 수도 있다.)

특정한 마크가 외국에서는 표면과 다른 뜻을 가지고 있거나 사회적으로 받아들여질 수 없는 의미가 부여된 것일 수도 있다. 예를 들어, “Nova”라는 자동차이름은 서반아어를 사용하는 나라에서는 “가지 않는다”라는 뜻으로 사용되는 단어이다. 외국어로 해석 될 때, 마크는 그 마크를 만든 사람이 전달하려는 메시지를 잃을 수도 있고 혹은 안좋은 뜻으로 해석되기도 한다. (예를 들면 “Coppertone”(구리빛)은 이탈리아에서 사용되기는 하지만 사실 이탈리아어로는 “선땀”이라는 뜻이 아니라 “자동차 타이어”라는 뜻이다.)

“Whirlpool”같은 마크도 영어가 모국어가 아닌 사람들에게는 발음하기도 어렵고 스펠링을 기억하기도 까다로운 이름이다.

### 5) 마크는 합법적보호가 가능하고 접수 가능한 것이어야 한다.

트레이드마크 법 아래 보호되려면, 마크는 독특해야 한다. 독특하다는 뜻은, 마크가 다른 경쟁회사들로부터 구별되고 그 이름을 들었을때 그 상품을 떠올릴 수 있을만큼의 인지도가 있어야 한다는 뜻이다. 마크들의 독특함을 분석하기 위해 마크들은 “spectrum of distinctiveness”라는 잣대위에 올려진다.

### 6) 타고난 고유의 독특함을 가진 마크들

이런 종류의 마크들은 그 이름들이 시장에 나오는 순간 합법적 보호를 받고 등기가 가능하게 된다. 아래의 종류들이 고유의 독특함을 지닌 마크들이다.

## ㉑ 기발한 마크들

이 마크들은 원래 있는 단어들이 아니라 특정상품을 위해 만들어진 단어들로 특정상품을 가리키는 것 외에는 다른 뜻이 없다. (예를 들면 “Kodak” 이나 “Exxon”).

## ㉒ 임의적이고 독단적인 마크들.

이 마크들은 원래 사전적인 의미를 가지고 있는 단어들이지만 생산품과는 아무런 관계가 없는 단어들이다. (예를 들면 피자체인점 이름인 “Domino’s”와 컴퓨터 회사인 “Apple”)

## ㉓ 암시적인 마크들.

이 마크들은 관념, 상상, 또는 생산품이 나타내야 할 특징과 관계되는 지각력을 요구한다.

(예를 들어 선텐오일 이름인 “Coppertone”(구리빛색)이나 레스토랑 이름 “Cork’N Cleaver”)

암시적인 마크들은 인기가 있다. 왜냐하면 그 이름들은 타고난 고유의 독창성이 있다고 판단되어지기 때문이다. 그 마크들은 각 상품 또는 서비스업에 대한 정보를 주기 때문에 시장에서 홍보도 구로서의 역할도 충족한다. 이러한 조건들을 만족시키기 때문에 이 마크들은 그 마크들이 가진 2차적인 의미를 따지지 않고 바로 법아래 보호를 받고 등기 가능하게 된다.

## 7) 묘사적인 마크들

독특한 마크들과는 대조적으로 묘사적인 마크들은 대부분 독창적이지 않다고 여겨지고 그러므로 트레이드 마크로서 법의 보호를 받지 못한다. 묘사적인 마크들은 (1) 말이나 그림으로 상품의 목적, 기능, 품질, 사이즈, 내용물, 성질, 사용자에 대한 설명, 효과등을 너무 자세히 설명하고, (2) 그 상품이나 서비스업이 시작된 장소를 묘사하거나, (3) 사람의 성(이름)을 따라 지어진 이름들을 포함한다. 만약 설명이 정확하지 않다면, 그 마크는 눈속임이 보이는 잘못된 묘사로 간주된다. 그러므로 이런 종류의 마크들은 독창적이지 않고 그래서 그 사용에 있어서 2차적인 구별되는 의미가 설명되지 않는 한 법적 보호를 받기 어렵고 등기가가능여부도 불투명하다. (예를 들어, 햄버거 브랜드 “Giant Hamburgers”(거인 햄버거), 벼룩잡는 회사 “Pestaway” - pest away를 줄임, 레스토랑 “Beef & Brew”, 안경점 “Vision Center”, 플로리다에 있는 은행이름 “First Southern Bank.”)

그렇지만 예외도 있다. 묘사적인(그리고 잘못된 설명적인)마크들도 폭넓게 쓰일수 있는 가능성이 있고 소비자들이 상품과 연결지어 생각할 수 있는 적합한 광고효과가 있는 2차적인 의미가 있다면 독창성을 인정받아 합법적이 될 수 있다. 단, 그 마크 본래의 뜻이나 마크로 쓰이는 사람의 성을 표면 그대로 의미해서는 안된다.

The Lanham Act section 2(f)에 보면 묘사적인 마크의 5년동안 지속적인 사용을 증명할 수 있으면 그 마크에 2차적인 의미의 증거(prima facie)로 인정해준다. 마크를 선택할 때, 묘사적인 마크들은 피해야 한다. 왜냐하면 근본적으로 그런 마크들은 트레이드마크 법으로 보호되지 않고 그러므로 바로 등기 가능여부도 불투명하기 때문이다. 또한, 마크에 2차적인 의미를 부여하는 것도 어렵고, 돈이 많이 든다.

## 8) 보호받을 수 없는 단어들

다음 단어들은 마크로 쓰이는 것이 금지되어 있다.

㉑ 일반적인 이름들 이런 단어들은 같은 종류의 상품이 많은 시장 안에서 다른 회사들의 상품과 구별될 수 없기때문에 마크가 될 수 없다. (예를 들어 “Discount Muffler”는 자동차 머플러 교체나

수리를 일반적으로 칭하는 말)

- ㉞ 올바르지 않은 설명을 하는 단어들(소비자들을 눈속임하는)과 사실적이지 않은 관계를 암시하는 단어들, 상품과 전혀 관련이 없는 어떤 사람이나, 생물이나 혹은 죽은 물체, 또는 특정회사와 연결지어 상품을 설명하는 경우
- ㉟ 비도덕적이거나 스캔들의 우려가 있는 단어들과 국기나 군인복의 무늬는 사용 불가능하다.

#### 9) 마크는 기능적이지 않은 것이어야 한다.

어떤 생산품의 사용목적에 빠져서는 안될 일부분이나 생산품의 질, 만드는 비용이 트레이드마크에 포함되어서는 안된다. 그렇지 않으면 생산자는 특허를 받지 않아도 합법적 경쟁을 제지하는 영구적인 독점력을 갖게 될 우려가 있기 때문이다.

#### 10) 마크가 법적으로 사용가능한가?

선택된 마크는 이전의 마크사용자나 정부의 접수처, 다른 접수자로부터의 소송가능성이 없는 것이어야 한다. 이미 등록된 마크와 너무 비슷하거나 아직 미결정이지만 접수된 이름이거나, 앞서서 비슷한 상품이나 서비스업에 사용되었던 이름은 등록신청이 힘들다.

또한, 거의 결정이 된(그러나 아직 완전히 등록이 끝나지 않은)이름과 헷갈릴 정도로 비슷하고, 또 접수자가 이름이 아직 미결정인데도 불구하고 등록이 끝난 것처럼 사용하는 경우, 원칙적으로 합법적이지 않으므로 걸리게 된다. 결과적으로, 누구든지 이미 존재하는 마크를 카피하거나 비슷하게 만들면 안되므로, 마크를 선택하기 전에 비슷한 것이 벌써 등록되어 있는지 폭넓은 조사를 해야 한다.

#### 나. 마크의 강점

마크가 독특하고, 특이하고 잘 알려진 것일수록, 더 “강점적인 것”으로 여겨진다. 마크가 강한 것일수록 더욱 폭넓은 법의 보호를 받게 된다. 마크가 강한지 약한지는 3가지 면에서 판단된다.

##### 1) 마크의 사용이 그 분야에서 얼마나 보편화 되었는가

소비자들은 “Star”, “Gold Medal”, 그리고 “Universal”같은 마크들이 이름과 연관없는 사업에 많이 쓰이고 있다는 것을 알고 있다. 그런 이름들은 그 이름이 가리키는 상품을 알아내기에는 약하다. 그러나 비슷한 마크들이 시장에 많이 있을 때, 흡사한 이름들은 별로 구별되지 못한다. 그래서 약한 이름으로 판단되고 그만큼 법의 보호도 좁아진다. 대체적으로 1~2자의 단어 혹은 숫자로 이루어진 마크 또한 약한 이름으로 여겨진다.

##### 2) 특정한 상품과 서비스에 관계된 마크가 얼마나 묘사적인가

마크가 묘사적일수록 독창성이 떨어지고 그래서 기발하거나 임의적인 마크들이 법적인 보호영역도 넓고 강점있는 마크로 인정된다. 암시적인 마크들을 중간정도의 강점을 가지고 있고 묘사적인 마크들은 약한 것으로 간주된다.

### 3) 시장에서의 인지도와 명성

마크가 기발하고 독단적이어도 많이 팔리지 않는 품목이어서 홍보가 덜된 이유로 사람들에게 알려지지 않은 경우가 있다. 많이 사용되고 광고된 후에는 묘사적인 마크라도 강하게 어필되는 마크가 될 수 있다. 예를 들어, “Kentucky Fried Chicken”(지방이름과 일반적으로 쓰이는 이름 사용) 그 고유의 상품명으로서의 2차적 의미부여가 다른 약점들을 극복하고 성공한 경우다. 다른 예로, 치과 “McDental”은 “McDonald”가 유명해지자 햄버거와 치과는 아무런 관련이 없음에도 불구하고 맥도날드를 따라 지어진 이름이다.

### 4) 마크는 묘사적이 아닌, 독창성이 있어야 한다

마크를 선택할 때, 마케팅 사람들은 종종 묘사적인 이름들이 소비자들에게 상품에 대한 정보를 주기 때문에 더 좋은 이름이 될 것이라고 생각한다. 그러나 그러한 이름들이 독창성이 결여되기 때문에 법적으로는 보호받기가 어렵다. 그러므로 이러한 약점이 있는 마크의 주인은 사람들에게 그 마크가 2차적인, 다른 것과 구별되는 의미가 있다는 것을 알리기 위해 마케팅과 홍보에 많은 투자를 해야 한다.

반면에, 기발하고 독단적인 마크들은 그대로 독창성이 있고 강점이 있으나, 소비자들에게 상품에 대해서 전하는 메시지는 미세하거나 아예 없으므로, 소비자들에게 마크와 상품을 선전하기 위해 막대한 홍보비용을 들여야 한다. 이러한 2가지 경우의 딜레마에 빠지지 않기 위해서는 극단적인 마크는 피하고 소비자들의 호기심을 자극하고 또 상품에 대해서도 부분적인 정보를 주는 마크를 선택해야 한다.

### 5) 묘사적인 말은 피하라

간단한 철자 바꿈도 허용되지 않는다. 특히, 그러한 철자 바꿈이 묘사적인 단어의 발음과 같은 경우(예를 들어 “Nite” for “night” - 발음이 같음) 그러나, 미니 머핀, “Muff-Funs”는 등록이 가능했다. 왜냐하면 이 이름은 그냥 머핀을 설명하기 위해 철자를 바꾼 것이 아니라 “머핀”과 “재미”라는 다른 뜻의 두 단어가 합쳐져서 새로운 의미를 주기 때문이다.

또 묘사적인 말을 외국어로 해석하는 경우도 효과적이지 않다. (예를 들어 “Saporito”는 이탈리아로 “맛있는”이라는 뜻이다) 그렇지만 외국어와 영어를 합쳐서 만든 단어들은 암시적으로 효과적일 수 있다. (예를 들어 “Le Crystal Nature”)

마크를 고르는 일은 제품에 대해 너무 자세하게 설명하지 않으면서 소비자의 호기심을 발동시키는 메시지를 만드는 창조적인 과정이다. 독창성이 약한 마크에 2차적인 의미를 부여하는데 투자하는 것보다, 독창성이 뛰어나고 독단적인 마크를 사람들에게 인지시키는데 자본을 투자하는 것이 훨씬 낫다. 창조적인 마크들은 관련된 다른 이름을 만드는데도 도움이 된다. (예를 들어 “Kodak”, “Kodacolor”, “Kodachrome”) 나아가서 하나의 강점적인 마크가 시장에서 인정받은 후에는 그 이름이 새로운 생산품이 나올 때 마다 다른 생산품을 홍보할 수 있는 도구가 되고 광고비용도 줄고, 다른 회사에서 이미 사용되고 있는 이름일까봐 염려할 필요도 없게 된다. 묘사적인 약점을 가지고 있는 마크들은 다른 회사가 이미 사용하고 있는 이름들일 가능성이 높고 그래서 법적인 보호를 받기 어렵다. 마크로서의 약점을 가지고 있는 맥도날드나 Kentucky Friend Chicken은 극한 예외라 할 수 있다. 그렇지만 항상 Mr. Eastman처럼 “Kodak”같은 단어를 창조해내야 하는 것은 아니다.

## 6) 지방이름은 피하라

지방이름은 특히, 그 지방에서 그 생산품이 나기로 유명한 곳이라면, 약점을 가진 마크가 된다. 그렇지만, 만약 그 지방이 그 상품으로 알려지지 않은 곳이라면 법적 보호를 받을 수 있다. 예를 들어 크림 치즈 회사 “Philadelphia”는 그 지방이 치즈로 유명하지 않은데, 그곳에서 치즈생산을 시작함으로써 유명해질 수 있었다.

## 7) 사람의 성은 피하라

사람의 성은 너무 흔해서 이미 다른 지방에서 쓰이고 있을 확률이 높다. 또한 이러한 이름들은 까다로운 국제법에 걸릴 가능성도 높다.

## 8) 암시적인 마크들이 대부분 성공적이다.

암시적인 마크들은 묘사하는 대신 관련상품이나 서비스업을 링크하는 힌트를 제시한다. 묘사적인 마크와 암시적인 마크를 구분하는 것은 까다롭다. 암시적인 마크들은 상상력, 관념, 견해를 포함한 것이어야 묘사적인 것과 구분되어 인정받는다. 만약 마크를 만드는 사람이 상품에 대해 쓰는 단어가 다른 경쟁자들도 사용하는 단어라면 그것은 묘사적인 단어임에 틀림없다.

## 9) 생산품의 일반적인 이름과 트레이드마크를 동시에 공식화하라

시간이 지남에 따라 어떤 마크들은 일반적인 이름이 되어 더 이상 트레이드마크로서 보호되지 않고 등록여부를 따지지 않고 모두가 쓸 수 있는 이름이 되어버리는 경우가 실제로도 종종 있다. 예를 들어 “Cellophane” “Aspirin” “Bscalator”는 한때는 특별한 트레이드 마크였다. 새 생산품이 나왔을 때 트레이드마크와 그 생산품을 일컫는 일반적인 이름을 동시에 광고하는 것이 다른 경쟁회사들이 그 일반적인 이름을 사용하는 것을 방지하는데도 도움이 되고, ownership을 확보하는데도 좋다. 처음 Bayer에서 “Aspirin”이라는 상품이 나왔을 때 일반적인 이름은 “acetyl salicylic acid”라는 사람들이 기억하기 어려운 것밖에 없었다. 그래서 Bayer의 “Aspirin”이 사람들에게 널리 쓰이는 이름이 되었다.

## 다. 마크의 통관수속

### 1) 조사과정

마크의 채용비용 부담, 그 마크의 사용준비과정, 트레이드마크로서의 등록여부를 따지기 전에 그 마크를 정말 사용할 수 있는지 여부에 대한 깊은 조사가 필요하다. 등록이 된 마크인지, PTO에 특허신청이 들어간 마크인지, 해당 주의 트레이드마크청에 등록이 되었는지, 마크가 사용되고 있으나 등록이 되지 않은 것인지(common-law marks) 일일이 따져봐야 한다. 비슷한 조사과정이 미국 밖에서도 이루어져야 한다. 어떠한 마크가 법적으로 사용가능한지, 특히 서비스업일 경우, 알아내는 과정은 불확실함과 불완전함으로 가득 차 있다. 그러므로 트레이드마크 분야의 전문가의 충고를 받는 것이 바람직하다.

### 2) 조사전에 생각해야 할 사항들

㉔ 예상 소요시간 : “급하게 하면 낭비하게 된다”



조사과정에 많은 시간이 소요되는 건 사실이지만, 미래에 지출될 비용, 마크를 사용함으로써 있을지도 모를 소송제기 때문에 지체될 수 있는 시간 등등을 생각해서, 소요시간 사용을 잘해야 한다. 이러한 조사과정에 컴퓨터를 사용할 수 있게 됨으로써 시간을 많이 절약할 수 있게 되었다. 그래도 시간을 여유롭게 잡아두고 조사를 시작하는 것이 좋다. 보통, 미국 안에서만 조사를 끝내는데 적어도 1달이 걸리고, 국제적으로 조사를 끝내는데는 2달정도 걸린다.

㉞ 비용 : “현명하게 소비하기”

㉞ 조사과정에 드는 비용은 소송이나 광고, 패키지 디자인에 투자되는 비용에 비하면 아무것도 아니다. 다른 곳에서 몇 백만불이 쓸데없이 나가는 것을 방지하는 단계로 볼 때, 이 조사 과정에서 몇천불을 아끼려고 하는 것은 어리석은 일이다.

㉞ 채택 : “너무 빠른 것은 No”

마크가 좋은 것일수록 통관수속에 위험부담이 적다. 마크가 너무 빨할수록 어디선가 누군가가 그 마크를 등록하지 않은 채로 이미 사용하고 있을 확률이 높다. 이 경우 조사과정에서 드러나지는 않게 된다. (등록되지 않았으므로). 예를 들어, 미국 안에 “Tony’s pizza”라는 이름을 가진 곳은 이미 많을 것이다.

㉞ 빠지기 쉬운 오류 : “어떤 시스템도 완벽하지 않다.”

어떤 시스템이든지 오류 없이 완전한 것은 없다. 그러므로 나름의 조사를 한다고 해도, 어느 정도 조사의 정확성이 완벽할 수 없음을 고객에게 인지시켜야한다.

### 3) 왜 조사를 하는가?

㉞ 조사의 의무

Lanham Act에 나와 있지 않지만, 또한 법정이 그것을 필수로 요하지는 않지만, 일부의 케이스들은 트레이드마크 조사를 임의로 필수로 여기고 있다. 예를 들어, 새 마크를 전국적으로 런칭하기 전에는 조사가 필수적이다.

㉞ 건설적 게시

Lanham Act section 22에 보면 연방정부 등록원은 마크의 소유권을 주장하는 것은 전국적으로 건설적인 게시라고 했다. 이것은 나중에 어떤 마크를 사용하려고 하는 사람이 전에 이미 그 마크의 소유권이 다른 사람에게 있다는 것을 몰랐다고 해서 그 마크를 채용할 수 없음을 뜻한다.

㉞ 건설적인 사용

연방정부 등록원에 마크를 등록하는 것은 건설적인 사용을 허락한다. 등록함으로써 그 마크에 대한 권리를 갖게 된다. 그러므로 특허등록은(1989년 11월 16일부터) 마크에 대한 모든 권리를 갖게 되는 길이다.

㉞ 알아야 할 것과 피해야 할 의무

더 나중에 마크를 만드는 사람이 이미 현존하는 마크와 다르게 만들어야 할 의무가 있다. 등록과정에서 이미 존재하는 마크와 비슷한 것은 새로 만드는 사람의 책임으로 전가된다. 어떤 한 마크가 유명하다면, 새로운 신청자는 그 마크를 사용하고 있는 회사와 상관없는 상품이라도 그 마크를 채용할 수 없다. 소비자들은 그 회사에서 스폰서를 하는 줄 착각할 수 있기 때문이다. 예를 들어, 자동차 딜러 “Hallmark”와 카드회사인 “Hallmark”가 헷갈릴 수 있다.

#### 4) 좋은 비즈니스인지의 판단

조사를 하지 않거나, 잘못 되었거나 마치지지 않은 조사, 문제점을 해결하지 못한 조사들은 심각한 결과를 초래할 수 있다. 마크의 사용 및 광고 중지, 피해, 이익을 잃거나 신용도 및 투자자를 잃을 수도 있다.

#### 라. 완전한 조사 목록

##### 1) PTO 조사

첫 번째 단계로 PTO에서 연방정부등록원과 특허청에 등록된 마크들을 확인해야 한다.

그래야 나아가서 더 들 수 있는 비용을 절약할 수 있다. 그러나 이 조사를 가지고는 최근의 등록 여부를 알 수 없다. 왜냐하면 등록이 되어도 PTO기록에선 몇 달이 지나야 나타나기 때문이다. 그러므로 처음조사를 하고 9개월이 지나야 그 9개월 이전의 확실한 기록을 알 수 있다.

##### 2) 주(state)의 등록

데이터베이스로 50개의 모든 주의 등록여부를 알 수 있고 각 지방의 common-law 권리도 확인할 수 있다. (단, Puerto Rico는 따로 조사해야 한다).

##### 3) Common-law 마크들

미국 안에서, 트레이드마크 권리는 common-law적인 사용과 법적 등록 두군데 모두에서 생긴다. 연방법이나 주(state)에 등록하는 것이나 둘 다 등록을 꼭 해야하는 것은 아니므로 등록하지 않은 사람들은 데이터베이스에 나타나지 않는다. Common-law에서는, 마크를 처음 사용한 사람이 그 지역에서 또 그 명성이 알려진 지역에서 보호받을 수 있는 권리를 갖게 된다.(확장 가능 지역도 포함) 물론, 몇 천의 회사들이 제한된 지역에서 비즈니스를 하고 있고, 공식적인 서류가 없다고 해도 권리를 얻는다. 연방법도 common-law권리를 무시할 수 없다. 어떤 마크를(common-law를 적용할 때) 먼저 사용한 사람이, 다음에 그 마크를 사용하려는 사람(연방법원에 등록이 되었다 하여도)을 해당지역에서 그 마크를 사용하는 것을 막을 수 있다. (처음 마크를 사용한 사람보다 먼저 등록신청을 한 경우는 다르다.) 예를 들어, Whopper Burger라는 Texas의 San Antonio에 있는 레스토랑은 Burger King이 그 지역에서 “Whopper”라는 이름을 쓰지 못하게 했다. 그 지역사람들이 그 이름을 전국적으로 쓰지는 않았지만, 그 지역에서 먼저 사용하였으므로 그 회사가 그 마크를 사용하는 한 Burger King은 그 지역에서 “Whopper”라는 이름을 사용할 수 없다. 그러므로 연방과 주(state)의 조사를 마치더라도, 비슷하거나 같은 마크가(등록되지는 않았지만) 존재할 가능성은 있다. 그러한 마크들은 트레이드 디렉토리나 무역 출판물을 통해 확인할 수 있다. 또한, 전화나 무역 이름 리스트, 소송기록등도 사용할 수 있다. 그러나 이 조사들을 마치고도 완전히 같은 이름이 없음이 보장되지는 못한다.

#### 마. 해로운 결과를 피하는 법

마크를 런칭하기 전에 모든 장애물을 없애는 것이 나중에 수습하는 것보다 훨씬 낫다.

이런 조사를 하지 않고 이미 존재하고 있을지도 모르는 마크를 사용하는 것은, 등록파기, 자격증 박탈등의 결과를 초래할 수 있다.

## 제2장

# 정보제공의무

제13절 정보제공의무 불이행을 이유로 손해배상을 명한 사례

제14절 정보제공의무를 위반하지 않았다고 판단한 사례

제15절 가맹본부의 정보제공의무 위반을 부정한 사례

## 제2장 정보제공의무

### 제13절 정보제공의무 불이행을 이유로 손해배상을 명한 사례

[판례]

1. 사건표시 : 씨클케이 사례

2. 사실관계 및 판결요지

▷ 사실관계

가. 평성 9년 초 씨클케이(피고)

지점확대(가맹점 모집)

추적된 입지조사 본건 평균매상고 32만 5000엔 예상

9년 4월 개발부 소다 : 본건자료 인수

나. 가세/나오미(원고)

9년 8월 2일 피고회사의 가맹점 모집광고 개점 의사표시

9년 8월 6일 피고직원 소다 방문 원고 가세에게 여러 설명한 가맹점 평균매상고 50엔 회사의  
본건 예측 32만 5000엔 알리지 않음  
원고 이점에 관한 질문을 하지 않음

9년 9월 18일, 26일 소다, 원고간 계약서 수정 계약체결

9년 9월29~10월 11일 원고 본부연수 참가, 점포연수 중 서클케이 진 인터체인지 지점 방문하여  
“이 지점의 평균매상고 50만엔 이상이지요?” 사카모토는(상점 경영자의 처)는 사전  
동점 매니저 나라에게 “매상에 관한 것은 말하지 마십시오. 여러가지 상점에 관한 것  
을 물어도 말하지 마십시오.” 라고 ‘입막음’ 지시받은 사카모토는 “그 정도는 되겠지  
요” 라고 응답. 실제 평균매상고 31만엔 정도였고 사카모토도 인지하고 있었음

9년 10월 2일 본건 점포 개점 서클케이의 원조 실시하였으나 원고 가세가 본건 점포를 폐점할 때  
까지 평균매상고 14만엔으로 부진. 피고 회사내부의 매상예측 수치 32만 50000엔에  
미치지 못함. 원고 가세는 소다로부터 설명을 받았던 50만엔을 훨씬 밑돌았기 때문  
에 피고 회사에 대하여 매상이 너무작다고 불만의 뜻을 여러 번 표명. 원고 가세는  
평성 10년 1월 6일 폐점취지를 피고회사에게 통지 피고 회사측은 본건 계약상 4월  
말 까지 경영 계속(합의)

5월1일 재고정리 작업(피고회사 직원 온다 )

5월 1일 5시경 원고 가세가 본건 점포의 셔터를 닫음(임의 폐점)

5월 2일 온다 등이 원고를 방문하여 계약 해제한 취지의 의사표명

### 3. 청구취지

#### 가. 원고의 청구

피고 사클케이재팬 주식회사는 갑 사건 원고 가세에 대하여 금 857만엔 갑 사건 원고 가세 나오미에 대해 금 180만엔 및 이것들 각 금원에 대한 평성10년 8월 9일로 부터 각 완제일까지 년 5분의 비율에 의한 금원을 지급

#### 나. 피고의 청구

을 사건 피고 가세, 가세 나오미, 연대보증인은 을 사건 원고 서클케이재팬주식회사에 대해 연대하여 금 645만엔 및 이것에 대한 평성 10년 5월 4일로부터 완제일까지 날변5전의 비율에 의한 금원을 지급하라

▷ 주장에 따른 법원의 판단

### 4. 판결요지

#### 가. 사기

##### 1) 원고의 주장

9년 8월 6일 피고직원 소다 방문 원고 가세에게 여러 설명한 가맹점 평균매상고 50만엔

회사의 본건 예측 32만 5000엔 알리지 않음. 사카모토는(상점 경영자의 처)는 사전 동점 매니저 나라에게 “매상에 관한 것은 말하지 마십시오. 여러가지 상점에 관한 것을 물어도 말하지 마십시오.”라고 ‘입막음’ 지시받음

##### 2) 적용 법조

형법 제347조 [사기]

사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

##### 3) 법원의 판단

㉓ 본건 점포가 다른 서클케이와 같이 동일한 정도의 매상을 올릴 것이라고 예상할 수 밖에 없었다면, 피고 회사가 원고 가세를 기망하여 금원을 사취할 목적으로 채산이 맞지 않는 점포를 굳이 개발했다고는 생각하지 않고, 원고들을 기망한 인식이 피고 회사에 있다고까지는 인정하지 않는다. ‘입막음’과 관련하여 ‘입막음’은 경영내용이 누설될 위험이 있어 이를 경계하여 본건 계약 후 이루어졌고 특별한 해석 없음

㉔ 피고 회사가 원고 가세를 ‘기망’하여 이득을 올리려고 채산이 맞지 않는 점포를 굳이 개발했다고 생각되지 않고, 입막음에 관해서도 계약체결 후 매상에 관한 사항들을 원고들을 ‘기망’하려고 비밀로 붙인 것이 아니라, 경합점에서 경영 내용 등이 누설 되지 않게 하려고 한 것으로 인정된다. 따라서 원고를 ‘기망’하려는 인식이 피고 회사에 있다고 인정하지 않는다.

## 나. 착오

### 1) 원고 주장

본건 점포의 매상이 50만엔 정도일 것이라고 오신하여 계약을 체결한 것이기 때문에 원고 가세의 의사표시에는 요소에 착오가 있어서 본건 계약은 무효라고 주장한다.

### 2) 민법 제109조[착오로 인한 의사표시]

의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.

### 3) 법원의 판단

- ㉔ 피고 회사내부에 있어서 본건점포의 매상예측치 32만5천엔에 관하여 설명 받지 않았던 것은 사실이나 원고 가세가 구체적으로 매상예측에 관하여 일체 설명을 구하려고 하지 않았고, 계약체결 전에 스스로 조사를 하지 않은 채 본건 계약체결에 이르렀기 때문에 상기의 오신(착오)에는 중대한 과실이 있다고 해야 한다. 따라서 어느 쪽으로도 원고들의 착오무효의 주장은 채용할 수 없다.
- ㉕ 원고 가세가 계약체결 전에 본건 점포의 매상예측에 대해 설명을 구하려하지 않았고 스스로 조사도 해보지 않은 채 계약체결을 했기 때문에 이에 대해서는 원고 가세에게 '중대한 과실'이 있다고 볼 수 있다.

## 다. 불법행위

### 1) 원고의 주장

‘입막음’, 매상예측의 기초 데이터를 고의 또는 과실에 의해 기재하지 않고, 객관적으로는 매상예측이 15만엔이지만 32만엔이라고 예측하고 본건 점포의 개발을 행하고, 본건 계약체결에 즈음하여, 정확한 판단의 전제로 된 자료를 원고 가세에게 충분히 제공하고 있지 않고 있어 이것들은 피고 회사의 고의 또는 과실에 근거한 불법행위라고 주장한다.

### 2) 적용 법조

민법 제750조[불법행위의 내용]

고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임 있다.

### 3) 법원의 판단

‘입막음’에 대해서는 프랜차이지가 피고회사의 경영 기밀을 제 3자에게 말하지 않는 거며 위법의 문제는 생기지 않는다. 그러나 정확한 판단의 전제로 된 자료를 원고 가세에게 충분히 제공하지 않았던 점은 사회 통념상 위법이고, 피고회사는 이 점에 관하여 불법행위책임을 면하지 못한다.

## 라. 계약체결상 과실

### 1) 원고의 주장

프랜차이즈가 되려고 하는 사람에게 계약채결 결단함에 있어서 중요한 자료를 제공하지 않는 경우에는 정보제공의무를 소홀히 했다고 주장

### 2) 적용 법조

민법 제535조[계약체결상의 과실]

목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다.

### 3) 법원의 판단

본건 점포에 관한 피고 회사 내부의 평균매상고 32만5000원을 제시하지 않았던 것은 상기 인정한 바와 같고, 원고 가세에 있어서 본건 점포에 대한 피고 회사 내부의 매상예측에 관한 정보는 원고 가세가 피고 회사와 계약을 체결 여부 결정에 있어 중요한 자료가 된다. 따라서 정보제공의무 위반이 된다고 해야 한다.

## 마. 독점 금지법 위반

### 1) 원고의 주장

원고는 피고 회사의 ‘우월적 지위의 남용’에 대해

- ㉠ 연간 매일 24시간 계속 영업
- ㉡ 피고 회사가 지정한 구입처로부터 상품을 사들일 것을 사실상 강제
- ㉢ 피고 회사에 서클케이 점포에의 출입조사권을 인정
- ㉣ 본건 계약 해제는 사실상 피고 회사로부터 해제한 경우로 한정하고 원고들에게 고액의 위약금을 부과하고 있는 점에서 우월적 지위남용에 해당된다고 주장한다.

### 2) 적용 법조

독점규제및공정거래에관한법률

제23조 [불공정거래행위의 금지]

### 3) 법원의 판단

- ㉠ 고객의 편의를 위해 편의점 특성
- ㉡ 필요범위 초과해 가맹자에게 통제를 가하고 일방적으로 불이익을 부과하고 있다고 보는 것은 가능하지 않다.
- ㉢ 프랜차이즈의 영업 목적 달성을 위해 불필요하다고 할 수 없다.
- ㉣ 특별한 사유가 있는 경우 가맹점에서도 중도 해약을 신청 할 수 있다

따라서 본건 계약에 정해진 피고 회사의 거래방법은 우월적 지위의 남용에 해당되지 않는다고 해석해야 한다. 검토에 의해 피고 회사의 행위는 독점금지위반법의 불법행위라고 인정되지 않고, 본건 계약도 독점금지법에 위반한 위법, 무효인 것이라고는 인정되지 않는다.

## 바. 손해 산정

### 1) 로열티

원고가 피고 회사에 상기 기간 중 로열티를 지급했다고 해서 상기 피고회사의 불법행위 내지는 계약체결상 과실(정보제공의무 위반)과 상당인과 관계가 있는 손해라고 하는 것은 가능하지 않는다.

### 2) 계약성립 예탁금

증거에 의하면 원고 가세는 피고 회사에 계약성립 예탁금으로 306만 5000원을 지급한 것이 인정되고 상기 금액은 본건 점포 개업에 수반하여 원고 가세가 지불을 강요당한 것이고 상기 피고 회사의 불법행위 내지는 계약체결상과실(정보제공의무 위반)과 상당인과관계가 있는 손해라고 인정된다.

### 3) 인건비

인건비분만을 채택하고 상기 피고 회사의 불법행위 내지는 계약체결상과실(정보제공의무 위반)에 의한 손해로 볼 수 없다. 전임종사자 급여(원고 나오미 분)도 인건비 사항과 마찬가지로 나오미의 손해로 볼 수 없다.

## 사. 과실상계에 관하여

### 1) 적용 법조

민법 396조[과실상계]

채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다.

- 2) 상기 피고 회사에 정보제공의무 위반이 인정된다고는 말해도 원고 가세의 태도는 편의점 경영에 관한 전문적인 프랜차이즈인 피고 회사의 언동을 쉽게 신뢰한 경솔한 것이었다고 말할 수 있다. 여러가지 본건에 나타났던 제반의 사정을 종합 고려하면, 피고 회사의 불법 행위 내지 계약체결상과실(정보제공의무 위반)에 의해, 원고 가세에게 생긴 손해에 관하여 4할의 과실 상계를 한 것이 상당한다.

## 아. 정산금 청구

### 1) 법원의 판단 근거

평성10년 5월1일 이후 24시간 이상에 걸쳐 방치한 것이었고 원고 가세에게는 본건 계약이 정한 무최고해제 사유가 존재한 것이라고 한 것이 당연하다. 정산금은 사전에 금액을 확정할 수 있는 성질의 것이 아니라 폐점시까지의 원고들의 경영내용 여하에 의하여 대폭적으로 변동하는 것으로, 본건에 있



어서 그 밖의 여러 가지 사정을 고려해도 재고 정리 후의 점포 명도를 거부한 원고 가세의 행위는 정당화될 수 없다.

## 2) 청산금의 범위

### ㉠ 피고 회사의 채권

서클케이의 계산 346만7400엔, 미불 전기료, 해약위약금 553만6474

폐점 수수료, 24시간 보조 위약금 총 1031만 1648엔

### ㉡ 피고 회사의 채무

상품, 집기, 소모품, 가맹증거금, 구입반품, 요금 수납 수수료, 수선 적립금, 취봉 소비세 총 384만 2223엔

### ㉢ 적용 법규

민법 제2조[신의 성실]

권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.

### ㉣ 판결요지

피고 회사가 채권으로서 24시간 영업관측보조금, 폐점 때의 수수료는 상기의 프랜차이즈계약의 성질 및 본건 계약의 존속기간이 15년간이라고 예정되어 있는 것을 보면, 본건 점포의 개점 후 불과 반년 남짓밖에 경과한 시점에서 실제 매상이 당초의 예상을 밑도는 것만을 이유로 하여 중대해약을 신청한 것이 당연하다고 말할 수 없다. 하지만 피고 회사가 주장한 상기 해약 위약금 553만6474엔에 관해서는 원고 가세의 매상 부진을 이유로 평성 4월 말일로 합의 해약하여 청산한 것으로 대상 합의를 할 수 있었고 본건 계약 체결과정에 있어 본건 점포의 매상예측에 관하여 피고 회사에 불법행위 내지 계약체결상 과실이 인정되고 피고 회사가 자인한 해약 위약금 141만1801엔을 초과하여 그 지불을 추구한 것은 신의칙 위반 내지는 권리의 남용으로서 허용되지 않는다고 해석한 것이 상당하다. 따라서 원고가 피고 회사에 지급할 청산금의 금액은 234만 4752엔이 된다.

### ㉤ 주문

- 갑 사건 피고 사클케이재팬 주식회사는 갑 사건 원고 가세에게 금153만9000엔 및 이것에 대해 소장송달의 날의 다음날인 평성 10년8월9일로부터 완제일까지 년5분의 비율에 의한 금원을 지급하라.
- 갑 사건 원고 가세 다다타에의 그 나머지 청구를 기각한다.
- 갑 사건 원고 가세 나오미의 청구를 기각한다.
- 을 사건 피고 가세 다다타에, 동 가세 나오미, 동 기쿠타 게이코는 을 사건 원고 사클케이재팬 주식회사에 대해 연대하여 금 234만4752엔 및 이것에 대한 본건 계약해지 후의 평성10년5월8일 부터 완제일까지 날변5전의 비율에 의한 금원을 지급하라.
- 을 사건 원고 서클케이재팬 주식회사의 그 나머지 청구를 기각한다

## [관련 법률지식]

### 1. 가맹계약의 기본개념

#### 가. 가맹계약의 정의

“가맹계약”이라 함은 가맹사업의 구체적 내용과 조건 등에 있어 가맹본부 또는 가맹점사업자(이하 “가맹사업당사자”라 한다)의 권리와 의무에 관한 사항을 약정하는 것을 말한다. “정보공개서”라 함은 가맹본부의 사업현황, 임원의 경력, 가맹점사업자의 부담, 영업활동의 조건, 가맹점사업자에 대한 지원·교육·훈련·지도·통제, 가맹계약의 해제·해지·갱신 그 밖에 해당 가맹사업에 관하여 대통령령이 정하는 사항을 수록하여 책자로 편철한 문서를 말한다.

#### 나. 가맹계약의 대상: 가맹사업

“가맹사업”이라 함은 가맹본부가 가맹점사업자로 하여금 자기의 상표·서비스표·상호·간판 그 밖의 영업표지(이하 “영업표지”라 한다)를 사용하여 일정한 품질기준에 따라 상품(원재료 및 부재료를 포함) 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육과 통제를 하며, 가맹점사업자는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육의 대가로 가맹금을 지급하는 계속적인 거래관계를 말한다. “가맹점운영권”이라 함은 가맹본부가 가맹계약에 의하여 가맹점사업자에게 가맹사업을 영위하도록 부여하는 권리를 말한다. “가맹금”이라 함은 명칭이나 지급형태 여하에 불구하고 다음에 해당하는 금전으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다. (가)가맹점사업자가 가맹점운영권을 부여받을 당시에 영업표지의 사용허가와 영업활동에 관한 지원·교육 등의 대가로 가맹본부에게 지급하는 금전, (나) 가맹점사업자가 상품의 판매대금 등에 관한 채무액 또는 손해배상액의 지급을 담보하기 위하여 가맹본부에게 지급하는 금전, (다) 가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 승낙 받은 영업표지의 사용과 영업활동에 관한 지원·교육 등의 대가로 가맹본부에게 정기적으로 지급하는 금전.

#### 다. 가맹계약의 당사자

“가맹본부”라 함은 가맹사업과 관련하여 가맹점사업자에게 가맹점운영권을 부여하는 사업자를 말한다. “가맹점사업자”라 함은 가맹사업과 관련하여 가맹본부로부터 가맹점운영권을 부여받은 사업자를 말한다. “가맹희망자”라 함은 장래 가맹점을 운영할 목적으로 특정 가맹본부로 하여금 가맹점사업자의 부담, 영업활동의 조건 등 제10호의 정보공개서의 내용을 제공하도록 서면으로 신청하는 자를 말한다. “가맹지역본부”라 함은 가맹본부와의 계약에 의하여 일정한 지역 안에서 가맹점사업자의 모집, 상품 또는 용역의 품질유지, 가맹점사업자에 대한 경영 및 영업활동의 지원·교육·통제 등 가맹본부의 업무의 전부 또는 일부를 대행하는 사업자를 말한다. “가맹중개인”이라 함은 가맹본부 또는 가맹지역본부로부터 가맹점사업자를 모집하거나 가맹계약을 준비 또는 체결하는 업무를 위탁받은 자를 말한다. “가맹사업거래상담사”라 함은 가맹사업거래분야에서 사전적으로 계약서의 작성부터 시작해서 가맹사업에 관한 일반적인 업무를 상담하고 일을 처리할 수 있는 자로서, 가맹사업거래상담사의 자격시험에 합격하고 공정거래위원회가 지정하는 기관에서 1년 이상의 실무수습을 마치고 등록한 자를 말한다.

## 라. 법의 적용 범위

가맹점사업자가 가맹금의 최초 지급일부터 6월까지의 기간동안 가맹본부에게 지급한 가맹금의 총액이 100만원을 초과하지 아니하는 경우, 또는 가맹본부의 연간 매출액이 5천만원 미만인 경우에는 가맹사업법의 적용이 배제된다.

## 2. 가맹계약의 경제적 기능

### 가. 경제적 독점권의 부여

가맹계약은 가맹본부가 보유하는 상표권, 노하우 등의 경제적 독점권을 가맹점 사업자를 통하여 확산하는 것이다. 패스트푸드 가맹 본부는 시장에서 고유의 등록상표를 가지고 식품을 파는 기회를 전국적 또는 국제적으로 넓혀갈 수 있다. 가맹본부는 이미 잘 알려진 등록상표를 가지고 앞으로 팔 수 있는 새로운 사업계획을 발전시킬 수 있다. 이러한 의미에서 가맹 계약은 기본적으로 마케팅 경제학의 일부이다.

### 나. 지역 독점의 형성 및 관리

가맹본부의 관할 관리와 고객정책을 공식화하는 것은 가맹점사업자들에게 지역독점권을 어떤 형태로든 허가하는가이다. 가맹점사업자들에게 전형적으로 주어지는 지역보호의 형태는 지형학상으로 분류된 시장 안에서 동일 사업의 추가적인 대리점을 설립하지 않거나 다른 가맹점들로 하여금 운영하도록 하지 않겠다는 본사의 약속이다. 지역 독점에 대응하는 가맹점사업자의 의무사항은 독점 지역 밖에서 판매하는 것을 금지하는 것이다.

### 다. 가맹점사업자의 개발 동기

가맹점사업자는 가맹본부의 경제적 독점을 발전시키는 과정에서 자신의 이해관계에 상응하는 이윤추구의 동기를 획득한다. 이러한 이해관계의 상호 일치가 가맹 계약의 형태로 표현된다.

### 라. 경제적 역할

가맹계약은 본사의 직영과 비교하면, 경제적으로 더 강하고 세련되었으며 독립적인 가맹점주의 참여를 그 본질로 한다는 점이다. 이로 인해 빠르고 자기 지속적인 개발을 위한 능력이 극대화된다. 계약절차가 표준화되면, 시스템 내의 능동적 시장 참여자들이 유연하게 대응할 수 있다.

### 마. 문제점

그러나 가맹점주 사이에서의 동질성을 유지하는 것이 무엇보다 중요하다. 또한 경제적 이해관계가 독립되어 있으므로, 직영점에 비하여서는 계약의 체결, 이행, 종료시보다 복잡하고 어려운 문제가 발생할 수 있다.

## 바. 지향

시장이 계약서상에 정해진 방식(예, 인구증가, 산업발전)으로 변하거나 가맹점사업자가 정해진 시장 침투(판매 할당액)에 실패할 때에는 본사는 처음에는 독점권을 허가하지만 대리점을 신설할 권리를 유보할 수 있다. 종종 완전한 지역적 제한 규제는 공정거래법 위반의 점이 아울러 검토되어야 한다. 특히 상표간 경쟁(inter-brand competition)이 아닌 상표내 경쟁(intra-brand competition)의 허용 여부에 관한 법적 모색이 필요하다. 관건은 가맹본점이 시스템 안에서 권리를 확장하며 미래 대리점의 위치나 소유권과 관련하여 완전한 유연성을 유지하기 위하여 법적장치를 어떻게 구현할 것인가에 달려 있다.

## 3. 프랜차이즈 계약의 협상가능성

### 가. 프랜차이즈 계약이 협상될 수 있는가?

프랜차이즈의 사회적 통념 가운데 하나는 프랜차이즈 계약이 협상될 수 없다는 것이다. 그러나 협상가능성은 많은 요인들의 작용이고 프랜차이즈 계약의 형식이 구체적으로 고정되어 있다고 보는 것은 잘못된 것이다. 일반적인 중요한 것으로서 가맹사업본부의 경제적 법률적 이익을 간주한 상태에서 모든 프랜차이즈 계약은 협상이 가능하다고 본다.

프랜차이즈 계약에 법률적인 방해가 존재할 수 있다. 어떤 나라들은 가맹사업본부가 객관적인 비즈니스 사유없이 다양한 경제적 분야에서 가맹사업자를 차별하는 것을 금하는 법률이 있다. 뉴욕의 프랜차이즈 등록권한은 프랜차이즈 계약상 제공된 유형으로 나타나는 곳에서는 판매를 금하도록 하는 입장을 취하고 있다. 캘리포니아는 프랜차이즈자에게 만약 프랜차이즈 계약을 협상하고 싶다면 그 시련을 넘으라고 요구한다. 그렇지 않은 경우에는, 프랜차이즈 계약의 협상에 법률적 금지가 없다.

보편적으로 가맹사업본부가 프랜차이즈 계약에 협상을 원하지 않는 정상적인 사업적 이유가 있다. (명백한 것에 더하여) 예를 들어 실제로 계약의 다른 형식을 가지고 있는 시스템은 관리하기에 더 어려울 것이다. 게다가 가맹사업자는 더 좋은 조건에 협상한 가맹사업자를 찾았을 때 분개한다.

협상가능성은 정상적인 교섭력으로 작용할 것이고, 서로 수요와 공급에 의해 작용할 것이다.

더 높은 관점에서, 성공하는 가맹사업본부는 그 나름대로의 장래의 방침을 세울 수 있다. 그것은 예견되는 가맹사업자를 바깥에서 정렬되게 할 것이고 그들 중에서 고를 수 있을 것이다. 이 상황에서 가맹사업본부가 협상테이블에 앉아야 할 이유가 거의 없다. 그러나 여기서도 가맹사업자 또는 마켓에서 특이한 문제를 일반적으로 토론할 것이다. 예를 들어, 만약 프랜차이즈 계약이 경영상 경쟁되는 레스토랑 소유권을 금지하고, 예견된 가맹사업자가 이미 그런 경영을 실시하고 있으면, 아마도 가맹사업본부는 기꺼이 이 금지를 철회하게 할 것이다. 그러나 당신은 당신이 짐작하지 않으면 세부조정, 설명, 장소 선택에 대해 모를 것이며, 또한 비슷한 일이 일어날 수도 있을 것이고 재난을 자초할 것이다. 다른 말로 어떤 가맹사업본부들은 협상하지 않지만 그들의 프랜차이즈 협상을 세련되고 명백하게 할 것이다. 이런 경우에 프랜차이즈 계약의 통합법조항을 조심하라.

하지만 그것은 다양한 창업을 하는 가맹사업본부에게는 매우 일반적이다. 실제로, 미국의 2천 내지 3천의 프랜차이즈의 90% 이상이 매우 작거나 또는 처음이거나 또는 둘 다이다. 이러한 가맹사업본부는 아마도 판매가 적거나 아예 없을 것이다. 창업비용은 아마도 계획된 이상일 것이고, 돈은 (특히 당

신고객의) 아주 매력적으로 보일 것이다. 이런 경우 특히 그들이 재정적으로 넉넉하거나 몇몇 발전하는 unit을 찾아다니고 있는 중이라면 가맹사업자는 아마도 중요한 목적달성의 수단을 가진 것일 것이다. 테이블 위에 돈이 있을 때 가맹사업본부는 합당한 요구를 거절하기가 쉽지 않을 것이다.

가장 빈번하게 이 두 극단사이 어딘가에서 진실은 존재한다. 가맹사업본부의 어떤 요소는 아마도 가맹사업본부의 핵심가치를 나타내거나, 또는 그것의 단지 희생되지 않을 변호사의 가치를 나타낼 것이다.

종종 가맹사업자가 깨달지 않는 것은 그들이 거래 테이블에 단지 하나로 존재하는 재정적 자원들의 많은 것을 가져올 것이라는 것이다. 또 다른 것은 평판이다. 비즈니스맨으로 이름을 날린 가맹사업자는 새로운 가맹사업본부에게 매력적인 요소이다. 명성 또한 마찬가지이다. 종종 그들 자신들 중 몇몇은 가맹사업본부에게는 매력적이어서, 다중구역(multiunit) 성장 계약으로 들어가는 위탁은 여러 면에서 협상하기에 가맹사업본부에게 강한 매력이 될 수 있다. 새롭거나 가망이 없는 시장의 선구자에게는 아마도 중요할 것이다. 스페인어에 능통하면 남캘리포니아에서 가맹사업본부 중에 한 회사를 찾는데 쉬울 것이다.

## 나. 무엇이 협상될 수 있는가?

무엇을 위해 협상하는 가는 중요한 질문이지만 거기에 딱 맞는 답은 없다.

요금은 협상하기에 어려움을 주는 반면 지불기간은 일반적인 협상의 주제이고 타협으로 해결 짓는다. 많은 가맹사업본부들은 로열티보다 초기 요금에 융통성이 있을 것이다. 개인적 의무에서의 한계는 타협할 기회가 많다. 예견되는 가맹사업자의 더 중요한 것은 사업에 들어가고 싶어 하지만, 소수의 가맹사업본부는 일반적인 물과 예외가 없는 개인의 의무를 요구할 것이다. 또한, 가맹사업본부의 행동과 과실의 결과로부터 가맹사업본부를 보장해주는 가맹사업자의 의무를 희망할 것이다.

관할구역의 보호는 협상이 가능하고, 그와 관련한 가능한 방법은 많다. 관할구역은 보호구역과 영업구역을 포함할 수 있고, 장래 인접되는 영업단위에 대해 거절하는 권리, 만약 가맹사업자 단위가 상품 시장에 침투되거나 가맹사업자가 침투 당할 때 프랜차이즈와 그와 관련된 재산을 가맹사업본부가 보호해야 할 때 경제적 조정을 포함할 수 있다.

많은 프랜차이즈 계약은 가맹사업자에게 운영에 모든 시간을 쏟기를 요구한다. 일반적으로 가맹사업본부는 자격이 있는 사람이 운영을 맡고 가맹사업자는 운영에 관여치 않게 되는 것을 걱정한다.

재판소의 선택과 사법권 조항의 동의는 주로 협상되어진다. 만약 관리법 조항으로 다른 주의 법을 채용하지만, 당신의 주가 프랜차이즈 관련법을 가지고 있다면, 당신은 당신과 관련된 법적으로 권한을 주어 보호하는 것에 대한 적용을 협상할 수 있을 것이다.

조항의 불이행, 특히 뭔가를 고치는 권한의 조항은 가맹사업본부가 계약서에서 절대적 위치로서 쓰일 때, 주로 토의 되어진다. 갱신조건과 갱신기간을 포함한 갱신조항은 협상될 수 있다. 이것은 무자본 아이টে미프로 짧게 보면 가맹사업본부에게 어떠한 경제적 비용도 들지 않는 것으로 보여진다. “차후의 계약” 절의 묶여있는 강제적인 효과에 조심해라. 만약 재계약이 받아들일 수 없다면 가맹사업자는 단순히 만기가 되고 나서 가맹사업본부에 의해 재계약의 선택에 직면할 것이다.

고려해야 하는 다른 이슈는 다음과 같다. 지식에 대한 양도 또는 재산권 처분에 대한 이전규정은 신뢰할 수 있는가? 공동 소유자는 서로에게 공평하게 팔 수 있나? 가맹사업자는 공급의 독립적이고 경쟁적인 근원을 위해 승인을 현실적으로 얻을 수 있나?

협상하는 것에 너무 자발적인, 또는 시스템에 퍼져있는 협상항목에 기꺼이 응하는 가맹사업본부에 주의해야만 한다. 예를 들면 자발적인 가맹사업본부는 그 상표를 보호하는 권리에서 떨어져서 얼마간 사고가 일어나는 것을 기다리면서 그 시스템을 넘길지도 모른다.

프랜차이즈 협정에 관하여 협상에 의해서만 만들어 질 수 있는 한정적인 진술서는 만일 당신이 묻지 않으면 그것을 얻을 수 없기 때문에 협상대상을 얻지 않는 것은 당신이 보증되는 것이다.

## 제14절 정보제공의무를 위반하지 않았다고 판단한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시

AL VAUGHN, MARJORIE VAUGHN, ALGON CORPORATION and SPRINGFIELD DRIVE-INS, INC., Plaintiffs-Appellees(원고-피항소인), v. GENERAL FOODS CORPORATION and BURGER CHEF SYSTEMS, INC., Defendants-Appellants(피고-항소인). 797 F.2d 1403; 1986 U.S. App. LEXIS 27751

### [판결내용]

#### 2. 사건의 경과

1982년, 원고 알 본(Al Vaughn), 마조리 본(Marjorie Vaughn), 알곤 주식회사(Algon Corporation), 그리고 스프링필드 드라이브-인 주식회사(Springfield Drive-Ins, Inc.)는 제너럴 푸드 주식회사(General Foods Corporation)와 버거 쉐프 시스템 주식회사(Burger Chef Systems, Inc.)가 버거 쉐프 가맹사업에 투자하도록 부정하게 유도했다고 주장하면서 소송을 제기했다. 본(The Vaughns)은 버거 쉐프(Burger Chef)가 “패스트 푸드 경쟁자.”로 시스템(the System)을 키워갈 계획이라고 가맹점사업자들에게 표현하면서 10년 안에 시스템(the System)사업을 팔아치우려는 계획에 착수했었다고 주장했다. 부정 허위광고라는 주장에 대한 다음의 배심재판에서, 평결은 원고에게 공감해 주었다. 피고는 Fed. R. Civ. P. 50(b)에 따라 평결에도 불구하고 심판을 내려주던지 아니면 그것 대신 Fed. R. Civ. P. 59에 따라 새로운 재판을 해주던지 하는 이의신청을 제기했다. 지방법원 판사는 이를 기각하였다. 아래에 기술된 내용을 이유로 지방법원의 결정을 파기한다. 배심은 본(The Vaughns)의 수정된 주장의 논점 III에 나타난 사기에 대한 두가지 다른 이론에 대해 알게 되었다. 첫째는 인디애나 보통법에 기초하고 있고, 두 번째는 일리노이가맹사업의영업표지에관한법률 제 706항(the Illinois 가맹사업 Disclosure Act Ill. Ann. Stat. ch. 121 1/2, para. 706)에 기초하고 있다.

### 3. 사실관계

본(The Vaughns)와 버거 셰프(Burger Chef)의 관계는 미소리(Missouri)에 있는 세인트 루이스(St. Louis) 지역에 그들의 첫 번째 버거 셰프(Burger Chef) 패스트 푸드 음식점을 열었던 1963년에 시작되었다. 1967년, 본(the Vaughns)는 5개의 버거 셰프(Burger Chef) 레스토랑 소유, 운영하고 있었고, 1970년도에는 6번째 되는 버거 셰프(Burger Chef) 레스토랑을 열게되었다. 1968년, 제너럴 푸드(General Foods)는 \$16,000,000와 이미 존재하고 있던 대규모의 부채를 떠안는 조건으로 완전한 소유권을 지닌 자회사로 버거 셰프(Burger Chef) 체인점을 인수하면서 햄버거 패스트푸드 시장에 진입하게 되었다. 그러나, 그 사업은 제너럴 푸드(General Foods)가 기대한대로 이뤄지지 않았다. 1971년에 제너럴 푸드(General Foods)는 막대한 손실을 입어 버거 셰프(Burger Chef)에 대한 투자에서 \$80,000,000의 가치 감소가 있었다. 이러한 가치 감소는 널리 공개되었고 버거 셰프(Burger Chef)의 가맹사업체에 잘 알려졌다. 가치 감소의 결과로 460여개의 가맹사업 및 회사소유 점포가 문을 닫았으며, 제너럴 푸드(General Foods)는 남은 908개의 레스토랑으로 구성된 버거 셰프(Burger Chef) 사업을 매각할 것을 고려하게 되었다. 그러나, 구매자를 찾을 수 없었다. 그리하여, 제너럴 푸드(General Foods)는 그 시점에서 버거 셰프(Burger Chef) 사업을 매각하는 대신 “손실관리”를하기로 정하고, 중서부의 중심부 시장을 개발하는 것으로 사업의 초점을 옮겼다. 새로운 전략의 일부로서 제너럴 푸드(General Foods)는 이전의 가맹사업들을 위한 보증 임대 업무를 중단하였고, 그 사업에 투입한 자본의 양을 감소시켰다. 그러나, 새로운 전략은 회사가 기대한 것과 같은 이익을 가져다주지 못했다. 계속되는 재정적인 어려움은 회사로 하여금 가맹사업 사용료를 자발적으로 포기하거나 줄이기 시작하도록 만들었다. 1975년 12월에 제너럴 푸드(General Foods)는 부즈-알렌 & 해밀턴(Booz-Allen & Hamilton)에 그 회사에 마케팅 전략을 분석해달라고 컨설팅을 의뢰하였다. 그 컨설팅 회사의 권고의 결과로 새로운 다른 계획이 시작되었다. 여러 전략적 측면에서 햄버거 패스트 푸드 산업에 경험 있는 새로운 경영자를 채용하고 가맹사업의 위험을 최소화 하였다. 이런 새로운 접근 방법을 실행하기 위하여 제너럴 푸드(General Foods)는 햄버거 패스트 푸드 산업의 전문가이며 맥도널드(McDonald)의 대표로 일하고 있던 테런 콜린(Terrance Collins)을 고용하여 버거 셰프(Burger Chef)의 최고사업관리자로 삼았다. 1978년 8월, 회사의 재정부서는 버거 셰프(Burger Chef) 시스템의 매각 가능성에 대해 연구하였다. “프로젝트 베토벤”이라고 불리어진 이 연구는, 버거 셰프(Burger Chef)가 현재 햄버거 패스트 푸드 시장에서 4위에 위치하고 있으며 “중심부” 시장에서는 2위의 위치까지 올라 있다고 보고했다. 1980년대 후반, 제너럴 푸드(General Foods)는 투자금융회사인 골드만 삭스(골드만 삭스(Goldman Sachs))와 계약을 맺었는데, 이는 버거 셰프(Burger Chef)에 관한 옵션들을 살피기 위함이었다. 골드만 삭스(골드만 삭스(Goldman Sachs))는 그 시스템의 가치가 저하되는 것 같지 않으며 1981년 이후에 그 시스템을 매각하는 것에 대해 재고해 볼 필요가 있다고 제너럴 푸드(General Foods)에게 공고했다. 골드만 삭스(Goldman Sachs)의 논거는 만약 새로운 전략이 실행되고 사업이 호전된다면 이 수익성이 보다 원활한 매각을 할 수 있도록 기여할 것이다. 이러한 논거는 분명하게 나타나질 것이다. 1981년, 버거 셰프(Burger Chef)는 마침내 이익을 실현했고, 1981년 여름 제너럴 푸드(General Foods)는 이 시스템의 구매와 관련하여 기대하지 못했던 청약을 받았다. 몇 개월의 협상은 1982년 12월에 경쟁기업인 하디스(Hardee's)에게 버거 셰프(Burger Chef)를 매각하는 계약이 이루어지는 결과를 낳았다. 이 시스템이 하디스(Hardee's)에 \$43,500,000으로 매각될 때까지 제너럴 푸드(General Foods)는 그 시스템의 구매가격에 더하여 투

입한 자본만 \$45,000,000와 \$70,000,000사이에 이르게 되었다. 매각이 완료된 후 짧은 시간에, 본(The Vaughns)는 다음과 같이 주장하면서 지방법원에 소송을 제기했다. 피고는 반독점법을 위반했으며 본(The Vaughns)에게 그들이 이행해야 할 의무를 이행하지 않았으며 버거 셰프(Burger Chef) 시스템에 대한 그들의 의도를 부당하게 잘못 표현하였다고 주장했다. 1983년 6월 30일에 본(The Vaughns)는 오직 계약 불이행만을 주장했던 것을 포함하여 이행 의무의 위반, 사기 및 처벌적 손해 배상금 등의 첫 번째 수정된 주장을 제기했다. 계약불이행 및 충실의무(fiduciary duty)의 위반 주장은 원고의 사건을 종결지으며 기각되었다. 소송에서, 본(The Vaughns)는 제너럴 푸드(General Foods)에 의해서 다양한 문서가 만들어졌으며 브로셔와 영업에 관한 간행물에 포함된 주장들과 결부된 특정한 내용들을 누락시켜 본(The Vaughns)와 다른 가맹사업자들의 마음에 이 시스템이 지속될 수 있으며 제너럴 푸드(General Foods)에 의해서 전적으로 지원될 것이라는 잘못된 생각을 만들어 내었다는 것을 입증하려 하였다. 본(The Vaughns)에 따르면, 이들 문서들과 누락된 내용은 소송을 제기할 수 있는 사건을 구성한다. 특히 본(The Vaughns)는 특정의 작성된 서류로 만들어진 문서를 가리켰다. 소송에서 본(Mr. Vaughns)은 1970년대에 가맹사업 사업을 확장하려는 그 회사의 의도를 반영한 이 날짜가 없는 출판물들을 알아챘다고 증언했다. 이러한 서류 중의 하나인 날짜가 없는 브로셔는 버거 셰프(Burger Chef) 레스토랑을 개업하려는 예비 가맹사업자들을 끌어들이려고 고안되었다.

왜 버거 셰프(BURGER CHEF)인가? 버거 셰프(Burger Chef) 레스토랑 가맹사업은 입증된 시스템의 일부로서 독립적인 사업가로서의 기회를 가져다준다. 가맹사업으로서는 국내에서 가장 규모가 큰 햄버거 체인점으로서 충분한 지원과 후원이 뒷받침될 것이다. 제너럴 푸드(General Foods)주식회사의 지배하에 버거 셰프 시스템 주식회사(Burger Chef Systems, Inc)는 금전적 안정을 되찾았다. 하지만 버거 셰프(Burger Chef)는 패스트푸드 산업에서 많은 해의 경험이 쌓인 경영간부에 의해 경영되어진 독립적 회사로 남게 되었다. 브로셔 또한 가맹본부가 가맹점사업자에게 다양하고 폭넓은 지원서비스를 제공할 것이라고 또한 언급했다.

가맹사업으로서 승인이 되면 버거 셰프 시스템은 레스토랑을 개점하고 운영하는 데 최대한 손쉽게 할 수 있도록 시스템화 된 프로그램으로 도움을 줄 것이다. 도움이 필요할 때면 원하는 종류의 지원을 할 것이며 -- 개발과정 중에는 경험이 풍부한 노련한 경험자의 도움을 받게 될 것이다. 레스토랑이 개점된 이후의 영업에 필요한 고객유치에 관해서는 안심해도 될 것이다. 왜냐하면 개점 전에 버거 셰프(Burger Chef)의 마케팅 지원 서비스를 받게 될 것이기 때문이다. 텔레비전이나 라디오광고를 비롯한 신문광고 등 여러 매체를 통한 버거 셰프(Burger Chef)에 대한 광고는营业을 하는데 유용하게 작용할 것이다. 버거 셰프(Burger Chef)의 지역 마케팅 대표는 같이 일을 할 것이며 레스토랑이 개점을 하는데 도움을 줄 것이다. 버거 셰프(Burger Chef)는 다양한 마케팅을 가능하게 할 것이며 공적 관계에 의한 도구로 영업벤티지를 착수하는 데 도움을 줄 것이다. 버거 셰프(Burger Chef)의 조화된 광고매체와 프로모션 캠페인을 통해 광고계의 창의적인 이점을 사용할 수 있을 것이다.

레스토랑이 개점한 이후에는, 버거 셰프(Burger Chef)의 지역적 운영과 기능적 지원부서로부터 전문적인 지원과 원조를 지속적으로 받게될 것이다. 버거 셰프(Burger Chef)가 營業을 돕기 위해 무엇을 할 수 있을까? 우리는 당신을 위해 사업을 운영하는 것이 아니며 당신 또한 우리가 그렇게 하는 것을 원치 않을 것이다.

우리는 부동산과 건설의 주요부분에 종합적인 제안을 제시할 것이다 :



장소선정, 장소전망, 빌딩설계와 도안, 건설

훈련 : 레스토랑 경영훈련, 매니저 훈련지원, 시급직원 훈련지원

연구개발 : 새로운 상품, 도구

구매와 분배 : 공급자, 세부사항, 품질보장

현지서비스 : 지역 매니저지원, 본부지원서비스

마케팅 : 프로모션, 광고자료, 신제품과 프로모션에 관한 시험마케팅

본(The Vaughns)은 다른 잘못된 표현들이 버거 셰프(Burger Chef) 월간지인 “라이센-신(Licen-Scene)”, 1976년 11월 호에 포함되어 있다고 주장했다. 필 콘(Phil Korn)에 의해 쓰여진 “‘우리/그들은’ 과거의 것”이라는 제목의 기사에서 언급하길 :

기업과 가맹사업집단 사이에서 발전되어온 가까운 관계를 연설과 슬라이드에서 느끼셨기를 바랍니다. “우리/그들”이란 관계는 과거의 것이고 그래야만 합니다. 왜냐하면 당사자의 궁극적인 성공은 다른 이들의 성공수위 증가에 달려있기 때문입니다.

본(Mr. Vaughn)은 후에 이 출판물이 회사와 가맹사업들 사이에 거리가 있다는 그의 믿음을 바꾸어 놓았다고 증언했다.

#### 4. 판결요지

이 항소에 대해 우리 앞에 놓인 쟁점은 법의 관점에서 본(the Vaughns)이 증언한 사기에 대해 소제기가 가능한 것인지; 징벌적손해배상금이 유용한 것인지; 그리고 본(the Vaughns)에 의해 사인된 책임으로부터의 면제가 사기에 대한 청구로서 재판을 구성할 수 있는지에 대한 것이다. 하지만, 우리 앞에 놓인 본질적인 쟁점에 대해 논하기 전에 우리는 이 사건이 배심평결변복결정(JNOV)을 부인하는 것으로부터 제기된 것이라는 것을 인지해야 한다. 그러므로 다음의 기준은 본질적인 쟁점들에 대한 고려사항을 지배하게 된다. 본 사건의 재판관할권은 시민권의 다양성에 기초한다. 여러 다양한 소송에서 지방법원판사가 배심평결변복결정(JNOV)을 부인하는 것이 적절한 것인지 우리는 적절한 상태의 기준을 반드시 살펴보아야 한다. 이 사건이 인디아나법 하에서 제기된 것이라는 점에서는 논쟁의 여지가 없다. 규칙 50(Rule 50)에 따르면 증거에 따른 평결후의 판결 신청은 충분한 증거에 의해 뒷받침되지 못한 평결이 있었던 곳에서 반드시 받아들여져야 한다. 그 신청을 결정함에 있어 원심은 반드시 증거로부터 정당히 유추될 수 있는 것에만 초점을 맞추어야 한다. 따라서 청구를 뒷받침할 수 있을 만한 즉, 배심원에 의하지 않고도 증거가 정확히 결론에 도달할 수 있을 만한 본질적인 증거나 정당한 유추를 할 수 없는 경우에 한해 원심은 판결을 내릴 수 있다. 배심평결변복결정(JNOV)을 위한 신청의 부인에 대한 적용 기준은 주의 기준에 따라야만 한다(Indiana law를 적용). 인디아나법(Indiana law)의 규칙 50(Rule 50)에 따라 평결이 충분한 증거에 의해서 지원되지 않았다면 평결 후 판결을 위한 이의신청은 허용되어야 한다.

## 5. 사기

상소인의 주장의 초점은 지방법원이 본(the Vaughns)의 사기주장이 배심원에게 도달하도록 허용하는 것이 타당한 것인가에 있다. 인디아나법 하에서 사기의 필수요건은 과거의 중대한 표현이나 현존하는 사실로서 표현이 잘못된 것, 또는 허위의 사실을 부주의하게 넘김으로서 표현을 신뢰함을 요건으로 한다. 사기에 대한 주장이 배심원에게 도달할 수 있게 허용하는 것을 결정하기 위해 본 법원은 반드시 본(the Vaughns)이 사기에 대해 일단 유효한 사건(prima facie case)이라고 결정할 것인지를 고려해야 한다. 따라서, 우리는 사기에 대한 주장의 요소를 따로따로 고려하기로 한다.

### 가. 중대한 불실표시

사기의 첫 번째 요소는 피고가 과거나 현존하는 사실에 대해 중대한 불실표시를 했어야만 한다. 허위진술은 고의성이 있거나 허위에 대해 부주의한 무관심이 있어야 한다. 부주의와 불실표시 모두 인디아나법에서는 소송의 원인이 된다. 상소인에 따르면 본(the Vaughns)의 주장은 다음의 두 가지 관점을 충족시키지 못하고 있는데; (1) 본(the Vaughns)의 진술은 ‘사실’에 입각하지 않고 제너럴 푸드(Genneral Foods)의 진술은 과거나 현존하는 상황보다 미래와 관련하며, (2) 제너럴 푸드(General Foods)는 본(the Vaughns)에게 모든 유용한 사실관계를 공개할 의무가 없다는 것이다.

### 나. 신뢰

사기청구의 두 번째 요소는 피고의 중대한 불실표시에 대한 원고의 부분적인 정당한 신뢰가 된다. 신뢰는 모든 중대한 사실들이 “오로지 판매인의 지식에 해당하고 구매자는 독립적으로 진실을 확인할 만한 방법이 없다”는 곳에 정당히 여기질 수 있다. 표시에 관해 신뢰를 주장하는 당사자는 반드시 사기에 대항한 일반적인 보호에 중점을 두어야 한다. 그는 자신의 조사가 밝혀지는 그 무언가에 대해 무시할 수 없으며 타당사자의 소송에 의해 그가 속았다고 후에 주장할 수 없다.

신뢰에 대한 사실은 배심원의 의문에 해당한다고 본(The Vaughns)은 분명히 진술했다. 하지만 기억해야 할 중요한 것은 신뢰에 대한 사실은 신뢰에 대한 권리와는 구별되는 것이다. 그러므로 사기에 대한 소송의 원인을 진술하기위해 당사자는 반드시 신뢰하고 있었다는 것을 증명해야 할 뿐만 아니라 신뢰할 만한 권리가 있었다는 것 역시 증명해야 한다. 사실 제너럴 푸드(General Foods)에 의해 광고, 투자, 그리고 성장을 하였다는 진술에 그들이 의존하고 있다고 본(The Vaughns)은 주장한다. 그들이 주장하는 것은 회사의 보장성에 대한 신뢰로서 14년동안 6개의 레스토랑에 \$6,300,000을 투자했다는 것이다. 본(The Vaughns)측은 불실표시를 통하여 시스템을 평가했다는 것은 불가능하다고 주장한다. 하지만, 기록에 의하면, 우리는 비록 본(The Vaughns)이 피고의 불실표시에 사실상 신뢰를 했을 지라도 그들은 그것을 신 신뢰할 만한 권리가 없다는 것에 반드시 결론지어야 한다. 불실표시와 당사자들의 관계는 본(The Vaughns)으로 하여금 그들의 독립적인 결정을 하는데 중하게 신뢰하도록 허용하지 않는다. 필요한 정보가 피고의 독점적인 재량 하에 있었다는 것을 본(The Vaughns)은 주장할 수 없다. 이 기록으로는 본(The Vaughns)이 시스템을 제대로 파악하지 못했었다는 것을 입증할 수 없다고 명시하고 있다. 본(The Vaughns)은 제너럴 푸드(General Foods)의 문서에 의거하여 의사결정을 내렸다고 주장하지만, 그러한 권리가 없다.

## 다. 손해배상

소제가 가능한 사기에 대한 청구로서 마지막 요소는 권리침해이다. 일반적으로 사기와 관련한 소송에 대한 손해배상은 반드시 고소의 결과에 가까워야한다. 그러므로 불신표시를 주장하는 원고의 의지는 반드시 불리할 수밖에 없다. 손해배상에 대한 거래의 이익은 사기와 관련한 소송에서 유용한데, 이는 이와 관련한 거래가 표면적인 것과 다를 경우에 한한다. 앞서 본 법원은 법적관점에서 상소인이 사실에 입각한 거짓진술을 본(the Vaughns)이 신뢰할 권리를 갖는 곳에 하지 않았다고 결론지었다. 그러기에 본(the Vaughns)이 겪을 수 있는 손실에 대한 고통이 피고인의 사기행각의 결과에서 비롯된 것이 아니라는 결과를 얻게 된다. 하지만 피고인이 사실에 입각한 진술을 하였고 본(the Vaughns)이 그 진술을 정당히 신뢰하였다고 가정을 할지라도 본 기록만을 토대로 본(the Vaughns)이 주장된 손해배상이 피고인의 행위에서 비롯되었다는 것에 대한 입증책임을 지고 있다고 보기 힘들다. 또한 본 법원은 본(the Vaughns)이 손해배상의 양이 피고인의 행위에 기인한다는 확실성을 완전히 믿기 어렵다는 결론을 지었다.

## 6. 양도

본(the Vaughns)에 의해 서명된 양도는 소제기를 위해 법원을 구성한다고 상소인들은 강력히 주장하는데, 본 법원은 본(the Vaughns)에 대해 사기를 범한 것이 없다고 이미 결론을 내렸다. 하지만, 본 사건의 결말을 위한 대안적 입장으로 본 법원은 결론짓기를, 법적관점에서, 당사자들에 의해 상호 양도를 이행한 것은 본 소송에 대한 법원에 해당한다고 본다.

## 7. 결론

배심평결은 가볍게 뒤집을 수 있는 것이 아니다. 그러한 절차를 밟기 전, 법원은 관련법규를 주의 깊게 확인해야 할 뿐만 아니라 소송기록들 또한 최고의 주의를 기울여 살펴보아야 한다. 후에 이 일을 맡으면서, 본 법원은 주의 깊게 진행해야 했다. 사실의 발견은 배심원의 역할이며 수정 7조의 보증을 마음에 둔 당사자들은 법원이 그 역할을 간섭하지 않을 것이고 우리의 판결로 대체되지 않을 것이라고 기대할 권리를 갖는다. 그럼에도 불구하고 최종 분석에서 법과 증거가 배심원의 평결을 지지하는 지를 결정하는 것이 법원의 기능이다. 여기서, 본 법원은 그 평결이 유효할 수 없다고 결론지어야 한다. 지방 법원이 배심평결변복결정(JNOV)을 위한 청구를 받아드려야 했기 때문에 그의 판결을 파기한다.

## [관련 법률지식]

## 8. 정보공개 의무

### 가. 개괄

공개는 가맹본부와 가맹점과의 관계에 관한 기본적인 정보를 제공하는 것을 보장한다. 이는 사기를 방지하고, 강력한 가맹본부의 독점력을 일정 범위로 제한한다. 가맹점사업자는 완벽하고 신뢰할 수 있는 정보에 바탕을 둔 투자결정을 하도록 한다.

## 나. 내용 및 취지

### 1) 사업 수익

정보공개서는 가맹점의 잘못된 판단과 그릇된 투자를 막는데 도움이 된다. 가맹점의 실패는 가맹본부의 실패로 이어지기 때문에 양 당사자가 모두 가맹 사업의 시스템 내에서 이를 경영할 수 있는 능력과 자격 조건을 구비하도록 돕는 길잡이 역할을 한다.

### 2) 법적요구

등록을 의무화하는 것은 법정책의 선택의 문제이다. 정보공개는 사업기회의 자세한 명세를 開示(disclose)하는 것이다. 공개의무 위반이나 허위사실 공개에 대해서는 법적인 조치를 받게 된다.

### 3) 면제 여부

법제3조의 소규모 가맹사업에도 공개의무 규정은 적용된다.

### 4) 의무 위반

허위·과장된 정보를 제공하거나 중요한 사항을 누락한 자, 정보공개서를 제공하지 아니한 자, 정보공개서의 갱신과 수정을 아니한 자는 형사처벌의 대상이 된다.

### 5) 정보 공개서

가맹본부의 일반현황에 대한 설명, 가맹본부 임원의 범위반사실에 대한 설명, 가맹점사업자의 부담에 대한 설명, 영업활동에 대한 조건 및 제한에 대한 설명, 가맹본부의 가맹사업현황에 대한 설명, 가맹사업영업개시에 관한 상세한 절차와 소요기간에 대한 설명, 교육·훈련프로그램에 대한 설명

### 6) 정보 공개 절차

가맹희망자의 정보제공신청 절차에 이어서 가맹본부의 정보공개서의 제공의무 절차가 준수되어야 한다.

### 7) 정보 공개서의 수정

가맹본부는 매 사업연도가 종료하는 날부터 90일 이내에 정보공개서를 갱신하여야 한다. 가맹본부는 정보공개서의 내용 중 가맹점사업자의 부담, 영업활동의 조건 등 대통령령이 정하는 중요한 사항이 변경된 경우에는 변경되는 날부터 90일 이내에 정보공개서를 수정하여야 한다.

## 다. 개괄

영업표지에 관한 법률은 가맹희망자가 가맹사업과 계약, 당사자들간의 관계, 그리고 가맹본부의 앞선 영업경험에 관한 기본적인 정보를 제공받는 것에 대해 규정하고 있다. 이 정보는 사기의 위험을 감소시키고, 가맹본부의 어떠한 강력한 판매력에도 견제할 수 있도록 도움을 주며, 가맹점사업자로 하여금 완전하고 신뢰할 수 있는 정보에 바탕을 둔 투자결정을 하도록 한다.

## 라. 영업표지와 영업표지요건

### 1) 사업 수익

가맹본부로부터 요구되는 영업표지문서는 판매의 도구로서 가맹본부와 가맹사업 프로그램에 대한 긍정적인 정보를 포함한다. 더 나아가, 완전한 영업표지는 가맹점사업자로 하여금 그릇된 추정과 오해를 막는 데 도움이 된다. 이는 가맹본부와 가맹점사업자 모두에게 이점이 있는 것으로서, 가맹점사업자가 자격이 있고 가맹사업 시스템 내에서 경영할 수 있는 능력이 있다는 결정을 내릴 수 있게 해준다. 준비가 덜된 가맹점사업자에 대한 판매는 일어날 수 있는 모든 우려에 대한 실패의 위험요인을 수반하게 되는데, 특히 처음 시작하는 가맹본부는 가맹점사업자의 실패로 인해 가맹본부 또한 실패로 치달을 수 있다.

### 2) 법적요건

1978년 연방 무역위원회에 의해 제정되어 1979년에 실효된 소위 말하는 연방거래위원회(FTC)의 규정은 면제가 적용되지 않는 이상 어떤 제안이나 판매가 이루어지기 전에 가맹본부와 사업기회를 가진 업체로부터 영업표지를 요구한다. 연방정부에 신청이나 등록은 필요치 않다. 연방거래위원회(FTC)의 규정은 이에 어긋나거나 가맹희망자를 미약하게 보호하는 정부의 영업표지에 관한 법률들을 무효화한다.

반 이상의 주(州)에서 일반적인 가맹사업이나 사업기회에 관한 법률(business opportunity law)들을 보유하고 있다. 적용가능하고, 면제사항에 포함되지 않는 한, 이러한 관련 법규들은 어떠한 제안이나 판매 전에 영업표지를 요한다. 몇몇의 주(州)에서는 특정 산업분야에서 가맹사업의 판매가 있기 전에 영업표지가 요구된 법률이나 규정들이 있기도 하다. 영업표지의 잘못된 이행이나 실패는 사기성이 행동이나 은폐에 대해 법적조치를 받게 된다.

### 3) 면제

모든 거래가 영업표지를 요구하는 것은 아니다. 연방거래위원회(FTC)의 규정은 당사자들 사이의 관계에 근거한 고용과 사업관계와 같은 거래의 경우 명백히 면제된다. 다른 예로, 부분적 가맹사업 역시 가맹점사업자의 영업의 본질에 의해 면제가 된다. 몇몇의 산업의 경우 연방거래위원회(FTC)의 규정에 대한 적용이 부당한 관행에 대해 반드시 방지할 필요가 없다는 FTC의 결정을 토대로 면제되어 왔다.

연방거래위원회(FTC)의 규정과 각주(州)에 대한 대부분의 가맹사업에 관한 법률 하에 구매자가 가맹본부와 특정의 접촉이나 가맹사업기간의 실질적 변경에 대한 것이 아닌 한, 가맹점사업자에 의한 가맹사업의 판매는 가맹본부에 의한 영업표지는 필요치 않다. 마찬가지로, 현존하는 가맹사업계약의 갱신, 계약의 수정, 그리고 추가되는 가맹점개업에 대해서는 영업표지를 요하지 않는다.

### 4) 영업표지실패에 대한 책임

#### ㉠ 책임을 부과하는 법률

연방거래위원회(FTC)의 규정에 의해 위반 건수 당 최고 \$10,000까지 벌금을 부과하게 할 수 있다. 또한 FTC는 계약해제, 시정명령, 환불이나 손해에 대한 지불, 또는 배상절차에 따른 여러 유형을 요할 수 있고 중지명령 역시 내릴 수 있다.

최근 연방거래위원회(FTC)의 규정위반에 관한 사적권리 행동(private right of action)은 없었지만 주(州)법률 하에서는 배상절차가 존재한다. 주(州)가맹사업, 사업기회에 관한 법률(business opportunity law), 그리고 주(州)의 소비자 사기 혹은 가맹사업 판매를 담당하는 “소수의 FTC 활동”과 빈번히 발생하는 주(州) 법률 위반에 따른 연방거래위원회(FTC)의 규정 위반은 일반적으로 private right of action에 대한 해제, 손해, 비용, 변호사 비용, 그리고 복잡적이고 징벌적인 손해를 초래하기도 한다. 의도적 위반에 대해서는 벌금형과 징역형을 포함한 형법에 저촉을 받기도 한다.

#### ㉠ 개인적 책임

가맹본부 회사와 더불어 대부분의 주(州) 법률은 모든 파트너, 책임자, 총책임자, 인사관리와 위반에 동조하거나 동참한 직원들에 대한 영업표지위반에 대해 몇몇의 책임을 부과한다. 연방거래위원회(FTC)는 직원들과 가맹본부 회사책임자가 연방거래위원회(FTC)의 규정을 위반함에 대한 책임을 부과하는데 심지어는 그 배우자들을 제한하는 명령까지도 확대 적용하였다.

만약 가맹본부가 판매중개인, 중간 책임자 혹은 가맹사업을 판매하는 지역판매망을 두고 있다면, 그들 모두는 모든 가맹사업 영업표지법률에 대해 공동 책임을 지게 되고 어떠한 위반사항에 대해서도 공동으로 책임을 지게된다. 이는 중간책임자나 지역판매망의 영업활동에 참여하지 않는 가맹본부에게 특히 위험한 환경을 초래할 수도 있다.

마지막으로 변호사와 회계사는 또한 영업표지에 관한 법률의 위반사항에 따른 책임에 대한 위험요소를 갖기도 한다. 비록 전문인은 해당 의뢰인에 대해서만 책임이 있다는 일반적인 규칙이 있더라도 변호사나 회계사가 제3자가 신뢰할 것이라는 예견 가능한 자료를 준비할 때는 이에 대한 예외가 적용되기도 한다.

## 제15절 가맹본부의 정보제공의무 위반을 부정한 사례

### [판례]

1. 사건표시 : 평성 14년 1월 25일 동경지방법재판소 1999년와 9166호

### [판결내용]

#### 2. 당사자

가. 원고 : 유한회사 파와주아소시에이트 대표자 이사 파와주 기미코  
소송대리인 변호사 니시무라 국언

나. 피고 : 주식회사 후드 디자인 대표자 대표이사 구보 가즈히코  
주식회사 잘호텔주 대표자 대표이사 이와사키 도모요시 등

피고들 소소애리인 변호사 와다위

※ (주) 후드디자인은 (주)잘호텔(지분율 19%)을 중심으로 공동출자한 J스팟 레스토랑,  
베이커리 카페의 프랜차이즈 체인 시스템

### 3. 청구취지

금34,804만엔 및 이것에 대한 평성10년 12월 9일가부터 완료일까지 년 6분의 비율에 의한 금원을 지급하라

### 4. 사건개요

가. 원고가 피고와 베이커리카페 호프레스토랑의 경영에 관한 프랜차이즈 계약 체결

나. 수지예측이 근거를 결여, 피고가 프랜차이즈 시스템을 자체를 확립할 수 있지 않고, 경영노하우 등 필요정보를 원고에게 제공할 수 없기 때문에 경영이 파탄

### 5. 사건내용

가. 평성 5년 10월 (주)잘호텔 퍼브 레스토랑의 프랜차이즈 검토

나. 평성 7년 10월 닛코상사와 공동, 퍼브 레스토랑의 전개기획

다. 평성 7년 10월 워킹그룹회의 개최 (각 2명씩, 각분야 전문지식가, 종업원 중 신규사업 개발에 강한 종업원 지명), 워킹그룹 : 사업개념 협의, 『식문화의 정보 발신기지』 개념, 런치, 차를 마심, 디너 등 프랜차이즈 체인점 100점포 달성 목표로 개념 차트 작성

라. 평성 8년 1월 12일 앙케이트조사, 메뉴, 객당단가, 요리등(객당가 4200엔 상정)

마. 평성 8년 6월 17일 프랜차이즈시스템 구축위한 컨설팅업무 체결

바. 네이밍 공모 : 『J스팟』, 내장디자인 디자인사무소 위탁

사. 평성 8년 11월 14일 매뉴구성 사고방식 지도, 매뉴에 관한 검토 지시

아. 원고 현대포자 평성 7년 쓰보이상사와 롯본기 건물 임대차계약 예약(음식사업 결심), 쓰보이와 피고 구보는 프랜차이즈 방식에 관하여 협의

자. 평성 8년 10월 24일 라피로스 롯본기 프로젝트에 관한 제안(쓰보이에게 교부): 총사업비예상액 23,331만엔(베이커리 카페 8,483만엔. 호프레스토랑 14,848만엔), 총매상예상액 38,500만엔(베이커리 카페 16,940만엔. 호프레스토랑 21,560만엔), 하레다비토손자판(주)가 협력한 카페레스토랑의 개설도 관심, 일본 일류기업이 (주)잘항공이 더 안전하다고 판단, 프랜차이즈 방식을 개요로 합의한 취지의 답을 함(쓰보이)

차. 평성 9년 2월 3일 『J스팟』 1호점, 가맹료 면제, 로얄티의 저감화, 원고에게 손실생기면 손실액의 30%를 피고 부담 특약조항 제시: 총사업비예상액 26,734만엔(베이커리 카페 9,246만엔. 호프레스토랑 17,488만엔), 총매상예상액 42,812만엔(베이커리 카페 20,328만엔. 호프레스토랑 22,484만엔)

카. 평성9년 3월 12일 피고 (주)잘호텔과 (주)쓰보이부동산 J스팟 1호점을 롯본기빌딩에 계약, 쓰보

이 부동산은 (주)잘호텔과 시스템 구성한 경영노하우나 정보를 제공함과 동시에 일정한 대가를 지급할 것을 약속한 취지의 각서를 체결, 본건 각서에 의한 계약상의 지위 승계 (프랜차이즈: (주)잘호텔에서 (주) 후드디자인, 프랜차이즈: (주)쓰보이부동산에서 원고)

타. J스팟 1호점 프랜차이즈 계약서

- 1) 프랜차이즈 부여
- 2) 가맹료 및 거래보증금
- 3) 점포설계, 종합감리 등
- 4) 개점까지의 지도사항 : 평성 9년 10월 1일 개점, 피고는 본건 점포에 있어서 상품을 사들이고, 보관, 조달, 제조 및 판매등에 관하여 지도하고, 동 원고의 종업원에 대하여 소정의 훈련을 행하지만 개업1년째는 연수훈련비용은 면제한다
- 5) 점장 및 요리장의 파견
- 6) 로얄티
- 7) 판매촉진
- 8) 제경비의 지불
- 9) 청구권의 포기 : 쓰보이 부동산 및 원고는 본각서의 조항에 관련되고, 해약금, 손해배상 밖의 명목의 여하를 불문하고 피고 잘호텔주 및 동 후드디자인에 대하여 일체의 금전의 청구를 하지 않는다.

파. 4월 15일, 공동기자회견, J스팟 1호점이 10월 1일 오픈 선전, 5년목표로 40점포, 연간매출액 100억엔, 장래적으로 300의 프랜차이즈 점포 전개계획 발표, 매상예측의 산출: 본점포 입지 - 지하철 롯데기역사 바로위 위치한 신축건물(지하2층, 지상10층), 도로로부터 약간 후미진 곳 위치, 교차로의 음식점에 비해 3% 낮게 설정, 점장 및 조리장의 채용: 점장(나가무라)- 오랜기간 프론트의 점장경력, 평성 9년 10월 1일, 점포개점, 사표제출, 후임 점장 결정한 11월 중순 퇴직, 후임자 사쿠라이 파견

하. 점포의 매상(베이커리카페): 당초부터 매상 예측 밀돌고, 같은해 10월 총 매상고는 1841만엔, 같은해 11월 1524만엔, 피고 후드디자인은 본건 점포가 J스팟 1호점으로 중요한 역할이므로 원고와 협의하고, 본건 각서 합의 해약하며, 프랜차이즈계약방식을 그만두고 1년간의 운영위탁계약방식으로 전환: 본건 집세사양액 보증, 원고에게 유리한 방향으로 영업 계속, 잡지 등에 광고 게재, 이벤트행사

거. 폐점 : 매사 호전되지 않고 보합상태, 11월 10일 위탁계약 종료,

## 6. 당사자 주장

가. 수지예측 의무위반의 유무에 관하여

원고 주장	피고주장
<ul style="list-style-type: none"> <li>○사전조사 소홀 및 조서결과 불합리한 판단</li> <li>○매상예측 : 임료로부터 역산한 결과</li> <li>○사업비도 설명시 2억엔, 실제 22,812만엔</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○사전조사, 불합리한 예측은 아니다</li> <li>○사업비 : 일부는 상회하지만 총사업비는 예측 이하</li> </ul>



## 나. 정보등 제공 의무 위반의 유무에 관하여

원고 주장	피고주장
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 경영노하우 제공을 안했다                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 점장 파견,상점의 운영과 스텝의 교육을 약속</li> <li>- 개점당일 점장 사표, 스텝교육 안함</li> </ul> </li> <li>○ 상품시스템도 없고,운영매뉴얼도 없다</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 점장 파견, 인건비도 일부 부담</li> <li>○ 개점시까지 상품시스템 구비</li> <li>○ 평성 9년9월 1호점용 매뉴얼작성 (이후 수정,보완)</li> <li>○ 1호점이라는 점을 감안하고 계약</li> </ul>

## 다. 면책특약의 존부에 관하여

원고 주장	피고주장
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 각서의 면책조항 설치 인정</li> <li>○ 이 면책특약은 프랜차이즈 본계약체결전까지의 사이에만 효력인정된 조항</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 각서내용 참고</li> <li>○ 각서의 지위 인수한것이기 때문에 손해배상 청구는 가능하지 않다</li> </ul>

## 라. 면책특약의 신의칙 위반내지 공서양속위반의 유무에 관하여

원고 주장	피고주장
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 1호점은 통상 피고의 사업이기도 하다</li> <li>○ 프랜차이즈의 리스크를 원고에게 일방적으로 부담시키는 본건 면책조항은 극히 불합리하고 공서양속에 위반</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 계약서에 원고의 리스크를 가능한 경감할 특약 조항 설치</li> <li>○ 그것에 반하여 원고로부터 면책특약 얻은것이므로 공서양속이나 신의칙 위반 아니다</li> </ul>

## 마. 손해에 관하여

원고 주장	피고주장
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 총액 34,804만엔                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 점포설계시공비 10532만엔, 설비비 1897만엔</li> <li>- 점포해체공사비 1501만엔 일실이익13826만엔등</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 손해에 관해서는 다툼다</li> </ul>

## 바. 요약

원고 주장	피고주장
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 임무해태                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 현실과 다른 장미빛 매상예측과 사업비에측설명</li> </ul> </li> <li>○ 악의 또는 중과실                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 본건 점포에 의한 수익이 기대할 수수 없다는것, 시스템구축되지 않았다는점을 사전에 인지</li> </ul> </li> <li>○ 손해에 관하여                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 총액 34,804만엔</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 임무해태                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 합리적인 매상예측과 사업비 예측</li> </ul> </li> <li>○ 악의 또는 중과실                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 합리적인 매상,비용예측 했으므로 수익적이고, 시스템 미구축이 중과실 있다고는 못한다</li> </ul> </li> <li>○ 손해에 관하여                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 손해에 관해서는 다툼다</li> </ul> </li> </ul>

## 7. 적용 법규

민법 제2조 신의성실원칙, 제104조 불공정한 법률행위, 제390조 채무불이행과 손해배상, 제750조 불법행위, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제4조 신의성실의 원칙, 제9조 허위과장된 정보제공 등의 금지

## 8. 판결요지

가. 원고의 청구는 모두 이유 없으므로 기각.

나. 소송비용은, 원고의 부담으로 한다

다. 이유

- 1) 수지예측 의무위반의 유무에 관하여 : 위반 아님, 예측의 수법자체가 명백하게 상당성을 결여한 불합리한 것이거나, 이것에 사용된 기초수치가 객관적 근거를 결여하고 있는 경우 등 매상 예측 및 총 사업비 예측이 완전히 합리적을 결여하고, 프랜차이지 계약체결에 관한 판단을 잘못하게 하는 등 우려가 현저하게 큰 경우에 한하여 상기 주의의무 위반이 된다.
- 2) 정보등 제공의무위반의 유무에 관하여 : 위반아님, 프랜차이저는 프랜차이지 권유한데 즈음하여 프랜차이즈시스템을 구축해야할 의무와 점포를 운영하기 위하여 필요한 노하우를 확립하고, 이것을 프랜차이지에 제공하는 것은 당연하다. 프랜차이즈 사업은 반드시 사업자가 직영점에 의하고 여럿의 점포를 전개하고, 사업자체가 일정한 규모를 이르고 나서 시작할 수 있는 것은 아니다. 경우에 따라서는 1호점부터 프랜차이즈계약에 의하고 개점한 일도 있을 수 있다. 이러한 경우에는 프랜차이저가 완성된 형태로서 프랜차이즈 시스템을 갖는 것은 아니고 노하우에 대해서도 수정의 여지가 다분히 존재하는 것이고, 확립한 프랜차이즈시스템이나 노하우가 없더라도 제1호점이 개점까지 통일적인 시스템의 이미지가 확정되고, 어느 정도 실전에 견딜만한 노하우가 제공되면 프랜차이저의 의무는 이르게 된다고 해석한 것이 당연하다.

## [관련 법률지식]

## 9. 가맹계약의 요건과 유사 계약과의 구별

### 가. 임대차계약

임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다. (민법 제618조). 가맹 계약은 그 대상이 특정한 물건이 아니라 상호, 상표 및 영업권이 되므로 임대차와는 구별된다.

### 나. 매매계약

가맹계약에서 주요 원료 내지 완제품이 공급되는 조항이 포함될 수 있지만, 이는 가맹계약의 부분에 불과하고, 가맹계약 자체와는 구별된다. 가맹계약은 전체를 생산-유통 과정의 역할 분담이라는 연결선

상에서 이해될 수 있는 반면, 매매계약은 공급자와 수요자와 같이 독립적 법적 실체의 단절된 관계이기 때문이다.

#### 다. 소작계약

종래 토지에 관하여 지주와 소작 관계도 흔히 가맹계약과 비유되나, 이는 이해를 위한 예시에 불과하다. 동일한 물건에 대한 소유권과 이용권을 구분으로 한 소작과는 구별된다.

#### 라. 대리상

대리상이라 함은 일정한 상인을 위하여 상업 사용인이 아니면서 상시 그 영업 부류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 자를 말한다. (상법 제87조) 가맹점 사업자는 독립된 영업 주체이며, 영업의 내용이 대리 또는 중개에 머무는 것이 아니므로 대리상과는 구별된다.

#### 마. 중개업

중개업이라 함은 타인간의 상행위의 중개를 영업으로 하는 자를 말한다. (상법 제93조) 가맹 사업은 법률적으로 독립 행위를 하는 것이며, 사실 행위로서의 중개와는 구별된다.

#### 바. 위탁매매업

위탁매매업이라 함은 자기 명의로써 타인의 계산으로 물건의 매매를 영업으로 하는 자를 말한다. (상법 제101조) 가맹점은 자기 명의로써 자기의 계산으로 영업을 하므로 위탁매매업과는 구별된다.

### 10. 프랜차이즈 등록

#### 가. 개요

캘리포니아가 프랜차이즈 투자법을 규정한 1970년도까지, 프랜차이즈 매매 관행은 실제로 실무적으로나 합법적으로나 검토되지 않았다. 그 이전부터 역사적으로 사업이 시작되었음에도 불구하고, 1950년대까지 Franchising은 잠자고 있는 산업이었다. Franchising산업의 폭발적인 성장은, 1970년에 시작한 주정부 규제에 대한 연대 반항을 불러 일으켰고 차별화된 법적인 관계를 합법적인 관계로 일깨우면서 법적 환경변화를 가속화했다.

이런 Franchising의 드라마틱한 성장과 동시에 기존의 프랜차이즈 판매관행의 성장(발전)을 가져왔다. rag to riches(개천에 용남)의 이야기는 언론에 의해 선정적으로 다루어졌고, 정보가 부족한 상황에서 순진한 대중들에게서 프랜차이즈에 대한 투자를 이끌어냈다. 1970년 캘리포니아의 법제정의 움직임에 이어 FTC는 9년 동안 Franchising산업에 대한 정밀조사를 벌였다. 이 조사는 프랜차이저와 프랜차이지 간에 보통 경제적 불균형과 수반된 정보 불균형으로 인한 프랜차이즈 판매관행 남용으로 1979년 마무리되었다. 이런 남용에 대한 합법적인 움직임은 정부의 규제를 가져왔고 프랜차이즈 판매관행에 대한 방향을 제시하였다. 그러나 최근 몇 년사이 프랜차이즈 관계의 합법적인 쪽(점)으로 도달할 수

있도록 (그런 움직임이) 확대되고 있다. 프랜차이즈 매매 규제는 프랜차이즈가 프랜차이즈에 대한 어떤 고려요소를 받아들이거나 프랜차이즈와의 계약을 이행하기 전에 아래의 사항들과 함께 정보불균형을 시정했다.

- 연방 증권법의 기초적인 특성에 근거 채택
- 각 당사자간 중요 용어에 대한 세부적인 발표(프랜차이즈, 소송 및 파산 역사, 재정상태, 존재하고 있는 프랜차이즈들의 신원확인)
- 등록 필요조건 부여
- 프랜차이즈의 제반 재정조건, 프랜차이즈 명세 서류의 州 규제관의 승인을 얻어 주 안에서 프랜차이즈 매매권리의 조건부여
- 프랜차이즈는 프랜차이즈 라이선스 유지를 위한 연례보고서(annual review)를 제출해야 함

요점은 현재시점에서 14개주에서 등록의 합법적인 해결책을 찾는데 있다. 등록 구조의 개요는 (what, where, when, how) 모습을 드러냈다. 실로 모든 프랜차이즈 등록 법규의 총체적 요소는 등록의 합법적인 대응에 연계되어 선매출 명세의무에 따른다.

## 나. 규제안(Regulatory Scheme)

### 1) 州 단위의 규제(State Regulation)

1970년 프랜차이즈 매매 법률제정의 캘리포니아주의 법제정 이후로, 다른 13개주는 다음과 같은 청원을 했다. 프랜차이즈 매매전 프랜차이즈에게 등록의무의 어떤 양식을 부과하는 법률을 통과한 13개주는 Hawaii, Illinois, Indiana, Maryland, Michigan, Minnesota, New York, North Dakota, Rhode Island, South Dakota, Virginia, Washington, Wisconsin 이다. 이 법령의 대부분은 처음에 캘리포니아 법을 본으로 만들어진 반면, 각 법령은 다음 것과는 (충분히) 다르다. 거기에는 매매규칙의 조각조각 끼워 맞추기 위해 다양한 주에 기초한 프랜차이즈는 남겨 놓았다. 미시건의 등록법은 다음의 사항을 요구한다.

- 프랜차이즈는 주에서 프랜차이즈를 매매하기 전에 process service에 대한 프랜차이즈와 agent을 확인하는 단 한 장의 통지를 접수한다. 등록은 통지접수로 완전히 이루어지고 그것은 1년 동안 유효하다.
- 접수일자에 따라 매년 갱신이 이루어져야 한다.

이와 유사하게 위스콘신에서는 1996년 7월 1일 유효한, 주 행정권에 의해 회람을 제공하는 재심사를 없애기 위한 법을 개정해서 매년 서류철하여 접수는 마쳐질 것이다.(회람 복사본 포함하여)

하와이는 적당한 주 대행사에 접수하기 위해 명세서류와 필요지원양식을 필요로 한다. 법적으로 주 등록요건은 접수로 마쳐진다. 사실 그러나 프랜차이즈 지원은 하와이 주정부 증권 조사관에 의해 승인된다.

- 이 지원은 후에 설명되는 것과 유사한 재심사 과정이다.
- Filing은 매년 갱신되어야 한다.

남아있는 12개의 주에서 등록의 일반적인 구조는 동일하다.

- 비록 합법적인 요구조건 뿐만 아니라 재심사에 적용되는 기준과 정밀조사에 차이가 있을지라도 동일성을 유지하여야 한다.

요약 방법에 의해, 각 주에서는 프랜차이즈에게 다음과 같은 사항을 요구한다.

- 프랜차이즈 등록 양식을 제출
- 절차 용역(process service)에 대한 승낙
- 증거와 함께 명세서류(프랜차이즈의 실체(재산)에 대한 감사 재무제표)
- 접수비(\$50~\$750)

각 주는 양식에 포함되어 장래의 프랜차이즈에게 제공되기 위해 명세의 양식과 내용을 법적으로 정의 한다. UFOG Guidelines 명세 양식에 따라 준비된 명세서류의 사용은 유통 중 명세서류(UFOC format, FTC Rule format, state law format)에 대한 1개 이상의 양식의 필요를 없앤다. 등록은 규제 대행사에 의해 받아들여져야 한다. 그리고 프랜차이즈는 그 주에서 등록이 유효하도록 갱신조건에 따라 갱신해야 한다. 이런 등록구조는 이장의 뒷 부분에서 논의된다.

연방규제는 FTC가 거래규제규칙을 적용한 1979년 10월까지 드러나지 않았다. 소위 말하는 FTC Rule은 단지 명세규칙이다. 그것은 프랜차이즈 매매조건으로써 어떤 등록, filing 또는 FTC나 다른 연방 대행사들에 의한 승인을 요구하지 않는다. FTC Rule의 사법권의 범위는 동시대에 걸쳐있는 FTC Act에 의해 제정된 the relevant in or affecting commerce threshold의 가장 자유로운 구조이다. 따라서 FTC rule은 모든 50개 주에 거의 모든 프랜차이즈 매출에 적용된다. 그리고 거래를 포함한 모든 연관 있는 사건들이 1주로 한정되는 주내부의 매출도 포함된다.

FTC Rule은 프랜차이즈에게 등록의 의무를 주는 현재 주법을 우선하지는 못한다. 등록은 FTC Rule에 의해 제공되는 보호보다 장래의 프랜차이즈에게 더 많은 보호권을 제공하는 것으로써 생각되기 때문이다. FTC Rule은 명세에 대한 최소 기준을 제정한다. 그리고 주는 더 광범위한 명세 요구에서 자유로워 진다. FTC Rule은 오직 제한된 지역에서만 주등록법을 우선한다. 1989년 2월 FTC는 제출된 rule 제정(ANPR)에 대한 예고통지(advance notice)를 발표했다. 이는 수익 청구 명세 조건과 주등록에서 불일치(불평등)의 증거 그리고 연방정부의 선매권이 필요할 명세 조건에 대한 어떤 개정의 충돌 속에서 정보를 추구한다. FTC는 1993년 12월에 다음의 사항을 발표했다.

- 주 프랜차이즈 법에 우선하기 위해서 아무런 행동을 취하지 않을 것이다.
- 왜냐하면 ANPR 대응에 있어서 불일치의 증거가 별로 없다는 것을 받았기 때문이다.

가장 최근에, 1995년 4월에 FTC는 다음의 사항을 발표했다.

- FTC Rule의 체계적인 발전과 관계된 대중의 의견과 거래 규제규칙의 모든 것과 관계되어 FTC에 의해 행해지는 모든 일상적인 과정을 찾고 있는 중이라고.

FTC는 다음과 관계된 의견을 요청했다.

- FTC Rule의 이익과 제반 비용
- 제반 규제와 경제적 충격(영향)

좀 더 자세하게 보면, FTC는 다음의 사항에 대한 의견을 찾으려 했다.

- FTC 명세 서류양식이 새로운 New UFOC 양식으로 교체되는지?
- business opportunity ventures에 대한 명세 조건범위를 수정해야 하는지?
- FTC Rule이 trade show promoters에 적응성을 명백해야 하는지?
- FTC Rule이 프랜차이즈된 사업에 관련된 재정적 성과정보의 조항을 위임하기 위해 개정해야 하는지? 주정부의 명세법, 의무 수익청구권과 연방간의 관계는 의무에 대해 여러 분야에서 거론된다.

#### i) 등록절차

등록신청에 대하여 중점적인 “허가” 체계를 갖추지 못하고 있다. 가맹사업을 하려는 각 주(州)에서 가맹본부는 가맹사업 신청서를 심사하고 답해줄 주 법에 의해 지정된 주(州) 공무원에게 등록신청을 해야만 한다.

### 2) 주 프랜차이즈 등록법의 법적 범위

일반적으로 주 등록법은 주 등록법에 따라 프랜차이즈를 매매를 할건지에 대한 결정에 있어서 유사한 법적 접근방법을 따른다. 등록주는 프랜차이즈의 청약 혹은 매매가 이중에서 이루어 질 때 그것들의 법규에 적용된다. 프랜차이즈의 청약은 프랜차이즈 구매를 위한 offer에 대한 권유/간청에 대한 모든 방법을 포함한 사법권에 의해 넓게 정의 된다. 그래서 만일 사법권이 적용된다면, 프랜차이즈는 아마도 등록 전에 그 주에 광고하지 않을 것이다. 일반적으로 매매는 다음의 테스트 중 어떤 사항들이 맞춰질 때, 그 주에서 만들어 진다고 생각된다.

- 그 주에서 프랜차이즈와 장래의 프랜차이즈의 미팅
- 그 주로부터 프랜차이즈 판매를 위한 제공이 발생했을 때
- 프랜차이즈 판매를 위한 제공이 그 주를 따랐을 때
- 프랜차이즈의 승낙(acceptance)이 그 주를 따랐을 때
- 장래의 프랜차이즈 주소가 그 주에 있을 때
- 장래의 프랜차이즈가 그 주에 거주 할 때
- 제안된 프랜차이즈 사업이 그 주에서 있을 때
- 프랜차이즈에게 부여된 매출범위가 그 주에 있을 때

이런 접근방법 아래에서 여러 주에 대한 프랜차이즈 법을 단일 프랜차이즈 매출에 적용하는 것이 가능하다. 일례로써, 캘리포니아 프랜차이즈는 Indiana 거주자에게 뉴욕에 위치한 프랜차이즈를 주었다. 장래의 프랜차이즈는 하와이에서 휴가 중에 offer를 받아들였다. 그리고 당사자는 일리노이에 있는 trade show에서 프랜차이즈 협정서에 사인하였다. 이 예에서, 5개의 등록주는 법령을 가지고 있다. 그리고 프랜차이즈는 장래의 프랜차이즈에게 5개의 모든 명세 서류를 인도할 것이다. 그 내용의 실질적인 유사점이 있음에도 불구하고, 왜냐하면 주 프랜차이즈 등록법의 광범위한 법규 범위 때문에, 매출 행위는 신용있는 프랜차이즈가 프랜차이즈가 등록하지 않은 주의 등록법에 따를 수 있다.

여러 주(캘리포니아, 메릴랜드, 위스콘신)에서 주의(out-of-state) 매출에 대한 등록 면제를 주고 있다. 이는 out-of-state에 있는 장래의 프랜차이즈에 대해 거주하고 있는 프랜차이즈에 의해 만들어 매출이

다. 프랜차이즈된 사업이 등록주에서 운영되고 있지 않거나 아니면 매출이 연방 혹은 자매주의 법을 침해하면서 발생하는 곳에서, 프랜차이즈를 조사하거나 협상하는 동안에 프랜차이즈가 등록주에 주소를 가지고 있지 않거나 등록주에 있는 경우에 적용된다. 만일 주 내에서 그런 프로그램을 제공하지 않고 있다면, 프랜차이즈의 홈(州)에서 그런 프로그램을 등록할 필요없이 다른주에서 성공할 만한 것에 다른 프로그램을 제공하기 위해 다른 주에서 예외로 등록주 내에서 사업의 주요 공간을 가질 수 있도록 프랜차이즈에게 용이하게 했다. 반대로 뉴욕은 치외법권의 법규를 고소했다. 뉴욕과 뉴욕으로 다다르게 하여 모든 매출행위에 달하여 등록법규를 해석했다. (뉴욕에 주소를 두고 있는 프랜차이즈와 프랜차이즈된 사업이 뉴욕에 있거나 운영될 예정인 환경을 포함하여)

### 3) 적용범위의 예외

모든 등록주는 등록의무에서부터 특별한 조건에 마주친 프랜차이즈들 까지 예외가 있다. 그러나 등록 예외는 명세의무에 대한 프랜차이즈를 반드시 구체화진 않는다. FTC Rule은 모든 프랜차이즈들이 연방의 선매출명세, 명세 서류의 배달 및 준비 필요를 따르도록 요구하고 있다.

게다가 많은 주들은 후에 논의되는 대형 가맹본부에 대한 예외 같이 특별한 예외를 맞추기 위해 명세를 요구한다. 명세 개시 의무에 따라 프랜차이즈 매출규제 응낙을 위한 프랜차이즈의 합법적인 계산서의 할당을 구성하고 있다. 그럼에도 불구하고, 연방 명세 개시 의무를 통해, 주등록에 있어서 프랜차이즈의 예외는 등록주에서 등록과정 중 행정적인 장애물과 협상없이 프랜차이즈 매출에 참여할 수 있는 잇점을 가지고 있다. 게다가 주 등록에 대한 프랜차이즈의 예외는 (연방 명세 조건이기 때문이나), 주에서 받아들여지는 양식보단 FTC 명세 양식을 사용할 수 있을 것이다. 이는 어떤 상황에서 더욱 바람직하게 증명할 것이다. 주 등록에 대한 면제의 실제 가치는 FTC Rule이 특별한 사업영역에 적용할 수 없을 때의 몇 가지 경우에만 있다.

- 예를들면, FTC Rule에 대한 예외가 적용될 때
- 혹은 사업관계가 연방의 정의가 아닌 주법상 프랜차이즈 일 때, 프랜차이즈는 주 면제가 적용될 것으로 추정되어 그 주에서 거래에 대해 완전히 명세를 피할 수 있을 것이다.

거의 자주 의존되는 등록면제는 대형본부의 면제이다. 이는 최소 순자산이나 프랜차이즈 경험기준을 원하는 프랜차이즈에게 쓸모 있다. 대형본부는 비록 자원제공 또는 그 스스로 등록함에 있어서 면제가 있을지라도 주명세 요건으로 남겨질 수 있다. 실제 심각한 또다른 예외는 프랜차이즈에 의해 혹은 프랜차이즈를 통해 영향을 받지 않는 그들 자신 계정에 대해 남겨져 있는 프랜차이즈에 의해 만들어진 매출을 적용하는 것이다. 이 예외는 프랜차이즈에게 매출등록이나 구매자에게 선매출 명세를 만드는 의무를 없앤다. 구매자를 승인하기 위한 프랜차이즈의 권리는 예외 적용을 막을 수 있는 불충분한 포함조건으로써 주에 의해 일반적으로 인정된다. 그러나 주가 예외 적용을 막을 거래에 연결된 프랜차이즈의 활동의 범위나 유형에 대한 길잡이를 제공하진 못한다. 행정상 해석에 의하면, 그것은 존재하는 프랜차이즈에 의한 매출에 대해 프랜차이즈의 승인은 프랜차이즈의 현재 계약(프랜차이즈-판매자의 계약에 대한 독점을 방지하는 것)에 대한 구매자의 집행조건이 되고 프랜차이즈는 충분히 프랜차이즈의 매출에 구매자에게 그것들(새로운 계약서를) 제공하기 전에 새로운 계약서를 등록하기 위해 프랜차이즈에게(프랜차이즈-판매자가 아님) 요구되는 포함되는 것으로 나타난다.

## i) 등록절차

등록절차에 대한 상세한 내용은 부록에 실었으므로 그 곳을 참조하기 바란다.

## 다. 수정 요건

## 1) 사후적으로 효력을 발생시키는 변화

모든 등록규정은 등록내용에 포함된 정보의 중요한 변화가 있을 시 수정신청서를 제출할 것을 요청한다. 주어진 상황에서 어떤 사실이나 어떤 환경이 “중대한 변화(material change)”를 구성하는 요인인가를 결정하는 것은 어려운 일이다. Hawaii, Illinois, Maryland, Michigan, Minnesota, New York, Virginia, Wisconsin 주(州)의 규정에 의해, “중대한 변화(material change)”라는 용어가 정의되어있다. 이러한 정의 중 어느것도 모두 포함되어 있지는 않고 예시를 통해 정의되어 있다. “중요성”의 이슈에 대한 모범안이라 할 수 있는 것은, 절대적인 것은 아니지만 연방거래위원회(FTC) 규정에 포함되어 있는 “중대한 변화(material change)”의 정의이다. 이런 정의는 연방보안법에 기초하고 있으며, “중대한 변화(material change)”를 다음과 같이 규정하고 있다. 가맹점사업자 또는 장래의 가맹점사업자에게 중요한 재정적 영향을 주는 것 또는 유명 가맹사업과 관련한 결정을 하는데 있어서 적절한 가맹점사업자 또는 적절한 장래의 가맹점사업자에게 중요한 영향을 줄 경향이 있는 어떤 사실, 환경, 또는 조건 상태이다. “중요한 영향을 줄 경향”이라는 연방 규정은 중요성에 대한 극단적 테스트이고, 주(州) 법률에 있는 실례는 실제적 적용을 하는데 아주 좋다. “중대한 변화(material change)”의 예시는 다음의 사항을 포함한다:

- ㉠ 상당수의 가맹사업을 갱신하는 데 실패하거나 또는 이것의 구매, 종료, 차단.
- ㉡ 가맹본부의 사업상황에 있어서의 중요한 변화 또는 가맹본부의 통제 또는 재조직화에 있어서의 변화
- ㉢ 가맹점사업자의 투자를 변화시키는 새로운 프로그램의 도입 또는 가맹사업 요금에 있어서의 변화.
- ㉣ 가맹본부가 수행해야할 의무에 있어서의 중요한 변화
- ㉤ 가맹사업서비스 수행에 대한 가맹본부의 개인적 책임에 있어서의 변화.

중대한 변화(material change)에 대해 어느정도 정의를 제공하고 있는 주(州)와 연방거래위원회(FTC) 규정은 반드시 “중요성(materiality)”를 가맹본부의 조건과 반대로 또는 가맹점사업자의 계약적 조건과 반대로의 변화에 제한을 둘 필요는 없다. 예컨대, Illinois는 중대한 변화(material change)의 예로 처음에 혹은 계속적인 가맹사업 비용의 감소를 들고 있다. “material”을 그렇게 정의하는 규율이 없는 주(州)에서는, 가맹사업 담당관이 비공식적으로 가맹점사업자의 위치를 개선시키는 변화는 투자 결정에 중요하다. 그러므로, 이러한 변화는 “더 나은 거래”가 장래의 가맹점사업자에게 제시되기 전에 수정안에 의해 등록서류에 추가되어야 한다는 관점을 표현한다. 수정 신청서는 일반적으로 신청서의 수정된 페이지와 발표 서류, 가맹사업의 동의, 기존 등록서류로부터의 변화를 보여주도록 적절하게 강조표시(변한 부분을 쉽게 알아볼 수 있도록 표시)를 한 것을 신청해 놓은 것으로 제한된다. 수정 신청서의 신청요금은 부록 A에 나와 있다. 수정은 사후적으로 효력을 발생시키는 것이 되는 데, 그 이유는 이미 효과가 있는 등록서류를 수정하는 것이기 때문이다.

등록 주(州)에서 수정신청서를 신청하는데 요구하는 시간은 주(州)에 따라 다르고, 일반적으로 일자



기준으로 측정되는 것이 아니라 훨씬 덜 세밀한 기준에 의해 특정된다. 예를 들어, 중대한 변화(material change)가 “발생 하자마자”, “발생하고 나서 가능한 빨리”, “발생하고 즉각적으로” 그러나 중대한 변화(material changes)는 최초 요금의 증가와 같은 가맹본부의 통제 이내에 있는 경우, 그리고 중요한 인원의 변화나 가맹본부의 비즈니스 상황의 중요한 역변화 또는 가맹본부에 반대하는 중요한 소송의 문서화와 같은 가맹본부의 즉각적 통제를 넘어서는 경우, 이런 두가지 경우 모두에 의해 일어날 수 있다. 이런 두 종류의 중대한 변화(material change) 모두 사후효과적인 수정신청 절차를 필요로 한다. 수정 신청서를 중대한 변화(material change)나 사건이 “일어난 뒤 즉각적으로”, “일어나자마자”, 또는 “일어난 이후 가능한 빨리” 신청해야할 의무는 가맹본부의 판매행동에 대한 중요한 함의를 가질 수 있는데, 왜냐하면, 수정신청서가 승인되고 나서 승인되고 업데이트된 정보공개서가 주(州)와 연방의 납기요청에 따라 장래의 가맹점사업자에게 제공될 때까지는, 가맹사업 판매행동과 관련된 가맹본부의 능력이 의심되기 때문이다.

## 2) 판매전 협상

등록신청 조건에 대한 수정은 또한 가맹점사업자가 되려고 하는 자와의 판매전 협상의 상황에서도 발생할 수 있다. 소수의 주(州)-California, Illinois, Rhode Island, Washington, and Wisconsin-에서는 가맹본부가 반드시 판매전 협상의 중요한 변경으로 인한 수정사항을 제출해야만 하는 문제에 대해 명백히 언급하고 있다. 틀림없이, 가맹점사업자가 되려는 자와 협상된 새로운 중요한 조건은 이러한 협상조건으로 가맹사업이 판매되기 전에 사후적으로 효력을 발생하는 수정사항에 따라 등록되어야 하는 새로운 제안을 구성하는 것과 관련한다. 이러한 논리하에, 수정사항의 신청은 각각 만들어져야 하며, 이러한 수정사항은 연방 및 주(州)의 교부법에 따라 각각의 그리고 모든 반대제안을 위하여 재교부된 서류에 나타나야 한다. - 과도한 부담 요구.

연방거래위원회(FTC)는 가맹본부가 판매전 협상의 변경사항을 나타내야 하는 것 보다 많은 의무를 비공식적으로 지우고 있다. 계약당사자에 의해서 동의된 중요한 변경사항을 전부 포함하는 최종적인 협약서가 가맹점사업자가 계약서에 서명하거나 어떤 대가를 지불하기 전 적어도 5일 이내에 그 예비 가맹점사업자에게 반드시 교부되어야 한다. 연방거래위원회(FTC)의 해석은 매년 제안과 반대제안을 만들 때마다 (중요한 변경사항을) 반복해서 나타내야 하는 수고를 덜어주고 있다.

Virginia는 예비 가맹점사업자 즉 가맹희망자에게 가맹사업 계약에 서명하기 전에 협상기회를 줄 것을 요구함으로써 등록 주(州)들 사이에서 독특한 접근방식을 취하고 있다. 반면에, 가맹점사업자는 서명후 계약을 취소할 수 있는 30일의 기간을 가진다. 그러나, Virginia 행정관들은 이들 계약 조항을 위반하였다는 주장에 대하여 결코 소를 제기하지 못하며 어느정도 들어 줄 것인지 언급할 수 없다.

## 3) 판매후 수정

오직 California와 North Dakota만이 발효된 가맹사업 계약의 조항들에 중요한 변경을 가하는 것을 규제하는 등록 주(州)이다. California는 가맹사업계약이 계약을 수정할 수 있는 당사자의 권리를 명백히 나타내고 있으며 그러한 권리가 판매전에 명시되어 만들어진 것이란 사실에도 불구하고 가맹본부가 가맹점사업자에게 어떠한 변경 계약을 요청하기 전에 현존하는 가맹사업에 대한 “중요한 수정”은 모두 등록할 것을 요청한다.

California의 규정은 “중요한 변경”에 대해 명확한 정의를 해 놓지 않았다. 법에 규정된 범위에서 벗어난 변경의 유형들은 사후적으로 효력을 발생하는 수정 상황에 적용되는 “중요성” 기준과 관련하여 결정될 것이다. 중요한 수정사항에 대한 서류제출 절차는 조건변경에 대한 제출과정은 기 제안된 계약서의 변경, 가맹점사업자에게 강요되었을 것으로 추정되는 추가적인 수수료와 비용, 추가적인 훈련 요구, 및 추가적인 서비스 의무의 본질을 나타내는 “작은” 제안서의 등록을 요구한다. California에서 중요한 수정사항에 대한 제출의무는 때때로 시장에서 효과적으로 경쟁하기 위하여 가맹사업 시스템에 필수적인 요소이기도 한 예상외의 시스템적으로 폭넓은 가맹사업 프로그램의 변경을 요구할 수 있는 힘을 현저히 약화시킨다. California는 California의 자기자본 공제대상 항목에 의거하는 가맹본부를 위하여 중요한 수정에 대한 또 다른 절차를 가지고 있다. North Dakota에도 동일한 절차가 있다.

North Dakota의 자기자본 공제대상 항목에 의거하는 가맹본부에 대하여, North Dakota 법은 현존하는 계약의 중요한 수정사례에서 가맹본부는 특정 조항이 변경되었다는 것을 각 가맹점사업자에게 반드시 서면으로 나타내야 한다고 규정하고 있다. 가맹점사업자는 중요한 변경사항을 기술한 서류를 받은 후 10일 내에 중요한 변경을 이유로 계약을 무효로 할 수 있는 권리를 가진다. California에서와는 달리, 제안서 등록에 적용할 수 있는 North Dakota 법 하에서는 중요변경사항에 대한 유사한 요청이 없다.

사후적인 변경의 문제는 가맹사업 프로그램 및 계약서를 때때로 가맹본부의 자의적인 판단에 따라 변경할 수 있으며, 그러한 변경을 승낙하도록 가맹점사업자에게 강요할 수 있는 권리를 계약상 미리 정해놓는 가맹본부의 권한과 같은 일방적인 권리를 가맹사업의 판매가 이루어지기 전에 가맹점사업자에게 즉시 나타내도록 해야 한다는 것과 같은 다른 중요한 문제를 불러일으킨다. 예를 들면, 수시로 생산품의 목록이 바뀌기도 하는 가맹본부가 지정한 모든 생산품을 가맹점사업자가 판매해야 하는 것으로 가맹사업 계약이 이뤄지는 것이 일반적이다. 또 다른 예를 들면, 패스트푸드 가맹사업에서 새로운 선택 메뉴의 개시는 첫 개인적인(서명 전의) 만남(비록 모든 형태의 메뉴 변화에 대한 확인 의무를 명시했을지라도)에서 가맹점사업자에게 교부된 등록서류에 나타나지 않는 대규모의 자본투자를 필요로 한다. 양 당사자의 관계에서 가맹점사업자가 수시로 메뉴변경을 강요할 수 있는 가맹본부의 권리를 미리 정해 놓는 것에 동의했다면, 메뉴 변화가 즉시 나타내진 것이 아니라든지 아니면 등록법 위반사항이 발생했다고 가맹점사업자가 주장할 수 있을 것인가? 이 문제에 대하여 보고된 판례는 없다.

#### 4) 자본 필요조건

모든 등록 주(州)들은 그 주(州)의 담당관들에게 가맹사업 등록의 승인여부를 결정할 수 있는 권한을 부여하는데, 이 담당관들은 가맹점사업자에게 약속된 서비스와 사업개시전 지원을 제공할 수 있는 가맹본부의 재정적 능력이 적당한 지 보고나서 승인 여부를 결정한다. 주(州)에서 취약한 자본상태를 막는 것에 관심을 두는 것은 가맹점사업자가 자신의 가맹사업 사용료를 지불하지 않으면 충족시킬 수 없는 과장된 지원약속에 의해 야기되는 가맹사업 판매를 막으려는 데 있다. 부족한 사업자금을 가진 가맹본부는 일반적으로 현금흐름을 위해 최초의 가맹사업 사용료에 지나치게 의존하게 되는데 이것은 가맹본부의 서비스 능력을 넘어서서 지나치게 가맹사업을 확장하는 방향으로 이끌 수 있으며 결국 모든 카드를 엮어버리게 만들 것이다.

자본부족상태를 분석함에 있어 주(州) 담당관이 사용하는 표시에 대한 실제적인 설명은 없다. 그러

나, 만약 가맹본부가 법적으로 파산했다면 즉, 유동 부채가 유동 자산보다 많다고 한다면, 적어도 몰수 조건(나중에 논의하겠지만)이 없지 않은 어떤 주(州)에서도 가맹본부가 등록 허가를 받을 가능성은 없다. 최소한의 자본 수요를 산정하는 출발점은 약속된 사업개시전후의 서비스 및 지원을 제공하는데 드는 가맹본부의 단위당 예측비용에 다음해 동안 가맹본부가 그 주(州)에서 판매하리라 예상되는 가맹사업의 수를 곱하는 것이다. 예상 비용 및 판매량 모두 반드시 발표해야 할 사항이다. 단위당 비용과 주(州)에서의 예상 총판매량의 곱은 가맹본부의 재무제표에 나타나는 재원과 비교된다. 모든 경우에 있어서 사용가능한 현금의 최소량이 적어도 이 곱과 같아야 하겠지만, 주(州) 시험관의 재량에 따라 적어도 이 곱의 배(예를 들어 두 배)가 될 것을 요구한다. 실망스럽게도 등록법규는 이 사항에 대해 어떠한 기준도 제공하지 못하고 있다.

Virginia를 제외한 모든 등록 주(州)들은 만일 가맹본부가 이러한 의무에 부합하는 자본의 원천에 대하여 충분히 증명할 수 없을 때, 가맹본부 담당관에게 등록 몰수 혹은 조건부 날인 증서 조건(혹은 상태)을 붙일 수 있는 권한을 부여한다. 몰수 상태에서는, 가맹본부가, 모든 약속된 개시 전 책무가 성취되었다는 것과 가맹본부가 가맹사업을 개시했다는 것을 증명해주는 증명서를 제출할 때까지 최초의 가맹사업 사용료는 제3자에게 보관된 것으로 회계처리 되어야 한다. 몇몇 주(州)에서는 그 증명서에 가맹점사업자의 서명이 역시 있어야만 한다. 특히 현금 자금이 유출될 때, 몰수는 가맹본부에게 행정상으로나 재정적으로 올라가게 된다. 주(州) 행정관들에 의해 불충분한 자본을 공급할 것이라고 결정된 가맹사업 출원자들은 (다음 섹션에서 논의한 것과 같이)가맹사업료 몰수에 대한 다른 방도를 가진다.

## 5) 자본주입

자본의 부족상태를 바로잡기 위한 한 가지 분명한 방법은 유동자산과 유동부채 모두를 동일하게 증가시켜서 순자산비율을 개선시키지 못하는 단기차입이 아니라 가맹본부 기업을 위한 추가적인 자본, 즉 추가적인 자본의 투자를 획득하는 것이다. 경영자와 주주로부터 받은 장기차입은 가맹사업 계약 밑에 가맹사업의 의무를 특별히 종속시키지 않을 때에만 부족한 자본 상태를 해결할 수 있다. 어떤 경우에도 주(州) 담당관은 이러한 차입금이 수입으로부터가 아니라 이익잉여금에서 지불될 것을 요한다.

## 6) 이행보증

기업보증은 보증인이 등록신청서에 편철되어 예비 가맹점사업자들에게 인도한 정보공개서의 일부로 구성된 재무제표를 감사했을 때에만 부족한 자본상태의 개선을 위해 제공된다. 대부분의 주들은 보증인이 기업지배회사일 것을 요구한다. 기업지배회사의 보증을 사용하면 가맹사업 회사를 위해 감사된 재무제표를 정식으로 제출할 의무를 지지않아도 된다. 기업보증 활용에 있어서 중요한 결점은 바로 가맹본부가 사업개시전에 의무를 이행하는 것이 제한되지 않는다는 것이다. 가맹본부와 가맹사업 계약을 시작하는데 있어서 가맹점사업자가 그 보증에 의존하는 한 그 보증이 효력이 있을 기간 동안에 날인된 각각의 계약을 위한 가맹사업 계약기간 내내, 그 보증은 가맹본부의 이행을 요구한다. 그러므로 얼마 후에 그 가맹본부가 부족한 자금 상태를 바로잡을 수 있었을 것임에도 불구하고, 그 보증이 있는 상태에서 프랜차이즈 시스템에 참여하였던 가맹점사업자들에게 보증인에 대한 상환 청구는 여전히 남게되고 더 이상 그것은 가맹사업 등록을 위한 조건으로서의 몰수 또는 대체된 재정협약이라고 할 수 없다.

## 7) 보증서(Surety Bond)

Indiana와 South Dakota와 Virginia를 제외한 모든 등록주의 가맹사업 법규는 자본이 부족한 가맹본부에게 몰수합의 대신 보증서를 내놓는 것을 허가한다. 일반적으로, 요구되는 보증금액은 다음해에 그 주(州)에서 가맹본부가 판매하려고 하는 가맹사업 수에 곱해진 최초의 가맹사업 사용료로부터 산정된다. 실제적인 문제로서 주(州) 담당관에 의해 요구된 최소한의 자금 기준을 맞출 수 없는 가맹본부를 위하여 보증회사는 마지못해 보증을 설 것이다. 그러므로 보증으로 대체하는 것이 모든 자본 부족 가맹본부에게 반드시 적용될 필요는 없다. 게다가 보증으로 대체하는 것에 대한 유인을 감소시키는 것은 많은 보증회사가 경영자나 주주에게 보증금액에 대해 개인적으로 보증을 설 것을 요구하기 때문이다.

그럼에도 불구하고 몰수나 조건부날인증서와는 다르게 보증금이 막 출범한 가맹사업 기업의 현금흐름의 원천인 최초의 가맹사업 사용료에 접근하는 것을 막지 않는다. 게다가 기업보증과 다르게, 채권(bond)는 단지 사업개시전 서비스에 대한 가맹본부의 이행을 담보로 하며 한 단위의 가맹사업 사업체가 취소될 때마다 채권(bond)의 상환청구가 이루어진다.

## 8) 최초 비용의 연기(Deferral of Initial Fees)

가맹사업 계약에 가맹사업 사업개시 후까지 가맹본부에게 돈을 지불할 수 없는 것에 대해 규정한다면 몇몇 주(州)들은 몰수청구를 포기할 것이다. 이 규정은 가맹점사업자에게 해줘야 할 가맹본부의 사업개시전 의무를 이행하는 데 (또는 가맹점사업자가 사업 개시하기 전에 다른 목적으로) 가맹점사업자가 내놓은 돈을 사용할 수 없다는 것을 확실하게 한다.

## 9) 최소한의 기준(Minimum Guidance)

규정으로 정해진 지침의 결여 및 주(州) 행정관들간에 일관성의 결여는 새로운 가맹본부 고객에게 어떤 특정 주(州)에서 등록을 하기위해 요구되는 최소자본에 대해 알려주는 것을 어렵게 만든다. 그러나 최초 등록시의 자본요구는 갱신할 때보다 더 엄밀한 실사를 통해 이루어진다. 가맹사업 판매, 사업개시, 및 서류로 증명된 성장의 실적은 가맹본부에게 신용을 부여하고 재정적 조건이 필수적인 것은 아니라고 하는 숨겨진 설득자로서의 역할을 하는 듯하다. 지금 사업을 하고 있는 개개의 가맹사업 구성단위들 또한 지속적인 로열티 지불을 통해 현금흐름을 발생시킨다. 그러나 갱신시에 재무제표가 사업자본이 감소된 것을 보여준다면, 기업은 몰수나 제3자예탁(escrow)을 피하지 못할 것이다.

이러한 상황에서 어려움을 더욱 악화시키는 것은 사업 확장 계획으로 잔뜩 부풀려져 있는 가맹본부들이다. 특히 이것은 주(州) 담당관들이 가맹본부에게 요구되는 최소자본을 결정할 때 사용하는 핵심 승수이기 때문에 미래의 가맹사업 판매예측은 실제적이어야 한다.

## 제3장

# 계약법 위반사례

제16절 계약의 성립을 부정한 사례

제17절 신의성실의 원칙 위반을 인정한 사례

제18절 가맹점을 동업으로 운영하다가 탈퇴한 자의 잔여재산 배분청구를  
부정한 사례

제19절 프랜차이즈 계약상 채무 불이행이 업무상 횡령에 해당하지는  
않는다고 본 사례

제20절 가맹본부의 프랜차이즈 계약상 명의변경의무를 부인한 사례

제21절 가맹본부의 원조의무 불이행을 인정한 사례

제22절 가맹본부의 지원의무 위반을 인정한 사례

제23절 가맹점의 채무 불이행을 인정한 사례

제24절 가맹본부의 고객확보의무를 부정한 사례

## 제3장 계약법 위반사례

### 제16절 계약의 성립을 부정한 사례

#### [판례]

#### 1. 사건표시 平成 13년 3월 27일 동경지방법판소 1999년 (와) 10908호

원고 주식회사 프론티어  
위 대표자 대표이사 긴노 (金野) 기룡

피고 신에이 (新榮) 상사 유한회사  
위 대표자 대표이사 타누마 (田沼) 상의

#### [판결내용]

#### 2. 사건개요

본건은 원고와 피고와의 사이에, 원고를 프랜차이즈, 피고를 프랜차이지라고 한 미스터 론드리 체인 프랜차이즈계약을 체결하고, 그 후 위 계약에 근거하여 피고와 도치기현 모오카 (眞岡) 시에 「미스터 론드리 모오카 (眞岡) 점」을, 개점할 계약을 체결하고, 동시에 원고와 피고간에 있어, 빨래방 기계의 매수 계약 및 기계의 설치공사 및 내장공사의 발주계약을 체결하였지만, 피고는 일방적으로, 「미스터 론드리 모오카 (眞岡) 점」의 개업을 취하하고 위 기계의 매수등의 계약을 해제하는 취지의 통지를 하였다. 따라서 원고는 피고의 채무불이행을 이유로 손해배상으로서 일실이익 698만 3800엔 및 위 미스터 론드리 체인 프랜차이즈계약에 근거한 간판요금으로서 200만엔의 지불을 청구한 것이다.

#### 3. 쟁 점

##### 가. 본건 기본적 프랜차이즈계약의 효력 여하

##### 1) 원고의 주장

본 프랜차이즈 계약은 쭈루타점만의 계약이 아니라 일반적인 내용을 기재한 프랜차이즈 계약이므로 쭈루타점에 개업을 못해도 근처에 적당한 장소를 찾아 개업하면 되므로 본 프랜차이즈계약은 유효하다.

##### 2) 피고의 주장

본건은 명칭은 프랜차이즈이지만 내용은 빨래방 관련 기기 판매를 주목적으로 하는 매매계약과 유사한 계약이며, 본계약은 프랜차이즈 특유의 노하우나 비밀은 물론 관리자에 의한 경영지도조차 한 바 없었다. 빨래방은 그 장소나 환경의 로케이션이 가장 중요한 요소로 해당지점의 장소가 일체가 된 계

약체결 교섭이 이루어지는 것이므로 해당 후보지에 개업할 수 없게 된 이상 체결된 계약은 합의 해제된 것이다.

계약서에도 기본계약과 개업장소에 관한 개별계약을 명확하게 구별 할 수 없으므로 쉼타점의 개업을 중지한 단계에서 본 프랜차이즈 계약은 합의 해제된 것이다. 그리고 모오카점에 있어서는 아직도 합의에 이른 것이 없기때문에 원고의 주장은 이유없다.

## 나. 손해의 유무에 관하여

### 1) 원고의 주장

피고의 경업금지의무 위반으로 일실이익 발생하였으며, 일실이익의 합계는 698만 3,800엔과 본건 계약서 10조에 의한 간판요금 200만엔등 898만 3,800엔을 청구한다.

#### ① 기계판매에 대한 일실이익

- 원고가 판매할 기계가격(A)
  - 물세척기 4종 6대 1,102만엔
  - 건조기판매 2종 11대 829만엔
  - 물세척기 및 건조기 판매 합계액 1,931만엔
  - 가격할인 5% 96만 5,500엔
  - 판매금액 종합(A) : 1,834만 4,500엔
- 원고 기계 구입가액
  - 물세척기 716만 3,000엔 (판매가의 65%)
  - 건조기 522만 2700엔 (판매가의 63%)
  - 구입가격 종합(B) : 1,238만 5,700엔
- 일실이익(A-B) = 595만 8,800엔

#### ② 점포 내장 공사 및 기계설치 공사에 의한 일실이익

- 점포 내장 공사 대금 750만엔
- 기계 설치 공사 및 제경비 70만엔
- 원고의 이익금 (공사대금의 12.5%): 820만엔 × 12.5% = 102만 5,000엔

### 2) 피고의 주장

- ① 피고는 平成 11년 1월 20일 원고의 홈페이지를 보고 빨래방 프렌차이즈에 관심을 갖고 원고에게 연락을 했다. 원고는 피고에게 빨래방 프렌차이즈 시스템에 관한 설명용 팜플렛을 보내고 같은해 1월 25일 원고 종업원이 피고에게 연락을 한 후 같은해 2월 4일 원고 대표이사 긴노가 피고의 방을 방문하여 설명함.
- ② 그 후 원고로부터 피고의 본점소재지와 동일한 후지오카마치 내의 슈퍼안의 점포가 소개되었지만 피고의 연고지이기도 하고 유동인구가 많지 않아 계약을 하지 않았음.
- ③ 피고는 원고로부터 쉼타점을 소개 받아 平成 11년 2월하순 원고와 위 점포에서 만나 원고가 가져온 전적 내용명세서를 검토하고 빨래방을 개업하는 것으로 하는 본건 계약서와 「기계매매

및 공사도급계약서」에 서명 날인함. 본건계약서 제1조에 원고는 피고에게 「미스터론드리의 명칭을 이용하고 제3조의 점포 소재지에 빨래방·숍을 경영할 권리를 준다」라고 기재되고 제3조에 「점포 소재지」로서 쓰루타점, 「우쓰노미야시 쓰루타마치 3413」라고 기재되어있다. 또 원고로부터 위 계약체결시 프랜차이즈의 기본부분과 점포개점 부분에 관하여 명확하게 설명되지 않았고 제10조 간판요의 내용도 없었으며 원고로부터 쓰루타점에 관한 임대차계약을 체결할 수 없다는 통보를 받았다.

- ④ 그후 平成 11년 3월중순 피고는 원고로부터 모오카 시내에 물건이 발견되었다는 연락을 받고 물건을 보았으며 같은해 3월 17일 피고는 3월 18일날 점포를 임차하는 계약을 체결하기로 구두 합의하였으며 「기계매매 및 공사도급계약서」는 후일 작성하기로 한 후 피고는 원고에게 모오카점에 관하여 그만두는 취지의 전화를 하였다.
- ⑤ 피고는 平成 11년 3월18일, 도치기현 미부 읍내에 원고와는 다른 회사와 계약하여 빨래방 상점을 개업하였다.

#### 4. 적용법조

상법 제89조【競業禁止】 ① 代理商은 本人의 許諾없이 자기나 第三者의 計算으로 本人의 營業部類에 속한 去來를 하거나 同種營業을 目的으로 하는 會社의 無限責任社員 또는 理事가 되지 못한다.

민법 제532조【意思實現에 의한 契約成立】 請約者의 意思表示나 慣習에 의하여 承諾의 通知가 필요하지 아니한 경우에는 契約은 承諾의 意思表示로 認定되는 事實이 있는 때에 성립한다.

민법 제543조【解止, 解除權】 ① 契約 또는 法律의 規定에 의하여 當事者의 一方이나 雙方이 解止 또는 解除의 權利가 있는 때에는 그 解止 또는 解除는 相對方에 대한 意思表示로 한다.

민법 제550조【解止의 效果】 當事者 一方이 契約을 解止한 때에는 契約은 將來에 대하여 그 效力을 잃는다.

#### 5. 판결요지

가. 본건의 기본적 프랜차이즈 계약은 계약서의 문언에 의하면 기본계약의 부분과 점포계약에 관한 부분은 불가분한 것이고, 원고가 피고에게 본건 계약서에 관한 위 각부분에 대해 명확하게 설명하지 않은 것, 계약체결 경위 등에서 본다면 원고와 피고간에 있어서 체결된 본건 기본적 프랜차이즈 계약은 쓰루타점에 있어서만 효력을 갖는것이라고 해석하는 것이 상당하고, 쓰루타점에 개업 할 수 없게 된 시점에서 원고와 피고간에 있어 본건 프랜차이즈 계약은 합의에 의하여 해제된 것으로 보는 것이 상당하다. 또, 쓰루타점에 있어서 「기계매매 및 공사 도급계약서」에 대해서도 동시에 합의에 의하여 해제된 것으로 보는 것이, 위 서면의 쓰루타점의 부분에 「×」라고 기재되어 있는 것에서 보기도 상당하다.

그후 피고는 원고로부터 모오카점에 관하여 타진이 있었지만 거부의 취지를 전하였고 모오카점에 대하여 원고는 피고와 구두로 합의한 취지를 주장하지만 쓰루타점에 관해서는 계약서를 작성하였음에도 불구하고, 모오카점에 관해서는 프랜차이즈 계약에 관해 서면으로 작성된 것이 없는 점에



비추어 보면, 구두에 의한 합의의 주장은 이유가 없다. 또한 모오카 점에 관한 기계매매 및 공사 도급계약에 관하여 서면화하지 않았던 점도 마찬가지로 해석해 보면 원고의 주장대로 계약이 체결되었다고 볼 수 없다. 따라서 그 후 피고가 원고와는 다른 회사와 빨래방 상점을 개업한 것도 경업금지의무에 위반된다고 말할 수 없으며 원고의 쟁점에 관한 주장은 이유가 없다.

나. 원고와 피고간의 본 프랜차이즈 계약에 있어서, 쑤르타점에 대한 계약은 平成 11년 2월 하순 무렵 성립 되었으나 원고측이 제공하기로한 개업점포의 임대료 실패하여 계약은 쌍방간에 합의 해제 되었다고 볼 수 있음.

그 후 원고는 같은해 3월 중순 모오카점에 대한 계약을 체결하기 위해 피고와 협의 한후 같은해 3월17일 별도의 계약서 작성없이 쑤르타점 계약서 작성한 「기계매매 및 도급계약서」 이면에 모오카점에 대한 내용만 기재하고 계약서는 후일 작성 하기로 하였으나 피고가 원고에게 모오카점에 대하여 해지의사를 표명함으로써 계약은 성립되었다고 볼 수 없다.

그리고 같은해 3월18일 피고가 원고와는 다른 회사와 계약하여 빨래방 상점을 개업함에 따라 원고는 경업금지의무의 위반을 들어 원고의 일실이익 898만3800엔을 지급 할 것을 청구하였으나 쑤르타점의 계약은 쌍방간에 합의 해제 된 것으로 보는 것이 타당하고, 모오카점에 대한 계약은 법적인 요건을 갖추지 못하여 유효한 계약으로 볼 수 없는 바, 그 이후에 피고가 다른 회사와 빨래방 상점을 개업했다고 해도 피고가 경업금지의무를 위반했다고 말할 수 는 없다. 따라서 피고의 채무불이행을 이유로 한 원고의 손해배상청구는 이유가 없다.

## [관련 법률지식]

### 가. 경업금지의무

본부는 가맹점에게 노하우를 통지하고 방법을 적용할 수 있게 하기 위하여 제공하여야 한다. 이 노하우와 지원은 경쟁자에게 간접적으로만 이익이 될 위험이 없어야 한다. 다음과 같은 조항은 경쟁의 제한은 아니다. i)계약의 존속기간중 또는 계약의 만료 후 합리적인 기간동안 조직망의 회원 중 1인과 경쟁할 수 있는 동일하거나 유사한 지역을 가지는 상점을 개설하는 것을 가맹점에게 금지하는 조항, ii) 본부의 승인없이 상점을 가맹점이 양도하는 것을 금지하는 조항, iii)경업금지조항은 다음 3가지 조건에서 유효하다 : ① 기간의 확정 ② 장소의 제한 ③ 확정적인 활동영역의 제한이 그것이다. 따라서 처음부터 가맹계약이 성립되지 아니하였다면 다른 회사와 가맹계약을 체결하여 유사한 영업을 하였다고 해도 경업금지의무를 위반했다고는 할 수 없다. 본부를 포함하여 가맹점 조직망의 구성원과 경쟁하는 지역에서 유사한 상업적 활동을 직접적 또는 간접적으로 행하지 아니하는 것은 허용된다.

## 제17절 신의성실의 원칙 위반을 인정한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시

平成12年 6月 30日 東京地方裁判所 平成6年(ワ) 16421号・平成 7年(ワ) 2346号・平成7年(ワ) 14413号

### [판결내용]

#### 2. 사실관계

주식회사 일본 LCA는 1964년 7월에 설립된 경영컨설팅을 주업무로 하는 회사로서 1986년 11월부터 ‘LCA그룹 프랜차이즈 제도’를 시작했다. 이 프랜차이즈시스템은 LCA와 프랜차이즈계약을 체결한 자에 대하여 경영 컨설팅 업무에 관한 노하우 등을 제공하는 한편, 계약자가 독립된 경영 컨설팅 사업자로 개업하여 LCA의 Franchisee로서 컨설팅 업무를 행하는 것을 내용으로 하고 있다. 당초 이 시스템은 공인회계사나 세무사의 자격을 보유하고 이미 독립 개업하고 있는 자가 주된 계약대상자였으나, 1989년(平成 원년) 무렵부터는 중소기업진단사, 사회보험노무사 등의 자격보유자나 자격을 보유하고 있지 않지만 이미 경영컨설팅 사업을 독립적으로 하고 있는 자 또는 자격도 사업경험도 없는 외견상으로만 컨설팅 업무의 개업을 목표로 하고 있는 자에게까지 계약대상을 넓혔다.

이와 같이 자격도 경험도 없는 자들로서 룡 기요유키, 유한회사 일본컨설팅센터, 사토 유조, 주식회사 에스케비즈니스푸란, 구보 가즈미, 사사키 류코우 및 나오시게 직행 등이 LCA와 경영컨설팅 업무의 프랜차이즈계약을 체결하였다. LCA는 이들에게 프랜차이즈계약 체결을 권유하면서 이어나 담당자들이 작성한 수입예측 등의 자료를 제시하여 설명하였고, 이들은 이러한 자료와 구체적인 설명의 내용을 신뢰하고 계약을 체결하였다. 이러한 설명들 가운데 특히 중요한 사항은 (i) 영업거점의 소개 (ii) 표준화된 노하우의 제공 (iii) 우수한 관리자에 의한 지원체제 (iv) LCA 프랜차이즈시스템에 Franchisee로 참가한 것 자체의 메리트 (v) 고액의 수입 확보 등이었다.

그러나, 계약 체결 후에 LCA가 이들에게 제공한 서비스의 실태를 보면 (i) 영업거점의 소개는 전혀 되지 않았든지 현저하게 불완전한 것이었고 (ii) LCA가 제공한 노하우는 사용되지 않았으며 (iii) 관리자도 별 도움이 되지 않았고 (iv) LCA 명칭을 사용해도 별 메리트가 없었으며 (v) 개별적인 제안서에 나타나 있던 것과 같은 수입은 얻어지지 않는 등 당초 LCA가 제시했던 자료나 설명의 내용과는 현저하게 어긋나는 것이었다.

#### 3. 쟁점

이 사건의 쟁점은 LCA의 프랜차이즈 계약체결 권유행위가 사기 또는 신의칙상의 주의의무 위반으로 불법행위를 구성할 것인가와 구성한다고 할 경우 손해액의 범위는 어디까지로 할 것인가이다. 또

한 이 사건에서 사사키의 계약체결시 가맹금 및 개업비용으로 충당하기 위해 치요다 생명으로부터 금전소비대차하면서 LCA가 연대보증을 하고 대위변제를 한 건에 대하여 LCA의 사사키에 대한 구상권 문제가 관련되어 있다.

관련 법적 쟁점을 정리하면 다음과 같다.

- ① 프랜차이즈시스템의 특성 및 허위, 과장된 정보의 인정 범위
- ② 신의칙에 의한 주의의무
- ③ 계약체결상의 과실
- ④ 불법행위 책임, 사용자책임, 공동불법행위 책임
- ⑤ 정신적 고통에 대한 손해배상
- ⑥ 연대보증채무에 의한 대위변제와 구상권
- ⑦ 상행위의 범위

#### 4. 적용조문

- ① 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제4조(신의성실의 원칙), 제9조(허위, 과장된 정보 제공 등의 금지) 제1항 및 제10조(가맹금의 반환)
- ② 민법 제750조(불법행위의 내용), 제751조(재산이외의 손해의 배상) 및 제756조(사용자의 배상책임)
- ③ 민법 제598조(소비대차의 의의), 제441조(수탁보증인의 구상권), 상법 제46조(기본적상행위) 및 상법 제54조(상사법정이율)

#### 5. 판결요지

##### 가. 불법행위의 성립

LCA 및 그 담당자들의 프랜차이즈시스템 가입 권유행위가 가맹금등의 명목으로 금전을 속여서 취하려고 의도한 것으로 보기는 어려우므로 사기로 인한 불법행위는 성립되지 않는다. 그러나, 이사건의 원고들이 프랜차이즈시스템에 가입함에 있어 LCA가 Franchisor로서 제공하는 서비스에 대하여 오해를 하고 그 오해에 근거하여 계약을 체결하는 일이 없도록 주의하고 설명해야 할 의무를 지는 것이 신의칙상 당연하다.

LCA가 이러한 주의의무를 위반하여 상담시 사회통념상 허용된 한도를 일탈한 내용의 설명을 행하고 계약의 체결에까지 이르게 하여 손해를 발생시킨 것은 위법한 것으로 이 프랜차이즈 계약체결과 관련된 권유행위는 불법행위를 성립한다. 권유행위 당시 LCA의 대표이사도 연대하여 불법행위 책임을 지며, 이사 및 담당자들 가운데 설명 내용과 실제 사이의 괴리에 대한 인식이 가능했던 자들 또한 불법행위 책임을 진다.

불법행위에 따른 손해의 범위는 가맹금 전액과 개업비용의 3할 및 정신적 고통에 대한 위자료와 변호사 비용까지이다. 그러나, 그 나머지의 출연은 LCA로부터 컨설팅 업무에 관한 교육, 지도를 받고 어느 정도의 수주를 얻을 수 있었던 것을 고려하여 불법행위와 상당 인과관계가 있는 손해로 인정할 수 없다.

## 나. LCA의 반소에 대한 사사키의 구상금 지불채무

사사키가 치요다 생명보험과 소비대차 계약을 체결한 것 및 LCA가 연대보증 계약을 체결한 것은 인정되는 사실이므로 사사키는 LCA에 대하여 구상금 지불채무를 지고, LCA의 행위는 상행위로 볼 수 있으므로 상사법정이율을 적용한 지연손해금의 지불의무를 진다.

### [관련 법률지식]

## 6. 가맹사업(Franchise)계약에 있어서 Franchisor의 허위 또는 과장된 설명 등으로 인한 불법행위의 성립

중소기업청의 조사보고서에 의하면 2002년 7월 현재 우리나라의 가맹사업과 관련하여 국내의 가맹본부(franchisor)는 약 250여개 업종에 1,600여개이고 가맹점사업자는 약 120,000개이다. 1994년 조사자료와 비교하면 폭발적인 증가이며, 그에 따른 법적분쟁도 비례하여 증가되는 추세라 할 수 있다.

1997년 4월 7일자 공정위원회 고시에 의하면 프랜차이즈(Franchise)는 프랜차이저(or)가 다수의 프랜차이지(ee)에게 자기의 상표, 상호, 서비스, 회장등을 사용하여 자기와 동일한 이미지로 상품을 판매하고 용역을 제공하는 등의 일정한 영업활동을 하도록 하고, 그에 따른 각종 영업의 지원 및 통제를 하며, 프랜차이지는 프랜차이저로부터 부여받은 권리 및 영업상 지원의 대가로 일정한 경제적 이익을 지급하는 계약적인 거래관계를 유지하는 것이라고 하였다.

개인인 가맹 희망자가 스스로는 가질 수 없는 사업에 관한 각종 개점 및 경영 노하우를 가맹본점이 먼저 구축하여 제공해 줌으로써, 점주는 편리성과 안정성을 부가해 사업을 할 수 있게 되고, 소비자는 동일한 브랜드 이미지를 가진 다점포 체인망에서 양질의 상품을 구매할 수 있으며, 가맹본부는 가맹비, 로열티 기타 상품 도매이익 등의 수입을 얻게 되는 소매유통 창업지원시스템이다.

이러한 프랜차이즈 시스템의 특징은 자본을 달리하는 독립사업자 즉 본사와 가맹점이 서로 협력하는 형태이기 때문에 본사와 가맹점간에는 계약된 범위 내에서만 서로 간섭하거나 특정한 요구를 할 수 있다. 이처럼 프랜차이즈 시스템은 여러 독립된 사업자가 서로의 이익을 위하여 계약에 의하여 협력하는 제도로 본사는 큰 자본이 없어도 정보와 조직을 이용하여 독립 소매점 및 대형 소매점에 대항할 수 있고, 가맹점주는 사업경험이 없어도 일정액의 자본금만 갖추면 쉽게 사업을 운영할 수 있다. 반면에 이러한 이점을 이용한 사기성 계약이 빈번히 발생하여 사회적 물의를 일으킨 사례가 다수 있으며, 여기서는 그와 같은 사기성 계약에 대하여 일본의 경우 어떠한 내용으로 판시했는지에 관한 기본 판례를 소개하였다.

## 7. 호주의 FCC(Franchising Code of Conduct)제도

이 사건과 관련하여 가맹점주의 공시의무, 중요사실공표의무에 대해 상세히 규정한 FCC가 참고가 될만하여 이하에서 기술하기로 한다.

## 가. FCC 및 적용 배제

Franchise란 가맹점주인 franchisor가 가맹점인 franchisee들로 하여금 자기의 특정 상표, 상호 등 영업표지를 사용하여 상품판매 또는 서비스 제공 등 영업을 할 수 있는 권리를 부여하면서, franchisee들은 franchisor에 대하여 가맹비, 기술료 등 대가를 지급하는 지속적인 거래형태의 사업을 말한다. 그리고 franchise계약이란 가맹본부와 가맹점주간에 위와 같은 상호, 상표 등의 사용권리 부여와 일정한 영업상 지원, 노하우의 제공, 상품공급 등과 이에 대한 대가 지급을 약속하는 계약이라고 할 수 있다. 호주 franchise 법령(Franchise Code of Conduct, 이하 FCC라 칭함)은 1998년 7월 1일부터 시행되어 1998년 10월 1일 이후 제정, 연장, 이전되는 모든 franchise 계약에 해당되는 것이다. 따라서, 1998년 10월 1일당시에 존재하는 franchise 계약 당사자는 반드시 본 계약에 부합되도록 재작성될 필요는 없으나 호주 공정거래법 제51A(비양심적 불공정 거래행위)에 위반되는 조항은 당사자간 강제 될 수 없다는 점을 유의하여야 한다. FCC의 주요 목적은 제 2조에 규정된 바와 같이 franchisee가 franchise 계약 체결전 부여된 권한과 의무를 인지하고 상대적으로 경제적 약자인 franchisee를 franchisor의 공시제도등을 통하여 보호하고 효율적인 분쟁해결방법을 제시하는 등이다.

## 나. FCC 적용 대상

Franchisee는 master franchisor로서 sub-franchisee와 franchise계약을 체결하는 경우에도 franchisor와 franchisee간에 적용되는 내용과 동일하게 적용된다. FCC상 franchise 계약은 일반적인 franchise 계약으로서 서면, 구두, 묵시적 계약을 모두 포함하나 다음과 같은 franchise계약에는 적용되지 않는다.

1) 해외 franchisor가 호주에서 단지 하나의 franchisee 혹은 마스터 franchisee에게 사업권을 부여하는 계약, 2) 다른 법령에 의하여 규율받는 franchise 계약, 3) 계약 체결 직전 2년동안 동일 상품과 동일 용역을 franchise가 franchisee에게 제공하였는 바, 해당 franchisee의 매출이 franchisor의 첫째 매출의 20퍼센트이하일 경우 등 상기 3가지 경우는 FCC가 적용되지 않는다.

## 다. franchisor의 공시의무

franchisor는 franchisee에게 계약체결, 갱신, 연장전에 합리적인 의사결정(areasonably informed decision)을 돕기 위하여 공시문서(Disclosure Document)를 franchisee에게 전달해야 한다. 즉, franchisor는 공시문서에 관한 법규정과 공시문서를 전자문서 형식 혹은 인쇄문서 형식으로 계약체결, 갱신, 연장 14일전에 franchisee에게 주어야 한다.

공시문서는 franchise의 상업적 본질에 관련하여 다음과 같은 주요 내용을 포함하고 있어야 한다.

1) franchise가 해당지역에서 독점적인지 비독점적인지 여부, 2) franchisor 혹은 그 계열사 등이 franchise를 부여한 지역에서 상당히 유사한 franchise를 동시에 운영하고 있는지 여부, 3) franchisor 혹은 그 계열사 등이 franchise를 부여한 지역에서 상당히 유사한 franchise를 설립하였는지 여부, 4) franchisor가 franchise지역외에서 franchise와 상당히 유사한 비즈니스를 운영하고 있는지 여부, 5) franchisor가 지역을 변경할 수 있는지 여부 등이 포함되어야 한다. 기타 포함되어야 할 사항은 다음과 같다.

1) franchisor의 내역(사업경험 혹은 franchisor를 운영하는 종업원 수), 2) 형사, 공정거래 등 소송에

계류중인 사건 내역, 3) franchisee를 모집한 중개인에게 지급된 금액, 4) franchisee중에 현재 계약이 유효한 franchisee와 최근 3년간 계약이 종료된 franchisor의 내역, 5) franchisor의 상표, 특허, 도안, 지적재산권의 내역, 6) franchisee의 구매 상품, 용역, 기타 의무 및 제한, 7) franchisor가 전통적인 가격 확정과 위치선정의 정책을 가지고 있는지 여부, 8) 마케팅 기금 및 협력기금(cooperative fund)의 내역, 9) franchise 계약체결 전에 franchisee가 지급 요구되는 금액의 내역과 반환가능한 금액 내역, 10) 비용 등의 세부 내역, 11) 재무에 관한 약정의 세부 내역, 12) franchisor와 franchisee의 계약 조건요약, 13) 리스, 담보, 비밀유지, 영업금지등이 관련된 계약상 조건, 14) franchisor의 재무 상황, 15) franchisee의 공표문서 접수에 관한 조항 등이다.

다만, 연간 매출액이 5만불이하인 franchisor는 franchise 계약체결, 연장, 갱신시간이 공시(Shortform Disclosure)형식을 취할 수 있다. 본 간이 공시형식에는 franchise의 상업적 실행가능성외에 다음과 같은 사항만 포함된다. 1) franchisor의 세부사항(지난 10년간의 사업경험) 등, 2) franchisor가 형사 혹은 공정거래 사건 등에 어떠한 소송이 제기되어 있는지 여부, 3) 상표, 특허, 의장권 등 franchisor의 지적재산권 현황, 4) franchise 영역 혹은 점포위치 등의 내역 5) 마케팅과 협력기금의 내역, 6) 선금, 비용 등의 세부 내역, 7) franchisor와 franchisee의 의무 요약, 8) 지난 회계연도의 franchise의 재정적 현황 및 지난 2년간의 재무제표, 9) 공표문서 접수를 인정하는 조항 등이다.

franchisee가 franchisor에게 마케팅기금 혹은 여타 협력 기금을 지급하기로 하는 경우의 franchisor가 구비하고 제공할 여타의 재무제표는 상기 공시의무와 별개임을 주의할 것이다.

#### 라. franchisee의 FCC 조언을 받을 권리 및 결사권

franchisor는 franchisee가 franchise계약 내용 및 FCC를 알고 이해할 만한 합리적인 기회를 가졌다는 사실과 franchise계약을 체결하기 전에 franchisee는 본franchise 계약에 대하여 변호사, 회계사 등 독립된 제3자로부터 적정한 충고를 받았다는 사실을 서면으로 인정하여야 franchisor와 franchisee는 계약을 체결할 수 있다. 또한 franchisor는 franchisee들이 조직을 형성하는 등 결사행위를 방해해선 안 된다.

본 조의 목적은 계약 양 당사자가 전문가의 조언(Legal and Accounting Advice)을 통하여 사전에 각자의 의무사항을 정확히 이해하고 향후 불필요한 법적 분쟁을 예방하기 위한 것이다.

#### 마. franchisee의 계약 유보권

franchisor가 franchise 계약을 체결하였다 하더라도 franchisee는 계약체결 후 7일 이내에 계약을 종료할 수 있어 이른바 cooling off 기간을 가질 수 있다(Afranchisee may terminate an agreement within 7 days after the earlier of (a) entering into the agreement ; or (b) paying any money under the agreement). 본 계약 유보권은 기존 계약의 갱신, 연장 등의 경우는 적용되지 않으며 만약 franchisee가 본 조항에 이거, 계약을 철회할 경우는 franchisor는 14일 이내에 franchisee로부터 franchise계약과 관련하여 기 수령한 금액을 반환하여야 한다. 물론 동 금액 반환시 franchisor가 당사자 간 사전 약정이 있는 경우 지출한 합리적인 비용은 공제 후 반환할 수 있다.

## 바. franchisor의 중요사실 공표의무

만약 franchisor가 자사가 공표하지 않은 사실로서 소송에 계류중이거나 franchise 계약 위반사실이 있거나 혹은 공정거래법 등을 위반한 사실 등이 있다면 그 사실을 안 날로부터 60일 이내에 franchisee에게 공시하여야 한다.(If a disclosure document does not mention a materially relevant facts, the franchisor must tell a franchisee or prospective franchise about it within a reasonable time after the franchisor becomes aware of it). 또한 franchisor는 소유권 변동이나 통제권 변동에 대하여서도 이를 중요한 사실로 간주하여 franchisee에게 공시하여야 한다.

## 사. franchisee의 영업 양도

franchisee가营业을 양도할 경우는 franchisor에게 서면으로 요구하여야 하며 franchisor는 이러한 요구를 비합리적으로 유보하여서는 안된다. franchisor가 동의를 유보할 수 있는 경우는 FCC 제20조3항에 규정되어 있다. 만약 franchisor가 동의가 보류되었고 그 보류된 이유를 서면으로 42일 이내에 답하지 않을 경우는 franchisor에 의한 동의가 이루어진 것으로 본다. 신규 franchisee는 franchise를 조사할 수 있으며 그 조사내용은 franchise에 따른 의무, franchise의 양도에 따른 조건, franchise 관련 재무제표, 종업원들의 권리등에 관한 조사를 할 수 있다.

## 아. franchise 계약 종료

franchisor가 franchisee와 계약위반으로 인하여 계약을 종료(Termination breach by franchisee)하기 위하여는 우선 계약위반 사실을 franchisor는 franchisee에게 통보 후 franchisee로 하여금 30일간 위반 사실을 시정할 기회를 부여할 수 있으며 만약 위반사실이 시정될 경우는 franchisor는 계약위반을 더 이상 주장할 수 없다. Franchisor는 계약위반이 아닌 사유로 계약을 종료(Termination-no breach by franchisee)하기 위하여는 합리적인 서면 통지를 franchisee에게 하여야 하며 다만 다음의 경우는 계약 종료 요건과 관계없이 franchisor는 계약을 종료(Termination-special circumstances)할 수 있다.

- 1) franchisee가 더 이상 franchise license를 보유하고 있지 못한 경우
- 2) franchisee가 파산하였거나 지급 불능에 처한 경우
- 3) franchisee가 심각한 범죄를 범하여 기소된 경우
- 4) franchisee의 사업 운영이 공중의 이익을 해칠 경우
- 5) franchisee가 franchise 계약을 종료하기로 합의한 경우 등이다.

## 자. 분쟁해결

FCC 제4장은 franchisor와 franchisee의 분쟁해결 절차를 규정하고 있는바, 당사자간의 계약상 이미 분쟁해결 절차에 관하여 사전 약정된 바를 제외하고는 본 장이 적용된다고 할 것이다. FCC상 1998년 10월 1일 이후 체결된 모든 계약은 분쟁해결 절차에 관하여 사전 약정을 강제하고 있다. FCC는 분쟁해결 절차로서 조정을 채택하고 있으며 상술하면 다음과 같다.

## 1) 조정절차(Mediation)

franchisor와 franchisees 분쟁이 발생할 경우는 franchisor와 분쟁해결 요구를 서면으로 하여야 하며 만약 21일 이내에 분쟁이 해결되지 않을 경우 양자가 조정절차를 채택하거나 Franchising Code Mediation Advosor에게 조정자를 임명하여 줄 것을 요구할 수 있다. 양 당사자 출석하에 행해진 조정절차가 원만히 결과 맺지 못할 경우는 조정자가 발행하는 증명서를 법원에 제출하여야 하며 이 경우에 한하여 분쟁해결 방법으로서 소송이 가능하게 된다.

## 2) 소송(Litigation)

franchisor와 franchisee는 franchise계약위반시 소송등의 법적절차를 분쟁해결 방법으로 채택할 수 있으며 공정거래법 제51AD조에 의하여 기업의 계약위반에 대하여는 다음과 같이 계약위반에 대한 구제조치가 이루어 질 수 있다.

첫째, 호주 공정거래법 제80조에 따라 가치분 명령을 구할 수 있으며 제82조에 따라 위반 당사자에게 손실 혹은 손해에 대한 금전적 배상을 청구할 수도 있다.

둘째, 호주 공정거래법 제87B에 따라 계약위반에 대한 서면 보증 약정을 체결할 수 있으며 제80A조에 근거하여 법원은 위반 당사자에게 시정광고를 명할 수 있다.

## 차. 호주 공정거래법과 FCC

FCC는 호주 공정거래법의 하위법령으로서 각 산업별 법령(industry code)이 공표될 것을 규정한 제51AE조를 근거로 제정되었다. 본 규정은 FCC 제4절 제1항에 해당되는 모든 계약에 eogkdyu 적용되도록 되어있다. 물론 호주 공정거래법상 금지행위 예컨대 허위표시행위, 비양심적 사업 관행, 재판매 가격 유지 행위등은 franchisor 와 franchisee는 당연히 준수할 것이다. 이러한 맥락에서 위원회는 franchisor가 공정 경쟁을 보장할 수 있는 시스템을 가지고 있는지 등에 대하여 조사권한을 가지고 있으며 franchisor의 계약 위반행위에 대하여서는 여하한 경우에도 적정한 법적조치를 취할 수 있는 권한을 가지고 이Tejk. 위원회는 franchisor의 심각한 계약위반에 대한 보고를 접수하면 위반의 정도를 측정하며 공공의 이익 훼손 및 교육효과 등 제반사항을 고려하여 필요한 조치를 취하게 된다.

위원회가 franchisor와 franchisee에게 각별히 주의를 요망하는 불공정행위는 제3자 구매 강요(Third Line Forcing)이다. franchisor가 franchisee에게 제품 혹은 용역을 제3자로부터 구입하도록 강요할 경우 혹은 제3자로부터 제품 혹은 용역을 구입시 인센티브를 제공하는 경우 등은 이른바 배타적 구매를 강요하는 제3자 구매 강요에 해당된다는 것이다. 제3자 구매 강요는 공정경쟁을 제한할 경우 전술한 바와 같이 호주 공정거래법 제47조 제6항 및 제47조 제7항에 위반된다. 물론 franchisor는 franchisee에게 제품 혹은 용역을 공급할 공급자의 기준을 설정할 수 있으며 만약 특정 공급자가 franchisor가 정한 조건을 충족시킬 경우는 franchisee는 franchisor가 지정한 공급자가 아니더라도 자유로이 제품 및 용역을 구매할 수 있다. 또한 예외적으로 공공의 이익이 보다 강하게 보장될 경우는 제3자 구매 강요가 허용될 수 있다. Franchisor와 franchisee간 계약 체결시 불공정 행위의 사전 약정 혹은 사전 통지등은 위법임은 자명하다.



## 제18절 가맹점을 동업으로 운영하다가 탈퇴한 자의 잔여재산 배분청구를 부정한 사례

### [판례]

1. 사건표시 : 대구고등법원 1998.10.21 97나4303 동업탈퇴 및 잔여재산 배분

### [판결요지]

2. 사건개요 : 프랜차이즈 계약상 동업탈퇴 및 잔여재산 배분의 요건

### 3. 사건요지

학원설립 및 운영에 대하여 역할 분담으로 인한 동업관계를 유지하다가 상호 분쟁이 발생한 후, 출자금 등 잔여재산 배분을 요구한 사안.

### 4. 적용법규

민법 제87조 (청산인의 직무)

민법 제724조 (청산인의 직무, 권한과 잔여재산의 분배)

### 5. 사실관계

가. 원고의 아들인 소외 이△연은 1993. 11. 1. 경 대전 유성구 둔산동 소재 대전엑스포전시장에서 도우미로 근무하고 있던 피고를 만나 사귀어 오다가 양가 부모들의 승락을 얻어 결혼하기로 약속하였다.

나. ○○대학교 역사학과를 졸업하여 교사자격증을 가지고 있던 피고는 1994. 3. 경부터 소외 두리 두리 주식회사에 근무하며 가정교사들에 대한 교재판매 및 교육시스템에 관한 교육을 담당하던 중 같은 해 9. 경 원고 및 이△연과 함께 앞으로 피고가 원고의 며느리가 될 사정과 피고의 경력 등을 감안하여 합심하여 영어학원을 설립 운영하기로 하는 내용의 계획을 세웠는데, 원고는 학원설립 및 운영에 필요한 대부분의 자금을 투자하고, 피고는 학원설립을 위한 제반사항을 추진함과 아울러 설립 후 원장직을 맡아 운영을 담당하기로 하였다(이때, 원·피고 사이에 학원운영에 관하여 위와 같은 역할분담을 함으로써 동업에 유사한 계약관계가 성립되었음은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 이하에서는 원·피고 사이의 이러한 관계를 일컬어 편의상 이 사건 동업관계 라고 한다).

다. 이에 따라, 원 피고는 1994. 2. 26. 주식회사 와이비엠(Y. B. M.)과 사이에 대구 북구지역에서 이씨씨(ECC)어린이영어교실이라는 상호와 상표를 사용하는 학원의 설립을 허가받는 내용의 프랜

차이즈계약을 체결하면서 그 입회금으로 금 40,000,000원을 지급하였고, 같은 해 12. 22. 학원건물로 사용하기 위하여 대구 북구 지상건물을 임차하면서 임차보증금 216,000,000원을 지급하였으며, 1995. 10. 4.과 같은 해 11. 2. 학원강사들의 사택으로 사용하기 위하여 대구 북구 지상건물과 같은 동의 다른 지상건물을 각 임차하면서 임차보증금으로 합계금 43,000,000원을 지급하였는데, 위 프랜차이즈계약은 피고 명의로 이루어졌고, 위 학원건물 및 강사사택에 대한 각 전세권설정계약은 원고 명의로 이루어졌다.

라. 그 밖에도, 원 피고는 많은 비용을 들여 위 학원내에 인테리어공사를 하였고, 학원운영에 필요한 냉난방기구, 사무실비품, 집기, 티브이(TV), 브이티알(VTR), 소형자판기, 시청각교재 등을 구입하였을 뿐 아니라 전단을 인쇄하여 전신주 등에 부착하는 방법으로 광고를 하는 등 학원설립을 위한 준비를 하였다.

마. 피고는 1994. 12. 14. 자신을 설립 운영자로 하여 위 태전동 지상건물에 북대구시사외국어학원이라는 상호로 학원등록을 마치고, 개원 후 원장으로서 직원채용 등 인사관리 및 경리업무 등 전반적인 학원업무를 총괄하여 왔으며, 원고는 학원의 운영에 직접 관여하지 않았고, 위 학원은 처음에는 적자를 보았으나 1995. 5. 경부터 흑자경영을 하였다.

바. 1996. 7. 경 피고와 이△연은 파혼하게 되었고, 그 때로부터 위 학원 및 이△연과 피고가 함께 경영하던 대구 중구 소재 모나코레스토랑의 경영문제 등을 둘러싸고 피고가 위 학원과 레스토랑의 수익금을 횡령하였다는 등의 사유로 이△연이 피고를 여러 차례 고소하고, 이△연이 피고를 상대로 위 레스토랑건물의 명도소송을 제기하며, 원고가 피고를 상대로 위 학원건물의 명도소송과 위 학원의 설립 운영자명의로의 변경을 구하는 이건 소송을 제기하는 등 원고 및 이△연과 피고 사이에 분쟁이 생기게 되었다.

사. 위 분쟁과정에서, 피고는 위 학원수익금 중 40,000,000원 등을 횡령하였다는 혐의로 기소되어 1심에서 유죄판결을 받았고, 이△연에게 위 레스토랑건물을 명도하였으며, 원고가 피고를 상대로 하여 제기한 위 학원건물 및 강사사택 명도소송의 심리 중 원 피고는 “1997. 9. 3. 피고는 원고에게 위 학원건물 및 강사사택을 명도하고, 학원건물내의 비품 등을 함께 인도한다”라는 내용으로 재판상 화해를 하였고, 그 후 원고는 위 학원건물 및 강사사택의 각 임대인에게 이를 명도하고 그들로부터 각 임차보증금을 반환받았다.

## 6. 법적쟁점

“프랜차이즈 동업관계 탈퇴가 인정되며, 잔여재산에 대한 분배를 적법하게 구할 수 있는 사항인가?”

## 7. 판결요지

### 가. 원고의 주장

이 사건 동업관계에 따라 원고는 위 학원의 설립단계에서 학원건물의 임차보증금 216,000,000원, 강사사택의 임차보증금 43,000,000원, 학원건물의 인테리어공사금 90,163,000 원, 집기, 비품, 냉난방기의 구입대금 20,000,000원, 학원광고비, 인쇄비, 소모품비 및 초기운영자금 30,000,000원, 시청각교재대금

500,000원, 티브이(TV), 브이티알(VTR), 소형자판기 구입비 금 2,100,000원을 각 출자하였고, 1996. 8. 경 직원들의 급료 등을 지급하기 위한 자금으로 금 17,000,000원을 추가로 출자하였다.

피고는 위 학원을 운영하며 수익금으로 금 85,000,000원을 남겼는데, 1995. 9. 경부터 1997. 4. 경까지 사이에 위 수익금 중 40,000,000원을 횡령하는 등 합계금 59,230,000 원을 횡령하였다.

또한, 원고는 1996. 9. 경 이 사건 동업관계에서 탈퇴하였다고 주장한다. 따라서, 원고는 피고에 대하여 위 가.항의 출자금 중 금 100,000,000원 과 수익금 중 횡령금 59,230,000원 및 각 그에 대한 지연손해금의 반환을 구한다.

원고가 1996. 9. 경 이 사건 동업관계에서 탈퇴하였다는 점을 인정할 만한 아무런 자료가 없으나, 앞에서 본 사실관계에 의하면, 원고와 이△연의 피고에 대한 고소, 소송제기, 그 해결과정 등을 거쳐 1997. 9. 3. 위 학원건물 등의 명도에 관한 재판상 화해가 이루어지면서 이 사건 동업관계가 사실상 종료되었다고 봄이 상당하다 할 것이므로, 이하에서는 이를 기초로 하여 원고 청구의 당부를 판단하기로 한다.

#### 나. 출자금 및 수익금 반환청구

동업관계가 종료하였을 때에 그 구성원은 각 출자가액에 비례하여 잔여재산에 대한 분배를 구할 수 있다 할 것인데, 이 사건에 있어 현재 원 피고 중 그 누구도 위 학원을 운영을 하고 있지 아니하고, 위 재판상 화해에 따라 학원건물과 강사주택들이 각 소유자에게 명도되고 위 학원내의 비품들도 원고가 모두 인도받은 상태임은 앞에서 본 바와 같고, 그밖에 이 사건 동업관계로 인한 잔여재산이 있다는 아무런 주장과 입증도 없으므로(그렇지 않다고 하더라도 뒤에서 보는 바와 같이 원 피고 사이에 위 동업관계에 관한 출자비율을 인정할 아무런 자료가 없다), 원고의 이 부분 청구는 그 출자내역 등에 관하여 나아가 살필 것도 없이 이유없고 오히려 원 피고 사이에 앞에서 본 재판상 화해가 성립한 때에 이 사건 동업관계의 청산도 아울러 이루어졌다고 봄이 상당하다고 할 것이다.

#### 다. 횡령금 반환청구

피고가 ① 1995. 9. 27.부터 같은 해 11. 30.까지 사이에 7차례에 걸쳐 위 학원 수익금 중 합계금 40,000,000원을 이△연과 함께 경영하던 모나코레스토랑의 인테리어공사대금으로 임의로 사용하였고, ② 같은 해 11. 3. 이△연으로부터 위 레스토랑에 설치할 냉난방기 구입비용으로 금 9,000,000원을 교부받아 이를 소외 하쑈길에게 선급금으로 지급한 후 그 구입이 여의치 아니하여 1996. 5. 25. 하쑈길로부터 금 5,000,000원을 반환받았음에도 이△연에게 이를 돌려주지 아니하고 임의로 위 레스토랑의 인테리어공사대금으로 사용하였으며, ③ 같은 해 11. 7. 위 학원 소유의 아반떼 승용차를 금 6,000,000원에 처분하여 그 대금을 임의로 개인용도에 사용하였고, ④ 1997. 5. 25. 위 레스토랑의 비품금 8,230,000원 상당을 임의로 가져감으로써 이를 각 횡령하였음이 인정된다.

그러나 위 ②, ④항의 각 횡령금에 대하여는 이△연이 그 반환을 구함은 별론으로 하고 원고가 피고에 대하여 그 지급을 구할 수는 없다 할 것이므로, 이 부분 원고의 청구는 이유 없고, 이 사건 동업관계가 종료됨에 따라 원고는 피고에 대하여 위 ①, ③항의 횡령금 중 자신의 출자비율에 해당하는 금원의 반환을 구할 수는 있다 할 것이나, 위 횡령금은 피고가 이△연과 함께 경영하던 레스토랑의 인테리어공사대금으로 사용되었고, 피고는 위 레스토랑건물을 이△연에게 명도한 후 그 운영에서 손을

뎨 상태임은 앞에서 본 바와 같고, 무엇보다도 이 사건 동업관계에 있어서 원 피고의 각 출자비율에 대한 약정이 있음을 인정할 만한 아무런 증거가 없을 뿐 아니라, 원 피고의 각 출자가액(특히 피고가 출자한 노무)을 평가할 만한 객관적이고 적절한 기준이나 방법에 관한 원고의 주장 입증이 없으므로 (원고는, 이 사건 동업관계에 있어 자신이 금 458,763,000 원을 출자하였고, 피고가 출자한 노무는 그 가액을 피고가 1995. 1. 경부터 1996. 7. 경까지 받은 급여 합계금 27,000,000원 정도라고 평가할 수 있으므로, 결국 원고의 출자비율은 485,763분의 458,763이고, 피고의 출자비율은 485,763분의 2,700이라고 주장하나, 앞에서 든 각 증거에 의하면, 피고도 노무뿐 아니라 현금 등을 일부 출자한 사정이 엿 보이고 학원의 설립이나 그 운영에 있어서 제공된 피고의 노무를 원고의 주장과 같은 계산방법으로 평가하는 것은 합당하지 아니하다고 여겨지므로, 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다), 결국 원고의 이 부분 청구 또한 어느 모로 보나 이유 없다 할 것이다.

## 라. 결론

### 1) 청구취지

제1심판결을 취소한다.

### 2) 항소취지

피고는 원고에게 금 159,230,000원 및 그중 금 100,000,000원에 대하여는 1996. 10. 1.부터, 금 40,000,000원에 대하여는 1995. 11. 30.부터, 금 5,000,000원에 대하여는 1996. 5. 26.부터, 금 6,000,000원에 대하여는 같은 해 11. 8.부터, 금 8,230,000원에 대하여는 1997. 5. 23.부터 각 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5분의, 각 그 다음날부터 완제일까지는 연 2할5분의 각 비율에 의한 금원을 지급하라(원고는 당심에서 청구취지를 교환적으로 변경하였다).

### 3) 주문

당심에서 교환적으로 변경된 원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각하고, 소송비용은 제1, 2심 모두 패소자인 원고의 부담으로 하여 주문과 같이 판결한다.

① 당심에서 교환적으로 변경된 원고의 청구를 기각한다.

② 소송비용은 제1, 2심 모두 원고의 부담으로 한다.

## [관련 법률지식]

### 8. 가맹계약의 법률관계

가. 가맹점의 설비를 설치하는 결정은 개발에 대한 본부와 가맹점 사이의 상대적인 책임에서 시작한다. 실무적으로는 본부가 전체를 책임지는 데에서부터 가맹점이 전체를 책임지는 데까지 다양하게 나타난다. 완전한 시설을 제공하는 것은 실무상 일상적인 것은 아니다. 완전한 시설을 공급하는 것은 사업이 궤도에 오르고 자금동원력이 풍부한 본부에서만 가능하다. 본부의 인적 자원이나 재무적인 자원을 신중하게 고려하여 책임 한계를 결정해야 한다. 본부는 사업에 실패하는 가맹점

이 점포 선정이 부적절했다는 분쟁사례가 빈발함에 유의하여야 한다. 장소는 소매사업의 성공에 있어 가장 중요한 역할을 차지하며 매장을 확장하는 상황에서 잘못된 장소 선정의 위험은 피할 수 없다. 그러므로 본부나 가맹점들의 점포 위치 선정에 대한 상대적인 책임관계가 어떠한 간에 점포 위치 선정은 간단한 문제가 아니라 사업상 의사 결정에 있어서 중요한 과제라는 사실을 인지하고 본부가 선정한 점포 위치에서 사업을 한다고 하더라도 가맹점의 사업이 반드시 성공하리라는 보장이 없다는 사실을 인정하고 점포 위치 선정에 있어 가맹점과의 견해를 반드시 반영하여야 한다. 가맹점들은 건축, 내부구조 설치, 가구 그리고 설비구매의 책임을 지는 것이 원칙이다. 다만 가맹점들이 일반적으로 복잡한 매장 설비문제를 해결할 능력이 없다는 사실을 알기 때문에 본부는 매장 설비의 여러가지 요소에 대한 다양한 수준의 지원을 하고 있다. 이를테면 복잡한 건축 과정이 필요할 경우 본부는 여러가지 표준 공사계획 및 상세내역을 제공한다. 이런 계획과 상세내역은 실제 건물을 짓는 데 있어 수정되어야 하지만 가맹점의 돈과 시간을 절약해 주고 매장 설비 문제 해결을 용이하게 한다.

나. 본부는 매장 설비를 갖추는 동안 가맹점을 지속적으로 돕는다. 본부는 본부나 다른 가맹점과 성공적으로 일했던 업자들을 추천하기도 한다. 가맹점이 매장에 필요로 하는 구조물이나 가구, 장비 그리고 간판을 제공하는 업자들의 리스트를 제공한다. 또 주기적으로 가맹점의 매장이 본부가 요구하는 요구치를 충족시키는지 점검하고 사업을 위한 초기 재고 구매를 도와주기도 한다. 건축이나 리모델링과 더불어 가맹점의 시설은 구조물, 가구, 장비 간판 그리고 초기 재고를 필요로 하는데 이를 구비하는 데는 상당한 비용이 든다. 본부는 가맹점이 이런 자산들을 구매할 수 있는 거래처 선택의 범위를 결정하고 가맹점의 구매를 도와야 한다. 본부는 타입별 공급 명세서, 상표 또는 각각의 아이템별 모델 등을 제한한다. 구체적으로는 승인된 공급자들이나 지정된 업자 또는 각각의 물품별로 몇몇의 공급자들과 협조한다. 승인된 공급업자나 지정된 물품업자들과 거래할 경우 본부는 어떤 상황에서 특정 물품을 다른 공급업자로부터 구입하는 것을 승인할지에 대하여 결정해야 한다. 지정된 공급업자나 승인된 공급업자가 모든 설비나 적어도 하나 이상의 물품을 제공할 경우 본부는 가맹점이 본부가 제공하는 패키지 중 일부만 구입할 수도 있는지에 대해서도 결정하여야 한다.

다. 몇몇 경우 본부는 가맹점이 이런 물품들을 반드시 본부나 그들이 지정한 업자로부터 구매할 것을 요구하고 다른 회사로부터 물품을 사는 것을 금지시키기도 한다. 물품의 구입을 제한하는 목적은 상품이나 서비스의 품질과 표준화 그리고 신속한 생산과 배달 스케줄을 보장하고 프랜차이즈 시스템의 이미지, 상표 그리고 영업권을 보호하고 강화하거나 또는 소수의 공급자들과 계약함으로써 가격을 낮추는 데 있다.

라. 평석

원고와 피고 사이에 프랜차이즈 설립 및 운영 과정에서 동업관계가 인정되고, 이 후에 이러한 동업관계가 청산된 사실이 본 소송이전의 또 다른 고소, 소송제기, 해결과정, 재판상 화해 등으로 미루어 인정된다. 동업관계가 종료되었을 때, 각 구성원은 민법 제87조 및 제724조에 명시된 바와 같이 각 출자가액에 비례하여 잔여재산을 분배하여야 한다. 특히, 출자가액의 계산에는 노무에 의한 출자 사정까지 고려하여야 한다.

## 제19절 프랜차이즈 계약상 채무 불이행이 업무상 횡령에 해당하지는 않는다고 본 사례

[판례]

### 1. 사건표시 : 미니스톱 사례

[판결요지]

### 2. 사실관계

#### 가. 요지

“미니스톱” 가맹점 계약을 체결한 가맹점주가 물품을 판매한 대금을 임의 사용하였는데, 이러한 판매대금의 임의 사용으로 인해 가맹점주가 업무상 횡령으로 피소된 사안.

#### 나. 가맹점 계약의 내용

피고인인 가맹점주와 공소의 미원통상 주식회사(이하 본사라고 한다) 사이에 체결된 미니스톱 가맹점 계약은 다음과 같다.

- 1) 본사에서 편의점 운영 및 경영에 관한 기술과 상표 및 판매용 설비와 집기비품을 가맹점에게 공급하고, 가맹점주는 이를 활용하여 가맹점의 운영을 책임지되 가맹점의 경영은 본사의 경영지도를 기초로 하여 가맹점의 독자적인 책임과 판단에 의하여 이루어지며, 따라서 가맹점은 점포 운영의 사업주로서 점포 운영에 필요한 모든 권리와 의무를 가지게 된다.
- 2) 가맹점은 본사로부터 상품을 구입함을 원칙으로 하고, 본사의 승인이 있으면 본사 이외의 자로부터 상품을 구입할 수 있으나 이 경우에는 그 상품대금 지불은 본사에 위탁하는 것으로 한다.
- 3) 판매가격은 본사가 추천하는 가격으로 하되, 판매대금은 매일 본사에 송금하여야 하고, 본사의 계좌로 입금된 가맹점의 매출대금을 1개월 단위로 정산하여 매출총이익의 30%(영업시간이 1일 24시간인 경우) 내지 33%(영업시간이 1일 24시간 미만인 경우)는 본사에게 귀속하고, 그 나머지는 가맹점에 귀속한다.
- 4) 가맹점 계약 종료시 가맹점 내에 존재하는 상품은 가맹점의 소유로 하되 본사의 요구가 있으면 이를 본사 또는 본사가 지정하는 제3자에게 양도하도록 한다.

다. 가맹점주가 “미니스톱” 가맹점에서 물품을 판매한 후, 보관중인 이 사건 물품판매 대금을 본사에 송금하기전에 가맹점주가 임의로 소비하였고, 이로 인해 업무상 횡령죄로 피소되었다.

### 3. 적용법규

#### 가. 형법 제355조 (횡령, 배임)

- 1) 타인의 재산을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년이하의 징역 또는 1천500만원이하의 벌금에 처한다.
- 2) 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.

#### 나. 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제5조 (가맹본부의 준수사항)

#### 다. 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제6조 (가맹점사업자의 준수사항)

### 4. 법적쟁점

“가맹점의 물품판매 대금을 가맹점주가 임의로 소비한 행위가 업무상 횡령죄의 요인에 해당하는가?”

### 5. 판결요지

- 가. 이 사건 가맹점계약은 독립된 상인간에 일방이 타방의 상호, 상표 등의 영업표지를 이용하고 그 영업에 관하여 일정한 통제를 받으며 이에 대한 대가를 타방에 지급하기로 하는 특수한 계약 형태인 이른바 ‘프랜차이즈 계약’으로서 그 기본적인 성격은 각각 독립된 상인으로서의 본사와 가맹점주 간의 계약기간 동안의 계속적인 물품공급계약이다.
- 나. 본사의 경우 실제로는 가맹점의 영업활동에 관여함이 없이 경영기술지도, 상품대여의 대가로 결과적으로 매출액의 일정 비율을 보장받는 것에 지나지 아니하여 본사와 가맹점이 독립하여 공동 경영하고, 그 사이에서 손익분배가 공동으로 이루어진다고 할 수 없으므로 이 사건 가맹점 계약을 동업계약 관계로는 볼 수 없다.
- 다. 따라서 가맹점주인 피고인이 판매하여 보관중인 이 사건 물품판매 대금은 피고인의 소유라 할 것이어서 피고인이 이를 임의 소비한 행위는 프랜차이즈 계약상의 채무불이행에 지나지 아니하므로, 결국 횡령죄는 성립하지 아니한다고 판단하였는바, 기록과 대조하여 검토하여 보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 여기에 논하는 바와 같은 횡령죄의 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

### [관련 법률지식]

### 6. 계약의무 위반과 형사처벌의 관계

업무상 횡령죄는 i) 타인의 재산을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부하거나; ii) 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 경우에 성립된다. 본 사건의 경우, 물품판매 대금이 타인의 재산이 아니라 피고인인 가맹점주의 소유이므로 이를 임의 소비한 행위는 업무상 횡령죄의 구

성요건에 해당하지 않는다. 다만, 프랜차이즈 계약에 따라 물품판매 대금의 일부를 본사에 송금하여야 하는 채무를 이행하지 않은 점은 “프랜차이즈 계약상의 채무불이행”의 요인에 해당된다.

## 제20절 가맹본부의 프랜차이즈 계약상 명의변경의무를 부인한 사례

### [판례]

1. 사건표시 : 서울지방법원 2000.01.25 99가합31600 프랜차이즈 명의변경

### [판결내용]

#### 2. 사건요지

프랜차이즈 가맹본부와 프랜차이즈 가맹계약을 체결한 피고가 원고와 임대차계약을 체결하면서, 피고가 원고에게 프랜차이즈계약상 명의를 변경하여 주기로 약정하고도 이를 이행하지 않자 원고가 영업에 막대한 지장을 초래하였고, 피고의 채무불이행을 이유로 임대차계약을 해제하였다고 프랜차이즈 계약상 거래보증금과 가맹예치금, 물품인수대금의 반환을 구함과 동시에 피고의 채무불이행으로 인한 영업손실의 배상을 구한 사안.

#### 3. 적용법규

- 1) 가맹사업거래의 공정화에 관한 법 제10조 (가맹금의 반환)
- 2) 가맹사업거래의 공정화에 관한 법 제13조 (가맹계약 종료사실의 통지 등)
- 3) 가맹사업거래의 공정화에 관한 법 제14조 (가맹계약해지의 제한)

#### 4. 사실관계

가. 피고는 파리바게뜨 제과점과 배스킨라빈스 아이스크림점을 경영하기로 하여, 1996. 1. 16. 소외 주식회사 파리크라상과 사이에 파리바게뜨 제과점 프랜차이즈 가맹계약을 그의 처인 박xx 명의로 체결하고, 이어 같은 달 17. 비알코리아 주식회사와 사이에 배스킨라빈스 아이스크림점 프랜차이즈 가맹계약을 자신의 명의로 체결한 후, 같은 해 3. 2.경 위 제과점과 아이스크림점을 개업하여 이를 경영하였다.

나. 파리바게뜨 프랜차이즈계약상 계약기간은 1996. 1. 16.부터 1998. 1. 15.까지 2년간이되 기간 만료 후 해약의 사유가 없으면 피고가 계속적인 재계약의 우선권을 갖고, 피고는 계약기간 동안 파리바게뜨 제품 판매, 경영 기법 및 정보의 제공, 그에 따른 서식의 제공 및 사용에 관한 권한과 함께 파리바게뜨 상표 및 상호의 사용 권한을 가지며, 배스킨라빈스 프랜차이즈 계약상 계약기간



은 1996. 1. 17.부터 1999. 1. 16.까지 3년간이되 일방 당사자가 기간 만료 60일 전에 계약 종료 의사를 서면으로 통지하지 아니하는 경우에는 계약위반 등이 없는 한 1년간 자동연장되고, 피고는 배스킨라빈스 제품의 판매권과 함께 상호와 마크 및 시스템을 활용할 권리를 가지는데, 피고는 위 각 프랜차이즈 계약을 체결하면서 위 주식회사 파리크라상에 거래보증금으로 금 10,000,000원을, 가맹금으로 금 3,000,000원을 지급하고, 위 비알코리아 주식회사에 가맹예치금으로 금 8,000,000원을 지급하였다.

- 다. 피고는 위 제과점과 아이스크림점을 개업한지 약 1년이 지났을 무렵 원고 및 그의 남편인 소외 조xx과의 협의를 통하여 3년 동안 원고에게 이 사건 점포를 임대하여 제과점과 아이스크림점을 경영하게 하였다가 돌려받기로 하였고, 이에 따라 원고와 피고는 1997. 5. 2. 위 점포에 관하여, 기간은 같은 해 4. 30.부터 36개월간으로 하고, 보증금은 금 150,000,000원으로 하여 그 중 금 100,000,000원은 계약시에 나머지 금 50,000,000 원은 같은 해 12. 30.에 각 지급하며, 차임은 월 금 3,000,000원으로 하되 위 나머지 보증금 50,000,000원이 모두 지급되면 월 금 2,800,000원으로 감액하기로 하는 내용의 임대차계약을 체결하였으며, 원고는 피고에게 위 계약시 보증금 중 금 100,000,000원을 지급하였고, 같은 해 12. 31.까지 나머지 보증금 50,000,000원을 모두 지급하였다.
- 라. 원고는, 피고가 이 사건 임대차계약을 체결하면서 원고에게 위 두 개의 프랜차이즈계약상 명의를 변경하여 주기로 약정하고도 이를 이행하지 아니하여 원고의 영업에 막대한 지장을 초래하였고 이로 인하여 누적된 적자를 감당하지 못하게 된 원고가 1999. 1. 17. 피고의 위 채무불이행을 이유로 위 임대차계약을 해제하였다고 주장였다. 원고는 피고에 대하여 그 원상회복으로 위 보증금 150,000,000원에서 1997. 12.분부터 1999. 1.분까지의 연체 차임 금 39,200,000원을 공제한 나머지 금 110,800,000원, 원고가 피고에게 따로 지급한 위 각 프랜차이즈 계약상 거래보증금과 가맹예치금 18,000,000원, 물품인수대금 10,000,000원의 반환을 구함과 아울러 또한 원고가 이 사건 점포에 채투자한 비용과 피고의 채무불이행으로 인한 영업손실 등 금 50,000,000원의 배상을 구한다.

## 5. 법적쟁점

“프랜차이즈 계약상 명의변경을 이행하지 않아 영업상 지장을 초래하였는가?”

## 6. 판결의 요지

### 가. 이 사건 임대차계약의 종료 여부에 대한 판단

- 1) 피고가 이 사건 임대차계약을 체결하면서 위 두 개의 프랜차이즈계약상 명의를 원고로 변경함을 원칙으로 하되 추후 피고로 명의를 환원함에 문제가 있으면 원, 피고 공동명의로 계약하기로 약정한 사실, 이에 따라 위 임대차계약 다음날인 1997. 5. 3. 파리바게뜨 프랜차이즈계약상 명의가 원, 피고 공동명의로 변경되었으나 배스킨라빈스 프랜차이즈계약상 명의를 원고 단독으로는 물론 원, 피고 공동명의로도 변경되지 아니하였을 뿐만 아니라 피고는 위 비알코리아 주식회사에 명의변경요청조차 하지 않은 사실을 인정할 수 있으므로, 피고는 배스킨라빈스 프랜차이즈계약상의 명의변경에 관한 위 임대차 계약상의 약정을 위반하였다 할 것이다.

- 2) 그러나 위 명의변경에 관한 약정은 결국 원고로 하여금 단독 또는 피고와 공동으로 프랜차이즈 가맹점주가 되어 이 사건 점포에서 파riba게뜨 제과점과 배스킨라빈스 아이스크림점을 경영할 수 있도록 하는 데 그 목적이 있는 것이므로 위 약정위반을 이유로 하는 이 사건 임대차계약의 해제가 인정되려면 피고의 약정위반으로 원고가 프랜차이즈계약상 명의를 변경받지 못함으로써 영업상 지장을 받았다는 점이 인정되어야 하는데, 명의변경이 되지 않아 재산권행사를 못하였다는 취지외에는 달리 영업상 지장을 받았다는 것을 인정할 증거가 없다.
- 3) 오히려 원고가 피고로부터 위 점포를 임대하여 프랜차이즈계약상 명의변경절차를 거치지 않은 채 배스킨라빈스 아이스크림점을 운영하고 있는 사실을 알게 되었는데도 위 회사로부터 이를 이유로 하는 이의나 제재조치가 없었던 사실, 위 주식회사 파리카라상은 1998. 11. 6.경에, 위 비알코리아 주식회사는 같은 해 12. 14.경에 각 프랜차이즈계약을 해지하겠다고 통고하였는데 원고는 그 무렵까지 위 두 회사와 거래하면서 위 제과점과 아이스크림점을 경영하여 왔고 위 각 해지사유도 파riba게뜨 제과점의 경우 제품대가 보증금을 초과하고 5일 단위 제품대 입금이 이행되지 않고 있으며, 점주 부재로 점포관리 및 운영이 거의 되지 않고 있고, 점주가 점포에 거의 나오지 않고 있으며 개점시간 또한 지켜지지 않고 있고, 가맹점포관리 등급이 같은 해 5.부터 9.까지 계속적 디(D) 등급으로 점주개선의지가 없으며, 제품 중단 등 규정을 위반하여 제재조치가 5회에 이른다는 내용이었고, 배스킨라빈스 아이스크림점의 경우 계약서상 대금입금 규정을 상습적으로 위반하였고 수 차례 출하정지를 당하였으며, 같은 해 10. 23.부터 출하정지 중이고, 같은 해 11. 이후 회사 동의 없이 점포운영을 중단하고 있다는 내용이었던 사실을 인정할 수 있는 바, 위 인정사실에 의하면 위 제과점과 아이스크림점이 정상적으로 경영되지 아니한 것은 프랜차이즈계약상 명의변경이 이루어지지 않았기 때문이 아니라 원고 스스로 영업을 제대로 하지 아니하였기 때문인 것으로 보인다.
- 4) 따라서 원고는 피고의 위 약정위반을 이유로 이 사건 임대차계약을 해제할 수는 없다 할 것이나, 피고는 이 사건 소송 계속 중인 1999. 6. 17. 광xx, 김xx을 입회하게 하고 이 사건 점포의 출입문을 열고 들어가 위 점포를 명도받고 그 후 다른 업종의 점포로 사용하기 위하여 위 점포 내부시설을 철거한 사실을 인정할 수 있는 바, 원고는 적어도 이 사건 소장으로 이 사건 임대차계약을 해지하겠다는 의사표시를 하였다 할 것이고, 피고는 위와 같이 위 점포를 스스로 명도받음으로써 원고의 해지 의사표시를 수락하였다 할 것이므로 이 사건 임대차계약은 당사자 사이의 의사합치에 의하여 1999. 6. 17. 해지되어 종료되었다 할 것이다.

#### 나. 원상회복 부분에 대한 판단

##### 1) 이 사건 임대차보증금 반환 부분

이 사건 임대차계약이 종료되었으므로 피고는 원고로부터 지급받은 보증금 150,000,000 원 중 원고가 자인하는 연체 차임을 공제한 금 110,800,000원을 반환할 의무가 있다.

##### 2) 프랜차이즈계약상 거래보증금 등 반환 부분

원고는 이 사건 임대차계약을 체결하면서 위 각 프랜차이즈계약상의 명의를 변경받기로 하고 피고가

이미 지급한 바 있는 파리바게뜨 프랜차이즈 계약상의 거래보증금 10,000,000원과 배스킨라빈스 프랜차이즈계약상의 가맹예치금 8,000,000원을 따로 피고에게 지급하였고 위 임대차계약종료시 피고가 이를 원고에게 반환하기로 약정한 사실을 인정할 수 있고 반증이 없다.

피고가 지급한 위 파리바게뜨 프랜차이즈 계약상의 거래보증금은 원고가 금 10,420,000원의 물품대금을 미지급하여 모두 공제, 소멸되었고, 배스킨라빈스 프랜차이즈계약상의 가맹예치금 중 금 2,339,089원 역시 원고의 물품대금 미지급으로 공제된 사실을 인정할 수 있으므로 피고는 위 가맹예치금 중 나머지 금 5,660,911원만 반환할 의무가 있다 할 것이다.

### 3) 물품대금 반환 부분

원고가 이 사건 임대차계약을 체결하면서 피고가 설치하여 둔 장비 중 일부는 무상으로 대여받고 일부는 매수하였으며 그 중 매수한 장비에 대하여는 임대차계약 기간이 만료된 후 감가하여 피고나 제3자가 이를 다시 인수하기로 약정한 사실을 인정할 수 있는 바, 피고의 약정위반을 이유로 한 해제가 인정되지 아니하고 오히려 원고의 귀책사유로 프랜차이즈 계약이 해지되어 피고로서는 이를 사용할 수 없게 되었으므로 원고는 그 대금의 반환을 구할 수 없다 할 것이다.

### 다. 손해배상 부분에 대한 판단

피고의 약정위반으로 인하여 원고가 영업에 지장을 입었음이 인정되지 아니하므로 채투자비용이나 영업손실 상당의 손해배상에 관한 주장은 이유 없다.

### 라. 소결론

피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 위 보증금 110,800,000원과 프랜차이즈 계약상 가맹예치금 금 5,660,911원 합계 금 116,460,911원을 반환할 의무가 있고 본소에 관한 원고의 주장은 위 인정범위 내에서 이유 있다.

### 마. 공제항변 및 반소청구에 대한 판단

#### 1) 피고의 주장

피고는, 원고가 미납한 차임, 관리비 및 각종 공과금 등과 위 프랜차이즈계약 해지로 인하여 피고가 입은 손해금, 이 사건 점포의 명도비용이 합계 금 354,987,111원에 이른다고 주장하면서 그 중 금 150,000,000원을 이 사건 임차보증금에서 공제한다고 항변함과 아울러 반소로서 나머지 금 204,987,171원의 지급을 구한다.

#### 2) 차임 부분

- ① 원고가 1997. 12.분 이후의 차임을 지급하지 아니한 사실을 다투지 아니하고, 이 사건 임대차계약상의 차임은 보증금 잔금 완납일인 1997. 12. 31.까지는 월 금 3,000,000 원, 그 다음날부터는 금 2,800,000원이므로, 1997. 12.분 차임 금 3,000,000원 및 1998. 1.분부터 위 임대차계약이 해

지된 1999. 6. 17.까지의 차임금 49,186,666원, 합계 금 52,186,666원이 연체되었다 할 것이나, 원고가 이미 금 39,200,000원의 연체 차임을 공제하였으므로 그 나머지 금 12,986,666 원이 위 보증금에서 공제되어야 한다.

- ② 피고는 1997. 9.분부터 1997. 11.분까지의 차임도 연체되었다고 주장하나, 피고가 1998. 11. 24. 원고에게 내용증명을 보내어 같은 해 12. 까지의 차임 금 36,600,000원을 지급하라고 독촉한 사실을 인정할 수 있는데, 이는 1997. 12.분부터 1998. 12.분까지의 차임 금 36,600,000원과 똑같은 금액인 점에 비추어 원고가 1997. 11.분까지의 차임은 지급하였다고 봄이 상당하므로 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

③ 관리비, 공과금 등 부분

① 관리비, 공과금 등에 관한 공제약정

원, 피고는 이 사건 임대차계약을 체결하면서, 이 사건 점포의 영업, 세금, 세무관리, 영업물품대금, 관리비 및 통신료, 상가 운영 등에 관한 모든 권한 및 책임을 원고에게 귀속시키고, 원고가 1997. 5. 10. 이후 발생하는 모든 물품대금 및 관리비, 통신료, 세금 등의 금전문제를 정산하며 미납정산금이 발생할 때는 이를 보증금에서 공제하기로 약정한 사실을 인정할 수 있고 반증 없으므로, 위 점포에 대한 관리비나 그 영업에 따르는 공과금 등으로서 원고가 납부하지 아니한 금원은 보증금에서 공제되어야 할 것이다.

② 관리비

1998. 2.분부터 1999. 6. 17.까지 연체된 관리비가 금 10,385,755원임을 인정할 수 있으므로 위 관리비 금 10,385,755원이 보증금에서 공제되어야 한다.

③ 부가가치세

원고가 1997년도 1기 확정분 부가가치세 금 549,820원과 1997년도 2기 예정고지분부터 1998년도 2기 확정분까지의 부가가치세 합계 금 3,299,420원을 납부하지 아니하여 피고가 이를 납부한 사실을 인정할 수 있으나, 이 사건 임대차기간 개시일이 1997. 4. 30.이므로 위 1997년도 1기 확정분에 관하여는 그 중 2개월분 상당액인 금 183,273원만 보증금에서 공제함이 상당하고 따라서 부가가치세 금 3,482,693원이 보증금에서 공제되어야 한다. 피고는 1998. 2기 정기분 금 560,220원도 원고가 납부하지 아니하였다고 주장하나 이를 인정할 증거가 없다.

④ 종합소득세

피고는 1997년도부터 1999년도까지의 종합소득세 합계 금 9,458,680원을 원고가 납부하지 아니하였으므로 보증금에서 공제되어야 한다고 주장하나, 종합소득세는 이자소득, 배당소득, 부동산임대소득, 사업소득, 근로소득, 일시재산소득과 기타 소득을 합산한 종합소득에 대하여 부과되는 세금이고 그 중 원고가 부담하여야 할 부분은 이 사건 점포에서의 영업에 관한 사업소득에 부과되는 세액이라 할 것인데, 이를 인정할 수 있는 주장, 입증이 없으므로 위 주장은 이유 없다.

⑤ 주민세 및 교육세

원고가 이 사건 점포에 관한 1998년도 개인사업자별 균등할 주민세 및 교육세 금 65,620원을 납부하지 아니한 사실을 인정할 수 있으므로 이는 보증금에서 공제되어야 한다. 피고는 원고가 1998년도 및 1999년도 주민세 합계 금 1,183,990원도 납부하지 아니하였으므로 보증금에

서 공제되어야 한다고 주장하나, 피고가 1998년도 소득세할 주민세 금 545,710원 및 1999년도 소득세할 주민세 금 92,580원을 납부한 사실을 인정할 수 있을 뿐인데, 위 소득세할 주민세는 종합소득세, 양도소득세를 포함한 소득세액을 과세표준으로 하여 부과되는 세금이고, 앞서 종합소득세에 관하여 실시한 바와 같이 그 중 원고가 부담할 세액을 인정할 수 있는 주장, 입증에 없으므로 이 부분 주장은 이유 없다.

⑥ 면허세

원고가 1997년도 및 1998년도 면허세 각 금 12,600원을 납부하지 아니한 사실을 인정할 수 있으나, 1997년도 면허세는 이 사건 임대차기간 개시일이 1997. 4. 30.이므로 그 중 8개월분인 금 8,400원만 공제함이 상당하고 따라서 면허세 금 21,000원이 보증금에서 공제되어야 한다.

⑦ 전화요금

원고가 1998. 3.분부터 10.분까지 전화요금 346,520원을 납부하지 아니한 사실을 다투지 아니하므로 이는 보증금에서 공제되어야 한다.

⑧ 세무사 보수

세무사인 안xx이 월 보수 금 100,000원에 이 사건 점포에 대한 세무대리업무를 하여 왔는데, 원고가 1997. 6.분부터 1998. 12.분까지의 보수 및 조정료 합계 금 2,811,640원을 지급하지 아니한 사실을 인정할 수 있으므로 이는 보증금에서 공제되어야 한다.

⑨ 공제될 관리비, 공과금 등의 합계

결국, 보증금에서 공제될 관리비, 공과금 등의 합계는 관리비 금 10,385,755원, 부가가치세 금 3,482,693원, 주민세 및 교육세 금 65,620원, 면허세 금 21,000원, 전화요금 346,520원, 세무사 보수 금 2,811,640원 도합 금 17,113,228원이 된다.

④ 프랜차이즈 계약 해지로 인한 손해금

① 손해배상 책임의 발생

앞서 인정한 이 사건 임대차계약의 체결 경위와 프랜차이즈 계약상 명의변경에 관한 약정 및 장비 매매에 관한 약정 내용을 종합하여 보면 위 임대차계약은 임대차기간 만료 후 피고가 이 사건 점포를 다시 인수하여 종전과 같이 스스로 영업을 하거나 제3자로 하여금 영업을 하도록 할 것을 전제로 하여 체결되었다 할 것이고, 원고는 이 사건 임대차계약을 체결하면서 이 사건 점포의 이미지를 실추시키는 행위나 행동에 대하여 책임을 질 뿐만 아니라 언제나 영업에 최우선 순위를 두어 점포 이미지 개선에 노력하기로 약정까지 한 사실을 인정할 수 있으므로, 원고로서는 임대차기간 동안 적어도 정상적인 영업을 하여야 할 의무를 부담한다고 할 것임에도 앞서 인정한 바와 같이 영업을 제대로 하지 아니함으로써 두 개의 프랜차이즈계약이 해지되도록 하였고 피고는 이로 인하여 더 이상 파리바게뜨 제과점과 배스킨라빈스 아이스크림점을 스스로 운영하거나 제3자에게 인수시킬 수 없게 되어 그 영업 수익 등의 손해를 입었다 할 것이므로 원고는 위 손해를 배상할 의무가 있고, 그 손해배상금 또한 보증금에서 공제되어야 할 것이다.

② 손해배상 책임의 범위

피고가 파리바게뜨 프랜차이즈 계약을 체결하면서 가맹비 금 3,000,000원을 지급한 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 점포를 개설하면서 건물외장 비용 금 4,500,000원, 간판 등 설치비용

금 4,100,000원을 들였고 또한 위 비알코리아 주식회사 등으로부터 장비 및 비품을 금 18,302,390 원에 매수하여 설치하였으며 내장 인테리어비용으로 금 28,600,000원을 들인 사실을 인정할 수 있고 반증 없는 바, 피고는 위 각 프랜차이즈계약 해지로 인하여 적어도 위와 같은 투입비용 상당의 영업손해를 입었다고 인정할 수 밖에 없다. 또한 피고는 원고로부터 이 사건 점포를 명도받은 후 더 이상 제과점과 아이스크림점을 운영할 수 없게 되어 다른 업종의 점포로 임대하기 위하여 내부시설을 철거한 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 이를 위한 비용으로 금 6,450,000원을 들인 사실을 인정할 수 있는 바, 위 비용 또한 위 각 프랜차이즈계약 해지로 인한 손해라 할 것이다. 피고는 그 밖에 파riba게트와 배스킨라빈스 합점에 대한 권리금이 18평 정도인 경우 금 3억 내지 4억원이 되는 점에 비추어 피고의 영업권 손해는 최소한 2억이 된다고 주장하나, 이 사건 점포 영업권의 가치가 실제 위와 같은 금액에 이르고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 이 부분 주장은 이유 없다.

결국, 위 각 프랜차이즈계약의 해지로 인하여 피고가 입은 손해로서 보증금에서 공제되어야 할 금액은 가맹비 금 3,000,000원, 건물외장 비용 금 4,500,000원, 간판 등 설치비용 금 4,100,000원, 장비 및 비품 대금 18,302,390원, 내장 인테리어비용 금 28,600,000 원, 철거비용 금 6,450,000원 도합 금 64,952,390원이 된다.

#### ㉔ 명도비용

피고는 1999. 6. 17. 이 사건 점포를 명도받으면서 열쇠 수리공을 불러 문을 열고 들어갔는데 이로 인한 비용이 금 110,000원인 사실을 인정할 수 있고 위 비용은 임차목적물 명도의무를 지는 원고가 부담하여야 할 것이므로 이 또한 보증금에서 공제되어야 한다.

#### ㉕ 소결론

따라서, 차임 금 12,986,666원, 관리비, 공과금 등 금 17,113,228원, 손해배상금 64,952,390원, 명도비용 금 110,000원 합계 금 95,162,284원은 보증금에서 공제되어야 할 것이므로 피고의 공제항변은 위 인정범위 내에서 이유 있고 이를 초과하는 부분에 대한 공제항변 및 반소에 관한 주장은 이유 없다.

### 바. 결론

피고는 원고에게 금 116,460,911원에서 금 95,162,284원을 공제한 나머지 금 21,298,627원 및 이에 대하여 이 사건 임대차계약 해지 다음날인 1999. 6. 18.부터 원고가 구하는 바에 따라 이 판결 선고일인 같은 해 12. 10.까지 민법 소정의 연 5푼, 그 다음날부터 완제일까지 소송촉진등에관한특례법 소정의 연 2할 5푼의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있으므로 원고의 이 사건 본소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 본소청구 및 피고의 반소청구는 각 이유 없으므로 기각한다.

## [관련 법률지식]

### 7. 가맹본부의 권리, 의무

#### 가. 상표의 대여의무

본부는 상표, 표지, 약어, 표어와 같은 고객의 유인을 위한 표지에 관한 권리의 사용을 허락하고 공연한 향유를 가맹점에게 보장하여야 한다. “상표, 상호 표지에 관한 산업 또는 지적재산권의 총체”라고 규정할 수 있다. 본부는 표지에 의하여 상징되는 조직망의 동일성과 명성을 유지하기에 적절한 수단을 보유할 수 있어야 한다. 여기서 상호는 상표의 상징이다. 본부는 대여할 수 있는 상표의 소유자이어야 하고, 등록처에 등록되어야 한다. 이 상표는 실제로 중요한 역할을 수행하는데 왜냐하면 상표는 소비자에게 조직망의 동일성을 확인하고 상품 또는 서비스의 급부를 인식할 수 있게 하기 때문이다. 이 상표는 독점적이다. 왜냐하면 가맹점이 그것을 이용하는데 그 지역에서 유일할 것이기 때문이다. 상표의 침해의 경우, 가령 상표의 위조의 경우 가맹점은 즉시 본부에 통지하고 이를 종료시키기 위하여 조치를 취할 의무를 진다.

#### 나. 표지와 관련된 의무

가맹계약에서 가맹점에 의한 표지의 이용은 본부에게 강제적으로 부과되는 필수불가결한 요소이다.

#### 다. 노하우의 이전의무

본부는 가맹점에게 노하우를 통지할 수 있고 방법을 적용할 수 있도록 원하는 지원을 할 수 있어야 한다. 노하우는 본부, 가맹점 그리고 조직망에 있어서 문서로 구체화 되어야 한다. 가맹 계약에는 기술적, 상업적, 행정상, 금융상 기타 노하우가 이전되는 조건을 명시하여야 한다.

#### 라. 지원과 관련된 의무

본부의 지원 또한 근본적이다. 왜냐하면 기술적 지원은 노하우의 연장이고 가맹점의 필요에 따른 일상적인 적응을 가능하게 하기 때문이다. 통상적인 지원으로서 (i) 영업점의 개시이전 (ii) 개업시 (iii) 개업 후로 나누어지고, 예외적인 지원이 특수한 경우(가맹점주의 질병과 같은 중대한 장애의 경우 본부는 며칠동안 상점을 돕거나 유지하도록 자기의 사용인을 파견할 수 있다)에 제공된다. 예외적인 지원에는 한계가 필수적인데, 양자는 독립하여 행위하는 것으로 만일 지원이 두 당사자간의 혼동을 초래하는 경우에는 본부가 가맹점의 경영상의 책임자로 고찰될 수 있다.

#### 마. 공급의무

공급의무는 오직 분배 가맹사업의 경우에만 문제된다. 가맹점은 본부로부터 상품을 독점적으로 제공할 것을 약정하는 것이기 때문에 본부는 계약체결시 정한 품질, 수량 또는 가격으로 상품을 공급하

여야 한다. 독점적 공급권 조항과 관련하여 상품의 수량, 품질 그리고 가격의 결정에 있어서 계약법과의 관련성이 문제된다. 가맹점의 본부에 대한 완전한 조달의무를 포함하는 가맹계약에 있어서 공급 상품의 가격은 본부가 자의적으로 결정할 수 없는 반면 가맹점에게 매수가 강제된 물품과 모형의 결정은 본부의 재량으로 인정하였다.

#### 바. 평석

가맹사업거래의 공정화에 관한 법 제10조 가맹금의 반환, 제13조 가맹계약 종료사실의 통지 및 제14조 가맹계약해지의 제한에 따라서 가맹계약의 해지가 적법한 것인지 판결나게 된다. 본 사건의 경우는 가맹본부와 프랜차이즈 가맹계약을 맺은 피고가 자신의 계약상 명의를 원고에게 변경하여 주기로 약정하였다가 이를 이행하지 않자 원고가 가맹예치금 등의 반환 및 영업손실의 배상을 구한 것이다.

본 판결은 피고의 계약상 명의변경 불이행이 원고의 영업손실을 초래하였다는 점을 인정하지 않고, 오히려 가맹점이 정상적으로 경영되지 않은 이유는 원고가 영업을 제대로 하지 않았기 때문인 것으로 판결하였다. 원고가 영업손실이 계약상 명의변경 불이행에 의한 것임을 보여주지 못하였고, 또한 명의변경이 되지 않았다고하여 가맹본부로부터 불이익을 받은 사실이 없으므로 명의변경불이행과 영업손실과는 무관하다고 판결하였다.

또한, 가맹본부는 가맹사업거래의 공정화에 관한 법에 명시된 해지사유에 의해 원고에게 프랜차이즈 계약을 해지하겠다고 통고한 후, 적법하게 해지하였으며, 원고와 피고사이의 임대차 계약도 당사자의 의사합치에 의해 해지되어 종료된 것으로 보았다. 다만, 임대차 계약이 종료된 후, 피고는 원고에게 보증금 중 공제 사항을 제외한 나머지 공제금을 반환하면 된다.

## 제21절 가맹본부의 원조의무 불이행을 인정한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시 : 사쿨케이 사례

##### 가. 평성 10년 (와) 제 744호 보증금 반환청구 사건

원고 : 오야마준히치 (이하 “홍길동”)

피고 : 사쿨케이. 재팬(주) (이하 “삼국지(주)”)

##### 나. 평성 10년 (와) 제 817호 청산금 청구 사건

원고 : 삼국지(주)

피고 : 홍길동



## [판결내용]

### 2. 청구취지

#### 가. 보증금 반환 사건

- 1) 갑사건 원고(홍길동)는 편의점의 경영에 관한 프랜차이즈체인 사업 본부인 피고 회사(삼국지)와 프랜차이즈 계약을 체결, 편의점을 개업
- 2) 피고회사(삼국지)가 본건 계약을 해제 ; 영업이 불가능
  - ① 원고(홍길동)는 피고회사(삼국지)에 대하여 본건 계약이 착오가 있어 무효라는 점과 부당 이득의 반환
  - ② 본건 계약의 체결 즈음하여, 피고회사(삼국지)가 사기를 행한 것
  - ③ 피고회사(삼국지)에 지도, 원조, 의무 등의 계약에서 정해진 채무 불이행 건에 대한 손해배상
  - ④ 원고(홍길동)의 점포 폐점
  - ⑤ 피고회사(삼국지) 위법행위, 불법행위 근거로 손해배상 및 변호사비용 합계 (5,298만2,775엔)를 평성 10년 1월 31일부터 완제일 까지 년 5분의 비율에 의한 지연 손해금을 청구

#### 나. 청산금 청구 사건

- 1) 원고회사(삼국지)가 본건 계약을 약정 해제한 사유를 이유로 하고 해제한 것에 근거하고 피고(홍길동)에 대하여 계약기간중의 미청산금 청구
- 2) 미청산금 (1,679만9,425엔)을 계약 해지한날 다음날인 평성 10년 1월 31일부터 완제일까지 날변 5전의 비율에 의한 약정 지연 손해금을 청구

### 3. 사실관계

#### 가. 계약체결 과정

- 1) 삼국지는 프랜차이즈 방식에 의하여 프랜차이즈(본부)로서 편의점의 경영을 행하고 있는 주식회사이다.
- 2) 본건 계약의 체결
  - ① 홍길동은 강북에 있는 조모의 소유지를 이용하여 편의점 경영을 생각하고 있었다.
  - ② 홍길동은 평년8년 1월 초순 구인광고로 삼국지가 프랜차이즈 방식에 의한 편의점의 경영자를 모집하고 있는 것을 알았다.
  - ③ 홍길동이 광고지의 연락처에 전화 연락함
  - ④ 평년8월 1월 중순 삼국지의 개발담당 구보타가토시(이하 “김민중”) 및 통괄 매니저 요코타가 쓰야 (이하 “손지창”)가 몇 번에 걸쳐 홍길동 집에 방문
  - ⑤ 김민중은 홍길동이 희망한 강북은 전기, 토지에서 편의점 영업에 적합하지 않다고 전함
  - ⑥ 동시에, 삼국지가 이미 지점 계획을 세우고 토지 및 건물소유자인 이정현과 임대차 계약을 체

결하고 있던 강남점 에서의 영업을 추천 계약 체결을 권유했다.

- ⑦ 그 다음날 홍길동은 김민종과 동시에 강남점을 방문하고, 강남점의 경영에 관하여 김민종으로부터 아래의 내용을 설명 받음

#### 나. 계약의 체결

- 1) 평성8년 2월9일 홍길동은 계약성립 예탁금(개업준비 수수료, 연수비, 가맹증거금 및 삼국지 계산 내입)으로 (303만9,000엔)을 삼국지에 송금
- 2) 송금후 삼국지와 본건 계약 및 강남점에 관한 전대차 계약을 체결했다.
- 3) 계약의 주된 내용
  - ① 제1조 (협력관계)  
피고회사는 홍길동에 대하여 편의점 경영의 노하우 및 필요한 정보를 제공하고, 프랜차이저로서 경영지도, 경영원조, 그 밖의 서비스를 제공한다. 한편, 홍길동은 프랜차이지로서 피고회사의 조언에 따르고, 충실하게 삼국지의 이미지, 시스템을 준수한 데에 본건 점포의 경영을 행한다.
  - ② 제2조 (당사자의 지위)  
피고회사와 홍길동은 프랜차이즈 관계에 있어, 각각 독립의 사업자이고, 본건 점포의 경영은 원고 홍길동 자신이 독립된 책임에 근거한 판단에 의하여 행한다.
  - ③ 제10조 (개업준비)  
피고회사는, 본건 점포의 개업을 위해 삼국지 이미지에 일치한 건축, 개축을 포함한 점포 계획 및 안, 외장 디자인 등을 원고 홍길동에 나타내고, 원고 홍길동은 이것에 따라 건물 공사등의 비용을 부담한다. 피고 회사가 개업을 위해 준비하고, 개업시에 원고 홍길동에 인도한 재고상품, 레지스타 용조전, 잡기 비품 및 소모품은 피고회사가 정한 가격으로 개업의 때에 원고 홍길동이 일괄하여 매입한다.
  - ④ 제18조 (휴일과 영업시간)  
원고 홍길동은 피고회사의 문서에 의한 특별한 허가를 받지 않는 한, 연간 매일 24시간 영업을 행한다.
  - ⑤ 제21조 (상품 구입, 판매)  
원고 홍길동은 피고회사가 정한 상품정책, 판매정책 및 상품품질 관리기준을 준수함과 동시에, 피고회사에 미리 문서로 통지한다.
  - ⑥ 제25조 (출입검사)  
피고회사는 삼국지 이미지를 높인 것 등을 목적으로 하고, 언제라도 점포 건물 및 그 부지내에 들어가는 것을 할 수 있고, 피고 회사의 필요하다고 인정한 조치등을 할 수가 있다.
  - ⑦ 제28조 (매상금의 송금)  
원고 홍길동은 매일의 매상금등을, 익일까지 불입송금하여 피고회사에 인도한다.
  - ⑧ 제35조 (로열티)  
원고 홍길동은 피고회사에 대하여 삼국지 이미지 및 시스템의 이용과 피고회사의 서비스에 대한 대가로 각 회계기간의 말이에, 매상총이익의 38%에 상당한 로열티를 지급한다.

⑨ 제45조 (피고회사의 계약해지)

피고회사는 원고 홍길동이 매상금의 불입송금 또는 인도를 하지 않는 등의 경우, 통지, 최고를 하지 않고 곧 본건 계약을 해제 할 수 있다. 또 원고 홍길동은 본건 계약에 위반한 행위를 행한 경우, 그 밖에 피고회사에 대한 배신행위를 행한 경우에는, 피고회사로부터 문서에 의한 최고를 행하고, 원고 홍길동은 이것을 수령한 후 7일 이상 경과해도 개선하지 않을 때에는 피고회사는 본 계약을 해제할 수 있다.

⑩ 제50조 (피고회사에 의한 점포의 관리)

피고회사는 본 계약의 종료시 까지 종료시의 실지 채고 정리를 행하기 위해, 그 밖에 피고회사의 권리를 보전하기 위해 사전의 통지 없이 점포 내에 들어가고 점포설비, 채고품, 레지스터 안의 현금 등을 점유할 수 있다.

#### 다. 계약 종결

- 1) 영업전, 영업중 발생한 사안
- 2) 영업의 종료

### 4. 법적쟁점 및 적용조문

#### 가. 본건 계약의 유효성

1) 본건 계약의 내용에 관한 착오의 유무

가맹사업거래의공정화에관한법률 제10조 [가맹금의 반환]

2) 본건 점포의 매상예측 등에 관한 착오의 유무

① 예상매출액, 경비예측

가맹사업거래의공정화에관한법률 제9조 [허위, 과장된 정보제공 등의 금지]

② 경합지점 오픈

가맹사업거래의공정화에관한법률 제5조 [가맹본부의 준수사항]

3) 사전독점의금지및공정거래의확보에관한법률 등의 위반의 유무

가맹사업거래의공정화에관한법률 제38조 [독점규제및공정거래에관한법률과의 관계]

#### 나. 본건 계약의 체결에 있어서 삼국지 회사의 기망행위의 유무 (쟁점2)

형법 제347조 (사기)

거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말한다. 기망행위의 대상이 사실에 한하느냐 또는 가치판단을 하느냐가 문제되는데, 통설은 사실뿐만 아니라 가치판단에 대하여도 기망이 가능하다고 해석한다. 기망행위의 수단, 방법에는 제한이 없으며, 일

반에게 착오를 일으킬 수 있는 모든 행위가 포함된다. 명시적이든 묵시적이든, 행위이건 불행위이건 간에 묻지를 않는다. [기망행위]란 사람을 착오에 빠뜨리게 하는 행위를 말한다. 그러나 단순히 사람을 착오에 빠뜨리게 하였다는 것만으로 기망이 있었다고 할 수는 없고, 적어도 그것이 거래관계에 있어서 신의칙 반하는 정도에 이르러야 한다. 사기죄는 기망행위로 상대방을 착오(Irrtum)에 빠지게 함으로서 성립한다.

#### 다. 삼국지의 채무불이행의 유무 (쟁점3)

민법 제629조 (임차권의 양도, 전대의 제한)

민법 제 630조 (전대의 효과)

민법 제 632조 (임차건물의 소부분을 타인에게 사용케 하는 경우)

전 3조의 규정은 건물의 임차인이 그 건물의 소부분을 타인에게 사용하게 하는 경우에는 적용하지 아니한다.

민법 제638조 (해지통고의 전차인에 대한 통지)

임대차약정이 해지의 통고로 인하여 종료된 경우에 그 임대물이 적법하게 전대되었을 때에는 임대인은 전차인에 대하여 그 사유를 통지하지 아니하면 해지로써 전차인에게 대항하지 못한다.

#### 라. 본건 점포 폐점 때에 있어서 삼국지의 불법 행위의 성부

가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제14조 [가맹계약해지의 제한]

#### 마. 홍길동의 손해액

민법 제 751조 (재산이외의 손해의 배상)

타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.

민법 제 535조 (계약체결상의 과실)

목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다.

민법 제 396조 (과실상계)

채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다.

민법 제 203조 (점유자의 상환청구권)

점유자가 점유물을 반환할 때에는 회복자에 대하여 점유물을 보존하기 위하여 지출한 금액 기타 필요비의 상환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 과실을 취득한 경우에는 통상의 필요비는 청구하지 못한다.

바. 삼국지에 의한 본건 계약해지의 의사표시의 효력

가맹사업거래의공정화에관한법률 제14조 [가맹계약해지의 제한]

사. 삼국지의 회사로부터 홍길동에 대한 청산금 청구권

민법 제87조 (청산인의 직무)

청산인의 직무는 다음과 같다.

1. 현존사무의 종결
2. 채권의 추심 및 채무의 변제
3. 잔여재산의 인도

## 5. 판결요지

가. 보증금 사건

- 1) 피고(삼국지)는 원고에 대하여, (5,298만2,775엔) 및 이것에 대한 평성10년 1월31일부터 완제일까지 년 5분의 비율에 의한 금원을 지급하라
- 2) 소송비용은 피고의 부담으로 한다
- 3) 가집행 선고

나. 을사건

- 1) 피고들은 (홍길동외) 원고에 대하여, 연대하고 (1,679만9425엔) 및 이것에 대한 평성10년 1월31일부터 완제일까지 날변5전 비율에 의한 금원을 지급하라
- 2) 소송비용은 피고들의 부담으로 한다
- 3) 가집행 선고

## [관련 법률지식]

## 6. 가맹사업자의 권리, 의무

가. 경업금지의무

본부는 가맹점에게 노하우를 통지하고 방법을 적용할 수 있게 하기위하여 제공하여야 한다. 이 노하우와 지원은 경쟁자에게 간접적으로만 이익이 될 위험이 없어야 한다. 다음과 같은 조항은 경쟁의 제한은 아니다. i)계약의 존속기간중 또는 계약의 만료후 합리적인 기간동안 조직망의 회원중 1인과 경쟁할 수 있는 동일하거나 유사한 지역을 가지는 상점을 개설하는 것을 가맹점에게 금지하는 조항, ii) 본부의 승인없이 상점을 가맹점이 양도하는 것을 금지하는 조항, iii)경업금지조항은 다음 3가지 조건에서 유효하다 : ① 기간의 확정 ② 장소의 제한 ③ 확정적인 활동영역의 제한이 그것이다. 본부를 포함

하여 가맹점 조직망의 구성원과 경쟁하는 지역에서 유사한 상업적 활동을 직접적 또는 간접적으로 행하지 아니하는 것은 허용된다.

#### 나. 비밀유지의무

이것은 가맹점에 대하여는 그에게 이전된 권리에 관한 유보의무를 의미한다. 그는 제3자, 고객, 공급자 또는 경쟁자에게 누설하지 아니하여야 한다. 가맹점은 본부에 그에게 통지한 노하우와 방법에 관한 비밀을 소중히 지켜야 한다. 이 의무는 계약의 본질이다. 이 의무는 계약존속기간동안 그리고 그 종료에도 불구하고 계속한다.

#### 다. 조직망의 동일성과 명성과 관련된 가맹점의 의무

“이 목적에 필수불가결한 통제를 조직하는” 모든 조항의 효력은 인정되고, 가맹점은 본부에 대하여 다양한 의무를 진다. i) 상업적 방법과 이전된 노하우의 존중의무, ii) 모든 구조상의 변경을 통지할 의무, iii) 일치된 광고의무 등이 그 내용을 이룬다.

#### 라. 조달의무

분배 가맹사업에 관하여 가맹점은 본부 또는 본부가 선택하거나 승인한 공급자로부터 조달 받을 의무가 있다. 이 의무를 정한 규정이 경쟁법을 위반하는 것은 아니다. 가맹점의 조달에 대한 본부에 의하여 실행된 통제로 인하여 일반공중은 각 가맹점에 대하여 동질의 상품을 획득할 수 있기 때문이다.

#### 마. 사용료 지급의무

대부분의 가맹 계약에서는 계약 개시시 최초의 총괄적인 사용료와 계약기간중 비율적인 사용료로 나뉜다.

#### 바. 相互的 獨占權

가맹 독점권은 대부분의 경우에 상호적이다. 본부는 가맹 계약을 체결한 지역에서 경쟁자를 세우지 않을 의무가 있고 가맹점은 본부 또는 본부가 허락한 공급자로부터만 조달 받을 의무가 있다. 분배 가맹 계약에서는 장소적 독점권과 조달의 독점권을 겸하고 있다. 특정한 계약에서는 독점권은 총체적이고, 가맹점은 본부가 선택한 공급자에 대하여서만 조달 받을 수 있다.

## 제22절 가맹본부의 지원의무 위반을 인정한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시

- 가. 갑 : 영업금지등 청구사건(원고:a,피고:b)  
나. 을: 손해배상 청구사건(원고:b,c,d,e,f,g,h,j,I,k,x, 피고:a)  
다. 병: 영업금지등 청구사건(원고:a,피고:g,h,j)  
라. 정: 영업금지등 청구사건(원고:a,피고:c,d,e,f)

#### 2. 판결내용

#### 3. 주문

가. 병·정사건 : 원고의 청구를 모두 기각한다.

나. 을사건 : 피고들의 주위적 청구를 기각한다.

원고는 c에게 530만원, d에게 538만원, e에게 408만원, f에게 375만원, b에게 536만원, g에게 290만원, h에게 506만원, I에게 342만원, j에게 399만원, x에게 395만원과 완제일까지 년5분의 비율에의한 금원을 지급하라.

다. 소송비용은 원고의 부담으로 한다.

#### 4. 사실관계

갑·병·정사건은 프랜차이즈 “a”와 프랜차이즈 “피고들”간에 베이비씨터 사업에관한 프랜차이즈계약을 체결했는데, 피고들이 계약위반을 한데 대한 손해의 배상을 추구하고, 을사건은 피고들이 원고에게 계약체결전에 사실에 반한 설명이나 데이터, 매상예측에 근거하고 아무런 노하우도 전수해주지 않고 원고의 프랜차이즈시스템에 가맹하면 원고의 매상예측대로 매상과 수익을 얻을 거라고 오신시키고 가입비 및 로열티를 받았음으로 이런 사기에 의한 기불금의 반환청구와 계약해지에 근거한 원상회복 청구내지 손해배상청구임.

#### 5. 가맹본부의 주장

- 가. 가맹점이 본부의 지도에 따르지 않고 무단광고행위를 함  
나. 프랜차이즈로부터 탈퇴하고도 베이비씨터사업을 계속하고 다른 가맹점포에도 탈퇴를 중용함.  
다. 본부가 무너질거라고 신용을 훼손한 언동을 반복하고 원고의 업무를 방해함  
라. 원고의 상표로 계속 영업하면서 영업보고의무를 해태하고 로열티를 미지불

마. 피고 “c”가 영업을 폐쇄당했다고 주장하나 같은 인적구성이 다른 상호로 영업을 계속하므로 자기 또는 자기지 배하의 3자가 동일영업을 못한다는 규정위반이다.

## 6. 가맹점의 주위적 주장

### 가. 본건 각 계약의 성립

피고들은 원고와 계약을 체결하고 가맹금, 개업준비지도료, 조사·교육비, 보증금등을 지불하고 매월 매상의 10%를 로열티로 지급함.

### 나. 원고의 사기

원고의 회장, 대표이사는 공모하여 아래와 같은 사실에 반한 권유문언이나 설명으로 계약을 체결시킴.

- 1) 매상시산표, 사업수지계획서 및 마켓리서치 기초 데이터에 기재된 수요예측과 그것에 근거한 매상예측이 사실에 반한 예측과 그것에 근거한 매상예측이었음.
- 2) 마치 진실한 것처럼 매상시산표, 사업수지계획서 및 마켓리서치 기초데이터에 기재된 내용을 강조하고, 계약 체결을 유인했다.
- 3) 원고의 주요 거래처 리스트의 제시와 설명은 원고의 신용력을 높이고 원고로부터의 고객 소개에 의한 매상확보나 조성이 시스템적으로 확보된 것으로 믿게 했다.
- 4) 전국 베이비 시터 협회의 할인권 제도의 이용은 베이비시터 사업의 금후의 수요를 확신하게 함.
- 5) 그런데 매상시산표/사업수지계획서등은 원고의 사업의 경험적 노하우에 근거하지 않고 독자적 경험으로 적당히 만든 숫자였다.
- 6) 원고는 매상시산표나 사업수지계획서를 계약 후에 교부했다고 하나 지역도 가맹시기도 달리한 피고들에게 동일한 매상시산표나 사업수지계획서가 있는 튀지 않는 것, 피고들이 모두 모이고, 사전의 매상시산이나 사업수지계획도 듣지 않고 막연히 계약서에 사인한 것 등은 전혀 있을수 없는 것, 원고의 계약유인의 설명이 극히 단편적이고, 계약체결에 이른 동기부가 부족하고 일관성이 부자연스럽다.
- 7) 전국 확대에 의한 베이비시터 파견사업의 노하우도, 능력도 없으면서 신문, 잡지 기사 등을 사용하고 대대적으로 선전하고 가장하고 형식상 프랜차이즈 시스템을 구축하고 가맹점을 모집하고 가맹점으로부터 각종명목의 금원을 받아 사취한 것이 분명하다.

### 다. 사기 취소의 의사표시

피고들은 원고에 대해 평성10년 8월26일 도달의 본건소장으로써 본건각 계약을 취소한다는 의사표시를 했다.

라. 따라서 피고들은 사기취소에 의한 반환청구권에 근거하고 기불액 및 이것들에 대한 소장송달 다음날인 평성10년 8월 27일부터 완제일까지 상사 법정이율 년6분의 비율에 의한 지연 손해금의 지불을 청구한다.



## 7. 주위적 청구에 대한 법원의 판결

피고들의 주장은 요컨대, 원고는 허위의 매상예측을 주고, 영업을 지원할 노하우도 없음에도 불구하고 있는 것처럼 가장하고 피고들을 권유하고 피고들로 하여금 오신시키고 본건 각 계약을 체결시켰다고 한 것이다. 이하 검토한다.

### 가. 매상예측에 관하여

- 1) 원고는 계약체결전에 매상예측이나 보증한것이 아니고 계약체결 후에 매상목표 세울 때 참고자료로 건네준 것이라고 주장하고 계약전에 매상에 대해 물었던 것은 피고 “b” 뿐이라고 한다. 그러나 프랜차이즈에 관심있는 피고들중 “b”만이 매상이익에 관심있었다고 하는 것은 이해가 안되고 잡지에 매상과 이익을 기고한 점, 프랜차이즈백서에 표준점포개요란에 월매상과 이익이 기재되어 있는등의 사실로 보아 원고의 진술은 신용할 수 없다.
- 2) 원고가 피고들에게 보여준 매상예측, 매상시산표 이의 기초인 마켓리서치내의 시장규모, 잠재수요 등은 객관적자료나 근거가 결여되고 원고의 축적된 노하우로 작성된 것으로 인정하기 어렵다.

### 나. 영업지도에 관하여

- 1) 일반적으로 노하우란 사업상 이용 가능하고, 지식, 경험에 의한 정보이고 지급한 로열티 및 대가에 맞는 가치가 있어야한다.
- 2) 원고가 일정한 영업지도를 한 것은 인정되나 각지역에서 어떤 선전활동이 유익했다든가하는 분석적인 지도보다는 기존고객에의 충실, 열심히 합시다등 일반적인 주의, 지시사항이 원고고유의 노하우에 근거한 것이라고는 인정하기 어렵다.
- 3) 베이비시터사업에 무지한 오너와 매니저에게 개업전 2일간만의 연수가 충분한지 의문스럽다.
- 4) 원고가 일정한 영업지도를 했다고 인정하더라도 로열티 등 피고들이 원고에 지급한 금전에 걸맞는 가치가 있다든가 프랜차이즈영업의 노하우에 근거했다고 인정할 수 없다.

다. 이와 같이 원고는 피고들이 베이비시터사업을 시작함에 있어서 제공한 매상예측 등의 데이터는 불완전하고 그 후 사업전개시의 지도도 불충분했지만 반대로 원고가 실제로 프랜차이즈업을 전개하고 있고 존속하는 점포도 존재하고 일종의 영업지원을 행하고 있는 것으로 보아 당초부터 금원을 사취한 목적으로 본건 각 계약을 체결했다고까지는 인정되지 않으므로 피고들의 주위적청구에는 이유가 없다.

## 8. 가맹점의 예비적 청구

가. 계약의 체결이 사기에 의한 것이 아니라고 해도 가능성이 없는 매상예측이나 사업수지계획을 제시한 것, 영업범위를 엄수하지 않았던 것, 백업시스템이나 지원체제를 소홀히 하고 영업부진점의 원조, 지도를 행하지 않고 만연 영업부진을 간과해왔다고 한 수많은 계약상의 의무 불이행이 있는 것은 분명하다.

나. 그래서 피고들은 원고에게 평성13년 3월 1일의 본건 구술변론 기일에 본건각 계약을 해제한다는 의사표시를 했다.

다. 따라서 피고들은 원고에게 채무불이행 해제에 근거한 원상회복 청구권 내지 손해배상 청구권에 근거하여 금원 및 이것에 대한 평성 13년 3월 2일로부터 완제일까지 민법 소정의 년5분의 비율에 의한 지연 손해금의 지불을 추구한다.

## 9. 예비적 청구에 대한 법원의 판결

가. 원고는 베이비시터사업에 무지한 피고들과 계약함에 있어 당연 매상자산이나 마켓리서치 기초데이터에 대해 정확한 정보를 제공할 신의측상의 의무가 있는데 구체적 자료나 근거를 나타내지 않고 계약체결을 권유하여 체결한점에 있어 기본적인 의무위반이 있다. 그리고 계약후에도 본건 계약서 12조의 교육, 훈련, 지도를 한다는 당연의무를 소홀히한 것이 분명하므로 원고는 피고들에 대해 본계약 전반에 걸쳐 채무불이행의 책임을 져야한다.

나. 상기와 같이 본건은 계약체결 과정의 당초부터 시종 원고의 이행해야할 채무가 불완전했던 것이고, 오히려 사기에 비해야 할 것이라고도 할 수 있는 것이므로 본건각 계약에 근거하고 원고의 채무불이행에 근거하고 피고들이 입었던 손해라고 한 것이 당연하기 때문에 원고는 피고들에 대하여 배상해야할 의무를 진다.

## 10. 상계주장에 관한 판단

원고의 영업지도는 노하우에 근거한 것이라고 말할 수 없고 성과도 분명치 않기 때문에 상기 지도에 의해 피고들이 이익을 얻었다고 인정하는데 충분한 증거가 없음으로 원고의 상계주장은 이유가 없다.

## 11. 갑·병 및 정사건

이상과 같이 원고에게는 계약의 당초부터 채무불이행이 인정되었고 피고들이 매상의 계산서를 제출하지 않고 로열티를 지불하지 않은 건이 평성 10년 1월 30일자[회답서의 대답에관한건]에서 원고의 채무불이행의 사실을 지적한 후로 부득이한 것으로 인정되므로 본 사건의 원고의 청구는 이유 없다.

## 12. 결론

이상에 의해 갑, 병 및 정 사건에 관해, 원고의 청구는 이유가 없으므로 이것을 모두 기각하고 을 사건에 관해서는 피고들의 주위적 청구는 이유가 없으므로 기각하고 예비적 청구는 이유가 있기때문에 이것을 인용하고 주문과 같이 판결 한다.

## [관련 법률지식]

가. 계약체결전 매상예측에 근거한 정보제공 위법성과 관련하여 미국식 정보공개서 가이드라인에 대하여 검토해 보기로 한다.

### 1) 문서내용

정보공개서 형식의 선택, 미국식 정보공개서(UFOC)가이드라인, 그리고 영업표지에 관한 다양한 문서의 사용에 대해 논하기로 한다. 이 형식에 관련 없이, 정보공개서는 아래의 기본정보를 토대로 한 가맹희망자에 대해 반드시 제공해야만 한다.

### 2) 가맹본부

- ㉠ 가맹본부의 영업활동과 기업집단
- ㉡ 가맹본부의 임원 및 책임자들의 경력
- ㉢ 회사, 책임자, 그리고 임원들의 소송경력
- ㉣ 가맹본부와 개인들의 파산경력
- ㉤ 재정보고서

### 3) 가맹사업

- ㉠ 가맹점사업자의 초기투자
- ㉡ 제한된 구매 또는 리스
- ㉢ 가맹본부에 의해 제공된 금융과 기타 서비스
- ㉣ 광고프로그램
- ㉤ 상표권, 특허권, 그리고 저작권
- ㉥ 가맹점사업자의 제품이나 서비스의 판매에 대한 제한
- ㉦ 현재와 이전의 가맹점사업자들에 관한 정보
- ㉧ 장소선택
- ㉨ 교육프로그램
- ㉩ 선택적 수익청구

### 4) 가맹계약서

- ㉠ 초기 및 진행비용
- ㉡ 지역권
- ㉢ 가맹사업자가 사업에 포함될 요건
- ㉣ 가맹사업 기간과 갱신할 권리
- ㉤ 가맹사업의 종료
- ㉥ 가맹본부에 의한 가맹사업 재구매
- ㉦ 양도
- ㉧ 가맹점사업자의 사망이나 장애
- ㉨ 경업금지특약

## 나. 연방거래위원회(FTC)의 규정 또는 미국식 정보공개서(UFOC)의 형식의 선택

정보공개서는 NASAA(북미 증권 관리인 협회)에 의해 제정된 연방거래위원회(FTC)의 규정이나 미국식 정보공개서(UFOC)가이드라인에 의해 반드시 준비되어야 한다. 연방거래위원회(FTC)의 규정과 미국식 정보공개서(UFOC)의 형식은 정보에 대한 유사한 범주들을 다루지만 자세한 정도와 요구된 정보의 유형에 따라 중요한 차이점들이 있다. 비록 영업표지의 관점에서 이러한 형식들에 대한 장/단점이 있지만, 가맹본부가 가맹사업 판매를 원하는 지역적 결정에 관한 형식이 영향을 받기도 한다. 또한 가맹사업을 관장하는 주(州)가맹지역본부와 같이 등록되는 미국식 정보공개서(UFOC)의 형식의 제안서는 “충분, 적절, 그리고 정확”이라는 반증 가능한 가정을 수반하는데 비해 연방거래위원회(FTC)의 규정형식에 관한 제안서는 특정한 주(州)에서 등록되지 않는 이상 그러한 가정을 수반하지 않는다.

### 1) 연방거래위원회(FTC)의 규정과 미국식 정보공개서(UFOC)의 형식이 어디에 사용될 수 있는 지

연방거래위원회(FTC)의 규정형식의 제안서는 가맹사업 등록이나 영업표지 법령이 없는 모든 주(州)에 사용될 수 있다. 연방거래위원회(FTC)의 규정형식의 제안서는 주(州) 자체의 영업표지와 등록 요건들이 적용된 주(州)가맹지역본부(하와이, 일리노이, 인디애나, 미시건, 뉴욕, 노스다코다, 그리고, 위스콘신 주는 예외임)에 의해 받아 들어지지 않을 것이다. 연방거래위원회(FTC)의 규정 하에 준비된 영업표지문서를 채택들인 7개 주(州) 조차도 주(州) 행정관들이 주어진 제안서에 대한 본질적인 개정을 요구할 수 있다. 따라서 많은 연방거래위원회(FTC)의 규정 형식의 영업표지 장점들이 무효화될 수 있다. 실제로, 가맹본부는 등록이나 영업표지 법령이 있는 주(州)에서 가맹사업을 판매하기 위해 미국식 정보공개서(UFOC)의 형식을 사용해야 한다. 그렇게 함으로써, 다른 어느 지역에서도 사용 가능한 두 번째 형식의 영업표지문서를 준비하기 위해 본질적인 비용을 초래할 수도 있다.

미미한 수정이 있는 FOC형식의 제안서는 모든 주(州)에 가맹사업을 제공, 판매하기 위해 사용될 수 있다. 등록된 주(州) 모두가 기본적인 미국식 정보공개서(UFOC) 형식의 영업표지 수용함에도 불구하고, 어떤 주(州)에서는 가맹본부에게 주어진 제안서나 추가로 제공된 제안서 중 별도의 혹은 특별한 영업표지를 만들기를 요하기도 한다.

미국식 정보공개서(UFOC)의 형식 하에 가맹희망자를 연방거래위원회(FTC)의 규정하에 요구된 영업표지보다 더욱 동등하게 또는 강력한 보호가 요구되는 영업표지를 연방거래위원회(FTC)의 규정은 인정하고 있다. 그러므로 미국식 정보공개서(UFOC)의 형식의 제안서 등록이 요구되는 어떤 주(州)에서는 아직 등록이 되지 않았음에도 불구하고, 연방거래위원회(FTC)의 규정의 형식을 대신하여 사용되는 미국식 정보공개서(UFOC)의 형식을 허용하기도 한다.

### 2) 형식을 채택함에 따른 고려사항

초기의 미국식 정보공개서(UFOC)의 형식을 채택함에 따른 주요 이점은 가맹사업에 관한 판매 또는 제안이 결정될 때 서로 다른 두 형식이나 또 다른 형식으로 전환할 필요가 없다는 것이다. 왜냐하면 미국식 정보공개서(UFOC)의 형식의 사용이 연방거래위원회(FTC)의 규정의 요건에 만족하기 때문에 다른 모든 요건들이 동등한 형식을 선택할 수 있다. 각각의 영업표지가 요구하는 유형, 가맹본부 운영 컨셉과 역사의 본질, 가맹본부의 확장계획에 따라 연방거래위원회(FTC)의 규정이나 미국식 정보공개서

(UFOC) 형식 중 하나를 선택하는 것은 중요한 이유가 될 수 있다. 일반적으로, 미국식 정보공개서(UFOC)의 형식은 연방거래위원회(FTC)의 규정의 형식보다 더 자세한 범주의 문제들을 요한다. 연방거래위원회(FTC)의 규정 형식은 모두 디자인된 리스트와 승인된 공급자를 요구하는데, 이는 어떠한 가맹본부에게도 받아들일 수 없는 형식으로 여겨질 수도 있다. 그러나 미국식 정보공개서(UFOC)의 형식 하에서보다 더 많은 정보가 요구되는 중요한 지역이기도 하다. 회계 감사된 재무제표의 도입, 다소 부담이 적은 광고와 관련한 영업표지요건, 교육/훈련, 파산, 그리고 소송경력, 컴퓨터 시스템, 그리고 가맹사업 종료와 같은 다른 요인들이 연방거래위원회(FTC)의 규정 형식 제안서 이용에 고려하여 시작하려는 가맹본부에게 영향을 끼칠 수도 있다.

가맹본부는 주어지는 하나의 제안서 형식에 관한 섹션 중에서는 선택하거나 뽑을 수 없다. 압도적인 다수의 가맹본부들이 미국식 정보공개서(UFOC) 가이드라인에 준하여 정보공개서 준비사안을 선택할 수 있기 때문에 이 가이드라인은 다음 섹션에서 다룰 것이다.

#### 다. 미국식 정보공개서(UFOC) 가이드라인

미국식 정보공개서(UFOC) 가이드라인은 영업표지 요건, 구체적인 해설, 그리고 각 23개 항목에 대한 표준답안으로 구성되어 있다. 미국식 정보공개서(UFOC) 가이드라인과 더불어 NASAA 가맹사업과 비즈니스 기회 위원회(Business Opportunities Committee)는 1994년 6월21일 미국식 정보공개서(UFOC)에 UFOC가이드라인의 구체적 조항에 대한 설명문을 제공하고 명확하게 하기 위해서 주석서를 발표하였다. 이 조항은 미국식 정보공개서(UFOC)가이드라인의 재심과 미국식 정보공개서(UFOC) 논평을 자세하게 대변하지는 않고, 단지 각 항목의 요약에 불과하다.

##### 1) 일반적인 해설과 표지

미국식 정보공개서(UFOC) 가이드라인에 대한 일반적인 해설은 모든 제안서 문구가 간결한 영어로 쓰여질 것과 오래된 법규와 경쟁적인 어투는 피할 것, 또한 수동적 화법은 능동적인 화법으로 쓰여질 것을 우선으로 요하고 있다. 일반적인 해설에는 피해야 할 문구와 단어들의 유형에 따른 수많은 예제들을 포함하고 있다. 여러 주(州)의 가맹사업에 관련한 검사자들은 위임한 내용을 엄격하게 집행해야 한다. 그리고 가맹본부가 실체법상의 영업표지를 요구하더라도, 이 요구에 위반한 것에 대하여 미국식 정보공개서(UFOC)를 거부해 왔다.

미국식 정보공개서(UFOC)에 포함되지 않는 경영 지침서와 같은 부수적인 문서들에 대해 어떠한 건의도 해서는 안 된다. 뿐만 아니라, 모순되는 조항들을 부과하거나 미국식 정보공개서(UFOC)에서 영업표지 된 정보와 본질적으로 달라서도 안된다. 가맹본부는 이 모든 문서들에 대한 모순과 차이점이 없는지 명백히 주의깊게 사항들을 진술해야 한다. 또는 다른 문서들에 대한 적절한 수정본을 만들 수 있다.

일반적으로 해설에서 하나의 주어진 제안서가 미국식 정보공개서(UFOC)와 혼동되지 않는다면, 단일 군과 다수군의 가맹사업의 등록을 위해 사용될 수 있다. 그러나 미국식 정보공개서(UFOC)가이드라인에서는 여러 항목에서 가맹본부와 중간책임자가 주목하는 영업표지를 상세하게 나타내지는 않는다. 간혹 발표되지 않은 주(州)정책들은 일반적으로 그러한 영업표지들의 범위를 결정한다.

미국식 정보공개서(UFOC)의 표지에서 확인되는 정보, 가맹사업의 간략한 설명, 가맹점사업자가 초기에 부담하는 가맹사업 비용과 초기투자 내용이 포함되어야 한다. 또한 표지에는 특정 위험 요소들을

굵은 글씨로 구체적인 언어를 사용하여 법적 선택권과 가맹사업 동의서에 법정지 선택 조항들을 고려하여 영업표지 해야만 한다. 주(州) 조사원들은 단독 결정권에 있어 추가적인 위험요소의 영업표지를 요구할 수 있다. 표지는 추가적으로 요구되는 언어를 포함해야 한다.

## 2) 가맹본부와 그에 따른 전임자들과 계열사들

일반적인 해설에서 단순한 영어가 지속되는 경우, 처음 “we”나 하나 혹은 두 단어로 가맹본부를 정의해야 한다. 반면에 “you”는 미국식 정보공개서(UFOC)를 통해서 가맹점사업자를 정의해야 한다. 미국식 정보공개서(UFOC)가이드라인은 가맹본부, 전직책임자, 계열사, 가맹본부의 이전의 사업경험(가맹사업 활동을 포함한), 과정에서 서비스 에이전시를 고려하여 기본적으로 제시된 정보의 영업표지를 요구한다. 또한 가맹본부는 가맹점사업자가 제공할 제품이나 서비스 시장을 고려한 정보에 따라 그 사업과 가맹사업이 제공하는 것을 설명해야 한다. 더불어 일정기간동안 가맹사업에 관한 경영 산업에 대한 어떠한 구체적인 법규도 영업표지 되어야 한다. 그러나 비록 이러한 법률들이 불균형 하게 가맹사업에 영향을 미치더라도, 아동 노동 법률과 같이 일반적으로 사업에 적용하는 법이나 법규들을 포함하는 것은 필요치 않다.

## 3) 사업경험

가맹본부는 사전에 5년 동안 각각 사람의 주요 직업과 고용주에 따라서 그 이름들의 리스트, 책임자들의 직위, 수탁자, 일반적인 파트너들, 총책임자와 다른 경영진이나 가맹사업과 관련하여 경영책임을 맡고 있는 중간 책임자들에 대해 영업표지 해야 한다. 또한 항목 2는 가맹사업 브로커, 책임자, 그리고 총책임자와 판매가 된 가맹사업 시장과 서비스에 대해 경영책임을 있는 경영진들로서 경영을 지원함을 고려하여 영업표지를 요구한다.

## 4) 소송

가맹본부와 사람들의 소송경력은 가맹본부의 전임자들과 가맹본부의 주요 고유 상표권 하에 계열사들에게 가맹사업을 제공함을 영업표지 하여야 한다. 미해결된 사항들과 더불어 영업표지는 지난 10년 동안의 사항들이 적용되어야 한다. 열거된 영업표지 가능한 요건들의 리스트는 가맹사업의 위반과 관련하여 행정, 형사상, 그리고 민사상 소송을 포함하는데 이에는 독점금지 및 증권법 ; 사기 ; 부당하거나 기망하는 행위 ; 또는 비교할만한 진술들을 포함한다. 가맹본부는 흔히 있는 사업에 대한 일반적인 소송에는 영업표지를 할 필요 없다. 그러나 미해결된 요구들의 유형들이 포함된 사항들이 없더라도, 열거된 실제적인 사항들(가맹점사업자의 수, 규모, 본질, 시스템의 재정 상태나 경영을 참고하여 결정된)은 영업표지 되어야 한다. 가맹본부는 그러한 영업표지가 제공되는 것이 의심될 때, 그 본질과 요구들의 잠정적인 영향력을 조심스럽게 평가해야 한다. 더불어, 가맹본부가 비용지불에 대해 동의하거나 본질적으로 그것에 반대하는 채무관계에 의해 의무를 다해야 한다는 동의에 대한 사항들의 결정은 신뢰할 수 있는 없든 간에 영업표지 되어야 한다.

## 5) 파산

주어진 제안서의 날짜에 앞서 10년동안 가맹본부, 계열사, 전임자, 직원들, 그리고 일반적인 파트너

들의 파산 경력은 영업표지 되어야 한다. 이러한 요건은 또한 파산 보호를 신청한 기간동안 가맹본부의 책임자가 다른 회사의 주요 책임자였다는 상황을 다루게 된다. 이 영업표지를 야기한 사건은 미국의 파산법에 의해 자발적이거나 비자발적인 토대로 소제기가 가능하고 채무의 이행을 포함하고 있다. 또한 해외 각 국가의 실정법 하에 파산의 본질에 맞는 소송이 반드시 포함되어야 한다.

#### 6) 초기 가맹사업 비용

가맹본부는 비용이 환불될 수 있다는 조건 하에 가맹점사업자의 사업시작과 지불조건에 따른 모든 비용과 가맹본부로부터 받은 서비스나 상품의 지불을 포함한 초기비용을 영업표지 하는 것이 요구된다. 그러므로 가맹본부에 의해 청구된 표준 초기 가맹사업 비용과 더불어 가맹점사업자가 시작 전에 채고, 소프트웨어 인증비, 대오픈 비, 그리고 그와 비슷하게 발생한 비용을 포함하여 가맹본부와 그 계열사들에게 많은 초기 지불에 대한 정보를 영업표지해야 한다. 만약 초기 비용이 정해져 있지 않다면, 이전 회계연도에 지불된 초기비용의 한도나 방식 또는 수량이 결정된 요소들이 영업표지 되어야 한다.

#### 7) 기타 비용

기타 단독적이거나 재발에 따른 비용이과 가맹점사업자의 지불은 가맹본부나 그 계열사에게 지불되어야 한다. 또는 제3자를 대표하여 가맹본부나 그 계열사들은 비용을 부과하거나 징수함을 표로 만들어 영업표지 하여야 한다. 표의 각 항에 서두에는 이름과 비용의 종류, 수량, 만기일이 포함되고 정보나 영업표지 통고에 대한 부연 설명 역시 언급한다. 방식에 있어서는 각각의 비용이나 지불이 환불 가능하다고 명시되어 있다 하더라도 기타 비용, 지불, 지불조건을 산정하기 위해 사용한다. 공동으로 광고를 고려함에 있어서 가맹본부는 공동으로 부과된 비용과 함께 가맹본부 자신만의 대리점들의 투표권과 투표권을 통제하는 비용의 범위에 대해 영업표지 해야 한다.

#### 8) 초기 투자

가맹본부에게 차트 형식으로 초기 지출비용과 가맹점사업자가 시작할 때 지불하는 비용의 구체적인 5가지 범주들을 영업표지할 것을 요구한다. 5가지의 범주들은 (1) 실물 자산 (실물자산의 지출비용이 높고 낮은 범위 내에서 책정되지 않았거나 설명할 수 없다면, 가맹본부는 자산의 종류, 위치와 건물규모와 같은 것을 설명해야 함.); (2) 설비, 부동산, 기타 고정자산, 건축, 리모델링, 임차의 건조물, 그리고 데코레이션 비용 (3) 사업시작에 주어진 채고 (4) 보험성 예금, 설비 예금, 사업자 등록증, 그리고 기타 준비 비용 (5) 사업 시작 전과 가맹사업 초기단계 기간동안 가맹점사업자에 의해 요구된 부가적인 펀드 이 부가적인 펀드의 진입은 최소 3개월동안이나 특정산업과의 연관성에서 합당하다고 인정하는 다른 기간동안 시작하고 가맹사업 경영을 유지하는 데 필요한 모든 비용을 영업표지하기로 되어 있다. 초기단계 기간이 산업간에 다양하기 때문에, 가맹본부는 초기 단계의 기간정도를 영업표지해야 한다. 항목 7에서는 가맹본부가 일반적 기간, 기본 요소들과 가맹본부가 부가적인 펀드의 요구되는 양만큼 도달할 것이라 믿는 경험을 설명할 것을 요구한다. 항목 7에서 영업표지는 차트 형식이어야 하고, 초기 투자의 일부가 자금이 조달 된다 할지라도, 지불이 만기 되고, 환불 될 때, 누가 지불하는 지를 고려한 정보를 포함해야 한다.

## 제23절 가맹점의 채무 불이행을 인정한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시

평성13년 1월 25일 동경지방법판소 2000년 와) 2158호

### [판결내용]

#### 2. 당사자

##### 가. 원고 주식회사 텐 후드 시스템:

음식점의 프랜차이즈체인 상점의 가맹모집 및 가맹점의 지도업무 등을 목적으로 한 주식회사 실제로는 [하늘의 것]의 옥호로 튀김덮밥의 배달점을 경영함과 동시에 프랜차이즈 계약으로 가맹점을 모집하고 가맹점의 경영 지도를 업으로 하고 있다.

위 대표자 대표이사 초우카이 다쓰오

위 소송 대리인 변호사 아베 노쇼

##### 나. 피고 유한회사 준와쿠스

음식점의 경영, 수산, 식료품, 의약품의 판매 등을 목적으로 한 유한회사.

위 대표자 대표이사 이시다 마사카즈

위 피고들 소송 대리인 변호사 다나카 영웅

#### 3. 사건의 개요

가. 원고와 피고는 [하늘의 것]이라는 상호로 음식점 프랜차이즈 계약을 체결(평성9년 8월 28일)

##### 1) 계약내용

###### ① 가맹보증금(본건계약 3조 2항)

피고 회사는 원고에 대하여 가맹보증금 70만엔을 예입한다. 또한 원고는 프랜차이즈 해약시 피고 회사에 대하고, 위 보증금을 무이자로 반환한다.

###### ② 로열티

피고회사는 원고에 대하여 1개월 7만엔의 로열티를 지급한다.

###### ③ 영업소의 소재지

본건 계약에 있어서 가맹점의 영업소는 군마현 시부카와시 이시하라 203-1이라고 한다.

###### ④ 지정업자 및 기술지도



- 피고회사는 원고가 지도한 [기술지도 영업방법등 세칙]에 따르고 이것을 완전하게 이행한다.
- 상품의 획일화 및 품질 저하 방지를 위해 전부 원고가 지정한 업자로부터 원료 및 포장 자재를 구입하고 이것을 사용하지 않으면 안된다.
- 점포의 주방설비 공사 및 내외장공사도 원고가 지정한 업자를 사용하지 않으면 안된다.

⑤ 성실 준수 의무

- 피고회사는 원고의 허가없이 다른장소에 동종업, 유사업을 운영하고 있고,
- 피고회사는 다른[하늘의 것]가맹점의 생존을 위협한 일체의 행위를 해서는 안된다.

⑥ 계약해지 및 손해액의 예정

피고회사가 다음조항에 해당하는 경우 원고는 아무런 통지 최고를 필요로 하지 않고 본건 계약을 해지하고 피고회사에 대하여 미불금을 청구할 수있다.

- 본건계약의 5조 내지 8조 10조,11조의 각 조항에 해당하고 또는 이것에 위반한 경우
- 원고의 프랜차이즈 사업을 방해하고 또는 이것을 방해할 것 같다고 한 행위가 있던 경우
- 원고가 허가없이 원고 지정이외의 업자로부터 상품을 구입하는 경우
- 그 밖에 본건계약의 계약의 각 조항에 일탈한 행위가 있던 경우

⑦ 위 항목에 의하고 계약이 해제된 경우 피고회사는 원고에 대하여, 손해 배상금으로서 로열티 60개월 분을 지급하지 않으면 안된다.

## 2) 가맹 보증금 지불 및 영업시작

① 피고회사는 본건 계약에 의거 가맹보증금 70만엔을 예입하고 원고는 이것을 보관하고있다.

② 피고 회사는 군마현 시부카와시 이시하리 203-1에 있어 [하늘의 것]의 옥호로 튀김덮밥의 배달점을 운영

③ 연대 보증

피고 이시다는 원고에 대하여 부담한 일체의 채무에 관하여 피고회사라고 연대하고 보증한 취지를 약속했다.

④ 채무 불이행

① 원고는 본건 점포 순회 방문에서 피고회사가 원고가 지정한 업자 이외의 업자로부터 음식을 구입한 것이 판명(평성11년 6월16일)

② 피고 이시다의 의동생은 본 건 점포와 동업 다네코토 업을 본건 점포 근처에서 개업하고 피고 이시다도 위사업에 참가한 모양이고 원고에 대하여, 본 건 계약을 일방적으로 파기한 취지를 통고했음(평성11년 11월)

⑤ 본건 계약해제

원고는 늦어도 평성 12년 1우러 말일까지 피고 회사에 대하여 위 (라)의 채무 불이행을 이유로 하고 본건 계약을 해제 하겠다는 의사표시를 했다.

⑥ 원고는 피고 회사에 대하여 본건 계약 제 9조에 의하고 1개월 7만엔의 로열티에 60개월 분에 상당한 420만엔의 손해배상 청구권을 갖는 곳(점),원고는 피고회사에 대하여, 본 소장으로써, 원고가 피고회사로부터 받고 보관 중의 가맹 보증금 70만엔의 반환채무와, 피고회사가 원고에 대하여 가지는 위 손해배상채무 420만엔과 그 상대액에 있어 상계한 취지의 의사표시를 했다,

- ⑦ 따라서 원고는 피고회사에 대하고, 본 건 계약에 의한 손해배상청구권에 의하고, 피고 이시대에 대하고, 보증채무이행권에 근거하고, 각자 350만엔 및 소장송달의 날(해)의 다음날인 평성 12년 2월16일로부터 완제일까지 상사법정이율 연6푼의 비율에 의한 지연손해금의 지불을 청구한다.

## 나. 피고들의 항변

### 1) 해제

- ① 피고회사는 늦어도 평성11년 12월 무렵에는 원고지정 업자의 원재료 가격이 고가인 것을 원인으로 하고, 그 수익이 압축되고 그 영업 계속이 곤란한 상황으로 됐기 때문에, 원고는, 본건 계약상 위 상태를 시정해야 하고 지정업자의 변경, 재료비 인하 등의 필요한 조치를 취하고, 또한 피고 회사에 대하고 구체적인 영업 지도를 할 의무가 있었음에도 불구하고 이를 방치하고 위 의무를 소홀히 했다. 그러면, 피고회사는 평성 12년 1월20일자 서면으로 원고에 대하고, 원고의 위 채무 불이행을 이유로 하고, 본건 계약을 해제한 취지의 의사표시를 했다. 그 경위는 다음과 같다.
- 원고는 본건 계약체결 때, 피고회사에 대하여 본건점포의 매상예측으로 월 정액 250만엔 정도 라고 취지의 예측을 제시
  - 그러나 노력에도 불구하고 원고 지정 원재료의 가격이 고가인 것으로, 비용이 늘고, 예측한 수익이 들지 않고, 평성11년 9월 무렵으로 매상하강 시작함, 영업 유지가 곤란한 상황으로 됐다.
  - 피고회사는 위 상황을 같은 해 12월 무렵부터 본건 계약을 해소하고 싶은 취지를 전하고, 원고의 경영방침을 개선추구하고, 이것이 개선되지 않는 한 본건 계약을 해소하지 않을 수 없다고 반복 신청했음
  - 그러나 원고의 개선 노력은 보이지 않고 방치되어왔음
  - 그러면 피고회사는 평성 12년 1월 20일자 서면으로, 원고에 대하고, 위 채무불이행을 이유로 하고 본건 계약을 해제한 취지의 의사표시를 한 것이다.
- ② 프랜차이즈 계약에 있어서 위약금조항은, 당사자의 한쪽에 해당 계약의 계속을 추구한 것이 곤란한 사태가 발생하고, 그 때문에 해당계약의 계속을 추구하는 것이 일반 당사자에 관해서만 불이익을 가져오는 경우에는, 적용되지 않는다고 해석한 것이 상당한다.
- 본선에 있어서도 본건 계약의 계속은, 피고회사에 있어서만 손실을 확대, 계속시키는 것이고 이것을 강요한 것이기 때문에 그 적용이 배제 된다고 봐야 한다.

### 2) 공서양속위반

본건 제9조 소정의 위약금 금액은 로열티의 60개월분 실제손해액과 비교 현저하게 많고, 장기에 걸쳐, 피고회사에 계약을 강제하고, 오로지 원고의 이익을 확보한 것이고 현저하게 사회적 상당성을 결여하기에 공서양속에 반하고 무효이다.

### 3) 권리남용

상기 2조항의 사정 및 원고의 대응에 의하면, 피고 회사가 본건계약을 해제한 것은 부득이한 경우고, 이것을 이유로 원고가 위약금을 청구한 것은 신의칙에 반하고, 권리 남용이라 한 것이 당연하다.

## 4. 판결요지

### 가. 청구원인에 대한 판단

- 1) 이시다의 의동생 다네코토업을 본건 점포 근처에 개업한 것은 당사자간에 다툼이 없고, 원고가 본 소장에 보관중위 가맹금 70만엔의 반환채무와 원고가 피고에 대하여 가지고 있는 본건 계약 9조의 420만엔의 손해배상채무와 그 상대액에 있어 이를 상계하고자 의사표시를 당 재판소에 현저하다.
- 2) 다음 사실은 증거에 의하여 인정할 수 있다.
  - ① 원고는 피고회사와 이하와 같은 본건 계약을 체결하고, 피고회사는 보증금 70만엔을 예입하고 배달점 영업을 시작한 것.
  - ② 이하의 내용
    - ㉠ 본건계약의 목적이 맛있는 것의 신속배달과 지역소비자에 밀착, 사회에 공헌하는 것(본건계약1조)
    - ㉡ 원고회사는 피고회사에 대하여 상호승인 허락(동2조)
    - ㉢ 피고회사는 원고에게 가맹금 80만엔을 지불, 가맹보증금 70만엔을 예입하고, 로열티 1개월 7만엔을 지급한 취지.
    - ㉣ 피고회사는 영업소의 소재지를 본건 점포라 한 취지
    - ㉤ 지정업자 및 기술지도(상위 기술내용임)
    - ㉥ 피고는 본건 계약에 의한 권리를 허가없이 제 3자에게 양도한 취지.
    - ㉦ 성실 준수의무로써(동7조)
    - ㉧ 피고회사는 다음 사유에 의거하고 아무런 의사표시가 없더라도 본건 계약이 소멸하고, 그 지위를 상실한 취지(동8조)
      - 점포의 폐쇄 또는 해약
      - 계약자의 사망
      - 계약기간의 만료
      - 가맹점이 영업의무를 계속하는 것이 불가능한 상태, 혹은 불가능한 것이 명백한 경우
    - ㉨ 피고회사가 다음 조항에 해당한 경우 원고는 아무런 통지를 취하지 않고 본건 계약을 해지하고 미불금의 청구를 할 수 있는 취지
      - 본건 계약의 5조 내지 8조, 10, 11조의 각 항에 해당하고 또 는 이것에 위반한 경우
      - 피고회사가 대금지불을 소홀히 했다면 또는 은행거래 정지 처분을 받았던 경우
      - 피고회사가 가압류, 가처분, 압류, 경매가 제기하고, 체납처분, 파산의 신청을 받았던 경우
      - 원고의 프랜차이즈 산업을 방해하고, 또는 이것을 방해할 것 같다고 한 행위가 있던 경우
      - 원고가 허가없이 원고지정업자에게 물건을 구입한 경우
      - 피고회사가 형사 소송에 관련되고 명예훼손의 우려가 있는 경우
      - 다른 가맹점의 탈퇴를 선동한 행위가 있던 경우
      - 그 밖의 본건 행위의 일탈 행위가 있었던 경우
    - ㉩ 본건 계약이 실효한 경우 피고 회사는 원고로부터 주어지고 있던 권리행사를 곧 정지하지

않으면 안되고 원고로부터 대여하고 있는 것 모두 반환하고, 본건 계약이 소멸한 경우, 본건 점포에 있어 동종사업을 행하고 있다.

㉔ 피고회사는 원고가 제작한 메뉴를 회사 이미지통일화위해 영업상 필요한 인쇄물 일체를 원고로부터 구입하지 않으면 안된다는 취지

① 본건계약은 체결 날(해)로부터 만 5년이라고 한 취지, 단 계약만료 1개월 전까지, 원고 또는 피고 회사로부터 서면에 의한 신청이 있고, 경우에는 기간을 더욱 5년간 자동으로 갱신하고 이후도 마찬가지로 한 취지

- 3) 본건 계약에 관련된 계약서에는 [기술지도 영업방침등 세칙] 이 첨부되고 있는 데 그 말미에는 [지정업자 일람]이 첨부되고 있는 것
- 4) 피고회사는 본건 계약체결후 2년 가까이 본건 점포에서 영업하고 있던 것, 그사이 원고는 1개월 1회 비율로 순회하고, 피고 회사에 대하여 음식재료 등의 원재료 품질, 배달시간의 장단, 포스팅의 지도 등을 행하고 있던 것, 그때 원고는 피고가 전일의 쌀밥이나 상한 재료 및 오래된 기름을 사용하는 것을 지적, 그 개선을 지도하고 있던 것
- 5) 원고는 평성11년 6월16일 피고회사가 원고가 상기 지정한 재료업자 이외로부터 음식재료를 사들인 것을 확인하고, 이것을 개선하도록 신청
- 6) 피고회사는, 원고에 대하여, 이전부터, 원고 지정 구입업자로부터의 구입가격이 높다고 큰 불평을 신청하고 있지만, 평성11년9월 무렵, 그 매상이 저하된 것도 있고, 원고가 받아들인 것으로 되지 않았던 것으로 이것에 강한 불만을 안고 있었던 것
- 7) 이시다의 의동생이 평성11년11월, 다네코도업을 본건점포 근처에 개업하고, 피고회사도 같은해 12월20일, 원고에 대하여, 경영이 어려워진 것을 이유로 하고, 동년 말일로 폐점한 취지를 서면으로 통지한 것.
- 8) 피고회사는 평성 11년 6월 무렵, 원고가 지정한 음식재료업자 이외의 업자로부터 구입한 것이 인정되고, 본건 계약5조에 위반한 것이고 이는 본건 계약사의 채무불이행에 해당되는 것이 분명하다.

#### 나. 판결과정

- 1) 이 점에 관하여, 원고가 피고회사에 대하여, 본건 점포의 예상매출으로써 월정액 250만엔의 매상이 있다는 취지의 예측을 제시했음에도 불구하고, 늦어도 평성 11년 12월무렵에는 지정업자로부터의 구입이 높은 것을 원인으로 하고 위의 매상을 얻을 수 없게 됐기 때문에 원고는 본건 계약상, 이를 시정해야 하고, 필요한 조치를 취하고, 또한, 피고에 대한 구체적인 영업지도의 의무가 있었음에도 불구하고 이를 방치 의무를 소홀히 하였다는 취지의 주장을 한다. 그렇지만 위 매상예상이 과대 불합리했었던 것, 또는, 확정적인 매상의 보증이었다는 것을 인정하는데 충분한 증거는 있고(이 점에 관해 을1호 증의 기재부분은 채용하지 않는다.) 또, 원고가 지정한 업자의 구입가격이 높다는 충분한 증거는 전혀 없다. 더욱 원고가 개점 후 월 1회 비율로 순회하고 재료품질, 배달시간 등 회사영업에 관하여 적절히 지도, 조언한 것은 상기 인정한 바와 같다. 그렇다면 원고에 있어 본건 계약상의 상기 이행 채무불이행이 있다는 피고들의 상기 주장은 그 나머지 점에 관해서 판단할 것까지 없고 이유가 분명하다.
- 2) 프랜차이즈 계약에 있어 위약금조항은, 당사자의 한편 계약의 계속을 추구한 것이 곤란한 사태를

발생하고, 일방 당사자에게만 불이익을 가져오는 경우에는, 적용되지 않는다고 해석한 취지에는 본건 8조에 있어서는 아무런 의사표시 없더라도 계약이 소멸하고, 피고회사가 본건 계약상 지위를 상실한 경우를 한정적으로 열거하고, 그 중에는, 가맹점이 영업의무를 계속해가는 것이 곤란한 상태 또는 불가능한 것이 명백하다고 한 경우를 언급하고 있고, 이 경우에 상기 위약금에 관한 조항(본건계약9조)의 적용을 예정하는 것이 없고, 이것에 의하면 운영불가능 상태가 명백한 경우의 사실을 인정한 것이 당연 증거도 한 있고 가하고, 상기 인정의 여러 가지 사실하에서는, 본건 계약 8, 9조를 피고 주장처럼 해석할 수 없다.

- 3) 계약9조의 소정의 위약금 금액은, 로열티의 60개월분이라고 한 것이고, 위 예정배상액은 실제의 손해액에 비해 과대 산정한 것이고, 따라서 그 전부 또는 일부가 무효라는 취지를 주장하는 것에 대해서 계약기간이 5년이라고 한 것, 로열티는 월 7만엔이고, 그 위약금의 금액도 60개월분의 420만엔에 그치는 점, 원고는 피고에 대하여 가맹보증금 70만엔의 반환채무를 상기 인정한 바와 같고, 프랜차이즈 계약에 있어서는 가맹점에 대하여, 계속적인 계약을 예정하고 여러가지 노하우 등을 제공한 것이고, 영업비밀을 보호하고, 노하우의 부당한 이용등에 대응할 필요성, 본건 계약에 있어 위 조항은 합리적인 한도에 그치고 있는 것이 당연하다.
- 4) 원고가 본건 계약상 채무 불이행을 했기에 피고회사가 계약을 해제한 것이고, 이것은 부득이한 것이고, 이것을 이유로 원고가 청구한 위약금은 신의칙에 반하고, 권리남용인 취지를 주장하지만, 원고가 본건 계약상, 채무불이행을 행했다는 사실이 인정되지 않는 것은 이미 실시한 것으로 분명하기에 피고들의 주장은 이유없다.

#### 다. 결론

이상에 의하면, 원고의 본소 청구는 이유가 있기 때문에 이것을 인용한 것으로 하여, 소송비용의 부담에 대해 민사소송법 61조를 적용하고, 피고들은, 원고에 대하여, 각자 350만엔 및 이것에 대한 평성 12년2월16일로부터 완제일까지 연 6분의 비율에 의한 금원을 지급하라. 소송비용은 피고들의 부담으로 한다.

상기 소에서의 피고측 주장인 원고의 채무불이행은 프랜차이즈인 원고가 예상매출(250만엔/월)의 취지가 확정적인 매상의 보증이었던 대한 충분한 근거가 없고(2년간 영업활동을 지속하며 매출이 있었을 것임) 당시 경제의 상황(거품붕괴 이후)의 전반적 악화가 영향이 컸을 터 이는 원고의 책임이라 보기 힘들고, 지정한 음식업자의 재료대가 고가로 영업의 손실을 겪었고, 필요한 영업활동 지원을 해야 될 의무를 소홀히 한 것에 대한 주장으로 이는 평성 11년9월 무렵 매상이 저하된 이유와 프랜차이즈의 고유가치 및 월1회의 비율로 영업지도활동을 지속해왔기에 우리 390조에 의한 상황에 의거 피고의 주장은 설득력이 없다. 원고는 본건 계약 제 9조(허가 없이 원고 지정 재료업자 이외의 물품을 구입하고), 7조(허가없이 동종, 유사업을 했으며)에 의하여 피고에게 계약해지를 통고 했으므로 법률적 하자는 없는 것으로 보인다. 피고는 원고와의 본건계약당시 가맹 보증금(계약3조2항) 및 위약금(본건 계약9조(420만엔)에 대해 합의 계약한 상황으로 보아 그 차액을 원고에게 지불하여야 한다.

## [관련 법률지식]

## 5. 위약금

위약금이란 채무불이행의 경우에 채무자가 채권자에게 지급할 것을 약속한 금전이다. 위약금은 그 약정목적에 따라 위약벌과 손해배상액예정으로 분류되는데 특별한 약정이 없는 한 손해배상액예정으로 추정된다.

위약금이 손해배상액의 예정인 경우에는 배상액의 예정에 관한 규정이 적용된다. 반면 위약벌로서의 성질을 지니는 한 채무자는 채무불이행시에 채권자의 손해의 유무와 관계없이 위약금을 지급해야 하며 그 이외에 자신의 귀책사유에 의한 손해가 있을 때에는 그 손해도 배상해야 한다.

손해배상액예정이란 채무불이행의 경우 채무자가 지급해야 할 손해배상액을 당사자 사이에 미리 계약으로 정하는 것을 말한다. 손해배상액예정계약이 제한되는 경우는 다음과 같다. 근로계약에 있어서 사용자는 근로자와 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결할 수 없다. 약관의규제에관한법률은 고객에 대하여 부당하게 과중한 지연배상금 등의 손해배상의무를 부담시키는 약관조항을 무효로 하고 있다. 배상액의 예정계약의 내용이 사회질서에 위반하거나 타인의 공박, 경솔, 무경험을 이용하여 폭리를 얻으려는 경우에는 그 한도에서 무효로 된다.

## 6. 소송과 중재 : 모든 것이 실패했을 때

## 1) 사법상 치료의 불균형

종종 franchisor와 franchisee 간의 의견차이를 우호적으로 두는 것은 가능하지 않으며, 소송으로 가는 것이 필요하게 될지도 모른다.

“싸움”에 대비하고 있는 franchisee를 counseling하는 것은 소송에 휩쓸어 넣으려 하고 있는 다른 어느 의뢰인에게 충고하는 것과 크게 다르지 않다. 카운슬러는 사실을 수집하고, 그 사실을 평가하기 위해 필요한 조사를 실시하고, 그 주장이 합법적인 힘이 있는지 검토하고, 그 주장을 어디서 언제 하여야 하는지 전술적 고려사항들을 실행하여야만 하며, 그렇지 않고 만약 일부 양자택일의 형태에서 논쟁의 해결은 원하는 것이거나 법에 의해서 강제적으로 되는 것이다. 그런 경우에 franchisee는 그들이 “싸움으로 가든지 단순히 현상에 순응하든지 결정해야만 한다.

프랜차이즈 관계는 지속적으로 유지되는 것이며, 거기에는 때로 확실한 이점이 있다는 것을 명심해야만 한다. 만약 franchisee가 확장하거나 갱신하기를 원하고, franchisor가 franchisee에게 확장 또는 갱신 권한을 줄 것인지 말 것인지를 통제할 수 있다면 이것은 특히 사실일 것이다. 반면에, 특정한 기회에 권리주장을 태만이 하는 것은 나쁜 신호를 주는 것이며, franchisor에 의해 미래에 속여 넘어가게 될지도 모른다.

Franchisee는 franchisor에 반대하는 요구가 효과적으로 수행하기 매우 어렵다는 것을 깨달아야만 한다. franchisor는 주로 몇 개의 법적절차와 그 사실의 공적과 무관한 이점들을 가지고 있을 것이다. franchisor는 법률변호인을 고용하거나 일상적인 사건을 취급하기 위한 자문 변호인을 가지고 있을 것이다. 반면에, 본질적으로 franchisees를 변호하는 일에 전념하는 변호사의 수는 희박하다. 따라서, franchisee를 변호하는 일에 경험이 풍부한 변호사를 찾기란 매우 어렵고, 그 결과 법률가는 예비 지식

을 얻는데 더 많은 시간과 돈을 써야만 할지도 모른다.

게다가, 프랜차이즈 협정은 분쟁이 법정에서 franchisor나 franchisor본부와 밀접한 사람들에게 더 유리하고, 프랜차이즈 관계법을 포함여부를 떠나the laws of franchisor's state 아래에서 해석되기를 요구할 것이다.

빈번하게, 프랜차이즈 협정은 분쟁의 규정들이 수정된 중재의 절을 가지고 있을 것이다. 예를 들면, 중재 절은 franchisor에 유리한 방법으로 되어 있는 증거의 규칙을 제한하거나, 손해배상을 회수하는 franchisee의 권리를 제한할지도 모른다.

franchisor(또는 그 법률가)가 프랜차이즈 계약서를 처음 만든 이후 거의 모든 계약서가 확실히 franchisor에게 유리하게 된 것이다. 자세히 설명하면, 프랜차이즈 계약에서 franchisee의 의무는 관례적으로 세부사항까지 아주 자세히 기술되어지지만, franchisor의 의무는 다소 불투명하고 종종 “유일한 결정권 안에” 또는 “franchisor는 합리적으로 결정함으로써” 같은 말들로 연결된다.

결국, 소송 법률은 franchisees에게 매우 불리하게 되어져 있다. 그 이유 중의 하나는 주의 받는 것과 같이 프랜차이즈 계약이 franchisor에게 유리하게 기울어져 있다. 따라서 오직 계약의 한 켠점을 해석할 때는 franchisee가 불리한 판결을 받을 것이라는 것이 내재되어 있다.

일반법에서 사기 사건들, 특히 franchisor가 franchisee를 의도적으로 잘못하게 했다고 (증거가 충분하지 않으나) 주장하는 사건들은 일어나기가 쉬우나 모든 사기사건과 같이 입증하기가 어렵다. 이 사건들은 franchisee에게 입증 책임을 요구한다. franchisor가 본질적으로 잘못된 설명을 했거나 잘못되어지지 않도록 설명하는 것에 필요한 본질적인 사실을 소홀히 하였다는 것, 보고서가 만들 때 잘못되었다는 것 잘못된 설명이나 설명하지 않은 것이 고의적으로 또는 부주로 만들어 졌다는 것 그 franchisee가 잘못된 설명을 믿었고 그 신뢰가 정당화되었다는 것 그리고 그 손해가 그 잘못된 설명의 결과라는 것. 장래 일이 실행되지 않은 약속은 만약 원고가 피고의 고의적인 약속 불이행을 규명할 수 있지 않으면 사기가 아니라 계약불이행의 청구를 발생시킬지도 모른다.

1960년대와 1970년대에, franchisor에 대한 청구는 종종 연방정부의 독점 금지법 위반을 기초하여 발생되었다. 그러나 과거의 10년에 걸친 법의 전환 뿐만 아니라 청구에 대한 이러한 성과를 가져오는 희생(필요경비)은 일반적으로 독점 금지의 원고에 있어서 훨씬 어렵게 하고, 이 기초 위에서 franchisee를 위해 거의 승리를 낳지 않았다.

1970년대 후반에서 1980년대에 franchisor가 franchisee에게 수탁자의 의무를 지고 있는 청구들이 자주 주장되었으나, 이 이론 아래 franchisee의 승리가 거의 없었다. 오늘날 비록 독특한 사건들은 법정에서 정반대의 결론으로 우세하게 될 수 있을 지라도, 일반적으로 franchisees에 대한 franchisor의 수탁자의 의무가 없다는 것은 상당히 정착된 것 같다.

최근에 많은 franchisee들은 프랜차이즈 계약이 정직하고 공정한 거래의 의미 있는 서약이 포함되어 있다는 것을 주장했다. 일반적으로, 법정은 매력적인black-letter law의 이 보고서를 찾았으나, 그것을 프랜차이즈 계약의 명확한 관계를 바꾸는데 사용하는 것을 매우 싫어했다.

## 2) 입법의 해결

주의 프랜차이즈 등록 또는 공표 법률들과 주의 프랜차이즈 관계 법률들은 일부분씩 프랜차이즈 관계의 관리에서 프랜차이즈 행동거지를 받아들이 수 있는 최소의 수준인 기준선, 특히 프랜차이즈 관계

를 끝내는 것에 관련하여 기준선이 설정되어 제정되었다.

15개 주는 프랜차이즈의 판매를 통제하는 법률을 채택했다. 이 법들은 일반적으로 프랜차이즈가 제공되거나 팔리기 전에 해당 주의 행정관에 프랜차이즈 영업을 등록하는 것을 요구한다. 그 법령들 역시 프랜차이즈가 팔리기 전에 프랜차이즈에게 주어지는 규정된 형태의 공표 보고서를 요구한다. 프랜차이즈 판매에 대한 확실한 광고물은 그 주에서 미리 정리되어진다는 것 소득(수입) 청구 또는 프랜차이즈의 재정상의 예상과 실행에 관한 서술은 규정된 규칙에 따라서 만들어 진다는 것 그리고 만약 그 법규를 위반하면 민사나 형사상 구제책이 존재할지도 모른다.

19개 주는 프랜차이즈 관계를 다양한 관점에서 폭넓게 변화하여 규정한 법규들을 가지고 있다. 이 법률들은 종종 그들이 주는 것보다 더 많은 것을 기대하게 한다. 대개는 1973년 첫번째 OPEC 석유 금수조치에 따라 석유산업의 소매축소에 반응하여 1970년대 중반에 제정되었다. 다른 것들은 1960년대와 1970년대 초에 몇몇의 franchisor에 의해 산발적으로 일어나는 프랜차이즈 남용에 대응하여 제정되었다. 최종적으로 제정된 법률은 1992년 Iowa에서 통과된 새로운 법률이 제정될 때까지, 제정된 최종적인 법률은 1980년에 약화된 캘리포니아 프랜차이즈 관계법률이었다. Iowa를 제외하고 Indiana, Michigan, Minnesota 주가 더 작은 정도에 있는 것은 이 주들의 법률들은 20년 전 문제들이었던 (불공평한 결과와 같은) 관행을 말하는 경향이 있고, 1990년대 몇몇 프랜차이즈 시스템에서 중대한 문제점인 (프랜차이즈의 근원적 기회를 남용하고, 침범하고, 독립적인 단체를 이끄는 프랜차이즈를 미묘하게 협박하는 기회주의와 같은) 관행을 말하는 것이 부족하다. 이러한 법률들을 가지고 있는 주들은 각자 법을 제정한 후의 서명, 갱신 또는 수정되어진 프랜차이즈의 franchisees를 위해, 이 법률은 일부 소송에서 약간의 안도감을 줄 수 도 있을 것이나 그 효과는 미약하다.

1979년에 연방 상거래 위원회는 "Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures" (the FTC Rule)이라고 명시된 공표의 규칙을 채용하였다. FTC 규칙은 공표 보고서가 FTC로 채워지거나 FTC에 의해 재검토되지 않는 것과 만일 FTC 규칙이 위반되게 되면 어떤 개인의 행동상의 원인도 없다고 하는 점에서 주정부의 등록과 공표의 룰과 다르다. FTC 규칙은 프랜차이즈 관계를 통제하지 않는다.

많은 주정부들은 the Federal Trade Commission Act (연방상거래 특별법) 아래 불공정 거래 관행의 개념을 통합한 "작은 FTC 법"으로 알려져 있는 법을 가지고 있다. 이런 종류의 주정부법은 franchisees에게 기본적으로 FTC 규칙을 위반한 것에 소송을 거는 것을 허락할지도 모른다.

입법의 지원이 있음에도 불구하고 franchisee에게 소송은 지긋지긋한 일이다. 종종 피로운 franchisee는 어려운 재무 상태에 있을지도 모르고, 그들의 로열티를 지불하든지 아니면 그들의 법률가에게 지불할 것을 강요당할지도 모른다. 만일 franchisee가 단지 법률가에게 지불하면 프랜차이즈는 그들의 프랜차이즈 협정에 대한 불이행이며, franchisor에게는 지속 가능한 보복적인 결과에 대해 신뢰할 수 있는 기초를 주지 않는 것이 프랜차이즈 소송에서는 치명적으로 중요한 것이다. 로열티 지불 불이행은 (충분한 증거없이) 진술한 주장에 관계없이 결과를 위한 좋은 근거이다.

franchisee를 변호하는 소송은 여러 가지 다른 원인들로 인하여 빈번하게 어려움이 있을 것이다. 예를 들면, 증거는 당사자 사이에서 구두(증언)의 교환에 상당히 의지할지도 모르고, 그리고 이것들은 만약 프랜차이즈 계약이 통합 절을 가지고 있거나 그 계약이 두가지 뜻으로 해석되지 않다면 (적어도 계약의 논쟁에서) 증거로 용인되지 않을 지도 모른다.



또한 좋은 증인을 섭외하는 것은 어려울 것이다. 비슷한 처지에 있는 다른 프랜차이지들과 적절한 증거를 가지고 있는 사람들은 그들이 franchisor와 지속적인 관계를 가져야 하고 그들을 위태롭게 하는 것을 원하지 않기 때문에 적극적으로 증인이 되지 않으려고 할지도 모른다. franchisor의 직원들은 주로 그들의 일과 고용주를 보호하는 것에 흥미가 있을 것이다. 이전의 직원들은 본질적인 잘못이 어디에 파묻혀 있는지 알지만, 만약 그들이 사실적으로 말하게 되면 그 산업에서 그들의 직업기회를 놓치게 될지도 모르고, 또는 그들은 단순히 과거를 파묻히기를 바랄지도 모른다. 일반적으로 실존하고 있는 재정상 억제하는 이유는 franchisee의 법률가가 모든 증인을 증언하게 할 수 없고, 모든 이론을 추구하지 않는 대신, 가려내고 골라야하기 때문이다.

franchisee의 법률가가 조사해야만 하는 하나의 길은 franchisor에 반대하는 유사한 불평을 가진 franchisees가 있는지의 여부이다. 많은 franchisees를 대신하는 행동은 항상 franchisor에게 더 큰 압력을 가하고, 비용분담을 위한 매개물을 제공하고, 그 때문에 주장을 강력히 수행하는데 변호사의 힘을 키우게 된다.

한가지의 대안은 집단소송이다. 그러나 항상 비슷한 상황에 처해있는 franchisees의 수는 충분하지가 않다. 집단 소송에 대한 또 다른 장애물은 프랜차이즈 사건이 매우 특유한 상황에서 일어나는 경향이 있고, 거기에는 공통점이 적으며 단체로 증명할 개연성이 감소될 지도 모른다. 만일 금전손해를 포함하여 구제방안을 찾았더라도 그 사실을 증명하는 고유의 어려움들과 각 집단멤버의 총계는 집단으로 취급하는 것을 방해할지도 모른다. 게다가 비록 그 사건이 집단행동으로 원만하게 처리되어도, franchisor가 집단의 증명을 적극적으로 방해할 것- 그 사건을 유용한 해결 실마리를 찾아보는 것 없이 쉽게 1년 또는 그 이상의 기간에 걸친 싸움-이라고 예상해야만 한다.

두 번째 대안은 원고라고 불리는 모든 franchisees를 위한 것이다. 이것은 집단증명의 쟁점을 넘어 지연이나 수단의 전환을 제거한다. 그러나 이것 역시 집단증명이 가망이 있거나 진상규명이 되는 것이라면 성취되는 효력을 제거한다. 이 접근방법에 관한 두 번째 문제는 참여하고 있는 franchisees가 franchisor와 같은 사법권의 거주자일지라도 그것이 연방 재판소에서 발휘되는 franchisees의 능력을 파괴할지도 모른다는 것이다.

세 번째 대안은 만약 franchisor가 그 소송을 패소하는 것을 바라면서 선회(먼저 일어난 예)를 선택하고, franchisees의 그룹을 위해 배후에서 자발적으로 원고를 도와주는 것이다. 그것은 다른 franchisees와 화해에 관하여 협상하거나, 부차적인 금반언(禁反言 : 먼저 한 주장에 반대되는 진술을 뒤에 하는 것을 금지함) 이론 아래 후차적 소송의 결정으로 속박되어질 것이다.

만일 franchisor가 재정적으로 돈에 궁하면, 네 번째 대안은 franchisees를 위해 franchisor가 여유있는 것보다 더 많은 자원을 소송에 위탁할 것을 강제하는 여러가지 사법권의 행동을 실행하는 것이다.

단지 명령적이고 선언적인 구제방법을 찾고 있는 사건에서 성공적일 수 있는 또 다른 전술은 그 멤버들의 대변자 자격으로 그 멤버들을 지원하는 단체의 이름으로 행동하는 것이다.

### 3) 결론

전형적인 프랜차이즈 변호사는 프랜차이즈 법률분야에 필요한 지식이 있어야만 하고, 비즈니스 카운슬러가 되어야만 하고, 때때로 역학적인 그룹의 문제에서 뿐만 아니라 분쟁해결의 영역에 있어서도 충분한 지식을 가지고 있어야 한다. 그 밖의 모든 것이 실패할 때, 프랜차이즈 변호사는 소송(또는 프랜차이즈 경험이 풍부한 소송자를 찾아내는 노하우)에 숙련되어야만 한다.

당연히, 어떠한 변호사라도 오늘날 사회에서 이러한 모든 일을 하는 것은 어렵다. 그러므로 관련 이 슈들을 간파하고, 그들의 전문적 지식의 영역 안에서 그 문제를 처리하고, 그들이 어려움에 처한 것을 알았을 때 도움을 요구할 수 있도록 하는 것이 카운슬러에게 중요하다

## 제24절 가맹본부의 고객확보의무를 부정한 사례

[판례]

### 1. 사건의 표시

평성 13년 9월 13일 동경지방법판소

### 2. 판결내용

#### 가. 청구취지

입시학원의 경영이나 그 컨설턴트 업을 운영한 피고와 입시학원 경영에 관한 프랜차이즈 가맹계약을 체결한 원고가 피고의 불법행위 및 채무불이행에 의하여 적자 경영으로 되고 손해를 입었다고 주장하 고 손해배상을 추구한 사안이다.

#### 나. 사건의 경위

- ▶ 원고는 자택에서 초등학생의 학습 지도를 행한 “무당입시학원”을 경영하고 있다. 피고는 완전 개 별지도를 표방하는 “학신 세미나”의 프랜차이즈시스템의 본부이다.
- ▶ 원고와 피고는 다음 내용의 프랜차이즈 가맹계약을 체결했다.
  - 가. 피고는 원고에게 “학신 세미나”의 명칭사용을 인정한다.
  - 나. 피고는 원고에 대하여 경영의 조언·지도를 행한다.
  - 다. 원고는 피고에 대하여 가맹금 및 책상, 칠판등의 지급 대금의 합계 362만 2,500엔을 지급한다.
  - 라. 피고는 원고를 위해 규정 매수의 신문 끼워넣고 전단지, 다이렉트 메일에 의한 선전을 행한다.
  - 마. 피고는 강사의 연수를 실시하고 원고에게 강사를 소개한다.
  - 바. 원고는 강사에 대하여 급여 및 교통비를 지급한다.
  - 사. 원고는 피고에 대하여 매월의 수입금액의 15%를 컨설턴트 대가로 지급한다.
- ▶ 원고는 은행에서 500만엔의 융자를 받고 피고에 대하여 가맹금등 362만 2,500엔을 지급했다.
- ▶ 원고는 본건 계약을 근거로 “학신세미나 이나게 해안 교실”(이하 “본건입시학원”이라 한다.)를 개 교했다.
- ▶ 피고는 원고에 대하여 평성 11년 4월30일에 본건 계약해지의 의사표시를 하고, 원고는 피고에 대하여 같은 해 5월 6일에 본건 계약해지의 의사표시를 했다.

## 다. 원고의 주장

### ▶ 피고의 불법행위

피고의 담당자 나토리는 다음과 같은 불법행위가 있었기 때문에 피고는 사용자책임이 있다.

가. 원고는 본건 계약 전 무당입시학원을 경영하고, 월수입 약20만엔을 얻고 있었지만, 매월 12만엔의 주택자금의 지불이 있어 경제적으로 여유가 없었다.

나. 원고는 필요한 자금을 차입하고, 피고의 프랜차이즈에 가맹하고 본건 입시학원을 개교하고, 당장은 무당입시학원과 본건 입시학원을 병존 시키지만 본건 입시학원이 궤도에 오르면 무당입시학원을 폐쇄할 것을 생각하고, 나토리에게 “가”의 사정을 설명하고 신규학생의 확보나 본건입시학원 경영의 채산성을 문의했다.

다. 나토리는 원고에게 선전하면 상당수의 신규 학생의 확보가 가능하고, 피고가 우수한 강사를 소개한다. 그리고 피고 담당자가 학부형 대책을 강구하기 때문에 본건입시학원은 성공한다고 단정적으로 말했다.

라. 따라서 원고는 본건 입시학원의 개교를 결의하고, 은행에서 500만엔의 융자를 받고, 피고와 본건 계약을 체결했다. 그러나 본건 입시학원의 입실자는 2명의 초등학생뿐이었다.

마. 나토리는 원고의 주택자금차입 월정액 합계 22만엔을 밀돌지 않는 월수입을 확보할 수 있는 만큼의 신규 학생수를 확보할 수 있는지 아닌지에 대해 전문적인 입장에서 판단을 요구된 경우, 부근의 학생의 학부형이 1과목 9,000엔의 월사금을 고액으로 생각하여 거부반응을 나타내는 경향의 설문조사를 해야 할 신의측상의 의무가 있는데도, 이것을 소홀히 하고, 부근의 초중학교의 수나 학생수만으로 가볍게 채산이 받아들일 수 있다는 단정적인 판단을 한 것이고 이는 중대한 과실이 있다.

### ▶ 피고의 채무불이행

가. 원고는 본건입시학원의 경영을 유지하기에 충분한 정도의 최소한의 신규 학생을 확보할 의무를 포함하나, 이 의무를 이 의무를 이행하지 않았고 강사의 파견이 지연되었으며, 파견된 강사의 역량도 부족하여 본건입시학원만이 아니라 무당입시학원 그리고 원고 개인의 평판 신용도 저하됐다.

나. 피고는 진학 정보를 제공한 의무, 학생의 학부형 대책에 협력한 의무를 소홀히 했다.

다. 피고는 원고로부터 채무불이행의 지적을 받으면 원고에게 로열티를 청구하거나, 직접교섭을 피하거나, 본건 계약해제를 통고하거나 하여 원고와의 신뢰 관계를 파괴했다.

### ▶ 원고의 손해

원고의 손해는 광고비, 강사료, 교재비, 가맹금, 차용금이자, 위자료 등을 포함하여 538만 4,678엔이다.

## 라. 피고의 주장

### ▶ 불법행위에 관하여

가. 원고는 나토리의 설명을 듣고 자신의 판단으로 본건 계약을 체결하고, 본건 입시학원을 개교하였

다. 피고는 본건 입시학원에서의 조기 일원화를 추천했지만 원고가 무당입시학원과의 병존을 희망

했기 때문에 원고의 의향을 존중했다. 원고는 월사금 3,000엔의 무당입시학원과 월사금 9,000엔의 본건 입시학원을 동일한 팜플렛으로 선전했기 때문에 많은 응모자는 무당숙에 몰리었다. 또 원고는 스스로 발안한 강사에게의 고액의 급여와 저액인 월사금이라고 한 시스템을 채용했다.

나. 나토리는 본건 계약전에 원고로부터 주택구입자금의 차입 이야기나 은행으로부터의 차용금액, 매월의 변제액등을 듣지 않았고, 매월의 변제액 정도의 월사금 수입이 확보 가능할까 라는 질문도 없었다. 다만 무당입시학원 정도의 이익이 있으면 좋다고 말했다. 나토리는 월사금 9,000엔에 몇명의 학생이 모이면 이익률이 어느 정도가 되는지를 설명했지만 원고 주장과 같은 단정적인 발언은 하고 있지 않았다.

다. 나토리는 부근주민에 월사금 부담액에 관한 의식을 조사해야 할 의무를 다 하였으며, 그 결과 월사금 1만 5,000엔의 학원이나 30만엔의 선불금을 요구한 학원등도 있다. 따라서 9,000엔의 월사금이 고액이라고 생각하지 않았다. 피고는 다수의 학원 운영에 관여하고 있지만 월사금은 일률 9,000엔이다.

#### ▶ 채무불이행에 관하여

가. 피고가 원고의 경영을 유지하기 충분한 정도의 최소한도의 신규 학생을 확보하는 것은 본건 계약상의 의무가 아니다. 피고는 계약상의 의무인 경영에 관한 조언 지도를 행하여 왔다.

나. 피고는 능력있는 강사를 소개하고 소개 의무를 다했다.

다. 피고는 원고에게 교부한 진학 정보제공의무를 다하였으며, 학부형과의 면담도 실시하였다.

라. 신뢰관계를 파괴한 것은 자기의 경영책임을 인정하지 않고 피고에게 과대한 요구를 한 원고쪽이다.

#### 마. 재판소의 판단

##### 1) 피고의 불법행위책임에 관하여

본건 입시학원은 기본적으로 경영자인 원고의 판단과 경영 노력에 의하고 운영되는 것이 당연한 것을 생각해 보면, 나토리에 미리 일정액의 월사금 수입에 걸맞는 신규 학생수를 확보할 가능성의 유무나 인근주민이 9,000엔의 월사금이 고액인지 아닌지에 대해 조사해야 할 법적인 의무가 있다고는 인정되지 않는다. 따라서 피고의 불법행위책임을 인정한 것은 가능하지 않다.

##### 2) 피고의 채무불이행책임에 관하여

가. 본건 계약서를 보아도 피고에게 일정수의 신규 학생을 확보한 계약상의 의무가 있다고 인정되 않는다.

나. 피고가 원고에게 소개한 강사는 학생을 가르치는데 부적절한 자가 아니었다라고 인정된다.

다. 원고는 피고에 대하여 진학교의 편차치표를 교부하는 등의 정보를 제공하고 또 원고를 위해 학부형 간담회를 여러 차례 개최했다. 학부형 대응은 피고만의 의무가 아니고 원고와 피고가 서로 협력하고 행해야하는 취지의 설명이 있다고 인정된다.

라. 컨설턴트비용의 지불은 본건 계약상의 원고의 의무이기 때문에 피고가 원고에게 그 지불을 청구한 것은 문제가 없고, 원고가 학부형에 배포한 문서의 내용으로부터 생각하고 피고가 본건 계약

해지의 의사표시를 한 것은 원고에 대한 대응이 계약상의 의무위반이었다라고 인정되지 않는다.  
따라서 피고의 채무불이행책임도 인정되지 않는다.

3) 이상과 같고 원고의 청구는 모두 이유가 없으므로 기각한다.

바. 판례평석(대한민국법에 의거)

1) 성격

가맹점계약에 관련된 손해배상청구소송

2) 쟁점

불법행위여부 및 계약위반에 따른 채무불이행 책임

3) 불법행위여부

피고의 불법행위의 책임을 인정할 수 없다.

민법 제450조[불법행위의 내용] 고의 또는 과실로 인한 불법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

4) 채무불이행 책임

피고의 채무불이행책임을 인정할 수 없다.

민법 제527조[계약의 청약과 구속력] 계약의 청약은 이를 철회하지 못한다.

[대법원판례 2001.5.29, 99다55601,55618]

청약의 유인 : 상가를 분양하면서 그 곳에 첨단 오락타운을 조성, 운영하고 전문경영인에 의한 위탁 경영을 통하여 분양계약자들에게 일정액 이상의 수익을 보장한다는 광고를 하고, 분양계약 체결시 이러한 광고내용은 계약상대방에게 설명하였더라도, 체결된 분양계약서에는 이러한 내용이 기재되지 않은 점과, 그 후의 위 상가 임대 운영 경위 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 광고 및 분양계약 체결시의 설명은 청약의 유인에 불과할 뿐 상가 분양계약의 내용으로 되었다고 볼 수 없고, 따라서 분양 회사는 위 상가를 첨단 오락타운으로 조성, 운영하거나 일정한 수익을 보장할 의무를 부담하지 않는다.

5) 독점규제및공정거래에관한법률의 위반사항도 인정할 수 없다.

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조[불공정거래행위의 금지]①항 4호

자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위

6) 결론

가맹점계약에 대한 법원의 판단은 일반적인 계약과 큰 차이가 없는 것으로 보인다. 즉 모든 계약은 자기의 책임 하에 계약내용을 조사 분석하여 의사결정을 해야 한다는 점이 법의 판단이다.

## [관련 법률지식]

### 3. 가맹금과 법의 적용범위

“가맹금”이라 함은 명칭이나 지급형태 여하에 불구하고 다음에 해당하는 금전으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다. (가)가맹점사업자가 가맹점운영권을 부여받을 당시에 영업표지의 사용허가와 영업활동에 관한 지원·교육 등의 대가로 가맹본부에게 지급하는 금전, (나) 가맹점사업자가 상품의 판매대금 등에 관한 채무액 또는 손해배상액의 지급을 담보하기 위하여 가맹본부에게 지급하는 금전, (다) 가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 승낙 받은 영업표지의 사용과 영업활동에 관한 지원·교육 등의 대가로 가맹본부에게 정기적으로 지급하는 금전.

### 4. 법의 적용 범위

가맹점사업자가 가맹금의 최초 지급일부터 6월까지의 기간동안 가맹본부에게 지급한 가맹금의 총액이 100만원을 초과하지 아니하는 경우, 또는 가맹본부의 연간 매출액이 5천만원 미만인 경우에는 가맹사업법의 적용이 배제된다.

## 5. Counseling Franchisees

### 가. 서론

가맹사업자에 대한 법률상담의 복잡성은 종종 간과된다. 그 도전은 상당한 변호사비용을 지불하게 하는 많은 신규 가맹사업자들의 상대적 무능력에 의해 늘어난다. 다른 종류의 상담은 프랜차이즈 관계의 다른 상황에서 필요로 되어질 것이며, 변호사는 법률 조언자뿐만 아니라 사업 상담자로도 불려질 것이다.

가맹사업자 상담에는 4가지 단계가 있다.

첫번째 단계는 구매시기에 발생한다. 이 때 가맹사업자는 사업의 투자에 대하여 잘 아는 사람을 필요로 하지만, 가맹사업권에 대한 특유한 지식을 가지고 있는 사람도 필요로 한다. 이 단계에서의 조언은 프랜차이즈가 실제 적당한 투자수단인지 또는 다른 제의와 비교 평가하여 유리한 것인지 분석하여 제공되어야 한다. 소유단계의 기간에는 주로 사업상담을 필요로 한다. 만약 가맹사업자와 가맹사업본부 간에 중요한 논쟁이 일어나면 가맹사업자의 사업이득 보호를 위한 권리에 관하여 좀더 전통적인 법률상 조언이 필요하며, 논쟁을 해결하기 위해 법정으로 가든지 다른 해법을 찾는 때와 장소에 관하여 조언이 필요하다. 협상은 항상 이득이 된다.

문제는 개별 가맹사업자의 특수한 상황보다 프랜차이즈 전반적인 시스템에 의해 발생한다. 이러한 상황에서 상담자는 프랜차이즈 체제 전반의 사업협정에 친숙해져야 하고, 가맹사업자가 가져야 할 거래 태도에 대해 이해하여야 한다. 더불어 피해를 입은 가맹사업자들을 효과적인 방법으로 조직하고 집합적인 노력의 길을 여는 방법을 알아야 한다. 한편 상담자는 전통적인 사업변호사의 역할만 수행하지 않고 어느 정도 협상가로서도 행동할 것이다. 즉, 상담자는 가맹사업자의 다양한 그룹이 다른 협의사항이나 일반적인 문제에 기꺼이 동의하는 해결책으로 상호간의 협상을 하기 위한 토대를 찾으려고 노력할 것이다. 일단 상담 직무가 결정되었으면 상담자는 빈번하게 가맹사업본부와 공동의 합의 협상을 시도하는 역할을 할 것이다.

마지막으로 분쟁이 일어나고 협상이 실패하였을 때 상담자는 분쟁의 해결능력을 발휘해야만 한다. 분쟁이 이전에 법정에서 다루어진 바가 있거나, 분쟁의 해결절차로 여러 가지 대안을 통하여 해결되어졌을지도 모른다. 특히 중재는 최근 몇 년간에 가맹사업 영역에 강력한 정황을 만들어 왔다.

이장에서는 각 상황에서 부딪힐 문제를 다룬다. 여기서 초점은 사건과 법을 인용한 법률원칙을 상세히 다루진 않으며, 오히려 실제 사건에 기초하고 있을 것이다. 일반적인 실제 모델이 존재할 지라도 프랜차이즈는 복잡, 다양, 잘 변모하므로 실제 모델에서 답을 구하는 것보다 주관적인 판단이 오히려 옳은 답을 구하는데 요구되어 질 것이며, 때로는 실질적 상황과 근원이 시스템 사이에서 다를 때가 있다. 예를 들어 최근에 성공하여 유명한 산업 리더로서의 프랜차이즈 협정은 새로이 시작하는 프랜차이즈 협정과 현저하게 다르다.

## 나. 예비 가맹사업자에 대한 상담

### 1) 제한 받는 변호사의 역할

사실, 대부분 가맹사업자의 상담은 이루어지지 않는다. 많은 가맹사업자는 절대 변호사를 연루시키지 않는데, 그들은 변호사가 연루되면 돈이 많이 들고 과정을 느리게 또는 거래성사를 불가능하게 한다고 생각한다.

다른 상황에서 가맹사업자는 법률상담을 찾기 전에 그들 스스로 결심을 굳힌다. 여기서, 변호사는 프랜차이즈 계약이 잘 되기를 바라면서 간단하게 질문을 하게 되고, 프랜차이즈가 그 계약을 협상 할 수 없는 것이라고 발표한 고객의 상황에 의해 손발이 묶인 채 진전될 것이다. 그래서 고객은 자신이 쓸데없는 조언이라고 인정한 것에 관심을 기울이지 않는다.

이러한 제한적 상황에서 계약을 받아들이기 때문에 변호사를 위험한 위치에 놓이게 한다. 프랜차이즈 협정은 길고 민감하고 복잡하다. 그들은 일반적으로 상당한 투자를 하고 편협적이다. 이런 상황에서 변호사는 최선책으로 보편적인 것밖에 조언할 수밖에 없으며 진정한 상담은 존재하지 않는다. 최악의 경우 변호사는 모든 난해한 프랜차이즈 관계를 이해할 수 있게 설명할 수 없을 것이고, 점차 상담을 하면서 고객과 변호사가 처음 접할 때 변호사에 대한 고객의 기대가 컸었다는 것을 알게 될 것이다.

어쨌든, 변호사는 고객에게 조언을 주의 깊게 하고, 억지로 하지 말아야 한다. 예를 들면 가맹사업자가 이미 특정 프랜차이즈를 구매하겠다고 결심했을 때 가맹사업자는 내일까지 싸인해야 하는 거래협상 전략에는 관심이 없다.

### 2) 상담 과정

#### ◇ 고객의 이해

첫번째 과정은 고객을 이해하는 것이다.

1. 고객의 배경은?
2. 고객에게 있어 어떤 재정자원이 쓸모 있는가?
3. 고객이 특별히 소유하거나 부족한 능력은?
4. 고객의 목표 (프랜차이즈를 구매하려고 하는 이유)
5. 취득물에 강제력이 행사된 때가 있는가?
6. 고객이 특정산업에 관심이 있나?

7. 고객의 성격이 일반적이지 않는 프랜차이즈의 강제적 의사결정에 잘 맞는가?
8. 고객이 현재 이것 아니면 다른 프랜차이즈와 관계한 일이 있나?

#### ◇ 고객 교육

다음은 고객에게 프랜차이즈의 일반적이고 특별한 내용을 교육 시켜야 한다.

1. 고객이 계약문서로 작성된 계약내용을 읽고 이해할 수 있도록 자문하라
2. 고객에게 프랜차이즈의 미란다 경고(miranda warning 피의자를 구속할 때 묵비권과 변호사를 달 수 있는 권리에 관해 알려준 후 구속 하도록 한 원칙)를 주라. 즉, 프랜차이즈는 자립적인 사업가가 되기 위해 고객은 중요한 부문의 자립적 행동을 포기해야 하고, 보장은 없으며, 프랜차이즈를 얻는데 오랜 시간과 힘든 노동을 필요로 한다는 것이다. 그것은 오랜 시간의 관계이다.
3. 고객이 세계의 가장 큰 사업체로서 사업을 크게 선전하고 있는 프랜차이즈를 이해할 수 있도록 도와라.
4. 고객에게 프랜차이즈의 지위에서 벌어지는 조정 불가능한 위험을 조언해주어라. (예를 들어, 가맹사업본부가 파산하거나 경쟁자에게 권위를 탈취 당했을 때, 가맹사업본부가 프랜차이즈를 새롭게 하는 것을 그만 두었을 때, 가맹사업본부의 카리스마적 창립자 또는 CEO가 죽었을 때, 기술이 당신의 일련체제에 미치지 않고 그 일련의 시스템이 발전하지 않을 때, 당신의 길의 위치를 지킬 수 없게 될 때, 가맹사업본부는 당신이 재배치 되도록 내버려 두지 않을 것이다.)

고객은 스스로 자신이 흥미 있어 하는 특정산업분야를 공부해야 한다. 그들이 시장 트렌드 요소와 다른 분야에 발전된 것들의 책을 읽게 해라. 그리고 프랜차이즈의 기회를 지적해라.

#### ◇ 한 게임계획의 개발

다음은 일단 고객이 작은 수의 프랜차이즈 기회에 집중했으면 고객의 게임계획 개발을 연구하여 도와야 한다.

첫째, 과정속에서 일어나는 일들을 고객과 검토해 보라. 정보적 관점에서 이 자료들은 단지 연구의 시작점으로 보여진다. 고객의 주의를 운영상 이익에 작용할 사업의 공정함과 시스템 정세 등에 맞춰라.

1. 소송과 파산의 역사
2. 납부금 구조
3. 메니지먼트의 중대함
4. 가맹사업본부의 발자취 (얼마나 많은 가맹사업자가 실패하였으며, 새로운 프랜차이즈 판매의 트렌드는 무엇인가?)
5. 재정보고서 (가맹사업본부는 재정적으로 돈을 버는가? 동업하면 돈을 벌 수 있을까? 가맹사업본부는 그 힘을 유지하고 있는가? 새로운 프랜차이즈 판매가 부진하면 무슨 일이 일어나나?)
6. 공급의 독립적, 경쟁적인 원천의 유용성
7. 비즈니스가 유리할 때 발생하는 기회
8. 같은 브랜드의 경쟁적 침해시 약점
9. 프랜차이즈의 신뢰도와 참된 재계능력 (또는 현재 계약상의 조항이 권리양도 또는 재계를 선택적으로 할 수 있나?)
10. 가맹사업본부의 국제 프랜차이즈 중재 프로그램에 참여 준비



고객이 가능한 많은 가맹사업자들과 이야기 할 것과 심지어 고객이 질문목록을 만들도록 해야 한다. 특별히, 가맹사업자들에게 신뢰도를 두지 말고 재정적 실행정보를 얻도록 하고, 그들이 고려하는 다른 기회는 무엇 인지와 그것을 선택한 이유가 무엇인지 물어 보라.

또한 가맹사업자들에게 또다시 같은 프랜차이즈에 투자한다면 그들이 뭘 해야 하는지 알고 있는가를 물어보고, 프랜차이즈 판매조정을 체크하는 것과 가맹사업본부에 항의하기로 마음먹었는지 또는 먹은 적이 있었는지를 물어 보는 것도 도움이 될 것이다. ‘Better Business Bureau’(거래 개선 협회 ((공정 거래를 위한 생산자 단체 略 BBB))나 다른 프랜차이즈와 프랜차이즈를 소비자와 평가하는 ‘소비자지향 그룹들’을 체크해 본다.

만약 당신 고객이 특정분야의 한 프랜차이즈 이상의 프랜차이즈 기회를 검토한다면(뭔가 당신이 장려해야 할) 각각의 프랜차이즈에게 경쟁자의 강점과 약점을 물어 보라

고객은 비즈니스에 대하여 정교하지 못할 수도 있으므로 사업계획을 발전시키기 위해 준비된 프랜차이즈를 장려하고, 특수한 경우라면 좋은 회계원이나 다른 재정적 조언자와 계약하도록 해라.

아마도 가장 자주있는 가맹사업자의 실패는 자본부족에서 올 것이다. 그러므로 가맹사업자는 애초에 자본이 어디에 쓰이며 어떻게 조달할지를 이해해야 할 것이다.

또한 고객과 프랜차이즈 협정내용을 주의깊게 검토하라. 그들이 그것을 완전히 이해하게 하며 다른 준비사항 중에서도 아래 것들에 초점을 맞춰라.

1. 모든 지급해야 할 납부금
2. 기간과 재계약 권리
3. 협정이 고객으로 하여금 모든 시간을 헌신하도록 요구하는지 여부
4. 고객이 가맹사업본부와 관계를 맺고 있는 지정된 곳으로부터 구매하기를 요구당하는지 여부
5. 기간내 및 기간후의 비경쟁 제한
6. 잘못된 사건과 거기에 맞는 치료기간이 제공되었는지
7. 이동의 제한과 이것이 가맹사업자의 소유계획에 어떤 영향을 끼치는지
8. 가맹사업자 보호가 침해되는지
9. 가맹사업자가 가맹사업본부로부터 개업전후에 얻을 수 있는 서비스 약속(가장 일반적인 가맹사업자의 불만은 사업을 개업했을 때 가맹사업본부가 제공해야 하는 서비스의 형태와 수준을 불분명히 한다는 것이다.)
10. 가맹사업자가 등록상표를 정당하게 사용할 수 있는 보증과 가맹사업본부가 상표를 잃을 때 일어나는 일
11. 가맹사업본부가 프랜차이즈 협정의 실행 후에 부가적인 납부금을 일방적으로 강요할 권리를 가지고 있는지
12. 광고나 마케팅을 위한 가맹사업본부의 소유주가 표시된 펀드 이용의 부가된 제한

모든 프랜차이즈는 보상과 위험의 교환에 연관되어 있다. 어떤 프랜차이즈와 함께 조사한 결과 : 이 프랜차이즈가 납부금 계약상의 억제, 프랜차이즈 고유의 위험, 시스템 정세와 경제적인 기회와 시스템 브랜드의 목적달성의 수단가치, 컨디션, 경영상 지원, 광고 그리고 기타의 결합으로서 합리적인 가격 가치 관계를 나타내는가?

## 제4장

# 불법행위 책임

- 제25절 경쟁사가 가맹희망자를 유인한 것을 계약 침해에 의한 불법행위라고 보기 어렵다고 판단한 사례
- 제26절 근린방해에 의한 불법행위에서 가맹본부와 가맹점의 연대책임을 인정한 손해배상 사례
- 제27절 가맹본부의 표현책임을 부정한 사례
- 제28절 가맹점으로부터 손해를 입은 자가 사업본사에게 대위책임을 청구한 사건
- 제29절 가맹본부의 불법행위 책임을 긍정한 사례
- 제30절 가맹본부의 손해배상 책임을 긍정한 사례
- 제31절 가맹본부의 손해배상 책임을 부정한 사례
- 제32절 가맹본부의 책임을 긍정한 사례
- 제33절 가맹본부의 배상책임을 부정한 사례

## 제4장 불법행위 책임

### 제25절 경쟁사가 가맹희망자를 유인한 것을 계약 침해에 의한 불법행위라고 보기 어렵다고 판단한 사례

[판례]

#### 1. 사건표시 :

平成 12년 10월 3일 오사카(大阪) 고등재판소 1999년 네) 3555호

[판결내용]

#### 2. 당사자 및 재판부

항소인 주식회사 노무라쿠리닝

대표자 대표이사 노무라(野村)

소송 대리인변호사 모리나가(森永)

피항소인 유한회사 콤

대표자 이사 빈기 세이코(正幸)

소송 대리인 변호사 도요시마(豊島) 다쓰야(達哉)

재판관 이세키마사히로, 재판관 마에사카미쓰오, 재판관 마키겐지

#### 3. 사건의 성격

계약관계 침해에 대한 불법행위의 성립요건

#### 4. 쟁점

가. 경쟁회사가 가맹사업 대리점을 유인해 가는 것이 불법행위에 근거한 손해배상을 청구할 수 있는 지?

나. 피항소인인 경쟁가맹본부가 항소인의 가맹사업자의 경업금지의무를 위반한 채무불이행에 위법한 가담행위가 있었는지?

## 5. 적용원칙

### 가. 항소인과 가맹사업자간의 「중개업무위탁계약서」

- 1) 마쓰다와의 계약서 제15조(경업금지) : 계약해지 등에 근거하여 본 계약 종료 후 1년 이내에 있어서 경업금지
- 2) 하라다와의 계약서 제14조(경업금지) : 을(하라다)의 사정에 의하고 갑(항소인)과의 계약기간 내에 계약을 파기한 경우 1년 이내에 있어서 경업금지

### 나. 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제12조(불공정거래행위의 금지)

### 다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제56조(손해배상책임)

사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다.

### 라. 민법 제750조(불법행위의 내용)

고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

## 6. 사실관계

가. 피항소인 관계인은 항소인에게 근무하다 퇴직하여 B가맹본부를 설립

나. 가맹업자 甲, 乙은 A가맹본부의 계약의무 위반에 근거한 가맹계약을 해지하고 B가맹본부에 가맹계약 체결

다. 이에 A가맹본부는 가맹사업자 甲, 乙에 대하여 경업금지의무 위반에 근거한 손해배상을 청구하여 일부 승소를 받았음

라. 한편, B가맹본부에 대하여 관계인이 A가맹본부에 재직 중 B가맹본부설립을 계획하였으며, 재직 중에 얻은 대리점에 관한 정보를 이용하여 甲, 乙을 유인하였으므로 중개업무위탁계약관계 침해의 불법행위에 근거한 손해배상을 청구하였으나, 1심에서 패소하자 2심에 항소한 것임

## 7. 판결요지

### 가. 영업상의 이익 침해에 따른 손해배상 책임 및 위법성 판단 기준

- 1) 항소인의 영업형태는 프랜차이즈 형식의 것으로 대리점을 개척하고, 지도·육성하는데 노력이나 비용이 큰 것으로 보이며, 다른 경업회사에 대리점을 유인되면 항소인은 큰 영업상의 손해를 입게 되므로 영업상의 이익을 위법하게 침해 받았던 경우에는 불법행위에 근거한 손해배상을 청구할 수 있다고 해석한 것이 상당함
- 2) 그러나 다른 편에 있어 경업회사 및 대리점의 영업활동 자유의 보장 및 자유경쟁질서 유지의 요청도 있으므로 위법성의 판단에 있어서는 공정한 동시에 자유로운 경쟁을 확보한 것을 목적으로

이것을 방해한 여러 가지의 행위 등을 규제한 관련 법령의 취지를 참작할 필요가 있음

- 3) 따라서, 경쟁회사의 행위가 현저하게 불공정하고, 자유경쟁 질서의 유지를 위해 유해하다고 인정될 경우, 또는 형벌법규나 공서양속에 반하는 반사회적인 것이라고 평가되는 경우에 한하여 위법이라고 해석함이 상당함

#### 나. 상황별 위법성 판단

- 1) 가맹사업자 甲, 乙에게 채무불이행이 있다고 인정되지 않는다면 피항소인의 위법한 가담행위가 있다고 볼 수 없음
- 2) 가맹사업자 甲, 乙에게 경업금지의무 위반이라고 한 채무불이행이 있다고 인정된 경우, 피항소인이 채무불이행으로 된 것을 알면서도 항소인과의 중계업무위탁을 파기하고 피항소인과 동 계약을 체결할 것을 가맹사업자에 압력을 가하는 등 적극적으로 위 채무불이행에 가담했다고 인정된 경우에는 위법이라고 평가
- 3) 가맹사업자 甲, 乙에게 경업금지의무 위반이라고 한 채무불이행이 있다고 인정된 경우라도 이에 대한 인식이 결여되어 있던 경우나, 적극적인 압력작용이 있다고 인정되지 않는 경우에는 위법이라는 평가는 가능하지 않음

#### 다. 본 사건 심의에의 적용

- 1) 피항소인의 관계인들이 항소인에게 재직중으로부터 피항소인을 설립하고 항소인과 경업관계로 영업을 할 계획을 세웠다고 인정할만한 사실이 없으며, 항소인에게 재직 중에 입수한 영업상의 비밀사항을 이용하여 항소인의 가맹사업자를 유인했다는 주장도 동인들이 항소인의 이사의 지위에 있던 자도 아니고 유인행위를 한 것을 인정하는데 충분한 증거가 없음
- 2) 가맹사업자가 항소인의 계약의무 위반을 기화로 가맹계약을 해지했으나, 계약의무 위반이 계약을 해지할만한 조건은 아니므로 계약해지에 따른 경업금지의무는 존속하는 것이고 이로인하여 항소인의 가맹사업자에 대한 채무불이행에 따른 손해배상 청구를 일부 인정하였음
- 3) 그러나, 피항소인이 가맹사업자와 항소인간에 경업금지에 관한 합의가 있는 것을 알고 있지만, 가맹사업자에게 적극적인 권유를 행하고 경업금지의무 위반에 유인한 것이라고 인정한 것은 가능하지 않음
- 4) 따라서, 피항소인이 위법하게 가맹사업자 甲, 乙에 대하여 유인한 행위를 했다고 인정하기에 부족함

### 8. 결론

가. 경쟁회사가 모집한 가맹사업장이 다른 가맹본부의 가맹계약을 해지하고 계약을 체결하였다 하더라도, 가맹사업자를 적극적으로 권유하거나 경업금지의무 위반에 직접 관여하지 않았다면 가맹사업자와 다른 가맹본부와의 계약관계 침해에 대한 불법행위가 성립되지 않음

나. 따라서, 본건 항소인의 청구가 이유가 없다는 주문으로서 기각한 원판결은 정당하기 때문에 항소를 기각함

## 제26절 근린방해에 의한 불법행위에서 가맹본부와 가맹점의 연대책임을 인정한 손해배상 사례

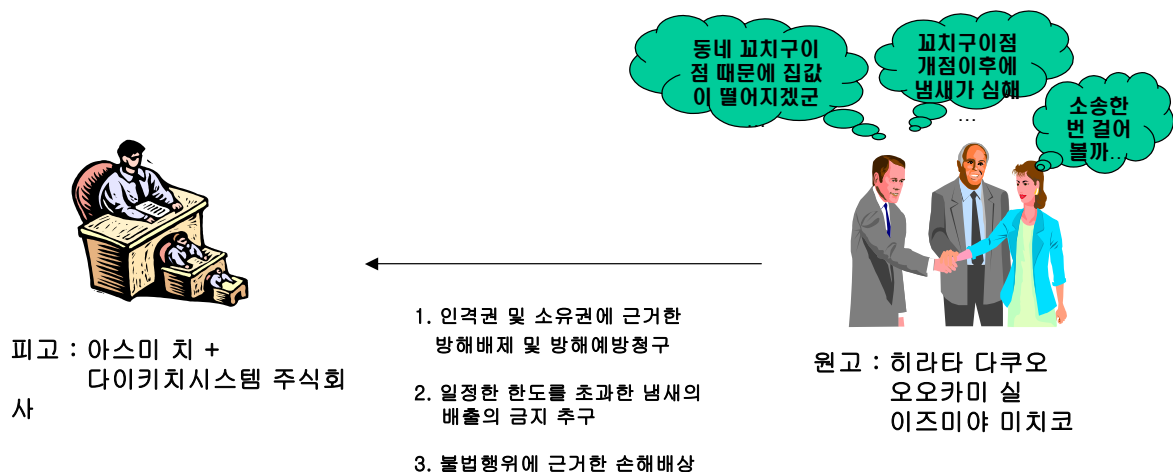
[판례]

### 1. 사건표시 :

꼬치구이 전문점 사례

[판결내용]

### 2. 당사자 및 청구 취지



Note 1. 피 고 아스미 치 (다이키치시스템 주식회사의 대길 신타 문점 프랜차이즈체인 점주 - 꼬치구이 전문점)  
+ 다이키치 시스템 주식회사 (프랜차이지)  
2. 히라타 다쿠오 + 오오카미 실 + 이즈미야 미치코 (대길 신타 주변의 주민)

### 3. 관련법규

환경부공고 제2002 - 84호

악취방지법을 제정함에 있어 그 제정내용과 취지를 국민에게 미리 알려 의견을 듣고자 행정절차법 제41조의 규정에 의하여 다음과 같이 공고합니다. 2002년 7월 8일

환 경 부 장 관악취방지법제정법률안 입법예고


## 가. 제정이유

국민의 삶의 질과 직결된 생활환경 문제로서 악취에 대한 관리강화의 필요성이 높아지고 있음에 따라 현행 대기환경보전법에서 규정하고 있던 악취관련 규정을 폐지하고 별도 법령을 제정함으로써 체계적인 악취 관리제도를 정립하고 악취규제지역의 지정 및 악취배출시설 설치사업장에 대하여 악취방지 계획 수립이행 의무 부과 등 관련 규제를 합리적으로 개선하기 위함

## 나. 주요골자

- 1) “지정악취물질”과 “악취배출시설”을 환경부령으로 정함(안 제2조)
- 2) 시·도지사로 하여금 대기중 지정악취물질의 농도, 악취로 인한 민원현황 등 악취발생실태를 주기적으로 조사하여 환경부장관에게 보고하도록 함(안 제4조)
- 3) 악취발생 우려가 높은 업종을 유치하는 산업단지는 지정시 주거가 밀집된 지역으로부터 일정 거리를 유지하도록 하여 악취로 인한 주민의 피해를 방지함(안 제23조제2항)
- 4) 배출허용기준 준수 여부를 확인하기 위한 악취오염도검사 업무를 수행할 수 있는 악취검사기관을 지정하고, 동 검사 업무의 적정한 수행을 위하여 악취판정사 자격제도를 신설함(안 제18조 ~ 제22조)

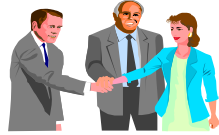
## 4. 쟁점 및 판단



**피고 : 아스미 치 +  
다이키치시스템 주식회사**

←

1. 꼬치구이점이 발한 냄새가 원고들의 수인한도를 초과했는가의 여부
2. 피고들의 공동 불법행위의 여부
3. 원고들의 금지 청구의 가부



**원고 : 히라타 다쿠오  
오오카미 신타  
이즈미야 미치코**

- 냄새 및 연기의 발생을 적게 하기 위해 많은 설비를 하여왔기 때문에 수인한도를 넘는 것이 아니다.

- 냄새는 원고들의 평온 쾌적한 생활을 한 이익을 침해하고 동시에 원고들의 토지건물의 가치를 하락시키고 토지건물의 소유권을 침해한 불법행위이다.
- 위자료는 1개월에 2만엔으로 24개월분
- 장래 생기는 침해를 예방하기 위한 침해행위의 금지

- 피고는 냄새농도 600을 초과한 꼬치구이의 냄새를 발생시키면 안된다.
- 원고들 가가각에 대하여 24만엔을 지급하고 평년 13년 4월 1일부터 완제일까지 년 5분의 비율에 의한 원금을 지급하라
- 원고들의 나머지 청구를 모두 기각한다.
- 소송비용은 4분하여 원고가 1을 피고가 3을 부담한다.

## 제27절 가맹본부의 표현책임을 부정한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시

Myszkowsik v. Penn Stroud Hotel, Inc. 634 A. 2d 622 (Pa. Ct. 1993)

### [판결내용]

#### 2. 사건개요

원고(Christine Myszkowski)는 펜실베이니아에 있는 某 사회봉사 단체와 그 단체가 개최하는 음악회에서 D.J 일을 맡아보기로 하는 고용계약을 체결하였다. 이 계약에 따라 원고는 1987년 4월 24일 저녁에 「Best Western Pocono Inn」 (이하 “Pocono Inn”)에서 열린 음악회에서 D.J 일을 보던 중 (여자)화장실에 들렀다가 한 남자(Kenneth spahr)로부터 성폭행을 당하였다. 이에 원고는, Best Western Pocono Inn의 소유자인 「Penn Stroud Hotel, Inc.」 (이하 “Penn Stroud”)에게 프랜차이즈를 제공한 「Best Western International, Inc.」 (이하 “Best Western”)을 피고로 하는 손해배상청구소송을 제기하였다.

이 소송에서 원고는 1차적으로, 사실상의 대리이론(actual agency theory)에 근거한 피고의 대위책임을 주장하였다. 즉, 원고는 피고 Best Western은 워크샷, 영업프로그램, 영업규칙 등을 통하여 Penn Stroud의 영업전반(total operations)을 통제하고 있을 뿐만 아니라 또한 품질(서비스)기준을 준수하지 못한 회원(가맹점)과 계약을 해지할 수 있는 권한도 가지고 있기때문에 양자간에는 사실상의 대리관계(actual agency relationship)가 존재한다고 주장하였다. 따라서 피고는 원고가 폭행을 당할 때 고객의 안전을 지켜주지 못한 Pocono Inn의 소유자인 Penn Stroud의 과실행위에 대하여 대위책임을 져야 한다는 것이었다.

그리고 원고는 2차적으로, apparent authority(표시) 또는 estoppel(금반언)에 의한 대위책임(표현대리 책임)을 주장하였다. 원고의 주장은 피고인 Best Western이 Penn Stroud가 소유하는 Pcono Inn의 영업에 Best Western이라는 명칭을 사용할 수 있는 자격을 부여한 바 있고, 또한 원고는 Best Western에 의하여 소유되고 운영된다는 것을 신뢰하였으므로, Best Western은 Penn Stroud의 과실행위에 대하여 대위책임을 져야 한다는 것이었다.

여기에 대하여 피고 Best Western은, 원고의 사실관계의 주장에는 다툼이 없으나 Best Western과 Penn Stroud 사이에 사실상의 대리관계나 표현대리의 관계가 존재하지는 않았다고 하면서 summary judgment를 신청하였다.

원심법원은 피고 Best Western측의 summary judgment 신청을 받아들였다. 그리고 법원은 (Pocono Inn의 소유자인) Penn Stroud는 자신이 고용한 종업원을 직접 통제하였고, 또한 Pcono Inn의 일상적인 영업(day to day operations)과 그에 부수적으로 발생하는 일에 대하여 독립적으로 결정권을 행사하



는 지위에 있었으므로, Penn Stroud와 Best Western 사이에는 사실상의 대리관계가 형성되어 있지 아니함은 물론이고 표현대리의 관계도 형성되어 있지 아니하다. 즉, Penn Stroud와 Best Western 사이의 계약은 독립적 지위에 있는 당사자(independent contractor) 사이의 계약임이 명백하다고 하였다. 이에 원고(항소인)는 원심법원이 사실상의 대리나 표현대리 이론의 적용에 잘못이 있었음을 이유로 항소하였다.

### 3. 쟁점<sup>1)</sup>

이 항소심에서는 대리와 관련한 다음의 두가지 문제 즉, ①Best Western과 Penn Stroud는 사실상의 대리관계에 있는가? ②Best Western과 Penn Stroud는 표시에 의한 대리나 금반언(禁反言)에 의한 대리의 관계(표현대리의 관계)에 있는가? 하는 것이 쟁점이 되었다.

### 4. 판결요지<sup>2)</sup>

- 가. 이 사건에서의 Penn Stroud는 Pocono Inn의 일상적 영업(day to day operations)을 담당하였고 또한 Pocono Inn의 영업에 수반되는 모든 결정들을 내렸다. Pocono Inn의 피용자는 Penn Stroud의 매니저에 의하여 고용되고 해고되었으며 또한 급여도 받고 통제(감독)도 받았다. 또한 Penn Stroud는 Pocono Inn이 제공하는 다양한 서비스와 숙박시설에 대한 가격을 직접 책정하였다. 그러나 Best Western은 Penn Stroud와 관련하여 소유자로서의 어떠한 이익도 누린 바 없었다. Best Western은 Penn Stroud로부터 그가 제공한 서비스에 대하여 매년 일정한 대가(\$23,599)를 받아 왔을 뿐이다. 그러므로 사실상의 대리관계(actual agency relationship)가 형성되기 위하여 필수적으로 요구되는, Penn Stroud의 일상적인 영업활동에 대한 Best Western의 통제는 없었다고 보는 것이 옳다. 그리고 당 법원은 사실상의 대리관계를, 광범위한 범주를 포함하는 본인-대리인관계보다는 더욱 특정적이고 제한적인 의미인 사용자-피용자관계에서 찾고자 한다.
- 나. 표시에 의한 代理나 禁反言에 의한 代理모두 통상적으로 거래관계에서 문제된다. 원고는 Best Western이나 PennStroud 와 계약을 체결하거나 거래를 한 사실이 없다. 원고는 오직 某 사회봉사단체와 이 단체가 지정하는 장소에서 지정하는 시간에 D.J 일을 보아주기로 계약을 체결하였을 뿐이다. 따라서, 이 사건에서는 피고인 Best Western에게 표시에 의한 代理나 禁反言에 의한 代理의 이론을 적용하여 대위책임을 부과할 수는 없다.

1) 임재호, 전게서, p.4

2) 임재호, 전게서. p.5.

## 제28절 가맹점으로부터 손해를 입은 자가 사업본사에게 대위 책임을 청구한 사건

### [판례]

#### 1. 사건표시

Johns v. Midas Muffler Shop and Midas Inetrnayionl Co. 43 F. Supp. 1052 (W.D. Ark. 1999)

#### 2. 판결내용<sup>3)</sup>

프랜차이즈 가맹점인 자동차 수리센터에서 브레이크 점검을 받은 고객이 브레이크 파열로 입은 손해에 대하여 사업본사의 대위책임을 주장한 Johns v. Midas Muffler Shop and Midas Inetrnayionl Co. 사건에서 법원은, 프랜차이즈 계약의 단순한 존재만으로 가맹점이 사업본사의 대리인이라고 말할 수는 없고, 사업본사가 가맹점에게 통제(control)를 가하였다고 볼 수 있는 추가적인 증거가 필요하다.

### [관련 법률지식]

#### 3. 가맹본부의 제3자에 대한 책임

##### 1) 사용자 책임

타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. (민법 제756조)

##### 2) 표현대리 책임

제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위 내에서 행한 그 타인과 그 제3자간의 법률행위에 대하여 책임이 있다.(민법 제125조) 대리인이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우에 제3자가 그 권한이 있다고 믿을만한 정당한 이유가 있는 때에는 본인은 그 행위에 대하여 책임이 있다.(민법 제126조) 대리권의 소멸은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. (민법 제129조)

##### 3) 명의 대여자 책임

타인에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업을 할 것을 허락한 자는 자기를 영업주로 오인하여 거래한 제3자에 대하여 그 타인과 연대하여 변제할 책임이 있다.(상법 제24조)

---

3) 임재호, 전게서, p.8

## 4) 불법행위 책임

고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.(민법 제750조)

## 5) 공작물 소유자의 책임

공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때, 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다. (민법 제758조)

## 6) 제조물 책임

제조물의 설계, 제작, 표시상의 결함이 있는 경우 제조자 또는 유통업자는 책임을 진다.(제조물 책임법)

## 제29절 가맹본부의 불법행위 책임을 긍정한 사례

## [판례]

## 1. 사건 표시

Paker v. Domino's Pizza, Inc. 629 So. 2d 1026 (Fl. Dist. Ct. App. 1993)

2. 판결 내용<sup>4)</sup>

가맹점의 종업원이 피자배달 중 일으킨 교통사고로 손해를 입은 자가, '30분 이내 배달보장'을 영업 방침으로 내걸고 영업을 한 사업본사의 대위책임을 주장한 Paker v. Domino's Pizza, Inc. 사건에서 법원은, 프랜차이즈 계약서를 면밀하게 검토하여 보면 Domino사는 가맹점에 대하여 통제권(the right to control)을 가지고 있다고 볼 수 있으므로 Domino사는 피해자에게 대위책임을 져야 한다.

## [관련 법률지식]

## 가. 가맹업자의 독점판매권 상표의 사용으로 인한 가맹점주의 책임

프랜차이즈 관계의 내재된 위험은 가맹업자에게 상표의 사용을 허락한 가맹점주는 가맹업자의 불법행위에 대해 직접, 대리의 불법행위책임을 지는데 있다. 법원은 다양한 법적 이론에 근거해 비록 가맹점주가 생산, 판매하지 않았지만 가맹업자의 결함있는 상품으로 인해 개인의 상해 혹은 재산상 손해에 대

4) 임재호, 전게서 p.9

해 가맹점주에게 책임을 부과해 오고 있다. 또 가맹점주는 가맹업자의 과실있는 용역제공에 대한 책임을 저왔다. 또 종종 가맹점주는 가맹업자의 대리권 위반에 대한 계약상 의무위반에 대해 책임을 저왔다.

## 나. 대리의 책임

실제 혹은 명백한 대리이론에 의하면 가맹점주는 그들 가맹업자의 불법행위, 계약에 대해 책임을 질 것이다. 실제 대리관계가 존재하는지 여부는 가맹점주의 그들의 가맹업자에 대한 매일매일의 영업에 관한 감독의 정도에 달려 있다. 각개의 경우 이것은 가맹점주의 가맹업자에 대한 실제 감독 뿐만 아니라 가맹점주가 가맹업자에 대해 유지하는 감독의 성질과 정도에 의존한다. 일시적인 독점판매권계약에서 가맹업자와 가맹점주간의 대리관계의 존재를 부인함은 결정적이지 아니다.

Laham법령에 의하면 상표소유자는 상품의 성질, 특성, 상표면허권자에 의해 그 상표로 제공되는 용역에 대해 감독할 것이 요구되거나 혹은 상표의 유품과 연방등록취소에 대해 각오해야 한다.

법원은 가맹점주의 가맹업자에 대한 통제 그 자체로 가맹업자와의 주종관계나 대리관계를 보증하지 않는다고 본다. 이 의문은 필연적으로 가맹점주에게 고객에 대한 책임을 부과함은 아니다.

후술하는 상표의 단속에 관계있는 통제의 형식은 가맹점주에게 대리에 의한 책임을 부과함은 아니다. ; 광고에 대한 필요와 표준 그 상표가 지니고 있는 장려되는 재료, 가맹업자의 영업에 대한 정기적인 감독, 상품의 한계에 대한 서적과 자료 또는 상표하에서 판매되는 용역, 표준적인 상품과 용역에 대한 확립, 가맹업자에 의해 제출된 정기적인 보고서를 기준으로 판단하여야 한다.

가맹점주의 독점판매권과 상표허가권에 대한 철회의 권리는 필연적으로 상표보호의 분쟁을 야기한다. 실제 대리관계에 의한 잠재적인 책임을 최소화하기 위해 가맹점주는 단지 독점판매권 계약에서의 가맹업자의 의무위반 경우를 통지하기 보다는 세부적인 지침을 제공해야 한다. 가맹점주의 가맹업자에 대한 적은 정도의 통제는 아마도 독점판매권의 철회를 더 어렵게 하고 어떤 경우에는 상표유품의 가능성을 증대시킬 수 있다. 이 진퇴양난은 피할 수 없는 듯 하고 가맹점주의 독점판매권계약 혹은 가맹업자에 대한 적법한 통제의 정도는 법적인, 경영적인 관심사에 영향을 미칠 것이다.

## 제30절 가맹본부의 손해배상 책임을 긍정한 사례

1. 사건 표시 : Singleton v. International Dairy Queen, Inc.

### 2. 판결 내용<sup>5)</sup>

가맹점 점포의 유품 파손으로 피해를 입은 가맹점의 고객이 사업본사의 대위책임을 청구한 Singleton v. International Dairy Queen, Inc. 사건에서 법원은, 이 문제는 프랜차이즈 사업본사와 가맹점간의 관계가 사용관계 내지 사실상의 대리관계인가 아니면 독립한 계약자관계인가에 따라 결론이 달

5) 임재호, 전게서, p.9

라질 것이다. 그런데 International Dairy Queen이 가맹점에 대하여 간판의 설치, 설비의 모양과 크기, 종업원의 유니폼, 점포의 조사 등에 대한 광범위한 통제(extensive control)를 하고 있었으므로 International Dairy Queen과 그의 가맹점 사이에는 사실상의 대리관계가 존재한다.

## [관련 법률지식]

### 직접책임

#### A. 과실

만약 가맹점주가 가맹업자의 경영에 대해 감독하거나 감독권을 보유하고 있다면 가맹점주는 명백한 대리이론 뿐만 아니라 과실주의에 대해 제3자에 대한 상해에 대해 책임을 질 것이다. 비록 요구되는 감독권의 범위는 불분명하나 가맹점주의 가맹업자영업에 대한 합리적인 통제의 실패는 아마도 과실책임을 징표할 것이다. 한 예로 불충분한 냉각기기를 제공했거나 혹은 적합한 지시를 했으나 이에 대한 준수의 감독에 대해 실패한 식당 가맹점주를 들 수 있다. 어떤 경우 가맹점주는 가맹업자의 활동이 대중에 해를 끼치는 경우 이를 제거하는 권리행사의 태만에 대해 책임을 질 수 있다. 연방항소법원은 가맹점주는 예견할 수 있는 가맹업자의 잘못된 행동에 대한 즉각적인 독점판매계약 철회의 태만이란 과실에 대해 책임질 수 있다고 본다.

가맹점주는 또한 독점판매계약에 의한 결합있는 상품판매에 대한 과실에 대해 소비자에게 책임을 질 수 있다. 게다가 가맹점주는 독점판매체계하에서 판매된 상품의 디자인이나 생산에 대한 자신 스스로의 책임을 질 수 있다. 제6회 연방항소법원은 가맹업자의 병용기에 대한 시험, 검사의 과실로 야기된 개인의 손해에 대해 가맹점주는 책임이 있다고 한다. 독점판매협정은 가맹업자에 의해 용기가 사용되기 전에 가맹점주의 승인을 요구하고 있다.

#### B. 엄격한 상품에 대한 책임

불법행위편의 400조와 402A조에 의하면 면허있는 자에 의해 생산판매되지 않은 결합있는 상품에 의해 야기되는 개인의 상해, 재산상의 손해에 대해 면허업자는 엄격한 책임을 진다. 엄격한 상품책임에 대해 계약상으로 이를 부인함은 일반적으로는 무효이다.

400절에 의하면 “자신의 동산상품의 제작을 하청준 사람은 그것의 제조자와 동일한 책임을 진다고 규정하고 있다.” 법원은 이 조항에 상표를 사용하여 상품을 판매생산할 권한을 부여한 상표권자도 포함된다고 해석한다. 그 논거는 이는 소비자에게 상표에 의존해 그 평판을 믿고 산 소비자들에게 동일한 외관을 초래한다는 점에 있다.

다른 법원들은 면허받은 이에 의한 결합있는 상품으로 야기된 상해에 대해 400조에 근거한 상표권자의 엄격한 책임을 부인한다. Texas법을 적용한 제6회 연방항소법원은 분배자이름하의 결합있는 상품으로 인한 책임을 제한한 바 있다. 당해 법원은 면허받은 자에 의해 생산판매된 상품에 대해 상표권자의 책임을 넓힘을 부인했다.

402A조는 불합리하게 위험한 상황에서 결합있는 상품판매로 야기된 대인·대물상의 손해에 대해 엄격한 책임을 부과한다. 그것은 명백히 생산자 판매자와 같은 상품판매자에게 적용된다. 그럼에도 불구하고 법원은 상품판매권자를 상표권자를 포함한 상품거래영역에서의 모든 사람까지 포함하는 것으로

넓게 해석한다. 엄격한 상품책임은 같은 이유에서 가맹점주에 대해서도 상품분배체계의 모든 사람에게 적용된다. ① 물품의 생산 판매 유통에 참여한 사람에 의해 야기된 해로움이 포함된 불완전한 상품으로 인한 손실 ② 소비자에게 상품에 대한 수요 평판에 대한 믿음 상품거래에서의 경제적 이익을 부과한 가맹점주 ③ 불완전한 상태의 상품을 제거할 최상의 위치에 있는 가맹점주 등에 적용된다.

최근에 아리조나 대법원은 단지 상표의 사용권만 부여만으로 결합있는 물품에 대해 엄격한 상품에 대한 책임을 부과함은 부적절하다고 본다. 그러나 당해법원은 가맹점주가 상품의 생산, 도안, 판매에 참여했기에 402A조의 적용을 긍정했다.

### C. 보증위반

통일상법전에 의하면 보증위반은 소비자상품에 의한 개인의 손해에 대해 반증이 없는 한 승소할 수 있는 사건이다.

몇몇 법원은 경음료 상표자에게 면허권자가 생산, 판매하지 않은 상품으로 야기된 손해에 대해 면허받은 자가 보증위반에 의해 판매한 결합있는 물품에 대한 책임을 부과한다. 이들 법원은 면허권자는 경영관계, 후원, 독점판매체계에 의해 상품의 판매자가 된다고 본다. 이들 법원은 보증책임을 상표권자에게도 엄격한 상품책임에서 부과한 같은 이유로 확장한다.

가맹점주는 또한 명백한 보증이론에 의해 책임을 질 수 있다. Texas사건에서 독립된 판매자의 수리 서비스에 대한 보증과 불충분한 수리에 대한 생산자의 수선책임을 인정한 바 있다.

이러한 배상책임은 독점판매계약의 철회 종료후 가맹점주에 대한 요구까지 독점판매협정의 지속 이후까지 포함하도록 해야 하나 종료후의 경우 적용될 수 있는 상태로 제한되어야 한다. 그러나 이러한 협약은 가맹업자의 방해없는 자산보다 귀중한 것은 아니다. 따라서 가맹점주는 능력있고 신용있고 재정상으로 충분한 가맹업자를 선택하여야 한다.

## 제31절 가맹본부의 손해배상 책임을 부정한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시 : Smith v. Foodmaker

#### 2. 판결내용<sup>6)</sup>

강도가 쏜 총에 맞아 치명상을 입은 가맹점의 종업원이 사업본사의 대위책임을 주장한 **Smith v. Foodmaker** 사건에서 법원은, 원고가 사실상의 대리관계의 형성을 주장하기 위해서는, 본인은 대리인에게 일을 부과할 수 있는 권리와 대리인이 일을 완성하는데 필요한 방법과 세부지침에 대한 통제권을 가지고 있음을 입증하여야 하는데, 이 사건에서의 가맹점에게는 사업본사가 정한 기준에 따라 영업을 할 것이 요구되고 있었지만, 가맹점의 일상적인 영업(day-to-day operations)은 가맹점에게 전적으로 위

6) 임재호, 전게서, p.9

임되어 있었다고 할 것이므로, 이 사건의 프랜차이즈 사업본사와 그 가맹점 사이에는 원고의 주장처럼 사실상의 대리관계가 확립되어 있다고 볼 수는 없다.

## [관련 법률지식]

### 보험과 배상

법원은 점점 가맹업자의 불법적 행위에 대해 가맹점주의 책임을 부과하고 있다. 단순한 상표사용의 허락, 상표사용에 관한 기준의 확립, 가맹업자의 물품 용역에 대한 통일된 특성 등은 그 자체로 가맹점주에게 가맹업자 상품에 대해 책임을 부과하지는 않는다. 그럼에도 불구하고 독점판매계약에 내재된 요소에 근거해 대증을 위한 정책은 종종 다양한 이론에 의해 책임을 과한다.

가맹점주는 종종 통제의 질에 대한 22가지의 상황을 직면한다. 가맹점주는 상품에 의해 판매되는 가맹업자의 물품, 용역의 질에 대해 감시하고 상표의 통합성을 보호할 의무가 있다. 가맹업자의 작업에 대한 감독의 태만은 가맹점주의 상표의 방치 잠재적인 과실책임을 야기할 것이다. 반면에 가맹업자의 영업에 대해 감독 혹은 감독권의 보류, 가맹점주의 상표에 대한 대중의 신뢰창출은 가맹점주의 보증책임이나 대리의 책임을 부과할 수 있다. 가맹점주의 상표를 지닌 결함있는 상품에 대한 가맹업자의 판매로 야기된 손해에 대해 가맹점주가 피할 방법은 거의 없음이 명백하다.

가맹업자의 불법행위에 대한 책임에서 보호되기 위해 가맹점주는 가맹업자의 보호책임에 대한 가맹점주 이름에 가맹업자의 이름을 더하도록 요구해야 한다. 부가적인 수단으로서 가맹점주는 가맹업자의 불법행위까지 포괄하는 보험에 가입해야 한다. 특히 독점판매계약의 철회 종료후의 상품에 대해 주장된 책임까지 포함범위로 하는 보험이 중요하다.

게다가 충분한 보험의 범위를 얻기위해 가맹점주는 가맹업자에게 독점판매계약에 의해 발생했다고 주장되는 불법행위에 대해 배상할 것을 요구해야 한다. 법원은 독점판매계약에서 강제집행할 수 있는 배상의 준비를 지지해왔다. 다음은 배상준비의 간단한 예이다. ; 가맹업자가 가맹점주에게 배상책임에 대한 동의, 보조금, 승계, 모든 책임의 분배, 손해, 요구, 판결, 벌금, 형벌, 합리적인 상담료의 분담 등에 대한 준비는 협정의 철회 종료후에도 존속해야 한다.

## 제32절 가맹본부의 책임을 긍정한 사례

### [판례]

1. 사건표시 : Taylor v. Checkwrite, Ltd

2. 판결내용<sup>7)</sup>

가맹점에서 작성한 명단에 불량거래처로 등록되어 있는 고객이 사업본사를 상대로 대위책임을 청구

7) 임재호, 전게서, p.9

한 Taylor v. Checkwrite, Ltd 사건에서 법원은, 가맹점이 불량거래처 명단을 작성하는데 가맹점에게는 사실상으로 판단의 자유를 주지 아니하고 사업본사에서 제공한 운영교범에 따를 것이 요구되고 있었을 경우에는 사업본사가 가맹점의 일상적인 영업에 통제(control to the day to day operations)를 가하였다고 볼 수 있으므로 대위책임이 인정된다.

## [관련 법률지식]

### 명백한 대리인 원칙

실제 대리관계가 존재치 않는 경우 가맹점주는 명백한 대리인 원칙에 의해 가맹점주의 행위에 대해 대리인의 책임을 질 것이다. 널리 퍼진 이 이론에 의하면 제3자는 가맹점주가 제3자에게 그들이 자신의 고객임을 믿게 하였음을 입증해야 한다.

역설적으로 좋은 상표는 가맹점주의 확인과 질의 상징, 독점판매체계의 상품, 용역의 동일성에 대한 명백한 대리관계의 증거로서의 기능을 한다. 독점판매체계의 동일한 모습은 소비자에게 독립적으로 소유된 가맹점주라기보다는 가맹점주로서 이해된다. 대중매체의 광고는 종종 가맹점주의 상표에 대한 믿음을 부여한다. 어떤 경우 독립적인 Texaco dealer에 의해 판매된 결함있는 제품에 의해 야기된 개인의 손해에 대해 소비자는 Texaco에 대해 책임을 추궁한다. 그 소비자는 Texaco의 광범위한 광고인 “Trust your car to the man who wears the star”란 표어로 인해 그는 Texaco와 직접 거래함을 믿었다고 주장한다. 제3순회항소법원은 공중에게 상품에 대한 그 평판과 후원관계에 대한 의존을 야기한 가맹점주는 만약 상품에 결함이 있다면 책임이 있다고 한다.

다음 요소는 아마도 명백한 대리관계의 증거일 것이다. ; 상표, 외관, 건축물의 동일성, 실내장식, 오직 가맹점주의 이름 상표만을 사용한 광고, 오직 가맹점주의 이름만이 새겨진 양식지와 문구류 그리고 공중에게 동일한 독점판매체계임을 인식케 하는 강한 감독의 존재

가맹점주는 명백한 대리인론에 의해 가맹점주의 불법행위 뿐만 아니라 계약에 대해서도 책임이 있을 것이다.

가맹점주의 소유관계와 가맹점주에 대한 통제의 대중에 대한 외관창조를 피하기 위해서는 독점판매협정에서 가맹점주가 대중에 알리는 명백한 조치를 취하고 독립적으로 소유 운영됨을 대중에게 두드러지게 공표할 것을 요구해야 한다. 다음의 조치를 취함은 대중이 명백한 대리관계에 대한 신뢰에 부정적인 조치가 될 것이다. 가맹점주의 독립된 소유권에 대한 적합한 표시, 가맹점주명의로 된 기록, 가명, 지역광고, 송장, 영수증, 명함, 다른 인쇄물에 대한 가맹점주 자신의 이름, 가맹점주와 구별되는 전화번호부, 독점판매계약에서의 가맹점주명의로의 사용에 대한 명백한 부인

가맹점주는 정기적으로 가맹점주영업이 요구사항을 충족하는지 감시해야 한다. 또한 가맹점주는 모든 문구류, 명함, 서류, 지역광고, 전화번호부, 가맹점주의 이름 상표를 사용한 인쇄물등을 사용하기 전에 그 승인을 위해 그 견본을 제출함을 요구해야 한다. 특히 독점판매계약 종료후 가맹점주의 계속적인 가맹점주의 상표사용을 금함은 중요하다. 독점판매계약은 명백히 독점판매계약의 철회 혹은 종료후 가맹점주의 가맹점주의 상표등의 사용중단을 명백히 요구해야 한다. 가맹점주는 어떠한 독점판매계약의 표시의 제거, 전화번호와 영업서류의 반환, 가맹점주의 상표가 표시된 물품의 반환, 파괴 등을 위해 소송을 포함한 필요한 모든 조치를 취해야 한다. 이것의 실패는 만약 명백한 대리관계의 존재가 입증된다면 독점판매계약 종료후에 가맹점주에게 책임을 부과하는 원인이 될 수 있다.



## 제33절 가맹본부의 배상책임을 부정한 사례

### [판례]

1. 사건표시 : Hayman v. Ramada Inn, Inc.

### 2. 판결내용<sup>8)</sup>

프랜차이즈관계가 동시에 사실상의 대리관계를 형성하느냐 하는 것이 쟁점이 된 Hayman v. Ramada Inn, Inc. 사건에서 법원은, 프랜차이즈 사업본사가 가지는 통제권이나 감독권을 가맹점의 일상적인 영업(day to day operations)이나 세부적인 운영사항에 대하여도 행사한 경우에는 프랜차이즈관계와 동시에 사실상의 대리관계도 형성되었다고 볼 수 있다. 프랜차이즈계약서에서 가맹점은 사업본사가 제시하는 일정한 기준에 따를 것을 요구하고 있으면서, 점포 내에 존재하는 시설물의 세부적인 운영에 관한 기준이나 조항은 두고 있지 아니한 점에 미루어 보며 사실상의 대리관계의 형성은 인정할 수 없다.

### [관련 법률지식]

#### 사실상 대리관계의 존재

실제의 대리관계는 만약 가맹점주가 가맹업자의 영업에 대해 매일매일의 감독이 추정된다면 존재할 것이다. 가맹업자는 가맹점주에 대한 통제가 상표를 보호하는 정도 이상인 경우 그에 의해 야기되는 관계에 책임이 있다. 예를 들면 가맹점주의 가맹업자의 고용인에 대한 급료, 작업환경, 작업시간에 대한 감독은 피해줘야 한다. 가맹점주의 가맹업자로부터의 상표사용에 대한 로열티가 대리관계를 확립함은 아니나 가맹업자의 이익의 공유 혹은 가맹업자에대한 세금이나 사업비용의 납부는 대리관계의 증거이다.

가맹업자에게 부과되는 통제, 제한, 요구 등에 의해 독점판매권계약에서 가맹점주가 보유하는 광범위한 힘의 불일치는 대리관계의 증거로 인정되고 있다. 세부적인 가맹점주의 영업에 대한 지침과 가맹업자의 경영상 행동의 자유에 대한 제한은 대리관계의 증거이다.

8) 임재호, 전게서, p.10

## 제5장

# 공정거래법 위반

- 제34절 수직적 유통 제한에 관한 일반적 사례(1)
- 제35절 재판매가격 유지에 관한 일반 사례
- 제36절 수직적 거래 제한에 관한 기본 판례
- 제37절 재판매가격 유지에 관한 기본 판례
- 제38절 배타적 독점판매권에 관한 사례
- 제39절 연계판매에 관한 일반적 사례
- 제40절 독점금지법 관련 지적재산권 일반 사례
- 제41절 풀(pool)제의 위법성을 판단한 사례
- 제42절 강제 실시허락의 적법성을 인정한 사례
- 제43절 특허권에 의한 독점 확대를 위법으로 선언한 사례
- 제44절 수직적 제한에 관한 일반 사례
- 제45절 단체거래 거절에 대한 기본 판례
- 제46절 수평 결합에 관한 기본 판례
- 제47절 가맹점사업자의 독점적 배급권이 가맹본부의 배급권을 부정할 수 없다고 판단한 사례
- 제48절 끼워팔기에 관한 기본 판례
- 제49절 서비스와 제품의 결합에 관하여 끼워팔기로 인한 독점금지법 위반을 부정한 사례
- 제50절 상표 사용허락과 물품공급이 연계판매에 해당되지 않는다고 판단한 사례
- 제51절 자동차 딜러에 대하여 광고자금을 지급하고 동시에 특정광고를 이용하도록 지정한 행위는 끼워팔기에 해당한다고 인정한 사례
- 제52절 연계판매계약의 전제인 시장지배력을 인정할 수 없어 독점금지법 위반의 점을 부인한 사례
- 제53절 보수유지 서비스를 연계한 계약이 독점금지법 위반에 해당된다고 판시한 사례
- 제54절 상표권 보유가 독점금지법 위반의 전제인 시장지배력을 당연 추정 하는 요소는 아니라고 판단한 사례
- 제55절 저작권을 연계판매 위반의 요소인 시장지배력의 근원으로 인정한 사례
- 제56절 재판매가격 유지에 관한 기본 판례
- 제57절 지역할당에 관한 사례
- 제58절 프랜차이즈 사업에서의 끼워팔기

## 제5장 공정거래법 위반

### 제34절 수직적 유통 제한에 관한 일반적 사례(1)

#### [판례]

#### 1. 사건표시

United States v. General Electric, 358 F. Supp. 731(S.D.N.Y. 1973)

#### 2. 판결내용

연방대법원은 소매상들에게 판매시에 “수수료”를 지급하는 고정된 소매가로 “위탁”에 대하여 소매상과 백열전구를 특허로 신청한 GE의 계획을 지지했다. 손실이나 가격하락의 위험이 GE에 의한 것이었고 그러므로 어떠한 불법적 재판매 가격계획도 행해지지 않았기 때문에 그 법정은 진짜 대리관계가 존재한다는 것을 인정했다. GE의 특허가 만기가 된 후, 최소한 한 지역 이상의 법정에서 GE의 위탁 제도가 Sherman Act의 본질적 위반이었다고 판결했다.

#### [관련 법률지식]

#### 가. 공정거래위원회의 관할

##### 1) 사건처리

이 법의 규정에 의하여 공정거래위원회의 조사개시 대상이 되는 가맹사업거래는 그 거래가 종료된 날부터 3년을 경과하지 아니한 것에 한한다. 다만, 그 거래가 종료된 날부터 3년 이내에 신고된 가맹사업거래의 경우에는 그러하지 아니하다. 공정거래위원회는 규정을 위반한 가맹본부에 대하여 정보공개서의 제공 또는 수정, 가맹금 반환, 위반행위의 중지, 위반내용의 시정을 위한 필요한 계획 또는 행위의 보고 그 밖에 당해 위반행위의 시정에 필요한 조치를 명할 수 있다. 공정거래위원회는 이 법의 규정을 위반한 가맹본부에 대하여 제33조의 규정에 의한 시정조치를 명할 시간적 여유가 없는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 시정방안을 마련하여 이에 따를 것을 권고할 수 있다. 이 경우 당해 권고를 수락한 때에는 시정조치를 한 것으로 본다는 뜻을 함께 통지하여야 한다. 공정거래위원회는 규정을 위반한 가맹본부에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.

##### 2) 벌칙

허위·과장된 정보를 제공하거나 중요한 사항을 누락한 자는 5년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금에 처한다. 시정조치의 명령에 따르지 않는 자, 정보공개서를 제공하지 않은 자는 형사 처벌

의 대상이 된다. 가맹본부가 공정거래위 분쟁 처리 절차를 준수하지 않은 경우에는 과태료에 처한다. 가맹사업법 위반죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다. 공정거래위원회는 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.

### 3. 수직적 제한

#### 가. 개괄

당사자 사이의 결합과 합의인 수평적 제한에 비하여, 수직적 제한은 생산자와 유통업자 사이의 합의와 같은 생산과 유통망의 서로 다른 단계의 회사를 포함한다. Shermon 법의 1장과 2장, Clayton 법의 3장은 모두 주위의 사정에 따른 다양한 수직적 제한에 적용된다. 수직적 제한을 보여주는 어떤 상황이 주어질때, 다른 것들은 합리성의 법칙 아래서 평가되어 질 수 있는 반면에 수직적 제한은 그 자체로 불법이라는 것을 인식하라.

- 1) 최고, 최저 전매가격을 정할 의도의 합의나 제한은 일반적으로 그 자체로 불법이다. 그러나 위탁 합의와 같은 몇몇의 예외적인 경우가 있다.
- 2) 모든 다른 수직적 제한은 합리성의 법칙 아래서 판단되어진다. 배타적 유통망, 소비자와 구역의 제한, 그러한 질서를 취하는 것 배타적 거래질서를 포함한다. 이들 이들중에서 오직 끼워팔기만 그 자체로 불법이고 그리고 그때 혐의 회사가 충분한 시장지배력을 가지고 있는 상태라야 한다.
- 3) 판매인에 의한 편무적 행위는 거의 언제나 적법하다.

#### 나. 수직적 제한의 정의

어떤 특정상품의 생산에 있어서 다양한 단계가 있다. 가령 예를 들면 냉장고가 소비자에게 판매되기 전에 몇몇 단계를 거쳐야 한다. 즉 코크스와 철광석은 채굴되고 정련되어 금속주괴로 만들어진다. 그리고 금속주괴는 사용 가능한 금속판으로 진행되어 만들어진다. 이 금속 철판과 다른 물질과 결합하여 냉장고로 만들어진다. 그 냉장고는 소매상에게 도달되기 전에 도매상인과 중간상인을 통하여 분배되어진다. 그리고 그후 소매상인은 그 제품을 소비자에게 판매해야 한다. 이러한 과정은 생산과 분배의 다양한 단계를 포함하고, 그 다양한 단계 사이의 관계는 수직적(vertical) 처리로서 묘사되어 질 수 있다. (비교 : 같은 단계에서의 회사들 사이의 관계, 즉 다시 말하면 수평적(horizontal)이라 묘사되어지는 경쟁자들 사이에서의 관계)

#### 다. 관련된 법률규정

다른 회사들 사이의 계약적 또는 다른 수직적 관계는 Shermon법의 제1장, Clayton법 제3장의 위반으로 제한된다. 그리고 만일 독점에 의해서 경영하면 Shermon법 제2장의 위반이다

## 제35절 재판매가격 유지에 관한 일반 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시

FTC v. Beech-Nut, 257 U.S. 441 (1923) ; United States v. Parke, Davis and Co.

#### 2. 판결내용

제안된 가격에 고정시키기 위해 소비자에게 대한 간곡한 권유나 어느 공들인 유지제도와 고정시키는 데 실패하고 나서 그렇게 하는데 동의한 소매인들의 목적은 동의를 만들어내고 재판매가격의 유지의 불법성을 인정할 수 있다.

### [관련 법률지식]

#### 3. 재판매가격 유지

##### 1) 거래에 대한 거절

제조업자들은 그들이 단지 제안되고 행동이 진실로 일면적인 한 “제안된 소매가격”을 발표하는데 자유롭다. 그러나 만일 소매인이 제안한 소매가격에 만족하지 않는 어느 소비자에 대해 조치하지 않으려고 한다면 어떻게 되겠는가?

##### 2) 초기의 견해

초기의 사건에서, 대법원은 그런 행동은 특별한 가격에 재판매하기 위해 소비자를 복종시키는 어떤 “동의”도 없는 한 적법하다고 결정했다. 법정은 미리 소매인이 거래하거나 또는 거래하기를 거부하는 상황을 발표하는 것 중 선택하는 인간의 권리를 확정했다<sup>9)</sup>.

##### 3) 현재의 견해

얼마의 최근의 사건은 사실적 동의를 발견함으로써 Colgate사건을 수정했다. “동의”는 원고를 참여시키지 않는것이 필요하다.<sup>10)</sup> 제조업자들은 원고를 종결하고 결과로 소송을 제기했다. 법원은 제조업자와 불평하는 변호약속사이에서 가격에 대한 동의에 충분한 증거를 찾았다. COLGATE 규칙은 아직 유효하고 일방적으로 상인을 할인하는 일방적인 행위에 자유롭다. 제조업자의 깨끗한 종결정책의 발표와 모든상황을 지지하는 정책을 할 때 일방적인 종결은 거의 독점금지 정밀한 조사가 있다.

9) United States v. Colgate, 250 U.S. 300 (1919)

10) Monsanto Co. v. Spray-Rate Service Corp.

## 제36절 수직적거래 제한에 관한 기본 판례

### [판례]

#### 1. 사건표시

California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum, Inc., 445 U.S.97 (1980)

#### 2. 판결내용

Sherman Act 위반 내지 Liquor Corp. v. Duffy, 479 U.S. 335 (1987) 사례에서 나타난 법원의 판결에 반하는 수직적 거래 제한은 허용되지 않는다. 주류도매업자들이 소매상에게 최저가격을 결정하는 약정을 체결한 것은 독점규제법 위반이다.

### [관련 법률지식]

#### 3. 수직적거래 제한의 위법성

공정거래법은 변호사 수임료를 삭감하는 것을 회피하는 담합 사례 [See Winn v. Edna Hibel Corp., 858 F.2d 1517 (11th Cir.1988)]에서 인용된 판단 원칙을 재판매가격 유지정책에 연결하였다. The Miller-tydings Amendment 와 The McGuire Act는 상표등록이 합법적인데 재판매가격유지 협정에 관한 각 주의 입법에 영향을 미쳤다.

## 제37절 재판매가격 유지에 관한 기본 판례

### [판례]

#### 1. 사건표시 : Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.

#### 2. 판결내용

재판매가격 유지는 소매상 단계에서의 가격경쟁을 폐지하는 것으로 반 경쟁적 효과가 명백한 사안으로 위법에 해당한다. 이는 완전 강제적 조건이 아니라 권고적 조건이라 하여도 실제로 시장지배력에 의하여 강제력이 추정되는 경우에는 위법성이 인정된다.

## [관련 법률지식]

### 재판매가격 유지의 위법성에 대한 예외

#### 1) 합리성의 법칙 또는 간주규정

어떠한 수직적 제한은 그 자체로 위법한 것이나 반면에 다른 것들은 합리성의 법칙이라는 정밀한 조사에 의해서 밀접하게 관련된다. 합리성의 법칙이라는 제한 사유를 두는 일반적인 정책적 이유, 또는 간주규정은 앞에 관계되어 논의된다.

##### ㉔ 경제적 분석 - 최소가격의 유지

제조업자들은 보통 상품을 최소가격으로 함으로써 소매상인들이 높은 이익을 보는데는 관심이 없다. 그래서 제조업자들은 소매가격에 생산품들의 가격을 맞추어 봄으로써 이익을 보려한다. 만약 소매상인들이 그들끼리 경쟁한다면 제조업자들의 총 판매량은 증가할 것이고 이익은 늘어날 것이다. 어쨌든 어떠한 환경하에서도 제조업자들은 소매상들의 이익을 보호하는데 관심을 가질 것이다.

㉔ 예 : 소매상들이 경쟁상품을 운반하고 고객들이 소매상들의 주문에 의존한다면 제조업자들은 상품을 주문하는 사람의 보너스로서 그 주문자의 이익을 보호하기를 원할 것이다. 또한 제조업자들은 소매상들이 서비스와 충고의 양을 줄이기를 바란다. 소비자들은 할인점에서 낮은 가격에 물건을 사고 싶어하며 중간 상인들의 수고비를 상품 가격에 넣기를 원하지 않는다.

㉔ 알림 : 재할인 가격의 유지는 소매상들이 카르텔을 형성하여 정찰 가격보다 더 높은 가격의 상품을 파는데 대한 관심을 촉진 할지도 모른다.

##### ㉕ 경제적 분석 - 최고가격의 유지

제조업자들은 최고가격 상품가격을 정하는데 관심을 가지고 있다. 그렇기 때문에 소매상들이 시장지배력과 완전경쟁하에서의 가격보다 좀 더 싼 가격에 물건을 판다면 이것은 제조업자의 이익을 줄이는 것이다.

㉔ 제조업자의 견해 : 제조업자는 소매상의 시장지위를 깨려하거나 또는 소매상의 최고가격 이상에서 받지 못하도록 하는 교섭력을 사용하려 할 것이다.

㉔ 비록 최고가격을 정하더라도 소매상의 가격 지배력을 제한한다면 그것은 절망적이고 위험한 것이다. 소위 최고가격은 제조업자에 의해 체결되고 소매상들은 최소가격에 표를 던질 것이며 또한 최고 가격은 구매창출을 좌절시키고 시장에 창조적인 진출을 막을 것이다.

#### 2) 재판매가격 유지에 대한 그 자체의 법의 예외

위탁경영 : 가격유지 계획은 가장하지 않는 확실한 위탁경영은 인정된다. 그러나 허위경영은 실효된다. 때표를 위한 비행사와 여행사간의 위탁계획은 손실의 위험(즉 표가 팔리지 않을 위험)이 비행사에 있기 때문에 유지되어왔다.<sup>11)</sup>

11) Illinois Corporate Travel v. American Airlines, 889 F. 2d 751(7th Cir. 1989), cert. denied, 495 U.S. 919(1990), 비교 : In Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 13 (1964)

## 제38절 배타적 독점판매권에 관한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시

Packard Motor Car co.v. webster Motor Car co. 243 F. 2d 418(DC)

#### 2. 판결내용

팩커드 자동차 회사는, 볼티모어에서 가장 큰 상인의 요구에 따라, 그 도시에서의 모든 다른 상인과의 거래관계를 해지했다. 항소심은 배심원의 평결을 뒤집었다. 그리고 제조업자는 주어진 지역 내에서 자신의 독자적인 판로를 한 상인과 거의 항상 만들 수 있다. 비록 이것이 필연적으로 상표간 경쟁을 제거할 지라도 동일하다.

### [관련 법률지식]

#### 3. 배타적 독점판매권과 고객과 지방의 제한

##### 가. 단독의 소매점 독점적 유통

##### 1) 합리성의 원칙 적용

유통자나 지방의 주어진 독점적 소매점으로서의 딜러의 약속된 제조업자의 대한 계약은 복종하는 의무다. 일반적으로 법적으로 상대방 선택의 자유는 인정된다. 그러나 그러한 현상의 합법성은 궁극적으로 interbrand 경쟁의 범위에 달려있다. 예를 들어, 만약 interbrand 경쟁이 없다면 (제조업자는 경쟁상대가 없다.) interbrand 경쟁은 (제조업자의 상인들 사이에서의 경쟁) 아마도 훨씬 더 중요하게 여겨질 것이고, 그러므로 그녀가 누구와 거래하는가의 제조업자의 권리는 훨씬 제한되어 진다.

##### 2) 현대의 규정

대법원에서는 비록 제조업자와 소매상과의 다른 소매상과 price cutting에 대해 종료시키는 계약이 있었다 할지라도 소매상에 의해서 부담지워진 가격위에 특별한 계약을 포함하지 않는 한 계약은 당연 불법은 아니라고 판시 하였다.

##### 3) 시장 지배력

TV 방송망이 특별한 지역을 통해서만 그것의 시그널을 보냄으로써 독점금지법을 어겼다는 주장은 TV 방송망이 시장재지배력을 가지고 있다는 전제 하에서만 타당한 명제이다.<sup>12)</sup>

---

12) TV Communications Network v. Turner Network Television



## 나. 고객과 상권의 제한

제조업자가 누구에게 상품을 팔지를 고르는 것은 일반적으로 법률이 인정할지도 모르지만 이것은 그 소매상이 그러한 물건들을 어떻게 다시 판매할 수 있는가에 대한 제한을 가하는 것은 아니다.

- 1) 이건의 “Schwinn rule” - restrictions illegal per se : 대법원은 이전에는 (재판매 가격을 유지하는 것처럼) 그것은 제조업자가 상권내에 관해서는 상권내의 상인들에게 제한을 가하는 서면 규칙의 section 1의 per se violation 또는 고객들에 관해서는, 특별한 상인이 제조업자로부터 구입한 상품들을 다시 판매할 수도 있다는 것이 서면 규칙의 1항의 per se violation이라고 지지했다.<sup>13)</sup>
- 2) 동시에, 법원에서는 제조업자에 의해서 상인에게 (오히려 팔기보다는) 교부된 물건이 있는 곳에서는, rule of reason이 적용되서 제지는 단지 그것이 비합리적으로 경쟁을 제한할 경우에만 불법적이게 될 것이라고 지지했다.
- 3) 현행 해석론 : “rule of reason”은 그러한 모든 제한들을 억제한다. 1977년에, 대법원에서는 Schwinn을 파기했고 이 rule of reason이 모든 nonprice의 종단적인 제한을 평가하는데 사용되어야 한다고 지적했다.-고객, 상권내에서, 또는 지역 어디서든지 마찬가지이다.
  - ① 근거 : 법원은 어떤 무가격의 수직적 제한이 interbrand 경쟁을 촉진할지도 모르고, 경쟁적인 가치를 이끌어낼 것이라는 것을 강조하면서 그들이 intrabrand 경쟁을 감소시킨다 할지라도 schwinn의 “good sold-good consigned” 차별을 거부한다.
  - ② 하급법원에 의해 적용된 GTE Sylvania : 조리의 법칙을 적용하면서 하급 연방법원은 Sylvania에서 나온 intrabrand와 interbrand 경쟁사이의 환경의 총체에 초점맞추고 그 차이를 종종 강조했다.
    - ㉠ 예 : 시카고 볼스 농구팀은 전국적으로 케이블이 뻗쳐 있는 시카고 텔레비전 방송국인 WGN에 게임을 팔 팀의 권리를 가로막는 NBA의 금지에 대해 도전했다. NBA는 공동 사업이지 단독사업이 아니기 때문에 Bulls의 WGN으로의 게임판매를 가로막는 시도는 서면 법의 SECTION 1에 위반된다. 법원은 적절한, 경쟁적 정당화 없이는 매출을 삭감할 것을 시도하면서 NBA의 행위를 카르텔의 그것으로 규정했다.
    - ㉡ 예 : 특별히 제조업자에 의해 승인되지 않은 다른 소매업자에게 그 제조업자의 상품을 넘겨주는 소매업자에 대한 제조업자의 위협은 비합법적이지 않다. 상품에 투여될 질이나 이미지의 가치를 막기 위한 제조업자의 정당한 관심은 NO TRANSSHIPMENT POLICY의 반경쟁적인 결과를 극복하기 위해 보다 적절하다.
    - ㉢ 예 : 맥주업자의 구매자에 대한 nonprice 지역적인 제한은 intrabrand 경쟁에서의 반경쟁적인 결과보다 interbrand 경쟁에서의 보다 큰 호경쟁적인 결과를 가져왔다. 그러므로 SECTION 1을 위반하지 않는다. 법원은 맥주업자의 제한목적이 구매자들이 보다 효율적으로 분산되도록 함으로써 그들의 interbrand 경쟁력을 증가시키기 위한 것이었다는 것을 알아냈다.
    - ㉣ 많은 논평가와 판사들은 조리의 원칙 사례에서 피고인에게 호의적인 결정의 우월성을 주지시켜 왔다. 이러한 경향은 법원이 어떠한 피고인의 행동의 전형을 나타내 주는 방법을

13) United States v. Arnold Schwinn & Ca., 388 u.s. 365 (1967)

포함하면서 그 자체로 미묘한 문제를 확장시킨다. 예를 들어, 제조업자가 직접 소비자에게 상품을 판매하고, 다른 한편으로는 독립적인 분배자들을 통해 간접으로 상품을 판매한 경우를 가정해 보자.

## 제39절 연계판매에 관한 일반적 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시

Town Sound & Custom Tops, Inc. v. Chrysler Motors Corp.

#### 2. 판결내용

차와 자동차 사운드 시스템은 다른 생산물로 취급되어야 한다.

### [관련 법률지식]

#### 3. 끼워팔기

##### 가. 정의

- 1) “Tying” “Product”(원래의 상품과 끼워파는 상품-이하 이를 “본 상품”과 “추가 되는 상품”으로 해석함.) : 끼워팔기란 판매자는 구매자가 추가되는 상품의 구매를 동의하지 않은 경우 본래의 사고자하는 상품을 팔기를 거부하는 것을 말한다. 구매자는 따라서 강요된 상태에 있으며, 공급자에 의해 권리가 상실된 상태에 있다.
- 2) 끼워팔기의 종류 : 본래의 상품과 추가되는 상품은 여러 가지 방식으로 결합되어 있다.(볼트와 너트처럼)상호의존적인 경우나, (컴퓨터와 소프트웨어처럼)한 상품이 다른 상품의 용도에 맞추어 제작된 것이거나, (씨앗과 비료처럼)둘 다 각각으로도 사용할 수 있는 관계로 있는 경우.
- 3) 끼워팔기의 요건 : 다음의 경우 끼워파는 행위는 위법한 것이 된다.
  - 두 상품이 서로 분리될 수 있음이 명백한 경우
  - 판매자가 본 상품시장에 있어서 충분히 추가되는 상품을 추가함을 억제할 경제적 능력이 있는 경우
  - 끼워팔기가 시장에 있어서 미미한 정도를 넘어선 영향을 미치는 것이 확실한 경우

## 나. 회사가 ‘끼워팔기’를 하는 이유

### 1) 시장지배를 강화하기 위해서

회사는 한 상품의 시장독점권을 시장독점이나, 끼워팔으로써 얻어지는 또 다른 상품의 독점적 이익을 창출하기 위해서 이 권리를 행사할 것이다. 예를 들어, 회사가 한 유일무이한 상품을 판매한다고 보자. 특이한 상품으로 손쉽게 다른 상품을 끼워서 판매함으로써 구매자를 강요할 수 있을 것이다. 이론상으로 독점기업가는 추가되는 상품의 수요를 조절할 수 있게 된다.

### 2) 그 상품의 생산, 이미지, 가치를 보호하기 위해

회사는 끼워팔기를 통해 그 상품의 생산, 이미지, 가치를 보호할 수 있을 것이다.

### 3) 가격의 분할 (또는, 가격 제한의 회피)

끼워팔기는 특정회사에게 가격의 분할을 가능하게 한다. 예를 들어, A라는 회사를 가정해보자. 이 회사는 아주 빠르고, 아주 질 높은 프린터를 생산하고 또, 그 기술에 특허를 받았다. 하지만 A 회사는 프린터에 들어가는 카트리지는 특허를 얻지 못했고, 그 카트리는 다른 여러 제조업체들이 생산하고 있다고 해보자. 만약, A 회사가 그 프린터를 판매하면서 모든 사용자들에게 A 회사가 판매하는 카트리지만을 사용할 것을 요구한다면, 그건 사용자들에게 일종의 부담을 지우는 것이다. (설사, 모든 카트리지가 같은 가격으로 체결되었다 해도.) 규제대상이 되는 회사는 가격 제한규정을 피하기 위해, “끼워팔기”를 하는 회사이다. 예를 들어, 만약 케이블 TV 회사의 월 시청료가 가격제한의 대상이 된다고 할 때, 그 회사는, 시청자들에게 컨버터박스의 사용을 강제하는 방법으로 그 제한을 교묘하게 피할 수 있다.

### 4) 효용성과 경제적 스케일을 이용하는 것.

사실 대부분의 제품은 여러가지 독립된 제품들의 결합품이다. 완전히 독립적인 제품이란 있을 수 없다. 그러나, 어떤 자동차회사가 그들의 엔진과, 차를 “끼워판다”는 것이 가능한 일인가? 소비자들이 이런 각각의 상품들을 하나씩 사기를 바라는가? 이상의 질문들에 대한 답은 분명 “아니오” 일 것이고, 바로 이것이 끼워팔기 규제법과 경제현실과의 괴리를 보여주는 것이다. 여러가지 이유에서, 구입 자동차회사에서 판매하는 엔진을 사는 것이 더 효율적이고 경제적이다. 즉, 관련있는 제품들은 하나로 묶어서, 독립된 제품을 구입하는 것이 효율적이라는 것이다. 비록 법원이 끼워팔기의 경제적 효용을 법적인 정당화의 이유로 인정 해주는 것은 아니지만, 어떤 제품이 “끼워팔리는 것”이고, 어떤 것이 “끼워지는 것”인지를 구분할 때, 경제적 효용을 고려한다. 위의 자동차 엔진의 사례는 비교적 쉬운 경우지만, 모든 경우가 이처럼 분명한 것은 아니다.(예 : 자동차와 자동차 스테레오, 가솔린의 경우 등.)

## 다. 법령상의 금지.

### 1) Clayton 법 3조

Clayton 법 3조는, 경쟁사 제품의 사용을 금지하거나, 실질적으로 경쟁사에게 불리하거나, 독점성을

부여할 수 있는 “약, 혹은 판매를 금지하고 있다.

- “상품”과 다른 형태의 제품 : 위3조는 “상품”에 한해서 적용된다. 따라서 용역, 무체재산, 부동산 등에는 적용되지 않는다.
- “조건”과 “합의” : 비록 이 규정이 “조건”, “합의”에만 적용되는 것이지만, 그렇다고 해서 반드시 “형식”을 요구하는 것은 아니다. 단지, 소비자와 판매자 간에 경쟁사를 배제하는 수단이 있다면 충분하다. 불법적이 끼워팔기는 구매자가 임의로 대상상품을 선택하는 과정에서 발생한다. 일반적으로 인정되는 “계약자유의 원칙”과 “원칙의 제한” 사이의 조화문제도 발생한다. 계약의 자유는 보장되어야 하지만 계약의 내용이 일방 당사자에게 현저히 불리할 경우, “민법 104조”의 적용이 고려될 수 있고, 또한 만약 그 계약이 약관을 통해 이루어졌다면 “약관규제법”이 적용될 수 있다. 이 사례의 경우, “끼워팔기”가 민법 104조의 “현저히 공정을 잃은 법률행위”에 해당 한다면 불공정한 법률행위가 될 수 있다. 그러나, 실제로 상품의 매매는 약관에 기해 이루어지는 것이 보통이므로, 민법 104조 보다는 오히려 약관규제법의 적용이 더욱 용이하다. 약관 규제법 6조는 고객에게 불리한 약관의 효력을 부정한다. 따라서 “끼워팔기”를 하면서 판매회사에 일방적으로 유리한 약관을 체결 하였다면, 약관규제법 6조가 적용될 수 있다. 만약, 위 사례의 끼워팔기가 민법 104조의 “불공정행위”에 해당하거나, 약관규제법 6조의 “고객에게 불리한 약관”에 기해 행해졌다면, 그 판매의 효력이 부정되므로, “무효”이다.

## 2) 강요 요건

소비자가 자발적으로 같은 이유에서 두 개의 상품을 샀고 강요가 존재하지 않는다면, 그 구입은 끼워팔기 계약이 아니다. (독점) Sherman Act의 1조는 끼워팔기에 적용되며 또한 서비스, 무체재산권 또는 clayton Act 규정들에 의해 적용되지 않는 재산권에 관한 끼워팔기 계약에 적용된다.

## 3) 법정 기준들이 같아지는 경향이 있다.

Clayton Act의 제 1항보다 더 엄격하더라도 오늘날 두 제정법이 적용되는 기준이 같다. 그러나 상기에 둘 것 : 몇몇 법원은 제1항 위반으로 일방만의 끼워팔기 계약을 다루지 않을 것이다.

# 제40절 독점금지법 관련 지적재산권 일반 사례

[판례]

## 1. 사건표시

Feist Publications. Inc.m, v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340

## 2. 판결내용

작가의 작품은 저작권의 보호를 받기 위해서 최소한도의 독창성을 갖고 있어야만 한다. 누구나 예측할 수 있는 모양으로 데이터를 축적할 수 있는 전화부 같은 작품은 보호받지 못한다.

### [관련 법률지식]

## 3. 지적재산권법과 독점금지법의 연관

### 가. 개괄

특허법이 권리를 나누어주어 어떤 환경에서 경쟁자들을 없애는 동안에 독점금지법은 경쟁을 부추기기 때문에 독점금지법과 특허 시스템 사이에는 명백한 기장이 존재한다. 발명을 통한 과학기술의 발전을 조장하기 때문에 특허법에 의한 제한된 독점이 나누어지는 것이 필요하다고 믿어지는 것이다. (미국안에서 20년까지 배척되는 권리) 적어도 한 관점에서 독점금지법과 특허법은 양립할 수 있다. 즉, 이를테면 둘 다 소비자의 만족을 극대화하고자 한다. 놀랍지않게 법의 상당한 부분은 독점금지법과 특허법 간의 관계는 명확히하고 조화시키면서 발전해 왔다. 보다 적은 범위에서 법원은 특허법과 다른 형식의 지적재산 사이의 비슷한 법률 저촉을 또한 고려해와야 했다. 판권, 무역 비밀, 그리고 상표법은 모두 어떤 형태의 그들의 사주를 배척하는 권리를 주었고, 그리고 그 배척하는 권리는 또한 독점금지법과 조화를 해야만 했다. 일반적으로 지적재산을 사용하는 사람들, 면허를 가진 사람들 또는 취득한 사람들은 독점금지법에 위반하지 아니하였다.

- 한 분야에서 모든 지적 재산권들을 얻는 방식은 독점이 된다.
- 면허(허가)의 실시는 만일 그것이 불필요한 제한이거나 차별일 경우에 제한된 무역을 하게 된다.
- 경쟁하는 회사들은 그들의 특허에 부적절하게 “공동출자”한다.

### 나. 경제적 정당화

#### 1) 경제적 이론들

네가지 이론들이 지적재산권을 허가하는 것의 정당화를 나아가게 해 왔다.

- 자연권 이론 - 누구의 발명품이나 창조물은 고유하게 그의 소유이다.
- 보수 이론 - 발명가들은 그들이 사회에 지불한 것에 대한 이익을 보상금으로 받는다.
- 비밀교환 이론 - 특허와 판권은 사람들로 하여금 새로운 아이디어의 비밀을 지켜야겠다는 것을 저해시키고, 이런 식으로 아이디어의 풍부를 증가시켜 종국적으로 공공의 영역에 들어간다.
- 이익 장려 이론 - 새로운 아이디어들은 발전시키는 것을 장려하는 것을 행함으로써 새로운 아이디어들을 보호함.

2) 발명촉진이론(The profit-incentive theory)은 특허제도의 기본원리이며 정당한 것으로 받아들여진다. 그것은 (“과학과 기술의 발전을 위해”) 헌법상 인정된 원리이다.

- 발명촉진이론의 근거 : 발명은 경제적인 특수재산이다. 만약 아이디어가 보호받지 못한다면 발명에

받은 비용이 투자됐음에도 불구하고 발명가에게 아무런 보상없이 쉽게 도용될 것이다. 만약 보호되지 못해 “무임승차(free riding)”가 인정된다면 새롭고 유용한 기술의 발전을 위해 자원을 쏟아붓도록 할 동기가 전혀 생기지 않을 것이다. 만약 아이디어가 보호되지 않는다면 경쟁자를 포함한 모든 사람들이 아무런 투자도 없이 이용하게 될 것이다.

- 구제방법 : 이런 상황이 발생한다면 발명을 촉진시키기 위해서는 두 가지 방법이 있다. (1) 정부가 유용한 아이디어의 발명가에게 직접 승인을 주거나 혹은(2) 발명가에게 독점적으로 이익을 향유할 수 있는 법적인 권리를 주는 것이다. 지적재산권법은 두 번째 방법을 취하고 있다. 첫 번째 방법은 그 발명이 유용한 것인지 아닌지를 평가하기가 힘들다는 어려움이 있다. 두 번째 방법은 유용성의 평가가 간단하다. 실제 재산권처럼 특허권은 시장의 힘에 의해 그 유용성이 평가된다.
- 평가 : 지적재산권법은 국회가 특허독점을 일으킬 수 있는 자원의 잘못된 배분보다는 발명을 촉진 시킴으로서 이끌어낼 수 있는 이익을 더 중요하게 여긴다는 것을 보여준다. 이러한 균형은 지적재산권의 기간이나 범위에 의해 조절된다.

다. 지적재산권의 제한: 지적재산권은 세 가지 기본방식으로 제한된다.

#### 1) 권한의 승인

일반적으로 지적재산권법은 소유자에게 발명에 대한 완전한 권한은 부여하지 않는다. 대신에 일정한 권리만을 부여한다. 예를 들면 특허권자는 다른 사람이 발명품을 만들고 사고 파는 것을 금지할 수 있다. 저작권자는 타인이 저작물을 복사, 수정, 공연하는 것을 금할 수 있다. 그러나 저작물을 사용하거나 특정한 부분만을 복사해 전매하는 것을 금지할 수 없다.

#### 2) 범위

지적재산권은 오직 발명의 일정한 한정된 면만을 보호한다. 예를 들어, 특허법에서의 권리는 특허권자의 청구에 의해 법적으로 한정된다. 저작권법에서는 보호의 범위는 아이디어는 도용할 수 없다는 원칙에 의해 규제된다.

#### 3) 존속기간

지적재산권은 존속기간의 제한이 있다. 특허법과 저작권법의 경우에는 일정한 기간의 경과로, 상표와 기업비밀법에서는 일정한 사건의 발생으로 만료된다.

라. 특허법 체계

#### 1) 특허승인

- 미국헌법 : 미헌법 제1조1항 8호는 국회는 “과학과기술의 발전을 도모하기 위해”힘을 가진다고 규정하고 있다.
- 특허법 : 특허법은 위의 국회 권한을 구현하고 어떤 새롭고 유용한 제조법, 기계, 제품 또는 물질의 구성 또는 어떤 새롭고 유용한 향상을 발견하거나 발명한 사람이 그 발명품이 특정 기술에 있어 통상적인 기술을 가진 사람이 모른다면, 특허 등록으로부터 20년 동안 미국내에서 다른 사람이

그 발명품을 제조, 사용, 판매, 판매제한 또는 수출하는 것을 금하는 권리를 주는 특허를 획득하는 것을 허락한다.[35 U.S.C. 102] 특허는 그 발명품이 신청자에 의한 발명품 이전에 미국 내에서 다른 사람에 의해 이미 알려졌거나 사용되었거나, 외국을 포함해서 어떤 출판물에 기재되었고 특허화 되었거나, 혹은 발명품이 미국 내에서 공공연하게 1년 이상 판매, 사용 중이었다면, 특허신청을 포기하거나 숨기지 않았던 어떤 발명품을 다른 사람에 의해 특허신청되어지면 그 특허는 부인된다.[35 U.S.C. 102] 유용성의 요건을 해석하는데 있어서 연방대법원은 “현재의 쓸모있는 형태의 특수한 이익”이 있는 곳에 관점을 주어 “정제되고 개발된” 발명일 것을 요구한다.[Brenner c. Manson, 383 U.S.519(1995)] 불명확성의 요건은 기술에 있어 “통상의 기술 한가지에 대해 명백한 것”이 아닐 것을 요구하는 35USC 103조를 포함한다.[Granham v. John Deere Co., 383 U.S.1(1996)] 특허는 단지 다른 사람들이 발명품을 만들고, 팔고, 혹은 사용하는 것으로부터 배제하는 권리를 준다.[35 U.S.C 154] 그것은 발명품을 사용할 권리를 주는 것이 아니다. 예를 들어 만약 X가 연필에 대해 특허(우세한 특허)를, Y가 지우개와 함께 연필에 대한 특허(예속적인 특허)를 가지고 있다면, X는 Y의 특허권을 침해하지 않고는 지우개와 함께 연필을 만들 수 없고, Y 또한 지우개와 함께 연필을 만들 수 없다. 그렇게 하는 것은 X의 특허권을 침해하기 때문에 따라서 그 두 개의 특허는 서로 막고 있는 것이다. 연필을 만들기 위해서는 당사자 한 명이 다른 사람에게 허가해야하고, 그들은 실질적으로는 서로서로 허가해야할 것이다.

## 2) 특허절차

- 신청 : 장래 특허권보유자는 특허국에 특허설명서 (즉 그것을 만들고 이용할 수 있게 하기위해 발명의 묘사와 완전, 명확, 간결 그리고 정확한 용어로 만들고 이용하는 방법이 쓰여진)와 그것의 圖畵가 포함한 지원서를 제출한다.[35 U.S.C 111-113]
- 특허국의 검토 : 특허국은 그 지원서를 검사하고, 만약 지원자에게 그 권리가 주어지면 특허를 발행한다. 그렇지 않고 그 요청이 거절되면 특허국은 지원자에게 거절의 이유를 진술하고 통지한다.
- 다른 심리중인 신청과 경합하는 특허의 신청이 있을 때에는 특허청은 경합의 고지를 해야 한다. 발명의 우선권의 문제는 특허경합위원회에서 결정한다.

## 3) 특허권자의 권리

- 특허의 효력 : 특허법은 특허에 대하여 사실상 재산권과 같은 효력을 인정한다. 그 보유자는 다른 재산권과 마찬가지로의 방법으로 이를 양도하거나 방어할 권리가 있다.
- 특허권자의 행사 : 특허권자는 다른 것과 마찬가지로 스스로 그의 특허권을 활용할 수 있다. 특허권행사에 있어서 일반적인 의무는 없다. 특허권자는 그의 발명으로 아무 것도 하지 않을 것을 선택할 수도 있다. 틀림없이 이는 과학과 실용예술의 발전이라는 헌법상의 이념과 충돌한다. 또한 몇몇의 제한된 지역에서는 원자력, 생산시설, 대기오염 등에 대해서 입법에 의해 허가받을 것을 규정하고 있다.
- 양도, 사용허가 등 : 특허권자는 미국 내의 어느 곳에서도 특허를 배타적으로 또는 다른 것과 관련하여 다른 사람에게 완전히 양도하거나, 다른 사람으로 하여금 그 특허받은 방법을 사용토록 허가할 수 있다. : 한 때는 특허권을 사용토록 허가를 받은 자가 특허의 정당성에 대해 이의를 제기하

는 것을 금지해 왔다.(따라서 그는 이를 이유로 로열티의 지급을 거절할 수 없다.)그러나 대법원은 반대의 입장을 표명했다. 즉 허가권자에게 특허의 정당성을 단언하는 로열티지급청구에 대해 방어할 권리를 준 것이다. 착안에 대해 완전하고 자유로운 경쟁을 허가하는 것에 대한 대중의 관심은 매우 중요하다. 허가권자는 발명가의 발명의 특허적격에 대한 이의를 제기할 수 있는 충분한 경제적 이점을 가진 유일한 자이어야 할 것이다. 대법원은 로열티 계약은 강행할 수 없는 것이라고는 하지 않았다. (동일의 특허받지 아니한 착안을 나타냄에 있어서 보상은 응당 치러져야 할 것이다.)

- 남용 : 면허 소지자는 남용에 근거한 특허에 이의를 제기할 수 있다.

#### 4) 침해 소송

- 직접 침해 : 특허권 보유자는 징벌적 보상 또는 특허권 보유자의 동의없이 특허된 고안물을 들여 오거나 판매를 위해 만들고, 사용하고, 팔고, 제안하는 사람들 양쪽 모두에 대한 손해배상에 대해 소를 제기할 수 있다. 그러한 사용은 그것이 고의이던 아니던 특허의 침해를 구성한다.
- 특허권 침해 방조 : 특허권의 침해에 있어서 누군가가 또 다른 것을 도와주는 특허권 침해 방조소송은 어느 정도의 과학자를 필요로 한다. 활발히 다른 것으로 특허권의 침해를 야기하는 사람은 침해자로서 책임이 있는 사람이다. 특허된 완성 또는 제조의 사용을 위해 특허된 고안물이나 재료의 특허되지 않은 성분을 파는 사람은 특허된 침해 방조에 책임이 있다. 만약 그가 그 성분이 단지 특허된 복합물 또는 제조의 사용을 제한한 것이었다는 것을 알고 있다면 그리고 다른 사용에 적합하지 않았다면 그리고 그 복합물이 특허되었고 그가 성분을 제공하고 있기 때문에 그 사용은 특허된 침해 소송이 된다면 말이다. 그러나 만약 특허되지 않은 성분이 본질적 또는 비 침해하는 사용이 될 수 있는 일반적인 성분이라면 그것의 공급자는 특허권 침해 소송자로 여기게 되지 않을 것이다.

#### 5) 특허권 침해 소송에 대한 항변

- 무효 : 침해자는 언제나 그 특권 자체가 무효라는 이유로 항변 할 수 있다. 비록 미국 특허국에 의해 발행된 특허가 유효하다고 추정되었다 하더라도 그 침해자는 그 고안물이 최초의 것이 아니라는 것과 다른 것이 우선권이 있음을 증명함으로써 인해서 그 가정을 극복할 수 있다.
- 특허권 악용 : 침해자는 또한 특허 소지자가 특허권을 오용하거나 남용하였다는 것 때문에 항변할 수 있다. 그러나 대법원은 특허권의 271조항을 집행함으로써 인해서 의회는 특허 오용에 대한 특허 소지자의 책임을 제한하려고 하였다고 주장했다. 특허 오용의 원리는 특허권자의 ‘부정한 작용’에 기초한 공평한 방어원리이다. 오용이라는 개념이 독점금지법 위반을 포함하는 반면에, 불공평할 지도 모르는 특허권자의 다른 행동도 포함한다. 오용이 발견되었을 경우, 법원은 특허를 집행하지 않을 것이다. 특허권자는 특허를 강제할 수 있는 권리를 가질 수 있다. 또는, 특허권자는 그 오용이 금지되어 있다는 것을 증명하거나, 오용의 결과가 전혀 이득이 안된다는 것을 증명함으로써 오용에 대해 반박을 증명하기가 곤란하다. 특허의 강제나 부정이득은 특허침해소송에 동등한 방어원리로 구성된다. [Precision Instrument Manufacturing Co. v. Automotive Maintenance Machinery Co., 324 U.S. 806] 독점금지법을 위반했다는 주장이 발견되면, 그런 부정행위는 독점금지법하에서 조건을 제공할 것이다. [Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp., 382 U.S. 172]



## 마. 영업비밀

- 1) 국가 보호 : 영업비밀은 국가에 의해 혹은 키먼로에 의해 보호된다. 정보는 그것이 비밀이라면 그리고 그 소유자가 정보를 보호하는 데 상당한 주의를 다했다면 보호될 수 있다.(1) 비밀성 정보는 그것이 일반적으로 알려지거나 관심을 가진 사람이 쉽게 얻을 수 없다면 그리고 그것이 비밀성 때문에 가치 있다면 비밀이 된다.
- 2) 원고는 다음과 같은 식으로 영업비밀을 오용하는 자에게 손해나 중지구제를 위해 제소할 수 있다.
  - 부적절한 방법으로 비밀을 얻는 것
  - 신뢰관계를 침해하여 비밀을 사용하거나 드러내는 것
- 3) 항변 : 다른 독립적인 경로나 공중이 이용하는 방법의 역기술에 의한 정보습득은 합법이다.

## 제41절 풀(pool)제의 위법성을 판단한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시 : Cracking Case

#### 2. 판결내용

1931년의 Craking Case는 가솔린의 정화에 대한 개선된 과정을 다루었다. 가솔린의 열분해에 관한 어떠한 배타적인 방법도 존재하지 않았다. Cracking Case에서 네 명의 피고들은 각각의 특허권을 주장하였고 그들 사이에 대립이 조성되었다. 특허침해 소송이 접수되었고 방해가 시작되었다. 이 분쟁의 해결에 있어서, 각 당사자들은 과거의 특허침해 책임을 면제해 주고 각자에 대해 계약에 정해진 금액대로 새로운 사용권을 부여해 주기로 합의하였다. 법원은 교차사용권 자체는 문제삼지 않았으나 Royalty Pool制는 그 자체로서 위법하다고 판단하였다.

### [관련 법률지식]

#### 3. 독점규제법과 지적 소유권의 관계.

##### 가. 재판매가격 제한

제너럴 일렉트릭사 사건에서 대법원은 특허권자는 피면허인이 특허생산품을 팔 때 그 가격을 합의에 의해 제한할 수 있다고 판시하였다.

##### 1) 이론적 근거

특허는 다른 사람들이 만들고, 사용하고, 판매하는 것을 배제하는 권리를 부여하므로 특허권자는 특

허독점에 대해 금전적 보상을 제공하는 조건에 맞는 특허생산품을 팔 권리를 허가해줄 수 있다. 법원은 무엇보다도 특허권자가 면허를 줌으로써 가격경쟁으로부터 자기의 시장을 지키고 싶어한다고 추론하였다.

## 2) 제한

제너럴 일렉트릭사 사건은 특허의 범위를 불합리하게 넓혔다는 비난을 받고 있다. 그 범위는 제한되어야 한다.

- 특허권자는 특허기계에 의해 만들어진 비특허생산품의 가격을 고정하려는 면허를 주지 못한다. (Cummer- Graham v. Straight Side Basket Corp 사건 1944.) 특허 보유자는 사람들을 특정 누군가로 제한할 수 없을뿐만 아니라 용어를 특정된 무엇으로 제한할 수 없다. 특허 받은 자에 의해 한번 판매되지만 하면 특허 받은 제품은 다른 사람에 의해 다시 판매할 수 있다.[United States v. Univis Lens Co., 316 U.S. 241(1942)]
- 두 개의 특허권 소유자들은 교차로 그 특허를 허가할 수 없고 그들 스스로 그리고, 장래의 상품을 위해 그들의 면허를 받은 자에 의해 책정된 가격을 고정하거나 영역을 나누거나 다른 상품을 보이콧하는데 동의하지 못한다.[United States v. Line Materials Cp., 333 U.S. 287(1948)]
- 법원은 General Electric社는 복수의 특허 허가에 적용되지 않는다고 판결했었다. [Nweburgh Moire co. v. Superior Moire Co., 237 F., 283(3r Cir. 1956)]

## 나. 사용권 제한

특허받은 발명이 몇몇 분리된 사용권이나 적용을 가질 때 연방대법원은 특허보유자는 한 개 혹은 더 많은 그런 사용권과 인가에 대하여 그런 권리를 배타적이거나 비배타적으로 적절히 면허를 받은 자를 제한할 수 있다고 판결하였다.[General Talking Pictures Corp. v. western Electric, 305 U.S. 124(1938)]

### 1) 효과

사용권 제한은 아마 특허권 보유자가 가격 차별하는 것을 허락할 수도 있다. 특허된 상품이나 방법을 위한 수요의 탄력성은 다른 사용권들 사이에서 상당히 다양할 수도 있다.(예를 들어 Genral Talking Pictures社 사례에서 특허 보유자는 그의 특허받은 앰프를 상법분야와 가정용 라디오 나눌 수 있는 것) 그 특허보유자는 수요의 탄력성이 낮은 곳에서 그 사용을 위한 로열티를 더 높게 청구할 수 있다.

다. 지역제한 법령에 의해 특허보유자는 그의 특허를 허락받은 자를 그가 원하는 특정지역으로 제한할 수 있다. [35 U.S.C> 261

## 라. 지적재산권의 강제

지적재산권의 획득과 강제는 일반적으로 시장을 단일화하려는 노력으로 언급되어진다. 그러나 그러한 독점금지요구는 거의 성공하지 못한다.

## 1) 기만에 의한 획득

특허청과 상표청을 기망하여 자신의 특허를 획득한 특허권자는 그러한 단일화의 정상적인 요구가 증명되지 못한다면 서면법 2장에 위반이다.

## 2) 비경쟁제한

유효한 지적소유권의 소유자는 단일화가 하기 쉬운 것이다.(마약 경쟁자를 당황시키기 위한 노력으로 소송을 준비한다면) 2장의 다른 요소는 또한 확정되어야 한다.

## 3) 모방 - 독점면제

이 원칙은 독점금지 탄원 면제조항에 의해 명확히 제한되어진다. 그 규정은 재판에 의한 구제의 기대보다 당황시키기 위한 부적절한 동기와 적당한 원인이 없는 즉 명백한 기초가 없는 것을 의미하는 것이 예증되어지지 않는다면 일바의 소송은 소송을 제기하는 데 쉬울 수 없다.

## 마. 판단기관의 준칙

1995년 판단기준과 FFC는 지적재산군의 허가에 대해 준칙을 접합한 것을 공표했다. 새로운 준칙은 독점규제정책에 있어서 많은 중요한 변화를 포함한다.

## 1) 시장의 정의

지적재산권 사건에 있어서 시장은 어떤 독점의 경우에 있어서처럼 같은 식으로 정의되어지는 반면에 준칙들은 가능성을 시사하는 데 그것은 연관된 시장은 아마 상품이나 요역을 위한 시장이 아니라 지적재산권 자체(기술시장) 또는 장래에 있어서의 연구발달(혁신시장)을 위한 시장일 것이다.

## 2) 특별대우의 금지

준칙은 독점의 목적을 위한 다른 소유권처럼 같은 방식으로 지적소유권을 취급하려는 정보의 의도를 지적했다. 이것은 지적소유권의 허가에 대해 방관하려는 1980년대의 정부의 준칙을 회고하는 것이다.

## 제42절 강제 실시허락의 적법성을 인정한 사례

## [판례]

1. 사건표시 : United States v. Glakso Group Ltd.

## 2. 판결내용

과거의 독점규제법 위반의 구제로서 법원은 법적 독점을 파기하고 강제라이센스르 명할 수 있다. 현

재와 미래의 특허권에 대해 상당한 로열티 비율로 모든 신규가입자에 대하여 때로는 로열티 없이도 가능하다.

## [관련 법률지식]

### 3. 법적 독점의 제한

#### 가. 독점

지적소유권은 법이 승인한 법적 독점이다. 그래서, 유효한 특허나 다른 지적 소유권은 보호될 수 있다.

#### 나. 법적 근거

특허취득에 의한 독점: 만약 어떤 회사가 특정분야에서 모든 이용가능한 특허를 얻는다면 그 같은 행동은 독점으로 평가된다. [United v. Singer Manufacturing Co.] 그러나 특허를 얻는 것이 만약 그 결과가 경쟁을 상당히 줄이고 독점을 만들어 내는 것에 해당하면 클레이튼법 7절의 의미내의 자산취득이다.

#### 다. 독점적 특허

지적재산 소유자가 그의 권리를 상대방에게 독점적으로 위탁·양도하거나 특허를 준 경우, 법원은 보통 이 특허를 지적재산권의 매매와 같게 다루어 서면법 2장이나 클레이튼법 7장을 적용한다.

#### 라. 특허허용 영업에 있어서의 매매 제한

특허에 의한 합법적 독점은 특허권자 자신 또는 발명을 촉진시키기 위해서 사용하는 한도내에 한한다. 특허생산품의 허가나 분배에 이르기까지의 반경쟁적 행동에 의한 독점은 허용되지 않는다.

##### 1) 도입

면허를 주는 것은 지적재산소유자의 재산을 효율적으로 거래하게 해주기때문에 일반적으로 장려되어야 한다. 그러나 면허와 역면허, 그리고 이러한 특허를 주겠다는 계약은 특허권자에 대한 특허의 경제적 이익을 보장하는 범위를 벗어난 중대한 반경쟁적 효과로서 거래제한을 가져올 수도 있다. 이런 사실을 감안하여 법원은 특허권자에 의한 영업허가는 특허의 남용과 독점금지법 위반을 구성한다는 이론을 발전시켰다.

- 합법적 독점의 효과를 줄 수 있는 권리를 가장 많이 허용하는 법이 특허법이기 때문이다. 다만 여기에서 언급되는 원칙들은 다른 지적재산권의 면허에도 널리 적용된다.
- 일반적으로 특허권자(또는 피면허인)가 특허생산품을 판 경우, 구매자는 특허독점으로부터 자유로워서 그 특허를 위반안하는 한 미국내 어디서든 그 물건을 사용하거나 재판매할 수 있다. 또한 특허권자는 부여받은 모든 독점적 이익을 얻는다.(Adams v. Burke 사건 1873)

## 제43절 특허권에 의한 독점 확대를 위법으로 선언한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시

F.C. Russell Co. v. Consumers Insulation, 226 F. 2d 373(3d Cir. 1955)

#### 2. 판결요지

판매점들에게 특허된 상품과 경쟁하고 있는 상품을 팔지 않을 거세 동의하는 것을 요구하는 특허권 보유자는 특허권 “남용”에 해당하여 위법으로 판단된다.

### [관련 법률지식]

#### 3. 특허권 남용 사례

##### 가. 묶인 계약

게다가 특허 보유자는 만약 고객들이 특허 상품의 사려할 때, 그 고객들에게 특허보유자로부터 특허되지 않은 상품과 같이 살 것을 강요함으로써 판매를 확대할 수 없다.

##### 1) 시장지배력

지적소유권을 포함하는 끼워팔기에 대한 주장은 끼워팔기 협정을 규율하는 일반적인 원리에 합당해야 한다. 예전의 여러 사건에서는 지적소유권은 자동적으로 시장지배력을 부여한다고 주장되었으나 현재의 추세는 다른 여러 끼워팔기 사건과 마찬가지로 이 사건들에서도 시장지배력에 대한 증거를 요구하고 있다.

##### 2) 비 중요 생산물

특허 상품과의 연결이외에는 아무목적도 없는 생산물은 특허상품 그 자체는 물론 그 생산물의 판매를 담당하는 특허권자에게도 끼워팔기에 해당하지 않는다.

##### 3) 조건의 연장

특허 만기일 이상까지 연장하는 Royalty협정이나 계약은 위법하다 [Brulotte v. Thys Co., 379 U.S. 29(1964)]

##### 4) 판매비율에 따른 Royalties

법원은 특허사용 계약에 의해 특허권자에게 특허된 품목뿐만 아니라 특허되지 않은 품목에 대해서도 Royalty를 지불하도록 되어있는 경우 그 계약을 무효라고 판단하였다. “특허권자는 특허권의 사용에

기인하지 않는 이익을 하려는 특허 레버지리를 사용하지 않을 수 있다.” 특허권자와 상품이용권자 양자 모두의 편리를 위해 “총판매” 방법이 이용되는 경우는 위법하지 않다.

#### 나. 폐쇄적 예약

상표이용권자가 하나의 특허안을 이용하고 싶으나 그 사용료는 특허권을 가지 집단모드에게 지급해야 하는 경우 법원은 그러한 **Royalty**구조는 허용되지 않는다고 결정하였다. 그러한 결론은 특허 이용권자가 특허집단에 속하는 각 개인의 특허이용에 대해 각각 다른 비율의 사용료를 요구하는 요청에 대해 거절하는 경우나, 수요가 많은 특허에 대해 비합리적으로 높은 비율의 사용료를 요구하는 경우에도 적용된다.

#### 다. 특허 풀제(制) - 특허분쟁의 해결

때때로 특허 침해 소송에 있어서 당사자들은 특허권을 상호 사용하기로 하고 사용료를 정해진 방법에 따라 분배하기로 하는 특허풀을 형성함으로써 분쟁을 해결한다. 그러나, 약간의 특허사용료를 가진 전매특허기업은 산업에서 모든 생산자들을 포함하고 있다면 위법한 것이 된다.

## 제44절 수직적 제한에 관한 일반 사례

### [판례]

1. 사건표시 : Lovett v. General Motors Corp,

### 2. 판결내용

각 경쟁하는 판매자들은 원고들에게 공급하는 **GM**의 차의 수량을 줄이도록 **GM**과 공모했다고 원고들은 단언했다. 주 법원은 **GM**과 경쟁 판매자들 간에 존재한다고 믿었던 수평적 공모와는 대조적으로 **Sharp Rule**(Rule of Reason analysis)은 오직 수평적 제한인 경우에만 적용된다고 판단했다.

### [관련 법률지식]

### 3. 독점금지법의 적용 범위

가. 모든 **trust**(기업합동)이나 다른 형태의 계약, 조합 또는 몇몇의 국가사이에서 또는 외국과의 거래나 교역의 제한에서의 **conspiracy**(공모)는 불법적인 것으로 선언된다. 몇몇의 국가나 외국과의 무역과 교역의 어떤 한 부분을 독점하기 위해서, 독점권을 얻으려고 하거나, 또는 다른 사람들과 협력이나 공모하는 모든 사람들은 중죄를 지은 것으로 여겨질 것이고, 그것을 선고함에 있어 법정의 자유재량에 따라 기업일 경우에는 천만달러 이하의 벌금을, 개인일 경우에는 35만달러 이하의 벌

- 금을 물고, 3년이하의 징역이나 또는 벌금과 징역을 모두 하게 된다. 교역에 악영향을 미칠 수 있는, 경쟁자의 불공정한 방법 또는 사람들을 현혹시키는 행동이나 책략은 비합법적으로 선언된다.
- 나. 비록 법무부와 연방무역위원회(FTC)는 본래 연방의 독점금지법의 시행에 책임이 있지만, 특히 분배 영역에 있어서 행정소송이 비공식적인 소송에 의해 훨씬 수적으로 우세하다. Section 4 of the Clayton Act에 의거하여 “독점금지법으로 금지된 어떤 이유로 인해 그의 사업이나 재산에 손해를 입은 사람”에 의해 손해를 입을지도 모른다. 변호사의 수임료와 소송비용에 더해서 세배의 손해를 입게 된다. “어떤 사람은 독점금지법의 위반으로 손실 또는 손해를 입을 위기에 처해 있다. 원고가 대체로 우세한 이 section하의 소송에서, 적당한 변호사의 수임료를 포함하여, 법정은 원고에게 소송 비용을 물릴 것이다.”라는 Section 16 of Clayton Act에 의거하여 금지된 경감을 받을지도 모른다.
- 다. 대부분의 주(州)들은 정부와 개인 모두를 규제하는 독자적인 독점금지법령들을 가지고 있다. 게다가, 많은 주(州)들은 공소의 개인적 소인(訴因)을 규제하고 세배의 손해를 포함하는 FTC 법령들을 거의 가지고 있지 않다. 연방 법정은 FTC 법령하에서 개인적 소송의 권리를 찾는 것을 별로 못마땅하게 생각하므로, 이러한 법률들은 함축적으로 영향력을 가질 수 있다.
- 라. 글자 그대로 읽으면, Section 1 of the Sherman Act는 거래제한(restraint of trade)에 있어서의 모든 협조된 활동들을 금지했었을 것이다. 하지만 대법원은 비합리적으로 경쟁을 제한하는 거래제한들이 불법이라고 Section 1을 해석해왔다. 주정은 이성의 법칙(Rule of Reason)을 지지하여 기준으로 존재한다. 형식적인 구별짓기보다는 카르텔화(기업연합)의 촉진과 같은 명백한 경제적 효과에 의해 기준으로부터의 이탈을 정당화해야 한다. 제한이 Section 1을 위반하는지 안하는지 평가할 때, 평가자는 사업, 제한의 역사, 제한이 부과된 이유 등 특유의 사실들을 분석함으로써 경쟁적 효과를 평가해야 한다. 하지만 그런 협정들의 본질과 필연적인 결과는 너무 명백히 반경쟁적이어서 그들의 불법행위를 입증하기 위해서 산업에 관한 공들인 연구는 거의 필요없다. - 그들은 본질적으로 당연 위법이다. 수평적인 가격조작, 입찰가격의 조작과 마케팅 분할, 수직적인 가격조작, 단체적 보이콧, 결합된 합의 등을 포함한 제한의 범주는 일반적으로 당연 위법으로 평가된다.
- 마. 수평적 제한(horizontal restraints)은 같은 수준(same level)의 시장구조를 가진 경쟁자들 간의 협정이다. 수직적 제한(vertical restraints)은 생산자와 분배자와 같은 다른 수준(different level)의 시장 구조를 가진 사람들의 결합이다. 수평적 제한은 수직적 제한보다 더 엄격하게 조사되어 왔다.
- 바. Section 1 of Sherman Act에 의거하여 승소하기 위해서, 원고는 비합리적인 매매의 제한에 대해 “계약, 결합 ... 또는 공모”를 입증해야 한다. 그 조항의 목적이나 효력에 관계없이, Section 1은 독립적인 행위나 사업적인 결단을 금지하지 않는다. 하나의 회사의 행위는 Section 2(독점이나 독점 시도)에 의해 지배를 받는다.
- 사. interbrand 경쟁(예를 들어, 다른 렌트카 프랜차이즈들 사이에서)은 같은 상품의 생산자들 사이에서의 경쟁이다. intrabrand 경쟁은 특정한 생산자의 상품의 분배자 -도매 또는 소매- 들 간의 경쟁이다. 같은 프랜차이즈의 프랜차이지들 간의 경쟁은 intrabrand 경쟁이다. 같은 상품을 다른 브랜드로 교체하기 위한 소비자들의 능력 때문에, interbrand 경쟁은 intrabrand 시장 power의 이용에 중대한 방해로 하게 된다.
- 아. Section 1 of the Sherman Act은 둘 이상의 독립된 개체 사이에서 위반을 입증하기 위해서 “계약, 결합... 또는 공모”가 있어야 한다고 규정한다. 하나의 개체에 의한 독자적인 행동은 금지되

지 않는다. *Monsanto v. Spray-Rite Service* 주식회사에서, (...) “경쟁자의 항고에 따르는 결론의 증명은 [공모]의 추정을 입증하기에 충분하다”는 일곱 번째 재판이 *Monsanto*에서 열렸다. 대법원은 일곱 번째 재판의 판결을 지지했으나, 합의된 행동의 추정을 입증하기 위해서는 항고의 증거가 더 필요하다고 판결을 내림으로써 일곱 번째 재판의 추론을 기각했다. 법정에 따르면, 올바른 기준은 생산자와 분배자에 의한 독자적인 행동의 가능성을 배제하기 쉬운 증거가 반드시 있어야 한다는 것이다. 즉, 생산자와 다른 사람들이 불법적인 목적을 달성하기 위해 꾸며진 공동된 계획을 가지고 있었다는 것을 합리적으로 증명하기 쉬운 직접적이거나 상세한 증거가 있어야만 한다. 상세한 증거는 사건의 거래의 거부 후에 생산자와 분배자에 의한 행동들을 포함해도 좋다. 생산자는 일반적으로 거래가 독립적으로 이루어지는 한, 거래를 원하는 누구와도 거래를 할 수 있고 거래를 거부할 수 있는 권리를 가지고 있다. 대법원이 *Monsanto*에서 진술한 바에 따르면, “[*United States v.*] *Colgate*에 의거하여, 생산자는 사전에 재판매가격을 고지할 수 있고 그것에 동의하지 않은 사람들과 거래를 거부할 수 있다. 그리고 분배자는 거래중지를 피하기 위해서 생산자의 요구에 마지못해 따르는 것으로부터 자유로울 수 있다.”

“목적있는 만남(a meeting of the minds)” 또는 “합의된 계획”의 개념은 “분배자가 제안된 가격에 따른다는 진술 그 이상의 것을 포함한다. 이것은 또한 분배자가 어쩔 수 없는 동의나 승낙을 했다는 것과 생산자에 의해 요구되었다는 것 모두 증거에서 진술되어야 한다는 것을 의미한다.” *Colgate*에 의해 허락된 단독적 행동의 유형을 분배자의 재판매 가격에 영향을 미치도록 시도함에 있어서 생산자의 행동들이 대법원에 의해서 다른 많은 경우에 다루어져 왔다. *Colgate*에 의거한 단독적인 행동과 허용될 수 없는 결합이나 공모의 형성 사이에는 쉽게 선을 그을 수 없다.

자. 할인행위로 인해 원고가 제지당함에 의하여, 개인적으로 세배의 피해를 입은 소송당사자의 빈번한 이론은 생산자와 한명 또는 그 이상의 다른 분배자 사이의 공모로부터 유래된 생산자의 거래의 거절당한다는 것이다. 원고의 경우는 제지에 따른 다른 분배자로부터의 항고에 어느 정도로 의거할 수 있을까? 공동의 행동은 다른 분배자들로부터 고소의 영수증을 분배하는 것의 거절로부터 추론될 수 없다고 *Monsanto*에서 대법원은 진술했다. 생산자와 제지당하지 않은 분배자들은 독립적으로 행동하고 있었다는 가능성을 배제하기 쉬운 증거가 있어야만 한다. 대법원은 사업이 진행되는 중간에 불평이 있어날 수 있다고 다음과 같이 인정했다. ‘분배자들은 생산자들에게 있어서 중요한 정보의 출처이다. 그리고 생산자들과 분배자들은 그들의 상품이 소비자들에게 설득력 있고 효율적으로 도달할 수 있다는 사실을 보증하기 위해서 서로 항상 조화를 이루어야 한다.’ 결의된 정보가 가격의 불만을 일으키기 때문에 혼자서 행동하는 것으로부터 생산자를 방해하는 것은 시장에 불합리한 혼란을 일으킬지도 모를 것이라라고 대법원이 진술했다. 확실하게 상소의 증거는 입증할 수 있는 가치를 가지고 있을 수 있지만 불법적인 계약, 결합 또는 공모를 뒷받침하는 추가 증거를 제출해야할 부담을 원고가 지고 있을 수도 있다. *Monsanto* 후의 판례들은 분배자들의 소란 상황에 기준의 적용을 놓고 고심해 오고 있다.

일단 협정된 행동이 입증되어 오기만 하면, 협정된 행동의 경쟁적인 영향을 고려할 필요가 있다. 따라서 불평하는 상인들이 어떤 수준으로(특정한 수준이 아닌) 가격을 결정하는 데 동의하는 증거가 있어야 한다. 불평하는 상인들은 *djEJs* 가격이든지 결정할 완벽한 자유를 유지할 수 없다. 그것은 남아있고 불평하는 상인들에 의한 수요에도 불구하고, 생산자들이 할인하는 상인들을 제



지하는데 동의하는 것을 증명하기에는 충분치 않다. Sharp Electronics 사건에서, 가격에 대한 합치가 결여되었기 때문에 분배자들을 제한하는 협정은 비가격적인 수직적 제한보다 위험이 덜하다고 법정은 추론했다. 법정은 수직적 가격 합치는 일반적으로 가격 인하를 저지하는 협정에 우선한다는 주장을 기각했다. 따라서 가격이나 가격수준에 관한 어떠한 동의가 남아있는 분배자나 분배자들에 의해 부과되는 것이 없다면, 이후의 가격을 매기는 연습 때문에 다른 분배자를 저지하는 분배자들과 생산자 사이의 협정은 협조된 행동을 성립시킬 수 있지만 재판매 가격을 고정시키기 위한 협조된 행동을 성립시킬 수는 없다. 따라서 그런 협의된 행동의 합법성은 본질적 규칙이 아니라 이성의 규칙에 의거하여 해석될 수 있을 것이다.

차. 원고와 피고 사이의 계약은 협력된 행동의 필요조건을 충족시키는 충분한 “agreement”를 구성한다. 비슷하게, 피고에 의해 강요된 행위의 방침에 원고의 어쩔 수 없는 동의는 협의된 행동의 필요조건을 충족시킬지도 모른다. 하지만, 만약 원고가 묵묵히 따르지 않았으면, Section 1의 의미 안에서 agreement가 없을 것이다. 만약 원고들의 한정이 다른 분배자들의 동의를 강요하곤 한다면, 피고와 그 분배자들 사이에서 agreement가 발견될 것이다. 하지만 앞에서 언급했던 것과 같이, 다른 높은 가격의 분배자들의 요구에 대한 할인자의 한정이 폭정한 가격이나 가격 수준들을 결정하려는 협의만 없다면 본질적인(per se) 위배를 구성하지 않는다.

## 제45절 단체거래 거절에 대한 기본 판례

### [판례]

1. 사건표시 : United States v. General Motors Corp.

### 2. 판결내용

경쟁하는 가맹점사업자들 사이에서 수평적 협정에 의하여 자동차 제조자에 대한 거래 거절을 결의한다면 이는 독점금지법 위반에 해당된다.

### [관련 법률지식]

### 3. 수평 협정에 의한 거래 거절

만약 경쟁하는 프랜차이즈들 사이에서 수평적 협정(수직적 협정의 반대말)의 존재를 증명할 수 있다면, 프랜차이즈들은 독점규제법의 대상이 된다. 법원은 싸게 파는 사람을 대리하지 않은 판매자들과 GM에 의한 협력된 행동은 판매자들 간에 수평적 공모라고 판결했고 판매자들은 공모에 협조하도록 생산자들의 협력을 얻어왔다고 판결했다. 협정이 수평적(per se Rule)인지 수직적(Rule of Reason

analysis)인지에 관계없이, 판매자가 GM의 행위가 불법적 공모만큼 지장 없을 정도의 경쟁과 일치한다고 할 수 있는 증거를 제시하지 못함에 근거하였다. 비슷한 판례로, 경쟁 판매자들이 자동차 판매 전 시장을 짓는 것을 방해하기 위해서 공동으로 자동차 생산자들에게 압력을 행사한 자동차 판매자들이 당연 위법의 담합에 해당된다고 판시되었다. 뉴욕 BMW 대 북아메리카 BMW의 사건에서, 할인하고 대량판매한다는 원고에 대한 평판때문에, 원고가 BMW 프랜차이즈가 되는 것을 거부했다는 사실은 경쟁 BMW 판매자간에 수평적 공모가 부분적으로 인정된다고 판단했다.

## 4. 가맹사업자 단체

### 가. 가맹사업자 단체의 진화

벤자민 프랭클린은 “우리는 모두 단결하여야 한다. 그렇지 않으면 우리는 확실히 개별적으로 매달릴 것이다.”고 말했다.

가맹사업자 단체는 발전하고 있는 추세이다. 몇몇의 단체가 1960년대부터 발생하여 숫자만 늘어 나다가 1990연대에 그 형태를 갖추었다. 대부분의 단체는 일련의 다툼 안에서 때때로 만들어졌던 것처럼 보인다. (예를 들면, 가맹사업본부가 재정곤란으로 고생하는 때 또는 약간의 시스템 변화를 시도하는 때)

시스템 내의 가맹사업자들의 단체는 몇 개의 형태로 분류할 수 있다. 대표자는 종종 가맹사업본부에 의해 만들어졌다. 그리고 가맹사업본부는 자금과 정보의 흐름뿐만 아니라 그룹의 안전을 통제한다. 가맹사업본부는 독립적인 전문가의 조언을 위한 비용 뿐만 아니라 여행과 회의비용을 자주 치른다. 많은 가맹사업자들은 명목상으로 회의를 한다.

가맹사업본부들은 단체에 대하여 두 가지의 다른 시각을 가지고 있다. 하나는 의심의 높은 수치로 그들을 보고, 다른 하나는 그들을 유사한 것으로서 간주한다. 그들은 파이의 쪼개진 틈을 바꾸고, 자신의 조각이 없는 결정권에서 그 시스템을 조작하는 가맹사업본부의 “권리”를 방해하기 위해 있다고 본다. 다른 한쪽은 다소 중립적으로 그들을 보는데 단지 시스템의 일환으로 보거나 심지어 가맹사업본부의 목적을 추진할 때에 유용할 수 있지 않으면 단체가 대단한 놀람의 근원일 수 있다고 인정한다. 예를 들면, 단체는 효과적인 수단으로 가맹사업본부에게 정보를 제공할 수 있으며, 그것은 가맹사업본부 주도권을 위하고 가맹사업자 지원을 형성하기 위해 사용될 수 있다. 그리고 그것은 프랜차이즈 동의 또는 시스템 방향에 있어서 널리 퍼진 변화에 관하여 협상하는 효과적인 수단일 수 있다고 생각한다.

#### 1) 단체의 구성

단체를 조직하는 것은 쉬운 작업이 아니다. 시스템에 만족하는 가맹사업자들은 항상 단체가 왜 필요한지 물을 것이다. 역사적으로 공통의 위협은 단체를 형성하기 위한 전제조건이었다. 오늘 더 순항적으로 발달했던 주요한 몇 개의 그룹이 지각되거나 실제 위협의 결과로서 있다.

구조적 전제로부터, 대부분의 가맹사업자 단체가 비영리의 법인형태를 갖는 것은 개개 멤버의 책임을 제한한다. 연방의 세금 목적을 위해, 가맹사업자 단체는 내국세 수입 코드의 섹션 501(c)(6)에 따라서 세금-면제되는 단체로서의 자격을 얻지 않을 것이다. 이것은 단체가 그 수입과 지출을 경리 할 때에 그 세금 책임을 최소화하도록 주의할 것임에 틀림없는 것을 의미한다.

단체의 관리규약에는 다음의 중요한 사안을 포함 ;

- 투표 기준 : 1인 1표주의 원칙
- 회원 자격 : 프랜차이즈를 운영하는 법률적 주체나 점주, 관리자 또는 지정 대리인
- 회비 : 소유 단위의 수 또는 총 수입의 퍼센트로서 회원기준 징수
- 이사회 대표 : 이사회 대표는 지역 또는 전체에 기초한 대표 또는 두가지 콤비네이션에 의해 결정. 때때로 대표를 확실히 하기 위해 매우 대형이거나 매우 작은 가맹사업자들에 의해 선발

체험을 통해서 그룹의 임무보고서를 강조하는 관리문서와 그 보고서에 기초한 활동계획이 그룹을 위해서 중요하다는 것을 알게 된다. 몇몇 그룹들은 단순히 가맹사업본부와의 의사소통과 협상하는 것에 그들의 행동을 제한한다. 다른 그룹들은 공동구매와 보험프로그램 그리고 마케팅, 운영, 다른 이슈에 관해서 가맹사업자들간의 정보 교환을 포함하여 전문적인 활동을 한다. 대부분의 그룹은 집회 또는 회의를 정기적으로 개최한다. 그룹의 크기에 따라서 때로는 국가적이고, 때로는 지역적인 모임을 한다.

때로는 이 회의가 가맹사업본부에 의해 계획되는 회의와 관련하여 개최될 것이다. 왜냐하면 가맹사업자 단체들은 경쟁자 또는 잠재적인 경쟁자 중에 단결과 동의를 구하여야 하며, 그들은 독점 금지법에 저촉되지 않도록 해야만 한다. 공통의 관심은 시장 또는 고객 시장 할당의 요구뿐만 아니라 가격 조작과 그룹 보이코트의 잠재적인 요구를 포함한다. 이같이 가맹사업자 단체들은 다른 상업단체보다 독점금지 관계에서 조금은 자유롭다.

## 제46절 수평 결합에 관한 기본 판례

### [판례]

#### 1. 사건표시

Alvord Polk Inc, 대 F. Schumacher Co.

#### 2. 판결내용

합리적인 배심원은 생산자들이 벽지의 할인 판매자들을 보이콧하도록 강요한 것은 full-service 벽지 판매자들의 협회의 회원들 간에 수평적 공모가 있음을 평결할 수 있다는 추론에 근거하여 즉결 판결의 인정을 취소했다. 세 번째 재판은 협회의 임원들의 행동들이 협회 전체에 의하여 고소될 수 있는지와 소매상에 의한 집단적 행동을 구성할 수 있는지를 고려했다. 협회의 임원들 중 한명에 의한 진술은 할인 판매자를 대리한 생산자들을 보이콧하도록 협회(와 그 회원들)에 의한 위협을 성립시킬 수 있다는 것을 배심원들이 평결을 내릴 수 있다고 법정은 결론을 내렸다.

법정의 관점에서는 이 사건은 Sharp와 관련성이 없다고 봤다. 비슷하게, 간의 사건에서, 세 번째 재판은 대조적으로, Thompson Everett Inc. 대 National Cable Advertising L.P.,간의 사건에서, 수평적 경쟁자들인 피고들간의 빈번한 사업적 접촉은 혐의된 행동의 증거로는 불충분하다고 법정은 판결했다.

## [관련 법률지식]

### 3. 시장 지배력의 증명

- 1) 독점생산물을 지배하는 증거는 초기 사건에서 필요한 것이었다. 그 예는 다음과 같다. 잠재적 소금기계는 소금의 구매에 묶여있다. 주 필립의 구매에 묶여있는 복사필립, 북태평양 철도에 상품배 구매자를 요구하는 것, 북태평양 철도에 의해 사들여진 땅, Loew's 복사필름 등은 단일한 상품의 예이고, 그것은 판매시장 독점으로 주어지는 것이 사실로 받아들여졌다.
- 2) 대법원은 명백하게 시장력의 문을 바꾸었다. 초기사건들은 묶여있는 상품의 시장에서의 피고의 힘에 대해 초점이 모아졌지만 지금의 법원은 경쟁적인 환경에서 그들이 하지 말아야 하는 선택을 소비자들에게 강제하는 피고의 힘을 강조한다. 묶여있는 상품에 대한 시장에서의 결정력에 영향을 주는 피고의 능력을 강조하는 것 같다. 예를 들어, 미국철강은 미국철강의 조립식 집(묶여진 제품)을 구입하려는 부동산업자에게 무이자의 대부금(묶는 제품)을 제공하였다. 대법원은 그러한 신용대부계약조건이 신용대부분야에서 그 회사의 시장지배력을 성립시키는 것은 아니고, 단순히 비싼 집들을 팔기 위해서 짠 대부를 제공할 자발적인 의사를, 가리키는 것이라고 보았다. 그러므로 원고는 그러한 계약조건이 시장지배력을 가리키는 것이라는 것보다는, 미국철강사가 경쟁자보다 유리한 입장에 서기위해 약간의 비용을 지불했다는 것을 보여야 했다.
- 3) 비록 판매자/생산자와 제휴하지는 않았지만, 원고들은 독립용역조직의 그룹이고, 그것의 모방업체의 용역에서 그것을 가지고 경쟁하려고 시도했다. 판매자/생산자가 ISO의 교체부분의 유용성을 제한함으로써 교체부1분의 판매로서 그 기계용역을 용인할 수 없는 수단으로 붙들어 매었다고 원고들은 주장한다. 이 방침은 ISP가 그 모방업체의 용역과 부분분야를 위한 별개의 시장에서 판매자. 생산자의 시장지배력에 따라 진정한 논점이 존재한다는 하급심의 판결을 확인하였다.
- 4) 관련된 상업의 공허한 총액보다 더한 증명: 원고는 연관된 상업의 공허한(본질이 없는)총액보다 더 많은 것을 보여야 한다.

### 4. 배타적 거래 - 조건계약

- 1) 구매자는 아마 경쟁자의 상품이 아니라 판매자의 생산품을 취급하는 것에 동의할 것이다. 종종 이런 협정은 판매자로부터 배타적으로 조건을 구입하게 하는 구매자가 동의하는 형태를 취한다. 어느 정도까지 그 효과는 “묶인”협정과 유사하다. 즉 구매자는 경쟁자의 상품을 사용하지 않는 것에 동의해왔다. 묶인 협정과 같이 배타적 거래는 클레이튼법 3조(만약 그것이 상품의 판매를 포함한다면)와 서먼법 1조에 의해 다루어진다.
- 2) 양적 실질성 검사 : 연방최고법원은 관례로 배타적거래계약을 묶인 협정보다 더 관대하게 다루어 왔다.(공식화된 양적실질성의 검사) 이런 접근 하에서 경쟁에 있어 필요한 반대효과는 판매자의 배타적 거래 계약이 시장의 실질적 달러 양을 배척할 때 추정된다. 예를 들어 제조업자가 소매업자에게 판매하는 경우에 그 제품에 관한 판매점의 상당수가 기준이 된다.
  - Standard Oil社에 있어 연방최고법원은 “묶인 계약과 달리 조건계약은 판매자 뿐만아니라 구매자에게 유리할 것이라는 것을 인정했었다.(판매가격을 줄이는 형태에 있어, 고정된 가격에 있어

공급의 안전한 출처 등) 게다가 배타적 거래 계약은 아마 새로운 경쟁자가 시장에 진입하는 것을 허락할 수도 있다. 그리고 그런 계약의 경쟁적 충돌은 그들의 존속기간, 판매자의 시장지위 등에 의해 해결될 수 있다.

- 결과 : 그렇더라도 법원은 그런 복잡한 경제사건을 각각의 경우에 기초하여 조사하는 것이 부적절하다고 느꼈다. 반면 유효한 그런 계약들은 전반적으로 클레이튼법 3조의 예방목적은 무효로 할지도 모른다. 따라서 법원은 단지 계약에 관계한 돈의 액수가 상당한지 아닌지를 묻는 쉬운 적용 검사를 채택한다.

- 3) 시장 공유 검사 : 최근에 법원은 두 번째 검토로 계약에 의해 배척된 시장공유의 규모에 초점을 두는 것을 제안했다. 단순히 계약 자체가 많은 돈과 관계한다는 시각은 거의 중요하지 않다. 상당한 시장 배제가 필수적이다.
- 4) 합리의 원칙 : 서면법 1조 뿐만 아니라 클레이튼법 3조 하에서 배타적 거래 협정은 오늘날 합리의 원칙 하에서 평가된다.
- 5) 질적 배타적 거래 : 당사자들이 배타적으로 거래하는 특별한 계약상 요구가 없음에도 불구하고 만약 당사들이 어떤 누군가와도 거래하지 않을 것이 거래의 명백한 효과이면, 시장 협정은 배타적 거래로 다루어진다. 예를 들어 마이크로소프트사가 그들의 작동 시스템이 설치됐건 안됐건 마이크로소프트사는 컴퓨터 제조업체들에게 그들이 장치한 모든 컴퓨터에 대해 로열티를 지급할 것을 요구했다. 이 프로세서에 대한 특허는 실질적인 문제로 한 경쟁 작동시스템을 설치하기 위해 두 개의 특허 요금을 기꺼이 지급하려는 컴퓨터 제조업체는 없기 때문에 배타적 거래 협정이다.

## 제47절 가맹점사업자의 독점적 배급권이 가맹본부의 배급권을 부정할 수 없다고 판단한 사례

### [판례]

#### 1. 사건표시

대법원 1997.06.10 95다28120 독점적 배급권에 따른 영화수입금지

### [판결내용]

#### 2. 사건의 성격

영화수입에 있어 독점적 배급권을 부여받은 자의 불법행위 성립 요건

#### 3. 사건 요지

외국영화 수입업자(갑)가 외국 영화제작사(을)로부터 국내의 독점적 배급권을 부여받아 수입하기로

한 영화를 기존의 프랜차이즈 계약에 의하여 독점적 판매권을 가지고 있던 회사(A)의 한국 내 자회사(B)가 국내에서의 독점적 배급권을 부여받아 국내 상영한 경우, 한국 내 자회사(B)의 수입업자(갑)에 대한 불법행위의 성립 여부에 관한 사안.

#### 4. 적용법규

민법 제750조 (불법행위의 내용)

고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

#### 5. 사실관계

- 가. 원고의 대리인인 소외 윤명오는 1991. 5. 20. 칸느 영화제에서 만난 소외 메트로 골드윈-메이어 코포레이션(Metro Goldwyn-Mayer Corporation, 이하 엠지엠사라고 한다)의 대리인으로서 위 회사의 자회사인 소외 엠지엠-파테 배급사(MGM-Pathe Distribution)의 해외배급담당 사장이던 소외 대니 딘보트(Danny Dimbort)와의 사이에 위 엠지엠사가 제작한 '텔마와 루이스'란 제호의 영화(이하 이 사건 영화라 한다)에 관하여 엠지엠사로부터 5년 동안 대한민국 내에서의 독점적 배급권을 부여받고 그 대가로 미화 600,000달러를 지급하되 당일 계약금으로 미화 120,000달러를, 계약일로부터 60일 이내에 나머지 미화 480,000달러를 지급하기로 하는 계약을 체결하고, 당일 계약금으로 원고의 대표이사인 소외 박종찬 명의의 액면 금 미화 120,000달러의 수표를 위 대니 딘보트에게 교부하였다.
- 나. 원고는 위 계약체결 이후 신용장개설 등 이 사건 영화를 수입하기 위한 절차를 밟기 위하여 1991. 6. 10.부터 같은 해 8. 7.경까지 사이에 모두 6회에 걸쳐 위 엠지엠-파테 배급사에게 대한민국 영사관의 확인을 받은 청약서(offer sheet)와 심사용 프린트 등을 보내 줄 것을 요청하였으나, 위 엠지엠-파테 배급사는 아무런 회신도 하지 아니하다가 1991. 8. 9. 계약금 미화 120,000달러를 위 회사 발행의 수표로 반환하면서 당초 계약금으로 받은 수표가 처음 제시되었을 때 지급거절된 점과 원고가 위 거래 메모상 약정된 60일 이내에 신용장을 개설하지 못한 점을 이유로 들어 위 계약을 이행하지 아니할 뜻을 통보하였다.
- 다. 엠지엠사와 소외 유나이티드 인터내셔널 픽처스 비.브이.(United International Pictures B.V.: 위 엠지엠사, 소외 파라마운트 픽처스 및 소외 유니버설 엠씨에이 등이 공동 출자하여 설립한 회사, 이하 소외 유아이피 비.브이.라고 한다) 사이에는 1981. 11. 1. 체결되고 1987년 일부 개정된 프랜차이즈계약에 의하여 위 유아이피 비.브이.가 위 엠지엠사 제작의 영화들을 미국 등 일부 지역을 제외한 전 세계에 독점적으로 배급할 것인지의 여부를 우선적으로 결정할 수 있는 판매권을 가지는 것으로 되어 있고, 위 유아이피 비.브이.와 소외 유나이티드 인터내셔널 픽처스(United International Pictures, 이하 소외 유아이피라고 한다) 사이에는 1985. 2. 19. 체결된 영화배급계약에 의하여, 위 유아이피 비.브이.가 독점적 배급권을 취득한 모든 영화에 대하여 위 유아이피가 독점적 배급권을 가지는 것으로 되어 있으며, 위 유아이피와 피고(위 유아이피 비.브이.와 소외 씨네마 인터내셔널 비.브이.가 50%씩 출자하여 대한민국 내에서의 영화배급 등을 목적으로 설립한 회사) 사이에는 1990. 2. 25. 체결된 영화배급계약에 의하여, 위 유아이피가 독점적 배급권을 취득한 모든 영화에 대하여 피고가 대한민국 내에서 독점적 배급권을 가지는 것으로 되어 있다.

라. 유아이피 비.브이.는 위 엠지엠사와의 위 프랜차이즈계약에 기한 선매권을 행사하여 이 사건 영화에 대한 독점적 배급권을 취득하였고, 이에 위 유아이피와 피고는 위 각 영화배급계약에 따라 이 사건 영화에 대한 독점적 배급권을 취득하게 되었으며, 피고는 원고의 항의에도 불구하고 위 유아이피와의 위 영화배급계약에 따라 이 사건 영화를 수입한 후 1993. 11.경 대한민국 내에서 배급·상영하도록 하였다.

## 6. 법적쟁점

“선매권 행사에 의한 독점적 배급권을 취득한 것이 또 다른 독점적 배급권을 부여받은 원고에 대한 불법행위에 해당하는가?”

## 7. 판결요지

가. 엠지엠사는 원고에게 이 사건 영화에 대한 대한민국 내에서의 독점적 배급권을 부여하고서도 다시 위 유아이피 비.브이.와 공모하여 위 유아이피 비.브이.에게 이 사건 영화에 대한 독점적 배급권을 부여하여 이를 이중으로 양도하였다. 피고는 이러한 사정을 잘 알면서도 위 유아이피 비.브이. 및 유아이피를 통하여 위와 같이 이 사건 영화를 국내에 수입·배급하여 상영토록 함으로써 원고가 이미 취득한 이 사건 영화에 대한 대한민국 내에서의 독점적 배급권을 침해하였으므로 피고에 대하여 이로 인한 손해의 배상을 구한다는 주장에 대하여, 위 엠지엠사와 위 유아이피 비.브이.가 공모하였음을 인정할 증거가 없고, 설사 이를 인정할 수 있다 하더라도, 이 사건에서와 같이 피고가 위 엠지엠사로부터 직접 이 사건 영화에 대한 독점적 배급권을 부여받았거나 위 엠지엠사에 대하여 직접 독점적 배급권을 행사함으로써 이 사건 영화를 국내에 수입·배급한 것이 아니고 위 유아이피를 통하여 간접적으로 이 사건 영화를 수입·배급한 것에 불과한 경우에는 피고의 위 중간매개자를 통한 행위가 채무자인 위 엠지엠사와의 직접적인 공모와 동일하게 평가받을 수 있는 정도에까지 이르러야 비로소 피고에 대하여도 불법행위를 이유로 손해배상을 구할 수 있다 할 것인데 그러한 사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다.

나. 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 피고와 중간매개자의 동일체 여부 또는 부정한 경업에 관한 법리오해나 채증법칙 위배 등의 위법이 있다 할 수 없다. 위 유아이피 비.브이.와 피고가 모회사, 자회사의 관계에 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 곧바로 위 유아이피 비.브이.와 피고가 동일체로서 위 유아이피 비.브이.의 불법행위에 대하여 피고도 그 책임을 진다고 할 수는 없고, 위 엠지엠사와 위 유아이피 비.브이. 및 피고가 순차 모회사, 자회사의 관계에 있다고 하더라도 그 사정만에 의하여 위 엠지엠사와 위 유아이피 비.브이. 사이의 이 사건 영화에 대한 독점적 배급권 부여에 관한 계약이 부정한 경업을 목적으로 통모하여 이루어진 것이라거나, 피고가 그러한 사정을 알고서 이에 가담한 것으로 추정할 수는 없다 할 것이다.

다. 앞서 본 바와 같이 위 유아이피 비.브이.가 위 엠지엠사와의 위 프랜차이즈계약에 기한 선매권을 행사하여 이 사건 영화에 대한 독점적 배급권을 취득하였고, 이에 근거하여 피고가 이 사건 영화에 대한 독점적 배급권을 취득하게 되었다는 사실을 인정한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거

기에 사고이유로 주장하는 바와 같은 증거 없이 사실을 인정한 잘못이 있다고 할 수 없다.  
라. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

## [관련 법률지식]

### 8. 가맹사업의 유형

#### 가. 단위 가맹사업(unit franchise)

단위 가맹사업이라 함은 가맹점사업자가 특정 지역 또는 지정된 범위 내에서 하나의 점포를 발전시키고 운영하는 권리를 갖는 형태이다. 추가의 가맹점 사업권을 획득하는 권리도 지정된 지역 내에서라면 인정될 수 있는데, 영업활동의 조건이 붙는 것이 보통이고, 동일한 지역에서 우선적으로 추가 가맹점 사업권을 획득하는 권리가 인정된다. 단위 가맹 사업은 현존하는 가맹점사업자에게 성장에 대한 인센티브로 제공될 수 있다.

#### 나. 지역 가맹사업

지역 가맹사업이라 함은 다수의 가맹점사업자를 갖는 사업 형태이다. 지역 가맹사업은 서브 프랜차이저와 마스터 프랜차이저를 포함한다. 이런 협약 아래, 가맹점사업자는 지정된 지역 내에서 두 개 또는 그 이상의 점포를 발전시키고 운영할 수 있는 권리를 인정받는다.

#### 다. 2차 가맹 사업

2차 가맹사업이라 함은 가맹점 사업자가 새로운 가맹본부의 역할을 하면서, 범위가 넓은 시장의 개발을 모색하는 구조적 접근방식이다. 가맹본부는 흔히 최종 가맹점사업자에 대한 승인권을 유보한다. 또한 가맹본부는 2차 가맹본부와 2차 가맹점사업자와의 법률적, 경제적 관계를 지시, 통제할 수 있는 권한을 갖는다. 따라서 2차 가맹금 등 계약의 주요내용은 가맹본부에 의하여 결정된다.

#### 라. 가맹사업 수탁자

가맹본부 수탁자는 가맹점사업자를 선출하는 제한된 권리를 인정받고, 특정분야에 대한 지원 서비스에 관하여 가맹본부를 대행한다. 수탁자는 본질적으로 가맹점사업자 중에서 지정된다. 가맹본부와 수탁자는 한 계약에 대해 둘 다 계약 당사자가 될 수 있고, 가끔 때때로 삼자 계약이 되기도 한다. 흔히 위탁받는 사항은, 사업 타당성 검토, 장소 선택과 임대 또는 구입 협상, 점포 개발, 교육과 개점 지원, 검사, 감독, 지원 등의 영역이다.

#### 마. 분배 가맹사업

분배 가맹사업이라 함은 가맹점이 본부를 나타내는 표지를 부착한 상점에서만 상품을 판매할 수 있는 계약으로 본부는 (1) 상품의 생산자로서 가맹망을 통하여 이를 판매하거나 (2) 상품의 중앙분배자



로서의 역할을 하고 상품을 선택하기만 할 수도 있다. 분배 가맹사업은 본부 자신은 생산하지 아니하고 도매상인의 역할을 수행하고 가맹점으로부터 받은 주문에 따라 공급하는 역할을 담당한다. 분배 프랜차이즈는 가장 많이 이용되는 것으로 고급기성복, 장식품, 실내장식 등 다양한 분야에서 발견된다.

#### 바. 용역 가맹사업

이는 가맹점이 본부의 표지와 상호, 상표 아래 서비스를 제공하고, 본부의 지시에 따르는 계약이다. 장래 발전이 예상되는 유형으로 호텔업, 레스토랑, 렌터카, 급속인쇄업, 사진현상업 등에서 발견된다. 이 유형에 있어서는 상표가 가장 중요한데 왜냐하면 상표가 사용허락된 노하우와 방법의 특수성을 나타내기 때문이다.

#### 사. 생산 가맹사업

이는 가맹점은 본부의 지시에 따라 상품을 스스로 생산하여 본부의 상표로 판매하는 계약이다. 코카콜라 또는 요플레와 같은 유명한 예 이외에는 널리 이용되고 있지 아니하다. 그 이유는 이에 가맹계약의 전통적 요소 외에, 산업상의 노하우의 이전과 때로는 원료의 공급을 포함하는 것에 기인한다. 수공업 또는 농업 분야에서도 가능한 형태이다.

#### 아. 평석

민법 제750조에 따르면, 불법행위의 내용의 구성요건에 해당하기 위해서는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위”로 타인에게 손해를 가하였을 경우, 그 손해를 배상할 책임이 있다고 명시한다. 본 건과 같이 외국영화 수입업자(갑)가 외국 영화제작사(을)로부터 국내의 독점적 배급권을 부여받아 수입하기로 한 영화를 을과 기존의 프랜차이즈 계약에 의하여 독점적 판매권을 가지고 있던 A회사의 한국 내 자회사인 B회사가 A회사를 매개로 국내에서의 독점적 배급권을 부여받아 국내 상영한 경우에, B회사는 을에 대하여 직접 독점적 배급권을 행사함으로써 이 사건 영화를 국내에 수입·배급한 것이 아니고 A회사를 통하여 간접적으로 이를 수입·배급한 것에 불과하여 위 중간매개자를 통한 행위가 채무자인 을과의 직접적인 공모와 동일하게 평가받을 수 있는 정도에까지 이르지 않는 이상 갑은 B회사에 대하여 불법행위책임을 물을 수 없게 된다. 갑이 을로부터 부여받은 독점적 배급권이 정당하듯이, B회사가 A회사를 매개로 부여받은 독점적 배급권 역시 정당하므로 갑은 B회사에 대하여 불법행위책임을 물을 수 없다.

## 제48절 끼워팔기에 관한 기본 판례

### [판례]

#### 1. 사건표시 : Jefferson Parish Hospital Dist. No.2 v. Hyde

## 2. 판결내용

가. 소인들에 의해 운영되던 병원은 마취전문의사로 구성된 기업과 병원의 환자들을 위한 모든 마취 관련 서비스를 이 기업에 의해서만 실행되도록 요구하는 계약을 맺었다. 이 계약으로 인하여 피고인 마취전문의들이 이 병원의 의료진으로 들어갈 수 있는 허가는 부정되었다. 피고인은 판례와 이를 금지하는 규정을 찾고, 셔먼법의 1조를 위반한 독점적인 계약에 대해 손해배상을 청구하며 연방지방법원에 소송을 제기하였다. 지방재판소는 계약의 경쟁억제적인 결과가 극미하고, 발전된 환자 간호의 형태에서 나오는 이익으로 보다 가치가 나간다는 사실을 발견하여 조항을 부정하였다. 항소법원은 “본질적으로” 계약이 불법적인 것을 발견하여 판결을 번복하였다. 법원은 병원 수술실의 사용자들이 병원이 정선했던 마취서비스를 구매하도록 강요당하였기 때문에 이 사건이 “끼워팔기에 대한 계약(tying 계약)”과 관련되어 있고, 병원이 끼워팔기 시장에서 구매자들에게 계약된 상품을 구매하도록 강요할 수 있는 충분한 시장지배력을 가졌으며, 각 주 사이의 통상의 상당한 양을 구성하기 때문에 구속계약은 본질적으로 불법이라고 주장하였다. 결론적으로 문제가 되는 독점계약은 셔먼법의 1조를 위반하지 않는다.

- 1) tying계약의 타당성에 대한 조사는 경쟁 억제적인 강요가 영향력을 가지는 두 개의 상품들이 판매되는 하나의 시장이나 시장들에 초점을 맞춰야한다. 따라서, 이 사건에서 tying 이슈에 대한 분석은 마취서비스의 공급자와 병원간의 계약적인 협정보다는 병원의 환자에 대한 서비스에 집중을 해야 한다. 분석하는 과정에서, 고려할 사항은 청원자가 두 개의 분리된 제품을 같이 묶어 판매하거나, 그들의 환자에게 tying계약을 수락하도록 그들의 시장지배력을 사용해 왔는지 여부이다.
- 2) 여기에서, 병원에서 제공하는 서비스와 분리되어 마취서비스가 제공되는 것이 효율적인, 성질이 다른 상품시장을 동일시 하기위해 병원 서비스와 분리된 마취서비스의 구매에 대한 충분한 수요가 있지 않는 한 구속계약이라는 것은 존재할 수 없다. 독점적인 계약이 분리되어 구매되는 두가지 서비스의 구매를 요구한다는 사실이 계약을 불법적인 것으로 만들지 않는다. 만약 병원의 시장지배력의 결과로 환자들이 계약의 대상인 회사의 서비스를 구매하도록 강요를 받게 된다면 계약은 경쟁억제적인 결과를 갖게 될 것이다. 만약 강요하는 것이 존재하지 않으면, 환자는 자유롭게 경쟁병원으로 갈 수 있으며 그 기업대신 다른 마취전문의의 진료를 받을 것이다.
- 3) 판결은 문제가 되는 tying 계약에 반하는 per se rule을 적용하는 근거를 제공하지 않는다. 상소법원이 재판을 집행할 때 고려하는 요소들 -가격을 비교하려는 환자들의 자극을 제거하는 건강 보험의 보급, 그리고 경쟁 병원 간에 제공되는 의료서비스의 질을 비교할 수 있는 충분한 정보가 결핍- 들은 다소 추상적인 의미로서의 시장지배력을 산출하지만, 그것들은 tying의 유죄판결을 정당화하는 시장지배력의 종류에 대한 결과는 산출하지 못한다. 구속계약은 만약, 그것이 유리한 위치에서 구매강요를 통해 경쟁을 제한할 때에만 유죄가 된다. 병원의 환자들이 가격에 대한 인식이 부족하다는 사실이 그들로 그들이 원하지 않는 마취전문의들의 진료를 받도록 만들지는 않을 것이다. 마찬가지로, 환자들이 마취서비스의 질에 대해 평가하지 못한다면, 그것은 환자들이 굳이 tying계약이 아니더라도 공인된 마취전문의에 대해 무관심함을 말해준다.
- 4) 본질적으로 책임에 대한 부재에 대해 설득하기위해, 피고는 그것이 비합리적으로 경쟁을 저지하기 때문에 이의가 신청된 계약이 셔먼법칙을 위반한다는 사실을 증명해야할 부담을 갖고 있

었고, 그때까지 그런 증명이 제시된 적은 없었다. 증거는, 계약이 실제로 시장에서 실행됨에 따라 계약이 비합리적으로 경쟁을 저지해 왔다는 발견에 대한 근거를 제공하기에는 불충분했다. 입증된 증거로는 병원에서 마취전문의의 선택은 계약된 기업에 가입된 네 명의 의사 중 한 사람으로 제한해왔다는 것이다. 만약 피고인이 병원직원으로부터 허가를 받는다면 선택의 범위는 확대될 것이나 그럼에도 불구하고 환자의 특정 마취전문의를 선택할 수 있는 자유에 대한 상당한 규제는 남아있을 것이다. tying 제품이나 tied 제품에 대한 가격, 품질, 아니면 공급이나 수요가 독점적 계약에 의해서 불리하게 영향을 받아 왔다는 아무런 증거가 없고, 전체로서의 시장에도 계약으로 인해서 영향을 받아 왔다는 증거가 없다.

나. 스티븐 판사가 법원의 판결에 대한 이유를 설시한다.

이 사건에서 문제가 되는 것은 병원과 마취전문의 회사간 맺은 독점적 계약의 타당성이다. 우리는 병원에서 수술을 경험하는 모든 환자들은 하나의 마취전문의 회사의 서비스를 사용해야 하기 때문에 그 계약이 본질적으로 서면법칙 1조의 위반을 가져오느냐의 여부, 그리고, 만약 그렇지 않으면 계약이 마취전문의들간 경쟁을 비합리적으로 저지하는 것이 되기 때문에 불법이 되느냐의 여부를 결정해야 한다.

다. 1977년 7월, 피고인 Edwin G. Hyde -공인 마취전문의- 는 East Jefferson 병원의 의료진 채용에 지원하였다. 자격심사 위원회와 의료진 실행회의는 승인을 요구했으나, 병원 중역진은 병원의 모든 환자에 의해 요구되는 마취서비스를 제공하는 계약은 전문의료기업인 Roux & Associates에 의해 행해져야 한다는 계약의 당사자이기 때문에 채용신청을 거절하였다. 피고는 계약이 불법적이라는 선언적 판결과 청원자로 하여금 그를 병원직원으로 임명하도록 요구하는 명령을 찾는 액션을 취하기 시작했다. 재판후, 지방재판소는 Roux 계약의 경쟁 억제적인 결과를 경미하며 발견된 환자간호의 형태에서 나오는 이익이 더 가치가 있음을 발견하며 제거를 거부하였다. 상소법원은 계약이 본질적으로 불법이라고 설득되어 판결을 번복하였다.

라. 1971년 2월, Jefferson 병원이 개원하기 전 짧게, Roux & Associates 와 “마취과 계약”을 맺었다. 계약은 Roux에 의해 지정된 마취전문의가 병원 의료진으로 인정될 수 있다는 조건을 포함했다. 병원은 장소와 의료장비, 유지비, 필요한 약품과 공급품, 그리고 마취과를 운영하는데 필요한 다른 지원을 제공할 것을 동의했다. 마취과에서 요구하는 모든 개인 간병인은 병원에서 공급하기로 되어있었으나, Roux는 그들의 선택과 채용에 대해 승인할 권리를 가졌다. 병원은 마취과의 사용을 Roux로 제한하고, 다른 아무도 이 계약기간동안 병원안에서 서비스를 행할 수 없다는 것에 동의하였다.

마. 1971년의 계약은 둘 중 한쪽이 종료기간을 정하지 않는한 1년간 이행되며 1년단위로 자동 갱신될 것을 조건으로 하였다. 1976년, 두 번째로 맺어진 계약은 1971년 계약의 조항을 대부분 포함하여 실행되었다. 그 기간은 5년이었으며 병원으로부터 다른 마취전문의를 배척하는 조항은 삭제되었다. 병원은 그럼에도 불구하고 (다른 마취전문의들에게는)폐쇄된 마취과에 실행되는 것으로 간주하는 것을 계속하였다. 오직 Roux만이 병원에서 마취를 하도록 허가되었다. 재판기간동안 마취과는 네 명의 마취전문의를 포함하였다.

바. 독점적인 계약은 경제의 다른 두 주체(의료서비스의 고객, 마취서비스를 제공하는 자)에 대해 영향을 끼쳤다. Jefferson 병원에 의해 행해지는 수술을 선택한 의료 서비스의 고객은 Roux와 관련되지 않은 마취전문의를 고용하지 않을 것이다. 왜냐하면 Roux에 의해 고용되지 않은 마취전문

의는 Jefferson에서는 시술할 수 없었기 때문이다.

사. 뉴올리언즈 대도시지역에서는 적어도 20개의 병원이 있었으며 Jefferson 교구에 사는 환자의 70%는 Jefferson 병원외의 병원에 다녔다. 왜냐하면 뉴올리언즈 대도시지역 전체는 병원들이 경쟁하는, 서로 관련된 지리학적 시장으로 간주되며, 지방재판소가 East Jefferson은 그 어떠한 시장지배력도 행사하지 않는다고 확신한 이 증거는:그러므로 이것은 청원자들이 Roux와의 계약을 경쟁억제적인 결과로 사용하지 않았다는 것으로 결론지어졌다. 동일한 증거는 상소법원에 전혀 다른 결론을 이끌어내었다. Jefferson 교구의 거주자의 30%는 East Jefferson 병원에 간다는 것은 아무것도 아니며, 그리고 환자들은 가격이나 질보다는 위치에 의해 병원을 선택하는 경향이 있다는 사실로 상소법원은 서로 연결된 지리학적 시장은 Jefferson 교구의 East Bank 라고 결론지었다. East Jefferson 병원이 그 지역에서 시장지배력을 가졌다는 결론은 환자가 가격을 비교할 가능성을 제거하는 건강보험의 보급과 환자들은 질을 비교할수 있을만큼 충분한 정보가 없으며, 위치의 중요성을 크게 확대하는 경향이 있는 가족 편의라는 사실에 의해 지지되었다. 상소법원은 병원 수술실(tying 제품)의 사용자가 병원이 지정한 마취서비스(tied 제품)를 구매하도록 강요당했기 때문에 이 사건이 “tying 계약”과 관련이 있다고 주장했다. East Bank of Jefferson Parish처럼 ,tying 제품을 위해 한정된 지리학적 시장을 갖는 것을, 법원은 병원이 tied 제품의 구매를 강요하는 Tying 시장에서 병원이 충분한 시장지배력을 갖는다고 주장하였다. tied 제품이 각 주 간의 통상의 실질적인 총계를 구성함에 따라, Northern Pacific Co. U.S 사건에 대한 우리의 판결을 상소법원이 읽고, tying 계약은 본질적으로 불법이라고 판결되었다.

아. 계약적인 협약의 특정 형태는 법적문제로 비합리적인 것으로 여겨진다. 이런 계약에서 비롯되는 규제의 특징은 계약이 발견되는 시장의 어떤 전후관계의 분석없이도 비합리성의 가정을 위해 충분한 근거로 간주된다는 것이다. 항소인들간의 가격조작(결정) 계약은 이런 계약의 전형적인 예이다. Arizona v. Maricopa Country Medical Society 사건에서, 우리의 반독점법 법체계의 역사 안에서 특징의 “tying 계약”이 숨막힐 듯한 경쟁에서의 수용할 수 없는 위험으로 곤란에 빠뜨린다는 진술에 대해 질문하는 것은 너무 늦은 일이고, 따라서 계약은 불법이 된다.

자. 그러나 분명한 것은, 두 제품을 분리하여 판매하는 것에 대한 모든 거절이 경쟁을 저지하는 것으로 여겨지는 것은 아니다. 만약 각각의 제품들이 경쟁시장에서 분리되어 구매된다면 두 가지 상품을 단일 패키지로 판매하려는 한 판매자의 결정은 다른 시장 -특별히 경쟁 공급자가 전체 패키지나 일부분을 자유롭게 판매할 수 있는- 에 부당한 규제를 부과하지 않는다.

예를 들어, 만약 지역사회에서 12개의 가게가, 고객이 설탕도 같이 사지 않는 한 밀가루 파는 것을 거절하려한다면 이것은, 만약 그들의 경쟁자들이 준비되어 있고 자체로 밀가루를 팔 수 있다면 설탕에 대한 경쟁을 좀처럼 저지할 수 없을 것이다. Northern 사건의 경우. 고객들은 패키지 판매를 매력적으로 여긴다. 이렇게 패키지로 팔려는 판매자의 결정은 단지 효율적으로 경쟁하려는 시도가 된다. 이것은 샤먼법과 전적으로 일치한다.

차. 우리의 사건은 판매자가 고객으로 하여금 원하지 않지만 ,또는 다른 시기에 다른 곳에서 구매하기를 원하지만, Tied 제품을 구매하도록 강요하는 tying 제품에 대한 지배를 통한 판매자의 이용을 바탕으로 실효성이 없는 tying 계약의 본질적인 특징을 근거로 내세우고 결론을 맺는다. 이러한 강요가 존재할 때 tied 아이টে에 대한 시장에서 유리한 위치에서의 경쟁은 제한될 것이며 서

면법칙은 위반될 것이다. 자유경제의 최상의 상태는 대중의 복지를 높인다는 믿음에 근거한 기초에 있어 상품이 경쟁의 냉정한 시험을 견뎌야 한다는 것이다. : 냉정한 시험이란.....시장의 일반적인 판단을 통해 행동하는 대중은 국가의 자원을 배분해야하며, 앞으로 취해야할 경제적 발전단계를 직시해야 한다. 하나의 상품에 대한 판매를 다른이의 구매로 제한함으로써, 판매자는 구매자의 독립적인 판단을 포기하도록 강요하고 tied 제품의 장점을 자유시장의 경쟁에서 나오는 스트레스로부터 차단한다. 그러나, 어쨌든 tied 제품의 어떤 고유한 율동함은 다른 사람들을 선택하여 고객을 자유롭게 선택하는 것으로 확신된다

카. 따라서 우리는 판매자가 구매자로 하여금 판매자가 경쟁시장에서 독초가 되지 않게 하는 어떤 일을 하도록 강요하는 특별한 능력을 가질때 -보통 시장지배력이라고 불리는- tying 계약을 비난해왔다. 강요가 있을때 우리는 사건의 tying 계약이 불법적인 것이라고 판결내린다

이렇게, 법은 단지 tying 제품의 가격을 올리거나, 반대로 tied 제품시장의 경쟁에 규제를 부과하려고 시도하여 시장지배력의 사리를 위한 이용 사이의 차이를 끌어낸다. 판매자의 힘이 단지 tying 제품시장에서의 수익을 극대화하기위해 사용될 때는, 아마 그 제품이 그들의 경쟁자들로부터 얻는 정당한 이익을 즐길때, 서면법칙의 경쟁에 대한 관념은 타협될 필요가 없다. 그러나 만약 그 힘이 또 다른 시장에서 유리한 입장으로 경쟁을 해치는데 사용된다면, 잠재적으로 열등한 제품은 경쟁에서 오는 압박으로부터 차단될 것이다. 이러한 손상은 존재하고 있는 경쟁자들에게 해가 되거나, tied 제품시장의 새로운 경쟁자의 진입에 장애물을 만들 수 있고, 가격차별을 촉진시킴으로 시장지배력의 사회적 비용을 증가시켜, 그것에 의해 tie 상품이 부재할 경우의 독점 이익을 증가시키게 된다. 그리고 고객의 관점에서 -법이 특별히 보장하는 경향이 있는 그들의 이익- 두 번째 시장에서 최상의 계약을 선택할 수 있는 자유는 tying 제품을 구매하고자 하는 그들의 필요, 그리고 아마도, 패키지로만 판매되는 제품의 실제가격을 평가하는 능력의 부재에 의해 손상된다. 요약하자면, tying계약을 통해 유리한 입장에서 경쟁을 저지하는 것을 허가하기위해 자유시장이 묵인하지 않을 힘의 존재를 너그럽게 봐줄 것이다. per se 비난 -실제적인 시장 조건에 대한 질문없는 비난- 은 강요가 예상될때에만 적합하다. 따라서 per se rule 의 적용은 경쟁억제적인 결과에 초점을 맞춘다. 물론, 중요한 문제로서 per se 비난을 정당화하기위해 경쟁에 미치는 영향의 실질적인 잠재성이 있어야 한다. 만약 오직 한명의 구매자만이 tied 아이템의 구매와 관련하여 강요를 당한다면, 경쟁에 대해 결과로 생기는 영향은 반독점법에서 염려하는 것을 보장할 수 있을 만큼 충분하지 않다. 비슷하게, 구매자가 다른 판매자를 통해서라도 사지 않으려는 제품을 구매하도록 강요당할 때, 소외되어왔던 다른 판매자들에게 유효한 시장의 몫이 없기 때문에 경쟁에 불리한 영향은 없을 수 있다.

타. 일단 이 출발점을 지나면, per se 금지는 경쟁억제적인 강요가 있을 때 적합하다. 예를 들어, 정부가 판매자에게 생산품에 대한 특권이나 비슷한 독점권을 허가한다면, 다른 곳에서 물건을 살 수 있는 자격이 없다는 것이 판매자에게 시장지배력을 준다는 가정은 공정하다. 다른 생산물 시장의 경쟁에 규제를 가하는 시장지배력의 사용을 통해 특허된 독점의 범위를 확장시키려는 모든 노력은 다른 시장안에서 유리한 경쟁을 잠식할 것이다. 따라서 고객들이 특허권소유자로부터 분리된 모든 tied 제품을 구매한다는 조건에서, 특허 받은 아이템의 판매나 임대는 불법이다. 동일한 이 엄격한 규칙은 시장지배력의 존재가 있을법한 다른 상황에서 적합하다. 시장에서 판매자의 점유율이 높을 때나 판매자가 경쟁업자는 공급하지 못하는, 자신만의 유일한 상품을 공급할 때,

법원은 시장지배력이 존재하고 이것이 분리된 시장에서 경쟁을 저지하는데 사용되고 있다는 가능성은 *per se* 비난을 적합하게 하는데 충분하다고 주장하였다. 따라서, Northern 사건에서, 그 자체는 불법이지만, 우리는 서부부동산의 광대한 지역위의 철도에 대한 통제가 철도에게 유일하게 계약에 있어서 연장된 기간을 넘어서 교통수단 시장에서 경쟁을 극복하는 독점적이고 장기간의 책임에 땅의 판매를 묶을 수 있는 힘을 준다는 것을 주장한다. 그러나, 판매자가 고객들로 *tying* 제품을 획득하기 위하여 다른, 원하지 않는 제품을 사도록 강요하는 것을 가능하게 하는 위치나 시장지배력의 일종을 가지지 않는다면, 반독점법 위반은 오로지 관련시장의 경쟁에 비합리적으로 규제한다는 증거에 의해서만 성립된다.

- 과. 요약하면, *tying* 계약의 정당성에 대한 질문은 경쟁억제적인 강요가 영향력을 갖는, 하나의 시장이나 두개의 제품이 판매되는 시장들에 초점을 맞춰야한다. 따라서 이 사건에서 *tying* 이슈에 대한 우리의 분석은 마취관련 서비스의 제공자들과 맺는 계약적인 협약보다는 병원의 환자에 대한 서비스의 판매에 초점을 맞추어야한다. 그 분석을 이행하는데 있어서, 우리는 청원자가 두 개의 분리된 제품을 묶어서 파는지의 여부, 만약 그렇다면 그들이 그들의 시장지배력을 그들의 환자들로 그러한 묶어파는 계약을 수용하도록 강요하는데 사용했는지의 여부에 집중해야 한다.
- 하. 병원은 환자들에게 외과 수술의 다양성으로 인해 요구되는 편의시설과 서비스의 범위를 포함한 패키지를 제공해왔다. East Jefferson 병원의 패키지에는 마취전문의들의 서비스도 포함되었다. 청원자들은 패키지가 묶어파는 계약과 전혀 관련이 없다고 주장하였다-그들은 단지 기능적으로 통합된 서비스의 패키지를 제공한다며. 그러므로, 청원자들은 *tying* 계약과 관련된 원칙을 이 사건에 적용하는 것이 부적합하다고 주장하였다.
- 거. 그러나 우리의 사건은 하나나 두개의 제품이 그들 사이의 기능적인 관계에서 비롯된 결과와 관련된 것인지, 아니면 두개의 아이템을 요구하는 수요의 특징에서 비롯된 것인지를 묻는 질문에 대한 대답을 보여준다. 몇몇의 사건들은 *tying* 계약은 두개의 분리된 제품시장이 연결되지 않은 이상 존재할 수 없다는 것을 명확하게 해준다.
- 너. 관련된 두개의 구별되는 제품의 시장은 *tying*을 반대하는 법칙의 기초가 되는 이론적인 설명에 따른다. 한정짓는 문제는 계약이 법칙에 의해 언급되는 경쟁적인 결과의 형태를 갖게 될 것이냐에 달려있다. 청원자가 *tying* 계약을 활용했는지의 여부를 묻는 질문에 대한 대답은 *tying*을 반대하는 법칙에 의해 비난받을 계약의 경제적인 효과가 존재할 가능성이 있는냐의 여부에 기초해야 할 것이다.-청원자들은 *tying* 아이템을 위해 차별되는 상품시장에서 유리한 위치에서의 경쟁을 따돌려왔다. 따라서 이 사건에서는 병원서비스로부터 분리된 마취관련 서비스를 제공하는 것이 효율적인 독특한 상품 시장을 동일시하기위해 병원 서비스로부터 분리된 마취관련 서비스 구매에 대한 충분한 수요가 있지 않는 한 *tying* 계약은 존재할 수 없다.
- 더. 의심할 것도 없이, 병원에 의해 제공되는 마취관련 패키지의 구성요소는, 만약 병원이 고객에게 제공되는 마취관련 서비스를 패키지에 포함할 것을 요구할 경우, 분리되어 제공될 수 있고 개인의 환자나 환자들의 의사 중 한 사람에게 의해 선택될 수 있다. 실제적인 실행의 문제로서, 마취관련 서비스는 청원자가 제공하는 병원 서비스로부터 분리되어 청구된다. 환자들이나 의사들이 종종 병원에 와서 마취를 제공하는 특정 마취전문의를 요구하는 일은 -병원의 선택과 구별되는 개인의 마취전문의의 선택은- 특별히 피고의 전문성(산과 마취)과 관련해 자주 발생하고, 이는 충

분히 논쟁이 될만한 증거가 된다. 지방재판소는 마취서비스의 공급은 병원에 의해 제공되는 다른 서비스와 구별되는 의료 서비스라고 평결하였다. 상소법원은 이 판결에 동의하였고, 계속 주시하였다. : “마취전문의는 작업관계를 통해 얻게 되는 친밀함을 기초로 보통 환자가 아닌 의사에 의해서 선택된다. 분명하게 East Jefferson 병원에서 일하는 의사는 Roux와 관련이 없는 다른 마취전문의와는 친밀함을 얻을 수가 없었다.” 판결은 청원자에 의해 제공되는 마취관련 서비스와 다른 의료 서비스에 대해 고객이 차이점을 만들어 낸다는 결론을 충분히 뒷받침한다.

- 러. 그래서, 그들의 환자들이 Roux가 제공하는 마취관련 서비스를 획득해야 한다는 병원의 요구는 단일 거래에서 두 개의 분리된 서비스의 구매와 결합한다. 그럼에도 불구하고, 이 사건이 분리되어 구매되기도 하는 두 개의 서비스의 구입을 요구하는 것과 관련되어있다는 사실은 Roux 계약을 불법으로 만든다. 위에서 언급되었듯이 패키지 판매에 대해 본래부터 경쟁억제적인 것은 아무 것도 없다. 병원 시장지배력의 결과로서 환자가 Roux의 서비스를 구매하도록 강요될 때만 계약은 경쟁억제적인 결과를 가져온다. 강요가 존재하지 않는다면 환자는 경쟁병원에 자유롭게 들어가거나 Roux 대신 다른 마취전문을의를 사용할 것이다. 청원자의 환자들이 두개의 분리된 아이টে를 구매하도록 요구되는 것은 적당한 조사의 시작에 불과할 뿐이다.
- 머. 이 계약은 환자가 그들이 구매하지 않을 수도 있는 서비스를 구매하도록 강요하는 시장지배력의 사용과 관련이 있느냐는 문제로 남아있다. tying을 반대하는 per se 법칙을 인용하고, 실제적인 시장조건의 분석을 피하기 위한 피고의 근거는 가장 가까운 East Jefferson 병원에 가는 Jefferson Parish에 거주하는 사람들의 선호에 의존하는 것이다. 이런 종류의 선호는, 그러나, 중요한 시장지배력을 반드시 입증하지는 못한다.
- 버. Jefferson Parish에 거주하는 주민의 70%는 East Jefferson보다는 다른 병원에 갔다. Jefferson Parish 거주자에 대한 East Jefferson의 “우월함”은 전혀 압도적이지 않았다. Parish 거주자의 상당한 다수가 East Jefferson을 택하지 않는다는 사실은 지리학적인 자료가 실제적인 경쟁 조건에 대한 질문의 필요를 제거하는 우세한 시장 위치의 종류를 정립하지 않는다는 것을 뜻한다. 상소법원도 똑같이 인정하였다 : East Jefferson 시장 점유율은 시장지배력을 추론할 수 있는 기초로는 불충분했고, 청원자들이 병원 서비스를 위해 경쟁력없는 가격들을 부과하는 것을 허가하는 “시장 불완전성”을 의지하여 결론이 지지되었다. 건강관리비용에 대한 3자부담의 보급은 가격경쟁을 쇠퇴시켰고, 충분한 정보의 결핍은 고객들로 하여금 경쟁병원에서 제공되는 의료서비스의 질을 평가하는 것을 불가능하게 하였다. 이런 요소들이 다소 추상적인 의미의 시장지배력을 낳은 반면에 그것들은 tying에 대한 비난을 정당화하는 시장지배력의 종류를 가져왔다.
- 서. tying 계약은 그들이 구매강요를 통해 유리한 위치에서 경쟁을 제한한다면 비난을 받을 것이다. 가격이나 품질 경쟁의 결핍은 이런 종류의 강요를 창조하지 않는다. 만약 고객이 가격에 대한 자각이 부족하다면, 이 사실은 그들이 원하지 않을 지라도 마취전문의의 서비스를 취하도록 강요하게 될 것이다. -가격에 대한 그들의 무관심은 그들이 선택한 마취전문의들의 서비스를 활용할 수 있는 다른 병원으로 갈 수 있는 능력이나 의지에 아무런 영향을 미치지 않을 것이다. 비슷하게, 만약 고객들이 마취전문의의 서비스의 질을 평가하지 못한다면, 그들은 tying 계약이 부재할지라도 공인된 마취전문의들에 무관심할 것이다.
- 어. 따라서 상소법원에 의해 지지된 “시장 불완전”의 어느 쪽도 고객들로 하여금 tie의 부재에서는

선택하지 않을 마취 전문의의 서비스를 취하도록 강요하지 않았다. 수술을 경험하는 모든 환자들이 마취전문의를의 서비스를 필요로 한다고 가정하는 것은 안전하다 : 적어도 이 판결은 병원이 원하지 않는 환자들에게 이런 서비스를 강요했다는 증거는 포함하고 있지 않다. 그 전의 판결들은 이런 계약에 tying을 반대하는 per se 법칙을 적용하는 것에 대한 근거를 제공하지 않았다.

저. per se 의무의 부재에서 책임을 지우기 위해, 피고는 Roux 계약이 비합리적으로 경쟁을 제한하기 때문에 셔먼법칙을 위반한다는 것을 증명하는 부담을 갖는다. 그 부담은 반드시 마취전문 의사이의 경쟁에 대한 독점적인 계약의 실질적 효과에 대한 질문과 관련이 있다. 이 경쟁은 제한되지 않은 시장에서 발생한다. 시장은 환자에게 서비스를 제공하는 것을 경쟁하는 병원시장과 반드시 동일한 것은 아니다. : 그것은 Roux 계약처럼 독점적인 계약을 위해 마취전문의원 간 경쟁을 단지 주 전체나 지역으로 둘러쌀 것이다. 그러나 이 판결은 Roux 계약이, 실제로 시장에서 실행되는 것처럼, 경쟁을 비합리적으로 제한한다는 판결의 기초를 제공하는데 충분치 못한 증거를 가진다. 판결은 이 계약이 특정 마취전문의에 대해 분리된 계약을 요구하는 고객에게 어떻게 영향을 미치느냐는 점에 빛을 비춘다. 이 증거는 몇몇의 의사나 환자들이 Roux의 것보다 피고의 서비스를 더 좋아한다는 것을 보여주지만, 어떤 환자들은 마취전문의원(병원이 마취전문의를를 선택하여 공급하는 병원에 갈 수 없는)의 차이점을 알 만큼 충분히 민감하다는 증거도 있다.

처. 요약하면, 정립된 모든 판결들은 East Jefferson 병원이 마취전문의를를 선택하는 것은 Roux와 관련된 한 명이나 네 명의 의사로 제한하고, 의료진에 대한 특권을 가진다는 것이다. 만약 Roux가 독점적인 계약을 갖지 않는다 해도, 환자에게 열려있는 대안의 범위는 거래의 성격이나 병원의 동일성에 대해 통제를 가하는 고유의 권리 그리고 직원의 특권으로 통제되는 의사의 수로 인하여 엄격하게 제한되었다. 만약 피고가 East Jefferson의 의료진으로 인정된다면, 선택의 범위는 넷에서 다섯 명의 의사로 확대될 것이나 특정 마취전문의를를 선택할 수 있는 환자들의 자유에 대한 가장 확실한 제한은, 그럼에도 불구하고 남아있게 될 것이다. 경쟁에 대한 실질적인 역효과의 증명없이, 피고는 반독점법 하에서 사건을 해결할 수 없고, 아직 증명된 것은 없다.

커. 항소인의 폐쇄 정책은 의료윤리학상의 문제를 일으키고, Roux관련 협회의 회원보다는 다른 이로 부터 관리되는 마취관련 서비스를 더 선호하는 몇몇의 불편을 겪는 환자들을 갖게 될 것이지만, 그것은 이 법원이 불법이라고 판결한 tying 계약을 특징짓는 구매자들에 대해 분명하게 비합리적인 영향을 끼치지 않는다는. 이 사건과 관련하여 tying 제품이나 tied 제품 둘에 대한 수요나 공급, 가격과, 품질이 Roux와 병원 사이의 독점적인 계약에 의해 불리하게 작용했다는 증거는 없다. 계약은 Jefferson 병원보다는, Dr."Hyde와 다른 이들이 다른 곳에서 실행할 수 있도록 필요했던 것은 사실이다. 사실, 우리가 분명하게 언급했듯, 판결은 우리에게 마취전문의원들의 서비스를 위한 시장에 대해 아주 조금만 말해준다. 여전히 독점적인 계약이 중요한 영향력을 가지는 것은 그 시장에서이다. 셔먼법칙에 의해 금지되는 경쟁에 가해지는 규제의 종류는 간단하게 보여지지 않는다. 따라서 상소법원이 내린 판결은 파기되었고, 사건은 환송된다.

터. Brennan판사와 Marshall 판사의 의견

법원이 증명하는 판결에 대한 이유로써, 우리는 셔먼법의 1조아래 본질적인 불법성의 평가에 종속된 tying 계약을 오래 지지해왔다. 법칙의 이 오래 지속된 건설에 반대하는 정책논의의 장점이 무엇이건, 국회는, 아마 우리의 판결을 알고 있는,법의 수정에 의해 법칙을 결코 수정하지 않을



것이다. 이런 환경에서, 우리의 재판은 보통 결정된 법령의 해석에 의존해왔고, 법령의 범위를 수정하는 업무는 국회에 넘겨졌다.

피. O'Connor 판사와 Powell 판사 그리고, Rehnquist 판사의 의견

- 1) East Jefferson 병원, 청원자에 의해 운영되는 공립병원인, 병원에서 환자에게 마취관련 서비스를 할 수 있도록 허가된 유일한 의사들인 Roux & Associates에 의해서 제공되는 마취관련 서비스를 사용하도록 요구하였다. 상소법원은 이 계약이 셔먼법하에 끼워팔기와 관련되어 불법이라는 판결을 내렸다. tying은 판매자가 두개의 다른 제품이나 서비스를 패키지로 판매할 것을 요구하는 마케팅의 형태이다. 슈퍼마켓에서 고객이 설탕을 사려고 해야만 밀가루를 파는 것이 tying이다. 밀가루는 tying 제품에 해당하고, 설탕은 tied 제품에 해당한다. 이 사건에서 주장하는 바는 East Jefferson 병원이 불법적으로 보통의 병원서비스와 수술실 편의시설(tied 서비스)을 마취전문의 서비스(tying 서비스)의 판매에 묶어 팔았다는 것이다. 법원은 이따금 불법성에 대한 per se rule을 tying가 셔먼법의 1조 위반한다고 주장하는데 적용했다.
- 2) 우리가 처리한 사건들의 일부는 실제로 tying 계약은 경쟁에 대한 압박을 힘들게 넘으려는 목적으로 선언하였다. 그러나 이 선언은 글자 그대로 그것을 의지하기 위해 주장된 사건에 의하여서도 받아들여지지 않았다. 실제로는, 판매자가 끼워팔는 상품과 관련하여 평가하면서 tied 제품시장에서의 자유경쟁을 제한하기위해 충분한 경제적 힘을 가진 것으로 여겨질 때만 끼워팔는 것은 불법적이다. tying 제품에 대한 통제나 지배없이, 판매자는 고객을 tied 아이টে็ม으로 끌어들이기 위한 효과적인 무기로서 tying 제품을 사용할 수 없었고, 그래서 거래에 대한 제한은 사소했다. 법원은 시장지배력이나 경쟁억제적인 효과의 증명없이 tying 계약에 대해서, 그것이 가격조약이나, 시장의 분할을 갖는 것과 per se 분석에 종속되는 다른 계약들이 항상 불법적이었다고 언급한 적이 없었다. Tyign 사건에서 per se 주의는 항상 tying 계약의 경제학적 효과에 대한 질문에 상세한 설명을 요구한다. 결과로는, tying 계약의 이론은 그 이익의 성취 없이 rule of reason 접근방식의 비용을 초래하였다.: 원리는 rule of reason의 광범위하고 시간소비적인 경제학적 분석이라는 특징을 요구하지만, 그리고 나서, 경제학적 분석으로 유익한 계약을 금지하는 것으로 해석될 것이다. 게다가 tying계약의 상황에서 per se 는 그것이 tie(항상 tying 계약에 필요한 요소가 되어왔던)의 경제적인 상황의 분석을 생략하기 위해 하급의 법원으로 이끈 것으로 보이기 때문에 정확한 법보다 혼란을 야기하였다.
- 3) 끼워팔기에 대한 법은 주장되는 바에 의하면, 경제학적 정당성이 없다고 말 할 수 있는 약간은 수평적이고 외면상으로는 수평적인 규제는 제외하고, 모든 경쟁억제적인 경제적인 요소에 적용할 수 있는 법령과의 일치를 가져올 것이다. 이런 변화는 끼워팔기 이론을 그것이 이미 적용된 것처럼, 포기하기 보다는 합리화 할 것이다.
- 4) 우리의 앞서의 의견은 tying 법규의 목적이 tied 제품시장에서 명백하게 독점적인 영향을 갖는 끼워팔기와 또한, 판매자가 tying 제품 시장에서 소유하고 있는 해로운 시장지배력의 행사를 통제하고 동일화하기 위함임을 보여주고 있다. rule of reason 하에서 Tying 계약은 이러한 예에서만 승인되지 않았다.
- 5) tying 제품의 시장지배력은 합법적으로 (예를 들어, 특허권의 허가를 통해) 혹은 불법적으로 (불법적인 독점의 결과로서) 획득되어진다. 이 둘의 결과로, 시장에서 tying 제품 고객에 대한

판매자 사리를 위한 이용은 존재할 가능성이 있으며 판매자가 발전시켜왔던 **tying** 계약에 대한 선호 없이 서면의 2법칙 하에서 규제될 것이다. **tied** 제품의 존재는 정상적으로 시장지배력을 가진 판매자가 **tying** 제품의 판매로부터 끄집어 낼 수 있는 수익을 증가시키지 못한다. 밀가루에 대해 독점하였던 판매자는 단순히 고객으로 그들의 밀가루와 함께 설탕을 구매할 것을 강요하는 것만으로 밀가루 고객들에게서 추출할 수 있는 이익을 증가시킬 수는 없다. 그 주장이 직관에 반하는 것으로 보일지라도, 그것은 쉽게 증명되고 넓게 수용된다.

**Tying**은 **tying** 제품을 위한 시장에서의 힘이 **tied** 제품시장에서 추가적인 시장지배력을 창조하는데 사용된 드문 사건에서는 경제학적으로 매우 해로울 수 있다. 반독점법은 예를들면, 아마도 설탕에 있어서 경쟁하는 판매자를 추방하거나, 설탕시장으로 진입하려는 새로운 판매자를 보다 어렵게 함으로써 밀가루 독점업자가 설탕시장에서 추가적인 힘을 얻기위해 그의 시장지배력을 사용하도록 위협될 때, 당연히 **tying**에 신경을 쓴다. 그러나 이러한 시장지배력의 연장은 문제가 되는 두 시장이나 두개의 상품으로 묶여진 패키지 성질이 세 가지 중요한 기준을 만족시키지 않는 한 있을 법하지 않고, 경제적인 해로움이라는 위협을 가하지 않는다.

- 6) 첫 번째로, 판매자는 **tying** 제품시장에서 힘을 가져야 한다. 이런 힘의 부재에서는 **tied** 제품시장에서 **tying**이 역효과를 가질법하며, **tying** 제품 시장에서는 오로지 경쟁찬성적이 될 것이다. 만약 밀가루 판매자가 밀가루에 대해 시장지배력을 갖지 않는다면, 설탕도 구입하려하는 고객들의 요구에 의해 아무것도 얻지 못할 것이다.
- 7) 두 번째로, **tying** 판매자가 **tied** 제품시장에서 요구하는 중요한 위협이 있을 것이다. 만약 **tied** 제품시장이 **tying**으로 인해 공개되지 않는 많은 안정된 판매자들에게 점유되거나, **tied** 제품시장에 진입하는 장애물이 낮다면, 이런 위협은 존재하지 않을 것이다. 만약, 예를들어 활동적이며 변동이 많은 설탕시장이 있다면 -밀가루 거래를 하지 않는 많은 판매자와 수요자들이 있는- 밀가루 독점업자들의 설탕과 밀가루를 묶어파는 것은 불법적이라고 선언되지 않을 것이다. 만약, 반면에 **tying** 계약이 **tied** 제품시장으로 진입하는데 중요한 장애물을 세우려한다면, **tie**는 의심된 채로 남아있을 것이다.
- 8) 세 번째로, **tying** 상품과 **tied** 상품을 다른 것으로 취급하는 이치에 맞는 경제적인 기초가 있어야 한다. 아주 단순한 제품을 제외하고는 최종판매에서 함께 묶여 판매될 수 있는, 두개나 더 많은 구성요소로 분류될 수 있다. 차를 엔진과 함께 팔거나 카메라를 렌즈와 파는 것이 불법이 되지 않는 한 이 분석은 다소 제한된 원칙에 의해 유도되어야 할 것이다. 상품이 구별된 것으로 간주됨에 따라, **tied** 상품은 최소한 몇몇 고객들이 **tying** 상품의 구매 없이도 사기를 원하는 것이 되어야 한다. **tied** 상품이 **tying** 제품과 관련하여 사용되지 않을때, **tying** 제품의 판매자는 두 가지 상품을 함께 판매하여 추가적인 시장지배력을 요구할 수 없다. 설탕이 밀가루와 함께 사용될 때를 제외하고는 고객이 쓸모없다고 한다면 두개의 상품을 실질적으로 함께 파느냐의 여부에 따라 밀가루 판매자의 시장지배력은 설탕시장으로 진입하게 된다. 밀가루 판매자는 **tie**의 소유와 관계없이 밀가루에 대한 시장지배력을 사용할 수 있다. 밀가루 판매자는 따라서 설탕 판매자나 다른 설탕판매자보다 작게 유통하지 않는 한 설탕시장을 독점화할 수 있는 동기는 작아질 것이다. 그리고 이런 흔하지 않은 사건에서, 밀가루는 독점화되었고 설탕이 밀가루와 함께 팔릴 때만 유용하다면, 고객은 설탕시장의 독점화로 인하여 더 나

아가서는 경제적인 손실로 고통받게 될 것이다. tied 제품이 tying 제품과 분리되어 사용되지 않을 때라도, 이것은 하나의 단위로서 패키지 판매의 경제적 정당성의 재고없이 두 개의 상품이 하나의 패키지로 판매하는 것은 이해가 적게 될 것이다. 패키지로 끼워파는 것에 대한 경제적인 이익은 본질적으로 패키지가 적합하게 두개의 상품으로 보여지지 않는다면, 그것은 tying 손해의 끝이 될 것이다.

- 9) 이러한 세 가지 조건 -tying 제품의 시장지배력, tied 제품에 대한 본질적인 시장지배력의 위협, 그리고 구별되는 제품을 위협하기 위해 세워진 경제학적 기초- 만이 중요한 요구사항이었다. rule of reason하에서 세 가지 요소가 모두 만날 때 끼워팔기는 받아들일 수 있도록 증명될 것이다. 끼워팔기는 경제적인 해로움뿐만 아니라 경제적인 이익을 일으킬 것이며, 만약 이러한 이익이 중요한 요구사항을 만난다면 이것은 rule of reason 균형에 들어가야 할 것이다.
- 10) 끼워팔기는 정착한 판매자들이 그들과 고객간을 습관과 관습으로 묶어 결합시키는 곳에서 시장에 대한 새로운 진입을 촉진할 것이다. 그들은 시장에서 얼마되지 않은 다른 생산업자와의 거래에 대한 두려움으로 인하여 가격경쟁을 전혀 하지 못할 때 상품에 대한 비밀스러운 가격 삭감을 허가 할 것이다. 그들은 만약 빗나간 기능을 유발한 tying 상품과의 결합에서 Tied 상품의 사용이 실패한다면 tying 상품의 명성을 보호할 것이다. 그리고 만약 tied, tying 제품이 기능적으로 연관이 있다면, 그들은 연합판매 및 유통의 경계를 통하여 비용을 절감할 것이다.
- 11) 끼워팔기가 반독점법하에서 불법이나 아니냐에 대한 최종적인 결론은 문제가 된 계약의 경제학적인 효과를 설명한 것에 의존되어야 한다. 예를 들어 그것은 판매자가 고객으로 tied 제품을 사도록 강요하는 tying 제품위에서 통제를 사용하는 것은 전적으로 무해할 것이다. 판매자가 오직 tying 제품 시장에서만 시장지배력을 발휘할 때, 이것은 그가 고객으로 하여금 tied 제품을 사도록 강요하거나, tying 제품의 가격을 인상시키는 힘을 사용하느냐의 여부에 따라 판매자나 그의 고객에는 별 차이가 생기지 않는다. 반면에 tying은 상품이나 서비스의 패키지 공급을 보다 효율적으로 만들 것이다. 끼워팔기는 그것의 경쟁억제적인 영향이 유통의 효율성을 넘어서게 되었을 때만 비난을 받아야한다.
- 12) 사건에 대한 이런 기준들의 적용은 간단하다. 이슈가 의심되어 망설여지고 있지만, 우리는 병원이 이 지역에서 병원서비스의 공급으로 시장지배력을 갖는다고 가정해야 한다. 지방재판소와는 달리 상소법원은 병원이 적당하게 제한된 시장에서 시장지배력을 가지고 있다고 판결하였다. 상소법원 판결의 현실적 바탕은 질문에 대한 지방재판소의 판결을 보류해야 하는 반면에, 나는 이 논의의 목적을 위해, 지역시장에서 병원서비스를 보급하는데 있어 병원이 약간의 힘을 가진다는 상소법원의 판결이 수용할 만하다고 가정하였다.
- 13) 둘째로, 병원의 가정된 시장지배력 측면에서, 우리는 또한 East Jefferson 병원이 그들의 시장에서 마취관련 서비스의 공급에 대한 시장지배력을 요구할 것이라는 중요한 위협을 가정해야 한다. 마취관련 서비스를 병원의 다른 서비스의 판매와 묶음을 통해 병원은 지역시장에서 운영할지도 모르는 다른 판매자들을 배척할 수 있다. 병원은 이에 따라 마취관련 서비스의 공급에 있어서 지역적인 시장지배력을 갖게 될 것이다.: 좁게 한정되는 대로, 병원의 시장에서 제공되는 마취관련 서비스는 병원의 후원아래 Roux 에 의한 것으로만 구매가 될 것이다.
- 14) 그러나 tying 계약에 대한 자세하고 면밀한 조사를 위한 세 번째 중요한 조건은 여기에서는

충족되지 않는다: 마취와 수술을 분리된 서비스로 간주하는 것에 대한 경제학적으로 만족되는 근거가 없다. 환자들은 병원서비스와 연결된 마취만을 구매하려하고, 그래서 병원은 두 서비스를 함께 판매함으로써 추가적인 시장지배력을 얻을 수 없다. 따라서 병원 서비스와 Roux에 의한 마취관련 서비스의 연결은 공급되는 마취서비스의 양이나 병원의 환자가 되기로 한 이들을 위한 수술과 마취서비스를 합한 가격에 영향을 주지 않는다. 이런 상황에서, 마취와 수술서비스는 tying을 위한 구별되는 상품으로 특징지어져서는 안 될 것이다.

- 15) 만약 그렇다면, 매우 소수에 해당하는 환자들이 마취하지 않고 수술을하기로 결정하게 될지도 모르는 피할 수 없는 결과로 인하여, tying은 여기에서 판매자의 tied 상품의 생산량에 대한 기존의 절대적인 힘을 증가시킬 수 없기 때문에 셔먼법 1조의 위반으로 간주되어서는 안 될 것이다. 병원과 Roux간의 계약은 그러므로 환자를 해롭게 할 약간의 잠재성을 갖는다. 균형의 다른 측면에서, 상소법원은 논하지 않았지만, 지방재판소는 끼워팔기는 병원과 환자에 대해서 눈에 띄만한 수익을 가져온다고 판결하였다.
- 16) 끼워팔기는 환자에 대한 진료를 개선하고 여러 가지 방식으로 보다 효율적인 병원의 운영을 가져온다. 병원경영의 관점에서, 끼워팔기는 24시간 마취서비스의 공급을 보증하며, 진료과정의 표준화와 의료장비의 효율적인 사용을 통해 도움을 주며, 수술 스케줄의 유용성을 촉진하며, 병원으로 보다 효율적으로 마취관련 서비스의 질을 감독할 것을 요구한다. 더 나아가 tying 계약은 환자에게 이익이 된다. 왜냐하면, 지방재판소의 판결처럼, 마취과는 개인의 환자보다는 병원에 마취서비스를 제공할 의료진을 선택하는 책임을 부과하였기 때문이다. 병원은 또한, 마취전문의는 항상 진료가 가능할 수 있어야하며, 수술의사에게 적합해야하고 환자에게 알맞은 진료를 해야 한다는 책임을 맡겼다. 이러한 책임들을 맡김에 있어서 -심각하게 아픈 환자에 대해서는 종종 면제될 수 있는 책임- 병원은 그들의 환자들에게 가치있는 서비스를 제공한다. 그리고 환자들이 병원에서 받은 마취의 질에 만족하지 못하거나 병원이 고용한 의사들이 아닌 마취전문의의 서비스를 받기 원했다는 환자들의 표시가 없었다. 제한된 마취과의 이러한 이익과 효율성에 대한 증거로, 놀라운 것도 없이, 지방재판소가 판결하기를, 이런 계약들은 일반의 의료산업계에서나 뉴올리언즈에 있는 대다수의 병원에서 수용할 만한 관행이 되었다. 환자 간호에 대한 공급에 있어서 약간의 경쟁 억제적인 효과와 상당한 수익의 성취를 갖는 이러한 계약은 반독점법이 비난하는 것들에 속하기 힘들 것이다. 이 결론은 병원 서비스와 마취서비스의 결합된 공급은 구별되는 상품간의 tie와 관련하여 봐서는 안되며 그렇기 때문에 반독점법아래 추가적인 면밀한 조사를 필요로 하지 않는다는 우리의 중요한 결정을 다시 긍정하게 한다.
- 17) Roux와 병원 간 계약이 다른 제품사이의 tie로 특징지어지는 여부에 관계없이, 계약은 의심할 것도 없이 독점적인 거래를 구성한다. 독점적인 거래계약은 독립적으로 셔먼법 1조 아래의 면밀한 조사에 종속되어 있으며 rule of reason 하에서도 분석되었다.
- 18) 병원과 Roux간 계약은, 생각되는 바로는 마취전문의나 병원들 사이의 수평적인 경쟁에 역효과를 갖는다. Roux 마취전문의와 경쟁하는 Hyde 박사와, 같은 지역에서 East'jefferson 병원과 경쟁하는 다른 병원들은 독점적인 계약이 수평적 경쟁을 숨막히게 하고, tie가 아닐 경우에 고객복지에 직접적으로 불리한 영향을 갖는다는 것을 불평할 만한 근거를 가질지도 모른

다. 독점적인 거래계약은 어떤 상황에서는 독점적인 거래계약의 당사자인 공급자나 구매자에게 시장지배력을 창조하거나 확장할지도 모르고, 그래서 수평적인 경쟁을 제한할 수도 있다. 독점적인 거래는 한 사람의 상품과 서비스 공급자에게 비합리적으로 다른 상품 시장의 다른 공급자들의 이익을 박탈하게 하거나, 하나의 상품 구입자로 하여금 공급되는 다른 자원을 구매하려는 다른 사람의 이익을 비합리적으로 박탈하게 함으로 경제학적으로 역효과를 가질 수 있다. 독점적인 계약의 비합리성 여부를 결정하기 위해 초점을 맞추어야 할 것은 문제가 되는 상품이나 서비스 시장의 구조 -시장에서의 판매자와 구매자 수, 그들 사업의 규모, 그들이 판매하거나 구매하는 것이 용이한가- 이다. 독점적인 거래는 구매자나 판매자의 중요한 일부가 독점적인 거래에 의해 시장 밖에서 동결될 때에만 거래에 대한 비합리적인 규제가 된다. 서비스의 판매자의 수가 많고 이동성이 있을 때와 구매자의 수가 클 때, 좁은 범위에 대한 독점적 거래의 계약은 경제학적인 역효과라는 위협을 가져다 주지 않는다. 반대로, 그들은 안정된 시장을 보장하고 장기간의 상호 이익을 주는 사업관계를 격려함으로써 본질적으로 경쟁 찬성적일 수 있다.

- 19) 여기서 다루는 이슈는 네 명의 마취전문의로 이루어진 하나의 기업과 비교적 소규모인 병원 사이의 독점적 거래의 계약이다. East Jefferson 병원이 마취관련 전문서비스를 필요로 하는 다른 병원으로의 접근을 박탈하거나, Roux 관련 연합이 환자나 병원이 다른 마취전문의를 선택할 수 있는 범위를 비합리적으로 좁혀서 마취전문의들의 유효성에 있어서 장애물이 되는 경향이 있다는 암시는 없다. 네 명의 마취전문의로 구성된 기업은 단지 마취전문의(다른 병원에 의해 고용되어서만 유효한)들의 총 수에 아주 작은 일부를 대표하고, East Jefferson 병원은 이런 서비스를 구매하는 많은 병원중 하나이다. 관련시장의 규모에 대한 자세한 분석이 아니더라도 우리는 여기에서 논쟁이 되는 독점적인 거래계약은 다른 병원과 관련하여 특정병원의 시장위치를 비합리적으로 상승시키거나, 다른 마취전문의들과 관련하여 Roux에게 비합리적으로 힘을 실어주는 가능성은 없다고 쉽게 결론짓게 될 것이다. 따라서, 이 독점적 거래 계약은 rule of reason 하에서 유지되어야 한다.
- 20) 이런 이유들로 나는 병원과 Roux간의 계약이 셔먼법의 1조를 위반하지 않는다고 결론을 짓는다. 마취관련 서비스는 병원의 다른 서비스와 함께 구매되어 질 때만이 고객에게 유용하게 되며, 계약은 다른 제품끼리의 끼워팔기로 특징되어지지는 않는다. 이것은 병원이 소유하고 있는 어떤 시장지배력으로 이미 가능하게 만들어진 것을 넘어서 고객에게 어떤 경제적 해로움으로 위협하지 않는다. 마취관련 서비스가 병원의 다른 서비스와 함께 사용되어진다는 사실만으로 병원의 다른 두 종류의 서비스를 묶어 파는 결정에 대한 공격에서 분리하기에 충분하다.
- 21) 이 사건이 다른 두 종류의 제품을 끼워파는 것과 관련이 되든 안되든, 병원 -Roux간 계약은 독점적인 거래 계약으로 rule of reason하의 정밀한 조사에 종속된다. 그러나, 명백하게, 계약은 마취전문의가 그들의 서비스를 파는 시장의 작은 부분과 병원이 마취전문의의 서비스를 보호하는 시장의 더 작은 부분을 제외할 것이다. 계약은 그래서 rule of reason 하의 정밀한 조사에서 살아남는다. 제5연방순회상소법원의 판결은 번복되어야하고, 이 사건은 하급재판소로 환송되어야 한다.

## 제49절 서비스와 제품의 결합에 관하여 끼워팔기로 인한 독점 금지법 위반을 부정한 사례

### [판례]

1. 사건표시 : Casey v Diet Center Inc

### 2. 판결내용

피고 다이어트 센터(Diet Center)의 고객이 선택할 영양제는 체중감소 및 조절을 촉진하는 시스템에서 분리될 수 없으며 다이어트 프로그램의 필수적 요소로서 프랜차이즈 계약의 중요 내용을 구성한다. 가맹점이 제품 및 서비스의 패키지를 사용하는 권리를 제한하는지 여부가 독점 규제 법 상 연계 판매 위반 조항에 위반되는지는 프랜차이즈 계약의 특성을 충분히 고려하여 판단되어야 한다.

### [관련 법률지식]

### 3. 불법이 되지 않는 끼워팔기

일반적으로 끼워팔기는 당연 위법 영역에 속한다. 비록 제한된 예외들이 인식되어 있어도, (예를 들어 아래에 “새로운 산업”과 “질 향상” 반론) 분리된 상품, 시장 영향력, 거래량의 상당한 과소평가의 필수요건만 갖추어지면, 끼워팔기에 자주 적용되는 규칙은 위반 그 자체이다. 이 결과는 Clayton 이나 Serman Acts에 영향을 받았다.

이에 반해 FRC Act의 제5항은 Clayton 또는 Sgerman Acts에 의해 불법이 되지 않는 끼워팔기를 규정한다.

- 법원이 끼워팔기 계약을 정의하기 위해 “위반 그 자체”라는 용어를 사용할 때, 이 문맥의 위반 그 자체 규칙은 수평적 가격담합의 문맥에서의 그것과 같지 않다. 사례에서는 법원은 시장 정의와 시장에서의 영향력의 존재를 세부적으로 심의한다. 반면 그들은 다른 ‘위반 그 자체’ 사안에서는 그렇게 하지 않는다. 그러므로 법원이 관여한 분석은 위반 그 자체보다 합리성의 원칙에 더 유사하게 보인다. 종속하는 상품과 종속도니 상품이 분리되었다는 것을 입증. 비록 이것은 보통 문제가 되고 있지 않지만, 피고가 상품은 독립된 것이라는 것을 주장한 사례들이 있다.(예를 들면, TV, 또는 차와 여분의 타이어)
- 이동식의 주택, 집을 구매하기 위한 대부, 토지개발은 하나의 생산물이다 그러한 논쟁이 아마도 판매자가 신용을 연장한 대부분의 구매물건에 대해 그 뜻을 분명하게 하는 동안 법원은 다음과 같은 사실을 알았다. 즉, 부동산의 개발과 선행 비용들이 미리 지불된 미래 그 조건들이 좋고, 양이 집에서 구매자보다 더 많으므로 신용은 합리적으로 분리된 생산물로 생각될 수 있다.

## 제50절 상표 사용허락과 물품공급이 연계판매에 해당되지 않는다고 판단한 사례

### [판례]

1. 사건표시 : Jack Walters & Sons Corp. v Morton Buildings, Inc

### 2. 판결내용

건축구조물 제조업자는 불법적으로 조립식의 빌딩과 그 상표권을 묶은 것이 아니다. 법원은 지적하기를 만약 연계판매에 명백한 경제성이 있다면 하나의 단일 제품으로서 제품을 분류하는 것이 관례이다. 예를 들면 왼쪽 신발, 오른쪽 신발의 경우 독점금지법 상 금지되는 연계판매로 분류할 수는 없다. 비록 법원의 접근 방법이 각 제품이 별개의 시장을 가지고 있는지를 판단하는 것이라 하여도 연계 공급된 두 아이템의 결합 후의 경제성 부분도 아울러 판단되어야 한다.

### [관련 법률지식]

### 3. 가맹계약 관련 법분야

가. 사용허락 계약

나. 부동산 개발 계약

다. 재설시 계약

라. 임대차 및 전대차 계약

마. 관리 용역 계약

바. 시설 도급 계약

사. 보안 용역 계약

아. 담보 책임 약정

자. 공정거래법

차. 자율 규약

가맹본부 또는 가맹본부를 구성원으로 하는 사업자단체는 가맹사업의 공정한 거래질서를 유지하기 위하여 자율적으로 규약을 정할 수 있는데, 이 경우에 그 규약이 제12조(불공정거래행위의 금지)제1항의 규정에 위반하는 지에 대한 심사를 공정거래위원회에 요청할 수 있다. 가맹본부 또는 가맹본부를 구성원

으로 하는 사업자단체는 자율규약의 심사를 요청하고자 하는 때에는 공정거래위원회에 a)심사요청인의 주소와 성명 b)자율규약의 제정배경 c)자율규약의 주요골자와 그 취지의 사항을 기재한 서면과 심사요청의 대상이 되는 자율규약의 사본을 제출하여야 한다. 공정거래위원회는 위의 규정에 의하여 자율규약의 심사를 요청받은 때에는 그 요청을 받은 날부터 60일 이내에 심사결과를 신청인에게 통보하여야 한다.

## 카. 절차법

가맹사업 거래당사자간에 계약이나 거래에 관하여 분쟁이 생긴 경우에 당사자간에 자율적으로 해결하는 것이 가장 이상적이기는 하나, 우리 현실에서는 가맹거래 계약의 특수성에 대한 인식의 부재로 인하여 분쟁이 쉽게 조정되는 경우가 드물다. 이러한 상황하에 급증하는 가맹계약의 분쟁을 이해관계자의 대표성을 가진 자들과 전문가로 구성된 분쟁조정기관이 절실히 필요했던 것이다. 가맹사업 당사자의 분쟁을 자율적으로 조정하기 위하여 이 법의 규정에 관한 업무와의 관련성, 사업자단체의 활동에 직접 참여하는 사업자 수, 분쟁조정업무를 수행하는데 필요한 능력 등을 갖춘 사단법인 한국프랜차이즈협회에 가맹사업거래분쟁조정협의회를 둔다. 협의회는 공정거래위원회 또는 분쟁당사자가 요청하는 가맹사업거래의 분쟁에 관한 사항을 조정한다. 공정거래위원회는 가맹사업거래의 분쟁에 관한 사건에 대하여 협의회에 그 조정을 의뢰할 수 있다. 협의회는 조정을 신청받은 때에는 즉시 그 조정사항을 분쟁당사자에게 통지하고 공정거래위원회에 보고하여야 한다. 협의회는 조정사항에 대하여 조정이 성립된 경우 조정에 참가한 위원과 분쟁당사자가 기명날인한 조정조서를 작성한다. 또한, 협의회는 분쟁당사자가 조정절차를 개시하기 전에 조정사항을 스스로 조정하고 조정조서의 작성을 요구하는 경우에는 그 조정조서를 작성할 수 있다.

## 타. 평석

위의 사례는 하나의 제품으로서 검증된 기능적 효용의 결합을 인정할 수 있는 여지가 있음을 암시하는 것으로 해석될 수 있다. 다만 적어도 그러한 기능적 효용이 분리 상품으로 공급되는 경우의 시장의 요건과 수요의 특성과 비교하여 유의미한 수준에 이르러야 한다는 점이 입증되어야 한다.

# 제51절 자동차 딜러에 대하여 광고자금을 지급하고 동시에 특정광고사를 이용하도록 지정한 행위는 끼워팔기에 해당한다고 인정한 사례

## [판례]

### 1. 사건표시

Faulkner Advertising Associates Inc. v Nissan Motors Corp



## 2. 판결내용

피고 닛산이 중앙의 광고사를 이용함으로써 딜러를 위해 지역광고를 제작하고 이러한 중앙광고 자금을 공급함으로써 불법적으로 자동차와 광고 서비스를 연계하였다. 자금 공급은 딜러에게 광고사를 지정하고, 닛산이 이러한 광고계약에 대해서만 보조금을 지급하는 방법을 사용했다. 이는 별개의 시장을 보유한 금융시장과 광고시장을 불법적으로 연계한 것이다.

### [관련 법률지식]

## 3. 가맹계약과 공정거래법

가맹사업의 특성(통제 및 이미지의 통일 등)과 공정거래법과의 관계

### 가. 불공정거래행위의 의미

독점규제법 제23조상의 일반불공정거래행위란 a) 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위 b) 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위 c) 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위 d) 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위 e) 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위 f) 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위 g) 위 사항 이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(불공정거래행위)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하는 행위를 말한다.

### 나. 공정한 거래를 저해할 우려

‘공정한 거래를 저해할 우려’는 공정한 경쟁을 저해할 우려(공정경쟁저해성)라고 봄이 일반적인 견해이다. 그리고 ‘공정한 경쟁’이란 가격·품질·기업능률 등에 의한 자유로운 경쟁을 의미한다.

### 다. 가맹사업거래상의 불공정거래행위의 금지

#### 1) 거래거절(법 제12조제1항제1호)

- ① 영업지원 등의 거절
- ② 부당한 계약종료
- ③ 부당한 계약해지

#### 2) 구속조건부 거래(법 제12조제1항제2호)

- ① 가격의 구속
- ② 거래상대방의 구속

- ③ 가맹점사업자의 상품 또는 용역의 판매제한
- ④ 영업지역의 준수강제

3) 거래상 지위의 남용(법 제12조제1항제3호)

- ① 구입강제
- ② 부당한 강요

## 제52절 연계판매계약의 전제인 시장지배력을 인정할 수 없어 독점금지법 위반의 점을 부인한 사례

### [판례]

1. 사건표시 : United States Steel Corp v Fortner Enterprise Inc

2. 판결내용

법원은 묶음 상품(tied product)을 강제적으로 구매하게 만드는 묶음 상품에 대해 충분한 경제력을 검증하는데 필요한 증거가 무엇인지에 대해 의문을 제기했다. 법원은 연계의 위법을 찾지 못했다. 법원은 판매자가 묶음 상품에 대한 시장 내에 지배력을 가졌는지 여부가 가격을 상승시키거나 전적으로 경쟁적 시장에서 강요될 수 없는 무거운 조항(요금)을 수용하도록 구매자에게 요구했는지, 또는 판매자가 묶는 상품(tying products)에 대해 시장에서 경쟁자와 공유되지 않은 점유율을 가지고 있는지 여부가 구체적으로 드러나지 않았다고 판시하였다.

### [관련 법률지식]

3. 프랜차이즈 사례에서의 시장 지배력

가. Tied-Product를 개별 상품으로 보아야 하는가 하나의 상품으로 보아야 하는가? Jefferson Parish의 분리 매매 접근법이 얼마나 나아갈 수 있는지는 시간을 두고 지켜보아야 한다. Jefferson Parish의 경우, 5명의 판사의 주 의견은 특정 묶음 제도는 그 자체로 위법으로 남아있으며, 다른 것들은 근거법 rule of reason 하에서 판단되어야 한다는 것을 전제로 시작한다. 주 의견에는 다음이 요구된다. 판매자가 시장지배력을 이용하여 구매자가 전부를 원하지 않거나, 다른 경우에 다른 가격으로 구매하는 것을 선호할 수 있는 경우 구매자에게 묶음 상품을 구매하도록 강요하는 일이 일어나는 강요가 분명히 존재해야 한다고 요구했다.

그러나 본질적 판결은 강요의 존재가 확실하거나 가능성이 있어야만 오직 타당하다. 강요는 판매

- 자가 아래와 같이 3가지의 중 하나의 특정 지표에 의해 증명되는 시장지배력을 소유했을 때만 가능성이 고려된다. 1) 특허 전매/독점 또는 유사한 독점 2) 높은 시장 점유율 3) 다른곳에서 공급하지 못하는 특이한 제품
- 주 의견은 다음과 같은 사실을 발견했는데 시장지배력의 유일한 증거는 병원에 대한 소비자의 애호이나 이런 종류의 애호는 상당한 시장지배력을 필연적으로 입증하지는 않는다. 더욱이 병원의 시장 점유율 30%는 그 자체로 시장지배력을 추론하기에 불충분하다.
- 나. 프랜차이즈 케이스는 종종 프랜차이즈의 (다른 사실이나 증거를 제외하건 포함하건) 트레이드 마크의 유일성에 대한 범위의 의문에 연루된다. 유일성이 충분한 경제력의 요구를 입증하는데 충분하다는 것의 범위가 의문시된다. Fortner II과 Jefferson Parish 관점에서 비록 케이스들이 얼마간 중재의 어려움이 있지만 법원은 일반적으로 끼워팔기 케이스의 중대한 요소를 입증하려고 노력하는 가맹자를 위해 증거의 문턱을 높이 부과하는 방향으로 이동했다.
- 다. 1970년대 초 법원은 트레이드 마크가 있는 제품 또는 서비스의 범위는 충분한 경제력을 가지고 있어서 묶음 제품의 구매를 강요할 수 있다고 언급했다. Jefferson Parish 이후의 케이스의 일반적인 경향은 묶음 제품에 대한 경제력의 검증에 대한 요구가 강화되었다는 것이다. 그러나 여기에는 분명한 가이드 라인이 없으며, 시장 점유율의 정도가 1차 중심이 될 것이라는 것 또한 명확하지 않다. Will & Comprehensive Accounting Corp.의 경우 원고는 묶음 패키지의 가격이 경쟁 시장에서 팔리는 컴포넌트 가격보다 높다는 것을 보여주는데 실패했으며, 가맹사가 상당한 시장 점유율을 즐기고 있다는 증거 검증도 실패했다. 원고는 프랜차이즈 시스템이 유일하다는 것을 입증하는 것도 실패했다. 유일성은 가맹사가 잠재 경쟁자 보다 비용 우위를 가지는 경우에만 발생하며 진입 장벽이 있을 경우 또는 경쟁자가 비슷한 가격에 비슷한 패키지를 제공하지 못하는 경우에만 발생한다. 법원은 트레이드 마크 제품과 관련된 여러 케이스에서 충분한 경제력에 대한 원고의 주장을 거부했다. 경제력의 근원으로서 유일성에 대한 증거를 만드는 것이 더욱 어려울 수 있는데 제품이 유일할 수 있는 범위(올바로 정의된 시장에서 작은 시장지배력만 가질 지라도)와 유일성에 대한 구분선의 개념은 불확실하게 남아있다.
- 라. 가맹점들에게 획득 또는 유지의 조건으로 하나 이상의 부가물, 애프터 마켓, 제품을 구매하도록 압력을 행사하는 비즈니스 형식의 프랜차이즈/가맹주, 프랜차이즈는 코닥의 근거로 시장지배력에 관한 논쟁에 직면하게 될 것이다. 코닥의 상황과 비즈니스 형식의 프랜차이즈 시스템에서의 애프터 마켓 사이의 유사성은 상당히 밀접하다. 코닥 케이스에서 주장된 묶음 제품은 원칙적으로 코닥 복사기 판매가 아닌 코닥 파트 소유의 애프터 마켓 판매이다. 비즈니스 형식의 프랜차이즈의 경우 원고는 묶음 상품이 본래 프랜차이즈에게 부여되지 않았지만 (프랜차이즈가 포함하는 지적 재산권 묶음 라이선스, Chicken Delight의 케이스에서처럼) 가맹점이 가맹주의 전용 소싱 매카니즘에 협력할 때에만 부여하는 프랜차이즈 기간 만료 유예, 혹은 계약 기간 종료시점에서 명시되거나 암시된 기존 프랜차이즈의 계약 갱신, 또는 추가 프랜차이즈 인수에 대한 기회 등과 같은 몇몇의 애프터 마켓 제품임을 주장할 수 있다.
- 마. 코닥의 요약 판결을 부인하는 경우, 법원은 코닥이 주장된 묶음 제품의(코닥 호환의 대체 파트) 본질적인 단일 공급자이며, 코닥의 영향력이 다른 마켓 요인에 의해 학습되었다는 증거는 불충분하다. 파트에 대한 애프터마켓의 시장영향력의 가능성이 배제된 사진복사기 시장에서의 경쟁에

대한 코닥의 논쟁은 법원에서 기각되었다. 따라서 일반적인 프랜차이즈 또는 특정 업계로 구분된 프랜차이즈의 경쟁에 대한 논쟁을 하는 가맹사는 프랜차이즈 판매 또는 시스템에 대해 가맹사가 가진 시장 장악력의 가능성을 제외한다. 대신, 원고는 묶음 상품이 가맹사의 어떤 독특한 것으로 (갱신, 추가 프랜차이즈 등과 같은) 경쟁사가 절대 제공할 수 없는 동일 브랜드나 심지어 프랜차이즈의 운영을 지속할 권리를 주장할 것이다. 이러한 강제적으로 묶임, 애프터 마켓 소싱 설비/계약에 대한 공격에서 벗어나기 위해 코닥과 유사한 케이스에서 프랜차이즈를 가지기 위한 시도로 가맹사는 아래와 같은 하나 이상의 방어를 수립하도록 노력해야 할 것이다.

- 1) 가맹점은 프랜차이즈 계약에 들어가는 시점에 묶임 상품의 전체 가격을 입수하거나 통지받아야 한다. 가맹사의 offering circular의 프리세일 설명서에서 볼 수도 있다.
- 2) 가맹점은 사실상 묶임 제품 라인을 경쟁적으로 조달했다.
- 3) 가맹사는 지속적으로 새로운 프랜차이즈의 활발한 판매를 선호하며, 애프터 마켓 묶임이 불리할 수 있고, 묶임 또는 묶임 아이템보다 결합 시장가가 더 높ی 책정된다는 것에 대한 관련/암시를 타도해야 한다.

바. 이러한 케이스의 원고인 가맹점 또는 경쟁 공급자는 코닥과의 유사함을 이용하여 다음과 같은 사항에 논쟁의 대부분을 의지할 것이다. 아무도 단일 브랜드에 점거되지 않았으며 따라서 10년 또는 20년의 프랜차이즈 계약에 서명한 가맹점보다 극단적으로 높은 교체 비용에 직면하지 않을 것이고, 사후 계약이 완비되어 있거나 계약을 파기해야 하는 경우의 위반에서 오는 손실에 대해 소송을 당할 위험에 노출되어 있지 않다. 원고의 케이스는 특히 사실이 다음의 주장을 지지할 경우 매우 강력할 수 있는데 가맹사가 가맹점이 프랜차이즈를 구입한 이후 묶임을 처음 부과하거나 강요했고, 또는 가맹사의 offering circular가 이러한 주제에 대해 침묵하거나 시스템의 실제 공급 환경을 잘못 기술했다는 것이다. 코닥에서 보여준 사실을 기준으로 코닥은 파트를 독립 서비스 제공자들에게 판매하기를 거절하도록 강요했으며, 사진 복사기 판매를 시작한 이후에만 제공했다.

## 제53절 보수유지 서비스를 연계한 계약이 독점금지법 위반에 해당된다고 판시한 사례

[판례]

### 1. 사건표시

### 2. 판결내용

가. Kodak사가 ISO(독립 서비스 조직 independent service organizations)의 코닥 복사 비품을 위한 대체 부품 보수(유지보수 등 구매 후 수요) 시장의 획득을 방해하고자 채택한 정책에 중점을 두어 판단해 보면, 다른 ISO가 수요자에게 서비스를 제공하는 것에 대해 코닥과의 경쟁이 어렵거

- 나 불가능하도록 만들었다. ISO는 코닥이 부품 공급을 조정하고 수요자가 서비스와 파트 모두를 코닥에서 구매하도록 요구함으로써 즉, 불법적으로 서비스와 부품을 묶음으로써 셔먼법 (Sherman Act)의 제1조를 위반하였다고 주장한다. 원고는 또한 동법 제2조 위반의 점에 관하여 코닥이 서비스와 부품 판매를 불법적으로 독점하였고 독점을 시도하였다고 주장한다.
- 나. 제1조 위반에 관하여 연계판매로 주장된 복사기 부품과 보수 서비스는 명백히 별개의 시장을 구성하고 있으며, 코닥은 부품 시장에서의 시장 지배력을 이용하여 고객이 원하지 않는 보수 서비스의 구매에 대하여 영향력을 행사하였다는 충분한 증거가 있음을 발견했다. 이러한 증거로는 코닥의 사실상 100%의 묶는 상품 시장(코닥 호환성의 대체 부품)의 지배를 포함한다. 또 다른 증거로 고객은 코닥 서비스를 사도록 실질적으로 강요당했다. 원고는 주장하기를 코닥의 서비스는 ISO 서비스에 비해 품질이 낮으며 더 비싸다.
- 다. 코닥은 부품 시장에서의 시장 지배력이 절대적인 것은 아니며, 또한 계약의 구성상 보수 서비스에 대한 계약 강제가 이루어진 것이 아니라 그 시장에 대하여도 독립된 시장 지배력을 가지고 있다고 주장한다. 그러나 코닥은 부품, 보수 서비스 시장에 대한 어떠한 실제적 데이터를 제출하는 것에 실패하였다. 코닥의 이론은 만약 서비스의 가격을 경쟁사 수준으로 올리는 경우 잠재적 고객이 코닥의 부품을 구매하는 것을 멈추리라는 사실에 입각한 가정에 놓여있다. 그러나 코닥이 서비스 가격을 올린 이후에 실제로 부품 판매가 줄었다는 주장이나 증거가 없다. 터무니 없는 보수 서비스 가격이 고객이 구매시점에 패키지(비품, 서비스, 파트)의 전체 비용이라는 정보를 안 경우에만 코닥의 매출을 하락시킨다는 것을 관찰했다. 이것은 소비자가 반드시 가격의 라이프사이클에 대해 정확히 관여해야 한다는 것을 의미한다. 서비스 애프터 마켓의 가격 상승이 될 때 부품 공급선을 변경하는 선택이 가능하기 위해서는 만약 타 브랜드의 기본 부품으로의 이동 비용이 적어야 하는데, 그렇지 아니한 경우 기본 부품을 구매한 고객은 부품 브랜드를 교체하기 전에 어떤 수준까지의 서비스 비용 증가를 감수할 수밖에 없다.

## 제54절 상표권 보유가 독점금지법 위반의 전제인 시장지배력을 당연 추정 하는 요소는 아니라고 판단한 사례

[판례]

1. 사건표시: Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream Co

### 2. 판결내용

아이스크림 가게 체인의 상표권은 소매 아이스크림 판매에서 전국적인 시장 지배력과 밀접한 관련을 맺는다. 상표법의 보호는 독점금지법의 적용을 원칙적으로 배제한다. 이는 합법적인 독점의 영역이다. 따라서 묶는 상품이 상표권으로 보호되는 독점력을 보유하고 있다는 사실이 시장 지배력 행사를 당연 추정하는 것은 아니다.

## [관련 법률지식]

### 3. 상표권 보호

#### 가. Lanham 법

Lanham법은 수반되는 해당 상품이나 서비스를 확인하고 구별지을 수 있는 상표, 상표명의 보호를 보장한다. 상표 보호는 타인들이 만약 그러한 상표를 사용하게 되면 소비자들을 혼란스럽게 할 수 있는 유사한 상표를 영업 중에 사용할 수 없도록 하는 권리를 부여한다. [15 U.S.C.§§105 et seq.]

#### 1) 상표의 분류

상표는 함께 사용되는 그 상품이나 서비스에 대하여 별나고 독창적이거나 암시적인 것이라면 본질적으로 뚜렷하게 구별된다(그리고 자동적으로 보호받을 수 있다). 설명적인 상표는 만약 원고의 상품을 구분할 수 있는 사람으로서 부차적인 의미를 획득하지 못한다면, ‘상표 보호’의 권한을 부여받지 못한다. (상표등록에 의해 보호받지 못하는) 일반적 상표는 결코 보호받을 수 없다.[Zatarains v. Oak Grove Smokehouse, 698 F.2d 786(5th Cir. 1983)]

#### 2) 거래 외관

(상표)보호는 이런 요소들이 상품의 소스로 판매되는 것으로 인식되는 경향이 있는 한, 명칭이나 법칙뿐만 아니라 상품 포장 디자인, 그리고 심지어 상품 자체의 형태나 디자인으로까지 확대된다.[Two Pesos, Inc. Taco Cabana, 112 S. Ct.2753 (1992)]

#### 3) 기능성

상표 보호는 유용한 기능으로 제공되는 상품이나 외관 또는 마크의 면으로까지는 확대되지 않는다. [Stormy Clime Ltd. v. Progroup, 809 F.2d 971(2d Cir.1987)]

#### 4) 우선권

[§495] 하나의 상표는 만약 계속적인 사용자들이 그 마크를 처음으로 등록하지 않는 한, 상업활동에서 해당 마크를 사용한 첫 번째 당사자의 것이 된다.

#### 나. 절차

상표는 보호되기 위해 등록되어서는 안된다. 그러나 연방등록에는 소송상의 어떠한 전제들을 포함하여 엄청난 이득이 있다. 하나의 상표를 등록하기 위해서는 신청자는 ‘특허국’과 ‘상표국’에서 시험절차를 성공적으로 완료해야 한다.

#### 다. 위반 행위

상표 소유자는 상당한 숫자의 소비자들에게 문제되는 해당 상품과 서비스 자료, 소속귀속 또는 후원에

있어서 상당한 숫자의 소비자들을 쉽게 혼란스럽게 만들기 위해 원고의 마크와 상당정도 유사한 마크를 사용하는 사람이라면 손해와 금지명령위반 보상을 위해 소송을 제기할 수 있도록 자격을 부여받는다.

#### 1) 위조

상표 소유자는 의도적으로 원고의 마크로 인식될 수 있는 마크를 부착하고 상품을 판매하는 사람들에게 대항하여 특별한 대책을 가지고 있다.

#### 2) 희석화

어떤 유명한 마크의 소유자는 타인에 의한 자신의 마크사용에 대해 어떤 주들에서는 보호를 받을 수 있다.

## 제55절 저작권을 연계판매 위반의 요소인 시장지배력의 근원으로 인정한 사례

### [판례]

1. 사건표시: Digidyne v Data General Corp.

#### 2. 판결내용

묵는 상품인 소프트웨어에 저작권이 인정되는 경우 이는 시장지배력의 추정 근거로 활용될 수 있다. 제품이 충분히 구별됨에 불구하고, 판매자가 이를 연계하는 경우 만일 묵는 상품의 저작권이 중요 근거가 된다면, 비록 다른 판매자가 묵는 제품과 비슷한 제품을 판매할 수 있다는 사실이 인정된다 하여도, 묵인 상품에 대한 영향력이 줄어든다고 단정할 수는 없다.

### [관련 법률지식]

#### 3. 저작권 보호

##### 가. 저작권법

저작권법은 저작권의 중요한 문제 내의 것(문예, 창작적인 작품)의 원작에 대한 권한을 보호해 준다. 저작권은 저작권 소유자에게 작품을 복사하고, 각색하고, 배포하고, 실행하고, 전시할 수 있는 배타적 권리를 부여한다.

## 나. 중요한 저작권 문제

저작권 보호에 적합한 중요문제는 문학 작품 · 예술작품, 작곡, 드라마작품, 음향녹음을 포함한다. 컴퓨터의 소프트웨어는 저작권법에 의해 보호되는 문학작품으로서 자격이 주어진다.

### 1) 실체화

저작권법의 보호를 받기 위해선, 작품은 기계 외 직 · 간접적인 도움으로 인식될 수 있는 독립적인 형태로 구별되어야 한다.

2) 이분법적인 아이디어 표현, 저작권보호는 오직 작품에 있어서의 독창적인 표현에 까지만 확대된다.

## 다. 절차

저작권보호는 자동적으로 어떤 하나의 작품을 만들었을 때 성립된다. 정부승인은 저작권 보호를 위해서 꼭 필요하지는 않다. 저작권 소유자는 어떠한 정식에(형식에 딱 맞는)도 필요하지 않다. 그러나, 저작권 소유자는 위반(침해)을 법정(소송)으로 가져가기 전에 그들의 저작권과 함께 그들의 작품은 기록 해야한다.

## 라. 권리의 내용

저작권 소유자는 작품에 따르는 것들을 다른 것들에 대해서 배제할 권리를 가진다.

- 1) Copying the work : (작품을 복사하는 일)
- 2) Adapting the work to a new form : (작품에 대해서 새로운 형식에 적응하는 일)
- 3) Distributing copies of the work : (작품의 복사를 분포하는 일)
- 4) Performing a dynamic work publicly and : (공공의 활동적인 작업에로의 이행)
- 5) Displaying a static work publicly : (정적인 작품을 대중에게 선보이는 일)

ev 권리 제한: 독립적인 목록에 살려있는 권리는 준비된 수에 의해서 제한된다. 제작된 작품은 사용자의 어떤 권리에 의해서 수여된다.

## 마. 침해 소송

### 1) Substantial similarity

복사(표절)의 증가가 직접적이기 때문에, 종종 손에 넣기가 어렵다. 그러나, 만약 원고가 피고가 쓴 작품이 원고의 작품과 비슷하거나 또는 실적으로 유사하다는 증거를 보여 준다면 법원은 침해를 찾아 낼 것이다.

2) 특허권의 침해와 같이, 고의적인 복사는 요구되지 않는다. 저작권 침해는 강력한 책임있는 공격이다. 그러나, 권유나 이바지하는(헌신하는) 침해의 증거는 약간의 경우에 의도되는 것이 필요하다.



## 바. 항변

### 1) Fair Use

저작권의 배타적인 권리의 어떤 위반들은 일반적으로 “fair uses”를 용서한다. 왜냐하면 그들은 상업적인 목적에서가 아니라 공동체를 위해서였고, 혹은 원고의 (저작된 작품을 위해서), 손해가 나지않은 선에서 해야한다. Fair Use는 특별히 사실이고, 하나하나씩 필요하다.

### 2) 저작권 도용

특허권 남용처럼, 저작권 오용도 그녀가 일반적으로 ‘반트러스터법’을 위반함으로써 저작권을 도용했다면, 저작권 소유자가 그녀의 권리 강화하는 것을 금하도록 작용하는 정당한 원칙이다. 그렇지 않았더라면 저작권 독점의 범위는 확대됐을 것이다(Lasercomb America v. Reynolds, 911 F.2d 970(4th Cir, 1990)]

## 제56절 재판매가격 유지에 관한 기본 판례

### 1. 사건표시: U.S V. Arnold, Schwinn & Co

### 2. 판결내용

가. 이 사건은 셔먼법칙의 1조에서의 도매상들의 상품의 흐름을 방해하고 그들에게 할당된 특정지역과 소매업자 그리고 고정가격(혹은 가격조작)에서의 계속되는 문제 야기로 피항소인에게 정부가 고소한 ‘독점금지 소송’이다. 피항소인 Arnold는 Schwinn 자전거 상품을 제조, 판매, 분배하는 회사이다. 1951년 Schwinn은 미국 내에서 자전거 시장의 점유율 22.5%를 차지하는 큰 회사였다. 1961년에 비록 돈의 가치와 상품판매는 올랐지만, 점유율은 12.8%로 떨어졌다. Schwinn은 물건을 유통업자들, 위탁판매 소매업자, Schwinn계획 아래서 소매업자들에게 직접 배송, 그리고 주문에 따라서 위탁수수료를 냈다. Schwinn은 그들의 특정지역에서 딜러에게 판매만 할 수 있도록 부여했다. 지방재판소는 가격변동 기소에 대해 기각했지만, ‘판매지역 제한은 위법이다’라고 판결하였다. 미국은 ‘가격조작에 대해 항소하지 않았고 피항소인은 Schwinn 으로부터 물건을 산 분배자들의 재판매에 대한 주문 무효 소송을 하지 않았다.

나. 정부는 유통업자가 Schwinn의 대리인이나 위탁판매인으로서 행하는 유통에 대한 제한과 Schwinn Plan은 rule of reason 하에서 고려될 것을 요구하였다.

- 1) Schwinn의 자발적인 이윤의 창출활동은 rule of reason에 면제를 호소하지 않으면 불법적인 행위가 된다. “이 행위는 단지 시장에서 그 영향력이 불법적이지 않거나, 보호가 이뤄지는 경쟁의 보전이나 촉진에 관한 법적인 관심사와 일치할 뿐이다”
- 2) 상품을 소유한 유통자들에 의한 재판매에 지역제한을 금지한 것과, 동시에 유통업자로 그들이

프랜차이즈된 소매업자에게 가져다주는 상품의 재판매를 제한할 것을 요구하는 계약의 무죄를 증명하는 것은 비논리적이며 모순된다,

- ① Schwinn 상품의 처리를 위해서는 법률이 제정되어야 한다.
- ② 이번 법칙이 판매업자들에게 평등하게 적용됨에 따라 재판매에 대한 소매업자들의 자유제한에 대한 이해, 그리고 어느 조건, 조약에서도 법령은 유사하게 소매업자로의 판매를 금지해야 한다.
- ③ “여기에서 문제가 되는 상인의 상품과 위치, 기능과 관련하여 권리, 지배력, 위험을 보유하는 제조업자들은 사실 제조업자의 대리인이나 판매인들과 다르지 않고, 단지 제한의 영향이 비합리적으로 경쟁을 규제하는 것이 될 뿐이다.”
  - ㉠ 제조업자가 “대리인 혹은 위탁판매 방식 그리고 Schwinn의 제한적인 유통시스템의 형태”를 수용하는 것은, 가격고정의 부재와 프랜차이즈 되지 않은 상품의 요구를 충족시킬 수 있는 대안제품이라는 적절한 자원과 함께, “다수 상인들의 경쟁과 그 경쟁에서 겨룰 수 있는 프랜차이즈 시스템의 필요가 드러나는 모든 환경에서 정당화” 될 수 없고, 수직적으로 부과되는 유통제한은 셔먼법칙의 위반으로 판결되지 않을 것이다.
  - ㉡ Schwinn이 소유권과 대리인이나 판매인들과 구별되지 않는 상인들의 활동에 대한 모든 표시를 유보하지 않는 한 Schwinn 소매업자의 프랜차이즈와 그들에 대한 소매판매 제한은 거래의 비합리적인 규제를 구성하지 않는다.

다. 재판에서, U.S는 가격조정 뿐 아니라 Schwinn의 유통방식은 셔먼법칙 1조 아래 본질적으로 불법이 된다고 단언하였다. 재판은 70일 동안 계속되었다. 피항소인에게서 제공되는 증거는 소매시장 거래와 경쟁자들의 유통 프로그램에 관해서 뿐만아니라 전체시장 거래와 브랜드간 경쟁에 관한 것이었다. 지방재판소는 가격조작의 혐의는 무시하였다. 불법적인 유통관행 혐의와 관련하여, 법원은 지역적인 제한이, Schwinn이 그들의 유통업자에게 판매하는 상품과 관련하여 본질적으로 불법적이라고 주장하였다.: 그러나 그 제한은 Schwinn이 도매업자나 중개상인이 대리인이나 위탁판매인으로서의 기능을 하는 곳에서, 프랜차이즈된 소매업자에게 판매하는 범위 내에서 불법적이지 않았다.

라. U.S는 지방재판소의 가격조작 혐의 기각에 대해 항소하지 않았고, 피상소인은 Schwinn으로부터 상품을 구입하는 유통업자에 의한 재판매 규제를 무효화하는 판결에 대해 항의하지 않았다.

마. 이 법원에서, U.S는 유통제한이 본질적으로 불법이라는 그들의 주장을 포기해왔다. 대신 제한이 거래에 대한 비합리적인 규제를 구성하는 Schwinn과 그의 도매업자와 소매유통업들 사이의 계약의 산물임을 결론짓는 많은 판결들을 기초로 ,이러한 제한을 Rule of reason 측면에서 고려할 것을 부탁하였다.

바. 피항소인 Schwinn은 오랜 세월동안 자전거판매 부품과 악세사리 판매를 했던 가족·소유의 회사이다. 피항소자 SCDA는 Schwinn자전거와 다른 물건을 취급하는 유통업자들이다. 문제가 되는 마케팅 프로그램은 1952년에 만들어졌다. 1951년 가장 큰 점유율은 22.5%였고, 1961년 12.8%로 떨어졌다. 같은 시기에 Murray (지금 미국의 최대자전거업체의 강자)는 51년에 11.6%의 점유율에서 1961년 22.8%로 상승시켰다. 모든 자전거의 40%는 그들 소유의 점포를 운영하면서 다른 사업자를 프랜차이즈 하는 전국적인 사업가들에 의해 유통되었다. 20%는 큰 체인점에 팔리고(Sears나 Montgomery, Ward & Company), Sears와 Ward는 함께 모든 자전거 판매의

20%를 판매하였다. 모든 자전거는 개인의 브랜드 아래 판매된다. 30%는 자전거 중개상인에게 분배되고 나머지 10%는 일반적인 가게로 돌아간다. Schwinn은 그들의 상품을 22개 총판을 통해 첫 번째로 팔고, 11%의 상품을 B.F.Goddrich 양판점이나 소매점에 판다. 미국에 5000에서 6000 개의 자전거 판매점이 있다. 84%의 Schwinn의 판매가 Schwinn상표로 팔리고 있다. 64%의 자전거가 개인의 이름으로 팔릴 때, Schwinn은 개인상표가 아닌 Schwinn 상표로 판매한다. Schwinn 제품을 다루는 유통업자와 소매업자들은 그 브랜드로 취급하도록 규제받지 않는다. 아마도 다양한 종류의 브랜드를 판매할 것이며, 사실 그래왔다.

사. U.S는 이 사건에서 브랜드간 경쟁에 대한 규제가 있다고 주장하지 않았다. 대신 경쟁을 제한하는 브랜드내의 효과에 대한 우리의 관심을 제한시킬 뿐이었다. 이것은 우리로 하여금 자전거 하나의 브랜드를 유통시키는 방법이 몇몇 주간의 통상과 거래에 대한 비합리적인 규제를 구성한다고 공언하도록 하였다.

아. Schwinn의 판매 방법은 :

- 1) B.F.Goodrich와 철기관련 중개인에게 먼저 판매를 한다.
- 2) 위탁에 의해서 소매업자들이나 배급업자들 간의 타협에 의해서 판매
- 3) 이른바 Schwinn계획아래 상인들이 청구서를 만들고 위임을 명령하여 Schwinn에 의해 직접 출하를 함.

Schwinn은 이것을 허가하는 주 안에서 그들이 자신하는 소매 모델을 가지고 공정하게 거래했고, 모든 주에서 그들의 모든 자전거에 대해 소매가격을 적용하였다. 지방재판소가 판결하기를, 1952년에서 1962년 동안 Schwinn Plan과 위탁판매에 의해서 Schwinn이 판매한 자전거의 1/2은 소매업자에게 팔렸다.(자전거 유통업자가 아닌) 1/2보다 적은 양이 유통업자에게 팔렸다.

자. 2차 세계대전 후에 Schwinn은 유통형태를 수정하고 연구하기 시작했다. 15000개의 소매점에서 5500개로 우편 리스트를 간소화 했다. 이것이 말하는 것은 그 소매점들에게 독점 판매권을 준다는 것이다. 소매업자가 다른 상표를 취급하는 것을 막지는 않았다. 단지 Schwinn의 판매촉진을 요구했고 적어도 다른 브랜드와 같게 적용했다. 상인들의 수는 제한되었고 지정된 장소들에만 독점판매권을 두게 되었다.

차. Schwinn은 총22개의 자전거 유통업자들에게 특정지역을 할당하였다. 이들 유통업자들은 할당받은 지역에서만 판매를 명령받고 독점적인 기초위에서 판매를 했다. 지방재판소가 어떤 자전거 유통업자들은 실제로 다른 유통업자와 서로 경쟁하고 있지 않다는 것을 발견했다. 그리고 이렇게 함으로 그들은 Schwinn과 셔먼법칙의 1조 부분과 반대되도록 경쟁을 비합리적으로 제한할 것을 공모하였다. 법원은 유통업자들이 Schwinn으로부터 재판매를 위해 자전거를 구매하는 거래에 결과적으로 일어나는 일을 제한하였다. U.S는 법원이 제품이 Schwinn으로부터 소매업자나 고객에게로 이동되는 기술적인 형태와 관계없이 지역적인 독점을 금지하는 것과 관련한 법령을 개정할 것 요구하였다.

카. 지방재판소는 Schwinn이 실제로는 할인매장이나 다른 프랜차이즈 되지 않은 상인에 대한 판매 때문에 몇몇 소매업자에 대한 프랜차이즈를 취소했고, 그리고 유통업자들이 지역적 제한의 위반 때문에 가격을 깎지 않았다는 정부의 주장을 거절하였다. 정부는 이것이 명백하게 잘못된 것이라고 주장하였다. 어떤 경우에건, Schwinn이 그의 자전거 유통업자들에 의한 지역과 고객 제한의 준수와 고객에 대한 프랜차이즈된 소매업자의 판매를 제한하는 것을 준수한 것에 대해 주장하는

가운데 단단하고 결의가 굳어왔다는 것을 알아냈다.

타. 이 사건의 법적인 문제로 가자면, 혐의가 되어왔던 지역과 고객에 대한 수직적인 제한에 직면하게 된다. 규제의 원인은 제조업자이다. 이것들은 제조업자의 참여가 있든 없든 실행하는 자인 유통업자에 대한 수평적인 규제가 아니다. 우리는 할인판매업자들에 의한 고전적인 음모인 자동차 배급을 저지한 케이스와 관련하여 판결한 적이 있다. 미국, GM Corp., Klor's Inc., Broadway-Hale Store, JimKen · Roller Bearing社. 이것은 가격조작을 수반하는 지역이나 고객에 대한 규제의 사건이 아니고, (여기에서 불법적인 가격결정에 대한 논쟁이 까다롭고, 항소인에게 불리하게 결정되기 때문에) 항소인은 항의하지 않았다. 정부는 이 항소와 관련된 실행들로 인해 서면 법칙의 위반이 나타난다고 주장하지 않았다. 이에 따라 이러한 관행의 시장에 미치는 영향을 감정하기 위해 소송을 하급법원으로 환송하였다.

파. White Motor Co.V. U.S 사건에서, 이 법원은 지역과 고객에 대한 수직적인 제한 뿐 아니라 불법적인 가격 결정이 있음에도 불구하고 제조업자를 반대하는 즉결재판을 확인할 것을 거절하였다. 법정은 고정가격이 전체 유통의 완전한 일부가 아니고, 합리성을 보여줄지도 모르는 가능성 때문에 시스템을 불법으로 '사용하는' 것을 금지시켰다. 우리들은 Sherman Act 에서의 1이 이런 종류의 질문에 요구되는 제지가 합리적인가 아닌가 하는 판단 위해 요구되었던 실행들의 특성과 시장에서의 영향을 알아봐야 한다.

하. 우리는 처음에 법정에서 White Motor사가 경쟁 억제적이 아니기 때문에 필요하게 되었던 수직적 제지가 규칙에 의해 가능한 요인으로 명료하게 표현되었던 특징의 사실들이 아니라는 것을 알아차릴 수 있다. Schwinn사는 신생회사가 아니기 때문에 자전거 사업에 잘 파고 들어가 머물러 있었다. Schwinn은 주장하기를 문제가 되는 유통프로그램을 채택하는 것은 독립상인들이 더 효과적으로 시장에 참가하는 것을 가능하게 했다고 하였다. Schwinn은 그들의 제품에 대한 더 나은 유통방식을 모색하였다. 그러나 이 주장에서 서면법칙의 처벌선고를 피할 수 있을 만큼 충분하지 못하다. 왜냐하면 모든 규제의 실행은 그들의 참여자들의 수익이나 경쟁에서의 위치를 향상시키도록 만들어져 있기 때문이다. 독점금지의 결과는 단지 견실한 사업 이유 또는 동기의 존재만 뜻하지 않는다. 여기, 예를 들면, 만약 합리성의 조사가 단지 Schwinn의 제한적인 유통프로그램과 그 실행이 “좋은 사업적인 이유”로 수용되거나 단지 경쟁자에게 손상을 입히느냐에 있고, 만약 그에 대한 대답이 그것이 실제로도 올바른 사업적 실행이냐의 여부에서 나온다면, 우리는 Schwinn의 설득력 있는 중재부탁과 싸울 수 없을 것이다. 그러나 우리의 질문이, 약탈하려는 동기가 없고 사업적인 목적과 수익의 증대를 위해서라고 가정할 경우, 시장에서 경쟁에 대한 효과는 완전히 거스르는 것이 될 것이다.

거. 이러한 기초에서, 그들이 부수적으로 가격을 조작하거나 혹은 가격고정이 전체 유통시스템에서 빠뜨릴 수 없는 부분일 경우에 지역이나 고객에 대한 수직적이거나 수평적인 규제들은 불법적인 것이 된다. 이러한 상황에서 더 나아가 경쟁에 있어서의 결과를 묻는 것은 필요가 없다. 왜냐하면 법적으로 허가되지 않는 한 가격고정은 경쟁억제적인 결과를 낳을 것이며, 가격고정의 불법성은 유통 제한에 영향을 주기 때문이다.

너. 지방 재판소는 피항소인에 어떤 도매업자라도 Schwinn의 어떤 제품이라도 영토를 제한한다는 것을 금지했다. 영토를 나누는 합의는 본질적으로 Sherman Act 의 1에 위반이다. 위탁, 대리업자와 Schwinn

- plan처리들에 관해서 Schwinn은 그 대리인들 또는 판매원들은 특정영토에 할당하는 권리를 가진다.
- 더. 피항소인은 지방재판소에 명령으로부터 항소하지 않았다. 우리는 단지 정부의 항변만 갖게 된다.:
- 1) 명령은 Schwinn과 도매업자 사이의 판매거래에만 한정되어서는 안되고 유통업자에 대한 지역적인 규제로도 범위를 뻗쳐야 한다.
  - 2) 유통업자로 그들의 유통을 프랜차이즈된 소매업자에게로 제한하도록 요구하는 계약은 금지되어야 한다.
  - 3) 프랜차이즈된 소매업자로 프랜차이즈되지 않은 소매업자(할인매장도 포함하여)에게 공급하는 것을 금하는 계약 역시 금지되어야 한다.
- 러. 정부는 유통업자들이 Schwinn으로부터 구매한 상품을 소유하는 곳에서는 유통업자들에 의해서 재판매에 대한 지역적인 제한을 금지하는 것이 비논리적이며 모순된다고 주장하였다. 또한 유통업자들로 하여금 그들이 한번 구매한 제품을 프랜차이즈된 소매업자에게만 팔도록 요구하는 것은 법령에서 유죄라고 말하는 지역분할에 관한 법과 구별할 수 없다고 주장하였다. 정부에서 주장하는 둘 다 서면법칙의 위반이 된다. 법령은 유통업자가 Schwinn 상품을 처리할 자유에 대한 어떤 제한을 금지하도록 수정되어야 한다. 이 원칙은 물론 동일하게 소매업자로 판매를 가능하게 하며 법령은 소매업자가 어디에서, 누구에게 상품을 팔 것인지에 대한 자유를 제한하는 어떤 조건이나 계약이나 협약위에서라도 판매를 할 수 있도록 명령해야 할 것이다.
- 머. 상소인은 강력하게 주장하기를 이 규제방법이 유통업자와 소매업자가 자전거에 대한 권리를 요구하는 상황으로 제한됨에 따라 부분적인 경감만을 제공할 것이다. 그러나 우리는 여기에서 제조업자들의 조합이 아니라 단일 제조업자 한쪽의 프로그램을 구체화하는 수직적인 규제를 다루고 있다. 유통업자들 사이의 할당의 개념에서 지역적인 분할을 다루는 것이 아니라, 제조업자들이 어떤 고객들을 선택하느냐의 등급 뿐 만 아니라 재판매를 위한 지역의 할당에 대한 기본적인 질문을 야기하는 수직적인 계약에 관심을 두고 있다. 우리는 서면의 이 문제에 대한 적절한 적용은 제조업자가 상품과 관련한 권리와 지배권, 위험을 나눠주는 상황과 제조업자가 완전하게 소유권과 손실의 위험을 보유하는 상황사이의 차이점을 요구한다고 결론내린다.
- 버. 지방재판소가 판결한 것처럼 제조업자가 재판매에 대한 지역적인 제한에 종속되어 그들의 유통업자에게 제품을 판매하는 것은 서면법칙의 위반이라는 결과를 가져온다. 이런 제한들은 그 존재가 순전하게 충분한 경쟁에 명백하게 파괴적이다. 이런 rule은 소규모의 기업으로 거대한 경쟁을 거를 수 있는 합리적인 방법을 의지하려는 것을 방해하고 유통과정의 수직적인 통합경향을 가속화한다. 그러나 제조업자들이 보통의 마케팅 상황에서 상품에 대한 지배권을 나눠주는 상황에서 이런 자유를 허가하는 것은 양도에 대한 규제를 반대하는 오래된 법을 위반하는 것이 되며, 신중한 허가를 넘어서서 지역의 제한과 대리점의 독점성으로 가는 문을 열게 될 것이다. 지방재판소가 판결한 것처럼 Schwinn은 다수의 상인들에 의해 지배되는 경쟁적인 상황에서 논의가 되는 유통 프로그램을-대규모의 광고와 판매촉진, 소매 대리점의 선택 등의 과정을 명령하는- 수용하였다. Schwinn의 실행과 다른 환경들은 자전거 시장과 관련하여 부적당한 경쟁상황에서 비롯된다는 주장은 없었다. 그리고 가격조작 이슈를 제거한 후에 판결에서, 우리로 하여금 Schwinn의 프로그램이 좀더 막강한 경쟁자들에 의해 생겨나는 경쟁에 있어서의 문제들을 해결하기 위해 합리적으로 한계를 벗어난다고 결론짓게 하는 요소는 하나도 없다.

서. 우리는 대리인이나 위탁판매 방식을 취하는 단일의 제조업자에 의한 단독의 채택과 Schwinn의 제한적인 유통시스템은 다수의 상인에 의한 경쟁이 존재하는 그 어떤 모든 상황에서 정당화될 수 있다고 주장하지 않는다. 그러나 분명히 이런 환경에서, 가격조작이 없는 유통 제한이나 프랜차이즈 되지 않은 필요를 충족시키는 대용품 자원이 있는 시장에서는 서면법칙의 위반이 된다고 주장한다. 이 판결에서 우리는 지방재판소의 판결이 확실히 잘못된 것으로 오명을 씻을 수 없고, 우리 스스로도 Schwinn의 소매업자에 대한 프랜차이징과 그들에 대한 소매판매의 제한이, 그것들이 권리와 지배권, 위험을 포함하는 소유권의 표시를 포함하지는 않는다. 그리고, 문제가 되는 상인들이 대리인이나 판매인들과 기능적으로 구별되지 않는 한-거래에 대한 비합리적인 규제를 구성한다고 결론내리지 못한다.

- 1) 다른 경쟁 자전거들은 시장상의 유통업자와 소매업자들에게 가용하고, Schwinn 상품과 경쟁적 거래의 상품들이 모든 측면에서 합리적으로 교환가능하지 않다는 증거는 없다.
- 2) Schwinn 유통업자들과 소매업자들은 Schwinn 제품을 다루듯 다른 제품도 다룬다
- 3) 수직적인 제안이 그들의 고정가격과 합쳐지기 때문에 부당하다고 할 수 없다.
- 4) 경쟁이 도전적인 프로그램을 필요하게 된다는 법정 발견을 무시할 수는 없다.

이것은 경쟁에 대한 압력으로 정당화되지만, 요구되지 않는다. 그리고 이것의 총효과는 자전거시장에서의 경쟁을 보존하며 해를 끼치지 않는 것이다. 우리가 제품시장을 전체적으로 볼 때, Schwinn의 상품과 관련한 프랜차이즈 시스템이 거래의 비합리적인 제한을 구성하는 소유권과 위험을 보유하고 있다고 결론지을 수는 없다. 이것은 물론, 본질적으로 schwinn이 소유권을 나눠준 후로 Schwinn 상품의 재판매에 대한 지배를 형성하는 per se 위반을 용서하거나 너그럽게 봐주지 않는다. 일단 제조업자가 권리와 위험을 분배하고, 상품에 대한 지배권을 나눠주게 되며, 상품이 이동되게 될 장소와 사람을 제한하려는 노력은, 계약의 지불을 요구하거나 그의 매수인과 은밀한 연합이나 협약을 통해서건 서면법칙의 1조를 위반하는 것이 된다. 이에 따라 지방재판소의 판결은 파기한다.

어. Clark 판사와 White 판사의 진술내용

- 1) 나는 rule of reason 하에서 Schwinn의 마케팅 시스템이 전적으로 반독점법과 일치한다는 법원의 기본적인 결정에 동의한다. 그러나 마케팅 시스템이 도매업자와 거래자에 대한 판매를 통해 영향을 받는다는 이러한 예시 속에서 어떻게 본질적으로 비합리적이고 불법적이 되는지에 대해서는 이해를 할 수 없다.
- 2) Shwinn의 현재 마케팅 정책은 1940년대 후반 1950년대 초에 발전되었다. 그 당시에 행해진 연구는 Schwinn의 유통활동은 많은 도매업자의 수와 다양한 한 규모를 갖는 15,000개의 소매업자들과 관련하여 위험하고 비효율적인 것이라고 나타내고 있다. 많은 소매업자들은 Schwinn에 대한 비수익적으로 높은 비용과 낭비에 불과한 광고와 판매촉진에 드는 비용으로 인하여 전체적으로 완전히 비활동적이었다. 게다가 이러한 많은 대리점의 판매방법과 서비스 자원이 품질 좋은 자전거의 제조와 판매에 대한 Schwinn의 전통적인 정책과 일치하지 않았다. Schwinn은 상품의 적당한 판매촉진에는 적당한 판매를 촉진시킬 수 있고, 부품을 조립할 수 있고 자전거에 대한 서비스와 관련된 경력을 가지고 있는 사람들로 구성된 활동적이고 안정된 상인조직이 필요하다고 믿었다. 이러한 상인들은 소규모의 독립된 자전거 판매와 수리를

위한 가게에서 기본적으로 찾을 수 있었다. 지방재판소가 판결한 대로 “Schwinn은 Tom, Dick과 Harry가 그들의 제품을 상자에 넣어팔고, 지불된 가격을 수금하고, 고객들에게 잘 가라는 인사를 하며, 그들의 이익을 저축하고, 고객과 Schwinn과 대중을 잇는 것, 이 모든 것을 원치 않았었다고 결론하였다.”

- 3) 따라서 Schwinn은 그들의 유통시스템에서의 질과 효율성을 보증하는 프랜차이즈 정책을 발전시켰다. 정부와 산업의 마케팅 전문가와 상의하고 Federal Trade Commission 과 그들의 프로그램을 제거한 후에, 그들의 약 5,500명의 선택된 소매업자들에게 그들의 제품을 팔도록 프랜차이즈했다. “Schwinn은 기록에 따라 최상의 신용을 가지고 대부분의 판매를 이루어내며, Schwinn 자전거를 위해서 최상의 서비스를 제공하였던 그들을 선택하였다.” 이런 소매업자들은 위에서 언급한 것처럼 탁월하게 소규모의 독립적인 자전거 판매 상인이었고 지금은 모든 Schwinn 대리점의 대표가 되었다.
  - 4) 이런 관계를 독립적인 상인과 형성함으로써, Schwinn은 거대한 체인을 갖는 유통업자와의 경쟁에서 겨룰 수 있기를 희망하였다. 이들은 자전거 소매사업의 60%를 차지하고 있었다. 지난 십오년간 산업에서 전례없는 왕성한 경쟁이 계속되었음에도, 수입자전거의 물결로 주춤했지만, Schwinn의 정책은 큰 부분에서 성공하였다.
  - 5) “증거는 쓸모없고 비활동적인 죽은 나무” 서비스를 제공하는데 무능하며 의지없는 사람이나 회사나 부서를 제거하고 대신 Schwinn 자전거의 거래를 제한하는 프로그램보다 프랜차이즈 프로그램을 수용하고 고수하는 Schwinn의 실행은 Schwinn 자전거 거래를 상당히 향상시키며 이것은 Schwinn의 구원이 되었고 실질적으로 자전거 제조산업에서 진짜 경쟁을 만들어 왔다.
  - 6) 물론 Schwinn의 마케팅 프로그램의 전체적인 전제는 그들의 상품이 오직 프랜차이즈된, 자격 있는 소매업자들에 의해서만 대중들에게 판매된다는 것이었다. 그에 따라 Schwinn은 단독으로 오직 프랜차이즈된 소매업자만이 그들의 제품을 공급할 것을 보증하는 정책을 만들었다. 이 정책은 유통이 소매업자나 대리점에게 소위 Schwinn Plan으로 불리는 출하의 형태를 취하였느냐 혹은 Schwinn이 도매업자에게 판 것을 다시 그들에 의해 소매업자에게 판매되는 형태를 취하였느냐 여부에 관계없이 동일하였다. 이 기록(판결)은 이 정책이 Schwinn에 의한 요구와 설득을 통해 폭넓게 도구화되었다는 것을 보여준다.
- Schwinn의 선택력있는 유통정책은 거래에 대한 규제를 구체화 했다고 얘기된다.
- 7) “거래와 관련된 모든 계약, 거래의 모든 규제는 구속하고, 제한하는 것이 그들의 본질이다. 합법성에 대한 진실한 검사는 부과된 금지가 단지 경쟁을 제지하는지 그리고 아마 그에 따라서 경쟁을 촉진시키는지, 혹은 경쟁을 압박하거나 심지어 파괴하는지에 대한 것이다. 이 질문에 대해 결정하기 위해 법원은 보통 사업에 어떤 규제가 적용되는 가에 대한 고유한 사실을 고려해야 한다.”
  - 8) White Motors Co v. U.S 사건에서 우리는 이 rule of reason의 공식을 재확인하며, 유통에 대한 수직적인 규제를 무효화하는 per se rule의 수용을 거절한다. 이 사건에서 지방재판소는 명백하게 Whit Motor 의 지시를 따라가고 Schwinn의 유통정책이 발전되고 적용된 전후관계를 역사적이고 경제학적 측면에서 자세하게 조사했다. 지방재판소의 판결을 전적으로 뒷받침하는 증거는 이 정책들의 궁극적인 효과가 경쟁을 훼손하거나 파괴하기 보다는 향상시켰다는

것이다. Schwinn의 프랜차이즈 정책에 대한 정당성은 이런 특정 기록의 사실보다는 더 큰 사회적 이유와 경제학적 정책에 의거해야 한다고 강조할 만하다. 법원은 소규모의 독립적인 상인들이 수직적으로 통합된 거인들과의 경쟁에 직면하여 사라진 것에 대한 국회의 염려를 인식하였다. 많은 사건에서의 이런 경향은 현대 마케팅의 냉혹한 현실을 보여준다. 그러나 프랜차이즈는 독립적인 상인에게 큰 통합기업의 효율적인 경쟁자가 될 수 있는 수단을 제공할 것을 전제로 한다. 프랜차이즈의 다양한 형태를 통해, 제조업자는 그의 제품에 대한 품질이 보장되고 효율적인 대리점을 보장받고, 프랜차이즈된 대리점은 노하우의 전수와 재정적인 후원을 뒷받침 받게 된다. 이런 프랜차이즈 계약은 또한 전체 사회에 중요한 눈에 띄만한 사회적이고 경제적인 공헌을 이루게 된다.

- 9) 운영에 있어서 프랜차이즈 방법은 우리 미국시스템의 경쟁적인 경제의 입장에서 볼 때 적은 자본을 갖는 개인의 많은 그룹으로 사업가가 되게 하는 이로우를 갖고 있다. 만약 우리 경제가 이러한 운영시스템을 발전시키지 않는다면 이러한 개인들은 단지 고용인으로 남게 될 것이다. 프랜차이즈 시스템은 하나의 독립적인 사업가의 부류를 창조한다. 이것은 대중에게 거대한 체인의 고용자보다는 소규모의 독립적인 청부인들로부터 판매의 많은 시점에서 균일한 상품을 얻을 수 있는 기회를 제공한다

- 10) 프랜차이즈 계약의 분별없는 무효는 경쟁에 대한 그들의 창조적인 유통을 제거할 것이며 공급자로 하여금 프랜차이즈를 포기하도록 강요할 것이고 소규모의 사업을 손상시키도록 통합할 것이다. 결과적으로 독립적인 사람들을 위한 곳이 줄고 또 줄게 된다는 것이다.

“소규모의 독립적인 사업가는 점원들에 의해 밀려날 것이다”

내가 동의하는 법원의 이 사건에 대한 기본적인 접근방식. 프랜차이즈의 법이탈은 엄격하게 소규모의 사업가로 하여금 거대한 기업과의 경쟁을 하고 독립적인 상인들을 통해 상품을 팔 수 있는 합리적인 방법에 의지하는 것을 방해하며, 유통과정의 수직적인 통합 경향을 빠르게 가속화할 것이다. Schwinn의 마케팅 프로그램은 경쟁을 보존하되 손상시키지 않는 방향으로 운영되어 왔으며 rule of reason이 충족되는 것으로 결론지어졌다. 이것은 Schwinn Plan과 Schwinn의 대리점과 위탁계약의 합법성을 지지한다.

그러나 법원은 납득이 가지 않게도 유통거래가 도매업자에 대한 판매를 통해 영향을 줄때 독립적인 상인들과 rule of reason의 유연한 분별로 인하여 경쟁의 가치로부터 등을 돌렸다. Schwinn의 특정 마케팅 시스템에서는, 이 유통의 방식이 상인에 의해서 대용품 주문에 응하기 위해 공급하면서 보조적인 역할을 한다. 이런 기능과 목적, 효과에 대한 재고 없이, 법원은 Schwinn 프로그램이 본질적으로 무효하다고 선언한다. 이것도 마찬가지로 프랜차이즈된 상인이 프랜차이즈 되지 않은 상인에게 재판매 하지 않을 것에 보증하는 Schwinn 정책을 무너뜨리는 불법의 rule을 적용한다.

- 11) 법원은 그의 새로운 per se rule에 대해 두 가지 정당성에 대한 증명을 내보냈다. 둘다 설득적이지는 못하다. 첫 번째, 법원은 지방재판소가 Schwinn 도매업자들의 재판매 활동에 대한 지역적인 규제를 무효화했음을 알게 되었다. 법원은 그것이 Schwinn의 마케팅 프로그램이 판매와 관련이 있는 한 다른 모든 규제들을 무너뜨리지 않는 것은 비논리적이며 모순된 것일 수 있다고 진술하였다. 그러나 법원은 지방재판소에 의해 무효화된 지역적인 규제가 도매업자



들 간의 수평적인 음모의 산물이었음을 완전히 간과하였다. Schwinn은 이 음모의 한 부분에 참여하였으나, 자기의 기본적으로 수평적인 성질 -거래의 규제에 있어서 전형적인 음모- 을 바꾸지 않았다. 법원이 또한 강조한 것에 수평적이고 수직적인 규제에 적용할 수 있는 법적 원칙은 상당히 다르다. 따라서 rule of reason을 현재 논의되는 수직적인 규제에 적용하는 것은 도매업자들의 시장의 수평적인 할당에 대한 무효와 전혀 비논리적이거나 모순되지 않는다. 법원의 두 번째 정당화는 양도에 대한 규제를 반대하는 오래된(30년이상된)법이다. 원래의 법은 그 자체가 양도에 대해 제멋대로이고 엄격한 규제 -재판매에 대한 총체적인 금지- 에 신경을 쓴다.

- 12) 몇 세기 전, 아마도 제조업자는 중세인에게 한번 판매한 그의 제품에 무슨 일이 생기면 합당한 이익을 받지 못했을 거라고 가정할 수 있을 것이다. 그러나 이런 가정은 더 이상 정교한 마케팅 정책, 다수의 광고, 그리고 수직적으로 제조업자와 유통업자가 연합하는 오늘날에는 사실이라고 지지되지 않는다. 프랜차이즈 프로그램과 관련된 이런 규제들은 따라서 보조적인 규제원리 하에서 정당성이 주장될 수 있어야 한다.
- 13) 판결은 Schwinn이 그의 제품을 도매업자에게 파느냐 혹은 대리점, 위탁, 혹은 유통의 Schwinn Plan 방법을 의지하느냐에 좌우되어 Schwinn의 프랜차이즈 프로그램과 이것의 실행의 경쟁적인 결과가 다르다는 것을 보여주지 않는다. 그리고 보통 프랜차이즈 프로그램이 형식적으로 합법적인 패키징하는 것이 시장에서 그들의 실제적인 영향에서의 차이점을 이끌어 낸다고 가정하는 이유는 없다.
- 14) Schwinn에 대한 오늘날의 판결의 영향은 가벼울 것이다 외나하면 법원이 주장하듯 그들의 유통의 75%가 Schwinn Plan을 통해 이루어졌기 때문이다. 아마도 Schwinn은 그들의 다른 유통계약의 법적 전문용어를 양도에 대한 규제에 반대하는 오래된 법을 피하기 위해 재정리할 수 있다. 아마도 판매를 프랜차이즈나 유사한 마케팅 시스템에서 유통의 수단으로 사용하는 다른 유통업자도 똑같이 할 수 있다. 만약 그들이 할 수 있다면 법원은 합법적인 도안을 위한 중요한 사업을 창조할 수 있다. 만약 그들이 할 수 없다면, 수직적인 통합과 소규모의 독립적인 경쟁자들의 제거를 좇으려 할 것이다. 그러는 동안, 법원은 거대한 종류의 유통시스템을 제거하는데 사용될 수 있는 무차별적이고 파괴적인 무기를 어리석게 만들어 낼 것이다. 법원이 Schwinn의 마케팅 프로그램의 기본구조를 분석하는데 취한 훌륭하게 신중하고 현실적인 방식의 관점에서, 그것은 특히 법원이 분류상 “sale”라며 저지하는 것과 합리적인 반응에서 무디고 관련 없는 공식으로 돌아선 것이 실망스럽다.

## 제57절 지역할당에 관한 사례

### 1. 사건표시: Continental T.V v. GTE Slvania INC (1977)

### 2. 판결내용

가. 보다 공격적이고 유능한 소매업자들을 통해 그 시장위치를 개선하려는 시도에서 텔레비전 세트를

생산하는 피고인 제조업자들은 판매지역을 허가받은 소매 가맹점의 수를 제한하고 각각의 가맹점 주들로 기존에 프랜차이즈된 위치 안에서만 생산품을 판매하도록 하였다. 청원자인 Continental은 (피고의 프랜차이즈 소매업자 중 하나인) 피고가 특정지역외에서는 피고의 생산품을 판매하지 못하도록 금지한 프랜차이즈 계약을 어김으로 셔먼법칙의 하나를 위반해왔었다고 주장했다. 지방재판소는 지역제한은 그것이 비합리적으로 경쟁을 제한하거나 압박을 가할 경우에만 불법이 된다는 피고의 요청으로 인한 배심원의 결정을 거절하였다. 대신, U.S. v. Arnold Schwinn & Co. 판결건을 근거로 지방재판소는 배심원단에게 제시하기를 만약 피고가 하나나 그 이상의 소매업자들과 함께 소매업자들이 피고로부터 구입한 상품을 되팔려고 할 때 위치를 제한하려는 계약이나 조항, 음모에 가담할 때 그것은 당연 위법(per se illegal) 이라고 했다. 배심원단은 지역제한이 셔먼법칙의 1조를 위반한 것임을 알고 3종의 손해배상을 피고에게 부과하였다. 상소법원은 Schwinn사건은 예외적인 경우라고 결론지으며, 피고의 지역제한은 Schwinn에서 (법적으로)무효화된 규제보다 경쟁력에 해를 끼칠 잠재성이 덜하다며 결정을 번복하고 이 소송은 합리성의 원칙(the Rule of Reason) 하에서 재판되어야 한다고 하였다.

1) Schwinn사건에서 말한 per se 법칙은 피고에 의해 사용되는 위치규제를 커버할 만큼 충분히 폭 넓다. 그리고 Schwinn의 소매자와 고객간 규제는 여기의 위치규제와 기능적으로 구별되고 이 두 사건(Schwinn사건과 Continental 사건)의 규제 모두 구매한 생산품을 처리하고자 하는 소매업자의 자유를 제한하고 감소시키지만, 브랜드내의 경쟁은 제거하지는 않는다.

2) per se 법칙의 창조를 위한 정당화와 기준은 Northern pac 판결에서 정해졌다. 그들의 경쟁에 대한 유224해한 효과와 그들이 이루어야할 미덕의 부족으로 인하여, 어떤 합의들이나 실행은 결정적으로 비합리적인 것으로 추정되며 그들이 야기한 명확한 해로움으로 인하여 질문할 것도 없이 불법적이고 사업상의 변명으로만 여겨진다. 이런 기준 하에서는, Schwinn의 판매에서 강요되는 제한들과 nonsale 거래간의 분명한 구별을 위한 정당성은 없다. 이와 비슷하게, 이 경우의 사실들은 per se 규칙을 정당화시키는 상황에 대해서는 보여주지 않는다. 따라서 Schwinn에서 진술되는 per se 규칙은 번복되고, 피고에 의해 사용되는 지역제한은 전통적인 Rule of Reason 기준하에서 판단되어야 한다. 판결된 내용으로는:

나. POWELL 판사가 법원의 판결의 이유를 설시한다.

제조업자와 소매업자간 프랜차이즈 계약은 종종 소매업자들로 하여금 계약에 명시된 특정위치 밖에서 프랜차이즈된 상품을 파는 것을 금지하는 규정을 포함한다. 이런 사실은 셔먼의 1법칙하에서 이런 규제들에 대한 적합한 반독점적 분석과 관련하여 중요한 질문들을 보여준다. 피고자인 GTE Sylvania 주식회사는 그들의 가전오락제품 부서를 통해 텔레비전 세트를 제조하고 판매한다. 1962년 이전에 대부분의 다른 텔레비전 제조업체들과 마찬가지로 Sylvania는 그들의 텔레비전을, 그것을 다시 크고3 다양한 집단의 소매업자들에게 되파는 독립적이거나 회사소유의 도매업자들에게 판매하였다. 전국적으로 텔레비전 판매가 1-2%의 비교적 대수롭지 않은 수준의 시장점유율로 쇠퇴함에 따라 Sylvania는 마케팅 전략에 집중적인 재평가를 실시하였고 1962년에 여기에서 요구되는 프랜차이즈 계획을 수용했다. 변화에 대해 알려진 목적은 회사의 시장 위치의 발전을 위해 필요하다고 여겨지는 좀 더 공격적이고 경쟁력있는 소매업자들을 끌어들이는 것을 기대하며 Sylvania 소매업자들의 경쟁자 수를 줄이는 것이었다. 결국에 Sylvania는 허가된 판매지역 안

에서만 판매를 할 수 있는 프랜차이즈 점포의 수를 제한하였다. 하나의 프랜차이즈 점포는 독점적인 지역을 정하지 않았고 Sylvania는 그들의 시장을 발전시키면서 기존의 소매업자들의 성공이나 실패에 비추어 하나의 지역에서 소매업자들의 수를 늘리려는 독자적인 분별을 유지하였다.(각주:Sylvania는 경쟁업체의 상품을 팔 수 있는 프랜차이즈권리에는 아무런 제재도 가하지 않았다.) 수정된 마케팅 전략은 여기에서 다뤄지는 기간동안에 -1965년까지 Sylvania의 전국적인 TV판매의 점유율이 대략 5%까지 증가하고 회사는 컬러 TV세트 판매에 있어서 전국 8위에 오른 것을 볼 때- 성공해온 것으로 보인다.

다. 이 소송은 수정된 Sylvania계획아래 이전에 성공한 본사와 가맹점주의 관계가 결렬된 결과이다. 샌프란시스코의 판매에 만족하지 못한 Sylvania는 1965년 이른 봄 Young Brothers(샌프란시스코시의 텔레비전 소매업자)를 프랜차이즈하기로 결정하였다. 제안된 새로운 프랜차이즈의 위치는 Sylvania 가맹점주 중 가장 성공한 원고 continental TV에 의해 운영되는 소매 대리점으로부터 대략 1마일 떨어진 곳에 있었다. Continental은 새로운 프랜차이즈의 위치는 Sylvania의 마케팅 정책을 위반했다고 항의하였다. Sylvania는 계획을 고집하였고 Continental은 Sylvania의 대량주문을 취소하고 Sylvania의 경쟁업체 중 하나인 필립스의 대량주문을 받아들였다.

라. 같은 기간동안 Continental은 Sacramento에 점포를 개점하려는 의사를 표시하였고 이 의사에 대해서 Sylvania는 이것이 Young Brothers와 관련된 결정에 대한 Continental의 불쾌함의 표시라 여기고 Sacramento 시장은 기존 Sylvania소매업자들에 의해 적절하게 돌아간다고 믿어 항의를 무시하였다. 이 거절에도 불구하고 1963년 가을, Continental은 Sylvania에게 상품을 San Jose 창고에서 Sacramento에 임대된 새로운 장소로 옮길 것을 요구하였다. 2주후, 이른바 무관한 이유로, Sylvania의 신용부서는 Continental의 신용선을 300,000\$에서 50,000\$로 줄였다. 신용삭감에 대한 방응으로 (Sylvania와의 관계를 악화시키며)Continental은 Sylvania와 그의 소매업자들간의 신용계약을 담당하는 금융회사인 John McGuire & Co.에게 지불하여야할 채무금의 지불을 보류하였다. 곧 Sylvania는 Continental의 가맹권 계약을 종료하고 McGuire는 이런 상이한 행동을 보며, 임대해준 돈과 Continental에 소유되어 있는 상품을 회수할 방법을 모색하며 캘리포니아 노턴 지구의 지방재판소에 소송을 제기하였다.

마. 우리(대법원)가 다루기전에 있었던 반독점법의 이슈는 Sylvania와 McGuire에 대항한 Continental의 교차청구에서 시작되었다. 우리의 목적에서 가장 중요한 점은 Sylvania가 특정장소 외에서의 Sylvania 상품의 판매를 금지하는 프랜차이즈 계약을 침입함으로써 셔먼의 법칙 1조를 위반하였다고 주장된 점이다. Continental 소송에 대한 배심원단의 확실한 증거로 Sylvania는 지방재판소로 하여금 배심원단에 그들의 지역규제는 비합리적으로 경쟁을 압박하거나 규제할 경우에만 불법이 된다고 알려줄 것을 요구하였다.

US v. Arnold... 사건의 법원 판결을 근거로 지방재판소는 다음의 사항을 이유로 들어 제안된 요구사항을 거절하였다. “그러므로, 만약 당신이 Sylvania가 상품에 대한 자격과 위험을 분리한 후 고객에게 파는 상품에 대한 통제를 실행하기 위해 하나나 그 이상의 소매업자와 계약, 조합이나 음모에 가담하였다는 증거를 찾아낸다면 당신은 Sylvania로부터 구입한 상품을 되팔려는 소매업자의 점포위치를 제한하려는 어떤 노력 -지역규제의 합리성과 상관없이- 이 셔먼법칙의 1조에 위반된다는 것을 알게 될 것이다.

바. 특별한 의문들에 대한 대답으로 배심원단은 Sylvania가 “지역규제의 관점에서 독점방지법의 위반에 해당하는 거래의 저지에 대한 계약, 조합, 음모에 홀로” 연관되어있음을 발견하고 Continental의 손해에 대하여 \$1,774,519의 생산수익금의 1/3에 해당하는 \$591,505를 배상토록 부과하였다. 항소심에서 제9연방순회 항소법원은 분할된 1표로 인해 판결을 번복하였다. 법원은 지방재판소의 판결을 뒷받침하기위해서 읽혀질 수 있으나 Schwinn가 몇 가지 이유를 기초로 예외적일 수 있다고 결론지을 수 있는 문구가 있다고 인정하였다. 그들의 경쟁적인 영향(혹은 충돌)과 두 사건에서 프랜차이즈의 시장점유율과 규제의 성질에 대한 대조에 있어서 법원은 Sylvania의 위치규제는 Schwinn에서는 무효되었던 규제보다 경쟁력에 대한 손해를 입힐 가능성이 적기 때문에 Schwinn 판결 건에서 진술되는 per se 규칙보다는 Rule of Reason하에 재판되어야 한다고 결론지었다. 법원은 수직적인 비가격 규제와 관련하여 서면 법칙의 정책들과 다른 연방법원들의 판결이 그들의 입장을 뒷받침함을 발견하였다. 우리는 반독점법의 이 중요한 문제를 해결하기 위해 Continental의 청원에 따른 사건 이송 명령서를 허가하였다.

사. 우리는 먼저 Sylvania의 소매업 대리점 위치에 대한 제한이 Schwinn에서 해석된 것처럼 서면법칙 1조에 대한 본질적인 위반이 된다고 하는 Continental의 주장에 동의한다. Schwinn에서 문제가 된 규제는 Arnold와 스물두명의 중간도매업자들과 프랜차이즈된 소매업자들의 네트워크를 추가한 3단 유통구조의 일부였다. 각 도매업자는 프랜차이즈된 소매업자에게 독점적으로 공급할 수 있는 권리를 갖는 제한된 지역을 허가받는다. 대중에 대한 판매는, Scheming자전거를 특정지역에서만 판매할 수 있도록 허가된 소매업자들에 의해서만 이루어졌다. 이 제한을 뒷받침하기위해 Scheming은 도매업자와 소매업자 모두 프랜차이즈되지 않은 소매업자들에게 Scheming제품을 파는 것을 금지하였다. 그러므로 소매수준에서 시장에서 요구하는 수요에 따라 Scheming은 그들의 자전거를 파는 소매업자들의 수를 통제할 수 있었다. 1967년 현재 Scheming 총판매량의 대략 75%는 Scheming Plan에 따라 이루어졌다. 본질적으로 제조업자의 대리인이나 판매 대리점의 역할을 하면서 이 계획에 참여하는 도매업자는 소매업자에서부터 공장까지 주문들을 진척시켰다. Scheming은 그 후, 주문 생산된 자전거들을 소매업자들에게 직접 발송하고 계산서를 청구하고 신용위험을 감수하며 도매업자에게 판매에 대한 수수료를 지불하였다. Scheming Plan하에 도매업자들은 결코 자전거들에 대한 소유권을 가지지 않았다. 자전거의 잔여권은 도매업자의 손을 거쳐 소매업자에게 옮겨졌다. 대부분의 경우 도매업자들은 위급할 때나 대응품으로 필요할 때를 대비해 그들이 소유한 자전거들의 목록을 저장하면서 이런 판매 방식을 가지고 전통적인 도매업자로서의 역할을 하였다. 자전거들의 작은 부품들은 특정 도매업자나 위탁이나 대리점 계약에 의해 커버되었던 도매업자에 의해 물리적으로 유포되었다. 도매업자들은 도매업자로서 그들이 구입한 자전거에 대해선만 자격을 가지며 소매자들 역시 그들에 의해 주문된 자전거들에 대해서만 권리를 갖는다.

아. 지방재판소에서 미국 정부는, 가격을 조작하고 독점적인 지역을 도매업자들에게 할당하고 Scheming 자전거들을 독점 판매할 수 있는 권한을 소매업자들에게 한정하기위해 Scheming과 다른 공동 음모자들에 의해 지속적으로 이뤄진 음모를 고소하였다. US v. Bausch & lamb 사건을 근거로 정부는 비가격 규제는 Scheming 자전거의 소매가격을 고정시키는 계획의 일부로서 본질적으로 불법이라고 주장했다. 지방재판소는 이에 대한 증명의 실패와 Scheming의 프랜차이즈된 소매업자에 대한 자전거 소매의 제한이 서면 1조 아래 허락가능하다고 지지되기 때문에 가격조

작 혐의를 무시하였다. 법원은 그러나 4명의 중서부를 순환하는 도매업자가 활약하는 지역 안에서 국경선이 겹쳐지는 부분을 나누려는 음모는 서면 1조에 위법이 됨을 발견하였다. 법원은 위법행위를 도매업자들 사이의 계약에 의해 지역이 분할되는 것으로 기술하였고, Scheming의 개입이 기본성질을 바꾸지는 않는다고 지지하였다. 지방재판소는 도매업자가 도매업자로서 구매한 자전거의 재판매에 대한 지역규제에 한하여 적용되는 금지명령을 제한하였다. Scheming은 지방재판소의 판결에서 나온 미국정부의 고소는 이 법원(대법원)으로 왔다. 자기의 per me 이론을 포기하며, 정부는 Scheming의 도매업자와 소매업자가 프랜차이즈되지 않은 소매업자에 대해 자전거를 판매하는 것은 서면법칙 1에 위배되는 것이며, 독점적인 도매업자의 지역에 대한 지방재판소의 금지명령은 거래의 형태와 상관없이 비슷한 모든 종류의 규제로 확장되어야 한다고 주장하였다. 정부는 가격조작에 대한 지방재판소의 판결에 이의를 제기하지 않았고 Scheming은 도매업자들의 독점지역에 대한 판결에 항의하지 않았다.

자. 대법원은 정부의 per se 이론 포기를 인정하고 사건의 해결은 이 규제가 이런 질문의 목적을 위해 검토되어야 할 서면 법칙 1조 아래서 합당한지 아닌지의 판단을 하기위해 시장에 대한 그들의 영향력을 연구할 필요가 있다고 하였다. 업무에 대한 이런 설명에도 불구하고 법원은 수직적인 제한을 위해 불법적인 per me 법칙의 다음과 같은 “밝은 면”만을 계속적으로 명료하게 표현하였다. “서면 법칙에 따라 제조업자가 상품에 대한 지배를 포기한 후에 거래될지 모르는 물품과 함께 지역이나 사람을 제한하거나 국한하려는 것은 비합리적이다” 그러나 법원은 거래고객의 상품과 위치, 기능과 관련하여 자격, 지배, 위험을 가지고 있는 제조업자들이 실제로 제조업자의 대리인이나 판매인들로 구별될 때 Rule of Reason이 지배한다고 명백히 진술하였다. 이러한 주장의 Scheming 사건에 대한 적용은 유통구조에서의 도매업자가 수행하는 역할에 따라 상반되는 결과를 가져온다. 법원은 정부에 의한 지역과 고객규제는 도매업자가 보통의 도매업자들 같이 Scheming 자전거를 사고 되파는 Scheming의 판매의 일부와 관련하여 본질적으로 불법이라고 주장하였다. 그러나 도매업자가 Scheming Plan이나 일반적이지 않은 위탁과 대리점 계약 하에 기능할 경우 Scheming 판매의 더 큰 부분과 관련해서 법원은 똑같은 규제들이라도 Rule of Reason하에서 재판되어야 한다고 생각했다. 정부에 의해 제기되는 소매에 대한 규제는 프랜차이즈된 소매업자들이 프랜차이즈되지 않은 소매업자들에게 공급하는 것을 금지하는 것이다. 법원은 명백하게 도매업자와 소매업자들에 대한 규제에 있어서 실질적인 차별이 없다고 자각하였고, 다음과 같이 뒷받침하였다. “원칙은 물론 소매업자에 대한 판매에 동일하게 적용되며 명령은 똑같이 어떤 상황이나 약정(어디에서 누구에게 상품을 되파느냐의 자유를 제한하는)에 대해서는 소매업자들에 대한 판매에 내려져야한다. Rule of reason을 자전거의 판매와 관련하여 부과가 안 된 규제에 적용함에 있어서 법원은 전체 생산물 시장의 경쟁력 측면에서 모든 규제들의 합리성을 증명하는데 약간의 어려움을 갖는다.

차. 현재 사건의 경우, TV 세트에 대한 권리가 Sylvania에서 Continental로 건네진 것에 대해서는 논의의 여지가 없다. 이와 같이 Scheming per me 규칙은 Sylvania의 지역에 대한 규제가 제조업자의 상품을 되팔 수 있는 소매업자의 자유를 한정하려는 시도를 금지하는 Scheming의 제한 밖으로 벗어나지 않는 한 적용될 것이다. 항소법원이 인정하듯이 Scheming사건의 문구는 분명하게 현재 케이스에 적용되는데 충분히 폭넓다. 그러나 항소법원과는 달리, 우리는 우리가 다루는 경

- 우와 Scheming을 구분짓는, 원칙에 들어맞는 근거를 발견하는 것이 불가능하다.
- 카. Scheming과 Sylvania는 둘 다 프랜차이즈 시스템의 도입을 통하여 그들 각각의 소매업자들 사이의 경쟁을 제거하지는 않지만 그것을 줄이려고 하였다. 비록 이것이 지방재판소에 의해 언급되는 문제 중 하나가 아니고 정부에 의해 고소된 것도 아니지만 Scheming 프랜차이즈 Plan은 여기에서 제기되는 것과 비슷한 위치규제를 포함한다. 이 제한들은 Scheming과 Sylvania로 하여금 그들의 소매업자들이 프랜차이즈 계약에 포함되는 점포보다는 대리점에서 판매되는 프랜차이즈된 상품들을 판매하는 것을 금지하면서 경쟁의 총계를 통제하도록 허가했다. 정확하게 같은 결론으로 Scheming 프랜차이즈 플랜은 분명히 Sylvania Plan에는 없는 동료제한(프랜차이즈된 소매업자들이 프랜차이즈되지 않은 소매업자들에게 Scheming 제품을 파는 것을 금지하는)을 포함하고 있다. 대법원은 강력하게 Scheming의 이런 규제들은 보다 넓은 원칙 하에서는 불가하다고 여겼다. 경쟁적인 영향 안에서 Scheming의 소매업자간 고객규제는 현재 사건의 위치규제로부터 구별하기가 어렵다. 두 경우 모두 규제가 소매업자가 스스로 원하는 대로 구매한 제품을 처리할 수 있는 자유를 제한한다. 하나의 규제는 장소를 제한하고 다른 하나는 고객을 제한한다는 사실은 기능적인 반독점법 분석, 실제로는 Scheming의 문구와 의견이 말하는 폭넓은 반독점법과도 무관하다. 최고재판소장 Hughes는 이렇게 진술한다. “현실이 재판을 지배해야 한다. 반독점법은 실체를 겨냥한다.”
- 타. Sylvania 는 만약 Scheming이 구별될 수 없으면 재고되어야 한다고 주장한다. Scheming이 stare decisis 원리에 의해 지탱되지만 우리는 이 지역 법의 정화에 대한 필요성이 이 재고를 정당화한다고 확신한다. scheming 사건 자체는 이미 4년 일찍 대법원이 수직적 규제에 대한 per me 규칙을 승인할 것을 거절했던 White Motor Co. v. U.S 사건에서 갑작스럽고 충분히 설명되지 않은 채 출발하였다. 그 발표 이후 Scheming 건은 학계잡지나 연방법원 모두에게서 계속적으로 논쟁과 혼란의 주제가 되어왔다. 학자들의 의견의 상당한 무게는 재판에 대해 비판적이었고 연방법원은 그 범위를 제한하려는 유사 수직적인 규제에 직면해 있었다.
- 파. 서면법칙의 1조하에 분석의 전통적인 골격은 잘 알려져 있고, 확장된 의견을 필요로 하지 않는다. 제 1절은 “무역과 상업을 저지하는 모든 계약과 조합 또는 음모”를 금지한다. 20세기 초기 년도부터 지금의 언급된 문구에 관한 재판적인 주석은 분석의 일반적인 기준으로서의 rule of reason을 정립하였다. 이 법칙 하에서 진상조사원은 규제의 실행이 경쟁에 대해 비합리적인 제한을 부과함에 따른 금지여부를 결정하는데 있어서 사건의 모든 상황을 저울질한다. 불법적인 per me 규칙은 그들이 명백하게 경쟁 억제적인 행위와 관련될 때에만 적합하다. 대법원이 Northern Pac. R v .U.S에서 설명했듯이 “그들의 경쟁에 대한 유해한 효과와 그들이 이루어야할 미덕의 부족으로 인하여 어떤 합의들이나 실행은 결정적으로 비합리적이고, 그들이 야기하는 명확한 해로움으로 인하여 전문적인 질문 없이도 불법적이며, 실질적인 사용으로 인하여 사업상의 변명으로 추정된다.”
- 하. 본질적으로 우리가 직면한 이슈는 Scheming의 per me 규칙이 Northern Pac의 수요기준을 정당화할 수 있는지의 여부이다. 대법원이 White Motor 건에서 per me 법칙의 승인을 거부한 것도 수직적인 규제들이 이러한 기준들을 만족시킬 수 있을지에 대한 그 불확실성에 기초한다. 이런 질문에 대해 대법원이 처음 진술한 내용은 “우리는 그것들이 경쟁에 있어서 유해한 효과를 가져오거나 충족시켜야 될 덕목의 결핍을 그리고, 그렇기 때문에 서면법칙의 분명한 위반의 한 분류가 되는지 여부를 판단하기 위해 이런 협약의 실질적인 영향에 대해 알 필요가 있다”

- 거. 4년 후 만에 Scheming건에 대해 대법원은 상황의 갑작스런 변화에 대한 설명없이 심지어 Northern Pac 건에 대한 참조없이 포괄적인 per me rule을 발표하였다. 우리는 이제 Northern Pac의 측면에서 Scheming을 생각해보자. 수직적 제한의 시장효과는 그 브랜드내 경쟁에 동시에 감소와 자극을 유발하는 잠재성으로 인해 복잡하다. 분명하게 대법원은 브랜드내 경쟁의 손해나 이익에 대한 그들 각각의 잠재성을 기초로 해서 문제 제기되는 규제들 사이에 경계선을 긋지 못한다. Scheming 도매업자들 사이에 완전하게 브랜드내 경쟁을 제거하는 규제는 단지 소매업자들의 브랜드간 경쟁을 완화시키는 규제와 별반 다르지 않게 분석되었다. 중추적인 요인은 다음과 같다.“ 모든 규제는 자격이 소멸된 불법의 per me가 되고 모두 rule of reason 하에서 평가되고 유지되었다. 여기서 다뤘던 위치규제는 Scheming 의 분석과 같은 패턴으로 종속될 것이다. sale-nonsale 계약(또는 거래)의 이런 구별은 대법원이 수직적 규제에서 인식되는 브랜드내 해로움과 이로움을 조정하려는 노력에서 비롯된 것으로 나타난다. 판매계약을 위한 per me 규칙은 수직적인 규제가 너무도 분명하게 파괴적이어서 그들의 사용이 신중한 허가 그 이상으로 지역의 제한과 대리점의 독점성으로 문을 여는 것이 된다는 관점을 반영한다. 반대로 nonsale 계약에 대한 전통적인 rule of reason의 계속적인 주장은, 규제들이 브랜드 내 경쟁의 성장을 위해 완전한 금지를 정당화시키는 상당히 큰 잠재성을 가졌다고 보는 관점을 반영한다. 대법원은 이러한 상반된 입장에 대한 분석적인 지지를 제공하지 않는다. 심지어 수직적 규제의 경쟁적인 영향이 명백하게 거래의 형태에 따라 영향을 받는다는 의견조차 주장하지 않는다. nonsale계약은 브랜드내 손해의 큰 위험이나 브랜드내 이익에 대한 희망 때문이라기 보다는 완전한 per me 금지가 너무 유연하지 않다는 대법원의 설명되지 않은 믿음 때문에 per me rule에서 제외되는 것처럼 보일 것이다.
- 너. 수직적인 제한은 주어진 고객 그룹으로 이루어진 사업을 위한 특정상품의 경쟁에 참여하는 판매자 수를 제한함으로써 브랜드내의 경쟁을 감소시킨다. 위치규제는 소매대리점의 효과적인 마케팅 지역위에 실제적인 제약을 가함으로써 이런 효과를 갖게 된다. 브랜드내의 경쟁이 감소될지라도 결과로 생기는 시장을 개척하는 소매업자들의 능력은 다른 프랜차이즈 지역을 탐색하고자 하는 고객들의 능력, 보다 중요하게는 다른 제조업자의 경쟁상품을 사려는 고객들의 능력에 의해 제한될 것이다. 그러나 이 중요한 변수들의 어느 것도 제조업자가 그의 제품들을 소매업자들에 운반하는 처리의 형태에 영향을 받지 않는다.
- 더. 수직적인 제한은 제조업자로 그들 상품의 유통에 있어 특정 효율성을 이루는 것을 허락함으로써 브랜드내의 경쟁을 부추긴다. 이런 “이루어야 할 덕목”은 rule of reason 하 모든 결정에서의 수직적 제한을 뒷받침하면서 내재한다. 경제학자들은 제조업자들이 다른 제조업자들과 맞서 보다 효율적으로 경쟁하기위해 이러한 규제들을 사용하는 몇 가지 방법들을 확인했다. 예를 들어, 새로운 제조업자와 새로운 시장에 진입하는 제조업자는 소비자에게 알려지지 않은 상품의 유통에 필요한 자본의 투자와 노동을 갖춘 유능하고 공격적인 소매업자들을 설득하기 위해 규제를 사용할 수 있다. 경제학자들은 또한, 제조업자들은 브랜드내 경쟁이 그들 제품의 효율적인 유통과 일치하여 유지될 때 경제적인 이익을 갖는다고 주장한다.
- 리. 우리는 Schiwin에서 sale -nonsale 거래사이에서 도출된 차이점이 하나의 상황에서는 per me rule을 적용하고 다른 상황에서는 rule of reason을 적용하는 것을 정당화하는 것이 적당하지 않다고 결론지었다. Scheming에서 진술된 per me rule 이 rule of reason의 결과와 관련하여 포기

될 것인지 판매처리를 포함하기 위해 확장되어야 할 것인지의 여부는 문제로 남아있다. 우리는 *per se rule* 의 확장에 대한 설득력있는 뒷받침을 찾지 못했다. 위에서 말한대로 *Scheming*건을 다루는 법원은 “프랜차이즈와 지역에 대한 모든 수직적 규제를 제한함”을 탐탁치 못하게 인식하였다. *Continental* 마저도 이런 모든 규제들이 본질적으로 불법이라는 것을 지지한다고 주장하지 못하고 있다. 우리는 *Northern Pac*에서 명료하게 표현되는 기준으로 돌아와서 수직적인 규제가 결론적으로 비합리적인 것인지, 그래서 정교한 질문없이도 불법이 되는지의 여부를 결정하기 위해 *White Motors* 건을 되풀이한다.

며. 요약하자면 우리는 *Scheming*에 우선하여 수직적인 제한을 통제하는 *rule of reason*에 돌아가는 적절한 결정으로 마무리 짓는다. 경쟁억제적인 효과가 특정한 수직적인 규제로부터 결과로 나타날 때에(1조 아래 제기되는 경쟁 억제적인 실행의 다수에 적용되는 기준) 그들은 *rule of reason* 하에 적절히 단속될 수 있다.따라서 법원은 원판결을 지지하였다.

버. *White*판사의 보충 의견

- 1) 비록 내가 이 사건에서 문제가 되는 위치에 대한 조항이 사면법칙에 본질적으로 위반이 되지 않고 *rule of reason* 하에서 재판되어야 한다는 대다수의 의견에 동의하지만 이 결과가 *U.S v. Arnold, Scheming & Co* 사건의 결정으로 지나치게 위압하는 것에는 동의할 수 없다. 이 사건에 대한 나의 견해는, *Scheming*은 브랜드내 경쟁에 대한 제한이 덜 했으며 오히려 자극하는 것에 대한 잠재성이 더 컸기 때문에 *Scheming* 사건의 판결과는 다르다. *Sylvania*의 브랜드내 경쟁은 *Scheming* 과는 다르게 누구에게, 어떤 곳에서 상품을 파느냐에 대해서 제한하지 않았다. 브랜드간 경쟁에 있어서도 역시 *Scheming*과 다르게 이의가 신청된 유통 관행을 수용했던 그 시기에 눈에 띄는 시장점유율을 차지했으며 그들의 소매업자들로 다른 브랜드 상품을 취급할 때의 프리미엄을 부담하게 하여 특정고객을 선호하는 일도 없게 하였다. 이 두 단락에서, 대다수의 관점으로, 제9연방순회 항소법원의 신중한 분석후에, 이 경우 적용되는 *per se* 법칙은 *Sylvania*의 경우와 같은 위치조항에 적용될 수 없다며 *Schwinn* 사건을 하급 재판소로 반송한 세 군데의 상소법원과 지방재판소 위의 지지에도 불구하고, 이 차이점들은 *Scheming*과 *Continental*을 구별하는 중요한 기준을 제공한다는 것을 인정했다. 정당성에 대한 영성한 조사 후에 이 법원의 서면법칙에 대한 최근 해석의 하나를 압도하려는 시도는 분명히 법령의 분석에 있어서 *stare decisis*의 재고에 대해 부담을 주는 무례한 일이 된다.
- 2) *Scheming*에서는 무효화된 상호관련된 수직적인 제한 시스템의 한 가지 요소는 프랜차이즈된 소매업자로부터 *Scheming* 제품을 프랜차이즈되지않은 소매업자에게 판매하는 것을 금지하는 소매업자-고객간 제한이다. 법원은 두 사건에서 규제가 소매업자가 원하는대로 제품을 처리할 수 있는 자유를 한정하기 때문에 *Scheming*을 완전히 구별할 수 없는 것을 이 소매업자-고객 제한이것을 현재사건의 지역제한과 구별할 수 없는 집중적이고 경쟁적인 충돌(영향)으로 보며-에 근거를 두었다. 고객제한은, 그러나 지역규제와는 상당히 다른 집중적이고 경쟁적인 충돌(영향력)을 갖는다. 이것은 할인매장으로 하여금 제조업자의 상품을 얻지 못하게 하며, 따라서 브랜드내 가격경쟁을 저지한다. 예를 들어 가정하기를, 브랜드간 경쟁이 프랜차이즈된 소매업자들이 도매업자들 보다 대체로 가격을 부담할 수 있을 만큼 약하다고 해보자.지역규제하에서 이러한 프랜차이즈권을 갖는 상인들은 보통의 소매가격보다 낮은 가격에서 판매할 가능성을 찾으며 할인매장에



자유롭게 판매할 것이다. 프랜차이즈된 소매업자중 일부는 가격인하와 사업확장을 통해 수익을 나눠갖기 위해서 가격을 낮추거나 사실상 할인매장의 도매업자로 행동하려할 것이다.

- 3) 소매 고객 제한 하에서는 반대로 프랜차이즈된 거래자들은 제조업자의 상품과 브랜드간 가격 경쟁의 기회를 없애는 할인판매자에게 팔 수 없다. 이것은 정확하게 정부가 이 법원에서 Scheming의 고객제한을 고소하였던 이론이다. 지방재판소는 “Scheming의 프랜차이즈된 소매업자의 각각이 그들이 도매업자가 아니며 도매업자처럼 판매할 수 없으며 다른 프랜차이즈되지 않은 거래자(Scheming과 프랜차이즈 계약을 맺은 적이 없는) 할인매장에게 대리인처럼 행동할 수 없음을 인식하고 있었음을 발견했다. 정부는 기록에 의한 폭넓은 인증과 함께 고소에서 주장하기를, 이 규제의 효과는 Scheming의 제품들이 할인매장이나 다른 할인업자의 손에 미치지 않게 함으로 유통의 가격경쟁을 악화시켰다고 했다.
- 4) 다수가 주장한 것이 사실인대로 Sylvania의 지역규제는 소매업자로 사업의 특정장소에서만 판매하게 함으로써 소매업자 자신이 구매한 제품에 대해 처리할 수 있는 자유를 다소 제한하였다. 그러나 소매업자는 여전히 어떤 유형의 고객에게건(할인업자나 다른 프랜차이즈 되지 않은 거래자) 장소에 구애받지 않고 상품을 판매할 수 있는 자유가 있었다. 나는 이 자유가 브랜드내 경쟁에 대한 위치조항의 효과에 대해 중요한 차이점을 의미한다고 생각한다.
- 5) 제9연방순회 항소법원에 의해 강조된, 이 사건에서 브랜드내 경쟁에 대해 약하게 제한한다는 발견에 대한 추가적인 이론으로는 Scheming이 도매업 수준의 유통업자들 사이의 경쟁에 제한을 가했다는 것이다. “Scheming은 22명의 도매 자전거 판매업자를 위해 독점적인 지역적 판매영역을 만들고 각각의 유통업자들로 하여금 유통업자들이 계획한 지역을 위해 단독의 Scheming 매장을 열도록 하였다. 각각의 유통업자들은 그들의 영역밖에 있는 소매업자에게는 판매하지 못하도록 금하였다..... Scheming의 지역적인 제한은 거래자들로 하여금 그들의 판매를 Scheming이 영역 밖의 고객에 대한 경쟁을 막기 위해 정해놓은 독점적인 영역 안에서만 하도록 한정지었다. ....Shcwinn의 규제는 각각의 도매 유통업자들에게 그것이 확실하게 다른 Scheming 도매업자들과의 모든 경쟁과 분리된 것을 보증하였다.
- 6) 게다가 그의 프랜차이즈된 소매업자들과 같이 Scheming의 유통업자들은 프랜차이즈되지 않은 소매업자들에게 판매하는 것이나, 더 나아가 브랜드내의 가격 경쟁의 가능성을 제한하는 것까지도 확실하게 제지되었다. 대다수는 명백하게 Sylvania의 위치조항의 경쟁적인 효과와 Scheming의 도매와 소매유통에 대한 수직적인 제한을 주는 시스템의 연결, 이 둘의 차이점에 대한 항소법원의 믿음에는 무게를 두지 않는다. 결국, Scheming의 지나친 지배를 주장하는 다수 학자들의 이론은 무효화되는 규제와 위치조항을 구별할 것을 강요하지 못하였다. 브랜드내 경쟁과 관련하여 Scheming과 이 사건사이에 중요한 차이점이 존재하는 것처럼 또한 브랜드간 경쟁과 관련하여서도 중요한 차이점이 존재한다. Scheming과는 달리, Sylvania는 확실하게 발생적인 상품시장에서 경제적인 파워는 없다. 그들이 그들의 유통관련 정책을 결정했을 때 Scheming은 전국적으로 22.5%의 시장점유율과 함께 국가의 자전거 제조업을 선도했고, 반면에 Sylvania는 우세한 제조업자가 시장점유율의 60-70%를 차지하는 시장에서 겨우 1-2%만을 점유한, 텔레비전 세트의 실패하지는 않았지만 “비틀거리” 생산자였다. 게다가 Scheming 브랜드 이름은 월등한 고객의 편애를 즐기며 “자전거업계의 캐딜락”이라는 지방재판소의 말

처럼 프리미엄 가격을 요구한다. 이 프리미엄은 Scheming 거래자에게 브랜드내의 경쟁으로부터의 보호라는 수익을 주며 Scheming의 정부가 고객제한에 앞질러졌다고 주장하는 할인업자에 의해 가격이 인하될 가능성을 만든다. 따라서 경제학자들이 시장파위를 측정하기위해 사용하는 -상품 특수화와 시장점유율- 표준에 의해 판단되며, Scheming은 Sylvania가 TV시장에서 그런 것보다 자전거시장에서 본질적으로 우위의 입장에 선 것을 즐긴다. 이 법원은 rule of reason을 거기서 문제가 되는 수직적인 제한에 적용하지 않는 한 가지 이유로 Scheming의 시장에서의 위치에 의존했다. Scheming은 자전거 사업에 침입하거나 머물려는 방문자가 아니다. 그것은 실패하고 있는 회사가 아니었다. 반대로 이러한 실행들의 시초로서 나라의 자전거 생산을 주도하고 있었다. 상소법원은 Sylvania의 불안정한 시장 점유율에서 우리의 경우와 Scheming사이의 눈에 띄만한 또 다른 차이점은 그 시장 점유율이 너무도 작아 회사가 그들의 위치규제에 대한 실행을 수용할 경우 회사는 텔레비전 시장의 추방이라는 위협을 받게 될 것이었다.

- 7) 적어도 두 가지 고려사항이 있다는 나의 관점은, 둘 다 Scheming의 지나친 지배를 정당화하려는 대다수에 의해 지지되는, Scheming을 수직적인 제한(다른 기업에 의해 지배되는 발생학적 생산 시장에서 중요한 위치를 가진 비틀거리는 제조업자에 의해 부과되는)으로 확장하는 것을 거절하는 대신 “원칙에 의거한 기준”을 제공한다. 첫 번째로는 대다수가 의견을 말하듯이 “브랜드간 경쟁이 존재할”때, 제조업자들 사이에서도 그러하듯, 고객의 동일 상품의 다른 브랜드를 대체하려는 능력으로 인하여 그것은 브랜드내 시장 파워의 착취에 대한 중요한 저지를 제공할 것이다. 두 번째는 대다수에 의해 집필된 경제서적에서 강력하게 주장되는 것으로, 성장하는 브랜드간 경쟁에서 수직적인 규제의 잠재적인 이익은 제조업자가 부과하는 규제가 새로운 시장에 진입하거나 적은 시장 점유율을 확장하려 모색하려는 곳에서는 확실하게 효과적이라는 관점이다. 다수의 사람들은 Scheming이 새로운 진입자나 실패하고 있는 기업을 그들의 per me rule에서 제외하고 있음을 암시하는 것까지도 인식한다.
- 8) 반독점 법의 다른 범위에서, 법원은 피고의 시장파위에서 부분적으로 비합법적인 그들의 규칙을 근거를 삼는 것을 주저하지 않는다. 사실, 대다수가 per me rule을 위한 그들의 기준을 끌어내려는 이 사건(Northen pac v. U.S)에서, 법원은 모든 피고에게 “끼워팔기를 위한 상품과 관련하여 끼워팔기 상품 시장에서의 자유경쟁을 상당히 저지하기에 충분한 경제적 힘”을 가진 모든 피고인에게 확장시키며 셔먼법칙의 1조아래 끼워팔기에 반하는 per me rule의 범위를 언급하였다. 그리고 법원은 계속해서 새로운 상품을 마케팅하는 신생산업에 대한 이 per me rule의 예외를 승인하였다. 나는 대다수가 Scheming의 지나친 지배에 접근하는 방식에 대해 실질적인 염려를 갖는다. Scheming에서 sale-nonsale 거래 사이의 차이점에 대한 원인은 대다수가 생각하는 것처럼, 법원이 인식한 수직적인 제한의 브랜드 내의 해로움이나 이익을 조정하려는 노력이 아니다. 원인은 그보다는 Browning 판사가 주장한 것처럼 수직적인 제한과 관련하여 우리가 다루는 많은 사건에서 독립적인 사업가들은 그들이 적당하다고 볼 때 상품을 처리할 자유를 가져야한다는 개념이다. 따라서 양도에 대한 규제는 그들의 매수인에게 부과하는 제조업자들의 힘을 넘어서는 것이며 셔먼법칙의 1조를 위반하는 것이라는 제안에 대한 Scheming 사건에서 법원에 의해 인용된 첫 번째 케이스는 이 법원의 재판매-가격-유지 계약이 일련이 불법임을 지지하는 생산성있는 판결이었다(Dr Miles Medical Co v. John D.Park &

Son). Dr.Miles 사건에서 법원은 “양도에 대한 일반적인 규제는 보통 실효성이 없다”고 하며, 판매할 것을 소유한 거래자들의 무역의 자유를 규제하는 계약과 관련한 사건을 강조하였다.

- 9) 사업가가 그들이 적당하다고 볼 때 그들의 상품을 처리할 수 있는 자유에 대한 염려는 법원이 제조업자로 그들이 그들의 상품을 구입한 거래자에게 규제를 부과하지 않았던 Dr Miles 사건과 비슷한 경제학상의 결과를 얻도록 허가하였던 두 개의 계속되는 케이스에 대한 가장 가능성있는 설명이다. U.S v. Colgate & Co 사건에서 법원은 제조업자가 제안된 가격을 부담하는 것에 실패한 거래고객에게 상품을 파는 것을 거절하고 그 가격을 지지하지 않는 거래고객과의 거래를 종결짓는 제조업자의 정책에서 반독점법의 위반을 찾아낼 수 없었다. 진술하기를 서면의 법칙은 전적으로 사적인 사업에 종사하는 무역업자나 제조업자의 장기간 인식된 권리-자유롭게 누구와 거래할 것인가의 당사자로서의 독립적인 결정권을 행사할 수 있는 권리를 규제하지 않았다고 하였다. U.S v. General Electric Co 사건에서 법원은 특허권자와 위탁판매로 그 상품을 획득하는 거래고객과의 재판매-가격-유지 계약을 지지하였다. 법원은 대리권보다는 판매의 약정인 계약을 기초로 Mr.Miles를 구별하였고, Miles Medical 회사의 고객이 정가로 구매한 뒤 그들에 의해 같은 가격을 유지한 재판매를 의무화하려는 시도를 관련시켰다. 대조적으로 제조업자는 대리인들이 자신들로부터 소비자에게로 직접 자격을 이동시킴으로써 그들의 대리인들과 가격을 정하는 계약을 자유롭게 체결할 수 있었다.
- 10) 즉석에서 이 관계를 무시한 후에, 우리의 사면법칙에 대한 해석을 반영하며, “사업가의 자치권”을 위해, 다수는 놀랍게도 sale-nonsale 거래사이의 Schiinn의 차이점을 위한 정당화할 만한 증거를 찾지 못했다. 왜냐하면 그 차이점은 본질적으로 그 어떤 관련된 경제학상의 영향과는 아무 관계가 없기 때문이다. 그러나 사업가가 그들 소유의 상품을 거래하는데 있어서 기간을 통제하려는 관심에 대한 고찰은 서면법칙을 경제의 효율성에 혼자 통제되는 것으로 보는 관점을 가진 이에게는 아주 싫어하는 것이 될 것이며, 이 원리는 물을 것도 없이 “무임승객” 효과와 수직관계의 새로운 경제학으로부터 나온 다수에 의해 차용된 유통상의 효율성의 개념보다 더 깊이 우리 사건에 남는다. 아마도 법원이 부분적으로 이 원리를 포기한 것과 그들의 관련 경제학상의 영향에 의한 즉각적으로 비가격 수직제한을 재판매하는 것이 옳을지도 모르지만 이 원칙을 반영한 선례는 법원에 너무 가볍게 거부되어서는 안된다. Scheming의 이론적 설명은 의심할 것도 없이 의견으로부터 인식하는 것이 어렵고, 어쩌면 틀렸을지도 모른다.
- 11) 나는 더 나아가 수직적인 제한과 관련한 per me rule의 보유에 대한 검증으로서 대다수의 “관련 경제학상의 영향”에 대한 믿음에 대해 제한을 둔다. 이것은 보통 수직적인 가격 제한에 적용되는 수직적인 비가격 제한에 대한 허용에 찬성하는 경제학적 논쟁에 대한 유통제한의 문제에 순수한 경제학적 접근을 갖는, 선도하는 대변자들 사이에서 공통의 문제(기초?)가 된다. 대다수는 “가격제한의 불법성은 분석과 정책의 중대한 차이점과 관련이 있다”주장했고, 나는 대다수의 분석의 어구아래서 Scheming의 그것을 정당화하는 것만큼 어렵다고 주장되는 이 차이점을 의심하게 된다. 그런 까닭에 Posner 교수는 대다수에 의해 다섯 번이나 인용되었던 기사에서 결론내리기를 “나는 법이 가격과 비가격 제한을 동일한 것으로 간주해야 하고, 판매계약에 대한 규제의 부과와 대리계약에 대한 부과사이에 차이를 만들지 말아야한다고 믿는다”고 하였다. 사실, 법원은 이미 재판매 가격의 유지가 거래자들(광고와 판매촉진과 상품

서비스를 실행하는 추가적인 소매대리점과 같은)에 의해 수요창조활동을 유발하는 결과를 증가시키며, 거래자들간의 경쟁으로 인한 낮은 가격에서 비롯되는 추가적인 판매를 초래할 것을 인식하였다. 이런 동일한 비가격 수직적 제한의 산출증가의 가능성들은 그들의 사회적 실용성과 경제적 건실성에 대한 증거나 **rule of reason** 하에서 그들을 판단하는 정당화로서 대다수들에 의해 지지된다. 의도적이 아니라면, 법원 의견의 효과는 가격 제한에 반하는 **per se rule**을 확실히 확립시키는 문제로 이의를 삼을 것이다.

- 12) 유통에 대한 제한 분야의 판례법이 만족에 미치지 못해왔지만, 법원은 그것을 증명하려는 시도 속에서 보다 신중히 진행할 것이다. **Scheming**을 이 사건과 구별하기 위한 충분한 원인의 관점에서나 반대의 회의적 반응의 부재로 인해 나는 이 원리를 고수하려 한다. “서면법칙하에서 야기되는 각각의 사건들은 기록에 의해 드러나는 특정사실들을 반영하여 결정되어야 하며 그러한 사건들에 대한 의견들은 그들의 사실이나 본질적인 차이에 대한 명확한 인식의 측면과 좀더 이르게 판결의 법칙이 적용된 새로운 사건의 사실에 비춰져 읽혀야 한다.
- 13) 이 사건을 해결하기 위해, 법원은 **Scheming**에서처럼 여기에도 거래자의 자치권에 대해 중요한 영향력이 주어진다할지라도, 상품시장에서 무시해도 될만한 경제적인 파워를 지닌 제조업자들에 의해 부과되는 위치조항은 **rule of reason** 기준을 정당화하는 **Scheming**의 규제보다 덜 제한적인 경쟁적 영향을 갖는다는 사실을 파악하기만 하면 된다. 그러므로 판결에 동의한다.

## 제58절 프랜차이즈 사업에서의 끼워팔기

### [판례]

#### 1. 사건표시: Prime Computer v. Virtual Maintenance

#### 2. 판결내용

피고(컴퓨터 마케팅 경영자)는 컴퓨터 원용 설계와 그것을 사용했던 모든 자동추진 디자인 회사들에게 팔린 소프트웨어의 가장 최근 버전의 사용을 요구하였던 자동차 제조업자로부터 전적으로 인가 받은 컴퓨터 이용 제조 소프트웨어에 하드웨어 유지 보수 서비스 계약서에 끼워팔기를 하였다. **Kodak**에 비추어, 법원은 협정(계약) 그 자체로서 제조업자에게 강요된 소프트웨어 지원을 위하여 유도된 수리용품시장이 비합법적일 수 있는 것을 발견하였다. 마케팅 경영자는 그것의 독점적인 면허 때문에 소프트웨어의 판매를 조절할 수 있었으며, 원하지도 않은 것을 구매하도록 바이어들에게 압력을 가하는 끼워팔기를 요구하였다. 컴퓨터 관련 소유자들과 하드웨어 정비에 동의함으로써 들어갈 수 없다고 불평한 회사인 원고(plaintiff)에 의해 주장된 끼워팔기 제품 시장은 법률문제로서 부적당했다.

그러나 피고의 증거자료가 모자랐기 때문에 재판부는 그 협정(계약)이 **Rule of Reason**을 어기지 않았던 것으로 인정하였다. 끼워팔기 제품으로서 제조업자가 요구된 소프트웨어 지원으로 심지어 마케

팅 경영자가 하드웨어시스템을 대부분 작게 한정된 끼워팔기(판매방식) 제품시장 안에서 시장능력을 몸에 익힐 어떤 실질적인 위협도 없었다.

### 3. 강제력(Coercion)

다른 하나의 구매에 하나의 가능한 물품이나 서비스의 조건을 붙이는 것은 비합법적이고 제한된 어떤 것이 필요한 요소이다. “바이어가 자유롭게 어느 한쪽 제품을 택하는 것은 선택의 문제가 아니다. 그러므로 끼워팔기 제품이 분리가 가능하다면, 끼워팔기(판매방식) 위반은 인정되지 않을 것이다. 증거의 다른 기준은 “(전제)조건”의 필요성을 결정하되 어떤 증거가 필요한 것인가 하는 문제에 대해서는 관심이 있는 다른 재판소에 의해 원용되었다. 몇몇 재판소는 원고가 판매바이어가 그것이 원하지 않았던 제품을 구입하기 위하여 강요받거나 또는 억지로 시켜졌음을 의미하는 조건이 붙은 규정인 “강압”이었던 것을 확인하기 위하여 “강압”의 정도를 나타내는 것을 요구하였다. 이를 위한 판례는 법원이 위치한 곳에 있는 *Ungar v. Dunkin’ Donuts of America, Inc.*사이다. 우리들은 강압이 논리적이거나 말 그 뜻으로도 지렛대의 개념이라는 것을 알고 있다. 끼워팔기의 불법이라는 전제 하에 지렛대의 개념이라는 것은 하나의 시장에서 힘을 가진 판매인은 또 다른 시장에 그의 제품의 사도록 강요하는 것으로 그 힘을 “지렛대”로 사용한다. 만약 제2차 시장에서 물론 지렛대의 역할없이 그 물건의 장점에 의해서만 그 제품이 받아들여진다면, 지방법원의 판례에 의하면(in the language of the district court), 판매자의 시장지배력 사용은 없었다는 것이다. 강제의 증명을 표준이 다른 방법으로 판결되었다. 끼워팔기(판매방식)의 명백한 계약상 증거가 있는 곳에서 몇몇 케이스들은 불필요한 제품을 구입하는 것이 강압을 보여 주는 데 불필요하다는 것을 나타낸다. 강압과 무관한 증거가 또한 이용될지도 모른다. 타이어 판매회사인 *v. Cities Service Oil Co.*사를 예를 들면, 재판부는 차용계약 삭제와 그리고 신용카드 서비스의 종료의 위협뿐만 아니라 상인과 원고에 급격한 쇠퇴 등은 강제를 수립하기에 충분하다는 것을 알았다. 그러나 끼워팔기 제품들의 명백한 계약상 언어 검증이 있지 않았던 많은 경우들에 강압은 무관한 증거로부터 발견되지 않았다.

### 4. 관련 요소로서의 상당성(Relevant Factor; Substantiality)

불법적인 끼워팔기 계약을 증명하는 마지막 요구는 “상업에 실체가 없는 결과 없음”이 결과로서 생겼던 것을 보여 주고 있다. 대법원이 언급하였기 때문에, 당면 문제(relevant figure)는 특별한 원고에 의해 이것이 완전히 설명되지 않은 부분 없이, 도전적인 판매정책에 의하여 끼워팔기 판매의 전체적인 불륨이다. 문제는 사업의 전체적인 양인지 아닌지, 그리고 단지 de minimis를 위해서 달러량이 충분한지 아닌지이며, 제한에 의해 경쟁자들에게 배제되는지가 문제이다. 대법원은 200,000달러가 거의 “비현실적”이라고 설명하였다. 법원은 보통 제한된 시장의 반경쟁 결과의 증명이 불필요하다는 분석이 확고할 때 열린다. 그러나 어떤 상황에서 법원은 제한된 시장에서의 반경쟁적인 증거를 요구하도록 한다. 특히 제7항소 재판부의 몇몇 판결은 각각 비합법적이 되는 제한을 위해, 판매인이 끼워팔기 제품에 시장 장악력을 가지고 있을 뿐만 아니라 끼워팔기 제품 시장에 시장 능력을 획득하기 위해 힘을 사용해야 한다는 것을 제안하였다. Seventh Circuit안의 법원으로부터 이 문제에 가장 최근 선언들은 아무래도 이 끼워팔

기 제품시장 안에 단지 많은 불공정 경쟁의 필요를 억제하는 책임을 위해서 비현실적인 상업량이 끼워 팔기에 의해 배제되는 추가적인 물가상승분 지급협약(threshold)을 거절된 것으로 나타났다.

## 5. 피고측 항변

법원은 끼워팔기(판매방식)의 협정(arrangements)은 만약 끼워팔기 제품이 끼워팔기 제품과 가능한 대체물을 위해 명세서와 함께 사용 되어야 한다면 그리고 그들은 너무 상세해서 또는 명세서의 공개는 기업비밀을 누설시킬 수 있기 때문에 끼워팔기 제품이 실질적으로 전시될 수 없다면 합법적이라고 권고하였다. 그러나 품질관리 또는 최상의 서비스는 제품들의 시험 후에 외부 공급자들에게 제품 명세서 또는 승인의 합당한 부여와 같은 덜 제한적인 방법이 품질을 보장하기 위하여 존재하면 다른 비합법적인 끼워팔기(판매방식)을 위해서 정당화가 될 수 없다. 메르세데스 벤츠 경우에 피고가 적은 제한한 선택지가 존재하지 않았던 것을 증명하는 것을 실패하였던 품질관리 방어는 거절되었다. 그러나 피고에 찬성하여 배심의 발견물은 또 다른 메르세데스 벤츠 사례에 유지되었다. Kodak에 그것의 제한한 부분 정책을 위하여 피고에 의하여 제의된 확실한 근거가 있는 사업 정당화들 중의 하나는 Kodak이 그것의 서비스의 품질을 강조하도록 허락하는 것으로 interbrand 장비 경쟁을 고무시키는 것이었다. 그러나 Kodak 대다수는 “ISO가 질 좋은 서비스를 제공하고 몇몇 Kodak 장비 소유자들에 의하여 소송을 당한 증거”를 기반으로 사실상의 쟁점이 기초가 형성되는 것을 발견하였다. 판매인이 뉴 비즈니스를 시작하는 것이거나 시장에 침입하는 것을 시도하고 있을 때 새로운 신참 방어는 인식되었다. 이 새로운 신참 방어는 그것의 끝까지 생존하였던 회사에 좌우간 이용할 수 있지 않다.

## 6. 입증

불법적인 끼워팔기(판매방식)는 끼워팔기 제품을 사는 사람들에게 그리고 끼워팔기 제품 시장에서 경쟁자들에게 양쪽 모두 독점금지 상해를 초래할 지도 모른다. 이 그룹들을 제쳐 놓고 원고들은 끼워팔기(판매방식) 손해에 대한 손해배상으로 고소하기 위해 있는 것을 좋아하지 않는다. 몇몇 법정은 “끼워팔기 제품에 실제로 지불된 가격과 제품이 공개된 시장에서 얻어질 수 있었던 가격간의 차이”로서 바이어의 끼워팔기 손해를 평가하였다. 다른 법원은 바이어가 끼워팔기와 제품들의 결합한 가격이 그들의 결합한 공정 시장 가격을 초과하였던 것을 증명하는 것으로 오직 끼워팔기(판매방식) 손해를 만회할 수 있는 것을 수용하였다. 끼워 파는 (판매 방식)의 경우에 원고-독점판매권 취득자에게 손해를 주는 것이 본의 아니게 나타났다. 그러나 법원이 판례에 언급하였기 때문에 정부에 의해서 뿐만 아니라 끼워팔기(판매방식)에 의하여 생성된 시장 저당물의 반환권상실을 수립할 수 있는 끼워팔기 제품 시장에 잠재적인 경쟁자들에 의해 도전을 위임한 상표에 분리된 제품들을 불법으로 끼워팔기한 프랜차이즈(franchise) 때문에 이것이 독점 금지법의 침해한 행위를 반드시 면제시켜주지는 않을 것입니다. 끼워팔기(판매방식) 소송의 손해는 판매가 불법적인 끼워팔기의 결과로서 감소되었거나 제거되었던 제품 시장에 공급자의 경쟁자에 의하여 초래되며, 사람들의 잃어버린 이익에 의하여 평가받을 것이다.

총판권을 주는 사람이 공급업자를 승인하기 위하여 요구를 거절하지 않았을 때, 총판권을 가지 사람들이 승인된 근원으로부터 공급품들을 사도록 요구하였던 프랜차이즈 동의를 특히 불법적인 끼워팔기(판매방식)을 구성한다. franchise를 주는 사람은 그것의 계열회사(affiliate)로부터 구매에 이르는 어떠한

강제적인 행동도 행사하지 않았고 그것의 승인된 근본적인 조항(provision)은 위반이 아니다. 원고 “불리한 경쟁 충격들을 증명하는 것을 실패하고 그것이 Kentucky Fried의 시스템이 품질관리를 완수하기 위한 합리적인 방법이 아닌 것을 보여주는 것을 실패하였기 때문에” 동의는 Rule of Reason을 위반하지 않았다. 켄터키 프라이드 치킨에서 승인된 공급자들 중의 하나는 켄터키 프라이드 치킨의 관계회사(계열회사, affiliate)이었다. 켄터키 프라이드 치킨으로부터 문제의 공급품들을 구입하는 것으로 총판권을 받은 사람들에게 강압이 있었다면, 끼워팔기(판매방식)는 있었을 것이다. 강압이 있었다는 증거는 없다. 그러나 Second Circuit와 매사추세츠의 주에서 일찍이 알려졌다듯이 그것은 끼워팔기 제품의 판매인이 끼워팔기 제품의 판매에 직접적으로 재정적인 이익을 갖지 못할 때 구속적인 위반은 나타날 것이다. 프랜차이즈 동의에 공급 조항의 승인된 원본(근원, source)의 집행은 경쟁에 불리한 결과를 보여주는 잠재적인 원료 공급지점에 해를 끼침에도 불구하고 합법적이다.

## 7. Full Line Forcing

끼워팔기(판매방식)의 변이인 Full Line Forcing은 어떻게 하여 하나의 생산품 라인 제조업자가 완전한 생산품의 라인 제조업자에게 판매를 위하여 딜러에게 제공하도록 필요로 하는가 하는 하나의 계약이다. 그것은 딜러가 경쟁한 제품 라인들을 파는 것으로부터 명백히 지장이 초래되지 않는다는 점에서 전문적인 거래와는 다르다. Full line forcing은 불법이 아니다. 딜러들이 자유롭게 경쟁하는 제품 라인들을 조절하기 때문에 그것은 Rule of Reason 아래에서 지지되어왔다. 결과적으로 원고에게 경쟁배제를 얼마나 했는지 그리고 심지어는 어떤 경쟁에서는 전혀 배제되었는지를 증명하는 것을 어렵게 한다. 이 분석의 주요 요소는 딜러가 경쟁제품을 조절하는 것으로부터 계약의 제한을 했는지에 대한 것이다. 대부분의 경우에 법원은 Full Line Forcing을 제기하는 것으로 끼워팔기(판매방식) 분석을 사용하였다. 이 같은 접근을 이용하여, 판례들은 경쟁한 제품들을 유통시키는 딜러의 권리가 제한되었던 증거의 부족 때문에 Full Line Forcing을 지지하였다. Full Line이 쌓여 있는 요구의 단순한 존재는 (그것의 경쟁 충격에 대하여 추가적인 정보 없이) 비이성적인 무역제제(restrain of trade)를 수립하기에는 충분하지 않다. 제조업자들의 경쟁력에 관계없이, 북태평양 조약아래에서 상업의 실제량에서 경쟁제한 형태의 부재로 설명되는 Full Line Forcing 아래에서는 책임이 없다. Full Line Forcing 정책이 구매 요구사항을 포함하는 곳에, 그것은 상인이 경쟁 제품들을 파는 것을 효과적으로 일어나지 않게 할 것이고, 그러므로 더욱 진지한 독점금지 조사를 정당화한다. 그러나 상표가 붙은 제품들 또는 부분의 대리인 총계를 유지하는 요구는 아마도 지지될 것이다. (대규모)제조업자가 충분한 경제력을 가지고 있지 않은 이유로 Full Line Forcing은 또한 지지되었다.

## 제6장 해지

- 제59절 가맹본부의 일방적 경영형태 변경에 의한 해지의 효력을 부인한 사례
- 제60절 경고 절차를 생략한 해지의 효력을 부인한 사례
- 제61절 가맹점사업자의 채무불이행으로 인한 계약해지를 인정한 사례
- 제62절 가맹점의 채무불이행을 이유로 해지 및 원상회복을 인정한 사례



## 제6장 해지

### 제59절 가맹본부의 일방적 경영형태 변경에 의한 해지의 효력을 부인한 사례

[판례]

1. 사건표시: 서울고등법원 1997.07.25 96나29108 위탁가맹계약 일방해지 판결 내용

2. 사건의 성격: 프랜차이즈 위탁가맹계약의 해지 요건

3. 사건요지

가맹점주와 『세븐일레븐』 가맹본부 사이에 위탁경영형태의 프랜차이즈 가맹계약을 체결한 후, 점포경영형태 중 위탁경영형태를 자영 또는 직영형태로 전환시키고자 하는 가맹본부의 방침에 불응하는 가맹점주에 대해 위탁가맹계약을 일방적으로 해지하자 가맹점주가 가맹본부를 계약위반 행위로 손해배상을 청구한 사안.

4. 적용법규

가맹사업거래의공정화에관한법 제13조 (가맹계약 종료사실의 통지 등)

가맹사업거래의공정화에관한법 제14조 (가맹계약해지의 제한)

5. 사실관계

가. 피고는 미국의 사우스랜드회사(The Southland Corp)로부터 서구식 연쇄 소매업형태의 24시간 편의점인 세븐일레븐(7ELEVEN)에 대한 국내의 독점적 영업권을 취득한 후, 국내 소매업자들과 사이에 프랜차이즈 가맹계약을 체결하고 세븐일레븐 편의점을 운영하여 왔는데, 그 가맹점 운영형태는 다음과 같다.

- 1) 가맹점주들과의 관계에 따라 피고가 비용을 들여 개설한 점포를 가맹점주가 운영하여 그 이익금을 일정 비율로 분배하는 가맹점 자영형태
- 2) 피고가 점포개설과 운영을 직접하는 직영형태(이 경우는 가맹점주와 아무런 관계가 없다)
- 3) 피고의 비용으로 점포를 개설하고 가맹점주는 일정 금액만을 투자하고 점포운영은 피고가 파견한 직원이 맡아 한 후 그 이익금을 일정 비율로 분배하는 이른바 위탁경영형태

나. 원고는 1992. 10. 21.에 피고와 사이에 서울 서초구에 개설된 세븐일레븐 점포에 관한 프랜차이즈 가맹계약(이하 이 사건 계약이라고 한다)을 체결하였는데, 그 주요내용은 다음과 같다.

- 1) 피고는 원고에게 이 사건 점포의 가맹점주로서 점포운영권과 시설사용권을 부여한다.

- 2) 원고는 피고에게 이 사건 점포의 가맹점가입비로 금 30,000,000원, 계약이행보증금으로 금 110,000,000원 등 합계금 140,000,000원을 1992. 11. 20.까지 3차례에 나누어 지급하고, 피고는 원고에게 수수료 명목으로 이 사건 점포의 매월 총이익에서 제반경비를 공제한 금액의 50%에 상당한 금원(이하 이익금이라고 한다)을 그 다음달 20일까지 지급하되, 매월 투자액의 2%에 해당하는 금액은 최저 이익금으로 보장한다.
  - 3) 계약기간은 1992. 11. 21.부터 5년간으로 한다.
- 다. 원고는 피고에게 이 사건 계약에 따라 위 계약당일 가맹점 가입비 금 30,000,000원, 1992. 11. 11. 계약이행보증금 중 일부로 금 50,000,000원, 같은 달 25에 나머지 금60,000,000원을 각 지급하는 외에 같은 달 25일에 이 사건 점포의 전기증설비 및 점포개설부대비용조로 추가로 금 30,000,000원을 지급하는 등 합계금 170,000,000원(이하 투자금이라고 한다)을 지급하였고, 피고는 위 투자금을 이 사건 계약 종료 후 원고에게 반환하기로 약정하였다.
- 라. 이 사건 계약체결 당시에는 피고의 위 세븐 일레븐 점포가 아직 도입 초창기여서 그 영업전망이 불투명한데다가 원고는 직장인으로서 이 사건 점포에 나가 직접 점포운업을 할 수 없는 형편이어서, 앞서 본 가맹점주가 점포의 운영권과 시설사용권을 가지기로 한 약정에도 불구하고 피고가 그 직원을 파견하여 점포를 직접 운영하기로 특약하였다.
- 마. 위 약정에 따라 1992. 11. 25.경부터 피고가 파견한 직원이 원고를 대신하여 이 사건 점포를 직접 운영하였고, 피고는 그 무렵부터 1994. 9.말경까지 원고에게 매월 이 사건 점포의 매출실적 등을 확인할 수 있는 손익계산서를 송부하는 한편 별지 이익금지급명세서 기재와 같이 1994. 8. 분까지의 이익금을 정산, 지급하였다.
- 바. 피고는 위 세븐 일레븐 점포도입 당시 초창기의 매출부족 등으로 인한 자금난을 타개하기 위하여 이 사건 점포의 경우와 같은 위탁경영형태를 도입하였으나, 그럼에도 불구하고 계속된 자금난으로 인하여 1994. 8. 9.경 그 경영권이 소외 롯데그룹으로 넘어가게 되었고, 새로운 경영진은 점포경영형태 중 이 사건 점포의 경우와 같은 위탁경영형태를 모두 자영 또는 직영형태로 전환시키기로 결정한 후, 원고에 대해서도 피고의 방침에 따르도록 요구하였다.
- 사. 원고가 피고의 위와 같은 방침에 불응하자 피고는 1994. 11. 17.경 일방적으로 원고에게 이 사건 점포에 대한 위탁가맹계약을 해지한다는 내용의 통지를 하는 한편 1994. 10.이후의 손익계산서 등 관련 서류를 보내지 않을 뿐만 아니라 이익금도 지급하지 아니하였다.
- 아. 피고는 1994. 11. 22. 일시적으로 같은 해 10.분 이익금 3,790,538원을 지급하기도 하였으나 그 이후분부터의 이익금을 지급하지 아니하고 있다가, 1995. 2. 27.경에는 소외 이○자와 사이에 위 이○자가 같은 해 3. 27.부터 이 사건 점포를 운영하기로 하는 위 자영형태의 프랜차이즈 가맹가계약을 체결한 후 같은 해 3. 27.에 이르러서는 위 이○자로 하여금 이 사건 점포를 운영하게 하면서 매출이익 분배약정까지 하였다.
- 자. 피고는 1995. 7. 25. 서울지방법원 95금제3295호로 원고를 피공탁자로 하여 원고의 투자금 170,000,000원과 1994년 9.분 및 1994. 11.부터 1995. 3. 17.까지의 이익금 합계금 21,700,279원 및 이에 대한 연 5분의 비율에 의한 이자 금 3,560,606원을 합한 금 195,260,885원(피고는 1995. 9. 1. 자 준비서면에서 위 금원이 1995. 3. 17.까지의 이익금임을 명시하고 있다)을 공탁하였고, 원고는 1995. 8. 8. 이의를 유보하고서 위 공탁금을 수령하였다.

## 6. 법적쟁점

『가맹사업의 경영진이 바뀐 뒤, 점포의 형태를 전환하고자 하는 가맹본부의 경영방침에 따른 가맹점주와의 위탁가맹계약에 대한 일방적 해지가 프랜차이즈 가맹계약에 위반되는가?』

## 7. 판결요지

가. 이 사건 계약은 원고가 피고에게 위 투자금을 지급하는 대신 피고는 원고에게 이 사건 점포의 가맹점주로서의 권한을 부여하고 그 약정비용에 따른 이익금을 정산, 분배하되, 다만 그 운영형태는 피고가 파견한 직원이 원고를 대신하여 이 사건 점포를 운영하게 하는 소위 위탁경영형태의 프랜차이즈 가맹계약이라 할 것이므로, 피고는 특단의 사정이 없는 한 이 사건 계약 만료일인 1997. 11. 20.까지 원고로 하여금 이 사건 점포의 가맹점주로서의 지위를 유지하게 함과 동시에 원고에게 매월 위 이익금을 정산, 지급할 의무가 있다 할 것이다.

피고는 이 사건 계약을 자영형태로 전환하기로 방침을 정한 다음 일방적으로 원고에게 피고의 방침에 따르도록 요구하면서 원고가 피고의 요구에 불응하면 이 사건 계약을 해지하겠다고 통보하는 한편, 1995. 2. 27.경에는 이 사건 점포에 관하여 소위 이○자와 사이에 다시 가맹점계약을 체결하였다가 같은 해 3. 27.에 이르러서는 위 이○자로 하여금 이 사건 점포를 경영하도록 하면서 그 매출이익금에 대한 분배약정까지 함으로써 원고의 이 사건 점포에 대한 가맹점주로서의 지위를 상실하게 하였으니, 이 사건 계약은 피고의 위와 같은 계약위반행위로 인하여 1995. 3. 27.경 실효되었다 할 것이고, 피고는 이 사건 계약실효에 따라 원고가 입은 모든 손해를 배상할 책임이 있다 할 것이다.

나. 피고는 이 사건 계약상에는 원고가 이 사건 점포에 상주하면서 이를 직접 운영하도록 되어 있음에도 불구하고 원고는 이 사건 점포 운영에는 전혀 관여함이 없이 고율의 이익금만을 지급받아 간 사실이 밝혀져, 피고는 원고에게 이 사건 계약에 따라 이 사건 점포를 직접 운영하도록 요구하였음에도 불구하고 원고가 이에 응하지 아니하여 이 사건 계약을 해지하였는 바, 따라서 이 사건 계약은 원고의 위와 같은 계약위반으로 인하여 해지된 것이므로 피고의 계약위반을 전제로 한 원고의 이 사건 청구는 이유 없다고 주장한다.

그러나 앞서 인정한 사실에 의하면 이 사건 계약은 원고와 같은 가맹점주는 일정 금액만을 투자하고 점포운영은 피고가 파견한 직원이 맡아 한 후 그 이익금을 일정 비율로 분배하는 이른바 위탁경영형태의 계약으로서 원고가 직접 점포를 운영할 책임이 있는 것은 아니라 할 것인바, 따라서 원고에게 이 사건 점포를 직접 운영할 책임이 있음을 전제로 한 피고의 위 주장은 이유 없다.

다. 피고는 이 사건 계약 전문에는 이 사건 점포에 대한 운영권과 시설사용권 등이 가맹점주인 원고에게 있으며, 피고는 원고에 대한 교육과 지속적인 서비스를 제공한다는 프랜차이즈 계약의 기본 성격과 내용을 밝히고, 이 사건 계약의 한 부분이 무효로 되더라도 나머지 부분의 유효성에는 영향이 없지만 계약의 중요부분이 무효로 되는 경우에는 피고는 이 사건 계약을 조기에 해지할 수 있도록 규정하고 있으며, 한편 이 사건 점포에 대한 운영권과 시설사용권이 가맹점주인 원고에게 있다고 다시 규정하고 있음에도, 가맹점주는 점포운영에 대한 수수료 명목으로 매출 총 이익에서 제반 비용을 공제한 금액의 50% 해당 금액을 회사로부터 매월 지급받도록 규정하고 있으나, 위

규정은 가맹점주가 회사에 수수료를 지급하여야 하는 프랜차이즈 계약의 기본요건인 중요부분을 폐기하는 내용으로 무효의 규정이라 할 것이고, 피고는 위와 같은 무효조항을 수정하여 위 프랜차이즈 계약의 기본성격에 부합하게 가맹점주인 원고에게 직접 이 사건 점포를 운영하도록 요구하였으나 원고가 이에 응하지 아니하여 이 사건 계약을 해지하였는 바, 따라서 피고의 계약위반을 전제로 한 원고의 이 사건 청구는 이유 없다고 주장한다.

그러나, 피고의 위 주장 역시 앞서 본바와 같이 이 사건 계약은 원고와 같은 가맹점주는 일정 금액만을 투자하고 점포운영은 피고가 파견한 직원이 맡아 한 후 그 이익금을 일정 비율로 분배하는 이른바 위탁경영형태의 계약이므로 가맹점주인 원고가 피고로부터 매월 일정 금액을 이익금으로 지급받도록 한 위 규정이 무효라고 볼 수는 없으니, 위 규정이 무효임을 전제로 하는 피고의 위 주장도 이유 없다.

라. 피고는 다시, 피고가 이 사건 계약의 해지에 따라 1995. 7. 25. 원고의 투자금 170,000,000원과 당시까지의 미지급 수수료 등을 합한 금 195,260,885원을 변제공탁하였는데, 원고가 이의를 유보함이 없이 이를 수령하였으므로 이 사건 계약해제로 인한 원고의 권리는 위 공탁금수령으로써 모두 소멸하였다고 주장하나, 원고가 피고의 위 공탁금을 수령함에 있어 이의를 유보하고서 수령한 사실은 앞서 본바와 같으므로 피고의 위 주장도 이유 없다.

## [관련 법률지식]

### 8. 가맹계약의 해지와 계약 종료

#### 가. 해지 사유

##### 1) 자연적인 원인

- ① 사망 또는 청산
- ② 기한의 도래
  - ㉠ 확정기한부
  - ㉡ 불확정기한부 계약

##### 2) 과실로 인한 해지

- ① 자동적 해지
- ② 법률적 해지

#### 나. 해지의 효과

##### 1) 직접적인 효과

- ① 상표
- ② 채고

가맹점이 구입하여 점유하고 있는 상품의소유자는 바로 그이다. 본부가 채고를 취득한다는 규정

이 없는 경우에는, 이 재고품은 가맹점이 인수하여야 한다. 이를 완화하기 위하여 많은 수의 프랜차이즈 계약에는 해지의 경우에 재고품의 구식화로 인하여 할인을 하여 당사자간 확정된 가격으로든 적절한 산정을 위하여 선임된 법원전문가에 의하든 본부가 재고품을 매수한다는 조항을 포함되어 있다. 어떤 계약에서는 이 매수는 강제적이지만, 다른 경우에는 재량사항으로 되어 있다.

### ③ 비품

## 2) 경업금지

### ① 원칙

### ② 조건

#### ① 기간상의 제한

#### ② 지역상의 제한

#### ③ 활동요소의 제한

## 다. 손해배상책임

## 라. 평석

가맹사업거래의공정화에관한법 제13조 가맹계약 종료사실의 통지 및 제14조 가맹계약해지의제한등의법률에 따라 가맹계약을 종료하거나 해지하는 경우에는 그 법적 절차를 따라야 한다. 이 사건의 경우, 계약기간이 끝나지 않았음에도 불구하고, 단순히 가맹본부의 경영방침에 따라 가맹점 운영형태의 전환을 일방적으로 요구하여, 가맹점주가 이에 따르지 않는다 하여 가맹계약을 일방적으로 해지하는 것은 계약위반에 해당하며, 이러한 해지 절차는 가맹사업거래의공정화에관한법률에서 정한 적법한 해지 절차에 해당하지 아니한다고 할 수 있다.

# 제60절 경고 절차를 생략한 해지의 효력을 부인한 사례

1. 사건표시: 서울지방법원 1999.11.11 98가합91865 대리점 계약 해지 판결내용

2. 사건의 성격: 프랜차이즈 계약상 채무불이행과 업무상 횡령죄의 요건

## 3. 사건개요

원고가 피고와 지바트 제품 판매 및 서비스 제공에 관한 원고의 독점적 판매권을 인정하는 대리점 계약을 체결하고 영업하던 중, 계약에서 정한 최소 구매량을 충족시키지 못하자 피고는 새로운 대리점을 개설하고 또한 원고와의 대리점 계약을 해지한다고 통보하자, 원고가 대리점 해지 통고가 적법하지 않다고 손해배상 청구한 사안.

#### 4. 적용법규

가맹사업거래의 공정화에 관한 법 제13조 (가맹계약 종료사실의 통지 등)

가맹사업거래의 공정화에 관한 법 제14조 (가맹계약해지의 제한)

#### 5. 사실의 요지

가. 피고는 미국 지바트 인터내셔널 코퍼레이션(Ziebart International Corporation) 사로부터 위 회사가 생산, 판매하는 자동차 방음, 표면보호처리, 실내보호처리와 자동차 악세서리의 한국내 독점 판매 및 사용권을 취득한 회사이다.

나. 원고는 1992. 4. 3. 피고와 사이에 안양시에서 지바트 제품 판매 및 서비스 제공에 관한 대리점 계약을 체결하고 영업하던 중 1995. 5. 9.에 원고의 독점적 판매권을 인정하는 내용 등으로 대리점 계약(이하 이 사건 대리점 계약이라고 한다)을 갱신하였는바, 계약서의 주요내용은 다음과 같다.

- 1) 계약기간은 10년이다.
- 2) 원고는 지바트의 제품을 판매하고 지바트 서비스를 제공할 수 있는 권리를 취득한 대가로서 보증금 5,000,000원과 프랜차이즈 대금 10,000,000원을 피고에 납입하여야 한다. 보증금은 무이자로 하며 계약기간 만료시 피고는 원고에게 반환한다.
- 3) 원고는 지바트 서비스에 필요한 원료와 전문 장비를 피고로부터만 구입하여야 한다. 원고가 피고로부터 3개월 이상 특별한 사유 없이 1,000,000원 이상의 원료 구입을 하지 않을 경우 피고는 제23조 제3항의 경고조치를 취할 수 있다. 또한 원고는 피고로부터 지바트 서비스에 필요한 약품, 장비를 연간 15,000,000원 이상 구입하여야 하며 부득이한 사유 없이 불이행시는 피고는 본 계약을 해지할 수 있다.
- 4) 피고는 원활한 시공 및 판매를 위하여 원료의 적시 적량 수급에 만전을 기한다.
- 5) 원고가 원료 등을 피고로부터 구입할 때 그 대금을 피고의 계좌로 입금시켜야 출하가 가능하다.
- 6) ㉠ 원고가 다음 각호에 해당할 경우 피고는 최고의 절차 없이 본건 계약을 해제할 수 있다.
  - 결제대금의 부도 또는 거래은행의 정지처분을 받았을 때
  - 압류, 가압류, 가처분, 경매, 강제집행, 채납처분 등의 공권력의 집행에 대한 확정 판결 또는 항고를 포기한 때
  - 사유 없이 폐업을 하였을 때
- ㉡ 원고가 다음 각호에 해당할 경우 피고는 원고에게 경고조치를 할 수 있으며, 2차례의 경고조치 후 3차 경고와 함께 피고는 최고의 절차 없이 본 계약을 해제할 수 있다.
  - 시공 및 판매의 난매로 인해 유통질서를 문란하게 하였을 때
  - 사유 없이 휴업을 하였을 때
  - 계약서 각 조항의 이행을 하지 않을 때
  - 피고가 공급하는 제품, 원료 등으로 서비스를 하지 않았을 때
  - 피고의 회사정책에 반하는 행위를 하였을 때
  - 원고가 피고로부터 제공받은 표준 보증서를 고객에게 발급하지 않거나, 보증서상의 내용을 준수하지 않을 때
- 7) 피고는 i) 현재의 차량 등록 대수가 개설 당시의 2배에 달한 때, ii) 원고와 피고 상호 합의에 의한 때의 요건이 충족될 때에는 대리점을 증설할 수 있다.

- 다. 원고는 이 사건 대리점 계약의 내용에 따라 피고에게 보증금 5,000,000원과 프랜차이즈 대금 10,000,000원을 각 지급하였다.
- 라. 피고는 원고의 1996. 5. 1.부터 1997. 4. 30.까지 1년 동안 구매량이 이 사건 대리점 계약에서 정한 연간 최소 구매량인 금 15,000,000원에 미치지 못하는 10,959,446원에 불과하자 1997. 6. 19. 원고에게 이를 지적하는 1차 경고조치를 취하였다.
- 마. 원고가 위와 같은 경고조치를 받은 후에도 최소 구매량을 충족시키지 못하고 소량의 제품만을 피고로부터 구입하고 있던 중 피고는 원고의 거래 실적이 부진하다는 이유로 위 나의 (7)항에서 본 요건이 갖추어지지 않았음에도 불구하고 1997. 10.경 안양지역에 새로운 대리점을 개설하기로 하였는바, 소외 최○옥이 같은 해 11.경부터 안양시 만안구에서 지바트 대리점을 개설하여 영업하고 있다.
- 바. 원고는 대리점 증설의 요건이 갖추어지지 않았는데도 피고가 위 5항과 같이 최병욱에게 대리점을 개설해 준 것은 이 사건 대리점 계약을 위반한 것이라며 피고를 상대로 서울지방법원에 대리점증설금지가처분신청을 제기하였고 이에 피고는 1997. 11.18. 원고에게 최소 구매의무 위반을 이유로 이 사건 대리점 계약을 해지한다고 통고하였다.
- 사. 위 가처분신청 사건에서, 서울지방법원은 피고의 대리점 계약 해지 통고가 적법하다고 인정하여 이를 기각하였으나, 항고심인 서울고등법원은 피고의 해지 통고를 이 사건 대리점 계약에서 정한 2차례의 경고조치를 거치지 아니한 부적법한 것으로 판단하여 원고의 신청을 인용하였다.
- 아. 피고는 1997. 11.경부터 원고에 대한 지바트 제품의 공급을 일체 중단하였던바, 원고는 다른 곳 으로부터 지바트 이외의 제품을 공급받아 영업하고 있다.

## 6. 법적쟁점

『대리점 증설 및 대리점 계약 해지 통고가 적법하였는가?』

## 7. 판결요지

- 가. 이 사건 대리점 계약이 적법하게 해지되지 아니하였음에도 피고가 일방적으로 제품공급을 중단하는 바람에 원고가 1997. 11.경부터 1998. 10.경까지 약 11개월 동안 정상적으로 영업할 수 없었던바, 그 기간 동안 정상적으로 영업하였을 경우 올릴 수 있었던 수익 상당액에 대하여 손해배상하여야 한다. 이에 대하여 피고는 다음과 같이 주장한다. 원고가 1997. 11. 3.경 피고에 대한 금 5,565,745원의 외상대금을 지급하지 아니한 채 지바트 제품의 공급을 요청하였기 때문에 이 사건 대리점 계약서에 의하여 이를 거절한 것이므로 손해배상의 책임이 없다. 1997. 10. 31. 당시 원고가 금 5,565,745원의 외상대금이 있었는데 원고가 피고에게 이를 지급하지 아니한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다. 그렇다면 앞서 본 이 사건 대리점 계약서에 따라 피고는 원고로부터 외상대금을 지급받을 때까지는 원고의 지바트 제품 공급 요청에 응할 의무가 있다고 할 수 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유없다.
- 나. 원고는 이 사건 대리점 계약은 해지되었다고 할 것이므로 피고에게 지급한 보증금 5,000,000원의 반환을 구한다. 위 계약에서 본 사실과 이 사건 소송에서 피고가 일관되게 이 사건 대리점

계약이 해지되었다고 주장하고 있는 사정에 비추어 보면 이 사건 대리점 계약은 이 사건 소장 부분이 피고에게 송달된 1998. 11. 24.경 해지되었다고 봄이 상당하다. 따라서 피고는 원고에게 보증금 5,000,000원을 반환할 의무가 있다. 원고는, 10년 동안의 프랜차이즈 대금으로 피고에게 10,000,000원을 지급하였던 것인데 실제로는 계약이 체결된 1995. 5. 9.부터 피고가 일방적으로 계약을 해지하고 제품 공급을 중단한 1997. 11. 18.까지 2년 6개월 동안만 지바트 상표를 사용하였던 것이 되므로, 남은 기간인 7년 6개월에 상응하는 프랜차이즈 대금 7,400,000원을 반환받아야 한다고 주장한다. 위 계약에서 본 것처럼 원고가 피고로부터 지바트 제품을 공급받지 못한 것은 원고가 피고에게 외상대금을 지급하지 못하였기 때문이고 이 사건 대리점 계약이 해지된 시기는 위에서 본 바와 같이 이 사건 소장 부분이 피고에게 송달된 1998. 11. 24.경이라고 할 것이므로, 원고가 지바트의 상표를 사용한 기간은 1995. 5. 9.부터 1998. 11.경까지 3년 6개월 동안이라고 할 것이다. 따라서 피고는 원고에게 나머지 6년 6개월 동안의 프랜차이즈 대금에 상당하는 금 6,500,000원을 반환할 의무가 있다고 할 것이다.

다. 원고는 피고에 의하여 지바트 제품이 국내에 도입된 초기에 지바트 대리점을 개설하여 1994년에는 금 86,142,014원, 1995년에는 금 82,830,924원, 1996년에는 금 67,649,705원, 1997. 1. 1.부터 1997. 6. 30.까지는 금 37,720,941원의 매출액을 올린 사실을 인정할 수 있다. 피고가 이 사건 대리점 계약에 위배하여 다른 대리점을 증설하고 원고에 대하여는 계약의 해지를 주장한 점에 비추어 볼 때 원고가 1997. 11.경 피고에게 외상대금을 모두 지급하고 다시 지바트 제품을 공급받겠다고 하더라도 그 이전에 올리고 있던 영업수익을 회복하기가 쉽지 아니하다고 할 것이고 이러한 사정은 피고가 다른 대리점을 증설하고 원고에 대하여 이 사건 대리점 계약의 해지를 주장할 때 알 수 있었다고 할 것이다. 그렇다면 피고는 원고가 입은 정신적 손해를 금전적으로 위자할 의무가 있다고 할 것인바, 그 액수는 금 5,000,000원으로 정함이 상당하다.

라. 피고는 원고에게 금 16,500,000원(5,000,000+6,500,000+5,000,000)을 지급할 의무가 있다.

마. 피고는 원고에 대한 외상대금 채권과 그에 대한 지연손해금으로 상계한다고 주장한다.

피고의 원고에 대한 외상대금 채권이 금 5,565,745원인 사실, 이 사건 대리점 계약이 1998. 11. 24. 해지된 사실은 앞서 본 것과 같은바, 피고는 외상대금 채권은 위 일시에 상계적상에 있었다고 할 것이므로 그때까지의 외상대금 채권과 그에 대한 상사 지연손해금 합계 5,921,647원  $\{5,565,745 \times (1 + 0.06 \times 389/365)\}$ 을 상계하면 피고가 원고에게 지급하여야 할 금원은 10,578,353원(16,500,000-5,921,647)이다. 또 피고는, 원고가 피고로부터 해지 통고를 받은 이후에도 피고의 상표를 사용하여 영업함으로써 피고의 신용 및 영업에 막대한 손해를 입었다면서 그에 대한 손해배상액인 50,000,000원을 상계하여야 한다고 주장한다. 현재 지바트 대리점의 간판을 그대로 부착하고서 영업하고 있는 사실은 인정된다. 그러나 이것만으로는 피고의 신용 및 영업에 어떠한 손해가 있었다고 보기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 위 주장은 이유없다.

바. 그렇다면 피고는 원고에게 금 10,578,353원과 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분이 피고에게 송달된 다음날임이 기록상 분명한 1999. 10. 7.부터 다 갚을 때까지 소송촉진등에관한특례법 소정의 연 2할 5푼의 비율에 의한 금원을 지급할 의무가 있다. 따라서 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각한다.



## [관련 법률지식]

## 8. 가맹금

## 가. 가맹금의 성격

가맹계약은 유상계약이기 때문에 반드시 가맹점사업자가 가맹본부에게 가맹금을 지급하여야 한다. 가맹금은 가맹본부가 제공하는 여러 가지 서비스와 영업표지의 사용허가에 대한 대가로, 가맹계약에서 정한 사업에 가입할 권리를 취득하기 위하여 가맹점사업자가 지급하거나 지급하기로 약정하는 요금 내지는 부담금을 말한다. 이러한 가맹금은 그 명칭이나 형태를 불문한다.

## 나. 가맹금의 유형

- 1) 가맹점사업자가 가맹점운영권을 부여받을 당시에 영업표지의 사용허가와 영업활동에 관한 지원·교육 등의 대가로 가맹본부에게 지급하는 금전
  - ① 개시지급금 : 가입비·입회비·가맹비 또는 계약금 등 그 명칭여하에 불구하고 가맹희망자 또는 가맹점사업자가 가맹점운영권을 부여받기 위하여 가맹본부에 지급하는 금전
  - ② 가맹점사업자가 사업을 착수하기 위하여 가맹본부로부터 공급받는 정착물·설비·원자재 또는 가맹사업을 운영하기 위하여 최초로 가맹점사업자에게 인도되는 물품의 가격 또는 부동산의 임차료 명목으로 가맹본부에 지급하는 금전 중 적정한 도매가격(도매가격이 형성되지 아니하는 경우에는 가맹점사업자가 정상적인 거래관계를 통하여 해당 물품 또는 용역을 구입·임차·교환할 수 있는 가격을 포함한다.)을 초과하는 금전
- 2) 가맹점사업자가 상품의 판매대금 등에 관한 채무액 또는 손해배상액의 지급을 담보하기 위하여 가맹본부에게 지급하는 금전(계약이행보증금)
 

: 가맹보증금·보증금 등 명칭여하에 불구하고 가맹점사업자가 상품의 판매대금이나 자재대금 등에 관한 채무액 또는 손해배상액의 지급을 담보하기 위하여 가맹본부에 지급하는 금전
- 3) 가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 승낙 받은 영업표지의 사용과 영업활동에 관한 지원·교육 등의 대가로 가맹본부에게 정기적으로 지급하는 금전
  - ① 정기지급금 : 가맹점사업자가 상표사용료·리스료·광고분담금·지도훈련비·간판류임차료 등의 명목으로 가맹본부에 정기적으로 지급하는 금전
  - ② 가맹점사업자가 사업을 영위하기 위하여 가맹본부로부터 공급받는 상품·원재료·부재료·정착물·설비·자재의 가격 또는 부동산의 임차료에 대하여 가맹본부에 정기적으로 지급하는 금전 중 적정한 도매가격을 초과하는 금전

## 다. 가맹금의 반환

가맹본부는 아래의 요건에 해당하는 경우에는 가맹희망자 또는 가맹점사업자의 요구가 있는 날부터 1월 이내에 ①가맹점사업자가 가맹점운영권을 부여받을 당시에 영업표지의 사용허가와 영업활동에 관한 지원·교육 등의 대가로 가맹본부에게 지급하는 금전이나 ②가맹점사업자가 상품의 판매대금 등에 관한 채무액 또는 손해배상액의 지급을 담보하기 위하여 가맹본부에게 지급하는 금전(계약이행보증금) 명목의 가맹금을 반환하여야 한다.

#### 라. 평석

가맹사업거래의공정화에관한법 제13조 가맹계약 종료사실의 통지 및 제14조 가맹계약해지의 제한 등의 법률에 따라 가맹계약을 종료하거나 해지하는 경우에는 그 법적 절차를 따라야 한다. 이 사건의 경우, 대리점 증설 및 대리점 계약 해지가 계약에 명시된 사항에 따르지 않았기 때문에, 대리점 증설과 계약 해지는 모두 계약위반에 해당하며, 이러한 해지 절차는 가맹사업거래의공정화에관한법에서 정한 적법한 해지 절차에 해당하지 아니한다고 할 수 있다.

원고가 계약에서 정한 최소 구매량을 구입하지 못하였더라도 대리점 계약에서 정한 2차례의 경고조치를 거치지 아니한 것은 부적법한 해지에 해당한다.

## 제61절 가맹점사업자의 채무불이행으로 인한 계약해지를 인정한 사례

### [판례]

1. 사건표시: 서울지방법원 1997.09.02 94가합79065 가맹계약해지 및 정산금 처리  
판결내용
2. 사건개요: 프랜차이즈 가맹계약의 해지의 적법성 및 이에 따른 정산금 등의 처리 문제
3. 사실요지

가맹점주인 피고와 『써클케이』 가맹본부인 원고 사이에 프랜차이즈 가맹계약을 체결하고 피고가 가맹점 개점이후, 원고에게 매출액의 극히 일부 금액만을 송금하자, 원고는 피고에게 가맹점계약 해지 및 송금의무 등의 의사표시를 전달하고 정산금 등을 요구한 사안.

### 4. 적용법규

가맹사업거래의공정화에관한법 제13조 (가맹계약 종료사실의 통지 등)  
가맹사업거래의공정화에관한법 제14조 (가맹계약해지의 제한)  
독점규제및공정거래에관한법률 제19조 (부당한 공동행위의 금지)  
독점규제및공정거래에관한법률 제23조 (불공정거래행위의 금지)

### 5. 사실관계

가. 원고는 써클케이라는 명칭의 편의점체인 운영 등을 목적으로 하는 회사로서, 편의점을 경영할 가맹점을 모집하기 위하여 전국적으로 대대적인 광고와 설명회를 개최하는 한편, 이에 응한 예비 가맹점주들과 1차 계약을 체결하면서 예비 가맹점주들로부터 소정의 상권조사비와 교육훈련비를

지급받아 예비 가맹점주들에게 편의점 운영에 필요한 연수를 하고 편의점이 위치할 지역에 대한 상권의 조사와 분석을 거쳐 사업의 타당성을 결론지은 후 예비 가맹점주들과의 사이에 원고 자신이 미리 만든 거의 동일한 내용의 계약서를 이용하여 편의점 가맹계약(2차 계약)을 체결한다.

나. 피고 또한 원고의 위와같은 광고와 원고 직원과의 상담을 통하여 원고가 영위하고 있는 프랜차이즈 사업의 내용에 관하여 대체적인 윤곽을 잡고 1993. 8. 28. 원고의 개발상담 직원 박xx과 1차 계약을 체결하고 교육훈련비 명목으로 금 550,000원을 지급하였고, 그후 약 10일간의 연수와 원고가 추천하는 편의점 위치 예정 지역에 대한 원고의 상권조사를 거친 후, 같은해 9. 24. 원고와의 사이에 아래 내용을 주요한 내용으로 담고 있는 원고 제시의 계약서에 서명, 날인함으로써 편의점 가맹계약을 체결하고, 같은해 9. 25. 대전 중구에서 씨클케이 보문공원점이라는 상호의 편의점을 개점하고 그 영업을 시작하였다.

- 1) 원고는 자신의 상호, 상표, 서비스표, 로고 등의 영업표지와 점포의 디자인이나 배색, 구조, 장식 등의 통일적이고도 동일한 영업이미지를 이용하는 가맹점운영권을 피고에게 부여함과 동시에 계속적으로 피고에 대하여 시장조사, 상품조달, 판촉, 광고, 회계, 재고품관리 등 가맹점의 성공적 운영에 필요한 각종의 영업지도, 기술지원 및 서비스를 제공할 것을 약정하고, 피고는 이에 대하여 원고에게 일정한 대가를 지불하고 자기책임하에 독자적으로 가맹점을 운영하기로 한다. 피고는 가맹점의 외관이나 영업표지의 동일성에도 불구하고 원고로부터 완전 독립한 별도의 사업주체이다.
- 2) 피고가 취득하는 가맹점운영권에는 다음의 권리가 포함된다.
  - ① 원고의 상호, 상표, 서비스표, 로고, 의장, 저작물, 간판, 라벨, 포장용지 등을 포함한 씨클케이 가맹점인 것을 나타내는 제반 상징물의 사용권
  - ② 씨클케이 시스템에 따라 점포건물 내외에 설치한 각종 설비의 사용권
  - ③ 씨클케이의 영업정보, 노하우, 운영교범, 지침서, 서식용지 등의 제공요구권 및 그에 대한 사용권
- 3) 피고는 계약체결과 동시에 가맹계약 이행보증금 4,000,000원, 개업준비수수료 금 2,000,000원, 잔돈 준비금 1,000,000원, 상품구입대금예치금 6,000,000원을 원고에게 예탁한다.
- 4) 원고와 피고는 개점 후의 상호 대차내용 및 그 경과를 명확히 하고 순차결제를 함으로써 번거로운 계산절차를 생략하기 위하여 개업일로부터 상호계산계정에 의하여 상대방에 대한 채권 채무를 산정하기로 한다. 상호계산계정이란 본 계약에 기하여 개업일로부터 정산일까지 원고와 피고 간에 발생한 모든 채권 채무에 대하여 그 대차의 내용, 경과 및 피고의 의무에 속하는 부담을 순차적으로 기장하여 명확히 하고, 일괄적으로 차변과 대변의 각 과목을 공제 계산하여 결제해 나가는 계속적 계산관계를 말하며, 여기서 차변은 피고의 부채계정을, 대변은 이에 관한 피고의 변제 내지 피고의 채권을 의미한다.
- 5) 피고는 씨클케이 가맹점으로서의 공동구매를 통한 가격할인, 기타 판촉행사 등을 전 씨클케이 점포와 공유하기 위하여 원고 또는 원고가 지정하는 업체가 공급하는 상품만을 판매하여야 한다. 단, 원고 또는 원고가 지정하는 업체가 상품을 공급할 수 없거나 원고의 공급가격이 부당하다고 판단될 경우에는 그 사유와 근거를 문서로써 명시하여 원고의 승인을 득한 후 독자적으로 상품을 구매, 판매할 수 있다.

- 6) 피고는 일일 재고품 판매대금과 직접 수령한 판매장려금 및 이와 유사한 성질의 모든 수입과 잡 수입금을 피고의 비용부담으로 원고가 지정하는 은행의 예금구좌에 불입하거나 원고가 지정하는 제3자에게 지급하기로 한다. 판매대금은 점포에서 직접 지급하는 상품구입대금 및 비용을 제외한 전액을 매일 송금하여야 한다. 원고는 피고가 송금을 지체하는 경우 1일당 금 30,000원의 지체배상금을 부과할 수 있고, 3일간 계속 송금을 하지 않을 경우에는 본 계약을 해지할 수 있다.
- 7) 원고는 가맹점의 매월 및 매년의 손익계산서, 대차대조표와 매월의 상품수불 내용을 문서로 작성하여 피고에게 제출한다. 피고는 원고가 전항의 계표를 작성할 수 있도록, 다음의 자료나 서류를 소정의 기일까지 원고에게 제출한다.
  - ① 매출일보
  - ② 구매에 관한 청구서와 입금표, 영업비에 대한 청구서와 입금표, 기타 원고가 지정하는 자료나 보고서
  - ③ 판매대금의 송금에 관한 은행 입금증 내지 이와 유사한 증빙서  
피고가 위 자료나 보고서의 제출을 태만히 하는 경우에는 지체기간의 1일당 각 건마다 금 3,000원을 원고에게 지급하여야 한다.
- 8) 피고는 가맹점 운영권 부여 및 각종 서비스 제공에 대한 대가로 원고에게 매 회계기간마다 그 말일에 매출총이익에 대하여 가맹료율 30%를 곱한 금액을 상호계산계정에 의하여 원고에게 지급한다.
- 9) 원고는 피고가 본 계약에 따라 가맹점을 계속 운영할 것을 전제로 매월 1회 종업원 인건비를 포함한 금 3,000,000원 또는 매출액의 6%중 큰 금액을 이익인출금(월인출금)으로 지불한다.
- 10) 원고는 피고가 본 계약에 따라 매일 영업을 계속하는 한 12 회계기간 중, 피고의 총수입이 금  $[60,000,000\text{원} \times \text{영업시간} / 24]$  에 의한 금액에 미달할 경우 원고는 수취한 가맹료를 최고한도로 하여 그 부족액을 상호계산계정을 통하여 피고에게 지급하는 방법으로 최저수익을 보장한다.
- 11) 피고가 본계약서중 위 일일송금, 자점매입 승인, 영업일보 등 보고자료 제출 등의 의무를 위반하는 경우에 원고는 10일 이상의 유예기간을 정하여 문서로서 최고하고, 그래도 이를 시정하지 아니하거나 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 본 계약을 해지할 수 있다.
- 12) 원고 또는 피고가 계약을 해지하는 경우에 귀책사유가 있는 당사자는 상대방이 입은 손해의 배상으로 다음에 정한 금액을 상대방에게 지급하여야 한다.
  - ① 과거 12개월분의 가맹점 경영실적에 의거한 6개월분의 매출총이익의 50% 상당액
  - ② 과거 12개월분의 매출액 실적의 1개월 평균 매출액을 기준으로 하여 계약 잔존기간의 1/10에 상당하는 기간의 월매출총액의 2% 상당액
- 13) 피고는 본계약이 종료되면 즉시 가맹점을 폐점하고 다음의 조치를 취하며 점포, 설비 기타 일체를 가맹점운영권을 취득하기 전과 동일한 상태로 되돌려 놓는다.
  - ① 씨클케이 시스템에 관한 운영교범, 자료 기타 영업비밀에 속하는 모든 정보, 자료, 서류, 용지, 용구 등을 원고에게 반환하고, 씨클케이 이미지를 나타내는 일체의 간판, 공작물, 점포의 내외장을 파괴하거나 삭제한 후 원고로부터 그 확인을 받는다.
  - ② 피고는 원고의 설비를 자신의 비용으로 제거하고 파손부분을 수리한 후 원고가 지정하는 보관장소에 운반하여 원고에게 반환한다.

- 14) 당사자가 계약기간 종료후에 위 (13)항의 원상회복조치를 취하지 않은 경우에는 상대방에 대하여 매 일일당의 지체기간마다 금 30,000원씩 지체배상금을 지급하여야 한다.
- 15) 가맹점 운영권을 상실한 후에 써클케이의 상표, 의장, 명칭, 기호를 사용하거나 써클케이 시스템에 관한 영업비밀 내지 저작물을 사용 또는 모방하거나 제3자에게 영업비밀이나 경영노하우를 누설하는 등의 경우에는 동일한 시, 구, 동내에 있거나 가장 가까이에 있는 가맹점의 과거 12개월분 매출총합계액의 10% 상당액을 손해배상금으로 지급한다.

## 6. 법적쟁점

『프랜차이즈 가맹계약의 해지가 적법하게 이루어졌는가?』

## 7. 판결요지

가. 이 사건 가맹점계약이 적법하게 해지되었는지 여부

### 1) 위 가맹점 계약서의 약관성 여부 및 원고의 명시, 설명의무 이행여부

원고가 피고와의 위 가맹점계약을 체결하면서 사용한 위 계약서는, 원고가 불특정 다수의 예비 가맹점주들을 모집하면서 미리 준비하고, 그 내용이 거의 동일하며, 위 가맹점계약의 내용이 되는 것으로 하되, 각 조항마다 개별적인 교섭 내지는 흥정의 대상이 되지 아니한 것으로서 약관의 규제에 관한 법률의 적용 대상이 되는 약관이라 할 것이다.

그런데, 피고는 원고의 직원인 위 박xx이 가지고 온 이 사건 가맹점계약서에 서명, 날인할 당시 위 박xx에게 계약서의 신중한 검토를 위하여 이를 교부하여 줄 것을 요청하였으나, 위 박xx은 그 내용이 대외비라는 이유로 피고의 요청을 거절하였고, 이에 피고는 위 계약서의 내용을 충분히 검토하여 보지도 못하여 그 주요내용을 알지 못한 채 서명, 날인하였으며, 이 사건 가맹점계약을 체결한 후에도 이를 피고에게 교부하여 주지 않았으므로, 위 계약서의 내용은 피고에 대하여 효력이 없는 것이라고 주장한다.

증인 박yy의 증언만으로는 피고가 위 계약서의 주요한 내용을 알지 못한 채 서명, 날인하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없는 반면, 오히려 앞에서 본 인정사실에 비추어 보면 피고는 위 가맹점 계약을 체결하기 전 원고의 광고와 원고 직원 박xx과의 상담, 위 1차 계약 체결 후의 약 10일간의 연수기간을 통하여 개괄적이거나 위 계약서 내용 중 중요한 사항에 대하여 원고로부터 설명을 들었음이 넉넉히 추인되므로 원고는 명시, 설명의무를 이행하였다고 봄이 상당하고, 원고가 이 사건 가맹점계약서를 위 가맹점 계약체결 후 상당한 기간 동안 보관하여 왔다는 사정은 이와 같은 결론에 방해가 되지 아니한다.

### 2) 계약의 해지여부

피고는 이 사건 가맹점을 개점한후 영업을 하여 오다가 1994. 2. 2.부터 원고에게 금 330원, 금 630원, 금 910원 등 1994. 2. 26.까지 계속하여 매출액의 극히 일부 금액만을 송금하면서 나머지 매출액은 자점매입대금으로 출금하고 있다고 통보한 사실, 이에 원고는 1994. 2. 17.경 피고에게 통고서를 보내어 1994. 2. 26.까지 자점매입의 정당성을 입증할 수 있는 자료를 제출하고, 그 제출지연으로 인한

약정 손해배상금을 지급하되, 만약 위 기한까지 이를 이행하지 않을 경우 1994. 2. 27.자로 이 사건 가맹점계약은 해지된 것으로 한다는 뜻을 알린 사실, 그러나 피고는 그 후로도 계속하여 위 송금의무 및 자료제출의무를 이행하지 아니한 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면, 이 사건 가맹점 계약은, 피고가 자점매입자료의 제출의무를 이행하지 아니함으로 인하여 원고의 위 해지 의사표시의 도달일로부터 이 사건 가맹점계약 소정의 최고기간인 10일이 경과한 1994. 2. 28.경 적법히 해지되었다고 할 것이다.

#### 나. 피고의 주장

- 1) 피고는, 원고가 이 사건 가맹점계약의 해지사유로 삼은 피고의 판매대금 1일 송금의무조항 규정은 매일 피고가 그 판매대금을 원고에게 송금하여야 할 필연성이 없음에도 불구하고, 단지 원고의 회계처리의 편의만을 위하여 피고에게 매일 송금의무를 규정한 것으로 약관규제법의 고객에게 부당하게 불리한 조항으로서 공정을 잃은 약관조항이거나, 고객에게 부여된 기한의 이익을 상당한 이유없이 박탈하는 약관조항이거나, 또는 독점규제및공정거래에관한법률 제23조 제1항 제5호의 부당한 구속조건부 거래행위에 해당하여 무효이므로 피고가 위 송금의무조항을 위반하였음을 이유로 한 위 해지주장은 이유 없다고 주장한다. 위에서 본 바와 같이 원고는 피고의 1일 송금의무 불이행을 이 사건 가맹점계약의 해지사유로 삼고 있는 것이 아니라, 자점매입자료의 미제출을 해지사유로 삼고 있는 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 위 주장은 이유 없을 뿐만 아니라, 또한 이 사건 가맹점 계약은 가맹점 본부인 원고에 의한 일괄적이고 체계적인 회계처리, 원고에 의한 일괄적인 상품의 구입과 공급 및 대금의 결제를 계약의 본질적인 내용으로 하고 있는 점, 위 송금의무는 실현된 판매분에 한해서 지워진다는 점에서 위 송금의무규정이 고객에게 부당하게 불리하거나, 고객의 기한의 이익을 상당한 이유 없이 박탈하거나, 나아가 피고의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건이라 할 수도 없으므로, 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.
- 2) 피고는 위 자점매입금지 규정은 약관규제법의 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항으로서 공정을 잃은 조항이거나, 독점규제및공정거래에관한법률 제19조 제1항 4호 소정의 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위에 해당하여 무효이므로 피고의 자점매입을 이유로 한 원고의 해지는 효력이 없는 것이라고 주장한다. 원고는 피고의 위 자점매입 행위 자체를 이 사건 가맹점 계약의 해지사유로 삼고 있는 것이 아니라 자점매입에 관한 자료제출의무의 불이행을 해지사유로 삼고 있음은 위에서 본 바와 같으므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 위 주장은 이유 없고, 가사 원고가 위 자점매입 금지조항의 위반을 이유로 위 가맹점계약을 해지하였다 하더라도 이 사건 가맹점 계약의 본질에 비추어 위 자점매입 금지조항 자체도 가맹점본부의 이미지나 브랜드 특성을 통일하기 위하여는 불가피한 일이고, 앞에서 본 바와 같이 예외적으로 정당한 사유가 있는 경우 원고로부터 승인을 얻는 것을 전제로 자점매입을 허용하고 있으므로, 위 자점매입 금지규정이 약관규제법이나, 독점규제및공정거래에관한법률에 위반된다고 할 수는 없다고 할 것이니, 피고의 위 주장은 어느모로 보나 이유 없다.
- 3) 피고는, 이 사건 가맹점 계약의 본질 및 원고와 피고의 경제적 지위 등에 비추어 원고는 신의성실의 원칙상 피고에 대하여 뒤에서 보는 바와 같은 각종 의무를 부담한다고 할 것인데, 피고는 원고가 이와같은 각종의 의무를 이행하지 않았거나 성실히 이행하지 않음으로 인하여

이 사건 가맹점을 개점하여 영업을 하여 본 결과 원고가 보장한 예상매출액 혹은 예상매출이익액에 훨씬 못미치는 적자를 보는 손해를 입게 되었는바, 피고는 원고의 이러한 이 사건 가맹점 계약상의 채무불이행을 항의하고 이를 시정하게 하기 위하여 동시이행의 항변의 의미로, 혹은 위 채무불이행으로 인한 피고의 원고에 대한 손해배상채권으로 상계한다는 의미로 원고에 대한 위 송금의무 및 자료제출의무를 이행하지 않은 것이므로 원고의 이 사건 가맹점계약의 해지는 부당하고, 오히려 피고가 원고의 위 채무불이행을 이유로 이 사건 가맹점계약을 해지한다고 주장한다. 이하에서 피고가 주장하는 원고의 채무불이행의 점에 관하여 차례로 보기로 한다.

#### ① 상권조사의무의 불이행의 점

가맹점계약과 같은 편의점 프랜차이즈 계약은 서비스표의 사용허락, 지속적인 경영에 대한 조력, 이미지의 동일성 등을 확보하기 위한 지도와 통제를 그 본질적인 요소로 하는 계약 관계로서 가맹본부는 가맹점주의 자금과 능력을 이용하여 이익을 얻고 사업을 확대할 수 있고, 가맹점주는 본부로부터 영업비결 판매전략 등에 관한 정보 및 경영지도를 받고, 인지도 높은 본부의 상표등의 영업권을 사용함으로써 별다른 영업지식이나 경험이 없이도 사업을 영위할 수 있다고 기대하는 점에 그 계약체결의 동기가 있다. 따라서 가맹점주로서는 개점후에 상당한 영업이익이 보장된다는 막연한 기대로 인하여 상당한 금원을 투자하여 가맹점을 개점하는데, 이러한 가맹점의 성공여부는 가맹본부의 인지도와 개점후의 철저한 경영지도 및 가맹점주의 개인적인 노력도 중요하지만 상당부분 가맹점이 위치한 상권의 입지조건에 의하여 결정되는 수가 많고, 가맹점주로서는 이러한 상권의 입지조건에 관하여 거의 전적으로 가맹본부가 하여 주는 상권조사와 이에 따른 사업계획에 의존할 뿐 이를 분석, 비판하는 것은 용이하지 않다. 따라서 가맹본부가 예비 가맹점주에게 사전에 상권조사보고서와 사업계획서를 제시하는 경우에는 이들 서류가 가맹점주가 되고자 하는 개인에게는 계약체결의 여부를 판단하기 위한 가장 중요한 자료가 된다.

이와 같이 개인이 편의점 프랜차이즈 계약의 체결에 이르게 되는 특수한 사정을 고려한다면 일반적으로 가맹본부는 가맹점을 모집하고 가맹점 계약의 체결을 위한 교섭단계에서 예비 가맹점주들에게 정확히 상권을 조사하고 그 결과 나타나는 사업성에 대한 객관적인 정보와 자료를 제시함으로써 이를 가맹점 계약의 체결을 위한 판단자료가 되도록 할 신의칙상의 의무가 있다 할 것인데, 이 사건에서는 아래에서 보는 바와 같이 원고의 상권조사 의무가 1차계약상의 중요한 의무로 나타난다.

원고 직원인 위 박xx은 1993. 8.경 피고와 이 사건 가맹점 계약의 체결을 위한 상담을 할 당시, 원고 제작의 씨클케이 안내서를 피고에게 제시하면서 원고는 피고에게 전문 입지조사업체와 본사 전문인력이 3차례에 걸친 타당성조사로 입지를 선정하므로 가맹점은 최상의 조건으로 출발한다고 설명하고, 원고는 1일 평균 매출액이 금 1,500,000원 이상이 된다고 판단되는 곳에만 점포를 개설하는데 그 경우 가맹점의 연간 수익으로 최저 금 60,000,000원이 보장된다고 강조한 사실, 이에 유통업에 종사한 경험이 없던 피고는 위 박xx의 말을 믿고 1993. 8. 28. 원고와 사이에 앞에서 본 바와 같이 1차 계약을 체결하고, 나아가 1993. 9. 24. 이 사건 가맹점계약을 체결하기에 이른 사실, 그러나 그 후 피고가 이 사건 가맹점을 개점하고 실제로 영업을 하여 본 결과, 위 편의점의 1일 평균 매출액은

1993. 9. 금 860,758원, 1993. 10. 금 641,177원, 1993. 11. 금 580,682원, 1993. 12. 금 633,326원, 1994. 1. 금 557,735원, 1994. 2. 금 493,721원에 불과하여 위 기간 동안의 월 매출총이익에서 피고의 영업비용과 원고에게 지급할 가맹료를 공제하면 오히려 순자산이 감소되는 적자를 보게 된 사실, 이에 피고는 이와 같은 편의점 영업의 실패가 원고의 부정확한 상권조사에도 기인한다고 보고 이를 항의한다는 의미로 원고에 대한 송금의무 및 자료제출의무를 이행하지 않은 사실을 인정할 수 있고, 이에 반하는 증인 전xx, 박xx의 각 일부증언은 믿지 아니하며, 달리 반증 없다.

피고가 이 사건 가맹점을 운영하면서 영업실적이 저조할 수밖에 없었던 피고 고유의 사정이 있다는 자료가 보이지 아니하는 이 사건에 있어서 피고의 이 사건 가맹점 운영의 실패는 상당 부분 원고의 점포 입지 선정에서의 오류 및 부정확한 상권조사와 그에 근거한 부정확한 정보의 제공에 그 원인이 있다고 보여지므로 원고는 위 1차계약상의 정확한 상권조사의무를 위반하였다 할 것이나, 이러한 상권조사의무는 계약체결의 교섭단계에서 발생하는 신의칙상의 의무이거나 위 가맹점계약과 별개의 위 1차계약상의 의무에 불과하여 뒤에서 보는 바와 같이 이의 위반을 이유로 손해배상 책임을 물을 수 있는 것은 별론으로 하고 이 사건 가맹점계약상 발생하는 자신의 의무의 이행을 거부할 수는 없다고 할 것이므로 피고의 위 주장은 결국 이유 없다.

## ② 계약기간 보장의무 위반의 점

피고는 이 사건 가맹점을 개설하기 위하여 상당한 금원을 투자하였을 뿐만 아니라 이 사건 가맹점계약은 거래의 계속성이 요구되는 계속적 공급계약이므로 신의칙상 가맹점에게 치유할 수 없는 하자가 있는 등 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 상당한 예고기간을 두거나 손실보상을 하지 않으면 계약을 해지할 수 없다고 할 것인데, 원고는 위와 같은 조치를 취하지 않은 채 1일 송금의무와 같은 사소한 의무위반을 이유로 이 사건 가맹점계약을 해지하였으므로 원고의 위 해지는 효력이 없다는 취지의 주장을 한다.

원고는 피고가 이 사건 가맹점계약상의 1일 송금의무를 성실히 이행하지 아니하자 피고에게 약 9일간의 기간유예를 주면서 자점매입의 정당성을 입증할 자료의 제출을 촉구하였고, 그럼에도 불구하고 피고가 이를 이행하지 아니하자 이 사건 가맹점계약을 해지하였던 것이며, 또한 1일 송금의무는 이 사건 가맹점계약의 중요하고도 본질적인 의무로서 피고의 위 지체기간에 비추어 그 의무위반의 정도가 사소하다고 볼 수 없는 것이어서 피고의 위와 같은 의무위반은 원고와 피고 사이의 신뢰관계를 단절시키는 중대한 채무불이행으로 보아야 할 것이므로, 원고가 해지 이전에 전혀 유예기간을 두지 않았거나, 1일 송금의무 위반이 사소한 의무위반에 불과함을 전제로 하는 피고의 위 주장은 이유 없다.

## ③ 계약에 관한 정보고지, 설명의무 위반의 점

피고는 원고가 매출총이익 중 우선하여 30%를 원고에 대한 가맹료로 지급하고 나머지 70%에서 피고의 영업비와 재고손실이 공제되는 이익분배방법에 관한 계약조건을 자세히 설명하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 해태함으로써, 피고로 하여금 매출이익에서 영업비 및 재고손실 등을 공제한 영업이익을 본부와 가맹점이 3 : 7의 비율로 분배하는 것으로 오해하도록 유도하였다고 주장하나, 피고로 하여금 이익분배방법에 관하여 오해하



도록 유도하였다는 점을 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

#### ④ 투자 의무 위반의 점

피고는 원고가 이 사건 가맹점계약을 체결할 당시 금 80,000,000원 상당의 집기 등 설비투자를 하기로 약정하였음에도 불구하고, 실제로는 그에 훨씬 못미치는 금액 상당의 집기를 리스로 대여받아 피고의 점포에 설치하여 주었음 뿐이므로, 원고는 당초 약정하였던 투자 의무를 위반한 것이라고 주장한다.

원고는 당초 피고의 점포에 금 80,000,000원 상당의 집기를 무상으로 대여하기로 약정한 사실, 이에 따라 원고는 소외 부산리스 주식회사로부터 피고의 점포에 설치하여 줄 집기 등을 금 31,717,500원에 시설대여받는 등 함께 금 41,191,700원 상당의 집기를 피고의 점포에 설치하여 준 사실, 그런데 원고는 이 사건 가맹점계약의 약정 존속기간이 10년인데 비하여 원고가 설치하여 준 위 집기들의 내구연한은 5년 정도이기 때문에 5년 후의 집기 및 부대시설 교체에 대비하여 우선 위 금원 상당의 집기 등의 시설을 해 준 사실을 인정할 수 있고, 반증 없는바, 그렇다면 원고로서는 이 사건 가맹점계약의 존속기간인 10년 동안에 걸쳐 당초 약정한 금 80,000,000원 상당의 집기 및 부대시설 투자를 예상하고 우선 위 금원 상당의 집기 등을 설치하여 준 것이어서 원고가 당초 약정한 투자 의무를 위반하였다고 할 수는 없을 것이므로, 피고의 위 주장도 받아들이지 않는다.

#### ⑤ 상품공급 의무 위반의 점

원고는 피고에게 양질의 물품을 저렴한 가격에 공급하여야 할 상품공급 의무가 있음에도 불구하고 물품공급처로부터 받은 원가의 5%에 상당하는 물류비 및 판매장려금을 피고에게 공급하는 물품원가에 반영하지 아니하여 비싼 가격에 물품을 공급하였고, 미미한 액수의 미송금을 이유로 1994. 2. 초순경부터 상품공급을 중단하는 계약위반행위를 하였다는 취지의 주장을 한다.

원고가 피고에게 공급할 상품을 구입함에 있어 그 일부 거래처들로부터 물류비 또는 장려금 명목의 리베이트를 지급받은 사실을 인정할 수 있으나, 그렇다고 하여 원고가 피고에게 물품을 공급함에 있어 당연히 위 물류비 및 장려금을 물품원가에 반영하여야 할 의무가 있다고 할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거도 없으며, 나아가 원고가 1994. 2. 초순경부터 피고에게 상품공급을 중단하였다는 점에 관하여 보건대 이를 인정할 아무런 증거가 없고, 오히려 원고는 피고에게 이 사건 가맹점계약 해지의 효력이 발생한 1994. 2. 28.경까지 상품을 공급한 사실을 인정할 수 있으므로, 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

#### ⑥ 공정회계 처리 의무 위반의 점

원고는 정확한 재고조사를 할 의무가 있음에도 이를 소홀히 한 채 그에 따른 재고조사 부족금을 일방적으로 피고의 부담으로 하였고, 나아가 원고에게 물품을 공급하는 공급처에는 통상 60일 기간의 어음으로 그 대금을 결제하면서 피고에 대하여는 매일 현금으로 그 물품 대금을 수령함으로써 피고로부터 송금받는 금원에 대하여 상당한 기간 동안의 금융이익을 부당하게 독차지하였을 뿐만 아니라, 물품공급처로부터 받는 물류비 및 판매장려금을 원고에게 공급하는 물품원가에 반영하지 않고 독차지하였으며, 피고로부터 수취하는 가맹료에 대한 부가가치세를 일방적으로 피고의 부담으로 하였는바, 이는 가맹점의 회계업무를 대행하는 원고가 부담하는 공정회계처리 의무를 위반한 것이라고 주장한다.

원고와 피고는 이 사건 가맹점계약의 내용으로서, 원고는 가맹점의 운영과 관련하여 통상적으로 영업비로 인정할 수 없는 재고품의 손실에 대하여는 피고가 이를 판매한 것으로 간주하여 가맹료산정범위에 포함시키되, 통상의 영업비로 인정할 수 없는 재고품의 손실범위란 전회의 재고조사일 이후 당해 실제 재고조사일까지 사이에 매출총액에 대하여 2%를 초과하는 금액에 해당하는 부분을 지칭하는 것으로 약정한 사실을 인정할 수 있고, 반증 없는 바, 이처럼 재고조사 부족분을 무제한적으로 피고의 부담으로 하는 것이 아니라 일정한 범위를 초과하는 부분에 관하여만 피고의 부담으로 하는 것이고, 나아가 피고가 부담하여야 할 재고분의 범위가 부당하게 과다하다는 점을 인정할 아무런 자료가 없는 이상 피고가 공회계처리의무를 위반하였다고 할 수는 없을 것이다.

원고가 피고에게 공급할 상품을 구입함에 있어 일부 상품에 대하여는 어음으로 결제하고 있는 사실 및 그 일부 거래처들로부터 물류비 또는 장려금 명목의 리베이트를 지급받은 사실을 인정할 수 있고, 반증 없으나, 그렇다고 하여 원고가 취득하는 위와 같은 금융이익과 위 물류비 및 장려금을 피고에게 당연히 분배하여야 할 의무가 있다고 할 수는 없고, 달리 이를 인정할 증거도 없으며, 끝으로 부가가치세의 부담에 관하여는 위 가맹료가 위에서 본 바와 같이 원고가 이 사건 계약상 피고에 대하여 서비스료의 이용에 관한 권리의 부여, 편의점 운영상의 각종 지도와 정보의 제공, 기타 회계처리의 대행 등에 대한 대가의 성질을 띄는 것이므로 이에 대한 부가가치세는 특약이 없는 한 위와 같은 용역을 제공받는 피고가 부담하여야 할 성질의 것이므로 피고의 위 주장은 모두 이유 없다.

## 다. 금원지급의무의 범위

### 1) 손해배상 예정액

#### ① 손해배상액 예정 약관조항의 효력유무

피고가 1일 송금의무를 위반한 경우, 원고의 영업비밀에 관한 모든 자료 등 및 원고가 설치한 설비 등의 반환, 원고의 이미지를 나타내는 간판 등의 철거의무를 위반한 경우, 원고의 상표 등의 사용금지 및 원고의 영업비밀 등의 사용, 누설 금지의무를 위반한 경우, 피고의 이 사건 가맹점 계약상의 의무위반으로 원고가 계약을 해지한 경우에 있어서의 위약금 약정한 위 약관조항의 구체적인 내용과 이러한 약관조항이 원, 피고간의 이 사건 가맹점계약의 내용이 된 사실은 위에서 본 바와 같고, 위 각 위약금약정은 손해배상액의 예정으로 추정된다 할 것인데, 약관규제법은 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항은 무효이다. 약관에 다음 각호의 1에 해당되는 내용을 정하고 있는 경우에는 당해 약관조항은 공정을 잃은 것으로 추정된다고 규정하고 그 제1호에 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항을 들고 있으며, 같은 법에 고객에 대하여 부당하게 과중한 지연손해금 등의 손해배상의무를 부담시키는 약관조항은 이를 무효로 한다고 규정하고 있으므로, 고객에 대하여 부당하게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 약관조항은 고객에게 부당하게 불리하여 공정을 잃은 것으로 추정되고 신의성실의 원칙에 반하는 것으로서 무효라고 보아야 할 것이다.

손해배상액 예정규정은 가맹점주들이 편의점 사업을 시작함에 있어 상당한 금원을 투자하는 현실에 비추어 일일 송금의무를 위반하는 등으로 가맹점계약의 해지를 자초하기란 쉽지 않은

점, 이와 같은 손해배상액 예정규정이 없다 하더라도 가맹본부로서는 1일 송금의무위반을 이유로 계약을 해지하고 손해배상 예정액을 청구하는 것만으로도 가맹점 계약의 이행을 어느 정도 담보할 수 있다는 점에서 위 규정은 고객인 피고에게 부당하게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 것으로서 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항이라고 할 것이므로 무효라 할 것이고, 손해배상액 예정규정도 동일한 사유를 원인으로 하는 중복적인 손해배상액 예정규정으로서 이 역시 같은 이유로 무효라 할 것이어서 원고는 피고에 대하여 위 각 조항에 기한 손해배상 예정액의 청구를 할 수 없다고 봄이 상당하다.

또한 손해배상액 예정규정도 피고가 가맹점운영권을 상실한 후에도 간판 등 철거의무를 이행하지 않음으로써 간판 등으로 표시되는 원고의 상표 등을 여전히 사용하는 경우까지 적용된다고 보는 경우에는 동일한 사유를 원인으로 하는 중복적인 손해배상액 예정규정으로서 그 조항은 신의성실의 원칙에 반하는 공정을 잃은 약관조항으로서 무효라고 볼 수밖에 없기 때문에 위 규정은 위와 같은 무효의 경우를 고객인 피고가 원고의 영업비밀 등을 적극적으로 사용하거나 제3자에게 누설하는 경우에 한하여 유효한 조항이라 할 것이어서 피고가 원고의 영업비밀 등을 사용하거나 제3자에게 누설하였다는 점에 관하여 이를 인정할 아무런 증거가 없는 이 사건에서 원고는 피고에게 위 조항에 기한 손해배상 예정액의 청구를 할 수 없다고 할 것이다. 피고는 약관규제법상의 부당하게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 기타 조항에 대하여 무효라고 주장하나 원고와 피고의 경제적 지위, 이 사건 가맹점계약의 목적과 내용, 위 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기 등을 참작한 결과 위 각 예정액이 피고에게 부당한 압박을 가하여 공정을 잃은 결과를 초래한다고 보여지지는 않으므로 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

## ② 손해배상예정액 지급의무

피고는 이 사건 가맹점계약이 해지된 이후에도 원고가 위 가맹점에 설치한 설비 등을 반환하지 않고, 원고의 이미지를 나타내는 간판 등을 철거하지 않고 있다가 1996. 8. 20. 비로소 이를 이행한 사실을 인정할 수 있으므로, 피고는 원고에게 이 사건 가맹점계약이 해지된 날인 1994. 2. 28.부터 위 원상회복 전날인 1996. 8. 19.까지 일 금 30,000원의 비율에 의한 금 27,120,000원 중, 원고가 구하는 금 27,090,000원을 지급할 의무가 있다.

피고의 채무불이행으로 이 사건 가맹점계약이 해지되었음은 앞에서 본 바와 같고, 피고 운영의 위 가맹점의 1993. 10.부터 1994. 2.까지의 매출총이익이 금 20,141,755원인 사실을 인정할 수 있는바, 위 기간 중 월 평균 매출총이익은 금 4,028,351원인 사실은 계산상 분명하므로, 피고는 원고에게 약정 손해배상금 12,085,053원 중 원고가 구하는 금 12,085,050원을 지급할 의무가 있다.

## 2) 상호계산 계정에 의한 정산금 지급의무

1994. 5.말 현재 피고의 원고에 대한 상호계산 계정상의 채무가 금 56,537,625원에 달하고, 원고의 피고에 대한 같은 계정상의 채무가 금 16,705,292원에 달하는 사실을 인정할 수 있으므로, 피고는 원고에게 위 상호계산 계정상의 차액금 39,832,333원을 지급할 의무가 있다. 피고는, 이 사건 가맹점 계약은 계속적 공급계약으로서 원고는 피고로부터 송금받은 일일 판매대금을 피고의 외상 물품대금채무에 우선적으로 변제충당한 후, 그 나머지로 피고의 가맹료 지급채무 등에 변제 충당하여야 하므로, 피

고가 원고에게 송금한 금원으로 위 물품대금채무에 우선하여 변제충당하면 피고의 원고에 대한 물품대금채무는 존재하지 않는다고 주장하나, 상호계산계정상의 정산금은 피고가 송금한 판매대금으로 피고의 원고에 대한 물품대금 지급채무나 가맹료 지급채무 등의 모든 채무를 일괄하여 상계처리하는 상법상의 상호계산과 유사한 것이어서 피고 주장의 변제충당의 법리가 적용될 수는 없다고 할 것이므로 피고의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다. 다음으로 피고가 원고에게 지급하는 가맹료는 원고의 이 사건 가맹점계약에 따른 상권조사의무 및 점포알선의무, 계약내용교육의무, 투자유무, 선량한 관리자의 의무 등 각종 의무이행의 대가인데, 원고는 그러한 의무를 이행하지 아니하였거나, 불완전하게 이행하였고, 이에 따라 피고가 이 사건 가맹점계약을 해지하였으므로 원고의 가맹료채권은 위 해지에 따른 피고의 손해배상채권과 동시이행의 관계에 있다고 주장한다. 원고가 이 사건 가맹점계약상의 의무를 위반하였음을 인정할 증거가 없으므로, 원고의 계약 위반에 기하여 이 사건 가맹점계약이 해지되었음을 전제로 하는 피고의 위 주장은 나머지 점에 관하여 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

### 3) 점포설비 리스료 상당 손해금 청구

피고가 운영한 이 사건 가맹점에 영업을 위한 설비를 소외 부산리스 주식회사로부터 시설대여받아 이를 설치하여 주었는바, 피고는 위 가맹점계약이 해지되어 위 설비들을 원고에게 원상회복시켜야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않고 있다가 1996. 8. 20.에 이르러서야 이를 원상회복시켰으므로, 피고는 원고에게 위 기간동안 원고가 위 리스회사에게 지급한 리스료 상당인 금 12,953,364원을 손해배상금으로 지급할 의무가 있다고 주장한다. 이 사건 가맹점계약상 위와 같은 피고의 설비 반환 등의 원상회복의무의 불이행이 있는 경우를 대비하여 원고와 피고가 위 계약서 손해배상액의 예정을 한 것인 이상 원고로서는 위 손해배상 예정액을 청구할 수 있을 뿐이고, 다른 실손해가 발생하였음을 주장하여 이를 청구할 수는 없다고 할 것이므로, 원고의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

라. 그렇다면 피고는 원고에게 합계 금 79,007,383원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## [관련 법률지식]

### 8. 계약의 종료와 갱신

#### 가. 가맹계약 종료사실의 통지

가맹본부가 가맹계약을 갱신 또는 연장하지 아니하는 경우에는 계약이 만료되는 날부터 90일전에 가맹점사업자에게 그 사실을 서면으로 통지하여야 한다.

#### 나. 가맹계약 갱신의 의제

가맹본부가 위의 규정에 의한 통지를 하지 아니하는 경우에는 계약만료전의 가맹계약과 동일한 조건으로 다시 가맹계약을 체결한 것으로 본다.

#### 다. 가맹계약 갱신의 의제의 예외

- 1) 가맹점사업자가 계약이 만료되는 날부터 60일전에 이의를 제기한 경우
- 2) 가맹본부나 가맹점사업자에게 천재지변 등의 이유가 있는 경우
- 3) 가맹본부나 가맹점사업자에게 파산·화의 등의 신청이 있거나 회사정리절차 및 강제집행절차가 개시된 경우
- 4) 가맹본부나 가맹점사업자가 발행한 어음·수표가 부도 등으로 지불정지된 경우

#### 라. 가맹계약의 해지의 제한

가맹본부는 가맹계약서에서 정한 가맹계약 해지의 사유가 발생하여 가맹계약을 해지하고자 하는 경우에는 해당 가맹점사업자에게 계약을 해지하는 날부터 2월 이상의 유예기간을 두고 3회 이상 계약해지의 사유를 기재한 문서로서 그 시정을 요구하여야 하고, 이러한 규정에 의한 절차를 거치지 아니한 가맹계약의 해지는 그 효력이 없다.

#### 마. 제한의 예외

다만, 가맹사업의 거래를 지속하기 어려운 경우로서 다음의 조건이 충족된 경우에는 위의 규정에 의한 절차를 엄수할 필요가 없다.

- 1) 가맹점사업자에게 파산·화의 등의 신청이 있거나 회사정리절차 및 강제집행절차가 개시된 경우
- 2) 가맹점사업자가 발행한 어음·수표가 부도 등으로 지불정지된 경우
- 3) 천재지변 등으로 가맹점사업자가 더 이상 가맹사업을 영위할 수 없게 된 경우
- 4) 가맹점사업자가 공언히 허위사실을 유포함으로써 가맹본부의 명성이나 신용을 현저히 훼손하여 가맹사업에 중대한 장애를 초래한 경우
- 5) 가맹점사업자가 가맹계약 당시부터 가맹본부의 영업비밀이나 중요정보를 유출하는 등 가맹본부의 가맹사업을 훼손할 목적으로 가맹계약을 체결하여 운영하는 경우

#### 바. 평석

가맹사업거래의공정화에관한법 제13조 가맹계약 종료사실의 통지 및 제14조 가맹계약해지의제한등의법률에 따라 가맹계약을 종료하거나 해지하는 경우에는 그 법적 절차를 따라야 한다. 또한, 독점규제및공정거래에관한법률 제19조 및 제23조에 명시된 부당한 공동행위의 금지 및 불공정거래행위의 금지 등이 정하는 행위에 해당하는 경우 해지주장이 이유없을 수 있으나, 본 경우와 같이 피고의 자점매입 행위 자체가 아닌 자점매입에 관한 자료제출의무의 불이행을 해지사유로 삼고 있는 경우는 독점규제및공정거래에관한법률 제19조 및 제23조에 해당하지 않는다.

본 사건의 경우 피고가 가맹점계약에 명시된 송금의무 및 자료제출의무를 이행하지 않은 사실이 인정되고, 이에 따른 원고의 해지 절차 역시 적법하였으므로 가맹점계약의 해지는 관련법에 위반된다고 할 수 없다.

## 제62절 가맹점의 채무불이행을 이유로 해지 및 원상회복을 인정한 사례

### [판례]

1. 사건표시: 서울지방법원 1994.12.16 94카합8182 유체동산인도단행가처분 판결내용
2. 사건의 성격: 가맹점 계약해지 및 이에 따른 물건의 유치권
3. 사실요지

가맹계약 후, 가맹점에서 본부인도금을 이행하지 아니하자, 가맹점본부에서 가맹계약을 해지하고 대여한 물건의 반환을 요청한 사안.

### 4. 적용법규

가맹사업거래의 공정화에 관한 법 제13조 (가맹계약 종료사실의 통지 등)

가맹사업거래의 공정화에 관한 법 제14조 (가맹계약해지의 제한)

### 5. 사실관계

가. 신청인은 1993. 6. 3. 피신청인과 사이에 서울 강동구에 있는 웨미리마트점에 관하여 다음과 같은 내용의 웨미리마트 편의점 가맹계약(프랜차이즈계약)을 체결하였다.

- 1) 가맹점본부(프랜차이즈)인 신청인은 가맹점(프랜차이지)인 피신청인에게, 피신청인이 신청인으로 부터 웨미리마트 시스템의 경영 노하우 및 정보를 전달받아 이를 사용할 수 있고, 웨미리마트 점의 경영에 있어서 서비스표지, 표장, 기호, 디자인, 라벨, 간판 기타 영업상징을 신청인이 지정하는 방법에 따라 사용할 수 있는 것을 내용으로 하는 프랜차이즈권을 부여하고, 웨미리마트점 경영에 필요한 설비 및 집기인 별지목록 기재 물건을 대여하며, 웨미리마트점에서 판매할 일상생활용품 및 잡화 등을 외상으로 공급한다.
- 2) 피신청인은 1일 총매상금과 판매장려금 및 기타 잡수입금의 합계금인 판매수취고 에서 피신청인이 직접 지출한 매입상품대금 또는 영업비를 제외한 나머지 금액인 본부인도금을 신청인이 지정한 은행예금계좌에 매일 송금하여야 한다.
- 3) 계약기간은 계약일부터 개점일이 속한 달을 포함해서 12개월째의 월말까지 10년간으로 한다.
- 4) 피신청인은, 신청인이 추천하는 상품 이외의 상품을 다른 업체로부터 매입하는 경우에는 사전에 신청인에 대해 문서에 의한 승인을 구하여야 한다.
- 5) 신청인은, 피신청인이 위 본부인도금의 송금을 하지 않거나 문서에 의한 신청인의 승낙을 얻지 않고 신청인의 추천상품 이외의 상품을 다른 업체로부터 매입하는 경우 문서로 그 이행 또는 시정을 최고하고, 최고가 도달한 후 7일이 경과해도 피신청인이 이행 또는 시정하지 않는 경우 위 계약을 해지할 수 있다.

- 6) 피신청인은 위 계약이 해지로 종료되면 위와 같이 신청인으로부터 대여받은 이 사건 물건을 영업을 위해 사용하는 것을 중단하고 이를 신청인에게 반환하여야 한다.
- 나. 피신청인은 신청인으로부터 위 웨미리마트점 영업에 필요한 집기 및 설비인 이 사건 물건을 대여받고 계속적으로 일상생활용품 및 잡화 등을 공급받다가, 인건비 등을 과다 계상하고 영업이 부진하여 자본잠식상태에 이르자, 1994. 1. 말경부터 신청인에게 위 본부인도금을 제대로 송금하지 아니하였다.
- 다. 신청인은 1994. 2. 16.경 본부인도금의 송금과 잠식된 자본금의 추가 납입을 요청하고 이를 이행하지 않을 경우 위 계약을 해지하겠다고 통지하였으나, 피신청인이 이를 이행하지 아니하자 1994. 2. 21.경 상품공급을 중단하고, 같은해 3. 7.경 위와 같은 계약의무 불이행을 이유로 위 계약을 해지하였다.
- 라. 피신청인은 그 후부터는 별개의 프랜차이즈시스템인 유 앤드 아이 에 가입하여 위 점포의 간판에서 신청인의 서비스표지인 웨미리마트 란 문자를 지우고 유 앤드 아이 라는 별도의 문자를 부착하여 현재까지 영업을 하고 있고, 이 사건 물건은 피신청인의 영업을 위하여 계속 점유 사용되고 있으며, 그 보관 및 관리를 철저히 하지 않으면 훼손될 우려가 있다.

## 6. 법적쟁점

『가맹계약 해지가 관련법에 따라 적법하며, 이에 따른 가맹점에 대여한 물건의 반환 요구가 적법한가?』

## 7. 판결요지

가. 위 가맹점계약은 신청인의 계약해지로 인하여, 그렇지 않다고 하더라도 피신청인이 신청인의 계약해지 후 다른 프랜차이즈시스템에 가입함으로써 사실상 종료되었다고 할 것이므로, 피신청인은 위 약정에 따른 원상회복으로서 신청인에게 이 사건 물건을 인도할 의무가 있다고 할 것이다.

나. 피신청인의 항변에 관한 판단

### 1) 동시이행항변에 관한 판단

피신청인은, 신청인이 피신청인에 대하여 아래에서 실시하는 바와 같은 매출액 보장의무, 영업조성금 지급의무, 광열비 지급의무 등을 이행할 때까지 동시이행항변권의 행사로서 본부인도금 송금의무의 이행을 거절한 것인바, 신청인이 피신청인의 정당한 항변권행사로써 본부인도금 송금의무의 이행거절을 이유로 위 가맹점계약을 해지한 것은 부당하다고 항변하므로, 차례대로 살피기로 한다.

- ① 신청인이 위 가맹점계약을 체결하면서 피신청인에게 위 편의점의 1일 매출액이 금 1,300,000원이 되도록 보장해 주고, 만일 1일 매출액이 1,300,000원 미만인 경우에는 최저생활비 보장을 위하여 매월 인출금으로 금 4,000,000원을 지급한다고 약정하였는데, 피신청인이 실제로 위 편의점을 운영한 결과 1일 매출액이 금 800,000원 내지 900,000원 정도에 불과한데도 신청인이 피신청인에게 인출금으로 1993. 7.과 같은해 8. 합계 금 1,011,095원만을 지급하였을 뿐이고, 최소한 1993. 7.경부터 1994. 2.경까지 합계 금 30,988,905원의 인출금을 지급하지 않았으므로써 신청인이 위 매출액 보장의무를 이행하지 아니하였다고 주장한다.

신청인이 피신청인에 대하여 피신청인의 주장과 같이 위 편의점의 1일 매출액을 금 1,300,000원이 되도록 보장해 줄 계약상 의무를 부담하는지에 관하여 살피건대, 달리 이

를 인정할 아무런 소명자료가 없으며, 오히려 신청인은 피신청인과 위 편의점가맹계약을 체결하면서 계약서 서두에 본계약을 바탕으로 실시하는 점포영업의 성과에 대해서, 신청인은 그 성공을 피신청인에게 보증하는 것이 아니라, 피신청인이 신청인의 지도와 원조를 활용하고 응용하는 자기의 경영력에 달려 있다는 것을 피신청인에게 설명했고, 피신청인은 이것을 충분히 인식했다고, 계약서에 피신청인은 자기의 책임과 부담으로써 편의점의 경영에 임하는 것으로 한다고 각 기재한 사실이 인정될 뿐이고, 위 계약상 인출금은 최저보장금을 의미하는 것이 아니라 영업이익이 발생한 경우에 영업이익금을 분배하는 방법이므로, 피신청인이 신청인에게 위 매출액보장의무를 부담하고 있음을 전제로 한 피신청인의 위 주장은 더 나아가 살펴 볼 필요없이 이유 없다.

- ② 신청인은 피신청인이 24시간 영업을 계속할 경우 연 500만원의 영업조성금을 지급하기로 되어 있으나, 1993. 11.경부터 1994. 2.경까지 4개월간 24시간 영업조성금 합계 금 1,666,668원을 지급하지 아니하였고, 신청인이 광열비 중 50%를 부담하여야 하는데도 1993. 7.분부터 1994. 1.분까지 합계 금 2,362,615원을 지급하지 않았으며, 1993. 7.부터 1994. 1. 까지 사이에 지급이자로 합계 금 1,631,407원을 피신청인이 보관하고 있는 자본금에서 아무런 근거 없이 공제하였으므로, 신청인은 피신청인에게 위 영업조성금 등 합계 금 5,660,690원을 지급하여야 한다고 주장한다.

영업조성금과 광열비에 관한 주장에 관하여 보건대, 피신청인이 1993. 11.경부터 1994. 2.경까지 24시간 영업을 하였음에도 불구하고, 위와 같이 신청인이 피신청인에게 위 영업조성금과 광열비 합계 금 4,029,283원을 지급하지 아니한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으나, 피신청인이 가맹점계약상의 의무를 불이행한 경우에는 위 영업조성금과 광열비의 지급을 유보 또는 정지할 수 있다고 약정한 사실, 피신청인이 위 계약상의 의무에 위반하여 인건비 등 영업비용을 과다하게 계상하고 신청인에게 서류 및 장부를 제출하지 아니한 사실을 인정할 수 있으므로, 신청인이 피신청인에게 위 영업조성금과 광열비 합계 금 4,029,283원을 지급할 의무가 있기는 하지만, 위 의무가 피신청인의 본부인도금 지급의무와 동시이행관계에 있다고 볼 수 없다고 할 것이므로, 결국 피신청인의 위 주장부분은 이유 없다.

다음으로, 위 지급이자를 부당하게 공제하였다는 주장에 관하여 보건대, 당원에서 믿지 아니하는 증인의 증언 외에는 이를 인정할 증거가 없으므로, 피신청인의 위 주장부분도 이유 없다.

- ③ 따라서 피신청인에게 신청인의 본부인도금 송금의무에 대하여 동시이행항변권이 인정되지 아니하므로, 신청인이 피신청인의 본부인도금 송금의무의 이행거절을 이유로 위 가맹점계약을 해지한 것은 부당하다는 피신청인의 위 항변은 모두 이유 없다.

## 2) 유치권 항변에 관한 판단

피신청인은 신청인에 대하여 채권 합계 금 78,864,317원을 가지고 있으므로, 신청인으로부터 위 금원을 지급받을 때까지 이 사건 물건을 유치할 권리가 있다고 항변하므로 차례대로 살피기로 한다.

- ① 피신청인은, 신청인이 피신청인에 대하여 부담하고 있는 편의점 1일 매출액 보장 의무를 위반하였으므로, 피신청인이 위 편의점을 운영하는 동안 위 1일 매출보장액 금 1,300,000원과 1일 실제 매출액과의 차이로 인하여 피신청인이 입은 손해금 30,988,905원의 배상 청구권이 있다고 주장하므로 살피건대, 위 주장은 앞서 본 바와 같이 이유 없다.



- ② 피신청인은, 신청인이 피신청인에게 영업조성금 등으로 함께 금 5,660,690원을 지급하여야 한다고 주장하므로 살피건대, 피신청인이 신청인에 대하여 영업조성금 등으로 금 4,029,283원의 채권이 있다. 이에 대하여 신청인은 피신청인에 대한 본부인도금채권을 자동채권으로 하여 피신청인의 신청인에 대한 위 영업조성금 등의 채권과 상계한다고 재항변하므로 살피건대, 피신청인이 신청인에게 1993. 7.경부터 1994. 2.경까지 사이에 본부인도금 중 금 13,429,430원을 송금하지 아니한 사실을 인정할 수 있고 반증이 없는데, 신청인의 위 본부인도금 채권과 피신청인의 위 영업조성금 등의 채권은 이 사건 가맹점계약의 해지당시 이미 상계적상에 있었으므로 이를 대등액에서 상계하면 결국 피신청인의 신청인에 대한 위 영업조성금 등의 채권은 모두 소멸되었다고 할 것이므로 위 재항변은 이유 있고, 따라서 피신청인의 위 영업조성금 등의 채권이 남아 있음을 전제로 한 피신청인의 위 항변은 이유 없다.
- ③ 피신청인은, 피신청인이 신청인에게 총매출이익의 35%를 본부분배금으로 지급하고 피신청인이 가맹점운영으로 인한 일체의 영업비용을 부담하기로 하였다. 신청인이 피신청인에게 적정 상품공급의무, 교육실시의무, 정보, 노하우제공의무, 상품 및 경영관리지도의무를 이행하지 않았으며, 당초 금 80,000,000원 상당의 장비를 제공하기로 한 약정에 반하여 금 40,000,000원 상당의 장비만을 제공하였는데, 당초 계약상 피신청인이 전액 부담하기로 된 영업비 중 위 편의점 영업기간 동안의 상품폐기손 금 1,250,405원과 재고과부족 금 14,191,209원의 합계 금 15,441,614원 중 위 본부분배금 비율인 35%에 해당하는 금 5,404,586원은 신청인이 부담하여야 할 것이다. 피신청인이 신청인에게 매출총이익의 35%를 본부분배금으로 지급하기로 한 약정은 그 분배금의 비율이 너무 과다하므로 그 비율을 매출이익의 10%로 다시 정하는 것이 상당하므로, 신청인이 피신청인으로부터 이미 본부분배금으로 지급받은 금 21,960,896원에서 위 항의 금 5,404,586원을 공제하고, 다시 10%의 비율로 계산한 본부분배금을 공제한 나머지 금 11,825,936원은 부당이득으로 피신청인에게 반환되어야 하므로, 피신청인에게 위 항의 합계 금 17,230,522원의 반환청구채권이 있다고 주장한다.
- 먼저 신청인이 위 주장과 같은 의무를 불이행하였다는 점에 관하여는 증인의 증언만으로는 부족하고, 달리 이를 소명할 아무런 자료가 없으며, 가사 신청인이 위 주장과 같은 의무를 불이행한 점이 인정된다고 하더라도 이를 이유로 위 편의점 가맹계약 체결당시 신청인과 피신청인 사이에 약정한 영업비 및 본부분배금을 피신청인의 주장과 같이 임의로 변경하고, 그 변경된 사항을 기초로 하여 산정한 금원을 신청인이 피신청인에게 반환하여야 하고 불 근거가 없으므로, 피신청인의 위 주장 역시 더 나아가 살펴볼 필요없이 이유 없다.
- ④ 피신청인은, 신청인이 일방적으로 물품공급을 중단하고 부당하게 위 편의점가맹계약을 해지하였으므로, 이로 인하여 피신청인이 입은 6개월 동안의 월평균매출이익금 24,984,200원 상당의 손해배상청구권이 있다고 주장한다.
- 피신청인이 물품을 공급받고서도 신청인에게 본부인도금 송금의무를 이행하지 않자 신청인이 피신청인의 채무불이행을 이유로 위 편의점가맹계약을 해지한 것이고, 이와 같은 신청인의 위 계약해지는 정당하다고 할 것이므로, 신청인이 위 편의점가맹계약을 부당하게 해지하였다는 점을 전제로 한 피신청인의 위 주장도 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.
- ⑤ 피신청인 주장의 위 채권들이 모두 인정되지 않으므로, 신청인으로부터 위 채권 상당액의

금원을 지급받을 때까지 이 사건 물건에 대한 유치권이 있다고 주장하는 피신청인의 위항변도 이유 없다.

#### 다. 결론

이 사건 신청은 그 피보전권리와 보전의 필요성이 인정되므로, 이를 인용하기로 하되, 다만 신청인이 주문 기재 담보를 제공할 것을 조건으로 붙이기로 하여 주문과 같이 판결한다.

- 1) 피신청인은 신청인이 담보로 금 20,000,000원을 공탁할 것을 조건으로 신청인에게 별지목록 기재 물건을 임시로 인도하라.
- 2) 신청인은 위 공탁에 갈음하여 위 금액을 보험금액으로 하는 지급보증위탁계약을 체결한 증서를 제출할 수 있다.
- 3) 소송비용은 피신청인의 부담으로 한다.

#### [관련 법률지식]

### 8. 가맹계약에 부수되는 계약 조항

가. 비밀유지 계약

나. 겸업금지 계약

다. 면책 및 구상 계약

라. 양도제한 계약

마. 약정해지 계약

바. 공급 계약

사. 장비구입 및 임대차 계약

아. 라이선스 계약

자. 정부관련 인허가 취득에 관한 계약

차. 평석

가맹사업거래의 공정화에 관한 법 제13조 가맹계약 종료사실의 통지 및 제14조 가맹계약해지의 제한에 의하여, 가맹본부가 가맹계약서에서 정한 가맹계약해지의 사유가 발생하여 가맹계약을 해지한 것은 적법하다고 판결이 나게되며, 또한 가맹계약서 상의 가맹 물품의 반환 규정에 따라 이를 가맹본부로 인도하는 것 역시 적법한 절차이다.

이 사건은 가맹점에서 계약에 명시된, 물품을 공급받은 후 본부인도금을 송금해야할 의무를 이행하지 않아서 채무불이행을 이유로 편의점가맹계약을 해지한 것인데, 이러한 이유에 의한 가맹본부의 계약해지는 정당하다고 판결이 난 것이다. 계약이 해지됨과 동시에 가맹점은 가맹본부로 물품을 인도 해야 되는 조항이 가맹계약서에 명시되어 있으므로 가맹본부의 물품인도를 주장하는 것 역시 정당한 것으로 판결하였다.

## 제7장

# 가맹사업거래공정화법 해설

## 제7장 가맹사업거래공정화법 해설

### ▷ 제1조 (목적)

이 법은 가맹사업의 공정한 거래질서를 확립하고 가맹본부와 가맹점사업자가 대등한 지위에서 상호 보완적으로 균형있게 발전하도록 함으로써 소비자 복지의 증진과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

### ▶ 시행령 제1조 (목적)

이 영은 가맹사업거래의공정화에관한법률에서 위임한 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

### ☞ 민법과의 관계

민법은 사법의 일반법이며, 특별법인 지적소유권법의 기초이다. 따라서 특별법우선의 원칙에 따라 지적소유권법은 민법에 우선해 적용하고 지적소유권법에 없는 부분에 대해서는 민법이 보충적으로 적용된다. 민법 중에는 지적소유권법에서 문제된 경우를 해결하기 위하여 원용할 수 있는 이론이 의외로 많으며, 지적소유권법 등에서 발전된 법리가 민법의 일반이론으로 도입되기도 한다. 민법전 중에는 지적소유권에 대해서 명시적으로 규정하는 것도 있다. 중국 민법통칙 제94조~제97조, 이태리 민법 제5권 노동, 제8편(상표), 제9편(지적소유권)이 그것이다.

### ▷ 제2조 (정의)

이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “가맹사업”이라 함은 가맹본부가 가맹점사업자로 하여금 자기의 상표·서비스표·상호·간판 그 밖의 영업표지(이하 “영업표지”라 한다)를 사용하여 일정한 품질기준에 따라 상품(원재료 및 부재료를 포함한다. 이하 같다) 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육과 통제를 하며, 가맹점사업자는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육의 대가로 가맹본부에 가맹금을 지급하는 지속적인 거래관계를 말한다.
2. “가맹점사업자”라 함은 가맹사업과 관련하여 가맹본부로부터 가맹점운영권을 부여받은 사업자를 말한다.
3. “가맹희망자”라 함은 장래 가맹점을 운영할 목적으로 특정 가맹본부로 하여금 가맹점사업자의 부담, 영업활동의 조건 등 제10호의 정보공개서의 내용을 제공하도록 서면으로 신청하는 자를 말한다.

### ▶ 시행령 제2조 (가맹희망자의 정보제공신청)

가맹사업거래의공정화에관한법률(이하 “법”이라 한다) 제2조제4호의 규정에 의하여 정보공개서의 제공을 신청하고자 하는 자는 다음 각호의 사항이 포함된 서면으로 신청하여야 한다.

1. 신청인의 성명·연령·성별·주소 및 전화번호
2. 신청인의 직업·경력 및 투자가능금액

3. 피신청 가맹본부의 영업비밀 또는 사업에 대한 중요사항을 유출하지 아니하겠다는 약속
4. 신청인의 서명 또는 기명날인
5. “가맹점운영권”이라 함은 가맹본부가 가맹계약에 의하여 가맹점사업자에게 가맹사업을 영위하도록 부여하는 권리를 말한다.
6. “가맹금”이라 함은 명칭이나 지급형태 여하에 불구하고 다음 각목의 1에 해당하는 금전으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다.
  - 가. 가맹점사업자가 가맹점운영권을 부여받을 당시에 영업표지의 사용허가와 영업활동에 관한 지원·교육 등의 대가로 가맹본부에게 지급하는 금전
  - 나. 가맹점사업자가 상품의 판매대금 등에 관한 채무액 또는 손해배상액의 지급을 담보하기 위하여 가맹본부에게 지급하는 금전
  - 다. 가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 승낙 받은 영업표지의 사용과 영업활동에 관한 지원·교육 등의 대가로 가맹본부에게 정기적으로 지급하는 금전

▶ 시행령 제3조 (가맹금의 정의)

- ① 법 제2조제6호 각목외의 부분에서 “대통령령이 정하는 것”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 금전을 말한다.
  1. 가맹점사업자가 가맹점운영권을 부여받을 당시에 영업표지의 사용허가와 영업활동에 관한 지원·교육 등의 대가로 가맹본부에 지급하는 다음 각목의 1에 해당하는 금전
    - 가. 개시지급금 : 가입비·입회비·가맹비 또는 계약금 등 그 명칭여하에 불구하고 가맹희망자 또는 가맹점사업자가 가맹점운영권을 부여받기 위하여 가맹본부에 지급하는 금전
    - 나. 가맹점사업자가 사업을 착수하기 위하여 가맹본부로부터 공급받는 정착물·설비·원자재 또는 가맹사업을 운영하기 위하여 최초로 가맹점사업자에게 인도되는 물품의 가격 또는 부동산의 임차료 명목으로 가맹본부에 지급하는 금전중 적정한 도매가격(도매가격이 형성되지 아니하는 경우에는 가맹점사업자가 정상적인 거래관계를 통하여 해당 물품 또는 용역을 구입·임차·교환할 수 있는 가격을 포함한다. 이하 같다)을 초과하는 금전
  2. 계약이행보증금 : 가맹보증금·보증금 등 명칭여하에 불구하고 가맹점사업자가 상품의 판매대금이나 자재대금 등에 관한 채무액 또는 손해배상액의 지급을 담보하기 위하여 가맹본부에 지급하는 금전
  3. 가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 승낙받은 영업표지의 사용과 영업활동에 관한 지원·교육 등의 대가로 가맹본부에 정기적으로 지급하는 다음 각목의 1에 해당하는 금전
    - 가. 정기지급금 : 가맹점사업자가 상표사용료·리스료·광고분담금·지도훈련비·간판류임차료 등의 명목으로 가맹본부에 정기적으로 지급하는 금전
    - 나. 가맹점사업자가 사업을 영위하기 위하여 가맹본부로부터 공급받는 상품·원재료·부재료·정착물·설비·자재의 가격 또는 부동산의 임차료에 대하여 가맹본부에 정기적으로 지급하는 금전 중 적정한 도매가격을 초과하는 금전
- ② 공정거래위원회는 제1항제1호 나목 및 제3호 나목의 규정에 의한 적정한 도매가격을 정하여 고시할 수 있다.

### ☞ 무형자산의 일반적 유형

무형자산을 좀 더 이해하기 쉽도록 그 형태에 따라 구분하기도 한다. 일반적으로 무형자산을 그 유형에 따라 분류하면 다음과 같다.

- ① 시장관련 무형자산 : 상표권, 거래명, 브랜드명, 로고 등
- ② 기술관련 무형자산 : 공정특허, 특허 적용 기술, 기술적 증서, 실험노트, 기술적 노하우 등
- ③ 예술관련 무형자산 : 문학작품과 저작권, 음악작곡, 저작권, 지도, 조각 등
- ④ 자료처리관련 무형자산 : 소프트웨어, 소프트웨어 저작권, 데이터베이스 등
- ⑤ 엔지니어링관련 무형자산 : 산업디자인, 제품특허, 설계도와 개략도, 청사진, 독점증서 등
- ⑥ 고객관련 무형자산 : 고객명단, 고객계약, 고객유대, 주문잔고 등
- ⑦ 계약관련 무형자산 : 우선 공급계약, 면허동의서, 영업동의서, 독점판매증서, 비경쟁 동의서 등
- ⑧ 인력자본관련 무형자산 : 능숙하고 결집된 근로자, 근로계약, 노조계약 등
- ⑨ 위치관련 무형자산 : 차지권, 광물개발권, 지역권, 수면권, 공중권 등
- ⑩ 영업권관련 무형자산 : 법인영업권, 전문성영업권, 명성영업권, 계속기업가치 등

7. “가맹지역본부”라 함은 가맹본부와의 계약에 의하여 일정한 지역 안에서 가맹점사업자의 모집, 상품 또는 용역의 품질유지, 가맹점사업자에 대한 경영 및 영업활동의 지원·교육·통제 등 가맹본부의 업무의 전부 또는 일부를 대행하는 사업자를 말한다.
8. “가맹중개인”이라 함은 가맹본부 또는 가맹지역본부로부터 가맹점사업자를 모집하거나 가맹계약을 준비 또는 체결하는 업무를 위탁받은 자를 말한다.
9. “가맹계약서”라 함은 가맹사업의 구체적 내용과 조건 등에 있어 가맹본부 또는 가맹점사업자(이하 “가맹사업당사자”라 한다)의 권리와 의무에 관한 사항을 기재한 문서를 말한다.
10. “정보공개서”라 함은 가맹본부의 사업현황, 임원의 경력, 가맹점사업자의 부담, 영업활동의 조건, 가맹점사업자에 대한 지원·교육·훈련·지도·통제, 가맹계약의 해제·해지·갱신 그 밖에 해당 가맹사업에 관하여 대통령이 정하는 사항을 수록하여 책자로 편철한 문서를 말한다.

### ▶ 시행령 제4조 (정보공개서의 기재사항)

- ① 법 제2조제10호에서 “대통령령이 정하는 사항”이라 함은 별표 1의 기재사항(이하 “정보공개사항”이라 한다)을 말한다.
- ② 정보공개서는 표지·목차 및 정보공개사항으로 구성하되 명확하고 구체적으로 작성되어야 한다.
- ③ 공정거래위원회는 필요하다고 인정하는 경우 정보공개사항에 대하여 업종별·업태별 또는 용도별로 세부적인 사항을 정하여 고시할 수 있다.

### ▷ 제3조 (적용배제)

이 법은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 적용하지 아니한다. 다만, 제9조 및 제10조의 규정의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 가맹점사업자가 가맹금의 최초 지급일부터 6월까지의 기간동안 가맹본부에게 지급한 가맹금의 총액이 대통령이 정하는 금액을 초과하지 아니하는 경우
2. 가맹본부의 연간 매출액이 대통령이 정하는 일정규모 미만인 경우

▶ 제5조 (적용배제)

- ① 법 제3조제1호에서 “대통령령이 정하는 금액”이라 함은 100만원을 말한다.
- ② 법 제3조제2호에서 “대통령령이 정하는 일정규모”라 함은 5천만원을 말한다.

제2장 가맹사업거래의 기본원칙

▷ 제4조 (신의성실의 원칙)

가맹사업당사자는 가맹사업을 영위함에 있어서 각자의 업무를 신의에 따라 성실하게 수행하여야 한다.

제3장 가맹사업거래의 공정화

▷ 제7조 (정보공개서의 제공의무)

- ① 가맹본부(가맹지역본부 또는 가맹중개인이 가맹점사업자를 모집하는 경우에 이를 포함한다. 이하 같다)는 가맹희망자에게 다음 각호의 1에 해당하는 시점중 빠른 시점에 대통령령이 정하는 바에 따라 정보공개서를 제공하여야 한다.
  - 1. 가맹희망자가 가맹금을 최초로 지급하는 날부터 5일전
  - 2. 가맹희망자가 가맹계약을 체결하는 날부터 5일전
- ☞ 제7조는 일반서민인 가맹희망자가 안심하고 가맹사업에 참여할 수 있도록 하기 위하여 가맹점을 모집하고자 하는 가맹본부는 가맹본부의 사업현황, 임원의 경력, 가맹점사업자의 부담, 영업활동의 조건, 가맹계약의 해제·해지·갱신 등 가맹사업과 관련된 주요사항이 포함된 정보공개서를 사전에 제공하도록 의무화하였다.

▶ 시행령-제6조 (정보공개서의 제공 등)

- ① 가맹본부는 법 제7조제1항의 규정에 의하여 정보공개사항을 하나의 정보공개서에 수록하여 다음 각호의 1에 해당하는 방법으로 가맹희망자에게 제공하여야 한다.
  - 1. 정보공개서를 가맹본부의 사무소에 비치한 후 가맹희망자에게 이를 열람하게 하는 방법
  - 2. 가맹희망자에게 정보공개서를 직접 전달하는 방법
  - 3. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조제1호의 규정에 의한 정보통신망을 이용하여 정보공개서의 내용을 게재한 후 게재사실을 가맹희망자에게 통보하는 방법
    - ㉠ 가맹본부는 제1항의 규정에 불구하고 가맹희망자의 편의를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 정보공개사항의 일부에 관하여 별도의 문서(이하 “설명서”라 한다)를 작성하여 이를 제공할 수 있다. 이 경우 설명서에 수록되는 정보공개사항의 목차는 정보공개서에 수록하여야 한다.
    - ㉡ 가맹본부는 정보공개사항의 변경이 있는 때에는 가맹계약서를 교부하는 날까지 가맹희망자에게 변경된 내용을 문서로 제공하여야 한다.
    - ㉢ 가맹본부는 법 제8조제1항의 규정에 의하여 정보공개서를 갱신한 이후에 변경된 정보공개사항은 설명서를 통하여 제공할 수 있다.
- ② 공정거래위원회는 대통령령이 정하는 바에 따라 정보공개서의 표준양식을 정하여 가맹본부 또는 가맹본부로 구성된 사업자단체에게 그 사용을 권장할 수 있다.

## ▶ 시행령-제7조 (정보공개서의 표준양식)

공정거래위원회는 법 제7조제2항의 규정에 의하여 각 업종별·업태별 또는 용도별로 정보공개서의 표준양식을 정하여 고시할 수 있다.

## ▷ 제8조 (정보공개서의 갱신과 수정)

- ① 가맹본부는 매 사업연도가 종료하는 날부터 90일 이내에 정보공개서를 갱신하여야 한다.
- ② 가맹본부는 정보공개서의 내용중 가맹점사업자의 부담, 영업활동의 조건 등 대통령이 정하는 중요한 사항이 변경된 경우에는 변경되는 날부터 90일 이내에 정보공개서를 수정하여야 한다.
- ☞ 제8조는 가맹본부가 매 사업연도가 종료하는 날부터 90일 이내에 정보공개서를 갱신하도록 하고, 가맹점사업자의 부담, 영업활동의 조건 등 정보공개서의 중요한 사항이 변경된 경우에도 그 변경일부터 90일 이내에 정보공개서를 수정하도록 규정하고 있다.

## ▶ 시행령-제8조 (정보공개서의 중요사항)

법 제8조제2항에서 “대통령령이 정하는 중요한 사항”이라 함은 다음 각호의 사항을 말한다.

- 1. 가맹본부의 상호·명칭, 사무소의 소재지 및 당해 가맹사업의 영업표지에 관한 사항
- 2. 가맹본부 임원의 범위반사실에 관한 사항
- 3. 가맹점사업자의 부담에 관한 사항
- 4. 영업활동에 대한 조건 및 제한에 관한 사항
- 5. 교육·훈련프로그램에 관한 사항

## ▷ 제9조 (허위·과장된 정보제공 등의 금지)

- ① 가맹본부는 정보공개서를 작성·갱신·수정하거나 가맹희망자에게 정보의 내용을 표시·광고 또는 설명(영상자료를 제공하는 경우를 포함한다. 이하 같다)함에 있어서 허위 또는 과장된 정보를 제공하거나 제8조제2항에서 규정된 중요한 사항을 누락하여서는 아니된다.
- ② 가맹본부는 자기와 거래하는 가맹점사업자의 매출액·수익·매출·총이익·순이익 등 과거의 수익상황이나 장래의 예상수익상황에 관한 정보를 제공하는 경우에 공인회계사가 감사한 감사보고서 등 대통령이 정하는 자료를 가맹본부의 사무소에 비치하여야 한다.

## ▶ 시행령- 제9조 (수익률의 표시·광고 또는 설명에 대한 자료)

- ① 법 제9조제2항에서 “대통령령이 정하는 자료”라 함은 다음 각호의 자료를 말한다.
  - 1. 현재수익 또는 예상수익의 산출에 사용된 사실적인 근거와 예측에 관한 자료
  - 2. 현재수익 또는 예상수익의 산출근거가 되는 지역시장내에 위치한 가맹사업의 점포(직영점과 가맹점을 포함한다. 이하 같다)의 수와 그 비율
  - 3. 최근의 일정기간 동안에 가맹본부나 가맹중개인이 표시 또는 설명하는 현재수익 또는 예상수익과 같은 수준의 수익을 올리는 가맹점사업자의 수와 그 비율(이 경우 최근의 일정기간에 대하여 시작하는 날짜와 끝나는 날짜를 표시하여야 한다)
- ② 공정거래위원회는 제1항의 규정에 의한 자료에 대하여 업종별·업태별 또는 용도별로 세부적인



사항을 정하여 고시할 수 있다.

- ③ 가맹본부는 가맹희망자 또는 가맹점사업자가 제2항의 규정에 의한 자료의 제시를 요구하는 경우에는 이에 응하여야 한다.

#### ▷ 제10조 (가맹금의 반환)

- ① 가맹본부는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 가맹희망자 또는 가맹점사업자의 요구가 있는 날부터 1월 이내에 제2조제6호가목 및 나목의 가맹금을 반환하여야 한다.
1. 가맹본부가 제9조제1항의 규정에 의한 허위 또는 과장된 정보를 제공하거나 제8조제2항의 규정에 의한 중요한 사항을 누락한 것이 인정되어 가맹희망자가 가맹계약체결전에 가맹금의 반환을 요구하는 경우
  2. 제9조제1항의 규정에 의한 허위 또는 과장된 정보나 제8조제2항의 규정에 의한 중요한 사항의 누락된 내용이 계약체결에 중대한 영향을 준 것으로 인정되어 해당 가맹점사업자가 가맹계약의 체결일부터 2월 이내에 가맹금의 반환을 요구하는 경우
  3. 가맹본부가 정당한 사유없이 가맹사업을 일방적으로 중단하고 해당 가맹점사업자가 대통령령이 정하는 가맹사업의 중단일부터 2월 이내에 가맹금의 반환을 요구하는 경우. 이 경우 반환되는 가맹금은 당해 계약기간내에 지급한 것에 한한다.
- ☞ 제10조는 가맹본부가 허위 또는 과장된 정보를 제공하거나 중요한 정보를 누락한 경우와 가맹본부가 정당한 이유없이 가맹사업을 일방적으로 중단한 경우에는 가맹희망자 또는 가맹점사업자의 반환요구일로부터 1월 이내에 가맹금을 반환하도록 함(법 제10조).

#### ▶ 시행령- 제10조 (가맹금 반환의 요구)

법 제10조제1항의 규정에 의하여 가맹금의 반환을 요구하고자 하는 가맹점사업자 또는 가맹희망자는 다음 각호의 사항이 기재된 서면으로 요구하여야 한다.

1. 가맹금의 반환을 요구하는 가맹점사업자 또는 가맹희망자의 주소·성명
2. 가맹본부가 허위 또는 과장된 정보를 제공하거나 제8조의 규정에 의한 중요한 사항을 누락한 사실
3. 가맹본부가 허위 또는 과장된 정보를 제공하거나 제8조의 규정에 의한 중요한 사항을 누락하여 계약체결에 중대한 영향을 준 것으로 인정되는 사실
4. 가맹본부가 정당한 이유없이 가맹사업을 일방적으로 중단한 사실과 그 일자
5. 반환대상이 되는 가맹금의 금액

#### ▶ 제11조 (가맹사업의 중단일)

법 제10조제1항제3호 전단에서 “대통령령이 정하는 가맹사업의 중단일”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 날을 말한다.

1. 가맹본부가 가맹점사업자에게 가맹사업의 중단일을 통지하는 경우에는 그 통지가 가맹점사업자에게 도달된 날
2. 가맹본부가 가맹점사업자에게 미리 통지함이 없이 가맹사업을 영위하는데 중대한 영향을 미치는 부동산·용역·설비·상품 등의 거래를 20일 이상 중단하고 가맹점사업자가 서면으로 거래재개

일을 정하여 거래재개를 요청하였음에도 불구하고 가맹본부가 이에 응하지 아니한 경우에는 위 서면으로 정한 거래재개일

- ② 제1항의 규정에 의하여 반환하는 가맹금의 금액을 정함에 있어서는 가맹계약의 체결경위, 지급된 금전의 성격, 가맹계약기간, 계약이행기간, 가맹사업당사자의 귀책정도 등을 고려하여야 한다.

#### ▷ 제11조 (가맹계약서의 교부 등)

- ① 가맹본부는 가맹계약서(유의사항, 특수거래조건 등 가맹본부와 가맹점사업자의 권리와 의무사항을 기재한 문서를 포함한다. 이하 같다)를 가맹금의 최초 수령일전에 미리 가맹희망자에게 교부하여야 한다.
- ② 가맹계약서는 다음 각호의 사항을 포함하여야 한다.
1. 영업표지의 사용권 부여에 관한 사항
  2. 가맹점사업자의 영업활동 조건에 관한 사항
  3. 가맹점사업자에 대한 교육·훈련, 경영지도에 관한 사항
  4. 가맹금 등의 금전지급 내용에 관한 사항
  5. 영업지역의 설정에 관한 사항
  6. 계약기간에 관한 사항
  7. 영업의 양도에 관한 사항
  8. 계약해지의 사유에 관한 사항
  9. 그 밖에 가맹사업당사자의 권리·의무에 관한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항
- ☞ 법 제11조는 가맹본부가 가맹계약서를 가맹금의 최초 수령일전에 미리 가맹희망자에게 교부하도록 하고, 가맹계약서를 가맹사업거래의 종료일부터 3년간 보관하도록 규정하였습니다.

#### ▶ 시행령- 제12조 (가맹사업당사자의 권리·의무에 관한 사항 <개정 2003.6.13>)

법 제11조제2항제9호에서 “대통령령이 정하는 사항”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 사항을 말한다.

1. 가맹금 등 금전의 반환조건에 관한 사항
  2. 가맹점사업자의 영업설비·집기 등의 설치와 유지·보수 및 그 비용의 부담에 관한 사항
  3. 가맹계약의 종료에 따른 조치 사항
- ③ 가맹본부는 가맹계약서를 가맹사업의 거래가 종료된 날부터 3년간 보관하여야 한다.
- ④ 공정거래위원회는 가맹본부에게 건전한 가맹사업거래질서를 확립하고 불공정한 내용의 가맹계약이 통용되는 것을 방지하기 위하여 일정한 가맹사업거래에서 표준이 되는 가맹계약서의 작성 및 사용을 권장할 수 있다.

#### ▷ 제12조 (불공정거래행위의 금지)

- ① 가맹본부는 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 가맹사업의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.
1. 가맹점사업자에 대하여 상품이나 용역의 공급 또는 영업의 지원 등을 부당하게 중단 또는 거

- 절하거나 그 내용을 현저히 제한하는 행위
2. 가맹점사업자가 취급하는 상품 또는 용역의 가격, 거래상대방, 거래지역이나 가맹점사업자의 사업활동을 부당하게 구속하거나 제한하는 행위
  3. 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위
  4. 제1호 내지 제3호외의 행위로써 부당하게 경쟁가맹본부의 가맹점사업자를 자기와 거래하도록 유인하는 행위 등 가맹사업의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위
- ② 제1항 각호의 규정에 의한 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

▶ 시행령- 제13조 (불공정거래행위의 유형 또는 기준)

- ① 법 제12조제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표 2와 같다.
- ② 공정거래위원회는 필요하다고 인정하는 경우에 별표 2의 유형 또는 기준의 범위내에서 특정업종 또는 특정행위에 적용되는 세부적인 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 정하여 고시할 수 있다.

▷ 제13조 (가맹계약 종료사실의 통지 등)

- ① 가맹본부가 가맹계약을 갱신 또는 연장하지 아니하는 경우에는 계약이 만료되는 날부터 90일전에 가맹점사업자에게 그 사실을 서면으로 통지하여야 한다.
- ② 가맹본부가 제1항의 규정에 의한 통지를 하지 아니하는 경우에는 계약만료전의 가맹계약과 동일한 조건으로 다시 가맹계약을 체결한 것으로 본다. 다만, 가맹점사업자가 계약이 만료되는 날부터 60일전에 이의를 제기하거나 가맹본부나 가맹점사업자에게 천재지변 등 대통령령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

▶ 시행령- 제14조 (가맹계약의 종료사유)

법 제13조제2항 단서에서 “대통령령이 정하는 부득이한 사유”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 가맹본부나 가맹점사업자에게 파산·화의 등의 신청이 있거나 회사정리절차 및 강제집행절차가 개시된 경우
2. 가맹본부나 가맹점사업자가 발행한 어음·수표가 부도 등으로 지불정지된 경우

▷ 제14조 (가맹계약해지의 제한)

- ① 가맹본부는 가맹계약서에서 정한 가맹계약해지의 사유가 발생하여 가맹계약을 해지하고자 하는 경우에는 해당 가맹점사업자에게 계약을 해지하는 날부터 2월 이상의 유예기간을 두고 3회 이상 계약해지의 사유를 기재한 문서로서 그 시정을 요구하여야 한다. 다만, 가맹사업의 거래를 지속하기 어려운 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

▶ 시행령- 제15조 (가맹계약의 해지사유)

법 제14조제1항 단서에서 “대통령령이 정하는 경우”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 가맹점사업자에게 파산·화의 등의 신청이 있거나 회사정리절차 및 강제집행절차가 개시된 경우
  2. 가맹점사업자가 발행한 어음·수표가 부도 등으로 지불정지된 경우
  3. 천재지변 등으로 가맹점사업자가 더 이상 가맹사업을 영위할 수 없게 된 경우
  4. 가맹점사업자가 공연히 허위사실을 유포함으로써 가맹본부의 명성이나 신용을 현저히 훼손하여 가맹사업에 중대한 장애를 초래한 경우
  5. 가맹점사업자가 가맹계약당시부터 가맹본부의 영업비밀이나 중요정보를 유출하는 등 가맹본부의 가맹사업을 훼손할 목적으로 가맹계약을 체결하여 운영하는 경우
- ② 제1항의 규정에 의한 절차를 거치지 아니한 가맹계약의 해지는 그 효력이 없다.

#### ▷ 제15조 (자율규약)

- ① 가맹본부 또는 가맹본부를 구성원으로 하는 사업자단체는 가맹사업의 공정한 거래질서를 유지하기 위하여 자율적으로 규약을 정할 수 있다.
- ② 가맹본부 또는 가맹본부를 구성원으로 하는 사업자단체는 제1항의 규정에 의하여 자율규약을 정하고자 하는 경우 그 규약이 제12조제1항의 규정에 위반하는 지에 대한 심사를 공정거래위원회에 요청할 수 있다.
- ③ 공정거래위원회는 제2항의 규정에 의하여 자율규약의 심사를 요청받은 때에는 그 요청을 받은 날부터 60일 이내에 심사결과를 신청인에게 통보하여야 한다.

#### ▶ 시행령- 제16조 (자율규약의 심사요청)

가맹본부 또는 가맹본부를 구성원으로 하는 사업자단체는 법 제15조제2항의 규정에 의하여 자율규약의 심사를 요청하고자 하는 때에는 공정거래위원회에 다음 각호의 사항을 기재한 서면과 심사요청의 대상이 되는 자율규약의 사본을 제출하여야 한다.

1. 심사요청인의 주소와 성명
2. 자율규약의 제정배경
3. 자율규약의 주요골자와 그 취지

☞ 법제15조는 가맹본부 또는 가맹본부를 구성원으로 하는 사업자단체가 가맹사업의 공정한 거래질서를 유지하기 위하여 자율적으로 규약을 정할 수 있도록 하고, 자율규약이 불공정거래행위에 해당하는지 여부에 대한 심사를 공정거래위원회에 요청할 수 있도록 규정하였다.

### 제4장 분쟁의 조정 등

#### ▷ 제16조 (가맹사업거래분쟁조정협의회의 설치)

- ① 가맹사업당사자의 분쟁을 자율적으로 조정하기 위하여 대통령령이 정하는 사업자단체에 가맹사업거래분쟁조정협의회(이하 “협의회”라 한다)를 둔다.
- ② 제1항의 사업자단체는 사단법인으로서 이 법의 규정에 관한 업무와의 관련성, 사업자단체의 활동에 직접 참여하는 사업자 수, 분쟁조정업무를 수행하는데 필요한 능력 등을 갖춘 자에 한한다.

▶ 시행령- 제17조 (가맹사업거래분쟁조정협의회의 설치 단체)

법 제16조제1항에서 “대통령령이 정하는 사업자단체”라 함은 사단법인 한국프랜차이즈협회를 말한다.

☞ 제16조 및 제24조는 가맹사업당사자의 분쟁을 자율적으로 조정하기 위하여 대통령령이 정하는 사업단체에 가맹사업거래분쟁조정협의회를 두도록 하고, 가맹사업거래분쟁조정협의회에서 조정이 성립된 경우에는 그와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 규정하였다.

▷ 제17조 (협의회의 구성)

- ① 협의회는 위원장 1인을 포함한 9인의 위원으로 구성한다.
- ② 위원은 공익을 대표하는 위원, 가맹본부의 이익을 대표하는 위원, 가맹점사업자의 이익을 대표하는 위원으로 구분하되 각각 동수로 한다.
- ③ 위원은 제16조제1항의 규정에 의한 사업자단체의 장이 추천한 자와 다음 각호의 1에 해당하는 자중 공정거래위원회가 임명 또는 위촉하는 자가 된다.
  1. 대학에서 법률학·경제학·경영학을 전공한 자로서 고등교육법에 의한 대학이나 공인된 연구기관에서 부교수 이상의 직에 있거나 있었던 자 또는 이에 상당하는 직에 10년 이상 있거나 있었던 자
  2. 판사·검사 또는 변호사의 직에 10년 이상 있거나 있었던 자
  3. 독점금지 및 공정거래업무에 관한 경험이 있는 3급 이상의 공무원의 직에 있거나 있었던 자
- ④ 위원장은 공익을 대표하는 위원중에서 공정거래위원회가 위촉한다.
- ⑤ 위원의 임기는 3년으로 하고 연임할 수 있다.
- ⑥ 위원중 결원이 생긴 때에는 제3항의 규정에 의하여 보궐위원을 위촉하여야 하며, 그 보궐위원의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.

▷ 제18조 (공익을 대표하는 위원의 위촉제한)

- ① 공익을 대표하는 위원은 위촉일 현재 가맹본부 또는 가맹점사업자의 임원·직원으로 있는 자중에서 위촉될 수 없다.
- ② 공정거래위원회는 공익을 대표하는 위원으로 위촉받은 자가 가맹본부 또는 가맹점사업자의 임원·직원으로 된 때에는 즉시 해촉하여야 한다.

▷ 제19조 (협의회의 회의)

- ① 위원장은 협의회의 회의를 소집하고 그 의장이 된다.
- ② 협의회는 재적위원의 과반수 출석으로 개의하고 출석위원의 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 위원장이 사고로 직무를 수행할 수 없을 때에는 공익을 대표하는 위원중에서 공정거래위원회가 지명하는 위원이 그 직무를 대행한다.
- ④ 조정의 대상이 된 분쟁의 당사자인 가맹사업당사자(이하 “분쟁당사자”라 한다)는 협의회의 회의에 출석하여 의견을 진술하거나 관계자료를 제출할 수 있다.

## ▶ 시행령- 제18조 (협의회의 회의)

- ① 법 제16조제1항의 규정에 의한 가맹사업거래분쟁조정협의회(이하 “협의회”라 한다)의 위원장이 법 제19조제1항의 규정에 의하여 협의회의 회의를 소집하고자 하는 때에는 위원들에게 회의개최 7일전까지 회의의 일시·장소 및 안건을 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 긴급을 요하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 협의회의 회의는 공개하지 아니한다. 다만, 위원장이 필요하다고 인정하는 때에는 분쟁당사자 그 밖의 이해관계인에게 방청하게 할 수 있다.

## ▷ 제20조 (위원의 제척·기피·회피)

- ① 위원은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 당해 조정사항의 조정에서 제척된다.
  1. 위원 또는 그 배우자나 배우자이었던 자가 당해 조정사항의 분쟁당사자가 되거나 공동권리자 또는 의무자의 관계에 있는 경우
  2. 위원이 당해 조정사항의 분쟁당사자와 친족관계에 있거나 있었던 경우
  3. 위원 또는 위원이 속한 법인이 분쟁당사자의 법률·경영 등에 대하여 자문이나 고문의 역할을 하고 있는 경우
  4. 위원 또는 위원이 속한 법인이 당해 조정사항에 대하여 분쟁당사자의 대리인으로 관여하거나 관여하였던 경우 및 증언 또는 감정을 한 경우
- ② 분쟁당사자는 위원에게 협의회의 조정에 공정을 기하기 어려운 사정이 있는 때에 협의회에 당해 위원에 대한 기피신청을 할 수 있다.
- ③ 위원이 제1항 또는 제2항의 사유에 해당하는 경우에는 스스로 당해 조정사항의 조정에서 회피할 수 있다.

## ▷ 제21조 (협의회의 조정사항)

협의회는 공정거래위원회 또는 분쟁당사자가 요청하는 가맹사업거래의 분쟁에 관한 사항을 조정한다.

## ▷ 제22조 (조정의 신청 등)

- ① 분쟁당사자는 제21조의 규정에 의하여 협의회에 대통령령이 정하는 사항이 기재된 서면으로 그 조정을 신청할 수 있다.

## ▶ 시행령- 제19조 (분쟁조정의 신청)

- ① 법 제22조제1항의 규정에 의하여 분쟁의 조정을 신청하고자 하는 자는 다음 각호의 사항이 기재된 서면을 협의회에 제출하여야 한다.
  1. 신청인과 피신청인의 성명 및 주소(분쟁당사자가 법인인 경우에는 법인의 명칭, 주된 사무소의 소재지, 그 대표자의 성명 및 주소를 말한다)
  2. 대리인이 있는 경우에는 그 성명 및 주소
  3. 신청의 이유
- ② 제1항의 규정에 의한 서면에는 다음 각호의 서류를 첨부하여야 한다.
  1. 분쟁조정신청의 원인 및 사실을 증명하는 서류

2. 대리인이 신청하는 경우 그 위임장
3. 그 밖에 분쟁조정에 필요한 증거서류 또는 자료

▶ 시행령- 제20조 (대표자의 선정)

- ① 다수인이 공동으로 분쟁의 조정을 신청하는 때에는 신청인중 3인 이내의 대표자를 선정할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 신청인이 대표자를 선정하지 아니한 경우 위원장은 신청인에게 대표자를 선정할 것을 권고할 수 있다.
- ③ 신청인은 대표자를 변경하는 때에는 그 사실을 지체없이 위원장에게 통지하여야 한다.

▶ 시행령- 제21조 (분쟁조정신청의 보완등)

- ① 위원장은 제19조의 규정에 의한 분쟁조정의 신청에 대하여 보완이 필요하다고 인정될 때에는 상당한 기간을 정하여 그 보완을 요구하여야 한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 보완에 소요된 기간은 법 제23조제3항제2호의 규정에 의한 기간에 이를 산입하지 아니한다
- ③ 공정거래위원회는 가맹사업거래의 분쟁에 관한 사건에 대하여 협의회에 그 조정을 의뢰할 수 있다.
- ④ 협의회는 제1항의 규정에 의하여 조정을 신청받은 때에는 즉시 그 조정사항을 분쟁당사자에게 통지하고 공정거래위원회에 보고하여야 한다.

▷ 제23조 (조정 등)

- ① 협의회는 분쟁당사자에게 조정사항에 대하여 스스로 조정하도록 권고하거나 조정안을 작성하여 이를 제시할 수 있다.
- ② 협의회는 다음 각호의 1에 해당되는 경우에는 그 조정을 거부하거나 중지할 수 있다.
  1. 분쟁당사자의 일방이 조정을 거부한 경우
  2. 이미 법원에 소를 제기하였거나 조정의 신청이 있는 후 법원에 소를 제기한 경우
  3. 신청의 내용이 관계법령 또는 객관적인 자료에 의하여 명백하게 인정되는 등 조정을 할 실익이 없는 것으로서 대통령령이 정하는 사항이 발생하는 경우

▶ 시행령- 제22조 (분쟁조정의 거부 및 중지하는 내용 등)

법 제23조제2항제3호에서 “대통령령이 정하는 사항이 발생하는 경우”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 신청인이 정당한 사유없이 기한내에 분쟁조정신청을 보완하지 아니한 경우
2. 신청의 내용과 직접적인 이해관계가 없는 자가 조정신청을 한 경우
3. 신청인이 부당한 이익을 얻을 목적으로 조정신청을 한 것으로 인정되는 경우
4. 분쟁의 성격상 조정을 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정되는 경우
- ③ 협의회는 다음 각호의 1에 해당되는 경우에는 조정절차를 종료하여야 한다.
  1. 분쟁당사자가 협의회에 권고 또는 조정안을 수락하거나 스스로 조정하는 등 조정이 성립된 경우
  2. 조정을 신청 또는 의뢰 받은 날부터 60일이 경과하여도 조정이 성립하지 아니한 경우

3. 제2항의 규정에 의하여 조정이 중지된 경우로서 조정절차를 진행할 실익이 없는 경우

- ④ 협의회는 제2항의 규정에 의하여 조정을 거부 또는 중지하거나 제3항의 규정에 의하여 조정절차를 종료한 경우에는 대통령이 정하는 바에 따라 공정거래위원회에 조정의 경위, 조정거부·중지 또는 종료의 사유 등과 관계서류를 서면으로 지체 없이 보고하여야 하고 분쟁당사자에게 그 사실을 통보하여야 한다.

▶ 시행령- 제23조 (분쟁조정종료 등)

협의회는 법 제23조제4항의 규정에 의하여 조정을 거부 또는 중지하거나 조정절차를 종료한 경우에는 다음 각호의 사항이 기재된 분쟁조정종료서를 작성한 후 그 사본을 첨부하여 공정거래위원회에 보고하여야 한다.

1. 조정신청인의 주소·성명
  2. 조정대상 분쟁의 개요
    - 가. 가맹사업거래 당사자의 일반현황
    - 나. 가맹사업거래의 개요
    - 다. 분쟁의 경위
    - 라. 조정의 쟁점(가맹사업거래 당사자의 의견을 기술한다)
  3. 조정의 거부·중지 또는 종료사유(법 제23조제2항 및 제3항 각호에 규정된 사유별로 상세하게 기술한다)
- ⑤ 협의회는 당해 조정사항에 관한 사실을 확인하기 위하여 필요한 경우 조사를 하거나 분쟁당사자에 대하여 관련자료의 제출이나 출석을 요구할 수 있다.

▶ 시행령- 제24조 (분쟁당사자의 사실확인 등)

- ① 협의회는 법 제23조제5항의 규정에 의하여 분쟁당사자에 대하여 출석을 요구하고자 하는 때에는 시기 및 장소를 정하여 출석요구일 7일전까지 분쟁당사자에게 통지하여야 한다. 다만, 긴급을 요하거나 출석의 통지를 받은 자가 동의하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항의 통지를 받은 분쟁당사자는 협의회에 출석할 수 없는 부득이한 사유가 있는 경우에는 미리 서면으로 의견을 제출할 수 있다.
- ⑥ 공정거래위원회는 조정사항에 관하여 조정절차가 종료될 때까지 당해 분쟁당사자에게 시정조치를 권고하거나 명하여서는 아니된다. 다만, 공정거래위원회가 이미 제32조의 규정에 의하여 조사중인 사건에 대하여는 그러하지 아니하다.

▷ 제24조 (조정조서의 작성과 그 효력)

- ① 협의회는 조정사항에 대하여 조정이 성립된 경우 조정에 참가한 위원과 분쟁당사자가 기명날인한 조정조서를 작성한다. 이 경우 분쟁당사자간에 조정조서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다.

▶ 시행령- 제25조 (분쟁의 조정 등)

협의회는 법 제24조제1항의 규정에 의한 분쟁의 조정이 성립된 경우에는 다음 각호의 사항이 기재



된 조정조서를 작성한 후 그 사본을 첨부하여 조정결과를 공정거래위원회에 보고하여야 한다.

1. 조정신청인의 주소·성명
2. 조정대상 분쟁의 개요
  - 가. 가맹사업거래 당사자의 일반현황
  - 나. 가맹사업거래의 개요
  - 다. 분쟁의 경위
  - 라. 조정의 쟁점(가맹사업거래 당사자의 의견을 기술한다)
3. 조정의 결과(조정의 쟁점별로 기술한다)

▶시행령- 제26조 (분쟁당사자의 지위승계)

- ① 협의회는 조정절차가 종료되기 전에 분쟁당사자가 사망하거나 능력의 상실 그 밖의 사유로 절차를 계속할 수 없는 경우에는 법령에 의하여 그 지위를 승계한 자가 분쟁당사자의 지위를 승계하게 할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 분쟁당사자의 지위를 승계하고자 하는 자는 서면으로 협의회에 신청하여야 한다.
- ③ 협의회가 제2항의 규정에 의한 신청을 받은 때에는 지체없이 이를 심사하여 승계여부를 결정하고, 그 내용을 신청인에게 서면으로 통지하여야 한다.

▶시행령- 제27조 (소제기의 통지)

분쟁당사자는 분쟁조정신청후 당해 사건에 대하여 소를 제기한 때에는 지체없이 이를 협의회에 통지하여야 한다.

- ② 협의회는 분쟁당사자가 조정절차를 개시하기 전에 조정사항을 스스로 조정하고 조정조서의 작성을 요구하는 경우에는 그 조정조서를 작성할 수 있다.

▷ 제25조 (협의회의 조직 등에 관한 규정)

제16조 내지 제24조의 규정외에 협의회의 조직·운영·조정절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

▷ 제26조 (경비보조)

공정거래위원회는 제16조의 규정에 의하여 협의회를 설치하는 사업자단체에 대하여 협의회의 운영에 필요한 경비의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다.

▷ 제27조 (가맹사업거래상담사)

- ① 가맹사업거래에 대한 상담과 관련하여 대통령령이 정하는 자격요건을 갖춘 자는 가맹사업거래상담사(이하 “상담사”라 한다)가 될 수 있다.

▶ 시행령- 제28조 (가맹사업거래상담사의 자격)

법 제27조제1항에서 “대통령령이 정하는 자격요건을 갖춘 자”라 함은 가맹사업거래상담사(이하 “상담사”라 한다)의 자격시험에 합격하고 공정거래위원회가 지정하는 기관에서 1년 이상의 실무수습을 마친 자를 말한다.

② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 상담사가 될 수 없다.

1. 미성년자·금치산자 또는 한정치산자
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자
3. 금고 이상의 실형의 선고를 받고 그 집행이 종료(종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 2년이 경과되지 아니한 자
4. 금고 이상의 형의 집행유예를 받고 그 집행유예기간중에 있는 자
5. 제31조의 규정에 의하여 상담사의 등록이 취소된 날부터 2년이 경과되지 아니한 자

▷ 제28조 (상담사의 업무)

상담사는 다음 각호의 사항에 관하여 상담한다.

1. 가맹사업의 사업성 검토에 관한 사항
2. 정보공개서와 가맹계약서의 작성 및 수정에 관한 사항
3. 가맹사업자의 부담, 가맹사업 영업활동의 조건 등에 관한 사항
4. 가맹사업당사자에 대한 교육·지도에 관한 사항

▶ 시행령- 제29조 (상담사의 자격시험 등)

- ① 제28조의 규정에 의한 상담사자격시험(이하 “시험”이라 한다)은 공정거래위원회가 실시하되, 제1차시험과 제2차시험으로 구분하여 매년 1회 이상 실시한다. <개정 2003.6.13>
- ② 제1차시험에 합격하지 아니한 자는 제2차시험에 응시할 수 없다. 다만, 제1차시험이 면제되는 자는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1차시험 및 제2차시험의 과목은 별표 3과 같다.
- ④ 시험방법은 다음 각호에 의한다.
  1. 제1차시험은 선택형으로 하되, 기입형을 가미할 수 있다.
  2. 제2차시험은 논문형으로 하되, 기입형을 가미할 수 있다.
- ⑤ 시험의 합격자는 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상을 득점한 자로 한다.
- ⑥ 공정거래위원회는 시험을 시행하고자 할 때에 시험의 일시·장소·방법·과목·응시자격 및 응시절차 등 필요한 사항을 시험시행일 30일전에 일간신문 등에 공고하여야 한다.
- ⑦ 공정거래위원회는 시험의 합격자가 결정된 때에는 이를 관보에 게재하고 합격자에 대하여는 합격증서를 교부하여야 한다.
- ⑧ 시험의 응시자격, 시험방법, 시험문제의 출제, 시험합격자의 결정 등 시험의 시행에 관하여 필요한 사항을 심의하기 위하여 공정거래위원회에 가맹사업거래상담사시험위원회를 둘 수 있다.
- ⑨ 그 밖에 시험관리에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회 고시로 정한다.

▷ 제29조 (상당사의 등록)

- ① 상당사가 되고자 하는 자는 대통령이 정하는 바에 따라 공정거래위원회에 등록하여야 한다.

▶ 시행령- 제29조의2 (시험의 시행 및 관리업무의 위탁)

공정거래위원회는 제29조제1항의 규정에 의한 시험의 시행 및 관리업무를 민법 제32조의 규정에 의하여 가맹사업거래의 합리화를 목적으로 설립된 법인 또는 한국산업인력공단법에 의한 한국산업인력공단에 위탁한다.

▶ 제30조 (시험의 일부면제)

제1차시험에 합격한 자에 대하여는 다음 회의 시험에 한하여 제1차시험을 면제한다.

▶ 제31조 (수수료)

- ① 시험에 응시하고자 하는 자는 공정거래위원회가 정하는 응시수수료를 납부하여야 한다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 납부한 응시수수료는 응시하지 아니한 때에도 이를 반환하지 아니한다.

▶ 제32조 (상당사의 등록 등)

- ① 법 제29조제1항의 규정에 의하여 상당사등록을 하고자 하는 자는 공정거래위원회가 정하는 바에 의하여 등록신청서를 공정거래위원회에 제출하여야 한다.
- ② 공정거래위원회는 제1항의 규정에 의한 등록신청이 있는 때에는 상당사등록부에 다음 각호의 사항을 기재하고 신청인에게 등록증을 교부하여야 한다.
  1. 상당사의 주소·성명 및 주민등록번호
  2. 사무소의 명칭 및 소재지
  3. 등록번호
  4. 그 밖에 공정거래위원회가 정하는 사항
- ③ 상당사 등록을 한 자가 제2항의 규정에 의하여 교부받은 등록증을 잃어버리거나 그 등록증이 못쓰게 된 때에는 재교부신청서를 공정거래위원회에 제출하여야 한다.
- ④ 제3항의 규정에 의하여 등록증의 재교부를 받은 후 잃어버렸던 등록증을 발견한 때에는 지체없이 이를 반환하여야 한다.
- ⑤ 제1항의 규정에 의하여 등록을 한 상당사는 공정거래위원회가 정하는 바에 따라 5년마다 등록을 갱신하여야 한다.
- ⑥ 제1항의 규정에 의하여 등록을 한 상당사가 아닌 자는 제27조의 규정에 의한 상당사임을 표시하거나 이와 유사한 용어를 사용하여서는 아니된다.

▷ 제30조 (상당사의 책임)

- ① 상당사는 성실히 직무를 수행하며 품위를 유지하여야 한다.
- ② 상당사는 직무를 수행함에 있어서 고의로 진실을 감추거나 허위의 보고를 하여서는 아니된다.

## ▷ 제31조 (등록취소 및 자격정지)

- ① 공정거래위원회는 제29조의 규정에 의하여 등록을 한 상담사가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 등록을 취소할 수 있다. 다만, 제1호 및 제2호에 해당하는 경우에는 그 등록을 취소하여야 한다.
  1. 허위 그 밖의 부정한 방법으로 등록 또는 갱신등록을 한 경우
  2. 제27조제2항의 규정에 의한 결격사유에 해당하게 된 경우
  3. 상담과 관련하여 알게 된 비밀을 다른 사람에게 누설한 경우
  4. 상담사 등록증을 다른 사람에게 대여한 경우
  5. 상담과 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 다른 사람에게 중대한 손해를 입힌 경우
- ② 제29조제2항의 규정에 의한 갱신등록을 하지 아니한 상담사는 그 자격이 정지된다. 이 경우 공정거래위원회가 고시로서 정하는 바에 따라 보수교육을 받고 갱신등록을 한 때에는 그 때부터 자격이 회복된다.

## 제5장 공정거래위원회의 사건처리절차 등

- ☞ 경제적 우위에 있는 가맹사업본부의 불공정행위를 시정하고 상대적인 정보빈곤의 지위에 있는 가맹사업자의 열악한 지위를 개선하기 위해 공정거래위원회는 시정조치나 시정권고등을 통해 거래당사자의 정보경제적 불평등을 해소하도록 적극 개입의 방향으로 규정하고 있다.

특히 법 제33조 및 제35조는 공정거래위원회가 가맹본부가 정보공개서의 제공·갱신·수정의무를 위반하거나 허위 또는 과장된 정보를 제공한 경우, 가맹금반환의무를 위반한 경우, 가맹계약서 교부의무를 위반한 경우 및 불공정거래행위를 한 경우에는 해당 가맹본부에 대하여 시정조치를 명하거나 매출액의 2퍼센트에 상당하는 금액의 범위안에서 과징금을 부과할 수 있도록 규정합니다..

## ▷ 제32조 (조사개시대상행위의 제한)

이 법의 규정에 의하여 공정거래위원회의 조사개시대상이 되는 가맹사업거래는 그 거래가 종료된 날부터 3년을 경과하지 아니한 것에 한한다. 다만, 그 거래가 종료된 날부터 3년 이내에 신고된 가맹사업거래의 경우에는 그러하지 아니하다.

## ☞ 1. 공정거래위원회의 조직 및 그 운영

가. 위원회의 정부조직상의 위치

- “사무를 독립적으로 수행” v. “국무총리소속하에” (법 제35조)

※ 미국식 독립규제위원회(independent regulatory commission)? : FTC, FCC 등 집행기능 이외에도 준입법적, 준사법적 기능을 수행, 이에 대응하는 전문성과 독립성이 요구됨(대개 의회의 인준을 거치고 임기 보장).

나. 위원회의 구성 및 운영

(1) 위원회의 구성과 위원의 임명(법 제37조) : 위원장, 부위원장(국무총리의 임명제청) 및 3명의 상임위원(위원장의 임명제청), 4명의 비상임위원

(2) 위원의 임기 및 신분보장(법 제39조 및 법 제40조)

(3) 위원장(위원)의 임명절차 및 위원장의 국무회의 출석·발언권(법 제38조)

(4) 위원회의 회의 : 전원회의와 소회의(법 제37조의 3)

- 전원회의 사항: 입법적 기능(법령, 규칙 또는 고시 등의 해석적용 및 그 제정 및 변경), 이의신청, 소회의 의결되지 아니한 사항, 경제적 파급효과가 큰 사항

※ 심리·의결의 공개(법 제43조) 및 합의(deliberation)의 비공개: 투명성, 절차적 민주성 및 당사자의 방어권 보장과 합의의 독립성, 원활성

(5) 위원의 제척, 기피 및 회피(법 제44조)

<예> 법과대학 교수인 비상임위원이 당사자인 회사의 용역수행?

2. 공정거래위원회의 사건처리절차

<공정거래위원회의운영및사건처리절차등에관한규칙, 공정거래위원회고시 제2002-9호>

가. 사건의 단초 (법 제49조): 위반사실의 인지 또는 신고의 접수

<대법원 2000.4.11. 선고 98두5682판결>: 법위반 사실에 대한 조사의 직권발동을 촉구하는 것에 불과하고, 어떠한 조치를 요구할 수 있는 구체적인 청구권이 아니므로 신고에 대한 무혐의 또는 각하는 신고인의 권리·의무에 어떠한 영향을 미치는 것도 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아님.

<헌법재판소 2002.6.27. 2001헌마381>: 무혐의처분은 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘공권력행사’에 해당하고, 자의적인 조사 및 판단에 따른 무혐의판단은 헌법상의 ‘법앞에서의 평등’을 침해하므로 헌법소원의 대상이 됨.

나. 심사(심사관) :

- 이첩, 회신, 심사불개시(사업자요건 등의 형식요건 불비, 적용제외, 기간경과, 무기명, 가명, 불분명한 내용, 신고취하, 사망·해산·폐업 등등), 또는

※ 위반행위가 종료한 날부터 5년을 경과하는 경우에는 시정조치를 명하거나 과징금을 부과하지 아니함. 단, 판결에 의해 취소된 경우로서 그 이유에 따라 새로운 처분을 하는 경우 제외(법 제49조 제4항).

- 심사착수보고 후 조사 및 심사(심사보고서의 작성) → 『심의절차종료(불개시사유에 해당하는 경우, 약관법위반의 경우 시정조치의 실효가 없는 경우, 사실관계 확인 곤란 등), 무혐의, 주의촉구(장래의 법위반의 예방에 필요한 경우등), 종결처리(사망, 해산, 폐업, 파산 등 이행조치의 확보가 불가능한 경우 또는 회사정리법에 의한 보전처분 또는 정리절차개시결정 받은 경우), 조사등 중지(영업중단, 일시폐업, 도피 등), 경고(경미한 경우 또는 시정된 사항), 시정권고(시간적 여유가 없다고 인정되는 경우, 수락하지 않으면 심사보고서 작성하여 회의에 제출)』

※ 조사의 수단: 자료 및 물건의 제출명령 및 영치권(법 제50조 제3항)/ 금융거래정보제출요구권(동조 제5항)(부당지원행위의 상당한 혐의, 지원여부확인을 위해 금융거래정보 필요)

다. 심의 : 인정심문 → 모두절차(심의결과의 요지) → 피심인 의견진술 → 석명 및 질문 → 증거조사(참고인진술), 감정인 의견청취 → 심사관의 의견(시정조치) → 피심인 최후진술

※ 조사결과의 당사자통지의무(법 제49조), 당사자의 의견진술권, 회의출석 및 의견진술·자료제출권(법 제52조) : 당사자의 방어권을 보장하고 신중한 판단을 위함

<대법원 2001.5.8. 선고 2000두10212판결>: 절차적 요건을 갖추지 못한 시정조치나 과징금납

부명령은 실제적 사유를 갖추고 있다고 하더라도 위법하여 취소의 대상이 됨.

라. 의결 :

- 재심사명령(사실오인, 법령해석적용상 착오, 심사종결후 새로운 사실이나 증거의 발견, 『심의절차종료(불개시사유에 해당하는 경우, 약관법위반의 경우 시정조치의 실익이 없는 경우, 사실관계 확인곤란 등), 무혐의, 주의촉구(장래의 법위반의 예방에 필요한 경우등), 종결처리(사망, 해산, 폐업, 파산 등 이행조치의 확보가 불가능한 경우 또는 회사정리법에 의한 보전처분 또는 정리절차개시결정 받은 경우), 조사등 중지(영업중단, 일시폐업, 도피 등), 경고(경미한 경우 또는 시정된 사항), 시정권고(시간적 여유가 없다고 인정되는 경우, 수락하지 않으면 심사보고서 작성하여 회의에 제출)』

※ 시정권고 : 시정방안을 정하여 수락을 권고, 10일 이내 수락 통지하면 시정조치가 명하여진 것으로 봄(법 제51조).

- 의결: 시정명령, 시정요청(약관법위반의 경우), 과징금납부명령 또는 과태료납부명령

- 결정 : 고발, 입찰참가자격제한요청 또는 영업정지요청

<대법원 1995.5.12.선고 94누13794판결>: 고발은 수사의 단서에 불과하고 국민의 권리의무에 어떠한 영향도 미치지 않으며, 특히 공정거래법상 공정위의 고발은 행정기관 상호간의 행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당되지 않는다.

<약식절차> : 소회의 소관사항에 대하여 피심인이 심사보고서상의 심사관의 조치의견을 수락한 경우 심사보고서와 약식의결서를 함께 제출

마. 불복절차 :

- 이의신청 : 30일 이내 이의신청 제기 → 심사(심사관: 심판관리관) → 전원회의 심의(서면 심의 원칙, 피심인은 구술심의 신청 가능) 및 60일 이내 재결(법 제53조)

- 행정소송제기 : 처분의 통지 또는 이의신청 재결서 송달받은 날로부터 30일 이내 제소(법 제54조), 서울고등법원 전속관할(법 제55조)

※ 당사자 및 이해관계인의 자료열람요구권(법 제52조의 2)

### 3. 과징금의 부과 및 징수

가. 과징금의 성격

- 부당이익의 환수 v. 법위반행위의 제재 또는 속죄금 : 과징금의 성격의 변형 현상, 수많은 변형된 과징금

<대법원 2001.2.9.선고 2000두6206판결>: 과징금 부과는 비록 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 같은 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것임.

※ 부당지원행위(법 제23조 제1항 7호)에 대한 과징금조항의 위헌성?

- 이중처벌 금지의 문제 : 과벌?

- 과잉금지의 원칙의 문제 : 필요성, 비례성 및 수단의 목적적합성(지원주체에 대한 부과의 문제)

나. 과징금 부과처분

- 재량행위

<대법원 2002.5.28. 선고 2000두6121판결>: 공정거래위원회는 법률이 정한 일정한 범위 내에서 과징금액수를 산정함에 있어서 재량을 가지고 있으나, 사실오인, 비례·평등의 원칙에 위배되면 재량권의 일탈, 남용으로서 위법이 존재함. 예컨대 위반행위기간이 아닌 기간을 포함하거나 관련상품이 아닌 상품의 매출액을 포함하여 매출액을 산정하는 것은 재량권의 일탈, 남용이며, 부과처분당시까지 부과관청이 확인한 사실을 기초로 일의적으로 그 액수를 확정하여야 하며 추후에 새로운 자료가 발견되었다고 하더라도 새로운 부과처분을 내릴 수 없음.

- 합병시 범위반에 대한 과징금부과 대상 승계(법 제55조의3 제2항)

#### 다. 과징금의 산정 및 징수

- 법상 참작사유(법 제55조의3) : 위반행위의 내용 및 정도, 기간 및 회수, 취득한 이익의 규모

<대법원 2001.2.9. 선고 2000두6206판결>: 과징금 부과는 비록 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 같은 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것으로서 불공정거래행위에 대한 과징금의 액수는 당해 행위의 구체적 위법성의 정도, 그로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이룰 것이 요구되고, 이러한 균형을 사실할 경우에는 비례의 원칙에 위배되므로 사원판매행위에 대하여 부과된 과징금의 액수가 법정 상한을 초과하지 않더라도 그로 인하여 취득한 이익의 규모를 크게 초과하여 그 매출액에 육박하게 된 경우, 불법적인 경제적 이익의 박탈이라는 과징금부과의 기본적 성격과 당해 행위의 위법성의 정도에 비추어 볼 때, 비례의 원칙에 위배됨.

- 각 행위유형별 부과기준(시행령 별표) 및 과징금부과세부기준등에 관한 고시

<대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두1713판결>: 법 위반행위가 경쟁제한성이 크다는 이유로 위원회가 내부적으로 정한 ‘과징금산정방법및부과지침’(내부의 사무처리준칙에 불과함)상의 부과기준의 2배에 상당하는 금액을 일률적으로 부과한 것은 비례원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 것임.

※ 부당 공동행위에 대한 과징금의 산정

(1) 입찰담합에 대한 과징금의 산정: 군납유류입찰담합사건(대법원 계류중)

(2) 가격담합에 대한 과징금산정의 기준이 되는 ‘관련상품’의 매출액?

- 과징금납부 고지서 통지후 60일 이내 납부

※ 납부기한의 연장 및 분할납부(법 제55조의4)

- 체납과징금(법 제55조의5) 및 환급과징금(법 제55조의6)에 대한 가산금요율 : 연 14.6%(1일 10,000분의 4) 및 연 6.5%

<관심을 가지고 살펴볼 만한 사건들>

1. 부당지원행위에 대한 과징금조항 위헌심판(헌재 계류중)

2. 삼성SDS의 부당지원행위 사건(대법원 계류중)

3. 흑연전극봉 생산업체들의 국제가격담합사건(고법 계류중)

4. 대한의사협회 집단휴업사건(대법판결확정) :

- 다수의견(5): 입법개정운동을 벌이는 과정에서 불가피하게 파생된 휴업행위라고 할지라도 구성사업자의 휴업을 사실상 강제한 경우에는 “경쟁질서를 해치는 부당한 단체적 구속”이므로 부당한 행위임.

- 별개의견(3): 법문상 경쟁제한성 필요 없으므로 본건의 경우 경쟁저해성은 인정되지 않지만 부당한 행위임.
- 반대의견(5): 부당성은 곧 경쟁정책상 문제가 있어야 하나, 본건의 경우 정책에 영향을 미치려는 행위로서 경쟁저해성이 인정되지 않으므로 부당한 행위가 아님

#### ▷ 제33조 (시정조치)

- ① 공정거래위원회는 제7조제1항, 제8조, 제9조, 제10조제1항, 제11조제1항 내지 제3항, 제12조제1항의 규정을 위반한 가맹본부에 대하여 정보공개서의 제공 또는 수정, 가맹금 반환, 위반행위의 중지, 위반내용의 시정을 위한 필요한 계획 또는 행위의 보고 그 밖에 당해 위반행위의 시정에 필요한 조치를 명할 수 있다.
- ② 공정거래위원회는 제24조의 규정에 의하여 협의회의 조정이 이루어진 경우에는 특별한 사유가 없는 한 제1항의 규정에 의한 시정조치 및 제34조제1항의 규정에 의한 시정권고를 하지 아니한다.
- ③ 공정거래위원회는 제1항의 규정에 의하여 시정명령을 하는 경우에는 가맹본부에게 시정명령을 받았다는 사실을 공표하거나 거래상대방에 대하여 통지할 것을 명할 수 있다.

#### ▷ 제34조 (시정권고)

- ① 공정거래위원회는 이 법의 규정을 위반한 가맹본부에 대하여 제33조의 규정에 의한 시정조치를 명할 시간적 여유가 없는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 시정방안을 마련하여 이에 따를 것을 권고할 수 있다. 이 경우 당해 권고를 수락한 때에는 시정조치를 한 것으로 본다는 뜻을 함께 통지하여야 한다.

#### ▶ 시행령- 제33조 (시정권고절차)

법 제34조제1항의 규정에 의한 시정권고는 다음 각호의 사항을 명시한 서면으로 하여야 한다.

1. 범위반내용
2. 권고사항
3. 시정기한
4. 수락여부통지기한
5. 수락거부시의 조치

- ② 제1항의 규정에 의한 권고를 받은 가맹본부는 당해 권고를 통지받은 날부터 10일 이내에 이를 수락하는지의 여부에 관하여 공정거래위원회에 통지하여야 한다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 권고를 받은 가맹본부가 당해 권고를 수락한 때에는 제33조의 규정에 의한 시정조치를 받은 것으로 본다.

#### ▷ 제35조 (과징금)

공정거래위원회는 제7조제1항, 제8조, 제9조, 제10조제1항, 제11조제1항 내지 제3항, 제12조제1항의 규정을 위반한 가맹본부에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.



▶ 시행령- 제34조 (과징금의 산정방법)

법 제35조에서 “대통령령이 정하는 매출액”이라 함은 당해 가맹본부의 위반행위 직전 3개 사업연도의 평균매출액을 말한다. 다만, 당해 사업연도 초일 현재 사업을 개시한지 3년이 되지 아니하는 경우에는 사업개시일부터 위반행위 직전 사업연도 말일까지의 매출액을, 당해 사업연도에 사업을 개시한 경우에는 사업개시일부터 위반행위일까지의 매출액을 연 매출액으로 환산한 금액으로 한다.

▷ 제36조 (관계행정기관의 장의 협조)

공정거래위원회는 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 관계행정기관의 장의 의견을 듣거나 관계행정기관의 장에 대하여 조사를 위한 인원의 지원 그 밖의 필요한 협조를 요청할 수 있다.

▷ 제37조 (독점규제및공정거래에관한법률의 준용)

- ① 이 법에 의한 공정거래위원회의 조사·심의·의결 및 시정권고에 관하여는 독점규제및공정거래에관한법률 제42조, 제43조, 제43조의2, 제44조, 제45조, 제49조제1항 내지 제3항, 제50조제1항 내지 제4항, 제52조, 제52조의2, 제53조, 제53조의2 및 제55조의2의 규정을 준용한다.
- ② 이 법에 의한 과징금의 부과·징수에 관하여는 독점규제및공정거래에관한법률 제55조의3 내지 제55조의6의 규정을 준용한다.
- ③ 이 법에 의한 이의신청, 소의 제기 및 불복의 소의 전속관할, 손해배상에 관하여는 독점규제및공정거래에관한법률 제53조, 제53조의2, 제54조, 제55조, 제56조, 제56조의2, 제57조의 규정을 준용한다. 다만, 독점규제및공정거래에관한법률 제56조, 제56조의2 및 제57조의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 행한 법률위반의 정도가 경미하거나 이미 스스로 위반행위를 시정한 결과 시정조치의 실익이 없는 경우 등 대통령령이 정하는 경우에는 준용하지 아니한다.

▶ 시행령- 제35조 (손해배상청구의 준용제한)

법 제37조제3항 단서에서 “대통령령이 정하는 경우”라 함은 다음 각호의 경우를 말한다.

- ① 법률을 위반한 사업자의 연간매출액이 30억원 미만인 경우
- ② 법률을 위반한 사업자의 관련 상품·용역의 시장점유율이 10퍼센트 미만인 경우(다만, 10퍼센트 미만이라도 상위 3위 이내의 사업자를 제외한다)
- ③ 위반행위의 파급효과가 1개의 시나, 군 또는 구 지역에 한정되거나, 2개 이상의 시나, 군 또는 구 지역에 걸치더라도 그 파급효과가 1개의 시나, 군 또는 구 지역에 한정된다고 인정되는 경우
- ④ 이 법에 의한 직무에 종사하거나 종사하였던 공정거래위원회의 위원, 공무원 또는 협의회에서 가맹사업거래에 관한 분쟁의 조정업무를 담당하거나 담당하였던 자에 대하여는 독점규제및공정거래에관한법률 제62조의 규정을 준용한다.
- ⑤ 이 법에 의한 과태료의 부과·징수 등의 절차에 관하여는 독점규제및공정거래에관한법률 제69조의2제3항 내지 제6항의 규정을 준용한다.

▷ 제38조 (독점규제및공정거래에관한법률과의 관계)

가맹사업거래에 관하여 이 법의 적용을 받는 사항에 대하여는 독점규제및공정거래에관한법률 제23조

제1항제1호(부당하게 거래를 거절하는 행위에 한한다)·제3호(부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위에 한한다)·제4호·제5호(거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위에 한한다) 및 동법 제29조제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

#### ▷ 제39조 (권한의 위임과 위탁)

이 법에 의한 공정거래위원회의 권한은 그 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 소속기관의 장이나 특별시장, 광역시장 또는 도지사에게 위임하거나 다른 행정기관의 장에게 위탁할 수 있다.

#### ▷ 제40조 (보고)

공정거래위원회는 제39조의 규정에 의하여 위임 또는 위탁한 사무에 대하여 위임 또는 위탁받은 자에게 필요한 보고를 하게 할 수 있다.

### 제6장 벌칙

#### ▷ 제41조 (벌칙)

- ① 제9조제1항의 규정에 위반하여 허위·과장된 정보를 제공하거나 중요한 사항을 누락한 자는 5년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.
  1. 제33조제1항의 규정에 의한 시정조치의 명령에 따르지 아니한 자
  2. 제37조제4항의 규정에 의하여 준용되는 독점규제및공정거래에관한법률 제62조의 규정에 위반한 자
- ③ 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
  1. 제7조제1항의 규정에 위반하여 정보공개서를 제공하지 아니한 자
  2. 제8조의 규정에 위반하여 정보공개서의 갱신과 수정을 아니한 자

#### ▷ 제42조 (양벌규정)

법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제41조의 규정에 해당하는 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조 각항의 벌금형을 과한다.

#### ▷ 제43조 (과태료)

- ① 가맹본부가 제2호 또는 제3호의 규정에 해당하는 경우에는 1억원이하, 제1호의 규정에 해당하는 경우에는 5천만원 이하의 과태료에 처한다.
  1. 제37조제1항의 규정에 의하여 준용되는 독점규제및공정거래에관한법률 제50조제1항제1호의 규정에 위반하여 정당한 사유 없이 2회이상 출석하지 아니한 자
  2. 제37조제1항의 규정에 의하여 준용되는 독점규제및공정거래에관한법률 제50조제1항제3호 또는 동조제3항의 규정에 의한 보고 또는 필요한 자료나 물건의 제출을 정당한 사유없이 하지 아니하거나, 허위의 보고 또는 자료나 물건을 제출한 자

3. 제37조제1항의 규정에 의하여 준용되는 독점규제및공정거래에관한법률 제50조제2항의 규정에 의한 조사를 정당한 사유없이 거부·방해 또는 기피한 자
- ② 가맹점사업자가 제1항제2호 또는 제3호의 규정에 해당하는 경우에는 1억원 이하, 동항제1호의 규정에 해당하는 경우에는 1천만원 이하의 과태료에 처한다.
- ③ 가맹본부 또는 가맹점사업자의 임원이 각각 제1항제3호의 규정에 해당하는 경우에는 5천만원 이하, 동항제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 경우에는 1천만원 이하의 과태료에 처한다.
- ④ 가맹본부 또는 가맹점사업자의 종업원 또는 이에 준하는 법률상 이해관계에 있는 자가 각각 제1항제3호의 규정에 해당하는 경우에는 5천만원 이하, 동항제2호의 규정에 해당하는 경우에는 1천만원 이하, 동항제1호의 규정에 해당하는 경우에는 5백만원 이하의 과태료에 처한다.
- ⑤ 제37조제1항의 규정에 의하여 준용되는 독점규제및공정거래에관한법률 제43조의2의 규정에 의한 질서유지명령에 응하지 아니한 자는 100만원 이하의 과태료에 처한다.
- ⑥ 제9조제2항 및 제3항의 규정에 위반하여 근거자료를 비치하지 않거나 자료요구에 응하지 아니한 자는 1천만원 이하의 과태료에 처한다.
- ⑦ 제29조제3항의 규정에 위반하여 상담사임을 표시하거나 유사한 용어를 사용한 자는 300만원 이하의 과태료에 처한다.

#### ▷ 제44조 (고발)

- ① 제41조제1항·제2항제1호 및 제3항의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.
- ② 공정거래위원회는 제41조제1항·제2항제1호 및 제3항의 죄중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.
- ③ 검찰총장은 제2항의 규정에 의한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있다. 공정거래위원회는 검찰총장의 고발요청이 있을 경우 이에 응하여야 한다.
- ④ 공정거래위원회는 공소가 제기된 후에는 고발을 취소하지 못한다.

부칙 <제6704호,2002.5.13>

- ① (시행일) 이 법은 2002년 11월 1일부터 시행한다.
- ② (시정조치·과징금 및 벌칙에 관한 경과조치) 이 법 시행전의 종전의 독점규제및공정거래에관한법률 제23조제1항제1호(부당하게 거래를 거절하는 행위에 한한다)·제3호(부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위에 한한다)·제4호·제5호(거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위에 한한다) 및 동법 제29조제1항의 규정에 위반한 행위에 대한 시정조치·과징금 및 벌칙의 적용에 있어서는 동법의 규정에 의한다.

## 제8장

# 유통산업발전법 해설

## 제8장 유통산업발전법 해설

### 1. 제·개정과정

제정 1997. 4.10 법률제5327호 - 일부개정 1997.12.13 법률제5453호  
 (행정절차법의시행에따른공인회계사법등의정비에관한법률) - 일부개정 1997.12.13 법률제5454호  
 (정부부처명칭등의변경에따른건축법등의정비에관한법률) - 일부개정 1998. 2.28 법률제5529호(정부조직법) - 일부개정 1999. 2. 8 법률제5833호 - 일부개정 2000. 1.28 법률제6223호(농수산물유통및가격안정에관한법률) - 일부개정 2000. 1.28 법률제6239호(화물유통촉진법) - 일부개정 2001. 4. 7 법률제6460호(담배사업법) - 전문개정 2003.7.30 법률 제06959호

### 2. 개정이유(2003. 7.30)

유통업체 및 유통방법이 다양화되는 등 유통환경이 급격히 변화됨에 따라 새로운 유통업체에 대한 지원시책을 마련하여 유통산업의 경쟁력을 강화하도록 하는 한편, 물류설비의 인증제도 및 공동집배송센터개발촉진지구지정제도를 도입하여 물류효율화를 촉진하도록 함으로써 유통구조의 선진화를 위한 제도적 기반을 마련하려는 것이다.

주요골자는 다음과 같다.

- 가. 최근 급성장하고 있는 무점포판매업에 대하여 업체정의를 신설하고, 그 경쟁력 강화를 위한 발전시책을 수립시행할 수 있도록 한다.(법 제2조제8호 및 제15조제1항제2호).
- 나. 산업자원부장관은 물류설비의 종류별로 표준이 되는 규격을 정하여 당해 규격에 맞는 설비에 대하여 인증을 실시하도록 하는 물류설비인증제도를 도입하고, 인증을 받은 설비의 이용 및 보급의 촉진을 위하여 유통사업자제조업자물류사업자 등이 수행하는 인증물류설비와 관련한 연구개발투자사업 등을 지원할 수 있도록 한다(법 제27조)
- 다. 산업자원부장관은 여러 유통사업자 또는 제조업자가 공동으로 사용하는 집배송시설의 집단적 설치와 효율적 배치를 위하여 시도지사의 추천 및 관계 중앙행정기관의 장과의 협의절차를 거쳐 공동집배송센터개발촉진지구를 지정하도록 하고, 당해 지구에 설치하거나 이전하는 집배송시설에 대하여 자금 등의 지원을 할 수 있도록 한다.함(법 제34조 및 제35조).
- 라. 대규모점포와 인근지역의 도소매업자 또는 주민 사이의 분쟁을 조정하기 위하여 시도 및 시군구에 각각 유통분쟁조정위원회를 설치하도록 하고, 유통분쟁조정위원회는 분쟁당사자의 조정신청에 의하여 조정안을 작성하여 이를 각 당사자에게 제시하도록 하며, 당사자가 조정안을 수락한 때에는 당사자간에 조정서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 보도록 한다.(법 제36조 내지 제39조).

### 3. 적용범위

유통산업 발전법은 유통산업의 효율적인 진흥과 균형적인 발전을 도모하고, 건전한 상거래 질서를 확립함으로써 소비자를 보호하고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 제정되었다. 동 법

은 프랜차이즈가맹사업 등 프랜차이즈사업에 대한 법적 근거를 마련하고 있으며, 시·도지사가 일정요건을 갖춘 프랜차이즈사업자 중에서 평가를 거쳐 지정 프랜차이즈사업자로 정하고 있다.

그러나 지정 프랜차이즈사업자 대상을 한국표준산업분류번호(5단위)에서 정한 가구소매업 등 31개 소매업과 슈퍼마켓 등으로 한정하고 있기 때문에, 현재 국내 시장에서 주류를 형성하고 있는 식자재 유통업인 외식업 등의 프랜차이즈형 사업 등은 동법 적용대상에서 사실상 제외되고 있다.

## ▷ 제1조 (목적)

이법은 유통산업의 효율적인 진흥과 균형있는 발전을 꾀하고, 건전한 상거래질서를 세움으로써 소비자를 보호하고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

☞ 1997년 4월에 제정된 유통산업발전법의 연원은 1961년 제정된 시장법(시장법은 1986년 도·소매업진흥법 제정으로 폐지되었으며, 도·소매업진흥법과 유통산업근대화촉진법은 유통산업발전법 제정으로 폐지되었음)과 1980년 제정된 유통산업근대화촉진법이다.

유통산업발전법은 대규모점포, 정기시장, 시범도매센터, 체인사업, 상점가, 전문상가단지, 도매배송업 등 상류중심의 규정과 집배송단지, 유통정보화, 물류의 표준화·자동화·공동화 등 물류관련 지원·육성정책을 광범위하게 규정하고 있음.

개정법률 제12조, 제13조 및 제14조는 산업별·유형별 체인사업 발전전략수립, 체인사업 창업·운영 매뉴얼 개발·보급, 전문요원 양성 등 체인사업의 발전시책 수립·추진근거를 신설하는 한편, 지정체인사업자를 우수체인사업자로 변경하여 체인점포 경영지도, 교육·훈련 등 시범체인사업자 준수사항을 보장하였고, 우수체인사업자 지위승계·지정요건에 관한 사항 등도 보완하고 있다.

## ▷ 제2조 (정의)

이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “유통산업”이라 함은 농산물·임산물·축산물·수산물(가공 및 조리물을 포함한다) 및 공산품의 도매·소매 및 이를 영위하기 위한 보관·배송·포장과 이와 관련된 정보·용역의 제공 등을 목적으로 하는 산업을 말한다.
2. “매장”이라 함은 상품의 판매와 이를 지원하는 용역의 제공에 직접 사용되는 장소를 말한다. 이 경우 매장에 포함되는 용역의 제공장소의 범위는 대통령령으로 정한다.
3. “대규모점포”라 함은 다음 각목의 요건을 갖춘 매장을 보유한 점포의 집단으로서 대통령이 정하는 것을 말한다.
  - 가. 하나 또는 2 이상의 연접되어 있는 건물안에 하나 또는 여러개로 나누어 설치되는 매장일 것
  - 나. 상시 운영되는 매장일 것
  - 다. 매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상일 것
4. “임시시장”이라 함은 다수의 수요자와 공급자가 일정한 기간동안 상품을 매매하거나 용역을 제공하는 일정한 장소를 말한다.
5. “체인사업”이라 함은 같은 업종의 여러 소매점포를 직영(자기가 소유하거나 임차한 매장에서 자기의 책임과 계산아래 직접 매장을 운영하는 것을 말한다. 이하 같다)하거나 같은 업종의 여러 소매점포에 대하여 계속적으로 경영을 지도하고 상품·원재료 또는 용역을 공급하는 사업으로서

대통령령이 정하는 것을 말한다.

- ☞ “체인사업”이란 상품구매, 수배송, 판매촉진, 정보관리 등은 체인본부에 집중화하고, 다수의 체인 점포는 판매활동에 집중화하는 시스템으로 중소점포의 자생적 경쟁력 제고효과가 큰 사업으로서, 우리의 경우 ‘74년부터 유통근대화 시책의 일환으로 지정체인사업자제도가 도입되었으나, 업계인식 및 실효성있는 지원시책 미흡 등으로 체인사업의 활성화가 선진국에 비해 크게 부진한 실정임. (유통산업발전법 개정법률 제2조 제5호)

“체인사업”이라 함은 같은 업종의 여러 소매점포를 직영(자기가 소유하거나 임차한 매장에서 자기의 책임과 계산아래 직접 매장을 운영하는 것을 말한다)하거나 같은 업종의 여러 소매점포에 대하여 계속적으로 경영을 지도하고 상품·원재료 또는 용역을 공급하는 사업으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다.

이에 ‘01년 5월 지정체인사업자 실태조사 결과 나타난 문제점을 보완하고, 향후 체인사업을 중소 유통업 구조개선 촉진을 위한 핵심시책으로 추진해 나가기 위한 제도적 여건 마련이 필요하여 유통산업발전법 개정 추진.

6. “상점가”라 함은 일정 범위안의 가로 또는 지하도에 대통령령이 정하는 수 이상의 도매점포·소매점포 또는 용역점포가 밀집하여 있는 지구를 말한다.
7. “전문상가단지”라 함은 같은 업종을 영위하는 여러 도매업자 또는 소매업자가 일정 지역에 점포 및 부대시설 등을 집단으로 설치하여 만든 상가단지를 말한다.
8. “무점포판매”라 함은 상시 운영되는 매장을 가진 점포를 두지 아니하고 상품을 판매하는 것으로 산업자원부령이 정하는 것을 말한다.
9. “유통표준코드”라 함은 상품·상품포장·포장용기 또는 운반용기의 표면에 표준화된 체계에 따라 표기된 숫자와 바코드 등으로서 산업자원부령이 정하는 것을 말한다.
10. “유통표준전자문서”라 함은 전자거래기본법 제2조제1호의 규정에 의한 전자문서중 유통부문에 관하여 표준화되어 있는 것으로서 산업자원부령이 정하는 것을 말한다.
11. “판매시점정보관리시스템”이라 함은 상품을 판매할 때 활용하는 시스템으로서 광학적 자동판독 방식에 의하여 상품의 판매·매입 또는 배송 등에 관한 정보가 수록된 것을 말한다.
12. “물류설비”라 함은 화물의 수송·포장·하역·운반과 이를 관리하는 물류정보처리활동에 사용되는 물품·기계·장치 등의 설비를 말한다.
13. “도매배송서비스”라 함은 집배송시설을 이용하여 자기의 계산으로 매입한 상품을 도매하거나 위탁받은 상품을 화물자동차운수사업법 제3조의 규정에 의한 등록을 한 자가 수수료를 받고 도매점포 또는 소매점포에 공급하는 것을 말한다.
14. “집배송시설”이라 함은 상품의 주문처리·재고관리·수송·보관·하역·포장·가공 등 집하 및 배송에 관한 활동과 이를 유기적으로 조정 또는 지원하는 정보처리활동에 사용되는 기계·장치 등의 일련의 시설을 말한다.
15. “공동집배송센터”라 함은 여러 유통사업자 또는 제조업자가 공동으로 사용할 수 있도록 집배송 시설 및 부대업무시설이 설치되어 있는 지역 및 시설물을 말한다.

#### ☞ 1.국제표준과 바코드

유통정보화의 핵심이 되고 있는 바코드(Bar Cord)의 뜻과 종류 그리고 바코드의 이용분야, 정보

유통 표준화와 관련된 국제기관인 미국 코드 관리 기관과 국제 상품 코드 관리기관의 역할과 우리나라의 바코드 보급현황 및 등록 절차에 대하여 알아보고자 한다.

#### 가. 바코드의 개념

- \* 바코드는 검은 바(막대)와 스페이스(흰공간)의 배열에 따라 정보를 표현한 부호의 체계이다. 즉 영 숫자 또는 특수 기호를 광학적으로 판독하기 쉽게 부호화한 것이다.
- \* 여러 가지 정보 자동 인식 기술 중에서 가장 널리 활용되고 있는 것이 바코드이다. 이러한 바코드가 급속하게 보급되는 이유는 정보의 신뢰성이 높고, 비용이 저렴하며, 바코드에 따라 숫자 또는 영문자, 기호로 표시가 가능하여 유연성이 있으며 제조업, 유통업, 서비스업 등 다양한 부문에서 응용할 수 있기 때문이다.

#### 나. 유통 정보 표준화

- \* 유통 정보 표준화를 주도하고 있는 국제기관은 미국 코드 관리 기관과 국제 상품 코드 관리 기관이 있으며, 미국 코드 관리 기관에서 개발하고 관리하는 유통 정보의 표준은 미국과 캐나다 등 북미 지역에서 사용되고 있다 또한 국제 상품코드 관리 기관이 개발하고 관리하고 있는 유통 정보의 표준은 미국과 캐나다를 제외한 전 세계 약 80여개 국에서 사용되고 있다.
- \* 우리나라의 한국 유통 정보 센터는 국제 상품 코드 관리 기관에 참여하고 있으며, 국내 유통 정보의 표준화를 전담하여 추진하고 있다.

#### 다. 우리 나라 바코드 보급 현황

- \* 우리나라는 국제 상품 코드 관리 기관(EAN International)에 가입하여 국내 바코드 보급을 하고 있다. 바코드 보급은 새로운 형태의 유통업체가 국내에 본격적으로 확산되기 시작한 1991년부터 본격적으로 보급되었고, 국내 제조업체 코드 등록업체 수도 크게 증가하고 있다.
- \* 국제적으로 인정하는 EAN 바코드 표준에는 EAN, ITF 그리고 UCC/EAN-128의 세 가지가 있으며, 우리나라에서는 이들 세 가지 바코드 표준을 모두 국가 표준으로 채택하여 한국 공업 규격(KS)로 공표하여 사용하고 있다.

### 2. 판매 시점 정보 관리 시스템과 물류

최근 덩보 발생 즉시 자동 입력되는 정보 자동 인식 기술이 유통 분야에서 활발히 이용되고 있다. 이러한 유통분야에서 가장 중요한 위치를 차지하고 있는 것이 POS 시스템이다.

#### 가. POS의 개념

POS 시스템은 상품에 메이커나 상품명을 표시한 코드를 부여하여, 판매 시점에서 상품명, 가격, 판매일자, 개수, 상품의 입고 및 발주현황 등의 정보를 신속하고 정확하게 수집하여 분석한 다음, 발주, 구매, 배송 등에 필요한 정보를 즉시 제공하는 유통과 물류의 종합 정보 시스템이다.

#### 나. POS와 물류 정보 시스템

- \* POS 시스템의 정보를 활용함으로써 필요한 상품으로 필요한 만큼 배송하고, 판매를 예측함으로써 생산과 배송을 계획적으로 수립하여 기업의 물류 업무를 크게 효율화할 수 있다.
- \* 물류 정보 시스템을 주문단위의 소화량, 주문 회수의 다빈도화, 주문에서 납품까지 시간의 단축화, 긴급 배송 의뢰의 증가 등에 따라 도입의 필요성이 도입 요구되고 있다.

### 3. 부가가치통신망(VAN)

정보이용자들은 보다 유용하고, 신속한 정보를 원하고 있다. 이러한 정보이용자들의 욕구에 부응



하기 위하여 부가 가치 통신망의 구축이 확대되고 있다.

#### 가. VAN의 개념

- \* 부가 가치 통신망(VAN ; Value Added Network)은 통신 사업자가 통신회선을 직접 보유 하거나, 통신 회선을 임차하여 정보를 축적, 가공, 변환하여 부가 가치를 부여한 음성, 화상 등의 정보를 정보 이용자들에게 제공하기 위하여 구축된 통신망이다.
- \* VAN의 구성은 네트워크 설비, 네트워크 어플리케이션, 시스템 운용 등 3가지로 이루어진다.
- \* VAN이 제공하는 서비스의 기능은 계층에 따라 전송 기능, 교환기능, 통신 처리기능, 정보 처리기능 등이 있다.
- \* VAN사업자가 제공하는 주요 서비스는 수·발주 대행, 서비스 수탁 운영 서비스, NET-POS 서비스, SCAN-DATE 서비스, 아웃소싱 서비스 등이 있다.

#### 4. 전자문서교환(EDI)

최근 EDI(전자 문서 교환)는 종이 서류 없는 거래로써 유통정보화의 핵심적인 수단으로 발전하고 있다. 즉 EDI는 사업을 영위하기 위한 필요 조곤으로 인식되고 있다.

#### 가. EDI의 개념

- \* EDI는 거래 당사자가 인편이나 우편에 의존하는 종이서류 대신 컴퓨터로 주문서 응답서, 판매 보고서, 재고현황, 상업송장 등의 상거래 서식을 서로 합의한 표준화된 양식에 맞추어 상호 교환하여 재입력 과정없이 직접 업무에 활용할 수 있도록 하는 새로운 정보전달 방식이다.
- \* EDI의 구성요소는 ①전자표준문서 ②EDI 소프트웨어 ③통신수단 등이 있다.

#### 나. EDI의 표준

EDI 표준이란 전자자료 교환 사용자가 문서를 어떤 양식으로 전송할 것인가 결정하는 규정이다. EDI 표준은 기업 표준으로부터 시작하여, 운송, 식품, 창고 등의 산업별 표준으로 그리고 더 나아가 국제 표준으로 발전하였고, 국제 표준으로 UN/EDICT 표준이 있다.

#### 다. EDI 도입 효과

EDI의 도입에 따른 기대 효과는 다음과 같다. ①종이 서류없는 거래로 오류의 감소와 비용 절감 ②사무처리 비용 및 인건비가 절감 ③업무 처리 시간의 단축 ④고객의 요구에 대한 효율적 대응 ⑤거래 상대방과 정보의 공유로 협력 관계가 유지 ⑥사무 인력의 생산성 향상

#### 5. 인터넷

인터넷은 국가와 컴퓨터의 기종을 초월한 거대한 통신망으로 전세계적으로 서로의 정보를 교환할 수 있도록 구성된 통신망이다. 인터넷은 정치, 경제, 문화에 대한 여러 가지 정보뿐만 아니라 과학, 종교, 국가, 기술 등에 관한 다양한 정보를 제공한다. 최근에는 인터넷을 이용한 전자 상거래가 더욱 활발하게 이루어지고 있는 추세이다.

#### ▷ 제3조 (유통산업시책의 기본방향)

정부는 제1조의 목적을 달성하기 위하여 다음 각호의 시책을 마련하여야 한다.

1. 유통구조의 선진화 및 유통기능의 효율화 촉진
2. 유통산업에 있어서 소비자 편익의 증진
3. 유통산업의 지역별 균형발전의 도모

4. 유통산업의 종류별 균형발전의 도모
5. 중소기업(유통산업을 영위하는 자로서 중소기업기본법 제2조의 규정에 의한 중소기업자에 해당하는 자를 말한다. 이하 같다)의 구조개선 및 경쟁력의 강화
6. 유통산업의 국제경쟁력 제고
7. 유통산업에 있어서 건전한 상거래질서의 확립 및 공정한 경쟁여건의 조성
8. 그 밖에 유통산업의 발전을 촉진하기 위하여 필요한 사항

▷ 제17조 (우수체인사업자의 지정 등)

- ① 중소기업청장은 중소기업에 해당하는 체인사업자로서 다음 각호의 요건을 갖춘 자를 우수체인사업자로 지정할 수 있다. 이 경우 중소기업청장은 산업자원부장관 및 지방자치단체의 장에게 지체없이 이를 알려야 한다.
  1. 자본금 또는 출자금, 점포수, 매장면적 등이 산업자원부령이 정하는 기준에 해당될 것
  2. 산업자원부령이 정하는 바에 따라 체인사업의 경영개선실적을 평가한 결과가 우수할 것
- ② 우수체인사업자의 지정절차·지정방법 그 밖에 지정에 관하여 필요한 사항은 중소기업청장이 이를 정하여 고시한다.
- ③ 산업자원부장관·중소기업청장 또는 지방자치단체의 장은 제16조제2항의 규정에 의한 자금 등을 지원함에 있어서 우수체인사업자로 지정된 자에게 우선하여 지원할 수 있다.
- ④ 중소기업청장은 우수체인사업자가 지정요건에 미달하는 경우에는 그 지정을 취소하고, 산업자원부장관 및 지방자치단체의 장에게 지체없이 이를 알려야 한다.

☞ 1. 체인사업의 정의 : “체인사업”이란 같은 업종의 여러 소매점포를 직영하거나 같은 업종의 여러 소매점포에 대하여 계속적으로 경영을 지도하고 상품·원재료 또는 용역을 공급하는 사업 (법 제2조 제5호)

가. 체인사업의 종류 (시행령 제5조).

- (1) 직영점형 체인사업 : 체인본부가 주로 소매점포를 직영하되 가맹계약을 체결한 일부 가맹점에 대하여 계속적으로 상품을 공급하며 경영을 지도하는 형태의 체인사업
- (2) 프랜차이즈형 체인사업 : 체인본부가 상호·판매가격·판매방법·매장운영 및 광고 등에 관한 경영방식을 결정하고 가맹점으로 하여금 그 결정과 지도에 따라 운영하도록 하는 형태의 체인사업
- (3) 임의가맹점형 체인사업 : 체인본부의 경영지도에 의하여 가맹점의 취급품목·영업방식 등을 표준화하거나 체인본부의 경영지도에 의하여 공동구매·공동판매·공동시설활용 등 공동사업을 수행하는 형태의 체인사업
- (4) 조합형 체인사업 : 동일업종의 소매점들이 중소기업협동조합법 제3조의 규정에 의한 중소기업협동조합을 설립하여 공동구매·공동판매·공동시설 활용등 사업을 수행하는 형태의 체인사업

나. 지정체인사업자의 지정 (법 제41조 및 시행규칙 제24조)

- (1) 목적 : 체인사업의 건전한 발전과 체인점포의 경영개선 도모
- (2) 지정권자 : 시,도지사

## (3) 지정요건

## (i) 체인사업종류별 지정요건

- ① 직영점형 : 납입자본금 5억원 이상, 점포면적 300평방미터이상인 직영점포5개이상 보유
- ② 프랜차이즈형 : 납입자본금 5억원 이상, 점포면적 50평방미터 이상인 가맹점포 14개 이상 보유, 점포면적 50평방미터 이상인 시범소매점포 1개이상 보유
- ③ 임의가맹점형 : 납입자본금 3억원 이상, 점포면적 50평방미터이상인 가맹점포20개이상 보유
- ④ 조합형 : 출자금 1억원 이상, 가맹점포의 매장면적 합계가 1천평방미터이상

(ii) 체인사업자 지정신청일 이전 최근 6개월간의 체인사업 운영실적이 규정에서 정한 판정 결과 양호이상일 것

## (4) 지정체인사업자의 지정신청서류 (시행규칙 제25조)

- ① 체인사업계획서
- ② 직영 또는 가맹점포 명단
- ③ 직영 또는 가맹점포의 사업자등록증
- ④ 법인등기부등본 또는 조합설립인가증사본
- ⑤ 체인사업평가서
- ⑥ 직전연도 부가가치세 신고서사본
- ⑦ 가맹계약서 견본
- ⑧ 가맹점별 상품공급실적을 입증할 수 있는 서류

## 다. 체인사업자의 지위승계절차(유통산업발전법 시행규칙 제26조)

지정체인사업자의 지위승계를 신고하고자 하는 자는 그 지위를 승계한 날부터 10일 이내에 별지 제26호 서식의 지정체인사업자 지위승계 신고서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 시·도지사에게 제출하여야 한다.

1. 지위 승계를 증명하는 서류
2. 법인 등기부등본 또는 조합설립인가증 사본
3. 체인사업자 지정서 원본

## 라. 지위승계의 민법적 해석

승계취득은 타인의 권리를 취득하는 것으로서, 그 취득자는 그 타인이 가지고 있었던 권리에 상의 권리를 취득하지 못한다. 즉 타인이 무권리자이면 권리를 취득할 수 없고, 그 권리에 제한이나 하자가 있으면 그러한 것도 그대로 승계한다. 승계취득은 「이전적 승계와 설정적승계」 「특정승계와 포괄승계」로 나뉘어진다.

「이전적 승계」란 구권리자에게 속하고 있었던 권리가 그 동일성을 유지하면서 그대로 신권리자에게 이전되는 것으로서, 매매·상속에 의한 취득이 그러하다. 이에대해 「설정적 승계」란 어느 누구의 소유권에 기초해 지상권·전세권·저당권을 설정하는 경우처럼, 구권리자는 그대로 그의 권리를 보유하면서 신권리자는 그 소유권이 가지는 권능(사용·수익·처분)중 일부를 취득하는 것을 말한다. 따라서 설정적 승계가 있으면 구권리자의 권리는 신권리자가 취득한 권리에 의하여 제한을 받게된다. 「특정승계」란 매매의 경우처럼, 개개의 권리가 개

개의 취득원인에 의해 취득되는 것을 말한다. 이에 대해 「포괄승계」란, 하나의 취득원인에 의하여 다수의 권리가 일괄해서 취득되는 것으로서, 상속·포괄유증·회사의 합병 등에 의한 취득이 그러하다. 따라서 지위승계는 이전적승계이며 포괄승계라고 말할 수 있다.

## 2. 체인사업운영실적 평가항목 및 평가기준

### 가. 체인사업활동

#### (1) 상품활동

가맹점의 본부공급비율이 30%(프랜차이즈형은 70%) 이상되는가? 10,8,6,4,2

가맹점의 상품공급이 구색에 맞게 적시에 공급되고 있는가? 5,4,3,2,1

#### (2) 지도활동

가맹점의 판매기법향상을 위한 순회지도를 실시하고 있는가? 10,8,6,4,2

가맹점의 일상업무 효율성을 높이기 위한 방법을 지도하고 있는가? 5,4,3,2,1

#### (3) 교육활동

가맹점주를 위한 자체교육이나 위탁교육을 실시한 실적이 있는가? 5,4,3,2,1

#### (4) 판매촉진활동

통일된 이미지의 로고 및 간판점포외장 등을 갖추고 이를 적용한 가맹점이 있는가?  
10,8,6,4,2

로고 및 간판점포외장 등의 점포안의 시설배치 등에 대한 가맹점 지도활동 실적이 있는가?  
5,4,3,2,1

점포내 광고포장지기타 선전물 등의 공동제작 및 배포 실적이 있는가? 5,4,3,2,1

#### (5) 정보활동

가맹점이 판매시점정보관리시스템을 도입하여 운용하고 있는가? 10,8,6,4,2

#### (6) 집중관리활동

가맹점의 세무 및 기장지도나 세무업무대행 실적이 있는가? 5,4,3,2,1

### 나. 체인본부시설 및 전문요원현황

#### (1) 보관시설

가맹점본부제조업체간의 물류효율화를 위한 집배송시설 또는 집배송센터를 갖추고 있는가?  
5,4,3,2,1

#### (2) 배송차량

본부 공급 예상물동량을 배송할 수 있는 적정 수준의 차량은 확보되어 있는가? 5,4,3,2,1

#### (3) 전산시스템

본부업무전산시스템이 도입되어 있거나 1년 이내에 도입하기 위한 계획이 세워져 있는가?  
5,4,3,2,1

#### (4) 시범점포

시범점포운영성광를 가맹점 운영에 반영하고 있거나 1년 이내에 시범점포운영계획이 구체적으로 세워져 있는가? 5,4,3,2,1

#### (5) 전문요원

가맹점 지도를 위한 적절한 수준의 판매관리사 등 기타 전문요원이 확보되어 있는가?

10,8,6,4,2

다. 평가의견

체인사업활동과 시설 및 전문요원현황에 관한 실태조사 실시결과를 표시하는 A, B, C, D, E 등급의 중요도에 따라 배점하고 그 점수 총 합계를 다음과 같이 정함

A 100점 매우 우수

B 80점 우수

C 60점 양호

D 40점 불량

E 20점 매우불량

실태조사결과를 조사항목별 A, B, C, D, E 등급에 해당하는 란에 ?표시를 하고 15개 항목의 총합계 수치에 따라 다음과 같이 평가함

80~100점 매우 우수

60~79점 양호

59점이하 더 노력이 필요함

평가점수가 평균 60점 이상인 경우에 체인사업자 지정이 가능함.

▷ 제36조 (유통분쟁조정위원회)

- ① 유통에 관한 다음 각호의 분쟁을 조정하기 위하여 특별시·광역시·도(이하 “시·도”라 한다) 및 시·군·구에 각각 유통분쟁조정위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.
  1. 대규모점포와 인근지역의 도·소매업자사이의 영업활동에 관한 분쟁. 다만, 독점규제및공정거래에관한법률의 적용을 받는 사항을 제외한다.
  2. 대규모점포와 인근지역의 주민사이의 생활환경에 관한 분쟁
- ② 위원회는 위원장 1인을 포함한 11인 이상 15인 이내의 위원으로 구성한다.
- ③ 위원회의 위원장은 위원중에서 당해 지방자치단체의 장이 지명하는 자가 된다.
- ④ 위원회의 위원은 다음 각호의 자가 된다.
  1. 다음 각목의 1에 해당하는 자로서 당해 지방자치단체의 장이 위촉하는 자
    - 가. 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 자
    - 나. 상공회의소의 임원 또는 직원
    - 다. 소비자단체의 대표
    - 라. 유통산업분야에 관한 학식과 경험이 풍부한 자
    - 마. 당해 지방자치단체에 거주하는 소비자
  2. 당해 지방자치단체의 도·소매업에 관한 업무를 담당하는 공무원으로서 당해 지방자치단체의 장이 지명하는 자
- ⑤ 공무원이 아닌 위원의 임기는 2년으로 하되, 연임할 수 있다.
- ⑥ 제1항 각호의 규정에 의한 대규모점포, 영업활동 및 생활환경의 범위에 대하여는 대통령령으로 정한다.
- ⑦ 제1항 내지 제5항에서 정한 사항외에 위원회의 조직 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

▷ 제37조 (분쟁의 조정)

- ① 대규모점포와 관련된 분쟁의 조정을 원하는 자는 시·군·구의 위원회에 분쟁의 조정을 신청할 수 있다.

- ② 제1항의 규정에 의하여 분쟁의 조정신청을 받은 위원회는 신청을 받은 날부터 60일 이내에 이를 심사하여 조정안을 작성하여야 한다. 다만, 부득이한 사정이 있는 경우에는 위원회의 의결로 그 기간을 연장할 수 있다.
- ③ 제2항의 규정에 의하여 시·군·구의 위원회의 조정안에 불복이 있는 자는 조정안을 제시받은 날부터 15일 이내에 시·도의 위원회에 조정을 신청할 수 있다.
- ④ 제3항의 규정에 의하여 조정신청을 받은 시·도의 위원회는 그 신청내용을 시·군·구의 위원회 및 신청인외의 당사자에게 통지하고, 조정신청을 받은 날부터 30일 이내에 이를 심사하여 조정안을 작성하여야 한다. 다만, 부득이한 사정이 있는 경우에는 위원회의 의결로 그 기간을 연장할 수 있다.
- ⑤ 위원회는 제2항 단서 및 제4항 단서의 규정에 의하여 기간을 연장하는 경우에는 기간을 연장하게 된 사유 등을 당사자에게 통보하여야 한다.

#### ▷ 제38조 (자료요청 등)

- ① 위원회는 분쟁조정을 위하여 필요한 자료의 제공을 당사자 또는 참고인에게 요청할 수 있다. 이 경우 당해 당사자는 정당한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.
- ② 위원회는 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자 또는 참고인으로 하여금 위원회에 출석하게 하여 그 의견을 들을 수 있다.

#### ▷ 제39조 (조정의 효력)

- ① 위원회는 제37조의 규정에 의하여 조정안을 작성한 때에는 지체없이 이를 각 당사자에게 제시하여야 한다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 조정안을 제시받은 당사자는 그 제시를 받은 날부터 15일 이내에 그 수락여부를 위원회에 통보하여야 한다.
- ③ 당사자가 조정안을 수락한 때에는 위원회는 즉시 조정서를 작성하여야 하며, 위원장 및 각 당사자는 이에 기명날인하여야 한다.
- ④ 당사자가 제3항의 규정에 의하여 조정안을 수락하고 조정서에 기명날인한 때에는 당사자간에 조정서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다.

#### ▷ 제40조 (조정의 거부 및 중지)

- ① 위원회는 분쟁의 성질상 위원회에서 조정함이 적합하지 아니하다고 인정하거나 부정한 목적으로 신청되었다고 인정하는 경우에는 당해 조정을 거부할 수 있다. 이 경우 조정거부의 사유 등을 당사자에게 통보하여야 한다.
- ② 위원회는 신청된 조정사건에 대한 처리절차의 진행중에 일방 당사자가 소를 제기한 때에는 그 조정의 처리를 중지하고 이를 당사자에게 통보하여야 한다.

#### ▷ 제41조 (조정절차 등)

제36조 내지 제40조에서 정한 사항외에 분쟁의 조정방법·조정절차, 조정업무의 처리 및 조정비용의 부담 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

## 제9장

# 산업발전법 해설

## 제9장 산업발전법 해설

### ▷ 산업발전법 제1조(목적)

이 법은 산업경쟁력을 강화하고 그 균형있는 발전을 도모하여 산업구조의 고도화를 촉진시킴으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

#### 가. 산업발전법의 연혁

60년대 초 우리나라는 “경제개발5개년계획”이라는 정부주도의 장기적 계획을 수립하여 전체 5단계의 개발사업을 추진해 오고 있었다. 이 개발사업은 주로 2차산업인 중공업과 제조업에 집중되어 있었으므로 한국전쟁 이후 피폐해진 한국의 경제를 재건하기 위한 당시 최선의 선택이었을 것이다. 그러나 이 경제개발5개년계획이 일정 궤도에 올라가면서 우리나라는 “한강의 기적”이라는 찬사를 들을 정도로 경제적으로 안정, 발전가도를 달리기 시작했다. 그러나 이러한 정부주도의 중장기적 경제계획은 이후 급변하는 시장경제를 앞질러 가기에는 역부족이었고 따라서 변화하는 시대에 좀 더 빠르고 쉽게 적응하고자 자연히 민간주도의 경제체제로 변화시키기 위한 필요성이 부각되었다. 따라서 경제개발5개년계획이 5단계에 접어들고 나서 정부는 정부주도의 정책수립을 반성하여 민간의 의견을 최대한 존중하기 위하여 제도적장치를 마련하고자 했다.<sup>14)</sup> 이것이 현 “산업발전법”의 모범이라 할 수 있는 “공업발전법”이다.

이 공업발전법은 86년 1월 당시 기계공업육성법, 철강공업육성법 등 7개 개별산업 육성법을 통합하여 제정한 것으로<sup>15)</sup> 공업의 균형있는 발전을 도모하고, 공업의 합리화를 촉진함으로써 국민경제의 발전에 이바지하게 함을 목적으로 하는(공업발전법 제1조) 공업발전법은 개인의 창의를 바탕으로 자율과 경쟁에 의해 공업의 발전을 이루도록 방향을 정하고 있었다. 또한 이 법은 공업기술 및 생산성의 향상, 자원의 효율적인 개발 및 이용, 인력의 양성 및 효율적인 관리, 공업자립기반의 확충을 통해 본 법의 목적을 달성하려고 하였다.

그러나 1995년 WTO체제 출범 및 96년 OECD가입, 뒤이어 찾아온 IMF경제위기 등 86년 공업발전법 제정당시와 크게 달라진 대내외의 산업여건변화에 효율적으로 대응하면서 21세기 지식기반의 경쟁력있는 산업구조로의 개편을 촉진하기 위한 산업발전체제 정비 필요성이 제기되자<sup>16)</sup>, 정부는 기존의 공업발전법을 산업구조고도화촉진법으로 개편하고자 1998년 10월에 국회에 “산업구조고도화촉진법률안”을 제출하였다. 이 법률안은 궁극적으로 산업발전을 도모하고자 하는 데 그 목적이 있다<sup>17)</sup>하여 “산업발전법”으로 제명을 변경하여 가결되었으며 몇 차례의 개정을 거쳐 지금의 산업발전법으로 남아있다.

14) 출처 : <http://www.sogang.ac.kr/~kidoo/column/34.htm>

15) 출처 : <http://www.mocie.go.kr>

제 목 : 86년 제정된 공업발전법을 산업구조고도화촉진법으로 개편  
보도일 : 1986.6.25

16) 출처 : 산업자원부 <http://www.mocie.go.kr>

17) 「산업구조고도화촉진법률안 심사보고서」, 1998.12, 산업자원위원회  
출처 : <http://www.assembly.go.kr>



## 나. 산업발전법의 의의

### 1) 제정이유

종전의 공업발전법에서는 경쟁력약화상태가 장기간 지속되어 자율적인 구조조정이 어려운 업종을 합리화업종으로 지정하여 설비의 신·증설 및 신규사업자의 시장진입 등을 제한하였던 바, 이와 같은 과도한 규제는 민간의 자율적인 시장경제의 발전에 저해요인으로 작용할 수 있다는 점을 감안하여 행정규제기본법에 의한 규제정비계획에 따라 산업의 경쟁력강화, 산업조직의 효율화, 기업구조조정의 촉진 및 국제산업협력의 증진 등 우리 산업구조의 고도화를 촉진하기 위한 정책추진체제를 종합적으로 정비함으로써 21세기의 경쟁력있는 선진형 산업구조를 앞당겨 달성하기 위하여 이 법을 제정하였다.<sup>18)</sup>

### 2) 본 법의 의의

#### (1) 헌법적 의의

우리 헌법은 대한민국의 경제질서를 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 목적으로 하며, 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다(헌법 제119조)고 규정하고 있음으로 하여 국민에 의한 창의적이고 진보적인 경제발전을 독려할 뿐 아니라, 자유방임적인 요소를 배제함으로써 국가의 고른 발전을 의도하고 있다. 이러한 헌법의 의지는 60년대에 시작되었던 경제개발5개년계획의 근간으로써 해당계획을 이끌어 왔으며, 현재의 산업발전법 또한 경쟁력강화 및 균형있는 발전을 도모하여 국민경제발전에 이바지하고자 하는 것을 기본목적으로 삼아 헌법의 이러한 취지를 적극 반영하고 있다 할 것이다.

#### (2) 개정의의

##### ① 경쟁력있는 산업구조로의 개편

한국의 경제발전은 중공업 및 제조업으로 대변되는 2차산업을 중심으로 이루어진 것이어서 60년대부터 80년대의 당시 세계경제흐름을 따라가는 데는 별 무리가 없는 듯해 보였으나, 컴퓨터 기술의 발전으로 기존의 2차산업만으로는 더 이상 세계 경쟁력을 가질 수 없는 상황이 연출되었다. 또한 당시의 2차산업 중심의 공업기술발전만을 향상시키고자했던 공업발전법은 다가오는 세대의 새로운 산업을 육성하고자 하는 규정이 전혀 마련되어있지 않았으므로 이에 대한 새로운 대책이 필요했다. 이에 산업발전법은 제7조에서 신산업의 창출촉진규정을 마련하여 ‘성장잠재력 및 국민경제발전에의 기여도가 높은 새로운 산업부문의 창출을 촉진하기 위한 시책을 수립할 수 있는 근거를 마련함으로써 21세기의 산업여건변화에 부응하는 경쟁력있는 산업구조로의 개편을 촉진<sup>19)</sup>’할 수 있도록 하였다.

##### ② 기업간의 협력촉진

공업발전법 제정당시만 하더라도 우리나라는 몇몇 대기업을 중심으로 경제가 구성되었던 터라 많은 중소기업들은 대개가 그 몇몇 대기업을 하청업체이거나 협력업체라는 지위 속에서 그다지 주목받지 못하고 있었다. 그러나 현재는 그러한 대기업독점체제에서 탈피하여 독창적

18) 출처 : 법제처 <http://www.moleg.go.kr/>

19) 출처 : <http://www.moleg.go.kr/>

인 기술력을 바탕으로 하는 중소기업들과 IT업계를 책임지고 이끌어나가는 탄탄한 벤처기업들이 증가하고 있는 실정이다. 공업발전법 당시에는 기업간의 협력을 촉진하는 규정이 정부주도의 경제개발정책에 있어 하나의 걸림돌이 되었을지도 모를 일이지만, 몇 개 대기업보다 기술적·재무구조적으로 훨씬 탄탄한 중소기업들이 많은 만큼, 이들이 서로 부족한 면을 자유로이 보완해 경제발전에 부응할 수 있도록 하는 규정이 필요하게 되었다. 이에 산업발전법은 11조에서 부품 등의 표준화·공용화사업기술 또는 상표의 공동개발사업 및 기업간 협력에 의하여 기술·인력 등을 제휴하는 사업 등에 대한 지원근거를 마련함으로써 기업간협력을 촉진할 수 있도록 하였으며, 또한 기업간협력의 중개나 기업간협력을 위한 정보를 제공하는 사업을 행하는 단체 또는 법인 역시 대통령령에 의거 필요한 지원을 받을 수 있게 하였다.

#### ③ 지역산업진흥

균형있는 국민경제의 성장 및 안정이라는 헌법적 의지가 있음에도 불구하고 종래의 공업발전법 상에는 적극적으로 지역산업을 진흥시키고자하는 규정이 없었다. 단지 「지역균형개발및지방중소기업육성에관한법률」에 지방중소기업 육성시책 추진 및 낙후지역 개발촉진을 위한 개발촉진지구 지정 운영에 관한 규정이 있을 뿐이었다. 그러나 이러한 규정은 대단히 산발적인 것이어서 중앙정부와 지방자치단체간에 긴밀히 연결되는 구체적이고도 유기적인 전략이 빠져있던 무의미한 규정이었다. 이에 산업발전법은 제8조에서 특별시장·광역시장·도지사는 관할지역의 산업진흥을 위한 계획을 수립할 수 있도록 하였으며 수도권밖의 중소기업들에 지원을 할 수 있도록 명문규정화 함으로써 좀 더 구체적이고 집중적으로 지역산업을 진흥시키고자 하였다.

#### ④ 기업의 구조조정 활성화

산업발전법안이 논의될 당시에는 한국의 경제적 위기상황은 고조되고 있었는데, 구조조정시장은 침체를 벗어나지 못해 인수합병들을 통한 기업의 구조조정이 사실상 매우 어려웠다. 따라서 부실기업의 인수·회생조치·매각 등 기업구조조정전반을 전담하는 민간회사의 설립이 시급하였다. 공업발전법에는 공업의 합리적 발전이나 그를 촉진하기 위한 업종을 지정하고자하는 규정은 있었으나 실질적으로 필요한 구조조정에 관한 규정은 전무한 상태였다. 이에 산업발전법은 구조조정이 필요한 기업을 인수하여 정상화한 후 매각을 통하여 수익을 추구하는 기업구조조정전문회사의 설립을 촉진하기 위하여<sup>20)</sup> 동 전문회사의 등록제도를 본 법 제3장(제11조~ 제21조)에 마련함으로써 우리 기업의 구조조정이 원활히 이루어 질 수 있도록 하였다. 또한 기업구조조정전문회사에 대하여 「독점규제및공정거래에관한법률」에 의한 지주회사 및 상법에 의한 사채발행한도상의 특례를 인정함으로써 동 전문회사의 원활한 업무수행 및 채원조달이 가능하도록 하였다<sup>21)</sup>.

### ▷ 제2조 (적용범위)

이 법은 제조업과 제조업의 경쟁력강 화와 밀접하게 관련되는 제조업외의 업종으로서 대통령이 정하는 업종 (이하 “산업”이라 한다)에 대하여 이를 적용한다. 다만, 제14조제 4항의 규정에 의한 구조조

20) 출처 : <http://www.moleg.go.kr/>

21) 출처 : <http://www.moleg.go.kr/>

정대상기업에 대하여는 적용하지 아니한다.

#### 가. 本條의 意義

산업발전법은 산업의 경쟁력을 강화하고 그 균형있는 발전을 도모하여 산업구조의 고도화를 촉진함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하는 법률이다.(산업발전법 제1조)

산업발전법 제2조의 본문에서는 이러한 산업발전법이 적용되는 산업을 구체적으로 明示하고 있으며, 단서에서는 이 법이 적용되지 않는 대상에 대하여 規定하고 있다.

이 규정된 사항을 조합함으로써 산업발전법이 적용되는 산업에 대해 구체적으로 알 수 있는데, 이처럼 본 조는 산업발전법의 ‘적용범위’를 밝히고 있는 조문이다.

나. 製造業과 製造業의 競爭力強化와 밀접하게 관련되는 製造業 외의 業種(大統領令이 정하는 業種).

#### 1) 제조업

제조업이란 각종 원료를 가공·제조하는 공업으로, 영국의 경제학자 C.G.클라크의 산업분류에서는, 제조업은 제1차 산업에서 생산된 원료를 가공하는 제2차적 생산을 수행하는 산업으로서, 광업·건설업과 함께 제2차 산업에 분류되어 있다. 또한 제조업은 중공업과 경공업으로 구분되기도 하는데, 일반적으로 제조업은 자본주의의 발전에 따라 경공업에서 중공업으로 발전하면서 점차 중화학공업의 비중을 높여 나간다. 이러한 제조업에대하는 본 법이 적용된다.

#### 2) 제조업의 경쟁력강화와 밀접하게 관련되는 업종

제조업 외에도 제조업의 경쟁력강화와 밀접하게 관련되는 업종에 대하여 본 법이 적용된다. 이러한 업종에 대하여는 ‘산업발전법시행령’(대통령령) 제2조에 열거적으로 규정되어있다.

#### ▶ 산업발전법시행령 제2조 (산업의 범위)

산업발전법 제2조 본문에서 “대통령령이 정하는 업종”이라 함은 별표 1의 업종을 말한다. <개정 2000.5.10>

[별표 1] <개정 2002.4.20>

산업의 범위(제2조관련) - 해당업종

- 제조업
- 전기, 가스 및 증기업(석유화학공업단지안에 전기 및 증기를 공급하는 사업에 한한다)
- 수도사업(석유화학공업단지에공업용수공급하는사업에한한다)
- 폐기물 처리 및 오염방지시설 건설업
- 산업플랜트 공사업
- 배관 및 냉난방 공사업
- 도매 및 소매업
- 철도운송업(화물을 운송하는 경우에 한한다)

- 구역내 철도운송업(화물을 운송하는 경우에 한한다)
- 도로화물운송업
- 파이프라인 운송업
- 외항화물운송업
- 내항화물운송업
- 내륙수상화물운송업
- 항만내 운송업
- 정기항공운송업(화물을 운송하는 경우에 한한다)
- 부정기항공운송업(화물을 운송하는 경우에 한한다)
- 화물취급업
- 창고업
- 육상운송 지원 서비스업
- 철도운송 지원 서비스업
- 화물자동차터미널운영업
- 도로 및 관련시설운영업
- 항구및기타해상터미널운영업(화물처리시설에 한한다)
- 공항운영업(화물처리시설에 한한다)
- 화물운송주선업
- 화물포장업
- 그 외기타분류안된운송관련서비스업 (화물을운송하는경우에한한다)
- 운수장비임대업
- 산업용기계장비임대업
- 컴퓨터 설비자문업(산업기반기술 향상을 위하여 필수적으로 관련되는 컴퓨터설비자문업에 한한다)
- 소프트웨어자문, 개발 및 공급업(산업기반기술향상을 위하여 필수적으로 관련되는 프로그램의 자문, 개발 및 공급업에 한한다)
- 자료처리 및 컴퓨터시설 관리업(산업기반기술향상을 위하여 필수적으로 관련되는 자료처리업에 한한다)
- 데이터베이스 및 온라인 정보제공업(산업기반기술향상을 위하여 필수적으로 관련되는 데이터베이스 및 온라인정보제공업에 한한다)
- 자연과학연구개발업
- 인문 및 사회과학 연구 개발업
- 법무 및 회계관련 서비스업
- 시장조사 및 경영상담업
- 건축기술 및 엔지니어링서비스업
- 과학 및 기술서비스업
- 광고업
- 전문디자인업

- 번역 및 통역서비스업
- 사업시설 유지관리 및 고용서비스업
- 경비 및 탐정업
- 건물 및 기타 사업장 청소업
- 포장 및 충전업
- 사무지원 서비스업
- 물품계량 및 견본수출업
- 사업 및 무형 재산권 중개업
- 신용조사 및 수금대리업
- 전시 및 행사대행업
- 일반영화 및 비디오제작
- 만화영화 제작
- 광고영화 및 비디오제작업
- 방송프로그램 제작업
- 영화 및 비디오제작 관련 서비스업
- 텔레비전 방송업
- 유선 및 위성방송업
- 하수, 분뇨 및 축산폐기물 처리업
- 폐기물 수집운반 및 처리업
- 기계장비수리업
- 자동차 및 이륜자동차 수리업
- 산업용 세탁업

다. 産業發展法 第14條 第4項에 의한 構造調整對象企業.

#### 1) 구조조정대상기업

구조조정대상기업이란 금융 및 보험업을 제외한 업종의 영업을 영위하고 있는 기업으로서, 구조조정의 대상이 되는 기업을 말한다. 구조조정이란, 기업의 기존 사업구조나 조직구조를 보다 효과적으로 그 기능 또는 효율을 높이거나 실시하는 구조 개혁작업을 말하는 것으로서, 그 구조조정의 대상이 되는 기업을 산업발전법 제4조 제4항과 이 열거하고 있다.

#### 2) 산업발전법 第14條 第4項

산업발전법 제14조 (企業構造調整專門會社の 登録) 第4項 - 構造調整對象企業은 金融 및 保險업을 제외한 業種の 營業을 영위하고 있는 企業으로서 다음 各號의 1 에 해당하는 企業으로 한다.  
<개정 2000.1.12>

1. 어음法 第83條의 規定에 의하여 지정된 어음交換所로부터 최근 3年 이내에 1회이상 去來 停止處分을 받은 企業

2. 和議法 第13條의 規定에 의한 和議開始, 會社整理法 第30條의 規定에 의한 整理節次開始 또는 破産法 第122條第1項 또는 第123條第1項의 規定에 의한 破産을 法院에 申請한 企業
3. 당해企業에 대하여 債權을 가진 金融機關이 不實債權을 정리하기 위하여 당해企業과 경영의 委任契約을 체결하여 관리하는 企業
4. 당해企業에 대하여 債權을 가진 金融機關등으로 구성된 機構로서 大統領令이 정하는 機構가 그 正常化의 추진이 필요하다고 인정한 企業
5. 營業讓渡·合併·資産賣却 등을 통하여 당해企業의 財務構造改善 또는 經營正常化의 추진 (이하 “構造調整”이라 한다)이 필요한 企業으로서 大統領令이 정하는 요건에 해당하는 企業

## 2-1) 산업발전법 제14조 제4항의 分設

- 1) 어음법 제83조의 규정에 의하여 지정된 어음교환소로부터 최근 3년 이내에 1회 이상 거래정지처분을 받은 기업.

어음법 제83조는 어음교환소의 지정에 대한 규정을 하고 있다. 어음교환소는 어음·수표 또는 만기가 된 공사채(公社債) 등의 교환결제에 담당하는 상설기관을 말하는 것이며, 이 어음교환소는 법무부장관이 지정하도록 되어있다.

산업발전법 제14조 제4항 1호에서는 이러한 어음법의 규정에 의하여 지정된 어음교환소로부터 최근 3년 이내에 1회이상 거래정지처분을 받은 기업을 구조조정대상기업으로 정하여 그 해당기업은 산업발전법의 적용을 받지 아니하는 것으로 한다.

\* 어음법 第83條 (어음交換소의 指定)

第38條 第2項(第77條 第1項에서 準用하는 境遇를 包含한다)의 어음交換所는 法務部長官이 指定한다.

- 2) 화의법 第13條의 規定에 의한 화의개시, 회사정리법 第30條의 規定에 의한 정리절차개시 또는 파산법 第122條 第1項 또는 第123條 第1項의 規定에 의한 파산을 法院에 申請한 企業

(1) 화의법은 파산을 예방하기 위한 강제화의에 관한 사항을 규정하기 위해 제정한 법률이다. 화의법에 의한 신청에 대한 사항이 화의법 제13조에 의해 규정되어 있는데 이 화의를 법원에 신청한 기업은 구조조정대상기업으로 산업발전법의 적용을 받지 아니한다.

\* 화의법 第13條 (和議開始의申請)

① 和議開始의 申請을 함에는 辨濟의 方法, 擔保를 提供하고자 하는 때에는 그 擔保 其他 和議의 條件을 法院에 申告하여야 한다.

② 和議申請人은 申請과 同時에 財産의 狀況을 表示할 수 있는 明細書와 債權者 및 債務者의 一覽表를 提出하여야 한다. 申請과 同時에 提出할 수 없는 때에는 그 後에 遲滯없이 이를 提出하여야 한다.

③ 和議申請人은 法院의 許可를 받아 和議條件을 변경할 수 있다. <신설 1998.2.24>

④ 法院은 第3項의 許可與否를 決定함에 있어서 和議債權者등 이해관계인의 의사를 참작하여야 하며, 和議開始의 決定을 한 후에는 整理委員의 의견을 들어야 한다.<신설 1998.2.24, 2000.1.12>

⑤ 法院은 管理委員會와 第49條의2의 規定에 의한 債權者協議會의 의견을 들어 和議條

件에 대한 人的・物的 擔保(株式擔保를 포함한다)를 제공하게 할 수 있다. <신설 1998.2.24>

- (2) 회사정리법은 도산에 직면한 주식회사의 정리에 관한 사항을 규정하기 위해 제정한 법률로서, 동법 제30조에 의해 정리절차개시를 법원에 신청한 기업 또한 구조조정대상기업이 되어 산업발전법의 적용을 받지 아니한다.

\* 회사정리법 第30條 (節次의 開始)

- ① 事業의 繼續에 顯著한 支障을 招來함이 없이는 辨濟期에 있는 債務를 辨濟할 수 없는 때에는 會社는 法院에 對하여 整理節次開始의 申請을 할 수 있다. 會社에 破産의 原因인 事實이 생길 念慮가 있는 때에도 같다.

- ② 前項 後段의 境遇에 있어서는 資本의 10分の 1以上에 該當하는 債權을 가진 債權者 또는 發行株式의 總數의 10分の 1以上에 該當하는 株式을 가진 株主도 이를 申請할 수 있다.

- ③ 第2項의 規定에 의한 債權者 또는 株主가 整理節次開始의 申請을 한 경우에는 法院은 會社에 經營 및 財産狀態에 관한 資料를 제출할 것을 명할 수 있다. <新設 1998.2.24>

- (3) 파산법은 파산에 관한 재판상의 절차를 규정한 법률이다. 파산법 제122조 제1항과 동법 제123조 제2항은 파산의 신청에 관한 - 파산신청권자와 법인의 파산신청권자 - 사항을 규정하고 있는데 이 두 조항에 의해 법원에 파산을 신청하는 기업은 구조조정대상기업이 되어 산업발전법의 규정이 적용되지 아니한다.

\* 파산법 第122條 (破産申請權者)

- ① 債權者 또는 債務者는 破産의 申請을 할 수 있다.

\* 파산법 第123條 (法人의 破産申請權者)

- ① 民法에 依하여 設立된 法人에 對하여는 理事가, 合名會社 또는 合資會社에 對하여는 無限責任社員이, 株式會社에 對하여는 理事가 破産의 申請을 할 수 있다.

- 3) 당해企業에 대하여 債權을 가진 金融機關이 不實債權을 정리하기 위하여 당해企業과 經營의 委任契約를 체결하여 관리하는 企業

금융기관이 채권을 가지는 기업의 부실채권(즉, 금융기관의 대출금 중 회수가 불가능한 돈)을 정리하기 위하여 經營의 위임계약을 체결하여 그 기업의 經營을 관리하는 기업은 구조조정대상기업으로 지정되며, 또한 산업발전법의 적용대상이 되지 아니한다.

- 4) 당해企業에 대하여 債權을 가진 金融機關등으로 구성된 機構로서 大統領令이 정하는 機構가 그 正常化의 추진이 필요하다고 인정한 企業

당해기업에 대해 채권을 가진 금융기관 등이 구성하는 기구가 산업발전법시행령 제10조의 요건을 만족할 때에는 협약 등에 의하여 채권금융기관협의회라는 기구가 구성될 수 있다. 이 기구가 그 정당화의 추진이 필요하다고 인정한 기업은 구조조정대상기업이 되며, 따라서 산업발전법의 적용을 받지 아니한다.

\* 산업발전법시행령 제10조 (채권금융기관협의회)

법 제14조제4항제4호에서 “대통령령이 정하는 기구”라 함은 당해 기업에 대한 주채권금융기관(조세특례제한법시행령 제34조제8항제2호의 규정에 의한 주채권금융기관을 말한다)과 당해 기업에 대한 채권총액의 합계액의 당해기업의 금융기관에 대한 부채총액의 100분의 50이상인 자가

협약 등에 의하여 구성된 기구를 말한다.

- 5) 營業讓渡・合併・資産賣却 등을 통하여 당해企業의 財務構造改善 또는 經營正常化의 추진 (이하 “構造調整”이라 한다)이 필요한 企業으로서 大統領令이 정하는 요건에 해당하는 企業 영업양도, 합자, 자산매각 등을 통하여 당해기업의 재무구조개선 또는 경영정당화의 추진, 즉 구조조정이 필요한 기업으로써, 산업발전법시행령 제11조가 정하는 요건을 만족하는 기업은 구조조정대상기업이 되어 산업발전법의 적용을 받지 아니한다.

\* 산업발전법시행령 제11조 (구조조정대상기업의 요건 등)

- ① 법 제14조제4항제5호에서 “대통령령이 정하는 요건에 해당하는 기업”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 기업을 말한다. <개정 2000.5.10, 2002.4.20>

1. 주식회사의외부감사에관한법률 제1조의2제1호의 규정에 의한 재무제표(감사인이 작성한 감사 보고서에서 한정 이상의 감사의견을 받은 것에 한하며, 이하 이 조에서 같다)상의 자본금의 총계가 납입자본금보다 적은 기업으로서 경영정상화가 필요한 기업
2. 재무제표상의 자본총계에 대한 부채총계의 비율(이하 “부채비율”이라 한다)이 산업자원부령이 정하는 업종별 평균 부채비율의 1.5배를 초과하는 기업
3. 제8조제1항의 규정에 의한 사업전환을 위하여 자산 또는 영업의 매각 등이 불가피하다고 인정되는 기업
4. 독점규제및공정거래에관한법률 제2조제3호의 규정에 의한 계열회사(이하 “계열회사”라 한다)에 속하는 기업으로서 당해 기업의 매각이 법 제10조의 규정에 의한 사업의 전문화에 기여할 것으로 인정되는 기업
5. 다음 각목의 사유로 인한 손실액이 직전 사업연도 매출액의 100분의 5이상인 기업
  - 가. 어음의 부도
  - 나. 외상매출금 또는 수출대금의 미회수
  - 다. 보증채무의 이행

- 5-1) 산업발전법 제14조 제4항 5호에서 지정하는 대통령이 정하는 요건(산업발전법시행령 제11조)에 해당하는 기업규정에 대한 관련조문

\* 주식회사의외부감사에관한법률 第1條의2 (定義)

이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.<改正 1998.1.8>

1. “財務諸表”라 함은 株式會社가 작성하는 貸借對照表・損益計算書 기타 大統領令이 정하는 書類를 말한다.
2. “聯結財務諸表”라 함은 2이상의 會社가 大統領令이 정하는 支配・從屬의 관계에 있는 경우 支配會社가 작성하는 聯結貸借對照表・聯結損益計算書 기타 大統領令이 정하는 書類를 말한다.

\* 산업발전법시행령 제8조 (사업전환의 개념 등)

第8條 ① 법 제13조제1항에서 “대통령령이 정하는 사업전환등의 과정”이라 함은 기업이 영위하고 있는 사업을 다음 각호에 따라 전환하는 것을 말한다.

1. 영위하고 있던 사업을 축소 또는 폐지하고 새로운 사업을 추가하거나 전환하는 것
2. 영위하고 있던 사업을 다른 기업이 영위하고 있던 사업과 교환하는 것



3. 동종 업종을 영위하는 2이상의 기업이 인수·합병하는 것

\* 독점규제및공정거래에관한법률 제2조 제3호

“系列會社”라 함은 2이상의 會社가 동일한 企業集團에 속하는 경우에 이들 會社는 서로 상대방의 系列會社라 한다.

\* 산업발전법 第10條 (事業專門化誘導施策)

産業資源部長官은 産業의 競爭力強化를 위하여 企業이 영위하는 사업의 專門化를 유도하기 위한 施策을 시행한다

#### ▷ 산업발전법 제 3 조 (산업발전시책)

산업자원부장관은 이 법의 목적을 달성하기 위하여 관계중앙행정기관의장과 협의하여 다음 각호의 시책을 강구하여야 한다.[개정 2002.1.19.] [시행일 2002.4.20.]

1. 산업의 경쟁력강화
2. 제14조 제4항 제5호의 규정에 의한 구조조정의 촉진
3. 산업기술 및 생산성의 향상
4. 산업인력의 양성 및 그 효율적인 관리
5. 산업기반의 확충
6. 국제간 사업협력의 증진
7. 산업부문별 전망과 분석을 위한 통계기반의 구축[신설 2002.1.19][시행일 2002.4.20]

#### ☞ 조문해설

논의에 앞서 이 산업발전법의 목적이 무엇인지 본 법 제1조(목적)을 살펴 보자.

제1조(목적) 산업발전법은 산업의 경쟁력을 강화하고 그 균형 있는 발전을 도모하여 산업구조의 고도화를 촉진함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하는 법률이다.

이러한 목적을 위하여 제3조는 어떠한 시책을 강구 할 것인지 방법을 제시하여 주고 있는 것 같다.

우선 이 법의 목적을 분석해보면 국가의 산업의 경쟁력을 강화하기 위하여 편중된 산업 부분의 발전이 아닌 균형있는 발전을 모색하고자 하고 있다. 그러한 균형발전은 전체적인 국가 산업의 경쟁력을 확보 할 수 있게 하며 이는 지금 보다 고도화된 구조를 형성할 수 있게 하기 위한 제안인 것 같다. 그리고 그러한 과정을 거친 산업의 고도 발전은 현 지식정보화 사회를 사는 국가 국민의 경제를 보다 윤택하게 하고자 하는 의도를 담고 있는 것 같다.

그러한 과정에서 우리는 제3조 각 호의 규정을 분석하고 어떠한 방법으로 산업의 발전을 모색하여야 할지 생각해보고자 한다.

#### 1호. 산업의 경쟁력강화

나라의 산업은 그 나라의 부와 세계적 힘을 보여주는 중요한 위치에 서있다. 이러한 산업의 경쟁력이 다른 국가의 산업에 비하여 경쟁력을 발휘할 수 없다면 이는 국가의 발전을 후퇴시키는 것이나 다름없다. 이러한 경쟁력 강화의 방법은 우선 기업의 경영 혁신을 통한 변화에 빠르게 대응할 수 있는 체제를 갖추어야 할 것이다. 다음으로 지적 기술은 현 시대의 경쟁력을 키우는 핵심이므로 지식 기술

개발에 대한 투자와 연구 개발은 기업 차원 뿐아니라 정부 차원에서 적극 지원되어야 할 것이다.

2호. 제14조 제4항 제5호 영업양도, 합병, 자산매각 등을 통하여 당해 기업의 재무구조개선 또는 경영정상화의 추진이 필요한 기업으로서 대통령이 정하는 요건에 해당하는 기업의 구조조정 촉진.

이는 규모의 경제는 예전의 자본주의 사회에서 있을 수 있는 기업 구조이다. 하지만 지금은 기업의 생존을 위해서는 기업은 분명 불필요한 비용의 제거는 필수 불가결한 문제이다. 이에 제2호는 구체적으로 경쟁력으로 뒤지는 기업이 있으면 새로운 변화를 모색하기 위한 구조조정이 필요함을 설명하고 있는 부분인 것 같다.

### 3호. 산업기술 및 생산성의 향상

이는 과학 기술의 발달과 전 세계의 정보화 시대의 도래에 의한 것으로 보다 적은 비용으로 많은 효과를 얻을 수 있는 산업 기술의 개발을 도모하고자 하는 것이다. 이러한 구체적인 방법에 대한 생각은 우선 여러 과학적 지식의 접목이 필요할 것이다. 생산라인의 자동화에 따른 비용의 감소와 과학 기술의 특화를 통한 새로운 생산에 필요한 시간 절감을 위한 기술 개발 등이 필요하다고 생각한다.

### 4호. 산업인력의 양성 및 그 효율적 관리

산업의 경쟁력을 그 산업을 구성하는 인적 자원의 효율적 운영에 달려 있다고 해도 될 정도로 인적 자원의 중요한 경쟁적 자원이 되었다. 이는 인적 기술에 효율적 양성과 이러한 인적 기술의 관리가 기업 발전의 핵심 부분이다. 이에 구체적 논의는 우선 인적 자원의 양성은 현 기술에 대한 교육과정을 통한 숙련 기술인력을 기르는 것이고, 다음으로 기술 발명을 위한 과학적 지식을 겸비한 우수한 인적 자원을 대학이나 사회에서 교육의 새로운 실습을 통하여 양성하여야 할 것이다. 다음으로 이러한 인적 기술 능력의 효과적 관리에 있어서는 보다 체계적인 관리 체계를 도입하여 예전의 대량 생산 체계에서의 관료주의적 체제에서 벗어나 서로 의견을 주고 받을 수 있는 효과적 관리 체계를 운영하여야 할 것이다.

### 5호. 산업기반의 확충

이는 정부에 대한 제안인 것 같다. 기업의 발전적 경쟁력을 확보하기 위해서 우수한 기술 보유 기업에 대한 인센티브의 제공을 통하여 보다 발전된 기술을 개발하고 개발을 위한 기초를 마련하고 기술에 대한 개발 기초를 위해 개발금을 산정하여 기금을 확충하는 방법도 하나의 제도로써 필요할 것이다.

### 6호. 국제간 산업협력의 증진

현 세계는 통신의 발달과 인터넷의 발전으로 모두가 하나가 되는 사회가 되었다. 이는 국내의 기업간의 기술의 공유가 아니라 전 세계적 기술의 이전이 촉진됨을 말하고 있다. 이 것을 위해서 다른 국가의 우수 기업을 국내에 유치시키고 그 국가의 기술을 이전 할 수 있는 여러 방안의 모색과 혜택의 부여를 주어야 할 것이라 생각한다.

### 7호. 산업부문별 전망과 분석을 위한 통계기반의 구축

이는 국가 산업의 미래의 전망을 통해 아직 미개발된 부분에 대하여 종합적 조사와 검토를 통하여 틈새 시장을 찾고 이에 우수한 경영 이익을 추구 할 수 있도록 하는데 있다고 생각한다. 날마다 발전하는 세계는 하루 사이에서 새로운 분야에 개발이 이루어지고 있다. 이는 국내의 산업들 역시 지금의 산업에서 뒤떨어 질 수 있으며 새로운 부분에 대한 개발을 통해 우수한 기업으로 바뀔 수 있다. 이에 대한 각 산업의 통계학적 전망을 분석하는 일은 현재의 기업 경영인과 정부의 역할이라 생각한다. 구체적으로 현 추세의 연구와 기호도를 조사하고 이에 어떠한 가치관을 가지고 있는지에 대한 여론 조

사를 통하여 보다 예측 가능한 산업 발전을 추구 할 수 있도록 하여야 할 것이다.

## 제2장 산업의 경쟁력강화

### ▷ 제4조 (중·장기산업발전 전망등)

- ① 산업자원부장관은 산업의 중·장기적인 발전방향을 제시하기 위하여 5년단위의 중·장기산업발전전망(이하 “중·장기산업발전전망”이라 한다)을 수립할 수 있다.
- ② 중·장기산업발전전망에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다.
  1. 산업구조의 고도화에 대한 전망
  2. 산업부문별 발전전망 및 투자예측
  3. 성장잠재력 및 국민경제발전예의 기여도가 높은 새로운 산업 부문(이하 “신산업”이라 한다)의 발전전망
  4. 기술·인력·입지등 기업 활동요소의 수급변화에 대한 전망
- ③ 산업자원부장관이 중·장기 산업발전전망을 수립함에 있어서는 제36조의 규정에 의한 산업발전심의회의 심의를 거쳐야 한다. 대통령령 이 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

### ▷ 제5조 (첨단기술 및 첨단제품의 선정)

- ① 산업자원부장관은 중·장기 산업발전전망에 따라 산업구조의 고도화를 촉진하기 위하여 첨단기술 및 첨단제품의 범위를 정하여 이를 고시 하여야 한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 첨단기술 및 첨단제품의 범위는 기술집약도가 높고 기술혁신속도가 빠른 기술 및 제품을 대상으로 다음 각호의 사항을 고려하여 정하여야 한다.
  1. 산업구조의 고도화에 기여
  2. 신규수요 및 부가가치 창출효과
  3. 산업간 연관효과

### ▷ 제6조 (부문별 경쟁력 강화 시책)

- ① 산업자원부장관은 중·장기산업발전전망에 따라 산업부문별로 경쟁력을 강화하기 위한 시책(이하 “부문별 경쟁력강화시책”이라 한다)을 수립하여야 한다.
- ② 부문별 경쟁력강화시책에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다.
  1. 산업부문별 경쟁력의 현황 및 강화방안
  2. 기술·인력·입지 등 기업활동요소의 원활한 공급방안
  3. 국제화 및 정보화의 촉진방안

#### ☞ 법제6조 조문해설

#### I. 산업 발전법

산업의 경쟁력을 강화하고 균형있는 발전을 도모하여 산업구조의 고도화를 촉진함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하는 법으로서 기업구조조정전문회사, 산업기반기금, 산업발전심의회의 등의 내용을 규정하고 있다.

#### II. 산업발전법의 目的

산업발전법은 산업의 경쟁력을 강화하고 그 균형있는 발전을 도모하여 산업구조의 고도화를 촉진함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

### III. 제6조의 조문해석

#### 1. 제6조 제1항

제1항에서 산업자원부장관에게 「중·장기산업발전전망에 따라 산업부문별로 경쟁력을 강화하기 위한 시책」의 권한을 부여함과 동시에 ‘수립하여야 한다’라고 하여 의무로 역시 강제하였다. 생각컨대, 이는 종전의 6~70년대에 성장발전만을 위하여 소수의 대기업에게 집중투자하여 고르게 발전하기 못한 부작용을, 각 부문별로 고르게 경쟁력을 강화시키기 위한 정책을 추진하도록 함으로써 보다 균등한 산업발전을 달성하기 위한 의도의 발현이라 사료된다.

#### 2. 제6조 제2항

그의 구체적 실현양태로써 제2항에 반드시 추진하여야 할 3가지 사항을 규정해 놓았는데, ‘산업부문별 경쟁력의 현황 및 강화방안’, ‘기술·인력·입지 등 기업활동요소의 원활한 공급방안’, ‘국제화 및 정보화의 촉진방안’이 그것이다. 제1호에서는 산업부문별로 기업 상호간에 경쟁력의 차이가 현재 어떤 모습으로 나타나고 있는지, 차이가 너무 심해서 약한 경쟁력을 가진 기업의 그것을 강화시킬 방안이 무엇인지에 관한 정책을 추진하게끔 하였다. 이는 제1항에 정해놓은 규정을 다시한번 규정함으로써 추상화 및 강조화한 것이다. 제2호에서는 그 처진 기업에게, 기업활동에 반드시 필요한 기술(자본<sup>22)</sup>), 인력(노동), 입지(토지) 등을 원활하게 공급함으로써 경쟁력을 강화하게끔 하였다. 이는 제1호에서 ‘추상적 원칙’으로써 규정해 놓은 것을 ‘구체적 방안’으로써 제시한 것이다. 제3호에서는 시대의 현황에 맞추어서, 국제적으로 경쟁력을 갖춘 기업을 양성하기 위해 또한 기업활동방식의 전자화·고도화·정보화를 갖추어서 국제경쟁력을 높이기 위해 법정한 사항이다. 이는 국제무역의 증가하고 있는 현황에 따라, 단순한 국내기업의 육성이 아닌 세계적·국제적으로 경쟁력을 갖춘 기업을 양성하고 싶은 것이고, 그러기 위하여 정보력을 갖춘 기업을 또한 양성하고 싶은 것임에 다름 아니다.

### ▷ 제7조 (신산업의 창출 촉진)

- ① 산업자원부장관은 중·장기 산업발전전망에 따라 신산업의 창출을 촉진하기 위한 시책을 수립하여야 한다.
- ② 신산업의 창출을 촉진하기 위한 시책에는 다음 각호의 사항이 포함 되어야 한다.
  1. 신산업의 부가가치 및 고용창출 전망
  2. 신산업의 발전방향

22) 제6조가 부문별 산업‘경쟁력’을 강화시키기 위한 것이기 때문에, 단순히 자본의 지원이 아닌 ‘기술’의 지원으로써 그 목적을 달성하기 위함일 것이고, 기업에 있어서 기술은 곧 자본이기 때문에 기업에 3요소에 비기려는 나의 진술방식에 합치하리라 생각한다.

### 3. 기술·인력·입지등 기업 활동요소의 원활한 공급방안

#### ▷ 제8조 (지역산업의 진흥계획)

- ① 특별시장·광역시장·도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 관할지역의 산업진흥을 위한 계획(이하 이 조에서 “산업진흥계획”이라 한다)을 수립할 수 있다.
- ② 산업진흥계획에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다.
  1. 관할지역의 산업현황 및 산업발 전전망
  2. 산업입지·기술인력·교통 시설·용수시설·정보화수준 등 관할지역의 산업기반현황 및 개선방안
- ③ 산업자원부장관은 제1항의 규정에 의하여 수립된 산업진흥계획의 시행을 지원하기 위한 시책을 수립할 수 있다.
- ④ 제3항의 규정에 의한 시책을 수립함에 있어서는 다음 각호의 사항을 고려하여야 한다.
  1. 지역별 산업구조의 고도화
  2. 산업입지·기술인력·교통 시설·용수시설·정보화수준등 지역별 산업기반현황
  3. 대통령이 정하는 수도권(이하 “수도권”이라 한다)에 소재하고 있는 독점규제및공정거래에 관한 법률 제9조의 규정에 의한 대규모 기업집단의 본점 또는 공업배치및공장설립에관한법률 제2조제1호의 규정에 의한 공장(이하 “공장”이라 한다)의 수도권밖의 지역으로의 이전방안

#### ▷ 제9조 (수도권밖의 지역의 중소기업등에 대한 지원)

- ① 정부는 다음 각호의 기업·공장 또는 시설에 대하여 필요한 지원을 할 수 있다.
  1. 수도권밖의 지역에 설립되는 중소기업기본법 제2조의 규정에 의한 중소기업 또는 공장
  2. 수도권에서 수도권밖의 지역으로 이전하는 기업의 업무관련시설 또는 공장
- ② 정부는 제1항 각호의 1에 해당하는 기업·공장 또는 시설이 설립되거나 이전되는 지역의 지역총생산·재정자립도·인구증가율 등이 다른 지역보다 현저하게 낮은 지역인 때에는 다른 지역보다 우대하여 지원할 수 있다.
- ③ 제1항제2호의 규정에 의한 업무관련시설·공장과 제2항의 규정에 의한 우대지원지역에 해당하는 요건은 대통령령으로 정한다.

#### ▷ 제10조 (사업 전문화 유도 시책)

산업자원부장관은 산업의 경쟁력강화를 위하여 기업이 영위하는 사업의 전문화를 유도하기 위한 시책을 수립할 수 있다.

##### ☞ 조문해석:

##### ① 사업전문화유도시책

생산과 영리를 목적으로 하는 지속적인 경제 활동인 사업을 해당 분야에 있어서 특화, 전문화 하여 경쟁력을 향상시킴으로 기업의 이윤창출을 극대화 함은 물론 국가의 산업발전을 극대화함이 필요한 현 시국에 대응하겠다는 정책.

##### ② 본문해석

“산업자원부장관은 산업의 경쟁력강화를 위하여 기업이 영위하는 사업의 전문화를 유도하기 위한 시책을 수립할 수 있다.” 라고 함은 산업, 무역, 에너지 및 지하자원에 관한 정책을 책임지고 있는 실물경제의 주무부처인 산업자원부의 장관으로 하여금 산업의 경쟁력 강화, 유통산업, 서비스 산업이 선진화, 전자상거래의 확산 및 산업의 정보화 촉진 등 미래지향적 산업발전 정책을 수립, 수행 하도록 하겠다는 뜻으로 해석됨.

그 세부사항으로는

- 1) 제조업과 제조업관련 서비스산업의 선순환 발전
- 2) 산업성장 전략을 자본투입, 외형성장 주도형에서 혁신, 질적성장 주도형으로 전환
- 3) 산업군별로 차별화된 발전전략 추진
  - \* 주력기간산업 : 글로벌 톱 지향
  - \* 미래전략사업 : 선택과 집중에 의한 기술 선점
  - \* 제조업관련 서비스 : 대형화, 전문화, 지식정보화 등이 있다.

### ③ 결론

기업이 영위하는 사업을 전문화하여 국가의 산업경쟁력을 극대화하기 위하여 정부가 적극적으로 공권력을 투입, 행사하겠다는 강한 의지를 표현한 조문이라 해석됨.

## ▷ 제11조 (기업간협력의 촉진)

- ① 산업자원부장관은 기업간협력에 의한 산업의 경쟁력강화를 위하여 기업이 다음 각호의 1에 해당하는 사업을 수행하는 때에는 이에 필요한 지원을 할 수 있다.
  1. 부품등의 표준화 또는 공용화를 위한 사업
  2. 공동으로 기술 또는 상표를 개발 하는 사업
  3. 기업간협력에 의하여 기술·인력 등을 제휴하는 사업
- ② 산업자원부장관은 제1항의 규정에 의하여 지원하고자 하는 사업이 독점규제및공정거래에관한법을 제19조의 규정에 의한 부당한 공동행위에 해당한다고 인정되는 때에는 그 지원여부에 대하여 공정거래위원회 와 협의하여야 한다.
- ③ 산업자원부장관은 기업간협력을 촉진하기 위하여 다음 각호의 사업을 행하는 자중 대통령령이 정하는 법인 또는 단체가 그 사업을 효율적으로 수행할 수 있도록 필요한 지원을 할 수 있다.
  1. 기업간협력의 중개
  2. 기업간협력을 위한 정보의 제공

☞ 본 법 제11조 (기업간협력의 촉진)에 관한 조문해석

### (1) 제11조 1항

산업자원부장관은 기업간협력에 의한 산업의 경쟁력강화를 위하여 기업이 다음 각호의 1에 해당하는 사업을 수행하는 때에는 이에 필요한 지원을 할 수 있다.

1. 부품 등의 표준화 또는 공용화를 위한 사업
2. 공동으로 기술 또는 상표를 개발하는 사업
3. 기업간협력에 의하여 기술·인력 등을 제휴하는 사업

위와 같이 산업발전법 제11조 1항은 私見으로 보았을 때 “기업간 협력에 의한 산업의 경

쟁력 강화를 위하여”란 문항에서처럼 과거의 과도한 경쟁을 피하고 효율적으로 그리고 소모적이지 않은 기업간의 협력이 목적인 것으로 보인다. 그리고 각 호에 정해진 것처럼 부품 등의 표준화 또는 공용화 사업과 같은 것은 상당히 국내 기업간의 불필요한 소모전과 상호 호환성을 수반함으로써 동반 상승적인 발전을 가져올 수 있을 것으로 보인다. 또한 국가의 지원을 명시해 둠으로써 국가가 주도적으로 국내 기업간의 협력을 촉진시키고자 한 것으로 생각된다.

(2) 제11조 2항

산업자원부장관은 제1항의 규정에 의하여 지원하고자 하는 사업이 독점규제및공정거래에 관한법률 제19조1)의 규정에 의한 부당한 공동행위에 해당한다고 인정되는 때에는 그 지원여부에 대하여 공정거래위원회와 협의하여야 한다.

위와 같은 조항은 부당한 공동행위를 금지하여 부당하게 경쟁을 제한당하는 사례가 발생하지 않도록 하기 위함으로 보인다.

(3) 제11조 3항

산업자원부장관은 기업간협력을 촉진하기 위하여 다음 각호의 사업을 행하는 자중 대통령이 정하는 법인 또는 단체가 그 사업을 효율적으로 수행할 수 있도록 필요한 지원을 할 수 있다.

1. 기업간협력의 중개

2. 기업간협력을 위한 정보의 제공

당 조항도 또한 국가가 주도적으로 기업간의 협력을 촉진시키기위한 지원방향을 설정한 것으로 생각된다.

▷ 산업발전법 제12조(기업경영 자원의 개발촉진)

정부는 인적 자원의 개발 등 기업의 경영능력 증진을 위한 사업에 대하여 필요한 지원을 할 수 있다.

☞ ‘정부의 인적 자원의 개발 등 기업의 경영능력 증진’에 대한 해석

[산업자원부 : 기업활력 제고를 위한 여건 조성]

▶ 중소·벤처기업 정책을 양적 성장에서 질적 고도화로 전환하고 대기업과 중소기업간 협력은 강화

- 중소·벤처기업의 활력이 범치는 시스템 구축

▶ 중소기업 경쟁력 강화를 위한 제도 개선

- 시장에 의해 [창업→성장→퇴출]이 이루어지는 환경 조성

예) 단체수의 계약 고유업종·지정계열화 등 경쟁저해 제도 개선

- 중소기업의 기술 경쟁력 강화를 위한 기술혁신형 중소기업(INNO-BIZ) 집중 육성 및 중소기업 기술개발 지원 확대

▶ 경쟁력 있는 벤처기업 발전 기반 조성

- 진실한 벤처기업 육성을 위해 벤처 확인 및 사후관리를 강화하고, 벤처기업 확인제도는 장기적

으로 폐지

- 구매조건부 기술개발제도('03 : 80개 품목)의 본격 시행 및 해외벤처 지원센터를 통한 판도·수출 확대

#### ▶ 대기업-중소·벤처기업간 생산적 협력강화

- 대기업과 중소기업간 협력 촉진을 위한 기반 조성  
예) [기업간 전략적 제휴 지원센터] 설치 운영·추진
- 공동 기술개발 및 생산 협력 사업 촉진  
예) 대기업 요구 품목을 부품·소재 로드맵에 반영, 공동개발시 우선지원  
☞ '사업에 대하여 필요한 지원'에 대한 해석

#### ▶ 정책 추진 중점전략

##### 1) 개방화·네트워크화

- 필요한 모든 인적자원을 국내에서 양성·활용하는 자급자족 모형은 지구촌 시대에 부적합
- 외국기업과 대학·연구소의 유치 등 선진국이 보유하고 있는 지식자산의 유입과 활용을 위한 보다 능동적인 전략을 채택
- 세계 기술혁신의 중심지에서 수행되는 기초연구, 원천기술 연구와의 연계 및 교류를 강화
- 국내 인적자원개발 시스템에 있어서는 학교와 연구기관, 기업 간의 정보공유 및 교류체제를 구축
- 학교를 지역사회의 평생학습 기간시설로 활용하는 개방형 시스템을 구축

##### 2) 정보화

- 정보화는 지식·정보의 유통 및 확산에 있어 핵심 요건이며, 인적자원 정책환경을 변화시킬 수 있는 전략적 수단
- 민간 주도의 인적자원개발을 촉진하는 시스템 개혁의 도구로 정보화를 최대한 활용
- 인적자원 개발·배치·활용 전 부문에 걸친 정보화가 필요
- 물리적인 인프라의 강화와 함께 교육, 학술 등 지식분야의 정보화를 위한 소프트웨어의 개발이 중요
- 인적자원개발 서비스가 사이버 상에서 이루어지는 시장을 창출하고, 이 분야에 민간의 적극적인 참여를 유도

##### 3) 탈규제화·자유화

- 탈규제화·자유화는 학교 및 직업훈련기관 등이 제공하는 교육·훈련의 수월성과 현장 적합성 확보의 관건
- 공급자 중심 규제의 제거와 인적자원개발 시장의 창출 및 민간의 참여를 확대하기 위한 제도의 마련이 필요
- 기존의 교육·인적자원 관련 법령과 제도에 대한 재검토를 추진

##### 4) 여성 인적자원 활용 극대화

- 전통적인 남성 중심의 후진적 인적자원 활용구조는 국가 인적자원 잠재력의 극대화 및 총체적 활용을 저해
- 전문성과 창의성을 가진 여성 인적자원을 양성하고 최대한 활용하는 국가 차원의 전략 수립이 시급



- 인적자원의 개발 및 활용 전반에 걸쳐 여성 인적자원의 잠재력이 발휘될 수 있도록 정책적으로 고려
- 여학생 직업교육·진로지도 개선, 불합리한 고용관행의 철폐, 여성을 고려한 통계 인프라 구축 등 전 분야에 걸친 혁신이 필요
- 여기에 양성 평등을 위한 사회제도 및 의식의 변화가 수반될 때 인적자원 강국으로의 진입이 가능

#### ▶ 민간기업의 인적자원개발·활용 선진화

능력중심으로 인적자원을 관리하는 기업문화를 활성화하고 근로자의 능력개발을 중시하는 생산적 노사 파트너십을 유도하며 중소기업부문의 취약한 인적자원 개발을 지원하기 위한 제도적 기반 마련

##### 1) 능력중심의 인적자원 관리체제 정착 유도

- ☐ 능력과 성과를 중시하는 기업 인사관행 정착 유도
  - 학벌·학력 등 외형적 요건보다 능력·실적에 따른 고용과 보상 체계 구축
  - 근로자의 능력과 직무성과를 반영한 채용·선발의 활성화 유도
  - 업적 및 능력에 따른 합리적 평가·보상시스템 정착 유도
  - 조직과 개인의 성과 제고를 위한 창의적 지식개발 및 공유체제 확산
  - 부가가치 창출에 대한 다양한 인센티브 및 보상제도 확산 유도
  - 능력과 성과 중심의 인적자원 관리체제 정착을 위한 민·관 파트너십 구축
  - ‘학벌문화 청산’을 사회 공론화하고 학벌차별 요인을 제거하기 위한 제도개선을 시민단체, 경제단체, 언론기관 등과 함께 추진
  - 사용자 단체와 정부간의 정례적 협의체 구성·운영
- ☐ 인적자원개발 우수기업에 대한 지원 강화
  - 기업 내 인적자원개발 체제 구축 지원
  - 기업차원의 인적자원개발 수립·집행·평가에 관한 실천기준을 개발·보급하고 채택한 기업에 대한 지원을 강화
  - 인적자원개발 우수기업을 발굴하여, 행·재정적으로 지원
  - 우수기업 중심으로 기업의 인적자원 가치가 무형자산 평가에 반영될 수 있도록 적극 유도
  - 재무제표상 보충적 주석사항에 인적자원 관련 항목을 확대

##### 2) 인적자원개발을 위한 협력적 노사문화 정착

- ☐ 근로자의 학습권을 보장하는 신 노사문화 유도
  - 근로자의 학습에 관한 노·사간의 권리·의무사항이 단체협약 등에 포함되는 관행 유도
  - 단체협약이나 노사협의회의 합의사항에 포함된 근로자 직업훈련에 대한 지원 확대
- ☐ 근로자 능력개발을 지원하는 노·사·정 협의체 운영
  - 노사정이 참여하는 근로자 능력개발 촉진 협의체 활성화
  - 직업능력개발전문위원회의 근로자 능력개발에 대한 협의 및 심의기능 실질화
  - 노사 참여 협의체의 근로자 능력개발 분야 전문성 강화

- 노동조합 및 근로자의 자율적 교육·훈련 등을 지원
  - 근로자 학습재원 조성을 추진

### 3) 중소기업 교육훈련 활성화

- ☐ 대기업 및 공공훈련기관의 직업훈련 컨소시엄 확충
  - 대기업 및 사업주단체, 공공훈련기관 등이 중소기업과 컨소시엄을 구성하여 운영하도록 하는 공동훈련원을 확충
    - 중소기업 맞춤형훈련의 실시, 중소기업 공동훈련에 적합한 훈련프로그램의 개발, 직업능력개발사업에 대한 컨설팅, 정보제공 등 지원
    - 지방대학, 전문대학 등의 산학연계 교육 프로그램을 중소기업훈련 컨소시엄과 결합 운영하는 방안 강구
- 대기업의 중소기업 직업훈련 지원체제의 강화
  - 대기업의 하청업체 등 중소기업근로자에 대한 직접 직업훈련비용에 대한 지원방안 강구
  - 대기업의 교육훈련시설을 하청·협력업체를 위한 교육훈련기관으로 지정·활용
  - 대기업이 하청·협력업체 교육·훈련프로그램 개발 지원 유도

## ▶ 인적자원 정책 역량의 강화

과학적이고 효과적인 인적자원정책 수립 및 시행을 위한 지식기반을 조성함으로써 정부의 정책역량을 확충하고, 지역주민을 대상으로 한 지역단위 인적자원 정책역량을 강화

### 1) 인적자원 정책 기반 확대

- ☐ 인적자원 정책 연구기반 조성
  - 대학 등 교육기관과 정부출연 연구기관 등에 의한 인적자원 개발관련 연구를 지원
    - 관련 강좌 개설을 유도하는 동시에 학회·학술활동을 지원
  - 인적자원 분야 지식과 국가정책 등을 전문적으로 연구하는 대학원 수준의 전문가 양성과정을 운용
    - 인적자원 정책 분야의 전문가 네트워크를 구축
  - 선진국 및 관련 국제기구와 인적자원 정책 분야 지식·정보교류를 활성화
- ☐ 정부사업이나 정책에 대한 인적자원 영향 평가 추진
  - 인적자원 개발과 관련된 사업의 시행이나 정책 수립시 인적자원 영향을 평가하는 인적자원 영향평가제 도입
    - 인적자원 영향 평가를 위한 평가항목 및 범위 제시
    - 인적자원영향평가서를 토대로 인적자원개발회의에서 관련 정책 총괄·조정
- ☐ 중소기업간 공동훈련 활성화
  - 공단 또는 지역 내 유사업종 단위 공동훈련 활성화
    - 공동훈련에 대한 지원 우대 및 지원항목 확대
  - 시설·훈련장비의 공동활용, 리스제도 등을 통한 공동훈련 활성화

- 중소기업의 특성을 반영한 교육훈련 유도
  - 직업교육기관의 교육과정 및 교육프로그램에 중소기업의 교육수요를 반영
    - 대학·전문대학의 주문식 교육, 산업체 위탁교육, 특색학과 설치를 확대
    - 일반계 고등학교의 직업교육과정 및 실업계 고등학교에 중소기업 전문기술인력 교육과정을 반영
  - 중소기업의 특성을 반영한 훈련방식 다양화
    - 중소기업 근로자를 위한 WBT(Web Based Training), CBT(Computer Based Training) 등 원격 훈련 지원방안 마련
    - 출장 훈련과 주문식 훈련을 위한 다양한 훈련 모듈 개발

▷ 제13조 (사업전환의 지원등)

- ① 정부는 대통령이 정하는 사업전환등의 과정에서 발생하는 유휴 경영자원의 활용도를 높이기 위하여 다음 각호의 사업에 대하여 필요한 지원을 할 수 있다.
  1. 유휴설비의 매각·담보해제등 유휴설비의 처리를 위한 사업
  2. 재취업훈련·취업알선등 고용안정과 관련한 사업
  3. 기술이전·고용승계등 유휴 경영자원의 활용을 위한 사업
- ② 산업자원부장관은 유휴설비의 거래를 촉진하기 위하여 다음 각호의 사업을 행하는 자중 대통령이 정하는 법인 또는 단체가 그 사업을 효율적으로 수행할 수 있도록 필요한 지원을 할 수 있다.
  1. 기업간 유휴설비 거래의 중개
  2. 유휴설비의 매매에 관한 정보제공등 유휴설비의 원활한 거래를 위하여 필요한 사업

제3장 기업구조조정전문회사

▷ 제14조 (기업구조조정전문 회사의 등록)

- ① 다음 각호의 사업중 제2호 및 제3호의 사업을 포함한 2이상의 사업을 전업으로 영위하는 회사로서 이 법에 의한 지원을 받고자 하는자는 산업자원부장관에게 기업구조조 정전문회사로 등록을 신청하여야 한다. <개정 1999.12.31, 2002.1.19>
  1. 구조조정대상기업에 대한 투자( 다만, 증권거래법의 규정에 의한 상장유가증권 및 협회중개시장에 등록된 유가증권의 취득이 제2호 또는 제3호의 사업과 관련이 없는 경우는 제외한다)
  2. 구조조정대상기업의 인수
  3. 제2호의 규정에 의하여 인수 한 구조조정대상기업의 정상화 및 매 각
  4. 구조조정대상기업이 매각하는 자 산의 매입
  5. 금융기관 또는 금융기관부실자산 등의 효율적처리 및 한국자산관리공사의 설립에 관한법률에 의한 한국자산 관리공사가 보유하고 있는 동법 제2조 제2호의 규정에 의한 부실채권 (이하 “부실채권”이라 한다)의 매입
  6. 기업구조조정조합의 결성 및 업무의 집행
  7. 구조조정대상기업의 화의·회사정리·파산의 절차의 대행
  8. 기업간 인수·합병등의 중개
  9. 제1호 내지 제8호의 사업에 부 수되는 사업

- ② 제1항의 규정에 불구하고 중소기업 창업지원법 제7조제1항의 규정에 의하여 중소기업청에 등록한 중소기업창업투자회사와 여신전문 금융업법 제3조제1항의 규정에 의하여 금융감독위원회에 등록한 신기술사업금융업자중 제1항 각호의 사업중 제2호 및 제3호의 사업을 포함한 2이상의 사업을 추가로 영위 하고자 하는 자는 산업자원부장관에게 기업구조조정전문회사로 등록을 신청하여야 한다. <개정 2000.1.21, 2002.1.19>
- ③ 산업자원부장관은 제1항 및 제2항의 규정에 의한 등록을 신청한 자가 다음 각호의 요건에 적합한 때에는 지체없이 기업구조조정전문 회사로 등록하고 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다. <개정 2002.1.19>
1. 상법상의 주식회사일 것
  2. 납입자본금이 30억원 이상으로서 대통령령이 정하는 금액 이상일 것
  3. 상근하는 임·직원중 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 기업구조조정 전문인력이 대통령령이 정하는 수 이상일 것
  4. 제2항의 규정에 의하여 등록을 하고자 하는 자로서 대통령령이 정하는 기준의 영업실적이 있을 것
  5. 임원이 다음 각목의 1에 해당하지 아니하는 자일 것
    - 가. 미성년자·금치산자·한정치산자
    - 나. 파산자로서 복권되지 아니한 자
    - 다. 금고 이상의 실형의 선고를 받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 면제된 날부터 5년이 경과되지 아니한 자
    - 라. 금고 이상의 형의 집행유예를 받고 그 유예기간중에 있는 자
    - 마. 유사수신행위의 규제에 관한 법률 그밖에 대통령령이 정하는 금융 관련 법률에 위반하여 벌금형을 선고 받고 5년이 경과되지 아니한 자
    - 바. 제20조제1항의 규정에 의하여 등록이 취소된 기업구조조정전문 회사의 임원이었던 자(그 등록 취소 사유의 발생에 관하여 직접 또는 이에 상응하는 책임이 있는 자 또는 기업 구조조정 업무에 적합하지 아니하다고 판단되는 자로서 각각 대통령령이 정하는 자에 한한다)로서 당해 회사의 등록이 취소된 날부터 5년이 경과 되지 아니한 자
- ④ 구조조정대상기업은 금융 및 보험업을 제외한 업종의 영업을 영위하고 있는 기업으로서 다음 각호의 1에 해당하는 기업으로 한다. <개정 2000.1.12>
1. 어음법 제83조의 규정에 의하여 지정된 어음교환소로부터 최근 3년 이내에 1회이상 거래정지 처분을 받은 기업
  2. 화의법 제13조의 규정에 의한 화의개시, 회사정리법 제30조의 규정에 의한 정리절차개시 또는 파산법 제 122조제1항 또는 제123조제1항의 규정에 의한 파산을 법원에 신청한 기업
  3. 당해기업에 대하여 채권을 가진 금융기관이 부실채권을 정리하기 위하여 당해기업과 경영의 위임계약을 체결하여 관리하는 기업
  4. 당해기업에 대하여 채권을 가진 금융기관등으로 구성된 기구로서 대통령령이 정하는 기구가 그 정상화의 추진이 필요하다고 인정한 기업
  5. 영업양도·합병·자산매각 등을 통하여 당해기업의 재무구조 개선 또는 경영정상화의 추진(이하 “구조조정”이라 한다)이 필요한 기업으로서 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 기업

☞ 産業發展法 第14條 第4項 에 의한 構造調整對象企業

1. 구조조정대상기업

구조조정대상기업이란 금융 및 보험업을 제외한 업종의 영업을 영위하고 있는 기업으로서, 구조 조정의 대상이 되는 기업을 말한다. 구조조정이란, 기업의 기존 사업구조나 조직 구조를 보다 효과적으로 그 기능 또는 효율을 높이하고자 실시하는 구조 개혁 작업을 말하는 것으로서, 그 구조 조정의 대상이 되는 기업을 산업발전 법 제4조 제4항과 이 열거하고 있다.

2. 산업발전법 第14條 第4項

산업발전법 제14조 (企業構造 調整專門會社의 登錄) 第4項 - 構造調整對象企業은 金融 및 保險業을 제외한 業種의 營業 을 영위하고 있는 企業으로서 다음 各號의 1에 해당하는 企業 으로 한다. <개정 2000.1.12>

1. 어음法 第83條의 規定에 의하여 지정된 어음交換所로부터 최근 3年이내에 1회이상 去來停 止 處分을 받은 企業
2. 和議法 第13條의 規定에 의한 和議開始, 會社整理法 第30條의 規定에 의한 整理節次開始또는 破産法 第122條第1項 또는 第123條第1項의 規定에 의한 破産을 法院에 申請한 企業
3. 당해企業에 대하여 債權을 가진 金融機關이 不實債權을 정리하기 위하여 당해企業과 경영의 委任契約을 체결하여 관리하는 企業
4. 당해企業에 대하여 債權을 가진 金融機關등으로 구성된 機構로서 大統領令이 정하는 機構가 그 正常化의 추진이 필요하다고 인정한 企業
5. 營業讓渡?合併?資産賣却 등을 통하여 당해企業의 財務構造改 善 또는 經營正常化의 추진(이하 “構造調整”이라 한다)이 필요한 企業으로서 大統領令이 정하는 요건에 해당하는 企業

2-1. 산업발전법 제14조 제4항의 分設

- 1) 어음법 제83조의 규정에 의하여 지정된 어음교환소로부터 최근 3년 이내에 1회 이상 거래정지처분을 받은 기업.

어음법 제83조는 어음교환소의 지정에 대한 규정을 하고 있다. 어음 교환소는 어음·수표 또는 만기가 된 공사채(公社債) 등의 교환결제를 담당하는 상설기관을 말하는 것이며, 이 어음교환소는 법무부장관이 지정 하도록 되어있다.

산업발전법 제14조 제4항 1호에 서는 이러한 어음법의 규정에 의하여 지정된 어음교환소로부터 최근 3년 이내에 1회이상 거래정지처분을 받은 기업을 구조조정대상기업으로 정 하여 그 해당기업은 산업발전법의 적용을 받지 아니하는 것으로 한다.

\* 어음법 第83條 (어음交換所 의 指定)

第38條 第2項(第77條 第1項 에서 準用하는 境遇를 包含 한다)의 어음交換所는 法務部長官이 指定한다.

- 2) 화의법 第13條의 規定에 의한 화의개시, 회사정리법 第30 條의 規定에 의한 정리절차개시 또는 파산법 第122條 第1項 또는 第123條 第1項의 規定에 의한 파산을 法院에 申請한 企業

(1) 화의법은 파산을 예방하기 위한 강제화의에 관한 사항을 규정하기 위해 제정한 법률이다. 화의법에 의한 신청에 대한 사항이 화의법 제13 조에 의해 규정되어 있는데 이 화의를 법원에 신청한 기업은 구조조정대상 기업으로 산업발전법의 적용을 받지 아니한다.

\* 화의법 第13條 (和議開始의 申請)

- ① 和議開始의 申請을 함에는 辨濟의 方法, 擔保를 提供하고자 하는 때에는 그 擔保 其他 和議의 條件을 法院에 申告하여야 한다.
- ② 和議申請人은 申請과 同時에 財産의 狀況을 表示할 수 있는 明細書와 債權者 및 債務者의 一覽表를 提出하여야 한다. 申請과 同時에 提出할 수 없는 때에는 그 後에 遲滯없이 이를 提出하여야 한다.
- ③ 和議申請人은 法院의 許可를 받아 和議條件을 변경할 수 있다. <신설 1998.2.24>
- ④ 法院은 第3項의 許可與否를 決定함에 있어서 和議債權者 등 이해관계인의 의사를 참작하여야 하며, 和議開始의 決定을 한 후 에는 整理委員의 의견을 들어야 한다.<신설 1998.2.24, 2000.1.12>
- ⑤ 法院은 管理委員會와 第49 條의2의 規定에 의한 債權者協 議會의 의견을 들어 和議條件에 대한 人的?物的 擔保(株式擔保 를 포함한다)를 제공하게 할 수 있다 . <신설 1998.2.24>
- (2) 회사정리법은 도산에 직면한 주식회사의 정리에 관한 사항을 규정하기 위해 제정한 법률로서, 동법 제30조에 의해 정리절차개시를 법원에 신청한 기업 또한 구조조정 대상기업이 되어 산업발전법의 적용을 받지 아니한다.

\* 회사정리법 第30條 (節次의 開始)

- ① 事業의 繼續에 顯著한 支 障을 招來함이 없이는 辨濟期에 있는 債務를 辨濟할 수 없는 때에는 會社는 法院에 對하여 整理 節次開始의 申請을 할 수 있다. 會社에 破産의 原因인 事實이 생길 念慮가 있는 때에도 같다.
- ② 前項 後段의 境遇에 있어서는 資本의 10分の 1以上에 該當하는 債權을 가진 債權者 또는 發行株式의 總數의 10分の 1 以上에 該當하는 株式을 가진 株主도 이를 申請할 수 있다.
- ③ 第2項의 規定에 의한 債 權者 또는 株主가 整理節次開始의 申請을 한 경우에는 法院은 會社에 경영 및 財産狀態에 관한 資料를 제출할 것을 명할 수 있다. < 新設 1998.2.24>
- (3) 파산법은 파산에 관한 재판상 의 절차를 규정한 법률이다. 파산법 제122조 제1항과 동법 제123조 제2 항은 파산의 신청에 관한 -파산신청권자와 법인의 파산신청권자- 사항을 규정하고 있는데 이 두 조항에 의해 법원에 파산을 신청하는 기업은 구조조정대상기업이 되어 산업발전법의 규정이 적용되지 아니한다.

\* 파산법 第122條 (破産申請權 者)

- ① 債權者 또는 債務者는 破産 의 申請을 할 수 있다.

\* 파산법 第123條 (法人의 破 産申請權者)

- ① 民法에 依하여 設立된 法人에 對하여는 理事가, 合名會社 또는 合資會社에 對하여는 無限責任社員이, 株式會社에 對 하여는 理事가 破産의 申請을 할 수 있다.

- 3) 당해企業에 대하여 債權을 가진 金融機關이 不實債權을 정리하기 위하여 당해企業과 경영의 委任契約를 체결하여 관리하는 企業

금융기관이 채권을 가지는 기업의 부실채권(즉, 금융기관의 대출금 중 회수가 불가능한 돈)을 정리하기 위하여 경영의 위임계약을 체결하여 그 기업의 경영을 관리하는 기업은 구조조정 대상기업으로 지정되며, 또 한 산업발전법의 적용대상이 되지 아니한다.

- 4) 당해企業에 대하여 債權을 가진 金融機關등으로 구성된 機構로서 大統領令이 정하는 機構가 그 正常化의 추진이 필요하다고 인정한 企業

당해기업에 대해 채권을 가진 금융기관 등이 구성하는 기구가 산업발전법시행령 제10조의 요건을 만족 할 때에는 협약 등에 의하여 채권금융 기관협의회라는 기구가 구성될 수 있다. 이 기구가 그 정당화의 추진이 필요하다고 인정한 기업은 구조조정 대상기업이 되며, 따라서 산업발전법의 적용을 받지 아니한다.

▶ 산업발전법시행령 제8조 (사업전환의 개념 등)

第8條 ① 법 제13조제1항에서 “대통령령이 정하는 사업전환등의 과정”이라 함은 기업이 영위하고 있는 사업을 다음 각호에 따라 전환하는 것을 말한다.

1. 영위하고 있던 사업을 축소 또는 폐지하고 새로운 사업을 추가하거나 전환하는 것
2. 영위하고 있던 사업을 다른 기업이 영위하고 있던 사업과 교환하는 것
3. 동종 업종을 영위하는 2이상의 기업이 인수·합병하는 것

\* 독점규제및공정거래에관한법률 제2조 제3호

“系列會社”라 함은 2이상의 會社가 동일한 企業集團에 속하는 경우에 이들 會社는 서로 상대방의 系列會社라 한다.

- ⑤ 제3항의 규정에 의하여 등록한 기업구조조정전문회사(이하 “전문회사”라 한다)는 상호 또는 소재지 등 대통령이 정하는 사항을 변경하고자 하는 때에는 산업자원부장 관에게 신고하여야 한다.

<개정 2002.1.19>

- ⑥ 전문회사의 영업을 양수하고자 하는 자는 양수계약을 체결한 후 30일 이내에 제3항의 규정에 의한 요건을 갖추어 산업자원부장관에게 신고하여야 한다. <개정 2002.1.19>

- ⑦ 삭제 <2002.1.19>

▶ 산업발전법시행령 제10조 (채권금융기관협의회)

법 제14조제4항제4호에서 “대통령령이 정하는 기구”라 함은 당해 기업에 대한 주채권금융기관(조세특례제한법시행령 제34조제8항 제2호의 규정에 의한 주채권금융기관을 말한다)과 당해 기업에 대한 채권총액의 합계액의 당해기업의 금융기관에 대한 부채총액의 100분의 50이상인 자가 협약 등에 의하여 구성한 기구를 말한다.

- 5) 營業讓渡?合併?資産賣却 등을 통하여 당해企業의 財務構造 改善 또는 經營正常化의 추진(이하 “構造調整”이라 한다)이 필요한 企業으로서 大統領令이 정하는 요건에 해당하는 企業  
영업양도, 합자, 자산매각 등을 통하여 당해기업의 재무구조개선 또는 경영정당화의 추진, 즉 구조조정이 필요한 기업으로써, 산업발전 법시행령 제11조가 정하는 요건을 만족하는 기업은 구조조정대상기업 이 되어 산업발전법의 적용을 받지 아니한다.

▶ 산업발전법시행령 제11조 (구조조정대상기업의 요건 등)

- ① 법 제14조제4항제5호에서 “대통령령이 정하는 요건에 해당하는 기업”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 기업을 말한다. <개정 2 000.5.10, 2002.4.20>

1. 주식회사의 외부감사에 관한법률 제1조의2제1호의 규정에 의한 재무제표(감사인이 작성한 감사보고서에서 한정 이상의 감사의견을 받은 것에 한하며, 이하 이조에서 같다)상의 자본금의 총계가 납입자본금 보다 적은 기업으로서 경영정상화가 필요한 기업
2. 재무제표상의 자본총계에 대한 부채총계의 비율(이하 “부채비율”이라 한다)이 산업자원부령이 정하는 업종별 평균 부채비율의 1.5배를 초과하는 기업
3. 제8조제1항의 규정에 의한 사업전환을 위하여 자산 또는 영업의 매 각 등이 불가피하다고 인정되는 기업
4. 독점규제및공정거래에관한법률 제2조제3호의 규정에 의한 계열회사(이하 “계열회사”라 한다)에 속하는 기업으로서 당해 기업의 매각 이 법 제10조의 규정에 의한 사업의 전문화에 기여할 것으로 인정되는 기업
5. 다음 각목의 사유로 인한 손실액 이 직전 사업연도 매출액의 100분의 5 이상인 기업
  - 가. 어음의 부도
  - 나. 외상매출금 또는 수출대금의 미회수
  - 다. 보증채무의 이행
- 5-1) 산업발전법 제14조 제4항 5호에서 지정하는 대통령이 정하는 요건(산업발전법시행령 제11조)에 해당하는 기업규정에 대한 관련조문
  - \* 주식회사의외부감사에관한법률 第1條의2 (定義)  
이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.<改正 1998.1.8>
  - 1. “財務諸表”라 함은 株式會社가 작성하는 貸借對照表?損益計算書 기타 大統領令이 정하는 書類를 말한다.
  - 2. “聯結財務諸表”라 함은 2이상의 會社가 大統領令이 정하는 支配?從屬의 관계에 있는 경우 支配 會社가 작성하는 聯結貸借對照表?聯結損益計算書 기타 大統領令이 정하는 書類를 말한다.

▷ 제14조의2 (구조조정 대상기업의 인수방법 등)

- ① 전문회사가 제14조 제1항 제2호의 규정에 의하여 구조조정 대상기업을 인수함에 있어서는 다음 각호의 방법에 의하여야 한다.
  1. 전문회사가 구조조정대상기업의 주식 또는 지분을 취득하거나 구조조정 대상기업에 대한 채권의 출자전환을 통하여 경영권을 획득(대통령령이 정하는 기준에 의하여 임원을 임명하는 등 구조조정대상기업에 대하여 사실상 그 사업내용을 지배하는 경우를 포함한다)하는 방법
  2. 자회사(전문회사가 주식 또는 지분의 취득 등에 의하여 그 경영권을 행사하고 있는 기업을 말한다. 이하 같다)로 하여금 구조조정대상기업 과 합병하게 하거나 구조조정 대상기업의 영업의 양수 또는 자산의 매입을 하게 하는 방법
- ② 제14조제1항 제3호의 규정에 의한 “구조조정대상기업의 정상화”라 함은 임원의 교체, 기술의 도입, 조직 및 인력의 조정 등에 의하여 기업의 경영능력·자산가치 등을 높이는 행위를 말한다.  
[본조신설 2002.1.19]



▷ 제14조의3 (전문회사의 준수 사항)

- ① 전문회사는 등록후 2년이 경과한 날부터 납입자본금의 2분의 1의 범위안에서 대통령령이 정하는 비율 이상의 금액을 제14조 제1항 제2호 및 제3호의 규정에 의한 사업에 사용하여야 한다.
- ② 전문회사는 다음 각호의 1에 해당하는 날부터 5년 이내에 당해 구조조정 대상기업 또는 자회사를 매각하여야 한다. 다만, 산업자원부 장관은 전문회사가 당해 구조조정 대상기업 또는 자회사를 매각하기 어려운 경우로서 매각을 위한 협의가 지연 되는 등 대통령령이 정하는 사유가 있다고 인정되는 때에는 1년의 범위 내에서 당해 구조조정대상기업 또는 자회사의 매각기한을 연장할 수 있다.
  1. 구조조정대상기업을 인수하거나 당해 구조조정대상기업이 매각하는 자산을 매입한 날
  2. 자회사가 구조조정대상기업과 합병하거나 구조조정대상기업의 영업의 양수 또는 자산의 매입을 한 날
- ③ 전문회사는 대통령령이 정하는 특수한 관계(이하 "특수관계"라 한다)에 있는 자와 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.
  1. 특수관계에 있는 구조조정 대상기업을 인수하거나 당해 구조조정대상 기업이 매각하는 자산을 매입하는 행위
  2. 전문회사가 인수하거나 자산을 매입한 구조조정대상기업을 특수관계에 있는 자에게 매각하는 행위
  3. 자산총액의 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율을 초과한 금액을 특수관계에 있는 구조조정 대상기업에 투자하는 행위

[본조신설 2002.1.19]

▷ 제15조 (기업구조조정 조합의 등록 등)

- ① 전문회사와 전문회사외의 자가 출자하여 구조조정대상기업에 대한 투자·인수 등을 하기 위하여 기업구조조정조합을 결성하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 금융감독위원회에 등록을 신청하여야 한다. <개정 2002.1.19>
- ② 금융감독위원회는 제1항의 규정에 의하여 등록을 신청한 자가 다음 각호의 요건에 적합한 때에는 지체 없이 기업구조조정조합으로 등록하고 그 사실을 당해 신청인에게 통보하여야 한다. <개정 2002.1.19>
  1. 조합원의 수가 100인 이내일 것
  2. 출자금액 및 전문회사의 출자지분 등이 대통령령이 정하는 기준에 해당할 것
- ③ 제2항의 규정에 의하여 등록한 기업구조조정조합은 조합명 또는 소재지 등 대통령령이 정하는 사항을 변경하고자 하는 때에는 금융감독 위원회에 신고하여야 한다. <개정 2002.1.19>
- ④ 기업구조조정조합은 대통령령이 정하는 바에 따라 업무집행조합원 과 업무감독조합원을 두되, 업무집행조합원은 전문회사가 된다. <개정 2002.1.19>
- ⑤ 삭제 <2002.1.19>
- ⑥ 삭제 <2002.1.19>
- ⑦ 조합의 조직과 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[전문개정 2000.1.12]

▷ 제15조의2 (기업구조조정조합의 준수사항 등)

- ① 기업구조조정조합은 출자되는 자금을 제14조 제1항 제1호 내지 제5호의 규정에 의한 사업외의 용도로 사용하여서는 아니된다. 다만, 제14조 제1항 제1호 내지 제5호에 부대되는 사업의 경우 등 대통령령이 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 기업구조조정조합은 등록후 2년이 경과한 날부터 출자자금의 2분의 1의 범위안에서 대통령령이 정하는 비율 이상의 금액을 제14조 제1항 제2호 및 제3호의 규정에 의한 사업에 사용하여야 한다.
- ③ 기업구조조정조합이 구조조정 대상기업에 인수하는 방법에 대하여는 제14조의2제1항의 규정을 준용 한다.

[본조신설 2002.1.19]

[종전 제15조의2는 제15조의4로 이동<2002.1.19>]

▷ 법 제15조의3(외국인 출자에 대한 특례)

외국인투자촉진법 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 외국인이 조합에 대하여 행하는 출자는 동조항 제4호의 규정에 의한 외국인투자자로 본다.(2000.1.12)

☞ 조문해설

1. 산업발전법 15조의3의 재정의의

산업발전법 15조는 2000년 1월 12일 개정으로 추가된 조항으로서 구조조정기업에 대한 인수 및 투자 방법에 대해 규정하고 있다. 그중 15조의3은 구조조정기업에 대한 출자중 외국인에 대한 출자를 인정하여 외국 자본의 유치를 유도하는 목적이 있고, 그에 따른 외국인의 자격 및 투자의 성격등에 대해 규정하는데 그 의의가 있다고 보여진다.

2. 외국인의 정의

■ 외국인투자촉진법 제2조 제1항 제1호

“외국인”이라 함은 외국의 국적을 보유하고 있는 개인, 외국의 법률에 의하여 설립된 법인(이하 외국법인이라 한다.) 및 대통령령이 정하는 국제경제협력기구를 말한다.

15조3에서 외국인이라 함은 외국인투자촉진법에 정의 되어 있는데 이는 외국국적을 보유한 개인, 외국의 법률에 의하여 설립된 법인 및 대통령령이 정하는 국제경제협력기구를 말한다. 대통령령이 정하는 국제 경제 협력기구에는 1)외국정부의 대외경제 협력업무를 대행하는 기관, 2)국제부흥개발은행, 국제금융공사, 아시아개발은행등 개발금융에 관한 업무를 취급하는 국제기구, 3)대외 투자업무를 취급하거나 대행하는 국제기구가 있다.

3. 조합에 대한 투자

여기서 말하는 조합이란 전문회사나 전문회사 이외의 자가 출자하여 만드는 것으로 구조조정대상 기업에 대한 투자 및 인수를 목적으로 하는 기업구조조정조합을 말한다. 기업구조조정조합은 금융감독위원회에 그 등록을 신청하고 대통령령에 의해 적합하다고 판단되면 금융감독위원회에 의하여 그 등록이 이루어 진다.

4. 외국인투자

■ 외국인투자촉진법 제2조 제1항 제4호

“외국인투자”라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 것을 말한다.

가. 외국인이 이 법에 의하여 대한민국법인(설립중인 법인을 포함한다) 또는 대한민국국민이 영위하는 기업의 경제활동에 참여하는 등 당해 법인 또는 기업과 지속적인 경제관계를 수립할 목적으로 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 법인이나 기업의 주식 또는 지분(이하“주식등”이라고 한다)을 소유하는 것

나. 외국인투자기업의 해외모기업 및 그 모기업과 대통령령이 정하는 자본출자관계가 있는 기업이 당해 외국인투자기업에 대부하는 5년 이상의 차관

외국인 투자의 객체는 대한민국법인 또는 대한민국국민이 영위하는 기업으로서, 투자의 목적이 당해 법인 또는 기업과 지속적인 경제관계를 수립할 목적일 것을 규정하고 있다. 그 수단으로 법인 또는 기업의 주식등을 소유하여야 한다. 투자의 목적인 단기적이 아니라 장기적인 것이어야 하고, 또한 이것은 동법 15조2항에서 출자자금의 사용에 대해 규정함으로써 그 취지를 강화하고 있다고 보여진다.

#### 1) 외국인의 직접투자

외국인이 대한민국 법인 기업이 발행한 의결권 있는 주식 총수 또는 출자총액의 10%이상을 소유하고 그 의결권을 행사하는 것, 외국인이 대한민국 법인 기업의 경영에 참여하는 등 당해 법인 기업의 경영에 실질적인 영향력을 행사하는 것으로서 합작투자계약서 기타 관계 증빙서류에 의하여 그 사실이 객관적으로 입증되는 것

#### 2) 장기 차관에 의한 외국인 직접투자

외국인투자기업의 해외모기업 및 그 모기업과 일정한 자본출자관계가 있는 기업이 당해 외국인투자기업에 대부하는 5년이상의 차관

#### 3) 해외모기업과 자본출자관계가 있는 기업

해외모기업의 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 50이상을 소유하고 있는 기업 또는 해외모기업의 외국인투자기업의 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 50이상을 소유하고 있는 경우로서 다음 각1의 경우

가. 해외모기업의 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 10이상을 소유하고 있는 기업

나. 해외모기업이 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 50이상을 소유하고 있는 기업

### ▷ 제16조 (동일명칭의 사용금지)

전문회사 또는 조합이 아닌 자는 기업구조조정전문회사 또는 기업구조조정조합의 명칭을 사용하여서는 아니된다.

### ▷ 제17조 삭제 <2002.1.19>

### ▷ 제18조 (보고 및 검사 등<개정 2002.1.19>)

① 전문회사는 대통령령이 정하는 바에 따라 매 회계연도의 결산서·업무운용보고서 그밖에 대통령령이 정하는 서류를 산업자원부 장관에게 제출하여야 한다. <개정 2002.1.19>

② 전문회사가 조합을 결성한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 조합의 영업보고서 및 매 회계연도의 결산서를 금융감독위원회에 제출하여야 한다.

- ③ 산업자원부장관은 필요하다고 인정하는 때에는 전문회사에 대하여 업무 등에 관한 보고를 명하거나 자료를 제출하게 할 수 있으며, 소속공무원으로 하여금 전문회사의 업무와 재산에 관하여 검사하게 할 수 있다. 이 경우 검사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다. <신설 2002.1.19>
- ④ 산업자원부장관은 제3항의 규정에 의한 검사를 금융감독기구설치 등에 관한법률 제24조의 규정에 의한 금융감독원의 원장(이하 “금융감독원장”이라 한다)에게 요청할 수 있다. <신설 2002.1.19>
- ⑤ 금융감독위원회는 조합 출자자의 보호와 금융거래질서 확립을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 당해 조합을 결성한 전문회사와 조합에 대하여 업무 등에 관한 자료의 제출을 요구하거나 시정조치 등 필요한 명령을 할 수 있으며, 금융감독원장으로 하여금 그 업무에 대한 검사를 하게 할 수 있다. <개정 2002.1.19>
- ⑥ 금융감독위원회는 금융기관(금융감독기구 설치등에 관한법률 제 38조에서 규정하는 금융감독원의 검사대상기관을 말한다)의 효율적 검사를 위하여 필요한 경우에는 당해 금융기관과 제14조 제1항 제5호에 의한 거래관계에 있는 전문회사에 대하여 당해 거래관계에 관한 자료의 제출을 요구하거나 금융감독원장으로 하여금 그 업무에 대한 검사를 하게 할 수 있다. <신설 2002.1.19>  
[전문개정 2000.1.12]

▷ 제19조 (전문회사에 대한 특례)

- ① 전문회사가 독점규제및공정거래에관한법률 제2조 제1호의2의 규정에 의한 지주회사에 해당하게 되는 경우에는 동법 제8조의2 제1항 제1호 및 제2호를 적용하지 아니한다.
- ② 전문회사는 상법 제470조의 규정에 불구하고 자본금과 적립금의 합계액의 10배를 초과하지 아니하는 범위안에서 사채를 발행할 수 있다.

▷ 제20조 (전문회사의 등록취소 등<개정 2002.1.19>)

- ① 산업자원부장관은 전문회사가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 그 등록을 취소할 수 있다. 다만, 전문회사가 제1호·제7호 또는 제8호에 해당하거나 독점규제및공정거래에관한법률 제2조 제1호의2의 규정에 의한 지주회사에 해당하는 전문회사가 제4호에 해당하는 때에는 그 등록을 취소하여야 한다. <개정 2002.1.19>
  - 1. 허위 그밖의 부정한 방법으로 등록을 한 때
  - 2. 제14조제1항의 규정에 의한 전업의무에 위반한 때
  - 3. 제14조제3항의 규정에 의한 등록요건에 적합하지 아니하게 된 때
  - 4. 제14조의3제3항의 규정에 위반하여 특수관계자와 거래를 한 때
  - 5. 제20조의2제2항의 규정에 의하여 금융감독위원회가 등록의 취소를 요청한 때
  - 6. 제2항의 규정에 의한 시정명령을 받고 이를 이행하지 아니하거나 1년 이내에 2회 이상 시정명령을 받은 때
  - 7. 유사수신 행위의 규제에 관한법률 제3조의 규정에 위반한 때

8. 증권거래법 제188조의2 또는 제 188조의4의 규정에 위반한 때
- ② 산업자원부장관은 전문회사가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 시정명령을 할 수 있다. <개정 2002.1.19>
  1. 제14조 제3항의 규정에 의하여 등록한 후 정당한 사유없이 6월 이상 제14조제1항의 규정에 의한 사업을 영위하지 아니한 때
  2. 제14조제5항 또는 제6항의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 때
  3. 제14조의3제1항 또는 제2항의 규정에 위반한 때
  4. 제15조의3의 규정에 위반한 때
  5. 제18조제1항의 규정에 의한 서류를 제출하지 아니하거나 허위로 제출한 때
  6. 전문회사의 책임있는 사유로 인하여 사업의 영위가 어렵게 된 때
  7. 그밖에 이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 처분에 위반한 때
- ③ 삭제 <2002.1.19>

[전문개정 2000.1.12]

▷ 제20조의2 (기업구조조정조합의 등록취소 등)

- ① 금융감독위원회는 기업구조조정조합이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 그 등록을 취소할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 때에는 등록을 취소하여야 한다.
  1. 허위 그밖의 부정한 방법으로 등록을 한 때
  2. 제15조 제2항의 규정에 의한 등록요건에 적합하지 아니하게 된 때
  3. 제15조의 2의 규정에 위반한 때
  4. 제18조 제2항의 규정에 의한 영업보고서 또는 결산서를 제출하지 아니하거나 허위로 제출한 때
  5. 제18조제5항의 규정에 의한 금융감독위원회의 명령을 이행하지 아니한 때
- ② 금융감독위원회가 제1항의 규정에 의하여 기업구조조정조합의 등록을 취소한 경우에는 산업자원부장관에게 당해 기업구조조정조합을 결성한 전문회사에 대한 등록의 취소를 요청할 수 있다.
 

[본조신설 2002.1.19]

▷ 제20조의3 (청문 등)

- ① 산업자원부장관 또는 금융감독 위원회는 제20조제1항 또는 제20조 의2제1항의 규정에 의하여 전문회사 또는 기업구조조정조합의 등록을 취소하고자 하는 때에는 청문을 실시하여야 한다.
- ② 산업자원부장관 또는 금융감독 위원회는 제20조제1항 또는 제20조 의2제1항의 규정에 의하여 전문회사 또는 기업구조조정조합의 등록을 취소한 때에는 이를 관보에 공고하여야 한다.
 

[본조신설 2002.1.19]

▷ 제21조 (기업의 구조조정 촉진을 위한 지원)

산업자원부장관은 다음 각호의 사업을 행하는 법인 또는 단체로서 대통령령이 정하는 자에게 그 사업을 효율적으로 수행할 수 있도록 필요한 지원을 할 수 있다.

1. 기업간 인수·합병의 중개
2. 기업간 기술·인력등의 제휴 알선
3. 기업의 생산설비·불동산등의 매매에 관한 정보제공
4. 기업의 구조조정에 관한 지원제도의 안내 및 상담

#### 제4장 산업기술 및 생산성의 향상

##### ▷ 제22조 (산업기술 및 생산성 향상의 장려)

산업자원부장관은 산업을 영위하는 자(이하 “사업자”라 한다)로 하여금 산업기술 및 생산성의 향상을 촉진하게 하기 위하여 다음 각호의 사업을 실시하도록 장려 하여야 한다. <개정 2000.1.12>

1. 기업의 연구개발 및 생산성향상 과 관련된 조직의 설치 및 운영
2. 산업기술기반조성에관한법률에 의한 전문생산기술연구소 및 산업기술연구조합육성법에 의한 산업기술 연구조합의 설립·운영
3. 제27조의 규정에 의한 한국생산성본부, 특정연구기관육성법에의한특정연구기관 및 정부출연연구기관등의 설립·운영및육성에관한법률에 의한 정부출연연구기관이 행하는 사업에의 참여
4. 제24조의 규정에 의한 산업기반기술개발사업및산업기술기반조성에관한법률에 의한 기술기반조성사업에의 참여
5. 연구개발에 대한 투자의 촉진
6. 외국선진기술의 도입

##### ▷ 제23조 (산업기반기술개발 계획등)

- ① 산업자원부장관은 산업발전에 긴요한 기술로서 다음 각호에 해당 하는 분야의 기술을 효율적으로 개발하기 위한 계획(이하 “산업기반기술개발계획”이라 한다)을 5년단위로 수립하여야 한다.
  1. 산업의 공통적인 애로사항으로 되어 있는 기술분야
  2. 산업의 기술력향상에 필요한 핵 심소재 및 부품의 기술분야
  3. 산업의 핵심기술의 집약에 필요 한 엔지니어링·시스템 기술분야
  4. 에너지·자원기술, 첨단기계 관련산업기술등 새로운 개발수요 가 큰 기술분야
  5. 산업기술의 향상을 위하여 우선적으로 개발이 필요한 기술분야
- ② 산업기반기술개발계획에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다 .
  1. 산업기술의 향상을 위한 기술개발 또는 기술도입에 관한 사항
  2. 기술계통도의 작성등 기술전망 조사에 관한 사항
  3. 산업기술수준의 평가 및 기술개발의 수요조사에 관한 사항
  4. 외국정부·국제기구 및 외국의 기술관계기구와의 공동연구개발에 관한 사항
  5. 기술개발성과의 활용에 관한 사 항
  6. 제1항 각호에 해당하는 분야 의 개발을 효율적으로 추진하기 위하여 필요한 사항
- ③ 산업자원부장관이 산업기반 기술개발 계획을 수립함에 있어서는 과학기술기본법 제19조의 규정에 의한 국가과학기술위원회 및 대통령령이 정하는 심의회(이하 이 조에서 “심의회”라 한다)의 심의를 거쳐야 한다. 대통령령이 정하는 중요사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다. <개정

2001.1.16>

- ④ 산업자원부장관은 산업기반 기술개발 계획의 시행을 위한 계획을 심의회의 심의를 거쳐 매년 수립하여 이를 고시하여야 한다.

▷ 제24조 (산업기반기술개발 사업)

- ① 산업자원부장관은 산업기반 기술개발 계획을 효율적으로 추진하기 위하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 관계중앙행정기관의장과 협의하여 다음 각호의 1에 해당하는 기관·단체 및 사업자등으로 하여금 산업발전에 필요한 기술의 개발사업(이하 “산업기반기술개발사업”이라 한다)을 실시하게 할 수 있다. < 개정 2000.1.12, 2000.12.30, 2001.2.3>
1. 국·공립연구기관
  2. 특정연구기관육성법에 의한 특정 연구기관 및 정부출연연구기관등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률에 의한 정부출연 연구기관
  3. 산업기술연구조합육성법에 의한 산업기술연구조합
  4. 고등교육법에 의한 대학·산업 대학·전문대학 또는 기술대학
  5. 산업기술 기반조성에 관한 법률에 의한 전문생산기술연구소
  6. 산업디자인진흥법에 의한 한국디자인진흥원 및 산업디자인전문회사
  7. 정부출연 연구기관등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률에 의한 한국 과학기술정보연구원
  8. 제27조의 규정에 의한 한국생산성본부
  9. 산업기술개발의 촉진을 위하여 필요하다고 인정하여 대통령령이 정하는 법인·단체 및 사업자
- ② 산업자원부장관은 제1항의 규정에 의하여 산업기반기술개발사업을 실시하는 자에 대하여 그 사업에 소요되는 비용에 충당할 자금을 출연할 수 있다.
- ③ 제2항의 규정에 의한 출연금의 지급·사용·관리등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

▷ 제25조 (첨단기술등의 개발 사업을 위한 자금지원)

정부는 기술 개발을 촉진하기 위하여 예산의 범위 안에서 다음 각호의 사업에 필요한 자금을 지원할 수 있다.

1. 제5조제1항의 규정에 의한 첨단기술 및 첨단제품의 개발사업
2. 자본재의 시제품개발사업
3. 산업기반기술개발사업의 후속개발사업
4. 산업의 균형있는 발전과 산업 구조의 고도화를 촉진하기 위하여 대통령령이 정하는 기술개발사업

▷ 산업발전법 제26조

- ① 정부는 개발된 기술을 응용하여 이를 실용화하는 사업자 및 이에 대한 출자를 주된 사업으로 하는 자를 육성하기 위하여 필요한 시책을 강구하여야 한다.
- ② 산업자원부장관은 대통령령이 정하는 바에 의하여 개발된 기술의 실용화를 촉진하기 위하여 다음 각호의 사업을 실시할 수 있다.
1. 실용화를 지원하는 전문기관의 육성

2. 실용화에 의하여 생산되는 제품의 판매촉진
3. 기타 개발된 기술의 실용화를 촉진하기 위하여 대통령령이 정하는 사업

#### ☞ 1. 입법취지

이 법은 구조조정대상기업을 제외한 각종 제조업과 제조업의 경쟁력강화와, 이와 밀접하게 관련되는 제조업 외의 업종에 대하여 경쟁력을 강화하고 균형있는 발전을 도모하여 산업구조의 고도화를 촉진함으로써 국민경제의 발전에 이바지하기 위하여 제정이 되었다.

#### 2. 추진방법

이 법에서 정해진 이를 위한 각종사업은 산업자원부가 소관부처가 되어 추진하며, 장관은 이를 위하여 관계중앙행정기관의 장과 협의하여 산업발전시책을 강구하도록 규정하고 있다.

구체적으로 산업의 경쟁력강화를 위하여 산업자원부장관은 5년 단위의 중·장기산업발전전망을 수립하여야 하고, 첨단기술 및 첨단제품을 선정고시하며, 부분별로 경쟁력강화시책을 반드시 수립하여 시행하여야 한다. 또 필요할 경우 신산업의 창출을 촉진하는 시책과 산업의 진흥 계획·중소기업의 지원·산업전문화유도시책·기업간협력의 촉진·기업경영자원의 개발촉진 등에 관한 시책을 수립하여 시행할 수 있으며, 사업전환의 지원등도 할 수 있도록 하고 있다.

#### 3. 본조의 취지

이 법의 취지와 추진방법에 따라 개발된 기술들은 적극적으로 응용하여 실용화하여야 하고 그 기술을 바탕으로 더욱 뛰어난 기술이 개발되도록 유도하여야 한다. 따라서 정부는 이 기술을 실용화하기를 원하는 당사자와 실용화와 기술개발에 필요한 자금을 출자하고자 하는 사업자를 육성하는 것이 무엇보다 중요하다고 할 수 있으며, 본조에는 이를 실현하기 위한 방법을 정하고 있다.

#### 4. 주요내용

이 규정에 따라 주무부처의 장인 산업자원부장관은 기술의 실용화를 지원하는 전문기관을 육성하고, 실용화에 의하여 생산되는 제품의 판매를 촉진하며, 기타 개발된 기술의 실용화를 촉진하기 위한 여러 가지 사업을 실시할 수 있다. 이러한 여러 가지 사업들은 반드시 하여야만 하는 강행규정이 아니므로 주무부처의 장관이 필요하다고 인정될 때 적당한 방법을 정하여 시행할 수 있도록 규정하고 있다.

세부적인 방법으로는 개발기술의 실용화 촉진을 위하여 기술의 실용화를 지원하는 전문기관에 대하여 시험·평가·검사 시설의 확충을 지원할 수 있으며, 전문인력의 훈련 등 필요한 지원을 할 수도 있다. 또 특허·실용신안·의장 기술의 실용화 촉진, 필요한 인력·정보·시설·자금 등의 지원 및 기술지도를 하기위한 여러 가지의 계획을 수립하여 시행할 수 있다. 그리고 구체적인 사항을 정하여 생산되는 제품의 기술 및 품질에 대한 인증을 실시할 수 있으며 종전의 공업발전법시행령에 따라 인증을 받은 제품은 이 법의 규정에 의하여 인증을 받은 것으로 본다.

#### 5. 다른 법률과의 관계

이 법과 비슷한 취지의 법으로는, 부호·문자·음성·음향·이미지 또는 영상 등으로 표현된 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 있어서 효용을 높일 수 있도록 전자적 형태로 제작



또는 처리된 것을 정보통신망에서 사용하고 이를 수집·가공·제작·저장·검색·송신 등과 이와 관련된 서비스를 행하는 산업의 발전에 필요한 사항을 규정한 「온라인디지털콘텐츠산업발전법」이 있다.

또 농산물·임산물·축산물·수산물 및 공산품의 도매·소매 및 이를 영위하기 위한 보관·배송·포장과 이와 관련된 정보·용역의 제공 등을 목적으로 하는 유통산업의 효율적인 진흥과 균형있는 발전을 꾀하고, 건전한 상거래질서를 세움으로써 소비자를 보호하고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하는 「산업유통산업발전법」이 제정되어 있다.

#### ▶ 산업발전법시행령 제28조

- ① 산업자원부장관은 법 제26조제2항의 규정에 의하여 개발된 기술의 실용화를 지원하는 전문기관에 대하여 시험·평가·검사 시설의 확충, 전문인력의 훈련 등 필요한 지원을 할 수 있다.
- ② 법 제26조제2항제3호의 규정에 의하여 산업자원부장관은 개발된 기술의 실용화를 촉진하기 위하여 다음 각호의 사업을 실시할 수 있다.
  1. 특허·실용신안·의장 기술의 실용화 촉진
  2. 개발된 기술의 실용화에 필요한 인력·정보·시설·자금 등의 지원 및 기술지도
  3. 개발된 기술을 실용화하여 생산되는 제품의 기술 및 품질에 대한 인증
- ③ 제2항제3호의 규정에 의한 인증의 실시에 관하여 필요한 세부사항은 산업자원부장관이 정하여 고시한다.

#### ▷ 제27조 (한국생산성본부)

- ① 산업의 생산성향상을 효율적이고 체계적으로 추진하기 위하여 한국 생산성본부를 설립한다.
- ② 한국생산성본부는 법인으로 한다.
- ③ 한국생산성본부는 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.
- ④ 한국생산성본부는 정관이 정하는 바에 의하여 국내외의 필요한 곳에 지부를 둘 수 있다.
- ⑤ 한국생산성본부는 생산성향상을 위하여 다음 각호의 사업을 실시한다.
  1. 경영진단 및 지도사업
  2. 교육훈련사업
  3. 조사연구사업
  4. 자동화·정보화등 생산성향상을 위한 기법의 개발 및 보급사업
  5. 산업자원부장관이 생산성향상을 위하여 위탁한 사업
  6. 기타 생산성향상을 위하여 필요한 사업으로서 한국생산성본부의 정관이 정하는 사업
- ⑥ 한국생산성본부는 제1항의 규정에 의한 목적달성에 필요한 경비를 조달하기 위하여 산업자원부장관의 승인을 얻어 수익사업을 할 수 있다.
- ⑦ 한국생산성본부가 아닌 자는 한 국생산성본부 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.
- ⑧ 한국생산성본부에 관하여 이 법에 규정된 것을 제외하고는 민법중 재단법인에 관한 규정을 준용한다.

## ▷ 제28조 (사업의 재원)

다음 각호의 사업을 위한 재원은 중소기업진흥및제품구매촉진에관한법률의 규정에 의한 중소기업진흥 및 산업기반기금에서 지원한다.

1. 산업의 생산성향상 및 고부가가치화를 위한 사업
2. 입지(입지)·물류·유통·정보화 등 산업의 기반여건조성을 위한 사업
3. 환경친화적인 산업기반의 조성을 위한 사업
4. 산업의 경쟁력강화시책의 추진을 위한 사업
5. 산업조직의 효율화시책의 추진을 위한 사업

[본조신설 2001.12.31]

## ☞ 산업발전법 28조의 연혁

산업발전법은 1999.2.8 에 제정되었다. 이 법은 산업의 경쟁력을 강화하고 그 균형있는 발전을 도모하여 산업구조의 고도화를 촉진함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하는것으로. 1. 산업의 경쟁력강화 2.제14조제4항제5호의 규정에 의한 구조조정의 촉진 3. 산업기술 및 생산성의 향상 4. 산업인력의 양성 및 그 효율적인 관리 5. 산업기반의 확충 6. 국제간 산업협력의 증진을 제 3조에서 규정하였다

28조는 제정당시 제 5장에 위의 사업에 대해 재정적인 부분의 지원을 위해 산업기반기금에 대해 규정해 놓았다. 이는 산업발전법 개정속에서도 계속 이어져왔다.다만 2001.12.31개정때 28조에서 31조까지로 이루어져있던 규정이 단한개의 조문이 28조조문으로 되었다

1999.2.8일 제정된 산업발전법 내용

## 제5장 산업기반기금

## ▷ 제28조 (기금의 설치)

정부는 산업의 균형있는 발전과 산업기반의 구축에 필요한 재원을 확보하기 위하여 산업기반기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

## ▷ 제29조 (기금의 조성)

① 기금은 다음 각호의 재원으로 조성한다.

1. 정부의 출연금 또는 융자금
2. 사업자 또는 제38조의 규정에 의한 사업자단체등의 출연금
3. 기금의 운용으로 생기는 수익금
4. 대통령이 정하는 수입금

② 정부는 제1항의 규정에 의하여 조성된 재원외에 국내에서 자금을 차입하거나 외국에서 차관을 도입하여 그 자금을 기금에 대여할 수 있다.

## ▷ 제30조 (기금의 운용·관리)

① 기금은 산업자원부장관이 운용·관리한다.

② 기금의 운용·관리 및 구분계리에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

#### ▷ 제31조 (기금의 사용)

기금은 다음 각호의 사업을 위하여 사용한다.

1. 산업의 생산성향상 및 고부가가치화를 위한 사업
2. 입지·물류·유통·정보화등 산업의 기반여건조성을 위한 사업
3. 환경친화적인 산업기반의 조성을 위한 사업
4. 산업의 경쟁력강화시책의 추진을 위한 사업
5. 산업조직의 효율화시책의 추진을 위한 사업

#### 중소기업진흥 및 산업기반기금

#### ▷ 제41조 (중소기업진흥및산업기반기금의 설치<개정 2001.12.31>)

정부는 중소기업의 창업촉진, 산업의 균형있는 발전과 산업기반의 구축, 경영기반 확충 및 구조고도화에 필요한 재원을 확보하기 위하여 중소기업진흥및산업기반기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

<개정 2001.12.31>

[전문개정 1995.11.22]

#### ▷ 제42조 (기금의 조성)

① 기금은 다음 각호의 재원으로 조성한다.

1. 정부 또는 지방자치단체의 출연금 및 융자금
2. 정부 또는 지방자치단체외의 자의 출연금 및 융자금
3. 제43조 및 제44조의 규정에 의한 채권 및 중소기업진흥복권의 발행으로 조성되는 자금
4. 기금의 운용으로 생기는 수익금
5. 기타 대통령령이 정하는 수입금

② 정부는 회계년도마다 예산의 범위안에서 출연금 및 융자금을 세출예산에 계상하여야 한다.

#### ▷ 제43조 (채권의 발행)

① 중소기업진흥공단은 이사회의 의결을 거쳐 중소기업청장의 승인을 얻어 기금의 부담으로 채권을 발행할 수 있다. <개정 1995.11.22, 1996.12.12>

② 중소기업청장은 제1항의 규정에 의한 채권발행을 승인하는 경우에는 미리 재정경제부장관과 협의하여야 한다. <개정 1995.11.22, 1996.12.12, 1998.2.28>

③ 채권의 발행액은 적립된 기금의 10배를 초과할 수 없다. <개정 1997.12.13>

④ 정부는 중소기업진흥공단이 발행하는 채권원리금의 상환을 보증할 수 있다.

⑤ 채권의 소멸시효는 상환일부터 기산하여 원금은 5년, 리자는 2년으로 완성한다.

⑥ 제1항 내지 제5항외에 채권의 발행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

#### ▷ 제44조 (복권의 발행)

- ① 중소기업진흥공단은 기금의 결손 보전등을 위하여 중소기업진흥복권을 발행할 수 있다.
- ② 중소기업진흥공단은 제1항의 규정에 의한 복권을 발행하고자 할 때에는 그 종류·조건·금액 및 방법등에 대하여 미리 중소기업청장의 승인을 얻어야 한다. <개정 1995.11.22, 1996.12.12>
- ③ 제1항의 규정에 의한 복권의 당첨금을 받을 권리는 그 지급일부터 3월간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성하며, 소멸시효가 완성된 당첨금은 기금에 귀속된다.
- ④ 제1항의 규정에 의한 복권의 발행에 관하여는 사행행위등 규제 및 처벌특례법을 적용하지 아니한다.

#### ▷ 제45조 (기금의 운용·관리)

- ① 기금은 중소기업진흥공단이 운용·관리한다.
- ② 기금은 다음 각호의 자금으로 구분하여 운용한다. <개정 1995.11.22, 2001.12.31>
  1. 중소기업창업지원자금
  2. 중소기업구조고도화자금
  3. 지방중소기업육성자금
  4. 산업기반자금
- ③ 기금관리자는 중소기업청장을 거쳐 산업자원부장관의 승인을 얻어 제2항 각호의 자금을 상호 전용하여 사용할 수 있다. <신설 1995.11.22, 1996.12.12, 2001.12.31>
- ④ 제2항 제4호의 규정에 의한 산업기반자금은 대통령이 정하는 바에 따라 제2조제1호의 규정에 의한 중소기업자외의 자에게 지원할 수 있다. <신설 2001.12.31>
- ⑤ 기금관리자는 대통령이 정하는 바에 따라 기금운용관리계획을 수립하고 제2항 각호의 자금을 대출 등의 방법으로 운용할 수 있다. 이 경우 기금관리자는 매 사업연도 전에 기금운용관리계획에 대하여 중소기업청장을 거쳐 산업자원부장관의 승인을 얻어야 한다. <개정 2001.12.31>

#### ▷ 제46조 (기금의 사용등)

- ① 기금중 중소기업창업지원자금은 다음 각호의 사업을 위하여 이를 사용할 수 있다. <개정 1996.12.12, 2000.1.21, 2002.3.25>
  1. 중소기업창업지원법 제7조의 규정에 의한 중소기업창업투자회사에 대한 투자 또는 융자
  2. 중소기업창업지원법 제19조의 규정에 의한 중소기업상담회사에 대한 자금지원
  3. 중소기업창업지원법 제11조의 규정에 의한 중소기업창업투자조합에 대한 출자
  4. 중소기업창업지원법 제5조제2항의 규정에 의한 창업보육센터사업자 및 입주자에 대한 자금지원
  5. 중소기업의 창업지원을 위하여 중소기업청장이 위탁하는 사업
  6. 제1호 내지 제5호의 규정에 의한 사업에 부대되는 사업
- ② 기금중 중소기업구조고도화자금은 중소기업에 관한 다음 각호의 사업을 위하여 이를 사용할 수 있다. <개정 1996.12.12, 1997.12.13>
  1. 자동화의 지원
  2. 정보화의 지원
  3. 기술개발 및 이업종교류의 지원
  4. 사업전환의 지원

5. 중소기업제품의 국내·외 판로의 지원 및 연계생산의 지원
  6. 물류현대화의 지원
  7. 협동화사업의 지원
  8. 입지지원 및 환경오염저감을 위한 지원
  9. 지도·연수사업 및 전문기술인력의 양성
  10. 국제화의 지원
  11. 경영정상화의 지원
  12. 중소기업의 주식 및 사채의 인수
  13. 중소기업진흥공단의 시설의 설치 및 운영
  14. 중소기업진흥을 위하여 중소기업청장이 위탁하는 사업
  15. 필요한 시설의 대여 및 관련 정보의 수집·보급과 조사 및 연구
  16. 제1호 내지 제15호의 규정에 의한 사업에 대한 출자 또는 출연
  17. 제1호 내지 제15호의 규정에 의한 사업에 부대되는 사업
- ③ 기금중 지방중소기업육성자금은 지역균형개발및지방중소기업육성예관한법률 제44조의 규정에 의한 지방중소기업육성 관련기금의 조성지원등 지방중소기업의 육성을 위하여 이를 사용할 수 있다.
- ④ 기금중 산업기반자금은 산업발전법 제28조 각호의 규정에 의한 사업을 위하여 사용할 수 있다.  
<신설 2001.12.31>
- ⑤ 제1항 각호, 제2항 각호, 제3항 및 제4항의 사업을 수행하기 위하여 필요한 경우에는 관련 중소기업자 또는 단체등에 대하여 기금에서 보조금을 지급할 수 있다. <개정 2001.12.31>
- ⑥ 기금의 운용·관리 및 기금에서 지급할 보조금에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.  
[전문개정 1995.11.22]

☞ 산업발전법 28조의 지원대상 및 내용

가) 산업구조고도화사업

① 지원대상

구분	지원대상
부품·소재산업 육성	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 부품·소재 전문 기업, 부품·소재 기술개발 전문기업, 부품소재 품목의 공용화·표준화를 촉진하는 기업 및 부품·소재 신뢰성 인증을 획득한 기업</li> <li>· 기확보된 장기공급물량의 생산을 위해 설비 확충이 필요한 기업</li> <li>· 부품·소재업체간 M&amp;A를 통한 대형화·전문화 추진 기업</li> <li>· 기타 산업자원부장관이 부품·소재산업 육성을 위하여 지원이 필요하다고 인정한 부품·소재 생산 기업</li> </ul> <p>※ 취급기관 : 한국기계산업진흥회</p>
지식기반산업발전	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 메카트로닉스, 정밀화학, 정밀광학, 생물, 의약, 항공우주, 생활레저 등 지식기반 제조업을 영위하는 기업 또는 관련기업</li> <li>· 그 외 분야의 지식기반제조업을 영위하는 기업</li> </ul> <p>※ 취급기관</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 메카트로닉스, 정밀광학 : 한국기계산업진흥회</li> <li>· 항공우주 : 한국항공우주산업진흥협회</li> <li>· 정밀화학 : 한국정밀화학공업진흥회</li> <li>· 생물, 의약 : 한국생물산업협회</li> <li>· 생활 레저용품 : 한국생활용품시험연구원</li> <li>· 기타 지식기반제조업 : 한국산업기술재단</li> </ul>
지역산업균형발전	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 대구·경북섬유산업, 부산신발산업, 광주光산업, 경남기계산업 등 지역특화산업에 종사하는 동지역내 기업(단, 일정범위 내에서는 동산업분야 타지역 업체도 지원 가능)</li> </ul>

구분	지원대상
산업인프라구축사업	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 유통정보화시설 및 관련 관리시스템 도입, 공동구매 또는 공동판매사업, 전문상가단지 조성을 추진하는 기업 또는 단체(단, 공동구매 또는 공동판매사업의 경우 중소유통업에 한함)</li> <li>· 물류표준화·자동화·공동화시설 도입, 물류서비스고도화·물류신기술개발, 공동집배송 단지·집배송센터 건립을 추진하는 기업 또는 단체</li> <li>· 점포·창고·주차장 등을 건립하는 도·소매업이 주업종인 기업 또는 단체(단, 중소유통업에 한함)</li> <li>※ 취급기관 : 대한상공회의소</li> </ul>
산업단지활성화	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 산업단지관리기본계획에 따라 산업단지에 입주하는 공장, 산업단지 입주업체로서 노후시설개체 및 업종전환을 추진하는 기업, 산업단지내 산업집적 촉진을 위한 기반조성 사업</li> <li>※ 단, 산업단지합리화사업 배정액의 60%는 다음 기업에 우선 지원</li> <li>· 산업기반취약지역 소재 산업단지 및 미분양율이 높은 수도권 이외지역 소재 국가산업단지(전남대불, 전북군장, 강원북평, 충남아산) 입주기업</li> <li>· 수도권 과밀억제 지역에서 수도권 이외 지역의 산업단지로 공장을 이전하는 기업(이전기업에 대하여는 최우선순위를 부여)</li> <li>※ 취급기관 : 한국산업단지공단</li> </ul>
환경친화적 산업기반조성	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 청정생산설비를 설치하려는 기업, 조합 및 공업단지(대구지역의 염색공단 포함)</li> <li>※ 단, 98.2.25일 확정·고시된 “산업환경실천과제”(14개 업종, 97개 청정생산시설) 대상시설 우선지원</li> <li>· 환경설비를 생산하는 기업</li> <li>· 재활용제품을 생산하는 기업 및 공동재활용 사업을 수행하는 사업자단체</li> <li>※ 취급기관 : 한국기계산업진흥회</li> </ul>
산업정보화기반구축	<ul style="list-style-type: none"> <li>· CALS/EC, ERP, SCM, CRM, XML/EDI 등 각종 정보시스템 도입을 통한 전자상거래 및 e-비즈니스를 추진하고자 하는 사업</li> <li>· 전통기업의 정보화지원을 위해 ERP 등 정보시스템을 개발하고자 하는정보화전문기업</li> <li>※ 취급기관 : 한국전자거래(CALS/EC)협회</li> </ul>

구분	지원내용
부품·소재산업 육성	· 지원 대상기업의 설비능력확대 및 생산성향상을 위한 시설개체 및 신축 시설자동화, 공정설치 등을 위한 시설자금 및 운전자금
지식기반산업발전	· 시설개체 및 신축, 시설자동화, 공정설치, 제품개발, 안정성평가 등을 위한 시설자금 및 운전자금
지역산업균형발전	· 생산성 향상·인력절감 및 청정환경조성 등을 위한 노후시설 개체, 시설자동화 등을 위한 시설자금 및 디자인·자체브랜드 개발 등을 위한 운전자금
산업인프라구축사업	<p>&lt;유 통&gt;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 유통정보화시설 및 관련 관리시스템 도입, 공동구매 또는 공동판매사업을 위한 시설자금 및 운전자금</li> <li>· 전문상가단지의 구입·개보수비 또는 건립시 기반공사비 및 건축비(단, 부지매입비 및 부지조성비 제외) 등 시설·운전자금</li> </ul> <p>&lt;물 류&gt;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 물류표준화·자동화·공동화시설도입·개체, 물류신기술개발·물류서비스고도화를 추진하는 데 필요한 시설·운전자금</li> <li>· 유통산업발전법령에서 정한 공동집배송단지·집배송센터 및 체인사업자가 조성한 공동판매·창고·물류시설 건립시 기반공사비 및 건축비(단, 부지매입비 및 부지조성비 제외) 등 시설·운전자금</li> <li>· 점포·창고·주차장 관련 건축물 구입 개·보수, 기반공사 및 공사비 등 시설자금 및 운전자금</li> </ul>
산업단지활성화	· 이전 관련비용, 노후시설개체, 시설자동화, 산업집적촉진사업비 관련 시설자금 및 운전자금
환경친화적 산업기반조성	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 청정생산설비와 관련한 시설 및 기자재 구입비, 공정설치비, 염색공단 폐수처리 시설비(대구지역 등) 등 시설자금 및 운전자금</li> <li>· 환경설비 생산과 관련한 시설개체, 자동화 등 시설자금 및 운전자금</li> <li>· 자원재활용 활동과 관련한 시설 및 기자재 구입비, 공정설치비 등 시설자금 및 운전자금</li> </ul>
산업정보화 기반구축	· 관련 H/W 및 S/W 도입 및 생산을 위한 시설자금 및 운전자금



## 나) 지식기반산업 발전사업

## ① 지원대상

구분	지원대상
지식기반제조업 발전	메카트로닉스, 정밀화학, 정밀광학, 생물, 의학, 항공우주 등 지식기반 제조업을 영위하는 기업 또는 관련기업
지식기반서비스업 발전	엔지니어링, 디자인, 기업지원서비스(경영컨설팅, 마케팅, 광고, 시스템 통합관련 서비스업 등), 영화·방송, 애니메이션·소프트웨어 등 지식기반 서비스 제공기업 및 수요기업

## ② 지원내용

구분	지원내용
유통부문지원	유통·물류정보화 시설 도입을 위한 시설·운전자금 또는 전문상가 단지의 구입·개보수비 또는 건립시 기반공사비 및 건축비(단, 부자재매입비 제외) 등 시설·운전자금
물류부문지원	물류표준화·자동화·공동화시설 도입·개체에 따른 시설·운전자금 또는 유통산업발전법령에서 정한 공동집배송 단지 및 집배송센터의 신축시 기반공사비 및 건축비(단, 부지매입비 제외) 등 시설·운전자금 지원

## 다) 유통합리화사업

## ① 지원대상

구분	지원대상
유통부문지원	유통정보화 시설 도입 또는 전문상가단지 조성을 추진하는 기업 또는 단체
물류부문지원	물류표준화·공동화 시설도입 또는 공동집배송 단지·집배송센터를 건립하는 기업 또는 단체

## ② 지원내용

구분	지원내용
유통부문지원	유통·물류정보화 시설 도입을 위한 시설·운전자금 또는 전문상가 단지의 구입·개보수비 또는 건립시 기반공사비 및 건축비(단, 부자재매입비 제외) 등 시설·운전자금
물류부문지원	물류표준화·자동화·공동화시설 도입·개체에 따른 시설·운전자금 또는 유통산업발전법령에서 정한 공동집배송 단지 및 집배송센터의 신축시 기반공사비 및 건축비(단, 부지매입비 제외) 등 시설·운전자금 지원

## 라) 산업단지활성화사업

## ① 지원대상

구분	지원대상
공장이전 및 집단화 지원	· 적법지역으로 이전을 추진하는 조건부 등록 공장 및 공장이전집단화사업에 참여하여 집단화단지에 입주하는 공장
산업단지합리화	· 산업단지관리기본계획에 따라 산업단지에 입주하는 공장, 산업단지 입주업체로서 노후시설개체 및 업종전환을 추진하는 기업, 산업단지 내 관련산업의 집적형성을 위한 기반환경 조성 사업 · 단, 산업단지합리화사업 배정액의 60%는 산업기반취약지역 소재 산업단지 및 미분양율이 높은 수도권 이외지역 소재 국가산업단지(전남대불, 전북군장, 강원북평, 부산녹산, 충남아산, 광주첨단) 입주기업 · 수도권 과밀억제 지역에서 수도권 이외 지역의 산업단지로 공장을 이전하는 기업에 대하여 우선지원(이전기업에 대하여는 최우선순위를 부여)

## ② 지원내용

구분	지원내용
공장이전 및 집단화 지원	적법지역으로 이전과 관련한 이주비, 건축비, 아파트형공장 입주비 등 이전관련 시설자금과 운전자금 지원
산업단지합리화	이전 관련비용, 노후시설개체, 시설자동화 관련 시설자금 및 운전자금, 집적형성사업비 기타 산업자원부장관이 인정하는 사업자금 지원

## 마) 환경친화적 산업기반조성사업

구분	지원대상
청정생산 및 환경설비 투자	· 청정생산설비 및 환경설비를 설치하려는 기업, 조합 및 공업단지, 대구지역의 염색공단 · 98. 2. 25 확정, 고시된 “산업환경실천과제”(14개 업종, 97개 청정생산시설) 대상시설 우선지원
환경설비산업 육성	· 환경설비를 생산하는 기업
재자원화 산업기반구축	· 재활용제품을 생산하는 기업 및 공동재활용 사업을 수행하는 사업자단체

- ▷ 제5장 삭제 <2001.12.31>  
 ▷ 제29조 삭제 <2001.12.31>  
 ▷ 제30조 삭제 <2001.12.31>

▷ 제31조 삭제 <2001.12.31>

▷ 제6장 국제산업협력의 증진

▷ 제32조 (국제산업협력증진 시책)

- ① 산업자원부장관은 국내산업의 발전을 위하여 외국과 산업부문의 협력을 증진하기 위한 시책을 수립할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의한 시책에 는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다.
  1. 국제산업협력의 기본방향
  2. 국제산업협력의 추진방안
  3. 국제산업협력을 촉진하기 위한 민·관의 협력방안
- ③ 산업자원부장관은 중앙행정기관의 장, 산업·기술 관련단체의 장, 연구기관의 장등에게 제1항의 규정에 의한 시책의 수립에 필요한 자료를 요청할 수 있다.

☞ I. 산업발전법 제 32조 제정 의의

1. 국제 산업 협력 강화의 필요성

(1) 국제 기술 환경 변화 대응

산업경쟁력에 있어서 기술의 중요성이 날로 커지면서 국가간 기술우위경쟁이 첨예화되고 기술환경 구조가 한층 복잡해지고 있다. 그 결과, 기술의 융합화, 고도화에 따른 개발비용이 크게 늘어나고 기술수명 단축과 기술혁신 가속화로 인한 R&D<sup>23)</sup> 리스크가 크게 증대하는 현상이 심화되고 선진국들은 각종 정부지원을 간접적, 하부구조적 지원으로 전환하고 국가간 첨단기술의 전략적 기술제휴를 강화하는 동시에 기술보호 장벽을 구축하고 있다. 이러한 국제산업환경 속에서 우리나라는 기술 후발국으로서 자체 기술개발 여건을 개선하고, 선진국 중심의 국제 공동연구 사업에 대등한 입장에 참여할 수 있는 기반을 조기에 확보하는 한편, 우리기업의 지속적인 성장을 위해 기술의 국제화를 촉진할 수 있는 정책 수립이 요청되어 이에 산업발전법 제 32조가 제정된 것이다.<sup>24)</sup> 아래에서는 이러한 산업발전법 제 32조의 조문해석을 통하여 우리나라의 국제 산업협력 증진 시책을 알아보도록 한다.

II. 제 32조 조문해석

제32조 (국제산업협력증진시책) ① 산업자원부장관은 국내산업의 발전을 위하여 외국과 산업부문의 협력을 증진하기 위한 시책을 수립할 수 있다.

1. 산업자원부 장관

- ① 산업자원부는 1948년 정부수립과 함께 상공부가 발족되었고, 1993년 동력자원부(1977 신설)를 통합하여 상공자원부로 확대 개편하고, 1994년에는 통상 산업부로 명칭을 바꾸고, 1998년 2월 대외통상 업무가 외교통상부로 이관되면서 지금의 명칭으로 변경되었다.
- ② 이 산업자원부의 조직은 장관과 차관 각 1명의 차관보 1명이 있고 3실(기획관리실.무역투자실. 자원정책실), 5국(산업기술국. 산업정책국. 무역정책국. 자본재산업국. 생활산업국)으로 구성

23) 한 기업에서 한 제품 또는 기술을 위하여 연구 개발 하는 것

24) 산업기술시책 이진필 참조

되며, 하부조직으로 37과 15담당관이 있다. 외청으로 중소기업청과 특허청이 있고 업무분장을 위한 소속기관으로 광업등록사무소, 수출자유지역관리원 (마산, 익산) 및 광산보안사무소(중부, 동부, 서부, 남부)가 있다.

- ③ 주요업무 : ㉠기술개발과 기술이전 업무 등 산업기술정책의 수립 및 관장 ㉡산업의 효율적인 배치와 유통산업, 제조업, 서비스업의 선진화, 전자상거래의 확산 등 미래지향적 산업발전 정책의 수립 및 관장 ㉢석유, 가스, 전력, 원자력, 석탄 등 에너지산업 정책의 수립 및 관장 ㉣중화학공업의 육성, 철강, 석유화학 등 기초원자재 산업 정책 수립 및 관장 ㉤섬유, 신발등 기존 주력산업의 경쟁력 강화, 생물, 화학, 반도체 등 유망산업의 발굴과 육성정책 수립 및 관장 ㉥무역정책, 중소기업 수출 지원 업무 등이다. 25)
- ④ 위와 같은 산업 자원부의 업무 중에서 산업발전법 제 32조는 ㉠과 ㉥에 해당하는 업무라고 할 것이다.

## 2. 국내산업의 발전을 위하여 외국과 산업부분의 협력을 증진하기 위한 시책

현대 사회에서 내수용 산업의 발전은 한계에 달했다. 이에 각 산업 분야에서 외국으로 눈을 돌리게 되었고 이러한 발전방향의 변화에 정부도 적극 협조하고 있다. 이것을 바탕으로 산업발전법 제 32조를 제정함으로써 국내산업 발전을 도모하고 외국의 산업부분의 협력을 증진하여 국가적으로 교류를 확대하고 자국 산업을 보호하기 위한 시책이 마련될 수 있는 기본 바탕이 마련된 것이다.

② 제1항의 규정에 의한 시책에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 국제산업협력의 기본방향
  2. 국제산업협력의 추진방안
  3. 국제산업협력을 촉진하기 위한 민·관의 협력방안
- ## 3. 국제 산업협력의 기본방향, 추진방안, 촉진하기 위한 민, 관의 협력방안

### (1) 국제 산업협력의 기본 추진방향

산업자원부의 국제 산업기술협력시책은 유형별 기술협력과 권역별 기술협력으로 대별된다.

#### 1) 유형별 국제 기술협력

##### ① 산업기술 연구활동의 국제화

② 국제 기술 협력의 인프라 구축 (기술협력의 종합기획, 지원시스템 구축, 국제기술협력 수요조사 실시, 기술협력 채널다각화 및 내실화, 산업기술기반조성사업 실시)에 초점을 맞추어 추진된다.

2) 권역별 국제 기술협력에 있어서는 각국별로 산업기술 정책 및 국제 기술협력 전략에 대응한 기술협력을 전개하되 미국, 일본과는 첨단산업분야의 원천기술과 중소기업의 산업현장 기술에 관한 협력에 주력한다. 또한 러시아, 중국, 호주 등과는 각국의 강점기술을 활용하는 상호보완적 실용화 기술을 중심으로 협력을 추진해 나가고 개도국과 대외협력자로서의 이미지 제고와 기술공여를 통한 시장 진출기회 확대를 위한 협력사업을 강화해 나간다. 이와 함께 OECD 등 국제기구와의 국제 기술협력 사업도 활성화하기 위해 각종 회의에 적극 참가함은 물론 우리나라주도의 협력사업을 발굴해 나간다.26)

25) <http://dicsearch.naver.com>

참조

26) 산업기술시책 이진필 참조

## (2) 민·관이 협력 방안

대다수의 기업이 협력의 파급효과가 큰 공동연구, 전략적 제휴보다는 기술 인력 교류, 기술라이센스 등 일방적 기술이전을 중심으로 국제 기술 협력을 추진하고 있다. 그러나 점차 해외연구 거점확보와 전략적 기술제휴 및 M&A를 시도하는 단계로 전환이 확대되고 있다 이에 기업의 국제기술협력 형태가 고도화되어 갈수록 정부의 지원과 가이드에 대한 필요성은 더욱 커지게 되고 상대적으로 취약한 기술협력 여건에 있는 중소기업에 대한 정부활용의 개념과 기회를 제시하려는 노력이 강화되어야 한다. 결국 우리나라 기업들의 기술도입을 장려하고 국제 산업의 발전을 효과적으로 증대하기 위해서는 산업자원부의 국제 산업 협력시책이 더욱 강화되어야 한다. 27)

## (3) 추진체계 및 절차

수요조사 (총괄관리기관)	협력 상대국과 공동개발과제 수요조사
개발과제 교환 (총괄)	상대국과 개발 희망과제 matchmaking
협력후보과제 선정(총괄, 공동위원회)	협력 후보과제 선정
총괄사업계획서 제출 (총괄 → ITEP)	상대국 협력기관과 합의서 제출
사업계획서 평가 (ITEP)	평가위원회를 구성 사업계획서 평가
사업계획 확정 (산자부)	평가결과를 토대로 사업계획을 확정
협약체결↔ (ITEP 총괄)	사업별 일괄협약 체결
자금집행	산자부 → ITEP → 총괄관리기관

- ③ 산업자원부장관은 중앙행정기관의 장, 산업·기술 관련단체의 장, 연구기관의 장등에게 제1항의 규정에 의한 시책의 수립에 필요한 자료를 요청할 수 있다.

27) 위의 책 참조

#### 4. 중앙 행정기관

<u>청와대</u>	<u>국무총리</u>	<u>정부관련</u>
<u>재정경제부</u>	<u>통일부</u>	<u>행정자치부</u>
<u>과학기술부</u>	<u>외교통상부</u>	<u>법무부</u>
<u>국방부</u>	<u>문화관광부</u>	<u>농림부</u>
<u>교육인적자원부</u>	<u>산업자원부</u>	<u>정보통신부</u>
<u>환경부</u>	<u>보건복지부</u>	<u>노동부</u>
<u>건설교통부</u>	<u>해양수산부</u>	<u>여성부</u>

##### ▶ 청

<u>국세청</u>	<u>관세청</u>	<u>조달청</u>
<u>통계청</u>	<u>검찰청</u>	<u>병무청</u>
<u>경찰청</u>	<u>기상청</u>	<u>문화재청</u>
<u>농촌진흥청</u>	<u>산림청</u>	<u>중소기업청</u>
<u>특허청</u>	<u>식품의약품안전청</u>	<u>철도청</u>

##### ▶ 위원회

<u>중앙인사위원회</u>	<u>중소기업특별위원회</u>	<u>국가경제자문회의</u>
<u>민주평화통일자문회의</u>	<u>국가과학기술자문회의</u>	<u>공정거래위원회</u>
<u>금융감독위원회</u>	<u>국민고충처리위원회</u>	<u>제2건국범국민추진위원회</u>
<u>정책기획위원회</u>	<u>노사정위원회</u>	<u>청소년보호위원회</u>
<u>반부패특별위원회</u>	<u>규제개혁위원회</u>	<u>국제심판원</u>
<u>지속가능발전위원회</u>	<u>의문사진상규명위원회</u>	<u>비상기획위원회</u>

#### 5. 산업기술 관련 단체의 장, 연구기관의 장

우리나라에는 산업기술 진흥협회, 산업자원위원회, 한국산업기술 재단, 한국 산업기술 평가원, 국제 기술 협력단, 산업기술 연구회등 다수의 단체와 연구기관이 활발한 활동을 벌이고 있다.

#### III. 정리

이상에서 살펴본 바와 같이 산업발전법 제 32조는 국내의 산업의 발전을 증진하고 더 나아가 국제적 교류의 진흥에 앞장서 나아갈 수 있는 시책을 마련하기 위한 것이다. 산업자원부의 장관이 이러한 시책을 수립할 수 있는데 국제산업협력의 기본방향과 추진방안 그리고 민관의 협력방안을 반드시 포함 하여야 한다. 또한 산업자원부장관은 중앙 행정기관의 장이나 산업기술 관련단체의 장, 연구기관의 장에게 관련 자료를 요청할 수 있다.

해외각국의 산업기술협력에 관한 기술혁신을 시대적으로 살펴보면, 한 국가가 어떤 시기에 어떤 기술을 중심으로 산업화를 이룩하였는가가 그 나라 산업조직의 형성과 밀접한 연관성을 갖고 있다는 것을 발견하게 된다.

##### <영국>

증기기관과 섬유방직산업을 중심으로 산업화를 이룩한 영국의 경우, 숙련된 기능인력(craftsman)과 강력한 노조, 주식시장의 발전, 은행과 기업체의 소원한 관계(arm-length relationship), 엔지니어링 교육체제 부재 등의 특성을 갖는다. 이러한 산업조직은 19세기말부터 등장하는 철강·자동차 등 기술·자본집약적 중후장대산업 부문으로의 구조전환을 어렵게 만들었다. 구시대의 패러다

임에 집착하는 기득계층의 반발과, 완전경쟁에 가까운 섬유산업을 통해발전시키고 신봉한 시장경제원리의 한계로 영국경제는 상대적인 쇠퇴를 맞게 된다.

#### <독일과 미국>

독일과 미국은 새로이 등장하는 중후장대형 산업을 통해 세계경제의 새로운 패자가 된다. 자본집약산업의 특성상 독일과 미국에서는 은행의 자금과 경영지원을 통한 대규모 기업집단이 등장하고, 협회를 통한 카르텔의 형성, 고율의 관세를 통해 자국산업 보호, 역사상 유례가 없는 대량생산체제의 구축이라는 새로운 패러다임을 창조해낸다. 정부, 은행 또는 협회를 통한 계획경제가 시장실패를 성공적으로 보완하는 사례이다. 미국이 독일과 다른 점은 20세기 초반 공정거래제도의 집행을 통하여 은행을 중심으로 한 대기업집단을 해체하고 은행의 기업에 대한 자본참여를 제한함으로써 영국식의 은행과 기업체의 소원한 관계로 전환한다. 이는 주식시장의 발전과 이를 통한 기업의 합병·매수(M&A)가 활성화되는 토대를 제공하며, 결과론이지만 1950년대이후 실리콘밸리 모험기업의 신화를 창조하고 정보통신·생명산업 등 21세기형 신산업으로 구조전환을 수월하게 하는 기반이 된다.

#### <일본>

일본의 경우에는 19세기 독일이나 미국의 경험을 답습하였다고 볼 수 있다. 다만 정부가 산업정책이라는 명목하에 시장에 보다 깊이 개입하였다는 점, 독일과 미국이 독자적 기술개발을 통해 산업을 일으킨 반면, 일본의 경우 선진기술의 흡수와 생산현장에서의 점진적 개선(설계개량이나 품질혁신 등 점진적 기술개량)을 통해 경쟁력을 창조하였다는 점, 그리고 종신고용제와의 기업자본주의라는 일본 특유의 시스템을 발전시켰다는 차이점이 있다.

이러한 차별화된 각국의 산업조직은 정보통신·생명산업·신소재·우주산업 등 신산업의 등장과 정보화 및 경제의 글로벌화라는 새로운 패러다임의 등장에 따라 급격한 변화를 겪고 있다. 일본의 경우 산업화과정에서 형성된 정부 주도형 계획경제체제 및 대규모 기업집단이 갖는 경직성이, 신속성과 창의성을 중요시하는 새로운 패러다임의 등장에 따라 한계를 맞고 있다.

'96년부터 벤처기업의 육성을 통한 산업구조 전환을 촉진하기 위해 '독창적 산업기술 연구개발 촉진제도'를 실시하고 있는 것이나, 과학기술기본계획을 수립하여 '96년부터 5년간 17조엔을 투자하기로 결정한 것. 전통적인 종신고용제도가 퇴색하고 금융부문 및 벤처기업을 중심으로 미국식의 유연한 고용구조로의 전환이 시작되고 있는 것, 현 정부가 강력한 추진의지를 보이고 있는 행정개혁 및 금융개혁은 미국체제의 강점을 도입코자 하는 노력으로 볼 수 있다.

미국의 경우 클린턴 행정부는, 공화당이 주도하는 의회의 반대에도 불구하고 일본식 산업정책의 장점을 도입하려는 노력을 기울이고 있다. 기초과학과 국방·에너지·우주과학을 중심으로 한 전통적인 임무지향적 메가사이언스(mega-science)프로젝트의 경우 연구과실이 자국내에 한정되지 않는 기초연구의 특성을 고려하여 축소하거나 국제 공동연구로 대체해 나가고 있다. 최근 대표적 기초과학 프로젝트였던 'Superconducting Super Colridor Project'를 폐지하고 'International Thermonuclear Experimental Reactor' 프로젝트나 'Space Station Program' 프로젝트를 미국·일본·EU 주요국의 공동연구사업으로 전환시킨 것들이 주요 사례라 할 수 있다. 또한 미국기업의 기술경쟁력 강화를 지원하기 위해 대통령이 위원장이 되는 국가기술과학위원회를 설치하여 산업·국방·우주·정보·생명 등을 망라한 산업과학기술정책의 개편을 추진중이다. 아울러 중소

기업의 기술개발·품질개선·경영혁신을 지원하기 위한 기업생산기술향상사업(Manufacturing Extention Program), 첨단기술개발 촉진을 위한 ‘Advanced Technology Program’을 추진하는 것이나 공정거래법을 완화하여 기업간 공동연구 및 생산의 제휴를 허용하는 것, 국방성 기술프로젝트를 산업기술발전과 연계시키기 위한 Dual Use Applications Program을 추진하는 것 등은 다분히 70~80년대 일본 통산성 정책의 장점을 인식한 것이라 볼 수 있다.

독일의 경우에도 주력 산업인 자동차와 기계류 부문에서 일본으로부터의 도전에 직면하여 독보적 입지가 급격히 축소되어온 반면, 21세기 유망산업인 정보통신 등으로의 구조전환이 빨라지게 진전되지 못하는 문제점을 갖고 있다. 일본 못지 않은 경직된 고용구조 및 금융산업 구조를 갖고 있고, 은행을 중심으로한 계획경제적 요소를 안고 있는 독일 역시 이 부문에 영미식의 유연성을 도입하기 위한 구조개혁을 진행하고 있다.

최근 독일 기술정책의 특성중 하나는, 대학 등 고등교육기관의 인력양성이나 기초연구지원등 전통적인 확산지향형 기술정책으로부터, 미국이나 일본식의 임무지향형 기술정책을 혼합하여 기업의 기술개발을 직접 지원하는 프로그램을 늘려나가고 있는 것이다. 28)

이처럼 세계 각국은 철저한 준비를 통하여 생산성을 향상시키고 산업의 발전을 꾀하고 있다. 그러나 우리는 아직 대부분 대량생산기술에 의존하여 기술혁신적 중소기업, 중견기업의 발달이 미약한 실정이다. 이에 정부는 산업 경쟁력 확보를 위하여 더욱 발전된 제도를 입법화하고 정부 주도적으로 민간주도의 기술혁신 시스템을 구축하여야 할 것이다. 이에 산업 발전법은 큰 의의를 가질 것이다.

지금껏 대기업 중심으로 세계와 경쟁하고 간간이 발전을 이루어 왔지만 이제 그러한 발전은 한계에 다다르고 있고 내수의 산업발전을 장려하는 것에는 더더욱 한계의 수위를 넘어서고 있다. 이제는 세계에 눈을 돌려야 한다. 아니 세계에 눈을 돌려야 하는 시기는 이제 지나서 그곳으로 향하고 있어야 한다. 우리는 후발주자이다. 산업에 있어서나 그것을 위한 입법정책에 있어서나 항상 선진국에 비하여 뒤지고 있다. 정부는 이것을 직시하여 앞으로 산업발전법의 개정에 남다른 애정을 쏟아 부어야 할 것이다. 중국이 부각되면서 노동집약적 산업의 승부수는 이제 더 이상 없다. 우리는 기술 집약적 산업으로 전환해야 하지만 아직 그런 기술은 약간 부족한 실정이다. 이에 우리는 선진국과 기술협력을 증진하여 좋은 기술을 받아들여 더 좋은 기술을 개발할 목표를 가지고 전진해야 할 것이다. 이러한 선진국과의 기술협력을 증진하는 데 이 산업발전법 제 32조가 시발점이 되기를 희망한다.

#### ▷ 제33조

- ① 산업자원부장관은 국내산업의 발전을 위하여 외국과의 산업협력협의체를 운영하는 등 산업부분의 협력을 증진하고 강화할 수 있다.
- ② 정부는 산업협력협의체의 원활한 업무수행을 위하여 필요한 지원을 할 수 있다.

28) 산업기술시책 참조



☞ 현재 국내 산업 발전의 한계점을 예상하고 그에 따른 기술 제휴 및 우수기술 양성, 외국 자본의 지원 등의 외국 회사와의 협력을 통한 산업의 발전을 권장하고, 육성하는 것이다. 예를 들어 한국과 미국의 기업협력위원회는 수송, 환경 및 에너지, 인프라, 정보 통신, 지적재산권, 생물 산업, 반도체 등의 분야에 걸쳐서 9가지 공동 프로젝트를 내놓았다. 이는 한국과 미국의 산업의 서로의 장·단점의 교환을 통해 보다 나은 기술력의 발전과 이에 따른 기업과 산업의 발전에 도움을 주는 것이다. 단 이 때, 각 국은 서로의 자국 산업 활동에 지장이나 방해를 입혀서는 안 되고, 분리한 계약이나 위법 행위는 하지 않아야 한다. 종속관계가 아닌 평등한 관계로써의 협력이 이뤄져야 함은 물론이다. 이를 예방하기 위한 법률도 필요하다.

정부는 이러한 산업협력을 이끌어 내는 기업 및 단체에게 필요한 지원을 해 주어야 하며, 자본적 투자와 함께 투자 및 홍보 세미나 개최 등의 부수적인 지원도 적극적으로 해주어야 한다. 단 지원을 하는 기업 및 단체에 대한 명확한 기준이 확립되어 있어야 한다. 그 기준에 따라서 적절한 지원 및 헛된 지원의 예방을 해야 한다. 그 기준을 따로 규정하는 법률이 필요하다.

#### ▷ 제34조 (민간산업협력활동의 지원)

산업자원부장관은 국내기업, 고등교육법에 의한 대학, 산업·기술관련기관 또는 단체 등이 외국의 기관·단체 등과 대통령령이 정하는 산업협력활동을 추진하는 때에는 관련정보의 수집·제공 등 필요한 지원을 할 수 있다.

☞ 산업자원부장관이 법 제 34조의 규정에 의하여 정보의 수집·제공 등의 지원을 할 수 있는 산업협력활동은 다음 사업으로 되어있다.

1. 법 제 33조제1항의 규정에 의한 산업협력협약체에서 합의한 외국과의 민간분야 협력사업
2. 민간이 구성한 외국과의 경제협력기구에서 합의한 협력사업
3. 기업, 대학, 산업·기술관련 기관 또는 단체간 협력사업 중 산업자원부장관이 국제산업협력의 증진 및 산업구조의 고도화에 기여한다고 인정하는 사업
  - 위의 규정에 의하여 지원을 받고자 하는 기업·대학·기관 또는 단체는 사업의 배경·주요내역·기대효과 및 소요경비 등이 포함된 지원요청서를 산업자원부장관에게 제출하여야 한다.
  - 위의 규정에 의하여 지원을 받은 기업·대학·기관 또는 단체는 당해 지원사업이 완료된 후 3월 이내에 사업결과보고서를 산업자원부장관에게 제출하여야 한다.

#### ▷ 제35조 (민간전문가의 활용)

- ① 산업자원부장관은 국제산업협력을 촉진하기 위하여 지역별 또는 분야별로 민간전문가를 활용할 수 있다.
- ② 정부는 제1항의 규정에 의한 민간전문가의 국내외활동에 대하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 여비 등 소요비용을 지원할 수 있다.

#### 관련조문

#### ▷ 제39조 (민간전문가의 지원)

- ① 산업자원부장관은 법 제 35조제2항의 규정에 의하여 민간전문가의 국내외활동에 대하여 여비·

체재비 기타 업무추진을 위하여 필요한 비용을 지원할 수 있다.

- ② 제1항의 규정에 의하여 지원을 받은 자는 그 활동이 종료된 후 3개월 이내에 활동결과보고서를 산업자원부장관에게 제출하여야 한다.

#### ☞ 조문해석

#### 제35조1항의 해석

##### 1. 민간전문가의 활용

여기서 민간 전문가라 함은 국가 기관에 고용되지 않은 민간인 전문가를 말하는 것으로서 제1항의 규정에 의하여 지원을 받은 자는 그 활동이 종료된 후 3개월 이내에 활동 결과 보고서를 산업자원부 장관에게 제출하여야 한다.

민간전문가를 활용한다는 것은 민간전문가의 기술이나 능력을 잘 살려 쓰거나 변통하여 쓴다는 것을 의미한다. 민간 전문가의 활용으로 인하여 국제산업협력이 촉진되어야함은 물론이다. 또한 지역별 또는 분야별로 활용이 가능하다는 것은 어느 한 분야에만 예속됨을 막고, 민간전문가를 활용함에 있어 실질적인 활용을 통해 국제산업협력을 촉진하고자 함이다.

##### 2. 국제산업협력의 촉진

국제산업협력이라 함은 국내 산업 증진을 위하여 타국과 협력하는 것을 말하며, 국제산업협력의 촉진은 산업자원부장관의 민간전문가 활용으로 인하여 산업협력이 증진되고, 국내 산업이 발전하기 위하여 타국과의 원활한 산업교류가 발현되는 것을 말한다.

#### ☞ 제35조2항의 해석

##### 1. 소요비용 지원

산업자원부장관은 35조2항의 규정에 의하여 민간전문가의 국내활동에 대해 여비, 체재비 기타 업무추진을 위하여 필요한 비용을 지원할 수 있다. 소요비용 지원비에 한하는 것이며 이는 대통령령이 정하는 바에 의하는 것이다.

국외 활동역시 마찬가지로 대통령령이 정하는 바에 의하여 소요비용을 지원할 수 있음은 물론이다.

##### 2. 국내외활동

국내외활동이라 함은 민간전문가가 국제산업협력을 촉진하기위하기 위한 수단으로서의 활동과 그 결과적인 활동까지 모두 포함한다. 이를 굳이 국내에 한정시키지 않고 국외까지 확장하여 국제산업협력을 포함에 있어 하자가 생기지 않게 하기 위함이다.

### 제7장 산업발전심의회

#### ▷ 제36조 (산업발전심의회 설치)

- ① 산업발전에 관한 중요사항을 조사·연구 및 심의하고 산업자원부장관의 자문에 응하기 위하여 산업자원부에 산업발전심의회(이하 “심의회”라 한다)를 둔다.
- ② 심의회의 위원은 산업에 관한 학식·경험이 있는 자중에서 산업자원부장관이 위촉한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 공무원을 심의회의 위원으로 위촉할 수 없다.
- ③ 심의회의 조직·운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

## ▷ 제37조 (분과위원회의 설치)

- ① 산업자원부장관은 특정분야의 조사·연구 및 심의를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 심의회에 분과 위원회를 둘 수 있다.
- ② 분과위원회의 조직·운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

### ☞ 제 37조 조항의 해석

#### 1. 산업발전심의회

산업발전에 관한 중요사항을 조사·연구 및 심의 하고 산업자원부장관의 자문에 응하기 위하여 산업자원부에 설치되는 기관이다.(§36)

#### 2. 분과위원회

분과위원회란 산업발전심의회에 특정분야의 조사·연구 및 심의를 위하여 대통령령으로 산업자원부장관이 설치할 수 있는 기관이다.

#### 3. 요건

- 1) 산업자원부장관은 특정분야의 조사·연구 및 심의를 위하여 필요하다고 인정하는 경우이어야 한다.

산업자원부장관은 이 법의 목적을 달성하기 위하여 관계중앙행정기관의 장과 협의하여 다음과 같은 시책을 강구하여야 한다. 37조의 특정분야의 조사·연구 및 심의도 이에 기반해야 한다. 산업의 경쟁력강화, 제14조제4항제5호의 규정에 의한 구조조정의 촉진, 산업기술 및 생산성의 향상, 산업인력의 양성 및 그 효율적인 관리, 산업기반의 확충, 국제간 산업협력의 증진 (§3)

- 2) 대통령령이 정하는 바에 의하여야 한다.

- 대통령령 : 대통령제에 있어서 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 상황과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령이 발할 수 있는 명령을 말한다.(헌법§75)
- 전자인 대통령령을 위임명령이라 하고, 후자인 대통령령을 집행명령이라 한다. 이것은 국무회의의 심의를 거쳐서 대통령이 발한다.(헌법§89 3호)

- 3) 심의회에 분과위원회를 설치하는 경우에는 심의회의 의결을 거쳐야 한다. (산업발전법시행령 §44 ①)

#### 4. 분과위원회의 조직·운영

분과위원회의 조직·운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. (§37 ②)

## 제8장 사업자단체등

## ▷ 제38조 (사업자단체)

- ① 사업자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 산업자원부장관의 인가를 받아 업종별로 당해업종의 사업자 단체(이하 “사업자단체”라 한다)를 설립할 수 있다.
- ② 사업자단체는 법인으로 한다.
- ③ 사업자단체의 정관기재사항, 운영·감독에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ④ 사업자단체에 관하여 이 법에 규정된 것을 제외하고는 민법중 사단법인에 관한 규정을 준용한다.

## ▷ 산업발전법 39조 (사업)

사업자단체는 당해업종의 발전을 위하여 다음 각호의 사업을 실시한다.

1. 발전방향에 관한 조사·연구사업
2. 이익증진을 위한 사업
3. 산업경쟁력의 향상을 위한 사업
4. 심의회 및 제37조제1항의 규정에 의한 분과위원회의 지원을 위한 사업
5. 산업자원부장관이 당해업종의 발전을 위하여 위탁한 사업
6. 기타 사업자단체의 정관이 정하는 사업

## ☞ 법제39조 해설

## I. 39조의 사업자단체란

동일 산업부문에 속하는 독립기업을 구성원으로 하여 공통의 이익증진을 도모하는 자주적 단체이다. 사업자단체는 그 자체가 영리사업을 할 수 없고 사단법인·재단법인·조합 등의 법률 형태를 가지며 연합회·협회·조합 등 명칭이 많이 있다.

## III. 39조 4항

## 1. 내용

심의회 및 제37조제1항의 규정에 의한 분과위원회의 지원을 위한 사업

## 2. 해석

## (1) 37조 1항의 내용

37①산업자원부장관은 특정분야의 조사·연구 및 심의를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 심의회에 분과위원회를 둘 수 있다.

## (2) 분과위원회의 기능

그 기능을 구체적으로 알아보기 위해 한국소프트웨어컴포넌트컨소시엄의 분과위원회를 예로 들겠다.

## ▷ 제3조(위원회 기능)

- ① 분과위원회는 각 분담사항을 발의 및 심의하여 이를 운영위원회에 보고하여야 하며 운영위원회의 결정에 따라 주요사업은 이사회에 회부할 수 있다.
- ② 분과위원회는 다음과 같은 기능을 맡는다.
  - 컴포넌트 기능 및 영역별 주요사업의 심의
  - 컴포넌트 개발사업과 관련한 필요 컴포넌트 요구 수립
  - 운영위원회 작성지침에 따른 세부 컴포넌트 개발 SPEC 및 개발 컴포넌트 품질인증 기준 등 각종 세부지침 및 규정의 작성
  - 사용자 참여하의 영역의 업무 표준화
  - 해외 기술표준 Access와 국내 표준안 작성, 검토, 적용 및 홍보
  - 컴포넌트 활성화 시장전략 및 수요동향 파악
  - 기타 운영위원회에서 필요하다고 인정한 사항

- (3) 위 3항분과위원회의 지원을 위한 사업이 1,2,3항에서의 사업과 마찬가지로 39조 첫머리에서 규정하고 있는 ‘당해사업의 발전을 위한 사업에 해당한다는 것을 알 수 있다.

### III. 39조 5항

#### 1. 내용

산업자원부장관이 당해업종의 발전을 위하여 위탁한 사업

#### 2. 해석

##### (1) 산업자원부의 업무

- ① 기술개발과 기술이전 업무 등 산업기술정책의 수립 및 관장
  - ② 산업의 효율적인 배치와 유통산업·제조업·서비스업의 선진화, 전자상거래의 확산 등 미래 지향적 산업발전 정책의 수립 및 관장
  - ③ 석유·가스·전력·원자력·석탄 등 에너지산업 정책의 수립 및 관장
  - ④ 중화학공업의 육성, 철강·석유화학 등 기초원자재산업 정책 수립 및 관장
  - ⑤ 섬유·신발 등 기존 주력산업의 경쟁력 강화, 생물·화학·반도체 등 유망산업의 발굴과 육성정책 수립 및 관장
  - ⑥ 무역정책, 중소기업 수출지원업무 등이 주요업무인데 분과위원회를 두는 것은 이러한 업무에 해당이 된다.
- (2) 산업자원부 장관이 사업자단체에 ‘위탁’하였으므로 사업자단체는 그러한 사업을 재량으로 처리가능하다.

### IV. 39조 6항

#### 1. 내용

기타 사업자단체의 정관이 정하는 사업

#### 2. 해석

##### (1) 정관

사업자단체는 사단법인·재단법인·조합 등의 법률 형태를 가지기 때문에 정관이 필수적이다. 이를 기재한 서면 그 자체를 정관이라고 하는 경우도 있다(형식적 의미의 정관). 법인을 설립하려면 정관을 작성하고, 일정사항을 기재하지 않으면 안 된다(공익사단법인에 대해서는 민법 40조, 회사에 대해서는 상법 178·179·289조). 정관에는 목적·명칭·사무소 등 사단법인의 종류에 따라 법률이 정한 필요기재사항을 기재해야만 하고, 그 중 한 가지를 빠뜨려도 정관 전체가 무효가 되는 것(절대적 기재사항)과 기재하지 않아도 정관 자체의 효력에는 영향이 없지만, 기재하지 않으면 그 사항에 대해서 법률상의 효력이 발생하지 않는 것(상대적 기재사항)이 있다.

- (2) 정관에 있어 목적은 필요적 기재사항이므로 반드시 기재하여야 한다. 어떤 사업이 그 목적에 기재되어있거나 혹은 정관의 다른 항목에 규정되어 있다면 ‘기타 사업자단체의 정관이 정하는 사업’이 되어 39조6항의 적용을 받게된다

#### ▷ 제40조 (공제조합< 개정 2002.1.19>)

- ① 사업자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 산업자원부장관의 인가를 받아 다음 각호의 공제조합

을 설립 할 수 있다. <개정 2002.1.19>

1. 기계사업자 상호간의 자율적 경제활동을 도모하고 기계사업의 영위에 필요한 각종 보증과 기계류의 품질 보장 등을 목적으로 하는 기계공제조합
2. 건조중 또는 건조후 인도전의 선박이 사고로 인하여 손실을 입은 경우 그 손실에 대한 보상을 목적으로 하는 조선공제조합
- ② 공제조합은 법인으로 한다. <개정 2002.1.19>
- ③ 공제조합의 정관기계사항, 운영·감독에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <개정 2002.1.19>
- ④ 공제조합에 관하여 이 법에 규정된 것을 제외하고는 민법중 사단법인에 관한 규정을 준용한다. <개정 2002.1.19>

#### ▷ 제40조의2 (공제조합의 사업)

공제조합은 다음 각호의 사업을 수행한다.

1. 조합원의 사업 영위에 필요한 자금의 융자 및 채무의 이행에 관한 보증
2. 조합원의 제조용 기자재의 구매 알선
3. 영업상 제품의 하자로 인한 손실을 보상하는 공제사업
4. 조합원의 복지향상을 위한 사업
5. 국가·지방자치단체 또는 정관이 정하는 공공단체가 위탁하는 사업
6. 그밖에 제1호 내지 제5호의 사업에 부대되는 사업으로서 정관이 정하는 사업

[본조신설 2002.1.19]

#### ▷ 제40조의3 (공제조합의 지분 양도 등)

- ① 조합원 또는 조합원이었던 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 지분을 다른 조합원이나 조합원이 되고자 하는 자에게 양도할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 지분을 양수한 자는 그 지분에 관한 양도인의 권리·의무를 승계한다.
- ③ 지분의 양도 및 질권설정은 상법의 규정에 의한 기명주식의 양도 및 질권설정의 방법에 의한다.
- ④ 민사소송절차나 국세 등의 체납 처분에 의하여 행하는 지분의 압류 또는 가압류는 민사소송법 제566조의 규정에 의한 지시채권의 압류 또는 가압류의 방법에 의한다.

[본조신설 2002.1.19]

#### ▷ 제40조의4 (공제조합의 지분 취득 등)

- ① 공제조합은 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 조합원 또는 조합원이었던 자의 지분을 취득할 수 있다. 다만, 제1호 및 제3호에 해당하는 때에는 그 지분을 취득하여야 한다.
  1. 출자금을 감소하고자 하는 때
  2. 조합원에 대하여 가지는 담보권을 실행하기 위하여 필요한 때
  3. 탈퇴하는 조합원이 자기 출자액을 회수하기 위하여 공제조합에 지분의 양수를 요구한 때
- ② 공제조합은 제1항 제1호의 규정에 의하여 지분을 취득한 때에는 지체없이 출자금의 감소절차를

밟아야 하며, 제1항 제2호 및 제3호 의 규정에 의하여 지분을 취득한 때에 는 그 취득한 지분을 지체없이 처분 하여야 한다.

- ③ 조합원의 지분은 공제조합에 대한 채무의 담보로 제공되는 경우 외에는 질권의 목적으로 할 수 없다.
- ④ 공제조합은 제1항의 규정에 의하여 지분을 취득한 경우 조합원 또는 조합원이었던 자에게 지급 하여야 할 금액을 지체없이 지급하여야 한 다.
- ⑤ 제1항의 규정에 의하여 공제 조합의 지분취득에 따라 조합원 또는 조합원이었던 자가 가지는 청산금청구권은 공제조합이 그 지분을 취득한 날부터 5년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

[본조신설 2002.1.19]

#### ▷ 산업발전법 제40조의5 (대리인의 선임)

공제조합은 정관이 정하는 바에 의하여 지명한 공제조합의 임원이나 직원으로 하여금 공제조합의 업무수행에 필요한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 하게 할 수 있다.

[본조신설 2002.1.19]

#### ☞ 법조문해설

개정취지('02.1.19일 개정)

법인인 기계공제조합 등이 법인의 사무 처리시 재판상 또는 재판이외의 사항에 대하여 본인(대표자)이 직접 처리하는 것보다 관련분야의 전문지식을 가진 대리인을 선임하여 처리하는 것이 효율적일 경우 정관이 정하는 바에 따라 공제조합 임원 또는 직원으로 하여금 관련 사무를 처리할 수 있도록 한 조항으로 민법제62조(이사의 대리인선임)규정을 동업(산업발전법)에 원용한 것이다. 조문신설에 따른 효과

동 조항 신설로 법인 사무처리의 신속성 및 전문성을 기할 수있을 것으로 판단된다.

민법 제 62조의 이사의 대리인 선임

#### I. 공익법인의 임원

공익법인의 임원은 출연된 재산을 선의로 관리하고 당해 법인의 설립취지에 따라 계획된 공익사업 수행에 최선을 다하는 사람이다. 그러므로 이들은 공익사업의 객관적 공정성을 유지할 수 있는 자가 선임되어야 할 뿐만 아니라 자연인으로서도 사회적 덕망 있는 인사들로 구성되어지는 것이 바람직하다. (공익법 제5조⑤⑥ 및 제14조② 공익령 제26조)

#### 1. 임원(이사, 감사) 관련 제한규정 (공익법 제5조. 공익령 제12조)

가. 임원의 취임 : 주무관청의 승인을 받아 취임한다.

나. 임원의 정수 : 5 - 15인 이하의 이사와 2인의 감사를 두되 주무관청의 승인을 얻어 그 수를 증감할 수 있다. (이사의 수는 특정되어야 한다.)

다. 임원의 임기 : 정관으로 정하되 이사는 4년, 감사는 2년을 초과할 수 없다. 다 만, 연임은 가능하다.

- ☞ 최초임원 반수의 임기는 그 반에 해당하는 기간으로 하여 임원임기의 연속성 유지.
- 다. 국적의 제한 : 이사의 과반수는 대한민국 국민이어야 함
- 라. 특수관계자 : 이사 현원의 1/5를 초과할 수 없고, 감사로 취임 불가
  - ☞ 특수관계자 없는 이사가 재임 중 특수관계자가 되어 이사 현원의 1/5를 초과 한 때에는 2월 이내에 1/5 이내로 이사를 개임하여야 함 (공익령 제12조③)
  - ☞ 특수관계자의 범위 : “공익령 제12조” 참조
- 마. 결원의 보충 : 2월 이내에 보충하되 그 임기는 전임자의 잔여기간으로 한다.
- 바. 임원취임의 결격사유
  - (1) 미성년자
  - (2) 금치산자 또는 한정치산자
  - (3) 파산자로서 복권되지 아니한 자
  - (4) 금고 이상의 형을 받고 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 경과되지 아니한 자
  - (5) 공익법 제14조 제2항의 규정에 의하여 임원취임승인이 취소된 후 2년이 경과되지 아니한 자
- 2. 이사 (집행기관)

이사는 대외적으로 법인을 대표하고(대표기관), 대내적으로는 법인의 업무를 집행(업무집행기관)하는 상설적 필요기관이다 (민법 제58조① 및 제59조①). 이사의 임면 방법은 정관에 의하여 정하여지고 이를 등기하여야 한다. (민법 제40조-5호 및 제49조②-8호)

#### 가. 이사의 대표권

이사는 법인의 사무에 대하여 각자 법인을 대표한다 (민법 제59조①)

#### 나. 이사의 대표권 제한

##### (1) 정관에 의한 제한

㉠ 이사의 대표권은 반드시 정관에 기재하여야 하며, 이를 기재하지 않은 대표권의 제한은 무효이다 (민법 제14조)

㉡ 정관에 기재한 경우에도 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있다 (민법 제60조)

##### (2) 총회의 결의에 의한 제한 (사단법인의 경우. 민법 제59조①)

##### (3) 이익상반의 경우의 제한

㉠ 법인과 이사의 이익이 상반하는 사항에 관하여는 이사는 대표권이 없다 (민법 제64조).

㉡ 이 경우 특별대리인이 법인을 대표한다.

##### (4) 복임권의 제한

㉠ 이사는 원칙적으로 자신이 대표권을 행사하여야 한다.

㉡ 다만, 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정의 행위를 대리하게 할 수 있다 (민법 제62조)

#### 다. 이사의 업무집행



(1) 이사는 법인의 모든 내부적 사무를 집행할 권한이 있다 (민법 제58조①)

(2) 이사의 주요 집행업무

- ㉠ 재산목록의 작성 (민법 제55조①)
- ㉡ 사원명부의 작성 (사단의 경우, 민법 제55조② 및 제97조②)
- ㉢ 사원총회의 소집 (사단의 경우, 민법 제69조 및 제70조)
- ㉣ 총회회의록의 작성 (사단의 경우, 민법 제76조 및 제97조⑤)
- ㉤ 파산신청 (민법 제97조 6호)
- ㉥ 청산인이 되는 것 (민법 제82조)
- ㉦ 법인등기 (민법 제97조 7호)

라. 이사의 의무와 손해배상책임

(1) 이사는 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 행하여야 한다 (민법 제61조)

(2) 이사가 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 법인에 대하여 연대하여 손해배상의 책임이 있다 (민법 제65조).

마. 이사취임의 승인취소

(1) 근거 : 법률 제14조②, 시행령 제26조①

(2) 처리기관 : 관할(지역)교육청

(3) 승인취소의 사유

- ㉠ 법 또는 이 영이나 정관에 위배한 때
- ㉡ 임원간의 분쟁, 회계부정, 재산의 부당한 감손, 현저한 부당행위등으로 인하여 당해 공익법인의 설립목적 달성을 수 없게 할 우려를 생기게 한 때
- ㉢ 목적사업 이외의 사업을 수행하거나 수행하려 할 때
- ㉣ 위 사유가 있는 경우에도 그 사유를 들어 시정을 요구한 날로부터 1월이 경과하여도 이에 응하지 아니한 경우에 한하여 취임승인을 취소할 수 있다.

### 3. 감사 (감독기관)

법인은 이사에 대한 감독기관으로써 정관 또는 총회의 결의로 감사를 둘 수 있다 (민법 제66조)

※ 공익법 제5조①에서는 감사의 수를 2인으로 규정하고 있음.

감사는 법인 내부의 사무집행에 대한 감독권한만 있고 외부에 대하여 법인을 대표하는 기관이 아니므로 감사의 성명, 주소는 등기사항이 아니다.

가. 감사의 직무 (민법 제67조, 공익법 제10조)

- (1) 업무 및 재산상황에 대한 검사
- (2) 이사에 대한 필요한 자료제출 및 의견 요구
- (3) 이사회에 출석 발언 및 이사회회의록에 기명날인
- (4) 업무 및 재산상황에 대한 의견진술
- (5) 업무 및 재산상황의 감사결과 불법, 부당한 점을 발견할 때 이사회 및 주무관청에 보고
- (6) 전 호의 보고를 위하여 필요한 때 이사회 소집요구
- (7) 이사가 공익법인의 목적범위 이외의 행위 등을 하여 법인에 현저한 손해를 발생하게 할 우

려가 있을 때 그 이사에 대하여 법원에 직무집행 유지(留止) 청구

☞ 감사가 정당한 사유 없이 직무수해이를 거부 또는 유기한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금 (공익법 제19조②-4호)

나. 주무관청의 감사추천 (공익법 제5조⑧, 공익령 제13조)

- (1) 주무관청은 법률과 회계에 지식과 경험이 있는 자를 감사(1인)로 추천할 수 있다.
- (2) 공익법인의 후보자 선정 추천 또는 직권추천 가능
- (3) 감사는 이사와 특별한 관계에 있지 아니 하여야 한다.

#### 4. 이사회

법인의 업무집행에 관한 의사를 결정하기 위하여 이사 전원으로써 이사회를 구성하고, 정관에 다른 규정이 없으면 법인의 사무집행은 이사의 과반수으로써 결정한다 (민법 제59조, 공익법 제6조 내지 제9조)

가. 이사장 (공익법 제6조)

- (1) 정관에 따라 이사 중에서 호선한다.
- (2) 이사회를 소집하고 그 의장이 된다.

나. 이사회의 기능 (공익법 제7조)

이사회는 다음 사항을 심의 결정한다.

- (1) 공익법인의 예산, 결산, 차입금 및 재산의 취득·처분과 관리에 관한 사항
- (2) 정관의 변경에 관한 사항
- (3) 공익법인의 해산에 관한 사항
- (4) 임원의 임·면에 관한 사항
- (5) 수익사업에 관한 사항
- (6) 기타 법령이나 정관에 의하여 그 권한에 속하는 사항
- (7) 단, 이사장 또는 이사가 법인과 이해관계자가 상반되는 때에는 당해 사항에 관한 의결에 참여하지 못한다.

다. 이사회의 소집 (공익법 제8조)

- (1) 이사장이 필요하다고 인정할 때
- (2) 재적이사 과반수 이상이 회의의 목적을 제시하여 소집요구한 때
- (3) 감사가 소집요구한 때 (공익법 제10조①-5호)

라. 이사회의 의결정족수 (공익법 제9조)

- (1) 정관에 특별한 규정이 없는 한 재적이사 과반수의 찬성으로 의결
- (2) 서면결의 불가
- (3) 대한민국 국민인 이사가 출석이사의 과반수가 되어야 함

마. 이사회소집 승인신청 (공익법 제8조④)

공익법인에 다음의 사유가 있는 때에는 재적이사 과반수의 찬동으로 감독청의 승인을 얻어 이사회를 소집할 수 있다.

- (1) 이사회 의 소집권자가 결위 된 때
- (2) 이사장의 이사회 소집기피로 7일 이상 소집이 불가능한 때
- (3) 이 경우 정관에 정하는 이사가 이사회 주재

바. 임시이사의 선임 (민법 제63조)

- (1) 이사가 없거나 결원이 있을 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려가 있는 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 임시이사를 선임하여야 한다.
- (2) 임시이사는 정식의 이사가 선임될 때까지의 일시적 기관이라는 점을 제외하고는 이사와 동일한 권한을 가지는 법인의 기관이다.
- (3) 정식 이사가 임명되면 임시이사의 권한은 당연히 소멸하는 것으로 해석되고 있다.

5. 총회

사단법인의 사무는 정관으로 이사 또는 기타 임원에게 위임한 사항 이외에는 총회의 결의에 의하여야 한다. (민법 제68조)

총회에는 통상총회와 임시총회가 있다. (민법 제69조 및 제70조)

가. 총회의 개최

- (1) 통상(정기)총회 : 매년 1회 이상 소집 (민법 제69조)
- (2) 임시총회 : 필요하다고 인정한 때 또는 총 사원의 1/5이상이 소집요구한 때 소집 (민법 제70조)

※ 단, 이 정수는 정관으로 증감할 수 있다.

나. 총회의 의결정족수 : 정관에 다른 규정이 없으면, 사원 과반수의 출석과 출석사원 과반수의 찬성

다. 사원의 결의권 : 서면이나 대리인으로 결의권 행사 가능 (민법 제73조②)

II. 임원의 취임승인 등

1. 임원의 취임승인신청

가. 근거 : 공익법 제5조②, 공익령 제7조

나. 처리기관 : 관할(지역)교육청

다. 신청서류

- (1) 임원취임승인신청서 (제24호 서식)
- (2) 임원 신·구 대비표 (제25호 서식)
- (3) 이력서 (제10호 서식)
- (4) 임원취임예정자 취임승낙서 (제11호 서식)
- (5) 임원취임예정자의 민간인신원진술서 및 호적등본 (“생략가능”)
- (6) 임원취임예정자의 특수관계부존재 각서(제9호 서식) 또는 특수관계내용설명서
- (7) 이사회회의록 및 총회회의록

☞ 특수관계에 해당시 공익령 제12조에 근거하여 내용작성

☞ 임원 선임의 이유를 회의록에 구체적으로 표시.

2. 임원의 연임승인신청

가. 근거 : 공익령 제7조

나. 처리기관 : 관할(지역)교육청

다. 신청서류

(1) 임원연임 승인신청서 (제24호 서식)

(2) 임원의 취임승낙서 (제11호 서식)

(3) 이사회회의록 및 총회회의록

☞ 임원 연임의 이유를 회의록에 구체적으로 표시.

※ 임원의 취임승인은 특별한 경우를 제외하고는 소급 승인할 수 없으므로, 임기만료 1개월 전에 차기임원 취임승인을 신청하여 임원의 임기에 연속성을 유지하여야 한다.

### 3. 임원의 해임승인신청

가. 근거 : 공익법 제5조, 공익령 제7조

나. 처리기관 : 관할(지역)교육청

다. 신청서류

(1) 임원해임승인신청서 (제24호 서식)

(2) 임원 신·구 대비표 (제25호 서식)

(3) 사임서 사본 (제26호 서식)

☞ 당해 임원이 사망 또는 당연직일 경우에는 그 입증자료로 같음.

(4) 이사회회의록 및 총회회의록

☞ 임원해임의 사유를 회의록에 구체적으로 표시.

☞ 법인의 정관에 자신에 관한 사항의 결의에는 참여할 수 없다고 정한 때에는 해임 당사자는 그 결의에 참가할 수 없으며, 이 경우 이사장이 해임 당사자 일 경우에는 그의 직무를 타 이사에게 위임하여야 한다.

### 4. 이사회소집 승인신청

가. 근거 : 공익법 제8조④, 공익령 제15조

나. 처리기관 : 관할(지역)교육청

다. 신청서류

(1) 이사회 소집승인 신청서

(2) 이사회 소집이 불가능한 사유와 이를 증빙하는 서류

(3) 재적이사 과반수의 찬동을 증명하는 서류

(4) 이사회를 소집하지 못함으로 인하여 예상되는 손해의 구체적인 사실을 증명하는 서류

(5) 이사회 개최 예정일시 및 장소를 명시한 서류

### 5. 상근임직원의 정수승인신청

가. 근거 : 공익법 제5조⑨, 공익령 제14조

나. 처리기관 : 관할(지역)교육청

다. 신청서류

- (1) 상근임직원 정수승인신청서
- (2) 법인기구도표
- (3) 부문별 또는 개인별 관장업무를 명시한 설명서
- (4) 급여지급이 명시된 예산서
- (5) 향후 3년간 추정손익계산서 및 그 부속명세서
- (6) 이사회회의록 및 총회회의록

## ▷ 산업발전법 제41조

산업자원부장관은 이 법의 시행을 위하여 필요한 경우에는 산업기반기술 개발사업을 실시하는 자, 한국생산성본부, 대통령령이 정하는 법인, 사업자단체 및 공제조합에 대하여 그 업무에 관한 자료의 제출을 요구할 수 있다. <개정2002.1.19>

### ☞ 조문해설

#### 1. 산업발전법 제정배경 및 목적

##### 1) 배경

60~70년대 우리나라는 정부주도의 장기적 계획으로 한강의 기적이라는 찬사를 들을 정도로 경제적으로 발전했다. 그러나 정부주도의 경제계획은 급변하는 시장경제를 따라가기에는 역부족이었고 민간주도의 경제체제로의 변화의 필요성이 대두되었다. 따라서 정부는 정부주도의 정책수립을 반성하며 민간의 의견을 최대한 존중하기 위하여 제도적 장치를 마련하고자 하였는데 이것이 산업발전법의 모범이라 할 수 있는 공업발전법이다.

그러나 86년 공업발전법 제정 당시와는 크게 달라진 대내외의 산업여건변화에 효율적으로 대응하면서 21세기 지식기반의 경쟁력있는 산업구조로의 개편을 촉진하기 위한 산업발전체제 정비 필요성이 제기되자 정부는 기존의 공업발전법을 산업구조고도화촉진법으로 개편하고자 하였고 몇 차례의 개정을 거쳐 지금의 산업발전법이 된 것이다.

##### 2) 목적

세계의 경제환경 급변속에서 기존의 공업발전법이 미처 다루지 못했던 부분들을 다룸으로써 국가경제를 민간의 자율적인 시장경제발전으로 나갈 수 있는 근거를 마련하며 기존의 2차 산업에 안주하지 않고 지식정보화 시대의 산업사회에 발빠른 적응을 하게 함으로써 21세기의 경쟁력 있는 선진형 산업구조를 앞당겨 달성하기 위하여 이 법을 제정한 것이다.

#### 2. 추진방법

이 산업발전법은 각종사업을 산업자원부가 소관부처가 되어 추진하며 장관은 이를 위하여 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 산업발전시책을 강구하도록 규정하고 있다.

#### 3. 산업발전법 제41조의 입법취지

산업자원부장관은 5년 단위의 중·장기간업발전전망을 수립하여야 하고 첨단기술 및 첨단제품을 선정고시하며 부분별로 경쟁력강화시책을 반드시 수립하여야 시행하여야 한다. 또 필요한 경우에는 신산업의 창출을 촉진하는 시책과 산업의 진흥계획, 중소기업의 자율, 산업전문화유도시책, 기업간협력의 촉진, 기업경영자원의 개발촉진 등에 관한 시책을 수립하여 시행하며 사업전환의 지원

등도 하는데 이러한 것들이 순탄하게 진행되기 위해서는 산업자원부장관이 계획을 수립하고 시행해 나가기 위해서 필요한 정보나 자료들을 산업기반기술개발사업을 실시하는자, 한국생산성본부, 대통령령이 정하는 법인, 사업자단체 및 공제조합 등에 대하여 그 업무에 관한 자료의 제출을 요구할 수 있게 법률로서 명시해 둔 것이다.

#### 4. 자료제출요구 대상 단체

##### · 한국생산성본부

산업계의 생산성 향상을 효율적이고 체계적으로 추진하기 위해 산업발전법에 따라 1957년 8월28일 재단법인으로 출범하였다. 주요사업은 국가고객만족지수 산출·발표, 생산·품질혁신부문 컨설팅, 경영정보화 및 공장경영컨설팅, 한국경영생산성대상 시상, 해외연수 및 국제 협력, 평생직업 프로그램개발 및 운영 등이다.

#### ▶ 산업발전법시행령 제29조 (한국생산성본부의 수익사업 등)

- ① 법 제27조제1항의 규정에 의한 한국생산성본부(이하 “생산성본부”라 한다)가 법 제27조제6항의 규정에 의하여 수익사업의 승인을 얻고자 하는 때에는 사업 개시 1월전까지 수익사업승인신청서에 산업자원부령이 정하는 서류를 첨부하여 산업자원부장관에게 제출하여야 한다.
  - ② 생산성본부가 제1항의 규정에 의하여 수익사업을 하는 때에는 당해 사업의 매 사업연도 종료 후 3월이내에 당해 수익사업의 실적서 및 결산서를 산업자원부장관에게 제출하여야 한다.
- 산업기반기술개발사업을 실시하는자

#### ▶ 산업발전법시행령 제20조 (산업기반기술개발사업의 실시)

- ① 산업자원부장관은 산업기술발전심의회 심의를 거쳐 법 제24조제1항의 규정에 의한 산업기반기술개발사업(이하 “개발사업”이라 한다)에 필요한 연도별 시행계획을 수립하고 이를 고시하여야 한다.
  - ② 산업자원부장관은 법 제24조제1항의 규정에 의하여 개발사업을 실시하게 하는 경우에는 당해 개발사업을 주관할 기관(이하 “개발사업주관기관”이라 한다)을 지정하고 개발사업에 관한 협약을 체결하여야 한다.
  - ③ 제2항의 협약에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다.
    1. 개발사업의 과제
    2. 개발사업의 책임자
    3. 법 제24조제2항의 규정에 의한 출연금의 금액
    4. 개발성과의 활용 및 기술료에 관한 사항
    5. 협약의 변경에 관한 사항
    6. 개발사업에 소요된 비용의 정산에 관한 사항
  - ④ 개발사업주관기관은 당해 개발사업의 일부를 법 제24조제1항 각호의 규정에 의한기관·단체 및 사업자에게 위탁하여 수행하게 할 수 있다.
- 대통령령이 정하는 법인 또는 단체

▶ 산업발전법시행령 제7조 (기업간 협력촉진의 지원)

법 제11조제3항 본문에서 “대통령령이 정하는 법인또는 단체”라 함은 다음 각호의 법인 또는 단체를 말한다.

1. 상공회의소법에 의한 대한상공회의소(이하 “대한상공회의소”라 한다)
2. 법 제38조의 규정에 의한 사업자단체(이하 “사업자단체”라 한다)
3. 공업배치및공장설립에관한법률 제45조의3의 규정에 의한 한국산업단지공단
4. 산업기술기반조성에관한법률 제14조의4의 규정에 의한 한국산업기술평가원
5. 산업표준화법 제29조의 규정에 의한 한국표준협회
6. 산업디자인진흥법 제11조의 규정에 의한 한국산업디자인진흥원
7. 산업기술연구조합육성법에 의한 산업기술연구조합

▶ 제51조 (자료제출요구 대상단체)

법 제41조에서 “대통령령이 정하는 법인”이라 함은중소기업은행을 말한다.

X. 부록

1. 파리협약의 내용

제1조 【동맹의 성립 : 공업 소유권의 범위】

1. 본 협약에 적용되는 국가는 공업소유권의 보호를 위한 동맹을 구성한다.
2. 공업소유권의 보호는 특허, 실용신안, 의장, 상표, 서어비스 마아크, 상호, 원산지표시 또는 원산지 명칭 및 부당경쟁의 방지를 그 대상으로 한다.
3. 공업소유권은 최광의로 해석되며 본래의 공업 및 상업 뿐만 아니라 농업 및 채취 산업과 포도주, 곡물, 연초엽, 과일, 가축, 광물, 광수, 맥주, 꽃 및 곡분과 같은 모든 제조 또는 천연산품에 대해서도 적용된다.
4. 특허에는 수입특허, 개량특허, 추가특허, 또는 증명등 동맹국의 법에 의하여 인정되는 각종의 특허가 포함된다.

제2조 【동맹국 국민에 대한 내국민 대우】

1. 동맹국의 국민은 모든 동맹국에서 공업소유권의 보호에 관하여 본 협약에서 특별히 정하는 권리를 침해하지 아니하고 각 동맹국의 법령이 내국민에 대하여 현재 부여하고 있거나 또한 장래 부여할 이익을 향유한다. 따라서 동맹국의 국민은 내국민에게 과하는 조건 및 절차에 따를 것을 조건으로 내국민과 동일한 보호를 받으며 또한 권리의 침해에 대하여 내국민과 동일한 법률상의 구제를 받을 수 있다.
2. 그러나, 동맹국의 국민에 의한 공업소유권의 향유에 있어서는 보호의 청구를 하는 국내에 주소 또는 영업소를 가질 것을 조건으로 하지 아니한다.
3. 사법상 또는 행정상의 절차, 재판 관할권 및 공업소유권에 관한 법령상 필요로 하는 주소의 선정 또는 대리인의 선임에 대해서는 각 동맹국의 법령이 정하는 바에 따른다.

**제3조 【일정분야의 개인에 대한 동맹국 국민과의 동일한 대우】**

비동맹국의 국민으로서 어느 동맹국의 영역 내에 주소 또는 진정하고 실효적인 공업상 또는 상업상의 영업소를 가진 자는 동맹국의 국민과 같이 취급된다.

**제4조 【A-I 특허, 실용신안, 사념의장, 상표 발명자증 : 우선권-G 특허 · 적용범위】**

- A. 1. 어떠한 동맹국에서 정식으로 특허출원을 하거나 실용신안, 의장 또는 상표의 등록출원을 한 자 또는 그 승계인은 타 동맹국에서 출원의 목적상 이하에 정하는 기간중 우선권을 가진다.
2. 각 동맹국의 국내법령 또는 동맹국간에 체결된 2국간 혹은 다수국간의 조약에 따라 정규의 국내출원에 해당되는 여하한 출원도 우선권을 발생시키는 것으로 인정된다.
3. 정규의 국내출원이라 함은 출원의 결과 여부에 불구하고 당해 국에 출원을 한 일부를 확정하기에 적합한 모든 출원을 의미한다.
- B. 따라서 위에 언급된 기간의 만료 전에 타 동맹국에 낸 후출원은 그 기간중에 행하여진 행위, 특허, 타출원, 당해 발명의 공표 또는 실시, 당해 의장으로 된 물품의 판매 또는 당해 상표의 사용으로 인하여 무효로 되지 아니하며 또한 이러한 행위는 제3자의 권리 또는 여하한 개인 소유의 권리를 발생시키지 아니한다. 우선권의 기초가 되는 최초의 출원일 전에 제3자가 취득한 권리는 각 동맹국의 국내법령에 따라 유보되다.
- C. 1. 위에 언급된 우선기간은 특허 및 실용신안에 대하여는 12개월, 의장 및 상표에 대하여는 6개월로 한다.
2. 이러한 기간은 최초의 출원일로부터 개시한다. 출원일은 기간에 산입하지 아니한다.
3. 그 말일이 보호의 청구를 할 국가에서 법정 휴일이거나 또는 관할청이 출원을 접수할 수 없는 날인 경우에는 그 기간은 그 다음 최초의 집무일까지 연장된다.
4. 위2항에서 말하는 최초의 출원과 동일한 대상에 대하여 같은 동맹국에서 낸 후출원은 전출원이 공중의 열람에 제공되지 아니하였으며 또한 여하한 권리도 존속시키지 아니하고 후출원일 당시에 취소, 방기 또는 거절되어 있으며 또한 동 전출원이 우선권 주장의 근거로 되지 아니한 경우에는 최초출원으로 간주되며 그 출원일이 우선기간의 출발점이 된다. 그 후로부터 전출원은 우선권 주장의 근거가 될 수 없다.
- D. 1. 전출원의 우선권을 이용하려는 자는 그 출원의 일부 및 그 출원을 한 동맹국의 국명을 명시한 선언을 할 것이 요구된다. 각 동맹국은 그러한 선언을 하여야 할 최종일을 결정한다.
2. 일부 및 국명은 권한있는 당국이 발행하는 간행물 특허, 특허 및 명세서에 관한 간행물에 게재한다.
3. 동맹국은 우선권을 신청하는 자에 대하여 최초의 출원에 관한 출원서류 명세서, 도면등을 포함)의 등본의 제출을 요구할 수 있다. 그러한 출원을 접수한 당국에 의하여 인증된 등본은 여하한 공증도 필요하지 않으며 여하한 경우에도 그 후출원일로부터 3개월의 기간 내에 언제든지 무료로 제출될 수 있다. 동맹국은 그 등본에 같은 당국이 교부하는 출원의 일부를 표시하는 증명서 및 역문을 첨부하도록 요구할 수 있다.
4. 출원을 할 때에는 우선권의 선언에 대하여 여타의 형식적 요건을 요구할 수 없다. 각 동맹국은 이 조항에 정하는 형식적 요건을 따르지 않았을 경우의 효과에 대하여 정한다. 다만, 그 효과는 우선권의 상실을 초과하지 아니한다.



5. 그 이후에는 다른 증거 서류가 요구될 수 있다. 전출원의 우선권을 이용하는 자는 그 출원의 번호를 명시하도록 요구될 수 있으며 그 번호는 위2항에 정하는 방법으로 공표된다.
- E. 1. 어느 동맹국에 있어서 의장이 실용신안의 출원을 근거로 하는 우선권에 기하여 출원된 경우에 그 우선 기간은 의장에 대하여 정하여진 것과 같은 기간으로 한다.
2. 또한 어느 동맹국에 있어서나 특허출원을 근거로 하는 우선권에 기하여 실용신안을 출원할 수 있으며 또한 그 역으로도 가능하다.
- F. 어느 동맹국은 특허 출원인이 복수의 우선권(2 이상의 국가에서 한 출원에 기한 것을 포함한다)을 주장한다는 것 또는 일 또는 그 이상의 우선권을 주장하는 출원이 그 우선권이 주장되는 출원에 포함되지 않은 일 또는 그 이상의 우선권을 주장하는 출원이 그 우선권이 주장되는 출원에 포함되지 않은 일 또는 그 이상의 구성요소를 포함한다는 것을 이유로 하여 당해 우선권 또는 당해 특허신청을 거절할 수 없다. 단, 이 두 경우에 당해 동맹국의 법령상 발명의 단일성이 있는 경우에 한한다. 우선권이 주장되는 출원에 포함되지 않았던 구성요소에 대하여는 후출원이 통상의 조건에 따라 우선권을 발생시킨다.
- G. 1. 심사에 의하여 하나의 특허를 위한 출원이 1 이상의 발명을 포함하고 있음이 밝혀진 경우에 출원인은 그 출원을 수개의 출원으로 분할시킬 수 있으며 또한 당초 출원일을 그 각각의 출원일로 유지하고 또한 우선권의 혜택이 있는 경우 이를 보유할 수 있다.
2. 출원인은 또한 그 스스로 특허출원을 분할시킬 수 있으며 또한 당초의 출원일을 각 분할출원의 일부로 하여 우선권의 혜택이 있는 경우 이를 보유할 수 있다. 각 동맹국은 그렇나 분할이 인정될 수 있는 조건을 정한다.
- H. 우선권이 주장되는 발명의 특정요소가 원 국가에서의 출원에 제시된 청구중에 포함되어 있지 않다는 것을 이유로 하여 우선권을 거부할 수 없다. 단, 출원서류가 전체로서 그러한 구성요소를 명시하고있어야 한다.
- I. 출원인이 그 재량으로 특허 또는 발명자 중 명중 어느 하나를 신청할 수 있도록 되어 있는 국가에서 행하여진 발명자 증명의 출원은 특허출원과 동일한 조건 및 동일한 효과로 본조에 규정된 우선권을 발생시킨다.

제5조 【A. 특허 : 상품의 수입, 불실시 또는 불충분한 실시, 강제실시권 - B. 의장 : 불실시, 상품의 수입 - C. 상표 : 불사용, 다른형태, 공동 소유자에 의한 사용 - D. 특허, 실용신안, 상표, 의장 : 표식】

발명 중 어느 하나를 신청할 수 있도록 되어 있는 국가에서 발명자 증명을 출원한 자는 특허출원에 관련된 본조의 제규정에 따라 특허, 실용신안 또는 발명자 증명의 신청에 기하는 우선권을 향유할 수 있다.

- A. 1. 특허는 특허권자가 어느 동맹국 내에서 제조된 상품을 그 특허를 부여한 국가로 수입함으로써 인하여 몰수되지 아니한다.
2. 각 동맹국은 불실시와 같은 특허에 의하여 부여되는 배타적 권리의 행사로부터 발생할 수 있는 남용을 방지하기 위하여 강제실시권의 부여를 규정하는 입법조치를 취할 수 있다.

3. 강제실시권의 부여가 그러한 남용을 방지하기에 충분하지 아니한 경우를 제외하고는 특허의 몰수를 규정할 수 없다. 최초의 강제실시권의 부여로부터 2년이 만료되기 전에는 특허의 몰수 또는 철회를 위한 절차를 진행시킬 수 없다.
4. 특허 출원일로부터 4년 기간의 마료일 또는 특허 부여일로부터 3년 기간의 만료일 중 늦은 기일 이전에 불실시 또는 불충분한 실시를 이유로 강제실시권을 출원할 수 없다. 그러한 출원은 특허권자가 정당한 이유로서 그의 불실시를 정당화하는 경우에 거절된다. 그러한 강제실시권은 비배타적이며 또한 공여의 형태로써도 이전될 수 없으나 그러한 강제실시권을 이용하는 기업 또는 영업권의 일부와 함께 이전되는 경우에는 예외로 한다.
5. 앞의 제 규정은 필요한 변경을 가하여 실용신안에도 적용된다.
- B. 여하한 경우에도 의장의 보호는 불실시 또는 보호되는 물품에 상응하는 물품의 수입을 이유로 몰수되지 아니한다.
- C. 1. 어느 국가에서나 등록상표의 사용이 강제적인 경우 그 등록은 합당한 기간이 경과한 후 그리고 당해인이 그의 불실시를 정당화하지 못하는 경우에만 취소될 수 있다.
2. 상표의 소유자가 그 상표가 일 동맹국에 등록될 때의 형태에 있어서의 두드러진 특징을 변경하지 아니하는 다른 요소를 포함하는 형태로 그 상표를 사용함으로써 인하여 그 등록이 무효되거나 그 상표에 부여된 보호가 감소되지 아니한다.
3. 보호가 주장되는 국가의 국제법에 의하여 상표의 공유자로 간주되는 공업상 또는 상업상의 영업소가 동일 또는 유사한 상품에 동일한 상표를 동시에 사용함으로써 인하여 어떠한 동맹국에서도 동 상표에 부여된 보호가 여하한 방법으로도 경감되지 아니한다. 다만, 그것은 그러한 사용이 공중을 오도하거나 또는 공공의 이익에 반하는 것이 아닌 경우에 한한다.
- D. 보호받을 권리를 인정할 조건으로서 특허, 실용신안, 상표의 등록 또는 의장의 기탁을 상품에 표시 또는 언급할 것을 요구할 수 없다.

#### 제6조 【상표 : 등록조건, 상이한 국가에서의 동일한 상표 보호의 독립】

1. 상표의 출원과 등록 조건은 각 동맹국에서 그 국내법에 따라 정한다.
2. 그러나 어느 동맹국 국민에 의하여 여하한 동맹국에서 출원된 상표의 등록신청도 그 출원, 등록 또는 갱신이 원국가에서 실시되지 않았음을 이유로 거절될 수 없으며 또한 그 등록이 무효화될 수도 없다.
3. 일 동맹국에서 정당하게 등록된 상표는 원국가를 포함하는 타 동맹국에서 등록된 상표와 독립적인 것으로 간주된다.

#### 제6조의2 【상표 : 잘 알려진 상표】

1. 동맹국은 국내법에 따라 직권상으로 또는 관계국의 요청으로 이 협약의 혜택을 받을 권리가 있는 사람의 상품으로서 동일 또는 유사한 상품에 사용되고 있음이 이미 그 나라에서 잘 알려진 것으로 등록 또는 사용국의 권한있는 당국에 의하여 간주되는 그러한 상품의 복제, 마방, 번역을 구성하여 혼동을 일으키기 쉬운 상표의 등록을 거절 또는 취소하며 또한 그 사용을 방지할 것을 약속한다. 이 규정은 상표의 중요구성요소가 그러한 잘 알려진 상품의 복제 또는 그것과 혼동하기 쉬

운 모방을 구성하는 경우에도 적용된다.

2. 그러한 상표의 취소를 요청하는 데에 등록일로부터 최소한 5년의 기간이 허용된다. 동맹국은 사용의 금지를 요청할 수 있는 기간을 정할 수 있다.
3. 성실에 반하여 등록 또는 사용되는 상표의 취소 또는 사용금지를 요청하는 데는 기간의 제한이 붙여지지 아니한다.

### 제6조의3 【마아크 : 국가표장, 공공인장 및 정부간 기구의 표장에 관한 금지】

- 1.(a) 동맹국은 동맹국의 국가문장, 기, 기타의 기장 및 동맹국이 택한 감독용 및 증명용의 공공의 기호와 인장 또는 문장학상 이러한 것들의 모방이라고 인정되는 것의 상표 또는 그 구성부분으로서의 등록을 거절 또는 무효로 하고 또한 권한있는 당국의 허가를 받지 않고 이를 상표 또는 그 구성부분으로 하여 사용하는 것을 적당한 방법으로 금지할 것에 합의한다.
- (b) 세항(a)의 규정은 1 혹은 그 이상의 동맹국이 가입하고있는 정부간 국제기구의 문장, 기, 기타의 기장, 약칭 및 명칭에 대하여도 적용된다. 다만, 이미 그의 보호를 보장하기 위한 현행국제협정의 대상이 되고 있는 문장, 기, 기타의 기장, 약칭 및 명칭등은 이에 해당하지 않는다.
- (c) 동맹국은 이 조약이 그 동맹국에 있어서 효력을 발생하기 전에 선의로 취득한 권리의 소유자의 이익을 침해하는 경우에는 세항(b)의 규정을 적용하지 아니할 수 있다. 세항(a)에 언급된 사용 또는 등록이 당해 국제기구의 당해문장, 기, 기장, 약칭 또는 명칭과 관계가 있는 것으로 공중을 오도하지 아니하는 것이라고 인정되는 경우에는 동맹국은 세항(b)의 규정을 적용하지 아니할 수 있다.
2. 감독용 및 증명용의 공공의 기호 및 인장의 금지는 당해 기호 및 인장을 포함한 상표가 당해 기호 및 인장을 사용하고 있는 상품과 동일 또는 유사한 종류의 상품에 대하여 사용되고 있는 경우에 한하여 적용된다.
3. (a) 이러한 규정을 적용하기 위하여 동맹국은 국가 기장과 감독용 및 증명용의 공고의 기호 및 인장으로서 각국이 전면적으로 또는 일정한도까지 이 조항의 규정에 의한 보호하에 둘 것을 현재에 요구하거나 또는 장래 요구하려는 것의 일람표 및 이 일람표에 첨가될 그 후의 모든 변경을 국제사무국을 통하여 상호 통지할 것에 동의한다. 각 동맹국은 통지된 일람표를 적절히 공중의 이용에 제공한다. 다만, 그 통지는 국가의 기장에 관하여는 의무적이 아니다.
- (b) 본조제1항 세항(b)의 규정은 정부간 국제기구가 국제사무국을 통하여 동맹국에 통지한 당해 국제기구의 문장, 기, 기타의 기장 및 명칭에 한하여 적용된다. 다만, 이미 그의 보호를 보장하기 위한 현행 국제협정의 대상이 되고 있는 문장, 기, 기타의 기장, 약칭 및 명칭등은 이에 해당하지 않는다.
- (c) 동맹국은 이 조약이 그 동맹국에 있어서 효력을 발생하기 전에 선의로 취득한 권리의 소유자의 이익을 침해하는 경우에는 세항(b)의 규정을 적용하지 아니할 수 있다. 세항(a)에 언급된 사용 또는 등록이 당해 국제기구의 당해문장, 기, 기장, 약칭 또는 명칭과 관계가 있는 것으로서 공중에게 암시되는 것이 아닌 경우 또는 당해 사용자와 당해 국제기구간에 관계가 있는 것으로 공중을 오도하지 아니하는 것이라고 인정되는 경우에는 동맹국은 세항(b)의 규정을 적용하지 아니할 수 있다.

2. 감독용 및 증명용의 공공의 기호 및 인장의 금지는 당해 기호 및 인장을 포함한 상표가 당해 기호 및 인장을 사용하고 있는 상품과 동일 또는 유사한 종류의 상품에 대하여 사용되고 있는 경우에 한하여 적용된다.
3. (a) 이러한 규정을 적용하기 위하여 동맹국은 국가 기장과 감독용 및 증명용의 공공의 기호 및 인장으로서 각국이 전면적으로 또는 일정한도까지 이 조항의 규정에 의한 보호하에 둘 것을 현재에 요구하거나 또는 장래 요구하려는 것의 일람표 및 이 일람표에 첨가될 그 후의 모든 변경을 국제사무국을 통하여 상호 통지할 것에 동의한다. 각 동맹국은 통지된 일람표를 적절히 공중의 이용에 제공한다. 다만, 그 통지는 국가의 기장에 관하여는 의무조항이 아니다.
- (b) 본조제1항 세항(b)의 규정은 정부간 국제기구가 국제사무국을 통하여 동맹국에 통지한 당해 국제기구의 문장, 기, 기타의 기장 및 명칭에 한하여 적용된다.
4. 동맹국은 이의가 있을 경우에는 제3항의 통지를 수령한 때로부터 12개월의 기간 내에 그 이의를 국제사무국을 통보할 수 있다.
5. 위 제1항의 규정은 국가의 기장에 관하여는 1925년 11월 6일 이후에 등록되는 상표에 대하여서만 적용된다.
6. 앞의 제 규정은 동맹국의 기를 제외한 국가 기장, 공공의 기호 및 인장과 정부간 국제기구의 문장, 기, 기타의 기장, 약칭 및 명칭에 관하여 위 제3항의 통지를 수령한 때로부터 2개월이 경과된 후에 등록되는 상표에 대하여서만 적용된다.
7. 동맹국은 국가의 기장, 기호 또는 인장을 포함한 상표로서 1925년 11월 6일 이전에 등록된 거에 대하여도 그 등록출원이 악의로 된 경우에는 당해 등록을 무효로 할 수 있다.
8. 각 동맹국의 국민으로서 자국의 국가 기장, 기호 또는 인장의 사용을 허가받은 자는 당해 기장, 기호 또는 인장이 타 동맹국의 국가 기장, 기호 또는 인장과 유사한 경우에도 이를 사용할 수 있다.
9. 동맹국은 타 동맹국의 국가 문장의 사용이 상품의 원산지의 오인을 일으키게 할 염려가 있는 경우에는 허가를 받지 아니하고 그 문장을 상업거래에 사용하는 것을 금지할 것을 약속한다.
10. 앞의 제 규정에 불구하고 각 동맹국은 국가 문장, 기, 기장, 동맹국에 의하여 채용된 공공의 기호와 인장 및 위 제1항에 언급된 정부간 국제기구의 식별 기호를 허가받지 아니하고 상표로 사용하고 있는 경우에는 그 상표에 대하여 제6조의5, B의 제3항에 규정된 것과 같이 그 등록을 거절 또는 무효로 하는 권리를 행사할 수 있다.

#### 제6조의4 【상표 : 상표의 양도】

1. 상표의 양도가 동맹국의 법령에 의하여 그 상표가 속하는 기업 또는 영업권과 동시에 이동하는 경우에 한하여 유효한 때에는 그 상표의 양도를 유효한 것으로 인정받기 위하여는 양도된 상표를 붙인 상품을 당해 동맹국에서 제조 또는 판매할 배타적 권리와 더불어 당해 동맹국에 있는 기업 또는 영업권의 구성부분을 양수인에게 이전함으로써 족하다.
2. 전항의 규정은 양수인에 의한 상표의 사용이 당해 상표를 붙인 상품의 원산지, 성질, 품질등에 대하여 실제로 공중을 오도할 우려가 있는 경우에 그 상표의 양도를 유효한 것으로 인정해야 할 의무를 동맹국에 부과하는 것은 아니다.

**제6조의5 【상표 : 일방 동맹국에 등록된 상표의 타방 동맹국 내에서의 보호】**

- A. 1. 본국에서 정당하게 등록된 상표는 본조에서 명시된 유보에 따를 것을 조건으로 타 동맹국에 있어서도 출원을 위하여 수락되고 보호된다. 당해 타동맹국은 최종적인 등록을 하기 전에 본국에서 등록한 증명서로서 그 본국의 권한이 있는 당국이 교부한 것을 제출하도록 요구할 수 있다. 그 증명서에는 여하한 공중도 필요로 하지 아니한다.
2. 본국이라 함은 출원인이 동맹국에 진정하고 유효한 공업상 또는 상업상의 영업소를 가진 경우에는 그 동맹국을, 출원인이 동맹국에 그러한营业소를 가지지 아니한 경우에는 그의 주소가 있는 동맹국을 또한 출원인이 동맹국의 국민으로서 그 동맹국에 주소를 가지지 아니한 경우에는 그의 국적이 있는 국가를 말한다.
- B. 본조에 규정하는 상표는 다음의 경우를 제외하고는 그 등록을 거절 또는 무효로 할 수는 없다.
1. 당해 상표의 보호가 주장되는 국가에 있어서 제3자의 기득권을 침해하게 되는 경우
2. 당해 상표가 두드러진 특징을 가지지 못할 경우 또는 상품의 종류, 품질, 수량, 용도, 가격, 원산지 또는 생산의 시기를 표시하기 위하여 거래상 사용되거나 또는 보호가 주장되는 국가의 거래상의 통용어 또는 그 국가의 선의의 확립된 상관행에 있어서 상용되고 있는 기호 또는 표시만으로 구성되어 있는 경우
3. 당해 상표가 도덕 또는 공중질서에 반하거나 특히 공중을 기만하기 쉬운 경우, 다만, 상표에 관한 법령의 규정(공공질서에 관한 것은 제외)에 적합하지 아니하다는 이유만으로 당해 상표를 공공의 질서를 반하는 것이라고 인정하여서는 아니된다. 다만, 제10조의2의 규정의 적용을 받는다.
- C. 1. 상표가 보호를 받기에 적합한가의 여부를 판단함에 있어서는 모든 사정 특히 당해 상표를 사용하여 온 기간을 고려하지 않으면 아니된다.
2. 본국에서 보호되고 있는 상표의 구성부분에 변경을 가한 상표는 그 변경이 본국에 등록된 형태대로의 상표의 두드러진 특징을 변경하지 아니하고 또한 상표의 동일성에 영향을 주지 아니하는 한 타 동맹국에서 그 변경을 유일한 이유로 하여 등록을 거절당하지 않는다.
- D. 어떠한 자도 보호를 주장하고 있는 상표가 본국에서 등록되어 있지 아니한 경우에는 본조의 규정에 의한 이익을 받을 수 없다.
- E. 그러나 여하한 경우에도 본국에서 상표의 등록이 갱신되었다고 해서 그 상표가 등록된 타 동맹국에서 그 상표에 대한 등록갱신의 의무를 지우는 것은 아니다.
- F. 제4조에 정한 우선기간 내에 행한 상표의 등록출원에 있어 그 우선권의 이익은 본국에서의 등록이 당해 우선기간의 만료 후인 경우에도 그대로 존속한다.

**제6조의6 【상표 : 서어비스 마아크】**

동맹국은 서어비스 마아크를 보호할 것을 약속한다. 동맹국은 서어비스 마아크의 등록에 관한 규정을 설정함을 요하지 아니한다.

**제6조의7 【상표 : 소유권자의 허가를 받지 않은 대리인 또는 대표자의 명의의 등록】**

1. 1 동맹국에서 상표에 관한 권리를 가진 자의 대리인 또는 대표자가 그 상표에 관한 권리를 가진 자의 허락을 얻지 아니하고 1 또는 2 이상의 동맹국에서 자기의 명의로 그 상표의 등록을 출원한

경우에는 그 상표에 관한 권리를 가진 자는 등록에 대하여 이의 신청 또는 등록의 취소 또는 그 국가의 법령이 허용하는 경우에는 등록을 자기에게 이전할 것을 청구할 수 있다. 다만, 그 대리인 또는 대표자가 그 행위를 정당화하는 경우에는 예외로 한다.

2. 상표에 관한 권리를 가진 자는 위 제1항의 규정에 따를 것을 조건으로 그가 허락을 하지 않는 경우에 그 대리인 또는 대표자가 그의 상표를 사용할 것을 저지할 권리를 가진다.
3. 상표에 관한 권리를 가진 자가 본조에 정하는 권리를 행사할 수 있는 적절한 기간은 국내법령으로 정할 수 있다.

#### 제7조 【상표 : 상표가 사용되는 상품의 성격】

어느 경우에도 상품의 성질은 그 상품에 대하여 사용되는 상표의 등록에 대한 장애를 구성하지 아니한다.

#### 제7조의2 【상표 : 단체 상표】

1. 동맹국은 본국의 법령에 반하지 아니하는 한 단체에 속하는 단체 상표의 등록을 인정하며 또한 보호할 것을 약속한다. 그 단체가 공업상 또는 상업상의 영업소를 가지지 않는 경우에도 같다.
2. 각 동맹국은 단체 상표가 보호되어야 할 특별한 조건을 판단하며 또한 공공의 이익에 반하는 단체 상표에 대하여는 그 보호를 거절할 수 있다.
3. 그러나, 그 존재가 본국의 법령에 반하지 아니하는 단체에 대하여 보호가 주장되는 동맹국에서 설립되지 아니하였다는 것 또는 보호가 주장되는 동맹국의 법령에 따라 구성되지 아니하였다는 것을 이유로 이 단체에 속하는 단체 상표의 보호를 거절할 수 없다.

#### 제8조 【상호】

상호는 상표의 일부이거나 아니거나를 불문하고 모든 동맹국에서 보호되며 등록의 신청 또는 등록되어 있는 것을 그 요건으로 하지 아니한다.

#### 제9조 【상표, 상호 : 불법하게 상표 또는 상호를 부착한 상품의 수입등에 관한 압류】

1. 불법하게 상표 또는 상호를 붙인 상품은 그 상표 또는 상호에 대한 법률상의 보호가 인정되고 있는 동맹국에 수입될 때 압류된다.
2. 압류는 또한 상품에 불법하게 상표 또는 상호를 붙이는 행위가 행하여진 동맹국 또는 그 상품이 수입된 동맹국에서도 행하여진다.
3. 압류는 검찰관 기타의 권한있는 당국 또는 이해관계인(자연인이거나 법인을 불문한다)의 청구에 의하여, 각 동맹국의 국내법령에 따라 행하여진다.
4. 당국은 통과와 경우에는 압류함을 요하지 아니한다
5. 동맹국의 법령이 수입시의 압류를 인정하지 않는 경우에는 수입의 금지 또는 국내에서 행하는 압류로 이를 대신한다.
6. 동맹국의 법령이 수입시의 수입의 금지 및 국내에 있어서 압류를 인정하지 아니하는 경우에는 이에 필요한 법령이 개정될 때까지 그 동맹국의 법령이 동일한 경우에 내국민에 대하여 보장하는

소송 및 구제절차가 이를 대신한다.

**제10조 【허위 표시 : 원산지 또는 생산지에 관하여 허위표시를 부착한 상품의 수입등에 관한 압류】**

1. 전조의 규정은 상품의 원산지 또는 생산지, 제조자 혹은 판매인에 관하여 허위 표시의 직접적 또는 간접적 사용의 경우에도 적용된다.
2. 상품의 생산, 제조 또는 판매에 종사하는 생산자, 제조자 또는 판매인으로서 원산지라고 허위로 표시된 지역, 그 지역이 있는 지방, 원산국이라고 허위로 표시된 국가 또는 원산지에 관한 허위의 표시가 행하여지고 있는 국가에 있는 자는 자연인이건 법인이건 불문하고 모든 경우에 있어서 이해관계인으로 인정한다.

**제10조의2 【부당경쟁】**

1. 각 동맹국은 동맹국의 국민에게 부당경쟁으로부터의 효과적인 보호를 보장한다.
2. 공업상 또는 상업상의 공정한 관습에 반하는 모든 경쟁행위는 부당경쟁행위를 구성한다.
3. 특히 다음과 같은 것은 금지된다.
  - (a) 여하한 방법에 의함을 불문하고 경쟁자의 영업소, 상품 또는 공업상 혹은 상업상의 활동과 혼동을 일으키게 하는 모든 행위
  - (b) 거래의 과정에 있어 경쟁자의 영업소, 상품 또는 공업상 혹은 상업상의 활동에 관하여 신용을 해하게 할 허위의 주장
  - (c) 거래의 과정에 있어 상품의 성질, 제조방법, 특징, 용도 또는 수량에 대하여 공중을 오도할 표시 또는 주장

**제10조의3 【상표, 상호, 허위표시, 부당경쟁 : 구제수단, 청구권】**

1. 동맹국은 제9조, 제10조 및 제10조의2에 언급된 모든 행위를 효과적으로 억제하기 위하여 적절한 법률상의 구제수단을 타동맹국의 국민에게 부여할 것을 약속한다.
2. 제9조, 제10조 및 제10조의2에 언급된 행위를 억제할 목적으로 동맹국은 이해관계를 가진 생산자, 제조자, 또는 판매인을 대표하며 또한 그 존재가 본국의 법에 배치되지 아니하는 조합 또는 단체에 대하여 그 법령하에 국내의 조합 또는 단체에게 인정되고 있는 한도 내에서 사법적 수단으로 제소하거나 또는 행정기관에 이의 신청을 할 수 있도록 하는 조치를 규정할 것을 약속한다.

**제11조 【발명, 실용신안, 산업의장, 상표 : 특정 국제박람회에서의 잠정적 보호】**

1. 동맹국은 어느 동맹국의 영역 내에서 개최되는 공적 또는 공적으로 인정된 국제박람회에 출품되는 상품에 대하여 특허를 받을 수 있는 발명, 실용신안, 의장 및 상표에 대하여 국내법령에 따라 가 보호를 부여한다.
2. 그러한 가보호는 제4조에서 정한 우선기간을 연장하는 것은 아니다. 후에 우선권이 주장되는 경우에는 각 동맹국의 당국은 그 상품을 박람회에 반입한 날로부터 우선기간이 개시되는 것으로 규정할 수 있다.
3. 각 동맹국은 해당 상품이 전시된 사실 및 반입의 일부를 증명하기 위하여 필요하다고 인정되는

증거서류를 요구할 수 있다.

#### 제12조 【공업소유권에 관한 특별사무소】

1. 각 동맹국은 공업소유권에 관한 특별사무소와 특허, 실용신안, 의장 및 상표를 공중에게 알리기 위한 중앙사무소를 설치할 것을 약속한다.
2. 그러한 사무소는 정기적인 공보를 발행하고 다음을 규칙적으로 공시한다.

- (a) 특허권자의 성명 및 그 특허 발명의 간단한 표시
- (b) 등록된 상표의 복제

#### 2. 프랜차이즈 등록 관련 FTC 규정

##### a) 신청서류 절차

등록은 주(州) 가맹사업 담당관에게 등록신청을 의뢰함으로부터 시작된다. 모든 등록 주(州)들은 일부를 제외하고 새로운 UFOC(정보공개서)에 따라 동일한 가맹사업 신청양식을 사용한다. 이 신청양식은 다음과 같이 구성되어 있다 :

- ㉠ 가맹사업 등록 신청(The Uniform Franchise Registration Application) 페이지 또는 “대면 페이지” : 가맹본부에 대한 자료를 확인하는 것을 도출하는(또는 신청자격이 있는 대리가맹본부)
- ㉡ 승인 페이지(또는 서명 페이지) : 신청자의 공식적인 서명에 의해 증명하고 알림
- ㉢ 서비스 절차에 대한 동의 : 가맹본부의 대리인으로서 법적인 서류나 아니면 주(州)의 공식적인 권위에 기초한 기타의 서류를 통해 서비스에 대하여 인정함
- ㉣ 판매대리점의 영업표지 형식 : 그 주(州)에서 가맹사업을 하려고 하는 가맹본부에 의해 인정된 모든 사람의 배경과 내력에 대한 정보를 포함
- ㉤ 추가적인 정보형식 : 등록되었는지 아니면 가맹본부의 등록신청을 거부하였는지 다른 주(州)에 나타냄. 이 서류는 각각의 가맹사업을 설립하면서 재화나 용역을 제공하는 사업개시 이전의 의무를 이행하는데 드는 가맹본부의 총비용을 측정하기 위한 것이다.(훈련, 기술, 위치선정, 시장조사, 운영 메뉴얼, 그리고 사업추진을 위한 협력을 제공하는 것 등) 이들 비용을 지불하는데 사용되어지는 자금의 근원이 반드시 나타나야 한다.
- ㉥ 그 주(州)에서 사용되기 위해 제안된 모든 광고 또는 판촉계획서의 사본
- ㉦ 주(州) 등록규정에 의해서 공통양식을 주(州)의 특유한 형태로 변형한 UFOC(정보공개서)의 사본 2부 : 제출서류를 포함. 제출서류들은 가맹본부의 최근 3년간의 감사받은 재무제표와 가맹사업 계약서에 관해 가맹본부가 가맹점사업자에게 서명 요청한 기타 다른 계약서들로 구성된다.
- ㉧ 공인회계사에 의해서 작성된 회계감사보고서(또는 그 사본)는 제안서에서 가맹본부의 가장 최근 감사를 받은 재무제표로 사용된다.
- ㉨ 신청 수수료

##### b) 응답절차

일반적으로 주(州) 등록법은 담당관에게 정해진 기간에 그 등록신청을 받아들일 것인지의 여부에 대한 권한을 부여한다. 이들 규정은 일반적으로 중지 명령이 효력을 발생하지 않으면 등록신청서가 접수된 날로부터 정해진 일자의 다음날에 자동으로 등록의 효력을 발생하도록 규정되어있다.



가맹사업 심사관이 규정된 기간내에 등록신청서에 대한 심사를 완료할수 없다면 극단적인 방법인 중지 명령을 내리기보다 서류심사를 완료할 수 있을 때까지 무기한 연기하자고 신청자에게 요구할 수 있다. 신청자는 중지 명령의 초래의 이유로 요청을 거절하기 어렵다.

가맹사업 등록신청은 조건부로 실제적인 사항을 심사하는 것이 아니다. 가맹사업 심사관에 의해서 적용되는 심사기준은 보증서에 적용되는 공정하고 형평에 맞는 기준이 아니라 정확함과 완성됨이다. 심사기준은 요구되는 명세의 각 부문이 공통의 지침과 주(州)의 특정한 명세규정에 따라 작성된 것과 가맹사업의 모든 요소들이 완전히 드러나있는 지를 확인한다. 심사관은 오직 명세서 작성에 대한 독립적인 증거를 요청한다..

신청자는 등록절차상 표지(cover page)에 등록취지서를 포함시켜야 한다. 볼드체 활자의 등록취지서는 주(州)에서 등록을 인정한다거나 주(州) 담당관이 가맹사업에 대하여 승인한다는 것을 의미하지 않으며 그 담당관이 취지서가 진실하고 완전하며 잘못되지 않았다는 것을 발견함으로써 인정된다. 이러한 볼드체의 서류의 포기가 명세서 수수료와 관련된 주(州)의 가맹본부의 승인에 대한 책임감으로부터 해방시킴에 대해 만족해 한다. 가맹사업등록 허가과 관련하여 주(州)를 대항하여 소송을 제기한 원고가 승소했다는 결정이 알려진 것은 없다.

주(州) 담당관의 응답은 일반적으로 결함, 또는 평가서로 신청자에게 보내지는 것으로 끝난다. 제출된 취지서나 신청서의 수정을 요구하거나 추가적인 정보를 요청함으로써 한 번 이상 결함에 관한 문서를 받는 것은 문제가 모두 해결될 때까지 드문 일이 아니다. 이러한 심사기간에 대하여는 주(州)마다 다양한 특성이 있고 심지어 어떤 주(州)는 주(州)내부에서조차 다양한 요소들을 놔둔 채로 있는 형편이다. 아마도 가맹사업 등록 신청에 대해 심사를 할 심사관을 결정하는 것이 업무량에 따라 결정되는 것이 대부분이기 때문일 것이다. 또한 신청서를 심사할 때 적용되는 정밀검사는 주(州)와 주(州)사이에서 그리고 심사관들 사이에서 두드러지게 다르게 나타난다. 신청자가 특정 심사관을 요청하거나 하는 것은 절차상 없으며 한 번 정해진 심사관은 일반적으로 계속 해를 넘겨가면서 그 서류와 함께 유지된다.

각 등록 주(州)는 더 나아가서 담당관에게 등록 신청 거절하거나 일시보류 즉결처분을 내리거나 광범위하게 설명된 것에 기초한 유효한 등록을 취소하는 권한을 부여하고 있다. 그러나 그 담당관이 다음의 어떤 것을 발견하였을 때 설득력 있는 이유가 될 것이다.

- ㉠ 주(州)법의 규정에 따르지 못함.
- ㉡ 가맹사업 제공 또는 판매시 구매자들에게 허위진술을 했거나 구매자들에게 사기행위를 하거나 하였을 때
- ㉢ 조건부증서에 서명을 요구하거나 미리 공개되지 않은 가맹사업 요금을 징수하는 것
- ㉣ 가맹본부의 신청서나 명세서에 등재된 어떤 사람이 중대한 범죄를 지은 사실이 입증되거나 가맹사업 판매와 관련된 특정 조항들을 포함하여 민사소송에 대한 책임을 지는 것, 그리고 그 주(州)가 앞으로의 가맹점사업자에게 그와 같은 사람이 지속적으로 포함됨으로 인하여 가맹사업을 판매 또는 관리함에 있어 부당한 위험을 발생시킨다고 믿는 것.

#### c) 등록기간: 갱신의무와 연차보고서

Hawaii, Minnesota, New York, South Dakota를 제외하고 모든 등록에 관한 법규는 공인되고 서식화된 신청서를 갱신하지 않는 한 기간이 완료되면 등록의 허가도 종료된다고 규정한다. 일반적

으로 등록기간은 가맹사업 등록을 갱신하는 가맹본부의 매년의 의무에 기초하여 일년이다. 재등록 신청서는 현존하는 서류에서 변화된 것을 명시하는 것을 제외하고 처음 등록신청서와 동일하다. 재등록 신청수수료는 부록 A.에서 설명하기로 한다. 비록 기간내에 가맹사업 제안서를 갱신하지 않을지라도, 갱신된 제안서에는 다음의 내용들이 모두 업데이트 되어 반영되어야 한다.

- ㉠ 최근의 정보, 특히,
- ㉡ 현존하는 가맹점사업자를 특정하는 자료(이름, 주소 그리고 사업을 시작하지 않은 가맹점사업자 및 운영 위치의 전화 번호)
- ㉢ 이전 3년 동안, 양도했거나, 기한이 다했거나, 말소되거나, 새로 갱신 하지 않거나, 가맹본부에 의해서 재취득하지 못했거나, 또는 그 반대로 그 시스템을 떠나거나 어떤 이유로 사업을 그만두거나 한 가맹사업의 수
- ㉣ 최근 12개월 동안에 직판 기한이 끝나고, 말소되었거나 새로 갱신하지 않거나, 또는 자발적이든 비자발적이든 가맹사업 계약을 그만둔 모든 가맹점사업자의 이름 및 마지막으로 알려진 집 주소 및 전화 번호
- ㉤ 서류 갱신전 10주동안 가맹본부와 연락이 되지 않는 모든 가맹점사업자의 이름과 주소와 전화번호
- ㉥ 최근 3년 동안 기업의 소유와 계열상점의 소유에 관한 통계자료. 특히 개점, 폐점 및 소유권의 변화 ; 그리고,
- ㉦ 가맹본부의 차기 회계연도 동안 판매될 가맹사업의 수에 대한 가장 좋은 추정자료
- ㉧ 임원, 관리자, 핵심 경영자의 변화. 이 변화는 강제 소송과 파산에 영향을 미칠지도 모름.
- ㉨ 최근 회계 연도에 감사받은 재무제표. 가맹본부의 최근 삼년간의 회계연도 동안 감사받은 재무제표가 포함되어야 한다.
- ㉩ 가장 최근의 회계연도 동안, 총수익은 필수 지급인으로부터 가맹점사업자 구매로부터 계산된다. 동일한 연말 정보는 가맹점사업자에게 판매, 혹은 물품 리스, 혹은 서비스의 제공등을 나타내야 한다
- ㉪ 가장 최근 회계 연도동안의 광고자금에 대한 신청서
- ㉫ 처음 투자 값의 변화 혹은 가맹점사업자의 실제적인 경험 혹은 인플레이션을 반영하는 주석 이론적으로 미네소타, 뉴욕, 그리고 사우스 다코타에서 가맹사업 등록은 기간이 정해지지 않은, 그러나 현재의 등록서류를 유지하고 있어야 하는 우선적인 의무가 있는 것이다. 새로운 재무제표의 유용성이 중대한 변화이라고 생각되기 때문에, 이들 주(州)의 가맹본부들은 등록서류에 새로운 재무제표를 추가하기 위하여 그들의 등록을 적어도 매년 한 번 갱신해야 하고, 최근 회계 연도동안에 필수 구입으로 인한 수익, 광고수익에 대해서 발표한 것을 업데이트 해야한다. 이들 주(州)에서는 이 기간동안 가맹본부 매출은 또한 이전에 나타나 있던 판매 통계도 업데이트 해야한다. 따라서, 이들 주(州)에서의 이 연례 수정 절차는, 실질적으로 연례 재등록과 동등한 가치를 갖는다. 게다가 이 세 개의 주(州)는 매년 새로운 판매를 나타내는 보고서 파일을 요구한다. 그 보고서는 가맹사업 계약이 종료되는 기간 내에 기록되어야한다 (이 세 개의 주(州)는 모두 120일). 연례 수정 및 연차보고서 제출을 위하여 각각 수수료를 납부해야 한다. 그 해의 연차보고서의 취소는 등록 말소의 이유가 된다.

## XI. 용어 및 개념 색인

### [상표에 관한 용어 및 개념 색인]

**상표** : 상품을 생산, 가공, 증명 또는 판매하는 것을 업으로 영위하는 자가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기위하여 사용하는 기호, 문자, 도형, 입체적 형상 또는 이들을 결합한 것과 위의 각각에 색채를 결합한 것이다.

상표의 기능 : 식별기능, 출처표시기능, 품질보증기능, 광고선전기능이 있다.

**출처표시기능** : 상표는 본래 자신의 상품과 타인의 상품과를 구별짓기 위하여 사용된 것으로써 그 결과 동일한 상표의 상품은 동일한 출처에서 나와 동일한 판로를 거쳐 소비자의 손에 들어 간 것이라는 이른바 상품의 출처를 나타내는 기능을 발휘하게 되며 상표의 이와 같은 기능을 출처표시기능이라 한다.

**식별력** : 상표가 자기의 상품과 타인의 상품과를 구별할 수 있게 해주는 힘이며, 식별력은 어떤 표장이 상표로 기능하기 위한 최소한의 요건이다.

**전용권** : 상표권의 효력으로서 전용권 또는 사용권은 등록상표를 지정상품 또는 지정서비스에 독점 배타적으로 사용할 수 있는 권리를 의미한다

**상표권의 금지적 효력** : 제3자가 상표권자가 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 것을 금지할 수 있는 권리

**상표권의 지역적 효력** : 속지주의 원칙에 따라 상표권이 국내에서만 효력을 가지는 것. 따라서 다른 나라에서 동일상표에 관한 보호를 받기 위하여 그 나라의 법률이 정하는 바에 따라 권리를 취득하여야 하고, 각 나라에서 상표권의 성립, 소멸도 그 나라의 법률에 따르고 상표권은 서로 독립하여 병존하는 상태에 있다.

**상표권 침해의 유형** : 전용권에 대한 침해와 유사범위에서의 침해로 나눌 수 있다. 즉 타인의 등록상표와 동일한 상표를 그 지정상품과 유사한 상품에 사용하거나 타인의 등록상표와 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 행위를 상표권침해행위라고 할 수 있다.

**상표의 유사** : 두개의 상표가 동일한 것은 아니나 외관, 호칭, 관념의 면에서 근사하여 이를 동일, 유사 상품에 사용할 경우 거래통념상 상품출처의 혼동을 일으킬 염려가 있는 것

**1상표 1출원의 원칙** : 상표등록 출원은 상품류 구분상 1 또는 2류 구분 이상의 상품을 지정하여 상표마다 출원하여야 하는 것을 말한다

**선출원주의** : 동일 유사한 상품에 사용할 동일 또는 유사한 상표에 관하여 다른 날에 2 이상의 상표등록 출원이 있는 때에는 먼저 출원한 자만이 그 상표에 관하여 상표등록을 받을 수 있는 것을 의미한다.

**도메인네임** : 숫자형태로 표시되어 있는 인터넷 공인 주소를 인터넷상에서 사람들이 사용하기 쉬운 명칭으로 표현한 것

**특허권** : 기술적 사상의 창작(발명)을 일정기간 독점적 배타적으로 소유 또는 이용할 수 있는 권리이다. 발명은 산업상 이용가능성, 신규성, 진보성 등 몇가지 요건을 갖추어야 비로소 권리로서 등록될 수 있으며, 그 등록을 위한 출원절차는 행정청인 특허청을 통하여 이루어진다.

## [부정경쟁행위에 관한 개념 및 용어색인]

영업표지 : 타인의 영업임을 표시하는 표지를 말하며 이에겐 성명, 상호, 그 약칭 또는 그 도형 및 이들이 결합, 기타 표장 등이 출처식별기능이 있는 한 모두 포함된다. 성명, 상호, 표장 외에도 기업표나 영업표장 등 그것이 영업을 나타내는 표지인 이상 모두 이에 포함된다, 영업표지 중 가장 중요한 것은 상호이다.

혼동초래행위 : 부정경쟁방지법은 상품주체 혼동행위, 영업주체 혼동행위를 규제하고 있다,

상품주체혼동행위 : 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기, 포장 기타 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 상용한 상품을 판매, 반포, 또는 수입, 수출하여 타인의 상품과 자기의 상품을 혼동시키는 행위

영업주체혼동행위 : 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 표장 기타 타인의 영업임을 표시하는 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키게 하는 행위

주지성 : 부정경쟁방지법에서 보호되는 상표나 상호는 주지성을 취득하여 거래계에 공시되어 있으면 충분하고, 등기등록되어 있음을 요하지 않는다. 여기서 주지성이란 국내의 일정한 지역적 범위안에서 거래자 또는 수요자들사이에서 널리 알려지는 것을 의미한다.

영업비밀 : 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보를 말한다.

## [공정거래에 관한 개념 및 용어색인]

재판매가격유지행위 : 사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 거래 상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위를 의미한다.

우월적지위남용행위 : 거래상 지위의 남용이라고도 하며, 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위를 말하며, 그 유형으로는 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공, 경영간섭을 들 수 있다.

끼워팔기 : 거래상대방에게 자기의 상품 또는 자기의 용역을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위

## [민법과 관련된 개념 및 용어색인]

상계 : 채권자와 채무자가 서로 동종의 채권채무를 가지는 경우에 그 채권과 채무를 대등액에서 소멸시키는 일방적 의사표시를 의미한다.

자동채권 : 상계자 자신이 피상계자에 대하여 가지는 채권을 말한다.

수동채권 : 피상계자가 상계자에 대하여 가지는 채권.

상계적상 : 상계를 하기 위해서는 상계적상에 있어야 하는데, 자동채권과 수동채권이 존재하여야 하며, 자동채권과 수동채권이 동종의 목적을 가져야 한다. 또 자동채권이 변제기가 도래하여야 한다. 그리고 양채권의 성질이 상계가 허용되어야 한다. 예를 들면 부작위 채무나 '하는 채무'의 경우에는 채권의 성질상 상계가 허용될 수 없다.

유치권 : 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자가 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권을 가

지는 경우에 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치함으로써 채무자의 변제를 간접으로 강제하는 담보물권이다.

손해배상액예정 : 채무불이행의 경우 채무자가 지급해야 할 손해배상액을 당사자 사이에서 미리 계약으로 정하는 것. 이는 손해배상액의 입증상 곤란을 덜어주고 분쟁을 예방하기 위한 것이다. 실제의 손해액이 예정된 배상액보다 많거나 적다는 것을 입증하더라도 예정된 배상액만을 청구할 수 있을 뿐이다.

보전처분 : 권리관계 또는 법률관계에 관한 쟁송이 있을 것을 전제로 하여 이에 대한 판결의 집행을 용이하게 하거나 확정판결이 있을 때까지 손해가 발생하는 것을 방지할 목적으로 일시적으로 현상을 동결하거나 임시적 법률관계를 형성하게 하는 재판. 보전처분을 하기 위하여는 피보전권리와 보전의 필요성이 인정되어야 한다.

피보전권리 : 보전처분을 함으로써 보전되는 실체법상의 권리를 의미한다. 예를 들면 어떤 부동산에 대하여 말소등기청구권을 가진 자가 그 말소등기청구권을 피보전권리로 하여 그 부동산에 대하여 처분 금지가처분을 할 수 있다.

보전의 필요성 : 보전처분을 하여야 할 필요성을 말하는데 구체적으로 가압류의 경우 가압류를 하지 않으면 판결 기타 채무명의를 집행이 불가능하거나 현저하게 곤란할 염려가 있을 때 또는 외국에서 판결을 집행하여야 할 경우에 보전의 필요성이 인정된다. 가처분의 경우 특정물의 현상에 변경이 생길 우려가 있어 미리 가처분을 해두지 않으면 현상 변경으로 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행함에 있어 현저히 곤란할 염려가 있는 때에 보전의 필요성이 인정된다.

---

「프랜차이즈 경영가이드」 총서 12

프랜차이즈 분쟁사례 연구

초판인쇄 | 2004년 1월 26일 인쇄

초판발행 | 2004년 1월 31일 발행

발행인 | 윤홍근

발행처 | (사)한국프랜차이즈협회

편집·제작 | 창원문화

서울특별시 영등포구 양평동 4가 79-1번지

대표전화 | 02-2068-6111

팩스 | 02-2068-6112

---

[비매품]