[UCI]I804:24011-200000234494

2007년 8월

法學博士學位論文

프랜차이즈利用者의 行爲에 의한 提供者의 責任에 관한 硏究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

徐 賢 基

프랜차이즈利用者의 行爲에 의한 提供者의 責任에 관한 硏究

A Study on the Franchisor's Liability for Acts of Franchisees

2007년 8월 일

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

徐 賢 基

프랜차이즈利用者의 行爲에 의한 提供者의 責任에 관한 硏究

指導敎授　　金　英　坤

이 論文을 法學博士學位申請 論文으로 提出함

2007年　4月　　日

朝鮮大學校 大學院

法　學　科

徐　賢　基

徐賢基의 法學博士學位論文을 認准함

위원장　　조선대학교

위원　　호남대학교

위원　　조선대학교

위원　　조선대학교

위원　　조선대학교

2007년　6월

朝鮮大學校 大學院

目　　次

<Abstract>

第1章　序　論 ····· 1

第1節 硏究의 目的 ····· 1

第2節 硏究의 範圍와 方法 ····· 4

第2章　프랜차이즈에 관한 一般論 ····· 7

第1節 프랜차이즈의 槪念 ····· 7

第2節 프랜차이즈시스템의 分類 ····· 26
1. 프랜차이즈 對象에 의한 分類 ····· 26
2. 프랜차이즈 發生時點에 의한 分類 ····· 26
3. 契約締結 當事者에 따른 分類 ····· 27

第3節　프랜차이즈産業現況 ····· 28
1. 國內 프랜차이즈産業現況 ····· 28
2. 海外 프랜차이즈産業現況 ····· 32

第3章　프랜차이즈契約의 法律關係 ····· 36

第1節 프랜차이즈契約의 法的性質 ····· 36
1. 라이센스契約說 ····· 36
2. 商品賣買 또는 權利用益賃貸借說 ····· 37
3. 委任契約 또는 信託契約說 ····· 37
4. 混合契約說 ····· 38
5. 小結 ····· 38

第2節 프랜차이즈契約의 成立要件 ····· 39
1. 프랜차이즈 契約의 要素 ····· 39
2. 프랜차이즈 契約의 成立要件 ····· 40

第3節 프랜차이즈 去來의 法律關係 ····· 44
1. 프랜차이즈의 內部關係 ····· 45
2. 프랜차이즈의 外部關係 ····· 53
3. 公法的 規制 ····· 54

第4章 프랜차이즈利用者의 行爲에 대한 提供者의 責任 ····· 55

第1節 間接責任論 ····· 56
1. 事實上의 代理理論 ····· 56
2. 表見代理論 ····· 62
3. 名義貸與者의 責任論 ····· 73
4. 使用者責任論 ····· 82

第2節 直接責任論 ····· 99
1. 過失責任論 ····· 100
2. 製造物責任論 ····· 102
3. 危險負擔論 ····· 133

第4章 問題點 및 改善方案 ····· 137

第1節 問題點 ····· 137

第2節 改善方案 ····· 139
1. 責任論 ····· 139
2. 對策-保險制度의 活用 ····· 140
第6章 結 論 ····· 143

參考文獻 ····· 148

<Abstract>

A Study on the Franchisor's Liability for Acts of Franchisees

Suh, Hyeon-ki
Advisor : prof. Kim, Young-Gon
Department of Law,
Graduate School Chosun University

A franchise is a business model created by someone or a team of people, called the franchisor, that grants the right to the franchisee to sell the business model's proven or well-recognized goods or services under a pre-defined set of terms and conditions, also known as a "system." The relationship between a franchisor and franchisee is held together by a contract called the Franchise Agreement which outlines the privileges, terms, conditions, restrictions and other details of the system.

Franchise System is one of the contractual vertical marketing system in which independent firms at different channel levels integrate their programs on a contractual basis to achieve systematic economies and increased market impact.

Generally, franchise systems may be grouped into a few types. First, Manufacturer sponsored Retailer Franchise System such as automobile, truck dealerships, gas station dealerships, second, manufacturer sponsored wholesaler Franchise System, soft drink manufacturers (franchise independent bottlers), third, service firm sponsored Retailer Franchise System; fast-food restaurants, hotels and motels, auto rentals.

Franchising, in its modern form, was begun in the United States about 1900. The franchise industry in the U.S. began accelerated growth in the 1950's.

Korea introduced the Franchise system in twenty five years ago. The franchise system in our country came into being when we introduced Fast Food Restaurants from Japan in 1979. Franchise industry has now become a significant part in Korean industry.

The problem relating to Franchise system is whether court is able to impose liability to the franchisor for damages caused by franchisees or not. This study focus on, if it is possible, what the reason is. First we think, it is traditional respondeat superior theory, that of vicarious liability for franchisors through the principles of agency rule. Court is able to apply vicarious liability rule to the franchisor when franchisees are apparent agents. Second, Under certain circumstances such as the injury caused by a defective product, strict liability concepts, such as breach of warranty and strict liability in torts, a franchisor may be held to have breached a duty of care owed to the consumer, thus making the franchisor directly liable for its own negligence.

"Direct" liability of franchisors, whether via franchisor negligence, breach of warranty, strict liability, fraud, or some other theory of recovery, is based on the franchisor's own acts or omissions. Often, claims of direct liability may be combined with vicarious liability theories of recovery based on an alleged agency between franchisor and franchisee.

Vicarious liability, reputedly the most common tort theory of recovery against franchisors, arises from actual agency or apparent agency. While the franchise relationship ordinarily is not considered to be an agency, In one frequently franchised industry--gasoline stations--there are numerous examples of courts finding or permitting juries to find an agency relationship, hence vicarious liability for the would-be franchisor.

Franchisor vicarious liability may be justified as a method of spreading both risk and actual losses. Franchisors can better distribute the loss liability or liability insurance because of their superior bargaining position.

Franchisor controls relate most directly to a third justification of franchisor liability: prevention of loss. In effect, this rationale rests upon the same two public policy precepts undergirding the actual agency principle of respondeat superior. First, the franchisor is in a good position to select responsible franchisees and to ensure that they exercise a high degree of care when dealing with their customers. Second, the imposition of vicarious liability encourages the franchisor to maintain as high a standard as possible during its selection and supervising processes.

Keywords: franchise, franchisor, franchisee, franchise system, actual agency principle, vicarious liability, direct liability, strict liability, respondeat superior theory

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

최근 프랜차이즈산업은 전세계적으로 급성장하고 있다. 미국이나 유럽 등 유통 선진국에만 한정된 현상이 아니라 한국을 포함한 아시아, 남미, 오스트레일리아의 세계 각 지역의 개발도상국들에서도 급증하고 있는 추세이다. 러시아, 폴란드, 중국 등 구 공산권 국가에서도 McDonal's, Pizza Hut, Sheraton Hotel 체인 등 각종 프랜차이즈 시스템이 사업영역을 넓히고 있다.

최근 3년간 국내 프랜차이즈산업은 대기업의 인력감축과 신규직원 채용기피로 많은 실직자와 청년실업자가 소자본으로 프랜차이즈산업에 진출하는 계기가 되어 급성장하였다. 미국의 경우에도 70년대 후반부터 80년대에 걸친 장기 불황기에 오히려 프랜차이즈산업은 다양한 분야로 확대되며 급성장하였다. 국내 외식업과 서비스업의 프랜차이스제공자 수는 지난 3년간 2배 이상 증가하였고, 프랜차이스 제공자의 평균 점포 수의 큰 증가로 인해 매출 또한 크게 증가하였다.

2005년 프랜차이즈 실태조사에 의하면, 국내 프랜차이즈제공자 수는 2005년 7월말 현재 2,211개로 추정되고 있고 이는 2002년도 9월말 현재 1,600개에 비해 38.2% 증가한 수치이다. 업종별로 국내 프랜차이즈제공자 수를 보면 외식업 1,194개(54%), 소매업 515개(23.3%), 서비스업 502개(22.7%) 로 3년 전에 비해 서비스업과 외식업의 프랜차이스제공자가 크게 증가한 것으로 나타나고 있다.[1] 향후에도 국내 프랜차이즈산업은 주요 선진국의 성장률을 고려할 때, 2010년 매출 114조원, 2013년에는 150조원에 근접한 규모로 성장할 것으로 예측된다.[2]

미국 내 프랜차이스업의 규모는 전체 소매의 50%에 이르는 것으로 추정 (IFA)되고 2010년 미국 프랜차이징 규모는 전체 규모 2조 달러, 프랜차이스제공자 수 9

1)산업자원부·프랜차이즈협회, 「2005년 중소유통업 발전을 위한 연구」(프랜차이즈산업편, 2005.12), p.18.

2)산업자원부·프랜차이즈협회, 전게 「2005년 중소유통업 발전을 위한 연구」(프랜차이즈산업 편, 2005.12), p.13.

천개, 프랜차이스점포 수는 100만개로 추정된다.[3] 이처럼 프랜차이즈에 의한 영업형태는 그 발생지인 미국은 물론 우리나라에서도 최근 즉석식품업, 외식업, 편의점 등 업종에 거의 제한이 없을 정도로 급격한 증가세를 보이고 있고, 이는 21세기 새로운 유통의 혁명이라 할 정도로 상품 및 서비스 산업에 지대한 영향을 미치고 있고, 앞으로 그 증가 추세는 더욱 가속화 될 것으로 보인다.

이러한 프랜차이즈이용자 수의 폭발적인 증가는 필연적으로 프랜차이즈 영업을 둘러싼 분쟁도 증가할 것임을 예상할 수 있고, 이는 상당히 오랜 프랜차이즈 역사를 지닌 미국의 예를 보아도 충분히 짐작할 수 있다. 프랜차이스이용자의 영업과 관련한 분쟁은 우선 프랜차이스이용자와 프랜차이스제공자 사이의 분쟁과 프랜차이스이용자와 그의 거래상대방 사이의 분쟁으로 구분할 수 있겠는데, 전자의 경우에는 프랜차이즈계약서에 의한 해결, 후자의 경우에는 채무불이행이나 불법행위책임의 일반법리에 의해 해결될 수 있으므로 법률적으로 크게 문제되는 점은 많지 않다. 문제는 프랜차이즈이용자의 행위로 인하여 제3자가 피해를 입은 경우에 보다 재력이 풍부한 프랜차이스제공자에게도 책임을 지울 수 있겠는가 하는 것이다. 프랜차이스제공자와 프랜차이스이용자는 법률상 별개의 독립된 상인이므로 프랜차이스이용자의 행위로 제3자가 피해를 입은 경우에는 프랜차이스이용자만이 책임을 지고 프랜차이스제공자는 책임을 지지 않는 것이 원칙이다.[4] 즉 프랜차이즈제공자와 제3자(소비자) 사이에는 어떠한 사실적 접촉관계나 계약관계도 존재하지 않기 때문에 직접적으로는 불법행위책임도 채무불이행책임도 발생할 여지가 없다. 그러나 프랜차이스제공자는 스스로 자신과 프랜차이즈이용자가 동일한 기업과 같은 외관을 창출하고 있고, 이를 신뢰한 일반 소비자들은 다른 독립상인보다는 프랜차이즈이용자와 거래하는 것을 선호하게 되고, 그 외관으로 인하여 프랜차이즈이용자는 높은 수익을 올릴 수 있게 된다. 이러한 고수익 창출의 과정은 프랜차이즈제공자에게도 프랜차이즈사용료[5] 을 통해 그대로 전달되기 때문에, 일반 소비

---

3)산업자원부·프랜차이즈협회, 전게 「2005년 중소유통업 발전을 위한 연구」(프랜차이즈산업 편, 2005.12), p.43.

4) 강희갑, 프랜차이즈 영업의 구조와 법적 문제, 비교사법 제2권 2호(1995), p.148

5) 법률상 '가맹금'이라고 한다.
"가맹사업거래의공정화에관한법률" 제2조 6호
6. "가맹금"이라 함은 명칭이나 지급형태 여하에 불구하고 다음 각목의 1에 해당하는 금전으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다.

자가 프랜차이즈이용자와의 거래행위에서 피해를 입었고 그것이 그러한 외관의 신뢰 등과 밀접한 연관이 있는 것이라면, 프랜차이즈제공자에게 배상의무를 지우는 것이 오히려 더 합리적일 수도 있다. 따라서 프랜차이즈 계약의 대외적 법률관계에서의 핵심은 어떠한 경우에 어떠한 요건 아래에서 어떠한 책임을 프랜차이즈제공자가 지도록 하는 것이 타당한가를 밝힐 필요가 있다.

프랜차이즈제공자와 소비자간에 발생할 수 있는 법률문제는 크게 채무불이행책임이 문제되는 경우와 불법행위책임이 문제되는 경우로 나누어 볼 수 있다. 채무불이행책임이 문제되는 경우로서는 계약에 기한 이행행위 자체가 없거나 (이행불능) 늦어지는 경우(이행지체) 및 계약에 기한 이행은 있었으나 불완전한 경우(불완전한 이행)의 세 가지 경우가 모두 발생할 수 있다 . 문제는 소비자가 프랜차이즈이용자에게 책임을 물으려 해도 그의 자력이 부족하거나 적자가 누적되는 등의 사정으로 부도를 내고 잠적해 버린 경우라면 소비자가 피해의 구제를 제대로 받을 수 없다는 데에 문제가 있다. 이때 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자자와 동일한 기업인 듯한 외관을 제공하는 등의 특별한 관계를 인정할 수 있다면 소비자들은 그 외관의 제공에 대한 책임을 물을 수 있을 것인지가 연구의 필요성이 있다. 채무불이행책임뿐만 아니라 불법행위책임의 영역에서도 소비자가 프랜차이즈제공자에게 책임을 묻고자 하는 경우가 발생할 수 있다. 예컨대 어느 프랜차이즈이용자가 운영하는 햄버거점에서 햄버거를 먹은 손님들 중 상당수가 갑자기 배탈이 났는데, 그 원인이 햄버거 소스가 상하였기 때문이라면 피해를 입은 소비자들은 당연히 불완전이행책임과 불법행위책임을 프랜차이즈이용자에게 물을 수 있을 것이다 . 그러나 이 경우에도 프랜차이즈이용자의 자력이 모자랄 경우 소비자는 보다 자력이 있는 프랜차이즈제공자에게 책임을 물을 수 있는 방법을 모색하고자 할 것이다. 이 때에 원고가 프랜차이즈제공자에게 주장할 수 있는 책임형태는 사용자책임, 표현대리 책임, 기업책임 등 다양한 근거에 의해 책임을 주장할 것이다. 이러한 경우에 프랜차이즈제공자에게 이러한 책임을 인정할 수 있을 것인가,

---

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

인정한다면 어떠한 요건하에 인정할 것인가 하는 문제가 뜨거운 논쟁이 되어 오고 있다. 미국에서는 이 문제에 대해 대위책임이나 직접책임론을 원용하고 있다. 미국에서는 일반적으로 이 문제를 피용자의 불법행위에 대한 사용자 책임과 대리인의 불법행위에 대하여 본인이 지는 책임을 모두 대위책임(vicarious liability)으로 보고 해결하고 있다. 즉 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자는 별개의 독립된 상인이므로 법률상 대리관계는 없으나 일정한 요건하에서는 사실상의 대리관계(actual agency), 또는 표현대리이론에 의하여 프랜차이즈제공자의 제3자에 대한 대위책임을 인정하고 있다. 또한 프랜차이즈이용자의 행위를 프랜차이즈제공자 자신의 행위로 인정하여 프랜차이즈제공자의 프랜차이즈이용자에 대한 주의의무 위반(감독 내지 통제의 태만)을 이유로 프랜차이즈제공자에게 책임을 인정하는 과실책임과 제조물책임법상의 담보책임이나 엄격책임을 확대적용하는 경우도 있다.[6] 우리나라의 경우에도 미국의 이론과 판례에서와 마찬가지로 가맹본부와 가맹점의 결합관계와 외관의 동일성에 따른, 제3자를 보호하기 위해서는 민법 제756조의 사용자 책임, 상법 제24조의 명의대여자 책임뿐만 아니라 제조물책임법 등을 원용하여 제3자를 보호하기 위한 책임관계를 검토할 필요가 있다.

따라서 본 논문에서는 우리나라에서도 이러한 프랜차이스계약이 활발하게 이용되고 있는 점에서 볼 때, 이에 대한 책임관계를 분명히 정리하여 제3자의 이익을 도모할 뿐만 아니라 우리 경제질서를 확립하고자 하는 데에 그 목적을 둔다.

제2절 연구의 범위 및 방법

프랜차이즈 계약관계에서는 프랜차이즈제공자(Franchisor)가 프랜차이즈의 신용과 시스템의 통일성을 유지하기 위하여 프랜차이즈이용자(Franchisee)에게 계속적인 지시(order)와 통제(control)를 가하는 내부적인 결합관계를 유지하고 있는 것이 보통이기 때문에 프랜차이즈이용자의 행위로 인해 발생한 제3자(소비자)의 피

6) John C. Monica, Franchisor Liability to Third Parties, 49 Missouri L. Rev.309(1984), pp.310-328

해에 대해 프랜차이즈제공자(Franchisor)는 민법 제756조에 의해 즉, 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다고 한 사용자책임이 발생할 수 있다(제756조 제1항). 또한 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자는 상호 독립한 기업이면서도 동일한 영업표지 내지 영업외관으로 사업을 영위하기 때문에 민법 제125조의 표현대리책임이 문제되기도 한다. 뿐만 아니라 프랜차이즈제공자가 제조한 상품이나 프랜차이즈이용자의 상표가 부착되어 있는 상품을 프랜차이즈이용자가 판매하는 경우에는 제조물책임의 문제도 발생할 수 있다. 프랜차이즈이용자가 판매한 결함상품에 대하여 프랜차이즈제공자의 제조물책임과 관련하여 검토하여야 하는 경우로는 프랜차이즈제공자가 제조한 상품을 가맹점이 판매하였는데 그 상품에 하자가 존재하여 상대방이 손해를 입었다면 그 상품의 제조자인 프랜차이즈제공자에 책임을 인정할 수 있는지 여부 또는 프랜차이즈제공자의 상표가 부착되어 있는 결함있는 상품을 프랜차이즈이용자의 판매행위에 의하여 고객이 손해를 입었을 경우에 상표의 제공자인 프랜차이즈제공자의 책임여부 및 결함있는 서비스에도 제조물책임이 적용되는지 여부가 주된 문제로 될 수 있다. 또한 프랜차이즈제공자의 직접적인 주의의무 위반 등 과실이 인정되어 프랜차이즈이용자의 거래 상대방에게 손해가 발생한 경우 프랜차이즈제공자의 과실책임이 문제될 수도 있다.

따라서 본 논문에서는 이러한 문제를 해결하기 위하여

제1장에서는 연구의 필요성과 연구방법 및 범위에 관하여 설명하고

제2장에서는 프랜차이스에 관한 일반론으로서 프랜차이스의 개념과 프랜차이스계약의 특성과 내용에 따른 유형을 살펴보고 현재의 국내외의 프랜차이스산업현황을 살펴본다.

제3장에서는 프랜차이스계약의 법률관계를 살펴보기 위하여 프랜차이스계약의 법적 성질과 계약의 성립요건, 프랜차이즈계약에 관한 내용의 법률관계를 살펴본다.

제4장에서는 프랜차이스제공자의 책임을 인정하기 위한 근거를 제시하기 위하여 현재 논의되고 있는 국내외의 이론을 정리하고

제5장에서는 제4장에서 논의된 이론을 기초로 책임을 근거를 제시하여 해결방안을 찾고자 한다

제6장에서는 제5장의 내용을 정리하여 결론으로 갈음하고자 한다.

이러한 결론을 얻기 위하여 국내외의 이론과 판례를 종합적으로 분석하고 검토하는 문헌연구의 방법을 택하여 연구하였다.

제2장 프랜차이즈에 관한 일반론

제1절 프랜차이즈의 개념

1. 프랜차이즈의 의의

1) 연혁

프랜차이즈(franchise)란 말은 프랑스어의 franc(to free)와 francher로 '자유를 준다'는 의미로 중세 가톨릭교회가 세금을 징수하는 관리에게 일정한 몫은 관리 자신이 갖고 나머지를 교황에게 납부했던 것에서 기인한 것으로 본다.[7]

프랜차이즈의 연원은 멀리 중세기나 로마시대까지 올라간다는 설도 있으나, 지금부터 약 150년전 영국에서 발생한 연쇄주점이 근대적 프랜차이즈의 시초라고 보는 견해가 유력하다. 연쇄주점이란 주점의 소유권은 주점주에게 있으나, 거기에서 판매하는 주류는 특정한 양조장으로부터 공급받아야만 하는 주점, 즉 특정회사의 술만 파는 주점을 의미하였다. 그러나 근대적인 프랜차이즈의 발전에 있어서 선구적 역할을 한 것은 미국에서 1860년경 싱어재봉틀회사(Singer Sewing Machine Co.)가 그 재봉틀을 판매함에 있어서 이러한 제도를 도입하여 영업한 것으로 보고 있다.[8] 싱어는 재봉틀을 개발한 후 그것을 시장에 판매하게 되는데 이에는 두 가지의 장애물이 있었다. 그 하나는 고객들이 구입을 하기 전에 고객들에게 재봉틀의 사용방법을 가르치는 것이었고, 다른 하나는 그의 기계를 대량생산 하는데 필요한 자금을 확보해야만 하는 것이었다. 이러한 문제에 직면한 싱어는 그의 기계 사용방법을 가르칠 수 있는 훈련자를 파견하는 권리를 지역 사업가들에게 파는 아이디어를 생각해 냈다. 그 결과 그의 재봉틀의 판매는 엄청나게 증가하였고 그의 사업 또한 빠르게 팽창하였다. 따라서 재봉틀의 판매와 교육자 파견에 대한 권리

---

7) 사단법인 한국프랜차이즈협회, 「프랜차이즈 경영원론-프랜차이즈 경영가이드 총서1」(한국프랜차이즈협회, 2004), p.3.

8) 사단법인 한국프랜차이즈협회, 전게 「프랜차이즈 경영원론-프랜차이즈 경영가이드 총서1」, p.3.

의 대가로 받은 권리허가 수수료(Fee)는 그가 상품을 대량으로 제조할 수 있는 자금을 제공하였고, 모든 프랜차이즈이용자(Franchisee)인 싱어사는 자신의 비용으로 사업을 운영하였기 때문에 각 지역센터의 매니저만 고용하면 되었다. 싱어사의 이와 같은 사업 모델은 19세기에 들어서 여러 기업들이 적용하면서 확산되기 시작했다.[9] 그 대표적인 기업이 코카콜라이다. 코카콜라는 상품의 제조나 저장, 유통에 대한 부담을 병에 넣을 권리를 사고자 하는 지역 사업가들에게 넘김으로써 적은 비용으로 제품의 대량제조와 판매망을 확대시킬 수 있게 된 것이다. 이 판매방식을 통하여 코카콜라의 판매는 급증하기 시작하였다. 보틀러에게 프랜차이즈를 주기 시작한지 10년 만에 프랜차이즈사업장의 숫자는 370개로 늘어났고 그 결과 코카콜라는 순식간에 미국 방방곡곡에서 사업을 확장하면서 영업을 하게 되었다. 1915년에 지금의 코카콜라 병이 디자인되었고, 1920년대에는 세계로 진출하기 시작한 발판이 되었던 것이다.

20세기 초에 자동차의 대량생산이 행해짐에 따라 그 보급을 위한 수단으로 프랜차이즈를 적극 활용함으로써 시장의 구조를 근본적으로 변화시켰으며, 미국인들의 생활문화에까지 영향을 미치게 되었다. 자동차의 판매방법에 있어서는 여러 가지가 있었지만 가장 효과적인 것은 종래의 마차판매상과 같은 지방의 판매업자를 대상으로 한 대리점 방식이었고 다른 방법은 독립된 자동차 딜러에게 자동차판매권을 부여하는 시스템이었다. 자동차 제조업체들은 거대한 자본이 투입된 만큼 독립적인 딜러들이 제공하는 자본을 이용하여 전국적인 유통체계을 구축하게 되었다.

그 밖의 프랜차이즈시스템이 발달한 산업으로서는 정유업계, 자동차의 부품공급, 약국, 아이스크림, 의류, 화장품등을 들 수 있다. 이와 같은 상품 중심의 프랜차이즈는 1920년대부터 1930년대에 걸쳐서 미국 유통의 확실한 사업방법이었다. 이러한 전통적 프랜차이즈시스템은 1950년대와 60년대에 걸쳐 프랜차이즈의 폭발적인 성장을 가져오게 되었다. 처음 100년간의 프랜차이즈를 보면 자동차회사나 상품 및 서비스와 관련된 가솔린 서비스 주유소 상품이나, 음료수판매, 특히 맥주나 소프트드링크 유통, 편의점이 주종을 이루었다.[10] 그러나 제2차 세계대전 후 미국사회는 정치적, 사회적으로 많은 변화가 일어나기 시작했다. 젊은 층의 가족

9) 사단법인 한국프랜차이즈협회, 「프렌차이즈 본부 창업 시스템 개발론」, pp.15~18.
10) Ann Dugan, Franchising (Association of small business development centers, 1998), pp.10-11.

이 늘어나고 생활이 윤택해지기 시작하자 교외에 살면서 자동차를 타고 질주하는 붐이 일어나기 시작했다. 이에 따라 고속도로는 급속하게 발전하였고, 고속도로 주변에는 모텔과 대형화된 레스토랑, 호텔 등이 생겨나기 시작했다. 이러한 문화의 생성과 함께 등장한 것이 맥도날드이다. 맥도날드는 1955년 시카고에 1호점을 개점함으로써 본격적인 프랜차이즈 사업을 시작하게 되었다. 2년 후에는37개점, 4년 후에는 100개점, 1961년에는 288개점, 1980년대 5000개점, 그 이후에는 세계로 진출하였고 1989년에 13,900개점, 현재는 세계 121개국에 2만9천여 매장을 운영하고 있는 세계에서 가장 큰 햄버거왕국을 건설하였다.

2차 세계대전 이후 프랜차이즈산업은 소비자의 욕구를 충족시키는 가맹본부가 되겠다는 야망과 좋은 아이디어를 가진 경험이 많은 사람들이 등장하면서 붐을 이루었다. 프랜차이즈가 수익성 있는 소매사업으로 성장하고 관리될 수 있는 중요한 방법으로 인식되기 시작했다. 따라서 미국에서는 프랜차이즈가 빠른 속도로 확산되기 시작하였다. 또한 프랜차이즈를 통해 성공한 가맹본부들의 등장은 처음 프랜차이즈 시장을 주도한 패스트푸드에서 벗어나 다른 산업으로도 발전하여 현재는 75개 산업에서 확대되고 있다. 특히 미국에서의 치열한 경쟁을 이겨내고 성공한 기업들은 해외로 눈을 돌리기 시작하였다.

프랜차이즈는 미국에서 시작되어 전 세계 프랜차이즈산업을 주도하고 있다. 하지만 오늘날에는 비미국기업들이 프랜차이즈를 통해 미국 시장에 진출하기 시작했다. 이제 프랜차이즈는 미국만의 사업이 아니라 전 세계의 많은 국가들의 중요한 경제정책의 하나로 결정되어 있으며, 많은 가맹본부들이 세계시장의 진출과 성공을 위해 끊임없이 노력을 하고 있다.[11)]

2) 의의

프랜차이즈란 프랜차이즈제공자(Franchisor)가 보유하는 자기의 상호 · 상표 기타 영업표지 등을 프랜차이즈이용자(Franchisee)에게 사용하게 하고, 프랜차이즈 이용자는 이를 자기의 영업을 위하여 이용하며 이에 대한 일정한 대가를 지급하

11) 이상 내용은 사단법인 한국프랜차이즈협회, 전게 「프렌차이즈 본부 창업 시스템 개발론」, pp15~18 에서 발췌.

고, 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자에 대한 물품의 공급이나 판매 기타 사업경영에 대해 통일적인 방법으로 지도 관리하는 형태의 채권계약관계를 말한다.[12] 민법에는 규정이 없지만 상법에서는 기본적 상행위의 일종으로 규정하고 있다.[13] 한편 '가맹사업거래의공정화에관한법률'에서는 프랜차이즈를 가맹사업으로 해석하고 있으며 그 정의를 보면, "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 가맹금을 지급하는 계속적인 거래관계를 의미하는 것으로 규정하고 있다.[14]

다음에서는 각 협회에서 정의하고 있는 프랭차이즈의 의의를 간략하게 소개하고자 한다.

(1) 국제프랜차이즈협회의 정의(International Franchise Association: IFA)[15]

프랜차이즈제도란 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자 사이의 계약관계로서, 프랜차이즈제공자는 노하우와 훈련 등의 분야에서 프랜차이즈이용자의 사업에 계속적인 영업에 관한 정보를 제공하거나 유지하여야 하며, 프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자가 소유하거나 통제하는 공통된 상호, 형식 및 절차를 이용하여 사업을 운영하거나, 그 사업에 자기 자신의 재원으로 상당한 자본투자를 하는 것이라고 정의하고 있다.[16]

---

12) 정동윤, 개정판 「상법총칙·상행위법」(1996), p.685; 정동윤, "새로운 유형의 상행위-프랜차이징에 관하여," 「기업법의 행방」(박영사, 1991), p.293; 정찬형, 「상법강의(상)」(박영사, 2001), p.388.

13) 상법 제46조 제20호(상호·상표등의 사용허락에 의한 영업에 관한 행위); 대판 1996. 2. 23. 95도2608 에서도 프랜차이즈 계약의 의의에 대해, '가맹점 계약은 독립된 상인 간에 일방이 타방의 상호, 상표 등의 영업표지를 이용하고, 그 영업에 관하여 일정한 통제를 받으며, 이에 대한 대가를 타방에 지급하기로 하는 특수한 계약 형태'로 본다.

14) 동법 제2조 제1호

15) 국제프랜차이즈협회는 미국의 가맹본부들이 모여서 만든 협회다.

16) 국제프랜차이즈 협회의 정의:A franchise is a business model created by someone or a team of people, called the franchisor, that grants the right to someone (you, the franchisee) to sell the business model's proven or well-recognized goods or services under a pre-defined set of

한편, 한국프랜차이즈 협회의 정의에 의하면, 프랜차이즈(franchise)란 상호, 특허상품, 노하우(know-how)를 소유한 자가 계약을 통해 다른 사람에게 상표의 사용권과 제품의 판매권, 기술 등을 제공하고 그 대가로 가맹비, 보증금, 로열티 등을 받는 시스템이라고 정의하고 있다.

(2) 영국프랜차이즈협회(British Franchise Associstion: BFA)의 정의[17]

프랜차이즈란 가맹본부가 가맹점사업자에게 부여한 계약상의 사용허가로서, 가맹점사업자에 대해서는 프랜차이즈 기간 중에 가맹본부에게 속하거나 그와 관련된 특정한 명칭을 이용하여 사업을 영위할 것을 허용하거나 요구하고, 가맹본부에 대해서는 프랜차이즈 기간 중에 가맹점사업자가 프랜차이즈의 목적인 사업을 영위하는 방법에 대하여 계속적인 통제를 행사할 수 있도록 하며, 가맹본부에 대하여 가맹점사업자가 프랜차이즈 목적사업을 영위함에 있어서 원조를 제공할 의무를 지우고, 가맹점사업자에 대하여 프랜차이즈 기간 중에 프랜차이즈 사용료나 가맹본부가 제공한 재화 또는 용역의 대가로서 정기적으로 일정한 금액을 지급할 것을 요구하며, 지주회사와 그 자회사간, 동일한 모회사의 자회사상호간 또는 자연인 그가 통제하는 회사간의 거래가 아닌 것을 가리킨다.

(3) 미국연방거래위원회(Federal Trade Commission)정의[18]

FTC는 다음의 두 가지 중 어느 하나에 해당하는 것을 프랜차이즈라고 정의하고 있다.
그 하나는 프랜차이즈라는 용어는 서면약정에 의한 계속적인 상사관계로서
①항 가맹점주에게 가맹본부에 의해 창조·가공·분배된 재화나 상품을 제공·판매 또는 분배할 권한이 부여되거나, 가맹점주에게 가맹본부에 의하여 설정·조직·승

terms and conditions, also known as a "system." The relationship between a franchisor and franchisee is held together by a contract called the Franchise Agreement which outlines the privileges, terms, conditions, restrictions and other details of the system.

17) 영국프랜차이즈협회는 프랜차이즈제공자들이 만든 법인으로서 법인의 형식은 보증유한책임회사이다.

18) 미국에서의 프랜차이즈의 기원 및 그 발전에 관하여 Michael Martinek, Franchisng, 1989, R.v.Decker's, Heindelberg, S. 33ff.

인 · 지시된 용역을 제공 또는 판매할 권리 또는 권한이 부여되고,
②항 가맹본부는 직접적이나 묵시적으로 구술 또는 서면에 의하여 가맹점주의 조직·판촉활동·경영·판매전략·운영방법 기타 사업상의 사항에 관하여 가맹점주를 실질적으로 원조한다는 것을 표시하며,
③항 가맹점주의 사업운영이 본부의 상표·서비스표·상호·기타 본부를 지칭하는 광고상 · 사업상의 상징과 실질적으로 관련되어 있는 것을 의미하지만,
④항 다음과 같은 계속적 상사관계는 이를 포함하지 않는다. 즉, 그 관계가 오로지 상표 또는 서비스의 실시권한만을 포함할 때, 그 관계가 단편적 프랜차이즈[19]를 구성할 때, 그 관계가 사용자와 피용자 또는 동업자 상호간의 관계에 지나지 아니할 때, 창설된 상사관계가 사업개시 전에 또는 사업개시 후 6월이내에 가맹점주로부터 가맹본부 또는 그와 실질적 관련을 가진 자에게 3000$이하의 지급이나 지급약속을 요할 때이다.

다른 하나는 앞의 정의와 비슷하지만, ②항과 ③항이 다음과 같다.
②항 가맹본부가 가맹점주의 사업조직·판촉활동·경영·판매전략 또는 사업상의 사항 등을 포함한 운영방식에 대하여 '상당한 정도의' 지배권을 계속하여 행사하거나 이를 행사할 권한을 가지고,
③항 창설된 상사관계가 사업개시 전에 또는 사업개시 후 6월이내에 가맹점주로부터 가맹본부에게 3000$이상의 지급이나 지급약속을 요구할 것,
FTC에 의한 프랜차이즈에 관한 두 가지 정의간의 차이는 앞의 정의가 가맹본부에 의한 표시를 내세웠음에 반하여 뒤의 정의는 가맹본부에 의한 지배권을 내세운 데 있다.

(4) 독일프랜차이즈단체(Der Deutsche Franchiseverband e. V.)

프랜차이즈란 법적으로 독립한 기업간에 계속적인 채권계약관계의 기초 위에서 협동적으로 조직된 판매제도이며, 이 제도는 단일체로서 시장에 등장하고, 관계당사자들간의 분업적 이행계획과 당사자 전체의 일치된 행동에 대한 지시 및 통제제

19) 단편적 프랜차이즈란 Franchisor가 프랜차이즈를 인수하기전에 2년이상 프랜차이즈의 목적과 같은 사업에 이미 종사하여 왔고, 프랜차이즈를 인수한 뒤에도 프랜차이즈에 의하여 판매하는 재화 또는 서비스가 그의 총사업에서 주요한 부분을 차지하지 않는 경우를 가리킨다.

도를 그 특징으로 한다고 정의하고 있다.

(5) 일본프랜차이즈협회의 정의

프랜차이즈라 함은 가맹본부가 가맹점주와 계약을 체결하여, 자기의 상호, 상표, 서비스표, 기타 영업의 상징인 표식 및 경영 노하우를 사용하여 동일한 이미지로 상품의 판매 및 기타 사업을 행할 권리를 부여하고, 반면에 가맹점주는 그 반대 급부로서 일정한 대가를 지급하며, 사업에 필요한 자금을 투하하여 가맹본부의 지도 및 원조하에서 사업을 행하는 양자간의 계속적 관계를 말한다고 정의하고 있다. 일본 중소소매상업진흥법 "특정연쇄화사업"이라는 명칭으로 프랜차이즈라 한다.[20]

(6) 프랜차이즈 관련 용어의 정의[21]

가. 프랜차이즈 사업(가맹사업)

프랜차이즈사업은 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자로 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, 프랜차이즈이용자는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육의 대가로 프랜차이즈제공자에 사용료를 지급하는 계속적인 거래관계를 말한다.

나. 프랜차이즈제공자(가맹 본부)

---

20) 일본의 중소소매상업진흥법에서는 프랜차이즈를 특정연쇄화사업으로 해석하였으며 그 정의를 보면 연쇄화사업으로서 해당연쇄화사업에 관련된 약관에 있어서 가맹자에게 특정의 상표, 상호 및 그 밖의 표시를 사용하게 하는 취지 및 가맹자로부터 가맹에 있어서 가입금 보증금 및 그 밖의 금전을 징수한다는 취지의 규정이 있는 것으로 보고 있다. 여기서 연쇄화사업이란 주로 중소소매상업자에 대하여 전형적인 약관에 의한 계약에 따라 계속적으로 상품을 판매하고 또한 경영에 관한 지도를 실시하는 사업을 말한다.

21) 산업자원부, 「2005년 전국 프랜차이즈 총람-가맹본부-」, p.6.

프랜차이즈 이용계약자에게 자기의 상호, 상표, 서비스표, 휘장 등을 사용하여 자기와 동일한 이미지로 상품판매의 영업활동을 하도록 허용하고 그 영업을 위하여 교육, 지원, 통제를 하며, 그 대가로 가입비, 로열티 등을 수령하는 사업체를 말한다. 만일 이용계약자가 없이 직영점포로만 이루어진 본부는 본 조사에서는 프랜차이즈가 아닌 것으로 한다.

다. 프랜차이즈이용자(가맹점)

프랜차이즈제공자로부터 그의 상호, 상표, 서비스표, 휘장 등을 사용하여 그와 동일한 이미지로 상품판매의 영업활동을 하도록 허용받고, 그 영업을 위하여 교육·지원·통제를 받으며, 이에 대한 대가로 가입비, 로열티 등의 사용료를 지급하는 사업체를 말한다.

라. 직영점

프랜차이즈제공자가 자기의 상호, 상표, 서비스표, 휘장 등을 사용하여 그와 동일한 이미지로 상품판매의 영업활동을 하며, 매출, 직원, 이익을 프랜차이즈제공자가 직접 관리하는 사업체를 말한다.

마. 수퍼바이저(가맹점지도원)

점포의 오퍼레이션이 회사의 지시대로 움직여지도록 점장을 지도, 육성하며 점포의 수준이 유지되도록 교육훈련을 담당하는 사람을 가리킨다. 프랜차이즈제공자와 지점, 가맹점 점포간의 중간자적 역할을 한다.

바. 로얄티

초기 가맹비와 달리 매달 혹은 매년 프랜차이즈제공자에 지급하는 비용으로, 매

출액의 일정비율, 매달 일정금액, 매년 일정금액 등의 여러 가지 방법으로 프랜차이즈이용자와 프랜차이즈제공자간의 협의된 계약에 따라 설정될 수 있다.

사. 공동화사업

프랜차이즈 공동화사업은 개별적으로 프랜차이즈 본부에서 관리하는 구매, 물류, 교육, 판촉 등을 프랜차이즈이용자들이 함께 공유하여 비용은 낮추고 이익을 높이자는 취지의 사업을 의미한다.

3) 프랜차이즈의 경제적 작용

프랜차이즈는 경제적인 여러 가지 장점을 가지고 있어서 세계 각국에서 성행하고 있다. 즉 프랜차이즈제공자의 입장에서 보면 스스로 지점을 설치 운영하는 경우와는 달리 직접투자를 하지 않고도 자기의 상호, 상표 등을 이용하는 사업장을 마련하여 사업을 확장할 수 있고 프랜차이즈이용자로부터 사용료를 받아 수익을 증대할 수 있다. 또한 물건을 대량으로 구입함으로써 교섭능력이 향상되어 규모의 경제를 꾀할 수 있고 스스로 많은 금액을 투자하기 아니하고 소규모 중앙조직만으로 많은 이윤을 획들할 수 있는 등의 이점이 있는 것이다. 한편 프랜차이즈이용자의 경우는 일반 공중에게 널리 알려진 상호·상표등의 이점을 안고 사업을 개시할 수 있고 프랜차이즈제공자가 개발한 특허권, 영업비결 등을 이용할 수 있으며, 경험과 지식의 부족을 프랜차이즈제공자에 의한 훈련계획 등으로 메울 수 있고, 사업장의 장소 선택, 실내 장식, 설비시공, 자금 조달 등에 있어서 프랜차이즈제공자의 원조, 조언을 받을 수 있으며, 비교적 작은 자금으로 사업을 개시하여 스스로 기업주가 되는 등의 이점이 있다. 또한 프랜차이즈제공자로부터 일괄적인 영업, 광고, 판촉활동을 지원하므로 효과가 배가 되고, 프랜차이즈이용자에게 필요한 설비와 도구 들을 유리한 조건으로 구비할 수 있고, 대량구입에 따른 경비절감 효과으로 판매단가를 낮출수 있고, 안정된 품질의 제품을 공급받을 수 있다.[22] 그러나 이 제도의 단점이 없을 수 없는데, 예컨대, 프랜차이즈

22) 사단법인 한국프랜차이즈협회, 전게「프랜차이즈 경영원론-프랜차이즈 경영가이드 총서1」, p.4.

제공자의 경우 프랜차이즈이용자를 항상 감시해야 하고, 그가 독립하여 사업을 영위하고자 하는 경우에 대처해야 하며, 프랜차이즈이용자의 입장에서는 사업의 경영에서 프랜차이즈제공자로부터 계속적인 지시와 통제를 받아야 하므로 경제적으로 사업의 독립성이 없다는 점이 약점이라 할 수 있다.[23] 또한 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈제공자에게서 제품개발 및 제반활동에 대한 지원을 하게 되므로 프랜차이즈제공자에 대한 의타심이 생겨 문제해결이나 경영개선의 노력을 게을리 할 가능성이 있고, 구입제품의 원재료, 판매방법, 가격, 점포장식들이 표준화되어 있고 통일적인 경영을 원칙으로 하므로 바람직한 개선 방법이 있어도 적용하지 못하고 사장되는 경우가 있어 지역 및 상권 특성과 맞지 않을 경우도 있다.[24]

4) 프랜차이즈 시스템의 특성[25]

프랜차이즈 시스템은 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자의 자율성이 인정되고 각자는 이윤의 흐름을 보장받는다는 점에서 일반적인 제품이나 용역의 거래와는 다른 특징을 가지고 있고, 거래의 빈도가 낮다는 특징을 가지고 있으며, 프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자의 상호, 기술, 경영기법을 계약기간동안 계속적으로 언제든지 사용할 수 있다. 또한 프랜차이즈 시스템은 독립적인 경영자와 사업 주체들로 구성되어 있지만 소비자들은 시스템 전체를 동질적인 것으로 인식하게 되며, 이러한 소비자들의 동질적인 인식에 의해 마케팅 활동에서 얻어지는 효과 역시 일반적인 기업의 경우와 다른 점이다.

프랜차이즈 시스템은 거래 쌍방이 상호 조정과 환경 적응을 필요로 하기 때문에 본사는 항상 변화하는 환경에 알맞은 교육 프로그램이나 마케팅 프로그램 개발에 항상 노력을 기울이게 될 뿐만 아니라, 프랜차이즈제공자측에서 영업을 지속적으로 확장하고자 할 때, 해당지역의 시장성 및 문화적 특성 등을 정확하게 예측할

---

23) 최완진, “프랜차이즈 계약,” 고시계(97/10), p.134.
24) 사단법인 한국프랜차이즈협회, 「프랜차이즈 경영원론-프랜차이즈 경영가이드 총서1」(한국프랜차이즈, p.4.
25) 사단법인 한국프랜차이즈협회, 「프랜차이즈 경영원론-프랜차이즈 경영가이드 총서1」(한국프랜차이즈협회, 2004), p.8. 참조.

수가 없다. 이러한 경우 해당 지역의 가맹점들을 모집하여 영업활동을 허가해 줌으로써 정보의 부족에서 생기는 전반적인 불확실성을 감소시킬 수 있다. 즉 프랜차이즈 시스템의 확장은 현지시장에 밝은 프랜차이즈이용자를 통해 이루어지는 경우가 많으므로 현지시장 정보의 부족에서 생기는 의사결정에서의 불확실성을 추가비용의 지출 없이 감소시킬 수 있다.

또 다른 특징은 사업확장에 필요한 막대한 자본이 필요하지 않다는 점이 프랜차이즈 시스템의 특징이라 할 수 있다. 자본의 투자 면에서 뿐만 아니라 영업활동에 있어서도 가맹점들이 자신들의 이익을 위한 동기를 가지기 때문에 본사로써는 별다른 노력을 기울이지 않아도 된다. 즉 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자의 자본투자가 이루어지므로 프랜차이즈시스템을 구축하고 확장하는데 있어 요구되는 자본투자가 크지 않으며, 가맹점은 적은 투자로 프랜차이즈제공자의 시스템이 지니고 있는 브랜드자산이나 경영노하우 등을 자신의 사업을 위해 활용할 수 있다.

5) 유사개념과의 구별

(1) 상법상의 일반개념과의 구별

가. 특약점

특약점이란 제조회사 또는 상사회사 등과의 사이에 취급상품·판매지역·거래조건 등에 관하여 특별한 약정을 체결하고 있는 도매상을 말한다. 제조업자는 자사제품의 판로개척과 함께 경쟁에 의한 가격하락, 대손(대손)의 위험 등을 예방하기 위하여 상품의 취급을 특정의 판매업자에 한정시키는 경우가 있다. 이에 따라 특약점은 특정의 취급상품과 일정의 판매지역을 독점하고 구입조건에 리베이트제를 포함시키는 등 유리한 점이 있는 반면에, 경합상품에 대한 취급제한이나 일정 판매액에 대한 책임을 지게 되는 등의 어려움이 따른다. 또 제조업자와 특약점과의 유통기능의 배분에 있어서도 가격결정과 광고·선전 및 애프터서비스는 회사측에서

맡고, 특약점은 조사기능·금융기능 등을 담당한다.

프랜차이즈는 Franchisee가 Franchisor의 상호 등을 사용하고 그의 지시와 통제하에서 영업하는 점에서 상품의 제조자로부터 상품을 계속적으로 공급받아 자기의 상호를 사용하여 독립적으로 판매하는 대리점 또는 특약점과 구별된다.

나. 대리상

대리상이란 특정한 상인을 위하여 상시 그 영업 부류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 업으로 하는 사람(상법 87조)을 말한다. 대리상은 스스로 독립된 상인으로서, 본인과 종속관계에 있는 것이 아니라는 점에서 상업사용인(상업사용인)과는 상이하다. 본인의 영업부류에 속하는 거래의 대리행위를 하는 자를 체약(체약)대리상이라 하고, 중개를 하는 자를 중개대리상이라고 한다. 대리상은 대리 또는 중개라는 상행위를 영업으로 하는 자이며, 그렇게 함으로써 상인 자격을 취득한다. 대리상과 본인과의 법률관계는 위임 또는 준위임 계약이며, 민법 ·상법의 위임에 관한 일반 규정(민법 680~692조, 상법 49 ·50조)의 적용 이외에, 상법에 특히 통지의무(상법 88조) ·경업금지(경업금지)(89조) ·통지를 받을 권리(90조) ·유치권(류치권)(91조) ·계약의 해지(92조) 등에 관한 규정이 있다.

프랜차이즈는 Franchisee가 자신의 명의로 거래하는 점에서 본인의 명의로 거래하는 대리상과 구별된다. 대리상은 일정한 상인을 위하여 상시 그 영업부류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 상인이다.

다. 위탁매매인

위탁매매란 중개상인 또는 증권업자가 고객의 의뢰를 받고 상품 또는 증권을 매매하는 것을 의미한다.

따라서 위탁상은 생산자나 소매상으로부터 위탁을 받아 자신의 이름으로 이들 위탁자를 위해 상품의 매매를 하고 일정한 수수료를 받는 상인이다. 따라서 실제상의 매매는 자신의 이름으로 하므로 비록 거래상으로는 손익과 관계가 없다 하더라도 매매상대방에 대해 책임을 지지 않으면 안 된다. 따라서 위탁상은 상품매매를

자신의 이름과 손익부담을 전제로 하는 상인도매상과 다르며 또한 위탁자의 이름으로 매매알선만 하는 대리상과도 다르다. 왜냐하면 위탁상은 위탁된 상품을 매매하기 위해서는 자신의 신용과 시장지식을 활용하며 또한 판매가격이나 판매방법 및 조건 등의 결정이 자신의 권한에 속하므로 거래를 안전하고 신속하게 할 수 있다. 따라서 위탁상에게 위탁하는 위탁매매에는 먼 지역과의 거래나 위탁상의 명성·신용을 이용하려는 거래가 많다.

위탁상에는 지방의 생산자나 수집상으로부터 상품판매를 위탁받아 도시의 중매상(중매상)이나 소매상에게 위탁판매하는 것을 전문으로 하는 판매위탁상과, 반대로 소비지의 상인으로부터 위탁받아 생산지에서 상품을 구매하여 주는 구매위탁상이 있으며, 위탁매매 방법에는 미리 위탁매매가격을 정하는 지가위탁(지가위탁)과 시세에 따라 위탁매매를 하는 시가위탁(시가위탁)의 2가지가 있다.

프랜차이즈는 자기의 계산으로 영업하는 점에서 타인의 계산으로 영업을 하는 위탁매매인과 구별된다. 위탁매매인은 자기의 명의로 타인의 계산으로 물건 또는 유가증권의 매매를 영업으로 하는 자이다.

(2) 계약에 의한 해외진출방식과의 구별

가. 라이선스 계약

라이선스 계약이란 특허, 상표 또는 상호 등의 소유자가 타인에게 이를 이용하여 일정기간동안 상품을 생산, 판매하도록 허용하는 것을 내용으로 하는 일종의 허가계약이다. 물론 프랜차이즈계약이 상호나 상표, 서비스표[26] 등의 사용권을 설정하는 계약이라는 면에서는 일면 라이선스 계약적인 측면이 있다. 그러나 프랜차

26) 대법원 2000. 4. 25, 97후3920 : 구 상표법(1997. 8. 22. 법률 제5355호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제73조 제1항 제호에 의한 등록취소심판은 등록상표가 계속하여 3년 이상 정당한 이유 없이 사용되지 않음으로써 그 취소의 요건은 충족되고, 상표의 이전이 있는 경우라도 이전 등록시부터 불사용의 기간을 계산하여야 하는 것이 아니라 할 것이며, 또 위 규정의 '정당한 이유'라 함은 질병 기타 천재 등의 불가항력에 의하여 영업을 할 수 없는 경우뿐만 아니라 법률에 의한 규제, 판매금지, 또는 국가의 수입제한조치 등에 의하여 부득이 등록상표의 지정상품이 국내에서 일반적, 정상적으로 거래할 수 없는 경우와 같이 상표권자의 귀책사유로 인하지 아니한 상표 불사용의 경우도 포함된다고 할 것이다. 그리고 구 상표법 제2조 제2항에 의하여 위 규정은 서비스표에 관하여도 적용이 있다고 할 것이다

이즈계약의 주요한 내용이 되는 본부가 가지고 있는 영업상의 노하우나 마케팅 계획에 관한 것이라든지 또는 본부의 가맹점에 대한 계속적인 지도나 보호 또는 통제에 관한 사항 등은 이들의 내용이나 성질상 허가의 대상이 될 수 있는 것이 아니기 때문에 라이선스 계약의 대상이 될 수 없다.

나. 동업관계와의 구별

동업관계[27]에서는 내부적으로 손익은 물론, 대외적으로 영업상 채무에 대하여 연대책임을 지는데, 비하여 프랜차이즈 계약에서는 양 계약 당사자가 서로 독립적인 상인으로 각자 자기의 계산으로 영업하며, 각자의 영업상의 책임도 서로 구별하여야 한다.[28]

다. 관리계약(management contract)

관리계약이란 합작투자의 한 형태로서 양 파트너 중 한 파트너는 운영시설을 소유하고 다른 파트너는 경영을 담당하는 형태의 국제경영방식이다. 이 때 경영을 담당하는 파트너는 관리적 노하우(managerial know-how)를 제공하는 대가로 합작업체의 일부 소유권이나 로열티 또는 관리대가를 수수한다. 예를 들어 미국의 힐튼호텔이나 Marriot 호텔, Sheraton 호텔, 그리고 우리나라의 신라호텔과 같은 유명호텔들은 해외에서 자신이 직접 호텔을 소유한 상태에서 호텔업을 운영하는 것이 아니라 외국호텔과 관리계약을 맺어 자신들이 호텔의 경영을 담당하는 방식으로 해외에 진출하고 있다. 관리계약은 자국이 몰수한 해외투자 자산을 자기 나라 사람이 관리할 수 있는 능력을 갖출 때까지 일정 기간 동안 운영해 주도록 위탁하

---

27) 대법원 1998. 4. 14, 98도292

'프랜차이즈 계약'으로서 그 기본적인 성격은 각각 독립된 상인으로서의 본사 및 가맹점주 간의 계약기간 동안의 계속적인 물품공급계약이고, 본사의 경우 실제로는 가맹점의 영업활동에 관여함이 없이 경영기술지도, 상품대여의 대가로 결과적으로 매출액의 일정 비율을 보장받는 것에 지나지 아니하여 본사와 가맹점이 독립하여 공동경영하고, 그 사이에서 손익분배가 공동으로 이루어진다고 할 수 없으므로 가맹점 계약을 동업계약 관계로는 볼 수 없고, 따라서 가맹점주인이 판매하여 보관 중인 물품판매 대금은 그의 소유라 할 것이어서 가맹점주인이 이를 임의 소비한 행위는 프랜차이즈 계약상의 채무불이행에 지나지 아니한다.

28) 정주환, 「상행위법연구」(세창출판사, 1999. 2), p.191.

는 경우나 공장설비를 판매한 기업이 그 사업체를 위탁하는 운영하는 경우, 그리고 더 이상 기존 시설 운영이 불가능하여 사업을 다른 분야로 전환하기 위해 그 시설을 해외기업에게 위탁하여 경영해야 하는 경우 등에 이용된다.[29] 관리계약이 프랜차이즈와 다른 점은 관리계약의 한 파트너가 직접 경영을 담당한다는 점에서, 직접경영을 하지 않는 프랜차이즈와 구별된다.

라. 턴키 프로젝트(turnkey project)

턴키 프로젝트는 일명 플랜트수출이라고도 하는데, 이 방식은 기업이 외국으로부터 공장이나 기타 산업시스템을 발주받아 이를 설계·건설한 다음 그 초기운영까지를 담당한 수 프로젝트를 완공하여 해외발주자에게 제공하는 방식이다. 턴키 프로젝트에서는 엔지니어링 기술과 노동 및 경영관리기법이 해외발주자에게 복합적으로 이전되는 일반적이다.[30] 턴키프로젝트의 제공업체는 완성된 시설을 제공하고 그 대가로 기계설비대금과 공장설계, 공정 노하우, 현지인 훈련 등에 일정한 대가를 받는 점에서 프랜차이즈와 구별된다.

마. 계약생산(contract manufacture)

계약생산은 기업이 자사가 직접 제품을 생산하여 해외에 수출하기보다는 생산능력을 가진 현지 기업을 선정하여 그 기업으로 하여금 자사가 요구하는 제품을 생산하여 공급하도록 하는 계약을 체결하고, 이 계약하에서 생산된 제품에 대한 마케팅은 자기 기업이 책임을 지는 경우이다. 예컨대 미국의 Nike가 한국 및 중국 등의 운동화 생산업체들과 계약을 맺어 일정한 품질과 가격에 운동화를 생산·공급하도록 하고 있는 경우가 여기에 해당한다. 이 경우 제품디자인이나 핵심부품, 그리고 판매와 같은 가치사슬의 처음과 끝 부분은 Nike가 직접 담당한다. 계약생산은 통상 자기 기업이 직접 그 제품을 생산할 여력이 없거나 현지의 값싼 노동력이나 원자재를 이용하고자 하는 경우, 그리고 현지생산과정에서 발생할지도 모르

29) 강태구, 「국제경영」(박영사, 2002), p.16.
30) 강태구, 전게서, p.17.

는 소유권 문제 드에 따른 충돌을 피하고자 하는 경우에 활용된다. 주문상표 부착방식에 의한 수출도 일종의 계약생산이라고 할 수 있다. 계약생산은 생산품에 대한 책임을 직접 주문자가 부담한다는 점에서 프랜차이즈와 구별된다.

바. 전략적 제휴(strategic alliance)

전략적 제휴란 기술개발, 조달, 생산, 마케팅, 디자인, 엔지니어링, 유통 등의 분야에서 이루어지는 기업간 제휴관계를 의미한다. 예를 들어 프랑스, 영국, 독일, 스페인기업이 공동으로 참여하여 Airbus를 설립하여 비행기를 생산한 예, 그리고 GM과 Toyotark 합작투자를 통해 자동차를 생산한 예, 그리고 2001년 우리나라의 삼성전자와 Microsoft가 차세대 홈 네트워크 및 정보가전을 공동 개발하고 마케팅을 펴기로 전략적 제휴를 맺은 예 등이 여기에 해당한다. 기업들은 이러한 전략적 제휴를 통해 상호 대등한 입장에서 서로의 비교우위요소를 결합함으로 전체적인 경쟁력을 향상시킨다.[31] 전략적 제휴가 이러한 대등한 입장에서 상호 작용을 한다는 점에서 프랜차이즈와 구별된다.

(3) 카르텔·트러스트·콘체른 등과의 비교

가. 카르텔(Kartel)

카르텔(kartel)이란, 법률적·경제적으로 독립성을 유지하면서 기업들이 특정의 목적, 즉 상호간의 경쟁을 감소시키거나 배제하기 위한 목적으로 계약·협정·기타 방법으로 다른 사업자와 공동으로 경쟁을 제한하는 행위를 할 것을 합의하는 것을 말한다. 카르텔은 과도한 경쟁으로 인한 과잉투자 방지, 조사·판매·광고비의 절감 및 그 결성이 비교적 용이하다는 점 등 긍정적 효과 내지 장점도 있지만, 자유 경쟁을 배제함으로서 가격을 부당하게 인상하거나 품질이 실질적으로 저하되는 등의 효과를 가져오고, 시장의 기능을 인위적으로 조작함으로써 자원의 적정배분을 왜곡하는 등 부정적 효과가 더 크기 때문에 대부분의 나라에서 규제의 대상으로 하

31) 강태구, 전게서, p.19.

고 있다. 우리나라에서도 공정거래법 제19조 제1항에서 카르텔에 해당하는 행위를 열거하고 원칙적으로 이를 금지하고 있다. 카르텔은 위에서 언급한 바와 같이 회사법 차원의 기업결합에서 제외됨은 물론, 관련 기업들이 법률적으로는 물론이고 경제적으로도 독립성을 유지한다는 점, 그리고 그 수단이 주식의 소유를 통하는 것이 아니라는 점에서 프랜차이즈와 유사하나 카르텔은 경쟁제한을 위한 수평적 결합인데 반하여 프랜차이즈는 수평적 결합이라는 점에서 구별된다.

나. 트러스트(Trust)

트러스트(trust)란, 둘이상의 회사의 지배주주들이 일단의 수탁인(trustee)에게 그들의 주식을 인계하고, 배당을 받을 수 있는 신탁증권을 교부받음과 아울러 경영권을 양도하는 것이다. 이 경우 수탁인은 이들 주식의 법적인 소유자가 된다. 즉 법적으로는 둘 이상의 기업이 합병하여 별개의 새로운 대기업을 만드는 경우로서 결합되는 기업이 법률적·경제적으로 독립성이 소멸되는 강한 결합형태이다. 1882년 미국의 오하이오 스탠더드 석유(Standard Oil of Ohio)의 트러스트 협약이 가장 유명한 예이다. 이러한 트러스트는 비록 법적인 형식면에서는 다르지만, 그 효과면에서는 지주회사와 다름이 없었다. 즉 수탁인 위원회(the board of trustees)는 지주회사의 이사회(the board of directors)를 대신했고, 신탁증권(trust certificates)은 지주회사의 주식(capital stock)과 같은 역할을 하였다. 트러스트는 부당한 거래제한의 합의와 독점을 위한 수단으로 이용되었기 때문에, 중소상공인들과 노동자들에 의해 독점의 금지가 강력히 요구되었고, 그 결과 1890년 셔먼법(Sherman Act)을 비롯한 1914년의 클레이튼법(Clayton Act) 등이 제정되어 트러스트를 강력히 규제하였다. 이와 같은 상황에서 새로운 결합수단으로 등장한 것이 지주회사이다. 트러스트는 결합되는 기업들이 경제적으로 뿐만 아니라 법률적으로도 독립성이 소멸된다는 점에서, 법률적으로는 독립성을 유지하는 프랜차이즈와 구별되고, 주식의 소유를 통하여 결합이라는 점에서도 구별된다.

다. 콘체른(Konzern)

콘체른[32]은 독일주식법상의 법적 개념으로서, 동법 제18조에서는 지배·종속관계의 존재여부를 기준으로 종속관계의 존재를 전제로 한 상하관계의 콘체른(Unterordnungskonzern)과 종속관계가 존재하지 않는 대등관계의 콘체른(Gleichordnungskonzern)으로 구분하여, 상하관계의 콘체른은 하나의 지배적기업과 1개이상의 종속적기업이 지배기업의 통일적인 지휘(einheitliche Leitung)[33] 아래 결합되어 있는 것이고, 이 때 개개의 기업은 콘체른 기업이 된다라고 정의하고 있다. 또한 기업간 지배계약(Beherrschungsvertag, a contract of domination, 동법 제291조)이 있는 여러 기업, 또는 하나의 기업이 다른 기업에 편입(Eingliederung, 제391조)되어 있는 때에는 통일적 지휘하에 결합되어 있는 것으로 간주하고, 종속적기업(Abhängige Unternehmen)은 지배적기업(herrschendes Unternehmen)과 콘체른을 형성하는 것으로 추정한다(독일주식법 제18조 제1항). 그리고 대등관계의 콘체른에 대해서는 제2항에서 법률상 독립한 수개의 기업이 그 중 하나가 다른 기업에 종속하지 아니하지만, 통일적 지휘하에 결합되어 있는 때에는 그러한 수개의 기업도 콘체른을 형성하며 그 각 기업은 콘체른기업이 된다고 규정하고 있다(독일주식법 제18조 제2항).

이상의 법적 개념으로부터 세 가지의 개념요소를 추출할 수 있는데, 첫째, 기업의 법적독립성(rechtliche Selbständigkeit), 둘째, 통일적 지휘(einheitliche Leitung), 셋째, 결합 또는 통합(Zusammenfassung)을 들 수 있다[34]. 즉 콘체른은 각 기업들이 법률적으로는 그 독립성을 유지하지만, 경제적 또는 경영상으로는 결합을 주도한 특정기업의 지배하에 들어가게 되어 그 독립성이 상실된다.

콘체른은 회사들간의 법적 독립성, 지배종속관계에 의한 통일적 지휘 및 통합이라는 점에서 프랜차이즈와 유사하나 주식의 소유를 통한 결합이라는 점에서 프랜

32) 원래 독일에서 콘체른이라는 용어가 처음 등장한 것은 1902년 제26회 독일법률가대회(DJT, Deutscher Juristentag)에서 오스트리아의 법학자 J. Landesberger가 수 개의 기업이 하나의 세력범위로 통합하게 되고 이를 통하여 통합된 기업간 경쟁이 사실상 배제되는 현상에 대해 문제를 제기하면서부터 시작되었다고 한다. 그는 이러한 기업결합의 형태에 대해 국제 자본거래에서 업무 내지 사업적 결합의 의미로 흔히 통용되는 영어용어인 'concern' 또는 일반적인 독어용어인 'Gruppe'를 이러한 기업결합의 형태에 전용할 것을 주창하였다. J. Landesberger, Welche Maβregeln empfehlen sich für die rechtliche Behandlung der Industriekartelle?(Gutachten), in:Verhandlungen zum 26.DJt, 2. Bd., S.294, 301; 신현윤, 「기업결합법론」(법문사, 1999), p.23 각주3) 참조

33) 이를 "일원적 경영"으로 번역하기도 한다. 권기범, 「기업구조조정법」(삼지원, 1999), p.497.

34) 신현윤, "콘체른의 개념적 고찰: 독일에서의 개념형성과정 및 현행 주식법의 관련규정을 중심으로", 「상사법연구」, vol.8(1990), p.101.

차이즈와 구별된다.

(4) 지배회사와 종속회사와의 구별

회사를 경제적인 측면에서 분류할 때, 일반적으로 어느 회사가 다른 회사를 계약·자본참가·임원의 파견 등에 의하여 지배하는 경우에 전자를 지배회사, 후자를 종속회사라고 한다[35]. 법률적으로는, 현행 '주식회사의외부감사에관한법률'과 동법시행령에서 개념을 정의하고 있다. 즉, 주식회사가 당해 사업연도말 현재 다른 회사를 다음의 각호의 1과 같이 지배하는 경우 그 주식회사를 지배회사라 하고, 그 다른 회사를 종속회사라 한다고 규정하고 있다(주식회사의 외부감사에 관한 법률 제1조의2, 동법시행령 제1조의3 제1항).

한편 독일 주식법에서도 지배기업과 종속기업에 대해 규정하고 있다.[36] 이의 개념요소로서 중요한 것은 우리나라와 마찬가지로 직·간접적인 지배적 영향력이라 할 수 있는데, 지배적 영향력의 수단에 대해서는 우리나라와는 달리 언급이 없으므로 자본의 다수참가는 물론 이에 미달하더라도 그 밖에 신뢰할 만한 법률상·사실상의 정황과 결합하여 지배적 영향력을 행사할 수 있고, 공급계약, 특허계약등 여타 기업계약에 의해서도 지배·종속관계는 성립할 수 있다[37].

위와같이 지배기업과 종속기업과의 관계는 지배적 영향력의 행사라는 점에서는 프랜차이즈와 유사하나 주식의 소유를 통한 결합이라는 점에서 차이가 있다.

제2절 프랜차이즈 시스템의 분류

1. 프랜차이즈 대상에 의한 분류

35) 이범찬· 최준선, 「상법(상)」, 제2판(삼영사, 2001), p.424; 박상조, 「신회사법론」(형설출판사, 1997), p.62; 최기원, 「신회사법론」, 제11대정판(박영사, 2001), p.74; 정찬형, 「상법강의(상)」, 제5판(박영사, 2001), p.426.

36) 즉 법률상 독립한 기업으로서 다른 기업(지배적기업)이 이에 대하여 직접 또는 간접으로 지배적 영향력(beherrschende Einfluß)을 행사할 수 있는 경우, 지배적 영향력을 행사하는 기업을 지배기업(beherrschende Unternehmen)이라 하고, 그 대상인 기업을 종속기업(abhängige Unternehmen)이라 한다(독일주식법 제17조 제1항).

37) 신현윤, 전게논문(콘체른의 개념적 고찰), p.92.

프랜차이즈 대상에 의해 분류하면 상품 프랜차이즈와 용역 프랜차이즈로 나눌 수 있다.

가. 상품프랜차이즈

상품의 판매에 관한 것이고, 이는 상품제조프랜차이즈와 상품판매프랜차이즈로 나뉜다. 판매 프랜차이즈는 도매프랜차이즈와 소매프랜차이즈로 나뉜다. 도매프랜차이즈는 생산자사이의 프랜차이즈이며, 소매프랜차이즈는 도매상사이의 프랜차이즈이다.

나. 용역프랜차이즈

용역의 제공에 관한 것이며, 예로 호텔·체인을 들 수 있다. 그런데 상품프랜차이즈와 용역프랜차이즈의 두 가지 성격을 모두 가지고 있는 것도 있다. 맥도날드, KFC 등의 가맹점은 가맹점 내에서 서비스 면이 강하고, 가맹점 외로 가지고 나가는 경우(Take-out)에는 상품판매의 면이 강하다.

2. 프랜차이즈 발생시점에 의한 분류

제품유통형 프랜차이즈(1세대 프랜차이즈)와 사업형 프랜차이즈(2세대 프랜차이즈)는 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에 대한 통제와 지원을 어느 정도 할 수 있는가에 의해 구분될 수 있는 바, 사업형이 제품유통형 보다 통제와 지원의 정도가 크고 사업형이 차지하는 비중이 훨씬 크다.[38)]

가. 제1세대 프랜차이즈(제품유통형 프랜차이즈, product distribution

38) IFA의 요청으로 2004년 Price waterhouse Coopers에서 조사한 "Economic Impact of Franchised Business"에 의하면 사업형이 고용, 임금, 산출, 점포 수에 있어 제품유통형보다 월등히 큰 비중을 차지하고 있음 (전체 프랜차이즈산업의 약70~80%를 차지)-산업자원부·한국프랜차이즈협회, 전게 보고서 p.6.

franchises)

프랜차이즈가 발전해 온 연혁에 비추어 발생시점을 기준으로, 제조자 프랜차이즈 또는 상품프랜차이즈라고도 하는 제1세대프랜차이즈는 기본적으로 상품의 분배 내지 유통에 관한 협정이다. 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자에게 등록상표의 사용을 라이센싱해 주지만 사업운영에 필요한 시스템을 모두 제공하는 것은 아니다. 청량음료(Coca-Cola), 자동차딜러십(Ford), 주유소(Texaco) 등을 예로 들 수 있다.

나. 제2세대 프랜차이즈(사업형 프랜차이즈, business format franchises)

보통 사업형 프랜차이즈라 불린다. 사업형 프랜차이즈는 제1세대프랜차이즈보다 당사자간의 관계가 훨씬 긴밀하고 대상이 될 수 있는 대상의 범위도 매우 넓다. 프랜차이즈제공자의 제품이나 서비스를 프랜차이즈제공자의 등록상표로 판매하되 프랜차이즈제공자가 제공하는 시스템에 의해 사업이 운영된다. 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자에게 교육훈련, 마케팅, 점포운영 등의 매뉴얼을 제공한다. 즉 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자에게 자기의 상호로 영업할 기회를 제공할 뿐만 아니라, 자기가 개발한 판매전략·노하우, 가맹점주의 훈련, 사업의 관리에 관한 원조를 제공한다. 제1세대프랜차이즈에서 보다 제2세대프랜차이즈에서는 양자사이에 계속적인 지원관계가 존재하게 된다. 패스트푸드(McDonlad's), 소매업(7-Eleven), 서비스업(Jani-King) 등을 예로 들 수 있다.
이하에서는 이러한 사업형 프랜차이즈를 중심으로 논하고자 한다.

3. 계약 체결 당사자에 따른 분류

이는 생산자와 도매상간의 프랜차이즈, 생산자와 소매상간의 프랜차이즈, 소매상과 소매상간의 프랜차이즈, 도매상과 소매상간의 프랜차이즈로 분류된다. 이는 상품 또는 서비스의 유통단계에 따른 분류라고도 볼 수 있다. 우선 생산자와 도매상간의 프랜차이즈는 코카콜라와 같은 청량 음료병 매입약정 등을 예로 볼 수 있

고, 생산자와 소매상간의 프랜차이즈는 제1세대프랜차이즈라고 볼 수 있으며, 주유소를 예를 들 수 있다. 소매상과 소매상간 프랜차이즈는 전형적 사업형 프랜차이즈이다. 도매상과 소매상간의 프랜차이즈의 예는 미국 자동차 부속품 판매점을 들 수 있다.

제3절 프랜차이즈산업현황

1. 국내 프랜차이즈산업현황

1979년 햄버거 전문점인 롯데리아가 가맹점 형태로 1호점을 개설한 것이 우리나라에서의 프랜차이즈 비즈니스의 시작이다.[39] 이후 본격적으로 1988년 올림픽 이후 1989년 편의점 체인인 세븐 일레븐을 개점하면서 본격적으로 성장을 시작하여 현재는 연간매출액이 61조원에 이르고 있다.
국내 프랜차이즈산업 매출액을 살펴보면, 소매업이 34조1,300억원, 외식업 24조700억원, 서비스업이 3조1,100억원으로 총61조원에 이르고 있다.

<표 1-1> 국내 프랜차이즈산업 매출액

업종	2002년 추정 (조원)	2005년 추정 (조원)	'02 대비 '05 증감률 (%)	비 고
외식업	11.18 (26.8%)	24.07 (39.3%)	115.3	
소매업*	26.08 (62.5%)	34.13 (55.7%)	30.9	*식품소매업 포함
서비스업	4.43 (10.6%)	3.11 (5.0%)	-29.8	
계	**41.69 (100%)**	**61.31 (100%)**	**47.1**	

39) 월간창업 & 프랜차이즈, 2002. 3월호.

자료: 산업자원부, 2005 전국 프랜차이즈 총람(2004년도 기준)

국내 프랜차이즈제공자 수는 2002년도 1,600개에 비해 38.2% 증가하여, 2005년 7월말 현재 2,211개로 추정된다. 업종별로는 외식업 1,194개(54%), 소매업 515개(23.3%), 서비스업 502개(22.7%)로 외식업이 과반수를 차지하고 있고, 2002년 대비 38%의 성장률을 보이고 있다.

<표 1-2> 국내 프랜차이즈산업 제공자(가맹본부) 현황(업종별)

업종	2002년 추정 (개)	2005년 추정 (개)	2002년 대비 2005년 증감률(%)	비 고
외식업	559 (34.9%)	1,194 (54.0%)	113.6	
소매업*	817 (51.0%)	515 (23.3%)	-37.0	*식품소매업 포함
서비스업	224 (14.0%)	502 (22.7%)	124.1	
계	**1,600 (100%)**	**2,211 (100%)**	**38.2**	

자료: 산업자원부, 2005 전국 프랜차이즈 총람(2005년도 기준)

<표 1-3> 국내 프랜차이즈산업 제공자(가맹본부) 현황(지역별)

지역 구분	2002년	%	2005년	%
서울	1,174	73.4%	1,279	57.8%
경기/인천	222	13.9%	538	24.3%
대전/충청	48	3%	98	4.4%
광주/전라	36	2.3%	53	2.4%
대구/경북	61	3.8%	112	5.1%
부산/경남	57	3.6%	111	5.1%
강원	2	0.1%	17	0.8%
제주	-		3	0.1%
계	1,600	100%	2,211	100%

자료 :산자부, '02년 및 ' 05년 중소유통업 실태조사 결과

국내 프랜차이즈이용자 수는 2005년 9월말 기준할 경우, 2002년도 119,623개에 비해 137.6% 증가하여 284,182개로 추정되고 업종별로 이용자 수를 보면, 외식업 141,992개(50.0%), 소매업 87,511개(30.8%), 서비스업 54,679개(19.2%)로 역시 외식업이 50%를 차지하고 있다.

<표 1-4> 국내 프랜차이즈 이용자(가맹점) 수(업종별)

업종[40]	2002년 추정(개)	2005년 추정(개)	2002년 대비 2005년 증감률(%)	비 고
외식업	50,873 (42.5%)	141,992 (50.0%)	179.1	
소매업*	44,175 (37.0%)	87,511 (30.8%)	98.1	*식품소매업 포함
서비스업	24,575 (20.6%)	54,679 (19.2%)	122.5	
계	**119,623 (100%)**	**284,182 (100%)**	**137.6**	

자료: 산업자원부, 2005 전국 프랜차이즈 총람(2005년도 기준)

<표 1-5> 국내 프랜차이즈 이용자(가맹점) 수(지역별)

---

40) 업종의 구분; 산자부, 2005년 전국 프랜차이즈 총람

<외식업>

1. 제과·제빵업 : 빵집, 과자전문점, 케익 전문점
2. 패스트푸드 사업 : 패스트푸드, 냉동 디저트, 라면, 치킨, 만두, 돈까스
3. 패스트푸드가 아닌 음식 사업 : 한식, 중식, 일식, 양식 음식점

<소매업>

4. 식품 소매업 : 구멍가게, 편의점, 슈퍼마켓, 할인점, 백화점
5. 소매업 : 미용업, 컴퓨터 제품·서비스, 의류/액세서리, 파티관련제품/애완동물 관련제품/서비스, 사진제품 서비스, 비디오, 기타소매업

<개인 서비스업>

6. 교육관련사업 : 미술학원, 영어학원, 보습학원
7. 부동산업 : 부동산 소개업
8. 비즈니스 서비스업 : 꽃배달 서비스, 퀵서비스, 택배서비스
9. 빌딩·건축업 : 빌딩·건축, 장식·홈설계
10. 숙박업 : 여관, 모텔
11. 서비스업 : 출판, 기타 서비스업
12. 스포츠사업 : 헬스·건강체조 등 스포츠, 레크레이션
13. 여행업
14. 유아관련사업 : 탁아방, 유아놀이방, 유아관련 전문점
15. 유지관리 서비스업 : 세탁소, 청소대행업, 수리전문점
16. 인쇄업 : 인쇄소, 컴퓨터 출력 관련, 광고물 제작업
17. 인적 서비스업 : 산후조리원, 보안 관련업
18. 자동차 관련 사업 : 자동차 용품 판매점, 세차용품

지역 구분	2002년	%	2005년	%
서울	39,019	32.6%	68,204	24%
경기/인천	25,947	21.7%	77,298	27.2%
대전/충청	11,872	9.9%	21,882	7.7%
광주/전남	9,705	8.1%	30,407	10.7%
대구/경북	10,489	8.8%	15,630	5.5%
부산/경남	17,227	14.4%	54,847	19.3%
강원	3,896	3.3%	12,788	4.5%
제주	1,468	1.2%	3,126	1.1%
계	119,623	100%	284,182	100%

자료 :산자부, '02년 및 ' 05년 중소유통업 실태조사 결과

2. 해외 프랜차이즈산업현황

사단법인 한국프랜차이즈 협회의 분석자료에 의하면 세계 프랜차이즈 관련 통계 수치는 아래 표와 같다.

<표 1-6> 세계 프랜차이즈 관련 통계추정치

(단위 : 십억 달러, 개, 점, 명)

지역	매출액	가맹본부수	가맹점수	고용창출
북미	109,8	3,200	401,000	9,000,000
남아메리카	15	1,569	46,890	365,650
유럽	126,4	5,955	221,152	969,411
아시아	156,2	3,949	415,600	1,290,000
퍼시픽	60,0	1,047	63,400	768,000
아프리카	5,9	478	23,625	586,000

자료: (사) 한국프랜차이즈협회(2004), 프랜차이즈본부 및 가맹점평가척도연구, 프랜차이즈경영가이드 총서, 14-16면

1) 미국의 프랜차이즈

프랜차이즈산업 종주국인 미국의 프랜차이즈산업 현황은 <표 2- >와 같이 프랜차이즈산업 비중이 GNP의 14%를 차지하고 있으며, 전체 소매업 매출의 45%를 프랜차이즈산업이 차지하고 있다. 특히 미국 전체 소매업 점포의 40%를 차지할 정도로 프랜차이즈산업의 종주국으로써 성숙된 면모를 보여주고 있다.

<표1-7> 미국 프랜차이즈산업현황

구분	내용	비고
매출액	1조 1,640달러	GNP의 14%차지 소매매출의45%차지 미국소매점포의 40%차지
점포수	52만 7,000개	
본부수, 가맹점수	15,000개	
	31만 6,000개	

자료: (사) 한국프랜차이즈협회, 프랜차이즈본부 및 가맹점평가척도연구, 프랜차

이즈경영가이드 총서(2004), 14-16면

2) 일본의 프랜차이즈

일본에 프랜차이즈 시스템이 도입된 것은 1960년대이다. 1970년대에는 식품이나 서비스업이 각광을 받았다. 1980년대에는 세븐일레븐(7-Eleven)과 패밀리마트(Family Mart), 다이에 등 유통업체들이 프랜차이즈를 통한 편의점 사업을 대대적으로 펼쳤다.

일본의 프랜차이즈는 미국과 달리 비즈니스 포맷 프랜차이즈형으로 분류되는 경우가 많다. 상품형 프랜차이즈는 '유통계열화'라든가 '대리점·특약점제'라든가로 말하고 있고, 프랜차이즈라고 부르고 있지 않다. 일본에서는 프랜차이즈는 오로지 비즈니스 포맷형 프랜차이징이다. 일본에서는 프랜차이즈 상위 20위 중 편의점이 9개가량 차지할 정도로 편의점 프랜차이즈 사업이 매우 활발하다. 1990년대에 들어와서는 여성의 사회진출이 활발해 짐에 따라 미용, 중식, 가정청소, 컴퓨터 서비스업이 인기를 끌고 있다. 또한 신업태를 확대하기 위한 벤처기업형 프랜차이즈 본사들이 대거 등장하는 추세이다.[41]

일본의 프랜차이즈산업은 <표 2- >와 같이 2001년 기준으로 프랜차이스이용자수는 약 22만개에 매출액 17조 6,142억 엔으로 나타났다. 프랜차이즈 업종별 구성비는 소매업이 65%로 단연 으뜸이고, 그 다음이 외식업이 21%, 서비스업 14% 순으로 나타났다. 일본의 경우 소매업 비중이 높은 이유는 다른 나라와는 달리 편의점이 프랜차이즈산업에 의해 발전되었기 때문이다.

<표 1-7> 일본 프랜차이즈 업종별 구성

(단위 : 개, 억엔, %)

41) (사) 한국프랜차이즈협회, 프랜차이즈 본부 창업시스템 개발론, 프랜차이즈경영가이드 총서2(2004), p.19.

구분	가맹점수	구성비	매출액	구성비
소매업	77,005	35	11조 4,131	65
외식업	48,812	22	3조 6,326	21
서비스업	92,995	43	2조 5,684	14
합계	218,812	100	17조 6,142	100

자료: (사) 한국프랜차이즈협회(2004), 프랜차이즈본부 및 가맹점평가척도연구, 프랜차이즈경영가이드 총서, 14-16면

3) 유럽의 프랜차이즈

유럽에서 프랜차이즈는 매우 오래 되었으며 세계적으로 유명한 브랜드를 많이 갖고 있고 매우 안정되고 활성화되어 있다. 프랑스는 프랜차이즈시스템이 600개이고 전체 매출액은 2500억 달러에 이른다. 영국은 400개로 매출액은 80억달러이고, 독일은 745개, 이태리는 400개, 스페인은 300개이고 스위스, 벨지움, 포르투갈, 핀란드, 덴마아크 등 모든 나라들의 가맹본부와 매출액은 지속적으로 성장하고 있다.[42]

42) (사) 한국프랜차이즈협회, 프랜차이즈 본부 창업시스템 개발론, 프랜차이즈경영가이드 총서2(2004), p.20.

제3장 프랜차이즈계약의 법률관계

제1절 프랜차이즈계약의 법적성질

프랜차이즈 계약은 민·상법상의 전형계약과는 다른 여러 가지의 특질이 있기 때문에 그 법적 성질에 관하여 여러 학설이 대립되고 있다. 즉 프랜차이즈 계약을 라이센스계약이라고 보는 견해, 상품의 공급자로부터 제공한 상품을 매입하여 이것을 자기의 계산으로 판매하는 특약점관계와 유사한 계약이라는 견해, 상품 배급 프랜차이즈 계약은 상품의 매매이고 영업형 프랜차이즈 계약은 노무급부매매로서 일종의 권리용익 임대차라는 견해, 프랜차이즈 계약은 상호, 상표등의 영업표지에 대한 사용권의 설정과 함께 영업상의 통제와 조력을 내용으로 하는 비전형의 유상, 쌍무, 복합계약이라는 견해 등이 있다.[43]

1. 라이센스계약설

이 설은 프랜차이즈 계약의 본질을 판매 및 서비스 제공방법 기타 영업표지에 관한 권리 등 무형재산의 사용허가에 있다고 본다. 그러나 라이센스 계약이란 특허, 상표 또는 상호 등의 소유자가 타인에게 이를 이용하여 일정 기간동안 상품을 생산·판매하도록 허용하는 것을 내용으로 하는 일종의 허가계약이다. 프랜차이즈 계약이 상호나 상표, 서비스표 등의 상용권을 설정하는 계약이라는 면에서는 일면 라이센스계약적인 측면이 있다. 그러나 프랜차이즈 계약의 주요한 내용이 되는 프랜차이즈제공자의 영업상의 노하우나 마케팅 계획에 관한 것이라든지 또는 프랜차이즈제공자의 프랜차이즈이용자에 대한 계속적인 지도나 보호 또는 통제에 관한 사항 등은 이들의 내용이나 성질상 허가의 대상이 될 수 있는 것이 아니기 때문에 라이센스계약의 대상이 될 수 없다. 따라서 프랜차이즈계약에는 라이센스계약의 요소가 일부 존재한다고 하더라도 프랜차이즈 계약을 라이센스계약과 동일시 할

43) 강희갑, 프랜차이즈 영업의 구조와 법적 문제, p.10..

수는 없다.[44]

2. 상품매매 또는 권리용익임대차설

이설은 프랜차이즈계약을 내용에 따라 상품배급을 주로하는 프랜차이즈 계약은 일종의 상품의 매매로 보고, 영업형 프랜차이즈계약은 노무급부매매로 일종의 권리용익임대차로 보는 설이다.[45]

그러나 상품프랜차이즈의 경우, 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 자기의 상품을 공급하는 경우에는 상품매매라고 할 수 있지만, 프랜차이즈제공자가 생산자나 공급자로부터 상품을 공급받도록 알선만 하는 경우에는 상품의 매매라고 할 수 없고, 사업형프랜차이즈의 경우에도 단순한 노무공급이외에 상품이나 원료 등을 공급하는 계약내용이 병존할 수 있으므로 일률적으로 노무급부매매 또는 권리용익임대차라고 말하기도 어렵다.

3. 위임계약 또는 신탁계약설

상품프랜차이즈나 사업형프랜차이즈처럼 본부와 가맹점이 수직적 협력관계를 형성하고 있는 경우에는 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 상품의 판매나 서비스의 제공에 관한 사무처리를 위임하였다고 볼 수도 있다. 그러나 조합형프랜차이즈처럼 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자의 수직구조 속에서 수평적 협력관계를 형성하고 있다고 볼 수 있는 비종속적 프랜차이즈 계약은 위임계약이라고 하기 어렵다. 또한 신탁으로 보는 견해에 의하면 수탁자인 프랜차이즈제공자는 수익자인 프랜차이즈이용자의 최고 이익을 위하여 노력하고, 수익자인 프랜차이즈이용자의 이익에 반하여 프랜차이즈제공자의 이익을 얻는 행위는 피하여야 한다고 주장한다. 그러나 프랜차이즈계약관계 중에 입지선정에 관한 것처럼 일부는 신탁관계라고 보아 프랜차이즈제공자에게 충실의무가 존재한다고 볼 수 있겠지만, 가맹금이나 로열티의 지급, 계약의 해지나 갱신, 영업권의 양도 등에 관한 관계는

44) 최완진, 전게논문, p.162.
45) 정찬형, 상법강의(상), p.391.

신탁관계라고 볼 수 없으므로 프랜차이즈제공자에게 충실의무가 있다고 할 수 없을 것이다.[46]

4. 혼합계약설

프랜차이즈 계약은 현행법상의 계약의 어느 형태에도 속하지 않는 비전형계약이며, 여러 가지 복합적인 성질을 가진 혼합계약이라고 본다. 즉 프랜차이즈제공자의 상호를 프랜차이즈이용자가 사용할 수 있는 점에서 명의대여계약(상법 제24조)의 요소가 있고, 상표를 사용하는 면에서 상표사용권의 설정계약(상표법 제57조)의 요소가 있으며, 경영의 지도 내지 통제를 하는 점에서는 노무의 제공의 성질을 가지게 된다. 또 제품의 원료 또는 부품의 공급을 받는 경우에는 매매계약이 되므로, 결국 프랜차이즈계약을 그 종류에 따라서 다양한 성질을 가지게 된다. 또한 프랜차이즈 대가를 지급하므로 유상계약이 되고, 양자가 서로 대가적 의미를 가지게 되므로 쌍무계약이며, 프랜차이즈 계약기간동안에는 양당사자가 계속하여 이러한 채무를 부담하는 것이므로 계속적 채권계약이라고 할 수 있다.[47]

5. 소결

이상의 프랜차이즈 계약의 주요특징을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 프랜차이즈 계약은 상사계약이다. Franchisor는 이미 상호·상표등의 영업표지를 소유하고 있으므로 상인이다. Franchisee는 아직 상인의 지위를 보유하지 못한 경우가 있겠으나, 이 때에도 프랜차이즈계약을 체결하는 것 자체가 부속적 상행위에 해당하는 개업준비행위가 된다. 그러므로 양 당사자간에 체결되는 프랜차이즈 계약은 상사계약이다.

둘째, 프랜차이즈 계약은 유상·쌍무계약이다. Franchisor가 영업표지의 사용을 허가하고 Franchisee의 영업에 대하여 각종 통제와 조력을 해야 할 의무가 있고 Franchisee는 Franchisor에게 프랜차이즈료를 지급하여야 할 의무가 있으며, 이

46) 최완진, 전게논문, p.164.
47) 손주찬, 전게서, p.421.

양의무는 대가관계에 있으므로 프랜차이즈계약은 유상·쌍무계약이라 할 수 있다.

셋째, 프랜차이즈 계약은 계속적 계약이다. 프랜차이즈계약 당사자의 권리·의무관계는 일정기간 계속적인 이행이 필요하다.

넷째, 프랜차이즈 계약은 혼합계약이다. 프랜차이즈계약은 영업표지의 사용허가 계약과 상품이나 서비스의 공급계약, 그리고 영업을 지도·통제할 것을 내용으로 하는 계약 등 여러 가지 계약이 복합적으로 일체를 이루는 복합계약이다. 그 내용은 프랜차이즈의 종류에 따라 다른데, 상품프랜차이즈의 경우에는 매매계약의 요소가 강하나, 사업형식프랜차이즈의 경우에는 노무제공계약의 요소가 강하다고 할 수 있다.[48]

프랜차이즈 계약은 이와 같이 경영지도·노무의 제공·상표 등의 사용권의 요소의 결합에 의하여 이루어진 비전형의 유상, 쌍무, 혼합계약이라고 함이 타당하다고 본다.[49]

제2절 프랜차이즈계약의 성립요건

1. 프랜차이즈 계약의 요소[50]

1) 프랜차이즈이용자의 독립상인성

프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자의 상호·상표 등의 영업표지를 사용하여 영업을 하지만, 독립한 영업주체이며, 프랜차이즈제공자의 지점 등과 같이 예속된 영업체가 아니다. 프랜차이즈 시스템은 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자의 자율성이 인정되고 각자는 독립된 영업의 체계를 보장받는다는 점에서 일반적인 제품이나 용역의 거래와는 다른 특징을 보인다. 거래의 빈도가 일반적으로 낮다는 점도 있지만 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 허가하는 상호나 기술전수, 경영기법은 계약기간동안 언제든지 사용할 수 있다.

---

48) 이범찬·최준선, 「상법(상)」(삼영사, 2001), p.378.
49) 강희갑, 프랜차이즈 영업의 구조와 법적 문제, 비교사법 제2권 2호(1995), p.138
50) 손주찬, 「상법(상)」(박영사, 2001), p419. 참조

2) 프랜차이즈제공자의 지도 · 통제

프랜차이즈이용자는 독립한 영업자이지만 프랜차이즈제공자의 지도·통제를 받는다. 예컨대 점포의 위치와 외관·영업시간과 영업방법·상품 또는 서비스의 생산 및 보관 · 광고방법 · 종업원의 복장 기타 프랜차이즈제공자의 시장전략 등에 관하여 지도 · 통제를 받는다.

3) 프랜차이즈제공자의 영업표지의 사용

프랜차이즈이용자는 자기의 영업에 관하여 프랜차이즈제공자의 상호 · 상표등의 영업표지를 사용할 수 있는 라이센스를 갖는다. 이를 통하여 일반 소비자는 동일한 기업으로 인식하게 되고, 프랜차이즈이용자가 프랜차이즈제공자의 영업상의 신용을 이용할 수 있다.

4) 대가의 지급

프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자에 대하여 일정한 대가 즉 사용료를 지급한다. 대가는 보증금, 공탁금, 입회비, 시설 등의 임대료, 광고비, 연수비, 로열티 등 그 명칭이나 형식을 불문한다. 또한 대가의 결정기준이나 지급방법은 제한이 없으므로 당사자간의 합의에 의한다.

2. 프랜차이즈 계약의 성립요건

프랜차이즈 계약의 성립요건은 영업표지의 사용허가, 프랜차이즈제공자의 통제 · 조력, 프랜차이즈이용자의 독립적 지위, 프랜차이즈료의 지급 등이다.[51] 프랜차이

---

51) 미국에서는 프랜차이즈 계약의 요건으로 다음의 항목을 논의하는 것이 일반적이다.

즈 계약은 새로운 유형의 계약이므로 그 성립요건을 보다 엄격히 확정할 필요가 있다고 본다.

1) 영업표지의 사용허가

프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자의 상호 · 상표 · 서비스표 · 로고 등의 영업표지를 사용하여 영업한다. 즉, 프랜차이즈이용자의 영업이 프랜차이즈제공자의 영업표지와 실질적인 관련성이 있어야 한다. 이러한 사용에 대한 권리 즉 사용에 대한 라이선스를 가져야 이를 통하여 일반 소비자에게 외관상 동일한 기업으로 인식시킬 수 있기 때문이다. 이러한 프랜차이즈이용자가 가지고 있는 영업표지의 사용권에 관한 조항이 없는 계약인 경우에는 프랜차이즈의 계약이라고 할 수 없다.

여기서 상호 · 상표 · 로고에 대해 조금 구체적으로 살펴보자면, 상호란 상인이 그 영업활동을 함에 있어서 자기를 표창하는 명칭을 말한다. 상표는 사업자가 자기가 취급하는 상품을 타인의 상품과 식별하기 위하여 상품에 사용하는 표지를 말하며, 로고[52]는 회사나 제품의 이름이 독특하게 드러나도록 만들어, 상표처럼 사용되는 글자체이며, 로고타이프라고도 한다. 그러나 영업표지는 더 포괄적으로 모든 표현물이나 표현방법을 포함하는 것으로 보아야 한다. 영업표지의 사용권은 지역적인 제한이 따른다. 이는 프랜차이즈제공자가 다른 지역에서 다시 프랜차이즈이용자를 모집할 수 있는 근거를 마련함과 아울러 프랜차이즈이용자에 대하여 허가된 지역 내에서 배타적으로 영업활동을 할 수 있도록 보장하기 위한 것이다. 또한 영업표지의 사용권은 기간의 제한을 받는다. 영업표지에 대한 사용권의 존속기간은 대체로 프랜차이즈 계약기간과 동일하게 정해지고 프랜차이즈 사업의 종류에 따라 차이가 있다. 존속기간이 만료된 후에는 당사자간의 합의에 의해 기간의 갱신이 가능하다.

계약이 존재할 것, 가맹상의 영업이 가맹본부의 상표와 실질적인 관련성을 가질 것, 가맹상에게 가맹본부가 실질적으로 제시하는 마케팅 계획하에 영업할 권리를 부여하거나 그영업운영에 대하여 공공의 이익을 부여할 것, 가맹료를 지급할 것이 있다.
최기원, 앞의 논문, p.3 각주4 재인용

52) 이는 다음과 같은 조건을 필요로 한다. ① 광고주 또는 제품이 지니는 이미지를 쉽게 전하고, ② 인상 깊고 기억에 남으며, ③ 모든 매체에 이용할 수 있고, ④ 대중에게 호감을 줄 수 있어야 한다. 로고는 시대에 따라 바뀌기도 한다.

프랜차이즈이용자의 영업이 프랜차이즈제공자의 영업표지와 실질적으로 관련이 있다고 하기 위하여는 그 영업표지가 일반 고객에게 전달되어야 한다. 이 경우 전달이란 그 영업표지가 상징하는 의미가 고객의 뇌리에 전해지는 것을 말한다. 따라서 상품이나 서비스의 공급자가 영업표지를 자신의 송장이나 배급상에 대한 광고에만 사용할 뿐이고 그 배급상이 고객과의 거래에서 사용하는 것을 금지하는 경우에는 일반인의 관점에서 볼 때 실질적으로 관련되었다고 할 수 없을 것이다. 일단 고객에게 전달된 후에는 하나의 동일한 영업이라는 외관은 확립된 것이기 때문에 그 상표 등에 대한 광고를 누가 시작하였는가, 누구의 부담으로 하는가 하는 등의 문제는 중요하지 않다.[53]

2) 프랜차이즈제공자의 통제 · 조력

프랜차이즈 계약이 성립하기 위해서는 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에 대하여 일정한 지시 · 통제를 가하고 아울러 프랜차이즈이용자의 영업활동을 도와주는 관계가 설정되어야 한다. 이 경우의 지시 · 통제는 점포의 위치 · 외관 · 영업시간과 영업방법 · 상품 또는 서비스의 생산 및 보관 · 광고방법 · 종업원의 복장 기타 시장전략 등에 관하여 지도를 받는다. 통제의 정도는 단순한 제의나 암시보다는 강하고, 강압적인 요구보다는 약한 개념으로 보는 것이 타당할 것이다.[54] 단순한 제의나 암시만을 가지고 통제라고 한다면 프랜차이즈 계약의 성립범위가 지나치게 넓게 되고, 프랜차이즈제공자의 통제가 강압적이면 프랜차이즈이용자의 사업을 저해할 수 있기 때문에 강압적인 요구는 자제되어야 한다고 본다.

지시 · 통제가 있다고 인정되는 경우로는, 프랜차이즈제공자의 지시에 대한 프랜차이즈이용자의 복종 의무 조항이나 점포의 입지, 상호의 사용, 광고, 각종 표지물, 판매대, 상품의 공급원 등에 대한 프랜차이즈제공자의 허가조항 및 가맹점포의 시설이나 비품, 장비의 외관, 직원의 제복, 영업시간, 점포의 관리, 기타 장비에 관한 조항 등이 계약에 삽입된 것을 들 수 있다.

---

53) 최완진, 프랜차이즈 계약에 관한 법적고찰, p.158.
54) 최완진, 전게논문, p.159.

3) 프랜차이즈이용자의 독립적 지위

프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자의 영업표지와 지도 · 통제를 받으면서 영업을 하지만, 독립한 영업주체이며 프랜차이즈제공자에게 예속된 대리인이나 피용자 같은 영업체가 아니다. 따라서 프랜차이즈이용자는 독립적 상인성의 성격을 가지고 있다고 볼 수 있다. 독립적 상인이라는 것은 그 영업의 결과가 직접 자기에게 귀속된다는 것을 의미한다. 하지만 어떤 상인이 다른 상인으로부터 어느 정도의 통제를 받으면서도 상당한 부분을 자기의 의사대로 결정해 나갈 경우에 이를 프랜차이즈이용자라고 할 것인지에 관하여는 생각해 볼 필요가 있다. 이 어려운 문제에 대해서는 그 통제가 어느 정도인가의 여부에 따라 개별적으로 판단해야 할 것이라고 생각된다.

프랜차이즈이용자의 독립성은 하나의 사업에 다수 당사자가 관련되는 경우에 일반적으로 정도의 차이는 있지만 프랜차이즈이용자가 프랜차이즈제공자로부터 의사결정의 자유를 어느 정도 유보 내지 제한당하는가, 그리고 그 법률관계의 효력이 직접 법률행위를 한 당사자에게 귀속되는가의 여부에 따라 좌우된다고 할 것이다. 실제로 어떤 상인이 다른 상인으로부터 어느 정도의 통제를 받으면서도 상당한 부분을 자기의 의사대로 결정해 나갈 경우에는 이를 프랜차이즈이용자라고 할 것인지에 대하여 매우 어려운 문제가 된다. 그러나 이러한 문제는 대체로 그러한 통제가 실질적인 것인가의 여부에 따라 개별적으로 판단되어야 할 것이다. 이 경우 실질적이라는 의미는 대체로 법의 일반 원칙과 거래계의 관습에 따라 결정되겠지만 계약조항을 종합적으로 검토하여 이것이 의사결정의 자유에 어느 정도로 영향을 미쳤는가를 고려한 후 구체적 사안에 따라 결정하여야 할 것이다.[55]

4) 프랜차이즈료의 지급

프랜차이즈는 법적 성질에서도 살펴보았듯이, 상사계약으로서 유상계약이다. 따라서 프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자에 대하여 일정한 대가를 지급한다. 대가는 명칭이나 형식은 불문하며, 대가의 결정기준과 지급방법은 제한이 없다. 일

55) 최완진, 전게논문, p.160.

정한 대가란 보험금 · 공탁금 · 입회비 · 시설 등의 임대료 · 광고비 · 연수비 · 로열티 등을 의미하며, 지급방법으로 일시지급 또는 분할지급이든 상관없다. 대가의 결정 기준은 총매출액이나 순이익에 대한 로열티의 형태로 정할 수도 있고 프랜차이즈 이용자가 수주 또는 판매하는 단위를 기준으로 정할 수도 있다. 프랜차이료는 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 공급하는 상품이나 서비스의 가격에 포함시켜 부과할 수도 있고 시설이나 장비의 임대료에 포함시켜 부과할 수도 있다.

제2절 프랜차이즈 거래의 법률관계

프랜차이즈거래에 있어서는 프랜차이즈당사자간의 관계와 프랜차이즈제공자와 고객이라 볼 수 있는 제3자 관계 및 프랜차이즈이용자와 제3자와의 관계, 즉 내부법률관계와 외부법률관계로 나누어 검토하고자 한다. 프랜차이즈이용자와 제3자의 관계는 통상적인 매매 또는 시설이용관계이므로 특별히 문제될 것이 없다[56]고 볼 수 있기때문에 채무불이행 또는 불법행위 등의 책임 같은 일반원칙으로 해결하면 된다고 본다. 그러나 프랜차이즈이용자의 제3자에 대한 행위에 대하여 프랜차이즈 제공자가 책임을 지지 않는 것이 원칙이지만 제3자의 신뢰보호와 거래의 안전을 도모하자는 상법의 이념을 고려해 볼 때에 이러한 원칙에 대하여 일부 수정의 필요성이 있다고 본다.[57]

1. 프랜차이즈의 내부관계

프랜차이즈계약의 내부관계는 당사자간의 법률관계로서 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자간의 합의에 의하여 체결되는 계약에 의해 정해진다. 이 계약의 내용은 위에서 검토해 보았듯이, 프랜차이즈계약의 성립요건이다. 조금 더 구체적으로 살펴보면, 개개의 상품이나, 원재료의 제공·판매에서부터 품질관리, 프랜차이즈

56) 서헌제, 「경상계를 위한 상법의 이해」(율곡출판사, 2001. 9), p.223.
57) 최완진, 전게논문, p.6.

이용자나 그 사용인에 대한 교육 · 연수, 상호 및 서비스마크의 사용, 광고 등의 판촉행위, 판매장의 설치에 이르기까지 다양한 사항을 내용으로 한다. 하지만 이러한 내용들에 관해 프랜차이즈제공자가 미리 일방적으로 정해 놓은 것으로서 프랜차이즈이용자에게 불리할 수 있는 내용도 존재하지만, 영업에 있어서의 통일성을 유지하는 것이 중요하므로 문제될 여지는 없는 것으로 생각한다.

1) 계약의 전문

프랜차이즈계약서에는 전문 또는 주해사항이라는 이름으로 선언적인 규정을 두고 있는데, 이를 바탕으로 계약목적을 달성하기 위하여 양당사자 상호간의 신뢰관계가 유지되어야 한다는 내용을 담고 있다. 전문은 계약본문에 대한 구체적인 해석의 지침이 된다고 볼 수 있다. 이 전문에 나타나는 사항들로는, 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈시스템을 개발하기 위하여 많은 시간과 노력 및 자금을 투입한 결과 해당 사업의 운영에 필요한 독특한 경험과 특별한 기술 및 지식을 획득하였다는 사실, 프랜차이즈제공자가 해당상품이나 서비스의 생산, 유통, 회계 기타 경영에 관하여 고유한 시스템을 개발하였고, 이러한 시스템은 프랜차이즈제공자의 상호, 상표 등에 의하여 동일성이 인정된다는 사실, 프랜차이즈제공자가 상표와 서비스표 기타 영업표지와 특허권, 저작권, 영업권에 대하여 전적인 권리를 가진다는 사실, 프랜차이즈제공자는 상품이나 서비스의 품질에 관한 고도의 기준을 유지하면서 프랜차이즈제공자의 상호아래 영업을 한다는 것을 인정하는 사실, 프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자의 상호를 사용하고 그 시스템을 이용하고자 계약을 체결한다는 사실 등을 들 수 있다.[58]

2) 프랜차이즈제공자의 의무

가. 충실의무

프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자의 영업과 관련하여 이용자의 입지선정이

58) 최완진, 전게논문, p.12.

나 직원들에 대한 교육과 훈련, 이용자의 설비와 장식, 시장개발, 판촉 등 경영 전반에 대해 충실의무를 다해야 한다. 즉 프랜차이즈이용자보다 프랜차이즈제공자는 사업상의 능력이나 경험이 많기 때문에 전문적인 지식을 갖춘 우월한 지위에서 프랜차이즈이용자가 이에 의존하므로 고도의 충실의무가 요구된다고 볼 수 있다. 또한 프랜차이즈이용자를 계속적으로 지원하여야 한다.

나. 서비스 제공 의무

프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자가 독립적 상인으로서, 자신의 점포를 독자적으로 운영할 수 있도록 연수 교육의 실시나 운영교범의 제공과 같은 각종의 서비스를 제공할 의무가 있다.

다. 원료상품의 공급의무

프랜차이즈계약의 목적이 프랜차이즈제공자의 널리 알려진 영업표지를 이용하게 하려는데 있으므로 영업표지의 사용허락은 프랜차이즈제공자의 가장 중요한 의무이다. 이는 프랜차이즈제공자의 가장 기본적인 의무이면서 또한 기본적인 권리이기도 하다. 그 이유는 프랜차이즈제공자가 제공 또는 추전하는 상품, 원료만을 프랜차이즈이용자가 취급해야만 프랜차이즈시스템의 명성을 저해할 염려가 있는 불량품의 판매를 배제할 수 있기 때문이다.

3) 프랜차이즈이용자의 의무

프랜차이즈는 인지도가 높은 프랜차이즈제공자의 영업표지를 프랜차이즈이용자가 사용하여 고객에게 상품이나 서비스를 제공하는 것이므로 이용자로서는 그 품질을 유지하는데 많은 주의를 기울이게 된다. 또 프랜차이즈는 중앙에 소재한 프랜차이즈제공자가 전국 곳곳에 산재한 여러 프랜차이즈이용자들과 동일한 프랜차이즈 계약을 맺는 것이 일반적이므로 이들이 고객에게 제공하는 상품 · 서비스의 품질을 균일화하는 것도 중요하다.

가. 지시 통제에 순응하여야 할 의무

운영교범의 내용은 각 프랜차이즈 계약에 따라 다르나 대체로 프랜차이즈이용자의 입지의 선정. 내외장설비, 집기, 비품, 간판 등의 통일성, 종업원의 복장, 구매와 판매의 방법, 로열티의 지급방법, 정기적인 보고서의 작성과 제출, 상품의 통일적인 품질기준 유지와 보관, 회계장부와 회계기록의 유지와 보존 등에 관한 사항이 포함되어 있다.

프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자의 상표에 대한 명성과 영업권을 보호하고 동일한 상표사용으로 인한 영업표준의 동일성을 유지하기 위하여 운영교범에 일치하도록 행동하여야 한다.

하지만, 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 점포설비나 관련된 제품 또는 부품이나 원재료를 구입하도록 요구하는 경우에 그러한 점포설비나 원재료 구입조항이 독점규제법에 위반되는 소위 "끼워팔기(tying)" 조항에 해당되는지 여부가 문제될 수 있다. 우리 공정거래위원회의 "가맹사업(프랜차이즈업)의 불공정거래행위의 기준"에 의하면, 프랜차이즈제공자(가맹사업자)가 제시한 사양서나 품질기준에 따를 경우 점포의 통일적 이미지 확보에 지장이 없음에도 불구하고 점포설비의 구입 및 설치를 프랜차이즈제공자(가맹사업자) 자신이나 자신이 지정한 자로부터 하도록 강요하는 행위는 독점규제법상 "부당하게 거래를 강제하는 행위" 또는 "자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위"에 해당된다고 하고 있다. 또한, 프랜차이즈업(가맹사업)의 목적달성을 위해서 필요한 범위를 벗어나서 프랜차이즈계약자의 원재료 또는 부품을 프랜차이즈제공자 자신 또는 자신이 지정한 자로부터 공급받도록 하는 행위는 독점규제법상 "자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위" 또는 "거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 그 사업활동을 방해하는 행위"에 해당된다고 하고 있다.

나. 영업표지의 보호의무와 영업비결의 비밀유지의무

프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자의 상호, 상표 등의 영업표지와 특허권 등을 보호하여야 하고 경영상의 노하우나 영업비결 등에 대하여 비밀을 유지해야 한다. 특히 비밀유지의무는 다른 의무와 달리 프랜차이즈 계약이 종료된 후에도 계속적으로 부담하도록 약정하는 경우가 일반적이다.

다. 프랜차이즈제공자의 지점 또는 대리인 표시금지 의무

프랜차이즈이용자는 자신을 프랜차이즈제공자의 지점, 대리인, 고용인인 것처럼 표시하거나 행동해서는 안된다. 한편으로는 프랜차이즈이용자가 독립성을 가지지 않으면 프랜차이즈계약의 법적 성질을 상실하고, 다른 면으로는 프랜차이즈이용자의 제3자에 대한 영업행위에 대하여 프랜차이즈제공자가 책임을 지게 될 가능성을 배제해야하기 때문이다.

라. 프랜차이즈료 지급의무

프랜차이즈이용자는 프랜차이즈영업에 관한 계약을 체결하면서 프랜차이즈제공자에게 가입금 · 보증금 또는 관리금 명목의 일정금액을 지급하며 제공받는 여러 서비스에 대한 대가로서 정기적으로 로열티를 지급할 의무도 부담한다.

마. 영업 불양도 의무

프랜차이즈이용자는 자신이 취득한 프랜차이즈영업에 관한 운영권을 프랜차이즈제공자의 동의없이 타인에게 양도해서는 아니 될 의무를 부담한다. 그러나 이 제한은 프랜차이즈이용자가 프랜차이즈영업에 관한 운영권의 획득을 위하여 투자한 비용의 회수를 부당하게 제한할 염려가 있다. 따라서 부득이 한 사유로 프랜차이즈이용자가 제3자에게 프랜차이즈영업에 관한 운영권을 양도하고자 할 경우에는 프랜차이즈제공자가 이를 우선적으로 매수할 수 있는 선매권을 약정함으로써 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자의 이익을 조화시키고 있다. 또한 프랜차이즈이용자는 최선을 다하여 가맹점을 운영할 의무가 있다.

바. 프랜차이즈제공자의 통제에 따를 의무

프랜차이즈제공자는 프랜차이즈조직에 필요한 프랜차이즈제공자의 영업표지와 상표권, 상호권, 특허권, 저작권 등의 무체재산권을 보호하고, 프랜차이즈이용자의 운영규범의 준수의무, 영업표지의 보호의무, 영업비결의 비밀유지의무의 이행을 위해서 프랜차이즈이용자의 영업활동에 대하여 통제를 가할 권리가 있고 프랜차이즈이용자는 이에 따라야 할 의무가 있다. 그러나 이러한 통제는 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자의 결합을 한층 강화하고자 하는 프랜차이즈제공자가 그 우월적 지위를 이용해서 동업자간의 경쟁을 제한함으로써 독점규제법의 규제대상이 될 가능성이 있다.

4) 프랜차이즈 계약 종료에 대한 문제

가. 내용

프랜차이즈는 법적 성질에서 보았듯이 계속적 유상계약이다. 그러나 프랜차이즈계약의 성립요건들의 본질적인 요소는 독립된 상인간의 계약이지만 프랜차이즈제공자가 우월한 경제적 지위를 기초로 경쟁제한의 위험에서 비롯되는 공정거래법상의 문제점 이외에도 민사상의 계약불이행에 따르는 책임의 문제를 가지고 있다. 특히 "일정한 기간내의 사전통지를 전제로 언제든지, 어떠한 이유에서도 계약을 해제, 해지할 수 있다."는 조항은 계약법상의 상당한 문제점을 내포하고 있다고 본다.[59] 일반적으로 프랜차이즈계약이 당사자들의 합의에 의해서 종료되는 경우도 있을 수 있겠지만, 문제되는 경우로는 계약상 규정된 해지원인이 발생했거나 프랜차이즈이용자의 귀책사유 없이 프랜차이즈제공자가 일방적으로 계약을 해지하는 경우 또는 프랜차이즈이용자가 설비 및 광고에 상당한 투자를 하고 신용을 획득하였지만 계약기간이 만료되어서 프랜차이즈제공자가 계약갱신을 해주지 않는 경우 등이 있을 있다. 또한 프랜차이즈계약이 종료된 후에 일정기간 동안 프랜차이즈이

59) 강우섭, 전게논문, p.62 각주131재인용

용자가 동종영업의 영업행위를 할 수 없도록 하거나 프랜차이즈제공자의 경쟁사업자와의 거래를 할 수 없도록 한다든지 또는 프랜차이즈제공자가 제공한 영업비밀이 프랜차이즈이용자의 귀책사유 없이 공지의 사실이 되었음에도 불구하고 프랜차이즈이용자가 계약종료 후에도 동 영업비밀에 해당되었던 기술이나 정보를 계속하여 사용할 수 없도록 하는 경우에, 프랜차이즈이용자가 그러한 계약규정에 구속되는지 여부에 대해서도 검토해 보아야 한다. 즉 프랜차이즈계약이 종료되면 프랜차이즈이용자는 고객을 유인하는 원동력과 프랜차이즈제공자의 영업권을 사용할 수 없게 되어 투하자본의 경제적 가치를 크게 감소시킬 위험성이 있다. 따라서 프랜차니즈계약 종료에 있어서는 프랜차이즈제공자의 영업권 유지이익과 프랜차이즈이용자의 투하자본회수이익의 조정이 중요하다. 또한 일방적 계약종료여부, 종료시기, 정당한 보상여부, 보상방법, 손해배상의 귀속여부, 청산에 관한 문제도 중요하다. 그러므로 프랜차이즈 계약의 종료사유는 명확히 규정되어야 할 필요가 있다. 이러한 경우에 계약문구에 그대로 효력을 인정함으로써 프랜차이즈제공자의 이익을 보호하기 위한 계약 법적으로 시도되는 비양심적 법률행위에 대한 규제, 아니면 신의성실이나 권리남용금지의 원칙을 원용하여 계약종료로 인하여 프랜차이즈이용자에게 초래되는 가혹한 결과를 방지할 것인가 하는 점이 문제될 것이다.

우리 공정거래법은 프랜차이즈계약을 둘러싼 계약자유의 원칙과 독과점금지 원칙들 사이에 충돌문제를 별도의 기준에 의하여 해결하지 않고 부당한 국제계약을 제한하기 위한 구체적 기준을 고시, 시행하는 틀 속에서 행하고 있다.[60]

나. 통상 계약기간의 종료

프랜차이즈계약은 약정하는 바와 같이 통상 계약기간의 만료로 종료한다. 그러나 프랜차이즈계약은 통상 갱신약관을 포함하고 있다.[61] 즉 해지의 통지가 없으면

---

60) 공정거래위원회, 국제계약상의 불공정거래행위 등의 유형 및 기준 제5조, 공정거래위원회고시 제90-9호.

61) 계약기간의 만료시 갱신여부를 보면 가맹점주의 의사에 의하여 계약기간을 연장할 수 있는 경우는 36.4%, 특별한 정함이 없는 경우가 54.1%이며, 본부가 연장여부를 결정하는 경우가 3.6%인 것으로 나타났다. (한국법제연구원, 103~104쪽)

계약기간의 갱신에 관하여 민법은 전적으로 당사자의 자율에 맡기는 입장이고, 주택임대차보호법은 제6

일정기간 묵시적 갱신이 약정되어 있다. 통상의 계약의 종료효과는 약정기간내에 해지의 의사표시를 함으로써 발생한다. 당사자의 협력이 없으면 일정한 계약기간이 동시에 최장기간으로 약정된 경우의 계약은 기간의 만료로 종료한다.

다. 기간종료전의 정당한 계약의 해제, 해지

프랜차이즈계약의 당사자 중 일방이 계약상 의무를 이행하지 않거나 기타 상대방에게 해가 되는 행위를 한 경우에는 상대방 당사자는 계약을 해지함으로서 계약관계를 종료시킬 수 있다.[62] 이와 같이 존속기간의 만료이전에 계약을 해지함에 있어서는 해지권 발생을 충족시키는 정당한 이유가 있어야 한다. 가맹본부는 계약체결시 작성한 약관을 통해서 그의 해지권을 유보하고 또한 해지의 효과를 정한다.

① 정당한 해지사유

경쟁동업자끼리 담합하여 특정한 공급업자나 제조업자를 보이콧트(거래거절)하기 위한 집단적 계약해지는 자유경쟁질서에 어긋나는 위법한 행위가 될 것이다. 그 밖의 재판매가격유지[63], 지역분할, 끼워팔기 등의 공정거래법[64]의 위반을 목적

조에서 사회적 또는 경제적 약자인 임차인의 보호라는 후견인적 입장에서 예측가능성을 부여하는 규정을 두고 있다. 그러나 프랜차이즈 계약의 경우에는 투자자보호의 측면에서 투하자금의 회수기회부여라는 차원에서 계약기간만료시의 갱신여부가 보장되어야할 것이다. 강우섭, 앞의 논문, 63~64쪽, 각주134 재인용.

62) 계약기간만료전의 해약의 가능여부에 대하여 12.7%는 불가능, 69.9%는 가능하다고 응답했다. 또한 해약 가능하다고 응답한 가맹점주중 33.6%는 위약금 없이 해약할 수 있고, 16.8%는 위약금을 내야 가능하고, 19.5%는 일정기간 영업 후에는 위약금 없이도 해약 할 수 있다고 답변했다. 한국법제연구원, 105~106쪽.

63) 판매가격의 지시에는 재판매가격의 상한선을 지정하는 최고가격의 책정과 하한선을 지 정하는 최저가격의 책정이 있다. 판매가격의 지시는 ① 가맹본부가 직접 가맹점에게 상품을 공급·판매하지는 않으면서 가맹점의 판매가격을 통일적으로 정하는 경우, ② 가맹본부가 직접 상품을 공급·판매하면서 그 재판매가격을 정하는 경우, ③ 가맹점 측에서 그들 사이의 가격경쟁을 피하기 위하여 가맹본부에게 판매가격의 획일적인 유지를 요구하는 경우의3가지로 구분할 수 있다. 첫 번째의 유형은 그러한 가격지시가 어느 정도 강제성을 띠는 경우에 한하여 본부의 우월적 지위의 남용에 해당할 수

으로 해지권을 남용하였을 때에는 그 해지를 정당한 것으로 볼 수 없다. 일본의 판례에 나타난 정당한 해지사유로서는 프랜차이즈이용자들의 빈약한 신용상태를 이유로 한 경우, 계약에 따른 대가지급의 태만, 지역할당 등 프랜차이즈제공자에 의한 경영전략상의 정당한 요구를 감당할 수 없는 경우 등이다[65].

미국의 판례에서도 프랜차이즈제공자의 경영에 관한 결정권을 존중하여 경쟁을 억제할 목적이나 동기가 없는 한 제조업자나 제품공급업자는 기존의 프랜차이즈계약을 일방적으로 해제, 해지하고 전혀 새로운 유통전략을 수립할 수 있다고 일관되게 판시하고 있다.[66]

② EU연합국가에서 인정되는 유형들

일반적으로 프랜차이즈계약에 대한 독과점 문제들에 있어서 EU연합국가의 경우에는 로마협약 제85조와 제86조 그리고 자국의 국내법의 적용을 받는다고 하고 있다.[67] EU최고법원이 이러한 문제를 다룬 최초의 사건은 Pronuptia de Paris[68]이었

있다. 두 번째 유형이 가맹본부의 재판매가격유지행위로서 당연위법이다.(공거법 제29조). 그러나 이러한 당연금지가 원칙적으로 타당한지는 다투어질 수 있다. 이는 가맹본부의 가맹점의 영업에 대한 경영지도에 가격지도가 포함되며 프랜차이즈 계약에서 전체 가맹점의 통일적 이미지에도 가격도 당연히 포함되기 때문이다.

그러나 가맹점의 경우 취급상품의 성질이나 주변의 시장상황에 따라 점포의 임대료나 수입이 달라지기 때문에 가맹점마다 다르게 조정할 필요가 있으며 반드시 통일적인 가격유지가 필요한 것은 아니다. 따라서 가격유지를 일률적으로 정당하다거나 부당하다고 판단할 수는 없으며, 개별적인 사안에 따라 그 위법성 여부를 파난할 수 있게 하는 것이 바람직하다.

64) 공정거래법은 경쟁자를 보호하기 위한 법이 아니라 경쟁을 보호하기 위한 법규범이기 때문에 프랜차이즈 계약에는 제한적으로 적용되어야 한다는 견해도 있다.

65) 일본의 경우 평성 2년 8월 31일 나고야 지방법원판결에서 프랜차이즈계약의 갱신을 거절하기 위해서는 “계약을 계속하기 어려운 부득이한 사유”가 필요하다고 하는 한편, 경영주체의 변경을 가맹본부에 보고하지 않은 사실, 노하우사용료의 지불지체 및 가맹본부로부터 독립을 획책한 사실에도 불구하고 이를 계약을 계속할 수 없는 부득이한 사유로 보지 않는 바 있다. 판례시보 1397호, 강우섭, 앞의 논문, p.66.

66) 이은영, 경실련공청회 발표부분, p.22.

67) 유럽공동협약 제85조 1항에서는 부당한 공동행위를 금지하고, 제3항에서는 이에 대한 일괄예외가능성을 규정하고 있다. 그리고 조약 제85조 3항을 기초로 하여 프랜차이즈에 대해서는 1988년에 위원회규칙 제4087/88호로 특별예외규칙을 마련하고 있다. 그러나 이처럼 일괄예외를 허용하는 경우에도, 그 허용요건으로서 “소비자의 이익”이 침해되지 않아야 한다는 점이 명시되어 있다.

68) Pronuptia, Case 161/84, 1986 E.C.R. 353, Common Mkt. Rep(CCH) §14, 245.

다. 이 사건과 같은 날 결정된 Yves Rocher사건[69]에서는 특히 프랜차이즈 점포로 하여금 Yves Rocher상표가 부착된 제품만 판매하도록 하는 것이 경쟁을 제한하는 것이 아니며, 또한 프랜차이즈 점포에 대한 배타적 판매지역의 지정은 Yves Rocher사로 하여금 경쟁사들과의 경쟁력을 제고시킬 수 있는 정당한 방법이 라고 판시하고 있다.

2. 프랜차이즈의 외부관계

원칙적으로 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자는 서로 독립적인 상인이므로, 영업상 손익을 각각 자기의 계산으로 함은 물론 채무도 각각 별도로 부담한다. 이는 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 제3자(일반소비자)에 대한 책임관계를 분명히 하고 있는 의미라고 할 수 있다. 그러나 제3자가 프랜차이즈이용자를 프랜차이즈제공자와 동일한 기업으로 오인하여 거래한 경우에는 거래의 안전을 도모하고자 하는 상법상의 이념을 고려한다면 문제점이 있다고 볼 수 있다. 즉 외관상의 동일성을 근거로 프랜차이즈제공자에 대하여 법적 책임을 물을 수 있는 점에 대해서 충분히 검토할 필요성이 있는 것이다. 내부적인 독립성에 의해서 법적 효과를 인정하고 외관상의 동일성을 전혀 인정하지 않는다면 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 제3자에 대하여 책임을 인정할 것인가에 대하여 고려할 필요가 없게 된다. 그러나 근래의 학설의 입장은 프랜차이즈이용자의 제3자에 대한 책임을 프랜차이즈제공자에게도 인정하는 경향에 있는 것으로 보고 있으며, 그 이론적인 근거로서 대위책임설과 직접책임설 등이 주장되고 있다[70]. 이에 대해서는 본 논문의

동 사건의 구체적 사실관계에서 문제가 된 부분은 프랜차이즈 가맹점주의 광고활동에 대한 사전승인, 점포장식의 통일, 판매물품의 지정, 재료구입을 가맹본부 또는 그가 지정하는 자로부터 하게 하는 것, 지정점포에서만 해당물건을 팔도록 하는 것, 기타 판매점원에 대한 교육, 판매전략 들을 가맹본부의 지시에 따르도록 하는 것 등이었다.

69) Yves Rocher, O.J.L. 8/49(1987), Common Mkt. Rep. (CCH) §10, 855 프랑스의 화장품제조업자이면서 판매업자인 Yves Rocher는 우편판매와 약 1,000여개에 달하는 “Yves Rocher Beauty Centres" 라는 프랜차이즈 점포를 통해 판매하고 있었다.

70) 미국에서는 Franchisor와 Franchisee가 상호 독립적인 기업주체라는 전제하에 제3자와의 관계에 있어서 일방은 타방의 행위에 대하여 책임을 지지 않는다는 원칙을 견지하면서도 양 당사자간에 일정한 사유가 존재하는 경우에는 Franchisee의 제3자에 대한 행위에 대하여 Franchisor의 책임을 인정하기 위

핵심내용이므로 다음 장에서 상술하기로 한다.

3. 공법적 규제

프랜차이즈에 있어서는 프랜차이즈제공자의 전체적인 사업계획에 따라 통일성을 기할 필요에서 프랜차이즈이용자의 영업에 대한 어느 정도의 통제는 불가피하다고 할 수 있다. 그러나 프랜차이즈영업에 있어서 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자와의 관계에서 그 자금력이나 조직력 및 사업에 대한 정보력에 있어서 프랜차이즈이용자가 프랜차이즈제공자에게 전적으로 우월한 지위를 이용하여 프랜차이즈이용자의 사업활동에 대해 부당한 간섭과 통제를 가하는 경우가 종종 발생할 수 있다. 이를 방치할 경우 양자간의 지배종속관계를 심화시켜 프랜차이즈이용자는 부당한 손해를 입을 수 있을 뿐만 아니라 그 피해는 결국 프랜차이즈이용자와 거래하는 일반 소비자들에게 전가될 우려가 크게 된다. 이러한 불공정거래를 시정하기 위해 공정거래법의 하위규정으로서 '가맹사업(프랜차이즈)의 불공정거래행위의 기준고시'가 제정되어 시행되고 있다.

한 여러 가지 이론을 발전시켜왔다. 그 하나는 Franchisor가 Franchisee의 책임을 대위하여 부담하는 것으로 보는 것이고, 다른 하나는 Franchisor가 제3자에 대하여 자신의 행위에 기하여 직접적으로 책임을 부담하는 것으로 보는 것이다.

제4장 프랜차이즈이용자의 행위에 대한 제공자의 책임

프랜차이즈계약은 앞서 살펴본 바와 같이 독립한 상인간에 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 자기의 영업표지를 사용하여 상품의 판매, 서비스의 제공 기타의 영업을 행할 권리를 부여함과 아울러 그 영업과 관련하여 자기가 기획한 마케팅계획에 따라 일정한 통제(control)를 행하며, 프랜차이즈이용자는 여기에 대하여 일정한 대가를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계속적인 유상계약을 말한다.

원칙적으로 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자는 서로 독립적인 상인으로, 영업상 손익을 각각 자기의 계산으로 함은 물론 채무도 각각 별도로 부담함을 원칙으로 한다. 그런데 이러한 프랜차이즈계약을 바탕으로 프랜차이즈이용자가 영업을 하는 중에 그의 거래상대방 등 제3자에게 불법행위를 하여 손해를 입힌 경우에 피해자는 불법행위자인 프랜차이즈이용자와 연대하여 프랜차이즈제공자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있는가가 제3자의 입장에서는 매우 중요한 문제이다. 그러나 원칙적으로 위에서 설명한 바와 같이 프랜차이즈계약 당사자는 독립적 상인이므로 프랜차이즈이용자가 제3자와 거래를 하거나 제3자에게 불법행위를 한 경우에도 프랜차이즈제공자가 이에 대하여 책임을 질 이유는 없다. 그러나 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자에게 일정한 통제를 가하고 있고, 제3자가 프랜차이즈이용자를 프랜차이즈제공자와 동일한 기업으로 오인하여 거래한 경우에 문제가 된다. 즉 프랜차이즈제공자의 영업이 프랜차이즈이용자와 거래하는 제3자에 대하여는 마치 여러 개의 점포를 가진 하나의 기업체인 것처럼 보이므로 외관상의 동일성을 근거로 프랜차이즈제공자에 대하여 법적 책임을 인정할 필요성이 있는 것이다. 이와 관련하여 미국의 판례와 학설은 프랜차이즈이용자의 제3자에 대한 책임을 프랜차이즈제공자에게 인정하기 위한 이론을 발전시켜 왔는바, 그 이론적인 근거로서 대위책임(Vicarious liability)에 해당되는 사실상의 대리이론 또는 표현대리책임을 주장하고, 직접책임에 해당되는 과실책임나 제조물책임 등이 주장되고 있다.[71]

---

71) 미국에서는 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자가 상호 독립적인 기업주체라는 전제하에 제3자와의 관계에 있어서 일방은 타방의 행위에 대하여 책임을 지지 않는다는 원칙을 견지하면서도 양 당사자간에

제1절 간접책임론

이 이론에 의하면 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자의 사용자로서 또는 대리인인 프랜차이즈이용자의 영업주인 본인으로서, 프랜차이즈이용자의 거래행위 또는 불법행위에 대하여 책임을 부담한다고 보는 이론으로 대위책임(Vicarious Liability)을 인정하는 근거로 주장한다. 이에는 '사실상 대리이론(actual agency theory)'과 '표현대리이론(apparent authority theory)'이 있다. 전자는 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에 대하여 영업에 관하여 여러 가지 통제를 가하기 때문에 프랜차이즈이용자의 행위에 대하여 사실상 대리관계에서의 영업주인 본인과 마찬가지로 제3자에 대하여 대위책임을 부담하여야 한다는 것이다. 또한 후자의 입장은 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에 대하여 상호, 상표 등의 영업표지를 사용하도록 허용함으로써 제3자로 하여금 마치 프랜차이즈이용자의 영업과 프랜차이즈제공자의 영업이 동일한 영업으로 오인할 수 있도록 외관을 형성한데 대하여 표현대리관계에 있어서의 본인과 마찬가지이므로 제3자에 대하여 대위책임을 부담할 수 있다는 근거이다.

또한 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자에게 명의를 대여하여 영업을 하고 잇는 외관을 표출하고 있기 때문에 명의대여자의 책임을 인정할 수 있는 근거가 될 수 있으며, 외관상 프랜차이즈제공자의 상호와 상표등을 프랜차이즈이용자가 사용함으로 인하여 프랜차이즈이용자와 거래하는 제3자는 같은 영업으로 오인할 수 있는 점에서 사용자의 손해배상책임을 인정할 수 있는 근거가 될 수도 있다.

이에 대한 내용을 구체적으로 살펴보고자 한다.

1. 사실상의 대리이론(actual agency theory)

일정한 사유가 존재하는 경우에는 프랜차이즈이용자의 제3자에 대한 행위에 대하여 프랜차이즈제공자의 책임을 인정하기 위한 여러 가지 이론을 발전시켜왔다. 그 하나는 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 책임을 대위하여 부담하는 것으로 보는 것이고, 다른 하나는 프랜차이즈제공자가 제3자에 대하여 자신의 행위에 기하여 직접적으로 책임을 부담하는 것으로 보는 것이다.

사실상의 대리이론이란 본인이 타인의 행위를 충분히 통제하고 있거나 통제할 수 있는 권한을 가지고 있는 때에는 비록 본인이 그 타인에게 대리권을 수여하지 아니한 경우에도, 그리고 그 타인의 행위가 반드시 본인을 위한 법률행위가 아닌 경우에도 그 타인의 행위에 대하여 제3자에게 책임을 부담하여야 한다는 영미법상의 이론이다. 우리나라의 대리이론과는 달리 영미법에서는 타인이 본인을 위한다는 의사표시를 하지 아니한 경우 및 그 행위가 법률행위가 아니라 사실행위에 불과한 경우에도 대리이론이 적용되기도 한다.[72] 이하에서는 이에 대한 대표적인 미국의 판례인 Myszkowski v. Penn Stroud Hotel, Inc.사건[73]을 검토하면서 사실상의 대리이론에 대해 살펴 보기로 한다.

이 사건에서 원고(Christine Myszkowski)는 펜실베니아에 있는 모 사회봉사 단체와 그 단체가 개최하는 음악회에서 디제이(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 디제이(D.J) 일을 보던 중 (여자)화장실에 들렸다가 한 남자(Kenneth Spahr)로부터 성폭행을 당하였다. 이에 원고는 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 워크샵, 영업프로그램, 영업규칙 등을 통하여 Penn Stroud의 영업전반(total operations)을 통제(control)하고 있을 뿐만 아니라 또한 품질(서비스)기준을 준수하지 못한 회원(프랜차이즈이용자)과 계약을 해지할 수 있는 권한도 가지고 있기 때문에 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 져야한다는 것이었다. 그리고 원고는 2차적으로, 표시에 의한 금반언(estoppel by apparent authority)에 의

72) 임재호, 프랜차이즈 사업본사의 대위책임, 판례연구(2001), p.4.
73) Myszkowski v. Penn Stroud Hotel, Inc. 634 A. 2d 622 (Pa. Ct. 1993)

한 대위책임(표현대리책임)을 주장하였다. 원고의 주장은 피고인 Best Western이 Penn Stroud가 소유하는 Pocono 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 정식으로 사실심리를 하지 않고 하는 판결(summary judgment[74])를 신청하였다. 원심법원은 피고 Best Western측의 정식으로 사실심리를 하지 않은 판결(summary judgment)에 대한 신청을 받아들였다. 그리고 법원은 Penn Stroud(Pocono Inn의 소유자)는 자신이 고용한 종업원을 직접 통제하였고, 또한 Pocono Inn의 일상적인 영업(day to day operations)과 그에 부수적으로 발생하는 일에 대하여 독립적으로 결정권을 행사하는 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.

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

74) 중요한 사실에 대해서 진정한 쟁점이 없는 경우 신청만에 의하여 이루어지는 판결을 말하는 데 이는 일반적으로 약식재판으로 번역되고 있으나 약식절차가 아니므로 약간 의미의 차이가 있다고 봄.

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 본인과 대리인관계보다는 더욱 특정적이고 제한적인 의미인 사용자와 피용자관계에서 찾고자 한다.

표시에 의한 대리나 금반언에 의한 대리 모두 통상적으로 거래관계에서 문제된다. 원고는 Best Western이나 Penn Stroud와 계약을 체결하거나 거래를 한 사실이 없다. 원고는 오직 모 사회봉사단체와 이 단체가 지정하는 장소에서 지정하는 시간에 디제이(D.J) 일을 보아주기로 계약을 체결하였을 뿐이다. 따라서, 이 사건에서는 피고인 Best Western에게 표시에 의한 대리나 금반언에 의한 대리의 이론을 적용하여 대위책임을 부과할 수는 없다.[75]

이와같은 판례의 내용을 종합해 보면,

법원은 프랜차이즈제공자의 통제를 사용자와 피용자 관계(master-servant) 내지 본인과 -대리인 관계(principal-agent)에 준하는 것으로 볼 수 있을 것인가에 초점을 맞추고 있다. 법원은 만약 이를 긍정할 수 있으면 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자의 불법행위에 대하여 사용자책임론(respondeat superior theory) 또는 사실상의 대리이론(actual agency theory)에 따른 대위책임(vicarious liability)을 져야 한다고 보았다.

프랜차이즈 계약의 단순한 존재만으로는 프랜차이즈이용자가 프랜차이즈제공자의 대리인이라고 말할 수는 없고, 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 통제를 가하였다고 볼 수 있는 추가적인 증거가 필요할 것이다.[76] 즉 프랜차이즈제공자의 대위책임의 여부는 프랜차이즈이용자에 대한 어느 정도의 통제권(right of control)을 행사하였느냐에 달려 있는 것으로 본다.

법원은, 프랜차이즈이용자의 종업원이 피자배달 중 부주의로 인해 일으킨 교통사고로 손해를 입은 자가, '30분 이내 배달보장'을 영업방침으로 내걸고 영업을 한 프랜차이즈제공자(Domino's Pizza, Inc)의 대리책임, 표현대리책임, 사용자 책임 등(agents, apparent agents, servants and/or employees) 대위책임을 주장한

75) Myszkowski v. Penn Stroud Hotel, Inc. 634 A. 2d 622, p630
76) Johns v. Midas Muffer shop and Midas International Co, 43 F.Supp.1052(W.D.Ark, 1999).

Parker v. Domino's Pizza, Inc. 사건에서, 프랜차이즈 계약서를 면밀하게 검토하여 보면 Domino사는 프랜차이즈이용자에 대하여 충분한 통제권(sufficient control)을 가지고 있다고 볼 수 있으므로 Domino사는 피해자에게 대위책임을 져야 한다고 판시하였다.[77] 이 사건에서의 주된 쟁점은 프랜차이즈이용자와 프랜차이즈제공자의 관계의 본질에 있었다.[78] 원심에서는 법률적으로 프랜차이즈이용자인 J & B Enterprises는 프랜차이즈계약서에 규정한대로 독립된 계약당사자로 보았고, 따라서 Domino사는 J & B Enterprises, 그의 대리인, 피용자들의 과실에 대해 대위책임을 지지 않는다고 판시하였다. 원심의 판결은 당사자들의 프랜차이즈 계약서, 영업 매뉴얼, 진술서, 증언 등을 고려한 것이었다. 일방당사자가 상대방에 대하여 독립적인 계약자보다는 단순한 대리인인지 아닌지 여부는 전자에 대해 후자에 의해 행사된 실제적인 통제(actual control)에 의해 판단되어지는 것이 아니라 통제할 권한(right to control)을 검토하여야 한다. 만약 피용자에 대한 사용자의 통제권이 영업이 행해지는 방식까지 확장된다면, 그 피용자는 독립적인 계약자라고 할 수 없다.[79]

즉 피용자가 단순히 실현된 결과에 대해서만 사용자의 지시나 통제를 받는다면, 그는 독립적인 계약자라고 할 수 있지만, 만약 그 피용자가 일을 실현하기 위한 수단에 대해서 사용자의 통제를 받는다면 그는 독립적인 계약자라고 할 수 없다는 것이다.[80]

Domino사가 그의 프랜차이즈이용자에게 제공한 매뉴얼은 Domino사의 영업에 관한 모든 것이 들어있는 진정한 바이블과 같은 것이다. 그 매뉴얼은 완전한 피자를 준비하기 위한 요소에서 정확한 장부기장법, 광고와 판촉아이디어에서 유통과 배달 가이드라인까지 사업의 모든 세세한 부분까지 포함하고 있었다. 이러한 것들은 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에 대한 수단의 통제권(right to control)을 행사하였다는 증거가 된다고 결론을 지었다.[81]

위와 유사한 판례로, Singleton v. International Dairy Queen, Inc. 사건에서

---

77) Parker v. Domino's Pizza, Inc. 629 So. 2d 1026 (Fl. Dist. Ct. App. 1993)
78) Parker v. Domino's Pizza, Inc. 629 So. 2d 1026, p.1027
79) Parker v. Domino's Pizza, Inc. 629 So. 2d 1026, p.1027
80) Cawthon v. Phillips Petroleum Co., 124 So.2d 517 (Fla. 2d DCA 1960)
81) Parker v. Domino's Pizza, Inc. 629 So. 2d 1026, p1029

International Dairy Queen이 프랜차이즈이용자에 대하여 간판의 설치, 설비모양과 크기, 종업원의 유니폼, 점포의 조사 등에 대한 광범위한 통제권을 가지고 있었으므로 International Dairy Queen과 그의 프랜차이즈이용자 사이에는 사실상의 대리 관계(actual agent relationship)가 존재한다고 인정하였다.[82]

그러나 위의 판례들과는 달리 프랜차이즈이용자의 일상적인 영업(day-to-day operations)은 프랜차이즈이용자에게 전적으로 위임되어 있었다고 할 것이므로, 이 사건의 프랜차이즈제공자와 그 프랜차이즈이용자 사이에는 원고의 주장처럼 사실상의 대리관계가 확립되어 있다고 볼 수 없다고 본 경우도 있다.[83]

Myszkowski v. Penn Stroud Hotel, Inc.사건의 판결을 검토해 보면, 우선 Best Western은 actual agency에 의한 대위책임을 져야 하는지가 문제된다. 대리관계가 원칙적으로 사용자와 피용자관계를 형성할 수는 없지만 대리관계의 기초관계인 본인과 대리인관계는 사용자와 피용자 관계일수도 있고, 위임이나 도급의 경우처럼 사용자와 피용자관계가 아닌 독립한 계약자간의 관계일 수도 있다. 따라서 본인과 대리인의 관계에 있다고 하여 항상 사용자와 피용자의 관계에 놓이는 것은 아니다. 그러나 만약 본인과 대리인 관계가 동시에 사용자와 피용자관계를 형성하고 있다면, 여기에는 사용자책임이 적용되어 대리인의 제3자에 대한 불법행위에 대하여 본인이 대위책임을 지는 것은 당연하다.

프랜차이즈계약에서 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자의 관계도 항상 사용자와 피용자관계를 형성하는 것은 아니지만 만약 프랜차이즈관계가 동시에 사용자와 피용자관계를 형성하는 경우, 또는 이 사건 판례에서 말하는 사실상의 대리관계(actual agency relationship)를 형성하는 경우에는 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자의 불법행위에 대하여 대위책임을 져야 할 것이다.[84]

다만 사용자와 피용자관계의 존부를 판단하는데 그 기준인 '통제'를 어떻게 유형화하느냐가 문제로 남는다. 앞서 본 바와 같이 프랜차이즈관계가 존재한다고 하여 당연히 사용자관계나 사실상의 대리관계까지 형성되는 것은 아님은 판례를 통해 확인되었고, 문제는 통제가 존재한다고 할 때 어느 정도의 통제가 있을 때 사용자와 피용자관계를 인정할 수 있느냐 하는 것이다. 판례에서는 통제력의

82) Singleton v. Int'l Dairy Queen, Inc., 332 A.2d 160, (Del.Super.Ct.1975)
83) Smith v. Foodmaker 928 S.W. 2d 683(Tex. Ct. App. 1996)
84) 임재호, 전게 프랜차이즈 사업본사의 대위책임, p12

행사 범위나 그 정도와 관련하여 통일된 견해를 보여주고 있지는 않으나, 대체적으로 일상적인 영업(day-to-day operations)에 대한 프랜차이즈제공자의 통제가 존재하였는가를 기준으로 판단하고 있다.[85] 그 통제기준이란 어떤 사람이 맡은 바 일을 수행함에 있어 구체적인 사무집행행위(physical conducts)의 방식이 타인의 통제나 통제권의 지배하에 놓여 있으면 사용자와 피용자 관계를 형성한다고 본다.[86] 즉 어떤 자가 일의 결과뿐만 아니라 사무의 집행방식도 통제할 권리를 가지고 있으면, 사용자와 피용자관계로 보고, 반면에 사무를 맡은 당사자가 사무를 집행하는 방식에 대하여 배타적인 권한을 가지고 다만 사무의 결과에 대하여만 다른 당사자의 통제를 받는 경우는 독립한 계약당사자의 관계로 보는 것이 일반적이다.[87]

그런데 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 일상적인 영업에 통제를 가하는 관계가 형성되어 있는 경우 프랜차이즈관계 이외에 사용자관계 내지 사실상의 대리관계도 형성되어 있다고 보아 프랜차이즈제공자의 대위책임을 인정할 수 있다고 하더라도 프랜차이즈제공자의 어떠한 통제가 프랜차이즈이용자의 일상적인 영업에 대한 통제로 인정될 수 있는가에 대해서는 일관성있는 입장을 보여주지 못하고 있다. 법원은 통제요소에 따라 각기 다른 입장을 보이는가 하면, 일부의 통제요소에 대하여는 자체만으로는 불충분하고 다른 통제요소가 가미되어야 일상적 영업에 대한 통제가 존재한다고 보기도 하였다. 이처럼 프랜차이즈이용자의 불법행위에 대하여 통제기준을 적용하여 프랜차이즈제공자의 대위책임의 존부를 판단하는 법원의 태도가 불명확하고 일관되지 아니하여 유사한 사건에서 대위책임이 긍정되기도 하고 부정되기도 하는 것이 현재의 미국의 입장이라고 할 수 있다.[88]

2. 표현대리론

프랜차이즈계약에서는 동일한 영업이미지의 창출을 위하여 동일한 상호나 상표

85) Smith v. Foodmaker 928 S.W. 2d 683(Tex. Ct. App. 1996); Tayler v. Checkwrite, Ltd 627 F.Supp. 415~418(S.D Ohio 1986)
86) Parker v. Domino's Pizza, Inc. 629 So. 2d 1026, p.1027
87) 임재호, 전게 프랜차이즈 사업본사의 대위책임, p.13
88) 임재호, 전게 프랜차이즈 사업본사의 대위책임, p11 각주10

등의 영업표지를 공통으로 사용하고, 점포의 내·외장이나 종업원의 복장 등 시스템적인 통일성이 인정되는 것이 특징이다. 결과적으로 프랜차이즈에 의한 영업은 고객으로 하여금 상호 독립된 사업체로 존재하면서도 동일한 사업체라는 이미지를 심어주어 영업이익을 창출하는 마케팅기법이라고도 할 수 있다. 즉 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자는 외관상 동일한 영업표지를 가지고 영업활동을 하며, 프랜차이즈제공자는 이와같은 상표 또는 상호의 이미지를 유지하기 위하여 프랜차이즈이용자가 그의 거래 상대방에게 제공하는 상품이나 서비스가 통일성을 위해 계속적인 통제를 가하고 있는 결합관계를 유지하게 된다. 따라서 이와 같이 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자를 동일한 영업체로 인식하고 프랜차이즈이용자와 거래한 제3자를 어떻게 보호할 것인가가 문제된다.

이에 대한 해결방법으로 외관법리를 적용할 수 있다. 즉 우리 민법 제125조에서는 제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위내에서 행한 그 타인과 제3자 사이의 법률행위에 대하여 책임을 진다고 규정하고 있으며, 또한 실제로는 존재하지 않는 대리관계를 상대방이 존재한다고 믿는 경우에 법률이 상대방의 이익을 보호하기 위하여 그러한 외관을 창출하게 한 본인에게 일정한 책임을 부담시키는 것이므로 표현대리에 의한 법적 책임의 근거로 제시될 수 있다. 이를 일종의 신뢰책임이라고 할 수 있다.[89] 즉, 대리권을 가지고 있다고 믿을 만한 직함을 사용자가 피용자로 하여금 대외적으로 사용하게 한 경우, 피용자가 그와 같이 지칭하고 있음을 사용자가 알고 있으면서 묵인하는 경우 및 타인에 대하여 자기명의의 사용을 허용하거나 묵인하는 경우가 있는 때에, 이를 민법 제125조의 범위에서 다룰 것인가에 대해 견해가 대립되나 통설은 명의대여도 민법 제125조의 대리권 수여 표시에 해당하는 것으로 본다.[90]

프랜차이즈계약에 있어서도 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 자기의 상호, 상표 등을 사용하도록 하며 프랜차이즈이용자를 위해 전국적 광고를 실시하는데 이것이 표현대리의 성립요건을 충족시킬 수도 있는지 여부가 문제 될 수 있다. 이에 대해서는 두가지 견해로 나누어진다. 하나는 프랜차이즈제공자의 표현대리 책임을 인정하자는 견해이고, 다른 하나는 프랜차이즈이용자이 프랜차이즈제공자

89) 김형배, 「민법학강의」(신조사, 2000), p.201.
90) 김형배, 전게서, p.204.

와 동일한 외관으로 영업을 하고 있지만 프랜차이즈제공자와는 별개의 사업체라는 것을 프랜차이즈이용자과 거래하는 상대방이 보편적으로 인식하고 있거나 인식하고 있어야 한다는 데서 출발하여 프랜차이즈이용자의 영업을 프랜차이즈제공자의 영업으로 오인한 피해자의 신뢰에 과실이 존재하거나 합리성이 부족하다고 보아 쉽게 표현대리책임을 인정할 수 없다는 견해이다.[91] 이하에서는 먼저 대리제도와 표현대리제도의 일반적인 내용을 검토한 후에 프랜차이즈관계에서의 적용문제를 살펴보기로 한다.

1) 대리제도의 개관

(1) 대리제도의 의의

대리제도란 타인(대리인)이 본인의 이름으로 법률행위(의사표시)를 하거나 또는 의사표시를 수령함으로써 그 법률효과가 직접 본인에 관하여 생기는 제도(직접대리)를 말한다.

여기서 문제되는 표현대리란 대리인에게 정당한 대리권이 없음에도 불구하고 대리권이 있는 것과 같은 외관이 존재할 뿐 아니라 이에 대하여 본인이 어느 정도의 원인을 제공하고 상대방이 무권대리인을 정당한 대리인으로 신뢰하여 법률관계를 형성하였을 경우에, 이를 신뢰한 상대방을 보호하고 거래안전을 도모하기 위하여 무권대리행위에 의한 법적 효과를 정당한 대리행위에서와 같이 본인에게 귀속시키는 대리제도의 유형을 표현대리라고 한다.

(2) 대리제도의 사회적 작용

흔히 농경사회에 있어서 생활자 수요는 신분법과 물권법으로 모든 생활상의 요구를 충족시켰으므로 대리제도가 요구되지 않았다. 가족구성원, 무능력자에 대하여는 가장이 당연히 재판상·재판외의 모든 법률행위를 하였으므로 법정대리만으로 충분했다. 따라서 본래의 의미에 있어서의 대리제도는 계약법생활을 중심으로

91) 임재호, 전게 프랜차이즈 가맹점의 행위로 인한 사업본사의 책임, p.28.

한 근대이후 상거래사회의 제도적 산물이라고 할 수 있다. 오늘날은 대리인없이 기업활동을 한다는 것은 거의 불가능한 경제구조가 되었다. 기업주의 영업활동, 즉 의사결정의 확산, 제2의 자기의사 창조수단이 곧 대리제도라 하겠다. 이 대리제도를 통하여 기업활동은 국제적 규모로 확장되고 동시에 시장은 확산된다. 국내의 전국영업망, 국제적인 대기업 등 모두 기업주 자치의사의 확장·보충의 형태로 나타난다.

(3) 법률상의 성질

대리인이 한 법률행위의 효과가 왜 법률행위를 하지 않는 본인에게 귀속하는가라는 이론적 근거를 둘러싸고, 본인행위설, 대리인행위설, 공동행위설 등 견해의 대립이 있다. 본인행위설은 대리인의 행위를 본인의 행위로 의제하는 설이다. 따라서 법률행위의 여러 요건(행위능력, 의사의 흠결 등)은 본인을 표준으로 판단하는 입장이다. 또한 대리인행위설은 행위당사자는 대리인이며 행위의 효과는 법률의 규정에 의해 본인에게 귀속한다고 본다. 따라서 법률행위의 여러 요건(행위능력, 의사의 흠결 등)은 대리인을 표준으로 하여 정해진다고 한다. 한편 공동행위설에 의하면 본인의 대리인에 대한 의사와 대리인의 상대방에 대한 의사가 결합하여 효력을 발생한다고 본다.

(4) 대리가 인정되는 범위

가. 법률행위

대리는 법률행위를 대리하는 것이므로 법률행위적 의사표시에 한하여 허용된다. 하지만 법률행위라 하더라도 대리를 금지하는 법률의 규정이 있거나 법률행위의 성질상 대리에 적합하지 않은 경우 대리는 허용되지 않는다. 일신전속적인 행위(혼인·입양·인지·유언 등)가 이에 속한다. 그 밖에 당사자 사이의 약정에 의해 대리를 금할 수도 있다. 그러나 상법상 지배인의 포괄대리권은 원칙적으로 이를 제한할 수 없다(상법 제11조).

나. 불법행위

불법행위는 대리가 허용되지 않는다. 법인은 이사 기타 대표자가 직무에 관하여 타인에게 한 행위에 손해배상책임을 져야 한다(민법 제35조 ①)고 하나, 이는 대리인이 아닌 대표기관에 관한 규정으로 불법행위에는 대리가 적용되지 않는다. 다만 대리인이 본인의 피용자인 경우에는 본인이 사용자책임(민법 제756조)을 부담할 수 있다.

다. 사실행위

사실행위는 대리가 허용되지 않는다. 따라서 제3자의 협력이 있더라도 그것은 대리가 아니라 사실상의 보조행위에 불과하다. 사실행위가 의사표시와 결합하여 법률행위를 구성하는 경우(동산양도계약· 질권설정계약에서 물건의 인도행위)에 그러한 법률행위의 대리를 허용하는 의미에서 예외적으로 사실행위의 대리를 허용할 뿐이다.

라. 준법률행위

준법률행위 또한 대리가 허용되지 않는다. 그러나 '의사의 통지'나 '관념의 통지'와 같이 의사표시와 유사한 행위에는 의사표시규정의 유추적용이 가능하므로 대리규정의 유추적용이 가능하다고 볼 것이다.

(5) 대리권의 발생원인

가. 법정대리권의 발생원인

법정대리권은 법률의 규정에 의하여 대리권이 발생하는 경우와 특정인의 지정행위에 의해 발생하는 경우, 법원의 선임에 의한 경우가 있다[92].

나. 임의대리권의 발생원인

임의대리권은 대리인에 대한 본인의 수권행위(대리권 수여행위)에 의해 발생한다. 수권행위는 본인이 대리인에게 대리권을 부여하는 행위를 말한다. 이는 기초적 내부관계(위임, 고용, 도급, 조합 등)를 발생케 하는 행위와 구별된다. 수권행위는 상대방의 수령을 요하는 단독행위로서, 대리인이 될 자의 의사표시는 필요하지 않다. 또한 수권행위는 민법상 불요식행위이며 묵시적으로도 가능하다(실제로는 대리인에게 위임장을 주는 것이 보통). 따라서 대리하는 법률행위가 요식행위인 경우에도 수권행위가 그 방식을 따라야 할 필요는 없다. 위임·고용·도급·조합계약 등이 무효이거나 취소 기타의 사유로 실효한 경우 수권행위도 그 영향을 받아 소급하여 그 효력을 잃게 되는지에 관해서는 무인설과 유인설의 대립이 있다. 당사자의 통상의 의사해석상 수권행위와 원인관계는 유인관계에 서므로 유인설이 당사자의 의사를 존중하는 해석론이라는 점에서 타당하다.

2) 대리행위

(1) 서설

대리에서는 법률행위를 하는 자는 본인이 아니고 대리인이며 본인에게는 다만 그 법적 효과가 발생할 뿐이다. 따라서 대리인과 상대방 사이에는 대리인이 법률행위를 할 때 그 효과가 본인에게 발생한다는 것을 표시할 필요가 있으며(현명주의), 대리인의 의사표시에 하자가 있을 때에는 대리인과 본인 가운데 누구를 기준으로 할 것인가(대리행위의 하자), 그리고 대리인은 행위능력이 없어도 대리행위

92) ① 당연히 대리인이 되는 경우는 친권자(제911조, 제920조), 후견인의 경우이다.
② 본인 이외의 일정한 지정권자의 지정에 의한 경우는 지정후견인, 지정유언집행자(제1093조, 제1094조)의 경우이다.
③ 법원이 선임하는 자가 대리인이 되는 경우는 부재자재산관리인(제23조, 제24조), 상속재산관리인(제1023조, 제1040조, 제1044조, 제1047조, 제1053조), 유언집행자(제1096조)의 경우이다.

를 할 수 있는가(대리인의 행위능력)가 문제된다.

(2) 현명주의

대리인은 대리행위를 함에 있어서 그 행위가 본인을 위한 것임을 표시하여야 한다(민법 제114조 1항). 즉 법률행위는 대리인이 하지만 '본인의 이름으로' 하여야 한다. 우리는 독일민법과는 달리 민사상의 대리에만 현명주의를 요구하고 상행위에 있어서는 이를 요구하지 않는다(상법 제48조). 대리인이 반드시 대리인임을 표시하여 의사표시를 하여야 하는 것은 아니고 본인명의로도 할 수 있다.[93] 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 않고 의사표시를 한 경우에 그 의사표시는 대리인 자신을 위한 것으로 한다(민법 제115조 본문). 그러나 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우 대리의 효력은 있다(민법 제115조 단서). 하지만 이 규정은 수동대리에는 적용이 없다(일반적으로 효력이 발생하지 않는다).

(3) 대리행위의 하자

대리행위의 하자에 관하여는 민법 제116조가 적용되므로 대리인을 표준으로 하여 결정한다. 이 규정은 임의대리 뿐만 아니라 법정대리에 관해서도 적용된다.

가. 비진의의사표시

대리인이 비진의의사표시를 한 경우에는 그 의사표시는 표시된 대로 효력이 발생한다(민법 제107조 1항 본문). 그러나 상대방이 비진의표시임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 무효이다(민법 제107조 1항 단서). 수동대리인 경우에도 이에 준한

93) 대법원 1973.12.26. 선고 73다1436 판결: 회사나 기타 법인이 어음행위를 하려면 대표기관이 그 법인을 위하여 하는 것임을 표시하고 자기성명을 기재하여야 하는 것은 대표기관 자신이 직접 어음행위를 하는 경우이고 대리인이 어음행위를 하려면 어음상에 대리관계를 표시하여야 하는바, 그 표시방법에 대하여 특별한 규정이 없으므로 어음상에 대리인 자신을 위한 어음행위가 아니고 본인을 위하여 어음행위를 한다는 취지를 인식할 수 있을 정도의 표시가 있으면 대리관계의 표시로 보아야 할것인바, 본건에 있어 "연합실업주식회사 이사 김용식"이라는 표시는 동 회사의 대리관계의 표시로써 적법한 표시로 인정된다.

다. 또한 여기에서 본인은 선의의 제3자에 해당하지 않는다.

나. 허위의 의사표시

본인과 상대방의 허위의 의사표시는 민법 제116조에 따라서 대리행위가 유효하다고 볼 이유가 없으므로, 이 경우에는 법률행위는 대리인과 아무런 관계가 없고 본인이 실질적인 당사자이므로 제116조의 적용은 배제된다. 대리인과 상대방의 허위표시는 이를 무효라 하더라도 본인보호에 합당하지 않은 것이 없으므로 상대방은 본인에 대하여 무효를 주장할 수 있다.

다. 착오에 의한 의사표시

대리행위에 착오가 있는지, 또는 표의자(대리인)에게 중대한 과실이 있는지의 여부는 대리인을 기준으로 해서 판단한다(민법 제116조 1항). 그러나 대리인의 착오를 이유로 해서 대리행위를 취소할 수 있는 권한은 본인에게 있다고 해석해야 한다. 다만 대리인은 본인의 취소권행사를 대리할 수 있을 것이다.

라. 사기나 강박에 의한 의사표시

상대방에 의하여 대리인이 사기나 강박을 당했을 경우 본인은 대리인을 기준으로 사기나 강박을 판단하여(민법 제116조 1항) 이를 취소할 수 있다(민법 제110조 1항). 대리인의 사기나 강박에 의해서 상대방이 의사표시를 한 경우 상대방은 민법 제110조 1항에 의해서 이를 취소할 수 있다(판례). 제3자의 사기나 강박에 의해서 상대방이 의사표시를 한 경우 대리인이나 본인이 사기나 강박행위를 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 이를 취소할 수 있다(민법 제110조 2항).

마. 본인이 알았거나 알 수 있었던 사정

의사표시의 효력이 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 사실에 의하여 영향을 받은 경우에는 법률행위를 한 대리인을 기준으로 하여 이 사실의 유무를 판단하여야 한다(민법 제116조 1항). 다만 대리인이 본인의 지시에 좇아 법률행위를 했다면, 본인은 자기가 안 사정 또는 과실로 알지 못한 사정에 관한 대리인의 악의·과실을 민법 제116조 1항에 따라 주장할 수 없다(민법 제116조 2항).

(4) 대리인의 능력

대리인이 법률행위를 할 수 있는 의사능력을 가져야 하는 것은 통상의 법률행위와 같지만, 대리인은 행위능력자임을 요하지 않는다(민법 제117조). 따라서 금치산자도 임의대리인이 될 수 있게 된다. 하지만 민법 제117조 규정은 임의규정이며 특약으로 배제할 수 있다. 민법 제910조, 제937조, 제1098조는 무능력자가 법정대리인이 되는 것을 금지하고 있다. 또한 민법 제117조는 본인이 대리인의 무능력을 이유로 그 대리행위를 취소할 수 없다는 의미이며, 본인과 대리인 간의 수권행위가 대리인의 무능력때문에 취소할 수 없는가는 별개의 문제이다. 수권행위가 위임·고용 등 원인된 법률행위와 합체되어 존재할 때 기초관계가 무능력을 이유로 취소되면 수권행위도 실효됨이 원칙이나, 거래안전을 위하여 대리권은 소급하여 소멸하지 않고 이미 행해진 대리행위의 효력에는 영향이 없다.

3) 대리의 효과

(1) 대리의 법률효과

대리인에 의한 법률행위의 효과는 본인에게 귀속한다(민법 제114조). 여기서 본인에게 귀속하는 효과란 대리행위로부터 발생하는 모든 법률행위적 효과는 물론 비법률행위적 효과로 불리는 모든 효과(계약의 취소권 등)도 본인에게 귀속한다. 단 대리인의 불법행위에 대해서는 본인의 책임이 없다(기초적 내부관계에 있어서 본인이 사용자로서의 책임을 지는 것은 별개의 문제이다).

(2) 본인의 능력

본인이 스스로 법률행위를 하는 것이 아니므로 의사능력이나 행위능력을 가질 필요는 없다. 그러나 의사능력이나 행위능력자임을 요하지는 않으나 반드시 권리능력자이어야 한다.

4) 프랜차이즈와 표현대리

(1) 표현대리의 요건

민법은 대리권 수여의 표시에 의한 표현대리, 권한을 넘은 표현대리, 대리권 소멸 후의 표현대리 등 세가지 형태의 표현대리를 상정하고 있는데, 그 중 프랜차이즈와 직접 관련이 있는 것은 민법 제126조의 대리권 수여의 표시에 의한 표현대리일 것이다.

대리인에게 실제로는 대리권을 수여하지 않았으나, 본인이 제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시하였기 때문에 상대방이 대리권이 있는 것으로 신뢰하고 거래행위를 한 경우를 '대리권 수여의 표시에 의한 표현대리'라 한다. 민법 제125조는 본인이 제3자에 대하여 자기의 의사로 타인에게 대리권을 수여했다는 표시를 하는 것을 예정한 규정이기 때문에 법정대리에는 적용되지 않는다.

표현대리는 실제로는 존재하지 않는 대리관계를 상대방이 존재한다고 믿은 경우에, 법률이 상대방의 이익을 위하여 그러한 상황에 기여한 본인에게 일정한 책임을 부담시키는 것이므로 표현대리에 의한 법적 책임의 근거는 일종의 신뢰책임이라고 할 수 있다. 이는 본인이 자신의 비법률행위적 행동에 기하여 상대방에게 신뢰를 조성시킨 경우에 그에 대하여 책임을 지우는 것이라고 이해할 수 있다.

이와 같은 결과를 발생시키기 위해서는 본인이 제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여하였음을 표시해야 한다. 표시의 방법은 위임장이 보통이고(백지위임장의 교부도 그 소지자에게 대리권을 준다는 뜻을 표시한 것으로 본다), 표시의 의미는 '관념의 통지'로 봐야 할 것이다. 철회를 한다면 표시와 동일한 방법으로 상대방에게 하여야 한다. 여기서 제3자는 대리행위의 상대방이 될 자를 말하며, 무권대

리인의 행위는 표시된 대리권의 범위내에서 대리행위를 하여야 한다(표시된 대리권의 범위를 넘으면 민법 제126조가 적용된다). 또 대리행위는 표시를 받은 상대방과의 사이에서 한 것이어야 하며, 제3자인 상대방이 대리권의 부존재를 알았거나 알 수 있었을 때에 민법 제125조는 적용되지 않는다. 즉, 상대방은 알지 못한 데에 선의·무과실이어야 한다(민법 제125조 단서). 상대방의 선의·무과실은 추정되므로, 본인은 상대방의 악의·과실을 입증해야 한다.

(2) 표현대리의 적용여부

여기서 문제가 되는 요건은 과연 프랜차이즈제공자가 제3자인 소비자에게 프랜차이즈이용자의 행위가 자신의 대리인의 행위로 인정할 수 있는 외관을 표시했느냐 하는 문제일 것이다. 즉 일반적으로 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자로 하여금 자신의 상호, 상표를 사용하게 하고, 프랜차이즈이용자를 위하여 실시하게 되는 전국적인 광고가 각 프랜차이즈이용자들을 자신의 대리인이라 표시하는 것으로 볼 수 있느냐의 문제이다

미국이나 우리나라 모두에서 표현대리이론이 적용될 수 있는 경우는 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자를 자신의 대리인인 것처럼 표시하거나 대리인처럼 행동하는 것을 묵인한 때에 한하여 인정하고 있다.[94]

따라서 프랜차이즈계약에 의해서는 원칙적으로 표현대리책임이 문제되지 않는다. 즉 프랜차이즈이용자가 프랜차이즈제공자와 동일한 외관으로 영업을 하고 있다는 사실만으로 표현대리가 성립한다고 볼 수는 없고, 대리관계의 외관이 존재하여야 하고 또한 외관에 대한 거래 상대방의 정당한 신뢰가 존재하여야 한다. 다만 예외적으로 프랜차이즈이용자가 대리점 또는 지점 등으로 표시하여 마치 자신이 프랜차이즈제공자의 상업사용인(대리권이 있는 자)인 것처럼 표시를 하고, 프랜차이즈제공자도 이를 묵인하는 경우에 한해서 프랜차이즈제공자는 채무불이행책임에 대한 표현대리책임 또는 불법 행위책임에 대한 사용자책임을 부담하여야 한다. 프랜차이즈이용자와 프랜차이즈제공자는 원칙적으로 상호 독립된 상인이므로 상호간에 대리인과 본인의 관계가 성립하지 않는다. 그럼에도 불구하고 프랜차이

94)산업자원부·한국프렌차이즈협회,「프랜차이즈 경영가이드」총서 6, p.143.

즈제공자가 프랜차이즈이용자를 자신의 대리인인 것처럼 표시하거나 대리인처럼 행동하는 것을 묵인한 경우에는 표현대리책임을 부담하는 경우가 있다.[95]

아울러 사실상의 표현대리책임에서 살펴본 Myszkowski v. Penn Stroud Hotel, Inc 사건을 검토해보자. 이 사건에서 원고는 피고 Best Western이 자신을 Best Western Pocono Inn의 소유자 내지 경영자임을 나타내는 표시를 하였고, 또한 원고는 이러한 표시를 신뢰하였으므로, Best Western은 Penn Stroud의 과실행위에 대하여 대위책임을 져야 할 것이라고 주장하였다. 즉 원고는 명백한 수권(apparent authority) 또는 금반언(estoppel)에 의한 Best Western의 책임을 부디KA하여야 한다고 주장하였다. 이는 우리 법상의 표현대리책임에 해당된다. 그런데 이 사건에서는 표현대리의 법리를 적용할 수는 없다고 하였다. 왜냐하면 표현대리는 거래관계에서의 외관을 신뢰하는 자를 보호하기 위하여 존재하는 법제도이기 때문이다고 하여 책임을 부정하였다. 즉 원고는 오직 모 사회봉사단체가 지정하는 장소에서 지정한 시간에 디제이(D.J)일을 맡아주기로 계약을 하였을 뿐, Best Western이나 Penn Stroud와는 계약을 체결하거나 거래를 한 사실이 없다고 판시하고 있다.[96]

3, 명의대여자의 책임론

명의대여자의 책임은 명의차용인과 그 상대방의 거래행위에 의하여 생긴 채무에 관하여 명의대여자를 진실한 상대방으로 오인하고 그 상호·신용·명의 등을 신뢰한 제3자를 보호하기 위해 인정된 상법상의 책임이다.[97] 이 이론의 근거는 독일법상의 외관이론(Rechtsscheintheorie) 및 영미법상의 표시에 의한 금반언의 법리(estoppel by representation)에 있다.[98] 프랜차이즈계약에 의하여 프랜차이즈이

95)산업자원부·한국프렌차이즈협회,「프랜차이즈 경영가이드」총서 6, p144.

96) Myszkowski v. Penn Stroud Hotel, Inc. 634 A. 2d 622, p630

97) 대법원 1998. 3. 24. 선고 97다55621 판결:상법 제24조 소정의 명의대여자 책임은 명의차용인과 그 상대방의 거래행위에 의하여 생긴 채무에 관하여 명의대여자를 진실한 상대방으로 오인하고 그 신용·명의 등을 신뢰한 제3자를 보호하기 위한 것으로, 불법행위의 경우에는 설령 피해자가 명의대여자를 영업주로 오인하고 있었더라도 그와 같은 오인과 피해의 발생 사이에 아무런 인과관계가 없으므로, 이 경우 신뢰관계를 이유로 명의대여자에게 책임을 지워야 할 이유가 없다.

98) 대법원 1987.3.24. 선고 85다카2219 판결 :상법 제24조는 금반언의 법리 및 외관주의의 법리에 따라 타인에게 명의를 대여하여 영업을 하게 한 경우 그 명의대여자가 영업주인 줄로 알고 거래한 선의의

용자가 프랜차이즈제공자와 동일한 상호로 영업을 하는 경우에는 프랜차이즈이용자의 영업을 프랜차이즈제공자의 영업으로 오인하여 거래한 경우가 발생할 수가 있다. 이러한 경우에는 프랜차이즈이용자에게 프랜차이즈제공자와 동일한 상호로 영업을 할 수 있는 권한을 부여한 프랜차이즈제공자에게 명의를 대여한 자로서의 책임을 요구할 수 있느냐 하는 문제가 제기될 수 있다.

1) 명의대여자 책임의 의미와 프랜차이즈관계

타인에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업할 것을 허락한 자는 자기를 영업주로 오인하여 거래한 제3자에 대하여 그 타인과 연대하여 변제할 책임이 있다고 규정하고 있다(상법 제24조). 프랜차이즈계약에 의하여 프랜차이즈이용자가 프랜차이즈제공자와 동일한 상호로 영업을 하는 경우에 프랜차이즈이용자의 영업을 프랜차이즈제공자의 영업으로 오인하여 거래한 경우를 예상할 수 있다. 이러한 경우에 프랜차이즈이용자에게 프랜차이즈제공자와 동일한 상호로 영업을 허락한 프랜차이즈제공자에게 명의를 대여한 자로서의 책임을 부과할 수 있는지가 문제된다. 또 하나의 문제는 동일한 상표의 사용을 허락하고 그 상표 내지 영업표지의 동일성을 유지하기 위하여 통제권을 행사한 경우에 프랜차이즈제공자의 책임을 인정할 수 있는지가 문제될 수 있다.

미국의 Lanham Trademarks Act(상표법)은 상표허가자에게 상품의 품질을 유지하기 위하여 상표이용자에게 어느 정도의 통제권을 행사할 수 있게 하고, 만약 상표허가자가 이 통제권을 적절하게 행사하지 못한 경우에는 상표포기라는 법원의 판결을 초래할 수 있다고 하고 있다.[99] 따라서 프랜차이즈계약에 의하여 프랜차이즈이용자에게 프랜차이즈제공자의 상표의 사용을 허락한 프랜차이즈제공자는 상표법에 의하여 프랜차이즈이용자에게 프랜차이즈제공자의 상표의 사용을 허락한 사 프랜차이즈제공자는 상표법에 의하여 상표의 포기에 이르는 것을 막기 위한 목적

제3자를 보호하기 위하여 그 거래로 인하여 발생한 명의차용자의 채무에 대하여는 그 외관을 만드는데에 원인을 제공한 명의대여자에게도 명의차용자와 같이 변제책임을 지우자는 것으로서 그 명의대여자가 상인이 아니거나, 명의차용자의 영업이 상행위가 아니라 하더라도 위 법리를 적용하는데에 아무런 영향이 없다.

99) U.S.C §1127(1976)

내지 상표보호를 위한 목적으로 프랜차이즈이용자에게 필요한 통제를 가할 수 있도록 하고 있다. 이러한 경우에도 통제기준을 적용하여 대위책임을 부담할 수 있는지가 문제된다. 이하에서는 프랜차이즈관계에서 명의대여자로서의 책임이 인정될 수 있는지, 또 명의대여와 통제가 병행되었을 때 대위책임의 인정여부에 대해 살펴보고자 한다.

2) 명의대여자 책임의 발생요건

(1) 명의사용의 허락

명의대여자의 책임이 발생하기 위하여는 명의대여자가 명의차용자에게 명의사용을 명시적 또는 묵시적으로 허락하여야 한다.

가. 명시적 허락

명의대여자는 타인(명의차용자)에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업할 것을 허락하여야 한다. 대여하는 명의에 관하여 상법 제24조는 '성명 또는 상호'로 예시하고 있으나, 이에 한정되는 것은 아니고 명의대여자를 영업주로 오인시키는 외관, 예컨대 상호에 지점·영업소·출장소 등의 명칭사용을 허락하는 경우 모두 인정된다.[100]

그러나 명의대여자가 단순히 자기의 상호 등을 1회에 한하여 사용하도록 허락한 경우에는 민법상 표현대리의 문제는 될 수 있으나, 상법 제24조의 명의대여의 경우에는 해당되지 않는다고 본다. 즉 자신의 명의를 사용하여 '영업'할 것을 허락하여야 한다.

이에 대해 명의대여자의 책임을 인정한 판례를 살펴보면

<판례1>타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 또 그 타인은 명

100) 정찬형, 전게서, p.120.

의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로, 명의사용을 허용받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허용한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이고, 명의대여관계의 경우 민법 제756조가 규정하고 있는 사용자책임의 요건으로서의 사용관계가 있느냐 여부는 실제적으로 지휘·감독을 하였느냐의 여부에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 할 것이다[101].

<판례2> 원심이 소외 사단법인 한국병원관리연구소에게 피고의 명칭을 부가한 인천직할시립병원이라는 이름을 사용하여 병원업을 경영할 것을 승낙한 피고는 특단의 사정이 없는 한 위 법리에 따라 위 병원을 피고가 경영하는 것으로 믿고 의약품을 납품한 원고에 대하여 그 대금을 변제할 책임이 있다고 판단하고 상법 제24조의 적용범위가 상인 또는 사법인에 한정하여 적용되는 것은 아니라 하여 이 점에 대한 피고의 주장을 배척하였음은 정당하고, 거기에 소론이 지적하는 법리오해나 심리미진 내지 이유불비 또는 판단유탈의 위법을 찾아볼 수 없으므로 논지는 이유 없다.[102]

<판례3>농약관리법 제10조에 의하면 농약판매업을 하고자 하는 자는 일정한 자격과 시설을 갖추어 등록을 하도록 되어 있는 바 이는 농약의 성질로 보아 무자격자가 판매업을 할 경우 국민보건에 위해를 끼칠 염려가 있기 때문이며 따라서 그 등록명의를 다른 사람에게 빌려 준다든지 하는 일은 금지되고 있다 할 것이다. 그러나 만일 그 등록명의를 대여하였다거나 그 명의로 등록할 것을 다른 사람에게 허락하였다면 농약의 판매업에 관한한 등록명의자 스스로 영업주라는 것을 나타낸 것이라 할 것이고 상법 제24조에 의한 명의대여자로서 농약거래로 인하여 생긴 채무를 변제할 책임이 있다고 할 것이다.[103]

반면에, 명의대여자의 책임을 부정한 판례를 보면,

<판례1> 제3자가 자기의 상호 아래 대리점이란 명칭을 붙여 사용하는 것을 허락

---

101) 대법원 2005. 2. 25. 선고 2003다36133 판결

102) 대법원 1987.3.24. 선고 85다카2219 판결

참조 대법원 1970.9.29. 선고, 70다1703 판결: 타인에게 대하여 자기사업을 자기이름으로 대행할 것을 허용한 사람은 그 사업을 대행한 사람 또는 그 피용자가 그 사업에 관하여서 한 법률행위에 관하여 제3자에게 책임이 있다.

103) 대법원 1988.2.9. 선고 87다카1304 판결

한 자에게 상법상 명의대여자로서의 책임이 있는지 여부에 대하여 대법원은 일반거래에 있어서 실질적인 법률관계는 대리상, 특약점 또는 위탁매매업 등이면서도 두루 대리점이란 명칭으로 통용되고 있는데다가 타인의 상호아래 대리점이란 명칭을 붙인 경우는 그 아래 지점, 영업소, 출장소 등을 붙인 경우와는 달리 타인의 영업을 종속적으로 표시하는 부가부분이라고 보기도 어렵기 때문에 제3자가 자기의 상호아래 대리점이란 명칭을 붙여 사용하는 것을 허락하거나 묵인하였더라도 상법상 명의대여자로서의 책임을 물을 수는 없다고 하였다. 이 사건 원고가 피고 회사 전주 완주군 농업기계대리점이란 명칭을 사용한 김00로부터 이 사건 농기구를 매수하였고 피고 회사가 그와 같은 명칭을 사용하는 것을 위 김00에게 허락하거나 묵인하였다 하더라도 피고 회사에게 상법상 명의대여자로서의 책임을 물을 수는 없다 할 것이다. 왜냐하면 일반거래에 있어서 실질적인 법률관계는 대리상, 특약점 또는 위탁매매업 등이면서도 두루 대리점이란 명칭으로 통용되고 있는데다가 타인의 상호아래 대리점이란 명칭을 붙인 경우는 그 아래 지점, 영업소, 출장소 등을 붙인 경우와는 달리 타인의 영업을 종속적으로 표시하는 부가부분이라고 보기도 어렵기 때문이다.[104]

<판례2> 타인간의 거래에 자기의 납세번호증을 이용하게 한 것이 민법 제125조의 대리권수여의 표시나 상법 제24조의 명의대여에 해당하는지 여부에 대하여, 타인간의 거래에 있어 단지 세무회계상의 필요로 자기의 납세번호증을 이용하게 한 사실만으로서는 그 거래에 관한 대리권을 수여하였음을 표시하였거나 또는 자기의 명의(상호)를 대여하였다고 보기 어렵다.[105]

나. 묵시적 허락

명의대여자는 명의사용을 허락하여야 하는데, 이 허락은 구두 또는 서면에 의한 명시의 허락뿐만 아니라, 묵시의 허락도 포함된다고 본다.[106] 이 때 단순한 부작위가 묵시의 허락이 될 수 있는지 여부가 문제되는데, 단순한 부작위만으로는 책임을 인정하는데 부족하고 자기의 사무실의 사용을 허락하거나,[107] 수입의 일부를

104) 대법원 1989.10.10. 선고 88다카8354 판결
105) 대법원 1978.6.27. 선고 78다864 판결
106) 정찬형, 전게서, p.121.

받는 등 적극적인 부가적 사항이 존재하여야 한다고 본다.

즉 영업주가 타인의 영업을 위해서 자기의 상점, 전화, 창고 등을 사용하게 한 것만으로 묵시적 명의대여자의 책임을 인정할 수 있는지 여부에 대해 판례는, 묵시적 명의대여자의 책임을 인정하기 위하여는 영업주가 자기의 성명 또는 상호를 타인이 사용하는 것을 알고 이를 저지하지 아니하거나 자기의 성명 또는 상호를 타인이 사용함을 묵인한 사실 및 제3자가 타인의 성명 또는 상호를 사용하는 자를 영업주로 오인하여 거래를 한 사실이 인정되어야 할 것이므로, 영업주가 자기의 상점, 전화, 창고등을 타인에게 사용하게 한 사실은 있으나 그 타인과 원고와의 거래를 위하여 영업주의 상호를 사용한 사실이 없는 경우에는 영업주가 자기의 상호를 타인에게 묵시적으로 대여하여 원고가 그 타인을 영업주로 오인하여 거래하였다고 단정하기 어렵다고 하였다고 하고 있다.[108]

(2) 외관의 존재

명의대여자의 책임이 발생하기 위하여는 명의차용자의 영업이 명의대여자의 영업인 것으로 오인할 수 있는 외관이 존재하여야 한다. 명의대여자가 영업을 하지 않는 경우에는 명의의 동일성만 인정되면 충분하지만, 명의대여자가 영업을 하는 경우에는 영업외관의 동일성까지 인정되어야 한다. 영업외관의 의미는 엄격하게 해석될 필요는 없다고 생각한다. 이에 대해 대법원도 명의대여자의 영업이 호텔경영이고, 명의차용자의 영업이 나이트클럽경영인 경우에도 영업외관의 동일성을 인정하고 있다.[109]

이에 대한 판례를 살펴보면

<판례1> 하수급인을 수급인의 공사현장소장인 것처럼 행동하게 한 경우, 수급인의 명의대여자로서의 책임여부에 대하여, 공사의 수급인이 타인에게 그 공사를 하도급주어 그 타인으로 하여금 공사를 시공케 함에 있어 대외관계에 있어서는 그

107) 회사가 같은 업종에 종사하는 타인에게 회사의 사무실내에서 같은 사업을 경영할 수 있도록 허용하여 왔다면 거래 상대방이 별개의 업체임을 알면서 거래를 하였다고 인정된 자료가 없는 한 회사는 명의대여자로서의 책임을 면하기 어렵다. (대법원 1977.7.26. 선고 77다797 판결)

108) 대법원 1982.12.28. 선고 82다카887 판결

109) 대법원 1978.6.13. 선고 78다236 판결

하수급인을 수급인의 공사현장에 파견한 현장소장인양 표시하여 행동하게 하였다면 수급인은 상법상의 명의대여자로서의 책임을 면할 수 없다.[110]

<판례2>보험회사가 그 회사 지사장의 약속어음 발행행위에 대하여 명의 대여자로서 책임을 져야 한다고 인정된 사례에서, 갑이 약속어음을 발행할 때 주소를 대한교육보험주식회사 부산지사라고 표시하고 지사장이라고 기재하지 않았다 해도 그 성명 아래에는 개인도장 외에 동 회사 부산지사장이라는 직인을 찍은 것이므로 특별한 사정이 없는 한 이는 동인이 위 회사 부산지사장이라는 대표자격을 표시한 것이라 할 것이고 또 동 회사는 갑에게 부산지사라는 상호를 사용하여 보험가입자와 회사간의 보험계약체결을 알선할 것을 허락하였고 갑은 동 지사 사무실비품대금 조달을 위하여 을에게 약속어음을 발행하여 병이 그 소지인이 된 것이며 을이 갑의 위 어음발행행위의 주체를 위 회사로 오인한데에 중대한 과실이 있다고 보여지지 않으므로 동 회사는 명의대여자로서 그 외관을 신뢰한 갑과의 거래에 대하여 본조에 의한 책임을 져야 한다고 하고 있다.[111]

(3) 명의사용자와의 거래로 의한 채무

명의대여자는 그가 허락한 영업범위내에서 명의사용자와 제3자사이의 거래와 관련하여 생긴 채무에 대하여 책임을 진다. 여기서 거래로 인한 채무에는 거래로 인하여 직접 발생한 채무뿐만 아니라 그 거래의 효과로서 발생한 채무(채무불이행으로 인한 손해배상채무, 계약해제로 인한 원상회복의무 등)도 포함된다.

이에 대한 요건을 살펴보면

가. 명의대여자가 "허락한 영업범위 내"일 것

명의차용자가 명의대여자의 영업범위 내에 속하는 거래를 하였을 것을 요한다.[112] 판례도 정미소 상호를 계속 사용한 자에 의한 정미소 부지내 살림집 등의

110) 대법원 1985.2.26. 선고 83다카1018 판결
111) 대법원 1969.3.31. 선고 68다2270 판결
112) 이에 대하여 영업의 동일성 자체가 영업외관의 본질적인 요소가 아니다고 하며 영업범위내의 거래일 것을 요구하지 않는 견해: 이범찬·최준선, 상법(상), 삼영사(2001), 164면.

임대에 관한 명의대여자의 책임유무에 대하여, 상법 제24조에 규정된 명의대여자의 책임은 제3자가 명의대여자를 영업주로 오인하고 그 영업의 범위내에서 명의사용자와 거래한 제3자에 대한 책임이므로, 정미소의 임차인이 임대인의 상호를 계속 사용하는 경우에 있어서 임대인이 대여한 상호에 의하여 표상되는 영업은 정미소 영업이 분명하니, 임차인이 정미소 부지내에 있는 창고 및 살림집을 제3자에게 임대한 행위는 설령 명의사용자가 임대행위의 목적이 정미소 창고 건축비용을 조달키 위함이라고 말하였다고 하더라도 위 정미소 영업범위외의 거래이므로 그에 관하여 명의대여자에게 책임을 물을 수 없다고 판시하였다.[113]

나. 명의사용자와 제3자간 "거래에 의한" 채무일 것

영업을 위한 어음.수표행위는 포함되지만 거래와 무관한 불법행위로 인한 채무는 제외된다고 본다.[114] 그러나 거래행위의 외형이 있는 불법행위에 대하여는 책임을 진다.

이에 대한 판례를 살펴보면

<판례1>상법 제24조 소정의 명의대여자의 책임이 불법행위의 경우에도 적용되는지 여부에 대하여 대법원은, 상법 제24조 소정의 명의대여자 책임은 명의차용인과 그 상대방의 거래행위에 의하여 생긴 채무에 관하여 명의대여자를 진실한 상대방으로 오인하고 그 신용·명의 등을 신뢰한 제3자를 보호하기 위한 것으로, 불법행위의 경우에는 설령 피해자가 명의대여자를 영업주로 오인하고 있었더라도 그와 같은 오인과 피해의 발생 사이에 아무런 인과관계가 없으므로, 이 경우 신뢰관계를 이유로 명의대여자에게 책임을 지워야 할 이유가 없다

<판례2> 명의사용자의 업무수행상 불법행위에 대한 명의대여자의 사용자책임 유무에 대해 판례는, 타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로, 명의사용을 허용받은

113) 대법원 1983.3.22. 선고 82다카1852 판결
114) 이범찬·최준선, 전게서, p.165.

사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허용한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.[115] 이는 명의대여자가 민법 756조에 의한 사용자책임을 지는 경우로서 이 점에 관한 상세 내용에 대해서는 사용자책임에서 논하기로 한다.

(4) 거래상대방의 오인

명의차용자의 상대방이 명의대여자를 영업주 또는 거래 주체로 오인하였어야 한다. 즉 상대방이 명의대여의 사실을 몰랐어야 한다. 그러므로 상대방이 악의인 때 또는 오인에 있어 중과실이 있는 때에는 명의대여자는 책임이 없다. 상법 제24조의 규정에 의한 명의대여자의 책임은 명의자를 영업주로 오인하여 거래한 제3자를 보호하기 위한 것이므로 거래 상대방이 명의대여사실을 알았거나 모른 데 대하여 중대한 과실이 있는 때에는 책임을 지지 않는바, 이때 거래의 상대방이 명의대여사실을 알았거나 모른 데 대한 중대한 과실이 있었는지 여부에 대하여는 면책을 주장하는 명의대여자들이 입증책임을 부담한다.[116]

3) 명의대여자의 책임과 프랜차이즈제공자의 책임

프랜차이즈관계에서는 프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자와 동일한 상호로 영업을 하고 있기 때문에 명의대여의 외관이 존재하고 있고, 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 프랜차이즈제공자의 상호사용을 허락하였다는 점에서 외관의 존재에 대한 프랜차이즈제공자의 귀책원인도 인정할 수 있다. 다만 프랜차이즈이용자의 거래 상대방이 프랜차이즈이용자의 영업을 프랜차이즈제공자의 영업으

115) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다3658 판결

116) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다10512 판결; 대법원 1992.8.18. 선고 91다30699 판결(갑이 자신의 사업인 야채중매업과 아들인 을이 경영하는 야채판매업을 을과 공동하여 경영하는 것과 같은 외관을 만들어 놓고도 이를 방치하였다면 을이 경영한 야채판매업과 관련된 채무에 관하여 갑에게 명의대여자로서의 책임이 있고, 이 경우 을과 병 등 사이의 거래경위와 갑이 을에게 자신의 상호와 점포 등을 사용하게 한 사정 등에 비추어 병 등이 을 개인과 거래하는 것이 아니라 야채중매업소의 경영자와 거래하는 것으로 오인을 함에 중대한 과실이 있다고 보기 어려워 갑은 병 등에 대하여 명의대여자로서의 책임을 면할 수 없다고 한 사례.)

로 신뢰하고 거래하였을 경우, 그 오인에 중대한 과실이 없었을 경우에는 프랜차이즈제공자는 명의대여자로서의 책임을 부담하여야 할 것이다.[117] 다만 명의대여자의 책임규정은 거래상의 외관보호와 금반언의 원칙을 표현한 것으로 거래상대방이 거래 당시 명의자를 영업주로 오인한 경우에 그 책임을 물을 수 있는 것이므로, 거래 당시 실제 거래의 당사자를 알고 있는 경우에는 비록 명의대여가 있었더라도 명의대여자책임은 성립할 수 없다는 것은[118] 프랜차이즈관계에서도 마찬가지일 것이다.

프랜차이즈관계가 위와 같은 명의대여자의 책임발생요건을 충족하면 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자와 연대하여 변제할 책임이 있다고 본다. 즉 부진정연대채무의 관계에 있게 된다. 따라서 거래상대방은 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자 중 선택적으로 누구에 대하여도 책임을 물을 수 있다. 한편 미국 상표법과 관련하여, 프랜차이즈제공자가 Lanham Trademarks Act의 요구에 따라 상표이용자인 프랜차이즈이용자에게 통제권을 행사하였다고 하여 당연히 사용관계가 형성되었다고 볼 수는 없겠지만, 만약 상표권자인 프랜차이즈제공자가 상표보호의 목적으로 프랜차이즈이용자에게 통제권을 행사하면서 상표보호에 요구되는 정도를 초과하는 통제를 가하여, 사용관계에서 사용자가 행사할 수 있는 정도의 통제가 있었다고 볼 수 있는 경우에는 프랜차이즈제공자에게 대위책임을 인정할 수도 있을 것이다.[119]

4. 사용자책임론

민법 제756조는 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다. 학설은 일반적으로 사용자 배상책임의 성립요건으로서 ①사용관계가 존재할 것, ②사무집행에 관해 손해가 발생하였을 것, ③ 피용자가 불법행위 제 요건을 충족시

117) 김상용, “프랜차이즈 계약”, 민사법의 실천적과제(정환담교수 회갑기념논문집, 2000), p.394; 정상조, “프랜차이즈계약의 법적 문제점‘, 법학 제38권 1호(서울대, 1997), p.131.
118) 부산지방법원 2005. 8. 22. 선고 2005가단66226 판결
119) E. Wayne Phillips, "liability of franchisors for the torts of their Monata franchisees', Monata Law Review Vol. 49. 130(1988)

킬 것, ④ 사용자가 면책사유 없음을 입증하지 못할 것 등을 들고 있다. 이 중 프랜차이즈와 관련하여 특히 의미있는 것은 사용관계가 존재할 것이라는 요건일 것이다.

사용자 배상책임을 인정하기 위해서는 지휘 · 감독의 관계가 전제되어야 하며, 이 지휘 · 감독의 관계는 사실상 지휘 · 감독하고 있었느냐의 여부가 아니라, 사용관계의 외관(또는 외형)이 객관적으로 지휘 · 감독을 할 관계가 있었느냐의 여부에 의해 결정되는 것이다. 이하에서는 사용자 배상책임에 관한 전반적인 내용을 우선 살펴보고 프랜차이즈관계를 사용자와 피용자관계로 볼 수 있는지 여부에 대해 검토해 보고자 한다.

1) 사용자 책임의 의의

타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자 및 그 자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 끼친 때에는 그 피용자의 선임 및 사무감독에 주의를 다 했음을 입증하지 못하면 그 손해를 배상할 책임이 있다는 것이 사용자책임이다. 우리 민법은 제756조 제1항 본문에서 이를 규정하고 있다. 오늘날 기업은 수많은 피용자를 고용하여 기업활동을 하면서 이익을 얻는데 그 과정에서 피용자가 제3자에게 끼친 손해에 대해서는 기업으로 하여금 배상토록 하는 것이 공평하며, 피해자의 입장에서도 자력이 없는 피용자를 상대하는 것보다는 기업을 상대로 하는 편이 충분한 배상을 받는데 유리하다.

피용자의 불법행위에 대해 사용자가 그 배상책임을 지는 근거에 관해 통설 및 판례는 '보상책임'의 원리에 기초한 것으로 파악한다. 사용자책임은 사용자의 피용자에 대한 선임 및 감독상의 과실을 이유로 하는 점에서 기본적으로 과실책임의 범주에 속하는 것이다. 다만 사용자의 과실이 문제되는 것은 피용자의 선임 · 감독에 관한 것이고 피용자의 가해행위 자체에 대한 것이 아님 점이 특색이 있다. 또한 사용자는 자신에게 그러한 과실이 없다는 사실을 입증하여야만 면책될 수 있다고 함으로써 입증책임을 전환하고 있다.

사용자 배상책임과 비슷하지만 구별되는 책임으로는 법인의 불법행위책임, 국가배상책임, 자동차손해배상책임, 이행보조자의 행위에 대한 책임 등이 있다. 하지

만 법인의 대표기관이 그 직무에 관하여 타인에 가한 손해에 대해서는 법인 자신의 불법행위가 성립하는 점에서 사용자책임과 구조를 달리하며, 국가배상책임은 국가의 고의 · 과실을 문제삼지 않는 무과실책임으로 구성되어 있고 공무원에게 경과실이 있는 경우에는 공무원은 민사상 아무런 책임을 지지 않고 국가만이 배상책임을 지고 고의 · 중과실이 있는 경우에 국가가 공무원에게 구상권을 행사할 수 있다고 하고 있다. 자동차손해배상책임은 그 적용대상이 자동차의 운행으로 인한 인적 사고에 한정되고 배상책임자는 자동차의 운행자이며 운행자는 무과실에 가까운 엄중한 책임을 진다는 데에 특색이 있다. 이행보조자의 행위에 대한 책임과 다른 점은 이행보조자가 되는 데에는 채무자의 의사관여가 있으면 족하고 사용관계까지 요구하는 것은 아니므로 이행보조자의 행위에 대해 채권자가 사용자의 자격에서 불법행위책임을 지기 위해서는 제756조 1항에서 정하는 '사용'의 요건을 별도로 충족하여야 한다.

프랜차이즈제공자의 책임을 인정하는 상술한 이론적 구성은 미국에서 논의되는 것이기 때문에, 그 이론구성이나 전개면에서 볼 때 우리의 상황에 그대로 원용하기에는 어려운 점이 있다는 견지에서, 사용자 배상책임의 법리를 원용하는 것이 가장 합당하다고 주장하고 있다. 이 견해는 수급인의 행위로 피해를 입은 제3자에 대하여 도급인에게 일정한 요건하에서 사용자 배상책임을 인정한 우리 판례[120]에 기초한 것이다.

즉, 비록 도급인과 수급인과의 관계가 독립적이기는 하지만 도급인이 수급인에 대하여 지시 · 통제를 할 경우에는 이를 사용자와 피용자의 관계로 보아 도급인에게 사용자 배상책임을 인정할 수 있고, 이는 도급계약당사자 상호간의 지위가 대내적 관계와 대외적 관계에 있어서 다르게 나타날 수 있다는 것을 함축하고 있다고 보는 것이다. 특히, 프랜차이즈계약의 성립요건 중 하나인 '프랜차이즈제공자의 프랜차이즈이용자에 대한 지시통제권의 행사'는 바로 양 당사자의 관계가 절대적 독립관계라고만 볼 수 없는 좋은 반증이고, 동일한 외관을 가지며 프랜차이즈제공자로부터 실질적인 지시통제를 받는 프랜차이즈이용자와의 관계에서 피해를 입은 제3자를 보호할 필요성은 오히려 단순한 도급계약관계에 있는 수급인으로부터 피해를 입은 제3자를 보호할 필요성보다 작지 않다는 점 등에서 프랜차이즈제

120) 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2370 판결

공자의 제3자에 대한 책임을 일정한 요건하에서 인정하는 것이 필요하다는 지적이다. 다만, 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 지시통제를 한다고 하여 무조건 제3자에 대한 책임을 인정하는 것은 프랜차이즈제공자에게 엄청난 위험부담을 초래하게 되고 이는 결국 프랜차이즈의 합리적 발전을 저해하게 될 것이므로, 책임이 인정되는 범위에 대해서는 명백하게 한계를 정할 필요가 있다. 이 문제는 외부적 외관의 동일성과 내부적 지위의 독립성이라는 프랜차이즈계약의 기본속성을 함께 고려하여 프랜차이즈제공자와 제3자의 이익간에 균형을 이루도록 해결할 필요가 있으며, 따라서 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에 대하여 실질적으로 통제를 가할 경우에는 그에게 제3자에 대한 책임을 인정할 수 있지만, 단지 영업표지의 보호에 필요한 범위 내에서 통제를 가한 정도에 그친 경우에는 사용자배상책임을 인정하여서는 아니 될 것이라고 보는 견해이다.

2) 사용자 책임의 근거 및 법적 성질

(1) 책임의 근거

사용자책임에 대한 근거는 '사용자가 피용자의 가해행위에 대하여 어떠한 경우에 왜 책임을 부담하는가'라는 것을 밝히는 문제이다. 일반적으로 불법행위에 의한 손해배상책임은 가해자가 부담하는 것이 원칙이지만, 일반적으로 사용관계에 있는 피용자에게는 충분한 자력이 없기 때문에 피용자에게 배상책임을 지운다면 피해자를 보호하기가 어려운 점이 있다. 따라서 피용자를 사용함으로써 이익을 얻어 온 사용자에게 그 책임을 부담시키는 것이 피해자에게 보다 유리할 것이므로 민법 제756조는 여기에 근거를 두고 사용자의 배상책임을 규정하고 있다.[121]

121) 한편 사용자책임이 자기책임인가 아니면 대위책임인가에 대해 견해가 나누어진다. 자기책임설은 피용자의 귀책사유 유무를 사용자책임의 요건으로 보지 않고 오히려 사용자의 고의·과실을 사용자책임의 요건으로 보아, 사용자가 손해배상책임을 부담하는 것은 사용자 자신이 피용자를 선임·감독함에 있어서 주의의무를 다하지 못한 것에 대한 자기책임이라고 하며, 과거의판례가 이러한 입장을 취하였다. 다시 말하면, 사용자의 피용자에 대한 선임·감독상의 주의의무에 대하여는 이른바 추정된 과실로 해석되고, 따라서 사용자가 피용자의 선임· 감독에 상당한 주의를 다했다는 사실 또는 다했다 하더라도 손해가 발생하였을 것이라는 사실을 입증하지 못하면, 추정된 사용자의 과실은 곧바로 사용자의 책임으로 연결되어 사용자책임은 바로 사용자 자신의 과실을 원인으로 하는 자기책임이 된다는 것이다. 한편 대위책임설은 개인주의적 과실책임주의에 의하면 어느 누구도 타인의 불법행위에 관하여 책임을 부담하지 않

이에 대한 학설을 살펴보면

가. 보상책임설

보상책임설은 이익이 있는 곳에 손해도 귀속되어야 한다는 보상책임의 이론을 책임의 근거로 하는 것으로서 이익을 얻는 과정에서 타인에게 끼친 손해는 그 이익을 얻게 되는 자가 배상하여야 한다는 것이다. 즉, 타인을 사용하여 어떤 사업 내지 기업을 경영하는 자는 그것에 의하여 자기의 활동범위를 확장하고 많은 이익을 얻게 되는 것이므로, 피용자가 그 사업의 집행과 관련하여 타인에게 손해를 가한 경우, 그 손해는 사용자의 사업 내지 기업에 기인하는 손해로서 사용자 자신이 부담하는 것이 공평의 원칙에 부합한다고 한다. 판례도 같은 입장을 취하고 있다.[122]

나. 위험책임설

사회생활에 있어서 위험을 발생케 한 자는 그 위험의 실현에 책임을 부담하여야 한다는 것이다.[123] 즉, 자기의 이익을 위하여 타인의 이익을 위험상태에 빠지게

으므로, 과실책임주의에 의하면 피용자의 불법행위에 관하여 사용자가 손해배상책임을 부담하는 것은 타인의 행위에 의해 발생한 손해의 배상책임을 대신 부담하는 대위책임으로 보게 된다. 우리 나라의 다수의 입장은 사용자책임의 법적 성질을 피용자의 불법행위에 대한 책임의 대위책임으로 보고 있다. 대위책임이라 함은 타인의 불법행위책임을 대신해서 부담하는 것을 말한다. 그러므로 사용자가 대위책임으로써 사용자책임을 부담하는 것은 피용자의 불법행위책임을 대신해서 피해자에게 손해를 배상하고, 이에 따라 사용자는 피용자에 대해 구상할 수 있고, 다만 피용자가 배상한 경우에는 사용자에 대한 구상권이 인정되지 않는다. 우리 민법 제756조 제3항이 사용자의 피용자에 대한 구상권을 인정하고 있고, 이것은 바로 사용자책임이 대위책임이라는 근거가 된다는 것이다. 생각건대 피해자보호라고 하는 현대사회의 요청에 부응하려면 사용자책임의 이론을 자기책임으로 구성하는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 사용자책임을 자기책임으로 구성할 때 사용자 자신의 고유의 부담부분을 인정할 수 있으며, 구상권행사의 제한을 합리적으로 할 수 있으므로 피해자를 보호하기에 적합하다고 할 수 있기 때문이다. 그러나 논의의 편의상 다수설에 따라 대위책임항목에서 검토하고자 한다.

122) 대법원 1985.8.13. 선고 84다카979 판결 : 민법 제756조의 사용자의 책임에 피용자가 그 사업의 집행에 관하여라는 뜻도 그 범위에 있어서 앞에서 설시한 이 규정의 입법근거인 보상관계에 따라 해석하여야 할 것이므로 원칙적으로는 그것이 피용자의 직무범위에 속하는 행위이어야 할 것이나 이와 같이 극단적으로 그 범위를 좁게 해석하면 사용자의 책임을 정한 민법의 규정을 그 존립의의마저 부정하고 거래의 안전을 도모하려는 입법취지 마저 도외시하는 결과를 초래하게 될 것이므로 이 사업의 범위는 피용자의 직무집행행위 그 자체는 아니나 그 행위의 외형으로 관찰하여 마치 직무의 범위내에 속하는 것과 같이 보이는 행위도 포함하는 것이라고 새겨야 할 것이다.

한 자는 그 위험상태에서 생긴 손해에 대하여 배상책임을 부담하여야 한다는 것이다. 이 견해는 어떤 자에게 허용된 행위와 연결되어 있는 특별위험으로 인한 손해를 그가 배상하도록 규범화되어 있다는 사실을 바로 책임의 직접적인 인정근거로 본다. 특히 피용자의 개인적인 사용을 위한 운전중의 자동차사고에 대해 사용자책임을 인정하는 판례는 이 견해에 의해서만 설명될 수 있다고 한다.[124] 그러나 가사상의 피용자의 행위에 대하여 피용자가 배상책임을 지는 경우에 이 위험책임의 법리를 적용하기에는 어려움이 있으며,[125] 민법 제758조 제1항 단서의 공작물 소유자의 책임근거로는 몰라도 사용자책임의 근거로는 부적합하며, 만약 위험이 현실화하여 손해가 발생하면 그 손해에 대하여 절대적 책임을 부담하여야 한다는 것으로 이는 민법의 불완전한 사용자책임을 인정하는 근거로는 부적합하다는 비판이 있다.[126]

다. 기업책임설

기업책임설은 기업에 종사하는 피용자의 행위로 인한 손해에 대하여 기업을 경영하는 자는 당연히 무과실책임을 부담하여야 한다는 견해이다. 즉, 근대의 대기업조직에 있어서는 물적인 기계 · 기구와 인적인 피용자가 각각 분리 독립하고 있는 것이 아니라, 양자는 밀접하게 결합되어 일체를 이루고 있는 것으로서 피용자의 행위에 기인하는 손해는 개개의 피용자의 개인의 책임이라기보다는, 오히려 다수인을 지나치게 기계적으로 사용하는 기업설비의 인적하자인 만큼, 물적하자인 경우와 마찬가지로 사용자가 배상책임을 부담하여야 한다고 한다.[127]
이 입장은 피용자를 인간기계에 불과한 것으로 보고, 인간기계인 피용자의 불법행위는 바로 사용자의 불법행위로 순화된다는 학설이라고 설명하고 있다.[128] 현대에 있어서 소위 공작물을 종래와 같이 정지적 · 물적인 것으로만 한정할 필요는 없

123) 森島昭夫, 使用者の責任-註譯民法(19)(東京:有斐閣, 1981), p.268.
124) 황적인, 「현대민법론Ⅳ(채권각론)」(서울:박영사, 1983), p.303.
125) 김상용, 「채권각론(하)」(서울:법문사, 1998), p.248.
126) 윤형렬, "사용자배상책임", 민법학의 회고와 전망 : 무암이영준박사 화갑기념론문집(서울:박영사, 1999), p.1034.
127) 김현태, 「불법행위론」(서울:일조각), 1979, p.13.
128) 조영래, "사용자책임의 본질과 한계", 금융 제13권 제10호(대한금융단), 1966. 10, p.58.

고 그것에 동적 · 인적인 것을 포함시키는 것이 반드시 불가능하다고 할 수는 없으며, 또 공작물을 이와 같이 넓게 해석하게 되면, 즉 시설과 동의로 해석하게 되면 실제로 많은 경우에 합리적인 해결을 할 수 있다고 한다.[129]

기업책임에 대한 자세한 내용은 후술하기로 한다.

라. 사회정책적 고려설

사용자책임의 실질적 근거는 보상책임설 및 그것을 보충하는 위험책임이 원칙이지만, 그 책임의 근본에는 사회에서 생긴 손실의 분배라는 정책적 고려가 있다고 하는 견해이다. 다시 말하면 피용자보다는 사용자가 큰 배상능력을 가지고 있으므로 사용자에게 배상책임을 인정하는 것이 피해자를 더욱 보호하는 것이 되며, 손실을 넓은 범위로 분산시킬 수 있다는 것이다.[130] 이 견해는 특히 영미법상의 대위책임에 대한 오늘날의 근거로 나타난 것이 정책의 지배, 즉 위험의 적절한 분배이다. 기업은 피용자의 불법행위에 의하여 실제로 일어나는 손실을 비용의 일부로 처리하고 그것은 가격, 세금, 보험 등을 통하여 사회에 전가 내지 분산시키기 쉬운 위치에 있기 때문이라는 것이다. 다시 말하면 피용자보다는 사용자가 큰 배상 능력을 가지고 있으므로 사용자에게 배상책임을 인정하는 것이 피해자를 더욱 보호하게 되며 또한 발생한 손실을 넓은 범위로 분산시킬 수 있다. 사용자가 생산업자인 경우에는 상품가격에 의하여 소비자에게, 운송업자인 경우에는 요금 속에 포함시켜서 일반이용자에게 손실을 전가할 수 있다는 것이다.[131]

(2) 법적 성질

가. 과실책임설

과실책임설은 피용자의 행위로 인한 사용자책임의 근거를 사용자 자신의 과실에

129) 淸水金二郞, 使用者賠償責任の基礎, 法學論叢 제38권 제5호, pp.982~983.
130) 김현태, 「채권각론」(서울:일조각), 1986, p.382.
131) 김상용, 채권각론(하), 법문사, 1998, p.249.

서 구하는 설로서 다시 순수과실주의와 과실추정주의로 나누어지고 있다. 순수과실주의는 민법 제756조 1항의 단서규정을 과실입증책임이 사용자에게 전환된 과실책임으로 보고 있는 것으로 사용자가 피용자의 불법행위에 대하여 책임을 부담하게 되는 것은 사용자가 피용자의 선임 및 감독에 과실이 있기 때문이라고 하여 피용자의 선임 및 감독에 대한 사용자의 과실을 사용자 자신의 배상책임의 성립요건 및 그 원인으로 보며, 또한 이 이론은 전통적인 사법상의 과실주의와의 일관성을 그 법적 논거로 삼고 있다. 그러나 민법 제756조는 불법행위시 사용자의 고의·과실을 요건으로 하지 않고, 피용자의 선임 및 감독에 관한 사용자의 과실을 그 적극적 요건으로 하지 않는다는 점과 동조 1항에 의한 면책의 입증이 곤란하다는 점 등 모든 경우에 있어서 사용자는 사실상 무과실책임을 부담하게 된다는 비판이 있다. 그리고 동조 3항에는 사용자의 구상권을 추정하고 있는데 사용자의 책임이 사용자 스스로의 과실에 대한 책임이라면 사용자가 당연히 책임을 부담하게 되어 구상을 할 수 없다는 점에서 모순에 빠지게 된다고 한다. 과실추정주의는 사용자가 피용자의 선임·감독에 상당한 주의를 다했다는 사실 또는 상당한 주의를 다했다 하더라도 손해가 발생하였을 것이라는 것을 입증하지 못하면 사용자에게 과실이 있는 것으로 추정되므로 추정되는 자기의 과실에 대한 책임이라고 한다.[132] 그리고 이 주의는 다시 두 가지로 나누어지는데, 그 하나는 이 같은 과실의 추정은 사용자가 반증을 들어 뒤엎을 수 있다는 주의이고, 다른 하나는 사용자가 반증을 드는 것을 허용하지 않는 절대적(법정) 과실의 추정이라고 하는 주의를 들 수 있다. 전자에 속하는 것으로는 독일·일본의 경우를 들 수 있고, 후자에 속하는 것으로는 프랑스의 경우를 들수 있다. 그러나 전자에 대하여는 독일 민법이나 일본 민법의 법조문에는 사용자의 과실에 관해 명문으로 밝힌 바도 없거니와 사실상의 추정도 할 수 없다는 비판이 있고, 후자에 대하여는 프랑스 민법의 규정에는 아무런 과실도 필요로 하지 않고 사용자는 그의 무과실을 입증하여 책임을 면할 수 있는 것으로 하지 않았다. 이 까닭에 프랑스학자들은 법정의 과실추정으로써 설명하려고 하는 것이겠지만, 반증을 허용하지 않는 법정의 과실추정은 하나의 의제에 지나지 않는다는 비판을 받는다.[133]

---

132) 田上富信, “使用者責任”, 「民法講座(6)」(東京:有斐閣, 1985), p.473.
133) 김현태, 전게서(불법행위론), p.21.

나. 무과실책임설

무과실책임설은 사용자책임의 근거를 사용자의 과실에 기한 책임이 아니라 사용자에게 과실이 없어도 일정한 책임의 근거가 있을 때, 즉 사용자의 행위와 손해와의 사이에 인과관계가 있으면 배상책임을 부담하여야 한다는 견해이다. 이 견해의 논거로서는, 첫째 우리 민법 제756조 1항 단서는 사용자의 책임발생의 조건이 아니고 단순한 면책조건이라고 할 수 있다고 하는 것이며, 둘째 사용자의 과실은 선임·감독상의 과실이지 가해행위에 관한 과실이 아니라는 것이며, 셋째 과실과 손해와의 사이에 인과관계가 없다는 입증은 단지 상당인과관계가 없다는 것의 입증만으로는 충분하지 않고 그 사이에 원인적 인과관계가 없다는 것의 입증이 필요하다는 취지라고 보아 우리 민법 제756조에 의한과실 및 인과관계는 민법 제750조상의 입증책임과 다르다고 한다. 이를 근거로 민법 제756조에 의한 사용자책임은 타인의 불법행위에 대한 결과책임이라고 보아야 한다고 한다.[134]

다. 중간책임설

중간책임설은 우리나라의 통설로서 민법 제756조는 과실을 소극적 요건으로 규정함으로써 과실책임의 원칙에서 크게 벗어나지 않으면서 위험책임에 대한 요청도 수용하는 절충적인 입장(중간책임)을 취하였다는 견해이다.[135] 사용자의 과실을 적극적 성립요건으로 요구하지는 않지만, 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 책임이 성립하지 않는다고 함으로써 과실의 부존재를 면책사유로서 규정하고 있다. 사용자책임의 과실은 불법행위책임의 과실과 비교할 때 다음의 점에 특색이 있다. 첫째, 사용자의 과실은 피용자의 선임·감독에 관한 것이고 책임원인인 피용자의 가해행위에 관한 것이 아니다. 둘째, 통상 선임·감독의무는 가해행위와 관련해서 그 의무의 해태 여부가 구체적으로 판단되지 않는 것이 보통이며, 사용자에게 책임을

134) 김현태, 전게서, pp.31~32.
135) 이은영, 전게서, p.849.

귀속시키기 위한 근거로서 작용할 뿐이다. 셋째, 과실의 입증책임이 피해자에게 부과되지 않고 사용자에게 전환된다. 따라서 사용자책임은 과실책임과 무과실책임의 중간적 지점에 위치하는 이른바 중간적 책임이라는 것이다. 그러나 중간책임설이 현재의 통설적인 견해라 하더라도 아직 완전하게 사용자책임을 설명하지 못하고 있다는 비판이 있다.73) 첫째, 피용자의 선임·감독에 관한 사용자의 과실을 과실책임의 근거로 삼을 수는 없다. 그것은 다만 사용자의 책임에 일정한 한계를 정한 조건에 지나지 않는다고 할 수 있다. 즉 그것은 단순한 면책조건에 지나지 않는다. 그러나 이 면책조건의 증명은 실제문제에 있어서는 거의 인정되지 않으므로 사용자책임은 거의 무과실책임에 가깝다. 둘째, 민법 제756조 1항 단서의 상당한 주의를 하여도 손해가 생긴다는 것은 선임·감독의 과실과 피용자의 가해행위와의 사이에 아무런 인과관계가 없다는 것을 뜻한다. 즉 사용자는 선임·감독의 과실과 피용자의 가해행위와의 사이에 이른바 상당인과관계가 존재하지 않는다는 것뿐만 아니라, 원인적 인과관계가 존재하지 않는다는 것도 증명되었을 경우에 책임을 면할 수 있는 것이다. 셋째, 사용자의 피용자에 대한 구상권을 해결할 수 없다는 것이다.

라. 위험책임설

위험책임설은 사회생활에 위험을 만들어 낸 자가 그 위험의 실현에 관하여 책임을 부담해야 한다는 사고에 입각하여 사용자는 피용자를 사용함으로써 타인에 대한 가해의 위험을 발생시킨 것이므로 그 위험이 현실화된 때에는 그 결과에 대한 책임을 부담하여야 한다는 것이다. 근대 산업의 발전에 따라 여러 가지 위험이 사회에 생겨나게 되었고 위험성이 있는 활동은 한편으로는 사회에서 유용한 것으로 그 존재가 인정되지만, 다른 한편으로는 불가피한 손해를 발생한다. 철도·자동차·발전소 등 위험한 시설과 물건을 관리하는 자는 사회에 위험을 창출하는 것으로 그 위험물로부터 생기는 손해에 대하여 책임을 부담하여야 한다는 것이다.[136] 그 위험원을 지배·관리하고 이용하는 자가 부담해야 하는 이유에 관해서는 그러한 위험발생의 가능성에도 불구하고 위험원의 운용을 감행할 때에는 그로 인한 손해의 인

136) 김대연, “불법행위책임의 본질에 관한 연구”, 박사학위논문(숭실대학교 대학원), 1991, pp.185~186.

수를 전제할 때에만 그와 같은 운용이 정당화될 수 있기 때문이다. 아무도 타인의 위험부담으로 위험한 활동을 할 수는 없는 것이다. 법정책적 관점에서 보더라도 위험한 행위를 하는 자는 그가 주의를 다한 경우에도 손해가 발생한 때에는 그 위험을 인수한다는 전제하에서 위험활동이 허용된다. 그리고 위험활동을 하는 자는 그의 손해를 미리 기업의 비용으로 산정할 수 있다. 따라서 위험원을 지배하는 자에게 손해를 부담하도록 하는 것이 보다 합리적이다. 위험원을 지배하는 자는 손해의 예방이나 감소를 위하여 미리 여러 가지 조치를 취할 수도 있고 보험을 통한 대책 등 여러 가지 대응방법을 강구할 수도 있기 때문이다.[137] 이 견해에 의하면 민법 제756조는 사용자가 피용자에 대한 선임·감독상의 주의의무를 다하지 않았기 때문에 사용자책임이 발생한다는 것이다. 사용자책임은 논리적으로 선임·감독상 주의의무 위반이라는 과실책임적 구성을 취하면서 과실에 관한 입증책임의 전환 및 면책사유에 대한 규범적 판단을 통해 실질적으로 위험책임적 효과를 꾀할 수 있게 구성되어 있다.

3) 사용자책임의 요건

(1) 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 할 것

사용자로서 책임을 지려면 우선 그 사무가 사용자의 사무에 속하는 것이어야 한다. 사무란 매우 넓은 개념으로서 영리, 비영리를 불문하고 일시적이든 계속적이든 상관없으며 사실적 관계에 지나지 않아도 상관없다. 즉 사무는 사실적 · 일시적인 것도 무방하며 타인을 사용하는 것, 즉 사용관계가 있어야 한다. 실질적으로 사용관계에 있으면 되고 , 그 원인의 유무와 유효의 여부를 묻지 않는다.

타인을 사용한다는 것은 사무를 사실상 행하게 하는 것을 말한다. 즉 사용자와 피용자 사이에 사용관계가 있어야 하며, 이 사용관계는 고용계약에 기초한 고용관계 또는 근로계약관계보다 넓은 개념으로 해석하고 있다.[138] 사용자와 피용자의

137) 김형배, “위험책임론”, 민법학의 회고와 전망(민법전시행삼십주년기념논문집), 한국민사법학회, 1993, pp.789~790.

138) 업무집행을 위임받은 동업자 중 1인이 업무집행 과정에서 불법행위로 타인에게 손해를 가한 경우, 다른 동업자의 사용자책임 유무에 대하여 대법원은 동업관계에 있는 자들이 공동으로 처리하여야 할 업무

관계는 반드시 유효한 고용관계에 한하지 않으며, 사실상 객관적으로 사용자가 선임하고 지휘 · 감독하는 관계에 있으면 충분하다고 본다.[139]

수임인의 행위에 대한 위임인의 사용자 배상책임에 관해서 판례는 불법행위에 있어 사용자책임이 성립하려면 사용자와 불법행위자 사이에 사용관계 즉 사용자가 불법행위자를 실질적으로 지휘 · 감독하는 관계가 있어야 하는 것으로, 위임의 경우에도 위임인과 수임인 사이에 지휘 · 감독관계가 있고 수임인의 불법행위가 외형상 객관적으로 위임인의 사무집행에 관련된 경우 위임인은 수임인의 불법행위에 대하여 사용자 배상책임을 진다.[140]

(2) 사용자가 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 주었을 것

"사무집행에 관하여"란 본래의 사무집행 그 자체 또는 사무집행을 위하여 보다 넓은 개념이다. 판례는 사무집행에 관하여 피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업활동 내지 사무집행행위 또는 그와 관련된 것이라고 보여질 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려함이 없이 이를 사무집행에 관하여 한 행위로 본다.[141] 여기서 말하는 제3자란 사용자와 가해행위를 한 피용자 이외의 자를 말한다. 따라서 제3자는 사용자의 다른 피용자도 해당된다.

그러나 피용자의 불법행위가 외관상 사무집행의 범위 내에 속하는 것으로 보이는 경우에 있어서도 피용자의 행위가 사용자나 사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자의 사무집행행위에 해당하지 않음을 피해자 자신이 알았거나 중대한 과실

를 동업자 중 1인에게 그 업무집행을 위임하여 그로 하여금 처리하도록 한 경우, 다른 동업자는 그 업무집행자의 동업자인 동시에 사용자의 지위에 있다 할 것이므로, 업무집행 과정에서 발생한 사고에 대하여 사용자로서의 손해배상책임이 있다.(대법원 1998. 4. 28. 선고 97다55164 판결)

139) 대법원 1998. 8. 21. 선고 97다13702(판결 민법 제756조 소정의 사용자와 피용자의 관계는 반드시 유효한 고용관계가 있는 경우에 한하는 것이 아니고, 사실상 어떤 사람이 다른 사람을 위하여 그 지휘·감독 아래 그 의사에 따라 사무를 집행하는 관계에 있으면 족한 것이며, 타인에게 위탁하여 계속적으로 사무를 처리하여 온 경우 객관적으로 보아 그 타인의 행위가 위탁자의 지휘·감독의 범위 내에 속한다고 보이는 경우 그 타인은 민법 제756조에 규정한 피용자에 해당한다.)

140) 대법원 1998. 4. 28. 선고 96다25500 판결 (불법행위에 있어 사용자책임이 성립하려면 사용자와 불법행위자 사이에 사용관계 즉 사용자가 불법행위자를 실질적으로 지휘·감독하는 관계가 있어야 하는 것으로, 위임의 경우에도 위임인과 수임인 사이에 지휘·감독관계가 있고 수임인의 불법행위가 외형상 객관적으로 위임인의 사무집행에 관련된 경우 위임인은 수임인의 불법행위에 대하여 사용자책임을 진다.)

141) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다46890 판결

로 인하여 알지 못한 경우에는 사용자책임을 물을 수 없다.

(3) 사용자의 불법행위

사용자책임이 인정되기 위해서는 그 전제로 피용자의 행위가 불법행위를 구성하여야 하는지에 관해 통설은 사용자가 피용자의 과실 없는 행위에까지 책임을 진다는 것은 가혹하고 사용자의 피용자에 대한 구상권이 인정된다는 점에서 이를 긍정하고 판례도 같은 취지이다.[142] 특히 피용자가 사무집행에 관하여 실화로 제3자에게 손해를 가한 경우, 사용자는 피용자가 '실화책임에 관한 법률'에 의해 그 책임을 지는 것을 전제로 하여 즉 피용자에게 중대한 과실이 있는 때에 한해 그 책임이 있다고 한다.

(4) 사용자가 면책사유를 입증하지 못할 것

사용자는 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그 배상책임을 면한다(제756조 제1항 단서). 따라서 사용자는 위 사유를 입증함으로써 면책되고, 그 입증책임은 사용자가 부담한다. 즉 사용자는 중간책임을 지게 된다.

그러나 판례는 사용자측의 면책주장을 거의 인정하지 않고 있으며, 그 결과 실무상으로는 사실상 무과실책임에 가깝게 운영되고 있다.

4) 법률효과

(1) 사용자의 손해배상책임

142) 대법원 1981.8.11. 선고 81다298 판결 (책임무능력자(국민학교 1학년생)의 대리감독자(담임교사)에게 민법 제755조 제2항에 의한 배상책임이 있다고 하여 위 대리감독자의 사용자 또는 사용자에 갈음한 감독자(위 학교를 설립 경영하는 지방자치단체)에게 당연히 민법 제756조에 의한 사용자책임이 있다고 볼 수는 없으며, 책임무능력자의 가해행위에 관하여 그 대리감독자에게 고의 또는 과실이 인정됨으로써 별도로 불법행위의 일반 요건을 충족한 때에만 위 대리감독자의 사용자 또는 사용자에 갈음한 감독자는 민법 제756조의 사용자책임을 지게 된다.)

사용자는 피용자의 가해행위로 말미암아 생긴 손해를 직접 피해자에게 배상할 의무를 부담한다. 민법 제393조 제2항의 예견가능성은 배상의무자인 사용자를 기준으로 판단되어야 한다. 또한 사용자를 갈음하여 그 사무를 감독하는 자도 사용자책임을 면할 수 없다(제756조 제2항). 이들 사용자와 감독자의 책임은 부진정연대채무라고 해석된다.

(2) 피용자에 대한 구상관계

사용자 또는 감독자가 배상을 한 경우에는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(제756조 제3항). 이때 손해를 배상한 사용자가 피용자에 대하여 전 손해를 구상할 수 있는가(피용자단독책임설), 아니면 귀책사유여하에 따라 구상권 제한을 인정할 것인가(피용자책임제한설)로 견해가 대립된다.

일반적으로 사용자가 피용자의 업무수행과 관련하여 행하여진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나 그 피해자인 제3자에게 사용자로서의 손해배상책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에 있어서, 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 시설의 현황, 피용자의 업무내용과 근로조건 및 근무태도, 가해행위의 발생원인과 성격, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려의 정도, 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 손해배상을 청구하거나 그 구상권을 행사할 수 있다[143].

피용자가 업무수행과 관련한 불법행위로 사용자가 입은 손해 전부를 변제하기로 하는 각서를 작성하여 사용자에게 제출한 사실이 있다고 하더라도, 그와 같은 각서 때문에 사용자가 공평의 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도를 넘는 부분에 대한 손해의 배상까지 구할 수 있게 되는 것은 아니다.[144]

사용자와 피용자 쌍방의 과실의 경중, 곤돌라 기사인 피용자의 근무조건과 그러한 근무조건이 사고발생에 미친 영향의 정도, 피해자가 사고를 당하게 된 경위, 사용자의 노무자에 대한 인력관리상황, 사고 후 피용자가 실형을 복역한 후 현재

143)대판95다52611, 대판86다카1045, 대판94다17246.
144) 대판95다52611.

면직되어 있음에 반하여, 사용자는 국내 유수의 공동주택관리업체로서의 지위를 그대로 유지하고 있는 점 등 제반 사정을 참작하여 사용자의 피용자에 대한 구상권 행사는 신의칙에 반하여 허용되지 않는다.[145]

위와 같이 경우에 따라서는 구상권자체가 배제되는 경우도 있으므로, 사용자가 피해자에게 손해배상을 하고 피용자에게 구상권을 행사할 경우, 내부적인 관계에서 사용자측에도 과실을 인정할 여지가 없는지, 구상권행사를 배제할만한 사유는 없는지를 반드시 검토하여야 할 것이다.

5) 프랜차이즈에서의 사용자 책임

프랜차이즈관계는 사용자와 피용자관계와는 그 성질이 다른 법률관계이기 때문에 프랜차이즈이용자의 불법행위로 손해를 입은 자는 원칙적으로는 프랜차이즈제공자에게 사용자 배상책임을 물을 수는 없다. 그러나 특정한 프랜차이즈관계에서 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 구체적인 사무집행행위의 방식에까지 통제를 가하고 있어서 프랜차이즈관계가 동시에 사용자와 피용자관계를 형성하고 있다고 볼 수 있을 경우에는 프랜차이즈이용자의 불법행위로 제3자가 입은 손해에 대하여 프랜차이즈제공자에게 사용자 배상책임 내지 대위책임을 물을 수 있다고 할 것이다.[146] 그러나 그 이전에 프랜차이즈계약관계에 있어서 사용자 배상책임을 묻기 위해서는 독립된 상인간에도 사용관계가 존재한다고 볼 수 있는가의 문제를 살펴보아야 한다.

먼저 프랜차이즈 관계를 도급관계(independent contractor relationship)로 보았을 경우를 검토해본다.

전통적인 대위책임론에서는 사용관계 또는 대리관계에서의 사용자나 본인은 피용자나 대리인의 업무집행의 수단을 통제할 수 있는 권한을 가진다고 보고, 이러한 통제권에 근거하여 사용자는 피용자의 행위에 대하여 대위책임이 발생한다고 본다.[147] 그러므로 도급관계에 있는 수급인은 업무집행의 결과에 대하여는 도급인의 통제를 받지만 업무집행의 수단에 대하여는 자유를 가지기 때문에, 도급관계

145) 대판94다17246.
146) 임재호, 전게 프랜차이즈 사업본사의 대위책임, p.17
147) 임재호, 프랜차이즈 가맹점의 행위로 인한 사업본사의 책임, 상사법연구 제20권 제3호(2001), p.16

에서는 통상의 사용관계에 적용되는 대위책임의 법리를 적용할 수는 없다는 것이다. [148]

일반적으로 도급의 경우 민법 제757조에 의하면 "도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없다. 그러나 도급 또는 지시에 관하여 도급인에게 중대한 과실이 있을 때에는 그러하지 아니하다'고 규정하고 있다. 이 조문의 전단(본문)에 대해서 학설은 원래 수급인의 도급인으로부터 독립해서 그의 사무를 처리하는 것이므로, 도급인의 피용자라고 할 수 없기 때문에 당연한 것을 주의적으로 규정한 것으로 해석한다. 이러한 논리를 프랜차이즈 관계에 그대로 적용할 경우 프랜차이즈제공자는 원칙적으로 사용자 배상책임을 지는 경우가 없을 것이다. 왜냐하면 프랜차이즈이용자는 독립해서 영업을 하는 독립한 상인이기 때문이다.

그러나 도급에 관한 조문의 단서에 해당하는 경우, 즉 예외적으로 도급인도 책임을 지는 경우가 생기는데, 일반적으로 학설, 판례는 하도급(하청)의 경우가 바로 이 단서에 해당한다고 보아 도급인에게 사용자 배상책임을 묻고 있다.[149]

따라서 프랜차이즈계약에 있어서도 그 계약관계를 도급계약으로 본다면 예외적으로는 프랜차이즈제공자가 사용자 배상책임을 지는 경우가 있을 수 있게 된다.

다음은 우리 거래계의 현실에서처럼 프랜차이즈이용자가 프랜차이즈제공자의 대리점 또는 지점 등으로 표시하여 프랜차이즈제공자의 상업사용인(지휘 · 감독을 받는 자)인 것과 같은 외관을 조장하고, 프랜차이즈제공자도 이를 묵인하는 경우를 생각해 보면, 프랜차이즈제공자의 책임을 인정하는 것이 가능하게 될 것이다.

한편, 명의대여자가 명의를 대여해 준 상태에서 자신도 영업을 하고 있는 경우에는 사용자 배상책임을 부담할 수 있다. 실제로 우리 판례 중에는 화약류 사용에 관한 지휘·감독을 하였는지의 여부에 관계없이 객관적으로 명의사용자를 지휘 · 감독할 지위에 있다고 보여 지는 한, 명의대여자는 민법 제756조에 규정된 사용자 배상책임을 부담한다고 판시한 경우가 있다.[150]

---

148) John C. Monica, "Franchisor liability to third parties", Missouri Law Review Vol.49.310(1984)

149) 곽윤직, 「재전정판 채권 각론」(박영사, 1993), pp.680-687.

150) 대법원 1996. 5. 10. 선고 95다50462 판결: 타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고, 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로 명의사용을 허가받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람

보통 프랜차이즈이용자의 불법행위로 피해를 입은 피해자가 프랜차이즈제공자의 대위책임을 주장할 때에 주로 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자사이의 프랜차이즈관계는 대리관계나 사용관계에 해당한다고 주장한다. 이 때 법원이 대리관계나 사용관계의 형성여부를 결정하기 위한 기준으로 통제(control), 통제권(the right to control), 광범위한 통제(extensive control), 일상적인 영업의 통제(control to day to day operations) 등을 기준으로 하고 그 핵심요소를 통제(control)로 하고 있다. 즉 법원은 사용관계나 대리관계의 인정여부를 통제기준(control test)으로 적용하고 있다.[151] 이러한 통제기준을 적용하는데 있어서 프랜차이즈제공자의 통제가 계약상 존재하기만 하면 충분한 것인가 아니면 현실적으로 행사되었어야 하는가 하는 것과 관련하여 판례는 통일된 견해를 보이고 있지는 않다. 그러나 계약상 통제권한을 가지고 있으면 족하다고 하여야 할 것이다. 통제권한은 있으나 그 권한을 행사하지 않았다면 프랜차이즈제공자 자신의 과실 내지 임무해태라 할 것이고 그로 인한 책임의 성립에 영향을 미치게 하는 것은 권리위에 잠자는 자를 오히려 보호하는 결과가 될 것으로 생각된다. 통제력의 행사범위나 정도와 관련하여서는 대체로 프랜차이즈이용자의 영업 전반에 대한 통제뿐만 아니라 프랜차이즈이용자의 일상적인 영업(day to day operations)에 대한 프랜차이즈제공자의 통제가 존재하였는가를 기준으로 판단하여야 한다. 따라서 특정한 프랜차이즈관계에서 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈관계에 내재된 통제 범위 내지 그 범위를 벗어나서, 프랜차이즈이용자의 일상적인 영업의 세부적인 사항 또는 업무집행의 수단마저 통제를 가할 수 있는 계약상의 권한을 가지고 있거나 그러한 통제를 사실적으로 계속하여 행사하여 온 경우에는 그 프랜차이즈관계는 사용관계 내지 대리관계도 형성되어 있다고 볼 수 있을 것이다.[152] 이러한 경우에는 프랜차이즈이용자의 행위에 대해 프랜차이즈제공자의 대위책임을 인정할 수 있을 것이다. 다만, 사용자 배상책임은 불법행위이므로 피해자인 제3자가 피해사

에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허가한 사람은민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있으며, 그 명의대여로 인한 사용관계의 여부는 실제적으로 지휘·감독하였느냐의 여부에 관계없이 객관적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 한다

151) 임재호, 전게 프랜차이즈 가맹점의 행위로 인한 사업본사의 책임, p.15.

152) 임재호, 전게 프랜차이즈 가맹점의 행위로 인한 사업본사의 책임, p.18.

실의 존재와 인과관계 등을 입증하여야 한다고 본다.[153]

제2절 직접책임론

프랜차이즈 제공자에게 불법행위책임을 묻는 방법으로는 앞서 살펴본 프랜차이즈이용자의 행위에 대하여 대신 책임을 묻는 방법이 있으나 그 실효성면에서 피해자를 보호할 수 있는 효과가 프랜차이즈제공자에게 직접 책임을 묻는 방법이 더 효과적이라고 생각한다.

프랜차이즈제공자에게 직접책임을 묻는 방법에는 프랜차이즈제공자자신의 감독의무해태 등의 과실을 근거로 책임을 묻는 과실책임론과 프랜차이즈제공자가 제공한 제조물의 결함에 대하여 책임을 묻는 엄격책임의 이론인 제조물책임론(또는 보증이론)이 있다. 전자는 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈계약에 기하여 프랜차이즈이용자를 적절히 지도 · 통제하여야 할 의무가 있고 프랜차이즈이용자의 위법행위가 계속되는 경우에는 계약을 해지하는 등 적극적으로 제3자에게 피해가 야기되는 것을 방지하여야 할 의무가 있으므로 이러한 의무를 태만히 한 경우에는 제3자에 대하여 과실책임을 부담할 수 있다는 것이다. 후자는 프랜차이즈제공자는 상품의 적합성과 상품성에 관하여 묵시적 담보책임을 부담하므로 이를 위반하는 경우에는 그로 인하여 피해를 입은 제3자에게 배상할 책임이 있다고 하거나, 또는 프랜차이즈제공자가 그 상품에 대하여 상당한 관리 · 감독을 하고 있었고 그 하자있는 상품의 사용에 대하여 특별한 허락을 한 바 있으므로 자신의 관리 · 감독행위로 인하여 그가 상품을 보증하는 것으로 일반대중이 믿게 하였으므로 책임을 부담하여야 한다는 것이다. 최근에 이르러 미국에서는 프랜차이즈제공자 자신에게 직접책임을 인정하는 방향으로 판례들이 나오고 있다.[154]

과실책임의 이론은 피용자의 행위에 대해 감독의무해태 등을 이유로 책임을 묻는 방법으로서 우리나라의 사용자 책임과 유사하며 프랜차이즈제공자의 과실을 요

---

153) 산업자원부·한국프랜차이즈협회, 「프랜차이즈 경영가이드」 총서 6, p.146.

154) 미국판례의 동향 ; 강희갑·김숙자, 프랜차이즈계약의 법적 규제에 관한 연구, 사회과학논총 제6집, 명지대학교 사회과학연구소, 1991. 12, pp.19~24.

Wise v. Kentucky Fried Chicken Corp/ Cuooen v. BMW of North America, Inc/ Kosters v. Seven Up Co/ Harris v. Alumimium Co. of America/ Carter v. Joseph Bancroft & Sons Co.

건으로 하지만, 엄격책임의 이론은 제조물의 결함에 대해 과실이 없는 경우에도 책임을 물을 수 있지만 그 적용대상이 제조물의 결함에 한정되어 있다는 차이가 있다. 이하에서는 프랜차이즈제공자의 피용자에 대한 감독에 있어서의 과실책임을 살펴본 후에 제조물책임이론을 프랜차이즈계약과 관련하여 검토하고자 한다.

1. 과실책임론

1) 요건

프랜차이즈제공자의 과실책임론은 프랜차이즈이용자로부터 손해를 입은 자가 프랜차이즈이용자의 고의·과실로 인한 손해임에도 불구하고 그 손해를 프랜차이즈제공자의 고의·과실로 주장하여 손해를 회복하고자 하는 이론이다. 프랜차이즈이용자의 불법행위로 프랜차이즈제공자가 책임을 지기 위해서는 과실책임의 요건인 프랜차이즈이용자와 거래한 제3자에게 손해가 발생하여야 하고, 프랜차이즈제공자의 주의의무 위반이 있어야 하며, 그 손해의 발생과 프랜차이즈제공자의 주의의무위반과의 인과관계가 존재하여야 한다. 이러한 세가지의 요건이 충족되어야 책임을 물을 수 있다.

2) 과실책임론과 프랜차이즈제공자의 책임

프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 경영에 대해 감독하거나 감독권을 보유하고 있다면 프랜차이즈제공자는 명백한 대리이론 뿐만 아니라 과실주의에 대해 제3자에 대한 상해에 대해 책임을 져야 할 것이다. 비록 요구되는 감독권의 범위는 불분명하나 프랜차이즈제공자의 프랜차이즈이용자의 영업에 대한 합리적인 통제의 실패는 과실책임을 인정하는 근거가 될 수 있다고 본다. 예컨대 프랜차이즈제공자가 불충분한 냉각기기를 제공했거나 혹은 적합한 지시를 했으나 프랜차이즈이용자인 식당주인이 이에 대한 준수를 하지 않음으로써 손님들에게 손해를 끼쳤다면 프랜차이즈제공자의 감독에 대해 주의의무를 하지 못한 데 대하여 그 책임을

물을 수 있다고 본다. 또한 어떠한 경우 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자의 활동이 대중에 해를 끼치는 경우 이를 제거하는 권리행사의 태만에 대해 책임을 물을 수도 있다. 미국 연방항소법원은 프랜차이즈제공자는 예견할 수 있는 프랜차이즈이용자의 잘못된 행동에 대한 즉각적인 독점판매계약 철회를 하지 않은데 대하여 권리행사의 태만이라고 보아 과실에 대한 책임질 수 있다고 하였다.[155]

Coty v. United States Slicing Machine Co. 판결에서 프랜차이즈이용자에게 고용된 미성년자인 원고 Coty는 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 영업을 통제하고 있었고, 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 영업소에서 미성년 노동자가 고기절단기를 작동한다는 것을 알았으며, 미성년자에 의한 고기절단기의 작동이 연방 및 주법에 의하여 금지된다는 것을 알았고, 프랜차이즈제공자에게는 그러한 위법한 작업을 방지할 권한이 있다고 주장하면서 불법행위에 관한 감독태만 이론에 기하여 소송을 제기했다. 위 Coty 사건에서 법원은, 프랜차이즈제공자에게 감독태만으로 인한 책임을 부과하기 위해서는 프랜차이즈이용자가 하고 있는 작업이 불완전한 경우 이를 중단 또는 제재 등을 지시할 수 있는 구속력있는 권한이 있어야 하는데, 이 사건에서와 같이 새로운 방법을 제시하거나 프랜차이즈이용자의 지시불응에 일정한 유예기간을 두고 위반사항의 시정을 통지한 후 그래도 시정하지 아니한 경우에 계약을 해지할 수 있는 권한을 가지는 정도로는 감독책임을 부과할 수 없다고 판시하였다[156]. 즉 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 영업방식에 대하여 가지는 통제는 본 건에서 감독해태책임을 부담할 정도의 것이 아니라는 이유로 미성년자에 의한 고기절단행위를 방치한 책임을 묻는 원고의 청구를 기각한 것으로 본다. 그러나 이러한 논지는 역으로 '프랜차이즈제공자는 합리적인 주의로써 통제의무를 이행하여야 하며 이를 위반할 경우 과실책임을 진다'는 의미를 내포하고 있다고 본다. 한편 Martin v. McDonald,s Corp 사건에서 법원은, 프랜차이즈제공자는 보통의 경우에는 제3자의 범행으로부터 프랜차이즈이용자의 종업원을 보호하여야 할 의무는 없지만, 프랜차이즈제공자가 자발적으로 안전상태를 점검한 결과 강도침입의 위험성을 인식하고 안전장치의 개선을 권고하였다면 프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자의 권고대로

155) 산업자원부·한국프렌차이즈협회,「프랜차이즈 경영가이드」총서 12, p.153.
156) 58 Ill.App.3d 237, 373 N.E.2d 1371

개선하였는지의 여부를 확인할 의무가 발생한다고 하고, 이러한 안전장치의 개선여부를 확인할 의무가 발생한 이상, 주의의무를 다하여 그 의무를 이행할 책임이 있다고 판시하였다[157]. 따라서 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자가 자신의 권고대로 안전장치를 개선하였는지를 확인하지 아니한 경우에는 프랜차이즈제공자의 주의의무위반이 존재하게 되어 프랜차이즈제공자는 피해자에게 과실책임을 져야 한다고 보았다.[158]

그렇다면 우리 법제에서 이러한 의미의 과실책임을 물을 수 있는가가 문제된다. 우리 법제에서는 이러한 의미의 과실책임을 원칙적으로는 묻기가 곤란할 것으로 여겨진다. 왜냐하면 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자에 대한 지도와 조력을 제공하지만 자신의 고용인에 대한 것처럼 강제력이 있다거나 종속적인 관계가 아니라 통제권에 복종하지 않을 경우 프랜차이즈 계약을 해지할 권리를 가지는 정도에 불과하기 때문이다. 따라서 단지 프랜차이즈인수자의 부적절한 행위를 알고 있었다는 사실만으로 감독 해태의 사용자 책임을 물을 수는 없다고 본다.[159] 그러나 위 Martin 사례에서와 같이 주의의무는 법규범 뿐만 아니라 계약이나 다른 선행행위에 의해서도 발생한다는 점을 고려한다면, 즉 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 안전상태를 점검한 결과 위험성을 인식하고 그 개선을 권고하였다면 이를 확인할 의무가 발생하는 것과 같은 경우에는 예외적으로 프랜차이즈제공자의 주의의무가 발생하게 되고, 이 의무에 위반한 경우에는 과실책임을 져야 할 것으로 생각한다.[160]

2. 제조물책임론

157) 572 N.E. 2d 1073~1078(Ⅲ.Ct. App. 1991)
158) 임재호, 전게 프랜차이즈 가맹점의 행위로 인한 사업본사의 책임, p.34.
159) 산업자원부·한국프렌차이즈협회,「프랜차이즈 경영가이드」총서 6, p.142.
160) 이에 대해 프랜차이즈 사업본사가 프랜차이즈관계에 내재된 통제권, 즉 프랜차이즈 시스템의 유지를 위한 목적 범위 내의 통제를 할 수 있는 권한을 가진다고 하여 당연히 통제의무 내지 감독의무라는 법적인 의무까지 부담한다고 볼 수 없다하고, 사업본사에게 가맹점에 대한 통제의무나 감독의무까지 존재한다고 보기 위해서는 사업본사와 가맹점 사이에 프랜차이즈관계 이외에 사용관계도 형성되었다고 볼 수 있을 정도의 추가적인 통제가 행사되어야 한다고 주장되기도 한다.(임재호, 전게 프랜차이즈 가맹점의 행위로 인한 사업본사의 책임, p.36)

오랫동안 국내에서는 제조물 책임에 관한 법률규정이 존재하지 않았으나, 2000년 1월 12일 제조물책임법이 법률 제6109호로 공포되어 2002년 7월 1일부터 시행중이다. 세계 각국은 시장에 유통된 상품에 결함이 있음으로 말미암아 그 상품의 이용자 또는 제 3자가 생명, 신체 또는 재산상의 손해를 입었을 때, 그 상품의 제조자나 판매자에게 그 결함 상품으로 인하여 입은 손해를 배상하도록 하고 있다. 즉, 이러한 손해배상에 대해 선진 각국은 위험 책임 또는 엄격책임이라는 과실책임이외의 또하나의 책임체계를 확립해 놓고 있다.

프랜차이즈 법률관계에서도 제조물책임법리가 적용될 수 있느냐의 여부는 동법에서 말하는 제조물에 프랜차이즈 영업상의 물건이 포함되는지 여부와 동법상의 제조자에 프랜차이즈제공자가 포함되느냐의 여부에 달려 있다고 본다. 프랜차이즈이용자가 판매한 결함상품에 대하여 프랜차이즈제공자의 제조물책임이 문제될 수 있는 경우로는 첫째, 프랜차이즈제공자가 제조한 상품을 프랜차이즈이용자가 판매하였는데 그 상품에 하자가 존재하여 상대방이 손해를 입었다면 그 상품의 제조자인 프랜차이즈제공자에 책임을 인정할 수 있는지 여부, 둘째 프랜차이즈제공자의 상표가 부착되어 있는 프랜차이즈이용자 제조의 상품에 결함이 있어 고객이 손해를 입었을 경우에 상표의 제공자인 프랜차이즈제공자가 책임을 질 것인가의 여부, 셋째, 프랜차이즈제공자의 상표가 부착되지 아니한 프랜차이즈이용자 제조의 상품, 즉 프랜차이즈이용자가 프랜차이즈제공자의 상표가 부착된 상표를 판매하면서 동시에 그와 연계된 사업본사의 상표가 부착되지 아니한 상품을 판매한 경우에 그 상품의 하자로 인한 손해에 대하여 프랜차이즈제공자가 책임을 질 것인가의 여부, 결함있는 서비스에도 제조물책임론이 적용될 수 있는지의 여부가 주된 문제로 될 수 있다.

위와 같은 문제에 대하여 최근 제조물책임이 엄격하게 적용되고 있는 추세인바, 프랜차이즈관계에서도 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 제공하는 원재료 등에 제조물책임법이 적용될 가능성이 높기 때문에 제조물책임론과 프랜차이즈 관계는 불가분의 관련성을 가지고 있다고 판단할 수 있다. 따라서 이하에서는 제조물책임의 내용을 간단히 살펴보고 이를 프랜차이즈 관계에 적용할 수 있는지의 여부에 대하여 검토하기로 한다.

1) 제조물책임론의 개념

제조물의 하자로 인해 소비자나 이용자가 피해를 입었을 경우 그 제조물을 만든 자나 제조물의 원료나 부품을 공급한 자, 유통에 관련된 자 등이 피해자에게 져야 하는 책임을 제조물책임이라고 하는데 공급자책임이라고도 한다.

제조물책임(PL)제도는 "자동차, 가전제품, 식품 · 의약품 등과 같이 제조 · 가공을 거친 제조물의 결함에 의해 소비자나 이용자 또는 제3자의 생명 · 신체 · 재산에 발생한 손해에 대하여 제조업자나 판매업자 등 그 제조물의 제조 또는 판매에 관여한 자가 지게 되는 손해배상책임제도"를 말한다. 즉, 안전성이 결여된 결함있는 제조물로 인하여 소비자에게 손해를 입혔을 때에 그 피해를 구제하여 주는 사후구제에 관한 법적책임이다.

제조물책임법은 소비자에게 손해가 발생했다고 무조건 책임을 지는 절대책임은 아니며 제조물에 결함이 있고 그 결함으로 인하여 손해가 발생했을 때 책임을 지는 제조물에 대한 결함책임이다.

제조물책임법에 의거 소비자가 손해배상을 받으려면 제조업자의 고의 · 과실 대신 제조물자체의 결함존재와 손해의 발생 그리고 결함과 손해와의 인과관계를 입증하여야 한다.

제조물책임법 시행에 따라 소비자는 피해를 입었을 때 신속하고 실효성있게 구제를 받을 수 있겠으나, 제조 또는 판매업에 종사하는 기업가는 제품안전에 철저를 기하여 제품안전사고가 발생하지 않도록 사전예방에 노력하는 효과를 기대할 수 있다. 따라서 제조물책임법은 결함제품으로 인한 소비자와 기업의 분쟁을 해결해 주는 기준이 된다고 본다.

2) 제조물책임에 관한 동향

(1) 미국의 동향

가. 동향

미국에서는 판례에 의해 제조물책임법리가 형성 · 발전되었으며, 연혁적으로는

과실책임, 보증책임, 엄격책임(제조물의 결함을 요건으로 하는 무과실책임)의 법리로 전개 · 발전되어 왔다. 엄격책임이론은 1963년 캘리포니아주 대법원이 채택한 이후, 1965년에 미국법률협회(The American Law Institute)[161]가 발행한 제2차 불법행위법 리스테이트먼트[162](Restatement of Tort, Second) 제402조 A, 제402조 B를 제정하여 엄격책임을 명문으로 규정하였다. 그 후 1970년대에 각 주에서 채택하게 됨으로써 소비자보호에 커다란 기여를 하고 있다.

제조물책임의 발전과 확립 산업이 발달하지 못한 시대에는 산업의 육성이 요청되고 소비자보호는 경시되어 제조업자의 책임은 제한적으로만 인정되었다. 예컨대 초기단계에서는 불법행위상의 과실책임을 추궁하기 위해서는 피해자와 가해자 또는 제조업자와의 사이에 계약당사자관계(Privity)가 필요하였으므로 소비자의 제조업자에 대한 불법행위책임의 추궁은 매우 제한적으로만 인정되었다. 그러나 19세기 중반이 되면서 총포나 극약 등 본래적으로 위험한 제품에 대해서는 계약당사자관계의 필요성이 완화되었고, 20세기에 들어와서는 불법행위일반에 대해서 계약당사자관계가 필요하지 않게 되었다. 그리고 20세기 중반이 되면서는 일정한 경우에 과실이 추정되어 피해자의 입증책임이 완화되기에 이르렀다.

한편 불법행위책임과는 별도로 종래부터 피해자와 제조업자 사이에 계약관계가 있는 경우에는 피해자는 계약상의 책임으로서 제조업자에게 보증책임(Warranty)을 물을 수 있었다. 그러나 이러한 보증책임론은 제조업자의 계약당사자관계나 과실이 없다고 하더라도 제품에 관한 보증을 이유로 직접의 매수자 이외의 제3자에게까지 책임을 부담하게 됨을 분명히 한 것으로서 소비자보호라는 입장에서 보면 진일보했다고 할 수 있다.

그러나 제품의 하자에 대하여 소비자를 보호하기 위하여 엄격책임론이 등장하게

---

161) 미국법률협회(American Law Institute ; ALI)는 1923년 2월 23일에 수도 워싱톤에서 법관, 변호사, 법과대학 교수중에 저명한 인사로 구성되어 카네기재단의 후원을 받아 설립된 학회이다. 그 목적은「법의 명확화와 간단화 및 사회적 요청에 대한 법의 보다 좋은 적응을 촉진하고 보다 좋은 사법을 확보하며, 학문적이며 과학적인 법적연구를 수행하는」데 있다. 주된 사업은 미국법의 여러 부문에 대한 리스테이트먼트(Restatement)를 편찬발행하는데 있지만 그 외에 형사소송 및 증거법에 대한 모범법안(model code)을 제출하기도 한다.

162) 리스테이트먼트(Restatement)는 그 자체가 법률로서 효력은 가지고 있지 아니하나, 미국 판례법의 2대 결함인 불확실성과 복잡성의 문제를 해결하기 위하여 미국법률협회(American Law Institute)의 주관하에 판례법상의 일반원칙을 정리한 것으로 부차적인법원으로서의 의의를 가진다. 이 규정은 판례나 립법에 많은 영향력을 미치고 있으며 이후의 많은 판결에서도 이 규정을 광범위하게 채택하고 있다.

되었다. 미국에서 가장 먼저 제조물책임이 인정되었으나 제조물책임이 무과실책임 즉 엄격책임으로 인정되게 된 것은 1960년대에 들어와서이며 불과 35여년 전이다. 근래의 고도의 과학기술의 발달과 유통구조의 복잡은 이들 전통적인 책임원칙에 의거한 피해자구제를 곤란하게 하였다. 그리하여 제조물의 위험으로부터 스스로를 지키기에 무력한 소비자를 보호하기 위해 대량생산 · 대량소비에 의하여 이윤을 얻고 있는 사업자에게 그 손실을 전가하는 것이 사회적으로도 요구되기에 이르렀다. 따라서 새로운 책임유형으로서 엄격책임을 기초로 한 제조물책임원칙이 확립되게 되었다.

엄격책임이란 제조나 판매인 등의 행위요소인 과실이 아니라 제조물의 결함이라는 객관적 요소를 근거로 하는 법리로 미국의 판례와 주 법을 통해서 발전한 제조물책임을 인정하기 위한 법리이다. 이 엄격책임론을 판례상 확립한 대표적인 사건은 1963년의 캘리포니아주 대법원에서 내린 그린맨(Greenman v. Yuba Power Products)사건이다. 이 사건 판결에서 트라이너(Traynor)판사는『제조업자가 그의 제품이 점검되지 않고 사용되는 것을 알면서 시장에 유통시켜 그것에 결함이 있었기 때문에 인체에 상해를 줄 수 있는 결함을 가지고 있다는 것이 입증된 때에는 불법행위법상의 엄격책임을 진다』[163]라고 하여 제조업자의 과실의 유무에 상관없이 피해자는 제조업자를 상대로 소송을 제기할 수 있게 되어 결함제품사고의 피해자보호에 큰 진전을 이루게 되었다. 그 후 제조물책임에 대한 엄격책임이론의 적용은 다른 주법원과 연방법원에 의하여 급속도로 광범위하게 채택되었다.

그러나 이 엄격책임은 소위 제조물책임의 위기를 초래한 주범으로 그 폐지가 주장되는 비판이 있었다. 이러한 비판에 따라 미국법률가협회는 1998년 제조물책임에 관한 제3차 불법행위에 관한 수정안(Restatements of Torts)으로 제조물책임법을 개정하여 발표했다. 그러나 이 개정은 엄격책임을 폐지하지 않고 그 내용을 보완하는 정도에 그치고 그 골격은 그대로 유지되었다.[164] 한편 미국에서 45개 주

163) Greenman v. Yuba Power Products, Inc. (1963) 59 Cal.2d 57, 63, 27 Cal.Rptr. 697, 377 P.2d 897: 이 사건은 원고가 자기부인이 소매상으로부터 구입하여 선물한 목공선반으로 사용되는 조립동력기계(제품명 : Shopsmith)를 사용하던 중 기계의 결함으로 인하여 나무 파편이 튀어나와 눈을 다쳐 중상을 입은 사건이다. 이 사건에서 원고는 소매상 및 제조회사를 상대로 과실 및 보증위반에 근거한 소송을 제기하였고 또한 기계의 부품을 고정시키는 나사못이 부적합한 것임을 보여주는 실체적 증거를 제출하였다. 판결은 소매상에 대한 책임은 부정하여 청구를 기각하였고, 제조회사에 대하여는 책임을 인정하여 원고의 청구를 인용하였다.

가 다소 차이는 있으나 제2차 Restatement of Torts 402 §A를 전부 또는 일부 수용하여 엄격책임을 채택하고 있으며 엄격책임을 인정한 판례도 수천 건에 이르는 등 엄격책임은 미국 제조물책임소송의 근간이 되는 법리로 확고한 자리를 차지하고 있다.

불법행위에 관한 수정안(Restatements of Torts) 제402조 A와 제402조 B에 의하면 엄격책임에 의한 제조물책임은 피해자의 입증책임을 완화하여 원인이 된 제조물이 결함상태에 있고 또한 불합리하게 위험한 상태에 있는 제품에 의하여 야기된 이용자, 소비자 또는 그로부터 발생한 재산상의 손해에 대하여 제조업자 또는 판매자는 과실없이 지는 책임이라고 하는 것이다.

이처럼 소비자를 보호하기 위하여 제조물에 대한 책임을 묻는 현상은 소비자 권리의식의 고양과 소송선호의 현상[165]에 따라 상당히 증가하게 되었다.

또 다른 하나의 원인으로 볼 수 있는 것은 독특한 변호사 성공보수제도라고 할 수 있다. 미국의 재판에서는 원고측 변호사의 경우 성공보수(Contingent Fee)를 받는 제도가 널리 채택되어 있어서 소비자가 변호사에게 소송을 의뢰할 때에는 착수금 기타의 어떠한 사례도 할 필요가 없다. 그 대신 만약 소송에서 승소하거나

---

164) Restatement of Torts 제3차 개정-제조물책임법에 관한 조문에 대하여는 박훈, "제조물책임에 관한 최근의 리스테이트먼트 개정", 서울대학교 법학 제39권 2호, 1998. 참조.

165) 이에 대한 원인으로는 과다한 변호사 수가 한 몫을 하고 있다. 미국에서의 변호사는 약 80만명에 달하며 더욱이 매년 3만명의 새로운 변호사가 탄생하고 있다고 한다. 과다한 변호사는 변호사간의 치열한 경쟁으로 소송수요를 창출하는 경향이 나타나게 되었고, 피해자에 대하여 제조물책임소송의 제기를 촉구하는 경향으로 인하여 제조물책임소송이 증가하게 되기도 한다. 변호사 수를 외국과 비교하여 보면 일본이 약 15,000명, 한국은 약 4,000명에 지나지 않으며, 프랑스는 일본보다 약간 많은 정도이고, 독일은 일본의 약4배의 숫자이다. 영국은 법정변호사로서의 배러스터(Barrister)의 수는 약 6,000명에 불과하지만 사무변호사로서의 슬리스터(Solicitor)는 약 55,000명으로서 전체 약 61,000명이다. 변호사 1명당 국민 수를 살펴보면 미국이 310명, 영국이 810명, 독일이 1,280명, 프랑스가 1,900명, 그리고 일본이 8,500명으로서 한국의 약 15,000명과 비교하면 우리 나라는 변호사의 수가 너무 적고 미국은 매우 많은 것으로 볼 수 있다(日科技連PL編纂委員會 編, 企業と製造物責任, 日科技連出版社, 1991, pp.121-136).

또한 저렴한 소송비용도 한 몫을 하고 있다고 본다. 미국에서의 법원에 납부하는 소송제기비용(Filing Fees)은 소송금액에 관계없이 낮으며 30달러에서 100달러 정도라고 하며, 소송비용도 연방법원에는 60달러, 캘리포니아주와 뉴욕주의 법원에서는 각각 55달러, 35달러로 되어있다. 한편 우리 나라와 비슷한 일본에 있어서 원고가 소송을 제기할 때에 소장에 인지를 붙이지 않으면 안되고, 그 인지대가 소송금액에 따라 고액이 된다고 지적되고 있다. 구체적으로 살펴보면 5,000만엔의 손해배상청구소송의 소장의 인지대로 257,600엔이 필요하고, 이 인지대 외에 복사비 등의 실비로서 30만엔 정도를 부담하는 것 외에 규정상은 매우 고액인 변호사비용으로서 약200만엔 정도를 "착수금"으로 원고가 부담하지 않으면 아니 된다. 일본에서의 이러한 현상은 우리나라에서도 마찬가지이다.

화해로 얼마의 배상금지급을 받게 된 때에는 그 승소(획득) 금액의 일정비율(많게는 3할 내지 4할 정도라고 한다)의 금액을 처음 약속대로 변호사에게 지급하게 된다. 이러한 미국식 성공보수제도(Contingent Fee Arrangement)라는 것은 승소(또는 화해금을 취득)한 원고가 그 취득한 손해배상금(화해금)에서 원고변호사에게 보수를 지불하는 제도로서 만약 원고가 패소하면 원고변호사에게 보수를 지불하지 않아도 된다.(또는 낮은 금액의 보수만을 지불한다.)

소송수행수단으로서 미국에서 인정되어 온 성공보수제도를 정당화하는 이유로서는 (1) 소송을 제기할 수 있는 클레임을 가진 자에게 있어서 경제적으로 변호사의 서비스를 받아 소송을 수행할 수 있는 유일한 수단이 종종 성공보수제도(Contingent Fee)라는 점, (2) 원고에게 있어서는 클레임을 성공리에 수행한 후에 비로소 변호사보수를 지불할 자금이 생기는 점을 들 수 있다. 즉, 성공보수제도 덕분에 충분한 자력이 없는 피해자도 법률서비스를 받을 수 있고, 부유한(Deep Pocket) 피고를 상대로 소송하여 배상금을 얻을 수 있다.

이 제도로 원고는 패소하더라도 피고측의 재판비용(변호사비용도 포함)을 부담하지 않아도 된다고 하는 미국식 책임주의에 의하여 미국은 말하자면 "소송하면 이득"인 소송사회가 되고 있다고 한다.[166]

나. 3차개정된 불법행위법의 수정법률내용

판례를 종합정리하여 완성된 불법행위에 관하여 수정된 제3차 개정된 법의 내용은 1965년에 개정된 제2차 불법행위법 리스테이트먼트 제402조 A와 B는 그 동안 대부분의 주에서 제조물책임관련 재판에 인용되어 왔다. 그러나 1992년부터 새로운 개정작업이 시작되어 1997년 12월에 제조물책임에 관한 제3차 불법행위법 수정법률이 확정되었다. 이는 전체적으로 4개장 21개의 조문으로 구성되어 있다.[167]

제1장에서는 판매시의 제품결함에 대한 책임을 다루고 있는데 제1조에서는 책임원칙을, 제2조에서는 결함의 종류 및 유무를, 제3조와 4조에서는 제품결함의 추정을 뒷받침하는 정황증거를 규정하고 있다. 제5조, 6조, 7조에서는 특수한 제품 또

166) 平野 晉, アメリカ製造物責任法の新展開, 成文堂, 1995, pp.197-199.
167) 원문에 대한 번역은 부록에 상세하게 정리되어 있다.

는 제품시장에 적용되는 책임법칙으로, 구성부품, 원재료나 반제품의 제조자, 처방의약품이나 의료기기의 제조자, 식품이나 중고품의 제조자의 배상책임에 관하여 규정하고 있다.

제2장에서는 판매한 때 이외의 시점, 즉 판매 전 또는 판매 후에 생긴 결함에 관한 조문들로 구성되어 있다. 제9조는 제품의 판매와 관련한 부실표시에 의하여 생긴 피해에 대한 책임을 규정하고 있고, 제10조와 제11조에서는 판매 후에 경고를 하지 않거나 제품을 회수하지 않음으로써 생긴 피해에 대한 책임을 규정하고 있다.

제3장에서는 제조자의 사업 승계자와 외견상 제조자에 대한 책임을 규정하고 있다. 제12조와 13조는 피승계 사업자의 제품에 대하여 사업 승계자가 배상책임을 지는 경우와 피승계 사업자의 제품에 포함되어 있는 것을 알고 있던 위험에 대하여 판매 후에 경고하지 않은 사업 승계자의 배상책임을 규정하고 있다. 그리고 제14조에서는 제품에 자기이름을 부착하고 있지만 타인에 의하여 제조된 경우 외견상의 제조자는 실제의 제조자와 동일한 배상책임을 지는 것으로 규정하고 있다.

제4장에서는 일반적인 적용규정으로서 인과관계, 적극적 항변 및 정의에 관하여 규정하고 있다. 제15조는 배상책임의 요건중의 하나인 인과관계는 불법행위법상의 인과관계에 적용되는 일반법칙과 원칙에 의하여 결정된다고 규정하고 있다. 제16조는 대충돌 안전성 또는 증대된 피해에 대하여 배상책임을 규정하고 있다. 제17조와 18조는 책임의 분배와 계약상 면책규정에 의하여 정당한 제조물책임의 배상청구를 방해 내지 감액하지 못함을 확인하고 있다.

마지막 제19조, 20조, 21조에서는 “제조물” “판매 또는 공급한 자” 및 “인적 또는 재산적 피해”라는 용어의 정의를 규정하고 있다.

미국의 3차 불법행위법 수정법률((Restatement of The Law, Third, Torts : Products Liability)의 주요내용은 다음과 같다.

① 제품 판매시의 결함에 의한 제품 판매자 또는 공급자의 책임

제품을 판매 또는 공급하는 업(업)에 종사하는 사람으로서, 결함제품을 판매 또는 공급한 사람은 그 결함에 의하여 생긴 인적 또는 재산적 피해에 대하여 책임을 진다.(제1조)

한편, 부품을 사용한 제품에 의하여 생긴 피해에 대한 부품의 상업적 판매자 또는 공급자의 책임에 대해서는 제품의 부품을 판매 또는 공급하는 업에 종사하는 사람으로서, 부품을 판매 또는 공급하는 사람은 다음 각 항의 1에 해당하는 경우 당해 부품을 사용한 제품에 의하여 생긴 인적 또는 재산적 손해에 대하여 책임을 진다.(제5조) 결함 있는 처방의약품 또는 의료기기에 의하여 생긴 피해에 대한 상업적 판매자 또는 공급자의 책임으로는 처방의약품이나 의료기기를 제조하는 사람으로서, 결함 있는 의약품이나 의료기기를 판매 또는 공급하는 사람은 그 결함에 의하여 생긴 신체적 피해에 대하여 책임을 진다. 처방의약품 또는 의료기기란 의료제공자의 처방에 의해서만 합법적으로 판매 또는 공급될 수 있는 것을 말한다.(제6조)

결함식품에 의하여 생긴 피해에 대한 상업적 판매자 또는 공급자의 책임은 식품을 판매 또는 공급하는 업에 종사하는 사람으로서, 제2조, 제3조 또는 제4조에 의한 결함이 있는 식품을 판매 또는 공급한 사람은 그 결함에 의하여 생긴 인적 또는 재산적 피해에 대하여 책임을 진다. 제2조 (a)항의 적용에 있어서, 합리적인 소비자라면 예상할 수 없는 성분이 식품에 포함되어 있는 경우에는 당해 식품의 피해를 발생시킨 성분이 결함이 된다.(제7조)

결함중고품의 상업적 판매자 또는 공급자의 책임으로는 중고품을 판매 또는 공급하는 업에 종사하고 있는 사람으로서, 결함 있는 중고품을 판매 또는 공급한 사람은 다음 각 항의 1에 해당하는 경우에 그 결함에 의하여 생긴 인적 또는 재산적 피해에 대하여 책임을 진다.(제8조)

② 판매시의 제품결함에 의거하지 않는 상업적 제품 판매자의 책임

부실표시에 의하여 생긴 피해에 대한 상업적 제품 판매자 또는 공급자의 책임으로 제품을 판매 또는 공급하는 업에 종사하는 사람으로서, 판매와 관련하여 사기적으로, 과실로 또는 선의로 당해 제품에 관한 중요한 사실을 부실표시한 사람은 당해 부실표시에 의하여 생긴 인적 또는 재산적 피해에 대하여 책임을 진다.(제9조)

또한 판매 후 경고를 하지 않은 것에 의하여 생긴 피해에 대한 상업적 제품의 판매자 또는 공급자의 책임으로 판매자의 입장에 있는 합리적인 사람이라면 경고

를 제공하였을 경우, 제품의 판매 또는 공급의 업에 종사하는 사람은 판매자가 제품의 판매후에 경고를 하지 않은 것으로 인하여 생긴 인적 또는 재산적 피해에 대하여 책임을 진다(제10조).

판매 후 제품을 회수하지 않은 것에 의하여 생긴 피해에 대한 상업적 제품 판매자 또는 공급자의 책임으로 제품을 판매 또는 공급하는 업에 종사하는 사람은 법률 또는 행정규칙에 의한 정부의 명령이 판매자 또는 공급자에게 제품의 회수를 특별히 요구하고 있거나,회수 요구 없는 경우에 있어서, 판매자 또는 공급자가 제품을 회수하는 경우, 판매자 또는 공급자가 당해 제품을 회수함에 있어서 합리적인 사람으로서 행동을 하지 않는 경우에 해당하는 경우에 그 제품의 판매 또는 공급 후에 제품을 회수하지 않은 것에 의하여 생긴 인적 또는 재산적 피해에 대하여 책임을 진다(제11조).

③ 승계자 및 외견상 제조자의 책임

피승계(선행)자가 상업적으로 판매한 결함제품에 의하여 생긴 피해에 대한 승계자의 책임으로 피승계회사 또는 단체의 재산을 취득한 승계회사 또는 단체는 그 재산취득이 승계자가 그 책임을 인수한다는 합의를 수반하고 있는 경우, 피승계자의 채무 또는 책임을 회피하기 위한 사기적인 재산 이전의 결과인 경우, 피승계자와 신설합병 또는 흡수합병을 구성하는 경우, 승계자가 피승계자를 계속하는 결과가 되는 경우에는 피승계자가 상업적으로 판매 또는 공급한 결함제품에 의하여 생긴 인적 또는 재산적 피해에 대하여 책임을 진다. 또한 승계자 자신이 판매 후 경고를 하지 않은 것에 의하여 생긴 피해에 대한 승계자의 책임으로 승계자가 당해 제품의 보수 및 수리업무를 제공할 것을 인수 또는 동의한 경우 혹은 현실적 또는 잠재적인 경제적 이익을 승계자에게 가져다 줄 피승계자의 제품 구입자와 동일한 관계를 맺는 경우, 승계자의 입장에 있는 합리적인 사람이라면 틀림없이 경고를 제공하는 경우에는 피승계회사 또는 단체의 재산을 취득한 승계회사 또는 단체는 제12조에 의한 책임이 있는지 여부와 상관없이, 피승계자가 판매 또는 공급한 제품에 의하여 발생하는 위험에 대하여 경고를 하지 않은 것에 의하여 생긴 인적 또는 재산적 피해에 대하여 책임을 진다.(제12조)

제품을 판매 또는 공급하는 업에 종사하는 사람으로서, 타인이 제조한 제품을

자기의 제품으로 판매 또는 공급하는 사람은 당해 제조자와 동일한 책임을 진다.(제14조)

나. 제품결함과 피해간의 인과관계

제품의 결함이 인적 또는 재산적 피해의 원인인지 여부는 불법행위법상의 인과관계에 적용되는 일반법칙과 원칙에 의하여 결정된다.(제15조)
상업적 판매 또는 공급시점에 제품에 결함이 있고 그 결함이 다른 원인으로부터 생긴 피해를 넘어서 원고의 피해를 증대시키는 중요한 요인이 되고 있는 경우, 당해 제품의 판매자는 증대된 피해에 대하여 책임을 진다(제16조a)증거에 의하여 제품의 결함이 없어도 다른 원인에 의하여 발생할 수 있는 피해임이 입증된 경우, 당해 제품의 판매자의 책임은 당해 제품의 결함만에 의하여 생긴 증대된 피해로 한정된다.(제16조b) 증거에 의하여 제품의 결함이 없어도 생길 수 있는 (b)항에 의한 피해를 입증하지 못하는 경우에는, 당해 제품의 판매자는 제품의 결함 및 다른 원인으로 야기된 원고의 모든 피해에 대하여 책임을 진다(제16조c). 위 제16조(b)항에 의하여 원고가 입은 피해의 일부에 대하여 또는 (c)항에 의하여 원고가 입은 피해의 전부에 대하여 책임을 지는 결함제품의 판매자는 피해를 야기한 것에 대하여 법적 책임을 가지고 있는 다른 당사자와 함께 연대책임법리에 의하여 결정된 연대책임 또는 개별책임을 진다(제16조d).

다. 판매 또는 공급한 사람의 정의

본 수정법률에 있어서, 상업적 관계에 있어서, 사용, 소비 또는 최종적인 사용 또는 소비로 이어지는 재판매를 위하여 제품의 소유권을 이전하는 경우에 제품을 판매하는 것으로 된다. 상업적 제품판매자에는 제조자, 도매상 및 소매상이 포함되지만 그들에만 한정되는 것은 아니다. 판매 이외의 상업적 거래에 있어서, 사용, 소비 또는 최종적인 사용 또는 소비로 이어지는 예비단계로써 타인에게 제품을 제공하는 경우에 제품을 공급하는 것으로 된다. 상업적 비판매 제품 공급자에는 임대인, 기탁자 및 제품의 사용 또는 소비나 기타 상업적인 활동을 촉진하기

위한 수단으로 타인에게 제품을 제공하는 사람이 포함되지만 그들에만 한정되는 것은 아니다.

(2) 유럽의 동향

가. 제조물책임에 관한 EU통일지침의 제정배경

EU를 중심으로 한 유럽의 제조물책임법의 입법은 유럽통합을 염두에 두고 각 국가간의 법통일의 필요성을 이유로 시작되었다. EU회원국은 일부 국가를 제외하고는 제조물의 결함으로 인한 제조자의 책임을 전통적인 과실책임에 근거를 두고 있었다.

EU회원국간의 이러한 제조물책임법제의 차이는 제조자의 제품비용에 차이를 발생시키고 동시에 EU지역 내에서 제품의 유통을 저해함으로써 EU지역내의 시장통합에 장애가 되었다. 따라서 EU지역 내 시장통합작업의 일환으로 경쟁조건의 동일화, 유통의 촉진, 소비자보호의 관점에서 제조물책임에 관한 통일입법의 필요성이 제기되어 결함제품의 책임에 관한 EU통일지침[168]의 제정노력이 시작되었다.

EU에서는 1968년부터 제조물책임에 관한 통일입법화를 위한 검토를 시작하였다. EU위원회(The Commission)는 1974년 8월과 1975년 7월, 두 번의 예비초안의 공표를 거쳐 1976년 7월 제1차 지침안을 제안하고, 그후 1979년 9월 유럽의회(The European Parliament)와 경제사회위원회(The EUonomic and Social Committee)의 의견을 가미한 수정지침안을 각료이사회(The Council of Ministers)에 제출하였다.

각료이사회는 이 수정지침안을 심리하였으나 1차 농수축산물을 제조물의 범위에 포함시킬지 여부, 제조자에게 개발위험의 항변을 인정할지 여부, 물적 손해의 포함여부, 책임한도액의 설정여부 등에 대해서 의견이 대립되었다. 이에 대해서 의견조정을 거듭하다가 1985년 5월 타협적인 형태의 새로운 수정지침안이 EU이사회

168) 지침의 정식명칭은 "결함제품의 책임에 관한 EU가맹국의 법률,명령 및 행정규칙의 조정을 위한 1985년 7월 25일의 각료리사회지침"(Council Directive of 25 July 1985 on the Approximation of Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products)이다.

에 제출되어 마침내 동년 7월 25일에 제조물책임에 관한 EU지침(Directive)이 채택되었다.

나. 제조물책임에 관한 EU 지침의 주요내용

① 무과실책임의 원칙

제조자는 제품의 결함에 의해 발생한 손해에 대하여 과실의 유무를 묻지 않고 책임을 부담한다(제1조, 제4조 참조). 제조자는 자연인이든 법인이든 이를 불문한다.

무과실책임의 원칙을 채택함으로써 제조자의 책임이 강화되었다. 제1조의 「고의 또는 과실에 의해」라는 문구가 없고 제4조의 피해자가 부담하는 입증책임규정에도 이 요건이 존재하지 않는다는 점에서 과실의 유무는 문제되지 않는다는 것이 명백하다. 무과실책임을 채택한 이유에 대해서 지침 전문에서는 「특히 전문적 기술이 향상되고 있는 현대에 있어서 최신기술에 의한 생산에 내재하는 위험의 공평한 배분이라는 문제를 적절히 해결하는 유일한 방법」이라고 명백하게 밝히고 있다.

② 제조물의 범위

전기 및 공업적으로 생산된 모든 동산은 적용대상이 된다(지침 전문 및 제2조). 그 동산이 다른 동산이나 부동산에 부합되어 있는 경우에도 적용된다. 제1차 농산물(축산물, 해산물 포함) 및 수렵물은 원칙적으로 제외된다.

제2조에서 「제1차 농산물이란 제1차 가공을 한 제품을 제외한 농산물, 축산물 및 해산물을 의미한다」고 규정하고 지침 전문에서는 농업생산물과 수렵물에 대한 책임에 관하여 「당해제품에 결함을 일으킬만한 공업적 성질을 가지는 가공이 된 경우를 제외하고는 이것을 배제하는 것이 적절하다」고 기술하고 있다. 그러므로 농업생산물과 수렵물에 대해 공업적 성질의 가공을 하게 되면 적용대상이 된다.

다만 각 가맹국은 국내법으로 제1차 농산물 및 수렵물을 적용대상에 포함시켜 이에 대해서도 무과실책임을 부과할 수 있는 선택권(Option)을 가지고 있다(제15조 제1항 ⓐ ;선택조항).

③ 책임주체인 제조자의 범위

「완성품의 제조자」, 「원재료·부품의 제조자」, 「제조물에 성명·상표 기타 식별가능한 기호 등을 부착함으로써 자신을 제조자로 표시한 자」는 모두 제조자에 해당한다(제3조 제1항). 완성품의 제조자는 그 제조물에 대하여 전체적으로 책임을 진다. 구성부품 또는 원재료의 결함으로 인하여 완성품에 결함이 발생하고 그 결함에 의해 손해가 발생한 경우 완성품의 제조자는 구성부품의 제조자 또는 원재료의 제조자와 연대하여 책임을 부담한다.

또한 「EU지역 내에 업으로써 판매 등을 목적으로 제조물을 수입하는 자」도 제조자로 간주된다(동조 제2항). 수입업자는 '업으로써 판매 등을 목적으로' 제조물을 수입한 경우에만 제조자로서 간주된다. 따라서 개인적 필요를 위해 수입하는 경우(개인적 성격이든 상업적 성격이든 불문함)는 제조자로 간주되지 아니한다. 예컨대, 항공회사가 자기의 영업, 즉 항공사업을 위해 비행기를 수입하는 경우에는 제조자로서의 책임을 부담하지 아니한다. 이는 피해자가 EU지역 외의 외국의 제조자에 대해 손해배상을 청구하는데 따르는 불편을 방지하기 위함이다. 수입업자를 제조자와 동일하게 취급하는 것은 수입업자가 EU국가 외의 외국으로부터 값싼 제품을 수입하는 경우, 수입업자 간에 경쟁관계의 왜곡이 발생할 수 있으므로 이를 방지하기 위한 것도 한가지 이유이다.

EU지역 내의 다른 회원국으로부터 제품을 수입하는 자는 제외된다. 따라서 이 경우 피해자는 다른 회원국의 제조자를 상대로 소송을 제기하여야 한다. 그러나 그 소송은 1982년 민사관할권 및 판결법(Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982)의 적용을 받으므로 원고는 다른 회원국의 제조자를 상대로 자기 나라의 법원에 소를 제기할 수 있고 피고의 나라의 법원에서 판결을 집행할 수 있다.

제조물의 제조자를 확정할 수 없을 때 그리고 수입품에 있어서 그 제조자는 알 수 있으나 수입한 자를 확정할 수 없을 때에는 각각의 공급자를 제조자로 간주한다(동조 제3항). 이 규정은 익명의 제조물을 사용함으로써 입는 피해로부터 소비자를 보호하기 위한 규정이다.

④ 입증책임

피해자는 제조물의 결함, 손해, 결함과 손해와의 인과관계를 입증하여야 한다. EU지침 제4조에는 「피해자는 손해, 결함 및 결함과 손해와의 인과관계를 입증하지 않으면 아니 된다.」라고 규정하고 있다. 이것은 전통적인 입증책임분배의 원칙을 따르고 있다.[169)]

그러나 EU지침 제7조에서 제조자가 다음사항을 입증한 경우에는 지침에서 규정한 책임을 지지 않도록 규정하고 있으며, 다음사항 중 (b)호에서 "여러 상황을 참작할 때 손해를 야기시킨 결함이 제조자에 의해 유통된 시점에는 존재하지 않았거나 또는 그 결함이 사후에 발생하였다고 하는 개연성이 높은 경우"이다. 이것은 피해자가 결함, 손해 및 인과관계를 입증한 경우에는 결함은 제조물이 유통과정에 둔 시점에서 이미 존재하고 있었다고 추정되는 것으로 해석한다.

무과실책임을 채택한 것과 관련하여 제조자와 소비자 사이의 형평을 고려하여 고전적인 증명책임의 분배를 채용하였다. 그러나 표현증명 또는 사실추정칙에 의해 원고의 입증책임의 부담을 완화시키는 것은 각 가맹국의 법원의 운용과 관련된 것이며 본 조는 그것까지 규제하는 것은 아니다.

⑤ 연대책임의 원칙

동일한 손해에 대해서 2인 또는 그 이상의 자가 책임을 부담하는 경우에는 연대하여 책임을 부담하여야 한다(제5조). 소비자를 보다 두텁게 보호하고 기업의 책임을 강화하기 위한 조항이라고 할 수 있다.

⑥ 결함의 판단기준

제조물의 표시, 합리적으로 예상할 수 있는 제조물의 사용, 제조물이 유통된 시기 등을 포함한 모든 사정을 고려하여 일반인이 당연히 기대하는 안전성을 구비하지 않은 경우 결함이 존재하는 것으로 된다(제6조 제1항). 다만 나중에 보다 우수한 제품이 유통되었다는 이유만으로 제조물에 결함이 있는 것으로 간주할 수는 없다(동조 제2항).

---

169) 이것을 두고 독일의 타쉬너(Taschner)는 "이 립증책임의 규제방법은 부당한 손해배상청구로부터 산업계를 보호하기 위한 마그나 카르타이다"라고 표현하였다고 한다. ; Taschner, NJW 1986, 610(612). 吉野正三郎(譯), "製造物責任訴訟の近時の動向-證明責任問題を中心に-", 「ジュリスト」 No.967(1990. 11. 15), pp.76-77에서 재인용.

유통된 시기는 결함유무의 판단기준시점이 된다. 완성품의 경우 제조자가 판매를 위하여 자유의사에 의하여 제조물을 유통업자에게 보낸 시점을 말한다. 그리고 부품인 경우에는 완성품 제조자에게 납품된 시점을, 원재료인 경우에는 제조업자에게 납품된 시점을 말한다.

⑦ 제조자의 면책사유

제조자는 무과실책임을 부담하지만 다음의 여섯 가지 일정한 사실을 입증하면 면책되는 것으로 하여 제조자의 부담을 덜어주고 있다.

첫째, 제조자가 그 제품을 유통시키지 아니한 사실이다. 예컨대, 판매를 위해 생산되었으나 아직 유통되지 않은 결함제조물에 의해 기업의 고용인이 상해를 입은 경우에는 제조자는 제조물책임을 부담하지 않는다. 그러나 제품으로서 이미 유통되어 사용된 결함부품 또는 결함원료에 의해 피해가 발생한 경우, 당해 고용인은 결함부품 또는 결함원료의 제조자에 대하여 제조물책임을 물을 수 있을 것이다(제3조 제1호 참조).

둘째, 제조자가 제조물을 유통시킨 시점에는 결함이 존재하지 않았다든가 또는 그 결함이 그후에 발생되었다는 사실이다.

셋째, 그 제품이 판매 기타 영리를 목적으로 제조된 것이 아니며 또 영업활동의 일환으로 제조, 공급된 것이 아니라는 사실이다.

넷째, 그 제품의 결함이 당국에서 정한 강제기준을 준수함으로써 발생하였다는 사실이다. 여기서 강제기준이라 함은 국가가 제조자에 대하여 법률이나 규칙 등으로 일정한(최고 기준인) 제조방법을 강제하고 있고, 제조자로서는 제조하는 이상 그 기준을 따를 수 밖에 없고 또 국가가 정한 기준 자체가 정당한 안전에의 기대(제6조)에 합치하지 않음으로 인하여 필연적으로 결함제조물이 나올 수 밖에 없는 그런 성격의 것을 의미한다.

다섯째, 제조자가 그 제품을 유통시킨 시점의 과학·기술수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실이다. 이른바 개발위험의 항변을 말하며, 각 가맹국은 그 판단에 따라 국내법으로 개발위험에 관해서도 제조자에게 책임을 지울 수 있다.(제15조 제1항 ⒷⒷ : 선택조항)

여섯째, 부품제조자의 경우에는 그 부품을 조립한 최종제품의 설계가 원인이 되

어 결함이 발생하였다는 사실 또는 최종제품 제조자의 지시에 의해 결함이 발생하였다는 사실이다.

⑧ 제3자 · 피해자의 과실 등

손해가 제품의 결함과 함께 제3자의 작위·부작위로 인하여 발생한 경우에도 제조자의 책임은 경감되지 아니한다(제8조 제1항). 이것은 피해자의 보호를 고려한 조항이다. 이 경우 제3자는 지침의 규정에 근거하여 책임을 지는 자가 아니므로 연대책임을 부담하지 아니한다. 다만 제3자의 책임여부, 그 책임의 범위 및 구상권(구상권) 등에 대해서는 각국의 국내법에 위임하고 있다(제8조 제1항).

그러나 손해가 제품의 결함과 함께 피해자 또는 피해자의 책임으로 돌아가는 제3자의 과실로 인하여 발생한 경우에는 제조자의 책임은 경감 또는 면제된다(동조 제2항).

⑨ 손해의 범위

제조자가 배상책임을 부담하는 손해는 제품의 결함에 의해 발생한 인신손해 및 재산손해이다(제9조). 인신손해의 경우 원칙적으로 그 배상액에 제한이 없으나, 각국은 책임총액의 제한을 옵션으로 채용할 수 있다(지침 제16조 제1항 참조). 다만 재산손해의 경우 제품 자체의 손해는 배상대상에서 제외되고 개인적인 사용·소비를 위하여 이용되는 재산(따라서 영업용 재산은 제외됨)에 발생한 500 ECU(유럽통화단위)[170] 이상의 손해에 대해서만 배상책임을 부담한다. 제품 자체의 손해는 계약책임에 의해 처리된다. 이는 무과실책임을 근거로 해서 소액청구가 빈발하는 것을 방지하기 위함이다. 위자료 등의 무형손해에 대해서는 각 가맹국의 국내법에 그 취급을 위임하고 있다.

⑩ 제조물책임의 중복적용의 가능성

지침이 통보된 시점에 존재하는 계약상 또는 계약 외의 책임에 관한 법규정 혹은 특별책임제도 등에 의하여 피해자에게 부여된 모든 권리는 지침의 영향을 받지

170) ECU란 European Currency Unit의 약칭으로 유럽통화제도(EMS)에 있어서 공통의 계산단위이다. ECU의 가치는 매일 결정되지만 지침은 각국의 국내법에서 그 국내통화단위로 명문화할 때의 환산기준시를 지침의 채택일인 1985년 7월 25일로 정하였다(제18조 제1항 참조).

아니한다(제13조). 따라서 개별사건에 있어서 피해자는 각 국내법이 허용하는 한 자유로이, 지침에 의해 제정되는 국내법, 계약책임법, 비계약책임법(불법행위법) 및 제조물책임에 관한 특별책임제도[171] 중 어느 하나를 선택하여 손해배상을 청구할 수 있다.

본 지침에 근거하는 무과실책임으로서의 제조물책임법에는 여러 가지의 제한이 있으므로 다른 법률에 근거한 청구는 실익이 있다. 예를 들면, 인적손해에 있어서 위자료청구, 동일결함·동종품목에 의한 인적손해에 대한 책임총액제한, 영업이나 직업상의 물건 또는 공적인 물건의 배상대상으로부터의 제외, 제1차 농산물이나 수렵물에 의한 피해, 결함제조물 자체의 피해, 물적손해에 있어서 500ECU의 자기부담금, 판매업자나 수리업자의 책임추궁, 알 수 있었던 날부터 3년 경과후의 소제기 등의 경우에는 다른 법률에 근거한 청구권은 그 실익이 있다.

(3) 일본의 동향

가. 동향

일본에서 제조물의 결함으로 인하여 소비자의 생명·신체나 재산에 심각한 손해를 가져온 사건은 1955년에 발생한 삼영비소(삼영ひ소)우유사건이 처음이었다. 그 후 1969년에 미국으로 수출된 결함자동차사건, 1969년 가네미(カネミ)유증(유증)사건, 1971년 스몬(スモン)사건, 1975년 크로로킨(クロロキン)사건 등이 잇달아 발생하면서 제조물책임문제가 심각한 사회문제로 되었다.

한편 이러한 결함제조물에 의한 소비자피해의 구제는 다른 나라와 마찬가지로 민법에 의하여 해결하여야 하는데 계약책임에 의해서는 제조업자와 소비자사이에 직접적인 계약관계가 없어서 제조업자의 책임을 묻기가 곤란할 뿐만 아니라 제조물의 결함으로 인한 확대손해를 구제할 수 없으며, 불법행위책임에 의한 구제는 과실책임원칙에 의한 제조업자의 과실을 입증하는 것이 매우 곤란하다는 면에서 효과적인 구제가 이루어지지 못하는 한계가 있었다.

따라서 위에서 언급한 스몬사건이나 가네미유증사건 등의 심각한 위해의 발생을 계기로 입법을 요구하는 목소리가 강하였고, 1973년에는 국민생활심의회가 제조물

171) 독일은 EU회원국 전체에서 유일하게 의약품이라는 특정분야에 1976년 개정약사법이 있다.

책임제도을 포함하여 소비자피해구제에 대하여 심의를 시작함과 동시에 1975년에는 아처영(아처영)교수를 중심으로 제조물책임연구회가 1972년부터 검토한 결과를 받아 제조물책임법 요강시안을 공표하였다.

1994년에 이르러 국민생활중시, 소비자중시의 사고가 종래이상으로 강조되게 되었다는 점, 공적규제의 완화에 따른 제조자, 소비자 쌍방의 자기책임원칙의 강화를 요구하는 목소리가 강하다는 점, 제품수입이 대폭 증가한 점, EU지침에 의해 구주제국에 있어서 제조물책임법이 속속히 제정되고 있는 점 등을 배경으로 정당, 학계, 변호사회 등에서 법안이나 입법제안 등을 잇달아 제출·공표하게 되었다.

수년간에 걸쳐 소비자행정에 있어서 검토과제였던 제조물책임법이 1994년 6월 22일에 참의원 본회의에서 전원일치의 찬성으로 통과되고 7월 1일 공포되었다. 본법은 각계(정당, 학계, 법조계, 산업계, 소비자단체, 노동계 등)의 정력적인 논의를 거쳐 많은 성청(우리나라의 부처에 해당)의 관계심의회 등에서 이루어진 검토를 전제로 관계성청이 연대하여 일체가 되어 법안을 작성·제출하게 되어 입법된 것이다.

나. 주요 내용

① 목 적

본법의 목적은 제조물의 결함에 의해 피해를 입은 모든 자를 보호한다. 따라서 소비자에 한정하지 않고 법인도 피해구제청구자가 될 수 있다. 나아가 국민생활의 안정·향상과 국민경제의 건전한 발전을 기하는데 그 취지가 있다.

② 정의(제조물, 결함, 제조업자 등)

제조물의 범위는 “제조 또는 가공된 동산”으로 정의하고 있다. 따라서 부동산, 전기등 무형의 에너지, 서비스는 제조물에서 제외되고 미가공의 농수축산물도 제조, 가공되지 아니한 동산이므로 제외된다.

결함의 정의는 “제조물의 특성, 통상 예견되는 사용형태, 제조업자등이 제조물을 인도한 시기, 기타 제조물에 대한 사정을 고려하여 제조물이 통상 갖추어야 할 안전성을 결여한 것”을 말한다.

제조물책임의 책임주체는 “①제조업자, 가공업자, 수입업자 ②스스로 제조물에 자기를 제조업자·수입업자로서 이름·상호·상표 기타 표시를 한 자 또는 제조업자로 오인할 수 있는 이름등을 표시한 자 ③제조물의 제조·가공·수입 또는 판매에 관한 형태 기타 사정으로 보아 그 제조물의 실질적인 제조업자로서 인정할 수 있는 이름등을 표시한 자”가 포함된다.

③ 제조물책임의 원칙

제조업자등은 제조물의 「결함」에 의하여 타인의 생명·신체 또는 재산을 침해한 때에는 그에 의해 발생한 손해를 배상할 책임을 진다. 제조물책임법에서는 민법 제709조에 의한 「고의 또는 과실」이라는 책임요건 대신에 「제조물의 결함」을 책임요건으로 규정하고 있으며, 이 때 피해자는 결함, 손해, 결함과 손해와의 인과관계를 입증할 책임을 진다.

④ 면책사유

제조업자에게 일정한 요건을 충족하는 경우에는 제조물책임의 면책을 인정하고 있다.

첫째, 제조업자등이 그 제조물을 인도한 당시 즉 제조물이 유통된 시기의 과학 또는 기술에 관한 지식에 의하여 그 제조물에 결함이 있다는 사실을 인식할 수 없는 때에는 제조물책임을 지지 않는다.(개발위험의 항변)

둘째, 다른 제조물의 부품·원재료로 사용되는 제조물의 결함에 의하여 사고가 발생한 경우에 그 결함이 전적으로 부품·원재료를 사용하는 제조업자의 설계에 관한 지시에 따른 사실에 의하여 발생하였고, 부품·원재료의 제조업자에게 그 결함의 발생에 대하여 과실이 없는 때에는 부품·원재료의 제조업자에게 책임을 지우지 않는다.(부품·원재료 제조업자의 면책)

다만, EU지침에서 규정한 것과의 차이는 부품·원재료제조업자에게 일정한 주의의무를 부과하고 있기 때문에 자신의 무과실을 입증할 필요가 있으므로 일본에서의 부품·원재료제조업자의 책임이 더 무겁다고 볼 수 있다.

⑤ 민법의 적용

제조물책임에 대해 이 법에서 규정하고 있는 사항이외는 민법의 규정을 적용한다. 따라서 과실상계, 복수책임주체가 있는 경우의 연대책임, 면책특약을 한 경우의 효력배제 및 금전배상의 원칙 등에 대하여는 민법이 적용되게 된다.

3) 우리나라의 제조물책임법

(1) 제조물책임법의 제정경위

우리나라 제조물책임법은 2000년 1월 12일 법률 제6109호로 제정 공포되어 2002년 7월 1일부터 시행되었다.

제정이유는 제조물의 결함으로 인한 생명, 신체 또는 재산상의 손해에 대하여 제조업자등이 무과실책임의 원칙에 따라 손해배상책임을 지도록 하는 제조물책임제도를 도입함으로써 피해자의 권리구제를 도모하고 국민생활의 안전과 국민경제의 건전한 발전에 기여하며 제품의 안전에 대한 의식을 제고하여 우리 기업들의 경쟁력 향상을 도모하려는 것이다.

(2) 주요내용[172)]

가. 책임의 내용

민법상으로는 제품의 결함으로 인해 피해를 입은 소비자가 구제를 받기 위해서는, 제조업자의 고의나 과실로 인하여 제품에 결함이 생겼다는 점과 그 결함과 피해발생 사이에는 인과관계가 있다는 점을 입증하여야 한다. 그러나 제조업자가 어떠한 점에서 고의나 과실이 있었는지 여부 및 제품의 어떤 점이 잘못되었는지를 입증하는 것은 일반 소비자입장에서는 사실상 불가능하다고 할 수 있다. 그런데, 제조물책임법의 제정으로 소비자는 「제품의 결함」과 피해발생간의 인과관계에 대한 입증책임만을 부담하게 됨으로써 보다 쉽게 피해구제를 받을 수 있게 되

172) 중소기업청, 제조물책임(PL)법과 기업의 대응방안(2003년 사내 PL교육자료), pp4-9참조

었다.

나. 제조물책임법의 적용대상

제조물책임법은 그 적용대상에 대하여「제조 또는 가공된 동산」에 대해서 적용된다(제조물책임법 제2조 제1호)고 규정하고 있다.

여기서「동산」은 부동산을 제외한 모든 물건을 말하며, 일정한 형체를 가지고 있는 고체 · 액체 · 기체와 같은 유체물은 물론 전기 · 열과 같은 무형의 에너지도 포함한다. 「동산」에 해당하는 한 완성품인지, 부품·원재료인지를 불문하며, 대량생산되는 공업제품은 물론 수공업품, 중고품·재생품도 적용대상이 되고, 소비용제품, 업무용제품, 산업용제품 등도 용도에 관계없이 적용대상이 된다. 또한「가공」은 동산을 재료로 하여 그 본질은 유지하면서 새로운 속성을 부가하거나 그 가치를 더한 것을 말하고, 「제조」는 제품의 설계 · 제작 · 검사 · 표시를 포함하는 일련의 행위로, 생산보다는 좁은 개념이고 서비스를 제외한다. 그러나 부동산의 일부를 구성하고 있는 조명시설, 배관시설, 공조시설, 승강기, 창호 등은 동산으로서 이 법의 적용대상에 포함된다.

다. 제조물책임의 주체

제조물책임의 주체는 제조업자이다(제조물책임법 제2조 제3호, 제3조 제1항). 제조물책임법에 의해 배상책임을 지는「제조업자」는「업으로」 제품을 제조 · 가공한 자와 수입한 자를 말하고「업」은 동종의 행위를 반복·계속하여 한 경우를 말하는 것으로 영리목적의 유무와는 상관이 없다.

또한 직접 제품을 제조 · 가공하지는 않았다고 하더라도, 제품에 성명 · 상호 · 상표 기타의 표시를 하여 자신을 제조업자로 표시하고 있거나 오인시킬 수 있는 표시를 하고 있는 자도 제조업자로 간주되어 제조물책임을 진다(제조물책임법 제2조 제3호, 제3조 제1항). 예컨대 OEM(Orginal Equipment Manufacturing)상품이나 PB(Private Brand)상품의 발주자 등이 이에 해당된다.

한편 피해자가 제품의 제조업자를 알 수 없는 경우에는 판매업자가 제조업자를

대신하여 제조물책임을 진다(제조물책임법 제3조 제2항). 다만, 이 경우 공급업자는 상당한 기간 내에 제조업자 또는 자신에게 공급한 자를 피해자에게 알려준 때에는 책임을 면할 수 있다.

엄격책임이 적용되는 초기에는 제조업자만이 책임주체로서 인정되었으나, 산업이 발전하면서 제조물의 생산이 대량화되고 유통과정이 복잡해지면서, 결함있는 제조물이 시장에 유통되고 소비자에게 도달되는 과정에서도 그 책임의 근거가 존재할 수 있기 때문에 제조자 이외에 제조물의 유통과정에 관여한 자들도 책임주체에 포함되고 있는 추세이다.[173]

표시제조업자와 오인 표시제조업자는 제조물에 성명 · 상호 · 상표 기타 식별가능한 기호 등을 사용하여 자신을 제조물의 제조 · 가공 또는 수입을 업으로 하는 자로 표시한 자 또는 그러한 자로 오인시킬 수 있는 표시를 한 자이다. 상표나 상호 기타 제조업자로 표시하였거나 제조업자로 오인할 수 있는 표시를 한 자도 제조업자로서의 외관을 가지고 있으므로 제조물의 위험발생을 방지해야 할 입장에 있다고 할 수 있을 뿐만 아니라 소비자의 신뢰도 보호해야 할 필요가 있어 제조업자로서의 책임을 부담케 한 것이다. 구체적으로는 「제조원○○○」「수입원○○○」등의 이름으로 자기의 이름 등을 붙인 경우나 특히 이름을 붙이지 않고 자기의 이름 등을 붙이는 경우가 이에 해당한다. 이러한 자는 스스로 제조 또는 수입을 하지 않는 경우에도 제조업자 또는 수입업자로서 표시를 하거나 명백하게 그것으로 오인하도록 표시를 하는 경우를 통해서 제조업자로서 의 신뢰를 주고 그러한 사실이 인정된 이상은 신뢰책임의 관점에서 그 제조물의 안전성에 대하여 보증할 책임을 져야할 것이라는 견해에서 제조물책임법의 책임주체로 하고 있다.[174]

표시제조업자의 책임은 외관이론에 근거를 둔 것으로 미국의 제2차 불법행위법 Restatement 402 A도 타인에 의해 제조된 동산을 스스로의 제조물이라고 표시한 자는 제조자와 같은 책임을 진다고 규정하고 있다. 우리의 경우도 표시제조업자에 관한 규정을 적극 해석하여 전반적인 제조물의 분위기 · 문구 · 광고 내용 등을 고려하여 묵시적으로 제조물의 제조에 관여한 것으로 표시한 것으로 인정되는 경우에는 과감히 표시제조업자로서의 책임을 인정하여야 한다고 본다. 특히 소비자의

173) 연기영, 생산물손해배상책임법, 육서당, 1999,134-135면
174) 한국소비자보호원, 제조물책임법 해설 및 사례, 2002, 108면

구매에 있어서 상품광고가 선택의 중요한 요소가 되고 있는 현실에서 광고에 유통·판매업자가 마치 판매하려는 제조물을 제조한 것처럼 광고하는 경우에 판매업자 및 유통업자의 제조물책임을 엄격하게 물을 필요가 있다.
주문자제작생산 제조물의 결함으로 인한 피해가 발생한 경우에는 그 공급원인 제조업자에 관해서는 그 제조물을 자신들이 설계 제조하는 한 제조자로서의 표시의 유무와 관계없이 통상의 제조업자와 같은 제조물책임을 지지 않을 수 없다.

라. 제조물책임의 요건

제품으로 인하여 사고가 발생하였다고 무조건적으로 제조업자의 책임이 인정되는 것은 아니며, 제품에 「결함」이 있고, 그 결함으로 인하여 피해가 발생한 경우에만 제조업자의 책임이 인정된다.

가) 결함의 의의

「결함」은 「통상적으로 기대할 수 있는 '안전성'이 결여되어 있는 것」을 의미하고, 「안전성」은 원래 생명, 신체에 대한 침해의 위험성이 없는 것을 말하지만 다른 재물을 훼손 할 위험성이 없는 것도 포함된다. 결국 결함은 생명, 신체를 침해하거나 다른 재물에 피해를 초래하는 것을 의미하며, 단순한 품질, 성능의 장애 등은 결함으로 볼 수 없다(제조물책임법 제2조 제2호). 그리고 여기에서의 안정성은 인간의 신체나 생명에 영향을 주는 위험이 없는 것을 말하지만, 재산을 훼손하는 등의 위험이 없는 것도 포함한다고 보는 것이 일반적이다.[175] 따라서 결함이란 단순한 품질불량, 성능의 장애는 결함의 문제로 볼 수 없고, 인적 손해나 당해 제조물 이외의 물적 손해를 초래하는 것과 같이 제조물에 안정성의 문제가 있는 경우에 비로소 결함이 인정된다.[176] 또한 제조물책임법 시행전의 불법행위책임에 의하여 제조업자에게 손해배상을 요구할 경우 우리 민법 제750조를 중심으로

175) 성문기, 제조물배상책임보험에 관한 연구, 국민대학교 대학원, 박사학위논문, 1998, p.33.
176) 송오식, 제조물책임법상의 결함, 민사법연구, 2002. 12, p.120.

과실책임원칙을 적용할 수밖에 없는바, 이에 따른 경우 행위책임으로서 과실을 책임요건으로 하였다. 그러나 이러한 과실책임만으로는 결함제조물로 인한 피해자 구제가 미흡하다는 인식아래 제조물책임법이 제정되었으며, 이 법에 따르면 제조업자의 고의 또는 과실 유무와는 관계없이 제조물의 결함만 존재하면 제조업자는 손해배상책임을 부담하는 무과실책임이 도입되었는바 이로 인하여 "결함"이 중요한 책임요건으로 등장하게 되었다. 이렇듯 제조물책임법에 있어 "결함"은 소비자의 권익 보호에 있어 중요한 해석문제이고, 이러한 결함 개념 및 판단기준 여하에 따라 제조물책임법의 내용파악의 실효성이 있을 것이다.

나) 결함의 유형

결함의 유형화는 제조자의 제조행위와 유통행위에 관련해서 제조물이 소비자에게 야기할 수 있는 어떤 손해발생의 위험성을 사전에 방지하기 위한 위험방지의무를 결함의 각 유형별로 부과하여 제조자가 각 결함의 유형별로 분류된 결함에 부과된 주의의무를 다 했는가를 고찰하기 위함이라 할 수 있을 것이다. 따라서 각 결함의 종류에 따라 제조자의 주의의무의 내용이 달라지게 된다. 또한 이러한 결함의 분류는 결함의 이해 및 그 존부의 판단을 위해서도 그 필요성이 인정되고 개발위험의 항변의 경우와 같이 제조자의 면책사유가 되는 결함도 있기 때문에 결함의 유형화는 필요하다.

결함의 개념에 대해서, 결함의 개념에 통일적으로 규정하고 그 구체적인 내용은 개별적 사안에 따라 포섭할 수 있다는 통일론과 결함을 유형별로 나누어 각 특성에 따라 책임근거를 파악하는 유형론의 주장이 있다. 결함개념의 통일론에서는 과학기술의 발달과 정보화 사회의 진전으로 제조물의 설계·제조·유통과정이 더욱 복잡해지고, 또한 그 과정이 연결되어 있으므로 제조상의 어떤 단계에서 발생한 결함이라고 하더라도 동일한 가치가 인정되어야 한다고 한다. 특히 제조의 모든 단계에서 발생한 결함을 결과로 파악하여 책임근거를 설정하는 것이 합리적이기 때문에 통일적으로 결함개념을 확립해야 한다는 것이다. 또한 제조물책임이 구체적 사안의 구별에 따라 몇 개의 유형으로 축소되어 판단된다는 것은 있을 수 없으며, 무과실책임을 기초로 하는 제조물책임제도에서는 전통적결함의 유형은 사고

의 보조수단 내지 이해를 위한 도구로 활용될 뿐이라고 한다.[177] 이에 반해 유형론은 결함제조품이 소비자에게 야기할 수 있는 위험의 유형들을 각기 분류함으로서 제조자의 주의의무 위반 소재를 용이하게 파악하고 소비자의 피해구제를 확실히 하자는 것이다. 이러한 유형론과 통일론에 대해, 우리나라의 제조물책임법은 제조상의 결함, 설계상의 결함, 표시상의 결함의 세 유형으로 예시하여 정의하면서 기타 "통상적으로 기대할 수 있는 안전성이 결여되어 있는 것" 을 결함이라고 규정하고 있다.(제조물책임법 제2조 제2호). 이는 결함을 통일론적으로 규정하고 있는 유럽이나 일본의 입법례와 유형론적으로 규정한 미국의 불법행위법 리스테이트먼트를 절충한 것으로 보인다. 이러한 태도는 결함을 구체적 유형으로 정의하면서도 그러한 3가지 유형에 한정되지 않기 때문에, 밝혀지지 않았거나 논란이 될 수 있는 결함의 유형 또는 장차 출현할 수도 있는 결함의 유형을 모두 포괄할 수 있고, 또한 결함을 유형화하는 경우 제조물책임이 몇 개의 유형으로 축소된다는 우려도 해소하고 있다. 입법의 태도와는 별도로 대부분의 학설과 판례는 결함을 유형화하여 규정하고 있다.

결함은 세가지 유형으로 나눌 수 있는데, 첫째는 「제조상의 결함」으로, 이것은 제품의 제조과정에서 설계도나 시방서에 합치하지 않게 제조됨으로써 안전하지 못하게 된 것을 말한다.

둘째는 「설계상의 결함」으로, 이것은 합리적으로 대체설계를 채용하였더라면 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 불구하고, 대체설계를 채용하지 아니하여 안전하지 못하게 된 것을 말한다. 셋째는 「표시상의 결함」으로, 제조업자가 소비자에게 적당한 사용방법을 알려주지 아니하거나 부적당하게 사용하면 위험하다는 것을 경고하지 않음으로써 피해나 위험을 줄이지 못한 것을 말한다.

① 제조상의 결함

"제조상의 결함"이라 함은 제조업자의 제조물에 대한 제조·가공상의 주의의무의 이행여부에 불구하고 제조물이 원래 의도한 설계와 다르게 제조·가공됨으로써 안전하지 못하게 된 경우를 말한다.(제조물책임법 제2조 제2호 가목) 이 결함

177) 김형배, 제조물 책임에서의 결함의 개념과 책임 귀속, (성헌 황적인박사 회갑 기념) 손해배상법의 문제, 박영사, 1990, 417면.

은 제조물의 제조, 또는 관리 과정에서 조악한 재료가 혼입되거나 제품의 조립에 잘못이 있는 등 제조물의 제조공정에서 착오를 일으켜 제조자가 의도하지 않았던 결과가 발생, 제품이 본래의 설계대로 제조되지 않아 안전성을 결한 경우이다. 이를 구조상의 결함이라고 하기도 한다. 설계상의 결함이 제조물의 설계·계획의 일괄적인 과정에서 발생한데 비해서 제조상의 결함은 단일제품에서 발생한다는 점과 그 결함의 발견이 비교적 용이하다는 점 때문에 제조물책임 소송에서 크게 문제가 되지 않는 형태의 결함이다. 제조상의 결함은 캔 상품 속에 이물질이 들어갔다던가 과도한 다공성의 금속을 사용하였다던가하는 경우와 같이, 제조과정에서 충분한 주의의무를 다하지 않은 과실로 인해 발생하는 것이 대부분인데 만일, 자동화기계설비를 갖춘 공장에서 기계가 고장을 일으켜 결함이 발생하는 경우에는 인간의 예견가능성을 기대하기 어려울 것이고, 이러한 경우에는 과실책임의 원칙에 의해서는 책임을 묻기가 곤란하다. 따라서 제2차 불법행위법 리스테이트먼트 제402조 A는 결함을 "부당한 위험"이라고 하여 과실은 고려하지 않았고 이어서 제3차 불법행위법 리스테이트먼트 제2조 (a)항에서도 제조상 결함은 "제조물의 준비 및 마케팅에서 모든 가능한 주의를 다하였음에도 불구하고 의도된 설계와 일치하지 아니하는 경우"라고 하여 역시 과실과는 관계없이 무과실책임으로 결함개념을 정의하고 있다. EC지침도 제조상의 결함에 대해서 위험이 회피가능한가의 여부를 묻지 않고 제조자의 무과실책임을 인정하고 있다.[178]

우리 제조물책임법 역시 제2조 제2호에서 주의의무이행 여부를 고려하지 않고 제조자의 무과실 책임을 부과하고 있다. 결론적으로, 제조상의 결함에 대하여 엄격책임을 부과하는 가장 근본적인 목적은 제조자114)의 제조물의 안전에 보다 많은 투자와 관심을 가지도록 유도하기 위함이다.

제조자는 제품에 결함이 발생하지 않도록 제품의 안전성에 적합한 재료를 사용할 의무를 부담한다고 할 수 있다. 따라서 통상적이고 예견할 수 있는 사용에서 생기는 문제에 대처할 수 없는 재료의 사용은 제조상 안전의무의 위반이다. 예를 들어 어떤 약품에 일반적으로는 부작용이 없으나, 알레르기가 있는 것과 같이 특수한 경우에만 발생하는 결함의 경우에는 지시·경고를 명확히 한 경우에 제조자

178) EC지침 제7조 (e)항의 개발위험의 항변이 인정되는 경우에 "결함이 발견되지 않았다"든지 "결함의 제거가 기술적으로 불가능한 경우" 등은 포함되지 않는다.

는 면책될 수 있다.

구체적으로 제조상의 결함은 제조물의 제조과정과 검사과정에서 발생하게 되는데, 먼저 제조자는 제조물에 결함이 생기지 않도록 기술적으로 적합한 재료를 사용하여 할 의무가 있다고 할 것이다. 다만 제조상의 결함에 있어서는 원인을 묻지 않고 결과적으로 제품이 설계서에 따라 제조되지 않았다면 결함이 인정되는바, 그러한 결과를 초래한데 대해 제조자의 회피가능성 물을 필요도 없다.[179]

② 설계상의 결함

"설계상의 결함"이라 함은 제조업자가 제품을 생산하기 위해 설계함에 있어 합리적인 대체설계를 채용하였더라면 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 대체설계를 채용하지 아니하여 당해 제조물이 안전하지 못하게 된 경우를 말한다.(제조물책임법 제2조 제2호 나목) 설계상의 결함은 제조자가 기획 결정한 상품이 품질명세서에 내재하는 결함이며 상품의 생산, 판매 이전에 전제품에 관하여 발생하는 결함을 의미한다. 설계상의 결함은 제조물의 일괄작업계열에서 발생하게 되며 제조물의 안전성, 효용성 및 가격을 기초로 하여 제조자의 계획 또는 의식적 선택의 결과에서 발생하는 것으로 보고 있다. 따라서 대체적으로 제조상의 결함과 설계상의 결함과의 중요한 차이는 제조상의 결함은 단일 제조물에서 생기고, 설계상의 결함은 설계가 적용되는 일관작업계열에서 생산되는 제조물에서 흔히 생기는 것으로 볼 수 있다. 즉 제조물의 설계·계획 단계에서 제조자는 제조물의 안전에 필요한 모든 조치를 강구하여야 하는데, 설계도면대로 제품이 제조되었지만 설계 자체의 내재하는 결함으로 인한 안전성의 문제를 말하는 것이다. 따라서 설계상의 결함이 존재하는 경우에는 그 설계에 기해 제조된 모든 제조물에 결함이 존재하게 되어 소비자 및 제조자에 대한 영향이 가장 심각하다.

③ 표시상의 결함

표시상의 결함이란 제조물책임법 제2조 제2호 다목에 따르면, "제조업자가 합리적인 설명, 지시, 경고 기타의 표시를 하였더라면 당해 제조물에 의하여 발생될 수 있는 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 이를 하지 아니한 경우"를

179) 이진용, 제조물책임의 비교법적 고찰, 영남대학교 박사학위논문, 40면.

말한다. 이 조항에 의하여 제조자에게 책임을 지우는 근거는 제조물에 결함이 있다는 위험성이 아니라, 그런 위험성을 알고도 경고하지 않거나, 제품의 특성, 용법에 대한 설명이나 표시를 등한시하여 소비자에게 발생할 위험을 방지하려는 노력을 기울이지 않았다는 부작위에 대한 비난이다.

제조물책임법에서의 표시상의 결함이라 함은 제조업자가 그의 제품에 대하여 적절하고 합리적인 설명·지시·경고 기타의 표시를 하지 않음으로써, 제품이 설계나 제조상의 결함은 없지만 그 제품 자체에 결함이 있는 것으로 평가하는 개념이다. 본 규정에 의하여 제조물의 사용에 대한 적절한 지시의무·설명의무·경고의무에 대한 개념정의가 필요한바, 지시는 제조물의 효과적인 사용방법을 목적으로 하며, 설명은 제조물이 가지고 있는 특성 등을 설명함으로써 소비자에게 선택의 자유를 부여하게 되며, 경고는 제품을 부적당하게 사용하면 위험이 발생할 수 있다는 사실과 그 위험의 방지방법을 알림으로써 소비자의 안전을 위한 사전적인 예방책이 된다.

지시·경고상의 결함의 경우에 "지시 또는 위험경고의 필요성", 지시·경고의 방법등을 제조물의 안전성 확보의 측면에서 평가하여야 한다. 따라서 지시·경고상의 결함판단에는 제조자가 인식하였거나 인식할 수 있었던 제조물 위험성에 대하여 상당한 지시나 경고를 하는 것을 게을리 하였느냐 여부가 전제되어, 제조자의 행위에 대한 과실판단에 접근하게 된다. 이에 대해 미국 제2차 불법행위 수정법률도 제2조 (c)항 "합리적인 지시나 경고를 하였다면 제조물로 인한 손해발생이라는 예견되는 위험을 감소 또는 회피할 수 있었음에도 불구하고"라고 표현하여 과실책임적인 성격을 표현하고 있으며, 이는 우리 제조물책임법 역시 동일한 취지로 규정하고 있다.

지시경고상의 결함에 있어서 지시, 설명, 경고는 제조물의 유통, 판매, 소비의 각 과정에 있어서 제조, 판매자로부터 제공된 정보의 표시 결함에 관한 것이다. 이 표시 결함에는 소극적 표시결함과 적극적 표시결함이 있다. 소극적 표시결함은 제품의 결함에 관하여 적절한 표시를 하지 않은 것을 말하며, 적극적인 표시결함은 제품의 결함을 은폐시키거나 달리 표시하는 것을 말한다.

다) 결함의 판단기준과 판단시점

① 결함의 판단기준

결함의 유무를 판단할 때에는 위험의 빈도·크기와 해당 제품의 유용성, 손해 발생의 개연성 및 손해의 심대성, 제조업자가 해당 제품을 공급한 시기, 합리적으로 예견할 수 있는 해당 제품의 용도 및 사용형태, 위험을 방지하기 위한 설계·표시 등의 기술적·경제적 실현가능성, 기타 해당 제품의 안전과 관련된 사항 등을 종합적으로 고려하여야 하며, 반드시 제품의 절대적 안전성을 요구하는 것은 아니다. 결함을 일반적으로 제조물이 통상적으로 갖추어야 할 안전성을 갖추지 않은 상태라고 이해한다면, 제조물이 "어떠한 상태에 있으며 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 않고 있다고 판단할 수 있는가" 하는 문제가 제기된다. 결국 결함의 존재가 제조물책임법을 적용하기 위한 전제조건인 만큼 결함을 판단하는 기준은 중요하지 않을 수 없다. 그러함에도 EU는 물론 미국에서도 결함의 판단기준을 모든 사건에 광범위하게 적용하는 포괄적 이론을 보이지 못함으로서 법 적용의 안전성, 예측가능성을 해하고 있는 실정이다. 미국의 학설과 판례는 이에 대한 구체적인 기준으로 제조상의 결함에 대해서는 표준일탈기준, 설계상의 결함과 지시경고상의 결함에 대해서는 소비자기대기준이나 위험효용기준에 의하고 있다.

② 결함판단의 시점

제조물책임법은 결함을 판단함에 있어서 일본 제조물책임법상의 "인도한 시기"와 같은 직접적인 판단시기를 규정하고 있지는 않다. 결함판단의 기준 시점으로는 ⅰ)제조물이 제조·가공된 시점, ⅱ) 제조물이 공급된 시점(제조업자의 지배를 벗어난 시점), ⅲ) 제조물이 사용되어 사고가 발생한 시점 등으로 볼 수 있다. 그런데 동법에서 제조자의 면책사유에 관한 제4조 제1항의 규정에서 "공급한 때"의 과학기술수준을 고려하고 있으므로, 결함도 해당 제조물을 공급한 때를 기준으로 판단하는 것이 합리적이다. 외국의 경우에도 모두 동일한 입장이다.

제조물의 제조·가공시로 하면, 제조·가공 후 공급을 개시하기까지 사이에 결함이 발생하였음이 밝혀진 경우에 그것을 고려할 수 없어서 적당하지 않다. 제조물을 사용하여 사고가 발생한 시점에서 결함을 판단하면, 제조물을 공급한 시점의 안전기술수준으로는 결함이 없는 것으로 된 제조물도 그 후의 기술의 진보에 의하

여 보다 안전한 제조물이 나타나면 결함이 있는 것으로 판단되어, 제조업자에게 무거운 부담을 부과하고, 보다 안전한 제조물을 개발하고자 하는 제조업자의 의욕을 방해하기 때문이다. 여기서 공급이라 함은 소비자에게 인도하는 것을 의미하는 것이 아니라, 제조업자가 자신의 의사에 기하여 최초로 자신의 지배에 있지 않은 타인에게 인도하거나 이용에 제공하는 것을 말한다. 그러나 자신의 의사에 의하여 점유를 이전하는 것이필요하므로, 창고에서 도난당한 제조물이나 제조업자가 폐기한 제조물을 타인이 주워서 사용한 제조물에 대해서는 제조물책임을 지지 않는다(동법 제4조 제1항 제1호).

4) 제조물책임의 프랜차이즈에의 적용

제조물책임법을 프랜차이즈 법률관계에서도 적용할 수 있는가 하는 것은 동법에서 말하는 제조물에 프랜차이즈 영업상의 물건이 포함되는지 여부와 동법상의 제조자에 프랜차이즈제공자가 포함되느냐하는 것이다. 제조물책임법의 적용대상인 제조물이란 다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한 제조 또는 가공된 동산을 말한다(동법 제2조 제1호). 따라서 프랜차이즈 영업내용이 햄버거점이나 도서대여점처럼 동산을 판매, 대여하는 행위라면 동 법이 적용될 가능성이 있지만, 영어학원이라든가 태권도 도장과 같은 경우처럼 용역의 제공이 그 영업의 내용인 경우에는 동 법의 적용이 될 수 없다.

다음으로 프랜차이즈제공자가 동 법상의 제조자에 해당하는지를 검토해 보면, 동법상 손해배상의 주체는 원칙적으로 제조업자이다(동 법 제3조 ①항). 제조업자란 제조물의 제조 · 가공 또는 수입을 업으로 하는 자와(동 법 제2조 1호 가목), 제조물에 성명 · 상호 · 상표 기타 식별가능한 기호 등을 사용하여 자신을 제조업자로 표시한자 또는 제조업자로 오인시킬 수 있는 표시를 한 자이다(동 법 제2조 1호 나목). 다만 제조업자를 알 수 없는 경우에는 예외적으로 제조물을 영리 목적으로 판매·대여 등의 방법에 의하여 공급한 자가 제조물을 제조업자 또는 제조물을 자신에게 공급한 자를 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 상당한 기간 내에 그 제조업자 또는 공급한 자를 피해자 또는 그 법정대리인에게 고지하지 아니한 때에 한하여 손해배상책임을 진다(동 법 제3조 제②항).

한편 프랜차이즈제공자가 다른 업자로부터 재료를 대량 구매하여 프랜차이즈이용자에게 공급하는 관계라면 프랜차이즈제공자가 손해배상책임(동법 제3조 ②항)을 지는 경우도 있을 수 있다. 이상의 검토를 통해 프랜차이즈제공자는 많은 경우 동 법상의 제조자에 해당될 수 있음이 분명하다. 제조물책임법상 손해배상의 범위는 제조물의 결함으로 인하여 생긴 손해이며(동법제3조 1항), 이때 제조상의 과실이라는 용어대신에 결함이라는 용어를 사용한 것은 무과실책임을 묻기 위함이다고 본다.

3. 위험부담론

위험은 위험이 현실화함에 따라 발생하는 손해를 분산시키는데 또는 더 근원적으로 위험의 현실화를 예방하는 데 상대적으로 유리한 위치에 있는 자가 부담하는 것이 좋다고 하는 위험관리이론에 의하면, 프랜차이즈 영업으로 발생하는 위험을 사업본사와 가맹점 중 누가 부담하는 것이 합리적인가를 생각해 볼 수 있다. 이에 대해 비용분산측면과 위험발생예방측면으로 나누어 검토해보기로 한다.

1) 비용분산의 관점[180)]

피해자가 손해의 전보를 용이하게 하기 위해서는 가해행위자인 프랜차이즈이용자에게 직접 손해배상을 청구할 수 있음에도 불구하고 프랜차이즈제공자에게 대위책임을 청구하는 경우의 대부분은 프랜차이즈이용자의 자력이 부족하여 비교적 자력이 풍부한 프랜차이즈제공자에 청구할 수 있어야 할 것이다. 프랜차이즈제공자가 손해배상을 하였다하더라도 일반적으로는 프랜차이즈이용자가 변제능력이 없는 경우를 예상할 수 있으므로 프랜차이즈제공자의 프랜차이즈이용자에 대한 구상권 행사도 실효성이 없게 된다. 그러나 프랜차이즈제공자가 부담한 이러한 손해를 기업비용으로 처리하여 위험을 분산할 수 있다면 피해자구제를 위해 반드시 불합

180) Robert W. Emerson, FRANCHISORS' LIABILITY WHEN FRANCHISEES ARE APPARENT AGENTS: AN EMPIRICAL AND POLICY ANALYSIS OF "COMMON KNOWLEDGE" ABOUT FRANCHISING, 20 Hofstra L. Rev. 609, p.635-636 참조

리하다고는 할 수 없을 것이다.

이러한 프랜차이즈제공자의 비용은 상품의 가격에 반영할 수 있다. 상품의 가격이란 상품의 생산에서 분배에 이르기까지 소요되는 총비용을 반영한다고 할 때, 피해자에게 프랜차이즈제공자가 직접 부담한 이러한 비용은 가격에 반영되어 효율적으로 분산시킬 수 있다.[181] 즉 프랜차이즈제공자가 부담한 책임보험료나 손해배상비용을 프랜차이즈이용자가 판매하는 상품의 가격에 반영하는 것이 가능하다면 프랜차이즈제공자에게 대위책임을 부담하게 하는 것이 부당하다고만 할 수는 없다는 것이다. 프랜차이즈제공자는 자신이 부담한 비용을 보충하기에 충분할 정도로 인상된 가격으로 상품을 판매할 것을 모든 프랜차이즈이용자에게 요구할 수 있다거나, 프랜차이즈이용자가 필요로 하는 원자재 기타 물품을 오직 프랜차이즈제공자로부터만 높은 가격으로 구입할 것을 프랜차이즈이용자에게 요구할 수 있다면, 그 결과로서 발생한 이익으로 프랜차이즈제공자는 자신이 부담한 비용을 상쇄할 수 있기 때문이다.[182]

그러나 독점금지법은 재판매가격유지와 끼워팔기를 금지하고 있기 때문에[183] 프랜차이즈제공자의 프랜차이즈이용자에 대한 상품가격 통제가 법률적으로 어렵게 되어 있다.[184] 그렇지만 프랜차이즈제공자로 하여금 이 비용을 모두 부담하게 하

---

181) 임재호, 프랜차이즈 가맹점의 행위로 인한 사업본사의 책임, 상사법연구 제20권 제3호(2001), p.21.

182) 임재호, 전게 프랜차이즈 가맹점의 행위로 인한 사업본사의 책임, p.21.

183) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제29조 (재판매가격유지행위의 제한)

①사업자는 재판매가격유지행위를 하여서는 아니된다. 다만, 상품이나 용역을 일정한 가격 이상으로 거래하지 못하도록 하는 최고가격유지행위로서 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2001.1.16>

②제1항의 규정은 대통령령이 정하는 저작물과 다음 각호의 요건을 갖춘 상품으로서 사업자가 당해상품에 대하여 재판매가격유지행위를 할 수 있도록 공정거래위원회로부터 미리 지정을 받은 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

1. 당해상품의 품질이 동일하다는 것을 용이하게 식별할 수 있을 것
2. 당해상품이 일반소비자에 의하여 일상 사용되는 것일 것
3. 당해상품에 대하여 자유로운 경쟁이 행하여지고 있을 것

③사업자가 제2항의 규정에 의한 지정을 받고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 공정거래위원회에 신청하여야 한다.

④공정거래위원회가 제2항의 규정에 의하여 재판매가격유지행위를 할 수 있는 상품을 지정한 때에는 이를 고시하여야 한다.

184) 가맹사업거래의공정화에관한법률 제12조 (불공정거래행위의 금지) ①가맹본부는 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 거절하거나

는 것도 타당하지 않다. 가격체계를 통한 효율적인 비용분산이라는 위험관리론의 이념에 어긋나기 때문이다.[185]

한편, 상품이나 서비스의 생산이나 분배와 관련하여 발생하는 비용을 가격에 가장 잘 반영할 수 있는 위치에 있는 자는 상품이나 서비스를 직접 판매하는 프랜차이즈이용자이다. 프랜차이즈이용자들은 또한 유사한 위험에 노출되어 있기 때문에 비용을 부담하더라도 유사한 수준에서 부담하게 될 것이고 이를 가격에 반영하더라도 유사한 정도로 가격을 올릴 수 있을 것이다. 이와 같이 비용분산의 조건이 평등하다면 아무도 경쟁에서 특별히 불리한 위치에 놓이지는 않을 것이기 때문에 프랜차이즈이용자로 하여금 비용분산기능을 수행하게 하는 것이 효율성뿐만 아니라 공정성도 유지할 수 있다고 보는 견해도 있다.[186]

2) 위험방지의 관점[187]

위험방지의 관점에서는 어느 쪽이 위험을 방지하는데 좀 더 적합한 위치에 있는지를 결정하여 바로 그 당사자로 하여금 위험을 부담시키는 이론이다. 즉 도급계약에서는 도급인보다 수급인이 일의 완성에 따른 위험을 더욱 정확하게 알 수 있는 위치에 있기 때문에 위험의방지도 수급인이 더욱 잘 할 수 있을 것이다. 프랜차이즈계약의 경우, 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자에 대한 감독권 내지 통제권의 행사를 통하여 프랜차이즈이용자가 영업과 관련하여 보유하고 있는 위험도 통제할 수 있다는 측면에서 본다면 프랜차이즈제공자가 위험방지에 적합하다고 볼 수도 있지만 위험의 가까이에서 직접 위험을 당하거나 회피할 수 있는 자는 프랜

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 행위로서 부당하게 경쟁가맹본부의 가맹점사업자를 자기와 거래하도록 유인하는 행위 등 가맹사업의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위

185) 임재호, 전게 프랜차이즈 가맹점의 행위로 인한 사업본사의 책임, p.21.

186) David Britain, "Franchiser's liability for acts of franchisees: A risk administration perspective", University of Florida Law Review Vol.17. 607~608(1980), p.632.

187) Robert W. Emerson, FRANCHISORS' LIABILITY WHEN FRANCHISEES ARE APPARENT AGENTS: AN EMPIRICAL AND POLICY ANALYSIS OF "COMMON KNOWLEDGE" ABOUT FRANCHISING, 20 Hofstra L. Rev. 609, p.636-637

차이즈이용자라는 측면에서 보면 프랜차이즈이용자가 위험방지를 할 수 있는 주체로 볼 수도 있기 때문에, 적합한 위험부담자를 결정하기가 쉽지 않다. 이에 대해 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자에 대하여 통제권을 행사할 수는 있지만, 그 통제권은 프랜차이즈이용자 영업의 구체적이고 세부적인 사항에는 미치지 아니하므로, 프랜차이즈이용자의 영업에 존재하는 위험의 발생을 방지하는 데는 부적합한 위치에 있는 것으로 볼 수 있고, 반면에 프랜차이즈이용자는 위험의 발생으로 손해를 입게 되는 고객과 가까이 있을 뿐만 아니라, 주의력이 높은 피용자를 선발하고 주의력이 낮은 자를 해고함으로써 위험을 반감할 수 있다는 점에서 프랜차이즈제공자보다는 프랜차이즈이용자가 위험방지에 적합한 위치에 있다고 보는 견해도 있다.[188] 또한 자신의 보상책임을 최소화할 필요가 있는 보험회사의 입장에서도 프랜차이즈시스템 전체의 영업을 대상으로 하는 것보다는 특정한 프랜차이즈이용자의 영업을 대상으로 하는 것이 더 적합할 수 있다. 보험사고 발생의 방지를 위한 보험계약자나 피보험자를 교육하거나 조언을 하는 데도 직접 소비자 상대의 영업을 하고 있는 프랜차이즈이용자를 대상으로 하는 것이 효과적인 것으로 보기도 한다.

생각건대, 비용분산측면에서 본다면 프랜차이즈이용자는 스스로 판매가격을 정하여 위험비용을 가격에 산입, 위험을 부담할 수도 있을 것이다. 그러나 대체로 프랜차이즈이용자의 자력은 피해자의 손해를 구제하기에 충분하지 않은 경우가 대부분이다. 이는 불경기에 오히려 프랜차이즈이용자의 수가 증가한다는 자료에 의해서도 짐작할 수 있는 것이다.[189] 따라서 프랜차이즈제공자에게도 책임을 부과함으로써 소비자를 더욱 확실하게 보호할 수 있다. 프랜차이즈제공자는 재판매가

188) 임재호, 전게 프랜차이즈 가맹점의 행위로 인한 사업본사의 책임, p.22.

189) 우리나라 점포당 평균 초기투자액은 1억1,650만원이며, 국내 프랜차이즈 산업의 문제점으로 다음과 같은 점을 지적하고 있다.(산업자원부·한국프랜차이즈협회, 2005년 중소유통업 발전을 위한 연구(프랜차이즈산업 편), p.3)

- 가맹본부와 점포 수 기준으로 외식업으로의 업종 편중이 심함
- 대체로 영세함
- 생존율이 낮음
- 사업구조가 불안정함
- 인프라가 취약함
- 가맹본부의 창업과정이 체계적이지 못함
- 프랜차이즈 전문인력이 부족함
- 가맹점에 대한 통제 및 관리능력이 부족함

격유지 방식을 채택하지 않더라도 공급가격을 조정함으로써 위험비용을 가격에 산입할 수 있고, 프랜차이즈제공자에게도 책임을 부담하게 함으로써 프랜차이즈이용자에 대한 적절한 통제권을 행사함으로써 위험방지 역할에도 일조할 수 있을 것이다. 따라서 위험의 공평한 분담차원과 소비자보호 측면을 고려한다면 프랜차이즈이용자와 프랜차이즈제공자는 연대하여 책임을 부담하여야 한다고 생각된다.

제5장 문제점 및 개선방안

제1절 문제점

앞서 살펴본 바와 같이 프랜차이즈제공자는 원칙적으로는 프랜차이즈이용자와는 법률적으로 독립된 상인으로서 프랜차이즈이용자의 행위에 대해 제3자에게 책임을 지지 않지만 예외적으로 일정한 요건에서는 제3자의 손해를 배상하여야 한다고 본다. 그러나 예상하지 못한 손해배상으로 프랜차이즈제공자는 일격에 경영위기에 직면할 수 있으며, 프랜차이즈제공자 또한 손해배상을 하는 데에 자력이 부족하다면 제3자에 대한 구제도 어렵게 되는 기본적인 문제를 가지고 있다.

전술한 바와 같이 프랜차이즈제공자가 배상책임을 지는 경우로는 의에서 여러 측면에서 이론을 통하여 설명하였다.

프랜차이즈제공자의 대위책임의 여부는 프랜차이즈이용자에 대한 어느 정도의 통제권(right of control)을 행사하였느냐에 달려 있다. 판례는 대체적으로 일상적인 영업(day-to-day operations)에 대한 프랜차이즈제공자의 통제가 존재하였는가를 기준으로 책임여부를 판단한다. 또한 원칙적으로 프랜차이즈관계에서는 표현대리책임이 문제되지 않지만 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자를 자신의 대리인인 것처럼 표시하거나 대리인처럼 행동하는 것을 묵인한 경우 표현대리책임을 물을 수도 있다.

프랜차이즈계약에 의하여 프랜차이즈이용자가 프랜차이즈제공자와 동일한 상호로 영업을 하는 경우에 프랜차이즈이용자의 영업을 프랜차이즈제공자의 영업으로

오인하여 거래한 자가 생길 수 있을 텐데, 프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자와 동일한 상호로 영업을 하고 있기 때문에 명의대여의 외관이 존재하고, 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 프랜차이즈제공자의 상호사용을 허락하였다는 점에서 외관의 존재에 대한 프랜차이즈제공자의 귀책원인도 인정할 수 있다. 다만 프랜차이즈이용자의 거래 상대방이 프랜차이즈이용자의 영업을 프랜차이즈제공자의 영업으로 신뢰하고 거래하였을 경우, 그 오인에 중대한 과실이 없었을 경우 프랜차이즈제공자에게 명의대여자로서의 책임을 부담시킬 수도 있다.

프랜차이즈관계는 원칙적으로는 프랜차이즈제공자에게 사용자책임을 물을 수는 없지만 특정한 프랜차이즈관계에서 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 구체적인 '사무집행행위의 방식'에까지 통제를 가하고 있어서 프랜차이즈관계가 동시에 사용자와 피용자관계를 형성하고 있다고 볼 수 있을 경우에는 프랜차이즈이용자의 불법행위로 제3자가 입은 손해에 대하여 프랜차이즈제공자에게 사용자책임 내지 대위책임을 부과할 수 있다고 본다. 프랜차이즈제공자는 경우에 따라 직접책임도 지게 되는데, 직접책임을 지는 경우는 프랜차이즈제공자 자신의 감독의무 해태 등의 과실을 근거로 책임을 묻는 과실책임론과 프랜차이즈 제공자가 제공한 제조물의 결함에 대하여 책임을 묻는 엄격책임의 이론인 제조물책임론이 있다. 또한 위험의 공평한 분담차원과 소비자보호 측면을 고려하여 프랜차이즈이용자와 프랜차이즈제공자는 연대하여 책임을 부담할 수도 있다.

위와 같은 이론에 의하여 프랜차이즈이용자의 행위에 대하여 프랜차이즈제공자의 책임을 물을 수가 있지만 소비자의 보호를 위한 측면에서 확실히 손해가 발생한 소비자에 대하여 손해배상을 할 수 있는 방안이 고려되어야 할 것이다. 따라서 본 연구에서는 위의 이론 중에서 근래 외국의 손해배상을 받는 이론으로 활용되고 있는 제조물책임을 인정하는 입장을 주장하면서 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 행위로 인해 또는 자신의 과실에 의하여 경우에 따라 손해를 배상해야 한 경우에 그 구제수단도 고려하여야 할 것이다. 이에 대한 대비책으로 특히 원료 등을 공급하는 프랜차이즈제공자는 구제수단으로 제조물 책임보험을 고려할 필요성이 있다.

제2절 개선방안

1. 책임론

프랜차이즈이용자의 행위에 의하여 제3자가 손해를 입은 경우에 프랜차이즈제공자에게 책임을 물을 수 있는가하는 문제는 피해자를 보호하는데 있어서 아주 중요한 문제이다. 실질적으로 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자는 법률적인 측면에서 독립된 상인이므로 프랜차이즈이용자의 행위에 대하여 프랜차이즈제공자가 책임을 부담할 근거가 없게 된다. 그러나 제3자 입장에서 보면 프랜차이즈제공자의 성명이나 상호를 프랜차이즈이용자의 영업에 사용함으로 인하여 혼동할 염려가 있게 된다. 이와 같이 제3자가 프랜차이즈제공자의 영업으로 오인하고 거래한 경우에도 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자가 독립적인 상인이라는 이유로 프랜차이즈제공자의 책임을 물을 수 없다면 제3자는 불측의 손해를 감수해야 하는 지위에 놓이게 된다. 따라서 각국의 학설이나 판례의 입장도 전술한 바와 같이 거래의 안전을 도모하기 위하여 여러 가지의 이론에 의하여 해결할 수 있는 방법을 찾고 있다.

따라서 우리나라의 경우에도 프랜차이즈계약에 의한 영업이 활성화되어 우리 생활속에 깊숙이 자리함에 따라 이에 대한 책임에 대하여 명확하게 할 필요가 있다. 또한 우리 상법의 이념이 거래의 안전도모를 강조하고 있는 점에서 보더라도 책임관계를 명확하게 할 필요가 있다.

이 문제를 해결하기 위한 방법으로 가장 타당한 이론이 제조물책임이론이라고 생각한다.

제조물책임법을 프랜차이즈 법률관계에서도 적용할 수 있는 근거로서 동법에서 말하는 제조물에 프랜차이즈 영업상의 물건이 포함되는지에 대해서 제조물책임법의 적용대상인 제조물이란 다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한 제조 또는 가공된 동산을 말한다(동법 제2조 제1호)고 정의하고 있다. 따라서 프랜차이즈 영업내용이 햄버거점이나 도서대여점처럼 동산을 판매, 대여하는 행위라면 동 법이 적용될 가능성이 충분히 존재한다고 생각한다.

다음으로 프랜차이즈제공자가 동 법상의 제조업자에 해당하는지에 대해서 제조업자의 정의를 제조물의 제조 · 가공 또는 수입을 업으로 하는 자와(동 법 제2조 1호 가목), 제조물에 성명 · 상호 · 상표 기타 식별가능한 기호 등을 사용하여 자신을 제조업자로 표시한자 또는 제조업자로 오인시킬 수 있는 표시를 한 자로 정의하고 있다(동 법 제2조 1호 나목). 한편 프랜차이즈제공자가 다른 업자로부터 재료를 대량 구매하여 프랜차이즈이용자에게 공급하는 관계라면 프랜차이즈제공자가 손해배상책임(동법 제3조 ②항)을 지는 경우도 있을 수 있다.

이상의 검토를 통해 프랜차이즈제공자는 많은 경우 동 법상의 제조자에 해당될 수 있음이 분명하다. 따라서 우리나라의 경우에도 프랜차이즈이용자의 행위로 인하여 제3자가 손해를 입었다면 요건이 충족되는 경우에 프랜차이즈제공자에게 책임을 인정하여야 할 것으로 생각한다.

그러나 프랜차이즈제공자가 이러한 위험에서 벗어나기 위해서는 대책이 필요하게 되는데 역시 자구책을 강구할 수밖에 없다고 본다. 따라서 그 대책으로 보험제도의 활용을 제시하고자 한다.

2. 대책-보험제도의 활용

제조물배상책임보험(Product Liability Insurance)이란 피보험자가 제조, 판매, 공급 또는 시공한 제조물이나 완성 작업이 피보험자의 점유를 떠난 후, 그 제조물이나 완성작업의 결함에 기인한 우연한 사고로 타인의 신체장해나 재물손해를 입힘으로써 피보험자가 법률상 손해배상책임(생산물배상책임)을 부담하는 경우 이에 따른 손해를 보험자가 보상하는 책임보험이다. 보험목적물은 피보험자가 제조, 판매 또는 분배한 제조물이나 피보험자가 완성하여 인도한 기계류나 건축물로 피보험자가 경영하는 사업과 관련되는 영업배상책임보험의 일종이다.

제조물배상책임보험은 피보험자가 피해자에 대하여 손해배상을 함으로써 입은 경제적 손실을 보상하여 기업의 안정과 유지를 보장하는 기능을 하게 된다. 이는 보험계약자가 보험에 가입하는 주된 목적으로서 제1차적, 본질적 기능이라고 할 수 있다. 실제로 손해배상을 이행한 경우 기업들은 경제수지의 악화로 기업활동이 정체, 위축될 우려가 있다. 제조물배상책임보험은 이러한 피보험자가 부담할 책임을

보험자가 담보하여, 각종 배상책임의 위험이 내재한 현대사회에서 불가피하게 발생하는 경제적 손해로부터 피보험자인 가해자를 보호하는 자위수단으로서의 기능을 갖는다.

제조물의 결함으로 인한 손해를 가해자가 배상할 수 있는 재산적 능력을 보험에 의하여 보장함으로써, 피해자의 손해배상청구권을 확보한다. 피해자 구제를 위하여 과실책임주의를 수정하여 결함제조물사고에 대하여 무과실책임으로서 제조물책임법리가 국제적으로 일반화되어 가고 있음은 전술한 바와 같다. 그러나 결함제조물사고로 인한 피해자보호를 위하여 제조자의 손해배상책임을 강화한다고 하여도 기업에게 배상능력이 없다고 한다면 피해자 보호를 위한 법률도 아무런 의미가 없게 된다. 따라서 제조자로 하여금 배상능력을 확보하게 하는 방법으로서 제조물배상책임보험에 가입하게 한다면 언제 발생하게 될지 모르는 사고에 대하여 피해자는 제조업자의 배상능력에 관계없이 보험에 의하여 보상을 받을 수 있게 된다.

따라서 프랜차이즈이용자와 거래한 제3자를 보호하고 나아가 프랜차이즈제공자를 갑작스런 재정상의 위기로부터 구하기 위해서는 배상책임보험의 가입이 의무화되어야 한다. 책임보험의 강제화인 의무배상책임보험은 현대 산업사회에서 고도의 주의의무를 기울여도 손해발생의 개연성이 높고, 또한 피해가 광범위하게 발생할 수 있는 위험을 국가가 법률로서 피해자를 보호하여야 한다는 의미에서 그 존재의 타당성을 가진다. 배상책임보험의 의무보험화는 결함상품으로 인한 피해자측으로는 실질적인 구제수단이 될 수 있고, 위험이 높은 기업만이 보험에 가입한다고 하는 역선택을 방지하고 제조물로 인한 책임위험을 널리 분산할 수 있으며, 보험가입자수의 비약적인 증가에 의해 보험기금이 충실해지고 따라서 보다 안정적인 보험운용도 가능할 것이다. 미국, 유럽, 일본 등 선진국의 경우 소비자가 상품을 구매할 때 제조물배상책임보험에 가입되어있지 아니한 상품은 구매하지 않는 것이 일반화 되어 있으며, 또한 프랜차이즈 기업의 입장에서도 합리적인 기업경영의 차원에서 자발적인 보험가입이 대부분이다.

선진국의 이러한 사회 경제적 배경을 고려하면 외국에 있어서는 제조물배상책임보험의 가입을 의무화할 필요가 없어도 자생적으로 의무화가 이루어지고 있는 바, 우리나라의 경우에도 소비자 및 제조자 양측 모두 제조물배상책임보험에 대한 인식이 높아가고 있다. 그러나 아직도 보험의 필요성은 인식하면서도 안이한 생각에

보험가입을 주저하고 있는 프랜차이즈제공자들이 적지 않은 바, 제조물배상책임보험의 의무보험화가 필요하다.

그리고 제조물배상책임보험의 올바른 사회 · 경제적 기능수행은 의무보험화를 통한 다수의 제조자가 이용함으로서 가능하다. 보험원리상 의무보험을 통한 그 구성원의 수가 증가될수록 신뢰성 있는 보험요율이 가능해지며 또한 규모의 경제를 통한 고정비용을 상대적으로 절감시켜 보험료의 인하 요인이 된다. 따라서 보험자의 규모의 경제를 통한 최소의 보험료, 이로 인한 새로운 보험 수요의 창출을 위해서 제조물책임에서 의무보험화를 추진할 필요가 있다.

이러한 방법의 배상책임의 의무보험화는 배상자력이 없는 영세프랜차이즈 가맹점, 가맹사업본부 등을 보호하고 또한 소비자가 직접 이러한 배상책임 보험자에게 직접청구권을 허용함으로써 보험금액 한도 내에서의 신속한 피해구제도 가능할 것이다.

제6장 결 론

프랜차이즈산업은 국내외적으로 엄청난 성장추세에 있고 그 규모 또한 다양한 업종과 광범위한 분야에서 핵심적인 경제적 역할을 담당하고 있다. 일본의 경우 최근 10년 동안 가맹본부가 66%증가하였고 매출 또한 5배가 증가하였다. 미국내 프랜차이즈의 규모는 전체 소매의 50%에 이르는 것으로 추정되고 2010년에는 매출이 2조달러에 이를 것으로 예측되고 있다. 국내 프랜차이즈 산업은 61조원 규모의 시장으로 성장하였고, 업종면에서도 외식업, 도소매업, 서비스업 등 다양한 업종에서 본격적인 성장기에 돌입하고 있다. 앞으로도 국내프랜차이즈 산업은 산업자원부와 한국프랜차이즈협회에 의하면 2010년 매출 114조원, 2013년에는 150조에 근접한 규모로 성장할 것으로 추정되고, 명목 GDP 대비 비율도 2010년에는 9%를 넘어설 것으로 예측된다. 이와 같은 성장배경에는 프랜차이즈 방식은 여타사업방식에 비해 가맹점 모집을 통해 자금조달이 유리하고, 가맹점에 의한 위험분산과 아울러 규모의 경제를 실현할 수 있다는 점, 우리나라의 경제적 환경과 인구통계적 환경이 개인의 소자본창업에 매우 유용한 수단이 되고 있고, 현대 사회가 전문품을 선호하는 가운데 프랜차이즈를 통한 전문지식과 서비스를 겸비한 잘 훈련된 딜러에 의한 판매가 증가하고 있는 점을 들 수 있다. 이와 같은 프랜차이즈 산업의 폭발적인 증가는 가맹사업을 중심으로 한 분쟁도 그에 상응하여 증가할 것이 충분히 예측될 수 있다. 프랜차이즈 산업을 둘러싼 분쟁은 당사자를 기준으로 보았을 때 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자간의 분쟁, 프랜차이즈이용자와 소비자와의 분쟁, 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자와 거래한 또는 가맹점사업 관련 피해를 입은 제3자와의 분쟁으로 나누어 볼 수 있다. 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자간의 분쟁은 양자간의 계약관계에서 나타나는 문제로 프랜차이즈 계약서가 분쟁해결의 단서가 될 수 있고, 프랜차이즈이용자와 소비자와의 분쟁은 채무불이행이나 불법행위책임의 일반법리에 의해 결정할 수 있을 것이기 때문에 큰 논란거리가 되지 않는다. 그러나 가프랜차이즈제공자와 직접적인 거래 또는 관련행위가 없었던 제3자간의 분쟁은 여러 가지 문제점을 가지고 있다. 그 이유는 프랜차이즈제공자와 프랜차이즈이용자는 법률적으로 상호 독립한 기업이기 때

문에 원칙적으로 프랜차이즈이용자의 행위로 인해 제3자에게 프랜차이즈제공자가 책임을 지지 않는다는 점이다. 그러나 프랜차이즈는 상호 독립한 기업이면서도 동일한 이미지를 표상하는 영업외관을 가지고 있고 영업에 있어서 통일성과 일관성을 유지하기 위하여 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자에게 계속적인 지시와 통제를 할 수 있는 권한을 가지고 있으면서 영업적으로는 동일체의 외관을 보이고 있기 때문에, 프랜차이즈이용자의 영업을 프랜차이즈제공자의 영업과 동일한 것으로 알고 거래할 수 있고, 그들 또한 그러한 이미지를 영업에 활용하고 있다. 이러한 상황에서 제3자의 신뢰 보호문제가 발생한다. 이에 대해 프랜차이즈제공자의 책임을 간접책임과 직접책임으로 나누어 살펴보았다. 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 행위로 인해 간접적인 책임여부에 대해서는 우선 미국의 사실상의 대리이론(actual agency theory)과 표현대리책임, 사용자책임, 명의대여자책임을 검토하였고, 프랜차이즈제공자의 직접책임으로는 프랜차이즈제공자의 과실책임, 제조물책임을 살펴보았다.

미국의 사실상 대리이론은 본인이 타인의 행위를 충분히 통제하고 있거나 통제할 수 있는 권한을 가지고 있는 때에는 비록 본인이 그 타인에게 대리권을 수여하지 아니한 경우에도, 그리고 그 타인의 행위가 반드시 본인을 위한 법률행위가 아닌 경우에도 그 타인의 행위에 대하여 제3자에게 책임을 부담하여야 한다는 이론이다. 판례는 프랜차이즈제공자의 '통제'를 사용자와 피용자 관계(master-servant) 내지 본인과 대리인 관계(principal-agent)에 준하는 것으로 볼 수 있을 것인가에 초점을 맞추고 만약 이를 긍정할 수 있으면 프랜차이즈제공자는 프랜차이즈이용자의 불법행위에 대하여 사용자책임론(respondeat superior theory) 또는 사실상의 대리이론(actual agency theory)에 따른 대위책임(vicarious liability)을 져야 한다고 보았다.

즉 프랜차이즈제공자의 대위책임의 여부는 프랜차이즈이용자에 대한 어느 정도의 통제권(right of control)을 행사하였느냐에 달려 있는 것으로 본다. 문제는 통제가 존재한다고 할 때 어느 정도의 통제가 있을 때 사용자와 피용자관계를 인정할 수 있느냐에 대해 판례는 통제력의 행사 범위나 그 정도와 관련하여 통일된 견해를 보여주고 있지는 않으나, 대체적으로 일상적인 영업(day-to-day operations)에 대한 프랜차이즈제공자의 통제가 존재하였는가를 기준으로 판단하

고 있다.

프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 자기의 상호, 상표 등을 사용하도록 하며 프랜차이즈이용자를 위해 전국적 광고를 실시하는 데 이것이 표현대리의 성립요건을 충족시킬 수도 있는 지 여부에 대해서는 미국이나 우리나라 모두에서 표현대리이론이 적용될 수 있는 경우는 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자를 자신의 대리인인 것처럼 표시하거나 대리인처럼 행동하는 것을 묵인한 때에 한하기 때문에 원칙적으로 프랜차이즈관계에서는 표현대리책임이 문제되지 않는다. 그럼에도 불구하고 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자를 자신의 대리인인 것처럼 표시하거나 대리인처럼 행동하는 것을 묵인한 경우 표현대리책임을 질 수 있다.

프랜차이즈계약에 의하여 프랜차이즈이용자가 프랜차이즈제공자와 동일한 상호로 영업을 하는 경우에 프랜차이즈이용자의 영업을 프랜차이즈제공자의 영업으로 오인하여 거래한 자가 생길 수 있을 경우에 프랜차이즈이용자에게 프랜차이즈제공자와 동일한 상호로 영업을 허락한 프랜차이즈제공자에게 명의를 대여한 자로서의 책임을 부과할 수 있는지가 문제된다. 프랜차이즈이용자는 프랜차이즈제공자와 동일한 상호로 영업을 하고 있기 때문에 명의대여의 외관이 존재하고, 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자에게 프랜차이즈제공자의 상호사용을 허락하였다는 점에서 외관의 존재에 대한 사업본사의 귀책원인도 인정할 수 있다. 다만 프랜차이즈이용자의 거래 상대방이 프랜차이즈이용자의 영업을 프랜차이즈제공자의 영업으로 신뢰하고 거래하였을 경우, 그 오인에 중대한 과실이 없었을 경우 프랜차이즈제공자는 명의대여자로서의 책임을 져야 할 것이다.

프랜차이즈제공자가 사용자책임을 질 것인가에 대해, 프랜차이즈관계는 사용자와 피용자관계와는 성질이 다른 법률관계이기 때문에 가맹점의 불법행위로 손해를 입은 자는 원칙적으로는 프랜차이즈제공자에게 사용자책임을 물을 수는 없다. 그러나 특정한 프랜차이즈관계에서 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 구체적인 '사무집행행위의 방식'에까지 통제를 가하고 있어서 프랜차이즈관계가 동시에 사용자와 피용자관계를 형성하고 있다고 볼 수 있을 경우에는 프랜차이즈이용자의 불법행위로 제3자가 입은 손해에 대하여 프랜차이즈제공자에게 사용자책임 내지 대위책임을 부과할 수 있다고 할 것이다.

프랜차이즈제공자에게 직접책임을 묻는 방법에는 프랜차이즈제공자 자신의 감독

의무해태 등의 과실을 근거로 책임을 묻는 과실책임론과 프랜차이즈 제공자가 제공한 제조물의 결함에 대하여 책임을 묻는 엄격책임의 이론인 제조물책임론이 있다.

만약 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 경영에 대해 감독하거나 감독권을 보유하고 있다면 프랜차이즈제공자는 명백한 대리이론 뿐만 아니라 과실주의에 대해 제3자에 대한 상해에 대해 책임을 질 것이다. 예컨대 앞서 살펴본 바와 같이 프랜차이즈제공자가 프랜차이즈이용자의 안전상태를 점검한 결과 위험성을 인식하고 그 개선을 권고하였다면 이를 확인할 의무가 발생하고 이와 같은 경우에는 예외적으로 사업본사의 주의의무가 발생하게 되고, 이 의무에 위반한 경우에는 과실책임을 져야 할 것이다.

프랜차이즈 법률관계에서 제조물책임법리가 적용될 수 있느냐의 여부는 동법에서 말하는 제조물에 프랜차이즈 영업상의 물건이 포함되는지 여부와 동법상의 제조업자에 프랜차이즈제공자가 포함되는가 하는 것이다. 제조물책임법의 적용 대상인 제조물이란 다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한 제조 또는 가공된 동산을 말한다. 따라서 프랜차이즈 영업내용이 동산을 판매, 대여하는 행위라면 동 법의 적용을 받는다. 다음으로 프랜차이즈제공자가 동 법상의 제조업자에 해당하는지 여부에 대해, 제조물책임법상 손해배상의 주체는 원칙적으로 제조물의 제조 · 가공 또는 수입을 업으로 하는 자, 제조물에 성명 · 상호 · 상표 기타 식별 가능한 기호 등을 사용하여 자신을 제조업자로 표시한자 또는 제조업자로 오인시킬 수 있는 표시를 한 자는 제조업자로 보기 때문에 프랜차이즈제공자도 이와 같은 경우에는 제조업자로서 책임을 진다. 프랜차이즈제공자가 다른 업자로부터 재료를 대량 구매하여 프랜차이즈이용자에게 공급하는 관계라면 프랜차이즈제공자가 동 법 제3조 ②항의 책임을 지는 경우도 있을 수 있다.

비용분산과 위험방지의 측면에서 책임부담문제를 검토해보면, 우선 비용분산측면에서 본다면 프랜차이즈이용자는 스스로 판매가격을 정하여 위험비용을 가격에 산입, 위험을 부담할 수도 있겠지만 대체로 프랜차이즈이용자는 피해자의 손해를 구제하기에 충분하지 않은 경우가 대부분이고, 따라서 프랜차이즈제공자에게도 책임을 부과함이 합리적이다. 프랜차이즈제공자에게도 책임을 부담하게 함으로써 프랜차이즈이용자에 대한 적절한 통제권을 행사함으로써 위험방지 역할도 할 수

있을 것이다. 따라서 위험의 공평한 분담차원과 소비자보호 측면을 고려한다면 프랜차이즈이용자와 프랜차이즈제공자는 연대하여 책임을 부담하여야 한다고 생각된다.

이처럼 어느 이론을 적용하더라도 프랜차이즈이용자의 행위로 인하여 제3자가 손해를 입은 경우에 프랜차이즈제공자가 책임을 부담하는 것은 제3자의 보호를 확실하게 하기 위해서는 제조물책임이론으로 해결하는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 프랜차이즈제공자의 이러한 책임부담을 경감하고 위험에 대비하기 위하여 제조물책임보험의 의무화를 제도화하여야 할 것이다.

참고문헌

<국내문헌>

강태구, 「국제경영」(박영사, 2002)
강희갑, 프랜차이즈 영업의 구조와 법적 문제, 비교사법 제2권 2호(1995)
고형석, 소비자보호법, 세창출판사, 2003
곽윤직,「재전정판 채권 각론」(박영사, 1993).
권기범, 「기업구조조정법」(삼지원, 1999)
김상용, 「채권각론(하)」(법문사, 1998)
_____, 채권각론(하), 법문사, 1998
김현태, 「채권각론」(일조각), 1986
_____, 「불법행위론」(서울:일조각), 1979.
김형배, 「민법학강의」(신조사, 2000)
박상조, 「신회사법론」(형설출판사, 1997)
손주찬, 「상법(상)」(박영사, 2001)
신현윤, 「기업결합법론」(법문사, 1999)
연기영, 생산물손해배상책임법, 육서당, 1999
오석락, 입증책임론, 일신사, 1991
이범찬· 최준선, 「상법(상)」, 제2판(삼영사, 2001)
정동윤, 개정판 「상법총칙·상행위법」(1996)
정주환, 「상행위법연구」(세창출판사, 1999. 2)
정찬형, 「상법강의(상)」(박영사, 2001)최기원, 「신회사법론」, 제11대정판(박영사, 2001)
한국소비자보호원, 제조물책임법 해설 및 사례, 2002
황적인, 「현대민법론Ⅳ(채권각론)」(박영사, 1983)

강희갑, 프랜차이즈 영업의 구조와 법적 문제, 비교사법 제2권 2호(1995)
강희갑·김숙자, 프랜차이즈계약의 법적 규제에 관한 연구, 사회과학논총 제6집, 명지대학교 사회과학연구소, 1991. 12.
공정거래위원회, 국제계약상의 불공정거래행위 등의 유형 및 기준 제5조, 공정거래위원회고시 제90-9호.

김대연, “불법행위책임의 본질에 관한 연구”, 박사학위논문(숭실대학교 대학원), 1991.
김상용, “프랜차이즈 계약”, 민사법의 실천적과제(정환담교수 회갑기념논문집, 2000)
김성탁, 제조물책임에 관한 비교법적 연구, 연세대학교 박사학위논문, 1993
김형배, “위험책임론”, 민법학의 회고와 전망(민법전시행삼십주년기념논문집), 한국민사법학회, 1993.
_____, 제조물 책임에서의 결함의 개념과 책임 귀속, (성헌 황적인박사 회갑기념) 손해배상법의 문제, 박영사, 1990
박훈, “제조물책임에 관한 최근의 리스테이트먼트 개정”, 서울대학교 법학 제39권 2호, 1998.
사단법인 한국프랜차이즈협회, 「프랜차이즈 경영원론-프랜차이즈 경영가이드 총서1」(한국프랜차이즈협회, 2004).
_____, 「프랜차이즈 본부 창업 시스템 개발론」
사단법인 한국PL협회(http://tpis.pl21.org/) 자료실 “외국 입법동향”을 인용함.
(사) 한국프랜차이즈협회, 프랜차이즈 본부 창업시스템 개발론, 프랜차이즈경영가이드 총서2 (2004)
산자부, 2005년 전국 프랜차이즈 총람
산업자원부·한국프렌차이즈협회,「프랜차이즈 경영가이드」총서 6
_____,「프랜차이즈 경영가이드」총서 12.
_____, 「2005년 중소유통업 발전을 위한 연구」(프랜차이즈산업편, 2005. 12)
서헌제, 「경상계를 위한 상법의 이해」(율곡출판사, 2001. 9)
성문기, 제조물배상책임보험에 관한 연구, 국민대학교 대학원, 박사학위논문, 1998,
송오식, 제조물책임법상의 결함, 민사법연구, 2002. 12
신현윤, “콘체른의 개념적 고찰: 독일에서의 개념형성과정 및 현행 주식법의 관련 규정을 중심으로”, 「상사법연구」, vol.8(1990)
유창호, 제조물책임에서의 결함에 관한 연구, 한국외국어대학교 박사학위논문, 1996,
윤진수, 한국의 제조물책임, 법조, 550호(2002, 7)

윤형렬, “사용자배상책임”, 민법학의 회고와 전망 : 무암이영준박사 화갑기념 론문집(서울:박영사, 1999).
이정영, 제조물책임법에 관한 연구, 성균관대학교 박사 학위논문, 1994
이치영, 제조물책임법에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 1995
임재호, 프랜차이즈 사업본사의 대위책임, 판례연구(2001)
_____, 프랜차이즈 가맹점의 행위로 인한 사업본사의 책임, 상사법연구 제20권 제3호(2001)
정동윤, “새로운 유형의 상행위-프랜차이징에 관하여,” 「기업법의 행방」(박영사, 1991)
정상조,“프랜차이즈계약의 법적 문제점‘, 법학 제38권 1호(서울대, 1997).
조영래, “사용자책임의 본질과 한계”, 금융 제13권 제10호(대한금융단), 1966. 10,
중소기업청, 제조물책임(PL)법과 기업의 대응방안(2003년 사내 PL교육자료)
최완진,“프랜차이즈 계약,” 고시계(97/10)

<외국문헌>

吉野正三郎(譯), “製造物責任訴訟の近時の動向-證明責任問題を中心に-", 「ジュリスト」No.967(1990. 11. 15)
森島昭夫, 使用者の責任-註譯民法(19)(東京:有斐閣, 1981)
三井 俊紘, 企業を襲うPL訴訟, 保險每日新聞社, 1994
日科技連PL編纂委員會 編, 企業と製造物責任, 日科技連出版社, 1991
田上富信,“使用者責任”, 「民法講座(6)」(東京:有斐閣, 1985)
淸水金二郎, 使用者賠償責任の基礎, 法學論叢 제38권 제5호
平野 晉, アメリカ製造物責任法の新展開, 成文堂, 1995
浦川道太郎, グロ-バル時代と製造物責任法, ジュリスト第1000號(1992.5.1-15)

Johns v. Midas Muffer shop and Midas International Co, 43 F.Supp.1052(W.D.Ark, 1999).
John C. Monica, "Franchisor liability to third parties", Missouri Law Review Vol.49.310(1984)
E. Wayne Phillips, "liability of franchisors for the torts of their Monata

franchisees', Monata Law Review Vol. 49. 130(1988)

Ann Dugan, Franchising (Association of small business development centers, 1998)

Gary T. Schwartz, The Hidden and Fundamental Issue of Employer Vicarious Liability, 69 S. CAL. L. REV. 1739, 1740 (1996).

John C. Monica, Franchisor Liability to Third Parties, 49 Missouri L. Rev.309(1984).

John L. Hanks, Franchisor Liability for the Torts of Its Franchisees: The Case for Substituting Liability as a Guarantor for the Current Vicarious Liability, 24 OKLA. CITY U. L. REV. 1, 3 (1999)

Kevin M. Shelley & Susan H. Morton, "Control" in Franchising and the Common Law, 19 FRAN. L.J. 119, 119 (2000)

MARTIN MENDELSOHN, THE GUIDE TO FRANCHISING 1 (6th ed. 1999)

Michael R. Flynn, Note, The Law of Franchisor Vicarious Liability: A Critique, COLUM. BUS. L. REV. 89, 89 (1993).

Paul H. Rubin, The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract, 21 J. LAW & ECON. 223, 224, 228 (1978).

Randall K. Hanson, The Franchising Dilemma Continues: Update on Franchisor Liability for Wrongful Acts by Local Franchisees, 20 CAMPBELL L. REV. 91, 105-09 (1997)

William B. Cherkasky, Introduction to Franchising and the International Franchise Association, in THE FRANCHISING HANDBOOK I, 1 (Andrew J. Sherman ed., 1993)

저작물 이용 허락서

학 과	법학과	학 번	20057343	과 정	박사
성 명	한글 서 현 기 한문 徐 賢 基 영문 Suh, Hyeon-Ki				
주 소	광주광역시 일곡동 51번지				
연락처	E-mail :				
논문제목	한글 프랜차이즈이용자의 행위에 의한 제공자의 책임에 관한 연구				
	영문 A Study on the Franchisor's Liability for Acts of Franchisees				

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건 아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

- 다 음 -

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집과 형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사 표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물 이용의 허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.
7. 소속 대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

동의여부 : 동의( ) 반대( )

2007 년 8 월 일

※ 기재요령(예)
2007년 8월 졸업자 : 2007년 8월 ○일
2008년 2월 졸업자 : 2008년 2월 ○일

저작자: 서 현 기 (인)

조선대학교 총장 귀하