

# 國際去來와 競爭規制

- 垂直協定 (排他的 流通去來)을 中心으로 -

徐 憲 濟\*

- 
- I. 國際去來와 法の 衝突
  - II. 排他的 流通去來의 類型
  - III. 排他的去來와 各國의 競爭規制
  - IV. 韓國의 競爭規制
  - V. 競爭規制의 衝突
  - VI. 結 論
- 

## I. 國際去來와 法の 衝突

이 글에서는 국제적 유통거래의 대표적인 유형인 배타적 판매점계약, 배타적 대리점계약, 프랜차이즈 계약에 관련된 여러 가지 법적 측면을 종합적으로 검토한다. 우선 거래당사자간의 私法的인 법률관계를 분석하고, 이를 바탕으로 하여 경쟁규제에 관련된 문제점을 살펴보기로 한다.

국제거래는 서로 다른 국가에 소재하는 당사자간의 거래관계로서 이에 적용될 법률이 상충되는 경우가 많기 때문에 준거법을 정하는 작업이 쉽지 않다. 특히 배타적 유통거래와 같이 장기간에 계속되는 계속적 계약관계에서는 이러한 법적용 충돌은 매우 큰 문제가 아닐 수 없다.

私法的인 충돌은 國際私法에 의해 해결하거나 아니면 실질법을 국제적으로 통일하는 방법을 택하게 된다. 예를 들면 UNCITRAL에서는 대리점계약에 관한 법의 통일을 위해 1983년에 상사대리협약을 채택한 바 있으며 EC는 “독립 대리점에 관한 회원국법의 조화를 위한 지침”(Directive for the co-ordination of the laws of Member States relating to self-employed commercial agents)

---

\* 中央大學校 法科大學 教授.

을 채택한 바 있다. 또 민간단체인 ICC에서는 모범상사대리점계약(ICC Model Commercial Agency Contract Pub. No. 496), 모범판매점계약(ICC Model Distributorship Contract Pub. No. 518)을 제정하여 법의 충돌에서 오는 문제점을 해결하고자 노력하고 있다. 다만 비교적 최근에 국제적으로 이용되기 시작한 프랜차이즈에 대하여는 아직 국제적인 통일규범이 존재하지 않는다.

배타적 유통거래는 거래당사자간의 시장력의 불균형으로 인해 불공정성이 개재될 소지가 많은 수직협정에 속한다. 이에 따라 대부분의 국가는 이에 대해 경쟁법에 의한 규제를 하고 있지만 각국의 규제원리와 규제정도에 있어서는 상당한 차이를 보이고 있다. 이러한 경쟁규제의 차이는 국가간 분쟁의 원인이 되고 있으며 특히 수직제한이 외국기업의 시장진출을 제한하는 작용을 할 경우에는 통상분쟁으로 확대될 소지가 크다고 할 수 있다. 현재 국제사회는 이러한 문제에 대처하기 위해, 한편으로는 힘의 우위를 바탕으로 하는 역외적용방식을 채택하면서, 다른 한편으로는 경쟁규범의 국제적 조화를 이끌어내기 위한 노력을 기울이고 있다.

이 글에서는 국제적인 유통거래에 관련된 각국의 법원칙의 차이와 그 조화를 私法的 측면과 경쟁법적 측면으로 나누어 고찰하기로 한다. 우선 이에 대한 각국의 규제내용을 소개하고 한국에서의 규제와 문제점을 검토한 다음 경쟁규제의 차이에서 기인하는 역외적용 마찰과 경쟁법의 조화에 대한 협의를 살펴보기로 한다.

## II. 排他的 流通去來의 類型

### 1. 流通去來

제품의 생산자들은 자기 제품에 대한 효과적인 판매를 위해 유통망을 구축하는 것이 일반적이다. 특히 국제거래에서 수출자들은 외국에서의 판매를 강화하고 경쟁에서 우위를 점하기 위해 현지의 사정에 밝은 세일즈맨을 이용하게 된다. 이로써 현지 소비자들의 수요에 적절히 부응할 수 있고 제품에 대한 신뢰를 줄 수 있기 때문이다. 이러한 해외유통망을 구축하는 방법에는 여러가지

가 있다. 판매점을 이용하는 방법, 독립대리점을 이용하는 방법, 딜러체제를 구축하는 방법 또는 현지인을 사용인으로 고용하여 판매사무소를 설립하는 방법 등이다.<sup>1)</sup>

이 중에서 販賣店(distributor)은 수출자로부터 특정지역에서의 판매권을 획득하는 자이며 별도의 수수료의 지급없이 수입가격과 판매가격의 차이를 이윤으로 획득한다. 이에 대해 代理店(independent agent)은 수출자로부터 물품을 구매하는 것이 아니고 본인을 위하여 고객을 물색하고 고객들의 주문을 본인에게 전달하며 본인을 대리하여 계약을 체결하게 된다. 대리점은 거래되는 물품에 대한 소유권을 보유하지 않기 때문에 본인은 물품의 가격에 대한 통제력을 보유한다. 이에 따라 대리점계약에서의 가격통제는 판매점계약에서와는 달리 경쟁법상 문제가 되지 않는다. 우리 나라를 포함해서 몇몇 국가는 수입시에 대리점이 발행하는 매도확약서를 요구함으로써 현지대리인의 이용이 강제적인 경우가 있다.

한편 현지인을 사용인으로 고용하는 販賣事務所(commercial representative)는 법적으로는 일종의 상업사용인으로서 수출자를 대리하여 물품의 판매 등을 한다. 상업사용인도 물품판매에 관련된 대리권을 가지고 있다는 점에서는 독립대리점과 유사하나 대리점이 자신의 비용과 자본으로 영업을 함에 대해 상업사용인은 수출회사의 고용인으로서 임금을 받고 노무를 공급한다는 점에서 큰 차이가 있다. 이러한 판매사무소는 국제거래에서는 별로 이용되지 않기 때문에 국제거래와 관련된 유통체계로서는 판매점과 대리점이 중요하다. 그런데 근래에 와서 단순한 물품만이 아니라 제조기법이나 영업방식, 영업표지 등을 하나로 묶어 공급하는 프랜차이즈 방식이 새로운 유통기법으로 국제적으로 확산되고 있다. 국제거래의 당사자들, 특히 수출기업의 입장에서는 이러한 여러가지 유통방식 중 무엇을 선택할 것인가는 거래의 대상이나 현지의 행정적인 규제, 거래의 단계 등에 따라 달라질 것이다. 가령 해외시장을 신규로 개척하는 단계에서는 대리점이나 판매점을 이용하는 것이 유리하지만 일단 시장을 확보하고 난 다음에는 직접 판매하거나 딜러를 이용하는 것이 중간 유통마진을 줄일 수 있어서 유리할 수 있다.

1) Baldi, *Distributorship, Franchising, Agency: Community and National Laws and Practice in the EC*, Kluwer, 1987; Campbell & Lafili(ed.), *Distributorship, Agency and Franchising in an international Area: Europe, the United States, Japan and Latin America*, Kluwer, 1990 참조.

## 2. 販賣店契約

### (1) 意義

판매점계약(distribution agreement)이라 함은 수출자가 해외의 판매점(distributor)에 대하여 일정 기간동안 일정 상품에 대한 판매권을 부여하고 판매점은 그 상품의 일정량을 구매할 것을 약정하는 계약이라고 할 수 있다.<sup>2)</sup> 따라서 판매점계약에서는 판매권의 허여(sales concession)와 물품의 구매(purchase agreement)가 주된 거래내용이 된다. 즉, 수출자는 판매점에게 계약기간동안 계속적으로 물품을 공급하고 판매점이 이를 다시 최종 수요자에게 판매하도록 허용해야 할 의무를 부담한다. 한편 판매점은 계약기간동안 계속적으로 일정량의 물품을 구매할 의무를 부담하게 된다. 판매점계약에 있어서는 수출자와 판매점간 및 판매점과 고객간에 각각 거래관계가 형성되지만 수출자와 제 3자인 고객 사이에는 직접적인 법률관계가 존재하지 않는다는 점에서 대리점계약과 구별된다.

판매점계약은 수출자와 해외의 매수인간에 체결되는 경우가 일반적이지만 수출국의 제조자와 수출국내의 판매점간에 체결되는 경우도 있다. 이를 수출판매점(export distributor)이라고 하며 생산자의 물품을 해외로 수출하는 업무를 전담하는 판매점으로서 한국의 종합무역상사가 이에 해당한다고 할 수 있다.

### (2) 獨占販賣店契約

판매점계약(대리점계약)에서는 판매점에게 일정한 지역내에서 ‘총판(sole)권’ 또는 ‘독점적’(exclusive)인 판매권을 부여하는 것이 일반적이다. 총판판매점과 독점판매점은 수출자가 판매점의 관할지역내에서는 다른 판매점을 지정할 수 없고 계약상대방인 판매점에 대하여만 제품을 공급하기로 하는 약정인 점에서는 공통된다. 그러나 총판계약에서는 수출자 자신이 판매점을 통하지 않고 직접 그 지역내에 물품을 공급함으로써 판매점과 경쟁할 여지가 있지만 독점판매점의 경우에는 이것이 허용되지 않는다는 점에서 양자는 개념상 구분된다. 그러

2) C.M. Schmitthoff, *Export Trade*, London, Stevens & Sons, 260 ; Hans Van Houtte, 161.

나 거래계의 실제에 있어서는 ‘총판 및 독점적 계약’(sole and exclusive agreements)의 형태로 체결되는 것이 대부분이기 때문에 이를 구별할 실익이 없다.<sup>3)</sup> 따라서 이 글에서 독점판매점계약이라고 할 때에는 양자를 다 포괄하는 의미로 사용한다.

독점판매점계약은 판매점으로 하여금 일정한 기간동안 안정적으로 계약제품을 공급받을 수 있도록 보장함과 동시에 계약제품에 대한 자국내의 경쟁업자를 배제함으로써 독점이윤 및 시장지배력을 확보할 수 있다는 점에서 판매점으로서의 매우 유리하다고 할 수 있다. 또 수출자의 입장에서 보더라도 판매점으로 하여금 계약제품의 판매에 보다 전력할 수 있도록 유도함으로써 결과적으로는 공급자의 판매이익을 증대시킬 수 있다는 점에서, 신규시장개척 등에서 상대적으로 유리한 계약방식이라 할 수 있다. 그러나 이는 수입국내에서의 경쟁을 배제하는 측면이 많기 때문에 경쟁법의 규제대상이 된다.

### (3) 獨占販賣店契約의 構造

#### 가. 基本契約

독점판매점계약은 수출자와 판매점간에 일정기간 지속적으로 효력을 가지게 되는 계속적 계약이다. 그러한 점에서 독점판매점계약은 이 계약에 기해 구체적으로 수출자와 판매점간에 이루어지는 특정물품에 대한 수출계약(매매계약)과는 구별되며 추후 체결될 개별적인 계약에 적용될 법적인 틀(framework)을 정하는 계약이라고 할 수 있다. 어떤 경우에는 독점판매점계약 자체에, 판매점이 정기적으로 구매해야 할 물품의 수량과 가격을 정하는 경우도 있다. 그러나 이로써 당해 물품에 대한 매매계약이나 매매의 예약이 성립하는 것은 아니며 판매점이 앞으로 구매해야 할 의무를 부과함에 지나지 않는다고 하겠다.

독점판매점계약에 포함될 내용은 구체적인 계약에 따라 매우 다양하지만 대개 다음과 같은 사항이 포함된다고 할 수 있다.

#### 나. 販賣領域

독점판매점계약은 판매점에게 일정한 지역내에서 독점적인 판매권을 부여하는 계약이기 때문에 독점권이 인정될 지역적인 범위를 확정하는 것이 중요하

3) C.M. Schmitthoff, *Export Trade*, London, Stevens & Sons, 260.

다. 지역범위의 설정은 수입국을 하나의 단위로 하는 경우가 많지만 수입국을 몇몇 지역으로 분할하는 경우도 있고, 아시아 지역과 같이 광범위하게 정하는 경우도 있다. 또 기존 관할지역내에서의 판매가 일정한 성과를 달성할 경우 판매점에게 관할지역의 확장을 요구할 수 있는 권리를 인정하는 경우도 있다.

이와 같이 판매영역에 대한 판매점의 독점적인 권리를 인정하는 결과 수출자가 판매점의 관할지역내의 고객으로부터 직접 구매문의를 받은 경우에는 이를 판매점에게 이전해야 하고 또 판매점이 자신의 지역 이외에서 입수한 구매문의는 수출자에게 이전해야 할 의무를 부담한다. 이 외에도 판매점은 고객의 명단을 보존하고 수출자의 요구가 있을 경우에는 제공해야 한다. 수출자 자신이 판매점의 관할지역내에 직접 판매활동을 하지 않는다는 의무를 부담함은 물론이지만, 수출자로부터 물품을 구매한 다른 매수인이 이를 판매점의 관할구역내로 다시 수출할 수 없는가 하는 점이 병행수입금지와 관련하여 문제된다.

#### 다. 對象物品과 價格

독점판매점계약에서는 수출자가 제조하거나 수출하는 모든 물품을 그 대상으로 포괄하는 경우도 있지만 대개는 이를 일정 범위로 제한한다. 이와 관련된 당사자간의 분쟁을 피하기 위해 계약의 부속서로 대상 품목의 목록을 상세하게 정하는 것이 보통이다.

독점판매점계약은 일반적으로 장기계약이기 때문에 판매점이 구체적으로 물품을 구매할 경우에 적용될 가격결정에 관련된 조항을 명확히 해두는 것이 중요하다. 이러한 필요성은 특히 가격의 등락폭이 큰 주요 원자재의 장기공급거래에서 인정되는 바 대개는 매매계약체결일이나 물품의 인도일의 가격을 기준으로 하게 된다. 가령 원유 거래에 있어서 '선하증권 발급일자의 로테르담 현물시장가격'(fob spot price)으로 하는 경우와 같다. 공급가격을 정함에 있어서 독점판매점계약에는 최혜고객가격(most favoured customer : mfc) 조항이 포함되는 경우가 많다. 최혜고객가격(mfc price)이라고 함은 수출자로부터 동일 물품을 공급받고 있는 여러 고객에 대한 가격 중 가장 유리한 가격을 의미한다. 다만 수출자와 특별한 관계에 있는 구매자, 가령 해외자회사라든가 합작회사 등에 대한 공급가격에 대하여는 최혜고객가격 의무로부터의 예외가 인정된다.

#### 라. 購買權과 販賣權

독점판매점계약에서는 상호간에 독점적인 구매권과 판매권을 인정하는 조항

이 삽입된다. 이 조항에는 보통 일정기간에 구매해야 할 최소물량을 정하고 만일 이를 충족시키지 못할 경우에는 계약을 종료시킬 수 있는 해지권도 포함된다. 그 외에도 판매점이 단순한 대리점이 아니고 판매점이라는 점을 명시함으로써 당사자간의 법률상의 지위를 분명히 하는 조항이 필요하다.

마. 販賣活動

대리점과는 달리 판매점계약에서는 수출자는 일단 물품을 판매하였기 때문에 이후에 판매점이 판매활동을 어떻게 전개하는지는 문제가 되지 않는다. 그러나 수출자로서는 그러한 판매활동으로 자신의 제품에 대한 계속적인 수요가 창출되며 자신의 상표가 널리 알려지는 기회를 가지기 때문에 관심을 가지지 않을 수 없다.

따라서 판매점에게 물품에 대한 광고 등의 의무를 부과하고 정기적으로 고객을 방문한다든가 시장에 관한 정보를 제공해 주도록 요청하는 경우가 많다. 나아가 수출자의 특허나 상표 등 지적재산권이 침해당할 경우에는 이를 보호하기 위해 필요한 조치를 할 것을 요구하는 경우도 있다.

바. 契約의 存續期間

판매점계약은 장기간에 걸친 계속적 계약관계이기 때문에 존속기간이 중요하다. 계약의 존속기간을 미리 정하게 되면, 판매점의 입장에서는 계약의 종료에 대비하여 지분을 정리하고 투자를 줄이는 조치를 취하거나 혹은 다른 판매점계약을 모색하는 등 적절한 준비를 취할 시간적 여유를 갖게 되어 유리하지만, 수출자의 입장에서 보면, 계약의 종료시점이 다가올수록 판매활동을 소홀히 하는 등 문제점이 있다고 할 수 있다.

이에 따라 독점판매점계약에서는 계약의 존속기간을 따로 정하지 않는 것이 보통이다.

이러한 불확정기의 판매점계약에 있어서는, 이론적으로는 수출자와 판매점 양측 모두 언제든지 계약을 종료시킬 수 있는 권리를 가지고 있어 공평하지만 실제로는 판매점에게 불리하게 작용하게 된다.

이에 따라 수출자 측의 부당한 계약해제에 대해 판매점에게 손해배상을 청구할 권리를 인정할 필요가 있다. 이러한 손해배상에는 판매점이 기존에 확보하고 있는 고객이나 단골 등에 대한 보상도 포함될 수 있을 것이다.

### 3. 代理店契約

#### (1) 代理店契約의 意義

대리점(agent)은 법적인 의미에서 보면, 본인으로부터 수권을 받아 본인의 이름으로 법률행위를 대리하는 독립적인 상인을 말한다(民 114조, 商 87조). 그러나 국제상거래의 실제에 있어서는 이러한 엄격한 의미 이외에도 여러 다른 의미로 사용되고 있다. 가령 독립한 상인이 아닌 상업사용인에 해당하는 대리인도 대리점이라고 불리우는 경우도 있으며 또 영미법상의 agent에는 우리법상 위탁매매업에 유사한 자도 포함된다. 따라서 당사자간의 계약에서는 대리점이라는 명칭을 사용하고는 있지만 그 실질은 대리점이 아닌 경우가 많고, 실질은 대리점이지만 다른 명칭을 사용하는 예도 적지 않기 때문에 계약상 사용하는 용어가 반드시 그에 해당하는 실제의 법률적 의미와 부합한다고 할 수는 없다.

다만 대리점계약은 계속적 계약의 성질을 지닌다는 점에서는 공통된다고 할 수 있다. 따라서 대리점계약은 일용 대리점이 수출자(본인)로부터 그들을 대신 할 수 있는 권한을 부여받아 계속적으로 물품의 판매 또는 중개업무를 함으로써 고객과 거래효과를 수출자에게 귀속시키고 그 성과에 대해 일정한 수수료를 받는 것을 내용으로 하는 계약을 의미한다고 하겠다.<sup>4)</sup> 또 대부분의 경우 대리점계약도 판매점계약과 같이 일정영역내에서 독점적인 권리를 부여하는 독점대리점계약으로 체결된다.

#### (2) 代理店의 特殊 類型

국제거래에서는 거래계의 필요에 따라 다양한 형태의 대리점이 운용되고 있다. 이러한 특수한 대리점은 대개 영미법상의 제도에 기원을 두고 발달한 것이라는 점에서 대륙법 체계와는 잘 맞지 않는 문제점이 있다.

##### 가. Commission Agent와 Commissionaire

영미법에서는 非顯名代理(commission agent)를 대리의 특수한 형태로 인정

---

4) C.M. Schmitthoff, *Export Trade*, London, Stevens & Sons, 279.

하고 있다. 우리법상으로는 대리점이 본인을 현명하지 않았을 경우 상대방이 그러한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 본인에게 효력이 있으며(民 115조 단서), 당사대리의 경우에는 본인에게 직접 효력이 있다(商 48). 그러나 영미법상의 비현명대리에 있어서는 상대방의 선택권과 본인의 소송참가권의 행사에 의해 직접 본인과 상대방과의 법률관계가 형성된다는 점에서 매우 독특하다.

이 점에서 非顯名代理는 대륙법상 간접대리, 즉 위탁매매인(commisssionaire)과 유사하나 위탁매매의 경우에는 본인과 위탁매매인 및 위탁매매인과 상대방 간의 두개의 계약관계로 성립되고 본인과 제 3자간에는 직접적인 법률관계가 존재하지 않는다는 점에서 이와 구별이 된다.<sup>5)</sup> 그러나 비현명대리에서도 본인과 상대방 모두 선택권을 행사하지 않게 되면 본인과 상대방간에 법률관계가 형성되지 않는다는 점에서 위탁매매와 유사하게 된다.

#### 나. The del credere agent

판매점계약과는 달리 대리점계약에 있어서는, 본인(수출자)과 제 3자(수입국의 구매자)간에 직접적인 매매관계가 형성됨에도 불구하고 수출자는 구매자와 직접 교섭할 수 있는 기회가 없기 때문에 그 지급능력이나 신용상태에 불안을 느끼게 된다. 많은 경우 대리점은 거래의 성사에 따른 수수료 수익만을 고려하여 상대방의 계약 이행능력이나 의사를 충분히 고려하지 않는 경향이 있기 때문에 해외에 소재하는 수출자로서는 이러한 불안이 클 수 밖에 없다. 이에 따라 국제거래에서는 중간매개자인 대리점으로 하여금 본인에 대하여 제 3자의 계약의무이행을 담보하도록 하는 특수한 대리점제도가 이용된다. 이와 같이 거래상대방인 제 3자의 채무불이행으로 인해 본인이 입게 될 손해를 배상할 책임을 지는 대리인을 del credere agent라고 한다. del credere agent는 이러한 이행담보책임을 부담하는 대가로 del credere commissio이라는 추가적인 수수료를 지급받게 됨은 물론이다. del credere agent는 매수인의 지급불능 등의 사유로 본인이 상품대금을 받을 수 없게 될 경우 배상책임을 부담하기 때문에 충분한 지급능력이 있는 매수인이 다른 이유로 지급을 거절할 경우까지 이행담보책임을 지는 것은 아니다.

5) C.M. Schmitthoff, *Export Trade*, London, Stevens & Sons, 293. 양자의 차이점에 관한 설명은 Schmittohoff, "Agency in International Trade, A study in Comparative Law", *Selected Essays*, 306 이하 참조.

다. Mercantile agent(agent carrying stock)

국제거래에 있어서는 해외에 소재하는 대리점에게, 일상적인 업무를 수행함에 있어서 본인을 위하여 보관하고 있는 물품을 매각하거나 위탁매매하거나 물품을 담보로 하여 자금을 융통할 권한을 부여하는 경우가 많다. 이러한 권한을 부여받은 대리점을 mercantile agent 또는 agent carrying stock라고 한다. 그러나 이러한 대리점은 광범위한 권한이 위임되는 결과 그 권한남용의 소지가 많기 때문에 대리점의 권한남용으로부터 선의의 제3자를 보호하기 위해 영국에서는 1989년 Factor Act를 제정한 바 있다.

라. Confirming house

영국법권에 속하는 국가로부터 물품을 수입할 때에는 confirming house를 통하여 거래가 이루어지는 경우가 많다. 수출대리점의 일종인 confirming house를 통한 거래는, 해외 수입자와 confirming house의 관계 및 confirming house와 수출국 매도인의 관계라는 두 단계로 이루어진다. confirming house의 법적지위는 해외매수인이 매도인에게 거래상의 책임을 부담한다는 확약(confirmation)을 하였는가에 따라 달라지게 된다. 이러한 확약이 있는 경우에는 confirming house와 매수인 및 confirming house와 매도인간에 각각 대리관계가 되는 일종의 복대리관계가 되어 매수인과 매도인간에 직접적인 매매관계가 성립한다.

한편 확약을 하지 않은 경우에는 매수인과 confirming house간에는 대리관계가 성립하지만 confirming house는 자신의 이름으로 매도인과 매매계약을 하기 때문에 매수인과 매도인간에는 직접적인 법률관계가 형성되지 않는다. 이와 같이 confirming house의 법적성격은 일정하지 않으며 당사자간의 계약관계에 따라 달라진다.

마. Freight forwarder

해상운송업무의 전문성과 복잡성때문에 운송주선인(freight forwarder)이라는 특수한 매개자가 화주와 운송인간에 개재하게 된다. 그러나 freight forwarder의 법적 취급은 대륙법과 영미법에서 큰 차이를 보이고 있다. 즉, 운송주선인은 대륙법상으로는 주선행위, 즉 간접대리로서 대리와의 구별하고 있지만 영미법상으로는 대리의 일종으로 취급하고 있으며 실무적으로도 forwarding

agent로 불리우고 있다.

freight forwarder는 의뢰인을 위하여 운송계약을 주선하는 외에 운임의 환급, 해상과 공항에서의 관행, 컨테이너 수송에 있어서 해상화물과 groupage, 그리고 수출상품의 취급과 포장, 상품검사와 해외의 고객으로부터의 대금채무의 추심까지도 담당하는 등 수출입거래에서 중요한 역할을 담당한다. 이 과정에서 운송주선인은 자신의 이름으로 본인의 계산으로 운송계약을 체결할 수도 있고 단순한 대리인의 역할만 할 수도 있다. 우리 법은 더 나아가 운송주선인이 선하증권을 발행함으로써 개입권을 행사할 경우에는 운송인의 지위도 가지게 됨을 인정하고 있다는 점에서 매우 독특한 지위에 있다고 할 수 있다<sup>6)</sup>(商116조).

### (3) 代理店契約의 法律關係

대리점계약은 본인과 대리점, 대리점과 제3자, 본인과 제3자간의 3면적인 법률관계로 구성되며 이 중에서 본인과 대리점간의 관계가 중심이 된다.

#### 가. 本人과 代理店의 關係

##### ① 代理店の 義務

대리점계약은 위임계약이므로 대리점은 자기가 부담하는 의무를 상당한 주의와 기술로서 성실하게 수행하여야 하며 그러한 의무를 다하지 못하게 된 경우 야기된 손실에 대하여는 본인에게 책임을 부담한다. 대리점은 이러한 일반적인 의무 이외에도 정보제공의무, 뇌물이나 비밀이익을 추구하지 않을 의무, 비밀유지의무, 회계보고의무, 경업피지의무 등을 부담한다.

정보제공의무는 본인의 이해관계에 영향을 미칠 거래를 성사시킬 경우라든가 본인과 대리점간의 이해관계가 상충될 여지가 있는 경우에 인정된다. 가령 쌍방대리가 성립하는 경우라든가 본인이 거래를 금지한 대상과 특수한 관계에 있는 자와의 거래시에는 이에 관한 정보를 제공해야 한다. 대리점계약은 특수한 신뢰관계를 바탕으로 한 계속적 계약관계이기 때문에 자신의 직책을 이용하여 뇌물을 받거나 비밀이익을 추구해서는 안된다.

대리점은 계약기간 중은 물론 계약기간의 종료 후에도 업무수행과정에서 습득한 비밀정보를 제3자에게 누설해서는 안되며 그러한 정보를 본인과 경쟁하

6) 대법원 1984. 9. 11, 83다카1661 판결; 1987. 10. 13, 85다카1080 판결.

기 위한 목적으로 부당하게 사용해서도 안된다. 계약종료 후에 본인과 거래제한에 대한 합의가 없었다면 대리인은 업무수행 중에 습득한 기술과 경험을 자신을 위하여 사용할 수 있다. 대리점은 정산의무가 있으며 본인의 요구가 있거나 대리점계약에서 정한 경우 본인에게 그 결과를 제출할 의무가 있다. 이를 위해 대리점은 업무 및 회계에 관한 기록을 보존해야 한다.

## ② 本人의 義務

본인은 대리점에 대하여 계약에 합의된 보수를 지급하여야 한다. 일반적으로 대리점의 보수는 대리점의 노력에 의해 체결된 계약에 대한 일정률의 수수료(commission)로 정해지는 경우가 많다. 이는 대리점의 활동의욕을 자극하기 위한 것이지만 비양심적인 대리점으로 하여금 본인의 이익보다는 계약체결 건수에 더 집착하도록 할 위험이 크다고 할 수 있다. 이에 대한 대책으로는 매매대금을 본인이 최종적으로 수취하였을 때 거래가 성사된 것으로 보고 수수료를 지급하든가 아니면 앞에서 본 바와 같이 대리점으로 하여금 이행에 대한 담보를 하게 하는 del credere agent를 이용하는 방법이다.

대리점은 원칙적으로 자신이 노력한 결과 성사된 거래에 대하여만 수수료를 받을 권리가 있다. 따라서 본인이 대리점을 거치지 않고 직접 주문을 받은 경우라든가 다른 대리점의 노력에 의해 계약이 체결된 경우에는 원칙적으로 수수료청구권이 발생하지 않는다. 그러나 독점대리점계약의 경우에는 대리점 관할영역으로부터의 모든 주문에 대하여 대리점에 수수료를 인정하는 조항을 두는 것이 보통이다. 또 반복주문에 대한 수수료의 청구도 문제된다. 특히 대리점계약의 존속 중에는 물론 대리점계약 종료 후에도 그러한 권리를 인정할지에 대해서는 당사자간의 계약에서 명시적으로 정해두어야 할 것이다.

계약대리점이 아닌 단순한 중개대리점인 경우에는 대리점은 단지 고객을 소개할 권한만을 가지기 때문에 고객의 주문을 승낙하고 계약을 체결할지의 여부는 전적으로 본인의 재량에 맡겨져 있다. 따라서 대리점은 본인이 거절한 주문에 대하여 수수료를 청구할 권리가 없다. 그러나 이러한 결과는 대리인에게 매우 불리하기 때문에 당사자간의 합의로 달리 정할 수 있으며 또 본인이 대리점의 수수료획득을 부당하게 방해한 경우에는 이로 인한 실질적인 손해를 배상받을 수 있다.

나. 本人과 第3者의 關係

대리점은 본인의 대리인으로 행동하는 것이기 때문에 대리점과 제3자간에 체결된 계약은 직접 본인에 대해 효력을 발생하고 무권대리가 아닌 한 대리점과 제3자간에는 어떠한 법률관계가 존재하지 않는 것이 원칙이다. 그러나 대리점이 본인의 존재를 고지하지 않았거나 그 존재는 고지했지만 본인의 이름을 밝히지 않고 계약을 체결한 경우에는 예외적으로 대리인이 법률상 책임을 지게 된다.

그러나 이에 대한 취급에 있어 영미법과 대륙법이 매우 현격한 차이를 보이고 있다. 즉, 영국법에 의하면 대리점이 본인으로부터 정당하게 권한을 부여받고도 그 권한을 표시하지 않은 채 자신의 이름으로 계약을 체결한 경우 제3자는 본인이나 대리인에 대하여 선택적으로 이행을 청구할 수 있다. 또한 본인에게도 개입권을 인정하여 본인이 직접 제3자에게 이행을 청구할 수 있다. 이와 같이 제3자나 본인의 선택에 의해 본인과 제3자간에는 직접적인 법률관계가 형성된다는 점에서 제3자가 대리라는 사실을 알았거나 또는 알 수 있었을 경우에 한하여 이러한 효과를 인정하는 우리 법과는 매우 큰 차이를 보이고 있는 것이다.

(4) 代理店契約의 終了

대리점계약에 존속기간에 관한 명시적 규정을 둔 경우에는 기간의 만료로서 계약은 종료된다. 그러나 대리점계약은 당사자간의 신뢰관계를 바탕으로 하는 계속적 계약관계이기 때문에 존속기간이 만료되더라도 계약기간이 갱신될 것이라는 기대가 있을 수 있다.

이에 따라 대리점계약에 존속기간을 정해 둔 경우에도 계약을 종료시키기 위하여는 일정기간전에 계약종료의 예고를 하도록 하는 경우가 많다. 계약의 존속기간을 정하지 않은 경우에는 계약을 종료시키기 위하여는 일정한 유예기간을 두고 종료의 통지를 하는 것이 필요하다.

대리관계는 당사자간의 신뢰를 바탕으로 하는 것이기 때문에 이러한 신뢰관계를 해치는 사유가 발생한 경우에는 대리관계의 소멸원인이 된다. 우리 법은 대리권소멸사유로서 본인의 사망, 대리인의 사망, 금치산 또는 파산을 들고 있으며 영국법상으로는 첫째, 계약의 본질적 의무위반이나 배신적 행위가 있거

나, 둘째, 파산 등과 같은 신용악화가 존재하거나, 셋째, 형사유죄판결 등의 인적신용의 훼손 등의 사유가 있다.<sup>7)</sup>

#### 4. 프랜차이즈 契約

##### (1) 意義

프랜차이즈란 가맹본부(franchisor)가 가지고 있는 영업표지(상호, 상표)를 가맹점(franchisee)에게 사용하게 하고 가맹점에 대한 물품의 공급이나 판매 기타 사업경영에 대해 통일적인 방법으로 지도관리하는 형태의 사업방식을 말한다(상법 46조 20호, 프랜차이즈 심판기준 2.가). 프랜차이즈 사업방식은 영업표지의 단순한 사용허락을 넘어 구체적인 사업방법까지를 제공해 준다는 점에서 라이선스 계약보다는 한 단계 발전한 새로운 사업방식이라고 할 수 있다.

프랜차이즈는 가맹본부의 입장에서는 큰 자본의 투여없이 국제적인 판매망을 구축할 수 있다는 이점이 있고 가맹점의 입장에서는 특정한 사업분야에 대한 전문지식이 없이도 쉽게 사업을 개시할 수 있고 가맹본부가 가지고 있는 상표·노하우 등을 이용할 수 있어 경쟁상 유리하다고 할 수 있다. 프랜차이즈 거래는 20세기 초 미국에서 석유나 자동차회사들이 유통방식으로 채택하여 이용되다가 1920년대와 30년대 패스트푸드 산업에 이용되면서 본격적으로 발전하기 시작하였고 최근에는 렌트카, 호텔, 부동산, 여행사 등 서비스 분야에도 광범위하게 이용되면서 국제적으로 급격히 확산되고 있다.

##### (2) 프랜차이즈의 類型

프랜차이즈는 가맹본부와 가맹점간의 관계에 따라 종속형 프랜차이즈와 조합형 프랜차이즈로 구분할 수 있으며 그 목적에 따라 산업 프랜차이즈와 서비스 프랜차이즈(호텔체인), 유통 프랜차이즈와 생산 프랜차이즈(부품생산라인)로 각각 구분할 수 있다.

##### 가. 從屬型 프랜차이즈

종속형 프랜차이즈는 가맹본부와 가맹점간에 경제력이나 기술력 및 노하우

---

7) C.M. Schmitthoff, *Export Trade*, London, Stevens & Sons, 291.

에서 비대칭성이 존재하기 때문에 가맹점이 가맹본부의 지휘통제를 받는 형태의 프랜차이즈를 말한다. 가맹본부는 전세계에 걸쳐 자사 제품이나 서비스의 이미지 등을 유지하기 위해 가맹점에 판매 시스템의 일관성이나 경쟁조건 통일성을 요구하는 경우가 많기 때문에 대부분의 프랜차이즈는 종속형이라고 할 수 있다.

따라서 종속형 프랜차이즈 계약에서는 판매점계약이나 대리점계약과는 달리 설비의 제공, 광고와 판촉 및 매출액의 보장 등이 부수적 의무가 아닌 계약상의 주된 의무로 된다는 특성이 있다.

#### 나. 組合型 프랜차이즈

조합형 프랜차이즈는 가맹본부와 가맹점간의 교환계약에 기초하여 공동의 마케팅 전략을 분업적으로 수행한다는데 특징이 있다. 따라서 종속형 프랜차이즈와는 달리 양자간에 지배·종속관계가 없으며 가맹본부는 단순한 상품이나 상표, 노하우 등의 제공자에 불과하고 가맹점에 대한 영업상의 지시나 통제를 하지 않는다. 이러한 대표적인 예로는 호텔체인 등이 있다.

#### (3) 프랜차이즈 契約의 內容과 特性

프랜차이즈 계약은 개개의 상품이나 원재료의 제공·판매에서부터 품질관리, 가맹점이나 판매직원 등에 대한 교육·연수, 상호 및 서비스 마크의 사용, 광고 등의 판촉행위, 판매장의 설치나 레이아웃에 이르기까지 다양한 사항을 그 내용으로 한다.

그런데 프랜차이즈에 있어서는 가맹본부는 영업에 대한 통일성을 유지하는 것이 무엇보다도 중요하기 때문에 이러한 내용을 포괄하는 약관을 작성하여 사용하는 경우가 많다. 그러나 각 가맹점이 위치하고 있는 특성을 고려할 필요에서 약관의 내용과 다른 사항을 일부 삽입할 수는 있지만 이로써 약관규제법의 적용대상에서 제외된다고 할 수는 없다.

또 프랜차이즈는 대개 5년 내지 10년과 같이 장기간 지속하는 계속적 계약이기 때문에 민법상 신의칙이 중요한 의미를 가지고 있다. 나아가 해지권의 제한이라든가 사정변경의 원칙의 적용 등을 고려해야 할 것이다.

### Ⅲ. 排他的去來와 各國의 競爭規制

#### 1. 垂直協定과 各國의 競爭規制

##### (1) 垂直制限의 競爭效果

이상에서 고찰한 독점판매점계약, 독점대리점계약이나 프랜차이즈 계약은 일부 예외는 있지만 경쟁법상 수직적 협정에 속한다. 이러한 수직협정에서는 한편으로는 독점권을 인정하여 경쟁자를 배제하는 대신에, 다른 한편으로는 자기의 우월한 지위를 이용하여 상대방에게 여러가지 불공정한 제한을 과하고 있다. 이를 수직제한이라고 하며 제조업자로부터 최종소비자까지의 유통경로 상 상품의 흐름에 있어서 거래조건을 대한 제한을 총칭하는 것으로서 가격제한과 비가격제한으로 구분된다.

그런데 수평제한은 경쟁제한적 효과가 크기 때문에 각국의 경쟁법이 원칙적으로 금지하고 있으나 비가격수직제한의 경쟁제한 효과는 각 시장구조와 각국의 정책에 따라 상당히 다르게 나타나고 있다. 가령 지역제한적 수직협정은 신제품의 경우 충분한 유통망을 확보하거나 유통상의 효율성을 증진시킴으로써 새로운 시장을 개척할 수 있는 경쟁촉진적 효과가 크다고 하겠다. 특히 다른 국가에 지점 등을 가지고 있지 못하고 또 해외에서 활동을 넓히는데 필요한 조직이나 자본력도 가지지 못한 중소기업의 경우에는 배타적 유통거래야말로 가장 적합한 방식이라고 할 수 있다. 또 브랜드간의 경쟁이 격렬한 경우에는 브랜드내의 경쟁제한을 목표로 하는 수직제한은 경쟁촉진적으로 나타나는 경우가 많다. 다만 이미 시장이 집중되어 있어 공급자가 상품시장과 유통시장에서 지배적인 지위에 있을 경우에는 지역제한협정은 경쟁을 제한할 소지가 크다고 하겠다.

##### (2) 各國의 規制

이에 따라 미국, EU 등 주요국의 경쟁법은 당연위법원칙(per se illegal)이 적용되는 카르텔협정과 달리 비가격수직협정에 대하여는 합리의 원칙(rule

of reason)을 적용하고 있다. 또 종래 당연위법원칙이 적용되던 가격제한적 수직협정(재판매가격유지행위)에 대하여도 최근 합리의 원칙을 일부 도입하고 있다. 특히 역내시장통합을 목표로 하는 EU의 경쟁법은 배타적 유통거래가 각국 시장의 상호침투를 촉진하고 유통을 개선하고 촉진하는 유효한 수단으로 보고 있다. 이에 따라 EU는 배타적거래를 EC 경쟁법(로마조약 제 85조 3항)에 의한 적용제외를 받을 수 있도록 하기 위해 집단면제규정(block exemption regulation)을 제정하여 적용제외의 기준과 조건을 상세히 유형화하고 있다.

## 2. 獨占販賣店契約의 規制基準

### (1) 美國의 基準

독점판매점계약에 대한 미국의 판례법상 규제는 당연위법원칙에서 합리원칙으로 전환하고 있다. 즉, 종래 미국 법원은 재판매의 지역적 제한을 시장분할로서 당연위법으로 판시하였으나 최근에 와서 법원은 지역제한과 고객제한에 대하여는 합리의 원칙을 적용해야 한다는 쪽으로 입장을 바꾸고 있다. 이는 수직적 제한에 의해 브랜드내의 경쟁이 감소하지만 제조업자에게 상품유통상의 효율성이 달성되는 점을 감안할 경우 브랜드간의 경쟁 강화를 통해 얻을 수 있는 이득을 보상하고도 남음이 있다는 것을 근거로 하는 것이다.

### (2) EU의 基準

EU는 판례법에 의존하는 미국과는 달리 독점판매점계약에 대한 경쟁법적용 면제의 기준을 EC 규정(Regulation No. 1983/83)으로 상세히 유형화하고 있다. 이 규정에 의해 경쟁법에 저촉되지 않는 수직제한관행을 살펴 보면 다음과 같다.

#### 가. 制限條項

첫째, 공급자가 판매점 이외에 고객들에게 직접 물품을 판매하지 못한다는 제한, 둘째, 독점판매점이 i) 계약물품과 경쟁관계에 있는 물품을 제조하거나 판매하지 못한다는 제한, ii) 다른 당사자로부터 재판매하기 위해 물품을 취득하지 못한다는 제한, iii) 자기영역외의 지역에 대한 판매촉진 행위를 하지 못한다는 제한조항이다(동규정 제 2조 1항, 2항).

#### 나. 義務條項

독점판매점이 i) 일정범위 또는 최소수량 이상의 물품을 구매해야 한다는 의무부과, ii) 계약물품을 특정한 상표 또는 공급자가 특정한 방법에 따라 포장하여 판매하도록 하는 의무부과, iii) 판매를 촉진하기 위한 광고, 판매망의 유지 또는 일정량의 보유, 보증 서비스의 제공, 전문기술훈련을 받은 인력의 고용의 의무부과 조항이다(동 규정 제2조 3항).

#### 다. 其他條項

i) 소비자로부터 제품의 특성이나 가격, 용도 등에서 동일한 물품으로 간주되는 제품의 생산자들간의 호혜적인 배타적 판매점계약, ii) 소비자로부터 제품의 특성이나 가격, 용도 등에서 동일한 물품으로 간주되는 제품의 생산자들간의 비호혜적인 배타적 판매점계약(단 참가기업의 연간 매출액이 100 백만 ECU를 넘지 않는 경우에 한함), iii) 소비자가 관할지역내에서는 독점판매점으로부터만 구매해야 한다는 조항, iv) 다른 방법으로 구매하는 것을 방지하기 위해 산업재산권 기타 권리를 행사한다는 조항이다(동 제3조).

### 3. 獨占代理店契約의 規制基準

대리점계약의 경우에는 판매점과는 달리 본인의 이름으로 본인을 대신하여 거래하는 것이기 때문에 담합에 의한 시장분할이라는 경쟁제한적 문제는 발생하지 않는다. 다만 당사자간의 경제력의 차이에서 유래하는 불공정성이 문제가 된다. 이에 따라 EU에서는 독점대리점계약에 적용될 집단면제에 관한 규정을 따로 두지 않고 필요에 따라 로마 조약 제 85조 3항에 기한 개별적인 적용면제를 받도록 하고 있다. 이에 대해 우리법은 수입대리점에서의 불공정거래에 대한 특별한 규제기준을 마련하고 있다.

### 4. 프랜차이즈 契約의 規制基準

#### (1) 美國의 規制

미국에서의 프랜차이즈 규제는 프랜차이즈 가맹점의 투자보호에 그 초점이

맞추어져 있다. 이에 따라 캘리포니아와 뉴욕주를 위시한 다수의 주에서는 프랜차이즈 투자법을 제정하여 프랜차이즈의 등록과 공개(registration and disclosure)를 요구함으로써 프랜차이즈 사업에 개재할 수 있는 불공정성을 사전적으로 제거하려고 노력하였다. 이리하여 1970년 최초로 캘리포니아 프랜차이즈 투자법(California Franchise Investment Law)이 제정되었고 1980년에는 뉴욕주가 종합사업법 제 33조, 제 680항 내지 690항(New York General Business Law - Franchise Article 33, Sections 680~695)에서 프랜차이즈에 관한 규정을 두게 되었다.

한편 미국 연방거래위원회는 1978년에 ‘프랜차이즈 및 영업기회사업에 있어서의 공개의무 및 금지사항’(Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures)이라는 연방거래위원회 거래규제규칙 제 436조를 제정하여 1979년부터 시행하였다. 이 FTC 규칙 제 436조가 미국에서 프랜차이즈에 대한 경쟁규제의 가장 기본이 되는 규정이라고 할 수 있다. 이외에도 ‘통일 프랜차이즈 및 사업기회법’(Uniform Franchise and Business Opportunities Act)이 하나의 모범법으로 제정되었다.<sup>8)</sup>

## (2) EU의 規制基準

독점판매점계약과 마찬가지로 프랜차이즈 계약에 대하여도 EU는 집단면제의 유형과 기준을 정하는 EC 위원회규칙(Reg. No. 4087/88)을 제정하였다.<sup>9)</sup> 이 규정에 의해 면제되는 수직제한관행은 다음과 같다.

### 가. 一般的 制限

i) 가맹본부가 가맹점 이외의 제 3자에 대해 프랜차이즈 권리를 부여하지 않는다는 제한, 프랜차이즈를 확장하거나 프랜차이즈 대상물품 및 서비스를 제공하지 않는다는 제한, 제 3자에게 물품을 제공하지 않는다는 제한, ii) 주된 가맹점이 계약영역 밖에서 제 3자와 프랜차이즈 계약을 하지 않는다는 제한, iii) 가맹점이 계약규정에 따라 프랜차이즈를 이용해야 한다는 제한, iv) 가맹점이 자신의 영역밖에서 대상물품과 서비스를 제공하지 않는다는 제한, v) 가맹점이

8) 기술과 법 연구소, “프랜차이즈 加盟店의 保護에 관한 外國法制的 考察”, 1995. 4, 51 이하 참조

9) EC Commission Reg. No. 4087/88.

가맹본부와 경쟁할만한 프랜차이즈 제품의 생산판매 등을 하지 않는다는 제한은 경쟁법의 적용에서 제외된다(동규칙 2조).

나. 販賣網의 同一性 維持를 위한 制限

가맹본부의 판매망의 일반적 동일성을 유지·존중할 필요에서 다음의 제한에 대하여는 경쟁법 적용이 면제된다. i) 가맹본부가 제시한 최소한의 객관적 품질기준에 적합한 물품이나 서비스를 제공해야 한다는 제한, ii) 프랜차이즈 물품이나 서비스의 성질상 가맹본부가 제시한 최소한의 객관적 품질기준에 맞추기 위해서는 가맹본부 또는 제3자가 제조하거나 디자인한 물품, 서비스의 사용이 불가피한 경우에는 그 사용제한, iii) 계약기간중 가맹점은 가맹본부 및 다른 가맹점과 직·간접적으로 경쟁이 될 유사한 사업에 종사하지 못한다는 제한(계약종료후 1년 이내의 유사한 제한), iv) 경쟁기업의 자본참여 제한 등(동규칙 제3조 1항).

다. 營業標識를 保護하기 위한 制限

가맹본부의 산업 및 지적재산권을 보호하기 위해 필요한 다음의 제한에 대하여는 경쟁법적용이 면제된다. 가맹점은 i) 가맹본부가 제공한 노하우의 공개금지, ii) 프랜차이즈 운영 중 취득한 노하우의 제공, iii) 가맹본부의 지적권에 대한 침해발견시 대응의무, iv) 프랜차이즈 이외의 목적으로 노하우 사용금지, v) 가맹본부의 교육과정에 참가 의무, vi) 가맹본부의 사업방법준수의무, vii) 가맹본부의 감독에 따를 의무, viii) 가맹본부의 승인이 없는 경우에는 임대장소를 변경할 수 없다는 제한, ix) 가맹본부의 승인이 없는 경우에는 프랜차이즈 권리를 양도할 수 없다는 제한이다(동규칙 제3조 2항).

라. 免除되지 않는 制限

다음의 제한은 경쟁법적용의 면제대상이 아니다. i) 유사한 사업자간의 수평적 프랜차이즈 거래, ii) 정당한 이유없는 공급중단, iii) 정당한 이유없는 물품 서비스 구매요구, iv) 공지된 노하우에 대한 계약종료후 계속사용금지, v) 권장 소비자가격의 위반이 없음에도 불구하고 가격상 불이익의 부과, vi) 가맹본부의 지적재산권에 대한 가맹점의 이의제기에 대한 제한, vii) 거주지를 이유로 하는 공급의 제한(동규칙 제6조).

## VI. 韓國의 競爭規制

### 1. 垂直制限의 規制

#### (1) 不公正去來行爲의 規制

우리 나라의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(공정거래법)은 비가격적 수직적제한에 대하여는 제 5장 불공정거래행위 부분에서 규제하고, 가격제한적협정에 대하여는 제 7장 재판매가격유지행위에서 각각 규제하고 있다.

불공정거래행위에 해당하여 금지되는 행위유형은 '공정한 거래를 저해할 우려가 있는' i) 부당한 거래거절, 차별적취급, ii) 부당한 배타조건부거래, iii) 부당한 고객유인, iv) 부당한 우월적 지위남용, v) 부당한 구속조건부거래, vi) 허위·과장 광고표시이다(법 제 23조 1항). 불공정거래행위의 구체적인 유형과 규제 기준을 위하여 공정거래위원회의 '불공정거래행위의 유형과 기준'고시(공정위고시 95-6)가 제정되었다.

공정거래법은 불공정거래행위의 규제기준으로 공통적으로 '부당성'을 들고 있지만 불공정거래고시에는 어떤 경우에는 '정당한 이유없이'라는 조건을 붙이고 어떤 행위에 대하여는 '부당하게'라는 용어를 사용함으로써 규제기준을 달리 정하고 있다.

이에 따라 전자의 경우에는 당연위법의 법리가 적용되어 정당한 이유를 제시하지 않으면 원칙적으로 위법으로 판단하며 후자에 대하여는 합리의 원칙이 적용되어 특정행위가 부당한 이유나 형태로 시행한 경우에만 위법하다고 판단한다는 원칙을 제시하고 있다. 전자에 해당하는 예로는 공동거래거절, 부당영매, 계열사를 위한 차별취급행위가 있다.

그러나 공정거래위원회의 실무상으로는 당연위법과 합리성의 원칙의 구분을 불공정성의 입증책임에 관한 것으로 보아 개념상의 혼란이 있는 것으로 여겨진다. 한편 재판매가격유지행위에 대하여는 법에서 정한 일정한 예외를 제외하고는 당연위법원칙을 일률적으로 적용하고 있지만 최근에 이에 대한 비판이 제기되고 있다.

## (2) 特殊領域에서의 不公正行爲 規制

수직적 제한은 거래당사자간의 지위에 있어 불균형적인 영역에서 빈번하게 발생하므로 이러한 특수 영역별로 규제기준을 따로 정할 필요가 있다. 이에 따라 공정거래위원회는 경품류제공, 할인특매, 학습교재판매업, 백화점업 등의 특수불공정거래행위의 유형과 기준을 정하는 고시를 제정한 바 있다. 그리고 국제계약상의 불공정거래행위를 규제하기 위해 '국제계약상의 불공정거래행위의 유형과 기준'<sup>10)</sup>(국제계약고시)도 제정하였다.

그러나 한국의 경쟁법은 아직도 수직제한의 가장 전형적인 형태인 독점판매점, 독점대리점 및 프랜차이즈 계약에 대한 규제의 기준을 따로 정하지 않고 이를 일반적인 불공정거래행위 규정에 맡기고 있다. 그러나 위에서 본 바와 같이 미국이나 EU 등에서는 수직제한협정이 경쟁촉진적 측면과 함께 경쟁제한적 측면을 갖추고 있는 점을 감안하여 허용되는 한계를 명확히 제시하고 있는 점을 감안하면 하루빨리 각 영역별로 구체적인 불공정거래행위의 유형과 기준을 정할 필요가 있다고 하겠다.

## (3) 國際契約의 規制

외국으로부터의 상품이나 기술, 자본을 도입할 때에 외국의 공급자들이 우월한 지위를 이용하여 불공정한 계약을 체결하는 것을 방지함으로써 국내수입자 등을 보호하기 위해 공정거래법 제8장에 국제계약에 대한 규정을 두고있다. 초기에는 규제대상인 국제계약에 기술도입계약, 장기물품공급계약, 합작계약 등을 망라하고 모든 국제계약에 대해 신고의무를 부과하는 한편 부당한 국제계약의 체결을 금지하고 위법한 국제계약에 대하여는 시정조치를 하도록 하는 강력한 규제를 내용으로 하였다.

그러나 국제계약에 대한 엄격한 규제는 오히려 외국으로부터 필요한 자본이나 기술을 도입하는데 장애가 된다는 인식이 확산되고 또 국제계약만을 특히 엄격하게 규제한다는 외국정부의 불만이 통상마찰을 소지가 있다고 하겠다. 이에 따라 1994년 법개정시에 신고제를 폐지하여 심사요청제로 전환하는 한편 규제대상행위도 무체재산권도입계약, 수입대리점계약, 합작투자계약의 3가지

10) 公正去來委員會 告示, 제 95-3 호, 1995. 3. 31.

로 제한하였다. 또 규제대상인 불공정거래행위의 유형과 기준을 보다 명확하게 하기 위해 국제계약기준에 금지되는 행위와 허용되는 행위를 구체적으로 제시하고 있다.

## 2. 輸入代理店(販賣店)契約의 規制

### (1) 輸入代理店(販賣店)의 現況

소비재수입에 있어서는 수입대리점이 수입한 상품을 국내 도·소매업자를 통해 유통시키는 구조를 가지고 있다. 이때 외국수출자와 국내대리점간의 수입대리점계약이 체결되며 수입대리점과 도소매업자간에도 유사한 수직적 관계가 형성된다.

물품의 수입은 주로 i) 독점대리점계약(수입총대리점계약), ii) 독점판매점계약(독자적수입자계약), iii) 일회적 수입대리(대리점계약이 아닌 수입대리점), iv) 외국회사의 한국지점을 통하는 4가지 형태로 이루어진다. 소비자보호원의 조사에 따르면, i)의 경우는 주로 고급소비재의 수입형태로서 전체의 39%를 차지하고 있으며, ii)의 경우는 저가의 일용잡화의 수입형태로서 전체의 25.7%를 차지하고 있고, iii)의 경우는 28.5%, iv)의 경우가 6.8%에 이른다고 한다.

한편 수입대리점계약을 체결하면서 부과된 수직제한의 내용을 보면 다음과 같다. 재수출금지(22.7%) 및 국내판매지역제한(16.4%) 등 지역제한의 비중이 높으며 그 다음으로는 가격제한(17%), 경쟁품취급제한(16%) 순이다. 이를 업종별로 보면 재수출금지는 전기·전자업종에서 가장 높고 판매가격제한은 농산물과 기계류에서 많이 나타난다.<sup>11)</sup>

### (2) 輸入代理店(販賣店)의 規制

이러한 현재의 수입형태와 수직제한관행을 고려할 때 수입에 있어서 외국공급자는 우월적 지위를 남용하여 국내시장에서의 경쟁을 제한할 소지가 많다는 것을 알 수 있다. 이에 따라 ‘국제계약기준고시’는 수입대리점계약에 대한 경쟁법상의 규제의 유형과 기준을 구체적으로 규정하고 있다. 그러나 독점대리점(판매점)계약에서의 경쟁제한적 구조는 비단 수입대리점뿐 아니라 국내생산자

11) 한국소비자보호원, “소비재수입의 유통구조”, 1992, 60 이하.

와 대리점간에도 마찬가지로기 때문에 양자를 통합하여 규정하는 것이 내국대우의 원칙에 적합하다고 할 수 있다.

현재 규제의 대상이 되는 수입대리점계약은 상품의 수입이나 용역의 도입에 관하여 계속적인 거래를 목적으로 하는 1년 이상의 수입대리점계약을 말한다(기준고시 2). 여기에서 대리점이라고 함은 엄격한 의미에서의 대리뿐 아니라 중개 또는 계약대리점 및 판매점계약도 포함한다. 다만 물품매도확약서 발행업은 제외되며 수출대리점도 포함되지 않는다.

### (3) 不公正去來行爲의 類型과 基準

수입대리점계약이 불공정거래행위로서 금지되는 여부는 계약내용뿐 아니라 경쟁에 미치는 효과, 계약기간, 관련시장상황 등을 종합적으로 고려하여 결정된다(기준고시 3). 기준고시가 열거하고 있는 불공정거래행위는 다음과 같다.

i) 부품 등 구입처제한 ; 부품 등의 구입처를 외국사업자 또는 외국사업자가 지정하는자로 제한하는 경우. 다만 계약제품의 품질이나 성능 등의 보증을 위해 불가피한 경우나 국내사업자의 요청이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

ii) 판매지역제한 등 ; 시장분할 목적의 국내판매지역 제한, 외국사업자가 지정하는 자를 통한 판매강제, 거래상대방의 지정, 최고판매량의 지정 또는 최소 판매량과 목표량 미달시 계약해지권을 유보하는 경우. 다만 이러한 목표량이나 금액의 지정이 강제성이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

iii) 거래방식제한 등 ; 거래방식의 지정 또는 계약제품의 판매가격 또는 재 판매가격을 지정하는 경우

iv) 경쟁품취급제한 ; 비독점계약으로서 계약기간중 경쟁품취급을 제한하거나 계약종료 후 경쟁품취급을 제한하는 경우. 다만 경쟁품취급시 사전협의를 요구하는 경우에는 그러하지 아니하다.

v) 광고·선전비부과 ; 광고선전비 등 판매촉진비의 규모를 과다하게 정하여 국내사업자에게 지출하도록 하는 경우

vi) 분쟁해결 ; 계약해지나 분쟁에 대한 중재규칙, 제기관, 적용법률 등이 일방에게 불리하게 되어 있는 경우 등

### 3. 프랜차이즈 契約의 規制

#### (1) 프랜차이즈의 實態와 問題點

국내에서의 프랜차이즈 사업은 1980년대 중반부터 급속도로 확산되기 시작하여 현재는 편의점, 외식점 기타 서비스업을 중심으로 약 30개 업종에 350여개의 가맹본부와 1만 5천개 이상의 가맹점이 프랜차이즈 사업을 영위하고 있다.<sup>12)</sup> 특히 유통과 서비스시장이 개방되면서 프랜차이즈 형태에 의한 영업이 기존의 사업영역을 넘어 학원, 병원 등에 이르기까지 다양화될 것으로 예상된다.

프랜차이즈 사업에 있어서는 가맹본부의 전체적인 사업계획에 따라 통일성을 기할 필요에서 어느 정도의 통제는 불가피하다고 할 수 있다. 그러나 그 정도를 넘어 우월적 지위남용이나 구속조건부 거래, 재판매가격유지 등 불공정거래를 일삼게 되면서 국내의 경쟁질서를 저해할 뿐 아니라 편의점업계의 경우와 같이 다수의 재벌기업이 유통산업을 지배하는 결과가 되어 경제력집중에도 큰 문제를 제기한다. 나아가 프랜차이즈를 통한 유통계열화는 외국상품이나 서비스의 접근을 방해하는 장벽으로 인식되어 통상마찰의 원인이 되기도 한다.

#### (2) 프랜차이즈의 規制原則

이와 같이 프랜차이즈 계약이 가지는 경쟁제한효과를 감안하면 공정거래법에 의한 규제의 필요성이 매우 크다고 하겠다. 이리하여 공정거래위원회는 ‘加盟事業去來公正化指針’을 마련하여 프랜차이즈의 합리적 거래관행을 도모하고 동 업종에 있어서의 불공정거래행위의 효율적인 규제를 위한 기준을 제시하기로 하였다(加盟事業指針 1).

이 加盟事業指針은 프랜차이즈 거래가 가지는 통제적이고 계속적인 특성을 고려하여 가맹여부의 판단에 필요한 정보 및 자료가 계약 전에 충분히 공개되도록 하여 불공정거래행위를 사전에 예방할 수 있도록 하고 불공정거래행위의 판단시 프랜차이즈 거래의 특성을 반영할 수 있도록 합리적인 규제가 될 수 있도록 하는 것을 기본원칙으로 하고 있다(加盟事業指針 4). 다만 이 기준은 국내 프랜차이즈나 국제 프랜차이즈 모두에 적용되도록 해야 할 것이다.

12) 기술과 법 연구소, “프랜차이즈에 대한 規制方案”, 1995. 12, 4~5면.

### (3) 不公正去來行爲의 類型과 基準

加盟事業指針은 다음과 같은 여러가지 사항에 대해 불공정거래행위로 판단될 수 있는 심판기준을 제시하고 있다. i) 가맹여부 판단에 필요한 정보·자료의 미제공, ii) 실내·외 장식 등 가맹점포설비의 구입강요, iii) 취급상품 및 판매활동제한, iv) 상품구입처제한, v) 상품·용역 및 영업지원의 거래거절, vi) 재고손실의 전가, vii) 행위 및 대가의 일방적 결정, viii) 불리한 결제방법의 강요, ix) 계약해제·해지 및 변경요건의 일방적 결정, x) 사업관계 종료후 경업금지.

이외에도 가령 가맹점 모집시의 과대광고라든가 계약서에 대한 설명의무, 계약해지사유의 명시와 사전통보의무, 영업양도제한과 같은 조항을 보충해야 할 것으로 보인다.

## V. 競爭規制의 衝突

### 1. 概 觀

이상에서 살펴 본 바와 같이 배타적 유통거래에 대한 각국의 규제는 그 기본 원칙에서는 대체로 유사하나 구체적인 내용에 있어서는 각국의 상황에 따라 상당한 차이가 있다. 특히 대기업인 제조업체를 중심으로 수직적인 유통계열화가 일반화되어 있는 일본 및 한국과 비교적 자유경쟁체제로 되어 있는 미국·EU와는 규제에 있어 큰 차이를 보이고 있다. 이에 따라 미국은 이러한 수직적유통계열화가 자국상품의 진출에 큰 장애로 보고 이를 제거하기 위해 다자간·쌍무적 협의를 진행시키는 한편 필요한 경우 자국 경쟁법을 역외적용하겠다는 의지를 천명하고 있다.

### 2. 域外的 適用

앞에서 본 바와 같이 기업활동이 국경을 넘어 행해지는 경우가 거의 대부분인 오늘날에 있어서는 자국시장에서의 경쟁여건이 자국 영역 밖에서 이루어진

기업간의 경쟁제한행위 등에 의해 왜곡되는 사태가 빈번하게 발생한다. 그러나 이를 규제할 국제적인 경쟁법(독점금지법)이 없기 때문에 피해를 입은 국가는 상대국에 요청하여 규제를 하게 하는 것이 고작이다. 그러나 대부분 이러한 협조를 구하는 것이 대단히 어렵거나 불가능한 경우가 많다. 이에 따라 부득이 자국 경쟁법을 자국의 주권이 미치는 영역 밖으로 확장 적용하여 규제하지 않으면 효과적인 대처가 어려워지게 된다. 이를 競爭法の 域外適用(extraterritorial application)이라고 하며 이 중에서도 가장 문제되는 것이 외국기업의 외국에서의 행위에 대해 적용하는 경우이다.

이때 상대국의 입장에서는 당연히 주권침해라는 반발이 제기된다. 이에 따라 자국법을 자국의 주권이 미치는 범위를 넘어 확장하고자 하는 역외적용에 있어서는 어떠한 기준에 의하여 이를 인정할 것이며 또 상대국과의 충돌문제는 어떻게 조절할 것인가 하는 점이 국제통상에 있어서 중요한 현안으로 떠오르고 있다. 특히 가장 적극적으로 역외적용을 구사하고 있는 미국은 이와 관련하여 많은 국가와 마찰을 겪어왔는데 초기에는 영국과 그리고 현재로는 일본과 심한 대립을 보이고 있고 앞으로는 한국도 그 대상에 포함될 것으로 보인다. 영국은 미국법의 역외적용을 차단하기 위하여 貿易利益保護法(Protection of Trading Interest Act, 1980)이라는 대항입법까지 제정한 바 있다.

이에 따라 각국은 상대국의 주권을 최대한 보장한다는 國際禮讓의 原則 하에 역외적용을 둘러싼 마찰을 완화하려고 노력하고 있다. 그러나 자국시장에 대한 경쟁제한효과가 현저한 행위에 대하여는 국제예양에 의한 고려를 하더라도 부득이 역외적용을 하는 경우가 많기 때문에 이에 반발하는 외국과의 마찰은 여전히 존재하게 된다. 결국 문제의 해결은 모든 국가의 경쟁법을 조화하든가 아니면 역외적용을 위한 협력협정을 체결하는 방법밖에는 없다고 하겠다.

### 3. 競爭規制의 國際的 調和

각국간 경쟁법의 차이에서 야기되는 마찰은 경쟁법의 역외적용을 위한 상호 협조라는 방식에 의하여서도 그 해결책이 모색되고 있지만 아예 경쟁제한관행에 적용될 국제경쟁규범을 마련하는 방안이 보다 바람직하다고 하겠다. 이렇게 함으로써 각국간의 경쟁법 차이에서 오는 마찰을 원천적으로 해소할 수 있을

뿐만 아니라 나아가 국제적인 차원에서 활동하는 다국적기업의 경쟁제한관행에 효율적으로 대처할 수 있기 때문이다.

그러나 통상법과는 달리 경쟁법은 각국 경제정책의 핵심을 이루고 있을 뿐만 아니라 경제구조의 상이에 따라 이를 전체적으로 통일하는 것은 현재로서는 사실상 불가능하다고 하겠다. 이에 따라 국제경쟁규범에 대한 다자간 논의도 기존규범에 산재하고 있는 경쟁관련규범을 추출하고 이를 바탕으로 하여 공통적인 규범을 찾아가는 정도로 제한적일 수 밖에 없다. 현재 경쟁규범의 국제적인 조화노력을 주도하고 있는 OECD에서의 논의는, 실제적인 측면에서는 垂直的關係와 市場接近制約, 水平的協定, 덤핑과 反덤핑의 3부분으로 구분되어 진행되고 있다. 수직적 협정 중에서 재판매가격유지행위와 같은 가격제한에 대하여는 거의 모든 국가에서 당연위법으로 보고 있으며 비가격제한은 합리성의 원칙이 적용된다는 데에는 대체로 합의가 이루어지고 있다고 한다. 이러한 OECD에서의 합의를 바탕으로 하여 WTO에서도 조만간 본격적인 협의가 이루어질 것으로 예상된다.

## VI. 結 論

리카도의 비교우위에 입각한 자유무역론이 오랫동안 국제무역의 이상으로 지지되어 왔다. 이에 의하면 각국은 자국이 비교우위를 가지고 있는 상품의 생산을 특화하여 이를 상호 교역함으로써 전체적으로 최적의 생산과 최대의 효용을 누릴 수 있다는 것이다. 이러한 자유무역의 이상은 블록경제의 폐해를 뼈저리게 반성한 선진 각국이 제2차 세계대전 후 「관세 및 무역에 관한 일반협정」(The General Agreement on Tariffs and Trade : GATT)을 설립함으로써 제도적으로 뿌리를 내려 왔고 실제적으로도 이를 통하여 많은 국가들이 경제적인 번영을 누리게 되었다.

그러나 자유무역을 통하여 번영을 누리던 선진제국, 특히 미국이 자국상품의 국제경쟁력 상실로 말미암아 엄청난 무역적자에 직면하게 되자 이를 시정하기 위한 이론적인 방편으로 공정무역론을 주장하게 되었다. 미국의 입장은 공정무역론은 자유무역론과 배치되는 것은 아니고 자유무역을 실현하기 위한

전제가 된다는 것이다. 즉, 자유무역이란 상호 자유로운 경쟁을 통하여 교역이 이루어지는 것을 말하는데 교역당사자가 서로 동일한 조건에서 공정하게 경쟁을 할 때에만 그 소기의 목적을 달성할 수 있다는 것이다. 따라서 공정한 경쟁을 저해하는 각종 불공정무역관행을 제거하는 것이야말로 진정한 의미에서의 자유무역을 실현할 수 있다고 한다.

이에 따라 미국은 자국 기업의 경쟁력 상실의 주요원인이 경쟁국의 불공정 무역관행과 외국기업의 경쟁제한관행에 있다고 보고 그 시정을 강력히 요구하면서 불공정거래에 대한 법적 대응문제가 주요한 국제적 관심사가 되어왔다. 미국은 국제거래의 기본규범인 GATT 체제로서는 이러한 불공정관행에 효과적으로 대처하지 못한다고 보고 통상법 301 조나 자국 독점금지법의 역외적용을 통하여 이를 일방적으로 규제함으로써 세계각국으로부터 커다란 반발을 사고 있다. 불공정무역규제를 둘러싸고 노정되어 왔던 이러한 국제간 마찰은 기본적으로는 불공정무역거래를 보는 각국의 입장의 차이에서 기인하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 이러한 통상마찰의 해소는 각국이 수립하고 집행하고 있는 통상정책 또는 경쟁정책을 국제적으로 어떻게 조율할 것인가에 달려 있다고 하겠다.

다행히 UR 협상의 성공적 타결로 통상정책분야에서는 그간 국제간에 노정되었던 상위점은 상당부분 해소되었다고 할 수 있다. 즉, 농산물, 섬유, 서비스, 지적재산권, 무역투자 등 각국간에 첨예하게 정책대립을 보여왔던 부분에 대한 국제간 교역원칙을 확정하였고 선진국들이 남용하던 수출자율규제협정(VERs)이나 시장질서협정(OMAs)도 규제를 받게 되었다. 나아가 무역정책검토기구(Trade Policy Review System : TPRM)와 분쟁해결기구(Dispute Settlement Body : DSB) 등의 제도적 기초를 강화함으로써 세계무역기구(World Trade Organization : WTO)가 각국의 통상정책을 사전에 심사조율하고 국제규범에 배치되는 경우에는 제재를 가할 수 있는 강력한 구심체로 등장하게 되었다.

이러한 WTO 체제의 강화로 각국간 통상정책의 차이에서 오는 마찰은 상당부분 해소되었다고 하더라도 여전히 남는 문제는 경쟁정책의 국제간 조율이다. 오히려 경제적인 국경이 사라지고 범세계적인 경쟁시대에 접어든 UR 이후의 국제경제 상황에서 볼 때 경쟁규제야말로 국제통상의 흐름에 가장 큰 영향을 줄 수 있는 요인으로 주목받고 있다. 특히 다국적기업의 세계화전략에 따라 생산과 유통에 대한 인위적인 통제가 강화되면서 다국적기업의 경쟁제한관행에

대해 국제사회가 어떻게 효과적으로 대응할 것인가가 중요한 현안으로 떠오르고 있다. 이에 따라 국제교역에 역기능을 할 가능성이 있는 각국의 경쟁법을 조화하고 역외적용에 따르는 마찰을 해소하기 위한 다자간협약이 UNCTAD와 OECD를 중심으로 전개되어 왔고 WTO에서도 곧 이에 관한 논의를 본격화할 것으로 예상된다.