

가맹사업에 대한 인식의 재검토와 개선방안

대진대학교 법학대학 교수 | 김 영 균

I. 머리글

국내 가맹사업이 그 규모나 질적인 면에서 크게 성장하고 있다. 최근에는 신세계 등 대기업집단에서도 가맹사업에 뛰어들기 위하여 정관을 개정하는 등 프랜차이즈(Franchise)에 대한 인식이 달라지고 있다. 이는 그 동안 가맹사업 관련 법제 정비에 힘입어 가맹사업 시장이 건전하게 발전하고 있다는 것을 반증한다. 그러나 가맹사업의 경영기법이 가맹사업법제의 발전에 걸맞은 발전을 하고 있는가에 대해서는 의문이다. 국제적으로 프랜차이즈의 정확한 개념의 통일이 이루어지지 못한 점도 있겠지만, 프랜차이즈에 대한 인식이 미비한데 따른 점도 무시하지 못할 원인이라고 생각된다. 이 글에서는 그동안 필자가 개인적으로 생각하여왔던 프랜차이즈에 대한 인식을 정리하고, 보다 더 발전적인 프랜차이즈 경영을 위하여 개선되어야 할 것으로 생각되는 점을 피력하고자 한다. 비록 논문의 형식을 빌었으나, 이는 하나의 시론(試論)이므로 다양한 생각과 의견이 개진되어 사견(私見)을 검증하고 비판하는 장(場)이 되었으면 한다.

II. 가맹점과 가맹본부의 관계

1. 법률상의 쟁점

(1) 상법상의 지위

상법은 제4조에서 “자기의 명의로 상행위를 하는 자”를 당연상인(Istkaufmann)이라 하고, 상법 제 46조의 20호에서 “상호·상표 등의 사용허락에 의한 영업에 관한 행위”(프랜차이즈 계약)를 기본적인 상

행위로 규정하고 있다. 이 때 영업이란 자본적 계산방법 하에서 이윤의 획득을 목적으로 동종의 행위를 계속적·반복적으로 행하는 것이며, 자본적 계산방법이란 일정한 금액을 투자하여 특정의 사업을 수행하면서 그 사업으로 인한 수입과 비용을 독립적으로 인식하고, 이를 기초로 투자의 기간손익을 판단하는 것을 말한다.¹⁾

자기 명의로 상행위를 한다는 의미는 상행위의 효과, 즉 자신이 권리의무의 귀속주체가 된다는 것을 말한다. 타인의 계산으로 자신의 명의로 상행위를 할 경우는 상인이 될 수 있지만, 타인의 명의로 자기의 계산으로 상행위를 할 경우는 자신은 위탁자로서 상인이 될 수 없다.²⁾

가맹점은 자기의 명의로 계산으로 상법 제46조 20호의 상행위를 하는 자이다. 이러한 점에서 볼 때 가맹점의 법적 지위가 가맹본부와 별개의 독립된 상인이라는 것에는 의문이 없다. 다만, 가맹점은 상품이나 서비스의 품질에 대하여 명성을 얻었고 광고나 홍보를 통하여 널리 알려진 가맹본부의 상호·상표·서비스표 등을 이용하여 영업을 한다는 점에서 특색을 찾을 수 있을 뿐이다. 가맹본부가 점포를 미리 입차 또는 설치하고, 가맹점에 대하여 점포 사용과 더불어 가맹본부가 공급하는 상품과 서비스를 판매하게 하는 방식, 즉 F2 형식은³⁾ 프랜차이즈라기보다는 상법상 경영위탁(Betriebsüberlassungsvertrag) 또는 경영관리계약(Betriebsführungsvertrag)으로서의 성격이 강하다.⁴⁾

(2) 프랜차이즈 계약의 법적 성격

가맹계약관계는 가맹점이 가맹본부의 상호, 상표, 로고, 서비스표 등을 사용하여 영업하고, 그 대가로 로열티(Loyalty) 수수료(Fee)를 지급하는 유상(有償)의 쌍무적 계약관계라고 할 수 있다. 가맹본부와 가맹점 간에 이러한 관계가 어떠한 법률관계에 기초를 두고 있는가에 대하여는 몇 가지 견해가 있다.

첫째, 가맹본부와 가맹점의 관계를 신탁관계(信託關係)로 파악하는 입장으로,⁵⁾ 프랜차이즈 거래에 있어서도 가맹점과 가맹본부의 관계를 신탁자(Truster)와 수탁자(Trustee)의 관계로 보는 것이다. 이러한 신탁관계에 기하여 위탁자와 수탁자 간에는 신인관계(信認關係, Fiduciary Relationship)가 형성된다. 신인관계란 신탁 및 신탁에 유사한 모든 법률관계를 포함하는 것으로서,⁶⁾ 가맹본부는 수탁자가 부

1) 이철승, 상법총칙·상행위법, 박영사, 2011, 73면.

2) 정경영, 상법학 강의, 박영사, 2007, 29면.

3) 이를 'Iowa Plan' 이라고 한다. 미국의 주유소 프랜차이즈 회사가 주유소를 설치하기 좋은 요지의 땅을 미리 구입하고 주유소 시설을 완료한 다음, 가맹점에 임대하여 프랜차이즈 사업을 영위하게 하는 방식이다.

4) 가맹점이 가맹본부로부터 상품을 구입하여 판매할 경우는 프랜차이즈이지만, 상품을 구입하지 않고 단지 상품을 판매한 대금에서 일정 금액을 수수료의 형식으로 수수하는 경우는 경영위탁이라고 하여야 할 것이다.

5) Hearings on the Impact of franchising on Small Business Before the Subcomm. on Urban and Rural Economic Development of the Senate Comm. on Small Business, 91st Cong., 2d Sess. 143(1970)(statement of Philip F. Zeidman, Washington Counsel, International Franchise Association). Harold Brown, 'Franchising—A Fiduciary Relationship', Texas Law Review 650(1971), p. 652 at note 11

6) 植田 淳, 英美法における信託關係の法理, 日本 晃洋書房, 1997, 10면.

담하는 신탁의 일반적 의무, 즉 수익자인 가맹점의 권리를 인정하고 그와 관련되는 재산권을 취급하는 모든 관계에 있어서 선량한 관리자의 입장에서 행동할 의무를 부담한다.⁷⁾ 가맹본부는 가맹점의 재산을 수탁 받은 자로서 가맹점의 영업이 성공할 수 있도록 최선을 다하여 지원하여야 할 의무가 있다. ‘프랜차이즈 거래’라는 용어에는 “통일된 방법과 절차에 따라 경영 지도를 하고 상품과 서비스를 판매하도록 하며 광고, 경영지도, 판촉 등을 통하여 가맹점을 지원한다”는 가맹본부와 가맹점 간의 정교한 합의를 포함한다.

그러나 프랜차이징(Franchising)의 관계를 신탁관계로 파악하는 것은 무리가 있다. 신탁이라 함은, “신탁설정자와 신탁을 인수하는 자와 특별한 신임관계에 기하여 위탁자가 특정의 재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자의 이익을 위하여 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산권을 관리, 처분하게 하는 법률관계”(신탁법 제1조 2항)로서, 위탁자는 자신의 재산권을 이전하여야 하는데 가맹점이 가맹본부에 대하여 자신의 재산을 이전하는 경우는 없고,⁸⁾ 상호, 상표, 로고, 서비스표 사용에 대한 대가로 로열티 또는 수수료는 지급하는데 불과하고, 자신의 영업에 필요한 점포 또는 각종의 설비에 대한 소유권은 여전히 가맹점에게 있으므로 신탁과 같은 소유권의 이전은 없다. 따라서 프랜차이징의 관계를 신탁적 법률관계로 파악하는 것은 우리 법제 하에서는 무리이다.

두번째로는 파악할 수 있는 것은, 프랜차이징의 관계를 계약적 관계로 보는 것이다. 프랜차이즈는 상호, 상표, 서비스표, 로고 등에 대한 라이선스와 사용료를 지급하고 프랜차이즈망을 통한 상품과 서비스를 유통시키며 그에 대한 가맹본부의 지원 및 감독을 받을 의무를 부담하는 혼합계약이며, 업종과 업태에 따라 다양한 유형을 가진 비전형계약(非典型契約)으로서, 일정한 기간 동안 지속적인 지원 및 사용권을 갖는 것을 내용으로 하는 계속적계약이다. 따라서 가맹본부와 가맹점은 서로가 상대방에 대하여 계약에 기한 권리와 의무를 부담한다. 가맹본부는 가맹점이 영업을 통하여 일정한 수익을 얻을 수 있도록 지원할 의무가 있다. 또한 프랜차이즈 패키지(Package)의 판매와 로열티 및 수수료는 대가적 관계에 있는 유상의 쌍무계약(雙務契約)이므로, 가맹본부는 특별한 사정이 있지 아니하는 한 가맹점이 이익을 낼 수 있도록 여러 면에서 배려하여야 하고, 이익을 낼 수 있도록 배려하지 못하는 프랜차이즈는 일종의 기망(欺罔)에 지나지 않으며 프랜차이즈라고 표현할 수 없다. 이러한 점에서 프랜차이즈는 다른 영업방식과는 다른 고도의 특수한 형태의 마케팅으로 묘사되고 있다.⁹⁾

사업형 프랜차이즈는 가맹본부가 가맹점에 대하여 상품과 상표뿐만 아니라 가맹본부가 개발한 특정 영업방법 일체를 전수하는 것이다. 즉, 가맹본부가 가맹점을 경영하기 위하여 필요한 내용을 구체화한 운영 매뉴얼을 교부하고, 개업 시는 물론 프랜차이즈 계약이 존속하는 기간 동안 지속적으로 연수와 훈련을 반복하고 감독 및 지도원을 파견하여 현장 지도를 하며, 상품의 매입, 제조, 품질, 판매, 재무, 인

7) Geraint Thomas/Alastair Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford, 2004, p. 14.

8) 재산을 이전할 경우에는 물품대금이행보증금 등이 있으며, 이 보증금은 계약 종료시 그동안 공급된 물품대금 등의 이행을 담보하기 위한 것이며, 가맹계약의 종료 시에 정산하고 잔금을 반환 받기 때문에 재산권의 이전이라고 볼 수 없다.

9) Roy Goode, *Commercial Law*, penguin books, Third Edition(2004), p. 162.

사 등 업무 전반의 걸친 지속적인 조인과 관리를 수행하고, 그에 대한 대가로 로열티 또는 수수료를 지급하는 것이다. 이러한 관계는 당연히 가맹본부의 가맹점에 대한 이익의 보장을 전제로 한다.

2. 사실상의 관계¹⁰⁾

(1) 논의의 배경

가맹점은 자기의 명의로 자기의 계산으로 상행위를 하는 독립된 상인이라고는 하지만, 가맹점의 사업은 어디까지나 가맹본부가 사용을 허락한 상호, 상표, 서비스표 등을 사용하여 자신의 영업을 하는 것이기 때문에 가맹본부에 대한 가맹점의 의존성은 다른 유형의 상행위 못지않게 강하다. 가맹본부는 그의 프랜차이즈 사업이 성공하기 위하여 가맹점이 판매하는 상품과 서비스에 품질을 일정수준 이상으로 유지할 수 있어야 한다. 이 때 가맹본부가 가맹점에 대하여 상품과 서비스에 대한 일정수준의 품질을 유지하기 위하여 행사하는 힘은 가맹점에 대한 지배력을 바탕으로 한다. 이와 같이 가맹점이 판매하는 상품과 서비스에 대한 품질수준을 유지하기 위하여 행사하는 지배력은 어디에서 발현되는가가 문제시된다. 가맹본부의 지배력은 다음과 같이 몇 가지에서 찾을 수 있다.

(2) 산업재산권에 의한 지배

상호(商號)는 상인이 영업상 자기를 표창(表彰)하는 명칭으로, 상호의 사용으로 인하여 발생하는 권리가 상호권(商號權)이다. 상호권은 적법하게 선정한 상호를 타인의 방해를 받지 아니하고 사용할 수 있는 상호사용권과 타인의 부정한 목적으로 자기가 사용하는 상호와 동일 또는 유사한 상호를 사용하는 경우에 이를 배척할 수 있는 상호전용권이 있다. 상호사용권의 침해는 민법상의 불법행위를 구성하게 되고¹¹⁾ 등기상호의 경우는 그 독점성이 더욱 강화되므로, 그러한 측면에서 볼 때 가맹본부는 가맹점에 대하여 상호권을 통한 지배를 한다고 볼 수 있다. 이들 권리로 인하여 가맹본부는 가맹점은 물론 제3자에 대해서도 자기의 사업에 배타적·독점적 지위를 확보할 수 있다.

한편, 상표(Trademark)는 상품을 생산, 가공, 발명, 또는 판매하는 것을 영업으로 하는 자가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 기호, 문자, 도형, 입체적 형상, 또는 이들과 결합한 것, 또는 이들의 색채를 결합한 것이다(상표법 제2조 제1항). 이들 상표의 개념요소는 상표 사용의 주체라는 측면과 상표의 구성요소라는 측면으로 구분할 수 있다. 한편, 서비스표는 서비스업을 하는 자가 자기의 서비스를 다른 사람의 서비스와 구별하기 위하여 사용하는 표지로, 상표가

10) 김영균, "프랜차이즈사업에 있어서 재판매가적유지행위의 평가", 「법과정적연구」, 제5집 제1호 한국법정책학회, 2005. 6., 121면 이하.

11) 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2005, 114면; 이철승, 상법강의(제6판), 박영사, 2005, 74면.

상품의 식별표지라면 서비스표는 용역의 식별표지이다.¹²⁾ 등록된 서비스표의 경우도 서비스표의 침해 금지 또는 침해의 예방을 청구할 수 있고(상표법 제65조 제1항), 방해 제거를 청구할 수 있으므로(상표법 제65조 2항), 서비스표의 사용을 허락받지 않고는 서비스표를 사용할 수 없어, 그러한 범위 내에서 가맹본부는 가맹점에 대하여 지배력을 갖는다고 볼 수 있다.

전술(前述)한 바와 같이 프랜차이즈 사업은 상호, 상표, 로고, 서비스 등의 지명도와 가치를 상품으로 하는 사업이다. 또한 프랜차이즈 거래의 핵심은 가맹본부가 가맹점에 대하여 상호, 상표, 서비스표 등을 사용하여 영업할 것을 허락하고, 그 대가로 로열티 또는 사용료를 받는 관계이다. 그러므로 상호 또는 상표권을 소유하는 가맹본부는 그의 권리에 기하여 가맹점에 대하여 판매하는 상품 또는 포장에 상표를 표시하거나 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시한 것을 양도(讓渡) 또는 인도(引渡)하거나 그 목적으로 전시 또는 수출·수입하는 행위를 할 수 있지만, 가맹점은 그러한 행위를 할 수 없다.¹³⁾ 상호, 상표, 서비스표 등에 대한 가맹본부의 사용 허락 여부에 대한 권리는 곧 가맹점에 대한 가맹본부의 지배력으로 나타난다.

(3) 가격을 통한 지배

일반적으로 기업의 유통과정에 있어서, 가격지배는 당해 상품의 최종소비단계에서 거래되는 가격유지를 위하여 이루어진다. 독점 또는 과점에서 가격지배가 문제가 되는 것은, 상품과 서비스의 생산자와 유통단계의 상호의존관계를 강화함으로써 그에 따른 가격경쟁력을 완화시키거나 소멸시켜 소매가격에 영향을 주어 수익을 극대화 하려는데 따르는 폐단 때문이다. 가맹본부는 가맹점에 대하여 공급하는 상품과 서비스의 가격을 결정함에 있어서 가맹점의 의견이나 사정은 감안하지 않으며, 브랜드의 통일성이라는 명분으로 일방적으로 상품과 서비스의 가격을 결정하고, 가맹점은 그 결정에 따를 수밖에 없다. 가맹점은 가맹본부가 책정한 재판매가격유지정책에 따라야 하며, 가격을 통하여 브랜드의 통일성을 유지하고자 한다. 이와 같이 가맹본부는 가격을 통하여 가맹점을 지배하고 있는 것이다.

(4) 상품을 통한 지배

프랜차이즈의 특성은 가맹본부가 생산하는 상품 또는 서비스가 다른 사업자의 그것과는 다른 특유한 재화라는 데에서 찾을 수 있다. 일반적으로 공개시장에서 차별화되지 아니한 상품과 서비스라면, 주로 가격경쟁력에서 기업의 우열이 가려진다. 그러나 프랜차이즈는 동일한 브랜드로 판매되는 상품 또는 서비스가 다른 브랜드로 판매되는 재화와 구별되면 될수록 독점성은 강화되고, 그에 상응하여 가맹본

12) 이기수 외 6인 공저, 지적재산권법, 한빛지적소유권센터, 1996, 613면.

13) 정당한 권한 없이 자기의 재화나 서비스에 타인의 상호 또는 상표 등을 표시하는 행위는 역패싱오프(Reverse Passing Off)로서 상표권 침해에 해당한다(William v. Curtiss-Wright Corp., 691 F. 2d 168, 172(CA3 1982)).

부의 지위도 강화된다. 즉, 프랜차이즈 사업은 상품의 차별화에 사업의 성패가 달려있다고 볼 수 있다.

제품의 차별화 정책은 생산자가 경쟁상품에 대한 자기상품의 특징을 최종소비자에게 부각시키는 것을 목적으로 한다. 제품의 차별화 경쟁은 시장에 적합한 상품의 개발을 전제로 한다. 상품의 품질 개량이나 신제품의 개발 등이 무엇보다도 중요하겠지만, 그에 못지않게 중요한 것은 상품에 대한 광고와 선전이다. 이와 같이 프랜차이즈 사업에 있어서 광고가 특히 중요한 것은, 프랜차이즈 사업이 브랜드 사업이라는 특성 때문이다. 프랜차이즈 사업에 있어서 제품의 차별화는 상호, 상표, 서비스표 등을 중심으로 시작된다. 또한 가맹본부는 상품과 서비스의 공급권을 장악하고 있으므로 상품의 공급량을 조절함으로써 가맹점을 지배하게 된다.

(5) 유통경로의 지배

가맹본부가 생산한 상품 또는 서비스는 가맹점을 통하여 최종소비자에게 전달된다. 상품판매형 프랜차이즈(Distributorship)의 경우, 가맹본부는 자기의 생산품을 일정한 가격으로 판매할 것을 요구하는 경우가 많다. 생산자에 의한 유통경로의 지배정책은 개방형과 전매형에 이르기까지 다양한 형태와 단계가 있을 수 있다.¹⁴⁾ 생산자는 상품의 유통경로를 장악함으로써 판매업자에 대하여 자사제품을 적극적으로 판매할 것을 요구하고 판매가격 등에 대하여 생산자의 통제에 따를 것을 요구하며, 판매업자에 대하여 그것을 가능하게 하는 관계를 만들려고 한다. 생산자와 판매업자 간의 이러한 관계를 형성하는 것을 통상 '유통계열화' 라고 한다.¹⁵⁾ 프랜차이즈 사업에서 취급하는 상품에서와 같이 차별화된 상품에 대하여 소비자 선택의 기준은 가격보다는 상품의 품질이나 성능 등이 더 중요할 수 있기 때문에, 상품에 대한 충분한 지식이 없는 소비자로서는 가맹점 또는 기타의 판매업자의 추천이 구매심리를 강하게 지배하게 된다. 프랜차이즈 사업은 생산자의 유통경로를 지배하는데 있어서 가장 유효적절한 사업방식이다. 가맹본부는 그 사업의 통일성 또는 브랜드의 통일성 확보라는 명분으로 유통경로를 지배하고 있다.

3. 소결

이상에서 설명한 것과 같이 상법상 가맹본부는 자기의 명 의와 자기의 계산으로 상법 제46조 제20호의 상행위를 하는 자로서 상법상의 상인에 해당하고, 가맹점도 또한 독립된 상인이라는 점에는 의문이 없다. 그러한 점에서 볼 때 가맹본부와 가맹점 간에는 계약자치의 일반원칙에 따라 규율하는 것이 타당하다는 주장은 설득력이 있다. 그러나 프랜차이즈에 있어서는 가맹점에 대한 가맹본부의 지배력이 강력하며, 결코 대등한 지위에 있는 것이 아니다. 이와 같이 가맹본부와 가맹점 간의 교섭력의 우열은 분명히 존재하고 있으며, 이러한 현실이 당사자 간의 계약 자치에 모든 것을 일임할 수 없는 이유인 것이다.

14) 今村成和·金澤良雄·正田彬·矢澤惇·吉永榮助, 獨占禁止法講座Ⅱ, 商事法務研究會, 1976, 297面.

15) 今村成和·金澤良雄·正田彬·矢澤惇·吉永榮助, 전제논문, 207面.

Ⅲ. 프랜차이즈의 정의

1. 비즈니스 포맷형 프랜차이즈의 개념

(1) 국제프랜차이즈협회(IFA)의 정의

국제프랜차이즈협회(International Franchise Association, 이하 “IFA”라 한다)는 프랜차이즈에 대하여 다음과 같이 정의하고 있다.

프랜차이즈는 상품 또는 서비스를 유통하는 방식으로, 최소한 둘 이상의 당사자가 관련된다. ① 상호, 상표와 사업방식을 빌려주는 프랜차이저(Franchisor) ② 프랜차이저의 성명과 영업방식을 사용하여 영업을 할 권리를 갖는 대가로 로열티 혹은 초기 사용료를 지불하는 프랜차이지(Franchisee) 등이다. 법적으로 당사자를 구속하는 계약을 ‘프랜차이즈’라고 하지만, 프랜차이지가 경영하는 실제상의 영업활동을 의미하는 경우도 있다.¹⁶⁾

동 협회는 또한 ‘사업형 프랜차이즈’(Business Format)의 개념에 대해서도 정의하고 있다. 즉, 비즈니스 포맷형 프랜차이즈라 함은 프랜차이저가 프랜차이지의 창업과 경영에 대한 미리 정하여진 틀과 계획에 대한 처방을 내려주는 방식을 말한다. 그 계획에는 프랜차이지의 입장에서 단계별로 사업을 계획하고 운영과정에서 발생할 수 있는 큰 문제점에 미리 대비하며, 프랜차이지에 의하여 통제될 수 있는 영업상의 의사결정의 틀을 정해 두어야 한다. 비즈니스 포맷형 프랜차이즈의 장점은 프랜차이저가 개발하고 검증을 거친 상품과 서비스를 유통시키는 수단인 ‘영업조직’(System)을 구입한다는 것이다. 영업부서를 확장하는 것보다 더 빨리 판매망을 확장할 수 있기 때문에 기업으로서도 유리하다.¹⁷⁾

(2) 세계지적재산권기구(WIPO)의 정의

세계지적재산권기구는 “프랜차이징은 프랜차이저가 프랜차이지에게 그의 명성, 영업권, 상호 등의 신기술, 노하우(Know-how) 및 신기술 보유자의 숙련기술과 에너지, 산업과 투자를 결합하여 어떤 상품과 서비스를 판매하고 사업을 할 수 있도록 허락하는 것”이라고 정의하고 있다.¹⁸⁾ 세계지적재산권기구는 프랜차이징 계약의 기초는 프랜차이저가 사업 시스템을 개발하는데 있다는 것을 강조한다. 이렇게 개발된 프랜차이즈 시스템은 영업을 통하여 객관적으로 성공을 거둔 것으로 판명되어야 하며, 그 이후부터 프랜차이저는 통상 그의 영업지역이 아닌 곳에서 그의 사업 시스템을 전수하고, 다른 사람이 그의 상호와 사업방식을 모방하여 영업하도록 허락하게 된다. 세계지적재산권기구의 프랜차이즈 정의에

16) <http://www.franchise.org/industrysecondary.aspx?id=10008>(방문일시 2011. 8. 30.).

17) 전계 홈페이지.

18) <http://www.wipo.int/sme/en/documents/franchising.htm#what>(방문일시 2011. 8. 30.).

서는 전형적인 프랜차이즈 시스템에서 프랜차이저는 계약의 이행으로 프랜차이지에 대하여 미리 정하여진 방식에 따라 그들의 프랜차이즈 경영을 하도록 허락한다. 여기서는 통상 사업에 관련된 지적재산권, 마케팅이나 광고출판물, 매장 디자인 및 복장, 시스템을 운영하는데 필수적인 특수설비는 물론, 행동 또는 시스템의 개발과 개선 등도 포함된다고 한다. 프랜차이지는 프랜차이즈 사업을 유지하고 확장하며 운영 매뉴얼과 가이드라인에 따라 최선을 다하여야 한다. 또한 프랜차이지는 프랜차이즈 계약에 따라 프랜차이저에게 사용료를 지불할 의무를 진다. 이 사용료에는 통상 광고료와 마케팅을 구성하는 지속적인 경영지원에 대한 대가가 포함된다고 한다. 세계지적재산권기구는 프랜차이즈 협약에 따라 프랜차이지는 프랜차이즈 시스템의 지적재산권을 보호할 것이 요구되며, 영역 또는 지리적 합의에 따라 영업할 의무를 지며, 양당사자는 정보공개규정(情報公開規定)에 기술된 내용에 따라 영업하도록 하여야 한다. 프랜차이즈 계약은 계약법과 당사자 간의 철저한 믿음에 크게 의존하는 법적 합의문이라고 한다.

(3) 유럽프랜차이즈연맹(EFF)

유럽프랜차이즈연맹(The European Franchise Federation; EFF)이 제정했던 윤리강령(European Code of Ethics for Franchising)에 포함되어 있는 프랜차이징의 정의규정에서 “프랜차이징은, 상품·서비스·기술에 관한 마케팅 시스템에 있어서 프랜차이저와 개개의 프랜차이지 사이에 친밀하고 지속적인 형태의 협력관계를 기초로 둔 것이다. 프랜차이저와 프랜차이지는 법률적으로도 재무적으로도 분리되어짐과 동시에, 독립관계에 있는 기업에 있어서 프랜차이저는 프랜차이지에 대하여 스스로의 콘셉트에 따라서 비즈니스를 행하는 권리를 보장하고 동시에 의무를 부여하는 것이다. 이 권리는 직간접적인 대가의 지불과 교환으로 프랜차이지에 부여되어진 것이고, 이 목적을 위하여 당사자 간에 체결된 프랜차이즈 계약서 조항에 따라 계약기간 중에 공여되는 상업상 및 기술상의 지속적인 원조를 기초로 하고, 프랜차이지에 대하여 프랜차이저의 트레이드 네임(Trade Name), 트레이드마크(Trade Mark), 서비스마크(Service Mark), 노하우, 비즈니스 기술상의 방법, 사무방법 및 그 외의 공업소유권과 지적재산권을 사용할 권리를 주고 의무를 부여하는 것이다.”¹⁹⁾ 유럽프랜차이즈협회는 이러한 당사관계의 유형에 가장 흔히 사용되는 형태로 사업형 프랜차이즈(Business Format)가 있다고 하며, 사업형 프랜차이즈는 상품 또는 상표등록된 상표명 등 영업망의 우산 역할을 하는 표시와 소비자와 대중을 통합하는 역할을 하는 표시를 가질 것, 프랜차이지에 대한 프랜차이저의 상표사용의 허락이 있을 것, 프랜차이저에 의하여 검증된 노하우와 계약기간 동안 지속적인 지원에 입각한 프랜차이저의 사업을 배낀 패키지로서의 사업 시스템을 갖출 것, 프랜차이지가 프랜차이지에 대하여 개시금(開始金)이나 정기금(로열티) 등에 대한 직접적인 형식로나 상품공급표의 사용에 대한 간접적인 형식으로 금전을 지급할 것, 프랜차이지가 프랜차이즈화 된 자산에 대하여 소유자로서 투자할 것 등 5가지 필수적인 요소로

19) <http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique13>(방문일시 2011. 8. 30).

구성된다고 한다.²⁰⁾

2. 단위상품으로서 프랜차이즈(Franchise Unit)

상업학(商業學)의 입장에서 보면, 상품은 인간의 물질적 욕망을 만족시킬 수 있는 실질적 가치가 있고, 매매를 통하여 이동이 가능한 유체(有體) 혹은 무체재산(無體財産)이라고 할 것이다.

경제학적 입장에서는 상품은 사용가치나 효용(效用)을 지닌 노동생산물이라고 이해할 수 있다. 어느 재화가 아무리 인간의 생활에 유용하고 사용가치를 지니고 있다고 하더라도, 공기나 천연의 물과 같이 노동의 생산물로서의 가치를 갖지 못하고 관리할 수 없는 상태에 있다면 상품이라고 할 수 없다. 반대로, 아무리 노동의 결과로 생성된 물질이라도 사용가치가 없는 무용(無用)의 물건이라면 상품이라고 할 수가 없다. 노동생산물이 상품으로 인정되기 위해서는, 그것이 교환되어 타인의 물질적 욕망을 만족시킬 수 있어야 한다. 상품을 교환하는 시장이 경쟁적이지 못하고 비효율적이라면, 상품의 가격은 상품의 가치가 반영되지 못하고 일반적으로 부등가교환(不等價交換)이 이루어 질 것이다. 그러나 상품의 생산이나 유통이 전사회적인 규모로 경쟁상태에서 이루어질 경우는 등가(等價)로 교환이 이루어진다. 경쟁상태에서의 상품은 상품의 가치가 제대로 반영되어 정상적인 가격으로 거래가 이루어 질 것이다.

비즈니스 포맷형 프랜차이즈는 가맹본부의 상호, 상표, 서비스표 등을 사용하여 상품과 서비스를 판매하도록 허락하는 것으로, 프랜차이저가 프랜차이지에게 그의 명성, 신기술, 노하우 및 신기술 보유자의 숙련기술과 에너지, 산업과 투자를 결합하여 어떤 상품과 서비스를 판매하고 사업을 할 수 있을 정도의 완비된 시스템을 갖추어야 하고, 프랜차이저가 프랜차이지의 창업과 경영에 대한 미리 정해진 틀과 계획에 대한 처방을 내려줄 수 있어야 한다. 또한 그 계획에는 프랜차이지의 입장에서 단계별로 사업을 계획하고 운영과정에서 발생할 수 있는 큰 문제점에 미리 대비하며, 프랜차이지에 의하여 통제될 수 있는 영업상의 의사결정의 틀을 미리 정해 두어야 한다.

프랜차이즈 거래란, 프랜차이저가 개발하고 검증을 거친 상품과 서비스를 유통시키는 수단인 영업조직을 구입한다는 것이다. 그러므로 프랜차이즈 그 자체가 하나의 단위상품으로 거래될 수 있도록 상품적 가치를 보유하지 않으면 안 된다. 우리나라에서 프랜차이즈가 문제가 되는 것은, 상호, 상표, 서비스표와 결합된 상품과 서비스가 하나의 거래객체가 될 정도의 상품으로서의 가치를 구비하지 못한 상태에서 판매되고 있기 때문이다. 국내 상당수의 프랜차이즈는 그 자체로서 하나의 거래의 객체가 되기는 어렵다고 할 만큼 조악하고 부실한 상태이면서도 프랜차이즈라는 이름으로 영업을 하고 있다. 따라서 보다 더 완성도가 높고 상품적 가치를 갖춘 프랜차이즈가 되어야 하며, 법제도의 운영 역시 프랜차이즈가 하나의 단위상품으로서 완성될 수 있도록 하는데 초점이 맞추어져야 할 것이다. 단위상품으로서의 가치를 구비하지 못한 프랜차이즈는 시장에서 도태(淘汰)될 수밖에 없도록 프랜차이즈 정보의 공개가

20) <http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique6>(방문일시 2011. 8. 30).

이루어져야 할 것이다. 공개된 프랜차이즈 정보에 따라 시장의 자동조정기능이 원활하게 이루어지지 않을 경우, 여러 가지 수단을 통하여 불공정한 거래관행을 개선하는 방향으로 제도가 운영되어야 할 것이다.

IV. 가맹계약 관련 제도와 인식의 개선

1. 공통된 문제

(1) 가맹계약의 성격

쌍무계약이란, 각 당사자가 서로 대가적 의미를 갖는 채무를 부담하는 계약관계를 말한다. 즉, 각 당사자가 상대방으로 하여금 일정한 급부(給付)를 할 것을 약속하게 하는 것과 더불어 자기도 그 대가로써 교환적으로 급부할 것을 약속하는 계약이다. 프랜차이즈 계약은 쌍무·유상계약이기 때문에 프랜차이저는 프랜차이즈라는 한 단위의 패키지 상품을 프랜차이저에게 판매하고, 프랜차이저는 로열티 혹은 수수료를 지급한다. 프랜차이즈 계약이 쌍무계약이므로 당사자 간의 채무는 동시이행의 항변권을 가지며(민법 제536조), 위험 부담(민법 제537조, 제538조)에 관한 민법의 규정이 적용된다. 이와 같이 프랜차이즈 계약은 쌍무·유상계약이기 때문에 프랜차이저로서는 로열티나 수수료를 받는데 있어서 그에 상응하는 가치가 있는 프랜차이즈를 판매하지 않으면 안 된다. 구매하는 프랜차이즈의 대가가 상응하는가 여부에 대해서는 프랜차이즈의 가격을 결정하는 여러 가지 요소가 고려되겠지만, 가격을 결정하기 위해서는 프랜차이즈 패키지의 구성요소별로 계량화가 이루어지지 않으면 안 될 것이다.

가맹계약은 쌍무·유상계약이므로 비록 가맹본부가 가맹점에 대하여 지배적 지위에 있다고 하더라도, 가맹점에 대한 지원은 채무의 이행이며 일방적인 시혜(施惠)가 아니다. 통상 가맹점에 대한 가맹본부의 불공정거래행위는 프랜차이즈 네트워크에 가입시켜 주는 것이 마치 시혜를 베푸는 것으로 인식하는 데서부터 출발한다. 가맹본부는 프랜차이즈 패키지를 판매하는 것이고, 가맹점은 로열티와 각종의 수수료를 지불하기 때문에 가맹본부의 일방적인 시혜일 수 없다. 또한 쌍무계약이기 때문에 가맹비와 수수료를 받는 이상 가맹점이 이익을 낼 수 있도록 하지 않으면 안 된다. 왜냐하면 가맹점이 프랜차이즈에 가입하는 목적은 수익을 내는데 있으며, 자선사업을 위한 재산의 출연이 아니기 때문이다. 따라서 가맹본부는 가맹점에 대하여 이익보장(이익배려, 利益配慮)의 의무를 진다. 가맹본부가 가맹점에 대하여 이익을 보장하여 줄 수 없다면 이는 채무불이행이다. 다만, 이익의 정도나 가맹점의 협조 의무 등은 채무불이행의 정도를 판단하는 요소가 될 수 있다.

(2) 운영 매뉴얼의 중요성

사전적으로 매뉴얼(Manual)이라고 하면, 소책자, 편람, 안내서, 입문서, 교범 등으로 번역된다. 프랜차이즈 사업은 가맹본부가 개발한 상표, 상호, 서비스표, 로고 등을 사용하여 영업하도록 허락하고, 계속적인 경영에 대한 지도와 지원을 하는 프랜차이즈 시스템 자체를 판매하는 것이다. 가맹점은 이들 프랜차이즈를 구입하게 되면, 사업경험이 없는 자도 가맹본부의 사업에 대한 지도와 감독을 받으면서 프랜차이즈 사업을 할 수 있게 된다는 점에서 프랜차이즈의 장점이 있는 것이다. 가맹본부가 상표, 상호, 서비스표, 로고 등에 대한 사용법과 프랜차이즈에 대한 사업경험과 노하우를 프랜차이즈 운영 매뉴얼화하여 교부함으로써 가맹점은 운영 매뉴얼에 따라 가맹점 영업을 영위할 수 있게 된다. 그러므로 프랜차이즈 사업은 매뉴얼 내용의 충실성 여부에 따라 가맹사업의 성패가 좌우된다고 하여도 지나친 말이 아니며, 프랜차이즈 계약은 운영 매뉴얼의 거래라고도 할 수 있다.

이와 같이 프랜차이즈 운영 매뉴얼이 중요함에도 불구하고 국내 대부분의 가맹본부는 운영 매뉴얼이라는 개념 자체가 없는가 하면, 설령 있다고 하더라도 그 내용이 너무나 보잘 것 없는 형식에 그치고 있는 것이 현실이다.

운영 매뉴얼에 포함되어야 할 사항은²¹⁾ 가맹점 개설의 출발에서부터 상호, 상표, 서비스표, 로고 등의 사용에 관한 사항, 가맹사업의 기준과 절차, 점포의 개설 및 인테리어, 조리기구와 각종 기기의 설치 및 조작방법, 고객을 맞이하는 점원의 행동양식(Team Membership), 상품의 검수와 수납 및 진열, 보관 방법, 회계처리에 관한 사항, 청소 및 위생에 관한 것, 가맹본부와 가맹점 간의 송금 및 계산방법, 종업원의 복장 및 위생상태에 관한 사항, 식품의 조리방법에 관한 사항 등을 이해하기 쉽도록 설명하고, 새로운 상품이나 운영방침의 개발 혹은 변경이 있을 경우 변경 등에 관한 사항 등을 문서화하여 제공하여야 한다. 가맹점은 이 운영 매뉴얼을 구입함으로써 본격적인 프랜차이즈 사업에 착수하는 셈이 된다. 현재 국내의 가맹본부들은 그들의 프랜차이즈 사업의 내용을 매뉴얼화 할 능력이 없거나 운영 매뉴얼의 중요성에 대한 인식이 없어, 사업의 중요 내용이 계약서상에 일부 표현되거나 구두로 전수되는 등 문서화가 이루어지지 못하게 되어 주먹구구식의 프랜차이즈가 되고 있다. 따라서 프랜차이즈 노하우를 매뉴얼화 하도록 할 필요가 있으며, 가맹거래사 등을 통하여 운영 매뉴얼을 작성하도록 할 수 있다.

(3) '지식상품'이라는 인식

프랜차이즈는 세계지적재산권기구(WIPO)가 밝히고 있듯이, 프랜차이즈가 프랜차이지에게 그의 명성, 영업권, 상호 등의 신기술, 노하우 및 신기술 보유자의 숙련기술과 에너지, 산업과 투자를 결합하여 어떤 상품과 서비스를 판매하고 사업을 할 수 있도록 허락하는 것이다. 그러므로 프랜차이즈가 프랜차

21) Steven M. Goldman & Bert Lowell Edit, Franchise Law Compliance Manual, American Bar Association, 2000, 190~195.

이지 당사자 간에 거래되는 것은 그의 명성, 영업권, 상호 등의 신기술, 노하우 및 신기술 보유자의 숙련기술과 에너지가 합체된 프랜차이즈라는 상품이고, 소비자에게 판매되는 것은 그러한 지적재산과 결합된 상품과 서비스인 것이다. 따라서 책정되는 프랜차이즈 비용(Franchise Fee)과 로열티도 창조된 지적재산의 부가가치에 상응하여 결정될 것이다.

2. 프랜차이즈 구입비용

(1) 가맹사업법상의 가맹금 규정

가맹사업법은 명칭이나 지급형태를 구분하지 않고 '가맹금'이라는 명칭을 획일적으로 사용하고 있다. 그러나 가맹금의 정의에 상품대금이행을 확보하기 위한 보증금의 성격을 가진 금전까지 포함시켜 심각한 혼란을 초래하고 있다. 이는 프랜차이즈 거래를 이해하지 못한데서 비롯된다. 가맹금을 로열티와 수수료, 보증금 등으로 구분하고, 초도비용(Loyalty + Initial Fee), 계약기간 중에 계속적으로 지급할 비용(Continual Fee), 계약 종료 시에 지급할 비용(Renewal Fee 또는 Transfer Fee) 등으로 세분(細分)한 다음, 로열티의 경우는 계약 종료 혹은 해지의 귀책사유에 따라 미경과 기간에 해당하는 금액을 반환하도록 하여야 한다.²²⁾ 법 제2조 제6호의 나외의 경우는 가맹점이 상품대금이나 손해배상 등의 채무를 이행하지 않을 경우를 대비하여 미리 수수하는 금전으로서의 성격을 갖는 것으로, 프랜차이즈의 구입대가와와는 직접적인 관련이 없다. 이 금전의 경우, 손해 발생의 원인 또는 이행되지 아니한 채무의 금액이나 내용에 따라 반환 여부를 결정할 것이고, 로열티 혹은 수수료와 혼동하여 해석하여서는 아니 될 것이므로 일괄하여 가맹금으로 규정하고 있는 것은 잘못이다. 프랜차이즈의 구입비용은 측정할 수 있어야 관리할 수 있고, 관리할 수 없으면 비용을 수수할 수도 없다. 프랜차이즈 구입비를 계량화하기 위해서는 프랜차이즈 시스템을 구축하는데 소요되는 일체의 비용을 세분화하고, 각 항목별로 원가를 산출하여 그에 일정한 마진율을 부가하여 비용을 구체화하는 것이다.

(2) 프랜차이즈 구입비의 종류

① Loyalty와 Fee의 법적 성격²³⁾

원래 Loyalty라 함은, 재산권 사용에 대한 대가로서 통상 물질에 대한 판권이나 천연자원, 재산권의

22) 예를 들어, 계약기간을 1년으로 한 가맹계약을 체결한 후 잔여기간이 1년 남아있는 상태에서 가맹본부의 귀책사유로 인한 가맹계약의 해지 또는 종료의 경우는 나머지 잔여기간 1년분에 해당하는 금액을 반환하도록 한다.

23) 김영근, "프랜차이즈구입비의 법적 구조", 『상사판례연구』, 한국상사판례학회, 제13집, 2002., 539쪽 이하.

사용으로부터 받는 일정률로 표시되거나 생산물의 일정단위당의 평가액을 말한다.²⁴⁾ 즉, 특정한 재산의 소유자가 그의 재산권을 다른 사람에게 사용하게 함으로써 얻게 되는 이익 또는 생산물의 일정 분이다.²⁵⁾ 또는 그와 유사한 의미에서 정부 감독 하의 특권의 사용 또는 공무원의 서비스에 대하여 법률이 규정한 요금이라고 표현하는 사례도 있다.²⁶⁾ 이러한 용례(用例)에서 공통되는 것은 로열티는 특권 또는 특허 등의 배타적 권리를 내용으로 한다는 점이다. 그에 비하여 Fee는 공무 또는 전문 직업상의 서비스에 대한 보상, 요금, 수당 또는 특별한 행위나 서비스에 대한 보상이라고 하거나, 노동에 대한 대가, 포상, 보상, 서비스의 실행이나 어떤 일의 수행 또는 이미 수행한 일에 대한 임금, 고정요금 또는 임시수입이라는 의미로 사용되고 있다. 일본의 판례는 로열티의 성격을 영업지도의 대가로 보는 것이 아니라 상호, 상표, 서비스표, 등록상표, 서비스마크 등의 사용의 대가라고 보고 있다.²⁷⁾ 반대로 계속적인 급부에 대응하는 대가를 로열티라고 보는 견해가 있으며,²⁸⁾ 유럽프랜차이즈연맹 역시 정기급부금을 로열티로 표시하고 있다.²⁹⁾ 그러나 계속적인 경영지원에 대한 대가는 Fee라고 할 것이고, 등록상표나 서비스마크 등의 계속적인 사용에 대한 대가는 Loyalty라고 보는 것이 타당하다. 다만, 가맹점이 가맹점 가입시에 지급하는 분담금이나 권리금은 로열티로서의 성질을 겸하는 부분이 있다.³⁰⁾ 로열티나 권리금을 계속적인 급부에 대한 대가라고 볼 경우, 그 급부는 일시적인 것이 아니고 프랜차이즈 계약에서 예정된 계약관계의 존속기간 전체에 대하여 지급하여야 할 로열티를 선급한 것으로 볼 것이다. 따라서 프랜차이즈 계약이 당사자의 사정으로 중도에 해지되었다면, 나머지 잔여기간에 해당하는 부분에 대해서는 로열티 또는 권리금을 반환하여야 마땅하다. 얼마를 반환하여야 할 것인가에 대해서는, 별도의 약정이 없을 경우는 총기간 동안의 밀도를 동일하게 보고 해지된 시점에서 과거에 해당하는 부분을 제외한 잔여기간에 해당하는 부분의 로열티나 권리금을 반환하면 될 것이다. 일본의 판례는 이 경우의 반환을 원상회복으로 보고 있다.³¹⁾

② 개시금(Front Money = Initial Fee = FM)

개시지급금(Front Money; FM)은 가맹점을 시작하는 단계에서 최초로 지급하는 급부로,³²⁾ FM을 구성하는 비용의 예로는 회사명(상호 등), 로고(Logos), 특허권, 개업훈련비, 특별맞춤회계 시스템 비용, 매뉴얼 제작비, 특별 시스템, 그리고 프랜차이즈의 영업을 보조하는 특별한 영업상의 노하우와 같은 수

24) Henry Campbell Black, M. A. Black's Law Dictionary(Sixth Edition), p. 1330.
 25) Alamo Nat. Bank of San Antonio v. Hurd, Tex. Civ. App., 485 S. W. 2d 335, 338.
 26) Forth smith Gas Co. v. Wiseman, 189 Ark. 675, 74 S. W. 2d 789, 790.
 27) 日本 神戸地判, 1992. 7. 20 判ダ805號, 124面.
 28) 川越 憲治, 전계 프랜차이즈?시스템의判例分析, 12面.
 29) <http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique6>(방문일시 2011. 8. 30.).
 30) 東京地判, 1972. 5. 30 判ダ283號, 274面.
 31) 東京地判, 1972. 5. 30 判ダ283號, 274面.
 32) Hans Van Houtte, The Law of Internatoinal Trade, Sweet & Maxwell, 1995., p. 173.

단, 영업비밀과 접근할 수 있는 영업기밀, 종업원의 복장비 등이 있다. 브랜드의 통일을 기하기 위하여 가맹본부가 인테리어와 상품 가공을 위한 설비를 직접 시공하는 경우는 인테리어 비용 등도 최초 가입비 명목으로 교부되고 있다. 그 외에 상점 물색을 위한 상권분석료, 상점 인허가 취득을 위한 비용, 부동산의 취득 및 임대 지원에 소요되는 비용(중개수수료, 등기료 등), 건축 및 설계에 소요되는 비용(Down Layment), 프랜차이지가 금융기관으로부터 용자를 받아 사업을 시작하는 경우는 용자 알선에 따른 수수료 등이 있다. 개업 시에 판촉활동을 위한 이벤트 비용(Start-up Aid: 판촉물, 홍보물, 판촉상품, 전단지제작비) 등도 IFF에 합산하여 지급할 수도 있다.

인접한 기존의 프랜차이지의 상권을 침해하는 새로운 프랜차이지를 두는 경우는 기존 프랜차이지의 독점권에 대한 보상도 IFF에 가산한다. 이 경우의 Fee는 통상의 매출수준을 기초로 하여 새로운 매장 설치에 따른 손실물 또는 독점권 침해에 따른 손실물 등이 Fee를 정하는 자료가 될 것이다. 이상의 각 비용은 개업 초기에 개업을 위하여 투입된 비용이므로 이연자산(移延資産)으로서 창업비에 기재하고 감가상각할 수 있을 것이다.

③ 정기프랜차이즈 비용(Running Fee 또는 Continual Fee)

정기급부금은 RF(Running Fee) 또는 CRF(Continuing Regular Fee)로 표현되며, 주로 상품생산 프랜차이즈 또는 사업형(Bussiness Format Franchise) 프랜차이즈에서 인정되는 것으로, 프랜차이즈 회사가 영업을 계속하는 동안 제공하게 되는 각종의 서비스나 지원에 따라서 소요되는 비용으로, 일정한 매출에 대한 비율로 일정 퍼센티지(Percentage)를 일정 기간을 단위로 지급하는 것이다. 프랜차이지가 소유한 건물, 설비, 집기 등을 프랜차이지에게 임대해주는 경우는 건물, 설비, 집기임대료 등도 여기에 포함된다.³³⁾ 또한 원료나 변경된 간판, 일정수준의 재고·비품 등을 프랜차이즈 회사로부터 구매하는 경우는 구입비 등이 있다. 이 경우는 Fee라고 이해할 것도 있고, 상품대금으로 보아야 할 부분도 있을 것이다.

가맹본부가 주도하여 전국 또는 지역광고를 하는 경우에 프랜차이지가 분담하는 홍보 또는 광고분담비(통상 매출의 일정 퍼센티지(%) 지급), 매뉴얼을 새롭게 개발하여 매출 신장에 도움이 되는 경우에 매뉴얼 개발비, 회계 또는 경영분석을 통하여 매출 신장이 발생한 경우에 지급하는 비용, 프랜차이즈 회사가 개발하여 제공하는 전산 시스템 이용료나 경리 시스템 사용료 등이 있다. 이 경우에 프랜차이지는 광고 또는 매뉴얼 개발이 가맹점의 매출 신장에 어느 정도 기여하였는가에 대한 산출근거를 제시하고 Fee를 수수할 수 있을 것이다.³⁴⁾ 프랜차이지의 광고는 한편으로는 프랜차이지의 영업과 상품에 대한 브랜드 가치를 향상시키는 역할을 하지만, 다른 한편으로는 가맹점의 매출을 신장시키는 역할도 한다. 그

33) 이상의 품목은 총체적으로 설비비(Equipment Fee)로 분류할 수 있을 것이다.

34) 광고는 가맹점의 매출 신장에 기여하는 한편, 가맹본부의 지명도와 브랜드의 가치를 높이는 기능을 하기도 한다. 그러나 가맹본부는 광고가 매출 신장에 기여하는지 여부와 관계없이 주먹구구식으로 결정하여 광고를 하고 광고비 부담에 대한 책임을 지지 않을 뿐만 아니라, 광고비 산출의 근거와 사용내역에 대하여 오로지 가맹본부가 전횡적으로 처리하고 있기 때문에 불공정거래의 의문이 제기된다.

리므로 프랜차이저가 광고를 하기 위하여 프랜차이지에 대하여 광고비를 요구하게 되면, 프랜차이지는 프랜차이저를 불신하거나 광고비 분담을 거절하게 된다. 따라서 프랜차이저는 광고의 효과가 프랜차이지의 매출 신장에 어떻게 기여하였는가를 입증하고, 명확하고 구체적인 산출근거를 제시할 수 있도록 이를 계량화 하여야 할 것이다.

가맹사업이 성공하기 위해서는 최초로 개발된 상품과 서비스 외에도 지속적인 신상품의 개발과 공급이 이루어져야 한다. 왜냐하면 최초로 개발된 상품은 시간이 지나면서 진부한 상품이 되고, 새로운 시장환경에 적응할 수 있는 상품의 공급이 이루어지지 않으면 소비자들이 그 시장을 외면하기 때문이다.³⁵⁾ 따라서 지속적인 후속 상품의 개발과 공급은 프랜차이즈 사업을 성공시키는데 필수적이라고 할 수 있다. 이를 위하여 가맹본부는 항상 새로운 상품을 개발하는데 진력하여야 한다. 우리나라의 프랜차이즈 시장은 초기에 단일한 아이디어 하나만으로 충동적으로 사업을 시작하지만, 지속적인 상품의 개발이 이어지지 않아 프랜차이즈 사업의 수명이 짧다는 특성이 있다. 가맹본부가 신상품을 개발하고 시장조사를 위하여 투자하는 비용, 즉 R&D 비용은 원칙상 가맹본부가 부담하여야 한다. 그러나 경우에 따라서는 새롭게 개발하는 상품이 기존의 상품을 개선하거나 상품의 품질을 향상시키는 개발이라면, 개발의 부대적 효과로 매출 증가로 이어질 수도 있다. 이 경우는 상품 브랜드의 가치를 상승시키는 효과 외에 가맹점의 이미지 제고와 매출 증대효과를 동시에 달성시키기 때문에 투자되는 비용의 일부를 Loyalty 또는 Fee로 부과할 수 있을 것이다. 이 때 부가되는 Loyalty 또는 Fee는 연구개발비로서, 상법상의 이연자산에 해당하므로 자산의 부(部)에 기재하고 지출 후 매 결산기에 균등액 이상을 감가상각할 수 있다(상법 457조의2 제2항).

④ 프랜차이즈 양도비(Transfer Fees)

프랜차이즈는 프랜차이즈 계약기간 중에 언제든지 그의 프랜차이즈를 타인에게 양도할 수 있다. 이 과정에서 프랜차이저는 프랜차이지의 양도에 대하여 승인할 수 있고, 프랜차이지는 사업을 타인에게 양도하기에 앞서 우선적으로 프랜차이저에 대하여 양도 여부를 승인하여 줄 것을 요구할 수 있다. 프랜차이저는 프랜차이지에 대하여 지배력을 행사하고 있기 때문에 이 지배력에 기하여 프랜차이저는 프랜차이지에 대하여 신인의무(信認義務)를 부담하게 된다. 이러한 관계에 기하여 프랜차이저는 프랜차이지의 사업을 지원하고 각종의 정보를 제공하여야 할 의무를 부담하게 되는 것이다. 프랜차이저가 프랜차이지에 대하여 각종의 지원을 하여야 할 의무와 마찬가지로 프랜차이지도 프랜차이저에 대하여 신뢰에 기한 예측 가능한 사업경영을 하여야 할 의무를 부담하고 있다. 따라서 가맹점이 제3자에 대하여 프랜차이즈를 양도하고자 할 때는 먼저 가맹본부에 대하여 그 양도를 승인하여 줄 것을 요구할 수 있고,

35) 국내 프랜차이즈가 단명하고 있는 것은 이러한 후속 상품의 개발이 시의적절하게 이루어지지 않고 있기 때문이다. 새로운 프랜차이즈 상품의 개발될 수 있도록 R&D 활성화를 위한 정책이 필요하다.

프랜차이저가 그 양도에 대하여 승인을 거절하는 경우는 프랜차이저가 직접 그의 사업을 양수하여 줄 것을 요구할 수 있게 된다. 프랜차이즈 사업을 양도하는 경우에 프랜차이저가 양수 받는 제3자에게 수수(授受)할 수 있는 것이 양도비용이다. 프랜차이즈의 양도과정에서 프랜차이저는 새로운 프랜차이즈에 대한 계약, 전대계약(轉貸契約)의 준비, 양수인의 핵심 직원에 대한 훈련비 등이 소요된다. 프랜차이즈 양도비는 이러한 서비스에 대한 비용을 보상하는 것이다.³⁶⁾ 이 양도비는 현실적으로 지급된 초기 비용과 공식적으로 인정되는 영업권 전부에 대한 일정액에 대하여 인정할 수 있다.³⁷⁾

⑤ 계약갱신비(Franchise Renewal Fees = RF)

프랜차이즈 계약은 특별한 사정이 없는 계약의 갱신을 요구할 권리가 있다. 계약을 갱신하기 위해서는 갱신비와 소모비용을 지급하여야 한다. 이 비용 속에는 점포 개량에 따른 감독비, 종업원 재교육비, 갱신계약 체결에 추가로 소요되는 비용 등을 포함하고 있으며, 경우에 따라서는 추가로 갱신되는 기간 동안의 상호사용권이나 기타 다른 권리사용기간을 연장하는데 따른 비용을 포함한다.³⁸⁾

가맹본부가 가맹점에 대하여 경영분석, 광고, 매뉴얼 개발, 새로운 판매기법의 개발 등을 통하여 매출 증대에 기여하였다는 것을 입증하여야 하므로, 프랜차이저가 이를 수치화 하여 제시하도록 할 경우에 프랜차이저로서는 상당한 어려움이 따르게 된다. 상당한 규모의 프랜차이저가 아닌 경우는 이러한 능력을 기대할 수 없으므로 선불리 RF를 인정할 경우, 프랜차이저가 정당하게 프랜차이즈의 매출 증대에 기여하지 못하였으면서도 RF만을 요구하는 사례가 발생할 가능성도 있다. 그러나 회계, 전산 시스템 이용료(현재 부동산 프랜차이즈 등 몇 가지 사례의 경우는 전산 시스템 이용료를 받고 있다) 등의 경우는 업계에서 이미 RF를 받고 있기 때문에 국내 프랜차이즈 업계의 일부에서 IFF만 받고 있고, RF는 받지 않고 있다는 주장은 진실하지 못하다. 이 문제를 해결하기 위해서는 영세한 가맹본부의 경영능력을 제고하고 신장시키는 것이다. 경영능력과 규모를 신장시키는 것은 재정적인 뒷받침이 필요하다. 그러나 영세한 가맹본부가 이에 대처하는 것은 쉽지 않기 때문에 사업자단체 차원에서 전문 인력을 확보하고, 회원사에 대하여 각종의 지원을 하는 정책이 필요하다. 가맹거래사가 이러한 역할을 수행할 수 있을 것이다.

3. 영업구역에 관련된 문제

위에서 설명한 것처럼 프랜차이즈는 쌍무·유상의 계약으로, 가맹점은 가맹본부로부터 프랜차이즈 시스템을 구매하는 것이며, 계약으로 영업구역을 확정하는 경우는 그 구역에 대한 영업권을 아울러 매

36) Ross A. McCallum, Franchising: An Accounting, Auditing, and Income Tax Guide (John Wiley & Son, Inc., 1993) at 49.

37) Id.

38) Id.

입하는 것이다. 최초로 가맹점이 입점하는 구역은 당해 프랜차이즈로서는 이미 개발된 구역이 아니라 새로이 홍보하고 광고하여야 할 구역이다. 가맹본부의 전국적인 광고·홍보 외에도 가맹점이 별도의 비용과 노력을 투입하여 광고와 홍보를 통하여 매출을 신장시킨다. 이 상태에서 가맹본부가 해당 구역 내에 새로운 가맹점을 입점 시킬 경우, 기존의 가맹점은 매출이 감소되고 신규 출점하는 가맹점은 기존의 가맹점의 매출에 무임승차하는 효과를 보게 된다. 기존 가맹점의 매출은 자신의 재산과 노력을 출연(出捐)한 대가이며, 그 효과를 약탈당하는 것은 공정하지 못하기 때문에 이에 대한 보상이 주어져야 한다. 영업구역에 관해서는 가맹계약서에서 영업구역을 지정한 경우와 계약 당시 지정하지 않은 경우를 나누어서 검토한다.³⁹⁾

(1) 계약서에서 영업지역을 정하고 있는 경우

계약서에서 영업지역을 정하고 있는 경우, 가맹본부가 기존 가맹점의 영업지역에 신규 출점하는 것은 계약 위반이 되므로 계약의 내용에 따라 영업구역은 보호된다. 따라서 계약을 위반하여 신규 출점을 하는 경우, 그로 인하여 기존의 가맹점이 피해를 입었다면 그 손해를 배상하는 것이 당연하다. 미국 아이오와 주법은 이러한 입장을 취하고 있다. 계약상 영업구역이 명확하지 않은 경우는 지리적 근접성보다는 기존 가맹점에 미치는 영향을 기준으로 하는 경우가 보다 타당하리라고 본다.

(2) 계약서에서 영업지역을 지정하지 않은 경우

계약서에 영업지역을 지정하지 않은 경우, 가맹본부가 기존 가맹점의 영업구역 내에 신규 출점을 하고자 할 경우는 기존의 가맹점이 신규로 출점시키려는 가맹점과 동일한 조건으로 하는 '우선구매권'을 부여할 필요가 있다. 가맹본부로서는 경쟁 브랜드와 경쟁하기 위한 경영전략 상의 필요에 의하여 신규 출점을 강행할 수밖에 없지만, 기존 가맹점을 보호하기 위하여 신규 출점을 하지 못하는 경우는 기존 가맹점도 보호하면서 경영전략을 추구할 수 있는 상생의 목표를 달성할 수 있게 된다.

(3) 판매대금교부제의 도입

가맹본부가 경영전략상 불가피하게 직영점 또는 신규 출점을 하여 기존 가맹점의 매출 감소가 있는 경우는 매출 감소에 따른 손해를 보상하도록 하여야 한다. 미국 아이오와 주법에서는 손해를 보상할 것을 명시하고 있다. 즉, 판매대금교부협정(Pass-over Payment) 제도를 도입하는 것이다. 판매대금교부협정은 다른 가맹점의 판매구역에 상품을 판매한 가맹점이 그 상품의 판매로부터 얻은 수입 중에서,

39) 이하의 내용은 김영균, "가맹점경합출점에 관한 소고", 법학연구, 부산대학교 법학연구소, 2009. 2., 375면.

그 구역의 가맹점이 상권 개발을 위하여 지출한 판촉비용과 용역비용 등을 보상해 주는 것이다. 이 비용은 가맹점이 상권의 개발과 상품의 판매 촉진을 위하여 지출한 광고판촉비 등에 대한 보상이며, 그와 관련된 어떠한 비용도 궁극적으로는 상품의 매상을 늘리는데 기여하기 때문이다. 이 때 배상액은 아이오와 주법을 참고할 수 있을 것이다. 즉, 새로운 판매점을 개장하기 직전으로부터 12개월 간의 총매출을 기준으로 하되, 새로운 판매점이 12개월간 매출액의 6%를 상회하지 않은 범위 내에서 배상하여야 한다(동법 §6 a.2).

(4) 거래상 지위 남용 조항의 명시

가맹본부가 기존 가맹점의 피해에 대한 보호조치를 하지 아니하고 경합점(競合店)을 출점하여 기존의 가맹점이 매출 감소 등의 피해를 입은 경우는, 이를 “거래상 지위 남용으로 본다”는 규정을 두는 것이다. 가맹본부가 경쟁 브랜드와 경쟁하기 위하여 기존 가맹점의 반발에도 불구하고 경합점의 출점을 강행하여야 할 필요가 있을 것이다. 신규 출점에 의하여 기존 가맹점의 수익이 침해되는 경우는 문제가 될 수 있지만, 신규 출점이 있더라도 기존 가맹점의 이익에 영향을 미치지 않은 경우는 특별히 문제 삼을 이유가 없다. 따라서 이러한 경우에 신규 출점에 따른 기존 가맹점의 매출 손실이 발생한 경우, 이를 거래상 지위 남용으로 봄으로써 가맹점의 피해를 구제할 수 있을 것이다.

4. 이익배려 조항의 신설

모든 가맹본부는 가맹점이 이익을 실현할 수 있도록 배려하여야 한다. 자본주의 시장경제 체제 하에서 모든 상품은 시장의 자동조절기능에 의하여 가격이 결정된다. 일반적으로 시장에서 상품을 구입하는 자는 당연히 상품의 가치를 구입하는 것이며, 상품의 사용가치가 없다면 그 상품을 구입할 이유가 없다. 가맹사업은 그 자체로 하나의 단위상품을 구성하며, 가맹점사업자는 프랜차이즈 시스템을 대가를 주고 구입하게 된다. 가맹점사업자가 프랜차이즈 시스템을 구입하는 것은 가맹점의 이익을 실현하려는 데 목적이 있다. 이 이익을 실현할 수 없는 프랜차이즈는 이미 상품으로서의 가치를 상실한 것이다. 가맹본부는 가맹점으로부터 로열티 혹은 수수료를 받고 가맹본부의 영업방침과 운영 매뉴얼에 따라 영업지도를 받는 유상·쌍무의 계속적 구매계약관계에 있기 때문에 가맹본부의 영업방침에 크게 좌우된다. 이와 같은 대가적 거래관계에서 상대방의 이익을 실현하기 위하여 노력하고 배려하여야 하는 것은 당연하다. 그러므로 가맹본부는 가맹점이 이익을 구현할 수 있도록 배려할 의무가 있다. 가맹본부의 이익 극대화를 위하여 가맹점의 이익을 희생시켜서는 아니 될 것이다. 따라서 현행 가맹사업법 제5조의 ‘가맹본부의 준수사항’의 하나로 가맹본부가 가맹점이 이익을 실현할 수 있도록 노력할 의무를 부과하여야 한다.

V. 「가맹사업진흥에 관한 법률」

가맹사업의 진흥에 필요한 사항을 정하여 가맹사업 발전의 기반을 조성하고, 가맹사업의 경쟁력을 강화함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 2007년 12월 21일 「가맹사업진흥에 관한 법률」이 법률 제8761호로 제정되어, 2008년 6월 22일 시행되게 되었다. 그 후 2차에 걸쳐 개정하여 현행의 법률로 시행되고 있다.

필자는 2005년 지식경제부(당시 산업자원부 산하의 유통물류진흥원)로부터 「가맹사업진흥에 관한 법률」 제정을 위한 연구용역을 수주 받아 '건전프랜차이즈 육성방안 연구' 라는 연구보고서를 제출하였다. 연구용역보고서에는 전통문화·식품을 상품으로 하는 가맹본부의 육성, 여성가맹사업자, 북한이탈주민, 장기복무군인, 장애인, 국가유공자, 북한지역 진출 가맹사업자, 중소기업·서비스업의 프랜차이즈화 등에 대한 지원·육성과 가맹사업의 해외 진출 지원 등에 대하여 제안하였지만,⁴⁰⁾ 현행 「가맹사업진흥에 관한 법률」에서는 이 부분에 대한 내용이 포함되지 않아 아쉽게 생각한다.

지식경제부의 정책에 따른 것으로 생각되지만, 프랜차이즈 사업의 특성이나 장점 등을 고려할 때 가맹사업이야말로 전통문화·식품을 상품으로 하는 가맹사업, 여성가맹사업자, 북한이탈주민, 장기복무군인, 장애인, 국가유공자, 북한지역 진출 가맹사업자에 대한 육성 혹은 지원책으로 가장 적합한 분야가 아닌가 생각한다.

또한 프랜차이즈 계약은 계속적 계약관계이기 때문에 가맹본부는 가맹점이 지속적인 사업을 영위할 수 있도록 하기 위하여 끊임없이 새로운 아이디어와 상품 및 서비스를 개발하여 후속적인 지원을 하여야 하지만, 국내 프랜차이즈 사업의 몇 개 업체를 제외하고는 대부분이 프랜차이즈 사업의 수명이 짧아 가맹점이 안정적이고 지속적인 사업운동을 기대하기 어려운 경우가 많이 있다. 이는 가맹본부의 역량 부족에서 비롯되는 경우가 많다.

따라서 그 육성정책으로는 새로운 가맹사업기술의 개발 및 보급을 위한 정책과⁴¹⁾ 함께 가맹사업 창업 아이디어의 사업화 지원 및 개발된 프랜차이즈 아이디어가 사장(死藏)되는 것을 막기 위한 프랜차이즈 아이디어를 중개할 수 있는 수단과 방법이 모색되어야 할 것이다. 가맹사업은 무엇보다도 건전한 가맹본부를 육성하는데 가맹사업의 성패가 달려있다고 하여도 지나친 말이 아니라고 생각한다.

40) 김영균/엄규석/김장식, 「건전프랜차이즈 육성방안」, 2005. 11., 108~110면.


41) 김영균 외, 전제 육성방안, 107면.

VI. 결론

가맹사업은 국제적 경향을 갖고 있다. 1955년에 창업한 미국의 외식업 프랜차이즈인 맥도널드는 2000년경에 이르러 신규 개설하는 가맹점의 90%가 외국에서 이루어졌다. 맥도널드는 해외에 진출하는 프랜차이즈에 대하여 철저하게 현지화를 추진하고 있으며, 신규 가맹점 개설 이후에는 프랜차이즈를 전수한 직원들을 본국으로 철수시키고 로열티를 받는 방식으로 프랜차이즈 사업을 전개하고 있어, 지식산업으로서의 프랜차이즈의 가능성을 보여주고 있다.

한편, 프랜차이즈는 프랜차이즈 패키지와 더불어 문화를 수출하는 역할도 수행하고 있다. 우리나라의 프랜차이즈는 가맹사업법을 제정한 이후부터 본격적으로 공정한 거래질서의 틀 속에서, 기망적이고 약탈적인 영업방식이 아니라 프랜차이즈 원래의 기법을 발굴하려는 노력을 보이고 있지만, 여전히 프랜차이즈 사업이라는 이름 하에 많은 가맹점들이 희생당하고 있는 실정이다.

실제로 프랜차이즈라는 이름으로 이루어지는 사업의 상당 부분이 프랜차이즈라는 이름을 빌었을 뿐 프랜차이즈로서의 시스템을 갖추지 못한 경우가 대단히 많고, 프랜차이즈 사업을 시작한 많은 사람들이 피해를 입고 있다. 프랜차이즈의 개념조차 이해하지 못한 채 가맹사업을 하는 경우도 허다하다. 현재의 가맹사업의 법적 환경의 틀 속에서는 어떤 가맹점도 이익을 낼 수 없게 되어 있다.

프랜차이즈 사업은 상생의 원리가 가장 강하게 요청되는 사업이다. 가맹본부는 가맹점이 운영 매뉴얼에 따라 운영하였을 경우에 이익을 낼 수 있도록 프랜차이즈 시스템을 완벽하게 구축하여 프랜차이즈를 판매하여야 하고, 가맹점은 가맹본부의 운영 매뉴얼에 따라 충실히 운영하려는 노력이 있어야 한다. 프랜차이즈 관련 법제도도 이러한 인식 하에서 운용되어야 한다. 

※ '참고문헌'은 생략합니다.

4) 김영균 외, 전계 육성방안, 107면.