

프랜차이즈에 關聯한 競爭法的 研究

金斗鎮*

차 례

I. 서 언

II. 프랜차이즈계약의 기본개념과 특징

1. 프랜차이즈계약의 기본개념
2. 프랜차이즈의 특징
3. 프랜차이즈에 대한 기존의 법적 규제

III. 프랜차이즈에 關聯한 경쟁법적 규제

1. 프랜차이즈 가맹사업자의 시장지배력
2. 개별적 경쟁법적 쟁점

IV. 결 어

* 韓國法制研究院 副研究委員, 法學博士

I. 서 언

프랜차이즈(franchise)는 널리 가맹사업이라고 번역되는 것으로 자동차 판매점, 주유소, 레스토랑, 패스트푸드점, 호텔 등의 상품과 서비스의 유통의 한 방식으로서 오늘날 주요한 역할을 하고 있다. 우리나라에는 1994년 현재 패스트푸드 등의 외식업과 소매업, 서비스업 등 30개 업종에 걸쳐서 약 350개의 본부업체와 1만5천개의 가맹점포들이 있다.¹⁾ 또한 정부에서도 프랜차이즈 분야의 발전을 위하여 적극적으로 지원할 계획에 있다.²⁾ 아울러 정부에서는 가맹사업의 공정한 거래질서를 확립하고 가맹본부와 가맹점사업자가 대등한 지위에서 상호보완적으로 균형있게 발전하게 함으로써 소비자후생의 증대와 국민경제의 건전한 발전에 이바지할 수 있도록 하기 위하여 가맹사업거래의 공정화에관한법률(안)(이하 “가맹사업법안”으로 지칭함)을 입법하기 위하여 추진 중이다.³⁾ 프랜차이즈계약은 가맹사업자가 가맹계약자를 지도·통제하는 관계

1) 최성근·정궁식, “프랜차이즈 관행에 관한 연구”, 한국법제연구원, 1994, 15면.

2) 산업자원부는 “체인사업 정상화 3개년 계획”을 수립해 2002년부터 추진하기로 하고, 우수사업자에 대해서는 가맹점 정보시스템 도입 등에 필요한 비용의 절반을 국고에서 지원하기로 했다. 또 2004년까지 10만개 이상의 프랜차이즈 가맹점 창업을 유도하고 우수한 프랜차이즈는 벤처기업으로 인정해주는 방안도 검토하기로 했으며, 우수 프랜차이즈 인증제 도입과 연간 3천여명의 중소상인을 대상으로 한 연수사업도 벌일 방침이라고 한다. 2001.11.5. 한겨레신문.

3) 그 주요내용은 가맹본부에게 가맹본부의 사업현황, 임원의 경력, 가맹점사업자의 부담 내역 등의 가맹사업과 관련된 주요사항을 담은 정보공개서의 사전제공의무규정(가맹사업법안 제7조), 가맹본부의 가맹희망자에 대한 가맹계약서의 교부의무에 관한 규정(동 제11조), 가맹점사업자에 대하여 상품 또는 용역의 공급 및 영업의 지원 등을 부당하게 중단 또는 거절하거나 그 내용을 현저히 제한하는 행위(동 제12조제1호)·가맹점사업자가 취급하는 상품 또는 용역의 가격, 거래상대방, 거래지역이나 가맹점사업자의 사업활동 등을 부당하게 구속하거나 제한하는 행위(동 제2호)·거래상의 지위를 이용하여 부당하게 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위(동 제3호)·그 밖에 가맹사업의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 행위(동 제4호) 등의 불공정한 거래행위의 금지에 관한 규정, 가맹본부가 가맹계약을 갱신 또는 연장하지 아니하는 경우에는 계약만료일로부터 90일 이전에 가맹점사업자에게 그 사실을 서면으로 통지하도록 하고 통지하지 아니한 경우에는 종전 가맹계약과 동일한 조건으로 다시 가맹계약을 체결한 것으로 간주하는 규정(동 제14조), 가맹본부나 가맹점사업자가 파산, 사업장의 몰수 등 가맹사업의 거래를 지속하기 어려운 경우에는 가맹본부 또는 가맹사업자는 가맹계약을 해지할 수 있도록 하고, 가맹본부가 가맹점사업자의 의무사항위반에 대하여 1월 이상의 유예기간을 두고 2회 이상 문서로써 시정을 요구하였음에도 위반행위를 계속한 경우에는 가맹계약을 해

즉 계약당사자간에 힘의 우열관계를 그 기본 속성으로 하고 있기 때문에 경쟁 법적으로 불공정한 사례가 발생할 가능성이 매우 크다.⁴⁾

본 고에서는 프랜차이즈의 가맹사업자와 가맹계약자간의 내부관계에서 발생하는 경쟁의 자유의 보장에 관한 법적 문제-특히 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “독점규제법”으로 지칭함)의 적용과 관련한 몇가지 쟁점을 중심으로-에 관하여 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 프랜차이즈계약의 기본개념과 특징

1. 프랜차이즈계약의 기본개념

프랜차이즈는 타인의 상표, 서비스표, 상호, 간판 그 밖의 영업표지를 사용하여, 그 타인의 지도와 통제하에 특정한 사업을 배타적으로 영위할 수 있는 권리를 의미한다.⁵⁾ 이 경우 프랜차이즈를 부여하는 자를 franchisor(프랜차이즈설정자, 가맹사업자 또는 가맹본부, 이하에서 “가맹사업자”로 지칭함)라고 하고, 프랜차이즈를 부여받는 자를 franchisee(프랜차이즈이용자, 가맹계약자, 가맹상 또는 가맹점사업자, 이하에서 “가맹계약자”로 지칭함)라고 한다.

독점규제법 제23조제1항에서 금지하고 있는 불공정거래행위가 가맹사업에서 발생한 경우 동법을 적용함에 있어, 가맹사업의 거래특성을 고려하여 불공정거래 여부를 판단할 수 있는 기준을 제시하기 위하여 공정거래위원회가 고시한 가맹사업의 불공정거래행위의 기준(이하 “가맹사업고시”로 지칭함)(제정 1997.2.1. 공정거래위원회고시 1997-4호, 개정 1998.12.31. 공정거래위원회고시 1998-19호)에서는, 프랜차이즈, 즉 가맹사업은 가맹사업자가 다수의 가맹계약자에게 자기의 상표, 상호, 서비스표, 휘장 등을 사용하여 자기와 동일한 이미지로 상품판매, 용역제공 등 일정한 영업활동을 하도록 하고 그에 따른 각종 영업의 지원 및 통제를 하며, 가맹계약자는 가맹사업자로부터 부여받은 권리 및 영업상 지원의 대가로 일정한 경제적 이익을 지급하는 지속적인 거래관계를 말한다(가맹사업고시 제2조제1호)고 규정하고 있다.

지할 수 있도록 하는 규정(동 제15조) 등을 담고 있다.

4) 최영홍, “프랜차이즈계약의 불공정성”, 『공정거래법강의Ⅱ』(권오승 편), 법문사, 2000, 401면.

5) 가맹사업법안 제2조제1호.

프랜차이즈계약(franchise agreement)은 가맹사업자와 가맹계약자간에 체결되는데, 그 주된 내용으로 가맹계약자가 가맹사업자의 상표, 서비스표, 상호, 간판 그 밖의 영업표지를 사용하여 일정한 종류의 상품이나 서비스를 배포 또는 공급하기로 하는 것과 전자가 후자에게 그 부여받은 권리와 영업의 지도 등에 대한 대가, 즉 가맹료(franchise fee)를 지급하기로 하는 것 등을 포함하는 계속적 상사계약을 의미한다고 할 수 있다. 가맹계약자가 가맹사업자에게 지급하는 가맹사업과 관련하여 부여받은 권리와 영업의 지도 등에 대한 대가는 명칭이나 지급형태에 불구하고 가맹사업고시상 가맹료로 본다(동 제2조제6호).

가맹사업자로부터 가맹사업에 관련된 포괄적 권리를 제3자에게 부여할 수 있는 권리를 얻은 자를 중간가맹사업자(subfranchisor)라고 하며, 원칙적으로 이들은 가맹사업자의 대리인이나 대리상에 해당하지만, 만일 이들이 자신의 계산으로 다수의 가맹계약자를 모집하여 별도의 가맹사업을 하는 경우에는 그의 가맹계약자에 대한 관계에서는 가맹사업자로 취급된다(가맹사업고시 제2조제3호).

2. 프랜차이즈의 특징

프랜차이즈는 다음과 같은 순기능과 역기능을 가진다. 이 같은 프랜차이즈의 순기능과 역기능은 동시에 나타날 수도 있다.

(1) 프랜차이즈의 순기능

상품과 서비스의 유통의 한 방식으로서의 프랜차이즈는 개별적 거래(예컨대 제조업자의 딜러에 대한 상품의 1회의 판매), 수직적 통합(예컨대 제조업자가 직매점을 보유하는 형식) 등과 구별된다.

프랜차이즈에서는 가맹사업자가 가맹계약자의 사업방식, 인테리어·종업원의 유니폼 등 매장의 스타일, 상품의 통일성 등에 대한 지배권(control)을 가진다. 가맹사업자는 이 지배권을, 프랜차이즈 영업권의 확장과 프랜차이즈 시스템을 증대시키면서, 표준적 품질기준을 보장하기 위하여 행사할 수 있다.

프랜차이즈는 가맹사업자와 가맹계약자 양자는 물론 소비자에게 혜택을 주는 효율성증대효과가 있다.

가맹사업자의 관점에서는 두 가지 잠재적 효율성이 있다. 첫째, 수직적 통합 사업체보다 더 빠르고 저비용으로 딜러 매장의 네트워크를 형성하는 자본을 증가시킬 수 있고, 둘째, 투자자에 의해 소유와 운영되는 매장에서부터 경영 에너지와 헌신적 운영을 이끌어낼 수 있다.⁶⁾ 후자를 통하여 가맹사업자에 대한 주된 이득인 소유자가 경영하는 매장연쇄점으로부터의 활발한 사업운영과 가맹료 수입이 보장된다.⁷⁾ 프랜차이즈 시스템이 잘 운영되면, 가맹사업자는 가맹계약자와의 상호간의 이익을 위해서 매장의 수익을 증가시키기 위해 가맹계약자와 조화적으로 일한다. 가맹계약자는 통상 프랜차이즈 상호로 판매되는 상품과 용역의 수익의 일정비율을 가맹료로 지급한다. 가맹료는 가맹사업자와 가맹계약자의 재정적 이익을 정렬시키는 데 도움을 준다. 즉 가맹계약자의 손에 보다 많은 이익이 생기면, 보다 많은 가맹료가 가맹사업자에게 지급된다.

가맹계약자의 관점에서 실질적인 잠재적 효율성 이득이 있다. 즉 확립된 프랜차이즈 시스템에 투자할 때에는, 가맹계약자는 가맹사업자의 상표권, 표준과 수반된 영업권 등을 통하여 사업상 위험을 낮출 수 있고, 또한 가맹사업자로부터 훈련, 조언, 지원 등을 받을 수 있다.⁸⁾

(2) 프랜차이즈의 역기능

가맹사업자는 프랜차이즈시스템에 많은 투자를 하긴 하지만, 개별 프랜차이즈 매장에 자본을 투자하는 것은 가맹계약자만인 경우가 대부분이다. 즉 직영매장을 제외하고는 개별 매장에 대해서 가맹사업자는 지분을 가지고 있지 않은 경우가 대부분이다. 그러나 그 매장의 지배 중 많은 부분은 가맹사업자에게 있다. 이러한 배분은 프랜차이즈의 관점에서는 불가피하지만, 소유권자가 지배한다는 자유 기업주의의 규범에는 배치될 수 있다. 자유 기업주의를 지지하는 취지에서, 일찍이 Easterbrook와 Fischel은 “그들의 신뢰를 현금을 가지고 후원하는 사람들은 옳다. 그들은 실수를 회피해야 할 이유가 있다.”는 점을 지적한 바 있다.⁹⁾ 이처럼 주된 이해당사자의 지배하에 마케팅결정을 유

6) Dale F. Rubin, “The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract”, *J.L. & Econ.*, Vol. 21, pp. 226~30(1978).

7) Benjamin Klein & Lester F. Saft, “The Law and Economics of Franchise Tying Contracts”, *J.L. & Econ.*, Vol. 28, p. 350 n.20(1985).

8) D. F. Rubin, *op.cit.*, p. 230.

9) Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of*

지시하는 것이 바람직한 가장 강력한 이유 중 하나는 이러한 접근방법이 경쟁을 왜곡하는 부패나 관련된 시장 왜곡을 최소화하기 때문이다.

프랜차이즈에 있어서는 대리인비용(agency cost)이 발생할 수 있다. 즉 가맹사업자는 가맹계약자를 가맹계약자와 소비자 및 가맹계약자에 대한 효율적인 외부의 상품 및 서비스 공급자 등에게 손해를 입힐 수 있는 경쟁왜곡적 선택을 하도록 이기적으로 구속함으로써, 좋지 않은 대리인으로서 행위할 수도 있다. 가맹사업자가 받는 가맹료는 본인의 판매액의 일정한 부분을 보상으로 일정한 용역을 제공하는 대리인에게 지급되는 수수료와 보다 유사하다. 자신의 추가적인 자본을 투자하지 않고 수익을 올리는 대리인처럼 가맹사업자는 효율성을 훼손하고 자신의 호주머니로 부를 이전시키면서, 그들의 본인인 가맹계약자들의 이익에 반하는 방식으로 행동할 수 있는 것이다. 프랜차이즈에 있어서 주된 이해관계자가 아닌 가맹사업자에게 맡겨진 채고정리, 가격결정 및 마케팅결정 등의 권한은 경쟁왜곡 행위에 대한 유인을 증가시킨다. 그러나 가맹사업자는 시장지배력을 갖고 있지 않다면 가맹계약자에게 경쟁왜곡행위를 하도록 지시할 수 없다.

가맹사업자 이익의 일부는 가맹계약자, 상위의 공급자, 하위의 고객 등의 손해를 초래하도록 남용될 수 있는 시장지배력의 생성이나 이용을 통하여 얻어진다. 가맹사업자의 시장지배력 남용은 때때로 가맹사업자의 기회주의로 지칭된다.

가맹계약자의 측면에서의 역기능으로는 무임승차행위의 가능성이 있다. 가맹계약자가 각 매장의 소유권을 갖는 것은 가맹사업자로 하여금 상품의 혁신적인 판촉활동에 종사하게 하도록 함과 동시에, 가맹계약자에게 비용을 절감하기 위해서 자기 매장을 프랜차이즈 전체의 기준을 지키지 않고 가맹사업자의 평판으로부터 혜택을 보려고 할 가능성이 있는 것이다. 가맹계약자의 이러한 무임승차행위는 당해 가맹계약자의 매장에 고정고객이 적을 때 심한 것으로 생각되고 있다.¹⁰⁾ 따라서 이를 막기 위해서 가맹사업자가 시스템에 대하여 행사하는 지배는 프랜차이즈 효율성의 핵심의 하나이다. 표준적 품질의 수준이 유지되지 않으면, 하나의 매장에서 부정적 경험을 한 소비자는 전체 연쇄망을 피하게 될 것이기 때문이다. 그런데 프랜차이즈시스템의 비용으로 가

Corporate Law, Cambridge : Harvard University Press, 1991, p. 31.

10) B. Klein & L. F. Saft, *op.cit.*, pp. 349~51.

맹계약자가 무임승차하는 데에는 한계가 있다. 예컨대 저질의 상품이나 용역을 제공하는 패스트푸드매장은 프랜차이즈시스템에 영향을 주는지에 무관하게 그 자체의 영업손실을 보아야 하게된다. 또한 가맹사업자의 지배의 행사에는 실질적인 부정적 요소들이 있다. 심지어 좋은 동기로 가맹사업자가 부과한 요구조건들도 가맹계약자의 평판에 이로울 가맹계약자의 창조적 주도권을 위축시킬 수 있기 때문이다.

3. 프랜차이즈에 대한 기존의 법적 규제

(1) 상법, 유통산업발전법 등에 의한 규제

상법 제46조는 제20호에서 “상호·상표등의 사용허락에 의한 영업에 관한 행위”를 기본적 상행위로 규정하고 있다. 이 조항이 프랜차이즈에 관한 규정이며, 그 개념요소의 일부를 적시하고 있다.

유통산업발전법은 제2조제14호에서 프랜차이즈를 포함하는 “체인사업”의 정의를 내리고 있고,¹¹⁾ 동법시행령 제5조에서는 체인사업의 종류를 직영점형 체인사업, 프랜차이즈형 체인사업, 임의가맹점형 체인사업, 조합형 체인사업 등으로 분류하고 있다.¹²⁾ 이 가운데 1호의 체인본부의 직영점은 프랜차이즈

11) “체인사업”이라 함은 동일업종의 다수의 소매점포를 직영(자기가 소유하거나 임차한 매장에서 자기의 책임과 계산하에 직접 매장을 운영하는 것을 말한다)하거나 계약에 의하여 동일업종의 다수의 소매점포에 대하여 계속적으로 경영을 지도하고 상품을 공급하는 업으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다.

12) 법 제2조제14호의 규정에 의한 체인사업의 종류는 다음 각호와 같다.

1. 직영점형 체인사업

체인본부가 주로 소매점포를 직영하되 가맹계약을 체결한 일부 소매점포(가맹점)에 대하여 계속적으로 상품을 공급하며 경영을 지도하는 형태의 체인사업

2. 프랜차이즈형 체인사업

체인본부가 상호·판매가격·판매방법·매장운영 및 광고등에 관한 경영방식을 결정하고 가맹점으로 하여금 그 결정과 지도에 따라 운영하도록 하는 형태의 체인사업

3. 임의가맹점형 체인사업

체인본부의 경영지도에 의하여 가맹점의 취급품목·영업방식등을 표준화하거나 체인본부의 경영지도에 의하여 공동구매·공동판매·공동시설활용등 공동사업을 수행하는 형태의 체인사업

4. 조합형 체인사업

동일업종의 소매점들이 중소기업협동조합법 제3조의 규정에 의한 중소기업협동조합을 설립하여 공동구매·공동판매·공동시설활용등 사업을 수행하는 형태의 체인사업

에 해당하지 않는다. 시·도지사는 체인사업자중 산업자원부령이 정하는 요건을 갖춘 자를 지정체인사업자로 지정할 수 있고(동법 제41조제1항), 그 지정요건 및 지원등에 관하여 필요한 사항은 중소기업청장이 정하여 고시한다(동조제2항). 산업자원부장관·중소기업청장 또는 시·도지사는 중소기업기본법에 의한 중소기업인 지정체인사업자가 체인점포의 시설개선·체인사업자와 체인점포간의 유통정보화·集配送施設의 설치·자기부착상품의 개발 및 물류표준화 및 공동화 등의 사업을 추진하는 경우에는 필요한 자금등을 지원할 수 있다(제43조). 시·도지사는 지정체인사업자가 제41조제2항의 규정에 의한 지정요건에 미달하거나 6월 이상 계속하여 휴업한 때에는 그 지정을 취소할 수 있다(제45조).

(2) 소비자보호법, 약관의규제에관한법률 등의 규제

가맹계약희망자가 소비자 보호법에서의 소비자에 해당되는가 하는 문제가 있다. 미국판례 가운데, 가맹계약자가 가맹사업자로부터 유형적 상품 또는 부품을 공급받는 경우에는 당해 가맹계약자가 소비자보호에 관한 주법에 규정된 소비자에 해당된다고 판시한 주법원 판례가 있다.¹³⁾ 이에 대해서 우리나라 소비자보호법의 적용대상이 되는 소비자의 개념은 “사업자가 제공하는 물품이나 용역을 소비생활을 위하여 최종적으로 사용하거나 이용하는 자 또는 대통령령이 정하는 자”이고(제2조제2호), 이러한 소비자의 개념에는 “제공된 물품을 원재료 또는 중간재나 자본재로 사용하는 자”는 포함되지 않으므로(동시행령 제2조제1호), 소비자보호법은 원칙적으로 프랜차이즈에의 적용이 부정된다.¹⁴⁾

13) 텍사스의 기망적거래규제 및 소비자보호에 관한 법률(Deceptive Trade Practices-Consumer Protection Act)의 해석에 있어서 이용권자가 소비자에 해당된다고 판시되고 있다고 한다: John G. Lewis, “Franchise litigation in Texas: Analysing claims and defenses”, *St. Mary's L.J.*, Vol. 19, 1988, p. 677. 정상조, “프랜차이즈계약의 법적 문제점”, 「법학」(서울대학교 법학연구소) 제38권 1호, 각주 6(1997).

14) 정상조, 전제논문, 동면. 이 입장에서는, 패스트푸드에 관한 프랜차이즈계약을 체결하여 영업을 하는 경우와 같이 원재료를 공급받아서 가공 등의 방법으로 재판매하는 경우에는 가맹계약자를 우리나라 소비자보호법상의 소비자로 보기 어려운 측면이 있으나, 단 순유통영업에 관한 프랜차이즈계약에서와 같이 가맹사업자가 계약자에게 영업비밀을 제공해 주고 직원연수 또는 지도만을 해 주는 경우에는 계약자가 그러한 “용역”의 최종소비자로서 소비자보호법상의 소비자에 해당된다고 해석될 수 있을 것이라 한다.

약관의규제에관한법률(이하 “약관규제법”으로 지칭함)은 약관이 사업자의 상대방으로서 적용되는 고객을 “계약의 일방당사자로서 사업자로부터 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안받은 자”로 정하고 있으므로 프랜차이즈관계에도 적용이 된다. 따라서 프랜차이즈의 약관이 명시·설명되지 않은 경우에는 가맹사업자는 당해 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다(약관규제법 제3조). 또한 공정성을 잃은 내용의 프랜차이즈 약관조항은 무효이다(동 제6조 이하 제16조).

아래에서는 항을 바꾸어 독점규제법에 의한 경쟁법적 규제에 관하여 상세하게 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 프랜차이즈에 關聯한 競爭법적 規制

1. 프랜차이즈 가맹사업자의 시장지배력

(1) 가맹사업자의 시장지배력의 발생원인

프랜차이즈관계에서의 가맹사업자는 흔하지는 않지만, 상품이나 용역의 경쟁 판매자들간에서의 지배적 지위 때문에 시장지배력을 보유할 수 있다. 제조업자인 독점자는 그 제조 상품이 유통과정에서 자신이 가장 효율적으로 배급할 수 있는 상품인 경우에는 유통을 지배하고 유통업자에 의한 독점이익의 할당을 최소화하는 방식으로서 프랜차이징을 선택할 수 있기 때문이다. 그러나 그러한 브랜드간의 시장지배력은 대부분의 프랜차이즈관련 시장지배력 남용사건과는 관련이 없다. 제조업자인 독점자는 자기에게 독점수익을 더 많이 올려줄 수 있도록 유통마진을 낮추기 위해 유통시스템상의 경쟁을 더 선호하지 프랜차이즈 시스템을 설립할 이유는 거의 없기 때문이다. 대신에 가맹계약자의 착취는 가맹사업자가 상대적 시장지배력을 보유한 경우에 발생할 가능성이 높다.¹⁵⁾ 여기에서 가맹사업자가 상대적 시장지배력을 보유한다고 할 때의 시장지배력은 가맹사업자의 거래품목에 제한된 브랜드내 시장지배력을 의미한다. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.사건에서 미국 연방대법원은 명시적으로 이러한 종류의 힘을 근거로 한 유효한 독점금

15) Warren S. Grimes, “Market Definition in Franchise Antitrust Claims : Relational Market Power and the Franchisor’s Conflict of Interest”, *Antitrust L.J.*, 1999, p. 243.

지청구가 가능하다는 것을 인정하였다.¹⁶⁾

가맹사업자의 상대적 시장지배력은 가맹계약자에게 추가적 용역을 보상 없이 제공하도록 강요할 능력이나 가맹계약자가 원하지 않는 상품이나 용역을 구매하도록 강요할 능력 또는 부과된 최고재판매가격하에서 보다 낮은 마진을 승인하도록 강요할 능력으로 설명될 수 있다. 프랜차이즈 가맹사업자의 상대적 시장지배력을 발생시키는 원인으로는 다음 3가지의 프랜차이즈의 속성들이 지적된다.¹⁷⁾

(i) 공급망을 유지하는데 적정하게 투자된 가맹계약자의 매몰비용(예컨대 가맹사업자에게 지급된 반환받을 수 없는 가맹료나 인테리어비용 또는 프랜차이즈 매장 시설비 등).

(ii) 성적이 저조하거나 계약기간이 종료된 가맹계약자에게 추가적인 비용을 부과할 수 있는 가맹사업자의 능력(예컨대 가맹사업자가 지시한 검사에서 발생한 비용, 가맹계약자의 거래조건을 통제하는 가맹사업자의 권한).

(iii) 저조한 가맹계약자에게 수익성 높은 사업기회를 부정할 능력(예컨대 가맹계약자에게 공급되는 용역이나 가맹계약자에 의해 발견된 가치있는 재고에 대한 가맹사업자의 지배).

일단 가맹계약자가 프랜차이즈에 투자하면, 가맹계약자는 높은 매몰비용과 가맹계약자의 경영비용과 이익에 대한 가맹사업자의 지배에 의해서, 프랜차이즈 관계에 고착될 수 있다. 이러한 고착(lock-in) 때문에, 대부분의 가맹계약자들은 가맹사업자에 의해 부과된 높은 가격이나 재판매 마진의 상실에 직면해서도 자기들의 투자를 포기하기를 꺼리게 되는 것이다.

예컨대 *Milsen Co. v. Southland Corp.* 사건¹⁸⁾에서 제7순회법원은 가맹계약자는 저조한 가맹계약자에게 추가비용을 부과할 수 있다는 가맹사업자의 위협에 의해서 프랜차이즈 계약에 “고착될(locked-in)” 수 있다고 판시하였다. 원고인 가맹계약자들은 편의점을 경영하면서 가맹사업자에 의해 부과된 소모품의 끼워팔기와 최고재판매가격을 지키도록 강요되었는데, 법원은 “가맹사업자는 상점소유자들이 가맹비의 지급을 늦출 수 있도록 허용하고, 오직 어떤 상점주가 다른 브랜드의 유제품을 구매하거나 가맹사업자가 정한 최고 재

16) 504 U.S. 451, 463~64, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992).

17) Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul: West Group, 2000, p. 460.

18) 454 F.2d 363 (7th Cir.1971).

판매가격보다 가격을 올리는 경우에만 가맹비를 징수하였다. 가맹사업자의 이러한 관행은 효과적으로 원고 가맹계약자를 그들의 프랜차이즈가 그들이 가맹사업자의 판매 프로그램에 협조하는 한도에서만 안전한 상황으로 고착시켰다. 만일 이를 위반하면 가맹료 미지급 때문에 프랜차이즈가 종료될 것이라는 위협을 받았다.”고 판시하였다.¹⁹⁾

(2) 파생되는 경쟁법적 우려

가맹사업자의 시장지배력의 남용의 유형에는 가맹사업자의 과다모집, 가맹계약자로부터 징수한 광고비의 오용, 가맹계약자로 하여금 확장·혁신 또는 원하지 않는 상품의 인수 또는 재고의 유동화의 위험을 인수하도록 강요하는 것, 가맹계약자의 재판매가격 마진을 경쟁수준이하로 낮추도록 강요하는 것 등을 생각할 수 있다.

이러한 상대적 시장지배력 남용은 끼워팔기, 강요된 배타적 거래, 재판매최고가가격제한 및 독점화 등을 포함한 판매자측의 힘과 관련한 독점규제법위반이 될 수 있다.

그러나 가맹사업자의 상대적 시장지배력남용론에 대해서는 반대견해도 있다.²⁰⁾ 이러한 견해에 따르면, 가맹사업자는 새로운 가맹계약자가 프랜차이즈 계약을 체결하는 시점에 행사되는 계약자유에 의해서 억제되고, 일단 그 계약이 체결되면, 기존의 가맹계약자의 영업권과 신규 가맹계약자의 모집능력을 보유하기 위하여 그 평판을 유지하고자 하는 가맹사업자의 필요로 인해서 억제되기 때문에, 가맹사업자에 의해 보유된 영향력의 남용 가능성은 희박하다고 주장한다.²¹⁾ 또한 만일 독점금지나 다른 법적 규제 때문에 프랜차이즈의 유지비

19) *Id.* p. 368.

20) B. Klein & L. F. Saft, *op.cit.*, pp. 357~58(Stevens대법관의 Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 27, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984)에서의 다음과 같은 주석을 인용한다. “시장의 불완전성에 근거한 판매자의 힘은 추상적 의미에서의 시장지배력을 발생시킬 수 있다. 그러나 독점금지위반혐의의 인정을 정당화할 종류의 그것은 아니다.”); Benjamin Klein, “Market Power in Franchise Cases in the Wake of Kodak: Applzing Post-Contract Hold-up Analysis to Vertical Relationships”, *Antitrust L.J.*, Vol. 67, 1999, p. 283.

21) B. Klein & L. Saft, *op.cit.*, p. 356(가맹사업자는 추가적인 프랜차이즈 장소의 판매를 할 때 자기들의 평판을 걱정해야 하기 때문에 단지 가맹계약자의 기왕의 투자를 박탈하기 위하여 가맹계약자와의 계약을 해지하지는 않는다고 하였다).

용이 너무 높아지면, 가맹사업자는 보다 효율적인 조직형태인 프랜차이즈를 포기하고 수직적 통합이나 또 다른 덜 효율적인 조직형태를 선택할 것이고 그 결과 사회에 순 후생의 손실을 가져오게 될 것이라고 비판하는 주장도 있다.²²⁾

그러나 가맹사업자의 가맹계약자와의 거래에 있어서 시장지배력을 사용하고 자 하는 본래적인 유인이 존재하며, 가맹사업자의 계약자유와 가맹사업자의 평판을 유지하려는 필요는 가맹사업자의 남용의 잠재성을 완화하거나 제한할 것이지만, 가맹사업자는 그 가맹료, 매장을 운영할 라이선스의 획득과 유지를 위해 지급해야 하는 비용의 인하에 의해서 이러한 평판훼손에 대처할 수 있고, 가맹사업자는 또한 향후의 프랜차이즈의 판매를 보다 정보에 어두운 투자자를 목표로 함으로써 평판훼손의 충격을 피하려 할 수도 있다.²³⁾ 이러한 이유들 때문에 이들 완화하는 조건들은 매장소유자이자 가맹계약자가 중대한 사업상 결정에 대한 지배권을 상실한 것으로부터 생기는 왜곡된 유인을 완전히 보상하지는 못한다.²⁴⁾

2. 개별적 경쟁법적 쟁점

(1) 프랜차이즈 관련 독점규제법 적용상의 관련시장의 획정

프랜차이즈 독점금지 사건의 시장획정 접근방법에 관한 미국의 판례법에는 3가지 이론의 대립이 있다. 제1설은 가맹계약자에게 투입 상품을 공급할 수 있는 경쟁자로 이루어진 브랜드간 시장을 관련시장으로 본다. 제2설은 가맹계약자가 최초로 프랜차이즈계약을 체결할 때의 가맹계약자가 이용가능한 모든 프랜차이즈기회로 구성되는 시장을 그것으로 본다. 제3설은 가맹사업자의 상대적 시장지배력을 측정하는 브랜드내 시장을 관련시장으로 본다. 다수의 프

22) James A. Brickley, Frederick H. Dark and Michael S. Weisbach, "The Economic Effects of Franchise Termination Laws", *J.L. & Econ.*, Vol. 34, 1991, p. 130.

23) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, pp. 465~470; Gillian K. Hadfield, "Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts", *Stan. L. Rev.*, Vol. 42, 1990, pp. 961~63.

24) 그 밖에도 가맹사업자는 또한 평판의 손상을 무시하는 단기적 전망만을 할 수도 있고, 극단적인 경우에는 가맹사업자가 프랜차이즈 판매만을 노리고 투자된 돈을 모아 사라지는 수도 있다. 또한 가맹사업자는 평판 손상을 경영 미숙으로 비롯된 결과로 단순하게 오해할 수도 있다.

랜차이즈 독점금지청구에 있어서는, 이들 중 관련시장을 가맹사업자의 본상품에 대한 단일 브랜드의 부품시장이나, 가맹사업자의 상표권의 보호범위내의 상품이나 용역으로 구성되는 시장으로 보는 제3설을 취한다. 이것이 연방대법원의 판례와 일치하고,²⁵⁾ 행위의 반경쟁적 효과에 초점을 맞추는 셔먼법과 클레이튼법의 문언에도 가장 부합하는 것이다. 그런데 근래의 일부 하급법원은, 독점금지청구를 기각하는 방식으로 제1설이나²⁶⁾ 제2설²⁷⁾을 추종하기도 하였다. 그러나 제1설을 취한 Queen City Pizza사건에서 법원이 관련시장으로 본 피자반죽의 도매시장인 상품간 시장은 가맹계약자의 독점금지청구의 목적이 된 원료끼워팔기 때문에 엄밀히는 가맹사업자(Domino Pizza사)의 가맹계약자들에게는 접근이 불가능했다. 이 가맹계약자들의 실제 현실은 투입상품의 선택을 통제할 유일한 힘을 지닌, Domino사가 가맹계약자의 이들 상

25) *FTC v. Texaco, Inc.*, 393 U.S. 223, 89 S.Ct. 429, 21 L.Ed.2d 394 (1968) (연방거래위원회법 제5조의 적용); *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134, 88 S.Ct. 1981, 20 L.Ed.2d 982 (1968)(셔먼법 제1조의 적용); *Atlantic Ref. Co. v. FTC*, 381 U.S. 357, 85 S.Ct. 1498, 14 L.Ed.2d 443 (1965)(연방거래위원회법 제5조의 적용). *Siegel v. Chicken Delight, Inc.*, 448 F.2d at 51 (9th Cir.1971), cert. denied, 405 U.S. 955, 92 S.Ct. 1172, 31 L.Ed.2d 232 (1972). 보다 근래의 것으로 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992). 이 사건에서는 Kodak 브랜드의 사진복사기부품시장을 관련시장으로 보았다. 환송후의 판결은 *Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195 (9th Cir., 1997), cert. denied, 523 U.S. 1094, 118 S.Ct. 1560, 140 L.Ed.2d 792 (1998).

26) 제3순회법원은 프랜차이즈계약이 가맹계약자에게 가맹사업자의 투입물 구매에 관한 지배력에 대하여 프랜차이즈계약 조항에서 고지하고 있으므로, Kodak 이론은 적용되지 않는다고 결론을 내렸다. *Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza, Inc.*, 124 F.3d 430, 440 (3d Cir.1997), cert. denied, 523 U.S. 1059, 118 S.Ct. 1385, 140 L.Ed.2d 645 (1998). 또한 관련시장을 가맹사업자의 거래품목으로 제한한다면 이론적으로 모든 소모품 끼워팔기를 독점금지법 위반으로 보게 만들지 않겠는가 하는 우려를 표시했다. *Id.* p. 438. 그러나 관련시장을 제1설에 의하여 확정하여 시장지배력의 존재가 쉽게 입증된다고 해도, 가맹계약자는 그 외에도 개별적인 독점금지법 위반의 추가적 요소를 입증할 책임을 부담하기 때문에 바로 피고의 위법으로 확정되는 것은 아니다.

27) 프랜차이즈 회계법인의 위법한 끼워팔기청구를 포함한 사건에서, 제7순회법원은 관련시장은 모든 회계적(accounting positions)이라고 보았다. 그러나 이 판결은 연방대법원에서 파기환송되었다. *Will v. Comprehensive Accounting Corp.*, 776 F.2d 665 (7th Cir.1985), cert. denied, 475 U.S. 1129, 106 S.Ct. 1659, 90 L.Ed.2d 201 (1986). 제2설을 취하는 입장으로 Phillip Areeda, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles And Their Application*, Vol.9, Boston: Little Brown and Company, 1991, p.1709.

품의 선택을 지시하면서 가격에 대한 통제력을 가졌다는 것이었다. 또한 제2설은 만일 프랜차이즈계약을 체결하기 전의 투자자의 선택을 검토한다면 의미가 있지만, 많은 프랜차이즈 독점금지청구에 있어서, 프랜차이즈 투자시장은 개별 직종보다도 넓을 수 있다.²⁸⁾ 그러한 시장정의하에서는, 피고의 행위가 아주 반경쟁적인 것이더라도, 이론상 가맹계약자에 의한 모든 독점금지청구는 패소하고 말 것이기 때문에 프랜차이즈 가맹사업자의 시장지배력을 평가하기 위한 일반적 기준으로는 받아들일 수 없다. 또한 제2설은 계약이전의 시장정의라고 볼 수 있는데, 만일 가맹사업자의 가맹계약자에 대한 시장지배력이 계약이전적인 것이면 일리가 있다. 그러나 만일 가맹사업자가 가맹계약자에 대한 시장지배력을 갖고 있다면, 이 힘은 불가피하게 본래 계약 이후의 것이다. 왜냐하면 그 때가 가맹사업자의 강제행위가 이루어지는 때이기 때문이다.²⁹⁾

(2) 프랜차이즈관계에 있어서의 끼워팔기

프랜차이즈에 있어서 자주 생기는 끼워팔기의 두가지 유형은 소모품 끼워팔기와 재고처분 끼워팔기이다. 전자는 가맹계약자에게 정해진 모든 소모품을 가맹사업자가 정한 공급자로부터 구매하도록 요구하는 것이다. 후자는 가맹계약자로 하여금 구매하기를 원하는 상품을 얻기 위한 조건으로서 가맹사업자로부터 원하지 않는 재고를 구매하도록 요구하는 것이다. 양자 모두 끼운 상품은 가맹계약자에 의해서 구매된 프랜차이즈 그 자체이다. 프랜차이즈에 있어서, 끼워팔기의 반경쟁적 효과는 일반적인 끼워팔기의 그것과 유사하다. 그러나 가맹사업자의 강제력은 통상 가맹계약자의 매물비용과 가맹사업자가 가맹계약자에게 이익과 부담의 유입을 지배하는 것으로부터 생기는 상대적 시장지배력이다.

(주)롯데리아의 거래상지위남용행위 및 거래거절행위에 대한 건³⁰⁾에서, 공정거래위원회는 가맹사업자가 가맹계약자에게 탄산시럽(사이다, 콜라), 후르츠카테일 등의 누구나 제한없이 구입가능한 일반공산품에 대하여 자기 또는 자기가 지정한 자로부터 구입하도록 강제하는 행위에 대하여, 자기의 거래상의 지

28) *Wilson v. Mobil Oil Corp.*, 984 F.Supp. 450, 458~59 (E.D.La.1997)사건에서 연방지법판사는 유틸유매장의 가맹계약자는, 전문지식을 요하지 않는 비전문가만 한 가치의 다른 프랜차이즈 투자기회를 선택할 수 있었다고 한 피고측 주장을 받아들여서 “피고의 시장지배력은 계약이전의 단계에서 측정되어야 한다”고 결론을 내렸다. *Id.* p. 460.

29) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, p. 479.

30) 공정거래위원회 2000.1.8. 심결 제2000-1호.

위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 위법한 행위에 해당한다고 보았다.

FTC v. Texaco, Inc.,³¹⁾ 사건에서 연방대법원은 Texaco가 모든 Texaco 딜러들의 타이어, 축전지, 액세서리 등의 우선적 공급자로 Goodrich를 정함으로써 연방거래위원회법 제5조(불공정한 거래방법의 사용)를 위반하였다는 FTC의 주장을 인정하였다. 연방대법원은 Goodrich에 의해서 Texaco에게 딜러들의 구매에 대하여 지급된 10퍼센트의 리베이트는 Texaco가 딜러들의 구매에 효과적으로 영향을 미칠 수 없었다면 무의미함을 언급하면서, 이러한 협정은 “본질적으로 강제적인” 것이라고 결론을 내렸다.³²⁾

소모품 끼워팔기에 대한 가맹사업자의 항변사유는 두가지가 가능하다. 첫째는 끼워팔기는 가맹사업자가 자기의 상표권을 가맹계약자가 사용한 정도에 따라 서로 다른 가맹료를 징수할 수 있게 하는 효율적인 계량기법이라는 것이다.³³⁾ 두 번째 정당화사유는 끼워팔기는 품질통제 기능이 있다는 것이다. 공급원을 통제함으로써, 가맹사업자는 가맹계약자에 의해서 판매된 상품이 동질의 것이고 품질 기준에 부합한다는 것을 보증할 수 있으며, 이러한 방식으로, 가맹사업자는 프랜차이즈 시스템의 영업권을 유지할 수 있다.³⁴⁾

Siegel v. Chicken Delight, Inc. 사건에서 제9순회법원은 가맹사업자가 가맹계약자에게 자기로부터 나눠줄 수 있는 용기와 상표를 부착한 포장물 구매하도록 요구한 것은 위법한 끼워팔기라고 보았다.³⁵⁾ 이 사건에서 가맹사업자의 품질유지 필요성이 항변사유였지만, 가맹사업자에게는 또한 희망한 품질유지를 제공해주는 보다 덜 경쟁제한적인 통제방법이 없다는 것을 입증하도록 요구되었다.³⁶⁾ Kentucky Fried Chicken Corp. v. Diversified Packaging Corp. 사건에서는 가맹사업자가 끼워진 상품에 대한 10여개의 공급원을 승인하였고, 그 중 하나만이 자사의 연고회사였음을 입증함으로써 끼워팔기청구를 방

31) 393 U.S. 223, 89 S.Ct. 429, 21 L.Ed.2d 394 (1968).

32) *Id.* p. 229.

33) B. Klein, *op.cit.*, pp. 308~15; Ward S. Bowman, “Tying Arrangements and the Leverage Problem”, Yale L.J., Vol. 67, 1957, pp. 23~24; Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, St. Paul: West Group, 1994, pp. 423~426.

34) Benjamin Klein and Lester F. Saft, *op.cit.*, pp. 351~54.

35) 448 F.2d 43, 50-51 (9th Cir.1971), *cert. denied*, 405 U.S. 955, 92 S.Ct. 1172, 31 L.Ed.2d 232 (1972).

36) *Id.* p. 51.

어하는 데 성공하였다.³⁷⁾ 가맹사업자의 품질유지 필요성의 향변이 받아들여진 것으로는 예컨대 *Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream Co.* 사건³⁸⁾이 있다. 원료조달 요건이 아이스크림 프랜차이즈에서의 아이스크림처럼 프랜차이즈의 중심적 상품을 대상으로 한 것이라면, 그것은 끼워팔기가 아니라 친경쟁적 인 묶어팔기로 간주되는 것이다.

재고처분 끼워팔기는 시장지배력을 보유한 가맹사업자가 가맹계약자에게 손실을 전가하기 위하여 초과재고나 원하지 않는 재고분의 구매를 요구하는 경우이다. 그 예는 고객수요가 많은 인기 자동차모델을 받기 위하여 원하지 않는 모델을 구매하도록 강요되었다고 주장하는 자동차딜러들이 포함된 사건들을 들 수 있다.³⁹⁾ 이러한 사건은 제조업자들이 딜러들에게 모든 거래품목을 취급하도록 요구하는 점에서, “전품목강요(full-line forcing)”로 지칭되기도 한다. 결정적인 쟁점은 원하지 않는 재고가 통상적인 묶음 상품, 즉 전체 상품 라인인지 아니면 독립적인 끼워진 상품인지 여부에 있다. 재고처분 끼워팔기가 발생시키는 배분적 피해는, 가맹계약자는 마케팅 결정에 영향력을 거의 행사하지 못하면서도 실패의 직접적인 비용을 부담하게 될 수 있고, 가맹사업자는 평판상실이라는 간접적인 대가를 지불할 것이나, 그 손실은 크지 않다는 점이다. 이 같은 사건에서 만일 가맹사업자가 예컨대, 잘 팔리지 않는 모델은 딜러에게 할인공급할 수 있고, 그 손실은 상품의 생산과 마케팅을 결정하는 행위자인 제조업자에 의해서 부담되기 때문에, 경쟁적인 피해는 발생하지 않았을 것이다.

EU법상 프랜차이즈관계에 있어서의 원료조달 요구(sourcing requirement)에 관해서는 종래 1988년 프랜차이즈규제 경쟁규칙⁴⁰⁾이 적용되어 왔다. 동규칙은 가맹사업자의 산업재산권이나 지식재산권 또는 프랜차이즈 네트워크의 공통성과 평판을 보호하는 일정한 프랜차이즈계약에 대하여 로마조약 제81

37) 549 F.2d 368 (5th Cir.1977).

38) 664 F.2d 1348, 1352-54 (9th Cir.1982)(아이스크림 제조업자가 아이스크림의 구매와 프랜차이즈를 운영하기 위한 라이선스를 끼워팔기했다는 가맹계약자의 주장을 기각했다).

39) *Fox Motors, Inc. v. Mazda Distribs. (Gulf), Inc.*, 806 F.2d 953 (10th Cir.1986); *Southern Pines Chrysler-Plymouth, Inc. v. Chrysler Corp.*, 826 F.2d 1360 (4th Cir.1987). 이들 두 사건에서 피고인 가맹사업자는 독점금지법상의 책임은 피하는 데 성공하였다.

40) Commission Regulation (EEC) No.4087/88 of 1988.11.30.

조41)의 금지로부터 포괄적 면제를 부여하기 위하여 제정된 것이다. 면제된 프랜차이즈계약 중에는 가맹계약자에게 가맹사업자의 객관적 품질 특성에 부합하는 상품의 판매나 사용을 요구하는 것을 포함하였다. 가맹사업자는, 오직 “프랜차이즈의 주요문재인 상품의 속성 때문에 객관적인 품질의 특성을 준수하기가 불가능한 경우에”만 가맹계약자에게 가맹사업자나 지정된 공급자가 제조한 상품을 구매하도록 요구할 수 있다(제3조(1)(a), (1)(b)). 나아가서, 가맹계약자는 가맹계약자는 지정된 상품을 다른 가맹계약자나 기타의 승인된 딜러 네트워크로부터 획득하는 것이 허용되어야 한다(제4조 (a)). 만일 객관적인 품질 특성을 정하는 것이 불가능하고 가맹사업자가 하나 또는 그 이상의 사업자가 가맹계약자에게 공급하도록 지정하였다면, 가맹사업자는 가맹계약자에 의해서 지명된 추가적인 공급자를 정당한 이유 없이 지정하는 것을 거부하지 못한다(제5조(c)).

이 프랜차이즈규칙은 수직적 협정에 관한 광범위한 일괄면제인 규칙 제 2790/1999호의 발효⁴²⁾에 의하여 2000년 6월 1일부터 원칙적으로 실효되었다. 그러나 동 프랜차이즈규칙의 소모품 끼워팔기에 대한 접근방식은 가맹사업자의 품질유지의 필요성과 투입 상품 및 용역의 구매에 있어서 경쟁에 의한 제어를 보장하는 데 대한 가맹계약자 및 소비자의 이익을 적정하게 형량한 것으로 볼 수 있다.

(3) 프랜차이즈에 있어서의 강요된 배타적 거래

프랜차이즈계약은 가맹계약자로 하여금 다른 경쟁사업자의 상품을 취급하지 못하게 하고 가맹사업자에 의해 생산되거나 그 상표가 부착된 상품이나 용역만을 마케팅하도록 요구한다. 가맹사업자가 가맹계약자에게 점포의 실내외장식 등의 설비를 설치하게 하면서 점포의 구입 및 설치를 자기 또는 자기가 지정한 자로부터 하도록 요구하기도 한다. 프랜차이즈에 있어서는, 이러한 강요된 배타적 거래(forced exclusive dealing)의 경쟁법적 분석은 소모품 끼워팔기에 대한 것과 동일하다. 실로, 그러한 청구를 제기한 원고는, 피고의

41) 1988년 규칙제정당시에는 제85조.

42) Commission Regulation (EEC) No.2790/99 of 22 December 1999. 이 규칙의 제정은 수직적 제한이 당연히 반경쟁적이지는 않다는 현대 경제학적 사고를 반영한 것이다. Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, COM (96)721 final, [1997] 4 CMLR 519.

행위를 끼워팔기나 배타적 거래 중에 어느 쪽으로 규정하여도 무방하다. 예컨대 Standard Oil Co. v. United States 사건⁴³⁾에서 달러로 하여금 Standard Oil Co.가 제조한 유류만을 구매하라는 요구는 위법한 배타적 거래 청구의 기초일 수도 있었고, 위법한 원료조달 끼워팔기 청구의 기초일 수도 있었다. 배타적 거래는 미국 판례법상 합리성의 원칙이 적용된다.⁴⁴⁾ 따라서 배타적 거래는 “거래의 상품시장의 실질적 부분에서 경쟁을 차단할 것”이라는 것을 증명하기 위한 신중한 시장분석을 요한다.⁴⁵⁾ 그러나 끼워팔기에 대해서도 오늘날 완화된 당연위법원칙이 적용되고 있으므로, 어느 쟁점으로 독점금지청구를 이룬구성하건 간에 상이한 결론이 도출될 가능성은 크지 않다. 우리의 경우에는 이러한 인테리어 시설 등의 일방적 공급행위나 가맹사업의 주요 목적인 상품이나 용역외의 일반상품 구입처제한행위는 자기의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방과 거래하는 행위(독점규제법 제23조제1항제4호)에 해당된다.⁴⁶⁾

(4) 프랜차이즈의 목적 상품의 재판매최고가가격제한

미국에서는 재판매가가격제한에 대해서는 State Oil Co. v. Khan판결⁴⁷⁾에 의해서 합리의 원칙이 적용된다. 가맹사업자가 가맹계약자에게 재판가제한을 부과하는 유인은 반경쟁적일 수도 있고, 친경쟁적일 수도 있으며, 양자 모두의 성격을 겸유할 수 있다. 프랜차이즈 가맹사업자는 재판매자인 가맹계약자의 마진을 가능한 낮게 유지하면 자신에게 오는 소비자의 돈을 최대한 늘릴 수 있다. 가맹계약자의 마진이 작아지면, 가맹계약자의 이익은 가맹료가 감소함으로써 감소할 수 있지만, 가맹계약자에 의해서 지급되는 가맹료가 (통상의

43) 337 U.S. 293, 69 S.Ct. 1051, 93 L.Ed. 1371 (1949).

44) *Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320, 81 S.Ct. 623, 5 L.Ed.2d 580 (1961); *Omega Environmental, Inc. v. Gilbarco, Inc.*, 127 F.3d 1157, 1162~65 (9th Cir.1997); *Ryko Mfg. Co. v. Eden Servs.*, 823 F.2d 1215, 1234 (8th Cir.1987), cert. denied, 484 U.S. 1026, 108 S.Ct. 751, 98 L.Ed.2d 763 (1988); *Roland Mach. Co. v. Dresser Indus., Inc.*, 749 F.2d 380, 393 (7th Cir.1984); *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 237~38 (1st Cir.1983).

45) *Tampa Electric*, 365 U.S. at 327.

46) 공정거래위원회 2000.4.14. 심결 (약) 제2000-118호((주)나누리식품의 거래상지위 남용행위에 대한 건).

47) 522 U.S. 3, 118 S.Ct. 275, 139 L.Ed.2d 199 (1997).

경우 그러하다) 수익이 아니라 판매량을 기준으로 하는 한 가맹사업자에게 영향을 미치지 않는다. 이것은 그 자체는 당연한 일이지만, 만일 어떤 판매자가 재판매 마진을 경쟁수준 이하로까지 제한하고자 한다면, 문제는 다르다. 정상적인 관계의 딜러라면 간단히 판매자의 상품취급을 거절할 수 있다. 그러나 가맹계약자들은 그러한 마진 축소의 상황에서도 탈퇴하지 못하는 경우가 흔하다. 그 매장에의 실질적인 매물투자와 가맹사업자의 추가비용의 부과나 사업이익의 부여능력 때문에, 가맹계약자들은 강압적인 가격 제한에도 불구하고 가맹사업자와의 사업을 계속해야만 하기 때문이다. 이것은 반경쟁적 재판매최고가가격제한이 될 수 있다.⁴⁸⁾

다음으로, 가맹사업자는 전체 프랜차이즈 시스템을 위하여 판촉행사를 진행할 적법한 이익도 보유한다. 그러한 판촉행위는 그 가맹사업자가 최고재판가를 제한하고 그 가격을 판촉행위의 일부로서 광고할 수 있는 경우에 보다 더 효율적일 수 있다. 이 때 가맹계약자들은 착취당할 가능성이 있다. 모든 가맹계약자들에게 단일 가격을 정하게 되면 필연적으로 비용부담이 가장 높은 가맹계약자에게 가장 힘들어질 것인데, 가맹계약자들이 높은 비용을 부담하는 이유는 비효율적 운영에 기인할 수도 있지만, 세율이 높거나, 규정이 엄격하거나, 인건비가 비싸거나, 부동산가격이 높은 지역에 위치하고 있기 때문일 수도 있다. 단일 가격에 판매하기 위해서는 높은 비용을 부담하는 가맹계약자는 다른 가맹계약자에 비해서 낮은 마진이나 손실을 감수하여야 한다. 비록 그 판촉활동이 임의로 참가하는 매장에 제한된다 하더라도, 가맹계약자들은 가맹사업자와의 관계에서 위험을 피하기 위하여 참가를 강요받는 것으로 느낄 것이다.

지역 매장에 자본이 투자된 것은 가맹계약자이고, 지역의 비용과 마케팅 조건에 가장 밝은 것은 가맹계약자이기 때문에, 통상 가맹계약자들이 재판매가격 책정에 대한 권한을 보유하여야 한다. 단일 가격을 요하는 단기간의 또는 일시적인 판촉은 배분적 피해가 거의 없거나 가맹계약자의 계약이전의 기대와 일치할 수 있을 것이다. 반면에, 그러한 판촉이 계속적이거나 지속적인 것이라면, 왜곡가능성과 경쟁적 피해는 증가한다.⁴⁹⁾ 또한 가맹계약자는 독자적으로 판촉

48) *Blanton v. Mobil Oil Corp.*, 721 F.2d 1207 (9th Cir.1983), *cert. denied*, 471 U.S. 1007, 105 S.Ct. 1874, 85 L.Ed.2d 166 (1985); *Milsen Co. v. Southland Corp.*, 454 F.2d 363 (7th Cir.1971)(가맹사업자가 부과한 수직적 최고가격제한의 위법성을 인정하였다).

49) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, p. 501.

계획을 수립하여 시행할 수 있고, 만일 가맹사업자가 그러한 가맹계약자의 판촉행위를 부당하게 구속한다면 그것 역시 반경쟁적 효과를 가져온다.⁵⁰⁾

판촉을 실행하기 위한 논의에 가맹계약자가 참여했다면, 이것은 재판매가가격제한청구를 부정하게 할 수 있다. 그러나 가맹계약자의 참여 자체는 부당공동행위에 해당할 수 있다. 따라서 가맹사업자가 프랜차이즈 시스템 차원의 판촉활동을 실행하는 데 대한 가장 확실한 보호는 판촉의 일부로서의 가격설정을 피하는 것이다. 또한 가맹사업자는 가격인하나 가맹사업자가 자금을 공급한 쿠폰을 제공하게 함으로써 최고재판가가격제한금지 위반의 위험을 피할 수 있다.

가맹사업자의 상품이나 용역은 그 프랜차이즈 매장을 통해서만 배급되는 경우가 많기 때문에, 일부 가맹계약자들은, 판매를 줄이고 가맹사업자의 평판에 손상을 가하는 높은 가격을 요구하는, 가격부풀리기(price gouging)를 할 수 있는데, 가맹사업자에 의해 부과된 최고재판가제한은 그러한 과도가격을 방지하기 위하여 사용될 수 있다. 그러나 이러한 가격부풀리기가 가능한 이유는 가맹사업자의 브랜드와 브랜드내 경쟁을 제공할 인근의 가맹계약자가 존재하지 않기 때문에, 지역적 가맹계약자가 시장지배력을 보유하기 때문이다. 이 문제에 대해서는 우선 가맹사업자의 가맹계약자에 대한 재판매가가격제한을 통한 시장지배력의 행사를 허용함으로써 그같은 가맹계약자의 가격부풀리기를 방지하도록 하는 방법을 해결책으로 생각할 수 있는데, 가맹사업자의 시장지배력이 여러 가맹계약자의 시장지배력 행사보다 낮거나 덜 해롭다고 볼 아무런 근거도 없으며 반경쟁적 수단이라는 문제점을 안고 있다. 그러므로 이러한 방법은 다음과 같은 보다 덜 경쟁제한적인 몇 가지 방법을 사용할 수 있는 경우에는 사용할 수 없고, 예컨대 딜러가 자연독점자인 경우와 같이 그러한 방법의 사용이 불가능한 경우에 한하여 사용될 수 있다.

50) 공정거래위원회 2000.5.9. 심결 (약) 제2000- 130호(비알코리아(주)의 구속조건부 거래행위에 대한 건)(가맹계약자는 가맹점 소재지역내에서만 국지적으로 광고 및 판촉 행사를 시행할 수 있고, 이 경우에 가맹계약자는 사전에 그 시행에 관한 전반적인 계획을 피심인에게 서면으로 통지하고 피심인이 승인한 범위내에서만 시행하도록 규정되어 있는 베스킨라빈스가맹계약서 제26조제3호 및 제4호와 던킨도너츠가맹계약서 제26조제3호 및 제4호에 대하여 수정 또는 삭제명령이 내려졌다.); 공정거래위원회 2000.1.8. 심결 제2000-1호(할인판매행사를 실시함에 있어 자기의 가맹계약자의 의사와 관계없이 일방적으로 할인율 등의 판매조건을 결정 시행하고 할인에 따른 비용을 가맹계약자가 전액 부담하도록 하는 행위에 대해 시정명령이 내려졌다.)(주)롯데리아의 거래상지위남용행위 및 거래거절행위에 대한 건).

첫째, 가맹사업자가 가맹계약자의 가격을 낮추기 위해서 필요한 브랜드내 경쟁을 제공할 수 있는 추가적인 프랜차이즈 매장의 개업에 대한 허가를 제3자에게 주는 것이다. 둘째, 가맹사업자가 자사의 상품이나 용역을 프랜차이즈 네트워크 외부에서 판매할 수 있는 지위에 있다면, 이 방법으로 브랜드간 경쟁을 제공할 수도 있다. 셋째, 가맹사업자는 간단하게 가격부풀리기를 하는 가맹계약자와의 계약을 해지할 수도 있다. 물론, 그러한 행위는 가맹사업자의 행위가 과도가격을 다루려는 진정한 의도에서 나온 것인지 아니면 가맹계약자의 마진을 경쟁수준이하로 감축시키려는 의도에서 나온 것인지 문제될 수는 있을 것이다.

(5) 가맹계약자에 대한 차별취급

가맹사업자는 선별적으로 강요된 문자 그대로의 준수를 사용하여 가맹계약자의 비용을 상승시킬 수 있고 가맹계약자의 매출비용 상실의 위험 때문에 주요한 계약해지의 위협을 사용할 수 있다.

선별적으로 강요된 가맹계약 준수의 사례는 *Blanton v. Mobil Oil Corp.* 사건⁵¹⁾을 들 수 있다. 이 사건에서 주유소 딜러들은 Mobil이 자기들에게 엔진오일, 타이어, 축전지, 액세서리 등을 구매하도록 강요하고, 휘발유 소매가격을 인하하도록 강요했다고 주장했다. 전자의 행위는 끼워팔기에, 후자의 행위는 재판매최고가가격제한에 해당할 여지가 있었다. 제9순회법원은 재판매가격 제한에 대한 청구에 대해서는 모호한 입장을 취하였으나, 끼워팔기 청구에 대해서 심리하면서, 딜러가 Mobile 타이어의 대량구매를 거절하고 난 후 “Mobile의 대표자가 주유소를 검사하고 쓰레기를 쓰레기 용기에 담는 것, 욕실의 손잡이에 승인받지 않은 안전장치를 설치한 것 등의 리스 위반을 거론했다”는 딜러의 증언을 인용하며, 가맹사업자의 자의적이고 차별적인 강요의 증거에 초점을 맞추었다.⁵²⁾ 다른 딜러들은 타이어나 기타의 Mobil 상품의 구매를 거절하는 경우 리스를 해지하겠다는 위협을 받았다고 증언하였다.⁵³⁾

51) 721 F.2d 1207 (9th Cir.1983), cert. denied, 471 U.S. 1007, 105 S.Ct. 1874, 85 L.Ed.2d 166 (1985).

52) *Id.* pp. 1210~11.

53) *Id.* p. 1211.

(6) 과도한 매장수 확장 및 직영화

가맹사업자와 가맹계약자는 흔히 가맹사업자의 프랜차이즈 매장수의 확장결정에 관하여 다투게 된다. 추가적 매장의 개설은 가맹사업자에게 판매 증가를 가져오므로 가맹사업자는 새 매장이 실질적으로 기존 매장의 수익성을 침식하는 경우에도 확장하기를 원하게 된다. 반면에 가맹계약자는 점진적으로 자신의 수익을 감소시킬 수 있는 확장에 대해서는 그것이 가장 친경쟁적인 확장이라고 하여도 이기적 이유에서 반대하게 된다.

매장수를 증가시키기로 하는 결정은 가맹계약자의 수익을 감소시키는데, 이를 영역침해(encroachment)라 부른다. 영역침해 사건에서 독점금지 피해의 적절한 기준은 신설매장의 인근 가맹계약자의 판매가 한계적으로 영향을 받았음을 입증하게 하는 것이 아니다. 보다 나은 기준은 그 인근매장이 가맹사업자의 수직적 통합 기업이었다면 새 매장을 개설했겠느냐 이다. 그러나 이 기준을 적용하기는 어렵기 때문에, 영역침해 분쟁을 해결하는 법원은 그 확장이 기존 가맹계약자의 이익을 감안하면서 가맹사업자의 이익을 증대하는 정연한 계획에 따른 것인가 여부를 고려할 수 있다. 비록 기존 가맹계약자의 한계수입손실이 경쟁적 피해를 성립시킬 수는 없더라도, 매몰비용이 없는 합리적 투자자라면 요구하였을 수준 이하로의 기존 매장의 수익성의 감소는 배분적 피해를 성립시킨다.

Photovest Corp. v. Fotomat Corp. 사건⁵⁴⁾에서, 원고인 가맹계약자는 피고인 가맹사업자로부터 인디애나주의 Marion County에서 자동차에 탄 채 들어가는 필름현상 가판점 15개의 개설권을 구매했다. 원고는 자기가 매장을 수익성있는 운영을 확립하고 난 후, 피고가 자신에게 그 지분을 팔도록 압력을 가하려는 목적에서, 원고의 기존의 매장의 수익성을 낮추는 새 매장을 개설하였다고 주장하고, 셔먼법 제2조에 의거해서 영역침해소송을 제기하였다. 제7순회법원은 약국이나 슈퍼마켓 등의 다른 필름현상서비스의 공급자를 배제하고 자동차에 탄 채 들어가는 필름 현상 가판점으로 구성된 관련시장에서 피고의 시장지배력을 인정하고, 독점화시도라는 원고청구를 인정한 지방법원의 판결을 받아들였다.⁵⁵⁾

54) 606 F.2d 704 (7th Cir.1979), cert. denied, 445 U.S. 917, 100 S.Ct. 1278, 63 L.Ed.2d 601 (1980).

55) 606 F.2d at 711~21.

IV. 결 어

가맹사업법안 제25조는 가맹사업거래에 관하여 이 법의 규정을 적용받는 사항에 대하여는 독점규제법 제23조제1항제1호 전단(부당거래거절), 제4호(우월적 지위남용), 제5호 전단(거래강제) 및 제29조제1항(재판가유지행위)의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있으나, 프랜차이즈 전체의 주요 상품 또는 서비스 가격의 통일이나 프랜차이즈 전체의 판촉활동에 가맹계약자가 정당하게 참여하는 것도 부당공동행위로 의율될 여지가 있으므로, 이를 방지하기 위하여 제19조(부당한 공동행위)를 여기의 적용배제항목에 추가할 필요가 있을 것이다. 그리고 가맹사업법안에 그에 관한 사항을 구체적으로 규정하는 것이 좋을 것이다.

또한 모든 프랜차이즈를 이와 같이 독점규제법 적용이 면제되고 가맹사업법안이 적용되는 것으로 규정하기 보다는 가맹사업자의 산업재산권이나 지식재산권 또는 프랜차이즈 네트워크의 공통성과 평판을 보호할 능력을 가진 일정한 가맹사업자⁵⁶⁾에 한하여 이러한 면제가 적용되는 것으로 규정하는 것이 타당할 것이다.

프랜차이즈 전체의 주요 상품 또는 서비스 가격의 통일이나 프랜차이즈관계에 있어서의 원료조달 요구에 관해서는 품질관리의 목적상 불가피한 경우에는 원칙적으로 독점규제법상의 불공정거래행위 혐의로부터 면제하여야 할 것이며, 그에 관한 구체적인 내용이 가맹사업법안에 포함되어야 할 것이다. 즉 가맹사업자는 프랜차이즈의 주요 목적상품의 성질상 가맹계약자의 자급이나 다른 공급원으로부터의 공급에 의해서는 객관적인 품질특성을 준수하기가 불가능한 경우에 한하여 가맹계약자에게 가맹사업자나 가맹사업자가 지정한 공급자가 제조한 상품을 구매하도록 요구할 수 있다는 것이 가맹사업법안에 구체적으로 명시되어야 할 것이다.

그리고 가맹사업법안은 가맹본부가 가맹점사업자의 의무사항위반에 대하여 1월 이상의 유예기간을 두고 2회 이상 문서로써 시정을 요구하였음에도 위반행위를 계속한 경우에는 가맹계약을 해지할 수 있도록 하는 규정(동 제15조)

56) 그 기준은 유통산업발전법상 시·도지사가 지정한 지정체인사업자로 하는 방안이 있을 수 있다.

을 담고 있다. 그러나 이 같은 조항의 적용이 가맹사업자의 선별적 적용에 의하여 가맹계약자를 지배하는 수단으로 사용된다면 안될 것이므로 가맹계약자를 차별취급하지 못한다는 내용이 총칙부분에 추가되어야 할 것이다.

또한 프랜차이즈 계약이 체결된 후에 가맹사업자에 의한 계약기간전의 부당한 계약해지를 제한함으로써 가맹계약자인 투자자의 손해를 제한하는 방안이 검토되어야 할 것이다. 따라서 가맹사업법안 제15조는 계약해지사유를 열거한 조항으로 해석되어야 할 것이며, 이를 분명히 하기 위한 자구의 손질도 필요하다고 본다.

가맹사업자의 재판매가격유지행위는 가맹계약자의 과다가격부과를 통한 무임승차행위를 방지하기 위한 경우에만, 그리고 다른 보다 덜 경쟁제한적인 방법의 동원이 불가능한 경우에 한하여 할 수 있다는 것 등도 규정해야 할 것이다.

나아가서, 현행 독점규제법 집행이 공정거래위원회에 의한 행정처분에 의해서만 가능하게 되어 있으나, 장차 동법을 근거로 한 사인에 의한 독점금지소송의 제기가 허용되어야 할 것이며, 그에 관한 법제의 정비도 장기적으로 요청된다고 하겠다.