

가맹거래계약관계와 노동법 : 지배종속의 발견*

박은정**

I. 서론

“비록 단골 치킨집 사장님은 사라졌지만, 그 간판 그대로 남아 변함없는(혹은 오십보백보의) 맛을 보여 주고 있다. 이것이야말로 프랜차이즈의 힘!”¹⁾

국내 가맹사업은 립스치킨(1975년)과 커피전문점 난다랑(1979년)을 시작으로 롯데리아(1979년), 파리바게뜨(1986년), 투다리(1987년), 놀부(1989년), 맥도날드(1988년)가 선진화된 가맹사업시스템으로 도입되었다고 보고 있다. 이어서 기반을 구축한 도미노피자(1990년), 한솔도시락(1993년), 던킨도너츠(1997년), BBQ(1995년), 김가네(1996년) 등이 출현하였다. 최근에는 오히려 국내 가맹사업체인 투다리(2000년), BBQ(2003년), 불고기브라더스(2009년), CGV(2012년) 등이 해외에 진출하고 있다. 이렇듯 국내 가맹사업은 35년이 지났으며, 특히 최근 외식 산업의 확대, 실버산업의 파워 등으로 인해 최근 10년 사이 많은 주목을 받고 있는 실정이다.²⁾

대한상공회의소의 2012년 유통산업통계집에 따르면 우리나라 가맹사업은 2013년 현재 연간 매출액 약 87.8조 원, 가맹본사 2,420개, 브랜드 2,956개, 가맹점수 166,932개와 직영점 9,156개, 종업원 100만 명을 갖고 있고, 평균 가맹사업기간은 4.2년, 매출액 대비 영업 이익 비율이 7.16%, 브랜드당 평균 가맹계약 해지 점포 수가 3.7개, 신규 개점 점포 수가

* 이 글은 박제성 외(2014), 『프랜차이즈 노동관계 연구: 하청노동연구(Ⅰ)』, 한국노동연구원 원고의 일부를 정리한 것이다.

** 인제대학교 사회과학대학 부교수(ejpark91@inje.ac.kr).

1) 정은정(2014), 『대한민국 치킨展』, 따비, p.80.

2) 이상의 가맹사업 경과에 관해서는 이은지·조철호(2013), 「프랜차이즈 가맹본부의 특성과 성과 간의 종단적 연구: 정보공개서 분석을 중심으로」, 『대한경영학회지』 26(8), 대한경영학회, p.218 참조.

브랜드당 평균 17.5개라고 한다.³⁾ 이렇게 가맹사업거래가 시작된 후 35년이 경과하였고, 그 경제 규모도 이미 상당한 수준에 이르고 있지만, 가맹사업의 특수성에 기초한 여러 가지 연구나 법제가 이루어진 것은 그리 오래된 일이 아닌 듯하다.

2002년 제정된 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하, ‘가맹사업법’)은 제정된 후 수차례 개정이 있었지만 내용상 의미 있는 변화는 2007년과 2013년에 걸쳐 이루어졌다. 그리고 개정 내용들은 주로 가맹본부가 그 우월적 지위를 이용하여 가맹점주⁴⁾의 사업 운영에 부당한 결과를 초래할 수 있는 여러 불공정 행위들을 예방하고자 한 것이었다. 애초 이 법의 제정 목적은 가맹본부의 사업 확장이 좀 더 원활하게 이루어질 수 있도록 하는 것에 있었다고 볼 수 있을지도 모르겠다. 그러나 시간의 경과에 따라서 이 법의 주된 목적은 공정한 가맹사업거래를 위한 규제, 그것을 위한 가맹사업 희망자 및 가맹점주의 권리 보호 방향으로 흐른 것으로 보인다. 그것은 가맹사업거래가 매우 불공정한 형태로 이루어져 왔고, 가맹사업 희망자 또는 가맹점주가 가맹사업거래에서 일방적 피해자의 지위에 놓여 있음에도 제도적 뒷받침 없이는 그로부터 벗어날 수 없을 것임을 추론할 수 있게 한다.

그러나 가맹사업법의 기본 방향은 가맹본부와 가맹점주가 독립적 사업거래관계를 맺고 있음을 전제로 한다. 거래계약 당사자의 불평등 지위에 기초한 불공정행위의 발생 가능성을 염두에 두고 이 법을 운용하고 있기는 하지만, 가맹점주가 가맹본부에 종속되는 비독립적 사업주로 당사자의 관계를 설정한 것은 아니다. 예컨대 사용자와 근로자와 같은 종속관계를 전제한 것은 아니라는 말이다.

그렇다면 가맹본부와 가맹점주는 어떤 관계에 놓여 있는 것일까? 이 의문점이 이 글을 출발하게 하는 발단이 되었다. “비록 단골 치킨집 사장님은 사라졌지만, 그 간판 그대로 남아 변함 없는(혹은 오십보백보의) 맛을 보여주고 있(는) 프랜차이즈의 힘!” 그 힘이 사실은 가맹본부와 가맹점주 간의 특수한 관계 때문이 아닌가 하는 의문이 든다. 그리고 이 의문점을 해결해 보기 위해 현행 가맹사업거래계약의 특성 등을 살펴보고자 한다.

3) 김주영·유보미(2013), 「프랜차이즈 시스템의 발전단계에 따른 특성 연구」, 『유통연구』 18(1), 한국유통학회, p.26.

4) 법률상 용어는 ‘가맹점사업자’이지만 가맹거래사업관계에서의 지배관계를 밝히는데 초점을 맞추고 있는 이 글의 편의상 ‘가맹점사업자’ 대신 ‘가맹점주’라는 용어를 사용하였다. 법을 직접 인용하는 경우를 제외하고는 이 용어가 계속 사용된다.

II. 가맹사업거래계약의 특징과 지배관계

1. 가맹사업의 의미와 성질

현행 가맹사업법상 가맹사업이란 “가맹본부가 가맹점사업자로 하여금 자기의 상표, 서비스표, 상호, 간판 그 밖의 영업표지(이하 ‘영업표지’라 한다)를 사용하여 일정한 품질기준이나 영업방식에 따라 상품(원재료 및 부재료를 포함한다. 이하 같다) 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원, 교육과 통제를 하며, 가맹점사업자는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원, 교육의 대가로 가맹본부에 가맹금을 지급하는 지속적인 거래관계“를 의미한다. 따라서 가맹사업은 일정한 품질기준에 따라 상품 또는 용역을 판매하는 것과 함께 영업방식의 동일성을 유지하면서 상품 또는 용역을 판매하는 경우를 포함한다.

이와 같이 정의되는 가맹사업은 상법상 기본적 상행위 중의 하나이다. 상법 제46조 제20호는 기본적 상행위의 하나로 “상호, 상표 등의 사용허락에 의한 영업에 관한 행위”를 규정하고 있는데,⁵⁾ 이것이 가맹사업법상 가맹사업의 근거라고 할 수 있는 것이다. 그러므로 가맹사업계약은 상법상의 상행위를 형성하는 당사계약으로서의 기본적 성격을 갖는다고 할 수 있다. 특히 당사계약의 대상으로서 가맹사업을 위한 계약은 가맹사업법의 정의에 따라 필수적 성립요건으로서 가맹금이 요구된다.⁶⁾

2. 가맹본부의 지배

가맹사업의 정의로부터 드러나듯 가맹사업거래계약은 “가맹본부가 가맹점주로 하여금 자기의 상표, 서비스표, 상호, 간판 그 밖의 영업표지를 사용하여 일정한 품질기준이나 영업방식에 따라 상품 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원, 교육과 통제”를 하는 거래관계이다. 여기에서 가맹사업법 제5조에 따라 가맹본부는 가맹점주에 대하여 합리적 가격과 비용에 의한 점포설비의 설치, 상품 또는

5) 상법에 사맹사업이 기본적 상행위의 하나로 규정된 것은 1995년 12월 29일의 상법개정(법률 제5053호)을 통해 신설되었다. 국제적으로 프랜차이즈사업이 확대되고 있는 가운데, 그러한 변화를 입법상 반영한 것으로 보인다.

6) 한국프랜차이즈학회(2010), 『가맹사업 규제 정합성 제고에 관한 연구』, 2010년 공정거래위원회 연구용역 최종보고서, p.93 참조.

용역 등을 공급해야 하고, 가맹점주와 그 직원에 대한 교육, 훈련 및 가맹점주의 경영, 영업활동에 대한 지속적인 조언과 지원 의무 등을 갖는다.

가맹사업법 제5조(가맹본부의 준수사항) 가맹본부는 다음 각 호의 사항을 준수한다.

1. 가맹사업의 성공을 위한 사업구상
2. 상품이나 용역의 품질관리와 판매기법의 개발을 위한 지속적인 노력
3. 가맹점사업자에 대하여 합리적 가격과 비용에 의한 점포설비의 설치, 상품 또는 용역 등의 공급
4. 가맹점사업자와 그 직원에 대한 교육·훈련
5. 가맹점사업자의 경영, 영업활동에 대한 지속적인 조언과 지원
6. 가맹계약기간중 가맹점사업자의 영업지역 안에서 자기의 직영점을 설치하거나 가맹점사업자와 유사한 업종의 가맹점을 설치하는 행위의 금지
7. 가맹점사업자와의 대화와 협상을 통한 분쟁해결 노력

독립적인 사업자 간의 거래관계임에도 불구하고 위와 같은 가맹본부의 의무가 발생한다는 것은 가맹사업거래관계가 일반적인 상행위에서는 발견하기 어려운 특수한 성질을 갖는다는 것을 의미할 것이다. 특히 가맹본부가 가맹점주와 그 직원에 대한 교육, 훈련 의무를 부담한다는 것은 다시 말해 가맹본부가 가맹점주 및 그 직원에 대한 인적 지배권을 획득한다는 의미이기도 하다.⁷⁾

한편, 가맹거래관계에서 가맹본부에 의한 가맹점주에 대한 인적 지배보다 훨씬 크고 다양하게 존재할 수 있는 것이 물적 지배이다. 가맹사업법 제5조가 규정하는 가맹본부의 의무는 가맹사업의 목적을 달성하기 위한 과정, 즉 가맹사업의 대상이 되는 영업표지의 동일성을 유지하기 위한 과정에서 발생하는 한편, 가맹사업의 유지를 위한 과정에서도 발생한다. 전자는 가맹사업에 대한 공간적 지배이고, 후자는 경제적 지배이다. 이러한 지배를 통합하여 인적 지배에 대응하는 개념으로서 ‘물적 지배’라고 부를 수도 있을 듯하다. 우선 경제적 지배와 관련하여 가맹거래계약에는 가맹금이 요구되는데(가맹사업법 제6조), 이 가맹금은 가맹점운영권(가맹점주가 가맹본부의 가맹사업과 관련하여 가맹점을 운영할 수 있는 계약상의 권리)의 전제가 되는 한편, 가맹본부에 대한 담보로서 작용하

7) 다만 가맹점의 종류에 따라서 이러한 인적 지배권은 있을 수도 있고, 없을 수도 있다. 예컨대 빵을 제조, 판매하는 가맹점의 경우에는 제품의 동일성을 유지하기 위해 가맹점사업주의 가맹점에 가맹본부가 직접 제빵사를 파견하는 등의 관리를 통한 인적 지배가 있을 수 있지만, 편의점과 같은 가맹점의 경우에는 반드시 위와 같은 유형의 인적 지배가 나타나지 않을 수도 있을 것이다. 인적 지배의 정도는 가맹사업의 유형에 따라 차이가 있을 수 있음을 의미한다.

기도 하고, 가맹사업을 착수하기 위하여 가맹본부로부터 공급받는 정착물, 설비, 상품의 가격 또는 부동산의 임차료 명목의 금품이기도 하다. 가맹금은 가맹희망자나 가맹점주가 가맹점운영권을 취득하거나 유지하기 위하여 가맹본부에 지급하는 모든 대가로서 작용하게 되는데, 일정한 경우 가맹점주에게 반환청구권이 인정되기는 하지만(법 제10조) 그러하지 않은 경우 가맹금은 가맹사업거래에 있어 계약 성립과 유지의 전제조건이 된다. 그러므로 가맹금을 통해 가맹본부가 가맹점주에 대한 지배력을 갖게 될 수 있을 것이다. 다만, 이러한 가맹금이 반드시 가맹사업거래계약만의 특수성을 의미하는 것은 아니라고 생각된다. 일반 거래계약에서도 이러한 물적 지배관계는 존재할 수 있다. 그러나 이 물적 지배가 인적 지배와 어우러져 가맹 사업의 특성을 나타내게 되는 것으로 생각된다.

가맹사업법 제6조(가맹점사업자의 준수사항)

1. 가맹사업의 통일성 및 가맹본부의 명성을 유지하기 위한 노력
2. 가맹본부의 공급계획과 소비자의 수요충족에 필요한 적정한 재고유지 및 상품진열
3. 가맹본부가 상품 또는 용역에 대하여 제시하는 적절한 품질기준의 준수
4. 제3호의 규정에 의한 품질기준의 상품 또는 용역을 구입하지 못하는 경우 가맹본부가 제공하는 상품 또는 용역의 사용
5. 가맹본부가 사업장의 설비와 외관, 운송수단에 대하여 제시하는 적절한 기준의 준수
6. 취급하는 상품·용역이나 영업활동을 변경하는 경우 가맹본부와의 사전 협의
7. 상품 및 용역의 구입과 판매에 관한 회계장부 등 가맹본부의 통일적 사업경영 및 판매전략의 수립에 필요한 자료의 유지와 제공
8. 가맹점사업자의 업무현황 및 제7호의 규정에 의한 자료의 확인과 기록을 위한 가맹본부의 임직원 그 밖의 대리인의 사업장 출입허용
9. 가맹본부의 동의를 얻지 아니한 경우 사업장의 위치변경 또는 가맹점운영권의 양도 금지
10. 가맹계약기간중 가맹본부와 동일한 업종을 영위하는 행위의 금지
11. 가맹본부의 영업기술이나 영업비밀의 누설 금지
12. 영업표지에 대한 제3자의 침해사실을 인지하는 경우 가맹본부에 대한 영업표지침해사실의 통보와 금지조치에 필요한 적절한 협력

가맹거래계약은 위와 같은 가맹본부의 가맹점주에 대한 지배권의 획득과 함께, 가맹점주의 영업활동을 통해 가맹본부가 이익을 얻게 된다는 특징을 갖는다. 즉 가맹본부가 가맹점주의 영업활동을 통해 수익을 얻게 되므로, 가맹점주의 영업활동을 관리감독할 수

있는 것이다. 이는 엄밀하게 말해 가맹점 상표, 서비스표, 상호, 간판 그 밖의 영업표지를 이용한 것에 대한 대가이기는 하지만, 그것을 이용하여 창출해 내는 수익의 일부분을 가맹본부에 돌려주는 가맹사업의 특성은 가맹점주의 이익이 가맹본부의 이익으로 연결되게 한다. 가맹점주의 영업활동이 가맹본부의 이익의 축적으로 이어지는 것이다.

이러한 수익 구조의 특징은 가맹본부가 가맹점주의 영업활동을 지배하는 요인이 될 수 있다. 가맹점주의 이익은 가맹본부의 이익으로 직결되므로 가맹본부는 가맹점주의 영업활동을 직간접적으로 지배통제하는 것이다. 구체적으로 보면, 가맹사업법상 가맹본부는 가맹점주가 가맹계약의 조건이나 영업방침을 수락하지 않는 경우 또는 가맹본부가 가맹점주에게 정기적으로 실시하는 교육과 훈련을 준수하지 않는 경우 등에는 가맹거래계약 갱신을 정당하게 거절할 수 있다. 또 가맹점주가 정당한 사유 없이 연속하여 7일 이상 영업을 중단한 경우 등에는 가맹계약 해지 절차 없이도 가맹계약을 해지할 수 있도록 하고 있다. 이러한 점들은 가맹본부가 지속적으로 가맹점주를 영업상 관리감독하게 됨을 의미한다. 즉 독립적인 사업주들 간의 일반적인 거래계약관계에서는 발견할 수 없는 영업활동상의 지배가 존재하는 것이다.

가맹점주에 대한 가맹본부의 영업활동상 지배는 인적 지배이기도 하고 물적 지배일 수도 있을 듯하다. 가맹점주에 대한 지배라는 점에서는 인적 지배이지만, 가맹점주의 영업활동에 대한 지배라는 점에서는 물적 지배이다.

3. 가맹점주의 종속

위에서 서술한 가맹본부의 가맹점주에 대한 지배력에 따라 가맹점주는 가맹본부에 구속된다. 가맹본부의 가맹점주에 대한 지배력이 그러하였듯, 가맹점주의 가맹본부에 대한 종속은 가맹사업의 특징으로부터 불가피하게 나타나게 된다. 앞서 말한 가맹사업의 정의로부터 가맹점주는 가맹사업거래관계의 유지를 위해 가맹사업법 제6조가 규정하는 의무를 부담한다.

가맹사업법 제6조의 내용을 살펴보면 가맹본부의 가맹점주에 대한 인적, 물적 및 영업활동에 대한 지배가 가맹점주의 의무로 실현되어 있음을 알 수 있다. 이러한 가맹점주의 의무는 모두 가맹사업의 통일성과 가맹본부의 명성을 유지하기 위하여 법이 정한, 지배당할 의무이다. 즉 법은 이미 가맹거래계약관계에서 가맹점주의 독립성을 부정하고 있는 것이 아닌가 추측하게 한다. 특히 가맹사업법에서는 상품 및 용역의 구입과 판매에 관한 회계장부 등 가맹본부의 통일적 사업 경영 및 판매 전략의 수립에 필요한 자료의 유지와 제공(제6조 제7호), 가맹점주의 업무 현황 및 가맹본부의 통일적 사업 경영 및 판매 전략의 수립에 필요한 자료의 확인과 기록을 위한 가맹본부의 임직원 그 밖의 대리인의 사업

장 출입 허용(제6조 제8호), 가맹본부의 동의를 얻지 아니한 경우 사업장의 위치 변경 또는 가맹점운영권의 양도 금지(제6조 제9호), 가맹계약기간 중 가맹본부와 동일한 업종을 영위하는 행위의 금지(제6조 제10호) 등을 가맹점주에게 요구한다. 이에 따라 가맹점주로 하여금 가맹본부의 직접적 지배 하에 놓이게 된다고 할 수 있는데, 구체적으로 가맹점주의 가맹본부에 대한 종속은 상품가격, 품질유지, 상품의 진열, 영업시간 등의 측면에서 이루어질 수 있다.

일반적인 상품판매를 위한 가맹사업거래계약에서 가맹점주는 상품가격을 결정할 권한을 갖지 못한다. 전국 어디에서나 동일한 가맹점에서는 동일한 가격과 품질로 동일한 상품을 구입하거나 서비스를 제공받을 수 있는 것, 그것이 가맹사업의 특징이다. 이 특징은 가맹점주가 가맹사업의 “통일성”을 유지해야 할 의무로부터 자연스럽게 도출된다.

가맹사업의 통일성을 위하여 가맹점주는 가맹본부가 상품 또는 용역에 대하여 제시하는 적절한 품질기준을 준수하여야 한다. 가맹점주의 품질유지의무는 사업장의 설비와 외관, 운송수단에도 미치는데, 예를 들어 고객편의시설의 표준화를 요구하거나, 상표의 외관이 바뀌었을 때 가맹본부의 지시에 따라 사업장의 간판 및 인테리어를 변경해야 하는 것 등이 여기에 해당한다. 사업장의 설비와 외관 등에 대한 품질유지의무는 특히 가맹점주가 가맹계약을 해지하지 못하는 중요한 이유가 되기도 한다. 설비비 및 외장비를 부담해야 하는 가맹점주로서는, 투자한 만큼의 수익을 창출해내기 위해서 가맹사업에 대한 재계약을 하지 않을 수 없는 처지에 놓이는 것이다. 이것은 또한 가맹점주가 가맹본부에 크게 지배되는 결과로 이어진다.

또한 가맹점주는 가맹본부의 공급계획과 소비자의 수요충족에 필요한 적정한 재고를 유지하고 상품을 진열해야 한다. 상품진열 의무는 특히 상품을 판매하는 가맹점주들에게 큰 부담이 되는데, 상품이 팔리거나 팔리지 않거나 일정한 상품을 진열하고 팔리지 않을 경우 그대로 재고로 남게 되는데, 반품 처리가 용이하지 않을 수 있다. 그래서 유통기한이 지난 식품이 남는 경우 가맹점주나 아르바이트 학생의 식사로 이용되는 경우도 많다.

한편, 편의점과 같은 가맹사업에서는 가맹본부에 의하여 가맹점주의 영업활동시간에 대한 통제가 이루어지기도 한다. 가맹사업법 제12조의3에서는 가맹본부가 정상적인 거래 관행에 비추어 부당하게 가맹점주의 영업시간을 구속하는 행위(이하 “부당한 영업시간 구속”이라 한다)를 해서는 안 된다고 규정하고 있다. 그리고 가맹본부가 ①가맹점주의 점포가 위치한 상권의 특성 등의 사유로 대통령령으로 정하는 심야 영업시간대의 매출이 그 영업에 소요되는 비용에 비하여 저조하여 대통령령으로 정하는 일정한 기간 동안 영업손실이 발생함에 따라 가맹점주가 영업시간 단축을 요구함에도 이를 허용하지 아니하는 행위, ②가맹점주가 질병의 발병과 치료 등 불가피한 사유로 인하여 필요 최소한의 범위에서 영업시간의 단축을 요구함에도 이를 허용하지 아니하는 행위를 하는 것은 ‘부

당한 영업시간 구속'이라고 규정하고 있다. 이때 말하는 '대통령령으로 정하는 심야 영업 시간대'는 오전 1시부터 오전 6시까지를 의미한다(가맹사업법 시행령 제13조의3). 이와 같이 '부당한 영업시간 구속'을 금지하는 것이 법제화된 것은 2014년 2월 11일 시행령 개정을 통해서이다. 즉 그 이전까지는 이러한 규제가 법제화되어 있지 않았다는 것이다. '부당한 영업시간 구속'을 금지하는 것의 법제화는 다른 말로 했을 때 영업시간에 대한 부당한 구속이 종종 이루어지고 있었음을 의미하는 것이기도 할 것이다.

4. 가맹사업의 지배종속관계에 대한 규제

가맹거래계약은 민법상 사적 자치의 원칙을 제한하고 있는 가맹사업법의 적용을 받는다. 가맹사업법은 비록 가맹본부와 가맹점주의 관계를 노사 간의 사용종속관계와 같이 보고 있지는 않지만, 지배와 종속이 이루어질 수 있는 관계임은 위에서 살펴본 바와 같고, 법 또한 가맹거래계약에서의 가맹본부와 가맹점주가 지배종속관계에 놓이게 됨을 분명히 인지하고 있다고 생각한다. 즉 가맹본부에 의한 가맹점주에 대한 부당한 지배와 그로 인한 불공정한 거래를 방지하기 위한 '가맹사업거래의 공정화'를 위한 조치를 취해 두고 있다. 정보공개서 등록 제도(법 제6조의2), 가맹금 예치 및 반환 제도(법 제6조의5, 제10조), 허위과장된 정보제공 등의 금지(법 제9조), 가맹계약의 작성, 갱신, 해지에 관한 규제(법 제11조, 제13조, 제14조), 부당한 영업시간 구속의 금지(법 제12조의3), 부당한 영업지역 침해 금지(법 제12조의4), 업종별 거래기준의 권고(법 제12조의5), 가맹점사업자 단체의 거래조건 변경 협의 등(법 제14조의2), 자율규약의 작성(법 제15조), 가맹점사업자피해 보상보험계약의 체결(법 제15조의2, 법 제15조의3) 등이 그것이다.

한편 가맹사업은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하, '공정거래법'⁸⁾의 규제 대상이기도 하다. 공정거래법은 크게 시장 구조의 개선과 거래 형태의 개선이라는 두 가지 기능을 갖는다. 첫 번째 기능은 경쟁적 시장 환경 조성을 위한 것이고, 두 번째 기능은 거래 형태의 개선을 통해 공정 경쟁을 유도하는 것이라고 한다.⁹⁾

공정거래법이 가맹사업거래에서 중요한 의미를 지니는 것은, 가맹본부가 시장 지배적 지위를 남용하는 경우 또는 사업상의 지위를 이용하여 가맹점주에게 부당한 이득을 취하

8) 이 법은 제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자(즉, 사업자)의 “시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호”하기 위한 목적을 갖고 1980년 제정되어 1981년 시행된 법이다. 사업자의 이익을 위한 행위를 하는 임원·종업원·대리인 기타의 자도 사업자단체에 관한 규정의 적용에 있어서는 이를 사업자로 간주하고 있다(공정거래법 제2조 제1호).

9) 양명조(2012), 『경제법 강의』, 신조사, pp.32~33 참조.

는 경우 등 다양한 형태로 나타날 수 있다. 가맹본부의 공정거래법 위반 사례를 통해 가맹본부와 가맹점주의 관계를 살펴볼 수 있는 사례로는, 가맹본부가 가맹점주의 점포에 필요한 인테리어 공사 또는 가구 납품과 관련한 3자 계약을 체결한 후 해당 인테리어 업체 또는 가구 납품 업체의 서비스와 물건을 구매하도록 한 것이 있다.¹⁰⁾ 공정거래위원회는 이것이 가맹본부가 거래상 지위를 남용한 것으로 판단하였다.

Ⅲ. 가맹거래관계와 노동법

위에서 살펴본 바와 같은 내용과 특징을 갖는 가맹거래상 가맹본부와 가맹점주와의 관계를 외국에서는 단순한 상사거래관계가 아닌 다른 것으로 보기도 한다. 그 방향은 주로 가맹본부와 가맹점주의 관계를 노동관계 혹은 노동관계와 유사한 것으로 간주함으로써 노동관계법제를 가맹거래계약에도 적용하는 것이다. 그 의미는 종속성을 전제로 하는 근로계약의 특징이 가맹거래계약에서도 나타나고 있다는 것이고, 가맹거래계약의 형식에도 불구하고 그 실질이 근로계약 혹은 그와 유사한 것이라면 노동관계법제를 적용하고자 하는 것이다.

그러나 우리나라에서는 아직까지 가맹거래계약에 노동관계법제를 적용하고자 하는 시도가 없고, 문제 제기도 충분하지 않은 상태이다. 다만 가맹사업법이 전제하고 있는 바와 같이 가맹사업거래계약에서의 당사자는 지배와 종속이라는 불평등한 관계에 놓일 수밖에 없으므로 가맹사업법 기타 관련 법제를 통해 불공정한 거래를 규제하고자 할 뿐이다. 그러나 만약 가맹거래계약상 가맹본부와 가맹점주의 관계가 노동관계와 같은 것이라면 이 관계에 대해서도 당연히 노동법제는 적용되어야 할 것이고, 만약 노동법제가 가맹거래계약관계에 적용된다면 가맹본부와 가맹점주의 관계는 지금과는 다른 많은 변화가 요구될 것이다.

여기에서 가맹거래계약관계를 노동관계와 비교평가해 보고자 한다. 현재적 의미에서 노동관계 형성의 기초는 노와 사 관계의 존재라고 할 것이고, 이것은 주로 근로자 개념에 관한 문제와 관련이 있게 될 것이다.

10) (주)파리크라상 거래상지위남용행위(공정거래위원회 2013. 6. 27. 의결 제2013-123호, 2013가맹0612).

1. 근로자 개념과 가맹거래계약관계

가맹사업거래계약을 유상쌍무계약이라고 이해할 때, 이는 근로계약과 상당히 유사한 측면을 갖는다. 가맹사업거래계약과 고용계약을 비교한 한 문헌에 따르면,¹¹⁾ “고용계약도 양 당사자 간에 지속적 거래관계를 유지하면서 일방이 타방에 대해 통제권을 행사한다는 점에서 가맹사업거래계약과 유사한 점이 있다. 그러나 고용계약에서의 노무자는 가맹점주와 달리 상대방(사용자)의 업무상 지시에 철저히 따라야 할 의무를 부담한다. 즉, 통제의 정도에 있어서 가맹계약과 고용계약은 차이가 있다. 또한 노무자는 사용자와 별도의 법인격자로서 제3자와 거래하는 것이 아니라 사용자의 보조자로서만 거래에 개입할 수 있고 거래의 당사자는 될 수 없다. 이러한 차이로 인하여 노무자와 가맹점주를 보호하기 위한 입법정책도 달라지는 바, 전자에 대하여는 사회보장적 차원에서 그리고 후자의 경우에는 거래관계의 불공정성의 차원에서 법령이 제정되고 있으며, 상거래법적으로는 경업금지의무의 기간과 범위 등에 있어서 양자 간에 차이가 발생하게 된다.”라고 한다.

가맹거래계약과 근로계약의 유사점 또는 차이점을 조금 더 자세하게 비교검토해 보기 위해 근로기준법상의 근로자 개념을 다룬 최근의 대법원 판례¹²⁾를 인용하여 보면, 대법원은 근로계약의 성립 여부를 판단하기 위해 근로자가 사용자와 종속적 관계에 있는지 여부를 문제 삼으면서 다음과 같은 판단 지표들을 거론하였다.

- ① 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받는가?
- ② 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘감독을 하는가?
- ③ 사용자가 근무 시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는가?
- ④ 노무제공자가 스스로 비품, 원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는가?
- ⑤ 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는가?
- ⑥ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이고, 기본급이나 고정급이 정해졌는가?
- ⑦ 근로소득세를 원천징수하는가?
- ⑧ 근로 제공 관계에 계속성이 있는가?
- ⑨ 근로자는 사용자에게 대하여 전속적인가? 그 정도는 어떠한가?
- ⑩ 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는가?

11) 한국프랜차이즈학회(2010), 『가맹사업 규제 정합성 제고에 관한 연구』, 2010년 공정거래위원회 연구용역 최종보고서, p.97. 여기에서는 ‘근로계약’이라고 하지 않고 ‘고용계약’이라고 하는데, 그 내용은 고용계약보다는 근로계약을 염두에 두고 있는 듯하다.

12) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결.

∴ 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회 보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.

위와 같은 근로자성 판단의 지표들을 종속성의 구분에 따라 인적 종속성에 관한 지표와 경제적 종속성에 관한 지표로 구분해 보면, ①②③⑧⑨ 등은 인적 종속성을, ④⑤⑥ 등은 경제적 종속성을 드러낸 것으로 보인다. ⑦과 ⑩은 다른 법과의 관계에서 판단이 요구되는 내용들인데, 다만 ⑦과 ⑩이 근로자성을 쉽게 부정하는 기준이 되어서는 안 된다는 점에서 어떤 종속적 관계를 드러내는 지표로 이용되기보다는 다른 법의 적용을 이용하여 근로자성 판단을 보완하는 요소로 인식해야 할 것이다. 그러므로 ⑦과 ⑩은 제외하고 나머지 인적 종속성과 경제적 종속성을 드러낼 수 있다고 보이는 내용들을 기준으로 가맹거래계약관계에서 나타난 가맹본부와 가맹점주 간의 관계에 적용시켜 보자.

가. 가맹점주와 근로자의 인적 종속성

- ① 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받는가?
- ② 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘감독을 하는가?
- ③ 사용자가 근무 시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는가?
- ⑧ 근로 제공 관계에 계속성이 있는가?
- ⑨ 근로자는 사용자에게 대하여 전속적인가? 그 정도는 어떠한가?

근로자의 사용자에게 대한 인적 종속성을 나타내는 지표는 가맹사업거래에서의 가맹본부와 가맹점주와의 관계에서 어느 정도 발견할 수 있다. 가맹사업은 가맹본부가 가맹점주로 하여금 자기의 상표나 상호 등 영업표지를 사용하여 일정한 품질기준이나 영업방식에 따라 상품 또는 용역을 판매하도록 하면서 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원, 교육과 통제를 한다. 이 과정에서 나타나는 가맹본부의 가맹점주에 대한 지배는 근로계약관계에서의 지배와 유사할 수 있다. 이 점은 가맹사업법상 가맹본부와 가맹점주가 준수해야 할 의무적 사항을 통해서도 드러난다(법 제5조 및 제6조의 내용 참조).

즉 가맹본부는 가맹사업의 통일성 유지를 위해 가맹점주가 판매하는 상품 또는 용역의 내용을 정하고 그것을 공급하는 한편 가맹점주가 상품 또는 용역을 판매하는 과정에서 필요한 교육과 훈련을 실시한다. 가맹본부는 가맹점주가 상품 또는 용역을 판매하는 데 지속적인 조언과 지원을 해야 하는 한편, 가맹점주는 가맹본부의 상품 또는 용역 공급계

약과 소비자의 수요충족에 필요한 상품과 용역을 유지해야 하고 가맹본부의 명성을 훼손하는 활동을 해서는 안된다. 가맹점주는 가맹본부가 상품 또는 용역에 대하여 제시하는 적절한 품질기준을 준수하여 상품 또는 용역을 판매해야 하고, 사업장의 설비와 외관 및 운송수단에 대하여 가맹본부가 제시하는 적절한 기준을 준수할 것도 요구된다. 또한 상품 및 용역의 구입과 판매에 관한 회계장부 등 가맹본부의 통일적 사업경영 및 판매전략의 수립에 필요한 자료를 유지하고 제공할 것이 요구되기도 한다.

가맹사업활동을 함에 있어 가맹본부와 가맹점주에게 요구되는 이러한 내용은 가맹점주가 가맹본부에 대하여 인적 종속성을 띄게 됨을 나타낸다. 그러나 인적 종속의 정도는 근로계약의 그것과 가맹거래계약의 그것이 같지는 않다. 가장 큰 차이는 위 ② 즉 “업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘감독을 하는가?”와 관련되어 있다. 근로계약에서 사용자의 근로자에 대한 지휘감독은 상당히 구체적이고 직접적이다. 근로자성 판단에 관한 판례도 지휘감독의 구체성 및 직접성을 요구한다.¹³⁾

어느 정도의 지휘감독이 구체적이고 직접적인가 하는 것에 대한 명확한 기준은 없지만, 업무상 재량을 갖고 “취재담당기자의 기획의도에 따라 제작된 촬영 및 편집구성안에 따라 구체적인 인터뷰 내용 및 방법, 촬영 방법, 기타 영상 내용 등에 대하여 촬영 작업부터 편집 작업까지 지속적으로 수정 지시를 받아 왔고, 위와 같은 촬영 및 편집구성안 이외에도 현장에서 구두로 또는 이메일을 통하여 지속적인 수정 지시를 받아 온” 영상취재요원(VJ)의 근로자성을 인정한 사례가 있다.¹⁴⁾ 업무 자체가 재량적으로 이루어진다 할지라도 업무의 내용과 방법은 구체적이고 직접적으로 이루어질 것이 요구된다고 볼 수 있는데, 가맹본부의 가맹점주에 대한 업무상 지휘감독이 이와 같은 구체성과 직접성을 갖고 있다고 말할 수는 없을 듯하다.

여러 다른 사례와 연관지어 살펴보았을 때 가맹본부의 가맹점주에 대한 업무상 지휘감독이 근로계약에서의 그것과 같은 정도이기 위해서는 가맹점주의 근로자에 대한 지배권까지를 가맹본부가 갖고 있을 정도이어야 할 듯하다. 이와 관련하여 참고할 수 있는 다음과 같은 사례가 있다. 분담금을 납부하는 외에는 수입과 지출을 자체적으로 수립하여 집행하는 독립채산제를 시행하고 있는 지부의 장이 근로자로 인정되었다.¹⁵⁾ i) 지부장은 독립채산제에 따라 지부 매출액 중 일정액의 분담금만 참가인 본부에 납부하고 나머지 매출액으로 규정에 따라 지부 근로자들과 자신의 임금, 매출에 따른 부가가치세, 기타 지부 운영자금으로 충당하였으며, 자신과 지부 근로자들의 근로소득세 및 주민세를 원천징수하여 납부하여 왔다. ii) 다만 이러한 규정된 지출 이외에는 지부에 영업이익이 발생하

13) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2010두29284 판결 등 참조.

14) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결.

15) 대법원 2005. 5. 26. 선고 2004두14724 판결.

더라도 지부장이 임의로 처분할 수는 없었다. 지부장의 휴일과 휴가도 직원복무규정 중 휴일 및 휴가에 관한 규정을 준용함에 따라 원고는 휴일이나 휴가가 아닌 이상 지부 직원들과 마찬가지로 출근하여 출근부에 날인하여 왔으며, 고용보험, 산업재해보상보험, 국민건강보험 및 국민연금에도 모두 가입하여 각 보험료를 납부하였다. 지부의 직원에 대한 임용권은 본사의 이사장에게 있고, 지부 직원은 지부장의 품의에 의하여 이사장이 행하므로 각 지부 직원들은 채용하는 경우에도 지부장들이 이사장에게 품의하여 이사장이 임용하여 왔고, 징계를 할 때도 지부장 또는 총무담당부서장이 이사장에게 징계의결을 요구하고 이사장이 인사위원회의 의결에 따라 행하여 왔다.

위 i)의 사실관계는 가맹본부와 가맹점주의 관계와 거의 다를 바 없지만, ii)에서는 본사가 사실상 지부 근로자들에 대한 사용자로서 역할하고 있음을 알 수 있다. 즉 지부장의 독립적 사업자성이 부정될 정도로 본사의 지배가 작동하고 있을 때 지부장은 독립사업자가 아닌, 근로자로 인정이 되는 것이다.

이러한 논리는 “원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 목적적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 할 것이다.”¹⁶⁾라는 것과 마찬가지로이다.

따라서, 각자 사업자등록증을 가지고 있는 원도급주와 하도급업자 사이에 체결된 공사 하도급계약에 따라 원도급주의 개별적 지휘감독을 받지 않고 직접 고용한 근로자를 지휘 감독하여 하도급의 목적을 달성한 하도급업자의 근로자성은 부정된다. 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로기준법상의 근로자라고 하기 보다는 각자 사업자 등록을 마친 독립한 사업자이고, 비록 원도급주가 작업에 필요한 장비나 자재를 지급받았거나 하도급주가 원도급주에게 매일 작업보고를 하였거나 원도급주가 하도급업자를 산업재해보상보험에 가입하여 준 사실이 있다고 할지라도 이러한 점들로부터 하도급업자가 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 수는 없으며, 하도급업자가 원도급주로부터 수령하였거나 수령할 보수 역시 오로지 공사도급계약상의 보수이지 근로 자체의 대가로서 지급받는 임금은 아니라고 보게 된다.¹⁷⁾

결국 기존 판례의 입장에 서서 살펴보았을 때 가맹점주가 독립사업자로서의 지위를 상실하지 않는 한 가맹본부의 가맹점주에 대한 인적 지배력에도 불구하고 인적 종속성은

16) 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결.

17) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결.

인정되기 힘들 것으로 보인다. 그렇다면 가맹점주는 독립사업자로서의 지위를 갖는지 아니면 가맹본부에 종속되어 있는지 여부를 판단할 필요가 있다.

나. 가맹점주와 근로자의 업무상(물적) 종속성

- ④ 노무제공자가 스스로 비품, 원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는가?
- ⑤ 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는가?
- ⑥ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이고, 기본급이나 고정급이 정해졌는가?

가맹본부와 가맹점주 양자는 독립된 사업자로서 계약을 맺는 것을 원칙으로 한다. 그러므로 가맹점주는 스스로 비품, 원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있고, 영업활동을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있다. 근로계약으로부터 발생하는 근로자의 사용자에게 대한 물적 종속성은 가맹본부와 가맹점주 간에는 없다고 말할 수 있다. 더군다나 가맹점주는 가맹사업에 대한 일정한 수수료를 가맹본부에게 지급해야 할 의무를 부담하지는 않지만, 가맹본부가 가맹점주에게 일정한 보수를 지급해야 할 의무는 존재하지 않는다. 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 가맹점주 스스로 안고 있기 때문에, 위 판단 기준에 비추어 보았을 때 가맹점주는 “독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위”한다고 말할 수 있다.

이 점을 좀 더 자세하게 드러내는 것은 근로계약의 존재를 요구하지 않는 노조법상 근로자 개념 판단의 과정에서이다. 최근 골프장 캐디의 노조법상 근로자성을 인정했던 판례¹⁸⁾는 근로자 개념 판단 기준의 징표를 임금의 종속성 판단 요소보다는 사용자의 지휘 감독의 정도 및 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등의 주로 ‘업무의 종속성 및 독립사업자성’을 판단하는 평가 요소로 삼고 있다. 이에 따라 골프장 캐디의 업무를 세밀하게 분석한다. 노조법상 근로자성을 판단함에 있어 위 판례는 일견 인적 종속성의 기준을 완화시키는 한편, 업무상(경제적) 종속성을 좀 더 중요하게 고려하고 있기는 하지만, 여기에서도 경제적 종속성을 판단하는 중요한 기준은 문제된 대상이 독립사업자인가 아닌가 하는 것이다.

18) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결 참조.

2. 가맹점주의 지위 : 종속인가 독립인가

앞서 가맹본부는 가맹점주에 대하여 인적 및 물적 지배권을 갖는다고 했다. 지배권을 갖는다는 것의 의미가 곧 현재 노동관계법을 적용하는 기준으로서의 종속성을 의미하는 것이라고 하기 어려움은 근로자 개념에 관한 몇 가지 지표들을 살펴봄으로써 확인할 수 있었다. 종속되지 않은 것으로 보게 되는 주된 이유는 가맹점주가 독립적으로 재화 또는 용역을 공급하여 부가가치를 창출해 낼 수 있는 정도의 사업 형태를 갖추고 계속 반복적인 의사로 재화 또는 용역을 공급하는 사업자이기 때문이다.

그러나 가맹점주가 비록 형식상 독립된 사업자로서의 외관을 갖추고 있다고 할지라도, 가맹사업법이 예정하고 있는 바와 같이, 가맹점주의 독립성은 온전하지 못한 것이다. 오히려 가맹본부에 종속된 지위를 갖고 있다고 말하는 것이 가맹점주의 실태를 좀 더 바르게 표현하는 것이라고 생각하는데, 이러한 생각에 대한 근거를 일본의 오카야마현 지노위 결정례(세븐일레븐 사건)에서 발견할 수 있다. 이 사건은 일본의 편의점노조가 가맹본부를 상대로 단체교섭을 신청하였던 것으로, 여기에서 오카야마현 지노위는 가맹본부에 대한 편의점가맹점유니온(가맹본부와 가맹거래계약을 체결하고 있는 가맹점주가 구성한 조합)의 단체교섭권 인정을 위해 우선 가맹점주가 가맹본부로부터 독립된 존재인지 아니면 가맹본부에 대한 종속적 지위에 있는 존재인지를 판단하였다. 그 과정에서 일본의 대법원이 근로자성 판단 요소로 삼고 있는¹⁹⁾ ① 사업조직에의 편입 여부, ② 계약의 일방적 및 정형적 결정성, ③ 보수의 노무대가성, ④ 업무의 의뢰를 거절할 수 있는 자유가 있는가, ⑤ 넓은 의미에서의 지휘감독하의 노무 제공 : 일정한 시간적, 장소적 구속성, ⑥ 현저한 사업자성을 판단한 후 편의점가맹점유니온에 소속된 가맹점주는 노조법상의 근로자에 해당한다고 판단하였다.²⁰⁾

물론 위 세븐일레븐 사건의 결과를 모든 가맹사업에 적용시키는 것은 어렵다. 무엇보다 세븐일레븐 사건에서는 가맹점주의 독립성이 매우 현저하게 훼손되어 있는 측면이 있었다. 세븐일레븐 가맹점주는 가맹본부에 하루의 매출분을 모두 송금한 후 가맹본부가 각종 수수료 및 비용 등을 모두 제외한 나머지 금액만을 다시 가맹점주에게 송금해 주는 방식을 취하고 있었기 때문이다. 그러므로 특히 위 ③의 판단에서 지노위는 이것이 일종의 임금 지급에 해당한다는 판단을 했던 것이다. 또한 이러한 관행은 다른 지표상 가맹점주의 독립성을 부정하는 데 큰 영향을 미쳤을 것으로 생각된다.

19) 新國立劇場運營財団事件・最三小平23年4月12日民事65券3号943頁; INAXメンテナンス事件・最三小平23年4月12日民集236号327頁; ビクターサービスエンジニアリング事件・最三小平24年2月21日民集66券3号955頁 참조.

20) 岡委平成22年(不)第2号, セブン-イレブン・ジャパン事件(平成26年3月13日). 자세한 내용은 박계성 외(2014), 『프랜차이즈 노동관계 연구: 하청노동연구(I)』, 한국노동연구원, p.198 이하 참조.

우리나라의 가맹점주들 중에서도 위와 같이 하루의 매출분을 가맹본부에 모두 송금한 후 제반 수수료 및 비용을 제외한 나머지 금액만을 받는 경우가 있다. 특히 편의점의 일반적 실태가 그러하다. 직영대리점이 아닌 가맹점에서 그와 같은 이익정산방식이 이루어지고 있다면 그때 가맹점은 직영대리점과 같은 지위를 갖는다고 볼 수 있게 될 것이고, 가맹점주는 가맹본부에 종속되어 있다고 말할 수 있다. 직영대리점주가 독립사업자가 아닌 가맹본부의 근로자로서 해석될 수 있는 것과 같이, 가맹점주 또한 가맹본부에 종속적 근로를 제공하는 자로 인정될 수 있을 듯하다.

그러나 이러한 관계가 이루어지지 않는다면 가맹점주의 독립성은 ‘근로자의 종속성’과 ‘일반 자영업자의 독립성’의 중간 지대에 위치하는 것으로 평가할 수 있다. 다시 말해, 인적 종속성은 다소 약하지만 경제적 종속성으로 인하여 근로자와 유사한 지위에 놓여 있으므로 노동법적 보호가 이루어져야 한다고 말해지는 ‘특수형태근로종사자들’과 같거나 유사한 실질을 갖는다고 볼 수 있는 것이다.

가맹사업법은 가맹본부가 가맹사업거래관계에서 가맹점주를 상대로 가맹사업거래의 공정화를 저해하는 것을 방지하기 위한 여러 조치를 취하고 있음을 앞서 말했다. 정보공개서 등록 제도, 가맹금 예치 및 반환 제도, 허위·과장된 정보제공 등의 금지, 가맹계약의 작성·갱신·해지에 있어서 필요 사항들, 부당한 영업시간 구속 금지 및 부당한 영업지역 침해 금지 등이 그것이다. 또한 공정거래법을 통해 가맹본부가 그 우월한 지위를 이용하여 불공정한 거래를 요구하거나 하지 않도록 하고 있기도 하다. 가맹사업법은 가맹사업거래관계에 특화된 법인 반면, 공정거래법은 가맹사업거래관계를 포함한 사업자의 거래관계에 관한 일반법이라고 할 수 있다. 그러나 법이 사업자 간의 공정거래를 위한 여러 조치를 취하고 있음에도 불구하고, 가맹사업거래관계에서의 불공정한 거래행위는 빈번하게 발생하고 있음은 주지의 사실이다.

IV. 결 론

우리나라에는 다른 외국의 경우와는 다르게 가맹본부의 가맹점주에 대한 지배력을 전제하고 공정거래를 도모하고자 하는 목적으로 제정된 가맹사업법이 존재하고 있다. 이 법이 존재하고 있다는 것 자체가 가맹본부의 가맹점주에 대한 지배를 제도화하고 있는 것으로도 보인다. 특히 가맹사업법 제5조(가맹본부의 의무) 및 제6조(가맹점주의 의무)는 가맹본부와 가맹점주의 지배-종속을 가맹거래의 필수적 내용으로 법제화하고 있다. 가맹점주가 가맹본부와의 관계에서 진정한 독립적 사업자라면 과연 이러한 지배-종속 관계가

가능하겠는가? 가맹사업법은 가맹점주가 결코 독립적 사업자일 수 없음을, 가맹본부의 지배를 받는 종속적 존재임을 보여주고 있는 것은 아니겠는가? 그렇다면 가맹점주는 가맹본부의 근로자인 직영점주와 거의 유사한 법적 지위를 갖는다고 판단할 수 있지 않겠는가?

그러나, 현행 법제 및 판례 이론은 가맹점주가 가맹본부의 종속적 존재로서 일종의 근로자와 유사한 지위를 갖는 자로 판단하기 어렵게 한다. 다시 말해 현재 종속성을 기초로 하는 근로자 개념을 전제로 했을 때 가맹점주는 근로자가 아니고 가맹본부로부터 독립된 사업자로 평가하게 될 수밖에 없는 것이다. 그러나 가맹점주가 가맹본부와의 관계에서 “독립된 사업자”가 될 수 없음을, 이 양자의 관계에서 나타나는 지배와 종속을 통해 분명하게 알 수 있다. 가맹사업거래 관련 법제도 분명히 이 점에 주목하며 사적 자치의 원칙을 제한하는 규제를 가하고 있지만, 이 법제의 전제는 여전히 가맹점주의 독립성에 있다. 사업자 대 사업자의 관계에서 발생하는 지배종속관계를 상사거래관계에서의 불공정 거래행위에 대한 규제를 통해 해결하고자 하는 것이다.

이러한 문제는 이른바 ‘특수형태근로종사자들’에 대한 접근에서도 동일하게 발생하고 있다. 사실상 독립성은 없지만 형식상 독립성을 갖추고 있으므로 근로자 개념에서 요구하는 사용종속을 전제 개념으로 삼고 있는 노동관계에 이른바 ‘특수형태근로종사자들’이 포섭되지 못하고 있는 것과 같은 현상이 가맹점주에게도 발생하고 있는 것이다.

일정한 노동관계가 형성되기 위하여 필요한 것이 반드시 사용종속관계일 필요가 있을까, 일련의 지배관계하에 놓인 계약의 당사자에게도 종속관계하에 놓인 근로자와 유사한 권리가 요구되는 것은 아닐까 생각해 본다. 이 요구를 앞으로 어떻게 받아들여야 할 것인지에 대한 고민이 필요한 시점이 아닐까 생각한다. **KLI**