

2019년도 부산판례연구회 하계수련회 발표자료

2019. 8. 24.

釜山判例研究會

차 례

- 여행계약에 관한 개론 이창현 · 오대석 / 5
- 금융리스업에 관한 개론 이동기 · 조장현 / 25
- 가맹업에 관한 개론 임수정 · 김경수 / 47

여행계약에 관한 개론

부산지방법원 부장판사 이창현
부산고등법원 판사 오대석

목 차

I. 서설	9
1. 입법의 배경	9
2. 여행계약의 의의와 법적 성질	10
II. 여행계약의 성립	11
1. 당사자	11
2. 계약 성립의 요건	12
III. 여행계약의 효력	13
1. 여행주최자의 의무	13
2. 여행자의 의무	21
IV. 여행계약의 종료	22
1. 여행개시 전의 해제	22
2. 부득이한 사유로 인한 해지	23
V. 맺음말	24

I. 서설

1. 입법의 배경

경제가 성장하여 국민소득이 증가함에 따라 여가활동이 현저히 증대되면서 여가활용의 방법으로 여행이 보편화·대중화되는 것이 각국의 공통된 현상이다. 우리나라도 예외가 아니어서 국내/국외 여행자 숫자가 급증하고 있다.¹⁾ 한편 여행계약 내지 여행서비스는 다양한 모습으로 전개되고, 계약이 체결되고 그것이 종료되기까지 장기간의 시간이 소요되며, 계약내용에 따라 급부의 내용이 천차만별일 뿐만 아니라, 계약당사자 외에도 많은 사람들이 관여하는 관계로 그 법률관계는 매우 복잡한 양상을 띤다. 최근에는 여행을 주관하는 사업자가 운송·숙박 등 여행에 필요한 사항 모두를 제공하기로 한 뒤 희망자를 모집하여 여행을 하게 하는 총괄단체계약(이른바 패키지여행)도 많아졌다.

종래 여행계약은 비전형계약으로 그 성립과 내용이 전적으로 당사자들에게 맡겨져 있어서 이에 대한 규율은 약관에 의존하였다.²⁾ 그러나 여행계약의 대중화와 그 다양성으로 인해 여행을 둘러싼 법률 분쟁이 적지 않게 발생함에 따라 여행자를 보호하기 위해 최소한의 기본적인 규율을 민법에 마련하는 것이 필요하게 되었다. 이에 2015년 민법이 개정되면서 여행계약에 관한 규정이 신설되었다. 그 결과 여행계약이 민법 제정 후 최초로 전형계약으로 새로 추가되었다.

1) 국내외 여행객 통계(단위: 명)

연도	외래객 입국	내국민 출국	국내여행 참가자수
2003	4,752,762	7,086,133	
2004	5,818,138	8,825,585	37,135,000
2005	6,022,752	10,080,143	36,889,000
2006	6,155,047	11,609,878	37,667,000
2007	6,448,240	13,324,977	36,443,000
2008	6,890,841	11,996,094	37,391,000
2009	7,817,533	9,494,111	31,201,000
2010	8,797,658	12,488,364	30,917,000
2011	9,794,796	12,693,733	35,013,000
2012	11,140,028	13,736,946	

(출처: 한국관광통계, ‘국민여행실태조사’(2003년~2008년:한국관광공사, 2009년~2012년: 한국문화관광연구원), 백태승, “여행계약 입법안”, 민사법학(62호), 2013, 139면에서 재인용.

2) 국내여행표준약관(공정거래위원회 표준약관 제10020호), 국외여행표준약관(공정거래위원회 표준약관 제10021호) 등에 따른 개별적 약관에 의하여 여행계약이 이루어지는 것이 일반적이었다.

2. 여행계약의 의의와 법적 성질

가. 의의

여행계약은 당사자 한쪽(여행주최자)이 상대방(여행자)에게 운송, 숙박, 관광 또는 그 밖의 여행 관련 용역을 결합하여 제공하기로 약정하고 상대방이 그 대금을 지급하기로 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제674조의2).

민법은 여행계약의 급부를 ‘여행 관련 용역을 결합하여 제공하는 것’으로 정하고 있으므로 운송, 숙박, 관광 등 여행 관련 용역 중에 어느 하나만을 제공하기로 약정하는 경우에는 민법상 여행계약에 관한 규정이 적용되지 않는다(그 경우에는 개별 용역계약에 관한 규정과 이론이 적용될 수 있을 뿐이다). 민법 제674조의2가 명시하고 있는 용역 전부가 계약의 급부가 될 필요는 없으며 운송 및 숙박이나 숙박 및 관광과 같이 중요한 두가지만 함께 제공하기로 해도 여행계약에 해당한다.³⁾ 나아가 위 조항이 규정한 용역의 종류는 예시적인 것에 불과하므로 여행급부의 구체적 내용은 그 외에도 음식제공, 탐방, 체험, 관광안내 등 다양할 수 있다.

나. 법적 성질

1) 낙성·유상·쌍무·불요식계약

① 여행계약은 당사자의 합의만 있으면 성립하는 낙성계약이다. 따라서 여행용역의 대가나 계약금이 교부되어야만 성립하는 것은 아니다. ② 여행계약은 여행주최자의 여행용역 제공의무와 여행자의 대금지급의무가 서로 대가적인 관계에 있으므로 쌍무·유상계약이다. ③ 또한 여행계약은 그 성립에 있어서 특별한 방식을 요하지 않는 불요식계약이다.

2) 독립된 유형의 계약

여행계약에 관한 민법규정이 신설되기 전에 그것의 법적 성질에 관하여 도급계약이라는 견해,⁴⁾ 도급계약과 유사하지만 독립된 계약이라는 견해,⁵⁾ 독자적 성질을 가지는 혼합계약이라는 견해 등이 대립되었다.

여행계약은 여행이라는 무형적 결과의 실현을 그 내용으로 하므로 도급계약과 유사한 점이

3) 송덕수, 신민법강의(제10판), 박영사(2017), 1511-1512면.

4) 김윤구, “여행계약의 연구 -단체해외여행계약을 중심으로-”, 법학연구(충남대) 제4권, 1992, 111면.

5) 서민, “여행계약”, 민사판례연구 XI, 박영사(1989), 504면; 남효순, “여행계약”, 민사법학 제20호, 2001, 167면.

있으나, 여행계약의 급부내용은 다수의 서로 다른 급부로 이루어져 있고, 일의 결과인 이들 상이한 부분급부의 실현이 시간적·장소적·기능적으로 전체급부(여행)와 결부되어 이루어지며, 일의 결과가 개개의 급부 및 그 시간적 연속과 불가분의 관계에 있어서 일정한 시점에 집중되지 아니하는 점 등 도급계약과 구별되는 여행계약 고유의 특징도 있다. 이러한 사정에 비추어 볼 때 여행계약은 도급계약과 유사하지만 도급계약 자체는 아닌 독립된 모습의 계약이라고 봄이 타당하다고 보인다.⁶⁾ 민법도 이러한 여행계약의 특징을 고려하여 신설된 여행계약의 규정(제674조의2 내지 제674조의9)을 도급에 관한 규정 다음에 두었다.

Ⅱ. 여행계약의 성립

1. 당사자

가. 여행주최자

여행주최자는 운송, 숙박 등 여행 관련 용역을 결합하여 제공하기로 약정한 자이다. 여행주최자는 여행 관련 용역을 ‘자신의 급부’로서 제공하여야 하는 자이며 타인의 급부로서 하는 자는 그에 해당하지 않는다. 따라서 스스로 여행급부를 실현할 의무를 부담하지 아니하고 여행자와 여행주최자 사이의 여행계약을 중개할 뿐인 여행사(또는 여행 모집인)는 여행주최자가 아니다. 그리고 여행주최자와 계약관계를 가지고 여행의 개별적 용역 일부(운송, 숙박, 등)를 제공하는 자(개별급부자 내지 여행실행자)도 여행자의 계약상대방이 아니다.

나. 여행자

1) 여행자는 여행주최자와 여행계약을 체결하고 여행급부를 받는 한편 여행대금의 지급의무를 부담하는 자이다.

2) 여행자 변경(교체권)의 문제

여행의 시작 전 여행자가 여행할 수 없는 사정이 발생한 경우 여행자가 다른 사람으로 하여금

6) 동지 광윤직 편집대표, 민법주해[XVI] 채권(9) (서민 집필부분), 박영사(1997), 274면; 송덕수(주3), 1511면.

여행에 참가하게 할 수 있는 권리(교체권)를 인정할 것인지 문제된다.⁷⁾ 학설은 대체로 여행자의 일방적인 의사에 의하여 여행참가자를 변경할 권리, 즉 교체권을 인정하고 있다.⁸⁾

교체권을 어떻게 구성할 것인가에 대하여 계약당사자의 지위에 변동이 생겨 원래의 여행자는 당사자 지위를 잃고 제3자(교체참가자)가 새롭게 여행계약의 당사자 지위를 취득하여 여행계약상의 모든 권리와 의무가 그에게 이전된다는 견해(계약인수설, 계약이전설)와 계약당사자의 변경 없이 급부수령권만이 제3자에게 이전될 뿐이라는 견해(일종의 제3자를 위한 계약설)의 대립이 있다. 계약인수설은 여행계약상의 모든 권리와 의무가 교체참가자에게 이전되지 않으면 여행 도중의 담보책임 추궁, 긴급대책의 강구, 채무불이행책임의 추궁, 계약 해지 등과의 문제를 신속하고 적절하게 해결할 수 없고 최초의 계약자와 교체참가자 사이의 합의를 강요하는 결과를 초래하여 교체참가자의 권리를 현저히 축소하게 될 뿐만 아니라 최초 계약자가 권리를 행사하지 않는 한 교체참가자는 어떠한 구제도 받을 수 없게 되어 부당하다고 한다.⁹⁾ 이에 반해 제3자를 위한 계약설은 여행자를 교체하는 경우에도 원칙적으로 여행대금의 지급의무는 원래의 계약당사자가 부담하는 것으로 새겨야 하고 여행자의 일방적 의사표시에 의하여 여행참가자가 교체되는 점에 비추어 이를 계약인수로 보기는 어렵고, 여행 도중 긴급히 행사하여야 할 권리에 관하여는 교체참가자에게 그 권리의 행사를 위임하는 방법으로 교체참가자를 보호할 수 있으므로 굳이 계약인수로 구성할 필요는 없다고 한다.¹⁰⁾

2. 계약 성립의 요건

가. 앞서 살핀 바와 같이 여행계약은 낙성계약이므로 여행주최자와 여행자 사이의 합의만 있으면 계약이 성립한다.

나. 여행계약상 여행주최자가 제공하여야 할 급부는 여행 관련 용역으로서 최소 두 가지 이상이 결합된 것이어야 함도 앞서 본 바와 같다.

다. 여행자가 지급하여야 할 여행대금은 여행주최자가 제공하는 모든 용역에 대한 대가이다.

7) 독일민법 제651조 b는 명문으로 여행자의 교체권을 인정하고 있다고 한다{서민(주6), 280면 참조}.

8) 김윤구(주4), 124면; 서민(주6), 276면; 서민, “여행계약의 법률문제”, 사법행정(제419호), 한국사법행정학회(1995), 26-30면. 다만 이에 대하여 여행자는 자신에게 여행할 수 없는 부득이한 사정이 발생한 경우에는 사전에 여행계약을 해제하는 것으로 자신의 이익을 보호할 수 있으므로(민법 제674조의3), 굳이 교체권까지 부여하여 여행자를 보호할 필요가 없다는 견해로, 백태승(주1), 171-172면.

9) 김윤구(주4), 128-129면.

10) 서민(주7), 28-29면.

따라서 다른 합의가 없는 한 개별적인 여행급부에 대하여 여행자가 별도로 대금을 지급할 필요가 없다.

라. 여행계약을 체결할 때 여행주최자는 거의 언제나 보통거래약관(여행약관)을 사용한다. 이 경우 약관의 규제에 관한 법률이 적용됨은 물론이다.

Ⅲ. 여행계약의 효력

1. 여행주최자의 의무

가. 여행 관련 용역 제공의무

1) 여행주최자는 주된 의무로서 여행자와의 계약에 의하여 약정된 내용대로 여행을 실행할 의무가 있다. 여행의 내용은 계약서에 명시된 것은 물론이고, 여행계약의 청약을 유인하기 위한 여행계획서·여행안내책자 등에서 여행의 내용으로 표시된 사항으로서 해석상 계약에 편입된 것도 모두 포함한다.¹¹⁾

2) 여행실행자에 의한 용역제공의 경우

여행실행자란 여행주최자와의 계약관계를 가지고 여행의 급부 중 일부의 실행을 담당하는 자를 말하는데, 여행주최자는 여행계약상의 의무이행을 위해 여행실행자를 이용하는 것이 일반적이다(예컨대 현지여행사 내지 현지가이드를 이용하는 경우). 이 경우 여행실행자의 법적 지위가 문제될 수 있는데 여행자의 시각에서 볼 때 여행실행자는 그 내부관계가 어떠하든 여행주최자를 갈음하여 여행급부를 이행하는 자이므로 넓은 의미의 이행보조자로 보지 않을 수 없다.¹²⁾ 따라서 여행자는 민법 제391조에 따라 여행실행자의 잘못에 대하여 여행주최자를 상대로 책임을 추궁할 수 있다.

11) 송석수(주3), 1512면.

12) 서민(주6), 289면.

나. 기타의 행위의무(대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다6293 판결 등 참조)

1) 여행주최자는 여행 관련 용역 제공의무 외에도 ‘기타의 행위의무’를 부담한다. 즉 여행업자는 여행 전문가로서 여행계약의 내용을 일방적으로 결정하는 반면 여행자는 여행업자가 제시하는 여행의 안전성을 신뢰하고 여행계약을 체결하는 것이 일반적이므로, 여행업자로서는 ① 여행지에 관하여 사전에 충분히 조사·검토하여 전문업자로서 합리적인 판단을 하여야 할 의무, ② 예견가능한 위험에 대하여 여행자에게 미리 이를 고지할 의무, ③ 여행계약 실시 도중 위험 발생의 우려가 있는 경우 미리 그 위험을 제거하는 등의 합리적 조치를 강구할 의무 등 이른바 ‘안전배려의무’를 부담한다.

2) 한편 위와 같은 안전배려의무 위반으로 여행주최자에게 손해배상책임을 인정하기 위해서는, 사고와 여행급부 사이에 직·간접적인 관련성이 있고, 그 사고의 위험이 일상생활에서 쉽사리 발생할 수 없는 것이어야 하며, 여행주최자가 그 사고의 발생을 예견하였거나 예견할 수 있었음에도 이를 미리 제거하기 위해 필요한 조치를 다하지 못하였다고 평가될 수 있어야 한다.

[참조판례 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다6293 판결]

<1> 사실관계

망인들은 같은 단체 소속 회원 15명과 함께 2012. 3. 중순경 피고와 여행기간 3박 5일, 여행지 베트남 호치민 등으로 정한 여행계약을 체결하였다. 망인들과 여행자들은 2012. 3. 29. 20:00경 저녁식사를 마치고 호텔로 돌아왔는데 현지 국외여행인솔자 A는 호텔 내에서 쉬고 있었고 망인들은 자유시간을 이용하여 호텔 인근 해변에서 물놀이를 하였다. 피고 소속의 국외여행인솔자 B는 바닷가에 나가 망인들을 발견하고 ‘바다가는 위험하니 빨리 나오라’라고 말하였으나 망인들은 계속 물놀이를 하다가 2012. 3. 29. 21:00경 파도에 휩쓸려 익사하는 사고를 당했다.

<2> 소송의 경과 및 대법원의 판단

망인들의 유족인 원고들은 피고를 상대로 안전배려의무 위반을 이유로 손해배상을 청구하였다. 제1심(대구지방법원 김천지원 2014. 2. 7. 선고 2012가합2296 판결)은 피고의 안전배려의무 위반을 인정하고 망인들의 과실을 60%로 보았다. 원심(대구고등법원 2015. 12.

23. 선고 2014나1127 판결)은 피고가 ‘여행업자로서 여행기간 동안 현지상황에 익숙하지 않은 여행자들에게 위험한 장소에 접근하지 말 것과 위험한 행동을 하지 말 것을 사전에 교육하고 주의를 촉구하는 등으로 여행객의 안전을 배려함으로써 사고가 발생하지 않도록 예방할 의무’가 있음에도 그 의무를 게을리 하였다고 보았고, 다만 사고가 자유시간 중에 발생한 점, 망인들이 32세 및 51세의 성인이었던 점, 야간 바다수영이 위험하다는 사정은 일반인의 상식에 해당하는 점 등에 비추어 망인들의 과실을 70%로 보았다.

그러나 대법원은 아래 <3>와 같은 일반 법리를 판시한 후, 망인들이 성년자이고, 사고 당시 음주 상태가 아니었으며 별다른 신체장애가 없었던 점, 사고 당일 야간에 숙소 인근 해변에서 물놀이를 하는 것은 여행계약의 내용에 명시되어 있지 않았고 위 여행계약 당일 오전에 해변에서 해수욕을 하는 등의 자유시간이 있었다는 점만으로는 해변에서의 야간 물놀이가 여행계약의 급부와 관련이 있다고 보기 어려운 점, 위 사고는 피고가 객관적으로 예견할 수 있는 위험에 해당한다고 보기 어려운 점 등에 비추어 피고가 여행주최자로서 여행계약상의 안전배려의무를 위반하였다고 단정하기 어렵다면서 원심을 파기하였다.

<3> 판시사항

기획여행업자는 통상 여행 일반은 물론 목적지의 자연적·사회적 조건에 관하여 전문적 지식을 가진 자로서 우월적 지위에서 행선지나 여행시설의 이용 등에 관한 계약 내용을 일방적으로 결정하는 반면, 여행자는 그 안전성을 신뢰하고 기획여행업자가 제시하는 조건에 따라 여행계약을 체결하는 것이 일반적이다. 이러한 점을 감안할 때 기획여행업자가 여행자와 여행계약을 체결할 경우에는 다음과 같은 내용의 안전배려의무를 부담한다고 봄이 타당하다. 기획여행업자는 여행자의 생명·신체·재산 등의 안전을 확보하기 위하여 여행목적지·여행일정·여행행정·여행서비스기관의 선택 등에 관하여 미리 충분히 조사·검토하여 전문업자로서의 합리적인 판단을 하여야 한다. 그에 따라 기획여행업자는 여행을 시작하기 전 또는 그 이후라도 여행자가 부딪칠지 모르는 위험을 예견할 수 있을 경우에는 여행자에게 그 뜻을 알려 여행자 스스로 그 위험을 수용할지를 선택할 기회를 주어야 하고, 그 여행계약 내용의 실시 도중에 그러한 위험 발생의 우려가 있을 때는 미리 그 위험을 제거할 수단을 마련하는 등의 합리적 조치를 하여야 한다. 여행 실시 도중 위와 같은 안전배려의무 위반을 이유로 기획여행업자에게 손해배상책임을 인정하기 위해서는, 문제가 된 사고와 기획여행업자의 여행계약상 채무이행 사이에 직접 또는 간접적으로 관련성이 있고, 그 사고 위험이 여행과 관련 없이 일상생활에서

발생할 수 있는 것이 아니어야 하며, 기획여행업자가 그 사고 발생을 예견하였거나 예견할 수 있었음에도 그러한 사고 위험을 미리 제거하기 위하여 필요한 조치를 다하지 못하였다고 평가할 수 있어야 한다. 이 경우 기획여행업자가 취할 조치는 여행일정에서 상정할 수 있는 모든 추상적 위험을 예방할 수 있을 정도일 필요는 없고, 개별적·구체적 상황에서 여행자의 생명·신체·재산 등의 안전을 확보하기 위하여 통상적으로 필요한 조치이면 된다.

다. 담보책임

1) 일반론

가) 여행주최자는 여행 관련 용역에 하자가 있는 경우에 일정한 내용의 담보책임을 진다. 민법은 여행주최자의 담보책임에 관하여 2개의 조문을 두었다(제674조의6, 제674조의7). 한편 여행계약은 유상계약이므로 매도인의 담보책임에 관한 규정이 여행계약에도 준용된다(민법 제567조).

나) 여행주최자의 담보책임은 무과실책임이다.¹³⁾

다) 여행의 하자가 여행주최자의 귀책사유로 인하여 발생한 경우 여행자의 보호를 위하여 여행주최자는 담보책임과 함께 채무불이행책임도 부담한다고 해석하는 것이 통설이다.¹⁴⁾

2) 요건

담보책임이 발생하기 위해서는 여행에 하자가 있어야 한다(민법 제674조의6 제1항 본문). 하자의 판단기준은 1차적으로 당사자가 약정한 여행의 내용과 품질이다. 그리고 당사자가 정한 것이 없는 부분은 그 종류의 여행이 일반적으로 갖추고 있는 내용과 품질을 기준으로 하여 판단해야 한다고 본다. 하자의 예로 통상 거론되는 것은 호텔등급이 약정된 등급보다 낮은 경우, 투숙한 호텔 근처의 공사장 소음으로 수면에 어려움을 겪은 경우, 관람한 연주회가 예정된 유명악단의 연주가 아니라 무명악단의 연주인 경우, 침실이 지저분한 경우, 제공된 음식물이 저질이거나 부패한 경우, 관광코스의 일부를 생략한 경우 등이 있다. 그리고 여행이 여러 개의 급부로 이루어진 경우 개개의 급부에 흠이 있으면 여행 전체가 흠이 있는 것으로 평가하여야

13) 송덕수(주3), 1513면.

14) 송덕수(주3), 1513면; 서민(주6), 295-296면.

한다.¹⁵⁾

3) 책임의 내용

담보책임이 인정되는 경우, 여행자는 시정청구권, 대금감액청구권, 손해배상청구권, 계약해지권을 가진다.

가) 시정청구권¹⁶⁾

여행에 하자가 있는 경우 여행자는 여행주최자에게 하자의 시정을 청구할 수 있다(민법 제674조의6 제1항 본문). 즉 원래의 급부와 동등한 가치가 있고 흠이 없는 급부를 청구할 수 있다. 이 때 여행자는 추가적인 비용을 지불할 필요도 없다.

다만, 시정에 지나치게 많은 비용이 들거나 그 밖에 시정을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 시정을 청구할 수 없다(민법 제674조의6 제1항 단서). 여행자가 시정청구를 하는 경우 즉시 시정할 필요가 있는 경우가 아니면 상당한 기간을 정해서 해야 한다(민법 제674조의6 제2항).

나) 대금감액청구권

여행에 하자가 있는 경우 여행자는 여행주최자에게 대금의 감액을 청구할 수 있다(민법 제674조의6 제1항 본문). 대금감액청구권과 시정청구권은 경합적으로 인정되는 것이므로 여행자는 양자 중 어느 하나를 선택적으로 행사할 수 있다. 감액의 정도는 여행 전체를 표준으로 하여 판단해야 하지 개별 급부만을 대상으로 하여 가치를 평가할 것이 아니고, 계약 체결 당시 여행이 가지는 가치에서 실제 여행의 가치를 뺀 부분의 비율만큼 감액해야 한다.

대금감액청구권은 계약의 일부해제에 해당하는 것으로 형성권에 속한다. 따라서 감액청구의 의사표시가 여행주최자에게 도달하면 감액의 효과가 생긴다.¹⁷⁾ 여행주최자가 여행대금 전부를 이미 지급받은 경우에는 감액된 부분만큼 여행자에게 반환해야 하고 여기에는 해제에 관한 민법 제548조 제2항이 준용되어 받은 날부터의 이자도 함께 지급해야 한다고 새길 것이다.

다) 손해배상청구권

여행에 하자가 있는 경우 여행자는 시정청구·대금감액청구와 함께 또는 이에 갈음하여 손

15) 서민(주6), 291면.

16) 불완전이행에 대한 추완청구권(민법 개정안 제388조의2), 도급에서의 하자보수청구권(민법 제667조)와 비견되는 조문인데 ‘시정’은 독일의 ‘Abhilfe’를 뜻한다. 2012년 민법개정위원회 제4분과위원회(위원장 백태승)에서 법률용어로 적절한 것인가에 대하여 논의가 있었으나 더 적절한 용어를 찾기 어려워 그대로 개정 민법에 도입되었다고 한다. 백태승(주1), 157면 참조.

17) 송덕수(주3), 1514면.

해배상을 청구할 수 있다(민법 제674조의6 제3항). 동조가 규정하는 손해배상이 신뢰이익의 배상(신뢰이익설)인지 이행이익의 배상(이행이익설)인지 문제되는데, 다른 담보책임에서와 마찬가지로 신뢰이익이라고 보아야 한다는 견해가 있다.¹⁸⁾

그리고 정신적 손해에 대한 배상이 포함될 수 있는지도 논란이 될 수 있다. 독일민법 제651조 f는 여행이 좌절되거나 현저히 저해된 경우 휴가기간을 무익하게 소모된 것에 대하여 여행자는 적절한 금전 배상을 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있는데 이 규정은 비재산적 손해배상을 정한 것으로 이해된다.¹⁹⁾ 우리의 경우, 신뢰이익설에 의할 때에는 처음부터 위자료가 포함될 여지가 없으나 이행이익설에 의할 경우에는 견해가 나뉠 수 있다.²⁰⁾ 그런데 학설 중에는 신뢰이익설에 의하여 동조에 의한 위자료는 인정할 수 없다면서도 채무불이행책임과 담보책임의 결합을 인정하는 전제에서 여행의 하자로 휴가를 망쳐버린 경우에 채무불이행책임에 의한 위자료를 인정할 수 있다는 견해가 있다.²¹⁾

라) 계약해지권

(1) 요건과 효과

여행에 ‘중대한 하자’가 있는 경우에 그 시정이 이루어지지 않거나 계약의 내용에 따른 이행을 기대할 수 없는 경우에는 여행자는 계약을 해지할 수 있다(민법 제674조의7 제1항). 계약해지권은 여행에 단순한 하자가 있는 경우에는 인정되지 않고 중대한 하자가 있고 나아가 그 중대한 하자가 시정되지 않거나 계약의 내용에 따른 이행을 기대할 수 없는 경우에만 인정된다.

계약이 해지된 경우 여행주최자는 대금청구권을 상실한다(민법 제674조의7 제2항 본문). 다만, 여행자가 실행된 여행으로 이익을 얻은 때에는 이를 상환하여야 한다(민법 제674조의7 제2항 단서).

(2) 귀환운송의무와 비용부담의 문제

(가) 한편 여행계약이 그와 같이 해지되는 경우 여행자가 여행 전의 장소로 귀환하는 과정을 어떻게 규율할 것인지 문제된다. 여행계약이 해지되면 여행주최자로서는 손해배상의무를 제외하고는 다른 계약상의 의무 일체를 부담하지 않는다고 볼 수도 있다. 그렇다면

18) 송덕수(주3), 1514면.

19) MunchKomm-Tonner. §651 f BGB. Rdnr.2. 54.; fuhrich. Reiserecht. 5. Aufl.. 2005. Rn. 419., 백태승(주1) 157면에서 재인용.

20) 가령 백태승(주1), 157-158면은 채무불이행의 경우 정신적 손해배상을 인정할 수 있을지에 대해 견해의 대립이 있고 담보책임의 경우에도 동일한 문제가 발생한다고 하면서, 방학 중의 여행이나 신희여행 등과 같이 다시 여행 기회가 주어지지 않는 경우에는 정신적 손해의 배상을 인정할 수 있다고 한다.

21) 서민(주6), 297면; 송덕수(주3), 1514면.

귀환은 전적으로 여행자의 책임이 될 것이다. 그러나 다른 한편 여행자가 여행의 중간 지점에 남아 있게 된 것은 여행의 하자 때문이므로 여행주최자는 여행계약의 해지에도 불구하고 여행의 본질상 귀환운송의 의무를 부담한다고 볼 수도 있다. 이에 대하여 민법 제674조의7 제3항은 여행주최자는 계약의 해지로 인하여 필요하게 된 조치를 할 의무를 지고(계약해지로 인한 청산 의무를 규정한 것으로 이해된다), 계약상 귀환운송의무가 있으면 여행자를 귀환운송하여야 한다고 정하였다. 이와 같은 민법의 태도는 처음부터 계약상 귀환운송의무가 없는 경우에는 계약이 해지되었을 때 여행주최자에게 계약 외의 의무를 부과할 이유가 없고, 계약상 귀환운송의무가 있는 경우에는 계약의 해지가 여행의 중대한 하자로 인하여 행해지고 여행주최자는 운송에 관하여 정보나 능력 면에서 여행자보다 월등하게 뛰어나다는 점을 고려한 것이다.²²⁾

(나) 여행주최자에게 귀환운송의무가 있을 때 그 귀환운송의 비용은 누가 부담해야 하는가. 여기에 대하여는 민법 개정 당시 여행자가 기본적으로 이를 부담해야 한다는 견해,²³⁾ 귀환운송비용과 그 밖의 추가비용 모두 여행주최자가 부담해야 한다는 견해,²⁴⁾ 여행주최자가 부담하는 것이 원칙이나 특별한 사정이 있는 경우에는 여행자가 비용의 일부 또는 전부를 부담한다는 견해²⁵⁾ 등의 대립이 있었다.

그런데 여행의 하자로 인한 담보책임의 실현으로 계약이 해지된 것임에도 귀환운송의 비용을 여행자가 부담하는 것은 부당한 면이 있고,²⁶⁾ 귀환운송을 위한 비용은 원칙적으로 여행주최자가 부담하여야 하지만 해지로 인하여 여행자가 얻지 못하게 된 이익이 전체 여행의 이익과 비교하여 크지 않다는 등의 특별한 사정이 있을 때에는 여행주최자가 그 비용의 일부 또는 전부를 여행자를 상대로 청구할 수 있도록 함이 공평한 비용부담의 요청에 부합하는 점, 계약의 해지로 인해 여행주최자가 대금청구권을 상실하는 경우에도 여행자가 실행된 여행으로 이익을 얻은 경우 이를 여행주최자에게 상환해야 하는데(민법 제674조의7 제2항) 이러한 방식을 귀환운송의 비용부담에도 관철시키면 특별한 사정이 있는 경우 귀환운송의 비용 일부 내지 전부를

22) 송덕수(주3), 1515면.

23) 2004년 민법 개정 시 개정안 입안자인 남효순 교수의 견해{법무부, 2004년도 민법개정자료집 II(2004. 11.), 458면 이하 참조}

24) 2012년 민법개정위원회 제4분과위원회안(“귀환운송의 추가비용은 여행주최자의 부담으로 한다.”) 및 제4분과위원회 백태승 위원장안(“귀환운송 그 밖의 추가비용은 여행주최자가 부담한다.”)

25) 2012년 민법개정위원회 실무위원회 윤진수 교수의 견해(“여행주최자는 계약의 해지로 인하여 필요하게 된 조치를 강구할 의무를 지며, 특히 계약상 귀환운송의무가 있으면 여행자를 귀환운송하여야 할 의무를 진다. 상당한 이유가 있는 때에는 여행주최자는 여행자에게 그 비용의 일부 또는 전부를 청구할 수 있다.”)

26) 동지, 2004년 민법 개정 시 개정안에 대한 양창수 전 대법관님의 견해{법무부(주23), 458면 이하 참조}.

여행자가 부담하는 가능성을 열어 놓는 것이 타당하다고 보이는 점 등에 비추어 결국 개정 민법은 윤진수 교수의 견해를 따라 여행주최자는 계약의 해지로 인해 필요하게 된 조치를 지고 계약상 귀환운송의무가 있을 때 여행자를 귀환운송할 의무가 지되 상당한 이유가 있는 경우 그 비용의 전부 또는 일부를 여행자에게 청구할 수 있도록 하는 것으로 규정하였다(민법 제674조의7 제3항).²⁷⁾

참고로 독일민법 제651조의 e는 여행주최자의 담보책임의 일환으로 여행자가 계약을 해지하였을 때 여행주최자에게 여행자를 위하여 필요한 조치를 강구할 의무를 부담시키고 그 의무의 하나로 귀환운송의무를 규정하고 있으며 귀환운송의 비용을 여행주최자에게 부담시키고 있다(제4항). 그리고 같은 조 제3항에서는 여행주최자가 이미 제공한 급부에 관하여 ‘여행자에게 이익이 있는 한’ 여행주최자의 보상청구권을 인정하고 있다.²⁸⁾ 그런데 여행자에게 이익이 없는 경우 제3항 제3문이 적용되어 여행주최자는 귀환운송의 비용도 여행자에게 보상청구할 수 없게 된다고 한다.²⁹⁾

4) 책임의 존속기간

여행자의 시정청구권, 대금감액청구권, 손해배상청구권, 계약해지권은 여행기간 중에도 행사할 수 있으며, 계약에서 정한 여행종료일부터 6개월 내에 행사하여야 한다(민법 제674조의8). 6개월은 제척기간이라고 해석된다. 실제의 여행종료일이 계약상의 종료일보다 뒤일 경우에는 개정 민법의 문언에 충실하게 실제 종료일이 아닌 계약상의 종료일을 기산일로 함이 타당하는 견해³⁰⁾가 있고 이에 대하여 여행자 보호를 위하여 후자를 기산일로 규정했어야 한다는 비판적인 견해³¹⁾가 있다.

27) 이에 대하여는 ‘상당한 이유’의 의미가 불명확하고, 귀환운송에 수반되는 추가비용(예컨대 전세기가 없어 긴급하게 일반 항공기편을 구한 결과 그 항공비용의 차액 등)에 대한 언급이 없다는 문제가 있다는 비판이 있다. 백태승(주1), 164면.

28) 독일민법 제651조 e

③ 계약이 해지되면, 여행주최자는 약정된 여행대금에 대한 청구권을 상실한다. 그러나 여행주최자는 이미 제공되었거나 여행의 종료를 위하여 제공되어야 할 여행급부에 대하여 제638조 제3항에 의하여 산정되는 보상을 청구할 수 있다. 이들 급부가 계약의 해소로 인하여 여행자에게 이익이 없는 한도에서는 그러하지 아니하다.

④ 여행주최자는 계약의 해소로 인하여 필요하게 된 조치를 강구할 의무를 지며, 특히 계약이 귀환운송을 포함하는 경우에는 여행자를 귀환운송하여야 할 의무를 진다. 증가비용은 여행주최자의 부담으로 한다.

29) Staudinger/Echert, §651 e BGB Rdnr. 46., 백태승(주1), 162-163면에서 재인용.

30) 백태승(주1), 167면.

31) 송덕수(주3), 1515면.

5) 강행규정

여행주최자의 담보책임에 관한 규정(민법 제674조의6 및 제674조의7)과 담보책임의 존속기간에 관한 규정(민법 제674조의8)을 위반하는 약정으로 여행자에게 불리한 것은 효력이 없다(민법 제674조의9). 여행자의 보호를 위하여 편면적 강행규정으로 두었다. 여행자가 반드시 경제적 약자는 아니라는 반론이 제기 가능하나, 여행사의 독점적 지위 등에 따른 약자의 개념은 상정할 수 있고 여행계약에 관한 개정 민법의 실효성을 확보하기 위한 것이다.³²⁾

2. 여행자의 의무

가. 여행대금지급의무

여행자는 계약에서 정한 여행대금을 지급할 의무가 있다(민법 제674조의2 후단). 개정 민법은 대금지급의 시기를 명문으로 정하고 있다. 즉 여행자는 1차적으로 약정한 시기에 대금을 지급하여야 하며, 대금지급시기의 약정이 없으면 관습에 따라, 관습이 없으면 여행의 종료 후에 지체없이 지급해야 한다(민법 제674조의5).

나. 부수적 의무³³⁾

여행자는 계약의 목적 및 신의칙에 의하여 인정되는 부수적 의무를 부담한다. 즉 여행의 준비와 실행을 위하여 여행주최자에게 협력할 의무를 진다. 예컨대, 여행에 필요한 증명서나 건강증명서를 갖추는 일, 여행설명회에 참석하는 일, 여행기간을 지키는 일, 동행여행자를 방해하지 않는 일, 여행의 원만한 실행을 위하여 여행주최자의 지시에 따르는 일 등이다. 이러한 의무는 약관에 명시되는 일이 많다.

32) 2004년도 민법 개정 시에도 이에 대한 의견이 개정위원들 사이에 팽팽히 대립되었고 표결결과 5:5로 양분되어 위원장이 결정토록 하였으나 더 논의가 필요하다는 이유에서 당시의 개정에서는 제외되었다. 법무부(주23), 473면 이하 참조

33) 서민(주6), 285면 참조

IV. 여행계약의 종료

여행계약은 여행이 계약대로 완전하게 실행이 된 경우, 당사자 사이에 계약을 종료시키기로 합의한 경우 등에 종료한다. 민법은 ① 여행개시 전의 해제와 ② 부득이한 사유로 인한 해지를 규정하고 있다.

1. 여행개시 전의 해제

가. 여행자는 여행이 개시되기 전에는 언제든지 계약을 해제할 수 있다(민법 제674조의3 본문). 여행계약은 계약이 체결된 때와 여행이 개시된 때 사이에 시간의 간격이 큰 것이 보통이어서 여행자 쪽에 사정의 변동이 생기는 일이 있기 때문에 이를 고려한 특칙이다.³⁴⁾ 동조에 따른 해제권의 행사에는 특별한 원인이 필요하지 않다. 다만 해제로 인해 상대방에게 손해가 발생한 경우에는 이를 배상하여야 한다(민법 제674조의3 단서). 이 손해배상책임의 성질에 관하여는 무과실책임이라고 새겨야 한다는 견해³⁵⁾와 그 해제의 사유에 대한 여행자의 책임 유무에 따라 손해배상청구의 가부가 달라진다고 보는 견해³⁶⁾의 대립이 있다. 그리고 그 손해배상이 신뢰이익의 배상인지 또는 이행이익의 배상인지에 대하여 이견이 있을 수 있는데 신뢰이익의 배상으로서 여행대금의 한도에서만 인정되는 것으로 보아야 한다는 견해³⁷⁾가 있다.

나. 민법 제674조의3의 사전해제권은 여행자에게만 인정되고 여행주최자에게는 인정되지 않는다. 민법 개정 당시 여행주최자에게도 사전해제권을 부여하자는 의견이 있었으나 여행주최자는 부득이한 사유로 인한 해지 또는 여행자의 손해배상 의무를 통해 보호받을 수 있고, 일반적으로 여행주최자는 기획자로서 여행자와 일대다수의 관계이므로 사전해제권까지 굳이 인정할 필요가 없다고 보아 개정민법은 여행주최자에게 사전해제권을 인정하지 않았다.³⁸⁾

다. 민법 제674조의3을 위반하는 약정으로서 여행자에게 불리한 것은 효력이 없다(민법 제

34) 서민(주6), 279면.

35) 송덕수(주3), 1516면.

36) 서민(주6), 279면.

37) 송덕수(주3), 1516면. 독일민법 제651조의 I 참조.

독일민법 제651조 I(여행개시 전의 해제)

② 여행자가 계약을 해제한 경우에는 여행주최자는 적절한 배상을 청구할 수 있다. 배상액은, 여행대금에서, 여행주최자가 지출을 면한 비용 및 그가 여행금부를 달리 사용함으로써 취득할 수 있는 것의 가액을 공제하여 정하여진다.

38) 법제사법위원회, 민법 일부개정 법률안 검토보고(2014. 7.), 21면. 독일민법 제651조의 i 역시 여행자에게만 사전해제권을 인정하고 있다.

674조의9).

2. 부득이한 사유로 인한 해지

가. 부득이한 사유가 있는 경우에는 각 당사자는 계약을 해지할 수 있다(민법 제674조의4 제1항 본문). 이 계약해지는 여행이 시작된 후에 인정되는 것으로 부득이한 사유가 있는 한 당사자 쌍방 모두 할 수 있다. ‘부득이한 사유’의 예로는 부모의 사망과 같은 가정 사정, 질병, 천재지변 등을 들 수 있다. 부득이한 사유는 당사자의 유책사유에 의한 것일 수도 있다. 따라서 무과실의 경우를 가라키는 ‘불가항력’과는 다른 개념으로 새긴다.

나. 부득이한 사유로 계약을 해지한 경우 그 사유가 당사자 한쪽의 과실로 인하여 생긴 때에는 그 당사자는 상대방에게 손해를 배상해야 한다(민법 제674조의4 제1항 단서).

다. 계약이 해지된 경우 여행주최자에게 대금청구권이 인정되는가에 대하여 개정 민법은 아무런 규정을 두지 않았으므로 계약해지에 관한 일반 법리에 의하여 해결해야 한다. 그 결과 여행주최자는 해지 당시까지의 대금청구권만을 가지게 되고 그 이후의 것은 상실한다고 보아야 할 것이다.³⁹⁾

라. 부득이한 사유로 계약이 해지되는 경우에도 계약청산의 문제가 남는데, 민법은 이 경우에도 계약상 귀환운송의무가 있는 경우 여행주최자가 여행자를 귀환운송할 의무가 있다고 규정하였다(민법 제674조의4 제2항).

그러나 그 비용에 관하여는, 담보책임에 의한 계약해지의 경우와 달리, 해지사유가 어느 당사자의 사정에 속하는 경우에는 그 당사자가 부담하고, 누구의 사정에도 속하지 않는 경우에는 각 당사자가 절반씩 부담하도록 하였다(민법 제674조의4 제3항). 당사자 쌍방의 귀책사유가 경합하여 여행계약이 해지된 경우에는 그 과실의 비율에 따라 비용을 부담한다고 볼 것이다.⁴⁰⁾

라. 민법 제674조의4를 위반하는 약정으로서 여행자에게 불리한 것은 효력이 없다(민법 제674조의9).

39) 송덕수(주3), 1516면.

40) 2012년 민법개정위원회 제4분과위원회의 안은 “해지로 인한 비용은 해지사유가 당사자 일방의 사정에 속하는 경우에는 그 당사자가 부담하고, 당사자 쌍방의 사정에 속하거나 누구의 사정에도 속하지 않는 경우에는 각 당사자가 2분의 1씩 부담한다.”라고 정하였으나, 당사자 쌍방의 귀책이 경합하는 경우 과실비율이 다름에도 각 당사자가 2분의 1씩 비용을 부담하는 것은 불합리하다는 비판이 있어 개정 민법은 ‘당사자 쌍방의 사정에 속하거나’라는 문구를 삭제하였다. 법제사법위원회(주38), 25면 참조.

V. 맺음말

종래 여행계약의 사법적 효력을 규율하는 직접적인 법률이 없어 당사자들의 합의와 여행약관에만 의존하던 여행과 관련된 분쟁은 개정 민법이 여행계약을 새로운 전형계약의 하나로 받아들임에 따라 성문법의 규율을 받게 되었다. 소비자인 여행자를 보호하고 법적 안정성을 도모하기 위하여 민법에 여행계약을 명문으로 규율한 것은 매우 바람직하고 타당한 입법이라고 평가할 수 있다.

여행계약이 실현되는 모습은 매우 다양하고, 계약의 체결 시부터 종료 시까지 장기간의 시간이 경과하고 많은 사람들이 관여하는 관계로 그 법률관계는 상당히 복잡한 양상을 띤다. 이러한 법률관계에서 발생하는 특수하고 세부적인 문제는 개정 민법의 여행계약에 관한 기본적인 규정과 계약법의 이론에 의해 해결되어야 할 것이다. 향후 판례의 축적을 통해 여행계약 법리의 발전을 기대해 본다.

금융리스업에 관한 개론

부산지방법원 부장판사 이동기
부산지방법원 판사 조장현

목 차

I. 기능과 연혁	29
1. 리스업의 기원과 성장	29
2. 금융리스의 경제적 기능	29
3. 리스 관련 법률의 제정 및 금융리스업에 대한 상법규정 신설	30
II. 금융리스의 개념	31
1. 리스의 개념	31
2. 금융리스와 운용리스의 구별의 실익	32
III. 금융리스거래의 구조	34
1. 당사자	34
2. 금융리스거래의 과정	35
IV. 금융리스계약의 성질	36
1. 성질론의 의의	36
2. 학설	37
3. 판례	38
V. 금융리스거래의 법률관계	38
1. 금융리스업자의 의무	38
2. 금융리스이용자의 의무	39
3. 공급자의 의무	41
VI. 리스의 종료	43
1. 리스기간의 만료	43
2. 해지	44
참고문헌	46

I. 기능과 연혁

1. 리스업의 기원과 성장

리스업의 기원을 19세기 중엽에까지 거슬러 올라가 찾기도 하지만, 오늘날의 리스거래는 1950년대에 비로소 미국에서 생겨난 비교적 새로운 금융기법이다. 우리나라에는 1970년대 초에 소개되어 역사가 일천하다. 그러나 리스에는 설비자금의 조달효과가 있고, 리스자산이 주로 감가상각이 가능한 고정자산으로 구성되어 세제상의 이점을 누릴 수 있으므로, 오늘날 기업이 사업용 고정자산을 취득하는 일상적인 수단으로 이용되고 있다. 우리나라에는 고도의 산업발전기로 이행한 1970년대 이후에 주로 선진국의 기계·시설 등을 리스에 의해 도입함으로써 최신의 기계·시설을 취득할 수 있는 기회가 마련되었다. 그리하여 오늘날 리스산업은 산업시설의 상당부분을 공급하는 성장산업으로 주목되고 있다.

2. 금융리스의 경제적 기능

가. 장점

(1) 금융리스에 의하여 금융리스이용자는 필요한 물건을 구입한 것과 동일한 효과를 가져오므로, 금융리스이용자는 금융리스업자로부터 100% 설비금융을 받는 효과를 가져오는 물론, 금융리스이용자가 스스로 자금을 차입하여 구입하는 것과 비교할 때 대차대조표상 금융리스료는 부채로 기재되지 않기 때문에 재무구조를 개선하고 또 구입비용을 운전자금으로 활용할 수 있는 효과를 아울러 가져온다.¹⁾

(2) 금융리스료는 실질적으로는 금융리스물건의 구입대금이지만 형식적으로는 금융리스물건의 사용대가이므로, 금융리스이용자는 세법상 그 전액을 손비로 처리할 수 있어 절세의 효과를 가져온다. 영미에서는 이러한 세제상의 이점이 금융리스산업의 발전에 크게 기여하였다고 하는데, 우리나라에서는 금융리스료 전부에 대한 손비처리를 인정하지 않고 금융리스료 중에서 차입금의 이자에 상당하는 부분만을 손비로 인정하고 있으므로, 이러한 장점은 다소 퇴색되었다.

1) 다만 금융감독원은 2019년부터 '리스회계기준'을 전면 개정(K-IFRS 제1116호)하여 금융리스, 운용리스 동일하게 재무제표에 사용권자산(리스자산)과 리스부채를 계상하도록 하였다.

(3) 금융리스는 금융리스물건(설비 등)의 소유에 따르는 관리사무를 면할 수 있고, 기계 노후화와 기술 진부화에 따른 위험을 피할 수 있는 효과 등이 있다.

나. 단점

금융리스료가 은행이자보다 비싼 점, 금융리스물건의 잔존가치가 크면 이용자에게 손해인 점 등의 단점도 있다. 그러나 위 장점들이 훨씬 크기 때문에 오늘날 금융리스산업은 날로 번창하고 있다.

3. 리스 관련 법률의 제정 및 금융리스업에 대한 상법규정 신설

리스 관련 실정법으로는 1973. 12. 31. 시설대여산업육성법이 제정되었다가 시설대여업법으로 개칭된 데 이어, 1997년 다른 특수 금융업종과 더불어 여신전문금융업법(1997. 8. 28. 제정, 법률 제5374호)으로 통합되어 현재에 이르고 있다. 그러나 동법은 리스업에 대한 행정규제적 목적에서 입법된 것이므로, 리스의 사법적 측면에서 발생하는 문제에 대한 전반적인 해결수단이 되지 않는 것이다. 그래서 리스계약은 전부 리스업자가 일방적으로 정한 약관에 의해서 체결되고, 분쟁이 발생한 경우 그 약관의 해석이 쟁점이 되어 왔다.

그러던 중 1995년 말 상법개정 시에 금융리스가 ‘물융(物融)’이라는 명칭으로 기본적 상행위의 하나로 추가되었다(제46조 제19호. 기계·시설 기타 재산의 물융에 관한 행위). 어차피 금융리스는 회사에 의해 영위되고 영업으로서의 요소도 갖추고 있으므로, 이 규정이 없더라도 준상행위로서 상법의 규율을 받을 수밖에 없다. 따라서 이 규정의 신설이 금융리스업에 관해 특별한 의의를 갖는 것은 아니었다.

필요한 것은 금융리스의 거래를 실질적으로 규율할 사법적 규정이라고 할 것인데, 그러한 규정이 2010년 5월 개정에 의해 도입되었다. 동 개정상법에서 제2편(상행위)에 제12장을 추가하여 4개의 조문(168조의2 내지 5)을 신설한 것이다.²⁾ 금융리스의 다양한 법률관계를 규율하기에는 부족한 면이 있지만, 금융리스업을 규율하는 상거래법적 규정들이 창설되기 시작했다는 점에 큰 의의를 둘 수 있다.

2) 동 조문들이 신설되면서 용어의 통일성을 기하기 위하여 제46조 제19호는 ‘기계, 시설, 그 밖의 재산의 금융리스에 관한 행위’로 개정되었다.

〈법제처 제공〉

◇ 2010. 5. 14. 일부개정 이유

변화된 현실을 반영하여 새로운 상행위인 리스, 프랜차이즈, 팩토링의 법률관계를 구체적으로 이 법에 규정하는 등 현행 규정의 미비점을 보완하고 법률관계를 명확히 하려는 것으로서, 경제 살리기 관련 법안임.

◇ 주요내용

아. 금융리스업의 법률관계 구체화(법 제12장 신설)

1) 현재 금융리스업은 상행위로 명시되어 있으나 구체적인 법률관계에 관한 규정이 없어 약관 등에 의존하여 규율되고 있는 상태임.

2) 금융리스계약의 중도해지를 명시하고, 금융리스이용자가 공급자에게 직접 손해를 청구할 수 있도록 하는 등 금융리스업의 법률관계를 구체화 함.

3) 금융리스업의 법률관계를 구체화함으로써 금융리스업자와 금융리스이용자의 법률관계가 합리적으로 규율될 것으로 기대됨.

Ⅱ. 금융리스의 개념

1. 리스의 개념

제12장 금융리스업 〈신설 2010. 5. 14.〉

제168조의2(의의) 금융리스이용자가 선정한 기계, 시설, 그 밖의 재산(이하 이 장에서 ‘금융리스물건’이라 한다)을 제3자(이하 이 장에서 ‘공급자’라 한다)로부터 취득하거나 대여받아 금융리스이용자에게 이용하게 하는 것을 영업으로 하는 자를 금융리스업자라 한다.

가. 금융리스

금융리스(finance lease)란 금융리스업자가 금융리스이용자에게 기계·설비 등과 같은 금융리스물건의 구입자금을 융자하여 주는 대신에 금융리스물건을 직접 구입하여 이를 임대하는 것을 말한다. 일반적으로 리스라고 할 때는 이러한 금융리스를 말하는데, 이는 형식적으로 보면

물건의 임대차이지만 실질적으로 보면 자금의 대여이다. 그러므로 금융리스에서의 금융리스기간은 보통 금융리스물건의 내용연수이고, 금융리스이용자는 금융리스기간 중 금융리스계약을 원칙적으로 해지할 수 없으며, 금융리스료는 금융리스물건의 구입대금·부대비용 및 금융리스업자의 이윤 등을 합한 금액이고, 금융리스물건에 대한 유지·관리책임을 금융리스이용자가 부담한다.

나. 운용리스

운용리스(operating lease)란 금융리스 이외의 리스를 총칭하는 것인데, 리스물건 자체의 이용에 목적이 있는 리스를 말한다. 운용리스는 금융적 성격은 거의 없고, 서비스 제공적 성격이 강하다. 운용리스에서는 리스기간은 보통 리스물건의 내용연수의 일부이고, 리스이용자는 리스기간 중 리스계약을 중도해지할 수 있으며, 리스료는 리스물건의 구입가격의 일부이고, 리스물건에 대한 유지·관리책임을 리스업자가 부담한다.

운용리스는 리스이용자가 리스를 이용하는 목적이 물건 자체의 사용에 있는 것으로서 법정 성질은 순수한 임대차계약으로 상법 제46조 제2호가 적용된다. 따라서 상법 제46조 제19호는 금융리스에 대하여만 규정하게 된 것이다.

2. 금융리스와 운용리스의 구별의 실익

가. 리스료의 소멸시효

대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다20571 판결 [공2013하, 1480]

【판결요지】

[1] 민법 제163조 제1호에서 3년의 단기소멸시효에 걸리는 것으로 규정한 ‘1년 이내의 기간으로 정한 채권’이란 1년 이내의 정기로 지급되는 채권을 말한다.

[2] 금융리스는 리스이용자가 선정한 특정 물건을 리스회사가 새로이 취득하거나 대여받아 리스물건에 대한 직접적인 유자·관리 책임을 지지 아니하면서 리스이용자에게 일정 기간 사용하게 하고 대여기간 중에 지급받는 리스료에 의하여 리스물건에 대한 취득자금과 이자, 기타 비용을 회수하는 거래관계로서, 그 본질적 기능은 리스이용자에게 리스물건의 취득 자금에 대한 금융 편의를 제공하는 데에 있다.

[3] 甲 주식회사와 乙이 체결한 정수기 대여계약에 기한 월 대여료 채권의 소멸시효 기간이 문제 된 사안에서, 위 대여계약은 甲 회사가 보유하는 정수기를 그 사용을 원하는 乙 등 불특정 다수를 대상으로 대여하기 위하여 체결한 것으로서 본질이 리스물건의 취득 자금에 대한 금융 편의 제공이 아니라 리스물건의 사용 기회 제공에 있는 점, 위 대여계약에서 월 대여료는 甲 회사가 乙에게 제공하는 취득 자금의 금융 편의에 대한 원금의 분할변제와 이자비용 등의 변제 성격을 가지는 것이 아니라 정수기의 사용 대가인 점 등에 비추어 위 대여계약은 금융리스에 해당한다고 볼 수 없으므로, 위 대여계약에 기한 월 대여료 채권은 민법 제163조 제1호에 정한 ‘사용료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전의 지급을 목적으로 한 채권’으로서 소멸시효 기간은 3년이라는 이유로, 이와 달리 소멸시효 기간이 5년이라고 본 원심판결³⁾을 파기한 사례.

【전문 중 발췌】

이 사건 대여계약은 주식회사 甲이 보유하는 이온정수기를 그 사용을 원하는 피고 등 불특정 다수를 대상으로 대여하기 위하여 체결한 것으로서 그 본질이 리스물건의 취득 자금에 대한 금융 편의 제공이 아니라 리스물건의 사용 기회 제공에 있는 점, 이 사건 대여계약에서 월 대여료는 주식회사 甲이 피고에게 제공하는 취득 자금의 금융 편의에 대한 원금의 분할변제와 이자비용 등의 변제 성격을 가지는 것이 아니라 이온정수기의 사용에 대한 대가인 점, 또한 일반적인 금융리스와 달리 36개월의 계약기간 동안 피고가 언제든지 계약을 해지할 수 있으며 주식회사 甲이 이온정수기에 대한 정기점검 서비스를 제공하고 피고의 부주의가 아닌 사유로 발생한 고장에 대한 수리와 필터 교환을 무상으로 하여 주기로 한 점 등을 앞서 본 금융리스의 개념에 관한 법리에 비추어 살펴보면 이 사건 대여계약은 금융리스에 해당한다고 볼 수 없다.⁴⁾

- 3) 서울남부지방법원 2013. 2. 7. 선고 2012나6252 판결: 甲과 피고(乙) 사이의 이온정수기 대여계약은 시설대여회사가 대여시설 이용자가 선정한 특정물건을 새로이 취득하거나 대여받아 그 물건에 대한 직접적인 유지·관리책임을 지지 아니하면서 대여시설 이용자에게 일정 기간 사용하게 하고 그 기간 종료 후의 물건의 처분에 관하여는 당사자 간의 약정으로 정하는 시설대여(리스)계약으로서 원고의 피고에 대한 위 대여료 채권은 5년의 소멸시효기간이 적용된다고 할 것인데(대법원 2001. 6. 12. 선고 99다1949 판결 등 참조), 원고의 이 사건 소는 피고가 2006. 9. 5. 및 2006. 10. 31. 이온정수기 2대에 대한 월 대여료를 납부함으로써 채무를 승인한 때로부터 5년이 경과하기 전인 2011. 8. 19. 제기되었음은 기록상 명백하다.
- 4) 이른바 렌탈이라는 이름으로 이 사건 같은 정수기뿐만 아니라 자동차, 컴퓨터, 복사기 등 생활용품의 대여계약에도 동일한 법리가 적용될 것으로 본대(송석봉, 정수기 대여계약에 기한 월 대여료 채권의 소멸시효 기간, 대법원 판례해설 제97호(2014), 48~55면).

나. 쌍방미이행 쌍무계약에 관한『채무자 회생 및 파산에 관한 법률』제119조 제1항 본문⁵⁾의 적용 여부

임대차의 경우에는 일정 기간 동안의 임대목적물 사용과 그 차임지급의무가 대가관계에 있으므로, 채무자회생법 제119조가 적용된다고 본다. 따라서 임차인에 대하여 회생절차가 개시되었을 경우, 관리인이 이행을 선택하였다면 개시 이후 발생하는 차임채권은 채무자회생법 제179조 제1항 제7호에 따라 공익채권이 된다.

(1) 금융리스

금융리스계약에 있어서는 리스료의 산정과 그 지급방법의 결정과정으로 볼 때 리스이용자가 지급하는 리스료는 리스물건의 사용대가라고만 보기는 어렵고, 리스물건의 인수와 함께 지급하여야 하는 대금을 리스회사와의 계약을 통하여 분할하여 지급하도록 하는 금융계약에 의하여 발생하는 것이라고 보는 것이 타당하다. 따라서 금융리스에 대하여는 채무자회생법 제119조가 적용되지 않는다[서울고등법원 2000. 6. 27. 선고 2000나14622 판결, 서울고등법원(춘천) 2018. 1. 17. 선고 2017나1283 판결 참조).

(2) 운용리스

반면에 운용리스의 경우에는 대부분 금융적 성격보다는 임대차적 성격이 강하기 때문에 임대차의 경우와 같은 방법으로 실무취급을 하는 것이 바람직하다. 따라서 운용리스의 경우 채무자회생법 제119조에 따라 처리하면 된다. 리스이용자에 대하여 회생절차가 개시되었을 경우 개시결정일 이후에 발생하는 리스료는 공익채권으로 처리하고, 개시 전에 발생한 부분은 회생채권으로 처리하면 된다.

Ⅲ. 금융리스거래의 구조

1. 당사자

금융리스거래에는 기본적으로 3 당사자가 있다. 즉, 금융리스이용자(lessee), 금융리스업자

5) 쌍무계약에 관하여 채무자와 그 상대방이 모두 회생절차개시 당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 관리인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다.

(lessor) 및 공급자(supplier)가 그것이다.

2. 금융리스거래의 과정

가. 금융리스이용자는 자신이 필요로 하는 기계·설비 등 물건의 제조자 기타 공급자와 상담을 벌여, 목적물·가격·인도시기 등에 관해 실질적인 합의를 한다.

나. 이용자는 합의한 내용을 토대로 금융리스업자와 금융리스계약을 체결한다. 여기서 리스기간, 리스료, 유지·관리책임 등이 모두 약관에 따라 결정된다.

대법원 1992. 7. 14. 선고 91다25598 판결 [공1992.9.1.(927), 2378]

【판결요지】

가. 이른바 금융리스(Finance Lease)는 리스이용자가 지정하는 물건 또는 시설(이하, 리스물건이라 한다)을 리스회사가 공급자로부터 구입하여 리스이용자에게 대여하고 그 대여기간 중 지급받는 리스료에 의하여 리스물건에 대한 취득자금과 그 이자, 기타 비용을 회수하는 거래관계로서 그 본질적 기능은 리스이용자에게 리스물건 취득자금에 대한 금융편의를 제공하는 데에 있는바, 리스회사와 리스이용자 사이에 리스계약이 체결된 후 리스기간이 개시되기 전에 그 계약이 해제된 경우에, 리스회사가 이미 공급자와 사이에 리스물건의 매매계약을 체결하여 그 매매대금을 지급하는 등 취득자금을 투입하였으나 위 매매계약의 해제가 이루어지지 않고 리스물건이 범용성이나 시장성을 결여하여 그 처분가액으로 취득자금을 회수하기 어려운 경우가 있을 수 있으므로, 리스회사로서는 리스계약에서 리스물건의 취득자금(용자원본)의 회수와 기타 손해의 전보를 확보할 조치를 취해 둘 필요가 있는 것이다.

나. 리스회사와 리스이용자 사이에 체결된 리스계약이 리스기간이 개시되기 전에 해제되어 리스계약의 정한 바에 따라 리스회사가 지급한 물건의 취득자금 등을 리스이용자가 변상할 경우에, 리스회사는 리스물건의 소유권도 취득하고 그 취득자금도 변상받게 되어 리스물건의 현존가액이 인정되는 경우에는 2중의 이익을 취득하는 결과가 되므로 리스이용자의 변상액에서 리스물건의 현존가액을 공제하는 것이 형평의 이념에 맞는다고 할 것이며, 위와 같은 리스물건의 현존가액을 그 교환가치의 평가액으로서 그 교환가치의 평가에 있어서는 그 물건의 범용성과 시장성의 유무를 고려하여야 하므로, 범용성이나 시장성이 없어 거래가격에 의한 교환가치의 평가가 불가능한 경우에는 교환가치는 영으로 볼 수밖에 없고 리스회

사가 실제로 그 물건을 타에 처분한 때에 그 처분가액을 청산할 수밖에 없는 것인바, 위와 같이 리스물건의 취득원가에서 공제할 리스회사가 보유하는 리스물건의 현존가액 또는 처분가액에 관한 주장입증책임은 원칙적으로 그 공제를 주장하는 리스이용자 측에 있다고 보아야 한다.

다. 금융리스계약의 이행으로서 금융리스업자는 공급자와 이용자가 합의한 내용대로 매매계약을 체결하는데, 예외 없이 공급자는 이용자에게 직접 이행하기로 합의한다.

라. 공급자는 이용자에게 리스물건을 인도하고, 금융리스업자는 공급자에게 대금을 지급한다.

마. 이용자는 금융리스업자에게 소정의 금융리스료를 지급한다.

IV. 금융리스계약의 성질

1. 성질론의 의의

금융리스의 법적 성질은 단지 이론상의 문제에 그치는 것이 아니라, 리스계약의 효력에 영향을 주는 중요한 문제이다.

리스의 목적물에 구조상의 결함이 있거나 이용자의 과실 없이 멸실·훼손된 경우 일반적인 임대차에서라면 매도인의 하자담보책임에 관한 민법 제570조 이하의 규정이 유상계약에 준용되므로(민법 제567조), 임차인은 임대인의 하자담보책임을 묻거나 민법 제627조에 근거하여 대금감액청구 또는 계약해제를 할 수 있다. 금융리스계약은 리스업자가 작성한 금융리스약관에 의해 체결되고 있는데, 금융리스약관에는 리스물건의 인도가 지연되거나 물건의 규격·사양·성능·기능 등에 있어서의 부적합, 불완전, 기타의 하자가 있을 때에도 리스업자는 리스이용자에 대하여 책임을 지지 아니한다는 면책조항을 두는 경우가 있다. 리스계약을 임대차로 본다면, 위와 같은 면책약관은 임차인에게 불리한 특약으로서 무효라고 볼 여지가 있다(민법 제652조). 그러나 금융리스계약을 임대차와는 별개의 비전형계약으로 보고 그 나름대로의 특성을 인정한다면, 이 면책약관을 유효한 것으로 보고 금융리스업자의 담보책임을 부정할 수 있다.

금융리스약관에는 담보책임의 면책조항 외에도 종래의 임대차 법리에서 벗어남으로 인해

유효성이 문제되는 약정을 다수 담고 있는데, 이 문제들도 궁극적으로는 리스의 성질론에 귀착된다.

2. 학설

가. 임대차설 · 특수임대차설

리스계약의 금융거래적 특수성을 부정하고 리스를 단순한 임대차로 파악하는 견해도 없지는 않으나, 대체로 어느 정도의 특수성은 인정한다. 즉, 금융리스계약의 법적 형식을 중시하여 임대차로 파악하고, 다만 리스의 특성으로 인해 임대차 법리의 적용이 부적합한 부분에만 임대차 관계의 강행규정에 반하지 아니하는 범위에서 약관의 유효성을 인정하는 입장이다.

나. 비전형계약설

금융리스의 경제적 실질인 금융적 측면을 중시하여 금융리스는 민법의 임대차와는 다른 특수한 무명계약(비전형계약)이라고 보는 견해로서 통설이다. 비전형계약설이 제시하는 근거는 대체로 다음과 같다.

① 금융리스는 ‘자산의 소유’보다는 ‘자본의 효율적 이용’에, ‘사용가치의 회수’보다는 ‘교환가치의 회수’에 더 중점을 두고 이루어지는 거래이다. ② 금융리스업자에 소유권을 남겨두는 것은 물건 그 자체의 확보보다는 리스계약의 충실한 이행을 담보하고 금융리스업자가 대여한 투자자본의 회수를 확보하기 위한 것이며, 리스료는 매기의 사용대가가 아니라 물건대금으로 이루어지는 원금 및 이에 대한 이자의 분할상환금으로 보아야 한다. ③ 여신전문금융업법 제30조, 제33조 내지 제35조에서는 물건의 소유권이 오로지 형식적으로만 리스업자에 있다는 전제 아래 소유자가 부담하여야 할 각종 의무와 책임을 이용자에게 전가하고 있다.

다. 특수소비대차설

리스를 임대차로 볼 수 없음을 전제로 하되 비전형계약이라는 성격 규정은 다분히 편의적이라고 비판하며, 리스는 이용자가 공급자로부터 물건을 공급받고 리스업자가 그 물건의 소유권을 담보로 하여 자금을 대여하는 거래라고 설명하는 견해이다.

3. 판례

대법원은 ‘형식에서는 임대차계약과 유사하나, 그 실질은 물적 금융이고 임대차계약과는 여러 가지 다른 특질이 있기 때문에 시설대여(리스)계약은 비전형계약(무명계약)이고, 따라서 이에 대하여는 민법의 임대차에 관한 규정이 바로 적용되지는 아니한다.’(대법원 1986. 8. 19. 선고 84다카503, 504 판결 등 참조)고 판시하여 비전형계약설을 취하고 있다.

V. 금융리스거래의 법률관계

1. 금융리스업자의 의무

가. 금융리스이용자가 금융리스물건을 수령할 수 있도록 할 의무

제168조의3(금융리스업자와 금융리스이용자의 의무)

① 금융리스업자는 금융리스이용자가 금융리스계약에서 정한 시기에 금융리스계약에 적합한 금융리스물건을 수령할 수 있도록 하여야 한다.

금융리스계약의 특성상 금융리스물건을 금융리스이용자에게 인도할 의무를 부담하는 자는 형식적으로는 공급자이지만 실질적으로는 금융리스업자이므로, 금융리스업자에게 이러한 의무를 부여하였다. 이러한 점에서 법문의 표현도 ‘인도하여야 한다’대신에 ‘금융리스이용자가 금융리스물건을 수령할 수 있도록 하여야 한다’로 규정한 것이다.

또한 금융리스업자에게 ‘금융리스계약에 적합한 금융리스물건’을 금융리스이용자가 수령할 수 있도록 의무를 지운 것은 금융리스업자에게 금융리스물건에 대한 담보책임을 부여한 것으로 볼 수 있다. 이에 대하여는 통상 리스거래에서 물건의 인도책임과 하자담보책임을 부담시키지 않았던 것과 배치되어 리스거래의 위축을 가져올 위험이 있다는 비판이 있었다.

금융리스계약 당사자 사이에 금융리스업자가 직접 물건의 공급을 담보하기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 금융리스업자는 금융리스이용자가 공급자로부터 상법 제168조의3 제1항에 따라 적합한 금융리스물건을 수령할 수 있도록 협력할 의무를 부담할 뿐이고, 이와 별도로 독자적인 금융리스물건 인도 의무 또는 검사·확인 의무를 부담한다고 볼 수는 없다(대법원

2019. 2. 14. 선고 2016다245418, 245425, 245432 판결 참조).

나. 금융리스이용자의 공급자에 대한 손해배상청구권 행사에 협력할 의무

제168조의4(공급자의 의무)

② 금융리스물건이 공급계약에서 정한 시기와 내용에 따라 공급되지 아니한 경우 금융리스이용자는 공급자에게 직접 손해배상을 청구하거나 공급계약의 내용에 적합한 금융리스물건의 인도를 청구할 수 있다.

③ 금융리스업자는 금융리스이용자가 제2항의 권리를 행사하는 데 필요한 협력을 하여야 한다.

2. 금융리스이용자의 의무

가. 금융리스물건 수령증 발급의무

제168조의3(금융리스업자와 금융리스이용자의 의무)

③ 금융리스물건 수령증을 발급한 경우에는 제1항의 금융리스계약 당사자 사이에 적합한 금융리스물건이 수령된 것으로 추정한다.

금융리스이용자는 금융리스계약에서 정한 시기에 금융리스계약에 적합한 금융리스물건을 수령한 때에는 금융리스업자에게 금융리스물건 수령증을 발급하여야 하는데, 이와 같이 수령증을 발급한 경우에는 금융리스계약 당사자 사이에 적합한 금융리스물건이 수령된 것으로 추정한다. 이 규정이 신설되기 전에도, 판례는 리스물건이 리스이용자에게 인도되기 전이라도 리스이용자가 수령증을 발급하면 리스기간이 개시되어 리스이용자에게 리스료 지급의무가 발생한다고 보았다(대법원 1995. 5. 12. 선고 94다2862 판결 등 참조).

이러한 추정규정으로 인하여 ‘금융리스계약에 적합한 내용의 물건’을 수령한 것으로 추정하는 효과까지 발생시키므로, 이에 반하는 증명책임은 금융리스이용자에게 전환되고, 금융리스이용자의 반증이 없는 한 금융리스업자는 금융리스물건에 대한 담보책임을 면한다. 따라서 대부분의 리스약관이나 리스계약서에도 리스이용자가 리스물건 수령증을 발급한 이후에는 리스물건의 사용·보관·유지책임을 지고 그의 멸실이나 훼손에 대한 위험부담을 지는 것으로 규정

되어 있고, 판례도 이러한 약관이 유효하다고 보고 있다(대법원 1996. 8. 23. 선고 95다51915 판결 등 참조).

한편 리스이용자가 수령증의 발급을 지연하더라도 실제 리스물건이 공급되었다면, 리스업자는 공급자에게 대금을 지급하여야 한다(대법원 1998. 4. 14. 선고 98다6565 판결 등 참조).

나. 금융리스료 지급의무

제168조의3(금융리스업자와 금융리스이용자의 의무)

② 금융리스이용자는 제1항에 따라 금융리스물건을 수령함과 동시에 금융리스료를 지급하여야 한다.

리스실무에서는 리스기간을 소정의 구간으로 나누어 회차를 정하고 각 회차별로 리스료를 계산하고 있다. 리스물건의 취득가격을 총 회차로 나누어 균등한 금액을 배분하고, 이를 원금의 상환으로 보고 이에 미상환가액에 대한 경과이자와 수수료 등 명목의 금액을 합산하여 회차별 리스료를 산정한다.

그러나 이는 리스거래의 당사자 사이에서 리스료 산정의 합리성을 설명하기 위해 편의상 취하는 계산방법에 불과하고, 법적으로는 기간별 원금과 이자로 나누는 것이 별 의미를 갖지 못한다. 리스료는 리스업자가 리스이용자에게 제공하는 취득자금의 금융편의에 대한 원금 및 이자·비용 등을 변제하게 하는 기능을 갖는 것은 물론이지만, 그 외에도 리스업자가 리스이용자에게 제공하는 이용상의 편익을 포함하여 거래관계 전체에 대한 대가로서의 의미를 지닌다 (대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다57208 판결 등 참조).

그러므로 원금과 이자 상당액에 별도의 소멸시효가 적용되거나 기산점이 달라지는 것은 아니고, 리스료 전체가 일반 상사채권으로서 5년의 시효에 걸린다. 시효의 중단도 리스료 전체에 걸쳐 이루어진다.

대법원 2001. 6. 12. 선고 99다1949 판결 [공2001.8.1.(135), 1565]

【판결요지】

[1] 이른바 금융리스에 있어서 리스료는, 리스회사가 리스이용자에게 제공하는 취득자금의 금융편의에 대한 원금의 분할변제 및 이자비용 등의 변제의 기능을 갖는 것은 물론이거니와 그 외에도 리스회사가 리스이용자에게 제공하는 이용상의 편익을 포함하여 거래관계

전체에 대한 대가로서의 의미를 지닌다. 따라서 리스로 채권은, 그 채권관계가 일시에 발생하여 확정되고 다만 그 변제방법만이 일정 기간마다의 분할변제로 정하여진 것에 불과하기 때문에(기본적 정기금채권에 기하여 발생하는 지분적 채권이 아니다) 3년의 단기 소멸시효가 적용되는 채권이라고 할 수 없고, 한편 매회분의 리스로가 각 시점별 취득원가 분할액과 그 잔존액의 이자조로 계산된 금액과를 합한 금액으로 구성되어 있다 하더라도, 이는 리스료액의 산출을 위한 계산방법에 지나지 않는 것이므로 그 중 이자 부분만이 따로 3년의 단기 소멸시효에 걸린다고 할 것도 아니다.

다. 금융리스물건의 유지 및 관리의무

제168조의3(금융리스업자와 금융리스이용자의 의무)

④ 금융리스이용자는 금융리스물건을 수령한 이후에는 선량한 관리자의 주의로 금융리스물건을 유지 및 관리하여야 한다.

이 점은 금융리스계약의 특색을 반영한 것으로, 임대인이 임대차계약의 존속 중 목적물의 사용·수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담하는 임대차계약(민법 제623조)과는 구별된다. 금융리스이용자의 이러한 의무로 인하여 금융리스료에는 금융리스물건의 유지·수선에 관한 비용이 포함되지 않고, 또한 금융리스업자는 투하자본의 회수를 위하여 금융리스물건의 담보가치를 유지·확보할 수 있는 것이다.

3. 공급자의 의무

가. 금융리스물건의 인도의무

제168조의4(공급자의 의무)

① 금융리스물건의 공급자는 공급계약에서 정한 시기에 그 물건을 금융리스이용자에게 인도하여야 한다.

공급자는 금융리스이용자와는 공급계약상의 당사자가 아니나, 공급자의 금융리스이용자에 대한 이러한 의무는 공급계약에 이러한 내용이 규정되어 있으면 공급계약에 따른 제3자(금융리

스이용자)를 위한 의무(민법 제539조)이고, 또한 ‘법정 의무’라고 볼 수 있다.

나. 공급자의 인도 의무 불이행시 금융리스이용자의 직접청구권

제168조의4(공급자의 의무)

② 금융리스물건이 공급계약에서 정한 시기와 내용에 따라 공급되지 아니한 경우 금융리스이용자는 공급자에게 직접 손해배상을 청구하거나 공급계약의 내용에 적합한 금융리스물건의 인도를 청구할 수 있다.

③ 금융리스업자는 금융리스이용자가 제2항의 권리를 행사하는 데 필요한 협력을 하여야 한다.

이는 금융리스이용자를 보호하기 위하여 인정된 ‘법정 권리’라고 볼 수 있다. 공급자의 인도 의무 불이행시 금융리스이용자는 공급계약의 당사자가 아니므로 공급자에 대하여 원래 이러한 권리를 행사할 수 없고, 금융리스업자로부터 이러한 권리를 양도받거나 또는 공급계약에 금융리스이용자(제3자)를 위하여 이러한 내용이 규정된 경우(민법 제539조) 등에만 이러한 권리를 행사할 수 있을 것인데, 이러한 사정이 없다고 하더라도 금융리스이용자는 위 규정에 의하여 공급자에 대하여 직접 이러한 권리를 행사할 수 있는 것이다.

다. 공급자의 신의칙상의 주의의무에 관한 판례

대법원 1997. 11. 28. 선고 97다26098 판결 [공1998.1.1.(49), 62]

【판결요지】

[2] 리스회사가 리스물건 공급자와 사이에 당해 리스물건에 관하여 체결하는 매매계약은 리스회사와 리스이용자 사이에 리스계약이 체결된 후 그 계약상의 의무를 이행하기 위하여 체결하는 것으로 그 목적이 리스이용자가 선정한 특정 물건을 그로 하여금 사용, 수익할 수 있도록 리스물건 공급자로부터 이를 구입하는 데에 있으므로 통상의 매매계약과 다르며, 특히 매매 목적물의 기종, 물질, 성능, 규격, 명세뿐만 아니라 매매대금 및 그 지급조건까지도 미리 공급자와 리스이용자 사이에서 협의, 결정되고 리스회사는 그에 따라 공급자와 사이에 매매계약을 체결하는 것이 통례이나, 리스물건의 소유권은 처음부터 리스회사에 귀속되어 최종적으로는 그 취득자금의 회수 기타 손해에 대한 담보로서의 기능을 가지므로 리스회사로서도 그 매매가격의 적정성에 대하여 어느 정도 실질적인 이해관계를 가진다고 할

것이어서, 만일 리스이용자와 공급자 사이에서 미리 결정된 매매가격이 거래관념상 극히 고가로 이례적인 것이어서 리스회사에게 불측의 손해를 가할 염려가 있는 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는, 리스물건 공급자는 리스회사에게 그 매매가격의 내역을 고지하여 승낙을 받을 신의칙상의 주의의무를 부담하며 리스회사는 이를 고지받지 못한 경우 위 부작위에 의한 기망을 이유로 매매계약을 취소할 수 있다.

[3] 리스회사가 기망을 이유로 리스물건 공급자와의 리스물건 매매계약을 취소하였으나 이미 리스이용자로부터 수회 리스료를 지급받고 리스료 연체로 인한 리스계약의 해지로 리스물건을 회수한 경우, 위 매매계약의 취소로 인한 리스물건 공급자의 매매대금 반환 범위를 판단함에 있어서는 리스회사가 매매대금을 지급한 후에 추가로 지급받은 리스료 및 리스물건을 회수하여 얻은 이익에 상당하는 금액을 공제해야 한다.

[4] 리스회사가 리스이용자와 리스물건 공급자 사이에서 실제 구매가 이외에 알선수수료를 포함하여 시가보다 상당히 높게 결정된 매매가격으로 리스물건을 구입한 사안에서, 특수제품인 당해 리스물건의 판매에 있어 정상적으로 소요되는 판매촉진비, 알선수수료 기타의 판매 비용을 감안할 때 그 매매가격이 거래관념상 극히 이례적인지 여부에 대하여 심리하지 않은 채 리스물건 공급자의 기망행위로 인해 매매계약이 체결된 것으로 단정하여 매매계약의 취소를 인정한 원심판결을 파기한 사례.

Ⅵ. 리스의 종료

1. 리스기간의 만료

리스기간이 만료하면 통상 리스물건의 내구기간은 소진되고 리스업자는 리스물건의 가액과 이자를 모두 회수한 상태이다. 그래서 보통 리스계약에서는 리스가 종료한 경우 비망가액(재산이 존재함을 잊지 않기 위해 붙여 둔 가격이라는 뜻. 예: 1,000원, 1달러 등)으로 리스이용자가 소유권을 취득하는 약정을 한다.

2. 해지

가. 금융리스업자의 해지

제168조의5(금융리스계약의 해지)

① 금융리스이용자의 책임 있는 사유로 금융리스계약을 해지하는 경우에는 금융리스업자는 잔존 금융리스료 상당액의 일시 지급 또는 금융리스물건의 반환을 청구할 수 있다.

② 제1항에 따른 금융리스업자의 청구는 금융리스업자의 금융리스이용자에 대한 손해배상청구에 영향을 미치지 아니한다.

(1) 금융리스업자가 금융리스이용자의 책임 있는 사유로 금융리스계약을 해지하는 경우, 금융리스업자는 잔존 금융리스료 상당액의 일시 지급 또는 금융리스물건의 반환을 청구할 수 있는데(168조의5 1항), 이는 금융리스이용자에 대한 손해배상청구에 영향을 미치지 아니한다(2항). 이 때 금융리스이용자의 ‘책임 있는 사유’란 금융리스이용자가 금융리스료를 지급하지 않는 등 채무불이행이 있는 경우 등이다. ‘잔존 금융리스료 상당액의 일시 지급’을 청구할 수 있도록 한 것은, 금융리스료가 금융리스물건에 대한 사용·수익의 대가가 아니라 금융리스이용자에게 제공한 여신의 분할변제에 해당한다는 특색을 반영한 것이다.

(2) 금융리스업자는 ‘잔존 금융리스료 상당액의 일시 지급’이나 ‘금융리스물건의 반환’을 선택적으로 행사하여야 하는가, 또는 양자를 함께 청구할 수 있는지의 문제가 있다.

개정상법 전의 실무상으로는 잔여 리스료 전액을 청구하면서 동시에 리스물건의 반환을 청구하는 것을 허용하고 이로 인하여 리스업자에게 생기는 부담이익은 공평의 원칙에 비추어 이를 청산하도록 하였는데(대법원 1995. 9. 29. 선고 94다60219 판결 등 참조), 개정상법 하에서도 ‘잔존 금융리스료 상당액의 일시 지급’이나 ‘금융리스물건의 반환’은 금융리스업자의 권리행사의 방식을 예시한 것이므로 금융리스업자는 이 양자의 권리를 모두 행사할 수 있는데, 다만 금융리스물건의 반환 시에 그 물건이 가지는 가치와 금융리스기간 만료 시에 가지는 그 물건의 잔존가치의 차액에 대하여는 청산하여야 한다는 견해가 있다.

그러나 법문 상 ‘잔존 금융리스료 상당액의 일시 지급’과 ‘금융리스물건의 반환’은 선택적으로 규정되어 있고, 또한 ‘잔존 금융리스료 상당액의 일시 지급’이나 ‘금융리스물건의 반환’을 단순히 금융리스업자의 권리행사의 방법으로 예시한 것으로는 보기 어렵고, 금융리스업자가

이 두 권리 중의 하나를 선택한 결과 손해가 있으면 별도로 그에 대하여 손해배상을 청구할 수 있으므로, 금융리스업자는 금융리스계약의 해지 시 이 두 권리 중 하나를 선택하여 행사할 수 있는 것으로 해석하여야 할 것이다.

나. 금융리스이용자의 해지

제168조의5(금융리스계약의 해지)

③ 금융리스이용자는 중대한 사정변경으로 인하여 금융리스물건을 계속 사용할 수 없는 경우에는 3개월 전에 예고하고 금융리스계약을 해지할 수 있다. 이 경우 금융리스이용자는 계약의 해지로 인하여 금융리스업자에게 발생한 손해를 배상하여야 한다.

(1) 종래의 금융리스약관이나 금융리스계약에서는 금융리스이용자의 계약해지권이 금지되었는데 그 이유는 금융리스업자를 보호하기 위한 것으로서, 금융리스물건은 금융리스이용자의 구체적 필요에 의하여 제작된 것이 많아 범용성과 전용가능성이 희박하므로, 금융리스기간 중 금융리스이용자의 계약해지권을 인정하면 금융리스업자는 금융리스물건을 다른 사람에게 같은 조건으로 빌려주거나 처분할 수 없게 되어 투자자금의 회수가 곤란하게 된다는 것이다.

(2) 그런데 이 신설규정에 의하여 금융리스이용자는 엄격한 요건 하에 금융리스계약을 해지할 수 있게 되었는바, 동 조항은 리스이용자를 보호하기 위해 둔 규정이므로 강행규정으로 보아야 하고, 리스이용자에게 리스업자에 대한 손해배상의무가 부과되므로 강행규정으로 해석하더라도 리스이용자에게 특히 불리한 점이 없다. 따라서 리스이용자의 해지를 금하는 약관조항은 무효로 다루어야 한다.

다. 공급자의 리스물건 재매입약정 약관에 관한 판례

대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다16199 판결 [공2012상, 639]

【판결요지】

[1] 리스회사인 甲 주식회사가 고가의 의료기기인 디스크감압치료기를 리스물건으로 공급한 의료기기 판매업자 乙과 리스물건 재매입약정을 체결하면서 ‘甲 회사와 리스이용자 丙 사이에 체결된 리스계약에서 정한 계약해지사유가 발생하면 甲 회사의 요청에 따라 乙 이 리스물건의 상태 및 존재 유무에 상관없이 리스계약에서 정한 규정손해금을 매입대금으

로 하여 무조건 리스물건을 매수하여야 한다.’는 내용의 조항을 둔 사안에서, 금융리스계약의 본질적 기능이 리스이용자에게 리스물건의 취득자금에 대한 금융 편의를 제공하는 데 있고, 디스크감압치료기와 같이 리스물건이 범용성이나 시장성을 결여하여 그 처분가액으로 취득자금을 회수하기 어려운 경우 리스회사가 리스계약에서 리스물건의 취득자금 회수와 기타 손해 전보를 확보하기 위한 조치를 취해 둘 필요가 있으며, 리스물건 공급자의 입장에서 금융리스제도의 이용으로 판로가 제한된 고가의 리스물건을 보다 용이하게 판매할 수 있고 매매대금을 일시에 지급받는 이익을 누릴 수 있는 점 등에 비추어, 위 조항이「약관의 규제에 관한 법률(2010. 3. 22. 법률 제10169호로 개정되기 전의 것)」제6조 제1항 및 제2항 제1호에서 정한 ‘신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관 조항 및 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항’ 또는 제7조 제2호에서 정한 ‘상당한 이유 없이 사업자의 손해 배상범위를 제한하거나 사업자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 이전시키는 조항’에 해당하여 무효라고 보기 어렵다고 한 사례.

[2] 리스회사인 甲 주식회사가 고가의 의료기기인 디스크감압치료기를 리스물건으로 공급한 의료기기 판매업자 乙과 체결한 리스물건 재매입약정에 따라 乙에게 리스물건 재매입을 요청하였으나 乙이 정당한 이유 없이 계속 재매입을 거부하자 리스물건을 매각처분한 사안에서, 리스물건 재매입약정과 리스계약의 내용 등 여러 사정에 비추어 위 매각처분은 손해 확대를 방지하기 위한 불가피한 조치로서 이를 두고 甲 회사가 乙에 대한 재매입대금 지급청구권을 포기하였다고 할 수 없다고 본 원심판단을 정당하다고 본 사례.

참고문헌

정찬형, 상법강의(상), 박영사(2019), 410~423면.

이철송, 상법총칙·상행위, 박영사(2018), 604~621면.

송옥렬, 상법강의, 홍문사(2017), 207~214면.

정동윤, 상법(상), 법문사(2012), 310~317면.

서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상), 박영사(2017), 428~429면.

가맹업에 관한 개론

부산고등법원 판사 임수정
부산지방법원 판사 김정수

목 차

I. 들어가며	51
II. 가맹업 개관	52
1. 가맹업의 의미	52
2. 가맹계약의 법적 성격	53
3. 가맹계약의 요건	53
4. 가맹계약의 법률관계	56
5. 가맹계약의 종료	59
6. 가맹업 관련 최근 판례	60
III. 마치며	65
참고문헌	66

I. 들어가며

가맹업은 프랜차이즈(franchise)라는 용어로 더욱 익숙하게 알려져 있는데, 프랜차이즈란 영세한 상인이 다른 저명한 상인의 신용에 편승하여 영업을 활성화하는 방법이라 할 수 있다.¹⁾

프랜차이즈는 1850년대 미국에서 출현²⁾하였고, 1950년대에 맥도날드, KFC 등의 패스트푸드 업체의 등장으로 전 세계적으로 확산되었다. 우리나라의 경우 프랜차이즈는 1970년대 후반에 시스템이 도입³⁾되면서 40년 이상의 기간 동안 양적·질적으로 빠르게 성장하여 고용창출과 경제성장에 큰 역할을 하여 왔다.⁴⁾

경제적 측면에서 가맹업은 다양한 이점을 갖는다. 즉 가맹본부의 입장에서는 다수의 가맹점을 모아 적은 자본으로 전국의 유통망을 만들 수 있고, 가맹점사업자가 인건비·재료비용·운영비 등을 부담하므로 유통망 유지비용이 절감된다는 이점이 있다. 한편 가맹점사업자의 입장에서는 가맹본부의 기술력, 노하우, 명성 및 경영전반에 대한 지도와 지원 아래 경영 경험이 없어도 소자본으로 사업할 수 있고 가맹본부를 통해 효과적인 홍보를 할 수 있으며, 공동의 대량구매와 공동물류 등으로 운영경비를 대폭 절감할 수 있으므로 단시일 내에 투자효과를 거둘 수 있는 이점을 지닌다. 이러한 이점들 때문에 가맹사업은 우리나라뿐만 아니라 전세계적으로 급격한 성장을 하고 있는 신종사업이자 중요한 산업으로 인정받고 있다.⁵⁾

그렇지만 가맹사업은 가맹본부가 경영전반에 대한 정보를 독점한 채 자신의 노하우를 가맹점사업자에게 전수하는 방식으로 영업을 이루어짐에 따라 가맹희망자 모집, 가맹계약 체결, 가맹금 수령, 가맹점 사업운영, 계약종료 및 사후단계 등의 거래과정에서 가맹사업당사자 간에 여러 형태의 법률 분쟁이 지속적으로 증가하고 있으며, 이로 인하여 가맹희망자나 가맹점사업자들이 재산상 피해를 입게 되는 문제가 지속적으로 발생하고 있다. 이에 가맹업에 관하여 규율할 수 있는 법률의 필요성이 제기되었다.

2010년 개정 상법(2010. 5. 14. 법률 제10281호로 개정된 것) 이전에는 상법 제46조 제20호에 ‘상호·상표 등의 사용허락에 의한 영업에 관한 행위’를 규정하여 가맹업이 (기본적) 상행위가

1) 이철송, 상법총칙·상행위, 박영사, 2018., 621면 이하

2) 최현숙, “전제받지 않는 프랜차이즈, 괴물이 되다.”, 컨슈머뉴스 ‘송곳칼럼’, 2017. 7. 24.

3) 우리나라 프랜차이즈의 시초는 1977년 서울 명동 신세계백화점 본점에서 문을 연 ‘립스치킨’이라고 하고, 시스템으로서의 프랜차이즈는 1979년 햄버거 전문점인 롯데리아의 가맹점이 개점되면서 도입되었다고 본다.

4) 윤성운, 가맹사업법의 최근 쟁점과 개선방안, 경쟁법연구 37권, 한국경제법학회, 2018.

5) 맹수석·정영교, 가맹사업의 법적 분쟁과 효율적 규제 방안, 경제법연구 제16권 제1호, 한국경제법학회, 2017.

된다는 점만을 규정하였을 뿐, 그에 관한 구체적인 법률관계를 다루는 규정은 두지 않았다가, 2010년 개정 상법에 의해 제2편(상행위)에 제13장을 추가하여 5개의 조문(제168조의6 ~ 제168조의10)에 걸쳐 가맹계약을 체결한 당사자간의 권리·의무에 관한 사법상 규정을 신설하였다. 그러나 가맹업에서 생기는 법률문제는 다양하므로 이 규정들만으로 가맹업의 법률관계가 완전히 규율될 수 없어서 상당 부분 가맹업자가 정하는 약관에 의존할 수밖에 없었는데, 2002년에 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하 ‘가맹사업법’이라 한다)⁶⁾이 제정·시행됨으로써 가맹업과 관련하여 발생하는 법률관계를 보다 구체적으로 규정하게 되었다.

Ⅱ. 가맹업 개관

1. 가맹업의 의의

자신의 상호·상표 등(이하 ‘상호 등’이라 한다)을 제공하는 것을 영업으로 하는 자를 ‘가맹업자’라 하고 가맹업자로부터 그의 상호 등을 사용할 것을 허락받아 가맹업자가 지정하는 품질기준이나 영업방식에 따라营业을 하는 자를 ‘가맹상’이라 한다(상법 제168조의6). 그리고 가맹업자의 이러한 영업 자체를 ‘가맹업’이라 한다. 그리고 두 당사자가 각각 가맹업자와 가맹상이 되는 계약을 ‘가맹계약’ 또는 ‘가맹거래’라고 부른다. 이는 일정기간에 걸쳐 권리·의무를 발생시키는 계속적 계약관계이다.

우리나라에서 가맹업이란 「가맹업자(franchisor; Franchisegeber)가 가맹상(franchisee; Franchisenehmer)에 대하여 자신의 상호 등을 사용하여 영업할 것을 허락하는 한편, 자기가 지정하는 품질기준이나 영업방식에 따라 영업할 것을 약정하고, 이에 대하여 가맹상은 가맹업자에 대하여 일정한 사용료를 지급하기로 하는 계속적인 채권계약관계」라고 할 수 있다(상법 제168조의6).

한편 가맹사업법은 가맹사업(franchise)을 「가맹본부(가맹업자, franchisor)가 가맹점사업자(가맹상, franchisee)로 하여금 자기의 상표·서비스표·상호·간판 그 밖의 영업표지를 사용하여

6) 제정이유는 가맹사업의 공정한 거래질서를 확립하고, 가맹본부와 가맹점사업자가 대등한 지위에서 상호보완적으로 균형있게 발전할 수 있도록 하기 위하여 가맹본부와 가맹점사업자가 준수하여야 할 기본적인 사항을 규정하고, 가맹사업과 관련된 불공정거래행위를 금지하려는 것이라고 한다.

일정한 품질기준이나 영업방식에 따라 상품(원재료 및 부재료를 포함한다) 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육과 통제를 하며, 가맹점사업자(가맹상)는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육의 대가로 가맹본부(가맹업자)에 가맹금(사용료)를 지급하는 계속적인 거래관계』라고 정의하고 있다(가맹사업법 제2조 제1호).

이러한 가맹업은 가맹상이 가맹업자의 상호 등을 사용하고 그가 지정하는 품질 기준이나 영업방식에 따라 영업하는 점에서, 상품의 제조자(공급자)로부터 상품을 계속적으로 공급받아(매입하여) 자기의 상호를 사용하여 독립적으로 판매하는 ‘특약점’과 구별된다. 또한 가맹업은 가맹상이 자신의 명의로 영업을 하는 점에서 본인의 명의로 거래하는 ‘대리상’과 구별되고, 또 자기의 계산으로 영업을 하는 점에서 타인(위탁자)의 계산으로 영업을 하는 ‘위탁매매인’과 구별된다⁷⁾.

2. 가맹계약의 법적 성격

가맹계약은, 가맹업자가 가맹상에 원재료를 공급하는 경우에는 매매로 볼 수 있고, 가맹업자가 가맹상에 자신의 건물이나 각종 설비를 대여하는 경우에는 임대차로도 볼 수 있으며, 가맹업자가 가맹상에 경영지원을 하고 교육을 하는 등의 측면에서는 도급 혹은 위임의 성격을 띤다. 가맹계약은 이러한 다양한 계약의 전부 또는 일부 그리고 비전형계약적 요소가 혼합되어 이루어진 상법상의 특수계약이라고 할 수 있다.

3. 가맹계약의 요건

가. 상호 등의 사용

가맹계약은 고객으로 하여금 가맹상의 영업을 가맹업자의 영업과 동일한 것으로 인식하도록 하는 것을 목적으로 하므로 가맹업자의 상호 등을 가맹상이 사용하는 것은 가맹계약의 가장 중요한 요건이자 목적인다고 할 수 있다. 가맹업자가 사용을 허락하는 대상과 관련하여 상법 제168조의6은 ‘상호·상표 등’이라고 규정하고 있고, 가맹사업법 제2조 제1호는 이를 좀 더 구체적으로 ‘상표·서비스표·상호·간판 그 밖에 영업표지’라고 예시하고 있다. 위 각 법률에 규정된

7) 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2018., 422면 이하

것 외에 가맹업자가 사용을 허락하는 대상에는 영업주체 또는 특정 상인이 취급하는 상품 내지 영업거래의 동일성을 나타낸다고 볼 수 있는 표지를 포함하고, 넓게는 영업점포의 외양도 이에 해당할 수 있다.

나. 상품의 품질기준의 통제

가맹상은 가맹업자와의 동일성을 표방하며 상품·용역을 공급하므로 그 상품·용역의 품질이 열등할 경우에는 가맹업자의 영업가치가 희석화된다. 따라서 가맹업자는 통상 가맹상으로 하여금 자신이 공급하는 원재료를 사용하도록 강제하거나, 품질이나 규격을 정하여 이를 따르도록 하는 정책을 취한다. 이를 통해 가맹업자와 가맹상이 각기 공급하는 상품·용역의 균질성을 유지하는 것이다.

다. 영업방식의 통제(경영지원 및 경영통제)

상법 제168조의6은 가맹업자의 통제대상으로 ‘품질기준’과 ‘영업방식’을 선택적으로 규정하는데, 프랜차이즈 실무나 가맹사업법에서 규정하는 바를 참고하면, ‘영업방식의 지정’이란 가맹업자가 가맹상의 경영 및 영업활동을 지원하고 교육하는 것을 뜻하는 것으로 풀이할 수 있다. 가맹업자와 가맹상의 영업의 일체성을 유지하기 위해 영업방법, 고객관리방법, 상품판매정책 등에 관해 가맹업자가 가맹상 또는 그의 종업원을 교육하거나 영업정책의 기준을 제시하고 준수하도록 하는 것이다. 예컨대 종업원의 연령, 복장, 인사법, 상품의 가격, 상품의 포장·배달방법 등을 통제하는 것을 들 수 있다.⁸⁾

라. 가맹금

상법에서는 가맹금에 관한 규정을 두고 있지 않으나, 가맹업은 기본적 상행위이므로 당연히 유상거래이다. 가맹업자의 영리성은 가맹상으로부터 자기의 상호 등의 사용허락, 경영의 지원 등의 대가로 실현된다. 그 대가는 실무상 다양한 명칭으로 불리지만, 가맹사업법에서는 ‘가맹

8) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2003두7484 판결 : 닭고기 요리제품을 취급하는 가맹거래에서 가맹업자가 가맹상으로 하여금 닭고기를 판매할 때 양배추샐러드를 무료로 제공하도록 함과 아울러 원고가 공급하는 양배추샐러드와 치킨박스만을 사용하도록 한 예. 법원은 가맹상이 가맹업자로부터 수차례에 걸쳐 지도 및 경고를 받았음에도 불구하고 원고가 공급하는 양배추샐러드와 치킨박스 대신 다른 업체로부터 구입한 백짜두기와 치킨박스를 사용하였다는 이유로 가맹업자가 가맹계약을 해지한 것은 정당하고, 이러한 가맹업자의 조치가 부당한 거래거래로서 불공정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다.

금'이라 부른다.

가맹사업법에서는 가맹금을 다음과 같은 유형으로 분류하며, 명칭이나 지급형태는 묻지 않는다(가맹사업법 제2조 제6호).

① 가입비·입회비·가맹비·교육비 또는 계약금 등 가맹점사업자가 영업표지의 사용허락 등 가맹점운영권이나 영업활동에 대한 지원·교육 등을 받기 위하여 가맹본부에 지급하는 대가

② 가맹점사업자가 가맹본부로부터 공급받는 상품의 대금 등에 관한 채무액이나 손해배상액의 지급을 담보하기 위하여 가맹본부에 지급하는 대가

③ 가맹점사업자가 가맹점운영권을 부여받을 당시에 가맹사업을 착수하기 위하여 가맹본부로부터 공급받는 정착물·설비·상품의 가격 또는 부동산의 임차료 명목으로 가맹본부에 지급하는 대가

④ 가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 허락받은 영업표지의 사용과 영업활동 등에 관한 지원·교육, 그 밖의 사항에 대하여 가맹본부에 정기적으로 또는 비정기적으로 지급하는 대가로서 대통령령으로 정하는 것⁹⁾

⑤ 그 밖에 가맹희망자나 가맹점사업자가 가맹점운영권을 취득하거나 유지하기 위하여 가맹본부에 지급하는 모든 대가

가맹금은 이상의 대가 중 어느 하나 또는 여러 가지가 혼합된 형태로 지급되는데, ①, ②, ③은 일시금으로 지급되나, ④는 계속적 거래의 대가이므로 정기적으로 지급된다. ④가 전형적인 가맹금의 형태라 할 수 있는데, 확정된 금액일 수도 있고, 매출액이나 이익금의 소정비율로 약정할 수도 있다.

어떤 형태를 취하든 가맹사업자와 가맹상 간의 가맹계약 기타 명시된 합의에 의해 정해져야 하며, 가맹사업자의 일방적인 요구에 의해 가맹상에 부담시킬 수는 없다.¹⁰⁾

9) 구체적으로는 ㉠ 가맹점사업자가 상표사용료, 리스료, 광고분담금, 지도훈련비, 간판료, 임차료, 영업지역보장금 등의 명목으로 정액 또는 매출액·영업이익 등의 일정 비율로 가맹본부에 정기적으로 또는 비정기적으로 지급하는 대가, ㉡ 가맹점사업자가 가맹본부로부터 공급받는 상품·원재료·정착물·설비의 가격 또는 부동산의 임차료에 대하여 가맹본부에 정기적으로 또는 비정기적으로 지급하는 대가 중 적정한 도매가격(도매가격이 형성되지 아니하는 경우에는 가맹점사업자가 정상적인 거래관계를 통하여 해당 물품이나 용역을 구입·임차 또는 교환할 수 있는 가격을 말하며 가맹본부가 해당 물품이나 용역을 다른 사업자로부터 구입하여 공급하는 경우에는 그 구입가격을 말한다)을 넘는 대가가 이에 속한다(가맹사업법 시행령 제3조 제2항).

10) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다248803 판결 : “피자헛”이란 상품의 제조·판매에 관련된 가맹거래에서 가맹업자가 가맹상에 대해 제공하는 구매대행, 마케팅, 전산지원, 고객상담실 운영 등의 서비스에 소요되는 제반 비용을 “어드민 피(Administration Fee)”라는 이름으로 가맹상의 매출액에 대한 소정의 비율로 요구, 수령하였다. 당초의 가맹계약에

4. 가맹계약의 법률관계

가. 내부관계

가맹업자와 가맹상간의 내부관계는 구체적으로 가맹계약에 의하여 정하여지는데, 가맹계약은 보통 가맹업자가 작성한 약관에 의하여 체결된다. 상법은 가맹업자와 가맹상간의 내부관계에 대하여 가맹업자의 의무·가맹상의 의무·가맹상의 영업양도에 대하여 규정하고 있으므로, 이에 관하여 살펴본다.

1) 가맹업자의 의무

가) 지원의무

가맹업자는 가맹상의 영업을 위하여 필요한 지원을 하여야 할 의무가 있다(상법 제168조의7 제1항). 이때 ‘필요한 지원’이 무엇인지에 대하여는, 가맹사업법상 가맹업자(가맹본부)의 준수사항이 참고가 될 수 있다(가맹사업법 제5조). 즉, 가맹업자(가맹본부)는 ① 가맹사업의 성공을 위한 사업 구상을 하고, ② 상품이나 용역의 품질관리와 판매기법의 개발을 위한 지속적인 노력을 하며, ③ 가맹상(가맹점사업자)에 대하여 합리적 가격과 비용에 의한 점포설비의 설치 및 상품·용역 등의 공급을 하고, ④ 가맹상(가맹점사업자)과 그 직원에 대하여 교육·훈련을 실시하며, ⑤ 가맹상(가맹점사업자)의 경영·영업활동에 대한 지속적인 조언과 지원 등을 하여야 한다.

나) 경업피지의무

가맹업자는 다른 약정이 없으면 가맹상의 영업지역 내에서 동일 또는 유사한 업종의 가맹계약을 체결할 수 없다(상법 제168조의7 제2항). 가맹사업법에서도 가맹업자(가맹본부)의 준수사항으로 ‘가맹업자(가맹본부)는 가맹계약기간 중 가맹상(가맹점사업자)의 영업지역 안에서 자기의 직영점을 설치하거나 가맹상(가맹점사업자)과 유사한 업종의 가맹점을 설치하는 행위를 하여서는 아니 된다’라고 규정하고 있다(가맹사업법 제5조 제6호). 가맹업자가 이러한 의무 등을 불이행한 경우, 가맹상은 손해배상청구권을 행사할 수 있으나(민법 제390조, 제393조), 개입권(介入權)¹¹⁾을 행사할 수 없는 점은 상업사용인·대리상 등의 경우와 구별된다고 볼 수 있다(상법

는 규정되어 있지 않았으나, 가맹사업자가 공시한 정보공개서에는 언급되어 있었고, 이후 별도의 합의를 하여 근거를 두었다. 가맹상이 당초의 가맹계약에 근거가 없었음을 이유로 기수령한 어드민 피를 부당이득으로 반환청구한 사건에서, 법원은 정보공개서에 기재된 것은 동 비용의 수령근거가 될 수 없다고 보았고, 어드민 피에 관한 합의서를 작성하기 이전에 수령한 금원은 부당이득이므로 반환되어야 한다고 판시하였다.

11) 상법 제17조 제2항, 제89조 제2항 : 상업사용인(또는 대리상, 이하 같다)이 영업주(대리상의 경우는 본인, 이하 같다)의 허락 없이 자기 또는 제3자의 계산으로 영업주의 영업부류에 속한 거래를 한 경우에 그 거래가 자기의 계산으로

제17조 제2항, 제4항, 제89조 제2항).

2) 가맹상의 의무

가) 가맹업자의 영업에 관한 권리를 침해하지 않을 의무

가맹상은 가맹업자의 영업에 관한 권리가 침해되지 아니하도록 하여야 할 의무가 있다(상법 제168조의8 제1항). 이때 ‘가맹업자의 영업에 관한 권리를 침해하지 않는 것’이 무엇인지에 대하여는, 가맹사업법상 가맹상(가맹점사업자)의 준수사항이 참고가 될 수 있을 것으로 본다(가맹사업법 제6조). 즉, 가맹상은 ① 가맹업의 통일성 및 가맹업자의 명성을 유지하기 위하여 노력하여야 하고, ② 가맹업자의 공급계획과 소비자의 수요충족에 필요한 적정한 재고유지 및 상품진열을 하여야 하며, ③ 가맹업자가 상품 또는 용역에 대하여 제시하는 적절한 품질기준을 준수하여야 하고, ④ 위 ③에 의한 품질기준의 상품 또는 용역을 구입하지 못하는 경우 가맹업자가 제공하는 상품 또는 용역을 사용하여야 하며¹²⁾, ⑤ 가맹업자가 사업장의 설비와 외관·운송수단에 대하여 제시하는 적절한 기준을 준수하여야 하고, ⑥ 취급하는 상품·용역이나 영업활동을 변경하는 경우 가맹업자와 사전 협의하여야 하며, ⑦ 상품 및 용역의 구입과 판매에 관한 회계장부 등 가맹업자의 통일적 사업경영 및 판매전략의 수립에 필요한 자료를 유지·제공하여야 하고, ⑧ 가맹상의 업무현황 및 ⑦에 의한 자료의 확인과 기록을 위한 가맹업자의 임직원 그 밖의 대리인의 사업장 출입을 허용하며, ⑨ 가맹업자의 동의를 얻지 아니한 경우 사업장의 위치변경 또는 가맹점 운영권을 양도하지 못하고, ⑩ 가맹계약기간 중 가맹업자와 동일한 업종을 영위하는 행위를 하지 못하며, ⑪ 가맹업자의 영업기술이나 영업비밀을 누설하여서는 아니 되고, ⑫ 영업표지에 대한 제3자의 침해사실을 인식하는 경우 가맹업자에 대하여 영업표지의 침해사실을 통보하고 이에 대한 금지조치에 적절히 협력하여야 한다.

나) 가맹업자의 영업상의 비밀을 준수할 의무

가맹상은 가맹계약이 종료한 후에도 가맹계약과 관련하여 알게 된 가맹업자의 영업상의 비밀을 준수하여야 할 의무가 있다(상법 제168조의8 제2항). 이때 ‘가맹계약이 종료한 후’란 가맹계약기간의 만료뿐만 아니라, 가맹계약기간 중이라도 중도해지 등으로 계약관계가 소멸되는

한 것인 때에는 영업주는 이를 영업주의 계산으로 한 것으로 볼 수 있고 제3자의 계산으로 한 것인 때에는 영업주는 사업사용인에 대하여 이로 인한 이득의 양도를 청구할 수 있다.

12) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2003두7484 판결(가맹상인 A가 가맹업자 X로부터 수차례에 걸쳐 지도 및 경고를 받았음에도 불구하고 X가 공급하는 양배추샐러드와 치킨박스를 사용하지 않고 다른 업체로부터 구입한 백각두기와 치킨박스를 사용함으로써 X가 가맹계약을 해지한 것은 정당하고, 이러한 X의 조치가 부당한 거래거절로서 불공정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다.)

경우를 포함한다. ‘영업상의 비밀’이란 영업과 관련된 사항으로서 소수인만이 알고 있고 가맹업자가 공표되기를 바라지 않는 것 등을 의미한다. 가맹상이 이 의무를 위반하면 가맹업자에 대하여 손해배상책임을 진다(민법 제390조, 제393조).

3) 가맹상의 영업양도(가맹업자의 동의)

가맹상은 가맹업자의 동의를 받아 그 영업을 양도할 수 있는데(상법 제168조의9 제1항), 가맹업자는 특별한 사유가 없으면 가맹상의 영업양도에 동의하여야 한다(상법 제168조의9 제2항). 가맹업자와 가맹상간의 가맹계약관계는 고도의 신뢰를 기초로 하는 계속적 계약관계이고 또한 가맹상은 가맹업자의 영업을 독자적으로 수행할 수 있는 능력이 있어야 하므로 가맹상이 그 영업을 양도하기 위하여는 가맹업자의 동의를 받도록 한 것이고, 가맹상의 투자금의 회수가 부당하게 제한되는 것을 방지하기 위하여 가맹업자는 특별한 사유¹³⁾가 없는 한 가맹상의 영업양도에 동의하도록 한 것이다. 가맹상이 그 영업을 임대하는 경우에도 양도하는 경우와 동일하게 보아야 할 것이다.

나. 외부관계

1) 원칙

가맹상은 가맹업자와는 독립된 상인이므로, 가맹상이 제3자와 거래를 하거나 또는 제3자에 대하여 불법행위를 한 경우에 가맹업자는 이에 대하여 책임을 지지 않는 것이 원칙이다.¹⁴⁾

2) 예외

그러나 다음과 같은 경우에는 예외적으로 가맹업자의 제3자에 대한 책임을 인정할 수 있다.¹⁵⁾

가) 가맹상이 가맹업자의 대리인(표현대리인을 포함), 피용자의 지위를 갖는 경우에는 각각 해당 법리에 의하여 가맹업자는 제3자에 대하여 책임을 진다.

나) 가맹업자가 상품의 제조자인 경우에는 제조물책임의 법리에 의하여 가맹업자는

13) 예컨대, 가맹상의 영업을 양수하려는 자가 가맹업자의 영업을 독자적으로 수행할 수 있는 능력이 없는 경우, 가맹업자의 영업에 관한 권리를 침해할 우려가 있는 경우 등

14) 이에 상법 제24조가 적용된다고 보면 가맹업자는 명의대여자로서 책임을 진다고 보아야 할 것 같으나, 가맹업자와 가맹상이 독립된 상인이라는 점은 거래 실무에서 널리 인식되어 있으므로 제3자가 가맹업자를 영업주로 오인한 점에 대하여 중과실이 있다고 보아 가맹업자의 명의대여자 책임이 부정됨이 상당하다 할 것이다(대법원 1989. 10. 10. 선고 88다카8354 판결 등 참조).

15) 정유나, 가맹본부의 제3자에 대한 책임에 관한 연구, 법학석사학위논문, 고려대, 2010. 2.

제3자에 대하여 책임을 진다.

5. 가맹계약의 종료

가. 종료사유

1) 존속기간의 만료

가맹계약은 계약에서 정한 존속기간의 만료로 종료한다. 존속기간의 만료 이전에 계약종료의 통보가 없거나 특정한 행위가 있으면 가맹계약이 자동으로 연장된다는 조항을 약관에 넣는 예가 많은데, 이로 인해 가맹상에게 부당한 불이익을 줄 우려가 있을 때에는 불공정한 약관으로서 무효이다. 한편 가맹상은 영업을 개시하면서 거액의 초기투자를 하는 것이 보통이므로 존속기간이 만료했을 때 계약의 갱신이 이루어지지 않을 경우에는 손실을 입을 수가 있다. 그래서 가맹사업법은 가맹상이 존속기간만료 전 180일 내지 90일 내에 갱신을 요구할 경우 가맹업자는 정당한 사유 없이는 갱신을 거절하지 못한다고 규정하고 있다(가맹사업법 제13조 제1항).¹⁶⁾

2) 해지

가맹상과 가맹업자의 어느 일방이 가맹계약을 위반하는 경우 상대방은 민법의 일반원칙에 의해 가맹계약을 해지할 수 있음은 물론이다(민법 제544조). 가맹사업법은 가맹업자가 해지고자 할 경우 2월 이상의 유예기간을 둘 것, 구체적 해지사유를 서면으로 2회 이상 통지할 것을 규정하고 있다(가맹사업법 제14조).

그 밖에 상법은 당사자에게 부득이한 사유가 있을 경우 해지권을 인정한다. 즉 가맹계약상 존속기간에 대한 약정의 유무와 관계없이 부득이한 사정이 있으면 각 당사자는 상당한 기간을 정하여 예고한 후 가맹계약을 해지할 수 있다(상법 제168조의10). 가맹계약은 두 당사자의 신뢰를 기초로 한 계약이므로 이러한 신뢰에 반하는 부득이한 사정이 있는 경우 각 당사자는 가맹계약을 해지할 수 있도록 한 것이고, 또한 계속적인 성질을 갖는 계약이기 때문에 상당한 기간을 정하여 예고한 후 가맹계약을 해지할 수 있도록 한 것이다. 이때 ‘부득이한 사정’이란 가맹업자의 경우에는 가맹상이 가맹업자가 지정하는 품질기준이나 영업방식에 따르지 않는 경우 등이

16) 상법에는 위와 같은 가맹업자의 갱신승낙의무가 규정되어 있지 않지만, 가맹계약은 소액계약(가맹본부에 6개월 동안 지급된 가맹금 총액이 100만 원 미만인 경우, 가맹본부의 연간 매출액이 5천만 원 미만인 경우)이 아닌 한 기본적으로 가맹사업법의 적용을 받으므로, 소액계약이 아닌 가맹계약을 체결한 가맹상은 가맹사업법에 의해 최소 가맹계약기간을 포함한 전체 가맹계약기간이 10년을 초과하지 아니하는 범위 내에서 갱신요구권을 갖는다.

고(상법 제168조의6 후단, 제168조의8 제1항), 가맹상의 경우에는 가맹업자가 다른 약정이 없음에도 가맹상의 영업지역 내에서 동일·유사한 업종의 가맹계약을 다시 체결하는 경우 등이다(상법 제168조의7 제2항).

나. 종료의 효과

1) 가맹금의 반환

가맹계약이 종료함에 따라 가맹상이 가맹업자에게 예치한 담보적 성격의 가맹금이 있을 경우 가맹업자는 이를 반환해야 한다. 가맹금은 가맹업자가 가맹상에게 제공하는 역무의 대가로 수취하는 것과 가맹상이 가맹업자에 대해 부담할 채무를 담보하기 위하여 예치하는 것이 있는데, 반환의 대상이 되는 것은 후자의 가맹금이다.

2) 상호 등의 폐기

가맹계약의 존속 중 가맹상이 가맹업자의 상호 등을 사용한 것은 가맹업자의 허락에 근거한 것이므로 계약이 종료되면 가맹상이 더 이상 가맹업자의 상호 등을 사용할 근거가 없다. 그러므로 다른 약정이 없는 한, 가맹상은 자신이 사용하던 상호 등을 폐기할 의무가 있다.

3) 경업금지여부

가맹계약이 종료한 후 가맹상은 종전과 같은 영업을 할 수 있느냐는 문제가 제기된다. 가맹계약이란 당초 가맹업자의 독점적 이익을 창출하기 위한 계약이 아니므로 동 계약이 종료되었다고 해서 가맹상의 경업을 금지할 이유는 없다. 상호 등을 변경하는 등 가맹업자와의 별개성이 인식되도록 한다면 종전과 동일한 영업을 계속하는 것은 무방하다고 본다.

6. 가맹업 관련 최근 판례

가. 대법원 2015. 4. 9. 선고 2014다84824, 94341 판결

1) 사안의 개요

원고들은 유아 대상 놀이학교 프랜차이즈사업의 가맹본부인 피고 회사와 가맹계약을 체결하고 이 사건 교육원을 개원하였다. 그런데 피고 회사는 이 사건 가맹계약 체결 당시 이 사건 가맹계약에 의한 이 사건 교육원의 운영방식이 현행법 및 교육청 방침에 위배되는 것이어서

발각될 경우 행정적 제재나 형사처벌을 받을 수 있다는 점을 알면서도 그러한 사정 등을 원고들에게 고지하지 아니하였는바, 원고들은 피고 회사 등을 상대로 가맹사업법 제9조 제1항의 고지의무를 이행하지 아니하였음을 이유로 가맹사업법 제37조 제3항에 의한 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다.

2) 원심판결의 요지

학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률상 등록절차 없이 평생교육시설로 신고하는 등의 방법으로 개설된 유아 대상 교육기관들은 소정의 유예기간이 경과한 후에는 학원으로 등록하여 운영하여야 함에도 피고 회사는 유아 대상 교육기관인 이 사건 교육원을 평생교육원으로 신고하고 원고들로 하여금 수익사업을 하지 않는 비영리법인에 대한 고유번호증 또는 면세법인사업자에 대한 사업자등록증을 받아 이 사건 교육원을 운영하게 한다는 사정 및 이러한 운영 방식은 현행 관련 법령 및 교육청 방침에 위배되는 것이어서 발각될 경우 행정적 제재나 형사처벌을 받을 수 있다는 사정 등을 원고들에게 고의로 고지하지 아니하여 구 가맹사업법(2013. 8. 13. 법률 제12094호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제9조¹⁷⁾ 및 신의칙상의 고지의무를 위반하였고, 이로써 원고들은 이 사건 교육원이 적법하게 운영될 것이라고 믿고 이 사건 가맹계약을 체결하였는바, 피고 회사는 구 가맹사업법 제37조 제3항¹⁸⁾, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제56조 제1항¹⁹⁾에 의하여 원고들에게 그 손해를 배상할 책임이 있다.

3) 대상판결의 요지

구 가맹사업법 제4조²⁰⁾, 제9조 제1항, 제41조 제1항²¹⁾의 내용을 종합하면, 구 가맹사업법

17) 구 가맹사업법 제9조

- ① 가맹본부는 가맹희망자에게 정보를 제공함에 있어서 허위 또는 과장된 정보를 제공하거나 중요사항을 누락하여서는 아니 된다.

18) 구 가맹사업법 제37조

- ③ 이 법에 의한 이의신청, 소의 제기 및 불복의 소의 전속관할, 손해배상에 관하여는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제53조, 제53조의2, 제54조, 제55조, 제56조, 제56조의2, 제57조의 규정을 준용한다. 다만, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조, 제56조의2 및 제57조의 규정은 사업자가 행한 법률위반의 정도가 경미하거나 이미 스스로 위반행위를 시정한 결과 시정조치의 실익이 없는 경우 등 대통령령이 정하는 경우에는 준용하지 아니한다.

19) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제56조

- ① 사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

20) 구 가맹사업법 제4조

가맹사업당사자는 가맹사업을 영위함에 있어서 각자의 업무를 신의에 따라 성실하게 수행하여야 한다.

21) 구 가맹사업법 제41조

제9조 제1항의 중요사항을 누락한 경우라 함은 가맹계약의 체결과 유지 등 가맹희망자의 의사 결정에 중대한 영향을 줄 수 있는 사실 또는 가맹희망자가 일정한 사정에 관하여 고지를 받았더라면 가맹계약을 체결하지 않았을 것임이 경험칙상 명백한 경우 그와 같은 사정 등을 가맹계약을 체결하기 위하여 상담하거나 협의하는 단계에서 가맹희망자에게 고지하지 아니한 경우를 의미한다. 그리고 이러한 행위는 구 가맹사업법 제9조 제1항에 따른 정보제공의무 내지 고지의무를 위반한 것으로서, 가맹본부는 가맹희망자에 대하여 구 가맹사업법 제37조 제3항, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제56조 제1항에 의한 손해배상책임을 부담한다.

→ 위와 같은 법리에 비추어 이 부분에 대한 원심 판단이 정당하다고 판시(상고기각)

나. 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다248803, 248810 판결(‘피자헛’ 사건)

1) 사안의 개요

피자 프랜차이즈사업의 가맹본부인 피고는 가맹점사업자인 원고들로부터 구매대행, 마케팅, 전산지원, 고객 상담실 운영 등의 서비스에 소요되는 제반 비용을 ‘어드민피(Administration Fee)’라는 이름으로 매출액에 대한 소정의 비율로 요구, 수령해 왔는데, 위 어드민피에 대한 내용은 당초의 가맹계약에는 규정되어 있지 않았으나, 피고가 공시한 정보공개서에는 기재되어 있었고, 이후 피고는 가맹점사업자들로부터 위 어드민피에 대한 내용이 포함된 합의를 작성받았다. 원고들은, 피고가 가맹계약에 근거가 없는 어드민피를 원고들로부터 지급받은 것은 부당이득에 해당한다고 주장하면서, 피고에게 지급한 어드민피 상당의 부당이득반환을 청구하는 소를 제기하였다.

2) 원심판결의 요지

가) 어드민피 지급의 근거가 있는지 여부

당초 가맹계약에 어드민피에 대한 규정이 없었고, 피고가 공시한 정보공개서에 기재된 어드민피 부과에 대한 내용이 가맹계약의 내용이 되었다고 볼 수 없으므로 피고가 원고들로부터 어드민피를 지급받을 근거가 없다.

나) 어드민피 지급에 관한 묵시적인 합의가 성립하였는지 여부

피고가 대금청구서를 통해 어드민피 등의 비용을 청구하였고, 원고들이 별다른 이의를 제기

① 제9조 제1항의 규정에 위반하여 허위·과장된 정보를 제공하거나 중요사항을 누락한 자는 5년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

하지 않고 이를 지급해 온 사실, 피고가 어드민피 부과 등의 내용이 포함된 정보공개서를 공정거래위원회에 등록하고 내부전산망에 어드민피 요율 책정 등에 대한 사실을 공지하거나 일부 가맹점사업자들로 구성된 프랜차이즈 협의회 등에서 어드민피 인상을 통보한 사실 등만으로는 원고들과 피고 사이에 어드민피 지급에 관한 묵시적 합의가 성립되었다고 볼 수 없다.

다) 결론

피고가 어드민피에 관한 명문의 합의서를 작성하기 이전에 수령한 돈은 부당이득이 되므로, 이를 반환해야 한다(다만, 위 부당이득반환채권은 상행위에 준하는 채권으로 상법 제64조에 따라 5년의 소멸시효가 적용된다고 판단하였다).

3) 대상판결의 요지

가) 어드민피 지급의 근거가 있는지 여부

가맹사업법은 정보공개서를 가맹본부의 일반현황, 가맹사업 현황, 가맹본부와 그 임원에 관한 일정 사항, 가맹사업자의 부담, 영업활동에 관한 조건과 제한, 가맹본부의 경영 및 영업활동 등에 대한 지원과 교육·훈련에 대한 설명 등에 관하여 대통령령으로 정하는 사항을 수록한 문서라고 정의하면서(제2조 제10호), 가맹본부는 가맹희망자에게 제공할 정보공개서를 공정거래위원회에 등록하여야 하고, 공정거래위원회는 원칙적으로 이를 공개하여야 한다고 정하고 있다(제6조의2). 가맹사업법에 따르면, 공정거래위원회는 정보공개서에 거짓이 있거나 필요한 내용을 적지 아니하는 등의 경우 정보공개서 등록을 거부하거나 그 내용 변경을 요구할 수 있고, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 정보공개서가 등록되는 등의 경우 그 등록을 취소할 수 있다(제6조의3, 제6조의4). 가맹본부는 가맹희망자에게 등록된 정보공개서를 제공하여야 하고, 그 제공일부터 14일(가맹희망자가 정보공개서에 대하여 변호사 또는 가맹거래사의 자문을 받은 경우에는 7일)이 지나지 아니한 경우에는 가맹희망자로부터 가맹금을 수령하거나 가맹희망자와 가맹계약을 체결할 수 없다(제7조). 가맹본부는 가맹희망자나 가맹점사업자에게 정보를 제공함에 있어 사실과 다르게 정보를 제공하거나 사실을 부풀려 정보를 제공하는 행위, 계약 체결·유지에 중대한 영향을 미치는 사실을 은폐하거나 축소하는 방법으로 정보를 제공하는 행위를 하여서는 아니 된다(제9조 제1항).

가맹사업법은, 가맹본부는 가맹희망자가 가맹계약 내용을 미리 이해할 수 있도록 가맹금 등의 지급에 관한 사항 등이 적힌 가맹계약서를 가맹희망자에게 제공한 날부터 14일이 지나지 아니한 경우 가맹금을 수령하거나 가맹계약을 체결할 수 없도록 정하고 있고, 구 가맹사업법

(2017. 4. 18. 법률 제14812호로 개정되기 전의 것) 역시 가맹본부는 위와 같은 가맹계약서를 가맹계약 체결일 또는 가맹금 최초 수령일 전에 가맹희망자에게 제공하도록 규정하였다(각 제 11조 제1항, 제2항). 가맹사업법 시행령 제5조의2 제1항은, 가맹본부는 정보공개서를 등록하려는 경우 신규등록 신청서를 공정거래위원회에 제출하여야 한다고 규정하면서, 바로 전 3개 사업연도의 대차대조표와 손익계산서, 바로 전 사업연도 말 현재 운영 중인 직영점 및 가맹점 목록 등과 함께 가맹계약서 양식 사본을 첨부하도록 하고 있다.

위와 같은 법령 규정의 내용, 그에 따라 가맹본부가 정보공개서와 가맹계약서에 각 기재할 내용에 더하여, 가맹사업법의 입법 목적과 가맹본부로 하여금 가맹계약 체결 전에 가맹희망자에게 계약 체결에 필요한 가맹본부와 가맹사업 등에 관한 충분한 정보를 제공하도록 함으로써 가맹사업의 구조적 특성에 기인하는 가맹본부와 가맹점사업자 사이의 정보의 비대칭성으로 인해 발생할 수 있는 부작용을 예방하고 상대적으로 불리한 지위에 있는 가맹점사업자의 권익을 보호하려는 정보공개서 제도의 취지 등을 종합하여 보면, 정보공개서에 가맹점사업자에 불리한 내용이 기재되어 있고 그것이 공정거래위원회에 등록되어 공개되었다거나 가맹계약 체결 전 가맹점사업자에게 제공되었다고 하여 그 자체가 가맹계약의 일부가 된다거나 별도의 합의 없이 가맹계약 내용에 당연히 편입된다고 볼 수 없다.

→ 위와 같은 법리에 비추어 이 부분에 대한 원심 판단이 정당하다고 판시

나) 어드민피 지급에 관한 묵시적인 합의가 성립하였는지 여부

일반적으로 계약이 성립하기 위하여는 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치하여야 하지만, 그러한 의사표시가 명시적이어야 할 필요는 없고 묵시적으로도 이루어질 수 있다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2011다30765 판결 등 참조).

가맹계약의 경우 가맹본부는 가맹사업에 관한 시스템을 개발·구축하고 가맹점 운영에 관한 축적된 경험을 가지고 있어 정보력이나 교섭력 면에서 가맹점사업자에 비해 상당한 우위에 있는 경우가 많다. 또 통상적으로 가맹계약은 가맹본부가 미리 마련해둔 약관 형태의 가맹계약서를 이용하여 체결되므로, 가맹본부에게는 그 과정에서 위와 같은 정보력과 교섭력을 이용하여 가맹계약 내용을 미리 준비하고 자신에게 유리한 내용을 가맹계약서에 명시함으로써 그와 관련된 불확실성을 미리 제거할 충분한 기회도 있다. 한편 가맹사업법은 가맹본부로 하여금 가맹희망자에게 가맹계약 체결 전에 영업표지의 사용권 부여에 관한 사항, 가맹금 등의 지급에 관한 사항 등 계약의 주요 내용이 적힌 가맹계약서를 교부하도록 하고 있고(제11조 제1항, 제2

항), 이를 위반한 가맹본부에 대해서는 공정거래위원회가 위반행위 시정에 필요한 조치를 명하거나 과징금을 부과할 수 있다고 규정하고 있다(제33조 제1항, 제35조 제1항).

이러한 사정 등을 종합하면, 가맹계약에 관하여 가맹본부와 가맹점사업자 사이에 가맹점사업자에게 불리한 내용의 묵시적 합의가 성립된 사실을 인정하려면 가맹본부와 가맹점사업자의 사회·경제적 지위, 가맹계약 체결 경위와 전체적인 내용, 가맹점사업자에게 그와 같은 묵시적 합의 체결의 의사를 표시할 수 있을 정도로 충분한 정보가 제공되었는지 여부, 가맹본부가 법적 불확실성이나 과징금 부과 등의 불이익을 무릅쓰면서까지 합의 내용을 가맹계약서에 명시하지 않을 특별한 사정이 있는지 여부, 그와 같은 계약 내용으로 인하여 가맹점사업자가 입는 불이익의 정도, 거래 관행 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다. 그리하여 가맹점사업자가 상대적으로 취약한 정보력과 교섭력, 재정 상태, 거래 단절 우려 등으로 인하여 그 의사와 관계없이 가맹본부의 요구에 일방적으로 따른 것이 의사의 합치로 인정됨으로써 가맹사업의 공정한 거래질서를 확립하고 가맹본부와 가맹점사업자가 대등한 지위에서 상호보완적으로 균형 있게 발전하도록 함으로써 소비자 복지의 증진과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 가맹사업법의 입법 취지가 훼손되지 않도록 하여야 한다.

→ 위와 같은 법리에 비추어 이 부분에 대한 원심 판단이 정당하다고 판시

다) 결론

상고기각(소멸시효 부분도 원심과 동일하게 판단)

Ⅲ. 마치며

현재 우리나라의 프랜차이즈 산업은 그 경쟁이 매우 치열할 뿐만 아니라, 대형화·대기업화 되어가고 있는 선진국에 비해 상대적으로 영세한 소규모 프랜차이즈들이 많고, 지나치게 높은 사업 실패율 등으로 사회적인 신뢰가 부족하여 경영상 여러 가지 한계를 드러내고 있으며 그로 인한 분쟁도 늘어가고 있다.

그럼에도 가맹사업은 앞으로도 새로운 형태의 영업방식이 등장하여 계속적으로 성장할 것으로 예상된다.

가맹사업에 대한 법적 규제나 제도는 가맹사업 시스템이 가지는 장점과 위험, 그리고 위험이

현실화된 갈등의 유형과 내용을 정확하게 이해하는 기초 위에서 가맹사업 시스템이 가지고 있는 장점은 키우고, 위험은 발생 가능성을 줄이는 것이어야 하며, 이를 통해 가맹사업 시스템이 가맹 본부와 가맹점사업자에게 윈윈(Win-win)이 되는 사업형태가 되도록 하는 것이어야 한다.

새로운 형태의 계약인 가맹업에 대한 정확한 이해와 관련 법규의 숙지를 통해 가맹사업 당사자간의 법률 분쟁에서 발생하는 문제를 공정한 거래질서 확립에 기여할 수 있는 방향으로 현명하게 해결해 나가야 할 것으로 보인다.

참고문헌

이철송, 상법총칙·상행위, 박영사, 2018.

정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2018.

맹수석·정영교, 가맹사업의 법적 분쟁과 효율적 규제 방안, 경제법연구 제16권 제1호, 한국경제법학회, 2017.

윤성운, 가맹사업법의 최근 쟁점과 개선방안, 경쟁법연구 37권, 한국경쟁법학회, 2018.

최현숙, “전제받지 않는 프랜차이즈, 괴물이 되다.”, 컨슈머뉴스 ‘송곳칼럼’, 2017. 7. 24.