

유통규제법의 한계와 소비자 권익보호

- 입법논의 패러다임의 전환을 중심으로 -

崔永洪¹⁾*

I. 緒言

“경제민주화”란 신조어가 지난 총선과정에서 화두로 등장하더니, 대선과정을 거치면서 그 위력이 폭발적으로 증폭되었고, 그 후 한동안 우리 사회를 압도하였다. 이 용어는 “경제”와 “민주”라는 우리나라 양대 정치세력의 상징어가 결합되었다는 점뿐만 아니라, 그 숨意 또한 “강자를 억제하고 약자를 돕자(抑强扶弱)”는 것이어서 정치·사회적으로 매우 “매력적인 구호”가 되었다. 세계적 극빈국에서 출발하여 정치민주화와 경제발전이라는 두 가지 난제를 단기간에 극복해냈다는 국민적 자부심과 중도층을 우군화하기 위한 양대 정치권의 열망이 합해지며 “경제민주화”는 불가역·불가침의 명제로 고양되었다. 게다가 “압축성장과정에서 누적된 경제분야의 적폐를 해소해야 한다”는 국민적 공감대가 확산됨으로써 누구도 감히 경제민주화에 반론을 제기하기 어려운 상황이 되었다. 이를 동력삼아 입법운동이 강력히 전개되었고, 재벌기업의 소유구조 개선, 일감몰아주기, 순환출자, 편법상속, 불공정거래행위 등의 방지와 중·소상공인을 보호하기 위한 법률이 다수 개정되었다. 유통분야에서는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “독점금지법”)」을 비롯하여 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률(이하 “대규모유통업법”)」, 「대·중소기업상생협력촉진에 관한 법률(이하 “상생법”)」, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 “가맹사업법”)」, 「유통산업발전법」 등이 그 영향권에 포함되었다.

경제민주화가 우리 사회에 미친 영향은 매우 크다. 특히 「경제적 강자의 탐욕과 남용을 억제하고, 약자를 배려해야 한다」는 국민의식의 전반적 확산은 우리 사회를 한 단계 성숙시키는 계기가 되었다. 그러한 인식의 확산은 우리 사회가 선진국으로 도약하기 위해 거쳐야 하는 과정일 수 있다. 그러나 명분에서 느껴지는 의로움과 달리, 경제민주화가 실제로 국민의 일상생활에 도움이 되었는가를 평가하는 것은 별개의 문제이다. 아무리 화려한 명분이라도 실질이 없으면 공허하다. 국민은 이러한 점을, 조금 늦게 깨달을 수는 있지만 반드시 간파해낸다. 최근 들어 경제민주화의 열망이 급

1) * 고려대학교 법학전문대학원 교수, (사)한국유통법학회 회장, 변호사, 법학박사.

격히 악화되는 것도 이와 무관하지 않다. 도대체 경제민주화 추진과정에 어떠한 문제가 있(었)기에 그 열망이 식어 가는가? 그것은 경제민주화의 취지 자체에 문제가 있기보다는 입법화 과정에서 기본적 경제원칙이나 법원칙에 어긋나는 내용이 무분별하게 포함된 데 원인이 있다. 즉 과유불급(過猶不及)의 문제인 것이다. 이러한 문제점은 특히 유통분야에서 두드러진다. 경제민주화입법으로 포장되고 상생이나 동반성장이란 용어로 추동된 규제법이 “대기업 대 중소기업”의 대립구도를 설정하고 대기업의 규제에 치중하였을 뿐, 국민의 실생활에 미치는 영향은 고려하지 않았다. 그 결과 경제민주화입법 중 일부는 국민의 소비생활에 도움을 주기는커녕 오히려 불편과 불이익을 강요하는 결과를 초래하고 있다. 경제민주화에 “민주”를 사용하면서도,²⁾ 정작 그 입법과정에서 나라의 주인인 국민의 편익은 배제되었던 것이다.

이하에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 유통규제입법의 한계를 살펴보기로 한다. 그 중에서도 특히 유통의 속성상으로는 유통법의 지도원리상 소비자의 권익보호가 유통규제에 있어서 가장 중요한 고려사항이라는 점을 논구하고자 한다. 이러한 논의의 전제로 먼저 유통 및 유통법의 개념을 보기로 하자.

II. 유통 및 유통법의 개념과 재인식

1. 유통의 개념

주지하다시피, 유통이란 財貨와 서비스가 供給者로부터 消費者에게로, 販賣者에서 購買者로, 製造者에서 再販賣者로, 유통채널의 上位次元에서 下位次元으로 販賣되고 移動하는 것을 말한다.³⁾ 이러한 유통의 흐름은 마치 상류에서 발원한 물줄기가 하류로 흘러가는 것과 같다. 물줄기가 결국 바다를 향해 흘러가듯이 유통의 흐름 역시 최종적으로 소비자를 향해 나아간다. 이러한 흐름의 유사성이 상거래관계에 반영되어 유통이란 용어가 되었을 것이다.

유통이 없다면 각 개인이나 사회는 자급자족의 원시적 생활을 면할 수 없다. 오늘을 사는 우리는 그러한 원시적 상황을 상상하기조차 어렵다. 그러기에는 우리 인류는 이미 너무도 멀리

2) “民主란 國民이 主人이라는 말이다”, 이용훈 전 대법원장의 2014년 고려대학교 법학전문대학원 특강 중에서-

3) 이러한 유통의 대상에는 서비스도 포함되지만, 이하에서는 편의상 상품(재화)으로 줄여서 표기한다.

와 있다. 이제 소비자와 생산 공장이 유통을 통하여 직간접적으로 연결되는 세상이 되었다. 현대사회에서 유통은 소비자 개개인의 일상생활에 결정적 영향을 미친다. 그와 동시에 유통은 국가경제에서도 막중한 영향을 미친다. 미국 통계청 조사에 따르면 미국 민간산업의 국내총생산액은 12조 4천억 달러인데 그 중 약 36%가 유통산업에서 발생했다고 한다.⁴⁾ 이러한 비율은 우리나라에서도 별반 다르지 않을 것이다.

유통의 역할이 이처럼 막중함에도 불구하고 그동안 우리 사회는 유통을 다루는 법원리에 대한 인식이 부족하였다. 그리하여 온 나라에 경제민주화 바람이 휘몰아칠 때에도, 속칭 단통법이나 도서정가제가 사회적 이슈가 될 때에도 ‘국민 다수가 수궁할 수 있는 기준이나 방향’은 제시되지 못하였다. 국가발전이라는 궁극적 목적에 기여하기 위해서는 물론이고 당장의 팽배한 사회적 갈등을 완화시키기 위해서도 이러한 상황은 시급히 개선되어야 한다.

2. 「유통에 관한 법」으로서의 유통법

유통법의 차별성은 그것이 「유통에 관한 법」이라는 점이다. 유통은 앞서 본 바와 같이 상품과 서비스의 흐름을 말한다. 그러한 흐름은 거래주체가 개입하는 단계에 따라 여러 과정을 거치며 다양한 법적 이슈를 야기한다. 그러한 법적 이슈는 각 유통과정에 참여하는 이해관계자 간의 이해대립의 문제에서 비롯된다. 유통의 개념에 대한 이해를 높이기 위해 먼저 유통단계의 구조를 살펴보기로 한다.

유통과정은 농민과 어민 및 상품제조자 등의 생산자(이하 “생산자”라 함⁵⁾)와 소비자 간의 2次元(two-level) 구조에서부터 여러 차원이 관여되는 형태로까지 다양하게 전개될 수 있다. 즉 (1)생산자(producer) → 소비자(consumer)의 관계가 있을 수 있고,⁶⁾ (2)생산자 → 중간상인(intermediaries) → 소비자의 관계가 있을 수 있으며, 그밖에 오히려 通常적인 경우로서 (3)원재료 생산자 → 中間財 取扱者 → 제조자(manufacturer) → 유통상(distributor) → 소비자의 5차원이 관여될 수 있다.

또한 위의 경우 제조자가 생산한 상품이 소비자에게 전달되는 과정도 해외로부터 수입하는 경우까지를 포함하여 輸入商 또는 제조자에서 전국적 도매상(national wholesaler or

4) U.S. Census Bureau, Statistical Abstract of the United States (2010) Table 654 Gross Domestic Product, 2000-2008.

5) 유통의 흐름은 1차 산업에 종사하는 농어민과 광업종사자에서부터 원재료가 생산되어 최종 소비자에게 까지 전달되는 전과정을 포섭할 수 있다. 예컨대, 제주도 농장에서 생산된 감귤이 가공 없이 그대로 유통되기도 하지만, 때로는 오렌지 주스나 비타민C의 제조자에게 원재료로 공급되는 과정을 거칠 경우에도 존재한다. 전자의 경우에는 감귤 자체의 유통이지만 후자의 경우에는 원재료인 농산물이 가공되어 생산된 주스나 비타민C의 유통이 되는 것이다.

6) 이에는 해외 생산자로부터 국내소비자가 직접 구매하는 경우까지 포함될 수 있다.

distributors)으로, 전국적 도매상에서 지역적 도매상(local wholesalers, distributors, dealers or jobbers)으로, 지역적 도매상에서 소매상(retailers)으로, 다시 소매상에서 최종 소비자로 이전하는 단계로 진행될 수 있다. 물론 이러한 진행과정에서 일부 단계가 추가되거나 생략될 수 있다. 예컨대, 중간상이 추가되거나 해외에서 인터넷 등을 통하여 직접 구매하는 이른바 직구(直購)처럼 중간상의 단계가 생략되는 경우가 있는 것이다. 이러한 상황에서 결코 간과해서는 안 될 것은 ‘모든 유통의 최종적 귀착점은 소비자’라는 점이다.

유통의 전개과정에는 다양한 법률관계가 형성되고 따라서 다양한 법적 이슈(legal issues)가 존재한다. 크게는 유통거래법적 문제와 유통규제법적 문제 및 산업정책적 문제가 존재한다. 유통거래법적 문제는 상품의 이전과정에서 체결되는 각종의 계약방법에 관한 것으로서 주로 상법상 상거래법의 영역에 속한다. 그리고 유통규제법은 형식적인 계약자유 원칙이 초래하는 부작용을 시정하기 위한 것으로서 독점금지법 및 각종 공정거래에 관한 특별법이 이에 해당한다. 끝으로 산업정책법은 유통산업을 정책적 차원에서 활성화하기 위한 것으로서 대표적으로는 유통산업발전법이 이에 해당한다.

이상의 이슈들에 공통되는 주제는 유통이다. 유통법은 “유통”이라는 개념을 중심으로 체계화될 수 있다. 그렇게 되면 상거래법과 유통거래규제법 및 산업정책법을 통합적으로 조망할 수 있고, 나아가 사회적 갈등이나 부조화가 최소화되며 정부정책의 일관성도 증대될 것이다.⁷⁾ 요컨대, 유통법의 체계가 정립되고 정부정책에 모호함이 제거되면 시장에 대한 예측가능성이 높아져 기업들은 보다 적은 위험과 비용으로 사업활동을 전개할 수 있고, 이는 결국 생산성 향상과 국민경제의 발전으로 이어지게 된다.

III. 유통법의 지도원리

1. 상거래법의 기본원칙

유통법 중 상거래법은 기본적으로 당사자 간의 거래를 원활하게 하는 기능을 한다.⁸⁾ 상거래법은 상법전상에 편입된 당사전형계약과 아직 그러한 지위에 오르지 못한 당사비전형계약의 양자 모두를 대상으로 한다. 이들 계약은 영리를 목적으로 체결된다는 공통점으로 인하여 그 지도원리도 차이가 없다. 특히 상법전에 편입되었다는 것이 그 조문의 강행규정성을 의미하지도 않는다. 유통에 관한 계약은 기본적으로 상인간의 거래이고, 상인은 평균인보다 자기의 이

7) 「유통산업발전법」에 “가지치기” 입법으로 규제내용이 포함되는 것은 법체계의 완결성을 저해한다.

8) Ewan McKendric, Goode on Commercial Law, 4th ed, Penguin Books, 2010, p. 70.

해관계에 더 영민한 자라는 점에서, 비상인간의 민사적 거래보다 당사자 자치의 원칙이 강하게 적용된다. 그러한 이유로 상거래에 관한 법조항은 대체로 임의규정으로서 당사자 간의 계약내용에 별도로 약정된 바가 없는 경우에 적용되는 보충규정(default rule)으로서 기능한다. 그러한 점에서 상거래법의 기본은 '당사자 자치가 최대한 보장되어야 한다'는 것으로부터 출발한다. 새로운 유형의 유통방법이 시장에 등장하는 경우에도 일차적으로 당사자 간의 자율적 거래방식에 의해 관계가 정립될 수 있다. 이러한 당사자 자치의 원칙은 거래관계를 규율하는 계약의 해석에 있어서 뿐만 아니라 국회의 입법활동과 정부의 법집행활동에 있어서도 기본적으로 존중되어야 한다.

2. 유통거래규제법의 정당성

모든 사업거래가 그러하듯이, 유통거래에도 거래당사자간의 교섭력(bargaining power)에 차이가 있을 수 있다. 보통의 경우 그러한 교섭력의 차이는 계약조건에 반영되어 적절히 해결된다. 그러나 일부의 경우에는 교섭력의 차이가 불공정한 거래행위로까지 발전하고 사업거래의 관행으로 굳어지기도 한다. 그러한 불공정거래행위가 규제되어야 함은 물론이다. 거래상 우월적 지위를 남용하여 사회질서(public policy)에 위반하는 결과를 초래하는 것은 법의 기본정신에 어긋나기 때문이다. 그러나 다른 한편, 계약조건에 적절히 반영될 수 있는 교섭력의 차이까지도 규제의 대상으로 삼거나 불공정행위로 몰아가는 것 역시 문제이다. 이는 국가가 상거래관계에 과도하게 개입하는 것으로서 시장의 정상적 기능을 위축시키고 비효율을 초래하기 때문이다. 따라서 시장개입의 한계를 넘는 규제는 배척되어야 한다. 이렇게 볼 때, 규제도입의 허용 여부는 결국 그 적정성의 문제로 귀결된다.

유통거래는 전통이나 인습에 영향을 받지 않고 세계적으로 보편화된 상거래이다. 그러기 때문에 그에 관한 법리 역시 국가 간에 큰 차이가 없다. 오늘날처럼 교통·통신과 인터넷이 발달한 상황에서는 더욱 그러하다. 또한, 민주주의 역사가 장구한 선진국일수록 의회는 법을 제정함에 있어서 신중을 기한다. 법리적, 경제적 필요성과 정합성은 물론이고 그로 인한 중·장기적 부작용까지를 심층적이고 종합적으로 고려한다. 시류에 따라 인기에 영합하거나 조직화된 소수 이익집단의 구호에 부박하게 흔들리지 않는다. 이러한 점들을 감안하면, 유통거래에 대한 선진 각국의 규제현황은 유사한 사안에 대한 우리 법의 과잉규제 여부를 판별하는 중요한 참고가 될 수 있다. 선진법제에 존재하지 않는 규제라면 그 도입에 보다 진지한 검토가 필요하다. 같은 맥락에서, 선진국에 없는 규제가 우리 유통분야에 존재한다면 일응 과잉규제라 의심해 볼 필요가 있다. 사회현상이 앞서 가는 나라에서 규제를 하지 않는다면 그 나라의 이유가 있을 것이기 때문이다. '나라마다 상황이 다르고 우리는 우리 식으로 규율한다'는 주장이 없지

않지만, 이는 오늘날 유통이 얼마나 빠르고 광범위하게 국경을 넘어 세계화·보편화되고 있는지를 제대로 인식하지 못한 주장이다. 요컨대, 어떤 규제가 과잉규제가 아닌 적절한 규제로 평가되기 위해서는 그 논리가 보편적·합리적이어야 한다. 그러한 점이 담보되기 위해서는 규제의 정당성이 피상적·감성적 차원을 넘어 실질적 논거에 의해 뒷받침되어야 한다. 예컨대, 선진국에서 거론되지 않는 “대기업 대 중소기업”이라거나 “경제적 강자 대 약자”라는 식의 이분법적 관점이 지도원리로 기능해서는 아니 되는 것이다.

3. 우리나라 유통규제에 대한 논의상황

그간 우리의 법제현실을 보면 규제논거가 합리성에 기초하기보다는 단기적, 감성적, 피상적 검토에 머문 채 장기적으로 초래될 부정적 여파를 도외시하는 경향이 없지 않았다. 이러한 방식으로 규제를 도입하는 것은 국가발전이나 국민경제에 도움이 되기보다 오히려 국격을 훼손하고 국가경제에 해를 끼칠 수 있다. 예컨대, 2013년에 개정된 가맹사업법을 보자. 가맹계약의 당사자는 양측 모두 각자의 이기적 본성에 기하여 가맹계약을 체결한다. 특히 가맹희망자는 가맹계약을 체결하기 14일전에 이미 가맹본부의 중요 정보를 파악할 수 있다. 그러므로 그러한 정보를 보고서 만족스럽지 못하면 가맹계약을 체결하지 않으면 그만이다. 이러한 가맹계약체결의 기본 법리를 간과한 채, 당시 국회는 퇴행적 내용을 경제민주화입법으로 포장하여 가맹사업법을 개정하였다.⁹⁾ 경제민주화가 상거래 법리의 기초적 보편성을 훼손하는 데 동원된 것이다. 그 결과 가맹사업법은 선진국의 보편적 프랜차이즈법제와 동떨어진 갈라파고스적 법제가 되고 말았다. 오늘날은 프랜차이즈거래가 국경을 넘어 날로 국제화되는 상황이다. 당연히 가맹사업법의 이러한 퇴행적 문제점¹⁰⁾은 해외 기업이나 법률가들에게도 알려지기 마련이다. 그렇게 되면 그들은 우리 가맹사업법의 개정내용을 접하게 되고 결국 우리 국회의 법제능력 내지 수준을 파악하게 된다. 예상매출액 제고를 의무화하는 것처럼 신(神)의 영역에 속하는 사항을 법으로 강제하는 행태가 그들에게 어떻게 비춰질까 생각하면 걱정이다. 힘 있는 無知가 화려한 명분으로 포장되면 국익에 해롭다.

우리사회는 규제의 합리성보다 목소리의 크기가 규제도입의 기준이 되는 경향이 있다. 압축적 경제성장 과정에서 대기업집단이 국민에게 좋은 이미지를 형성하지 못하였다는 점에 당장 영세상인의 생계문제가 관련된다는 점이 그러한 경향의 주요 원인일 것이다. 그로 인하여 점

9) 신설된 주요 문제조항으로는 영업지역설정 의무화, 예상매출액 제시, 영업시간 규제, 손해배상액의 예정 규제, 인테리어 비용부담 규제, 가맹점사업자단체의 협의권 인정 등이 있다. 선진국의 프랜차이즈 법제에 이러한 내용을 법제화한 예는 없다.

10) 우리 가맹사업법에 신설된 사항은 ①프랜차이즈계약의 기본 개념에 어긋나고(영업지역설정의 필요적 의무화에 대하여) ②미래의 불확실한 사항을 법으로 요구하는 것이어서 부당하며(예상매출액 제시 강제에 대하여) ③사업자간의 단력적 거래조건에 국가가 획일적으로 개입하고(손해배상액, 인테리어 부담 규정 등) ④동반자적 협력관계를 기본으로 하는 프랜차이즈관계에 오히려 불확을 조장할 수 있다(단체협의권에 대하여)는 등의 문제가 있다.

차 경제관계에 있어서 대기업은 탐욕스런 강자이고 영세상인은 보호되어야 할 약자라는 인식이 확대되었다. 이러한 이분법적 대립구조는 우리 사회에서 합리적인 논의의 장이 설 여지를 없애고, 특히 중소기업을 살리기 위해 대기업 및 그와 특별관계에 있는 기업의 활동을 제한해야 한다는 인식이 확산되었다. 이 과정에서 기업의 효율성과 혁신성, 소비자에의 기여도는 고려되지 않았다. 그리하여 기업의 정당한 영업활동까지 제한하는 경향까지 나타나고 있다. 규모만을 기준으로 하다 보니 중소기업 중에는 유통의 혁신이나 성장을 거부하고 규제에 과잉 기대기(overdependence on regulations)하는 현상까지 나타나고 있다. 일부 학자와 공기관도 그러한 현상을 부추기는 경향이 있다. 일부 기관은 ‘가맹점사업자가 독립된 “사업자”인 줄도 모르고 대기업으로 편입시키는 범주오류(category mistake)를 범하며 ‘프랜차이즈사업을 중소기업 적합업종으로 지정해야 한다’고 주장하기도 하고, 또 다른 국가기관에서는 가맹점사업자가 자영업자인 것도 모르는 내용의 연구문건을 출판하기도 한다. 우리 사회의 논의수준이 이러하니 그들 주장에 기초하여 규제입법에 임하는 의원들만 탓할 일도 아니다. 경제적 사안이 정치바람에 휩쓸리는 풍토가 지속되면 이런 일은 앞으로도 반복될 수 있다. 논의의 패러다임에 대한 근본적 재검토가 필요한 소이도 바로 이 때문이다.

IV. 패러다임의 전환 - “국민과의 상생”을 기준으로 -

1. 선결적 질문

최근 고등법원판결로 다시 관심이 집중되고 있는 대형마트의 영업시간 규제와 같은 갈등문제¹¹⁾를 해소하기 위한 근원적 단초는 없을까? 그러한 단초를 모색하기 위해 우선 좀 더 솔직하고 직설적인 질문을 던지고 그 답을 음미해 볼 필요가 있다. 선진국에 유통에 대한 규제가 없거나 적은 것은 그들 국가의 의회나 정책입안자들이 대기업 편향적이기 때문인가, 상거래 관계의 문제를 알면서 방치하기 때문인가? 그것도 아니면 그들 국가에서는 대기업이 거래상지위를 남용하지 않고 신의칙을 잘 준수하므로(in good faith and fair dealing) 굳이 규제할 필요가 없기 때문인가? 질문을 바꾸어, 우리나라에는 왜 이리도 규제가 많고 그 내용 또한 엄중한가?¹²⁾ 우리 대기업들이 유달리 탐욕적이라서 규제의 필요성이 크기 때문인가? 아니면 우

11) 서울고등법원 2014. 12. 12. 선고, 2013누29294(영업시간제한등처분취소) 판결.

12) 예컨대, EU선진국인 영국이나 독일, 프랑스에는 우리의 가맹사업법과 같이 프랜차이즈를 규제하는 법률이 아예 없다. 프랜차이즈거래는 상인간의 거래여서 국가가 개입할 필요가 없다는 것이다. 대규모유통업법제를 비교해 봐도 규제의 엄격성에 있어서 큰 차이가 있다. 최근 Tesco가 대금지급을 지연하고 판촉행사 불참자에게 불이익을 줬다는 이유로 영국 경쟁당국이 식료품납품거래강령(Groceries Supply Code of Practice) 위반혐의로 조사하고 있지만 과징금 부과규정이 없던 시절의 일이라 위반사실을 공표할 수 있을 뿐이라고 한다. 이처럼 약한 규제를 개선하기 위해 최근

리 중소기업인들이 사업자로서 갖춰야 할 자격요건(Bona Fide Occupational Qualification: BFOQ¹³⁾)을 제대로 구비하지 않고 창업부터 하고 난 후에 유별나게 보호를 요구하기 때문인가? 규제를 통하여 정의를 실현해야 한다고 주장하는 의원들은 국민(주민)을 위한 것인가? 아니면 특정 상인계층을 위한 것인가? 후자라면 왜 그들은 국민에게 피해를 주는 규제입법을 통과시키고 의기양양하면서 정작 소비자에게는 양해조차 구하지 않는가? 정부부처가 청부입법까지 해가면서 규제를 신설하는 것은 국민을 위한 것인가, 부처의 권한확대를 위한 것인가? 지금과 같은 우리의 법제문화와 풍토는 선진적인가? 과거 산업화시대에 국민이 탄한 법공기(法空氣) 속에서 탄압이 두려워 체제에 순응했던 것처럼, 기업들은 아직도 탄압이 두려워 규제에 순응하고 있는가?¹⁴⁾

2. 유통과 소비자, 양자 관계의 재인식

서두에서 언급한 바와 같이 유통은 단계마다 다수의 기업이 관련되고 그들 기업은 궁극적으로 소비자를 지향한다. 특히 최종 유통과정에 참여하는 소매기업(retailers)의 활동은 결국 소비자의 사랑과 선택을 받기 위한 구매활동이다. 소비자의 사랑과 선택을 받지 못하는 상품은 외면당하고, 결국 그 기업은 도태된다. 그러기에 기업은 생존을 위해 소비자를 상대로 치열하게 구매활동을 전개한다. 이는 마치 모든 국가기관이 국민의 안녕과 편익향상을 최고의 가치로 삼고 국민의 지지를 얻기 위해 노력하는 것과 같다. 기업은 소비자의 사랑을 추구해야 하고 또 실제 추구한다. 또 그렇게 하도록 보장되고 장려되어야 한다. 소비자는 민주국가에서 곧 국민이라 할 수 있다. 국민은 국가권력의 원천이자(헌법 제1조 제2항) 공무원의 봉사를 받아 마땅한 나라의 주인이다(헌법 제7조 제1항). 단지 경제관계에서만 소비자로 지칭될 뿐이다. 그러한 점에서 기업과 국가기관은 국민(=소비자)의 이익을 위해 활동해야 한다는 공통성을 가

법을 개정하여 앞으로는 영국에서도 매출거래액의 1% 범위에서 과징금을 부과할 수 있게 되었다. Global Competition Review, Tesco faces probe from competition watchdog spinoff, Thursday, 5 February 2015. 한편 우리나라 대규모유통업법을 보면, 위와 같은 사안에서 납품대금의 100%까지 과징금을 부과할 수 있을 뿐만 아니라, 위반행위자와 회사 대표자를 징역형에까지 처할 수도 있어서 우리법의 규제가 매우 엄격함을 알 수 있다.

13) BFOQ는 본래 미국의 고용차별금지법에서 “합당한 직업적 자격요건”이라는 의미로 사용되는 용어지만, 우리나라에서는 그 취지상 개인 창업자 스스로에게 요구될 수 있는 합당한 덕목이라 할 것이다. 창업이란 기업가로서 직업전선에 뛰어드는 것이지(professional) 단순한 취미생활을 위한 목적이나 아마추어적 관점에서(amateurishly) 내려질 결단이 아니다. 그런 점에서 창업자는 창업시 어떤 위험이 있고, 어떻게 해야 경쟁에서 살아남을 수 있는지에 관하여 기본적인 자기점검이 반드시 필요하다. 그러한 자기점검 없이 창업을 서두르는 것은 자기 자신의 실패를 넘어 국가사회에도 짐이 될 수 있다.

14) 2014. 9. 29. 미국 캘리포니아 주지사 Edmund G. Brown Jr.는 경제적 약자인 가맹점사업자를 보다 두텁게 보호하기 위해 가맹본부(franchisor)의 계약해지사유를 종래의 “good cause”에서 “substantial and material breach”로 강화하려는 상원법률안 SB 610에 대하여 거부권을 행사하였다. 이러한 Brown 지사의 결단에는 미국 프랜차이즈협회(IFA)의 적극적인 홍보와 시민에 대한 설득노력이 큰 영향을 미쳤다. 규제를 대하는 우리 기업들과 크게 대비되는 모습이다.

진다. 양자 간에 차이가 있다면 기업은 스스로의 존립·번영을 위해 활동하지만 공무원은 법상 의무로서 활동한다는 점뿐이다. 그러므로 국민, 즉 소비자에게 실질적으로 이익이 되지 못하는 정책, 궁극적으로 국민의 이익에 기여하지 못하는 정책은 광의의 공무원에 해당하는 누구도 추구해서는 아니 된다. 광의의 공무원인 입법자들도 여기에서 예외가 아님은 물론이다.

3. 무엇이 문제인가?

문제는 경제민주화의 키워드인 상생이나 동반성장이란 용어가 그 자체로 매우 매력적이어서 이들 용어 앞에서는 모든 논의가 무력해지는 경향이 있다는 점이다. 그리하여 상생이나 동반성장이 나라의 주인인 국민의 이익을 저해하여도 그 문제에 정면으로 대처하기 어려웠다.

분명히 “상생”이나 “동반성장”의 무분별한 확장은 소비자의 권익을 침해한다. 국회나 정부 기타 정치권은 지난 양대 선거과정에서 경제민주화를 과잉 증폭시킨 점에 대한 책임문제 때문인지 모르지만 이러한 문제점을 애써 외면한다. 그 결과 지금도 경제민주화의 남용에 동조 내지 방임하는 기조가 계속되어 경쟁력도 없는 소매상인을 보호하기 위해 대다수 국민인 소비자의 이익을 해치는 일이 지속되고 있다. 더 좋은 상품을, 더 싼 가격에, 더 나은 서비스로 제공할 수 있는 기업이 법령이나 행정지도에 의해 소비자에게 접근하지 못하고 차단당한다. 골목상인을 보호하려고 진입장벽을 설치하여 골목상권에 독점을 조장하고 골목주민을 독점의 포로가 되게 한다. 골목주민은 상품과 서비스에 불만이 있어도 경쟁점포가 없으니 다른 선택의 여지가 없다. 누구를 위한 골목이고 누구를 위한 골목상권인가? 골목상권인가? 골목주민인가? 원하는 상품을 구매하기 위해 골목을 벗어나도 해당 점포가 강제휴업 중이면 헛수고다. 점포의 영업행위와 소비자의 구매행위는 동전의 양면과 같아서, 점포가 강제로 휴무되면 그 점포를 이용하려는 소비자도 구매를 할 수 없다. 구매행위가 사실상 금지되는 것이다. 구매행위를 사실상 금지하는 이러한 상황은 과거 양을 울타리 안에 가두던 인클로저운동(Enclosure Movement)에 비유될 수 있다. 지금의 행태는 양이 아닌 사람(주민)을, 물리적 울타리가 아닌 법령으로 지역이나 골목상권에 가두고 있다. 그리고 이처럼 소비자의 권익을 침해하는 정책이 상생이라는 이름으로 미화되고 있다. 분명히 반국민적인데도 경제정의를 실현하려는 것처럼 미화시킨다. 이러한 반주민적, 반소비자적 규제가 해당 골목이나 지역차원에 머물지 않고 전국적으로 확대되면 결국 국민일반의 후생이 저해되고 산업역량이 잠식된다. 대형마트의 영업규제와 같은 정책은 해당 기업의 영업규제를 통한 소수 영세상인의 보호 측면만 보았을 뿐, 그곳을 이용하며 생활하는 다수 국민의 권리를 침해하는 면을 간과 내지 경시하는 것이다. 상인을 위해 주민을 희생시키는 것이다.

4. 갈등구조의 분석

우리 사회는 경제민주화과정을 거치며 유통분야에서 특히 심한 갈등을 겪고 있다. 왜 그러한 갈등이 유통분야에서 특히 심한가? 이는 경제민주화의 내포인 상생과 동반성장이 무분별하게 혼용되거나 남용되기 때문이다. 이러한 갈등상황을 현실적으로 분석해 보면 ‘거래관계에 있는 기업들 사이의 갈등’과 ‘거래관계 없는 기업들, 즉 경쟁관계에 있어야 할 기업들 사이의 갈등’으로 구분할 수 있다. 이 두 갈등은 원인이 다르고 따라서 해법도 달리해야 한다. 그럼에도 불구하고 우리 사회는 이를 ‘경제민주화’라는 하나의 캐치프레이즈로 뭉뚱그려 해결하려 한다. 이슈별로 좀 더 검토해 보자.

첫 번째는 거래당사자 간의 불공정의 문제로서, 이는 주로 거래상 지위의 남용에 관한 것이다. 이에 는 대규모 공급자가 우월적 지위에서 하위 유통업자에게 행하는 불공정행위와 대규모 유통업자(소매상)가 우월적 구매력을 이용하여 공급업자에게 불공정행위를 자행하는 문제가 포함될 수 있다. 거래당사자간의 문제는 거래당사자들의 자율적 결단(계약자유)에 따라 결정되도록 하는 것이 법치국가의 보편적인 법제이다.¹⁵⁾ 왜냐하면 양당사자 모두가 상거래의 주체로서 각자 자기의 이해관계에 영민한 상인(sophisticated person)이고 협상력의 차이는 대부분 거래조건에 반영되기 때문이다. 다만, 대규모소매점과 일부 납품업자의 관계처럼 당사자 일방의 거래상대방에 대한 의존도가 구조적으로 고착화되는 예외적 상황에서는 사전에 그 거래관계를 투명하고 객관화하는 장치를 마련함으로써 ‘존재하나 드러나지 않는’ 범위반 행위(invisible violation)를 억제하기 위한 규제가 도입될 수 있다.¹⁶⁾ 그리고 이처럼 거래상 지위의 남용이 문제되는 관계는 대체로 서로가 서로를 필요로 하는 협력적 지속관계여서 “상생”이나 “동반성장”과 같은 협력적 동반자 개념이 도입되고 활용될 여지가 크다. 이러한 측면은 기업의 입장에서도 사회적 책임(corporate social responsibility) 문제를 해소하면서 지속적인 성장·발전을 이끌어 내는 수단이 될 수 있다. 협력적 동반자관계를 촉진하기 위한 정책은 기업이 스스로 판단하여 자율적으로 시행하도록 하는 것이 바람직하다. 의존관계의 고착화에 따른 불공정거래관행의 경우가 아닌 한, 정부가 나서서 강요할 일은 아니다. 협력업체와의 상생이 생존을 위한 필수사항이라는 것쯤은 이미 웬만한 기업에게는 당연한 상식이기 때문이다.

둘째로는 ‘거래관계 없이’ 경쟁관계에 있는(또는 경쟁관계에 있어야 할) 기업 간의 갈등이다. 이 경우에 양당사자는 아무런 거래관계가 없기 때문에 애당초 갈등이 있을 수 없다. 그런데도 우리 사회는 서로 거래관계 없는 기업간에도 갈등이 팽배하다. 그 원인은 경쟁을 규제

15) 경제민주화의 거센 바람 속에서 일부 대형 우유제품 공급업체의 대리점에 대한 불공정거래행태를 규제하는 특별법 제정 요구가 강했으나 그 입법이 보류된 것은 독점금지법으로 해결이 가능하다는 점 외에 상거래관계가 기본적으로 사적 자치의 영역에 속한다는 법리적 인식이 유지되고 있음을 보여주는 예라 할 수 있다.

16) 대규모유통업법이 이러한 예에 속한다. 다만 이 경우에도 범위반에 대한 제재가 불공정거래행위 일방에 대한 모범이라 할 수 있는 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률”에 규정된 것보다 과도하게 무거운 것은 국제적으로도 유례가 없을 뿐만 아니라 국내 불공정거래 관련 법제의 체계적 일관성에도 문제가 있어 보인다.

억제하기 때문이다. 경쟁은 기업의 창의력을 촉발하고 산업발전의 원동력이 되며 소비자에게 더 나은 이익을 준다. 이러한 경쟁의 순기능은 너무나 당연하여 오히려 다수 국민으로부터 간과되는 경향이 있다. 경쟁의 보편적 순기능에 대한 재인식을 바탕으로, - 생산단계에서든 도·소매단계에서든 - 기업들이 최대한 경쟁하도록 하는 구도가 정립되어야 한다.

즉 모든 기업은 언제든지 시장에 참여하여 경쟁할 수 있어야 한다. 특히, 경쟁해야 할 분야에서 경쟁하도록 보장하는 정책기조가 필요하다. 중소기업적합업종제도를 규정한 상생법이나 대형마트의 영업제한을 규정한 유통산업발전법도 이러한 기조에서 예외일 수 없다. 어정쩡한 예외를 인정하면 원칙이 무너지고 예외의 범위와 정도를 놓고 이해대립 당사자 간에 무한갈등을 야기할 뿐이다. 이는 또한 오늘날과 같이 유통기업의 경쟁이 세계적으로 격화되는 상황에서 결코 지속가능한 정책이 될 수도 없다. 유통의 세계화시대에 있어서 우리 기업이 외국기업과의 경쟁에서 승리하기 위해서는 경쟁력을 갖추어야 하는데 그러기 위해서는 먼저 경쟁 여건이 보장되고 경쟁기풍이 조장되어야 한다. 적어도 정부는 우리 기업들의 경쟁활동에 도움을 주지 못할지언정, 방해는 해서는 아니 된다. 세계 표준과 다른 규제에 시달리게 하면서 기업에게 좋은 성과를 기대할 수는 없다.

5. 논의 패러다임의 전환 - 국민과의 상생을 기준으로 -

지금까지 우리 사회의 유통분야에 관한 논의는 대·중소기업 간의 이해대립에 초점이 맞추어져 있었다. 경제민주화의 함의인 “강자의 탐욕과 남용을 억제하고 경제적 약자를 돕자”는 억강부약(抑強扶弱)의 구호가 사회분위기를 지배하였다. 정치권은 재빠르게 대기업이나 그와 연관된 기업의 생산 및 유통활동을 제한하고 영세한 소상공인을 보호하는 데에 앞장섰다. 극소수인 대기업보다는 숫자상으로 중소기업이 압도적으로 많다는 점도 중요한 요인이 되었을 것이다. 그러한 유혹은 선진국의 정치권에도 존재한다. 그럼에도 불구하고 선진국에서 기업을 규모로 나누어 편드는 입법행태는 찾아 볼 수 없다. 왜 그런가? 영세상인을 보호해야 한다는 명제의 당연성에도 불구하고 그로 인하여 소비자에게 피해를 주는 일을 압도적 다수국민인 소비자들이 용납하지 않기 때문이다.

압축성장과정에서 누적된 적폐를 해소하려는 경제민주화운동은 ‘갑을문화’를 해체시키고 대기업의 탐욕을 억제하는 등 우리사회를 한 단계 성숙시키는 성과를 거두었다. 그러나 경제민주화입법 중 일부는 합리적 규제의 한계를 벗어났다. 이는 특히 소비자의 일상과 밀접하게 연관된 유통분야에서 두드러진다. 그러한 입법과정에서 나라의 주인인 국민의 이익이 제대로 고려된 바 없다. 중소기업적합업종을 지정하는 상생법이나 대형마트의 영업을 규제하는 유통산업발전법 조항에 “소비자의 이익을 고려해야 한다”는 문구는 빠져 있다. 유통의 중간단계에서 발생하는 기업간의 이해상충문제에 집중하다가 정작 유통의 궁극적 지향점인 국민의 권익을

간과한 것이다. 경제민주화에 민주는 없었다.¹⁷⁾ 견지망월의 우(見指忘月之愚)라고나 할까?

유통규제법에 무분별하게 편입된 일부 규제와 그로 인한 갈등은 우리나라가 선진국으로 가는 과정에서 겪는 우리만의 성장통일 수 있다. 그러한 혼란상황은 조기에 극복되어야 한다. 국가의 궁극적 목적이 국민의 안전과 행복을 위하는 것이라면, 그에 반하는 법제는 아무리 경제민주화 입법으로 포장되더라도 시정되어야 한다. 원리는 간단하다. 유통법의 지도원리에 충실하면 된다. 계약자유 원칙을 기본으로 하는 유통거래법의 원리와 공정하고 자유로운 경쟁이 보장되는 유통규제법의 원리 나아가 궁극적으로 소비자의 복리증진에 기여하도록 하면 된다. 그러한 원리의 굳건한 바탕 위에 상생과 협력이라는 원리가 보완적으로 작동되도록 하여야 한다. “협력할 것은 협력하게 하되(상생), 경쟁할 것은 치열하게 경쟁하게 하는 차별력이 필요하다(경쟁).” 지금까지는 경쟁해야 할 상황에 대해서까지 상생을 요구하고(무조건적 상생), 그나마도 “대기업과 중소기업간의 상생”에만 치중하였다(기업끼리의 상생). 이제 논의의 패러다임이 바뀌어야 한다. “대기업 대 중소기업”의 이해대립구도가 아닌, “기업 대 소비자”의 이해대립구도가 되어야 한다. 즉, “기업끼리 상생하는가”가 아니라 “소비자인 국민과 상생하는가”가 논의의 기준이 되어야 한다. 그리하여 국민에게 도움을 주지 못하는 정치인이 퇴출되듯이 소비자에게 도움이 되지 못하는 기업이 퇴출되는 풍조가 확립되어야 한다. 물론 퇴출된 사업자를 위한 보완대책은 별개의 문제로, 그리고 당연히, 마련되어야 한다. 이렇게 하여야만 앞으로 도 끝 모르게 전개될 수 있는 유통분야의 갈등을 체계적으로 해소할 수 있다.

V. 結言

경제민주화에서 비롯된 상생원리가 나라의 주인이자 국민인 소비자의 권익을 침해하고 있다. 이러한 아이러니는 상생원리의 무분별한 오남용에서 비롯된다. 이처럼 상생원리를 이유로 소비자의 권익을 침해하는 법제는 선진국에서는 찾아 볼 수 없다. 장려되어야 할 경쟁을 오히려 억제하는 현재의 법제적 혼란상황은 조속히 종식되어야 한다. 그리하여 거래관계의 유무에 따라 상호 협력할 것은 협력하게 하되, 경쟁할 것은 치열하게 경쟁하게 하는 원리적 기준을 확립해야 한다.

우리 사회에는 이미 규제의 혜택을 누리거나 그에 기대려는 세력이 상당히 공고하게 자리 잡고 있다. 이러한 상황을 극복하고 기업들로 하여금 오로지 소비자만을 위해 매진하도록 하기 위해서는 입법적 정비 외에 다른 실효적 대안이 없다. 그러한 입법적 정비는 입법자를 움직일

17) 링컨의 명언인 “the government of the people, by the people, for the people”이 경제민주화의 영향으로 “the government of the people, by the people, for the merchant”가 된 셈이다.

때 가능하다. 각성된 국민의식은 국민의 이익에 반하는 입법자를 선거를 통해 문책할 수 있다. 현명한 우리 국민은 머지않아 민주시민으로서, 일상생활을 하는 소비자로서, 실사구시적 생활정치 의식과 역량을 갖추리라 생각한다. 이미 변화는 시작되었다. 네티즌들의 반응도 대형마트 규제에 반대하는 의견이 다수를 차지한다. 국민의 각성이 현실화되는 그 날이 올 때까지 진정한 소비자운동이 더욱 활발히 전개되기를 희망하며 결론에 갈음한다.¹⁸⁾

< 참고문헌 >

김정호, 상법총칙·상행위법, 제2판, 법문사, 2014.

김철수, 헌법학신론, 박영사, 2013.

김학성, 헌법학원론, 박영사, 2012.

박경철, 헌법주석[1], 박영사, 2013.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2013.

이준일, 헌법학, 흥문사, 2013.

이철송, 상법총칙/상행위, 제12판, 박영사, 2013.

장영수, 헌법학, 흥문사, 2013.

전광석, 한국헌법론, 집현재, 2013.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2013.

허영, 한국헌법론, 박영사, 2013.

최영홍, 딜러계약의 법리, 경영법률 제22집 2호.

ABA, Antitrust Handbook for Franchise and Distribution Practitioners, 2008.

----, Franchise Desk Book, 2nd ed., 2012.

----, The FTC Franchise Rule, 2nd ed, 2012

----, Franchise 2013 -Getting the Deal Through-, 2012.

Global Competition Review, Thursday, 5 February 2015.

David Gurnick, Distribution Law of the United States, Juris, 2011.

European Commission, Modern Retail on Choice and Innovation in the EU Food Sector final Report, 2014.

18) 소비자의 권리의식이 향상되면 입법자는 상인단체 등 조직화된 이익집단의 압력에서 벗어나게 되고, 선거과정에서 형성될 수 있는 그들 단체와의 의리보다 국민에 대한 도리를 우선시하게 될 것이다.

참고로, 우리의 중소기업적합업종제도와 유사한 법률이 일본에서 공산당 등의 주도로 '경제적 약자를 보호한다'며 제정되었지만(「中小企業の事業活動の機會の確保のための大企業者の事業活動の調整に関する法律(昭和五十六年六月一二日法律第八三号; 最終改正:平成一七年七月二六日法律第八七号)」), 소비자의 이익을 저해한다는 소비자단체의 강력한 반발에 부딪혀 사실상 사문화되고 있다. 이는 소비자운동이 정치를 바꾸고 소비자의 권익을 보호하는 원동력을 보여주는 사례이다.

Ewan McKendric, *Goode on Commercial Law*, 4th ed, Penguin Books, 2010.

Joanna Goyder, *EU Distribution Law* 5th ed., Hart, 2011.

Martijn W. Hesselink et. al., *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*(PEL CAFDC), Oxford, 2006.

U.S. Bureau of Economic Analysis, "Value Added by Industry",
<http://www.bea.gov/iTable/iTableHtml.cfm?reqid=51&step=51&isuri=1&5114=a&5102=1> (Accessed Aug. 10, 2014)

UNIDROIT, *Guide to International Master Franchise Arrangements*, 2nd ed., 2007.