

판례를 중심으로 본 營業讓渡의 개념 및 판단기준

김 병 연*

목 차

- | | |
|---------------------------------------|------------------------------------|
| I. 처음에 | 2. 영업양도에 있어서 영업재산과 영업 조직 이전합의의 單一性 |
| II. 영업양도의 목적(대상)과 영업양도의 개념 | 3. 현물출자와 영업양도 여부 |
| 1. 영업양도의 대상인 ‘영업’의 개념 | 4. 자산매매에 있어서 고용관계의 승계 여부와 영업양도 인정 |
| 2. 영업양도의 개념 | |
| III. 판례에서 나타난 영업양도의 개념 및 판단기준 | IV. 마치며 |
| 1. 체육시설의 경매에 의한 재산이전의 경우 일체성과 동일성의 유지 | |

I. 처음에

영업양도라 함은 일정한 영업목적을 위하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 그 동일성을 유지하면서 이전하려는 채권계약이라고 보는 것이 일반적이다.¹⁾ 영업양도는 이미 구체화되어 경제적인 가치를 가지고 있는 영업재산을 인수하는 것으로서, 그 성질상 계속기업(going concern)이 가지고 있는 무형의 가치에 대한 인정이라는 점에서²⁾ 단순한

* 건국대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

1) 김성태, 상법총칙상행위강론(법문사, 2002), 347쪽; 손주찬, 상법(상) (박영사, 2003), 193쪽; 이기수/최병규, 상법총칙·상행위법(박영사, 2010), 229쪽; 이철송, 상법총칙·상행위(박영사, 2010), 236쪽; 정찬형, 상법(상) (박영사, 2009), 163쪽; 최준선, 상법총칙·상행위법(삼영사, 2008), 195쪽.

2) 이철송, 앞의 책, 233쪽.

재산의 이전으로 볼 것은 아니다. 그런데 우리 상법은 영업양도의 개념에 대하여 직접 규정하고 있지 않다. 오히려 그와 관련한 법적 효과에 대해서만 규정하고 있을 뿐³⁾ 영업양도의 개념을 비롯하여 양도행위의 법적 성질 및 영업양도의 범위 설정에 관한 문제에 대해서는 규정하지 않고 있는데, 이는 결국 학설과 법원의 판결에 위임하고 있는 것이라고 하겠다.

원칙적으로 영업양도는 자유이지만, 허가를 요하는 업종이나 일정규모 이상의 회사의 경우에는 영업의 양도 또는 양수가 제한된다는 점에서 영업양도의 개념은 상법이 아닌 다른 영역에서도 중요한 의미가 있다. 즉 본고에서 다루는 판례분석과 검토는 영업양도의 판단기준의 문제가 체육시설의 설치·이용에 관한 법률에 의한 영업재산의 이전 또는 사업계획승인의 승계 등과 관련하여서도 중요한 의미가 있다는 점과, 또한 고용의 승계가 영업양도인지를 판단함에 있어서도 중요한 요소가 된다는 것을 보여줄 것이다.⁴⁾

영업양도의 개념요소로서 지금까지 일반적으로 정립된 것들은 ① 소유의 변동, ② 처분권자의 처분, ③ 이전재산의 일체성, ④ 동일성의 유지, ⑤ 채권계약, 그리고 ⑥ 유상계약의 요소들이다.⁵⁾ 이중에서도 특히 영업양도인지의 판단기준과 관련하여 ‘동일성의 유지’라고 하는 지극히 추상적이고 불명확한 용어를 사용함으로써 실효성 있는 판단기준을 제시하지 못하고 있다는 점은 영업양도의 개념파악을 어렵게 하는 주된 요소라고 할 수 있다.⁶⁾ 이러한 문제점의 해결을 위한 노력에 부합

3) 상법은 영업양도와 관련하여 영업양수인의 이익을 보호하기 위하여 양도인의 경업 금지의무를 규정하고(상법 제41조), 영업상의 채권자와 채무자가 영업양도로 인해 피해를 보지 않도록 규정하고 있다. 회사의 영업양도의 경우에는 출자자들의 이익을 보호하기 위하여 주주총회의 특별결의를 요하는 별도의 절차를 두고 있다(상법 제374조1항1호 참조).

4) 한편 영업양도는 합병과 아울러 기업결합을 위한 방법으로 사용되기도 하는 것이라는 점에서, ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’상 기업결합규제적 측면에서 특별한 제한(동법 제7조 제1항 4호)을 받기도 한다.

5) 이철송, 앞의 책, 236-244쪽 참조.

하듯이 상법총칙의 분야에서 끊임없이 많은 판례가 나오고 있는 분야 중의 하나가 바로 영업의 의미와 영업양도 여부의 판단기준에 관한 부분이다. 이하에서는 영업양도인지 여부를 파악함에 있어서 전제가 되는 영업의 개념을 먼저 살펴본 다음, 여러 가지 사안에서 발생하는 영업양도의 개념과 판단기준을 판례를 중심으로 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 영업양도의 목적(대상)과 영업양도의 개념

1. 영업양도의 대상인 ‘영업’의 개념

영업양도에서 ‘영업’의 의미는 주관적인 부분과 객관적인 부분으로 나누어서 고찰하는 것이 일반적인 견해이다.⁷⁾ 주관적인 의미로서는 영업의 주체인 상인이 수행하는 영리활동을 의미하고,⁸⁾ 객관적 의미로서는 상인이 영리목적으로 위하여 조직한 재산의 총체를⁹⁾ 가리킨다. 그런데 영업양도의 대상이 되는 영업은 영업주체와 제3자 간에 객관적 평가가 가능한 가치를 지녀야 하므로 후자를 기초로 생각하여야 하며,¹⁰⁾ 결국 적극·소극재산으로 구성된 영업용 재산과 재산적 가치가 있는

6) 임재호, “영업양도의 개념과 판단기준”, 법학연구 제48권 제1호(부산대학교 법학연구소, 2007. 8), 1168쪽.

7) 김성태, 앞의 책, 345쪽; 손주찬, 앞의 책, 191쪽; 이기수/최병규, 앞의 책, 227쪽; 이철송, 앞의 책, 234쪽; 정찬형, 앞의 책, 159쪽.

8) 김성태, 앞의 책, 345쪽에서는 상법 제5조, 제6조, 제8조, 제11조 제1항, 제21조 제1항, 제22조, 제23조 제1항, 제46조, 제53조, 제61조, 제78조 등으로부터 도출될 수 있다고 한다.

9) 김성태, 위의 책, 345쪽에서는 상법 제20조 단서 및 제41조가 근거가 될 수 있다고 본다.

10) 김성태, 위의 책, 345쪽; 손주찬, 앞의 책, 191쪽; 이철송, 앞의 책, 234쪽; 정찬형, 앞의 책, 159쪽.

사실관계가 일정한 영업목적에 의해 유기적으로 합쳐진 상태라고 보는 것이 통설과 판례¹¹⁾의 입장이다.

영업용 재산에는 단순한 물건과 건물·비품·재고·원자재 등의 적극재산과 소극재산인 부채가 포함되며, 전자에서 후자를 빼면 순자산(純財産)이 된다. 계산적으로 명확하게 드러나는 이러한 영업용 재산 외에도 이른바 ‘재산적 가치 있는 사실관계’를 의미하는 거래선 관계, 영업비결, 경영조직 등의 영업권도 넓은 의미의 영업용 재산에 포함된다 고 보아야 한다.

2. 영업양도의 개념

2.1 영업재산양도설(영업조직양도설·영업유기체양도설)

영업양도를 물건·권리 및 사실관계를 포함하는 조직적·기능적 재산으로서의 영업재산 일체(즉 객관적 의미의 영업)를 양도하는 것으로 이해하고, ‘양도인이 영업을 전체로서 그 동일성을 해치지 않고 계약에 의하여 양수인에게 이전하는 것’ 또는 ‘재산적 가치 있는 조직화된 영업 재산을 포괄적으로 인정하는 채권계약’으로 정의하는 견해가 통설의 견해이다.

11) 대법원 2008. 4. 11. 선고, 2007다89722 판결에서도 “상법 제42조 제1항의 영업이란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻하는 것이므로, 영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부는 양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이어받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다”고 하고 있다.

2.2 지위·재산이전설

영업양도를 경영자로서의 지위인계와 영업재산의 이전을 내용으로 하는 채권계약으로 이해하는 견해이다. 이러한 견해는 영업양도에 내재한 2가지 측면을 설명하고 있지만, 경영자로서의 지위는营业을 이전하면 당연히 주어지는 결과에 불과한 것이므로 이를 개념요소로 설명하는 것은 타당하지 않다고 지적한다.¹²⁾

2.3 판례의 입장

대법원은 영업재산양도설의 입장을 취한 것으로 보이지만, 재산의 이전보다는 인적 조직의 승계를 더 중요하게 보는 경우도 많은 것으로 보인다. 즉 영업양도인지 여부를 판단함에 있어서, 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체의 일체로서 이전을 목적으로 하는 것으로서 영업이 그 동일성을 유지하면서 이전됨을 요하는 것이고, “이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는 것”¹³⁾이라고 하였다. 또한 “상법 제41조

12) 현재 이 견해를 취하는 학자는 거의 없다.

13) 대법원 2001. 7. 27. 선고, 99두2680 판결에서는 영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는 것이지만, 영업양도가 이루어졌는가 여부는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 한다고 보았다. 한편 대법원 2003. 5. 30. 선고, 2002다23826 판결에서는 부실은행의 고정자산 일부를 양수하고 그 은행 소속 직원의 일부를 새로 채용하여 그 은행 지점 일부에서 은행 업무를 재개하였다고 할지라도 이는 그 은행의 은행업 인가가 취소되어 그 조직이 해체되는 과정에서 이루어진 것으로서 영업양도라고 할 수 없는 것이라고 하여 영업재산의 전부를 양도했어도 종래의 영업조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도로

가 말하는 영업이란 일정한 영업목적을 위하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능재산(적극적 재산과 소극적 재산)을 뜻하는 것으로서 여기에는 단골관계 등의 경제적 가치가 있는 사실관계도 포함되는 것이고 또한 같은 법규상의 양도란 위와 같은 기능재산의 전부 또는 중요한 일부를 넘겨주어 그에 의하여 양도인이 그 재산으로 경영하고 있던 영업활동의 전부나 중요한 일부를 양수인으로 하여금 인계받게 하여 양도인이 그 양도한 한도에 따라 법률상 당연히 같은 규정상의 경영금지의무를 지는 결과를 수반하는 것이라고 풀이해야 하는 것이 마땅하므로 결국 영업의 양도란 위에서 본 바와 같은 기능재산의 동일성이 유지된 일괄이전을 의미하는 것이라고 보아야 한다”고 하였다.¹⁴⁾

그러나 “점포에 있는 재고품 전부와 가공용 재봉틀을 매수하고 점포를 명도 받아 같은 상호로 잠시 동안 같은 종류의 영업을 한 사실만으로는 영업을 양수하였다고 할 수 없다”고¹⁵⁾ 함으로써 단순한 영업재산 및 상호의 이전만으로는 부족하고 그 외에 추가적인 요소가 있어야 한다는 입장을 취하였다. 결국 단순한 영업재산의 양도를 넘어서서 “영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부는 양수인이 당해 분야의 영업을 경영함에 있어서 無로부터 출발하지 않고 유기적으로 조직화된 收益의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부”¹⁶⁾에 따라서 영업양도 여부를 판단하여야 한다고 보고 있다.

볼 수 없다는 이유로 근로관계의 포괄적 승계를 부정하였다.

14) 대법원 1989. 12. 26. 선고, 88다카10128 판결.

15) 대법원 1968. 4. 2. 선고, 68다185 판결.

16) 대법원 1997. 11. 25. 선고, 97다35085 판결; 대법원 1998. 4. 14. 선고, 96다8826 판결.

Ⅲ. 판례에서 나타난 영업양도의 개념 및 판단기준

1. 체육시설의 경매에 의한 재산이전의 경우 일체성과 동일성의 유지

1.1 쟁점

비교적 고가의 체육시설은 회원제로 운영되는 경우가 많고 이른바 ‘회원권’은 거래의 대상이 되고 있고, 체육시설의 운영도중 영업의 주체가 변경되는 경우 회원의 지위가 어떻게 되느냐가 문제된다. 또한 장기간이 소요되는 체육시설의 건설 중¹⁷⁾ 영업주체에 변동이 있을 경우에 새로운 영업주에 대하여 권리를 주장할 근거는 없기 때문에¹⁸⁾ 특별히 체육시설의 회원들의 지위를 보호하기 위하여 ‘체육시설의 설치·이용에 관한 법률’(이하 ‘체육시설법’이라 함)에서 특별한 규정을 두고 있다. 즉 체육시설업자가 그营业을 양도하는 경우¹⁹⁾ 양수인은 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리와 의무를 승계하며(동법 제30조1항), 이는 사업계획승인의 승계에 관하여도 준용하고 있다(동조 제3항).

과거의 판례는 골프장이 건설 중에 경매로 이전되는 경우 이를 영업재산이 해체되어 이전된 것으로 보고 경락인이 사업계획승인을 승계하더라도 이를 영업양도로 보지 않았다.²⁰⁾ 그러나 이후 대법원은 유사한

17) 예컨대 골프장의 경우이며, 여기에서도 골프장과 관련된 사건을 다룬다.

18) 이철송, “체육시설의 양도와 회원권 승계의 법리-관련 판례의 소개를 중심으로-”, 인권과 정의 제372호(대한변호사협회, 2007. 8.), 92쪽.

19) 동조는 영업의 양도와 상속, 합병 등에 관하여도 규정하고 있으나, 여기에서는 영업양도에 관하여만 언급한다.

20) 대법원 2004. 10. 28. 선고, 2004다10213 판결; 대법원 2004. 11. 11. 선고, 2004다31807 판결; 대법원 2004. 11. 26. 선고, 2004다19289 판결이 기존의 판례이며, 이 사건들은 동일한 골프장사업자를 상대로 각기 다른 회원이 제기한 사건이며 모두 동일한 결론으로 판결이 이루어졌다. 이철송, 위의 논문, 95쪽 참조.

사안에서 상법상 영업양도의 개념에서 이야기되는 “동일성”의 관점에서 판단하기는 하였지만, “사회통념상 전체적으로 보아 종전의 영업이 동일성을 유지한 채 일체로서 이전한 것과 마찬가지로 볼 수 있는 사정이 인정되면” 영업양도로 본다고 함으로써 ‘사회통념상’이라고 하는 다소 다른 표현을 사용하고 있다. 이러한 대법원의 입장에 대하여 체육시설법의 취지에서 벗어남은 물론 영업양도의 범위를 확대하는 듯 한 결과를 가져왔다고 지적하고 있다.²¹⁾ 아래에서는 두 판례에 대한 검토를 통하여 특별법의 취지와 영업양도의 개념 및 판단기준에 대하여 살펴보기로 한다.

1.2 기존의 판례(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다31807 판결)

1.2.1 사실관계

상영개발은 1989년 12월 25일 경기도지사로부터 체육시설법에 의한 사업계획승인을 받아 골프장을 건설하면서 회원을 모집하였다. 그러나 골프장 조성공정이 70% 정도 진행된 상태에서 근저당권자들에 의해 골프장 부지의 96%에 달하는 토지에 임의경매절차가 개시되었다. 임의경매 당시 이 사건 골프장 부지의 공사 진행정도는, 토목공사는 27개 홀과 부대시설을 위한 석축 쌓기 등이 완료된 상태였고, 건축공사인 2층 규모의 클럽하우스와 캐디숙소는 골조와 지붕 슬래브공사가 완료된 상태였으며, 잔디공사는 27홀 중 19개 홀에 잔디식재를 완료하고 나머지 8개 홀에 잔디식재공사를 하는 중이었고, 상수도공사는 지하수가 개발되어 27개 홀까지 상수도배관작업 및 스프링쿨러시설이 되어 있었으며, 조명시설은 나이트홀 18개 홀에 조명탑이 건설된 상태였다.

1995년 7월 24일 이 사건 골프장 부지(골프장 부지에 건축 중이던

21) 이에 대하여 이철송 교수는 영업양도에 관한 사법적 판단에 무한한 재량을 부여함으로써 법적 안정을 해친다고 지적하고 있다. 이철송, 위의 논문, 91쪽.

건물과 부대시설을 포함)가 주식회사 글로리산업개발에게 낙찰되었으며, 1996년 5월 13일 낙찰을 원인으로 글로리산업개발 앞으로 소유권이 전등기가 경료되었다. 그 후 글로리산업개발은 1998년 3월 31일 (주)건영에 흡수합병되었고, (주)건영은 1997년 5월 19일 회사정리절차가 개시되어 1998년 3월 31일 회사정리계획인가결정을 받았으며, 건영의 관리인은 1999년 8월 20일 (주)유명산레저(1999년 6월 17일 설립되어 2000년 1월 13일 피고로 상호변경)에게 이 사건 골프장 부지를 175억 원에 매도하여, 1999년 12월 30일 소유권이전등기가 마쳐졌다. 피고는 1999년 12월 28일 상영개발로부터 골프장사업과 관련된 일체의 영업권²²⁾, 상영개발의 대표이사 소유의 나머지 부지인 임야(전체 골프장 부지의 4.4%)를 양수하고 상영개발에게 피고의 주식 40%를 제공하기로 하고, 상영개발의 종업원 전부를 승계하는 내용의 사업양수도계약을 체결하였다. 그러나 과거 상영개발로부터 회원권을 분양받은 L 등이 유명산레저에 대해 체육시설법 제30조 제3항에 근거하여 회원자격의 확인을 청구하였다.

1.2.2 원심판결(서울고법 2004. 5. 19. 선고 2003나42161 판결)

원심은 체육시설법 제30조 제3항의 해석상²³⁾ 영업양도를 요건으로 하지 않는다고 보았고, 따라서 유명산레저가 상영개발로부터 사업계획 승인을 승계 받은 점만을 들어 유명산레저가 상영개발의 회원을 승계한다고 보아 원고의 청구를 인용하였다.

1.2.3 대법원판결(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다31807 판결)

대법원은 원심과 달리 체육시설법 제30조 제3항을 적용하기 위해서

22) 지상권을 포함하며, 위 영업권은 상영개발 명의의 이 사건 골프장사업에 관한 사업계획 승인을 의미한다.

23) 이에 대하여 이철송 교수는 법원이 문리해석에 충실한 것으로 보았다. 이철송, 앞의 논문, 95쪽.

는 완성 전의 체육시설에 대한 영업의 양도에 수반하여 사업계획승인이 승계되어야 한다고 해석하였다. 그리고 대법원은 상영개발의 골프장 부지가 경매됨으로 인해 상영개발의 영업은 이미 물적 기반을 대부분 상실하여 해체되었다고 보고, 유명산레저가 상영개발로부터 사업계획승인을 승계한 것은 영업양도가 아니라고 판시하였다.

먼저 대법원은 원고의 지위에 대하여 상영개발이 모집한 유명산레저의 회원으로 가입하여 회원자격을 취득하였으므로 상영개발에 대하여 가지고 있는 회원시설 이용권리를 가진 유명산레저의 회원 지위를 가진다고 보았다.

다음으로 사업계획승인의 승계로 유명산레저의 기존 회원에 대한 상영개발의 지위가 피고에게 승계되는지 여부가 문제되었는데, 이는 결국 체육시설법 제30조에서 인정하는 영업양도의 범위가 어떻게 되느냐의 문제이다. 대법원은 이에 대하여, “법 제30조의 합리적인 해석상 법 제30조 제1항은 “체육시설업의 승계”에 관한 규정이고, 제3항은 “사업계획승인의 승계”에 관한 규정이라고 보아야 할 것이고, 그렇게 볼 경우 법 제30조 제1항은 “사업계획승인을 얻어 법 제11조의 규정에 의한 시설을 갖춘 다음 체육시설업 등록을 한 자, 즉 체육시설업자가 그营业을 양도하거나 사망한 때 또는 법인의 합병이 있는 때”에는 그 양수인 등이 종전의 체육시설업자의 등록에 따른 지위 및 회원모집계약에 따른 지위를 승계한다는 의미로, 법 제30조 제3항은 “사업계획승인을 얻은 자가 그 사업계획승인을 양도하거나 사망한 때 또는 법인의 합병이 있는 때”에는 그 양수인 등이 기존의 사업계획승인에 따른 지위 및 회원모집계약에 따른 지위를 승계한다는 의미로 해석함이 상당하며, 앞서 본 규정 내용 등에 비추어 볼 때 사업계획승인의 승계의 경우에도 법 제30조 제1항에서 의도한 “영업의 양도”가 반드시 수반되어야 한다고 볼 수는 없다(즉, 법 제30조 제1항에서 의도한 “영업의 양도”는 그 문리적 해석상 법 제11조의 규정에 의한 시설을 모두 갖추는 것을 전제로 하는데, 사업

계획승인의 승계의 경우에는 그러하지 아니한 경우가 있기 때문이다). 따라서 사업계획승인을 얻은 자가 그 사업계획승인을 양도한 경우에 그것만으로 그 양수인은 법 제30조 제3항에 따라 양도인의 지위를 그대로 승계한다고 할 것”이라고 보았다.

한편 “영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도가 있다고 보기 위해서는 양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업활동을 계속하고 있다고 볼 수 있어야 함은 물론, 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있어야 하므로, 예컨대 영업재산의 전부를 양도하였다 하더라도 그 조직을 해체하여 양도하였다면 영업양도로 볼 수 없다”²⁴⁾고 하였다.

이 사건에서의 사실판단에 관하여 대법원은 “이 사건 완성 전의 체육시설 부지의 95.6%에 해당하는 이 사건 골프장 부지와 그 부대시설이 사업계획승인을 얻은 상영개발의 의사에 기하지 아니하고 근저당권자의 신청으로 개시된 경매절차에 의하여 글로리산업개발에게 낙찰되었다는 것이므로, 완성 전의 체육시설에 관한 상영개발의 영업은 낙찰당시에 그 물적 기반을 대부분 상실하여 해체되었고, 상영개발은 위 경매 이후에는 사업계획승인이라는 영업권을 가지고 있었을 뿐 유기적으로 조직화된 수익의 원천이 될 기능적 재산을 갖지 못하고 있었다”²⁵⁾고 보았다. 또한 “피고가 골프장을 인수하려는 의사로 골프장 부지의 대부분을 경매절차에서 낙찰 받아 소유권을 취득한 글로리산업개발을 흡수합병 한 (주)건영으로부터 낙찰된 지 4년이 경과한 후에 이를 다시

24) 대법원 2004. 11. 11. 선고, 2004다31807 판결. 대법원은 동일한 입장의 판례로 대법원 1998. 4. 14. 선고, 96다8826 판결, 대법원 2001. 7. 27. 선고, 99두2680 판결, 대법원 2003. 5. 30. 선고, 2002다23826 판결을 인용하고 있다.

25) 대법원 2004. 11. 11. 선고, 2004다31807 판결.

매수하는 한편, 상영개발과 사이의 이 사건 양수도계약에 의하여 골프장 사업과 관련된 일체의 영업권 및 나머지 골프장 부지 4.4%에 해당하는 토지를 양수함으로써 완성 전의 골프장을 사실상 전부 인수한 결과가 되었다고 하더라도, 이를 두고서 법 제30조 제3항, 제1항에서 말하는 이전에 존재하던 완성 전의 체육시설에 관한 인적·물적 조직이 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전되었다고 할 수는 없다”²⁶⁾고 보았다. 그리고 “이 사건 토지가 다른 사람에게 낙찰된 후에도 상영개발이 낙찰자와 협의하여 전체 공정의 70%가량이 완료된 골프장 시설을 이용하여 어느 정도의 골프장 영업을 하고 있는 중에 피고와 사이의 이 사건 양수도계약에서 지상권을 포함한 일체의 영업권을 양도하였다고 하더라도, 체육시설업 등록 이전의 영업은 사업계획승인의 취소사유에 해당할 뿐만 아니라 형벌로 처벌받는 행위이고(법 제34조 제1항 제3호, 제42조 제1항 제2호), 상영개발이 피고에게 양도하였다는 지상권이 이 사건 골프장 부지에 대한 합법적인 이용권이라고 인정할 만한 자료를 기록상 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라, 그 권리가 상영개발이 낙찰 전의 이 사건 토지에 대하여 가지고 있었던 원래의 권리와 동일하게 볼 수 있는 것이 아닌 이상, 그러한 권리에 기한 사업 또는 영업의 형태는 당초 사업계획승인을 받은 원래의 사업 또는 영업의 형태와는 별개의 것이라 할 것이므로, 지상권의 양도가 포함되어 있었다고 하여 이 사건 양수도계약을 법 제30조 제3항, 제1항이 정한 영업의 양도에 해당한다고 볼 수도 없다”²⁷⁾고 하였다.

26) 대법원 2004. 11. 11. 선고, 2004다31807 판결.

27) 대법원 2004. 11. 11. 선고, 2004다31807 판결.

1.3 새로운 판례(대법원 2006. 11. 23. 선고 2005다5379 판결)

1.3.1 쟁점

체육시설의 설치공사를 완성하여 체육시설업을 등록할 것을 목적으로 행하여지고 있는 영업을 종전 영업자로부터 승계 받아 계속하려는 단일한 의도 아래, 영업용 자산의 일부는 임의경매절차에서 낙찰 받는 방법으로 취득하고, 나머지 영업용 자산, 영업권 등은 종전 영업자와 체결한 양도·양수계약에 의하여 취득한 경우, 구 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제30조 제3항에 정한 사업계획승인의 승계요건인 ‘영업양도’에 해당하는지 여부가 문제되었다.

1.3.2 사실관계

동신레저는 골프장의 사업계획승인을 받아 골프장을 건설하면서 회원모집에 어려움을 겪고 발행한 어음도 지급거절 되는 사정에 이르자, 회원모집금액을 낮추었으나 여전히 모집인원이 미달되어 자금조달이 어렵게 되었고, 결국 어음채권자들에게 대물변제조로 회원권을 발행하였다. 한편 동신레저의 채권자 겸 근저당권자인 (주)동원파이낸스는 골프장 완공 이전에 골프장 부지의 99%에 해당하는 토지에 대해 임의경매절차를 신청하였고 법원은 이를 허가하였다. 이에 동신레저의 공사대금채권자인 강산건설이 동신레저의 골프장을 인수하기 위해 센추리개발(피고)이라는 회사를 설립하고, 센추리개발은 동신레저의 토지의 경매에 참가하여 낙찰허가를 받았다. 그리고 센추리는 동신로부터 이 경매토지를 제외한 나머지 재산과 골프장사업계획승인을 일괄 양수하였고, 동신레저의 종업원 일부도 고용승계 하였다. 그러나 센추리는 동신레저로부터 회원권에 관한 권리·의무를 승계하기로 약정하지는 않았는데, 동신레저의 회원으로부터 회원권을 入質받았던 우리은행(원고)은 체육시설법 제30조 제3항에 근거하여 센추리가 동신레저의 회원을 승계하였

다는 확인을 청구하였다.

1.3.3 원심판결(서울고등법원 2004. 12. 3. 선고 2002나71810 판결)

이 사건에서는 센추리개발과 동신레저 간에 영업양도가 있는 것으로 볼 수 있느냐가 쟁점이었던 바, 원심은 동신레저의 영업재산이 경매로 인해 해체되었으므로 영업양도에 해당하지 않는다고 보고 우리은행의 청구를 기각하였다. 즉 원심은 동신레저로부터 피고에게로 체육시설법 제30조 제1항 소정의 ‘영업의 양도’가 이루어졌다고 볼 수 있는지, 나아가 그로 인하여 동신레저가 체육시설업자로서 소외 영창전기 주식회사 등 회원에 대하여 부담하는 의무를 피고가 승계하는지 여부에 관하여 판단하기를, “비록 피고가 골프장을 인수하려는 의사로 이 사건 골프클럽 부지의 대부분을 경매절차를 통하여 낙찰 받는 한편, 동신레저와 체결한 별도의 양수도계약에 의하여 골프장사업과 관련된 일체의 인·허가권, 골프장 부지의 0.9%에 해당하는 일부 토지들 및 그 지상의 건물들을 양수함으로써 완성 전의 골프장을 사실상 전부 인수한 결과가 되었다고 하더라도, 이로써 동신레저로부터 피고에게로 이 사건 골프클럽에 관한 영업이 양도되었다고 볼 수는 없고, 따라서 법 제30조 제3항, 제1항에 의하여 피고가 회원에 대한 의무를 승계한다고 볼 수 없다²⁸⁾고 판단하였다.

1.3.4 대법원판결(대법원 2006. 11. 23. 선고 2005다5379 판결)

대법원은 이 사건에서 기존판례의 입장과 크게 다른 견해를 취하였다. 즉 대법원은 영업양도의 판단기준에 있어서 이 사건에서의 사실관계가 사회통념상 전체적으로 보아 종전의 영업이 그 동일성을 유지한 채 일체로서 이전한 것과 마찬가지로 볼 수 있는 ‘특별한 사정’이 인정되는 경우에 해당되어 영업양도로 볼 수 있다고 하였다. 즉 이 사건에서는

28) 서울고등법원 2004. 12. 3. 선고, 2002나71810 판결.

① 센추리개발이 경매의 낙찰허가결정을 선고받은 후 낙찰대금을 납부하기 전 경매토지의 소유권이 아직 동신개발에게 남아 있는 시기에 센추리개발이 경매토지를 제외한 동신레저의 영업을 대부분 일괄 양수하기로 약정한 점, ② 센추리개발이 동신레저 소속의 일부직원의 고용도 승계한 점, ③ 피고 센추리개발이 동신레저의 골프클럽을 인수할 목적으로 설립된 점, ④ 센추리개발이 경매에 참가하고 낙찰대금 완납에 의한 경매대상 토지의 소유권 취득 등 일련의 절차가 모두 이 사건 골프클럽에 관한 영업을 인수하려는 단일한 의도하에 이루어진 점, ⑤ 센추리개발의 경매절차 참가와 사업계획승인의 승계는 별도의 절차로 진행되었지만, 사업계획승인의 승계는 골프장 부지의 대부분의 취득이 전제로 되었던 점 등이 영업양도로 볼 수 있는 ‘특별한 사정’에 해당하는 것으로 보았다. 따라서 센추리개발은 동신레저의 영업을 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받은 것으로 하여 체육시설법 제30조 제3항에 의해 준용되는 동조 제1항의 영업양도가 이루어진 것이라고 하며 원심판결을 파기환송하였다.

대법원은 체육시설법 제30조 제1항 소정의 체육시설업자의 “영업의 양도라 함은 ‘영리를 목적으로 체육시설을 설치·경영하는 업을 수행하기 위하여 조직화된 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것’을 의미하고, 법 제30조 제3항에 의하여 제1항이 준용됨으로써 체육시설업에 관한 사업계획승인을 얻었으나 아직 체육시설의 설치공사를 완성하기 전의 단계에서 사업계획승인에 따른 권리·의무가 승계되는 요건으로서의 영업양도라 함은 ‘장차 체육시설의 설치공사를 완성하여 체육시설업을 등록할 것을 목적으로 하여 조직화된 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것’을 의미한다”고²⁹⁾ 보았다. 그리고 “체육시설의 설치 및 이용을 장려하려는 법의

29) 대법원 2006. 11. 23. 선고, 2005다5379 판결. 이 부분에서 대법원은 대법원 2004. 10. 28. 선고, 2004다10213 판결을 인용하였다.

전체적인 목적, 그러한 입법 목적을 달성하기 위하여 체육시설업자와 이용약정을 체결한 회원을 일반 채권자보다 좀 더 두텁게 보호하기 위하여 법 제30조 제1항과 같은 특별규정을 두고 있고 같은 이유로 체육시설 완성 전 사업계획승인의 승계의 경우에도 위 제1항을 준용하도록 하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 체육시설의 설치공사를 완성하여 체육시설업을 등록할 것을 목적으로 하여 행하여지고 있는 영업을 종전 영업자로부터 승계 받아 계속하려는 단일한 의도 아래, 영업용 자산의 일부는 임의경매절차에서 낙찰 받는 방법으로 취득하는 한편, 나머지 영업용 자산, 영업권 등은 종전 영업자와 사이의 별도의 양도·양수계약에 의하여 잇달아 취득함으로써, 사회통념상 전체적으로 보아 종전의 영업이 그 동일성을 유지한 채 일체로서 이전한 것과 마찬가지로 볼 수 있는 특별한 사정이 인정되는 경우에는, 앞서 본 ‘영업양도’에 해당되는 것으로 보아야 한다”³⁰⁾고 하였다.

1.4 검토

상법상 영업양도는 이미 완성된 영업조직을 갖추고 수익을 창출하고 있는 상태의 영업을 이전하는 것을 그 대상으로 한다.³¹⁾ 이에 반해 체육시설법에서 규정하고 있는 영업양도는 완성된 상태는 당연히 아직 완성되지 아니한 경우는 물론이고 사업계획승인의 승계의 경우에도 체육시설법 제30조 3항을 문리적으로 해석한다면³²⁾ 영업양도로 보게 된다. 그러나 판례는 이 조문을 문리적으로 해석하는 것과는 거리를 유지하여, 제1항이 준용되어 영업양도로 인정되는 경우라 함은 완성 전의 체육시설에 관한 영업의 양도(상속·합병 포함)에 수반하여 사업계획

30) 대법원 2006. 11. 23. 선고, 2005다5379 판결.

31) 이철송, 앞의 논문, 93쪽.

32) 이철송, 위의 논문, 94쪽.

승인을 승계한 때를 가리킨다고 보고 있다.³³⁾

2006년 대법원 판례³⁴⁾의 입장은 기존의 판례에서 영업양도의 기준으로 이야기하지 않았던 ‘그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받은 것과 마찬가지로 볼 수 있는 특별한 사정’이 인정되는 경우에는 영업양도로 인정될 수 있다는 판단기준을 제시하고 있다.³⁵⁾ 그런데 기존의 판례³⁶⁾와의 사이에 특별히 다른 사실관계가 없다는 점이 고민이다. 즉 ‘특별한 사정’이라고 들고 있는 것들이 기존의 판례에서도 거의 동일하게 발견되고 있다는 점이다.³⁷⁾ 2가지의 다른 입장은 결국 체육시설의 대부분을 경매에 의해 취득한 자가 前사업자로부터 사업계획승인 등 잔여재산을 양수하면 이를 영업양도로 볼 수 있는가의 문제와 체육시설법 제30조3항에서 말하는 영업양도의 개념이 무엇인가의 문제에 관한 이해의 차이라고 할 수 있다.³⁸⁾

먼저 경매에 의해 영업재산의 이전이 이루어지는 경우에는 영업재산이 해체되어 일체성을 상실하게 되고 따라서 영업양도로 볼 수 없다는 것이 기존판례의 입장인데 반해, 2006년 판례는 동일하게 경매로 이전되었고 거의 동일한 사실관계임에도 불구하고 ‘사회통념상 전체적으로 보아’ 종전 영업의 동일성이 유지된 채로 이전된 것이라고 하면서 영업

33) 이철송, 위의 논문, 94쪽.

34) 대법원 2006. 11. 23. 선고, 2005다5379 판결.

35) 이철송, 위의 논문, 96쪽.

36) 대법원 2004. 11. 11. 선고, 2004다31807 판결을 비롯하여 동일한 사안에 대한 내용을 다룬 대법원 2004. 10. 28. 선고, 2004다10213 판결; 대법원 2004. 11. 26. 선고, 2004다19289 판결을 말한다.

37) 이철송, 위의 논문, 96-97쪽에서는 2가지 판례의 사실관계를 비교하고 있다. 즉 현재의 사업자가 골프장 부지를 직접 경락받았는지 여부가 영업양도 여부를 판단함에 중요하지 않고, 기타 재산을 양수하는 시점에 골프장 부지 소유권이 前사업자에게 있다는 점에 동일하고, 기존판례가 오히려 양수인의 종원 전부를 승계하였다는 점에서 고용관계의 오히려 차이도 없고, 골프장 인수의 의도를 가지고 신회사를 설립하였다는 점도 동일하다는 점을 지적하고 있다.

38) 이철송, 위의 논문, 97쪽.

양도로 본 것이다.³⁹⁾ 이러한 판단기준은 상법상 영업양도의 개념 및 판단기준의 측면에서 보더라도 상당히 추상적이고 그 범위를 지나치게 확장하는 것이고, 영업양도에 관한 사법적 판단에 무한한 재량을 부여함으로써 법적 안정을 해칠 수 있다고 보고 있다.⁴⁰⁾ 그리고 전원합의체 판결이 아니면서도 거의 동일한 사실관계를 두고서도 기존의 판례의 입장과 반대의 결론을 내렸다는 점에서 쉽게 동의하기 어려운 것이다.

그런데, 대법원이 영업양도인지 여부를 판단함에 있어서 ‘사회관념상’이라고 하는 추상적인 기준을 사용한 것이 이번이 처음은 아니다. 즉 대법원은 “상법상의 영업양도는 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 의미하고, 영업양도가 이루어졌는가의 여부는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하므로, 영업재산의 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 수 있다 할 것이고, 이러한 영업양도는 반드시 영업양도 당사자 사이의 명시적 계약에 의하여야 하는 것은 아니며 묵시적 계약에 의하여도 가능하다”⁴¹⁾고 하면서, 위의 사건에서의 ‘사회통념상 전체적으로 보아’의 표현과 유사한 ‘사회관념상’이라는 표현을 사용하여 영업양도 여부를 판단한 바 있다.⁴²⁾

39) 이철송, 위의 논문, 98쪽.

40) 이철송, 위의 논문, 91쪽.

41) 대법원 2009.1.15. 선고, 2007다17123, 17130 판결; 대법원 1997. 6. 24. 선고, 96다2644 판결; 대법원 2007. 6. 1. 선고, 2005다5812, 5829, 5836 판결 등 참조.

42) 대법원 2001. 7. 27. 선고, 99두2680 판결. 물론 이것이 동일한 상황을 염두에 둔 것인지는 명확하지 않기 때문에 명확하게 판단하기는 어렵다.

2. 영업양도에 있어서 영업재산과 영업조직 이전합의의 單一性 (대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다602 판결)

2.1 사실관계

소의 주식회사 대영파워펌프(이하 ‘소의 회사’라고 한다)는 펌프, 환풍기 제조 및 판매업을 주목적으로 1983년 9월 29일 설립되었고, 1995년 8월 16일경 부도가 났다. ‘소의 회사’가 부도가 난 후인 1995년 9월 소의 회사와 동일한 목적의 사업을 영위할 목적으로 같은 장소에서 ‘소의 회사’의 대표이사 등 임원진을 제외한 주요직원들이 ‘주식회사 태영파워’(원고)를 설립하였고, 소의 회사의 인적·물적 자원을 모두 승계하여 소의 회사와 동일한 거래처와 거래하였으며 1997년 4월 16일 부동산경매절차에서 소의 회사의 공장건물을 낙찰 받은 뒤 1998년 12월 1일 원고는 소의 회사의 상호와 동일한 명칭인 주식회사 대영파워펌프로 상호변경하였고, 소의 회사는 주식회사 금전사로 상호를 변경한 다음, 그 후 소의 회사는 폐업하였다.

소의 회사는 1989경부터 동아금고(이하 ‘소의 금고’)와 금융거래를 해오던 중 부도 후 금융거래를 중단하였고, 원고는 설립 당시부터 소의 회사의 신고인감과 예금통장을 인수하여 소외회사가 관리하던 예금계좌를 승계하였고 소의 금고도 이 계좌로 원고와 거래하였다. 그런데 소의 금고가 부실경영으로 공적관리를 받게 되어 예금자보호법에 따라 예금보험공사(피고)가 소의 금고의 예금자에게 보험금을 지급한다는 공고를 하였다. 원고가 피고에게 보험금지급을 청구하자, 피고는 원고가 소의 회사의 영업을 실질적으로 양수하였고 동일상호로 영업한다는 점을 들어 영업양수인인 원고가 양도인인 소의 회사의 대출원리금채권을 변제할 책임이 있음을 들어 소의 금고가 가지고 있던 원고에 대한 대출금채권(8억 5천 상당)과 원고 내지 소의 회사 명의의 예금채권(8억 8천

상당)의 상계를 주장하여 결국 피고는 원고에 대하여 보험금지급의무가 없다고 주장하였다.

2.2 쟁점: 명시적 합의 내지 양도계약의 존재 여부와 영업양도

위의 사례에서는 영업재산의 이전 경위에 있어서 사실상, 경제적으로 볼 때 결과적으로 영업양도가 있는 것과 볼 수 있는 상황에서 묵시적 영업양도계약의 존재를 인정할 것인가의 문제이다. 만일 원고를 영업양수인으로 볼 수 있다면 양도인인 소외 회사의 영업상 거래로 발생한 대출금 채무에 대하여 양수인인 원고에게도 변제책임이 발생하기 때문 이고,⁴³⁾ 결국 피고는 보험금지급책임을 면할 수 있기 때문이다.

2.3 원심의 판단

원심은, ① 원고는 소외 회사의 영업을 계속하여 수행할 목적으로 소외 회사로부터 그 장비와 사무실 등을 그대로 옮겨 받은 점, ② 대표이사과 임원진 등을 제외하고는 소외 회사에서 주요 직원들이 그대로 원고로 옮겨와 근무한 점, ③ 원고가 소외 회사의 거래처를 그대로 인수하여 거래 관계를 계속 유지하고 있고, 원고의 설립목적이 소외 회사와 실질적으로 동일한 점, ④ 원고 설립 후 약 3년 동안 소외 회사로부터 인·허가 등의 필요사항을 다 이전받자 1998년 12월 1일을 기하여 원고는 소외 회사의 이전 명칭인 주식회사 대영파워펌프로, 소외 회사는 주식회사 금전사로 상호를 변경한 뒤 소외 회사가 곧바로 폐업한 점 등에 비추어 볼 때, 비록 형식상 원고와 소외 회사 사이에 영업양도약정이 없었고, 임원진 등이 다르다고 하더라도 실질적으로는 원고가 소외 회사의 영업을 양수하고 아울러 그 상호를 계속 사용하고 있다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

43) 임재호, 앞의 논문, 1185쪽.

원심은 나아가 피고와 소외 금고와의 사이에 보험금지급책임과 관련 하여서도, 소외 회사가 부도 이후 명목상으로만 존재하였을 뿐이고 원고가 설립 후부터 소외 회사의 영업을 실질적으로 양수하여 소외 금고와의 거래자로서의 지위도 양수함으로써 소외 금고는 원고에 대하여 위 대출금의 원리금채권을 가진다고 할 것이므로 결국 피고가 원고에게 지급할 보험금을 산정함에 있어서도 위 각 예금채권에서 위 대출원리금이 공제되어야 할 것이라고 판단하였다.

2.4 대법원의 판단

대법원은 원심의 판단에 대하여 부정적인 태도를 취하면서, 영업양도의 개념과 판단기준에 대하여 제시하고 있다. 즉 “상법상의 영업양도는 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산인 영업재산을 그 동일성을 유지시키면서 일체로서 이전하는 채권계약”이며, “영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부는 양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다”고 하였다.

대법원은 영업재산의 이전 경위에 있어서 사실상, 경제적으로 볼 때 결과적으로 영업양도가 있는 것과 같은 상태가 된 것으로 볼 수는 있다고 하더라도, 묵시적 영업양도계약이 있고 그 계약에 따라 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 그 동일성을 유지시키면서 일체로서 양도받았다고 볼 수 없어 상법상 영업양도를 인정할 수 없다고 하였다. 대법원은 “상법 제42조 제1항의 영업이란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여

수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻하는 것이므로, 영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부는 양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다”⁴⁴⁾고 하였다.

2.5 검토

원심법원은 원고와 소외 회사 사이에 비록 형식상 영업양도약정은 없었지만 실질적으로 영업의 양도가 있었으므로 원고는 영업양수인이라고 보았고, 대법원은 영업양도계약도 없었고 묵시적 영업양도계약의 존재도 인정할 수 없으므로 원고는 영업양수인의 지위를 가지지 않는다고 보았다. 이 사건에서 대법원은 영업양도의 개념과 판단기준에 있어서 종래의 대법원 입장을 따르고 있다. 다만 묵시적인 영업양도계약의 존재를 인정할 수 있는 상황이라고 인정될 만한 기준이 과연 구체적으로 무엇인가에 대하여는 말하고 있지 않으며, 채권계약인 영업양도계약의 명시적 혹은 묵시적 존재를 요구하는 것으로 보인다.⁴⁵⁾ 그런데 본 사건의 사실관계에 대하여 3년여의 기간에 걸쳐 영업양도가 있는 것과 같은 상태가 된 것으로 볼 수는 있을지언정 현실적으로 영업양도계약이 없었다고 함으로써 본 사건의 사실관계는 대법원에게는 묵시적인 계약의 존재도 인정될 만한 것으로 비춰지지 않은 것 같다. 다만 원고가 소외 회사로부터 영업용 재산을 영업양도계약이 아니라 경매절차에서 경락받았다는 점⁴⁶⁾ 영업양도

44) 대법원 2005. 7. 22. 선고, 2005다602 판결.

45) 임재호, 위의 논문, 1187쪽.

46) 이 점에 있어서는 역시 경매절차가 포함된 골프장부지에 관한 대법원판례의 경우와 유사하다. 사실 비슷한 시기에 경매와 연결된 채무면탈 관련 사건들의 경우가 여러 건 대법원에 계류 중이었고, 대법원에서는 이를 법인격부인의 경우와 비교하여 연구

로 판단하기 어려운 결정적인 사안이 될 수도 있다고 보기도 한다.⁴⁷⁾

3. 현물출자와 영업양도 여부

3.1 사실관계

피고(거양개발)는 소외 회사로부터 공사도급을 받은 다음 협성산업과 하도급계약을 체결하였고, 협성산업의 피용자인 원고들은 작업 중 상해를 입게 되었다. 이 사고 직후 협성산업의 대표는 협성산업의 영업을 출자하여 피고 주식회사 협성(이하 ‘피고 협성’이라 함)을 설립하고 대표이사가 되었다. 피고 협성의 영업목적은 협성산업의 영업목적과 동일하고 협성산업의 상무는 피고 협성의 등기이사이다.

원고는 주장하기를, 피고 거양개발은 공사자재의 상당부분을 제공하고 공사지시를 하면서 안전장치의 구비 및 안전교육을 실시하지 않았고, 따라서 피고가 원고의 손해에 대하여 손해배상책임이 있다는 주장을 하였다.

3.2 원심의 판단

원심은 협성산업의 대표이던 소외 정윤수가 이 사건 산재사고 발생 후에 협성산업의 영업을 현물출자 하여 피고 협성을 설립하고 그 대표이사가 되었다는 사실을 인정한 다음, 피고 협성은 원고들에 대한 손해배상 채무를 변제할 책임이 있다고 판단하였다. 즉 피고 협성은 협성산업

한 바 있다. 대법원 2008. 8. 21. 선고, 2006다24438 판결의 경우가 그러한데, 이에 대하여는 김병연, “법인격남용의 새로운 유형과 법인격부인이론의 적용”, 상사판례연구 제21집 제1권(상사판례연구회, 2008) 참조.

47) 이동신, “상법상 영업양도의 의미와 그 판단기준 및 이에 관한 사례”, 대법원판례해설 2005년 하반기(통권 제57호), 2006, 384쪽; 임재호, 앞의 논문, 1186쪽.

의 영업을 출자하여 설립한 후 대표이사가 동일하고, 상호에 있어서도 종전 협성산업의 기업주체를 상징하는 부분에 해당하는 ‘협성’이라는 부분을 계속 사용하였으므로⁴⁸⁾ 상법 제42조 제1항의 상호를 속용하는 영업양수인의 책임규정을 유추적용 하여 피고는 원고들에 대한 손해배상책임이 있다고 보았다.⁴⁹⁾ 즉 원심은 영업의 출자가 영업양도가 될 수 있는가에 관하여, “영업을 출자하여 주식회사를 설립하고 그 상호를 계속 사용하는 경우에는, 영업의 양도는 아니지만 출자의 목적이 된 영업의 개념이 동일하고 법률행위에 의한 영업의 이전이란 점에서 영업의 양도와 유사하며 채권자의 입장에서 볼 때는 외형상 양도와 출자를 구분하기 어려우므로 새로 설립된 법인은 출자자의 채무를 변제할 책임이 있다”⁵⁰⁾고 하였다.

3.3 대법원의 판단

대법원은 원심과 동일한 판단을 하였다. 즉 “상법 제42조 제1항은 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우에는 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다고 규정하고 있는 바, 영업을 출자하여 주식회사를 설립하고 그 상호를 계속 사용하는 경우에는 영업의 양도는 아니지만 출자의 목적이 된 영업의 개념이 동일하고 법률행위에 의한 영업의 이전이란 점에서 영업의 양도

48) 대법원 1989. 3. 28. 선고, 88다카12100판결. 동 판결에서는 상호의 속용에 대하여도 형식상 양도인과 양수인의 상호가 전혀 동일한 것임을 요하지 않고, 양도인의 상호 중 그 기업주체를 상징하는 부분을 양수한 영업의 기업주체를 상징하는 것으로 상호 중에 사용하는 경우를 포함한다고 할 것이고, 그 동일 여부는 명칭, 영업목적, 영업장소, 이사의 구성 등을 참작하여 결정하여야 한다.

49) 대구고법 1995. 1. 26. 선고, 93나6981 판결.

50) 대법원 1989. 3. 28. 선고, 88다카12100 판결도 동일한 취지의 판결이다. 동 판결에서는 또한 영업으로 인하여 발생한 채무란 영업상의 활동에 관하여 발생한 모든 채무를 말하는 것이므로 불법행위로 인한 손해배상채무도 이에 포함된다고 보고 있다.

와 유사하며 채권자의 입장에서 볼 때는 외형상의 양도와 출자를 구분하기 어려우므로, 새로 설립된 법인은 상법 제42조 제1항의 규정의 유추적용에 의하여 출자자의 채무를 변제할 책임이 있다고 할 것”이라고 보았다.⁵¹⁾

3.4 쟁점 및 검토

기존의 영업을 회사의 설립시 또는 신주의 발행시 현물출자 하는 경우가 있는데, 이것을 영업양도로 보아야 하는지 문제된다. 판례는 영업의 현물출자는 영업양도와 유사하므로 영업양도에 관한 규정을 유추적용 하여야 한다고 보고 있다.⁵²⁾ 이에 반해 현물출자는 영업양도에 유사한 것이 아니라 영업양도 그 자체로 보는 입장도 있다.⁵³⁾ 이 사건에서 결국 쟁점은 현물출자를 영업양도로 보아야 하는가 하는 문제와 이를 판단함에 있어서 결국 영업양도의 개념에서 상호의 동일성을 비롯한 ‘동일성의 유지’의 판단기준의 문제라고 생각된다.

영업양도에 해당되기 위한 영업의 동일성이 인정되는가 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고, 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부분으로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 중요하다.⁵⁴⁾

51) 대법원 1995. 8. 22. 선고, 95다12231 판결.

52) 대법원 1995. 8. 22. 선고, 95다12231 판결.

53) 이철승, 앞의 책, 241쪽.

54) 대법원 1989. 12. 26. 선고, 88다10128 판결. 동 판결에서는 그 예로서, 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회 관념상 인정되지만 하면 그것을 영업의 양도라 하지 않을 수 없는 것이라고 하였다.

상호의 동일성과 관련하여서 대법원은, 상호의 계속사용은 상법(제42조1항)의 입법취지와 관련하여 판단하여야 한다는 취지의 입장을 보이고 있다. 즉 상법 제42조1항은 “일반적으로 영업상의 채권자의 채무자에 대한 신용은 채무자의 영업재산에 의하여 실질적으로 담보되어 있는 것이 대부분인데도 실제로 영업의 양도가 행하여진 경우에 있어서 특히 채무의 승계가 제외된 경우에는 영업상의 채권자의 채권이 영업재산과 분리되게 되어 채권자를 해치게 되는 일이 일어나므로 영업상의 채권자에게 채권추구의 기회를 상실시키는 것과 같은 영업양도의 방법(채무를 승계하지 않았음에도 불구하고 상호를 속용함으로써 영업양도의 사실, 또는 영업양도에도 불구하고 채무의 승계가 이루어지지 않은 사실이 각각 대외적으로 판명되기 어려운 방법)이 채용된 경우에 양수인에게도 변제의 책임을 지우기 위하여 마련된 규정”⁵⁵⁾이라고 하고, 그러한 입법취지를 관철시키는 입장에서 상호의 동일성이 결정되어야 하고 그렇게 볼 때에는 일반적으로 영업양도인이 사용하던 상호와 그 양수인이 사용하는 경우가 전혀 동일할 것까지는 필요 없는 일이고 다만 전후의 상호가 주요부분에 있어서 공통되지만 하면 된다고 보았다. 이러한 법원의 입장에 대하여, 상법 제42조의 입법취지를 고려하여 본다면, 양수인에게 책임을 묻는 이유가 영업주체의 변동을 기존 거래상대방이 인식할 수 없을 정도로 상호가 동일하여야 한다는 외관에 근거한다고 볼 때 판례의 기준보다 더 엄격하게 상호의 동일성 요건을 강화하여야 한다고 보는 견해도 있다.⁵⁶⁾

결국 영업출자가 영업양도인가 여부의 판단에 있어서 영업의 동일성의

55) 대법원 1989. 12. 26. 선고, 88다카10128 판결; 대법원 2009. 1. 15. 선고, 2007다17123, 17130 판결.

56) 권기훈, “영업양수인의 책임요건으로서의 상호의 계속 사용”, 한양법학 제20권 제1집(한양법학연구회, 2009. 2.), 218쪽. 이철송, 앞의 책, 263쪽에서도 판례가 동일하다고 본 ‘삼정장여관’과 ‘삼정호텔’, ‘남성사’와 ‘남성정밀공업주식회사’ 그리고 ‘주식회사파주레미콘’과 ‘파주콘크리트주식회사’의 경우(물론 지역적인 면도 고려를 한 판례들이라는 점도 있지만)에 그 타당성을 의문시키는 입장에 서있다.

판단의 문제이며, 그 구체적인 판단기준은 영업의 규모, 고객관계의 유지, 지역관계, 영업조직의 유지 등 모든 요소를 감안하여서 결정하여야 할 문제이며, 단순히 현물출자를 영업양도로 볼 것은 아니라고 생각한다.⁵⁷⁾ 동 사건에서 비법인 사업체인 ‘협성산업’과 ‘주식회사 협성’의 동일성 여부는 고객관계의 유지나, 지역적인 영업의 정도, 영업조직의 유지 등 제반 요소를 모두 감안하여 판단하여야 하겠으나, 비법인이 주식회사로 변경되는 것은 적지 않은 변화라고 볼 여지도 없지 않다고 생각된다.⁵⁸⁾

4. 자산매매에 있어서 고용관계의 승계여부와 영업양도 인정

4.1 사실관계

삼미특수강은 1996년 1,199억의 적자를 비롯하여 회사운영상 계속되는 적자의 부담을 이기지 못하고 사업의 일부(봉강 및 강관사업부문)를 정리하는 한편 봉강 및 강관사업부문의 자산 전부를 포항제철에 매각하는 자산매매계약을 체결하였다. 그런데 자산매매계약 제11조는 종업원에 대한 사항을 규정하고 있는데, 필요한 인원을 충원함에 있어서 삼미특수강의 근로자들을 공개채용절차에 의거하여 신규채용 하는 방식으로 하기로 하였다. 또한 계약의 내용에는 매수인이 매도인인 삼미의 근로자를 인수할 의무를 부담하지 않는다고 하였고, 설사 신규채용에 실패하는 근로자들이 제기하는 소송 기타 법적 쟁송에 대하여 삼미가 비용을 부담하는 내용으로 규정되어 있었다. 여기에서 발생한 인적승계의 내용에 대하여 영업양도로 볼 것인지 아니면 단순한 자산매매계약으로 볼 것인지에 대한 다툼이 발생하였다.

57) 물론 현물출자를 영업양도로 보는 입장(이철송, 위의 책, 241쪽)이 단순한 재산출자를 생각한 것은 아니라고 생각된다.

58) 대법판결에서는 이 부분에 대하여는 자세한 검토가 없어 아쉽다.

4.2 원심의 판단

원심은 ① 두 회사가 사업목적이 다르다고 할 수 없고 인적 자산과 결합하여 삼미가 생산하던 동일한 제품을 생산할 수 있다는 점, ② 포항제철에 의하여 채용된 인원은 삼미가 요청한 인원의 75.6%이었고, 삼미를 퇴직하고 나서 신규채용된 것이 아니라, 신규채용이 되고 나서 퇴직하였다는 점, ③ 제품생산에 직접적인 기능직 직원 1,871명 중 1,516명이 채용된 점, ④ 기술직 관리사원은 투병중인 2인을 제외한 62명 전원을 채용한 점, ⑤ 영업과 거래선을 유지하고 있다는 점 등을 들어서, 비록 포항제철이 삼미로부터 이 사건 자산매매계약을 체결함에 있어서 자산만을 인수할 뿐 인적 조직을 인수하지 아니할 것을 명시적으로 밝혔으며, 직원을 채용함에 있어서 신규채용 및 퇴직의 절차를 밟았고, 채권의 일부 및 채무의 전부를 인수하지 않았단든지 조직이나 제도가 일부 달라졌으며 일부 기술을 개선하였다고 하더라도, 포항제철은 실질적으로 삼미로부터 봉강 및 강관 부문에 관한 영업상의 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 포괄적으로 이전받음으로서 영업을 양도하였다고 판단하였다.⁵⁹⁾

4.3 대법원의 판단

대법원은 위와 같은 원심의 판단에 대하여 동의하지 않았다. 즉 “영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 영업의 일부만의 양도도 가능하고, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수기업에 포괄적으로 승계되는 바”,⁶⁰⁾ 현실적으로는 사실인정의 문제이고 영업재산의 이전이 어느 정

59) 서울고법 1999. 1. 22. 선고, 97구53801 판결.

도로 이루어졌는가 하는 것이 중요한 것이 아니라 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 한다고 보았다.⁶¹⁾

대법원은 삼미가 자산매매계약체결 전 ① 노동조합과의 단체교섭과정에서 노동조합측에게 이 사건 공장의 자산을 매각하지 않을 수 없는 불가피한 사정을 설명하면서 이 사건 자산매매계약이 이행되더라도 고용승계는 이루어지지 않는 점을 알리고 다만 양수인과 협의하여 최대한 고용이 보장되도록 노력하겠다는 취지로 설명한 사실, ② 삼미의 인적조직을 해체하여 포항제철의 기준 및 인사관리방법에 따라 재배치한 사실, ③ 포항제철에는 이미 숙련된 인력이 있었다는 사실,⁶²⁾ ④ 양수자산 중 봉강 부문은 시장상황으로 1996년 전체의 59.8%이던 생산량이 1998년 11.3%로 대폭 축소되어 생산전략이 대폭 수정된 사실, ⑤ 삼미의 거래선 중 원자재 구입처의 약 29%, 판매처의 약 10%를 유지하였을 뿐 대부분의 거래처를 다시 개척한 사실 등을 들면서 영업양도로 보기 어렵다는 입장을 취하였다. 그리고 대법원은 포항제철이 삼미 종업원의 고용보장차원에서 삼미의 종업원 60.6%를 신규채용 형식으로 고용하였다하여 달리 볼 수는 없다고 하였다.

4.4 쟁점 및 검토

동 판결에서는 자산매매계약의 영업양도에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서, 기존 판례에서 많이 인용된 여러 가지 기준을 적용하면서

60) 대법원 2001. 7. 27. 선고, 99두2680 판결, 동일한 견해로 대법원 1989. 12. 26. 선고, 88다카10128 판결; 대법원 1997. 11. 25. 선고, 97다35085 판결; 대법원 1998. 4. 14. 선고, 96다8826 판결 등을 들고 있다.

61) 대법원 2001. 7. 27. 선고, 99두2680 판결.

62) 실직하는 삼미의 종업원을 구제하는 차원에서 기준인원 범위 내에서 신규채용한 것이라고 주장하였다.

도 특히 인적 승계에 관하여 검토하였는데, 판례는 영업양도 여부를 판단함에 있어서 인적조직의 승계를 매우 중요시하는 입장에 서있는 것은 사실이다.⁶³⁾ 즉 대법원은 영업의 물적설비 일체를 양도하였으나 종업원을 전원 해고하였다면⁶⁴⁾ 영업양도가 아니라고 보았다.⁶⁵⁾

이 사건에서는 기본적으로 종업원의 불승계에 대한 명시적인 계약이 있었고 그것이 공지가 된 점과 채용인원으로 인하여 생산과 판매에 있어서 기존 회사의 경우와의 동일성이 떨어진다는 점을 고려하여, 대법원은 영업양도 여부의 판단기준에서 요구하는 ‘동일성의 유지’에는 미치지 못하는 것으로 판단한 것으로 보인다.

IV. 마치며

이상으로 상법에서 직접 규정하고 있지 않는 영업양도의 개념 및 판단기준에 관하여 여러 가지 사례에서 나타나고 있는 대법원의 입장에 대하여 검토해 보았다. 대부분의 판례들이 공통적으로 들고 있는 영업양도로서의 판단기준은 ① 양도대상이 되는 재산은 일정한 영업목적을 위하여 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산이어야 한다는 점, ② 영업조직이 전부 또는 중요한 일부로서 지속적으로 유지되면서 기능하여야 한다는 점, ③ 양수인이 영업을 함에 있어서 無로부터 시작하지 않고 양도인이 하던 것과 동일한 영업적 활동을 계속할 수 있어야 한다는 것⁶⁶⁾등을 들고 있다. 그런데 현실적으로 중요한 기준

63) 이철송, 앞의 논문, 108쪽.

64) 대법원 1991. 8. 9. 선고, 91다15225 판결. 근로자의 승계여부는 근로기준법의 문제로 연결되는 것이므로 종업원을 전원 해고하는 경우에는 영업양도가 아니며, 영업양도에 해당된다고 인정되는 경우에는 고용관계가 승계되는 것이며 불승계는 부당해고(근로기준법 제27조1항)에 해당된다고 하였다. 이철송, 위의 논문, 108쪽 참조.

65) 대법원 1995. 7. 25. 선고, 95다7978 판결.

은 ‘동일성의 유지’를 어떻게 판단할 것인지의 여부이다. 이를 위해서 현실적으로 인적 및 물적 조직의 양수·도가 이루어지는 전후 생산품의 내용 내지 판매처의 유지 등에서 얼마나 동일한가를 살펴볼 필요가 있다고 생각된다. 골프장부지 내지 계획승인의 이전과 더불어 인적 및 물적 조직의 역할을 살펴볼 필요가 있겠지만, 이 경우는 특별법에서 인정하는 예외적 규정과 더불어 고려하여야 할 것이다.

한편 경매절차가 관여되어 있는 경우는 경매 전후에 채권채무의 승계가 단절된다는 점과 채무면탈의 가능성이 보이는 경우에 이를 어떻게 해결하는 것이 어려운 문제이다.⁶⁷⁾ 즉 영업재산 내지 조직의 양도와 관련하여 경매의 존재로 인해 영업재산 내지 조직이 해체되어 영업양도로 볼 여지가 전혀 없게 된다는 것도 문제이다. 경매절차를 악용하여 실질상 영업양도와 유사함에도 불구하고 경매절차가 이용되어 영업양도의 규제로부터 벗어나고 결국 기존 채무로부터 자유로워지는 결과가 되는 것은 법적 정의의 관점에서 바람직하지 않다.

동일성을 판단함에 있어서 ‘사회통념상 전체적으로 보아’ 내지 ‘사회관념상’ 일체성이 인정된다는 추상적인 판단에 대하여는, 이를 기존의 ‘동일성의 유지’의 다른 표현으로 볼 것인지, 아니면 새로운 기준으로 보아서 일간의 지적처럼⁶⁸⁾ 사법적 판단에 무한한 재량을 부여함으로써 법적 안정을 해치는 것으로 보아야 할지도 문제이다. 일부 판례에서 들고 있는 ‘사회관념상’ 혹은 ‘사회통념상 전체적으로 보아’라고 하는 것은 새로운 기준으로 보기에 아직 명확한 언급이 없고, 사실관계의 판단에 있어서도 구체적으로 적용되기 어렵기 때문에 아직까지는 이를 새로운 판단기준으로 보기는 어렵다고 본다.

한편 영업양도는 기본적으로 채권계약이기 때문에 판례는 당사자 간

66) 이철송, 위의 논문, 108쪽.

67) 이는 앞서 지적한 법인격남용의 문제와도 관계가 되는 문제이다.

68) 이철송, 위의 논문, 91쪽.

에 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하려는 합의가 존재하여야 한다고 보고 있다.⁶⁹⁾ 이러한 합의는 명시적으로 존재하기도 하지만 묵시적인 경우도 인정될 수 있다.⁷⁰⁾ 이렇게 판례는 영업재산 이전에 있어서의 일체성과 당사자 간 합의를 통한 동일성의 유지를 요구하고 있다. 이러한 입장에 대하여, 상법에서 정하는 영업양도의 법적 효과를 정당화할 수 있는 내용으로 영업양도의 개념이 정해져야 하기 때문이라고 보고 있다.⁷¹⁾ 결국 영업양도의 개념에 관하여는 영업재산의 이전에 있어서 유기적으로 결합된 기능적 재산이 일체로 이전되어야 한다는 점과 당사자 간에 이에 관한 명시적·묵시적 합의가 이전 전후의 동일성을 인정할 정도로 존재한다고 판단할 만한 사실관계의 존재가 필요하고 판단기준의 명확한 정립이 필요하지만, 다양한 유형의 양도의 현실 때문에 어려움이 있다.

(투고일 2011년 7월 3일, 심사일 2011년 8월 4일, 게재확정일 2011년 8월 23일)

주제어 : 영업양도, 영업, 일체성, 동일성, 재산출자, 현물출자, 고용의 승계

69) 대법원 2005. 7. 22. 선고, 2005다602 판결. 특히 대법원 2001. 7. 27. 선고, 99두2680 판결에서는 인적 조직의 승계에 관한 명시적인 합의가 없음은 물론 인적 승계가 없음을 명시적으로 합의한 점을 중요하게 보았다.

70) 대법원 2009. 1. 15. 선고, 2007다17123, 17130 판결; 대법원 1997. 6. 24. 선고, 96다2644 판결; 대법원 2007. 6. 1. 선고, 2005다5812, 5829, 5836 판결 등 참조.

71) 이철송, 위의 논문, 109쪽. 즉 양도인에게 경업금지 의무를 부과하고, 상호를 속용한다는 이유로 타인의 채무를 양수인에게 전가하는 것을 정당화하기 위해서는 양수인의 입장에서는 타인의 영업을 양수한 목적을 달성할 수 있어야 하고, 제3자의 입장에서는 영업주체의 변동을 인식하지 못할 정도의 동일성이 유지되어야 한다는 것이어야 한다고 설명하고 있다.

참고문헌

1. 단행본

김성태, 상법총칙상행위강론, 법문사, 2002.

손주찬, 상법(상), 박영사, 2003.

이기수·최병규, 상법총칙·상행위법, 박영사, 2010.

이철송, 상법총칙·상행위, 박영사, 2010.

정찬형, 상법(상), 박영사, 2009.

최준선, 상법총칙·상행위법, 삼영사, 2008.

2. 논문

권기훈, “영업양수인의 책임요건으로서의 상호의 계속 사용”, 한양법학 제20권 제1집, 한양법학연구회, 2009. 2.

김병연, “법인격남용의 새로운 유형과 법인격부인이론의 적용”, 상사판례연구 제21집 제1권, 한국상사판례학회, 2008.

임재호, “영업양도의 개념과 판단기준”, 법학연구 제48권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2007. 8.

이철송, “체육시설의 양도와 회원권 승계의 법리-관련 판례의 소개를 중심으로-”, 인권과 정의 제372호, 대한변호사협회, 2007. 8.

이동신, 상법상 영업양도의 의미와 그 판단기준 및 이에 관한 사례, 대법원판례해설 2005년 하반기(통권 제57호), 2006.

[Abstract]

Case Studies on Concepts and Criteria of the Transfer of Business Assets

Byoung-Youn Kim*

This paper discusses the concepts and criteria of the transfer of business assets, of which the Korean Commercial Code does not provide the clear meanings, by reviewing several Supreme Court's decisions.

In general, business transfer agreement enables the seller to transfer her rights and obligations to the buyer by exchange with the full committed payments. The Supreme Court has repeated as a criterion in the business sales that business property should be transferred as a whole, because individual sale of assets cannot achieve the statutory goal of business property transfer. In another words, the transfer of a business should be treated as a 'Transfer of a business as a going concern' when there is selling or otherwise transferring a business, or part of a business.

In reality, one of the most important and difficult things is how to hold business identity intact. To accomplish the purpose of maintenance of business identity, in a transfer of business, human and material resources should be transferred functionally as a whole. Particularly, if the auction process is involved in the sale of business assets, business debt will not be delegated properly. In case of using the auction process, business transfer

* Professor of Law School, Konkuk University.

may be exploited to avoid business debt. To solve these problematic situations, the Court needs to be more cautious in dealing with actual cases that involve the auction process.

The agreement to “Sale of All Assets Outside the Course of Business” must express explicitly that it is the business transfer agreement or it can be regarded implicitly as the business transfer agreement. Therefore, the court has currently required that the identity of business by delivering human and material resources as a whole should be maintained and business transfer agreement must exist explicitly or implicitly.

Key Words : Transfer of Business Assets, Business, Identity, Payment in Kind, Succession of Employment

