

영업양도인의 경업금지의무에 관하여 - 대법원 2022. 11. 30. 선고 2021다227629판결을 중심으로 -

김 선 정*

目 次

I. 서 론	IV. 대상판결 : 대법원 2022. 11. 30.
II. 영업양도 일반이론	선고 2021다227629판결
III. 영업양도인의 경업금지의무	V. 대상판결에 대한 평석
	VI. 맺음말

I. 서 론

통설 및 판례에 의할 때 영업양도는 '일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산인 영업재산을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 채권계약을 의미¹⁾하고, 영업양도가 있다고 볼 수 있는지 여부에 관하여 판례는 '양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이어받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지 여부에 따라 판단되어야 한다'고 판시한다²⁾.

■ 투고일자 : 2025년 11월 28일, 심사일자 : 2025년 12월 11일, 게재확정일자 : 2025년 12월 15일.

* 부산대학교 법학전문대학원 전문박사과정/ 변호사

1) 주3 참조

2) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다35085 판결, 대법원 2008. 4. 11. 선고 2007다89722 판결

우리 상법은 이러한 영업양도에 대하여 제1편 제7장에서 규율하고 있으며, 그 법적 효과로 제41조(영업양도인의 경업금지의무), 제42조(상호를 속용하는 영업양수인의 책임), 제43조(영업양수인에 대한 변제의 효과), 제44조(채무인수를 광고한 영업양수인의 책임)에 관하여 규정하고 있는데, 그 중 양도인의 경업금지의무는 그 법적 성질에 대하여 학설의 대립이 존재하며, 관련 해석론(동종영업 및 경업금지의무 지역 등)과 관련 대법원 판례도 어느 정도 축적되어 있으나, 영업의 전전양수시 영업양수인의 영업양도인에 대한 경업금지청구권이 이후의 영업양수인에게 이전되는지 여부에 대한 대법원의 명시적인 입장은 존재하지 않았다.

그런데 최근 대법원은 영업양도인의 경업금지의무와 관련하여 전전양도의 사례에서도 상법이 영업양도인의 경업금지의무 규정을 둔 취지를 고려하여야 한다면, '영업양도 계약에서 경업금지청구권의 양도를 제한하였다는 등의 특별한 사정이 없다면 양도된 영업이 다시 동일성을 유지한 채 전전양도될 때 영업양수인의 경업금지청구권은 영업재산의 일부로서 영업과 함께 그 뒤의 영업양수인에게 전전양도된 것'이라고 판시하여 원고(최후의 영업양수인)가 최초 영업양도인에 대하여 경업금지의무를 주장할 수 있다는 판결을 내렸다.

결론적으로 위 판결의 개별 사안에 대한 결론의 타당성에 대해서는 동의하는 바이나, 영업양도인의 경업금지의무의 취지 및 법적 성질 등을 고려했을 때 경업금지청구권이 영업재산의 일부로 전전 양도되며, 채권양도 통지권한도 이전된다는 판시에 대한 검토가 필요하다고 생각한다.

이에 이하에서는 II.장에서 영업양도에 관한 상법 규정 일반을 검토하고, III.장에서 경업금지의무에 관하여 법적성질을 위주로 살펴본다. 그리고 IV,V.장에서 II.III.장의 논의를 전제로 전전양수인의 최초양도인에 대한 경업금지청구권을 인정한 대법원 판결의 타당성 및 청구원인과 관련한 법리에 대해 살펴본 후, VI.장에서 위 판결의 시사점을 정리한다.

II. 영업양도 일반이론

영업의 양도인과 양수인 사이에 '일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로

서의 기능적 재산인 영업재산을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 채권계약, 즉 영업양도계약이 체결되면 해당 영업양도계약에 따른 양도인의 개별적 재산 이전의 무와 양수인의 대금 지급의무가 발생하는 외에 상법에 의해 규정된 이하의 법적효과가 발생한다³⁾.

1. 상호를 속용하는 영업양수인의 책임

가. 상법 제42조는 영업양도인의 상호를 계속해서 사용하는 영업양수인은 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권을 변제할 책임이 있으며, 다만 영업양도 후 지체 없이 양도인의 채무에 대한 책임이 없음을 등기하거나 양도인과 양수인이 제3자에 대하여 그 뜻을 통지한 때에는 그 통지를 받은 제3자에 대해서는 변제책임이 없다고 규정한다(양수인과 채권자 간에 또는 양도인, 양수인, 채권자 사이의 채무인수 합의가 있으면 당연히 해당 합의에 따른 효과가 발생할 것이다).⁴⁾

나. '상호의 속용'이란 동일한 상호를 계속하여 사용한다는 의미이고, 판례는 동일한 상호의 의미와 관련하여 영업양도 전후의 상호가 완전히 동일할 필요까지는 없으며, 주요 부분에 있어서 동일하면 충분하다고 보고 있는바, '삼정장여관'과 '삼정호텔'⁵⁾, '남성사'와 '남성정밀공업주식회사'⁶⁾, '주식회사 파주레미콘'과 '파주콘크리트 주식회사'⁷⁾ 등이 동일한 상호로 본 사례이다. 또한 판례는 '상호속용'의 원인관계가 무엇인지에 관하여 제한을 두지 않고 상호속용이라는 사실관계만 있으면 충분하다는 입장으로 상호의 양도 또는 사용허락이 있는 경우는 물론 그에 관한 합의가 무효 또는 취소된 경우라거나 상호를 무단 사용하는 경우도 '상호속용'에 해당한다고 보고 있다.⁸⁾

3) 이철송, 상법총칙·상행위(제16판), 박영사(2022), 268면; 정찬형, 상법강의(상)(제27판), 박영사(2025), 178면

4) 상법 제42조(상호를 속용하는 양수인의 책임) ①영업양수인이 양도인의 상호를 계속사용하는 경우에는 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다.

②전항의 규정은 양수인이 영업양도를 받은 후 지체없이 양도인의 채무에 대한 책임이 없음을 등기한 때에는 적용하지 아니한다. 양도인과 양수인이 지체없이 제3자에 대하여 그 뜻을 통지한 경우에 그 통지를 받은 제3자에 대하여도 같다.

5) 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결

6) 대법원 1989. 3. 28. 선고 88다카12100 판결

7) 대법원 1998. 4. 14. 선고 96다8826 판결

다. 영업양도인의 영업과 관련한 채권자가 채무인수가 없었다는 사실을 알지 못하여야 하는 것인지와 관련하여 외관주의에 의한 책임이라는 점을 근거로 하는 선의필요설⁹⁾과 본 문제는 채권자와 양수인 간의 이해조정 문제로 보아 채권자가 양도인과 양수인 사이의 약정을 알았다고 하여 양수인의 책임을 면제해 줄 이유가 부족하다는 점 등을 근거로 하는 선의불요설¹⁰⁾의 학설대립이 있다. 판례는 '상호를 속용하는 영업양수인의 책임은 채무승계가 없는 영업양도에 의하여 자기의 채권추구의 기회를 빼앗긴 채권자의 외관신뢰를 보호하기 위한 것이므로 영업양도에도 불구하고 채무승계의 사실 등이 없다는 것을 알고 있는 악의의 채권자가 아닌 한 당해 채권자가 비록 영업의 양도가 이루어진 사실을 알고 있었다고 하더라도 보호의 적격이 있다'고 판시하여 선의필요설의 입장에 있는 것으로 보여진다.¹¹⁾

라. 상호를 속용한 영업양수인은 양도인의 제3자에 대한 영업으로 인한 채무에 대하여 변제할 책임을 지는데 이 때 영업양수인의 책임범위가 되는 채권은 거래상의 채권뿐만 아니라 불법행위로 인한 손해배상채권¹²⁾이나 부당이득반환채권¹³⁾도 포함되며, 양수인의 책임은 자신의 전체 재산으로써 인적 무한책임을 부담하며, 양도인과 양수인은 부진정연대채무의 관계에 서게 된다.¹⁴⁾

마. 다만, 상법 제42조 제2항에 따라 양수인이 영업양도를 받은 후 지체없이 양도인의 채무에 대하여 책임이 없음을 등기한 경우에는 변제의 책임을 지지 않고, 또한 양도인과 양수인 양자가 영업양도 후 지체없이 양수인이 책임을 지지 않는다는 뜻을 채권자에게 통지한 경우에는 그 통지를 받은 채권자에 대하여 변제의 책임을 지지 않는다.

8) 대법원 2009.1.15. 선고 2007다17123,17130 판결

9) 이철송, 앞의 책, 301면; 정찬형, 앞의 책, 196면; 송옥렬, 상법강의(제15판), 홍문사(2025), 89면

10) 최준선, 상법총칙·상행위(제13판), 삼영사(2025) 235면; 안강현, 상법총칙·상행위(제8판), 박영사(2023) 180-181면

11) 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결

12) 대법원 1989. 3. 28. 선고 88다카12100 판결

13) 이철송, 앞의 책, 207면; 송옥렬, 앞의 책, 91면

14) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다23696 판결

2. 영업양수인에 대한 변제의 효과

가. 상법 제43조는 영업양수인이 양도인의 상호를 계속해서 사용하는 경우(그러나 실제로 양도인의 채무자에 대한 채권의 양도사실이 없는 경우) 제41조에 따라 영업양수인에게 영업 관련 채권에 대한 변제책임을 지울 뿐만 아니라 영업 관련 채무자가 선의·무중과실로 영업양수인에게 변제한 경우에 그 변제효력을 인정한다.¹⁵⁾

나. 채무자의 선의·무중과실의 대상과 관련하여, 여기서 선의·무중과실이란, 영업양도의 사실에 대한 선의·무중과실을 의미한다는 견해가 있고¹⁶⁾, 선의의 대상은 채권양도가 없었다는 사실이므로 영업양도의 사실은 알고 있었더라도 채권양도가 없었다는 사실을 모른 경우에는 상법 제43조에 의해 채무자가 보호된다고 보는 견해가 있다.¹⁷⁾ 상법 제42조에 의한 영상 채권자의 보호와 달리 해석해야 할 특별한 이유가 없다는 점에서 후자의 견해가 더 설득력이 있다고 생각된다.

다. 양도인의 영업으로 인한 채권에 대하여 채무자가 선의이고 중대한 과실 없이 양수인에게 변제하는 경우 해당 채무자를 면책시키는 효력이 있을 뿐이므로, 양수인이 수령한 급부는 부당이득으로서 양도인에게 반환되어야 한다.¹⁸⁾

3. 채무인수를 광고한 영업양수인의 책임

가. 상법 제44조는 양수인이 양도인의 영업상 채무를 인수한 것처럼 광고한 때에는 실제로는 채무인수 행위를 하지 않았고, 상호를 속용하지 않더라도 채무인수의 외관을 형성하였으므로 양수인으로 하여금 양도인의 영업으로 인한 채무를 변제할 책임을 지우고 있다.¹⁹⁾

15) 상법 제43조(영업양수인에 대한 변제) 전조제1항의 경우에 양도인의 영업으로 인한 채권에 대하여 채무자가 선의이며 중대한 과실없이 양수인에게 변제한 때에는 그 효력이 있다.

16) 이철송, 앞의 책, 307면; 정찬형, 앞의 책, 201면

17) 송옥렬, 앞의 책, 95면; 장덕조, 상법강의(제6판), 법문사(2025), 87면

18) 송옥렬, 앞의 책, 94면; 이철송, 앞의 책, 308면

19) 상법 제44조(채무인수를 광고한 양수인의 책임) 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하지 아니하는 경우에 양도인의 영업으로 인한 채무를 인수한 것을 광고한 때에는 양수인도 변제할 책임이 있다.

나. 양수인이 양도인의 채무를 받아들이는 취지를 광고에 의하여 표시한 경우에 한하지 않고, 양도인의 채권자에게 개별적으로 통지를 하는 방식으로 채무를 인수한다는 취지를 표시한 경우에도 상법 제44조가 적용되어 양수인은 통지를 받은 채권자에 대하여 변제책임을 진다.²⁰⁾ 채무인수를 한 영업양수인이 변제책임을 지는 채무범위는 본 논문 4면 II.1.라.와 같다.

Ⅲ. 영업양도인의 경업금지의무

1. 경업금지의무의 내용

가. 상법 제41조는 영업양도인은 영업양도시 다른 약정이 없으면 10년간 동일한 특별시, 광역시, 시·군 및 인접 특별시, 광역시 시·군에서 동종영업을 하지 못하고(임의규정), 양 당사자간 경업금지의 약정을 한 경우에도 해당 약정기간은 20년을 초과하지 못한다고 규정한다.²¹⁾ 여기서 ‘동종영업’이란 동일 영업보다는 넓은 개념으로 ‘동일한 영업’ 뿐만 아니라 ‘양도한 영업과의 경쟁관계나 대체관계 있는 영업’을 의미한다고 보는 견해가 우세하고²²⁾ 대법원 판례의 입장이다²³⁾.

나. ‘동일한 특별시, 광역시, 시·군 및 인접 특별시, 광역시 시·군’이라 정해진 경업

20) 대법원 2008. 4. 11. 선고 2007다89722 판결

21) 상법 제41조(영업양도인의 경업금지) ① 영업을 양도한 경우에 다른 약정이 없으면 양도인은 10년간 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·시·군에서 동종영업을 하지 못한다.

② 양도인이 동종영업을 하지 아니할 것을 약정한 때에는 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·시·군에 한하여 20년을 초과하지 아니한 범위내에서 그 효력이 있다.

22) 이철승, 앞의 책, 288면; 정찬형, 앞의 책, 191면

23) 대법원은 축산물종합처리시설을 갖춘 장소에서 국내산 소·돼지를 도축·가공한 후 이를 유통·판매하는 영업을 양도한 자가 제3의 업체로부터 국내산 소·돼지고기를 공급받아 유통판매하는 영업을 개업함으로써 경업금지의무가 문제된 사안에서, ‘동종영업이란 영업의 내용, 규모, 방식, 범위 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 볼 때 양도된 영업과 경쟁관계가 발생할 수 있는 영업’임을 전제로 문제가 된 두 영업은 소·돼지를 수매하여 도축하는 과정의 유무 등의 일부 차이가 있지만 국내산 소·돼지고기를 유통·판매한다는 점에서는 차이가 없어 경쟁관계가 발생할 수 있는 동종영업이라고 판단하였음(대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다80440 판결)

금지구역은 양도된 물적 설비가 있던 지역을 기준으로 하는 것이 아니라 영업양도인의 통상적인 영업활동이 이루어지던 지역을 기준으로 정하여야 하고, 이 때 통상적인 영업 활동인지 여부는 해당 영업의 내용, 규모, 방식, 범위 등 여러 사정을 종합적으로 고려 하여 판단하여야 한다.²⁴⁾ 한편 경업금지지역을 문언대로만 해석하면 업종의 특성이나 규모에 따라서 광역화된 구역에서는 불합리한 경우도 발생하므로 업종에 따른 고객의 지역적 분포를 고려하여 경쟁을 야기할 우려가 없는 경우에는 경업이 금지되지 않는다고 해석해야 한다는 견해도 있으나²⁵⁾, 해석론의 한계를 넘는 것으로 보인다는 비판론도 존재한다.²⁶⁾

다. 당사자 간의 경업금지의무를 약정한 경우에는 너무 장기간 양도인의 영업의 자유가 제한될 수 없도록 '동일한 특별시, 광역시, 시·군 및 인접 특별시, 광역시 시·군'에 한하여 20년을 초과하지 아니한 범위에서 효력이 있으며, 경업금지약정은 당사자 간의 약정으로 이를 배제하거나 지역 또는 기간을 좁히거나 단축할 수 있으며, 경업금지의 대상인 영업의 범위도 당사자 간 합의로 제한할 수 있다.²⁷⁾

라. 영업양도인이 경업금지의무를 위반한 경우의 효과에 관하여 별도의 상법 규정은 존재하지 않는바, 이 경우 양수인은 민법 제389조제3항 및 동조 제4항²⁸⁾에 근거하여 양도인의 비용으로 위반한 것을 제거하고 장래에 대한 적당한 처분(즉 경업행위의 중지요청)을 청구할 수 있고, 양도인의 경업행위로 인하여 발생한 손해를 배상할 것을 청구할 수 있다.

2. 경업금지의무의 연혁

가. 일본 상법

우리 상법이 제정되기 이전 일제강점기인 1912년 3월 18일 「조선민사령」이 공포되어

24) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다80440 판결

25) 이철송, 앞의 책, 290면

26) 송옥렬, 앞의 책, 85면

27) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다80440 판결

28) 민법 제389조(강제이행) ③ 그 채무가 부작위를 목적으로 한 경우에 채무자가 이에 위반한 때에는 채무자의 비용으로써 그 위반한 것을 제거하고 장래에 대한 적당한 처분을 법원에 청구할 수 있다.

④ 전3항의 규정은 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다.

일본상법(동령 1조 8호), 상법시행령(동령 1조 10호), 상법시행조례(동령 1조 12호) 등이 우리나라에서 의용되기 시작하였고²⁹⁾, 당시 의용된 일본상법은 1899년에 시행된 신상법(新商法)이었고(이전의 구상법을 보완하여 개정됨)³⁰⁾, 이후 해당 신상법이 몇 차례 개정되어 현행의 일본 상법이 되었다. 신상법 제22조, 현행 일본 상법 제16조³¹⁾가 영업양도인의 경업금지의무에 대하여 규정하고 있다.

「신상법 제22조」

- ① 상호와 함께 영업을 양도한 경우에 당사자가 별도의 의사를 표시하지 않은 때에는 양도인은 동일한 시정촌 내에서 20년간 동일한 영업을 하지 못한다.
- ② 양도인이 동일한 영업을 하지 않기로 특약한 때에는 그 특약은 동일 부현 내에서 다시 30년을 초과하지 않는 범위 내에서 그 효력이 있다.
- ③ 양도인은 제2항의 규정에도 불구하고 불공정한 경쟁의 목적으로 동일한 영업을 하지 못한다.

「현행 일본 상법 제16조」

- ① 영업을 양도한 상인(이하 이 장에서 「양도인」이라 한다)은 당사자의 다른 의사표시가 없는 한 동일한 시정촌(특별구를 포함하는 것으로 지방자치법(소화22년(1947) 법률 제67조) 제252조의 19 제1항의 지정도시의 경우에는 구 또는 종합구. 이하 마찬가지로)의 구역 내 그리고 그와 인접한 시정촌의 구역 내에 있어서는, 그 영업을 양도한 일로부터 20년간은 동일한 영업을 해서는 아니된다.
- ② 양도인은 동일한 영업을 하지 않는다는 특약을 한 경우에, 그 특약은 그 영업을 양도한 날로부터 30년의 기간 내에 한하여 그 효력이 있다.
- ③ 제1항 및 제2항의 규정에도 불구하고, 양도인은 부정경쟁 목적을 가지고 동일한 영업을 행위 하여서는 안된다.

나. 현행 우리 상법

상법상 경업금지의무 규정은 1963년 상법 제정 이후 내용적으로 사실상 개정 없이 그대로 유지되어 왔는데, 해당 내용은 일본 현행 상법과 같이 별도의 경업금지약정이 없는 경우에도 일정한 기간 동안 경업금지구역 내에서의 경업이 금지되며, 개별 약정이

29) 이철송, 앞의 책, 26면

30) 일본 신상법 및 구상법 관련 연혁, 규정 및 구상법수정안 이유서 부분에 관하여는 김은아, “영업양도인의 경업금지의무에 관한 상법 제41조의 문제점 및 개정필요성”, 재산법연구 제41권 제2호(2024.08), 한국재산법학회, 253-254면 내용을 재인용함

31) 현행 일본상법은 세계법제정보센터(<https://world.moleg.go.kr>)에서 참조함

있는 경우에는 약정기간의 제한을 두는 형태로 규정되어 있다. 다만 특약의 유무 혹은 기간의 제한 여부와 관계없이 부정경쟁을 목적으로 하는 영업행위를 전면적으로 제한하는 일본 현행 상법의 제16조 제3항 취지의 규정은 두고 있지 않다.

3. 경업금지의무의 법적 성질

가. 계약설

본 견해는 영업양도계약에 경업금지의무가 당연히 포함되어 있고, 상법 제41조는 이를 주의적으로 확인하는 규정이라 설명한다.³²⁾ 즉 영업양수인이 영업양도를 통해 영업을 양수하려는 목적은 종전의 영업에 대한 배타적인 지위를 가지려는 것이므로 영업양도 계약에는 묵시적인 경업금지의 합의가 포함되어 있다고 보는 것이 영업양도 당사자의 합리적인 의사에 부합한다는 견해이다.³³⁾

한편 상법상의 경업금지의무 규정이 개인의 직업선택 자유를 침해하는 것인지 여부가 쟁점이 된 사건에서 헌법재판소는 ‘상법상의 경업금지의무는 당사자 간의 특정한 약정이 없는 경우에 영업양도의 본질로부터 법이 당사자의 의사 보완·해석규정으로 둔 것으로 경업금지의무를 약정하는 것이 당사자의 합리적인 의사라고 보는 것으로, 이 사건 규정은 이러한 합리적인 당사자의 의사가 명확히 약정되어 있지 않은 경우를 대비한 의사보충규정(意思補充規定)이다’라는 취지로 판시하였던바,³⁴⁾ 본 헌법재판소의 입장 역시 계약설과 유사한 입장으로 판단된다.

나. 법정책설

본 견해는 경업금지의무를 영업양수인의 보호를 위하여 혹은 영업양도의 실효성을 확보하기 위하여 법이 정한 의무로 보는 견해이다.³⁵⁾ 상법 제41조 제1항에 따라 영업양도의 당사자 사이에 별다른 약정이 없는 경우에는 영업양도인이 경업금지의무를 지게 되고, 동조 제2항과 같이 당사자 간의 약정에 따른 경업금지의무는 당사자의 의사표시에 의한 의무, 즉 계약상의 의무가 된다고 본다.³⁶⁾

32) 이철송, 앞의 책, 287-288면; 최준선, 앞의 책, 229면; 손진화, 상법강의(제8판), 신조사(2017) 151면

33) 이철송, 앞의 책, 288면

34) 헌법재판소 1996. 10. 6. 선고 94헌가5 판결

35) 정찬형, 앞의 책, 190면

다. 검토

(1) 현재의 다수설³⁷⁾, 판례³⁸⁾에 의하면, 영업양도란 '일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산인 영업재산을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 채권계약'을 말하는바, 즉 영업의 대상이 되는 외부적인 물건뿐만 아니라 고객 장부 등 일체 사실상의 관계까지를 이전하는 계약을 체결하는 당사자로서는 응당 해당 영업상의 독점적인 지위를 가지려는 의사를 가졌다고 볼 수밖에 없다고 생각한다.

(2) 한편 일본 구상법에서 신상법으로의 개정시 경업금지특약이 없는 경우에도 양도인에 대하여 경업금지의무를 부가하는 이유와 관련하여 일정 범위에서는 양도인에게 경업금지의무를 부과하는 것이 당사자의 정당한 희망에 부합한다는 것을 언급하기도 하였다(우리 상법은 위에서 언급한 바와 같이 제정 이후 경업금지와 관련한 규정 내용에 변경이 없었다).

「구상법수정안 이유서」

(중략) 상호와 함께 영업을 양도하는 경우에 당사자가 별도의 의사표시를 하지 않고 다시 말하면 양도인이 동일한 영업을 하지 않는다는 특약을 체결하지 않은 경우에도 일정한 범위에 있어서는 양도인에게 동일한 영업을 하지 않을 의무를 부담시키는 것은 당사자의 정당한 희망에 부합하고 또한 부정경쟁을 억제하여 양수인을 보호할 필요가 있다. (중략)

(3) 결론적으로 영업양도를 사실관계를 포함하는 영업과 관련한 기능적 재산 일체를 이전하는 것으로 이해하는 이상 일반적으로 영업양도계약 당사자들에게는 양도인이 경업금지의무를 진다는 의사가 전제되어 있다고 생각하며, 상법 제41조 이하 경업금지의무 규정이 도입된 이유 역시 이에 근거한다고 생각한다(즉 당사자의 추정적 의사와 무관하게 법이 정한 의무라는 점에서는 법정책설에 찬성하지 않는다). 다만 우리 상법은 경업금지의무 기간에 대하여는 개별 경업금지의무 약정이 있는 경우도 일정한 제한을 두고 있다.

36) 정찬형, 앞의 책, 192면

37) 이철송, 앞의 책 268면; 정찬형, 앞의 책, 178면; 장덕조, 앞의 책, 71면; 김흥기, 상법강의(제9판), 박영사(2025), 83면

38) 대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결 참고

IV. 대상판결 : 대법원 2022. 11. 30. 선고 2021다227629판결

1. 당사자들의 관계

피고는 2016. 3.경부터 고양시 덕양구 C에 위치한 G건물 H호에서 'I'라는 상호의 커피 판매점(이하 '이 사건 커피판매점'이라 함)을 운영하다가 2017. 3.경 A에게 이 사건 커피 판매점의 영업을 양도하였고, A는 2019. 3. 27. B에게, B는 2019. 7. 10. 원고에게 다시 위 영업을 재양도하였다(피고와 A 사이, A와 B 사이, B와 원고 사이의 각 영업양도계약 체결시 경업금지의무와 관련한 별도 약정은 존재하지 않았다).

피고(영업양도인)	→	A	→	B	→	원고(영업양수인)
-----------	---	---	---	---	---	-----------

2. 당사자의 주장 및 항변

가. 원고의 청구

(1) 피고는 최초의 영업양도인임에도 불구하고 2019. 10.경부터 이 사건 커피판매점이 입점해 있는 건물의 D호에서 'F'라는 상호로 커피판매점을 운영하고 있는바,

원고(영업양수인)은 A로부터 이 사건 커피판매점의 영업을 양도받은 B, 피고로부터 이 사건 커피판매점의 영업을 양도받은 A를 순차 대위하여 피고에게 27. 3. 31.까지 고양시 지역에서의 커피판매점 영업금지, 이 사건 커피판매점 영업의 폐지 및 제3자에 대한 위 영업의 임대, 양도 기타 처분행위의 금지를 구하고, 피고의 커피점 영업으로 인하여 입은 손해 일부로서 매출감소에 따른 재산적 손해 1,500만원 및 정신적 손해 1,500만원의 배상을 구하였다(1심).

(2) 2심에서는 1심에서 주장한 채권자대위권에 기한 경업금지청구 외에도, 최초양도인인 피고에 대한 직접적인 경업금지청구, 영업양도 행위에는 특별한 사정이 없는 한 경업금지청구권까지도 수반하여 양도되는 것이라는 취지로 지명채권양도에 기한 경업

금지청구를 추가로 주장하였다.

나. 피고의 항변

피고는 원고의 채권자대위권 행사에 대하여, A의 피고에 대한 경업금지청구권을 원고가 대위행사한다고 하여 원고의 B에 대한 경업금지청구권이 보전되지 않는다고 주장하였다.

3. 판결내용

가. 1심 판결(의정부지방법원 고양지원 2020. 8. 21. 선고 2019가합77388)

재판부는 피고와 A사이, A와 B사이, B와 원고 사이에 이루어진 양도 대상이 영업인 점, 피고가 현재 영위하고 있는 영업이 이 사건 커피판매업과 경쟁관계가 발생할 수 있는 동종영업에 해당하므로 경업금지의무 대상인 점을 인정하였으나, A가 B에게 이 사건 커피판매점의 영업을 양도함으로써 피고에 대한 경업금지청구권을 상실하였고, 달리 A가 B에게 피고에 대한 경업금지청구권까지 양도하였음을 인정할 만한 증거가 없는 이상 원고는 A, B를 순차 대위하여 피고에게 경업금지청구권을 행사할 수 없으므로 피대위권리가 부존재한다고 판단하였고, 이를 전제로 하는 원고 청구를 모두 기각하였다.

나. 항소심 판결(서울고등법원 2021. 4. 8. 선고 2020나2030352판결)

(1) 재판부는 1심과 같이 피고와 A사이, A와 B사이, B와 원고 사이에 이루어진 양도 대상이 영업인 점, 피고가 현재 영위하고 있는 영업이 이 사건 커피판매업과 경쟁관계가 발생할 수 있는 동종영업인 점을 인정하였으나, 채권자대위권에 근거한 청구에 대해 A의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 원고의 B에 대한 채권이 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 존재하지 않는다고 판단하였다(보전의 필요성 없음).

(2) 또한 피고에 대한 직접적인 경업금지청구에 대해서는 상법 제41조의 경업금지의무 조항이 의사보충규정이라는 점, 문언의 해석상 직접 계약체결 관계에 있지 않은 전양수인들에 대해서까지 경업금지의무를 부담한다는 규정으로 해석할 근거가 없다는 점을 근거로 주장을 배척하였다.

(3) 나아가 지명채권양도에 근거한 청구에 대해서는 경업금지청구권의 양도는 성질상 권리의 양도가 제한되는 채권이고, 채권의 성질상 권리의 양도가 제한되는 경우 통상의 채권양도와 달리 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며 반드시 채무자의 동의를 얻어야 하는데 A가 피고로부터 채권양도에 관한 동의를 얻었다는 증거가 없을뿐더러, 채권양도의 제한이 없다고 가정하더라도 영업양도의 목적물이 동일하다는 이유만으로 경업금지청구권이 당연히 이전된다고 볼 근거가 없다는 이유로 원고 주장을 배척하였다.

(4) 결론적으로 채권자대위권에 기한 경업금지청구 부분에 대한 1심의 판단 부당하다는 이유로 취소하고 원고의 그 부분 소를 각하하였고, 그 외 원고의 나머지 항소를 모두 기각하였다.

다. 대상 판결

영업양도인의 경업금지의무는 영업양도의 실효성을 높이고 영업양수인을 보호하기 위한 것이고, 이는 영업을 동일성을 유지한 채 전전양도된 경우에도 최초 영업양도인이 인근에서 동종영업을 하는 경우 최초 영업양도인과 전전 영업양수인들 사이에서도 상법상의 경업금지의무의 취지가 참작되어야 한다고 전제한 후, “영업양도계약에서 경업금지청구권의 양도를 제한하는 등의 특별한 사정이 없다면 위와 같이 양도된 영업을 다시 동일성을 유지한 채 전전양도될 때 영업양수인의 경업금지청구권은 영업재산의 일부로서 영업과 함께 그 뒤의 영업양수인에게 전전양도되고, 그에 수반하여 지명채권인 경업금지청구권의 양도에 관한 통지권한도 전전이전된다고 보는 것이 타당하다”라고 판시하였다.

V. 대상판결에 대한 평석

1. 대상 판결의 해석 및 의의

가. 대상 판결은 동일한 영업을 대하여 전전양수가 이루어진 이후 최초의 영업양도인

이 경업금지의무 기간 내에 동일한 특별시, 광역시, 시·군 및 인접 특별시, 광역시 시군에서 동종영업을 하는 경우, 최후의 영업양수인이 최초의 영업양도인을 상대로 경업금지청구를 통해 영업의 폐지, 채무불이행으로 인한 손해배상, 및 장래를 향한 적당한 처분 등을 청구할 수 있는가와 관련하여, 전전양도의 경우에도 영업양도의 실효성 보장의 차원에서 상법상의 경업금지의무 규정 취지가 보장되어야 하므로 경업금지청구권이 영업재산의 일부로 영업양수인에게 전전양도되며 그에 수반하여 지명채권인 경업금지청구권의 양도에 관한 통지권한도 전전이전된다고 판단하였다.

나. 대상 판결의 결론을 일관하여 해석하면, 영업양도인이 최초의 영업양도계약 당시 별도의 경업금지의무에 관한 특약을 두지 않은 경우라면 영업양도 후 10년간은 동일한 영업을 양수해 간 양수인들에게 계속해서 경업금지의무를 진다는 결론에 도달하게 된다. 본 판결 이전에도 영업양수인이 영업을 재차 양도한 경우에 관하여 ‘당초의 영업양도인은 자신의 양수인에 대하여는 더 이상 경업금지의무를 부담하지 않으나 양도인의 경업금지의무에 대응하는 양수인의 권리는 영업재산을 이루는 것이므로 영업양도와 더불어 제2양수인에게 승계된다고 보아야 하고, 따라서 당초의 양도인은 제2양수인에 대하여 경업금지의무를 부담하며 다만 원래의 양도인에게 승계를 주장하기 위해서는 지명채권의 양도방법에 따라 통지 혹은 승낙의 대항요건을 구비해야 한다’는 견해가 있었으나³⁹⁾, 대법원 판결로 전전양수인의 최초 양도인에 대한 경업금지청구가 인정된 것은 최초이다.

2. 경업금지의무 법적성질과 관련하여

가. 경업금지의무의 법적성질에 관하여 계약설을 지지하는 입장에서 대상 판결의 결론 및 논리를 지지하는 경우도 있으며⁴⁰⁾, 그 외 ‘최초양도인의 경업으로 인하여 최후양수인이 입는 손해의 성질은 최초양수인이 입는 손해와 본질적인 차이가 없으므로 상법 제41조가 확장 적용되어야 한다’는 견해⁴¹⁾, ‘양도인의 경업금지의무는 양도 대상 영업에 부착되는 것이지 특별한 사정이 없는 한 양수인에 따라 달라질 이유가 없고 최초의 양

39) 이철승, 앞의 책, 293면

40) 주 39 참조

41) 송옥렬, 앞의 책, 86면

도인이 인근에서 동종영업을 한다면 양수인뿐만 아니라 그 후의 양수인까지 부당하게 손해를 입는다'는 취지의 견해⁴²⁾ 등 대상 판결을 지지하는 입장이 존재한다.

나. 한편, 계약설을 일관하는 경우 경업금지의무는 계약상의 의무이므로 계약의 상대적 효력에 입각하여 특정승계에 의해 이전되지 않는 것이 원칙이어야 하므로 대상 판결의 결론에 대한 설명이 어려우며, 경업금지의무 규정이 특별한 법적 목적을 가지고 있다는 점에서 영업양도계약의 채권으로서의 본래의 효력을 초월하는 효력을 부과하는 것이 가능하다는 결론을 내릴 수 있기 때문에 법정책설에 의할 때 대상 판결을 설명하기가 용이하다는 경청할 만한 의견이 존재한다.⁴³⁾

다. 그러나 대상 판결 이유 중 '영업이 동일성을 유지한 채 전전양도된 경우에도 최초 영업양도인이 인근에서 동종영업을 한다면 영업양도의 실효성이 크게 제한되어 영업양수인뿐만 아니라 전전 영업양수인들이 부당한 손실을 입게 되는 것은 마찬가지'라는 부분에서도 추론할 수 있다시피 최초 영업양도계약 당시 당사자 간에 묵시적인 경업금지약정 의사가 존재했다고 생각되는데, 더 나아가 영업양수인이 해당 영업이 재양도하게 되는 경우에는 영업양도인의 경업금지의무는 소멸하기로 하는 내심의 의사를 가졌다고 볼 수 있는지는 의문인 점, 경업금지의무가 특정승계에 의해 이전되지 않는다는 다수의 타당한 의견이 존재하나⁴⁴⁾ 경업금지청구권의 지명채권으로서의 이전가능성과는 별개의 문제라고 생각되는바, 대상 판결은 계약설로도 설명이 가능하다는 것이 개인적인 견해이다.

3. 경업금지청구권의 양도가능성 및 대항요건 등 법리에 관하여

가. 경업금지청구권의 양도 제한 여부

(1) 대상 판결은 "영업양도계약에서 경업금지청구권의 양도를 제한하는 등의 특별한 사정이 없다면 위와 같이 양도된 영업이 다시 동일성을 유지한 채 전전양도될 때 영업양수인의 경업금지청구권은 영업재산의 일부로서 영업과 함께 그 뒤의 영업양수인에게

42) 김흥기, 앞의 책, 100면

43) 김은아, 앞의 논문(각주 30), 258면

44) 이철승, 앞의 책, 292면; 정찬형, 앞의 책, 190면

전전양도 된다”고 판단하였는데, 영업양수인의 경업금지청구권이 채권자의 변경으로 급부의 내용이 전혀 달라지게 되는 채권에 해당하여 채권의 성질에 의하여 양도가 제한되는 채권인지 문제될 수 있고, 이와 관련하여 경업금지의무는 부작위채무로서 채권자의 변경으로 급부내용이 현저하게 달라지므로 성질상 양도가 제한되는 채권이라고 봄이 타당하다는 경청할 만한 견해가 있다⁴⁵⁾.

(2) 그러나 채권의 성질상 양도가 허용되지 않는 때에는 그 채권의 양도가 제한될 수 있고(민법 제449조 제1항 단서), 그 예로 채권자의 변경으로 급부의 내용이 전혀 달라지는 채권이 포함될 수 있으나, 채권자의 변경 자체로 채권양도가 제한되는 것은 아니고 그로 인해 급부의 내용이 변경되어야 할 것이 요구된다. 상법 제41조에서 규정하는 경업금지의무는 영업양도인의 부작위의무이기는 하나, 채권자 즉 영업양수인이 변경된다 하여도 채무자로서는 경업금지지역에서 경업금지기간 동안 동종영업을 하지 않아야 한다는 동일한 의무를 부담할 뿐이므로 채권의 성질상 양도가 제한되는 경우에 해당하지 않는다는 것이 개인적인 견해이다.

나. 경업금지청구권의 양도 법리 및 대항요건

(1) 대상 판결 이전 항소심은 ‘채권양도의 제한이 없다고 가정하더라도 영업양도의 목적물이 동일하다는 이유만으로 경업금지청구권이 당연히 이전된다고 볼 근거가 없다’는 취지로 원고의 지명채권양도에 기한 청구를 배척하기도 하였는바, 각 영업양도계약의 당사자들 모두 개별적인 계약을 체결한 것으로 영업양도의 목적물이 동일하다는 이유만으로 A의 피고에 대한 경업금지청구권이 당연히 B와 원고에게 이전된다고 볼 수 있을지에 대하여 검토해 볼 필요는 있다.

(2) 관련하여 대상 판결은 “양도된 영업이 다시 동일성을 유지한 채 전전양도될 때 영업양수인의 경업금지청구권은 영업재산의 일부로서 영업과 함께 그 뒤의 영업양수인에게 전전양도 된다”고 판시하였는바, 영업양도의 대상이 영업과 관련한 일체의 사실상의 관계까지 포함하는 것이라는 점을 고려해보면, 앞선 영업양도계약(이하 先계약)에 기한 영업양도인의 경업금지의무(영업양수인의 경업금지청구권)가 시간적으로 뒤에 있는 영

45) 장원석, “영업양도인의 경업금지와 양수인 보호”, 서울지방변호사회 회보(2024.12) 126면

업양도계약(이하 後계약) 당시 별도로 양도된 바가 없는 경우라도 後계약의 양수인은 先계약에 따른 양도인에 대한 경업금지청구권까지 이전받는 것이라고 판단한 대상 판결의 결론은 구체적 타당성을 가진다고 생각한다.

(3) 한편, 대상 판결은 지명채권양도의 대항요건 구비 여부와 관련하여 ‘영업양수인의 경업금지청구권이 그 뒤의 영업양수인에게 전전양도될 때 그에 수반하여 경업금지청구권의 양도에 관한 통지권한도 이전된다’는 취지로 판시하였는데, 본 판시에 대해 지명채권양도의 법리를 무시하고 민법 제450조 제1항 지명채권양도의 대항요건 규정 문언의 한계를 넘어선 판단이라는 견해⁴⁶⁾, 지명채권양도의 대항요건이 필요한 이유는 채무자를 보호하기 위한 것이므로 본 사안에서 영업양도인(채무자)의 부작위의무 이행방법은 작위하지 않는 것으로 직접 거래 당사자인 영업양도인에 대한 것이든 전전 영업양수인에 대한 것이든 이행이 가능한 형태이므로 채무자에 대한 대항요건을 굳이 갖출 필요가 없다는 의견⁴⁷⁾ 등이 있고, 모두 그 자체로 타당한 견해라고 생각한다.

(4) 민법 제450조 제1항은 채권양도 통지의 주체를 양도인으로 한정하고 있다. 다만, 양도인이 양수인에게 통지 권한을 위임하여 양수인이 양도인의 대리인으로서 채권양도의 통지를 할 수 있으나 채권이 순차적으로 양도된 경우 최종 양수인이 채무자에게 대항하기 위해서는 각 단계의 채권양도 사실이 모두 채무자에게 통지되거나 채무자가 이를 승낙하여야 하고, 최종 양수인에 의한 포괄적 통지 역시 최종 양수인이 이전의 모든 양도인으로부터 각 채권양도 통지 권한을 적법하게 위임 또는 재위임받아야 가능하다는 것이 법원의 입장이다⁴⁸⁾. 즉 채권양도 통지 권한 자체가 이전된다고 본 대상 판결의 본 부분은 특별한 이유에 대한 판시도 없이 민법 채권양도 대항요건 원칙에 예외를 인정한 것으로 보이는 것이 사실이다.

(5) 생각건대, 경업금지청구권이 영업재산의 일부로서 영업과 함께 그 뒤의 영업양수인에게 전전양도된다는 대상 판결의 결론을 일관하자면 영업양도시 경업금지청구권 양도통지 권한이 순차적으로 위임되었다거나, 혹은 영업양도인의 경업금지의무는 영업양

46) 장원석, 앞의 논문(각주 45), 127-128면

47) 김은아, 앞의 논문(각주 30), 265면

48) 광주지방법원 2018. 9. 7. 선고 2017나56929판결, 수원지방법원 2021. 11. 11. 선고 2020나91424판결

수인이 변경된다 하여도 채무자로서는 경업금지지역에서 경업금지기간 동안 동종영업을 하지 않아야 한다는 동일한 의무를 부담할 뿐이므로 급부의 내용이 전혀 달라지는 바가 없다는 점을 고려하여 채무자에 대한 채권양도의 대항요건을 굳이 갖출 필요가 없다는 견해 등 본 사안에서 대항요건이 구비되었다고 본 구체적인 법리 판시가 필요하였다고 생각된다.

VI. 맺음말

최근 권리금계약이 포함된 영업양도가 일반화되었음에도 동일한 영업에 대한 영업양도계약이 연속적으로 이루어지는 경우 영업양도인의 경업금지의무 유지 여부에 대한 대법원의 명시적인 입장이 존재하지 않았으나, 대상 판결은 전전양도의 사례에서도 상법상의 경업금지의무 규정을 둔 취지가 고려되어야 한다며 최초양도인은 기존의 경업금지의무 기간 내에서는 계속해서 경업금지의무를 부담하며, 대상 영업의 최후양수인이 지명채권 양도법리에 따라 소로 최초양도인에 대하여 경업금지 및 장래의 적당한 처분 및 금전적 손해배상을 청구할 수 있다고 판단하였다.

경업금지의무의 법적 성질과 관련하여 볼 때, 경업금지의무 규정의 연혁 등을 고려할 때 영업양도계약에 경업금지의 합의가 포함되어 있다고 보는 계약설의 입장을 배제할 수 없다고 생각하나, 두 견해 모두 대상 판결의 결론을 설명하는데 부족함이 없다고 생각한다.

또한 법리적으로 영업양수인의 경업금지청구권에 대응되는 영업양도인의 경업금지의무는 부작위의무이기는 하나 채권자의 변경(즉 영업의 재양도)로 인하여 채무자(즉 영업양도인)의 급부 형태가 변경되는 바가 없을 뿐만 아니라, 영업양도의 대상이 영업과 관련한 일체 사실상의 관계까지 포함하는 것이라는 점을 고려할 때 경업금지청구권은 지명채권 양도의 형태로 전전양수인에게 이전된다는 판단 및 後영업양도 계약시 해당 계약의 양수인은 先영업양도 계약에 따른 양도인에 대한 경업금지청구권까지 이전받는 것이라고 판단한 대상 판결의 결론은 구체적 타당성을 가진다고 생각한다.

다만, 지명채권양도에 의한 대항요건에 관한 판시는 구체적 이유에 대한 판시 없이 민법상 대항요건 법리의 예외를 인정한 것으로 보이므로 향후 이에 대한 학설적 논의 및 판례의 정립이 필요할 것으로 생각된다.

참 고 문 헌

이철송, 상법총칙·행위(제16판), 박영사(2022)
정찬형, 상법강의(상)(제27판), 박영사(2025)
송옥렬, 상법강의(제15판), 홍문사(2025)
최준선, 상법총칙·상행위(제13판), 삼영사(2025)
안강현, 상법총칙·상행위(제8판), 박영사(2023)
장덕조, 상법강의(제6판), 법문사(2025)
손진화, 상법강의(제8판), 신조사(2017)
김흥기, 상법강의(제9판), 박영사(2025)

김은아, “영업양도인의 경업금지의무에 관한 상법 제41조의 문제점 및 개정필요성”, 재
산법연구 제41권제2호(2024.08), 한국재산법학회

장원석, “영업양도인의 경업금지와 양수인 보호”, 서울지방법변호사회 회보(2024.12)

<국문초록>

최근 대법원은 영업양도인은 동일한 영업이 재양도된 경우에도 기존의 경업금지의무 기간 내에서는 계속해서 경업금지의무를 부담한다고 판단하였다. 영업의 재양도 사례에서도 상법이 경업금지의무 규정을 둔 취지가 고려되어야 한다는 이유이다.

경업금지의무의 법적성질에 관한 견해로 계약설 및 법정책설이 있지만, 영업양도의 대상이 영업과 관련한 사실상의 관계까지 포함하는 것이라는 점을 고려할 때 상법상 경업금지의무 규정 및 대상 판결의 결론은 두 견해 모두로 설명이 가능하다고 생각한다.

대상 판결 결론의 구체적인 타당성을 지지하나, 채권양도 대항요건에 관한 판시는 명시적인 설명 없이 민법상 대항요건 관련 법리의 예외를 인정한 것으로 보이므로 향후 이에 대한 학설적 논의 및 판례의 구체적 형성이 필요한 것으로 사료된다.

주제어 : 상법, 영업양도계약, 경업금지의무, 부작위의무, 채권자대위권, 지명채권양도

<Abstract>

Regarding the Non-Compete Obligations of the Transferor
- Centered on the Supreme Court ruling(Case No. 2021Da227629) -

Kim, Sun Jung

Recently, The Supreme Court ruled that even in the event of a subsequent re-transfer of the business, the original transferor remains bound by the non-competition obligation for the duration of the stipulated period. This is because the legislative intent behind the Commercial Code's the non-competition provision should remain applicable in cases of a subsequent re-transfer of the business.

Regarding the legal nature of the non-competition obligation, there are two primary perspectives: the contractual view and the legal policy view. Considering that the object of a business transfer includes de facto business advantages and goodwill, I believe that the non-competition obligation in the Commercial Code and the conclusion of the subject ruling can also be explained by the contractual view.

While I agree that the conclusion of the subject ruling possesses concrete validity, in the section regarding the perfection requirement for the assignment of nominative claims, the court recongnized an exception to the general principles of the Civil Code without providing an explicit rationale. So I look forward to more profound academic inquiries and clearer judicial guidelines in the future.

Keywords : Commercial Code, Business transfer agreement, Non-competition obligation, Duty of forbearance, Creditor's subrogation right, Assignment of nominative claims

