

# 體育施設の讓渡와 會員權 承繼의 法理

## -관련 判例의 소개를 중심으로-

李 哲松(漢陽大, 商法)

### I. 머리말

근래 국민소득이 증가하고 여가가 늘어나면서 개개인의 취미생활과 건강에 대한 관심이 커지게 되었고, 이 수요에 응하여 대중을 상대로 하는 골프장, 스포츠센터, 수영장, 스키장 등 각종 레저점 체육시설이 다수 출현하여 그 자체가 하나의 커다란 산업을 이루고 있다.

대부분의 체육시설업은 일부의 고객을 「會員」의 형태로 관리하고 있다. 회원제의 기능이나 형태는 다양하여, 단지 고정된 고객을 확보하기 위해 무료로 회원자격을 부여하거나 명목적인 금원을 입회금으로 수령하는 예도 있지만, 고액의 입회금을 받아 체육시설의 건설자금으로 활용하기도 한다. 가장 고액의 입회금을 수령하는 예는 골프장일 것이다. 골프장은 대규모의 토지를 요하고, 방대한 조경시설을 요하므로 골프장의 초기건설단계에서부터 회원을 모집하고 그 입회금을 공사대금에 충당하는 것이 보통이다. 골프장의 시설은 한정되어 있는데 수요는 계속 늘다보니 會員權이 단지 체육시설의 우선적인 利用權이라는 의미를 넘어 고가의 재산적 가치를 지니고 투자대상이 되기에 이른 것도 주목할 만하다.

회원권이 고가의 재산으로 부상되다보니 체육시설의 운영도중 영업이 양도되는 등 營業主體에 변동이 있을 경우에는 회원의 지위가 어떻게 되느냐는 문제가 생긴다. 또 체육시설의 건설 도중에 회원을 모집해 놓고 건설중의 시설을 양도할 경우에도 같은 문제가 생긴다. 체육시설의 회원권이라는 것은 단지 체육시설의 운영자에 대한 계약상의 권리에 지나지 않으므로, 일반 私法의 원리를 적용한다면, 영업주체가 변동될 경우 회원은 前사업자를 상대로 권리를 행사할 수 있을 뿐, 새로운 영업주에 대해 권리를 주장할 근거는 없다.

그러나 체육시설의 이용자가 많아지다 보니 이들도 사회복지정책의 대상으로 부상하여, 「體育施設の 設置·利用에 관한 法律」(이하 “체육시설법”이라 약함)에서 회원의 지위를 보호하는 규정을 두기에 이르렀다. 이 법은 원래 체육시설 영업의 건전성을 유지하기 위한 행정감독적 성격의 법률이지만, 영업주의 변동에 따른 회원의 私法的地位를 보호하는 규정을 두고 있는 것이다.

구체적으로는 체육시설의 영업이 양도될 경우 양수인이 회원에 관한 권리의무를 승계하게 함으로써 회원을 보호하고, 건설중의 체육시설이 양도되는 경우까지 회원보호의 범위를 넓히고 있다(체육시설법 제30조).

때문에 체육시설에 관한 무엇인가의 移轉行爲가 있을 경우 그것이 체육시설법이 정하는 營業讓渡에 해당하느냐라는 것은 그 양수인과 舊회원의 중대한 利害를 야기하는 문제이다. 이 규정이 신설된 후 다른 체육시설에 관한 사건은 보기 드물고, 會員權이 고가에 거래되는 골프장의 시설양도에 관해 이 규정의 적용여부가 다투어진 소송이 몇 건 있다. 이 사건들에 내재하는 쟁점의 해결법리는 商法상의 營業讓渡의 법리에서 연역될 수 밖에 없는데, 2004년도에 몇 건의 大法院判決이 나와 영업양도에 관한 종래의 법이론과 조화를 이루며, 체육시설의 양도로 인한 분쟁의 해결법리를 형성해 놓았다. 그러나 2006년도에 이 판례는 물론 영업양도에 관한 전통적인 판례이론을 깨는 판결이 내려진 바 있다(大法院 2006. 11. 23. 선고 2005다5379판결:이하 “대상판결”이라 인용). 이 판결은 체육시설에 국한해서가 아니라 영업양도 일반에 대한 판단기준을 제시하는 논리를 전개하였으므로 상법학자들간에서 한 번쯤 심도있게 검토해 볼 필요가 있다고 생각되어 동판지를 소개하고 이론상의 문제점을 다루고자 한다.<sup>1)</sup> 이 판결의 논리전개에 의아한 점이 많아 정밀한 분석이 필요했지만, 지면관계로 충분한 비판을 하지 못하였으므로 이 지면을 빌어 再論하고자 한다.

## II. 體育施設法상의 營業讓渡에 관한 特例

본론을 다루기에 앞서 이해의 편의를 위해 관련 法條文을 파악해 두기로 한다. 대상판결에 등장하는 골프장은 체육시설법상의 체육시설의 일종이고, 同 判決은 체육시설법 제30조 제3항의 적용가능성을 다룬 것이므로 먼저 체육시설법 제30조의 내용을 소개한다.

### 1. 관련 法規定

[체육시설법 제30조]

제30조 ① 체육시설업자가 그 營業을 讓渡하거나 사망한 때 또는 법인의 합병이 있는 때에는 그 讓受人·상속인 또는 합병후 존속하는 법인이나 합병

1) 참고로 필자는 금년 5월에 이 판결을 평석하는 글을 쓴 적이 있다(拙稿, “체육시설에 관한 영업양도의 개념,” 법률신문 2007. 5. 21.(3556호), 14면).

에 의하여 설립되는 법인은 그 체육시설업의 登錄 또는 申告에 따른 權利·義務(제19조의 규정에 의하여 會員을 모집한 경우에는 그 체육시설업자와 회원간에 약정한 사항을 포함한다)를 승계한다.

② 「민사집행법」에 의한 경매, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 의한 환가나 「국세징수법」·「관세법」 또는 「지방세법」에 의한 압류재산의 매각 그밖에 이에 준하는 절차에 따라 문화관광부령이 정하는 체육시설업의 시설기준에 의한 필수시설을 인수한 자에 대하여는 제1항의 규정을 준용한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정은 제12조의 규정에 의한 사업계획승인의 승계에 관하여 이를 준용한다.

## 2. 關聯規定의 特例的 性格

체육시설법 제30조 제1항이 규정하는 「營業讓渡」는 商法(제41조)에서借用한 용어이지만, 이 규정은 상법상의 영업양도규정에 대해 다음과 같은 特別의 의미를 지니고 있다.

### (1) 營業讓受人의 責任에 대한 特례

체육시설법 제30조 제1항은 영업의 양도 등에 따른 체육시설의 등록·신고에 관한 권리·의무의 승계를 규정하는데, 동조항의 괄호속의 「체육시설업자와 會員간에 약정한 사항을 포함한다」라는 문언은 영업양도가 있으면 양수인은 前사업자가 모집한 회원에 대해 이용허락, 입회금 반환 등의 채무를 승계한다는 뜻이다. 이 규정은 사업의 인허가와 관련하여 형성된 양도인에 대한 공법상의 관리체계를 영업주체의 변동에 불구하고 유지시키려는 취지와 함께 讓渡人과 이용관계를 맺은 다수 會員들의 이익을 보호하려는 취지에서 둔 특칙이다. 이 규정이 상법에 대해 갖는 특칙으로서의 의미는 다음과 같다.

상법상의 영업양도에서는 당사자간에 특약이 없는 한 讓渡人의 債務는 양수인이 승계하지 아니한다.<sup>2)</sup> 다만 양수인이 양도인의 商號를 계속 사용하거나, 사실과 달리 채무를 인수하였다는 광고를 할 경우 外觀主義 法理에 따라 양도인의 채무에 관해 책임을 지게 할 뿐이다(상법 제42조, 제44조). 그러나 체육시설법의 위 규정은 商號를 續用하지 않더라도 회원에 대한 讓渡人의 채무를 讓受人이 승계하는 것으로 규정하고 있다.

2) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다35085판결: 상법 제42조는 채권·채무의 승계가 영업양도의 요건이 아님을 당연한 전제로 한 것이라고 판시하였다.

이 규정의 強行性 유무에 관해 의문이 제기될 수도 있는데, 양도계약의 당사자가 아닌 회원을 보호하려는 규정인 만큼 이 규정은 영업양도계약에서 배제할 수 없는 強行規定임이 명백하다. 제30조에서는 영업양수인만이 아니라 체육시설업자의 相續人, 체육시설업자를 당사자로 하는 합병에 의한 존속법인 또는 신설법정도 적용대상에 넣고 있으나, 회원에 대한 권리·의무에 관한 한 이 규정은 무의미하다. 相續·합병은 包括承繼의 원인으로서 상속인과 합병에 의한 존속법인 또는 신설법인은 당연히 전 사업자의 권리의무를 포괄적으로 승계하기 때문이다.

## (2) 營業讓渡의 範圍에 관한 특례

상법상의 영업양도란 완성된 영업조직을 갖추고 수익을 창출하고 있는 상태의 영업을 이전하는 것을 의미한다. 그러나 체육시설법 제30조 제2항과 제3항은 제1항에 의해 등록·신고에 따른 권리의무 및 회원에 관한 권리의무가 승계되는 사유를 다음과 같이 통상의 영업양도가 아닌 경우에까지 확장하고 있다.

제2항에서는 「민사집행법」에 의한 경매 등 強制換價節次를 통해 체육시설의 필수시설을 승계한 자에게도 申告 등에 관한 권리의무 및 會員에 관한 권리의무를 승계시키겠다는 취지의 규정을 두고 있다. 이 규정은 대상판결의 사안이 생긴 이후인 2003년 5월 29일에 신설된 규정이고, 아직 이 규정의 적용 문제를 다룬 사건은 없으므로 이 글의 검토대상은 아니다. 하지만 이를 문언대로만 해석해야 한다면 위헌임이 명백하여 후에 이 점을 간단히 언급한다.

제3항에서는 “제1항 및 제2항의 규정은 제12조의 규정에 의한 事業計劃承認의 承繼에 관하여 이를 준용한다”고 규정하고 있다. 체육시설법상 체육시설업은 「登録할 사업」(제10조 제1호)과 「申告할 사업」(제10조 제2호)으로 나뉘는데, 등록할 사업은 광역지방자치단체장으로부터 사업계획의 승인을 받아야 한다. 그러므로 제30조 제3항이 적용되는 대상사업은 登録할 체육시설업, 즉 골프장업, 스키장업, 자동차경주장업에 한한다(단 골프연습장업은 신고사업이다). 제2항의 準用은 논외로 하고, 제1항의 準用에 국한하여 제3항을 文理解釋하면, 영업재산의 이전이 없이 사업계획승인만 승계한 경우에도 회원에 대한 권리·의무를 승계한다는 뜻이 된다. 하지만, 판례는 이 규정을 이같이 읽지 않고, 제3항에 의해 제1항이 준용되는 경우란 완성전의 체육시설에 관한 營業의 讓渡(상속·합병 포함)에 수반하여 사업계획승인을 승계한 때를 가리킨다고 보고 있다(그 이유는 後述).

### III. 判決의 소개

#### 1. 평석대상 판결

이 글에서 중점적으로 비판하고자 하는 판결은 아래에 소개하는 대법원 판결이다.

判例의 표시: 대법원 2006.11. 23. 선고 2005다5379판결(대상판결)

<事實關係> D레저라는 회사가 골프장의 사업계획승인을 받아 골프장을 건설하면서 2차에 걸쳐 회원을 모집하였으나 원활하지 않아 그 발행어음이 지급거절되자, 어음채권자들에게 대물변제조로 회원권을 발행하였다. 한편 완공 이전에 골프장 부지의 99%에 해당하는 토지에 대해 임의경매절차가 개시되었다. 이에 D레저의 공사대금채권자인 K건설이 D레저의 골프장을 인수하기 위해 C개발(이사건의 피고)이라는 회사를 설립하고, C개발은 D레저의 토지의 경매에 참가하여 낙찰허가를 받았다. 이어 C는 D로부터 이 경매토지를 제외한 나머지 재산과 골프장사업계획승인을 일괄 양수하였고, D레저의 종업원 일부도 고용승계하였다. 하지만 C는 D로부터 회원권에 관한 권리·의무를 승계하기로 약정한 바는 없다. 그러나 D의 회원으로부터 회원권을 인질받았던 W은행(이 사건의 원고)은 체육시설법 제30조 제3항에 근거하여 C가 D의 회원을 승계하였다는 확인을 청구하였다.

<原審判決(서울고등법원 2004. 12. 3. 선고 2002나71810판결)> 이 사건에서는 C와 D간에 영업양도가 있는 것으로 볼 수 있느냐가 쟁점이었던 바, 원심은 D의 영업재산이 경매로 인해 해체되었으므로 영업양도에 해당하지 않는다고 보고 W의 청구를 기각하였다.

<大法院判決> 대법원의 판지중 가장 주목할 부분은 “사회통념상 전체적으로 보아 종전의 영업이 그 동일성을 유지한 채 일체로서 이전한 것과 마찬가지로[筆者 강조] 볼 수 있는 특별한 사정이 인정되는 경우에는...영업양도에 해당[한다]”라는 判斷基準이다. 나아가 이 사건의 경우, i) C가 경매토지를 제외한 D의 영업을 대부분 일괄 양수하기로 약정한 점, ii) 이 영업의 일괄양수는 C가 경매의 낙찰허가결정을 선고받은 후 낙찰대금을 납부하기 전 경매토지의 소유권이 아직 D에게 남아 있는 시기에 이루어진 점, iii) C가 D의 일부직원의 고용도 승계한 점, iv) C는 D의 골프클럽을 인수할 목적으로 설립된 점, v) C가 경매에 참가하고 체육시설업을 양수하는 등 일련의 절차가 모

두 골프클럽의 영업을 인수하려는 단일한 의도하에서 이루어진 점, vi) C의 경매절차 참가와 사업계획승인의 승계는 별도의 절차로 진행되었지만, 사업계획승인의 승계는 골프장 부지의 대부분의 취득이 전제로 되었던 점을 위 판단기준상의 「특별한 사정」에 해당하는 것으로 열거하였다. 그리고 위의 판단기준을 적용하여 C는 D의 영업을 동일성을 유지하면서 일체로서 이전 받은 것과 마찬가지로 볼 수 있어 체육시설법 제30조 제3항에 의해 준용되는 동조 제1항의 영업양도가 이루어진 것이라고 하며 원심판결을 파기환송하였다.

## 2. 기존의 판례

대상판결과 거의 동일한 사안을 다룬 세 건의 판례가 있다. 대법원 2004. 10. 28. 선고 대법원2004다10213판결, 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다31807판결 그리고 대법원 2004. 11. 26. 선고 2004다19289판결이다(이하 “기존판례”라 인용). 이 세 건의 소송은 동일한 골프장사업자를 상대로 각기 다른 회원들이 제기한 사건이고 사실관계도 같으므로 판결 개수로는 세 건이지만 실체는 동일한 사건이라고도 할 수 있다. 하지만 세 건은 관여법관을 달리하므로 판례형성이라는 측면에서 보면, 체육시설이 경매에 의해 이전된 경우의 법적 평가에 관해서는 세 번에 걸쳐 확인된 판례이론이 형성되었다고 보아야 하지 않을까 싶다. 이 세 사건의 사실관계와 판지를 소개한다(원고만 다를 뿐 사실관계와 판지가 같으므로 하나로 취급하여 다룬다).

<事實關係> S개발이라는 회사가 골프장의 사업계획승인을 받아 골프장을 건설하면서 회원을 모집하였다. 그러나 골프장조성공정이 70%정도 진행된 상태에서 근저당권자들에 의해 골프장 부지의 96%에 달하는 토지에 임의경매절차가 개시되었다. 이 토지는 G개발에게 낙찰되었는데, 이후 G개발은 K회사에 흡수합병되었다. 이어 K회사는 회사정리절차에 들어가면서, 이 골프장 부지를 Y레저에 매각하였다. Y레저는 이 토지를 취득하자 바로 S개발로부터 골프장 사업계획승인, 나머지 토지, 골프장건설과 관련한 S개발의 채권·채무, S개발의 종업원 전부를 승계하고 골프장조성공사를 완공하였다. 그러자 과거 S개발로부터 회원권을 분양받은 L 등이 Y레저에 대해 체육시설법 제30조 제3항에 근거하여 회원자격의 확인을 청구하였다.

<原審判決(서울고법 2004.5.19.선고2003나42161)> 원심은 체육시설법 제30조 제3항을 문리해석하여 동항을 적용함에 있어서는 영업양도를 요건으로 하지

않는다고 보았고, 따라서 Y가 S로부터 사업계획승인을 승계받은 점만을 들어 Y가 S의 회원을 승계한다고 보아 원고의 청구를 인용하였다.

<大法院判決> 대법원은 원심과 달리 체육시설법 제30조 제3항을 적용하기 위해서는 완성전의 체육시설에 대한 영업의 양도에 수반하여 사업계획승인이 승계되어야 한다고 해석하였다. 그러면 당해 사건에서 사업계획승인과 함께 영업이 양도되었느냐는 것이 쟁점이 되는데, 대법원은 S의 골프장 부지가 경매됨으로 인해 S의 영업은 이미 물적기반을 대부분 상실하여 해체되었다고 보고, Y가 S로부터 사업계획승인을 승계한 것은 영업양도가 아니라고 판시하였다.

### 3. 두 判例의 사안의 비교

대상판결과 기존판례 그리고 각각의 원심판결을 보면 입장을 달리하거나 같이 하면서 4단계로 변화한 것을 읽을 수 있다.

\* 「기존판례의 원심판결」은 체육시설법 제30조 제3항을 문리해석하여 영업양도가 없더라도 사업계획승인을 승계받은 자는 회원을 승계한다고 보았다.

\* 「기존판례」는 체육시설법 제30조 제3항을 목적론적으로 해석하여 영업양도에 수반하여 사업계획승인을 승계한 경우에 한하여 회원을 승계한다고 보았으며, 골프장 부지가 경매된 것은 영업재산이 해체된 것으로 풀이하고 사업계획승인을 승계하였더라도 영업양도에 해당하지 않는다고 판시하였다.

\* 「대상판결의 원심판결」은 기존판례의 입장을 좇아 영업양도가 있어야 체육시설법 제30조 제3항을 적용할 수 있다는 원칙을 채택하고, 골프장부지가 경매된 것의 의미 역시 기존판례와 같이 영업재산이 해체된 것으로 보고, 사업계획승인을 승계하더라도 영업양도가 아니라고 판시하였다.

\* 「대상판결」은 체육시설법 제30조 제3항의 적용범위 및 완성전 체육시설의 영업양도의 개념에 관하여는 기존판례를 따랐으나, 골프장부지가 경매에 의해 이전되었더라도 종전의 영업이 그 동일성을 유지한 채 일체로서 이전한 것과 「마찬가지로」 볼 수 있는 특별한 사정이 인정되는 경우에는 영업양도에 해당한다는 판단기준을 제시하며, 당해 사안에는 이러한 특별한 사정이 인정된다고 하였다.

기존판례와 대상판결의 사안간에 전자는 영업양도로 볼 수 없고 후자는 영업양도로 보아야 할 差別性이 있는가? 다시 말해 대상판결의 사안에는 동판결이 말하는 「특별한 사정」이 존재하는가? 대상판결이 특별한 사정으로 열

거한 사항의 순으로 비교해 본다.

i) 두 판례의 사실인정에 따르면, 골프장 부지가 경매에 의해 처분되었다는 점, 잔여재산을 사업계획승인과 더불어 前사업자로부터 現사업자가 인수하였다는 점에서 차이가 없다. 다만 골프장 부지를 취득한 과정이 상이하다. 기존판결사안에서는 現사업자가 골프장부지를 경락받은 자로부터 轉得하였으나, 대상판결사안에서는 現사업자가 직접 競落받은 것이다. 그러나 두건 모두 現사업자가 前사업자로부터 직접 잔여재산과 사업계획승인을 승계하였고, 골프장 부지는 前사업자와 무관하게 취득하였다는 점에서 일치한다. 대상판결은 사업계획승인 및 잔여재산을 승계한 사실을 영업양도로 보아야 할 요소적 사실로 보므로 現사업자가 골프장 부지를 직접 경락받았느냐, 전득하였느냐는 것은 영업양도여부를 판단하는데에 중요한 의미를 갖지 못하고, 따라서 골프장부지의 취득경위에 관한 한 양판결의 사실관계는 동일하다고 할 수 있다.

ii) 대상판결에서는 C가 낙찰허가를 받고 낙찰대금을 납부하기 전에 D의 나머지 영업재산을 양수받았으며, 그 시기에는 경매토지의 소유권이 아직 D에게 남아 있었다는 점을 지적하였다. 그러나 기존판결에서도 Y는 골프장부지를 전득하여 소유권이전등기를 하기에 앞서 前사업자로서 영업권 등을 양수하기로 하는 약정을 하였으므로 부지이외의 재산을 양수하는 시점에 골프장부지의 소유권이 前사업자에게 있기는 두 사건에 차이가 없다.

iii) 기존판례의 사안에서는 양수인이 종업원의 전부를 승계하였고, 대상판결의 사안에서는 일부의 종업원을 승계하였다. 고용승계라는 측면에서 보면 오히려 기존판례가 대상판결에 비해 영업양도로 볼 가능성이 높다고 하겠다.

iv) 대상판결에서는 당초 C사가 골프장을 운영하기 위해 설립되었다고 인정하였다. 그러나 기존판례의 사안에서도 Y회사가 설립된지 2개월만에 골프장부지를 매수하고 6개월만에 S사로부터 골프장의 영업권과 잔여재산을 매수한 것으로 보아 이 회사 역시 골프장 운영을 위해 설립된 것으로 여겨지므로 이 점 역시 별다른 차이점으로 보이지 않는다.

v) 대상판결에서는 C가 경매에 참가하고 체육시설업을 양수하는 등 일련의 절차가 모두 골프장을 인수하려는 단일한 의도하에서 이루어진 점을 지적하였다. 그러나 기존판결에서도 Y사는 골프장 부지를 매수하고 C와 똑같이 체육시설업의 사업계획승인과 잔여재산을 양수하였는데, 이 역시 골프클럽을 영위하려는 단일한 의도하에서 행해진 것으로 볼 수밖에 없으므로 이 점에서 양자의 차별을 인정하기 어렵다.

vi) 대상판결에서는 경매절차 참가와 사업계획승인의 승계는 별도의 절차로

진행되었지만, 사업계획승인의 승계는 골프장 부지의 대부분의 취득이 전제로 되었다는 점을 지적하였다. 사업계획승인은 그 자체만으로 승계될 수 있는 것이 아니고 소정의 시설을 갖춘 상태에서 가능하고, 그 시설중 제일 중요한 것이 골프장 부지인 만큼 기존판례에서도 대상판결과 차별화되는 점이 없다.

#### 4. 爭點

기존판례와 대상판결은 모두 체육시설법 제30조 제3항의 적용을 다룬 것이므로 체육시설(예:골프장)의 대부분을 경매에 의해 취득한 자가 이어 前사업자로부터 사업계획승인 등 잔여재산을 양수하면 이를 영업양도로 볼 수 있느냐가 쟁점이 된다고 하겠고, 제3항에 의해 준용되는 제1항이 말하는 「영업양도」가 무엇을 뜻하느냐는 개념론이 사안해결의 출발점이라고 할 수 있다.<sup>3)</sup>

기존판례와 대상판례는 공히 체육시설법 제30조가 말하는 영업의 양도란 「영리를 목적으로 체육시설을 설치·경영하는 업을 수행하기 위하여 조직화된 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것」이라고 정의하였으며, 완성전의 체육시설의 영업양도는 「장차 체육시설의 설치공사를 완성하여 체육시설업을 등록할 것을 목적으로 하여 조직화된 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것」이라고 정의하였다.

이같이 두 판례는 營業讓渡의 概念을 동일하게 이해하면서도, 사실상 동일한 사안을 놓고 기존판례는 영업양도가 아니라고 하였고, 대상판결은 영업양도라고 하였다.

3) 참고로 原審에서는 피고가 원고의 권리를 부인하는 수단으로서 골프장회원권은 不動產의 사용·수익을 목적으로 하는 권리이므로 質權設定의 대상이 되지 않는다고 주장하였으나(민법 제345조 참조), 법원은 이 주장을 배척하였고, 상고심에서는 이 점이 다루어지지 않았다. 골프장회원권이 부동산의 사용·수익을 목적으로 하는 권리로 볼 수 없음은 당연하다. 민법 제345조가 규정하는 「부동산의 사용·수익을 목적으로 하는 권리」란 지상권, 전세권, 임차권 등과 같이 부동산의 사용·수익을 직접적인 목적을 하는 권리를 말한다. 골프장회원도 골프장이 소재하는 부동산을 사용하기는 하지만, 회원권이라는 권리의 목적은 부동산의 사용이 아니라 골프라고 하는 경기의 기회를 제공하는 것을 목적으로 하고, 부동산은 그 경기의 실행을 위해 사업자가 제공하는 물적 설비에 불과하다. 골프장 회원이 사업자에게 갖는 주된 권리는 골프장의 이용권과 입회금의 반환청구권이라 할 수 있고, 이는 債權의 權利이다. 그러므로 체육시설법 제30조 제1항의 규정에 따라 체육시설의 양수인이 승계하는 회원에 대한 권리의무라는 것은 양도인과 회원간의 債權的 法律關係를 의미한다. 한편 일본에서는 회원이 갖는 권리의 일부를 분리하여 양도할 수 있느냐는 점이 논의되고 있다. 특히 골프장의 영업양도가 있는 경우 입회금반환채무는 양도인에게 잔존시키고 회원의 골프장이용을 허용할 채무는 양수인에게 귀속시키는 것이 가능하느냐는 점이 논의된다. 긍정하는 견해도 있으나, 다수설과 판례는 골프장 회원권에 내포된 각종의 권리의무는 포괄적인 것으로서 분리하여 양도하거나 그에 상응하는 채무를 인수할 수 없는 것으로 보고 있다(田正之, "ゴルフ場の營業讓渡と預託金返還債務の承継の有無、" 「金融商事判例研究」 1155号 (2002. 12. 15)、63面以下).

두 사안에서는 前사업자가 소유하던 일체의 재산이 결과적으로 現사업자의 소유로 변하여 동일한 영업에 공해지고 있으므로 결과적으로는 영업양도와 차이가 없다. 그러나 영업양도에 해당하느냐는 문제와 관련하여 두 사안에 나타난 핵심적인 사건은 골프장의 營業財産 대부분이 競賣에 의해 이전되었다는 점이다. 영업양도가 되기 위해서는 영업재산이 「一體적으로 同一性を 유지하면서」 이전되어야 한다는 것이 확립된 판례인데, 영업재산의 중요부분이 競賣에 의해 이전된다면 영업재산이 讓渡人 단계에서 이미 解體되어 각기 다른 원인으로 이전됨으로써 一體性的의 요건을 구비할 수 없으므로 영업양도가 될 수 없다는 것 또한 확립된 판례이다. 기존판례는 이 입장을 따라 영업의 양도가 아니라고 한 것이다. 이에 대해 대법원은 競賣에 의해 이전되었음에도 불구하고 「사회통념상, 전체적으로 보아」 라는 관찰법을 제시하며, 종전의 영업이 그 동일성을 유지한 채 일체로서 이전한 것과 마찬가지로 볼 수 있다는 판시를 하였다. 대법원은 기존의 판례가 인정해 왔던 영업양도라는 概念의 外延에 「영업양도와 마찬가지로 볼 수 있는 경우」를 추가함으로써 영업양도의 개념을 확장하는 동시에 영업양도의 판단에 관한 법원의 재량을 넓혀 놓은 것이다.

#### IV. 대상판결의 基準論의 문제성

##### 1. 사실관계의 해석의 문제점

똑같은 사안에 똑같은 법개념을 적용하고서도 정반대의 결론을 내놓은 것은 기이한 일이다. 대법원은 「영업양도로 보아야 할 특별한 사정이 인정된다」고 하였지만, 그 특별한 사정은 기존판례의 사안에도 존재함은 앞서 확인한 바이다. 그렇다면 이 두 판결중 어느 하나는 법적용에 오류가 있었다고 볼 수밖에 없다.

대상판결에서는 「사회통념상 전체적으로 보아」 라는 표현이 이에 이어지는 「마찬가지論」의 논거로서 원용되었지만, 이 관찰법은 사실인정과 당사자의 의사해석에 있어 통용되는 시각을 지칭한 말로써, 새로운 뜻을 갖는 판단기준은 아니다. 영업양도여부의 판단에 관해 판례가 줄곧 제시해 온 「一體性」과 「同一性」이라는 기준 자체가 사회통념에 입각하여 전체적인 사실관계를 파악함으로써 이해되는 표지이기 때문이다. 그러므로 대상판결에 제시된 사회통념론은 영업양도의 새로운 판단기준이 될 수는 없고, 동판결의 이론이 정당화될 수 있는지 여부는 동판결이 「종전의 영업이 그 동일성을 유지한

채 일체로서 이전된 것과 마찬가지로 볼 수 있는 특별한 사정」으로 열거한 사실관계들이 과연 영업양도로 보아야 할 특별한 사정이 되느냐에 달려 있다고 하겠다. 이하 대상판결이 열거하는 「특별한 사정」을 항목별로 검토한다.

### 1) 殘餘財産 讓受의 의미

대상판결은 C가 경매토지를 제외한 D의 영업재산을 일괄 양수하기로 약정한 점을 특별한 사정의 하나로 들고 있다. 영업양도의 요건을 이루는 「一體的 移轉」이란 「모든 재산이 빠짐없이」라는 의미는 아니고, 일부의 재산이 유보된 채 이전되더라도 영업양도로 보아야 할 경우가 있다. 대상판결은 이 점을 의식한 듯하다. 그러나 일부가 유보되더라도 이전된 재산만으로 종전의 영업조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정될 수 있어야 영업양도로 볼 수 있다.<sup>4)</sup> 골프장 부지의 99%를 빼놓고서 나머지 재산만으로 동일한 골프장 영업조직이 유지된다고 볼 수 있는가? 토지가 없이 골프장의 조직과 재산이 동일성을 유지하며 존속한다고 볼 수 없음은 물론이다. 대상판결은 유보되는 재산의 중요성을 간과한 것이다.

### 2) 競賣土地所有權의 法的歸屬의 의미

대상판결은 C가 D로부터 사업계획승인을 승계받는 시점에는 경매토지의 소유권이 아직 D에게 남아 있었다는 사실을 강조하고 있다. 이는 골프장 부지가 C와 D의 양수도대상에서 제외됨으로 인해 생기는一體性的의 취약점을 보완하기 위한 논리인 듯하다. 즉 C는 경매일지언정 D의 토지를 취득하였다는 점을 강조하는 뜻으로 보인다.

낙찰대금을 납부하기 전에는 이론적으로는 골프장부지의 소유권이 D에게 유보되어 있다. 그러나 D가 처분권을 가지고 있던 것도 아니고, 또 C에게 소유권이 이전된 것이 D의 의사에 기한 것도 아닌 한, 소유권이 누구에게 귀속하든 영업양도여부의 판단과는 무관한 일이다.

### 3) 雇用承繼의 評價

대상판결은 D의 종업원의 일부를 C가 고용승계하였음을 특별한 사정의 하나로 들고 있다. 판례는 인적조직의 승계를 영업양도의 중요한 요소로 보고 있으나, 업종, 영업의 현황 그리고 종업원의 대체가능성 등을 감안할 때 종업원이 영업의 동일성에 기여하는 바가 미미한 경우에는 종업원을 승계하지 않더라도 영업양도의 판단에 영향을 주는 바 없다고 한다.<sup>5)</sup> 이 논리를 역

4) 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128.

으로 취하면, 비록 종업원을 승계하더라도 종업원이 단순 노무에 종사한다거나 기타 영업의 同一性에 기여하는 바가 없다면 영업양도가 아니라고 보는 데에 지장이 없다는 논리가 성립한다. 그러므로 이 사건에서 종업원의 고용 승계를 영업양도의 판단자료로 삼으려 한다면 골프장영업에 있어 종업원이라는 것이 영업의 동일성에 어느 정도의 기여를 하는지, 특히 승계한 종업원의 직무가 무엇이었는지에 대한 판단이 필요할 것이다. 또한 대상판결은 단지 「일부 직원」의 고용승계가 있었다고만 실시하였지만, 영업양도의 당연한 효과를 이루는 정도의 고용승계가 있었는지(즉 대부분의 종업원의 승계), 혹은 C가 어차피 필요한 인력을 충원하기 위해 구종업원의 일부를 선별적으로 고용하였는지 등도 언급했어야 옳다.

한편 기존판례의 사안에서는 종업원 전원을 승계하였지만, 법원은 영업의 양도가 아니라고 판단하였는데, 이는 골프장영업에서 종업원의 승계가 영업양도의 결정적인 요소가 아니라는 점, 그리고 영업양도의 요소에 대한 판단에 있어 종업원의 승계라는 것이 영업재산의 解體(경매)를 극복할 만한 적극적 요소가 될 수 없음을 밝힌 것으로 보인다.

#### 4) 讓受人의 主觀的 要素에 대한 評價

대상 판결이 영업양도로 볼만한 특별한 사정으로 제시한 또 다른 사실관계는, C는 D의 골프클럽을 인수할 목적으로 설립된 점, C가 경매에 참가하고 체육시설업을 양수하는 등 일련의 절차가 모두 골프클럽의 영업을 인수하려는 단일한 의도하에서 이루어진 점이다.

이는 양수인의 主觀的 目的이 성취되었음을 말한데 불과하다. 영업양도의 개념을 논하는 실익은 영업양도에 주어지는 법효과를 적용함이 타당한 현상을 설명하는 데에 있다. 이 현상은 당사자 및 제3자의 인식의 대상이 되는 것이므로 영업양도의 개념은 어떤 이전거래의 客觀的 性狀을 표현하는 명제이다. 물론 당사자의 目的이 중요한 판단기준의 하나이지만, 이 역시 去來의 客觀的인 사실관계를 통해 이해되는 目的을 말하는 것이지, 어느 당사자의 內心의 의도가 판단기준이 되는 것은 아니다. 굳이 目的을 논한다면, 이 사건의 거래에 나타난 당사자의 목적이 영업을 양도·양수하려는 것으로 볼 수 있느냐는 문제이고, 이는 결국 양도인이 양수인으로 하여금 자신의 영업을 이을 수 있도록 하려는 의사에서 재산을 이전하였느냐 그리고 양수인은

5) 한 예로 슈퍼마켓을 양수하면서 종업원들을 전원 해고하였는데, 슈퍼마켓의 종업원과 같이 단순노동에 종사하는 종업원들을 승계하지 않았다 하여 영업양도로 보는 데에 지장이 있는 것은 아니라고 하였다(대법원 1997. 11. 25. 선고 97다35085. 동판결의 평석으로 鄭勝旭, “슈퍼마켓讓渡와 營業讓渡,” 「商事判例研究 IV」(2000.4), 박영사, 19면이하 참조).

양도인과 동일한 영업을 하리라는 기대하에서 영업재산을 양수받았느냐는 의문에 대한 답이 될 것이다. 이러한 목적의 파악은 결국 판례가 말하는 영업을 一體性과 同一性을 유지할 수 있는 상태로 영업재산을 이전하였느냐에 따라 이루어지는 것이다.

前사업자가 골프장영업에 필수적인 재산의 처분권을 상실한 터에 「골프장 영업」을 양도한다는 의사를 가질 수도 없으려니와, 양수인 역시 골프장을 영위하려는 목적이 일관되게 있을 지언정, 양도인으로부터 골프장영업을 양수한다는 의사로 거래에 임했다고 볼 수도 없는 것이다.

##### 5) 경매절차참가와 사업계획승인의 相關性에 대한 평가

마지막으로 대상판결은 영업양도로 볼 만한 특별한 사정의 하나로 C의 경매절차 참가와 사업계획승인의 승계는 별도의 절차로 진행되었지만, 사업계획승인의 승계는 골프장 부지의 대부분의 취득이 전제로 되었던 점을 들고 있다.

표현 자체가 모호지만, C가 사업계획승인을 승계한 것은 골프장부지의 대부분을 취득하는 것이 예정되어 있기 때문이라는 뜻으로 이해된다. 골프장부지는 골프장 영업을 불가불의 물적 설비이므로 C에게 있어서 골프장의 사업계획승인을 승계하는 것은 골프장부지의 취득이 있어야 유의미해지는 것이 당연하다.

그런데 이러한 相關性이 영업양도와 어떤 관계가 있는가? 대상판결이 이 부분을 실시한 이유는 골프장부지의 취득은 사업계획승인승계의 전제적 사실에 불과하므로 부지를 경매로 취득했다라도 사업계획승인의 승계라는 큰 거래의 목적에 흡수되어 별다른 의미를 부여할 필요가 없다는 뜻을 표현하고자 한 것이 아닌가 싶다. 이런 뜻이라면 매우 무리한 이론이다.

영업양도이나 아니냐는 것은 당사자간에 무엇이 이전되었느냐는 사실을 놓고 판단할 문제이다. 골프장 부지의 경락과 사업계획승인의 승계는 양수인의 영업을 위한 물적 요소의 조달행위이다. 이 두 가지 조달행위가 공급자를 달리하며 이루어진 터에 두 행위가 양수인의 주관적 목적으로서 갖는 상관성에 주목하여 영업양도라고 함은 論理의 비약이다. 이 부분의 판단은 「C의 경매참가는 골프장 영업을 위한 것이고, 그 영업은 사업계획승인의 승계를 전제로 하므로 C는 法院으로부터 영업을 양수받았다」고 말하는 것과 同質의 誤謬를 내포하고 있다.

## 2. 解釋方法論의 문제점

대상 판결은 체육시설법 제30조 제3항의 적용문제를 다룬 것이지만, 그 논리는 영업양도의 일반적 개념을 다룬 것이므로 완성전의 체육시설의 양도에 그치지 않고 상법상의 제규정이 적용되어야 할 영업양도 일반에 대한 司法的 解釋으로 볼 수 있다. 그렇다면 실질적으로 판례의 변경에 해당하므로 판례변경절차를 거치지 않은 것도 허물이지만 이는 별론으로 하고, 解釋方法이 일반원칙에서 벗어났음을 지적하고 싶다. 대상판결이 취한 해석론은 「영업양도의 요건을 구비하지 못했지만, 그 요건을 구비한 것과 마찬가지로 볼 사정이 있으므로 영업양도이다」라는 의미의 명제로서 類推解釋의 방법이다. 成文法에는 필히 法의 흠결이 따르므로 이를 보충하기 위해 類推適用이 허용되지만, 유추적용은 매우 제한된 요건하에서만 가능하다는 것이 법원리적 요청이다.

類推適用(Analogie)이란 어느 X라는 법률요건을 위해 마련된 법규정을 법규정에서는 다루고 있지 않는 X와 유사한 법률요건 Y에 적용하는 것을 말한다. 이같은 유추적용이 허용되기 위해서는 X법률요건과 Y법률요건은 유사해야 하는데, 유사하다는 것은 단지 법률요건의 외관이나 현실적 결과가 유사하다는 뜻이 아니라, 동일한 法的 價値評價(rechtliche Bewertung)를 할 수 있음을 의미한다.<sup>6)</sup>

대상판결은 앞서 열거한 이른바 특별한 사정을 들어 영업양도의 요건인 同一性 및 一體性과 「마찬가지」로 볼 수 있다는 표현을 하고 있다. 「마찬가지」란 결국 「一體性도 없고 同一性도 없지만, 있는 것과 같다」라는 뜻인데, 이런 모호한 명제가 법적 판단의 기준이 될 수 있는지 의문이다. 영업양도에 관한 한 同一性과 一體性이란 양도전후의 영업의 존속양상과 이전대상의 포괄성을 표현하는 정형화된 개념으로서 이에 해당하면 구비한 것이고, 이에 해당하지 않으면 구비하지 못한 것이지, 이와 「마찬가지」라는 中間概念은 법적의미를 갖지 못한다. 대상판결의 사실관계를 抽象化해 말하자면, 「本質的인 영업재산은 양도인이외의 자로부터 취득하고 非本質적인 영업재산만을 양도인으로부터 취득하여 영업을 재구성한 것」이 되는데, 이를 양도인의 영업재산을 一體的으로 同一性을 유지하면서 이전받은 것과 「마찬가지」라고 말할 수는 없다. 즉 대상판결의 사안과 같은 법률관계는 類推解釋의 대상이 될 수가 없는 것이다.

6) Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3 Aufl. Springer, S. 203.

### 3. 立法趣旨와의 乖離

체육시설법 제30조 제1항은 체육시설의 영업주체의 변동에 불구하고 기존의 회원에게 안정적인 이용권 내지는 前사업자에 대한 채권을 보호하려는 취지에서 둔 消費者保護法的인 규정임은 기술한 바와 같다. 그러면 제3항은 어떠한 취지에서 나온 것인가? 체육시설의 영업은 동법 제12조에 따른 사업계획승인을 받은 후 제11조가 규정하는 기준시설을 완성시키고 시설의 종류에 따라 등록 혹은 신고를 함으로써 개시된다. 그러나 체육시설법은 체육시설이 거액의 투자를 요하는 점을 고려하여, 그 투자비의 일부를 장차의 수익자인 회원들로부터 조달할 수 있도록 사업계획승인후에는 완성전이라도 회원모집을 허용하고 있다(동법 제19조). 이 규정에 의해 모집한 회원에 관한 이미 영업을 개시된 것과 다름이 없으므로 이 단계에서 체육시설의 건설주체가 변경될 경우 회원의 보호가 필요함은 완성된 체육시설이 양도되는 경우와 차이가 없다. 체육시설법 제30조 제3항은 이러한 취지에서 둔 규정이고, 따라서 제3항은 제1항과 마찬가지로 완성전의 시설이 一體性を 가지고 同一性を 유지하며 이전될 경우에 적용될 수 있는 것이다. 판례가 제30조 제3항의 적용대상을 영업양도에 수반하여 사업계획승인이 승계된 때로 한정함은 이러한 입법취지를 존중한 것이다.<sup>7)</sup>

대상판결의 사안에서처럼 대부분의 체육시설이 사업자의 관리를 떠나 경매에 붙여진 상태라면 이미 체육시설이라는 것이 존재하지 않으므로 前사업자가 모집한 회원은 전사업자에 대한 단순한 채권자에 불과하고(後述), 체육시설법이 보호하고자 하는 消費者로서의 의미를 갖지 못한다. 그럼에도 불구하고 이에 대해 정상적인 영업양도가 이루어진 경우에 소비자를 보호하려는 규정을 적용하고자 함은 立法趣旨로부터 크게 괴리된 해석이다.

만일 제3자가 체육시설을 경매로 취득한 후 별도의 사업계획승인을 받는다면 제30조 제3항을 적용할 여지가 전혀 없을 것이다. 그리고 사업계획승인이라는 것은 체육시설의 설치공사를 합법적으로 하기 위한 자격에 불과하다.<sup>8)</sup> 이같이 行政團東法상의 資格에 불과한 사업계획승인을 승계하는 것에 대해 대상판결과 같이 私法的 權利의 변동이라는 과도한 효과를 부여하는 것은 사업계획승인이라는 제도의 立法趣旨에도 어긋나는 해석이다.

7) 전계, 대법원 2004다10213.

8) 前註 대법원판결의 표현이다.

#### 4. 法律關係의 本質로부터의 乖離

대상판결은 체육시설이 경매에 붙여진 상태에서 前사업자와 會員들간에 형성되는 법률관계의 본질을 간과하고 있다. 대상판결의 사안과 같이 체육시설업자의 資力이 소진하여 체육시설의 건설이 중단되고 그 영업재산이 경매절차에 들어 간 단계에서는 「體育施設」이라는 것 자체가 존재하지 아니하므로 前사업자의 체육시설업은 이미 廢業된 것으로 보아야 한다. 체육시설이 폐업된 상태에서 체육시설업이 양도된다는 것 자체가 모순된 명제이다.

이로 인해 회원들의 법적지위가 어떻게 변질되는지도 고려해야 한다. 체육시설이 존재하지 않게 된 이상, 前사업자와 회원들간에 이루어진 利用契約(회원모집계약)은 목적을 이룰 수 없으므로 履行不能이 된다. 그리하여 전사업자에 대해 회원이 갖는 권리는 영업상의 채권이라는 의미를 상실하고, 회원의 권리는 契約의 解除를 통한 원상회복으로서 기납부한 입회금의 返還債權 및 損害賠償債權으로 전환된다. 이 채권은 영업재산의 競落代金에 대한 配當要求로 행사될 수 있고 전사업자의 다른 재산을 責任財産으로 하여 행사될 수 있다.

이같이 競賣로 계기로 전혀 성질을 달리하는 권리로 변질된 會員權이 제3자가 사업계획승인을 승계하였다고 해서 다시 제3자에 대한 會員權으로 부활한다는 것은 법논리적으로 성립할 수 없는 명제이다.

#### 5. 法益不均衡의 초래

무릇 法の 解釋과 執行에 있어서는 그로 인해 당해 법률관계의 당사자들에게 어떻게 利害가 配分되는지를 고려하여야 한다. 각자의 권리와 책임에 부합하는 이해의 배분이 있어야 하는 것이다. 그러나 대상판결은 利害配分の 均衡을 현저히 결하고 있다. 이 판결로 인해 이해의 영향을 받는 자로서는 前사업자, 회원, 경락을 받은 사업계획승인의 승계인(이하 “승계인”이라 한다)이 있으며, 이 판결이 사회에 미치는 영향이 클 것이므로 社會 또한 넓은 의미의 이해당사자의 하나이다. 그리고 이들의 이해는 당해 사건에서의 그것과 향후 이 판례로 인해 형성될 장차의 이해로 구분해 볼 수 있다.

##### (1) 당해 사건에서의 法益 均衡 문제

1) 이 판결로 인한 최대의 피해자는 물론 승계인이다. 대상판결이 언급한 바와 같이 前사업자와 승계인간에 회원에 관한 권리의무를 승계하기로

약정한 바 없으니, 승계인으로서의 회원의 승계는 예상하지 못했던 손실이 될 것이다. 승계인에게 이러한 부담을 주는 것이 과연 합리적이거나 부득이한 이익조정인지 의문이다.

이 사건 골프장 부지의 경매절차에서는 前사업자와 承繼人의 협상에 의해 가격이 결정되는 것이 아니라는 점을 유의해야 한다. 통상의 영업양도에서는 양도인과 양수인간의 협의에 의해 가격이 결정된다. 이 단계에서 양자는 會員의 承繼에 대한 부담을 가격에 반영시킬 수 있다. 예컨대 영업재산의 가치는 1억원이지만 회원승계로 인한 부담을 7천만으로 평가하여 양도가액을 3천만원으로 하는 것과 같다.

그러나 경매절차에서는 당해 토지에 대해 다양한 용도를 구상하는 불특정 다수인이 呼價에 참여하는 까닭에 會員 承繼의 부담이 가격에 반영될 수 없다. 예컨대 종전과 같이 골프장을 운영하려는 자(예:이 사건의 C)가 회원승계의 부담을 고려하여 3천만의 대금을 제시하더라도 그 대지에 아파트를 건설하려는 자는 회원승계의 부담이 없어 1억원을 제시할 것이므로 결국 競賣價는 취득의 목적에 대해서는 中立的으로 토지의 客觀的 價値에 따라 결정될 수 밖에 없는 것이다. 따라서 승계인은 회원승계의 부담을 고려하지 않은 가격으로 문제의 골프장부지를 경락받은 것이다. 바로 이 점이 승계인에게 회원승계의 부담을 주는 것이 불합리하다고 판단되는 요인이다. 동시에 이 점은 당사자간에 정상적인 거래를 통해서 영업을 이전될 때에 한해 회원승계가 합리화될 수 있는 이유이기도 하다.

2) 대상판결은 前사업자가 모집한 회원들에게 은혜적인 이익을 부여하고 있다. 경매전에 회원들을 위한 책임재산은 抵當權이 설정된 골프장 부지이었다. 따라서 회원들은 前사업자의 재산에서 피담보채권을 공제한 잔액에 한해 자기의 채권을 실현할 수 있었다. 그러나 경락후 승계인에게 회원승계의 부담을 지운 결과 회원들은 抵當權의 부담이 없는 토지를 責任財産으로 얻게 되었다. 체육시설법 제30조 제1항 및 제3항은 회원들에게 없던 이익을 부여하려는 취지에서 만들어진 것이 아니고, 양도이전에 가졌던 경제적 이익을 유지시키려는 취지에서 두어진 규정인 것을 감안하면 대상판결은 입법취지와는 동떨어지게, 회원들에게는 횡재성의 이익을, 승계인에게는 불측의 손해를 가져다 주었다고 말할 수 있다.

3) 前사업자의 득실은 어찌 되는가? 승계인이 회원을 승계한 결과 前사업자의 채무가 소멸하였다. 전사업자와 승계인간에 채무승계의 약정이 없었음을 감안하면 이 역시 前사업자에게는 예상밖의 이득임은 물론이다. 여기서

前사업자와 승계인간의 구상관계가 어찌 되느냐는 문제가 제기되는데, 이 점 체육시설법 제30조에서 해결하는 바 없다. 승계인이 전사업자의 채무를 변제한 것으로 보아 구상권을 갖는다고 볼 수도 있겠지만, 체육시설법이 前사업자와 승계인의 관계를 해결한 것으로 보아 구상관계를 부정하는 해석도 가능한데, 후자로 해석한다면, 승계인의 희생하에 전사업자에게 자신이 치룬 대가를 넘는 이익을 부여하는 셈이다.

## (2) 體育施設産業에의 영향

대상판결의 사안에서는 이해관계가 위와 같이 정리되지만, 대상판결의 이론이 동일한 사건의 해결법리로 고착된다면 앞으로 체육시설업의 당사자에게는 물론 사회적으로도 매우 왜곡된 경제적 효과를 가져온다. 다음과 같은 결과가 예상되기 때문이다.

앞으로는 체육시설에 대한 競賣에서는 동일한 체육시설업을 목적으로 하는 자는 경매에 참여할 수 없다. 會員承繼의 부담 때문이다. 그러므로 이 경매에는 경매채산을 다른 용도로 전환하려는 자만이 참가할 것이다. 쉽게 말해 골프장이 경매에 붙여진다면 골프장 영업을 하려는 자는 경매에 참가할 수 없고, 아파트를 건설하려는 자가 경락받을 것인즉 이 골프장은 아파트로 변형될 수밖에 없는 것이다. 이는 체육시설이라는 社會資本이 사라지는 것을 의미하므로 사회적으로 손실이 아닐 수 없다.

이러한 현상은 前사업자와 그 債權者들에게도 막대한 손실을 초래한다. 골프장은 토지에 조경공사가 추가되어 완성된다. 단순한 토지의 가치를 7천만원이라 하고 소요된 조경공사비를 3천만원이라 하자. 조경공사비 3천만원은 競落人이 계속 골프장으로 이용한다는 것이 전제가 되어야 낙찰가에 반영될 수 있다. 하지만 골프장으로의 사용은 위와 같은 이유로 사실상 금지되므로 이 골프장은 예컨대 아파트건설업자나 목장업자에게 매각될 수밖에 없고, 그들에게 있어 조경은 무의미하니 경락가는 7천만원이 될수 밖에 없다. 요컨대 대상판결은 골프장의 경락가를 낮추고 나아가 골프장의 채권자 모두를 위한 責任財産의 가액을 낮추는 효과를 가져오는 것이다. 경락가를 낮춘 결과는 前사업자에게는 물론 회원들에게 배당의 여력이 감소함을 의미하므로 이들 역시 손해를 입게 됨을 의미한다. 결국 대상판결의 이론은 오로지 이 사건의 會員만 보호할 뿐, 이후의 동일한 사건에 있어서는 조경된 골프장을 裸地化함으로써 누구에게나 손실을 가져오는 결과를 초래하게 되는 것이다.

## V. 營業讓渡 概念論의 法理的 背景

### 1. 概念論의 法理的 位相

대상판결은 영업양도의 개념론을 전개함에 있어 일응 새로운 관찰법을 시도하였으나, 결국은 당사자들의 이해배분을 왜곡시키고 있다. 이는 상법상의 영업양도의 原論的 法理에 관한 고려가 소홀했기 때문이라고 생각된다. 채육시설법의 특칙은 기본적으로는 商法상의 營業讓渡에 관한 법리를 기초로 하고 있으므로 올바른 결론에 도달하기 위해서는 상법상의 영업양도의 법리에 관한 이해가 선행되어야 한다고 생각되므로 이하 영업양도제도의 법리적 배경과 판례이론을 살펴본다.

상법상 영업양도에 대해 주어지는 효과는 다음 세가지이다.

첫째, 양도인이 競業禁止義務를 진다(상법 제42조 제1항). 영업양도인은 다른 약정이 없는 한 10년간 동일한 지역에서 동종영업을 하지 못한다.

둘째, 양수인이 양도인의 商號를 續用할 경우에는 양도인의 영업상의 채무에 대해 변제책임을 진다(상법 제42조 제1항).

셋째, 商號를 續用한 경우 영업상의 채무자가 선의이며 중대한 과실없이 양수인에게 변제한 경우에는 채무변제의 효력이 있다(상법 제43조).

영업이 양도되면 이같이 중대한 권리의무의 변화가 생기므로 양도당사자와 채권자·채무자에게는 영업에 관련된 무엇인가가 이전되었을 때에 그것이 영업양도에 해당하느냐 않느냐는 것이 매우 중대한 이해가 걸린 문제이다. 이는 결국 영업양도의 개념을 어떻게 정의하느냐는 문제이다. 이 논의에 앞서 우리 상법상의 영업양도에 관한 법제의 연혁을 간단히 살펴보고 영업양도에 대해 이같은 법효과를 부여하는 타당근거가 무엇인지를 살펴보는 것이 도움이 되리라 생각한다.

### 2. 沿革

영업상의 채무에 대해 양수인이 책임을 지는 제도는 19세기 초의 獨逸의 慣習法에 유래한다. 초기에는 상관습법으로 존재하다가, 후에 1987년에 제정된 독일 商法典(Handelsgesetzbuch;HGB, 1987년)으로 편입되었다. 관습법시대에는 商號續用에 관계없이 영업양수인이 영업채무에 대해 책임을 지도록 하였으나, 상법전에 成文化되면서 商號를 續用하는 자에 국한하여 책임지는 것으로 하였다(동법 제25조).<sup>9)</sup> 그리고 독일 상법에서는 우리 상법 제41조와

같이 양도인의 경업을 금지하는 명문의 규정은 두지 않고, 해석론으로서信義則(독일민법 제157조, 제242조)에 근거하여 같은 의무를 과하고 있다.<sup>10)</sup>

日本은 독일법을 본받아 상법을 제정하였지만(1899년), 제정당시에는 양도인의 영업금지에 관한 규정만 두었다가(日商法 제25조), 1938년 상법을 개정하면서 양수인의 변제책임과 채무자의 선의의 변제에 관한 규정들을 추가하였다(日商法 제26조-제29조: 우리 상법 제42조 내지 제45조에 해당). 日本商法은 주지하는 바와 같이 식민지시대에 우리나라에 依用되다가 해방후 우리의 舊商法으로 적용되었으며, 1962년 新商法(현행 상법)이 제정되면서 일본상법의 이 규정들은 위치만 바뀐 채 대체로 같은 내용을 유지하고 있다(상법 제41조 -45조).

우리 상법상의 영업양도에 관한 법체계가 독일 및 일본과 약간 상이함에 주의를 요한다. 우리 상법은 「제1편 총칙」에 제7장을 두어 영업양도를 독립된 장으로 취급하고 있다. 그러나 독일상법에서는 영업양도에 관해 별개의 장을 두지 않고, 商號에 관한 章에서 다루고 있으며(제1편 총칙 제3장 상호(Handelsfirma) 제17조-제37조a), 일본 상법도 독일의 예를 좇아 商號에 관한 章에서 다루고 있다(第1編 總則 第4章 商號). 이는 후술하는 바와 같이 양수인의 책임발생의 근거가 商號의 續用에 있기 때문이다.

이상과 같이 연혁적으로 우리 상법상의 영업양도로 인한 양수인의 책임제도는 독일법에 기원하여 일본상법을 거쳐 도입되었고, 그 내용도 거의 동일하므로 영업양도의 개념 역시 독일과 일본에서의 이해와 괴리될 수 없다고 하겠다.

### 3. 營業讓渡 관련 法規定の 妥當根據

다음으로 상법상 영업양도에 대해 주어지는 법적 효과의 타당근거를 살펴보기로 한다. 우선 양도인의 경업을 금지하는 제도(상법 제41조)의 타당근거가 무엇인지 생각해 본다. 이는 영업양수인이 목적하고 기대하는 영업양도의 경제적 효과에서 찾을 수 있다. 상인이 새로운 사업에 진출할 때에 모든 설비와 인력을 새롭게 구성하여 창업을 하는 대신에 타인의 영업을 양수하는 방법을 선택하는 까닭은, 양도인이 개척한 시장을 활용할 수 있고, 축적된 영업기술을 이용함으로써 시행착오를 줄일 수 있고, 양도인이 형성한 신용을 활용할 수 있는 이점이 있기 때문이다. 그러므로 영업을 양도할 때에는 영업

9) 土肥一史, "營業讓受人の債務責任—ドイツ商法典25条の成立過程—, "福岡大学「法学論叢」22卷3、4号(1978)、469面。

10) Claus-Wilhelm Canaris, Hnadelsrecht, 23. Aufl. C.H.Beck, 2000, S. 175.

설비의 시장가액에 더하여 [+a]라는 추가의 대가가 치루어지는 것이 보통이다. 이같이 [+a]의 대가를 치루는 양수인의 기대가 충족되기 위해서는 영업의 양도이전에 양도인이 누렸던 제한된 의미에서의 獨占 상태가 양수인의 단계에서도 유지되어야 한다. 그렇지 않고 양도인의 경업이 허용된다면 양수인은 양도인이 축적한 영업기술과 시장을 양도인과 공유하게 되므로 양수인이 누리는 경제적이익은 그가 치룬 대가와 균형이 맞지 않게 되는 것이다. 때문에 상법에서는 양도인의 경업을 일정기간 제한함으로써 양도당사자간에 있어 양수인에게 독점의 기회를 부여하는 것이다. 기술한 바와 같이 독일법학에서는 이를 信義則상의 의무로 이해하는데, 이는 양도당사자간의 契約의 目的을 달성하기 위해 경업금지가 필요하다는 뜻이다.<sup>11)12)</sup>

그러면 商號를 續用하는 讓受人이 영업채무에 대해 책임을 져야 하는 이유는 무엇인가? 독일에서는 이를 다음과 같이 설명한다. 영업거래에 있어 상호는 영업의 주체를 인식하는 근거가 된다는 점에 주목하고, 영업양도가 있을 경우 상호의 속용으로 인해 자신의 이해에 중대한 상황이 전개된 사실을 알지 못하는 제3자가 불리한 지위에 놓이지 않도록 배려할 거래상의 필요성에 근거한다고 설명한다.<sup>13)</sup> 일본 상법에 제26조 이하를 신설할 당시 그 입법이유를 설명한 것을 보면 독일에서의 설명과 대체로 같으며,<sup>14)</sup> 우리나라에서는 대부분 상호속용으로 형성된 외관을 신뢰한 자를 보호하기 위한 제도로 설명하는데,<sup>15)</sup> 결국 독일에서의 설명과 같다고 할 수 있다.

한편 독일에서는 HGB 초기시절에 영업은 법률상 권리주체는 아니지만, 자기완결적 총체 내지는 권리의 집합체(universitas juris)를 구성하고, 이에 각종의 유무형자산과 함께 채무도 그 일부로서 존속한다는 영업관을 가지고 이에 양수인의 책임의 근거를 찾는 이론이 있었고, 일본에서도 그 영향을 받은 것으로 짐작되는데, 영업채무는 영업재산으로 담보되는 것이므로 영업재산의 새로운 소유자인 양수인이 책임져야 한다고 설명하는 소수설이 있다.<sup>16)</sup> 그러나 이같은 입장에서는 양수인이 債務不引受 廣告나 登記에 의해 면책되는 현상을 설명할 수 없으므로 현재 이러한 설을 주장하는 학설은 찾기 어렵다. 그러나 우리 판례중에는 상법 제42조의 타당근거를 독일학설과 같이

11) 前註.

12) 한편 우리 헌법재판소는 상법 제41조를 당사자간에 경업여부에 관한 약정이 없을 경우에 그 의사를 보충하는 규정으로 보며, 경업금지의무를 과하는 것이 당사자의 합리적 의사라고 보고 있다(헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 94헌가5 결정).

13) Wolfgang Holdebrandt, Schlegelberger Handelsgesetzbuch, 5 Aufl., Franz Vahlen, §25 Anm. 1 u. 1a.

14) 土肥, 전제, 465면.

15) 孫珠瓚鄭東潤, 「註釋 商法」[總則·商行爲(1)], 韓國司法行政學會, 2003, 322면; 拙稿, 「商法總則·商行爲」(제5판), 박영사, 2006, 239면.

16) 服部榮三, 「商法總則」(第三版), 青林書院新社, 1983, 418면.

설명하면서도 일본의 小數說을 가미하여 설명한 것도 있다.<sup>17)</sup>

결국 영업상의 채무에 관해 상호를 속용하는 양수인의 책임을 묻는 제도는 채권자가 영업주의 교체를 인식하기 어려워 채권회수의 기회를 놓치기 쉽다는 점에 근거한다고 볼 수 있다. 그렇다면 商號續用과 더불어 상법 제42조의 요건을 이루는 營業의 讓渡란 營業主體의 변동을 제3자가 인식하기 어렵다는 특성을 내포하고 있다고 할 수 있다. 다시 말해 영업의 양도는 영업주체의 교체를 인식하기 어려울 정도로 양도전후에 「營業의 同一性」이 유지되는 것을 개념적 특징으로 한다는 결론에 이르는 것이다.

#### 4. 營業讓渡의 概念에 관한 判例理論

영업양도개념의 중대성으로 인해 舊商法시대부터 일본의 상법학계에서는 영업양도의 개념에 관한 논쟁이 있어왔다. 영업의 물적 요소에 중점을 두어 영업을 유기체로 파악하고 이 유기체로서 영업재산을 양도하는 것이라는 영업유기체양도설, 영업에 고유한 사실관계 내지 영업조직을 양도하는 것이라는 영업조직양도설, 영업주의 지위이전에 중점을 두어 영업자로서의 지위가 교체되는 것이라는 지위교체승계설, 영업자지위의 인계와 영업재산의 이전이라는 두 개의 요소가 포함된 행위라는 지위·재산이전설 등이 있었다. 이 학설들은 우리나라에서도 소개되어 일부는 국내의 학설로 소화되기도 하였으나, 오랜 기간에 걸쳐 大法院判例가 일관된 이론을 제시하고 있어, 현재는 학설도 이를 좇아 영업의 양도를 정의하고 있다. 이하 판례이론을 소개한다.

##### (1) 營業讓渡의 實體的 要件

최근의 판례에서는 영업 및 영업양도를 다음과 같이 정의하고 있다.

「...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 이

17) 대법원 1989.12.26. 선고 88다카10128판결: 「상법 제42조 제1항은 ... 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 사실이, 또는 영업양도에도 불구하고 채무의 승계가 이루어지지 않은 사실이 각각 대외적으로 판명되기 어려운 방법)이 채용된 경우에 양수인에게도 변제의 책임을 지우기 위하여 마련된 규정이다.」

와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻하는 것이[다.]」<sup>18)</sup>

요체는 일관되지만, 판례에 따라서는 표현을 조금씩 달리하기도 한다. 과거의 판례중에는 다음과 같이 競業禁止義務와 연결시키며 同一性の維持를 강조한 것이 있다.

「…[영업]양도란 … 양도인이 그 재산으로 경영하고 있던 영업활동의 전부나 중요한 일부를 양수인으로 하여금 인계받게 하여 양도인이 그 양도한 한도에 따라 법률상 당연히 같은 규정상의 영업금지의무를 지는 결과를 수반하는 것이라고 풀이해야 하는 것이 마땅하므로 결국 영업의 양도란 … 기능재산의 동일성이 유지된 일괄이전을 의미하는 것이라고 보아야 한다.」<sup>19)</sup>

요컨대 판례가 이해하는 영업양도의 개념은 영업목적에 의해 조직화된 기능적 재산이 一體성과 同一性を 유지하면서 이전되는 것이라고 정의할 수 있다. 그러나 구체적인 사안에서 과연 이러한 요건을 충족하였는지를 판단하는 것은 역시 어려운 문제인데, 판례는 다음과 같은 기준을 제시하고 있다.

## (2) 營業讓渡의 判斷基準

판례는 영업양도인지 여부는 「양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다」라고 설명한다.<sup>20)</sup>

이 역시 영업양도로 보기 위해서는 양도를 전후하여 영업의 주체를 빼고는 營業의 同一성이 유지되어야 한다는 뜻으로 파악되는데, 다른 판례에서는 이 同一性の維持를 달리 표현하여, 「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 하는 것이므로 예컨대, 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는[다.]」라고 설명하고 있다.<sup>21)</sup>

또 다른 판례에서는 「양수인이 당해 분야의 영업을 경영함에 있어서 무(無)

18) 대법원 2005. 7. 22선고 2005다602판결. 이 판례의 평석으로 李東信, “상법상 영업양도의 의미와 그 판단 기준 및 이에 관한 사례,” 법원도서관, 「대법원판례해설」 제57호, 368면 이하 참조.

19) 대법원 1989. 12. 26.선고 88다카10128판결;同 2005. 7. 22선고 2005다602판결.

20) 대법원 1998. 4. 14. 선고 96다8826 판결;同 2005. 7. 22선고 2005다602판결.

21) 대법원 1989. 12. 26.선고 88다카10128판결;同 1998. 4. 14. 선고 96다8826판결;同 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결;同 2003. 5. 30. 선고 2002다23826.

로부터 출발하지 않고...양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속할 수 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다」고 표현하고 있다.<sup>22)</sup>

위 세 건의 판례가 각기 영업양도의 판단기준으로 제시하는 것은, 1) 양도의 대상이 되는 것은 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산이어야 한다는 것, 2) 종전의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있어야 한다는 것, 3) 양수인이 영업을 함에 있어 無로부터 출발하지 않고 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속할 수 있어야 한다는 것이다. 이는 결국 영업주를 제외한 영업을 實體가 一體性을 가지고 이전되어 영업을 同一性이 유지되어야 한다는 것을 달리 표현한 말이다. 위의 두 번째 판례가 말하는 「영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업양도가 되지 않는다」는 것은 營業讓渡의 消極要件을 설명한 기준으로서 그 實用性이 높다. 「組織을 解體」한다는 표현에 대해 구체적인 설명은 없지만, 위의 적극요건과 연결하여 그 의미를 새겨 보면, 영업용재산이 종전의 영업과는 무관하게 個體性을 가지고 평가되어 양도되는 것을 의미하는 것으로 이해된다. 구체적으로 말하자면, 영업재산의 일부만 매각된 경우에는 물론, 영업재산의 전부를 양도하고 또 동업종의 영업자에게 양도하더라도 營業組織의 한 구성요소로서의 의미를 상실한 채 낱낱의 재산을 집합한 형태로 양도한다면 이를 영업양도라 할 수는 없는 것이다.<sup>23)</sup>

영업재산의 이전양상에 더하여, 판례는 영업양도여부의 판단에 있어 人的組織의 승계를 매우 중요시한다. 그리하여 영업을 물적설비 일체를 양도하였으나, 종업원을 전원 해고한 경우에는 영업을 양도가 아니라고 한 판례가 많다.<sup>24)</sup> 한편 종업원의 승계여부는 근로기준법상의 보호와 연결되는 문제이므로, 종업원을 전원 해고한 경우에는 영업양도가 아니라는 논리와는 반대로, 영업양도에 해당한다는 판단을 거친 후 그러므로 고용관계가 승계되었다거나, 종업원의 불승계는 부당해고(근로기준법 제27조 제1항)에 해당한다고 한 판례도 있다.<sup>25)</sup>

22) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다35085.

23) 과거 삼미특수강이라는 회사가 누적된 적자를 해결하는 방안으로서 사업의 일부인 봉강강관부문의 영업을 정리하기로 하고 그 자산 전부를 포항제철(현 포스코)의 자회사에게 양도하였다. 그리고 포스코는 삼미특수강의 同 사업부문에 근무하던 종업원의 60% 정도를 신규채용의 형식으로 고용하였다. 이 사건에서 신규채용에 탈락된 종업원들이 영업양도임을 주장하면서 양수회사의 고용승계를 청구하였다. 그러나 법원은 자산의 전부를 양수하더라도 영업조직을 해체한 상태에서 양도한다면 영업양도가 될 수 없다는 일반론을 제시한 후, 당초 양도당사회사간에 종업원을 승계하지 않기로 약정하였으며, 양수후 시설을 활용하여 생산활동을 하였으나, 생산체계를 바꾸고 주종상품의 생산을 대폭 감축하고 주력사업부문을 변경하였으며, 생산기술도 종전의 것을 승계하지 않고 포항제철로부터 지원받았으며, 종전의 거래처도 10-20% 정도만 유지하고 전부 교체한 점을 들어 영업양도로 볼 수 없다고 판시하였다(대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결).

24) 대법원 1995. 7. 25. 선고 95다7978판결 외 다수.

25) 대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225;同 1994. 6. 2. 선고 93다33173;同 2005. 2. 25. 선고 2004다34790.

### (3) 營業讓渡의 契約的 性格

영업양도의 실제적 개념요소는 이상 설명한 바와 같지만, 영업양도이기 위해서는 또 하나의 중요한 요건이 갖추어져야 한다. 영업의 이전 형식의 문제이다. 영업양도는 債權契約이므로 당사자간에 영업재산을 그 同一性を 유지시키면서 一體로서 이전하려는 合意가 존재해야 한다.<sup>26)</sup> 다시 말해 단순히 영업재산을 이전한다는 합의가 아니라 영업재산의 동일성을 유지하면서 일체로서 이전한다는 合意가 존재해야 하는 것이다.<sup>27)</sup> 그리하여 판례는 사실상·경제적으로 볼 때 결과적으로 영업양도가 있는 것과 같은 상태가 된 것으로 볼 수 있는 경우에도 양도당사자간에 이러한 동일성, 일체성을 갖는 이전의 合意가 없으면 영업양도가 아니라고 한다.<sup>28)</sup>

## 5. 小結

判例가 일관되게 一體성과 同一성을 강조하고 당사자의 合意에 의해 이전행위가 있어야 한다고 함은 어떤 이유에서인가? 기술한 바와 같이 영업양도의 개념은 상법이 정하는 法的效果를 正當化할 수 있는 내용으로 정해져야 하기 때문이다. 양도인에게 경업금지의무를 과하고, 상호를 속용한다는 이유로 타인의 채무를 양수인에게 전가하는 것을 정당화하자면 이 제도의 연혁적 배경에서 알 수 있듯이 양수인의 입장에서는 타인의 영업을 인수한 목적을 달성할 수 있어야 하고, 제3자의 입장에서는 영업주체의 변동을 깨닫지 못할 정도의 동일성이 유지되어야 하는 것이다. 또한 이러한 법적 효과는 기본적으로 당사자의 예측하에 그리고 그 의사에 기해서만 정당화될 수 있는 것이므로 영업의 이전은 양도인과 양수인의 合意에 의해 이전되어야 하는 것이다.

## VI. 체육시설에 관한 營業讓渡의 合理的 判斷基準

### 1. 完成 前後 讓渡의 差別性

26) 「상법상의 영업양도는 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산인 영업재산을 그 동일성을 유지시키면서 일체로서 이전하는 債權계약이므로 이러한 영업양도계약이 있었음이 전체가 되어야 [한다.](밑줄은 筆者)」(대법원 2005. 7. 22선고 2005다602판결). 독일에서도 영업양도는 채권계약(schuldrechtlicher Vertrag)으로 설명한다(다음 註 참조).

27) Claus-Canaris, a.a.O., S. 175f.

28) 註 23 判例.

대법원 판례는 기술한 바와 같이 제30조 제3항에 의해 제1항이 준용될 수 있는 사실관계를 「사업계획승인의 승계만으로 족한 것이 아니라 완성전의 체육시설에 관한 영업의 양도, 사망, 합병을 수반하여 사업계획승인을 승계한 때」로 해석하고 있다.<sup>29)</sup> 이 해석은 체육시설법 제 30조 제3항이 단순히 사업계획승인의 승계만으로 회원에 관한 책임까지 승계한다고 해석할 경우 필연적으로 안게되는 違憲性을 피하기 위하여 목적론적인 해석을 시도한 것으로 보이기는 하나, 일반적으로 성문법의 해석에 있어 해석의 한계를 이루는 法文의 解釋可能한 意味(mögliches Sinnwort)와는 동떨어진 해석이다. 그리고 「완성전의 체육시설」이라는 점에만 착안한다면 이 단계에서는 영업이라는 것이 존재하지 않으니 「영업」의 양도라는 현상도 있을 수 없으므로 「영업양도를 수반하는 사업계획승인의 승계」를 의미한다는 것도 논리적인 모순이다.

체육시설법은 체육시설의 완공전이라도 사업계획의 승인을 얻은 자에 대해서는 회원의 모집을 허용하고 있다(동법 제19조 제1항). 체육시설업자의營業은 자신의 체육시설을 이용할 고객과 이용계약을 체결하는 것이므로 모집하는 것은 바로 체육시설업자의 營業行爲가 개시된 것을 의미한다. 다만 아직 체육시설이 완공되지 아니하여 고객이 현실로 체육시설을 이용할 수는 없으나, 고객의 시설이용의 가능여부는 고객모집의 商行爲性에 영향을 주는 바 없다. 또한 사업계획승인후 회원모집단계에서는 완공전이라고는 하나 회원을 유인할 요인이 될 어느 정도의 물적설비(예: 골프장 부지)는 갖추어져 있고, 회원모집을 위한 무형의 조직도 갖추고 있으므로 이 단계에서는 이미 영업이

29) 대 상관결 및 前註 대법원 판결. 이 점에 관해 前註判例는 다음과 같이 논리를 구성하고 있다.

「법 제30조 제3항이 들어가게 된 이유가 사업계획승인을 얻은 자는 법 제11조의 규정에 의한 시설을 갖추기 전에도 회원을 모집할 수 있었는데, 그 단계에서도 완성 전의 체육시설을 사업계획승인과 함께 승계하는 방법으로 그 사업을 계속할 수 있도록 할 필요성이 있었기 때문이었던 점, 등록체육시설업을 하고자 하는 자에 대한 법 제12조의 규정에 의한 사업계획승인은 체육시설의 설치공사를 합법적으로 하기 위한 자격에 불과하고, 체육시설을 완성할 토지 등 물적 조직을 떠난 사업계획승인이란 의미가 없는 것으로서 체육시설과 분리하여 양도하는 것이 허용되지 아니하는 점, 법이 2003. 5. 29. 법률 제6907호로 개정되어 법 제30조 제1항은 변동이 없으나, 제2항으로 "민사집행법에 의한 경매, 파산법에 의한 환가나 국세징수법·관세법 또는 지방세법에 의한 압류재산의 매각 그 밖에 이에 준하는 절차에 따라 문화관광부령이 정하는 체육시설업의 시설기준에 의한 필수시설을 인수한 자에 대하여는 제1항의 규정을 준용한다."는 규정이 신설되고, 제3항은 "제1항 및 제2항의 규정은 제12조의 규정에 의한 사업계획승인의 승계에 관하여 이를 준용한다."는 내용으로 개정되었는바, 개정법 제30조 제3항이 사업계획승인의 승계만을 전제로 한 것이라면 굳이 신설된 제2항의 규정을 준용할 필요가 없는 점에 비추어 볼 때, 개정법 제30조 제2항과 관련하여 제3항은 "완성 전의 체육시설의 필수시설을 경매, 환가 압류재산의 매각 등(이하 '경매 등'이라 한다)에 의하여 인수한 자가 사업계획승인을 승계한 때"로 새겨야 할 것이고, 이와 마찬가지로 법 제30조 제1항과 관련하여 제3항은 사업계획승인의 승계만으로 족한 것이 아니라 "완성 전의 체육시설에 관한 영업의 양도, 사망, 합병을 수반하여 사업계획승인을 승계한 때"로 새겨야 할 것이므로, 법 제30조 제3항의 취지는, 사업계획승인을 얻은 자가 체육시설의 설치공사를 완성하여 체육시설업을 신고·등록하기 이전의 단계에서 완성 전의 체육시설에 관한 영업의 양도, 사망, 합병으로 법 제12조에 의한 사업계획승인의 승계가 이루어진 경우 그 양수인, 상속인, 합병 후의 법인이 양도인 등 사업계획승인을 얻은 자의 그 승인에 따른 권리·의무 및 회원모집계약에 따른 지위를 승계한다는 것이라고 해석함이 상당하다 할 것이다.」

존재한다고 볼 수 있다. 그러므로 대상판결의 사안과 같이 골프장의 건설중에 회원을 모집하고 골프장을 양도한 경우에는 제30조 제1항이 규정하는 영업양도로 보는 것이 거래의 성격에 부합하지 않을까 생각된다. 이같이 볼 경우 제30조 제3항이 말하는 사업계획승인의 승계에 제1항을 준용해야 할 필요가 있는 경우란 이미 회원모집을 한 경우인데, 이는 항상 제1항의 적용대상이 되므로 회원에 대한 권리의무의 승계문제에 관한 한 사실상 제3항은 존재의의가 없다고 할 수 있다.

## 2. 體育施設의 營業讓渡의 當爲論的 概念

체육시설법 제30조 제1항은 상법상의 영업양도라는 용어를 차용하여 적용 대상으로 하는데, 동조항이 말하는 영업양도는 단지 용어의 차용에 그치고 별도의 의미를 갖는지, 아니면 상법 제41조의 영업양도의 개념을 차용한 것인지 의문이 제기될 수 있다. 이 의문의 해소를 위해 判例는 체육시설의 영업양도를 「영리를 목적으로 체육시설을 설치·경영하는 업을 수행하기 위하여 조직화된 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것」이라고 정의하고 있다.<sup>30)</sup> 이 개념정의에서는 영업양도 일반의 정의에서 營業을 體育施設業으로 교체하였을 뿐, 영업재산과 조직의 同一性和 一體性を 요구하는 점에서 차이가 없다. 실상 체육시설업이라는 것은 商法상의 營業의 일종이므로 그 양도의 정의 역시 달라질 이유는 없다.

그러나 체육시설법 제30조가 규정하는 영업양도인의 책임은 商法에 비해 더욱 무거운 것임을 주의하여야 한다. 상법에서와 달리 商號續用과 무관하게 양수인의 책임을 인정하고 양수인이 그 책임을 벗어날 길도 봉쇄하고 있다. 특히 동조 제3항은 아직 영업시설이 완성되지 않아 收益을 계량하기 어려운 상황에서 부담을 전가하므로 더욱이나 양수인의 危險負擔이 크다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 영업양도라는 개념의 外延을 크게 확장하는 해석론을 전개하였으나, 法益의 均衡으로 보아서는 오히려 체육시설법 제30조의 영업양도는 더욱 엄격히 해석하여야 한다. 다시 말해 체육시설법 제30조 제1항의 영업양도란 상법상의 영업양도에 비해 더욱 엄격한 기준에 의해 판단되어야 한다는 原則論을 제시할 수 있는 것이다.

필자는 완성전의 시설을 사업계획승인과 더불어 양도하는 것도 제30조 제1항의 적용문제로 보지만, 완성전에는 시설 자체가 조직화되어 있지 않고 個

30) 대상판결 및 대법원 2004. 10. 26. 선고 2004다10213판결;同2004. 11. 11. 선고 2004다31807판결.

體的으로 존재하므로 완성후의 시설을 양도하는 것과는 외관적인 차이를 보인다. 기존판례는 완성전의 체육시설의 영업양도를 「장차 체육시설의 설치공사를 완성하여 체육시설업을 등록할 것을 목적으로 하여 조직화된 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것」이라고 정의하였으며,<sup>31)</sup> 대상판결도 이 정의를 채택하였다. 이는 완성전 상태에서의 재산의 個體性에 불구하고 그것이 양도대상이 될 경우 組織性과 機能性을 부여하기 위한 정의이다. 기술한 바와 같이 영업양도라는 개념은 영업양도에 대해 법이 부여하는 효과를 정당화할 수 있는 내용으로 정의되어야 한다. 判例가 완성전임에도 불구하고 이같이 재산의 組織性 및 機能性을 요건으로 삼은 것은 바로 양수인의 회원승계를 정당화할 수 있는 사실관계를 찾아내기 위함이다. 이 판례의 개념론은 체육시설법 제30조 제1항의 해석론으로서 최선이라고 생각되는데, 이는 체육시설업자의 건설계획에 의하면 장차 계획된 체육시설이 완공될 것이 객관적으로 기대되고 그가 모집한 회원들에 의해서도 이용가능할 것으로 예상되는 財産 一體를 이전하는 것을 의미한다고 이해된다. 그리고 거듭 주의할 것은 一體的 移轉이란 양수도인의 「契約에 의한 移轉」을 말한다는 것이다. 競賣가 一體的 移轉에 포함될 수 없는 결정적 이유는 설령 그 所有가 양도인에 원천을 두었다 하더라도 양도인과 양수인이 移轉을 合意한 대상재산에서 제외되어 있다는 점이다. 이러한 의미에서도 대상판결의 판단이 옳지 않음을 거듭 확인할 수 있다.

## VIII. 立法論

이상 체육시설법 제30조가 회원에 대한 책임승계의 계기로 규정하는 영업양도의 개념을 상법상의 영업양도제도의 연혁과 입법적 정당성을 감안하여 정리하여 보았다. 하지만 해석론에 앞서 체육시설법 제30조는 입법론적으로 볼 때에 대단히 문제가 많은 규정이다. 우선 제30조 제2항은 영업양도라는 사실 자체가 존재하지 않음에도 불구하고 前사업자의 채무를 그의 의사와 무관하게 경매 등을 통해 재산을 취득한 자에게 전가하는 내용이다. 이 규정을 문리해석하면 체육시설을 경락받아 아파트를 건축하는 자도 책임을 벗어날 길이 없다. 책임을 지우는 법적 계기는 경매 등을 통해 재산을 취득하였다는 것외에는 있을 수 없는데, 경매에 응하는 행위에 이같이 災難性의 부담을 지우는 것을 정당화할 논리가 있을 리 없으므로 이는 違憲임이 명백하다. 제30조 제3항 역시 문리적으로 해석하면 위헌이라 함은 기술한 바와 같다.

31) 前註 判例.

판례가 영업양도의 수반을 요구함으로써 위헌성이 다소 완화되기는 하나, 인수할 책임과 비교계량할 수 있는 수익이 존재하지 않는 상태에서 과중한 책임을 과한다는 것은 相當性이 결여된 제도이다. 제1항은 영업중의 양도를 예상한 규정이기도 하나, 商號續用같은 외관적인 歸責要因이 없이 양수인에게 책임을 묻는 것은 체육시설에 관한 한 영업양도라는 거래를 실질적으로 제약하는 결과를 가져 오므로 기업의 자유와 재산권을 침해한다고 볼 소지가 있다(헌법 제15조, 제23조). 이는 집단성을 갖는 체육시설의 이용자들의 이익을 보호하기 위한 취지에서 비롯된 것이지만, 다른 집단적 소비자와 차별하여 특히 보호해야 할 명분이 있는지 의문이다. 더욱이 체육시설의 회원권이라는 것이 生必品的 재화가 아니고, 개중에는 거액의 투자자산을 이루는 것도 있고 보면 그 소유자를 두텁게 보호함은 法益의 均衡을 잃은 사고이다. 유사한 立法例를 보기 어렵다는 점도 체육시설법 제30조의 立法論的 反省의 소재로 삼아야 할 것이다.