

# 서울동부지방법원

## 제 13 민사부

### 판 결

사 건 2010가합16968 경업금지 등  
원 고 장OO  
피 고 안OO

### 주 문

1. 피고는,
  - 가. 2020. 7. 21.까지 서울특별시 광진구 지역에서 보신탕 판매 영업을 하여서는 아니되고,
  - 나. 서울 광진구 OO에서 '## 보신탕' 영업을 폐지하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 1/3은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

### 청 구 취 지

주문 제1항 및 피고는 원고에게 1,200만 원 및 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 다투는 날까지 연 20%의 비율에 의한 돈을 지급하라.

## 이 유

### 1. 기초사실

아래 사실들은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제3 내지 8호증, 을 제2, 3호증(가지번호 있는 경우 가지번호 포함)의 각 기재 내지 영상에 변론 전체의 취지를 종합하면 이를 인정할 수 있고, 반증이 없다.

가. 피고는 2010. 4.경 김OO으로부터 서울 광진구 구의동 지상 건물 중 1층 부분(원래 무당집으로 사용되어 있었다. 이하 '이 사건 점포'라 한다)을 임차하여, 그 무렵부터 이 사건 점포에서 '\*\*\* ## 집'이라는 상호로 보신탕 등을 판매하는 음식점을 운영하였다(이하, 이 사건 제1. 음식점'이라 한다).

나. 피고는 2010. 7. 22.경 원고와의 사이에, 피고는 원고에게 이 사건 제1. 음식점을 양도하고, 원고는 피고에게 시설비 등의 명목으로 1,200만 원을 지급하기로 약정하였다(이하, '이 사건 양도약정'이라 한다).

다. 이에 따라, 원고는 그 무렵 피고에게 1,200만 원을 지급하고, 피고로부터 이 사건 제1. 음식점의 상호, 전화번호, 비품 등을 인수하고, 약 5일 동안 보신탕 조리법 등을 전수받았다. 또한, 원고는 2010. 7. 22. 김OO과, 이 사건 점포에 관하여 보증금 700만 원, 월 차임 63만 원, 기간 2010. 7. 24.부터 2012. 7. 23.까지로 각 정한 임대차계약을 체결하고, 그 보증금 700만 원은 피고에게 지급하였다.

라. 원고는 2010. 8. 4. 피고가 사용하던 '\*\*\* ## 집'이란 상호로 사업자등록을 하고, 피고로부터 이 사건 제1. 음식점 영업을 승계한 데 대하여 면허세 18,000원을 납부하였으며, 그 무렵부터 이 사건 제1. 음식점에서 보신탕 판매 영업을 시작하였다.

마. 그런데, 피고는 2010. 7. 29.경 이 사건 제1. 음식점에서 직선거리로 약 540m 떨

어진 서울 광진구 지상 건물 중 1층 상가(이OO가 2010. 7. 28. 남OO, 최OO로부터 위 1층 상가를 임차하였다)에서 '## 보신탕'이라는 상호로 보신탕을 판매하는 음식점을 개설하여 영업하였다(이하, '이 사건 제2. 음식점'이라 한다).

바. 원고는 2010. 8. 17. 피고에게 이 사건 제1. 음식점과 동종영업인 이 사건 제2. 음식점의 영업중지를 구하는 내용의 내용증명을 발송하였는데, 이에 피고는 2010. 10. 14. 이OO 명의로 '##오리전문식당'이라는 상호로 사업자명의를 변경하고는, 이 사건 변론종결일 현재까지 계속하여 이 사건 제2. 음식점에서 보신탕을 판매하고 있다.

## 2. 원고의 주장

가. 피고는 원고에게 보신탕 판매영업인 이 사건 제1. 음식점 영업을 양도하였으므로 상법 제41조 제1항에 따른 경업금지의무가 있음에도, 이 사건 제1. 음식점으로부터 직 선거리로 약 540m 떨어진 곳에서 이 사건 제1. 음식점 영업과 동종영업인 이 사건 제 2. 음식점 영업을 하고 있으므로, 그 영업양도일로부터 10년간인 2020. 7. 21.까지 이 사건 제1. 음식점 소재지와 동일한 행정구역인 광진구 내에서의 보신탕영업 금지와 이 사건 제2. 음식점의 영업폐지를 각 구한다.

나. 위와 같은 피고의 경업금지의무 위반행위로 인하여, 원고는 피고가 고객을 이 사 건 제2. 음식점으로 유인한 만큼의 영업수익을 상실하는 손해를 입었으므로, 피고는 그 손해배상으로 원고에게, 원고가 이 사건 양도약정에 따라 피고에게 지급한 1,200만 원 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## 3. 판 단

가. 상법상 영업양도 해당 여부

1) 상법 제41조 제1항의 '영업'이란 일정한 영업 목적에 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 뜻하므로, 영업양도를 하였다고 볼 수 있는지의 여부는 양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 이러한 영업양도의 판단 기준은 인계·인수할 종업원이나 노하우, 거래처 등이 존재하지 아니하는 소규모 자영업의 경우에도 동일하게 적용된다(대법원 2009. 9. 14. 자 2009마1136 결정, 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다35138 판결 등 참조).

2) 위 법리에 비추어 살펴건대, 앞서 인정한 사실들에 의하여 알 수 있는, 원고는 이 사건 제1. 음식점을 인수하면서 피고의 이 사건 제1. 음식점 소재 건물에 관한 임차인의 지위를 승계하였고, 피고에게 시설비 등의 명목으로 1,200만 원을 지급하면서 피고로부터 이 사건 제1. 음식점의 상호, 전화번호, 비품 등을 인수받고, 보신탕 조리법을 전수받은 점, 원고는 피고로부터 이 사건 제1. 음식점을 인수받은 후 이를 개조하거나 영업종류, 영업행태 등을 변경하지 않고, 위와 같이 인수받은 상호와 전화번호 등을 계속 사용하면서 이 사건 제1. 음식점을 영업하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 피고는 원고에게 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능성재산인 이 사건 제1. 음식점 영업을 양도하였다고 봄이 상당하다.

#### 나. 경업금지청구에 관한 판단

1) 상법 제41조 제1항은 '영업을 양도한 경우에 다른 약정이 없으면 양도인은 10

년간 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·군에서 동종영업을 하지 못한다'고 규정하고 있는바, 이러한 경업금지의무는 영업양도인이 스스로 동종영업을 하거나 제3자를 내세워 동종영업을 하는 것을 금하는 내용의 의무이므로, 영업양도인이 그 부작위의무에 위반하여 영업을 창출한 경우 그 의무위반 상태를 해소하기 위하여는 영업을 폐지할 것이 요구되고, 그 영업을 타에 임대한다거나 양도한다 하더라도 그 영업의 실체가 남아있는 이상 의무위반 상태가 해소되는 것은 아니다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다37985 판결 참조).

2) 위 법리에 비추어 살피건대, 다른 특별한 사정이 없는 한 이 사건 제1. 음식점에 관한 영업양도인인 피고는, 그 영업양도일인 2010. 7. 22.부터 상법 제41조 제1항에서 정한 10년의 기간인 2020. 7. 21.까지 원고가 구하는 서울특별시 광진구 내에서 보신탕 판매 영업을 하여서는 아니되고, 피고가 그 경업금지의무를 위반하여 개설한 이 사건 제2. 음식점 영업을 폐지할 의무가 있다.

3) 이에 대하여 피고는, 원고의 이 사건 제1. 음식점 영업을 침해할 의도 없이 이 사건 제2. 음식점을 개설하여 영업한 것이므로 경업금지의무를 위반한 것이 아니라는 취지로 주장하나, 상법 제41조 제1항의 경업금지의무를 위반하였다고 보는 데에 그 침해 목적이 필요하지는 않으므로, 이와 다른 전제에 있는 피고의 위 주장은 이유 없다.

또한, 피고는, 피고가 이 사건 제2. 음식점을 이OO에게 양도하고 주방장으로서 근무하고 있을 뿐이므로, 이 사건 제2. 음식점 영업을 폐지할 의무가 없다는 취지로 주장하나, 피고가 이 사건 제2. 음식점을 개설함에 있어 이OO 명의로 임차한 점, 이 사건 제2. 음식점에 관한 그 사업자등록 명의자가 피고에서 이OO로 변경되고 그 상호가 변경된 후에도 피고가 주장방으로 근무하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 피고는 원고의

경업금지의무위반 주장을 회피하기 위하여 형식상 그 사업자명의만을 이OO로 변경하였다고 보이고, 가사 그렇지 않고 피고가 실질적으로 이 사건 제2. 음식점을 이OO에게 양도하였다 하더라도 이 사건 제2. 음식점 영업의 실체가 여전히 남아 있는 이상 피고의 경업금지의무 위반 상태가 해소되는 것은 아니므로, 피고의 위 주장 또한 어느 모로 보나 그 이유 없다.

다. 손해배상청구에 관한 판단

살피건대, 피고의 경업금지의무 위반으로 인하여 원고가 영업상의 손해를 입었다고 볼 아무런 증거가 없으므로, 이 부분 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

4. 결 론

그렇다면, 원고의 이 사건 각 청구 중 경업금지청구 부분은 이유 있어 이를 인용하고, 손해배상청구 부분은 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장      판사      김승표 \_\_\_\_\_

                         판사      이봉민 \_\_\_\_\_

                         판사      이혜린 \_\_\_\_\_