

제 6 장 商業登記

제1절 총설

상인은 영업에 관한 중요한 사항을 공시함으로써 거래의 원활과 안전을 도모하고 영업의 기초와 책임관계를 분명히 할 수 있으며, 공시사항에 관하여는 제3자에게 대항할 수 있다. 이러한 임무는 상업등기부가 담당하고 있는데, 이것은 상인 뿐만 아니라 그 거래상대방과 일반대중의 이익에도 기여한다. 즉, 상인의 거래상대방과 일반대중은 필요시에 등기부를 열람함으로써 미처 알지 못했던 내용으로 인하여 발생할 수도 있는 위험을 회피할 수 있다. 다시 말해 상업등기제도는 상법의 중요한 이념의 하나인 공시주의의 한 표현이다.

제2절 상업등기의 의의와 종류

제1 의의

상업등기란 상법의 규정에 따라 법원의 상업등기부에 완전상인(↔소상인)에 관한 법정사항을 법정의 절차에 따라 등기하는 것이다(제34조).

제2 종류

상업등기부에는 상호등기부, 미성년자등기부, 법정대리인등기부, 지배인등기부, 합명.합자.주식.유한.외국회사등기부 등의 9가지가 있다.

제3절 등기사항

상법상 등기사항으로는 상호.지배인에 관한 등기와 같이 상인 일반에 관한 사항, 미성년자.법정대리인에 의한 영업에 관한 등기와 같이 개인기업에 관한 사항, 회사의 설립.자본의 증감.사채의 발행.해산.청산.합병 등에 관한 등기와 같이 회사에 관한 사항이 있다.

제4절 등기절차

당사자의 등기신청 → 등기소의 심사 → 등기의 공시

제5절 상업등기의 효력

제1 일반적 효력

1. 등기전의 효력(소극적 공시력) -- 등기할 사항은 이를 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(37-1).
2. 등기후의 효력(적극적 공시력) -- 일정한 사항을 등기한 후에는 선의의 제3자에게도 등기사항을 대항할 수 있다. 다만 정당한 사유로 이를 알지 못한 선의의 제3자에게는 대항하지 못한다(37-2).
3. 부실등기의 효력 -- 고의 또는 과실로 인하여 사실과 상위한 사항을 등기한 자는 그 상위를 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(39). 이 규정은 등기사항을 믿은 선의의 제3자를 보호하기 위하여 권리외관대로의 효력을 인정하는 것이다.

제2 특수한 효력

1. 창설적 효력 -- 회사의 설립등기에 의하여 회사가 성립되고(172), 회사의 합병등기에 의하여 합병의 효력이 발생하는 것(234, 530-2, 603)과 같이 등기에 의하여 새로운 법률관계를 창설시키는 효력을 창설적 효력이라고 한다.
2. 보완적(치유적) 효력 -- 등기에 의해 등기의 전제요건이 되는 법률사항의 하자가 보완되는 효력으로서 회사설립 등기후에는 주식인수의 무효·취소사유

가 보완되는 효력이다(320).

3. 부수적 효력 -- 등기가 어떤 행위의 허용 또는 면책의 기준이 되는 경우에 이를 부수적 효력이라고 한다. 예를 들어 주식회사는 설립등기 후에만 주권을 발행할 수 있고(355-2), 합명회사.합자회사의 사원은 퇴사등기후 2년이 지나면 책임이 소멸하며(225-1, 269), 해산등기후 5년이 경과하면 책임이 소멸한다(267, 269).

제 7 장 營業讓渡

제1절 營業의 개념

영업은 주관적으로는 상인의 영업상의 모든 활동을 의미하고, 객관적으로는 인적.물적 시설에 의하여 경제적 목적을 추구하는 조직적 일체로서의 영업재산의 총체를 의미하는데 객관적 의미의 영업이 영업양도의 대상이 된다.

1. 적극재산.소극재산 -- 동산.부동산 등에 대한 권리, 각종 채권.채무 그리고 지적재산권 등이 영업의 구성요소가 된다.
2. 사실관계 -- 상호의 명성, 고객관계, 영업상의 경험과 비결 등은 일반적으로 재산적 가치가 있는 것으로 평가된다.

제2절 營業양도

제1 의의

영업양도는 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산의 이전을 목적으로 하는 채권계약이다. 영업양도를 통해 영업의 소유자는 영업재산을 형성하는데 필요한 비용을 회수할 수 있고, 또 오랜 경험에 의한 신용 등에 대한 대가를 회수할 수 있다.

제2 당사자

영업의 양도인은 영업을 소유하고 있는 상인이며, 개인상인이든 회사이든 관계 없다. 양수인은 비상인이더라도 관계없다.

제3 대상

영업양도에 있어서 이전되는 재산의 범위는 반드시 영업을 구성하는 전 재산 일 필요는 없으며, 영업의 동일성을 갖는다고 인정되는 한 영업의 일부양도도 인정된다. 따라서 영업양도시에 지점을 제외하거나 또는 지점만을 양도하는 것도 가능하다.

제4 절차

개인상인은 의사결정에 있어 별도의 절차가 필요없다. 그러나 회사의 경우에는 일정한 의사결정절차를 밟아야 하는데, 인적회사는 총사원의 동의를(204, 269), 자본회사는 주주총회나 사원총회의 특별결의를 요한다(374 1호, 576-1). 자본회사는 다른 회사의 영업 전부를 양수하는 경우에도 특별결의를 요한다(374 3호, 576-1).

양도계약의 당사자가 개인상인이면 그 당사자간에 직접 양도계약을 체결하면 되고, 회사의 경우에는 위의 의사결정절차를 밟아 대표기관이 양도계약을 체결한다.

제5 영업양도의 효과

1. 당사자 사이의 효과

(1) 영업재산의 이전의무

1) 양도인은 계약에 따라 영업에 속하는 모든 재산을 양수인에게 이전하여야 한다. 영업의 동일성이 유지된다면 특약에 의해 일부재산의 이전도 가능하다.

2) 영업양도는 채권계약이므로 포괄적 승계가 인정되지 않고 개별승계에 의하여 이전하여야 한다. 따라서 동산은 인도, 부동산과 상호는 등기, 지명채권은 채무자에 대한 통지 또는 승낙, 채무의 경우에는 채무인수행위(민법 453, 454) 등이 행해져야 한다. 그러나 개별적인 채무인수행위를 하지 않았더라도 양수인이 양도인의 상호를 속용한 경우와 불속용하였더라도 채무인수를 광고한 경우는 외관책임에 의해 양수인도 양도인의 채무를 공동으로 부담한다.

3) 사용인의 고용계약관계도 원칙적으로 당연히 이전하는데 특별약정에 의해 정리해고제도가 시행되면 해직의 위험성이 있다.

4) 고객 또는 영업상의 비결과 같은 사실관계도 이전하여야 한다.

(2) 경업금지의무

영업양도는 양도인으로 하여금 동산, 부동산, 권리 등의 영업재산 뿐만 아니라 사실관계를 이용하게 하는 데 목적이 있으므로 양도인이 동종의 영업을 재개한다는 것은 영업양도의 취지에 어긋난다.

1) 특약이 없는 경우 - 양도인은 10년간 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접한 특별시·광역시·시·군에서 동종영업을 하지 못한다.

2) 특약이 있는 경우 - 양도인은 20년을 초과하지 않는 범위내에서 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접한 특별시·광역시·시·군에서 동종영업을 하지 못한다. 당사자의 특약이 너무나 장기간에 걸쳐 양도인의 영업활동을 제한하게 되는 폐해를 방지하기 위함이다.

양도인이 경업금지의무를 위반하면 양수인은 그로 인한 손해배상이나 경쟁업의 중지를 청구할 수 있다.

2. 제3자에 대한 관계

영업양도의 경우 제3자에 대한 대항요건을 개별적으로 구비했다 하더라도 외부의 제3자가 영업주의 교체를 모를 수가 있으므로 이들 제3자를 보호하기 위한 규정을 두고 있다.

(1) 채권자에 대한 효과

1) 상호를 속용하는 경우

양도인의 영업으로 생긴 제3자에 대한 채무에 관하여 양수인도 변제할 책임이 있다(42). 양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우에는 채권자인 제3자의 입장에서는 영업양도의 사실을 알지 못하여 양도인이 자력이 있는 동안에 채권을 회수할 기회를 잃게 될 수가 있고, 양수인은 상호를 계속 사용함으로써 영업양도가 없었던 것과 같은 외관을 야기시켰으므로 이에 따른 책임을 지운 것이다(외관보호법리). 따라서 채무인수를 위한 계약이 없었더라도 양수인은 책임을 부담한다.

상호를 속용하는 양수인이 책임을 면하려면 채무불인수를 등기하거나, 제3자에 대하여 양수인이 책임을 지지 않는다는 뜻을 통지하여야 한다.

2) 상호를 속용하지 않는 경우

이 경우에는 양수인은 양도인의 채무에 대한 변제책임이 없다. 다만, 채무인수의 광고를 하거나 그 뜻을 채권자에게 통지한 경우에는 양수인도 변제할 책임이 있다(44).

3) 양도인의 책임

양수인이 책임을 지는 경우 양도인은 영업양도 또는 채무인수의 광고(통지) 후 2년 동안은 양수인과 부진정연대책임을 지며, 2년이 경과하면 책임이 소멸한다(45). 이것은 영업을 양도한 자에게 양도후에 지나치게 장기간 책임을 부담시키는 것은 너무 가혹하기 때문이다. 그러나 위의 경우 이외에는, 즉 양수인이 책임을 부담하지 아니할 때에는 양도인의 책임에는 아무런 변화가 없다.

(2) 채무자에 대한 효과

양수인이 양도인의 상호를 속용하는 경우에는 채권양도행위를 하지 않았더라도 채무가가 선의이며 중대한 과실없이 양수인에게 변제한 때에는 변제의 효력이 있다(43).

양수인이 양도인의 상호를 속용하지 않은 경우에는 외관보호법리를 적용할 근거가 없으므로 채권양도의 일반법리에 의해 해결한다. 즉 채권양도의 대항요건

이 구비된 경우에는 양수인에게 변제하여야 하고, 구비되지 않은 경우에는 양도인에게 변제하여야 한다. 만일 잘못 변제한 경우에는 채권의 준점유자에 대한 변제(민법 470)로 되지 않는 한 변제로서의 효력이 없다.

제 8 장 公衆接客業

1. 의의

: 자기 이름으로 客의 集來를 위한 施設에 의한 거래를 영업으로 하는 자 (151조)

2. 立法趣旨

: 客의 안전을 위해 물건의 보관에 대해 營業主에게 엄격한 책임을 부담시키고 있다.

3. 責任의 내용

① 任置物에 대한 책임(152-1)

: 임치물의 멸실·훼손이 不可抗力에 의한 것임을 증명하지 못하면 배상 책임을 진다(로마법상의 結果責任).

② 非任置物에 대한 책임(152-2)

: 객이 그 시설내에 휴대한 물건이 자기나 사용인의 過失로 인해 멸실, 훼손된 때에는 공중접객업자는 그 손해를 배상할 책임이 있다(過失責任).

③ 高價物에 대한 특칙(153)

: 화폐, 유가증권 기타의 고가물은 객이 그 종류와 가액을 명시하여 임치하지 않으면 공중접객업자는 그 물건의 멸실·훼손으로 인한 책임을 지지 아니한다.

4. 責任의 소멸

① 임치물이나 휴대품을 반환해 간 경우

: 返還日로부터 6월의 소멸시효에 걸림 (154조1항)

② 물건이 전부멸실한 경우

: 退去日로부터 6월의 소멸시효에 걸림 (154조2항)

③ 惡意의 경우 : 商事에 관한 5년의 소멸시효에 걸림(154-3)

(6월의 短期消滅時效가 적용안됨)