

Chapter 5 Juristic Persons

제3절 법인

제1관 서설

I. 의의

1. 개념

1) 법인이란 자연인이 아니면서 법률상 권리, 의무의 주체가 되는 것으로, 자연인과 같이 법인격을 인정할 목적으로 어떤 관념적 존재를 만들어 그로 하여금 권리, 의무를 가질 수 있도록 한 법적 기술을 말한다. 일반적으로 법인은 민법 기타 법률이 정한 요건을 갖추어 설립된 것을 말한다. 옛부터 권리 주체로는 부락, 가족단체 등 법인이 자연인보다 앞섰다고 할 수 있다.

2) 법인으로 될 수 있는 단체에는 社團과 財團이 있다. 사단은 그 구성원인 사원을 중심으로 결합된 단체로서, 그 구성원과 독립하여 단체자체가 권리주체이다. 재단은 장학사업, 사회사업 등 일정한 목적에 바쳐진 재산에 대하여 법인격을 인정하는 것이다. 법인은 권리의 의무의 주체가 될 수 있지만 자연인처럼 행동할 수 없기 때문에 기관(대표이사)을 설정하고 기관의 행위는 곧 법인의 행위로 간주하는 방식을 채용한다. 법인은 구성원의 가입, 탈퇴가 있더라도 그 영향을 받지 않고 동일성이 유지되며, 법인의 재산은 구성원의 재산과는 독립된 법인 자체의 재산이다.

2. 법인제도의 목적

가. 사단의 경우 다수인의 모임을 둘러싼 법률관계를 간편하게 처리할 수 있는 장점이 있다. 재단의 경우 일정한 목적에 바쳐진 재산이 출연자의 재산과 섞이지 않은 채 영속성과 독자성을 가질 수 있다는 점이 법인의 존재이유가 된다.

나. 법인과 사원이 법적으로 분리된다. 사단법인은 독립한 권리주체로서 법적 거래에 참여하고, 그 거래에 따른 권리, 의무는 법인에게 귀속된다. 채무에 대하여는 법인의 재산만이 책임을 지며, 사원은 법인의 채무에 대하여 책임을 지지 않는다. 따라서 단체에 따른 채권자는 구성원 개인의 재산에 대해 강제집행을 할 수 없다.

3. 법인에 관한 법적 규율

민법상 법인은 영리 목적을 하지 않는 비영리 법인으로서 사단법인과 재단법인이다(제32조). 이는 주무장관의 허가를 얻어 그 설립등기시에 법인격을 취득한다(제32조, 제33조). 영리법인은 상법 또는 특별법이 우선 적용되고, 그 밖에 민법이 보충적으로 적용된다(상법 제1조). 공익법인은 공익법인의 설립, 운영에 관한 법률의 적용을 받는다.

II. 법인의 본질

1. 의의

법률상 독립한 권리 주체로 인정되는 법인의 본질에 대하여는 19세기 이래로 논쟁의 초점이 되어 왔다. 처음에는 법인의제설이 등장하였고 후에 그 반박으로 법인실제설이 생겼

다. 법인의제설의 연장선상에 있는 법인부인론이 주장되었으나 오늘날에는 논의의 실익이 없다.

2. 학설

법인본질론은 19세기초부터 독일학자들에 의하여 논쟁이 되어 왔는데, 로마법의 연원을 가진 법인의제설과 게르만법적인 이론인 법인실제설로 대별된다.

가. 法人擬制說은 권리, 의무의 주체가 될 수 있는 것은 자연인에 한한다는 전제 하에 법인은 법률이 자연인에 의제한 것에 지나지 않으며, 법인 자체의 독자성을 부인한다. 자연인이 법인을 통하여 사적자치를 더욱 효율적으로 실현할 수 있다는 정책적 이유로 법이 일정한 단체에 권리주체성을 부여한 경우에 인위적으로 인정되는 주체 즉 의제한 자연인에 불과하다고 본다. 19세기 전반에 절대주의에 입각하여 중앙집권을 취한 법인금압시대에 Saviny, Puchta, Windscheid에 의하여 주장되었다. 이는 특허주의와 허가주의의 이론적 근거가 되었다.

나. 法人實在說은 법인은 법률에 의하여 의제한 것이 아니고, 실질적으로 권리, 의무의 주체가 될 수 있는 실체를 갖고 있는 사회적 실체라고 하는 설이다. 즉 법인은 자연인과 동일하게 실존하는 법인격체이다. Gierke는 법인을 단체의사가 있는 사회적 유기체로 보고 있다. 즉 단체는 유기체이며, 단체 고유의 생명과 의사(단체의사)의 주체이므로 당연히 법인격을 가진다. 그러나 이는 종래 개인주의적 사고방식을 극복했으나 사회적 유기체에 법인격을 주는 이유로는 그 설명이 불충분하다. Michoud, Saleilles 등은 법인의 실체는 권리주체임에 적합한 법률상의 조직체라는 견해이다. 이는 법인에게 인격이 부여되는 이유를 충분히 설명하지 못한다. 사회적 가치설은 한국과 일본의 통설로서 단체나 어떤 목적재산이라도 자연인과 마찬가지로 독자적으로 사회적 작용을 담당함으로써 권리능력의 주체로서 적합한 사회적 가치를 가진다는 견해로, Kohler, 我妻榮 주장하였다.

다. 법인부인설은 법인은 법인이 의제한 것이라면 그 실체는 법인의 이익을 종국적으로 향유하는 개인이거나 또는 일정한 목적에 바쳐진 재산뿐이며, 법인은 독자적인 실체는 없다고 한다. Saviny의 후계자들인 Jhering, Brinz 등이 주장한다.

Ⅲ. 법인격부인론

법률이 정한 절차에 따른 단체설립의 자유는 보장된다. 그런데 법인은 허울뿐이고 실제로는 개인이 운영한다든지 또는 탈세, 강제집행의 면탈, 재산은익 등의 목적으로 법인을 설립하여 그에 출자하는 형식으로 하는 경우에는 법인격의 形骸化와 남용이 문제되는데 이 경우 그 한도에서 법인격을 부인하여야 한다는 법리이다. 즉 법인은 법인격을 부여받을 만한 실체와 사회적 가치를 가져야 한다는 것이다. 특히 회사의 법인격이 남용되는 경우에 법인격부인의 법리가 문제되는데 상법학에서의 통설은 제2조 신의성실의 원칙이나 구상법 제171조 제1항을 근거로 법인격부인론을 받아들이고 있다. 판례는 1988.11.22 87다카171 이래 신의칙에 기하여 법인격부인론을 인정하고 있다. 법인격부인의 법리는 미국 및 독일의 판례에 의하여 형성된 법리인데 일본에서는 판례 및 학설에 의하여 인정되고 있다. 이러한 논리는 법인의 독립성과 구성원의 유한책임의 원칙을 깨트리므로 기존체도로 해결할 수 없는 예외적인 경우에 한해 보충적으로 적용되어야 한다.

IV. 법인의 종류

법인은 법률의 규정에 의하지 않으면 성립하지 못한다(제31조). 민법은 자연인 이외의 것으로 권리, 의무의 주체가 될 수 있는 것은 미리 법률로 정하여져야 한다는 法人法定主義를 취하고 있다. 법인의 성립을 인정하는 법률에는 민법, 상법 등 많은 특별법이 있다.

1. 공법인과 사법인

가. 법인설립의 근거가 되는 법률에 따라 분류한다. 공법인은 공법에 준거하여 성립된 법인이며 그 설립 또는 관리에 대하여 국가 공권력이 관여하는 법인을 말한다. 공법인에 관한 분쟁은 행정소송에 의한다. 私法人은 私法의 적용을 받는 법인이며 사적자치의 원칙이 적용되는 결과 내부의 법률관계에 대하여 원칙적으로 국가의 강제적 권력작용이 미치지 않는다. 사법인에 대한 분쟁은 민사소송법에 의한다. 민법과 상법상의 법인이 이에 속한다.

나. 중간법인은 공법인과 사법인의 성질을 모두 갖춘 법인을 말한다. 대한주택공사, 농협, 노동조합, 사회복지법인 등 공법과 사법의 중간 영역에 속하는 사회법인이 많이 생기고 있다. 민법은 물론 사법인만을 그 대상으로 하고 있다.

2. 영리법인과 비영리법인

가. 법인의 목적에 의한 분류로 그 목적이 영리의 추구에 있느냐의 여부이다. 영리법인은 영리를 목적으로 하는 사단법인뿐이며, 주로 구성원의 이익을 피하고 법인의 기업이익을 구성원 개인에게 분배하여 경제적 이익을 주는 것을 목적으로 한다. 이익을 분배받을 사원이 없는 재단법인은 성질상 사단법인이 될 수 없다. 영리법인은 주로 설립 등기에 의한다(상법 172조). 비영리법인은 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단법인 또는 재단법인(32조)이다. 민법의 규율을 받으며, 주무관청의 허가를 얻어 설립등기를 함으로써 성립한다. 비영리 사업의 경우에도 본질에 반하지 않는 정도의 영리행위는 가능하다(입장료를 징수하는 전람회 개최 등).

나. 민법상 법인을 공익법인에 한하였던 의용민법과 달리 제32조는 비공익, 비영리법인도 민법상의 법인으로 하고 있다. 비영리법인 중에서 공익적 사업을 목적으로 하는 법인을 위하여 공익법인의 설립 운영에 관한 법률이 있다.

3. 사단법인과 재단법인

가. 법인의 구성실체에 의한 분류이다. 민법은 법인을 사단법인과 재단법인으로 나누고 있다. 사단법인은 일정한 목적을 위하여 결합한 사람의 단체 즉 사단에 권리능력이 부여된 것이고, 단체의사에 의하여 자율적으로 활동을 한다. 재단법인은 육영, 자선 등 일정한 목적에 바쳐진 재산 즉 재단에 권리능력이 부여된 것이고, 설립자의 의사에 의하여 자율적으로 활동을 한다.

나. 사단외에 사람의 결합체로 조합이 있다. 계약법리에 따른 조합에서는 구성원의 개인성이 단체로서의 단일성보다 우선하는데 비하여 단체법의 법리에 따른 사단에서는 독립된 단체성이 구성원의 개인성에 우선한다.

4. 내국법인과 외국법인

가. 외국법인이란 내국법인이 아닌 법인을 말한다. 내국법인과 외국법인의 구별기준으로

준거법설, 주소지설, 설립자의 국적기준설, 준거법설과 주소지설의 합일설 등이 있다. 우리나라에서는 준거법설과 합일설이 주장되고 있으나 국내법에 준거하여 법인을 설립하는 경우에도 국내의 주된 사무소의 소재지에登記하여야 하기 때문에 결과적으로 차이는 없다.

나. 외국법인의 권리능력은 내외국법인 평등주의에 의하되, 법률 또는 조약에 의하여 제한될 수 있다. 이러한 구분은 주로 영리법인인 회사의 영역에서 다루어지며, 외국회사에 대해서는 상법의 특별한 규정이 있다(상법 제617조).

V. 권리능력없는 단체

1. 의의

가. 권리능력없는 단체에는 권리능력없는 사단과 권리능력없는 재단이 있다. 이러한 단체들은 법인으로 인정하는 데 적합한 실체가 존재하지만 법인격이 인정되지 아니한 단체를 말한다. 이러한 단체를 법인 아닌 단체, 법인격없는 단체라고도 한다. 사단법인의 기초가 되는 사회적 실체는 일정한 목적 달성을 위하여 결합한 사람의 단체인데 여기에는 사단과 조합이 존재한다.

나. 독일법의 영향을 받아 학설과 판례는 사단의 본질적 요건을 객관적으로 분석하면서 단체성의 강약을 구별기준으로 삼고 있다. 사단은 단체성이 강하고, 그 구성원은 법률상 주체성 내지 개성을 상실하고 단체가 표면에 나타난다. 민사소송법상 당사자 능력이 인정되며(민사소송법 제52조), 정관에 의해 규율된다. 조합은 단체성이 약하여 단체의 구성원이 표면에 나타난다. 예를 들어 조합채무에 대하여 조합재산에 의한 책임과 조합원 개인의 책임이 중첩적으로 나타난다. 민사소송법상 당사자 능력이 인정되지 않는다. 조합은 특정한 개인을 당사자로 하는 조합계약에 의해 규율된다.

다. 사단과 조합은 그 명칭으로 구별할 것은 아니다. 농업협동조합, 노동조합 등은 명칭에 불구하고 조합이 아니라 사단법인이다.

라. 민법상의 조합과 법인격은 없으나 사단성이 인정되는 비법인사단을 구별함에 있어서는 일반적으로 그 단체성의 강약을 기준으로 판단하여야 하는바, 조합은 2인 이상이 상호간에 금전 기타 재산 또는 노무를 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약관계에 의하여 성립하므로 어느 정도 단체성에서 오는 계약을 받게 되는 것이지만 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체인 데 비하여, 비법인사단은 구성원의 개인성과는 별개로 권리·의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 가지는 특성이 있다 하겠는데, 어떤 단체가 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행하여지며, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속되고, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있는 경우에는 비법인사단으로서의 실체를 가진다고 할 것이다(대판 1999. 4. 23. 99다4504).

2. 권리능력없는 재단(비법인 재단)

가. 권리능력없는 재단이란 재단의 실질을 갖추어 목적재산과 조직은 존재하나 법인격을 갖추지 못한 것을 말한다. 권리능력없는 재단의 성립은 그 목적 재산이 출연자의 재산으

로부터 분리, 독립하여야 하고 일정한 목적을 위한 독립기구가 있어야 한다. 재단의 근본은 그의 목적재산을 이용하여 육영회, 유치원, 장학회, 자선기금 등 목적사업을 수행하는 일이다.

나. 권리능력없는 재단의 법률관계는 재단법인에 관한 규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 나머지 규정들을 유추적용할 것이다. 권리능력없는 재단도 등기능력(부동산등기법 제26조)과 당사자능력(민사소송법제52조)을 가지며 명예권 등의 인격권을 향유한다.

다. 권리능력없는 재단의 재산귀속형태에 대한 규정은 없다. 부동산에 관한 권리는 부동산등기법 제26조에 비추어 권리능력없는 재단의 단독소유에 속한다고 할 수 있다. 부동산 이외의 권리의 귀속을 신탁의 법리로 설명하는 견해가 있으나 권리능력없는 재단의 단독소유형태로 해석할 수 있다. 따라서 권리능력없는 재단의 채무도 재단에 귀속되고 재단의 재산으로만 책임진다.

라. “종래부터 존재하여 오던 사찰의 재산을 기초로 구 불교재산관리법에 따라 불교단체등록을 한 사찰은 권리능력 없는 재단으로서의 성격을 가지고 있다고 볼 것이므로, 비록 그 신도들이 그 사찰의 재산을 조성하는 데 공헌을 하였다 할지라도 그 사찰의 재산은 신도와 승려의 총유에 속하는 것이 아니라 권리능력 없는 사찰 자체에 속한다”(대판 1994.12.13. 93다43545).

3. 권리능력없는 사단(법인격없는 사단 또는 비법인 사단)

가. 의의

1) 권리능력없는 사단은 사단의 실체를 갖추고 있으나 권리능력을 취득하지 못한 단체를 말한다. 권리능력없는 사단이 생기는 이유는 법인으로써 설립 중에 있거나, 주무관청의 허가를 얻지 못하였거나 또는 처음부터 설립자가 법인설립을 원하지 않았거나, 행정관청의 감독이나 기타 규제를 피하기 위해서이다. 민법은 법인설립에 대하여 강제주의를 채택하고 있지 않다.

2) 권리능력없는 사단은 종중과 교회가 대표적인 예이다. 판례가 인정한 비법인사단으로는 불교단체, 상가번영회, 채권관리위원회, 대학교 장학회, 祭典會, 연합주택조합, 아파트 등 공동주택의 입주자대표 회의, 법인 아닌 어촌계, 아파트 부녀회, 洞·리나 자연부락, 재단법인 성균관의 설립 이전부터 존재하던 성균관 및 지방향교, 법인의 하부조직 등이 있다. 그러나 사설사찰의 재산은 사찰의 소유자인 개인에 속하며, 천주교회는 권리능력이 없는 사단이 아니다(대판 1966.9.20. 63다30).

나. 성립 요건

권리능력없는 사단으로 인정되기 위하여는 대표자와 총회가 있어야 하고, 구성원의 변경과 상관없이 존속하여야 한다. 아울러 사단법인의 정관에 상응하는 내부 규약이 있어야 하나 반드시 성문의 규약일 필요는 없다.

다. 법률관계

1) 사적자치의 원칙에 따라 내부관계에 대한 사항은 정관이나 규칙으로 제정하여 우선 적용하며, 정관으로 정한 범위내에서 권리의무 주체가 된다. 정관에 정함이 없는 경우에는 사원총회, 이사의 직무 등 민법중 사단법인의 법인격에 관한 사항 이외의 사항을 유추

적용한다(통설,판례). 외부관계에 대해서는 대표기관의 권한과 그 권한의 행사방법 등 사단법인의 외부관계에 관한 민법규정을 유추 적용한다.

2) 판례상 유추적용이 인정된 조항으로는 법인의 권리능력에 관한 제34조, 법인의 불법 행위능력에 관한 제35조, 정관변경에 관한 제42조, 이사의 대리인 선임에 관한 제62조, 임시이사에 관한 제63조, 총회 및 총회의 권한에 관한 규정들(제68조, 제71조, 제72조, 제75조 제1항), 청산에 관한 규정들, 재건축 결의시의 의결정족수에 관한 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제47조 제2항 등이 있다.

3) 권리능력없는 사단의 재산소유형태는 제275조에서 총유로 규정하고 있다. 따라서 소유권은 사원의 총유에 속하고 나머지 재산권은 사원의 준총유(제278조)에 속한다. 따라서 각 사원에게는 지분권이나 총유물 분할권이 없다(통설, 판례). 권리능력없는 사단의 채무도 총유적으로 귀속하므로 단체의 재산만이 책임을 지되, 구성원의 고유재산으로 책임을 지지 않는다. 총유물의 관리 및 처분에 관하여 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 그에 따라야 하고, 정한 바가 없으면 사원총회의 결의에 의하여야 한다. 정관이나 규약에 달리 정한 바가 없으면 권리능력없는 사단의 사원들은 목적범위내에서 총유물을 사용, 수익할 수 있다.

4) 권리능력없는 사단에 등기능력을 부여하고 있으므로 부동산의 등기권리자 또는 등기 의무자가 될 수 있다(부동산등기법 제26조). 민사소송법 제52조가 권리능력없는 사단에 당사자능력을 부여하고 있어서 소송에서 원고 또는 피고가 될 수 있다. 당사자 능력은 사실심 변론 종결일을 기준으로 판단한다(대판 1997.12.9, 97다18547).

5) 법인 아닌 사단의 구성원들의 집단적 탈퇴로써 사단이 2개로 분열되고 분열되기 전 사단의 재산이 분열된 각 사단들의 구성원들에게 각각 총유적으로 귀속되는 결과를 초래하는 형태의 법인 아닌 사단의 분열은 허용되지 않는다(대판(전) 2006.4.20. 2004다37775).

라. 종중의 법률관계

1) 종중이란 공동선조의 후손들에 의하여 선조의 분묘수호 및 봉제사와 후손 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 자연발생적인 종족단체로서 선조의 사망과 동시에 후손에 의하여 성립하는 것이며, 종중의 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있다면 비법인사단으로서의 단체성이 인정된다(대판 1994.9.30. 93다27703)

2) 종중 유사단체의 회칙이나 규약에서 공동선조의 후손 중 남성만으로 그 구성원을 한정하고 있다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이는 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유의 보장범위에 포함되고, 위 사정만으로 그 회칙이나 규약이 양성평등 원칙을 정한 헌법 제11조 및 민법 제103조를 위반하여 무효라고 볼 수는 없다(대판 2011.2.24. 2009다17783).

3) 종중이란 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호간의 친목 등을 목적으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족집단이므로, 종중의 이러한 목적과 본질에 비추어 볼 때 공동선조와 성과 분을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다(대판(전) 2005. 7. 21. 2002다1178).

4) 종중 소유의 재산은 종중원의 총유에 속하는 것이므로 그 관리 및 처분에 관하여 먼저 종중 규약에 정하는 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그 점에 관한 종중 규약이 없으면 종중 총회의 결의에 의하여야 하므로 비록 종중 대표자에 의한 종중 재산의 처분이라고 하더라도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 한 행위는 무효이다(대판 2000. 10. 27. 2000다22881).

마. 교회의 법률관계

1) 기독교 단체인 교회에 있어서 교인들의 연보, 헌금 기타 교회의 수입으로 이루어진 재산은 특별한 사정이 없는 한 그 교회 소속 교인들의 총유에 속한다. 비법인사단인 교회의 대표자는 총유물인 교회 재산의 처분에 관하여 교인총회의 결의를 거치지 아니하고는 이를 대표하여 행할 권한이 없다. 그리고 교회의 대표자가 권한 없이 행한 교회 재산의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다(대판 2009.2.12. 2006다23312).

2) 교단에 소속되어 있던 지교회의 교인들의 일부가 소속 교단을 탈퇴하기로 결의한 다음 종전 교회를 나가 별도의 교회를 설립하여 별도의 대표자를 선정하고 나아가 다른 교단에 가입한 경우, 그 교회는 종전 교회에서 집단적으로 이탈한 교인들에 의하여 새로이 법인 아닌 사단의 요건을 갖추어 설립된 신설 교회라 할 것이어서, 그 교회 소속 교인들은 더 이상 종전 교회의 재산에 대한 권리를 보유할 수 없게 된다(대판(전) 2006.4.20. 2004다37775).

제2관 법인의 설립

I. 서설

1. 의의

법인의 설립은 단체나 재단에 법인격을 부여하여 법적 주체로 인정함으로써 거래계와 단체와의 법률관계를 처리하려고 하는 법적기술이다. 법인의 권리능력은 법률에 의하여 인정되는데 법인의 권리능력의 시기로서 법인의 성립을 제32조 및 제33조가 규정하고 있다. 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 법인은 설립행위와 주무관청의 허가 및 설립등기의 요건을 갖춘 때에 성립하고, 등기하기 전에는 법인이 아니다.

2. 법인설립의 입법례

민법은 비영리법인의 설립에 관하여 행정청의 자유재량에 의한 허가를 요건으로 하고 있으며(32조), 우리나라는 자유설립주의를 제외한 여러 입법주의를 쓰고 있다.

가. 자유설립주의

법인의 설립에 관하여 제한이 없으며, 법인으로서 실질을 갖추기만 하면 법인격을 당연히 인정하는 주의이다. 민법 제31조는 자유설립주의의 배제를 명확하게 선언하고 있으나, 스위스 민법에서는 비영리법인의 설립에 한하여 이를 채용하고 있다.

나. 준칙주의

법률에서 미리 정한 법인설립의 요건을 충족하는 경우 당연히 법인이 성립하는 주의이다. 이 주의를 행정관청의 설립에 대한 간섭을 줄일 수 있으나 거래안전을 헤할 수 있으므로 등기를 성립요건으로 하는 것이 일반적이다. 민법상 영리법인(제39조), 상법상 회사(상법 172조), 노동조합(제9조) 등은 준칙주의에 의한 법인이다.

다. 인가주의

법인의 설립에 관하여 주무관청의 인가를 필요로 하지만 법률이 정한 일정한 요건을 갖추어 인가를 신청하면 주무관청은 반드시 인가를 하여야 하는 주의이다. 법무법인, 지방변호사회, 농업협동조합, 중소기업협동조합, 수출조합, 해운조합, 의사회 등이 이 주의를 취한다.

라. 허가주의

법인의 설립에 관하여 주무관청의 자유재량에 의한 허가를 얻어야 하는 주의이다. 민법은 비영리법인에 대하여 허가주의를 취하고 있다. 사립학교법인, 의료법인 등은 이 주의를 취한다.

마. 특허주의

법인을 설립하기 위하여 특별법의 제정을 필요로 하는 주의이다. 한국은행, 한국도로공사, 대한석탄공사, 한국조폐공사, 한국방송공사, 마사회, 대한교직원공제회 등이 이 주의를 취한다.

바. 강제주의

법률상 일정한 범위에 있는 자가 법인을 설립하도록 강제하고 또한 일정한 법인이 설립되면 일정한 범위에 있는 자는 이러한 법인에 당연히 가입한 것으로 보는 주의이다. 변호사회, 의사회, 약사회 등이 이 주의를 취하고 있다.

II. 비영리 사단법인

비영리 사단법인을 설립하기 위하여는 4가지 요건을 갖추어야 한다.

가. 설립의 요건

1) 목적의 비영리성

비영리 사단법인은 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 하여야 한다(제32조). 영리 아닌 사업이란 사업에 따른 이익을 구성원들에게 분배하지 않는다는 의미이며, 영리적인 사업을 할 수 없다는 뜻은 아니다.

2) 설립행위

설립행위로써 정관을 작성하여야 한다. 2인 이상의 사람(설립자)이 법인의 근본규칙을 정하여 기명날인하여야 한다. 근본규칙인 정관을 작성함으로써 단체자치에 의한 규율을 세우는 것이 설립행위이다.

가) 설립행위의 법적 성질

정관작성이라는 설립행위는 법률행위라는 데에 학설상 대립은 없으나 어떠한 성질의 법률행위인가에 대하여는 대립되고 있다. 다수설인 합동행위설은 사단법인의 설립행위는 2인 이상의 설립자가 그 의사의 합치를 요한다는 점에서 보면 계약과 유사하지만 계약은 각 당사자가 상호 대립하여 채권, 채무의 발생을 목적으로 하기 때문에 설립행위와는 다르다. 즉 설립행위는 설립자가 상호 대립하는 것이 아니고 합동하여 법인설립이라는 공동목적에 협력하는 것이므로, 결국 설립행위는 합동행위라고 하는 특수한 성질이 있는 법률행위라고 보아야 한다고 한다. 소수설인 특수계약설은 설립행위가 수인이 공동으로 구성원의 변경에도 영향을 받지 않는 공동체를 만들고, 표의자는 그 스스로 그 공동체의 구성원으로 되는 것을

내용으로 하는 단체법적 효과의 발생을 목적으로 하는 특수한 계약이라고 보는 견해이다.

나) 정관의 기재 사항

(1) 필요적 기재사항

정관에는 7가지 사항을 반드시 기재하여야 하며, 이 중 어느 하나라도 기재하지 않는 경우 그 정관은 무효이다. 목적, 명칭, 사무소의 소재지, 자산에 관한 규정, 이사의 임면에 관한 규정, 사원자격의 득실에 관한 사항, 존립시기나 해산사유를 정하는 때에는 그 시기 또는 사유를 필요적 기재사항이라 한다(제40조).

(2) 임의적 기재사항

필요적 기재 사항 이외에도 사단법인의 근본규칙이 될 수 있는 사항을 기재할 수 있다. 이를 임의적 기재사항이라고 하며 특별한 제한이 없다. 임의적 기재사항이라도 정관에 일단 기재가 되면 필요적 기재사항과 동일한 효력을 가지며, 그 변경도 정관 변경절차에 따라야 한다.

3) 주무관청의 허가

주무관청은 법인의 목적 사업을 주관하는 행정청을 말하며, 주무관청의 허가를 받아야 한다. 민법은 비영리법인의 설립에 관하여 허가주의를 채용하고 있는 바, 허가는 인가와 달리 주무관청의 자유재량에 속한다. 법인의 목적사업이 두 개 이상 행정관청의 소관사항인 경우 다수설은 모든 주무관청의 허가를 받아야 한다는 견해와 어느 한 주무관청의 허가를 받으면 된다는 견해가 대립한다. 일반적으로는 정관상에 주된 목적을 관할하는 주무관청의 허가를 받는 것이 관행이다.

4) 설립등기

사단법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다. 이 설립등기는 법인의 성립요건이 된다. 설립등기는 법인설립의 허가서가 도착한 날로부터 3주간내에 주된 사무소 소재지에서 하여야 한다.

나. 설립 중의 사단법인(강학상의 개념)

1) 법인을 설립하기 위한 준비단계로서 발기인조합의 법률관계는 조합계약이지만, 구성원 및 정관이 구비되는 등 법인의 실체를 갖추었지만 아직 설립등기를 하지 않은 단계인 설립 중의 사단법인은 권리능력없는 사단이다.

2) 설립 중의 회사로서의 실체가 갖추어지기 이전에 발기인이 취득한 권리, 의무는 구체적 사정에 따라 발기인 개인 또는 발기인조합에 귀속되는 것으로서 이들에게 귀속된 권리의무를 설립후의 회사에 귀속시키기 위하여는 양수나 채무인수 등의 특별한 이전행위가 있어야 한다(대판 1990.12.26. 90누2536).

3) 설립 중의 사단법인과 그 후에 성립하는 사단법인은 실질적으로 동일성을 가지는 것으로 볼 수 있다.

III. 비영리 재단법인

1. 설립의 요건

1) 비영리 재단법인을 설립하기 위하여는 4가지 요건을 갖추어야 한다. 목적의 비영리성, 설립행위, 주무관청의 허가, 설립등기가 있어야 하는데 설립행위는 사단법인의 경우와

다르다.

2) 설립행위

가) 정관의 작성

재단법인의 설립자는 일정한 재산을 출연하고 정관을 작성하여 기명날인 하여야 한다(제43조). 정관의 필요적 기재사항은 목적, 명칭, 사무소의 소재지, 자산에 관한 규정, 이사의 임면에 관한 규정 등 5가지이며, 임의적 기재사항도 넣을 수 있다.

나) 설립행위의 법적 성질

재단법인의 설립행위는 일정한 재산출연과 정관작성을 요하는 요식행위이며, 상대방없는 일종의 단독행위이며, 재단에 법인격을 취득하고자 하려는 의사표시를 요소로 하는 법률행위이다. 이러한 법률행위의 성질은 설립자가 1인인 경우에는 단독행위라고 일치하나, 설립당사자가 수인인 경우에 다수설은 단독행위의 경합으로 보고 소수설은 합동행위로 본다.

다) 정관의 보충

정관의 필요적 기재사항은 모두 기재하여야 유효하나 일부가 누락된 경우에 정관의 보충이 인정된다. 예를 들어 재단법인의 설립지가 그 명칭, 사무소 소재지 또는 이사 임면의 방법을 정하지 않고 사망한 경우에, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다(제44조).

라) 재산의 출연

재산의 출연이 재단법인의 설립행위의 본체적 요소인데, 출연재산의 종류는 제한이 없다. 확실한 경우 채권도 가능하다. 재단법인의 설립행위는 설립자가 생전행위로도 할 수 있고, 유언으로도 할 수 있는데 민법은 증여 또는 유증에 관한 규정을 준용하고 있다(제47조).

3) 주무관청의 허가과 설립등기

주무관청의 허가과 설립등기는 사단법인의 설립에서와 같다.

2. 출연재산의 귀속시기

1) 의의

재단법인 출연재산의 귀속시기에 대하여 민법 제48조는 생전행위로 재단법인을 설립하는 때에는 재단법인이 설립된 때, 유언으로 설립하는 경우에는 유언의 효력이 발생한 때에 재단법인에 귀속된다고 규정하고 있다. 그러나 제48조는 물권변동에 관하여 형식주의 취하는 제186조와의 관계에서 해석하기 어려운 문제가 생기며, 이에 관하여 견해가 대립된다.

2) 출연재산이 채권인 경우

지명채권인 경우 통설에 따르면 제48조가 정하는 시기에 채권이 법인에 귀속된다. 그러나 지시채권이나 무기명채권은 학설의 대립이 있다. 다수설은 지시채권의 배서 및 교부나 무기명채권의 교부가 없더라도 제48조가 정하는 시기에 채권이 재단법인에 귀속된다고 하나, 소수설은 제48조의 규정에도 불구하고 배서 및 교부가 있어야만 채권이 재단법인에 귀속된다고 한다.

3) 출연재산이 물권인 경우

물권변동에 관하여 의사주의를 취하던 의용민법 제42조를 답습한 제48조에 따라 형식주의에 대한 예외로 보아 제48조에 정한 시기로 보는 것이 다수설의 입장이다. 즉 제48조를 재단법인의 재산적 기초를 충실하게 하기 위한 특칙으로 파악하고, 출연부동산은 등기가 없더라도 제48조에 정한 시기에 재단법인에 귀속된다고 한다. 소수설은 재단법인의 설립행위

로 인한 부동산물권의 이전은 법률행위에 의한 물권변동이므로 부동산은 제186조에 따라 등기한 후에, 동산은 인도시(제188조 내지 제190조)에 출연부동산이 법인에 귀속한다고 한다. 판례는 종래에 다수설인 제48조 적용긍정설이었으나 대내외관계를 분리하여 출연자와 법인의 관계에서는 제187조가, 제3자에 대한 관계에서는 제186조가 적용된다는 절충적인 입장을 견지하고 있다(대판[전] 1979.12.11. 78다481·482).

3. 설립 중의 재단법인

설립 중의 재단법인은 권리능력없는 재단인데, 이는 설립자가 재산을 출연하여 정관을 작성하면 설립 중의 재단법인이 된다. 설립 중의 재단법인과 그 후 설립된 재단법인은 동일성을 가지므로, 설립 중의 재단법인의 행위의 효과는 당연히 설립 후의 재단법인에 미친다.

제3관 법인의 능력

I. 서설

1) 법인도 권리의 주체이므로 자연인과 같이 권리능력과 행위능력 및 불법행위능력을 가진다. 그러나 법인은 행위제한능력자나 책임무능력자 제도가 없다. 법인의 경우에 첫째, 법인에게 어떠한 범위의 권리와 의무를 인정할 것인가(권리능력)를 전제로 둘째, 그것을 향유하기 위하여 어떠한 종류의 행위를 누가 어떠한 형식으로 하는가(행위능력) 셋째, 누구의 어떠한 불법행위에 대하여 법인 자신이 배상책임을 부담하는가(불법행위능력)에 대한 관점으로 논하여진다.

2) 법인의 능력에 관한 민법규정은 강행규정이며, 비영리법인 이외의 다른 법인(영리법인 기타 특별법상의 법인)에도 적용된다. 다만, 회사의 불법행위능력은 상법 제210조가 적용된다.

II. 법인의 권리능력

1. 의의

법인은 권리능력을 갖는다. 다만, 가족법상의 법률관계와 자연인의 고유적 성질을 전제로 하는 권리나 의무는 누릴 수 없다. 즉 민법 제34조에 비추어 법인의 권리능력은 법률의 규정과 그에 좇아 정관이 정한 범위내에서 권리, 의무의 주체가 된다고 할 수 있다.

2. 권리능력의 범위

가. 성질에 의한 제한

1) 법인은 관념상의 존재로서 남녀의 성이나 가족관계와 같은 자연인의 고유적 성질을 전제로 하는 권리, 의무의 주체가 될 수 없다. 예컨대 생명권, 상속권, 친권, 정조권, 육체상의 자유권 등을 향유할 수 없으나 재산권, 명예권, 성명권, 신용권, 정신적 자유권은 인정되고 유증도 가능하다. 그리고 파산관재인, 청산인, 유언집행인이 될 수 있으나 후견인은 될 수 없다.

2) 일반적으로 이사는 그 성질상 자연인이어야 하며 법인은 이사가 될 수 없다고 한다. 그러나 그러한 제한을 가할 필요가 있는지는 의문이다.

나. 법률에 의한 제한

법률로는 법인의 권리능력을 제한할 수 있으나(제34조) 명령으로는 제한할 수 없다. 법인의 권리능력을 일반적으로 제한하는 법률은 없으나, 민법 제81조(청산법인의 청산 목적 범위내), 상법 제173조, 파산법 제4조 등은 법인의 권리능력을 일부 제한하고 있다.

다. 목적에 의한 제한

1) **학설은 일반적으로 제34조를 근거로 법인은 ‘정관으로 정한 목적의 범위내’에서 권리능력을 가진다고 한다.**

2) 목적의 범위내를 어느 정도 인정할 것인가에 대하여 다수설은 소극적으로 목적을 위반하지 않는 범위내에서 권리능력을 누릴 수 있다고 넓게 해석하는 반면에, 소수설은 목적을 달성하는데 필요한 범위내라고 보아 좁게 해석하고 있다. 한편, 판례는 “그 목적 범위내의 행위라 함은 정관에 명시된 목적 자체에 국한하는 것이 아니고 그 목적을 수행하는데 있어 직접 또는 간접으로 필요한 행위는 모두 포함되며, 목적 수행에 필요한지 여부도 행위의 객관적 성질에 따라 추상적으로 판단할 것이지 행위자의 주관적, 구체적 의사에 따라 판단할 것이 아니다(대판 1987.9.8. 86다카1349)라고 한다.

III. 법인의 행위능력

1. 의의

법인의 행위는 현실적으로 자연인의 행위에 의할 수 밖에 없다. 이 때 자연인을 대표기관이라 한다. 명문의 규정은 없으나 법인의 권리능력의 범위내에서 행위능력을 가진다는 것이 통설의 입장이다. 따라서 법인의 행위능력이라고 할 경우에 그것은 자연인의 행위능력과는 다른 의미이다. 그런데 누구의 어떤 행위가 법인의 행위로 되는가에 대한 것이 법인의 행위능력의 문제이다. 법인에서의 행위능력은 대표기관내지 대표권에 관한 것이다.

2. 법인의 대표기관의 행위

가. 대표기관

통설, 판례에 의하면 법인의 경우에 대리인이라 하지 않고 ‘대표기관’이라 하여 대표기관의 행위가 곧 법인자신의 행위라고 한다. 즉 법인을 대표할 수 있는 지위에서 법인을 위하여 권리를 취득하고 의무를 부담할 수 있는 자연인을 대표기관이라 한다.

나. 대표기관의 종류

법인의 대표기관으로 누가 되는지는 법인의 내부조직에 관한 것이다. 비영리법인에서 대표기관은 원칙적으로 이사(제57조)이며, 법인이 청산한 경우에는 청산인이 된다(제82조). 이사의 직무대행자(제60조의2), 임시이사(제63조), 특별대리인(제64조), 업무집행사원(상법 제207조), 대표이사(상법 제389조)가 대표기관이다.

3. 행위능력의 범위

제34조가 법인의 권리능력을 제한하고 있는데 통설은 이를 행위능력의 제한으로 보고 있다. 즉 법인의 권리능력에 속하는 권리 취득이나 의무부담 행위만이 법인의 행위로 되고, 그러한 제한을 넘는 행위는 대표기관 개인의 행위로 본다.

4. 대표권의 남용

대표권의 남용이란 법인의 대표기관이 외형적, 형식적으로 대표권의 범위내에서 행위를 하나 실질적으로는 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 대표행위를 하는 것을 말한다. 법인의 대표기관이 대표권을 남용한 경우라 하더라도 법인의 권리능력의 범위내인 경우에는 원칙적으로 법인의 행위로 되어 법인이 의무를 부담하여야 한다. 판례는 대표권남용에 대하여 제107조 제1항 단서를 유추 적용하여 대개 심리유보설을 취하나(대판 1997.8.29. 97다18059), 신의칙설(대판 1987.10.13. 86다카1522)에 따른 것도 있다.

5. 대표행위의 형식

법인의 대표행위는 대리행위가 아니며 대리의 규정을 준용할 뿐이다(제59조 제2항). 그러나 대표행위에서도 대리행위와 마찬가지로 법인을 위한 것임을 표시하여야 한다(제114조 제1항). 따라서 일정한 형식은 없으나 일반적으로 '사단법인A 대표이사 B'라고 표시한다.

IV. 법인의 불법행위능력

1. 의의

법인은 그 대표기관이 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다고(제35조 제1항) 규정하고 있는데 법인실재설을 취하고 있는 통설에 따르면 이러한 규정은 불법행위능력을 인정한 규정이라고 한다.

2. 불법행위 요건

가. 대표기관의 행위일 것

법인의 대표기관을 의미하기 때문에 대표권없는 이사는 법인의 기관이기는 하지만 대표기관은 아니다. 따라서 지배인(상법 제11조), 임의대리인(제62조)의 불법행위는 제35조의 책임이 아니라 제756조의 사용자 배상책임을 부담한다.

나. 직무에 관한 행위

1) 직무에 관하여

가) 대표기관이 직무에 관하여 타인에게 손해를 끼친 경우에만 법인의 불법행위로 된다. 직무에 관한 행위가 아니면 법인의 불법행위가 되지 않는다.

나) 외형이론의 의한 판단

대표기관의 행위가 직무행위에 해당하는지 여부에 대하여 통설과 판례는 외형이론에 의하여 판단한다. 즉 외부에서 객관적으로 볼 때 대표기관의 직무라고 판단되면 충분하다고 한다. 예컨대 직무수행 행위와 사회관념상 건련성이 있는 행위(대판1974.5.28, 73다2014), 외형상 법인의 대표자의 직무수행행위라고 인정할 수 있는 것이면(대판 2004.2.27, 2000다15280) 해당이 된다.

다) 대표권의 남용의 경우

대표기관이 대표권을 남용한 경우에 학설은 제35조 제1항에 의한 법인의 불법행위책임을 인정하자는 견해와 제126조에 의한 표현대리 법리를 적용하자는 견해 및 당사자의 선택에 따라 제35조 제1항의 불법행위책임 또는 제126조의 표현대리책임을 인정하자는 견해로 나뉜다. 판례는 “행위의 외형상 법인의 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이라면 설사 그것이 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었다 하더라도 직무에 관한 행위에 해

당한다”(대판 1969.8.26 68다2320)고 하여 권한을 남용하여 부정한 대표행위를 한 경우에 법인의 불법행위책임을 인정하고 있다.

다. 불법행위의 일반요건

제35조 제1항은 제750조의 특별규정이므로 제750조에서 정한 불법행위의 일반적 성립요건을 갖추어야 한다. 우선, 대표기관의 고의 또는 과실이 있을 것 둘째, 가해행위가 위법할 것 셋째, 가해와 손해의 사이에 인과관계가 있을 것 넷째, 통설은 대표기관이 책임능력자이어야 한다고 한다. 다만, 제117조의 유추적용으로 대표기관이 책임능력자일 필요는 없다는 견해도 있다(이영준, 이은영).

3. 불법행위의 효과

가) 법인의 책임

법인의 불법행위가 성립하면 법인은 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담한다(제35조 제1항 전단).

나) 기관 개인의 책임

1) 부진정연대책임

법인의 불법행위가 성립하는 경우에 가해행위를 한 대표기관은 법인과 경합하여 손해배상책임을 진다. 이 경우 법인의 대표기관의 책임과 기관 개인의 책임은 부진정연대책임이다.

2) 법인의 구상권

법인이 피해자에게 배상하면 법인은 기관 개인에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(제65조, 제61조).

3) 법인의 불법행위가 성립하지 않는 경우

원칙적으로 행위를 한 대표기관만이 제75조에 의한 손해배상책임을 진다. 그러나 피해자를 보호하기 위하여 민법은 그 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 사원과 이사 및 대표자가 연대하여 배상하도록 하고 있다(제35조 제2항).