



장재현 교수 근영

張在賢 教授 年譜

장 재현 교수는 부친 장 성준과 모친 최 정원의 1남 3녀 중 장남으로, 1948년 7월 20일 충청북도 진천군 초평면에서 출생하여, 6.25 때 피난 온 대구에서 성장하였으며, 1979년 3월 31일에 백 금주와 결혼하여 슬하에 혜정, 선호 남매를 두고 있다. 현재 모친이 계시며, 딸 혜정은 아드리앙 베라와 결혼하여 영국 런던에서 직장생활을 하고 있고, 아들 선호는 학업중이다.

<學歷>

1961.2.	대구 봉산초등학교 졸업
1961.3.~1964.2.	경북중학교 졸업
1964.3.~1967.2.	경북고등학교 졸업
1968.3.~1972.2.	서울대학교 법과대학 졸업(법학사)
1972.3.~1974.8.	경북대학교 대학원(법학석사)
1987.3.~1991.2.	성균관대학교 대학원(법학박사)

<經歷>

1974.4.~1975.5.	군복무
1975.3.~1976.8.	대구대학, (안동)상지대학 강사
1977.1.~1981.2.	POSCO 근무(플랜트·차관계약직)
1981.2.~1982.2.	법제처 전문위원(부이사관 대우)
1982.3.~1987.2.	동국대학교 법경대학 전임강사, 조교수
1987.3.~현재	경북대학교 법과대학 조교수, 부교수, 교수
1990.2.~1995.9.	경북대학교 법과대학 학생과장, 교무과장, 법학부장
1991.9.~1992.8.	스위스 프리부르크 대학 객원교수
1995.9.~1997.9.	법과대학 학장, 행정대학원 원장
1996.8.~현재	경상북도 지방노동위원회 공익위원
1997.9.~2001.9.	경상북도 교육청 공직자윤리위원회 위원장
1999.9.~2001.9.	법과대학 교수회 의장
2000.4.~2006.6.	경북대학교 법제심의위원회 위원장

- 2000.4.~현재 전자거래분쟁조정위원회 위원(산업자원부)
- 2000.10.~2006. 법조윤리위원회 위원(대구지방법원)
- 2001.4.~2005.8. 대구광역시 감사청구심의위원회 위원장(대구광역시)
- 2001.9.~현재 대구지방법원 조정위원
- 2001.9.~현재 경상북도 선거관리위원회 위원
- 2004.2.~2008.2. 대구광역시 인사위원회 부위원장
- 2004.2.~현재 경상북도 교육청소청심사위원회 위원장
- 2005.~2007.6. KBS 대구방송총국 시청자위원회 위원장
- 2007.9.~2008.2. 법과대학 학장, 로스쿨설치추진위원장
- 2009.3.1~현재 법학전문대학원 원장

<外國練修>

- 1989.8. 미국 주요대학 견학(국제문화재단 초청)
- 1990.8. 동구 사회주의국가 시찰(교육부)
- 1992.4. 동구 시찰

<學會 및 社會團體>

- 1982.3.~현재 한국민사법학회 회원
- 1994.11.~현재 한국비교사법학회 회원(부회장 94~98년)
- 1995.7.~2004.8. 법학교수회 상임이사
- 2002.9.~2004.6. 민사법의 이론과 실무학회 회장

<著書>

- 주식민법, 정립사, 2010.2.15.
- 계약법의 현대적 과제, 경북대학교출판부, 2007.4. (*대한민국학술원 2009년도 기초학문우수학술도서)
- 채권법총론, 경북대학교출판부, 2006.8.
- 채권법각론, 경북대학교출판부, 2006.2.
- 채권법총론, 현암사, 1998.3(초판), 1999.3(재판).
- 채권법각론, 현암사, 1999.9.
- 민법판례해설 I(1990.2), II(1992.4), III(1995.9), 공저, 경세원.

민법총칙 기본판례평석, 공저, 현암사, 1999.3.

현대사회와 법, 공저, 경북대학교출판부, 2003.9.

<論文>

- 1974.8. 환경권에 관한 일 고찰 - 사법상의 효과를 중심으로
- 1981.3. 서독의 토지관계법제 소고, 법제, 법제처
- 1981.8. 서독의 에너지관계법제, 법제, 법제처
- 1982.2. 정선 한국판례와 외국판례 - 특별법, 공편, 현암사
- 1982.12. 공동주택의 구분소유에 관한 입법론적 고찰, 동국대논문집
- 1983.12. 의료과오의 민사책임에 관한 법리, 동국대 논문집 22호
- 1984.12. 의약품으로 인한 피해의 사법적 구제, 민사법학, 한국민사법학회
- 1986.12. 불법행위에서의 과실, 김문달교수 화갑기념논문집
- 1987.12. 과실불법의 구조에 대한 소고, 경북대 법학논총 25집
- 1988.12. 제3자를 위한 계약에 관한 시론, 경북대 법학논고 4집
- 1989.12. 민법상 신뢰보호론의 영역 - 사적 자치, 경북대 법학논고 5집
- 1989.12. 약관에 대한 사법적 규제의 추이(공필), 경북대 법학논고 5집
- 1990.9. 민법상 신뢰보호에 관한 법리연구, 박사학위
- 1990.12. 민법상 신뢰보호론의 영역 - 법률행위, 경북대 법학논고 6집
- 1990.12. 계약자유에 대한 제한의 이론적 고찰(공필), 경북대 법학논고 6집
- 1992.4. 민법상 신뢰책임론의 영역, 사법의 제문제, 삼영사
- 1992.8. 신뢰책임에 관한 시론적 개관, 권도혁교수 화갑기념논문집
- 1993.11. 가등기 담보, 월간고시계
- 1993.12. 신뢰책임에 있어서 신뢰이익과 신뢰인, 한터 이철원교수 화갑기념논문집
- 1994.12. 사후이행을 위한 제3자를 위한 계약, 비교사법창간호, 한국비교사법학회
- 1997.6. 불공정법률행위에 대한 재고, 비교사법 4권 1호, 한국비교사법학회
- 2000.12. 민법상의 신뢰책임, 법학논총, 경북대학교 법과대학
- 2001.12. 인과관계 입증과 위험책임(공필), 법학논고
- 2003.5. 조합재산의 법률관계, 민사법이론과 실무, 민사법의 이론과 실무 학회 제6집

- 2003.12. 이른바 계약의 여후효, 민사법이론과 실무 제7집, 민사법의 이론과 실무학회
- 2005.6. 민법 제746조와 다른 법리의 교착, 민사법이론과 실무 제9권 제1호, 민사법이론과 실무학회
- 2005.6. 전문직종사자 전속계약의 특질(공필), 법학논고 22집, 경북대학교 법학연구소
- 2006.3.31. 예금계약에서의 특약, 상사판례연구 19집 1권, 한국상사판례학회
- 2006.7. 상관관계적 자기결정력의 흠결에 대한 비교, 성균관법학 제18권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소
- 2006.9.30. 계약관계에서의 배신적 행위, 민사법학 33집, 한국민사법학회
- 2007.6.30. 한국민법의 동향, 법학논고 26집(한중국제학술세미나), 경북대학교 법학연구소
- 2007.6.30. 공탁에 관한 소고, 법학논고 26집, 경북대학교법학연구소
- 2007.7. 계약의 제3자에 대한 효력, 성균관법학 19권 1호, 성균관대학교비교법연구소
- 2007.12.31. 제3자를 위한 대리권 행사, 법학논고 27집, 경북대학교법학연구소
- 2008.6.30. 상계에서 몇 가지 문제, 법학논고 28집, 경북대학교법학연구소
- 2008.6.30. 민법강의의 구체적방법과 내용, 법학논고 28집, 경북대학교법학연구소
- 2010.2.28. 한국의 로스쿨과 변호사시험법, 법학논고 32집, 경북대학교법학연구소
- 2010.6.30. 사인증여목적의 제3자를 위한 계약, 법학논고 33집, 경북대학교법학연구소

法學論攷

2010. 10

慶北大學校 法學研究院

www.kci.go.kr

이 학술지는 2009년도 정부재원(교육과학기술부)으로
한국연구재단의 지원을 받아 출판되었음.

“This journal was supported by the National Research Foundation of
Korea Grant funded by the Korean Government(MEST).”

目 次

法學論攷 第34輯

• 법학연구원 주계학술대회

민법상 法人編 改正의 주요 쟁점에 관한 考察	송호영 / 1
주주총회의 전자투표에 대한 고찰	김성문 / 45
마이크로 블로그의 법적인 문제점 - 트위터를 중심으로 -	김혁돈 / 65
정보공개제도와 국가비밀보호의 문제	김성배 / 87

• 연구논단

An Examination on the Doctrine of <i>Negotiorum Gestio</i>	
- Focusing on Limiting the Doctrine to Its Proper Scope -	김치기/15
북한의 도서관법에 관한 고찰	김성욱 / 133
교통사고처리 특례법상의 '교통'의 의미와 그 범위	박동률 / 155
- 도로교통법상의 '운전'과 자동차손해배상 보장법상의 '운행'과의 상호관계를 중심으로 -	
법적 허구(Legal Fiction)의 의의	양찬숙 / 185
- 헌법재판소의 5·18 특별법 합헌 결정과 관련하여	
건물의 임대차법제에 관한 소고	오호철 / 211
- 주택과 상가건물임대차특별법의 일부 규정을 민법으로 편입 -	
보이스피싱 범죄 대응방안 고찰	윤해성 / 237
企業會計基準의 法規性에 관한 考察	李相千 / 267
외국특허권침해제품의 제조·수출행위의 위법성	이우석 / 307
주거침입죄에 관한 대법원의 주요판례와 그 해석 및 입법론적 보완책	임상규 / 337
법률행위 목적의 적법성 - 단속규정의 사법상 의미를 중심으로	장병주 / 361
The Socratic Method and Legal Education	최민용 / 389

•자 료

- 법학연구원 편집위원회 규정 411
- 『법학논고』 투고 규정 413
- 『법학논고』 심사 규정 415
- 『법학논고』 발행 규정 421
- 경북대학교 법학연구원 연구윤리규정 423
- 논문작성요령 429
- 법학논고 논문 심사요지서 431
- 법학연구원 조직표 433

CONTENTS

The Law Research Institute Law Journal Vol. 34

• Fall Symposium of the Law Research Institute, KNU

- Eine Betrachtung über den wichtigen Inhalt der KBGB-Reform auf dem Gebiet des Rechts von juristischer Person Song, Ho Young / 1
- A Study on the Electronic Ballot of the Shareholder's Meetings ... Kim, Sung Min / 45
- Strafrechtliche Problem des Microblog Kim, Hyeok Don / 65
- A Study on Relation between Protection of National Secret and Information Disclosure System Kim, Sung Bae / 87

• Article

- An Examination on the Doctrine of *Negotiorum Gestio* Kim, Seo Gi / 115
– Focusing on Limiting the Doctrine to Its Proper Scope –
- A Study on Library Law in North Korea Kim, Sung Wook / 133
- 交通事故卯処理特例法上の‘交通’の意義とその範囲 Park, Dong Lyul / 155
– 道路交通法上の‘運転’と自動車損害保障法上の‘運行’との相互関係を中へ –
- Legal Fiction Yang, Sun Suk / 185
- A Study on the Lease Legislation of Building O, Ho Cheol / 211
– Incorporating Some Prevision of the Special Law on Housing and Commercial Building Tenants into the Civil Law –
- Study on Countermeasure of Voice Phishing Yoon, Hae Sung / 237
- A Study on the Legality of ‘Standards for Accounting’ Lee, Sang Cheon / 267
- The Illegality of Infringement of Right to a Foreign Patent Lee, Woo Sug / 307
- Vollendung und Wohnungsbegriff im Delikt des Hausfriedensbruchs Im, Sang Gyu / 337
- Rechtmäßigkeit des Inhalts des Rechtsgeschäfts Jang, Byeong Ju / 361
– Privatrechtliche Bedeutung des Gesetzlichen Verbots –
- The Socratic Method and Legal Education Choi, Min Yong / 389

법학연구원 추계학술대회

- ◆ 일 시 : 2010년 10월 1일(금) 13:00-18:00
- ◆ 장 소 : 경북대학교 법학전문대학원 서관 507호
- ◆ 주 최 : 경 북 대 학 교 법 학 연 구 원

◆ 발 표

• 제1주제

민법상 法人編 改正의 주요 쟁점에 관한 考察 송호영 교수(한양대)

• 제2주제

주주총회의 전자투표에 대한 고찰 김성문 박사(경북대)

• 제3주제

마이크로 블로그의 법적인 문제점 - 트위터를 중심으로 - 김혁돈 교수(가야대)

• 제4주제

정보공개제도와 국가비밀보호의 문제 김성배 교수(대구대)

민법상 法人編 改正의 주요 쟁점에 관한 考察

송 호 영

(한양대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사)

< 국문초록 >

본고는 2009년 발족된 민법개정위원회에서 안출된 법인편에 관한 주요개정내용을 살펴보고 이에 관한 쟁점 및 문제점 등을 검토하기 위하여 작성된 것이다. 이를 위해 본고는 머리말(Ⅰ.)을 제외하고 3부분으로 나뉘어져 있다. 본고의 Ⅱ.에서는 금번 개정안에서 가장 중요하게 다루어졌던 개정내용들을 중심으로 살펴보았다. 그 내용은 법인설립에 있어서 허가주의에서 인가주의로 전환하는 문제, 그동안 판례와 학설에 맡겨져 왔던 비법인사단과 재단에 대한 규정을 신설하는 문제, 민법학에서 물권변동론과 맞물려 논란이 많았던 재단법인의 설립을 위해 출연한 재산의 귀속시기에 관한 규정을 명확히 하는 문제 그리고 특별법에서만 산발적으로 인정되던 비영리법인의 합병과 분할에 관한 규정을 민법전에 신설하는 문제 등이다. 본고의 Ⅲ.에서는 민법개정작업 과정에서 크게 주목받지 못하였지만 필자가 생각하기에 중요한 의미를 가지는 문제들에 대하여 필자의 견해를 피력하였다. 그러한 것으로는 법인성립의 원칙에 관한 민법 제31조의 표현에 관한 문제, 그간 거래안전을 위협하는 요소로 비판받아 오던 ultra vires규정을 민법 제34조에서 삭제하는 문제 그리고 영리법인에 관한 민법 제39조의 개정 또는 삭제여부에 관한 문제 등이다. 여기에서 필자는 민법 제31조의 표현에서 '법인' 대신 '단체'라고 대체하고, 민법 제34조에서는 거래안전을 위해 정관목적 범위에 관한 표현을 삭제하고 민법 제39조에서는 상법의 규정에도 불구하고 여전히 존치할 의미가 있다고 주장하였다. 본고의 결론부에 해당하는 Ⅳ.에서는 금번 민법개정작업에서는 미처 검토하지 못하고, 향후의 중장기적인 과제로 남게 된 몇 가지 사항을 언급하면서 본고를 마무리하였다.

주제어 : 법인, 사단, 재단, 설립주의, 허가주의, 인가주의, 비법인사단, 비영리법인, 합병, 분할, 능력외이론, 영리법인

• 투고일: 2010.10.1 심사일: 2010.10.13 게재확정일: 2010.10.21

I. 머리말

1. 개정작업의 經過

2009년 2월 4일 민법전의 개정을 위한 정부의 「民法改正委員會」가 법무부 산하 기구로 설치되어 공식적으로 출범하였다. 민법개정위원회는 6개의 分科委員會로 구성되어 활동하게 되었는데, 그 중 「제3분과위원회」¹⁾가 민법 중 법인관련규정의 개정안을 작성하는 임무를 맡게 되었다.

분과위원회²⁾는 민법개정위원회의 출범식이 있던 당일(2009.2.4.)에 개최된 「제1차 회의」로부터 당초 2009년 말까지 예정된 활동기간을 넘어서서, 지난 2010.6.1.에 개최된 제25차 회의에 이르기까지 총25차례의 분과위원회의를 개최하여 나름대로는 심도있는 논의의 결과물을 내놓으려고 노력하였다.

분과위원회의의 민법개정작업은 크게 세 단계로 나누어 진행되었는데, 「제1단계 회의」(2009.2.4.~6.5. : 제2~9차 회의)에서는 민법개정안을 작성하기 위한 기초적 작업으로써 2004년에 국회에 제출되었다가 회기만으로 폐기된 정부의 「2004년 민법개정안」 중 법인관련조항을 중심으로 검토를 하였고, 「제2단계 회의」(2009.7.1.~8.26. : 제10~14차 회의)에서는 민법개정위원 및 연구용역위원들이 각기 담당한 연구주제를 중심으로 개정시안의 발표와 그에 대한 토론을 주로 하였고, 마지막으로 「제3단계 회의」(2009.9.11.~2010.6.1. : 제15~25차 회의)에서는 분과위원회의의 개정시안을 확정하기 위하여 조문순서대로 개정시안을 축조심 의하여 分科委員會案으로 확정하였다.

분과위원회의의 案은 당초 「民法改正委員會 全體會議」³⁾에 상정되어 조문별로 채택여부가 결정되기로 되어 있었다. 그러나 2010년 제2기 민법개정위원회가 발족되면서 “각 분과위원회에서 마련한 개정안을 종합, 분석하고 분과간 정합성을 높이기 위하여” 민법개정위원회 산하에 「實務委員會」를 설치하기로 하였다(법무부 민

1) 제3분과 위원회는 위원장 김대정 교수(중앙대)를 비롯하여 윤철홍 교수(숭실대), 남효순 교수(서울대), 김규완 교수(고려대), 윤용섭 변호사(법무법인 율촌) 및 필자를 포함한 위원들로 구성되고 여기에 위원회의 업무를 실무적으로 지원하기 위하여 민법개정위원회의 사무국에 소속한 법무부 구상엽 검사가 참가하였다.

2) 이하 분과위원회는 제1기 「민법개정위원회」의 「제3분과위원회」를 지칭함.

3) 이하 이를 「전체회의」라고 칭함.

법개정위원회 규정 제3조 제5항). 법무부는 제1기(2009년) 민법개정위원회에서 확정된 개정안을 실무위원회에서 다시 검토해 줄 것을 요청하였고, 이에 실무위원회는 그동안 전체회의를 통과한 개정안에 대해서도 다시 검토를 하여 몇 가지 사항에 대해 수정의견을 내어 제2기 민법개정위원회 「分科委員長團會議」⁴⁾에 상정하였다. 이에 대해 분과위원회는 실무위원회의 수정의견을 토의하여 이것의 수용여부에 따른 분과위원회 최종안을 위원장단회의에 상정하게 되고 위원장단회의에서는 다시 실무위원회의 의견과 분과위원회의 의견을 종합적으로 판단하여 「위원장단 결론」으로 확정하게 된다. 위원장단 결론도 종국적으로는 다시 민법개정위원회 전체회의에 회부되어 토의에 붙여 결정됨으로써 법무부의 民法改正案으로 정해지게 된다. 본고의 II. 개정시안에서 「위원장단 결론」이라는 것은 바로 민법개정위원회의 전체회의를 통과하기 직전에 분과위원장단 회의에서 정해진 개정안을 의미한다. 본고는 2010.10.1. 경북대학교 법학연구원에서 개최한 학술대회에 발표하기 위하여 작성된 것이다. 그런데 당초 일정대로라면 「위원장단 결론」에 대해 2010.9. 29.에 이를 최종적으로 확정하는 민법개정위원회 전체회의가 개최될 예정이었고 이에 따라 본고도 최종적인 개정안을 대상으로 작성할 예정이었으나, 아쉽게도 민법개정위원회 전체회의가 2010. 10. 19.로 연기되었다. 그리하여 본고에서는 개정내용에 대해 이미 민법개정안으로 확정된 사항에 대해서는 이를 그대로 반영하였으나, 아직 「위원장단 결론」상태에 머무는 것에 대해서는 현재의 상태대로 서술하고, 이후 전체회의의 결과에 대해서는 後記에 이를 남겨두고자 한다.

2. 논문의 전개와 목적

필자는 제3분과위원회의 위원으로 참가하여 민법편 개정안을 성안하는 작업에 깊이 간여하였다. 따라서 본 논문은 일면 위원회의 활동을 하면서 그간의 결과물인 개정안을 전반적으로 정리하는 의미를 가진다. 그러한 내용은 본고의 II.에서 주로 다루게 된다. 다른 한편으로는 좁게는 분과위원회, 넓게는 민법개정위원회의 總意로써 민법개정안이 대외적으로 발표되겠지만, 위원회의 위원들 각자는 연구대

4) 이하 이를 「위원장단회의」라고 칭함.

상에 대해 학자로서 고유한 의견을 가질 수는 있는 것이다. 그러한 점에서 본 논문은 또한 필자가 위원회의 위원자격이 아니라, 법인론에 관심을 가지고 있는 학자로서 생각하는 管見을 피력하고자 작성된 것이다. 그에 대해서는 본고의 III.에서 다루고자 한다. 금번 법인편의 개정작업은 현행민법전 시행 50주년 만에 이루어진 대대적인 개혁이라는 점에서 큰 의미가 있다. 그럼에도 불구하고 아쉬운 점은 1년 넘게 법인편만을 집중해서 개정작업에 매달렸지만, 아직도 미흡하거나 손을 대지 못한 부분이 많이 있다는 것이다. 그러한 부분은 차후의 개정작업에 미룰 수밖에 없는 상황인데, 본고의 IV.에서는 결론에 갈음하여 그러한 앞으로의 과제에 대해서 생각해보고자 한다. 본 논문의 소재는 민법개정작업에 관한 것이다. 따라서 본 논문은 자신의 주장을 설득하기 위한 일반적인 학술논문과는 달리, 본 논문을 통하여 독자들로 하여금 민법개정작업에 관한 더 많은 관심의 환기와 개정안에 반응을 들어보기 위한 목적으로 작성된 것이다. 2004년 민법개정 작업당시에는 개정안에 대한 다양한 의견들이 개진되었는데⁵⁾, 금번 개정에서는 몇 차례 개정작업에 관한 학술발표가 있었음에도 이에 관한 본격적인 반응은 아직 찾아보기 어렵다. 이에 필자는 본고를 통해 그간의 민법개정작업에 관한 최신의 성과들을 소개함과 동시에 필자 나름의 의견을 개진함으로써 江湖諸賢들로부터 민법개정안에 대한 활발한 의견과 건설적인 제언들을 기대하고자 한다.

II. 주요 쟁점이 된 改正內容

1. 總說

현행 민법상 법인편에 관한 조문은 제31조부터 제97조까지 총 66개 조로 구성되어 있다. 그런데 금번 개정안에 의하면 현행민법상 조문에 대해 총34개 조가 개정되고⁶⁾, 2개 조는 삭제되고⁷⁾ 16개 조가 신설되는⁸⁾ 등 총52개 조에 걸

5) 강태성, 「민법총칙의 개정론」, 2008, 109면 이하; 同, “법인에 관한 민법개정방향”, 「법조」 제538호(2001.7.), 180면 이하; 김교창, “민법총칙 중 법인에 관한 개정의견”, 「법조」 제548호(2002.5.), 142면 이하; 민법개정안연구회(황적인 외 29인 공저), 「민법개정안의견서」, 2002 등.

6) 제31조, 제32조, 제33조, 제34조, 제38조, 제39조, 제40조, 제42조, 제43조, 제46조, 제48조,

친 큰 변화가 있게 된다. 또한 그 여파는 관련된 친족상속법상의 규정과⁹⁾ 비송사건절차법에도¹⁰⁾ 영향을 미치게 된다. 그러한 점에서 민법상 법인편에 관한 규정은 현행 민법규정의 사실상 대부분이 정비되는 셈으로써, 그야말로 改革에 가깝다고 평가할 수 있다. 그러한 조문의 변화에는 단순히 자구의 수정에 그친 것으로부터 완전히 새로운 제도가 신설되는 정도에 이르기까지 다양하다. 본고에서 법인편 전반에 대한 세세한 개정내용을 일일이 소개하는 것은 여러 현실적인 제약 때문에 어렵다고 판단되므로, 그 중 핵심적인 개정내용을 중심으로 기술하고자 한다. 그러한 주요내용을 선별하여 보면 법인설립주의의 전환, 비법인사단·재단에 관한 규정의 신설, 재단법인설립을 위한 출연재산의 귀속시기의 명확화, 비영리법인의 합병·분할에 관한 규정의 신설 등을 들 수 있는데, 아래에서 이들 내용에 대해서 차례로 살펴보기로 한다. 그 외에도 법인등기와 관련하여 많은 수의 조문개정이 있었고 법인의 해산과 청산에 관해서도 많은 조문의 변화가 있었으나, 이들 영역은 법리적으로 문제된 것은 아니며 단지 실무적인 차원에서 현재의 등기현실을 반영하였거나 해산·청산과 관련하여 산재한 조문들을 일목요연하게 정리하는 차원에서 개정된 것이므로 본고의 쟁점사항에 포함시키지 아니하였다.¹¹⁾

제49조, 제50조, 제51조, 제52조, 제53조, 제54조, 제56조, 제59조, 제63조, 제70조, 제71조, 제73조, 제76조, 제77조, 제83조, 제85조, 제86조, 제87조, 제88조, 제91조, 제92조, 제93조, 제94조.

7) 제78조, 제80조.

8) 제39조의2(법인 아닌 사단과 재단), 제92조의2(잔여재산의 귀속), 제96조의2(합병·분할), 제96조의3(합병·분할의 절차), 제96조의4(합병계약서의 기재사항), 제96조의5(분할계획서의 기재사항), 제96조의6(합병계약서 등의 공시), 제96조의7(채권자보호), 제96조의8(합병·분할의 등기), 제96조의9(합병·분할의 효력발생), 제96조의10(합병·분할의 효과), 제96조의11(합병·분할무효의 소), 제96조의12(합병·분할무효의 등기), 제96조의13(합병무효판결확정의 효과), 제96조의14(분할무효판결확정의 효과), 제96조의15(판결의 효력)

9) 민법 제1032조, 제1046조, 제1056조의 내용이 일부 개정된다.

10) 비송사건절차법 제33조의2(임시이사 선임의 등기촉탁), 제36조의2(신고사항의 공고), 제36조의3(신고사항을 공고할 신문의 선정), 제64조의2(합병으로 인한 변경등기 신청에 필요한 서면), 제64조의3(합병으로 인한 설립등기 신청에 필요한 서면), 제64조의4(분할로 인한 등기신청에 필요한 서면), 제64조의5(합병·분할의 무효판결의 확정과 등기촉탁) 등이 신설되고 제63조, 제64조, 제66조가 개정되며, 제65조의2, 제65조의3, 제65조의4는 폐지된다.

11) 이에 관한 상세한 자료로는 김대정, “법인에 관한 민법개정위원회의 개정시안”, 『민법개정의 방향』, 한국민사법학회 2010년도 하계학술대회 자료집, 38면 이하 및 60면 이하

분과위원회가 민법개정작업을 하면서 위원들 사이에 선결적으로 합의한 몇 가지 사항이 있는데, 그것은 다음과 같다. 첫째, 금번 민법개정작업을 함에 있어서 2004년 민법개정안을 참고는 하되 그것에 얽매이지는 않는다는 점이다. 그에 따라 2004년 민법개정안보다 훨씬 많은 의견이 개진되기도 하였고 보다 폭넓은 개정작업이 진행되었다.¹²⁾ 둘째, 법인에 관한 사회적 인식에 관한 문제인데, 분과위원회는 금번 개정작업을 통하여 현대사회의 다양한 이해관계를 바탕으로 한 국민들의 단체형성의 자유를 충족시켜줄 수 있도록 하여야 함에 유의하였다.¹³⁾ 셋째 법인관에 관한 문제로서, 권리주체의 한 형태인 법인을 자연인과 대등한 존재로 보느냐 아니면 자연인에 비해 보다 후견적인 보호가 필요한 주체로 보느냐에 관하여, 분과위원회는 전자의 시각에서 법인을 다루기로 하였다.¹⁴⁾ 넷째, 입법기술적인 문제로서, 사단법인과 재단법인을 분리해서 규율할 것인가 아니면 현행대로 통합하여 규정할 것인가 하는 문제에 대해, 양자간에 서로 다른 단체의 속성이 존재하고 입법례에 따라서는 양자를 분리하여 규율하기도 하지만, 양자를 분리하게 되면 너무 많은 조문의 변화가 따르게 되고 분과위원회에 부여된 한정된 시간으로는 그러한 사단과 재단의 분리를 전제로 한 개정작업이 여의치 않다는 현실적 이유로 말미암아 현행민법의 체계대로 사단법인과 재단법인을 통합하여 규율하기로 하였다.¹⁵⁾

참고.

- 12) 그러한 예로 법인등기에 관한 여러 규정을 개정하거나 폐지하였고, 2004년 민법개정작업 당시 논의되었지만 추후의 과제로 미루어졌던 권리능력없는 사단·재단에 관한 규정이나 법인의 합병·분할에 관한 규정의 신설을 들 수 있다.
- 13) 그 대표적인 예가 법인설립주의를 허가주의에서 인가주의로 개편한 것이나 법인의 합병·분할에 관한 규정을 신설한 것을 들 수 있다.
- 14) 그러한 시각이 반영된 것이 바로 민법 제48조인데, 재단법인의 설립을 위한 출연재산의 귀속시기를 민법 제187조에 맞추지 않고 민법 제186조에 맞추어 개선하였는데 민법 제187조에 따른 법인의 특별한 보호를 하지 않겠다는 시각을 전제로 한 것이다.
- 15) 그리하여 신설된 법인의 합병·분할에 관한 규정도 사단법인과 재단법인의 통합하여 규율하는 방식을 취하고 있다.

2. 法人設立主義의 전환

(1) 개정시안

현행	분과위원회 개정안	위원장단 결론
<p>第32條 (非營利法人의 設立과 許可) <u>學術, 宗教, 慈善, 技藝, 社交 기타 營利 아닌 事業을 目的으로 하는 社團 또는 財團은 主務官廳의 許可를 얻어 이를 法人으로 할 수 있다.</u></p>	<p>제32조 (비영리법인의 설립과 인가)</p> <p>① 영리를 목적으로 하지 않는 사단법인을 설립하고자 하는 자는 다음 각 호의 요건을 갖추어 주무관청에 인가를 신청하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 5인 이상의 사원이 있을 것 2. 제40조에 따라 작성된 정관이 있을 것 3. 1,000만원 이상의 재산을 보유할 것 4. 다른 법인과 동일한 명칭이 아닐 것 5. 기타 법인 설립에 관련된 규정을 준수하였을 것 <p>② 재단법인을 설립하고자 하는 자는 다음 각 호의 요건을 갖추어 주무관청에 인가를 신청하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제43조에 따라 작성된 정관이 있을 것 2. 1억원 이상의 재산을 출연할 것 3. 제1항 제4호 및 제5호의 요건을 갖출 것 <p>③ 주무관청은 법인을 설립하고자 하는 자가 제1항 또는 제2항의 요건을 갖</p>	<p>제32조 (비영리법인의 설립과 인가)</p> <p>① 영리를 목적으로 하지 않는 사단법인을 설립하고자 하는 자는 다음 각 호의 요건을 갖추어 주무관청에 인가를 신청하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 5인 이상의 사원이 있을 것 2. 제40조에 따라 작성된 정관이 있을 것 * 개정안 제3호 삭제 3. 다른 법인과 동일한 명칭이 아닐 것 4. 기타 법인 설립에 관련된 규정을 준수하였을 것 <p>② 재단법인을 설립하고자 하는 자는 다음 각 호의 요건을 갖추어 주무관청에 인가를 신청하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제43조에 따라 작성된 정관이 있을 것 2. 재단법인의 목적 달성에 필요한 최소한의 재산을 출연할 것 3. 제1항 제3호 및 제4호의 요건을 갖출 것 <p>③ 주무관청은 법인을 설립하고자 하는 자가 제1항 또는 제2항의 요건을 갖</p>

	추어 인가를 신청한 때에는 <u>법인의 정관으로 정한 목적이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않으면</u> 인가하여야 한다.	추어 인가를 신청한 때에는 <u>법인의 정관으로 정한 사항이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않으면</u> 인가하여야 한다.
--	---	---

(2) 내용과 제안이유

(가) 許可主義에서 認可主義로의 전환

학계에서는 비영리법인의 설립에 주무관청의 許可를 요하고 있는 현행민법 제 32조는 헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 平等의 原則에 반할 뿐만 아니라, 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장된 結社의 自由의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 헌법 제37조에 반한다는 비판이 이어졌고¹⁶⁾, 이에 따라 현행의 허가주의를 準則主義 내지 認可主義로 개정할 필요가 있었다. 인가주의로의 전환은 이미 2004년 민법개정안에서도 제시된 바 있다.¹⁷⁾ 다만 독일민법이나 일본의 「一般社團法人

16) 정환담, “민사법인설립에 관한 비교법적 고찰”, 「비교사법」 제5권1호(1998), 95면; 강태성, “법인에 관한 민법개정방향”, 「법조」 제538호(2001.7.), 182면 이하; 김교창, “민법총칙 중 법인에 관한 개정의견”, 「법조」 제548호(2002.5.), 152면 이하. 김진우, “비영리법인의 설립에 있어 허가주의에 관한 연혁적 고찰”, 「인권과 정의」 제383호(2008.7.), 112면은 우리나라에서는 법인에 대하여 “성악설적 법인관”으로 표현할 수 있을 만큼 비영리법인에 대한 부정적 이미지가 널리 유포되었고 또 그를 통해 허가주의를 정당화하는 경우가 적지 않았다고 비판하고 있다.

17) 법무부, 民法(財産編) 改正 資料集(2004.11.), 43면 이하 참고. 당시의 민법개정안은 다음과 같다.

현 행	2004년 개정안
第32條(非營利法人의 設立과 許可) 學術, 宗教, 慈善, 技藝, 社交 <u>其他</u> 營利 아닌 事業을 目的으로 하는 社團 또는 財團은 主務官廳의 許可를 얻어 이를 法人으로 할 수 있다.	第32條(非營利法人의 設立과 認可) 學術, 宗教, 慈善, 技藝, 社交 <u>그밖의</u> 營利 아닌 事業을 目的으로 하는 社團 또는 財團은 主務官廳의 認可를 얻어 이를 法人으로 할 수 있다.

2004년 개정안에 관한 자세한 내용은 윤진수, “법인에 관한 민법개정안의 고찰”, 서울대학교 「法學」 제46권 제1호(2005), 66면 이하 참고.

法」과 같이 비영리법인의 설립에 있어서 준칙주의를 채택하게 되면 기존의 행정관청의 관여가 완전히 배제되기 때문에 ‘과격화 개혁’이라는 반대여론에 부딪힐 가능성이 크다는 현실을 고려하여 금번 법인법의 개정에서는 「認可主義」로의 전환에 만족할 수밖에 없다는 데에 민법개정위원들의 의견이 일치되었다.¹⁸⁾

(나) 具體的인 認可要件

2004년 민법개정안에서도 인가주의로의 전환이 있었지만, 당시 허가를 인가로서 구수정하는 외에 세부적인 인가요건을 규정하지는 않았다. 그러나 비영리법인의 설립요건을 허가주의에서 인가주의로 전환하는 경우, 인가에 관한 구체적인 요건을 정하지 않는다면 주무관청이 법인설립의 인가를 판단함에 있어서 추상적이고 자유로운 재량이 개입될 여지가 있게 되므로 새롭게 인가주의로 전환한다는 의미가 퇴색될 수 있다.¹⁹⁾ 따라서 주무관청의 재량을 법정의 요건에 맞추어 행사하도록 민법에서 구체적인 인가요건을 제시해 줄 필요가 있는 것이다. 이에 대해 민법개정위원회 위원장단회의에서는 비영리법인의 설립인가요건을 사단법인과 재단법인으로 구분하여 각각 다음과 같이 규정하기로 하였다.²⁰⁾

첫째, 營利를 目的으로 하지 아니하여야 한다. 개정시안 제32조는 비영리법인의 설립요건을 규정하는 것으로서, 영리를 목적으로 하지 아니할 것은 당연한 요건이다.

둘째, 사단법인의 설립을 위해서는 5인 이상의 사원을 요한다. 상법에서는 주식회사의 경우에 1인회사의 설립도 인정하는데 반하여, 영리를 목적으로 하지 않는 민법상 사단법인을 설립하기 위해서는 최소한 2인 이상의 사원이 필요하다는 데에는 이설이 없으므로, 필요한 사원의 최소인원을 명문화하기로 하였다. 문제는 사원

18) 따라서 민법 제32조가 허가주의에서 인가주의로 전환됨에 따라 민법에서 허가를 표현한 조문은 모두 인가로 바뀌게 된다(민법 제38조, 제42조, 제46조, 제49조, 제53조, 제77조, 제80조 등) 다만 현행민법 제80조는 삭제되고 개정안 제92조의2에서 같은 내용으로 신설된다. 또한 비송사건절차법 제63조와 제64조의 내용도 ‘인가’로 바뀌게 된다.

19) 김대정, “법인에 관한 민법개정위원회의 개정시안”, 「민법개정의 방향」, 한국민사법학회 2010년도 하계학술대회 자료집, 19면.

20) 개정시안 제32조에 대한 상세한 설명으로는 김대정, “민법개정시안에서의 법인설립에 관한 입법주의의 전환”, 「법학논문집」 제34집 제2호(2010), 중앙대학교 법학연구소, 5면 이하 참고.

의 최소인원을 몇 명으로 할 것인가 하는 것인데²¹⁾, 이 문제에 대해서는 개정위원의 다수의견에 따라 “5인 이상”으로 규정하는 것으로 하였다.²²⁾

셋째, 定款을 작성하여야 한다. 현행민법 하에서도 해석론상으로는 개정시안과 마찬가지로 사단법인이든 재단법인이든 정관작성이 반드시 요구된다. 다만 이를 명확히 하기 위하여 사단법인의 경우에는 “제40조에 따라”, 재단법인의 경우에는 “제43조에 따라” 작성된 정관이 있어야 함을 요건으로 명기하였다.

넷째, 재단법인의 경우 일정규모 이상의 재산을 보유하여야 한다. 당초 분과위원회의 개정시안에서는 사단법인이든 재단법인이든 법인의 설립을 위하여 일정규모 이상의 재산을 보유할 것을 요하는 것으로 규정하였다. 다만 그 금액을 얼마로 정할 것인가 하는 문제에 대해서 분과위원회는 ① 재단법인의 경우, 보유재산의 이자로 목적사업의 수행이 가능한 최소금액이 얼마인가 하는 점을 고려하여 최소한 1억원 이상의 재산을 보유할 것을 요건으로 규정하였으며, ② 사단법인의 경우에도 최소한 1,000만원 이상의 보유재산이 필요한 것으로 명문화하기로 하였다. 물론 법인설립에 필요한 재산의 규모를 민법에 명문으로 규정하는 것이 과연 적절한가 하는 의문이 있을 수 있으나, 재산의 규모를 추상적으로 규정할 경우 주무관청이 재량권을 행사할 수 있게 되어 인가주의로 전환하는 입법목적을 달성하기 어렵게 될 우려가 있다는 점을 고려하여 이를 명기하기로 한 것이다. 그런데 분과위원회의 안에 대하여 민법개정위원회의 실무위원회와 분과위원장단회의에서는 이견이 제시되었다. 그 핵심은 분과위원회의 안처럼 구체적인 자산보유액을 명기할 필요가 없다는 것이다. 그리하여 현재 민법개정위원회 분과위원장단의 결론에 의하면 사단법인에 대해서는 자산보유를 요구하지 않으며, 재단법인에 대해서는 “재단법인의 목적달성에 필요한 최소한의 재산을 출연할 것”이라고 규정하였다. 결과적

21) 이를테면 사단개념에 충실하게 2인 이상으로 할 것인가, 아니면 독일 민법처럼 7인 이상으로 할 것인가를 정하는 문제이다.

22) 분과위원회에서는 2인, 5인, 7인, 10인 등 다양한 의견이 개진되었으나, 결국 5인으로 의견이 모아졌다. 분과위원회가 “5인 이상”으로 정한 데에는 다음과 같은 요소가 고려되었다. 첫째 사단법인의 설립에 준칙주의를 취하는 독일민법의 경우 7인 이상의 사원을 요하는데(독일민법 제56조), 인가주의를 채택하는 우리 개정안에 의하더라도 사단법인설립이 독일보다 까다로운 상황에서 사원수를 독일보다 낮추어주는 것이 법인설립의 용이성에 기여할 수 있다고 판단하였다. 둘째, 그렇다면 구태여 왜 5인이어야 하는가에 대해, 우리 민법 제70조 2항에 의하면 임시총회의 개최를 요구할 수 있는 사원의 정족수로 총사원의 5분의 1을 요구하고 있으므로 이에 맞추어 전체사원 5인 중 1인의 요구로 사원총회를 개최할 수 있는 사단을 상정하여 5인으로 정한 것이다.

으로 분과위원회의 안과 비교할 때 요건이 삭제되거나 완화되었는데, 특히 사단법인에 대해서 아무런 재산보유를 요구하지 않는 것이 타당한지에 대해서는 논란의 여지가 있다. 사단법인의 경우 개념적으로는 인적 결합이 조직의 핵심이므로 재산이 요구되지 않는다고 할 수 있으나, 실제로는 재산 없는 사단법인의 설립을 인정할 것인가 하는 점은 문제가 될 수 있다.²³⁾

다섯째, 다른 법인과 同一한 名稱을 사용하지 않아야 한다. 이 요건은 대부분의 행정관청이 비영리법인의 허가요건심사 매뉴얼에서 “다른 법인과 동일한 명칭을 사용하지 않을 것”이라는 요건을 규정하고 있다는 점을 고려한 것이다.

여섯째, 법인설립인가를 받기 위해서는 기타 법인설립에 관련된 규정을 준수하였어야 한다.

(다) 認可處分의 羈束

법인을 설립하고자 하는 자가 개정시안 제32조 제1항 또는 제2항의 요건을 갖추어 법인설립의 인가를 신청한 때에는, 법인의 정관으로 정한 사항이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 한 주무관청은 반드시 인가하여야 한다(위원장단 결론 제32조 제3항). 이는 행정관청의 인가여부의 결정이 엄격한 기속행위임을 명확히 함으로써, 헌법에 보장된 결사의 자유를 보장하기 위함이다.²⁴⁾

23) 이에 대해 분과위원회에서 설립인가요건에 관하여 연구용역을 담당한 윤철홍 위원의 의견을 인용하여 둔다: “이 요건(1,000만원 이상의 재산을 보유할 것)과 관련하여 사단법인에 재산을 요구하는 것은 법인설립을 제한하는 것이 되어 부당하다는 견해가 제기될 수 있다. 그러나 사단법인이라 하더라도 재산이 없이는 설립할 수 없다. 예컨대 제35조의 불법행위 책임은 결국 재산상의 책임을 의미하고, 민법 제40조 제4호에서 자산에 관한 규정을 정관에 정하도록 규정하고 있으며, 제49조 제6호에서도 자산의 총액을 등기하도록 되어 있다. 1000만원이라는 금액에 대해서는 이론이 있을 수 있으나 최소한의 자산은 있어야만 법인의 남설을 막을 수 있고, 인가주의의 목적도 달성할 수 있기 때문이다.” 윤철홍, “비영리법인설립에 관한 입법론적 고찰”, 『민사법학』 제47호(2009.12.), 752면.

24) 김대정, “법인에 관한 민법개정위원회의 개정시안”, 『민법개정의 방향』, 한국민사법학회 2010년도 하계학술대회 자료집, 20면.

3. 非法人社團·財團에 관한 규정의 신설

(1) 개정시안

현 행	분과위원회 개정안	위원장단 결론
<p>〈신설〉</p>	<p><u>제39조의2 (법인 아닌 사단과 재단) ① 법인 아닌 사단과 재단에 대하여는 주무관청의 인가 또는 등기를 전제로 한 규정을 제외하고는 본장의 규정을 준용한다.</u></p> <p><u>② 영리를 목적으로 하는 법인 아닌 사단의 재산으로 사단의 채무를 완제할 수 없는 때에는 각 사원은 연대하여 변제할 책임이 있다.</u></p>	<p>제39조의2 (법인 아닌 사단과 재단) ① 법인 아닌 사단과 재단에 대하여는 주무관청의 인가 또는 등기를 전제로 한 규정을 제외하고는 본장의 규정을 준용한다.</p> <p>② 영리를 목적으로 하는 법인 아닌 사단의 재산으로 사단의 채무를 완제할 수 없는 때에는 각 사원은 연대하여 변제할 책임이 있다.</p> <p>③ <u>제2항의 재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때에도 각 사원은 연대하여 변제할 책임이 있다.</u></p> <p>④ <u>제3항의 규정은 사원이 법인 아닌 사단에 변제의 자력이 있으며 집행이 용이한 것을 증명할 때에는 적용하지 아니한다.</u></p>

(2) 내용과 제안이유

(가) 法人規定의 準用

현행민법에는 비법인사단·재단을 직접적으로 규율하는 규정이 없고, 다만 공동소유의 한 형태로 법인 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에 이를 總有라고 하는 규정(제275조 제1항)을 두고 있을 뿐이다. 따라서 비법인사단·재단이 하는 법률행위·불법행위 또는 사단내부의 행위의 효력에 대해서 어떠한 판단을 할 것인가는 순전히 학설과 판례에 맡겨져 있다. 현행민법은 법인설립에 있어서 허가주의를 취하고 있기 때문에 현실에서는 허가를 받지 못하거나 받기를 꺼려하는 수많은 비법인사단·재단이 존재한다. 때문에 이러한 단체를 규율할 명문의 규정을 두는 것은 바람직하지만, 어떻게 立案할 것인가는 대단히 어려운 문제이다. 분과위원회는 일단 「2004년 민법개정안」과 마찬가지로, 「법인 아닌 사단과 재단」에 관한 일반규정인 제39조의2를 신설하는 것으로 결정하였다. 법인 아닌 사단과 재단을 규율함에 있어서 핵심은 법인 아닌 사단과 재단에 대해서도 법인에 관한 규정이 준용되는 것이다. 주지하는 바와 같이 독일민법 제54조는 [권리능력 없는 사단]이라는 표제에서 권리능력 없는 사단에 대하여는 조합에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다. 또한 사단의 이름으로 제3자에 대하여 행하여진 법률행위에 대하여는 행위자가 개인적으로 책임을 지고, 다수가 행위한 때에는 그들이 연대책무자로서 책임을 지도록 하고 있다. 이러한 입법태도는 규정의 체계상 수긍할 수 있는 바가 있다. 즉 독일민법은 사단의 설립에 있어서 준칙주의를 취하고 있기 때문에 법인의 설립이 쉬우며, 일단 법인이 설립되면 법인명의로 행위에 대해서는 법인재산으로 책임이 한정됨이 원칙이다. 독일민법의 입법자들은 사단에 대해 이러한 이점을 유인책으로 하여 사단이 등기를 함으로써 법인으로 되도록 이끄는 한편, 그러한 간편한 법인성립제도마저 외면하는 사단에 대해서는 조합법을 적용하여 사원의 책임이 가중되도록 함으로써 법인성립에 관한 제도운영의 밸런스를 맞추려 한 것이다. 그러한 점에서 독일민법이 권리능력 없는 사단에 대해서 조합에 관한 규정을 준용하도록 한 것은 일응 법정책적으로 납득되는 바이며, 이러한 입법태도를 지지하는 학자도 있다.²⁵⁾ 그럼에도 불구하고 현재 독일학계의 주류적인

25) Flume, Die Personengesellschaft, Berlin/Heidelberg/New York 1977, S. 87 f.; ders, Der

입장과 판례는 독일민법 제54조의 규정에도 불구하고 권리능력 없는 사단에 대해서도 조합법이 아니라 사단법이 적용되어야 한다는 것이다.²⁶⁾ 그 이유는 권리능력 없는 사단이든 권리능력 있는 사단(즉 法人인 사단) 사이에는 등기의 유무를 제외하고는 사단을 구성하는 요소에 있어서 본질적인 차이가 없다고 보기 때문이다.

그렇다면 우리 민법에서의 상황은 어떠한가? 현행 민법은 법인설립에 있어서 허가주의를 취하고 있기 때문에 주무관청의 재량에 의한 허가를 받지 못하는 많은 사단·재단이 양산될 수 있다. 그러한 사정은 개정안에 따라 인가주의로 바뀌더라도 여전히 이어질 것이다. 그렇다면 인가주의를 취하면서 법인설립인가를 받지 아니하였거나 받지 못한 단체에 독일민법에서와 같은 조합규정을 준용하도록 하는 것은 타당하지 않고 법인규정을 준용하도록 하는 것이 타당하다. 그런데 구체적으로 어떠한 내용으로 규율할 것인가를 정하는 것은 쉬운 일이 아니었다. 우선 2004년 민법개정안에서는 제39조의2에서 “법인 아닌 사단과 재단에 대하여는 그 성질에 반하지 아니하는 한 본장의 규정을 준용한다”라고 규정하였다. 이러한 규율은 기본적으로 지금까지 판례의 태도를 반영한 것이다.²⁷⁾ 이에 대해 “그 성질에 반하지 아니하는 한”이라는 기준이 불명확하다는 비판이 있었지만,²⁸⁾ 그 기준에 해당하는지의 여부는 향후 판례의 형성에 따라 정해질 수밖에 없는 것이었다. 금번 민법개정안의 태도도 2004년 민법개정안과 크게 다르지 않다. 개정안 제39조의2 제1항은 종래 학설과 판례의 입장을 명문화하여 법인 아닌 사단과 재단에 대하여 법인에 관한 규정을 준용하도록 하였다. 이는 비법인사단·재단에 대해서는 현행 실정법이 민사소송법과 부동산등기법에서 각각 당사자능력(민사소송법 제52조)과 부동산등기능력(부동산등기법 제30조)을 규정하는 것에 그치는 반면, 금번 개정안에 의해 비법인사단·재단이 실체법상으로도 권리능력을 가지고 있음을 명확히 한데 그 의미가 있다.²⁹⁾ 다만 비법인 사단·재단에 대하여는

nichtrechtsfähige Verein, ZHR 148 (1984), S. 503 f..

26) Bamberg/Roth/Schwarz, § 54 Rn 11; Erman/Westermann, § 54 Rn 1; MüKo/Reuter, § 54 Rn 2; Palandt/Heinrichs, § 54 Rn 1; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 10. Aufl., 2005, Rn 4713; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 25 II 1 a. 또한 판례로는 BGHZ 50, 325, 329; BGH NJW 1979, 2304 등

27) 大判 1992.10.9, 92다23087; 大判 1996.9.6, 94다18522 판결; 大判 1997.1.24, 96다39721, 39738; 大判 2003.11.14, 2001다32687 등.

28) 민법개정안연구회(고상룡 교수의 견해), 「민법개정안의견서」, 16면 등.

29) 김대정, “법인에 관한 민법개정위원회회의 개정시안”, 「민법개정의 방향」, 한국민사법학회

“주무관청의 인가 또는 등기를 전제로 한 규정을 제외하고는 본장의 규정을 준용한다”고 하여 2004년 민법개정안에 비해 법인에 관한 규정이 준용되는 기준을 좀더 명확히 하고자 하였다. 이 경우에도 구체적으로 무엇이 “주무관청의 인가 또는 등기를 전제로 한 규정”인지에 대해서는 향후 학설과 판례의 과제로 남아 있는 셈이다.

(나) 營利非法人 社團의 規律

금번 민법개정안에서 비법인사단·재단에 관한 규정에 관한 큰 특징은 제39조의2 제1항보다 제2항에 있다고 할 수 있다. 본 조항은 2004년 민법개정안에서는 구상되지 아니한 것이다. 비법인사단·재단에 대해서는 민법상 법인에 관한 규정을 준용하여야 하는 것이 타당하다는 것에 대해서는 별다른 이견이 없을 것으로 예상된다. 이때 비법인사단이 영리를 목적으로 하는 경우에도³⁰⁾ 비영리를 목적으로 하는 비법인사단과 마찬가지로 민법상 법인에 관한 규정을 준용하도록 하는 것이 타당한지에 대해서는 의문이다. 즉 영리를 목적으로 하는 사단이 상법의 규정에 좇아 회사로 될 수 있음에도 불구하고(민법 제39조) 그러한 길을 가지 않고 비법인사단으로 머무는 경우에는 비영리를 목적으로 하는 비법인사단과는 다른 법적 規律이 필요하다. 민법상 법인에 관한 규정은 비영리를 목적으로 하는 법인을 전제로 한 것이기 때문에 영리를 목적으로 하는 사단에도 적용할 것은 아니다. 따라서 영리를 목적으로 하는 사단이 법인격을 취득하고자 할 때에는 준칙주의에 따른 상법상 회사로 되어야 하고, 법인격의 취득을 원하지 아니할 때에는 조합에 관한 법리를 적용하는 것이 타당하다. 이에 합명회사 사원의 책임에 관한 상법 제212조 제1항의 규정을 참작하여, 민법개정안에서는 “영리를 목적으로 하는 법인 아닌 사단의 재산으로 사단의 채무를 완제할 수 없는 때에는 각 사원은 연대하여 변제할 책임이 있다”고 규정하였다. 이것은 준칙주의에 따라 쉽게

2010년도 하계학술대회 자료집, 28면. 물론 이때 비법인사단·재단이 가지는 권리능력은 법인인 사단·재단이 가지는 완전하고 혼일한 권리능력과는 차이가 있다. 법인의 권리능력의 개념과 그 성질에 관해서는 송호영, “법인의 권리능력”, 『비교사법』 제7권1호(2000. 6.), 91면 이하 참고.

30) 재단에는 이익을 분배할 사원이 존재하지 않기 때문에 영리비법인재단이라는 개념이 성립될 수 없다. 따라서 영리비법인 단체는 ‘사단’에만 문제된다.

상법상 회사로 될 수 있음에도 불구하고 이를 회피하면서 영리를 추구하고자 하는 사단의 설립자에 대해 책임제한의 특권을 제한하여 사원의 연대책임을 물음으로써, 사단법인의 형태가 변질되거나 악용되는 것을 막겠다는 뜻으로 이해될 수 있다. 그런데 개정안 심의과정에서 실무위원회로부터 제39조의2 제2항에 따라 사원에 대하여 책임을 실효적으로 묻기 위하여 상법 제212조 제2항 및 제3항과 같은 규정의 보완이 있어야 한다는 주장이 제기되었다. 즉 법인등기 등을 통해 재산 보유 현황이 외부에 공시되지 않는 비법인사단의 경우에는 사단의 채권자가 제2항에서 규정된 “완제 불능”을 입증하는 것이 사실상 불가능할 때가 많을 것이고, 따라서 제2항만 규정할 경우에는 현실적으로 비법인사단의 사원이 개인 책임을 질 가능성이 거의 없다는 점을 악용하여 비법인사단의 설립 및 운영을 통해 상법의 적용을 회피할 우려가 있다는 것이다. 그리하여 분과위원장단 결론 제3항에서는 사단의 재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때에도 각 사원은 연대하여 변제할 책임이 있는 것으로 정함으로써 사단채권자가 보다 쉽게 사원책임을 물을 수 있도록 하였다. 이때 사원은 사단채권자에 대하여 사단에 변제의 자력이 있으며 집행이 용이하다는 것을 증명함으로써 책임을 면할 수 있도록 하였다(제4항).

4. 財團法人設立을 위한 出捐財産의 歸屬時期

(1) 개정시안

현 행	분과위원회 개정안	위원장단 결론
第48條 (出捐財産의 歸屬時期) ① 生前處分으로 財團法人을 設立하는 때에는 出捐財産은 法人이 成立된 때로부터 法人의 財産이 된다. ② 遺言으로 財團法人을 設立하는 때에는 出捐財産은 遺言의 效力이 發生한 때로부터 法人	제48조 (출연재산의 귀속시기) ① <u>재단법인을 설립하기 위하여 출연한 재산의 권리변동에 등기, 인도 그 밖의 요건이 필요한 경우에는 그 요건을 갖춘 때에 법인의 재산이 된다.</u> ② <u>설립자의 사망 후에 재단법인이 성립하는</u>	제48조 (출연재산의 귀속시기) ① <u>재단법인을 설립하기 위하여 출연한 재산의 권리변동에 등기, 인도 그 밖의 요건이 필요한 경우에는 그 요건을 갖춘 때에 법인의 재산이 된다.</u> ② <u>설립자의 사망 후에 재단법인이 성립하는</u>

<p>에 歸屬한 것으로 본다. 제3항 <신설></p>	<p>경우에는 출연재산은 출연자가 사망한 때부터 법인에 귀속한 것으로 본다. ③ 설립자의 사망 후에 재단법인이 성립하는 경우에는 출연에 관하여는 그의 사망 전에 재단법인이 성립한 것으로 본다.</p>	<p>경우에는 출연에 관하여는 그의 사망 전에 재단법인이 성립한 것으로 본다. ③ 제2항의 경우에 출연재산은 제1항의 요건을 갖추면 설립자가 사망한 때부터 법인에 귀속한 것으로 본다. 재단법인이 성립한 후 설립자가 사망한 경우에도 이와 같다.</p>
---	---	---

(2) 내용과 제안이유

(가) 물권변동의 成立要件主義 채택

재단법인의 설립을 위해 설립자가 출연한 재산은 언제 재단법인의 것으로 귀속되는지에 관한 문제는 신민법시행이후부터 지금까지 줄곧 다투어졌던 난제중의 하나였다. 이 문제는 신민법에서 물권변동의 원칙을 대항요건주의에서 형식주의로 바꾸었음에도 불구하고 민법 제48조가 여전히 대항요건주의에 입각한 구민법 제42조를 그대로 답습하여 내용이 수정되지 않고 지금처럼 남게 된 것에서 유래한다. 그리하여 생전처분으로 인한 것이든 유언으로 인한 것이든 재단법인설립을 위한 재산출연행위는 분명히 법률행위이기 때문에 물권변동의 원칙상으로는 민법 제186조·제188조에 따라 설립자로부터 재단법인으로 재산이 이전되기 위해서는 등기·인도 등의 물권변동의 요건을 갖추어야 할 것이지만, 현행민법 제48조는 생전처분으로 인한 출연재산은 법인이 성립한 때로부터 그리고 유언으로 인한 출연재산은 유언의 효력이 발생한 때로부터 법인에게 귀속하는 것으로 정하고 있어서 물권변동에 관한 성립요건주의의 원칙과는 조화되지 않는다. 이에 대해 학설은 갈리어, 제48조를 재단설립자의 의사를 존중하는 동시에 재단법인의 재산적 기초를 충실히 하기 위한 특별규정으로 이해하면서 제48조를 법률의 규정에 의한 물권변동(민법 제187조)에 해당하는 것으로 보아 물권변동을 위한 별도의 요건없이도 제

48조에서 정한 시기에 출연재산은 재단으로 귀속된다고 보는 견해³¹⁾와 제48조에 의한 재산출연행위는 법률행위에 해당하므로 법률행위에 의한 물건변동의 원칙에 따라 등기(민법 제186조)나 인도(민법 제188조)를 갖추어야만 설립자로부터 재단법인으로 출연재산이 이전한다는 견해³²⁾로 나뉘었다. 판례는 설립자와 재단법인 사이의 대내적 관계와 재단법인과 제3자 사이의 대외적 관계를 분리하여, 대내적으로 출연재산은 민법 제48조가 정한 시기에 등기 등의 형식없이도 재단법인에게 귀속하지만, 대외적으로는 재단법인이 제3자에게 '對抗'하기 위해서 출연재산을 재단법인명의로 등기(인도 기타 배서·교부 등)할 것이 요구된다고 판단함으로써,³³⁾ 양측 학설로부터 논리가 일관되지 않는다는 비판을 받아 왔다. 이러한 논란을 종식시키기 위해서는 결국 본조의 개정을 통하여 출연재산의 귀속시기를 명확히 하는 것이다. 결국 민법 제48조를 제186조의 원칙에 맞추느냐 아니면 제187조에 해당하는 예외로 존치시키느냐는 법논리에 관한 문제인 동시에 입법적 결단의 문제이다. 2004년 민법개정작업에서도 제48조에 관해서는 많은 논의가 있었고 그 당시에 제48조를 물건변동에 관한 성립요건주의에 조화되도록 하는 개정안이 제시되었었다.³⁴⁾ 금번 민법개정에서도 이와 같은 문제가 똑같이 쟁점이 되었다. 이에 대해 분과위원회는 법인관에 대한 결단을 할 필요가 있었는데, 즉 자연인에 비해 법인을 특별히 보호할 필요가 있느냐에 관하여 법인과 자연인을 동등한 주체로 보아 특별한 보호를 고려하지 않기로 하였다. 이는 민법 제48조를 법인보호를 위한 물건변동의 특별규정으로 두지 않고 물건변동의 원칙에 부합하는 규정으로 개정하여야 함을 의미한다. 그래야만 물건변동에 있어서 자연인과 법인과의 차이가 없어지게 되기 때문이다. 이에 따라 분과위 개정안 및 분과위원장단회의 결론 제48조 제1항은 생전처분에 의한 것이든 유언에 의한 것이든 구분하지 않고 재단법인을 설립하기 위하여 출연한 재산의 권리변동에 등기, 인도 그 밖의 요건이 필요한 경

31) 고상룡, 「민법총칙」, 192면; 박윤직, 「민법총칙」, 136면; 김기선, 「한국민법총칙」, 144면; 김상용, 「민법총칙」, 232면; 김용한, 「민법총칙론」, 165면; 김주수, 「민법총칙」, 210면; 장경학, 「민법총칙」, 313면; 송덕수 「신민법강의」, 380면.

32) 김증한·김학동, 「민법총칙」, 180면; 이영준, 「민법총칙」, 941면; 백태승, 「민법총칙」, 232면; 서광민, 「민법총칙」, 196면; 이은영, 「민법총칙」, 267면; 오시영, 「민법총칙」, 222면; 홍성재, 「민법총칙」, 80면.

33) 大判 1979.12.11. 78다481·482; 大判 1993.9.14. 93다8054.

34) 법무부, 民法(財産編) 改正 資料集(2004.11.), 65면 이하 참고. 당시의 민법개정안은 다음과 같다.

우(예, 증권의 교부 등)에는 그 요건을 갖춘 때에 법인의 재산이 되는 것으로 정하여, 물권변동에 있어서 성립요건주의를 관철하고 있다. 이러한 원칙은 설령 설립자가 사망한 후에 재단법인이 성립한 경우에도 적용되어, 그러한 경우에도 재단법인이 물권변동에 필요한 요건을 갖추어야만 재단법인의 재산으로 귀속된다(위원장단 결론 제48조 제3항).

(나) 설립자의 사망 후 財團法人이 成立되는 경우

물권변동에 있어서 자연인과 법인을 동등시하여 법인에게도 재산귀속을 위해서는 등기·인도 등의 요건을 요구하고 있지만, 그와 구분하여야 하는 것은 자연인과 달리 재단법인은 이미 존재하는 권리주체가 아니라 설립자의 출연행위로 말미암아 비로소 실체가 형성되기 시작하여 일정한 절차를 거쳐 비로소 법인으로 성립된다는 특성을 가지고 있다는 점이다. 즉 재단법인은 설립자의 설립행위에 의해 곧바로 성립하는 것이 아니라 소정의 절차를 거쳐 성립되는 것이기 때문에 출연행위로부터 법인성립이 마무리되어 실제 법인으로 재산이 귀속되기까지 상당한 시간이 소요된다는 특성을 고려하여 그러한 범위에서 재단법인을 보호할 필요가 있다. 이에 따라 개정안은 법인설립자가 사망한 후에 재단법인이 성립되는 경우

현 행	개 정 안
第48條(出捐財産의 歸屬時期) ① (생략) ②(생략) <신설> <신설>	第48條(出捐財産의 歸屬時期) ①(현행 조문과 동일) ②(현행과 같음) ③第1項 및 第2項의 경우에 그 權利變動에 登記, 引渡 등이 필요한 出捐財産은 이를 갖추어야 法人의 財産이 된다. ④第1項 및 第2項의 경우에 設立者の 死亡 後에 財團法人이 成립된 때에는 設立者の 出捐에 관하여는 그의 死亡 前에 財團法人이 成立한 것으로 본다.

당시 개정안에 대한 상세한 설명으로는 윤진수, “법인에 관한 민법개정안의 고찰”, 서울대학교 『法學』 제46권 제1호(2005), 76면 이하 참고.

에는 출연에 관하여는 그의 사망 전에 재단법인이 성립하는 것으로 간주함으로써, 설립자의 사망으로 출연재산이 과도적으로라도 상속인에게 귀속되는 것을 막기 위하여 재단법인이 출연된 재산의 귀속주체임을 명정하였다(위원장단 결론 제48조 제2항). 다만 이때에도 추후에 성립된 재단법인은 물권변동의 요건을 구비함으로써 출연재산이 법인에게 귀속되는 것으로 하고, 다만 그러한 요건을 갖춘 경우에 설립자가 사망한 때로 소급하여 귀속되는 것으로 정하였다(위원장단 결론 제48조 제3항).³⁵⁾

5. 非營利法人의 合併·分割에 관한 규정의 신설

(1) 개정시안

현행	개정안
<신설>	제4-2절 합병과 분할
<신설>	제96조의2 (합병·분할) ① 사단법인은 다른 사단법인과 합병하거나 복수의 사단법인으로 분할할 수 있다. ② 재단법인은 다른 재단법인과 합병하거나 복수의 재단법인으로 분할할 수 있다. 다만, 제45조 제1항 또는 제46조에서 정한 때가 아니면 이를 하지 못한다.
<신설>	제96조의3 (합병·분할의 절차) ① 법인이 합병을 하는 때에는 합병계약을 작성하여야 하고, 분할을 하는 때에는 분할계획서를 작성하여야 한다. ② 사단법인은 사원총회에서 총사원 4분의 3 이상, 재단법인은 이사 정수(定數)의 4분의 3 이상의 동의로써 합병계약서 또는 분할계획서의 승인을 받아야 한다. 다만, 정수(定數)에 관하여 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다. ③ 법인은 제2항의 승인을 받은 합병계약서 또는 분할계획서를 제출하여 주무관청으로부터 인가를 받아야 한다.

35) 분과위원회의 개정안과 분과위원장단회의에서의 결론을 보면 당초 분과위원회 개정안 제2항과 제3항의 위치가 분과위원장단회의의 결론에서는 변경되어 있다. 또한 분과위원회의 개정안 제2항은 현행법 제48조 제2항과의 유사성 때문에 형식적 요건을 갖추지 않아도 설립자 사망 시 출연재산이 바로 법인에게 귀속한다는 오해를 불러일으킨다는 의견이 다수 제기되어 분과위원장단회의의 결론에서는 ‘제1항의 요건을 갖추면’이라는 표현을 삽입하여 개정의도를 명확히 하기로 하였다.

<p><신 설></p>	<p>제96조의4 (합병계약서의 기재사항) ① 합병할 법인의 일방이 합병후 존속하는 경우에는 합병계약서에 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제96조의3 제2항의 합병승인을 위한 회의예정일 2. 합병을 할 날 3. 존속하는 법인이 합병으로 인하여 정관을 변경하기로 정한 때에는 그 규정 4. 존속하는 법인에 취임할 이사의 성명과 주민등록번호 5. 존속하는 법인에 취임할 감사를 두기로 한 때에는 그 성명과 주민등록번호 <p>② 합병으로 법인을 설립하는 경우에는 합병계약서에 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 설립되는 법인의 정관에 기재할 사항 2. 제96조의3 제2항의 합병승인을 위한 회의예정일 3. 합병을 할 날 4. 설립되는 법인의 이사의 성명 및 주민등록번호 5. 감사를 두기로 한 때에는 그 성명과 주민등록번호
<p><신 설></p>	<p>제96조의5 (분할계획서의 기재사항) ① 분할에 의하여 법인을 설립하는 경우에는 분할계획서에 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 설립되는 법인의 정관에 기재할 사항 2. 설립되는 법인에 이전될 재산과 그 가액 3. 설립되는 법인의 이사의 성명과 주민등록번호 4. 설립되는 법인의 감사를 두기로 한 때에는 그 성명과 주민등록번호 <p>② 분할 후 법인이 존속하는 경우에는 존속하는 법인에 관하여 분할계획서에 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 분할로 설립되는 법인에 이전할 재산과 그 가액 2. 정관변경을 가져오게 하는 그 밖의 사항
<p><신 설></p>	<p>제96조의6 (합병계약서 등의 공시) ① 법인은 제96조의3 제2항의 승인을 위한 회의예정일의 2주 전부터 합병·분할의 효력이 발생한 날 이후 6개월이 경과하는 날까지 다음 각 호의 서류를 주된 사무소에 비치하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 합병계약서 또는 분할계획서 2. 각 법인의 최종의 재산목록과 대차대조표 <p>② 사원 또는 법인의 채권자는 업무시간 안에는 언제든지 제1항 각 호의 서류의 열람을 청구하거나, 법인이 정한 비용을 지급하고 그 등본 또는 초본의 교부를 청구할 수 있다.</p>
<p><신 설></p>	<p>제96조의7 (채권자보호) ① 법인은 주무관청으로부터 합병의 인가를 받은 날부터 2주일 안에 채권자에 대하여 합병에 이의가 있으면 일정한 기간 안에 이의를 제출할 것을 공고하고 알고 있는 채권자에 대하여는 이를 개별</p>

	<p>적으로 최고하여야 한다. 이 경우 그 기간은 2개월 이상이어야 한다.</p> <p>② 채권자가 제1항의 기간 안에 이의를 제출하지 아니한 때에는 합병을 승인한 것으로 본다.</p> <p>③ 이의를 제출한 채권자가 있는 때에는 법인은 그 채권자에 대하여 채무를 변제하거나 상당한 담보를 제공하여야 한다.</p>
〈신 설〉	<p>제96조의8 (합병·분할의 등기) ① 합병의 경우에는 제96조의7에 따른 절차가 종료된 날부터 3주일 안에 주된 사무소 및 분사무소 소재지에서 합병의 등기를 하여야 한다. 이 경우 합병으로 존속하는 법인은 변경등기를, 소멸하는 법인은 해산등기를, 신설되는 법인은 설립등기를 하여야 한다.</p> <p>② 분할의 경우에는 분할인가를 받은 날부터 3주일 안에 주된 사무소 및 분사무소 소재지에서 분할의 등기를 하여야 한다. 이 경우 분할로 인하여 소멸하는 법인은 해산등기를, 분할 후에도 계속 존속하는 법인은 변경등기를, 분할 후에 신설된 법인은 설립등기를 하여야 한다.</p>
〈신 설〉	<p>제96조의9 (합병·분할의 효력발생) 법인의 합병은 합병 후 존속하는 법인 또는 합병으로 신설되는 법인이, 법인의 분할은 분할 후에 존속하는 법인 또는 분할로 신설된 법인이 그 주된 사무소 소재지에서 제96조의8의 등기를 함으로써 그 효력이 생긴다.</p>
〈신 설〉	<p>제96조의10 (합병·분할의 효과) ① 합병 후 존속하는 법인 또는 합병으로 인하여 신설된 법인은 합병으로 인하여 소멸된 법인의 권리와 의무를 승계한다.</p> <p>② 분할로 인하여 신설된 법인 또는 존속하는 법인은 분할하는 법인의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라 승계한다. 분할로 신설되는 법인 또는 존속하는 법인은 분할 전의 법인채무를 연대하여 변제할 책임이 있다.</p>
〈신 설〉	<p>제96조의11 (합병·분할무효의 소) ① 합병 또는 분할의 무효는 각 법인의 사원·이사·감사·청산인·관리인·파산관재인 또는 합병을 승인하지 아니한 채권자에 한하여 소로써만 이를 주장할 수 있다.</p> <p>② 제1항의 소는 제96조의8의 등기가 있는 날부터 6개월 안에 제기하여야 한다.</p> <p>③ 제1항의 소는 법인의 주된 사무소 소재지의 지방법원의 관할에 전속한다.</p>
〈신 설〉	<p>제96조의12 (합병·분할무효의 등기) 합병 또는 분할을 무효로 한 판결이 확정된 때에는 주된 사무소 소재지 및 분사무소 소재지에서 합병이나 분할 후 존속한 법인의 변경등기, 합병이나 분할로 소멸된 법인의 회복등기, 합병이나 분할로 신설된 법인의 해산등기를 하여야 한다.</p>

<p>〈신 설〉</p>	<p>제96조의13 (합병무효판결확정의 효과) ① 법인의 합병을 무효로 한 판결이 확정된 때에는 합병후 존속법인이나 신설법인이 부담한 채무에 대하여 합병 전의 상태로 복귀한 법인들이 연대하여 변제할 책임이 있다.</p> <p>② 합병후 존속법인이나 신설법인이 취득한 재산은 합병 전의 상태로 복귀한 법인들의 공유로 한다.</p> <p>③ 제1항과 제2항의 경우에 각 법인의 협의로 그 부담부분 또는 지분을 정하지 못한 때에는 법원은 그 청구에 의하여 합병 당시의 각 법인의 재산상태 기타의 사정을 참작하여 이를 정한다.</p>
<p>〈신 설〉</p>	<p>제96조의14 (분할무효판결확정의 효과) ① 법인의 분할을 무효로 한 판결이 확정된 때에는 분할후 존속법인이나 신설법인이 부담한 채무에 대하여 분할 전의 상태로 복귀한 법인이 변제할 책임이 있다.</p> <p>② 분할후 존속법인이나 신설법인이 취득한 재산은 분할 전의 상태로 복귀한 법인에게 귀속한다.</p>
<p>〈신 설〉</p>	<p>제96조의15 (판결의 효력) ① 합병 또는 분할무효의 판결은 제3자에 대하여도 그 효력이 있다.</p> <p>② 제1항의 판결은 그 확정 전에 생긴 법인과 사원 및 제3자 사이의 권리·의무에 영향을 미치지 아니한다.</p>

(2) 내용과 제안이유

(가) 합병·분할규정 신설의 필요성

비영리법인의 합병과 분할에 관한 규정을 신설하는 것은 금번 민법개정에서 가장 큰 작업성과중의 하나이다. 우선 민법에 비영리법인의 합병·분할에 관한 규정의 신설이 왜 필요하였는지에 대해서 간략히 설명하고자 한다.³⁶⁾ 영리법인인 회사에 대해서는 상법이 회사의 합병과 분할에 관한 상세한 규정을 두고 있다. 비영리법인에 대해서도 각종 특별법에서 합병·분할을 인정하는 규정들이 산재해있다.³⁷⁾

36) 이하 송호영, “비영리법인의 합병·분할에 관한 입법론적 연구”, 『민사법학』 제47호(2009.12.), 579면 이하 참고.

37) 그 중에서 농업협동조합법은 농업협동조합의 합병·분할에 대해서 비교적 상세한 규정을 두고 있다. 합병의 근거와 절차에 대해서는 동법 제75조에, 분할의 근거와 절차에 대

그럼에도 불구하고 정작 일반사법인 민법에서는 법인의 합병·분할에 관한 규정을 두고 있지 않다. 비영리법인에 대해서도 합병·분할을 인정하고자 하는 가장 큰 이유는, 합병·분할이 인정되지 않을 경우에는 지금처럼 법인의 해산 및 청산절차를 거쳐 새로운 법인을 설립해야 하는데, 특히 해산·청산의 과정에서 법인의 채권자를 비롯한 다수의 이해관계자들의 이익을 충족시키는 일이 쉽지 않은데 반하여, 만약 합병을 인정하게 되면 그러한 종전법인의 해산·청산절차없이도 존속법인 또는 신설법인에게 재산의 포괄승계가 일어나게 되고 분할의 경우에도 신설법인 또는 존속법인이 분할전의 법인채무에 관하여 연대책임을 지게 됨으로써, 종전법인의 채권자 등 이해관계자들의 지위를 불안하게 함이 없이 법인의 조직변경이 가능하게 되어 그만큼 사회적 비용을 줄일 수 있다는 현실적인 장점이 있기 때문이다. 그리고 한편으로는 최근의 민법개정작업과 관련하여 민법전의 체계적인 규범정합성을 위해서도 비영리법인의 합병·분할에 관한 규정을 신설해야 할 다른 이유가 생기게 되었다. 즉 제1기 민법개정위원회의 제5분과위원회는 주로 담보제도의 개정안을 담당하는데, 법인의 합병과 분할을 전제로 하는 근저당권에 관한 신설조항들을 제안하였고,³⁸⁾ 이 규정들이 민법개정위원회의 전체위원회회의를 통과

해서는 제77조에 규정을 두고, 제80조에는 채권자보호절차를, 제81조에는 합병등기의 효력을, 제95조에는 합병등기의 절차 등에 대해서 규율하고 있다. 그 외 산림조합(산림조합법 제61조, 제63조, 제65조, 제66조, 제80조 등), 중소기업협동조합(중소기업협동조합법 제74조~제77조), 신용협동조합(신용협동조합법 제55조), 소비자생활협동조합(소비자생활협동조합법 제15조), 새마을금고(새마을금고법 제37조, 제39조) 등도 농업협동조합의 경우와 유사한 합병·분할에 관한 규정들을 두고 있다. 또한 「노동조합 및 노동관계조정 법」에서는 노동조합의 합병·분할에 대한 정의나 절차·효과 등에 대해서 구체적인 규정을 두고 있지는 않으나, 동법 제16조 제1항 제7호에서 노동조합의 합병·분할을 총회의 의결사항으로 정하고 있고, 동법 제28조 제1항 제2호에서 노동조합의 합병·분할을 노동조합의 해산사유로 규정함으로써, 간접적으로 노동조합의 합병·분할을 인정하고 있다.

38) 신설조항(안)이란 다음과 같다.

제357조의7 (합병과 근저당권) ① 원본의 확정 전에 근저당권자인 법인에 합병이 있는 때에는 근저당권은 이미 존재하는 채권 외에 합병 후 존속하는 법인 또는 합병에 의하여 설립되는 법인이 취득하는 채권을 담보한다. ② 원본의 확정 전에 채무자인 법인에 합병이 있는 때에는 근저당권은 이미 존재하는 채무 외에 합병 후 존속하는 법인 또는 합병에 의하여 설립되는 법인이 부담하는 채무를 담보한다. ③ 제1항, 제2항의 경우에 근저당권설정자는 부담할 원본의 확정을 청구할 수 있다. 그러나 채무자인 근저당권설정자의 합병이 있는 때에는 그러하지 아니하다. ④ 제3항의 청구가 있는 때에는 부담할 원본은 합병시에 확정된 것으로 본다. ⑤ 제3항의 청구는 근저당권설정자가 합병이 있음을 안 날로부터 2주일이 경과한 때에는 이를 할 수 없다. 합병이 있는 날로부터 1개월이 경과한 때에도 같다.

하였기 때문에 앞으로 새로운 민법전에서 최소한 근거당권에 있어서는 법인의 합병 및 분할이 명시될 가능성이 매우 높아진 셈이다. 따라서 이러한 규정들이 실효성을 가지기 위해서는 모든 법인의 기본법인 민법 第1編 第3章에 법인의 합병·분할에 관한 근거규정을 둘 필요가 있다.³⁹⁾

(나) 주요 내용의 개관

신설되는 규정은 제96조의2부터 제96조의15까지 총 14개 조문으로, 합병·분할은 법인의 설립과 해산이 결합된 문제이므로 해산에 관한 제4절 다음에 제4-2절을 새로 만들어 합병과 분할에 관한 조문들을 위치시키기로 하였다.

제96조의2는 합병·분할의 근거와 합병과 분할이 될 수 있는 법인의 종류를 정한 것인데, 사단법인은 사단법인 사이에서만 그리고 재단법인은 재단법인 사이에서만 합병과 분할을 인정하되, 재단법인은 민법 제45조 제1항 또는 제46조에서 정한 때에만 합병·분할을 인정하기로 하였다. 합병·분할의 절차를 보면, ① 우선 합병계약서⁴⁰⁾ 혹은 분할계획서⁴¹⁾를 작성하여(제96조의3 제1항), ② 그 합병계약서 혹은 분할계획서에 대해 사단법인은 사원총회에서, 재단법인은 이사회에서 승인을 받아야⁴²⁾ 하며(제96조의3 제2항), ③ 승인을 받은 합병계약서 혹은

제357조의8 (법인의 분할과 근거당권) ① 원본의 확정 전에 근거당권자인 법인을 분할하는 때에는 근거당권은 분할시에 존재하는 채권 외에 분할되는 법인, 설립되는 법인 또는 권리의무를 승계하는 법인이 분할 후에 취득하는 채권을 담보한다. ② 원본의 확정 전에 채무자인 법인을 분할하는 때에는 근거당권은 분할시에 존재하는 채무 외에 분할되는 법인, 설립되는 법인 또는 권리의무를 승계하는 법인이 분할 후에 부담하는 채무를 담보한다. ③ 제357조의7 제3항 내지 제5항의 규정은 제1항, 제2항의 경우에 이를 준용한다.

39) 물론 근거당권자로서 합병·분할의 당사자인 ‘법인’은 반드시 비영리법인일 필요는 없고 영리회사나 기타 합병·분할이 명문으로 인정되는 특수법인(예, 농업협동조합)일 수도 있으므로 제357조의7 및 제357조의8의 신설은 현행민법상으로도 의미는 있지만, 기왕에 근거당권에서 법인의 합병·분할을 예정한다면 민법상 비영리법인의 합병·분할도 가능하도록 하는 것이 전체적인 立法構圖上으로 잘 어울린다고 생각한다. 왜냐하면 비영리법인인 사단법인이나 재단법인도 충분히 근거당권자가 될 수 있기 때문에, 이들이 근거당권자인 경우에도 제357조의7 및 제357조의8가 적용될 수 있도록 길을 열어주는 것이 타당하기 때문이다.

40) 합병계약서의 기재사항은 개정안 제96조의4에 규정.

41) 분할계획서의 기재사항은 개정안 제96조의5에 규정.

42) 승인에 필요한 정족수는 정관에 다른 규정이 없는 한 사원총회에서는 총사원 4분의 3

분할계획서에 대해 주무관청으로부터 인가를 받아야 한다(제96조의3 제3항). 이후 ④ 합병의 경우는 채권자보호를 위한 공고절차(제96조의7)가 종료된 날로부터 3주일 안에, 분할의 경우는 분할인가를 받은 날로부터 3주일 안에 합병등기 혹은 분할등기를 하여야 하는데(제96조의8), 이로써 합병·분할의 효력은 발생한다(제96조의9). 합병·분할의 효과는 합병의 경우 합병으로 존속하는 법인(흡수합병) 또는 합병으로 신설된 법인(신설합병)은 합병으로 소멸된 법인의 권리·의무를 승계하게 되고(제96조의10 제1항), 분할의 경우 분할로 인하여 신설된 법인(소멸분할) 또는 존속하는 법인(존속분할)은 분할계획서에 정한 바에 따라 분할하는 법인의 권리와 의무를 승계하며 분할 전의 법인채무를 연대하여 변제할 책임을 부담하는 것으로 정하였다(제96조의10 제2항). 합병·분할에 대해서 이의가 있을 경우에는 일정한 이해관계인이 소로써만 다룰 수 있도록 하였고(제96조의11), 그 판결은 제3자에 대하여도 효력이 미치는 것으로 정하였다(제96조의15 제1항).

Ⅲ. 기타 논란이 된 부분

1. 法人成立의 原則

(1) 개정안

현행	개정안
第1節 總則 第31條 (法人成立의 準則) 法人은 法律의 規定에 <u>依함이 아니면</u> 成立하지 못한다.	제1절 총칙 제31조 (법인성립의 <u>원칙</u>) 법인은 법률의 규정에 <u>의하지 아니하면</u> 성립하지 못한다.

이상, 재단법인에 있어서는 이사 정수의 4분의 3 이상의 찬성을 요한다(개정안 제96조의3 제2항)

현행 민법 제31조는 표제로 [法人成立의 準則]이라고 하여 “법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다”고 정하고 있다. 본조에 대해서는 종래 두 가지 측면에서 비판이 있어왔다. 하나는 본조가 민법 이전부터 존속하여 왔던 단체(법인)들로 하여금 법인설립의 절차를 밟거나 특별법적 근거를 갖지 않으면 법인이 될 수 없도록 함으로써 단체설립을 금압하려는 입법자의 불순한 의도를 담고 있다는 비판이다.⁴³⁾ 다른 하나는 본조의 표제가 [법인설립의 準則]이라고 하여 마치 현행민법이 법인설립에 관한 입법주의 중 準則主義를 의미하는 것으로 오해될 소지가 있다는 비판이다.⁴⁴⁾ 본조가 과거 일제식민지시대의 구민법에서 유래하였다는 점에서는 그것이 일제입법의 잔재 내지 맹목적 계수의 결과로서 개정되어야 할 문제의 조항이라는 비판은 법제사적으로 충분한 설득력이 있다. 그러나 국민의 기본권이 민법의 제정당시와는 비교할 수 없을 정도로 급격히 신장된 오늘날에는 동조문에 대한 의미도 오늘날의 의미에 맞게 재해석될 필요가 있다. 오늘날에는 법인의 설립이 국가의 호·불호에 맞추어서 제한적으로 인정되는 권위주의적인 시대는 극복되었다고 보여지며, 오히려 법인의 남설에 의해서 법인제도 본연의 의미가 왜곡되고 자유로운 시장경제질서를 해하는 현상까지도 나타나고 있다. 이러한 문제점을 미연에 방지하기 위한 안전장치로 법은 단체가 법인으로 승인받기 위해서 필요한 요건과 형식을 미리 정하여야 하는 것이고 그러한 법정의 요건을 충족한 법인에게는 권리주체로서 독자적인 법인격이 부여됨으로써 거래안전이 확보되는 것이다. 이를 法人成立法定主義라고 부를 수 있다. 민법 제31조는 바로 법인설립 법정주의를 천명한 것으로, 흔히 일컬어지는 법인설립주의 중 준칙주의와는 아무런 상관이 없다. 다만 준칙주의의 오해를 피하기 위해서 분과위원회는 표제를 [법인성립의 원칙]이라고 바꾸기로 하고 그 내용도 언어적인 순화 외에는 변화없이 두기로 하였다. 이러한 개정시안은 민법개정위원회 전체회의에서도 이의없이 수용되었다.

43) 정환담 집필부분, 「주식민법」 [총칙(1)], 제3판(2002), 587면.

44) 2004년 민법개정안 당시 법원행정처의 의견임. 법무부, 民法(財産編) 改正 資料集(2004. 11.), 42면.

(2) 私見

민법 제31조는 분명 法人成立法定主義를 천명하는 점에서 아주 중요한 의미를 담고 있다. 그럼에도 불구하고 본조를 개정함에 있어서 단순히 표제나 언어적인 표현의 변경에 그치도록 한 것은 매우 소극적인 태도라고 생각한다. 이에 대해 필자는 본조의 표제를 [법인성립의 원칙]으로 바꾸더라도 그 내용은 “단체는 법률의 규정에 의함이 아니면 법인으로 성립하지 못한다”로 개정하는 것이 더 바람직하다는 생각을 가지고 있다. 그 이유는 일단 團體라는 용어가 상당히 유용한 법적 개념이 될 수 있기 때문이다. 헌법은 결사의 자유를 보장하고 있는데(헌법 제21조 1항), 이때 결사체가 모두 법인일 필요는 없고 법인을 포함한 상위적인 개념으로 민법에서 團體라는 용어를 사용함으로써 헌법상 결사의 자유를 私法에서 구체적으로 보장하게 된다. 또한 단체의 설립과 법인의 성립은 개념적으로나 절차적으로나 구별가능한 개념인데, 단체는 결사의 자유 내지 社團自治에 의해서 얼마든지 형성될 수 있더라도 그러한 단체가 법인으로 인정될 수 있는냐의 여부는 법률이 요구하는 요건을 충족시켰냐에 따라 판가름나게 된다. 현행 조문의 문구를 보더라도 종전조문은 “법인은 … 성립하지 못한다”의 문장구성상 “… 법인으로 성립하지 못한다”가 정확한 표현일 것이고 그렇다면 그의 주어에 해당하는 것은 “단체”가 되는 것이 타당하다. 또한 단체라는 개념은 강학상·실무상으로도 대단히 유용한데, 이를테면 민법에서 團體라는 개념을 사용함으로써 사단·재단 이원론 외에 제3종 형태의 조직체의 출현이 가능하게 되며, 단체의 개념을 통하여 ‘1인 회사’나 ‘설립중인 회사’의 개념 또는 ‘권리능력없는 사단·재단’ 및 ‘조합’의 존재성을 실정법상 확인할 수 있는 이점이 있게 된다. 혹자는 단체라는 표현이 민법에 들어오게 되면 단체의 개념을 두고서 불필요한 논쟁만 가져올 것이라고 우려하기도 하지만, 단체의 개념을 어떻게 이해할 것인가는 향후 학설과 판례를 통하여 충분히 수렴·정립될 수 있을 것으로 판단된다. 만약 필자의 의도대로 민법 제31조가 개정되었다면, 법인에 관한 민법 제3장은 단순히 법인에 관한 기본법의 지위를 넘어서서 모든 종류의 단체에 관한 기본법으로서 더 확실한 위상을 세울 수 있었을 것이다.

2. 法人의 權利能力

(1) ultra vires규정의 존치

현 행	분과위원회 개정시안	민법개정위원회 전체회의 최종결론
第34條 (法人의 權利能力) 法人은 <u>法律의 規定에 좇아 定款으로 定한 目的의 範圍內에서 權利와 義務의 主體가 된다.</u>	제34조 (법인의 권리능력) 법인은 <u>그 자연적 성질 또는 법률의 규정에 반하지 아니하는 한 모든 권리와 의무의 주체가 된다.</u> (제1안)	현행대로 민법제34조를 존치함
	제34조 (법인의 권리능력) 법인은 <u>자연적 성질 또는 법률의 규정과 정관으로 정한 목적에 반하지 않는 한 모든 권리와 의무의 주체가 될 수 있다.</u> (제2안)	

현행 민법 제34조는 민법학계와 상법학계를 통틀어 가장 논란이 많은 부분 중의 하나이다. 그것은 특히 민법 제34조가 [법인의 권리능력]이라는 표제하에 법인은 “... 정관으로 정한 목적의 범위내에서 권리와 의무의 주체가 된다”고 정하고 있는데, 문언대로라면 법인의 권리능력은 정관목적의 범위 내에서만 인정됨을 의미한다. 이러한 표현은 영미법상 ultra vires의 법리가 그대로 반영된 것이다.⁴⁵⁾ 이에 대해 민법학계에서는 민법 제34조에 터 잡아 법인의 권리능력은 ① 성질에 의해서도 제한될 수 있고, ② 법률에 의해서도 제한될 수 있으며, ③ 특히 정관으로 정한 목적에 의해서도 제한된다고 설명함이 일반적이다.⁴⁶⁾ 법인이 한 어떤 행위가 정관의 목적 범위내이나 아니냐를 결정하는 기준에 대해 적극적으로 법인이 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내라고 좁게 해석하는 견해와⁴⁷⁾, 소극적으

45) 민법 제34조에 영미법상의 ultra vires법리가 들어오게 된 입법적인 과정에 대해서는 고상룡, 「민법학특강」, 95면 이하 참고.
 46) 대표적으로 광윤직, 「민법총칙」, 139면 이하.
 47) 김증한, 「민법총칙」, 143면.

로 목적에 위반하지 않는 범위 내라고 좀 더 넓게 해석하는 견해로 갈린다.⁴⁸⁾ 前說은 거래상대방보다는 법인구성원의 이익을 더 보호하려는 취지인데 반하여, 後說은 법인과 거래하는 상대방을 더 보호하고자 하는 사상에 기초하고 있다.⁴⁹⁾ 일견 전설보다는 후설의 포섭범위가 더 넓은 듯하지만, 과연 전설이든 후설이든 그 학설들이 제시한 기준으로 어느 한 행위가 법인의 목적범위내의 행위인지 아니면 목적범위외의 행위인지 여부를 명쾌하게 판단할 수 있을 것인가에 대해서는 매우 의문스러우며,⁵⁰⁾ 실무적으로도 양 학설이 제시하는 기준이 어떤 궁극적인 차이를 가져오는 것도 아니다. 이에 관한 대법원의 태도도 명확하지 않은데, 흔히 학설은 大判 1974.11.26. 74다310판결을 인용하면서 판례가 “목적사업을 수행함에 필요한 행위”로 한정적으로 새김으로서 前說과 같은 태도로 이해하고 있으나,⁵¹⁾ 정작 대법원은 같은 판결에서 “그 목적의 범위내라 함은 이를 광의로 해석하여 정관에 열거된 목적과 그 외에 법인의 목적을 달성함에 필요한 범위를 지칭하는 것으로 해석함이 타당”하다고 표현하고 있는데 이는 오히려 後說의 입장에 가깝다. 이것은 “정관으로 정한 목적의 범위 내”라는 것이 매우 불확실하고 유동적인 기준임을 반증한다. 그것은 곧 법인과 거래한 상대방에 대한 법적 효과에도 영향을 주어 자연인과의 거래와는 달리 법인과 거래에서는 항상 정관목적범위라는 유동적이고 불확실한 개념에 의해 법적 효과가 법인에게 귀속되기도 하고 부인되기도 하는 등 거래안전을 위협하게 된다는 문제점이 늘 지적되어 왔다. 그러한 문제점 때문에 판례는 실무적으로 가급적 법인의 목적범위를 융통성 있게 넓혀왔지만, 사안에 따라서는 법인의 목적범위 외의 행위로 본 경우도 없지 않다.⁵²⁾ 따라서 실무적으로 민법 제34조의 ultra vires법리에 의해 거래안전은 안심할 수 없는 상황이었다. 그러한 문제점을 피하기 위하여 상법학계에서는 민법 제34조가 적어도 영리법인인 상사회사에는 적용되지 않는다는 주장이 통설이다.⁵³⁾ 그렇지만 상법이 민법의 특별법이라고 하더라도 상법에서 민법 제34조의 적용을 배제할 만한 근거규정은 없

48) 박윤직, 「민법총칙」, 208면; 김용한, 「민법총칙론」, 173면; 김상용, 「민법총칙」, 237면 등.

49) 김상용, 「민법총칙」, 237면.

50) 김용한 교수는 다수설과 소수설의 목적의 해석범위에 대하여 “그것은 단순히 표현상의 차이에 불과하다”고 한다(김용한, 「민법총칙론」 173면).

51) 大判 1968.5.21. 68다461; 大判 1974.11.26. 74다310. 예컨대 김상용, 「민법총칙」, 237면.

52) 大判 1972.7.11. 72다801; 大判 1975.12.23. 75다1479.

53) 정동윤, 「회사법」, 51면; 이철송, 「회사법강의」, 70면; 최기원, 「신회사법론」, 88면.

기 때문에 상법학계의 주장은 단지 학설상 그러하다는 것이지 법리적으로 민법 제 34조가 배제될 수 있는 명확한 근거는 없다. 따라서 이러한 문제점을 해결하기 위한 근본적인 방법으로는 민법 제34조에서 ultra vires 법리에 관한 표현을 삭제하는 것이다. 이에 대해 분과위원회는 많은 논의를 하였는바, 분과위원회 내에서도 그에 대한 의견의 일치를 보지 못하였다. 의견은 크게 양분되어, 하나는 ultra vires 법리에 해당하는 정관목적범위 규정을 삭제하자는 것이고(개정시안의 제1안), 다른 반대의견은 영리법인과는 달리 민법은 비영리법인을 다루는 것이므로 현행민법의 태도와 마찬가지로 정관목적범위 규정을 존치하여야 한다는 것이다(개정시안의 제2안). 이러한 의견대립으로 말미암아 분과위원회는 단일안을 내는 대신 2개의 안을 작성하여 이를 전체회의에 회부하기로 하였다. 전체회의⁵⁴⁾에서도 이에 대해서는 민법개정위원회 전체위원들 사이의 의견은 엇갈리어, 분과위원회가 제시한 2개의 안을 두고 투표를 한 결과 총 28인의 위원 중에서 정관목적 규정을 삭제하자는 제1안에 14인이, 현행과 같이 정관목적 규정을 존치하자는 제2안에 13인이 찬성하였다. 결국 제1안에 대해 과반수가 성립하지 않음으로써 정관목적 규정은 계속 유지하기로 하고, 다만 제2안은 현행민법과 실질적으로 차이가 없기 때문에 제2안의 자구로 수정하지 않고 현행민법 제34조를 그대로 존치하기로 결정하였다.

(2) 私見

결론부터 말하자면, 필자의 개인적인 의견으로는 민법 제34조에서 “정관으로 정한 목적의 범위 내에서”라는 표현은 삭제함이 옳다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째 거래안전의 관점에서 동 규정은 문제가 많다. 앞서 본 바와 같이 “정관으로 정한 목적의 범위 내에서” 권리·의무의 주체가 된다는 것은 영미법상 ultra vires 원칙을 인정한 것이다. 동 원칙에 의하면 법인과 거래한 상대방은 자신이 법인과 맺은 법률행위의 효력이 유효한 것인지를 판단하기 위해 항상 법인의 정관목적에 부합하는지를 심사하여야 하는 부담을 안게 된다. 설령 그러한 심사를 하였

54) 2010. 1. 12. 개최 「민법개정위원회」 제3차 전체회의.

더라도 그 부합여부가 늘 유동적이어서 종국적으로는 법원이 그에 대한 판단을 할 수밖에 없으므로 거래의 안전에 심각한 위협을 가져올 뿐만 아니라, 경제적인 관점에서도 법인과외의 법률행위에 많은 거래비용을 유발하게 된다. 더 큰 문제는 법원에서조차도 “정관으로 정한 목적의 범위 내” 인지의 여부가 일관되지 않아, 일반국민들에게 합리적으로 예측가능한 기준을 제시해주지 못하고 있다는 점이다. 따라서 거래안전의 관점에서 ultra vires원칙은 더 이상 존재할 의미가 없는 법리이다. 이러한 문제점으로 말미암아 ultra vires원칙의 원산지인 영국에서도 1989년의 the Companies Act를 통해 ultra vires원칙을 사실상 폐지하였으며, 미국에서도 1984년의 개정모범사업회사법(R.M.B.C.A)에서 회사의 “ultra vires抗辯”을 배척하고 있음을 상기할 필요가 있다.⁵⁵⁾

둘째, 영리법인과 비영리법인을 구별하는 관점에서 동 규정을 존치시켜야 하는지에 관해서이다. 동 규정의 존치를 주장하는 자들은 상법상 회사와 같은 영리법인에 있어서는 ultra vires원칙이 폐지되는 것이 맞겠지만, 민법상 비영리법인에 있어서는 “정관으로 정한 목적의 범위 내에서” 권리·의무의 주체가 된다고 하는 것이 옳다고 하면서, 영미법계에서 ultra vires원칙이 폐지되는 것도 회사에 대해서만 국한되는 문제라고 주장한다. 그러나 ultra vires원칙이 비영리법인에는 그대로 유지되어야 한다는 주장에는 동의하기 어렵다. 우리 민법과 상법이 비영리법인과 영리법인을 구분하는 것은 설립단계에서 준수하여야 하는 법정의 요건에 따른 것이지 법인의 본질적인 속성 자체에 근본적인 차이가 있는 것이 아니므로, 양자를 구별해서 ultra vires원칙의 적용여부를 가린다는 것은 합리적인 근거가 될 수 없다. 혹자는 비영리를 목적으로 하는 법인이 영리목적 추구를 했을 때에는 민법 제38조에 의해 주무관청으로부터 설립허가를 취소당할 수 있는바⁵⁶⁾, 이는 비영리법인의 경우는 그 정관목적의 범위 내에서만 권리능력을 가진다는 실정법적 근거라고 주장한다. 그러나 민법 제38조는 법인을 관리·감독하는 주무관청으로 하여금 법인설립 이후에도 일정한 경우에 법인의 관리·감독에 개입할 수 있는 근거에 관한 규정이지, 법인이 향유하는 권리능력에 관한 규정과는 전혀 무관하다. 즉 민법 제38조는 비록 민법에 규정되어 있지만 실제로는 행정관청을 직접적인 수

55) ultra vires원칙에 관한 문제점과 이에 관한 자세한 내용은 송호영, “법인의 권리능력”, 『비교사법』 제7권1호(2000.6.), 104면 이하 참고.

56) 금번 개정안이 법인설립의 허가주의에서 인가주의로 전환하였기 때문에 그에 따라 제38조도 법인설립의 認可 취소(철회)로 개정하기로 하였다.

법자로 하는⁵⁷⁾ 행정법규인데 반해, 민법 제34조는 민법 제3조와 마찬가지로 권리 주체의 능력을 내용으로 하는 민사실체법규이다. 민법 제38조가 법인이 “목적 이외의 사업”을 한 경우에 설립허가를 취소할 수 있다고 정하고 있는데, 이것이 곧 비영리를 목적으로 하는 법인이 영리행위를 하였더라도 법인설립허가가 취소됨으로써 그 영리행위가 곧바로 사법상 무효로 됨을 의미하지 않는다. 즉 행정법상 처분의 효력과 사법상 효력의 귀속여부와는 전혀 별개의 문제이다. 또한 영미법계에서 ultra vires원칙이 폐지되는 것도 회사에 대해서만 국한되는 문제라고 주장도 수긍하기 어렵다. 영미법계에서는 우리나라와 달리 민법상 법인과 상법상 법인(회사)과의 구별이 없고, 다만 법인이 비영리를 추구할 때에 세제상의 혜택이 주어지므로 그러한 차원에서 굳이 개념상 비영리법인(Nonprofit Corporation)이 존재할 뿐, 우리 법에서와 같은 영리·비영리법인의 구별이 확연하지도 않거니와 그에 따라 ultra vires원칙의 적용이 갈린다고 할 수 없다.

셋째, ultra vires원칙은 권리능력의 개념이나 권리능력의 일반적인 속성과도 어울리지 않는다. 민법 제34조는 독일의 권리능력개념과 영미의 ultra vires원칙이 합성된 규정이라고 한다.⁵⁸⁾ 즉 표제는 [법인의 권리능력]이라고 하여 독일의 권리능력 개념을 취하면서도 조문의 내용은 정작 독일법이 알지 못하는 영미법의 ultra vires원칙을 규정하고 있는 것이다. 여기에서 본질적인 문제에 봉착하게 되는데, 그것은 과연 권리능력이란 어떠한 속성을 가진 것인가, 다시 말하자면 권리능력은 包括的·渾一的 속성을 가진 것인지 아니면 制限的·相對的 속성을 가진 것인지 하는 문제이다. 만약 후자로 파악한다면 권리능력의 개념에 ultra vires원칙이 개입될 여지가 있겠지만, 전자로 파악한다면 권리능력의 개념과 ultra vires원칙은 서로 어울리지 않는다. 자연인의 권리능력은 당연히 그러하거니와 법인의 권리능력도 단체가 법인으로 성립하는 순간 포괄적·혼일적·비제한적인 권리능력을 가진다고 보아야 한다. 물론 법인의 권리능력은 법인이라는 개념자체가 始原的인 존재가 아니기 때문에 자연인의 그것과는 구별되는 속성이 있지만, 일단 단체가 법인으로 인정되면 법인사이에서는 정관상의 목적에 따라 권리능력이 상대화되거나 개별화되지 않고 모두 동등한 권리능력을 가지게 된다. 그것은 마치 자연인

57) 물론 민법 제38조는 법인으로 하여금 법인설립허가(인가)를 취소(철회) 당하지 않기 위해서는 목적외의 사업을 하지 말도록 경고한다는 점에서는 법인도 간접적인 수범자이기도 하다.

58) 고상용, 「민법총칙」, 205면; 김상용, 「민법총칙」, 236면 등.

이 출생과 더불어 모두 동등한 포괄적·혼일적 권리능력을 취득하는 것과 같은 이치이다.

넷째, 법인관에 관한 문제이다. 본고의 모두에서 밝힌 바와 같이 권리주체의 한 형태인 법인을 자연인과 대등한 존재로 보느냐 아니면 자연인에 비해 보다 후견적인 보호가 필요한 주체로 보느냐에 관하여 전자의 시각을 견지한다면 ultra vires원칙도 폐기하는 것이 타당하다는 생각이다. 왜냐하면 ultra vires원칙은 거래상대방을 위한 제도가 아니라 ultra vires 항변을 통하여 법인에게 불리한 법률효과의 귀속을 피해갈 수 있음으로써 전적으로 법인을 위한 제도인데, 이로 인해 거래의 상대방이 자연인이나 법인이나에 따라 그 결과가 달라지게 되기 때문에 자연인과 법인을 대등한 존재로 본다는 입장과 배치된다. 다시 말해 자연인과 달리 법인에게 ultra vires 원칙을 원용할 수 있는 특권을 인정해야 할 합리적인 이유가 없다.

다섯째, ultra vires원칙의 존치나 폐지에 따른 법률효과에 관한 문제이다. 현행 민법상으로는 만약 비영리법인이 목적범위를 벗어난 영리행위를 하게 되면 그 법률효과는 법인의 권리능력을 벗어난 것으로 인정되어 법인에 대해서 효력이 없다. 그렇다면 만약 ultra vires원칙에 관한 표현이 사라지게 되면 그때는 법인이 한 행위는 목적범위와 관계없이 언제나 법인에게 효력이 귀속되는가? 정관목적범위 규정의 존치를 주장하는 자들은 동 규정을 폐지하게 될 때 발생하게 될 법률효과의 문제를 우려한다. 동 규정을 폐지하게 되면 법인은 정관목적과 관계없이 언제나 법률효과에 따른 책임을 져야 하므로 법인에게 대단히 불리해질 수 있다는 것이다. 그러나 필자의 사견에 의하면 법인이 행한 법률행위의 효력은 모두 법인에게 귀속되어야 함이 당연한 원칙이지만, 그러한 결론이 존치론자들이 우려하는 만큼 부당하지도 않으며 심각하지도 않다. 비영리법인이라고 하더라도 포괄적·혼일적 권리능력을 인정받는다면 영리목적의 법률행위도 할 수 있는 것이며,⁵⁹⁾ 그에 따른 법률효과도 당연히 법인에게 귀속되어야 한다. 다만 법인의 행위의 효과는 대리에 관한 법리에 의해 일정한 제한이 가해질 수 있다. 민법 제59조 제2항은 법인의 대표에 관해서는 대리에 관한 규정을 준용하고 있다. 한편 민법 제40조 및 제43조는 정관의 목적을 필요적 기재사항으로 정하고 있다. 이들 규정을 바탕으로, 민법 제34조로부터 ultra vires에 관한 표현을 삭제했을 때의 법률효과는 다

59) 이것은 비영리법인이 영리목적의 법률행위를 하는 것이 유효하다는 의미이지, 행정법상으로도 그러한 영리행위를 계속 영위할 수 있는 정당성을 가진다는 의미가 아니므로 민법 제38조에 의해 설립허가(인가)의 취소(철회)사유가 될 수 있다.

음과 같이 규율될 수 있다. 대리의 경우 대리인이 본인을 위하여 법률행위를 할 경우에는 본인으로부터의 수권행위가 있어야 하고, 그 수권된 범위 내에서 유효한 법률행위를 할 수 있다. 법인의 경우 대표기관이 법인을 위해서 행위할 수 있는 범위는 정관에 정해진 목적에 따라 결정된다. 만약 대표기관이 법인정관의 목적범위를 넘어서 법률행위를 하였을 경우에는 무권대리나 표현대리가 성립하게 된다. 따라서 법인의 대표기관과 거래한 상대방은 무권대리의 법리에 따라 법인에게 추인여부를 최고할 수 있고(민법 제131조), 법인이 대표기관의 행위를 추인하면 법률효과는 유효하게 법인에게 귀속하게 되고⁶⁰⁾, 만약 법인이 이를 거부하면 그 법률행위는 무효로 확정되고 상대방은 대표기관에 책임을 물을 수 있다(민법 제135조). 또한 상대방은 표현대리의 법리에 따라 일정한 요건이 성립하면 바로 법인에게 대표기관의 행위에 따른 책임을 주장할 수 있다(민법 제125조, 제126조, 제129조). 이에 따라 법인이 책임을 져야 할 경우에는 법인은 대표기관에 대하여 내부적으로 책임을 물을 수 있다. 요컨대 민법 제34조에서 ultra vires에 관한 표현이 사라지더라도 실제로는 법인에게 크게 불리하게 되지 않을뿐더러, ‘행위에 따른 법률효과의 귀속’이라는 당연한 원칙이 확립될 수 있으며 代理의 법리에 의해 자연인과 법인과의 사이에 차별없는 공통의 법적용이 가능해지게 된다.

3. 營利法人에 관한 규정

(1) 제안이유

현 행	개정안
第39條 (營利法人) ① 營利를 目的으로 하는 社團은 <u>商事會社設立의 條件에 좇아 이를 法人으로 할 수 있다.</u> ② <u>前項의 社團法人에는 모두 商事會社에 關한 規定을 準用한다.</u>	제39조 (영리법인) 영리를 목적으로 하는 사단은 <u>회사설립에 관한 상법의 규정</u> 에 <u>좇아</u> 法人으로 할 수 있다. 제2항 <삭제>

60) 그러나 우리 대법원은 회사의 대표이사가 회사를 대표하여 타인을 연대보증한 경우 이는 회사의 사업목적범위에 속하지 아니하는 행위로서 회사에 대하여는 보증의 효력이 없다고 하면서, 설령 회사의 주주 및 이사들이 보증의 결의를 하였다 하더라도 그 효력이 없다고 판시하였다(大判 1975.12.23. 75다1479). 이러한 논지에서 판례는 정관목적을 벗어나는 대표기관의 행위는 절대무효이고 이를 사후에 추인하여 유효로 만들 수는 없다는 태도를 취한다고 볼 수 있다.

현행민법 제39조는 민법상 설립되는 사단법인에는 비영리사단뿐만 아니라 영리를 목적으로 하는 사단도 있을 수 있음을 전제로 하여 그러한 영리사단은 상사회사설립의 조건에 좇아 법인으로 할 수 있도록 정하고 있다. 즉 본조에 의하면 사단법인은 영리를 목적으로 하느냐 그렇지 않느냐에 따라 영리사단법인과 비영리사단법인으로 나뉘고, 영리사단법인은 다시 민법에 좇아 설립된 것이냐 아니면 상법에 좇아 설립된 것이냐에 따라 민사영리사단법인과 상사영리사단법인으로 구분된다. 강학상으로는 민사영리사단법인을 민사회사, 상사영리법인을 상사회사라고 해서 이를 구분한다. 그런데 학계에서는 과연 민사회사가 존재할 수 있는지에 대해서 논란이 있었다. 이에 대해 유력한 학설은 상행위(상법 제46조 이하)를 영업으로 하는 것을 목적으로 하는 사단법인이 상사회사이고, 상행위 이외의 영리행위(농업·어업 등)를 목적으로 하는 사단법인이 민사회사라 하여 구별하였다.⁶¹⁾ 그러면서도 상법 제169조는 “본법에서 회사라 함은 상행위 기타 영리를 목적으로 하여 설립한 사단을 이른다”라고 하여 상행위 이외의 영리행위를 목적으로 하는 사단법인도 상법상의 회사로 인정함으로써, 상법에서는 상사회사와 민사회사를 특별히 구분하지 않고 있으며, 또한 상법 제5조 제2항은 “회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다”고 규정하고 있기 때문에 민사회사도 상사회사의 일종에 지나지 않으며, 이들의 구별이란 상법상 전혀 의미가 없다고 한다.⁶²⁾ 기본적으로 옳은 설명이다. 그러한 점에서 상법의 규정과 중복되는 본조 제2항은 삭제하여도 무방하다.

(2) 민법 제39조의 의미

그런데 여기에서 더 나아가 본조 제1항의 규정을 존치할 필요가 있는 것인지에 대한 의문이 있을 수 있다. 혹자는 민법상의 법인에 관한 장은 비영리법인에 관한 것으로 국한되고 영리법인에 관한 것은 상법상 회사편에서 규율하면 될 것이므로 본조 제1항의 규정 또한 삭제하여도 무방하다고 생각할 수 있다. 즉 상법상 상행위를 하는 회사와 기타 영리를 목적으로 하는 회사간에 하등의 차별이 없으므로 상법상의 회사를 상사회사와 민사회사로 구분하는 것 자체가 무의미하며, 또 상법 제5

61) 박윤직, 「민법총칙」, 신정수정판, 182면.

62) 박윤직, 상계서, 183면.

조 제2항이 회사는 상행위를 하든 하지 않든 상인으로 간주한다고 규정하고 있으므로 상법 제5조 제2항의 적용에 있어서도 상행위를 하지 않은 회사를 민사회사라는 명칭으로 특정할 실익도 없기 때문에 결국 민법 제39조 전체는 불필요한 조문이므로 삭제하여야 한다는 것이다.⁶³⁾ 이러한 주장에 있어서 민사회사와 상회사의 구별의 실익이 없다는 점은 옳다고 생각한다. 그러한 점에서 본조 제2항의 폐지는 타당하다. 그렇다면 본조 제1항의 규정도 삭제되어야 하는가? 필자는 현재의 민법개정안의 전체구성체계로 볼 때 그렇지 않다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다. 우선 민법의 법인에 관한 章의 역할에 관한 문제이다. 민법은 모든 私法의 일반법이다. 따라서 법인에 관한 민법 제3장은 모든 사법상 법인에 관하여 적용되는 일반법이다. 그러한 점에서 민법 제31조는 法人成立法定主義를 천명하고 있으며, 그 다음으로 법인의 종류에 관해 민법 제32조는 비영리법인의 설립에 관하여 규정하고 있다. 그렇다면 민법 제32조와 대조되는 영리법인에 관한 규정이 민법 제3장 안에 제시되는 것이 옳으며 그것이 바로 민법 제39조이다. 물론 영리법인의 중심은 회사이므로, 영리법인에 관한 규율은 회사법에서 다루어지게 된다. 그렇다면 민법 제39조는 단순히 裝飾的인 조문에 불과한 것인가? 그렇지 않다. 본조는 법인을 설립하려는 설립자들로 하여금 법인형태의 선택을 교시해주는 기능을 한다. 다시 말하자면 어느 설립자들의 모임이 하나의 사단을 결성하여 비영리를 목적으로 하는 법인으로 만들고자 한다면 민법 제32조 이하의 규정을 충족시켜야 할 것이고, 만약 영리를 목적으로 할 경우에는 민법 제39조가 상법의 규정에 좇아 상법이 예시한 4가지 종류의 회사 중 하나를 선택하여 법인으로 할 수 있다고 알려줌으로써 일종의 방향지시기능을 하고 있다. 그것은 상법의 규정이 있으므로 필요가 없는 조문이 아니라, 본조에 의해서 간접적으로 상법의 규정이 보호되는 효과가 있다. 즉 헌법상 결사의 자유에 의하여 단체의 설립은 자유라고 할 수 있지만, 그 단체가 법인으로 되기 위해서는 어떠한 요건을 갖추어야 하는가에 대해 민법 제31조는 법정의 소정 요건을 충족시키기를 요구하고 있으며, 그러한 법정요건으로 비영리를 목적으로 하는 법인은 민법 제31조 이하의 규정을 그리고 영리를 목적으로 하는 법인은 민법 제39조를 경유하여 상법 제169조 이하에서 예시하는 4가지 회사형태의 하나를 선택하여 거기에서 요구되는 소정의 요건을 충족하도록 함으로써, 상법이 정한 회사

63) 이철송, “상법상의 입법착오의 시정을 위한 연구(1) - 상법총칙·상행위편을 중심으로 -”, 『비교사법』 제12권 4호(2005), 7면. 또한 금번 민법개정위원회의 전체회의에서도 일부위원들에 의해서 민법 제39조를 삭제하자는 의견이 제시되었다.

형태를 벗어난 변종의 법인이 등장하는 것을 허용하지 않음을 밝혀주고 있는 것이다. 그렇다면 민법 제39조의 개정안에 대해 “영리를 목적으로 하는 사단은 회사설립에 관한 상법의 규정에 좇아 법인으로 할 수 있다”라는 표현보다 차라리 “... 법인으로 하여야 한다”라고 하는 것이 옳다는 의견이 제시될 수 있다. 만약 그렇게 표현하게 되면 영리를 목적으로 하는 모든 사단은 반드시 상법상 회사형태의 법인으로 되어야만 한다. 그러나 어느 사단이 영리를 목적으로 한다고 해서 상법상 회사로 당연히 인정될 수는 없다. 또한 비영리를 목적으로 표방하였음에도 실제로 영리를 목적으로 하는 사단의 경우에 당연히 상법상 회사로 인정되어야 하는가? 그렇지 않다. 결국 영리를 목적으로 하는 사단에 있어서는 두 가지 중 하나의 선택이 요구된다. 하나는 회사설립에 관한 상법규정을 충족하여 영리법인(회사)으로 되든가, 아니면 상법규정에 따르지 않거나 상법상 요건을 충족시키지 못하여 민법상 비법인사단의 형태로 머무는 것이다. 전자의 길을 선택한 사단은 민법 제39조를 경유하여 상법 제169조 이하의 규정을 좇아 영리법인인 회사로 인정되며, 그에 따라 사원은 회사형태에 따라 유한책임 내지 무한책임을 지게 된다. 후자의 길을 택한 사단에 대해서는 신설되는 민법 제39조의2 제2항이 적용되고, 그에 따라 각 사원은 사단채무에 대해 연대책임을 부담하게 된다. 어느 길을 택할 것인지는 사단설립자의 자유이며, 개정안 민법 제39조는 그 중 하나의 길, 즉 상법상 회사가 될 수 있는 길을 제시해주고 있는 것이다.

요컨대 민법 제39조에 대해서는 法人成立法定主義를 천명한 민법 제31조와 영리비법인사단에 대한 책임가중으로 말미암아 회사제도의 회피를 막으려는 민법 제39조의2 규정의 취지 등을 유기적·종합적으로 고려하여 그 의미를 이해하여야 한다.

IV. 맺음말

그동안 필자가 민법개정위원회의 개정작업에 참여하면서, 앞으로의 과제라고 생각한 몇 가지 사항을 언급하면서 본고를 마무리하고자 한다.

첫째, 상법과의 조화를 좀 더 깊이 있게 고려하여야 한다. 민법은 사법의 일반법이므로, 민법전의 법인에 관한 章은 당연히 다른 특별법상의 법인에 대한 일반법으로 기능하게 된다. 특히 민법전의 법인규정은 상법전의 회사에 관한 編(제3

편)의 일반범으로 기능하기 때문에 민법의 법인규정에 관한 개정은 상법에도 영향을 미치게 됨은 당연하다. 물론 분과위원회는 민법규정을 개정함에 있어서 관련 상법규정이나 특별법규정과도 영향이나 조화 내지 전체적인 법체계의 정합성을 염두에 두면서 작업을 하였지만, 상법학자들로부터 좀 더 폭넓게 의견을 청취하지 못한 아쉬움이 있다.

둘째, 민법상 법인에 관한 지배구조에 대한 개정작업이 전혀 이루어지지 못하였다. 회사법학에서는 회사의 지배구조를 어떻게 할 것인가에 대하여 매우 활발한 논의가 있다. 그러나 민법학에서는 이에 관한 논의가 거의 -사실상 전혀- 없는 편이다. 이에 관해서는 이를테면 과연 민법상 재단법인에 대해서도 현재처럼 감사를 임의기관으로 머물게 할 것인지 아니면 필수기관으로 할 것인지, 민법상 법인의 대표기관으로 이사 외에 이사회를 인정할 것인지 또는 임시이사의 권한의 범위에 대해 명문의 규정을 둘 것인지 등 의외로 많은 문제들이 잠재해있다. 이러한 문제들은 법인의 대내적 법률관계에 관해서뿐만 아니라, 법인의 영속성과 관련해서 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 그럼에도 현재 학계에서의 연구가 일천한 상태이고 개정작업에서 이를 검토할 시간적 여유가 전혀 없었기에 향후의 과제로 남겨둘 수밖에 없었다.

셋째, 사단법인과 재단법인에 관한 조항을 분리하여 규정하는 것에 대해서도 향후의 과제로 고려할만하다. 사단법인과 재단법인은 자연인과 대비되는 '法人'이라는 점에서 공통적이지만 그 실질에 있어서는 상호 이질적인 속성을 가지고 있다. 하나는 인적 결합체이고 다른 하나는 집적된 재산이 본체이므로, 양자의 성립원리(사단법인은 社團自治의 원리, 재단법인은 財産處分의 自由)나 의사형성방법(사단법인은 사원총회가, 재단법인은 이사회가 중심)에서 차이가 있다. 이러한 차이점에 말미암아 독일을 비롯한 많은 입법례는 양자를 분리하여 규정하고 있지만, 우리 민법은 양자를 묶어서 규율하고 있다. 물론 분리하여 규율하느냐 통합해서 규율하느냐는 입법기술적인 문제여서 어느 편이 더 낫다고 할 수는 없다. 분과위원회는 초기에 이에 관한 논의를 하였지만, 양자의 장단점을 깊이 있게 분석하지는 못하고 현행민법의 틀을 유지하는 하는 것을 전제로 개별조문에 대한 개정작업에 치중하였기 때문에 현재의 체계가 그대로 이어지게 되었고, 그리하여 신설되는 법인의 합병·분할에 관한 節에서도 같은 방법으로 규율할 수밖에 없었다. 향후 이에 관한 연구를 통하여 입법기술적인 장단점을 가려내어 추후의 개정작업에 활용할 필요가 있다.⁶⁴⁾

64) 예컨대 현행민법은 사단법인이든 재단법인이든 법인설립에 있어서 허가주의를 채택하고

넷째, 민법과 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」(약칭 공익법인법)과의 통합 문제이다. 정확하게 말하자면 공익법인에 관한 규정이 민법에 편입될 수 있는지에 관한 문제이다. 현재 사단법인이든 재단법인이든 많은 법인이 공익목적으로 설립 되는데, 그러한 경우에 법인은 민법에 우선하여 공익법인법의 적용을 받게 되므로 순수하게 민법의 적용을 받는 사단법인이나 재단법인은 그만큼 적어지게 된다. 그에 따라 법인에 관한 일반법인 민법이 설립준거법으로 작용하지 못하게 됨으로써 민법의 위상은 더욱 낮아지게 된다. 이러한 법인설립의 현실에 대해 민법이 법인설립의 기본법으로써 제자리를 견고히 하기 위해서는 공익법인법을 민법전 안으로 수용하는 것이 바람직할 것이다. 이에 관한 문제에 대해서도 분과위원회는 논의를 하였으나, 그러한 편입계획은 단기간에 그에 대한 결과를 내놓을 수 없는 더 큰 입법상 작업을 요하기 때문에 한시적인 위원회의 활동으로는 실현하기 어려움을 인정할 수밖에 없었다. 또한 이 문제는 현재 법무부가 성안중인 「공익신탁의 인가 및 운영에 관한 법률(안)」에서 공익법인법을 포섭하는 방안과 맞물려 좀 더 거시적인 차원에서 총괄적인 연구가 필요한 부분이다.

다섯째, 법인설립에 있어서 인가주의에 관한 문제이다. 아마도 금번 민법개정안 중에서 가장 논란이 많을 수 있는 부분이라고 생각된다. 2004년 민법개정안에서도 인가주의로의 전환이 제시되었지만, 그에 대해 여전히 허가주의를 고수해야 한다는 비판⁶⁵⁾도 있었다. 또한 기왕이면 인가주의를 넘어서서 준칙주의로 가야한다는 주장⁶⁶⁾도 충분한 설득력이 있다. 그러나 인가주의로 가는 것은 민법개정안이 큰 저항없이 국회에서 통과될 수 있도록 하기 위한 현실적인 상황을 고려한 측면이 있다. 금번의 개정작업에서 인가주의로 전환된다하더라도 사단법인에 대해서는 인가주의가 계속해서 견지될 필요는 없고, 언젠가는 준칙주의로 다시 변경될 필요가 있다고 생각한다. 그 시기는 인가주의가 어느 정도 정착되어, 각 주무관청마다 각각 법인의 관리·감독업무를 수행하는 것보다 이를 전담할 단일한 기관에서 모

있고 개정안에서는 양자모두 인가주의의 적용을 받도록 하고 있는데, 사단법인과 재단법인은 지도원리가 서로 다르므로 향후 민법개정에서는 사단법인에 대해서는 준칙주의 재단법인에 대해서는 인가주의로 분리될 수도 있다. 또한 양자의 지배구조에 대해서도 서로 다른 기관형성이 가능하므로 양자를 달리 규율하는 것도 입법기술상 고려할만한 방법이다.

65) 민법개정안연구회(황적인·박경량 교수의 견해), 「민법개정안의견서」, 14면.

66) 고상현, “민법상 비영리법인의 설립에서 인가주의와 준칙주의에 관한 시론”, 서울대학교 「法學」 제51권 제2호(2010), 123면 이하.

든 법인업무를 통일적으로 관장하는 편이 바람직하다는 사회적인 분위기가 형성되었을 때로 예상해본다.

이상의 과제는 한시적으로 활동하는 분과위원회가 해결하기에는 벅찬 너무 큰 주제들이기에 보다 많은 시간적 여유를 가지고 충분한 연구가 뒷받침되어야 한다. 그러한 점에서 향후 민법개정작업은 단기간에 어떤 결과물을 내어놓는 식이 아니라, 장기적인 관점에서 상시적으로 개정작업이 이루어지는 방식으로 전환되는 것이 바람직하다고 생각한다.

〈後 記〉

본고가 마무리 된 후에, 2010.10.19. 개최된 민법개정위원회 전체회의에서는 상기 제32조, 제39조의2, 제48조의 개정에 관하여 위원장단 결론으로 제시된 안을 민법개정위원회의 개정시안으로 채택되었다. 따라서 본고의 해당부분에 관한 설명에서 「위원장단 결론」의 개정시안을 민법개정위원회의 「민법개정안」으로 대체해서 이해하여도 무방하다.

참고문헌

- 강태성, “법인에 관한 민법개정방향”, 『법조』 제538호(2001.7.), 180-198면.
 강태성, 『민법총칙의 개정론』, 대명출판사, 2008.
 고상룡, 『민법총칙』, 제3판, 법문사, 2003.
 고상룡, 『민법학특강』, 법문사 1995.
 고상현, “민법상 비영리법인의 설립에서 인가주의와 준칙주의에 관한 시론”, 서울대학교 『法學』 제51권 제2호(2010), 103-129면.
 곽윤직, 『민법총칙』, 신정수정판, 박영사, 1998.
 곽윤직, 『민법총칙』, 제7판, 박영사, 2004.
 김교창, “민법총칙 중 법인에 관한 개정의견”, 『법조』 제548호(2002.5.), 142-172면.
 김기선, 『한국민법총칙』, 제3전정판, 법문사, 1991.

- 김대정, “민법개정시안에서의 법인설립에 관한 입법주의의 전환”, 『법학논문집』제 34집 제2호(2010), 중앙대학교 법학연구소, 5-38면.
- 김대정, “법인에 관한 민법개정위원회의 개정시안”, 『민법개정의 방향』, 한국민사법 학회 2010년도 하계학술대회 자료집, 9-77면.
- 김상용, 『민법총칙』, 전정판 증보, 법문사, 2003.
- 김용한, 『민법총칙론』, 전정판, 박영사, 1990.
- 김주수, 『민법총칙』, 제4판, 삼영사, 1997.
- 김증한, 『민법총칙』, 신고판, 박영사, 1983.
- 김증한·김학동, 『민법총칙』, 제9판, 박영사, 1995.
- 김진우, “비영리법인의 설립에 있어 허가주의에 관한 연혁적 고찰”, 『인권과 정의』 제383호(2008.7.), 94-113면.
- 민법개정안연구회(황적인 외 29인 공저), 『민법개정안의견서』, 2002.
- 박준서(편집대표), 주석민법 [총칙(1)], 제3판, 한국사법행정학회, 2002.
- 백대승, 『민법총칙』, 개정판, 법문사, 2004.
- 법무부, 『民法(財産編) 改正 資料集』, 2004.
- 서광민, 『민법총칙』, 신론사, 2007.
- 송덕수, 『신민법강의』, 제3판, 박영사, 2010.
- 송호영, “법인의 권리능력”, 『비교사법』 제7권1호(2000.6.), 91-122면.
- 송호영, “비영리법인의 합병·분할에 관한 입법론적 연구”, 『민사법학』 제47호 (2009.12.), 579-629면.
- 오시영, 『민법총칙』, 학현사, 2008.
- 윤진수, “법인에 관한 민법개정안의 고찰”, 서울대학교 『法學』 제46권 제1호(2005), 65-99면.
- 윤철홍, “비영리법인설립에 관한 입법론적 고찰”, 『민사법학』 제47호(2009.12.), 719-756면.
- 이영준, 『민법총칙』, 개정증보판, 박영사, 2007.
- 이은영, 『민법총칙』, 제5판, 박영사, 2009.
- 이철송, “상법상의 입법착오의 시정을 위한 연구(1) -상법총칙·상행위편을 중심으로-”, 『비교사법』 제12권 4호(2005), 1-25면.
- 이철송, 『회사법강의』, 제18판, 박영사, 2010.
- 장경학, 『민법총칙』, 제3판, 법문사, 1992.

정동윤, 「회사법」, 제7판, 법문사, 2001.

정환담, “민사법인설립에 관한 비교법적 고찰”, 「비교사법」제5권1호(1998), 91-124면.

최기원, 「신회사법론」, 제13대정판, 박영사, 2009.

홍성재, 「민법총칙」, 대영문화사, 2003.

Bamberg/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 2003.

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl.,Münster 2004.

Flume, Werner Der nichtrechtsfähige Verein, ZHR 148 (1984), S. 503-522.

Flume, Werner, Die Personengesellschaft, Berlin/Heidelberg/New York 1977.

Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., München 2002.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl., München 2005.

Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 10. Aufl., München, Neuwied, 2005.

Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Käl n u.a. 2002,

〈Abstract〉

Eine Betrachtung über den wichtigen Inhalt der KBGB-
Reform auf dem Gebiet des Rechts von juristischer Person

Song, Ho Young

(Professor, Law School, Hanyang University)

Am 4. Feb. 2009 hat das koreanische Justizministerium Kommission für KBGB-Reform gebildet. Diese Kommission gliedert sich insgesamt 6 Abteilungskommissionen, welche sich auf jede spezielle Themengebiete konzentrieren. Unter denen ist für das Thema über juristische Person die 3. Abteilungskommission zuständig, woran der Verfasser als Kommissionsmitglied teilnimmt. Dieser Aufsatz basiert auf die Erfahrungen und Ergebnisse der Kommission im Rahmen des Rechts juristischer Person. Zur Einleitung stellt Kapitel I Werdegang der Reformarbeit von Kommission vor. Kapitel II beschäftigt sich mit dem wichtigen Inhalt der reformierten Vorschriften des KBGB: Änderung des Gründungssystems juristischer Person (§ 32 KBGB), Neuregelung für nichtrechtsfähige Vereine und Stiftungen (§ 39-2 KBGB), Klarmachung für Übergang des Zugewendeten auf die Stiftung (§ 48 KBGB) und Neuregelung für Verschmelzung und Spaltung von nichtwirtschaftlichen juristischen Personen (§ 96-2 bis § 96-15 KBGB). Im Kapitel III erörtert der Verfasser die Problematik, welche sich sehr brisanten Streitpunkt hinter sich verbirgt: Grundbestimmung der juristischen Person (§ 31 BGB), Ultra vires Prinzip im Sinne von § 34 KBGB und Bestimmung für wirtschaftlichen Verein (§ 39 KBGB). Zum Schluß resümiert der Verfasser Im Kapitel IV langfristige Aufgabe zur Refom des Rechts juristischen Person im KBGB.

Key words: juristische Person, Verein, Stiftung, Konzessionssystem, Genehmigungssystem, nichtrechtsfähiger Verein, nichtwirtschaftliche juristische Person, Verschmelzung, Spaltung, Ultra vires Lehre, wirtschaftliche juristische Person