

# 프랑스法에서의 法人의 歷史

## — 法人論 및 法人에 관한 判例와 立法의 發達史 —

南 孝 淳\*

### I. 序論 : 法人의 發展史

프랑스의 역사상 團體 내지 法人의 역사는 국가와의 투쟁의 역사이다.<sup>1)</sup> 국가는 자신과 개인 사이에 그 어떤 團體도 개인에 대하여 영향력을 행사하는 것을 허용하지 않으려 하였다. 法人은 그가 갖는 사회적, 경제적, 재정적 힘으로 인하여 국가에 대하여 위협적인 존재였으므로 국가는 의식적이든 무의식적이든 法人을 규제하려 하였고 그 한 방편으로서 法人格을 부정하거나 제한적으로만 인정하였다. 프랑스大革命을 전후하여 현재에 이르기까지 프랑스私法에서의 團體 내지는 法人의 발달사를 살펴보면 다음과 같다.<sup>2)</sup>

(1) 프랑스에서 團體 내지는 法人의 존재가 성립하기 시작한 것은 중세사회로 거슬러 올라간다고 한다.<sup>3)</sup> 봉건제도에 의하여 국가의 권력이 분산되고 그 반면에 교회권력의 영향력이 증가하면서 종교단체와 자선단체가 많이 증가하게 되었고, 이때 團體는 어느 정도 조직적 체계를 가지고 사회생활의 전면에 정치한 모습으로 등장하기 시작하였다. 그러나 16세기에 들어오면서 로마法이 부활하고 다시 왕권이 강화되면서 法人의 성립과 활동에 정체현상이 생기게 되었다. 왕 이외의 제3의 존재가 개인을 지배하는 것을 좌시하는 것은 곧 왕권의 약화를 의미하였기 때문에 團體는 제한을 받게 된 것이다. 그러나 이러한 현상 아래에서도 商事會社와 同業組合은 여전히 중요한 사회적 기능을 수행하였는데 그것은 국가의 부를 증대시키는 것으로서 왕에게도 매우 유익한 존재였었기 때문이다.

團體는 원칙적으로 왕의 허가가 있는 경우에 한하여 法人格을 가질 수 있었다. 즉, 團體는 왕이 부여하는 特權(le privilège)을 받아야만 비로소 法人格을 취득하게

\* 서울大學校 法科大學 副教授

1) H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> Vol, *Les personnes: la personnalité, les incapacités*, Editions Montchrestien, n° 765, p. 863.

2) 이하의 내용은 H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *op. cit.*, n° 759-765, pp. 858-863.

3) G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Les personnes*, L.G.D.J. p. 20.

되었다. 法人格은 권력으로부터 나오는 것이었다. 왕이 法人을 허용한 것은 그것이 자신에게 유익하였고 또 공익을 달성하기 위하여 필요하였기 때문이다. 同業組合은 왕의 허가를 받아 法人格을 취득하였다. 한편 商事會社는 왕에게 원칙적으로 아무런 위협이 되지 않았으므로 왕의 허가가 없어도 적법성을 인정받았다. 다만 이때까지도 商事會社는 구성원 사이의 계약적 법률관계로 이해되었다. 그러나 社員이 출자한 재산은 社員의 채권자가 아닌 회사채권자를 위한 담보를 구성한다는 개념이 서서히 싹트기 시작하였고, 이러한 변화는 社員의 출자분에 한하여 社員의 책임을 제한하는 거대한 회사가 등장하면서 더욱더 구체화되기 시작하였다. 그 결과 거대한 商事會社 중에는 왕의 허가를 받아 法人格을 취득하는 경우가 생겨났다. 한편 財團의 경우는 社團과 사정이 완전히 달랐다. 財團은 교구를 관할하는 주교(l'évêque)의 승인이 있으면 法人格을 가지게 되었다. 왕이 財團에 대하여서도 통제권을 가지게 된 것은 1749년에 들어와서였다.

(2) 프랑스大革命 이후의 과도기법체제하에서는 法人은 국가 또는 공공기관을 제외하고는 그 존재가 거부되었다. 구체제의 유산을 청산하고자 하는 정치적 고려와 종교단체의 재산을 몰수하고자 하는 재정적 의도 그리고 개인을 국가의 직접적 상대자로 대응시키고자 하는 자유사상의 영향에 의하여 과도기의 법은 法人의 존재를 부인하기에 이르렀다.<sup>4)</sup> 비록 프랑스大革命은 결사의 자유는 인정하였지만 團體에 法人格을 부여하는 것은 거부하였던 것이다. 이것은 적법성이 인정되면 法人格도 함께 부여되던 전통이 사라지고 이제 적법성의 문제와 法人格의 문제가 별개의 것으로 분리되었다는 것을 의미하였다.<sup>5)</sup>

프랑스혁명가들은 結社의 自由를 천명하였음에도 불구하고 실제로는 結社의 自由를 광범위하게 제한하였다. 1791. 6. 17. 제정된 르샤뵈리에 法(la loi Le Chapelier)은 기존의 同業組合을 금지하고 더 나아가 모든 組合의 결성을 금지하였다. 노동자들이 상조의 목적으로 단체를 결성하는 것조차 금지하였다. 르샤뵈리에는 국가의 면전에는 유일하게 개인만이 존재할 수 있을 뿐이라고 하였는데, 그는 “시민은 누구나 團體를 결성할 수 있다. 그러나 특정의 직업에 종사하는 시민들이 공동이익이라는 명분 아래 團體를 결성하는 것은 용납될 수 없다. 국가 안에는 더 이상 同業組合은 존재할 수 없다. 개개인의 특정이익과 국가의 일반이익만이 존재할 뿐이다.”라고 주장하였다. 이러한 상황에서 자유라는 이름 아래 團體의 法人格이 박탈되었다. 우선 修道會(la congrégation)가 제일 먼저 法人格을 상실하게 되었다. 그 직접적인 원인은 무엇보다도 종래 修道會가 소유하고 있던 막대한 재산을 국가가 환수하려는 데에 있었다. 修道會는 그 동안 자유사상가들로부터 修道院이 소유하는 재

4) G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 20.

5) H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *op. cit.*, n° 762, p. 860.

산은 이전불능재산(les biens de main-morte)으로서 재화의 자유로운 유통을 방해한다는 비판을 끊임없이 받아왔었다. 그리고 국가는 대학교, 학술단체, 직업단체, 법조단체, 변호사협회의 재산을 몰수하였다. 요컨대 자유의 시대가 도래하였음에도 불구하고 오히려 團體는 法人格을 상실하여 재산을 소유하는 것이 금지되었다. 다만 이러한 상황하에서도 商事會社만은 예외였다. 즉, 상업 및 산업의 자유라는 또 다른 사회적 필요에 의하여 영리를 목적으로 하는 商事會社는 자유롭게 그 설립과 활동을 보장받았다.<sup>6)</sup>

(3) Napoléon은 團體에 대하여 중전의 혁명가들보다 더 억압적인 자세를 보였다. 우선 과도기체제하의 억압적인 시대적 분위기로 인하여 나폴레옹民法典도 法人에 관하여 침묵을 지켰다. 그리고 Napoléon은 1810년 형법을 제정하여 모든 結社의 자유를 금지하였다. 그 결과 첫째, 20인 이상의 단체는 허가를 받아야 결성될 수 있고, 허가를 받지 않은 경우에는 단체의 구성원은 형벌을 받게 된다. 둘째, 團體는 허가를 받은 경우에도 그것만으로는 法人格을 취득하지는 못하였다. 셋째, 團體가 法人格을 취득하기 위해서는 또 다른 별도의 허가를 받아야 한다. 즉, 團體는 개별적으로 공익성(l'utilité publique)을 인정받은 후 정부의 명령으로 허가를 받아야만 法人格을 가질 수가 있었다.

한편 Napoléon시대에도 商事會社의 자유는 계속 보장되었다. 1807년 제정된 Napoléon商法典(§18-§64)이 商事會社를 인정하였다. 즉, 商事會社는 태생적으로 적법한 團體로서 인정을 받았으므로 특별한 허가 없이도 권리주체로서의 지위를 사실상 인정받았다. 그러나 商事會社 중 유독 株式會社만은 예외였다. 株式會社는 일반 團體와 마찬가지로 정부의 명령으로 허가를 받아야만 法人格을 취득할 수가 있었다. 株式會社에 대한 이러한 제한은 19세기 중반(1867년)까지 계속되었다. 株式會社의 제한은 새로운 會社의 출현을 초래하였는데, 그것이 바로 柱式合資會社(la commandite par action)이다. 柱式合資會社란 株式會社에 대한 법적 금지를 회피하기 위하여 株式會社의 형태로 운영하기 위하여 설립된 合資會社를 가리킨다.

(4) 19세기 중반까지 法人에 관한 Napoléon법체제는 엄격하게 유지되었다. 19세기 중반부터 法人에 대한 국가의 태도에 변화가 오기 시작하였다. 우선 株式會社에 대한 제한이 단계적으로 해제되었다. 우선 국가는 株式會社의 탈법수단인 柱式合資會社의 설립과 운영을 규율하기 위하여 法律(1856. 7. 17)을 제정하였다. 이때부터 柱式合資會社는 국가의 허가 없이도 설립될 수 있고 또 당연히 法人格을 취득하지만, 그 설립과 운영은 법에 의한 규율을 받게 되었다. 또 국가는 1차적으로 法律로 자본금 2,000만F 이하의 株式會社에 대한 사전허가를 폐지하고(1863. 5. 3. 法律),

6) 한때 國民公會(la Convention)가 商事會社를 금지한 적이 있었으나 總裁政府(le Directoire)는 다시 商事會社의 자유를 인정하였다.

그 후 2차적으로 모든 株式會社에 대하여 동일한 조치를 취하기에 이르렀다(1867. 7. 24. 法律). 그 결과 이제 모든 商事會社는 국가의 허가 없이도 法人格을 취득하게 되었다. 결국 柱式合資會社는 1856. 7. 17. 法律에 의하여 그리고 株式會社는 1867. 7. 24. 法律에 의하여 그 설립과 운영이 법에 의하여 규율을 받게 된 것이다. 그리고 동일한 취지에서 1925. 3. 7. 有限會社法이 제정되었다. 다른 한편 1884. 3. 21. 法律은 노동조합, 同業組合의 결사의 자유를 인정하여 특별한 허가 없이도 신고만으로 法人格을 취득할 수 있도록 하였다. 그리고 1901. 7. 1. 非營利社團契約法은 형법 §291를 폐지함과 동시에 종교단체의 자유를 인정하였다. 이제 同業組合 이외의 非營利社團法人도 적법성을 인정받음과 동시에 法人格을 취득하게 되었다.

(5) 오랫동안 존재하여왔던 법적 제한이 사라지면서 이제는 法人 그 중 특히 會社가 발전하는 데에 필요한 여건은 모두 갖추어진 것처럼 보였다. 그러나 실제로는 그 반대의 결과가 초래되었다. 국가는 특정의 團體를 규율하는 개별 법률들을 양산하였다. 외관상으로는 法人에 대한 입법의 증가가 긍정적인 현상으로 해석될 수 있을지도 모르지만, 실제로는 그것은 오히려 法人에 대한 규제와 규율을 증가시켰고 따라서 그러한 法律들의 증가는 곧 法人의 발달에 대한 장애가 되었던 것이다. 그 후 1966. 7. 24. 통합적인 商事會社法이 제정되었고 1978. 1. 4. 會社에 관한 프랑스民法(제3권 제9편)의 개정되어 會社에 대한 규율이 보다 체계를 갖추면서 모든 會社에 法人格이 부여되었다. 그러나 이러한 통합법의 제정과 일반규정의 설정도 종래 破棄院이 견지하고 있던 法人實在論과는 거리가 먼 것이었다.

## II. 法人의 本質論

法人의 本質論(法人論)은 法人은 實體(une réalité)가 있는 것이냐(法人實在論) 아니면 단순한 擬制(une fiction)에 지나지 않는 것이냐(法人擬制論)에 대한 논의를 그 핵심으로 하여 전개되어 왔다. 프랑스에서는 法人論은 社團을 중심으로 발전하였다. 財團의 경우는 Napoléon체제 이래 별다른 논쟁 없이 法人擬制論이 대세적 경향이었다. 오늘날 프랑스에서는 더 이상 法人論은 학자들의 열띤 공방을 불러일으키는 토론의 주제가 되지 못하고 있다. 적어도 학설상으로는 法人論의 한 줄기였던 法人擬制論은 이제 거의 흘러간 과거의 정신적 유물에 지나지 않게 되었기 때문이다. 그러나 그럼에도 불구하고 현재도 法人論에 대한 이해는 프랑스에서 法人의 역사를 이해하는 데에 아주 중요한 의미를 갖는다. 法人論에 대한 이해 없이는 法人의 본질에 대한 判例의 변천과정과 立法의 발달사 그리고 현재의 立法의 위치를 논의할 수가 없다.

法人論은 프랑스民法典이 제정된 후부터 그 논의가 시발되었다. 그러나 法人論의

논의가 본격적으로 전개되기 시작한 것은 19세기말과 20세기초에 걸친 시기였다. 논의를 더욱 촉발시킨 것은 1901. 7. 1. 제정된 法律(非營利社團契約法)이었다. 이 法律은 종교단체의 설립을 금지하였다.<sup>7)</sup> 자연적으로 法의 금지에도 불구하고 종교 단체는 法人格을 가질 수 있을 것인지의 여부가 문제로 등장하게 되었다. 이와 더불어 法이 예정하여 규정하고 있는 부류에 속하지 않는 社團이 사실상 사회 속에서 일정한 기능을 수행하고 있을 경우 그 법률관계를 어떻게 규율하여야 할 것인지의 문제도 바로 法人論의 문제와 직결되어 논의되기 시작하였다. 학자들은 이러한 문제에 대한 해답을 法人本質論을 통하여 얻으려고 하였다. 만일 法人을 擬制에 지나지 않는 것으로 본다면, 모든 擬制의 귀결이 그러하듯 法人은 제한적으로밖에 존재할 수 없다는 결론에 도달한다. 즉, 法人은 擬制가 필요한 한에서만 존재할 수 있고, 그리고 擬制를 기초로 하여 法人格을 부여하는 것은 바로 입법자의 의사인 것이다. 따라서 특정의 法律이 허락하지 않는다면 法人은 존재할 수가 없게 된다. 반대로 法人은 實體로서 존재하는 것이라고 본다면, 法人은 法의 반대와 침묵에도 관계없이 존재하고 마땅히 法人格을 누려야 할 것이다.

### 1. 法人擬制論

프랑스에서는 法人擬制論(la théorie de la fiction)은 19세기의 주류적 학설이었다.<sup>8,9)</sup> 法人擬制論은 19세기 후반기에 Aubry와 Rau에 의하여 더욱 발전되었다. 法人擬制論은 이성을 갖는 自然人만이 권리의 주체가 될 수 있다는 것을 전제로 한다. 그렇지만 국가는 自然人 이외에 특정의 단체에 法人格을 부여할 수도 있다고 한다. 自然人을 권리의 주체로 하는 기존의 법원리와 법률관계를 단체에 적용하게 되면 복잡한 법률문제가 발생하는데 이를 간결하게 규율하기 위하여 국가는 마치 團體가 法人格을 가지고 있는 것으로 취급할 수 있다. 즉, 團體는 원래 권리의 주체로서는 허구의 존재에 지나지 않지만 법적인 관점에서 여러모로 편리하기 때문에 團體에 法人格을 부여하는 것이다. 따라서 團體가 法人格을 취득하여 권리의 주체가 되는 것은 어디까지나 인위적인 것이고 의제적인 것에 지나지 않는다는 것이다. 그리고 그것은 어디까지나 自然人을 의제한 것에 지나지 않는다. 입법자는 그의 권능에 의하여 권리의 주체로서 인정하는 것이 필요하다고 판단되는 團體에게 法人格을 부여할 수 있으므로 團體는 法의 권능에 의하여서 비로소 法人格을 취득하게

7) 1940. 9. 3. 개정 法律은 宗教團體에 대한 절차를 立法許可(l'autorisation législative)에서 認可命令(la reconnaissance par décret)으로 변경하였다.

8) Répertoire Dalloz, Droit civil, *Personne morale*, n° 6, p. 1.

9) 法人擬制論마저도 부인하는 학자로서는 Vareilles-Sommeilles와 Planiol을 들 수 있다. 이들은 단체의 권리와 이익은 그 구성원의 권리와 이익으로 해제되고 설명될 수 있다고 보았다.

된다. 요컨대 法人格을 창설하는 것은 어디까지나 국가이다.

法人擬制論은 다음과 같은 역사적 배경과 뿌리를 갖는다.<sup>10)</sup> 첫째, 중세 때부터 법의 발달사를 살펴보면 自然人 이외에는 원칙적으로 權利의 주체로서의 지위가 인정된 대상이 존재하지 않았다. 法人은 왕의 명령과 국가의 입법에 의하여 승인을 받는 경우에 한하여 존재하였다. 둘째, 自然法論者에 의하면 모든 법제도의 원천과 그 종착점은 개인이었다. 따라서 국가는 명시적인 입법이 없는 한 자신과 개인 사이에 여하한 존재도 허용하여서는 안 된다. 셋째, 프랑스民法典을 비롯하여 1804년에서 1810년에 제정된 나폴레옹法典들은 法人에 관한 일반적 규정을 두지 않았다. 이것은 이들 법전들이 권리란 개인에게만 특유한 것으로 파악하였다는 것을 잘 말하여 주는 것이다.

## 2. 法人實在論

현재 프랑스에서는 法人論은 法人實在論(la théorie de la réalité)으로 귀결되고 있다.<sup>11)</sup> 法人實在論은 20세기초에 비약적인 발전을 보게 되는데, 여기에 결정적인 기여를 학자로 사법학자로는 Léon Michoud가 있고 공법학자로는 Maurice Hauriou(1856-1929)가 있다. 法人實在論은 法人은 법 이전에 이미 현존하고 있는 實在(la réalité)라고 본다. 즉, 法人은 권리의 주체로서 인정될 만한 實體(l'entité)이다. 좀더 구체적으로 말하면 구성원의 個別利益(l'intérêt individuel)을 초월하는 團體利益(l'intérêt collectif)이 존재하고 그리고 團體意思가 일정한 구조와 조직에 의하여 표현될 수 있을 정도이면 團體는 實在로서 존재한다고 한다. 따라서 實在가 존재하는 한 거기에 합당한 法人格은 마땅히 인정되어야 한다고 본다. 이는 법이 침묵하는 경우에도 마찬가지이다. 法人實在論에는 다시 實在의 근거를 어디에서 찾을 것인지 달리 말하면 實在의 핵심을 무엇으로 파악할 것인지에 따라 다시 心理實在論(la théorie de l'ordre psychologique), 有機體實在論(la théorie de l'ordre organique), 組織體(制度)實在論(la théorie de l'institution)과 法技術實在論(la théorie de la technique juridique)으로 나뉘어진다. 이 중 有機體實在論과 組織體實在論은 法人을 社會的 實在로서 파악하기 때문에 社會的 法人實在論(la théorie de la réalité sociologique)이라고 부르기도 한다.

心理實在論이란 團體는 구성원의 개별적 의사와는 구별되는 독립한 단체적 의사를 가진다는 점에서 實在의 근거를 찾는다. 또 有機體實在論은 法人을 인체에 비교하여 團體는 하나의 독립한 몸체(un corps)로서 그 기관과 구성원을 가지고 있으며 그리고 자연인은 구성원이 됨과 동시에 단체 속으로 용해되어 버리고 만다는 점에

10) J.-P. Grigel, *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 1994, p. 488-9.

11) Répertoire Dalloz, Droit civil, *Personne morale*, n° 6, p. 2.

서 實在의 근거를 찾는다. 즉, 團體와 自然人 사이에는 유비가 가능한바, 自然人이 세포로 구성되어 있듯이 團體는 社員으로 구성되어 있으며, 自然人이 개별적 의사에 기초하고 있듯이 團體는 團體意思에 기초하고 있다는 것이다.<sup>12)</sup>

組織體實在論은 Maurice Hauriou가 1925년 그의 논문 “Théorie de l’institution et de la fondation”에서 주장하였다. Maurice Hauriou는 法人의 개념을 인정함에 있어서 法人擬制論처럼 自然人을 대개개념으로 하거나 또는 후술하는 法技術實在論처럼 권리의 개념을 기초로 하여 추론하지 않는다. 그는 사회에 대한 통합적이고 역사적인 관점에서 출발하여 實在의 근거를 모색하였다. 그는 인간이 단체생활을 계속하는 과정에서 특정의 필요에 의하여 자치적인 실체(l’ensemble autonome)가 출현하게 된다고 주장하였고, 그는 이를 組織體 내지는 制度(l’institution)라고 불렀다. 組織體는 처음에는 아주 일반적인 형태로 출현하고 그 후 점차 그 목적과 특성이 특정화됨에 따라 특별한 모습으로 등장하게 된다고 한다. 그에 의하면 組織體의 개체성은 自然人의 개체성과 구별된다는 점에서 實在의이고 따라서 組織體는 법적 생명을 부여받기에 적합한 주체라고 한다. 組織體는 그 목적과 구조에 있어서 自然人과 구별되는 과정에서 어느 순간 권리주체성을 취득하게 된다고 한다.

法技術實在論은 권리라는 개념 자체로부터 출발하여 法人의 實在을 파악한다고 한다.<sup>13)</sup> 法人擬制論이 권리의 주체와 권리라는 두 개념 중에서 권리의 주체를 먼저 설정하고 그것도 自然人만을 유일한 권리의 주체로 고려하였던 데에 반하여 法技術實在論은 역으로 권리로부터 출발하여 人의 개념을 도출한다고 한다.<sup>14)</sup> 法技術實在論은 Léon Michoud이 1906년 그의 논문 “La théorie de la personnalité morale et son application en droit français”에서 주장하였다. 그에 의하면 이익의 세계에는 個別利益과 團體利益이 있는데, 권리의 주체도 이에 부응하여 두 종류의 주체가 있을 수 있다고 한다. 個別利益의 주체가 自然人이라면, 團體利益의 주체가 바로 法人이라는 것이다. 즉, 團體利益은 自然人이 아닌 별개의 독립한 권리주체를 요구하는데, 團體가 團體利益을 실현할 정도로 충분한 조직성을 드러내면, 예를 들면 의사 표현의 수단을 갖는 조직성을 갖추게 되면 團體는 이제 實在로서 존재하게 된다. 이러한 實在을 두고 그는 技術的 實在(la réalité technique)라고 불렀다. 그런데 團體利益은 감각의 세계에 존재하는 實在이 아니라 법의 세계에서 존재하는 實在이기

12) 오늘날 法人 또는 會社의 법률관계를 自然人에게 유비시키는 것은 바로 有機體論의 思考의 일단이라고 하지 않을 수 없다. 會社가 自然人과 마찬가지로 성명, 주소, 국적, 능력을 갖는 것, 또 商事會社가 商人의 자격을 갖는 것 그리고 自然人의 가족관계에 대비하여 母會社(la société mère)와 子會社(la société filiale)의 개념을 인정하는 것은 모두 有機體論의 思考의 발단임을 부인할 수 없을 것이다.

13) B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, 3<sup>e</sup> éd. Litec, p. 427.

14) J.-P. Grigel, *op. cit.*, p. 489.

때문에 그가 인정한 實在은 法技術의 實在(*la réalité technique juridique*)가 되는 것이다. 요컨대 法人格은 團體利益이 구체적이고 그리고 적절한 조직체에 의하여 구현될 수 있지만 하면 당연히 團體에게 부여되어야 할 하나의 특전(*le privilège*)이다. 그 결과 團體는 자신에게 부여된 공동의 임무를 수행하는 데에 필요한 모든 권리를 향유할 수 있게 된다. 다만 Léon Michoud는 모든 團體利益에 권리주체성을 인정하지는 않았다. 團體利益이 불법적인 경우나 또는 의사표현의 수단이 갖추어져 있을 정도로 조직성을 갖추지 못하여 실체성이 충분하지 못한 경우에는 法人格이 인정될 수 없다고 보았다. 프랑스에서는 현재 法技術實在論이 法人實在論의 통설이자 나아가 法人論의 통설의 위치를 차지하고 있다.

### III. 法人에 관한 判例

判例도 19세기 중반이래 법학자들이 직면하였던 문제와 동일한 문제로 인하여 法人論 논쟁의 와중으로 들어오게 되었다. 法이 설립을 금지하거나 혹은 法이 침묵을 지키고 있는 경우에도 團體에 法人格을 부여할 수 있는가? 이 문제는 특히 民事會社와 관련하여 제기되었다. 프랑스 判例는 초기에는 法人擬制論의 절대적인 영향권내에서 法人格의 일반성을 부정하였으나 그 후 法人實在論의 시대적 분위기 속에서 法人格에 대하여 전향적인 자세를 보이는 과도기를 잠시 거친 후 20세기 중반부터는 法人實在論의 입장에 서서 일관되게 法人의 實在性を 인정하고 있다.<sup>15)</sup>

(1) 破棄院이 商事會社의 法人格을 인정하는 데에는 아무런 어려움이 없었다. 破棄院은 그 법적 근거를 프랑스民法 §529와 프랑스民事訴訟法 §69-6°에서 찾았다. 프랑스民法 §529는 “지급기일이 된 금전 또는 동산을 목적으로 하는 債權과 訴權은 법률에 의한 動産이며, 금융회사, 상업회사 또는 산업회사의 주식 또는 지분은 기업의 부동산이 회사에 속하는 것에 반하여 법률에 의한 動産이다. 주식 또는 지분은 회사가 존속하는 한 각 사원에 대한 관계에 있어서만은 動産이다.”라고 규정하고 있다.<sup>16)</sup> 이 조문은 社員이 商事會社에 재산을 출자한 경우 社員은 지분을 가지고 이 지분은 「法律에 의한 動産(*le meuble par la détermination de la loi*)」이고, 특히 會社에 속한 부동산에 대하여서도 社員이 가지는 지분은 「法律에 의한 動産(*le meuble par la détermination de la loi*)」임을 밝히고 있는 것이다. 즉, 본조는

15) G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 21, p. 20.

16) §529 I : Sont les meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les comagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement.

社員은 商事會社의 부동산에 대하여 아무런 物權을 가지지 않는다는 것을 보여준다.<sup>17)</sup> 이것은 곧 商事會社의 재산과 社員의 재산이 각각 별개의 주체에 속한다는 것을 말하는 것이고 따라서 그것은 결국 商事會社의 법인격을 인정하는 것이 된다.<sup>18)</sup> 한편 民事訴訟法 §69는 피고적격을 갖는 주체를 열거하면서 제6호에 “商事會社는 존재하는 한 주사무소소재지 또는 그 社員의 주소지에서 제소될 수 있다”고 규정하였다.<sup>19)</sup> 여기서 商事會社가 社員과 별개의 주소를 가질 수 있다는 것은 곧 商事會社는 社員과는 별개의 法人格을 가지고 있다는 것을 말하는 것이다.<sup>20)</sup>

(2) 破棄院은 法人格의 취득여부에 관하여 간접적인 규정조차도 없는 民事會社에 대하여는 처음부터 法人擬制論에 기초하여 團體에 대한 法人格의 인정여부는 입법자의 명시적 의사의 존부에 따라 결정하여야 한다고 판시하였다. 프랑스民法(제3권 제9권 §1832-§1873)은 民事會社(la société civile)를 會社契約(le contrat de société)의 한 경우로만 규율하고 있었을 뿐 명시적으로 法人格을 부여하는 규정을 두고 있지 않았다. 예를 들면 1860년 破棄院은 프랑스民法이 그에 대하여 아무런 규정을 두지 않고 있다는 이유로 夫부공동체(la communauté conjugale)의 法人格을 부정하였다.<sup>21)</sup> 그리고 동일한 취지에서 하급심판결도 “입법자의 권능만이 유일하게 法人을 창설할 수 있다”(le pouvoir législatif doit seul pouvoir créer des personnes morales)라고 판시하였다.<sup>22)</sup>

(3) 입법자가 특별히 法人格을 부여하지 않고 있는 團體에 대하여 法人格을 인정한 최초의 判決은 1891년의 破棄院의 판결이다.<sup>23)</sup> 破棄院의 審理部(la Chambre des requêtes)는 “團體를 위하여 구성된 개개인의 권리 및 이익과 구별되는 고유한 권리와 이익을 창설한다는 것은 商事會社에서 뿐만 아니라 民事會社에 있어서도 본질적인 것이다. 民事會社는 그것이 존속하는 한 法人을 구성하며, 法人은 회사자본의 소유자가 된다”<sup>24)</sup>고 판시함으로써 民事會社에 대하여서도 法人格을 인정하였다.

17) Ch. Atias, *Droit civil, Les biens*, Litec, 1999, n° 80-a, p. 110.

18) P. Bezard, *Sociétés civiles: Contrat de société, société en participation, registre du commerce et des sociétés*, Litec, 1979, n° 251, p. 111.

19) §69 : Seront assignés : ... 6° les sociétés de commerce, tant qu'elles existent, en leur maison sociale ou au domicile, de l'un des associés.

20) P. Bezard, *op. cit.*, n° 251, p. 111.

21) Civ. 18 avril 1860, *D. P.* 60. 1. 185.

22) Nîmes, 18 juillet 1982 rapporté avec Req. 2. janvier 1894, *S.* 94. 1. 130.

23) Cass., Req., 23 février 1891, *D. P.* 1891, I, p. 337, *S.* 1892, I, p. 73.

24) “Attendu qu’il est de l’essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l’individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun des membres... ; que les sociétés civiles constituent, tant qu’elles durent, une personne morale, laquelle est propriétaire du fonds social”

위 判決은 法이 명문으로 法人格을 부여하지 않는 團體도 法人格을 가질 수 있음을 최초로 밝힌 판결이라는 점에서 매우 중요한 판결이다. 다만 위 판결은 民事會社가 法人格을 가질 수 있는 근거를 法人의 본질에서 찾기보다는 우회적으로 프랑스 民法典의 民事會社에 관한 규정들(§1850, §1852, §1867, §1845, §1846, §1847, §1848, §1855, §1859)에서 찾았다는 점에서 한계를 나타내고 있다. 즉, 위 판결은 民法典의 제규정이 “결코 社員과 社員 사이에 관계를 설정한 것이 아니라 언제나 社員을 會社에 대하여 관계시켰다”는 점을 논거로 하여 民事會社의 法人格을 인정하였던 것이다.<sup>25)</sup>

(5) 1954년 破棄院은 法人의 본질에 대하여 보다 분명한 입장을 나타내고 있다. 破棄院은 法人擬制論을 확실히 폐기하고 명백하게 法人實在論으로 수정하였던 것으로 평가되고 있다.<sup>26)</sup> 1945. 2. 22. 命令(le Décret)(§21)은 노동자와 경영자 사이에 긴밀한 협력관계를 설정하기 위하여 企業委員會(la Comité d'entreprise)와 事業場委員會(le Comité d'établissement)의 설치를 규정하고 있었다.<sup>27)</sup> 후자는 하나의 기업이 수 개의 독립한 事業場(l'établissement)을 가지고 있는 경우 각 事業場에 설치되는 委員會이다. 한편 1945. 2. 22. 命令(제2절 제2조)의 시행령인 1945. 11. 2. 命令(l'Ordonnance)은 企業委員會에 대하여는 法人格을 부여하였지만(§1) 事業場委員會에 대하여는 法人格의 인정여부에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않았다.<sup>28)</sup> 1945. 11. 21 명령(§21)은 事業場委員會는 “그 구성과 운영은 企業委員會와 동일하며”, “企業委員會와 동일한 권한을 갖는다”고 규정하고 있었다. 그런데 事業場委員會가 使用者를 대상으로 소송을 제기한 사안에서, 原審法院은 “1945. 11. 2. 명령은 企業委員會에만 法人格을 부여하여 法人格에 수반되는 모든 권리를 행사하도록 하고 있다. 그런데 1945. 2. 22. 명령은 企業委員會는 기업마다 하나만 존재하고 그 企業委員會는 그 구성과 운영이 자신과 동일한 수 개의 독립한 事業場委員會를 포함할 수 있음을 규정하고 있으나, 事業場委員會에 대하여 法人格을 부여하지는 않는다. … 事業場委員會의 法人格은 中央企業委員會의 法人格으로 해소되는바 事業場委員會는 그 운영을 보장받기 위하여 형법에 규정된 보호를 요구하기 위해서는 中央企業委員會를 매개로 할 수밖에 없다”고 판시하였다.<sup>29)</sup> 즉, 原審法院은 입법자

25) “en n'établissant jamais des rapports d'associé à associé et en mettant toujours les associés en rapport avec la société”

26) Répertoire Dalloz, Droit civil, *op. cit.*, n° 10, p. 2.

27) 현재는 勞動法典 L.431-1 이하의 규정과 L.431-5 이하의 규정이 각각 이 企業委員會와 事業場委員會를 규율하고 있다.

28) 현재는 勞動法典 R. 432-1이 事業場委員會의 法人格에 관하여 규정하고 있다.

29) “Attendu que l'article 1<sup>er</sup> du décret du 2 novembre 1945 accorde aux comités d'entreprise seuls la personnalité civile avec l'exercice de tous les droits qui y sont attachés; attendu que l'ordonnance du 22 février 1945 précise qu'il ne peut y avoir

가 명시적인 의사에 의하여 法人格을 부여하지 않는 한 團體는 法人格을 가질 수 없다는 法人擬制論을 그대로 추종하면서 事業場委員會의 法人格을 부정하였던 것이다.<sup>30)</sup> 이에 대하여 破棄院은 “法人格은 法에 의하여 창조되는 것이 아니고, 法人格은 적법한 이익 따라서 법적으로 인정받아 보호받을 만한 가치가 있는 이익을 방어하기 위하여 단체적으로 의사를 표현할 가능성이 있는 모든 단체에 귀속된다. 만일 입법자가 고도의 질서유지의 목적으로 특정 부류의 단체로부터 法人格을 박탈할 수 있는 권능을 가지고 있다고 한다면, 그것은 재판상 권리로 귀결될 수 있는 특정의 이익을 관리할 임무를 가진 단체로서 입법자 스스로가 창설한 단체의 존재를 묵시적으로 그러나 필연적으로 인정하는 것이 되고 만다. ... 1945년 명령 제2절 제2조를 시행하기 위하여 제정된 1945. 11. 2. 명령 제1조가 企業委員會만을 언급하고 있지만, 위 규정은 필연적으로 事業場委員會에 대하여서도 法人格을 인정하는 의미를 갖는다. 왜냐하면 위 명령이 인정하고 있는 부문에서 권한을 행사하고 동일한 목적을 실현하는 데에 法人格은 필수불가결한 것이기 때문이다.”라고 판시하였다.<sup>31)</sup> 위 판결은 “法人格은 法에 의하여 창조되는 것이 아니다”라고 밝힘으로써 法人擬制論을 정면으로 부정하고, “法人格은 적법한 이익 따라서 법적으로 인정받아 보호받을 만한 가치가 있는 이익을 방어하기 위하여 단체적으로 의사를 표현할 가능성이 있는 모든 단체에 귀속된다.”고 판시함으로써 法人實在論을 그대로 수용하여 團體

---

qu'un seul comité d'entreprise par entreprise comportant plusieurs établissements distincts et prévoit la création de comités d'établissement dans chaque succursale, dont la composition et le fonctionnement seront identiques à ceux des comités d'entreprise, mais ne leur attribue pas la personnalité civile; ... que leur personnalité doit se confondre avec celle des comités centraux d'entreprise par l'intermédiaire desquels ils peuvent seulement agir pour revendiquer la protection pénale prévue et destinée à assurer leur fonctionnement”(Lyon, 30 oct. 1950, *Gaz. Pal.* 1951, I, 53).

30) 동일한 취지의 原審判決로는 Aix 6 jan. 1953, *Gaz. Pal.* 1953, I, 129.

31) Civ. 2, 28 janvier 1954, *D.*1954, p. 217; *J.C.P.* 1954, II, 7978.

“Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi, qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés; que si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice ... attendu que si les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 2 novembre 1945, prises en application de l'article 2, §2, de l'ordonnance législative, ne visent expressément que les comités d'entreprise, elles impliquent nécessairement reconnaissance de la personnalité civile des comités d'établissement, celle-ci n'étant pas moins indispensable à l'exercice d'attributions et à la réalisation de buts identiques, dans le champ d'action qui leur est dévolu par ladite ordonnance elle-même”

에 法人格을 인정하고 있다. 비록 위 판결이 “만일 입법자가 고도의 질서유지의 목적으로 특정 부류의 단체로부터 法人格을 박탈할 수 있는 권능을 가지고 있다”고 하여 法人格自由의 원칙을 제한하는 듯한 태도를 보이고 있고, 또 입법자는 “단체의 존재를 묵시적으로 그러나 필연적으로 인정한 것이 되고 만다”고 하여 法人格의 근거를 법의 묵시적인 승인에서 찾고 있는 점이 法人實在論을 완전히 추종하였다고 보기에는 불충한 점이 없지는 않으나,<sup>32)</sup> 法人의 존재를 입법자의 의사로부터 해방하였다는 점에서는 法人實在論의 핵심을 차용하고 있는 판결이라고 이해되고 있다.<sup>33)</sup> 그러면 破棄院은 法人實在論 중에서 어느 法人實在論을 취하고 있는 것일까? 학설은 破棄院이 法技術實在論을 취하고 있는 것으로 보고 있다.<sup>34)</sup>

(5) 破棄院은 그 후 1956. 1. 17. 동일한 이유와 논거에서 破産債權團에 法人格을 부여하였다.<sup>35)36)</sup> 한편 國事院(le Conseil d'Etat)도 非營利社團이 법인격을 취득하는 데에 사전절차를 밟도록 규정하였던 1971년 법률을 위헌으로 결정하였다.<sup>37)</sup>

(6) 이상의 破棄院 판결은 모두 社團과 관련된 것이다. 만일 財團에 관하여 동일한 문제가 제기되었더라면 破棄院은 어떠한 판결을 내렸을까? 프랑스에 있어서 財團이 갖는 특수성으로 인하여 破棄院은 결코 財團에 法人格을 인정하지 않았을 것이라는 것이 학자들의 지적이다.<sup>38)</sup> 즉, 법이 명시적으로 法人格을 부여하고 있지 않는 한 破棄院은 필시 法人擬制論에 좇아 財團의 法人格을 인정하지 않을 것이라는 것이다.

#### IV. 法人에 관한 立法

法人에 관한 立法史를 간단히 검토한 후 현재 프랑스私法상 法人에 관한 법적 규율에 대하여 살펴본다.

##### 1. 立法의 發達史

프랑스民法典을 비롯하여 1804년에서 1810년에 제정된 나뭇레옹法典들은 法人에

32) 이러한 이유에서 破棄院은 法人擬制論과 法人實在論의 절충적인 입장을 취한 것이라는 견해도 있다(P. Bezar, *op. cit.*, n° 252, p. 112).

33) G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 21, p. 31.

34) B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, p. 427; H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *op. cit.*, n° 757, p. 857.

35) Com. 17 janvier 1956, *D.* 1956. J. 265.

36) 법적갱생절차에 관한 1985. 1. 25. 法律은 破産債權團에 法人格을 인정하지 않는다.

37) C. cons. 16 juil. 1971, *D.* 1971, 685.

38) 財團의 法人格에 관하여는 IV. 4.를 참조.

관한 일반적 규정을 두지 않았다. 전술한 바와 같이 프랑스民法 §529와 프랑스民事訴訟法 §69-6°가 商事會社의 法人性에 대하여 간접적으로 규정하고 있었을 뿐이다. 그리고 프랑스民法 제3권 제9편 會社契約(Du contrat de société)(§1832-§1873)은 會社를 계약관계로서 규율할 뿐 會社의 法人格 취득여부에 대하여는 전혀 언급하지 않았다. 이는 商法典(§18-§64)에 의하여 규율되었던 商事會社의 경우도 마찬가지였다. 이는 立法이 法人에 대하여 부정적인 시각을 가지고 있었다는 것을 잘 말하여 주는 것이다.<sup>39)</sup> 立法의 이러한 경향은 法人擬制論이 주장하는 바와 일치하는 것이었다. 그 후 1867. 7. 24. 法律이 株式會社에 대한 사전허가제도를 폐지하고 法人格의 취득을 용이하게 하였다. 또 1901. 7. 1. 法律(非營利社團契約法)은 同業組合과 非營利社團에게도 法人格을 인정하였다. 이러한 현상은 어느 모로 보나 立法이 法人實在論으로부터 받은 영향이라고 볼 수 있다. 그렇지만 당시의 立法이 여전히 法人擬制論에 바탕을 두고 있었음에는 변함이 없었다. 그 후 1966. 7. 24. 商法典으로부터 독립한 商事會社法이 제정되고 그리고 1978. 1. 4. 法律에 의하여 會社에 관한 프랑스民法이 개정되면서 會社는 모두 法人格을 가지게 되었다.

현재 立法이 어떠한 法人論에 기초하고 있는지에 대하여는 학자들의 견해가 일치하고 있지 않다. 그러나 다수설은 立法은 여전히 法人擬制論에 기초하고 있는 것으로 본다.<sup>40)</sup> 즉, 立法은 法人擬制論의 입장에 서서 法人에 대하여 여러 가지 제한을 가하고 있는 것으로 본다. 예를 들면 立法은 특정의 단체목적과 관련하여 團體가 갖추어야 할 구조를 법정하거나 또는 그에 대하여 특수한 法人을 설립할 것을 강요하고 있다. 不動產民事會社(la société civile foncière)에 관한 1964. 12. 16. 法律, 營農民事會社(la société civile d'exploitation agricole)에 관한 1960. 8. 5. 法律, 營農利益會社(la société d'intér t collectif agricole)에 관한 1961. 8. 5. 명령, 營農有限會社(Exploitation agricole à responsabilité limitée, EARL)에 관한 1985. 7. 11. 法律, 專門職從事者民事會社(la société civile professionnelle)에 관한 1966. 11. 29. 法律 등의 경우가 그러하다. 그리고 심지어 立法은 法人의 團體로서의 본질을 무시하여 1人會社의 성립도 인정하고 있다(프랑스民法 §1832 II). 또 立法은 社團이 登記를 하지 않는 경우에는 법령 특정의 단체목적을 실현하기 위하여 사실상 존재하고 있더라도 法人格을 부여하지 않는다(非營利社團契約法 §5 I, 商事會社法 §5, 프랑스民法 §1842 I). 이는 지금까지 會社가 그 성립과 동시에 法人格을 취득한다는 破棄院의 판결에 정면으로 배치되는 것이다. 이상의 立法傾向은 法人實在論을 부정하는 것으로 일반적으로 해석되고 있다. 그러나 반대로 이상의 특별한 경우를 제외하면 현재의 프랑스 立法은 일반적으로 法人自由主義를 택하고 있다고 보는

39) G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 21, p. 30.

40) G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 21, p. 32.

견해도 있다. 經濟利益法人이 法에 의하여 法人格을 취득하고 修道會나 財團이 사전허가에 의하지 않으면 法人格을 취득하지 못하는 것은 法人擬制論의 발현이라고 해석할 수 있지만, 그 밖의 대부분의 경우, 예를 들면 勞動組合과 非營利社團과 같은 경우는 登記라는 절차만으로 자동적으로 法人格을 취득하게 되므로 이는 法人擬制論을 취한 결과는 아니라고 본다.<sup>41)</sup> 그리고 立法은 결코 法人擬制論과 法人實在論의 어느 쪽도 택한 것이 아니라는 견해도 있다.<sup>42)</sup>

프랑스法은 사람의 집단(le groupement des personnes)을 組合과 法人으로 구분하여 규율하지 않는다. 프랑스民法과 프랑스商法은 영리를 목적으로 하는 社團을 會社(la Société) 또는 商事會社(la Société commerciale)라는 이름으로 규율하여 왔고, 한편 영리를 목적으로 하지 않는 社團에 대하여서는 별도의 법이 제정되어 非營利社團(l'Association)으로서 규율되어 왔다. 會社와 非營利社團은 法 이전에 人格을 가질 수 있는지에 대하여 학설, 판례 그리고 입법상으로 논쟁의 대상이 되어왔다는 것이 法人의 발전사가 보여주는 바이다. 이하에서는 會社, 非營利社團, 非營利社團의 특수한 형태인 經濟利益團體(le Groupement d'Intérêt économique) 그리고 財團法人(la Fondation)에 관한 법적 규율을 살펴본다.

## 2. 會社의 法的 規律

현재 會社 일반에 관한 法源은 프랑스民法 제3권 제9편 會社(De la Société) 제1장 通則(§1832-§1844)이다.<sup>43)44)</sup> 會社는 다시 民事會社와 商事會社로 구분된다. 民事會社는 民事會社에 관한 일반규정인 제2장 民事會社(§1845-§1870-1)의 적용을 받고, 특수한 목적으로 설립되어 특별법의 규율을 받는 특수 民事會社도 특별법이 정하는 사항을 제외하고는 제2장의 적용을 받는다. 한편 商事會社는 1966. 7. 24. 제정된 商事會社法에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 民法의 제1장의 적용을 받는다(§1834).

프랑스民法 제3권 제9편은 1978. 1. 4. 法律에 의하여 대폭 개정되었는데, 개정의 주된 목적은 1966. 7. 24. 제정된 商事會社法상의 여러 원칙들을 기초로 하여 會社에 대한 일반원칙을 정하려는 데에 있었다고 한다.<sup>45)</sup> 예를 들면 개정 전 프랑스민

41) Répertoire de Dalloz, Droit civil, *Personne morale*, n° 11, p. 2.

42) P. Bezard, *op. cit.*, n° 252, p. 113.

43) 제3권 제9편의 표제가 *Du contrat de société*에서 *De la société*라 바뀐 데에는 두 가지 이유가 있다. 하나는 會社는 單獨行爲에 의하여서도 설립될 수 있게 되었기 때문이다. 다른 하나는 會社는 法人이기 때문에 더 이상 契約關係로서만 설명될 수 없게 되었기 때문이다.

44) 제9편은 그밖에 제2장 民事會社(§1845-§1870-1) 그리고 제3장 匿名會社(§1871-§1873)로 구성되어 있다. 제2장은 民事會社에 관한 일반규정이고, 제3장은 匿名會社에 관한 일반규정이다.

法 §1843는 “會社는 契約이 있는 순간부터 존재한다”라고 규정하고 있었는데 破棄院이 法人實在論의 입장에서 會社의 法人格을 인정하고 있으므로 民事會社는 會社 契約의 체결과 더불어 法人格을 취득하는 것이 되었다. 그런데 商事會社는 商事會社法(§5)에 의하여 登記를 하여야만 法人格을 취득할 수 있게 되었다. 그 결과 실제 거래에서 훨씬 중요성을 갖는 商事會社가 民事會社보다도 法人格을 취득하는 데에 제한을 받는다는 기현상이 초래되었다. 개정민법은 이제 民事會社도 商事會社와 마찬가지로 登記를 하여야만 法人格을 취득하게 하였던 것이다(§1842). 그런데 개정의 결과는 會社의 일반법인 민법이 商事會社法의 규정 내용을 반복하는 것이 되었는바, 이에 대하여는 일반법이 자신을 보충하여야 할 특별법으로부터 법규정의 내용을 차용한다는 결과가 초래되고 말았다는 비판이 있다.<sup>46)</sup> 그리고 개정의 또 다른 목적은 人的商事會社에 관한 원칙들을 民事會社에도 적용하려는 데에 있었다고 한다.<sup>47)</sup>

### (1) 會社 一般

會社는 그 형태와 목적을 불문하고 갖추어야 할 기본적인 요소가 있다. 특히 이는 會社의 성립과 관련하여 중요한 의미가 있다. 會社의 성립이란 會社가 설립되어 會社로서의 본질이 갖추고 會社로서 존재하는 것을 말한다. 會社가 성립하기 위해서는 무엇보다도 設立行爲와 登記가 있어야 하며, 設立行爲에는 契約 또는 單獨行爲가 있다. 이하에서는 設立行爲와 登記 그리고 設立行爲와 관련하여 會社의 존재 목적과 團體意思에 대하여 간략히 살펴본다.

#### (가) 設立行爲

會社의 설립행위란 會社를 최초로 탄생시키는 행위를 말한다.<sup>48)</sup> 會社는 원칙적으로 契約에 의하여 설립되고 예외적으로 法律이 정하는 경우에 한하여 單獨行爲에 의하여 설립될 수 있다. 會社의 설립행위를 함에 있어서는 社員은 行爲能力을 갖추

45) H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *op. cit.*, n° 775, p. 885; P. Bezar, *op. cit.*, n° 259, p. 116.

46) G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., 1984. n° 656, p. 532.

47) H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *op. cit.*, n° 775, p. 885.

48) 設立行爲의 본질 내지는 본체가 무엇인지에 대하여는 종래 契約說과 制度說의 논쟁이 있다. 그러나 契約說은 契約으로 法人의 요건을 임의로 정할 수가 없다는 점, 다수결에 의하여 定款을 변경할 수 있다는 점, 理事는 會社의 受任人이 아니라는 점 등을 설명할 수가 없다. 契約說이 갖는 이러한 문제점을 직시하여 會社를 하나의 制度로 이해하려는 해석론이 제기되었고, 이를 制度說(la théorie de l'institution)이라고 한다(制度說에 대한 설명은 G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.*, n° 671, p. 544).

어야 한다.

프랑스民法 §1832 I에 의하면 會社는 이익을 분배하거나 그로 인하여 절약을 도모할 목적으로 공동의 기업에 재산과 노무를 출자하는 것을 내용으로 하는 2인 이상의 합의에 의하여 설립된다.<sup>49)</sup> 民事會社, 人的商事會社와 有限會社의 경우는 2인 이상, 合資會社의 경우는 4인 이상 그리고 株式型會社의 경우는 7인 이상의 社員이 참여하여야 한다. 會社契約도 모든 계약과 마찬가지로 合意에 의하여 성립하고, 확정된 목적이 있어야 하고 그 목적은 적법한 것이어야 한다(§1108). 會社契約의 목적이란 다름 아니라 社員이 부담하는 債務의 내용을 말한다. 다시 말하면 社員이 출연을 약속한 출자(l'apport)가 會社契約의 목적이 된다.<sup>50)</sup> 프랑스民法은 두 종류의 출자에 관하여 규정하고 있다. 하나는 재화(les biens)이고 다른 하나는 勞務(l'industrie)이다. 勞務의 출자만으로는 會社가 성립할 수 없고 반드시 재화의 출자가 있어야 한다. 財貨出資(l'apport de bien)는 會社의 資本(le capital social)을 구성한다. 출자를 하면 社員은 지분(les parts)을 취득한다. 즉, 會社資本은 지분으로 분할되어 會社가 소멸하게 되는 경우 상황이 이루어진다. 債權者는 會社가 지불불능인 경우 자본으로부터 변제를 받게 된다. 이러한 이유에서 民法 §1832는 “社員은 손해를 부담한다”라고 규정하고 있다. 노무출자는 會社資本을 구성하지는 않지만 이에 대하여서도 지분이 인정된다.

프랑스民法 §1832 II에 의하면 會社는 법이 정하는 일정한 경우에는 1인의 의사에 의하여서도 설립될 수 있다.<sup>51)</sup> 1985. 7. 11. 法律에 의한 개정에 의하여 會社는 처음부터 1人會社로도 설립이 가능하게 되었다. 현재 法律에 의하여 인정된 1人會社에는 두 가지가 있다. 하나는 1人有限會社(Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, EURL)이다. 自然人뿐만 아니라 法人도 社員이 될 수 있다. EURL는 商事會社이다. 商事1人會社는 有限會社(SARL)로밖에 존재할 수 없다. 다른 하나는 農業有限會社(Exploitation agricole à responsabilité limitée, EARL)가 그것이다. EARL는 民事會社이다.

#### (4) 會社의 存在目的

프랑스民法 §1832 I에 의하면 會社란 「이익을 분배하거나 절약을 도모하기 위한

49) §1832 I. La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

50) 한편 프랑스民法은 法人格 자체에 관하여는 언급하지 않고 있지만 法人格 취득도 會社契約의 목적이라고 본다.

51) §1832 II. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

」 목적으로 존재한다.<sup>52)53)</sup> 會社는 社員을 위하여 취득한 이윤(le bénéfice)을 분배하거나 절약(l'économie)을 도모하는 것을 그 목적으로 하여야 한다. 이것이 會社契約을 다른 契約과 구별짓게 하는 특징이다. 社員은 두 목적 중 하나를 선택하거나 또는 양자 모두를 결합하여 會社의 존재목적으로 삼을 수 있다. 한편 民法 §1832 III에 의하면 社員은 이상의 會社의 존재이유를 실현함에 있어서 그 대가로 會社에 발생하는 손해를 분담하여야 한다. 따라서 損害分擔도 會社契約의 하나의 요소로 등장하게 된다.

1978. 1. 4. 法律에 의한 프랑스民法典 개정 이전에는 이윤분배가 會社의 유일한 존재이유였다. 이에 대하여는 이윤분배는 매우 협소한 개념으로서 會社의 성립범위를 제한하고 있다는 비판이 있었다. 判例는 전통적으로 이익을 금전상의 수익(le gain pécuniaire) 또는 물질적인 수익(le gain matériel)으로 이해하였다.<sup>54)</sup> 그런데 社員에게 이익이 분배되지는 않지만 社員의 이익으로 돌아갈 수 있는 활동도 얼마든지 있을 수 있다. 그러나 그러한 목적을 갖는 단체는 종래에는 會社가 될 수 없고 非營利社團法人(l'association)이 될 수밖에 없었다. 그러나 이러한 태도는 절약을 얻거나 손해를 방지하는 것을 목적으로 하여 會社를 설립하고 있는 경제현실에 부합하지 않았다. 이러한 이유에서 判例도 때로 기업이 비용의 절감을 위하여 설립한 단체를 會社로 보는 등 會社의 존재를 완화하여 인정하였다.<sup>55)</sup> 한편 協同會社(la société coopérative)에 관한 法律은 協同會社가 이윤분배를 목적으로 하지 않음에도 불구하고 이를 會社로 인정하였다. 그리고 非營利社團法人과 會社의 법체계가 너무나 상이한 결과 야기되는 불편을 줄이기 위하여 양자의 중간형태를 인정할 필요가 있었는데, 1967. 9. 23. 法律은 그러한 형태의 法人으로서 經濟利益法人(le groupement d'intérêt économique)을 창설하였다. 이처럼 이윤분배를 會社의 유일한 존재목적으로 하는 데에 많은 불편과 저항이 있었던 중 마침내 1978. 1. 4. 프랑스民法 개정에 의하여 절약도모를 會社의 존재목적으로 추가하기에 이른 것이다. 그 결과 會社는 다른 단체에 대하여 갖던 특수성이 종전보다 줄어들게 되었다.<sup>56)</sup>

52) 民法 §1832 I에 의하면 會社契約이 성립하기 위해서는 3가지 요소가 갖추어져야 한다. 하나는 객관적 요소이고 나머지 둘은 주관적 요소이다. 출자가 전자에 해당하고, 會社의 存在目的와 團體意思가 후자에 해당한다.

53) 會社의 존재목적은 會社의 目的活動(l'objet social)과는 구별된다. 會社의 목적활동이란 會社定款에 규정된 특정의 활동을 말한다. 프랑스民法 §1833는 명시적으로 會社의 목적은 적법한 것이어야 함을 규정하고 있다. 그리고 프랑스民法 §1832에 규정된 「공동의 기업(l'entreprise commune)」이 바로 會社의 목적활동을 가리킨다.

54) Chambre réunie, 11 mars 1914, D.P. 1914, 1, 257.

55) Cass. com. 19 octobre 1959, J.C.P. 60, II, 11932.

56) Jurisclasseur, Civil, Société, Art. 1832 à 1844-17, Fascule, 10, n° 106, p. 18.

## (a) 利潤의 分配

會社는 이익(le bénéfice)을 추구하고 취득한 이득을 구성원에 배분하여야 한다. 이익의 분배란 社員의 재산이 금전적 수익 또는 물질적 수익에 의하여 증가하는 것을 말한다. 非營利社團法人도 이익을 추구하는 목적을 가질 수 있다. 그러나 會社의 경우는 취득한 이익이 반드시 社員에게 분배되어야 한다는 점에서 非營利社團法人과 구별된다.<sup>57)</sup> 이익의 분배는 반드시 會社의 존속 중에 실현될 필요는 없다. 會社의 이익은 해산시에 社員에게 분배되어도 상관없다.

이윤분배의 방법은 社員이 정관으로 정한다. 그러나 특별한 약정이 없는 경우에는 각 社員의 이익에 대한 지분은 회사자본에 대한 지분에 따르고, 노무를 출자한 社員의 지분은 최소의 재산출자를 한 社員의 지분과 동일한 것으로 본다(§1844-1 I). 노무출자사원의 지분을 이처럼 제한하는 데에 대하여는 형평에 반한다는 비판이 제기 되고 있다.<sup>58)</sup> 그리고 특정의 社員에게 이득의 전부를 분배하거나 또는 이득을 전혀 분배하지 않는 약정은 不當條項(une clause léonine)으로서 효력이 없다(§ 1844-1 II).

不當條項은 會社契約의 존재 또는 효력에 어떠한 영향을 미치는가? 첫째, 不當條項이 있으면 당사자 사이에 체결된 契約이 會社契約이 아니라 대차계약이나 고용계약이 되는 경우가 있을 수 있다. 會社契約 이외의 계약에서는 不當條項은 효력을 갖는다. 둘째, 會社契約의 경우에도 不當條項은 會社契約 자체를 무효로 하지는 않는다. 1966. 7. 24. 法律은 有限會社와 株式會社의 경우는 不當條項에 의하여 會社契約이 무효가 되지 않음을 명시적으로 규정하고 있다. 그런데 기타의 商事會社에 관하여는 명문의 규정이 없다. 民事會社의 경우도 마찬가지이다. 그러나 프랑스民法 §1844-1가 不當條項만을 무효로 하고 있는 점 그리고 會社契約의 무효를 규정하고 있는 民法 §1844-10가 이윤분배에 관한 §1844-1의 위반을 무효의 사유로 열거하고 있지 않는 점으로 미루어 會社契約 자체는 무효가 되지 않는다고 본다.<sup>59)</sup>

## (b) 節約의 圖謀

民法은 절약의 의미가 무엇인지에 대하여는 언급하지 않고 있다. 일반적으로 절약이란 손해의 회피 또는 비용의 감소를 의미하는 것으로 본다. 보다 유리한 조건에서 일정한 서비스를 제공받는 것을 목적으로 하는 경우도 절약으로서 會社의 存在目的이 될 수 있다고 본다. 따라서 社員의 재산을 온전하게 보전하는 것을 목적으로 하는 社團, 社員에게 통상보다 유리한 조건에서 서비스를 제공하는 것을 목적

57) Jurisclasseur, Civil, *op. cit.*, n° 115, p. 19.

58) Jurisclasseur, Civil, *op. cit.*, n° 117, p. 19.

59) Jurisclasseur, Civil, *op. cit.*, n° 122, p. 20.

으로 하는 社團, 유리한 조건에서 재산을 취득하거나 사용하는 것을 목적으로 하는 社團은 會社로 성립될 수 있다. 구체적인 예로 밀렵의 단손을 완화하는 것을 목적으로 하거나 밀렵꾼들의 재판상 이익을 보호하는 것을 목적으로 설립된 단체, 社員에게 경기장을 제공하는 것을 목적으로 하는 단체, 작가의 이익을 보호하는 것을 목적으로 하는 단체도 會社가 될 수 있다.

### (c) 損害의 分擔

社員은 이익을 분배받고 절약을 도모하는 대신에 會社가 적자가 나는 경우에는 손해를 분담하여야 한다. 종전에는 프랑스民法은 손해의 분담을 會社契約의 요소로 규정하지는 않았다. 그러나 학설과 판례는 손해분담도 會社契約의 요소가 될 수 있다고 보았다. 1978. 1. 4. 프랑스民法 개정 당시 학설과 판례를 받아들여 손해분담을 會社契約의 요소로 규정하게 되었다.<sup>60)</sup>

손해분담(la contribution aux pertes)이라는 개념은 債務負擔(la contribution aux dettes)과 구분된다. 債務의 부담이란 社員이 會社의 債權者에 대하여 債務를 지거나 책임을 지는 것을 가리키는 대외적인 문제이다. 이에 반하여 손해분담은 社員 상호간의 문제로서, 會社에 손해가 발생하는 경우 중국적으로 社員 상호간에 會社에 발생한 손해를 분담하는 것을 말한다.<sup>61)</sup> 예를 들면 合名會社의 社員은 會社의 債權者에 대하여 무한의 연대책무를 부담하므로 어느 社員이 債權者로부터 청구를 받은 경우에는 그 社員은 會社의 債務 전부를 이행하여야 한다. 그 社員은 손해분담의 차원에서 다른 社員에 대하여 손해분담비율에 따라 자신의 부담비율을 넘는 부분에 대하여 구상을 할 수가 있다.

社員의 손해분담의 방법도 이익의 분배와 경우와 마찬가지로 정관으로 정한다. 특별한 약정이 없는 경우에는 각 社員의 손해의 부담은 회사자본에 대한 지분에 따르고, 노무를 출자한 社員의 지분은 최소의 현물출자를 한 社員의 지분과 동일한 것으로 본다(§1844-1 I). 不當條項의 효력 그리고 不當條項이 會社契約에 미치는 영향은 이익분배의 경우와 마찬가지로이다. 즉 1인의 社員에게 손해를 부담시키지 않는 약정이나 1인의 社員에게 손해 전부를 부담시키는 약정은 효력이 없다(民法 § 1844-1 II).

### (d) 單體意思

오래전부터 학자들은 會社 또는 會社契約이 유효하게 존재하기 위해서는 社員들

60) Jurisclasseur, Civil, *op. cit.*, n° 150, p. 22.

61) Pierre Bezar, *op. cit.*, n° 117, p. 60; Jurisclasseur, Civil, *Société*, Art. 1832 à 1844-17, Fascule, 10, n° 152, p. 22.

사이에는 單體意思(*l'affectio societatis*)가 있어야 한다고 보았다. 團體意思도 會社契約을 다른 契約과 구별하는 본질적인 요소가 된다. 判例도 擬制會社를 일반 會社와 구분함에 있어서 이를 기준으로 하였다고 한다. 프랑스民法 §1832는 單體意思에 대하여 명시적으로 언급하고 있지 않다. 그러나 프랑스民法 §1832의 「공동의 기업(*l'entreprise commune*)」과 프랑스民法§1833의 「공동이익(*l'intérêt commun*)」은 單體意思와 밀접한 관련이 있다고 본다.<sup>62)</sup> 따라서 현행법에서도 單體意思是 會社契約의 요소로 간주될 수 있다고 본다.

일반적으로 「이익을 취득하고 분배하기 위하여 社員이 각자 평등한 지위에서 능동적으로 공동으로 협력하려는 의사(*la volonté de collaborer activement ensemble, sur un pied d'égalité, à la recherche et au partage de bénéfices*)」를 單體意思라고 정의한다.<sup>63)</sup> 즉, 능동적으로 그리고 평등한 지위에서 공동으로 협력하는 의사가 있어야 團體意思의 존재가 인정된다. 우선 능동적 협력의사는 여러 형태로 나타난다. 會社를 설립하는 때에 가장 명확하게 드러나지만, 株式會社의 주식을 청약하는 경우에도 나타난다. 또 능동적 협력의사는 會社의 설립시뿐만 아니라 會社의 존속기간 중에도 필요하다고 본다.<sup>64)</sup> 그리고 社員들의 협력은 평등한 것이어야 한다. 물론 物的會社의 경우 현실적으로 각 社員이 행사하는 권리의 정도는 자본참여의 정도에 비례하는 것은 사실이다. 그럼에도 불구하고 각 社員이 갖는 권리는 본질적으로 동일한 것이고, 다만 다수결의 원칙에 따라 會社의 의사가 결정되는 것일 뿐이라고 한다.<sup>65)</sup> 마지막으로 社員은 공동의 사업을 실현시키는 데에 협력할 의사로 會社를 설립하여야 한다. 프랑스民法 §1832에 규정된 「공동기업」과 §1833의 「공동의 이익」은 공동의 협력의사를 명시적으로 드러내고 있는 것으로 본다.<sup>66)</sup>

62) Jurisclasseur, Civil, *op. cit.*, n° 188, p. 27.

63) Pierre Bezard, *Sociétés civiles; Contrat de société, société en participation, registre du commerce et des sociétés*, Litec, 1979, n° 118, p. 60.

64) Pierre Bezard, *op. cit.*, n° 120, p. 61.

65) Pierre Bezard, *op. cit.*, n° 122, p. 62.

66) 현행법 하에서 單體意思가 없는 會社契約을 어떻게 규율할 것인가가 문제이다. 團體意思를 會社契約의 요소로 보게 되면 이론상 당연히 團體意思가 없으면 會社契約이 존재하지 않거나 또는 존재한다고 하더라도 무효라는 결론을 내려야 할 것이다. 이것이 종래의 통설과 判例가 내린 결론이었다. 예를 들면 破棄院의 判決 중에는 團體意思가 없는 會社契約을 무효라고 한 판결(Com. 6. octobre. 1953, S. 1954, 1, 149)과 부존재라고 한 판결(Civ. 22 juin 1976, D.S. 1977, 619)이 있다. 또 破棄院은 團體意思가 없으면 事實上的 設立會社도 존재하지 않는 것으로 보았다(Civ. 1<sup>re</sup>, 2 déc. 1968, *Bull. civ.* I, n° 305, p. 231). 그러나 현행 프랑스民法 §1832가 單體意思를 명시적으로 會社契約의 요건으로 규정하고 있지 않고 또 프랑스民法 §1844-10가 單體意思의 부존재를 會社契約의 무효원인으로 규정하고 있지 않으므로 종래와 동일한 법리를 채택할 수 없다는 반대론(Pierre Bezard, *op. cit.*, n° 124, p. 62; Jurisclasseur, Civil, *Société*, Art. 1832 à 1844-17, Fascule, 10, n° 188, p. 27)이 제기되고 있다. 그러나 單體意思是 여러 측면이

## (라) 登記

會社는 **등기하여야** 法人格(la personnalité morale)을 갖는다(§1842 I). 會社가 **등기되어야** 會社는 會社財産의 주체가 될 수 있다. 전통적으로 프랑스법에서 法人格은 재산이라는 개념과 밀접한 관련이 있다. 즉, 法人은 그 구성원인 社員의 재산과 독립한 별개의 재산을 가짐으로써 法人格이 인정되는 것이다. 프랑스民法은 會社가 **등기되기까지의** 법률관계, 즉 設立中の 會社를 규율하는 규정을 두고 있다. 設立中の 會社의 법률관계도 社員 사이의 내부관계와 제3자 사이의 외부관계로 구분할 수 있다. 첫째, 社員간의 법률관계는 會社契約의 정하는 바와 기타 契約과 債權에 관한 민법상의 일반원칙에 따라 규율된다(§1842). 둘째, 社員과 제3자 사이의 법률관계에 있어서는 그 행위를 한 자가 책임을 진다(§1843). 商事會社를 설립하는 경우는 당사자는 연대하여 책임을 지게 된다. 나중에 會社의 설립등기가 있는 후에는 會社는 이미 한 법률행위의 당사자가 되고, 이 법률행위는 처음부터 會社에 의하여 한 것으로 추정된다.<sup>67)</sup>

한편 會社 중에는 社員들이 처음부터 登記하지 않을 것으로 약정하는 會社도 있을 수 있다. 이를 匿名會社라고 한다. 프랑스民法은 匿名會社에 대하여서도 특별히 규율하고 있다. 이에 관하여는 항을 바꾸어 살펴본다.

## (2) 民事會社

프랑스에서 民事會社가 商事會社와 독립하여 별도로 규율을 받게 된 데에는 여러 가지 계기가 있지만, 가장 중요한 것은 무엇보다도 많은 개별입법에 의하여 여러 부분에서 民事會社의 설립이 증가하게 되었다는 것을 들 수 있다. 첫째, 民事會社의 증가 원인으로 대규모 주택건설사업의 발전을 들 수 있다. 주택건설사업을 하기 위하여서는 民事會社의 성립이 강요된다. 또 아파트매매를 목적으로 주택단지를 건설하는 경우에도 1970. 7. 9. 法律은 民事會社의 설립을 요구하고 있다. 그리고 1964. 12. 16. 法律은 대지소유자들이 구획정리사업을 하기 위해 會社를 설립하는 경우 不動產民事會社(la société civile foncière)로 할 것을 요구하고 있다. 둘째, 많은 직업단체의 결성을 民事會社의 증가 원인으로 꼽을 수 있다. 상업이 아닌 직업에 종사하는 자들이 공동의 목적을 달성하기 위하여 단체를 결성할 경우 法律에 의하여 民事會社의 설립이 요구된다. 1960. 8. 5. 法律에 의하여 農地賃借人들은 자신의 권리를 출자하여 民事會社인 營農民事會社(la société civile d'exploitation

있기 때문에 그 부존재가 무조건 會社契約의 무효원인이 되지 않는다고 할 수도 없다고 한다. 예를 들면 民法 §1844-10는 民法 §1832와 §1833에 위배되는 會社契約은 무효라고 규정하고 있는데 이는 간접적으로 團體意思의 부존재를 무효의 원인으로 인정하는 것이라고 보아야 한다고 한다.

67) 동일한 취지의 규정이 會社에 관한 1966년 法律 §5 II에 규정되어 있다.

agricole)를 설립할 수 있게 되었다. 1961. 8. 5. 명령에 의하여 농가재배자들은 농산물의 판로를 개척하기 위하여 商人 또는 기업가와 단결하여 民事會社인 營農利益會社(la société d'intér t collectif agricole)를 설립하게 되었다.<sup>68)</sup> 1970. 12. 31. 法律에 의하여 營農事業을 보존하기 위하여 民事會社인 營農集團會社(le groupement foncier agricole)를 설립하게 되었다. 1965. 11. 2. 法令에 의하여 의사들은 醫師相助民事會社(la société civile coopérative de médecin)를 설립할 수 있다. 그리고 1966. 11. 29. 法律은 모든 자유직업(les professions libérales) 종사자들로 하여금 專門職從事者民事會社(la société civile professionnelle)를 설립할 수 있도록 하였다. 이처럼 여러 개별적인 법률에 民事會社의 설립이 증가되자 民事會社에 대한 통일적인 규율을 하는 것이 필요하게 되어 民事會社에 관한 통칙규정을 民法 안에 두게 된 것이다.

전술한 바와 같이 1978. 1. 4. 프랑스民法 제3권 제9편을 개정한 취지 중의 하나는 人的商事會社에 관한 원칙들을 民事會社에 적용하려는 데에 있었다.<sup>69)</sup> 그 실질적 근거는 바로 民事會社도 人的會社라는 데에 있었음은 물론이다. 예를 들면 지분을 한도로 한 社員의 會社債權者에 대한 직접책임(§1857), 社員의 補充的 責任(§1858), 社員 1인의 사망에 의한 會社의 當연해산의 배제(§1870) 등의 人的商事會社의 원칙이 民事會社에도 도입된 것이다.

民事會社에 관한 프랑스民法典상의 규율(제3권 제9편 제2장)은 다시 제1절 通則 (§1845-§1845-1), 제2절 운영 (§1846-§1851), 제3절 團體決定 (§1852-§1854), 제4절 社員의 정보요구 (§1855-§1856), 제5절 제3자에 대한 社員의 의무 (§1857-§1860), 제6절 지분의 양도 (§1861-§1868), 제7절 社員의 퇴사 및 사망 (§1869-§1870-1)으로 이루어져 있다. 그 중 중요한 내용을 살펴보면, 民事會社란 商事會社의 형태로 설립되지 않고 또 民事行爲를 그 목적으로 하는 會社를 가리킨다 (§1845 II). 民事行爲란 商法典 §632·§633에 규정된 商行爲 이외의 행위를 말한다. 다만 民事會社는 商行爲를 부수적으로 하는 것은 허용된다. 民事會社도 登記를 하여야 法人格을 취득한다 (§1842 I). 民事會社의 대내관계를 살펴보면 會社의 자본은 社員의 지분으로 동등하게 분할된다 (§1845-1). 지분은 정관에 다른 정함이 없는 한 社員 전원의 동의가 있어야만 양도할 수 있다 (§1861). 한편 民事會社의 외부관계는 1인 또는 수인의 업무집행인에 의하여 형성된다 (§1846). 업무집행인은 반드시 社員 임을 요하지 않는다. 만일 업무집행인이 자신의 권한을 넘는 행위를 하려면 定款에 특별한 정함이 없으면 社員 전원의 동의를 받아야 한다 (§1852). 社員의 의사표시는 社員總會를 통하여 하거나 (§1853) 또는 서면으로 할 수 있다 (§1854). 한편 社員은

68) 이 會社는 商事會社로서도 설립될 수 있다.

69) H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *op. cit.*, n° 775, p. 885.

會社債權者와의 관계에서는 출자지분의 비율로 會社의 債務에 대하여 직접 책임을 진다(§1857 I). 노무를 출자한 社員은 재산을 출자한 社員 중 최소의 출자를 한 社員의 지분에 따른 책임을 진다(§1857 II). 다만 이 경우 會社債權者는 먼저 會社에 대하여 이행청구와 강제집행을 한 후에만 社員에게 책임을 추궁할 수 있다(§1858). 그리고 社員 1인의 사망에 의하여 民事會社는 당연히 해산되지 않는다(§1870).

### (3) 商事會社

1807년 Napoléon이 제정한 프랑스商法典(§18-§64)은 여러 유형의 商事會社에 관하여 지극히 간단한 규정만을 두고 있었다. 그 후 株式會社에 대하여는 1867 7. 24. 그리고 有限會社에 대하여는 1925. 3. 7. 각각 法律이 제정되었다. 그 후 1966. 7. 24. 기존의 商法典으로부터 독립하여 통합적인 商事會社法(法律 제66-537호)이 제정되었고, 이 법에 대하여는 다시 1985. 7. 11. 중요한 개정이 이루어졌다. 商事會社法은 서장 통칙(§1-§10), 제1편 商事會社의 운영규칙(§10-§422), 제2편 별칙(§423-§489)과 제3편 기타 규정 및 경과규정(§490-§509)으로 구성되어 있다. 이 중 제1편의 중요내용은 제1장 合名會社(§10-§22), 제2장 合資會社(§23-§33), 제3장 有限會社(§34-§69), 제4장 柱式型會社(§70-§262),<sup>70)</sup> 제5장 柱式型會社 발행 有價證券(§263-§339), 제6장 法人格을 갖는 商事會社에 관한 통칙(§340-§418) 등으로 구성되어 있다.<sup>71)</sup> 전술한 바와 같이 商事會社도 會社이므로 프랑스民法 제3권 제9편 제1장 통칙(§1832-§1844)의 적용을 받는다.

商事會社란 商行爲를 하거나 또는 商行爲는 하지 않지만 商事會社의 형태로 설립된 會社를 말한다(商事會社法 §1). 商事會社는 이중의 기준에 의하여 民事會社와 구별된다.

#### (가) 目的에 의한 商事會社와 形態에 의한 商事會社

商事會社는 목적에 의한 商事會社와 形態에 의한 商事會社로 구분된다. 目的에 의한 商事會社란 商行爲를 목적으로 하는 商事會社를 말한다.<sup>72)</sup> 商行爲란 프랑스商法 §632·§633에 규정된 행위를 말한다. 정관으로 정하고 있는 會社의 目的活動 중 하나라도 商行爲에 해당하면 會社는 商事會社가 된다. 形態에 의한 商事會社란 그 목적 여부를 불문하고 合名會社, 合資會社, 有限會社, 柱式型會社의 형태로 설립된 會社를 말한다(§1 II). 다만 判例는 形態상 商事會社일지라도 그 목적이 商行爲

70) 株式型會社(la société par actions)란 株式合資會社(la société en commandite par actions)와 株式會社(la société anonyme)를 가리킨다.

71) 이 중 제7장 匿名會社에 관한 부분은 1978. 1. 4. 法律에 의하여 프랑스民法典제3권, 제9편, 제3장 未登記會社가 신설되면서 폐지되었다.

72) 商行爲를 하는 自然人과 法人은 모두 商人이 된다.

가 아닌 경우에는 商人이 갖는 모든 권리를 인정하지는 않는다.<sup>73)</sup> 예를 들면 商事所有權(la propriété commerciale)은 인정되지 않는다.

#### (나) 人的會社와 物的會社

商事會社は 다시 人的會社(la société de personnes)와 物的會社(la société de capitaux)로 구분하여 법적 지위를 논하는 것이 일반적이다.

人的會社에는 合名會社(la société en nom collectif)와 合資會社(la société en commandite simple)가 있다. 人的會社は 社員의 개성을 중시한다. 合名會社의 社員은 會社의 채무에 대하여 인적 무한책임(연대책임)을 진다(§10 I). 社員 중 1인이 사망하면 원칙적으로 해산의 원인이 되고(§21 I), 社員의 持分은 원칙적으로 社員 전원의 동의에 의하여서만 양도할 수 있다(§19 I). 社員은 商人의 자격을 갖는다(§1 I). 合資會社에는 無限責任社員(le commandité)과 有限責任社員(le commanditaire)이 있다. 전자는 인적 무한책임을 지나, 후자는 출자의 범위에서만 책임을 진다. 合資會社의 社員에는 商人인 社員과 商人이 아닌 社員이 있을 수 있다. 合資會社의 無限責任社員은 會社債權者에 대하여 그들의 재산으로 연대하여 직접 책임을 진다(§23). 이에 반하여 有限責任社員은 출자한도에서만 책임을 진다(商事會社法 §23 II). 社員의 持分은 어느 社員이나 定款에 다른 정함이 없는 한 社員 전원의 동의에 의하여서만 양도될 수 있다(§30 I). 社員 중 1인이 사망하더라도 會社의 해산 원인이 되지 않는다(§32).

物的會社에서는 會社의 資本(l'actif social)만이 債權者에 대하여 責任을 진다. 物的會社의 社員은 商人이 아니다. 物的會社에는 株式型會社(la société par actions), 즉 株式合資會社(la société en commandite par actions)와 株式會社(la société anonyme)가 있다. 株式合資會社의 유한책임사원은 양도증권을 갖는다.<sup>74)</sup> 株式型會社의 社員은 會社債權者에 대하여 직접 책임을 지지 않는다.

人的會社와 物的會社의 중간형태로 有限會社(la société à responsabilité limitée, S. A. R. L.)가 있다.<sup>75)</sup> 현재 有限會社は 人的會社의 특징도 함께 갖는 物的會社라고 보는 것이 일반적이다. 有限會社は 社員의 개성도 중시하므로 지분의 양도는 資本의 3/4 이상을 소유하는 社員의 동의가 있어야 가능하다(§45). 社員은 채권자에 대하여 직접 책임을 지지 않는다(§34 I). 社員의 사망은 정관에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 會社의 해산 원인이 되지 않는다.

73) Jurisclasseur, Art. 1832 à 1844-7, Fascule 10, n° 197, p. 28.

74) 株式合資會社(la commandite par actions)를 중간형태의 회사에 포함시키기도 한다.

75) 원래 有限會社は 독일에서 발달된 會社의 형태이다. 1918년 알자스-로렌 지방이 프랑스로 편입되면서 이 지역에 널리 시행되고 있던 有限會社가 1925. 3. 7. 法律에 의하여 프랑스에서 商事會社의 한 형태로 인정된 것이라고 한다.

#### (4) 匿名會社

社員들은 會社를 **등기하지** 않기로 약정할 수 있다(§1871). 이를 未登記會社(la société en participation)라고 부른다. 未登記會社는 登記에 의하여 공시가 되지 않는다는 의미에서 匿名會社(la société occulte)라고도 부른다.<sup>76)</sup> 匿名會社란 당사자가 **등기를** 하지 않기로 약정하는 會社를 말하는 것일 뿐이고 그것이 반드시 제3자와의 관계에서 감추어진 존재가 되어야 한다는 것을 말하는 것은 아니다. 匿名會社가 제3자에게 드러나는지의 여부에 따라 숨은 匿名會社(la société en participation occulte)와 드러난 匿名會社(la société en participation ostensible)의 구분이 있다. 후자는 登記되지만 **않았을** 뿐 외부에 會社로서의 존재가 드러나는 匿名會社이다. 프랑스民法은 양자를 모두 匿名會社로 동일하게 규율하지만, 예외적으로 제3자와의 관계에서 부분적으로 그 구별을 인정하고 있다(§1872-1). 匿名會社는 다시 그 추구하는 목적이 무엇이나에 따라 民事匿名會社(la société en participation à l'objet civil)와 商事匿名會社(la société en participation à l'objet commercial)가 있을 수 있다. 프랑스民法은 사원간의 법률관계에 관하여는 당사자 사이에 특별한 약정이 없으면 民事匿名會社의 경우는 民事會社에 관한 규정을 그리고 商事匿名會社의 경우는 合名會社에 관한 규정을 각각 준용하고 있다(§1871-1).

匿名會社를 설립하려는 社員은 會社의 목적, 운용, 조건 **등을** 임의로 약정할 수 있다. 다만 프랑스民法은 匿名會社의 경우에도 일정한 사항을 강제하고 있다(§1871 II). 즉, 당사자는 會社契約으로서의 본질에 부합하지 않거나(§1832), 사원인 夫婦의 법정책임에 반하거나(§1832-1), 社員의 의사에 반하여 그의 의무를 증가하거나(§1836 II), 유가증권을 발행하거나(§1841), 사원의 의사결정참여를 배제하거나(§1844 I), 이익분배 및 손실부담 비율을 출자의 비율에 따르지 않도록 하는(§1844-1 II) 약정은 할 수가 없다.

각 사원이 출자한 재산은 社員의 권리이고 공동으로 출자한 재산은 社員의 공유에 속하고(§1872), 그리고 會社가 존속 중에 공동의 재산으로 취득한 재산도 社員의 공유에 속한다(§1872). 한편 社員은 숨은 匿名會社의 경우 각자 자신의 이름으로 법률행위를 할 수 있고 이에 대하여는 자신만이 채무와 책임을 진다(§1872-1 I). 그러나 드러난 匿名會社의 경우는 각 社員은 다른 社員이 제3자와 한 法律行爲

76) 匿名會社는 우리 商法 §78의 匿名組合과는 전혀 그 성질이 다르다. 상법상 匿名組合이란 당사자의 일방이 상대방의 영업을 위하여 출자하고 상대방은 그 영업으로 인한 이익을 분배하는 것을 내용으로 하는 법률관계이다. 따라서 匿名組合은 그 명칭에도 불구하고 민법상의 組合이 아니다. 組合은 반드시 공동출자를 하여야 성립하지만, 匿名組合의 경우는 일방은 상대방을 위하여 출자를 하나 대외적으로 나타나지 않아서 공동사업이 없고 따라서 匿名組合은 상대방의 개인사업이 될 뿐이기 때문이다. 즉, 匿名組合에는 組合의 요소인 共同事業이 없고 組合財産이 없으므로 민법상 組合이 될 수 없다. 한편 프랑스법상의 匿名會社는 社團의 본질을 갖는다.

로부터 발생하는 모든 채무에 대하여 책임을 지고, 商事匿名會社의 경우는 社員은 연대책임을 진다(§1872-1 I).

匿名會社는 존속기간의 정함이 없는 경우에는 어느 社員이 다른 모든 社員에 대한 통지가 있으면 그 통지가 선의이고 會社에 불리한 것이 아닌 한 匿名會社는 통지에 의하여 해산된다(§1872-2 I). 社員은 약정이 없으면 匿名會社가 해산되지 않는 한 공유재산의 분할을 청구하지 못한다(§1872-2 II).

### 3. 非營利社團의 法的 規律

1901. 7. 1. 法律(非營利社團契約法)은 非營利社團法人에 대한 사전허가를 폐지함으로써 非營利社團 設立의 自由(*la liberté d'association*)를 확대하였다. 즉, 非營利社團은 허가를 받을 필요가 없을 뿐 아니라 신고할 의무도 없다. 다만 후술하는 바와 같이 非營利社團은 행정기관에 신고를 하지 않는 경우에는 法人格을 취득할 수가 없다는 점에서 완전한 자유라고는 할 수가 없다.

#### (1) 非營利社團法人의 意義

非營利社團契約法 §1에 의하면 非營利社團契約이란 2인 이상이 이윤분배 이외의 목적으로 계속적으로 지식과 활동을 공동으로 출자하는 계약을 말한다. 따라서 첫째, 非營利社團이 성립하기 위해서는 지식 또는 활동이라는 용역출자가 있어야 한다. 둘째, 非營利社團은 이윤분배, 즉 이윤의 추구하고 그 분배를 목적으로 존재할 수는 없다. 이윤추구가 아닌 한 그것이 법과 사회질서에 반하지 않는 한 어떠한 목적도 非營利社團의 목적이 될 수 있다. 다만 非營利社團은 부수적으로 이윤을 추구하는 것은 허용된다고 본다. 그런데 1978. 1. 4에 있는 프랑스民法 개정에 의하여 會社가 절약도모도 그 존재목적으로 할 수 있게 됨으로써 절약도모를 목적으로 하는 非營利社團法人은 會社法의 규율을 받게 되었고 그 결과 그 만큼 非營利社團法人의 성립범위는 줄어들게 되었다.<sup>77)</sup> 셋째, 非營利社團이 설립함에 있어서는 團體意思(*l'affectio societatis*)가 있어야 한다.

#### (2) 非營利社團法人의 種類

非營利社團은 여러 종류로 구분하여 법적 지위를 논하는 것이 일반적이다. 宗教團體(*la congrégation religieuse*)와 職業組合(*le syndicat professionnel*)도 非營利社團이기는 하지만 통상의 非營利社團(*l'association proprement dite*)과는 구별하여 법적 지위를 논하는 것이 일반적이다. 그리고 후자는 다시 非公示非營利社團(*l'association non déclarée*)과 公示非營利社團法人(*l'association déclarée*), 公益非

77) 이러한 이유에서 非營利社團契約法 §1를 개정할 필요가 생겼다.

營利社團法人(l'association d'utilité publique)으로 나누어진다. 여기에 다시 承認非營利社團(l'association agréée)을 추가하기도 한다.<sup>78)</sup> 非公示非營利社團은 신고절차를 갖추지 않은 非營利社團으로서 法人格이 인정되지 않는다.<sup>79)</sup> 이하에서는 非營利社團 중 法人格을 취득한 것 중에서 公示非營利社團法人과 公益非營利社團法人을 다루고 그리고 통상의 非營利社團法人과 구별되는 修道會(la congrégation)와 職業組合(le syndicat professionnel)에 대하여 살펴본다.

### (가) 公示非營利社團法人

非營利社團契約法에 의하면 非營利社團은 法人格을 취득하기 위해서는 반드시 설립자가 非營利社團을 공개하여야 한다(§5 I). 우선 설립자는 非營利社團의 주사무소 소재지를 관할하는 도지사 또는 도지사가 없는 행정구역에서는 부도지사에게 목적, 주소지, 명칭 등을 신고하여야 하고, 신고시에는 定款도 함께 제출하여야 한다(§5 II). 설립자는 신고를 마친 후에는 다시 신고증을 관보에 게재하여야 한다(§5 IV). 즉, 관보게재를 통하여 공시절차는 완료된다. 적법하게 신고를 마친 非營利社團은 사전허가를 받지 않고서도 법인격을 취득한다.

非營利社團法人은 사원으로부터 분담금을 받을 수 있고, 소송 당사자가 될 수 있고, 동산의 증여를 받거나 공공기관으로부터 증여를 받을 수 있고, 일정한 범위내에서 부동산을 유상으로 취득할 수 있다(§5 VI). 분담금(la cotisation)은 100F을 초과할 수 없고(§5 VI 1°), 부동산은 목적에 필요한 부동산(les immeubles strictement nécessaires)만을 유상으로 취득할 수 있다(§5 VI 3°). 이처럼 公示非營利社團은 법률이 정하는 범위 내에서만 法人格이 인정되므로 法人格은 제한적이라고 할 수 있다. 이러한 이유에서 公益非營利社團法人과 비교하여 公示非營利社團法人을 「小法人(la petite personnalité)」이라고 부른다.<sup>80)</sup> 한편 1985. 7. 11. 法律 제 85-698호(非營利社團의 유가증권 발행에 관한 법률)는 非營利社團法人이 2년 이상 경제활동(l'activité économique)을 하였을 경우에는 債券(les obligations)을 발행할 수 있도록 허용하고 있다. 이를 위해서는 非營利社團法人은 商業登記簿에 등기를 하여야 하고, 定款에 理事와 代表理事의 지명에 관한 사항과 理事會 설치에 관한 사항을 규정하고 있어야 한다.<sup>81)</sup> 債券을 발행하는 公示非營利社團法人에 대하여는 商事會社에 관한 많은 법규정들이 적용된다.

78) B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n° 1031, p. 416.

79) H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *op. cit.*, n° 772, p. 879; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n° 1031, p. 416.

80) H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *op. cit.*, n° 772, p. 879.

81) 債券發行으로 취득한 것을 社員에게 이익으로 분배하는 것은 금지되고, 이에 반하는 분배는 無效가 된다(1985. 7. 11. 法律 §7).

#### (나) 公益非營利社團法人

公益非營利社團法人이란 國事院의 결정에 의하여 法人의 목적이 공익성이 있다는 것을 인정받은 非營利社團法人을 말한다(§10). 公益非營利社團法人은 定款에 금지되지 않는 한 사법상의 모든 행위를 할 수 있다(§11). 다만 부동산의 취득만은 목적에 긴요한 한도내에서만 할 수 있다(§11). 公益非營利社團法人은 일반의 非營利社團法人보다 法人格이 인정되는 범위가 넓기 때문에 大法人(la grande personnalité)이라고 부른다.<sup>82)</sup> 무상으로 증여를 받거나 유증을 받는 재산이 5,000F 이하일 때에는 政府委員(le commissaire de la République)의 허가를 받아야 하고, 그 이상일 때에는 國事院의 허가를 받아야 한다(1966. 6. 13. 命令 第66-388號 - 1984. 2. 21. 命令 第84-132號에 의하여 개정). 증여나 유증을 받은 재산이 부동산인 경우에는 그 부동산이 목적달성에 긴요한 것이 아닐 때에는 1966. 6. 13. 命令에 정하는 기간내에 양도하여야 한다(§11 II).

#### (다) 修道會

修道會란 동일한 신앙을 가지는 수도사나 일반인들이 카톨릭교회의 허가를 받은 규칙에 따라 생활하는 단체를 말한다. 현재 입법은 프랑스大革命 당시 修道會를 구체제의 일부로 보아 修道會를 금지하던 전통을 부분적으로 이어받아 이를 통상의 非營利社團法人과 달리 엄격하게 규율하고 있다. 非營利社團契約法은 제정 당시에는 허가를 받은 경우에만 修道會의 法人格을 인정하였다. 허가를 받지 못한 修道會의 구성원은 修道會結成罪(le délit de congrégation)에 따라 형사처벌을 받았다. 그러나 1942. 4. 8. 개정 이후에는 修道會에 대한 제한은 보다 완화되었다. 修道會는 國事院의 결정에 의하여 국가의 승인을 받으면 法人格을 취득한다(§13). 그리고 宗修道會結成罪도 폐지되었다. 그러나 엄격한 행정상의 감독은 여전히 존재한다. 예를 들면 修道會는 매년 수입·지출서, 회계보고서, 재산목록표를 작성하여야 한다(§15).

#### (라) 職業組合

職業組合은 일정한 職業에 종사하는 사람들의 集團的 利益(les intérêts collectifs)을 보호하기 위하여 설립되는 非營利社團이다. 그러나 여러 가지 점에서 일반의 非營利社團과 차이가 있다. 職業組合은 職業上의 利益(l'intérêt professionnel)을 목적으로 하므로 분명히 경제적 목적을 가지고 있다. 대표적으로 勞動組合이 이에 해당한다(勞動法典 §410-1 이하).

職業組合의 설립은 자유이다. 즉, 組合의 주사무소 소재지의 행정관청에 定款을 제출하면 組合이 성립하고 法人格을 취득한다. 法人格이 광범위하므로 역시 大法人

82) H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *op. cit.*, n° 772. p. 879.

에 속한다.<sup>83)</sup> 그리고 1982. 10. 28. 法律에 의하여 俸給者組合은 여러 특권이 부여되고 있다. 組合自由의 원칙에 따라 하나의 職種에 여러 조합이 성립될 수 있는데, 모든 職業組合은 원칙적으로 평등한 權利를 갖는다.<sup>84)</sup> 그러나 團體協約의 체결과 같은 일정한 중요한 사안에 대하여는 예외적으로 다수를 대표하는 組合에 대하여만 代表權이 인정된다. 그리하여 組合은 「多數組合(le plus représentatif de la profession)」과 기타 組合으로 구분할 수 있다. 職業組合은 비록 종사자의 일부만을 대표하는 경우에도 職業의 集團利益에 간접적으로라도 관계되는 경우 損害賠償의 請求訴訟을 제기할 수 있다.

#### 4. 經濟利益社團의 法的 規律

經濟利益社團法人(le Groupement d'Intérêt Economique - le G.I.E.)은 1967. 9. 23. 命令(l'ordonnance)에 의하여 새로 인정된 社團法人이다. 위 命令에 의하면 社員의 경제활동을 용이하게 하거나 발전시키고 그 활동의 결과를 개선하고 증가시키는 것을 목적으로 經濟利益社團法人을 설립할 수 있다(§ II). 종래에는 經濟利益社團은 이윤의 취득과 분배를 목적으로 할 수 없다는 점에서 會社와 구별되었다. 그런데 1978. 1. 4의 프랑스民法의 개정으로 인하여 이윤분배에 의한 양자의 구별은 의의를 상실하게 되었다. 그 결과 經濟利益社團法人으로 설립된 많은 團體가 會社의 범주로 들어가게 되었다.

經濟利益社團法人은 자본 없이도 설립될 수 있다(§2 I). 經濟利益社團法人은 사원의 권리를 양도가 가능한 증권으로 표창할 수 없다(§2 II). 그리고 經濟利益社團法人도 **등기를** 함으로써 법인격을 취득한다(§3 I). 일반적으로 經濟利益社團法人을 會社와 非營利社團法人의 중간형태로 본다. 會社와 非營利社團法人은 經濟利益社團法人의 실질을 가지고 있는 경우에는 해산의 절차를 거치지 않고 종전의 法人格을 유지한 채 經濟利益社團法人으로 전환될 수 있고(§12 I), 역으로 經濟利益社團法人도 合名會社로 전환될 수 있다(§12 II).

##### (1) 經濟利益社團法人과 會社의 區別

經濟利益社團法人은 社員의 경제활동을 용이하게 하거나 발전시키거나 또는 社員의 경제활동의 결과를 개선하고 증가시키는 목적을 갖는 특수한 會社라고 본다.<sup>85)</sup> 經濟利益社團法人은 다음과 같은 점에서 會社와 구별된다. 첫째, 經濟利益社團法人은 社員의 경제활동의 연장선상에 존재한다. 따라서 經濟利益社團法人은 社員의 경제활동

83) H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *op. cit.*, n° 774. p. 882.

84) Code de travail. Titre 1<sup>er</sup>, Livre IV.

85) Pierre Bezar, *op. cit.*, n° 153, p. 77.

동 이외의 활동을 목적으로 할 수 없다. 이에 반하여 會社는 社員 개개인의 경제활동 이외의 활동을 얼마든지 목적으로 할 수 있다. 둘째, 經濟利益社團法人의 경제활동은 社員들의 경제활동을 보충하는 것에 지나지 않는다(§1 III). 이에 반하여 會社의 목적활동은 社員의 경제활동을 보충하는 것이 아니다. 會社는 社員들의 활동 이외의 활동을 목적으로 할 수 있을 뿐만 아니라, 社員 개개의 서로 다른 모든 활동을 그 목적활동으로 할 수도 있다. 셋째, 經濟利益社團法人은 반드시 경제활동(l'activité économique)을 목적활동으로 하여야 한다(§1 III).<sup>86)</sup> 이 점에서 經濟利益社團法人의 목적은 會社보다 협소하다.<sup>87)</sup> 따라서 문화, 체육 등의 목적을 위하여 經濟利益社團法人을 설립할 수는 없다. 넷째, 經濟利益社團法人은 그 설립에 있어서 반드시 社員의 출자를 요구하지 않는다. 다섯째, 經濟利益社團法人은 다수결원칙에 따르지 않고 전원일치원칙에 따른다. 여섯째, 經濟利益社團法人은 이윤을 추구하지 못한다. 이 점이 이윤추구도 할 수 있는 會社와 다르다. 그러나 經濟利益社團法人이 부수적으로 이윤추구를 하는 것이 방해되지 않는다. 예를 들면 두 會社가 연구를 위하여 주식을 공동출자하는 경우 會社를 설립하지 않고 經濟利益社團法人을 설립하면 된다.

## (2) 經濟利益社團法人과 非營利社團法人의 區別

經濟利益社團法人은 경제활동을 그 목적활동으로 가짐에 반하여 非營利社團法人은 非營利目的이면 어떤 목적활동도 가질 수 있다. 즉, 非營利社團法人은 경제목적 뿐만 아니라 경제 이외의 목적을 가질 수가 있다. 한편 非營利社團法人이 경제활동을 그 목적활동으로 하는 경우에는 經濟利益社團法人과의 구별이 곤란하다. 이러한 이유에서 입법론으로는 非營利社團法人의 목적을 경제목적 이외의 비영리목적으로 하는 것이 좋다는 견해가 있다. 1967. 9. 23. 명령은 經濟利益社團法人의 구성과 운영을 자유롭고 탄력적이고 능률적으로 규율하고 있으므로, 그 만큼 非營利社團法人의 효용성이 줄어들게 되었다.

## 5. 財團의 法的 規律

民法 그리고 특별법상으로 財團法人을 규율하는 일반규정이 없다.<sup>88)</sup> 그런데 외국과 비교하여 볼 때 프랑스에서는 財團法人의 발달과 성장이 매우 미미하다고 한

86) 여기서 경제활동이란 社員의 직업활동(l'activité professionnelle)을 말한다(Pierre Bezar, *op. cit.*, n° 155, p. 77).

87) Jurisclasseur, Civil, *Société*, Art. 1832 à 1844-17, Fascule, 10, n° 148, p. 22.

88) 다만 1987. 7. 23. 제정된 문예진흥발전법(§17)에 의하면 “財團法人의 설립은 1인 또는 수인의 自然人 또는 法人이 비영리적 목적으로 일반적 이익을 갖는 업무를 실현하기 위하여 재산, 권리 또는 기타 재원을 출연하는 것을 결정하는 법률행위를 말한다”고 규정하고 있다.

다.<sup>89)</sup> 非營利社團契約法은 財團에 대하여 아무런 언급을 하지 않고 있다. 따라서 사전허가를 요하는 Napoléon체제가 財團에 관한 한 여전히 유효한 것으로 보고 있다.<sup>90)</sup> 이러한 이유에서 破棄院도 財團法人은 國事院의 결정이 있어야만 法人格을 취득할 수 있다고 판시하였다.<sup>91)</sup> 그리고 財團法人의 발전이 미약한 보다 근본적인 이유는 “財産은 사람에게 귀속됨으로써 비로소 존재한다”는 법원칙에 있다. 즉, “人 없는 財産이 없다”(Pas de patrimoine sans une personne)는 원칙이 그것이다. 이 원칙을 확인하고 있는 규정이 바로 프랑스民法 §906이다. 본조에 의하면 무상행위에 있어서 수증자는 贈與 또는 상속이 개시되는 때에 현존하여야 한다.<sup>92)</sup> 이 규정에 의하면 遺言에 의한 財團法人設立行爲는 당연히 무효가 된다. 왜냐하면 유언자의 사망 당시 財團法人이 존재하지 않으므로 財産이 귀속될 주체가 없어 §906에 반하기 때문이다. 바로 이러한 문제를 해결하기 위하여 國事院은 財團法人의 허가결정에 의한 법인격취득은 유언자의 사망시에 소급한다고 결정하였다. 그렇게 하여야만 財産의 주체가 단절되지 않기 때문이다. 그러나 이러한 해결은 유언자의 상속인이 유증의 무효를 다투지 않는 경우에만 적용된다. 만일 상속인들이 遺言에 의한 財團法人設立行爲의 무효를 다투는 경우에는 법원은 무효를 인정하지 않을 수가 없다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 유언자는 우회적인 방법을 택할 수밖에 없었다. 첫째 방법은 유언자가 기존의 公益法人에 재산을 유증하면 이 公益法人이 유언자의 취지에 따라 특정의 목적을 위하여 수증재산을 사용하는 방법이다. 이 경우 公益法人은 정부로부터 수증을 허가받아야 한다. 한편 공익목적에 위한 재산의 기증을 용이하게 하기 위하여 프랑스는 1969. 1. 9. 法律에 의하여 프랑스財團法人(la Fondation de France)을 설립하였다. 둘째 방법은 특정인에게 재산을 유증한 후 그 수증자로 하여금 公益法人을 설립하게 한 후 이 법인에 재산을 출연하게 하는 방법이다. 종래 둘째 방법이 가장 많이 사용되었다. 그러나 이러한 사정은 1990. 7. 4. 法律이 1987. 7. 23. 法律을 개정함으로써 변경되었다. 1990. 7. 4. 法律에 의하여 사후에 공익성인정결정(le décret de reconnaissance d'utilité)을 받기만 하면 상속 개시시에 존재하지 않는 財團法人에게도 유증을 할 수 있게 되었다. 공익성인정결정은 상속개시시에 소급하여 효력을 가지게 됨으로써 財團法人도 그 때부터 法人格을 가지게 된다.

89) H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *op. cit.*, n° 776, p. 886.

90) H. et J. Mazeauds et F. Chabas, *op. cit.*, n° 776, p. 886.

91) Civ. 12. mai 1902, S. 1905. I. 137.

92) §906 I. Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation(생전증여를 받을 수 있기 위하여는 증여 당시에 태어인 것으로 충분하다).

II. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.(유언에 의하여 수증을 받기 위하여는 유언자의 사망 당시에 태어인 것으로 충분하다)

<Abstract>

## L'histoire de la personne morale en droit français

— La théorie de la personne morale

l'évolution de la jurisprudence et de la législation —

NAM, Hyo-Soon\*

### I. L'introduction : l'histoire de la personne morale

Il est généralement admis que l'histoire des personnes morales en droit français est celle de la lutte menée contre elles par l'Etat. D'abord, dans l'ancien droit, la personnalité morale est considérée comme une émanation du pouvoir royal. Les groupements des personnes ne sont licites que dans la mesure où le Roi les autorise et cette autorisation fait du groupement une personne. S'agissant des révolutionnaires, bien qu'ils aient proclamé la liberté d'association, supprimaient la personnalité morale des groupements. Autrement dit, c'est au nom de la liberté d'association que disparut la personnalité morale. Ensuite, Napoléon supprima presque complètement la liberté d'association. Toute association de plus de vingt personnes doit être autorisée. En plus, il fallut une seconde autorisation de la reconnaissance d'utilité publique, accordée par décret, pour que soit conférée la personnalité. Le système napoléonien subsista pendant la plus grande partie du XIXe siècle. En 1884, le législateur autorisa les syndicats. En 1901, il proclama la liberté d'association sauf les congrégations, dont l'existence et la licéité furent subordonnées à une autorisation du législateur. Les sociétés à but lucratif furent toutes considérées comme ayant, de plein droit, la personnalité.

### II. La théorie de la personne morale

Les juristes se sont longtemps divisés pour reconnaître la personnalité morale en groupements des personnes. Certains défendent la thèse dite de la

---

\* Professeur en droit civil, Faculté de droit, Université nationale de Séoul

fiction. Ils soutiennent que la personnalité morale n'est pas une évidence et que seule l'existence corporelle d'un être doué de la raison impose la reconnaissance de la personnalité. La plupart des juristes qui nient la réalité de la personnalité morale, présentent la personnalité morale comme une faveur du législateur, qui étend fictivement et arbitrairement la personnalité de l'être à certains groupements, qu'il veut bien appeler à la vie juridique. Cette théorie était un moyen pour l'Etat de contrôler l'existence et l'activité des groupements. Au contraire, il y a des juristes qui considèrent la personnalité juridique comme une réalité. Il s'agit de la théorie de réalité. Selon certains juristes, cette réalité est d'ordre psychologique, résidant dans la volonté collective, distincte de celle de ses membres. Dans cette volonté réside le fondement de la personnalité aussi bien des groupements que des être humains. Pour d'autres, la réalité est d'ordre organique, le groupement étant comparable à l'être humain, doté comme lui d'un corps, d'organes, de membres qui perdent leur individualité pour se fusionner dans un tout indépendant. Enfin, la majorité des juristes modernes voit dans un groupement une réalité technique. Selon eux, ce n'est ni la volonté ni le corps qui déclenche la personnalité morale. La personne étant le centre d'intérêts socialement reconnus et les intérêts pouvant être individuels ou collectifs ; il est logique qu'existent deux catégories de personnes : la personne physique pour l'intérêt individuel, la personne morale pour les intérêts collectifs. En conséquence, tout intérêt collectif appelle une personne morale distincte des individus et, une fois aménagé dans une structure dotée de moyens d'expression, autrement dit parvenu à un degré organique, il devient une réalité technique, non pas une réalité du monde sensible, mais une réalité du monde du droit, une réalité de la technique juridique.

### III. La jurisprudence relative à la personne morale

La jurisprudence française est amenée à prononcer dans beaucoup de cas, leurs décisions faisant apparaître une évolution. Dans une première phase, la jurisprudence faisait dépendre la reconnaissance de la personnalité morale d'une volonté certaine du législateur, comme le soutenaient les partisans de la théorie de la fiction. La Cour de cassation a refusé la personnalité juridique à

la communauté conjugale, en faisant état du silence de la loi(Civ. 18 avril 1860). Dans une deuxième phase, la première décision en faveur de la théorie de la réalité technique est rendue, à l'égard des sociétés civiles, par la Chambre des requêtes le 23 février 1891. Selon cette décision, il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun des membres et les sociétés civiles constituent, tant qu'elles durent, une personne morale, laquelle est propriétaire du fonds social. En 1954, une étape décisive est franchie par la Cour de cassation dans un arrêt du 28 janvier 1953 rendu au sujet des comités d'établissement. La Cour de cassation a affirmé que la personnalité civile n'est pas une création de la loi et elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés. D'après cette décision, la personnalité du groupement existe dès lors qu'aucun article de la loi ne déclare formellement que ces comités n'ont pas la personnalité morale.

#### IV. La législation relative à la personne morale

La personne morale de droit privé se divise en associations, sociétés, groupements d'intérêt économique, syndicats et fondations. On examinera ici les trois premières personnes morales.

##### 1. La société

Le Code civil consacre le Titre IX(De la société) pour réglementer la société. Ce Titre a subi deux réformes importantes successivement par la loi du 4 janvier 1978 et ensuite par la loi du 11 juillet 1985. Le Chapitre 1<sup>er</sup>(Dispositions générales) constitue le droit commun de la société, civile ou commerciale. Selon l'article 1832 du Code civil, la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. La société poursuit un but lucratif : la recherche de bénéfices et, depuis la réforme due à la loi du 4 janvier 1978, la

recherche d'économies pour leurs membres. Elle peut même être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. La société, civile ou commerciale, jouit de la personnalité morale, à la condition qu'il y ait l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

### (1) La société civile

La société est civile lorsque'elle n'a pas le commerce pour objet et que le profit qu'elle recherche est attaché à des opérations qui ne sont pas jugées commerciales par le droit. Le Chapitre II(De la société civile) du Titre IX(De la société) constitue le droit commun de la société civile. Le régime général peut se ramener aux deux points. Les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital. Les créanciers ne peuvent les poursuivre qu'après avoir préalablement et vainement discuté les biens de la personne morale(C. civ., arts 1852 et 1853). Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés, sauf disposition contraire des status convenant d'une majorité.

### (2) La société commerciale

La société est commerciale par deux critères. D'une part, par le critère objectif tiré de l'activité de la société, elle est commerciale lorsqu'elle exerce habituellement des actes de commerce. D'autre part, par le critère formel, toute société est commerciale, même ne faisant aucun acte de commerce, si elle s'est constituée sous la forme d'une société commerciale. La société commerciale est réglementée, d'abord, par le Code de commerce et la loi du 2 juillet 1966 relative à la société commerciale, ensuite, par le droit commun de la société, à savoir le Chapitre 1<sup>er</sup> du Titre IX du Code civil.

On divise les sociétés commerciales en deux groupes : les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Entre ces deux groupes, se situe la société à responsabilité limitée. Dans le premier groupe, il y a la société en nom collectif et la société en commandite simple. On met dans le deuxième groupe, la société en commandite par actions et la société anonyme. S'agissant des sociétés de personnes qui se constituent *intuitu personae*, les associés sont personnellement et solidairement responsables des dettes sociales. Les parts sont, en principe, incessibles. Le décès d'un associé entraîne dissolution de la

société. Au contraire, dans les sociétés de capitaux, les actionnaires ne sont pas responsables sur leur patrimoine des dettes contractées par la société, n'en répondant qu'à concurrence de leur mise de fonds. Les actions sont librement négociables et la société ne disparaît pas par le décès de l'un de ses membres. La société à responsabilité limitée s'apparente à la société de personnes en ce que les associés se groupent *intuitu personae* et que la cession des titres est subordonnée à l'accord des autres associés. En revanche, elle fait figurer de société de capitaux en ce que les associés ne sont pas personnellement tenus du passif social et que la mort de l'un d'eux est sans influence sur la vie de la société.

## 2. L'association

Le régime de l'association sort de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901. L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun de façon permanente leurs connaissances ou leur activité, dans un but outre que le partage de bénéfices. Ce qui caractérise l'association, c'est l'absence de but lucratif ; son objet ne doit pas être l'exploitation d'un bien conçue comme une source de profit. Tous les buts qui ne sont pas contraires à la loi ou aux bonnes mœurs peuvent être poursuivis par la voie de l'association, sans autorisation et sans déclaration préalables.

Suivant les formalités accomplies, on distingue, en général, trois espèces d'associations : l'association non déclarée, l'association déclarée et l'association d'utilité publique. L'association non déclarée se forme par le seul consentement des sociétaires, en dehors de toute publicité ou habilitation. Elle est licite mais elle ne possède aucune capacité juridique. L'association déclarée se forme par le dépôt de ses statuts à la préfecture ou à la sous-préfecture et l'insertion d'un extrait de cette déclaration au Journal officiel. Elle jouit de ce qu'on est convenu d'appeler, la petite personnalité juridique. L'association d'utilité publique possède la grande personnalité par la reconnaissance d'utilité publique en vertu d'un décret en Conseil d'Etat.

## 3. Le groupement d'intérêt économique.

Le groupement d'intérêt économique (le G.I.E.) est créé par l'ordonnance du 23 septembre 1967. Il est constitué pour améliorer les affaires personnelles de

chacun, nullement conçue pour servir de structure à l'exercice en commun des activités individuelles des participants. Il a pour objectif non pas la poursuite et le partage de bénéfices commun, ce qui est le cas de la société, mais l'accroissement des bénéfices de chaque entreprise partenaire. Il évoque, à certains égards, la société de personnes. Les membres du G.I.E. sont tenus des dettes du groupement sur leur patrimoine propre et en répondent solidairement. Ensuite, la cession des droits n'est permise que sil elle est prévue par l'acte constitutif, ou, à défaut, acceptée par l'unanimité des membres. Mais il peut se constituer sans aucun apport.