

제 1 장 통칙

[총설]

I . 회사통칙의 내용

상법 제3편 회사 제1장 통칙은 제169조에서 제177조까지의 9개 조문으로 이루어져 있다. 회사통칙은 회사의 의의(169조), 회사의 종류(170조), 회사의 주소(171조), 회사의 성립(172조), 회사의 능력(173조), 회사의 합병(174조, 175조), 회사의 해산명령(176조), 회사등기의 기산점(177조) 등을 그 내용으로 한다. 이들 규정은 상법 제2편에서 규정하고 있는 여러 종류의 회사, 즉 합명 회사·합자회사·유한책임회사·주식회사·유한회사에 공통되는 일반적 사항을 정한 것이다. 그러나 이들 규정과 직접 관계가 없을지라도 판례에 의하여 형성된 통칙적 법리(예컨대 법인격무시의 법리)도 포함하여 이해하여야 할 것이다. 또한 입법론적으로 회사통칙으로서 개정 내지 추가되어야 할 사항이 적지 않게 지적되고 있다. 여기에서는 회사통칙에 관한 실정법상의 규정 및 이와 관련된 사항을 몇 개의 항목으로 나누어 개관하기로 한다.

1. 회사의 개념

상법상의 회사라 함은 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립된 법인을 말한다(169조). 법문에 나타나 있지는 않지만 회사는 사단의 실질을 가진다고 풀이되고 있다. 따라서 회사는 영리성, 법인성 및 사단성의 세 가지 요소를 구비하여야 한다.¹⁾ 법인성과 관련하여 법인격무시이론이 주장·적용되

1) 학자에 따라서는 회사의 개념요소로서 그 외에도 상인성·준칙성(정찬형, 상법(상)(2012), 450면; 최준선, 회사법(2012), 40면)을 들기도 한다. 그러나 회사는 상행위 그 밖의 영리행위를 목적으로 하므로 상인성은 영리성의 당연한 귀결이고(4조), 또 우리가 여기서 다루는

고 있고, 사단성과 관련하여 1인회사의 적법성 여부가 논의되고 있다.

2. 회사의 종류

상법은 회사의 종류를 사원의 책임의 양상에 따라 합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 주식회사 및 유한회사의 5가지로 한정하였다. 의용상법은 주식합자회사를 인정하고 유한회사에 관하여는 독립한 특별법으로 정하였으나, 신상법은 주식합자회사를 폐지하고 유한회사를 상법전에 포함하여 규정하였고, 2011년 개정법은 새로 유한책임회사를 도입하였다. 상법상 회사의 종류는 위의 5가지에 한정되어 있으나, 학설상으로 사원의 개성이 기초로 되어 있는 회사의 자본이 기초로 되어 있는가에 따라 인적회사와 물적회사(자본회사)로 분류하고, 법원(法源)에 따라 일반법상의 회사와 특별법상의 회사로 분류하며, 또 설립준거법에 따라 내국회사와 외국회사로 분류하기도 한다. 또한 경제상으로 모회사(지배회사)와 자회사(종속회사), 상장회사와 비상장회사, 공개회사와 폐쇄회사, 내자회사·외자회사·합작회사와 다국적회사로 분류하기도 한다(뒤에 상술함).

3. 회사의 능력

회사는 법인이므로 자연인과 마찬가지로 일반적으로 권리의무의 주체가 될 수 있는 자격, 즉 일반적 권리능력을 가진다. 그러나 회사가 개개의 권리를 향유할 수 있는 능력, 즉 개별적 권리능력에 관하여는 성질상·법률상 일정한 제한이 따른다. 또한 회사의 능력이 정관소정의 목적에 의하여 제한을 받는 가라는 점이 문제로 되고 있다.

4. 회사의 합병

회사편 통칙은 회사의 합병에 관하여 각종 회사에 공통되는 일반적 규정을

것은 상법상의 회사이므로 그것이 상법에 따라 설립되어야 한다는 것 역시 당연한 전제일 뿐 아니라, 이를 너무 강조하면 특별법상의 회사는 상법상의 회사와 이질적인 것으로 오해 될 소지가 있다.

두고 있다(174조). 나머지 합병의 절차에 관하여 보면, 합명회사의 합병에 관하여는 제230조 내지 제240조에서 규정하고 있고, 합자회사와 유한책임회사의 합병에 관하여는 합명회사의 합병에 관한 규정을 전면적으로 준용하고 있으며(269조, 287조의 41), 주식회사의 합병에 관하여는 합명회사의 합병에 관한 규정을 다수 준용하는 외에(530조 2항) 보다 상세한 규정을 두고 있다(522조~529조). 유한회사의 합병에 관하여는 유한회사와 주식회사간의 합병절차에 관하여 규정을 둠과 동시에(600조~602조) 합명회사 및 주식회사의 합병에 관한 규정을 준용하고 있다(603조). 회사의 합병은 기업결합의 한 형태로 그 극치를 이루는 것이지만 그 밖에 합병에 이르지 못한 결합기업도 각종의 회사 간에 적지 않게 나타나는 현상이다. 또한 회사의 합병의 역현상인 회사의 분할에 관하여도 상세한 규정을 두고 있다(530조의2 이하).

5. 회사의 해산

회사의 해산에 관하여는 각종의 회사에 공통되는 제도로서 해산원인의 하나인 해산명령의 제도를 규정하고 있다(176조). 그 밖의 해산원인은 각 회사마다 별도로 규정하고 있다(227조, 269조, 285조, 287조의 38, 517조, 609조).

6. 회사의 등기

회사의 등기에 관하여는 각종의 회사에 공통되는 사항으로서 회사는 설립등기를 함으로써 성립한다는 것(172조)과 등기할 사항으로서 관청의 허가 또는 인가를 요하는 것에 관한 등기기간의 기산점을 정하고 있다(177조). 그 밖에 등기사항, 등기기간, 등기의 효력 등 상업등기의 실체법적 규정은 각종의 회사마다 별도로 정하고 있다. 또한 상업등기의 절차적 규정은 상업등기법·상업등기규칙이나 비송사건절차법이 정하고 있다.

II . 회사통칙과 비교법제

비교법적으로 보면 각종의 회사를 하나의 법률에 규정하고 그 앞머리에 통

칙이라는 규정을 두고 있는 입법예로서 대표적인 것은 1966년 프랑스상사회 사법과 1942년 이탈리아민법이다.

프랑스상사회사법은 합명회사, 합자회사, 유한회사, 주식회사 및 주식합자회사라는 5가지 종류의 회사를 규정하고 「서장 통칙」으로서 9개 조문을 두어 회사의 상사적 성격(1조), 정관의 필수적 기재사항(2조), 회사소재지와 적용법과의 관계(3조), 공시절차의 명령에의 위임(4조), 회사설립의 법리(5조), 설립의 요건(6조), 정관기재사항의 험결 및 설립에 관한 법령위반의 경우의 제재(7조), 회사임원의 공시(8조) 및 1인회사(9조)에 관하여 정하고 있다.

또한 이탈리아민법은 제5편 노동 제5장 회사에서 합명회사, 합자회사, 주식회사, 주식합자회사, 유한회사 등을 규정하고 있고 그 앞머리에 「통칙」으로서 4개 조문을 두어 회사의 개념(2247조), 수익목적단체(2248조), 회사의 여러 형태(2249조), 문서상 및 통신상의 주소나 자본 등의 기재(2250조)에 관하여 정하고 있다.

이에 대하여 1949년 스위스채무법은 회사로서 합명회사, 합자회사, 주식회사, 주식합자회사 및 유한회사를 규정하고 있지만, 이들 각종의 회사에 공통되는 통칙을 두고 있지는 않다. 이 점은 인적회사와 물적회사를 상법과 주식법에서 별도로 규정하고 있는 도이칠란트의 경우와 같다. 1897년 도이칠란트 상법은 제2편 회사(및 익명조합)에 합명회사와 합자회사에 관하여 규정하고 있지만 양자에 공통되는 통칙을 두고 있지 않으며, 또한 1965년 주식법도 주식회사와 주식합자회사에 관하여 규정하고 있지만 양자에 공통되는 통칙을 두고 있지 않다. 영미회사법도 통칙규정은 없고 미국 각주의 회사법에 있어서도 통칙을 두고 있지 않는 것이 일반적이다.

우리나라의 현행상법은 전술한 바와 같이 9개 조문의 회사통칙을 두고 있으며, 일본은 상법 회사편을 분리하여 단행법인 회사법을 제정하면서 제1편 총칙 제1장 통칙으로서 5개의 조문을 두고 있다.