

3. 회사의 능력

(1) 회사의 권리능력

회사는 법인이므로(171-1), 자연인과 마찬가지로 권리의무의 주체가 될 수 있는 일반적인 권리능력을 갖는다. 그러나 법인은 자연인과는 다른 특성이 있기 때문에 법인의 개별적인 권리능력은 다음과 같은 제한이 있다.

1) 성질에 의한 제한

자연인을 전제로 하는 친족권·생명권·신체상의 자유권·상속권 등은 누릴 수 없으나 상호권·명예권·재산권은 갖는다. 육체적 노무제공을 할 수 없으므로 지배인·기타 상업사용인, 다른 회사의 이사나 감사는 될 수 없다.

2) 법률에 의한 제한

회사는 다른 회사의 무한책임사원이 되지 못한다(제173조). 무한책임사원은 업무집행사원이므로 육체적 노무를 제공할 수 없는 회사는 무한책임사원이 될 수 없다. 다른 회사의 유한책임사원이나 발기인은 될 수 있다. 청산회사의 권리능력은 청산의 목적범위내로 한정되고(245), 파산회사도 파산의 목적범위내에서 존속한다(파 4).

3) 목적에 의한 제한(*ultra vires* 이론)

민법 34조는 법인의 권리능력을 정관소정의 목적범위내로 제한하고 있는데, 상법에는 이러한 규정이 없다. 그래서 회사에 관하여도 민법 34조를 유추적용할 것인지가 문제된다.

① 제한설(소수설, 판례) - 회사의 권리능력을 정관소정의 목적으로 제한하되, 목적수행을 위해 직·간접으로 필요한 행위는 모두 포함된다고 하여 거래의 안전을 도모하고 있다.

② 제한부정설(다수설) - 민법 34조의 준용규정이 없고, 제3자는 회사의 행위가 목적범위내에 포함되는지의 여부를 판단하는 것은 어려우므로(오늘날의 산업구조에서 산업간의 관련성으로 인해 목적사업이 한계를 확정한다는 것은 어렵다) 거래안전을 위해 목적에 의한 제한은 부정해야 한다. ∴회사는 존속하는 동안은 목적에 의한 제한을 받지 않고 모든 행위를 할 수 있다. 민법 34조는 비영리사단 법인과 재단법인에 관한 것이다.

* 인 - 자연인

- 법인 - 재단법인 - 비영리

- 사단법인 - 민법상의 비영리사단법인(제34조)

- 상법상의 영리사단법인(회사)

회사의 권리능력은 정관의 목적범위내로 제한받지 않으나, 회사의 기관구성원은 정관목적에 맞게 업무를 추진해야 할 의무를 부담한다. ∴ 목적범위를 벗어난 행위를 하였을 때는 외부관계상으로는 그 행위가 유효하나, 내부관계에 있어서는 업무집행사원의 권한상실선고(제205조, 제269조).제명선고(제220조, 제269조)의 사유가 되고 이사의 손해배상책임(제399조, 제567조), 소수주주에 의한 이사의 해임청구(제385조 제2항, 제567조), 유지청구(제402조, 제567조)가 가능하다.

2) 행위능력

회사에는 행위무능력자제도(미성년자, 한정치산자, 금치산자)가 있을 수 없으므로, 회사에 있어서 행위능력의 범위는 권리능력의 범위와 일치한다. 그러나 회사 자체가 행위를 하는 것은 아니고 기관의 행위를 통해 대리 또는 대표된다.

3) 불법행위능력

회사의 행위능력이 인정되는 한 회사의 불법행위능력도 당연히 인정된다. 즉, 회사는 기관구성원을 통해 행위를 하므로 기관구성원의 불법행위는 회사의 불법행위가 되어 회사가 손해배상책임을 진다. 상법은 제3자 보호를 위해 대표사원이 업무집행상 타인에게 손해를 가한 때에는 회사와 대표사원이 연대하여 배상책임이 있다고 규정하고 있다(제210조, 제269조, 제389조 제3항, 제567조). 이사의 업무집행과 관련된 불법행위에 대해서는 401조에 의해 이사가 책임을 지고(민법 35조에 의해 회사도 책임을 진다), 대표사원이거나 이사 이외의 임원이나 사용인의 업무집행과 관련된 불법행위에 대해서는 회사가 사용자책임을 진다(민법 제756조). 회사가 부담한 경우는 행위자에 대해 구상권을 갖는다(민법 제756조 제3항).

4. 회사의 종류

(1) 인적회사·자본회사(물적회사)

인적회사는 인적 신뢰관계에 있는 구성원만으로 이루어진 회사이다. 기업의 소유와 경영은 각 사원에게 분속한다. 각 사원의 인적신용이 중시되어 제3자에게 직접·무한책임을 진다. 출자에 있어서 재산출자외에 노무출자, 신용출자도 인정된다. 합명회사와 합자회사가 이에 속한다.

자본회사는 각 사원이 출자를 매개로 하여 결합한 자본적 집단기업이다. 회사의 실질은 사원의 결합체라기 보다는 제공된 자본의 결합체이다. 기업의 소유와 경영은 분리되고 사원의 회사채권자에 대한 책임은 간접·유한책임이다. 즉, 회사재산이 대외적 신용의 유일한 기초다. 출자도 재산출자에 한한다. 주식회사와 유한회사가 이에 속한다.

(2) 상장회사·비상장회사

주식이 한국거래소의 유가증권시장 또는 코스닥시장에서 거래되는 회사가 상장회사이고, 그렇지 않은 회사가 비상장회사이다.

(3) 공개회사·폐쇄회사

공개회사는 사원의 수가 많고 주식의 양도가 자유로우며 주식의 공모를 하는 회사로 상장회사가 되기 위한 전제조건이다. 폐쇄회사는 사원의 수가 적고 주식의 양도에 제한이 있으며 주식의 공모를 하지 않는 회사이다.

(4) 내국회사·외국회사

국내법에 준거해서 설립된 회사가 내국회사이고 외국법에 준거해서 설립된 회사가 외국회사이다. 상법은 외국회사라도 국내에 본점을 두거나 국내에서 영업할 것을 주된 목적으로 하는 회사는 내국회사와 동일하게 취급하고 있다(제617조).

(5) 상법상의 분류

	합명회사 (0.5%)	합자회사 (3.5%)	주식회사 (91.5%)	유한회사 (4.6%)
사 원	2인이상의 무한책임사원	1인이상의 무한책임+1인이상의 유한책임	1인이상의 발기인	1인이상의 유한책임사원
설립과정	총사원이 정관에 기명날인 또는 서명해야 하므로(179, 269), 정관작성시 사원이 확정되어 별도의 사원확정절차가 필요없다. ∴정관작성 후 설립등기하면 된다. 무한책임사원이 업무집행기관이므로 따로 기관구성할 필요 없다. 무한책임사원 있으므로 설립전 재산출자하지 않아도 된다.	총사원이 정관에 기명날인 또는 서명해야 하므로 별도의 사원확정절차가 필요없다. ∴정관작성 후 설립등기하면 된다. 무한책임사원이 업무집행기관이므로 따로 기관구성할 필요 없다. 무한책임사원 있으므로 설립전 재산출자하지 않아도 된다.	사원(주주)은 주식인수에 의해 확정된다. 유한책임사원만이 있는 자본회사이므로 설립전에 회사재산을 형성해야 하고 기관을 구성해야 한다. 정관작성-주식인수(납입장수)-설립등기	총사원이 정관에 기명날인 또는 서명해야 하므로 별도의 사원확정절차가 필요없다(543-2;인적회사의 특성).
사 원 의 책 임	회사채무에 대해 직접.연대.무한의 책임을 진다. 단, 회사재산이 우선 책임진다(212-1, 보충성).	무한책임사원(268). 유한책임사원은 유한책임을 지지만 미출자액에 대해서는 직접책임을 진다(279).	인수한 주식금액을 한도로(유한책임), 회사에 대해서만(간접책임) 납입책임을 진다(331).	출자금액을 한도로 간접.유한책임을 진다(553).
출 자 목적물	재산, 노무, 신용	무한책임사원은 재산, 노무, 신용을 출자할 수 있고(269), 유한책임사원은 재산만 출자할 수 있다(272).	재산. 1주의 금액은 100원 이상이어야 한다(329-2·3·4). 최저자본금제도 폐지(329-1삭제).	재산. 출자1좌의 금액은 100원 이상이어야 한다(546).
기 관	자기기관. 무한책임사원이 업무집행권과 대표권을 갖는다(200, 207).	자기기관. 무한책임사원이 업무집행권.대표권 갖고(273, 278), 유한책임사원은 업무감시권 갖는다(277).	타인기관. 업무집행권은 이사회와 대표이사에, 대표권은 대표이사에, 감사권은 감사에 있다 →경영전문화	타인기관. 이사가 업무집행권과 대표권을 갖는다(562, 564).
의결권	頭數主義 1사원=1의결권	무한책임사원의 頭數主義 (∴무한책임사원만이 업무집행사원)	1주 1의결권	출자좌수에 따라 지분을 가진다 (1구좌=1의결권).
지 분 의 양 도	전 사원의 동의를 얻어야 사원지분을 양도할 수 있다(197).	무한책임사원의 지분양도에는 전 사원의 동의 필요하지만(269, 197), 유한책임사원의 지분양도에는 무한책임사원전원의 동의만 있으면 된다(276).	주식양도에 의해 주주의 지위를 양도할 수 있다. 단, 정관에 이사회 승인을 얻도록 규정할 수 있다(335).	지분양도 자유, 단 정관으로 제한가능(556).
정관변경	총사원의 동의에 의해 정관을 변경할 수 있다(204, 269).	정관을 변경할 수 있다	주주총회의 특별결의(434, 출석 2/3이상이며 발행주식총수의 1/2이상 동의).	사원총회의 특별결의(585, 총사원의 반수 이상이며 의결권의 3/4 이상이 동의).