

제4장 주식회사의 설립

(1) 주식회사 설립의 특색

인적회사는 소수사원이 회사를 설립하고, 정관작성 시에 사원의 성명, 주소를 절대적으로 기재해야 하므로 정관작성과 동시에 사원이 확정되고, 재산출자는 회사성립 후에 해도 된다(∵인적신용이 중요하므로). 또한 무한책임사원이 기관을 구성하므로 별도로 기관선출절차도 필요없다. ∴인적회사는 정관작성과 설립등기로 회사가 성립한다. 그러나 자본회사는 절차가 복잡하다.

1) 주식회사의 설립사무를 담당하는 자는 모든 사원이 아니라 발기인(주식회사 사원이 될 자 중에서 설립행위를 하는 자)이다.

2) 주식회사 사원은 정관의 작성에 의해서가 아니라 주식인수절차에 의해 확정된다.

3) 주식회사는 자본이 회사채권자에 대한 유일한 담보기능을 하므로, 회사성립 전에 인수·납입되어야 한다.

4) 주식회사는 제3자기관에 의해 운영되므로, 회사성립 전에 기관구성절차를 거쳐야 한다.

5) 발기인에게 엄격한 책임을 부담시키고 있다.

(2) 주식회사의 설립방법

주식회사의 설립방법에는 회사설립 시 발행하는 주식의 인수방법에 따라 “발기설립”과 “모집설립”이 있다. 개정 전에는 발기설립의 절차가 복잡하여(검사인의 조사의무) 모집설립만 이용되었으나 상법개정으로 양 절차가 동일하게 되었다.

1) 발기설립 - 설립 시 발행하는 주식의 전부를 발기인이 인수하여 회사를 설립하는 방법(295-300).

2) 모집설립 - 설립 시 발행하는 주식 중 일부만을 발기인이 인수하고(1주이상씩) 나머지는 주주를 모집하여 인수시켜 회사를 설립하는 방법(301조 이하).

(3) 주식회사의 설립절차

I. 발기인

실질적 의미로는 설립사무에 종사하는 자이지만 법적으로는 정관에 발기인으로 기명날인 또는 서명한 자이다(289-1). 발기인조합의 구성원이고, 설립중의 회사의 기관구성원으로서 회사의 설립사무를 담당한다. 1인 이상이면 된다(288).

♣ 유사발기인: 주식청약서 기타 주식모집에 관한 서류에 성명과 회사설립에 찬조하는 뜻을

기재할 것을 승낙한 자. 정관에 기재되지는 않았지만 회사설립에 관여한 외관을 갖추었기 때문에 발기인과 동일한 책임을 진다(327).

II. 정관의 작성 - 회사의 조직과 활동에 관해 규정한 근본규칙 또는 이를 기재한 서면.

.원시정관 - 회사설립 시 작성한 것.

.변경정관 - 회사성립 후에 변경한 정관.

발기인이 작성하여 발기인 전원이 기명날인 또는 서명해야 한다(288, 289). 정관은 공증인의 인증을 받아야 효력을 발생한다(292). 단 창업에 불필요한 시간과 비용이 드는 것을 방지하기 위하여 자본금총액이 10억원 미만인 회사를 발기설립하는 경우에는 창업자들의 신뢰관계를 존중하여 발기인들의 기명날인 또는 서명이 있으면 공증인의 인증이 없더라도 정관의 효력이 발생하도록 하였다.

.정관의 절대적 기재사항 - 정관에 기재하지 않으면 정관이 무효가 되는 사항(289-1). 목적, 상호, 회사가 발행할 주식의 총수, 액면주식을 발행하는 경우 1주의 금액, 회사의 설립 시에 발행하는 주식의 총수, 본점의 소재지, 회사가 공고를 하는 방법(일간지 또는 전자적 방법), 발기인의 성명.주민등록번호 및 주소.

III. 주식의 인수 - 회사설립 시에 발행하는 주식의 총수와 1주의 금액은 정관에서 정하지만, 주식의 종류와 수, 액면초과 발행하는 주식의 수와 금액은 발기인 전원의 동의로 정한다(291).

IV. 출자의 이행

V. 임원선임

VI. 설립경과의 조사

VII. 설립등기

주식회사는 설립을 위한 최종절차인 설립등기에 의해 성립되고(172) 법인격을 취득한다(171조 1항). 대표이사가 본점소재지에서 등기한다(172조). 보통은 등기신청대리인인 법무사가 한다.

- 설립등기의 치유적 효력

설립등기로 주식회사가 성립되면 주식인수인은 주식청약서의 요건흡결을 이유로 주식인수의 무효를 주장하거나, 사기·강박 또는 착오를 이유로 하여 주식인수를 취소하지 못한다(320조 1항). 창립총회에 출석하여 권리를 행사한 주식인수인도 마찬가지이다(320조 2항).

제5장 회사설립 관여자의 책임

(1) 발기인의 책임

1) 회사불성립의 경우 - 회사가 성립하지 못한 경우에는 발기인이 그 설립에 관한 행위에 대해 연대하여 책임을 지며(326-1), 회사설립에 관해 지급한 비용은 발기인이 부담한다(326-2). 회사가 성립하지 못한 경우에 주식인수인은 출자자로서의 책임을 지지 않으며 이미 납입한 납입금은 돌려 받는다.

2) 회사성립의 경우

a. 회사에 대한 책임

① 자본충실책임(321)

i) 인수담보책임 - 회사설립시에 발행한 주식으로서 회사성립후에 아직 인수되지 않았거나 인수의 청약이 취소된 주식은 발기인이 공동으로 인수한 것으로 본다.

ii) 납입담보책임 - 회사성립후 납입이 완료되지 않은 주식이 있는 때에는 발기인이 연대하여 납입해야 한다.

⇒ 단, 미인수주식이나 미납입금이 너무 많아 발기인이 부담하는 것이 불가능한 경우는 설립무효의 원인이 된다.

② 손해배상책임(322)

- 회사설립에 관해 임무해태하여 회사에 손해가 생긴 때에는 그 발기인은 연대하여 회사에 손해배상 책임을 진다.
- 총 주주의 동의로 면제할 수 있다(324, 400).

b. 제3자에 대한 책임(322-2) - 발기인이 악의 또는 중과실로 임무를 해태하여 제3자에게 손해가 생긴 때에는 그 발기인은 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.

(2) 유사발기인의 책임

주식청약서 기타 주식모집에 관한 서면에 성명과 회사설립에 찬조하는 뜻을 기재할 것을 승낙한 자는 발기인은 아니지만 실질적으로 설립에 관여한 외관을 갖추었으므로, 그 외관을 신뢰한 자를 보호하기 위하여 발기인과 동일한 책임을 지도록 하였는데(327), 이들을 유사발기인이라고 한다.

유사발기인은 발기인과 동일한 책임을 진다. 그러나 유사발기인은 회사설립에 관한 임무가 없으므로 임무해태를 전제로 한 손해배상책임은 없고, 자본충실책임과 회사불성립시의 책임만을 진다.

(3) 이사·감사·검사인의 책임

이사, 감사가 설립절차에 대한 조사·보고(313-1)를 게을리했을 때는 회사 또는 제3자에게 손해배상책임을 지는데, 발기인도 책임을 질 때에는 서로 연대하여 손해를 배상해야 한다(323).

법원이 선임한 검사인이 변태설립사항을 조사·보고함에 있어 악의·중과실로 임무를 해태하여 회사 또는 제3자에게 손해가 생긴 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다(325).

제6장 주식회사 설립무효의 소

회사는 준칙주의에 따라 법률이 정한 요건을 갖추고 설립등기를 마침으로써 성립된다. 회사가 성립했지만 설립의 절차나 방법이 법령이나 정관에 위반했을 때는 회사설립에 하자가 있게 된다. 합명·합자·유한회사의 경우에는 설립절차의 객관적 하자를 이유로 하는 회사설립무효의 소와 주관적 하자를 이유로 하는 회사설립취소의 소가 인정되나 주식회사의 경우에는 회사설립 무효의 소만이 인정된다. 왜냐하면 주식회사가 성립한 후에는 이미 많은 주주 또는 회사의 법인격을 믿고 회사와 거래한 많은 상대방이 있기 때문에 거래의 안전을 보호하기 위해 설립절차의 주관적 하자는 주장하지 못하도록 하고 있다(320조 1.2항).

(1) 설립무효의 소의 원인 - 설립절차의 객관적인 하자

- ① 설립절차가 법률에 위반된 경우: 정관의 절대적 기재사항 흠결, 정관에 공증인의 인증이 없는 경우, 창립총회의 불소집 또는 결의의 하자, 설립경과의 조사·보고가 생략된 경우 등
- ② 주식회사의 설립이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 경우: 가장설립의 경우

(2) 소의 제기절차

회사가 성립한 날로부터 2년 내에 주주·이사·감사가 설립무효의 소를 제기할 수 있다(328).

(3) 판결의 효력

- ① 원고승소의 경우: 회사설립무효의 판결이 확정되면 회사설립이 무효가 되고 이 효력은 제3자에게도 미친다(190조 1문). 그러나 판결전에 생긴 회사와 주주, 회사와 제3자간의

권리의무엔는 영향을 미치지 않는다(190조 2문). 이것은 기존상태를 존중하여 설립무효 판결의 소급효를 부인한 때문인데, 이 결과 사실상의 회사 또는 하자있는 회사가 존재 하게 된다. 판결확정시에는 해산에 준하여 청산해야 한다.

- ② 원고패소의 경우: 원고가 패소한 때에는 판결의 효력은 당사자에게만 미친다. 따라서 제 3자는 동일한 원인을 이유로 하여 다시 설립무효의 소를 제기할 수 있다.

(4) 사실상의 회사(=하자있는 회사)

법률적으로는 유효하게 성립된 회사가 아님에도 불구하고 일정한 범위 내에서 마치 법률적으로 유효한 회사처럼 취급되는 실체를 말한다. 회사설립무효의 판결 또는 취소의 판결이 확정된 경우에 소급효가 배제되는 관계로 이 판결 이전에 존재했던 회사는 사실상의 회사로 인정된다.

사실상의 회사에서는 판결전에 생긴 회사와 사원 및 회사와 제3자간의 권리관계에 있어서 유효하게 성립된 회사로 취급되고 장래에 향해서만 회사의 존재가 부정된다.