

6. 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 조사업무) 모집설립만 이용되었으나 상법 개정으로 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 기재되지 않았지만 회사설립에 관여한 외관을 갖추었기 때문에 발기인과 동일한 책임을 진다(327).

복수의 발기인들이 회사설립을 목표로 하는 조합계약을 체결하여 성립한 단체를 발기인조합이라고 한다. 그런데 1인설립의 경우에는 발기인이 1인뿐이므로 발기인이라는 개념만 존재할 뿐 발기인조합의 개념은 존재하지 않는다.

발기인은 회사설립을 위해 필요한 법률상·경제상의 모든 행위를 할 수 있다.

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 기재사항

① 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.

② 상대적 기재사항 - 기재하지 않아도 정관이 무효가 되지는 않지만, 효력이 발생하려면 정관에 기재해야 한다고 상법이 규정하고 있는 사항. i) 변태설립사항(290조): 발기인이 받을 특별이익과 이를 받을 자의 성명, 현물출자, 재산인수, 회사가 부담할 설립비용과 발기인이 받을 보수액, ii) 종류주식(344조), iii) 주식매수선택권(스톡옵션, 340조의 2).

③ 임의적 기재사항 - 상법이 정관에 기재해야 한다고 규정하고 있지 않지만, 강행법규나 주식회사 본질에 반하지 않는 한 정관에 기재할 수 있고, 기재한 이상 이에 따라 효력이 발생하는 사항(주권의 종류, 이사·감사의 수, 영업년도).

III. 설립중의 회사

회사의 성립(설립등기) 이전에 어느 정도 회사로서의 실체가 형성된 미완성의 회사. 회사성립 전에 발기인이 취득한 권리의무가 성립 후 회사에 이전되는 것을 설명하기 위해 인정된 강학상의 개념.

.성립시기 : ① 정관작성시절 ② 발기인이 1주 인수한 때라는 설(통설, 판례) ③ 발행주식의 총수를 인수한 때라는 설. 설립중의 회사를 인정하는 실익이 회사성립 전 발기인이 취득한 권리의무가 성립 후의 회사에 이전되는 것을 설명하기 위한 것이라면, 굳이 발기인이 1주를 인수한 때에 설립중의 회사가 성립한다고 보아야 할 필요는 없다. 오히려 발기인은 주식인수전에도 얼마든지 회사설립에 필요한 행위를 할 가능성이 있다. 또한 발기인은 1주 이상의 주식을 인수하는 것이 예정되어 있으므로,

발기인이 1주인수한 때를 설립중의 회사의 성립시기로 볼 것이 아니라 정관작성 시에 설립중의 회사가 성립한다고 보는 것이 타당할 것이다.

회사성립 시까지는 발기인조합과 설립중의 회사가 병존한다. 설립중의 회사의 업무집행기관과 대표는 발기인이다(기관구성 전까지). 발기인의 업무집행은 발기인의 과반수로 결정(민 706-2), 중요한 업무(291)와 기본구조변경(발기인변경)시는 발기인 전원의 동의가 필요하다.

설립중의 회사의 권리의무는 회사성립 후에는 성립된 회사로 별도의 이전행위 없이 귀속된다. 단, ① 발기인이 설립중의 회사의 명의로 행위를 했어야 하고, ② 발기인이 그 권한범위 내에서 행위를 했어야 성립 후 회사에 그 행위효력이 귀속된다.

. 발기인의 권한의 범위 : ① 회사설립 자체를 직접적인 목적으로 하는 행위에 국한된다는 설, ② 회사설립을 위해 법률상·경제상 필요한 행위가 포함된다는 설, ③ 개업준비행위도 포함된다는 설. ② 설이 다수설이다.

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

발 기 설 립	모 집 설 립
<p>.각 발기인의 서면에 의한 주식인수(293). 서면에 의하지 않은 주식인수는 무효다. .정관작성 이후 또는 동시에 발기인이 주식을 전부 인수해야 한다.</p>	<p>.발기인이 1주 이상씩 인수하고 나머지는 주주를 모집하여 인수(293, 301). .주주를 모집할 때에는 발기인이 정관의 절대적기재사항과 변태설립사항 및 회사설립의 개요를 알 수 있는 사항을 기재한 주식청약서에 의해서만 주식인수를 청약할 수 있다(301-1, 2 - 주식청약서주의) .주식의 배정 - 주식인수의 청약에 대해 발기인은 배정방법을 미리 공고(선착순, 안분비례)하지 않은 이상 자유로이 주식을 배정한다(303, 배정자유원칙). ∴주식배정에 의해 주식인수가 성립하게 된다. .가설인, 타인명의로 주식을 청약한 경우에는 실제청약자가 주식인수인으로서 책임을 지고(332-1), 허락없이 타인명의로 청약한 경우는 실제 청약한 명의차용인이 주식인수인이 되지만 명의대여자도 연대하여 납입책임진다(332-2). .의사표시하자에 대한 특칙 - 주식인수는 청약과 승낙(배정)이라는 의사표시로 이루어지는 법률행위이므로 의사표시의 무효.취소에 관한 이론이 적용된다. 다만, 주식인수는 다수인이 관여하는 단체법상의 행위이기 때문에 민법 107조의 예외로 악의인 비진의의사표시도 유효로 본다(302-3). 즉, 청약인이 진의가 아니면서 주식청약 한 것을 발기인이 알았다 하더라도 주식청약은 유효하다.</p>

V. 출자의 이행

발 기 설 립	모 집 설 립
<p>.금전출자시는 인수후 지체없이 인수가액 전액을 납입(295-1, 전액납입주의). 발기인은 납입을 맡은 은행 기타 금융기관과 장소를 정하고 이곳에 납입해야 한다(302-2 4호). 납입금보관자에게 납입하면 납입금보관증명을 발급해 주는데, 이 증명은 설립등기시의 구비서류이다. 단 자본금총액이 10억원 미만인 소규모주식회사를 발기설립하는 경우에는 금융기관의 잔고증명서로 대체가능(주금납입금보관증명서는 발급절차가 번거로움).</p> <p>.납입에 관해 상계로써 회사에 대항할 수 없다(334, 자본유지위해).</p> <p>.현물출자시는 납입기일까지 출자목적재산을 인도하고 필요한 서류도 교부해야 한다(295조 2항)</p> <p>.발기인이 출자이행 않으면 채무불이행에 의한 강제집행하든가, 그렇지 않으면 회사불성립의 결과가 된다. 모집설립과 달리 실권제도는 없다. 그러나 납입불이행부분이 근소하면 발기인이 연대하여 납입담보책임을 지고(321-2), 납입불이행부분이 상당하면 회사설립 무효의 사유가 된다.</p>	<p>.주식인수인은 배정된 주식수에 따라 인수가액을 납입할 의무를 부담하고(303), 발기인은 지체없이 주식인수인의 인수가액 전부를 납입시켜야 함(305-1, 전액납입주의).</p> <p>.납입에 관해 상계로써 회사에 대항할 수 없다(334) - 일반적으로 주식청약시에 즈금액의 상당액을 청약증거금으로 미리 납부하므로, 주식배정 받으면 증거금이 주금의 납입으로 대체되고 별도의 납입은 없다.</p> <p>.납입장소는 주식청약서에 기재된 장소인 은행 또는 기타 금융기관에 한하고, 납입장소의 변경은 법원의 허가를 받아야 한다.</p> <p>.실권절차(307) - 주식인수인이 출자이행 않으면, 발기인은 일정한 기일까지 실권한다는 통지를 그 기일의 2주간 전에 주식인수인에게 통지. 주식인수인이 그 기일내에 이행 않으면 실권. 발기인은 다시 주주를 모집할 수 있다. 실제로는 주식청약시 납입금에 상당하는 청약증거금 내므로 실권절차 이용될 여지는 없다.</p>

.가장납입

① 통모가장납입 - 발기인이 은행과 통모하여 금전을 차입하여 주식납입에 충당하고, 그 차입금 변제시까지는 그 예금을 인출하지 않기로 은행과 약정하는 것. 그러나 318조의 규정으로 통모가장납입은 방지된다. 즉, 통모가장납입인 경우에도 발기인.이사가 납입금보관증명서의 교부를 은행에 청구하면 은행은 증명서를 교부해 주어야 하고, 교부해준 후에는 통모가장납입을 이유로 회사의 인출요구를 거부할 수 없다. ∴은행은 회사와 통모가장납입약속을 안한다. 그래서 위장납입방법이 등장하였다.

② 위장납입 - 발기인이 제3자에게서 금전은 차입하여 주식납입에 충당하고 설립등기후 인출하여 변제하는 방법. 판례는 돈의 이동에 따른 현실의 납입이 있으므로 유효하다고 하나, 통설은 실질적인 자본구성이 없으므로 무효라고 한다.

VI. 임원선임

발 기 설 립	모 집 설 립
<p>.출자의 이행이 완료된 후에 발기인은 발기인총회에서 의결권의 과반수로 이사, 감사를 선임해야 한다(출자자로서의 발기인이므로 1주 1의결권, 296-1).</p> <p>.발기인은 의사록을 작성하여 의사의 경과와 그 결과를 기재하고 기명날인 또는 서명해야 한다(297).</p>	<p>.출자이행완료후 주식인수인으로 구성되는 창립총회에서 이사, 감사를 선임한다(312).</p> <p>.창립총회는 발기인이 소집하고(308-1), 총회결의는 출석한 주식인수인의 의결권의 2/3이상이고 인수된 주식총수의 과반수에 해당하는 다수로 한다(309, 특수결의).</p>

.임원이 선임되면 그때부터 임원이 설립중의 회사의 기관이 된다.

.이사는 이사회를 열어 대표이사를 선임해야 한다(389-1).

VII. 설립경과의 조사

발 기 설 립	모 집 설 립
<p>.이사, 감사는 취임후 지체없이 회사의 설립에 관한 모든 사항이 법령 또는 정관의 규정에 위반되지 않는지의 여부를 조사하여 발기인에게 보고해야 한다(298-1).</p> <p>.그러나 이사, 감사중 발기인이었던 자, 현물출자자, 재산인수계약당사자는 위 조사.보고에 참가하지 못한다(298-2).</p> <p>.이사, 감사 전원이 이에 해당하는 때에는 이사는 공증인으로 하여금 위 조사.보고를 하게 하여야 한다(298-3). 조사의 공정을 기하기 위함이다.</p>	<p>.발기인은 주식인수와 납입에 관한 제반사항 및 변태설립사항에 관한 실태 등 회사의 창립에 관한 사항을 서면에 기재하여 창립총회에 보고해야 한다(311-1, 2).</p> <p>.이사, 감사는 취임후 지체없이 회사의 설립에 관한 모든 사항이 법령 또는 정관의 규정에 위반되지 않는지의 여부를 조사하여 창립총회에 보고해야 한다(313-1).</p> <p>.그러나 이사, 감사중 발기인이었던 자, 현물출자자, 재산인수계약당사자는 위 조사.보고에 참가하지 못한다(313-2).</p> <p>.이사, 감사 전원이 이에 해당하는 때에는 이사는 공증인으로 하여금 위 조사.보고를 하게 하여야 한다(313-3). 조사의 공정을 기하기 위함이다.</p> <p>.창립총회에서는 정관변경 또는 설립폐지의 결의를 할 수 있으며(316-1), 소집통지에 이런 기재가 없는 경우에도 가능하다(316-2).</p>
<p>.변태설립사항이 있는 경우에는 이사는 이에 관한 조사를 하게 하기 위해 검사인의 선임을 법원에 청구해야 한다(298-4, 310-1).</p> <p>.검사인은 변태설립사항과 현물출자의 이행에 관한 사항을 조사하여 법원(발기설립) 또는 창립총회(모집설립)에 보고해야 한다(299-1, 310-2). 이 보고서에 사실과 상위한 사항이 있는 때에는 발기인은 그에 대한 설명서를 법원에 제출할 수 있다(299-3).</p> <p>.법원(발기설립) 또는 창립총회는 검사인의 조사보고서와 발기인의 설명서를 심사하여 변태설립사항이 부당하다고 인정한 때에는 이를 변경하여 각 발기인에게 통고할 수 있다(300-1, 314-1). 이 변경처분에 대해 발기인과 이사는 통고에 따라 정관을 변경하여 설립절차를 속행하든지, 아니면 설립을 포기할 수 있다. 그리고 변경처분에 대해 직접 이해관계를 가진 발기인은 주식의 인수를 취소할 수 있는데, 이 때에는 정관을 변경하여 설립절차를 속행할 수 있다(300-2).</p> <p>.법원의 통고가 있을 후 2주간 내에 주식의 인수를 취소한 발기인이 없는 때에는 정관은 통고에 따라 변경된 것으로 본다(300-3).</p> <p>.변태설립사항이 발기인에게 특별한 이익을 부여하거나 보수를 주거나 회사가 부담할 설립비용을 정하는 것인 때에는 공증인의 조사로 법원이 선임하는 검사인에 의한 조사를 대체할 수 있고, 변태설립사항이 현물출자와 재산인수에 관한 것인 때에는 공인된 감정인의 감정으로 조사를 대체할 수 있다(299조의 2). 이사는 일반적으로 보다 간편한 공증인의 조사나 감정인의 감정을 택할 것이므로 법원의 검사인제도는 사실상 사문화된 것으로 보인다.</p>	

VIII. 설립등기

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

- 설립등기시 등기할 사항(317조)

목적, 상호, 회사가 발행할 주식의 총수, 1주의 금액, 본점의 소재지, 회사가 공고를 하는 방법, 발행주식의 총수 및 그 종류와 각종 주식의 내용과 수, 자본의 총액, 이사·감사의 성명·주민등록번호
.....

- 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).