

〈판례평석〉

## 發起人과 設立中의 會社

崔 基 元\*

### [事實關係]

1. 訴外 社團法人 천안기계공업센터(이하 訴外 法人이라고 한다)는 중소기업시범공단을 설치하기 위한 공업용지조성사업을 추진하기 위하여 Y市와의 사이에 土地買入資金은 訴外 法人이 부담하되 다만 買受人名義는 사업시행의 편의상 Y市 앞으로 하기로 협의를 마친 다음 토지매수에 들어갔는데, 賣渡人들이 一畢地의 부분매도를 거부하는 바람에 그 공단내에 편입되지 않는 이 事件 土地도 前所有者들로부터 매수하여 Y市 앞으로 所有權移轉登記를 마쳤다.

2. 그런데 訴外 (甲) 등은 장차 X株式會社를 설립할 준비를 하던 중, 1982년 11월 30일 우선 設立準備委員인 (甲)의 친형인 訴外 (乙) 名義로 訴外 法人과의 사이에 이 사건 토지에 관하여 매매대금은 14,435,750원으로 정하여 매매계약을 체결하고 계약당일 계약금으로 5,610,750원, 同年 12월 23일 중도금으로 2,000,000원을 지급하였는데, 1983년 4월 16일 X株式會社의 設立登記를 마치자 訴外 法人의 동의를 얻어 買受人名義를 X株式會社로 변경하였고, 同年 7월 27일에는 잔금으로 6,825,000원을 지급하였다.

### [原審: 大田地方法院 1993. 9. 3, 92 나 5927 判決]

이 사건 토지에 관하여 경료된 被告(Y市) 名義의 登記는 訴外 法人이 被告에게 名義信託한 것이라 할 것이므로 信託者인 訴外 法人은 名義受託者인 被告에 대한 의사표시로서 이 사건 名義信託約定을 解止할 수 있다 할 것이고, 이 사건 토지를 訴外 法人으로부터 매수한 原告(X株式會社)는 同法人에 대한 所有권이전등기청구권을 보전하기 위하여 자신의 債務者인 위 法人을 代位하여 原·被告간의 이 사건 名義信託約定을 해지하고 被告에게 위 法人에 대하여 이 사건 토지에 관한 所有권이전등기절차를 이행할 것을 요구할 권리가 있다고 할 것이다.

---

\*서울대학교 법과대학 교수

## [大法院 1994. 1. 28, 93 다 50215 判決]

設立中の 會社는 定款이 작성되고 發起人이 적어도 1주 이상의 株式을 引受하였을 때 비로소 성립된다. 이 사건 매매계약 체결당시 X는 設立中の 會社에도 해당하지 아니하였으므로, 이 사건 매매계약의 효력이 곧바로 X에게 귀속된다고는 볼 수 없다. 設立中の 會社로서의 실체가 갖추어지기 이전에 發起人이 취득한 權利·義務는 구체적인 사정에 따라 發起人 個人 또는 發起人組合에 귀속되므로, 이들에게 귀속된 權利·의무를 設立後의 會社에 귀속시키기 위하여는 讓受나 債務引受 등의 特別한 移轉行爲가 있어야 한다. 이 사건에서 X는 訴外 法人과의 사이에 이 사건 매매계약에 따른 買受人의 지위를 인수하였으므로, 결국 원심판결의 위법은 판결결과에 영향이 없다.

## [解 說]

## 1. 序 說

X株式會社(原告)는 訴外 法人으로부터 이 사건 토지를 매수하였음을 들어 同 法人을 代位하여 Y市(被告)를 상대로 위 토지에 관한 소유권이전등기절차이행의 소를 제기하였으나, 매매계약 체결당시인 1982년 11월 30일에는 X會社가 성립되지 아니하였음은 물론 그 당시 이른바 「設立中の 會社」에도 해당하지 아니하였기 때문에 X會社가 이 사건 토지의 매매계약에 따른 권리를 취득할 수 있는가 하는 문제가 있다. 이 문제의 해결을 위하여는 우선 設立된 會社를 위한 토지의 매수행위가 發起人の 권한에 속하는 행위인가 하는 점을 검토할 필요가 있다. 만약에 이러한 행위가 發起人の 권한에 속한다면 토지를 매수한 發起人の 행위는 동시에 發起人組合의 행위가 될 것이며 이후 設立中の 會社가 창립되면 당연히 設立中の 會社에 이전되고, 會社가 성립하면 성립된 會社에 귀속된다고 할 것이다.

## 2. 發起人の 權限

發起人이란 실질적으로는 會社設立의 기획자라고 할 수 있지만, 형식적으로는 發起人으로서 定款에 記名捺印한 자를 말한다. 그러므로 定款에 記名捺印한 자는 실제로 會社設立의 기획에 직접 참여하지 않더라도 發起人이며, 반대로 실제로는 설립에 참여하고 있지만 定款에 記名捺印하지 않은 자는 發起人이 아니다. 그러나 後者の 경우에 자기를 發起人으로 오인하게 한 자는 類似發起人으로서 發起人과 동일한 책임을 지는 경우가 있다(商 327조). 그리고 發起人은 定款에 記名捺印함과 동시에 적어도 1주 이상의 株式을 인수하여야 한다(商 293조). 또한 發起人은 7인 이상이어야 한다(商 288조). 한편 法務部의 商

法改正案에 의하면 發起人을 2인 이상으로 축소하고 있다. 그러나 미국, 독일(1994), 일본(1990) 등은 1인의 發起人에 의해서도 株式會社의 設立을 가능하게 하고 있다. 立法論으로는 우리의 경우도 굳이 株式會社의 設立을 위하여 複數의 發起人을 그 요건으로 할 필요는 없다고 할 것이다. 發起人이 1인으로 되면 發起人組合이 성립될 여지는 없게 된다.

發起人의 權限에 관한 通說인 제1설에 의할 경우 發起人은 法人인 會社의 設立 自體를 위한 행위(定款의 作成, 株式의 引受, 設立登記 등)만을 할 수 있고 開業準備行爲(점포·기계·공장의 구입, 영업의 매수 등)는 법정의 요건(商 290조 3호, 299조, 310조)을 구비한 경우에만 財産引受에 한하여 할 수 있다. 그밖에 設立 자체를 위하여 필요한 去來行爲(設立사무소의 임차, 주식청약서 등의 인쇄, 주주모집광고 등)도 할 수 있으나 이로 인한 債務는 發起人이 辨濟하고 發起人은 법정의 요건(商 290조 4호, 299조, 310조)을 구비한 設立費用의 범위 내에서 會社에 대하여 求償할 수 있다고 본다. 즉 發起人은 會社의 設立 그 자체와 設立을 위하여 필요한 행위만을 할 수 있다는 것이 多數說이다.<sup>(1)</sup> 일본에서는 發起人의 權限에 관하여 設立 自體를 위한 행위만을 할 수 있다는 說과 會社의 設立을 위하여 법률적, 경제적으로 필요한 행위를 할 수 있다는 說을 구분하여 설명하고 있고, 우리나라에도 이와 같이 구분하는 설이 있다. 그러나 前說의 경우도 設立을 위하여 필요한 행위를 할 수 있는 것이고 後說의 경우에도 당연히 設立 자체를 위한 행위가 포함되는 것이므로 兩說을 구분하는 것은 의미가 없다고 할 것이다.

제2설은 會社의 設立 그 자체와 設立을 위하여 필요한 行爲뿐만 아니라 會社의 成立後에 開業을 위한 準備行爲도 할 수 있다고 한다. 그 이유로 「設立中의 會社는 성립 후의 會社의 設立을 목적으로 하여 존재하므로, 그 執行機關인 發起人의 權限은 會社의 設立에 필요한 행위에 그친다고 할 것이다. 그러나 여기에서 會社의 設立에 필요한 행위라 함은 現物出資의 대상이 營業인 경우에는 營業活動의 遂行까지 포함하며, 필요한 경우에는 開業準備行爲도 할 수 있는 것으로 탄력성 있게 풀어야 한다」고 한다.<sup>(2)</sup> 이들에 의하면 成立後의 會社의 保護는 發起人의 책임에 관한 규정(商 321조, 322조)에 의하여 해결된다고 한다. 그리고 商法에서 財産引受를 變態設立事項으로 하고 있는 것(商 290조 3호)은 開業準備行爲중에서도 특히 위험성이 많기 때문에 그 남용을 방지하기 위하여 법정한 것이라고 한다. 그러나 이러한 입장은 會社의 設立에 관하여 嚴格準則主義를 채용하고 있는 현행법의 해석으로는 무리가 있고 設立된 會社의 資本充實을 害할 우려가 있다는 점에서 문제가 있다고 할 것이다. 財産引受 이외에 開業準備行爲에도 위험성이 많은 행위가

(1) 鄭熙詰, 商法學(上), 365면; 徐燉珪, 第三全訂 商法講義(上), 292면; 崔基元, 第六增補版 新會社法論, 260면; 李泰魯·李哲松, 第二全訂版 會社法講義, 187면; 李基秀, 會社法, 236면; 蔡利植, 商法講義(上), 402면.

(2) 鄭東潤, 第三訂版 會社法, 105면; 鄭燦亨(鄭熙詰 共著), 商法原論(上), 588면.

적지 않은데 그러한 모든 행위를 發起人이 무제한으로 할 수 있다면 그 행위의 효과가 모두 성립된 會社에 귀속되는 경우에 會社의 존속을 위태롭게 할 수 있을 것이다. 이러한 위험을 發起人의 引受·納入擔保責任에 관한 규정(商 321조)이나 發起人이 그의 권한에 속하는 행위를 한 것이 되어 發起人의 損害賠償責任에 관한 규정(商 322조)에 의하여 해결될 수 있는지는 의문이다. 또한 이 설은 設立中の 會社의 존재를 전제로 하고 있으나 發起人의 權限은 設立中の 會社의 創立前後를 구별하여 다르게 해석할 필요는 없다고 본다. 大法院은 1970년 8월 31의 판례(70 다 1357)에서 「장래 운송사업을 목적으로 設立中인 會社의 發起人이 發起人代表로서 자동차조립계약을 체결한 경우에 이 계약은 會社設立事務의 집행을 위하여 체결한 것으로 보고 자동차조립대금을 성립한 會社가 변제하여야 한다」고 하여 제2설의 입장이라고 할 수 있을 것이다. 이와는 달리 이 判例를 「發起人代表가 會社 설립을 위한 필요로 인하여 자동차조립계약을 체결한 것이므로 그 행위의 효력은 被告會社에 귀속한다고 판시하였으므로 이는 會社의 성립에 필요한 거래행위를 할 수 있음을 인정한 것이 분명하다」고 하면서 이는 제1설의 입장임이 명백하고 이 판결만으로는 大法院이 開業準備行爲까지도 發起人의 권한범위로 인정한 것인지는 분명하지 않다고 하는 입장도 있다.<sup>(3)</sup> 이 評釋의 對象인 判例에서는 「設立中の 會社로서의 實體가 갖추어지기 이전에 發起人이 취득한 權利·義務은 구체적인 사정에 따라 發起人 個人 또는 發起人組合에 귀속되므로 이들에게 귀속된 權利·義務을 設立後의 會社에게 귀속시키기 위하여는 讓受나 債務引受 등의 특별한 이전행위가 있어야 한다」고 하였는데, 어떠한 행위이든 設立中の 會社가 創立되기 이전에 한 행위를 設立後의 會社에 귀속시키려면 讓受나 債務引受 등의 특별한 이전행위가 있어야 된다는 의미인지, 開業準備行爲에 한하여 設立中の 會社가 창립되기 전에 하였을 때에는 특별히 成立後의 會社에 귀속시키려면 讓受나 債務引受 등의 이전행위가 있어야 한다는 뜻인지 명확하지 않다. 그러나 發起人의 권한에 속하는 행위는 設立中の 會社의 창립전에 하였더라도 이후 창립된 設立中の 會社에 이전되고, 會社가 성립하면 성립된 會社에 귀속된다고 하는 것이 타당하다. 즉 設立中の 會社가 창립된 다음에 한 행위라고 하여 發起人의 權限外의 行爲도 成立된 會社에 귀속되는 것은 아니라고 할 것이다. 그러므로 判例가 이 사건 토지의 매매계약이 設立中の 會社로서의 실체가 갖추어지기 이전에 체결되었다는 이유만으로 發起人이 취득한 權利·義務을 設立後의 會社에 귀속시키려면 讓受나 債務引受 등의 특별한 이전행위가 있어야 한다고 한 것은 결론에는 찬성하나 그 이유는 發起人의 권한에 관한 법리를 오해한 것이 아닐 수 없다.

(3) 崔秉鶴, 開業準備行爲와 發起人의 責任, 裁判資料 제37집 48면 이하.