

(2) **지배인 선임행위의 법적 성질·방식**: 지배인 선임행위의 법적 성질과 방식에 대하여는 학설의 대립이 있다.¹⁾

(3) **지배인의 수·임기·자격**: 지배인의 수와 임기에는 제한이 없으며, 지배인의 자격에 있어서는 성질상 법인은 지배인이 될 수 없고 자연인이어야 한다. 자연인인 이상 행위능력자이든 제한능력자이든 관계없다.

- 보충** ① 주식회사와 유한회사의 감사는 그 직무상 당해 회사나 자회사의 지배인을 겸임할 수 없다(제411조, 제569조).
- ② 어느 상인의 상업사용인, 무한책임사원 또는 이사가 다른 상인의 지배인을 겸할 경우에는 겸업금지의 제한을 받는다(제17조 제1항).

2) 종 임

지배인의 대리권은 대리권의 소멸에 관한 일반원칙에 따라 고용 또는 위임관계의 종료에 의하여 소멸한다(민법, 제128조). 즉, 지배인의 사망·성년후견개시 또는 파산, 영업주의 해임, 회사의 해산, 지배인의 사임, 영업주의 파산, 영업의 폐지 등에 의하여 소멸한다. 지배인이 영업을 양수하여 영업주인 상인이 된 경우에는 대리권이 소멸하지만, 영업주가 제3자에게 영업을 양도한 경우 지배인의 대리권이 소멸하는가에 대해서는 학설의 대립이 있다.²⁾ 그러나 지배인의 대리권은 영업에 관하여 수여한 대리권이므로 영업주의 사망에 의하여 소멸되지 않는다(제50조).

3) 등 기

지배인의 선임과 종임은 등기사항이므로, 영업소(회사의 경우 본점을 말한다)의 소재지에서 등기하여야 한다(제13조). 지배인의 선임 또는 종임 등기를 하여야 선임 또는 종임에 대한 사실로 선의의 제3자에게 대항할 수 있다(제37조 제2항).

1) 【학설】 지배인 선임행위에 관한 학설

- ① 선임행위의 법적 성질: 지배인의 선임행위의 법적 성질에 관해서는 지배인의 수령을 요하는 영업주의 단독행위라는 견해, 반드시 고용계약 등에 의하여야 하는 것은 아니므로 단순한 대리권의 수여행위로 보는 견해(다수설), 고용계약 또는 위임계약과 결합된 대리권수여행위라는 견해가 있다.
- ② 선임행위의 방식: 지배인의 선임행위에는 특별한 방식이 없으며 명시적·묵시적 또는 서면·구두의 어떤 방식이든 가능하다는 견해(다수설), 포괄적 대리권을 수여하는 행위이므로 명시적인 의사표시에 의하여야 한다는 견해가 있다.

2) 【학설】 영업양도와 지배인의 대리권 소멸에 관한 학설

- ① 부정설: 영업양도의 경우 기업을 유지하기 위하여 지배인은 종임하지 않는다고 한다(다수설).
- ② 긍정설: 지배인과 영업주의 특별한 신뢰관계에 의하여 지배인은 영업주만이 선임할 수 있기 때문에 영업양도의 경우 대리권은 소멸한다고 한다.

5) 무권대리행위

지배인이 자기의 권한 범위 외의 행위를 한 경우나 지배인이 아닌 자가 지배인과 같은 대리행위를 한 경우에는 표현지배인제도가 민법상 표현대리제도가 적용될 수 있다. 뿐만 아니라 이 경우 민법상 사용자배상책임이 인정될 수 있다. 이와 같은 표현지배인, 표현대리, 사용자배상책임이 인정되면 무권대리행위의 상대방은 영업주에 대하여 책임을 물을 수 있다.

4. 공동지배인

1) 의 의

영업주는 수인의 지배인으로 하여금 대리권을 공동으로 행사하게 할 수 있다(제12조 제1항). 이 경우의 지배인을 공동지배인이라 한다. 수인을 공동지배인으로 선임하거나 그 사항을 변경한 때에는 영업소(회사의 경우 본점을 말한다)의 소재지에서登記하여야 한다(제13조 제2문).

2) 효 과

(1) 대리권의 위임: 공동지배인제도는 대리권의 남용을 사전에 방지하고 영업주의 이익을 보호하고자 하는 데 그 목적이 있다. 따라서 공동지배인 중 일부가 타인에게 포괄적으로 대리권을 위임하는 것은 공동지배인 제도의 입법취지를 몰각시키는 결과가 되므로 인정할 수 없다는 데 이설이 없으나, 대리권의 개별적 위임이 가능한가에 대해서는 학설의 대립이 있다.¹⁾

(2) 대리권의 행사: 공동지배인은 공동으로만 영업주를 위하여 거래상대방에게 의사표시를 할 수 있다. 따라서 어음행위와 같은 요식행위에서는 공동지배인 전원이 기명날인 또는 서명하여야 비로소 완전한 상인 본인을 위한 어음행위가 된다. 그러나 수동대리행위에 대하여는 거래의 원활과 신속을 위하여 각자가 대리권을 갖는다. 즉, 제3자의 공동지배인 중 1인에 대한 의사표시도 영업주에 대하여 효력이 있다(제12조 제2항).

1) [학설] 공동지배인의 대리권의 개별적 위임에 관한 학설

- ① 부정설: 특정한 종류 또는 특정한 행위에 대하여 전원의 의사가 합치된 때에 그 의사표시만으로 다른 공동지배인에게 개별적으로 위임하는 것은 공동지배인제도에 어긋난다거나 쌍방대리금지의 법리에 어긋난다고 한다.
- ② 긍정설: 개별적 위임은 대리권남용의 위험이 적고, 기업활동의 원활성 또는 상거래의 신속성을 기할 필요가 있기 때문에 가능하다고 한다(다수설). 이러한 긍정설에서는 어음(수표)행위나 재판상의 행위도 내부적 합치만 있다면 개별적 위임이 가능하다는 견해와, 개별적 위임을 긍정하더라도 어음(수표)행위와 같은 요식행위나 재판상의 행위는 그 성질상 반드시 공동으로 하여야 한다는 견해가 있다.

다섯째, 파산사건 및 회생사건의 경우에 채무자의 영업소는 관할법원을 결정하는 기준이 된다.

여섯째, 지배인 선임의 단위가 되며, 표현지배인의 인정을 위한 기준이 된다.

일곱째, 회사의 각종 서류(정관·주주명부·주주총회
의사록·채무제표 등)의 비치장소이다.

심조판례 민법 제467조 제2항의 ‘영업에 관한 채무’는 영업과 관련성이 인정되는 채무를 의미하고, ‘현 영업소’는 변제 당시를 기준으로 그 채무와 관련된 채권자의 영업소로서 주된 영업소(본점)에 한정되는 것이 아니라 그 채권의 추심 관련 업무를 실제로 담당하는 영업소까지 포함된다. 따라서 영업에 관한 채무의 이행을 구하는 소는 제소 당시 채권 추심 관련 업무를 실제로 담당하는 채권자의 영업소 소재지 법원에 제기할 수 있다(대법원 2022.5.3.자
2021마6868결정).

II. 지점에 대한 효과

지점도 본점으로부터 분리되어 영업활동을 할 수 있으므로, 지점거래로 인한 채무이행의 장소, 지점영업만의 양도, 지점대리인의 대리권의 범위제한, 지점영업에 관한 표현지배인의 인정기준 등의 법적 효력이 인정된다.

상업등기

제 1 절

상업등기의 개념

I. 의 의

상업등기란 상법규정에 의하여 상업등기부에 등기하여야 하는 사항을 법정의 절차에 따라 영업소(회사의 경우 본점을 말한다)의 소재지를 관할하는 법원의 상업등기부에 기재하는 것을 말한다(제34조). 따라서 선박등기, 부동산등기, 상호보험회사의 등기 등은 상업등기에 속하지 않는다. 그러나 상호보험회사에는 상법규정이 준용된다. 상업등기는 대외적 상거래가 원만히 이루어지게 하고 이해관계인을 보호하기 위해 제3자가 법적 이해관계를 갖는 사항들에 대해서 간접적으로 공시하는 방법의 하나이다.

II. 상업등기부의 종류

상업등기부에는 11가지가 있다. 미성년자등기부, 법정대리인등기부, 지배인등기부, 상호등기부, 합자조합등기부, 합명회사등기부, 합자회사등기부, 유한책임회사등기부, 주식회사등기부, 유한회사등기부, 외국회사등기부가 이에 해당한다(상업등기법 제11조 제1항).

Ⅲ. 등기사항

1. 절대적·상대적 등기사항

절대적 등기사항이란 반드시 등기해야 하는 사항을 말하며(예 지배인 선임 등기 등, 대부분의 상법상 등기사항), 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항할 수 없다. 회사의 경우에는 개인기업과 달리 등기하지 않는 경우 과태료의 처분을 받는다(제635조 제1항 제1호). 상대적 등기사항이란 등기할 수 있는 권리가 있을 뿐이고 의무가 없는 등기사항을 말한다(예 개인상인의 상호등기, 영업양수인의 채무불인수의 등기). 상대적 등기사항이라도 일단 등기 후에는 절대적 등기사항과 동일하게 그 변경이나 소멸이 있는 경우에는 등기당사자는 지체없이 변경 또는 소멸등기를 하여야 한다(제40조).

2. 창설적·선언적·면책적 등기사항

창설적 등기사항이란 법률관계의 창설을 위한 등기사항을 말하며(예 회사설립등기, 합병등기), 선언적 등기사항이란 유효하게 형성된 법률관계의 선언을 위한 등기사항이며(예 지배인 해임등기 등), 면책적 등기사항이란 등기를 기준으로 일정한 책임이 소멸되는 효과를 가져오는 등기사항을 말한다(예 합병회사 사원의 퇴사등기).

2. 등기 후의 효력

등기할 사항을 등기한 후에는 선의의 제3자에게도 등기사항으로 대항할 수 있다. 따라서 등기한 후에는 제3자의 악의가 의제되는 것이다.

그러나 등기한 후라도 정당한 사유로 인하여 제3자가 등기사항을 알지 못한 경우에는 등기당사자는 이로써 대항할 수 없다(제37조 제2항). 여기서 '정당한 사유로 인하여'란 교통두절이나 등기부의 소실 등의 객관적 사유로 제3자가 등기부 열람이 불가능했던 경우를 말하며, 제3자의 장기여행이나 질병 등의 주관적 사유는 포함되지 않는다.

등기사항을 알지 못한 점 및 정당한 사유로 인하여 등기부를 열람하지 못한 점에 대해서는 제3자가 입증책임을 진다(통설).

3. 대항력의 인정범위

1) 거래관계

상업등기의 제3자에 대한 대항력은 원칙적으로 법률행위에 의한 거래관계에만 적용된다. 따라서 당사자(☞ 영업주와 지배인) 내부에서 나타나는 법률관계에는 적용의 여지가 없다.

2) 소송관계

지배인의 대리권은 소멸하였으나 이를 등기하기 전에 지배인이었던 자가 소장을 수령하거나 또는 구 대표이사의 중임등기가 되지 않은 상태에서 구 대표이사를 상대로 선의의 제3자가 소송을 수행하는 경우에, 상법 제37조가 적용되는가에 대하여는 학설의 대립이 있다.¹⁾

3) 공법관계

상업등기의 대항력은 외관법리를 근거로 하므로 외관법리가 적용되지 않는 조세관계 등 공법관계에는 적용되지 않는다(판례·통설).

1) 소송관계에 대해서는 소송행위의 성질상, 즉 절차의 명확성이나 안정성을 중시하여 적용되지 않는다는 부정설(대법원 1994.2.22.선고 93다42047판결)과, 소송행위도 거래활동의 연장이므로 상법 제37조가 적용된다는 긍정설(통설)이 있다.

있는 자(예 제한능력의 법정대리인, 사기·강박·착오의 의사표시를 한 자, 사해행위를 한 사원의 채권자 등)이다.

(2) **피 고**: 피고에 대해서는 특별한 법규정은 없으나, 회사를 피고로 한다는 데에 이론(異論)이 없다. 다만, 사해행위(詐害行爲)에 의한 설립취소의 경우에는 회사와 그 사원을 공동 피고로 한다(제185조).

3) 소의 성질

회사의 설립무효 또는 취소의 소는 형성의 소이다.

4) 소제기 절차

(1) **제기기간**: 회사설립의 무효 또는 취소의 소제기기간은 회사가 성립한 날로부터 2년 내에 한한다(제184조, 제269조, 제287조의6, 제328조 제1항, 제552조 제1항). 이 기간은 제척기간에 해당한다.

(2) **관 할**: 회사설립의 무효 또는 취소의 소는 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다(제186조, 제269조, 제287조의6, 제328조 제2항, 제552조 제2항).

(3) **소제기의 공고**: 설립무효 또는 취소의 소가 제기된 때에는 회사는 지체없이 이를 공고 하여야 한다(제187조, 제269조, 제287조의6, 제328조 제2항, 제552조 제2항).

(4) **소의 병합**: 수개의 소가 제기된 때에는 법원은 이를 병합심리하여야 한다(제188조, 제269조, 제287조의6, 제328조 제2항, 제552조 제2항).

(5) **법원의 자유재량권**: 설립무효 또는 취소의 소가 계속 중 그 원인이 된 하자가 보완되고 회사의 현황과 제반 사정을 참작하여 설립을 무효 또는 취소로 하는 것이 부적당하다고 인정할 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있다(제189조, 제269조, 제287조의6, 제328조 제2항, 제552조 제2항).

2. 무효 또는 취소의 판결의 효력

1) 원고승소의 효력

(1) **등 기**: 설립무효 또는 취소의 판결이 확정되면 본점의 소재지에서 이를 등기하여야 한다(제192조, 제269조, 제287조의6, 제328조 제2항, 제552조 제2항).

(2) **불소급효**: 판결의 효력은 소급하여 효력이 발생하지 않으며(제190조 단서, 제269조, 제287조의6, 제328조 제2항, 제552조 제2항), 따라서 회사는 해산에 준하여 청산하여야 한다. 이와 같은 상태를 사실상의 회사라 한다.

(3) **대세적 효력**: 판결의 효력은 원고와 피고인 회사뿐만 아니라 제3자에 대해서도 미친다(제190조 본문, 제269조, 제287조의6, 제328조 제2항, 제552조 제2항). 따라서 설립무효 또는 취소의 판결확정 후에는 누구도 설립의

3. 조직변경의 등기

조직변경의 경우 편의상 등기의 기술적 처리를 위해 변경 전의 회사는 본점소재지에서 2주일 내에 조직변경 전 회사는 해산등기, 변경 후의 회사는 설립등기를 하게 하고 있다(제243조, 제286조 제3항, 제287조(제44, 제606조, 제607조 제5항)). 조직변경의 효력발생시기에 대하여는 학설의 대립이 있다.¹⁾

반면에 조직변경을 하는 회사가 소유하는 부동산에 대해서는 조직변경의 등기와 달리 이전등기가 아니라 변경등기만 하면 된다.

II. 각 회사의 조직변경

1. 합명회사의 합자회사로의 조직변경

합명회사는 총사원의 동의로 합자회사로 조직을 변경할 수 있으며, 이때 일부 사원을 유한책임사원으로 하거나 새로이 유한책임사원을 가입시키는 방법으로 한다(제242조). 조직변경으로 인해 무한책임사원이 유한책임사원이 되었을 때에는 종전의 회사 채무에 대하여 조직변경등기 후 2년 내에는 무한책임사원으로서의 책임을 진다(제244조).

2. 합자회사의 합명회사로의 조직변경

합자회사는 총사원의 동의로 합명회사로 조직을 변경할 수 있으며(제286조 제1항), 이때 유한책임사원은 무한책임사원이 된다. 무한책임사원이 된 유한책임사원은 종전의 회사 채무에 대하여 조직변경등기 후에는 무한책임을 진다. 무한책임사원만 잔존하게 된 경우에는 그 사원들의 동의에 의해 합명회사로 조직을 변경할 수 있다(제286조 제2항).

3. 주식회사의 조직변경

1) 유한회사로의 조직변경

주식회사는 총주주의 동의로 유한회사로의 조직변경이 가능하지만(제604조 제1항), 주식회사는 사채를 상환하기 전에는 유한회사로 조직을 변경하지 못한다(제604조 제1항 단서). 조직변경 전 회사의

1) 【학설】 조직변경의 효력발생시기에 관한 학설

조직변경의 효력발생시기에 대해서는 상법 제244조가 책임변경사원이 무한책임을 지는 기간의 기산점을 등기시로 하고 있는 것은 등기시에 조직변경의 효력이 발생함을 전제로 한 것으로 볼 수 있으므로 조직변경의 등기시라는 견해(통설)와 현실적으로 조직이 변경되었을 때라는 견해가 있다.

(2) **보고총회**: 흡수합병의 경우에 존속하는 주식회사나 유한회사의 이사는 채권자보호 절차가 종료한 후, 합병으로 인하여 주식병합이 있을 때에는 그 효력이 생긴 후, 병합에 적당하지 않은 주식이 있을 때에는 합병 후 존속하는 회사에 있어서는 단주 처리 후, 소규모합병의 경우에는 상법 제527조의3 제3항 및 제4항의 절차를 종료한 후 지체없이 합병에 관한 보고총회를 소집하여 합병에 관한 사항을 보고하여야 한다(제526조 제1항, 제603조).

보고총회에서는 합병 당시에 발행하는 신주의 인수인은 주주와 동일한 권리가 있다(제526조 제2항). 주식회사의 보고총회에 대한 보고는 이사회의 공고로써 갈음할 수 있다(제526조 제3항, 제527조 제4항).

8. 회사합병의 등기

합병절차가 끝난 때에는 합병등기를 하여야 한다. 본점소재지에서 2주일 내에 존속회사는 변경등기, 소멸회사는 해산등기, 신설회사는 설립등기를 하여야 한다(제233조, 제528조 제1항).

이 기간은 합병회사와 합자회사 및 유한책임회사에서는 합병절차가 끝난 때로부터 기산한다(제233조, 제269조, 제287조의41). 주식회사가 합병한 때에는 흡수합병의 경우에는 보고총회가 종결한 날 또는 이사회의 공고일, 신설합병의 경우에는 창립총회가 종결한 날 또는 이사회의 공고일로부터 기산한다(제528조 제1항). 유한회사의 경우에는 사원총회가 종결한 날로부터 기산한다(제602조).

주식회사의 경우 합병으로 인하여 전환사채 또는 신주인수권부사채를 승계한 때에는 합병등기와 동시에 그 승계에 대해서는 등기하여야 한다(제528조 제2항).

9. 회사합병의 효력발생시기

합병은 존속회사의 본점소재지에서 변경등기를 한 때 또는 신설회사의 본점소재지에서 설립등기를 한 때 그 효력이 발생한다(제234조, 제269조, 제287조의41, 제530조 제2항, 제603조).

IV. 회사합병의 효과

1. 회사의 소멸과 신설

합병을 해산사유의 하나로 규정하고 있기 때문에(제227조 제4호, 제269조, 제287조의38, 제517조 제1호, 제609조 제1항 제1호), 흡수합병의 경우에는 존속회사 이외의 당사회사, 신설합병의 경우에는 모든 당사회사가 소멸한다. 회사는 합병 후 소멸하더라도 청산절차를 거치지 않는다.

3. 소의 절차

합병무효의 소는 합병등기 후 6월 내에 제기하여야 한다(제236조 제2항, 제269조, 제287조의41, 제529조 제2항, 제603조). 그러나 공정거래위원회가 소를 제기하는 경우에는 제소기간의 제한이 없다. 기타 관할, 소 제기의 공고, 소의 병합심리, 하자가 보완된 경우의 법원의 자유재량권 등은 회사설립무효의 소에 관한 규정이 준용된다(제240조, 제530조 제2항, 제186조 내지 제189조). 그리고 원고에 대한 담보제공명령청구에 대해서는 해산명령의 규정이 준용된다(제237조, 제530조 제2항, 제176조 제3항·제4항).

4. 무효판결의 효과

1) 원고 승소의 경우

(1) **대세적 효력**: 합병무효의 판결은 원고는 물론 피고뿐만 아니라 제3자에게도 효력이 미친다(제240조, 제268조, 제287조의41, 제530조 제2항, 제190조 본문). 따라서 무효판결이 확정된 후에는 누구도 새로이 그 효력을 다투지 못한다.

(2) **불소급효**: 합병무효의 판결은 소급효가 제한되고 장래에 대해서만 그 효력이 있다. 즉, 무효판결 확정 전의 회사와 사원 및 제3자 간의 권리·의무에는 영향을 미치지 않는다(제240조, 제268조, 제287조의41, 제530조 제2항, 제190조 단서). 이는 합병무효의 효력의 소급에 따른 법률관계의 혼란을 방지하기 위해 인정되는 효력이다.

(3) **합병 전의 상태로 환원**: 합병무효판결이 확정되면 당사회사들은 합병 전의 상태로 환원된다.

① 존속회사 또는 신설회사는 소멸회사로부터 승계한 권리·의무가 당연히 부활된 소멸 회사에 복귀한다. 그러나 합병무효판결의 소급효가 제한되므로 합병 이후 존속회사나 신설회사가 권리를 처분하였거나 의무를 이행한 때에는 그 가액에 따른 현존가치로 환산하여 청산하여야 한다.

② 소멸회사의 주주는 부활한 소멸회사의 주주가 되지만, 단주처리에 의해 대가를 지급 받은 주주, 주식매수청구권을 행사한 주주는 당연히 부활한 회사의 주주가 되지 못한다.

③ 합병 후 존속회사나 신설회사가 부담한 채무에 대해서는 합병당사회사가 연대책임을 부담하고, 합병 후 존속회사나 신설회사가 취득한 재산은 합병당사회사의 공유로 한다(제239조, 제287조의41, 제530조, 제603조).

④ 합병무효의 등기: 합병무효의 판결이 확정되면 본점에서 존속회사는 변경등기, 신설회사는 해산등기, 소멸회사는 회복등기를 하여야 한다(제238조, 제530조). 이 등기는 수소법원(受訴法院)의 촉탁에 의한다(비송사건절차법 제99조, 제98조).

【판례】 대법원 2019.10.23.선고 2012다46170 전원합의체 판결

상법 제520조의2에 따라서 주식회사가 해산되고 그 청산이 종결된 것으로 보게 되는 회사라도 어떤 권리 관계가 남아 있어 현실적으로 정리할 필요가 있으면 그 범위에서는 아직 완전히 소멸하지 않고, 이러한 경우 그 회사의 해산 당시의 이사는 정관에 다른 정함이 있거나 주주총회에서 따로 청산인을 선임하지 않은 경우에 당연히 청산인이 되며, 그러한 청산인이 없는 때에 비로소 이해관계인의 청구에 따라 법원이 선임한 자가 청산인이 되어 청산 중 회사의 청산사무를 집행하고 대표하는 유일한 기관이 된다.

IV. 해산등기 및 해산의 공시**1. 해산등기**

회사가 해산된 경우에는 합병과 파산의 경우 외에는 그 해산사유가 있는 날부터 2주일 내에 본점의 소재지에서 해산등기를 하여야 한다(제228조, 제269조, 제287조, 제39, 제521조의2, 제613조).

2. 주식회사의 해산의 공시

주식회사의 해산의 경우에는 파산의 경우 외에는 이사는 지체없이 주주에 대하여 그 통지를 하여야 한다(제521조).

제 7 절**회사의 계속****I. 회사계속의 의의**

회사의 계속이란 일단 해산된 회사가 청산 중에 해산 전의 상태로 복귀하여 해산 전의 회사와 동일성을 유지하면서 존속 중의 회사로서 존속하는 것을 말한다.¹⁾

1) **【학설】 회사계속의 가능 시기에 관한 학설**

회사계속에 관하여 잔여재산의 분배가 개시되면 회사계속결의를 할 수 없다는 견해와, 청산종료시까지 회사계속결의를 할 수 있다는 견해가 있다.

Ⅲ. 회사계속의 등기

회사의 해산등기를 하고 사원 또는 주주의 결의에 의해 회사를 계속할 경우에는 본점소재지에서 2주일 내에 계속등기를 하여야 한다(제229조 제3항, 제285조 제3항, 제287조의40, 제530조 제1항, 제611조).

Ⅳ. 회사계속의 효과

회사의 계속으로 해산 전의 회사로 복귀하더라도 그 효과는 소급하지 않기 때문에 청산 중에 한 청산인의 행위는 효력을 상실하지 않는다.

또한 회사계속의 결과 청산인은 지위를 잃고 해산 전의 기관(회사대표 및 임무집행기관)은 그 권한을 회복한다. 이때 해산할 때 이사였던 자가 당연히 이사로 복귀하는 것은 아니므로 계속결의 총회에서 다시 이사를 선임하여야 한다. 그러나 감사는 해산 후에도 그 지위를 잃지 아니하므로 다시 선임할 필요가 없다.

1. 임의청산

1) 재산목록 등의 작성

임의청산을 하는 경우에는 해산사유가 있는 날로부터 2주간 내에 재산목록과 대차대조표를 작성하여야 한다(제247조 제1항 1문).

2) 일반채권자의 보호절차

임의청산을 하는 경우 재산의 처분이 불공정하게 행하여질 우려가 있기 때문에 상법은 채권자보호절차를 요구하고 있다. 회사는 해산사유가 있는 날로부터 2주간 내에 채권자에 대하여 이의가 있으면 1월 이상의 일정한 기간 내에 이의를 제출할 것을 공고하고, 회사가 알고 있는 채권자에 대하여는 각별로 최고하여야 한다(제247조 제3항, 제232조 제1항). 채권자가 이의를 제출한 경우에는 변제 또는 상당한 담보를 제공하거나 이를 목적으로 하여 상당한 재산을 신탁회사에 신탁하여야 한다(제247조 제3항, 제232조 제3항).

이러한 절차에 위반하여 회사재산을 처분함으로써 회사채권자를 해(害)한 때에는 회사채권자는 그 위반함을 안 날로부터 1년 내, 그 처분이 있는 날로부터 5년 내에 재산처분취소를 법원에 청구할 수 있다(제248조 제1항).

3) 지분압류채권자의 보호절차

사원의 지분을 압류한 채권자가 있을 경우에는 압류채권자의 동의를 얻어야 하며(제247조 제4항), 회사가 동의를 얻지 않고 재산을 처분한 때에는 압류채권자는 회사에 대하여 그 지분에 상당하는 금액의 지급을 청구할 수 있으며, 또한 상법 제248조에 의하여 재산처분의 취소를 청구할 수 있다(제249조).

4) 청산등기

회사는 그 재산의 처분을 완료한 날로부터 2주일 내에 본점소재지에서 청산종결의 등기를 하여야 한다(제247조 제5항).

5) 장부 등의 보존

회사의 장부와 영업 및 청산에 관한 중요서류는 청산등기 후 10년간 보존하여야 하고, 진표 기타 서류는 5년간 보존하여야 하며, 보존인과 보존방법은 총사원의 과반수로 정한다(제266조).

2. 법정청산

1) 사 유

합명회사와 합자회사의 법정청산은 청산인이 법정절차에 따라서 하는 청산으로, 사원이 1인이 된 경우나 법원의 해산명령 또는 해산판결을 받은 경우에는 반드시 법정청산에 의하여야 한다(제247조 제2항). 또한 정관이나 총사원의 동의로 재산의 처분방법을 정하지 아니한 때에도 법정청산에 의하여야 한다(제250조). 유한책임회사의 청산은 합명회사에 관한 규정이 준용된다(제287조의4).

2) 청산인

(1) 청산인의 선임: 청산인은 법정청산절차에 있어서 청산사무를 집행하고 청산 중의 회사를 대표하는 자를 말한다. 청산인은 총사원의 과반수(합자회사는 무한책임사원 과반수)의 결의로 선임하며(제251조 제1항), 별도의 선임절차가 없는 경우 업무집행사원이 청산인이 된다(제251조 제2항). 그러나 회사가 사원이 1인이 된 때와 해산명령·해산판결에 의하여 해산한 때에는 반드시 법원은 사원 기타 이해관계인이나 감사의 청구 또는 직권으로 청산인을 선임한다(제252조). 선임된 때에는 그 선임이 된 날부터, 업무집행사원이 청산인이 된 때에는 해산된 날부터 2주일 내에 본점소재지에서 일정한 법정사항을登記하여야 한다(제253조 제1항).

(2) 청산인의 해임: 법원에서 선임된 경우를 제외하고 사원에 의해 선임된 청산인은 총사원의 과반수 결의로 해임할 수 있으며(제261조), 청산인이 그 직무를 집행함에 현저하게 부적임하거나 중대한 임무에 위반한 행위가 있는 때에는 법원은 사원 기타 이해관계인의 청구에 의하여 청산인을 해임할 수 있다(제262조). 청산인의 해임시 변경등록을 하여야 한다(제253조 제2항).

(3) 청산인의 권한: 청산인은 청산사무를 집행하며, 청산인이 수인이면 과반수 결의로 청산사무를 집행한다(제254조 제1항, 제2항). 청산인은 청산사무에 관하여 재판상·재판외의 모든 행위를 할 수 있다(제254조 제3항). 수인의 청산인이 있는 경우 대표청산인을 정하거나 공동대표청산인으로 할 수 있다(제255조). 대표청산인의 권한에 대한 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(제265조 제2항, 제265조 제3항).

(4) 청산인의 의무: 청산인은 취임 후 지체없이 회사의 재산상태를 조사하고 재산목록과 대차대조표를 작성하여 각 사원에게 교부하여야 한다(제256조 제1항). 그리고 청산인은 사원의 청구가 있는 때에는 언제든지 청산의 상황을 보고하여야 한다(제256조 제2항).

(5) 청산인의 책임: 청산인이 임무해태로 인하여 회사에 손해를 가하거나 제3자에게 손해가 발생한 때에는 손해배상책임을 진다. 또한 대표청산인이 청산사무집행으로 제3자에게 손해를 가한 때에는 회사와 연대하여 손해배상책임을 진다(제265조 제10항).

(6) 청산인의 직무

① 현존 사무의 종결: 회사의 해산 전부터 계속되고 있는 모든 사무를 종결하여야 하며, 새로운 행위를 할 수 없다. 그러나 청산사무 종결을 위해서는 새로운 법률행위를 할 수 있다.

② 채권의 추심: 회사의 채권을 추심하여야 하며, 회사에 현존하는 재산이 회사의 채무를 변제함에 부족한 경우에는 청산인은 각 사원에 대하여 그의 지분에 비례하여 출자를 청구할 수 있다(제258조).

③ 채무의 변제: 청산사무 종결을 위해 변제기가 도래하지 않은 채무도 변제할 수 있다(제259조 제1항). 이 경우 이자 없는 채권에 관하여는 변제기까지의 법정이자를 가산하여 그 채권액에 달할 금액을 변제하면 되고(제259조 제2항), 이자 있는 채권으로서 그 이율이 법정이율에 달하지 못하는 것에 대하여는 법정이자와 약정이자의 차액도 가산하여 그 채권액에 달할 금액을 변제하여야 한다(제259조 제3항). 그리고 조건부채권이나 존속기간이 불명확한 채권 또는 가액이 불확정한 채권에 대하여는 법원이 선임한 감정인의 평가에 의하여 변제하여야 한다(제259조 제4항).

④ 재산의 환가처분: 청산인은 채무의 변제와 잔여재산분배를 위하여 회사재산을 처분하거나 총사원의 과반수의 결의로 영업의 전부 또는 일부를 일괄하여 양도할 수 있다(제257조).

⑤ 잔여재산의 분배: 청산인은 회사채무를 완제(完濟)한 후 사원에게 회사재산을 분배할 수 있으며, 다툼이 있는 채무가 있을 때에는 그 변제에 필요한 재산을 유보하고 분배하여야 한다(제260조).

(7) 청산인의 직무정지: 청산인의 직무정지와 직무대행자의 선임에 관해서는 상법 제183조의2와 상법 제200조의2의 규정이 준용된다(제265조).

(8) 청산의 종결: 청산인은 그 임무가 종료한 때에는 지체없이 계산서를 작성하여 각 사원에게 교부하고 총사원의 승인을 얻어야 한다(제263조 제1항). 사원이 계산서를 받은 날로부터 1월 내에 이의를 하지 않은 때에는 부정행위가 없는 한 그 계산을 승인한 것으로 본다(제263조 제2항). 계산서의 승인이 있을 때에는 승인한 날로부터 2주일 내에 본점소재지에서 청산종결의 등기를 하여야 한다(제264조).

(9) 장부·서류의 보존: 총사원의 과반수의 결의로 회사의 장부와 영업 및 청산에 관한 중요한 서류의 보존인과 보존방법을 정하고, 청산등기 후 장부는 10년간 보존하여야 하고, 전표 또는 이와 유사한 서류는 5년간 보존하여야 한다(제266조).

II. 물적회사의 청산

물적회사인 주식회사와 유한회사는 반드시 법정청산에 의하여 회사를 청산하여야 한다.

1) 절대적 기재사항

정관에는 목적, 상호, 사원의 성명·주민등록번호 및 주소, 사원의 출자의 목적과 그 가격 또는 평가의 표준, 본점소재지, 정관의 작성연월일을 기재하여야 한다(제179조).

2) 상대적 기재사항

일부 사원의 업무집행권 제한, 회사의 존립기간, 퇴사사유, 해산사유, 공동대표, 대표사원의 특징, 임의청산 등은 정관에 기재함으로써 그 효력이 있는 상대적 기재사항에 해당한다.

3) 임의적 기재사항

합명회사의 본질 및 강행법규 또는 사회질서에 반하지 않는 사항 등은 정관에 기재할 수 있다.

2. 설립등기

정관의 작성이 완료된 후 언제든지 본점소재지에서 설립등기를 함으로써 회사가 성립된다. 설립등기는 사원의 대표자의 신청으로 하며 ① 목적, ② 상호, ③ 사원의 성명과 주민등록번호 및 주소, ④ 본점 및 지점소재지, ⑤ 사원의 출자의 목적, ⑥ 재산출자에는 그 가격과 이행한 부분, ⑦ 존립기간 기타 해산사유를 정한 때에는 그 기간 또는 사유, ⑧ 회사를 대표할 사원을 정한 때에는 그 성명과 주소 및 주민등록번호, ⑨ 수인의 사원이 공동으로 회사를 대표할 것을 정한 때에는 그 규정을 등기하여야 한다(제180조). 다만, 대표사원을 둔 때에는 그 밖의 사원의 주소는 등기할 필요가 없다(제180조 단서).

3. 지점설치의 등기

회사가 지점을 설치하는 경우에는 본점소재지에서 2주일 내에 그 지점의 소재지와 설치 연월일을 등기하여야 한다(제181조).

- 보충** ① 본점·지점의 이전등기: 본점 이전의 경우에는 종전소재지 또는 새소재지에서 2주일 내에 새소재지와 이전연월일을 등기하여야 한다(제182조 제1항). 그리고 지점 이전의 경우에는 본점 소재지에서 2주일 내에 새소재지와 이전연월일을 등기하여야 한다(제182조 제2항).
- ② 변경등기: 상법 제180조에 계기한 사항에 변경이 있는 때에는 본점소재지에서 2주일 내에 변경등기를 하여야 한다(제183조).

Ⅲ. 설립의 무효와 취소

1. 설립의 무효

1) 무효원인

설립무효의 원인으로는 설립에 관한 객관적 하자, 설립행위를 한 각 사원의 의사무능력, 상대방이 알고 있는 비진의표시·허위표시 등의 주관적 하자 등을 들 수 있다.

2) 소의 절차 및 효과

설립무효는 사원만이 회사가 성립한 날로부터 2년 내에 소에 의하여 주장할 수 있다
(기타 절차 및 효과에 대해서는 회사법 총론에 서술하였음).

2. 설립의 취소

설립취소의 원인으로는 피성년후견인이 설립행위를 한 때, 미성년자가 법정대리인의 동의를 얻지 않고 설립행위를 한 때, 사기·강박·착오에 의해 의사표시를 한 때, 사원이 채권자를 해할 것을 알고 의사표시를 한 때 등이 있다. 취소의 소제기권자는 취소권이 있는 자로서 제한능력자, 사기·강박·착오에 의해 의사표시를 한 자, 사해행위를 한 사원의 채권자이다(제184조, 제185조). 채권자를 해할 목적으로 설립행위를 한 때에는 채권자는 회사와 사원을 피고로 하여 설립취소의 소를 제기할 수 있다(제185조). 설립취소의 소절차와 효과는 무효의 경우와 같다.

2) 업무집행기관

합명회사의 각 사원은 정관에 다른 정함이 없거나 업무집행권이 박탈되는 경우가 아닌 한 회사의 업무를 집행할 권리와 의무가 있다(제200조 제1항). 즉, 각 사원은 별도로 선임행위를 거치지 않고 당연히 업무집행기관을 구성한다. 따라서 정관의 규정이나 총사원의 동의가 있더라도 사원 아닌 자에게 업무집행을 맡길 수 없다. 그러나 청산 중의 회사는 사원이 아닌 자를 청산인으로 선임할 수 있다(제251조 제1항).

3) 업무집행권의 제한과 상실

(1) 업무집행권의 제한: 각 사원은 업무집행권을 갖지만, 정관으로 특히 어떤 사원을 업무집행사원으로 제한할 수 있다(제200조 제1항). 업무집행권이 없는 사원이라 하더라도 정관에 다른 정함이 없는 한 지배인의 선임과 해임의 결의에는 참가할 수 있다(제203조 참조).

그리고 정관으로 모든 사원 또는 수인의 사원이 그 전원의 동의로만 업무를 집행하도록 할 수 있다(제202조).

(2) 업무집행권의 상실: 사원이 업무를 집행함에 있어서 현저하게 부적임하거나 중대한 의무에 위반한 행위가 있는 때에는 법원은 사원의 청구에 의하여 업무집행권의 상실을 선고할 수 있고(제205조 제1항), 이 경우 판결이 확정된 때에는 본점과 지점의 소재지에서 등기하여야 한다.

【판례】 대법원 2015.5.29. 선고 2014다51541판결

상법상 합명회사의 사원 또는 업무집행사원의 업무집행권한을 상실시키는 방법으로는 다음의 두 가지를 상정할 수 있다. 첫째, 상법 제205조 제1항에 따라 다른 사원의 청구에 의하여 법원의 선고로써 권한을 상실시키는 방법이다. 둘째, 상법 제195조에 의하여 준용되는 민법 제708조에 따라 법원의 선고절차를 거치지 않고 총사원이 일치하여 업무집행사원을 해임함으로써 권한을 상실시키는 방법이다. 위 두 가지 방법은 요건과 절차가 서로 다르므로, 상법 제205조 제1항이 민법 제708조의 준용을 배제하고 있다고 보기 어렵다. 따라서 정관에서 달리 정하고 있지 않는 이상, 합명회사의 사원은 두 가지 방법 중 어느 하나의 방법으로 다른 사원 또는 업무집행사원의 업무집행권한을 상실시킬 수 있다.

(3) 업무집행정지 가처분: 사원의 업무집행을 정지하거나 직무대행자를 선임하는 가처분을 하거나 그 가처분을 변경·취소하는 경우에는 본점이 있는 곳의 등기소에서 이를 등기하여야 한다(제183조 제2항). 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우와 법원의 허가를 얻은 경우 외에는 법인의 통상업무에 속하지 아니하는 행위는 할 수 없다(제200조의2 제1항). 직무대행자 이에 위반한 행위를 하더라도 회사는 선의의 제3자에게 책임을 진다(제200조의2 제2항).

그러나 사원이 정관에 기재되므로 주식회사의 설립시 주식인수의 실효절차규정이 준용될 수 없다. 따라서 회사는 민법상 채무불이행에 따른 강제집행을 할 수 있고, 이것이 불가능하다면 회사불성립이 된다고 본다.

3. 설립등기

사원의 출자의 이행이 완료된 후에는 설립등기를 함으로써 유한책임회사가 성립한다(제287조의5 제1항).

설립등기를 함에는 ① 목적, ② 상호, ③ 본점소재지, ④ 지점을 둔 때에는 그 소재지, ⑤ 존립기간 기타 해산사유를 정한 때에는 그 기간 또는 사유, ⑥ 자본금의 액, ⑦ 업무집행자의 성명과 주소(유한책임회사를 대표할 업무집행자를 정한 경우) 및 주민등록번호(법인인 경우에는 명칭, 주소 및 법인등록번호), ⑧ 유한책임회사를 대표할 자를 정한 때에는 그 성명과 주소 및 주민등록번호(법인인 경우에는 명칭, 주소 및 법인등록번호), ⑨ 정관으로 공고방법을 정한 때에는 그 공고방법, ⑩ 둘 이상의 업무집행자가 공동으로 회사를 대표할 것을 정한 경우에는 그 규정 등을 본점소재지에서 등기하여야 한다(제287조의5 제1항). 등기기간에는 제한이 없다.

4. 지점의 설치 등의 등기

유한책임회사의 지점의 설치 및 본점·지점의 이전등기에 관해서는 합명회사의 지점의 설치(제181조) 및 본점·지점의 이전(제182조)에 관한 등기규정이 준용된다(제287조의5 제2항, 제3항). 등기사항의 변경등기는 본점소재지에서 2주일 내에 하여야 한다(제287조의5 제4항). 유한책임회사의 업무집행자의 업무집행을 정지하거나, 직무대행자를 선임하는 가처분을 하거나 그 가처분을 변경 또는 취소하는 경우에 본점 및 지점이 있는 곳의 등기소에서 등기하여야 한다(제287조의5 제5항).

II. 설립무효와 취소

설립무효와 취소에 관해서는 합명회사의 설립무효와 취소에 관한 상법 제184조부터 상법 제194조까지의 규정이 준용된다(제287조의6). 다만, 설립무효의 소를 제기할 수 있는 자에는 사원뿐만 아니라 업무집행자도 포함이 된다.

3. 공동업무집행자

정관에서 둘 이상의 공동업무집행자를 정할 수 있고, 이때에는 그 전원의 동의가 없으면 업무집행에 관한 행위를 하지 못한다(제287조의12 제3항).

4. 업무집행자가 법인인 경우 직무수행자 선임

법인이 업무집행자인 경우에는 당해 법인은 당해 업무집행자의 직무를 행할 자를 선임 하여야 하고, 그 자의 성명과 주소를 다른 사원에게 통지하여야 한다(제287조의15 제1항). 직무수행자의 업무집행에 관하여는 상법 제287조의12의 규정이 준용되며(제287조의15 제2항), 직무수행자에 대해서는 업무집행자와 같이 자기거래제한이 인정된다(제287조의15 제2항, 제287조의11).

5. 업무집행권의 상실 및 정지가처분

(1) 업무집행자의 업무집행권의 상실에 관해서는 합명회사의 사원의 업무집행권 상실에 규정한 규정(제205 조)이 준용된다(제287조의17 제1항). 업무집행권 상실의 소를 제기하는 때 그 소는 본 점소재지를 관할하는 지방법원의 관할에 전속한다(제287조의17 제2항).

(2) 업무집행자의 업무집행을 정지하거나 직무대행자를 선임하는 가처분을 하거나 그 가처분을 변경 또는 취소하는 경우에는 본점이 있는 곳의 등기소에 등기하여야 한다(제287조의5 제5항). 업무집행자의 선임무효나 업무집행권 상실의 소가 제기되어 업무집행자의 직무 집행정지 가처분 및 직무대행자선임가처분이 있는 경우의 직무대행자의 권한에 대해서는 합명회사의 규정(제200조의2)이 준용된다(제287조의13).

VI. 정관변경

정관에 다른 정함이 없으면 총사원의 동의가 있어야 정관을 변경할 수 있다(제287조의16).

절차를 속행할 수 있다(제314조 제2항, 제300조 제2항). 변경결의가 있는 후 2주 내에 주식의 인수를 취소한 발기인이 없는 때에는 정관은 결의에 따라 변경된 것으로 본다(제314조 제2항, 제300조 제3항). 그러나 발기인 및 현물출자자 이외의 주식인수인은 주식의 인수를 취소할 수 없다. 변태설립사항의 부당함에 의해 창립총회에서 변경결의를 하더라도 발기인에 대한 손해배상청구에 영향을 미치지 않는다(제315조).

(5) **정관변경·설립폐지**: 창립총회에서는 정관변경¹⁾ 또는 설립폐지의 결의를 할 수 있다(제316조 제1항). 창립총회소집통지서에 이런 뜻의 기재가 없는 경우에도 가능하다(제316조 제2항). 정관변경의 경우에는 공증인의 인 증은 필요 없다.

제4관 설립등기

I. 등기시기

회사는 설립등기에 의해 성립하므로(제172조), 발기설립의 경우 법원의 변경처분절차가 끝난 때로부터, 모집설립의 경우 창립총회가 종료한 때 또는 변태설립사항의 변경절차가 종료한 때로부터 본점소재지에서 2주간 내에 대표이사는 상법 제317조 제2항의 소정의 사항들을 등기하여야 한다(제317조 제1항).

II. 등기사항

1. 설립시 등기사항

본점에서의 설립등기사항은 상법 제317조 제2항에서 규정하고 있다.

설립등기사항

- ① 목적, 상호, 발행예정주식총수, 액면주식을 발행하는 경우 1주의 금액, 본점의 소재지, 회사가 공고하는 방법, ② 자본금의 총액, ③ 발행주식의 총수, 그 종류와 각종 주식의 내용과 수, ④ 주식의 양도에 관하여 이사회의 승인을 얻도록 정한 때에는 그 규정, ⑤ 주식매수선택권을 부여하도록 정한 때에는 그 규정, ⑥ 지점의 소재지, ⑦ 회사의 존립기간 또는 해산사유를 정한 때에는 그 규정, ⑧ 주주에게 배당할 이익으로 주식을 소각할 것을 정한 때에는 그 규정, ⑨ 전환주식을 발행하는 경우에는 상법 제347조 소정의 사항(주식을 다른 종류의 주식으로 전환할 수 있다는 뜻, 전환의 조건, 전환으로 인하여 발행할 주식의 내용, 전환을 청구할 수 있는 기간), ⑩ 사내이사·사외이사·비상근이사와 감사 및 집행임원의 성명·주민등록번호, ⑪

1) **【학실】 창립총회에서 정관상 목적 변경 가능 여부에 관한 학실**

창립총회에서 정관을 변경하는 경우에 정관상의 목적의 변경이 가능하다는 견해와 목적의 변경은 허용되지 않는다는 견해가 있다.

회사를 대표할 이사 및 집행임원의 성명·주민등록번호·주소, ⑫ 공동대표이사 또는 공동대표집행임원을 둘 때에는 그 규정, ⑬ 명의개서대리인을 둔 때에는 그 상호 및 본점소재지, ⑭ 감사위원회를 설치할 때에는 감사위원회 위원의 성명 및 주민등록번호이다.

2. 지점설치 등의 등기

지점설치의 등기나 본점과 지점의 이전등기 및 등기사항의 변경등기에 대해서는 상법 제181조 내지 상법 제183조의 규정이 준용된다(제317조 제4항).

Ⅲ. 등기의 효력

1. 본래적 효력

설립등기로 인하여 회사는 법인격을 취득하고 권리능력을 갖게 된다. 따라서 설립 중의 회사의 기관으로서의 발기인이 설립을 위하여 한 행위에 의하여 취득 또는 부담한 권리·의무는 당연히 회사에 귀속하게 되고, 주식인수인은 주주가 된다.

2. 부수적 효력

설립등기를 하여 회사가 성립하면 주식인수인은 주식청약서의 요건흡결에 따른 주식인수의 무효주장이나 사기·강박 또는 착오를 이유로 한 주식인수의 취소를 하지 못한다(제320조 제1항). 창립총회에 출석하여 그 권리를 행사한 주식인수인은 회사성립의 전후를 불문하고 주식청약서의 요건흡결에 따른 주식인수의 무효주장이나 사기·강박·착오를 이유로 한 주식인수의 취소를 하지 못한다(제320조 제2항).

또한 권리주란 상태가 종식되므로 권리주의 양도제한에 관한 규정이 적용되지 않고(제319조 참조), 회사는 주권을 발행할 수 있으며(제355조 제2항), 등기상호로서의 효력(등기배척권·부정목적추정·상호양도의 등기)이 인정된다. 그리고 발기인의 자본충실의 책임(제321조), 손해배상책임(제322조) 문제가 제기될 수 있다.

미 소유하고 있는 경우에는 완전모회사가 되는 회사의 자본금은 주식교환의 날에 완전자회사가 되는 회사에 현존하는 순자산액에 그 회사의 발행주식총수에 대한 주식교환으로 인하여 완전모회사가 되는 회사에 이전하는 주식의 수의 비율을 곱한 금액에서 상법 제360조의7 제1항 각호의 금액을 공제한 금액의 한도를 초과하여 증가시킬 수 없다(제360조의7 제2항).

4) 이사 및 감사의 임기

주식교환에 의하여 완전모회사가 되는 회사의 이사 및 감사로서 주식교환 전에 취임한 자는 주식교환계약서에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는 주식교환 후 최초로 도래하는 결산기에 관한 정기총회가 종료하는 때에 퇴임한다(제360조의13).

6. 주식교환의 무효

1) 소의 제기

주식교환무효는 소에 의해서만 주장할 수 있으며, 소는 주주·이사·감사나 감사위원회 의 위원·청산인에 한하여 제기할 수 있다. 주식교환의 무효는 주식교환의 날로부터 6월 내에만 이를 주장할 수 있다(제360조의14 제1항).

2) 소의 절차

주식교환무효의 소는 완전모회사가 되는 회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속하고(제360조의14 제2항), 소제기의 공고, 수개의 소가 제기된 경우의 병합심리, 법원의 자유재량권, 제소 주주의 담보제공의무에 관해서는 상법 제187조부터 상법 제189조까지와 상법 제377조가 준용된다(제360조의14 제4항).

3) 소의 효과

(1) 원고승소

① 대세적 효력 및 불소급효: 원고승소의 판결은 원고 이외의 제3자에 대해서도 그 효력이 미치고(제360조의14 제3항, 제190조 본문), 원고승소의 판결은 장래에 대하여 그 효력이 발생한다(제360조의14 제4항, 제431조 제1항).

② 원상회복: 완전모회사가 되는 회사는 주식교환을 위하여 발행한 신주 또는 이전한 자기주식의 주주에 대하여 자기가 소유하였던 완전자회사가 된 회사의 주식을 이전하여야 한다(제360조의14 제3항). 이 경우 질권자의 물상대위권과 주권교부청구권이 인정된다(제339조, 제340조 제3항).

③ 주식교환무효의 등기: 주식교환무효의 판결이 확정된 때에는 본점의 소재지에서 등기하여야 한다(제360조의14 제4항, 제192조).

5) 주권의 실효절차 및 단주처리

(1) **주권제출의 공고 및 통지:** 주식이전에 의하여 완전자회사가 되는 회사는 ① 상법 제 360조의16 제1항의 규정에 의한 주주총회의 결의를 한 때에는 그 뜻, ② 1월을 초과하여 정한 기간 내에 주권을 회사에 제출하여야 한다는 뜻, ③ 주식이전의 날에 주권이 무효가 된다는 뜻을 공고하고, 주주명부에 기재된 주주와 질권자에 대하여 따로 따로 그 통지를 하여야 한다(제360조의19 제1항).

(2) **신주권의 교부:** 주권제출이 완료된 때에는 신주권을 교부하여야 하지만, 주권제출을 할 수 없는 자가 있는 때에는 회사는 그 자의 청구에 의하여 3월 이상의 기간을 정하고 이해관계인에 대하여 그 주권에 대하여 이의가 있으면 그 기간 내에 제출할 뜻을 공고하고 그 기간이 경과한 후에 신주권을 청구자에게 교부할 수 있다(제360조의19 제2항, 제442조).

(3) **단주처리:** 주식이전의 경우 발생하는 단주에 대해서는 자본금 감소를 위한 주식병합에 있어서의 단주처리에 관한 규정이 준용된다(제360조의22, 제360조의11 제1항, 제443조).

6) 주식이전사항의 사후공시

이사는 주식이전의 날 등의 일정사항을 기재한 서면을 주식이전의 날로부터 6월간 본점에 비치하여야 한다(제360조의22, 제360조의12).

4. 주식이전의 등기 및 효력발생시기

1) 주식이전의 등기

주식이전을 한 때에는 설립한 완전모회사의 본점소재지에서 2주일 내에 상법 제317조 제2항에서 정하는 사항을 등기하여야 한다(제360조의20, 제317조 제2항 참조).

2) 주식이전의 효력발생시기

주식이전은 이로 인하여 설립한 완전모회사가 그 본점소재지에서 주식이전의 등기(설립)를 함으로써 그 효력이 발생한다(제360조의21).

5. 주식이전의 효과

1) 완전모·자회사 관계 성립

새로 설립된 회사는 주식의 이전으로 완전모회사가 되고, 주식의 포괄적 이전을 한 회사는 완전자회사가 된다.

2) 주식의 귀속

완전자회사가 되는 회사의 주주는 주식이전을 위해 발행하는 완전모회사의 주식의 배정을 받음으로써 완전모회사의 주주가 된다.

3) 완전모회사의 자본금의 한도액

설립하는 완전모회사의 자본금은 주식이전의 날에 완전자회사가 되는 회사에 현존하는 순자산액에서 그 회사의 주주에게 제공할 금전 및 그 밖의 재산의 가액을 공제한 액을 초과하지 못한다(제360조의18).

6. 주식이전의 무효

1) 소의 제기

주식이전의 무효는 각 회사의 주주·이사·감사·감사위원회의 위원 또는 청산인에 한하여, 주식이전의 날로부터 6월 내에 소만으로 주장할 수 있다(제360조의23 제1항).

2) 소의 절차

주식이전무효의 소는 완전모회사가 되는 회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다(제360조의23 제2항).

기타 소제기의 공고, 소의 병합심리, 법원의 자유재량권, 제소주주의 담보제공의무에 관해서는 상법 제187조부터 상법 제189조까지와 상법 제377조가 준용된다(제360조의23 제4항).

3) 소의 효과

(1) 원고승소의 경우

① 대세적 효력 및 불소급효: 판결의 효력은 제3자에 대해서도 그 효력이 있으며, 장래에 대해서만 그 효력이 있다(제360조의23 제4항, 제190조).

② 원상회복: 주식이전을 무효로 하는 판결이 확정된 때에는 완전모회사가 된 회사는 주식이전을 위하여 발행한 주식의 주주에 대하여 자기가 소유하였던 완전자회사가 된 회사의 주식을 이전하여야 한다(제360조의23 제3항). 이 경우 질권자의 물상대위권과 주권교부청구권이 인정된다.

③ 주식이전무효의 등기: 주식이전무효의 판결이 확정된 때에는 본점소재지에서 이를 등기하여야 한다(제360조의23 제4항, 제192조).

(2) 원고패소: 원고패소의 효력은 당사자에 대해서만 미치고, 원고에게 악의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 회사에 대하여 연대하여 손해배상책임을 진다(제360조의23 제4항, 제191조).

의 소급효 인정 여부는 여러 가지 사정을 종합하여 판단하여야 한다는 견해가 있다; 최준선, 「회사법」, 374면). 결의취소의 판결이 확정된 때에는 본점소재지에서 등기하여야 한다(제378조).

보충판례 ① 주주총회 결의의 부존재·무효를 확인하거나 결의를 취소하는 판결이 확정되면 당사자 이외의 제3자에게도 그 효력이 미쳐 제3자도 이를 다룰 수 없게 되므로, 주주총회 결의의 하자를 다루는 소에 있어서 청구의 인낙이나 그 결의의 부존재·무효를 확인하는 내용의 화해·조정은 할 수 없고, 가사 이러한 내용의 청구인낙 또는 화해·조정이 이루어졌다 하여도 그 인낙조서나 화해·조정조서는 효력이 없다(대법원 2004.9.24.선고 2004다28047판결).

② [다수의견] 주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소의 경우, 상법 제380조에 의해 준용되는 상법 제190조 본문에 따라 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 이러한 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우 당사자 1인이 받은 승소판결의 효력이 다른 공동소송인에게 미치므로 공동소송인 사이에 소송법상 합일확정의 필요성이 인정되고, 상법상 회사관계소송에 관한 전속관할이나 병합심리 규정(상법 제186조 제188조)도 당사자 간 합일확정을 전제로 하는 점 및 당사자의 의사와 소송경제 등을 함께 고려하면, 이는 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다(대법원 2021.7.22.선고 2020다284977 전원합의체 판결).

(2) 원고패소의 경우: 원고패소의 경우에는 대세적 효력이 없으며, 원고에게 악의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 회사에 대하여 연대하여 손해배상책임을 진다(제376조 제2항, 제191조).

2. 결의무효·부존재의 소

1) 무효·부존재의 원인

주주총회 결의의 내용이 법령에 위반하는 경우 주주총회 결의무효가 되며, 주주총회 소집절차나 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 있는 경우 실제의 소집절차와 회의절차를 거치지 아니한 채 주주총회 의사록을 허위로 작성하는 등 도저히 그 결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도로 중대한 하자가 있는 경우(대법원 2004.8.16.선고 2003다9636판결)에는 주주총회 결의부존재의 사유가 된다(제380조).

결의무효·부존재의 소제기 원인에 대한 판례의 사례

- ① 무효의 원인: 유한책임의 원칙에 위반한 경우, 회사채권자의 이익에 반하는 결의의 경우, 주주평등의 원칙에 위반한 경우, 결의내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우 등
- ② 부존재의 원인: 이사회 결의 없이 소집권한이 없는 이사 또는 감사에 의한 총회의 소집, 총회의 산회선언 후 일부 주주들이 별도의 장소에서 한 결의의 경우, 전혀 소집절차를 거치지 않은 경우, 대부분의 주주 아닌 자들로 이루어져 결의한 경우, 대부분의 주주에게 소집통지를 하지 않은 경우 등

(3) **소수주주의 이사해임청구:** 이사가 그 직무에 관하여 불법행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임을 부결한 때에는 발행주식 총수의 100분의 3 이상을 가진 주주(상장회사의 경우에는 1만분의 50(지분금 1천억원) 이상의 회사는 1만분의 25 이상을 가진 주주)는 주주총회 결의가 있는 날로부터 1월 내에 그 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있다(제385조 제2항). 해임청구의 대상이 되는 이사는 임기 중의 이사에 한하고, 퇴임 후 이사의 권리·의무를 갖는 자는 대상이 아니다. 이사해임청구와 관련하여 몇 가지 내용에 대해서는 학설의 대립이 있다.¹⁾

(4) **사 임:** 이사는 언제든지 사임할 수 있으며, 사임은 단독행위로서 회사에 대한 일방적 의사표시에 의하여 효력이 발생한다. 사임은 회사 또는 주주총회의 승낙을 요하지 않으며 변경등기를 하지 않더라도 자격을 상실한다. 사임의 의사표시는 대표이사에게 하여야 하며, 대표이사에게 도달함으로써 그 효력이 발생한다. 사임의 의사표시는 철회할 수 없다. 다만, 이사가 대표이사에게 사임의 의사표시에 관한 대리권을 수여한 경우에는 대표이사가 사표를 수리함으로써 사임의 효력이 발생한다(대법원 1998.4.28. 선고 98다8615판결).

【판례】 대법원 2006.6.15. 선고 2004다10909판결

법인의 이사를 사임하는 행위는 상대방 있는 단독행위라 할 것이어서 그 의사표시가 상대방에게 도달함과 동시에 그 효력이 발생하고 그 의사표시가 효력을 발생한 후에는 마음대로 이를 철회할 수 없음이 원칙이나, 사임서 제시 당시 즉각적인 철회권유로 사임서 제출을 미루거나, 대표자에게 사표의 처리를 일임하거나, 사임서의 작성일자를 제출일 이후로 기재한 경우 등 사임의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 있을 경우에는 별도의 사임서 제출이나 대표자의 수리행위 등이 있어야 사임의 효력이 발생하고, 그 이전에 사임의사를 철회할 수 있다 할 것이다.

3) 등 기

이사의 선임과 종임은 등기하여야 한다. 즉, 선임시에는 이사의 성명과 주민등록번호를 등기하여야 하며(제317조 제2항 제8호), 종임시에는 등기사항의 변동은 가져오므로 본점소재지에서 2주일 내에 각각 변경등기를 하여야 한다(제183조).

1) **【학설】 해임청구의 소에 관한 학설**

- ① 소수주주의 요건: 소수주주에 의결권 없는 주식을 소유하는 주주는 의결권이 없다고 하여 해임청구를 할 수 있는 소수주주에서 제외된다는 견해와, 의결권 없는 주식을 제외할 필요가 없다는 견해가 있다.
- ② 청구상대방: 해임청구의 소에 있어서 피고는 회사라는 견해, 이사라는 견해, 이사와 회사를 공동피고로 본다는 견해(다수설)가 있다.
- ③ 이사재임결의 후의 소의 이익: 이사의 해임의 소의 계속 중에 그 이사가 임기만료에 의하여 퇴임하고 다시 이사로 재임된 경우 해임의 소는 소의 이익을 잃는다는 견해와, 재임의 결의는 이사해임의 안을 부결시킨 것과 다름없다는 점에서 소의 이익을 상실하지 않는다는 견해가 있다.

처분이 있는 때에는 본점소재지에서 등기를 하여야 한다(제407조 제3항).

보충판례 주식회사의 이사나 감사를 피신청인으로 하여 그 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 가처분이 있는 경우 가처분결정은 이사 등의 직무집행을 정지시킬 뿐 이사 등의 지위나 자격을 박탈하는 것이 아니므로, 특별한 사정이 없는 한 가처분결정으로 인하여 이사 등의 임기가 당연히 정지되거나 가처분결정이 존속하는 기간만큼 연장된다고 할 수 없다. 나아가 위와 같은 가처분결정은 성질상 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에 대하여도 효력이 미치지 않지만, 이는 어디까지나 직무집행행위의 효력을 제한하는 것일 뿐이므로, 이사 등의 임기 진행에 영향을 주는 것은 아니다(대법원 2020.8.20. 선고 2018다249148판결).

② 직무대행자의 선임과 권한

㉠ 직무대행자의 선임: 법원은 이사의 직무집행정지 가처분과 함께 직무대행자를 선임할 수 있고(제407조 제1항), 일단 직무대행자를 선임하면 이사의 직무집행이 정지된다. 직무집행이 정지된 이사가 퇴임하고 후임이사가 선임되더라도 가처분이 취소되기까지는 직무대행자의 권한이 존속한다. 즉, 대표이사의 직무집행정지 및 직무대행자선임의 가처분이 이루어진 이상 그 후 대표이사가 해임되고 새로운 대표이사가 선임되었다 하더라도 가처분결정이 취소되지 아니하는 한 직무대행자의 권한은 유효하게 존속하는 반면 새로이 선임된 대표이사는 그 선임결의의 적법 여부에 관계없이 대표 이사로서의 권한을 가지지 못한다 할 것이다(대법원 1992.5.12. 선고 92다5638판결).

【판례】 대법원 2014.3.27. 선고 2013다39551판결

주식회사 이사의 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 가처분은 성질상 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에 대한 관계에서도 효력이 미치므로 가처분에 반하여 이루어진 행위는 제3자에 대한 관계에서도 무효이므로 가처분에 의하여 선임된 이사직무대행자의 권한은 법원의 취소결정이 있기까지 유효하게 존속한다. 또한 등기할 사항인 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분은 상법 제37조 제1항에 의하여 이를 등기하지 아니하면 위 가처분으로 선의의 제3자에게 대항하지 못하지만 악의의 제3자에게는 대항할 수 있고, 주식회사의 대표이사 및 이사에 대한 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 법원의 가처분결정은 그 결정 이전에 직무집행이 정지된 주식회사 대표이사의 퇴임등기와 직무집행이 정지된 이사가 대표이사로 취임하는 등기가 경료되었다고 할지라도 직무집행이 정지된 이사에 대하여는 여전히 효력이 있으므로 가처분결정에 의하여 선임된 대표이사 및 이사 직무대행자의 권한은 유효하게 존속하고, 반면에 가처분결정 이전에 직무집행이 정지된 이사가 대표이사로 선임되었다고 할지라도 그 선임결의의 적법 여부에 관계없이 대표이사로서의 권한을 가지지 못한다.

따라서 (대표이사의 직무집행정지 및 직무대행자 선임의) 가처분은 그 성질상 당사자 사이에서만뿐만 아니라 제3자에게도 효력이 미치므로, 새로이 선임된 대표이사가 위 가처분에 반하여 회사 대표자의 자격에서 한 법률행위는 결국 제3자에 대한 관계에서도 무효이고, 이때 위 가처분에 위반하여 대표권이 없는 대표이사와 법률행위를 한 거래상대방은 자신이 선의였음을 들어 위 법률행위의 유효를 주장할 수 없다 할 것이다(대법원 1997.9.9. 선고 97다12167판결).

【판례】 대법원 2012.11.15. 선고 2010다49380판결

회사가 주주배정방식에 의하여 신주를 발행하려는 데 주주가 인수를 포기하거나 청약을 하지 아니함으로써 그 인수권을 잃은 때에는(상법 제419조 제4항) 회사는 이사회 결의로 인수가 없는 부분에 대하여 자유로이 이를 제3자에게 처분할 수 있고, 이 경우 실권된 신주를 제3자에게 발행하는 것에 관하여 정관에 반드시 근거 규정이 있어야 하는 것은 아니다.

6) 신주발행의 효력발생시기

신주인수인이 납입 또는 현물출자의 이행을 한 때에는 이사회가 정한 납입기일의 다음 날로부터 신주의 효력이 발생한다(제423조 제1항 본문).

7) 변경등기

신주의 효력이 발생하게 되면 회사의 발행주식총수와 자본금총액이 증가하므로 회사는 납입기일로부터 2주일 내에 본점소재지에서 변경등기를 하여야 한다(제317조 제4항, 제183조).

Ⅲ. 신주의 액면미달발행**1. 의 의**

액면미달의 신주발행은 자본충실을 해(害)하게 되고 채권자의 이익을 해할 우려가 있으므로, 액면주식의 경우 신주발행은 원칙적으로 액면 이상의 가액이어야 한다(제330조). 그러나 회사의 실적부진 등으로 신주에 대한 투자자들의 수요가 낮거나 현재의 주가가 액면가액을 하회(下廻)하는 경우에는 액면가액 이상으로 발행한다는 것은 현실적으로 불가능하게 되고, 회사의 자본조달에 차질을 가져오게 된다. 따라서 상법은 일정한 요건하에서 액면미달발행을 예외적으로 인정하고 있다(제417조).

2. 액면미달발행의 요건

신주의 액면미달발행은 다음과 같은 요건하에서만 인정된다. ① 회사가 성립한 날로부터 2년이 경과한 경우에만 발행할 수 있다(제417조 제1항). ② 액면미달발행은 주주총회의 특별결의가 있어야 하고, 여기서는 최저발행가액을 정하여야 한다(제417조 제2항). ③ 법원의 인가를 얻어야 한다. 법원은 회사의 현황과 제반 사정을 참작하여 최저발행가액을 변경하여 인가할 수 있으며, 이 경우 법원은 회사의 재산상태 기타 필요한 사항을 조사하기 위하여 검사인을 선임할

2) 주식소각절차

주식소각절차에 대해 별도의 규정을 두고 있지 않고 주식병합절차에 관한 규정을 준용하고 있다(제342조 제2항, 제440조, 제441조).

3) 변경등기

자본금감소로 인해 등기사항에 변동이 생기므로 본점소재지에서 2주일 내에 변경등기를 하여야 한다(제317조 제4항, 제183조).

IV. 자본금감소의 효과

주식의 소각이나 병합으로 인해 받는 주식이나 금액에 대해 질권의 물상대위권이 인정된다(제339조). 주식소각이나 병합에 의해 자본금감소가 되는 경우 감소된 주식수만큼 재발행이 가능한가에 대해서는 학설의 대립이 있다.¹⁾

V. 자본금감소의 무효

1. 무효원인

자본금감소를 위한 주주총회 결의의 하자, 채권자보호절차의 흠결, 자본금감소의 방법 기타 절차에 있어 주주평등의 원칙 위반, 법령·정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 자본금감소는 무효의 원인이 된다.

【판례】 대법원 2020.11.26. 선고 2018다283315판결

주식병합을 통한 자본금감소에 이의가 있는 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 자본금의 감소를 승인하지 않은 채권자는 자본금감소로 인한 변경등기가 된 날부터 6개월 내에 자본금감소 무효의 소를 제기할 수 있다(상법 제445조). 상법은 자본금감소의 무효와 관련하여 개별적인 무효사유를 열거하고 있지 않으므로, 자본금감소의 방법 또는 기타 절차가 주주평등의 원칙에 반하는 경우, 기타 법령·정관에 위반하거나 민법상 일반원칙인 신의성실의 원칙에 반하여 현저히 불공정한 경우에 무효소송을 제기할 수 있다. 즉 주주평등의 원칙은 그가 가진 주식의 수에 따른 평등한 취급을 의미하는데, 만일 주주의 주식수에

1) 【학설】 자본금감소와 수권자본의 관계에 관한 학설

주식의 소각이나 병합에 의해 발행주식총수가 감소되는 경우 이미 수권자본으로 발행권한이 행사되었으므로 감소한 주식수만큼 재발행을 하지 못한다는 견해(다수설)와, 감소된 주식수만큼 미발행주식수가 회복된다는 견해가 있다.

【판례】 대법원 2004.4.27.선고 2003다29616판결

법원이 감자무효의 소를 재량 기각하기 위해서는 원칙적으로 그 소제기 전이나 그 심리 중에 원인이 된 하자가 보완되어야 한다고 할 수 있을 것이지만, 하자가 추후 보완될 수 없는 성질의 것으로서 자본감소결의의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는 것인 경우 등에는 그 하자가 보완되지 아니하였다 하더라도 회사의 현황 등 제반사정을 참작하여 자본감소를 무효로 하는 것이 부적당하다고 인정한 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있다.

심조판례 주주총회의 감자결의에 결의방법상의 하자가 있으나 그 하자가 감자결의의 결과에 아무런 영향을 미치지 아니하였고, 감자결의를 통한 자본감소 후에 이를 기초로 채권은행 등에 대하여 부채의 출자전환 형식으로 신주발행을 하고 수차례에 걸쳐 제3자에게 영업을 양도하는 등의 사정이 발생하였다면, 자본감소를 무효로 할 경우 부채의 출자전환 형식으로 발행된 신주를 인수한 채권은행 등의 이익이나 거래의 안전을 해할 염려가 있으므로 자본감소를 무효로 하는 것이 부적당하다고 볼 사정이 있다(대법원 2004.4.27.선고 2003다29616판결).

4) 다른 소(訴)와의 관계

자본금감소의 효력이 발생하기 전에는 주주총회 결의취소·무효확인 또는 부존재의 소를 제기할 수 있으나, 자본금감소의 효력이 발생한 후에는 자본금감소무효의 소에 흡수된다.

【판례】 대법원 2010.2.11.선고 2009다83599판결

상법 제445조는 자본감소의 무효는 주주 등이 자본감소로 인한 변경등기가 있는 날로부터 6월 내에 소만으로 주장할 수 있다고 규정하고 있으므로, 설령 주주총회의 자본감소 결의에 취소 또는 무효의 하자가 있다고 하더라도 그 하자가 극히 중대하여 자본감소가 존재하지 아니하는 정도에 이르는 등의 특별한 사정이 없는 한 자본감소의 효력이 발생한 후에는 자본금감소무효의 소에 의해서만 다룰 수 있다.

5) 판결의 효력

(1) **원고승소의 경우:** 자본금감소무효의 판결이 확정되면 자본금감소는 무효가 되고, 그 효력은 제3자에 대해서도 미친다(대세적^{대세적} 효력). 자본금감소무효판결의 효력에 대해 상법 제190조 본문만 준용하고 있기 때문에 판결의 효력에 소급효가 인정된다. 무효판결이 확정된 때에는 본점의 소재지에서 등기를 하여야 한다(제446조^{제446조}). 자본금감소의 무효판결 후 주주로부터 감소대가의 회수가 불가능하여 회사가 손해를 보는 경우에는 이사의 책임이 발생하고(제399조^{제399조}), 주주나 회사채권자에게 손해가 생기는 경우에는 회사 또는 이사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다(제389조 제3항, 제210조, 제401조^{제389조 제3항, 제210조, 제401조}).

(2) **원고패소의 경우:** 판결의 효력은 원고에 대해서만 미치고(대인적^{대인적} 효력), 원고에게 악의 또는 중대한 과실이 있는 경우에 한하여 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(제446조, 제191조^{제446조, 제191조}).

제443조 제1항을 준용한다(제461조 제2항 제2문). 무상의 신주발행시 발행가액은 액면주식의 경우 액면가액으로 하여야 한다. 종류주식을 발행하고 있는 경우에는 무상주도 주주들이 종래에 소유하는 주식의 종류와 수에 따라 교부하여야 한다(제461조 제2항 제1문). 준비금의 자본금전입에 따른 무상주를 자기주식에 대하여도 교부할 수 있는가에 대하여는 학설의 대립이 있다.¹⁾

보충 무액면주식을 발행한 회사의 자본금전입: 무액면주식을 발행하는 경우에는 자본금은 주식수와 무관하므로, 원칙적으로 신주를 발행하지 않고 자본금전입이 이루어질 것이므로 이사회 또는 주주총회의 의사결정만으로 자본금전입이 된다. 그러나 자본금전입과 함께 신주를 발행할 수도 있다.

② 신주의 효력발생시기: 이사회의 결의에 의하여 준비금을 자본금에 전입하여 신주를 발행하는 때에는 신주의 배정일 날의 주주명부상의 주주가 신주의 주주가 되며(제461조 제3항), 주주총회에서 준비금의 자본금전입을 결의한 때에는 그 결의가 있는 날의 주주명부상의 주주가 신주의 주주가 된다(제461조 제4항).

③ 무상주 교부의 통지: 이사회 또는 주주총회의 결의에 의하여 신주의 주주가 된 때에는 이사는 지체없이 신주를 받을 주주와 주주명부에 기재된 질권자에 대하여 그 주주가 받을 주식의 종류와 수를 통지하여야 한다(제461조 제5항).

④ 질권의 물상대위: 종전의 주식을 목적으로 하는 질권은 등록질이건 약식질이건 질권의 물상대위가 인정되어 신주의 발행으로 주주가 받을 주식이나 금전에 대해서도 질권을 행사할 수 있다(제461조 제6항; 제339조).

⑤ 구주식과 신주식의 관계: 준비금의 자본금전입으로 발행되는 신주는 구주식의 과실이나 종물에 해당하지 아니하므로 구주식을 매매하여 인도하기 전에 발행된 신주는 구주식의 매매의 목적물에 포함되지 아니한다(대법원 1974.6.25.선고 74다164판결).

⑥ 변경등기: 신주의 발행으로 자본금의 증가와 발행주식총수의 변경이 있으므로 신주 효력발생일로부터 2주일 내에 본점에서 변경등기를 하여야 한다(제183조).

(4) 위법한 자본금전입: 주주평등의 원칙에 위반한 자본금전입의 경우, 이사회의 결의 없이 준비금의 자본금전입이 이루어지는 경우, 결의가 있더라도 하자 있는 결의에 의한 경우, 발행예정주식총수를 초과하여 자본금전입을 한 경우 등 준비금의 자본금전입이 위법하게 이루어지는 경우에 주주는 통상의 신주발행과 같이 신주발행의 유지를 청구하거나 신주발행무효의 소를 제기할 수 있다.

1) **[학설] 자기주식에 대한 무상주의 교부에 관한 학설**

무상주의 교부는 실질적으로 이익배당과 같이 잉여금의 처분이므로 자기주식에 대해서는 이익배당이 인정되지 않는다고 하여 자기주식에 대한 무상주의 교부를 부정하는 견해(유력설)와, 준비금의 자본금전입에 의한 무상주의 교부는 주식의 분할에 가깝다고 보아 회사의 자기주식에 대한 무상주의 교부도 부정할 이유가 없다는 견해가 있다.

3) 미발행주식의 존재

주식배당을 하면 그만큼 발행주식수가 증가한다. 이 증가분이 발행예정주식총수의 범위 내여야 하므로 회사에 미발행주식이 존재하여야 한다. 만약 발행예정주식총수를 초과하는 주식발행이 되는 경우에는 정관의 변경으로 회사의 발행예정주식총수를 증가시켜야 한다.

4) 신주의 발행가액 및 신주의 종류

주식배당은 주식의 권면액으로 하여야 한다(제462조의2 제2항). 발행가액은 권면액의 이하뿐만 아니라 초과도 인정되지 않는다. 회사가 종류주식을 발행한 때에는 각각 그와 같은 종류의 주식으로 배당할 수 있다(제462조의2 제2항).

3. 주식배당의 절차

1) 주주총회의 결의

주식배당은 주주총회의 보통결의에 의하여 한다(제462조의2 제1항 본문). 재무제표의 승인결의와 주식배당의 결의는 동시에 이루어져도 무방하다.

2) 배당의 통지

주식배당을 한다는 주주총회의 결의가 있는 때에는 지체없이 배당을 받을 주주와 주주명부에 기재된 질권자에게 그 주주가 받을 주식의 종류와 수를 통지하여야 한다(제462조의2 제5항).

3) 단주의 처리

주식으로 배당할 이익의 금액 중 액면주식의 경우 주식의 권면액에 미달하는 단주가 있는 때에는 그 부분에 대하여는 자본금감소시의 단주처리에 관한 상법 제443조 제1항을 준용한다(제462조의2 제3항).

4) 변경등기

주식배당을 한 경우 회사의 자본금도 증가하고, 주식수도 증가하므로 주주총회의 종결시로부터 2주일 내에 본점소재지에서 변경등기를 하여야 한다.

외국회사

I. 외국회사에의 상법 적용

외국회사는 법률에 다른 규정이 있는 경우 외에는 대한민국에서 설립된 동종 또는 가장 유사한 회사로 본다(제621조). 내국회사와 외국회사의 구별에 있어서는 설립준거법주의에 따른다. 외국에서 설립된 회사라도 대한민국에 본점을 설치하거나 대한민국에서 영업할 것을 주된 목적으로 하는 때에는 대한민국에서 설립된 회사와 같은 규정에 따라야 한다(제617조).

II. 외국회사의 등기

1. 대표자, 영업소의 설정과 등기

외국회사가 국내에서 영업을 하기 위해서는 대표자를 정하여야 하며, 영업소를 설치하거나 대표자 중 1명 이상이 대한민국에 그 주소를 두어야 한다(제614조 제1항). 외국회사가 제614조 제1항의 영업소를 설치하는 경우에는 그 설치일로부터 3주일 내에 영업소의 소재지에서 목적, 상호, 회사를 대표할 자의 성명, 주소, 주민등록번호, 공동대표사항, 본점소재지, 영업소의 소재지 등의 법정사항을 등기하여야 한다(제614조 제2항). 이러한 등기에는 회사설립의 준거법과 대한민국에서의 대표자의 성명, 주소, 주민등록번호(외국인등록번호)가 포함되어야 한다(제614조 제2항). 이러한 등기사

항이 외국에서 생긴 경우에는 등기기간은 그 통지가 도달한 날로부터 기산하다(제615조). 외국회사는 대표자 및 영업소의 등기를 하기 전에는 계속적 거래행위를 하지 못하며, 이에 위반하여 거래한 자는 그 거래에 대하여 회사와 연대하여 책임을 진다(제616조 제1항, 제2항).

외국회사의 대표자는 국내의 영업에 관한 재판상·재판외의 모든 행위를 할 수 있으며, 그 대표권의 제한으로 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제614조 제4항, 제209조). 그리고 대표자의 업무집행으로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 회사는 그 대표자와 연대하여 배상할 책임을 진다(제614조 제4항, 제210조).

2. 영업소의 이전·변경 등기

외국회사가 영업소를 이전한 경우에는 3주일 내에 종전소재지에서는 새소재지와 이전연월일을, 새소재지에서는 제416조 제2항 및 제3항의 사항을 등기하여야 한다(제614조의2 제1항). 제614조 제2항 및 제3항의 사항이 변경되었을 때에는 영업소의 소재지에서 3주일 내에 변경 등기를 하여야 한다(제614조의2 제2항).

Ⅲ. 대차대조표 등의 공고

외국회사로서 상법에 따라 등기한 외국회사(대한민국에서의 같은 종류의 회사 또는 가장 비슷한 회사가 주식회사인 것만 해당)는 상법 제449조에 따른 재무제표의 승인과 같은 종류의 절차 또는 이와 비슷한 절차가 종결된 후 지체없이 대차대조표 또는 이에 상당하는 것으로서 대통령령으로 정하는 것을 대한민국에서 공고하여야 하며(제616조의2 제1항), 이러한 공고에 대하여는 상법 제289조 제3항부터 제6항까지의 규정(전자적 방법에 의한 공고)을 준용한다(제616조의2 제2항).

Ⅳ. 외국회사의 주권 또는 채권의 발행과 유통

외국회사가 대한민국 내에서 그 회사의 주권 또는 채권의 발행, 주식의 이전·입질, 사채의 이전을 하는 경우에는 상법의 주식 및 사채에 관한 규정(제335조, 제335조의2부터 제335조의7까지, 제336조부터 제338조, 제340조 제1항, 제355조, 제356조, 제356조의2, 제487조 제1항, 제479조 및 제480조)이 준용된다(제618조).

V. 외국회사의 폐쇄명령

법원은 외국회사에 대해서 해산명령을 내릴 수 없고, 일정한 사유가 있는 때에 이해관계인이나 감사의 청구에 의하여 국내영업소에 대한 폐쇄명령을 할 수 있다(제619조 제1항). 일정한 사유는 ① 영업소 설치의 목적이 불법한 경우, ② 영업소의 설치등기 후 정당한 사유 없이 1년 내에 영업을 개시하지 않거나 1년 이상 영업을 휴지하거나 정당한 사유 없이 지급을 정지한 경우, ③ 대표자 또는 업무를 집행하는 자가 법령 또는 사회질서에 위반한 행위를 한 경우를 말한다.

법원은 폐쇄명령 전이라도 영업소재산의 보전에 필요한 처분을 할 수 있고, 외국회사는 법원에 이해관계인의 폐쇄명령청구가 악의임을 소명하고 이해관계인에게 담보제공을 명령할 것을 청구할 수 있다(제619조 제2항, 제176조 제2항·제3항·제4항).

VI. 외국회사의 청산

법원의 명령으로 또는 외국회사가 스스로 영업소를 폐쇄한 경우 법원은 이해관계인의 신청에 의하거나 직권으로 국내에 있는 그 외국회사의 재산 전부에 대해 청산의 개시를 명할 수 있으며, 이 경우 법원은 청산인을 선임하여야 한다(제620조 제1항, 제3항). 외국회사의 청산에 관하여는 그 성질이 허용하지 않는 경우를 제외하고는 주식회사의 청산에 관한 상법 제535조부터 제537조까지 규정과 제542조의 규정을 준용한다(제620조 제2항).