

5. 회사의 설립과 해산

회사의 설립이란 회사라는 단체를 형성하여 회사가 법률상의 권리능력을 취득하는 일련의 절차를 말한다.

(1) 회사설립에 관한 입법주의

1) 자유방임주의 - 사단의 실체만 형성하면 회사의 성립을 인정. 사기극 발생하여 사회문제를 야기함.

2) 특허주의 - 특별입법에 의해 개별적으로 회사의 성립을 인정. 회사의 남설을 특허주의로 규제(오늘날은 특수회사 설립에 이용 - 한국은행법, 한국도로공사법 등).

3) 면허주의(허가주의) - 회사설립에 관한 일반 법률을 제정하고 이에 근거해 설립여부를 실질적으로 심사한 후 행정처분(면허, 허가)에 의해 회사설립을 인정.

4) 준칙주의 - 일반 법률의 요건에 맞춰 설립하면 회사설립을 인정. 설립가부에 대한 심사권이 없음(적법한 절차를 거쳤는가를 심사할 뿐이지, 설립을 허가할지 말지를 결정할 권한은 없다). 우리 상법은 그 중에서도 엄격준칙주의(설립의 절차에 관해 상세한 규정을 둬)를 취하고 있다.

(2) 설립등기

준칙주의에 의하면 법정요건을 구비하기만 하면 회사가 성립할 것 같지만, 국가가 그 법정요건의 구비여부를 조사하도록 하고 회사설립의 사실과 그 조직을 공시하여 일반대중을 보호하기 위하여 등기를 하도록 하고 있다(172).

(3) 회사의 해산

회사의 법인격이 소멸하는 것을 말한다. 해산사유는 회사의 종류마다 다르다(227, 285-1, 517, 609). 공통사유로는 해산명령과 해산판결이 있다. 해산등기해야 한다.

♣ 해산명령 - 공익상 회사의 존속을 허용할 수 없다고 인정되는 경우에 법원이 이해관계인이나 감사의 청구에 의하여 또는 직권으로 회사의 해산을 명할 수 있는 제도(176).

♣ 해산판결 - 회사영업상태의 회복가능성도 없고 해산결의도 어려운 경우에 사원의 청구에 의하여 법원의 사원의 정당한 이익을 보호하기 위하여 판결로써 회사를 해산시키는 제도.

- 인적회사 사원은 부득이한 사유가 있는 때 회사해산을 법원에 청구할 수 있다(241-1, 269).

- 자본회사의 사원은 회사의 업무가 현저한 정돈상태를 계속하여 회복할 수 없는 손해가 생긴 때 또는 생길 염려가 있는 때와 회사재산의 관리 또는 처분의 현저한 실당으로 인하여 회사의 존립이 위태롭게 된 때 회사해산을 법원에 청구할 수 있다(520, 613).

(4) 회사의 청산

회사는 해산등기 하더라도 곧바로 소멸하는 것이 아니라 청산의 목적범위 내로 권리능력이 제한될 뿐이고 청산절차에 따라 대내외의 법률관계가 정리된 때에 모든 권리능력이 소멸하게 된다. 물론 청산등기 해야 한다. 회사가 해산으로 곧바로 권리능력이 소멸된다면 많은 이해관계인이 피해를 입을 우려가 있으므로 회사의 권리의무관계를 정리할 수 있도록 청산절차를 둔 것이다.

(현존사무의 종결: 채권의 추심, 채무의 변제, 재산의 환가처분과 잔여재산의 분배)

♣ 휴면회사의 해산·청산의제

휴면회사란 영업을 폐지하여 사실상 존재하지 않는 회사이지만 해산등기와 청산등기를 하지 않고 방치하여 등기부에만 존재하는 회사이다. 휴면회사가 존재하면 사실과 등기의 불일치로 등기사무의 혼잡을 초래하고, 회사의 상호선정에 어려움이 생기며, 회사범죄의 수단으로 이용될 위험성이 있다. 그래서 상법은 주식회사에 대하여 휴면회사의 해산의제제도를 두고 있다(520조의 2).

최후의 등기 후 5년을 경과한 회사는 법원행정처장이 본점 소재지를 관할하는 법원에 아직 영업을 폐지하지 아니하였다는 뜻의 신고를 할 것을 관보로써 공고한 경우에, 공고일에 이미 최후의 등기 후 5년이 경과한 회사로서 공고일로부터 2월 이내에 신고를 하지 않은 때에는 그 회사는 그 신고기간이 만료된 때에 해산한 것으로 본다(해산의제).

휴면회사가 해산이 의제된 날부터 3년 이내에 회사계속의 결의를 하지 않은 때에는 3년이 경과한 때에 청산이 종결된 것으로 의제한다(청산의제).

(5) 회사의 계속

일단 해산된 회사가 사원들의 의사에 의하여 해산 전의 상태로 복귀하여 해산 전의 회사와 동일성을 유지하면서 존립중의 회사로 존속하는 것을 말한다. 그러나 법원의 해산명령이나 해산판결에 의하여 회사가 강제로 해산된 때와 회사설립을 인정할 수 없는 객관적인 하자가 있는 경우에는 회사의 자치적인 절차에 의한 회사의 계속은 인정되지 못하고 청산절차를 진행하여야 한다. 따라서 존립기간의 만료 기타 정관에서 정한 사유의 발생 또는 사원(주주)총회의 결의로 해산한 경우 등에는 사원(주주)총회의 결의로 회사를 계속할 수 있다.

회사가 이미 해산등기를 한 경우에는 계속등기를 하여야 하고 해산등기를 하지 않은 경우에는 계속등기를 할 필요가 없다.