

법인설립에 있어서 登記·등록제도의 개선방안 연구

송 호 영*

<차 례>

I. 머리말	1. 총설
II. 비영리법인의 경우	2. 주식회사의 설립절차
1. 비영리법인의 설립절차	3. 회사설립등기와 기타 행정절차
2. 주무관청의 인·허가와 법인설립등기	4. 문제점 및 개선방안
3. 개선안	IV. 맺음말
III. 영리법인(주식회사)의 경우	

I. 머리말

법인은 민법이 자연인 이외에 인정한 또 하나의 권리주체이다. 법인의 본질에 대해서는 과거 실재설과 의제설이 대립하였다고는 하나, 오늘날 법인의 존재에 대해 그 實在性을 의심할 여지는 없다.¹⁾ 특히 현대사회에서 분자화된 자연인이 실행하는 거래행위의 규모는 제한적인데 반해 주식회사 등의 법인이 이끄는 경제활동의 규모는 실로 엄청나다. 예컨대 「주식회사 삼성전자」라는 하나의 회사만을 떠올리더라도 법인은 허구화된 架空의 조직체가

* 한양대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

1) 법인의 본질에 관한 고전적인 법인의제설과 법인실제설의 의미가 오해된 상태에서 후세 학자들에 의해서 확대재생산된 것이라는 비판에 대해서는 송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제 -법인본질론의 극복을 위한 하나의 시론-”, 「민사법학」제31호(2006.3), 3면 이하.

아니라, 엄연히 實存하는 조직체임은 명백하다. 그럼에도 불구하고 법인은 자연인과 달리 그 자체가 목적적 존재가 아니라 法技術的인 概念(rechtstechnischer Begriff)으로 형성된 것이라는 점도 부인할 수 없다.²⁾ 그것은 각국마다 법인을 권리주체로 인정하면서도, 어떠한 요건과 절차에 따라 법인이 성립되는지는 서로 상이하다는 점이 이를 방증한다. 즉 나라마다 법인체도는 인정되지만 단체에 대하여 법인격을 부여하는 방법이나 절차는 서로 다르다. 우리나라를 비롯한 독일, 일본 등 대륙법계 국가들은 법인의 성립을 위해 법인설립등기를 요구하는데 반하여, 미국, 캐나다 등 영미법계 국가들에서는 법인등기제도가 아예 없다. 한편 법인설립등기를 요구하는 대륙법계 국가라고 하더라도, 독일의 경우는 민법상 법인 중에서도 비영리사단법인의 성립과 영리사단법인 및 재단법인의 성립에 있어서 등기·등록의 의미와 효력이 서로 다르다. 또한 우리나라에서도 비영리법인의 성립과 비영리법인의 성립을 위한 절차는 차이가 있다. 이러한 점들을 보면, 법인의 성립을 위해서 어떠한 절차를 밟도록 할 것인가 하는 문제는 ‘법인’이라는 권리주체를 창출하기 위한 논리필연적인 法教義的 문제라기보다는, 當爲와 效率의 적절한 타협을 필요로 하는 法政策的 문제라고 할 것이다. 여기서 當爲란 어떤 조직체가 ‘법인’이라는 권리주체로 인정되기 위해서는 소정의 법적 요건을 갖추도록 하여야 하며, 그러한 요건을 충족시켰는지를 외부에서 알 수 있도록 함으로써 거래안전을 확보하여야 한다는 것이다. 또한 效率이란 법인으로 되고자하는 조직체로 하여금 가급적 신속히 ‘법인’으로서 거래활동에 참여할 수 있도록 길을 마련해주어야 한다는 것이다. 우리법은 법인설립에 있어서 登記制度를 채택하여 법인설립여부를 외부에 공시하도록 함으로써 거래안전을 확보하고자 한다. 이러한 점에서 當爲의 측면은 어느 정도 충족될 수 있다. 그러나 현재의 등기제도 내지 기타 행정적인 등록제도가 效率의 측면에서 과연 바람직하게 운용되고 있는지에 대해서는 의문이 있다. 특히 비영리법인의 설립에 있어서는 주무관청의 인·허가절차와 등기절차가 분리되어

2) Reuter-MünchKomm. BGB, vor § 21 Rz. 1 ff.

있음으로 인한 비효율성이 존재하고, 또한 준칙주의에 따라 등기소에 설립등기를 함으로써 법인설립이 완성되는 영리법인(회사)에 있어서도 설립등기 후에도 실제 영업활동을 위해서는 별도의 법인설립신고를 하여야 하는 등의 사회적 비용이 소요된다. 본고는 이러한 문제의식을 가지고서 효율의 관점에서 우리 현행법상 법인설립에 있어서 운용되는登記·등록제도의 불합리를 지적하고 이에 관한 개선안을 제시해보고자 작성된 것이다.

아래에서는 민법을 중심으로 한 비영리법인의 경우(Ⅱ.)와 상법상 영리법인, 특히 주식회사의 경우(Ⅲ.)를 나누어서 이에 관한 문제점을 고찰하고자 한다.

Ⅱ. 비영리법인의 경우

1. 비영리법인의 설립절차

(1) 총설

법인은 생성되는 모습에 따라 一時的 내지 非段階的 生成(Entstehung *uno actu*)과 段階的 生成(Entstehung durch Prozeß)으로 나뉠 수 있다.³⁾ 전자는 법인이 법률 또는 행정법령에 근거하여 단계적 과정을 거치지 않고 곧바로 성립되는 경우로써, 강학상 법인설립에 관한 입법주의에서 特許主義에 의하여 설립하는 법인이 이에 해당한다. 이 경우에는 법인의 설립이 특별법에 근거하여 이루어지는 것이므로 설립과정상 발생하는 법적 문제들이 다투어질 여지가 거의 없다. 반면 법인설립의 일반적인 모습이면서, 이론적으로나 실무적으로 중요한 의미를 지니는 쪽은 후자의 경우이다. 즉 대다수의 법인은 일정한 단계를 거쳐 생성된다. 그러한 단계는 크게 두 가지 단계로 나누어 볼 수 있는데, (i) 團體의 設立段階와 (ii) 설립된 단체의 法人으로

3) Fritz Rittner, Die werdende juristische Person, Untersuchungen zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Tübingen 1973, S. 17 이하 참고.

의 完成段階가 그것이다.

우선 단체의 設立段階에서는 법인을 설립하고자하는 주체들이 자율적인 의사에 의해서 일정한 조직을 만들고 이를 기반으로 법인생성을 지향하는 여러 활동(예, 정관작성, 기관구성 등)을 하게 된다. 이 단계에서는 設立行爲(Gründungsgeschäft)가 핵심적인 내용을 이루고 거기에는 私的自治(社團自治 혹은 定款自治)의 原則이 지배하게 된다. 이 단계에서의 설립행위를 통하여 단체는 이른바 設立中인 法人(설립중인 사단·재단, 설립중인 회사 등)으로 등장한다. 설립중인 법인으로 있는 단체의 운명은 이후 갈림길에 서게 되는데, 만약 설립자들이 법인으로 진전되는 것을 포기하거나 법정의 요건을 갖추지 못하여 법인으로 될 수 없다면 권리능력없는 사단·재단으로 머물 수밖에 없지만, 만약 법인으로 진전되기를 원한다면 國家의 助力(staatliche Mitwirkung)을 통하여 법인으로 생성될 수 있다. 단체의 法人으로의 完成段階에서는 설립중인 법인이 국가의 조력을 통하여 법인으로의 생성과정이 마무리된다. 이 단계는 구체적으로 설립중인 법인이 權利能力을 취득하여 법적으로 완전한 권리주체가 되는 과정을 의미한다. 이때 국가는 단체의 권리능력취득과정에 개입하게 되는데, 단체에게 일정한 法定要件(즉 準則)을 요구하거나, 認可나 許可 등을 통하여 권리능력의 부여에 조력하게 되고, 종국적으로는 登記나 登錄을 통하여 법인의 생성을 국가가 公示함으로써 새로운 권리주체의 탄생은 완성된다.

비영리법인의 설립절차에 있어서 많은 세부적인 법적 쟁점들이 존재하지만,⁴⁾ 본고에서는 논지에 필요한 범위 내에서 법인의 설립절차에 대해 개관한다.

(2) 사단법인

법인생성을 위한 첫째 단계, 즉 (i) 團體의 設立段階에 있어서 특히 사단

4) 이를테면, 정관의 법적 성질, 사단법인 설립행위의 법적 성질, 설립중인 법인의 창립시기 또는 법적 성질 등.

법인은 분화된 과정을 거치게 된다. 즉 사단법인의 생성을 목표로 하기 위해서는 먼저 설립을 계획하는 몇몇의 사람들이 모여 특정한 목적을 실현하기 위해서 법인을 설립하기로 약속하고(設立前段階), 이어서 법인설립을 위한 조직을 갖추고 장차 탄생할 법인의 근본규칙인 정관을 작성하는 등 법인설립에 필요한 여러 행위를 하게 된다(設立段階).

設立前段階(Vorgründungsstadium)에서 등장하는 조직을 發起人組合이라고 한다. 단체설립을 위한 발기인들 사이의 부담행위의 법적 성질은 한편으로는 채권법상의 組合契約인 동시에(민법 제703조 참조), 다른 한편으로는 발기인 상호간에 단체설립을 위해 서로 협조한다는 것을 내용으로 하는 일종의 設立豫約(Gründungsvorvertrag)이다.⁵⁾ 다음으로 設立段階(Gründungsstadium)에서는 설립자들의 정관작성에 의해 이른바 설립중인 법인이 등장하게 된다. 설립중인 사단(Vorverein)은 곧이어 생성될 법인과 그 동일성을 가지는 것으로 인정된다(이른바 同一性說). 따라서 설립중인 사단이 부담하는 각종 권리와 의무는 이후 법인설립이 완성되어 생성된 법인에 별도의 절차없이도 자동적으로 이전하게 된다.⁶⁾ 그런데 우리 민법에는 설립중인 사단이 등장하는 시기나 요건에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문에 순전히 해석론에 의지할 수밖에 없다. 우선 우리 민법에는 법인설립을 위한 설립자의 최소인원에 대한 규정이 없지만, 강학상 2인 이상으로 해석된다.⁷⁾ 다음으로 설립중의 법인이 성립하는 시기에 대해서도 민법은 침묵을 지키고 있는데, 정관이 작성되어 정관상의 기관과 사원이 확정될 수 있는 시기에 설립중인 법인이 성립된다고 할 것이다.⁸⁾ 설립중인 사단의 법적 성질은 권리능력없는 사단이라고 할 수

5) Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 299; Flume, Die Werdende juristische Person, Festschrift für Ernst Geseler zum 65. Geburtstag, München 1971, S. 3, 17 ff.

6) 그러나 우리 판례는 설립중의 법인의 행위에 대하여 설립후의 법인이 책임을 지는 것은 그 법인의 “설립자체를 위한 행위”에 한하는 것으로 보고 있다(大判 1965.4.13. 64다1940).

7) 대표적으로 박윤직, 민법총칙, 131면.

8) 상법과 달리 민법에서는 창립총회(상법 제308조 참조)와 같은 요건을 요구하지 않는다. 따라서 사단법인의 정관을 작성하고 이를 인정받기 위한 창립총회가 반드시 필요한 것은 아니다. 다만 실제 운영상으로는 원시정관을 작성하여 이를 창립총회에서 인준하는 절차를

있지만, 그것은 처음부터 법인이 되는 것을 포기하고 지속적으로 非法人 상태로 머무는 조직체와는 달리, 법인으로 되기 위한 完成段階(Vollendungsstadium)의 직전까지 존재하는 과도기적 상태라는 점에서 일반적인 권리능력없는 사단과는 구별된다.

이후 설립중인 사단은 (ii) 주무관청의 許可(민법 제32조)와 法人設立登記(민법 제33조)를 거쳐 법인으로 완성된다(법인으로서의 完成段階). 이 부분에 관한 설명은 후술한다.

(3) 재단법인

재단법인의 설립에 있어서도 (i) 財團의 設立段階와 그러한 (ii) 재단의 法人으로서의 完成段階로 구분할 수 있다. 재단의 설립단계에서는 설립자의 設立行爲(Stiftungsgeschäft)가 있게 되고, 법인으로서의 完成段階에서는 주무관청의 許可와 設立登記 등의 요건이 갖추어져야 한다. 그런데 재단법인에 있어서 「設立行爲」란 定款作成 외에도 법인의 목적실현을 위해 필요한 財産出捐이 반드시 요구된다는 점에서 사단법인의 설립행위와는 다르다. 재단법인의 설립을 위한 재산의 출연은 無償行爲로써, 生前處分 뿐만 아니라 遺言으로도 할 수 있다. 민법은 생전처분으로 하는 재산출연에는 贈與에 관한 규정을 준용하고(민법 제47조 제1항), 유언으로서 하는 재산출연에는 遺贈에 관한 규정을 준용하고 있다(민법 제47조 제2항). 그러나 재단법인의 설립을 위한 재산의 출연은 단순히 설립자가 재산을 供與한다는 것보다, 그 출연재산으로 새로운 權利主體를 창출한다는 것에 보다 근본적인 의미가 있으므로 일반적인 증여나 유증과는 차이가 있다.

사단법인의 설립에서와 마찬가지로 이른바 「設立中인 財團法人」이 인정되는지가 문제된다. 독일에서는 設立中인 財團(Vorstiftung)의 존재를 인정할 것인가를 두고 다툼이 있다. 이를 긍정하는 견해⁹⁾도 있지만, 설립중인 재단

거치는 것이 일반적이다.

9) Schwinge, Die Stiftung im Errichtungsstadium, BB 1978, S. 527 ff.; Palandt-Heinrich, §

의 존재를 부정함이 다수설이다.¹⁰⁾ 그 이유는 재단법인은 권리능력을 취득함으로써 비로소 재단설립자와 설립자의 재산으로부터 분리된 독자적인 권리주체성이 인정되기 때문에, 재단법인의 경우는 法人以前の段階를 인정하기 어렵기 때문이다. 이러한 점은 독일민법 제81조 제2항과 제82조에 반영되어 있다. 즉 재단설립자로부터 출연이 예정된 재산과 설립자의 고유한 재산은 관할관청의 설립인가 이전에는 분리되지 않기 때문에, 설립자는 관할관청의 설립인가 이전에는 자신의 출연행위를 撤回할 수 있고(제81조 제2항), 설립자는 관할관청의 설립인가가 있을 때에 비로소 출연행위에서 약속한 재산을 재단에 이전시킬 의무를 부담할 뿐이다(제82조 제1문). 또한 관할관청의 설립인가의 성질도 정확하게 파악할 필요가 있다. 관할관청은 재단의 설립을 “承認(anerkannt)”한다고 하지만, 정확하게 표현하자면 재단의 설립을 “確定(feststellt)”하는 것이다. 이러한 의미에서 관할관청의 설립인가는 權利形成的(rechtsbegründend)이고 創設的(konstitutiv)인 성격을 갖는다. 따라서 출연행위와 설립승인의 중간에 “設立中인” 재단이 존재한다는 것은 상상할 수 없을 뿐만 아니라, 이 시기에는 권리능력없는 재단도 존재할 여지가 없고 관할관청이 설립인가를 거부하였을 때 비로소 존재할 수 있다. 이처럼 권리능력을 가질 수 있는 재산의 조직체(즉 재단)의 발생과 권리능력의 취득시점을 일치시킨 것은 독일민법의 입법자들이 의도적으로 규율한 독일 재단법인법의 가장 큰 특징이다.¹¹⁾

80 Rz. 2; Ebersbach, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, Göttingen 1982, S. 66 f. 이 학설에 의하면, 사단법인의 경우와 마찬가지로 재단법인에 있어서도 개념상 설립중인 재단(Vorstiftung)을 인정할 수 있으며, 설립중인 재단의 존재를 인정함으로써 설립중인 사단(또는 회사)에서 형성된 여러 법원리들이 설립중인 재단에도 준용될 수 있다고 한다. 즉 재단법인의 설립이 완성되기 전, 즉 관할관청의 승인이 있기 전에 재단의 이름으로 이루어진 권리·의무 관계는 재단법인이 성립하는 순간에 자동적으로 재단법인의 권리·의무로 귀속되기 때문에 권리·의무의 이전을 위한 별도의 법률행위가 필요하지 않다는 것이다.

10) 부정설로는 MünchKomm-Reuter, § 80 Rz. 11; Staudinger-Rawert, § 80 Rz. 42; Seifart-Hof, Handbuch des Stiftungsrechts, § 7 Rz. 197; Kronke, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, Tübingen 1988, S. 47, 48; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 185, 186 등.

11) Karsten Schmidt, Verbandzweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, Heidelberg

독일의 경우와 달리 우리나라에서는 설립중인 재단의 존재를 인정함에 별 어려움이 없다. 그 이유는 우리민법의 경우 재단법인의 설립에 있어서 독일의 재단법인설립규정과는 달리 여러 단계의 절차를 밟도록 되어 있고, 각 절차마다 시간적인 간격이 존재할 수 있음을 예정하고 있기 때문이다. 즉 재단설립자의 출현행위와 주무관청의 허가사이에는 일정한 시간간격이 존재할 수도 있고, 주무관청의 허가를 받았다고 하더라도 설립등기를 마칠 때까지는 등기신청의 완급에 따라 3주일의 시간이 걸릴 수도 있기 때문이다(민법 제49조 제1항 참고). 따라서 우리나라의 경우는 설립자가 재산을 제공하였고 이를 관리·운영하는 조직을 갖추고 있음에도 (i) 아직 주무관청의 허가를 얻지 못한 상태에 있거나, (ii) 주무관청의 허가를 받았으나 아직 설립등기를 마치지 않은 상태에 있는 목적재산의 실체를 설립중인 재단이라고 할 수 있다.

2. 주무관청의 인·허가와 법인설립등기

(1) 인·허가 및 설립등기의 법률효과

단체가 법인으로 되는데 있어서 거쳐야 하는 주무관청의 인·허가나 등기·등록과 같은 국가의 조력은 비록 절차적 요소라고 하더라도 법인성립에 있어서 필수불가결한 요소이다(자유설립주의는 예외). 인·허가 및 설립등기가 가져다주는 효과를 살펴보면 다음과 같다.

독일민법에서는 비영리사단법인에 대해서 준칙주의가 적용되므로 국가의 인·허가를 요하지 않지만, 재단법인의 설립을 위해서는 관할관청의承認(Anerkennung)를(제80조), 그리고 영리사단의 설립을 위해서는 국가의 허가(staatliche Verleihung)를 받아야한다(제22조¹²⁾). 이때 인가(승인) 또는 허

1984, S. 17.

12) 독일민법 제22조 「영리사단」 영리사업을 목적으로 하는 사단은 연방법률에 특별한 규정이 없는 경우에는 국가의 허가를 얻음으로써 권리능력을 취득한다. 허가는 사단이 주소를 가지는 주의 권한에 속한다.

가를 통한 국가의 단체에 대한 법인격부여행위의 법적 성질은 權利形成的 行政行爲(ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt)라고 이해되고 있다.¹³⁾ 그 이유는 독일민법상 영리사단법인의 설립에 있어서 설립중인 사단은 국가의 인·허가를 통하여 비로소 권리능력이 있는 사단(즉 법인)으로 되기 때문이다. 또한 재단법인의 설립에 있어서도 관할관청의 승인은 權利形成的 行政行爲임은 앞서 본 바와 같다. 독일의 상황과는 달리, 우리나라에서는 민법 제32조에서 요구하는 주무관청의 허가와 제33조가 요구하는 법인설립등기의 관계가 문제될 수 있다. 민법 제32조가 요구하는 주무관청의 허가는 權利形成的 行政行爲라고 볼 수는 없다. 왜냐하면 단체는 주무관청의 허가로 말미암아 법인으로 성립되는 것이 아니고, 주무관청의 허가가 있는 지 3주내에 주된 사무소소재지에 설립등기를 하여야만 비로소 법인으로 인정되기 때문이다(민법 제32조, 제49조). 따라서 우리 민법의 입법자들은 주무관청의 허가가 아니라 법인설립등기에 權利形成的 또는 創設的 效力을 부여하려고 한 것으로 볼 수밖에 없다.¹⁴⁾

법인설립등기의 효력이 創設的이라는 것은 법인설립을 목적으로 한 단체는 설립중인 법인에서 설립등기에 의해 비로소 하나의 법인으로 완전한 권리주체성을 인정받게 됨을 의미한다. 법인설립등기는 단순히 법인의 존재성을 공시하는 효과를 넘어서서, 법인등기를 마친 단체에 대해서는 존립의 다름에 있어서도 보다 강한 보호를 하게 된다. 비록 민법에는 명문의 규정이 없지만, 사단법인이 설립등기를 마치게 되면 설립행위에 있어서 사원의 주관적 하자(예컨대 착오·사기·강박 등)는 일단 치유된 것으로 보아야 하며, 법인의 설립이 무효로 판명되더라도 법인은 소급해서 존재하지 않은 것으로 보는 것이 아니라, 장애에 향하여 청산절차를 밟게 된다. 즉 법인설립등기를 통해 인정된 법인은 청산종결등기가 마무리될 때까지는 그 실체가 인정되는 셈이다.

13) Reichert, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 274.

14) 민법주해 (I), 564면(홍일표 집필).

(2) 문제점

우리 민법상 법인설립에 있어서 주무관청의 인·허가절차와 설립등기절차가 분리되어 있음으로 인해 다음과 같은 문제들이 제기된다.

(가) 허가주의를 고수할 것인가?

현행민법은 사단법인이든 재단법인이든 법인의 설립을 위해서 주무관청의 허가를 얻도록 요구하고 있다(민법 제32조). 자율적으로 조직된 단체에 대하여 국가가 어떻게 조력하여 법인으로 될 수 있도록 할 것인가는 법정정책적인 문제이고, 그것은 단순한 방임으로부터 일정한 준칙을 요구하거나 인가나 허가 혹은 특허 등의 방법을 통해 다양하게 개진될 수 있다. 문제는 법정정책적인 국가의 조력방법도 합목적성을 가져야 한다는 점이다. 헌법은 모든 국민에게 結社의 자유를 보장하고(제21조 제1항) 또한 결사에 대한 허가를 부인하고 있다(제21조 제2항). 그럼에도 불구하고 비영리를 추구하는 국민의 한 무리가 사단법인을 설립하고자 하는데 주무관청의 자유재량에 따른 허가를 받도록 하는 것은 헌법정신에 위반된다고 할 수 있다.¹⁵⁾ 대법원 판례 중에는 재단법인의 정관변경에 있어서 민법 제46조에서 언급된 주무관청의 “허가”는 법률상의 표현임에도 불구하고 일반적 금지를 해제하는 것이 아닌, 법률행위의 효력을 보충해주는 “인가”라고 보아야 한다는 전향적인 해석론을 개진한 것도 있지만,¹⁶⁾ 이를 일반화하여 민법 제32조의 법인설립의 허가까지도 인가로 볼 수 있을 것인지는 의문이다. 어쨌든 민법 제32조는 다양한 이익과 가치를 추구하려는 오늘날의 국민적 요구에 부합하지 않기 때문에 반드시 개정되어야 할 규정이다. 그에 따라 2004년 민법개정특별위원회에서도 민법 제32조를 인가주의로 개정할 것으로 제안하였고, 2009년 현재 민법

15) 정환담, “민사법인설립에 관한 비교법적 고찰”, 『비교사법』 제5권 1호(1998.6), 95면; 김교창, “민법총칙 중 법인에 관한 개정의견”, 『법조』 제548호 (2002.5), 154면 이하; 허가주의의 연혁적 상세한 설명에 대해서는 김진우, “비영리법인의 설립에 있어 허가주의에 관한 연혁적 고찰”, 『인권과 정의』 제383호(2008.7), 94면 이하 참고.

16) 大判(全) 1996.5.16. 95누4810.

개정위원회의 법인분과에서도 이를 인가주의로 개정하는 안을 작성한 상태이다.

(나) 인·허가권을 가진 주무관청은 어디인가?

민법 제32조는 비영리법인의 설립을 위해서는 주무관청의 허가를 얻어야 한다고 규정하고 있다. 여기서 주무관청이란 법인의 목적사업을 주관하는 행정관청을 의미한다. 어떤 단체가 법인설립허가신청을 하고자할 때 어느 관청에 허가신청을 해야 하는가는 법인정관에 기재된 목적에 따라 판단된다. 예컨대 장학사업을 목적으로 한다면 시·도교육청장, 자선·보건·위생사업이 목적인 경우는 보건복지부장관, 종교·예술·문화사업 등의 목적이라면 문화관광부장관이 주무관청이 된다. 그런데 법인의 목적이 두 개 이상의 행정관청의 소관사항인 때에는 해당 행정관청으로부터 모두 허가를 받아야 하는지 아니면 그 중 하나의 행정관청으로부터 허가를 받으면 충분한 것인지에 대해서는 다툼의 여지가 있다. 예컨대 학술진흥과 문화사업을 목적으로 할 때 교육부장관과 문화관광부장관 중에서 어느 곳이 주무관청인지 문제시 된다. 이에 대해서 그 중의 어느 한 관청으로부터 허가를 받으면 족하다는 소수의 견해도 있지만(單數說¹⁷⁾), 다수설은 해당 행정관청이 모두 주무관청이므로 해당 행정관청의 허가를 모두 받아야 한다는 입장이다(複數說¹⁸⁾). 그렇다면 A목적에 위한 甲관청으로부터는 설립허가를 받았지만, B목적에 위한 乙관청으로부터는 설립허가를 받지 못한 경우에 단체로서는 법인설립을 포기하여 권리능력없는 사단으로 머물거나, 법인설립을 위해 B목적은 포기하거나 또는 B목적에 A목적의 부수적인 것으로 변경하여 甲관청으로부터만 설립허가를 받아 법인설립을 완성하는 방법을 취할 수밖에 없다. 문제는 행정관청의 허가기준이 각 관청마다 자의적이기 때문에 복수목적의 법인설립을 하려면 위와 같은 문제점에 봉착하게 된다는 점이다.

17) 김용한, 민법총칙론, 159면.

18) 박윤직, 민법총칙, 132면; 김주수, 민법총칙, 180면; 서광민, 민법총칙, 190면; 주석 민법총칙 (1)(3판), 559면(정환담 집필); 민법주해 (I), 555면(홍일표 집필); 백태승, 민법총칙, 226면.

더욱이 복수의 목적이 아니더라도 법인설립을 목표로 하는 단체로서는 어디를 주무관청으로 해야 할 것인가가 명확하지 않을뿐더러, 단일목적이라도 주무관청마다 법인설립에 우호적인 곳이 있는가 하면, 반대로 법인설립에 까다로운 곳도 있어서 단체로서는 보다 우호적인 주무관청을 찾는 “Office Shopping”¹⁹⁾을 하는 일도 흔히 있다. 실제로 법학관련학술단체들이 사단법인으로 설립될 때에도 법무부, 교육과학기술부, 문화관광부, 건설교통부, 국회의원사무처 등 다양한 관청이 주무부서로 되어 있다. 만약 민법이 개정되어 허가주의에서 인가주의로 전환되고 법인설립에 관한 통일적인 법정의 인가기준이 마련된다면 적어도 Office Shopping은 많이 줄어들 것으로 예상된다. 그렇지만 복수의 법인설립목적은 가진 단체의 경우에는 여전히 복수의 관청으로부터 인가를 받아야 하는지 아니면 그 중 하나의 관청으로부터 인가를 받으면 되는 것인지에 대한 근원적인 문제는 여전히 남아 있다.

(다) 주무관청의 인·허가와 법인등기절차를 달리 정할 것인가?

독일 민법에서는 비영리사단은 준칙주의에 따라 區法院(Amtsgericht)의 사단등기부에 설립등기를 함으로써 법인성립이 완성된다(제21조). 그에 반해 영리사단은 국가의 許可(Verleihung)를 얻음으로써 권리능력을 취득하고(제22조), 재단은 州의 관할 관청으로부터 承認(Anerkennung²⁰⁾)을 받아야 권리능력을 취득한다(제80조). 현재 법인설립에 있어서 허가주의를 취하는 우리 민법으로서의 주무관청의 인·허가와 법인등기절차와 관련하여 허가주의를 취하는 독일의 영리사단과 인가주의를 취하는 독일의 재단법인의 설립절차가 참고될 수 있다. 그런데 독일민법상 허가주의와 인가주의는 절차적인 면에서 우리 민법에서와 다른 점이 있다. 우리 민법에서는 단체가 법인설립

19) 이것은 국제사법상 소송당사자가 유리한 준거법의 적용을 위해 법정지를 찾는 이른바 Forum Shopping에 빗대어 필자가 붙여본 것이다.

20) 과거 독일민법은 재단법인의 설립에 있어서 주의 관할관청의 許可(Genehmigung)를 받도록 하였다가 2002년 이를 承認(Anerkennung)을 받도록 하는 것으로 개정하였다. 이때 승인이 우리의 認可와 꼭 같은 의미는 아니지만, 승인주의라는 용어가 생소하므로 본고에서는 이를 인가주의로 칭한다.

을 위해서 일단 주무관청의 허가를 받고(제32조), 그 허가를 받은 때로부터 3주내에 주된 사무소소재지의 등기소에 다시 법인설립등기를 하여야 한다(제49조). 또한 실무적으로는 법인설립등기가 완료되었음을 일정기간 내에 다시 주무관청에 보고하도록 하고 있다.²¹⁾ 법인설립을 위한 민원인의 입장에서 보면 주무관청과 법원등기소, 그리고 다시 주무관청을 왕복하여야 하는 불편함이 있다. 또한 한 단체가 주무관청으로부터 법인설립허가를 받은 후에도 법인설립등기가 완료될 때까지는 권리능력없는 사단이나 재단으로 머물 수밖에 없다. 나아가 단체가 주무관청으로부터 설립허가를 받더라도 실제로 법인설립등기를 하지 않을 수도 있고, 설립허가 후 3주가 훨씬 지나 예컨대 1년 후에라도 과태료만 부과하면(제97조 제1호 참고) 등기소는 법인설립등기를 받아주어야 하는 것인지도 의문이다.²²⁾

이러한 문제들은 모두 주무관청의 허가절차와 법인등기절차가 달리 정해져있기 때문에 발생하는 것이다. 참고로 독일은 영리사단과 재단은 국가의 허가 또는 관할관청의 승인이 있을 때 법인으로 성립하게 되고²³⁾, 해당관청은 허가 또는 승인을 곧바로 관보에 게재함으로써 인·허가와 법인의 공시절차를 일원화하고 있다.

21) 예컨대 「공익법인의설립·운영에관한법률시행령」 제9조는 민법 제49조 내지 제52조의 규정에 의하여 법인설립등기 등을 한 때에는 등기를 완료한 날로부터 7일 이내에 등기보고서에 등기부등본 1부를 첨부하여 주무관청에 제출하도록 규정하고 있다. 그 외 법인설립을 관할하는 각 주무관청의 규칙에도 이와 유사한 규정들을 두고 있다.

22) 환경청이 1981.12.26. 소관 사단법인의 설립을 허가하면서 그 허가조건으로 7일 이내에 법인등기부등본 1통을, 1개월 이내에 재산이전보고서를 제출하도록 하였으나, 그 허가 후 5년이 경과하도록 법인설립등기를 하지 않았는데 이제라도 위 허가증을 제출하고 과태료를 납부하여 그 설립등기를 할 수 있는지에 대해 법원행정처에 질의한 것에 대하여, 법원행정처는 법인설립허가서에 설립기한이 허가의 조건으로 명시되어 있지 아니하다면 다른 하자가 없는 한 설립허가 후 장기간이 경과하였다고 하더라도 그 허가서를 첨부하여 법인설립등기를 할 수 있다고 답변바 있다(1987.4.21. 등기 제250호 환경청장 대 법원행정처장). 상업등기선례요지집, 법원행정처 간행, 2005, 158면 이하 참고.

23) 따라서 관할관청의 허가 또는 승인은 權利形成的 行政行爲이고, 이는 形成的 效力을 갖는다.

3. 개선안

(1) 허가주의의 개선

2004년 법무부의 「민법개정특별분과위원회」에서 법인설립에 관한 민법 제32조를 인가주의로 개정할 것을 제안하였을 때에도 여전히 허가주의를 고수할 것을 주장하는 견해가 없지 않았다.²⁴⁾ 그러나 허가주의는 분명 국가권 위주의 산물이며 위헌의 소지가 다분하므로, 적어도 사단법인의 설립에 있어서는 폐기되는 것이 옳다. 2009년 「민법개정위원회」는 제32조를 인가주의로 개정하는 안을 계획하고 있고, 더 나아가 구체적인 법인설립의 인가기준(안)을 마련 중에 있다. 그렇게 되면, 법인설립을 원하는 국민들은 설립기준에 맞추어 관할관청에 법인인가신청을 하게 되고, 인가신청을 받은 관할관청은 인가기준에 부합하는 한 설립인가를 해주어야 하므로, 간편한 법인설립을 요구하는 국민들의 법적 수요에 크게 부응하리라고 예상된다.

인가주의에서 한 걸음 더 나아가 아예 준칙주의로 개정할 것을 제안하는 주장도 있다.²⁵⁾ 충분히 설득력있는 주장이고, 필자도 개인적으로는 인가주의로의 개정을 거쳐 우리의 법률문화의 성숙도에 따라 준칙주의로 나아가는 것이 바람직하다는 소신을 가지고 있다. 그러나 여기에는 주의할 점이 있다. 민법 제32조는 독일민법과는 달리 사단법인과 재단법인을 구별하지 않고 모두 공통적으로 포섭하여 규정하고 있다는 점이다. 따라서 민법 제32조를 준칙주의로 바꾸게 되면 그것은 사단법인의 설립뿐만 아니라 재단법인의 설립도 준칙주의에 의하게 되는 셈이다. 물론 재단법인에 대해서도 준칙주의를 채택한 나라들도 있다.²⁶⁾ 사단법인에 대해서는 준칙주의가 허가주의나 인가

24) 민법개정안연구회(황적인 외 29인 공저), 민법개정안의견서, 14면: 현행 허가주의 아래에서도 주무관청의 비영리법인에 대한 검사·감독이 소홀한데, 인가주의를 채택하게 되면 법인의 난립 등 부작용이 조장될 우려가 있다는 주장(박경량 교수의 견해), 허가와 인가가 실질적인 차이가 없으므로 구태여 32조를 바꿀 실익이 없으며, 제32조는 실제로 있어서 부실한 비영리법인의 설립을 심사할 수 있는 유일하고 중요한 규정이므로 허가를 인가로 개정할 만한 이유가 없다는 주장(황적인 교수의 견해).

25) 김교창, “민법총칙 중 법인에 관한 개정의견”, 「법조」 제548호 (2002.5), 152면 이하.

주의보다 헌법상 「結社의 自由」의 이념에 더욱 부합한다는 점에 대해서는 동의한다. 그러나 결사의 자유가 「財團設立의 自由」까지 당연히 포함하는 것은 아니다. 오히려 재단설립의 자유는 국민의 재산권보장(헌법 제23조)과 더욱 밀접한 관련이 있다고 생각된다. 재단법인에 대해서는 어느 정도의 법적 통제장치가 마련되지 않으면 재산출연행위를 통한 각종 편법·탈법행위들이 만연할 가능성이 늘 있게 마련이다. 따라서 사단법인의 설립을 허가주의로 묶어두는 것은 분명히 위험적 소지가 있지만, 재단법인의 설립에 허가주의를 취한다고 해서 국민의 기본권이 침해되었다고 할 수는 없고, 재단에 국가가 어떻게 법인격을 부여할 것인가는 그야말로 법정책적인 판단의 문제이다.²⁶⁾ 그럼에도 불구하고 사건은 재단법인의 부정적 요소에 비해 재단법인이 사회에 공헌하는 긍정적 요소가 더 큼을 인정하기 때문에, 재단법인에 대해서도 설립을 촉진할 수 있는 입법주의가 바람직하다는 생각이다.

요컨대 법인설립에 대하여 인가주의를 채택한 개정안은 사단법인과 재단법인에 관한 규율을 분리하지 않고 한꺼번에 규율하는 현행의 민법체계를 유지하는 가운데, 한편으로 국민들에게 인정된 「결사의 자유」를 해치지 않으면서 다른 한편으로 재단설립의 자유보장과 재단설립·감독의 필요성이라는 상충된 이해관계를 어느 정도 충족시켜주는 납득 가능한 타협점이라고 생각한다.

(2) 설립인가의 주무관청

법인설립을 인가주의로 개정한다고 하더라도 주무관청을 정하는 것은 여전히 어렵고도 비효율적인 문제로 남아 있다. 인가주의에 의하게 되면 관할관청은 법인설립에 관한 공통적인 인가기준에 따라 인가여부를 결정할 것이기 때문에 이른바 Office Shopping은 현저히 줄어들겠지만, 설립목적에 따라 어디가 주무관청이 될 것인지를 정하는 문제는 여전히 남아 있다. 특히

26) 예컨대 오스트리아 민사재단법(Privatstiftungsgesetz) 제12조, 스위스 민법(ZGB) 제52조 1항 및 제81조 등 참조.

27) 독일민법도 종래 재단법인의 설립에 대해서 許可主義를 취하고 있다가 2002년 민법개정을 통하여 비로소 承認主義(Anerkennung)로 바꾸었음을 상기할 필요가 있다.

복수의 설립목적을 가진 법인에게는 설립인가를 위해 복수의 해당관청으로부터 설립인가신청을 하여야 하는 것도 문제이지만, 법인설립이후에도 사후 감독을 위해 복수의 관할관청에 사업감독을 받아야 한다는 것도 여간 불편한 일이 아니다. 이러한 불편을 해소하기 위해서는 법인설립 및 감독업무를 현재처럼 각각의 행정관청에 분속시키지 말고, 단일한 관청이 법인설립 및 감독업무를 총괄해서 맡도록 하는 것이 바람직하다. 그 이유는 만약 인가주의로 개정되면, 과거처럼 해당관청이 법인을 설립하려는 단체의 적격성여부를 재량적으로 판단할 여지는 없게 되며, 이른바 “主務官廳”은 법인을 형식적으로 관할하는 관청을 의미하는 것이지, 실질적인 결정·감독권을 가지는 것은 아니기 때문에 구태여 법인설립·감독업무를 모든 행정관청이 가지도록 하는 것은 국가경제상으로도 효율적이지 못하기 때문이다. 따라서 앞으로 법인의 설립·감독업무는 이를 가장 효율적으로 관장할 수 있는 기관에 전적으로 귀속시키는 것이 타당하다. 다만, 어느 기관이 여기에 해당할 수 있는가는 다소의 고민이 필요하다. 생각할 수 있기로는 행정안전부, 법무부 및 국무총리실 등이 대상이 될 수 있다. (i) 행정안전부의 경우는 법인설립·감독업무를 행정사무 및 일종의 민원업무라고 본다면 전국적인 지역에 걸쳐서 업무관장이 가능하다는 점에 장점이 있지만, 법인설립·감독업무가 반드시 대민업무라고 할 수 없고, 인가나 감독에 있어서도 법적인 판단을 요하는 부분이 있기 때문에 단순한 행정업무의 처리와는 다르다는 단점이 있다. (ii) 법무부의 경우는 법인설립·감독에 관한 기본법인 민법을 관장하는 주무관청이라는 점과 설립·감독에 법적 판단이 요구되는 것에 대해 전문성을 가진 관청이라는 장점이 있는데 반해서, 법무부의 조직이 중앙에 국한되어 있어서 지역을 망라하지 못한다는 단점이 있다. (iii) 국무총리실의 경우는 법인설립·감독에 관한 관련관청들의 이해관계를 조정·해결하는데 있어서 유리하다는 장점이 있는데 반해, 그러기 위해서는 각 관청으로부터 파견 등의 지원을 받아 업무를 꾸려가야 한다는 단점이 있다. 결국 어느 기관이 법인설립·감독업무를 전담할 것인가는 입법적인 결단이 필요한 부분이다. 그에 대한 결단으로 중요하게 고려할 요소는 현대사회에 있어서 갈수록 역할

이 커지는 제3섹터에 대한 충분한 이해를 바탕으로 하면서도 법률적 전문성을 뒷받침할 수 있는 기관이어야 한다는 점이다.²⁸⁾

(3) 설립인가와 법인설립등기절차의 일원화

만약 법인설립에 있어서 인가주의가 시행되고 나아가 법인설립의 인가 및 감독업무를 단일관청이 총괄하게 된다면, 다음 단계로 법인설립인가 이후에 다시 등기소에 법인설립등기를 하는 절차를 그대로 둘 것인가를 숙고할 필요가 있다. 현재는 주무관청으로부터 법인설립허가를 받고서 3주내에 주된 사무소소재지의 등기소에서 법인설립등기를 하도록 되어 있다(민법 제49조 제1항). 즉 법인설립의 인가는 주무관청으로부터 받고 설립등기는 법원관할의 등기소에서 하도록 이원화되어 있는 것이다. 물론 형식적으로 주무관청의 인가업무는 행정부의 행정행위이고 법원등기소의 등기업무는 준사법적행위라고 양분시킬 수 있겠지만, 법인설립을 원하는 일반국민들의 시각에서 볼 때 양자는 모두 국가가 하는 행위라는 점에서는 차이가 없고, 오히려 屋上屋의 절차라고 여겨질 수 있다.

독일에서는 법인설립에 인가와 허가를 요하는 경우에 관할관청은 인·허가를 신청한 단체에게 개별적으로 인·허가를 통보하는 것이 아니라, 법인설립의 인·허가 자체를 官報에 게재하도록 하여 이에 따라 법인설립의 효력이 발생하도록 한다. 즉 독일에서의 법인설립의 인·허가는 창설적 효력을 가지는 것이고, 법인설립이 완료되는 것과 법인공시가 개시되는 것이 모두 관할관청의 인·허가처분에 의해 일거에 이루어지도록 되어있다. 다만 법인설립의 효력은 관할관청의 인·허가를 내용으로 하는 관보에 의해 발생한다고 하더라도, 해당법인은 관보에 게재된 내용에 따라 사단등록부

28) 참고로 영국의 경우에는 공익단체의 설립과 감독을 公益委員會(Charity Commission)라는 제3의 기관이 통일적으로 맡고 있으며, 2008년 12월 시행된 일본의 「公益認定法」은 종래 주무관청의 제량에 따라 공익법인의 설립허가·감독을 하던 방식을 바꾸어, 공익법인으로서의 인정 및 그 감독을 독립된 위원회의 관여 하에 內閣總理大臣 또는 都道府縣 知事が 행하도록 하였다.

(Vereinsregister) 혹은 재단등록부(Siftungsregister)에 기재되지만, 준칙주의에서의 법인설립등기와는 달리²⁹⁾ 그 기재가 특별한 법적 효력을 갖는 것은 아니다.

이러한 일원적 방식은 우리나라에서도 충분히 검토할만하다고 생각된다. 우리 법에서도 이와 유사한 상황을 辯護士法에서 찾아볼 수 있다. 동법 제64조에 의하면 지방법원 관할구역마다 1개의 지방변호사회를 두고³⁰⁾, 이를 법인으로 한다(동조 제1항 및 제2항). 지방변호사회를 설립할 때에는 법무부장관의 인가를 받아야 하는데(동법 제65조), 설립인가를 받게 되면 지방변호사회가 설립등기를 하는 것이 아니라, 법무부장관이 지방변호사회의 명칭, 사무소 소재지 및 설립연월일을 告示하도록 하고 있다(동법 제67조). 이때 법무부장관의 告示는 지방변호사회의 설립을 완성시키는 창설적 효력을 가진다고 할 수 있다. 이러한 예를 보면 우리 법에서도 설립인가와 법인설립등기절차의 일원화가 도입될 수 있는 가능성이 약간은 열려 있는 셈이다. 다만, 우리나라에서는 아직까지 공시방법으로 官報보다는 登記에 더 비중을 두는 편이라는 점을 고려하여야 한다. 그렇다면, 법인설립을 관할하는 관청이 법인설립인가를 결정하게 되면 설립인가증을 해당법인에게 발급해줌과 동시에, 이를 직권으로 주된 사무소소재지의 등기소에 통보하여 등기소에 법인설립사실이 기재되도록 하는 방법을 생각해볼 수 있다. 이렇게 되면 법인은 관할관청의 설립인가시점에 성립하므로 설립인가는 創設的 效力을 가지게 되고, 인가와 동시에 이루어지는 설립등기는 관공서에 의한 촉탁등기로써 報告的 效力을 가지게 된다. 다만, 설립인가와 동시에 설립등기가 間隙없이 실시간에 이루어지도록 하는 것이 기술적으로 가능한 것인가 하는 문제가 남는데, 독일에서는 官報라는 제도를 통해 적어도 설립인·허가시점과 公示의 개시시점에는 차이가 없도록 하였다. 만약 우리나라에서 관보를 이용하지 않고 설립인·허가와 연이은 촉탁에 의한 등기에 의해 설립인가시점과 공시시점

29) 준칙주의가 적용되는 비영리사단법인의 설립에서 사단은 區法院의 사단등기부에 등기함으로써 권리능력을 취득하므로 등기에 창설적 효력이 인정된다는 점(BGB § 21)에서 차이가 있다.

30) 다만, 서울특별시에는 1개의 지방변호사회를 둔다.

을 일치시키려고 한다면 관할관청의 전산망과 등기소의 전산망이 연결되어 상호간에 間斷없이 절차가 일시에 완료될 수 있도록 보다 세밀한 기술적 조치가 선결되어야 한다. 그럼에도 불구하고 행여 관할관청의 인가와 등기가 불일치하는 현상이 발생하게 되면, 일단 관청의 인가시점에 일단 법인은 설립된 것으로 보되, 법인으로서의 등기의 미비를 가지고 선의의 상대방에게 대항하지 못하는 것으로 입론함으로써 거래상대방으로 하여금 공시의 불비로부터 발생될 수 있는 불이익을 막아주어야 할 것이다.

(4) 기타: 사업자등록절차의 문제 등

설립인가절차와 등기절차의 일원화가 된다면, 사업자등록절차와 같은 부가적인 문제도 아울러 해결될 수 있다. 법인세법 제109조 제1항에 의하면 내국법인은 그 설립등기일로부터 2개월 이내에 법인설립신고서에 대통령령이 정하는 소정의 서류를 첨부하여 납세지 관할세무서장에게 신고하여야 한다. 한편 법인세법 제111조에 의하면 신규로 사업을 개시하는 법인은 대통령이 정하는 바에 따라 납세지 관할세무서장에게 등록하여야 한다.³¹⁾ 이때 법인설립신고서에는 (i) 법인의 명칭과 대표자의 성명, (ii) 본점이나 주사무소 또는 사업의 실질적 관리장소의 소재지, (iii) 사업목적, (iv) 설립일 등이 기재되어야 하고, 법인세법 시행령에서는 정관이 요구된다(동 시행령 제152조 제2항 제2호³²⁾). 이상의 기재사항 중에서 설립일을 제외한 나머지 사항들과 정관 등은 어차피 법인설립을 위한 인가신청시에 모두 기재 또는 제출되어야 하는 사항들이고 법인설립등기 때에도 모두 공시되는 사항들이다. 따라서 어차피 관할세무서에 법인설립신고 또는 사업자등록절차가 요구된다면, 구태

31) 이 경우 법인세법 제111조에 따른 사업자등록을 한 때에는 동법 제109조 1항의 법인설립 신고를 한 것으로 보며(동법 제109조 제1항 단서), 또한 동법 제109조의 규정에 의한 법인설립신고를 한 경우에는 동법 제111조의 사업자등록신청을 한 것으로 본다.

32) 그밖에 동 시행령 제152조 제2항 제3호에서는 기획재정부령이 정하는 주주 등의 명세 등을 요구하고 있지만, 이는 영리법인에게 요구되는 사항이기 때문에 비영리법인에는 해당이 없다.

여 별개의 절차와 별도의 시기에 이를 할 필요없이, 법인설립등기절차와 마찬가지로 법인설립인가시에 관할관청이 직권으로 해당 관할세무서에 법인세법 소정의 자료를 넘겨줌으로써, 법인설립신고 또는 사업자등록절차도 같이 하게 일괄적으로 마쳐질 수 있을 것이다. 물론 이를 위해서는 법인설립인가 관청과 국세청 및 관할세무서의 전산망과 관련조직이 서로 유기적으로 연결되어 있다면 더욱 효과적일 것이다.³³⁾

III. 영리법인(주식회사)의 경우

1. 총설

현행 상법은 영리법인인 회사의 종류로써 합명회사, 합자회사, 주식회사, 유한회사의 4종류를 인정하고 있다(상법 제170조). 이러한 회사형태의 구별 기준은 회사의 구성원인 사원이 부담하는 책임의 범위와 그 모습에 따른 것이다. 달리 표현하면 회사의 대외관계에서 신용의 기초를 사원에 두느냐 회사재산에 두느냐에 따라 구분한 것이다. 주식회사와 유한회사는 사원의 유한 책임을 전제로 한 조직체임에 반하여 합명회사와 합자회사는 무한책임을 전제로 한 조직체이다. 강학상 주식회사와 유한회사를 물적회사(또는 자본회사), 합명회사와 합자회사를 인적회사라고 부른다. 이들 회사의 법적성질 내지 법률적 취급은 나라마다 상이하다. 이를테면 우리법에서는 이들 네 가지 회사에 대해 상법은 모두 法人으로서의 지위를 부여하고 있지만, 독일법에서는 합명회사와 합자회사의 법적 성질은 조합이라고 함이 통설이다. 또한 이들 네 가지 회사의 활용도에 대해서도 상이한 바, 독일에서는 有限會社(GmbH)가 대표적인 회사형태임에 반하여, 우리나라에서는 株式會社의 범형

33) 사업자등록절차는 법인설립등기와 같은 공시목적이 아니므로 법인설립등기 때와 달리 법인설립인가와 다소간의 시간적인 간격이 존재하더라도 큰 문제는 없다. 그렇지만 법인설립절차를 전체적으로 간소화한다는 점에서는 전산망을 통해 시간적 일치를 이루는 것이 더 바람직한 것은 물론이다.

태가 압도적으로 많이 활용되고 있다.³⁴⁾ 한편 설립절차상의 관점에서 보면, 인적회사는 사원의 무한책임이 전제되므로 회사의 설립절차도 비교적 간단하다. 그에 반해 물적회사의 대표적 유형인 주식회사는 사원(주주)의 책임은 출자한 금액에 한정되므로 사원과 분리된 별개의 실체를 형성하는 설립절차가 대단히 복잡하기 때문에, 회사설립과 관련한 법률문제가 훨씬 복잡하게 전개된다. 따라서 아래에서는 우리나라의 대표적인 영리법인의 형태인 주식회사를 중심으로 회사의 설립과 법인등기 및 기타 행정절차의 문제점과 개선방안에 대해서 살펴본다.

2. 주식회사의 설립절차

우선 주식회사의 설립을 위해서는 發起人이 존재하여야 한다(상법 제288조). 발기인은 형식적으로는 정관에 발기인으로 기명날인 또는 서명한 자를 말하고(상법 제289조 제1항), 실질적으로는 회사설립을 기획한 자를 말한다. 발기인이 복수인 때에는 發起人組合이 있게 된다. 발기인은 현실적으로 정관 작성의 시점에서 등장하기 시작하여 회사의 실체가 완성될 때까지 존재한다.³⁵⁾ 발기인은 회사의 정관을 작성하고(상법 제289조), 주식발행사항을 결정한다(상법 제291조). 이후의 설립절차는 發起設立을 취하느냐, 募集設立의 길을 가느냐에 따라 달라진다.

發起設立의 경우는 발기인의 주식인수(상법 제293조)→株金納入(상법 제295조)→임원선임(상법 제296조)→설립경과의 조사(상법 제298조, 제299조, 제299조의2)→회사의 設立登記(상법 제317조) 순으로 진행된다.

募集設立의 경우에는 발기인의 일부주식의 인수(상법 제293조)→주주의

34) 2007년 현재 법인세를 신고한 전국의 영리법인은 총 354,059개로써, 이들 법인중에서 주식회사 336,278개(95%), 합자회사 3,701개(1%), 합명회사 767개(0.2%), 유한회사 13,313개(3.8%) 등의 순으로 나타나고 있다(국세청홈페이지: <http://www.nts.go.kr/> 국세통계연보 다운로드자료 참고).

35) 구체적으로 發起設立의 경우에는 설립경과에 관한 조사절차가 종료할 때까지이고, 募集設立의 경우에는 創立總會가 종료할 때까지이다(이철송, 회사법강의, 178면).

모집(상법 제301조)→모집주주의 주식인수의 청약(상법 제302조)→발기인의
주식배정(상법 제303조)→주금납입(상법 제305조)→창립총회(상법 제308조)
→임원의 선임(상법 제312조)→설립경과의 조사(상법 제313조)→회사의 設
立登記(상법 제317조)의 과정으로 이루어진다.

3. 회사설립등기와 기타 행정절차

(1) 회사설립등기

(가) 설립등기의 의미

주식회사는 발기설립에 의한 경우이든 아니면 모집설립에 의한 경우이든
주식회사의 실제형성이 완료되더라도 중국적으로 법인격을 취득하기 위해서
는 설립등기를 하여야 한다. 상법은 “회사는 본점소재지에서 설립등기를 함
으로써 성립한다”고 정하여(상법 제172조), 설립등기에 創設的 效力을 부여
하고 있다. 그런데 비영리법인의 경우와는 달리 영리법인인 회사의 경우에는
등기절차 이전에 주무관청의 인·허가를 받는 절차 없이, 회사설립을 위하여
상법이 정한 법률적 요건만이 충족되면 등기소에서 설립등기만으로 법인격
을 취하는 準則主義를 취하고 있다. 따라서 상법상 회사의 설립등기절차는
국가로 하여금 준칙주의에 의하는 회사의 설립이 법률이 정한 요건을 충족
시켰는가를 조사할 수 있는 유일한 기회인 셈이다.³⁶⁾ 설립등기의 목적은 국
가로 하여금 설립등기절차를 통하여 회사설립의 법정요건이 구비되었는지를
심사할 수 있는 기회를 가질 수 있는 한편, 회사의 거래상대방으로서의 설립
등기를 통하여 公示된 바에 따라 회사의 설립시기를 확일적으로 판단할 수
있고 회사조직의 기본적 내용도 파악할 수 있도록 함으로써, 중국적으로 거

36) 同旨, 이기수·최병규·조지현, 회사법(제8판), 177면. 또한 이철송, 회사법강의, 213면은
변태설립사항이 없는 한 설립과정에 국가가 관여하는 바가 없고 모든 절차의 이행이 설립
자들의 自治에 맡겨져 있으므로 설립등기야말로 不實한 회사설립을 통제하는 유일한 장치
라고 한다.

래안전을 도모하는데 있다.

이러한 회사설립등기의 유용성에도 불구하고, 모든 나라가 회사설립에 있어서 설립등기제도를 채택하고 있는 것은 아니다. 이를테면 미국에서는 각 주마다 회사설립의 요건을 정한 회사법을 제정하여 이 요건이 구비되면 당연히 회사의 설립을 허용하는데, 회사설립에 있어서 정부의 관여는 소정의 요건을 구비하였는지를 심사하는데 그치는 정도라고 한다.³⁷⁾ 즉 미국법에서는 우리 상법에서와 같은 회사설립등기제도는 존재하지 않고, 다만 회사의 정관을 州 정부에 등록함으로써 회사는 법인격을 취득하고 이에 따라 회사는 주 정부로부터 설립증명서를 발급받아 곧바로 회사운업을 할 수 있다는 점에 특징이 있다.³⁸⁾ 여기에서 대륙법계의 전통으로 여겨지는 회사의 설립등기제도가 회사의 설립에 있어서 반드시 필요한 제도인가에 대한 의문이 제기될 수 있다(후술).

(나) 설립등기의 절차

우선 설립등기를 하는 기간에 대해서 상법은 發起設立의 경우에는 檢査人의 변태설립사항 조사·보고 후 또는 법원의 변태설립사항 변경처분 후 2주간 내에, 募集設立의 경우에는 창립총회 종결 후 또는 창립총회에 의한 변태설립사항 변경 후 2주간 내에 등기하도록 정하고 있다(상법 제317조 제1항). 설립등기시에 등기할 사항은 ① 목적, ② 상호, ③ 회사가 발행한 주식의 총수, ④ 1주의 금액, ⑤ 본점의 소재지, ⑥ 회사가 공고를 하는 방법, ⑦ 자본의 총액, ⑧ 발행주식의 총수, 그 종류와 각종 주식의 내용과 수, ⑨ 주식의 양도에 관하여 이사회 승인을 얻도록 정한 때에는 그 규정, ⑩ 주식매수선택권을 부여하도록 정한 때에는 그 규정, ⑪ 지점의 소재지, ⑫ 회사의 존립기간 또는 해산사유를 정한 때에는 그 기간 또는 사유, ⑬ 건설이자에 관한 사항, ⑭ 이익소각에 관한 사항, ⑮ 전환주식에 관한 사항, ⑯ 사내

37) 임재연, 미국회사법(수정2판), 2006, 77면. 同書에서는 이를 準則主義라고 표현하지만 법인설립등기가 없다는 점에서 우리법에서의 준칙주의와는 그 내용이 다르다.

38) 양현봉·이상신, 법인설립제도 개선방안, 산업연구원 정책자료 2007-64, 2007.09, 113면.

이사, 사외이사, 그 밖에 상무(常務)에 종사하지 아니하는 이사, 감사의 성명과 주민등록번호, ⑰ 대표이사의 성명·주민등록번호 및 주소, ⑱ 공동대표에 관한 사항, ⑲ 명의개서대리인에 관한 사항, ⑳ 감사위원회를 설치한 때에는 감사위원회 위원의 성명 및 주민등록번호 등이다(상법 제317조 제2항). 한편 상업등기법 제80조는 회사설립에 관한 소정의 요건을 갖추었는지를 심사하기 위하여 설립등기신청서에 다음 서류를 첨부하도록 하고 있다. 즉 ① 정관, ② 주식의 인수를 증명하는 서면, ③ 주식청약서, ④ 발기인이 정한 주식발행사항(상법 제291조)을 증명하는 서면, ⑤ 이사와 감사 또는 감사위원회 및 검사인이나 공증인의 조사보고서와 그 부속서류 또는 감정인의 감정서와 그 부속서류, ⑥ 검사인 또는 공증인의 조사보고나 감정인의 감정결과에 관한 재판이 있는 때에는 그 재판의 등본, ⑦ 발기인이 이사와 감사 또는 감사위원회 위원을 선임한 때에는 그에 관한 서면, ⑧ 창립총회의 의사록, ⑨ 이사·대표이사와 감사 또는 감사위원회 위원의 취임승낙을 증명하는 서면, ⑩ 명의개서대리인을 둔 때에는 명의개서대리인과의 계약을 증명하는 서면, ⑪ 주금의 납입을 맡은 은행 기타 금융기관의 납입금보관에 관한 증명서 등이다.

(2) 기타 법인설립신고절차 등

회사가 법인격을 취득하기 위해서는 위에서 본 바와 같이 상법 및 상업등기법상 요구되는 회사설립등기절차를 거쳐야 한다.

한편 이와는 별도로 신설된 회사가 설립목적에 따라 영리활동을 하기 위해서는 법인세법에 따라 법인설립신고를 하여야 하며(동법 제109조 제1항), 또한 신규로 사업을 개시하기 위해서 사업자등록을 하여야 한다(동법 제111조). 즉 회사가 설립등기를 마치면 그 등기일로부터 2월 이내에 ① 법인의 명칭과 대표자의 성명, ② 본점이나 주사무소 또는 사업의 실질적 관리장소의 소재지, ③ 사업목적, ④ 설립일 등이 기재된 法人設立申告書を 작성하고(법인세법 제109조 제1항), 이에 더해 ⑤ 정관 및 ⑥ 기획재정부령이 정하는 주주

등을 명세한 서류를 첨부하여(법인세법 시행령 제152조 제1항) 납세지 관할 세무서장에게 신고하여야 한다. 한편 신규로 사업을 개시하는 법인은 사업개시일부터 20일내에 납세지 관할세무서장에게 事業者登錄을 하여야 한다(법인세법 제111조 및 동법 시행령 제154조 제1항). 법인세법에 따라 사업자등록을 한 법인은 법인설립신고를 한 것으로 보며 법인설립신고를 한 법인은 사업자등록을 한 것으로 본다(동법 제109조 제1항 단서, 제111조 제4항).

4. 문제점 및 개선방안

현행법상 회사의 설립등기제도와 관련하여 효율성 및 사회적 비용절감의 관점에서 다음과 같은 점이 문제될 수 있다.

첫째, 우리나라의 회사설립절차는 다른 나라와 비교했을 때 절차가 복잡하여 실제 법인으로 활동하기까지 많은 시간이 소요된다.³⁹⁾ 이에 따라 회사가 법인으로 성립하는 시점을 설립등기 이전으로 앞당길 수 있는냐가 문제될 수 있다. 즉 앞서 본 미국의 예와 같이 법인설립등기제도를 폐지하고 회사의 정관을 관할관청⁴⁰⁾에 등록하도록 함으로써 곧바로 법인격을 취득하게 할 수 있을 것인가 하는 문제이다. 실제로 법인설립의 형식적 측면에서 우리나라의 법인설립절차를 개선하기 위해서는 법인격 취득시점을 영미법계와 같이 정관등록시점 등으로 앞당겨야 한다고 주장하는 견해도 있다.⁴¹⁾ 그러나 법인설립절차를 간소화할 필요가 있음은 인정하더라도 법인설립등기제도 자체를 없애는 것은 지나치다고 생각된다. 법인이라는 권리주체는 조직의 실재성에도 불구하고 법기술적으로 창조된 인위적인 조직체임을 부인할 수는 없다. 따라서 거래현실에서 그러한 존재의 유무는 가장 높은 공신력을 지닌 국가

39) 우리나라의 회사설립절차는 행정적인 절차를 모두 포함하여 총 16단계로 미국·캐나다의 5단계에 비해 매우 복잡한 편이라는 분석이 있다(양현봉, 주요 선진 국가의 법인설립 절차 비교분석, KIET 산업경제, 2006년 8월호, 35면 이하).

40) 현재는 등기제도가 존재하는 한 등기소가 관할관청이지만, 등기제도가 없다면 다른 행정청(예, 지식경제부나 시·군·구청 등)이 관할관청이 되는 것을 떠올릴 수 있다.

41) 양현봉, 주요 선진 국가의 법인설립 절차 비교분석, KIET 산업경제, 2006년 8월호, 47면.

의 공시행위를 통하여 확인할 수 있어야 한다. 또한 우리 국민의 법의식숙에는 등기의 공신력이 인정되지 않는 상황에서도 등기는 국가가 掌理한다는 점에서 다른 어떤 표상보다도 강한 신뢰를 가지고 있음을 유의할 필요가 있다. 아울러 우리 법에서는 법인등기뿐만 아니라, 부동산등기, 선박등기 등 각종의 등기제도가 하나의 견고한 법률체도로 정착되어 있기 때문에 법인등기 제도를 완전히 대체할 만한 새로운 제도를 안출한다는 것은 현재로서는 생각하기 어렵다.⁴²⁾

둘째, 상법상 법인설립등기절차와 법인세법상 법인설립신고 내지 사업자등록절차의 일원화 문제이다. 이 문제는 이미 비영리법인의 경우에서도 살펴본 바가 있지만, 법인설립신고나 사업자등록제도는 법인의 영리활동에 대한 과세가 주된 목적이니만큼 비영리법인에서보다 영리법인인 회사에 있어서 더욱 중요하다. 법인설립등기절차와 법인설립신고절차(사업자등록절차 포함)는 국가기관의 입장에서는 각각 그 목적이 다르기 때문에 관할관청도 다를 수밖에 없다. 그러나 발기인 내지 법인대표자의 입장에서는 양자 모두 법인설립에 즈음하여 국가기관에 대하여 거쳐야 하는 요식적인 절차일 뿐이다. 실제로 양 절차에서 소요되는 서류들은 별반 다르지 않다. 그렇다면 법인설립 등기를 관할하는 등기소와 세무서의 전산망을 연결하여, 법인설립 등기를 하는 때에 법인설립신고도 바로 이루어질 수 있도록 제도적인 보완을 할 필요가 있다.⁴³⁾ 그리하여 법인설립등기가 종료하면 등기소에서 관할세무서에 자동으로 통보하여, 등기신청자가 세무서에 별도의 사업자등록신청절차를 밟지 않더라도 바로 사업자등록번호를 발급받을 수 있도록 하여 하루라도 빨리 기업활동을 할 수 있도록 해 줄 필요가 있다.

셋째, 설립등기제도와 직접적으로 관련된 문제는 아니지만, 법인설립절차

42) 同旨 이상신, 주식회사 등기제도에 관한 법적 연구, 서울대 박사학위청구논문, 2004.08, 51면.

43) 법인설립신고 및 사업자등록신청서 처리기간은 대부분 즉시 처리를 원칙으로 하나, 해당 주식회사의 주주 중 1명이라도 국세 및 지방세 체납사유가 있는 경우 등 특별한 사유가 있는 경우 7~14일이 소요된다고 한다(양현봉·이상신, 법인설립제도 개선방안, 산업연구원 정책자료 2007-64, 2007.09, 41면).

와 관련하여 등록세 등의 개편도 생각해볼 수 있다. 현재 법인설립등기를 신청할 때에 자본금의 4/1000에 해당하는 등록세와 등록세의 20/100에 해당하는 교육세를 납부한 후, 등록세 영수필통지서 1통과 영수필확인서 1통을 첨부하여야 한다(지방세법 제137조 제1항, 제260조의 3, 동시행령 제91조 제1항). 등록세는 지방세이기 때문에 법인설립등기를 신청하기 위해서는 우선 지방자치단체에 등록세를 납부한 후 등기소에서는 소정의 설립등기수수료⁴⁴⁾를 별도로 납부하여야 한다. 이러한 번잡함을 덜어주기 위하여 등기절차간소화차원에서 시·도별로 공무원 1~2인을 등기소에 파견하여 법인설립에 따른 등록세 징수 및 면제대상자에 대한 등록세 영수필확인서 발급업무를 수행할 수 있도록 조치하자는 주장이 있다.⁴⁵⁾ 이는 법인설립을 원하는 국민의 편익에 도움이 된다는 측면에서 경청할만한 주장이지만, 공무원의 파견을 위한 또 다른 사회적 비용지출을 무시하기는 어려울 것이다. 그 보다는 법인설립등기에 관한 세제에 대해서는 보다 근본적으로 단순화 내지 일원화할 필요가 있다고 생각한다. 참고로 일본의 경우 법인설립에 따른 등록세는 우리나라와 달리 국세(등록면허세)로 분류되어 있어 법인등기를 신청할 때 法務局(우리나라의 등기소에 해당)에 납부하므로 우리나라에 비해 납입절차가 간소화되어 있다. 사회적 비용절감차원에서 우리나라에서도 충분히 고려해볼만한 사항이라고 생각된다.

IV. 맺음말

본론의 내용을 정리해보면 다음과 같다. 우선 비영리법인의 경우를 보면, 현행 민법상 법인설립을 위해서 주무관청의 허가를 받도록 한 것은 분명히 개선되어야 한다. 만약 인가주의로 개정되더라도 법인업무를 관할하는 관청

44) 「등기부등·초본 등 수수료규칙」 제5조의3에 의거하여 회사설립등기를 신청하는 경우에 현재 수수료는 30,000원이다.

45) 양현봉, 법인설립절차개혁방안, e-KiET 산업경제정보, 제296호(2006-13), 2006.06, 9면.

이 통일되어 있지 않으면 복수의 설립목적을 가진 조직체는 어느 관청에 설립인가신청을 하여야 하는가 하는 문제가 남는다. 따라서 앞으로 민법에서 인가주의로의 개정이 이루어진다면, 향후에는 모든 관청의 법인설립인가기준이 단일화 될 것이기 때문에 법인의 설립·감독업무도 여러 관청에 분속시킬 것이 아니라 국가경제적인 차원에서 특정한 관청에 전담시키는 것이 바람직하다. 그리고 그러한 관청의 인가업무와 법원등기소의 업무는 분리하지 말고, 관할관청의 인가로 말미암아 법인이 성립되도록 함과 동시에 관할관청은 법인설립인가에 대하여 직권으로 관할등기소에 통보하여 곧바로 법인설립등기가 될 수 있도록 개선할 필요가 있다. 아울러 통상적으로 법인설립이 후에 있게 되는 세무행정상 법인설립신고 및 사업자등록절차도 관할관청에서 법인설립인가를 심사할 때에 직권으로 소정의 관련자료를 국세청에 넘겨 줌으로써, 별도의 신고절차없이 법인설립신고 및 사업자등록절차가 완결될 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

영리법인(회사)의 경우에는 상법이 준칙주의를 채택하고 있기 때문에 관할 관청의 인·허가문제는 발생될 여지가 없고 상법에서 요구하는 법정요건만 충족하게 되면 등기소에서 등기함으로써 회사는 법인격을 취득하므로 비영리법인보다는 훨씬 절차가 간이한 편이다. 그럼에도 불구하고 회사의 영업활동의 개시시점을 앞당기기 위해서 설립등기 이전에 법인격을 인정하자는 일각의 주장이 있기는 하나, 법인설립등기까지 생략하면서 법인설립절차를 간소화할 필요는 없다는 생각이다. 다만 법인설립등기 전후의 행정절차를 간소화하여 사회적 비용을 줄이는 것은 충분히 고려할만하다. 이를테면 법인설립등기 신청시에 납입하는 등록세를 국세로 하여 등기소에서 바로 결제가 이루어질 수 있도록 한다든지, 법인설립등기절차에서 법인설립신고절차 또는 사업자등록절차도 함께 완결될 수 있도록 제도적인 개선작업이 필요하다. 특히 후자의 경우에 법인세법은 법인설립에 대하여 「申告」하도록 되어 있기 때문에 영리목적의 회사가 등기소에서 설립되더라도 자발적으로 법인설립신고를 하지 아니하면 실제 설립된 법인과 국세청에 등록된 법인의 수가 일치하지 않게 되는 문제점이 있다. 이를 바로잡기 위해서라도 법인설립등기절차

에서 법인설립신고절차 또는 사업자등록절차를 일원화할 필요가 있다.

이상의 내용은 법정책적인 사항이므로 이의 실현을 위해서는 법률의 개정과 현실적인 시스템의 뒷받침이 필요하다. 이를테면 비영리법인의 설립·감독업무를 단일관청으로 통합하고, 법인설립신고(사업자등록절차)도 일원화하기 위해서 법률상으로는 민법뿐만 아니라, 비송사건절차법, 정부조직법 및 법인세법·부가가치세법 등 관련 법률들에 대한 정비가 불가피하다. 또한 시스템상으로는 행정전산망과 법원전산망 및 국세청전산망 등이 상호 유기적으로 연결될 수 있어야 하며, 또한 이를 뒷받침하기 위해서는 전자정부법을 비롯하여 전자서명법, 공증인법, 전자거래기본법 등 관련 법률에 근거규정들도 마련되어야 한다. 그러한 법적·시스템상의 개편은 또 다른 큰 작업이므로, 본고에서는 이를 지적함에 그치고 그에 관한 연구는 후속의 과제로 남겨두고자 한다.

◆ 논문 최초 투고일: 2009년 10월 26일 논문심사(수정)일: 2009년 12월 8일 논문게재확정일: 2009년 12월 23일

주제어 : 법인, 등기, 등록, 허가, 승인, 설립행위

【 참 고 문 헌 】

1. 국내문헌

곽윤직(편집대표), 민법주해 (I), 박영사, 1992.

곽윤직, 민법총칙(제7판), 박영사, 2007.

김교창, “민법총칙 중 법인에 관한 개정의견”, 『법조』 제548호 (2002. 5), 142~172면.

김용한, 민법총칙론(재전정판), 박영사, 1997.

김주수, 민법총칙(제5판), 삼영사, 2002.

김진우, “비영리법인의 설립에 있어 허가주의에 관한 연혁적 고찰”, 『인권과 정의』 383호(2008.7), 94~114면.

민법개정안연구회(황적인 외 29인 공저), 민법개정안의견서, 삼지원, 2002.

박준서(편집대표), 주식 민법 [총칙(1)](제3판), 한국사법행정학회, 2002.

백태승, 민법총칙(제2판), 법문사, 2006.

법원행정처, 상업등기선례요지집, 법원행정처 2005.

양현봉, “법인설립절차개혁방안 -선진국사례 벤치마킹을 중심으로-”, 『e-KiET 산업경제정보』, 제296호(2006-13), 2006.06. 1~12면.

서광민, 민법총칙, 신론사, 2007.

송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제 -법인본질론의 극복을 위한 하나의 시론-, 『민사법학』 제31호(2006.3), 3~46면.

양현봉, “주요 선진 국가의 법인설립 절차 비교분석”, 『KIET 산업경제』 2006년 8월호, 35~48면.

양현봉·이상신, 법인설립제도 개선방안 -한국·일본·미국·캐나다 제도의 비교분석을 중심으로-, 산업연구원 정책자료 2007-64, 산업연구원, 2007.09.

이기수·최병규·조지현, 회사법(제8판), 박영사, 2009.

이상신, 주식회사 등기제도에 관한 법적 연구, 서울대 박사학위청구논문, 2004.08.

이철송, 회사법강의(제15판), 박영사, 2008.

임재연, 미국회사법(수정2판), 박영사, 2006.

정환담, “민사법인설립에 관한 비교법적 고찰”, 『비교사법』 제5권 1호(1998.6.), 91~124면.

2. 외국문헌

- Ebersbach, Harry, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, Göttingen 1982.
- Flume, Werner, Die werdende juristische Person, Festschrift für Ernst Geseler zum 65. Geburtstag, München 1971, S. 3 ff.
- Kronke, Herbert, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, Tübingen 1988.
- Münchener Kommentar, Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil. 2. Halbband, hrsg. von Franz-Jürgen Sacker/Gregor Thüsing, München 2007.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 57. Aufl., München 1998.
- Reichert, Bernhard, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 10. Aufl., München, Neuwied 2005.
- Rittner, Fritz, Die werdende juristische Person, Untersuchungen zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Tübingen 1973.
- Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln u.a., 2002.
- Schmidt, Karsten, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, Heidelberg 1984.
- Schwinge, Erich, Die Stiftung im Errichtungsstadium, BB 1978, S. 527 ff.
- Seifart, Werner, Handbuch des Stiftungsrechts, München 1987.
- Staudinge, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 1. Allgemeiner Teil: §§ 21-103, 13. Bearbeitung, Berlin 1995.

[Zusammenfassung]

Ein Reformvorschlag zum Eintragungs - und Registersystem bei der Errichtung juristischer Person

Ho-Young Song

Über das Wesen juristischer Person ist es heute einig, dass juristische Person keine Fiktion sondern eine realtätige Organisation. Trotzdem ist es auch nicht zu leugnen, dass juristische Person ein rechtstechnischer Begriff. Dieser zeigt sich insbesondere bei der Eintragung bzw. Registrierung im Vollendungsstadium juristischer Person. Eintragung der juristischen Person auf Registerbuch ist notwendig für die Verkehrssicherheit. Jedoch ist das Eintragungs- und Registerverfahren im geltenden koreanischen Recht sehr umständlich. Dieser Aufsatz zielt auf den Vorschlag zur Verbesserung des Eintragungs- und Registersystems bei der Errichtung juristischer Person ab.

Kapitel I schildert zur Einleitung obige Problematik. Kapitel II beschäftigt sich mit dem Entstehungsproblem bei nichtwirtschaftlicher juristischen Person. Im geltenden koreanischen BGB ist die Konzession der zuständigen Behörde zur Gründung nichtwirtschaftlicher juristischen Person erforderlich. Darüberhinaus erfolgt die Vollendung der juristischen Person durch Eintragung im Registerbuch. In diesem Sinne ist nicht Konzession sondern Eintragung konstitutiv im koreanischen BGB. Der Verfasser schlägt *de lege ferenda* schrittenweise von Konzessionssystem zur Genehmigungssystem zu ändern. In bezug darauf soll nicht Eintragung sondern behördliche Genehmigung konstitutiv sein. Im Kapitek III wird die Problematik im wirtschaftlichen juristischen Person (Handelsgesellschaft) behandelt. Handelsgesellschaft kann ohne behördliche Genehmigung bloss durch Eintragung auf Handelsregister als juristische Person entstehen. Sie hat sich jedoch zur wirtschaftlichen Betätigung auf Steurregister zu melden. Demgegenüber schlägt der Verfasser eine Integration von

Eintragung auf Handelsregister und Meldung auf Steurregister vor. Zum Schluss betont der Verfasser im Kapitel IV eine gesetzgeberische Reform, um obigen Vorschlag zu realisieren.

Stichwörter : Juristische Person, Eintragung, Register,
Verleihung, Anerkennung, Gründungsgeschäft

