

韓国会社法（二）

金 知 煥
多 木 誠一郎

目次

連載を始めるに際して

第1編 総説

第2編 合名会社・合資会社・有限責任会社・有限会社

第3編 株式会社

第1章 株式会社の概念及び3要素（以上，73巻2 = 3号）

第2章 設立（以下，本号）

第1節 総説

第2節 設立手続

一 発起人

1. 意義
2. 発起人の資格及び員数
3. 発起人の権限及び義務

二 設立中の会社

1. 意義
2. 法的性質
3. 成立の時期
4. 設立中の会社の法律関係

三 原始定款

1. 定款の意義
2. 定款の記載事項

- (1) 絶対的記載事項
 - (i) 目的 (289条1項1号)
 - (ii) 商号 (289条1項2号)
 - (iii) 会社が発行する株式の総数 (289条1項3号)
 - (iv) 額面株式を発行する場合には一株の金額 (289条1項4号)
 - (v) 会社の設立に際して発行する株式の総数 (289条1項5号)
 - (vi) 本店の所在地 (289条1項6号)
 - (vii) 会社が公告をする方法 (289条1項7号)
 - (viii) 発起人の氏名・住民登録番号及び住所 (289条1項8号)
- (2) 相対的記載事項——変態設立事項
 - (i) 発起人が受ける特別の利益 (290条1号)
 - (ii) 現物出資 (290条2号)
 - (iii) 財産引受け (290条3号)
 - (iv) 発起人が受ける報酬の額 (290条4号)
 - (v) 設立費用 (290条4号)
- (3) 上記(2)以外の相対的記載事項
- (4) 任意的記載事項

四 発起設立

1. 発起人による株式の引受け
2. 出資の履行
3. 取締役及び監査役の選任
4. 設立経過の調査及び変更処分

五 募集設立

1. 株式の引受け
2. 出資の履行
 - (1) 出資払込義務
 - (2) 払込みの仮装
3. 創立総会

六 設立の登記及び効果

第3節 設立に関する責任

一 設立関与者の責任

1. 発起人の責任

(1) 会社が成立した場合

(i) 会社に対する責任

(ii) 第三者に対する責任

(iii) 責任の追及

(2) 会社不成立の場合

2. 疑似発起人の責任

3. その他の設立関与者の責任

二 設立の無効の訴え

1. 意義

2. 無効の原因

3. 無効の訴え

4. 判決の効力

(1) 原告が勝訴した場合

(2) 原告が敗訴した場合（以上，本号）

第3章 株式及び資本金の額の変動（以下，仮題）

第4章 機関

第5章 資金調達

第6章 組織再編

第7章 会社の消滅及び再生

第2章 設立

第1節 総説

株式会社を設立するには，発起人が定款を作成し，株式発行事項等を決定す

る。その上で実体形成手続を経た後に設立登記をすることによって設立が完了する。

株式会社の設立方法には発起設立と募集設立がある。株式の引受方法による区分である。発起設立では発起人が株式の全部を引き受ける。株式について出資の全額が払い込まれた後に取締役・監査役を選任する。変態設立事項がない場合には、選任された取締役・監査役は遅滞なく設立経過を調査して、発起人に報告する。設立登記をすることによって会社が成立する（295条以下）。これに対して募集設立は、発起人が株式の一部のみを引き受け、残りの株式について株主を募集する。株式について出資の払込み【주금납입】が完了すると、株式引受人で構成される創立総会を招集し、取締役・監査役を選任する。変態設立事項がない場合には、取締役・監査役は遅滞なく設立経過を調査して、創立総会に報告する。設立登記をすることによって会社が成立する（301条）。

変態設立事項がある場合には、発起設立あるいは募集設立であるのかにかかわらず原則として検査役【검사인】による調査を受けなければならない（298条4項・299条・310条）。

第2節 設立手続

一 発起人

1. 意義

発起人とは、実質的意味では株式会社の設立を企画し、その手続を主管する者をいう。形式的意味では定款に発起人として記載され、定款に記名押印又は署名した者をいう。発起人であるのか否かで責任の有無が異なるため、発起人は形式的意味で捉えるべきである。すなわち発起人であるとする、資本金充実責任を負うとともに、設立過程で第三者に加えた損害を賠償する責任を負うことになる。それゆえ商法上発起人は、自らの氏名等を定款に記載するとともに、記名押印又は署名することになっている（288条・289条1項8号）。実際に設立事務に従事したとしても、定款に発起人として記名押印又は署名していなければ発起人ではない。反対に実際に発起人として設立事務に従事しなかつ

たとしても、定款に発起人として記名押印又は署名していれば発起人であり、発起人としての責任を負う。実質の意味での発起人は、疑似発起人【유사발기인】としての責任を負いうる（327条）。

2. 発起人の資格及び員数

発起人の資格には制限がない。制限行為能力者【제한능력자】・法人も発起人になれるとするのが多数説である（최준선 148면）。行為能力者である自然人に限られるとする少数説もある（장덕조 77면）。制限行為能力者であっても定款作成や株式の引受け等の法律行為をする場合には、民法の規定にしたがって法定代理人の同意を得れば足り、法人であれば代表者を通じて会社設立に関与できるので、多数説を支持する。

発起人は1人でも差し支えない。かつては発起人の数に制約があったが、2001年商法改正によって廃止された。

発起人が複数いる場合には、株式会社の設立を共同してするという合意がある。そこには民法上の組合契約が成立している（民703条－724条）。この組合を発起人組合という。発起人が行う定款作成をはじめとする会社設立事務は、組合契約の履行としてすべて発起人が共同して行う。発起人組合の意思決定は一般には発起人の過半数で行う（民706条2項）。もっとも定款作成（289条1項）・株式発行事項の決定（291条）等には、発起人全員の同意を要する。発起人組合は一般には会社の設立登記によって消滅するが、会社の設立が不可能になった時にも消滅する。

3. 発起人の権限及び義務

発起人は設立中の会社の機関としての地位にある。すなわち発起人は設立中の会社の事務を執行し、設立中の会社をいわば完全な会社に成長させることを職務とする。発起人の法律行為によって取得又は負担した権利義務は設立中の会社に帰属し、会社成立と同時に自動的に会社に承継される。発起人のどのような行為が、成立後の会社に帰属するのか、すなわち発起人の権限の範囲につ

いて学説上争いがある。主として次の三つの学説に区分しうる。第一に、発起人の権限は会社設立自体を直接の目的とする行為に限られるとする最狭義説である。ただし本説によっても例外的に、開業準備行為のうち財産引受け等定款の相対的記載事項は、法定の要件を充たせば発起人の権限の範囲に含まれる(이철송 224면)。第二に、会社設立のために法律上・経済上必要な行為を発起人はすることができるとする狭義説である(권기범 358면)。第三に、会社の設立目的に反しない限り、開業準備行為も一般にすることができるとする広義説である(장덕조 81면, 최준선 151면)。最狭義説に対しては、発起人の裁量があまりに狭く、会社設立事務に支障を来すという批判がなされている。狭義説に対しては、設立に必要な行為と開業準備行為を明確に区分できないという批判がなされている。判例は、成立後の会社の営業のために発起人が第三者と締結した自動車組立契約¹⁾を発起人の権限内の行為とし(大法院1970年8月31日宣告 70다1357判決)、広義説に立っている。①会社設立過程を経ることによって会社成立後すぐに営業を開始できるようにすることは、現実的にみて妥当であり、②会社設立事務と開業準備行為を明確に区分できるわけでもなく、③発起人には厳格な責任を負わせているため、広義説が妥当であると考えられる。

発起人の権限の範囲外の行為又は定款に記載されていない財産引受行為について成立後の会社が、追認できるのか否かについて学説上争いがある(→「三」2(2)(iii))。

二 設立中の会社

1. 意義

設立中の会社とは、定款作成後会社の設立登記をする時までの間の社会的実在であり、講学上の概念である。設立中の会社は商法に規定はないが、発起人が会社の設立のために取得又は負担した権利義務が設立中の会社に帰属し、会社成立と同時に自動的に会社に承継される関係を説明するためのものである。

1) 自動車製造会社設立後自動車を製造するために、同会社の発起人が部品製造業者と締結する部品の売買契約を意味する。

2. 法的性質

設立中の会社は権利能力なき社団であるとするのが判例・多数説である（大法院1970年8月31日宣告70다1357判決, 장덕조 78면）。これに対して設立中の法人【eine werdende juristische Person】であるとする少数説もある（최준선 158면）。設立中の会社と成立後の会社は法人格の有無に差異があるのみであるため、権利能力なき社団であるとするのが正当である。

3. 成立の時期

設立中の会社の成立時期については、①定款作成時とする説（최준선 159면）、②定款作成後発起人が一株以上の引受けをした時とする説（장덕조 79면）、③会社の設立に際して発行する株式の総数の引受けがあった時とする説（정동운 410면）に分かれている。設立中の会社という概念を認める実益は、上記1の通り自動的な承継関係を説明する点にある。そうすると定款作成後発起人が株式を引き受ける前であっても発起人に権利義務が生じうるため、定款作成によって直ちに団体法上の規律に服することになる上記①説に賛成する。

4. 設立中の会社の法律関係

設立中の会社は権利能力なき社団であるが、民事訴訟法上の当事者能力及び不動産登記法上の登記能力は、同社団にも認められる（民訴52条, 不登26条）。それ以外にも会社設立に必要な範囲内で、例えば銀行との預金取引能力等を同団体は有すると解する。

事務執行機関は発起人である。発起人が設立中の会社の名前で取得又は負担した権利義務は、設立中の会社に総有の形態で帰属する。別に移転行為をすることなく成立後の会社に帰属する。ただし発起人個人又は発起人組合の名前で取得又は負担した権利義務は、発起人又は発起人組合に帰属する。成立後の会社にこれを移転させるためには、譲受け・債務引受け等の個別の移転行為が必要である。

募集設立では創立総会が設立中の会社の最高意思決定機関である。発起人又

は創立総会が選任した取締役・監査役は監督機関である。

三 原始定款

1. 定款の意義

定款の法的性質については契約と解する見解もある（정동윤 369면）。しかし発起人による定款作成後に会社との関係が生じる株主・「機関〔構成員の地位を占める者〕」はいうまでもなく、定款変更に対抗する株主も拘束するという理由により自治法規と解するのが判例・通説である（大法院2000年11月24日宣告99다12437判決, 최준선 166면）。発起人は書面で定款を作成後、各発起人は記名押印又は署名しなければならない（289条1項）。会社の設立に際して作成する原始定款は、公証人の認証を受けることによって効力が生じる（292条本文）。ただし資本金総額が10億ウォン未満である会社を発起設立する場合には、公証人の認証を受けなくとも各発起人が記名押印又は署名すれば、定款の効力が生じる（同条ただし書）。

2. 定款の記載事項

定款の記載事項は、絶対的記載事項・相対的記載事項・任意的記載事項の三つに区分できる。絶対的記載事項は、商法がその記載を要求する事項であり、記載を欠けば定款が無効になり、ひいては会社設立無効の原因になる。相対的記載事項は、記載がなくとも定款の効力に影響しないが、定款に記載しなければ効力が生じない事項である。ある事項が相対的記載事項であるのか否かは商法の条文の規定振りで判断できる。例えば「定款に記載することによって効力が生じる」という文言であれば、——絶対的記載事項ではなく——相対的記載事項である（290条）。任意的記載事項は、絶対的記載事項・相対的記載事項と異なり定款への記載を商法が要求していないが、会社が任意に記載する事項である。強行法規・公序良俗・株式会社の本質に反しない限りで記載できる。記載がなくとも定款の効力に影響がない点で相対的記載事項と同じである。定款に定めなくとも会社は他の自治法規に定めを置いたり、定めを置かず会社

が同事項を行ったりすることも可能である。定款に定めることにより①当該事項を明確にしたり，②定款の拘束力を利用しようとしたりして，会社が定款に任意に記載するのである。

（1）絶対的記載事項

絶対的記載事項は下記（i）-（viii）の通りである（289条1項）。

（i）目的（289条1項1号）

目的とは，会社が具体的に遂行しようとする事業目的である。目的は，株主には出資する動機を与え，取締役には自身がしなければならない業務執行の範囲を示す。それゆえ定款の定める目的に反する行為を取締役がすれば，損害賠償責任（399条）・違法行為差止請求（399条）・解任（402条）等の理由になりうる。あるいは①取締役の競業避止義務について会社の営業の部類に属するの否か（397条），②登記商号について同一の営業であるの否かを判断する際には，会社の目的を基準にして判断することになる。

（ii）商号（289条1項2号）

商号とは，会社の同一性を表す名称である。商号の中に株式会社という文字を用いなければならない（19条）。商号選定に際しては同一の特別市・広域市・広域自治市・市・郡において，同種の営業のために他の商人が登記した商号と同一の商号を登記することができない（商登29条）。従来は類似商号も登記できないようになっていたが，①会社設立に際して類似商号の登記を調査して確認するのに時間・費用がかかるという点，②商号選定の幅が狭められているという点を解消するために，現在では同一商号に限って登記を制限している。

（iii）会社が発行する株式の総数（289条1項3号）

会社が発行する株式の総数とは，発行可能株式総数である。

(iv) 額面株式を発行する場合には一株の金額 (289条1項4号)

一株の金額は、100ウォン以上であり(329条4項)、額面未滿の発行は許されない(330条)。会社設立の際に無額面株式を発行する場合には額面株式を発行できず(329条1項)、一株の金額も記載事項ではない。

(v) 会社の設立に際して発行する株式の総数 (289条1項5号)

会社の設立に際しては発行可能株式総数の4分の1以上を発行することを要求する規定が従来あったが(下記改正前289条2項)、2011年商法改正によってこの規定は削除された。それゆえ会社設立に際しては一株以上発行すればよい。

(vi) 本店の所在地 (289条1項6号)

本店の所在地とは、主たる営業所の所在地を意味する。本店の所在地は、会社の住所であり(171条2項)、意思表示・通知の受領地であり、登記・会社法上の各種訴えにおいて管轄を定める基準になる(328条2項・186条)。株主総会の招集地を限定する意味も有する(364条)。

(vii) 会社が公告をする方法 (289条1項7号)

会社の公告は、官報又は「時事に関する事項を掲載する日刊新聞」にしなければならない(289条3項本文)。ただし会社は定款の定めによって電磁的方法【전자적 방법】²⁾により公告をすることができる(同項ただし書)。電磁的方法により公告をする場合には、大統領令で定める日までの間継続して公告をしなければならない。

財務諸表を電磁的方法により公告する場合には定時総会でこれを承認後2年

2) 「전자적 방법」は漢字語【한자어】である。「電磁的方法」あるいは「電子的方法」のいずれかの漢字語のハングル表記であるが、確定できなかった。日本会社法における電子公告に相当するものである点に照らし、電子公告の定義に用いられている用語に倣って「電磁的方法」という訳語をここではさし当たり用いた(日会社2条34号参照)。

を経過する日までの間継続して公告をしなければならない（289条4項・450条）。公告期間（電磁的方法による公告をしなければならない期間（令6条5項））の経過後であっても何人も、その内容を閲覧できるようにしなければならない（289条4項ただし書）。

電磁的方法により公告をする場合には、会社は（公告による）揭示の期間・内容を証明しなければならない（同条5項）。会社が電磁的方法とする公告について必要な事項は、大統領令で定める（同条6項）。

（viii）発起人の氏名・住民登録番号及び住所（289条1項8号）

発起人の氏名・住民登録番号及び住所が記載事項とされているのは、①発起人としての責任を負わせるためであり、②責任追及の訴えを提起する際に必要になる発起人にかかる情報を原告になろうとする者が知ることができるようにするためである。

（2）相対的記載事項——変態設立事項

会社設立の際に会社財産の充実（資本金充実の原則の目指すところ）を阻害するおそれのある危険な行為については、一まとめにして定款の相対的記載事項として定められている（290条）。その上でこれらの行為をする場合には、法定された厳格な手続を経ることを要求している。変態設立事項である（→（i）－（v））。これ以外にも相対的記載事項が商法のあちこちに定められている（→（3））。

変態設立事項とは、会社設立の際に発起人が設立中の会社の機関たる地位に基づいて約定できる事項（危険な約束）をいう（290条）。発起人が変態設立事項を濫用すると会社の財産的基礎を危うくし、株主・債権者に不利益をもたらす。変態設立事項は下記（i）－（v）の通りである。

変態設立事項は、定款のみならず株式申込証〔用紙〕【주식청약서】³⁾にも

3) 会社法制定前に日本で採用されていた「株式申込証」に相当する方式が採用されている。しかし「株式申込証」と「株式申込証の用紙」を区別せずに等しく「株

記載しなければならない(302条2項2号)。変態設立事項は原則として検査役による調査を受けなければならない(299条・310条)。発起設立のときは取締役が(298条4項本文)、募集設立のときは発起人が、裁判所に検査役の選任を請求しなければならない(310条1項)。検査役は同事項を調査して、発起設立のときは裁判所に報告し(299条1項)、募集設立のときは検査役が創立総会に報告書を提出するとともに(310条2項)、発起人が同事項を創立総会に報告する(311条2項2号)。ただし次のような二つの例外がある。一つは変態設立事項のうち、①発起人が受ける特別の利益、会社が負担する設立費用及び発起人が受ける報酬額は(290条1号・4号)、公証人の調査・報告をもって、②現物出資・財産引受けに関する事項は鑑定人の鑑定・報告をもって、検査役の調査・報告に代えることができる(298条4項ただし書・299条の2・310条3項)。公証人の調査・報告及び鑑定人の鑑定・報告によって公正を期すことが可能だからである。

もう一つは発起設立における現物出資・財産引受けについては、①対象とする財産の総額が資本金の額の5分の1を超えず、かつ大統領令で定める5,000万ウォンを超えない場合、②対象とする財産が取引所の市場価格がある有価証券であって、定款に記載された価額が大統領令で定める方法によって算定した市場価格を超えない場合、③その他上記①②に準ずる場合として大統領令で定める場合には、検査役の調査・報告を要しない(299条2項)。

裁判所は変態設立事項を変更できるし、創立総会においても同事項を変更できる(300条・314条)。

(i) 発起人が受ける特別の利益(290条1号)

発起人が会社の成立後に特別の利益を受けるためには、発起人が受ける特別の利益及びその発起人の氏名を定款に記載しなければならない。特別の利益とは、発起人が会社設立事務を企画・管理した功勞に対する対価として与えられ

式申込証」が用いられている。本稿では意味に即して「の用紙」を補った。

る財産上の利益をいう。例えば会社の設備を利用する特権、新株引受権、残余財産分配請求権である。しかし株式の払込金額の払込みの免除、株式の無償交付【무상주 교부】、所有株式に対する確定利息の支払い等は、資本金充実の原則・株主平等の原則に反するため許されない。

特別の利益は、発起人であった者に対して認められる債権者の利益であり、株主の地位とは関係がない。定款に異なる定めがない限りは特別の利益のみを分離して譲渡したり、相続させたりすることはできない。

(ii) 現物出資（290条2号）

現物出資とは、金銭以外の財産を出資の目的とすることをいう。現物出資が効力を生じるためには、現物出資者の氏名、出資財産の種類・数量・価額【가액】及びその者に対して割り当てる株式の種類・数を定款に記載しなければならない。現物出資を変態設立事項にした理由は、価値のない財産が出資されたり、出資財産が過大に評価されたりすると、資本金の充実を害するおそれがあるためである。

現物出資の法的性質について通説は、民法上の典型契約ではなく、商法が定める出資（契約）の一形態であるとする。その上で現物出資は双務・有償契約の性質を有するため、危険負担・瑕疵担保等に関する民法の規定（民537条・570条等）を類推適用できるとする（최준선 172면）。

現物出資の目的財産は金銭以外の財産であって、譲渡可能で、貸借対照表上の資産項目に記載できるのであれば、どのようなものでも差し支えない。現物出資者の資格にも制限はないため、発起人ではない者も現物出資をすることは可能である。現物出資者は払込期日【납입기일】⁴⁾に遅滞なく出資の履行、すなわち目的財産の引渡しをしなければならない（295条2項・305条3項）。目的財産の種類にしたがって、例えば動産は引渡し、有価証券は裏書譲渡、債権

4) 「납입기일」とは、金銭出資の払込期日を意味する。現物出資について給付期日が払込期日と別に定められるのではなく、払込期日に給付すべきであるという意味である。

は通知・承諾のような対抗要件の具備も必要になる。登記・登録を要する不動産その他の財産であれば、登記・登録に関する書類を揃えて交付しなければならない。現物出資は原則として検査役による調査を受けなければならない。出資財産が不当に高く評価されていた場合には、成立後の会社に対して発起人等は任務懈怠責任を負いうる(322条・323条)。出資財産について検査役の調査を経ている場合であっても、この責任は生じる。

会社の設立中に現物出資を履行しない場合には、民法上の債務不履行責任を問うか(民389条)、あるいは発起人が現物出資を解除して定款変更をした後設立手続を続けることもできる。

会社の成立後に現物出資がまだ履行されていない場合には、発起人は321条2項の払込担保責任【납입담보책임】を負わなければならないかについて学説が対立している。否定説によると商法は、現物出資の履行については払込み【납입】という語を用いておらず、同項の払込みとは金銭出資の履行のみを意味する。現物出資は個性的な性格を有しているため、発起人の資本金充実責任(払込担保責任もその一つ)の対象ではないという(장덕조 103면, 정찬형 664면)。これに対して発起人の払込担保責任(現物出資ゆえ「給付担保責任」の意味)を認めることはできないとした上で、企業維持の原則に照らし、現物出資の目的財産が代替可能な場合には金銭に換算して填補賠償責任を認めようとする学説がある(이철승 260면, 최준선 207면)。ただしこの見解も、特許権のように現物出資の目的財産が会社の目的である事業を行うのに不可欠である場合であれば、企業維持の要請を後退させて会社の設立無効事由であるとする。企業維持の観点から後説を支持する。

(iii) 財産引受け (290条3号)

財産引受けとは発起人が会社のために、会社の成立を停止条件として特定の財産を譲り受けることを約する契約をいう。財産引受けが効力を生じるためには、会社が成立後に譲り受けることを約した財産の種類・数量・価額【가격】及びその譲渡人の氏名を定款に記載しなければならない。このように開業準備

行為のうち財産引受けについては商法に規定があり、それにしたがう限り発起人が財産引受けを行えることに疑いはない。一方では会社の成立後遅滞なく、目的である事業を円滑・迅速に取締役が行えるようにするためである。他方では発起人が財産引受けを濫用して不公正な約定をしたり、現物出資を回避するための手段として悪用したりするおそれがある。このような弊害を防止するために定款に記載させることにしたのである。

財産引受けの相手方には制限はない。目的財産になりうるものは現物出資のそれと同じである。すなわち金銭以外の財産であって、譲渡可能で、貸借対照表上の資産項目に記載できるのであれば、どのようなものでも差し支えない。

定款に記載されていない財産引受けについて判例・通説は無効であるとする（大法院1994年5月13日宣告94다323判決, 이철송 236면）。しかし判例の中には、無効であることを確認しながらも、会社の設立に直接関与して土地に関する財産引受けを締結してこれを履行し、会社設立後15年近く経ってから土地の譲渡が定款に記載のない財産引受けであると主張し、自身が直接主管した会社設立行為の効力を否定しつつ〔財産引受けの〕無効を主張することは、会社の株主、債権者等利害関係人の保護という商法290条の目的とは何ら関係はなく、むしろこれに反することであるとして、信義誠実の原則に反して許され得ないとしたものもある（大法院2015年3月20日宣告2013다88829判決）。

その上で問題になるのは、定款に記載されていない財産引受けを会社が追認できるのかである⁵⁾。多数説である否定説は、定款に記載されていない財産引受けは絶対的に無効であるとして、追認を否定する。追認を認めると商法290条の趣旨を無意味にする、あるいは財産引受けの脱法行為を認める結果になるからであるとする（최준선 174면）。

これに対して肯定説は、発起人を無権代理人とみなして、無権代理人の追認

5) 定款に記載されていない財産引受けを含む発起人の権限の範囲外の行為一般について折衷説も提唱されている。同説によると、財産引受けの場合には資本金充実の原則を理由にして株主総会の決議によっても追認はできないが、それ以外の場合には無権代理と同様に追認を肯定する（장덕조 82면, 최준선 151면）。

に関する民法130条の規定を類推適用できるとする(정찬형 637 - 638면)。肯定説の中では追認の方法について説が分かれている。一つは事後設立の規定を類推適用し(375条), 株主総会の特別決議によって追認できるという説である(장덕조 89면)。もう一つは, 会社の成立後に新たに同じ内容の契約を締結する方法で差し支えないという説である(정동윤 375면)。

この点について現物出資〔・財産引受け〕の煩雑さを回避すべく, 会社の成立後に会社と出資者との間で売買契約を締結して会社が財産を譲り受けると約し, その後会社設立手続を経て〔会社が成立した後〕, 上記約定にしたがって〔実質的な〕現物出資がなされたという事例で, 現物出資をするという約定はそのまま財産引受けに該当するため, 定款に記載がない限り〔この実質的な現物出資は〕無効であるとしながらも, このような形での現物出資は同時に事後設立(375条)に該当するものであるため, 株主総会の特別決議によって追認が可能であるとする判例もある(大法院1992年9月14日宣告91다33087判決)。この判決に対しては, 〔この実質的な現物出資は〕契約締結時点が会社成立後であり, 純然たる事後設立であるとする見解もある(장덕조 90면)。

①財産引受けと事後設立では要件が異なるため, 判例のいうように事後設立の規定に基づいて株主総会の特別決議で, 定款に記載されていない財産引受けを追認することは, 正当ではないし, ②資本金充実の原則を理由にして, 追認は許されないと解するべきである⁶⁾。

(iv) 発起人が受ける報酬の額(290条4号)

発起人が設立事務に尽力することによって受け取る労務の対価を発起人の報酬という。発起人の報酬は, 会社設立の特別な功勞として与えられる特別の利益(290条1号)と区別される。発起人の報酬を変態設立事項とした理由は,

6) 定款に記載されていない財産引受け以外の発起人の権限の範囲外の行為については, 会社成立後に民法130条に基づき無権代理と同じく会社の追認を認めても差し支えないと解する。なぜなら同行為の相手方当事者が無効主張することは, 信義則上許されず, 企業維持の観点から会社による追認を許すことが望ましいともいえるからである。

同事項にしなければ発起人が自ら多額の報酬を定めるおそれがあるためである。

(v) 設立費用（290条4号）

設立費用は、会社の設立事務を行うのに必要な費用である。例えば設立事務を行うための事務室の賃貸料・通信費や各種印刷費・定款作成費用・株主募集広告費である。これに対して成立後の会社が事業を行うのに必要な工場・建物・什器等の購入は開業準備行為であり、これに要する費用は設立費用に含まれない。素直に考えると成立後の会社が設立費用をすべて負担することになりそうである。しかし無制限に負担を認めると、会社の財産的基礎を危うくするおそれがあるため、変態設立事項としたのである。

①設立費用について定款に記載がない場合や②記載があっても設立費用が定款に記載された限度額を超える場合には、対内的には発起人が①②の場合にそれぞれ設立費用全額又は超過額（以下、本（v）では①の場合の設立費用全額も含めて「超過額」と総称する）を負担しなければならない。発起人は事務管理又は不当利得を理由にして、超過額を会社に対して請求できない。

会社が成立した後になっても設立費用が支払われていない場合には、取引の相手方は誰に対して支払いを請求できるのか。設立費用が変態設立事項として適法である場合には、成立後の会社が支払責任を負うのはいうまでもない。問題になるのは、上記①②の場合における対外的な側面である。会社負担説によると、定款への記載の有無とは関係なく会社が全額について相手方に対する支払責任を負う。その上で会社は発起人に超過額を求償できるとする（최준선 177면）。これに対して発起人負担説によると、会社の成立の前あるいは後であるのかは関係なく発起人が全額について相手方に対する支払責任を負う。その上で会社の成立後に、定款に記載され、かつ創立総会の承認を得た限度で会社に対して求償できるとする（최기원 169면）。判例は会社負担説に立っている（大法院1994年3月28일자93마1916決定）。複雑な会社設立手続では設立費用が生じるのは当然であって会社が負担するが、定款に記載されていない設

立費用については会社が発起人に求償できると解する。

(3) 上記(2)以外の相対的記載事項

上記(2)以外の相対的記載事項には例えば次の事項がある。種類株式の発行(344条2項)、償還株式の発行(345条1項)、転換株式の発行(346条1項)、資格株(387条)、無額面株式の発行・転換(329条1項)、自己株式の取得等(341条・342条)、取締役・監査役の任期伸長(383条3項・410条)、準備金の資本金への組入れ【全입】(461条1項ただし書)、現物配当(462条の4)、社債券【채권】の電子登録(478条3項)、会社の存立期間その他の会社解散事由(517条1号)である。

(4) 任意的記載事項

任意的記載事項は例えば、支店の所在地、株式の名義書換手続、株券の再交付、定時総会の招集時期、株主総会の会場、取締役・監査役の資格・員数、営業年度である(김정호 107면)。

四 発起設立

1. 発起人による株式の引受け

発起設立とは、会社の設立に際して発行する株式の全部を発起人が引き受ける方式でなされる設立である(295条1項)。引受けは書面でなされる(293条)。株式の引受けは定款作成後になされる。発起人が2人以上の場合には、株式の引受けは発起人全員の合意によらなければならない。発起人による株式の引受けの法的性質について、多数説は合同行為であるとするが(장덕호 93면)、募集設立における応募株主による株式引受けと同じく設立中の会社を相手方とする入社契約であるとする説(이철송 240면)が妥当である。

2. 出資の履行

発起人は、会社の設立に際して発行する株式の総数を引き受けたときは、払

込みの取扱いを引き受けた金融機関の払込取扱場所において、各株式について引受価額の全額を遅滞なく払い込まなければならない（295条1項）。金融機関に払い込むとされているのは、払込みが確実に行われることを確保するためである。払込取扱機関【납입금보관기관】（銀行その他の金融機関）は、払込金を保管しているという証明書を発起人又は取締役が発行し、払込金額を返還する責任を負う。しかし資本金10億ウォン未満の会社を発起設立する場合には、払込金保管証明書を金融機関の残高証明書に代えることができる（318条3項）。小規模会社の設立手続を容易かつ簡素化するためである。現物出資をする発起人は、払込期日【납입기일】（現物出資の給付期日は金銭出資の払込期日と同じため）に遅滞なく現物出資の目的財産を引き渡し、登記、登録その他の権利の設定又は移転を要する場合にはこれに関する書類を揃えて交付しなければならない（295条2項）。二重の出費となるのを防ぐために登記・登録は、会社の成立後にしても差し支えない。

発起人が株式の引受けをしたにもかかわらず出資の払込み【납입】（現物出資の場合には現物出資の目的財産の給付）をしない場合には、失権手続が認められていないため（307条対照）、債務不履行の場合における一般原則にしたがって履行を強制できる（民389条・390条）。

3. 取締役及び監査役の選任

出資の履行が完了した後遅滞なく発起人は、取締役・監査役を選任しなければならない。選任は議決権の過半数の賛成によってする。引き受けた株式一株に対して1議決権が与えられる（296条）。ただし資本金10億ウォン未満の会社を設立する場合には、監査役の選任は任意である（409条4項）。監査役を選任しないときは株主総会が、取締役の職務を直接監査する（409条6項・412条1項）。取締役・監査役の選任について発起人は議事録を作成しなければならない。議事録には議事の経過・結果を記載し、発起人が記名押印又は署名することを要する（297条）。

取締役・監査役が選任されると、その時から取締役・監査役は設立中の会社

の機関になる。設立の登記がなされると、他に特別の手続を経ることなく成立後の会社の機関になる。取締役は取締役会を開き、代表取締役を選定する（389条1項・317条2項9号）。

4. 設立経過の調査及び変更処分

取締役・監査役は就任後遅滞なく、会社の設立に関するすべての事項が法令・定款に違反していないかを調査し、発起人に報告しなければならない（298条1項）。ただし取締役・監査役のうち、発起人であった者・現物出資者・財産引受けの相手方は、この調査・報告に関与【참가】できない（同条2項）。取締役・監査役全員が調査・報告に関与できない場合には取締役は、調査・報告を公証人にさせなければならない（同条3項）。

定款に変態設立事項が記載されている場合には、取締役は調査のために検査役の選任を裁判所に請求しなければならない（同条4項）。ただし検査役による調査・報告が免除される場合がある（→「三」2（2））。

検査役は調査した後報告書を作成し、裁判所に報告するとともに（299条1項）、その謄本を各発起人に遅滞なく交付しなければならない（同条3項）。公証人・鑑定人が調査又は鑑定をしたときは、調査又は鑑定の結果を裁判所に報告しなければならない（299条の2後段）。検査役・公証人の調査報告書又は鑑定人の鑑定結果に事実と異なる事項がある場合には、発起人はこれについて説明書を裁判所に提出できる（299条4項。299条の2の場合にも類推適用）。裁判所は検査役・公証人の調査報告書又は鑑定人の鑑定結果と発起人の説明書を審査して、変態設立事項が不当であると認めるときは、これを変更して各発起人に通告できる（300条1項）。裁判所による変更処分【변경처분】（法的には裁判所の決定）に不服がある発起人は、株式の引受け〔の意思表示〕を取り消すことができる（同条2項前段）。この場合には発起人は定款を変更して設立手続を続けることができる（同項後段）。裁判所の通告後2週間以内に株式の引受け〔の意思表示〕を取り消した発起人がないときは、定款は通告にしたがって変更されたものとみなされる（同条3項）。

五 募集設立

1. 株式の引受け

募集設立とは、会社の設立に際して発行する株式の一部のみを発起人が引き受け（293条）、残りの株式を引き受ける者を募集する方式でなされる設立である（301条⁷⁾。引き受ける者の数及び引受けの募集をする株式の数の最低限について制限はない。

株式の引受けの法的性質について判例・通説は、設立中の会社と株式の引受けの申込みをする者との間で締結される入社契約であるとする（大法院2004年2月13日宣告2002 두 7005判決, 이철송246면）。

株式の引受けの申込みをする者は、引き受けようとする株式の種類・数及び申込者の住所を株式引受申込証の用紙に記載し、記名押印又は署名しなければならない（302条1項）。株式引受申込証による引受けを強制する理由は、損失が生じるおそれがある投資であることに照らし、会社設立に関する十分な情報を投資者に提供し、投資者が慎重に投資の判断ができるようにするためである。

株式の引受けの申込みあれば、株式引受申込証等に記載されている割当方法にしたがって割り当て、割当方法に関する定めがなければ募集株式（会社の設立に際して発行する株式の総数うち、発起人が引き受けた株式の数を除いた残りについて引受人を募集して割り当てる株式）総数の範囲内で発起人が自由に割り当てることができる。割り当てを受けることによって申込者は株式引受人になる。株式引受人は、引き受けた株式について、引受価額の全額を払い込む義務を負う（303条・305条）。

7) 大略次のように判示した大法院の判決がある。会社の設立に際して募集設立の手続を経たが、発起人が株式〔の引受け〕の募集前に株式の大部分を引き受け、形式上一般公衆から株式〔の引受け〕を募集する場合には、発起人が他人の名義を冒用して株式を引き受けたのであれば、名義冒用者が株式引受人であるということになるので、結局株式の全部を発起人が引き受けたという結果になるといえるため、〔このような〕会社の設立は発起設立とみなさなければならない（大法院1992年2月14日宣告91 다 31494判決）。

株式の引受けは、引受けの申込みの意思表示とこれに対する割当てという承諾の意思表示が合致することによってなされる法律行為であり、素直に考えると意思表示の無効・取消しに関する民法の規定がそのまま適用されそうである。しかし株式の引受けは、多数の者が関係する資本団合法上の行為であるため、商法は株式の申込みの効力を確保するため二つの制約を置いている。第一に、心裡留保による株式の引受けの申込みは、発起人に悪意又は過失があっても有効である（302条3項）。第二に、株式引受人は、会社の設立後又は創立総会に出席して権利行使をした後は、①株式引受申込証の要件を欠いていることを理由として引受けの無効を主張したり、②詐欺・強迫・錯誤を理由として引受けの取消しを主張したりすることはできない（320条）。

仮設人の名義で株式の引受けを申し込み、又は承諾なく他人の名義で株式の引受けを申し込んだ場合には、株式の引受けの申込みを实际にした者に株式引受人としての責任（出資払込義務）を負わせている（332条1項）。他人の名義で株式を引き受けた場合には、実質的な引受人を払込義務者とするのである。ただし他人の承諾を得てその名義で株式を引き受けた場合には、実質的な引受人は名義貸与者と連帯して出資払込義務を負う（同条2項）。

仮設人の名義又は他人の名義（承諾なし）で株式を引き受けた場合には、出資払込義務を实际に履行した者が株主になると解せる。問題は他人の名義（承諾あり）で株式を引き受けた場合に誰が株主になるのかである。多数説は実質説に立ち、実際に払込みをした者が株主になるとする（최준선 189면）。これに対して名義人を株主とするとする形式説もある（이철송 318면）。判例はかつては実質説に立っていたが（大法院2011年5月26日宣告2010다22552判決）、大法院は2017年全員合議体判決【전원합의체 판결】⁸⁾で形式説に変更した（大法院2017年3月23日宣告2015다248342判決。詳しくは第3章第2節「一」2

8) 日本における最高裁判所大法廷判決に相当する。「대법원」は「大法院」という邦訳が定着しているように思うので、本稿でも「大法院」と邦訳してきた。仮に大法院ではなく「最高裁判所」と邦訳するのであれば、「전원합의체 판결」は「最高裁判所大法廷判決」と邦訳することになり、私見ではこのような邦訳もありうるのではないかと考える。

（予定）。

実際に株式の引受けの意思をもって法律行為をし、出資の払込みをした者を保護するという点に照らすと実質説も捨てがたい。しかし株主名簿制度の趣旨及び会社による画一的な株主事務管理を理由にして形式説を支持する。

2. 出資の履行

（1）出資払込義務

会社の設立に際して発行する株式の総数が引き受けられたときは発起人は、各株式について引受価額の全額を株式引受人に遅滞なく払い込ませなければならない（305条1項）。払込みの場所は、株式引受申込証に記載した場所である（同条2項）。払込取扱機関又は払込取扱場所を変更するときは、裁判所の許可を受けなければならない（306条）。株式引受人が出資の払込みをしない場合には発起人は、一定の期日を定め、その期日までに払込みがなければ株式引受人の権利を失う旨を、期日の2週間前までに当該株式引受人に通知しなければならない（307条1項）。その期日までに払込みがなければ株式引受人は失権する。発起人は失権となった株式について再び株主を募集できる（307条2項）。

（2）払込みの仮装

払込みの仮装とは、実質的には出資を払い込んだとはいえないが、あたかも払い込んだように仮装することである。通謀仮装払込みと偽装払込みがある。

通謀仮装払込み（預合い）は、発起人と払込取扱機関が通謀し、払込金がなかったり、不足しているにもかかわらず、同機関から発起人が金銭を借り入れて出資の払込みをし、払込金保管証明書の発行を受けて設立登記をするが、借入金を弁済するまでは払込金を引き出さないという約束をする行為である。通謀仮装払込みを防止するために、払込金保管証明書を発行して証明した保管金額について、事実と異なること又はその金額の返還に制限があることを理由として払込取扱機関は会社に対抗できないこととされている（318条2項）。払込取扱機関にとってリスクが高いため通謀仮装払込みは実際にはなされにくい。

偽装払込み（見せ金）とは、発起人が払込取扱機関以外の第三者から金銭を借り入れて出資の払込みをし、会社成立後に（発起人が代表取締役役に就任して）払込金を引き出し、第三者への借入金の弁済に充てるのが典型である。変形した形態としては、発起人・取締役が払込取扱機関から金銭を借り入れて出資の払込みをし、会社設立後に会社が払込金を引き出して発起人・取締役に貸し付け、発起人・取締役がこれを払込取扱機関に弁済する形態がある。このような偽装払込みは実際になされている。偽装払込みでは、形式的には払込取扱機関に有効に払込みがなされて設立登記されているが、実質的には資本金に相当する財産がない会社が設立される。偽装払込みについて学説は、払込みは効力がなくひいては会社の設立も無効であるとする無効説が多数説である（이철승 255면）。無効説に立ちながらも、偽装払込みがなされた部分が発起人の払込担保責任（321条2項）によって治癒できれば無効とする必要がないとする折衷説もある（최준선 194면）。これに対して実際に払込みがなされているという点及び主観的意図を問題にすることは団体法では妥当でないという点を理由に挙げて、払込みは有効であるとする有効説もある（정찬형 648면）。判例は有効説に立つものが多いが（大法院1989年9月12日宣告89누916判決, 大法院1994年3月28日宣告93마1916判決, 大法院1998年12月23日宣告97다20649判決）、無効説に立つものもある（大法院2003年5月16日宣告2001다44109判決）。

発起人の行為（払込みの仮装）は共同不法行為に該当し、会社に対して連帯して損害賠償責任を負う（前掲大法院1989年判決）。刑事上は仮装払込みの罪（628条1項）・公正証書原本不実記載罪（刑228条）に該当しうる（大法院2004年6月17日宣告2003도7645判決）。

3. 創立総会

創立総会は、出資の履行をした株式引受人（権利株主）によって構成される会議体である。設立中の会社の最高意思決定機関であり、会社成立後の株主総会の前身である。それゆえ創立総会の招集手続・議決権・決議の瑕疵・議事進

行方法等については、株主総会に関する規定を準用する（308条2項）。

会社の設立に際して発行する株式の総数について出資の払込み及び現物出資の給付が完了した後、発起人は遅滞なく創立総会を招集しなければならない（308条1項）。創立総会では、出席した株式引受人の議決権の3分の2以上であり、かつ引き受けられた株式の総数の過半数の賛成によって決議が成立する（309条）。その他の議決権行使に関する事項については、株主総会に関する規定を準用する（308条2項）。

創立総会の権限は、会社の設立に関するあらゆる事項に及ぶ。商法が創立総会の権限としているのは、①会社の設立に関する事項を発起人から書面で報告を受けること（311条1項）、②取締役・監査役の選任（312条）、③会社の設立に関するあらゆる事項が法令・定款に違反していないかについて取締役・監査役が調査した結果について報告を受けること（313条）、④変態設立事項の変更（314条）、⑤定款変更（316条）、⑥設立の廃止（316条）である。

六 設立の登記及び効果

会社の設立手続の最終段階は設立の登記である。設立の登記は、代表取締役が添付書類を添えて申請する（22条・23条1項）。会社の設立に関する諸要件を充たしていれば登記がなされる。登記官は添付書類等提出された書類によって形式的に審査するのみである。

設立の登記によって会社が成立する（172条）。これにより設立中の会社に法人格が付与され、いわば完全な会社になる。設立中の会社が取得又は負担した権利義務が当然に会社に承継される。

設立の登記には次のような効果もある。権利株主は株主になる。株式の引受けの無効・取消しの主張が制限される（320条1項）。権利株の譲渡制限（319条）がなくなる。発起人等の資本金充実責任が生じる（321条・327条）。会社は株券発行が可能になる（355条2項）。

第3節 設立に関する責任

一 設立関与者の責任

株式会社の設立手続が複雑であるため過誤が生じたり、株式会社が不正目的で設立されたりする場合がある。株式引受人又は会社債権者等利害関係人の保護が必要になる。そのため発起人・取締役・監査役等設立関与者に対して、①厳格な民事責任、②刑事責任（特別背任罪（622条）・会社財産を危うくする罪（625条）・虚偽文書行使罪【부실문서행사죄】（627条）・仮装払込みの罪（628条）、贈収賄罪【독직죄】（630条））、③行政上の過料といった制裁が設けられている。ここでは民事責任を中心に解説する。

1. 発起人の責任

(1) 会社が成立した場合

(i) 会社に対する責任

発起人の会社に対する責任は、資本金充実責任及び損害賠償責任の二つである。資本金充実責任は、履行された出資の総額が登記された資本金の額（317条2項2号）に充たないとき【결핍】、発起人に填補責任を負わせることにより株式引受人等利害関係人の信頼を保護し、企業維持を図ろうとするものである。引受担保責任及び払込担保責任がある。

引受担保責任は、会社の設立に際して発行する株式のうち会社の設立後にまだ引き受けられていない株式があったり、株式の引受けの申込みが取り消されたりしたときに、発起人がこれを共同して引き受けたとみなすことである（321条1項）。引受担保責任にしたがって出資の履行をすると、発起人が株主になる。

支払担保責任は、引き受けられた株式について引受人が引受価額の全額を会社の成立後にまだ払い込んでいない株式があるときに、発起人が不足額を連帯して払い込む義務を負うことである（同条2項）。発起人が払込みをしても、株主になるのではない。ただし発起人は会社を代位して株式引受人に対して弁済を請求できる（民481条）。その際会社から株券の交付を受けて留置権を行使できる（民484条1項）。

発起人の引受担保責任・支払担保責任は特別の法定責任であり、無過失責任である。損害賠償責任とは異なり免除できない。この二つの責任は損害賠償責任に影響を与えない（321条3項・315条）。それゆえ発起人が会社の設立に関して任務を懈怠したときは、会社に対して連帯して損害を賠償する責任を負う（322条1項）。損害賠償責任は無過失責任であり、総株主の同意があれば免除できる（324条・400条）。

(ii) 第三者に対する責任

発起人が悪意又は重過失によって任務を懈怠して第三者に損害が生じたときは、その第三者に対して発起人は連帯して損害賠償責任を負う（322条2項）。第三者と直接の法律関係がない発起人が第三者に損害賠償責任を負うことを法が特に定めた。発起人が第三者に責任を負う場合とは例えば、①株式申込証の用紙に虚偽の記載をしたとき、②発起人が第三者と財産引受契約を締結したが、これを定款に記載しなかったため、その契約が無効になった場合である。

発起人の第三者に対する責任においては、第三者の範囲に関して争いがある。多数説は、株式引受人・株主を含むとする（이철승 262면）。これに対して会社が損害の賠償を受けると、株式引受人・株主は間接的に賠償を受けたことになるので第三者には株式引受人・株主は含まないとする少数説がある（최준선 570면）。判例は少数説の立場に立つ（大法院2012年12月13日宣告2010다77743判決）。

(iii) 責任の追及

発起人の資本金充実責任・損害賠償責任を会社が追及しないときは、発行済株式総数の100分の1以上の数の株式を有する少数株主は発起人の責任を追及する訴えを提起することを会社に請求できる。このような請求を受けたにもかかわらず、請求を受けた日から30日以内に会社が訴えを提起しないときは、同請求をした株主は代表訴訟を提起できる（324条・403条－406条）。

(2) 会社不成立の場合

会社が成立しなかったときは、設立に関する行為について発起人は連帯して責任を負う（326条1項）。会社の設立に関して要した費用は発起人が負担する（同条2項）。

2. 疑似発起人の責任

株式申込証の用紙その他の株式募集に関する書面に氏名及び会社の設立を賛助する旨を記載することを承諾した者を疑似発起人という。疑似発起人については会社の設立に関与した外観が形成されており、このような外観を信頼した者を保護するために発起人と同一の責任を負う（327条）。しかし疑似発起人には会社の設立に関する職務権限がないため、任務懈怠による損害賠償責任は負わない（322条対照）。会社不成立の場合には、株式引受人に対して原状回復義務を負うとともに、会社の設立に要した費用を負担する義務を負う（326条）。

3. その他の設立関与者の責任

取締役・監査役が設立経過を調査・報告する際に（313条1項）、任務を懈怠して会社・第三者に損害を与えた場合には、連帯して損害を賠償する責任を負う。この場合において発起人も責任を負うときは、取締役・監査役と連帯して損害賠償責任を負う（323条）。

検査役が変態設立事項を調査・報告する際に、悪意又は重過失によって任務を懈怠した場合には、会社・第三者に対して損害を賠償する責任を負う（325条）。

公証人・鑑定人の責任について明文の規定はないが、発起人の責任について定める商法323条の規定を類推適用して損害賠償責任を認めるのが通説である（장덕조106면）。

二 設立の無効の訴え

1. 意義

株式会社の設立手続・内容に瑕疵があるにもかかわらず、設立の登記がなされて会社が成立した場合には、設立をそのまま認めるわけにはいかない。素直に考えると設立は無効といわざるをえない。しかし無効に関する民法の一般原則により、いつでも、誰でも、どのような方法でも無効の主張を認めると、営業を開始している会社をめぐる法律関係の收拾がつかなくなる。そこで設立の無効の訴えという制度を商法は設け、設立の効力を否定する主張はこの訴えのみによってできることにしている。社員の個性が重視される人的会社におけるのとは異なり、設立の取消しの訴えは認められていない（→第2編第1章「二」3・第3章「二」4・第4章「二」7）。

2. 無効の原因

設立の無効の原因は明定されておらず、解釈によるしかない。発起人・株式引受人の主観的瑕疵は無効原因とは解されていない（장덕조 100면）。人的会社におけるのとは異なり、株式会社では構成員の個性が重視されないからである。無効原因になりうるのは客観的瑕疵のみである（客観的無効原因）。例えば①会社の設立目的が強行法規に反するとき、②定款の絶対的記載事項の記載を欠くとき、③設立の登記が無効であるとき、④発起人の記名押印又は署名が定款にない又は無効であるとき、⑤公証人の認証が定款にない又は無効であるとき、⑥創立総会が適法に開催されていないときである。

3. 無効の訴え

設立の無効は、設立の無効の訴えをもってのみ主張できる。訴えは、会社の成立の日から2年以内に限って提起できる。訴えを提起できるのは株主・取締役・監査役のみである（328条1項）。被告は会社である。訴えが提起されたときは会社は、遅滞なくその旨を公告しなければならない（328条2項・187条）。設立の無効の訴えが数個同時に係属するときは、裁判所は併合審理をしなければ

ばならない(328条2項・188条)。設立の無効について画一的に確定するためである。

4. 判決の効力

(1) 原告が勝訴した場合

原告が勝訴して設立を無効とする判決が確定したときは、判決の効力は当事者のみならず第三者に対しても及ぶ(328条2項・190条本文。対世的効力(対世効))。その結果当事者以外の第三者も、つまり何人も設立の無効についてもはや争えなくなる。これにより会社を取り巻く多くの利害関係人との法律関係を画一的に確定できる。

設立を無効とする判決が確定したときであっても、設立は将来に向かってその効力を失うに過ぎない(328条2項・190条ただし書。不遡及効)。会社の成立後同判決が確定するまでの間に存在する会社を講学上「事実上の会社」という。事実上の会社と第三者との間で締結された契約上の責任、事実上の会社が負う不法行為責任、株主の事実上の会社に対する権利、発起人の事実上の会社・第三者に対する責任(321条・322条)等はすべて、会社が有効に成立した場合と同じである。

設立を無効とする判決が確定したときは、事実上の会社の本店・支店の所在地においてその旨を登記しなければならない(328条2項・192条)

事実上の会社は、有効に成立した会社が解散する場合に準じて清算する(328条2項・193条)。

(2) 原告が敗訴した場合

設立の無効の訴えを提起した原告が敗訴したときは、その効力は当事者間(原告と会社の間)のみに及ぶ。それゆえ提訴期間内であれば他の提訴権者は再び設立の無効の訴えを提起できる。

原告に悪意又は重過失があるときは、会社に対して連帯して損害を賠償する責任を負う(328条2項・191条)。無謀な訴えを提起して会社を混乱させた責

任を問うとともに、濫訴を防止する趣旨である。

<凡例>

「韓国会社法（一）」本誌73巻2 = 3号92頁（2022年）に記載した凡例に追加する事項。

1. 法令名略語

(1) 韓国

刑 刑法

* 本稿にかかる連絡先 多木誠一郎 (taki@res.otaru-uc.ac.jp)

* 本研究の一部は、JSPS科研費JP19K06281・JP21K01212の助成を受けたものである。