형사정책연구 Korean Criminological Review
제32권 제1호(통권 제125호, 2021・봄)

범죄목적 회사설립의 '공전자기록 등 불실기재죄' 성립에 대한 고찰

– 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019도9293 판결 –

서원익*

국 | 문 | 요 | 약

대법원은 범죄에 이용할 목적으로 회사를 설립하였다고 하더라도 회사설립등기와 그 기재내용은 특별한 사정이 없는 한 '공전자기록 등 불실기재죄'에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다고 판시하였다. 판례는 그 논거로서 ① 상법은 회사의 설립에 관해 이른바 준칙주의를 택하고 있어 이에 따라 일정한 요건과 절차를 거쳐 회사설립등기를 마친 경우, 발기인의 주관적 의도나 목적과는 무관하게 회사의 설립을 인정하고, ② 등기관 또한 위와 같은 형식적 요건의 준수 여부만을 심사할 뿐 회사설립의 의도나 목적 등 주관적 사정을 심사할 수 없으며, ③ 회사설립등기는 발기인 등의 주관적 의도나 목적을 공시하는 것도 아닌 점 등을 제시하였다. 상법에서 주식회사 설립의 무효는 객관적인 하자의 경우에 한정하여 설립 후 2년 내에 소송으로써만 주장할 수 있도록 하는 점에서 위 대법원의 판결은 타당하다고 판단된다.

다만, 가장납입의 경우 그 자본납입이 사법상 효력이 없는 것이므로, 회사 설립이나 증자등기와 관련하여 '허위신고' 내지 '불실기재'로 보아야 하고, 더 나아가 자본의 부실 및 허위내용의 공시로 인해 주주나 회사의 채권자 등 이해관계인의 손해를 방지할 필요가 있으므로, '공전자기록 등 불실기재죄'의 성립을 인정하는 것이 타당할 것이다.

DOI : https://doi.org/10.36889/KCR.2021.3.31.1.1.

❖ 주제어 : 공전자기록(공정증서원본) / 불실기재 / 공시 / 회사 위장설립 / 자본금의 가장납입

* 서울남부지검 검사.

Ⅰ. 대상 판결의 소개

1. 대포통장 유통목적을 위한 주식회사 설립에 대한 판례[1)]

가. 사안 개요

피고인 등이 공모하여, 甲 주식회사를 설립한 후 회사 명의로 통장을 개설하여 이른바 대포통장을 유통시킬 목적이었을 뿐 자본금을 실질적으로 납입하거나 회사를 설립한 사실이 없는데도 상호, 본점, 1주의 금액, 발행주식의 총수, 자본금의 액, 목적, 임원 등이 기재된 허위의 회사설립등기 신청서를 법원 등기관에게 제출하여 등기관으로 하여금 상업등기 전산정보처리시스템의 법인등기부에 위 신청서의 기재 내용을 입력하고 이를 비치하게 하여 행사하였다고 하여 '공전자기록 등 불실기재죄'와 '불실기재 공전자기록 등 행사죄'로 기소된 사안이다.

나. 판결 요지

① 형법 제228조 제1항에서 정한 '공정증서원본 불실기재죄'나 '공전자기록 등 불실기재죄'는 특별한 신빙성이 인정되는 공문서에 대한 공공의 신용을 보장하는 것을 보호법익으로 하는 범죄로서, 공무원에게 진실에 반하는 허위신고를 하여 '공정증서원본' 또는 이와 동일한 '전자기록 등 특수매체기록'에 그 증명하는 사항에 관해 실체관계에 부합하지 않는 불실의 사실을 기재하거나 기록하게 한 때 성립한다. 불실의 사실이란 권리의무관계에 중요한 의미를 갖는 사항이 진실에 반하는 것을 말한다.

② 주식회사의 발기인 등이 상법 등 법령에 정한 회사설립의 요건과 절차에 따라 회사설립등기를 함으로써 회사가 성립하였다고 볼 수 있는 경우 회사설립등기와 그 기재 내

1) 유한회사 설립에 대해서도 같은 취지로, "실제 유한회사를 설립하려는 의사를 가지고 상법이 정하는 유한회사 설립에 필요한 정관 작성, 출자 이행, 임원 선임 등의 절차를 이행함으로써 甲 회사는 상법상 유한회사로 성립하였고, 회사설립행위에 일부 하자가 있었다거나 피고인이 회사설립 당시 정관에 기재된 목적 수행에 필요한 영업의 실질을 갖추거나 영업에 필요한 인적·물적 조직을 갖추지 않았다는 등의 사정만으로는 회사의 성립 자체를 부정하고 회사가 부존재한다고 볼 수 없으므로, 甲 회사 설립등기는 '공전자기록 등 불실기재죄'에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다"고 판시하였다(대법원 2020. 2. 27. 선고 2019도9293 판결).

용은 특별한 사정이 없는 한 '공정증서원본 불실기재죄'나 '공전자기록 등 불실기재죄'에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다. 발기인 등이 회사를 설립할 당시 회사를 실제로 운영할 의사 없이 회사를 이용한 범죄 의도나 목적이 있었다거나, 회사로서의 인적·물적 조직 등 영업의 실질을 갖추지 않았다는 이유만으로는 불실의 사실을 법인등기부에 기록하게 한 것으로 볼 수 없다.

③ 피고인 등이 甲 회사를 정관에 정한 목적대로 운영할 의사는 없었더라도 설립된 회사 명의로 금융기관 계좌를 개설하기 위해 상법상 회사를 설립할 의사는 있었던 점, 甲 회사의 설립에 필요한 정관을 작성하고, 주식 발행·인수 절차와 관련해 주금 납입 사실을 증명하기 위하여 금융기관으로부터 잔고증명서를 발급받아 설립등기신청의 첨부정보로 제출하였으며, 회사 임원으로 등재될 사람들로부터 취임승낙을 증명하는 정보를 받아 첨부정보로 제출한 점, 이와 같은 요건과 절차가 단지 설립된 회사의 법인격을 범죄 등에 이용하기 위한 방편으로 이행된 측면이 있더라도, 상법상 회사설립절차를 이루는 회사 정관의 작성 자체가 없었다거나 주금 납입 사실 자체가 부존재한다거나 납입의 효력이 없다고 볼 수 없는 점, 회사설립등기에 임원으로 등재된 사람에게 임원 등재 의사가 인정되는 이상 실제로 직무를 행사할 의사까지는 없었다고 해서 그 사람이 회사의 임원이 아니라거나 회사에 임원이 부존재한다고 볼 수도 없는 점을 종합하면, 피고인 등이 실제 회사를 설립하려는 의사를 가지고 상법이 정하는 회사설립에 필요한 정관 작성, 주식 발행·인수, 임원 선임 등의 절차를 이행함으로써 甲 회사는 상법상 주식회사로 성립하였고, 甲 회사의 설립행위에 일부 하자가 있었다거나 피고인 등이 甲 회사 설립 당시 정관에 기재된 목적 수행에 필요한 영업의 실질을 갖추거나 영업에 필요한 인적·물적 조직을 갖추지 않았다는 등의 사정만으로는 甲 회사의 성립 자체를 부정하고 甲 회사가 부존재한다고 인정할 수 없으므로, 甲 회사에 대한 회사설립등기는 '공전자기록 등 불실기재죄'에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다.[2)]

2. 문제 제기

대상판결은 범죄에 이용할 목적으로 설립등기를 한 주식회사가 회사로서의 실체가 없

2) 이상, 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019도9293 판결.

다거나 부존재한다고 볼 수 있는지 및 이에 따라 회사를 법인등기부에 등재한 것이 불실의 사실을 기록하고 행사한 것으로서 공전자기록 등 불실기재죄와 그 행사죄가 성립하는지 여부가 쟁점이었다. '공정증서원본 불실기재죄'나 '공전자기록 등 불실기재죄'의 '허위신고' 내지 '불실의 사실을 기재하거나 기록'(형법 제228조 제1항)의 판단기준에 대해 여러 견해가 나뉘어져 있고, 그 동안 우리 법원은 부동산등기나 가족관계의 신고, 회사 내부의 의사결정과정에서의 하자로 인한 상업등기의 공시 등 비교적 다양한 사안에서 위 죄의 성립 여부를 판단해 왔다.

아래에서는 '공전자기록 등 불실기재'에 있어서 '허위신고' 내지 '불실기재'의 개념에 대한 해석론과 판례들을 분석한 다음, '범죄수행의 도구로서 회사설립'이라는 주관적 의도나 목적으로, 허위서류 등을 작출 하여 회사를 설립한 경우 '공전자기록 등 불실기재죄'의 성립여부에 관한 대상판결의 타당성을 검토하기로 한다.

한편, 대법원은 그 동안 견금 형태의 주금 가장납입의 사법상 효력에 관하여 유효설을 취하면서도, 이에 따른 자본 변경에 관한 등기를 부실기재라고 판단하였는데,[3] 최근의 하급심은 "위 대법원 2019도9293 판결에 의할 때 견금 형태의 주금 가장납입에 따른 자본 변경에 관한 등기도 더는 부실기재라고 판단하면 안 된다."고 해석하여 주금의 가장납입에 대해 공전자기록 등 불실기재죄 및 동행사죄에 대해 무죄를 선고하였다.[4] 따라서, 가장납입으로 자본금의 실질적 증가가 없는 사안에 대해서도 위 죄의 성립 여부에 대해 논하기로 한다.

Ⅱ. '공전자기록 등 불실기재죄'의 일반적 법리 및 사안별 판례 유형 분석

1. '공전자기록 등 불실기재죄'의 일반적 법리

'공정증서원본불실기재죄'[5]의 보호법익은 특별한 신빙성이 인정되는 공문서에 대해

3) 대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 전원합의체 판결 등.

4) 서울남부지검 2020. 8. 27. 선고 2019고단6541, 2020고단1885(병합) 판결.

공공의 신용을 보장하는 것으로서, 작성권한 없는 사람이 정을 모르는 작성 권한 있는 공무원에게 허위신고를 하여 허위공문서를 작성하게 한다는 점에서 간접정범의 구조를 가지고 있다.[6)]

허위사실의 신고는 일정한 사실의 존부에 관하여 진실에 반하는 신고를 하거나, 신고자격을 허위로 신고하는 것을 포함한다.[7)] 불실의 기재는 권리의무에 관한 중요한 사항에 관하여 진실하지 않은 것으로서, 객관적 사실에 반하는 사실을 공정증서원본에 기재하거나 공전자기록에 기록하는 것을 의미한다.[8)]

이와 관련하여 '허위 신고'와 '불실기재'의 판단기준 및 신고사실의 효력 유무를 구성요건 충족의 한 기준으로 볼 것인지에 대해 견해가 대립한다.

① 우선, '허위신고'나 '불실기재'는 객관적 사실과의 불일치를 의미하고, 신고와 기재내용의 존부 내지 진위를 기준으로 판단해야 한다는 견해가 있고, 이에 따르면 통정허위표시에 의한 신고, 사실이 존재하지 않으나 결과적으로 실체관계에 부합하는 신고는 허위신고에 해당하고, 절차나 내용상으로 하자가 있는 경우에도 신고사실 자체는 존재하므로 허위신고에 해당하지 않는다고 보는 입장인바, 이를 사실설(사실기준설)이라 칭하기도 한다.[9)] ② '허위신고' 내지 '불실기재'는 신고사실의 진위뿐만 아니라 법적 효력을 고려하는 효력설(규범설)은 신고사실이 존재하더라도 통정허위표시로서 당사자뿐만 아니라 제3자의 관계에서도 무효인 경우, 가장혼인신고나 가장이혼신고는 공정증서원본불

5) 2004년 부동산등기 전산화작업이 완료된 이후에는 수작업 등기부를 작성하지 아니하고, 등기사무를 전산정보로 처리하고 있으며, 이러한 경우 등기사항이 기록된 보조기억장치를 등기부로 보고 있으므로(부동산등기법 제177조의 2 제1항), 수작업등기부가 아니라 전산등기부가 작성된 경우에는 죄명이 '공전자기록등불실기재', '불실기재공전자기록등행사'로 보고 있다. 마찬가지로, 다른 공정증서원본도 전산화 작업이 완료된 이후라면 '공정증서원본과 동일한 전자기록등 특수매체기록'에 해당되므로, '공전자기록등불실기재죄' 및 '불실기재공전자기록등행사죄'로 보아야 할 것이다. 다만, '공전자기록등불실기재죄' 등으로 추가개정되기 전의 논의나 사례가 다수 있으므로 이 글에서는 '공정증서원본등불실기재죄' 등과 혼용하고 있음을 먼저 알린다.

6) 신동운, "형법각론(제2판)", 법문사(2018. 8), 453쪽; 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006도8488 판결 등.

7) 신동운, 위 책, 459쪽.

8) 고제성, "통정허위표시와 공정증서원본부실기재죄", 형사판례연구(26), 한국형사판례연구회(2018. 6), 302쪽.

9) 이강민, "신고사실의 효력과 공정증서원본불실기재죄", 사법(통권 제50호), 사법발전재단(2019. 1), 318쪽.

실기재에 해당된다고 보는데, 이러한 견해에 의할 경우 신고사실이 부존재하더라도 신고내용이 유효인 경우 구성요건을 충족하지 못하므로, 신고사실의 존재가 아닌 그 법적 효력을 중시하게 된다.[10] ③ '허위신고' 내지 '불실기재' 여부에 대해 신고 내지 기재 내용의 실체가 객관적 실재와 일치하느냐의 여부를 가지고 판단하여야 한다는 실질설은, 신고내용이 실체와 합치하면 본죄에 해당하지 않게 되고, 하자 있는 법률행위에서 그 효력이 무효라면 실체관계와 부합하지 않으므로 '불실'기재가 된다고 본다. 공정증서원본불실기재죄에서의 불실이라 함은 기재의 내용이 실체적 법률관계와 일치하지 아니하는 것을 의미하므로, 등기절차 과정이나 방법에 있어서 잘못이 있더라도 등기가 실체관계에 부합하는 경우에는 '불실'이 아니라고 보는 입장이 실질설을 취한 것이라 사료된다.[11]

2. '공전자기록 등 불실기재죄'의 사안별 판례 유형 분석

가. 부동산 처분행위에 관련된 하자의 정도

1) 기망에 의해 체결된 증여계약에 따라 이전등기한 사안(취소사유)

대법원은 "공정증서원본불실기재죄는 공무원에 대하여 허위신고를 함으로써 공정증서원본에 불실의 사실을 기재하게 하는 경우에 성립하는바, 공정증서원본에 기재된 사항이 부존재하거나 외관상 존재한다고 하더라도 무효에 해당되는 하자가 있다면 그 기재는 불실기재에 해당하는 것이나, 기재된 사항이나 그 원인된 법률행위가 객관적으로 존재하고 다만 거기에 취소사유인 하자가 있을 뿐인 경우 취소되기 전에 공정증서원본에 기재된 이상 그 기재는 공정증서원본의 불실기재에 해당하지는 않는다"고 판시하였다.[12]

10) 김일연, "통정허위표시에 의한 어음발행 및 공증행위와 공정증거원본불실기재죄의 성립", 대법원 판례해설(통권 제92호), 법원도서관(2012), 736쪽 이하; 박기동, "가장혼인신고가 공정증서원본부실기재죄에 해당하는지 여부", 인권과 정의(제248호), 대한변호사협회(1997), 109쪽.

11) 박동률, "공정증서원본불실기재죄에서의 불실", 비교형사법연구(제8권 제1호), 한국비교형사법학회(2006. 7), 240쪽.

12) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도4012 판결 ; 피고인의 시조부인 A가 그 소유인 토지를 동생인 B에게 증여하고, B는 이를 C에게 매도하였으나 아직 그 소유권이전등기가 경료되지 아니한 상태에서 A가 사망하였는데, 피고인은 2003. 2. 28.경 A의 공동상속인들 중 위 증여 및 매도사실을 모르는 D, E, F, G, H, I, J를 기망하여 그들의 각 상속지분을 피고인에게 증여한다는 증여계약서 및 그에 기한 토지소유권이전등기신청서를 작성하게 하여 판시 등기소 등기공무원에게 제출함으

2) 종중총회 결의 없는 종중재산의 처분(무효사유)

대법원은 "종중 소유의 재산은 종중원의 총유에 속하는 것이므로 그 관리 및 처분에 관하여 먼저 종중규약에 정하는 바가 있으면 이에 따라야 하고 그 점에 관한 종중규약이 없으면 종중총회의 결의에 의하여야 하므로, 비록 종중의 대표자에 의한 종중재산의 처분이라고 하더라도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 한 행위는 무효"라고 전제한 다음, 종중의 대표자가 종중총회의 결의 없이 종중재산인 부동산에 근저당권설정등기를 마친 행위가 공정증서원본불실기재죄에 해당한다고 한 원심의 판단을 수긍하였다.[13)]

3) 토지거래허가 잠탈 사안(무효사유)

대법원은 '국토의 계획 및 이용에 관한 법률'의 토지거래 허가구역 내의 토지 거래계약은 관할 관청의 허가를 받아야 효력이 발생하고 허가가 있기 전에는 원칙적으로 무효라는 전제하에, "처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약을 체결한 경우에는 확정적으로 무효라고 할 것이다[14)]...(중간 생략)...실제로는 매매계약을 체결하고도 최초부터 토지거래허가를 잠탈하려는 의도로 등기원인을 실제와 달리 '증여'로 한 유○○ 명의의 소유권이전등기를 경료하였다는 것인바, 위 토지거래계약은 확정적으로 무효이고, 이를 원인으로 한 소유권이전등기는 실체관계에 부합하지 않으며, 이러한 소유권이전등기는 등기부에 대한 공공의 신용을 해칠 위험성이 큰 점을 감안하면, 비록 피고인과 유○○ 사이에 이 사건 토지에 관하여 실제의 원인과 달리 '증여'를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료시킬 의사의 합치가 있더라도, 위 등기를 한 것은 허위신고를 하여 공정증서원본에 불실의 사실을 기재하게 한 때에 해당한다고 할 것이고, 피고인과 유○○ 사이에 위와 같은 의사의 합치가 있었다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 공정증서원본불실기재에 관한 법리를 오해한 위법이 있다."고 판시하였다.[15)]

로써 이 사건 토지의 등기부에 위 상속권자들의 지분 286분의 182를 피고인 앞으로 소유권이전등기가 경료되게 하여 공정증서원본에 불실의 사실을 기재하고, 그 등기부를 위 등기소에 비치하게 하여 이를 행사한 사안.

13) 대법원 2005. 8. 25. 선고 2005도4910 판결.

14) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12243 전원합의체 판결.

15) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2005도9922 판결.

다만, 대법원은 “허위의 보증서를 발급받아 부동산소유권이전등기부에관한특별조치법에 의거 소유권이전등기를 거쳤더라도 그것이 권리의 실체관계에 부합하는 등기라면 공정증서에 부실의 사실을 기재하였다고는 할 수 없다”고 판시하여, 실체관계에 부합하는 경우 불실기재의 죄책을 묻지 않는다.[16]

등기된 사실의 실체관계 부합 여부에 따라 공전자 등 불실기재 등의 죄책성립 여부를 판단하는 판례의 경향에 대해서는 아래에서 언급하기로 한다.

4) 물권적 합의 존재 유무와 관련된 사안

대법원은 “피고인(매수인)과 매도인과의 사이에 매매계약이 이루어졌고, 계약금과 대부분의 중도금이 지급되었는바, 매도인이 법무사에게 이전등기에 필요한 서류 일체 등을 맡기고 추후 잔금지급이 되면 그 등기신청을 하도록 위임하였는데, 피고인이 법무사를 기망하여 그가 잔금이 모두 지급된 것으로 잘못 알고 등기신청을 하여 그 소유권이전등기를 경료한 것이라면 위 법무사의 등기신청 행위에 하자가 있다고 할 수 있으나(그렇다고 위 신청이 무효라고 할 수는 없다), 위 소유권이전등기의 원인 되는 법률관계인 매매 내지 물권적 합의가 객관적으로 부존해하는 것이라고는 할 수 없으니, 피고인이 위 법무사를 통하여 등기공무원에게 허위의 사실을 신고하여 등기부에 불실의 사실을 기재하게 한 것이라고 할 수 없다”고 판시하였다.[17] 즉, 법률관계의 취소 사유에 해당하는 하자만으로는 공전자기록 등 불실기재가 성립하지 않는다고 본 것이다. 위와 같은 물권적 합의에 따른 가장매매행위에 따른 등기도 마찬가지로 보고 있는데, 대법원은 “등기의무자와 등기권리자 사이의 등기신청에 관한 합의에 따라 등기가 경료된 이상, 그러한 등기가 원인없이 경료된 무효의 등기로서 그러한 등기를 경료한 피고인이 이를 알고 있었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 피고인이 등기부에 불실의 사실을 기재하게 하였다고 볼 것은 아니다”라고 가장매매에 기한 소유권이전등기에도 권리변경에 대한 합의가 있으면 공정증서원본 등 불실기재죄가 성립하지 않는다고 본다.[18]

더 나아가, 가장근저당권 설정행위에 따른 등기에 대해서도, 피고인이 A로부터 1억

16) 대법원 1984. 12. 11. 84도2285 판결.
17) 대법원 1996. 6. 11. 96도233 판결.
18) 대법원 1991. 9. 24. 선고 91도1164 판결.

원을 차용한 적이 없음에도 피고인 소유의 아파트에 A앞으로 근저당권설정등기를 설정해 준 사안에서는 "등기의무자와 등기권리자 간의 등기신청합의에 따라 등기가 경료된 이상, 그러한 등기가 원인 없이 경료된 무효의 등기로서 이를 피고인이 알았다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 등기부에 불실의 사실을 기재하였다고 볼 것은 아니다."라고 판시하여 공정증서원본등불실기재죄 등의 성립을 부정한다.[19)]

또한, 근저당설정등기는 등기권리자인 채권자와 등기의무자인 근저당권설정자와의 합의를 기초로 이루어지는 것이므로 설사 등기의 편의상 진정한 채무자가 아닌 제3자를 채무자로 등기부상 등재케 하였다 하더라도 그것이 계약당사자간의 합의에 의하여 이루어진 것이라면 당사자 사이에 이와 같은 등기를 경료하게 할 의사가 있었던 것이므로 이 경우 "공정증서원본불실기재죄는 성립되지 않는다"고 판시하여 근저당 채무자를 편의상 제3자로 한 경우에도 죄의 성립을 부정하였다.[20)]

반면, 대법원은 실질적으로 계약금만 지급한 상태에서 매수인이 "소유권이전등기를 먼저 경료하고 위 부동산에 저당권을 설정한 다음, 대출을 받아 잔금을 지급하도록 매도인이 허락하였다"고 거짓말하여, 법무사 사무장을 기망하여 그로부터 부동산이전에 관한 서류를 제출하여 등기를 하게 한 사안에서는 "피고인인 매수인에게 먼저 이전하겠다는 물권적 합의를 하였다거나 매수인 명의의 소유권이전등기를 신청할 대리권을 법무사에게 수여하였다고 볼 수 없고, 매수인이 매도인과 소유권이전에 관한 물권적 합의가 없는 상태에서, 소유권이전등기신청에 관한 대리권이 없이 단지 소유권이전등기에 필요한 서류를 보관하고 있을 뿐인 법무사를 기망하여 매수인 명의의 소유권이전등기를 신청하게 한 행위는 단지 소유권이전등기신청절차에 하자가 있는 것에 불과한 것이 아니라 허위의 사실을 신고한 것이라고 보아야 하고 매수인명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기로서 불실기재"라고 판시하였다.[21)]

5) 근저당권설정과 관련된 사안

대법원은 근저당물의 소유자가 아니면 근저당권을 설정할 수 없으므로, 소유권자 아

19) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도10381 판결.
20) 대법원 1985. 10. 8. 84도2461 판결.
21) 대법원 2006. 3. 10. 2005도9402 판결.

닌 자의 근저당권설정행위는 무효라는 전제하에, “타인의 부동산을 자기 또는 제3자의 소유라고 허위의 사실을 신고하여 소유권이전등기를 경료한 후 그 부동산에 관하여 채권자와의 사이에 근저당권설정등기를 경료한 경우에는 공정증서원본불실기재 및 동행사죄가 성립한다”고 판시하였다.[22)]

또한, 대법원은 아무런 채권·채무관계가 없음에도 피고인 1의 채권자들에 의한 강제집행을 피하기 위하여 피고인 1 소유의 오피스텔에 관하여 피고인 3 앞으로 허위의 근저당권을 설정하기로 약정하고, 위 오피스텔에 관하여 채권최고액 5,000만 원, 채무자 피고인 1, 근저당권자 피고인 3으로 하는 근저당권설정등기가 마쳐진 사안에서도 “피고인 1, 피고인 3은 실제로는 채권·채무가 부본재함에도 허위 채무를 가장하고 이를 담보한다는 명목으로 허위의 근저당권설정등기를 마친 것으로서, 이러한 행위는 등기공무원에게 허위신고를 하여 등기부에 불실의 사실을 기재하게 한 것에 해당하므로 공정증서원본 등의 불실기재죄 등이 성립한다”고 판시하였다.[23)]

같은 취지의 판결로는 채권자의 집행을 면탈하기 위해 공증인에게 허위의 금전채권에 대하여 공정증서원본을 작성·비치하게 한 경우, 공정증서원본불실기재죄 및 불실기재공정증서원본행사죄가 성립한다고 본 사례가 있다.[24)]

나. 실질적 권리관계 부합 여부 관련

1) 부동산 권리관계의 등기된 사실의 실체관계 부합 여부

가) 점유 취득시효 완성 내지 명의신탁 해지 사안

대법원은 “피고인이 그가 점유하고 있는 토지에 대하여 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기소송을 제기하여서 의제자백에 의한 승소판결을 받아 경료된 피고인 명의의 소유권이전등기가 비록 절차상의 하자가 있다 하더라도 점유에 의한 소유권취득시효가 완성함으로써 결과적으로 이러한 소유권이전등기가 실체적 권리관계에 부합하는 유효한 등기라고 한다면 위 소송에 있어서 피고인에게 토지를 편취하려는 고의가 있었다고 볼

22) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97도605 판결.
23) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2014도2415 판결.
24) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008도7836, 2012. 4. 26. 선고 2009도5786 판결 등.

수 없고 또한 위와 같이 경료된 등기 역시 불실의 등기라고도 할 수 없다"고 판시하여 등기원인이 다르더라도 현재의 실체적 권리관계에 부합하는 등기라면 불실의 등기로 보지 않는다.[25)]

또한, 대법원은 명의신탁해지 원인이면서도 매매를 원인으로 한 이전등기를 경료한 경우, "망자들의 합의가 없이 경료된 소유권이전등기라 할지라도 그것이 (민사적)실체법상의 권리관계에 부합되어 유효인 등기라 할 수 있는 경우에는 형사적으로도 위 등기가 사실관계와 다른 불실의 등기라고는 볼 수 없다"고 판시하였다.[26)]

나) 법정상속분과 다른 내용의 유언이 무효인 사안

대법원은 법정상속분과 다른 내용의 공정증서에 기한 유언이 있었으나, 그 유언이 절차적 요건 등을 갖추지 못해 무효인 사안에서 "공동상속인 중의 1인이 다른 공동상속인들과의 합의 없이 법정상속분에 따른 공동상속등기를 마쳤다고 하더라도 그것이 실체적 권리관계에 부합되는 것이라면 이를 불실의 등기라고는 할 수 없다"고 판시하였다.[27)]

다) 중간생략등기 사안

기존의 판례는 3자간 합의가 없는 중간생략등기라도 실체적 권리관계에 부합하는 등기라고 판단하므로,[28)] 대법원은 이러한 중간생략등기에 대해서도 실체적 권리관계에 부합하는 등기로서, 공정증서원본등불실기재죄 등이 성립하지 않는다는 입장이다.[29)]

2) 혼인 또는 이혼신고에 있어 합의의사에 따른 등록

대법원은 "피고인들이 중국 국적의 조선족 여자들과 참다운 부부관계를 설정할 의사 없이 단지 그들의 국내 취업을 위한 입국을 가능하게 할 목적으로 형식상 혼인하기로 한 것이라면, 피고인들과 조선족 여자들 사이에는 혼인의 계출에 관하여는 의사의 합치

25) 대법원 1987. 3. 10. 선고 86도864 판결.
26) 대법원 1980. 12. 9. 선고 80도1323 판결.
27) 대법원 1995. 11. 7. 선고 95도898 판결.
28) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2003다40651 판결.
29) 대법원 1967. 11. 28. 선고 66도1682 판결.

가 있었으나 참다운 부부관계의 설정을 바라는 효과의사는 없었다고 인정되므로 피고인들의 혼인은 우리나라의 법에 의하여 혼인으로서의 실질적 성립요건을 갖추지 못하여 그 효력이 없고, 따라서 피고인들이 중국에서 중국의 방식에 따라 혼인식을 거행하였다고 하더라도 우리나라의 법에 비추어 그 효력이 없는 혼인의 신고를 한 이상 피고인들의 행위는 공정증서원본불실기재 및 동행사죄가 성립한다"고 일관되게 판시한다.[30]

한편, 대법원은 "원심이 피고인 등이 이혼할 의사없이 통모하여 형식상으로만 협의이혼한 것이라는 취지의 사실을 인정한 것이 아니고 피고인들이 해외로 이주할 목적으로 이혼하기로 하였다 하더라도 피고인들은 일시적이나마 법률상 부부관계를 해소하고자 하는 의사의 합치가 있다고 보아 해외 이주 목적으로 일시적으로 이혼한 경우에는 이혼신고 유효하여 공정증서원본 등 불실기재죄가 성립하지 않는다"고 판시하였다.[31] 또한, 피고인이 공소외인와 협의 없이 일방적으로 이혼신고를 하였다거나 또는 실제로는 "이혼할 의사가 없음에도 위 공소외인와 통모하여 형식적으로만 협의상 이혼을 한 것이라고 보기 어렵고, 오히려 피고인과 위 공소외인에게는 일시적으로나마 호적상 이혼신고를 하여 법률상 부부관계를 해소할 의사의 합치가 있었다고 보여지므로, 그 이혼신고를 무효라고 할 수 없다"고 하여 공정증서원본 등 불실기재죄의 성립을 부정하였다.[32]

다. 회사나 단체의 의사결정 하자

1) 대표이사 아닌 이사의 이사회 소집이나 주주총회 소집절차 등 하자(취소사유)

대법원은 "대표이사 아닌 이사가 이사회의 소집 결의에 따라서 주주총회를 소집한 것이라면 위 주주총회에 있어서 소집절차상 하자는 주주총회결의의 취소사유에 불과하고 그것만으로 바로 주주총회결의가 무효이거나 부존재가 된다고 볼 수 없다"[33]고 하고, 주주총회의 소집절차 등에 관한 하자가 주주총회결의의 취소사유에 불과하다는 사실을 전제로 "그 취소 전에 주주총회의 결의에 따른 감사변경등기를 한 것이 공정증서원본불실기재죄를 구성하지 않는다"고 판시하였다.[34][35]

30) 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도2049 판결.
31) 대법원 1976. 9. 14. 선고 76도107 판결.
32) 대법원 1997. 1. 24. 선고 95도448 판결.
33) 대법원 1993. 9. 10. 선고 93도698 판결.

2) 1인 회사의 절차 하자

1인 주주 회사에 있어서는 그 1인주주의 의사가 바로 주주총회 및 이사회의 결의로서 1인 주주는 타인을 이사 등으로 선임하였다 하더라도 언제든지 해임할 수 있다는 전제하에, 대법원은 "1인 주주인 피고인이 특정인과의 합의가 없이 주주총회의 소집 등 상법 소정의 형식적인 절차도 거치지 않고 특정인을 이사의 지위에서 해임하였다는 내용을 법인등기부에 기재하게 하였다고 하더라도 공정증서원본에 불실의 사항을 기재케 한 것이 아니다"고 판결하였다.[36]

그러나 임원의 사임서나 이에 따른 이사사임등기는 위와 같은 주주총회나 이사회의 결의 또는 1인주주의 의사와는 무관하고 오로지 당해 임원의 의사에 따라야 하는 것이라는 전제하에, 대법원은 "당해 임원의 의사에 기하지 아니한 사임서의 작성이나 이에 기한 등기부의 기재를 하였다면 이는 사문서 위조 및 공정증서원본불실기재의 죄책을 면할 수 없다"고 판시하였다.[37] 같은 취지에서 대법원은 1인 회사의 이사이던 망 고○○이 이사직에서 사임한 바 없고, 생전에 1인 주주인 피고인에게 사임의 의사를 밝힌 바도 없는 사안에서, "피고인이 고○○의 사망 후에 사망으로 인한 퇴임절차대신 사임에 의한 퇴임절차를 밟은 것이라면 이는 사문서위조 및 공정증서원본불실기재죄가 성립한다"이라고 판시하였다.[38]

3. 소결

판례는 단순히 공정증서에 기재된 내용과 원인 법률행위를 비교하여 상치되는 경우에

34) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도10248 판결.

35) 한편, 판례는 "교인들 간에 갈등이 심화되어 교회가 분열된 후, 일방의 교회가 타방의 교회를 배제한 채로 소집·개최한 당회에서 교회 재산인 부동산을 총회유지재단에 증여하기로 하는 내용의 결의를 하고 등기공무원에게 위와 같은 결의에 따른 취지의 등기신청을 하여 부동산에 관하여 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료한 사안에서, 대법원은 위 당회의 결의가 그 소집 및 결의절차가 부적법하다는 이유로 공정증서원본불실기재죄 및 동행사죄가 성립한다"고 보았는데, 이는 소집이나 결의절차가 형해화되거나 부존재하다고 볼 수 있을 정도의 사안으로 평가될 수 있다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도3772 판결).

36) 대법원 1996. 6. 11. 선고 95도2817 판결.

37) 대법원 1981. 6. 9. 선고 80도2641 판결.

38) 대법원 1992. 9. 14. 선고 92도1564 판결.

‘불실기재’로 판단하지는 않고, 그 ‘효력’까지 고려하여 죄의 성립을 판단한다. 즉, 공정증서원본에 기재된 내용이 외관상 존재하는 사실이라 하더라도, 무효나 부존재에 해당되는 하자가 있다면 그러한 기재는 불실기재에 해당할 것이나, 그것이 객관적으로 존재하는 사실이고 이에 취소 사유에 해당되는 하자만 있다면 취소되기 전의 그 결의 내용이 공정증서원본에 기재된 이상 공정증서원본불실기재죄를 구성하지는 않는다는 것이다. 물론 채권자의 강제집행을 면탈하기 위해 허위의 채무를 부담하고 근저당권을 설정하거나 어음증서를 공증 받는 경우에는 공정증서원본불실기재죄 등이 성립한다고 보고 있지만, 부동산이나 회사 관련 등기와 관련하여 절차상 하자가 있거나 등기원인이 실제 원인과 다른 경우에도 실체적 권리관계에 부합하는 등기라면 ‘불실기재’로 판단하지 않는다. 이는 가족법 영역에서도 마찬가지인데, 법원은 가장혼인을 실질의사가 결하여 ‘무효’로 보고 있으므로,[39] 허위혼인신고로 인한 등록은 불실기재에 해당한다고 보는 것이며, 이혼의 경우 ‘형식의사설’[40] 내지 ‘수정의사주의’[41]에 입각하여 가장이혼이라도 ‘유효’로 보고 있으므로, 이혼신고는 허위신고 내지 불실기재에 해당하지 않는다고 본다.[42]

생각건대, 공전자기록 등 불실기재죄 성립에 있어서, ‘허위신고’ 내지 ‘불실기재’의 판단기준을 공시된 법률관계를 신뢰한 제3자의 이해관계라는 보호법익을 고려하여 정립할 필요가 있다. 판례도 공시된 사항에 따라 형성된 제3자의 신뢰를 보호할 필요가 있는지를 중시하기 때문에, ‘법률행위 당사자 간의 외관상 합의’(사실기준), ‘사법상 효력의 유무’, ‘실체적 법률관계와 합치’(권리관계의 실질) 등 각 요소를 고려하여 구체적 사안마다 다르게 판단하는 것으로 보인다.

결론적으로, ‘허위신고’와 ‘불실기재’에 해당하는지에 대하여는 외관상 합의라는 사실, 합의되어 창출된 법률관계의 효력, 결과적 측면에서의 그러한 합의와 실체적 권리관계의 합치 여부 등을 기준으로 판단하여야 할 것이나, 그 판단과정에서는 공시된 법률관계를 신뢰한 제3자의 이해관계 보호 필요 및 그 정도를 고려하여, 어떤 기준을 우선시해야

39) 대법원 1980. 1. 29. 선고 79므62,63 판결 등.

40) 대법원 1993. 6. 11. 선고 93므171 판결.

41) 대법원 1997. 1. 24. 선고 95도448 판결.

42) 고제성, 위 논문, 314~315쪽; 협의상 이혼이 가장이혼으로서 무효가 되기 위해서는 누구나 납득할 만한 특별한 사정이 있어야 하고, 그렇지 않은 경우 이혼당사자 간에 일시적으로나마 법률상 적법한 이혼을 할 의사가 있었다고 보는 것이 이혼신고의 법률상 및 사실상의 중대성에 비추어 상당하다(위 대법원 76도107, 95도448 판결).

하는지에 대해 숙고가 필요하다.

Ⅲ. 대상판결의 평가 - 회사 설립등기와 공전자기록등불실기재죄 성립여부 -

1. 회사나 단체에서 의사결정과 공정증서원본 기재에 대한 판례의 경향

위와 같이 대법원 판례의 주류는 원본에 기재된 사항의 사법적 효력 유무를 기준으로 판단하면서도(효력설), 무효이더라도 신고의사의 합치 또는 의사가 반영된 형식적 기재 내용대로의 실체가 있는지를 고려하여 판단하기도 한다(사실설).[43] 사법적 효력 유무에 따라서만 죄의 성립을 판단하지 않는 사례로서 가장 대표적인 예는, 1인 회사의 1인 주주의 의사는 바로 주주총회나 이사회의 의사와 같은 것이어서 주주총회나 이사회의 결의나 그에 의한 임원변경등기가 불법하게 경료되었다 하더라도 그것이 1인 주주의 의사에 합치된다면 의사록을 위조하거나 불실의 등기를 한 것이라고는 볼 수 없다고 본 판결이다.[44]

또한, 판례는 위와 같이 회사나 단체의 의사결정 및 그러한 결정이 공정증서원본에 공시되는 사안의 경우, 공정증서원본에 기재된 사항이 외관상 존재하는 사실이라 하더라도 이사회나 주주총회 소집절차 등에 무효나 부존재에 해당되는 하자가 있다면 그 기재는 불실기재에 해당되나, 기재된 사실과 부합되는 객관적 실체가 있고, 그 절차 등에 취소사유에 해당되는 하자가 있을 뿐인 경우에는 공정증서원본불실기재죄가 성립하지 않는다고 본다.[45]

---

43) 대표적으로 위장이혼과 중간생략등기에서 공정증서원본불실기재죄가 성립하지 않는다고 판결한 사례.

44) 위 대법원 95도2817 판결.

45) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도3584 판결; "재건축조합 임시총회의 소집절차나 결의방법이 법령이나 정관에 위반되어 임원개임결의가 사법상 무효라고 하더라도, 실제로 재건축조합의 조합총회에서 그와 같은 내용의 임원개임결의가 이루어졌고 그 결의에 따라 임원변경등기를 마쳤다면 공정증서원본불실기재죄가 성립하지 아니한다"고 판시.

2. 회사설립의 법적 하자와 '공전자기록 등 불실기재죄' 성립 관계

가. 대상 판결의 논리

① 등기관은 발기인 등이 상법 등에 정해진 회사설립의 실체적·절차적 요건을 모두 갖추어 설립등기를 신청하면 등기관은 설립등기를 하여야 하고, 실체법상 권리관계와 일치하는지 여부나 회사설립의 실제 의도나 목적을 심사할 권한이나 방법이 없는 '형식적 심사권'만 가진다.[46]

② 발기인 등이 상법에서 정한 회사설립절차에 따라 주식회사를 설립한다는 의사를 가지고 상법, 상업등기법과 상업등기규칙 등에 정한 회사설립의 실체적·절차적 요건을 모두 갖추어 설립등기를 신청하고 등기관이 심사하여 설립등기를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 상법 제172조에 따라 설립등기의 기재사항을 구체적인 내용으로 하는 주식회사가 성립한다.

③ 상법은 회사의 설립에 관해 이른바 준칙주의를 채택하고 있어, 규정에 따른 요건과 절차를 준수하여 이에 따라 회사를 설립한 경우에 회사의 성립을 인정하고,[47] 회사설립 시에 회사로서의 인적·물적 조직 등 영업의 실질을 갖추는 것까지 요구된다고 볼 근거도 없으며, 설립등기를 한 다음에 비로소 회사로서의 실체를 형성하는 것이 불가능하다고 볼 이유가 없다.

④ 회사설립등기가 발기인 등의 주관적 의도나 목적을 공시하는 것도 아니고, 회사설립시에 정관에 기재된 목적에 따라 영업을 개시할 것도 반드시 요구되지 않으므로, 회사설립의 의도나 목적 등 주관적 사정만으로는 설립행위 자체를 없었던 것으로 본다거나 회사설립등기에 따른 회사 성립의 효력을 함부로 부정할 수 없다.[48]

---

46) 대법원 2008. 12. 15.자 2007마1154 결정 등 참조.

47) 주식회사는 상법 제170조에 정해진 회사로서, 상법 규정에 따라 설립되고 상법에 근거하여 법인격이 인정된다.

48) 대포통장 유통 목적의 유한회사 설립에 대한 판결(위 대법원 2019도7729 판결)에서도 "유한회사의 사원이 상법에서 정한 회사설립절차에 따라 유한회사를 설립한다는 의사를 가지고 규정에서 정한 회사설립의 실체적 · 절차적 요건을 모두 갖추어 설립등기를 신청하고 등기관이 심사하여 설립등기를 한 경우에는 회사가 성립하고, 회사설립등기가 유한회사 사원의 주관적 의도나 목적을 공시하는 것도 아니므로, 회사 설립에 관여하는 사람이 가지는 회사설립의 의도나 목적 등 주관적 사정만으로는 회사설립행위 자체를 없었던 것으로 본다거나 회사설립등기에 따른 회사 성립의 효력을 함부

나. 평가

1) 회사 설립등기와 법적 효력

주식회사는 발기인이 회사설립시에 발행한 주식의 총수를 인수하고(상법 제317조), 설립등기를 마침으로써 성립하며(제172조), 회사로서의 법인격을 취득한다(제171조 제1항). 설립 시에는 목적, 상호, 본점이나 지점 소재지, 자본금의 액수, 발행주식의 총수, 주식의 양도와 관련한 이사회 승인 등 절차, 주식매수선택권, 전환주식 등이 등기되어야 한다(제317조 제2항 각호).

회사설립등기가 마쳐지면 주식인수인이 주식청약서 요건의 흠결이나 사기·강박 또는 착오를 이유로 주식인수의 무효·취소를 주장하지 못하고(제320조 제1항), 회사는 상호가 설립등기에 등재됨으로써 상호권을 가진다.[49] 한편, 발기인은 인수·납입담보책임을 부담하며(제321조), 납입금보관자는 그가 증명한 보관금액에 대하여 성립 후의 회사에게 무조건의 지급책임을 진다(제318조 제2항).

2) 회사설립 무효와 그 주장의 방식과 제한

주식회사의 설립무효의 원인에 대해서는 상법에 구체적인 규정은 없고, 통상 해석에 맡겨져 있는데, 이러한 설립의 하자는 주관적인 사유와 객관적인 사유로 구분된다.

주관적인 하자로는 사원의 의사표시의 하자, 예컨대 착오·사기·강박·통정허위표시·제한능력 등의 사유가 있는데,[50] 통상적으로 주관적인 하자는 회사설립의 무효 원인이 되지 아니하며, 그 하자는 설립등기를 마치면 치유된다고 본다(제320조).[51]

한편, 주식회사 설립을 무효로 만드는 원인은 객관적인 것에 한하는데, 그 원인으로는 회사의 설립이 강행법규, 공서양속 또는 주식회사의 본질에 반하는 것 등을 들 수 있다. 구체적인 예로서는 정관을 작성하지 아니한 경우, 정관의 절대적 기재사항이 누락되거나 그 기재의 내용이 위법한 경우, 정관에 공증인의 인증이 없는 경우,[52] 설립시에 발행하

로 부정할 수 없다"고 동일하게 판시한다.

49) 정동윤(편집대표), "주석 상법(제5판)", 한국사법행정학회(2014. 12. 31), 267쪽.

50) 정동윤(편집대표), 위 책, 305쪽.

51) 정찬형, "상법강의(상)" 박영사(2013), 662쪽 ; 이철송, "회사법강의", 박영사(2013), 258쪽.

52) 서울고등법원 1991. 7. 26. 선고 90나21775 판결.

는 주식에 관한 중요사항을 정관에 정하지도 아니하고 발기인 전원의 동의로도 정하지 아니한 경우, 설립시에 발행하는 주식총수에 대한 인수 또는 납입에 현저한 흠결이 있는 경우,[53] 창립총회가 열리지 아니한 경우 및 그 총회의 결의가 중대한 하자로 무효인 경우 등이다.[54]

그러나 주식회사 설립무효는 소로써만 주장할 수 있고, 이러한 설립무효의 소를 제기할 수 있는 자는 주주·이사 또는 감사로 엄격히 제한하고 있으며, 이들 이외에 회사채권자, 회사채무자, 발기인 등은 어떤 이해관계를 가지더라도 이 소를 제기할 수 없고, 회사성립의 날로부터 2년 내에서만 제소가 가능하다(제328조).

3) 소결

위와 같이 상법이 주식회사 설립의 효력과 관련하여 주관적인 하자가 아닌 객관적인 하자사유로만 설립 무효를 주장할 수 있도록 하고, 주주 등 제한된 이해관계인의 소제기로만 가능하도록 하며, 소제기에 있어서도 그 제척기간을 마련한 취지는 회사설립 후 존립상태 유지 및 이에 따른 이해관계인들의 법률관계의 형성 등의 조속한 법적 안정성과 회사 존속에 대한 신뢰보호를 위한 것이라 보아야 한다. 더 나아가, 회사설립무효의 소에서 원고승소의 판결, 즉 설립무효의 판결이 선고, 확정되면 그 판결의 효력이 소송 당사자뿐만 아니라 제3자에 대해서도 효력이 미치는 이른바 대세효가 발생하며, 소급효가 인정되지 않는다(제328조 제2항, 제190조 본문). 이는 회사의 권리·의무관계에 대한 무분별한 분쟁이나 주주나 채권자, 거래자 등 이해관계인에게 의도하지 않은 피해를 방지하고, 회사를 둘러싼 법률관계의 효력을 획일적으로 확정할 필요가 있으므로, 소송 외의 다른 임의적 수단으로 회사설립 무효를 주장할 수 없도록 하는 것이며(형성력), 이해관계인의 보호와 변론의 중복으로 인한 서로 모순되는 판결이 나오는 결과를 피하기 위하여 소제기시 이를 공고하고, 수개의 소가 제기된 때에는 법원은 이를 병합하여 심리하는 것이다(제328조 제2항, 제187조, 제188조). 또한, 상법은 공시를 통한 회사 존립에 대한 이해관계인들의 신뢰보호와 법적 안정성을 위해 법원이 심리 중에 그 원인이 된 하자가 보완되고, 회사의 현황과 제반사정을 참작하여 설립을 무효로 하는 것이 부당하다고 인

53) 이철송, 위 책, 266쪽; 최기원, “상법학신론(상)”, 박영사(2011), 603쪽.
54) 정동윤(편집대표), 위 책, 306쪽.

정한 때에는 그 청구를 기각할 수 있는 '재량기각' 제도까지 도입하고 있다(제328조 제2항, 제189조).

따라서 주식회사 설립에 있어서 회사설립에 법률상 무효사유가 있더라도 주주이사 또는 감사에 한하여 회사성립의 날로부터 소정의 기간 내에만 소로써 이를 주장할 수 있고, 그 판결의 효력이 소급하지 않으므로(제328조, 제190조), 판결로써 회사설립이 무효로 확정되기 이전에 담당공무원에게 신고하여 회사설립 사실이 상업등기부 전산시스템에 기록되도록 하였다고 하여 그러한 행위만으로는 공무원에 대하여 허위의 신고를 한 것이라거나 그 기록이 불실기재에 해당하는 것이라고 할 수는 없다.

결론적으로 회사가 법률적으로 무효가 아닌 사실상 부존재할 정도의 실체가 없고 형해화되어 공전자에 기록된 사실이 도저히 인정될 수 없다고 평가할 수 있는 경우와 달리, 신청서류를 허위로 작성하여 회사를 설립한 경우, 그 회사를 정관에 정한 목적대로 운영할 의사는 없었다고 하더라도 적어도 회사를 설립하여 회사 명의의 계좌를 개설할 의사는 있었고, 회사설립등록이 실제로 이루어져 회사 명의의 계좌까지 개설된 것에 대해 회사설립에 대한 무효 판결이 확정되기 전까지는 회사설립이 무효라 할 수 없으므로, 위 대법원 판례의 논지와 결론은 타당하다고 판단된다.

3. 회사설립시 가장납입과 '공전자기록 등 불실기재죄' 성립여부

가. 대상 판결의 내용 및 논란

대상 판결의 쟁점은 검사가 상고한 위 무죄 부분에 관한 것으로, 피고인 등이 범죄에 이용할 목적으로 설립등기를 한 주식회사(이하 '이 사건 회사'라 한다)가 회사로서의 실체가 없다거나 상법상 부존재한다는 이유로 법인등기부에 불실의 사실을 기록하고 이를 행사하게 한 것이 되어 공전자기록등불실기재죄와 그 행사죄가 성립하는지 여부였다. 이 사건의 원심인 항소심[55]에서는 "회사설립을 위한 절차 없이 서류를 허위로 작성하여 법인설립등록신청을 한 사실은 인정되나, 피고인 등이 회사를 정관에 정한 목적대로 운영할 의사는 없었다고 하더라도 적어도 회사를 설립하여 회사 명의의 계좌를 개설할 의사

55) 수원지방법원 20219. 6. 14. 선고 2019노176 판결.

는 있었고, 회사설립등록이 실제로 이루어져 회사 명의의 계좌까지 개설된 이상 회사가 부존재한다고 평가할 수는 없다"는 이유로 무죄를 선고하였고, 이에 대법원은 원심의 이유와 결론의 타당성을 인정한 것으로서, 정확하게 말하자면 가장납입으로 인한 공전자기록등불실기재죄와 그 행사죄에 대해 판단한 것은 아니었다.

그러나 서두에서 언급한 서울남부지방법원의 판결은 "대법원 2019도9293 판결은 발기인 등이 회사를 설립할 당시 회사를 실제로 운영할 의사 없이 회사를 이용한 범죄 의도나 목적이 있었다거나, 회사로서의 인적 · 물적 조직 등 영업의 실질을 갖추지 않았다는 이유만으로는 불실의 사실을 법인등기부에 기록하게 한 것으로 볼 수 없다는 것이다. 또한 대법원은 그동안 견금 형태의 주금 가장납입의 사법상 효력에 관하여 유효설을 취하면서도, 이에 따른 자본 변경에 관한 등기를 불실기재라고 판단하였는데, 위 대법원 판결에 의할 때 '견금' 형태의 주금 가장납입에 따른 자본 변경에 관한 등기도 더는 불실기재라고 판단하면 안 된다는 것으로 해석된다"[56]라고 설시하면서, 대포통장 개설 목적을 위해 가장납입하여 주식회사를 설립한 사안에 대해 무죄를 선고하여, 그 종국적 결론이 주목된다.

나. 가장납입의 사법상 효력에 대한 견해 대립

판례는 위에서 설명한 것과 같이 공전자기록등불실기재에 있어, '허위신고'와 '불실기재'에 있어서, 사법상 효력까지 고려하여 죄의 성립을 판단하는 경향을 띄고 있다.

타인으로부터 자금을 빌려 자본금을 납입하고 납입금보관증명서를 받아 회사설립이나 자본금변경등기를 마친 다음, 납입금보관은행으로부터 돈을 인출하여 변제하는 방식의 가장납입, 즉 '견금'[57]의 경우 대법원은 "납입의 가장수단이라고 하더라도 이는 발기인 또는 이사들의 주관적 의도에 불과하고, 이러한 내심적 주관적 사정에 의해 회사의 설립이나 증자와 같은 집단적 절차의 일환을 이루는 주금납의 효력을 좌우하면 안 되므로, 주금을 현실적으로 납입이상 납입으로서 효력을 가진다."고 일관되게 판시한다.[58]

56) 위 서울남부지방법원 2019고단6541, 2020고단1885(병합) 판결.

57) 금융기관과의 공모에 의해 주금 납입없이 납입금보관은행이 납입금보관증명을 발급하여 설립이나 변경등기를 하는 소위 '예합' 방식에 대해서는 실질적 자본금 변동이 없어 사법상 '무효'라는 점에 의견이 일치하고, 은행이 증명서를 발급한 이상 납입부실 등을 회사에 대항할 수 없기 때문에(상법 제318조 제2항), 실무상 거의 발생하지 않으므로, 본 글에서는 논외로 한다.

반면, 대부분의 학설은 가장납입은 자본의 확충과 충실을 도모하기 위해 법이 규정하는 강행법규에 위반되는 행위로서, 납입금의 차입과 반환은 하나의 계획된 납입가장행위로서 실질적으로 납입이 없는 것과 같고, 출자없이 주주권을 유지하는 것이 부당하다는 자본충실이라는 측면에서 무효로 보고 있으며,[59] 일본의 다수설이기도 하다.[60]

다. '공전자기록 등 불실기재죄' 성립에 대한 견해 대립

대법원은 가장납입의 사법적 효력에 대해서 유효하다는 입장에서도, 공전자등불실기재죄 성립에 대해서는 "납입가장죄(상법 제628조 제1항)는 회사의 자본충실을 기하려는 법의 취지를 유린하는 행위를 단속하려는데 목적이 있는 것이므로, 최초부터 진실한 주금납입으로 회사 자금을 확보할 의사 없이, 형식상 또는 일시적으로만 주금을 납입하여 은행에 예치하는 방식으로 납입의 외형을 갖추면서 주금납입증명서를 교부받아 설립등기나 증자등기의 절차를 마친 후, 즉시 납입한 돈을 인출한 경우에는, 이러한 자금을 회사를 위하여 사용하였다는 특별한 사정이 없다면 회사의 자본이 실질적으로 증가된 것이 아니라서, 납입가장죄 및 공정증서원본불실기재죄와 불실기재공정증서원본행사죄가 성립한다"고 판결하였다.[61]

외형적 납입의 가장에 불과한 가장납입을 무효로 보는 견해는 실질적인 출자없이 주주의 지위를 누릴 수 있는 불합리를 제거하고,[62] 자본 유지 및 자충실을 도모하는 회사법의 입법취지를 고려할 때, 상법상의 납입가장죄 외에도 공정증서원본불실기재죄와 불실기재공정증서원본행사죄가 성립한다고 본다. 한편, 하급심판결 중 가장납입과 관련하여, "본죄의 구성요건인 허위신고나 불실기재는 형식적인 주금납입사실의 유효를 기준으

58) 대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 판결; 대법원 1998. 12. 23. 선고 97다20649 판결 등.

59) 양기진, "가장납입의 효력에 관한 법적 검토", 법학논집(제21권 제2호), 이화여자대학교(2016. 12), 103쪽; 안경옥, "주금납입가장행위에 대한 형사처벌", 형사법연구(제24호), 한국형사법학회(2005. 겨울), 152쪽; 이정민, "회사설립시 최저자본금제도 폐지와 납입가장죄의 재검토", 고려법학(제73호), 고려대학교 법학연구원(2014. 6), 163쪽.

60) 河本一郎外, 日本の會社法, 商事法務(2003), 88쪽; 須藤純正, 財産犯における民事との交錯, 刑法雜誌(51·3), 有斐閣(2012), 437쪽 이하.

61) 대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 전원합의체 판결; 신주발행에 의한 증자등기에 대한 같은 취지의 또 다른 판례로는 대법원 2006. 10. 26. 2006도5147 판결 참조.

62) 송호신, "자본조달의 가장행위와 회사의 법률관계", 법학연구(제15집 제2호), 경상대학교 법학연구소(2007), 26쪽.

로 판단할 것이 아니라 증자등기의 기재내용대로 실질적으로 회사의 자본이 증가되었느냐를 기준으로 판단되어야 하고, 등기부의 기재내용대로 회사의 증자가 실질적으로 이루어지지 않은 이상 주주총회나 이사회에서 증자결의가 있었다 하더라도 본죄의 성립에는 영향이 없기 때문이다"라고 판시한 입장은 사법상의 유무효와 관계없이 실질적 자본증감과 등기부 기재의 불일치에 대해 본죄가 성립하는 것으로 보는 듯하다.[63]

라. 평가

1) 사법상 효력에 대하여

자본충실의 원칙은 회사가 자본액에 상당하는 재산을 실질적으로 확보할 것을 요하는 원칙으로서, 자본금을 단순한 계산상의 수액에 그치게 하지 않고, 그 실질을 충실케 한다는 의미에서 자본금을 회사채권자의 유일한 담보로 하는 물적 회사에서 강조된다. 이를 자본유지의 원칙(資本維持의 原則)이라고도 하고, 또 자본불변의 원칙을 포함하는 뜻으로도 사용된다. 주식의 액면 미달의 발행을 제한한다거나(상법 제330조), 출자종류의 제한(제295조, 제300조, 제314조, 제548조), 자기주식취득의 제한(제341조), 발기인 및 이사의 자본충실책임(제321조, 제447조, 제550조, 제551조, 제593조, 제594조) 등 사원의 출자의 확실한 이행 및 이익배당의 제한(제462조, 제583조), 법정준비금제도(제459조, 제460조) 등 회사재산의 건전한 유지를 도모하려는 여러 규정과 함께 이 원칙이 구현되고 있다.

회사의 자본금은 회사재산이 주주에게 유출되는 것을 이익에 한정하기 위해 생겨난 개념으로서, 종국적으로 회사의 재산적 기초를 확보하여 회사와 거래하는 자를 보호함을 목적으로 하는 것으로서,[64] 자본금의 공동으로 인한 거래의 불안정을 방지하기 위한 담보책으로 기능한다. 따라서, 실질적 출자 없는 가장납입을 사법상 유효하다고 볼 수 없고, 우리 입법자도 실질적 자본출자 없이 등기상으로만 설립자본금이나 증자등기가 경료되는 것을 방지하고자 가장납입에 대해 형사처벌규정을 마련한 것으로 보아야 한다.[65]

---

63) 대전지방법원 1985. 9. 4. 선고 85노291 판결; 곽동효, "소위 견금의 방법으로 주금을 가장납입하고 증자등기한 경우 공정증서원본부실기재죄의 성립 여부", 대법원판례해설(통권 제7호), 법원도서관(1988. 12), 476~477쪽.

64) 정동윤(편집대표), 위 책, 313~316쪽.

2) '공전자기록 등 불실기재죄' 성립에 대하여

가장납입에도 불구하고, 주금납입의 상업등기를 경료하는 것은 ① 사법상 효력에 있어서 무효설을 취할 경우 당연히 '허위신고' 내지 '불실기재'로 보아야 하고, ② 자본의 부실 및 허위내용의 공시로 인해 주주나 회사의 채권자 등 이해관계인이 손해를 입을 수 있는 위험을 방지할 필요가 있으며, ③ 불법의 수단으로 악용되는 법인설립으로 인한 경제적 혼란, 공신력 저하, 행정·사법집행의 불신 풍조를 초래하는 거래행태에 대해 엄정한 사법대응이 필요한 사정 등을 고려하면 공전자기록 등 불실기재죄의 성립을 인정하는 것이 타당하다고 사료된다. 아래에서 분설한다.

가) 논리적 일관성의 관점

가장납입이 주금납입으로서 사법상 무효로 보는 견해에서는 자본금과 발행주식총수가 창설되거나 증가되지 않았음에도, 실체와 달리 이를 창설 내지 증가된 것으로 상업등기부에 기재하게 한 행위는 공전자기록등불실기재죄 등이 성립하는 것으로 본다. 한편, 가장납입의 사법상 효력과 관련하여 유효라고 보는 입장에서는 가장납입에 의한 회사설립이나 유상증자에서도 자본금 증가의 실체가 있는 것이므로, 이를 상업등기부에 기재하는 행위는 실체적 권리관계에 부합하는 것으로서 '허위신고'나 '불실기재'에 해당할 여지가 없어, 공전자기록등불실기재죄 등이 성립하지 않는 것으로 보는 것이 논리적이다. 다만, 위에서 본 바와 같이 우리 대법원은 당초부터 진실한 주금납입으로 회사의 자금을 확보할 의사가 없었고 실질적인 자본의 창설이나 증가가 없었다는 이유로, 위 죄가 성립하는 것으로 판단한다.

그러나 가장납입을 사법상으로 유효한 납입으로 보는 경우 공전자기록등불실기재죄

---

65) 인적회사와 달리 주식회사 물적 자산의 기초로서 자본소각, 청산 등 예외적인 경우가 아니면 주주에게 귀속될 수 없는 자본금은 회사채무의 최종적 담보로 기능하고 있는바, 민법상의 채무불이행, 상법상의 인수·납입담보책임 등 설립무효를 치유할 수 있는 방법이 있으므로, 가장납입죄를 폐지화하여야 한다거나, 재무제표상의 자본금보다는 신용평가기관의 평가, 실물담보, 현금흐름(Cash Flaw)이 담보책으로써 거래계에서 더 중요한 요소로 보아야 한다는 입장(이정민, 위 논문 172 ~ 177쪽)에 아직까지는 온전히 동의하기 어렵다. 특히, 회사설립초기에 공시된 사업이든 내심으로 목적한 사업이든 회사의 매출이나 수익이 발생하기 어려우므로, 거래자는 회사의 자본금 규모로 그 신용여부를 판단할 수밖에 없는 사정을 고려하면 더욱 그러하다.

등이 성립하지 않는 것으로 보는 것이 타당하고, 판례는 사법상 효력과 형사적 판단의 일관성을 갖추지 못한 부조화된 결론에 이른 것으로 보인다.

나) 보호법익의 관점

위에서 언급한 바와 같이 가장납입은 회사의 설립 시 자본의 공동 또는 부실을 초래하여 선의의 주주와 회사 채권자의 이익을 침해함으로써, 주주평등의 원칙에 반하고, 거래계의 신용을 해할 위험이 있다. 가장납입에 따른 공전자기록등불실기재죄 등의 보호법익과 관련하여서도, 공전자기록등불실기재죄 등은 공무원에 대하여 허위신고를 하여 공정증서원본에 진실에 반하는 사실을 기재하게 함으로써 성립하고, 진실된 공시에 대한 일반인이나 거래인의 신뢰를 보호하는 것이라고 한다면, 가장납입에 따라 공시되는 공문서에 회사 자본 규모에 대한 허위사실이 기재됨으로써, 현재 또는 장래의 주주나 회사 관련 채권자 등의 이익을 해함을 방지하는 것이 그 보호 법익일 것이며, 이는 위태범의 성격을 가진다고 보아야 한다. 즉, 즉 납입을 가장하는 행위를 통해 회사의 자본이 부실해지고 주주나 회사의 채권자가 손해를 입을 수 있는 위험을 방지하지 위함으로써, 가장납입에 따른 공전자기록의 공시로 실제 손해가 발생했는가는 고려할 필요가 없는 것이다.[66]

형식적이고 일시적인 자본금 납입, 즉각적인 현금 인출이 있었다 하더라도, 회사를 위한 용도로 사용되는 등의 사정에 따라 죄의 성립에 신중을 기하는 견해[67]이나 종중대표자를 허위로 등기한 사안에서 "비법인사단·재단의 경우 아무 권한 없는 자가 정관이나 사원총회 결의록 등을 위조하여 진정한 대표자인 것처럼 등기 신청할 위험이 크므로 이러한 단체명의의 등기에는 대표자 등의 성명, 주소, 주민등록번호를 등기사항으로 정하여 그 단체에 속하는 부동산의 처분권한이 누구에게 귀속되는지를 등기부를 통해 쉽게 확인할 수 있도록 공시하기 위한 것이고, 비록 종중 소유의 부동산에 관하여 종중 총회의 결의가 있어야 유효하게 처분할 수 있다 하더라도, 거래 상대방으로서는 부동산등기부에 기재된 종중 대표자를 신뢰하고 거래하는 것이 일반적인 점 등에 비추어 보면, 종

66) 안경옥, 위 논문, 152～153쪽.

67) 김성탁, "주식인수금의 가장납입에 대한 상법상의 형사처벌조항", 기업법연구(제8집), 한국기업법학회(2011), 576쪽.

중 대표자의 기재는 당해 부동산의 처분권한과 관련된 중요 사항의 기재이고, 이에 대한 공공의 신용을 보호할 필요가 있으므로 이를 허위로 등재한 경우에는 공정증서원본불실기재죄의 대상이 되는 불실의 기재에 해당한다"[68]고 판시한 대법원 판례도 공시를 신뢰한 이해관계인의 보호라는 처벌규정의 법익을 고려한 입장으로 보인다.

다) 현실적 필요의 관점

현대에는 주식회사 제도를 이용한 범행수법이 날로 진화하고 있는데, 그 존재형태로서 법인격이 존재하나 사회적 기능이 부재한 페이퍼컴퍼니, 자본적 결합체의 성격보다는 인적 결합체와 의사결정이 집중된 1인 회사, 사업장과 장소 위장·명의대여 등으로 세금을 탈루하거나 대포통장 유통의 용도로 설립되는 유령회사 등을 들 수 있다. 이러한 회사제도를 악용한 대표적인 범죄유형은 세금계산서 허위발행, 탈세, 성매매알선, 회사자금 횡령, 주가조작,[69] 다단계·유사수신, 대포통장 유통 등이고, 위와 같은 범행을 위한 법인 설립과정에서 문서위조와 위조문서행사, 금융실명법위반, 위계업무방해 등은 물론이거니와 본질적으로 가장납입, 공전자기록등불실기재와 불실기재공전자기록등행사의 범행이 선행될 수밖에 없다.[70] 따라서, 정책적으로 법인제도의 허점을 활용한 불법행위 기준을 명확하게 제시함으로써, 법인 주체성과 책임 강화, 경제활동을 위한 건전한 경제제도의 활용과의 조화로운 접점을 도출하여, 관계기관의 정책수립의 자료로 활용 가능하도록 하는 한편, 개인의 탈법과 불법의 수단으로 악용되는 법인설립으로 인한 경제적 혼란, 공신력 저하, 행정·사법집행의 불신 풍조를 초래하는 거래행태에 대해 엄정한 사법

68) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005도4790 판결.

69) 김태진, "가장납입에 관한 새로운 해석론" - 자본시장법 제178조의 부정거래로서 포섭-, 상사법연구(제32권 제1호), 한국상사법학회(2013), 343~346쪽; 한계기업들이 거래소로부터 상장폐지를 피하기 위해 또는 주가를 부양하기 위해 유상증자가 있는 것처럼 자본금을 허위로 증가시키는 행위에 대해 자본시장법 제178조 제1항 1호의 사기적 부정거래 벌칙조항을 적극적으로 의율하자는 견해 있는바, 상장회사의 가장납입에 따른 허위공시로 인한 시장의 혼란에 대한 사법적 규제의 한 방안으로서 검토가능하다고 본다.

70) 아울러, 그 성격상 자본금의 공시의무 없는 유한회사의 제도나 기구 등을 이용하여 행하는 범죄도 증가하는 추세로서, 유한회사의 경우 대차대조표의 공시의무가 없고, 외부감사 대상이 아니어서 회계의 투명성을 보장하기 어렵고, 이에 따라 유한회사의 채권자 또는 거래상대방의 신뢰를 보장하기 어려운 문제가 있다; 문준우, "유한회사 제도의 남용에 관한 검토", 상사법연구(제35권 제2호), 한국상사법학회(2016), 200, 216쪽 참조.

대응이 필요하다.[71)]

일본도 '견금' 방식의 가장납입의 경우 공정증서원본불실기재죄의 성립을 인정하고, 미국의 대부분의 주에서 법정자본 제도를 폐지한 것과 달리 유럽에서는 1976년 자본제도에 관한 더 엄격한 규율인 제2지침을 공포하여 자본금의 회사 기본재산 및 회사채권자의 담보기능을 재고하는 점도 유념해야 할 것이다.[72)]

4. 소결

회사가 법률적으로 무효가 아닌 사실상 부존재할 정도의 실체가 없고 형해화되어 공시된 사실이 도저히 인정될 수 없다고 평가할 수 있는 경우와 달리, 신청서류를 허위로 작성하여 회사를 설립하고, 정관에 정한 목적대로 회사를 운영할 의사는 없었다고 하더라도, 최소한 회사를 설립하여 회사 명의의 계좌를 개설할 의사는 있었고, 회사설립등록이 실제로 이루어져 회사설립에 대한 무효 판결이 확정되기 전까지는 회사설립이 무효라 할 수 없을 것이다.

그러나 가장납입의 경우 그 자본납입이 무효이므로, 회사 설립이나 증자등기와 관련하여 '허위신고' 내지 '불실기재'로 보아야 하고, 자본의 부실 및 허위내용의 공시로 인해 주주나 회사의 채권자 등 이해관계인의 손해를 방지해야 하며, 불법의 수단으로 악용되는 법인설립에 대한 형사처벌 필요 등을 고려하여 공전자기록등불실기재죄의 성립을 인정하는 것이 타당하다. 대상 판결의 원심인 수원지방법원 2019노176 판결도 실질적인 자본금 납입사실이 없음에도 허위신고를 하여 자본금이 납입된 것처럼 공전자기록에 불실의 사실을 기록하게 하였다는 공소사실에 대해서 주금가장납입 관련 공전자기록등불실기재죄 등의 성립을 인정한 바 있어, 가장납입에 의한 설립등기를 무죄로 판시한 위 서울남부지방법원의 판결에 대한 상소심의 판단이 주목된다.

---

71) 박지용, "유령법인 설립을 통한 파생범죄 현 실태 및 수사력강화 방안 연구", 대검찰청(교육훈련과제 연구보고서, 2019. 9. 20), 36쪽 이하 참조.

72) Second Council Directive of 13 December 1976(77/91/EEC), OJ No L 26(1977. 1. 31); 이정민, 위 논문, 162, 173쪽 참조.

Ⅳ. 결론

'공전자기록 등 불실기재죄'에 있어서 '허위신고'와 '불실기재'에 해당하는지에 대하여는 외관상 합의라는 사실, 합의되어 표출된 법률관계의 효력, 그러한 합의와 실체적 권리관계의 합치 여부 등이 판단기준이 될 것이고, 그러한 판단에는 공시된 법률관계를 신뢰한 제3자의 이해관계 보호 필요 및 그 정도를 고려해야 한다. 대상판결은 상법상 회사 설립 요건을 모두 갖추어 설립등기한 경우에는 회사의 설립이 인정되고, 이와 같은 과정에서 발기인 등의 주관적 목적이나 의도에 따라 회사의 설립이 좌우되지 않는다는 점을 명확히 하였다. 대법원은 범죄에 이용할 목적으로 회사를 설립하였다고 하더라도 회사설립등기와 그 기재 내용은 특별한 사정이 없는 한 '공전자기록 등 불실기재죄'에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다고 판시한 것이고, 상법에서 주식회사 설립의 무효는 객관적인 하자의 경우에 한정하여 설립 후 2년 내에 소송으로써만 주장할 수 있도록 하는 점에서 위 대법원의 판결은 타당하다고 판단된다.

다만, 가장납입의 경우 그 자본납입이 사법상으로 효력이 없는 것으로 보아야 하므로, 회사 설립이나 증자등기와 관련하여 '허위신고' 내지 '불실기재'로 보는 것이 논리적이고, 더 나아가 자본의 부실 및 허위내용의 공시로 인해 주주나 회사의 채권자 등 이해관계인의 손해를 방지해야 하므로 '공전자기록 등 불실기재죄'의 성립을 인정하는 것이 타당할 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

고제성, “통정허위표시와 공정증서원본부실기재죄”, 형사판례연구(26), 한국형사판례연구회(2018. 6).

곽동효, “소위 견금의 방법으로 주금을 가장납입하고 증자등기한 경우 공정증서원본부실기재죄의 성립 여부”, 대법원 판례 해설(제7호), 법원도서관(1988. 12).

김성탁, “주식인수금의 가장납입에 대한 상법상의 형사처벌조항”, 기업법연구(제8집), 한국기업법학회(2011).

김일연, “통정허위표시에 의한 어음발행 및 공증행위와 공정증거원본불실기재죄의 성립”, 대법원판례해설(통권 제92호), 법원도서관(2012).

김태진, “가장납입에 관한 새로운 해석론” - 자본시장법 제178조의 부정거래로서 포섭 -, 상사법연구(제32권 제1호), 한국상사법학회(2013).

문준우, “유한회사 제도의 남용에 관한 검토”, 상사법연구(제35권 제2호), 한국상사법학회(2016).

박기동, “가장혼인신고가 공정증서원본부실기재죄에 해당하는지 여부”, 인권과 정의(제248호), 대한변호사협회(1997).

박동률, “공정증서원본불실기재죄에서의 불실”, 비교형사법연구(제8권 제1호), 한국비교형사법학회(2006. 7).

박지용, “유령법인 설립을 통한 파생범죄 현 실태 및 수사력강화 방안 연구”, 대검찰청(교육훈련과제 연구보고서, 2019. 9. 20).

송호신, “자본조달의 가장행위와 회사의 법률관계, 법학연구(제15집 제2호), 경상대학교 법학연구소(2007).

신동운, “형법각론(제2판)”, 법문사(2018. 8).

안경옥, “주금납입가장행위에 대한 형사처벌”, 형사법연구(제24호), 한국형사법학회(2005. 겨울).

양기진, “가장납입의 효력에 관한 법적 검토”, 법학논집(제21권 제2호), 이화여자대학교

(2016. 12).
이강민, "신고사실의 효력과 공정증서원본불실기재죄", 사법(통권 제50호), 사법발전재단(2019. 1).
이정민, "회사설립시 최저자본금제도 폐지와 납입가장죄의 재검토", 고려법학(제73호), 고려대학교 법학연구원(2014. 6).
이철송, "회사법강의", 박영사(2013).
정동윤(편집대표), "주석 상법(제5판)", 한국사법행정학회(2014. 12. 31).
정찬형, "상법강의(상)" 박영사(2013).
최기원, "상법학신론(상)", 박영사(2011).

2. 외국문헌

Second Council Directive of 13 December 1976(77/91/EEC), OJ No L 26(1977. 1. 31).
須藤純正, *財産犯における民事との交錯*, 刑法雜誌(51·3), 有斐閣(2012).
河本一郎外, *日本の會社法*, 商事法務(2003).

Betrachtung der Gründung eines Unternehmens zu kriminellen Zwecken wie „öffentliche mittelbare Falschbeurkundung"

Seo, Won Ik*

Kürzlich hat der Oberste Gerichtshof über „öffentliche mittelbare Falschbeurkundung" geurteilt dass Selbst wenn ein Unternehmen zum Zwecke der Verwendung für eine Straftat gegründet würde, würden die Registrierung der Unternehmensgründung und der Inhalt des Unternehmens in der Regel erfasst.

Es wird beurteilt, dass es nicht der in sogenannten Tatsach der "Mittelbare Falschbeurkundung" entspricht, und als Grundlage dafür;

① Das Handelsrecht übernimmt die sogenannte 'Normativsystem' für die Gründung eines Unternehmens, und dementsprechend, wenn die Registrierung des Unternehmens durch bestimmte Anforderungen und Verfahren abgeschlossen wird, wird die Gründung der Gesellschaft, unabhängig von der Absicht oder dem Zweck, anerkannt.

② Der Registrierungsbeauftragte prüft auch nur, ob die oben genannten formalen Anforderungen eingehalten werden, und subjektive Umstände wie die Absicht oder der Zweck der Firmengründung können nicht überprüft werden.

③ Die Registrierung der Firmengründung legt nicht die subjektive Absicht oder der subjektive Zweck der Veranstalter offenNach dem Handelsrecht berechtigt das Urteil des Obersten Gerichtshofs, da die Ungültigkeit der Gründung einer Aktiengesellschaft nur innerhalb von zwei Jahren nach Gründung im Falle eines objektiven Mangels als Klage geltend gemacht werden kann.

Im Falle der getarnte Zahlungen von Kapital jedoch nach dem Justizgesetz nicht wirksam, so dass sie als „falscher Bericht" oder „falsche Beschreibung" im Bezug

* Seoul Southern District Prosecutor's office, Prosecutor.

auf die Gründung eines Unternehmens oder die Registrierung einer Kapitalerhöhung betracht wird. Darüber hinaus aufgrund der öffentlichen falschen Offenlegung von Insolvenz und falschen Informationen als vermeintliche Meldung und falsche Eintragung angesehen werden muss. Hierzu ist es vernünftig, um Schäden an Stakeholdern wie Aktionären und Gläubigern des Unternehmens zu verhindern, solche Tat als „Verbrechens wegen öffentliche mittelbare Falschbeurkundung" zuzugeben.

❖ Stichwörter: öffentliche Datein oder Registern / Mittelbare Falschbeurkundung / Amtliche Bekanntmachung / Scheingründung / Die getarnte Zahlung von Grundkapital

투고일 : 2월 1일 / 심사일 : 3월 30일 / 게재확정일 : 3월 30일