

〈판례연구〉

# 名義借用에 의한 株式引受와 株主資格

〈대법원 1980. 9. 19, 80 마 396 제 2 부 결정—재항고기각\*〉

梁 承 圭\*\*

## 〈判 例〉

### 〔결정요지〕

주식을 인수함에 있어서 타인의 승락을 얻어 단순히 그 명의로 출자하여 주식대금을 납입한 경우에 실제로 주식을 인수하여 그 대금을 납입한 명의차용인만이 실질상의 주식인수인으로서 주주가 된다고 할 것이요 단순한 명의대어인은 주주가 될 수 없다고 할 것이다.

### 〔결정이유〕

재항고인들 대리인의 재항고이유를 본다.

주식을 인수함에 있어서 타인의 승락을 얻어 단순히 그 명의로 출자하여 주식대금을 납입한 경우에 실제로 주식을 인수하여 그 대금을 납입한 명의차용인만이 실질상의 주식인수인으로서 주주가 된다고 할 것이요 단순한 명의대어인은 주주가 될 수 없다고 할 것인 바 (대법원 1975. 9. 23. 선고 74 다 804 판결, 대법원 1975. 7. 8. 선고 75 다 410 판결 각 참조), 따라서 원심이 재항고인들은 모두 상대방 회사의 주식을 실제로 인수하여 그 인수가액을 납입한 것이 아니라, 신청의 장진남이 재항고인들의 승락 아래 재항고인들의 명의만을 빌려 주식을 인수하고 단독으로 출자하여 주금을 납입한 사실을 인정하고 이와 같이 단순한 주식명의대여자에 불과한 재항고인들은 이를 상대방 회사의 주주로는 볼 수 없고 따라서 같은 회사의 소수주주임을 전제로 하는 재항고인들의 이 사건 임시주주총회 소집허가신청은 그 신청인 적격을 결여한 것으로 부적법함을 면할 수 없다고 판단한 조치는 정당하고 여기에 주주의 지위에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

### 〔재항고이유〕

원결정의 설시근거는 상법 제332조 2항의 규정에 두고 있는 바 동조 동항의 입법취지는 자본총실의 요청에서 주금납입책임은 명의대여자와 같이 부담케 할 목적하에 있을 뿐이고 본건과 같이 신청의 甲이 그의 처인 신청인 乙과 아들인 丙들을 위하여 그들 명의로 주식인수를 한 경우에는 어디까지나 신청인 등이 적법한 주식인수인이 되며, 따라서 명실상부한

\* 대법원판결집 28권 3집(1980) 84면 이하

\*\* 서울대학교 법과대학 교수

주주의 지위를 갖는다고 보아야 할 것임에도 불구하고 원 결정은 이를 오인하여 신청인 등은 다만 명의대여자에 불과함에 본건 신청인적격을 결여하였다는 취지로 신청인 등의 신청을 각하한 위법을 저질렀으므로 그와 같은 결정은 마땅히 파기되어야 할 것입니다.

<참조조문> 商法 第332條, 第336條, 第352條

## 〈 研 究 〉

### I. 문제의 題起

會社는 商行爲 기타 營利를 目的으로 하여 設立한 社團法人이나(商 169조, 171조 1항) 株式會社에 있어서는 이른바 一人會社를 인정하는 등(商 517조 1호 참조) 社團性보다는 資本的結合을 내세우는 資本團體性이 강하게 나타나고 있다. 그리하여 株式會社는 設立時부터 일정한 資本에 대한 出資가 이루어져야 하고, 그 資本은 株式으로 分割되어야 한다(商 289조 1항 3~5호, 2항, 329조). 여기서 株式은 株式會社의 資本과 社員인 株主를 연결시켜 주는 媒體가 되고 있고, 會社의 設立時 또는 新株發行時에는 株式의 引受와 納入이 필수적으로 요구되고 있다(商 293조, 295조, 301조~305조, 421조, 425조).

株式의 引受는 株式引受人 자신의 名義 뿐만 아니라 他人의 이름으로도 할 수 있다. 商法 제 332조 1항은 「假設人的 名義로 株式을 引受하거나 他人의 承諾없이 그 名義로 株式을 引受한 者는 株式引受人으로서의 責任이 있다」라고 規定하여 假設人的 名義 또는 承諾이 없는 他人名義로 株式引受를 할 때에는 그 實質的인 株式引受人에게 그 責任을 지우고 있어 이 경우에는 實質的인 株式引受人이 株金額을 納入한 이상 누가 株主이냐는 다룰 여지가 없게 된다. 그러나 그 제 2 항은 「他人의 承諾을 얻어 그 名義로 株式을 引受한 者는 그 他人과 連帶하여 納入할 責任이 있다」라고 규정함으로써 名義貸與者와 名義借用者가 다 같이 株金納入責任이 있음을 明示하였을 뿐 누가 株式引受人이냐는 밝히지 않고 있다. 여기에서 名義借用에 의한 株式引受의 경우에 누구를 株主로 볼 것인가라는 의문이 생기고, 이에 대하여는 名義借用者를 株主로 보는 實質說과 名義貸與者를 株主로 보는 形式說로 學說이 나뉘어 있다. 우리나라 大法院判例은 이 事件에 관한 大法院決定에서 보는 바와 같이 實質說의 입장을 취하고 있는데, 株式會社의 株式去來의 측면에서 과인 株主의 名義는 어떻게 되었든 상관없이 실질적으로 株式을 引受하여 株金額을 納入한 者를 株主로 보는 것이 옳으나 하는 문제가 제기되고 있다.

### II. 株式引受의 要式性

株式會社는 資本團體로서 그 資本은 株式으로 나뉘어(商329조),<sup>(1)</sup> 會社設立時로부터 일정

(1) 독일 株式法 제 1 조 2 항은 「株式會社는 株式으로 나누인 基本資本을 가진다」(Die Aktiengesellschaft hat ein in Aktien zerlegtes Grundkapital)라고 규정하고 있다.

한 資本을 가지고 있어야 한다. 그리하여 株式會社의 設立에 있어서는 會社가 發行할 수 있는 株式의 2分の 1 이상의 株式을 發行하여(商 289조 1항 3호~5호, 2항) 그 株式의 引受와 納入이 있어야 하고, 新株發行에 의한 資本增加時에도 株式의 引受와 納入이 있어야만 그 資本增加가 이루어지게 된다. 여기서 株式의 引受는 株式會社의 設立이나 新株發行에 있어서 필수적인 要件이다.

주지하는 바와 같이 株式會社의 設立은 發起設立과 募集設立으로 나누인다. 發起設立이라 함은 發起人만이 會社의 設立時에 발행하는 株式의 總數를 引受하여 會社를 設立하는 것으로서, 發起人 7人 이상이 그 株式 全부를 書面에 의하여 引受하여야 한다(商 289조, 293조). 發起人이 株式을 引受하는 書面은 株式請約書(商 302조 2항)와 같이 記載事項이 法定되어 있는 것이 아니므로 그 방식에 대한 制限을 있으나, 書面에 의하지 아니한 株式의 引受는 그 效力이 없다.<sup>(2)</sup>

募集設立의 경우에는 發起人 全원이 發行株式의 一部를 書面에 의하여 引受하고, 나머지는 株主를 募集하여야 한다(商 293조, 301조). 여기서 株主의 募集에 있어서는 그것이 緣故 募集이든 一般公衆으로부터 公募를 하든 또 證券去來法상의 節次에 따라 證券管理委員會에 그 申告를 하여야 하는 것이든(證去 8조, 9조) 아니든 상관없이 株式引受를 請約하고자 하는 者는 일정한 要件을 갖춘 株式請約書 2통에 引受할 株式의 種類 및 數와 住所를 기재하고 記名捺印하여야 한다(商 302조). 따라서 發起人이 원칙적으로 株式配定自由의 原則에 따라 그 株式引受의 請約에 대하여 株式을 配定하게 되면 그 株式請約者는 株式引受人으로서의 地位를 차지하게 되고, 配定받은 株式의 數에 따라 引受價額을 納入할 義務를 지게 된다(商 303조). 그리고 新株發行의 경우에도 新株引受權者이든 株主의 募集에 의하여 株式을 引受하는 者이든 株式請約書 2통에 引受할 株式의 種類와 數 및 그 住所를 기재하고 記名捺印하여야 하고(商 425조, 302조 1항) 新株引受權者가 아닌 株式引受의 請約者는 會社의 株式配定에 의하여 비로소 株式引受人이 되는 것이다. 新株引受人은 그것이 新株引受權에 따른 것이든 公募에 의한 것이든 묻지 아니하고 納入期日에 그 引受한 각 株式에 대한 引受價額의 全額을 納入하여야 한다(商 421조).

이와 같이 株式의 引受는 會社의 設立時에 있거나 新株發行에 의한 資本增加에 있어서 반드시 밟아야 하는 단계이고, 그 節次를 밟지 아니하고는 會社의 設立 또는 新株發行은 있을 수 없다. 여기서 發起人의 株式引受는 그것이 發起設立이든 募集設立이든 定款에 기하여 행하여지고, 定款의 作成과 더불어 會社의 設立行爲를 구성하고,<sup>(3)</sup> 이에 의하여 設立중의 會社가 創立된다고 할 것이다.<sup>(4)</sup> 그리고 募集設立에 있어서의 株式引受는 株式引受人

(2) 鄭熙喆, 商法學原論, 347면; 孫珠瓊, 改訂 商法(上), 463면; 崔基元, 會社法論, 106면; 朴元善·李楨漢 全訂 會社法, 147면.

(3) 徐燮珪, 第二全訂 商法講義(下), 289면; 李範燦, 商法講義, 128면.

(4) 鄭熙喆, 前掲書, 338면, 독일株式法에서는 發起設立만이 인정되고 發起人에 의한 모든 株式의

의 請約과 發起人の 配定에 의하여 이루어지는 것이므로 設立 中の 會社에의 入社契約이라고 풀이할 수 있고, (5) 新株發行時의 株式引受는 이미 成立되고 法人格을 갖춘 會社에 대한 入社契約이라 할 것이다. 이러한 入社契約의 전제조건인 株式引受의 請約은 株式請約書에 의해서만 하여야 하므로 株式請約書에 의하지 아니한 株式의 請約은 無效이다. (6) 그리하여 株式引受는 반드시 書面이나(發起人の 경우) 株式請約書에 株式引受人이 記名捺印하여야 하는 것이므로 株式引受는 要式性을 띠고 있다 할 것이다. (7)

### III. 名義借用에 의한 株式引受와 株主의 資格

#### (1) 商法 제332조의 立法理由

商法 제332조는 假設人이나 他人의 承諾없이 그 名義로 株式을 引受한 者의 株式引受人으로서의 責任과 他人의 承諾을 얻어 그 名義로 株式을 引受한 者도 그 他人과 連帶하여 株金額을 納入할 責任이 있음을 밝히고 있다. 일반적으로 相對方과 通情한 虛偽의 意思表示는 無效이므로(民 108조 1항), 株式引受가 假設人이나 他人名義로 이루어진 경우에 그것이 假裝行爲로서 無效라고 풀이할 여지가 있는 것이다. (8) 이에 따라 假設人 등의 名義로 株式을 引受한 者가 이를 惡用할 때에는 株式會社의 設立事務에 커다란 支障을 줄 우려가 있을 뿐만 아니라 資本充實의 原則에도 어긋나게 된다. 그리하여 株式의 引受가 書面 또는 株式請約書에 의하여 이루어지고 있으므로 假設人(Strohmann) 등의 參加를 假裝行爲(Scheingeschäft)로 볼 것은 아니고, (9) 그 배후에서 株式을 請約하여 引受한 사람(Hintermann)에게 株金額納入義務를 빚어날 구실을 주지 않기 위하여 株式引受人으로서의 責任을 지우고, (10) 또 他人의 承諾을 얻어 株式을 引受한 경우에 名義借用者에게도 名義貸與者와 連帶하여 株金額納入義務를 지워 資本充實을 기하고자 하는 데에 商法 제332조의 立法理由가 있다 할 것이다. 다시말하면 商法 제332조는 假設人의 名義나 他人의 名義를 이용하여 실제로 株式

引受로서 會社가 創立된다(\$29)라고 규정하고 있다(Alfred Hueck, *Gesellschaftsrecht*, 15 Aufl., 1970, S. 123f.; Hans Würdinger, *Aktien- und Konzernrecht*, 3 Aufl., 1973, S. 85 참조).

(5) 株式引受의 性質에 관하여는 學說上 다툼이 있으나, 發起人이 먼저 定款에 기하여 株式의 一部를 引受하고, 나머지 株式을 募集에 의하여 引受를 시키는 것이므로 株式引受의 契約은 設立 中の 會社에 대한 것이므로 設立 中の 會社와의 入社契約이라고 보는 것이 옳을 것이다(徐燮珪 前揭書, 293-4면 참조).

(6) 孫珠瓚, 前揭書, 468면.

(7) 독일株式法에서는 株式引受는 公證人이 작성한 證書에 의하도록 요구하고 있고(§§2, 23 Abs. 2 AktG, Würdinger, a.a.O. S. 85), 美國法에서도 株式引受는 書面に 株式引受人이 署名하도록 하고 있다(Harry G. Henn, *Law of Corporations*, 2d, 1970, p. 310).

(8) 우리商法 제332조는 日本商法 제201조를 받아들인 것이다. 1938년의 日本改正商法에서 이 條文을 두기 전에 日本大審院判例는 假設人 등의 名義로 株式의 請約한 것은 署名의 要件을 缺한 데서 絶對적으로 無效라고 判示했다(日大判 1911(明 44) 11.9. 民錄 17-985, 日大判 1934(昭 9), 6. 11. 民集 13-13-980), 今井潔, 假設人名義または他人名義による株式の引受, 大森先生選曆記念 商法・保險法の 諸問題, 128-9면.

(9) Würdinger, a.a.O. S. 85.

(10) 孫珠瓚, 前揭書, 469면; 朴元善·李楨漢, 前揭書, 149면 참조.

을 引受한 者에게 그 名義는 어떠한 株金額을 納入할 義務를 지워 會社의 設立節次나 新株發行에 의한 資本增加에 차질을 가져오는 것을 막고, 나아가서는 資本充實의 原則을 살리기 위하여 규정한 것이라 할 것이고, 이것이 他人의 승락을 얻어 그 名義로 株式을 引受한 경우에 누구를 株主로 볼 것이냐를 규정한 것이라 할 수는 없다고 본다.<sup>(11)</sup> 그리고 우리 商法은 株金額의 全額納入主義를 취하고 있어(商 295조, 305조, 421조) 株金額納入을 確保하기 위한 商法 제332조의 規定은 별로 實益이 없으며, 더구나 오늘날 株式引受의 請約時에 請約證據金으로서 株金額相當額을 納入하도록 하는 去來의 실정에서는 뜻이 없는 規定이라 할 것이다.

## (2) 名義借用에 의한 株式引受

商法 제332조 2항은 他人의 承諾을 얻어 그 名義로 株式을 引受한 者는 그 他人과 連帶하여 株金額을 納入할 責任이 있음을 규정하고 있는데, 他人의 이름을 빌려 株式을 引受한 경우에 名義借用者가 名義貸與者의 이름으로 株金額을 納入하였을 때에 누가 株主로 되느냐 하는 문제가 제기될 수 있다. 이에 대하여는 學說上 實質說과 形式說로 갈려 있다.

(가) 實質說: 이 說은 他人의 승락을 얻어 그 名義로 株式을 引受한 경우에 실제로 株式을 引受한 名義借用者가 株主라고 보는 입장이다. 결국 이 說에서는 株式引受의 名義人이 누구냐는 상관없이 사실상 그 行爲를 한 者가 權利·義務의 主體로 되므로 實質的으로 株式을 引受하고 株金額을 納入한 者가 株主로 된다고 보는 것으로 우리나라에서 多數說이라 할 수 있다.<sup>(12)</sup> 이 說의 論據는 商法 제332조 제1항이 名義 여하를 불문하고 實質上의 引受人이 株式引受人으로서의 責任이 있다고 하였고, 同條 제2항은 특히 通謀者의 連帶責任을 規定한 것이지 名義貸與者가 株主로서의 權利를 取得한다는 뜻의 規定이 아니라는 데에서 찾는다고 할 수 있다.<sup>(13)</sup> 다시말하면 商法 제332조 1항이 적용되는 경우에는 實質上의 行爲者인 名義冒用者가 株主가 되는 것은 그 文言에 비추어 명백한데, 그렇다면 제1항과의 均衡상, 同條 제2항이 적용되는 경우에도 實質上의 行爲者인 名義借用者를 株主로 取扱하는 것은 당연하다고 한다.<sup>(14)</sup>

(나) 形式說: 이 說은 名義를 빌려준 者, 즉 名義貸與者가 株式引受人으로 되고 실제로 株式을 引受한 名義借用者는 그 名義人과 連帶하여 納入責任를 지는데 그치고, 株式引受人의 地位를 차지하는 것은 아니라고 보는 입장으로 名義說이라고도 한다. 이것은 우리나라에서 少數說이라 할 수 있는데,<sup>(15)</sup> 이것은 그 論據를 여러가지로 들 수 있으나 주로 株式

(11) 今井, 前掲書, 129면.

(12) 鄭熙喆, 前掲書, 350면; 崔基元, 前掲書, 138면; 徐煥珪, 前掲書, 293면 註 47; 朴元善·李楨漢, 前掲書, 150면; 李允榮, 短答 論點商法, 225면; 裴鐵世·姜潤斗, 商法講義 [Ⅱ]-會社-, 214면.

(13) 鄭熙喆, 前掲書, 349-350면.

(14) 鄭東潤, 他人名義에 의한 株式의 引受, 法曹 25卷 1號(1976), 107면.

(15) 孫珠璣, 前掲書, 469면; 金容泰, 商法(上), 205면.

에 관한 法律關係는 集團의 ·大量的으로 처리할 필요가 있으므로 原則적으로 外部로부터 용이하게 識別할 수 있는 形式的이고도 劃一的인 標準에 의하여 權利의 歸屬을 정하는 것이 바람직스럽고 따라서 株式引受人도 株式請約書에 기재된 名義에 따라 客觀的 ·形式的으로 결정하는 것이 타당하다는 데에서 그 근거를 찾을 수 있을 것이다.<sup>(16)</sup>

(다) 大法院判例의 입장: 우리나라 大法院判例는 他人의 이름을 빌려 株式을 引受한 경우에는 名義借用者가 株主로 된다고 보는 實質說의 입장을 따르고 있다. 아래에 判例를 들어보기로 한다.

① 대판 1975. 7. 8. 75다410 株主權確認—上告棄却<sup>(17)</sup>

[판결요지]

주식을 인수함에 있어 명의대여자는 아무런 출자를 하지 아니하고 명의차용인이 단독으로 출자하여 그 주식대금을 납입한 경우에는 실제로 주식을 인수하여 그 대금을 납입한 명의차용인이 실질상의 주식인수인으로서 주주가 되고, 단순한 명의대여자는 주주로 볼 수 없다.

<사실개요>

訴外 亡A는 8.15 해방후 甲工業社라는 商號로 진진지제조사업을 하다가 法人體設立의 필요성을 느껴 株式會社를 設立하였는 바, 會社設立을 위한 出資는 A 단독으로 하였으나 原告의 아버지 B 등의 승락을 얻어 發起人으로 하여 그들의 名義로 被告會社의 株式을 分散引受케 하고, 그들을 형식상 理事, 監事로 하여 被告會社를 設立한 것이고, B 등은 아무런 出資를 한 바 없고, 단순한 名義貸與者에 지나지 아니하였다. 그런데 B가 6.25. 이후 行方不明이 되고 B의 아들 C가 被告 會社를 상대로 B의 株主權確認을 구하여 이 訴에 이른 것이다. 原審(光州高等法院)은 原告敗訴判決을 내렸고, 原告가 上告한 것이다.

② 대판 1975. 9. 23. 74다804, 株主總會決議無效確認—破棄還送<sup>(18)</sup>

[판결요지]

무릇 주식을 인수함에 있어서 타인의 승락을 얻어 그 명의로 출자하여 주식대금을 납입한 경우에는 실제로 주식을 인수하여 그 대금을 납입한 명의차용인만이 실질상의 주식인수인으로서 명의대여인으로부터 명의개서 등 절차를 밟은 어부와는 관계없이 주주가 된다고 할 것이요, 단순한 명의대여인은 주주가 될 수 없다고 할 것이다.<sup>(19)</sup>

<사실개요>

被告 甲株式會社의 發行株式數는 2,300株로서 原告 A가 755株, 訴外 B가 1,275株를 所

(16) 鄭東潤, 前掲書, 106면 참조.

(17) 법원공보 521호(1975. 10. 1.) 8606면이하. 이 判決에 대하여는 鄭東潤 辯護士의 評釋이 있다(前掲 法曹 103면 이하).

(18) 判例月報 63號 13면이하.

(19) 대판 1976. 3. 9. 74다805, 대판 1977. 10. 11. 76다1448은 같은 事件에 대하여 내린 判決로서 그 내용을 같이 하고 있다.

有하고 나머지 株式은 C등이 所有한 것으로 나타났고, 原告 A는 甲會社의 代表理事로 있었다. 그러나 訴外 B는 甲會社의 모든 株式을 실제로는 자신이 引受하고, 原告 A를 비롯한 株主 C등은 그 이름을 빌려준 名義貸與者에 지나지 않는다고 주장하고 株主總會에서 原告 A를 理事職에서 解任시켰다. 이에 따라 A는 株式引受가 名義貸與에 의한 것도 아니고, 따라서 그들 株主에게 召集通知없이 개최한 株主總會의 決議는 無效라는 이유로 株主總會決議無效確認의 訴를 제기했다. 原審(大邱高等法院)에서는 原告의 請求를, 인용하였고 被告가 上告하기에 이른 것이다.

우리 大法院判例는 이 事件의 決定을 제외하면 두 가지 事件에 대하여 넷의 判例를 남기고 있는 셈이다. 이들 判例에 대해서 자세한 言及은 할 생각이 없으나, ①의 事件에서는 當事者의 株主權確認의 문제이므로 名義借用에 의한 株式引受의 경우 누가 실질적으로 株主인가를 가려 실질적으로 株式을 引受하여 出資한 者를 株主로 인정하는 것은 정당하다 할 것이나, ②의 事件에서 보는 바와 같이 當事者 사이에 株式引受가 名義貸與에 의한 것이냐 아니냐의 다툼이 있고, 게다가 實質의 株主라고 주장하는 者가 任意로 召集한 株主總會決議를 가지고 다투는 事件에서 名義改書節次를 받은 어부와는 관계없이 名義借用者가 株主라고 보는 大法院의 見解에 대하여는 얼른 납득하기 힘들다. 우리 大法院判決은 1967년의 日本最高裁判所判決<sup>(20)</sup>과 그 뜻을 같이 하는 것이라 할 수 있으나, 株式去來의 실정과 관련하여 볼 때에 다시 생각해 볼 필요가 있다고 느껴진다.

(라) 私 見: 他人의 承諾을 얻어 그 名義로 株式을 引受한 경우에 名義借用者와 名義貸與者의 어느 쪽을 株主로 볼 것이냐에 대하여는 商法 제332조를 어떻게 풀이하느냐에 따라 그 立場을 달리하는 것으로 보인다. 그러나 이 規定을 앞에서 본 바와 같이 會社의 資本充實을 위하여 株金額納入責任을 法定한 것이지 그 자체가 株主의 確定을 目的으로 한 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 따라서 名義借用에 의한 株式引受는 假設人의 名義로 株式을 引受하거나 他人의 承諾없이 그 名義로 株式을 引受한 者(商 332조 1항)의 경우와는 완전히 구별하여 생각하여야 할 문제라고 본다. 왜냐하면 후자의 경우에는 실제의 株式引受人에 대하여 대항해서 株主라고 주장하고 나설 者가 없기 때문에 실제의 株式引受人이 株金額을 納入하고 株主의 地位를 차지하는 것은 당연하나, 전자의 경우에는 名義借用者와 名義貸與者의 利害關係가 對立될 수 있고, 株式에 대한 처리가 大量的·集團의으로 이루어지고 있는

(20) 日最高裁判 1967(昭 42), 11.17. 民集 21卷 9號 2448面. 그 判決要旨는 다음과 같다.

「他人의 承諾을 얻어 그 名義로 株式을 引受한 경우에 있어서는 名義人 즉 名義貸與者가 아니고 實質上의 引受人 즉 名義借用者가 株主로 된다고 풀이하는 것이 마땅하다. 왜냐하면 商法 제201條(우리 商法 第332條)는 第1項에 있어서 名義 이하를 묻지 아니하고 實質上의 引受人이 株式引受人의 義務를 負擔한다는 당연한 事理를 規定하고, 第2項에 있어서는 특히 通謀者의 連帶責任을 規定한 것이라고 풀이되고, 단순한 名義貸與者가 株主인 權利를 取得하는 뜻을 規定한 것이라고 풀이되지 아니하므로 株式의 引受 및 納入에 대하여는 一般私法上의 法律行爲의 경우와 같이 실제로 契約의 當事者로서 請約을 한 者가 引受人으로서의 權利를 取得하고 義務를 負擔하는 것이라고 풀이하여야 하기 때문이다.」

사정과 연관시켜 볼 때에는 名義借用者와 名義貸與者 사이에 누구를 株主로 볼 것이냐는 當事者의 內部關係와 對會社關係로 나누어 보는 것이 옳다고 생각한다. 다시말하면 名義借用에 의한 株式引受의 경우에는 名義借用者와 名義貸與者 사이의 관계에 있어서는 名義借用者가 實質的인 株主로서의 地位를 가진다 하더라도 對會社關係에서는 株主名簿에 株主로 있는 名義貸與者가 株主라고 보아야 할 것이고, 名義借用者가 株主로서의 權利를 主張하기 위하여는 株式讓渡를 받아 名義改書節次를 밟아야 한다고 보는 것이 옳을 것이다(商 336조, 337조 참조).<sup>(21)</sup> 그러므로 名義借用에 의한 株式引受에 있어서는 對會社關係에 있어서는 名義人인 名義貸與者를 株主로 보는 形式說이 옳다고 할 것이고, 여기에 그 論據들을 몇 가지 들어보기로 한다.

① 株式引受의 要式性을 들 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 株式의 引受는 株式請約書에 의하도록 하고 있고, 會社는 그 株式請約에 대하여 자유로 株式配定을 할 수 있는 것이 원칙이다. 그러므로 名義貸與者의 이름으로 株式請約을 하고 會社가 그 名義貸與者에게 株式를 配定하여 株金額이 納入된 후에 名義借用者가 당연히 株主로서의 權利를 행사하도록 하는 것은 表示에 의한 禁反言의 原則에 어긋난다 할 것이다. 일반적으로 株式會社는 資本團體로서 사람의 결합보다는 資本의 결합에 그 본질이 있다<sup>(22)</sup>고 하여 社員인 株主의 개성을 重視하지 않고 株式讓渡自由의 原則(商 335조 1항)을 인정하고 있다. 그러나 株式會社에 있어서도 商法과 定款에 정한 事項은 모두 株主總會의 決議를 거쳐(商 361조) 會社를 운영하여야 하므로 投資者인 株主의 개성이 重視되지 않을 수 없고, 立法論으로는 株式讓渡의 자유를 어느 정도 制限할 필요가 있다 할 것이다.<sup>(23)</sup> 그러므로 會社가 株式引受의 請約이 있을 때에 株式配定自由의 原則에 따라 株式請約書의 名義를 기초로 株式를 配定한 후에 그 名義人이 아닌 名義借用者가 당연히 株主로서의 權利를 주장할 수 있도록 하는 것은 株式引受의 請約을 要式行爲로 하고 이를 形式的·劃一的으로 처리하도록 하고 있는 去來의 실정에 부합하지 않는다 할 것이다. 여기서 會社가 他人名義에 의한 株式引受의 請約을 한 事實을 알면서 株式를 配定한 경우에는 보호할 表示에 대한 會社의 信賴가 없으므로 名義借用者를 株主로 보아야 한다는 주장이 成立될 수 있으나, 이 경우에도 法律政策上 株式請約書에 기재된 名義人을 株主로 보는 것이 옳다고 생각한다.<sup>(24)</sup>

② 株式會社의 株主가 會社에 대하여 權利를 行使하기 위하여는 記名株式의 경우에는 株

(21) Theo Guhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht*. 7 Aufl., 1980, S.632. 瑞西債務法 제685조 4항은 「會社에 대한 關係에 있어서는 株主名簿에 記載되어 있는 者를 株主로 본다」(Im Verhältnis zu der Gesellschaft wird als Aktionär betrachtet, wer im Aktienbuch eingetragen ist)라고 明示하고 있다. 獨逸株式法 67조 2항도 마찬가지이다.

(22) 鄭熙喆, 前掲書, 330면.

(23) 朴吉俊, 株式會社의 資金調達에 관한 改正意見, 韓國商事法學會編 商法改正의 論點, 82면 참조.

(24) 今井, 前掲書, 137면, 오늘날 우리나라에서 한창 논의되고 있는 實名制去來를 위해서도 株式請約書에 기재된 名義에 따라 株主로 다루는 것이 옳을 것이다.

主名簿에 그 姓名과 住所가 기재되어야만 하고(商 337조, 354조 참조), 無記名株式의 경우에는 그 株券을 會社에 供託하여야만 하는 것이다(商 358조). 이와 같이 株主의 權利行使는 株主名簿의 記載나 株券의 供託이라는 形式的인 要件에 의하게 되므로 會社는 實質的인 株主가 누구이냐를 묻지 아니하고 그 株主名簿에 따라 劃一的으로 事務處理를 할 수 있도록 하는 것이 요구된다. 이것은 集團的·大量的으로 처리하는 株式事務에 있어서 實質的인 株主가 누구이냐를 고려하도록 하는 것은 바람직하지 못하기 때문이다. 그리고 株主에 대한 會社의 通知 또는 催告는 株主名簿에 기재한 住所 또는 그 者로부터 會社에 通知한 住所로 하면 되므로(商 353조) 名義借用에 의하여 株式를 引受한 경우에도 會社는 株主名簿에 기재된 株主에게만 權利를 행사하도록 하는 것이 마땅할 것이다.<sup>(25)</sup>

③ 일정한 者에게 株式取得을 禁止하고 있는 경우에 그에 해당하는 자가 他人의 名義를 빌려 株式引受를 한 경우를 들 수 있다. 우리 商法附則 제 4 조는 「法令의 規定에 의하여 大韓民國國民만으로 組織할 株式會社와 大韓民國國民만으로 組織할 것을 條件으로 하여 特別한 權利를 가진 株式會社는 無記名式의 株券을 發行하지 못한다. 이에 違反한 경우에는 그 株券을 無效로 하고 최후의 記名株主를 株主로 한다」라고 규정하고 있다. 그러므로 가령 大韓民國國民만으로 組織하기로 하는 株式會社의 株式引受에 있어서 外國人이 우리 國民의 이름으로 株式引受의 請約을 하고 會社가 이에 株式를 配定한 때에는 그 外國人에게 實質的인 株式引受人으로서의 地位를 인정할 수는 없는 것임은 물론이다. 또 가령 合作會社에서 內外國人의 投資比率를 정하고 있는 경우에, 外國人이 內國人의 이름을 빌려 株式引受를 한 때에도 그 外國人에게 實質上의 株式引受人으로서의 地位를 인정할 수는 없다고 하여야 할 것이다. 이러한 점에서도 名義借用에 의한 株式引受의 경우 形式說을 취하는 것이 合理的이라 할 것이다.

④ 株式會社의 設立은 7人 이상의 發起人을 요건으로 하고(商 288조), 定款의 作成은 發起人에 의하여 이루어지고, 그 姓名과 住所는 定款에 기재하여 公示하도록 하고 있다(商 289조 1항). 따라서 7人未滿의 發起人에 의하여 株式會社가 設立된 때에는 設立無效의 原因이 되고 있다.<sup>(26)</sup> 물론 株式會社가 資本團體이고 會社의 成立要件으로서 7人 이상의 發起人을 요구하고 있으나, 이것을 存續要件으로 하지 아니하여 株式이 1人의 株主에게 歸屬되는 이른바 一人會社를 인정하고 있다 하더라도(商 517조 1호 참조), 會社의 設立時부터 形式的으로는 7人 이상의 發起人을 두고, 實質的으로는 1人에 의하여 會社를 設立할 수 있는 길을 열어 놓는 것은 7人 이상의 發起人을 株式會社設立의 要件으로 하고 있는 法의 精神

(25) Würdinger, a.a.O. S. 53 참조. 독일株式法上 記名株式의 경우에 會社에 대한 관계에서는 株主名簿에 株主로서 기재된 者만이 株主가 되므로(67조 2항) 株主名簿에 기재된 資格있는 株主(Der eingetragene Legitimationsaktionär)는 會社에 대하여 자기의 이름으로 모든 株主權을 행사하여야 하는 것이다.

(26) 鄭熙喆, 前掲書, 355면; 崔基元, 前掲書, 120면.

을 완전히 없애 버리는 결과가 된다 할 것이다. 앞에서 인용한 우리나라 大法院判例에서 나타난 事實關係에서 보면 株式會社의 設立時에 있어서 다같이 出資者는 1人이고, 나머지는 名義貸與者에 지나지 않는다는 주장에서도 이를 엿볼 수 있는데, 實質的으로는 1人이 會社를 設立하면서 他人의 名義를 冒用 또는 借用하여 7人 이상의 發起人의 수를 채워 形式化하는 것을 助長하는 것은 法律政策的으로도 바람직한 일은 아닐 것이다.

#### IV. 大法院決定에 대한 批判

이 大法院決定은 申請人들이 少數株主權者로서 臨時株主總會召集申請을 한 事件에서 그 申請人들이 名義上의 株主일 뿐 實質的인 株主가 아니라는 이유로 申請人適格을 결여하였음을 들어 申請人들의 申請을 却下한 原審決定을 確認한 것이다. 우리 大法院判例은 앞에서 본 바와 같이 他人의 승락을 얻어 株式을 引受할 경우에 實質的 法律關係에 의하여 그 名義와는 상관없이 실질적으로 株式을 引受하여 株金額을 納入한 名義借用者가 株主라고 보는 實質說에 따르고 있고, 이 事件 決定은 바로 그 判例들을 거듭 확인한 것이라 할 수 있다. 따라서 實質說의 입장에서 볼 때에는 이 事件 大法院決定은 정당하다고 할 수 밖에 없다.

그러나 이 決定의 背景에 깔려 있는 事實關係에서 보면 申請人인 乙, 丙 등은, 그들의 남편이고 이비지인 甲이 그들을 위하여 그들의 名義로 株式을 引受하여, 그들이 適法한 株主임을 내세우고 있고, 被告 會社는 申請人들이 단순한 名義貸與者이고 실질적인 株式引受人으로서 株金額을 納入한 株主가 아니라고 주장하고 있다. 그렇다면 이 事件에서 그 구체적인 事實關係를 정확히 알 수는 없으나, 株主名簿上의 株主는 乙, 丙 등이고, 실질적인 株主는 甲이라고 보아야 할 것이다. 이 경우에 甲과 乙, 丙 등의 관계는 甲과 乙, 丙 사이에 解決지워야 할 사항이라 할 수 있는데, 會社가 甲이 株主이고, 乙, 丙 등은 株主名簿上 株主로 되어 있다 하더라도 株主가 아니라고 주장할 수 있으나 하는 문제가 제기된다. 株主名簿는 記名株式을 발행한 때에 株主와 株券에 관한 事項을 명백히 하기 위하여 商法의 規定에 따라 작성하는 帳簿이고(商 352조), 會社는 株主名簿에 따라 株主가 누구이냐를 판단할 것이지, 實質的인 株主가 누구이냐를 따질 것은 아니라고 보지 않을 수 없다. 이것은 우리 商法에서 독일株式法 제67조 2항이나 瑞西債務法 제685조 4항<sup>(27)</sup>과 같이 「會社에 대한 관계에서는 株主名簿에 株主로서 기재된 者만이 株主이다」라는 明文의 규정을 두고 있지 아니하다 하더라도 株主名簿의 正질상 당연한 것으로 받아들여야 할 것이다. 이것은 우리 商法이 株式去來에 있어서 株式引受의 請約으로부터 株式讓渡에 이르기까지 要式主義를 취하고, 記名株式의 讓渡를 會社에 對抗하기 위하여 株主名簿에 名義改書를 요구하고 있는 점(商 337조)에서도 會社는 株主名簿를 기초로 株主이냐 아니냐를 판단하도록 하여야 할 것이다.

(27) 註 (21), (25) 참조.

이와 같이 불 때에 大法院判決이 名義借用에 의한 株式引受의 경우 「名義借用人만이 실질상의 株式引受人으로서 名義貸與人으로부터 名義改書 등의 節次를 밟은 여부와는 관계없이 株主가 된다」고 判示한 것(대판 1975.9.23. 74 다 804)은 부당하다고 하지 않을 수 없고, 이러한 判例를 기초로 株主名簿上の 株主인 申請人 등이 名義貸與에 의한 株式引受人으로서 實質上の 株主가 아니라는 이유로 臨時株主總會召集許可申請을 받아들이지 아니한 것은 잘못이라고 여겨진다. 요컨대 名義借用에 의하여 株式을 引受하여 名義借用者가 실제로 株金額을 納入하였다 하더라도 對內的으로 名義貸與者에 대하여는 株主인을 주장할 수는 있으나, 對會社關係에서는 株式讓渡의 節次를 밟아 名義改書를 하지 아니하는 한 株主로서의 地位를 차지할 수 없고, 株主名簿上の 名義人인 名義貸與者가 株主라고 보아야 할 것이다. 그리하여 商法 제332조 2항을 무리하게 解釋하여 他人의 승락을 얻어 株式을 引受한 경우에 名義借用者가 당연히 株主로 된다고 풀이하는 것은 부당하다고 하지 않을 수 없고, 우리 大法院判決은 變更되어야 한다고 생각한다.