

한국상사법학회 2017년 추계학술대회

명의개서와 주주권행사에 관한 쟁점과 전망

일시 · 2017. 10. 20. (금) 13:00-18:00

장소 · 연세대학교 광복관 별관 국제회의장

주최 社團 韓國商事法學會
Korea Commercial Law Association



연세대학교 법학연구원
Institute for Legal Studies, Yonsei University



부산대학교 법학연구소
PUSAN NATIONAL UNIVERSITY

한국상사법학회 2017년 추계학술대회 “명의개서와 주주권행사에 관한 쟁점과 전망”

- ▣ 대 주 제 : 명의개서와 주주권행사에 관한 쟁점과 전망
- ▣ 일 시 : 2017. 10. 20. (금) 13:00 – 18:00
- ▣ 장 소 : 연세대학교 광복관 별관 국제회의장
- ▣ 주 최 : (사)한국상사법학회, 연세대학교 법학연구원, 부산대학교 법학연구소

▣ 세부일정

- 등 록: 13:00 – 13:30
- 개회식: 13:30 – 13:50
 - 개회사: 임재호 한국상사법학회 회장
 - 환영사: 이철우 연세대학교 법학연구원장
 - 축 사: 박성훈 법무부 상사법무과장
- 주제발표 및 토론: 14:00 – 18:00
 - 전체사회: 최영주 총무이사
 - 학술사회: 천경훈 연구이사

【학술대회 일정】

세션	발표자	주제	사회자	토론자
제1세션 14:00-14:50	심 영 (연세대)	명의주주와 주주권의 행사	정경영 (성균관대)	박세화 (충남대)
사진촬영 (14:50-15:00)				
제2세션 15:00-16:20	정대익 (경북대)	명의개서와 주주권행사에 관한 독일법의 동향	김순석 (전남대)	안성포 (전남대)
	강영기 (고려대)	명의개서와 주주권행사에 관한 일본법제의 현황		고재종 (선문대)
Coffee break (16:20-16:40)				
제3세션 16:40-18:00	종합토론			
	사회자: 김정호 (고려대) 패 널: 심 영 (연세대) / 정대익 (경북대) / 강영기 (고려대) / 이미현 (연세대) / 천재민 (법무법인 바른 변호사) / 최지웅 (한국예탁결제원 변호사)			

● 만찬(18:20~20:00)

한국상사법학회 2017년 추계학술대회

명의개서와 주주권행사에 관한 쟁점과 전망

제1세션

명의주주와 주주권의 행사

발표자: 심 영 (연세대)

사회자: 정 경 영 (성균관대)

토론자: 박 세 화 (충남대)

명의주주와 주주권의 행사

-대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체판결이 다른 판례에 미치는 영향-

심 영*

I. 서 설

증권회사에 개설된 증권계좌를 이용하여 상장회사의 주식을 장내매수하였고 실질주주명부에 기재까지 마쳤으나 이 주식매수를 다른 사람이 명의주주의 승낙을 얻어서 한 것이고 주식취득 대금도 그 다른 사람이 부담한 사안에서, 명의주주가 해당회사의 주주총회결의의 무효확인 및 부존재확인 또는 결의취소소송을 제기할 수 있는가에 대한 기존의 판례를 변경한 것이 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체판결(이하 '2017년 전원합의체판결'이라 한다)이다.

2017년 전원합의체판결은 상법이 주주명부제도를 둔 이유를 회사가 다수의 주주와 관련된 법률관계를 외부적으로 용이하게 식별할 수 있는 형식적이고도 획일적인 기준에 의하여 처리함으로써 사무처리의 효율성과 법적 안정성을 도모하기 위함이지 해당 주주의 회사에 대한 권리행사 사무의 처리에 관한 회사의 편의만을 위한 것이라고 볼 수 없다고 하였다. 그리고 상법의 취지는 주주명부상 기재와 명의개서에 대하여 특별한 효력을 인정하여 주식의 소유권 귀속에 관한 회사 이외의 주체들 사이의 '권리관계'와 주주의 회사에 대한 '주주권 행사'국면을 구분하는 것이라고 하였다.¹⁾ 따라서 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자는 주식발행의 경우와 주식양도의 경우 모두 주주명부의 기재에 의하여 획일적으로 확정되어야 한다고 하였다.²⁾

타인명으로 주식을 인수하였거나 주식양수를 하였으면서도 주주명부에 명의개서를 하지 아니한 실질주주는 언제든지 주주명부에 주주로 기재해 줄 것을 청구하여 주주권을 행사할 수 있는 것이다. 2017년 전원합의체판결은 예외적으로 특별한 사정이 있는 경우에는 주주명부에 기재를 하지 않고 회사에 대해 주주권을 행사할 수 있다고 하면서 주주명부에의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절된 경우를 예시하고 있다.³⁾

2017년 전원합의체판결에 따라 판례가 타인명의에 의한 주식인수의 법률관계에 대한 실질설의 입장에서 형식설의 입장으로 변경되었는가에 대한 논의가 이루어지고 있다.⁴⁾ 2017년 전원합의체판결은 기존의 형식설/실질설 접근방법에 변화를 준 것으로 판단된다. 기존의 학설과 판례는 타인명의에 의한 주식인수의 경우 주주인정에 관한 문제를 상법 제332조 제2항의 해석문제로 접근하였으나, 2017년 전원합의체판결은 상법이 '주식의 소유권 귀속에 관한 회사

* 연세대학교 법학전문대학원 교수

1) 2017년 전원합의체판결 이유 1.(2) 부분.

2) 2017년 전원합의체판결 이유 1.(3) 부분.

3) 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다40952 판결 참조.

4) 2017년 전원합의체판결이 형식주주와 실질주주의 관계에 관한 실질성의 입장에 있던 판례를 변경하여 형식설을 취하고 있다고 보는 견해는 정경영, "주식회사와 형식주주, 실질주주의 관계", 비교사법(2017. 7), 870면 참조. 2017년 전원합의체판결은 주주권의 귀속과 권리행사의 문제를 분리하여 주주권의 귀속은 실질설에 따라 해결하고 권리행사의 문제는 명의개서 대항력에 대한 쌍방향 구속설에 의해 해결한 것이라는 견해는 송종준, "명의주주의 법적 지위와 명의개서의 상호관계", 법조(2017. 6), 888면 참조.

이외의 주체들 사이의 권리관계'와 '주주의 회사에 대한 주주권 행사국면'을 구분하고 있다고 실시하면서 주주명부제도와 명의개서의 대항력을 이용하여 해결하기 때문이다.⁵⁾ 따라서 이제는 상법 제332조 제2항은 명의차용자인 주식인수인과 명의대여자의 연대납입의무만을 규정한 것으로 해석하여야 하고 명의차용자와 명의대여자 사이에 누가 실질적으로 권리를 가지는가를 규정한 것으로 보아서는 아니 된다.

아래에서는 주주권의 권리귀속과 주주권의 행사요건(주주명부상 기재)을 구분하는 2017년 전원합의체판결의 법리를 기준으로 하여 기존의 판례가 제시한 법리에 어떠한 변경이 있어야 하는가를 살펴보고자 한다.

II. 2017년 전원합의체판결이 명시적으로 변경한 판결

1. 타인명의의 주식인수

타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하고 그 대금을 납입한 경우에 그 타인의 명의로 주주명부에 기재까지 마쳐도 실질상의 주주인 명의차용인만이 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 주주에 해당한다는 취지로 본 다음과 같은 판결을 변경하였다.

(1) 대법원 1975. 9. 23. 선고 74다804 판결(주주총회결의 무효확인)

피고회사의 주주총회 당시에 명의주주인 원고를 피고회사의 주주임을 전제로 한 원심판결을 파기한 판결이다. 대법원은 이 사건에서 주식을 인수함에 있어서 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 출자하여 주식대금을 납입한 경우에는 실제로 주식을 인수하여 그 대금을 납입한 명의차용인만이 실질상의 주식인수인으로서 명의대여인으로부터 명의개서 등 절차를 밟은 여부와는 관계없이 주주가 되며 단순한 명의대여인은 주주가 될 수 없다고 판단하였다(밑줄 친 부분은 이 판결 이후 명의주주와 실질주주에 대한 법리를 실시할 때 그대로 사용되는 문구이다).

(2) 대법원 1977. 10. 11. 선고 76다1448 판결(주주총회결의 무효확인)

원고와 피고가 위 (1)번 판결과 동일한 사건이다. 명의주주에게 주주총회 소집통지를 하지 않는 것에 대하여 (1)번 판결의 판시내용을 그대로 인용하였다.

(3) 대법원 1980. 9. 19.자 80마396 결정(임시주주총회소집허가신청 각하결정에 대한 재항고)

명의주주의 임시주주총회 소집허가 신청사건에서 명의주주가 한 임시주주총회 소집허가 신청은 그 신청인 적격을 결여한 것으로 부적법하다고 판단하였다.

(4) 대법원 1980. 12. 9. 선고 79다1989 판결(주주총회 결의 부존재확인)

명의주주는 주주총회 및 이사회 결의에 중대한 하자가 있다고 할지라도 각각의 부존재확인을 구할 정당한 지위에 있지 않다고 판단하였다.

(5) 대법원 1985. 12. 10. 선고 84다카319 판결(주주총회결의 등 부존재확인)

5) 이철송, “회사분쟁의 단체법적 해결원칙의 제시”, 선진상사법률연구(2017.4), 243면.

단순한 명의대여자에 불과한 명의주주는 피고회사의 주주로 볼 수 없다고 할 것이니 주주총회 및 이사회결의의 부존재확인을 구할 정당한 지위에 있지 않다고 판단하였다.

(6) 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다50619 판결(주주총회결의취소)

신주발행의 인수대금을 조달한 원고를 실질주주로 인정한 사건이다.

(7) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다22552 판결(손해배상)

상법 제403조 제1항은 '발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주'가 주주대표소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 주주의 자격에 관하여 별도 요건을 규정하고 있지 않으므로, 주주대표소송을 제기할 수 있는 주주에 해당하는지는 실질주주가 주주가 되며 명의주주는 주주가 될 수 없다는 법리에 따라야 한다고 판단하였다.

(8) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다27519 판결(이사지위 등 부존재확인)

위 (7)번 사건과 같은 사실관계를 가지는 사건이다. 이사 또는 감사의 지위부존재확인의 소는 회사의 주주 또는 다른 이사 등이 아닌 일반의 제3자는 이사 등 자격의 존부 자체에 관하여 즉시 확정을 구할 법률상 이익을 갖는다고 보기 어려워 확인이 이익이 없다고 하였다. 위와 같은 소송을 제기할 수 있는 주주에 해당하는지 여부는 실질주주가 주주라는 법리에 따라 판단하여야 할 것이라고 하였다. 따라서 이사 또는 감사의 지위부존재확인의 소를 제기할 수 있는 주주는 주주명부상 주주를 의미한다거나, 실질상의 주식인수인이 주주가 된다는 법리가 회사를 설립하면서 신주를 인수한 경우에는 적용되지 않는다는 취지의 주장은 이유가 없다고 하였다.

2. 실질적으로 인수 또는 양수를 마쳤으나 형식적 절차를 이행하지 않은 경우

대법원 1980. 4. 22. 선고 79다2087 판결(이사 겸 대표이사 직무집행정지가처분)은 주식인수 및 양수계약에 따라 주식의 인수대금 또는 양수대금을 모두 납입하였으나 주식의 인수 및 양수에 관하여 상법상의 형식적 절차를 이행하지 아니한 자의 주주로서의 지위를 회사는 부인할 수 없다고 한 판결이다.

이 판결은 회사의 사실상 1인 주주가 회사의 자금난을 해결하기 위하여 합작투자계약을 체결하였고⁶⁾ 이에 따라 신규투자자가 약속한 금액 모두를 지급하였으나 기존주주가 해당 합작투자계약을 해제하고 신규투자자가 파견한 이사를 해임하고자 개최한 임시주주총회에서 신규투자자의 주주로서의 지위를 인정한 판결이다. 이 판결은 형식적으로는 주식을 양수하지 않았고 주식을 인수하지도 않은 자에게도 실질주주로서 주주권을 행사하도록 하여야 한다는 판결이었다.

3. 명의개서미필주주와 편면적 구속력

회사가 명의개서를 하지 아니한 실질상의 주주를 주주로 인정하는 것은 무방하다고 한 아래

6) 기존주주와 신규투자자가 각각 해당 회사주식을 50%씩을 소유하기로 하고 이를 위하여 신규투자자에게 위 회사가 신탁소유하고 있는 주식전부와 기존주주의 주식일부를 양도하고 해당회사가 신주를 발행하는 것으로 하였다.

와 같은 판결을 변경하였다.

(1) 대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카14714 판결(주주권확인 등)

회사가 명의개서 미필주주를 그가 주식을 취득한 당시부터 주주로 인정한 경우에는 신주인 수권도 그 명의개서 미필주주에게 귀속한다고 판단하였다.

대법원은 상법 제337조 제1항의 규정은 “주주권 이전의 효력요건을 정한 것이 아니고 회사에 대한 관계에서 누가 주주로 인정되느냐 하는 주주의 자격을 정한 것으로서 기명주식의 취득자가 주주명부상의 주주명의를 개서하지 아니하면 스스로는 회사에 대하여 주주권을 주장할 수 없다는 의미이고, 명의개서를 하지 아니한 실질상의 주주를 회사측에서 주주로 인정하는 것은 무방하다고 해석하여야 할 것이다”라고 설시하였다(밑줄 친 부분은 이 판결 이후 명의개서 미필주주에 대한 법리를 실시할 때 그대로 사용되는 문구이다).

(2) 대법원 2001. 5. 15. 선고 2001다12973 판결(주주총회결의 부존재확인)

주주총회의 사회를 보던 피고회사의 직원이 명의개서하지 아니한 주식에 대해 명의개서 미필주주에게 의결권을 인정하고자 하였으나 반대측의 반대로 인해 그 의결권을 인정하지 않은 사건이다.

(3) 대법원 2005. 2. 17. 선고 2004다61198 판결(주주총회결의 부존재확인)

기존주주로부터 피고회사의 총 발행주식 전부를 전전 양수한 주주 모두가 참석한 임시주주총회에 대하여 명의개서 미필주주를 회사가 주주로 인정하는 것은 무방하며, 주주총회가 법령이나 정관상 요구되는 이사회의 결의나 소집절차를 거치지 아니하고 이루어졌어도 이 사건에서와 같이 주주 전원이 참석하여 아무런 이의 없이 일치된 의견으로 총회를 개최하는데 동의하고 결의가 이루어졌다면 유효하다고 판단하였다.

(4) 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다70307 판결(주주총회결의 무효확인)

피고회사의 임시주주총회는 일부 주주들에게 소집통지를 하지 아니한 절차상의 하자가 있기는 하나,⁷⁾ 명의개서를 하지 아니한 실질상의 주주를 일부 포함하여 결의에 필요한 정족수를 넘는 주주들이 출석하여 전원이 찬성하여 결의를 한 경우 주주총회결의는 무효가 아니라고 판단하였다.

4. 주주명부의 면책력

회사가 주주명부상 주주가 형식주주에 불과하다는 것을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였고 또한 이를 용이하게 증명하여 의결권 행사를 거절할 수 있었음에도 의결권 행사를 용인하거나 의결권을 행사하게 한 경우에 그 의결권 행사가 위법하게 된다는 취지로 판시한 아래의 판결을 변경하였다.

(1) 대법원 1998. 9. 8. 선고 96다45818 판결(주주총회결의 취소)

피고회사의 발행주식 50%를 소유한 주주이자 대표이사가 나머지 주식 50%를 소유하고 있는 원고 사이에 분쟁이 발생하였고, 대표이사가 주주총회를 소집하면서 위 두 사람이 세무상

7) 이는 주주총회 취소사유에 불과하다고 설시함.

편의 때문에 명의를 차용하여 주주명부상에 주주로 기재된 명의주주(형식주주)에게 소집통지를 하여 의결권을 행사하게 한 사건이다.

(2) 대법원 1998. 9. 8. 선고 96다48671 판결(가처분 이의)

위 (1)번 사건과 동일한 사실관계를 가진 사건으로 판결내용도 동일하다.

III. 2017년 전원합의체판결에 따른 검토가 필요한 판례

1. 가장납입과 주금상환채무: 대법원 2004. 3. 26. 선고 2002다29138 판결

가장납입이란 실제로 주금액의 납입이 없이 형식상으로만 납입이 된 것으로 가장한 경우를 말한다.⁸⁾ 판례는 일시적인 차입금으로 주금납입의 외형을 갖추고 회사설립이나 신주발행 후 곧바로 그 납입금을 인출하여 차입금을 변제하는 주금의 가장납입(견금)의 경우에는 금원의 이동에 따른 현실의 불입이 있는 것이고 설령 그것이 주금납입의 가장수단으로 이용된 것이라 할지라도 이는 납입을 하는 발기인, 이사들의 주관적 의도에 불과하고 이러한 내심적 사정은 회사의 설립이나 증자와 같은 집단적 절차의 일환을 이루는 주금납입의 효력을 좌우할 수 없다고 한다.⁹⁾

대법원 2004. 3. 26. 선고 2002다29138 판결은 가장납입에 의한 주금납입의 효력을 유효로 보기 때문에 주식회사의 자본충실의 요청 상 주금을 납입하기 전에 명의대여자 및 명의차용자 모두에게 주금납입의 연대책임을 부과하는 규정인 상법 제332조 제2항은 이미 주금납입의 효력이 발생한 주금의 가장납입의 경우에는 적용되지 않으며, 주금의 가장납입이 일시 차입금을 가지고 주주들의 주금을 해당납입한 것과 같이 볼 수 있어 주금납입이 종료된 후에도 주주는 회사에 대하여 해당납입한 주금을 상환할 의무가 있다고 하여도 이러한 주금상환채무는 실질상 주주인 명의차용자가 부담하는 것일 뿐 단지 명의대여자로서 주식회사의 주주가 될 수 없는 자가 부담하는 채무라고는 할 수 없다고 판시하고 있다.

위와 같은 경우 이제는 2017년 전원합의체판결의 법리에 따라 명의대여자는 회사에 대하여 주주권을 행사할 수 있다. 그러나 명의차용자가 실질주주임을 부정하고 명의대여자에게 창설적으로 주주권이 발생하는 것은 아니고 명의차용자가 자신의 권리를 증명하여 명의개서를 할 수 있다.¹⁰⁾ 따라서 여전히 기존 판례와 같이 실제로 가장납입을 한 실질주주만이 주금상환채무를 부담한다고 보아야 한다.

2. 주주명부 기재의 추정력과 복명: 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결

주주명부에 주주로 기재되어 있는 자는 주주로 추정되므로 이를 번복하기 위하여 명의주주의 주주권을 부인하는 자(실질주주)에게 증명책임이 있다.¹¹⁾ 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007

8) 가장납입의 사법상 효력과 형사상 죄책에 대해서는 양기진, “가장납입의 효력에 관한 법적 검토”, 『이화여자대학교 법학논집』(2016. 12) 참조.

9) 대법원 1983. 5. 24. 선고 82누522 판결.

10) 이철송, “회사분쟁의 단체법적 해결원칙의 제시”, 『선진상사법률연구』 제78호 (2017. 4), 232면.

11) 대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카2082 판결; 대법원 2016. 8. 29. 선고 2014다53745 판결.

다51505 판결은 주주명부상의 주주임에도 불구하고 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 주주권을 적법하게 행사할 수 없다고 인정하기 위해서는 주주명부상의 주주가 아닌 제3자가 주식인수대금을 납입하였다는 사정만으로는 부족하다고 하면서, ① 제3자와 주주명부상의 주주 사이의 내부관계, ② 주식인수와 주주명부 등재에 관한 경위 및 목적, ③ 주주명부 등재 후 주주로서의 권리행사 내용 등에 비추어, 주주명부상의 주주는 순전히 명의만을 대여해 준 것일 뿐 회사에 대한 관계에서 주주명부상의 주주로서 주주권을 행사할 권한이 주어지지 아니한 형식상의 주주에 지나지 않는다는 점을 증명할 것을 요구한다.

이 판결은 주주명부상의 주주가 주주권을 적법하게 행사할 수 없다고 인정하기 위한 고려사항을 제시하고 있다. 이 판결의 논지는 주주명부상의 주주가 단순한 형식상의 주주라면 실질주주가 주주권을 행사할 수 있지만 형식상의 주주에 지나지 않는다는 점을 증명하지 못하면 주주명부상의 주주가 주주권을 행사할 자격이 있다고 추정된다는 것이다. 따라서 이 판결도 2017년 전원합의체판결의 ‘회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제로 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상의 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없다’는 법리에 따라 변경되어야 한다. 다만 실질주주가 주주명부상의 주주가 형식주주임을 주장하여 이를 증명할 때 고려한 사항으로 위 ①부터 ③까지의 사항은 계속 유지된다고 볼 것이다.¹²⁾

3. 명의개서의 추정력: 대법원 1989. 7. 11. 선고 89다카5345 판결

대법원 1989. 7. 11. 선고 89다카5345 판결은 주식을 양수하기로 한 승계인이 제3자에게 해당 주식을 처분하는 과정에서 처분의 편의를 위하여 주권을 이사(A)에게 보관하였는데 결제금액과 관련하여 상호분쟁이 발생하자 A가 주권의 교부를 거절하고 계약해제의 통지를 한 후에 회사의 주식 전부를 A의 명의로 명의개서를 하고서(즉 실질상 주식을 취득하지 못한 주권점유자가 명의개서를 하고서) 정관에서 정한 주주총회소집절차를 거치지 않고 임시주주총회를 개최한 사건이다.¹³⁾

대법원 1989. 7. 11. 선고 89다카5345 판결은 주권의 점유자가 주주명부상의 명의개서를 하였으나 실질상 주식을 취득하지 못한 경우에는 주주로서의 권리행사를 할 수 없다는 것으로, 주권의 점유에는 반증이 없는 한 그 권리자로 인정된다는 자격수여적 효력만을 부여한 것이고 주주명부에 기재된 주주는 실질적 권리를 증명하지 않아도 주주의 권리를 행사할 수 있게 한 자격수여적 효력만을 인정했는 것이지 주주명부의 기재에 창설적 효력을 인정한 것은 아니기 때문이라는 점을 판시하고 있으며¹⁴⁾ 이 판결요지는 2017년 전원합의체판결에 따라 변경되지 않는다. 따라서 주권의 적법한 소지인이 아닌 자가 한 명의개서는 추정력만 인정될 뿐 반증에 의하여 복멸될 수 있기 때문에 실질주주가 위 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결에서 제시한 사항을 증명하여 잘못된 명의개서를 말소하고 자신의 명의를 주주명

12) 이 판결에서는 증명할 사항으로 위와 같은 내용을 제시하면서 “주주명부상의 주주는 순전히 명의만을 대여해 준 것일 뿐 회사에 대한 관계에서 주주명부상의 주주로서 주주권을 행사할 권한이 주어지지 아니한 형식상의 주주에 지나지 않는다는 점을 증명되어야 한다”고 실시하였으나, 2017년 전원합의체판결의 취지에 따르면 ‘주주명부상의 주주는 순전히 명의만을 대여해 준 것이라는 점’만 증명하면 될 것이다.

13) 이 사건에서 A의 명의개서 당시에 원고가 대표이사였는데 왜 회사가 A명의의 명의개서를 해주었는지는 판결문상 명확하지 않다.

14) 따름 판례로는 대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다45537 판결이 있다.

부에 기재하도록 한 후에 주주권을 행사할 수 있다.

2017년 전원합의체판결은 ‘특별한 사정’이 없는 한 주주명부에 ‘적법하게’ 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 주주명부에 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우는 주주명부의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 경우에 한한다고 하고 있다.¹⁵⁾ 2017년 전원합의체판결은 회사가 실질주주의 명의개서를 부당하게 막는 경우에는 실질주주가 주주권을 행사할 수 있음을 명확히 하고 있다. 그러나 2017년 전원합의체판결이 실질주주가 아닌 단순한 주권점유자가 자기 이름으로 명의개서를 한 경우에 그 명의개서에 따른 명의주주가 주주권을 행사할 수 있는지, 만약 주주총회에서 그 명의주주가 의결권을 행사한 경우 주주총회에 하자가 발생하는지 등을 판단하였는지는 명확하지가 않다.¹⁶⁾

4. 주식양수인의 지위

4.1. 주식양수인의 양수사실의 통지: 대법원 1995. 7. 28. 선고 94다25735 판결

대법원 1995. 7. 28. 선고 94다25735 판결은 주식을 취득한 자가 회사에 대하여 명의개서를 청구할 때에는 특별한 사정이 없는 한 회사에게 그 취득한 주권을 제시하여야 하므로, 회사에 그 양수한 내용만 통지하였다면 그 통지 사실만으로는 회사에 명의개서를 요구한 것으로 보기 어렵다고 하였다. 이러한 법리는 명의개서청구여부를 판단하는 기준이므로 2017년 전원합의체판결에 따른 변경은 없다.

4.2. 명의개서하지 아니한 주식양수인의 지위: 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다6774 판결

대법원 1991. 5. 28. 선고 90다6774 판결의 사실관계는 다음과 같다. 주식을 양수한 자가 양도인으로부터 주권을 교부받았으나 매수대금으로 지급한 어음금을 결재하지도 않고 주권을 분실하였다고 하면서 주권을 반환하지 아니하여 위 주권에 대한 제권판결을 받아 다시 원래의 주주들이 주권을 재발행 받았다.¹⁷⁾ 그러나 위 주식 중 일부를 전전 양도받았다고 주장하는 명의개서를 하지 않은 원고가 주주로서의 권리(주주총회 및 이사회결의무효 확인을 할 이익)를 주장하였다.

대법원 1991. 5. 28. 선고 90다6774 판결은 주주로부터 기명주식을 양도받았다 하더라도 회사의 주주명부에 명의개서를 하지 아니하여 그 양도를 회사에 대항할 수 없는 이상 원고는 그 주주에 대한 채권자에 불과할 뿐만 아니라 원고가 제권판결 이전에 주식을 선의로 취득하여 주주권이 있고 또한 제권판결에 하자가 있다 하더라도 제권판결에 대한 불복의 소에 의하여 그 제권판결이 취소되지 않는 한 회사에 대하여 적법한 주주로서의 권한을 행사할 수 없다고 판단하였다. 2017년 전원합의체판결은 회사 주식을 양수하였더라도 주주명부에 기재를 마

15) 주식을 양도받은 주식양수인들이 명의개서를 청구하였는데도 위 주식양도에 입회하여 그 양도를 승낙하였고 더구나 그 후 주식양수인들의 주주로서의 지위를 인정한 바 있는 회사의 대표이사가 정당한 사유 없이 그 명의개서를 거절한 것이라면 회사는 그 명의개서가 없음을 이유로 그 양도의 효력과 주식양수인의 주주로서의 지위를 부인할 수 없다(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다40952 판결).

16) 이에 대하여는 아래 IV. 향후과제에서 논의한다.

17) 주식양도양수계약이 적법하게 해제되었다면 종전의 주식양수인은 주주로서의 지위를 상실하였다고 할 것이므로, 회사의 주권을 점유하고 있다고 하더라도 주주로서의 권리를 행사할 수 있는 것은 아니다(대법원 1994. 6. 28. 선고 93다44906 판결).

치지 아니하면 그 주식의 양수를 회사에 대항 할 수 없다는 이 판결의 법리를 상고이유를 판단하는 기초로 삼고 있으므로¹⁸⁾ 당연히 그 범위 내의 내용은 2017년 전원합의체의 법리에 배치되지 않는다. 또한 제권판결 이전에 주식을 선의취득 하였고 제권판결에 하자가 있다 하더라도 제권판결에 대한 불복의 소에 의하여 그 제권판결이 취소되지 않는 한 회사에 대하여 적법한 주주로서의 권한을 행사할 수 없다는 법리도 주주가 회사에 대하여 주주권을 행사하기 위해서는 적법절차를 거쳐 명의개서를 마쳐야 한다는 2017년 전원합의체 판결의 법리에 부합한다.

5. 주권발행 전 주식양도

5.1. 주식양도의 효력과 주주권의 행사요건: 대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결

회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과하기 전에는 주권발행 전 주식양도는 회사에 대하여 효력이 없다(상법 335조 3항 본문). 그러나 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과한 때에는 주식양도의 효력이 인정된다(상법 335조 3항 단서).¹⁹⁾

대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결은 “회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과한 때에 주식의 양도는 지명채권의 양도에 관한 일반원칙에 따라 당사자의 의사표시만으로 효력이 발생하는 것이고, 상법 제337조 제1항에 규정된 주주명부상의 명의개서는 주식의 양수인이 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사하기 위한 대항요건에 지나지 아니하므로, 주권발행 전 주식을 양수한 사람은 특별한 사정이 없는 한 양도인의 협력을 받을 필요 없이 단독으로 자신이 주식을 양수한 사실을 증명함으로써 회사에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있다 할 것이다”라고 하였다. 2017년 전원합의체판결은 권리의 귀속에 관한 법리는 변경하지 않았으므로 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과한 때의 권리양도의 방법, 양도의 효력 및 명의개서청구권자에 대한 대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결의 법리는 그대로 유지된다고 할 것이다.

대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결은 또한 “주권발행 전에 주식을 양수한 자는 주주명부상의 명의개서가 없어도 회사에 대하여 자신이 적법하게 주식을 양수한 자로서 주주권자임을 주장할 수 있다”고 판시하고 있다. 이 법리는 주식양도의 효력과 주주권행사요건을 구분하는 2017년 전원합의체판결의 취지에 따라 적법하게 주식을 양수한 자는 이를 증명하여 명의개서를 한 후에 회사에 대하여 주주권을 행사할 수 있는 것으로 변경되어야 한다.

5.2. 6월 경과 전 주식양도의 하자치유: 대법원 1996. 8. 20. 선고 94다39598 판결

6월 경과 전에 이루어진 주식양도의 경우도 6월이 경과하도록 주권이 발행되지 않으면 양도의 하자가 치유된다. 이때 그 주식양도 사실을 통지받은 회사가 주식양도인의 회사에 대한 채무이행을 확보하기 위하여 그 주식에 관하여 6월이 경과하기 전에 주식을 양수받은 양수인(A)이 아닌 제3자(B)에게 주주명부상의 명의개서절차를 마치고 나아가 그 제3자에게 기명식 주권을 발행한 경우는 어떠한가. 대법원 1996. 8. 20. 선고 94다39598 판결은 이러한 경우 “주권발행 전의 주식양도라 하더라도 회사성립 후 6월이 경과한 후에 이루어진 때에는 회사에

18) 2017년 전원합의체판결 이유 1.(4) 부분.

19) 회사 성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과한 경우 주권발행 전의 주식은 당사자의 의사표시만으로 양도할 수 있고, 그 주식양도계약이 해제되면 계약의 이행으로 이전된 주식은 당연히 양도인에게 복귀한다(대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다29411 판결).

대하여 효력이 있으므로 그 주식양수인은 주주명부상의 명의개서 여부와 관계없이 회사의 주주가 된다”고 판시하였다.²⁰⁾

대법원 1996. 8. 20. 선고 94다39598 판결의 판시 내용 중 ‘주주명부상의 명의개서와 관계없이 회사의 주주가 된다’는 것은 2017년 전원합의체판결에 따라 변경하여 양수인(A)은 명의개서 후에 주주권을 행사할 수 있다고 보아야 한다. 다만 이 사건에서는 회사가 주식양도사실을 알았고 주식양도인의 회사에 대한 채무이행을 확보한다는 이유로 실제로 주식을 양수하지 아니한 회사의 이사(B) 명의로 명의개서를 한 것이므로, 명의개서로 인해 주식양수인(A)의 실질주주로서의 지위는 상실되지 않는다는 점은 그대로 유지되어야 한다. 2017년 전원합의체판결에 따르면 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자가 회사에게 주주권을 행사할 수 있는 것이므로 위와 같은 경우 B는 적법하게 명의개서를 하지 않은 것이 된다.²¹⁾ 다만 회사가 특별한 사정이 없이 회사가 주식양수인의 명의개서를 거절한다면 2017년 전원합의체판결이 제시한 명의개서 없이 주주권을 행사할 수 있는 예외적인 사정이 해당될 것이다.

주권을 발행하지 아니한 회사의 주식을 증여계약에 따라 취득한 양수인(A)이 B에게 명의신탁하여 B의 명의로 명의개서를 하였는데, 양도인(C)이 법률상 인정되지 않는 증여계약의 해제를 주장한 후 해당 주식을 제3자(D)에게 양도하였고 그 제3자의 명의로 명의개서가 이루어지고 그(D)에게 주권이 작성 교부된 사건인 대법원 2000. 3. 23. 선고 99다67529 판결도 대법원 1996. 8. 20. 선고 94다39598과 같은 내용을 설시하고 있다. 다만 이 사건은 D와 회사와의 관계를 판결문상 알 수 없으며 C가 D에게 이중양도를 한 것으로 추론될 수도 있으나 이 판결에서는 이중양도의 논점은 다루어지지 않고 명의개서가 전혀 이루어지지 않았던 A가 실질주주라고 판단하고 있다.

6. 주권발행 전 주식의 이중양도: 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결

회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과하면 주권 없이도 주식양도가 가능하며, 이 경우 주식의 양도는 지명채권의 양도에 관한 일반원칙에 따라 당사자의 의사표시만으로 효력이 발생한다.²²⁾ 그리고 주권발행 전 주식의 양도인이 주식을 이중으로 양도한 경우 그 권리귀속관계는 민법상 지명채권양도의 법리에 따라 해결하므로 확정일자 있는 증서에 의한 통지 또는 승낙을 기준으로 결정한다. 확정일자 있는 통지가 여러 개인 경우 이중양수인 상호간의 우열은 지명채권 이중양도의 경우에 준하여 확정일자 있는 양도통지가 회사에 도달한 일시 또는 확정일자 있는 승낙의 일시의 선후에 의하여 결정하는 것이 원칙이다.²³⁾

대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결에 따르면 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 승낙이 없는 경우, 먼저 회사에 대한 대항력을 갖추어 명의개서를 한 자(제1양수인)가 주주권을 행사할 수 있고, 제3자에 대한 대항력을 갖추지 못한 다른 이중양수인(제2양수인)은 자신의 명의로 명의개서를 하여 줄 것을 청구할 권리가 없으므로 회사가 제2양수인의 청구를 받아들여 적법한 제1양수인의 명의개소를 말소하고 제2양수인 명의로 명의개서를 마

20) 따름 판례로는 대법원 1999. 7. 23. 선고 99다14808 판결; 대법원 2000. 3. 23. 선고 99다67529 판결이 있다.

21) 대법원 1996. 8. 20. 선고 94다39598 판결은 “... 그 주식에 관하여 주주가 아닌 제3자에게 주주명부상의 명의개서절차를 마치고 나아가 그에게 기명식 주권을 발행하였다 하더라도, 그러므로 그 제3자가 주주가 되고 주식양수인이 주주권을 상실한다고는 볼 수 없다”고 판시하고 있다.

22) 대법원 1996. 6. 25. 선고 96다12726 판결.

23) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다45537 판결; 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다71795 판결 참조.

쳐 주었다면 그 명의개서는 위법하므로 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사할 수 있는 자는 여전히 제1양수인이다.²⁴⁾ 제1양수인은 적법하게 명의개서를 마쳐서 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자이므로 이 판결은 2017년 전원합의체판결의 법리에 배치되지 않는다.

대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결은 또한 (제2양수인의) 주식의 양도통지가 확정일자 없는 증서에 의하여 이루어짐으로써 제3자에 대한 대항력을 갖추지 못하였더라도 확정일자 없는 증서에 의한 양도통지나 승낙 후에 그 증서에 확정일자를 얻은 경우에는 그 일자 이후에는 제3자에 대한 대항력을 취득하고 다만 대항력 취득의 효력은 당초 주식 양도통지일로 소급하여 발생하지는 않는다고 한다. 이러한 법리도 주식이 이중양도 된 경우 제3자의 대항력에 관한 것이므로 2017년 전원합의체판결에 따른 변경은 없다.

대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결의 법리가 그대로 유지되는 이유는 주권발행 전 주식의 이중양도가 있는 경우 주주권의 확정과 이중양수인 상호간의 우열관계는 누가 실질 주주가 되는가를 결정하는 문제이므로²⁵⁾ 2017년 전원합의체판결의 법리가 적용되지 않기 때문이다. 즉 주식의 이중양도가 있는 경우 먼저 누가 실질주주인지를 확정하게 되고 그런 후에 원칙적으로 2017년 전원합의체판결의 법리에 따라 실질주주가 명의개서를 마친 후에 이제는 주주명부상 주주로서 주주권을 행사하게 된다.

위 사안에서 제1양수인이 자신의 명의개서가 말소되기 전까지 행사한 주주권은 적법한 것이 된다. 그러나 적법한 제1양수인의 명의개서가 말소되고 제2양수인으로 명의개서가 마쳐진 후부터 제2양수인이 제3자에 대한 대항력을 갖추기 전까지의 제2양수인의 주주권행사는 하자가 있다고 할 것이다. 제2양수인이 제3자에 대한 대항력을 갖춘 이후에 (주주명부상 주주로서) 한 주주권의 행사는 원칙적으로 적법하다.

위 사안을 벗어나 제1양수인이 명의개서를 하지 않았고 제2양수인이 명의개서를 하였다면 주주명부상 주주인 제2양수인이 주주권을 행사할 수 있을 것이며 제2양수인이 제3자에 대한 대항력을 갖추면 제1양수인은 명의개서를 할 수 없으므로 주주권을 행사할 수 없다. 그러나 양도인이 제2양수인에게 주식을 이중으로 양도하고 회사에게 확정일자 있는 양도통지를 하는 등 대항요건을 갖추어 줌으로써 제1양수인이 제2양수인에게 대항할 수 없게 되었고 이러한 양도인의 배임행위에 제2양수인이 적극 가담한 경우라면 제2양수인에 대한 양도행위는 사회 질서에 반하는 법률행위로서 무효이므로,²⁶⁾ 이러한 경우에는 회사가 이를 알았거나 중대한 과실로 제2양수인으로 명의개서를 해 준 경우와 회사가 선의 또는 경과실로 명의개서를 해 준 경우로 나누어 생각해 보아야 한다.²⁷⁾²⁸⁾

24) 제1주식양수인이 먼저 회사에 대하여 확정일자 있는 문서에 의하지 아니한 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추었으나 명의개서는 하지 않았고 그 후 제2주식양수인이 다시 주식을 양수하고 주주명부상 명의개서를 마친 사안에서, 대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다99942 판결은 제2양수인이 회사에 대하여 확정일자 있는 문서에 의한 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추지 아니한 이상 제1양수인에 대한 관계에서 주주로서의 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없다하였다. 위 사안은 제1양도가 있을 당시 이중양도인이 회사의 공동대표이사였다는 특징을 가지고 있다. 다만 위 판례에서도 주식을 취득한 제1양수인이 회사에 대하여 의결권을 주장할 수 있기 위하여는 주주명부에 주주로서 명의개서를 하여야 한다고 하였다.

25) 주식의 이중양도에 대하여는 박세화, “주권발행 전 주식양도에 있어서의 주주권 확정과 이중양수인 상호간의 우열관계”, 『법조 최신판례분석』(2017. 2.) 참조.

26) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다45537 판결.

27) 대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다99942 판결의 사안은 회사가 명의개서 전에 이중양도를 안 경우이다.

28) 명의개서와 회사의 악의 또는 경과실에 대하여는 아래 IV. 향후과제에서 논의한다.

7. 주식의 양도담보

7.1. 양도담보의 방법과 주주권의 행사: 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다8719 판결

주식의 양도담보란 채권을 담보하기 위하여 주식을 채권자에게 이전하고 채무이행시 주식의 반환을 청구하는 제도이다. 채권담보의 목적으로 주식이 양도되어 양수인이 양도담보권자에 불과하다고 하더라도 양수인이 주주명부상의 명의개서까지 마치면 회사에 대한 관계에는 양도담보권자가 주주의 자격을 갖는다.²⁹⁾

대법원 1993. 12. 28. 선고 93다8719 판결은 회사가 주권을 발행하지 아니한 경우 주식양도증서만을 교부하는 방법에 의하여 주식을 양도할 수 있다고 하면서,³⁰⁾ 이러한 방법에 따라 주식을 양수하였으나 명의개서를 하지 아니한 주식양도담보권자가 주식양도증서에 근거하여 주주총회에서 의결권을 행사한 것에 대해 양도담보권자는 (명의개서 여부와 관계없이) 회사에 대하여 주주의 자격을 가지므로 위 의결권행사에는 하자가 없는 것으로 판단하고 있다. 그러나 2017년 전원합의체판결의 법리에 따르면 양도담보권자의 경우도 회사에 대하여 주주의 자격을 주장할 수 있는 지위에 있으나 주주권을 행사하기 위해서는 명의개서가 필요하다 할 것이다.

7.2. 양도담보와 의결권의 유보: 대법원 1992. 5. 12. 선고 90다8862 판결

담보목적의 주식취득과 의결권의 행사와 관련한 대법원 1992. 5. 12. 선고 90다8862 판결은 명의개서에 의해 주주명부에 양도담보권자의 성명과 주소가 기재되었는가의 여부(또는 기재되었다가 말소되었는가의 여부)에 관계없이 양도담보권자가 회사에 대하여 주주로서 대항할 수 있다고 하더라도, 양도담보설정자와 양도담보권자 사이에 담보 목적으로 취득하는 주식에 관하여 담보목적 이외의 권리 행사를 하지 않기로 약정하였다면 양도담보권자가 담보 목적으로 취득하기로 한 주식에 관하여 의결권을 비롯한 공익권을 종전주주에게 유보하기로 하는 약정이 있었다고 인정함이 상당하고 따라서 양도담보권자는 주주총회에서 의결권을 행사할 수 있는 회사의 주주로서의 지위에 있지 아니하다고 한다. 이 판결은 2017년 전원합의체판결에 따라 다음과 같이 변경되어야 한다. 첫째, 양도담보권자가 회사에 대하여 주주로서 대항하고자 하면 명의개서를 하여야 한다. 둘째, 양도담보권자가 명의개서를 한 경우에는 권리행사 유보 약정은 양도담보설정자와 양도담보권자 사이의 문제이고 회사에 대하여 의결권을 행사할 자는 주주명부에 주주로 기재된 양도담보권자이어야 한다.

7.3. 양도담보의 효력: 대법원 1995. 7. 28. 선고 93다61338 판결

2017년 전원합의체판결은 회사에 대한 주주권행사의 문제에만 적용되므로 “주식 양도담보의 경우 양도담보권자가 대외적으로 주식의 소유권자라 할 것이므로, 양도담보 설정자로서는 그 후 양도담보권자로부터 담보 주식을 매수한 자에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 그 소유

29) 대법원 1992. 5. 26. 선고 92다84 판결. 이 사건은 환매특약부매매를 통해 주식의 양도가 양도담보의 의미로 이루어진 경우이다.

30) 주권발행 전의 주식의 양도는 지명채권양도의 일반원칙에 따라 당사자 사이의 의사의 합치만으로 효력이 발생하는 것이지만 주권발행 후의 주식의 양도에 있어서는 주권을 교부하여야만 효력이 발생한다(대법원 1993. 12. 28. 선고 93다8719 판결). 그리고 채권담보의 목적으로 이루어진 주식양도 약정당시에 회사의 성립 후 이미 6개월이 경과하였음에도 불구하고 주권이 발행되지 않은 상태에 있었다면, 그 약정은 바로 주식의 양도담보로서의 효력을 갖는다(대법원 1995. 7. 28. 선고 93다61338 판결).

권을 주장할 수 없는 법리라 할 것이고, 설사 그 양도담보가 정산형으로서 정산 문제가 남아 있다 하더라도 이는 담보 주식을 매수한 자에게 대항할 수 있는 성질의 것이 아니다”라고 판결한 대법원 1995. 7. 28. 선고 93다61338 판결의 법리는 그대로 유지되어야 할 것이다.

8. 상호보유주식의 판단기준: 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다31269 판결

주주의 의결권은 상호보유주식의 경우는 제한된다(상법 369조 3항). 상호주 판단의 기준시점을 제시한 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다31269 판결은³¹⁾ 상법 제369조 제3항이 모자회사 관계가 없는 회사 사이의 주식의 상호소유를 규제하는 주된 목적은 상호주를 통해 출자 없는 자가 의결권 행사를 함으로써 주주총회결의와 회사의 지배구조가 왜곡되는 것을 방지하기 위한 것이라고 하면서, 상법 제354조가 규정하는 기준일 제도는 일정한 날을 정하여 그 날에 주주명부에 기재되어 있는 주주를 계쟁 회사의 주주로서의 권리를 행사할 자로 확정하기 위한 것일 뿐 다른 회사의 주주를 확정하는 기준으로 삼을 수는 없으므로 기준일에는 상법 제369조 제3항이 정한 요건에 해당하지 않더라도 실제로 의결권이 행사되는 주주총회일에 위 요건을 충족하는 경우에는 상법 제369조 제3항이 정하는 상호소유 주식에 해당하여 의결권이 없다고 판단하였다. 같은 판결은 회사, 모회사 및 자회사 또는 자회사가 다른 회사 발행주식 총수의 10분의 1을 초과하는 주식을 가지고 있는지 여부는 앞서 본 ‘주식 상호소유 제한의 목적’을 고려할 때, 실제로 소유하고 있는 주식수를 기준으로 판단하여야 하며 그에 관하여 주주명부상의 명의개서를 하였는지 여부와는 관계가 없다고 하였다. 따라서 주주명부상의 명의에 따라 해당 회사에 대한 주주권행사를 결정하여야 한다는 2017년 전원합의체판결이 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다31269 판결을 변경한 것으로 볼 수는 없다.³²⁾

9. 전원출석총회: 대법원 2002. 7. 23. 선고 2002다15733 판결

판례는 주식회사의 주주총회가 법령 및 정관상 요구되는 이사회 결의 및 소집절차 없이 이루어진 경우도, 주주명부상의 주주 전원이 참석하여 총회를 개최하는 데 동의하고 아무런 이의 없이 만장일치로 결의가 이루어졌다면 그 결의는 특별한 사정이 없는 한 유효한 것으로 본다.³³⁾ 주주전원이 참가한 경우는 물론,³⁴⁾ 주주의 의결권을 적법하게 위임받은 수임인과 다른 주주 전원이 참석하여 총회를 개최하는 데 동의하고 아무런 이의 없이 만장일치로 결의가 이루어진 경우도³⁵⁾ 전원출석총회로 인정된다.

그리고 대주주가 자신 및 타인의 명의로 주식을 소유하고 있는데 명목상의 주주를 제외한

31) 자세한 내용은 김흥기, “상호주 판단의 기준시점 및 기준일 제도와 상호연관성 -대상판결: 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다31269 판결-”, 『동북아법연구』(2009) 참조.

32) 상호보유주식의 판단에 있어서 명의개서가 요구된다는 견해에 따른다면 주주로서 권리(의결권)를 행사를 하려면 이제는 명의개서가 필요하므로 상호보유주식을 판단할 때 명의개서가 된 주식을 기준으로 하여야 한다고 볼 수도 있다. 그러나 상법 제369조 제3항의 상호주보유여부를 결정하는 주식 수의 기준은 발행주식총수이기 때문에 의결권이 없는 주식을 가지는 경우도 상호보유주식에 따른 의결권제한에 해당한다. 따라서 회사에 대한 영향력 여부를 판단하는 상호보유주식 의결권제한 제도의 취지상 의결권행사를 위해서는 반드시 명의개서가 필요하기 때문에 상호보유주식판단에 명의개서가 요구되는 것으로 판례가 변경되었다고 해석할 수는 없다고 보아야 한다.

33) 대법원 1996. 10. 11. 선고 96다24309 판결, 대법원 2002. 7. 23. 선고 2002다15733 판결 등.

34) 대법원 2002. 7. 23. 선고 2002다15733 판결.

35) 대법원 1993. 2. 26. 선고 92다48727 판결.

나머지 주주들이 주주총회에 관하여 그 의결권을 위임하였거나 혹은 주주총회 이전에 이미 자신들의 주주권행사를 포괄적으로 대주주에게 위임한 경우, 대주주가 나머지 주주 전원의 위임을 받아 주주총회 결의가 있었던 것으로 주주총회의사록을 작성하면 비록 적법한 주주총회 소집절차를 거치지 않았을 뿐 아니라 실제로 주주총회를 개최하지도 않았지만 주주 전원의 의사에 따라 그 내용의 유효한 결의가 있었던 것으로 본다.³⁶⁾ 주주의 동의 또는 위임이 있었는지는 실질주주의 동의 또는 위임이 있었으면 된다.³⁷⁾

다만 판례는 기명주식이 양도된 후 주식회사의 주주명부상 양수인 명의로 명의개서가 이미 이루어진 경우는 그 후 그 주식양도약정이 해제되거나 취소되었다 하더라도 주주명부상의 주주 명의를 원래의 양도인 명의로 복구하지 않는 한 양도인은 주식회사에 대한 관계에 있어서는 주주총회에서 의결권을 행사하기 위하여 주주로서 대항할 수 없다고 한다.³⁸⁾

판례들의 사실관계를 볼 때 전원출석총회의 여부는 실질주주를 기준으로 하여 판단하고 있다. 위 양수인 명의로 명의개서가 이미 이루어진 사건인 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다69927 판결은 주주명부상의 주주가 의결권을 행사하여야 한다고 판단한 것인데 이는 다른 판례에 비교하여 매우 예외적인 것이었다.

절차상의 하자가 있어도 전원출석총회의 결의는 유효하다는 판례의 법리는 2017년 전원합의체판결 후에도 그대로 유지된다. 다만 전원출석총회인지를 판단할 때는 실질주주가 아닌 주주명부상의 주주를 기준으로 하여 판단하여야 하며, 주주의 위임 또는 동의도 명의주주의 위임 또는 동의이어야 한다.

10. 1인 회사와 사실상 1인 회사

10.1. 기존의 판례

1인 주식회사란 주주 1인만이 존재하는 회사이다. 판례는 1인 회사에 있어서 1인 주주의 의사는 바로 주주총회나 이사회 의사와 같은 것으로 본다.³⁹⁾ 구체적으로 주주총회의 하자과 관련한 판례는 ① 주주총회의 소집절차에 관한 법의 규정은 각 주주의 이익을 보호하려는 데 그 목적이 있는 것이므로, 주주총회 소집절차가 위법하여도 회사의 1인 주주가 참석하여 총회 개최에 동의하고 아무 이의 없이 결의한 것이라면 이 결의 자체를 위법한 것이라고 볼 아무런 이유가 없다고 하였다.⁴⁰⁾ 판례는 또한 ② 1인 회사의 경우, 실제로 총회를 개최한 사실이 없었다 하더라도 그 1인 주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회 의사록이 작성되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있어 형식적인 사유 만에 의하여 결의가 없었던 것으로 다룰 수는 없다고 한다.⁴¹⁾

1인 회사의 경우 주주총회 소집절차 하자에 대한 예외를 인정하는 판례의 태도에 대해 반대의 견해도 있으나,⁴²⁾ 학설도 판례와 같은 입장이 통설적 견해이다. 다만, 1인 주주가 주주명부상의 주주인 경우는 2017년 전원합의체판결의 결론에 배치되지 않지만 해당 1인 주주가 주주명부상의 1인 주주가 아닌 경우(사실상 1인 주주)가 문제된다. 판례는 주주명부상 여러

36) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1044 판결.

37) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013도15895 판결 참조.

38) 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다69927 판결.

39) 대법원 1981. 6. 9. 선고 80도2641 판결, 대법원 1992. 9. 14. 선고 92도1564 판결 등.

40) 대법원 1966. 9. 20. 선고 66다1187 판결.

41) 대법원 1976. 4. 13. 선고 74다1755 판결.

42) 이철송, 「회사법강의」 제24판(2016), 509-510면.

주주가 기재되어 있지만 실질적으로 회사 발행의 총 주식을 한사람이 모두 소유하고 있는 경우를 사실상의 1인 회사로 인정한다.⁴³⁾ 그러나 주식의 소유가 실질적으로 분산되어 있는 경우에는 지배주주 1인이 총 주식 대다수를 소유하고 있다고 하여도 1인 회사로 인정되지 않는다.⁴⁴⁾

기존 판례는 실질주주가 주주권을 행사할 수 있었으므로 1인 주주가 주주명부상 주주인지 여부가 크게 문제되지 않았다. 그러나 2017년 전원합의체판결은 명의주주만이 주주권을 행사할 수 있으므로 1인 회사의 인정여부와 그에 따른 주주총회결의의 효력에 차이가 발생하게 된다.

10.2. 1인 주주가 주주명부상 명의주주인 경우: 대법원 1966. 9. 20. 선고 66다1187 판결

1인 주주가 주주명부상 주주로 기재되어 있는 경우는 기존 판례는 변경되지 않는다. 1인 주주가 참석한 주주총회는 전원출석총회가 되는 것이기 때문이다. 그리고 1인 주주가 임의로 작성한 주주총회 의사록도 주주총회결의로서의 효력이 그대로 인정될 것이다. 따라서 위 ①번 판례는 해당 1인 주주가 주주명부에 주주로 기재되어 있었기 때문에 2017년 전원합의체판결의 법리와 배치되지 않는다. 또한 주주명부상의 1인 주주가 실제로 주주총회를 개최하지 않고 회의록만 작성한 경우에는 ②번 판례의 판시내용을 적용하여 주주총회결의하자를 인정하지 않게 된다.

10.3. 사실상 1인 주주의 경우: 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다25123 판결

②번 판례는 양도인이 양수인에게 주식전부와 회사경영권을 넘겨주면서 주식양도증서와 이사들의 사임서 및 회사관계 인장까지 모두 교부한 날에, 양수인이 그 인장들을 사용하여 기존 주주 전원이 참석하여 기존 이사와 감사를 해임하고 새로운 이사를 선임하였다는 결의가 있었던 것처럼 꾸민 사건에서 해당 회사가 그 당시에 양수인의 1인 회사였다고 인정하고 있다. 결국 ②번 판례는 1인 주주인지 여부를 판단할 때에 주주명부상 주주임을 고려하고 있지 아니하다.

나아가 이사의 보수에 해당하는 퇴직금에 관하여 주주총회의 결의가 있었는지 여부를 판단한 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다25123 판결은 회사가 실질적 1인 회사에 해당하는 경우에도 1인 회사의 주주총회와 같으며, 주주총회 의사록이 작성되지 아니한 경우라도 증거에 의하여 주주총회 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다고 하였다.⁴⁵⁾ 이 사건은 피고회사(X)를 A의 자녀들이 경영하는 회사(B)가 X회사의 총 발행주식 98%를 소유하고 다른 주주(C)가 나머지 2%의 주식을 소유한 경우였다. 법원은 X회사는 대외적으로 필요한 경우에만 주주총회 의사록을 작성하였으며 회사의 회장직을 맡고 있는 A의 결재를 받는 방식으로 주주총회의 결의에 갈음하여 왔다고 인정하면서 X회사는 A의 사실상 1인 회사로 인정되고 실질적 1인 주주인 A가 퇴직금의 지급을 결제·승인하였다면 주주총회 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다고 하였다.

2017년 전원합의체판결의 법리에 따르면 사실상 1인 주주인 A는 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자가 아니므로 A의 결재가 주주총회의 결의로 갈음될 수 없다고 할 것이다.

43) 대법원 1993. 6. 11. 선고 93다8702 판결.

44) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다73020 판결.

45) 이 판결은 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다73020 판결과 소유지분비율(지배주주가 총 발행주식의 98%를 소유)이 비슷하지만 다른 결론을 내고 있다.

10.4. 사실상 1인 회사와 주식병합절차 : 대법원 2005. 12. 9. 선고 2004다40306 판결

대법원 2005. 12. 9. 선고 2004다40306 판결은 주식병합절차와 관련하여 “주식병합에 있어서 일정한 기간을 두어 공고와 통지의 절차를 거치도록 한 취지는 신 주권을 수령할 자를 파악하고 실효되는 구 주권의 유통을 저지하기 위하여 회사가 미리 구 주권을 회수하여 두려는 데 있다 할 것인바, 사실상 1인 회사에 있어서 주식병합에 관한 주주총회의 결의를 거친 경우에는 회사가 반드시 위와 같은 공고 등의 절차를 통하여 신 주권을 수령할 자를 파악하거나 구 주권을 회수하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어려우므로, 주식병합에 관한 주주총회의 결의에 따라 그 변경등기가 경료되었다면 위와 같은 공고 등의 절차를 거치지 않았다고 하더라도 그 변경등기 무렵에 주식병합의 효력이 발생한다고 봄이 상당하다”고 판시하였다.

그러나 2017년 전원합의체판결의 법리에 따르면 회사는 신주권을 사실상 1인 주주가 아닌 주주명부상 주주에게 교부하여야 하므로 사실상 1인 주주가 있는 회사의 경우도 반드시 상법 제440조에서 정한 공고와 통지절차를 밟아야 한다.

11. 이사 등의 회사에 대한 손해배상책임 면제를 위한 총주주의 동의: 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002다11441 판결

회사는 채권자로서 이사, 감사, 집행임원, 발기인 등(이사 등)에 대한 손해배상청구권을 면제할 수 있다(민법 506조). 면제란 채권을 무상으로 소멸시키는 채권자의 상대방 있는 단독의 처분행위로, 채권자가 채무자에게 면제의 의사표시를 함으로써 성립한다. 상법은 회사가 이사 등의 책임을 면제하기 위하여 회사가 총주주의 동의를 얻도록 요구하고 있다(상법 400조 1항, 324조, 408조의9, 415조).⁴⁶⁾ 따라서 주주의 입장에서 보면 동의는 회사에 대하여 하는 것이므로 회사에 대한 주주의 권리를 행사하는 것이 된다.

그렇다면 “이사의 책임은 상법 제400조의 규정에 따라 총주주의 동의로 이를 면제할 수 있는데, 이 때 총주주의 동의는 묵시적 의사표시의 방법으로 할 수 있고 반드시 명시적, 적극적으로 이루어질 필요는 없으며, 실질적으로는 1인에게 주식 전부가 귀속되어 있지만 그 주주명부상으로는 일부 주식이 타인 명의로 신탁되어 있는 경우라도 사실상의 1인 주주가 한 동意的도 총주주의 동의로 볼 것이다”라고 판단한 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002다11441 판결은 2017년 전원합의체판결의 법리에 따라 총주주의 동의는 묵시적 의사표시의 방법으로 할 수 있다는 법리는 그대로 유지될 것이지만, 사실상 1인 주주가 한 동意的도 총주주의 동의로 볼 수 있다는 법리는 변경되어 책임면제를 위한 총주주의 동의는 ‘주주명부상 적법하게 주주로 기재되어 있는 자 모두’의 동의로 보아야 한다.

대법원 2002. 6. 14. 선고 2002다11441 판결은 또한 회사의 실질적 1인 주주인 대표이사(A)의 회사에 대한 손해배상책임을 주식양수도계약을 체결하는 과정에서 새로운 총주주(B)가 재산실사를 통하여 A가 회사에게 입힌 손해를 확정된 후 A와 주식양도대금을 정할 때 당초 약정된 주식양도가액에서 부실채권가액만큼 차감하는 방법으로 A와 합의하였다면 묵시적으로 A의 책임 면제에 대한 동의를 한 것이고 이에 따라 A의 책임은 면제되었다고 보았다.⁴⁷⁾ 즉 새로운 총주주의 동의는 명의개서 전에 사전적으로 이루어질 수 있다고 본 것이다. 따라서 2017년 전원합의체판결의 법리에 따라 실질주주는 동의를 할 수 없지만, 사전에 동의하고 추후 명

46) 대법원 1989. 1. 31. 선고 87누760 판결.

47) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결도 총주주의 동의는 회사의 주식 전부를 양수도하는 과정에서 묵시적 의사표시의 방법으로 할 수 있다고 설시한다.

의개서를 하였다면 그 효력을 어떻게 할지는 생각해 보아야 한다. 위와 같은 사전 동의를 일종의 조건부(명의개서) 동의로 이해할 수 있다. 조건이란 법률행위의 효력 발생 또는 소멸을 당사자가 임의로 정한 객관적으로 불확실한 장래사실의 성부에 의존하는 법률행위이다.⁴⁸⁾ 명의개서는 주식양수인이 청구하는 것이지만 주식을 양수하는 새 총주주는 명의개서를 할 것으로 예상되므로 무효인 법률행위로 보는 법률행위의 효력(조건사실의 실현여부)을 전적으로 일방당사자(새로운 총주주)의 임의의 의사에 의존하게 하는 순수수취조건의 정지조건부 법률행위에 해당된다고 볼 수 없다. 그리고 동의는 조건과 친하지 아니한 단독행위이기는 하나, 채무면제를 위한 동의는 상대방에게 이익만 주는 단독행위로 조건을 붙이는 것이 가능하다. 따라서 이사 등의 회사에 대한 손해배상책임 면제에 대한 새로운 총주주의 사전 동의는 명의개서를 조건으로 하여 가능하다고 해석하여야 할 것이다.

12. 이사의 특정지위취임금지 범위와 지배주주: 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결

대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결은 상법 제397조 제1항의 이사의 경업금지의무를 해석하면서 이사는 경업대상회사의 이사, 대표이사가 되는 경우뿐만 아니라 그 회사의 '지배주주'가 되어 그 회사의 의사결정과 업무집행에 관여할 수 있게 되는 경우에도 자신이 속한 회사 이사회에 승인을 얻어야 하는 것으로 판시하고 있다.⁴⁹⁾

판례는 상법이 이사의 경업금지 및 특정지위취임금지를 규정한 취지가 이사가 그 지위를 이용하여 자신의 개인적 이익을 추구함으로써 회사의 이익을 침해할 우려가 큰 경업을 금지하여 이사로 하여금 선량한 관리자의 주의로써 회사를 유효적절하게 운영하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 의무를 다하도록 하려는 데 있다고 한다.⁵⁰⁾ 대법원은 어떠한 법리적 근거를 가지고 경업대상회사의 지배주주가 겸직금지를 규정한 상법 제397조 제1항의 적용대상이 되는지에 대한 구체적 설명은 하고 있지 않으나, 판례의 입장을 찬성하는 견해는 경업대상회사의 지배주주로서 의사결정과 업무집행에 관여한다면 경업거래의 형식적 주체는 경업 대상 회사이지만 실질적으로는 지배주주인 이사가 직접 거래의 주체가 되는 것이라는 해석 또는 경업 대상 회사의 이사 또는 무한책임사원에 준하는 의사결정과 업무집행에 관여하는 지위에 있기 때문이라는 해석,⁵¹⁾ 그리고 일본 판례에서 인정하는 사실상 주재자 이론과 같은 기능을 수행할 수 있는 상법 제401조의2의 업무집행지시자 등의 법리를 유추적용하여 이사가 경업대상회사의 업무집행지시자 등의 지위에 있다고 볼 수 있을 때에는 상법 제397조의 적용에 있어서 경업대상회사의 이사로 보아야 한다는 해석⁵²⁾ 등을 제시하고 있다.

이러한 해석들을 볼 때, 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결이 말하는 '회사의 의사결정과 업무집행에 관여할 수 있는 지배주주'란 명의주주로서 형식적으로 주주총회에서 의결권을 행사할 수 있는 정도에 그치는 것이 아니라 실질적으로 회사를 지배하는 것을 의미하는 것이라 할 것이다. 따라서 이사가 자신의 개인적 이익을 추구할 수 있기 때문에 회사와의

48) 박동진, 「계약법강의」(2016), 327-329면.

49) 이 판결에 대한 자세한 내용은 천경훈, "신세계 대표소송의 몇 가지 쟁점 -경업, 회사기회유용, 자기거래-", 「상사법연구」(2014) 및 이윤석, "이사의 충실의무에 관한 연구 -대법원 2013.9.12. 선고 2011다57869 판결을 중심으로-", 「안암법학」(2015) 등 참조.

50) 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다53583 판결.

51) 천경훈, 위의 논문, 143-145면.

52) 강대섭, "이사가 다른 회사의 지배주주가 된 경우 경업금지의무 위반 여부 -대법원 2013. 9. 12. 선고, 2011다57869 판결을 중심으로-", 「법학연구」(2014), 266면.

이익충돌 가능성이 있는 경영대상회사의 지배주주가 되었는가의 판단은 주주명부에 주주로 기재되었는가(명의주주인가) 여부가 아니라 해당 경영대상회사의 실질주주인가를 가지고 판단하여야 할 것이다.

13. 대표소송 원고적격: 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결

2017년 전원합의체판결은 주주총회결의 취소소송에서 주주의 원고적격에 관한 판결이고, 주주대표소송을 제기할 수 있는 주주에 해당하는지는 실질주주가 주주가 되며 명의주주는 주주가 될 수 없다는 법리에 따라야 한다고 판단한 기존 판결을⁵³⁾ 명시적으로 변경하였다.

그러나 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결은 “여러 주주들이 함께 대표소송을 제기하기 위하여는 그들이 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 때와 회사를 위하여 그 소를 제기할 때 보유(소유)주식을 합산하여 주식보유요건을 갖추면 되고, 소 제기 후에는 보유주식의 수가 그 요건에 미달하게 되어도 무방하다고 하면서, 대표소송을 제기한 주주 중 일부가 주식을 처분하는 등의 사유로 ‘주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 상실하면’ 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적격을 상실하여 그가 제기한 부분의 소는 부적법하게 되고, 이는 함께 대표소송을 제기한 다른 원고들이 주주의 지위를 유지하고 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다”라고 한다. 이때 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 상실한다는 의미는 2017년 전원합의체판결의 법리에 따라 주주명부상 주식의 취득자로 명의개서가 마쳐져서 더 이상 명의주주도 아닌 때 원고적격을 상실하는 것으로 이해하여야 할 것이다.

14. 주주명부의 폐쇄와 기준일

14.1. 구체적 신주인수권의 귀속: 대법원 1995. 7. 28. 선고 94다25735 판결

대법원 1995. 7. 28. 선고 94다25735 판결에 따르면 신주를 발행할 경우에 발생하는 구체적 신주인수권은 주주의 고유권에 속하는 것이 아니고 구체적 권리에 불과하므로 이러한 구체적 신주인수권은 주주권의 이전에 수반되어 이전되지 아니한다. 따라서 회사가 신주를 발행하면서 그 권리의 귀속자를 일정시점(기준일)에 있어서의 주주명부에 기재된 주주로 한정할 경우 구체적 신주인수권은 해당 기준일에 실질상의 주주인가의 여부와 관계없이 회사에 대하여 법적으로 대항할 수 있는 주주, 즉 주주명부에 기재된 주주에게 귀속된다. 그러므로 주주명부상의 주주가 신주인수대금을 납입하였다면 위 명부상의 주주가 신주를 취득한다고 보아야 한다.⁵⁴⁾ 이러한 대법원 1995. 7. 28. 선고 94다25735 판결의 법리는⁵⁵⁾ 주주명부의 폐쇄와 기준일 제도를 규정한 상법 제354조의 취지와 2017년 전원합의체판결의 명의주주가 회사에 대하여 주주권을 행사할 수 있다는 법리에 부합한다.

14.2. 준비금의 자본금전입: 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카2599 판결

대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카2599 판결은 회사가 준비금을 자본금에 전입하여 주식을

53) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다22552 판결.

54) 실기주의 귀속에 관하여는 임재호, “실기주의 귀속”, 「상사판례연구」(1989)와 정진세, “실기주의 귀속에 관한 대법원판례”, 「인권과정의」(2011.6) 참조.

55) 따름 판례로는 대법원 2010. 2. 25. 선고 2008다96963 판결, 대법원 2016. 8. 29. 선고 2014다53745 판결이 있다.

발행하는 경우에는 회사에 대한 관계에서는 기준일에 주주명부에 주주로 기재된 자만이 신주의 주주가 된다고 할 것이므로 기준일 현재 명의개서미필주주는 신주의 주주가 되지 못한다고 하였다. 이러한 법리도 위 구체적 신주인수권의 귀속과 관련한 법리와 마찬가지로 기준일 제도의 취지와 2017년 전원합의체판결의 법리에 부합한다.

15. 이사의 제3자에 대한 손해배상책임: 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결

이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리 한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(상법 401조). 판례는 상법 제401조에 기한 이사의 제3자에 대한 손해배상책임은 제3자를 보호하기 위하여 상법이 인정하는 특수한 책임이라고 본다.⁵⁶⁾

이사의 제3자에 대한 손해배상책임에서 제3자의 범위에는 주주가 포함된다. 다만, 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결은 주식회사의 주주가 그 회사의 대표이사의 악의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위로 직접 손해를 입은 경우에는 이사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있으나 대표이사가 회사재산을 횡령하여 회사재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 간접적인 손해에 대하여 주주는 이사에 대해 손해배상을 청구할 수 없다고 한다.⁵⁷⁾

상법 제401조에 따른 이사의 제3자에 대한 책임을 물을 수 있는 직접손해를 입은 주주는 명의주주인가 아니면 실질주주인가가 문제될 수 있다. 상법 제401조는 이사의 행위로 인해 경제적 손해를 입은 자를 보호하는 것이므로 실제로 손해를 입은 자가 책임을 추궁할 수 있는 것이다. 따라서 명의주주보다는 실질주주가 손해를 입을 것이므로 실질주주가 이사에 대하여 제3자로서 책임을 추궁할 수 있다고 본다. 2017년 전원합의체판결은 회사에 대한 주주권의 행사에 관한 법리이므로 이사의 제3자에 대한 손해배상책임의 법리에는 영향을 주지 않는 것이다.

16. 이익공여의 금지: 대법원 2017. 1. 12. 선고 2015다68355 판결

상법 제467조의2는 회사가 누구에게든지 주주의 권리행사와 관련하여 재산상의 이익을 공여하지 못하도록 금지하고 있다. 이익공여에 관한 대법원 2014. 7. 11. 자 2013마2397 결정과 대법원 2017. 1. 12. 선고 2015다68355 판결의 사안에서는 일정한 이익을 받은 자가 주주이었지만 법문에서 '누구에게든지'라고 하였으므로 이익공여의 상대방에 대한 제한은 없다.⁵⁸⁾

대법원 2017. 1. 12. 선고 2015다68355 판결은 상법 제467조의2 제1항에서 정한 '주주의 권리'란 법률과 정관에 따라 주주로서 행사할 수 있는 모든 권리를 의미한다고 한다. 따라서 주주의 권리에는 공익권(주주총회에서의 의결권, 대표소송 제기권, 주주총회결의에 관한 각종 소권)뿐만 아니라 자익권(이익배당청구권, 잔여재산분배청구권, 신주인수권)이 포함된다. 그리고 '주주의 권리행사와 관련하여'란 주주의 권리행사에 영향을 미치기 위한 것을 의미한다.

상법 제467조의2 제2항이 주주에게 일정한 이익공여를 한 경우에는 주주의 권리행사와 관

56) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다82601 판결.

57) 따름 판례로는 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003다29661 판결이 있다.

58) 홍복기 외, 「회사법: 사례와 이론」 제5판(2017), 726면.

련하여 공여한 것으로 추정하고 있지만, 주주가 아닌 자가 해당 회사의 주식을 취득을 취득하지 않기로 한 것도 주주의 권리행사와 관련성이 인정될 수 있다.⁵⁹⁾

위와 같은 이익공여금지의 내용을 볼 때 2017년 전원합의체판결의 법리는 이익공여금지에 관한 판례의 법리에 영향을 주지 않을 것이다. 주주의 권리행사와 관련하여서는 회사에 대한 적극적인 권리행사인지를 판단할 때에는 원칙적으로 명의주주를 기준으로 하겠지만 실질주주가 명의주주의 권리행사에 영향을 미칠 수 있고 또한 실질주주가 명의개서를 한 후 주주권을 행사할 수 있기 때문에 ‘주주’에는 명의주주와 실질주주 모두가 포함될 것이다.

IV. 향후 과제

2017년 전원합의체판결은 회사의 관계에서 주주권을 행사할 자를 실질주주에서 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자로 변경한 것으로 회사법에서 형식주의를 존중하는 해석을 제시한 것이다. 이에 따라 기존에 실질주주가 원칙적으로 주주권을 행사한다는 대명제를 바꾸게 되어 위와 같은 기존 판례를 다시 검토할 필요가 생긴 것이다. 기존 판례를 검토하여 2017년 전원합의체판결에 따른 구체적이고 부분적인 법리의 변경이 필요한 부분을 제시하였지만 아래와 같은 보다 본질적이고 전반적인 원칙을 확립함으로써 향후 주주권행사와 관련한 사안을 판단하는 기준을 제시할 필요가 있다고 본다.

1. ‘주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자’의 판단기준

기존 판례를 보면 대부분 적법하게 주주명부에 주주로 기재되어 있는지 여부에 대한 구체적이고 자세한 검토는 하지 않았다. 왜냐하면 누가 실질주주인지를 파악하고 그가 주주권을 행사할 수 있도록 하였기 때문이다. 그러나 2017년 전원합의체판결의 법리에 따라서 이제는 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자가 회사에 대하여 주주권을 행사할 수 있으므로, 주주권행사를 주장하는 자가 주주명부에 적법하게 기재되었는지를 판단할 필요가 생겼다.

주주명부에 적법하게 주주로 기재되었는지 여부를 판단할 때에는 주주명부에 주주로 기재된 자와 회사라는 두 당사자 면을 모두 고려할 수 있겠다.

첫째, 주주명부상 주주와 회사 모두에 법적 하자가 없는 경우이다. 이처럼 주주명부에 적법하게 주주로 기재된 가장 대표적인 예는 ① 자기명의와 자기계산으로 주식을 인수하였고 회사가 그를 주주명부에 주주로 기재한 경우와 ② 자기명의와 자기계산으로 주식을 양수하고 명의개서를 청구하여 회사가 명의개서를 마친 경우이다.

둘째, 주주명부에 적법하게 주주로 기재되었으나 그 후 주식이 양도되었고 아직 명의개서가 되지 아니한 경우이다.

셋째, 회사에게는 주식발행시 주주명부에 주주를 기재할 때에 또는 명의개서를 해 줄 때에 실질주주가 존재함을 알았거나 알지 못한 것에 중과실이 없었지만,⁶⁰⁾ 권리 없는 주주명부상 주주는 이러한 사실을 안 경우이다. 실질주주가 존재함을 알고 있는 권리 없는 주주명부상 주

59) 위의 책, 725면.

60) 명의개서의 경우 주권을 점유한 자에게는 자격수여적 효력이 있으므로 회사는 주권 자체의 진정 여부만 조사하고 명의개서를 해주게 된다. 주권의 점유자가 무권리자라도 회사는 악의 또는 중과실이 없으면 면책된다(대법원 1974. 5. 28. 선고 73다1320 판결 참조). 한국상사법학회 편, 「주식회사법체계 1」 제2판(2016), 731면과 이철송, 「회사법」, 357면.

주에는 주식인수시 명의를 대여해 준 사람, 주식을 양수하고 명의개서를 하는 것에 대하여 명의를 대여해 준 사람, 분실한 주권을 습득한 후 명의개서를 청구한 자, 위 III. 6.에서 살펴본 대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다99942 판결의 사안에서와 같이 주식의 이중양도에 적극적으로 가담한 제2양수인 등이 있을 수 있다.

넷째, 회사가 주식발행시 주주명부에 주주를 기재할 때 또는 명의개서를 해 줄 때 실질주주가 존재함을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우이다.

회사에게 주식의 소유권 귀속에 관한 사실을 조사할 의무를 부담시킬 수 없으므로 주주명부에 적법하게 주주로 기재되었는지를 판단할 때에는 주주명부에 주주로 기재되어 있는 자가 자신의 권리에 따라 적법하게 주식인수를 하였는지 또는 명의개서를 청구하였는지 여부는 판단 기준이 될 수 없다. 따라서 회사가 주주명부에 기재할 때 또는 명의개서를 할 때에 회사를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 2017년 전원합의체판결도 주주명부상 주주 외에 실제로 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재하는 경우를 전제하고, 그러한 경우 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자가 주주권을 행사할 수 있다고 한다. 이렇게 보면 위 첫 번째부터 세 번째까지의 경우는 주주는 주주명부에 적법하게 기재되어 있는 것이고 네 번째 사안은 주주명부에 주주로 적법하게 기재된 것이 아니다.

두 번째 사안과 같이 명의개서미필주주가 있는 경우는 회사가 그 사실을 알았다하더라도 실질주주로 명의개서가 되기 전까지는 명의주주가 주주권을 행사할 수 있고 그 행사에 하자가 없다.⁶¹⁾ 이와는 반대로 네 번째 사안과 같이 주주명부에 주주로 기재되어 있으나 그 기재가 적법하지 않은 경우는 그러한 명의주주의 주주권행사에는 하자가 있다고 보아야 하며 회사도 면책되지 않는다.

세 번째 사안 중에서 명의주주가 주주권을 행사하는 것을 실질주주가 허용한 것으로 볼 수 있는 경우는 회사의 악의 또는 중과실 없이 명의개서가 이루어진 이후에 회사가 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재함을 알았어도 주주명부상 주주는 적법하게 기재된 자이고 실질주주로 명의개서가 되기 전까지는 그 명의주주가 주주권을 행사해도 하자가 없다.⁶²⁾

그러나 세 번째 사안에서 실질주주가 명의주주에게 주주권행사를 허용한 경우가 아닌 분실한 주권을 습득한 자가 명의개서를 한 경우 또는 실질상 주식을 취득하지 못한 단순한 주권의 점유자가 명의개서를 한 경우⁶³⁾나 주식의 이중양도에 적극적으로 가담한 제2양수인이 명의개서를 한 경우 등에서는 진정한 관리자가 주주권을 행사하기 위해서는 명의개서의 말소를 통한 명의회복 또는 명의개서가 필요하며 회사가 명의주주가 진정한 관리자가 아님을 알기까지의 명의주주의 주주권행사에는 하자가 없다고 할 것이다.⁶⁴⁾ 이 때 문제되는 것은 회사가 명의주주가 진정한 관리자가 아님을 알게 되었으나 아직 진정한 관리자가 명의개서 말소를 하거나 명의개서를 하지 않은 사이에 회사는 누구에게 주주권을 행사하게 할 것인가이다. 즉 이때에 회사는 2017년 전원합의체판결에 따라 명의주주에게 주주권을 행사하도록 허용하여야 하는 것이다. 누가 진정한 권리자인지에 대하여는 다툼의 여지가 있으므로 회사가 2017년 전원합의체판결의 법리에 따라 명의주주가 권리행사를 하는 것을 허용하는 것은 인정될 것이다. 그리고 회사에 대한 면책적 효력을 인정하는 것이 바람직하다. 그러나 회사는 자신의 위험부담 하에

61) 2017년 전원합의체판결 이유 1.(6) 부분.

62) 2017년 전원합의체판결 이유 1.(6) 부분.

63) 위 III. 3.의 대법원 1989. 7. 11. 선고 89다카5345 판결의 사안.

64) 2017년 전원합의체판결 이유 1.(6) 부분과 주주명부의 면책력을 규정한 상법 제353조 제1항의 해석에 따라 인정된다.

진정한 권리가 아닌 명의주주의 주주권행사를 부인할 수 있다고 하는 예외를 인정하는 것이 진정한 권리를 보호할 수 있는 방법이 아닌가 생각된다.

2. '총주주 및 1인 주주'의 판단기준과 '사실상 1인 주주'

상법은 이사와 감사 등의 회사에 대한 책임을 면제하기 위해서는 주주 전원(총주주)의 동의를 얻도록 하며(상법 400조 1항) 자본금 총액이 10억원 미만인 소규모 회사는 주주 전원의 동의가 있을 경우 소집절차 없이 주주총회를 개최할 수 있도록 한다(상법 363조 4항). 판례는 총주주가 출석한 총회(전원출석총회)의 경우 만장일치로 결의가 이루어지면 그 결의는 특별한 사정이 없는 한 유효한 것으로 본다. 1인 회사(1인 주주)의 경우는 그 주주가 총주주가 된다. 판례는 나아가 사실상 1인 주주를 인정함으로써 주주총회의 운영이나 이사와 감사 등의 책임 면제를 보다 쉽게 인정하였다. 2017년 전원합의체판결에 따르면 총주주인지를 판단할 때는 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자 모두가 하였는지를 기준으로 하여야 하며, 어떤 주주가 1인 주주인지를 판단할 때에도 주주명부에 그 사람만이 주주로 적법하게 기재되었는지를 가지고 판단하여야 한다. 2017년 전원합의체판결이 1인 주주의 법리를 변경시키지는 않았으나, 2017년 전원합의체판결의 법리상 '사실상 1인 주주'라는 개념은 더 이상 인정될 수 없다고 할 것이다. 이처럼 사실상 1인 주주라는 개념을 인정하지 않음으로써 사실상 1인 주주가 실제로 총회를 개최한 사실이 없이 회의록만을 작성한 경우는 주주총회결의부존재에 해당하게 될 것이다. 따라서 앞으로는 주주총회의 운영에 있어서 형식적인 면이 보다 강조될 것으로 보인다. 또한 사실상 1인 주주에 의한 이사와 감사 등의 책임면제도 가능하지 않기 때문에 결과적으로는 이사와 감사 등의 책임이 보다 엄격하게 되었다고 볼 수도 있다.

3. 주주명부의 신뢰성 확보

상장주식과 같이 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 실질주주명부제도나 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률」의 도입에 따른 전자증권제도에서 이용될 소유자명세는 개별 회사가 아닌 신뢰성을 가진 제3의 기관이 작성하므로 이를 기초로 하는 회사의 주주명부는 상대적으로 신뢰성을 확보할 수 있다. 그러나 여기에 해당하지 아니하는 대부분의 회사는 이사가 주주명부를 작성하는데 그 주주명부가 과연 신뢰성을 확보하고 있는지는 의문이다.

2017년 전원합의체판결의 법리가 잘 작동할 수 있는지는 회사가 작성한 주주명부에 대한 신뢰성을 얼마나 확보하느냐가 중요할 것이다. 그러므로 사적인 단체인 회사의 자율성도 확보하면서 경제활동에 대한 공적인 역할도 담당하는 회사의 공공성을 담보할 수 있는 제도의 마련이 필요하다고 할 것이다.

한국상사법학회 2017년 추계학술대회

명의개서와 주주권행사에 관한 쟁점과 전망

제2세션

명의개서와 주주권행사에 관한 독일법의 동향

발표자: 정 대 익 (경북대)

사회자: 김 순 석 (전남대)

토론자: 안 성 포 (전남대)

명의개서와 주주권행사에 관한 독일법의 동향

정대익

I. 서론: 놀라움! 무엇을 할 것인가? 과제!

II. 주식법 제67조 제2항의 역사적 기원과 학설의 전개

1. 역사적 기원
2. 명의개서의 효력에 관한 독일 법원(ROHG, RG, BGH)과 학설의 흐름 개관

III. 주식법 제67조 제2항 제1문에 따른 명의개서의 효력

1. 복멸불가능한 추정적 효력
2. 주식법 제67조 제2항 제1문의 입법목적
3. 복멸불가능한 추정적 효력 발생 요건
4. 복멸불가능한 추정적 효력과 제3자의 법률관계
5. 복멸불가능한 추정적 효력 하에서 실질상 주주 보호 문제

IV. 복멸불가능한 추정적 효력의 적용범위를 확정하기 위한 기준

1. 이익이 되는 방향(권리)과 불이익한 방향(의무) 모두 적용
2. 회사의 선·악의를 묻지 않고 적용
3. 명의개서를 귀속시킬 수 없는 경우에는 적용 불가
4. 회사법상 '모든' '권리'와 '의무'에 적용
5. 법률행위로 인한 기명주식취득(주주지위 취득)에만 적용되는 지 여부

V. 복멸 불가능한 추정적 효력의 적용 범위와 관련한 특수 문제

1. 주주의 권리가 증권화 된 경우
2. 소수주주권 행사
3. 주식법 제20조 및 증권거래법(WpHG) 제21조의 통지의무
4. 주식강제매도를 위한 지배주주 요건
5. 공개매수와 관련된 지배권 취득(Kontrollerwerb)
6. 심사절차 신청인 적격: 제3자 관련 문제
7. 상속, 합병과 분할
8. 명의개서 공백상태(Aktien im freien Meldebestand)

VI. 주식법 제67조 제2항 제1문의 해석론에 비추어 본 전원합의체판결

VII. 결론

I. 서론: 놀라움! 무엇을 할 것인가? 과제!

2017년 3월 하순에 나온 명의개서와 관련된 대법원 전원합의체판결¹⁾(이하 전원합의체판결) 하나가 학자들과 법률실무가의 놀라움과 흥미를 야기하였고, 강의 현장에서 작은 소요를 불러일으켰으며, 현재 뜨거운 감자이다. 논문이 계속 발표되고 있고, 2017년 상반기 이미 두 학회의 발표주제였으며, 상사법학회 추계학술대회 1주일 뒤에 개최되는 모학회에서도 전원합의체판결을 대상으로 발표가 이루어지는 것으로 알고 있다.

필자 개인적으로는 이 문제에 대해 미리 조금 고민을 하고 있었고, 관련된 글을²⁾ 이미 한편 발표하였기 때문에 상대적으로 놀라움이 덜하였다. 나름 전원합의체판결의 후폭풍(적용범위)이 어디까지 미칠지를 신속하게 검토한 짧은 문건을 작성하여 동료학자 및 법률실무가들과 의견 교류를 위해 사용하기도 했다.

다만, 필자의 과거 주된 관심은 순전히 법률행위론에 기초해 타인의 명의를 이용해 주식을 인수한 경우 누구를 주주로 볼 것 인가였고, 언제나 명의차용자를 주주로 보는 현재의 판례와 다수설(소위 실질설)의 입장이 잘 못된 점을 지적하고, 원칙적으로는 명의자가 주주이고 아주 예외적으로 명의차용자가 주주가 된다는 의견을 제시하였다. 물론 순수한 법률행위론에 의해서는 획일적(통일적)으로 주주를 확정하는 것이 불가능하여 단체법적 법률관계의 이념에 맞지 않으므로 독일 주식법 제67조 제2항 제1문과 같이 회사에 대한 관계에서는 주주명부에 기재된 자를 주주로 보는 규정이 필요하다는 의견도³⁾ 제시하였다. 결론적으로 이러한 주장과 내용

* 인용 등 많은 부분에 불완전한 점이 있는 미완성 발표원고이니 인용을 자제해 줄 것을 부탁드립니다. 독일 주식법이나 증권거래법, 조직재편법 규정과 유사한 내용을 가지고 있는 한국 상법이나 자본시장법 등의 관련 규정을 각주에 적시하는 작업은 하지 않았다. 한국법의 관련 규정을 어떻게 해석할 지를 충분히 고민한 후 차후 완성원고에는 언급을 할 것을 약속드립니다.

1) 대법원2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체판결.

2) 정대익, “타인명의 주식인수 시 주주결정에 관한 새로운 해석론”, 「비교사법」 제21권 제1호(2014), 237면 이하. 계약당사자 결정 시 고려되는 의사는 거래당사자 일방의 의사가 아니라 양당사자의 일치하는 의사이거나 양당사자의 의사가 일치하지 않으면 거래상대방의 합리적 의사여야 함에도 불구하고 판례와 다수설(실질설)은 실제 주식을 인수하려는 의사를 가진 명의차용자의 의사만을 결정적인 것으로 보아 주식인수의 당사자를 명의차용자로 보는 오류를 범하고 있다. 예외적으로 양당사자가 명의차용자를 주식인수인으로 하는데 합의하거나 회사의 양해가 있는 경우에만 명의차용자가 주식인수인이 되며, 회사가 명의차용 사실을 단순히 아는 것만으로는 명의차용자가 주식인수인이 될 수 없다. 원칙적으로 명의자를 주식인수인으로 보는 이러한 새로운 해석론에도 불구하고 명의차용자가 주식인수인이 되는 경우가 있어서 주식회사를 둘러싼 단체법적 법률관계의 획일적·통일적 처리라는 회사법의 목적 달성이 보장되지 않으므로 회사에 대한 관계에서 주주명부상의 명의자만을 주주로 보는 규정을 신설할 필요성이 있다(278면 이하 입법적 제언 참고).

3) 결론에는 동의하지만 과도한 법형성이라는 점을 지적하면서 상법에 동일한 내용이 규정되었으면 하는 아쉬움을 표시하는 학자도 적지 않다. 사건으로는 전원합의체판결의 내용이 법원에 의한 의문의 여지 없는 법형성(Rechtsfortbildung)으로 보기는 어렵고, 현행 규정 하에서도 가능한 해석 범위 안에 들어간다고 본다. 독일에서 주주명부에 기재된 자를 주주로 간주한다(본다)라는 규정을 두고 있어도 단 순한(복명가능한) 추정규정으로 해석하는 견해도 적지 않은 것을 보면 가능한 해석의 범위는 매우 넓다. ‘명의개서 없이는 회사에 대하여 대항하지 못 한다’라는 규정(상법 제337조 제1항)만 두고 있는 상법이 있어도 명의개서에 대한 추정력이나 면책력 인정은 모두 해석에 의해서 이끌어 내고 있다. 대항력도 회사만의 이익을 위한 것인지(편면적 구속설) 아니면 회사도 구속하는 것인지(쌍방적 구속설)도 모두 해석여하에 달려있다. 이러한 모든 해석은 일견 상법 제337조 제1항의 법문언을 넘어서

이 같은 전원합의체판결이 나왔는데, 기쁨보다는 추가적으로 뭔가 하여야 한다는 작은 의무감이 몰려오기 시작하였다. 이미 우리는 루비콘 강을 건넜고(대법원이 즉시 판례를 다시 변경하는 일은 상상 불가능), 이 전원합의체판결을 가지고 살아야 한다. 이 전원합의체판결을 가지고 살아가기 위해 가장 필요한 일은 무엇일까라는 고민을 하였는데, 스스로 내린 결론은 전원합의체판결의 의미를 정확하게 확정하고 그 적용범위를 밝히는 작업이었다.

이런 결론을 내린 후 며칠 뒤 사전에 정보를 주었던 연구이사님의 발표의뢰 전화가 왔다. 시간문제 이외에는 발표의뢰를 거절할 이유도 없었고 거절해서도 안 되었다. 의뢰주제는 “명의개서와 주주권행사에 관한 독일법의 동향”이 아닌가? 전원합의체판결의 의미를 정확히 확정하고 그 적용범위를 밝히기 위해서 1차적으로 누군가가 꼭 해야만 하는 일이다. 170년 이상의 역사를 뒤로하고 있는 주식법 제67조 제2항 제1문의 의미를 검토하는 것은 학습곡선효과(learning curve effect)가 가장 큰 국가의 법규를 탐구하는 것으로 매우 효과적이고 가장 합리적인 연구 프로세스 중 하나이다.⁴⁾ 독일은 주주명부(명의개서)에 관한 입법과 해석에 관한 가장 오래되고 풍부한 경험을 가진 국가이고, 수많은 판례를 보유하고 있어서 명의개서와 관련된 법률문제에 관한 정답을 대부분 가지고 있다. 따라서 명의개서에 관한 Germany Passing은 허용되지 않고, 전원합의체판결이 제시하는 명의개서의 효력을 정확하게 이해하고, 불명확한 부분을 밝히려면 독일 주식법 제67조 제2항 제1문은 꼭 들러야 하는 항구이다. 우리가 경영판단의 원칙을 연구할 때 150년 이상의 역사를 가진 미국과 델라웨어를 지나칠 수 없는 것과 같다.

아래와 같은 순서에 따라 글을 작성하였다.

먼저(II), 명의개서의 효력을 규정하고 있는 독일 주식법 제67조 제2항 제1문의 원조격에 해당하는 프로이센 주식회사법(1843) 제12조 제3항에서부터 현재 규정에 이르기 까지 내용상 조금의 변화도 없이 그대로 유지되고 있는 조문의 역사적 흐름을 살펴보고, 오늘날에 이르기 까지 주식법 제67조 제2항 제1문을 이해하는 주된 판례와 학설의 흐름을 시간 순서에 따라 서술하였다.

다음으로(III) 독일의 명의개서제도를 이해하는 데 가장 중요하고 전원합의체판결의 의미를 섬세하게 이해하는데 확실한 도움이 되는 주식법 제67조 제2항 제1문에 따른 명의개서의 효력을 상세히 설명하였다. 세부적으로 법적 성격과 입법 목적, 효력 발생 요건, 명의개서의 효력과 제3자의 법률관계 및 실질상 주주 보호문제를 다루었다. 그 다음에는(IV) 명의개서의 효력의 적용범위를 확정하기 위한 기준을 제시하였고, 이어서(V) 명의개서의 효력의 적용 범위와 관련한 특수한 문제들 중 우리나라에서도 검토될 필요성이 높은 8가지 세부주제를 선택하여 논의하였다.⁵⁾

것처럼 보이지만 법형성은 아니고 법발견 혹은 법해석으로 판단된다..

4) Fleischer, "Legal Transplants im deutschen Aktienrecht", NZG 2004, 1135에 의하면 법이나 법해석을 수출하는 국가는 학습곡선효과가 비교적 큰 국가들이라고 한다. 회사법의 경우 미국 회사법이 바로 가장 큰 학습곡선효과를 가지고 있어 세계의 여러 나라로 가장 많이 수출된다고 본다. 독일, 일본도 대표적으로 회사법 분야에서 큰 학습곡선효과를 가지고 있는 나라들이다.

5) 필자 나름의 기준으로 우리나라에서도 특별히 문제가 될 소지가 많은 부분을 중심으로 선택하다 보니

마지막으로(VI) 전원합의체판결의 핵심 문언이 가지는 함의를 주식법 제67조 제2항 제1문의 의미와 비교해 보았다. 결론에서는(VII) 전원합의체판결이 명의개서의 강력한 효력을 인정할 수밖에 없었던 이유를(비록 그 이유를 명시적으로 밝힌 것은 아니지만) 설명하고, 결과적으로 전원합의체판결의 결론은 타당하다는 입장을 밝혔다.

참고자료로 독일 주식법 제67조 제2항 제1문(참고자료1)과 독일 주식법 제67조 제2항 제1문의 해석론을 원용하는 경우 전원합의체판결의 적용범위에 관한 간략한 검토내용을 첨부하였다.

II. 주식법 제67조 제2항 제1문의 역사적 기원과 학설의 전개

1. 역사적 기원

독일에서 주주명부(명의개서) 제도가 법전에 규정된 것은 170년이 넘는 역사를 가지고 있다. 현재의 주식법 제67조 제2항 제1문은 1843년 11월 9일 제정된 프로이센 주식회사법(Preußisches Gesetz über die Aktiengesellschaften) 제12조 제3항에⁶⁾ 그 역사적 기원을 두고 있다. 이 규정은 1861년 독일보통상법전(ADHGB) 제183조 제2항⁷⁾(제223조에 의해 주식합자회사에도 준용)에 수용되었고, 1870년과 1884년의 주식회사법 개정의 영향을 받지 않았고, 1897년 독일 상법전(HGB) 제223조 제3항에⁸⁾ 수용되었다. 1937년 주식법(Aktiengesetz)에는 동일한 내용이 주식법 제62조 제3항에 규정되었고, 1965년 주식법이 현재의 위치, 즉 제67조 제2항 제1문에 동일한 내용을 규정하고 있다.

2. 명의개서의 효력에 관한 독일 법원(ROHG, RG, BGH)과 학설의 흐름 개관

주주명부(명의개서)에 관한 현재의 논의는 독일 제국법원(RG)의 판례에 의해 상당한 영향을 받았는데, 제국법원의 판례의 발전과정을 보면 다음과 같다.

제국고등상사법원(Reichsoberhandelsgericht)은 1861년 독일보통상법전(ADHGB 1861) 제183조 제2항과 관련하여 주주명부에 명의개서가 안 된 상속인이라도 주주로서의 권리를 행사할 수 있다고 보았는데 명의개서의 주주추정적 효력이 생존해 있는 권리주체 사이의 주식양도에만 미치는지 아니면 상속에도 미치는지에 대

독일에서 중요도가 상대적으로 낮은 문제도 포함되어 있을 수 있고, 중요도가 높은 문제가 빠졌을 수가 있다. 모든 책임은 필자의 것이다.

- 6) "Im Verhältnis zu der Gesellschaft werden nur Diejenigen als die Eigenthümer der Aktien angesehen, die als solche im Aktienbuche verzeichnet sind"
- 7) Im Verhältnisse zu der Gesellschaft werden nur diejenigen als die Eigenthümer der Aktien angesehen, welche als solche im Aktienbuche verzeichnet sind. Zur Prüfung der Legitimation ist die Gesellschaft berechtigt, aber nicht verpflichtet.
- 8) Im Verhältnisse zu der Gesellschaft gilt nur derjenige als Aktionär, welcher als solcher im Aktienbuche verzeichnet ist.

해서는 명시적으로 입장을 유보하였다.⁹⁾

1897년 상법(HGB 1897) 제223조 제3항과 관련하여 1912년 3월 27일 제국법원(RG)은 “주주권(사원권, 주식)의 양도는 주주명부의 명의개서와 관계없이 이루어지고, 상법(HGB) 제223조 제3항은 특별한 방식으로 주주자격을 결정하고 있다. 즉 주주명부에 등재된 자만이 주식에서 나오는 권리를 행사할 수 있고, 주주명부에 등재된 자만이 회사로부터 의무 이행에 관한 청구를 받을 수 있다. 제3자에 대한 관계에서는 주주권(사원권, 주식)을 취득한 자가 주주인 반면에 회사에 대한 관계에서는 주주명부에 등재된 자가 주주로 취급된다.”라고 판시하였다.¹⁰⁾ 제국법원은 또 다른 판결에서 회사는 명의개서 안된 실질상 주주에게 주주권을 인정할 수 없으며, 실질적 주주와 관련된 법률관계가 명백하고 또한 용이하게 입증할 수 있어도 명의개서가 안된 상태인 경우에는 실질적 주주에게 주주권을 인정하는 것은 허용되지 않는다고 보았다.¹¹⁾

다른 한편 제국법원은 일부 판결에서 명의개서에 대해 복멸불가능한 추정적 효력을 인정하지 않았고, 명부상 주주는 유효하게 주주의 지위를 취득하지 못하였기 때문에 부당하게 명의개서 된 것이라는 항변으로 명부상 주주에게 대항하는 것이 회사에 허용된다고 보았다.¹²⁾

1937년 주식법(AktG 1937) 제62조 제3항과 관련하여 일부 학설은 이사회는 손해 배상책임을 회피하기 위해 명부상 주주에 불과한, 실질상 주주 아닌 자의 주주권 행사를 거절할 의무를 실질적 주주에 대해서 부담한다고 보았다.¹³⁾ 제국법원의 일부 판결은 심지어 회사 자신의 견해에 의할 때 부당하게 명의개서가 된 것으로 판단되는 경우 회사는 직권으로(명부상 주주의 의사에 반해서도) 명의개서를 말소할 권한이 있고¹⁴⁾, 회사에 의해 명의개서가 말소된 명의상 주주는 주주명부 再登載(재등재) 이행청구의 소에 의해 대항할 수 있다고 보았다.¹⁵⁾

명의개서에 대해 복멸불가능한 추정적 효력을 인정하지 않는 이러한 입장에 대해 논란이 없었던 것은 아니지만 1965년 주식법(AktG 1965) 개정이 계기가 되어 완전히 반대방향으로 거의 한 목소리가 되어 명의개서에 대해 복멸불가능한 추정적 효력을 인정하게 되었다. 1965년 주식법(AktG 1965) 제67조 제3항(현행 주식법 제67조 제5항)에 회사에 의한 명의개서 말소절차가 명백히 규정됨으로써(관련당사자의 반대가 없는 경우에만 허용) 명부상 주주의 의사에 반해서는 회사가 일방적으로 부당하게 이루어진 명의개서라도 말소하는 것이 불가능하게 되었다. 회사의 일방적인 명의개서 말소가 불가능하다면 명부상 주주의 주주권행사를 회사가 일방적으로 거절할 수 없다는 결론은 필연적일 수밖에 없다. 따라서 현재 통설은 주식

9) ROHGE 23 Nr. 34(S. 98, 100).

10) RGZ 79, 162, 164.

11) RGZ 86, 154, 158.

12) RGZ 123, 279, 286; RGZ 86, 160, 161.

13) R. Fischer, in: Großkommentar Aktiengesetz, 2. Aufl. 1961, § 62 Rn. 24.

14) RGZ 123, 279, 286; RGZ 86, 160, 161.

15) RG LZ 1915, 893.

법 제67조 제2항 제1문의 추정적 효력은 명의개서가 실질적 법률관계에 부합하지 않음을 회사가 알아도 인정되기 때문에 복멸불가능한 추정적 효력으로 본다.¹⁶⁾

III. 주식법 제67조 제2항 제1문에 따른 명의개서의 효력

1. 복멸불가능한 추정적 효력

주식법(AktG) 제67조 제2항 제1문에 따르면 회사에 대한 관계에서는 주주명부에 명의개서 된 자만이 주주이다. 통설에¹⁷⁾ 의하면 주주명부에 명의개서 된 자는 회사에 대한 관계에서 주주이므로, 주주로서의 모든 ‘권리와 의무’의 귀속주체가 되는 것으로 복멸[(覆滅), 번복] 불가능한 추정(unwiderlegbare Vermutung¹⁸⁾, unrebuttable presumption)을 받는다. 법문언으로 인해(gilt als Aktionär)¹⁹⁾ 주

16) Altmeyden, "Abschied von der „unwiderlegbar vermuteten“ Mitgliedschaft des Scheingesellschafters in der Kapitalgesellschaft", ZIP 2009, 345 ff.이 유일하게 반대견해를 취하고 있는데, 이 견해에 의하면 통설은 방법론상 오류가 있는 1915년 제국법원의 잘못된 판결(RZG 86, 154)에 기초하고 있기 때문에 받아들일 수 없다고 보고, 대신 주식법 제67조 제2항 제1문의 복멸불가능한 추정적 효력은 명의개서 된 자에게 부담이 되는 방향에서만(zu Lasten der eingetragenen Person), 즉 명의개서 된 자의 회사에 대한 권리행사 측면이 아니라 의무부담 측면에서만 인정된다고 본다.

17) OLG Hamburg, NZG 2004, 45; OLG Jena, ZIP 2004, 594; Bayer, in: Münchener Kommentar AktG, 4. Aufl. 2016, § 67 Rn. 48; Cahn, in: Sindler/Stilz, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 67 Rn. 30; Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 67 Rn. 13; Lutter/Drygala, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2012, § 67 Rn. 46; Rachlitz/Grigoleit, in: Grigoleit, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2013, § 67 Rn. 18; Leuring, "Das Aktinebuch", ZIP 1999, 1748; Lieder, "Der Namensaktionär im gesellschaftsrechtlichen Spruchverfahren", NZG 2005, 160. 이러한 복멸불가능한 추정규정(자격수여적 효력)으로 인해 명의개서는 당연히 면책적 효력이 있고(회사가 주주명부상 주주가 실질적 주주가 아님을 알아도 명목상 주주에게 회사법적 의무를 이행하여야 하고, 명의개서된 자에게 의무를 이행한 경우 당연히 면책됨), 명의개서 하지 않으면 회사에 대한 관계에서 주주로 인정받지 못하여 주주권을 행사할 수 없으므로 명의개서는 회사에 대한 대항요건으로서의 기능도 수행한다. 통설은 유사한 규정을 두고 있는 유한회사법(GmbHG) 제16조 제1항도 역시 사원명부에 사원으로 등재된 경우 복멸불가능한 사원 추정적 효력을 규정하고 있다고 해석하며, 더 나아가 상업등기부에 등기된 사원명부의 기재를 신뢰한 경우에는 무권리자로부터 유한회사 지분을 선의 취득하는 것이 가능하기 때문에(유한회사법 제16조 제3항) 사원명부의 기재는 권리외관으로서의 성격도 있다고 본다. Bayer, "Gesellschafterliste und Aktienregister-Gemeinsamkeiten, Unterschiede, Überlegungen de lege ferenda-", in: Hüffer/Hoffmann-Becking/Reicher(Hrsg.), Liber amicorum für Martin Winter(im Folgenden Bayer, Gesellschafterliste und Aktienregister), 2011. S. 21.

18) 복멸불가능한 추정적 효력을 제한 없는(번복 불가능한) 자격수여적 효력(uneingeschränkte Legitimation)으로 보기도 하고(Bayer, Gesellschafterliste und Aktienregister, S. 23), 회사에 대한 관계에서는 실질적 주주가 아니더라도 명의상 주주가 주주로 인정되고, 반대로 제3자간에는 실질적 주주만이 주주로서 인정되는 측면에 초점을 맞추어 실질상 주주 아닌 명의상 주주는 상대적 주주(사원) 지위(Relative Gesellschafterstellung)를 가진다고 표현하기도 한다. 타인(실질상 주주)의 권리를 행사할 수 있어 주식법 제67조 제2항 제1문을 권리외관요건(Rechtsscheintatbestand)으로 표현하기도 한다(Lutter/Drygala, a.a.O., § 67 Rn. 44 f.). 상대적 주주(사원) 지위로 표현하는 문헌은 Wierisch, "Relative Gesellschafterstellung im Kapitalgesellschaftsrecht und Gesamtrechtsnachfolge-Erbfall, Verschmelzung, Aufspaltung"-, NZG 2015, 1336 ff.; ders., "Die Vermutungswirkung von Gesellschafterliste und Aktienregister", ZGR 2015, 591 ff.

19) 주식법 제67조 제2항 제1문의 원문 전체는 "Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Aktionär nur, wer als solcher im Aktienregister eingetragen ist."이다.

주로 간주(Fiktion)된다고 보는 견해도 있고, 자격수여적 효력 (Legitimationswirkung)이 있는 것으로 보는 견해도²⁰⁾ 있으며, 번복 가능한 추정 (widerlebbare Vermutung)으로 보는 견해도²¹⁾ 있다.

명의개서는 실질적 법률관계와 일치하는 것이 일반적이기 때문에(혹은 일부 명의개서는 실질적 법률관계와 일치하고 일부 명의개서는 불일치하는 혼재된 경우도 있음) 존재하지 않는 사실을 존재하는 것으로 보는 법적 의제는 아니다.²²⁾ Larenz 에 따르면 법적 의제는 다르게 인식되는 것을 의도적으로 동일시하는 것(gewollte Gleichstzung eines als ungleich Gewussten)을 의미한다.²³⁾

자격수여적 효력으로 보는 견해는 명의개서 된 자가 실질적 권리자인 것으로 단지 번복 가능한 추정을 받는 것에 불과하여 단순하고 명확한 법률관계를 위하여 주주가 되는 자를 명의개서를 기준으로 번복 불가능하게 확정하려는 목적을 가지는 주식법 제67조 제2항 제1문의 입법취지에 반한다.²⁴⁾

통설을 비판하는 비교적 최근에 나온 견해는²⁵⁾ 다음과 같은 주장을 한다. 부당하게 명의개서 된 자의 주주권 행사에 대하여 회사는 명의개서 말소청구권으로 대항할 수 있고(주주권행사를 위해 소를 제기한 경우 명의개서 말소를 구하는 반소로서 대항할 수 있고), 주식법 제67조 제2항 제1문에 의해 명의개서 된 자의 부담(의무)과 관련해서는(zu Lasten der eingetragenen Person, 즉 의무의 부담과 관련해서는) 복멸불가능한 추정적 효력이 있지만, 명의개서 된 자의 이익과 관련해서는(zu Gunsten der eingetragenen Person, 즉 주주권 행사와 관련해서는) 복멸가능한 추정을 받으므로 명의개서 된 자가 권한이 없음을 회사가 아는 경우 주주권 행사를 허용하여서는 안 된다고 본다.

이 견해는 회사의 명의개서 말소권은 주식법 제67조 제5항에 의해 관련당사자가 이익을 제기하면 허용되지 않는다는 사실을 간과하였고, 권리와 의무를 구분하여 추정적 효력을 달리 봄으로 인해 회사에 대한 관계에서 주주 여부(혹은 지분관계)를 확실하고 단순하게 확정하려는 주식법 제67조 제2항 제1문의 입법목적에 반한다.²⁶⁾

주식법 제67조 제2항 제1문의 넓은 적용범위(모든 주주권과 의무)와 명확하고 단순하게 주주를 둘러싼 법률관계를 신속하게 확정하려는 입법취지를 고려하면 통설처럼 복멸불가능한 추정적 효력이 있는 것으로 보는 것이 타당하다.

복멸불가능한 추정적 효력으로 인해 주주명부상 명의개서 된 자가 “진정한 주주가 아님을 회사가 적극적으로 알아도(positive Kenntnis)” 주식법 제67조 제2항 제1문의 이러한 효력이 나타난다.²⁷⁾ 즉, 회사에 대한 관계에서는 실질상 주주여부와는

20) RGZ 79, 162, 164; RGZ 86, 154, 157.

21) Altmeyden, ZIP 2009, 351.

22) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 48; Bayer, Gesellschafterliste und Aktienregister, S. 21.

23) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1992, S. 150.

24) Rachlitz/Grigoleit, a.a.O. § 67 Rn. 18.

25) Altmeyden, ZIP 2009, 351 ff.

26) Rachlitz/Grigoleit, a.a.O. § 67 Rn. 18.

관계없이 주주명부에 명의개서 된 자만이 주주이다. 따라서 의결권신탁(자격양도, Legitimationsübertragung)²⁸⁾, (완전한) 신탁(Treuhand) 또는 타주점유(Fremdbesitz) 등이 주주명부에 기재되어 있어도(즉, 명의상 주주가 실질적 주주가 아님을 알 수 있어도) 명부상 주주만이 회사에 대한 관계에서는 주주이다.²⁹⁾ 복멸불가능한 추정적 효력의 의미를 주주총회와 관련하여 보면, 명부상 주주만이 주주총회에서 의결권을 행사할 수 있으므로 명부상 주주가 실질상 주주 아님을 알 아도 회사는 주주총회 소집통지를 하여야 한다. 명의개서 안 된 실질상 주주가 의결권을 행사한 것을 이유로 명부상 주주가 주주총회결의 취소의 소를 제기하는 경우 다른 주주는 명부상 주주가 실질상 주주가 아님을 이유로 소제기를 막을 수 없다. 반대로 명부상 주주가 의결권을 행사한 경우 다른 주주는 실질상 주주 아닌 자의 의결권 행사를 이유로 주주총회결의 취소의 소를 제기할 수 없다.

2. 주식법 제67조 제2항 제1문의 입법목적

주식법 제67조 제2항 제1문은 다음과 같은 입법 목적을 가지고 있다고 본다.³⁰⁾ 첫째, 회사에 대한 권리와 의무(주주권)의 귀속주체로서 주주의 동일성(identity)에 관한 법적 확실성(Rechtsklarheit)을 확보하고, 법률관계의 단순화(Rechtseinfachheit)를 도모하기 위한 것이다. 둘째, 실질적인 자본납입을 관철하기 위한 것이다. 주식법 제10조 제2항, 제3항에 의하면 기명주식이 일부만 납입된 채로 발행된 경우 미납주금의 납입채무자는 주주명부상 명의자이고, 실권절차에 의해 실권된 주주가 미납하고 있는 주금의 납입채무자는 실권된 주주의 전자

27) 따라서 독일 주식법상으로 명의개서 미필상태에서 누가 주주인가 하는 문제는 회사에 대한 관계에서는 전혀 논의의 필요성이 없다. 주식양도인이 양도 후 여전히 주주로 주주명부상에 남아있다면 회사에 대한 관계에서는 여전히 양도인이 주주이고, 이러한 결과는 회사가 주식양도 사실을 알고 있어도 마찬가지이다. 따라서 회사는 배당이나 신주배정을 반드시 주주명부상 주주에게 하여야 하며 실질주주에게 배당이나 신주배정을 하면 면책이 되지 않는다.

28) 주주권의 분리금지 원칙(Abspaltungsverbot)에도 불구하고 독일은 예외적으로 의결권을 분리하여 신탁적으로 양도할 수 있음을 규정하고 있다(주식법 제129조 제3항). 의결권신탁은 이를 허용하는 명문규정이 없는 우리나라에서는 당사자 사이에서는 유효한 약정이나 회사법적으로는 허용되지 않고, 명의신탁 방법에 의해서 동일한 목적을 달성할 수 있다고 본다. 이철송, 회사법 강의, 제25판, 516-517면. 명의신탁의 경우에는 내부적으로 신탁적 제한을 받지만 명의수탁자에게 모든 주주권이 이전되어 주주권 분리 현상이 발생하지 않기 때문에 허용된다. 다만 2017년 봄에 나온 전원합의체판결에 의해 회사가 명의신탁을 알아도 명의개서가 된 명의수탁자만이 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있다.

29) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 48.

30) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 1; Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 1-3; Hüffer/Koch, a.a.O. § 67 Rn. 1. 이러한 기능은 주주명부의 기능이라고도 부를 수 있다. 제한적인 정보청구권과 열람권으로 인하여 다른 주주에 대한 정보 제공 기능은 주주명부가 더 이상 수행하지 않는다고 본다. 1965년 주식법 제67조 제5항(구법에 처음 도입되었던, 주주명부에 기재된 모든 주주에 대한 열람권은 2001년 제정된 기명주식 및 의결권행사 간소화에 관한 법률(NaStraG)에 의해 개인정보보호를 이유로 삭제되고 현재는 주주 자신의 자료에 대한 열람만 허용된다(주식법 제67조 제6항 제1문). 따라서 현재는 법률에 의해 통지의무가 있는 경우에만, 즉 주식법 제20조, 제21조, 상장회사의 경우 증권거래법(WpHG) 제21조 이하와 같이 지분관계에 관한 통지의무가 있는 경우에만 간접적으로 주주 구성을 알 수가 있다. 반대로 사원명부가 상업등기부에 등기되는 유한회사의 경우에는 독일 상법(HGB) 제9조에 의해 모든 사원이 다른 사원에 관한 자료의 열람(온라인 열람도) 가능하다.

(Vormann)로서 주주명부에 등재된 자이다(주식법 제65조 제1항).

주식법 제67조 제2항 제1문은 ‘누가 주주인가라는 문제’와 ‘회사는 누구를 주주로 취급할 수 있는가’라는 문제를 분리(Entkoppelung)하고 있다. 회사는 객관적인 사실에 기초해 누가 주주총회 소집통지를 받아야 하고, 누가 출자의무를 부담하는지를 신속하게 판단할 수 있어야 하는데, 바로 객관적 사실로서 명의개서는 누구를 주주로 취급할지에 대해 확실한 판단 기준을 제공한다고 본 것이다.³¹⁾

3. 복멸불가능한 추정적 효력 발생 요건

복멸 불가능한 추정적 효력이 발생하기 위해서는 주주명부가 정상적으로 작성되어야 하고, 권한 있는 자의 주식양수 통지와 양수사실 입증을 통한 명의개서 신청이 있어야 하며, 이러한 명의개서 신청에 따라 권한이 있는 이사회(대표이사) 혹은 그 대리인(명의개서 대리인)에 의해서 명의개서가 이루어져야 한다. 이러한 요건 중 하나라도 충족이 되지 않으면 추정적 효력은 발생하지 않는다. 따라서 권한 없는 다른 기관이(예컨대 감사위원회) 명의개서를 하거나, 권한 있는 자에 의한 명의개서 신청(양수사실의 통지와 증명을 통해서)이 없었음에도 이사회가 자의적으로 명의개서를 한 경우, 혹은 착오로 명의개서 신청과는 달리 주주 아닌 자 앞으로 명의개서 된 경우 위와 같은 추정적 효력은 발생하지 않는다.³²⁾

주식양수 사실의 통지가 취소되거나 무효인 경우라도 통지에 따라 이미 이루어진 명의개서의 효력에는 영향을 미치지 못하고, 통지의 무효·취소 주장은 장래를 향해서만(ex nunc) 효력이 있으며, 무효·취소를 입증하여 명의개서 말소를 청구할 수 있을 뿐이다.³³⁾

4. 복멸불가능한 추정적 효력과 제3자의 법률관계

주식법 제67조 제2항 제1문의 복멸 불가능한 추정적 효력은 회사와 주주명부상 주주 사이에서만 발생하고, 제3자에 대해서는 이러한 효력이 없다.³⁴⁾ 즉, 주주명부상

31) 제국법원도 독일 상법(HGB) 제223조 제3항(현행 주식법 제67조 제2항 제1문의 전신)에 규정된 명의개서의 기능과 관련하여 “명의개서는 누구에게 배당을 하고, 주금납입채무 이행이 지체되고 있는 경우 누구에게 책임을 물어야 하는지 혹은 누구를 주주총회에서 의결권을 행사할 자로 보아야 하는지에 대해 확실하게 판단할 수 있는 기준으로서 외부적 표지가 필요한 회사의 이익 및 회사 보호에 기여한다.”라고 판시하였다(RGZ 123, 279, 282).

32) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 82-83; Hüffer/Koch, a.a.O. § 67 Rn. 12; Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit, AktG, 2013 § 67 Rn. 28; Laubert, in: Hölter, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2017, § 67 Rn. 13.

33) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 94; Cahn, a.a.O., § 67 Rn. 73. 유한회사의 사원명부에 대한 기재도 동일하게 해석함. 대표적으로 Bayer, in: Lutter/Hommelhof, § 16 GmbHG Rn. 15. 회사는 명의개서가 부당하게 이루어진 것으로 판단하면 주식법 제67조 제5항에 따라 관련당사자에게 명의개서 말소 계획을 사전에 통지하고 상당한 기간을 정하여 이의를 제출할 것을 최고하였으나 이의를 제출하지 않은 경우 회사가 명의개서를 말소할 수도 있다.

34) 주식법 제67조 제2항 제1문은 제3자에 대한 관계에서는 주주명부에 등재된 자가 주주임을 규정하고 있지 않다.

명의개서는 기명주식을 둘러싼 실제적 법률관계에는 아무런 영향을 미치지 못하고 제3자에 대한 관계에서는 명의상 주주가 아니라 실질적 관리자가 주주가 된다.³⁵⁾ 기명주식에 대한 양도(처분)는 주주명부상 명의개서와는 무관하게 일어나며(독일 주식법상 기명주식은 배서와 교부에 의해 양도하는 것이 원칙), 주주명부상 명의개서는 기명주식 양도(처분)의 유효요건이 아니고, 양도(처분)의 하자가 주주명부상 명의개서로 치유되는 것도 아니다. 제3자가 주주명부상 명의개서를 신뢰하여 주식을 취득하여도 선의취득 규정에 의한 보호를 받지 못한다.³⁶⁾

5. 복명불가능한 추정적 효력 하에서 실질상 주주 보호 문제

입법자는 주식법 제67조 제2항 제1문을 통해 기명주식과 관련된 모든 이해관계자의 이익을 위해 법률거래의 안전과 법률관계의 명확성을 실질 주주의 개별적 이익보다 우위에 두는 결정을 내린 것이다. 명부상 주주를 회사에 대한 관계에서 주주로 보는 주식법 제67조 제2항 제1문의 규정에도 불구하고 진정한 주주가 전혀 보호받지 못하는 것은 아니고, 발생 가능한 권리 침해는 제한된, 합리적 범위 내에 있다.

복명불가능한 추정규정은 제3자간의 관계에서 누가 실질상 주주인가를 판단하는데 전혀 영향을 미치지 못하기 때문에 실질상 주주가 아니면서 주주명부에 명의상 주주로 등재된 자와 실질적 주주사이의 법률관계는 독일 민법의 일반 규정에 의해 해결한다. 즉, 당사자 사이에 특별한 약정(양수인 대신 양도인이 계속 주주명부에 주주로 남아있기로 하는 약정)이 있다면 그 약정에 따라, 특별한 약정이 없다면 독일 민법 제677조 이하의 사무관리 규정 혹은 독일 민법 제812조 이하의 부당이득 반환 규정 혹은 독일 민법 제823조 이하의 불법행위 규정에 따라 해결한다.³⁷⁾ 또한 주주명부를 정상적으로 운영하고 검사할 의무를 위반한(예컨대 명의개서 누락이나 지체 혹은 부당한 명의개서 거절, 권한 없는 자 앞으로 된 명의개서) 회사를 상대로 손해배상청구권을 취득할 수 있다. 다만, 이러한 권리는 명의개서를 하였더라면 얻을 수 있는 권리(주주권 행사)보다는 불충분 하고, 명부상 주주나 회사의 파산위험을 실질상 주주가 부담하여야 하는 불이익이 따르는데 이러한 점은 입법자가 의식적으로 수인 한 것으로 보아야 한다.

35) 따라서 명의상 주주의 채권자가 기명주식을 압류한 경우 실질상 주주는 제3자 이익의 소를 제기할 수 있으나, 반대로 실질상 주주의 채권자가 기명주식을 압류한 경우 명부상 주주는 제3자 이익의 소를 제기할 수 없다.

36) 2008년 10월 23일 제정된 MoMiG(유한회사 현대화와 남용방지에 관한 법률, Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen)에 의해 신설된 유한회사법 제16조 제3항에 따르면 일정한 요건을 갖춘 경우 사원명부의 기재를 신뢰하고 무권리자로부터 유한회사의 지분을 취득한 양수인은 선의취득에 의해 보호된다. 요건은 취득시점에 3년 이상 사원명부에 무권리자가 사원으로 등재되어 있었고, 무권리자가 사원으로 등재된 것이 권리자의 귀책 사유에 기인한 것이어야 하며, 양수인이 무권리자에 대해 선의·무중과실이어야 하고, 사원명부의 기재가 모순이 없을 것 등이다.

37) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 47.

명의개서 안 된 실질 주주는 제3자에 대한 관계에서는 실질적 권리자로서 자신의 주식을 처분할 수 있으나 회사에 대한 관계에서는 주주권을 행사하지 못하는 점에서 권리의 침해가 있다고 볼 수 있다. 그러나 제3자와의 관계에서는 실질 주주의 지위가 전혀 영향을 받지 않고 간단하게 가능한 명의개서를 통해 주주권을 행사하지 못하는 불만족스런 상태를 해소할 수 있는 점을 고려하면 복멸불가능한 추정적 효력으로 인한 실질 주주의 권리에 대한 제한은 기명주식의 양도와 취득에 따르는 법적 안정성과 확실성을 확보하기 위해 필요하고, 적합하며, 상당한 범위 내의 헌법(법률에 의한 재산권의 내용과 제한에 관한 독일 기본법 제14조 제2항) 합치적 제한이라고 볼 수 있다. 주주자격 문제와 관련하여 주식법 제67조 제2항 제1문의 입법목적 달성에 필요하다면 실질상 주주의 이익을 제한된 범위 내에서 희생(후퇴) 시키겠다는 것이 입법자의 객관적 의사이다.³⁸⁾

IV. 복멸불가능한 추정적 효력의 구체적 적용범위를 확정하기 위한 기준

1. 이익이 되는 방향(권리)과 불이익한 방향(의무) 모두 적용

명의개서의 추정적 효력은 주주명부상 명의개서 된 자에게 이익이 되는 방향(권리 행사 방향)과 불이익이 되는 방향(의무 부담 방향) 양방향으로, 실제적 권리관계와는 관계없이 나타난다. 회사는 명의개서 된 자에 대하여 제한 없이 회사법상 권리를 행사할 수 있고 또한 회사법상의 의무를 이행하여야 한다. 예컨대 회사는 주주명부상 명의개서 된 자에게 주금납입채무의 이행을 청구할 수 있고(불이익이 되는 방향), 명의개서 된 자에게 이익배당을 하거나 신주인수권을 부여하여야 한다(이익이 되는 방향).³⁹⁾

2. 회사의 선·악의를 묻지 않고 적용

제국법원(RG) 판례는⁴⁰⁾ 명의상 주주가 실질상 주주가 아님을 회사가 입증할 수 있는 경우 회사는 명의상 주주에게 회사법상의 의무를 이행할 필요는 없다고(회사법상 권리행사를 허용할 필요는 없다고) 판시하였다.⁴¹⁾ 그러나 현재 통설은⁴²⁾ 명의개서 된 자의 지위에 대한 회사의 개입은 하자있는 명의개서를 말소하는 절차(주식법 제67조 제5항⁴³⁾)를 통해서만 가능하고, 형식적으로 보아 명의개서가 정상적

38) Lieder, NZG 2005, 162.

39) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 49; Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 31; Hüffer/Koch, a.a.O. § 67 Rn. 14-15; Grigoleit/Rachlitz, a.a.O. § 67 Rn. 21-23.

40) RGZ 123, 279, 286; RGZ 86, 160, 161.

41) 회사가 주주명부상 주주가 실질상 주주가 아님을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였고 또한 이를 용이하게 증명하여 주주권(의결권) 행사를 거절할 수 있었음에도 주주권 행사를 허용한 경우 주주명부의 면책적 효력이 발생하지 않는다고 보는 우리 구판례의 입장[대법원 1998. 9. 8. 선고 96다45818 판결(공1998하, 2400)]과 동일하다.

42) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 52; Cahn, a.a.O. § Rn. 33.

으로 이루어진 경우라면 명의자가 실질상 주주가 아니어도 회사에 대한 관계에서 주주이며, 따라서 회사는 실질주주가 아님을 알아도 명의상 주주에게 회사법상 의무를 이행하여야 한다고 본다. 예컨대 주식양도가 무효이고 이를 회사가 알고 있는 경우라도 양수인 앞으로 계속 명의개서가 되어있다면 회사에 대한 관계에서는 양수인이 여전히 주주이므로 회사는 명부상 주주에 불과한 양수인에 대해서 계속 회사법상 의무를 이행하여야 한다.

3. 명의개서를 귀속시킬 수 없는 경우에는 적용 불가

다만, 미성년자 혹은 행위무능력자임에도 불구하고 법정대리인의 동의 없이 명의개서를 한 경우, 절대적 강요(vis absoluta)에 의해 혹은 대리권 없는 자에 의해 명의개서가 이루어진 경우, 명의개서가 위조된 경우, 적법한 명의개서 신청이 있었음에도 불구하고 명의개서가 되지 않은 경우(혹은 지체된 경우) 등과 같은 경우에는 명의상 주주에게 당해 명의개서를 유효하게 귀속시킬 수 없으므로⁴⁴⁾ 회사는 명부상 주주에 대해 회사법상의 권리를 행사할 수 없고 또한 의무를 부담하지 않는다.⁴⁵⁾

4. 회사법상 '모든' '권리'와 '의무'에 적용

주식법 제67조 제2항 제1문은 회사와 주주 사이의 회사법적 모든 권리와 의무에 적용되고 다만, 회사법상 권리와 의무가 아닌 순수한 채권적 권리와 의무에는 적용되지 않는다.⁴⁶⁾

1) 모든 회사법상 권리

주식법 제67조 제2항 제1문의 복명 불가능한 추정적 효력은 주주의 회사법상 모든 권리와 의무에 관해서 미친다. 따라서 주주명부상 주주는 회사에 대해 자익권(이익 배당 청구권, 잔여재산분배 청구권 등)과 공익권(주주총회 참석권과 의결권, 주주 제안권, 회계장부열람 청구권과 같은 주주의 각종 정보 청구권, 각종 소 제기권 등)등 모든 주주권을 행사할 수 있다.

주식회사와 관련된 심사절차(Spruchverfahren, 비송절차)와 같은 비송절차상 주주

43) 주주가 아님에도 주주로 등재되어 있다고 회사가 판단하면 관련당사자에게 이의제기에 필요한 상당한 기간을 정하여 예정된 명의개서 말소를 사전 통지한 경우 명의개서의 말소가 가능하다. 관련당사자가 설정된 기간 내에 이의를 제기하면 회사는 명의개서를 말소 할 수 없다. 주식법 제67조 제5항.

44) 명의개서 신청에 이러한 하자가 있는 것이 아니라 주식양도행위에 이러한 유형의 하자가 있어도 그러한 하자는 회사에 대한 관계에서는 아무런 의미가 없고 따라서 명의개서의 효력에 영향을 미치지 못한다. Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 96.

45) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 82, 83, 93; Hüffer/Koch, a.a.O. § 67 Rn. 15; Wiersch, ZGR 2015, 595.

46) Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 45.

자격이 요건인 경우 역시 주식법 제67조 제2항 제1문이 적용된다.⁴⁷⁾ 따라서 주주명부상 주주만이 조직재편법(UmwG) 제15조(합병비율 불공정 시 소멸회사 주주의 추가지급청구), 주식법 제304조 및 제305조[지배계약(Beherrschungsvertrag, control agreement) 혹은 이익이전계약 (Gewinnabführungsvertrag, profit transfer agreement) 시 소수주주의 상당한 보상청구(Ausgleichsanspruch, compensation) 및 대상(代償)청구(Abfindungsanspruch, settlement⁴⁸⁾], 주식법 제320b조[편입(Eingliederung, integration) 시 주주지위 상실한 주주의 대상청구], 주식법 제327 f 조[주식강제매도(squeeze out) 시 소수주주의 대상청구]에 기해 법원에 심사절차 개시를 신청할 권한이 있다.

예컨대 합병 시 소멸회사의 주주로 주주명부에 등재되어 있지 않으면 실질상 주주라도 합병비율이 불공정할 때 조직재편법 제15조 및 심사절차법(SpruchG=Spruchverfahrensgesetz) 제1조에 의해 법원에 심사절차를 통한 추가지급(Zuzahlung, additional payment)결정을 신청할 권리가 없다.

지배계약 및 이익이전계약을 체결한 경우 역시 주주명부상 주주만이 주식법 제304조에 의해 상당한 보상을 청구하거나, 주식법 제305조에 의해 상당한 가액으로 자신의 주식을 매수해 줄 것을 청구하거나(대상청구) 회사에 의해 제시된 매수가액을 승낙할 권리가 있고, 법원에 심사절차를 통한 상당한 보상가액 및 대상가액(매수가액) 결정을 신청할 수 있다.

주식강제매도(squeeze out)에 있어서도 주주명부상 주주만이 지배주주가 제시한 매수가액이 부당하다고 판단하면 비록 회사가 아닌 지배주주를 상대로 하는 것이지만 주식법 제327f조 제2문에 의해 법원에 심사절차(Spruchverfahren)를 통한 상당한 대상가액(매수가액)결정을 신청할 수 있다.⁴⁹⁾

주주총회결의 취소소송(주식법 제245조)에서도 주주명부상 주주만이 원고적격이 있다.⁵⁰⁾

2) 모든 회사법상 의무

반대로 회사에 대한 관계에서는 실질상 주주가 아닌 명부상 주주가 회사법상 모든

47) OLG Hamburg, NZG 2004, 45 f.; Lieder, NZG 2005, 159 ff.; Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 34-35. 제3자와 관련이 됨에도 주식법 제67조 제2항 제1문이 적용된다고 보아야 하는 자세한 이론적 근거 제시는 아래의 심사절차에서의 신청권 참조.

48) 우리 상법에서 합병 등에 반대하는 주주가 가지는 주식매수청구와 어느 정도 유사한 것으로 보면 된다.

49) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 46; Hüffer/Koch, a.a.O. § 67 Rn. 14; Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 34; Lieder, NZG 2005, 159 ff.

50) OLG Hamburg NZG 2004, 45 ff.; Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 49; Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 31; Hüffer/Koch, a.a.O. § 67 Rn. 14; Laubert, a.a.O. § 67 Rn. 12; Bayer/Scholz, "Der Legitimationsaktionär - Aktuelle Fragen aus der gerichtlichen Praxis", NZG 2013, 721 ff.; Lieder, NZG 2005, 162 ff. 실질상 주주만이 주주총회결의 취소소송의 원고적격이 있다고 보는 소수 견해는 LG München I AG 2010, 47; Dißbars, "Antragsbefugnis von Namensaktionären im Spruchverfahren über ein Squeeze-out", BB 2004, 1293 ff.

의무를 부담하는데, 예컨대 출자의무나 정관에서 정한 소정의 의무를 명부상 주주는 이행하여야 한다.⁵¹⁾ 따라서 수탁자(Treuhänder)가 주주명부상 주주로 등재되어 있는 경우 비록 신탁관계가 주주명부에 부기되어 있어도 수탁자만이 회사에 대한 관계에서 주주이므로 의무를 부담한다. 예컨대 주주에 대한 신주발행 시 수탁자가 주식인수인이 되고 주금납입채무자가 된다.

5. 법률행위로 인한 기명주식취득(주주지위 취득)에만 적용되는 지 여부

주식법 제67조 제2항 제1문과 유사한 내용을 가진 유한회사법(GmbHG) 제16조 제1항 제1문은 이론(異論)의 여지없이 법률행위 혹은 법률에 기한 유한회사 지분 취득에 적용된다고 보지만⁵²⁾, 주식법 제67조 제2항 제1문이 법률에 의한 기명주식 취득 시에도 적용되는지에 대해서는, 즉 상속 혹은 합병이나 분할 등의 조직재편행위로 인한 법정포괄승계 시에도 주주로서의 지위를 인정받기 위해서 명의개서를 하여야만 하는지에 대해서는 의견의 일치를 보지 못하고 있다.⁵³⁾ 이 문제에 대해서는 아래의 별도 목차에서 논의하기로 한다.

V. 복명 불가능한 추정적 효력의 적용 범위와 관련한 특수 문제

1. 주주의 권리가 증권화 된 경우

만약, 배당청구권증서(Coupon)나 신주인수권증서가 발행되었다면 회사는 주주명부상 주주가 아닌 이러한 증서를 소지한 자에게 이익을 배당하거나 신주를 배정하여야 한다. 다만, 배당청구권과 신주인수권이 증서에 표창된 유가증권의 법리상 이러한 증서를 소지한 자에게 회사가 급부할 의무가 있는 것이지 주식법 제67조 제2항 제1문의 복명불가능한 추정적 효력의 예외는 아니다.⁵⁴⁾

2. 소수주주권 행사

51) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 50; Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 31; Hüffer/Koch, a.a.O. § 67 Rn. 15; Laubert, a.a.O. § 67 Rn. 12; Rachlitz, a.a.O. § 67 Rn. 23.

52) Bayer, in: Lutter/Hommelhof, GmbH-Gesetz, 17. Aufl. § 16 Rn. 5 ff. MoMiG가 제정되기 전에는 법률행위로 인한 유한회사 지분 취득에만 유한회사법 제16조가 적용되었다. Bayer, in: Lutter/Hommelhof, § 16 GmbHG Rn. 4.

53) 법률행위로 인한 기명주식 취득에만 주식법 제67조 제2항 제1문이 적용된다고 보는 견해는 Lutter/Drygala, a.a.O. § 67 Rn. 87; Grigoleit/Rachlitz, a.a.O. § 67 Rn. 27. 반면, 법률행위 혹은 법률의 규정에 의한 취득을 묻지 않고 적용된다고 보는 견해는 Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 75-81; Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 47; Wiersch, "Relative Gesellschafterstellung im Kapitalgesellschaftsrecht und Gesamtrechtsnachfolge", NZG 2015, 1336 ff.

54) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 58; Hüffer, a.a.O. § 67 Rn. 14; Leuring, ZIP 1999, 1749; Diekmann, "Namensaktien bei Publikums Gesellschaften", BB 1999, 1987. 물론 배당청구권증서나 신주인수권증서의 발행청구권은 명부상 주주만이 행사할 수 있다(Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 58).

소수주주권(예컨대 독일 주식법 제122조 제1항의 주주총회 소집청구권, 제142조 제2항 제2문의 특별검사인 선임청구권, 제148조의 대표소송제기권 등)도 주주명부상 주주만이 행사가능하다.

일정기간 계속적 주식보유(Mindestbesitzzeit, 예컨대 주식법 제148조의 주주대표소송의 경우 3개월)가 소수주주권 행사요건이면 보유기간 계산 시 주주명부에 명의개서 된 상태로 보유했던 기간 이외에 명의개서 없이 실질적 주주로 주식을 보유한 기간을 다른 방법으로 입증 가능하면 보유기간 계산에 산입한다. 일정한 주식 보유기간을 소수주주권 행사요건으로 한 입법이유는 소수주주권을 행사(남용)할 목적으로 '단기간만' 주식을 취득하여(Aktienerwerb ad hoc) 보유하는 것을 방지하기 위한 것이므로 명의개서 없이 실질적으로 주식을 보유한 기간을 산입하여도 입법이유에 반하지 않으며, 따라서 명의개서 된 상태로 보유한 기간만을 기준으로 할 필요는 없다.⁵⁵⁾

주식법 제70조는 주식보유기간 계산 시 금융기관에 대한 주식소유권이전 청구권만을 취득한 경우도 주식의 보유와 동일 한 것으로 보며, 주식을 무상으로 취득하거나 신탁관계의 수탁자로부터 혹은 포괄승계 방식으로 취득한 경우 취득자의 주식 보유기간을 계산할 때 전자(무상양도인, 수탁자, 피상속인 혹은 합병 시 소멸회사)의 주식보유기간을 포함하는데 동규정의 입법취지를 고려해 보더라도 명의개서 안 된, 주식의 실질적 소유자의 주식보유기간을 산입하지 않을 이유가 없다.⁵⁶⁾

다만, 소수주주권 행사시점에는 소수주주는 주주명부에 반드시 명의개서가 된 상태에 있어야 한다.⁵⁷⁾ 이렇게 해석하는 경우 주식보유기간 입증방법으로 주주명부상 소수주주 앞으로 명의개서 된 부분(초본)을 증거로 제시하는 것으로 충분한 지, 아니면 실질적(법률적)인 주식 보유를 입증하여야 하고 따라서 주주명부의 명의개서는 의미가 없는지 어려운 문제가 제기된다.⁵⁸⁾ 소수주주권 행사시점에 명의개서가 된다면 전적으로 실질적인 주식 소유만을 입증하는 것도 허용된다고 보아야 한다. 또한 최소한 소수주주권 행사를 위해 요구되는 보유기간 동안 계속 명의개서 된 상태였다면 보유기간은 입증은 된 것으로 보아야 한다.⁵⁹⁾

3. 주식법 제20조 및 증권거래법(WpHG) 제21조의 통지의무

1) 통지의무의 내용

회사(회사의 종류를 묻지 아니함)가 다른 주식회사의 발행주식총수의 25%(회사의

55) Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 44; Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 59; Leuering, ZIP 1999, 1749.

56) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 59.

57) Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 44; Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 59; Leuering, ZIP 1999, 1749.

58) Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 44. 명의개서 부분(초본)을 제시하는 것으로 입증이 된다고 보는 견해는 OLG Nürnberg NZG 2012, 1184. 명의개서가 아니라 실질적으로 주식을 보유한 사실로 입증하여야 한다는 견해는 OLG München NZG 2013, 623.

59) Leuering, ZIP 1999, 1749.

종속회사가 보유하거나 회사의 계산 혹은 그 종속회사의 계산으로 제3자 명의로 보유한 주식 포함, 주식법 제20조 제1항, 제16조 제2항 제1문, 주식법 제16조 제4항)를 초과하여 취득하거나(주식법 제20조 제1항) 혹은 의결권의 과반수이상 (Stimmenmehrheit)을 취득한 경우(주식법 제20조 제4항) 그 다른 회사에 대해 즉시 서면으로 통지할 의무가 있다. 물적 회사(주식회사, 유한 회사)는 주식법 제20조 제2항에 따른 지분을⁶⁰⁾ 제외하고 다른 주식회사의 발행주식총수의 25%를 취득한 경우 역시 그 다른 회사에 대해 서면으로 즉시 통지할 의무가 있다(주식법 제20조 제3항).⁶¹⁾ 반대로 통지의무를 발생시키는 이러한 지분요건을 더 이상 충족시키지 못하는 경우에도(지분요건을 하회하게 되는 경우에도) 즉시 서면으로 통지할 의무가 있다(주식법 제20조 제5항).

증권거래법(WpHG) 제21조에 의하면 다른 주식회사의 의결권의 3%, 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50%, 75%를 취득 혹은 초과하거나 혹은 하회하게 된 경우 지체 없이(4거래일 이내) 주식의 발행인과 금융감독청(Bafin)에 대한 통지의무가 발생한다.⁶²⁾

2) 실질상 주주와 명의상 주주가 불일치하는 경우 통지의무를 부담하는 자

기명주식의 경우 주주명부와는 무관하게(주주명부 외에서) 이루어지는 주식양도로 인해 실질적 주주와 명의상 주주가 불일치하는 경우가 발생할 수 있는데 이 경우 (특히 의결권신탁의 경우) 누가 이러한 통지의무를 부담하는지가 문제된다.

① 의결권이 누구에게 있는지 여부를 불문하고 실질적 주주만이 상술한 통지의무를 부담한다고 보는 견해가 있다.⁶³⁾ 이 견해는 주식법 제67조 제2항 제1문에 근거해서 의결권신탁을 받은 자가 증권거래법 제21조에 따른 통지의무를 부담한다는 결론은 이끌어 낼 수 없다고 본다. 자유로운 재량으로 의결권을 행사하는 경우만 통지의무 부담여부를 판단하는 의결권수에 산입하는 증권거래법 제22조 제1항 제6호로 인해 주주의 지시를 받아서 의결권을 행사하는 자(의결권수탁자)에게는 통지

60) 회사나 그 종속회사 혹은 회사나 그 종속회사의 계산으로 제3자가 주식의 양도를 청구할 수 있거나 회사나 회사의 종속회사 혹은 회사나 그 종속회사의 계산으로 제3자가 주식을 양수할 의무를 부담하는 경우 양도청구를 할 수 있거나 혹은 양수할 의무를 부담하는 주식은 회사가 취득한 주식에 포함한다.

61) 주식법 제20조 제1항, 제3항의 통지의무는 지분참가(출자지분, Kapitalbeteiligung)를 기준으로 하는 반면 주식법 제20조 제4항의 통지의무는 의결권을 기준으로 판단한다.

62) 증권거래법 제21조에 따른 통지의무는 지분참가가 아닌 의결권을 기준으로 판단하는 점에서 주식법 제20조 제4항의 통지의무의 발생기준과 동일하다.

63) Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 36-37; ders. AG 2013, 461; Schilha, in: Bürgers/Körber(Hrsg.), Aktiengesetz Heidelberger Kommentar, 4. Aufl. 2017 § 20 Rn. 6 & § 22 Anh. § 21 WpHG Rn. 10; Nartowaska, "Stimmrechtsmeldepflichten und Rechtsverlust eines Legitimationsaktionärs nach §§ 21 ff. WpHG?", NZG 2013, 126. BaFin, Emittentenleitfaden v. 22.7.2013 unter Ziff. VIII. 2.3.7 (S. 109). BaFin에 의하면 의결권이 포함된 주식의 소유자가 통지의무를 부담하며, 제3자가 가지고 있는 의결권 행사를 수탁 받은 자는 통지의무가 없다고 본다.

의무가 발생하지 않으며, 또한 증권거래법 제21조의 통지의무는 사원(주주)으로서의 의무가 아니라 자본시장법상 의무를 규정하고 있으므로 회사에 대한 관계에서 주주 여부와는 무관하다고 본다. 의결권수탁을 받은 자가(자만) 증권거래법 제21조의 통지의무를 부담한다고 보면 회사에 대한 실질적 지배관계를 공개하기 보다는 숨길 수 있게 되어 투자자보호를 위해 회사에 대한 지분관계의 투명성을 확보하고자하는 증권거래법 제21조의 취지에도⁶⁴⁾ 반하게 된다고 본다.

주식법 제20조의 통지의무는 회사에 대한 주주로서의 자격이 아니라 주식에 대한 소유권을 기준으로 판단하고 있는데(gehören), ‘의결권’신탁의 경우 수탁자가 자신의 이름으로 의결권만을 행사할 수 있지 주식의 소유자는 아니며, 실질적인 지분관계를 공개하려는 주식법 제20조의 입법취지를 고려하면 의결권수탁자가 아닌 실질상 주주(의결권신탁자)만이 주식법 제20조의 통지의무를 부담한다고 본다.⁶⁵⁾

② 이에 반해 주주명부에 주주로 등재된 자가 통지의무를 부담하며,⁶⁶⁾ 명의상 주주와 실질적 주주가 일치하지 않는 경우에는 실질적 주주도 명의상 주주와 함께 통지의무를 부담한다고 보는 견해가 다수였던 적이 있다.⁶⁷⁾ 이 견해는 우선, 주주명부에 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 주주이므로 주주의 지위에서 나오는 권리를 행사할 수 있고 의무도 부담하기 때문에⁶⁸⁾ 이러한 통지의무를 부담한다고 본다. 의결권수탁자(Legitimationsaktionär)도 주주명부에 기재된 이상 회사에 대한 관계에서 주주이므로 통지의무를 부담하고, 특히 증권거래법 제21조의 통지의무는 주식의 소유 여부가 아니라 의결권 여부를 기준으로 하므로 의결권수탁자는 (의결권을 행사할 수 있으므로) 동조문의 통지의무를 부담한다고 본다. 이 견해는 증권거래법 개정 전의 견해로서⁶⁹⁾ 명의상 주주(의결권수탁자)의 통지의무에 관한 주장은 더 이상 맞지 않다.

법 개정으로 인해⁷⁰⁾ 증권거래법 제22조 제1항 제1문은 주식을 신탁한 경우 실질적 주주인 신탁자에게 동주식이 귀속됨을 규정하고 있고(즉, 실질적 주주인 신탁자

64) Bayer, a.a.O. WpHG § 21 Rn. 1.

65) Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 37; Nartowska, NZG 2013, 126.

66) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 70; Noack, DB 1999, 1308; Diekmann, BB 1999, 1987.

67) OLG Köln NZG 2012, 946, 948; Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 70; Grigoleit, a.a.O. § 20 Rn. 9, § 67 Rn. 19, 23. Diekmann, BB 1999, 1987; Bayer/Scholz, NZG 2013, 725 f.

68) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 70.

69) 소액투자자보호법(Kleinanlegerschutzgesetz vom 3.7.2015, BGBl. I 1114)의 제정으로 증권거래법이 개정되기 이전의 견해이나 특별한 법의 영향을 받지 않은 경우 그 내용을 알아 볼 필요가 있음.

70) 소액투자자보호법 제정으로 인해 증권거래법 제21조의 통지의무는 ‘자신이 소유한 주식(aus ihm gehörenden Aktien)’의 의결권이 기준이 됨으로써 단순히 의결권행사를 수탁 받은 것에 불과한 자(Legitimationsaktionär, 주식법 제129조 제3항)는 통지의무를 부담하지 않는다. 즉 의결권신탁이 있는 경우 의결권을 신탁한 실질주주만이 증권거래법 제21조의 통지의무를 부담하고 주주명부에 의결권수탁자로 기재된 자는 통지의무를 부담하지 않는다. Begr. RegE, BT-Drs. 18/3994, 5; Schürnbrand, in: Emmerich/Habersack(Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl. 2016, § 21 WpHG Rn. 10; Piroth, “Die Klarstellung zur Mitteilungspflicht des Legitimationsaktionärs im Rahmen des geplanten Kleinanlegerschutzgesetzes”, AG 2015, 13 ff.

가 증권거래법 제20조의 지분요건을 충족하면 통지의무를 부담하고), 주식법 제20조도 주식이 귀속되는(gehören) 자의 통지의무를 규정하고 있는데 주식의 귀속(gehören)이라는 개념은(주식법 67조 제1항 제3문, 제4항 제2문, 제3문에서도 사용됨) 실질적인 주주와 관련된 것이다. 주식에 대한 완전한 신탁이 있는 경우에(주식에서 나오는 권리 전부를 양도하는 경우에도) 증권거래법 제22조 제1항 제2문에 의해 주식신탁자가 통지의무를 부담하므로 의결권만을 신탁한 경우는 당연히 의결권신탁자가 통지의무를 부담한다고 보아야 한다(argumentum a maiore ad minus).⁷¹⁾

4. 주식강제매도를 위한 지배주주 요건

주식강제매도(squeeze out⁷²⁾)를 위해 필요한 지배주주(Hauptaktionär) 요건(발행주식총수의 95% 이상 소유)이 충족되었는지는 기명주식의 경우 명의개서 여부가 아니라 주식의 실제 소유 여부(gehören)를 기준으로 판단한다.⁷³⁾

주식 소유 여부는 소유권의 완전한 귀속(Vollrecht)을 기준으로 판단하는데, 지배주주의 주식에 질권이 설정되어 있어도 주요주주의 소유를 인정하는데 영향을 미치지 아니하며, 대주(貸株)의 경우에도 비록 주식의 차주가 동종의 주식을 반환할 의무가 있더라도 주식에 대한 완전한 소유권을 취득하므로 발행주식총수의 95%를 계산하는데 대차한 주식도 포함된다.⁷⁴⁾

채권적 권리인 주식인도청구권만을 가지고 있는 경우에는 그 인도가 완료되기 전까지는 발행주식총수의 95%를 계산하는데 포함되지 않는다. 지배주주가 주식강제매도를 하기 위해 필요한 발행주식총수의 95% 이상 소유라는 요건은 주식강제매도를 위한 주주총회 소집청구 시점부터 주식이전결의가 있을 때까지 충족되어야 하나⁷⁵⁾, 주식이전결의 등기 시점까지 계속 유지될 필요는 없다고 본다.⁷⁶⁾

5. 공개매수와 관련된 지배권 취득(Kontrollerwerb)

주식취득 및 공개매수법(WpÜG) 제29조 제2항⁷⁷⁾ 및 제35조에서 말하는 매수자의

71) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 73.

72) 주식법 제327a조, 주식취득 및 공개매수법(WpÜG=Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz) 제39a조, 조직재편법(UmwG) 제62조 제5항이 지배주주에게 주식강제매도권을 인정하고 있다.

73) BGH NZG 2009, 585 Rn. 22; Cahn, a.a.O., § 67 Rn. 39; Hüffer/Koch, § 327a Rn. 15. 소유여부를 판단할 때 주식법 제16조 제2항, 제4항이 적용된다(주식법 제327a조 제2항).

74) BGH NZG 2009, 585; Hüffer/Koch, § 327a Rn. 15; Singhof, in: Spindler/Stilz(Hrsg.), AktG, 3. Aufl. § 327a Rn. 16. 주식대차계약에서 배당청구권이나 신주인수권을 대주에게 부여하고 있더라도 대차한 주식은 차주의 소유로 본다(BGH NZG 2009, 585). 탈법행위가능성으로 인해 계산에 포함되지 않는다고 보는 반대견해는 Ph. Baums, WM 2001, 1845 ff.

75) BGH NZG 2011, 669.

76) 다수설. OLG München NZG 2009, 506; Hüffer/Koch, § 327a Rn. 15. 등기시점까지도 요건이 충족되어야 한다고 보는 반대견해는 Singhof, in: Spindler/Stilz(Hrsg.), AktG, § 327a Rn. 18; Habersack, in: Emmerich/Habersack(Hrsg.) a.a.O. § 327a AktG Rn. 18.

77) 주식취득 및 공개매수법(WpÜG) 제29조 제2항에 의하면 대상회사에 대한 지배권 취득은 매수자가

지배권(Kontrolle) 취득을 판단하는 기준인 '의결권 보유'(Halten von Stimmrechten, holding of the voting rights)는 주식의 소유를 기준으로 하지 명의개서를 기준으로 하여 판단하지 않는다.⁷⁸⁾

따라서 의결권신탁의 경우 명의개서 된 수탁자는 비록 자신의 명의로 의결권을 행사할 수는 있어도 주식취득 및 공개매수법 제29조의 의결권 보유에는 해당되지 않는다. 의결권신탁의 경우 의결권 행사에 대한 재량이 수탁자에게 없는 것이 원칙이므로 주식취득 및 공개매수법(WpÜG) 제30조 제1항 제6호에 의해 수탁자의 의결권 보유로 보지 않는다.⁷⁹⁾

의결권을 신탁한 자는 주주명부에 명의개서가 되지 않아 회사에 대한 관계에서 주주가 아니어서 직접 의결권을 행사하지 못하나 수탁자의 의결권과 결부된 영향력을 행사 할지를 (지시 등을 통해) 결정할 수 있는 지위에 있기 때문에 의결권 보유자로 본다.⁸⁰⁾

6. 심사절차 신청인 적격: 제3자 관련 문제

1) 강제매도(squeeze out)와 관련하여 아래와 같은 이유를 들어 회사에서 축출된 모든 소수주주가, 따라서 명의개서 안 된 소수주주도 대상가액(Abfindung) 결정에 대한 심사절차(Spruchverfahren)를 신청할 권리가 있다고 보는 견해가 있다.⁸¹⁾ 심사절차법(SpruchG) 제3조 제1문 제2호는 심사신청권을 명의개서 된 자로 제한하는 내용을 두고 있지 않으며, 심사절차에서 신청의 상대방(피신청인)은 지배주주이지(심사절차법 제5조 제3호) 축출된 소수주주의 회사가 아니어서 신청의 상대방인 지배주주는 제3자에 불과하다. 따라서 명의개서 된 주주에 대해서만 복멸불가능한 주주추정적 효력을 정하고 있는 주식법 제67조 제2항 제1문은 적용되지 않고, 명의개서 안된 실질상 주주도 대상가액 결정을 신청할 권한이 있다. 이와 달리 본다면 법률상 허용되지 않는 방법으로 실질상 주주의 지위를 현저하게 침해하게 된다. 이 견해는 “회사에 대한 관계”의 의미를 오해한데서 비롯된 것으로 지지를 받지 못하고 있다. 명의개서 된 자만을 회사에 대한 관계에서 주주로 보는 주식법 제67조 제2항 제1문은 원칙적으로 제3자에 대한 관계에는 적용되지 않는다. 다만, 주식법 제67조 제2항 제1문에서 말하는 ‘회사에 대한 관계에서(im Verhältnis

의결권을 30%이상 취득하면 인정된다. 동법 제35조에 의해 대상회사에 대한 지배권을 취득한 경우 7일 이내에 취득한 의결권 수를 표시하여 공시하여야 하여야 하고(동법 제1항), 이때 취득한 의결권 수는 동법 제30조에 따라 계산한다. 매수자는 대상회사에 대한 지배권취득을 공시한 후 4주 이내에 공개매수신고서를 금융감독청(BaFin)에 제출하고 공개매수청약(Pflichtangebot, mandatory bid)을 하여야 한다(동법 제2항).

78) Cahn, a.a.O., § 67 Rn. 38.

79) Cahn, a.a.O., § 67 Rn. 38. 주식취득 및 공개매수법 제30조 제1항 제6호에 의하면 신탁된 의결권이나 의결권을 대리행사 하는 경우 수탁자나 대리인에게 의결권 행사의 재량이 없는 경우에는 공개매수여부와 관련하여 의결권신탁자 혹은 의결권을 위임한 자의 의결권으로 계산한다.

80) Cahn, a.a.O., § 67 Rn. 38.

81) Dißars, BB 2004, 1294 f.

zur Gesellschaft)'의 의미는 '주주가 가지는 권리와 의무의 법적 기초가 회사에 대한 주주의 사원권적 관계(주주로서의 지위)에 있는 경우⁸²⁾'로 이해하여야 정확하다. 제3자가 회사와 명의개서 된 자의 법률관계에 전혀 관련이 없는 경우, 즉 순수한 제3자(Außenstehender, outsider)적 지위를 가지는 주식양수인처럼 등장하는 경우에만 주식법 제67조 제2항 제1문, 즉 명의개서의 효력은 제3자에 대해서 적용되지 않고, 실질적 권리관계가 주식양도의 효력을 결정한다.⁸³⁾

이러한 이해를 기초로 해서 보면, 주식법 제327조 이하 및 심사절차법 제1조 제3호, 제3조 제1문 제2호에 의해 주식강제매도 시(squeeze out) 축출된 소수주주를 위한 상당한 주식매수가액(대상가액) 결정에 대한 심사를 법원에 신청할 권한은 명의개서 된 주주에게만 있고, 명의개서 되지 않은 실질상 주주는 신청권이 없으며, 매수대금(대상대금)도 명의개서 된 주주에게 지급하여야 한다. 비록 대상가액(매수가액) 청구권의 상대방이 회사가 아닌 지배주주이지만(심사절차법 제5조 제호) 대상가액(매수가액) 청구권은 주주가 회사에 대해서 가지는 사원권적 관계(주주 지위)에 기초하고 있기 때문에(뿌리를 두고 있기 때문에) 주식법 제67조 제2항 제1문이 그대로 적용되어서 명의개서 된 주주만이 주식대상가액(매수가액) 결정 신청권자이고, 대상가액(매수가액)을 수령할 권한이 있다.⁸⁴⁾

2) 주식강제매도(squeeze out)와 마찬가지로 합병, 편입, 지배계약 및 이익이전계약과 관련하여 소멸회사나 편입된 혹은 지배받거나 이익을 이전한 회사의 소수주주가 심사절차(Spruchverfahren)를 통해 합병비율의 불공정을 이유로 추가지급(Zuzahlung), 자신의 주식에 대한 정당한 대상가액(매수가액, Abfindung) 혹은 정당한 보상(Ausgleich) 결정을 법원에 신청할 수 있다. 이 경우 비록 청구의 상대방(피신청인)이 소수주주 자신의 회사가 아니라 존속회사(흡수회사), 편입하는 회사 혹은 지배하거나 이익을 이전 받는 회사이지만(즉, 제3자이지만) 명의개서 된 상태여야 하고, 명의개서 안된 실질상 주주는 심사를 신청할 권리가 없으며, 추가지급, 매수가액 혹은 보상을 받을 권리 또한 없다.⁸⁵⁾ 이러한 해석이 가능한 이유는 소수주주가 가지는 추가지급, 대상가액 혹은 보상 청구권은 소수주주가 소멸회사, 편입된 회사 혹은 이익을 이전한 회사에 대해서 가지는 사원권적 법률관계(주주 지위)에 기초하고 있기 때문이다.

82) OLG Hamburg, NZG 2004, 45는 주식강제매도의 경우 소수주주의 '회사에 대한 사원권'이 강제로 이전(zwangswise Übertragung der 'Mitgliedschaft an der Gesellschaft')되는 문제이지, 지배주주에 대한 사원권 (an der Hauptaktionärin)이 이전되는 문제가 아니라는 표현으로 이 부분을 설명하고 있다.

83) Lieder, NZG 2005, 161 f.; Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 34.

84) Lieder, NZG 2005, 163.; Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 34. OLG Hamburg, NZG 2004, 45 f.는 주식강제매도 시 주식이전을 위한 주주총회결의취소 소송의 원고적격을 명의개서 된 주주만 가지는데 대상가액결정과 관련해서 달리 보는 것은 모순이라는 점을 들어 심사절차를 통한 대상가액결정을 신청할 권리는 명의개서 된 주주만이 갖는다고 본다.

85) Lieder, NZG 2005, 164 ff.

7. 상속, 합병과 분할

법문언상 주식법 제67조 제2항 제1문은 법률행위에 의한 특별승계이든 법률에 의한 포괄승계이든 묻지 않고 적용되는 것으로 보이나, 상속이나 합병, 분할과 같은 조직재편행위로 인한 법정포괄승계와 관련해서는 주식법 제67조 제2항 제1문을 그대로 적용할지 여부에 대해서 완전한 의견의 일치를 이루고 있지는 않다.

1) 상속

상속이 개시되면 주주명부상 명의자로서 피상속인의 모든 권리와 의무가 법률에 의해 상속인에게 승계되므로 상속인은 자신 앞으로 명의개서를 하지 않아도 주주로서 모든 권리를 행사할 수 있고 주주로서 모든 의무를 부담한다는 통설과⁸⁶⁾ 상속의 경우 회사에 대한 관계에서 주주로서 권리를 행사하려면 명의개서를 하여야 하나 주주로서 회사에 대한 의무는 명의개서 없이도 이행하여야 한다는 반대견해가⁸⁷⁾ 대립하고 있다.

① 다수견해는 상속개시와 더불어 피상속인이 가지고 있던 실질적인 주주로서의 지위와 피상속인의 회사에 대한 채무가 상속인에게 독일 민법 제1922조, 제1976조에 의해 포괄적으로 이전하기 때문에 주주명부에 명의개서 하기 전이라도 상속인은 회사에 대한 관계에서 완전한 주주로서의 자격을 가지는 것으로 본다. 상속 시 부동산 등기부의 등기사항과 마찬가지로 주주명부 상 기재에도 상속법상 포괄승계의 효력이 미친다고 본다(상속법상 포괄승계 원칙의 우위). 명의개서가 안된 상속인에게 회사에 대한 관계에서 주주로서의 지위를 인정하여야만 상속개시와 명의개서 사이에 주주가 없는 공백상태를 방지할 수 있으며, 명의개서를 하지 않는 방법으로 상속인이 피상속인의 회사에 대한 채무를 면탈할 수 있기 때문에 명의개서 여부를 불문하고 상속인을 회사에 대한 관계에서 주주로 보는 해석이 불가피하다고 본다.⁸⁸⁾ 또한 명의개서 없이 상속인에게 포괄 승계된 주주로서의 의무를 부담하게 하려면 승계된 주주권 행사도 명의개서 없이 허용하여야 한다고 본다. 이 견해는 주식법 제67조 제2항 제1문에 대한 상속법상 포괄승계 원칙의 우위로 인해 발생하는 불확실성(명의개서 없으면 누가 주주로서 상속인인지 알 수 없는 문제)은 법정포괄승계의 본질상 제한적이고 법률상 혹은 입증책임상 지배가능한 수준으로

86) OLG Jena, AG 2004. 268, 270; OLG Brandenburg, NZG 2002, 479, 478; Grigoleit/Rachlitz, a.a.O. § 67 Rn. 27; Hüffer/Koch, a.a.O. § 67 Rn. 14.

87) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 75-80; Wiersch, NZG 2015, 1340; Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 47는 상속인이 상속증명서(Erbschein)를 제시하는 경우에는 예외적으로 명의개서 없이 주주로서 권리행사를 할 수 있으나, 상속증명서 제시 없이 상속인이 주주로서 권리행사를 하기 위해서는 명의개서를 하여야 하는 반면, 명의개서가 되지 않아도 상속인은 피상속인이 회사에 대해 부담하는 의무는 이행하여야 한다고 본다.

88) Grigoleit/Rachlitz, a.a.O. § 67 Rn. 27.

본다.⁸⁹⁾ 명의개서 안 된 상속인이라도 회사에 대한 관계에서 주주 자격이 있다고 보아야 하는 또 다른 근거로 상속인의 주식보유기간을 계산할 때 피상속인의 보유기간을 포함하는 주식법 제70조 제2문을 들기도 한다.⁹⁰⁾

② 이러한 통설의 입장을 비판하는 소수견해는⁹¹⁾ 회사에 대한 관계에서 주주로서의 자격을 가지는 지 여부를 판단할 때 실질적인 권리관계에 대한 고려 없이 법적 확실성을 담보해 줄 수 있는 명의개서를 기준으로 판단하는 주식법 제67조 제2항 제1문의 입법취지를 무색하게 만드는 통설의 약점을 우선 지적한다.

다음으로, 주식양도의 통지와 주식양수의 입증으로 이루어지는 명의개서를 규정하고 있는 주식법 제67조 제3항의 해석상 주주명부에 누구도 등재되지 않는 소위 명의개서 공백상태(Leerposten, freier Meldebestand)도 허용되기 때문에⁹²⁾ 입법자는 주주 없는 공백상태를 수인하고 있으며, 명의개서 된 자의 사망 시 누구에게 주식이 귀속되는지 불분명한 경우 회사는 무권한자에게 주주권 행사를 허용할 수 없으므로 잠정적인 주주 공백상태는 불가피한 현상이고, 상속인으로 지위가 확정 되면 상속인은 회사에 대한 통지와 상속 사실을 입증하여 스스로 신속히 명의개서를 할 수 있으므로⁹³⁾ 다수설의 주주 없는 공백상태 방지 논거는 타당하지 않다고 본다. 또한 회사에 대한 의무를 이행하지 않는 주주의 주식에 대해서 실권을 시키거나 강제집행을 할 수 있는 수단이 존재하기 때문에 주주인 상속인의 명의개서를 유도할 수 있고 따라서 상속인이 명의개서를 하지 않는 방법으로 피상속인의 회사에 대한 채무를 면탈할 수 있는 가능성은 크지 않다고 본다.⁹⁴⁾

대신 소수견해는 상속인은 상속개시와 더불어 피상속인의 모든 주주권을 포괄승계 하나 명의개서를 하여야만 승계된 주주권을 행사할 수 있다고 본다. 다수견해의 주장과는 달리 피상속인 앞으로 된 명의개서는 독일 민법 제1922조(포괄승계)에 의해 상속재산의 일부로서 포괄승계 되지 않으므로 상속인은 명의개서 없이는 승계된 주주권을 행사할 수 없다고 본다.⁹⁵⁾ 또한 명의개서 안된 상태인 상속인의 주주권 행사로 인해 회사의 기능(예컨대 주주총회의 기능)이나 이해관계가 침해될 수 있으므로⁹⁶⁾ 주주권 행사를 위해서는 명의개서가 요구된다고 본다. 명의개서 없는

89) Grigoleit/Rachlitz, a.a.O. § 67 Rn. 27.

90) Grigoleit/Rachlitz, a.a.O. § 67 Rn. 27.

91) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 76.

92) Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 63; Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 106; Hüffer/Koch, a.a.O. § 67 Rn. 19. 무기재상태(명의개서 공백상태)는 주식양도인이 회사에 대해 양도통지를 하여 자신의 명의를 주주명부에서 말소하였으나 주식양수인이 명의개서를 신청하지 않은 경우 발생한다.

93) Wiersch, NZG 2015, 1338.

94) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 76.

95) Wiersch, NZG 2015, 1338.

96) 예컨대 피상속인이 실질상 주주가 아님에도 주주명부에 등재되어 있어서 상속인이 주주로서의 지위를 승계받지 못하였음에도 명의개서 없이 주주권을 행사한 경우, 예를 들어 의결권이나 배당청구권을 행사한 경우 주주총회결의의 하자과 상속인에 대한 배당의 면책적 효과가 발생하지 않아 회사의 기능과 이해관계를 침해하게 된다. 주식법 제67조 제2항 제1문은 회사의 기능(공익적 성격의 법률관계의 확실성 및 단순성 확보)을 보호하기 위한 규정이지 거래안전 보호(제3자의 이익 보호)를 위한 규정은 아니다.

상속인에게 승계 받은 주주권 행사를 허용하면 다른 주주에게 주주에 대한 정보를 제공하는 주주명부의 공시기능에도 반하게 되며⁹⁷⁾, 상속인이 명의개서를 하기 전까지 주주권을 행사할 자가 아무도 없는 공백상태는 수인하여야 한다고 본다.⁹⁸⁾

반면, 주식법 제67조 제2항 제1문이 회사에 대한 주주로서의 의무에 대해서도 적용된다고 보면 상속인은 명의개서를 하지 않는 방법을 통해(명의개서 의무는 없음) 승계한 피상속인의 의무에서 벗어날 수 있으므로 포괄승계된 피상속인의 의무는 주식법 제67조 제2항 제1문에 영향을 받지 않고, 즉 명의개서가 없더라도 상속개시 시점부터 상속인이 부담한다고 본다. 회사나 회사의 채권자의 이해관계도 명의개서 안 된 상속인에 대해서도 포괄 승계한 피상속인의 회사에 대한 책임을 물을 수 있기를 요구한다. 상속의 경우 명의개서 필요 여부와 관련하여 주주로서의 권리와 의무를 달리 취급하는 것은 부당한 것은 아니라고 본다.⁹⁹⁾

결론적으로 양견해는 명의개서 없이도 상속인이 회사에 대한 관계에서 주주로서 의무(승계된 의무)를 부담한다는 점에서는 차이가 없고, 주주로서의 권리(승계된 권리)를 행사하기 위해서 명의개서가 필요한 지 여부에 대해서만 차이가 있다.

2) 합병, 분할

상속과 마찬가지로 두 가지 견해가 대립하고 있다. 양견해가 제시하는 논거는 상속에서 제시한 것과 유사하다. 다수견해는¹⁰⁰⁾ 명의개서 전에 신설회사나 존속회사 혹은 승계회사는 합병 혹은 분할(합병)으로 인해 소멸회사 혹은 분할회사로부터 포괄승계 받은 주주권을 행사하는 것이 가능하고, 명의개서 전에도 포괄승계 받은 주주로서의 의무를 이행하여야 한다고 본다. 다수견해는 소멸회사나 분할회사 앞으로 이루어진 명의개서의 자격수여적(추정적) 효력은 명의개서가 없더라도 존속회사나 승계회사 혹은 신설회사를 위해서도 미친다고 본다(명의개서(효력)의 포괄승계).¹⁰¹⁾ 또한 회사에 대한 관계에서 명의개서된 자만을 주주로 보는 주식법 제67조 제2항 제1문은 법률행위로 인한 주식양도에만 적용되는데 합병이나 분할은 주식의 법정승계가 이루어져 주식법 제67조 제2항 제1문은 적용되지 않는다고 본다.¹⁰²⁾

반대로 소수견해는¹⁰³⁾ 합병 시 존속회사나 신설회사, 분할(합병) 시 승계회사나 신설회사가 소멸회사나 분할회사로부터 포괄승계 받은 주주권을 행사하기 위해서는 자신 앞으로 명의개서를 하여야 하나¹⁰⁴⁾ 포괄승계 받은 소멸회사나 분할회사의 주

97) Wiersch, NZG 2015, 1338. 주주권행사와 명의개서의 결부는 명의개서를 하도록 강제(담보)하는 역할을 하게 된다. 주주명부의 이러한 역할 언급은 Begr. RegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, 38 li. Sp.

98) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 77; Wiersch, NZG 2015, 1338.

99) Bayer, a.a.O. § 67 Rn. 77; Wiersch, NZG 2015, 1340.

100) Grigoleit/Rachlitz, a.a.O. § 67 Rn. 27.

101) Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl, § 67 Rn. 60; Merkt in Großkomm. z. AktG, § 67 Rn. 78.

102) Lutter/Drygala, a.a.O. § 67 Rn. 87.

103) Wierisch, NZG 2015, 1340 f.

주주로서의 의무는 명의개서 없이도 이행하여야 한다고 본다. 소수견해는 상속과 마찬가지로 주주권 행사와 관련해서만 다수견해와 다른 입장인데 그 논거를 보면 다음과 같다.

먼저, 소멸회사나 분할회사의 명의개서 자체가 재산의 일부로서 신설회사나 존속회사 혹은 승계회사로 이전된다고 보는 다수견해는 가법지 않은 문제를 가지고 있다고 본다. 만약 명의개서 없이도 주주권 행사가 가능하다고 보는 경우 소멸회사나 분할회사가 주주가 아님에도 불구하고 주주명부에 등재되어 있으면 신설회사나 존속회사 혹은 승계회사가 주식을 취득할 수 없는데도 불구하고 주주권 행사가 가능한 문제가 발생한다고 본다. 또한 복수의 분할합병이 이루어지는 경우 분할합병 계약서에 특정이 되지 않으면 복수의 승계회사 중 누구에게 분할회사의 기명주식이 이전되는지 알 수 없는 상태가 발생하고, 이 경우 명의개서하지 않은 승계회사에 대해 주주권 행사를 허용하면 공동상속인 수인이 있을 때 명의개서를 하지 않은 상속인에게 주주권 행사를 허용하는 경우처럼 부정적인 법적 결과가 발생할 수 있다고 본다. 합병이나 분할(합병)로 인한 주식이전의 효력은 비록 합병 등기나 분할(합병)등기로 발생하나 그 이전이 합병계약서나 분할계획서 혹은 분할합병계약서에 기초하여 이루어지기 때문에 법률행위로 인한 양도와 마찬가지로 보아야 하므로 명의개서의 효력은 법률행위에 기한 주식양도에만 적용된다는 다수견해를 따르더라도 신설회사나 존속회사 혹은 승계회사의 명의개서가 필요하다고 본다.

합병이나 분할(합병)의 효력이 발생한 시점에 이미 변제기가 도래하였거나 이후 변제기가 도래할 소멸회사나 분할회사의 주주로서의 의무에 대해서는 명의개서 없이도 신설회사나 존속회사 혹은 승계회사는 합병이나 분할(합병) 규정(조직재편법 제 20조 제1항 제1호, 제131조 제1항 제1호)에 따라 책임을 진다. 명의개서 없는 상태에서의 책임은 신설회사나 존속회사 혹은 승계회사에 포괄 승계된 재산이 소멸회사나 분할회사의 채권자(회사)에게 책임재산으로서 역할을 하여야만 합병이나 분할이 가능하다는 법적 인식에서 당연히 도출이 가능하다고 본다.¹⁰⁵⁾

8. 명의개서 공백상태(Aktien im freien Meldebestand)

주식양도인의 명의가 주주명부에서 말소되었으나 주식양수인이 명의개서를 하지 않은 경우 누구도 주주명부에 등재된 자가 없는 소위 명의개서 공백상태(Leerposten, freier Meldebestand)가 발생한다. 명의개서 공백상태는 주주에 관한 실질적이고 완전한 정보 파악이라는 주주명부의 이상적 모습에는 반하지만 주식양수인에게 명의개서를 강제할 수는 없으므로 금지되지는 않는다. 이 경우 명의개서 안된 주식양수인은 주주권을 행사할 수 없다.¹⁰⁶⁾ 구체적으로 주주권을 나누

104) 합병이나 분할 전 발생한 구체적 채권인 배당청구권이 이전된 경우는 예외적으로 명의개서 없이 그 행사가 가능하다고 본다. Wierisch, NZG 2015, 1340.

105) Wierisch, NZG 2015, 1341.

106) Drygala, "Namensaktien in freiem Meldebestand", NZG 2004, 894 ff.; Cahn, a.a.O. § 67

어서 살펴보면 명의개서 안된 주식양수인은 주주총회 참석권과 의결권을 행사할 수 없고, 배당청구권과 신주인수권 역시 행사할 수 없다. 사후적으로 명의개서를 하더라도 배당기준일이나 신주배정기준일까지 명의개서를 하지 않으면 이러한 재산적 주주권(자익권)이 소급적으로 부활하는 것은 아니며 확정적으로 소멸한다.

회사가 해산한 경우 명의개서 안된 주식양수인이라도 잔여재산분배청구권은 행사할 수 있다고 보는데, 그 이유는 해산으로 인한 잔여재산배당요건이 모두 충족되면 그 시점부터 잔여재산분배청구권은 주주권(사원권)에서 금전의 지급을 내용으로 하는 채권으로 그 법적 성격이 변하기 때문에¹⁰⁷⁾ 명의개서와 무관하게 행사할 수 있는 권리가 된다는 것을 든다.¹⁰⁸⁾ 명의개서 안된 주식양수인을 배당시점까지 알 수 없는 경우 청산인은 잔여재산 배당분을 공탁(독일 민법 제 372조 제2문)하여야 한다.¹⁰⁹⁾

다만 예외적으로 무상증자나 액면가 변경(주식분할), 감자(주식병합) 등의 경우에는 단순히 주식수 변경만 있으므로 명의개서 안된 주식양수인에게도 주식수 증가나 감소의 효과가 미친다고 본다.¹¹⁰⁾

합병의 경우 소멸회사의 주주가 주식양수인으로서 명의개서를 하지 아니하여 주주명부에 누구도 기재되어 있지 않더라도 명의개서를 하지 않은 주식양수인은 법률의 규정에 의해 당연히 존속회사의 주주의 지위를 취득하고(조직재편법 제20조 제3호), 존속회사는 알지 못하는 주식양수인에 대해 교부하여야 하는 주식을 조직재편법 제71조에 따라 선임된 신탁자(Treuhänder)에게 교부하여야 하고, 존속회사의 주주명부에는 명의개서 하지 않은 소멸회사의 주주가 받아야 하는 주식에 대해서 명의개서 공백상태가 발생한다. 주식회사가 다른 종류의 회사(예: 유한회사)로 흡수합병되는 경우에 조직재편법 제29조에 의하면 소멸회사의 주주가 합병에 대한 반대의사를 서면으로 표시한 경우에만 존속회사(유한회사)에 대한 대상청구(매수가액청구)가 인정되는데 명의개서를 하지 않은 주식양수인은 소멸회사에 대해 반대의사를 표시할 수 없기 때문에 대상청구권은 행사할 수 없게 된다.¹¹¹⁾

명의개서 안된 주식양수인이라도 주식법 제20조, 증권거래법 제21조, 제22조 제1항 제5호에 의해 각각 피참가회사 또는 피참가회사와 금융감독청에 대한 통지의무를 부담하고, 주식매수 및 공개매수법 제30조 제1항 제5호에 따른 소유지분 계산 시 명의개서 안 된 양수인의 주식이 포함된다.¹¹²⁾

VI. 주식법 제67조 제2항 제1문의 해석론에 비추어 본 전원합의체판결¹¹³⁾

Rn. 65.

107) Hüffer/Koch, a.a.O. § 271 Rn. 2.

108) Drygala, NZG 2004, 896.

109) Drygala, NZG 2004, 896.

110) Drygala, NZG 2004, 895.

111) Drygala, NZG 2004, 896 f.

112) Cahn, a.a.O. § 67 Rn. 65.

113) 전원합의체판결에 대한 자세한 분석은 다른 발표자의 과제이므로 생략한다.

2017년 봄에 나온 전원합의체 판결에 사용된 핵심 표현은 주주명부상 주주를 “회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자로 본다.”이다 이 핵심 표현은 외형적 차이에도 불구하고 주주명부상 주주를 “회사에 대한 관계에서 주주로 본다”라고 규정한 주식법 제67조 제2항 제1문과 그 의미에서 차이가 나지 않는 것으로 이해하여야 한다.

1. 첫 번째 차이로 전원합의체 판결은 “주주권을 행사할 자로 본다”라고 하고 있음에 반해 독일 주식법 제67조 제2항 제1문은 “주주로 본다”라는 것을 드는 경우가 있다. 전원합의체판결의 문구는 주주권 행사 국면만을 포섭하고 주주권 귀속은 터치하지 않고 있다는 의견이 있다. 즉, 판결문은 주식(물건인 유가증권의 물건적 귀속을 의미할 수도 있음)의 귀속과 주주권 행사가 분리될 수 있음을 전제로 하고 있다고 한다. 이 의견이 제3자에 대한 관계에서 주식의 귀속과 회사에 대한 관계에서 주주권 행사는 구분된다는 의미를 말하려는 것이면 일말의 논란의 여지없이 완전히 타당하다.

그러나 만약 회사에 대한 관계에서 명의상 주주가 행사할 수 있는 주주권을 독일에서와 마찬가지로 공익권, 자익권을 포함한 모든 주주권으로 본다면(이렇게 해석하지 않을 이유가 없음) “회사에 대한 관계에서는” 주주권의 귀속자와 행사자 모두 명의상 주주로 보아야 한다. 모든 주주권을 행사할 수 있는 자가 주주권의 귀속자(혹은 주주)가 아니라면 도대체 무엇인가? 독일 학자들이 회사에 대한 관계에서는 주주이나 제3자에 대한 관계에서는 주주가 아닌 명의상 주주를 상대적 주주라는 개념을 사용하여 표현하는 이유도 바로 이것 때문이다. 명의개서와 관련하여 구분해 보면 실질상 주주가 명의개서까지 마친 상태면 제3자에 대한 관계에서 주식의 귀속자이면서 동시에 회사에 대한 관계에서도 주식의 귀속자이며, 실질상 주주가 명의개서를 필하지 않은 상태이면 제3자에 대한 관계에서는 실질상 주주가 주식의 귀속자이며, 주주명부에 명의를 기재되어 있는 명의자는 회사에 대한 관계에서 주식의 귀속자이다. 주식법 제67조 제2항 제1문의 원조인 프로이센 주식회사법 제12조 제3항은 심지어 “명의개서 된 주주는 회사에 대한 관계에서 ‘주식의 소유자’로 본다”는 표현을 사용하고 있다. 이 표현이 실질상 주주가 아닌 다른 사람 앞으로 명의개서가 되면 실질상 주주가 주식에 대한 소유자로서의 지위를 상실하고 명부상 주주가 주식에 대한 소유권을 취득한다는 의미가 아님은 자명하다.

2. “회사에 대한 관계에서 주주권을 행사하는 자”에서 회사에 대해서 행사할 수 있는 주주권은 종류를 묻지 않고 모든 주주권을 의미한다고 보는 것에 대해 의문을 표시하는 경우가 있다. 독일의 해석론에서 보듯이 주주권을 구별할 필요가 없고, 더욱이 주주권 분리금지(Abspaltungsverbot) 원칙상 회사에 대한 관계에서 모든 주주권이 명의상 주주에게 귀속되어야 하고¹¹⁴⁾, 명부상 주주가 행사할 수 있

는 주주권과 그러하지 않은 주주권을 구분하면 명의개서를 통해 주주권을 행사할 자를 획일적으로 확정하여 법률관계의 확실성과 단순성을 확보하려는 취지를 달성할 수 없게 된다.

3. “회사에 대한 관계에서 ‘주주권을’ 행사할 자로 본다“라는 표현 때문에 전원합의체판결은 ‘주주의 권리만’ 포함하고 주주의 의무는 포함하지 않는다고 보는 의견이 있다. 주주권(사원권)이라는 개념은 권리방식으로 표현되어 있지만 주주(사원)가 가지는 권리와 의무의 총체(주주의 지위, 주식이라고 표현함)라는 의미로 사용하여야 하는 경우도 있다. 다만, 주주의 회사에 대한 의무는 원칙적으로 출자의무밖에 없고 이 출자의무도 이행이 되고 나면 더 이상 존재하지 않기 때문에 주주권이라고 말할 때 (좁은 의미의) 주주의 권리를 의미한다고 보아도 크게 잘못된 것은 아니다.

그러나 법령이 허용하는 범위 내에서 정관 자치를 통해 주식회사의 본질에 반하지 않는 주주의 의무(부수적 의무)가 규정되어 있는 경우가 있을 수 있고, 회사설립 후에도 여전히 미납인 상태의 인수주식에 대해서는 발기인이 납입담보책임을 지나 (상법 제321조 제2항) 주식인수인(주주)도 여전히 발기인과 연대하여 주금납입채무를 부담한다(발기인 주식인수대금을 납입하여도 주식인수인이 주주가 됨). 타인명의로 가장납입을 한 경우 주주는 회사가 해당납입한 주금상당액 반환채무를 부담하고,¹¹⁵⁾ 상법 제342조의3에 따르면 회사가 다른 회사의 발행주식 총수의 10%를 초과하여 취득하는 경우에(10% 초과하여 주식을 취득한 주주가 되면) 상대방 회사에 대한 통지의무를 부담한다. 이처럼 예외적으로 주주의 의무가 있을 수 있다.¹¹⁶⁾ 따라서 예외적이지만 회사에 대한 관계에서 주주로서의 의무를 부담하여야 하는 경우가 있다면 역시 실질상 주주가 아닌 명부상 주주가 그러한 의무의 부담자이다.

114) 전원합의체판결이 주주권의 귀속이라는 표현을 의도적으로 회피한 것이라면 “회사에 대한 관계에서 ‘모든 주주권을 행사할 자는’ 명의상 주주이다“라고 할 수 있다. 물론 당사자 사이에서는 계약자유의 원칙상 주주권의 일부를 양도인이 유보할 수 있고, 주식대차의 경우 특히 이러한 주주권 분리가 많이 이루어지나 이러한 주주권 분리 약정은 당사자 사이에서만 효력이 있고 분리약정을 가지고 회사에 대항할 수는 없다. 이러한 주주권 분리약정은 주주명부 기재능력이 없다. 다양한 금융기법을 이용하여 실질적 주식소유와는 괴리된 채로 의결권만을 행사하는 것(empty voting)도 주주권의 분리현상 중 하나이다.

115) 기존 판례(대법원 2004. 3. 26. 선고 2002다29138 판결)는 명의차용자(실질상 주주)를 해당금반환채무자로 보고 있는데, 해당금반환채무를 환급된 출자의 반환채무로 보아 순수한 채권법적 채무로 보지 않고 회사법상 채무로 보는 경우 전원합의체판결을 반영하면 명의상 주주가 해당금반환채무자이다. 또한 주식인수계약을 체결한 명부상 주주가 납입기일까지 납입하지 않아 실권된 경우 그로 인한 회사에 대한 손해배상책임은 채권적 성격을 떠나 명부상 주주의 신주인수권행사와 관련성이 있어서 명부상 주주가 그 책임을 부담한다고 볼 수도 있다.

116) 또한 자본시장법상 각종 통지(보고)의무(예컨대 5% Rule)가 주주의 지위와 연계되어 있으므로 주주로서 부담할 의무가 발생한다. 이 경우 독일에서와 마찬가지로 주주명부상 주주 아니면 실질상 주주가 혹은 양자 모두가 통지(보고)의무를 부담하는지를 판단하여야 하는 어려운 문제가 제기되는데 관련 규정의 입법취지를 반영한 해석이 필요하다.

4. 전원합의체판결은 명의개서의 효력에 대해 직접 표현하지는 않았지만 결과적으로 주식법 제67조 제2항 제1문과 마찬가지로 복멸불가능한 추정적 효력을 인정하고 있다고 보아야 한다.

전원합의체판결이 “회사 역시 주주명부의 기재에 구속되어 주주명부상 주주가 실제 주식의 소유자가 아니라는 이유로 주주권 행사를 부인하지 못하고, 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 의결권 등 주주로서의 권리를 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수한 사람이 있다는 사실을 알았건 몰랐건 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인하지 못한다”라고 표현한 부분이 바로 복멸불가능한 추정적 효력을 인정한 부분이다.

복멸불가능한 추정적 효력이 인정되면 그동안 인정되던 명의개서의 대항력, (단순한) 추정력, 면책력은 큰 의미가 없으므로 용도폐기 될 것이다. 전원합의체판결을 보면 명의개서의 대항력, 면책력, 추정력이 발생하는 것처럼 보여도 모두 복멸불가능한 추정적 효력의 반사적 효력(부분 효력)에 불과하기 때문이다. 자동적으로 상법 제337조 제1항도 의미가 없으므로 삭제하거나 전원합의체판결의 핵심취지를 살린 문구로 대체되어야 한다.¹¹⁷⁾

VII. 결론

독일 주식법 제67조 제2항 제1문의 의미를 함축적인 3문장으로 표현하면 아래와 같다. 동조문은 제3자간의 실제적 법률관계에는 아무런 영향을 미치지 못한다. 동조문은 명의개서 된 자의 이익(권리)과 불이익(의무)을 위해 모두 적용된다. 동조문은 복멸불가능한 추정적 효력을 가지고 있다.

오랜 시간에 걸쳐 정제된 주식법 제67조 제2항 제1문의 의미를 이렇게 이해하는 작업과 전원합의체판결의 합의와 적용범위에 대한 간단한 검토를 마치고 나니 명의개서의 본질적 기능이 무엇이며, 기명주식거래와 관련해서 어떠한 기능을 수행하여야 하는지에 대한 근본적 질문을 미리 던지지 못했던 것이 못내 아쉽다. 마지막으로 전원합의체판결을 정확하고 체계적으로 이해하는데 도움이 될지 몰라 아래와 같은 내용을 첨언하면서 글을 마친다.

1. 전원합의체판결이 “법률관계의 명확성(법적 안정성)과 단순성, 법률거래의 신속성을 확보하기 위해서 이러한 해석이 필요하다”라는 결정적 문구를 사용하였다라면 판례를 받아들이는 수용도가 훨씬 높아질 수 있었을 텐데 이점이 필자의 눈에 가장 아쉽다. ‘회사는 명의상 주주가 주주 아님을 알아도 명의상 주주에게 주주권을 행사하도록 하여야 한다’는 표현은 바로 ‘법률관계의 명확성(법적 안전성)과 단순성, 법률거래의 신속성을 확보하기 위해서’ 실질상 주주의 권리를 희생시키겠

117) “주식의 취득자는 성명을 주주명부에 기재하지 않으면 회사에 대해서 주주권을 행사할 수 없다”라거나 “주주명부에 성명이 기재된 자가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 자이다” 등이 대체규정이 될 수 있다.

다는 의미를 간접적으로 표현한 것으로 보인다.

2. 이미 필자가 다른 글에서¹¹⁸⁾ 밝힌 바와 같이 타인의 명의를 사용하여 주식을 인수한 경우 순전히 법률행위해석론에 의거하여 당사자를 결정하면 두 가지 결론이 모두 가능하며, 즉 어떤 경우에는 명의자가 주주가 될 수도 있고(원칙), 다른 경우에는 명의자의 배후에 있는 명의차용자가 주주일 수도 있어(예외) 주식회사를 둘러싼 단체법적 법률관계가 일의적(통일적, 획일적)으로 결정되지 못하는 문제가 발생한다.

또한 주식양도를 둘러싼 양도인과 양수인 사이의 실질적 법률관계의 변동이 있는 경우에 회사가 그 내용을 파악하여 누가 주주인지를 확인하여야 하거나, 당사자 사이의 하자 있는 법률관계를 회사가 알게 되었을 때 누구를 주주로 인정하여야 할지 검토하여야 하거나, 상당한 주의를 하였으나 실질적 법률관계에 부합하지 않는 명의개서가 되었음을 사후적으로 알게 된 경우에 누구를 주주로 보아야 할지를 회사가 일일이 판단하여야 한다면¹¹⁹⁾ 회사에 적지 않은 시간적·경제적 부담이 발생한다. 그러한 부담을 지는 경우에도 회사는 법적 위험으로부터 충분히 보호되지 않는다. 회사의 이러한 부담을 일부 해소해 주던 명의개서의 대항력, 추정력, 면책적 효력만으로는 명의개서를 둘러싼 법률문제가 통일적이지 않고 case by case로 해결되는 문제가 여전히 남게 된다.

3. 이러한 문제점을 해소하려면 회사가 언제든지, 쉽고, 명백하게, 누가 회사에 대한 관계에서 주주인지를 획일적(통일적)으로 판단할 수 있는 기준이 필요한데 그것이 바로 강력한 효력이 부여된 명의개서이다. 무기명주식과 대비되는 기명주식의 가장 큰 특징이자 핵심은 바로 주주명부에 이루어진 명의개서인데 회사에 대한 관계에서 주주 여부를 더 쉽고, 더 빠르게, 더 일의적(획일적, 통일적)으로 확정하기 위해 지금 보다 더 강력한 효력을 명의개서에 부여하여도 무방하다고 본다.¹²⁰⁾ 형식적으로 보아 정상적인 명의개서가 이루어 졌다면 양도행위의 하자로부터 절연되고, 주주인지 여부에 대한 회의(懷疑)로부터 보호해 주며, 양도행위의 하자나 명의상 주주와 실질상 주주의 괴리에 대한 회사의 선·악의에 영향을 받지 않는 명의개서의 강력한 효력을 인정할 필요가 있다.

118) 정대익, 전계논문(비교사법), 237면 이하.

119) 어떤 당사자의 법률적 지위가 제3자간의 법률관계의 내용과 그에 관한 당해 당사자의 인식 정도에 의존하는 경우 그 지위는 불안정하게 된다. 회사가 양도인과 양수인의 법률관계 혹은 명의자와 명의차용자의 법률관계 혹은 명의신탁관계를 알고 있더라도 그에 기초해 명의상 주주가 주주권을 행사할 수 있는지 아닌지를 스스로 판단하는 경우 언제나 정확한 판단을 할 수 있는 것은 아니고 잘못된 법적 판단의 위험을 고스란히 회사가 부담하여야 한다.

120) 기명주식도 무기명주식과 같이 양도의 합의와 주권의 교부에 의해 이루어지고, 양자 공히 주권의 점유에 권리추정력이 인정되는 점 등 양자의 차이는 명의개서 이외에 찾기가 쉽지 않다. 우리 상법이 무기명주식제도를 폐지한 이유 중 하나가 회사의 주주 구성에 대한 투명성을 확보하기 것이라면 더욱 명의개서의 기능과 역할이 강조될 수밖에 없다.

4. 이러한 명의개서의 강력한 효력은 법률행위 해석론만으로는 이끌어 낼 수 없고 법률관계의 명확성(법적 안정성)과 단순성, 법률거래의 신속성 확보를 통한 회사의 기능 유지라는 법률 정책적 목적에 기초하여서만 이끌어 낼 수 있다. 명의개서의 강력한 효력으로 인해 얻을 수 있는 법률관계의 명확성과 단순성, 법률거래의 신속성은 회사만을 위한 것이 아니고 명의개서와 관련된 모든 이해관계자를 위한 것이다. 명의개서는 이해관계자(회사, 명의개서 된 자, 양도인과 양수인) 모두에게 동일한 효력을 발휘하고, 순수한 제3자가 아니라면 누구도 명의개서의 효력을 부인할 수 없다.¹²¹⁾

4. 명의개서의 강력한 효력으로 인해 발생할 수 있는 진정한 주주에 대한 권리 침해(주주권을 행사하지 못하는 불이익)는 신속하게 가능한 명의개서를 통해 스스로를 보호할 수 있는 기회가 있고¹²²⁾, 제3자(명의자)와의 실제법적 법률관계에는 영향을 미치지 않아 진정한 주주는 제3자에 대해 취득하는 권리로 보호 받으며, 주주명부상 주주와 진정한 주주의 괴리를 스스로 야기하였다면 그로 인한 불이익은 진정한 주주가 수인하여야 하므로 합리적 범위 내라고 볼 수 있다.

5. 전원합의체판결이 이미 밝힌 바와 같이 명의개서의 부당한 지체나 거절의 경우 명의개서 없이 주주권 행사가 가능하고, 명의개서의 효력은 정상적으로 이루어진 명의개서를 전제로 하기 때문에 오류로 이루어진 명의개서나 위조된 명의개서, 권한 없는 자에 의해 이루어진 명의개서의 경우 그 효력이 발생하지 않는다. 따라서 회사의 남용이나 부당한 명의개서로 인한 위험은 통제된다.

6. 이러한 관점에서 필자는 전원합의체판결의 결론을 지지한다.¹²³⁾ 주사위는 이미 던져졌다. 새로운 판례의 출현으로 인해 초래되는 변화에 대해 그리 두려워할 필요가 없다.¹²⁴⁾ 명의개서를 둘러싼 법률문제가 훨씬 더 간단히 해결될 수 있고, 다

121) 심지어 기명주식 주권을 소지하고 있어도 명의개서가 안 된 상태이면 회사에 대한 관계에서 주주가 아니고(주주권을 행사할 수 없고), 회사도 주주로(주주권을 행사할 자로) 인정할 수 없다. 독일에서 너무나 당연한 이러한 결론은 Drygala, NZG 2004, 894. 이와 같은 강력한 효력이 인정되는 명의개서는 어떤 의미에서는 회사의 구체적 법익 침해 위험을 요하지 않는 형식적 질서규정(Ordnungsvorschrift)과 같은 역할을 한다고 본다. Drygala, NZG 2004, 894.

122) 전원합의체판결이 “언제든 주주명부에 주주로 기재해 줄 것을 청구하여 주주권을 행사할 수 있는 사람이 자기가 아닌 타인을 주주명부에 주주로 기재하는 것은 적어도 주주명부상 주주가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사하더라도 이를 허용하거나 받아들여서는 의사였다고 봄이 합리적이다”라고 한 것도 바로 이점을 지적한 것이다.

123) 판결에 의해 이러한 결론을 내린데 대해 비판적 시각을 보낼 수 있으나 필자의 시각에서 볼 때 법률의 바깥에 있거나(praeter legem), 법률에 반하는(contra legem) 해석으로는 보이지 않는다. 다만, 개인적으로는 상법 제337조 제1항에 전원합의체판결의 취지를 반영한 조문(“회사에 대한 관계에서는 주주명부에 성명이 기재된 자만이 주주권을 행사할 수 있다”)을 삽입하는 것이 바람직하다고 본다. 그 경우 현재의 대항력에 관한 제1항은 의미가 없으므로 삭제하는 것이 바람직하다. 같은 내용이라도 판결 방식보다 입법방식이 좋은 결정적 이유는 판례는 소급효를 가지나 법률은 소급효가 제한된다는 점이다.

124) 이미 마지막 사법시험(제59회, 2017년)의 상법문제로 간단하지만 전원합의체판결 관련 문제가 출제되었고, 필자 개인적으로도 법학전문대학원 중간고사 시험문제로 출제된 경험이 있는데, 학생들이 기

행스럽게도 법률에 관한 매우 친숙한 국가인 독일이 유사한 시험문제에 대한 정답을 참고에 가득 담아두고 있다.¹²⁵⁾

[참고자료1] 독일주식법(Aktiengesetz) 제67조

§ 67 Eintragung im Aktienregister	§ 67 Registration in the Share Register	제67조 주주등록부의 등록
(2) Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Aktionär nur, wer als solcher im Aktienregister eingetragen ist.	(2)1 In relation to the company, only a person who has been registered as such in the share register shall be deemed a shareholder	② 회사에 대한 관계에서는 주주등록부에 주주로서 등록되어 있는 자만을 주주로 본다.[이형규(역), 독일주식법, 법무부, 2014)

[참고자료2] 토론자료 & 답변자료

대법원2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결의 영향

1. 복멸불가능한 주주추정적(권리추정적, 자격수여적, unwiderlegbare Vermutung) 효력¹²⁶⁾

- 주주명부에 명의개서 된 자는 “회사에 대한 관계에서” 주주의 지위에서 나오는 모든 권리와 의무의 귀속주체가 됨(회사에 대한 관계에서는 명의자만이 주주임, 복멸불가능한 주주추정적 효력).

1) 주주명부상 명의개서 된 자가 “진정한 주주가 아님을 회사가 적극적으로 알아도” 이러한

존 판례를 적용할 때 보다 훨씬 더 쉽게 문제를 해결하였다. 제59회 사법시험 상법문제: <제1문>2. 甲회사의 주주 F로부터 주식 10만 주를 양수한 G는 명의개서 청구를 하지 아니한 채, 甲회사에 대하여 주주로서의 권리를 행사할 수 있는가? (15점)

125) 비교법학자 Watson은 법이나 법해석을 빌리는 것은 보통 쉬운 일이나, 다른 한편 빌린 것에 관한 이론을 정립하는 것은 매우 어려운 과제라고 본다(The act of borrowing is usually simple. To build up a theory of borrowing on the other hand, seems to be an extremely complex matter). Watson, "Aspects of Reception of Law", 44 Am.J. Comp. L. 335, 1996. 이러한 주장이 지극히 타당하지만 명의개서의 효력에 관해 독일의 법이나 해석을 차용하는 경우에는 법체계의 유사성과 기명주식 제도의 본질, 명의개서를 둘러싼 이해관계와 법률문제의 유사성 등으로 이론 구성이 그리 어려운 과제는 아닐 듯하다.

126) 필자 나름대로 복멸불가능한 주주추정적(권리추정적, 자격수여적) 효력이라는 이름을 붙여 보았다. 이번 대법원 전원합의체판결과 동일한 내용을 담은 독일 주식법 제67조 제2항 제1문은 명의개서에 복멸불가능한 주주추정적(권리추정적, 자격수여적) 효력을 부여하고 있는 것으로 해석된다(독일 통설). 전원합의체 판결도 회사가 명의상 주주가 실질관계에서 주주가 아님을 알아도 명의상 주주에게만 주주권 행사를 허용하여야 한다는 취지로 판시하였으므로 명의개서에 복멸불가능한 주주추정적(권리추정적) 효력을 인정하고 있다고 보아도 무방하다. 명의개서에 대한 복멸불가능한 주주추정적(권리추정적) 효력에 관해 독일은 주식법에 명문규정을 두고 있고, 우리나라는 판례에 의해서 인정된 점에 차이가 있다. 독일 주식법 제67조 제2항의 자세한 내용은, 정대익, “타인명의 주식인수 시 주주결정에 관한 새로운 해석론”, 「비교사법」 제21권 제1호(2014.2), 271면 이하.

효력이 나타남. 즉, 회사에 대한 관계에서는 실질상 주주인지 여부와는 관계없이 주주명부에 명의개서 된 자만이 주주이다.

따라서 주식의 신탁적 양도(양도담보), 주식의 신탁(명의신탁) 또는 타주점유 등이 주주명부에 기재되어 있어도(즉, 명의상 주주가 실질적 주주가 아님을 알 수 있어도) 주주명부에 명의개서 되어 있는 자만이 회사에 대한 관계에서는 주주이다.

2) 다만, 명의개서의 이러한 효력(복명불가능한 주주추정적 효력)은 정상적인 주주명부가 작성되고, 권한 있는 자의 명의개서 신청이 이루어졌으며, 적법한 신청에 대해 명의개서를 할 권한이 있는 자(발행회사의 대표이사) 혹은 그 대리인(명의개서 대리인)에 의해서 명의개서가 이루어진 것을 전제로 한다.

따라서 권한 없는 자(감사 혹은 권한 없는 제3자)가 명의개서를 이행하거나, 권한 있는 자에 의한 명의개서 신청이 없었음에도 발행회사가 자의적으로 명의개서를 이행한 경우, 혹은 착오로 명의개서 신청자가 아닌 다른 사람 앞으로 명의개서를 한 경우에는 발생하지 않는다.

3) 반면, 이러한 복명불가능한 주주추정적 효력은 “회사와 주주명부상 명의개서 된 자 사이에서만” 있고, 제3자에 대한 관계에서는 이러한 효력이 없다. 즉, 주주명부상 명의개서는 실체적 법률관계에는 아무런 영향을 미치지 못한다. 기명주식의 양도는 주주명부상 명의개서와는 무관하게 일어나며(양도의 합의와 주권의 교부에 의해 양도하는 것이 원칙), 주주명부상 명의개서는 기명주식 양도의 유효요건이 아니고, 양도의 하자가 주주명부상 명의개서로 치유되는 것도 아니다. 주주명부상 명의개서를 신뢰하여도 선의취득 규정에 의한 보호를 받지 못한다.

4) 이러한 복명불가능한 주주추정적 효력은 제3자간의 관계에서 누가 실질상 주주인가를 판단하는데 전혀 영향을 미치지 못하기 때문에 실질상 주주가 아니면서 주주명부에 명의상 주주로 등재된 자와 실질적 주주사이의 법률관계는 민법의 일반 규정에 의해 해결한다. 즉, 당사자 사이에 특별한 약정(예컨대 양수인 대신 양도인이 계속 주주명부상 주주로 남아있기로 하는 약정 등)이 있다면 그 약정에 따라, 특별한 약정이 없다면 부당이득 규정이나 사무관리 규정 혹은 준사무관리 등에 따라 해결한다.

2. 복명불가능한 주주추정적 효력의 적용범위

1) 복명불가능한 주주추정적 효력은 주주명부상 명의개서 된 자에게 이익이 되는 방향과 불이익이 되는 방향 양방향으로, ‘실체적 권리관계와는 관계없이’ 나타난다. 회사는 명의개서된 자에 대해서 제한 없이 회사법상 권리를 행사할 수 있고 또한 의무를 이행하여야 한다. 예컨대 회사는 주주명부상 명의개서 된 자에게 주금납입채무의 이행을 청구할 수 있고(명의자에게 불이익이 되는 방향), 명의개서 된 자에게 이익배당을 하거나 신주인수권을 부여하여야 한다(명의자에게 이익이 되는 방향).

2) 명의개서 된 자의 지위에 대한 회사의 개입은 하자있는 명의개서를 말소하는 절차를 통해서만 가능하며, 명의개서가 형식적으로 보아 정상적으로 이루어진 경우 명의자가 실질상

주주가 아니어도 회사에 대한 관계에서 주주이며, 따라서 회사는 실질주주가 아님을 알아도 명의상 주주에게 회사법상 의무를 이행하여야 한다고 본다.

예컨대 주식양도가 무효이고 이를 회사가 알고 있는 경우라도 양수인 앞으로 계속 명의개서가 되어있다면 회사에 대한 관계에서는 양수인이 여전히 주주이므로 회사는 명의상 주주에 불과한 양수인에 대해서 계속 회사법상 의무를 이행하여야 한다.

3) 복멸불가능한 주주추정적 효력은 주주의 모든 권리와 의무에 관해서 미친다. 따라서 주주명부상 주주만이 회사에 대해 자익권(이익배당 청구권, 잔여재산분배 청구권, 주식매수청구권 등)과 공익권(주주총회 참석권과 의결권, 주주제안권, 회계장부열람 청구권과 같은 주주의 정보 청구권, 각종 소 제기권 등)을 행사할 수 있다.

반대로 회사에 대한 관계에서는 실질상 주주가 아닌 주주명부상 주주라도 회사법상 의무를 부담하는데, 예컨대 출자의무나 정관에서 정한 소정의 의무를 명의상 주주는 이행하여야 한다. 따라서 수탁자가 주주명부상 주주로 등재되어 있으면 비록 신탁관계가 주주명부에 부기되어 있어도 수탁자만이 회사에 대해서 의무를 부담하게 된다. 따라서 주주에 대한 신주발행 시 수탁자가 주식인수인이 되고 주금납입채무자가 된다.¹²⁷⁾

4) 만약, 신주인수권증서가 발행되었다면 회사는 주주명부상 주주가 아닌 이러한 증서를 소지한 자에게 신주를 배정하여야 함. 신주인수권이 증서에 표창된 무기명 유가증권의 법리상 이러한 증서를 소지한 자에게 회사가 급부할 의무가 있는 것이지 복멸불가능한 주주추정적 효력의 예외는 아니다.

5) 소수주주권도 주주명부상 주주만이 행사가능한데, 일정기간 계속적 주식보유(6개월)가 소수주주권 행사요건이면 보유기간 계산 시 주주명부에 명의개서 된 상태로 보유했던 기간 이외에 명의개서 없이 실질적 주주로 주식을 보유한 기간을 다른 방법으로 입증 가능하면 보유기간 계산에 산입한다. 다만 소수주주권 행사시점에는 반드시 주주명부상 주주여야 한다.

6) 신주 발행 시 신주인수권을 가지는 주주는 명의상의 주주이므로 실질상 주주에게 신주를 배정하면 신주의 제3자 배정에 해당하여 정관의 규정(상법 제418조 제2항) 혹은 주주총회 특별결의(해석)가 필요함. 전환사채나 신주인수권부사채도 명의상 주주가 아니라 실질상 주주에게 배정하는 경우 제3자 배정에 해당하여 정관의 규정이나 주주총회특별결의가 필요함(상법 제513조 제3항, 제516조의2 제4항).

7) 주권의 효력발생시기에 관한 기존 판결 폐지

① 대법원 2000. 3. 23. 선고 99다67529 판결

[1] 주권발행 전의 주식양도라 하더라도 회사 성립 후 6월이 경과한 후에 이루어진 때에는

127) 명의차용자가 주금납입채무(출자의무)에 대해서 명의자(명의대여자)와 함께 연대책임을 지도록 하고 있는 상법 제332조 제2항이 계속 필요한지는 검토 요함. 이 규정이 존재하는 한 회사에 대한 관계에서 의무인 주금납입채무와 관련해서는 명의차용자와 명의대여자라는 2인의 채무자가 존재하나 회사에 대한 관계에서 권리(주주권)와 관련해서는 명의자만 주주인 현상 발생.

회사에 대하여 효력이 있으므로 그 주식양수인은 주주명부상의 명의개서 여부와 관계없이 회사의 주주가 되고, 그 후 그 주식양도 사실을 통지받은 바 있는 회사가 그 주식에 관하여 주주가 아닌 제3자에게 주주명부상의 명의개서절차를 마치고 나아가 그에게 기명식 주권을 발행하였다 하더라도, 그로써 그 제3자가 주주가 되고 주식양수인이 주주권을 상실한 다고는 볼 수 없다.

[2] 상법 제355조의 주권발행은 같은 법 제356조 소정의 형식을 구비한 문서를 작성하여 이를 주주에게 교부하는 것을 말하고 위 문서가 주주에게 교부된 때에 비로소 주권으로서의 효력을 발생하는 것이므로 회사가 주주권을 표창하는 문서를 작성하여 이를 주주가 아닌 제3자에게 교부하여 주었다 할지라도 위 문서는 아직 회사의 주권으로서의 효력을 가지지 못한다.

② 대법원2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결을 반영하면 아래와 같은 내용으로 바뀜.

주권발행 전의 주식양도라 하더라도 회사성립 후 6월이 경과한 후에 이루어진 때에는 회사에 대하여 효력이 있으나 그 주식양수인은 주주명부상의 명의개서를 하여야 회사에 대한 관계에서 주주가 되므로 양도인 명의로 여전히 명의개서가 되어있다면 회사에 대한 관계에서는 양도인이 주주여서 회사는 양도인에게 주권을 교부하여야 주권의 효력이 발생하고, 회사에 대한 관계에서 주주 아닌 양수인에게 주권을 교부하면 주권으로서 효력이 발생하지 아니함.

8) 실질적 1인회사의 경우에도 명의상 주주에게 소집통지 필요하고 실질적 1인주주의 찬성만으로는 주주총회결의가 있는 것으로 볼 수 없음.

9) 주주총회결의 무효 혹은 부존재 확인의 소에서 기존 판례처럼 계속 명의상 주주는 확인의 이익이 없는 지는 검토를 요함. 명의상 주주는 회사에 대한 관계에서 주주이므로 확인의 이익이 있다고 보아야 함.

3. 복명불가능한 주주추정적 효력이 적용되지 않는 경우

1) 자기주식 취득 제한(상법 제341조, 341조의2)

- 출자한급 제한, 회사지배의 왜곡 방지 및 내부거래위험과 주주평등원칙 침해 방지 등의 입법취지 상 회사가 자기명의로(상법 제341조, 상법 제341조의2) 혹은 타인명의로(상법 제341조의2) 자기계산으로 자기주식을 취득하고 회사 앞으로 명의개서를 하지 않더라도 자기주식취득에 해당함(이철송, 회사법강의, 제24판 388면).

2) 모자관계 판단 및 자회사의 모회사주식 취득 제한(상법 제342조의2)

- 지배가 가능한 모자관계인지 여부의 판단기준인 발행주식총수의 50% 초과 여부 판단 및 그 본질이 모회사의 자기주식 취득인 자회사의 모회사 주식 취득을 제한하는 입법취지 (자기주식취득을 제한하는 입법취지와 동일)상 어떤 회사가 다른 회사의 발행주식 총수의

50%를 초과해서 취득하고 명의개서를 하지 않더라도 모자관계 인정되며, 자회사의 계산으로 취득하는 한 명의개서여부를 묻지 않고 자회사의 모회사 주식취득이 됨.

3) 10%초과 주식 취득 시 통지의무(상법 제342조의3) 혹은 상호보유 시 의결권 제한(상법 제369조 제3항)과 관련하여 발행주식총수의 10%를 초과하는 주식 보유 여부 판단 시

- 다른 회사의 지배가능성을 배제하여 경영권의 안정을 확보하며(상법 제342조의3), 회사 지배의 왜곡과 자본충실 저해 방지(상법 제369조 제3항)라는 입법취지 상 상법 제342조의3에 의해 통지의무가 발생하는 다른 회사의 발행주식 총수의 10% 초과 취득 여부 판단 시 혹은 상법 제396조 제3항의 의결권 제한과 관련하여 다른 회사의 발행주식 총수의 10%를 초과하여 취득하였는지 여부를 판단할 때 명의개서 여부는 묻지 아니함.

4) 자기거래(상법 제398조)와 관련하여 주요주주(발행주식총수 10% 이상 혹은 임원 등 선·해임에 영향을 미치는 지위, 상398조 제1호), 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 혹은 그 자회사(상398조 제4호), 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사(상398조 제5호) 판단 시

- 사익추구와 회사재산의 부당한 탈취를 방지하기 위한 입법취지 상 명의개서는 묻지 아니함.

5) 주식매수선택권(stock option) 부여 대상에서 제외되는 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 10% 이상의 주식을 보유한 주주(상340조의2 제2항 제1호) 여부 판단 시

- 주식매수선택권이 대주주에 의해 남용되는 것을 방지하기 위한 입법취지 상 명의개서 여부는 묻지 아니함.

6) 감사 또는 감사위원회 위원 선임 시 3%를 넘는 주식에 대한 의결권 제한 규정 (상409조 2항, 542조의12 3항, 4항) 적용 및 집중투표 배제를 위한 정관변경 시 3% 초과주식에 대한 의결권 제한 규정(상542조의7 3항)적용 시

- 감사 혹은 감사위원회 위원 선임의 (지배주주로부터의) 독립성을 확보하기 위한 입법취지 혹은 소수주주의 이사선임 가능성을 보장하고 지배주주가 모든 이사를 선임할 수 없도록 하기 위한 집중투표제를 배제하는 정관변경 시 (지배주주의) 의결권을 제한하는 입법취지 상 3% 초과 보유여부를 판단할 때는 명의개서 여부를 불문하고 실질적 소유관계를 기준으로 함.

7) 제3자 사이의 법률관계에는 적용되지 아니함.

- 제3자 사이에서 누가 주주인가는 일반 법률이론에 의해서 결정함.

① 따라서 제3자간, 예컨대 승낙을 한 명의대여자와 명의차용자 사이에서는 명의개서가 안

된 명의차용자가 주주임(주주권의 귀속자임). 따라서 명의대여자(주주명부상 주주)가 주식을 양도하는 경우 무권리자의 주식양도에 해당되어 양수인은 선의취득의 요건을 갖추어야 적법하게 주식을 취득할 수 있음.

② 주식양도계약이 무효·취소·해제된 경우 양도인 앞으로 명의개서가 되지 않았더라도(양수인 앞으로 여전히 명의개서가 되어있더라도) 양도인과 양수인 사이에서는 양도인이 주주(주주권의 귀속자)임.

③ 명의신탁이 해지된 경우 명의수탁자 앞으로 여전히 명의개서가 되어있더라도 명의개서가 안된 명의신탁자가 이들 사이에서는 주주(주주권의 귀속자)임.

④ 지배주주가 주식매도청구권(squeeze out)을 행사하는 경우(상법 제360조의24) 지배주주요건(발행주식총수의 95%)은 입법취지 상 회사를 거의 완전히 지배할 수 있는 주식을 취득하였는지를 판단하는 기준이므로 명의개서 여부를 묻지 않고 실제 보유한 주식수를 기준으로 판단함(제1항의 법문언에도 자기의 계산으로만 되어있고, 제2항에 모회사와 자회사가 보유한 주식을 합산하는 등 명의여부를 묻지 않는 입법취지를 알 수 있음).

반대로 소수주주가 지배주주에 대해 주식매수청구권을 행사하기 위해서는(상법 제360조의25) 비록 매수청구의 상대방이 회사가 아니라 지배주주이지만 주식매수청구권은 “회사에 대한 관계에서 5%미만의 주식을 가진 주주의 지위에서” 발생하는 것이므로 명의개서가 되어야 행사할 수 있고, 주식매수가액의 결정을 법원에 신청하는 경우에도 명의개서 된 자만 신청할 수 있다.

“명의개서와 주주권행사에 관한 독일법의 동향”에 관한 토론문

안 성 포(전남대 법전원)

I. 2015다248342 대법원 전원합의체 판결과 독일주식법의 상이점

- 명의개서가 부당하게 거절되는 경우, 그 치유방법 -

- 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사하는 자에 대한 대법원 전원합의체의 결론은 다음의 세 가지로 정리할 수 있습니다. ① 명의주주와 실질주주의 관계에 관한 실질설의 입장에 있던 통설과 판례를 변경하여 형식설을 취한다. ② 주주명부의 대항력(상법 제337조 제1항)에 관해 편면적 구속설을 취하던 다수설과 판례를 변경하여 쌍면적 구속설을 취한다. ③ 면책력에 관한 판례를 변경하여 주주명부에 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우는 주주명부에의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 경우에 한한다.
- ①과 ②의 결과는 독일주식법 제67조 제2항 제1문(회사에 대한 관계에서는 주주등록부에 주주로 등록되어 있는 자만을 주주로 본다)의 해석(이른바, 명의개서의 반복불가능한 추정적 효력)과 동일한 것입니다.
- 그러나 ③의 경우, 즉 명의개서가 부당하게 거절되는 경우, 한국과 독일의 그 치유방법은 다르게 되어 있습니다.

1. 한국

- 우리나라의 경우, 회사가 정당한 사유 없이 명의개서를 거부한 경우에 주식양수인은 명의개서에 갈음하는 판결을 구할 수 있고 손해배상을 청구할 수 있으며, 이사 등 명의개서의 거부에 가담한 자에게는 벌칙(상법 제635조 제1항 7호)이 적용됩니다. 나아가 부당하게 명의개서를 거부당한 주식양수인은 이러한 구제를 거치지 않고 바로 주주권을 행사할 수도 있습니다. 명의개서 의무를 게을리한 회사가 그 불이익을 양수인에게 돌리는 것은 신의칙에 반한다는 근거에서 양수인의 주주권행사를 긍정하는 것이 통설입니다.
- 종래의 판례도 회사가 부당하게 명의개서를 거절하면서 명의개서를 거절당한 그 주주에게 소집통지를 하지 않고 주주총회를 개최한 경우 그 결의에 하자가 있다고 보아(대법원 1993. 7. 13 판결, 92다40952), 명의개서를 마치지 않은 양수인에게 주주권의 행사를 인정하고 있습니다. 이번 전원합의체판결에서도 “주주명부에 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우는 주주명부에의 기재 또는 명의개서청구가

부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 경우에 한한다”라고 설시하여 종래 판례의 태도를 유지하고 있습니다.

2. 독일

- 독일 주식법상 회사가 부당하게 명의개서를 거절하는 경우는 주주등록부(Aktienregister)를 정상적으로 운영하고 검사해야 할 의무를 가지는 이사회가 그 의무를 위반한 것으로 보아 회사(이사회)를 상대로 손해배상만을 청구할 수 있는 것으로 보고 있고(정대익 발표문, 10페이지) 실질주주가 주주권을 행사하는 것을 인정하고 있지 않습니다.
- 독일 상법 제239조 제2항에서는, “장부의 등기 및 기타 필요한 기록은 완전하고 정확하며 적절한 시기에 합법적으로 행하여져야 한다(Die Eintragungen in Büchern und die sonst erforderlichen Aufzeichnungen müssen vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet vorgenommen werden. HGB § 239 Absatz 2)” 라는 합법적인 장부작성의 원칙(Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung; GoB)을 규정하고 있습니다. 독일 주식법상 주주등록부를 상업장부는 아니지만 그에 준하는 필요한 기록물(Aufzeichnung)로 보기 때문에 회사는 주주등록부에 등록할 때는 GoB에 따라야 하는 것입니다(Hüffer, Aktiengesetz, 6. Auf. § 67 Rn. 4). 또한 주식회사는 기명주식이나 가주권을 발행하는 경우에는 주주등록부 작성의무를 부담합니다(독일주식법 제67조 제1항 제1문). 기명주식이 타인에게 양도된 경우에는 그 통지 및 증명에 의하여 등록의 말소 및 신규기재가 이루어져야 합니다(독일주식법 제67조 제3항). 그래서 독일의 경우 회사가 적법한 주식양수인의 명의개서청구를 거절하는 것은 이사회 의무위반이 되는 것입니다.

3. 질문

- 독일주식법에서 명의개서의 효력을 반복불가능한 추정적 효력 내지 의제적 효력으로 본다는 것은 주주등록부에 공시기능을 부여한다는 것이고 나아가 공신력까지 인정한다는 의미입니다. 그러나 우리 상법은 대항력(상법 제337조 제1항)만을 규정하고 있습니다. 그럼에도 불구하고 대법원 전원합의체 판결은 독일 주식법 제67조 제2항 제1문과 동일한 해석을 내놓고 있습니다. 그래서 대상판결은 입법적으로 해결해야 될 사안을 해석론으로 무리하게 시도하였다는 평가를 받기도 합니다(정경영, “주식회사와 형식주주, 실질주주의 관계”. 비교사법 제24권 2호, 859페이지 이하). 이 점은 전원합의체 판결문에 4명의 대법관의 별개의견으로 보충적으로 설시되기도 하였습니다.
- 이에 대하여 정교수님은 발표문 각주 3)에서, “전원합의체판결의 내용이 법원에 의한 의문의 여지가 없는 법형성(Rechtsfortbildung)으로 보기는 어렵고, 현행 규정하에서도 가능한

해석 범위 안에 들어간다”고 보고 있습니다. 그 근거에 대하여 정교수님의 보충설명을 듣고 싶습니다.

II. 주식의 소유권 귀속과 주주권 귀속의 분리

- 정교수님의 발표문 9페이지에 보면, 독일주식법 제67조 제2항은 “누가 주주인가라는 문제와 회사는 누구를 주주로 취급할 수 있는가라는 문제를 분리(Entkoppelung)하고 있는 것이다.” 라고 하고 있습니다. 따라서 회사에 대한 관계에서는 실질상 주주(소유권자)여부와는 관계없이 주주명부에 명의개서 된 자만이 주주이기 때문에 독일에서는 주주(소유권자)가 타인으로 하여금 의결권(주주권)을 행사하도록 자격을 양도하는 자격양도(Legitimationsübertragung)가 행해지는데, 독일 주식법에서는 이를 유효한 것으로 다루고 있습니다.:

“자기가 소유하지 아니한 주식에 관하여 자기의 명의로 의결권을 행사하도록 주주로부터 권한을 부여받은 자는 출석자명부의 작성 시에 액면주식의 경우에는 그 금액..... 종류를 구별하여 기재하여야 한다. 이 규정은 대리권을 부여받은 자가 주주등록부에 주주로서 등록되어 있는 기명주식에 대하여도 적용된다.”(독일주식법 제129조 제3항)

§ 129 (3) “Wer von einem Aktionär ermächtigt ist, im eigenen Namen das Stimmrecht für Aktien auszuüben, die ihm nicht gehören, hat bei Nennbetragsaktien den Betrag, bei Stückaktien die Zahl und die Gattung dieser Aktien zur Aufnahme in das Verzeichnis gesondert anzugeben. Dies gilt auch für Namensaktien, als deren Aktionär der Ermächtigte im Aktienregister eingetragen ist.”

- 독일주식법의 자격양도나 미국에서의 의결권신탁(voting trust)은 주식의 소유로부터 의결권(주주권)이 분리된 예라 할 수 있는데, 근래 미국과 독일에서는 주식에 금융공학을 결합시켜 주주권을 의결권과 잔여의 재산적 권리로 분리하여 금융상품화하는 현상, 예를 들면 empty voting, hidden ownership 등을 들 수 있습니다.
- 전원합의체 판결의 내용이 독일 주식법 제67조 제2항과 동일한 것이라면 주식의 소유권의 귀속과 주주권의 귀속을 구분하는 자격양도나 의결권의 신탁을 우리 상법상으로도 가능한 것으로 보아야 한다고 생각합니다. 그리고 전원합의체판결에서도 “상법은 주권이 발행된 주식의 양도는 주권의 교부에 의하여야 하고, 주권의 점유자는 이를 적법한 소지인으로 추정하며(제336조), 주권에 관하여 수표법상의 선의취득 규정을 준용하고 있다(제359조). 그럼에도 불구하고 앞서 본 바와 같이 주주명부에 명의개서를 한 경우에 회사와의 관계에서 대항력을 인정하고, 주주명부상 주주의 주소로 통지를 허용하며, 회사가 정한 일정한 날에 주주명부에 기재된 주주에게 신주인수권 등의 권리를 귀속시킬 수 있도록 하고 있다. 이는

주식의 소유권 귀속에 관한 회사 이외의 주체들 사이의 권리관계와 주주의 회사에 대한 주주권 행사국면을 구분하여, 후자에 대하여는 주주명부상 기재 또는 명의개서에 특별한 효력을 인정하는 태도라고 할 것이다.”라고 하여 소유와 행사국면을 구분하고 있습니다.

- 그렇다면, 전원합의체 판결에 따라 주식의 소유권자로부터 의결권을 분리하여(주식불가분의 원칙을 깨고) 타인에게 의결권을 신탁하는 법리를 명의와 계산이라는 개념으로 설명할 수 있다고 봅니다.
- 「누구의 명의로」라는 것은 명의자가 직접 법률행위의 당사자가 되고, 따라서 명의자가 그 행위로부터 생기는 권리·의무의 귀속주체가 됨을 의미하고, 「누구의 계산으로」라는 것은 법률행위의 경제적 효과를 누구에게 귀속시킴을 의미하는 것입니다(이철송, 「상법총칙·상행위」, 박영사, 2011, 446면).
- 법률행위는 통상 「자기의 명의로, 자기의 계산으로」 하며, 이 경우 행위의 법적 효과는 물론 경제적 효과도 행위자 본인에게 귀속하는 것입니다. 제3자가 법률행위를 대리한다면 대리인은 「타인(즉 본인)의 명의로 타인의 계산으로」 행위를 하므로 이때도 본인이 당사자가 되고 법적 효과와 경제적 효과는 모두 본인에게 귀속하게 됩니다. 위탁매매에서는 위탁매매인이 「자기의 명의로써 타인의 계산으로」 법률행위를 하여 명의와 계산이 분리되므로 법적 효과와 경제적 효과가 분리되는 현상을 보입니다. 위탁매매의 법적 효과가 본인(위탁자)에게 간접으로 귀속되는 이유로 위탁매매를 ‘간접대리’라고도 한다. 신탁의 경우에는 수탁자가 신탁재산에 대한 권리의무의 주체이므로 수탁자가 「자기의 명의로 자기의 계산으로」 신탁사무를 처리한다(안성포, “신탁방식에 관한 비교법적 검토- 소유권개념과 수익권의 법적 성질을 중심으로-”, 법학논총 제37권 제1호, 2017.2. 전남대 법학연구소).

*** 신탁법 제31조(수탁자의 권한)**

수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 신탁재산의 관리, 처분 등을 하고 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 모든 행위를 할 권한이 있다. 다만, 신탁행위로 이를 제한할 수 있다.

*** 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 전원합의체 판결 [부가가치세부과처분취소]**

수탁자가 위탁자로부터 이전받은 신탁재산을 관리·처분하면서 재화를 공급하는 경우 수탁자 자신이 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 계약당사자가 되어 신탁업무를 처리한 것이므로, 이때의 부가가치세 납세의무자는 재화의 공급이라는 거래행위를 통하여 그 재화를 사용·소비할 수 있는 권한을 거래상대방에게 이전한 수탁자로 보아야 하고, 그 신탁재산의 관리·처분 등으로 발생한 이익과 비용이 거래상대방과 직접적인 법률관계를 형성한 바 없는 위탁자나 수익자에게 최종적으로 귀속된다는 사정만으로 달리 볼 것은 아니다. 그리고 세금계산

서 발급·교부 등을 필수적으로 수반하는 다단계 거래세인 부가가치세의 특성을 고려할 때, 위와 같이 신탁재산 처분에 따른 공급의 주체 및 납세의무자를 수탁자로 보아야 신탁과 관련한 부가가치세법상 거래당사자를 쉽게 인식할 수 있고, 과세의 계기나 공급가액의 산정 등에서도 혼란을 방지할 수 있다. 이와 달리 신탁재산의 공급에 따른 부가가치세의 납세의무자는 그 처분 등으로 발생한 이익과 비용이 최종적으로 귀속되는 신탁계약의 위탁자 또는 수익자가 되어야 한다는 취지로 판시한 대법원 2003. 4. 22. 선고 2000다57733, 57740 판결, 대법원 2003. 4. 25. 선고 99다59290 판결, 대법원 2003. 4. 25. 선고 2000다33034 판결, 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005두2254 판결, 대법원 2008. 12. 24. 선고 2006두8372 판결 등은 이 판결의 견해에 저촉되는 범위에서 이를 변경한다.

※ 주주권(의결권)의 행사방법

	자격양도 (계약)	대리	위탁매매 (간접대리)	명의신탁	신탁법상의 신탁
명의자 (행사자)	수권자 (자기) (명의주주)	본인 (타인) (현명주의)	위탁매매인 (자기) (명의주주)	수탁자 (자기) (명의주주)	수탁자 (자기) (명의주주)
법적 효과 (권리의무) 의 귀속	수권자 (명의주주)	본인	위탁매매인 (명의주주)	수탁자 (명의주주)	수탁자 (명의주주)
경제적 효과의 귀속	수권자 (명의주주)	본인	위탁자 (실질주주)	수탁자 (명의주주)	수탁자 (명의주주)
소유권자	실질주주	본인 (실질주주)	* 실질주주 * 상법 제 103조(위탁 물 귀속의 특 례)	수탁자 (명의주주, 증여의제)	수익자 또는 위탁자 (실질주주)

한국상사법학회 2017년 추계학술대회

명의개서와 주주권행사에 관한 쟁점과 전망

제2세션

명의개서와 주주권행사에 관한 일본법제의 현황

발표자: 강 영 기 (고려대)

사회자: 김 순 석 (전남대)

토론자: 고 재 종 (선문대)

[목차]

- I. 들어가며
- II. 주주명부와 명의개서 제도의 효력
- III. 주주명부상의 명의와 관련된 법률관계
- IV. 실질주주의 주주총회참가 문제와 관련하여
- V. 주권전자화와 주주권행사
- VI. 맺으며

I. 들어가며

2017년 3월 23일 회사법분야에 관한 중요한 판결들의 선고가 있었는데, 특히 대법원 2017.3.23. 선고 2015다 248342 전원합의체 판결은 커다란 반향을 불러 일으켰다. 이 판결은 주식회사의 주주명부상 주주인 형식주주만이 권리행사를 할 수 있는 것으로 본 내용으로서 실질주주의 권리행사를 인정하던 기존의 판례들을 변경하고 회사와 주주와의 법률관계에서 획일적으로 형식적인 기준에 따라 주주가 권리를 행사하도록 하는 태도를 취하고 있다. 이에 대해 기존의 실질주주에 의한 권리행사를 인정하던 것이 주주명부상의 형식주주만이 권리행사자로 인정하는 것은, 현행 상법의 해석상 문제가 있고 사법질서가 추구하는 권리자에 의한 권리행사라는 사법질서를 무시하는 결과가 된다는 비판이 있다. 이러한 입장에서는 주식회사의 실무상으로도 이렇게 판례를 변경할 필요성이 있었는지, 논리적으로도 해석내용의 바람직한 변경이라고 할 수 있는지 등에 대해서도 의문이라고 하고 있다.¹⁾ 여기서 문제되고 있는 회사법상 권리자인 주주의 권리행사와 관련해서는 주주명부를 기준으로 하여 실질주주와 형식주주로 나뉘기 때문에, 주주명부의 효력과 명의개서와 관련된 법률관계 등에 대하여 정리할 필요가 있다. 그런데 이러한 논란이 생겨난 것은 우리법제가 독일의 주식법과 같은 주주명의 관련규정이 아닌 해석에 의해 실질주주의 권리를 인정해온 점에 원인이 있다고 볼 수도 있다. 하지만 우리 상법과 유사한 규정을 두고 있는 일본의 회사법 규정과 그 해석론을 우리 법제와 비교하여 살펴보면 변경된 전원합의체 판결의 적절성에 대하여 되돌아볼 수 있을 것으로 생각된다. 즉, 일본에서의 실질주주와 형식주주에 관련된 법률관계에 대하여 살펴보는 것이 입법론과 해석론의 측면에서도 유의미한 일이 될 것으로 본다.

원칙적으로 주식회사에서는 주식의 양도가 자유롭다. 일본의 경우도 명문으로 이러한 주식양도자유의 원칙을 보장하였다(구 상법 204조1항²⁾). 그런데 현행 회사법에서는 종래와 같이 주식양도자유의 원칙을 견지하는 회사(공개회사)와 주식양도부자유의 원칙을 견지하는 회사(모든 발행주식을 양도제한주식으로 하는 비공개회사)의 두 종류로 구분된다. 그리고 주식양도는 주

1) 정경영, “주식회사와 형식주주, 실질주주의 관계-대법원 2017.3.23. 선고 2015다248342 판결에 대한 평석”, 비교사법 제24권 2호(통권77호), 2017, 861면

2) 구 상법 204조(주식의 양도성) ① 주식은 이를 타인에게 양도할 수 있다. 다만, 정관으로 이사회의 승인을 요한다는 뜻을 규정할 수 있다. ② 주권의 발행 전에 행하는 주식의 양도는 회사에 대하여 그 효력이 없다.

권의 교부를 통해 이루어지는 것이 종래의 원칙이었지만, 회사법 하에서는 주권을 발행하지 않는 것이 원칙이고³⁾ 주권을 폐지한 회사는 양도의 방법이나 효력발생시기에 관한 규정이 없으므로, 민법의 원칙에 따라 당사자사이의 의사표시만으로 주식양도가 이루어진다. 물론 주권을 발행하는 경우에는 주권의 교부를 통해 주식을 양도하는데, 주권의 교부가 있어야만 주권 발행회사의 주식양도의 효력이 발생한다(회사법 128조). 주권폐지회사의 주식양도는 그 주식을 취득한 자의 성명 또는 명칭, 주소를 주주명부에 기재·기록하여야만 주식회사 기타 제3자에 대항할 수 있는데(회사법 130조1항), 구 상법에서도 주주명부에 기재·기록하는 것이 회사에 대한 대항요건이었지만, 회사법 하에서는 제3자에 대해서도 대항요건이 된 점이 다르다. 그러나 주권발행회사의 경우에는 주주명부에 기재·기록하는 것이 종전(구 상법 206조)과 같이 회사에 대해서만 대항요건이 된다(회사법 130조2항). 이처럼 주식양도는 당사자의 의사표시만으로도 가능하지만, 주주로서의 권리를 행사하기 위해서는 주주명부에 그 이름이 기재될 필요가 있다. 그리고 과거에는 주권의 교부로 인하여 권리의 소재가 명확하였으나 주권이 없으면 주주명부의 기재가 매우 중요해진다. 주주가 누구인지 회사가 알 수 있도록 한 제도가 주주명부 제도로써 회사가 일정한 번호로 특정된 주주의 명칭과 주소를 등록하고(회사법 121조) 주식의 발행회사나 주주명부관리인이 명의개서를 담당한다(회사법 123조). 한편, 주식을 포함한 종합적인 대체제도가 '사채, 주식 등의 대체에 관한 법률(社債、株式等の振替に関する法律: 약칭 '振替法')'을 통해 2004년에 성립되어 2009년에 시행되면서 상장회사는 모두 동 제도에 참가하고 주권을 폐지하였기 때문에, 현재 상장주식의 양도는 동법에 의해 이루어진다.

아무튼 주식은 양도를 통해 불특정한 사람들 사이에서 유통될 가능성이 있으므로, 회사가 주주를 파악하고 그 권리행사를 원활하게 처리할 수 있어야 주식거래의 안전성이 확보될 것이다. 그리고 회사가 보유하는 주주명부상의 명의와 그 주식의 실질적인 권리자가 일치하지 아니하는 경우에는 당해 주식이 명의주주와 실질주주 중 누구에게 귀속하는지를 두고 분쟁이 일어날 가능성이 있으므로 주주권행사와 관련하여 정리할 필요가 있다.

이하에서는 일본에서 명의주주와 실질주주와 관련된 분쟁의 예방과 해결을 위해 논의된 내용에 대하여 검토하고자 한다. 우선 주주명부제도의 효력과 주주명의와 관련된 법적 쟁점들을 중심으로 살펴볼 것이다.

II. 주주명부와 명의개서 제도의 효력

주권을 취득하고 주식의 발행회사에 명의개서를 청구하면 주주가 된다. 따라서 주권을 취득해도 명의개서를 청구하지 않으면 주주가 아니다. 그리고 명의개서의 청구가 있을 때마다 회사는 주주명부에 주주의 성명, 주소, 소유주식수, 보유주권의 번호 등을 기재하고 항상 현재의 주주가 누구인지를 파악할 수 있도록 한다. 주주명부가 올바르지 않으면 주주에게 주주총회의 소집통지를 하거나 배당금을 지급할 수 없게 된다. 주주명부는 자연인의 호적제도와 유사하다고 볼 수 있는데, 이러한 주주명부제도의 의의에 대해 간단히 살펴본다.

1. 주주명부제도의 의의

3) 2004년의 상법개정으로 회사는 정관에서 규정하면 주권을 발행하지 않는 것이 가능해졌는데, 회사법에서는 한발 더 나아가 회사가 정관에서 규정한 경우에만 주권을 발행하는 것으로 하였다(회사법 214조).

1.1. 주주명부의 개념과 의의

주주명부는 주주에 관한 사항을 명확히 하기 위해 회사법에 따라 작성과 비치(기재)가 요구되는 장부(서면형식이나, 전자적 기록의 형식이라도 무방하다)로서, 회사의 사업상의 재산 및 손익에 관한 사항을 명확히 하려는 상업장부와는 다르다. 주식회사는 현재의 주주를 파악하고 관리하기 위해 ①주주의 성명 또는 명칭 및 주소, ②보유주식의 종류와 수, ③주식의 취득일, ④주권발행회사의 경우에는 주권의 번호 등을 기재·기록한 주주명부를 작성하여야 한다(회사법 121조). 그리고 주식이 양도되면 양수인은 회사에 청구하여 주주명부상의 명의를 자기의 명의로 개서하여야만 회사에 대하여 대항할 수 있다. 주주명부는 서면의 형식이 아닌 전자적 기록의 형식으로 존재하여도 무방하다.

주주명부의 작성은 상장회사에게도 강제되지만, 상장회사의 주주나 주식보유상황 등에 관한 사항을 실제로 기재·기록하는 것은 대체기관(振替機關)이나 계좌관리기관이 마련하는 대체계좌부(振替口座簿)에서 이루어지므로 회사법에서 말하는 주주명부상의 기재는 대체계좌부상의 기재로 대체하게 된다. 그리고 상장주식에 대해서는 주식양도가 있을 때마다 주주명부의 명의개서가 이루어지는 것이 아니라, 회사는 대체기관에 의한 통지에 따라 주주의 권리행사를 처리한다.

이러한 주주명부는 몇 가지 중요한 의의를 가지고 있다. 첫째로, 주식의 이전에 대해서는 주주명부상의 명의개서가 회사 기타 제3자에 대한 대항요건이 된다(회사법 130조1항). 둘째로, 주식의 입질에 있어서 질권설정자의 청구에 의해 질권자의 성명·주소를 주주명부에 기재 또는 기록한 때는 등록질로서의 효력이 있다(회사법 147조). 셋째로, 주주에 대한 회사의 통지·최고는 주주가 별도로 주소를 통지하고 있는 경우를 제외하고는 주주명부상의 주소로 보내면 충분하다(회사법 126조1항). 넷째로, 주주가 다른 장소를 통지한 경우를 제외하고 회사의 배당재산은 주주명부상의 주소에서 교부되어야 한다(회사법 457조1항)는 점 등이다. 이처럼 주주명부에 주주로서 기재 또는 기록된 자만이 회사와의 관계에서 주주로서 취급되고, 회사도 주주에 대해 통지 또는 최고를 할 때 주주명부에 기재 또는 기록된 주주의 주소 또는 그 자가 회사에 통지한 주소로 보내면 면책되기 때문에, 주식을 취득한 자가 회사로부터 주주로서의 취급을 받기 위해서는 주주명부상의 주주명의를 자기명의로 개서할 필요가 있다.⁴⁾

1.2. 주주명부제도의 취지

주주명부제도는 다수의 주주와의 법률관계를 확일적으로 처리하여 회사 사무처리의 편의를 도모하려는 취지에 따른 것이라고 할 수 있다. 즉, 주식회사의 경우에 주주의 지위는 양도자유의 원칙에 따라 주권을 발행하지 않는 회사는 의사표시만으로, 주권발행회사는 의사표시와 주권의 교부를 통해, 회사가 모르는 사이에 이루어지고 날마다 변동될 수 있다. 한편, 회사로서는 변동하는 다수의 주주에 대해 일정시점에서 주주를 확정하고 권리를 행사하도록 할 필요가 있다. 따라서 주주와 회사와의 관계에서 주주명부를 마련하고 명의개서를 한 주주명부상의 주주를 확일적으로 주주로서 취급함으로써 회사사무처리의 편의를 도모하고 있는 것이다. 그리고 회사의 사무처리가 원활해지면 주주의 이익으로 이어질 수 있어서 허용되는 측면이 있고, 주권을 소지하지 않아도 되므로 주주에게도 편의를 제공하려는 취지도 있다고 볼 수 있

4) 宮島 司, 新会社法エッセンス[第2版], 弘文堂, 2008, 114頁

다. 따라서 주주명부는 변동하는 주주와 회사와의 관계를 규율할 목적으로 법률상 일정한 효력이 부여된 제도로서⁵⁾, 한마디로 회사사무처리의 편의와 주주의 편의를 도모하기 위한 취지에서 인정된 것이다. 만일 주주명부가 없다면, 주주에 대한 의무를 부담하는 회사로서는 예컨대, 주주총회소집통지를 발신할 수 없어서 회사가 면책을 받을 수도 없으므로 총회결의의 하자문제가 발생할 수 있다. 결국 주주변동이 일어날 수 있는 주식회사로서는 회사가 주주로서 취급할 자의 형식적 기준이 되는 주주명부는 매우 중요한 제도라고 본다.

1.3. 실질주주통지의 수령과 주주명부의 변경

본래 증권보관대체제도 하에서는 예탁한 주식의 명의는 주주명부상 증권보관대체기구의 명의로 되어 있다. 때문에 의결권과 배당 등의 기준일 마다 '실질주주통지'라는 것이 이루어진다. 이것은 증권보관대체기구명의로 주주의 진정한 소유자가 누구인지를 발행회사에 전달하는 제도이다. 발행회사에서는 이 실질주주통지를 토대로 본래의 주주명부와는 별도로 실질주주명부를 작성하고 증권보관대체기구의 명의로 된 주식의 진정한 소유자를 파악하게 된다.

이것이 새로운 주식대체제도 하에서는 모든 주주의 데이터는 대체기관(증권보관대체기구)의 데이터베이스에서 관리되게 되었다. 따라서 종래와 같이 대체기관에 예탁되어 있는 주권에 대하여 본래의 주주명부와는 별도로 실질주주명부를 작성하여 관리할 필요성이 없다. 이러한 새로운 제도에서는 사실상 실질주주명부제도 자체가 폐지되는 결과가 된다. 그 결과 주권전자화로 새로운 제도로 이행함과 더불어 구 제도하의 본래의 주주명부와 실질주주명부를 대조하여 하나로 통합하는 작업이 필요해졌다. 구체적으로는 새로운 제도로 일제히 전환되는 날의 전날이 구 제도에 따른 최후의 실질주주확정 기준일이 되는 것이다. 대체기관에서는 그 시점에 동기관에 주권을 예탁하고 있는 주주를 확인한 다음에 구 제도에 따른 최후의 실질주주통지가 이루어진다(결제합리화법(株式等決済合理化法)⁶⁾附則6②③). 발행회사에서는 수령한 최후의 실질주주통지를 토대로 대체기관(証券保管振替機構)명의로 되어 있는 주식에 대해서 본래의 주주의 명의로 변경하게 된다. 이에 따라 종래의 주주명부와 실질주주명부가 하나로 통합되는 결과가 된다. 이때 발행회사는 실질주주통지와 주주명부의 대조 및 확인을 거쳐 최종적으로 대체기관에 주권을 예탁하지 않았던 주주 등(통지대상주주 등)을 가려낸다. 그리고 그들 주주 등의 권리를 보전하기 위한 특별계좌의 개설 및 기록절차를 진행한다. 한편, 발행회사는 증권보관대체기구에 대해 일제히 전환하는 날의 1개월 전까지 새로운 주식대체제도를 이용한다는 뜻의 동의를 할 필요가 있다. 이러한 동의를 이루어짐으로써 구제도에서 새로운 제도로의 전환이 원활히 이루어진다(결제합리화법(株式等決済合理化法)附則7). 또한 발행회사는 일제히 전환되는 날의 1개월 전까지 특별계좌에 관한 공고를 하도록 강제되어 있는데(결제합리화법(株式等決済合理化法)⁸①), 구체적으로는 ① 증권보관대체기구에 주권을 예탁하고 있지 않은 주주 등에 대해서 특별계좌의 개설 및 기록을 하는데 필요한 통지를 증권보관대체기구에게 한다는 뜻과 ② 특별계좌를 개설할 금융기관의 명칭과 주소 등의 내용을 공고한다. 만일 증권보관대체기구에 맡기지 않고 마지막까지 주권을 가지고 있는 주주는 이 공고내용을 확인함으로써 자신의 권리가 보전되어 있는 금융기관을 확인할 수 있다. 즉, 이러한 공고에서 지정한 금융

5) 江頭憲治郎, 株式会社法 第4版, 有斐閣, 2011, 195頁

6) 결제합리화법의 정식명칭은 '株式等の取引に係る決済の合理化を図るための社債等の振替に関する法律等の一部を改正する法律'이다.

기관에 이들 주주 등을 위한 계좌개설을 신청한다(결제합리화법(株式等決済合理化法)附則8④). 그리고 이들 주주 등의 성명·명칭, 주소, 보유주식수 등이 개설계좌에 적절히 기록되도록 대체 기관(証券保管振替機構)을 통해 통지를 한다(결제합리화법(株式等決済合理化法)附則8⑤⑥⑦).⁷⁾

2. 주주명부제도와 명의개서의 효력

주주명부제도는 회사와 주주 사이의 계속적이고 집단적인 법률관계를 획일적으로 처리하기 위한 것이기 때문에, 주식이전이 발생해도 주주명부상에 기재가 없으면 주주는 회사에 대해 주주권으로서 대항할 수 없다. 그리고 주주명부상에 주주로 기재되면 주주로서 추정을 받는 자격수여적 효력이 발생하며, 주주명부상의 자를 주주로 취급한 회사는 면책이 되는 효력이 있다고 보는 것이 일반적이다. 이러한 내용들에 대해 간단히 살펴본다.

2.1. 자격수여적 효력(주주권 추정력)

주주명부제도는 명의개서를 완료하지 않은 주주가 회사에 대해 대항하는 것을 제한하는데, 이는 주주권의 대항력에 관한 문제로서 회사사무처리의 편의를 위한 제도이다. 주주명부의 명의개서를 한 주주는 특별한 절차 없이 주식회사에 대한 주주로서의 권리를 행사할 수 있다. 다만, 대체주식에 대한 소수주주권 등을 행사하는 경우에는 주주명부에 기재된 주주라고 하더라도 개별주주통지가 있어야만 한다(사채주식대체법(社債、株式等の振替に関する法律) 제154조). 이것이 명의개서의 자격수여적 효력의 내용이다. 즉, 회사가 주식을 양도한 주주명부상의 명의인을 주주로 취급하여 책임을 면하거나 또는 명의개서를 하지 않은 주주를 자기의 위험으로 주주로 취급하거나 할 수 있다. 여기서 주주명부상의 명의인을 주주로 하여 책임을 면할 수 있는 근거는 주주명부상의 명의기재에 자격수여력이 있기 때문이다. 그런데 이러한 자격수여적 효력이 발생하는 이유를 생각해볼 필요가 있다. 일정한 사실상태에서 권리와 구별되는 형식적 자격으로 보는데, 주주명부에 기재하는 경우에도 이와 유사한 자격이 부여된다고 볼 수도 있다. 하지만 명의개서에 무효의 다툼이 생기는 경우와 같이 불합리한 결과가 발생할 수 있다. 따라서 단지 주주명부상의 명의기재라는 외형적 사실에 자격수여적 효력을 부여하기는 어렵다는 견해는 설득력이 있어 보인다. 그래도 주주명부의 유효한 명의개서의 경우에는 명의인인 주주가 회사에 대하여 자격수여적 효력을 주장할 수 있는데, 이는 주주권추정의 효력이 인정되는 것이고 회사에 대하여 권리를 행사할 수 있는 자격이 있는 것을 의미한다고 볼 수 있다. 즉, 주주명부상의 명의인에 의한 주주권의 행사에 대하여, 명의개서의 무효 또는 그가 주주가 아니라는 것을 증명하지 못하는 한, 명의인의 주주로서의 자격을 회사가 인정하여야만 한다는 것이 주주명부의 자격수여적 효력의 내용이다.⁸⁾

2.2. 면책적 효력 (회사의 면책력)

7) 横山 淳, “株券電子化への対応(発行会社編)”, 株券ペーパーレス化レポート No.20, 大和総研, 2006, 3頁

8) 山本為三郎, “株主名簿制度効力論”, 法学研究 70卷 12号, 慶応義塾大学法学研究会, 1997, 243~245頁 참조

주권발행회사에 있어서 주주명부의 명의개서가 권리추정적 효력이 인정되는 주권의 제시를 토대로 이루어지기 때문에(회사법 제131조1항, 제133조2항), 주주명부에 기재된 자를 주주로서 취급하면, 설령 그 자가 진정한 주주가 아니라고 하더라도 그에 대해 악의·중과실이 없는 한 회사는 원칙적으로 면책되지 않는다. 그리고 대체주식발행회사에 있어서는 대체계좌부의 기재에 권리추정적 효력이 있기 때문에, 이를 토대로 행해진 주주명부의 명의개서에는 면책적 효력이 인정된다는 것이 명의개서의 면책적 효력의 내용이다. 다시 말해서, 원칙적으로 회사가 주권의 제시를 받거나 또는 대체계좌부의 기재를 토대로 전체주주통지를 받고 주주명부의 명의개서를 한 경우에는, 주권의 점유나 대체계좌부의 기재에는 권리추정력이 있으므로(회사법 131조1항, 振替法 143조), 주주명부에 주주로서 기재·기록된 자를 주주로서 취급하면, 그 자가 진정한 주주가 아닌 경우라도 그것에 대해 악의·중과실이 없는 한, 회사는 면책되는 것을 면책적 효력이라고 한다. 여기서 말하는 선의·무중과실은 주주명부상의 주주가 진정한 주주가 아니라는 사실을 용이하게 증명할 수 있었다는 것을 알지 못하였고 또한 알지 못한 것에 현저한 부주의가 없는 경우를 말한다. 주주명부의 명의개서를 한 주주는 회사에 대한 관계에서는 다른 방법으로 주주라는 사실을 증명하지 않더라도(주권발행회사의 경우에는 주권의 제시가 없어도) 회사에 대하여 권리를 행사할 수 있다. 다만, 대체주식의 주주의 소수주주권 등의 행사의 경우에, 주주명부에 기재된 주주도 개별주주통지가 있는 후에만 권리행사가 가능하다는 예외가 있다.⁹⁾ 이처럼 일반적으로 주주명부상의 명의인을 주주로 취급하면 비록 그 자가 주주가 아니라고 하더라도 회사는 면책된다. 그런데 회사의 면책력이 문제되는 것은 주주명부상의 명의인이 주주가 아닌 경우이다. 즉, 주주가 아닌 자의 명의가 주주명부에 기재된 경우(명의개서가 무효인 경우)와 명의가 기재된 시점에는 명의인이 주주권을 보유하고 있었지만 이후 명의인이 주주가 아니게 된 경우 등이다.

2.2.1. 무권리자 명의의 명의개서

무권리자의 청구에 의한 명의개서는 무효이지만, 주권을 제시하고 명의개서를 청구한 무권리자에게 선의·무중과실로 명의개서를 한 회사는 면책되며, 명의개서로 주주명부에 기재된 명의인을 당해 주식에 대해 새로운 명의개서가 있기까지는 주주로서 취급한 회사의 면책으로 이어진다고 해석되고 있다. 다만, 청구가 아닌 회사의 판단으로 무권리자를 주주명부에 기재한 경우에는 면책되지 아니하고 이전의 명의인이 주주명부의 현재 명의인으로서 권리를 행사한다.

2.2.2. 명부상의 명의인의 주주권상실

주주의 청구로 유효한 명의개서가 이루어지면 당해 명의에 자격수여적 효력이 인정되고, 다음의 유효한 명의개서가 있기까지는 회사와 주주 사이의 계속적인 관계가 유지된다. 자격수여적 효력에 의해 명의주주의 권리행사를 회사는 인정해야 하므로, 명의인이 주식을 양도하고 무권리자가 되더라도 주주자격이 존속하는 한 면책력도 인정된다.

2.3. 확정적 효력 (회사에 대한 주주의 대항력제한)

9) 江頭憲治郎, 앞의 주 5, 202~203頁

주식이전이 있는 경우의 회사에 대한 주주의 대항요건에 관한 문제인데, 주주가 자신의 주주권을 증명하더라도 주주명부에 명의기재가 완료되지 않는 한, 회사에 대해 권리행사를 할 수 없으며, 회사가 권리의존의 존재를 알고 있다고 하더라도 여전히 주주명부상의 주주를 주주로서 취급하면 충분하다는 것을 확정적 효력이라고 부른다.¹⁰⁾ 이는 집단적 법률관계를 획일적으로 처리하는 회사의 편의를 위한 제도에 불과하기 때문에, 회사가 자신이 위험을 부담하면서 명의개서가 완료되지 아니하더라도 기준일 이전부터 주식을 취득하고 있던 자를 주주로서 인정하고, 그 권리행사를 인용하는 것은 지장이 없다(最高裁判決1955.10.20.民集(최고재판소민사판례집)九卷11号1757頁).¹¹⁾ 그런데, 이와 관련하여 확정적 효력은 회사와 주주 사이의 관계를 고정화시키는 의미가 있다고 보는 견해가 있다. 여기서는 확정적 효력에 따라 회사는 명의개서를 완료하지 않은 주주를 주주로서 취급해서는 아니 된다고 하는데, 이러한 내용의 확정적 효력이 존재한다면 회사는 항상 주주명부상의 명의인을 주주로서 취급해야 하기 때문에, 추정력이나 면책의 여지도 없어진다는 문제가 생길 수 있다.¹²⁾ 여하튼 주주의 실질적 권리의 귀속과 관련하여 회사가 유연한 취급을 하는 것까지 금지할 필요가 없다는¹³⁾ 것이 현재의 유력한 견해이다.

2.4. 기타 효력

주주명부에 기재하는 것은 등록주식질과 잉여금배당의 지불장소에 대해서도 중요한 의의를 가진다. 단, 여기서 구체적인 언급은 하지 않기로 한다.

Ⅲ. 주주명부상의 명의와 관련된 법률관계

주주명부상의 명의주주와 실질주주가 다르게 되는 대표적인 경우가 타인명의를 차용하여 주식을 인수한 경우와 주식의 이종양도의 경우 또는 주식양도 이후에 양수인이 명의개서를 완료하지 않은 상태에서 생긴 법률관계에 있어서 진정한 주주를 누구로 볼 것인가의 문제가 발생할 수 있는데, 여기서는 우선 타인명의로 주식인수가 이루어진 경우의 주주권자에 관한 내용과 명의개서가 완료되지 않은 상태의 주주권 귀속의 문제에 대해 살펴본다.

1. 타인명의로의 주식인수(주식의 간접보유)와 주주권자

2005년 개정 전 상법에서는 가공인 명이나 승낙을 얻지 않고 타인명의로 주식을 인수한 경우에는 실제로 자금을 출연한 명의차용자가 주주가 되는 것으로 이해하는 것에 이론이 없었다. 그런데 명의인의 승낙을 얻어 주식을 인수한 경우에 대해서는 명의인이 주주가 된다고 보는 형식설과 명의차용자가 주주가 된다고 보는 실질설이 대립하고 있었다. 실질설이 근거로 드는 것이 ①진정으로 계약당사자로서 행위를 한 자가 권리를 취득하고 의무를 부담하는 것이 사법의 일반원칙이다. ②가공인 명의 또는 승낙을 얻지 않고 타인명의를 이용한 경우에 명의

10) 江頭憲治郎, 앞의 주 5, 198頁

11) 江頭憲治郎, 앞의 주 5, 204頁

12) 竹内昭夫, 会社法講義(Ⅰ), 1986, 253頁 참조; 山本為三郎, 앞의 주 7, 235頁에서 재인용

13) 江頭憲治郎, 앞의 주 5, 204頁

차용자가 주주가 되는 것과의 균형에서도 옳다는 것이다. 이에 대해 오늘날 형식설을 취하는 견해는 거의 없어 보이지만, 형식설이 근거로 든 것이 주식의 법률관계는 집단성과 대량성이 있고 법적 안정성이 강하게 요청되므로 표시주의에 따라 형식적·확실적인 처리가 바람직하다는 것이었다. 그런데, 타인명의로 의한 주식인수가 문제되는 것은 대부분 소규모 폐쇄회사로서 회사가 명의차용사실을 알고 있는 경우가 많다는 점을 고려하면, 형식적이고 확실적으로 주주명부상의 명의인을 주주로 보는 것이 적절한 해결이라고 보기도 어렵다. 또한 구 상법 201조¹⁴⁾와 같이 타인명의로 주식을 인수한 경우에 대한 규정을 두지 않은 회사법 하에서는 실질설이 타당할 것으로 생각된다.¹⁵⁾

물론, 실질설의 입장에서도 타인명의로 의한 주식인수가 이루어지는 실질관계는 다양한 유형이 있을 수 있어서 주식의 실질적 귀속의 인정이 간단하지는 않다. 보통은 경제적 출연여부로 판단하면 되지만 실질상의 인수인의 인정은 입증책임의 문제로 해결해야 하는 경우도 있기 때문이다. 여하튼 실질설은 명의차용자가 실질상의 주주로서 회사에 대하여 권리를 행사하기 위해서는 주주명부의 명의개서가 필요하다고 해석하면서 회사법 130조 1항을 근거로 드는데, 동 조는 주식양도의 회사 기타 제3자에 대한 대항요건을 규정한 것으로서, 회사설립 또는 모집주식의 발행 시에 원시적으로 주식을 취득한 자의 회사에 대한 권리행사의 요건을 규정한 것은 아니라고 볼 수 있다. 그리고 타인명의로 주식을 인수한 자가 회사에 대해 권리를 행사하기 위해서는 자기가 실질상의 주주임을 증명하면 충분하며, 실질상의 주주라는 증거가 있으면 회사는 주주명부를 명의차용자의 명의로 개서하여야 한다.¹⁶⁾

한편, 주주와 회사 사이의 법률관계의 합리적 처리라는 주주명부제도의 취지에 비추어보면, 명의차용자가 실질주주라는 사실을 알고 있더라도 자신이 실질주주라는 명의차용자의 증거가 있기 전까지는, 회사는 주주명부상의 명의인을 주주로 취급하고 면책될 수 있다. 이때 회사의 면책이 주주명부의 확정적 효력에 의한 것으로 볼 것인지, 아니면 주주명부의 면책적 효력에 의한 것으로 볼 것인지가 문제되는데,¹⁷⁾ 확정적 효력에 의한 것이라면 명의인이 실질상의 주주가 아니라는 사실에 대해 선의·악의를 불문하고 면책되지만, 면책적 효력에 의한 것이라면 악의·중과실의 회사는 면책되지 않는다. 본래 주주명부의 면책적 효력은 주권 점유자의 권리 추정적 효력(회사법 131조 1항¹⁸⁾)을 토대로 하고 있는데, 실질주주가 일부러 타인명의를 차용하고 있는 상황에서 회사가 명의차용의 사실관계를 조사하여 실질주주를 알아내기가 쉽지는 않다는 점을 고려하면, 이때의 회사의 면책은 확정적 효력에 의한 것이라고 보는 것이 타당해 보인다.¹⁹⁾

2. 명의개서 미완료시의 주주권자

14) 구 상법 제201조(假設人 또는 타인명의로의 주식인수를 한 자의 책임) ① 가설인의 명의로 주식을 인수하는 자는 주식인수인의 책임을 부담한다. 타인의 승낙을 얻지 않고 그 명의로 주식을 인수하는 자 또한 같다. ② 타인의 동의를 얻어 그 명의로 주식을 인수하는 자는 그 타인과 연대하여 납입을 할 의무를 부담한다.

15) 早川 徹, “他人名義による株式引受けの効果”, (浜田道代·岩原紳作[編], Jurist 増刊, 会社法の争点), 有斐閣, 2009, 28頁

16) 早川 徹, 앞의 주 15, 29頁

17) 伊藤雄司, “事例で考える会社法(3)名前ってなに?”, 法学教室 339号, 2008, 54頁

18) 회사법 제131조(권리의 추정 등) ① 주권의 점유자는 당해 주권에 관한 주식에 대한 권리를 적법하게 보유하는 것으로 추정한다.

19) 早川 徹, 앞의 주 15, 29頁

주식양도가 있었으나 명의개서가 완료되지 않은 경우에 회사는 명의주주인 양도인을 주주로 취급하면 면책되는데, 이때 회사가 명의개서를 하지 않은 양수인을 주주로 취급하여 주주권행사(의결권행사나 이익분배 등)를 인정할 수 있는지와 관련하여 회사의 위험으로 실질주주를 주주로 취급해도 된다는 긍정설과 회사가 양자 중에서 자의로 주주권을 행사할 수 있도록 하는 것은 부당하므로 주주명부상의 명의인을 주주로 취급해야 한다는 부정설이 대립하고 있다. 이것은 명의개서 미완료 주주와 회사와의 사이의 문제인데, 양도당사자 사이의 문제도 발생할 수 있다. 예컨대, 명의개서가 안된 상황에서 회사가 명부상의 주주에게 이익을 분배하거나(회사법 453조) 신주의 주주배정을 한 경우(회사법 202조)에 민법상의 부당이득을 근거로 반환청구를 긍정하는 견해가 많지만, 이익분배금이나 신주의 인도를 청구할 수 있는지가 문제될 수 있다.

본래 명의개서청구가 없는 한 주식양도의 사실을 회사가 알고 있어도 명의주주를 주주로 취급하면 되지만, 명의개서는 양도의 대항요건에 불과하므로 회사가 명의개서를 완료하지 않은 양수인을 주주로 취급하고 명의주주는 배제하는 것도 가능하다. 그런데, 이것은 회사대표자의 자의적인 재량을 인정하는 결과가 되므로 회사는 일률적으로 명의주주를 주주로 취급하는 것이 옳다는 견해가 있고, 실질적 권리의 귀속과 관련하여 유연성 있게 처리하는 것을 부정할 필요가 없다는 견해도 있다. 이와 관련된 판례를 보면, 양도제한주식이 양도된 후 양도의 승인을 받지 못한 경우에는 재량의 여지없이 회사는 양도인을 주주로 취급해야 한다고 하면서, 명의개서를 마치지 않은 경우에는 양수인을 주주로 취급할 수도 있다고 하고 있어서 일관성이 없어 보인다. 하지만, 양도제한주식의 경우에는 양도 시에 회사의 승인을 받아야(회사법 2조 17호) 하는 것으로 하고 있으나, 명의개서 미완료의 경우는 회사에 대항할 수 없다(회사법 130조)고 하는 등 규정의 내용에 차이가 있다. 또한 양도제한주식의 양도의 효력과 관련하여 회사법은 당사자에 의한 양도 등 승인청구(회사법 136-138조)와 승인가관의 판단(회사법 139조 이하)이라는 일정한 절차를 요구하는 등 회사대표자의 재량권의 행사에 제약이 있지만, 주주명부의 명의개서는 단순히 회사 사무처리의 편의를 도모하는 것에 불과한 등 양자를 구별하여 취급하는 것이 합리적인 것으로 보인다.

명의개서 미완료와 관련하여, 주식의 양수인이 명의개서를 하지 않은 사이에 회사가 잉여금 배당(회사법 453조)이나 주식분할(회사법 183조)을 하는 경우에 법률적으로 문제가 될 수 있다. 명의개서를 하지 않으면 회사에 대항할 수 없으므로 회사는 명의인인 양도인에게 배당재산이나 분할주식을 교부할 수 있는데, 양도의 당사자 사이에는 이미 양도의 효력이 발생하고 있고 양수인이 주주여야 마땅하기 때문에, 양수인은 양도인에게 부당이득으로서의 당해 배당재산이나 분할주식을 반환할 것을 청구할 수 있다고 본다. 그런데 주주배정을 통해 모집주식이 발행된 경우에는 명의주주인 양도인에게 모집주식의 배정을 받을 권리가 부여되어 있어서 법률상의 원인 없는 이득이라고 볼 수 없기 때문에 양수인으로부터의 부당이득반환청구가 인정되기 어렵다는 것이 판례의 태도이다. 이에 대해 양도당사자 사이에서는 양수인이 주주라는 원칙을 이때만 적용하지 않을 이유는 없고 부당이득을 인정해야 한다는 견해도 있다. 한편, 양수인이 부당이득을 원인으로 하여 무엇을 청구할 수 있는지가 문제되는데, 다수설의 입장은 발행주식 자체는 양도인 자신의 경제적 출연으로 획득한 것이므로 부당이득으로 보기는 어렵고, 오히려 모집주식 발행시점의 주식의 시가와 1주당 불입금액과의 차액을 부당이득으로 이해한다. 이와는 달리 양수인은 불입금액을 양도인에게 상환하는 대신에 발행주식 자체의 교부를 청구할 수 있다는 견해도 있다.²⁰⁾

그런데, 현재 상장주식을 양도하는 경우에는 대체제도가 이용되고 있으므로 주식의 양도 후에 명의개서를 하지 않아서 회사에 대항할 수 없는 상황은 제도적으로 발생하기 어렵고, 사실상 비상장주식의 양도에서만 발생할 여지가 있을 뿐이다.

3. 주식의 이중양도와 주주명의개서

주권발행회사의 경우에는 주식양도는 주권의 교부가 필요하며(회사법 128조 1항), 주권의 교부를 통해 당사자 사이에 권리이전의 효력이 발생한다(주식양도의 성립요건). 물론 공개회사가 아닌 주권발행회사가 주권을 발행하지 않은 때는(회사법 215조 4항), 주주가 주권발행을 회사에 청구한 다음에 주권을 교부하게 된다. 이때 주식양수인이 자기가 주주라는 것을 회사에 주장하기 위해서는 주주명부의 명의개서가 필요하다(회사법 130조 2항). 명의개서는 원칙적으로 주식을 취득한 양수인이 주주명부상의 주주와 공동으로 회사에 대해 청구하며(회사법 133조), 주권발행회사의 경우에 회사에 주권을 제시하면 단독으로 청구할 수 있다(회사법 133조 2항). 주권의 점유자가 적법한 소지인으로 추정되는(회사법 131조 1항) 것은 유가증권법리에 따른 권리추정적 효력 내지는 형식적 자격수여력이 인정되기 때문인데, 주권소지인이 자신이 정당한 권리자라는 것을 증명하지 않더라도 회사에 대해 명의개서를 청구할 수 있는 것도 같은 맥락이다. 회사는 주권소지인이 정당한 권리자인지 여부를 조사하지 않고도 명의개서 청구에 대해 당해 소지인을 주주로서 취급하면 된다. 여기서 주권을 교부한 양도인이 무권리자인 경우의 선의취득문제에 대해서는 언급하지 않기로 한다.

이처럼 주권발행회사의 경우에는 주권의 교부에 의해 양도가 이루어지기 때문에 주식이 이중으로 양도될 위험성이 없다. 그러나 주권불발행회사에서는 주권이 없고 당사자 사이의 의사표시에 따라 주식양도가 이루어지기 때문에 주주가 이중으로 양도하여 분쟁이 발생할 가능성이 있다. 따라서 주권불발행회사에서는 주주명부의 명의개서를 통해 제3자에게 대항할 수 있게 되어 있다. 주주명부의 명의개서는 원칙적으로 주주명부상의 명의주주와 양수인이 공동으로 청구해야 하는데(회사법 133조 2항), 주권발행회사에서는 주권의 점유자가 적법한 소지인으로 추정되지만(회사법 131조 1항), 주권이 발행되지 않는 회사는 주권이 없어서 양도가 있는 것으로 기망하여 부정하게 명의개서가 이루어질 염려가 있어서 공동으로 청구하도록 한 것이다.²¹⁾

IV. 실질주주의 주주총회참가 문제와 관련하여

1. 논의의 배경

주주명부상의 명의주주의 배후에 실질주주²²⁾가 존재하는 경우가 있는데, 예컨대 연금기금 등

20) 伊藤靖史·大杉謙一·田中 亘·松井秀征, 会社法[第2版], 有斐閣, 2013, 108頁

21) 近藤光男·志谷匡史·石田眞得·鎌田薫子, 基礎から学べる会社法[第2版], 弘文堂, 2011, 68~69頁

22) 증권보관대체기구(証券保管振替機構)에 주권을 맡기고, 동 기구를 통해 주권을 소유하는 자를 실질 주주라고 부른다. 이러한 실질주주에게는 명의개서를 청구하는 제도가 없고, 동 기구에 주권을 맡기고 있는 주권의 소유자는 명의개서의 청구 없이 자동적으로 실질주주가 된다. 실질주주는 결코 주주가 아니지만, 실질주주에게는 주주와 동등의 권리가 확보되어 있으므로, 단순히 명의개서의 청구를

이 자금의 운용을 투자자문회사나 투자운용회사 등에 위탁하는 경우가 이에 해당한다. 그리고 나아가 투자자문회사 등이 자산관리전문은행에 주식 등을 재위탁하는 경우도 있다. 이때 의결권은 명의주주인 투자자문회사 등이 자금제공자인 연금기금의 지시에 따른 가이드라인을 토대로 행사하는데, 주주명부상의 주주에게 위탁하고 있는 실질적 소유자를 보통 실질주주라고 부른다. 일본의 경우, 실질주주의 비율이 49.7%²³⁾에 이르고 있어서 실질주주가 주주총회에 출석하려는 경우에 발행회사가 어떠한 대응을 하는 것이 바람직한지를 놓고 논의가 이루어지고 있어서 이에 대해 간단히 소개하고자 한다.

2. 실질주주의 주주총회참가와 관련된 내용들

2.1. Corporate Governance Code

도쿄 증권거래소가 유가증권상장규정에 첨부하기로 한 Corporate Governance Code는 2015년 6월1일부터 적용되고 있는데, ‘원칙1-2 주주총회에서의 권리행사’에 관한 보충원칙 1-2⑤에 관련내용이 있다. 이에 따르면, 신탁은행 등의 명의로 주식을 보유하는 기관투자자 등이 주주총회에서 신탁은행 등에 갈음하여 스스로 의결권 행사 등을 하는 것을 사전에 희망하는 경우에 대응하기 위해, 상장회사는 신탁은행 등과 협의하면서 검토할 필요가 있다고 하고 있다.²⁴⁾

2.2. 지속적 성장을 위한 기업과 투자자의 대화촉진 연구회 보고서

‘일본재흥전략 개정(日本再興戰略改訂)2014’에 ‘지속적인 기업가치의 창조를 위한 기업과 투자자와의 대화의 촉진’이라는 내용이 포함되자, 경제산업성은 ‘지속적 성장을 위한 기업과 투자자와의 대화촉진연구회(이하 ‘동 연구회’라 한다)’를 설치하고, 동 연구회의 분과회인 ‘주주총회 검토분과회(이하 ‘동 분과회’라 한다)’를 두었다. 동 분과회는 주주총회 절차에 관한 다양한 문제를 논의하였는데, 실질주주의 주주총회출석도 그 중 하나였다. 동 분과회의 논의를 토대로 동 연구회는 2015년 4월 23일 ‘지속적 성장을 위한 기업과 투자자의 대화촉진 연구회 보고서’를 발표하였는데, 여기에 실질주주의 주주총회출석에 관한 내용들이 포함되어 있다. 예컨대, “기관투자자가 보유하는 주식의 명의를 일반적으로 자산관리기관으로서의 신탁은행으로 되어 있고, 그가 법적으로 주주총회에 출석할 수 있는 주주이다. 따라서 운용기관의 의결권 지시는 명의주주에 대해 이루어진다.” “본 연구회에서는 명의주주가 아닌 기관투자자 등으로부터 주주총회참가요청이 있는 경우에, 기업 측에 기본적인 대응방침이 없는 경우가 많고 그러한 투자자가 참가할 수 있는지 아닌지, 어떻게 하면 참가할 수 있는지가 불명확한 것은 아닌지의 문제제기가 있었다.” “일본 회사의 정관에는 일반적으로 주주총회에 출석할 수 있는 대리인을 명의주주로 한정하고 있다. 따라서 기업 측으로서는 명의주주 이외의 기관투자자를

하지 않은 주권의 소유자와는 다르다. 그리고 실질주주는 그대로는 명의개서를 청구할 수 없고, 명의개서의 청구를 위해서는 반드시 동 기구로부터 맡겨둔 주권을 돌려받을 필요가 있다. 물론 일반 투자자가 직접 주권을 맡길 수는 없고, 반드시 증권회사를 통해서 맡길 수 있다.

23) 福本 葵, “実質株主との対話”, 証券レポート 1699号, 日本証券経済研究所, 2016, 44頁

24) 日野真太郎, “グローバルな機関投資家等の株主総会への出席に関するガイドラインについて”, 会社法・証券市場ニューズレター Vol.13, 北浜法律事務所, 2016, 1頁

주주총회에 출석시키는 것에 법적 리스크를 느끼는 측면이 있다는 지적이 있었다.” “기업 측으로서 주주와의 대화를 촉진하는 관점에서는, 기관투자가 등이 스스로 실질적인 주주이고 명의주주로부터 대리권을 수여받은 사실을 증명하면, 주주총회 출석을 인정하는 것이 기본적인 인식이 아닌지의 문제제기가 있었다. 또한, 정관에서 대리인을 주주로 제한하는 취지는 주주총회의 교란을 막는 것이므로, 주주총회를 교란할 염려가 없는 경우, 대리인이 주주가 아니라도 주주총회에 출석할 수 있다고 해석할 수 있는 것은 아닌가 하는 지적도 있었다.” “주주총회의 실무에서는 기업이 매우 신중하게 대응하기 때문에 기업의 자발적이고 자율적인 대응에 맡기는 것만으로는 개선이 늦어질 가능성이 있다. 따라서 실무상 예컨대, 어떠한 증명서류를 실질주주가 지참하여야 하는지 등을 제시함으로써 기업 측의 대응의 혼란을 막을 수 있기 때문에 어떠한 가이드라인 등을 책정하는 것이 유용하지 않을까 하는 제안이 있었다.” 등이 그 주요내용이다.²⁵⁾

2.3. 지속적 성장을 위한 경쟁력과 인센티브~기업과 투자가의 바람직한 관계구축

경제산업성이 2016년 8월 6일 발표한 ‘지속적 성장을 위한 경쟁력과 인센티브~기업과 투자가의 바람직한 관계구축’이라는 프로젝트의 최종보고서에도 실질주주의 주주총회출석과 실질주주와의 대화에 대한 언급이 있었다. 즉, “여러 외국에서는 주식을 직접 보유하는 주주와 신탁은행 등 명의주주를 통해 보유하는 기관투자가 등의 실질주주가 주주총회에서 동등하게 취급된다. 그런데 일본에서는, 실질주주의 의결권행사가 대리행사로서 인정되고 있지만, 주주총회 출석권이나 주주제안권에 대해서는 명의주주와 동등한 권리는 부여되지 않는 점이 지적되었다.” “더욱이 실질주주를 제도적으로 정확하게 파악할 수 없는 기업 측으로서는 실질주주로부터 의결권행사결과와 반대한 경우의 이유를 알려달라는 의견도 있다.”²⁶⁾ 등이 그 내용이다.

2.4. 글로벌 기관투자가 등의 주주총회출석에 관한 가이드라인

2.4.1. 가이드라인 제정 경위

실질주주가 주주총회출석을 희망하는 경우에 대한 실무상의 대응필요에 따라 일정한 지침이 요청되는 상황이었다. 일본재흥전략 개정(日本再興戰略改訂) 2015에서도 “명의주주 이외의 글로벌 기관투자가 등이 주주총회에 참가하는 것을 상정한 기업의 기본방침 수립을 원활히 하기 위해 관계단체 등에서 지침을 연말까지 책정하기를 촉구”한다고 표현하고 있다. 이러한 상황에서 전국주주연합회(全国株懇連會)²⁷⁾가 2015년 11월 13일 ‘글로벌 기관투자가 등의 주주총회출석에 관한 가이드라인’을 발표하였다.²⁸⁾

25) 福本 葵, 앞의 주 23, 49~50頁

26) 福本 葵, 앞의 주 23, 48~49頁

27) 전국주주연합회(全国株懇連會)는 전국 12개 지역의 주식간담회와 주식사무연구회가 연합한 전국조직이다. 여기서는 각 지역의 주식간담회 및 주식사무연구회와 주식에 관한 법률과 실무의 조사·연구, 정보교환·교류는 물론, 법무성, 법률학자, 증권거래소, 일본경제단체연합회, 변호사 등과도 활발한 교류를 하고 있고, 회사법 개정 등의 입법에 관련된 의견교환과 의견수렴(public comment) 시의 의견 제출, 각종 주식실무의 표준실무나 서식 등에 대한 제언을 하여, 주식실무의 원활화에 기여하고 있다. 웹페이지는 <http://www.kabukon.net/zen/>

28) 福本 葵, 앞의 주 23, 51頁

2.4.2. 가이드라인의 개요

가이드라인은 실질주주인 글로벌 기관투자가 등이 주주총회에 출석하기 위한 수단을 검토하고 4가지 방법을 제시하고 있다. 현재 ①일본의 회사법에서는 주주총회에서 의결권을 행사할 수 있는 주주는 주주명부상에 기재되어 있는 명의주주이고 ② 수많은 회사의 정관에는 의결권의 대리행사를 할 수 있는 대리인은 주주만이 가능한데, 이른바 실질주주인 글로벌 기관투자가 등은 명의주주가 아니므로 ①과의 관계에서는 의결권을 행사할 수 없고 ②와의 관계에서는 대리인이 될 수 없다. 그리고 ①②에 위반하면 주주총회결의 취소사유가 되는데, 글로벌 기관투자가 등이 신탁은행 등의 명의로 주식을 보유하지만 의결권행사를 지시하는 입장에 있는 실질주주라는 인식에서는 주주총회에 출석하지 못하는 것이 타당하지 못하다고 볼 여지가 있다. 가이드라인은 어떻게 하면 ①②의 제약 하에서 글로벌 기관투자가 등이 적법하게 주주총회에 출석하거나 의결권을 행사할 수 있는지를 검토하고 실무상 이용할 수 있다고 판단되는 4가지 수단을 제시한 것이다. 우선, 제1부에서 글로벌 기관투자가 등의 속성과 의결권 행사방법 및 글로벌 기관투자가 등의 의결권행사에 관한 회사법상의 규율을 확인하고 주주총회 출석을 위한 4가지 방법을 설명하고 있다. 제2부에서는 글로벌 기관투자가 등이 주주총회에 출석하는 경우의 실무요령으로서, 출석에 이르기까지의 실무대응을 위한 절차와 필요서류의 양식을 게재하고 있다.²⁹⁾

2.4.3. 가이드라인의 주요 내용

본 가이드라인에서는 명의주주가 아닌 글로벌 기관투자를 “글로벌 기관투자가 등”으로 정의하고, 이들이 주주총회에 출석하는 경우의 논점과 절차를 정리하였다. 현행법상 주주총회에는 주주가 출석하여 의결권을 행사하는 것이 원칙이고, 신탁계약에서 수탁자에게 의결권의 지시권한이 있는 경우에도 주주총회에서 주주권을 행사할 수 있는 것은 명의상의 주주이다. 그러나 주주는 대리인을 통해서도 의결권을 행사할 수 있고(회사법 310조 1항) 상장기업의 대부분이 정관에서 대리인을 주주로 제한하고 있는데,³⁰⁾ 이러한 제한을 둔 정관규정은 유효한 것으로 되어 있다(最判1968.11.1. 民集23卷12号2402頁). 이렇게 정관에서 대리인의 자격을 주주로 제한하고 있음에도 불구하고 주주가 아닌 자가 대리인으로서 주주총회결의에 참가한 경우에는 주주총회결의취소의 사유가 될 수 있지만(最判1968.11.1), 대리인의 자격제한이 미치지 아니하는 것이 명확한 경우에 대리행사를 인정하지 않는 것도 주주총회결의취소사유가 될 수 있다(東京地裁判1986.3.31.判例時報1186号135頁, 東京高判1986.7.30.資料版商事法務32号52頁).³¹⁾

한편, 신탁과 같은 경우에는 회사법 313조 1항에 있는 “타인을 위해 주식을 보유하는 경우”에 해당하여 보유하는 의결권의 불통일행사가 가능한데, 신탁계약에는 위탁자가 의결권의 지시권한을 가지는 경우가 있다. 만일 의결권의 불통일행사를 하는 경우에는 주주가 주주총회의 3일 전까지 불통일행사의 사실과 그 이유를 통지하여야 한다(회사법 313조 1항).³²⁾

29) 日野真太郎, 앞의 주 24, 1頁

30) 예컨대, 정관 18조(의결권의 대리행사) “주주는 당 회사의 의결권을 가진 다른 주주1명을 대리인으로 하여 그 의결권을 행사할 수 있다.”와 같이 의결권 대리행사를 주주로 제한하는 형태를 취하고 있다.

31) 福本 葵, 앞의 주 23, 52頁

32) 福本 葵, 앞의 주 23, 53頁

본 가이드라인에서 글로벌 기관투자가가 주주총회에 출석하는 방법을 정리한 내용은 다음과 같다. 첫 번째는, 주주총회 기준일 시점에서 A(실질주주)가 '1단원 이상의 주식'³³⁾소유자가 되어 N(명의주주) 명의의 주식에 관한 대리권을 A가 수여받아 주주총회에 출석하는 방법이 있다. 두 번째는, 회사 측의 방침에 따라 주주총회당일에 주주총회를 방청하는 방법이다. 세 번째는, ①A(실질주주)에 의한 의결권행사를 인정하더라도 주주총회가 교란되고 회사의 이익을 해할 염려가 없으며 ②의결권의 대리행사를 인정하지 않으면 의결권행사가 실질적으로 저해될 수 있는 등 A에 의한 의결권행사를 인정해야할 '특단의 사정'이 있다는 것을 발행회사에게 설명하고 N(명의주주)의 대리인으로서 주주총회에 출석하는 방법이다. 네 번째는, 발행회사가 정관규정을 변경하고 A(실질주주)가 N(명의주주)의 대리인으로서 의결권을 행사할 수 있도록 하는 방법이다.³⁴⁾

3. 현행법상의 관련규정과 실무상의 대응현황

현재 실질주주의 주주총회 출석에 대해서는 법률상 명문의 규정은 없고 각 회사들이 실무상 대응을 하고 있는 실정이다.

3.1. 법률상의 관련규정

실질주주의 주주총회 당일출석에 대해서는 다음과 같이 법률상의 취급이 명확하지 아니하다. 우선, 상장기업에서는 기준일제도(회사법 124조)에 따라 주주총회보다 앞선 일정한 날에 주주명부에 기재된 주주를 의결권행사가 가능한 주주로서 확정하는 것이 일반적이다. 따라서 주주명부에 기재되지 아니한 실질주주는 원칙적으로 주주총회에 출석할 수가 없고, 신탁은행 등의 명의주주가 출석할 수 있는 주주라고 이해되고 있다. 그리고 명의주주의 대리인으로서(명의주주로부터 위임장을 취득한 때) 실질주주가 출석하고자 하는 경우에, 일반적으로 상장기업의 정관에서는 "대리인은 주주에 한 한다"는 뜻의 자격제한이 규정되어 있기 때문에, 주주명부상의 주주가 아닌 실질주주는 자격제한규정에 저촉된다. 하지만, 실질주주가 명의주주의 대리인으로서 출석하는 때에는 자격제한규정의 적용제외로서 출석이 인정된다고 보는 견해와 자격제한규정은 본래 어떠한 경우에도 구속력이 미치는 것이 아니고 특별한 사정이 있는 때에는 주주 이외의 자에 의한 의결권의 대리행사가 인정된다고 보는 견해도 있다.³⁵⁾

3.2. 실무상의 대응현황

실질주주의 출석에 관한 회사들의 실무상 대응에 대하여 전국주주간연합회(全国株懇連會)³⁶⁾

33) 단원주식수는 주식의 구입에 필요한 최저주식수로서 일정한 주식수를 1단원이라고 하고 매매는 기본적으로 단원주식수 단위로 이루어진다. 1단원의 주식수는 주식을 발행하는 기업이 자유로이 정할 수 있는데, 일본에서는 1000주를 1단원으로 하는 기업이 가장 많다고 한다.

34) 福本 葵, 앞의 주 23, 53~54頁

35) 安藤 聡, "実質株主の株主総会出席についての提言" 経済産業省主催「第3回 株主総会のあり方検討分科会」資料, 2014.11, 3頁

36) 전국주주간연합회(全国株懇連會)는 전국 12개소의 주식간화회(株式懇話會)와 주식사무연구회 등의 전국조직으로서, 주식에 관한 법률과 실무의 조사 및 연구, 정보교환 및 교류는 물론, 법무성, 상법학자, 증권거래소, 일본경제단체연합회, 변호사 등과도 활발하게 교류하고 있고, 상법 개정 등의 입법에

가 실시한 2014년 10월 현재의 '주주총회에 관한 실태조사집계표'를 보면, ①출석을 인정하고 질문, 의결권 등의 주주권행사도 인정한 회사가 6.3%(111사) ②출석을 인정하지만, 질문과 의결권 등의 주주권행사는 인정하지 아니한 회사가 8.6%(150사) ③출석은 인정하지 아니하나 다른 방에서의 방청은 허가한 회사가 3.2%(56사) ④출석도 다른 방에서의 방청도 인정하지 아니한 회사가 16.8%(294사) ⑤기타 5.9%(104사) ⑥기본방침을 정하지 아니한 회사가 59.2%(1038사)로 나타났다.³⁷⁾

V. 주권전자화와 주주권행사

1. 주권전자화의 개관

1.1. 주권전자화의 개념

주권전자화는 증권결제법제의 개혁과 관련하여 주식 등에 대해서 종래의 보관대체제도가 새로운 대체제도로 바뀐 제도변화를 가리킨다. 동 제도의 적용을 받는 회사의 주식은 대체주식으로서 대체기관 및 계좌관리기관에서 가입자의 대체계좌부에 기록됨으로써 관리된다(振替法 13조 1항, 128조).³⁸⁾

1.2. 관련제도 변화의 내용

1.2.1 사채, 주식 등의 대체에 관한 법률

2001년 6월에 성립하고 2002년 4월에 시행된 '단기사채 등의 대체에 관한 법률(短期社債等の振替に関する法律)'을 토대로 CP의 전자화가 실현되었고, 동법이 2002년 6월에 '사채 등의 대체에 관한 법률(社債等の振替に関する法律)'로 바뀌면서 대체제도의 대상이 사채·국채 등의 순수한 금전채권까지 확대되었다. 2004년 6월에 성립하여 2009년 1월에 시행된 이른바 '결제합리화법'을 통해 상장회사의 정관에 규정한 주권을 발행한다는 뜻의 규정을 폐지한 것으로 간주하고, '사채 등의 대체에 관한 법률'이 '사채, 주식 등의 대체에 관한 법률(社債、株式等の振替に関する法律: 약칭 '振替法')'로 바뀌면서 주식, 신주예약권, 신주예약권부사채 등도 대체제도의 대상이 되었다.³⁹⁾

1.2.2. 회사법

2004년의 상법개정을 통해 '주권불발행제도'가 도입되면서 정관에서 규정하면 주권을 발행하지 않을 수 있게 되었다. 2006년에는 회사법이 시행되면서 주식회사는 정관에 규정한 경우에

대한 의견교환 및 의견제출, 각종 주식실무의 표준실무와 서식의 제언 등을 통하여 주식실무의 원활화에 기여하고 있다. 포털사이트는 <http://www.kabukon.net/> 이다.

37) 全国株懇連合会, 株主総会等に関する実態調査集計表, 2014.10, 14頁

38) 六川浩明, "株券電子化に伴う諸制度の変容について", RID ディスクロージャーニュース vol.2, 総合ディスクロージャー研究所, 2008.10, 57頁

39) 六川浩明, 앞의 주 38, 57頁

만 주권을 발행하도록 하고 원칙적으로 주권을 발행하지 않는 것으로 하였다(회사법 214조).⁴⁰⁾

2. 주권전자화와 주식의 양도

주권전자화에 따라 2009년 1월5일 이후의 상장주식의 양도는 '사채, 주식 등의 대체에 관한 법률'의 규제를 받는다. 정관에 주권을 발행한다는 뜻의 규정이 없고 상장주식인 경우에는 동법의 대상이 된다(振替法 128조1항, 주식 등의 대체에 관한 업무규정(이하 '업무규정') 6조). 이러한 대체주식이 거래되기 위해서는 회사의 동의가 필요하지만(振替法 13조1항, 업무규정 7조), 동의하지 않으면 금융상품거래소의 상장을 유지할 수 없으므로 상장주식에 대해서는 사실상 강제로 적용된다고 할 수 있다. 대체주식에 대해서는 주주전원에게 계좌관리기관에의 계좌개설이 강제되고(振替法 128조, 129조, 업무규정 24조, 25조), 대체주식의 양도는 대체신청으로 양수인이 당해 계좌보유란에 양도에 관한 기록을 받아야 효력이 발생한다(振替法 140조). 그리고 주식양도의 회사에 대한 대항요건은 주주명부의 기록이 되는데(振替法 152조1항, 161조3항, 회사법 130조), 주식취득자가 주주명부상의 명의개서를 청구할 수는 없고, 대체계좌부상의 기록에 따른 전체주주통지가 있어야만 명의개서가 이루어진다(振替法 151조). 전체주주통지는 통상 회사가 기준일을 정한 때와 사업연도 개시일로부터 6개월을 경과한 때의 연 2회 행해진다.⁴¹⁾ 동 제도에서는 모든 대체주식이 대체계좌부상에 기록되며, 주주는 대체주식이라는 방법 외에 주식을 보유할 수는 없고, 권리행사에 있어서도 대체주식의 귀속이 대체계좌부상의 기록에 의한다. 의결권행사나 배당 등 모든 주주에게 권리행사를 하도록 하는 경우에는 대체기관이 기준일 등 시점의 대체계좌부의 내용에 따라 전체주주통지를 하고 이를 주주명부에 기록하는 것이다. 즉, 전체주주통지가 있으면 전체주주통지의 기준이 되는 날의 대체계좌부의 내용이 주주명부에 기록되므로, 대체계좌부와 주주명부의 내용이 같아지게 된다. 따라서 현행 대체제도에 따른 주주의 권리행사는 대체주식의 방법으로만 주식을 보유하고 양도할 수 있으며, 양도되는 주식을 특정할 수도 없는 대체제도의 성격상 일정한 시점에서는 대체계좌부와 주주명부의 내용을 일치시켜서 주주명부의 기록을 토대로 주주의 권리를 행사시키고, 기타의 경우에는 개별주주통지를 통해 권리를 행사할 수 있도록 하는 형태를 취하고 있다는 것을 알 수 있다.⁴²⁾

3. 주권전자화와 주주명부

주권불발행회사의 경우, 주주와 주식취득자의 연명에 의한 공동청구를 통해 명의개서가 이루어지고(회사법 133조) 주주명부예의 기재가 있어야만 양도의 사실을 회사와 제3자에게 대항할 수 있다(회사법 130조). 주주명부는 보관대체제도를 이용하는 경우의 주주명부인 '실질주주명부'⁴³⁾와 동 제도를 이용하지 않는 경우의 주주명부인 '일반주주명부'로 이원화되는데, 잉여금

40) 六川浩明, 앞의 주 38, 57頁

41) 島田志帆, “振替株式の権利行使方法と今後の課題—近年の最高裁決定を中心として—”, 立命館法学 338号, 2011, 277~278頁

42) 島田志帆, 앞의 주 41, 289~290頁

43) 실질주주명부란 문자 그대로 실질주주의 명부인데, 실질주주명부의 내용은 증권보관기구가 작성하여 회사에 보고한다. 그리고 실질주주가 소유하고 있는 주권에 대한 주주는 증권보관대체기구이며, 주주

배당이나 의결권행사 등을 위해 주주를 확정하는 경우에는 이러한 주주명부를 기초로 주주를 확정한다. 실질주주명부는 기준일 시점의 실질주주통지에 의해 갱신되고, 일반주주명부는 주식취득자의 명의개서청구를 통해 갱신된다.

‘사채, 주식 등의 대체에 관한 법률’에 비추어보면, 주권발행회사는 주권의 존재를 전제로 한 보관대체기관과 실질주주의 공유관계가 없으므로 실질주주명부의 작성의무가 없고 일반주주명부에 의한 주주관리로 충분하다. 그러나 주권전자화 이후에는 대체제도의 대상이 되는 주식에 대해서는 원칙상 ‘전체주주통지’를 통해 주주명부의 내용이 갱신된다. 즉, 대체제도에서는 대체기관이 대체제도이용회사에 대해 기준일 시점에 대체계좌부에 기재된 주주의 성명 또는 명칭, 주소, 주식의 종류와 수 등을 통지하도록 되어 있는데(振替法 151조1항, 전체주주통지), 이에 따라 대체제도이용회사는 통지를 받은 사항들을 주주명부에 기재하게 된다(振替法 152조1항 전단). 회사는 전체주주통지를 수취하고 누가 주주인지를 파악하여 주주명부를 개서하는데, 명의개서는 기준일 시점에 이루어진 것으로 간주된다(振替法 152조1항 후단). 대체주식취득자로서는 대체계좌부의 기재가 권리귀속의 효력요건이면서 회사이외의 제3자에 대한 대항요건이기 때문에(振替法 140, 144조), 어느 시점에 명의개서가 이루어지는지가 중요한 문제이다.⁴⁴⁾

VI. 맺으며 - 한국법과 일본법의 차이점

본고에서는 일본에서의 실질주주와 명의주주(형식주주)에 관한 논의와 주주명부와 명의개서관련제도를 개관하고 실질주주의 주주권행사와 관련된 현행법상의 규정과 실무상 각 기업들이 주주총회에서 실질주주와 명의주주의 주주권행사와 관련하여 어떠한 대응을 하고 있는지에 대하여 개괄적으로 살펴보았다. 일본에서의 관련규정과 실무적 대응노력이 주는 우리법제에 참고할만한 시사점에 대해서는 앞으로 좀 더 구체적인 검토가 필요해 보인다.

전술한 바와 같이 일본에서 실질주주는 주주명부상의 주주가 아니기 때문에 회사에 대한 주주의 대항요건을 구비하지 못하고, 주주본인의 지위로서 주주총회에 출석하는 등 주주총회에서의 주주권행사를 인정할 필요는 없다는 것이 일반적인 인식이다. 그리고 학설상으로도 주주가 아닌 자가 결의에 참가한 경우는 결의취소사유에 해당한다고 보고 있다. 다만 실질주주는 주주명부상의 주주의 대리인으로서 권리를 행사할 수 있다는 견해도 있다. 본래 주주총회에 출석하여 의결권 등 주주권을 행사할 의향이 있다면, 주주명부상에 자신의 성명 등을 명백히 한 다음에 이를 행사하면 되는 것이고 실질주주의 지위를 인정하지 않으려는 대응에는 일정한 합리성이 있다는 것이 일반적인 인식이다.

그런데 이러한 인식은 한국에서의 기존의 판결들과 통설인 실질설과는 차이가 있어 보인다. 한국에서는 실질적인 주식의 소유자인 실질주주의 주주권행사를 인정하는 것이 타당하다고 보는 견해가 통설이기 때문이다. 이러한 차이가 발생한 이유가 무엇인지에 대해 생각해보고자 일본과 한국의 법 규정의 내용과 해석에 대해 간단히 살펴보면 다음과 같다.

주주명부의 명의개서와 관련된 법률문제에 대해서 일본의 경우에는, 주식이 양도된 경우에

명부에는 실질주주명부상의 모든 주식 수에 대해 증권보관대체기구가 주주로서 기재되어 있다. 즉, 실질주주명부는 주주명부상의 증권보관대체기구의 명의로 된 주권의 내역이라고 할 수 있다. 다만, 실질주주는 주주와 동등한 권리를 가지기 때문에 증권보관대체기구의 명의로 되어 있는 주식에 관한 주주총회의 소집통지와 배당금의 지불 등은 증권보관대체기구가 아닌 실질주주에 대해 모두 이루어진다.

44) 宮島 司, 앞의 주 4, 115頁

주주명부의 명의개서가 없으면 회사에(주권불발행회사의 경우는 회사 이외의 제3자에 대해서) 대항할 수 없으며(회사법 제130조), 명의개서청구가 없는 한 회사가 양도의 사실을 알고 있더라도 명의주주를 주주로서 취급하면 충분한데, 이렇게 함으로써 날마다 변동할 수 있는 주주의 권리행사를 원활하게 처리할 수가 있다. 물론 명의개서는 양도의 대항요건에 불과하기 때문에 회사가 명의개서를 아직 완료하지 않은 양수인을 주주로 취급하고 명의주주인 양도인을 주주로 취급하지 않을 수도 있지만(最高裁判決1955.10.20.民集(최고재판소민사판례집)九卷11号1757頁), 이에 대해서는 회사의 대표자의 자의적인 재량을 인정하는 결과가 되므로 부당하고 회사는 일률적으로 명의주주를 주주로서 취급해야 한다는 견해도 있고, 실질적 권리의 귀속에 따른 회사의 유연한 대응을 일률적으로 금지할 필요는 없다는 견해도 있다. 하지만 변동하는 주주와 회사와의 관계를 명확히 하고 고정하기 위한 법 기술인 주주명부에 법률상 일정한 효력이 부여되고 있어서 개별사안에 있어서의 구체적인 타당성이 입증되기까지는 원칙적으로 형식적인 기준에 따라 처리되는 것이 주류라는 점에는 변함이 없어 보인다.

한편, 한국에서는 명의차용의 경우와 명의개서를 완료하지 않은 경우(실기주) 등 광의의 실질주주와 관련한 해석에서는 일본에서의 논의내용과 커다란 차이가 없어 보인다. 문제는 상장주식의 경우인데, 자본시장법의 주권예탁결제제도에 따라 명의주주(예탁결제원)와 실질주주가 있게 되고 그 권리행사(자본시장법 제314조(예탁증권 등의 권리 행사 등), 제315조(실질주주의 권리 행사 등))가 이루어지는 경우와 관련하여 해석의 차이가 발생하는 것으로 생각된다. 2013년 5월 28일 삭제된 자본시장법 제314조의 3항부터 5항에서는 예탁증권에 대한 실질주주의 주주권행사에 대한 규정이 있었는데, 이에 대해서는 예탁증권의 실질소유자가 권리를 행사하는 것이 원칙이고 실질소유자의 신청이 있으면 예탁결제원이 주주권을 행사할 수 있는 지위를 가진다는 인식이 바탕에 있다고 할 수 있다. 즉, 예탁결제원은 예탁증권의 실질소유자는 아니지만 수권적 신탁을 받은 형식적 소유자로서의 지위만 있는 것으로 이해되고 있다.⁴⁵⁾ 특히 명의주주인 예탁결제원의 의결권행사와 관련하여 자본시장법 제314조 제5항⁴⁶⁾의 규정이 있었던 것을 보면 이것이 더욱 명확해진다. 이것은 전술한 것처럼 현재 실질주주의 주주총회 출석에 대해서는 법률상 명문의 규정은 없고 각 회사들이 실무상 대응을 하고 있는 일본의 경우와 명확한 차이를 보이는 부분이다.

사실상 종래의 상법과 증권거래법의 주권양도는 현물유가증권의 수수를 염두에 두고 있었지만 대량으로 증권이 유통되는 요즈음은 현물이 아닌 계좌이체 등을 이용한 결제를 통하게 되는데, 일본의 경우는 1984년 성립한 주권 등의 보관 및 대체에 관한 법률(株券等の保管及び振替に関する法律)을 기초로 운영된다. 이 제도 하에서는 주권의 명의가 모두 보관대체기관의 명의로 되고(동법 제29조1항), 주식의 양도가 있어도 명의개서가 이루어지는 것이 아니다(동법 제29조 3항⁴⁷⁾, 제30조 2항 제1문⁴⁸⁾ 참조). 물론 주주의 권리에 관해서는 발행회사의 본점에

45) 한국증권법학회, 개정판 자본시장법 주석서[II], 박영사, 2015, 611면

46) 자본시장법 제314조(예탁증권 등의 권리 행사 등) ⑤ 예탁결제원은 예탁결제원의 명의로 명의개서된 주권을 소유하고 있는 주주가 주주총회일 5일 전까지 예탁결제원에 그 의결권의 직접행사·대리행사 또는 불행사의 뜻을 표시하지 아니하는 경우에는 그 의결권을 행사할 수 있다. (이하 생략)

47) 주권보관대체법(株券等の保管及び振替に関する法律) 제29조(보관대체기관의 지위) ① 보관대체기관은 예탁주권을 보관하는 때에 예탁주권이라는 뜻을 명확히 하고, 자기를 주주로 하는 명의개서를 청구할 수 있다. 이 경우에는 예탁 후 상당한 시기에 그 청구를 하여야 한다. ② 보관대체기관은 회사의 주주명부에 예탁주권에 관한 주식이라는 뜻이 기재되거나 기록되고, 자기가 주주로서 기재되거나 기록되어 있는 주식(보관대체기관 명의주식)에 대해, 상법 제226조의2 제1항의 규정에 의한 신청을 할 수 있다. ③ 보관대체기관은 보관대체기관명의의 주식에 대해, 주주명부의 기재 또는 기록 및 주권에 관해서만 주주로서 권리를 행사할 수 있다.

비치되는 실질주주명부에 따라 처리되었다(동법 제32조(실질주주명부)). 하지만 이 제도 하에서는 주권이라는 현물주식의 존재가 전제가 되고 있었고, 모든 상장주식에 적용되는 것이 아니고 각 상장회사의 선택에 맡겨져 있었기에 증권결제제도의 개혁이 진행된다. 2001년 5월의 단기사채대체법(短期社債等の振替に関する法律)과 주권보관대체법의 일부개정법(株券等の保管及び振替に関する法律の一部を改正する法律)의 성립으로 commercial paper의 paperless화가 실현되고, 2002년 6월에는 증권결제제도 등의 개혁에 의한 증권시장정비를 위한 관계법률 정비법(証券決済制度等の改革による証券市場の整備のための関係法律の整備等に関する法律)이 성립되면서, 단기사채대체법이 사채대체법(社債等の振替に関する法律)으로 명칭이 변경된다. 2004년 6월에는 대상에 주식이 포함되고 사채주식대체법(社債、株式等の振替に関する法律)이 됨으로써 유가증권의 주요부분이 모두 대체제도의 대상이 되어 현재에 이르고 있다. 주식대체제도를 이용하는 회사의 주식은 대체주식이라 불리며, 주식회사가 정관에서 주권을 발행한다는 규정을 두지 않는 한, 주권을 발행할 필요가 없다(회사법 제214조). 이러한 주권불발행회사는 대체제도를 이용할 수 있는데, 대체제도는 공개회사를 염두에 둔 제도로서 양도제한주식은 대체제도를 이용할 수 없다(사채주식대체법(社債、株式等の振替に関する法律) 제128조 1항). 주식을 대체주식으로 하기 위해서는 회사의 설립 시는 발기인전원의 동의가 필요하고, 기타의 경우에는 이사회결의가 필요한데(동법 제128조 2항), 상장회사의 경우는 대체제도의 이용이 강제된다. 이러한 대체주식에 대한 권리의 귀속은 대체기관이나 계좌관리기관(대체기관 등)의 대체계좌부의 기재기록에 의해 정해지므로, 투자자인 주주는 증권회사 등을 계좌관리기관으로 하여 대체계좌를 개설하여야 한다. 종전의 보관대체제도와 다른 점은 투자자와 대체기관 사이에 복수의 계좌기관이 존재할 수 있다는 것이다. 회사법상 주권발행회사의 주식이전의 효력요건은 주권의 교부이지만(회사법 제128조1항), 대체주식의 양도는 계좌부예의 기재가 주식양도의 효력요건이다(사채주식대체법(社債、株式等の振替に関する法律) 제140조49). 주주명부의 명의개서는 원칙적으로 대체기관이 발행회사에 대해 행하는 전체주주통지(総株主通知)를 토대로 이루어진다(사채주식대체법(社債、株式等の振替に関する法律) 제151조(総株主通知), 제152조(株主名簿の名義書換に関する会社法の特例)).⁵⁰⁾이처럼 현행 대체제도 하에서는 종전의 보관 대체제도에는 있던 실질주주의 권리행사에 관한 규정이 더 이상 존재하지 않는다.

위에서 본 바와 같이 특히 상장주식의 실질주주의 주주권행사와 관련한 일본과 한국에서의 해석의 차이는 자본시장법상의 규정 및 그에 대한 해석과 그러한 규정이 존재하지 않는 현행 일본의 법제의 상이함에 기인한 것임을 알 수 있다. 즉, 예탁증권의 경우를 보면, 일본의 법제는 원칙적으로 실질주주를 주주로 인정하지 않으면서 의결권 이외의 배당권 등 주주의 재산적 권리의 측면에서만 주주와 동등하게 취급하는 체제인 반면, 한국의 법제는 예탁증권의 실질소유자가 권리를 행사하는 것이 원칙이고 실질소유자의 신청이 있으면 예탁결제원이 주주권을 행사할 수 있는 지위를 가진다는 인식이 바탕에 있다는 점에서도 알 수 있듯이, 양자 사이에는 근본적인 인식의 차이가 존재한다. 따라서 실질주주의 권리행사를 어디까지 인정할 것인지

48) 주권보관대체법(株券等の保管及び振替に関する法律) 제30조(실질주주) ① 예탁증권의 공유자(이하 '실질주주'라 한다)는 주주의 권리행사에 대해서는 각자 그 예탁주권의 주식 수에 따른 주식을 보유하는 것으로 본다. ② 실질주주는 전조 제2항의 신청 및 동조 제3항에 규정하는 권리의 행사를 할 수 없다. (이하 생략)

49) 사채주식대체법(社債、株式等の振替に関する法律) 제140조(대체주식의 양도) 대체주식의 양도는 대체신청에 의해 양수인이 그 계좌의 보유란에 당해 양도에 관한 수의 증가의 기재 또는 기록을 받지 않으면 그 효력이 발생하지 않는다.

50) 近藤光男·吉原和志·黒沼悦郎, 金融商品取引法入門[第4版], 商事法務, 2015, 225~229頁

여부와 관련된 해석의 적부판단은 별도로 하고 2017년의 대법원전원합의체판결이 보여준 판례의 태도 변화에 따른 혼란을 종식시키고자 해도, 자본시장법의 규정을 근본적으로 개정하기 전에는 대법원이 취한 형식설을 무조건적으로 인정하기가 쉽지 않을 것이다. 그러므로 대법원 판례의 변경에도 불구하고 당분간 종래의 판례와 통설인 실질설의 주장이 계속될 것으로 본다. 실질설의 근거가 되는 자본시장법의 규정이 여전히 존재하고 있기 때문이다. 그러므로 이러한 실질설과 형식설의 견해 대립을 해소하기 위해서는 관련규정에 대한 개정 등 입법적 해결이 필요하다고 생각된다.

[참고문헌]

- 정경영, “주식회사와 형식주주, 실질주주의 관계-대법원 2017.3.23. 선고 2015다248342 판결에 대한 평석”, 비교사법 제24권 2호(통권77호), 2017
- 정찬형, 제19판 상법강의(상), 박영사, 2016
- 한국증권법학회, 개정판 자본시장법 주석서[Ⅱ], 박영사, 2015
- 安藤 聡, “実質株主の株主総会出席についての提言” 経済産業省主催「第3回 株主総会のあり方検討分科会」資料, 2014
- 伊藤靖史·大杉謙一·田中 亘·松井秀征, 会社法[第2版], 有斐閣, 2013
- 伊藤雄司, “事例で考える会社法(3)名前ってなに?”, 法学教室 339号, 2008, 47-56頁
- 江頭憲治郎, 株式会社法 [第4版], 有斐閣, 2011
- 近藤光男·吉原和志·黒沼悦郎, 金融商品取引法入門[第4版], 商事法務, 2015
- 近藤光男·志谷匡史·石田眞得·鎌田薫子, 基礎から学べる会社法[第2版], 弘文堂, 2011
- 島田志帆, “振替株式の権利行使方法と今後の課題—近年の最高裁決定を中心として—”, 立命館法学 338号, 2011
- 全国株懇連合会, 株主総会等に関する実態調査集計表, 2014
- 早川 徹, “他人名義による株式引受けの効果”, (浜田道代·岩原紳作[編], Jurist 増刊, 会社法の争点), 有斐閣, 2009
- 日野真太郎, “グローバルな機関投資家等の株主総会への出席に関するガイドラインについて”, 会社法·証券市場ニューズレター Vol.13, 北浜法律事務所, 2016
- 平出慶道·山本忠弘·田澤元章 [編], 商法概論Ⅱ-会社法, 青林書院, 2010
- 福本 葵, “実質株主との対話”, 証券レポート 1699号, 日本証券経済研究所, 2016
- 宮島 司, 新会社法エッセンス[第2版], 弘文堂, 2008
- 六川浩明, “株券電子化に伴う諸制度の変容について”, RID ディスクロージャーニュース vol.2, 総合ディスクロージャー研究所, 2008
- 山本為三郎, “株主名簿制度効力論”, 法学研究 70卷 12号, 慶応義塾大学法学研究会, 1997
- 横山 淳, “株券電子化への対応(発行会社編)”, 株券ペーパーレス化レポート No.20, 大和総研, 2006.9.14.

명의개서와 주주권행사에 관한 일본법제의 현황(토론문)

고 재 종(선문대 법경찰학과)

1. 대법원 2017. 3. 23, 선고 2015 다 248342 전원합의체 판결은 누가 주주인가와 관련하여 그동안 통설로 인정되어 오던 실질설을 완전히 뒤엎고 형식설로 돌아선 매우 중요한 의미가 있는 판결이다. 이 판결로 인하여 현행 상법(회사법)과 자본시장법에 포함된 실질주주와 관련한 많은 규정에 대한 고민을 하지 않을 수 없게 되었다. 본 논문도 이러한 문제에 대하여 일본 법제를 소개함으로써 그 문제를 해결하고자 한 것으로 보인다.

2. 일본의 법제도는 실질주주는 주주명부상의 주주가 아니므로 회사에 대한 대항요건을 구비하지 못하고, 주주 본인의 지위로서 주주총회에 출석하는 등 주주총회에서의 주주권 행사를 인정할 필요는 없다고 하여 형식설의 입장을 따르고 있는 것으로 보인다. 만약 실질주주가 주주총회에 참석하여 의결권을 행사할 의향이 있다면 주주명부 상에 자신의 성명 등을 명백히 한 다음에 이를 행사하여야 한다고 한다. 물론 이에 대하여 실질주주는 명의주주의 대리인 문제를 해결할 수 있다는 견해도 있다. 다만, 본 발표와 관련하여 다소 아쉬움이 있다면 본문에서 우리나라의 법제와 비교하여 설명을 해주셨으면 더욱 좋지 않았을까 하는 생각을 해 본다.

3. 이하에서는 제기 본 논문을 읽으면서 이해하기 어려운 부분에 대하여 함께 검토하여 보았으면 하는 부분을 언급하고자 합니다.

3.1. 자격수여적 효력(주주의 추정력) 관련하여

발표자님의 논문을 읽다보면, “…… 주주명부에 기재된 자를 주주로서 취급하면 설령 그 자기 진정한 주주가 아니라고 하더라도 그에 대해 악의·중과실이 없는 한 회사는 원칙적으로 면책되지 않는다”라고 언급하고 있는데, 이 부분은 “면책된다”라고 함이 타당한 것이 아닌가 여쭙습니다.

3.2. 타인명의의 주식인수(주식의 간접보유)와 주주권자와 관련하여

주주와 회사 사이의 법률관계의 합리적 처리라는 주주명부 제도의 취지에 비추어 보면, 명의 차용자가 실질주주라는 사실을 알고 있더라도 자신이 실질주주라는 명의차용자의 증명이 있기 전까지는 회사는 주주명부 상의 명의인을 주주로 취급하고 면책될 수 있다. 이때 회사의 면책이 주주명부의 확정적 효력에 의한 것으로 볼 것인지, 아니면 주주명부의 면책적 효력에 의한 것으로 볼 것인지 문제가 되며, 이에 대하여 확정적 효력에 의한 것으로 보는 것이 타당해 보인다고 표현하고 있다. 그 근거로 실질주주가 일부터 타인명의를 차용하고 있는 상황에서 회사가 명의차용의 사실관계를 조사하여 실질주주를 알아내기가 쉽지 않기 때문이라고 한다. 이와 관련하여 첫째, 회사는 주주명부 상의 주주에 대하여 통지를 하면 그가 악의·중과실이 없다면 그 책임을 면하고, 악의·중과실의 입증은 실질주주가 하여야 하는 것이 아닌가하는 생각이 드는데, 왜 회사가 명의차용의 사실관계를 조사하여 실질주주임을 알아내야 하는데, 의문이 들고, 둘째, 통상 확정적 효력 내지 대항력은 주주가 명의개서를 할 때까지는 자신이 주주라는 사실을 회사에 대하여 주장하지 못한다는 의미이고, 면책적 효력이라 함은 회사가 명의개서된 주주를 적법한 주주로 인정하여 그에게 주주로서의 권리를 부여하거나 각종 통지, 최고 등을 하면 설사 그가 실제로 진정한 주주가 아니더라도 그 책임을 면하는 효력으로(상법 제353조 제1항), 저의 개인적인 생각으로는 양자는 서로 다른 성격의 것으로 비교 대상이 아니라고 보는데, 이를 굳이 구분하여 언급하는 이유가 무엇인지 의문이 듭니다.

3.3. 명의개서 미완료시의 주주권자와 관련하여

명의개서 미완료와 관련하여 주시그이 양수인이 명의개서를 하지 않는 사이에 회사가 잉여금 배당이나 주식분할을 하는 경우에 법률적으로 문제가 될 수 있는데, 이에 대하여 통상 양수인은 양도인에 대하여 부당이득으로 배당재산이나 분할주식의 반환을 청구할 수 있게 된다. 그런데 일본 판례는 양수인의 부당이득반환청구가 인정되기 어렵다고 하고, 그 근거로 주주배정을 통해 모집주식이 발행된 경우에는 명의주주인 양도인에게 모집주식의 배정을 받을 권리가 부여되어 있어서 법률상의 원인 없는 이득이라고 볼 수 없기 때문이라고 한다. 하지만, 이 때의 부당이득반환청구란 저 개인적으로는 회사와 양수인 간의 문제가 아닌 양도인과 양수인 사이의 문제로 보아 부당이득반환청구를 함이 타당하다고 보는데, 이에 대한 발표자님의 고견을 여쭙면서 마무리하고자 합니다.

한국상사법학회 2017년 추계학술대회

명의개서와 주주권행사에 관한 쟁점과 전망

제3세션

종합토론

사회자: 김 정 호 (고려대)

패 널: 심 영 (연세대), 정 대 익 (경북대)

강 영 기 (고려대), 이 미 현 (연세대)

천 재 민 (법무법인 바른 변호사)

최 지 웅 (한국예탁결제원 변호사)

<제3세션 토론문>

이 미 현

* 주식발행의 경우와 달리 주식양도 등 후발적인 사유로 인한 주식귀속에 대한 권리변동의 경우에는 주식발행자인 회사는 제3자에 불과함. 후발적인 권리귀속변동사유 중 가장 대표적인 주식양도의 경우를 보더라도, 양도거래당사자가 알려주지 않는다면, 우연한 사정으로 알게 되는 경우를 제외하고는, 발행회사는 누가 진정한 권리자인지를 파악할 수 있는 지위에 있지 않음.

* 주식의 유통성을 인정하는 한, 발행회사의 통제권 밖에서 수시로 발생하는 주주의 변동은 필연적임. 따라서, 회사의 입장에서 손쉽게 주주를 확인할 수 있는 장치를 마련함으로써, 실질주주와 명의주주간의 분쟁으로부터 회사를 보호할 필요가 있음. 주주명부제도는, 주식회사를 둘러싼 단체법적 법률관계가 획일적이고 안정적으로 처리될 수 있도록 회사가 획일적인 방법으로 주주를 확정하는 것을 허용하는 단체법상의 기술적 제도임. 다만, “주식의 이전은 취득자의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다.”라고만 되어 있는 현행 상법 제337조 제1항의 문언이 허용하는 주주명부기재의 구속력의 한계에 대하여는 서로 생각이 다를 수 있다고 봄.

* 실질주주가 자신의 이름으로 명의개서를 하지 않고 굳이 타인의 이름 뒤에 숨어 있음으로 인해 발생하는 불편과 위험은, 그러한 상황을 초래한 실질주주가 감수하는 것이 마땅함. 대법원 판결의 별개의견처럼 “주식의 소유명의를 실질과 일치시킬지 제3자 명의를 빌려서 등재할 지는 적어도 현행법상으로는 금지의 영역이 아니라 자유선택의 영역”임을 인정하더라도, 적어도 자신의 편의를 위해 이러한 선택을 함으로써 초래되는 부담은 스스로 져야 하는 것이며, 제3자인 발행회사에 추가적인 부담을 지우는 것은 부당하다고 생각됨. 나아가, 스스로의 선택에 의해 타인 명의로 주식을 보유하는 행위는, 적어도 회사에 대한 관계에서는 주주로서의 권리는 자신이 내세운 명의주주를 통해서만 행사하겠다는 묵시적인 의사표시를 하고 있는 것이라고 보아도 무방하다고 봄. 따라서, 주식의 소유권에 관한 회사 이외의 주체들 사이의 권리관계와 주주의 회사에 대한 주주권 행사국면을 분리하여, 후자의 국면에서는 주주명부상의 기재된 자만을 주주로 인정함으로써, 단체법상 법률관계의 명확성, 획일성을 확보하는 것이 바람직하다고 생각하므로, 개인적으로는 대법원 판결의 다수설을 지지함.

* 다만, 비상장회사의 경우 아직은 주주명부에 높은 신뢰를 부여하기에 문제가 많은 현실 및 “대항”이라는 용어를 사용하고 있는 상법 제337조 제1항의 문언을 고려하면, 주주명부의 기재에 쌍면적 구속력을 부여하는 문제는 주주명부의 신뢰성을 확보할 수 있는 제도적 장치를 마련한 후 상법 제337조 제1항을 그러한 방향으로 명확하게 개정함으로써 입법적으로 해결하여야 하는 것이며, 현재의 문언만으로 그

러한 해석을 하는 것은 해석론의 한계를 벗어난 것이라는 입장도 충분한 근거가 있다고 생각함.

* 하지만, 해석론의 한계를 들어 쌍면적 구속력을 부정하고자 한다면, 상장회사/비상장회사를 막론하고, 회사가 명의주주가 실질주주가 아님을 충분히 알 수 있었던 상황에서는 회사는 실질주주를 주주로 인정할 수 있다고 하여야 함. 대법원판결의 별개의견처럼, 금융실명제를 이유로 상장회사의 경우에는 명의주주가 항상 실질주주라고 하는 것은, 상장회사의 경우 명의상 주주를 주주로 취급하여야 할 현실적인 필요성을 고려하여 내린 결론에 역지로 꺾어 맞춘 논리라고 생각됨.

* 별개이론이 근거로 들고 있는 위탁물의 귀속에 관한 상법 제103조¹⁾는 기본적으로 위탁자와 위탁매매인간의 관계에 적용되는 조항임. 즉, 위탁자인 주식투자자와 위탁매매인인 증권사 간의 관계에서는 주식투자자를 주식의 소유자로 본다는 의미에 불과함. 반면, 명의상 위탁자와 실질위탁자가 다른 주식위탁매매의 경우 누구를 주주로 볼 것이냐 하는 문제는 명의상 위탁자와 실질위탁자 중 누구를 진정한 위탁매매당사자로 볼 것이냐 하는 문제임. 따라서, 명의상 위탁자와 실질위탁자 중 당사자들간의 실질적인 관계에 따라 판단할 문제임.

* 상장주식을 장내매수하는 경우에는, 주식매수대금은 매수인 명의로 증권사에 개설된 주식매매거래계좌에 입금된 자금으로 결제됨. 별개 의견은 이 사안의 경우 원고(즉, 명의주주) 명의의 매매거래계좌에 입금된 돈은 원고 명의의 은행예금계좌에서 이체된 것이므로, 금융실명거래법에 따라 예금주인 원고의 돈이라고 판단한 후, 원고의 돈으로 산 주식이니까 원고가 실질주주이며, 원고가 피고 회사의 주주명부에도 주주로 기재되어 있으므로, 주주총회에서 주주로서의 권리를 행사할 수 있다고 결론짓고 있음.

* 금융실명거래법은 실명으로 예금계좌를 개설할 것을 요구하는 것을 주된 내용으로 할 뿐, B가 A로부터 받은 돈을 B명의의 계좌에 입금한 경우, A와 B간의 법률관계가 어떻게 되느냐 하는 문제를 다루고 있는 법은 아님. 금융실명거래법은 가설인 명의의 계좌개설을 금지할 뿐 명의신탁을 금지하는 규정은 없음. 하지만 동법의 입법취지를 고려한다면, 가설인 명의의 계좌개설을 막는 것만으로는 부족하며, 예금계약의 명의신탁을 최대한 제한할 필요가 있음. 대법원은 이러한 입법취지를 고려하여, 금융실명거래법에 따라 실명확인절차를 거친 경우 예금반환청구권은 특별한 사정이 없는 한 명의자인 예금주에게 있다고 판시해왔음.²⁾ 이러한 판결의 의

1) 상법 제103조 (위탁물의 귀속) 위탁매매인이 위탁자로부터 받은 물건 또는 유가증권이나 위탁매매로 인하여 취득한 물건, 유가증권 또는 채권은 위탁자와 위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자간의 관계에서는 이를 위탁자의 소유 또는 채권으로 본다.

2) 금융실명거래법 제3조 제5항(⑤ 제1항에 따라 실명이 확인된 계좌 또는 외국의 관계 법령에 따라 이와 유사한 방법으로 실명이 확인된 계좌에 보유하고 있는 금융자산은 명의자의 소유로 추정한다.)은 2014.5.28. 개정을 통해 비로소 신설되었음. 하지만, 이러한 조항이 생기기 전부터 대법원 판결은 실명확인절차를 거친 이상 예금명의자와의 서면예금계약을 부정하여 예금명의자의 예금반환청구권을 배제하고, 출연자 등과 예금계약을 체결하여 출연자 등에게 예금반환청구권을 귀속시켰다는 명확한 의사의 합치가 있는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 예금명의자를 예금계약의 당사자라고 보아야 한다는 입장을 취해왔음.

미는, 금융기관이 예금반환의무를 부담하는 상대방은 원칙적으로 명의상 예금주라는 의미이므로, 예금된 돈의 물권적 소유권이 누구에게 귀속되느냐를 판단하고 있는 것은 아님.

* 기본적으로 금전은 가치물에 불과하므로 물권인 “소유권”의 대상은 아니므로, 경제적인 관점에서 그 금전에 대한 처분권을 갖고 있는 자가 현재 점유자에 대하여 보유하는 반환청구권 역시 물권적인 청구권은 아님. 예금계약의 법적 성격은 대체물(금전)의 소비임치계약이며, 예금주는 예금계약에 따라 상대방 당사자인 금융기관에게 동종, 동량의 대체물에 대하여 채권인 예금반환청구권을 보유하는 데에 불과함. 이러한 예금반환청구권이 명의상 예금주와 실질적 예금주 중 누구에게 귀속되느냐 하는 문제와 예금되어 있는 돈에 대해 예금주가 전적으로 자유로운 처분권한을 보유하느냐 아니면 특정인과의 관계에서 제약을 받느냐 하는 문제는 전혀 별개의 문제임.

* 명의주주와 실질주주간의 관계에서 본다면, 명의신탁인가 여부는 당사자들이 과연 어떤 의사로 명의주주 명의의 주식취득에 합의하였는지, 매매대금의 자금원은 명의주주와 실질주주 중 누구인지 등의 제반 사정을 종합적으로 고려하여 결정하여야 하는 문제임. 그렇다면, 상장주식거래에서 실질주주의 돈이 매매대금 결제의 편의를 위해 잠시 명의주주의 계좌에 입금되었다는 이유만으로 명의주주를 취득자금의 자금원으로 보아 명의신탁이 아니라고 할 수는 없음. 별개의견은, A와 B간에 명의신탁의 합의가 이루어져 A의 자금으로 B명의로 주식을 취득한 경우에 대하여, 금융실명법을 근거로, 매매대금을 A의 계좌에서 매도인 계좌로 바로 송금한 경우와 A가 B계좌로 송금한 후 B가 매도인 계좌로 송금한 경우를 구별하여 전자는 명의신탁이고 후자는 아니라고 하고 있는 셈임. 상장주식은 일반적으로 위탁결제원에 주권이 위탁되어 있으며, 이 경우 주식거래는 투자자가 증권회사에 개설한 매매거래계좌를 통해 이루어지므로, 이 사안의 경우처럼 명의주주의 명의로 개설된 매매거래계좌를 통해 매매대금의 결제가 이루어지는 것이 일반적이므로, 별개의견에 따르면 실질명부상의 명의주주가 바로 실질주주가 됨.³⁾ 하지만, 자본시장법 제312조 제2항은 “예탁자의 투자자나 그 질권자는 예탁자에 대하여, 예탁자는 위탁결제원에 대하여 언제든지 공유지분에 해당하는 예탁증권등의 반환을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로, 이론상으로는, 투자자는 위탁결제원에 위탁된 상장주식을 인출하여 실물을 보유하면서 장외거래를 할 수 있는 가능성이 열려있음⁴⁾. 그런데, 상

3) 이 사안의 경우, 실질주주가 명의주주의 예금계좌에 송금한 돈이 다시 명의주주의 매매거래계좌에 입금되었고, 별개의견은 명의주주의 예금계좌에 입금된 돈은 명의주주의 돈이라는 이유로 그가 실질주주라고 하고 있음. 이와는 달리 실질주주의 예금계좌에서 명의주주의 매매거래계좌로 바로 입금된 후 매매거래계좌에서 주식매매대금이 결제된 경우에도, 매매거래계좌가 실명계좌라는 이유로 해당 계좌에 입금된 자금은 항상 명의주주 돈이라는 입장을 취할 지는 분명하지 않음. 이 경우에도 명의주주의 돈이라는 입장을 취한다면, 실명확인이 된 매매거래계좌를 통한 주식매매거래는 어떤 경우에도 명의신탁이 될 수 없다는 결론이 되나, 이는 주식명의신탁여부는 금지의 영역이 아니라 자유선택의 영역이라고 실시하고 있는 별개의견 보충의견의 입장과는 썩 어울리지 않는 것으로 보임.

4) 다만, 소액주주의 상장주식 거래라도 장외거래인 경우에는 양도소득세가 부과되므로, 소액주주의

장주식의 실물보유자가 장외거래를 하는 경우에는, 후자와 같은 방식의 거래도 가능하게 되므로, 별개의견의 논리가 모든 상장주식 거래에 항상 적용될 수 있는 것은 아님.

* 기본적으로 주주명부에 주주로 기재되지 않은 자를 회사가 주주로 인정할 수 있으나 하는 문제에 관하여 상장회사와 비상장회사를 구별하여야 할 논리적 타당성은 없음.

경우에는 실제로 이렇게 하는 경우는 별로 없음.

대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체판결에 관한 소고(小考)

천재민¹⁾

1. 사안 및 소송 진행과정

이 사건은 코스피 상장기업이자 선풍기 제조사로 유명한 신일산업 주식회사(이하 '신일산업')의 적대적 M&A 과정에서 발생하였습니다.

이 사건 당시 신일산업은 대주주 및 특수관계인 지분이 약 9.9%에 불과하여 경영권 방어에 취약하였습니다. 이를 알게 된 H는 2013. 10.경 은행계좌로 지인 K의 자금을 입금받은 다음 자신 명의의 증권계좌를 통하여 신일산업 지분 5.11%를 매입하였고(K는 이와 별도로 신일산업 주식을 매입하였습니다), 정기주주총회를 앞둔 2014. 2.경 신일산업에 정관개정 및 이사선임 의안상정을 제안하고 동시에 주식등 대량보유상황을 공시하는 등 적대적 M&A를 선언하였습니다.

그런데 정기주주총회일인 2014. 3. 28. 신일산업은 'H가 K와의 의결권공동행사 합의를 공시하지 않아 자본시장법상 대량보유보고의무를 위반하였다'고 주장하면서 H와 K의 의결권 합계 약 14% 중 5% 초과 지분에 대하여 의결권 행사를 제한하였고, 이에 H가 제안한 주총안건은 부결되었습니다. 그 후 H는 부당하게 의결권 행사를 제한당하고 다수의 절차적 위법이 있음을 이유로 수원지방법원에 신일산업 정기주주총회 결의의 부존재확인 또는 취소를 구하는 소를 제기하였습니다(수원지방법원 2014가합62873호).

위 소송의 진행과정에서 H가 K로부터 주식매입자금을 전액 지원받았음이 밝혀지자, 신일산업은 H가 지인 K의 명의수탁자로서 형식상 주주에 불과하여 소송을 제기할 당사자적격이 없다고 주장하였습니다. H는 K로부터 자금을 차입하였음을 항변하였습니다.

1) 변호사, 법무법인(유한) 바른 소속

이에 대하여 수원지방법원은 2014. 12. 5. ① H의 은행계좌가 개설 이후 K의 돈을 송금받아 주식을 매입하는 데에만 이용된 사실, ② K가 타인을 통하여 신일산업 대주주에게 경영권 매수를 제안한 사실, ③ 소송 과정에서 금융거래내역이 밝혀지자 비로소 H가 주식취득자금을 K로부터 빌렸다고 주장한 사실 등을 이유로 'H가 K에게 그 명의만 대여한 형식상 주주에 불과하다'고 보아 소를 각하하였습니다. 아울러 수원지방법원은 '비록 H가 그 명의로 신일산업을 상대로 신주발행금지가처분, 임시주주총회소집허가신청 등의 주주권 행사를 한 점이 있다고 하여도 이는 명의대여관계의 속성에 불과하고, 그 사정만으로는 H가 K의 의사와 무관하게 독자적 의사결정을 할 지위에 있다고 볼 수 없다'고 판시하였습니다.

H는 이에 항소하면서 ① 상장법인인 회사가 주주명부상 명의인의 실질주주 여부를 파악함은 사실상 불가능하고, ② 회사의 인식 여부에 따라 주주에 대한 차별적 취급을 허용하면 회사로 하여금 주주총회 결과에 대한 자의적 선택권을 부여하게 되어 주주총회 운영의 법적 안정성을 훼손함을 주요한 항소이유로 주장하였습니다(서울고등법원 2014나2051549호).

그러나 항소심인 서울고등법원은 2015. 11. 13. ① 실질주주 해당 여부에 대한 회사 나름의 판단과 인식을 무조건 자의적이라 볼 수 없고, ② 주주 등은 사후적으로 소로써 그 회사의 판단과 인식에 대하여 다룰 수 있으며, ③ 주식 상장 여부에 따라 법리의 적용을 달리할 근거가 없고 오히려 명의대여자에 불과한 자에게 주주총회 결의의 효력을 다룰 지위를 부여하지 않음으로써 결의 내용을 신뢰한 제3자의 이익을 보호하고 법적 안정성을 도모할 필요가 있음은 상장법인이라고 하여 달리 볼 수 없다고 판시하면서 H의 항소를 기각하였습니다.

이에 대한 대법원판결이 바로 2015다248342호 전원합의체 판결이었습니다(상세내용은 생략합니다).

2. 판결에 대한 소회(素懷)

필자는 이 사건 항소심에서 H의 소송대리인으로서 사건을 담당하였습니다. 당시 H는 신일산업을 상대로 이 사건 소 이외에도 감사지위확인청구의 소, 대표이사직무집행정지신청, 임시주주총회무효확인청구의 소, 임

시주주총회소집허가신청 등 민사소송은 물론 신일산업 대주주 및 대표이사를 상대로 횡령, 배임, 사문서위조 등에 관한 형사고소를 진행하고 있었고, 반면 신일산업은 H와 K를 자본시장법 위반으로 형사고발하는 등, 양측은 매우 치열한 적대적 M&A 분쟁을 치르고 있었습니다.

이러한 배경에서 이 사건은, 증권시장에서 ‘상장법인’의 주식을 매입한 자를, 하급심 법원이 명의대여자로 보아 주주의 지위를 부인하였다는 점에서 다른 사례와 다른 특이점이 있습니다. 상장법인은 거래소를 통하여 주식의 대량 거래가 이루어지고 주주의 특정도 획일화되도화되어 있는데, 비록 주식매입 자금이 전액 타인으로부터 조달되었다고 하여도 이를 핵심 근거로 하여 형식상 주주와 실질 주주를 구분한 하급심의 판단에 대하여, 필자는 다소 혼란스러웠습니다.

더구나 이 사건에서 H는 신일산업의 주주총회에 직접 참석하여 발언하였고, 자신을 감사로 선임하는 의안을 정기주주총회에 상정하였으며, 언론과 인터뷰하는 등 스스로를 신일산업의 주주로서 인식하고 행동하였습니다. 또한 명의차용인과 명의대여자를 구분하여 주주로서의 지위를 판단한 기존 대법원 판례의 사안은 대부분 명의차용 여부를 두고 당사자의 주장이 상이한 경우인데 반하여, 이 사건에서는 명의차용인과 명의대여자로 지목당한 H와 K가 모두 명의차용 사실을 부인하고 있었습니다.

그럼에도 불구하고 하급심 법원이 명의차용인과 명의대여자를 구분하여 주주로서의 지위를 판단함은, 결국은 회사, 구체적으로는 적대적 M&A를 방어하는 기존 대주주에게 자의적 선택권을 부여하여 법적 안정성을 해치는 결과를 초래할 수 있었습니다. 하급심의 위 판단이 ‘명의대여자는 주주가 아니다’는 기존 대법원 판례의 도그마(dogma)를 벗어나기 어려웠기 때문이었는지, 아니면 적대적 M&A에 대하여 부정적 인식을 가졌기 때문인지는 알 수 없습니다.

이러한 부당성으로 인하여 필자는 대법원이 최소한 ‘상장법인’에 대하여는 기존 판례를 변경할 것으로 기대했습니다. 더구나 명의대여 여부의 판단은 이 사건처럼 명확히 판단하기 어려우므로, 기존 판례를 상장법인에까지 적용할 경우 주주총회 운영 등에 있어 상당한 혼란을 초래할 수 있기 때문이었습니다.

그러나 대법원 전원합의체는 상장법인뿐만 아니라 비상장법인에 대해서도 동일한 기준을 적용하여 주주명부상 명의자에게 주주권을 행사하도록 판결하였습니다. 사무처리의 효율성과 법적 안정성 도모의 필요성은 상장법인과 비상장법인에 있어 다르지 않을 것입니다. 그러나 그 기재나 내용이 명확한 상장법인의 주주명부와 달리, 비상장법인의 주주명부는 회사에 의하여 자의적으로 발급되기 쉬운 단점이 있습니다. 통상 주식의 거래가 이루어지면 그 시점에서 증권거래세 및 양도소득세 납부 등을 위하여 매도인이 관할 세무서에 매매 관련 서류를 제출하지만, 회사는 법인세과세표준 신고기한에 이르러서야 이에 따른 주식변동상황명세서를 관할 세무서에 제출하기도 합니다. 물론 매수인이 회사로부터 거래 즉시 명의개서된 주주명부를 받아두는 경우도 있으나, 분쟁이 발생할 경우 회사는 언제라도 이와 다른 내용의 주주명부를 발급하기도 합니다. 경우에 따라서는 대출을 위하여 은행에 제출된 주주명부와 관할 세무서에 제출된 주주명부가 다른 경우도 있습니다. 이를 고려할 때 대법원 전원합의체 판결이 목적으로 하는 사무처리의 효율성과 법적 안정성 도모가 비상장법인에 있어서도 관철될 수 있을지는 의문입니다.

그럼에도 불구하고 대법원 전원합의체 판결이 비상장법인에까지 동일한 법리를 적용시킨 것은, 금융 및 부동산 분야뿐만 아니라 증권분야에 있어서도 향후 명의신탁 등을 인정하지 않겠다는 의지의 표현으로 보입니다. 대법원 전원합의체 판결로 인하여 비상장법인에서는 상당기간 혼란이 생기고 이에 따른 대법원의 추가 판결도 예상되지만, 장기적으로는 위 법리가 우리사회가 나아가야 할 방향이 아닌가 생각합니다. 감사합니다. 끝

예탁결제제도·전자증권제도 하에서의 명의개서 및 주주권 행사 방식

-대법원 2017.3.23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결의 영향을 포함하여-

최 지 응*

I. 현 예탁결제제도 하에서 명의개서와 주주권 행사 방식

상법상 명의개서는 기명주식의 양도에 있어서 양도인과 양수인이 발행회사(또는 명의개서 대행회사)에 매매 등 기타의 사유로 인하여 주식의 소유권이 변경되었음을 통지하고 주주명부상의 주주를 양수인으로 변경하여 기재하는 것을 말한다. 그런데 이 명의개서의 개념 및 절차에는 기본적으로 양도인과 양수인의 식별이 가능하고 양자 간의 거래횟수와 수량이 명의개서 업무를 수행하기에 무리가 없다는 것이 암묵적으로 전제되어 있다고 할 수 있다.

그러나 자본시장과 IT기술이 발달함에 따라 주권을 포함한 증권의 유통은 그 빈도와 규모면에서 수작업 또는 건별 처리에 따른 현행화(Update)를 할 수 있는 수준을 넘은지 오래되었고 대량 자본조달이 점차 빈번해 짐에 따라 그 정도는 심화되었다. 이러한 이유로 우리나라를 포함한 자본시장 선진국에서 도입·발전되어 온 것이 **예탁결제제도**¹⁾이다.

이 예탁결제제도를 통하여 발행회사, 주주 또는 금융기관이 중앙예탁결제기관인 예탁결제원에 주권을 집중예탁하여 실물증권 이동을 최소화하고 계좌부상의 이동만으로 양도가 가능하게 하며 발행회사의 권리행사일에 맞춘 주주명부 작성을 통해 명의개서와 주주권행사를 가능하게 한다.

그런데 이 예탁결제제도에서는 신규 발행되는 주권에 대하여 예탁결제원 명의로 주주명부에 기재할 수 있고, 기 발행되어 예탁결제원에 예탁된 주권에 대하여서도 예탁결제원 명의로 일괄 명의개서가 가능하게 되며²⁾ 결과적으로 평상시에는 실물증권을 소지하고 있는 주주(=명부주주)를 제외한 거의 대부분의 주권에 대하여 예탁결제원 명의로 주주명부에 기재되게 된다. 그리하여 실제로는 매일매일 수없이 진행되는 거래 기타 소유권 이전행위로 인해 주주는 매일 변동되더라도 주주명부에는 예탁결제원 명의로 기재되어 있어 빈번한 명의개서의 필요 없이 주주명부제도와 유통시장에서의 변동을 조화시키고 있다.

한편, 발행회사가 의결권, 배당청구권 등의 주주권을 행사할 주주를 확정하기 위하여 기준일을 설정하는 경우에는 해당 내역을 예탁결제원에 통지하여 기준일 현재의 실제 주주를 파악하기 위한 주주명부를 작성하게 되는데, 이 경우 **실질주주제도**³⁾에 의하여 예탁결제제도하에서의 주주 확정 및 주주권행사 지원이 가능하게 된다. 즉 평소에 예탁결제원 명의로 기재되어 있으나 실제로 해당 주식을 소유하고 있는 주주의 명단을 예탁결제원 및 예탁자(=대개의 경우 증권회사)가 관리하고 있는 계좌부상의 주주(=실질주주)로 현행화하는 것이다.

*한국예탁결제원 리스크관리부 법무팀 사내변호사

1) 예탁결제제도는 증권을 보유하고 있는 자가 중앙예탁결제기관에 계좌를 개설하여 증권을 예탁하고 매매거래, 담보거래 등 각종 거래에 따른 증권의 이동을 실물증권의 이동없이 계좌간 대체의 방법으로 처리하는 예탁제도와 증권거래에서 발생하는 매도자의 증권인도의무와 매수자의 대금지급의무의 각 이행을 예탁제도를 이용하여 처리하는 결제제도를 아우르는 제도이다.

2) 자본시장법 제309조제5항 및 동법 제314조제2항

3) i) 주권예탁 및 실질주주 개념의 법제화, ii) 발행회사에 대한 실질주주명부 작성 의무 부과, iii) 실질주주명부에 상법상 주주명부와 동일한 효력 부여, iv) 실질주주의 권리행사 절차 마련이 주요 내용임

이러한 예탁결제제도를 기반으로 한 실질주주 개념으로 인하여 500만명에 달하는 개인투자자 및 다양한 기관투자자의 엄청난 주식 거래 및 그로 인한 보유 현황을 관리할 수 있게 된다.

그런데 실질주주제도를 운영하는 과정에서는 소유권이 변동한 개별 주주의 주주권 행사를 지원하기 위하여서는 별도의 장치가 필요하게 된다. 왜냐하면 발행회사의 기준일이 설정되거나 법정사유의 발생으로 인한 발행회사의 요청이 있는 경우⁴⁾에만 작성되는 실질주주명부의 작성과정에서 **집단적인 명의개서**가 이루어지며, 그 이외의 경우에 개별적인 명의개서는 사실상 어렵기 때문이다.⁵⁾ 또한 특정 기준일상의 주주권 행사를 위한 실질주주의 내역이 반영된 주주명부가 작성된다 하더라도 이 실질주주명부는 바로 그 주주권 행사 목적을 위하여 작성된 주주명부일뿐 그 이후의 변동내역까지 자동적으로 현행화되는 것은 아니다. 이러한 상황에서 주주권을 행사하고자 하는 주주가 주주명부에 기재된 후에 해당 주주권을 행사하기란 매우 어렵게 된다.

그래서 이러한 점들을 보완하기 위하여 도입된 것이 **실질주주증명서제도**⁶⁾이다. 즉 주주권을 행사하고자 하는 자가 그 특정 시점에 해당 발행회사의 주주라는 것을 증명하는 문서인 실질주주증명서를 발행받아 발행회사 등 주주권을 행사 하려는 대상에게 제시함으로써 소기의 목적을 달성하는 제도이다. 실무적으로는 배당 등의 자익권을 위하여서는 기존의 실질주주제도를 이용하며, 통상 소수주주권 등의 공익권을 행사하는 경우에 이 실질주주증명서제도를 사용하게 된다.

II. 대상 판결의 현 예탁결제제도에의 영향

지난 3월 23일 선고된 대법원 전원합의체판결(이하 ‘대상 판결’이라 한다)에서는 실질적으로는 자신의 주식이나 타인의 명의로 주주명부에 기재되어 있는 주식에 대하여 발행회사는 명부상의 주주만을 정당한 주주권을 행사할 자로 볼 것이고 실질적인 주주를 주주권 행사자로 인정할 수 없다는 판시를 내린 바 있다. 즉 더 이상은 일정한 요건이 성립하는 경우라 하더라도 회사의 재량에 따라 명부에는 등재되지 아니한 자를 주주로 인정하여 주주권 행사할 수 있도록 할 수 없다는 뜻이다.

이 경우 대상 판결이 예탁결제제도 및 실질주주제도의 운영에 있어서 미치는 영향이 어떠한지를 검토해 볼 필요가 있는데 우선 대상 판결이 나오기 전을 기준으로 주주명부상의 주주와 주주권을 행사하고자 하는 자가 달라지는 경우를 살펴보면 크게 다음의 두 가지로 나눌 수 있다.

첫째는 신규 발행 시 **타인명의 신주인수**와 구주 양도시 **명의개서 미필주주**의 경우를 들 수 있다. 실제 주식의 소유자인 명의차용인은 따로 존재하고 주주명부에는 명의대여자가 기재되어 있는 경우이다. 둘째는 **법정사유가 있는 경우**이다. 즉 **투자신탁의 집합투자기구가 취득한 집합투자재산**은 법적으로는 신탁회사의 명의로 보유하게 되어 있다던가⁷⁾, 앞서 언

4) 자본시장법 제314조제6항에 따른 조건부자본증권의 전환사유 발생시 또는 동법 제315조제5항에 따른 공개매수신고서 접수시

5) 특정 주식의 소유권을 취득한 주주이나 주주권을 행사하고자 하는 시점에 아직 주주명부에는 기재되어 있지 않은 주주의 경우에는 해당 예탁주권을 반환받아 본인 명의로 명의개서를 해야 하며, 통상 실물주권의 발행없이 이루어지는 일괄 주권발행의 경우에는 주권의 발행부터 시작을 해야 한다.

6) 자본시장법 제318조(실질주주증명서)

급한 바와 같이 거래실질을 반영하여 일일 현행화가 되는 주주명부 운영이 불가능한 현실을 반영한 **실질주주증명서제도** 등이 그러한 예이다.

이번 대상 판결은 위의 경우 중 첫 번째인 명의차용에 따른 타인명의 신주 인수 또는 명의개서미필주주에 직접적인 영향을 준다고 보여진다. 대상 판결의 실시내용에서도 언급이 되고 있으며 이 대상 판결로 인하여 폐기되는 판결들의 공통적인 실시 사항들을 보아서도 그러하다. 그러나 두 번째로 언급된 법정사유에 따른 경우들은 대상 판결 이후에도 여전히 예전과 같은 주주인정 및 주주권행사 방식이 적용될 것이다.

원칙적으로는 투자신탁의 집합투자기구가 관리하는 집합투자재산은 집합투자업자가 투자자로부터 모집한 자금을 이용하여 취득하는 것이지만, 투자자보호 및 공정한 집합투자기구 운용이라는 목적을 위하여 신탁은행의 명의로 주주명부에 기재되는 것이므로, 상법의 중대한 예외를 두어 주주명부에는 신탁은행의 명의로 기재되지만 자본시장법에서 주주권행사는 집합투자업자에 하도록 한 것이기 때문이다.

더불어 실질주주증명서를 발급받은 자의 주주권 행사 방식에 관하여서도 실질주주증명서 제도는 여전히 유효하게 적용될 것이다. 이는 실질주주증명서를 발급받는 자는 이와 관련한 예탁결제원 또는 예탁자의 계좌부에 기재되어 있고 이 기재내용이 결국 실질주주명부의 구성내용이 되는 것이므로 비록 기 작성된 주주명부에는 기재되어 있지 않더라도 현재 시점에서 (만약 작성이 된다면 존재할 실질주주명부의) 주주이기 때문이다.

이상의 내용을 종합하여 보면, 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정하게 되는 **‘특별한 사정’**⁸⁾은 i) 신탁업자의 의결권 행사 또는 실질주주증명서 발급과 같은 **법정사유의 발생**으로 인한 예외적인 경우, ii) 위조 등의 **명백한 불법**이나 주권양도인의 배임행위에 제2양수인이 적극가담하고 이에 대하여 **회사가 악의·중과실**이 있는 경우, iii) 회사 측의 **명의개서 부당거절**이 있는 경우로 파악할 수 있겠다.

III. 대상 판결의 전자증권제도에의 영향

지난 **2016년 3월**, 전자증권 형식의 증권 발행·유통 제도를 규율하는 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률(이하 **‘전자증권법’**이라 한다)」이 국회에서 제정·공포되어 이 날로부터 **4년 이내**에 시행을 예정하고 있다. 이 법률의 시행으로 인하여 예탁결제제도의 진일보한 형태인 **전자증권제도**가 곧 도입되어 시행될 예정이다.

예탁결제제도와 비교하여 전자증권제도가 갖는 차이점은 여러 가지가 있지만 그중에서도 두드러지는 점은 ① 전자증권제도가 적용되는 증권은 실물증권이 발행되지 않고 전자데이터 형태의 **전자증권**으로 발행·유통이 된다는 점 그리고 ② (예탁자계좌부 또는 투자자계좌부에 기재된 예탁증권의 소유자가 예탁증권에 대한 공유지분을 갖고 해당 예탁증권은 예탁결제원의 명의로 명의개서되는 예탁결제제도에서의 그것과는 달리) **전자등록계좌부**에 기재된 전자증권의 소유자가 직접적인 소유권을 갖고 주주권을 행사하며 전자등록기관 명의의 일괄 명

7) 자본시장법 제87조(의결권 등)

8) 대상판결의 실시 중 일부 : (5) 주주명부상의 주주만이 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있다는 법리는 주주에 대하여만 아니라 회사에 대하여도 마찬가지로 적용되므로, 회사는 **특별한 사정**이 없는 한 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다.

의개서는 신규발행이든 구주 유통의 경우이든 발생하지 않는다는 점이다. 이렇게 될 경우 (예탁결제원 명의의 형식주주는 존재하지 않게 되므로) 예탁결제제도에서의 실질주주는 더 이상 존재하지 않고 전자증권의 소유자가 바로 주주명부에 기재되게 된다.

그러나 전자증권제도가 도입되더라도 현 자본시장의 발행 및 유통현황을 고려하였을 때 기존의 실질주주제도에서의 주주명부 작성 프로세스와 주주 증명방식이 크게 변화하는 것은 아니다. 즉 현재와 마찬가지로 주주명부는 상법상 기준일이 설정되었거나 발행회사의 요청이 있는 경우에 작성되어 그 기본적인 주주명부 작성의 방법이나 업무 프로세스는 현재의 예탁결제제도 및 실질주주제도와 크게 다르지 않다.⁹⁾

즉 전자등록기관과 계좌관리기관¹⁰⁾이 관리하는 각각의 전자등록계좌부에 전자등록된 전자증권 소유자들의 명세인 소유자명세를 파악·취합하여 최종적으로 주주명부를 작성하는 프로세스는 현재 주주명부를 작성하는 프로세스와 유사한 것이다.

또한 주주명부 작성에 요구되는 실무적 업무 프로세스 및 IT·네트워크 기술현황을 감안할 때 주주명부의 일일 현행화를 한다는 것은 가까운 미래에도 쉽지 않은 일이므로, 주주명부에 기재되지 않은 자로서 특정 주식의 소유권을 취득한 자가 소수주주권을 행사하고자 하는 경우에는 앞서 언급된 실질주주증명서제도와 같은 역할을 수행하는 **소유자증명서제도** 및 **소유 내용의 통지제도**¹¹⁾가 활용될 예정이다.

결국 향후 도입 예정인 전자증권제도에서의 명의개서 및 주주권 행사 방식은 대상 판결에 의하여 새로이 변경 또는 제약되지는 않는다고 본다. 오히려 전자증권제도 참가자간의 긴밀하고 유기적인 네트워크 형성 및 업무협조 그리고 IT기술의 발전으로 인해 전자등록계좌부와 주주명부간의 보다 긴밀한 연관성이 제고된다면, 주주의 변동이 보다 신속하게 반영되고 주주권 행사가 제약받는 주주가 감소하게 되어 대상 판결의 취지에 보다 부합하게 될 것으로 생각한다.

9) 전자증권제도가 도입되면 상법상 기준일이 설정된 경우 또는 발행회사의 요청이 있는 경우에 전자증권법 제37조(소유자명세)에 따른 소유자명세가 작성되고 해당 소유자명세를 바탕으로 각 발행회사(또는 명의개서대행회사)는 주주명부를 작성하게 된다. 즉 소유자명세는 현 예탁결제제도에서의 실질주주명세에 해당하며 본 실질주주명세는 통지연월일 등의 데이터의 추가를 통해 실질주주명부가 된다.

10) 전자증권제도에서 전자등록기관과 계좌관리기관은 예탁결제제도에서 각각 중앙예탁결제기관과 고객계좌를 관리하는 예탁자(대개 증권회사)에 해당한다.

11) 전자증권제도에서는 전자증권법 제39조(소유자증명서) 및 동법 제40조(소유 내용의 통지)에 의하여 예탁결제제도에서의 실질주주증명서에 해당하는 기능을 소유자증명서와 소유 내용의 통지가 활용되게 된다.

한국상사법학회 2017년 추계학술대회

명의개서와 주주권행사에 관한 쟁점과 전망

참고자료

명의개서 관련 2017 전합판결문

[참고자료]

대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결 [주주총회결의취소]

【판결요지】

[다수의견]

(가) 상법이 주주명부제도를 둔 이유는, 주식의 발행 및 양도에 따라 주주의 구성이 계속 변화하는 단체법적 법률관계의 특성상 회사가 다수의 주주와 관련된 법률관계를 외부적으로 용이하게 식별할 수 있는 형식적이고도 확실적인 기준에 의하여 처리할 수 있도록 하여 이와 관련된 사무처리의 효율성과 법적 안정성을 도모하기 위함이다. 이는 회사가 주주에 대한 실질적인 권리관계를 따로 조사하지 않고 주주명부의 기재에 따라 주주권을 행사할 수 있는 자를 확실적으로 확정하려는 것으로서, 주주권의 행사가 회사와 주주를 둘러싼 다수의 이해관계인 사이의 법률관계에 중대한 영향을 줄 수 있음을 고려한 것이며, 단지 해당 주주의 회사에 대한 권리행사 사무의 처리에 관한 회사의 편의만을 위한 것이라고 볼 수 없다.

(나) 회사에 대하여 주주권을 행사할 자가 주주명부의 기재에 의하여 확정되어야 한다는 법리는 주식양도의 경우뿐만 아니라 주식발행의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

주식양도의 경우와 달리 주식발행의 경우에는 주식발행 회사가 관여하게 되므로 주주명부의 기재를 주주권 행사의 대항요건으로 규정하고 있지는 않으나, 그럼에도 상법은 주식을 발행한 때에는 주주명부에 주주의 성명과 주소 등을 기재하여 본점에 비치하도록 하고(제352조 제1항, 제396조 제1항), 주주에 대한 회사의 통지 또는 최고는 주주명부에 기재한 주소 또는 그 자리부터 회사에 통지한 주소로 하면 되도록(제353조 제1항) 규정하고 있다. 이와 같은 상법 규정의 취지는, 주식을 발행하는 단계에서나 주식이 양도되는 단계에서나 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자를 주주명부의 기재에 따라 확실적으로 확정하기 위한 것으로 보아야 한다.

(다) 주식을 양수하였으나 아직 주주명부에 명의개서를 하지 아니하여 주주명부에는 양도인이 주주로 기재되어 있는 경우뿐만 아니라, 주식을 인수하거나 양수하려는 자가 타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하거나 양수하고 타인의 명의로 주주명부의 기재까지 마치는 경우에도, 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주로서 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있다.

이는 주주명부에 주주로 기재되어 있는 자는 특별한 사정이 없는 한 회사에 대한 관계에서 주식에 관한 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있고, 회사의 주식을 양수하였더라도 주주명부에 기재를 마치지 아니하면 주식의 양수를 회사에 대항할 수 없다는 법리에 비추어 볼 때 자연스러운 결과이다.

또한 언제든 주주명부에 주주로 기재해 줄 것을 청구하여 주주권을 행사할 수 있는 자가 자기의 명의를 아닌 타인의 명의로 주주명부에 기재를 마치는 것은 적어도 주주명부상 주주가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사하더라도 이를 허용하거나 받아들여서는 의사였다고 봄이 합리적이다.

그렇기 때문에 주주명부상 주주가 주식을 인수하거나 양수한 사람의 의사에 반하여 주주권을 행사한다 하더라도, 이는 주주명부상 주주에게 주주권을 행사하는 것을 허용함에 따른 결과이므로 주주권의 행사가 신의칙에 반한다고 볼 수 없다.

(라) 주주명부상의 주주만이 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있다는 법리는 주주에 대하여만 아니라 회사에 대하여도 마찬가지로 적용되므로, 회사는 특별한 사정이 없는 한 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다.

상법은 주식발행의 경우 주식인수인이 성명과 주소를 기재하고 기명날인 또는 서명한 서면에 의하여 주식을 인수한 후 그 인수금액을 납입하도록 하면서, 회사로 하여금 주주명부에 주주의 성명과 주소, 각 주주가 가진 주식의 수와 종류 등을 기재하고 이를 회사의 본점에 비치하여 주주와 회사채권자가 열람할 수 있도록 하고 있다(제352조 제1항, 제396조). 이는 회사가 발행한 주식에 관하여 주주권을 행사할 자를 확정하여 주주명부에 주주로 기재하여 비치·열람하도록 함으로써 해당 주주는 물론이고 회사 스스로도 이에 구속을 받도록 하기 위한 것이다.

주식양도의 경우에는 주식발행의 경우와는 달리 회사 스스로가 아니라 취득자의 청구에 따라 주주명부의 기재를 변경하는 것이기는 하나, 회사가 주식발행 시 작성하여 비치한 주주명부예의 기재가 회사에 대한 구속력이 있음을 전제로 하여 주주명부예의 명의개서에 대항력을 인정함으로써 주식양도에 있어서도 일관되게 회사에 대한 구속력을 인정하려는 것이므로, 상법 제337조 제1항에서 말하는 대항력은 그 문언에 불구하고 회사도 주주명부예의 기재에 구속되어, 주주명부예 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부예 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다는 의미를 포함하는 것으로 해석함이 타당하다.

(마) 따라서 특별한 사정이 없는 한, 주주명부예 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부예 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다.

주주명부예 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우는 주주명부예의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 경우에 한한다.

자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다)에 따라 예탁결제원에 예탁된 상장주식 등에 관하여 작성된 실질주주명부예의 기재는 주주명부예의 기재와 같은 효력을 가지므로(자본시장법 제316조 제2항), 이 경우 실질주주명부상 주주는 주주명부상 주주와 동일하게 주주권을 행사할 수 있다.

[대법관 박병대, 대법관 김소영, 대법관 권순일, 대법관 김재형의 별개의견]

(가) 회사의 설립 시에는 다른 특별한 사정이 없는 한 주식인수계약서에 발기인 또는 주식청약인으로 서명 날인한 명의인이 회사의 성립과 더불어 주주의 지위를 취득하는 것이고, 배후에 자금을 제공한 자가 따로 있다고 하더라도 그것은 원칙적으로 명의인과 자금을 제공한 자

사이의 내부관계에 불과할 뿐 회사에 대하여 주주로서의 지위를 주장할 수는 없다.

(나) 상법은 가설인이나 타인의 명의로 주식을 인수한 경우에 주금납입책임을 부과하고 있지만, 누가 주주인지에 관해서는 명확한 규정을 두고 있지 않다. 이 문제는 주식인수를 한 당사자가 누구인지를 확정하는 문제이다. 먼저 가설인의 명의로 주식을 인수하거나 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수한 경우에는 명의의 사용자가 형사책임을 질 수 있음은 별론으로 하더라도(상법 제634조) 주식인수계약의 당사자로서 그에 따른 출자를 이행하였다면 주주의 지위를 취득한다고 보아야 한다. 가설인이나 주식인수계약의 명의자가 되는 것에 승낙조차 하지 않은 사람이 주식인수계약의 당사자가 될 수는 없기 때문이다. 이것이 당사자들의 의사에 합치할 뿐만 아니라 상법 제332조 제1항의 문언과 입법 취지에도 부합한다. 다음으로 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수한 경우에는 주식인수계약의 당사자가 누구인지에 따라 결정하면 된다. 이에 관해서는 원칙적으로 계약당사자를 확정하는 문제에 관한 법리를 적용하되, 주식인수계약의 특성을 반영하여야 한다. 통상은 명의자가 주식인수계약의 당사자가 되는 경우가 많지만, 무조건 명의자가 누구인지만으로 주주를 결정할 것도 아니다.

(다) 주식 양도의 효력 내지 주주권의 귀속 문제와는 별도로 상법은 주식의 유통성으로 인해 주주가 계속 변동되는 단체적 법률관계의 특성을 고려하여 주주들과 회사 간의 권리관계를 획일적이고 안정적으로 처리할 수 있도록 명의개서제도를 마련하여 두고 있다. 즉 주식의 양수에 의하여 기명주식을 취득한 자가 회사에 대하여 주주의 권리를 행사하려면 자기의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 않으면 안 된다(상법 제337조 제1항). 명의개서에 의하여 주식양수인은 회사에 대하여 적법하게 주주의 지위를 취득한 것으로 추정되므로 회사에 대하여 자신이 권리자라는 사실을 따로 증명하지 않고도 의결권 등 주주로서의 권리를 적법하게 행사할 수 있다. 회사로서도 주주명부에 주주로 기재된 자를 주주로 보고 배당금청구권, 의결권, 신주인수권 등 주주로서의 권리를 인정하면 설사 주주명부상의 주주가 진정한 주주가 아니더라도 그 책임을 지지 아니한다. 그러나 상법은 주주명부의 기재를 회사에 대한 대항요건으로 규정하고 있을 뿐 주식 인수의 효력발생요건으로 정하고 있지 아니하므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주로 되는 설권적 효력이 생기는 것은 아니다.

(라) 상장회사의 발행 주식을 취득하려는 자는 증권회사에 자신의 명의로 매매거래계좌를 설정하고 증권 매매거래를 위탁하게 된다. 매매거래계좌의 개설은 금융거래를 위한 것이어서 '금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률'이 적용되므로 실명확인 절차를 거쳐야 하고, 매매거래의 위탁은 실명으로 하여야 한다. 증권회사가 증권시장에서 거래소를 통하여 매수한 주식은 계좌명의인의 매매거래계좌에 입고되는데, 위와 같이 입고된 주식은 위탁자인 고객에게 귀속되므로(상법 제103조), 그 주식에 대해서는 계좌명의인이 주주가 된다. 계좌명의인에게 자금을 제공한 자가 따로 있다고 하더라도 그것은 원칙적으로 명의인과 자금을 제공한 자 사이의 약정에 관한 문제에 불과할 따름이다.

【참조조문】

상법 제103조, 제289조 제1항 제8호, 제293조, 제295조 제1항, 제302조 제1항, 제303조, 제332조, 제336조, 제337조 제1항, 제352조 제1항, 제353조 제1항, 제354조 제1항, 제359조, 제396조, 제418조 제3항, 제425조 제1항, 제461조 제3항, 제462조의3 제1항, 제634조, 자본

시장과 금융투자업에 관한 법률 제316조 제2항, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제2조 제1호 (바)목, 제3조 제1항

【참조판례】

대법원 1975. 9. 23. 선고 74다804 판결(변경)
대법원 1977. 10. 11. 선고 76다1448 판결(공1978, 10483)(변경)
대법원 1980. 4. 22. 선고 79다2087 판결(공1980, 12782)(변경)
대법원 1980. 9. 19.자 80마396 결정(공1980, 13221)(변경)
대법원 1980. 12. 9. 선고 79다1989 판결(변경)
대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카2082 판결(공1985, 623)
대법원 1985. 12. 10. 선고 84다카319 판결(공1986, 235)(변경)
대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카14714 판결(공1989, 1769)(변경)
대법원 1991. 5. 28. 선고 90다6774 판결(공1991, 1732)
대법원 1998. 4. 10. 선고 97다50619 판결(공1998상, 1286)(변경)
대법원 1998. 9. 8. 선고 96다45818 판결(공1998하, 2400)(변경)
대법원 1998. 9. 8. 선고 96다48671 판결(변경)
대법원 2001. 5. 15. 선고 2001다12973 판결(공2001하, 1379)(변경)
대법원 2005. 2. 17. 선고 2004다61198 판결(변경)
대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다70307 판결(변경)
대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결(공2010상, 704)
대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다22552 판결(공2011하, 1278)(변경)
대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다27519 판결(변경)

【전 문】

【원고, 상고인】 원고 (소송대리인 변호사 배형국 외 3인)

【피고, 피상고인】 신일산업 주식회사 (소송대리인 법무법인(유한) 학우 담당변호사 이준상 외 3인)

【피고보조참가인】 피고보조참가인

【원심판결】 서울고법 2015. 11. 13. 선고 2014나2051549 판결

【주 문】 원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이 유】

상고이유를 판단한다.

1. (1) 상법에 따르면, ① 발기설립의 방법으로 회사를 설립하는 경우, 발기인의 성명·주민등록번호 및 주소를 정관에 적고 각 발기인이 기명날인 또는 서명하며, 발기인은 서면에 의하여 주식을 인수하되, 지체 없이 인수가액의 전액을 납입하여야 하고(제289조 제1항 제8호, 제293조, 제295조 제1항), ② 모집설립의 방법으로 회사를 설립하는 경우, 주식인수의 청약을 하고자 하는 자는 주식청약서에 인수할 주식의 종류 및 수와 주소를 기재하고 기명날인 또는 서명

하며, 발기인이 배정한 주식의 수에 따라서 인수가액을 납입할 의무를 부담하고(제302조 제1항, 제303조), ③ 신주발행 시 주식인수의 경우 모집설립 시 주식인수에 관한 규정을 준용한다(제425조 제1항). 주식을 발행한 때에는 주주명부에 주주의 성명과 주소, 각 주주가 가진 주식의 종류와 수 등을 기재하여야 한다(제352조 제1항).

한편 주식의 양도는 주권이 발행된 경우에는 주권을 교부하여야 하고(제336조 제1항), 주권이 발행되지 않은 경우에는 지명채권 양도에 관한 일반원칙에 따라 당사자의 의사표시만으로 주식양도의 효력이 발생하나(대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결), 주식의 이전은 취득자의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다(제337조 제1항).

또 ① 주주에 대한 회사의 통지 또는 최고는 주주명부에 기재한 주소 또는 그 자로부터 회사에 통지한 주소로 하면 되고(제353조 제1항), ② 회사는 의결권을 행사하거나 배당을 받을 자 기타 주주로서 권리를 행사할 자를 정하기 위하여 일정한 기간을 정하여 주주명부의 기재변경을 정지하거나 일정한 날에 주주명부에 기재된 주주를 그 권리를 행사할 주주로 볼 수 있으며(제354조 제1항), ③ 신주인수권이나 준비금의 자본전입에 따른 무상신주의 배정, 중간배당을 함에 있어서도 회사는 일정한 날을 정하여 그 날에 주주명부에 기재된 주주에게 권리를 귀속시킬 수 있다(제418조 제3항, 제461조 제3항, 제462조의3 제1항).

(2) 상법이 주주명부제도를 둔 이유는, 주식의 발행 및 양도에 따라 주주의 구성이 계속 변화하는 단체법적 법률관계의 특성상 회사가 다수의 주주와 관련된 법률관계를 외부적으로 용이하게 식별할 수 있는 형식적이고도 확실적인 기준에 의하여 처리할 수 있도록 하여 이와 관련된 사무처리의 효율성과 법적 안정성을 도모하기 위함이다. 이는 회사가 주주에 대한 실질적인 권리관계를 따로 조사하지 않고 주주명부의 기재에 따라 주주권을 행사할 수 있는 자를 확실적으로 확정하려는 것으로서, 주주권의 행사가 회사와 주주를 둘러싼 다수의 이해관계인 사이의 법률관계에 중대한 영향을 줄 수 있음을 고려한 것이며, 단지 해당 주주의 회사에 대한 권리행사 사무의 처리에 관한 회사의 편의만을 위한 것이라고 볼 수 없다.

상법은 주권이 발행된 주식의 양도는 주권의 교부에 의하여야 하고, 주권의 점유자는 이를 적법한 소지인으로 추정하며(제336조), 주권에 관하여 수표법상의 선의취득 규정을 준용하고 있다(제359조). 그럼에도 불구하고 앞서 본 바와 같이 주주명부에 명의개서를 한 경우에 회사와의 관계에서 대항력을 인정하고, 주주명부상 주주의 주소로 통지를 허용하며, 회사가 정한 일정한 날에 주주명부에 기재된 주주에게 신주인수권 등의 권리를 귀속시킬 수 있도록 하고 있다. 이는 주식의 소유권 귀속에 관한 회사 이외의 주체들 사이의 권리관계와 주주의 회사에 대한 주주권 행사국면을 구분하여, 후자에 대하여는 주주명부상 기재 또는 명의개서에 특별한 효력을 인정하는 태도라고 할 것이다.

상장주식 등의 경우 그 주식은 대량적·반복적 거래를 통해 지속적으로 양도되는 특성이 있으므로, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’이라고 한다)이 실질주주명부를 두어 이를 주주명부로 보고 그에 기재된 자로 하여금 주주권을 행사하도록 한 것도 같은 취지이다.

(3) 회사에 대하여 주주권을 행사할 자가 주주명부의 기재에 의하여 확정되어야 한다는 법리는 주식양도의 경우뿐만 아니라 주식발행의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

주식양도의 경우와 달리 주식발행의 경우에는 주식발행 회사가 관여하게 되므로 주주명부의 기재를 주주권 행사의 대항요건으로 규정하고 있지는 않으나, 그럼에도 상법은 주식을 발

행한 때에는 주주명부에 주주의 성명과 주소 등을 기재하여 본점에 비치하도록 하고(제352조 제1항, 제396조 제1항), 주주에 대한 회사의 통지 또는 최고는 주주명부에 기재한 주소 또는 그 자로부터 회사에 통지한 주소로 하면 되도록(제353조 제1항) 규정하고 있다. 이와 같은 상법 규정의 취지는, 주식을 발행하는 단계에서나 주식이 양도되는 단계에서나 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자를 주주명부의 기재에 따라 획일적으로 확정하기 위한 것이라고 보아야 한다. 다수의 주주와 관련된 단체법적 법률관계를 형식적이고도 획일적인 기준에 의하여 처리해야 할 필요는 주식을 발행하는 경우라고 하여 다르지 않고, 주주명부상의 기재를 주식의 발행 단계에서 이루어진 것인지 아니면 주식의 양도 단계에서 이루어진 것인지를 구별하여 그에 따라 달리 취급하는 것은 다수의 주주와 관련된 단체법적 법률관계를 혼란에 빠뜨릴 우려가 있다. 회사가 주주명부상 주주를 주식인수인과 주식양수인으로 구별하여, 주식인수인의 경우에는 그 배후의 실질적인 권리관계를 조사하여 실제 주식의 소유자를 주주권의 행사자로 인정하는 것이 가능하고, 주식양수인의 경우에는 그렇지 않다고 하면, 회사와 주주 간의 관계뿐만 아니라 이를 둘러싼 법률관계 전체가 매우 불안정해지기 때문이다. 상법은 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자를 일률적으로 정하기 위해 주주명부를 폐쇄하는 경우나 기준일을 설정하는 경우, 회사가 정한 일정한 날에 주주명부에 기재된 주주에게 신주인수권, 무상신주, 중간배당 등의 권리를 일률적으로 귀속시키는 경우에도, 주주명부상의 기재가 주식의 발행단계에서 이루어진 것인지 주식의 양도단계에서 이루어진 것인지를 전혀 구별하지 않고 있다(제354조 제1항, 제418조 제3항, 제461조 제3항, 제462조의3 제1항).

결국, 주식발행의 경우에도 주주명부에 주주로 기재가 마쳐진 이상 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.

(4) 주식을 양수하였으나 아직 주주명부에 명의개서를 하지 아니하여 주주명부에는 양도인이 주주로 기재되어 있는 경우뿐만 아니라, 주식을 인수하거나 양수하려는 자가 타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하거나 양수하고 그 타인의 명의로 주주명부에는 기재까지 마치는 경우에도, 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주로서 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있다.

이는 주주명부에 주주로 기재되어 있는 자는 특별한 사정이 없는 한 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있고(대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카2082 판결, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결 참조), 회사의 주식을 양수하였더라도 주주명부에 기재를 마치지 아니하면 그 주식의 양수를 회사에 대항할 수 없다(대법원 1991. 5. 28. 선고 90다6774 판결 참조)는 법리에 비추어 볼 때 자연스러운 결과이다.

또한 언제든 주주명부에 주주로 기재해 줄 것을 청구하여 주주권을 행사할 수 있는 자가 자기의 명의를 아닌 타인의 명의로 주주명부에 기재를 마치는 것은 적어도 주주명부상 주주가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사하더라도 이를 허용하거나 받아들여야 하는 의사였다고 봄이 합리적이다.

그렇기 때문에 주주명부상 주주가 그 주식을 인수하거나 양수한 사람의 의사에 반하여 주주권을 행사한다 하더라도, 이는 주주명부상 주주에게 주주권을 행사하는 것을 허용함에 따른 결과이므로 그 주주권의 행사가 신의칙에 반한다고 볼 수 없다.

(5) 주주명부상의 주주만이 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있다는 법리는 주주에 대하여만 아니라 회사에 대하여도 마찬가지로 적용되므로, 회사는 특별한 사정이 없는 한 주

주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다.

상법은 주식발행의 경우 주식인수인이 성명과 주소를 기재하고 기명날인 또는 서명한 서면에 의하여 주식을 인수한 후 그 인수가액을 납입하도록 하면서, 회사로 하여금 주주명부에 주주의 성명과 주소, 각 주주가 가진 주식의 수와 종류 등을 기재하고 이를 회사의 본점에 비치하여 주주와 회사채권자가 열람할 수 있도록 하고 있다(제352조 제1항, 제396조). 이는 회사가 발행한 주식에 관하여 주주권을 행사할 자를 확정하여 주주명부에 주주로 기재하여 비치·열람하도록 함으로써 해당 주주는 물론이고 회사 스스로도 이에 구속을 받도록 하기 위한 것이다. 회사가 상법의 규정에 따라 스스로 작성하여 비치한 주주명부의 기재에 구속됨은 당연한 논리적 귀결이며, 주주명부에 기재되지 않은 타인의 주주권 행사를 인정하는 것이야말로 회사 스스로의 행위를 부정하는 모순을 초래하게 되어 부당하다. 주식양도의 경우에는 주식발행의 경우와는 달리 회사 스스로가 아니라 취득자의 청구에 따라 주주명부의 기재를 변경하는 것이기는 하나, 회사가 주식발행시 작성하여 비치한 주주명부에의 기재가 회사에 대한 구속력이 있음을 전제로 하여 주주명부에의 명의개서에 대항력을 인정함으로써 주식양도에 있어서도 일관되게 회사에 대한 구속력을 인정하려는 것이므로, 상법 제337조 제1항에서 말하는 대항력은 그 문언에 불구하고 회사도 주주명부에의 기재에 구속되어, 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다는 의미를 포함하는 것으로 해석함이 타당하다.

주주권에 터 잡아 회사에 대하여 의결권 등의 권리를 행사하는 것은 단체법적 규율에 따른 것이므로, 동일한 주식에 기초하여 경합하는 주체들 중 누군가가 권리를 행사하면 다른 사람은 권리를 행사할 수 없는 관계에 있다. 그럼에도 만일 회사가 이러한 속성이 있는 주주권을 행사할 주체를 정함에 있어 주식의 소유권 귀속에 관한 법률관계를 내세워 임의로 선택할 수 있다고 한다면, 주주권을 행사할 자를 획일적으로 확정하고자 하는 상법상 주주명부제도의 존재이유 자체를 부정하는 것이고, 주주 사이에 주주권의 행사요건을 달리 해석함으로써 주주평등의 원칙에도 어긋난다. 또 회사가 주주명부상 주주와 주주명부에 기재를 마치지 아니한 주식인수인이나 양수인 중 누구에게 권리행사를 인정할 것인가에 대하여 선택권을 가지게 되는 불합리한 점이 있을 뿐만 아니라, 주주명부상 주주에게는 실질적인 권리가 없다는 이유로, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 주식인수인이나 양수인에게는 주주명부에 기재를 마치지 않았다는 이유로, 양자의 권리행사를 모두 거절할 수도 있게 되어 권리행사의 공백이 생길 수 있다. 그리고 회사의 잘못된 판단으로 정당한 권리자가 아닌 자에게 권리행사를 인정하면 주주총회결의 취소사유가 발생하는 등 다수의 주주와 회사를 둘러싼 법률관계 전체를 불안정하게 하여, 여러 이해관계인 및 그 주주총회결의에 의하여 거래를 한 상대방에게 예측하지 못한 불이익을 발생시킬 위험이 있다. 무엇보다 다수의 주주를 상대로 사무를 처리하여야 하는 회사가 일일이 주주명부상 주주의 배후에서 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자를 조사하여 주주명부상 주주의 주주권 행사를 배제하고 주식인수인 또는 양수인의 주주권 행사를 인정하는 것은 사실상 불가능하고 바람직하지도 않다.

(6) 따라서 특별한 사정이 없는 한, 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아

니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다.

주주명부에 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우는 주주명부에의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 경우에 한한다.

자본시장법에 따라 예탁결제원에 예탁된 상장주식 등에 관하여 작성된 실질주주명부에의 기재는 주주명부에의 기재와 같은 효력을 가지므로(자본시장법 제316조 제2항), 이 경우 실질주주명부상 주주는 주주명부상 주주와 동일하게 주주권을 행사할 수 있다.

(7) 이와 달리 ① 타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하고 그 대금을 납입한 경우에 그 타인의 명의로 주주명부에 기재까지 마쳐도 실질상의 주주인 명의차용인만이 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 주주에 해당한다는 취지로 본 대법원 1975. 9. 23. 선고 74다804 판결, 대법원 1977. 10. 11. 선고 76다1448 판결, 대법원 1980. 9. 19.자 80마396 결정, 대법원 1980. 12. 9. 선고 79다1989 판결, 대법원 1985. 12. 10. 선고 84다카319 판결, 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다50619 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다22552 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다27519 판결 등, ② 회사는 주식인수 및 양수계약에 따라 주식의 인수대금 또는 양수대금을 모두 납입하였으나 주식의 인수 및 양수에 관하여 상법상의 형식적 절차를 이행하지 아니한 자의 주주로서의 지위를 부인할 수 없다고 한 대법원 1980. 4. 22. 선고 79다2087 판결 등, ③ 회사가 명의개서를 하지 아니한 실질상의 주주를 주주로 인정하는 것은 무방하다고 한 대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카14714 판결, 대법원 2001. 5. 15. 선고 2001다12973 판결, 대법원 2005. 2. 17. 선고 2004다61198 판결, 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다70307 판결 등, ④ 회사가 주주명부상 주주가 형식주주에 불과하다는 것을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였고 또한 이를 용이하게 증명하여 의결권 행사를 거절할 수 있었음에도 의결권 행사를 용인하거나 의결권을 행사하게 한 경우에 그 의결권 행사가 위법하게 된다는 취지로 판시한 대법원 1998. 9. 8. 선고 96다45818 판결, 대법원 1998. 9. 8. 선고 96다48671 판결 등을 비롯하여 이와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다.

2. (1) 주주는 회사를 상대로 주주총회결의취소와 무효확인 및 부존재확인 소를 제기할 수 있다(상법 제376조, 제380조). 이는 회사의 경영감독을 위해 주주에게 인정된 권리로서 주주권의 일부를 이루는 것이다.

(2) 원심판결의 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면, 원고는 키움증권 주식회사에 개설된 원고 명의의 증권계좌 등을 이용하여 피고가 발행한 주식을 장내매수한 후 실질주주명부에의 기재까지 마친 사실을 알 수 있다.

앞에서 본 법리에 의하면, 주식을 인수하거나 양수하려는 자가 타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하거나 양수하면서 그 타인의 명의로 주주명부에 기재까지 마치는 경우, 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실이 증명되었다고 하더라도 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주권을 행사할 수 있으므로, 주주명부상 주주는 회사를 상대로 주주총회결의취소와 무효확인 및 부존재확인 소를 제기할 수 있고, 회사 역시 특별한 사정이 없는 한 주주명부상 주주의 이러한 주주권 행사를 부인하지 못한다.

위와 같은 사실관계를 이러한 법리에 따라 살펴보면, 설령 소외인이 원고의 승낙을 얻어 원고 명의로 피고 발행의 주식을 매수하고 실제로 그 주식대금을 모두 부담한 것이라고 하더라도, 실질주주명부상 주주인 원고는 피고에 대한 관계에서 주주권을 행사할 권한을 가지므로 피고를 상대로 이 사건 주주총회결의의 무효확인 및 부존재확인 또는 취소의 소를 구할 자격이나 이익이 있다.

(3) 그럼에도 원심은 원고 명의 주식의 취득자금을 실제로 부담한 자는 소외인이고, 원고가 제출한 증거만으로는 원고에게 독자적으로 피고에 대한 주주권을 행사할 권한이 있다고 보기 어렵다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 주식의 취득자금을 제공받아 주식을 매수한 후 실질주주명부상의 기재까지 마친 실질주주명부상 주주의 회사에 대한 주주권 행사에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에 대하여는 대법관 박병대, 대법관 김소영, 대법관 권순일, 대법관 김재형의 별개의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치되었고, 별개의견에 대한 대법관 박병대, 대법관 김소영의 보충의견이 있다.

4. 대법관 박병대, 대법관 김소영, 대법관 권순일, 대법관 김재형의 별개의견은 다음과 같다.

(1) ① 회사는 상행위 기타 영리를 목적으로 하여 설립된 법인이다(상법 제169조). 회사의 종류 중에서도 주식회사는 사원인 주주가 출자한 자본금을 기초로 성립하는 물적 회사로서 주식은 자본금의 구성단위이면서 동시에 주주가 출자자로서 회사에 대하여 가지는 지분을 의미한다. 주주는 회사설립 시 또는 신주발행 시 주식을 인수함으로써 이를 원시적으로 취득하거나, 합병·상속에 의한 포괄승계나 주식의 양수에 의한 개별적 승계에 의하여 주식을 취득함으로써 그 지위를 가지게 된다.

② 회사의 설립 시 각 발기인은 서면에 의하여 주식을 인수하여야 하고(상법 제293조), 발기인이 회사의 설립 시에 발행하는 주식의 총수를 인수한 때에는 인수가액의 전액을 납입하여야 한다(상법 제295조 제1항). 모집설립을 하는 때에는 주식인수의 청약을 하고자 하는 자가 주식청약서에 의하여 주식인수의 청약을 하고 인수가액을 납입하여야 한다(상법 제302조 제1항, 제305조 제1항). 따라서 회사의 설립 시에는 다른 특별한 사정이 없는 한 주식인수계약서에 발기인 또는 주식청약인으로 서명 날인한 명의인이 회사의 성립과 더불어 주주의 지위를 취득하는 것이고, 그 배후에 자금을 제공한 자가 따로 있다고 하더라도 그것은 원칙적으로 명의인과 자금을 제공한 자 사이의 내부관계에 불과할 뿐 회사에 대하여 주주로서의 지위를 주장할 수는 없다.

③ 가설인의 명의로 주식을 인수하거나 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수한 자는 주식인수인으로서의 책임이 있고(상법 제332조 제1항), 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수한 자는 그 타인과 연대하여 납입할 책임이 있다(상법 제332조 제2항).

상법은 가설인이나 타인의 명의로 주식을 인수한 경우에 이처럼 납입책임을 부과하고 있지만, 누가 주주인지에 관해서는 명확한 규정을 두고 있지 않다. 이 문제는 주식인수를 한 당사자가 누구인지를 확정하는 문제이다. 먼저 가설인의 명의로 주식을 인수하거나 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수한 경우에는 그 명의의 사용자가 형사책임을 질 수 있음은 별론으로 하

더라도(상법 제634조) 주식인수계약의 당사자로서 그에 따른 출자를 이행하였다면 주주의 지위를 취득한다고 보아야 한다. 가설인이나 주식인수계약의 명의자가 되는 것에 승낙조차 하지 않은 사람이 주식인수계약의 당사자가 될 수는 없기 때문이다. 이것이 당사자들의 의사에 합치할 뿐만 아니라 상법 제332조 제1항의 문언과 입법 취지에도 부합한다. 다음으로 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수한 경우에는 주식인수계약의 당사자가 누구인지에 따라 결정하면 된다. 이에 관해서는 원칙적으로 계약당사자를 확정하는 문제에 관한 법리를 적용하되, 주식인수계약의 특성을 반영하여야 할 것이다. 통상은 명의자가 주식인수계약의 당사자가 되는 경우가 많지만, 무조건 명의자가 누구인지만으로 주주를 결정할 것도 아니다.

④ 주주의 지위는 인적회사의 사원의 지위와는 달리 주식의 양도에 의하여 자유로이 이전할 수 있다. 주식의 양도는 주권이 발행된 경우에는 주권을 교부하여야 하고(상법 제336조 제1항), 주권이 발행되기 전이라도 당사자 간에는 의사표시만으로 유효하게 주식을 양도할 수 있다. 다만 주식을 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과하기 전에 회사가 주권을 발행하지 않아서 주권 없이 양도를 한 때에는 회사에 대하여 그 효력을 주장할 수 없을 뿐이다(상법 제335조 제2항). 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과하여도 주권을 발행하지 않아서 주권 없이 주식을 양도한 때에는 당사자 사이의 의사표시만으로 양도의 효력이 발생한다(대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결 등 참조).

주식 양도의 효력 내지 주주권의 귀속 문제와는 별도로 상법은 주식의 유통성으로 인해 주주가 계속 변동되는 단체적 법률관계의 특성을 고려하여 주주들과 회사 간의 권리관계를 획일적이고 안정적으로 처리할 수 있도록 명의개서제도를 마련하여 두고 있다. 즉 주식의 양수에 의하여 기명주식을 취득한 자가 회사에 대하여 주주의 권리를 행사하려면 자기의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 않으면 안 된다(상법 제337조 제1항). 명의개서에 의하여 주식양수인은 회사에 대하여 적법하게 주주의 지위를 취득한 것으로 추정되므로 회사에 대하여 자신이 권리자라는 사실을 따로 증명하지 않고도 의결권 등 주주로서의 권리를 적법하게 행사할 수 있다(대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카2082 판결, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결 등 참조). 회사로서도 주주명부에 주주로 기재된 자를 주주로 보고 배당금청구권, 의결권, 신주인수권 등 주주로서의 권리를 인정하면 설사 주주명부상의 주주가 진정한 주주가 아니더라도 그 책임을 지지 아니한다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다32768, 32775, 32782 판결 등 참조). 그러나 상법은 주주명부의 기재를 회사에 대한 대항요건으로 규정하고 있을 뿐 주식 인수의 효력발생요건으로 정하고 있지 아니하므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주로 되는 설권적 효력이 생기는 것은 아니다.

⑤ 증권시장에 상장된 주식의 유통은 자본시장법에 의하여 설치된 한국예탁결제원이 운영하는 주권대체결제제도에 따라 이루어진다. 즉 증권시장에서의 매매거래에 따른 증권인도 및 대금지급 업무는 결제기관으로서 예탁결제원이 수행하며, 예탁결제원이 아닌 자는 증권 등을 예탁받아 그 증권 등의 수수를 갈음하여 계좌 간의 대체로 결제하는 업무를 영위하여서는 아니 된다(자본시장법 제297조, 제298조).

먼저 상장회사의 발행 주식을 취득하려는 자는 증권회사에 자신의 명의로 매매거래계좌를 설정하고 증권 매매거래를 위탁하게 된다. 매매거래계좌의 개설은 금융거래를 위한 것이어서 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」(이하 ‘금융실명거래법’이라고 한다)이 적용되므로 실명확인 절차를 거쳐야 하고, 매매거래의 위탁은 실명으로 하여야 한다. 증권회사가 증권시장에서 거래소를 통하여 매수한 주식은 계좌명의인의 매매거래계좌에 입고되는데, 위와 같이 입고된 주식은 위탁자인 고객에게 귀속되므로(상법 제103조), 그 주식에 대해서는 계좌명의인이

주주가 된다(대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결 등 참조). 계좌명의인에게 자금을 제공한 자가 따로 있다고 하더라도 그것은 원칙적으로 명의인과 자금을 제공한 자 사이의 약정에 관한 문제에 불과할 따름이다.

다음으로 상장회사의 발행 주식을 취득한 투자자는 증권회사에 주식을 위탁하고, 증권회사는 위탁 받은 주식을 다시 위탁결제원에 위탁하게 되는데, 투자자와 위탁자는 각각 투자자계좌부와 위탁자계좌부에 기재된 증권 등의 종류·종목 및 수량에 따라 위탁증권 등에 대한 공유지분을 가지는 것으로 추정되고(자본시장법 제312조 제1항), 위탁증권 등 중 주식의 공유자(이하 '실질주주'라고 한다)는 주주로서의 권리 행사에 있어서는 그 공유지분에 상당하는 주식을 가지는 것으로 본다(자본시장법 제315조 제1항). 그리고 위탁결제원은 주주명부폐쇄기준일의 실질주주에 관하여 주주의 성명 및 주소 등을 주권의 발행인 등에게 통지하고, 그 통지를 받은 발행회사 등은 통지받은 사항에 관하여 실질주주명부를 작성·비치하여야 하는데(자본시장법 제315조 제5항, 제316조 제1항), 실질주주명부의 기재는 주주명부의 기재와 같은 효력을 가진다(자본시장법 제316조 제2항).

(2) 원심판결의 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

① 원고는 증권회사에 자신의 명의로 매매거래계좌를 설정하고 증권 매매거래를 위탁하여 유가증권시장에서 증권상장법인인 피고 회사의 주식을 장내매수하여 원고 명의의 계좌에 입고하도록 하였다. 원고는 위 주식의 매수대금을 결제하기 위하여 자신의 명의로 은행에 개설되어 있는 예금계좌의 돈을 위 매매거래계좌로 이체하였는데, 위 은행 예금계좌에 들어 있던 돈은 주로 소외인 등이 원고에게 송금한 것이었다.

② 원고가 피고 회사의 주주로서 이 사건 주주총회결의 취소의 소를 제기한 데 대하여, 원심은 피고 회사의 주주명부상 주주가 원고로 기재되어 있다 하더라도 원고는 형식상 주주에 불과할 뿐 실제로 위 주식 매수대금을 제공한 위 소외인 등이 실질적인 주주라는 이유를 들어 이 사건 소를 각하하였다.

(3) 원심의 판단을 앞에서 본 법리에 비추어 살펴본다.

① 유가증권시장에서 위탁매매 및 장내매수 등의 거래를 통하여 피고 회사의 주식을 매수한 사람은 원고이다. 원고는 금융실명거래법에 따라 실명확인 절차를 거쳐 증권회사에 매매거래계좌를 개설하고 증권회사로 하여금 유가증권시장에서 상장증권인 피고 회사의 주식을 장내매수하도록 위탁하였으며 이에 따라 증권회사가 매수한 주식은 원고 명의의 매매거래계좌에 입고되었다. 위와 같이 입고된 주식은 매매를 위탁한 원고에게 귀속되므로, 그 주식에 대해서는 원고가 주주가 된다.

② 원고가 위 주식 매수대금으로 사용한 돈은 원고 명의의 매매거래계좌에 들어 있는 돈이었고, 그 돈은 원고 명의의 은행 예금계좌에서 이체된 것이므로, 결국 그 돈은 원고의 것이었다. 즉 금융실명거래법에 따라 금융기관이 실명확인 절차를 거쳐 예금명의자를 예금주로 하여 예금계약을 체결한 이상 예금반환청구권은 명의자인 예금주에게 있는 것이다. 만약 예금명의자가 아닌 출연자 등을 예금계약의 당사자라고 볼 수 있으려면, 금융기관과 출연자 등과 사이에서 실명확인 절차를 거쳐 서면으로 이루어진 예금명의자와의 예금계약을 부정하여 예금명의자의 예금반환청구권을 배제하고, 출연자 등과 예금계약을 체결하여 출연자 등에게 예금반환청구권을 귀속시키겠다는 명확한 의사의 합치가 있는 극히 예외적인 경우에 해당하여야 한다(위 대법원 2008다45828 전원합의체 판결 등 참조). 따라서 이 사건에서 위 소외인 등이 원

고 명의의 예금계좌에 송금한 것이 그들 사이에 소비대차 계약에 따른 것인지, 투자계약에 따른 것인지 아니면 예금주 명의를 차용하기로 하는 약정에 의한 것인지 등에 관계없이 원고 명의의 예금계좌에 들어 있는 돈은 예금주인 원고의 것이라고 보아야 한다.

③ 피고 회사의 주주명부에도 원고가 주주로 기재되어 있다. 따라서 원고는 주주명부의 자격수여적 효력에 의하여 주주로 추정되므로 특별한 사정이 없는 한 주주총회에서의 의결권 등 주주로서의 권리를 행사할 수 있음은 물론이다.

④ 결국 이 사건에서 원고는 피고를 상대로 주주로서 이 사건 주주총회결의의 무효확인 및 부존재확인 또는 취소의 소를 구할 자격이나 이익이 있다. 그럼에도 원심은 원고가 주식의 취득자금을 실제로 부담하였다고 할 수 있는 소외인에게 그 명의만을 대여한 형식상 주주에 불과하다고 판단하였는데, 이러한 원심의 판단에는 주식의 귀속에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(4) 이상과 같이 이 사건에 관한 다수의견의 결론에는 찬성하지만 그 이유는 다르므로, 별개의 견으로 이를 밝혀 둔다.

5. 별개의견에 대한 대법관 박병대, 대법관 김소영의 보충의견은 다음과 같다.

(1) 다수의견에 의하면, 실제 주식을 인수하거나 양수한 자라고 하더라도 주주명부에 기재되지 않은 이상 회사에 대하여 주주권을 행사할 수 없을 뿐 아니라, 회사도 주주명부에 등재된 명의자가 아닌 실질적 주식 소유자가 따로 존재한다는 사실을 알고 있어도 명부상 주주만을 주주로 인정하여야 한다. 결국 회사와 주주 사이의 권리행사 주체와 권리행사의 효력에 관한 문제는 주주명부의 등재만을 기준으로 판단하면 되고, 실질관계상의 주주와 명부상 기재된 자 사이의 법률관계는 회사와 상관없이 양자 사이에서 별도로 해결하면 된다는 취지로 이해된다.

(2) 그러나 권리자가 누구인지에 관한 권리귀속의 문제를 제쳐두고 권리행사의 효력을 논할 수는 없다. 또한 회사법상의 법률관계가 단체법적 성격을 가진다고 하더라도 권리행사를 위한 형식적 자격만 있으면 언제나 그 권리행사가 유효하다고 하는 것도 납득할 수 없다. 우리 상법은 주주명부 기재를 주주권의 실체적 귀속 요건으로 정하고 있지 않다. 주주의 지위는 회사로부터 주식을 인수하거나 기존 주주로부터 주식을 양수하였을 때 취득된다. 주주명부의 기재는 부동산 물권변동에서의 등기처럼 주주권 변동의 성립요건도 아니고, 부동산등기와 같은 권리귀속의 추정력이 인정되는 것도 아니다. 주주의 지위와 주주권의 존부는 신주인수나 주식양수 등 주식 취득의 요건을 갖춘 권리주체를 확인하는 실체적 권리귀속의 문제이고, 주주명부는 회사의 주식, 주권 및 주주에 관한 사항을 나타내기 위하여 회사가 작성하여 비치하는 장부로서, 주주와 회사채권자의 열람 등에 제공하여야 하지만(상법 제396조), 부동산등기부와 같은 권리공시의 기능은 없다.

상법 제337조 제1항은 주식의 이전은 주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다고 규정하고 있지만, 이는 회사에 대한 관계에서 주주권의 행사에 필요한 형식요건을 정한 것이다. 주주의 지위를 유효하게 취득하지 못하였다면 주주명부에 주주로 기재되어 있더라도 주주권자가 아닌 것이고, 주주권이 없다면 주주명부 기재는 권리자의 실질이 없는 외형에 불과하다. 그러므로 주주명부에 주주로 기재되어 있거나 하면 실령 실체적 권리 보유가 인정되지 않더라도 유효하게 주주권을 행사할 수 있다고 하는 것은 선후가 뒤바뀐 것이다. 무릇 권

리 없는 자의 권리행사가 유효할 수는 없다.

주식을 인수하거나 양수하여 실제법적으로 주주권을 취득한 주주와 주주명부에 기재된 명의자는 일치하는 경우가 많을 것이다. 그러나 주식 인수인이나 양수인이 주주명부상 주주 명의를 제3자로 기재해 두었다고 하여 주주로서의 지위나 권리의 취득이 부정되거나 명의자인 제3자가 주주가 되는 것은 아니다. 예금 등에 대한 금융실명거래법이나 부동산에 대한 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」과 같은 법률상의 제한이 회사의 주식에 관하여는 존재하지 않는다. 주식의 소유명의를 실질과 일치시킬지 제3자의 명의를 빌려서 등재할지는 적어도 현행법상으로는 금지의 영역이 아니라 자유선택의 영역이다.

주주명부의 기재는 그 명의자가 실제로도 주주일 것으로 일응 추정할 수 있는 근거가 되기는 하지만, 다른 사실관계에 의하여 실제 권리자가 명의자와 다른 제3자라는 것이 증명되면, 그 권리자와 명의자 사이뿐 아니라 회사에 대한 관계에서도 원칙적으로 그 권리자가 주주로서의 지위를 가진다고 보아야 한다(대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카2082 판결 참조). 명의개서 없이는 회사에 대항하지 못한다고 하더라도 이는 실제 주주가 명의개서 없이 주주권을 행사하려고 할 때 회사가 그 권리행사를 거부할 수 있고, 나아가 회사가 주주명부상 주주를 진정한 주주로 믿고 권리행사를 수용한 경우에는 실제 주주라고 해도 회사에 대하여 대항하지 못한다는 의미를 가지는 데 그친다. 주식을 인수하거나 양수한 실질상의 주주가 따로 존재하고 주주명부상으로만 제3자 명의로 기재되어 있다는 것을 회사가 분명하게 알고 있는데도 그 제3자를 주주총회에 참석시켜 결의에 참여하도록 하거나 그 제3자에게 배당을 하고 신주인수권을 부여하면 이는 원칙적으로 효력이 없다고 보아야 한다. 실제적 권리자가 아니라면 실령 명부 기재 등 외형을 갖추었다고 하더라도 비권리자라는 본질은 달라지지 않기 때문이다.

(3) 회사설립이나 자본의 증가를 위해 신주를 발행할 때에는 발기인 사이 또는 주식인수의 청약자와 회사 사이에 계약관계가 성립하고, 이 경우 누가 실질적인 주식인수인이고 주주인가는 신주인수계약의 당사자 확정 문제이다.

그런데 현실적으로는 주식인수계약을 한 당사자와 그 명의자가 일치하지 않는 경우가 매우 광범위하게 존재한다. 1인 회사나 가족회사 또는 소수 동업자가 설립한 폐쇄회사에서 자녀나 지인 등 명의로 신주를 인수하는 경우처럼 실질적인 주식 소유자가 따로 존재하고 주주명부에 기재된 주주는 그 명의만을 빌려 준 경우는 소규모 주식회사에서 매우 많다. 또한 중소기업은 물론 상당히 규모가 큰 회사에서도 주식공개를 하지 않은 채 비공개회사로 유지하는 경우는 흔하게 있다. 그런 회사에서 증자를 할 때는 기존의 대주주가 신주를 인수하면서 명의만 제3자 앞으로 해 두는 경우도 많고, 신규 투자자와 사이에 신주인수 규모와 인수자 등에 관한 사전협의를 거쳐 신주를 발행하되 주주명부상 주주명의로는 그 투자자가 제시하는 데 따라 제3자에게 분산해 두는 경우도 얼마든지 볼 수 있다. 그와 같은 경우 주주는 실제 주금을 납입하고 주식인수계약을 체결한 사람이지만 명의자가 아니다. 권리의 귀속은 실질에 따라야 하기 때문이다.

이미 발행된 주식을 양수한 경우에도 주식인수의 경우와 다르지 않다. 회사는 주권발행 전 주식양도의 통지 또는 주권의 점유자를 기준으로 적법한 주식양수인을 인식하는 것이 보통이겠지만(상법 제335조 제3항, 제336조 참조), 경영진의 관여 아래 주식양도가 이루어지는 등으로 주주명부상 주주가 실질적인 주식양수인이 아니라는 것을 회사도 명확하게 알고 있는 경우가 비상장회사에서는 비일비재하다.

그런 모든 경우에 명의자만 주주권을 행사할 수 있고 실질적인 주식인수인이나 양수인은 주

주권을 행사할 수 없을 뿐 아니라, 회사도 그러한 주식인수인 등에게 주주권을 행사하도록 하면 오히려 무효라고 하기에는 우리 사회의 현실이 너무 동떨어져 있다. 또한 그것이 상법 규정의 문언이나 상법이 예정한 규범질서에 부합한다고 말할 수도 없다.

다수의견은 주주명부상 주주가 그 주식을 인수하거나 양수한 사람의 의사에 반하여 주주권을 행사한다는 사실을 회사가 알면서 주주명부상의 명의자로 하여금 주주권을 행사하게 하였다고 하더라도 유효하고 신의칙에 반하는 것도 아니라고 한다. 그러나 이는 주주명부에 주주로 기재되어 있을 뿐 실제적으로 무권리자임을 알면서 권리행사를 인정해도 되고 그러한 권리행사가 유효하다고 하는 셈인데, 권리가 없는데 권리행사만 어떻게 유효할 수 있는지 의문이다. 상법이 제336조 제2항에서 주권의 점유자는 적법한 소지인으로 '추정한다'고 규정한 것도 주권의 점유자라도 실질관계에서는 주주가 아니라는 반증이 가능함을 전제하고 있는 것이고, 명의개서를 하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다고 한 것 역시 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 그러므로 실질관계에서 주식을 취득한 자가 명의개서 없이 권리행사를 하고자 할 때, 회사가 권리행사의 자격을 갖추지 못하였다는 이유로 그 권리행사를 거부할 수는 있지만, 이와 달리 회사 스스로 실제관계에 따른 주주권의 귀속을 인정하고 그 실질 권리자로 하여금 권리행사를 하도록 하는 것은 당연히 적법하다고 보아야 한다(대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카14714 판결, 대법원 2001. 5. 15. 선고 2001다12973 판결 등 참조). 권리자로 하여금 권리를 행사하게 하는 것, 그 이상도 이하도 아니기 때문이다.

회사가 주주명부에 주주로 기재된 명의자와 실질상의 주식소유자가 다르다는 것을 몰랐던 경우가 문제 될 수 있다. 그러나 그 경우에는 회사가 주주명부에 기재된 자에게 통지·최고 등을 하고 의결권, 신주인수권, 배당금청구권 등 주주로서의 권리를 부여하더라도 진정한 주주가 따로 있다는 것 때문에 법적 책임을 지게 되지는 않는다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다32768, 32775, 32782 판결, 대법원 1998. 9. 8. 선고 96다45818 판결 등 참조). 그것이 주주명부의 기재를 대항요건으로 규정한 진정한 의미이고, 그로써 회사의 선의는 보호받을 수 있다. 또한 그렇게 규율한다고 하여 실제 법적 혼란이 발생하거나 회사의 단체적 법률관계가 불안정하게 될 염려는 거의 없다. 다수의견이 우려하는 것처럼 회사가 주주명부상 주주 외에 다른 실질 권리자가 존재하는지를 일일이 조사하여야 하는 것은 결코 아니다. 그동안의 판례도 위와 같은 구도 위에서 실질권리자의 보호와 법적 안정성, 그리고 회사의 단체법적 법률관계 사이의 조화와 균형을 도모해왔다.

(4) 이상이 상법이 상정하고 있는 규율 구도이다. 따라서 우리나라 회사의 대부분을 차지하고 있는 일반적인 비상장회사에 대해서는 위와 같은 법리의 원칙이 그대로 유지·적용되는 것이 타당하다. 이와 달리 주주명부 기재가 절대적인 증명력을 가지도록 하거나 권리귀속의 성립요건 또는 권리행사의 절대적 전제조건이라고 하려면 입법이 선행되어야 한다. 주식 보유에 관해서도 실명제를 도입하는 등의 제도변경이 있었던 것도 아닌데, 갑자기 주주명부상 명의자에게 권리행사 적격자의 절대적 지위를 부여하는 것은 법률 해석의 한계를 넘는 것이다. 장차 단체법적 관계에서 그와 같은 방향으로 나아가는 것이 바람직할 수 있다는 것과 해석론은 다르다. 그러한 변화에는 필시 완충장치가 필요하고 과도기의 적응을 위한 조정이 있어야 한다. 주주가 누구이냐의 문제는 비단 회사법 영역에 그치지 않고 조세법이나 행정규제, 나아가 형사법의 적용에까지 파급효과가 미치는 근간을 건드리는 것이라는 점을 환기시키지 않을 수 없다.

다만 현행법 아래에서도 자본시장법의 적용 대상이 되는 상장회사의 경우 또는 비상장회사

의 장외거래 주식과 같은 경우는 달리 보아야 한다. 일반적인 비상장회사의 경우에는 주주명부의 기재는 권리귀속에 관한 사실상의 추정력 정도가 인정될 수 있을 뿐이지만 증권시장을 통하여 이루어지는 주식거래에는 금융실명거래법이라는 법적 규제가 적용되므로 주식보유 명의자가 곧 주주라고 보아야 한다. 증권시장을 통한 주식거래의 주식양수대금은 양수인 명의의 매매거래계좌에서 이체되어 지급되는 것이므로 그 계좌에 입금된 자금은 금융실명거래법상 양수인의 소유이고 따라서 그 자금으로 양수한 주식에 관한 권리도 당연히 양수인에게 귀속되기 때문이다. 상장회사가 발행하는 신주를 인수하는 경우도 물론 같다.

요컨대, 상장회사 등 자본시장법이 적용되는 회사의 경우에는 금융실명거래법 등과의 관계상 원칙적으로 주주명부상 명의자만이 주주라고 보아야 하지만, 오로지 상법이 적용되는 일반회사의 경우에는 권리귀속의 실질 주체만이 적법하게 권리행사를 할 수 있는 것이 원칙이고, 주주명부 기재는 상법이 규정한 대로 단지 권리행사를 위한 대항요건일 뿐이라고 보는 것이 옳다.

이상으로 별개의견에 대한 보충의견을 밝혀 둔다.

대법원장 양승태(재판장)

대법관 이상훈 박병대 김용덕 박보영 김창석 김신 김소영 조희대(주심) 권순일 박상옥 이기택 김재형