[UCI]I804:24011-200000234736

2005年 8月
碩士學位論文

2001年 改正商法上의 1人會社 法理硏究

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

法 學 科

柳 永 玉

2001年 改正商法上의 1人會社 法理硏究

A Study on the One Man Company in 2001 Commercial Law

2005年 8月

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

法 學 科

柳 永 玉

2001年 改正商法上의 1人會社 法理硏究

指導敎授 : 梁 東 錫

이 論文을 法學의 碩士學位申請論文으로 提出함

2005年 4月

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

法 學 科

柳 永 玉

柳永玉의 碩士學位 論文을 認准함

委員長 : 朝鮮大學校 敎授 金英坤 印

委　　員 : 朝鮮大學校 敎授 金在亨 印

委　　員 : 朝鮮大學校 敎授 梁東錫 印

2005年 5月

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

目　　次

ABSTRACT ····· **iv**

제1장 서 론 ····· **1**

제1절 연구의 목적 ····· 1

제2절 연구의 범위 및 방법 ····· 2

제2장 1인회사의 의의와 입법례 ····· **5**

제1절 1인회사의 의의 ····· 5

1. 1인회사의 개념 ····· 5

2. 1인회사의 인정론과 부정론 ····· 7

3. 우리나라 2001년 개정상법상 1인회사 ····· 15

제2절 1인회사의 입법례 ····· 16

1. 일본 ····· 16

2. 영국 ····· 17

3. 미국 ····· 18

4. 독일 ····· 18

5. 프랑스 ····· 19

6. 이탈리아 ····· 20

7. 기타 ····· 20

제3장 1인회사의 사단성 ····· **23**

제1절 회사의 사단성이론 ····· 24
1. 형식적 사단설 ····· 24
2. 실질적 사단설 ····· 25
3. 인적 결합설 ····· 26
제2절 1인회사 사단성의 긍정설 ····· 27
제3절 1인회사 사단성의 부정설 ····· 29
1. 주식회사재단론 ····· 29
2. 특별재산설 ····· 35
3. 특별주식회사설 ····· 36
4. 회사재산설 등 ····· 36
제4절 소결 ····· 37

제4장 주주의 유한책임과 그 제한 ····· 41
제1절 유한책임의 의의와 제한의 필요성 ····· 41
제2절 주주유한책임의 발전 ····· 42
1. 주주유한책임에 관한 미국의 학설 ····· 43
2. 주주유한책임에 관한 일본의 학설 ····· 44
제3절 자본의 집중과 주주유한책임 ····· 45
제4절 주주유한책임의 전제조건과 그 제한 ····· 47
1. 주주유한책임의 전제조건 ····· 47
2. 주주유한책임의 제한 ····· 49

제5장 1인회사의 법률관계 ····· 51
제1절 복수사원·복수발기인을 전제로 하는 규정 ····· 51
1. 발기인과 발기인조합 ····· 51

2. 총회소집·결의에 관한 규정 ····· 52
3. 이사와 회사간의 거래 ····· 52
4. 주식의 양도제한에 관한 정관규정 ····· 53
제2절 법인격부인의 법리와의 관계 ····· 54
1. 유한책임의 남용과 법인격부인 ····· 54
2. 법리의 근거 ····· 55
3. 법리의 적용요건 ····· 55
4. 법리의 적용효과 ····· 56

제6장 결 론 ····· 58

참 고 문 헌 ····· 60

ABSTRACT

A Study on the One Man Company in 2001 Commercial Law

By Yoo Yong Og
Advisor : Prof. Yang, Dong Suk, Ph.D.
Department of Law,
Graduate School of Chosun University

One man company of broad meaning is composed of plural shareholders formally, but it is a company that a singular possesses all stocks substantially. one man company of narrow meaning is consisted with singular shareholder who possesses all stocks substantially.

Through Korean Commercial Code Revision("KCC") on 24th Jul. 2001, incorporation of one man company was recognized in case of the stock company and the limited liability company. According that KCC recognizes incorporation of one man company, various problems must be solved at the same time.

It is prescribed in the article 169 of current KCC that a company is an association(Verein, Körperschaft, universitas). When the association means corporate body of group, one man company is contrary to the article 169. At this point, frankly it is necessary that we recognize that one man company don't have the association nature. So I think that it is reasonable that the article 169 must be eliminated. One man company without corporate nature may be the special company that is recognized with policy by the legal fiction.

Although incorporation of one man company has been recognized in 2001 Korean Commercial law. We have many problems to prevent the abuse of stock company system.

It is the matter connected with the limited liability in the one man company. It is the matter whether one shareholder also may enjoy the benefit of the limited liability or not. The limited liability must be recognized to one shareholder. But, to enjoy the benefit of limited liability, the one man company must have the premise conditions such as the possession of appropriate property and separation of the corporate property from the shareholder's individual property.

And if the one man company were under the corporate system, many articles of KCC do not fit for the one man company. Because there is only one shareholder in one man company.

This study is consist of six chapters.

The first chapter is introduction, the second is chief nations system and the third is on the association theory under the article 169 of KCC. The forth is limited liability of shareholder and the fifth is the legal problems of one man company, and the sixth chapter is condusion.

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

「소기업 및 소상공인 지원을 위한 특별조치법」은 2000년 12월 29일 신설된 제8조의 2에 의하여 1인의 발기인이 회사를 설립할 수 있도록 하였다. 그리고 2001년 6월 28일 국회를 통과한 개정된 상법에서도 종래의 주식회사설립에 3인 이상의 발기인이 있어야 한다(288조)는 규정을 주식회사를 설립함에는 발기인이 정관을 작성하여야 한다고 하여 발기인 수에 관한 내용을 삭제하였으며, 유한회사의 설립에 있어서도 종래 2인 이상의 사원을 요구하던 것(543조 1항, 2항)을 개정하여 1인이 유한회사를 설립할 수 있도록 하였다. 또한 유한회사의 해산사유 중 사원이 1인으로 된 경우를 삭제하였다(609조 1항). 따라서 2001년 개정상법에 의하면 주식회사와 유한회사의 1인 설립이 가능하게 되었으며 설립 후에 1인 사원이 된 경우에도 해산하지 않게 되었다.

종래 우리나라에는 중소규모의 영세회사가 많은 수를 차지하고 있었고 그 대부분이 1인회사 또는 1인회사와 같은 가족회사가 많이 있었다. 법률상 특히 대규모의 공개기업을 전제로 하는 주식회사의 형태를 중소규모의 1인회사가 이용할 때 주식회사라는 동일한 형태라고 해도 기업의 실체나 경제적 기능의 면에서는 본질적인 차이가 크게 난다.[1] 즉 1인회사의 실체는 개인기업과 다르지 않기 때문에 주식회사로서의 설립 및 존속요건을 충족하기 위하여 여러 가지 측면에서 주식회사법을 왜곡·잠탈하는 수단을 강구하게 된다.[2] 이는 회사법의 이상과 실제가 일치하지 않기 때문에 발생하는 괴리의 한 현상이다. 명의주주·명의이사의 이용으로 인한 책임소재불명 및 회사소송의 남발, 가장납입에 의한 株金納入, 채권자보호의 문제, 회사의 조직과 운영에 관한 규제위반 등 회사법 전반에 걸쳐 문제가 발생할 수 있고 또한

1) 北澤正啓·酒卷俊雄, 「大小會社區分立法問題檢討」(ぎょうせい, 1985), 19面.

2) 菅原菊志, "一人會社", 「法學」 37卷 1号, 30面.

이러한 회사는 주주총회나 이사회도 개최하지 않으며, 주권도 발행하지 않고, 대차대조표도 공개하지 않는다.[3] 다수의 이해관계인의 존재를 전제로 하는 회사법의 규정이 준수될 수 없음을 의미하는 것이다.

원래 주식회사는 소유와 경영이 분리되며, 사원은 유한책임을 지고, 주식을 통하여 널리 자금을 조달하는 것을 특색으로 하는 기업형태이다. 그러나 1인회사는 주식회사라는 명칭을 사용하지만 그러한 특색은 없고 개인기업을 법인화 하여 주식회사가 갖는 사회적 신용과 유한책임의 특전 및 약간은 세제상의 이점을 향유하고자 하는 것이 그 목적이다.[4]

그리고 주식회사, 유한회사의 경우에는 사원이 물적유한책임만을 지기 때문에 1인회사를 인정할 경우 유한책임의 개인기업을 인정하는 결과가 되어 법인격을 남용하는 등 큰 문제를 야기할 수 있게 된다. 특히 1인회사의 경우에는 복수의 발기인을 전제로 한 상법규정이나 복수의 사원을 전제로 하는 상법 규정의 적용상 문제가 빈번할 것으로 예상되며, 법인격의 형해와 내지는 남용문제가 대두될 것으로 보인다.

본 연구에서는 1인 회사의 활성화 및 중소규모 회사의 활성화를 도모하고, 위에서 지적한 문제의 해결을 위하여 주식회사법을 중심으로 1인회사의 설립인정에 따르는 1인회사의 개념을 설정하고, 종래의 사단성과의 관계, 법인성 문제, 주주유한책임 문제 및 복수사원의 존재를 전제로 하는 규정의 배제 등 법률문제를 고찰하고자 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

---

3) 北澤正啓, “小規模閉鎖會社の立法(5)”. 「商事法務」 No.983, 258面.

4) 양동석, 「대소회사구분입법론」(법문사, 1995), 92면 ; 양동석, “韓國の一人會社とその設立論」조선대 「사회과학연구」, 제17집(1994), 62면.

본 연구는 우리나라의 2001년 개정상법상 인정된 주식회사 및 유한화의 1인회사 법리를 연구하여 이 제도가 활성화될 수 있는 방안을 찾는 것이고 예상되는 법적 문제점을 연구하는 것이다. 당연히 연구의 대상이 되는 것은 종래 설립 후에 인정되었던 1인 회사에 관한 논의를 전제로 하여 분석하는 것이며, 동 개정에 따른 설립에 있어서 법률문제이다. 본 연구는 제6장으로 구성하며, 각 장의 내용은 다음과 같다.

제1장은 연구의 목적 및 연구의 범위 그리고 연구의 방법에 관한 서술이다.

제2장에서는 1인회사의 의의와 일본, 미국, 독일 등 주요국가의 입법례를 고찰한다. 특히 1인 회사를 협의의 1인 회사뿐만 아니라 광의의 1인 회사개념을 전제로 파악하며, 종래의 1인 회사 인정론과 부정론을 비교 고찰하여 우리나라의 2001년 개정상법이 1인 회사를 인정할 수 있게 된 배경을 고찰한다.

제3장에서는 1인회사의 사단성, 즉 회사의 사단성 이론과 1인 회사의 관계를 고찰한다. 상법 제169조는 회사를 사단이라고 규정하고 있기 때문에 1인 회사도 당연히 사단이라고 해야 할 것이지만 상법은 합명회사나 합자회사의 경우에는 조합에 관한 규정을 준용하도록 하고 있기 때문에 1인회사의 본질을 파악하기 위하여 이에 관한 명확한 이론정립을 해야 한다. 따라서 종래 논의되었던 모든 본질론을 고찰한다.

제4장에서는 1인회사의 주주에 대한 유한책임론 특히 유한책임의 의의, 발전과정, 전제조건과 그 제한 등을 고찰한다. 주주는 그가 소유하는 주식의 인수가액을 한도로 회사에 대하여 출자의무를 부담할 뿐이고 그 외에는 회사 또는 회사채무자에 대하여 어떠한 책임도지지 않는다. 주주에게 유한책임을 인정하는 것은 주식회사의 중요한 원칙이지만 이것은 입법정책의 문제이고 절대적인 것은 아니다. 따라서 주주가 유한책임을 향유하기 위해서는 반드시 갖추어야 할 요건이 있고 이를 구비하지 못할 경우에는 유한책임을 인정할 수 없으므로 이에 관하여 논의하고자 한다.

제5장에서는 1인회사의 법률관계, 특히 복수사원의 존재를 전제로 하는 주식회사법 규정이 1인 회사에 적용될 것인가에 대하여 고찰한다. 특히 발기인과 발기인 조

합, 이사와 이사회, 주주총회와 그 결의, 주식양도의 제한 등 복수사원을 전제로 하는 많은 규정들이 여기에서 논의 된다.

그리고 제6장은 결론이다.

제2장 1인회사의 의의와 입법례

제1절 1인회사의 의의

1. 1인회사의 개념

1인회사(One-man Company)는 주주가 1인인 경우를 가리키는데 일반적으로 그 의미를 광의의 의미와 협의의 의미로 구분하여 고찰한다. 1인회사라는 용어는 법문상의 용어가 아니라 학설·판례에 의하여 사용되고 있는 개념이다.

협의의 의미로는 회사의 주식 또는 지분이 1인의 주주 또는 사원(자연인 또는 법인)의 소유에 속하고, 그 명의로 되어 있는 회사를 말하며 이를 순수한 1인회사라고 한다. 광의의 의미로는 회사의 주식 또는 지분이 복수의 주주 또는 사원의 명의로 되어 있지만, 실질적으로는 그 가운데의 1인의 소유에 속하고 다른 자는 말하자면 허수아비에 지나지 않는 회사로 실질적인 1인회사 또는 준1인회사라고도 한다. 법인격부인론과 1인회사의 관계를 최초로 판시한 사건으로 자주 인용되는 Salomon v. Salomon회사사건은 광의의 개념에 해당된다.[5] 이 경우에 어떠한 방법으로 모든 주식을 1인이 소유하게 되었는가 하는 점은 문제가 되지 않는다.

회사의 주식을 회사가 일부를 소유하고 잔여주식을 1인이 소유하는 경우도 1인회사라고 할 수 있다. 현재 형식적으로 복수의 주주가 존재하지만 사실상 그 중 1인이 대부분의 주식을 소유하여 실질적으로 회사를 지배하는 가족회사도 1인회사에 포함시킬 것인가 하는 문제가 있다. 가족 중에 자력이 있는 자가 가족명의를 사용하여 주식을 인수하고 납입한 때에는 가족의 동의여부와 관계없이 광의의 1인회사에 포함시켜야 할 것

5) 양동석, "1인회사의 설립과 유한책임의 제한", 「비교사법」 8권 1호(비교사법학회, 2001), 671면; 김재형, "1인회사에 관한 연구", 박사학위논문(조선대학교 대학원, 1996), 8면.

이다. 타인의 명의를 사용하여 주식을 인수하고 납입한 때에도 같다고 본다. 그러나 대주주 이외의 가족이나 타인의 지주수가 근소하다고 하여 1인회사의 예외가 인정되어서는 안된다고 할 것이다.[6] 광의의 1인회사나 협의의 1인회사를 이용하는 목적이나 소수가 회사의 모든 경영을 장악하고 지배하기 위해 설립되며, 회사의 실권이 1인에게 집중된다는 점에서 구별의 실익은 별로 없다.[7]

1인회사는 형식적으로 회사(법인기업)지만, 실질적으로는 그 구성원인 1인회사의 개인기업에 지나지 않는다. 그러므로 1인회사는 법인인 회사기업과 자연인인 1인사원의 개인기업의 두 얼굴을 가진 양면괴물이다. 1인회사의 단독사원은 Cadaldo교수가 지적한 것처럼 Janus와 같아서, 한편으로는 법인화된 기업을 구성·대표하고, 다른 한편으로는 하나의 기업을 대표한다.[8]

1인회사는 이론적으로 모든 회사에 관하여 발생할 수 있다. 그러나 인적회사에 있어서는 무한책임을 지는 사원이 있으므로 그것이 그다지 문제로 되지 아니한다(상법 227조 3항, 269조 참조). 따라서 1인회사가 특히 문제로 되는 것은 사원이 유한책임의 개인기업을 인정하는 것과 다름없으므로, 1인회사를 둘러싼 문제는 바로 여기에서 발생한다.

1인회사의 단독사원은 법인인 회사를 완전히 지배하고 법인의 현상과 능력에 관하여 우월한 지식을 가지고 있으므로 이를 조작할 소지가 많다. 따라서 Douglas 미국연방대법관이 갈파하였듯이 법의 모든 경험에 있어서 1인회사보다 더한 「사기의 다산자」(a prolific breeder of fraud)는 없는 것이다.[9] 그리하여 1인회사의 적법성을 인정할 수 있는가, 이를 인정한다면 그 경우에도 1인사원에게 유한책임의 혜택을 부여할 것인가, 또 회사의 내부운영에 관하여 1인주주에게 광범한 행동의 자유를 인정하여도 좋은가 등등이 문제된다.

---

6) 최기원, 「상법강의(상)」(박영사, 2004), 476면.

7) 이균성, "1인회사", 「고시계」(1982. 5), 12-13면.

8) Cataldo B.F., "Limited Liability with One-man Companies and Subsidiary Corporations", 18 Law & Contempt. Prob. 473, at 482(1959).

9) Justice Douglas, in Pepper v. Litton, 308 U.S. 295, 313 note(1939).

2. 1인회사의 인정론과 부정론

1인회사의 인정여부에 관하여 한때 이를 부정하는 견해도 있었으나 우리나라에서는 인정하는 입장이 통설이었고, 전술한 바와 같이 2001년 상법개정을 통하여 주식회사와 유한회사의 1인회사를 입법적으로 인정하고 있는 실정이다. 일본에서도 한때 田中誠二 교수와 같은 부정설을 취하는 학자도 있었으나 나중에 인정하는 입장으로 바뀌었고, 인정설이 통설로 유지되어 오다가 1990년에 상법 및 유한회사법의 개정을 통하여 주식회사와 유한회사에 한해서 1인회사의 설립을 입법화하였다. 그 외에 다른 외국의 많은 입법례도 후술하는 바와 같이 직접·간접으로 1인회사의 유효성을 인정하고 있고 나아가서 1인회사의 설립 자체를 명문으로 규정하고 있다. 따라서 1인회사의 인정여부에 관한 논의는 이미 의미가 없다고도 할 수 있다. 그러나 일본에서는 田中誠二 교수의 부정설을 구1인회사부정설이라고 하면서 새롭게 신1인회사부정설(해석론)이 대두되고 있다. 우선 인정설과 부정설의 논거를 각각 살펴보고, 신1인회사부정론(해석론)에 대해서 살펴보기로 한다.

(1) 1인회사 인정론

1) 종래의 상법상 합명회사는 설립요건으로 2인 이상의 사원을 요구하며(상법 178조), 그 존속요건으로서도 2인 이상의 사원이 필요하므로 사원이 1인으로 된 때에는 해산사유로 정해져 있다(227조 3항). 합자회사 및 유한회사의 경우도 해산사유로서 합명회사의 해산사유를 준용하고 있어(269조, 227조 3항, 509조 1항) 합명회사, 합자회사, 유한회사는 1인회사가 존재할 여지가 없게 되어 있다. 그러나 주식회사의 경우는 다른 회사와 달리 설립요건으로 발기인의 수를 제한하고 있지 않아 주주가 1인으로 되더라도 해산사유가 되지 않았다(517조 1항).

2) 주식회사는 주주의 조합이 아니라 사원권이 물화된 하나의 제도[10]로서 회사재산이 회사의 실체를 이루는 자본중심의 회사(물적회사)이다. 따라서 사원의 수나

10) Würdinger, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4 Aufl., 1981, S.6.

개성은 중요하지 않고 사단법인성이 강하여 회사의 재산과 사원의 재산이 법률적으로 완전히 분리되어 회사재산만이 회사채무에 대하여 유일한 책임재산이 된다. 그래서 사원이 1인이 된 때에도 회사의 재산과 기업의 조직은 그대로 존속하므로 기업의 유지는 가능하고 사원이 1인이 되었다고 하여 특별히 회사채권자의 이익이 침해되지 않는다.

3) 주식회사의 주식은 자유로이 양도할 수 있는 바(335조 1항), 이러한 주식의 자유양도성으로 인해 회사의 전주식이 1인에게 귀속될 수도 있고, 또 다수인에게 양도될 수 있다. 즉 1인회사는 잠재적으로 사단성이 유지된다.[11]

4) 기업유지면에서 볼 때 1인회사를 유지존속시키는 것이 사회적·경제적으로 바람직하다. 즉 협의의 1인회사를 사단성이론 때문에 금지하는 것은 훨씬 더 고차원적인 기업유지이론에 반할 뿐만 아니라 경제현실을 무시한 조치이다.

5) 회사가 무기명주식을 발행하거나 기명주식을 백지배서 또는 백지양도증서에 의하여 양도하는 경우에는 그 회사가 외부적으로 1인회사가 되었는지를 알 수 없으므로 회사의 해산시기가 불명확하다.

6) 주식회사의 실체는 복수인의 결합이라기보다는 오히려 기업자본의 기능적 통일체이다. 즉, 기업자본이 집중된 물적영리사단법인인 주식회사의 주주는 개성없는 유가증권화한 주식으로 표창되어서 주주의 수의 개념보다는 주식의 수로 전환되었으므로 주주평등은 주식평등으로 바뀌었다. 따라서 주주의 수가 1인으로 된 것은 다만 주식이 집중된 것에 불과하므로 1인회사가 주식회사의 희박해진 사단성에 비추어 크게 문제가 되지 않는다.

7) 민법 제77조 제2항 제2호에 의하면 비영리사단법인에 있어서는 사원이 없게 된 때만을 해산사유로 하고 있으므로 이를 유추적용 할 수 있다. 이는 사단성의 대표적인 영리사단인 주식회사의 자본단체의 특수성이 일반사단성에 우선한다고 할 수 있다.

8) 주주권의 본질에 관하여 의결권 등의 공익권보다는 이익배당청구권과 같은 자익권을 본위로 하는 주식채권설의 입장을 취하게 되면 1인회사는 성질상 특별한

---

11) Herbert Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, C.H. Beck Verlag, München, 1980, S.6.

문제가 되지 못한다.

9) 1인회사는 기업의 양도를 용이하게 하기 때문에 기업의 유지를 가능하게 하고 기업내의 어떤 부분을 개별의 회사로 하여 그 책임을 한정하기에 용이하며 기업위험을 분산하여 경영합리화를 도모하기에 유리한 바, 자회사를 설립하는 경우에 모회사에 의한 발행주식총수의 소유를 용이하게 하며,[12] 다국적기업의 경우 외국의 지점을 독립된 회사로 하여 법 적용상의 이익을 받기에 용이하다.

10) 주식회사의 유한책임제도는 주주의 수와는 관계가 없는 바, 가령 주주가 1인이라도 실질적으로 그 1인주주로부터 독립된 회사재산의 존재가 인정되는 한 회사채권자를 해할 염려가 없는 반면, 설령 주주의 수가 많다고 하더라도 주주와 회사의 재산구분이 불투명하게 되는 경우에는 회사의 사단성은 부인되고 회사채권자를 위하여 보호조치로서 주주에게 무한책임을 지워야 하기 때문에 주식회사의 본질적 특성인 유한책임 제고의 입장에서 보면 1인회사의 존립은 문제될 것이 없다.[13] 이는 전주식이 1인의 주주에 귀속되는 1인회사의 존립을 부정하여 주식회사의 재산과 주주의 개인재산이 결합하여 두 재산이 모두 회사채권자의 이용채권자에 대한 공동담보가 된다면 회사채권자에게 손해를 주게 된다.

11) 독일의 일부 학자 중에는 「기업자체(Unternehmen ansich)」사상을 논거로 들고 있으며, 우리나라 학자 중에도 이와 같은 입장을 취하고 있는 학자들이 있다. 기업자체사상이란 1920년대 독일에서 발생한 학설로서 기업은 공익적 성질을 가지므로 그것을 구성하는 법률적 지반(사원)을 떠나 독립적 존재로서 또한 국민경제적 입장에서 보호·유지되어야 하며, 의결권 기타의 주주권 행사는 기업의 유지·번영을 위하여 행사되어야 한다는 이론으로서 주식회사의 공공기관적 성질에 부합하고 다분히 전제주의적인 색채를 가진 사상이라 볼 수 있다.[14]

12) 주주의 성명과 주소는 정관의 기재사항이나 등기사항이 아니므로 제3자는 주주의 원수를 알 수 없다. 특히 무기명주식을 발행한 경우는 주주의 원수를 파악

---

12) Hueck, Das Rechts der offenen Handelsellschaft, 2. Aufl.(1951), SS.285, 325.

13) Herbert Wiedemann, op.cit., S.7.

14) 이용구, "1인회사와 법인격부인법리", 「최해태화갑기념학술논총」, 경남대사회과학연구소 (1969), 225면.

한다는 것은 사실상 불가능하다. 그럼에도 불구하고 1인회사를 인정하지 않는다면 오히려 거래의 안전을 해치게 되는 결과를 가져올 것이다. 즉, 1인회사의 채권자는 존재하지 않는 회사에 대하여 소를 제기함으로써 그로 인한 비용만을 부담하게 될 위험이 따르게 된다.[15]

13) 1인회사의 남용에 대해서는 법원의 해산명령에 의한 해결, 또는 법인격부인 이론을 이용한 해결이 용이하다.[16]

14) 1인회사의 금지는 실효성이 없다. 즉, 1인회사를 금지해도 명의주주를 이용하여 얼마든지 복수주주를 가장할 수 있으므로 법률상 1인회사를 인정하지 않을 수 없다.

(2) 1인회사 부정론

1) 일본의 田中誠二 교수가 주장했던 1인회사 부정론의 근거로서 ① 회사는 사단이므로 사원이 1인으로 되면 당연히 해산해야 한다는 것, ② 합명회사, 합자회사, 유한회사가 사원이 1인으로 된 것을 해산사유로 삼고 있는 것은 당연한 규정이며 주식회사의 해산사유 중에 이 내용이 누락되었다는 이유만으로 주주가 1인이 되어도 해산하지 않는다는 반대해석은 부당하다는 것, ③ 만일 주주가 1인으로 되어도 해산하지 아니하고 오직 주주가 없게 되었을 때만을 해산사유로 삼기 위해서는 민법상의 공익법인에 대하여 사원이 없게 된 때를 해산사유로 삼는 규정을 둔 것과 같이 주식회사의 해산사유로서 적극적으로 규정함으로써 사단성의 예외인 것을 분명히 하여야 한다는 것, ④ 또한 만약에 법이 1인회사를 인정하였다면 그 경우의 주주총회·의결권행사 기타에 관하여 특별규정을 두어야 할 터인데 그 같은 규정은 현행 상법상 존재하지 않는다는 것, ⑤ 1인회사의 제도가 기업유지상 유익하다지만 1인이 유한책임의 제도를 악용할 소지가 대단히 크다는 것, ⑥ 주권의 양도가 자유이므로 주주의 수를 알기 어렵다지만 주주명부와 주권공탁에 의하여 주주 수를 알 수가 있다는 것 등을 들어 부정

15) 최기원, 전게서, 478면.

16) 이균성, 전게논문, 15면.

설의 입장을 견지하다가 이후 인정설의 입장으로 바꾸었다.

2) 최근에 일본에서 제기되고 있는 신1인회사부정설(해석설)[17]의 논거는 다음과 같다. ① 사단법인은 2인 이상으로 조직된 단체를 법인으로 인정한 것이고, 또 회사는 사단이라고 한 상법 제169조는 복수인의 결합이라는 취지를 명확히 하고 있는 것이기 때문에 사원이 1인이 될 때는 해산원인으로 이해하는 것은 당연하다. ② 합명회사에 있어서 사원이 1인으로 될 때 해산원인으로 정하고 있는 것은 당연한 임의적 규정이고, 민법의 공익법인에 있어서 사원이 없는 것을 해산원인으로 하고 있는 것은 공익법인을 가능한 한 존속시키기 위한 정책적인 예외규정이다. 따라서 「합명회사에 있어서 사원이 1인으로 된 것을 해산원인으로 정하고 있는 상법 제227조 제3항의 반대해석으로서, 이와 같은 규정이 없는 주식회사에 있어서는 사원이 없는 것을 해산원인으로 해야 한다」는 인정설의 논거는 사단법인의 해산원인으로서 당연한 주의적 규정에 지나지 않는 상법 제227조 제3항에 특별한 의미를 부여하는 것은 올바르지 않다. 오히려 1인회사가 사단법인으로서의 뚜렷한 예외적·변태적 제도라는 것에 비추어 볼 때 민법의 공익법인의 경우와 같이 주주가 없는 것을 해산원인으로 하는 취지를 명백히 하여 정하여야 하는 바, 이것을 흠결하고 있는 현행법 아래서는 해석론으로서 1인회사를 부정하는 것은 당연하다. ③ 만약 1인회사를 인정하게 되면 그러한 경우의 주주총회·의결권행사 등에 대해 특별규정을 두어야 하는데, 그와 같은 규정이 현행법에서는 어디에도 없다. 이러한 점으로 보더라도 1인회사의 존재를 인정할만한 현행법상의 명백한 근거가 없다. ④ 제도의 사회적 작용의 실질적인 고찰로부터 보더라도 1인회사가 기업유지에 도움이 되는 유익한 작용을 가진 경우도 있지만, 자연인인 개인이 유한책임제도와 세법상의 이익을 향수하려고 하거나 또는 모회사가 명의상 자회사를 설립하여 경리상 유리한 처리를 하기 위한 교활한 목적에 악용되는 폐해도 커서 1인회사를 장려하는 듯한 입법해석은 결코 해서는 안된다. ⑤ 1인회사인정설은 「기명주권의 경우도 양도의 경우에 해산의 발생이 불명한 까닭에 1인회사를 긍정해야 한다」고 주장하지만, 주주자격은 주주명부만에 의해 판단해야 하고, 회사는 명의개서에 의해 판단

17) 井上和彦,「1人會社論」(東京:中央經濟史, 1993), 77面.

하면 족하기 때문에 그러한 문제는 생각할 필요가 없다. ⑥ 이탈리아 민법 제 2362조 및 제2497조 제2항은 회사의 지불불능의 경우 주식이 다만 1인에게 귀속하고 있는 것이 분명한 시기에 발생한 회사채무에 대하여 이 자가 무한으로 책임을 지게 하고 있다.[18] 동법 제2362조 및 제2497조 제2항을 받아들여 1인주주에게 책임을 지게 함으로써 1인회사의 문제와 법인격부인의 법리의 문제를 상당 부분 해결할 것으로 생각한다. 그러나 이를 받아들일 때까지는 법인격부인의 법리로 해결하지 않으면 안된다. 법인격부인의 법리는 1인회사라는 것을 형해화 시키고 남용하게 되는 원인이 되고 있다. ⑦ 1인주주에게 1인회사의 책임을 지게 하는 것은 입법·해석을 목적으로 하는 '1인회사1인주주무한책임론'을 전개하는 것이 곤란하게 된다. ⑧ 완전자회사에게 모회사의 책임을 지게 하는 입법·해석을 목적으로 하는 '완전자회사책임론'을 전개하는 것이 곤란하게 된다. ⑨ 각국의 입법례를 종합적으로 비교하여 보면 일반적으로 출자자의 최저수가 감소하는 경향(미국, 독일, 일본)과 여전히 주식회사에 있어서는 복수의 주주를 요구하는 경향(영국, 프랑스, 이탈리아, 스페인, 멕시코, 아르헨티나, 브라질), 유한회사에 있어서는 1인으로도 가능하다는 경향(유럽제국, 베네수엘라)이 있다. 즉, 대규모회사에서는 복수의 주주를 요구하고 소규모회사에서는 수수의 사원을 요구하는 경향이 있다. 그렇다면 주식회사 및 유한회사에 있어서는 주주·사원이 1인으로 된 때를 해산원인으로 해야 하고, 오히려 합명회사 및 합자회사에 있어서는 사원이 1인으로 되는 것은 해산원인으로 해서는 안된다. 즉, 주식·유한 1인회사부정설(해석론)과 합명·합자 1인회사인정설(입법론)이 정당하다. ⑩ 프랑스에서는 유한회사에 있어서 1인회사의 설립이 인정되고 있지만, 많은 제한이 가해지고 있다.[19] 예를 들면, 자연인이 복수의 1인회사의 사원으로 되는 것은 금지하고 있다.

회사채권자의 보호를 실효성 있게 하려면 복수의 자가 설립에 관여하는 것이 유

---

18) 井上和彦,「法人格否認の法理」(東京:千倉書房, 1985), 64-77面.

19) 프랑스에 있어서는 주식회사의 주주수는 최저 7인을 필요로 하지만(프랑스회사법 제73조), 근래 유한회사에 대해서 1인회사의 설립이 인정되었다(1985년 7월 11일 법률 제85-697호). 그리고 전지분이 단독사원에게 집중되더라도 재판소가 명했던 해산에 관한 민법 제1844-5조는 적용되지 않는다.

용함을 과대시하거나 단순히 허수아비뿐인 자의 상호견제에 기대하여 1인회사를 부정적으로 생각할 필요는 없다. 주식회사의 신용의 기초는 얼마만큼의 자본이 집중되어 있는가 하는 물적인 면에 있지 주식이 얼마만큼 다수의 사람에게 귀속되어 있는가 하는 인적인 면에 있는 것이 아니다.[20] 즉, 회사채권자보호를 꾀함에는 책임을 지는 자의 복수성을 고집하는 것보다도 위험을 피할 수 있는 상당액의 자본의 출처의 보호를 꾀하고, 발기인·원시사원설립에 관한 책임의 범위를 강화하는 것에 그치지 않고 설립시의 이사·감사에게도 설립책임을 지게하며, 더욱 더 회사재산과 개인재산과의 준별 등을 고려하는 방법이 보다 효과적이라고 생각된다. 또 1인주식회사의 설립부정설의 논거 중 발기인의 주식인수는 자격존속의 요건이 아니라 단순한 의무로 하고 원시주주 7인 이상을 요구하는 설도 있었다. 이는 그렇게 함으로써 설립의 안전·회사채권자의 보호를 위해 적합하다는 것이지만, 원시주주를 7인으로 해야 할 실질적 이유가 없고 7인이 아닐 때 생기는 폐해를 생각하지 않은 발상이며, 이를 절대적으로 요구하고 있는 것으로 이해해야 하는 규정상의 근거도 없었다. 발기인이 1인이더라도 회사의 설립과 운영에 충분한 금액을 납입하면 족하기 때문에 7인을 두면 회사의 설립이 확실하게 된다고 말할 수는 없고, 또 회사성립 후에는 7인 이상의 주주를 요구하고 있는 것이 아니기 때문에, 7인을 두면 사단성 실체를 구비한다는 주장은 모순이라고 밖에 볼 수가 없다. 회사성립 후의 1인회사의 존재를 인정하는 입장을 취하면, 그것을 추진시켜 1인회사의 설립도 인정할 수 있다고 생각된다.[21] 민법상 사단법인은 사원이 부족하지 않는 한 즉, 사원이 1인으로 되어도 해산하지 않지만(77조 2항), 상법상 주식회사를 제외하고 사원이 1인으로 되면 해산한다고 하고 있다(227조 3호, 269조, 609조 1항 1호). 그러나 이 회사는 해산하여 청산관계에 들어가면 1인회사로 존재한다. 따라서 후발적 1인회사의 해산 후의 존재를 인정하면 설립단계에 있는 원시적 1인회사의 존재를 인정하는 것이 당연하다고 생각된다. 법인의 설립은 순간적 현상이고, 법인의 존속은 계속적 현상으로 법인의 존속에 단독사원을 인정하는 것에 더하여 설립에 대해서도

20) 加藤勝郎, "1人會社の法人性と社團性", 「專修法學論輯」 第55·56合併號(1992. 2), 77面.

21) 加藤勝郎, 前揭論文, 78面.

인정하는 것이 당연할 것이다.[22]

1인회사설립을 부정하는 설은 처음부터 1인회사와 계속되는 원시적 1인회사의 부당성을 문제로 한다. 즉, 회사설립 후에 1인회사로 된 후발적 1인회사가 적법하다고 해석되는 것은 주식회사의 경우 주식양도에 의해 주주가 복수로 될 수 있는 가능성 즉, 1인회사로 되지 않을 가능성이 있기 때문이지만 처음부터 일관하여 원시적 1인회사로 설립하고, 더 나아가 존속으로 이어지는 경우까지 인정하는 것은 기업채권자에 대한 책임재산을 개인이 자유롭게 분별하는 것을 인정하는 것으로 부당하고, 또 개인기업간에 균형을 잃은 것으로 된다는 식이다. 그러나 기업채권자에 대한 책임재산을 개인재산과 구별·한정하는 것은 후발적 1인회사를 긍정하는 이상 이미 인정되고 있는 것이고, 원시적 1인회사를 인정하는 것에 의해 새롭게 발생하는 문제는 없으며, 애초부터 원시적 1인회사를 일시적인 것인가 영속적인 것인가로 구별하는 것은 어렵다. 또 회사채권자의 입장에서 보면 유한책임을 인정하는 실질적 근거는 현재의 복수의 사원이 존재하고 있다는 사실이 아니고, 회사채권자를 위한 담보재산이 사원의 개인재산으로부터 명확히 분리되고 있는지의 여부에 있다는 견해도 있다. 이는 1인회사가 긍정되는 것은 실질적으로 그것이 단체성이 있기 때문이 아니라 회사채권자에 대한 회사의 책임재산이 개인재산으로부터 독립하고 있기 때문이라는 것이다.

1인회사에 의한 세법상 이익의 향수가 1인회사부정설의 근거로 들어지고 있다. 실질적으로 개인기업과 같은 1인회사가 조세부담의 면에서 개인기업보다도 유리하다는 것의 당부가 문제이다. 이는 조세부담의 공평과 법인기업의 보호라는 두가지의 요청을 어떻게든 조화시킬 것인가 하는 조세정책상의 문제이다. 실제로 법인기업이 개인기업보다도 조세부담면에서 유리하기 때문에 소수 영세기업도 회사형태를 취함으로써 방대한 수에 달하고 있는 것은 주지의 사실이다. 1인회사의 시점으로부터도 해결을 요하는 것은 있지만, 조세부담에 관한 세법상의 문제이기 때문에 여기서는 다루지 않기로 한다.

일본의 菅原菊志교수는 구1인회사부정설의 한가지인 「제도의 사회적 작용의 실

22) 乾政彦, "單獨社員の法人", 「法協」第 45卷 第8號, 37面.

질적 고찰로부터 보더라도 1인회사가 기업유지에 도움이 되는 유익한 작용을 가진 경우도 있지만. ① 자연인인 1개인이 유한책임제도와 세법상의 이익을 향수하려고 하거나 또는 ② 모회사가 명의상 자회사를 설립하여 경리상 용이한 처리를 하기 위한 교활한 목적에 악용되는 폐해도 커서 1인회사를 장려하는 듯한 입법·해석은 결코 해서는 안된다」고 하는 이유에 대해서 다음과 같이 비판하고 있다.

우선 ①에 대해서 '오늘날 대부분의 국가에서는 조세에 대한 지위는 개인기업과 법인기업이 일본과는 역으로 되어있다. 예를 들면 독일에 있어서는 이중과세의 제도에 의해 법인기업은 비법인기업보다도 조세의 면에서 불리한 취급을 받고 있다' 고 한다. ②에 대해서는 '그것은 모자회사간에 발생하는 폐해이고, 특히 1인회사에 한하지 않는다. 오히려 이 폐해는 콘체른관계회사에 있어서 감사제도 및 계산서류제도의 개선·정비, 특히 연결대차대조표제도의 채택 등에 의해 개선되어야 한다' 고 한다. 그러나 모회사가 명의상 자회사를 설립하여 경리상 편리한 처리를 하려고 하는 교활한 목적에 악용하는 폐해는 특히 1인회사에서 일어나기 쉽다. 또 자회사가 도산해버리는 경우, 콘체른관계회사에 있어서 감독제도 및 계산서류제도의 개선·정비, 특히 연결대차대조표제도의 채택 등에 의해 개선될 수 없는 경우가 많다. 따라서 菅原菊志교수의 비판은 약간의 문제가 있는 것으로 보인다.

3. 우리나라 2001년 개정상법상 1인회사

2001년의 개정 전 상법에 의하면 주식회사를 설립하려면 3인 이상의 발기인이 필요하였고, 각 발기인은 주식을 인수해야만 하였으므로, 설립시에는 3인 이상의 주주가 필요하였다. 종래에 발기인을 3인 이상으로 한 것은 회사의 설립을 신중히 하고 복잡한 설립절차에 대한 책임을 부담하는 자를 다수인으로 하기 위한 것이었다.[23] 그러나 실제에 있어서는 발기인은 형식적으로 정관에 기명날인 또는 서명한 자를 말하고 특별한 능력이 요구되지 않았으며, 모든 발기인이 설립에 참여하지도

23) 최기원, 전게서, 477면.

않았기 때문에, 발기인의 수가 3인 이상이라는 설립요건을 구비하는 것은 용이하였다. 그리하여 명의만을 대여한 발기인이 존재하게 되고 이는 발기인에 대한 책임추궁 및 권리의 귀속을 둘러싸고 분쟁의 소지가 될 뿐이었다. 그 결과 개정상법은 복수사원의 존재를 강제하는 것이 무의미하다고 판단하여 사원의 원수에 대한 제한을 폐지한 것이다.

2001년의 개정상법은 주식회사의 발기인의 원수의 하한(3인 이상)에 관한 규정을 삭제하고 1인의 발기인에 의한 주식회사의 설립을 가능하게 하였으므로, 1인회사를 설립할 수 있게 되었다(288조). 유한회사의 경우도 1인의 사원에 의한 설립이 가능하게 되었으므로(543조 1항), 유한회사의 경우 해산사유였던 "사원이 1인이 된 때"라는 규정을 삭제하였다.

이러한 방식을 택한 이유는 상법상의 회사는 사단이라고 하는 규정(169조)과의 저촉을 피하기 위한 것이지만, 그럼에도 불구하고 여전히 회사의 사단성에 반한다는 문제가 없는 것은 아니다. 그러나 이는 사원자격이 물화되어 주식 또는 지분이 사원의 지위 또는 자격을 의미하는 주식회사와 유한회사에 있어서는 복수사원의 존재는 주식 또는 지분의 복수를 의미한다고 할 수 있으므로 회사의 사단성은 인정된다고 할 것이다.[24]

제2절 1인회사의 입법례

1. 일본

종래까지는 1인회사에 관해 일본상법 및 유한회사법은 우리 상법과 비슷하였으나, 1990년의 상법 및 유한회사법의 개정에 의해 주식회사에 있어서는 1인의 발기인에 의해 유한회사에 있어서는 1인의 원시사원에 의해 회사를 설립할 수 있다고 하는 1인회사설립이 인정되었다. 즉, 종래 주식회사의 설립에는 최저 7인의 발기인이 필요하다고 한

24) 최기원, 전게서, 477면.

것은 단순히 발기인이 정관을 작성해야 하는 취지로 개정되었다. 또 사원이 1인으로 된 것을 해산원인으로 한 종래의 유한회사법 제69조 제1항 제5호는 삭제되었다. 발기인 및 원시사원의 수에 관한 문언의 삭제에 의해 1인의 발기인 또는 원시사원에 의해 회사를 설립할 수 있는 것이 명확하게 되었던 것이다. 주식회사에 대해서는 상법 제404조 제1호, 제94조 제4호로부터 주주의 복수의 존재를 회사의 존속요건으로 하지 않음으로써 회사구성 후의 1인회사 즉, 후발적 1인회사의 존재는 인정된 것으로 해석하고 있으므로 설립당초부터의 1인회사 즉, 원시적 1인회사의 설립의 승인에 의해 1인회사는 전면적으로 그 적법성을 얻게 되었다. 유한회사에 대해서도 원시적 및 후발적 1인회사의 존재가 동시에 인정되게 되었던 것이다.

설립당초부터 1인회사의 설립을 인정함에 있어서 개정상법은 발기인은 1인으로 족하다는 명문규정을 적극적으로 두는 형식을 취하지 않고, 단순히「주식회사를 설립하기 위해서는 발기인이 정관을 작성함을 요한다」(69조)고 함으로써 발기인수의 하한의 제한을 설정하지 않은 형식을 취하였다. 이는 종래의 유한회사법과 똑같은 규정형식이지만, 유한회사에 관해서는 사원이 1인으로 된 경우를 해산원인으로 하는 취지의 규정이었기 때문에 이를 삭제하고 유한회사에 대해사도 1인회사의 설립을 인정하고 있다.

2. 영국

영국에 있어서는 종래 회사사원의 수를 사회사법(Private Company)에는 2인 이상, 공회사법(Public Company)에는 7인 이상을 필요로 했지만, 1985년 회사법에 모든 회사에 있어서 2인 이상으로 하였다(영국회사법 1조).[25] 또 사원이 1인인 채 6개월 이상 영업이 계속되고, 또 그와 같이 1인이 된 상태를 알면서 영업을 계속한다면 그 이후의 회사채무에 대해서 그 1인사원은 회사와 연대무한책임을 지게 된다(동법 24조).[26] 이는 후술하는 이탈리아 민법 제2362조 및 아르헨티나 회사법 제94조 제8호와 유사한 규정이고, 법

25) Companies Act 1985, London Her Majesty's Stionery Office, p.1.

26) Companies Act 1985, p.3.

인격부인의 법리를 입법화 한 규정이라 볼 수 있다. 영국은 판례를 통해 1인회사가 인정되어 오던 것이 회사법으로 확립되었으며, 이는 우리나라의 소규모폐쇄회사에 해당하는 사회사에서 많이 발생하고 있다는 점에서 광범위하게 1인회사가 인정되고 있다고 할 것이다.

3. 미국

미국에서의 1인회사는 법인격부인론과 연관하여 판례로서 발전되었다.[27] 미국 각 주의 회사법은 전통적으로 3인의 설립자를 필요로 하였지만, 폐쇄회사의 출현을 계기로 회사제도가 소수의 주주로 구성되는 판이한 성질의 기업에 의하여 이용되기에 이르렀고, 적극적으로는 1인회사와 같은 단체의 이론과 배치되는 듯한 현상이 발생되었다. 이러한 문제를 극복하기 위하여 법규를 수정할 수밖에 없었고, 이에 1인회사를 인정하는 입법을 살펴보면 Iowa, Maine주는 종전부터 이를 인정해왔으며, 1950년대에 들어와서는 Kentucky, Wisconsin주가 이를 인정하였고, 1950년에 입법되어 1984년까지 수차에 걸쳐 개정된 모범회사법(Model Business Corporation Act)이 1962년에 1인회사를 인정하자 이에 영향을 받은 많은 주가 1인회사를 인정하게 되었다.[28] 이와 같이 미국에서는 폐쇄회사를 중심으로 1인회사를 광범위하게 인정하고 있고, 현재 계속해서 1인의 설립자로도 회사의 설립이 가능하게 하는 주들이 늘고 있는 추세이다.[29]

4. 독일

---

27) Louisville Banking Co. v. Eisenman, 94ky. 83,88, 2iS.W. 531, 532(1893) 등.

28) Iowa Code §8340(1935); N.Y. Bus. Corp. Law §401(1973); Model Bus. Corp. Act Ann. §2.01.

29) Harry G. Henn Handbook of the Law of Corporations and Other Business Enterprises, Second Edition, Hornbook Series, West Publishing Co., St. Paul, Minn., p.219.

독일의 회사형태는 인적회사로서 민법의 조합, 합명회사, 합자회사, 익명조합, 선박공유가 포함되며, 자본회사에는 주식회사, 주식합자회사, 유한회사 등으로 나누어 볼 수 있다.[30] 위와 같은 회사에 있어 합명회사, 유한회사, 주식회사, 그 외에 유한합자회사 등에 걸쳐 1인회사를 광범위하게 인정하고 있다. 이는 회사의 사단성에 구애되지 않고 널리 기업조직의 이념을 구현하기 위한 것이라 볼 수 있다.

첫째, 주식회사의 경우 1인 이상의 발기인에 의해 설립할 수 있도록 1994년 주식법이 개정되었다(독일주식법 2조).

둘째, 유한회사의 경우 1980년에 유한회사법이 개정되어 단독의 발기인에 의한 설립이 가능하게 되었다(독일유한회사법 1조).[31]

셋째, 인적회사인 합명회사에 있어서도 1인회사를 인정하고 있다. 즉, 합명회사의 설립에 있어서는 2인 이상의 사원이 존재하여야 하지만(독일상법 105조 2항 참조), 해산원인으로 「사원이 1인으로 된 때」를 규정하고 있지 않다.

넷째, 회사의 형태 중에서 유한합자회사의 경우가 가장 널리 이용되고 있는데, 이는 유한회사가 합자회사의 무한책임사원으로 등장하는 등 자본회사가 인적회사와 통합하여 그 1인이 합자회사의 유한책임사원이 되는 때는 1인유한합자회사가 성립될 수 있는 것이다.

5. 프랑스

프랑스에서는 법인인 회사의 경우에 있어서는 1인회사의 존속을 널리 인정하여 오다가 개인기업에게도 명확하게 법적 지위를 주기 위하여 1인회사의 설립을 인정하는 법률을 제정하였다. 1985년 7월 11일 법률 제85-697호로 이 법이 시행되기 전에는 법인기업인 주식회사, 유한회사 등의 기업조직이 제도화되어 있는 것과는 달리 개인기업에 대해서는 아무런 고유의 법제도가 정해져 있지는 않았다. 이에 기업가는 명목상의 사원과

30) Ulrich Eisenhart, Gesellschaftsrecht, C.H. Beck Verlag, München, 1978, S.7f.

31) Marcus Lutter, GmbH-Gesetz, Carl Heymenns Verlag, Köln, 1980, p.27.

함께 유한회사 또는 주식회사를 설립하고 기업재산과 개인재산의 분리를 제도상 확보함과 동시에 법인기업의 경영자에게 인정된 세제 및 사회보장제도상 유리한 지위를 누리려는 경우가 많았다. 이리하여 실질상의 1인회사가 주식회사와 유한회사의 대부분을 차지하게 되었다. 이와 같은 법과 현실의 괴리를 좁히고 책임에 있어 기업재산과 개인재산의 분리를 확보함으로써 개인기업에 고유의 법적 지위를 부여할 필요성이 지적되고 있었던 것이다. 결과 1985년법에서는 개인기업에게 고유의 법적 지위를 목적으로 유한책임의 1인기업이라는 명칭을 사용하여 1인회사를 제도화하게 되었다.

6. 이탈리아

이탈리아에 있어서는 민법상 1인회사의 1인주주의 책임 규정이 있다. 즉 민법 제2362조는 1인회사에 대해서 「회사의 지불불능의 경우 주식이 1인에게 귀속된 경우에 생긴 회사의 채무에 대하여 그 1인주주는 무한책임을 진다」라고 규정하고 있다. 이는 법인격부인의 법리를 입법화 한 것이라 볼 수 있다. 전술한 영국 및 후술하게 될 아르헨티나와 비슷한 규정으로, 설립시에는 2인 이상의 출자자가 요구되고 있다(이탈리아민법 2247조). 주식회사에 있어서도 복수성의 흠결은 무효의 원인이 된다(동법 2332조 1항 8호). 이와 같이 설립에 있어서는 복수사원을 요구하지만, 설립 후에는 1인회사를 전제로 하고 있으며 다만 1인주주의 책임을 명백히 하고 있을 뿐이다.

7. 기타

스페인에 있어서 주식회사의 발기인의 최저원수는 3인이다(스페인상법 10조). 그리고 1인주주에게 전주식이 집중되어도 해산되지 않는다. 왜냐하면 1인주주에게 전주식이 집중되어도 명목상의 주주를 참가시키면 간단히 회유할 수 있기 때문이며, 또 새로운 주주의 참가에 의해 정상적인 상태가 회복될 가능성이 있기 때문에 회사를 해산시키는

것은 바람직하지 않기 때문이다(la sent. d 3 de octuber de 1955 y Res D.G.R. de 11 de abril de 1945). 그러나 예를 들어 1인주주에게 전주식이 집중되어 있어도 해산을 시키지는 않지만 1인주주는 정상적인 법형식을 회복해야 한다. 이는 1인밖에 없는 주식회사는 회사법리상 역시 이상한 회사이고, 그 회사는 사실상 회사기능질서에 있어서 적지 않는 곤란에 직면하여 경영에 차질이 발생할 수 있기 때문이다.

멕시코에 있어서는 주식회사의 설립시 5인 이상의 주주를 필요로 한다(멕시코회사일반법 89조 1호). 그래서 사원의 수가 회사일반법에 규정하는 최저수(주식회사에서는 5인)보다 적다든지 지분이 1인주주에게 집중하게 되면 해산해야 한다. 따라서 멕시코에서는 설립시 뿐만 아니라 설립 후에도 1인회사가 인정되지 않는다.

아르헨티나에 있어서는 회사는 2인 이상에 의해 조직된다(아르헨티나회사법 1조). 특기할만한 사항은 회사법 제94조에서 해산원인을 들고 있는 제8호에 의해 사원이 1인으로 되고 3개월 내에 새로운 사원이 참가하지 않는 경우에는 해산해야 하며, 그 단독사원은 그 사이의 회사채무에 대하여 연대하여 무한책임을 진다고 규정되어 있다. 이는 이탈리아민법 제2362조 및 영국회사법 제24조와 비슷한 규정이며, 법인격부인의 법리를 입법화 한 것이라 할 수 있다.

브라질에 있어서는 우선 주식회사의 설립을 위해서는 2인 이상의 출자자가 필요하다(브라질회사법 80조). 그래서 주식회사는 1인주주인 경우를 제외하고 2인의 주주의 수가 차년도에 회복되지 않으면 정기주주총회에서 확인된 1인주주만의 존재에 의해 해산한다. 따라서 1인회사는 존재할 수 없다.

이상에서 살펴본 바와 같이 각 국의 입법례를 통하여 종합적으로 고찰해 보면 1인의 발기인으로도 주식회사설립이 가능한 국가(우리나라, 일본, 미국)와, 후발적 1인주식회사는 인정하지만 주식회사 설립시 복수의 발기인을 필요로 하는 국가(영국, 독일, 프랑스, 이탈리아, 스페인, 아르헨티나)가 있다. 유한회사의 경우 1인의 발기인으로 설립이 가능한 국가(유럽 각 국, 일본)와 후발적 1인유한회사는 인정하지만 유한회사 설립시 복수의 발기인을 필요로 하는 국가도 있다. 그리고 합명회사의 경우에도 1인회사를 인정하는 국가도 있다(독일). 한편, 1인회사 자체를 부정하는 국가(멕시코, 브라질)도 있다. 이렇듯 몇개의 국가를 제외하고는 대부분의 국가에서 원시적이든 후발적이든 1인회사를

인정하고 있다. 한가지 주목할 만한 사항은 유럽공동체의 모든 회원국은 회사법지침(1989. 12. 22)에 의하여 1인유한회사의 설립을 인정하는 국내법의 개정을 1992년 1월까지 완료하였으며, 1인주식회사의 설립은 각 국의 재량에 따라 인정여부를 결정하도록 하였다. 이러한 지침에 의하여 최초로 유럽에서 1인주식회사의 설립을 인정한 입법이 1994년에 개정된 독일주식법이라 할 수 있다.[32]

32) 최기원, 전게서, 478면.

제3장 1인회사의 사단성

상법 제169조는 회사를 모두 사단이라고 정의하고 있다. 한편, 상법 제195조 및 제269조는 합명회사·합자회사의 내부관계에 대해서 민법의 조합에 관한 규정을 준용한다고 정하고 있다. 원래 사단은 법률상의 개념으로서 조합에 대립되는 것이다. 여기서 조합개념과의 관련으로 상법 제169조의 사단의 의의를 어떻게 해석해야 하는가가 문제된다. 이 점에 대해서 ① 합명 회사, 합자회사, 주식회사 및 유한회사 모두 조합으로 구성되고, 법인관계라고 하는 것은 종국적으로 그것을 구성하는 개인에게 환원된다고 하는 전형적조합설,[33] ② 조합과 사단과의 구별을 형식적인 의의와 실질적인 의의로 나누어 고찰하여 형식적 의의에 있어서 조합은 구성원 상호간의 관계를 계약관계로서 파악하고, 사단은 사원관계 즉, 단체와 사원의 종적 관계로 파악함으로써 구별하여 주식회사는 형식적으로 보면 사단이지만 실질적 의의에 있어서는 주주의 개성을 중요시하여 사원관계를 활발히 함으로써 주식을 조합화 할 수 있다고 하는 실질적 조합설,[34] ③ 사단을 조합에 대립되는 개념으로 파악하고 사단과 조합의 개념을 형식적인 것과 실질적인 것으로 나누어 실질적으로 조합의 성질을 가졌다 해도 형식적으로 사단이면 그 단체는 사단으로 보아야 한다는 형식적사단설, ④ 상법 제169조의 사단의 의미를 실질적으로나 형식적으로나 사단으로 보는 실질적사단설, ⑤ 사단의 의미를 조합도 사단도 포괄하는 광의의 인적결합으로 보는 인적결합설, ⑥ 그리고 상법상의 사단의 규정을 무시하고 주식회사만은 영리재단법인이라고 보는 주식회사재단설 등이 있다. 이 중 인적결합설이 통설적 지위를 차지하고 있다.

사단의 의미에 관해 학자들에 따라 다의적으로 해석되고 있지만, 크게 인적결합설, 형식적 사단설, 실질적 사단설로 나누어 볼 수 있고, 1인회사의 경우에 사단성이 인정될 수 있는가에 대해서 긍정하는 설과 부정하는 설로 나누어 볼 수 있는

33) 中村一彦·西島梅治, 「論點會社法」(同文館, 1989), 14面.

34) 中村一彦·西島梅治, 上揭書, 14面,

바 이들에 관하여 고찰한다.[35]

제1절 회사의 사단성이론

1. 형식적 사단설

이 학설은 사단을 조합과 대립되는 개념으로 파악하고 사단과 조합의 개념을 형식적인 것과 실질적인 것으로 나누어 실질적으로 조합의 성격을 가졌다 해도 형식적으로 사단이면 그 단체는 사단으로 보아야 한다는 것이다.[36] 즉, 인적회사는 실질적으로 조합적 성격을 가지고 있으므로 사단이라고 할 수 없으나, 법적으로 인적회사에 대하여도 그 단체의 성격을 형식적으로 사단으로서 규정할 수 있으므로 상법 제169조에 형식적으로 회사를 모두 사단으로 한 것이라는 것이다. 이 설에 의하면 사단과 조합은 구별되는데 이의 구별은 실질적인 것과 형식적인 것으로 나누어 볼 수 있다. 실질적 의미에서 구별하여 보면 단체와 구성원과의 관계가 농후한 단체가 조합으로 되며 그것이 희박한 단체가 사단으로 된다. 형식적으로는 구성원이 상호계약관계에 의해 직접 결합하는 단체가 조합이며, 단체와 구성원 간의 사원관계에 의해 단체를 통하여 간접적으로 결합하는 단체가 사단이라고 한다.[37] 또한 형식적 의미에서 사단과 조합의 구별은 상호연관되면서 반드시 일치하지 않은 별개의 것이라 할 수 있지만, 단체의 구성원과의 관계를 처리하는 방법으로 사단형식이 조합형식보다 훨씬 용이하므로 사단형식을 취하는 것도 불가능하지는 않다고 한다. 따라서 합명회사·합자회사는 실질적 의미에서 조합이고, 이런 구별이 별 문제는 없지만 단체와 구성원과의 관계처리에 있어 사단형식이 훨씬 편리하다는데서 형식적으로 사단으로 하였다는 것이다. 그러므로 이 설에 의하면 상법

35) 이에 관한 상세한 논의는 김재형, "1인회사의 사단성과 1인주주의 유한책임에 관한 검토", 「기업법연구」 제13집(한국기업법학회, 2003. 6), 56-61면.

36) 鈴木竹雄, 「新版會社法」(弘文堂, 1982), 7面.

37) 谷川久 外 11人, 「新版註釋會社法(Ⅰ)」(有斐閣, 1985), 34面.

상의 회사는 모두 사단이 된다.[38]

형식적 사단설은 상법상의 회사를 사단이라고 할 때 그 사단의 개념을 조합과 구별하고 형식적으로 편의성을 위해 회사를 모두 사단으로 한다는데서 인격적 결합설과 차이를 두고 있지만, 실질적 의미에서 인적회사를 조합이라고 하거나 실질적으로나 형식적으로나 사단법인의 전형이라고 생각되어 오던 주식회사가 실질적으로 보면 주식의 개성을 보다 농후하게 하여 이 내용을 사원관계에 주입하여 조합화 하는 것도 가능하다는 점, 또 사원관계도 조합에서의 구성원 상호간의 관계가 변모한 것이며, 주주의 지위의 내용에도 주주상호간의 공동관계가 포함되므로 조합적 요소가 완전히 상실한 것이 아니라는 것을 지적함으로써 마치 법기술적으로 모든 회사를 조합으로 할 수 있다는 뉘앙스를 주고 있다.

이 설에 대해서는 사단과 조합을 형식적인 것과 실질적인 것으로 나누어 해석하는 점이 복잡하고, 단체의 본질은 실질적인 면인데 형식적인 면에서 사단과 조합을 구별하는 것은 주객이 전도되었다는 비판이 있다.

2. 실질적 사단설

실질적 사단설은 상법 제169조의 사단의 의미를 실질적으로나 형식적으로나 사단으로 보는 것이다. 동조에서 회사는 사단이라고 정하고 있으므로 이론을 제기하는 것은 해석론으로 무리라고 본다. 또한 법적개념으로서 사단과 조합의 존재는 그 단체성의 강약에 따라 구별을 하고, 비교적 단체성이 강한 경우를 사단으로 보지만 실질적인 회사관계에서 이는 항시 상대적인 관념이며 실제적으로 사단과 조합은 순수한 형태로 존재할 수 없다고 한다.

이 설은 인적회사도 실질적 의미에서의 사단이라고 하고, 인적회사의 내부관계는 조합의 규정이 준용되고 있으나 이것은 어디까지나 준용이므로 인적회사가 조합이라는 것을 의미하지 않는다고 한다. 더 나아가 합명회사는 조합성을 탈피한 것이지

38) 谷川久 外 11人, 前揭書, 8面.

만 완전한 사단의 단계에 이르지는 않고 조합성을 남기고 있다고 한다. 또한 민법상의 조합도 어느 정도는 단체로서 구성되나 기업의 유지이념 면에서 충분하지 못하므로 조합에 상법적인 가공을 하여 발전시킨 것이 합명회사이고, 합명회사의 조합적 색채가 남아 있으나 조합의 본질은 상실되어 있다는 것이다.[39] 따라서 인적회사는 실질적·형식적으로도 사단이라는 것이다. 이 설에 대해서는 각종 회사의 사단성에 강약의 차이를 어떻게 뚜렷이 구별할 것인지 애매하다는 비판이 있다.

3. 인적 결합설

인적 결합설은 사단의 의미를 조합과 사단을 포괄하는 광의의 인적 결합 또는 단체라고 본다.

이 설에 의하면 위와 같은 의미에서 회사를 모두 사단이라 할 수 있지만, 이렇게 개괄적으로 사단성을 인정한다면 각 종 형태의 회사의 실체적 성격을 명확히 할 수 없다고 한다.[40] 따라서 각 회사형태의 실체에 의거해서 사단인지 조합인지를 구별해야 한다는 것이다. 또한 상법상의 회사를 사단이라 함은 단순히 인적 결합의 의미로, 학문간 의미에 있어서 사단과 조합을 구별하는 것과는 다르므로 각 회사형태의 실체가 사단인지 조합인지의 구별은 이론에 의해 결정해야 한다고 한다.

이 설은 사단성을 단체 내부의 결합문제라 보고 있으며, 사단과 조합을 구성원의 다소에 의해 구별하는데, 구성원의 수가 적어서 계약관계로 결합할 수 있으면 그곳에 조합이 있다고 할 것이며, 구성원의 수가 많아서 다수결에 의해 결합할 수 밖에 없으면 그곳에 사단이 존재한다고 보는 것이다.[41] 따라서 정관작성 시에는 모든 회사가 조합적 결합으로 시작하나 회사성립 후에는 인적인 합명회사·합자회사는 그대로 조합의 성격을 가지며, 물적회사인 주식회사·유한회사는 그 구성원이 증가하여 다수결에 의하므로

39) 西原寬一, "株式會社の社團法人性", 44-45面.

40) 谷川久 外 11人, 前揭書, 33面.

41) 谷川久 外 11人, 上揭書, 33面.

이론상 사단적 회사라고 하는 것이다.

상법상의 회사를 사단이라고 할 때 이에 대해 인적 결합 내지는 단체라고 하는 인적 결합설의 입장은 민법상 사단법인이 비영리성을 전제로 규정되어 있다는 측면에서 민법상의 논의로는 합당하다고 하겠으나 상법의 경우 실정법상 사단이라는 명백한 규정(상법 169조)이 있으므로 법해석상 무리가 따른다는 비판이 있다.

생각건대, 회사는 단체 즉, 공동의 목적을 가지는 복수인의 결합체이다. 우리 상법은 회사를 사단이라고 규정하고 있으나 여기에서 말하는 사단은 단체라는 뜻으로 풀이하여야 한다. 단체 가운데에서 구성원의 개성이 농후하고 구성원이 계약관계에 의하여 결합하여 있으며, 중요사항을 결정할 때에 구성원의 전원일치가 필요한 것을 조합이라 한다. 반면 구성원의 개성이 희박하고 단체로서의 단일성이 뚜렷하며 구성원이 단체와 구성원 사이의 사원관계에 의하여 결합하고 있으며 중요사항이라도 구성원의 다수결로써 결정하는 것을 사단이라고 한다. 이러한 기준에 의하여 판단한다면 주식회사는 사단이고 합명회사는 조합에 속한다. 그런데 상법은 모든 회사를 사단이라고 정하고 있으므로 여기서 말하는 사단은 사단과 조합을 포함하는 상위개념으로서의 단체로 보아야 할 것이다. 따라서 통설적 견해인 사단의 의미를 조합과 사단을 포괄하는 광의의 인적 결합으로 보는 인적 결합설이 타당하다고 본다.

제2절 1인회사 사단성의 긍정설

1인회사는 1인주주에게 주식이 집중하고 있지만 후에 주식양도에 의하여 복수의 주주가 생길 가능성이 있다는 것을 고려하여 1인회사에도 잠재적 사단성이 있다는 견해이다. 이 설은 더 나아가서 주식회사는 구조적으로 1인으로서의 주주 뿐만 아니라 물화된 사원관계에 기초를 두고 있으므로 1인의 주주가 전사원권인 주식을 한꺼번에 집중적으로 소유하게 되어도 주식회사는 그 법적 독립성을 잃지 않는다는 것이다.[42]

42) Deuler, Novellierung des GmbH-Gesetzes, GmbH-Rdsch, S.74.

잠재적 사단설은 우리나라와 일본의 다수설의 입장으로 1인회사는 일정한 재산이 특정의 목적을 위하여 제공되어 그 목적달성에 있어서 1개인의 의사가 표준이 되는 마치 1인주주의 특별재산에 기초를 둔 재단법인인 것 같은 외관을 하고 있다. 그러나 1인회사라 하더라도 1인주주가 정관을 변경할 수 있고 언제든지 회사를 해산할 수도 있으며 더욱이 기관구성이 그 주주를 기초로 하고 있어 회사에 자율성이 있으므로 타율적인 재단법인이라기보다는 사단법인성이 농후한 것이라 한다. 또한 1인회사의 현실은 사단이 아니지만 주식양도자유의 원칙에 의하여 비록 1인회사가 되었다 하더라도 이는 어디까지나 일시적 현상이고 언제든지 주식의 분화로 복수의 주주로 복귀할 수 있다는 점에서 사단성과 모순 되지 않고,[43] 일종의 책임형태로 존속하는 것이라고 한다. 그리고 공익사단법인에 있어서 명문규정으로 사원이 비록 1인이 되었다 하더라도 여전히 존속케 하고 있는 점에 비추어본다면 1인회사 역시 사단법인이라는 관념에서 배제할 수 없다는 것이다. 결국 이 설은 물적회사인 주식회사에 있어서 회사신용의 기초가 되는 것은 주주자체라기 보다 오히려 자본이라 할 것이고 더 나아가 출자자인 주주의 지위는 주식화 되어 있기 때문에 인적인 면은 경영자가 어떤 인물인가 하는 점에 있어서 중요한 의미를 갖겠지만 주식의 귀속주체가 어떤 사람인가 하는 점에 있어서 중요성을 가지지 않아 주주의 수는 반드시 본질적인 것이라고 할 수는 없는 것이다. 따라서 주식회사의 사단성은 주주의 복수에서 구한다기 보다는 주주의 지위 즉, 주식의 복수에서 구함으로써 족하다고 할 것이다. 다시 말해 사단성을 주식의 복수에서 구하고 있는 것은 주식회사에 있어서 신용의 기초가 자본에 있고, 이 자본은 인적 색채를 떠난 주식으로 분화되어 있다면 구태여 주주의 수를 주식회사의 본질적인 것이라고 고집할 일이 못되고 주식의 복수에서 그 사단성은 충족된다고 설명하는 것이다. 그러므로 1인회사를 부정하기 보다는 이를 정면으로 인정하면서 이를 사회적으로 유익하게 이끄는 것이 법정책의 바람직한 방향인 것이다.

43) 최기원, 전게서, 478면.

제3절 1인회사 사단성의 부정설

1. 주식회사재단론

주식회사를 재단성이론으로 설명하고자 하는 견해가 있다. 일본에 있어서 재단법인성이론은 전후에 주창된 사단적 회사의 본질을 정면으로 부정한 새로운 학설로 등장하게 되었으며, 독일에서는 일본보다 훨씬 이전에 주창된 바 있었는데 특히 목적재산설을 주장한 Becker의 이론이 사단적 회사인 주식회사의 재단법인론에 큰 영향을 키친 것이라고 본다.

(1) 재단의 개념

재단이라 함은 일정한 목적을 위하여 결합된 재산의 집합을 말하는데 광의의 재단의 의미에는 두 가지가 있다. 하나는 사인(私人)이 그 개인의 재산을 채권자나 기타 제3자의 권리를 보호하기 위하여 다른 재산과 구별시키는 특별재산[44]이며, 다른 하나는 공익적 또는 사회적 목적을 위하여 출연된 재산[45]을 말한다. 여기에서 설명하고자 하는 재단은 후자를 말하며, 이는 실질적으로 사적인 소유의 단계를 초월한 재산의 집단으로서 그 관리를 위한 형식적인 주체를 필요로 하고 있다.

이러한 재단은 다시 영미법계에서 발달한 신탁제도와 대륙법계에서 발달한 재단법인제도로 나누어 볼 수 있다. 그러나 신탁제도는 독립한 권리주체 즉, 법인격을 취득할 수 없지만, 재단법인제도는 재산의 출연자 및 현실의 관리자로부터 떠나서 재산의 집단 그 자체를 중심으로 하여 독립한 권리주체를 조직하는 점에서 신탁제도와 차이점이 있다.[46]

---

44) 이는 파산재단(파산법 6조 이하)과 재단저당의 목적이 되는 저당(공장저당법 3조, 11조) 등이다.

45) 목적재산이 그 목적을 위하여 통일적으로 관리되는 경우를 말한다.

46) 우리나라에서는 양 제도 모두 도입하고 있으며 민법과 신탁법에서 법적 확인과 규제를 하고 있다. 현실적으로 존재하는 재단으로는 국가나 공공단체가 설치한 학원, 철도, 고속도로 등의

(2) 영리재단법인의 이론적 근거

주식회사를 영리재단법인으로 파악함에는 주식회사의 자본이 영리재단법인이라고 하는 관념이 성립할 수 있는 근거를 살펴보아야 한다.

원래 민법은 재단법인에 관해서 공익법인만을 인정하고 영리법인을 인정하지는 않고 있다. 그러나 이것은 실정법인 민법에서 영리재단법인에 대해서 규정할 필요성을 인정하지 않는 것이고 관념상으로는 이에 대해서 부정하는 것은 아니라고 본다. 법인에 관한 본질론으로서 문제가 되는 것은 법인격의 문제이다. 이 법인격에 대해서는 사회학적인 실체를 가진 어떠한 존재에 관하여 법률관계를 정리하기 위한 법률의 기술로 보는 입장에서 본다면 법인의 실체가 사람인가 사물인가에 따라서 사단법인과 재단법인으로 나누어지고, 그 목적이 공익인가 영리인가 혹은 어느 것에도 속하지 않는가에 따라 공익법인, 영리법인, 중간법인으로 분류할 수 있다. 그러나 이와 같은 분류의 기준은 각각 별개의 것이기 때문에 이와 같은 기준에서 보면 공익사단법인, 공익재단법인, 영리사단법인, 영리재단법인, 중간사단법인, 중간재단법인으로 구별된다. 여기에서 문제는 영리재단법인이라는 관념의 성립여부와 이러한 법인의 존재여부이다. 통상적으로 사단법인과 재단법인과의 구별 기준으로서 사원의 존부에 따라 사원총회의 존부가 논해지고, 또 공익법인과 영리법인과의 구별의 기준으로서 사원에게 이익이 귀속되는가의 여부가 논해지고 있다. 따라서 이 이론에 따르면 사원과 사원총회가 존재하는 한 재단법인은 될 수 없고, 또 법인이 영리를 목적으로 하더라도 사원이 없고 이익을 사원에게 귀속시키지 않는 경우 영리법인으로 볼 수 없게 된다면 이 이론이 타당하겠는가에 대해서 비판이 있다.

첫째, 사단법인은 人을 기초로 하기 때문에 사원이 존재하고 사원총회가 존재하지만, 재단법인은 物을 기초로 하기 때문에 사원이 없고 사원총회가 존재하지 않는다고 본다. 그러나 여기에서 사원과 사원총회가 무엇을 의미하는가가 문제된다. 먼저 재단법인에는 사원은 없지만 현물출자자는 존재한다. 또 공익법인에 있어서는 이사의 임면에 관한 규정을 정관에 기재하여야 하지만(민법 43조, 40조 5항) 그의 자격에 대한

공용재산과 사인이 기부한 육영사업을 위한 재산 즉, 병원, 녹지, 설비 등이 그 예이다.

규정은 두고 있지 않다. 따라서 재단법인에 있어서 현물의 출자자가 수인인 경우에도 관계없다고 본다. 이러한 경우에 수인의 출자자인 이사들의 결의가 재단법인의 의사를 형성하게 되는 것이다. 이 점에서 본다면 재단법인에는 사단법인의 본질인 사원과 사원총회는 없지만 현물의 출자자들이 존재하고 이들이 재단의 의사결정을 할 수 있다고 본다.

둘째, 영리법인의 경우에는 법인이 얻은 이익을 사원에게 분배시킬 목적이 있어야 한다. 여기에서 문제는 출자자라고 하는 개념과 사원이라는 개념이 어떠한 관계에 있는가라는 점이다. 이는 어느 법인에 있어서나 그 출자자가 사원의 지위를 취득하는 것에 대해서는 그 법인의 구성, 출자자의 의사, 출자행위의 내용에 의해서 결정되는 문제이다. 예컨대, 익명조합은 법인은 아니지만 출자자와 사원과의 개념을 나누어서 익명조합원이지만 영업자가 되지 않는다. 따라서 출자자에게 이익을 귀속시킬 목적이 있다면 그 법인은 영리법인으로 보아도 좋다고 보고 있다.

이상에서 본 바와 같이 사원의 존부, 사원총회의 존부로서 사단법인과 재단법인을 구별하는 것은 옳다고 보더라도 법인의 현물 출자자가 사원인가, 또 출자자가 기관을 구성하고 의사결정에 참가하는 경우에 이를 사원총회로 볼 수 있는가에 대해서는 신중히 결정해야 할 문제라고 본다. 즉, 출자자의 목적이 이익배당에만 있는 경우에 의사결정에 참가가 허용되어 있다 하더라도 그것은 출자자보호를 위한 법정의 권리로 볼 수 있기 때문에 그 사실만으로 그 출자자를 사원으로 하고, 그 의사결정에 참가했다고 해서 이를 사원총회로 볼 수는 없다고 한다. 따라서 출자자의 의사가 법인의 구성에 존재하지 않을 때에는 재단법인으로 볼 수 있고 이 경우 무상의 경우는 공익재단법인, 출자자가 이익의 배당에 목적이 있는 유상의 경우에는 영리재단법인으로 보아도 좋다는 이론제시를 하고 있다.

(3) 주식회사의 재단론

주식회사는 물적 단체인 성격을 갖고 있기 때문에 어느 정도 재단에 접근하는 것은 부정할 수 없는 현실이다. 주식회사가 재단에 접근하는 근거를 살펴보면 주식회사

가 재산 없이 성립할 수 없는 것, 재산의 상실과 함께 해산에 이르는 것, 사원의 개성이 회사의 실체와 통상 무관한 것, 주식의 취득에 의하여 무차별하게 사원자격을 부여하는 것, 사원수와 주식수가 일치하도록 요구하지 않는 것, 정관의 기본조문이 단지 주식만을 열거하고 주식수에 대해서는 침묵을 지키는 것 등으로 보아 주식회사의 본체를 재산 내지 목적재산으로 보는 것은 부자연스러운 것은 아니다.[47]

주식회사의 자본을 재단으로 보는 견해는 19세기 전반 이래 독일을 중심으로 목적재산설로부터 발전하여 일본의 八木 弘교수의 재단론에 의해 집대성 되었다. 따라서 이하에서는 八木 弘교수의 견해를 중심으로 살펴보기로 한다.

대표적인 사단성을 지닌 회사라 할 수 있는 주식회사에 있어서 자본은 균일한 금액의 주식으로 분할되고 있으며(상법 329조 2항, 3항), 1주1의결권에 입각한 주주의 지위는 주식으로 화체되어 사원권이 인정된다. 현행 상법은 주식발행에 대하여 엄격한 규제를 하면서 주식양도자유의 원칙을 인정하고 있기 때문에(상법 335조) 주주의 지위는 그 주식에 의한 상품가치가 인정되고 있다. 이러한 현상에 의해서 사원의 개성은 희박해지고 주주지위의 상품화 등이 주식회사를 인적결합체가 아닌 물적결합체로서의 성질로 파악하게 하여 주식회사가 사단이 아닌 재단의 성질을 가진 것으로 볼 수 있는 문제가 제기될 수 있다. 예컨대, 1인회사의 승인, 소유와 경영의 분리, 무의결권주의 승인, 주주총회권한의 제한, 주주의 주식인수권부인의 경향 등이다. 이러한 현상은 주식회사의 발전에 따라 그 도가 심하여 질적으로나 양적으로 주식회사제도의 중요한 부분을 차지함으로써 이미 특수적·예외적인 것으로 볼 수 없다. 이에 따라 주식회사는 인적결합이 아닌 물적결합이며 영리사단법인이 아닌 영리재단법인이라고 보는 것이 현재와 장래의 주식회사법적 구조해명에 적당할 것이라고 한다. 특히 1인회사의 승인에 대하여 사단법인설이 사단성의 잠재를 인정하고, 본래 사단법인으로서 출발한 변태적 경과라고 하는 것에 대해 다음과 같이 언급한다. 즉, 1인회사의 잠재를 전제해서 보면 왜 그것이 발생되어야만 하고 또 승인하지 않을 수 없는 것인가 하는 점을 설득력 있게 설명하지 못한다는 것이다. 또한 사단법인설의 입장에서는 1인회사가 당연히 변칙적이고 변태적 경과로서만 승일할 수 밖에 없다고 하나,

47) 西原寬一, 前揭論文, 62面.

만약 그것이 변태적 경과로서 승인되는 것이라면 왜 타종의 회사, 특히 같은 물적회사인 유한회사에서는 승인되지 않느냐고 반문한다. 결국 주식회사에서 1인회사를 인정하는 것은 사단법인으로서의 특이성이 있는 것이 아니라 재단법인임을 뒷받침한다는 것이다.

(4) 주식회사재단론에 대한 비판

주식회사재단설은 주식회사의 물적 성격을 강조한 점에서는 부당하나, 사단법인이냐 재단법인이냐 하는 것은 단순히 사람이 중심인가 재산이 중심인가 하는 점에 있는 것이 아니라 그 구성 및 운영에 있어서 자율성이 있느냐 타율성이 있느냐 하는 기본구조를 고려하지 않으면 안된다. 이렇게 보면 주식회사를 재단법인에 포함시키더라도 그 기본구조나 각 종 법률효과가 재단법인과 상이하여 재단법인이라는 것 자체가 의문시된다. 주식회사의 재산이 회사의 존속에 중요한 요소일 지라도 출자자의 이익추구의 수단인 성격이 남아 있어 출자자의 지배관계로부터 절단되지 않는다면 단체를 담당하는 인적 요소를 무시할 수 없다. 다만, 주식회사를 이와 같이 유사한 물적 회사인 유한회사와 비교하여 볼 때 사단으로서의 특이성이 있는데 이는 사단의 기초인 인적 요소와 전형적인 상품인 유가증권의 형식으로 유통된다는 점이다.

주식회사를 사단으로 보는 입장을 가진 학자들은 다음과 같이 사단설을 견지하면서 재단론에 대해 비판을 가한다.

1) 주식의 자유 양도성을 인정하고 있는 이상 발행된 복수의 주식이 1인에게 귀속되는 사태가 발생하는 것은 당연히 가능하다. 그리고 주식의 일부를 재양도함으로써 사단성은 용이하게 부활될 수 있을 뿐만 아니라 전주식이 1인에게 귀속된 사실은 무기명주식의 경우에는 주지시킬 방법이 없고 기명주식의 경우에도 주식수는 등기사항이 아니므로 주주명부열람권이 있는 회사채권자를 제외하고는 일반의 제3자는 이것을 알 방도가 없다. 따라서 회사채권자와 장래의 주식양수인의 보호를 위하여 1인주주를 인정한 것이다.

2) 주식회사는 주식자본으로 구성된다고 하더라도 평등대우는 권리의 향익주체를

떠나서는 의미가 없다. 따라서 주주는 주식회사의 구성원이며 재단의 출자자가 아니다. 다만 그 지위가 기계적으로 주식에 의하여 표현되는 점에서 개성이 없을 뿐이다.

같은 물적회사인 유한회사에서 1인사원을 인정하지 않는 것은 주식의 발행이 없고 사원의 성명을 정관의 절대적 기재사항으로 하는 것 등은 그의 소규모·폐쇄적 성격 때문이다. 따라서 1인회사를 인정하는 것은 주식회사의 변태적 경과로서 특이성 때문이라는 것이다.[48]

3) 자기주식의 취득이 예외적으로 가능한 점은 주식이 증권화 되어 유통되기 때문에 마치 어음의 환배서와 같이 자기주식의 취득이 가능한 것이다. 그러나 이 경우에는 공익권과 자익권이 모두 휴지하며 회사에게 증권소지인의 지위만 남는다.

4) 주주명부상의 명의개서는 사단법리와 증권법리의 연결점으로서 입사의사를 가지고 입사한 사원일지라도 그의 지위가 증권관계를 통하여 이전되면 신구사원의 교체를 사단적으로 확정하기 위해 사단과 사원의 의식적 연결이 필요한데 이를 위하여 명의개서가 존재하는 것이며 이에 의하여 주주는 사단적으로 연결된다.

5) 사단에 있어서는 인원수만이 사단성립의 기초가 되는 것이 아니고 복수의 사람이 어떤 결합을 하려고 하는가의 의사와 방법이 문제가 된다. 또한 주식회사는 입법기술의 소산이고 성문회사법은 수동적인 것이 아니며 사실을 지배하는 힘을 가지고 있으므로 회사법이 주식회사를 사단으로 규정하고 있음에도 불구하고 구성원이 소수라고 하여 이것을 조합이나 개인상인이라고 말할 수 없다.

6) 주식인수의 목적이 기업이익에 대한 참가만으로 보는 재단설은 일부 투기주주의 경우에나 예외적으로 존재한다.

7) 무의결권주는 상법이 예외적으로 인정하는 주식이며, 이는 일반사단의 경우에도 보통회원, 특별회원 등 권리의무의 내용에 차등을 두어도 무방한 것과 같이 정형적인 주식에 차등을 두는 것도 무방하다. 또한 무의결권주는 약정의 이익배당이 없으면 의결권이 부활하는 것이므로 단순한 채권과 같이 취급할 수는 없다.

8) 주주의 신주인수권의 제한이 가능한 것은 주주의 이익과 기업금융의 원할이라고 하는 전체적 이익과의 조화를 위한 정책적 문제이지 사단적 구조의 이론적 귀결과는

48) 西原寬一, 前揭論文, 73-75面.

관계가 없다.[49]

9) 주주는 주주총회에서 임원의 선임과 해임을 통하여 종국적인 지배력을 상실하지 아니하므로 주식회사의 소유와 경영의 분리를 이유로 하여 그 사단성을 부인할 수는 없다.

10) 주식회사에서 주주는 기업의 소유자로서 당연히 기업의 경영 및 그 결과인 이익에 참여하는 권리를 갖게 되는데, 개성이 상실된 다수인에 의하여 소유되는 기업에 있어서는 기업소유자로서의 권리는 극도로 단체적으로 변모가 되어 회사에 대한 여러 가지 형태의 권리로 되어 있다. 따라서 주주의 공익권도 그 근본에 있어서 주주 자신의 이익을 위한 권리라는 점은 자익권과 다름이 없으나 이를 행사하면 그 효과가 단체 전체에 미치고 그 결과 다른 주주의 이익을 처분하는 것이 되기 때문에 이를 제한하여 주주개인과 분리하여 단체의 이익을 위하여 단체에 의하여 부여된 권한이라고 볼 수밖에 없다.[50] 따라서 주식회사의 사단성을 부인할 수 없는 것이다.

2. 특별재산설

특별재산설은 법인의 본질론 중 하나인 목적재산설을 1인회사에 관해 발전시킨 것으로서 1인회사의 사단성을 명백히 부정하고 단지 1인회사의 특별재산이라고 하는 설이다.[51] 이 설은 1인회사를 회사형태보다는 오히려 책임형태로 본다. 1인회사의 회사재산을 법적으로 제한시킨 특별재산이라는 것이고, 회사기업은 유한책임의 개인기업이 된다. 당사자능력과 권리능력은 지속된다.

특별재산과 법인격은 서로 배척하지 않는다는 견해로 구성원이 1인으로 감소한 회사에 대해서 회사재산을 그 1인사원에게 귀속된 특별재산이라고 간주하는 것이 정당하므로 1인회사는 고유의 법인격을 허용할 수 없으나 법적으로 법인격의 형태를 가

---

49) 西原寬一, 前揭論文, 80面.

50) 西原寬一, 上揭論文, 68-81面.

51) Shilling, Die Einmannesellschaft und das Einzelunternehmen GmbH, JZ, 1953, S.161.

진 것으로 취급할 뿐이라고 한다.

3. 특별주식회사설

1인회사의 사단법인성을 부정하는 또 하나의 견해는 1인회사는 특별주식회사라는 것이다.

이에 따르면 1인회사를 잠재적 사단이라고 하는 것은 극히 기술적인 관념으로서 1인회사의 본질을 파악한 것이라 할 수 없고, 1인회사는 사단성을 갖지 않는다고 솔직히 인정하고서 1인주식회사는 법률의 의제에 의해서 인정된 일종의 특별주식회사라고 하며 이것에 의해 법인격이 인정되는 것이라고 한다. 이렇게 해석하는 배경에는 현실적으로 주식회사에 있어서는 1인회사가 다수 존재하는 것을 들 수 있고 1인주식회사의 존재를 허용할 수 있는 법적인 근거로서는 주주가 1인밖에 존재하지 않는 것을 해산사유로 하지 않는 것(상법 517조 1항)을 들고 있다.

4. 회사재산설 등

그 외에도 ① 1인회사의 실체는 회사의 재산이고, 1인회사에 있어서는 사단인 실체는 없기 때문에 사단성을 전제로 하여 모든 법규 및 정관의 규정은 원칙적으로 그 적용이 정지된다는 회사재산설, ② 우연한 사유에 의해 일시적으로 1인회사로 된 회사와 계획적으로 영속적인 1인회사를 구별하고, 후자에 대해서는 사단성이 흠결된 것을 이유로 하여 그 존재를 인정할 수 없다고 하고, 전자에 대해서는 예외적으로 인정하고 더 나아가 이것을 인정할 만한 실익이 있다는 계획적·영속적 1인회사부정설 등이 있다.

제4절 소 결

이상의 각 학설에 대해 살펴보면, 먼저 잠재적사단설은 이 설이 주장하는 것처럼 주식회사가 형식적인 물적회사로서 주주수보다 주식수 즉, 자본이 중요한 의미를 차지하는 것은 사실이지만 주주의 수를 전혀 배제하는 것은 아니다. 또한 상법상의 회사를 사단이라고 할 때 이 사단의 의미에 대한 학설인 인적결합설, 형식적사단설, 실질적사단설 중 어느 것을 취하더라도 복수인을 전제로 하며 이중에 주식회사만 배제되는 것은 아니다. 주식회사에 있어서는 주주가 1인이 된 때를 해산사유로 하지 않는 것이 문제시 되지만 이것으로 1인주식회사의 사단성이 인정되는 것은 아니다. 단지 이것은 현실적으로 어떤 입법이 되더라도 1인주식회사는 존재할 것이고 이것의 존속이 국민경제에 해를 끼치는 것 보다는 이익을 주는 점이 더 많다고 보기 때문에 1인주식회사의 존속을 법문으로 인정한 것이 아닌가 한다. 또한 이 설이 주장하는 주식양도의 자유성으로 주식이 분산되어 언제든지 복수의 주주로 회복이 가능하다고 하나 1인주주가 회복을 원하지 않을 경우 그것은 관념적인 것에 불과하다. 이를 뒷받침하기 위해 공익사단법인이 1인사원이 되었다 하더라고 존속케 하는 민법의 명문규정(77조 2항)을 유추적용 한다는 견해는 영리법인에게는 무리가 있다고 본다. 또한 이 설은 실정법상의 사단의 의의를 부정하게 변용하고 있고, 또한 1인회사가 개인기업의 유한책임화의 한 수단이라는 측면에서 볼 때 기업재산의 독립화를 위해 복수의 주식을 발행할 필요가 있는가 하는 근본적인 의문을 갖지 않을 수 없다는 비판이 있다.[52]

둘째, 주식회사재단론은 결국 주식회사의 주식인수의 목적이 기업이익에 대한 참가에 있으며 조직운영에 대한 발언권까지를 포함하는 입사행위는 아니지 않나 하는 인식을 출발점으로 하여 주식회사는 민법의 재단법인과는 다른 새로운 영리재단법인이라고 결론짓는 것인데, 이 견해가 주주의 사채권자화의 경향이 주식회사를 단순히 인적 결합체라고 인식하는 것의 비현실성을 명확히 하여 많은 점에서 명쾌한 해석적 결론을 이끌어 낸 점은 주목하고 평가받을 만한 가치가 있다고 할 것이

52) 西原寬一, 前揭論文, 75面.

다. 그러나 주식회사를 재단의 개념아래서 구성하여 사단적 구성과 대비시켜 보도록 하는 것에 관해서는 많은 곤란한 점이 있다는 것은 일찍부터 지적되어 오던 터이다. 확실히 주식회사의 현실은 마치 자본 그 자체에 의해 구성된 존재로서 재단설이 지도하는 것과 같은 특색을 띠고 있는 점은 그 사회학적 인식으로서는 인정할 수 있다 하더라도, 그것 때문에 사단적 구성을 채택한 것 자체를 법률적 인식으로서 잘못이라고 단정할 필요도 없으며, 또 그와 같이 규정하는 것도 타당하지 않다. 주식회사가 민법이 예정하는 전형적인 사단이 갖는 실체와 이질적 성질을 갖는 것이라고 하여도 그것을 재단이라고 인식하지 않으면 안된다는 등으로 사단개념의 형식적 구조로부터 현저하게 괴리시켜버릴 것도 아니다. 또한 주식회사를 재단법인으로 구성하기 위해서 전형적 재단법인 개념에 그 변용을 가하여 특수한 영리재단법인개념을 창출하지 않으면 안되는 것과 실정상법에 있어서 주식회사의 법률관계의 합리적이고 통일적인 해명을 위해서는 그 실질을 사단법인의 특수한 자본적 구성의 실현이라고 해석하면 족하지 않다. 이를 특수한 재단법인이라고 보는 것은 필요하지도 않고 적절하지도 않다.[53] 따라서 주식회사의 자본에 대해서 사단으로 보는 것이 타당하다고 보며, 단지 오늘날 경제계에서 주식회사의 실체적 특징이 人으로서 주주를 중심으로 이루어져 있다기 보다는 자본으로서 주식에 모아지고 있다고 보아야 한다. 따라서 사원의 지위는 주식으로 표창되고, 사원지위는 그 이전에 있어 증권화 된 주권에 의해 유통되어지는 것이다. 그렇다고 해서 주식회사의 자본이 人의 결합을 전혀 도외시하는 것이라고 볼 수 없으며, 주식회사는 사단성을 본질로 하고 그 실체의 특징에 있어 특수한 자본을 구성하여 재단적 요소를 병유하고 있는 것이라 할 수 있다.

셋째, 특별재산설은 구조적으로 문제점이 있다고 본다. 이는 주식회사재단론과 같은 부류에 속하는 이론인 바, 이 설에 의하면 실제 거래계에서나 판례가 1인회사를 승인하고 있다는 점에서 주식회사를 재단으로 보고 있는데, 1인회사를 광범위하게 인정한다는 것은 구성원의 사단적 기초 없이 사단의 성립을 인정하고 또 법인격을 부여하는 결과가 되어 전통적인 법인의 본질론으로서는 설명할 수 없다는 것

53) 谷川久 外 11人, 前揭書, 37面.

이다. 주식회사가 오늘날 주식을 통해 사원의 지위가 확립되므로 물적인 것이 중요성을 갖기는 하지만 그렇다고 주식회사의 본질을 재단으로 해석하기는 어려운 것이다. 또한 1인회사에 있어서도 사원이 1인만 존재한다고 그것으로 1인회사의 법적 성질을 곧 재단이라고는 할 수 없는 것이다. 왜냐하면 1인회사의 1인사원은 흡사 사원총회와 같이 자주적인 지배권을 가지고 있기 때문에 사단적 조직의 객관적 기초, 구성원의 지위 및 자본지분을 계속 유지하고 있으며, 또한 회사조직은 수시로 사원가입을 통하여 실질적 사단활동을 재개시 할 수 있는 것이다. 더욱이 1인사원은 정관을 변경시킬 수 있으나 재단은 그 전부터의 기관이 법인이기 때문에 자주적일 뿐만 아니라 의무구속적인 행위를 요하므로 재단관리자는 위와 같은 행위가 불가능한 것이다.[54]

생각건대 1인주식회사를 잠재적 재단이라고 하는 것은 극히 기술적인 관념으로서 1인회사의 본질을 파악한 것이라 할 수 없고, 또한 언제든지 주식양도를 통해 복수의 구성원을 회복하여 사단성을 가질 수 있다 하더라도 1인사원만 존재하여 사단성이 회복되지 않는 경우 즉, 1인주주가 주식양도를 하지 않고 혼자만을 고집하는 경우에는 이 잠재적사단설로는 사실상 극복되지 않는다. 대부분의 소규모·영세적 폐쇄회사가 이에 해당한다고 할 수 있다. 현실적으로 전체 주식회사 수 중에서 소규모·영세적 폐쇄회사가 90%를 넘고 있고 그 대부분이 1인회사라고 해도 과언이 아니다. 물론 대부분이 명의상의 주주를 두고 있는 광의의 1인회사에 속한다. 여기서 1인주식회사는 법률의 의제에 의해 정책적으로 인정되고, 법인격이 부여된 것이라는 특별주식회사설이 타당하다고 본다.

이와 같이 정책적으로 1인주식회사를 인정한다면 다른 회사형태 즉, 유한회사, 합명회사에 관해서도 1인회사를 부정할 이유가 없게 된다. 다만, 합자회사의 경우에는 무한책임사원과 유한책임사원의 2원적으로 조직된 회사이기 때문에 1인사원만의 설립은 인정되지 않는다(상법 268조).

단체 중에서 사단은 조합과 달리 통일적인 조직과 기관을 가지고 있고, 그 기관에 의하여 행동하며, 기관의 행위는 단체 자신의 행위로 되기 때문에 기관의 행위

54) 김중원, 「다국적기업론」(전예원, 1891), 104-105면.

의 효과는 모두 단체 자체에 귀속한다. 또 사단에서의 재산은 자산이나 부채 모두 사단에 귀속한다.

우리 상법이 조합성이 농후한 합명회사와 합자회사까지도 모든 사단으로 규정하고 있는 것은 회사의 본질이 사단의 요건을 구비하였기 때문이 아니라 정책적으로 이들 회사의 법률관계의 명확한 처리를 위하여 위와 같은 성질을 지닌 사단의 형성이 필요했던 것으로 판단된다.[55] 이러한 취지에서 상법상의 사단의 의미를 조합도 사단도 포괄하는 광의의 인적결합이라고 하는 인적결합설이 타당하다고 본다. 따라서 회사를 사단으로 규정할 것인가 아니면 아무것도 규정하지 않을 것인가 하는 것은 법기술 내지 입법 정책상의 문제라고 할 수 있다. 회사의 사단성에 대하여 외국의 입법이 동일하지 않음은 이를 잘 말해주고 있다. 독일의 주식법, 상법, 유한회사법, 프랑스의 상사회사법, 영국의 회사법, 미국의 모범사업회사법에서는 회사를 사단으로 규정하고 있지 않다. 이는 회사의 사단성에 구애되지 않고 널리 기업조직의 이념을 구현하기 위한 것이라고 해석된다. 그러나 법인성만은 규정하고 있다.

현재 상법 제169조에서 사단이라고 한 것은 상법상의 모든 회사는 복수인의 단체라는 점을 강조한 것에 불과하다.[56]

55) 최기원, 전게서, 475면.

56) 최기원, 상게서, 475면.

제4장 주주의 유한책임과 그 제한

제1절 유한책임의 의의와 제한의 필요성

주주는 그가 소유하는 주식의 인수가액을 한도로 하여 회사에 대하여 출자의무를 부담할 뿐이고 그 외에는 회사에 대해서는 물론이고 회사채권자에 대하여 어떠한 책임도지지 않는다. 이것을 주주의 유한책임원칙이라 하며, 자본·주식과 함께 주식회사의 하나의 특색을 이루고 있다. 유한책임이란 채무의 담보가 되는 것이 채무자의 일정한 재산으로 한정되는 것 또는 일정액의 금액을 한도로 하는 것을 말한다. 유한책임에는 물적 유한책임과 인적 유한책임이 있는데, 전자는 채무자의 일정한 재산에 한정되는 것이며 후자는 일정금액을 한도로 제한되는 경우가 이에 속한다. 주식회사의 주주의 유한책임이나 유한회사사원의 유한책임은 후자에 속하는 것이지만 결국 주주 또는 사원이 출자한 자본으로써 회사는 채무에 대하여 책임을 지므로 물적 유한책임이 된다.[57]

주식회사에 대하여 유한책임을 인정하는 것은 그것이 오늘날 주식회사의 중요한 원칙의 하나가 되어 있지만, 어디까지나 입법정책적인 것이고 절대적인 것이 아니다. 따라서 주식회사가 유한책임의 특전을 향유하기 위해서는 반드시 갖추어야 할 몇 개의 요건이 인정되어야 하며,[58] 이를 갖출 수 없을 때는 주주 특히 기능자본가는 보충적으로 무제한책임을 지지 않으면 안 된다. 즉, 주식회사가 유한책임제도를 향유하기 위해서는 회사채권자에 대한 배타적 책임재산을 상당한 정도 확보해야 하며 그 재산상태 및 수익창출원을 회사채권자가 판단할 수 있는 상태에 두어야 할 요건을 갖추어야 한다.

그와 같은 근거와 전제조건을 무시하는 주식회사에게는 유한책임이라는 특전을

---

57) 양동석, “주주의 유한책임원칙과 그 제한”,「민사법연구」제5집(호남민사법연구회, 1996), 133면.

58) 中村一彦, “取締役の責任”,「金融商事判例」755号, 5面.

제한하는 것이 타당하므로 이하에서는 이에 대한 이론적 연구를 진행하고자 한다.

제2절 주주유한책임의 발전

영국과 미국의 초기 입법에서는 주주가 무한책임을 지는 것으로 규정하고 있었지만 19세기 Common Law에서 회사법이 주주의 책임에 대하여 언급하지 않는 경우에는 회사채권자에 대하여 회사만이 책임을 질뿐 주주는 어떠한 직접적인 책임을 지지 않는다고 하였다.

주주의 유한책임이 인정된 이유에 관하여 하버드 대학의 Warren교수는 「주주가 회사에 대하여 책임을 지지 않는 것은 그 채무가 주주에 의하여 야기된 것이 아니고 주주와는 별개의 법인격(Legal Unit)에 의하여 야기된다는 단순하고 결정적인 이유에 의한다」고 하여 회사법인체 이론(Corporate Entity Doctine)을 근거로 하고 있다.[59] 또한 동 대학의 Dodd교수는 「회사가 그 구성원인 주주와 구별되는 법인체(Legal Entity)라는 이론은 확립된 것이지만 이 이론으로써 회사채무에 대하여 구성원인 주주가 책임을 지지 않는다는 결론이 필연적으로 도출되는 것은 아니다」[60]라고 하였다.

어느 단계가 법인체라고 하여 그 구성원이 당연히 유한책임을 향수하는 것이 아니며, 주주의 유한책임을 포함한 회사의 속성은 특정한 회사의 설립과 운영을 정하는 법의 내용에 의존한다는 이해가 지배적이다. 주주의 회사채무에 대한 책임을 인정하기 위해서는 법인체 자체를 부인할 필요는 없고 주주의 유한책임원칙만을 부인함으로써 충분하다고 하여 오늘에 이르고 있다.[61]

---

59) Warren, Safe-Guarding the Creditors of Corporations, 36 Hav. L. Rev. 509, 519(1923).

60) Dodd, The Evolution of Liability in American Industry : Massachusetts, 61 Hav. L. Rev. 1351, 1356(1948).

61) 양동석, 전게 1인회사의 설립과 유한책임의 제한, 685-686면.

1. 주주유한책임에 관한 미국의 학설

Manne교수에 의하면 회사조직의 큰 이점의 하나로서 개개의 투자가는 자기가 투자한 회사가 도산한 경우 유한책임을 짐으로써 자기재산에 대하여 큰 손해를 입지 않고 자기재산을 각종 회사에 분배투자 하는 것이 가능하다는 것이다.[62] 그러므로 유한책임의 원칙이 채택되지 않으면 주주가 회사에 출자하는 것은 자기의 전 재산을 회사의 운명에 걸게 되므로 다수의 회사에 소액의 투자를 할 수 없게 된다. 이리하여 투자의 분산에 의한 리스크를 감소시킬 수 없고 주식투자를 하는 이상 자기의 전 재산을 보호하기 위하여 스스로 회사를 경영하든지 경영을 감독해야 하며, 결국 경영의 중앙집권화를 실현할 수 없고 감시의 코스트가 너무 높아지게 된다.

이에 대하여 Posner교수는 유한책임의 기능으로서 주주와 채권자 쌍방에 유리한 거래형태를 용이하게 하는 것이고, 유한책임의 원칙이 없으면 투자의 공급이나 여신의 수요도 현재보다 훨씬 적게 된다고 한다.[63] 그리고 회사에 금전대부를 함에 있어서 대주는 다음의 두가지 이유 때문에 보다 좋은 기업도산의 리스크부담자이다. 첫째, 대주는 주주보다도 리스크를 평가하는 데에 적당한 지위에 있고, 이것은 공개회사 개개주주의 입장을 회사에 자금을 공급하는 금융기관의 입장이나 회사에 상품을 판매하는 기업의 입장과 비교하면 저절로 명백히 되어진다. 두 번째로 대주인 회사채권자는 기업도산의 리스크를 그 정도 싫어하지 않는다고 한다. 왜냐하면 대주는 대부시에 차주로부터 이식을 증가시킴으로써 리스크를 보완할 수 있고 대부계약서에 대주의 리스크를 제한시키는 것도 가능하기 때문이다.

그리고 Fischel, Easterbrook 등의 교수들은 공개회사에서 자본이 없으나 경영능력을 갖는 경영자와 경영능력을 갖지 못하지만 자본을 갖는 투자가는 경영능력과 자본을 결합하고 자본공급과 경영역할을 분담하고 있다고 한다. 이 분담은 큰 monitoring의 부담을 수반하지만, 유한책임에 의하여 발생하는 이익은 이들을 훨씬 상회하고 결국 유한책임은 비용을 감소시키는 것이다.

---

62) Manne, Our Two Corporations System, 53 Va. L. Rev. 499, 500-504(1976).

63) Posner, The Right of Affiliated Corporations. 43 U. Chi. L. Rev. 499, 500-504(1976).

2. 주주유한책임에 관한 일본의 학설

(1) 소유와 경영의 분리에서 그 근거를 구하는 견해

田中耕太郎 박사는 원래 공동기업에서도 개인기업과 같이 무한책임을 지는 것이 원칙이겠지만 사업에 관하여는 정도에 차이가 있는데 모두 동일한 무한책임을 진다는 것은 정의에 반한다고 설명한다. 특히 근대적 대기업에 있어서 기업소유자(주주)가 자기기업의 전부를 상세히 통괄·감독할 수 없으며 타인에게 경영을 분장시키지 않을 수 있는데, 업무상 활동의 분산은 법적 책임의 분산을 동반하게 되며 사원의 유한책임은 일응 기업경영의 분산에 있다고 한다.[64]

또한 松田二郎 박사는 타인에게 채무를 부담하는 자가 무한책임을 지는 것이 당연한 원칙이며, 유한책임은 그 예외적인 현장일 뿐이라고 설명한다. 연혁적으로도 주주는 무한책임을 지고 있었으며, 당시에 기업의 소유와 경영이 분리되지 않았고 주주는 기업자적 기능을 하며 조합적 결합을 하였다. 그리고 주식회사의 인격은 별도로 인정되지 않았고 주주는 회사채권자에 대하여 직접 책임을 졌다. 그 후 배당증권인 주식은 통상의 이익증원과는 달리 투기성 때문에 큰 매력을 가지고 증가하게 되었으며, 주주는 경영활동에 대하여 전반적으로 지휘감독 할 수 없게 되었다. 이에 따라 주주의 법률상 책임이 제한되는 경향이 나타나게 되었는데 이것이 유한책임이다.[65]

(2) 자본의 집중에서 그 근거를 구하는 견해

河本一郎 교수는 주주유한책임의 원칙이 주식회사와 유한회사를 위한 정책적인 제도라고 해석한다.[66] 즉, 사회에 잔재해 있는 영세한 자금을 모으고자 할 때 주주에게 무한책임을 지운다면 그 출자를 기대할 수 없을 것이며, 지배주주로서도 무한책임을

---

64) 田中耕太郎,「全訂會社法概論(上倦)」, 23面.

65) 松田二郎,「株式會社の基礎理論」(1942), 540-541面.

66) 河本一郎,「現代會社法」(1982), 38面.

지는 것보다는 가능하다면 유한책임을 바랄 것이다. 그리고 森本 滋 교수는 현행 회사법에서 자본의 규합을 위하여 또는 기업위험을 제한하여 경제활동을 활발히 하기 위하여 사원의 유한책임이 인정된다고 한다.[67]

(3) 주주와 채권자간의 위험분배에서 그 근거를 구하는 견해

江頭憲治郎 교수는 물적회사의 유한책임제도는 기업의 업종 또는 손해의 종류 여하에 관계없이 회사채권자간에 분담시켜 소위 「사회화」하기 위한 제도라고 지적한다.[68]

제3절 자본의 집중과 주주의 유한책임

주식회사의 경제적 본질을 구성하는 자본집중에는 자본신용·대부와 출자의 두 종류가 있다. 이 중에서 자본의 신용·대부는 기업의 고정자본부분의 증대와 계속기업체화에 따라 대부자본량이 증대함과 동시에 자본가치의 회수기간이 무한히 연장되고 장기화되지 않을 수 없지만, 이와 같은 대부의 고정화는 은행측이는 좋아하는 것이 아니다. 뿐만 아니라 기업측에게도 그와 같은 신용의 이용을 악화시키고, 경제순환·자본회전의 어느 시점을 묻지 않고 대주로부터의 경제요구를 피하지 못하는 등 문제가 많다. 그래서 주식회사에 있어서 자기자본의 도입·조달이 중요하다. 그러나 이와 같은 자기자본의 결합은 여러 가지 형태의 모순을 갖게 되며, 그러한 모순을 해결하기 위하여 필연적으로 요청되는 것 중의 하나가 주주의 유한책임이다.

자기자본의 결합에 의하여 발생하는 모순의 첫째는 기업에서 고정화·장기화와 투자가에게서 자본의 유동화의 모순이다. 생산력 증대에 의한 고정자본의 증대와 생산의 사회적 성격강화가 나타나고 있는 영속기업화에 의한 자금의 구속은 장기화하는

67) 森本 滋, “いねゆる法人格否認の法理の再檢討”,「法學論叢」89倦 4号, 49面.

68) 江頭憲治郎,「法人格否認の法理」(有斐閣, 1980), 149面.

데 출자자 개인이 자기의 자금을 방치할 수 있는 기간에는 한도가 있다.[69] 이것을 방치할 때는 영세하고 출자금의 장기구속에 견디어 낼 수 없는 투자가는 출자를 단념하지 않을 수 없게 된다. 그래서 주식회사는 사회적 규모에서 자기자본을 집중하기가 곤란하게 되고, 그 존립에 관련되는 문제가 있게 된다.

둘째는 소유자가 복수라는 것에서 나오는 경영의사의 다양성과 생산의 사회적 성격이 요구하는 경영의사의 일원화와의 모순 즉, 지배와 통합의 모순이다. 이것이 해결되지 않는 한 회사는 독립한 자본으로서 존속할 수 없게 된다. 주식회사에 있어서 이 모순은 1주 1의결권의 원칙에 의한 지주다수결·자본다수결에 의하여 해결되어진다.[70] 이 의사민주주의적인 기구에 의하여 많은 영세한 출자자가 주주·자기자본가로서 주식회사에 참가하더라도 용이하게 경영의사의 일원화를 가능하게 한다. 이와 같은 기업경영 내지 기업위험에 대한 지배를 사실상 상실하고 무기능화한 주주에게 무한책임을 지우는 것은 어떻게 생각해도 곤란한 것이고, 우선 이에 관하여 주주의 유한책임화가 구해지게 되는 것은 아니다.

셋째는 증대하는 기업위험·손실과 사원의 이에 대한 한정된 지배력·부담능력과의 모순이다. 즉, 오늘날 기업위험은 도처에 존재하고, 그 규모도 거대화되어져 있다. 그러나 그 위험은 발생을 미연에 방지하고 또한 그 손해를 가급적 최소한에 그치도록 하는 것은 무기능화 한 중소주주에게 있어서는 물론 사실상 기업경영에 관하여 지배력을 가지는 지배적 대주주에게 있어서도 쉬운 것이 결코 아니다. 또한 일단 기업위험이 발생하면 그 손해의 규모는 크고, 어떠한 대주주도 그 개인자본으로써 정리할 수 있는 것이 아니다. 손해보험 또는 자회사 등의 이용으로써 이것을 다른 사람에게 분산·전가한다고 하더라도 무한책임은 역시 지배적대주주에게로 부담시키기 어려운 것이 된다. 그럼에도 불구하고 무한책임을 존속시키는 것은 지배적 대주주의 결합조차도 저지하게 된다. 이 모순을 해결하고 자본집중의 저해요인을 제거하기 위하여 인정된 것이 전주주의 유한책임이다.

이와 같이 주주의 유한책임은 자본집중기구로서의 주식회사에 있어서 과대한 기업

69) 川合一郎, "株式會社と信用制度", 「川合一郎著作集」(有斐閣, 1981), 346面.

70) 川合一郎, 上揭書, 278-289面.

위험·손실과 주주의 이에 대한 지배력·부담능력의 상실, 희박화 된 사실에 비추어 근대 사법의 대원칙인 자기책임원칙의 예외로서 그 책임을 유한화 함으로써 해결한다. 그럼으로써 자본집중의 저해요인을 제거하고 이것을 촉진하기 위하여 인정되는 것이며 주주의 유한책임을 정당화하는 근거는 여기에 있다. 주주의 유한책임은 사법적형평의 관점에서 기업활동으로부터 발생하는 손실·위험을 사원·채권자 간에 분담시키려고 하는 추상적·일반적 조항인 것은 아니다.

그런데 주주의 유한책임제는 과대한 기업위험·손실의 증대와 이에 대한 사원의 지배력·부담능력의 상실·희박화에 비추어 인정되어지는 것이라는 점에서 선주의 책임제한, 기타 해상운송, 항공운송, 원자력 등 개개의 특수분야에서 성립하고 있는 유한책임제와 공통한다.[71] 그러나 그것이 어디까지나 자본집중이라는 주식회사의 존속에 관계되는 특정목적을 위한 것이라는 점에서 이들과 다르다.

또한 기업경영에 대한 지배력을 유지하고 있는 경우에는 일반적으로 기업위험·손실에 대해서도 지배력을 가지고 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 기업의 위험과 손실이 기업경영에 관하여 지배력을 유지하고 있는 지배적 대주주의 지배를 초월하는 경우도 적지 않을 것이다. 그래서 이와 같은 경우에는 역시 지배적 대주주에 대해서도 그대로는 자본결합의 저해요인으로 될 것이므로 무한책임의 배제 즉, 유한책임화가 요청되는 것이다. 여기에서 중요한 것은 계속 증가되는 기업위험·손실에 대한 사원의 지배력의 유무이고, 기업경영에 대한 지배력의 유무가 아니다. 후자는 전자를 추인시킬 수 있는 하나의 유력한 간접사실에 지나지 않는다.

제4절 주주유한책임의 전제조건과 그 제한

1. 주주유한책임의 전제조건

주주유한책임은 궁극적으로는 자본집중을 위한 것이고 과대한 기업위험의 존재라

71) 江頭憲治郎, 前揭書, 149-150面.

는 것을 계기로 하는 것이라고 하더라도 본질적으로 회사채권자의 이익에 반하는 것이다. 따라서 자본집중의 필요, 과대한 기업위험과 손실의 존재라는 것만으로는 주주유한책임이 현실화 될 수 없는 것이다. 그 때문에 사원의 무한책임에 대신하여 또는 이것이 필요하지 않다고 할 수 있는 회사채권자보호를 위한 무엇인가가 형성되어 있어야 할 필요가 있고, 그것이 주주유한책임의 전제조건이다.

그런데 근대적 주식회사에서는 자본신용을 이용하는 외에 주식의 발행에 의하여 사회 각 층으로부터 영세한 자본을 광범위하게 모집하여 대자본을 형성하지만 이들은 합리적인 기업경영의 관점에서도 사원·주주의 개인재산과는 확실히 분별하여 관리되어야 한다. 그리고 그곳에는 저절로 「신용통일체로서의 기초가 그 자체로서 확립」되기 때문에 사원·주주의 무한책임에 의한 사적·인적보증은 그렇게까지 필요치 않게 된다. 한편 회사채권자로서는 채권의 확보, 만족이 있는 한 그 책임재산이 사원의 개인재산인지 회사재산인지 물어야 할 필요도 없다. 자신의 채권의 확보·만족을 위한 충분한 회사재산이 사원의 개인재산과 분리·관리되고 있는 이상, 회사채권자로 사원의 무한책임을 고집해야 할 이유는 없다. 오히려 사원 개개인의 무한책임 추궁의 번잡함을 생각하면 회사채권자로서는 차라리 전주주에게 유한책임을 인정하고 회사재산으로써 자기 채권을 확보할 길을 찾는 것이 현명하다[72]고 할 수 있을 것이다.

이와 같은 생각에서 주주유한책임 승인의 전제조건으로서 그에 대신하는 것으로 「신용통일체로서의 기초 확립」을 제도적으로 보장하지만, 자본금제 및 회사의 계산관계에 관한 엄격한 규제이다. 즉, 우리 상법은 원칙적으로 발행주식의 액면총액으로써 성립하는 일정금액을 자본금으로 정하고, 이것을 등기와 대차대조표 또는 그 요지의 공고에 의하여 일반 공중에게 공시함과 동시에 회사자본금액에 상당하는 재산이 현실적으로 거출되어질 것을 요구하고(자본충실·유지의 원칙) 또한 일단 정해진 자본은 자유롭게 감소할 수 없게 하여(자본불변의 법칙) 회사재산의 확보를 도모하고 있다.

그리고 상법은 회사의 결산절차 등 계산관계에 관하여 다수의 강행규정을 두고, 계

72) 川合一郎, 前揭書, 329-330面.

산의 분리·명확화를 도모함과 동시에 회사의 영업성적과 재정상태를 공개할 절차를 정하고 일반투자가 및 회사채권자의 이익보호를 위하여 노력하고 있다. 이와 같이 주식회사의 경우 회사채권자 보호를 위하여 자본금제 및 회사의 재산관계의 분리·명확화가 제도적으로 확립되고 있는 것, 그리고 이것이 현실적으로 회사에 의하여 준수되어지고 있는 것이 회사유한책임 승인을 위한 필수의 전제조건이다.[73]

그러나 위의 자본금제 및 계산관계의 분리·명확화는 주주유한책임제 승인의 최저한의 필요조건이지만 결코 충분조건은 아니며, 이를 과대평가해서는 안 된다. 이와 같이 주주유한책임의 전제조건이 된 것은 자본금제 및 회사계산관계의 분리·명확화이지만 이들은 회사채권자 보호의 관점에서 보아도 결코 충분한 것이 아니라는 점, 따라서 이들의 전제조건이 충족될 경우도 또한 회사채권자의 어떤 희생으로 주주유한책임제는 관철되는 것임을 간과해서는 안 된다.[74]

2. 주주유한책임의 제한

주주유한책임은 전술한 바와 같은 근거에 의하여 그 전제조건 아래서 승인된 것이다. 그러나 그것은 소위 입법정책의 소산이고 결코 절대적인 것은 아니다. 따라서 위의 조건 및 근거의 어느 쪽이 흠결될 때 즉, ① 사원의 책임을 유한화 하기까지 촉진해야 할 자본집중의 필요성이 존재하지 않은 때(예컨대 실질상의 개인회사, 대규모 폐쇄회사의 경우) ② 그 나름대로의 자본집중의 필요가 있어도 기업활동의 규모가 작아서 처음부터 과대한 기업위험·손실이 존재하지 않은 때(예컨대 소규모 폐쇄회사의 경우) ③ 기업규모가 크고 그 활동에 큰 위험이 따르는 경우에도 충분한 자력, 기술력에 의하여 이에 대응할 수 있고 또는 보험·자회사 등의 이용에 의하여 그 위험을 다른 곳에 전가할 수 있는 등에 의하여 이미 그 기업활동에 관한 이상 과대한 기업위험·손실이 동반되는 것이라고 할 수 없는 때 등에는 판례에 의하여 개별적으로

73) 양동석, 전게 주주의 유한책임원칙과 그 제한, 147-148면.

74) 양동석, 전게 1인회사의 설립과 유한책임의 제한, 692면.

또는 법률에 의하여 일반적으로 주주의 유한책임제는 배제될 수 있다. 소위 법인격부인의 법리에는 전자이고, 전술한 경영에 참가하는 지배주주의 책임, 출자금으로 간주되는 대부금, 회사로부터 취득한 이득의 반환문제 등에 있어서 주주나 사원의 개인책임을 인정하고자 하는 것은 후자이다.[75]

75) 양동석, 전게 주주의 유한책임원칙과 그 제한, 149면.

제5장 1인회사의 법률관계

제1절 복수사원·복수발기인을 전제로 하는 규정

1. 발기인과 발기인조합

발기인이란 회사설립을 기획하고 설립사무를 주관하는 자로서 정관에 발기인으로 기재되고 기명날인 또는 서명한 자이다. 따라서 현실적으로는 발기인의 존재는 모든 설립절차에 선행하지만 이론상으로는 정관의 작성과 동시에 생겨난다. 발기인은 설립중의 회사의 기관으로서 설립사무를 관장하며 각종의 책임을 부담한다.

상법개정 전에는 주식회사의 설립에 있어서 3인 이상의 발기인을 요구하였으므로 이들이 회사설립절차를 개시하기 전에 설립을 목적을 하는 계약을 체결하고 그 이행으로서 정관작성 등의 설립사무를 보게 되었다. 이 경우에 발기인 사이에는 발기인조합이 성립되며, 이것은 민법상의 조합이라고 할 수 있다. 발기인조합은 회사가 설립됨으로써 그 목적달성에 의하여 소멸하거나 회사설립이 불가능하게 됨으로써 소멸한다. 그러므로 설립중의 회사의 창립에 의하여 소멸하지 않는다.

그러나 2001년 개정상법에는 발기인수에 관한 규정내용이 삭제되었으므로 1인의 발기인이 주식회사를 설립할 수 있게 되었고, 이 경우에는 당연히 발기인조합은 성립될 수 없고 존속할 수도 없게 되었다. 따라서 종래 발기인조합의 권한과 의무는 1인의 발기인이 회사를 설립하는 경우에는 그 1인의 발기인에게 귀속하게 된다. 또한 발기인의 행위가 발기인 자신을 위한 것이지 설립중의 회사의 기관으로 한 것인지 불명확할 경우에는 당사자의 의사에 따라 판단해야 할 것이다.[76]

그리고 주식회사의 설립방법에는 회사 설립시에 발행하는 주식의 총수를 발기인이 모두 인수하여 회사를 설립하는 발기설립과, 회사설립시에 발행하는 주식의 총수 중에서 발기인이 일부만을 인수하고 잔여부분에 대하여는 주주를 모집하는 모

76) 양동석, "2001년 상법 개정에 따른 1인회사의 설립인정과 남용정책", 「민사법연구」 제9집(대한민사법학회, 2001), 198-199면.

집설립이 있다. 그러나 1인 회사를 설립할 경우에는 모집설립의 방법에 의하는 경우는 생각할 수 없으며, 이사·감사의 선임의 경우도 1인의 발기인이 결정하게 될 것이다.

2. 총회소집·결의에 관한 규정

이사회의 결의 없이 주주총회를 개최하거나 1인주주가 주주총회를 열지 않고 의사록을 작성하는 등 총회소집 또는 결의에 관한 규정을 위반한 경우 당해 주주총회결의의 효력과 관련하여 그 규정의 적용 여부가 문제된다.

이에 대하여 1인회사의 주주총회가 유효하려면 이사회의 소집결정이 있어야 하며, 이러한 하자는 총회결의 부존재에 해당한다고 보는 견해가 있다(적용긍정설). 그러나 1인회사의 의사는 주주 1인의 의사에 의하여 결정되므로 주주총회의 소집과 결의에 관한 상법과 정관의 규정은 복수의 사원이 존재하지 않는 사단성이 없는 1인회사에는 사실상 적용되지 않고 그 효력이 일시적으로 정지된다고 할 수 있다(적용부정설). 그러므로 총회결의의 성립과 결의의 방법에 관한 하자를 이유로 한 결의의 취소나 부존재는 문제가 되지 않는다고 한다.[77]

판례는 적용부정설의 입장이다. 피고회사의 주주가 1인 주주로 그 주주가 참석하여 총회 개최에 동의하고 아무 이의 없이 결의한 것이라면, 이 결의 자체를 위법한 것이라고 볼 아무런 이유가 없다 할 수 있으며,[78] 실제로 총회를 개최한 사실이 없다 하더라도 1인주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회의사록이 작성되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있어 형식적인 사유에 의하여 결의가 없었던 것으로 다툴 수는 없다고 한다.[79]

3. 이사와 회사간의 거래

---

77) 최기원, 「신회사법론」(박영사, 2004), 47면.

78) 大判 1966. 9. 20, 66다1187·1188.

79) 大判 1993. 6. 11, 93다8702.

1인회사의 경우에도 이사의 자기거래에 관한 규정인 상법 제398조를 적용한 이사회의 승인이 필요한가에 대하여는 학설의 대립이 있다.

회사의 재산은 모든 회사채권자에 대한 담보가 되므로 1인주주라 하더라도 회사와 이해관계가 일치된다고 할 수 없으며, 1인주주인 이사라 하더라도 제398조의 예외가 될 수 없다고 한다(승인필요설). 이 견해가 다수설이다.[80]

이에 대하여 회사와 1인주주의 인격은 별개이므로 양자간에는 사원관계가 존재하지만, 양자 사이에는 이해의 충돌이 없으므로 1인주주가 이사로서 이사회의 승인없이 회사와 한 거래에 대하여는 상법 제398조와 민법 제124조는 적용되지 않는다고 본다(승인불요설).[81]

판례는 간접적으로 승인불요설의 입장을 취하고 있다.[82] 생각건데 승인불요설이 타당하다고 본다. 승인필요설에 의하면 회사채권자보호를 위해 상법 제398조를 적용하여야 한다고 하나, 상법 제398조의 입법취지가 채권자의 보호까지 포함하는가 하는 점에는 의문이 있다.

4. 주식의 양도제한에 관한 정관규정

1995년 개정상법에 의하여 주식의 양도는 정관의 규정에 따라 이사회의 승인을 얻도록 할 수 있다(335조 1항 단서). 그러나 이 경우에도 1인회사의 1인주주가 소유주식의 전부를 양도하는 때에는 보호해야 할 다른 주주가 존재하지 않기 때문에 이사회의 승인은 필요가 없다고 본다.[83]

---

80) 손주찬, 전게서, 439면; 이철송, 전게서, 35면; 정찬형, 「상법강의(上)」(박영사, 2003), 413면.

81) 최기원, 전게 신회사법론, 48면; 정동윤, 전게회사법, 17면; 박상조, 「신회사법론」(형설출판사, 1997), 451면.

82) 大判 1992. 3. 31, 91 다 16310.

83) 정동윤, 전게서, 17면; 東京地判 1989. 6. 27, 金商 837, 35.

제2절 법인격부인의 법리와 관계

1인회사는 특정인이 개인적으로 부담하는 채무를 면탈하기 위하여 설립하는 경우가 많고, 1인주주 개인의 재산과 회사의 재산이 혼용되어 회사의 법인격이 형해에 불과한 경우가 많으므로 법인격부인의 법리를 적용할 가능성이 크다.

1. 유한책임의 남용과 법인격부인

회사가 사원으로부터 독립된 실체를 갖지 못한 경우에 회사와 특정의 제3자간에 문제된 법률관계에 있어서만은 회사의 법인격을 인정하지 아니하고 회사와 사원을 동일시하여 회사의 책임을 사원에게 묻는 것을 말한다. 이것은 주로 주식회사에 있어서 주주가 유한책임제도를 악용함으로써 생겨나는 폐단을 해결하기 위하여 발전된 이론이다.

오늘날 자본집중, 노력의 보충, 위험의 분산을 위해 회사를 설립한다는 고전적인 회사설립의 동기는 퇴색하고, 소자본을 가지고 유한책임의 이익만을 누리기 위하여 회사를 설립하는 경우가 허다한 실정하에서 회사가 타인의 책임을 회피하기 위한 도구로 사용되는 것을 방치할 수만은 없다.[84]

영·미의 판례법으로부터 형성된 법인격부인의 법리(the doctrine of the disregard of the corporate entity)와 독일의 실체책임(Durchgriffshaftung) 이론[85]은 회사의 법인격을 전면적으로 부정하지 않고, 회사의 특정한 법률관계에 한하여 법인격을 부인함으로써 그 법인의 배후에 있는 실체(지배사원·모회사)를 기준으로 하여 법률적인 취급을 하려는 것이다. 이 경우에 법인격의 부인이란 사단성의 부인을 포함하는 것으로 해석되어야 한다. 왜냐하면 사단성의 부인 없이 법인격만이 부인되면 권리능력 없는 사단이 되고, 법인격 없는 사단은 유한책임으로 주주개인의 책임을 직접 도출할 수 없기 때문이다.

---

84) 이철송, 전게회사법, 38면.

85) 이를 투시이론이라고도 한다. 이에 관한 논문으로는 Schanze, Einmanngesellschaft und Durch-griffshaftung, 1975 ; Schanze, Durchgriff, Normanwendung oder Organhaftung?, AG, 1982. 2, S. 42 ; 최기원, 전게 신회사법론, 52-53면.

2. 법리의 근거

실정법적 근거로서 ① 민법 제2조 제1항의 신의성실의 원칙위반이라는 견해,[86] ② 민법 제2조 제2항 권리남용금지라는 견해,[87] ③ 법인격의 개념에 내재하는 한계(상법 171조 1항)라는 견해[88]가 대립하고 있다. 생각건대 법인격부인의 법리는 회사에 대하여 법인격을 부여한 정책적인 입법취지와 권리남용의 금지에 관한 민법 제2조 제2항에서 그 근거를 찾을 수 있다고 본다. 또한 판례도 이와 같은 입장이다.[89]

3. 법리의 적용요건

미국의 판례가 법인격부인이론이 적용되어야 할 요건으로 인정하는 것은 ① 주식의 전부 또는 대부분을 특정주주가 소유하고, 회사의 영업정책·재무·운영은 오로지 그 지배주주의 완전한 지배하에 이루어짐으로서 문제된 거래에서 회사는 자신의 독립된 의사와 존재를 갖지 못하고(complete domination), ② 이 같은 지배력이 사기, 범죄 기타 법상의 의무위반 또는 상대방의 권리를 침해하는 불공정한 행위를 하는 데 이용되고(wrongful or inequitable conduct), ③ 이 같은 지배력의 행사 및 위법·불공정한 행위와 상대방의 손해 사이에 인과관계가 있을 때(causal relationship to the plaintiff's loss) 그 법인격을 부인하고 있다.[90]

독일의 투시이론의 적용요건은 대체로 미국의 그것과 유사하여 재산의 혼동(Sphärenver -mischung), 타인의 경영조종(Fremdsteuerung), 유한책임제도의 남용(Institutsmißbrauch) 등을 요한다.[91] 자본의 과소도 요건의 하나로 거론되지만 미

---

86) 이철송, 전게서, 44면.

87) 정동윤, 전게서, 31면; 최기원, 전게신회사법론, 53면.

88) 정찬형, 전게서, 403면.

89) 大判 1998. 11. 22, 87다카1671.

90) Cary & Eisenberg, corporations, unaridged, 6th ed. The Foundation press, Inc.(N.Y.), 1998, pp.166-69. ibid, p. 114.

91) Raiser, Thomas, Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., Verlad Fran2 Vahlen GmbH(Müchen),

국에서와 마찬가지로 적정자본의 기준을 객관화하기 어려우므로 과소자본임이 객관적으로 증명되거나 문제된 지배주주가 납입부실 등으로 자본충실을 해한 경우에 한해 법인격부인의 대상으로 보고 있다.

우리나라에서 법인격부인의 법리를 적용하기 위한 요건으로서 종래부터 논의되는 것에는 다음의 두가지 경우를 들 수 있다.

(1) 법인격이 형해화한 경우

회사가 실질적으로 개인기업에 지나지 않거나, 모회사의 영업의 일부에 지나지 않는 경우가 이에 해당한다. 이 법리는 1인 회사인 경우에 적용될 여지가 많으나 1인회사가 인정되는 한 단순히 주주총회나 이사회 등의 법적 절차가 전혀 도외시되었다는 사실만으로 법인격이 형해화되었다고 하여 이 법리가 적용되어서는 안된다고 본다.[92] 왜냐하면 법인격의 형해화를 이유로 이 법리를 적용하려면 더 나아가 회사재산과 타인재산의 혼동 및 회사의 업무와 개인적 활동의 혼동이라는 요건이 필요하기 때문이다.

(2) 법인격이 남용된 경우

회사의 배후에 있는 자가 위법부당한 목적을 달성하기 위해 회사를 이용하는 등 회사 형태의 남용이 인정되는 경우가 이에 해당한다. 예컨대 경업피지의무를 부담하는 자가 자기가 지배하는 회사로 하여금 경업행위를 하도록 한 경우 또는 채무자가 강제집행을 면하려고 회사를 설립하여 자기재산을 현물출자하는 경우 등이 이에 속한다고 할 수 있다.

4. 법리의 적용효과

1981, S. 331ff; Schmidt, Karsten, Gesellschaftrecht, 3. neubearbeitet Aufl. Carl Heymanns Verlag, 1997, SS. 182-191.

92) 大判 1997. 9. 13, 74다954.

(1) 실체법적 효과

이 법리가 적용되면 회사의 법인격이 전면적으로 소멸되는 것이 아니라 특정한 법률관계에 국한하여 인격이 부인되어 회사채권자는 회사에 대하여 뿐만 아니라 그 배후에 있는 사원에 대하여, 자회사의 채권자는 자회사에 대하여 뿐만 아니라 모회사에 대하여도 그 책임을 추궁할 수 있게 된다.

(2) 소송법적 효과

회사의 배후에 있는 사원과 회사, 자회사와 모회사 또는 구회사와 신회사가 사실상 동일체인 경우에도 소송 및 강제집행절차에 있어서는 명확성과 안정성을 중시하여야 하므로, 전자에 대한 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 후자에까지 확장하는 것은 허용되지 않는다.[93] 법인격부인을 위해서는 별도의 사실인정과 법해석이 필요하기 때문이다. 그러므로 사원과 회사가 실체법상으로 동일하게 취급되는 경우에 회사의 법인격부인이 인정된 결과 사원의 책임이 긍정되어 사원에 대한 판결이 있더라도 그 판결의 효력을 회사로 확장하여 회사에 대하여 건물의 명도 등을 구하여 집행할 수 없는 것이다.

93) 이철송, 전게서, 46면; 정찬형, 전게서, 418면.

제6장 결 론

이상에서 고찰한 바와 같이, 2001년의 개정상법은 주식회사와 유한회사의 설립에 있어서 발기인의 수에 관한 제한을 두지 않음으로써 1인에 의한 설립을 허용하고 있다. 종래에는 주식회사의 설립에는 3인 이상, 유한회사의 경우에는 2인 이상의 발기인을 요구하였고, 주식회사의 경우에만 회사설립 후 사원이 1인만 남게 되어도 해산하지 않고 존속할 수 있도록 하였었다.

그러나 실제에 있어서는 1인의 발기인이 타인의 명의를 차용하여 발기인의 수를 맞추고, 출자도 1인만이 하는 사례가 많았고 특히 개인기업의 법인화나 100% 자회사 설립의 사례가 급증하고 있기 때문에 2001년의 개정상법은 현실적 추세를 반영하여 1인 회사의 설립을 인정하는 입법을 하였다. 이번 개정작업으로 법과 현실의 괴리를 다소나마 해소하고, 중소기업의 창업을 쉽게하여 국민경제 발전에 기여할 수 있기를 기대한다.

그러나 상법 제169조와 제171조에 의하면 회사는 상행위 기타 영리를 목적으로 하는 사단법인이기 때문에 사단성과 법인성의 예외가 1인회사인 것이다. 따라서 1인회사의 법리가 적용되고 복수사원의 존재를 전제로 하는 상법규정이 1인회사에 적용되지 않도록 하기 위해서는 그 개념과 사단성 및 법인성 이론을 명확히 하여야만 사회의 기대에 부응하고 1인회사의 남용으로부터 채권자등을 보호하여 법적 안전성을 기대할 수 있을 것이다.

따라서 개정상법에 의한 1인회사는 주식회사와 유한회사에 인정되는 형태로서 1인의 발기인만이 회사를 설립한 것이거나 복수사원이 회사를 설립하였더라도 설립 후 사원이 1인만 남게 된 회사를 의미한다고 개념을 정립해야 할 것이다. 종래와 같은 사단적 의미에서는 1인회사 설립의 인정에 확실히 문제가 있고 유한책임의 개인기업을 인정하는 것과 같은 문제발생도 있겠지만 상법상의 사단성은 회사의 통례적 형태를 명백히 한 것이므로 여전히 의미가 있는 것이고, 1인회사의 경우에는 언제든지 주식(사원권)의 양도에 의하여 다시 복수사원이 될 수 있는 가능성을

갖기 때문에 잠재적 사단성이 있는 것으로 파악해야 할 것이다..

1인회사의 설립으로 인한 사회적 조직체가 조합적 성질, 사단적 성질, 재단적 성질 중 어느 하나만 나타낸다고 생각하는 것은 성급한 판단일 수 있다. 회사는 어느 일면에서는 조합으로서의 성격을 가지면서 동시에 다른 면에서는 사단성을 가질 수 있고, 또 사단성과 동시에 재단성을 갖는다고 해도 결코 모순된다고 할 수 없게 된다. 결국 사단성을 결여한 회사도 법이 이를 허용하게 되면 가능하며, 조합, 사단, 재단의 상호관계에서 보자면, 어떤 사회적 조직체는 어떤 성격을 갖게 되는 계기를 나름대로 갖게 된다.

주식회사의 주주에게 유한책임을 인정하는 이유는 기업에 자본을 집중시키기 위한 기술이며, 법인과 구성원의 분리 및 주주의 기업에 대한 지배력상실 때문이다. 따라서 주주의 유한책임을 인정하기 위한 전제조건은 ①회사채권자에 대한 배타적 책임재산이 상당한 정도로 존재할 것 ②책임재산이 주주의 개인재산과 분리되어 관리되고 그 재산상태 및 수익창출원이 회사채권자가 판단할 수 있도록 되어 있을 것 등이다. 따라서 이와 같은 요건을 갖추지 못한 물적 회사의 기능자본가에게는 유한책임을 향유하게 할 의미가 없을 것이다.

또한 1인회사는 빈번히 법인격을 남용하거나 형해화시켜 채권자 보호문제가 크게 대두될 것으로 보이므로, 이에 대하여 법인격부인의 법리를 적용하기 위한 준비도 충분히 하여야 할 것이다. 영미의 판례법상 발달한 법인격 부인의 법리나 독일의 실체파악이론은 1인회사의 남용을 억제하는 장치가 될 것이므로 과거와는 달리 이 법리의 적극적인 활용이 기대된다. 그래서 법인격부인이론의 적용은 종래 다른 사법이론이 없을 때 적용되는 보충적인 것이었으나(다수설), 앞으로는 1인 회사의 남설이나 제도의 악용도 나타날 수 있기 때문에 동 이론은 다른 사법원리와 병존적으로 적용될 수 있도록 검토될 필요가 있다. 또한 사원의 책임을 묻기 위하여 법인격을 부인하는 법리의 역적용도 인정해야 할 것이다.

그리고 사원이 1인뿐인 회사에는 복수의 사원을 전제로 하는 모든 규정은 적용될 수 없을 것이며, 사원이 복수로 되었을 때 다시 회복된다고 해야 할 것이다.

참 고 문 헌

<국내문헌>

김중원, 「다국적기업론」, 전예원, 1891.

박상조, 「신회사법론」, 형설출판사, 1997.

정찬형, 「상법강의(上)」, 박영사, 2003.

최기원, 「상법강의(상)」, 박영사, 2004.

김재형, "1인회사에 관한 연구", 조선대학교 박사학위논문, 1996.

양동석, "2001년 상법 개정에 따른 1인회사의 설립인정과 남용정책",

——— 「민사법연구」제9집, 대한민사법학회, 2001.

, "1인회사 설립과유한책임의 제한", 「비교사법」제8권 1호, 비교사법학회, 2001.

_____, "주주의 유한책임원칙과 그 제한",「민사법연구」제5집, 호남민사법연구회, 1996.

이균성, "1인회사", 「고시계」, 1982.

이용구, "1인회사와 법인격부인법리", 「최해태화갑기념학술논총」, 경남대사회과학연구소, 1969.

<국외문헌>

江頭憲治郎, 「法人格否認の法理」, 有斐閣, 1980.

谷川久 外 11人, 「新版註釋會社法(Ⅰ)」, 有斐閣, 1985.

鈴木竹雄, 「新版會社法」, 弘文堂, 1982.

松田二郎, 「株式會社の基礎理論」, 1942.

田中耕太郎, 「全訂會社法概論(上倦)」.
井上和彦, 「1人會社論」, 中央經濟史, 1993.
井上和彦, 「法人格否認の法理」, 千倉書房, 1985.
中村一彦・西島梅治, 「論點會社法」, 同文館, 1989.
河本一郎, 「現代會社法」, 1982.

加藤勝郎, "1人會社の法人性と社團性",「專修法學論輯」第55・56合併號, 1992.
乾政彦, "單獨社員の法人",「法協」第 45卷 第8號.
森本 滋, "いねゆる法人格否認の法理の再檢討",「法學論叢」89倦 4号.
西原寬一, "株式會社の社團法人性".
中村一彦, "取締役の責任",「金融商事判例」755号.
川合一郎, "株式會社と信用制度",「川合一郎著作集」, 有斐閣, 1981.

Harry G. Henn, 「Handbook of the Law of Corporations and Other Business Enterprises」, West Publishing Co., St. Paul, Minn..

Cataldo B.F., *Limited Liability with One-man Companies and Subsidiary Corporations,* 18 Law & Contempt. Prob. 473, at 482, 1959.
Dodd, *The Evolution of Liability in American Industry,* Massachusetts, 61 Hav. L. Rev. 1351-1356, 1948.
Herbert Wiedemann, *Gesellschaftsrecht, Bd. I, C.H. Beck Verlag,* München, 1980.
Hueck, *Das Rechts der offenen Handelsellschaft,* 2. Aufl, 1951.
Justice Douglas, *in Pepper v. Litton, 308 U.S. 295, 313 note,* 1939.
Manne, *Our Two Corporations System,* 53 Va. L. Rev. 499, 500-504, 1976.
Marcus Lutter, *GmbH-Gesetz,* Carl Heymenns Verlag, 1980.
Posner, *The Right of Affiliated Corporations,* 43 U. Chi. L. Rev. 499, 500-504, 1976.
Raiser・Thomas, *Recht der Kapitalgesellschaften,* 2. Aufl., Verlad Fran2 Vahlen GmbH, 1981.

Schmidt · Karsten, *Gesellschaftrecht,* 3. neubearbeitet Aufl. Carl Heymanns Verlag, 1997.

Ulrich Eisenhart, *Gesellschaftsrecht,* C.H. Beck Verlag, 1978.

Warren, *Safe-Guarding the Creditors of Corporations*, 36 Hav. L. Rev. 509-519, 1923.

Würdinger, *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen*, 4 Aufl., 1981.

< 국 문 초 록 >

2001년의 개정상법은 주식회사와 유한회사의 설립에 있어서 발기인의 수에 관한 제한을 두지 않음으로써 1인에 의한 설립을 허용하고 있다. 종래에는 주식회사의 설립에는 3인 이상, 유한회사의 경우에는 2인 이상의 발기인을 요구하였고, 주식회사의 경우에만 회사 설립 후 사원이 1인만 남게 되어도 해산하지 않고 존속할 수 있도록 하였었다.

그러나 실제에 있어서는 1인의 발기인이 타인의 명의를 차용하여 발기인의 수를 맞추고, 출자도 1인만이 하는 사례가 많았고 특히 개인기업의 법인화나 100% 자회사 설립의 사례가 급증하고 있기 때문에 2001년의 개정상법은 현실적 추세를 반영하여 1인 회사의 설립을 인정하는 입법을 하였다. 이번 개정작업으로 법과 현실의 괴리를 다소나마 해소하고, 중소기업의 창업을 쉽게하여 국민경제 발전에 기여할 수 있기를 기대한다.

그러나 상법 제169조와 제171조에 의하면 회사는 상행위 기타 영리를 목적으로 하는 사단법인이기 때문에 사단성과 법인성의 예외가 1인회사인 것이다. 따라서 1인회사의 법리가 적용되고 복수사원의 존재를 전제로 하는 상법규정이 1인회사에 적용되지 않도록 하기 위해서는 그 개념과 사단성 및 법인성 이론을 명확히 하여야만 사회의 기대에 부응하고 1인회사의 남용으로부터 채권자등을 보호하여 법적 안전성을 기대할 수 있을 것이다.

따라서 개정상법에 의한 1인회사는 주식회사와 유한회사에 인정되는 형태로서 1인의 발기인만이 회사를 설립한 것이거나 복수사원이 회사를 설립하였더라도 설립 후 사원이 1인만 남게 된 회사를 의미한다고 개념을 정립해야 할 것이다. 종래와 같은 사단적 의미에서는 1인회사 설립의 인정에 확실히 문제가 있고 유한책임의 개인기업을 인정하는 것과 같은 문제발생도 있겠지만 상법상의 사단성은 회사의 통례적 형태를 명백히 한 것이므로 여전히 의미가 있는 것이고, 1인회사의 경우에는 언제든지 주식(사원권)의 양도에 의하여 다시 복수사원이 될 수 있는 가능성을 갖기 때문에 잠재적 사단성이 있는 것으로 파악해야 할 것이다..

1인회사의 설립으로 인한 사회적 조직체가 조합적 성질, 사단적 성질, 재단적 성질 중 어느 하나만 나타낸다고 생각하는 것은 성급한 판단일 수 있다. 회사는 어느 일면에서는 조합으로서의 성격을 가지면서 동시에 다른 면에서는 사단성을 가질 수 있고, 또 사단성과 동시에 재단성을 갖는다고 해도 결코 모순된다고 할 수 없게 된다. 결국 사단성을 결여한 회사도 법이 이를 허용하게 되면 가능하며, 조합, 사단, 재단의 상호관계에서

보자면, 어떤 사회적 조직체는 어떤 성격을 갖게 되는 계기를 나름대로 갖게 된다.

주식회사의 주주에게 유한책임을 인정하는 이유는 기업에 자본을 집중시키기 위한 기술이며, 법인과 구성원의 분리 및 주주의 기업에 대한 지배력상실 때문이다. 따라서 주주의 유한책임을 인정하기 위한 전제조건은 ①회사채권자에 대한 배타적 책임재산이 상당한 정도로 존재할 것 ②책임재산이 주주의 개인재산과 분리되어 관리되고 그 재산상태 및 수익창출원이 회사채권자가 판단할 수 있도록 되어 있을 것 등이다. 따라서 이와 같은 요건을 갖추지 못한 물적 회사의 기능자본가에게는 유한책임을 향유하게 할 의미가 없을 것이다.

또한 1인회사는 빈번히 법인격을 남용하거나 형해화시켜 채권자 보호문제가 크게 대두될 것으로 보이므로, 이에 대하여 법인격부인의 법리를 적용하기 위한 준비도 충분히 하여야 할 것이다. 영미의 판례법상 발달한 법인격 부인의 법리나 독일의 실체파악이론은 1인회사의 남용을 억제하는 장치가 될 것이므로 과거와는 달리 이 법리의 적극적인 활용이 기대된다. 그래서 법인격부인이론의 적용은 종래 다른 사법이론이 없을 때 적용되는 보충적인 것이었으나(다수설), 앞으로는 1인 회사의 남설이나 제도의 악용도 나타날 수 있기 때문에 동 이론은 다른 사법원리와 병존적으로 적용될 수 있도록 검토될 필요가 있다. 또한 사원의 책임을 묻기 위하여 법인격을 부인하는 법리의 역적용도 인정해야 할 것이다.

그리고 사원이 1인뿐인 회사에는 복수의 사원을 전제로 하는 모든 규정은 적용될 수 없을 것이며, 사원이 복수로 되었을 때 다시 회복된다고 해야 할 것이다.