

2012년 8월

碩士學位 論文

法人格否認論에 관한 解釋論的 研究

조선대학교 대학원

법 학 과

박 용 호

法人格否認論에 관한 解釋論的 研究

The Hermeneutical Study
on the Doctrine of the Disregard of the Corporate Entity

2012년 8월 24일

조선대학교 대학원

법 학 과

박 용 호

法人格否認論에 관한 解釋論的 研究

지도교수 권 상 로

이 논문을 법학 석사학위신청 논문으로 제출함

2012년 4월

조선대학교 대학원

법 학 과

박 용 호

박용호의 석사학위논문을 인준함

위원장 조선대학교 교수 강 혁 신 (인)

위원 조선대학교 교수 정 구 태 (인)

위원 조선대학교 교수 권 상 로 (인)

2012년 5월

조선대학교 대학원

목 차

ABSTRACT	iii
제1장 서론	1
제2장 법인론	4
제1절 법인의 존재이유와 입법정책	4
제2절 법인 본질에 관한 학설	6
제3절 우리나라의 법인론	19
제3장 법인격부인에 대한 각국의 태도	22
제1절 영국	22
1. 연혁	22
2. 근거	23
3. 적용범위	25
4. 적용요건	25
5. 법인론에서 본 영국의 법인격부인론	26
제2절 미국	29
1. 연혁	29
2. 근거	31
3. 적용범위	33
4. 적용요건	36
5. 법인론에서 본 미국의 법인격부인론	38

제3절 독일	41
1. 연혁	41
2. 근거	43
3. 적용범위	45
4. 적용요건	47
5. 법인론에서 본 독일의 법인격부인론	48
제4절 일본	51
1. 연혁	51
2. 근거	52
3. 적용범위	53
4. 적용요건	54
5. 법인론에서 본 일본의 법인격부인론	55
제4장 우리나라의 법인격부인론	58
제1절 연혁	58
제2절 근거	59
제3절 적용범위	60
제4절 적용요건	62
제5절 법인론에서 본 우리나라의 법인격부인론	65
제5장 결론	69
참고문헌	72

ABSTRACT

The Hermeneutical Study on the Doctrine of the Disregard of the Corporate Entity

Park Yong Ho

Advisor: Prof. Sang-Ro Kwon, Ph.D

Department of Law,

Graduate School of Chosun University

This paper has the examination of the doctrine of the disregard of the corporate entity related to the theory of the artificial person's essence. The doctrine of the disregard of the corporate entity is a principle of law that gives the responsibility of the company liability to the stockholder behind the company and deprives the company's corporate entity independence principle and the shareholder's limited responsibility principle in certain cases. It is a correcting principle of law for restoration when a corporate personality that the law has given is abused and is against justice and equity.

However, the doctrine of the disregard of the corporate entity has only researched in the viewpoint of technical and practical law rather than being considered regarding the corporate essence. Therefore, the applied basis of the doctrine of the disregard of the corporate entity has been unclear and it's applied boundaries and requirements have been complicated. The reason the doctrine of the disregard of the corporate entity has become unclear and complicated is not because the state of the sociology of law has become unclear and complicated, but because the doctrine of the disregard of the corporate entity has only been developed in a legal method and technique only in the matter of solving the problem that occurs with the unconsidered

corporate essence. Hence, this paper has examined the doctrine of the disregard of the corporate entity related to the theory of the artificial person's essence. In the order of England, America, Germany, Japan, the doctrine of the disregard of the corporate entity's position in history; its basis; its applied range; its relation in the theory of the artificial person's essence; has been examined in order. Finally, Korea's doctrine of the disregard of the corporate entity has been examined in this order. This is the result: As applied science can not develop without a solid basic science, when the exploration of the corporate's essence is weak, the doctrine of the disregard of the corporate entity can not stand clearly and abundantly. Therefore, a new theory of an artificial person must be made quickly that unites the technical and essential viewpoint.

제1장 서론

法人格否認理論(disregard of corporate entity; piercing the corporate veil) 또는 法人格無視理論¹⁾이란 회사의 독립된 법인격을 관철하면 정의와 형평에 반하는 부당한 결과에 이르게 되는 경우 회사의 법적 독립성을 박탈하여 회사와 사원을 동일시하는 법적 기술이다. 이는 회사의 독립된 법인격이란 것도 결국은 법에 의해 부여된 것이기에 법에 의해 부여된 법인격이 어떤 사안에 있어서는 부당한 결과를 가져온다는 것은 있을 수 없기에 그 사안에 한해서 법인격을 박탈하여 회사에 법인격을 부여했을 때의 입법정책에 부합하게 하려는 법적 기술인 것이다. 법에 의해서 부여된 법인격이란 결국 회사의 社團性으로서 이는 회사가 그것을 구성하고 있는 사원들과는 독립된 인격체로서 활동하는 것이 주요한 특성이다. 회사의 독립된 법인격의 특징인 社團性이 지향하는 법적 유익이란 한마디로 회사와 사원의 ‘분리의 원칙(Trennungsprinzip)’이다. 분리의 원칙이란 사원은 자신이 출자한 범위 안에서만 회사에 대해서 책임을 지는 것으로서 회사의 채권에 대해서는 직접 책임을 지지 않는 것을 의미한다. 이러한 분리의 원칙은 유한책임 사원들로만 구성된 주식회사에서 가장 강하게 나타나며 유한책임 사원과 무한책임 사원으로 구성된 유한회사에서도 일정부분 나타난다. 이러한 분리의 원칙은 사원의 재산과 회사의 재산을 분리하여 사원을 보호하면서도 자유로운 출자를 통해서 기업을 육성하기 위한 법 기술이다. 그런데 이러한 분리의 원칙이 도리어 정의와 형평에 반하는 결과를 가져오는 경우에는 이러한 분리의 원칙을 배제하여 회사와 사원을 동일시하여 회사의 채권에 대해서도 사원이 책임을 지도록 하는 것이 법인격부인 이론이다. 다시 말해 회사의 독립된 법인격을 남용하여 회사의 배후에 은신하고 있는 사원에게 책임을 지도록 하기 위해 그의 보호막인 회사의 독립된 법인격이라는 베일을 걷어버리는 것이 법인격부인론이다.

법인격 남용의 규제방안으로는 세 가지 방법이 있다. 사전 예방의 방법으로는 회사의 최저자본금을 법으로 정한다든지(상법 329조 1항, 546조 1항) 행정기관(금융감독

1) 정동윤, 「상법(상)」 제 5판, 법문사, 2010, 327면. 정동윤은 법인격부인이란 말보다 법인격무시라는 말이 더 정확하다고 한다. 법인격부인이란 말은 원래 일본인이 disregard of the corporate entity를 번역한 용어인데 이 이론은 법인격을 전면적으로 부인하는 것이 아니라 어떤 사건의 해결을 위해 잠시 법인격이 없는 것처럼 보는 것이기 때문에 disregard란 말 자체가 부인보다는 무시이므로 법인격무시이론이 더 정확하다고 한다.

원)에 의해 회사의 업무와 자산에 대해 자주 감독하게 하는 방법이다. 사후 교정의 방법으로는 두 가지가 있는데 회사설립의 목적이 불법인 경우 법원에 의한 해산명령(상 176조)의 방법이 그 한 가지요, 나머지 한 방법은 법인격부인에 의한 방법이다. 법인격이 남용되었을 때 사후 교정의 방법 중에서 회사의 해산명령을 쓸 경우 회사의 법인격을 전면적으로 박탈해버리는 가혹한 방법이기 때문에 회사를 설립하여 자본주의 경제발달에 이바지하도록 하는 입법정책에도 부합하지 않기 때문에 회사의 전반적인 존재 자체는 인정하지만 법인격이 남용된 특정 사안에 대해서만 법인격을 일시적으로 무시하는 법인격부인론이 자본주의 사회의 회사의 입법정책에 부합하는 방법이다.

법인격부인론은 영국에서 발생했으나 미국의 판례에 의해 형성되고 발전되어 현재는 이 이론이 미국뿐만 아니라 그것이 발생했던 영국 더 나아가 독일 일본 등 여러 나라에까지 보급되었다.²⁾ 법인격부인론은 영국에서 17세기 형평법원의 판결에서부터 인정되기 시작하였지만³⁾ Salomon 사건⁴⁾의 영향으로 그것이 충분히 발전되지 못하였고, 19세기 후반부터 미국의 판례에 의하여 인정되고 발전되었다. 미국의 판례에 의하면 법인격이 “공익을 좌절시키거나, 부정을 옹호하거나, 사기를 보호하거나, 또는 범죄를 옹호하기 위하여(to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud or defend crime) 이용될 때에는 부인된다”고 했다.⁵⁾ 독일에서는 미국의 판례를 연구한 R. Serick⁶⁾이후 많은 연구가 행하여져서 법인격부인은 법인독립성의 한계와 관련해서 활발한 논쟁의 대상이 되었으며 실체과악이론(Durchgriffstheorie)으로 발전되었다. 일본에서는 2차 대전 후 법인격부인론이 도입되어 학설상 논의되었고 1960년대에는 하급심판례가 이 이론을 적용하였으며 1969년에는 최고심판소가 이를 적용하는 판례를 남겼다. 우리나라에서도 1960년 이후에 학설로 소개되어 계속 논의되었는데 대법원의 1988년 11월의 판결(便宜置籍)⁷⁾에서 법인격부인을 인정하였으며 대법원의 2001년 판결⁸⁾에서 이 이론을 정면으로 받아들였다.

2) 손성, “법인격부인의 법리(그 사적발전을 중심으로)”, 「대학원연구논집15」, 동국대학교대학원, 1985, 116면.

3) Edmunds v. Brown and Tillard 1668, 1 Lev. 37.

4) Salomon v. A. Salomon Co. Ltd. (1897) A.C. 22 House of Lords. 주식회사가 회사법이 규정한 요건을 충족하여 적법하게 설립되었을 때에는 법인격을 취득한다고 하여 일인회사의 적법성을 승인하였고 회사는 Salomon의 대리인이 아니라고 판시하여 회사의 독립성 원칙을 확인하였다.

5) United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co., 142Fed247,255,1907.

6) Rolf Serick, Rechtsform und Realität Jurristischer Personen Walter De Gruyer, Berlin, 1995.

7) 대법원 1988. 11.22선고 87다카1671판결.

8) 대법원 2001. 01.19선고 97다21604판결.

그런데 지금까지 학설이나 판례를 통해 논의된 법인격부인론은 대부분 법인의 본질과의 관계에서 살펴지기보다도 실용법학적이며 법기술적인 측면에서만 살펴졌다. 그러기 때문에 법인격부인론의 적용근거가 모호하며, 또한 그 적용범위나 적용요건도 복잡해진 것이다. 본 논문은 법인격부인론 적용의 필요성에 대해서는 공감하지만 그것의 적용근거가 모호하고 적용범위나 적용요건이 복잡한 것은 법인격부인론이 법기술주의가 지배하던 시대의 산물로서 법인격부인론 자체가 이미 법인 본질에 대해서는 별로 생각하기를 꺼려하는 시대정신이 반영되어 있기 때문이라고 본다. 법인격부인론의 적용근거가 모호하고 적용범위나 적용요건이 복잡해진 것은 이런 이유 때문이라 생각하여 법인격부인론을 명료하게 발전시켜가려면 법인의 본질에 대해서 다시 생각하는 것에서부터 출발해야 한다고 본다. 그래서 법인격부인론을 법인론과 연결시켜 법인의 본질에 대한 탐구로부터 다시 시작하도록 하고자 하여 법인격부인론을 법인론과 연관시켜 논문을 쓰게 된 것이다.

본 논문이 법인론에 기초하여 법인격부인론을 상세한 면에서 짜임새 있게 하나의 체계로 세워나간다는 것은 너무나 큰 주제여서 이러한 주제는 지양하고, 각국의 법인격부인론을 법인론과 연관시켜 살펴봄으로써 각국의 법인격부인론들이 어떠한 법인론에 의해 세워져 있는지를 생각해봄으로써 앞으로 법인론과 연관하여 법인격부인론을 더욱 발전시켜 나가야한다는 것을 제시하는 것으로 만족할 것이다. 이를 위한 연구절차는 다음과 같다. 1장은 논문에 대한 문제의식과 방향설정이며, 2장은 법인론에 대한 개괄적 설명이며, 3장은 각국(영국, 미국, 독일, 일본)의 법인격부인론을 살펴보고 그것들을 각각 법인론과 연관시킨 것이며, 4장은 우리나라의 법인격부인론을 법인론과 연관시켜 살펴보되 몇 개의 판례들과 함께 검토해본 것이며, 5장은 결론이다. 본 논문에서 다루고자 하는 법인격부인론은 회사법의 주식회사에 한정한다.

제2장 법인론

제1절 법인의 존재이유와 입법정책

법인이란 법에 의해 자연인과 같은 권리능력이 주어진 것으로서, 공동의 목적을 가진 사람들의 결합체에 법인격이 부여된 社團과 특정한 목적을 위한 재산의 결합체에 법인격이 부여된 財團이 있다. 전자를 社團法人이라고 하고, 후자를 財團法人이라고 한다. 사단이나 재단은 사람(자연인)이 아니지만 법률에 의해서 사람과 같은 자격을 부여받았기에 法人이라고 부르는 것이다.

인간은 태어날 때부터 사회적 존재이다. 태어날 때부터 가족 공동체, 부락 공동체, 부족 공동체, 더 나아가 국가 공동체의 일원이 되어 살아간다. 인간은 사회 속에서 태어나 사회 속에서 살다가 사회 속에서 죽는다고 할 수 있다. 그런데 인간이 모여 사는 사회는 서로 돕고 협동하는 공동의 목적도 많이 존재하지만 상반된 이해관계 또한 무수히 존재한다. 이를 조정하여 원활한 질서 속에 원만한 사회생활이 가능하도록 하는 법의 존재가 필연적이다. 그래서 인간 사회는 어디에서든지 조잡한 형태이든 고도로 발달된 형태이든 법 또는 그것과 유사한 기능을 발휘하는 것이 존재해왔다. 이처럼 인간은 태어날 때부터 법적인 단체 속에서 삶을 영위해간다고 할 수 있다. 따라서 권리주체로서의 인간을 법적인 측면에서 본다면 法人이 自然人보다 앞섰다는 것을 알 수 있다. 물론 태초의 인간에 한해서는 그 존재론적 특성상 자연인이 법인보다 앞섰다고 할 수 있지만, 태초의 인간이 아닌 모든 인간들은 단체 속에서 태어나 단체 속에서 삶을 영위하다가 단체 속에서 죽는다는 것을 생각해 볼 때, 존재하는 실정법에 의해 법인격이 부여된 단체이든 그렇지 않은 단체이든 어떤 법적인 규율을 가진 단체 속에서 살아가는 것이 분명하다고 할 수 있으니, 법인이 자연인보다 앞선 것은 분명하다. 그러나 따지고 보면 자연인의 권리능력이란 것도 실상은 법에 의해 부여된 것이니 자연인도 결국은 법적인 인간이란 점을 생각해보면 공동 목적을 위한 사람들의 결합체나 재산의 결합체에 법인격을 부여하는 것과 先後를 따지고 구별하는 실익은 없다.

자연인에게도 법인격을 부여하는 것이 법적인 유익을 위한 것이듯이 자연발생적인 사람들의 결합체나 재산의 결합체를 그 자체로 내버려두지 않고 법인격을 부여하는 이유도 법적인 유익을 위해서이다. 크게 두 가지 점에서 그렇다.⁹⁾ 첫째는 단체의 대외적·대내적 법률관계를 처리하는데 있어서 편의를 위해서이다. 인간생활이 대부분 단체 속에서 이루어지지만 대외적으로는 그 단체에 속한 개개인들의 활동으로 비쳐지는 것이 아니라 단일한 단체의 활동으로 비쳐지는 경우가 많으며, 대외적인 관계에 있어서 단체의 구성원들 모두의 이름으로 일을 처리할 경우 시간과 비용 면에서 너무나 복잡하고 비효율적이다. 또한 대내적으로도 단체 내부의 조직이 지나치게 확장되거나 강해질 경우 그 구성원들의 자유를 제한하고 억제하여 법이 추구하는 본래의 목적에서 떠날 수밖에 없다. 이러한 대외적·대내적인 법률관계들을 효율적으로 처리하기 위한 이유 때문에 법인제도가 존재해야 할 필요성이 있는 것이다. 둘째는 재산관계에 있어서 출연자 본인의 재산과 출연된 재산 사이의 책임을 서로 분리시켜 위험을 분산하기 위해서이다. 만약에 이러한 위험 분산의 방법이 없다면 비개인적인 목적을 위한 재산의 기부가 위축될 수밖에 없을 것이다. 출연된 재산이 독립적인 주체로서 사회적 활동을 하도록 하는 법 기술적인 방법으로는 법인제도와 신탁제도가 있다. 법인제도와 신탁제도의 차이는 법인에 있어서는 출연 재산은 독립된 법인격을 부여받은 법인에게 귀속되는데 반해 신탁에 있어서는 출연재산 관리인인 수탁자에게 귀속하되 수탁자의 개인재산과 독립하여 관리되고 유지되도록 신탁법을 만들어 규제한다는 데 있다. 현재 우리나라는 법인제도와 신탁제도 둘 다 수용하고 있는데 법인제도에 관해서는 민법에 신탁제도에 관해서는 신탁법에 규정되어 있다.¹⁰⁾

이처럼 법인제도가 존재하는 이유는 여러 유익들 때문인데 이는 각국의 입법정책과 긴밀하게 연결되어 있다. 법인에 대한 입법정책은 시대마다 변천해왔다. 개인의 자유와 평등과 독립성이 최고조로 강조되던 프랑스혁명 전후의 유럽에서 사단의 설립은 개인의 자유를 억압하는 것으로 생각되어 원칙적으로 부인되었는데, 부득이한 경우에는 법에 의한 면허에 의해서 극히 제한적으로 그 설립을 허용하였다. 이러한 특허주의는 권리주체로서 개인과 국가이외의 어떠한 단체에 대해서도 인정하지 않는 입법정책인데 이러한 배경 속에서 법인의제설이 주장되었다. 그러던 것이 19세기 중반 이후 상공업이 더욱 발전하면서 회사설립의 자유를 주장하게 되어 법인 설립에 대한 입법정책은

9) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 1998, 87면.

10) 박윤직, 「민법총칙」, 박영사, 1997, 210면.

특허주의가 완화되어 일정한 규칙만 따르면 자유롭게 설립할 수 있다는 준칙주의가 인정되었다. 이 시대의 법인설립에 대한 입법정책은 법인실재설이 그 이론적 근거로서 제시되었는데 법인실재설에 의하면 준칙주의보다 더욱 완화된 자유설립주의에까지 근거가 되었다. 한마디로 법인설립에 대한 입법정책은 사단법인이나 재단법인이나 공히 특허주의에서 준칙주의로, 그 이론적 근거는 법인의제설에서 법인실재설로 변천해왔다. 즉 법인설립에 대한 국가의 간섭을 가능한 한 제한하는 방향으로 입법정책이 진행되어왔다. 그러던 것이 자본주의의 발달과 함께 기업결합에 의한 시장독점과 같은 자본주의 자체의 여러 부정적 요소들이 표출되어 국민경제에 위협이 되었다. 이에 국가가 기업을 간섭하기 위한 입법정책들이 등장하기 시작하여 법인설립에 대한 입법정책도 법인이 가진 장점을 계속 유지하되 그 단점을 보완하는 방향으로 이행해오고 있다. 즉 한 개인의 역량을 넘어선 다수의 힘이 결집된 단체의 장점과, 단체가 강해지면서 그러한 단체 속의 한 개인이 가지고 있는 자유가 제한되는 단점을 보완하기 위한 방향으로 흘러오고 있는 것이다.

제2절 법인 본질에 관한 학설

1. 지금까지 논의된 법인론

法人論이란 법률상 독립한 권리의 주체로서 인정되고 있는 법인이 그것을 구성하고 있는 개인이나 재산과는 별도의 단체로서 독자적 실체를 갖고 있느냐 그렇지 않느냐에 관한 것이다.¹¹⁾ 법인론은 19세기부터 법학자들에 의해 치열하게 논쟁되었는데 크게 보면 法人擬制說과 法人否認說과 法人實在說이 있다. 법인의 본질에 관한 이러한 이론들은 법인에 관한 국가의 입법정책 논쟁(許可主義와 準則主義와 自由設立主義)과 밀접하게 연관되어 전개되었다.¹²⁾

가. 法人擬制說

11) 박윤직, 앞의 책, 213면.

12) Franz Wieacker, Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1973, S. 342, 366.

법인의제설이란 18세기 말에서 19세기 초에 절대주의에 입각한 중앙집권적 근대국가 시대에 로마법 학자들에 의해 주장된 법인이론으로서 법인(juristische Person)이란 자연인(natürlichen Person)에 擬制된 人格體(Person)로서 자연인에 대칭하는 법적 의미의 인격체라는 것이다.¹³⁾ 당시에는 국가와 개인 사이에 어떤 중간적인 단체의 설립에 대해서 매우 부정적인 시각이 지배하고 있었다. 法制史的으로 볼 때 로마법은 법률관계의 주체를 개인으로 보았기에 국가와 개인 사이의 사적인 단체의 설립에 대해서 대단히 부정적이었으며 오늘날의 법인에 해당하는 단체의 경우에도 그것은 법률관계의 주체는 개인이라는 견지에서 그 인격성이 인정되었을 뿐이다. 로마법이 이처럼 단체의 설립에 대해서 부정적이었던 것과 달리 게르만법은 단체의 설립에 대해서 자유로웠기 때문에 국가와 개인 사이에 수많은 중간단계의 단체들이 존재했다. 그런데 이러한 중간단계들이 무질서하게 존재했던 중세말의 게르만법제하에 로마법이 계수됨으로써 로마법적인 사고를 중심으로 하는 게르만단체법이론이 구성되기 시작했다.¹⁴⁾ 로마법은 원래 단체설립에 대해서 대단히 부정적이었기에 단체법 이론이 발달할 여건이 되지 못했지만 중세를 거치면서 준비하게 존재했던 게르만단체들에 대해서 국가가 그 법인격을 부여하는 허가제를 통해서 독일단체법이론구성에 결정적인 역할을 했는데, 이는 결국 자연발생적이며 자율적으로 존재했던 게르만단체들을 국가에 예속시키는 성격으로 변모시키는 것을 의미했다.¹⁵⁾

법인의제설이 법인을 자연인에 의제된 것으로 본다는 것은 법률관계에서 권리의 주체를 자연인으로만 보고 있다는 것이 전제되어 있다. 자연인 이외의 것들은 원칙적으로 권리의 주체로 인정되지 않는 것이지만 국가가 그러한 것들에 대해서도 자연인으로 의제하여 권리의 주체로 인정하다는 것이다. 그러기에 법인의제설에 의하면 법인이란 자연인과 달리 “상상된(Vorgestelltes) 사적 창조물(Gedankengebilde)이고 순수한 추상(Abstraktion)”이다.¹⁶⁾ 법인은 한마디로 국가가 자연인 이외의 단체에 법인격을 인정한 것으로서 이러한 법인격의 창설자는 국가이며 법인은 국가에 의해서 창설된 의제적인 것, 즉 인위적인 것이다. 법인은 국가에 의해서 창설된 법인의제설이 이처럼 법인을 자연인에 의제된 것으

13) Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1 Bd. 2. Teil: Die juristische Person, 1983, S. 1; J. von Staudinger/Helmut Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz(12.Aufl.), Einl. zu §§21-89Rdnr. 1, S. 319.

14) 서경욱, “법인본질론”, 경북대학교석사학위논문, 2005, 5-6면.

15) 서경욱, 위의 논문, 6-7면.

16) Hans Schulte, Kap. 9. V. V. 2, S. 201; 박윤직 외, 「민법주해(1)」, 박영사, 1996, 454-455면에서 인용.

로 본다는 것은 자연인만을 권리의 주체로 본다는 것인데 여기에 법인의제설의 인격개념이 내포되어 있다. 법인의제설의 이러한 인격 개념은 로마법 시대의 인격개념으로서 이는 중세 후기의 로마법 주석학과에서도 있었는데 이를 근대에 법인이론으로 확립시킨 사람은 Savigny였고 그의 후계자들인 Puchta와 Windscheid가 지지함으로써 19세기에 주류 학설이 되었다.¹⁷⁾ 법인의제설의 전제가 된 인격 개념은 칸트의 인격 개념이다. 칸트는 실천이성의 근본원리를 ‘네 의지의 格率이 언제나 동시에 보편적인 입법의 원리로 타당한 것이 될 수 있도록 행위하라’고 했는데 이것이 定言命令 곧 도덕법칙이요 이를 따르는 것이 의무라고 했다.¹⁸⁾ 도덕법칙과의 관계에서 칸트는 인간이란 자유의 주체임을 강조했으며 이러한 人格體는 결코 수단이 될 수 없는 목적 그 자체라고 했다. 그러므로 칸트의 인격 개념에 영향을 받은 Savigny는 권리주체인 인간은 도덕명령을 따르는 자유의지를 가진 자연인밖에 없기에 법인이란 이러한 자연인에 의제된 인공적인 존재일 뿐인 것이다.

Savigny는 법인이 법에 의해 자연인에 의제된 것이라고 해서 법에 의해 의제되기 이전의 법인의 사회적 실체에 대해서 부정하지 않았다. 국가의 허가에 의해서 어떤 단체가 법인격을 취득하게 되었다고 하지만 그러한 법인격 취득 이전에 그러한 단체가 사회적 실체로서 존재하고 있었다는 것을 부정하지는 않았다. 그런데 Savigny이후의 법인의제설은 그러한 단체의 존재 자체까지도 법에 의해서 의제된 것이라는 좀 더 극단적의 방향으로 나아가게 되었고 법인을 순전한 법적 창조물로 보게 되었다. 이러한 법인의제설은 법인의 실체적 개념을 배격하고 법인을 단순히 기술적이며 형식적인 개념으로 전환시켰다. Puchta는 법인을 私法질서의 논리적인 교차점(Schnittpunkt)로, Windchield는 법인을 실재하지 않는 하나의 관념에 불과한 인격으로, Bierling은 법인을 법질서 체계를 세우는 합목적적인 관념보조로 인식하였다.¹⁹⁾

나. 法人否認說

법인부인설은 논리적인 면에서 볼 때 법인의제설의 연장선상에 있다. 법인의제설이

17) Werner Flume, 앞의 책, S. 3f. Flume은 Savigny가 법인의제를 얘기할 때 그것은 법인의 사회적 실체 자체를 부정한 것이 아니라 이러한 사회적 실체의 법인격 부여가 필연적이지 아니라는 의미였다고 했다.

18) 정진일, 「철학」, 형설출판사, 1995, 229면.

19) 남기윤, “사법상 법인개념의 새로운 구성”, 「저스티스」, 제70호, 한국법학원, 2002. 12, 174면.

권리주체를 자연인에 한해서 본다고 할 경우 결국 법인이란 국가가 법률에 의해 자연인에 의제한 것에 불과하게 된다. 이러한 법인의제설의 논리를 극단으로 밀고 나갈 경우 Savigny의 후계자들이 취했던 것처럼 법인은 독자의 사회적 실체를 갖지 않는 관념적이고 공허한 無實體의 개념이 될 수밖에 없는 것이다. Savigny의 후계자들은 법인의제설을 극단으로 밀고 나아가 결국 법인이란 법에 의해 의제한 형식에 불과하다고 보았던 것이다. 법인격뿐만 아니라 단체의 존재 자체를 부인하는 법인의제설의 논리를 극단으로 밀고 나갈 경우 법인을 구성하는 개인 또는 재산 이외에 법인의 실체란 것은 없게 되는데 이를 法人否認說이라 한다. 그런데 이러한 법인부인설은 역설적이게도 법인의 본체가 무엇이나에 대해서 집중하게 했으니 그 이유는 법인이 실체가 없는 관념적이고 공허한 무실체의 형식에 불과하다면 법인의 권리주체가 도대체 누구냐는 문제가 발생할 것이기 때문이다. 법인의 권리주체 문제와 관련하여 법인의 본체에 관한 질문이 법인부인설의 주요한 논점이 되었다. 이에는 크게 目的財産說, 享益者主體說, 管理者主體說이 있다.

(1) 目的財産說

법인의 본체는 일정한 목적에 제공된 무주의 재산 그 자체라는 것으로서 無主財産說이라고도 불리는데 Alois Brinz(1820-1887)가 주장한 학설이다. Brinz는 개인을 초월한 어떤 사회적 조직이 인격이 될 수 없고 법률을 통해서 그것의 인격이 부여된다면 일정한 목적에 바쳐진 무주의 특별재산 그 자체도 법인으로 인정될 수 있다고 보았다.²⁰⁾ 그리하여 營造物이나 재단 같은 구성원 없는 법인도 존재할 수 있다는 결론에 이르게 되었으니 Schmidt는 Brinz의 이러한 목적 재산설이 사회적 조직의 목적 연관성을 밝혀내었고 법률거래에서 법인이 행위능력을 갖기 위해서는 의사결정을 할 수 있는 조직과 자본설비(Kapitalausstattung)가 요구된다는 것을 밝혀내었다고 했다.²¹⁾

(2) 享益者主體說

법인의 본체를 법인을 통해서 이익을 향유하고 있는 다수의 개인으로 보는 학설로서 Rudolf von Jhering(1818-1892)의 법인이론이다. 예링은 권리란 법적으로 보호된 이익으로서 인간만이 이러한 이익을 누릴 수 있는 향익자라고 보았다. 예링은 이러한 향익자와 권리주체를 구별하였는데, 인간에게서는 향익자와 권리주체가 통합되어 있지만

20) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1, 3. Aufl., §§ 60,61.

21) K. Sshmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997, S. 195.

법인에게는 향익자와 권리주체가 분리되어 있다고 보았기에, 법인은 권리의 주체이지만 그것은 인위적인 역할에 불과할 뿐이며 진정한 권리를 누릴 주체로서의 향익자는 인간만이 가능하기에 법인의 본체란 다수의 개인이라는 것이다.²²⁾ 예링은 ‘목적은 모든 법의 창조자’라고 주장하는 목적법학과의 창시자로서 인간이 추구하는 목적이란 결국 ‘이익’인데 이러한 이익은 ‘법으로 보호되는 이익’, 즉 권리라는 것이다. 그런데 그러한 권리는 법에 의해 의제된 형식적인 공허한 인격자인 법인이 누릴 수 있는 것이 아니라 그러한 법인을 구성하고 있는 다수의 개인이 누릴 수 있다는 것이기에 예링은 법인의 본체를 법인을 통해서 법적 이익을 누리는 다수의 향익자들로 보았던 것이다.

(3) 管理者主體說

Hölder가 주장한 것으로 법인의 본체를 법인 재산을 관리하는 자로 보는 학설이다. 법인의 문제를 법인 재산의 관리자와 향익자간의 법률관계로 볼 때 그 재산으로 인한 이익 향익자와 함께 그 재산의 관리자를 동시에 주체로 보려는 학설이다.

이상의 法人否認說은 주로 특정한 목적재산의 단체인 재단에는 적용될 수 있지만 사단에게는 적용이 되기 어려운 이론이며, 또한 법인의 실체 자체를 부정하는 것은 현실에 부합하지는 않는 이론이다. 그러나 법인의 본체가 무엇인가를 생각하고 그것을 붙잡으려고 했던 점만큼은 인정되고 있다.

다. 法人實在說

법인실재설은 법인의제설의 약점을 극복하기 위해서 주장된 학설로서, “법인이란 법에 의해 의제된 실체 없는 공허물이 아니라 권리 주체로서의 실질을 가진 사회적 실체”라는 것이다.²³⁾ 법인실재설에 의하면, 법인이란 권리 의무의 실체가 될 수 있는 사회적 실체로서 자연인과 동일하게 실재하는 법인격이다. 법인실재설은 단체를 강조하는 게르만 법학자들이 개인을 강조하는 로마 법학자들의 법인의제설에 대항해서 주장했던 학설로서 그들은 게르만의 초개인적 내지는 단체적 사상에 입각하여 단체는 실체물이며 법인은 일개의 사회적 실체라고 한다. 그렇다면 그 사회적 실체가 무엇인가에 대해서는 몇 개의 이론이 있다.

22) 최병조, “Rudolf von Jhering의 법인이론”, 서울대학교법학연구소, 1987. 12, 228면.

23) 박윤직, 앞의 책, 215면.

(1) 實體的 團體人格說(有機體說)

이는 Otto von Gierke(1841-1921)가 게르만법의 단체주의 사상에 입각하여 주장한 것으로서, 법인은 통일적 단체의사를 가지고 구성원으로부터 독립한 독자적 공동체로서 실재한다는 것이다. 다시 말해 “단체는 부분의 다수성과 전체의 단일성이 조직적으로 결합한 통일적 구조의 유기체이며 단체 고유의 생명과 단체의사를 가진 사회적 유기체”라는 것이다.²⁴⁾ 유기체설은 자연인이 자연적인 유기체로서 個人意思를 갖는 것과 마찬가지로 법인은 사회적 유기체로서 團體意思를 갖는다는 것이다. 유기체설은 단체가 하나의 통일적 유기체로서 단체 고유의 생명과 단체의사를 갖는다는 점에서 이를 자연인과 같은 유기체로서 자연인의 개인의사와 같은 수준으로 법인을 끌어올렸으나 이는 결국 意思主體만이 권리주체가 될 수 있다는 법리로서 단체를 유기체로 생물화하여 자연인과의 동일성을 찾아보려는 것으로서 또다른 법인의체라고 할 수 있다.

이러한 유기체설은 사회학적으로는 의미가 크나 법률적으로는 몇 가지 단점을 갖고 있다. 첫째로, 법인의 단체의사를 그 구성원의 개인의사와 동일시하는 것은 법률적 과장으로서 결국 또다른 의제일 뿐인데 1인회사의 경우 1인주주의 의사는 개인의사가 아니라 회사의 의사로 귀속되는데 단체의사가 없는 1인회사에 법인격을 부여한 이유를 설명하지 못하며,²⁵⁾ 우리나라와 일본의 경우 실질적으로는 조합인 합명회사에 법인격을 부여하는데 그 이유를 설명하지 못한다.²⁶⁾

(2) 組織體說

조직체설은 프랑스의 Maurice Hauriou와 Léon Michoud 등이 주장한 학설로서 법인의 실체를 법률적인 조직체로 보는 학설이다. Hauriou는 법인의 개념을 의제설처럼 자연인을 법인의 매개개념으로 취하거나 Michoud처럼 권리의 개념을 기초로 법인의 본질을 추론하지 않고 사회에 대한 통합적이고 역사적인 관점에서 출발하여 법인 실재론의 근거를 찾았다.²⁷⁾ Hauriou는 “인간이 단체생활을 계속적으로 해나가는 과정 속에 필요에 의해서 자치적인 실재(l'ensemble autonome)가 출현하게 되는데 이를 組織體 내지 制度(l'institution)라고 불렀으며, 이러한 조직체는 처음에는 일반적인 형태로

24) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 58ff.

25) 박윤직 외, 「민법주해(1)」, 박영사, 1996, 431면.

26) 황적인, “법인의 본질”, 한국민사법학회, 1993, 64면.

27) 남효순, “프랑스 법에서의 법인의 역사”, 서울대학교법학연구소, 2000, 160면. Michoud의 조직체설을 가리켜 ‘法技術實在論’이라 부른다.

출현하나 점차적으로 그 목적과 특성이 정형화됨에 따라 특별한 모습으로 등장하게 되는데, 이러한 조직체의 개체성은 자연인의 개체성과 구별된다는 점에서 실제적이고 따라서 조직체는 법적 생명을 부여받기에 적합한 주체”라는 것이다.²⁸⁾ Michoud는 법인의 제설의 주장자들이 권리주체와 권리와 관계에서 권리주체로부터 그것도 자연인으로부터 출발하여 권리가 부여된 법인격의 개념을 끌어냈던 것과 달리 권리로부터 출발하여 人的 개념을 끌어냈다. 그는 “이익의 세계에는 개별이익과 단체이익이 있는데, 개별이익의 주체가 자연인이라면 단체이익의 주체가 법인이며, 단체이익은 자연인이 아닌 별개의 독립한 권리주체를 요구하는데 ‘단체가 단체이익을 실현할 정도로 충분한 조직성을 드러내면, 다시 말해 의사표현의 수단을 갖는 조직성을 드러내면’ 단체는 이제 실재로 존재하게 된다”고 했다.²⁹⁾ 이를 볼 때 Michoud의 법인 실재론에서 법인의 사회적 실재란 ‘법인의 이익을 실현시킬 수 있을 정도의 충분한 의사표현의 수단이 갖추어져 있는 조직체’이다. 프랑스에서는 현재 Michoud의 조직체설이 법인 실재론의 통설이며 법인론의 통설이다.³⁰⁾

이 설은 유기체설이 말하는 사회적 실체를 그대로 법인으로 인정하지 않고 그것에 법인격을 부여할만한 가치성을 중시한다. 법인의 사회적 실체뿐 아니라 가치적 중요성도 포착하는 장점이 있다. 독일의 통설로서 법인의 본질을 ‘목적에 구속된 조직체 (Zweckgebundene Organisation)’라고 생각한다.³¹⁾ 그러나 조직체설은 법인을 법률에 의해서 조직된 법적 실체라고 함으로써 법률 이전에는 자연인의 실체만 인정하는 것이 되어 의제설에 가깝고, 무엇이 법률로서 법인격을 인정할만한 가치인가에 대해서 명확한 설명이 없다는 비판을 받는다.

(3) 社會的 價値說(社會的 作用說)

사회적 가치설은 독일의 Kohler와 일본의 我妻榮이 주장한 학설로서 자연인이 독자적인 사회적 활동체로서 사회에 봉사할 수 있는 것처럼 단체나 목적재산도 이러한 자연인처럼 동일한 사회적 활동체가 될 수 있기 때문에 사회적 가치의 측면에서 법인이 될 수 있다는 설이다. 결국 사회적 가치설은 법인이란 사회적 작용과 사회적 가치에 본질이 있다고 보는 학설인 것이다. 그런데 어떠한 것이 사회적 가치를 가지는 것이나

28) 남효순, 위의 논문, 160면.

29) 남효순, 위의 논문, 160면.

30) 남효순, 위의 논문, 161면.

31) MünchKomm-Reuter, Vor §21 BGB Rdnr. 2; Soergel-Hadding, §21 Rdnr. 6; BGHZ 25, 134.

에 대해서는 사회학이나 경제학 등과 같은 사회과학의 힘을 빌려 당대의 사회생활의 실체를 고찰하고 이것을 당대의 법률사상에 비추어 비판적으로 연구해야 한다고 한다.³²⁾ 그런데 이 학설은 법인의 사회적 작용이라는 현상적 측면에만 포착하고 있기에 그러한 사회적 작용을 하는 법인의 본질이 무엇이나는 것에 대해서는 규명하고 있지 않으며, 또한 사회적 작용 자체가 사회적 가치를 결정할 수 없다는 점에서 비판을 받고 있다.³³⁾

2. 지금까지 논의된 법인론 정리 및 새로운 접근법들

19세기 후반부터 치열하게 논의되었던 법인론은 주로 국가의 입법정책과의 밀접한 연관 속에서 대체로 의제설·부인설·실재설 등으로 주장되었지만, 부인설은 의제설의 논리를 철저히 밀고 나간 결과라고 할 수 있을 것이니 큰 틀에서 본다면 의제설과 실재설로 양분된다고 할 수 있다. 이러한 법인론은 결국 법인의 실정법적 근거를 법인의 본질과 연결시키는 이론이었던 것이다.

독일에서 법인의제설은 Savigny와 같은 로마법 학자들에 의해 주장되었는데 법인이란 자연인에 의제된 것으로 본 것으로서 여기서 자연인은 칸트의 윤리적 인격 개념에 영향을 받은 철학적 개념이다. 그것은 도덕적으로 자유로운 인격 개념이다. 초개인적 단체를 자연인에 의제한다고 할 때 그것은 그러한 초개인적인 단체를 자연인처럼 권리능력을 갖는다는 것으로 의제한 것인데 여기서 권리란 도덕적인 자유의 실현을 위한 의사의 지배이다(意思說).³⁴⁾ 이러한 의제설을 논리적으로 철저히 밀고 나아가면 법인이란 단지 관념적인 존재일 뿐이라는 법인부인설에 이르게 되는데 Savigny 이후의 학자들인 Puchta, Windscheid, Bierling, Hans Kelsen, Hans J. Wolf 등은 법인을 철저히 법실증적이며 법기술적인 관점에서만 보았다.³⁵⁾ Savigny는 법인의 사회적 실체 자체를 부인하지 않았기에 법인이 도덕적 자유 실현 의사를 가진 자연인에 의제할 경

32) 我妻榮, 「新訂 民法總則」, 岩坡書店, 1973, 126면; 곽윤직, 앞의 책, 216-217면에서 재인용.

33) 황적인, “법인의 본질”, 誠軒황적인교수정년기념 민법·경제법 논집, 법원사, 1995, 75면.

34) Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd., 2, 1840, S. 235ff.

35) G. F. Puchta, Pandecten, 1838, S. 87; Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. 9. Aufl., 1906, §57, S. 255f; Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 178ff; H. J. Wolff, Organschaft und juristische Person, Untersuchungen zur Rechtstheorie und zum öffentlichen Recht, Bd. I: Juristische Person und Staatsperson, 1933, S. 142.

우 법인 역시 법에 의해 그 권리능력이 부여될 때 자연인처럼 윤리적 존재로서의 성격이 강조되었다. 그러나 Savigny이후의 법실증적인 학자들에게 있어서는 법인은 순전히 권리의 귀속점으로서 법기술적인 차원에서만 파악되었기에 윤리적 특색이 탈색되었다.

독일에서 로마법학자들에 의해 주장되었던 이러한 법인의제설과 다른 또 하나의 학설은 Otto von Gierke와 같은 게르만법학자들에 의해 주장되었던 법인실재설이었다. 게르만법학자들이 포착했던 법인은 Savigny와 같은 로마법학자들이 주장했던 법인의 집합적 윤리적 인격 대신 실제적 생명을 지닌 사회적 활동체로서 단체의사를 가진 사회적 유기체였다. 1900년에 독일 민법이 법인에 관해 입법화 하자 법인 본질에 관한 논쟁은 급격히 쇠퇴했으며 20세기 중반까지 법인이란 단순히 법에 의해 권리능력이 부여된 존재로만 파악되는 법실증주의가 주류를 이루었으나 1970년대 이후부터 법과 현실의 끊임없는 상호작용이 강조되면서 법인 배후의 사회적인 실체를 새롭게 분석하면서 기술적인 법인이론의 한계를 극복하려는 노력들이 행해졌다.³⁶⁾

일본에서도 종래 더 이상 법인 이론을 논하는 시대는 지났다며 기술적인 법인론이 지배해왔으나³⁷⁾ 근자에 이에 대해 반성하며 법인론에 대해 재검토하고 있다.³⁸⁾ 최근에는 의제설과 실재설을 동일한 평면 위에서 그 우열을 비교하고 가리는 것은 법인론에 관한 역사적·경제적 조건들과 사회적 배경을 무시한 잘못된 태도로 여겨지고 있다. 우리나라도 법인론에 대한 재검토 주장³⁹⁾과 함께 법인을 기술적 차원에서만 보았던 관점에 대해서 비판적 주장⁴⁰⁾이 제기되고 있다.

이상에서 살펴본 것처럼 법인론에 관한 역사를 살펴보면 법인의제설과 법인실재설의 두 큰 흐름이 있는데 한쪽의 학설을 배척하고 다른 한쪽의 학설만으로 모든 것을 해석하려는 태도는 이제 차츰 지양되고 있다. 두 학설은 법인의 실재하는 것이냐 관념적으로만 존재하는 것이냐의 여부에 있어서는 대립하였지만 법인에 대해서 권리능력을 부여하려는 법적 구성에 있어서는 대립하지 않았다. 다시 말해서 두 학설은 하나의 법인

36) 남기윤, 앞의 논문, 167-168면.

37) 星野英一, “法人論(權利能力なき社團財團を兼ねて)”, 「民法論集」, IV, 134面.

38) 四宮和夫, 「民法總則(第4版)」, 75面; 星野英一, 앞의 論文, 133面 이하.

39) 김주수, 「민법총칙」, 2000, 192면 이하; 고상룡, 「민법총칙」, 1999, 180면 이하.

40) 최승조, “사법상 단체에 관한 일반론(단체법론의 역사적 발전과정을 중심으로)”, 「민사판례연구소」, 19호, 1997, 544면 이하.

에 관해 두 가지 측면, 즉 기술적인 면과 실제적인 면을 보여주고 있는 것으로서 상호 보완적이다. 그런데 지금까지 법인론이 의제설과 실재설로 나뉘어서 극한 대립적인 모습을 보인 것은 두 가지 이유 때문이다. 첫째로는 법인의 본질에 관한 이론과 그것의 실정법적 성립근거를 연관시키려는 이론적인 전체 자체가 잘못되었기 때문인데, 원래 어떤 단체에 법인으로서의 권리능력 부여 여부는 그것의 본질에서 기인하는 것이 아니라 입법자의 가치판단에 따라 결정될 문제였던 것이다. 둘째로는 법인론의 배경이 의제설의 경우에는 철학적 기반에 근거하고 실재설의 경우 사회학적 기반에 근거하기에 각각 한 측면만 강조함으로써 상호간에 의사소통이 불가능했기 때문이었다.⁴¹⁾ 이제는 법인의제설이나 법인실재설을 동일 평면에 놓고서 그것들의 차이점을 부각시키고 대립시키는 방법보다는 상호보완적 관점에서 법인의 기술적 측면과 실제적 측면을 통합적으로 보고 있다.

법인론의 역사를 살펴보면 대체로 19세기는 법인이 무엇이나에 대해서 다투어져왔으나(법인 본질이 치열하게 논의되던 시대), 1900년 독일 민법에서 학설상 다투어져왔던 중요 쟁점들을 학설과 관련 없이 입법적으로 해결하자 법인의 본질에 대한 연구가 약화되었고 그러면서 법인을 그 본질과 관련 없이 다만 실정법과 관련하여 사법체계의 법질서를 위한 기술적이며 보조적인 수단으로 여기게 되었다(법기술주의가 득세하던 시대). 그러나 20세기 중반에 들어서면서 법인을 순전히 법기술주의의 관점에서 바라보는 것에 대해서 비판적 견해가 일어나게 되어 법인의 본질과 기술을 상호보완적인 통합의 관점에서 보게 되었다(본질과 기술의 통합적 관점의 시대). 그것은 의제설에 의해서 법인을 실재하지 않는 관념적인 존재로만 보든 실재설에 의해서 그것을 단체의사를 갖는 사회적 생명체 혹은 법적인 조직체로 보든 중요한 것은 결국 법률적 차원에서 볼 때 법인에 권리능력을 부여하는 것은 권리의 귀속주체에 관한 것을 명확히 하기 위한 입법 정책에 관한 것으로서 이는 결국 어떠한 사람 혹은 재산의 조직체를 법인으로 할 것인가를 법률적으로 판단하는 과정 속에 법인의 본질에 관한 문제에 또다시 부딪히지 않을 수 없기 때문이다.

법인론의 역사는 대체로 헤겔의 ‘정(正)-반(反)-합(合)’의 변증법적 과정과 같다. 법인의 ‘본질-기술-본질과 기술의 통합’의 과정을 밟고 있다. 법인론이 이렇게 변해왔던 것은 그것이 한편으로는 끊임없이 법사회적 상황과의 대면 속에서 또 한편으로는 실정

41) 남기윤, 앞의 논문, 172면.

법적 상황(법인의 입법화, 판례 등)과의 대면 속에서 진행되어 왔던 것이다. 법인을 단순히 기술적이고 도구적인 차원에서만 보았던 학설은 아무래도 실제보다 의제설이지만 그렇다고 의제설은 법기술만을 실제설은 본질만을 다루었던 것은 아니고 둘 다 어느 정도 법인의 본질과 기술을 다루고 있었다. 법인의 본질에 집중하느냐 그것의 법기술적인 형식논리에 집중하느냐 하는 것은 사실 법인에 관한 입법정책과 관련한 시대적 상황과 밀접하게 연관되어 있는 것 같다. 법인의 본질에 관해 집착했던 시대는 법인의 권리주체성에 대해서 깊이 논구하여 현대의 법인이론에서 권리의 귀속주체에 대해서 명확히 하도록 했다는 점에서 기여했으며, 법인에 대해서 법기술주의가 득세하던 시대는 법인을 철학적이고 사회학적인 색채에서 독립시켜 그것이 대외적 관계에서 법률관계 처리의 간편화·대내적 관계에서 구성원과 단체의 책임(채무관계)의 분리라는 실용적 목적의 법학적인 관점으로 확립했다는 점에서 기여했으며, 차츰 논의되고 있는 법인의 본질과 기술의 종합적 관점의 시대는 사회 속에 존재하는 사람 혹은 재산의 집합체를 좀 더 보편적인 틀 속에 폭넓게 담아내기 위한 법기술적인 접근방법인 것이다. 다시 말해서 법인에 관한 법기술주의적 관점의 시대가 법사회적 현상을 담아내지 못하고 유리되었던 점들을 보완하여 법사회적 현상과 좀 더 밀착된 법인이론이 무엇이나를 고민하는 것이다.

법인의 개념을 기술적·형식적으로 파악하는 사비니 이후 기술적 법인이론은 단체 또는 조직에 대하여 권리능력을 부여할 수 있는 요건에 대하여는 밝히고 있지 않다는 반성으로 독일에서는 1970년대를 전후하여 다양한 접근방법에 의해 법인실체 파악이 시도되었다.⁴²⁾

Fritz Rittner는 독일의 통설이었던 법인개념, 즉 ‘법질서에 의해서 권리능력이 부여된 목적결합의 조직(zweckgebundene Organisation)’⁴³⁾에 대해서 강한 의문을 제기했다. 그의 이론은 법적으로 권리인(Rechtsperson)을 이루는 자연인과 법인을 어떻게 동가치성에 놓을 수 있는가에 대한 고민에서 싹텄는데, 권리인이란 도덕적 자유와 책임을 가진 윤리적 존재로서의 자연인인바 결국 법인개념도 이러한 윤리적 존재로서의 권리인 개념과 떨어질 수 없다는 것이다.⁴⁴⁾ Rittner의 이러한 주장은 Savigny이후의 판

42) 아래에 소개되는 다양한 접근방법은 남기운의 앞의 논문 176-184면을 참조했다.

43) Franz Jürgen Säcker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bdl. Allgemeiner Teil 2. Aufl. 1984, Vor §21 I 2, S. 290.

44) Fritz Rittner, Die werdende juristische Person, 1973, S, 210ff

렉텐 법학자들이 권리인 개념을 오로지 법기술적인 측면에서만 봄으로써 권리인 개념에서 윤리적 특성을 제거했던 맹점을 시정하여 법윤리적 개념을 복원시키려 했던 것이다.

T. Raiser는 기업이라고 하는 사회적인 실체에 주목하여 기업은 단순히 지분소유자로 구성되어 있는 회사가 아니라 기업 그 자체가 법인의 실체로서 파악될 수 있다고 주장했는데, 그의 이러한 주장은 Niklas Luhmann의 공적조직론과⁴⁵⁾ Talcott Parsons의 행위체계론에⁴⁶⁾ 근거하고 있다. Raiser는 이러한 이론을 근거로 기업이란 하나의 조직, 즉 사회행위시스템으로서 그 자체가 그것의 기능을 발휘하기 위해 구성원에게 지위와 역할을 부여하고 그러한 역할 실행을 통해서 운영이 되는 법인이라는 것이다.⁴⁷⁾

Claus Ott는 현실의 경제사회에서 법인실체로서 존재하고 있는 거대기업을 법인이론의 연구대상으로 보았다. 그는 회사법 자체가 지배자본의 수중에 경제력이 집중되도록 촉진하여 통제되지 않는 권력을 합법성이라는 위장막 속에 은폐시키고 있다고 비판하면서 법인이론의 과제를 기업을 정당화시켜주는 것 못지않게 통제하는 것이라고 했다.⁴⁸⁾

Uwe John은 법인개념에 있어서 전법률적이고 비법률적인(철학적, 사회학적 접근방식) 접근방식도 지양하고 독일의 통설인 기술적 법인이론도 지양한다. 그는 일차적으로 법인개념을 법률체계에 내재하고 있는 체계적 법개념으로 파악하여 법인의 기본개념을 권리인(Rechtsperson) 개념에 두되 이러한 권리인 개념의 세요소를 찾아내었는데 그것이 행위조직(Handlungsorganisation), 책임단체(Haftungsverband), 동일성부여(Identitätsausstattung)이다.⁴⁹⁾ 여기서 행위조직은 결정능력을, 책임단체는 결정에 따른 책임부담의 능력인데 이는 재산능력을, 동일성부여는 독자적 작용체로서의 동일성인데 성명과 주소에 관한 규정이다.

Gunther Teubner는 법인개념을 법에 先在한 단체의 실재성을 중심으로 설명하고자 Luhmann의 자동생산적 사회체계이론(Theorie autopoietischer sozialer Systeme)을

45) N. Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1964.

46) T. Parsons, The structure of Social Action; The Social System; Structure and Process in Modern Societies.

47) Raiser, Das Unternehmen als Organisation, 1969, S. 94.

48) C. Ott, Recht und Realität der Unternehmenskorporation-Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person, 1977, S. 127ff.

49) U. John, Die organisierte Rechtsperson. System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht, 1977, S. 19ff, 60ff, 218ff.

원용하였다. Luhmann의 이론은 인지생물학자들의 살아있는 생명체의 자동생산체계의 원리, 즉 세포는 강력한 자가생산성을 지녔으면서도 세포막으로 구성된 폐쇄된 시스템이라는 원리에서 따온 사회조직이론인데 Teubner는 이를 기초로 법인의 실체란 자기 생산능력을 가진 의사소통의 통일체라는 것이다.⁵⁰⁾

Herbert Wiedemann은 앞에서 다루었던 학설들이 모두 법인의 실체를 주로 사단에 만 국한하고 있어 재단이나 일인회사 등에 대해서 설명할 수 없는 이론들이며 그러한 이론들로는 법인의 재산구조에 대해서 설명해 줄 수 없다고 비판하고서 19세기 판텍텐 법학자들의 목적재산설에 주목하여 그것의 법적 독립성은 인정하되 그것의 결함을 제거한 ‘조직화된 특별재산설’로 발전시켰다. 목적재산설을 재산의 법적 독립성은 인정되면서도 목적재산설이 결함을 제거한 ‘조직화된 특별재산설’로 발전시켰다.⁵¹⁾ 이 이론은 1인회사의 현상을 보다 쉽게 설명할 수 있는 장점이 있다.⁵²⁾

이상에서 소개된 법인론들은 주로 법인개념의 형식성과 법기술성의 폐해를 시정하기 위한 노력에서 법인의 윤리성(Rittner)과 정당성(Ott)의 강조, 법인의 실체 파악을 위한 노력들의 일환으로서 사회조직적인 특성에 집중하거나(Raiser, John, Teubner) 목적재산에 집중하였다(Wiedemann). 한마디로 20세기 중반 이후 전개된 법인이론들은 모두다 법인개념의 형식성과 법기술성의 폐해를 극복하기 위해 실재설에 기초하여 법인의 사회적 실체 파악을 위한 노력의 일환이거나 법 선제적인 단체나 재산에 대해서 법인격을 부여한 정당성을 확보하고 윤리성을 복원하기 위한 노력의 일환인데, 이것은 아마도 현대사회의 법인 중 대표적인 법인이라 할 수 있는 기업의 거대권력으로부터 시민의 권리를 보호하기 위한 것이 아닌가 생각된다. 민법상 법인에 비하여 상법상 회사는 특별법적 지위를 지니고 있는데 그것이 자본집중을 위한 합법성을 갖추는 데는 많은 노력이 경주되었지만 그것이 정당한 책임을 회피하는 데는 이를 어떻게 바로잡을 것인가에 대해서 그만큼 노력이 경주되지 않은 것으로 사료된다. 회사의 이러한 사회 윤리 실종에 대해서 입법적으로 막을 수 있는 여러 방법들이 있음에도 불구하고 효과적으로 작동하지 않기 때문에 회사의 법인격부인의 논리가 전개되어 온 것으로 생각된다.

50) G. Teubner, Unternehmenskorporatismus, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1986, S. 65ff.

51) H. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 195ff.

52) Th. Soergel/W. Siebert/Schultze-v. Lassaulx, Bürgerliches Gesetzbuch Bd 1. Allgemeiner Teil, Vor §21 Rdnr. 6, S. 164; Fritz Rittner, “Die werdende juristische Person”, 1973, S. 185f.

제3절 우리나라의 법인론

우리민법 1편 총칙의 2,3장은 권리·의무의 주체를 자연인(3-30조)과 법인(31-97조)로 규정하고 있는데, 법인으로는 사단법인과 재단법인이라는 두 가지 형태를 인정하고 있다. 하지만 법인에 관한 이러한 규정들은 형식적인 것일 뿐 법인의 실체적 본질이 무엇인가에 대해서는 말해주고 있지 않고 학설에 맡기고 있는 것이다. 그러기 때문에 우리민법의 여러 조항들은 법인의 실체적 본질을 어떻게 볼 것이냐에 따라서 해석이 달라질 수밖에 없다. 즉 법인의 본질에 있어서 의제설을 취할 것이냐 실재설을 취할 것이냐에 따라서 법인의 권리능력, 행위능력, 불법행위능력에 대한 해석이 달라지고 법인격 없는 사단이나 재단의 권리능력에 대한 해석도 달라지는 것이다. 이를 구체적으로 살펴보자.

첫째, 법인의 이사에 관해서 볼 것 같으면 실재설은 법인의 기관으로 보지만 의제설은 법인의 대리인으로 보게 된다. 둘째, 법인의 권리능력에 관해 볼 것 같으면 의제설은 법인의 목적을 정관에 기재된 범위 내로 엄격히 한정하려고 한 데 반해 실재설은 좀 더 자유롭게 확장하려 할 것이다. 셋째, 법인의 행위능력에 관해서 볼 것 같으면 의제설은 이사의 행위는 법인의 대리적 행위이기 때문에 법인 자신의 행위능력이 인정되지 않겠지만(대리설) 실재설은 이사의 행위는 법인을 대표하는 기관의 행위이므로 법인 자신의 행위로 인정되어 행위능력이 인정된다(대표설). 넷째, 법인의 불법행위 능력에 관해서 볼 것 같으면 볼 것 같으면 의제설은 이사의 대리 행위는 법인의 법률행위에만 적용이 될 뿐 불법행위에는 적용되지 않기 때문에 이를 부정하고 법인의 사용자책임으로 해석할 것이냐 실재설은 이사의 불법행위는 법인의 기관으로서 법인 자신의 불법행위가 되어 불법행위 능력이 인정될 것이다. 다섯째, 이사의 불법행위 책임에 관해서 볼 것 같으면 의제설은 당연히 대리권의 범위를 벗어난 것으로서 당연히 그 불법행위에 대한 책임은 이사가 지게 되지만 실재설에 의하면 이사의 행위는 법인 자신의 행위이므로 이사의 불법행위 책임을 이사에게 묻는 것이 인정되지 않지만 행위의 이면성에 의해서(법인의 불법행위인 동시에 이사 개인의 불법행위) 인정되는 것으로 설명된다. 여섯째, 권리능력 없는 사단이나 재단에 관해서 볼 것 같으면 의제설은 법인에 준하는 효과를 부인하는 태도를 취할 것이지만 실재설은 가능한 한 법인에 준하

는 효과를 많이 인정하려고 할 것이다.⁵³⁾

우리 민법의 해석에 있어서 이처럼 의제설을 따르느냐 실제설을 따르느냐에 따라 그 해석이 달라지기 때문에 법인론은 실정법 해석에 있어서 대단히 중요하다고 주장되고 있다.⁵⁴⁾ 그래서 법인 의제설을 취할 것이냐 실제설을 취할 것이냐를 두고서 학자들간에 서로 자신의 주장이 옳다고 강하게 주장한다. 그런데 사실 우리 민법이 법인론에 있어서 어떠한 학설을 따르느냐에 따라 해석이 달라지는 것은 우리민법이 법인제도에 있어서 어떤 특정 학설을 채택했다기보다는, 실용적 관점에서 개별적 문제에 따라 구체적인 규정을 두고 있는 것으로 보아야 하며, 법인론에 있어서 개방적 태도를 취하고 있기 때문이다.⁵⁵⁾ 다시 말해 법인론에 대한 우리 민법의 태도는 법인론에 대한 지금까지의 학설들에 대해서 개방적인 수용의 태도를 취하고 있으며 이는 앞으로도 학설들이 더욱 발달되어 보충해가야 할 것으로 열려있다는 것이다.⁵⁶⁾

우리나라 학자들의 법인론에 관한 주장들을 살펴보면 크게 보면 의제설⁵⁷⁾과 실제설로 나뉘어져 있고, 두 학설의 좋은 점을 취하는 절충설⁵⁸⁾을 주장하는 자도 있다. 실제설을 주장하는 자들 중에도 법인의 실재가 무엇이나에 있어서 사회적 가치⁵⁹⁾, 조직체⁶⁰⁾, 특별재산⁶¹⁾으로 각각 나뉜다. 또 종래 법학자들에 의해 논쟁이 되었던 법인론이 이제는 대부분 입법, 해석법학, 관례 등을 통해 충분히 해결되어서 법인론을 논하는 것은 실익이 거의 없어졌다고 해도 과언이 아니라고 하는 사람도 있다.⁶²⁾ 이처럼 우리나라의 학계는 법인론에 있어서 기본적으로 20세기 초반의 기술주의 법인론의 강력한 영향 아래 있으면서도 19세기의 법인론이 논의되고 있고 또한 새로운 법인론이 모색되고 있지만 뚜렷한 결실을 맺지 못하고 있는 상황이다.⁶³⁾ 이런 점에서 우리나라의 법인

53) 박윤직 외, 앞의 책, 462면.

54) 박윤직, 「민법총칙」, 1997, 박영사, 218면.

55) 남기윤, 앞의 논문, 186면.

56) 남기윤, 앞의 논문, 185면.

57) 이영준, 「민법총칙」, 847면; 이은영, 「민법총칙(개정판)」, 2000, 232면.

58) 고상룡, 「민법총칙」, 1999, 180면 이하.

59) 박윤직, 「민법총칙」, 1998, 179면; 김중환·김학동, 「민법총칙」, 1995, 158면.

60) 김상용, 「민법총칙」, 1993, 216면.

61) 임중호, “주주상호간의 법률관계의 존부에 관한 서설적 검토”, 「저스티스」, 제33집 제3호, 한국법학원, 94면 이하.

62) 김준호, 앞의 책, 127면.

63) 남기윤, 앞의 논문, 185면.

론도 의제설이나 실재설이나를 동일평면에 두고 서로 우열을 비교하고 가리려하기보다 법인의 본질적인 면과 기술적인 면을 종합적으로 연구하여 발전시켜가야 할 것이다.

제3장 법인격부인에 대한 각국의 태도

법인격부인론에 대해서 각국이 어떠한 태도를 취하고 있는지 살펴볼 때 각국 상호간에 어떠한 유사점들이 있고 어떠한 차이점들이 있는지 알 수 있다. 그러므로 본 장에서는 법인격부인론에 대한 각국의 태도를 영국·미국·독일·일본의 순서로 살펴되 각국의 법인격부인론에 대한 연혁, 이론적 근거, 적용범위, 적용요건, 법인론 면에서 각국의 법인격부인론 등의 순서로 살펴보겠다.

제1절 영국

1. 연혁

영국에 있어서 법인격부인론은 17세기에 형평법 법원의 판결에서 볼 수 있었다.⁶⁴⁾ 그러던 것이 19세기 말 Salomon 사건⁶⁵⁾에서 회사의 독립성의 원칙(the principle of separate corporate personality)이 확립되었으며 현재에도 회사법의 기본원리로서 견고하게 유지되어 오고 있다.⁶⁶⁾ Salomon 사건에서 1심과 2심은 회사란 단지 이름뿐이고 회사재산의 실소유자는 Salomon이므로 그가 회사채권자에게 책임을 진다고 하여 채권자 승소로 판결이 났다. 그러나 상고심인 귀족원은 Salomon의 상고이유를 받아들여 그의 담보채권 실현을 가능하게 하였다. 이 판결은 회사의 독립성 원칙을 확립한 것으로서 회사란 비록 1인주주의 지배하에 있다 하더라도 그 인격은 별개의 것임을 명언한 것으로 회사법의 기본적 구조가 쉽게 흔들리지 못하도록 못 박은 것이다.

그런데 이러한 근본원칙에도 불구하고 영국에서의 회사개념에 획기적인 변화가 발생하였다. 즉 경제단위로서의 회사는 주주만의 이익을 위하여 운영되는 이윤 극대화의 도구가 아니라 몇몇 중요한 이해관계집단의 복합체라는 것이다. ⁶⁷⁾그리하여 회사는 권

64) Edmunds v. Brown and Tillard, 1668. 1. Lev. 237 Hans-Joachim Bauschke, Grenzen der Rechtspersönlichkeit juristischer Person im englischen Gesellschaftsrecht, 1975, S. 33.

65) Salomon v. A Salomon & Co. Ltd[1897] AC22.

66) L.C.B. Gower, The Principle of Modern Company Law, 3rd Ed., London: Stevens & Sons, 1981, 38.

67) Clive M Schmitthoff, "Employee Participation and the Theory of Enterprise". JBL, 1975, 265-266.

리만을 주장할 것이 아니라 상대방에 대한 명백한 의무를 다하도록 해야 한다는 것이다.⁶⁸⁾ 이러한 새로운 회사개념은 모든 경우에 회사의 법인격이 그 구성원의 인격과는 분리되어야 한다는 전통적인 회사법 원리에 의문을 제기하였으며 Salomon 사건에서 확립되었던 원리에 대한 예외가 늘어남으로써 현대 영국회사법은 점차 실체가 형식보다 중요하게 간주되었다.⁶⁹⁾

그리하여 최근 영국의 입법부는 Salomon 사건 이래 확립되어 유지되어왔던 회사의 법인격에 대하여 과세의 영역을 비롯한 기업의 실태를 파악하여 이것에 책임을 지우는 많은 경우에 법인격을 부인하는 입장을 명백히 하고 있다.⁷⁰⁾ 또한 영국의 법원도 사기, 위법행위, 복합기업 등 법인격을 부인하는 쪽이 적당한 경우에는 Salomon 사건이라는 원칙의 예외를 인정하는 경향이 있다.⁷¹⁾ 영국에서는 회사의 법인격 독립이 기본 원칙이지만 시대의 변화에 따른 회사법 개념의 변천으로 인해 예외적으로 특정 제정법을 규정하여 법인격부인론을 규정하고 있으며 명시적인 제정법이 없는 경우라도 판례법으로 법인격을 부인하기도 한다.

2. 근거

우선적으로 특정한 제정법이 있으면 그 법에 따라 법인격이 부인되지만, 그러한 제정법이 없는 경우 사원이 개인인 경우와 회사인 경우로 나누어 살펴볼 수 있는데, 사원이 개인인 경우는 법인격부인에 소극적인 반면 사원이 회사인 경우는 법인격부인에 적극적이다. 사원이 회사인 경우에 이렇게 법인격부인에 적극적인 이유는 회사는 독립

68) Schmitthoff, op.cit, 1981, 37.

69) Schmitthoff, op.cit, 1981, 45. 손성, 앞의 논문, 118-119에서 재인용.

70) 영국의 여러 제정법들, 즉 회사법, 파산법, 근로권법(Employment Right Acts 1986), 환경보호법(Environmental Protection Act 1990) 등 여러 법률에 법인격을 부인하는 규정들이 있다. 그런데 회사법(Company Act 1985)에서 법인격을 부인하는 경우는 다음과 같다. 첫째, 1인 사원의 회사채무에 대한 책임이다. 1인사원이라도 원칙적으로 회사채무에 대한 책임을 부담하지 않지만 예외적으로 회사가 6개월 이상 1인 사원으로 사업을 계속하고 있고 그러한 사정을 알고서 회사업무에 종사한 사람은 회사와 연대하여 책임이 있다. 둘째, 회사의 임원이나 회사를 위하여 활동하는 자가 중요문서에 오기를 한 경우 회사가 이에 대해 책임을 지지 않으면 그 본인이 책임을 진다. 셋째, 사기적 거래와 부정 거래의 경우이다. 넷째, 자격상실 중에 있는 이사가 회사경영에 직간접적으로 관련되었을 경우 회사채무에 대해 책임이 있다. 이러한 규정들은 회사의 법인격부인론을 명시하고 있으나 이는 사실 법인격부인론과 관련있는 것이라기보다 회사의 책임에 대한 개인들의 연대책임을 규정한 것이다. 법인격부인론을 규정한 다수의 제정법은 파산한 회사의 직무를 태만히 한 이사에게 책임을 묻고 있다.

71) Gower, Gower's Principles of Modern Company Law Fourth edition, Steven and sons, 1979, 136-138.

된 법인격을 가지고 있기에 기업집단내의 각각의 회사들도 독립된 법인격을 가지지만 모회사가 자회사를 지배하고 있는 경우 실질적으로는 단일한 경제적 단위로서 지배 관리되고 있으며 이런 경우 사원이 회사인 경우 합법적 조세회피의 수단이나 채무면탈의 수단으로 자회사의 법인격이 인정되는 것이기에 적극적인 차원에서 법인격을 부인해야 한다는 것이다.

사원이 개인인 경우에는 ‘정의의 위하여’ 또는 ‘사기 혹은 속임수’를 근거로 법인격 부인론을 판단한다. 이 두 가지는 사원이 개인인 경우나 회사인 경우나 공통적으로 법인격부인의 근거로 원용되지만 주로 사원이 개인인 경우에 원용되는 근거이다. ‘정의의 위하여(the interests of justice)’라는 말은 회사의 독립된 법인격을 인정하는 것이 도리어 정의(justice)와 형평(equality)에 부합하지 않는 결과를 초래하는 것을 의미하며⁷²⁾, ‘사기 혹은 속임수(fraud or facade)’란 회사의 설립과 존속이 사기(fraud) 또는 진실한 사항을 숨기기 위한 속임수(facade)로 인정되는 경우로서 회사가 사기 또는 위법행위의 수단이나 법원의 명령 또는 의무를 회피하기 위한 수단으로 이용되는 경우이다.⁷³⁾

사원이 회사인 경우에는 ‘대리관계’ 또는 ‘단일한 경제주체성’이 법인격부인의 근거이지만, 대리관계는 명시적 합의가 없다면 현실적인 지배관계만으로 대리관계를 추정하는 것이 어렵다는 판결⁷⁴⁾이 있어 법인격부인의 근거로서 원용되지 않고 오직 단일한 경제주체성만이 원용되고 있다.

대리관계(the agency argument)란 원칙적으로 당사자의 명시적 혹은 묵시적 합의로 성립하나 합의가 존재하지 않는 경우라도 회사가 사원의 사실상 대리인으로 추정되는 특별한 경우 회사의 법률행위 효과를 사원에게 귀속시킨다. 대리관계 추정의 기준이 명확히 정립되지 않아서 실제로 대리관계로 볼 수 있는 경우는 흔치 않는데, 특히 사원이 개인인 경우는 개인과 회사간에 합의가 추정될 수 있는 경우가 거의 없어 사실상 대리관계를 근거로 법인격부인론이 작용하기는 힘들다. 반면에 사원이 회사인 경우는 적극적으로 대리관계를 추정하려는 경향을 보이고 있다. 특히 모회사와 자회사의

72) Re a Company [1985] BCLC 333.

73) Cilford Motor Co. v Horne[1933] Ch 935 CA; Jones v Limpman[1962] 1 All Er 442. 김지혜, “법인격부인론에 관한 연구(영국회사법과의 비교를 중심으로)”, 이화여자대학교석사학위논문, 2003, 22-23면에서 재인용.

74) JH Rayner(Minching Lane) Ltd. v Department of Trade and Industry[1989] Ch 72.

경우 모회사가 자회사의 모든 주식을 완전히 소유하고 있더라도 대리관계를 나타내는 것은 아니고 대략 6가지 정도의 기준을 가지고 있다. 그것은 자회사의 이익을 모회사의 것으로 볼 수 있을 것, 자회사의 사업수행자들이 모회사가 지명한 자들일 것, 모회사가 자회사 영업의 수뇌부일 것, 모회사가 투기적 사업에 대한 결정권을 가질 것, 모회사의 기술과 지휘에 따라 자회사의 이익이 얻어질 것, 지주회사가 실제로 지속적인 지배를 할 것 등이다.⁷⁵⁾

단일한 경제주체성(A single economic entity)이란 모자회사 및 기업집단내의 개별 회사 역시 독립된 법인격을 가진다는 것이 회사법의 기본원칙이나 사원이 회사인 경우, 특정 회사가 다른 회사를 사실상 지배하고 있는 경우 단일한 경제주체로 파악하여 각각의 회사의 법인격을 부인하는 근거로 삼는 것이다. 모회사가 완전히 소유한 (wholly owned) 자회사의 경우 모자회사를 단일한 경제주체로 보아 자회사의 법인격 부인의 근거로 인용하는 판결이 많다.⁷⁶⁾

3. 적용범위

법인격부인론의 적용은 이에 관한 제정법이 있으면 법인격이 부인되는 것이 원칙이나 제정법이 없으면 법원은 예외적으로 구체적인 사안에 따라 법인격부인론을 원용할 수 있는 권한이 있지만 그 구체적 범위가 명확하게 나타나지는 않는다. 사원이 회사인 경우는 법인격부인론을 적극 적용하려 하는데 이 경우 적용되는 구체적인 범위는, 계약관계에서는 채권자를 사해하거나 기망하고 채무이행의 회피 또는 근로계약상의 경업 피지의무 위반 수단으로 회사를 이용하려 할 때, 불법행위에 있어서는 원칙적으로 법인격부인론이 적용되지 않으나 모자회사의 경우 모회사와 자회사의 연관성이 입증될 때이다. 법인격부인론 역적용의 범위는 회사의 지배권자가 계약상 채무이행이나 경업 피지 의무 등을 회피하기 위하여 자신의 재산을 회사 소유 재산으로 이전할 때이다.

4. 적용요건

75) Smith, Stone and Knight Ltd V Birmingham Corporation [1939]4 All ER 116.

76) Holdsworth & Co. v Caddies [1995] 1 WLR 352 HL. ; Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd v Meyer [1959] AC 324 HL(Sc.); D.H.N. Food Distributors Ltd v Tower Hamlets L.B.C. [1976] 1 W.L.R. 852 CA; Revlon Inc v Cripps & Lee Ltd [1980] FSR 85. 김지혜, 위의 논문, 23-26면에서 재인용.

법인격부인론의 적용요건은 制定法이 있는 경우는 그 요건이 분명하지만 그렇지 않은 경우에는 법원이 사안마다 다양하게 적용한다. 법원이 判例法으로 법인격부인론을 적용하는 경우에도 그 기준을 확립하여 판단하는 것이 아니라 구체적인 사안별로 달리 판단한다.

객관적 요건(지배요건)과 주관적 요건(공정요건)을 중심으로 개인이 사원인 경우와 회사가 사원인 경우로 나누어 살펴보자. 개인이 사원인 경우는 특정 개인이 회사의 모든 주식을 소유하고 있다는 것 자체만으로 지배요건이 충족된 것으로 볼 수 없어 법인격부인론이 적용되지 않는다. 즉 1인이 회사의 모든 주식을 소유했다고 하더라도 그것만으로 실질적 지배요건을 갖추었다고 보지 않고 ‘사기 의사 또는 진실한 사정을 숨기는 속임수(facade)’가 있어야만 비로소 법인격부인론을 적용한다.⁷⁷⁾ 다시 말해 객관적 요건(지배요건)에 주관적 요건(공정요건), 즉 ‘사기 의사 또는 진실한 사정을 숨기려는 속임수(facade)’가 반드시 있어야 하는 필수 요건이다. 개인이 사원인 경우 이렇게 법인격부인론 적용에 엄격한 이유는 영국의 회사법이 주주의 권리를 보장하려는 원칙을 굳게 지키려 했기 때문이다.

회사가 사원인 경우에는 대체로 지배요건을 기준으로 대리관계 혹은 단일경제주체로 추정하여 한 회사가 다른 회사의 정책구조 및 회사 영업 등에 전반적으로 지배권을 행사할 수 있다면 지배요건이 충족되는 것으로 판단하여 법인격을 부인한다. 여기서 지배란 단순히 모회사의 자회사에 대한 주식보유율에 기준을 두고 있지 않고 자회사에 대한 실질적인 지배력에 기준을 두고 있는데 이 실질적인 지배력이란 자회사의 회사정책을 지시할 수 있는 위치를 의미한다.⁷⁸⁾

5. 법인론에서 본 영국의 법인격부인론

법인격부인론은 영국의 형평법원에서 그 사상적 맹아가 시작되었지만 Salomon 사건 이후 영국은 법인과 사원을 분리하는 원칙이 강하게 견지되어 법인격부인론은 도리어 미국에서 발전되었고 영국은 나중 이를 수용하였던 것을 볼 때 영국에서 법인론과 연결하여 법인격부인론이 활발하게 논의되지는 않았다. 법인격부인론도 학설상으로 존재하기보다 판례를 통해서 구체적인 사례들로 정리되거나 필요한 경우 제정법으로 확

77) Re Darby[1911] 1KB 95; Wallersteiner v Moir(No 1) [1974] 1WLR 991.

78) Holdsworth & Co. v Caddies[1995] 1 WLR 352; Scottish Co-op Wholesale Society v Meyer[1959] AC 324; D.H.N Food Distributors Ltd. v London Borough of Tower Hamlets[1976] 1 WLR 852, CA.

정되기도 했다. 그러므로 영국에서의 법인론과 관련한 법인격부인론은 다음과 같이 정리될 수 있겠다.

첫째, 법인격부여는 역사적으로 왕의 특허장과 밀접한 관련이 있다.⁷⁹⁾ 영국은 근대 자본주의 발달의 산 역사를 가지고 있는 나라이다. 16세기부터 영국이 본격적인 해외 무역에 뛰어들면서 대규모의 자본구조를 요구하게 되었는데 이러한 필요를 충족시키기 위해 주식회사가 고안되었다. 영국의 근대 회사법인은 거대자본 축적을 필요로 하는 경제적 요구에 대한 법적 반응이다.⁸⁰⁾ 본질적으로 어느 집단을 법인으로 취급할지 여부를 결정하는 것은 왕으로 표상되는 국가였다.⁸¹⁾ 그리하여 16세기에는 개인회사를 설립하기 시작할 때 법인성을 독점과 연관시키는 개념에 집착하는 실수를 범하여 아담 스미스(Adam Smith)로 하여금 그의 책 『國富論(Wealth of Nations, 1776)』에서 거대자본조달과 위험분산의 이점을 빼고는 법인의 그 독점적 지위에 대해서 맹렬한 공격을 받게 했다.⁸²⁾ 물론 법인의 이러한 독점성은 차츰 완화되어갔지만 어쨌든 법인은 왕으로 표상되는 국가가 부여하는 어떤 특권으로 인식되었던 점만큼은 분명하다.⁸³⁾

둘째, 법인격부인론이 여러 판례들을 통해서 나타나고 있지만 그것은 어디까지나 법인의 독립성원칙에 대한 예외적인 사례들로 간주되고 있다. 여기서 법인의 독립성원칙이란 회사를 사원과 독립한 실체로 간주하는 원칙을 말하는데 Salomon 판결이후 이 원칙은 엄격히 적용되어 왔으며 이러한 독립성원칙과 상이한 법인격부인론을 적용하더라도 공정한 판결을 얻고자 했다.⁸⁴⁾ Salomon 사건에 대한 예외적인 판례들만이 회사의 법인격을 부인한 것이 아니라 조세와 관련한 입법⁸⁵⁾도 법인격부인의 역할을 했고 또한 1908년 환어음법 82조의 범위와 관련한 판례⁸⁶⁾도 법인격부인의 역할을 했다. 독립성원칙에 대한 예외적인 판례들은 그 유형별로 보면 크게 다섯 가지로 나누어진

79) Frederick G. Kempin, Jr, 「영미법개론」(Historical Introduction to Anglo-American Law, Second Edition: West Publishing Co.,1973), 이상면 번역, 1995, 1995, 197-201면. ; Northey & Leigh, 「영국회사법」(Introduction to Company Law, Butterworths), 이윤영 번역, 일조각, 1991, 1-8면.

80) Frederick G. Kempin, Jr, op. cit.,193.

81) Frederick G. Kempin, Jr, op. cit.,203.

82) Frederick G. Kempin, Jr, op. cit.,204.

83) Frederick G. Kempin, Jr, op. cit.,203-204.

84) Gower's Principles of Modern Company Law, 4th edn, 1979, pp.112-138 및 E.J. Cohn/C. Smitis, Lifting the Veil in the Company Laws of European Conrinent, 1963, 12 Int. & Comp. L.Q., p.189 참조.

85) 1940년의 財政法 §§ 44, 45.

86) A.L. Underwood, Ltd. v. Bank of Liverpool[1924] 1 K. B. 775.

다. 회사의 敵性與否를 판단해야 할 전시상황⁸⁷⁾, 회사가 詐欺를 목적으로 설립된 경우⁸⁸⁾, 支配·從屬會社 사이인 경우⁸⁹⁾, 일정한 租稅事案이 문제된 경우⁹⁰⁾, 企業集團의 경우⁹¹⁾이다. 이처럼 회사법인의 독립성원칙과 상이한 관례들을 예외적인 유형들로 취급하면서까지 회사의 독립성원칙을 견지해나간 것은 법인본질에 대한 연구에서 연원한 것이 아니라 다분히 정책적인 측면에서 나온 것이며 거대자본 확충이라는 회사설립의 목적을 위해 국가가 회사에 법인격을 부여한 특권적 지위를 누리게 하는 법 기술로 보았기 때문이다. 그러므로 영국에서 법인격부인이란 이러한 특권적 부여를 박탈하는 정책적인 법 기술이다.

셋째, 법인론에 기초하여 보자면 擬制說을 논리의 극단으로 밀고 나아갔던 法人否認說에 가까운데 그 중에서도 Brinz의 目的財産說에 근접해 있는 것 같다. 영국의 會社法人은 그것을 각기 다른 연원에서 나오는 法人組織의 實體(entity)·共同資本·有限責任, 이 세 가지 개념의 복합물로 보고 있는데, 이 세 가지 중에서 거대자본축적이라는 근대 회사법인의 목적을 달성하는데 있어서 공동자본을 필수적인 요소로 보며 실체이론은 바람직하지는 하지만 필수적이지 않는 것으로 보며 유한책임 역시 절대적인 요소는 아니라고 본다.⁹²⁾ 여기서 法人組織의 實體란 주식회사의 人的會社로서의 특성인 社團性을, 共同資本이란 주식회사의 物的會社로서의 특성인 資本性을, 有限責任이란 주주와 사원의 分離의 原則으로서 회사 채권에 대해 출자범위 내 책임을 의미한다. 영국의 회사법인이 만일 salomon사건에서 견지되어 왔던 법인의 독립성원칙을 法人組織의 實體개념이 필수요소로 강조되어야 했지만 그것보다 共同資本이 필수요소로 강조되는 것은 결국 법인은 자연인에 의체된 것일 뿐 그것의 독자적인 사회적 실체는 없고 법인의 본체란 일정한 목적에 바쳐진 無主體의 財産이라고 보는 Brinz의 견해에 가까운 것이다. 영국에서 Salomon 사건에서처럼 법인의 독립성원칙이 오랫동안 견지되어 왔으면서도 법인격부인론이 제일 먼저 발생했던 것은 이러한 법인론에 기인한 것 같다. 영국의 회사법에 관한 책에서 영국의 “보통법상 법관들이 법인의 본질에 관해 철학적 고찰에 별로 주의를 기울이지 않고 …법인을 가능한 자연인으로 보는 데에는 커다란 노

87) Daimler Co., Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Co.(Great Britain), Ltd. [1916] 2 A.C. 307.

88) Re F.G. Films, Ltd. [1953] 1 All E.R. 615;[1953] 1 W.L.R. 483.

89) D.H.N. Food Distributors, Ltd. v. London Borough of Tower Hamlets [1976] 3 All E. R. 462.

90) Unit Construction Co., Ltd. v. Bullock [1960] A.C. 351.

91) Nurcombe v. Nurcombe [1985] 1 All ER 65, [1985] 1WLR 370, CA.

92) Frederick G. Kempin, Jr, op. cit.,193-194.

력을 기울이지 않았다”고 한 것은 기본적으로 영국의 법인론은 의제설이지만 그것의 본질을 탐구하기 위한 고찰은 미미했다는 것을 말해주고 있는 것이다.⁹³⁾

제2절 미국

1. 연혁

법인격부인론의 사상적 맹아는 17세기 영국에서 있었지만 그것은 영국에서도보다 미국에서 판례를 통해 활발하게 전개되어왔고 학설로 정리되어왔다. 미국에서 법인격부인론에 기초한 판례는 계속 집적되어 가고 있고 학자들이 이를 체계적으로 정리하려고 노력하고 있지만 확립된 정설은 없다.⁹⁴⁾

미국에서 법인격부인론의 역사는 1809년 미국연방최고법원 판결인 *Bank of United States v. Deveaux*⁹⁵⁾에까지 거슬러 올라갈 수 있지만 이를 법인격부인론의 선구적 판례라고 하기에는 미흡하고, 19세기 말의 *F.C. Trebin* 사건⁹⁶⁾이 先例的이었으며, 20세기 초의 *United States v. Milwaukee Refrigeration Transit Co.* 사건⁹⁷⁾에 대한 Sanborn 판사의 판결에 의해 정착이 되었다고 할 수 있다. Sanborn 판사는 “회사는 원칙적으로 또는 반대의 충분한 이유가 나타날 때까지는 법인으로 인정되나, 법인의 관념이 공공의 이익을 침해하고, 불법을 정당화하고, 詐欺를 옹호하고, 범죄를 防護하기 위하여 이용될 때에 법은 회사를 複數人의 組合으로 여길 것이다”라고 했다. 이는 어떠한 경우에 법인격부

93) Northey & Leigh, op.cit., 20.

94) 대표적인 학자들로는 다음과 같다. Wormser, "piercing the Veil of Corporate Entity", *Columbia Law Review*, Vol.12, No.496, 1912; Douglas & Shanks, "Insulation from Liability the rough Subsidiary Corporations", *Yale Law Journal*, Vol.39, No.193, 1929; Latty, *Subsidiaries and Affiliated Corporations*, 1936; Berle, "The Theory of Enterprise Entity", *Columbia Law Review*, Vol.47, No.342, 1947; Cataldo, "Limited Liability with One-man Companies and Subsidiary Corporations", *Law & Contemporary Problem*, Vol.18, No.473, 1953.

95) 쟁점은 diversity of citizenship 조항에 기초한 연방법원의 관할이 회사 위에도 미치느냐 하는 것이었는데, 연방법원은 자신의 관할권을 확정코자 회사의 법인격을 무시하고 주주의 citizenship이 관할을 결정한다고 판결했다. *Louisville, Cincinnati & Chalstone R P Leston, V S* (2How) 497, 11 L Ed 353(1844), 28 USCA §1332 참조.

96) *First National Bank of Chicago v. Trebin Company*, 59 Ohio St. 316(1898). 다수에게 채무를 진 Trebin이 그의 처와 딸과 사위와 함께 회사를 설립하여 그의 재산을 모두 이들에게 양도한 때에 채권자들의 청구에 의해서 법원이 그 회사의 법인격을 부인하고 채권자들로 하여금 회사의 재산에 까지 추급할 수 있도록 했다.

97) 142 F. 247(E.D.Wis. 1905). 이 사건은 結合企業관계를 이용하여 법규정을 잠탈함으로써 법인격이 부인되었다.

인을 적용할 것인가를 유형화한 것인데 법인이 공공이익을 침해하거나 불법을 정당화하거나 사기나 범죄를 옹호하기 위해 법인격을 남용하는 경우 사법적 규제가 필요하다는 것으로서 이는 회사의 특권에 따르는 윤리적 제재(moral limitation)를 의미했다.⁹⁸⁾

당시의 학자였던 Wormser 교수는 “회사법인격 개념이 채권자를 詐害하거나, 기존의 채무를 회피하거나, 법규정을 潛脫하거나, 항구적 독점을 피하거나, 부정 또는 범죄를 옹호하기 위하여 사용된 경우에 법원은 법인격이라는 보호막을 제거하고 회사를 오로지 활동하는 주주의 집단으로 보아 실제 당사자들 사이에 정의를 실현해야 한다”고 함으로써 법인격부인론을 체계적으로 정리했다.⁹⁹⁾

1910년부터는 법인격부인론이 “비유의 안개(mist of metaphore)”에 싸여 있었다.¹⁰⁰⁾ 이때부터는 법인격을 인정하는 것이 특정한 경우에는 “不衡平한 結果(inequitable result)”를 가져온다는 것만으로도 법인격을 부인하는 데까지 이르렀다.¹⁰¹⁾ 이는 법인격부인의 적용영역이 확장된 것을 의미하였으며, 不衡平은 법인격부인의 요건이 아니라 하나의 결과로 취급되어 법인격부인의 적용요건에서 뒤로 밀려난 것을 의미했다. 대신 법인격부인의 적용요건으로 주주의 회사에 대한 支配의 完全성이 부각되어 법인격부인의 근거로서 道具理論이 등장하게 했다.

1939년에 이르러 미국의 법인격부인론은 큰 변화를 겪게 되었는데 그것은 Taylor v. Standard Gas & Electric Co. 사건¹⁰²⁾의 판결을 통해서였다. 이 판결에서 법인격부인론의 적용면에서 도구이론의 지배 완전성 개념이 후퇴하고 정의와 형평의 개념이 전면에서 부각되었다.¹⁰³⁾

미국에서 회사는 원칙적으로 주주와는 다른 독립된 법률상의 주체로 취급되어 회사

98) 加美和照, “アメリカ法”における法人格否認の法理, 「法學新報」, 77卷, 4-6號, 1970, 4面.

99) Wormser, op. cit., p.517.

100) 244 NY. 84, 155 NE 58(1926).

101) 江頭憲治郎, “會社の支配 從屬關係と從屬會社少數株主の保護(1)”, 「法學協會雜誌」, 96卷, 12號, 1979 참조.

102) Taylor v. Stand Gas and Elec. Co. 306 (1936). 母會社 Standard Gas and Electric Company가 子會社인 Deep Rock Oil Corporation을 설립하였는데 자회사는 적은 자본밖에 없었고 모회사에 의한 부당영향뿐만 아니라 두 회사의 업무는 混融되어 있었다. 자회사는 지급불능상태로 파산법에 의해 회사정리절차에 들어갔는데 모회사는 자회사에 대하여 거액의 대금청구를 하여 왔다. 법원은 모회사의 청구를 자회사 채권자의 청구에 종속시켰을 뿐만 아니라 자회사의 우선주에도 종속시켰다. 자회사의 독립된 인격이 부인되고 모회사의 일개 부서로 취급했던 것이다.

103) 江頭憲治郎, 「法人格否認論の形成とその法構造」, 東京大學校出版會, 1982, 43-44面.

법인의 독립성이 강조되었으나 역사적으로 회사의 많은 피해들이 생겨나면서 판례를 통해 이 특권에 제한이 가해졌는데 그것이 법인격부인의 법리인 것이다. 이러한 법인격부인론은 19세기 후반에 회사들의 기업집중을 통한 시장지배의 문제점이 노출되면서 이를 규제하기 위한 판례 및 입법이 확립되는 배경과 밀접한 관련이 있다. 그러므로 법인격부인론은 결국 회사의 본질이 무엇인가를 묻고 있는 것과 밀접한 관련이 있는 것이다.

미국에서 회사의 본질에 관해서는 두 관점이 있다. 첫째는 特權理論으로서 회사 설립은 국가가 부여한 특권(privilege)로서 국가로부터 개인이 영업을 위하여 법적 실체를 창조할 특권을 부여받았다는 것이다. 따라서 회사가 특권을 부여한 근본정신에 反한 회사경영으로 공공복리가 침해되는 결과가 발생하면 법인격부인의 논리를 적용하는 것이 합당하다는 것이다. 둘째는 契約理論으로서 회사의 본질은 회사와 사원간의 계약에 있다는 것이다. 회사설립에 대해 국가로부터 특허장(charter)을 취득하는 것은 이러한 계약형태에 대한 가장 효율적인 방법의 한 선택에 불과하다는 것이다. 이 이론에 의하면 국가는 일반적인 계약 이상의 관여를 해서는 안 되며 법인격부인도 계약내용과 합치되지 않는 것이 명백한 경우에 제한적으로 좁게 인정된다.¹⁰⁴⁾

2. 근거

법인격부인론을 적용하는 근거가 무엇인가에 대해서 미국에서는 크게 세 가지 이론이 있어왔다. 代理理論(Agency theory), 同一體理論(Alter ego theory), 道具理論(Instrumentality theory)이다. 그런데 이러한 이론들은 서로 명백히 구별되는 것은 아니고 실제 사건에서는 구별하지 않고 통합 적용되는 경우가 많다.¹⁰⁵⁾

첫째, 대리이론(agency theory)이다. 이 이론은 회사가 실제적으로는 독립된 실체로서 유지되기보다 주주 또는 모회사의 代理人으로 존재하는 경우 주주 또는 모회사가 그 회사의 채무에 대해서 本人으로서 책임을 져야한다는 이론¹⁰⁶⁾으로서 Cardozo판사가 Berkey v. Third Ave. Ry. Co.사건¹⁰⁷⁾에서 이 원칙을 피력했다.¹⁰⁸⁾ 이 이론에서

104) Stephen B. Presser, *Piercing the Corporate Veil*, Clark Boardman Callaghan, 1994, 2-10.

105) 임재연, 「미국기업법」, 박영사, 2009, 45면.

106) 임재연, 위의 책, 45면.

107) Berkey v. Third Ave. Ry Co., 244 N.Y. 84 (1926). 내용은 “Forty-Second Street Company 소속 운전사의 과실로 부상을 당한 원고가 피고회사(Third Ave)를 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 피고회

의 대리관계란 보통의 대리관계와는 다른 事實關係에 불과하다는 비판이 있으며, 대리인으로서의 역할을 하는 자회사의 법인격을 부인하는 것이 아니라 도리어 인정하는 것을 전제로 한 이론이기에 법인격부인론의 근거로는 타당하지 않다는 비판이 있다.¹⁰⁹⁾

둘째, 동일체이론(identity theory)이다. 이 이론은 회사와 주주가 사실상 동일하다고 평가되는 경우 둘은 동일체이기에 주주는 회사의 채무에 대하여 자기의 채무와 같이 책임을 져야한다는 이론이다.¹¹⁰⁾ 회사와 주주가 동일체라는 것은 결국 회사가 주주의 분신에 불과하다는 것을 의미하기에 分身理論이라고도 한다.¹¹¹⁾ 주주와 회사가 동일체라는 것은 소유와 이익의 동일체라는 것을 의미하는데 만일 이러한 실체를 독립된 존재로 보면 정의에 反할 경우 법인격을 부인한다. 동일체 이론에서는 꼭 주주가 아니라 회사에 지배력을 가진 자에게도 법인격부인론에 의해 책임을 확장한다.¹¹²⁾ 이 이론과 유사한 이론으로는 Berle교수의 기업실체이론(enterprise entity theory)이¹¹³⁾ 있는데, 개인이나 중심적인 회사가 하나 또는 그 이상의 회사에 대하여 지배권을 가지고 있는 경우에 법원이 두 개 또는 그 이상의 법인격이 있음에도 불구하고 오직 하나의 기업이 있을 뿐이라고 결정하면 그 기업이 책임을 져야한다는 이론이지만 왜 법인격이 부인되어야 하는지 그 이유를 명백히 밝히지 못하고 있다.

셋째, 도구이론(instrumentality theory)이다. 이 이론은 회사가 주주의 단순한 도구에 불과한 때에는 주주가 회사의 채무에 대하여 책임을 져야한다는 이론이다.¹¹⁴⁾ Lowendahl v. Baltimore & Ohio Railroad Co.의 사건을 맡았던 Dore 판사는 도구

사와 Forty-Second회사와의 관계는 前者가 後者の 전주식을 소유하고 있고 兩회사의 이사와 직원은 거의 동일하며 모든 차는 前者의 마크를 하고 後者に 임대하였으나, 후자(Forty-Second社)는 독립된 은행계정을 가지고 차량의 유지와 일절의 비용을 지급하였다는 것"이다.

108) 위 사건에 대해 “모회사에 의한 지배가 너무 완전하고 간섭이 너무나 투철하여 일반적인 대리의 법칙에 의하여 모회사가 본인이 되고 자회사가 대리인에 불과한 때에는 모회사가 자회사의 행위에 대해 책임을 질 것이나, 모회사의 자회사에 대한 지배가 이에 미치지 못할 때에는 正直과 正義의 標準(分離의 原則)으로 되돌아가는 것이다”라고 판결하여 원고의 청구를 부정하였다.

109) 임재연, 앞의 책, 45면.

110) Luckenbach S. S. Co. v. W.R. Grace & Co., Inc. 267 F. 676, 681(4th cir. 1920); McFarland v. Brier., 769 A.2d 605(R.I. 2001); Zaist v. Olson, 227 A.2d 552(Conn. 1967).

111) Note, "The Alter Ego Doctrine under the Federal Common Law", *Harvard Law Review*, Vol.95, No853, 1982.

112) McCormic v. City of Dillingham, 16 P. 3d 735(Alaska 2001).

113) Adolf Berle, "The theory of enterprise entity", *Columbia Law Review*, Vol.47, No.343, 1947, pp.348-354.

114) Lowendahl v. Baltimore & Ohio Railroad Co., 287 N.Y. Supp. 62 (1936).

이론이 법인의 특권을 박탈하는 실용적이면서도 효과적인 이론이라면서 적용요건으로 자회사가 단순히 모회사의 도구에 불과할 정도의 과도한 지배, 이러한 지배를 통하여 詐欺나 不正을 행할 것, 그리하여 원고에 부당한 손실이나 권리침해를 야기했을 것을 제시했다. 그렇지만 이 이론은 법인격을 부인할 만큼의 과도한 支配의 基準이 명확하게 제시되지 않았고, 또한 단순한 道具라는 표현 자체가 법인격부인의 근거를 제시했다기보다 하나의 은유에 불과하다는 비판을 받고 있다.

3. 적용범위

미국에서의 법인격부인론은 수많은 판례의 집적을 통해서 형성되었기에 그 적용범위를 몇 개로 유형화시켜 명확히 하기에는 어려움이 있다. 그렇지만 어느 정도의 유형화를 통해 그 적용범위를 한정할 필요가 있었는데 20세기 초에 법인격부인론을 체계적으로 집대성했던 Wormser 교수의 견해¹¹⁵⁾ 속에 막연하게나마 그 적용범위가 제시되어 있다. “회사법인격 개념이 채권자를 詐欺하거나, 기존의 채무를 회피하거나, 법규정을 潛脫하거나, 항구적 독점을 꾀하거나, 부정 또는 범죄를 옹호하기 위하여 사용된 경우에 법원은 법인격이라는 보호막을 제거하고 회사를 오로지 활동하는 주주의 집단으로 보아 실제 당사자들 사이에 정의를 실현해야 한다.” 그러므로 Wormser교수의 견해를 중심으로 적용범위를 정리해보자.

첫째, 채권자 詐欺행위의 경우이다. 법인격부인의 가장 큰 이유는 회사채권자 보호에 있다. 그런데 채무회사가 정당한 채무를 이행하지 않고 도리어 회사채권자를 사해하려는 의도로 회사의 법인격을 이용할 경우 그 법인격이 부인됨은 당연하다. 재정난에 허덕이던 합명회사의 사원들이 별개의 주식회사를 설립하여 이 주식회사에 회사의 전 재산을 양도하여 합명회사 채권자와 주식회사 채권자간에 다툼이 있었을 때 법원이 주식회사의 법인격을 부인하고 합명회사 채권자로 하여금 강제집행을 할 수 있도록 하였는데 이 사건의 경우 주식회사는 詐欺를 옹호하기 위해 이용된 경우라 할 수 있다.¹¹⁶⁾ 회사채권자의 강제집행 면탈을 위한 사기(fraud)와 부정(wrongdoing)의 목적으로 주식회사를 설립하여 법인격부인의 판결을 받은 사건들은 이 외에도 많이 있다.¹¹⁷⁾

115) Wormser, op. cit., p.517.

116) Booth v. Bunce, 38 N. Y. 139(1865).

117) First National Bank of Chicago v. Terbin Company. 59 Ohio State 316(1898).

둘째, 계약상 義務回避 행위의 경우이다. 계약상의 어떤 의무를 지고 있는 회사나 사원이 이러한 의무를 회피하기 위하여 다른 일방을 그 수단으로 이용할 경우 법인격이 부인되는 것은 당연하다. 일반적으로 이러한 의무회피의 경우는 競業禁止義務違反이나 임대차계약상의 賃借支給 回避의 사례가 대표적이다. 전자의 사례로는 Beal v. Chase 사건을 비롯한 여러 사건이 있고¹¹⁸⁾, 후자의 사례로는 Higgins v. California Petroleum & Asphalt Co. 사건이 있다.¹¹⁹⁾

셋째, 脫法행위의 경우이다. 회사의 법인격이 법에 의해서 금지된 행위를 은밀하게 행하려는 목적으로 회사를 설립하였을 경우에 법인격이 부인되는 것은 당연하다.¹²⁰⁾ Elkins 法 위반의 사례로서 United States v. Milwaukee Refrigerated Transit Co. 사건과¹²¹⁾, Hepburn 法 위반의 사례로서 People v. Northern River Sugar Refining Co. 사건과¹²²⁾, Shermann Anti-Trust 法 위반의 사례로서 Northern Securities Co. v. U.S. 사건¹²³⁾ 등이 있다.

넷째, 犯罪(不法)행위의 경우이다. 회사의 법인격이 불법이나 범죄를 은폐하기 위한 도구로 사용되는 경우에 법인격이 부인됨은 너무나 당연하다. 회사의 단독주주가 방화하여 자신의 회사로 하여금 보험회사에 대하여 보험금 지급을 청구하도록 한 경우 법원은 주주의 행위를 회사 자신의 행위로 간주하여 주주의 보험금 청구를 배척하였다.¹²⁴⁾

다섯째, 信義誠實의 原則에 反하는 경우이다. 채권자 사해, 계약상 의무회피, 탈법, 범죄(불법) 등의 행위는 법인격이 남용된 정형화된 불법적 행위임에 반하여 어떤 경우에는 법인격이 남용된 이러한 불법적 행위는 아닐지라도 그것을 용인할 때 정의와 형

118) Beal v. Chase. 31 Mich. 490(1895); Moore and Handly Hardware Co. v. Towers Hardware Co. 80 Ala. 206, 6so, 41(1889); Donovan v. Purtell. 216, 111, 629(1905).

119) Higgins v. California Petroleum & Asphalt Co., 147 Cal. 3, 63(1905)

120) Anderson v. Abbott, 321 U.S.349(1944).

121) U.S. v. Milwaukee Refrigerated Transit Co., 142 F. 247(C.C.Wis. 1905).

122) People v. Northern River Sugar Refining Co. 121N.Y. 582, 24n.e.834(1890); U.S. v. Lehigh Valley Railroad Co., 220 U.S. 257(1911).

123) Northern Securities Co., v. U.S.193, U.S.197(1904).

124) Meily Co. v. London & Fire Insurance Co., 148 F 683(3d Cir. 1906).

평과 신의성실에 반하는 결과를 가져올 경우 법인격이 부인된 사례가 있다.¹²⁵⁾

여섯째, 閉鎖會社(close corporation)의 경우이다. 폐쇄회사란 공개회사(public corporation)와 대조적인 개념의 회사이다. 보통 공개회사란 “다수의 주주가 주식을 분산 소유하고, 주식이 공개된 시장에서 거래되고, 聯邦증권법 및 州증권법에 따라 각종 공시의무를 부담하는 회사”이고 폐쇄회사란 “소수의 주주에 의하여 설립된 회사로서, 그 주식의 양도가 제한되고, 공개된 증권시장에서 주식이 거래되지 않고, 주주의 대부분이 경영에 참여하므로 소유와 경영이 분리되지 않는 형태의 회사”이다.¹²⁶⁾ 이러한 폐쇄회사는 대부분 1人會社나 家族會社인 경우가 많다. 그런데 회사의 법인격을 부인하고 주주들에게 개인적인 책임을 묻는 판례의 대부분은 이러한 폐쇄회사의 경우이고 공개회사의 경우는 실제로는 거의 없다.¹²⁷⁾ 1인회사나 가족회사와 같은 폐쇄회사는 일반기업에서와 같은 완전지배와 유한책임의 利點을 점을 둘 다 누리고 있는데 이것은 어디까지나 합법적이다. 그렇지만 그러한 합법성이 도리어 이사의 전횡으로 인한 법인격남용의 가능성도 큰 것이 사실이다. 따라서 회사가 부적법한 목적으로 이용되지는 않았을지라도 주주가 유한책임의 권리를 누리려면 적어도 두 가지 요건을 충족시켜야 하는데, 첫째는 회사가 개인과 분리·독립된 실체로서의 실체를 항상 유지해야 하며 둘째는 충분한 재정적 능력을 확보해야 한다는 것이다. 이러한 요건을 갖추지 못한 폐쇄회사는 회사의 업무집행으로 발생한 채무에 대하여 회사의 법인격이 부인되고 주주 개인에게 그 책임을 묻게 된다.¹²⁸⁾

일곱째, 子會社(subsidiary corporation) 또는 同族會社(affiliated corporation)의 경우이다. 이러한 두 종류의 회사는 미국에서 널리 이용되는데, 그 이유는 재정편익이나 조세경감이나 복잡한 경영구조 탈피 등과 같은 이점들 때문이다. 모회사와 자회사의 관계에 있어서 모회사가 자회사 주식의 전부 혹은 대부분을 소유하거나 두 회사의 인적구성(理事, 役員)이 동일한 경우에 자회사의 법인격이 무조건 부인되는 것은 아니고, 첫째로 자회사의 재정적 기초가 빈약하고, 둘째로 사업거래가 분리되지 않아 독립된

125) Keokuk Electric Railway Co. v. Weismann 146 Iowa 179(1910); State Trust & Savings Bank v. Hermonsa Land & Cattle Co. 30 N.M 566(1925).

126) 임재연, 앞의 책, pp.40-41.

127) 임재연, 위의 책, p.41.

128) Wattmann v. Whittingham, 85 Cal. App. 140(1927); Dixie Coal Mining Co. v. Williams, 221 Ala. 331(1930).

회개와 기록이 유지되지 않고, 셋째로 독립된 회사법적 절차와 형식이 지켜지지 않고, 넷째로 대외적으로 두 회사가 하나의 실체인 것처럼 행세되는 경우에 자회사의 법인격이 부인되고 모회사에게 그 책임을 묻게 되는데¹²⁹⁾ 그러한 사례들이 많이 있다.¹³⁰⁾

여덟째, 법인격부인론의 逆適用 상황의 경우이다. 일반적으로 법인격부인론의 적용은 회사의 법인격을 부인하여 그 배후에 있는 주주의 책임을 묻는 경우인데 도리어 주주의 채무에 대하여 회사에게 책임을 묻는 경우가 법인격부인의 역적용 상황의 경우 법인격부인을 인정하는 판례들이¹³¹⁾ 있는데 그 근거는 分身理論이다.

4. 적용요건

학자들마다 법인격부인론의 적용요건에 있어서 약간씩 차이가 있지만 미국의 법원에서 종종 사용되는 법인격부인론의 客觀的 要件들은 대략 다음과 같은 것들이다.

첫째, 완전한 支配이다. 미국의 많은 판례들에 있어서 1인회사 또는 자회사의 법인격부인 요건으로서 1인 주주 또는 모회사에 의한 회사의 완전한 지배(complete domination)인데¹³²⁾ 여기서 완전한 지배란 1인 주주 또는 모회사가 주식의 전부를 소유하는 것만을 의미하지 않고 Lowendal v. Baltimore & O. R. Co.사건에서 Dore 판사에 의해 표명되었던 것처럼 자회사가 그 자체의 意思, 精神, 存在를 별도로 갖지 못하고 1인 주주 또는 모회사의 사업의 일부로 운영된다고 할 정도의 완전한 지배를 의미한다.¹³³⁾

둘째, 재산과 업무의 混融이다. 주주와 회사 사이에 재산과 사무에 있어서 명확한 구분선이 없어서 양자가 서로 혼용(commingling)되어 있는 경우 회사의 독립된 법인격을 부인하고 회사 채무에 관하여 그 주주에게 책임을 묻는데¹³⁴⁾ 보통 이런 경우는 보통 회사의 재산을 자신의 재산처럼 전용하는 경우에 발생하는 문제로서 주로 모회사

129) William O. Douglas and Carol M. Shanks, "Insulation from Liability through Subsidiary Corporations", *Yale Law Journal*, Vol.19, No.193, 1929.

130) *Ross v. Pennsylvania R. R.*, 106 N. J. 536, 148 Atl. 741(1930); *Costan v. Manila-Electric Co.*, 24 F 2d 383(2nd Cir. 1928); *Herman v. Mobile Homes Co.*, 317 Mich. 233, 26 N.W. 2d 757(1947).

131) *Sea-Land Services, Inc. v. Pepper Source*, 993 F.2d 1309(7th Cir. 1993); *LFC Marketing Group, Inc. v. Loomis.*, 8 P. 3d 841(Nev. 2000).

132) *Berkey v. Third Ave. Ry. Co.*, 244 N.Y. 84(1926).

133) *Lowendahl v. Baltimore & Ohio R. Co.*, 287 N.Y.Supp. 62(1936).

134) *Ross v. Pennsylvania R.R.*, 106 N. J.L. 536, 148 Atl. 741(1930).

와 자회사간에 많이 발생한다.¹³⁵⁾ 미국의 여러 판례들에서¹³⁶⁾ 혼용은 이익과 소유의 일체화(unity of interest and ownership)라는 말로도 사용되는데 이는 혼용의 두 가지 성격, 즉 회사와 개별주주간의 개별성과 분리성이 이미 종료했을 정도의 이해와 소유의 일치 그리고 이러한 혼용의 사실관계를 부정하고 도리어 양자의 개별성을 강조하면 도리어 사기를 옹호하거나 부정을 증진시키는 결과에 이르게 될 정도의 밀착상태를 말해준다.

셋째, 자본의 不充分(過少資本 혹은 低資本)이다. 충분한 자본의 확보는 주식회사의 주주가 유한책임의 특권을 누리기 위한 회사채권자들에 대한 당연한 의무인 것이다. 그러므로 회사의 자본액이 회사의 업무 규모나 성격과 비교해 볼 때 현저하게 적다고 판단될 경우 이러한 과소자본(undercapitalization, inadequate capital)은 주주의 유한책임 혜택을 박탈하고 책임을 묻게 하는 요건인 것이다. 그런데 문제는 이러한 유한책임의 혜택을 누리기 위해서는 도대체 어느 정도의 자본을 갖추어야 합리적으로 충분한 자본(reasonably adequate capital)이 되느냐는 것이다. 자본불충분은 첫째로 회사의 부채가 자본을 초과하는 경우이고, 둘째로 자산이 기업을 운영하는데 적절하지 못한 경우인데, 이러한 자본불충분의 원인을 분석하는 방법에는 대차대조표에 의한 재정분석의 접근법과 보험분석의 접근법이 있다. 자본이 충분히 확보되도록 해야 할 의무는 회사 설립 때¹³⁷⁾뿐만 아니라 그 이후의 계속적 영업활동 속에서도 언제나 회사의 사업규모에 비해 적정하게 유지되도록 해야 한다.¹³⁸⁾

넷째, 보충성이다. 주식회사의 법인격을 부인한다는 것은 주주에게 회사 채무에 대한 책임을 묻는 것을 의미하는데 이는 먼저 회사에 대한 구제수단을 모두 사용한 후에 보충적인 차원에서 행해져야 한다.

다섯째, 회사형태의 유지불능, 종합적 고려 등이다.¹³⁹⁾ 회사가 영업을 수행하는데 있어서 회사형태를 유지하지 못하는 경우도¹⁴⁰⁾ 법인격부인의 적용요건이 되며, 오늘날에는 위의 여러 요건들을 종합적으로 고려하여 적용하기도 한다.¹⁴¹⁾

135) Taylor v. Standard Gas & Electric Co., 306 U.S. 307 (1930).

136) Minifie v. Rowley, 187 Cal. 481 (1921); Kinney Shoe Corp. v. Polan, 939 F. 2d 209(4th Cir. 1991).

137) 66, Inc. v. Crestwood Commons Redevelopment Corp., 998 S.W.2d 32(Mo. 1999); Pearson v. Component Technology Corp., 247 F.3d 471(3d Cir. 2001).

138) Cary & Eisenberg, *Cases and Materials on Corporations*(6th ed. 1988), p.177.

139) 임재연, 앞의 책, pp.58-60.

140) Rogerson Hiller Corp., v. Port of Port Angels, 982 P.2d 131(Wash. App. 1999).

141) Attorney General v. M.C.K., Inc., 736 N.E.2d 373(Mass. 2000).

법인격부인론 적용의 이러한 객관적 요건들과 함께 주관적 요건들로 다음과 같은 것들이 있다. 첫째, 회사를 詐害, 犯法, 기타 不當한 目的으로 이용하려는 주관적 의도의 존재이다. 과거에는 이러한 주관적 의도가 있어야만 그 회사의 법인격을 부인하였으나¹⁴²⁾ 실제로 이를 입증하기는 쉽지 않다. 그래서 법원은 이를 완화하여 원고가 피고의 주관적 의도를 입증할 필요는 없고 피고가 의도한 바가 실현되었더라면 사해, 범법, 부당한 행위가 실현되었으리라는 정도라면 족하다고 보았다.¹⁴³⁾ 그렇지만 어쨌든 법인격부인의 적용요건으로는 피고의 악의적 의도가 중요하게 고려되어야 함은 분명하다.

둘째, 원고의 信賴 또는 知識의 존재이다. 契約債權者를 자발적 채권자(voluntary creditor)와 비자발적 채권자(involuntary creditor)로 나누어 살펴볼 때 자발적 채권자는 회사의 재산 상태를 조사할 수 있고 담보를 요청할 수도 있기에 원고의 주관적 신뢰 또는 지식의 존재여부를 법인격부인의 요건으로 할 수 없다.¹⁴⁴⁾ 그러나 비자발적 채권자는 사실상 불법행위채권자와 같은 상황이기에 원고의 주관적 신뢰 또는 지식의 존재여부가 법인격부인의 요건이 된다.¹⁴⁵⁾

5. 법인론에서 본 미국의 법인격부인론

法人論에 관해서 미국의 학자나 판례가 취하고 있는 태도는 대체로 법인이란 실재하지 않고 다만 법적 사유에만 존재하는 인위적 존재라고 생각하는 Savigny의 法人擬制說에 많은 영향을 받은 것 같다.¹⁴⁶⁾ 사실 Savigny는 엄격한 의미에서 法人擬制說者라고 보기 어려운 점이 있는데 이는 그가 법인을 순전히 법에 의한 창조물로만 보지 않고 법인격이 부여되기 이전에도 법인의 실재를 인정하고 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 Savigny 이후의 그의 후계자들에 의해서 법인 의제설이 뚜렷하게 형성되었고 나중에는 그러한 의제설의 논리를 극한으로 밀고 나가 法人否認說에 이르게 되었던 점에서 Savigny가 법인 의제설의 출발지가 되었던 것은 분명하다. 미국에서의 법인론을 굳이 따져보자면 Savigny의 의제설보다도 더 나아갔음을 볼 수 있는데 이는 미국의

142) Lowendahl v. Baltimore & Ohio R. Co., 287 N.Y.Supp. 62(1936).

143) 캘리포니아 주는 일찍이 주관적 요건을 제거해버리고 객관적 요건만으로도 충분하다고 보았다. Miliffe. v. Rowley, 187 Cal. 481(1921).

144) Theberge v. Darbo, Inc., 684 A.2d 1298(Me.1996).

145) Clark, Corporate Law, 1986, p.76.

146) 손성, “법인격부인의 법리에 관한 연구”, 동국대학교박사학위논문, 1985, p.12.

법관들이 필요한 경우에는 법인의제설까지도 버리고 법의 허용한도에서 회사를 있는 모습 그대로 관찰하는 매우 실용적인 태도를 취하고 있기 때문이다. 따라서 미국에서 법인의 본질이 무엇이나에 대해서 이론적인 논쟁은 별로 실익이 없는 것 같다. 법인의 본질에 관한 확실한 한 가지는 유럽대륙에서처럼 법인의 본질에 대해서 의제설이나 실재설이나 부인설이나로 나뉘어서 이론적인 논쟁을 벌이지 않고 법인이란 ‘국가가 법에 의해서 인정한 인위적인 실체’라는 매우 실용적이고 법 기술적인 관점에서 어떻게 구체적인 사건해결에 합목적적으로 적용시키느냐에 집중했다는 것이다.

미국이 법인론에 있어서 이러한 관점을 갖고 있었기 때문에 법인격부인론도 그와 밀접하게 연관되어 적용된다. 미국에서 법인격부인이란 법원에 의해서 정립된 개념으로서 “법인이라는 외피의 안에 숨은 진정한 세력이 누구인가를 알 수 있게 하기 위해서 구체적으로 법인의 외피를 벗겨버리는 것을 허용해야 함”을 의미했는데, 이러한 법인격부인론의 사상적 배경이 되는 법인론이란 “거래법적 측면에서 법질서가 인정하고 있는 목적을 달성하기 위해 고안된 의제”이다.¹⁴⁷⁾ 따라서 이러한 법인제도의 目的範圍를 벗어나는 법인격은 당연히 부인되어야 한다고 보고 있는데 이는 유럽대륙처럼 법인본질에 대한 법리론적 논쟁의 필연적 결과로서가 아니라 문제가 된 사회적 현실이 법인제도의 목적범위를 벗어난 것에 대해 국가적 제재의 측면에서 이해했던 것이다. 그렇다고 해서 미국에서 법인의 개념에 대해서 아무런 이론적 개념이 없었던 것은 아니다. 유럽대륙에서와 같은 철학적인 법인 본질논쟁은 아니었을지라도 거래법적인 측면에서 법질서가 인정하는 목적달성을 위해 회사법인의 본질이 무엇이나에 대해서 논쟁이 있었다. 그것은 회사법의 본질을 어떻게 파악하느냐에 따라서 회사법인격부인에 대한 접근방법과 영역설정이 달라지기 때문이다.

미국에서 회사법인의 본질은 크게 두 가지로 나누어볼 수 있는데 하나는 特權理論이고 또 하나는 契約理論이다.¹⁴⁸⁾ 특권이론이란 회사설립을 국가가 부여한 일종의 특권(privilege)으로 보기 때문에 개인이 회사를 설립할 수 있는 것은 국가로부터 개인이 영업을 위해 법적실체를 창조할 특권을 부여받았기 때문이라고 보는 것이다. 즉 법적

147) 김득기, “법인격부인의 법리”, 경북대학교석사학위논문, 1988, p.13.

148) Stephen B. Presser, Piercing the Corporate Veil, Clark Boardman Callaghan, 1994, pp.2-10. 박세화, “미국의 회사법인격부인론”, 『연세법학연구』 제 5권 제 1호, 연세대학교연세법학연구회, 1998, 421-422면에서 재인용.

실체를 창조하는 주체는 회사를 설립하는 각 개인이지만 국가는 이러한 창조의 특권을 각 개인에게 부여했다는 것이다. 그러기에 회사가 국가로부터 부여된 이러한 특권에 반한 경영을 함으로써 공공복리가 침해되면 특권으로 부여된 법인격을 부인하게 됨은 당연하다는 것으로서 법인격부인이 광범위하게 적용되게 된다. 계약이론이란 회사의 본질이란 회사와 사원간의 계약에 있다고 보는 것으로서 회사설립에 관해 국가로부터 특허장(charter)을 받는 것은 이러한 계약형태를 보장하는 가장 효율적인 방법 중 하나의 선택에 불과하다고 보게 된다. 계약이론에 의하면 국가는 일반적인 계약 이상의 간여를 해서는 안 되며 법인격부인도 계약내용과 합치되지 않는 것이 명백한 경우에 한해 적용될 뿐이어서 법인격부인의 적용 가능성이 특권이론에 비해 줄어들게 된다.

위의 두 학설 중에서 특권이론은 계약이론에 비해서 법인격부인론을 좀 더 광범위하게 인정하려는 학설로서 여기에는 미국의 회사발전의 역사를 더듬어볼 때 주주의 유한책임을 인정하지 회사와 산업경제의 발전이 유한책임을 인정한 때와 다름이 없다고 주장하는 歷史說(argument from history)¹⁴⁹⁾, 유한책임제도를 인정하여 소규모 기업을 보호육성하면서도 회사채권자에게 부당한 손해를 전가해서는 안 된다는 이중의 정책목표를 조화시키려는 政策說(argument from policy)¹⁵⁰⁾ 등이 있다. 계약이론은 특권이론에 비해 법인격부인론을 좀 더 좁게 적용하는 학설인데 法·經濟學派의 대표적 주장자인 Richard A. Posner는 특권이론을 좇는 자들이 계약채권자와 불법행위 채권자, 그 중에서도 자발적 계약채권자와 비자발적 계약채권자를 구분하지 않고 법인격부인의 적용요건만 갖추어지면 무조건 적용하는 점에 대해서 비판했고, 또한 공개회사와 폐쇄회사를 나누어야 할 필요성에 대해서도 주장함으로써 법인격부인의 적용요건을 엄격히 하도록 했다.¹⁵¹⁾ 계약이론은 주주의 유한책임에 대해서 가능하면 넓게 인정하려는 학설이다.

미국의 학계나 판례를 검토해보면 회사법인의 본질에 관한 특권이론과 계약이론을 바탕으로 크게 둘로 나누어져 있으나 두 학설 중 어느 것이 지배적인지는 의견일치를 보지 못하고 있다. 미국에서 법인격부인론이 불확실하고 그 적용범위와 요건이 복잡한 것은 이러한 현상의 결과이다. 미국의 법원도 사안에 따라 여러 기준을 세워 법인격부

149) Philip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Tort, Contract and Other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations*, Boston and Toronto: Little Brown and Company, 1987, p.35.

150) Robert Charles Clark, *Corporate Law*, Little Brown and Company, 1986, p.37.

151) Richard A. Posner, *The Right of Creditors of Affiliated Corporations*, U.Chi.L.Rev, Vol.43, No.499,503, 1976; Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, 1992, pp.392-397.

인여부를 판단하고 있을 뿐 어느 학설에 근거를 두고 있는지 명확히 표현하지 않는다.

생각건대 미국의 법인격부인론이란 엄밀한 의미에서 법인의 본질에 대해서 논하는 법인론에서 발생한 논리적 결과가 아니라 경제의 실용적 목적을 위해 인위적으로 법에 의해서 만들어졌던 법인이 그 실용적 목적에 부합하지 않고 인간의 보편적인正義와 衡平에 반하는 결과를 야기했을 때 법인격을 부인하여 그러한 보편적 목적에 부합하도록 하려는 다분히 실용적인 측면에서 법인격부인론을 출발시켰기 때문에 나중에 체계적인 법인격부인론을 위해 그 근거가 뭐냐는 것에 대해 도구이론, 대리이론, 동일성이론 등을 내놓았고 그 적용요건을 각 사례별로 정리했기에 복잡했던 것 같다. 법인격부인론의 사상적 발아는 영국에서 시작되었지만 그것의 발전은 미국이었는데 미국이 이러한 실용적 법인론에 입각한 법인격부인론을 내놨기에 법인격부인의 근거나 그 적용요건들이 일치되지 않고 복잡하게 되었던 것 같다. 법인격부인론이 실용적 측면에서만 반응했을 뿐 법인의 본질에 대한 깊은 탐구가 빈약하다보니 법인론과 법인격부인론의 논리적 관계가 흐려져 법인격부인론의 적용요건이나 범위가 복잡해진 것 같다. 회사법인의 본질에 대해서 특권설과 계약설이 있으나 이는 법인의 본질이 무엇이나에 대해서 파고든 것이라기보다 법인이란 국가가 부여한 회사설립의 특권부여 혹은 회사와 사원간의 계약에 대한 확인상의 특허장 부여 차원에서 회사법인의 본질을 살핀 것이지 법인 그 자체의 본질이 뭐냐는 것에 대해서는 깊이 파고들이 않았음이 분명하며 이런 점에서 Savigny의 의제설에 가깝다.

제3절 독일

1. 연혁

독일에서는 법인격부인론을 責任實體把握理論(Durchgriffslehre)¹⁵²⁾ 또는 責任透視理論(Haftungsdurchgriff)¹⁵³⁾이라고 부르는데, 이는 회사와 사원간의 分離原則(Trennungsprinzip)¹⁵⁴⁾이 적용되지 않게 된 경우로서 회사의 배후에 있는 책임실체를

152) Schanze, Einmangesellschaft und Durchgriffshaftung, Alfred Metzner, 1975, S. 66ff.

153) Drobing, Haftungsdurchbegriff bei Kapitalgesellschaften, Alfred Metzner, 1959.

파악하거나 투시하여 회사 채무에 대한 책임을 지우는 것을 의미한다.¹⁵⁵⁾ 독일에서 법인격부인의 법리는 1920년대 이전까지는 1인회사의 법인격을 인정하는 것이 통설과 관례였으나 1920년대에는 태도를 바꾸어 1인회사와 단독주주 사이에 법적구별을 예외 없이 인정하기보다 “생활의 현실, 경제적 필요 및 사실의 힘이 법관에게 회사의 인격 및 재산과 주주의 그것과의 독립성을 부인하도록 요구할 때 회사와 그 단독주주는 마치 하나의 동일한 실체로 취급해야 한다”고 판시하여¹⁵⁶⁾ 회사법인의 독립성을 부인하였는데 그 이유는 법인격이 법질서의 목적에 위반하기 때문에 그러한 법인격은 존중받을 수 없는 것이라고 했다.¹⁵⁷⁾ 법인격부인의 법리가 적용된 대표적인 사건은 Reich 법원의 1934년 Tivoli극장 사건¹⁵⁸⁾인데 그 이후로 법인격부인론으로 바른 해결을 보았던 사건들이 속속 나왔고 1955년 Serick교수의 이 분야에 대한 개척적인 책을 저술하여 학자들의 관심을 집중시키면서 많은 연구가 진행되었다.¹⁵⁹⁾ 법인격부인에 관한 독일의 학설은 법인격부인의 법리를 적용하느냐 법규를 적용하느냐에 따라 크게 둘로 나누어진다. 법리적용의 측면에서는 法人格濫用으로 보는데 Serick교수에 의해 주장된 主觀的濫用說과 Ludwig Raiser교수에 의해 주장된 客觀的濫用說이 있고, 法規適用說은 Müllwer-Freienfels와 Rehbinder교수에 의해 주장되었으며, 그 외에 법인의 독립성으로 철저히 복귀해야 하다고 주장하는 Flume와 Wilhelm교수의 分離說이 있다.

회사의 독립적인 법인격을 부인해야 하는 사례가 모두 다 규범의 해석으로 해결될 수 없는 것이기에 근래의 학설은 규범의 해석에 따라 해결할 수 있는 것은 그렇게 하고 그렇지 못하는 경우에 보충적으로 법인격부인론을 적용해야 한다는 방향으로 흐르고 있으나 가능하면 제정법을 통해서 이러한 문제들을 해결하려고도 하고 있다. 1965년의 柱式法 전면 개정에서 AKtG 제 291조 내지 제 338조의 규정은 법인격부인론의

154) Rehbinder, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Gehlen, 1969, S. 107f.

155) 법인격부인론이 영국과 미국에서는 Doctrine of disregard of the corporate entity of fiction, Doctrine of piercing the corporate veil or lifting the veil 등으로 불리고 있고, 독일에서는 Durchgriffslehre, Haftungsdurchgriff, Zurechnungsdurchgriff 등으로 불리고 있지만 우리나라에서는 영미법에서 유래하여 계수된 것을 일본에서 번역한 法人格否認論이라는 말로 그냥 그대로 쓰겠다.

156) BGB 29, 11. 1956; BGHZ 22, 226, 230; RG 22, 6. 1920, RGZ 99, 232, 234.

157) BGHZ 20, 4, 14; 22, 226, 231; 68, 312, 315.

158) RG 22, 10. 1934. 독일민법 826조 不法行爲에 관한 良俗違反의 故意的 加害규정 “선량한 풍속에 위반하여 타인에게 고의로 손해를 가한 사람은 그 타인에게 손해를 배상할 의무를 진다”를 적용했다.

159) Serick, Rechtsform und Realität Juristischer Personen, Walter De Gruyter, 1955; Müller-Freienfels, “Zur Lehre vom sogenannten 'Durchgriff' bei Juristischen Personen in Privatrecht”, ACP, Vol.156, 1957, S. 522f; Wilhelm, Rechtsform und Haftung beider Juristischen Person, 1981.

입법화된 예이며, 또한 1981년의 有限會社法 개정에서 기업결합 및 사원소비대차에 관한 규정도 역시 법인격부인론이 입법화된 예이다. 법인격부인론을 적용하는 실정법으로는 조세법 분야¹⁶⁰⁾가 많은데 그 이유는 조세법이 실무적이고 경제적인 사정에서 입법된 것이기 때문이다.¹⁶¹⁾

2. 근거

독일연방대법원은 Reich 법원의 先例에 따라 “생활의 현실, 경제적 필요 및 사실의 힘이 법관에게 회사의 인격 및 재산과 주주의 그것과의 독립성을 부인하도록 요구할 때 회사와 그 단독주주는 마치 하나의 동일한 실체로 취급해야 한다”라고 했다.¹⁶²⁾ 1920년대부터 그동안 통설과 판례로 인정되어왔던 1인회사의 독립성에서 한 걸음 뒤로 물러나 ‘생활의 현실, 경제적 필요, 사실의 힘’이 법관으로 하여금 회사의 법인격 및 회사와 주주의 구별을 무시하도록 요구할 때 회사의 독립성을 부인해야 한다는 법리가 힘을 얻어왔다. 그런데 법인격을 부인하는 근거로 제시되는 ‘생활의 현실, 경제적 필요, 사실의 힘’이 무엇이냐는 것은 너무나 모호하다. 그리하여 학자들은 公共秩序(Ordre Public), 規範解釋(Normauslegung), 善良한 風俗違反(Sittenwidrigkeit), 權利濫用(Rechtsmissbrauch), venire contra factum proprium(自己矛盾禁止)¹⁶³⁾, 意思表示責任(Erklärungshaftung), 制度의 濫用(Institutsmisbrauch) 등 여러 근거를 들어 설명하고 있다. 법인격부인에 대한 이런 모호하고 복잡한 근거들은 법인격부인의 법리적 용과 법규적용의 두 흐름 속에서 크게 4가지 학설로 정리될 수 있다.

첫째, 主觀的 濫用說이다. 이는 Serick 교수의 견해에 기초한 학설이다. 그는 법인격의 독립성은 아주 특수한 예외적인 경우에만 부인되어야 한다고 보았기에 법인격부인을 적용함에 있어서 가장 엄격한 요건이 요구되어야 한다고 보았다. 그래서 법인격이 남용된 객관적 상황만으로는 안 되고 주주에게 주관적 남용의 의사가 있는 경우에만 한하여 법인격이 부인되어야 한다고 보았다.¹⁶⁴⁾ 그런데 1956년 연방대법원 판결¹⁶⁵⁾에

160) 獨逸租稅適合法(Steueranpassungsgesetz) 제 6조(RGBl, 1936 I, 925); 土地取得組合稅法(Gründerwerbssteuergesetz) 제 1조 3항(GRBl, 1940 I, 585); 法人稅法施行令(Körperschafts St.DVO) 제 19조(BGH, 1955 I, 105).

161) Godin/Wilhelm, Aktiengesetz Kommentar, Walter De Gruyter Berlin, S. 13. 영정의, “법인격부인의 법리에 관한 비교법적 고찰”, 「논문집」, 제 10호, 호남대학, 1989, 237면에서 재인용.

162) BGB 29, 11. 1956; BGHZ 22, 226, 230; RG 22, 6. 1920, RGZ 99, 232, 234.

163) 라틴어로 ‘自己矛盾禁止禁止’인데 영미법의 禁反言(estoppel)과 같은 의미이다.

서 합자회사의 유한책임사원인 원고가 제2차 세계대전 이전에 두 회사간 행해진 계약의 무효를 주장하며 그 중 한 회사가 동독의 접수를 면한 자산 운용을 위해 설립한 자회사를 피고로 한 소유권반환청구를 기각하면서 법인의 배후에 있는 힘에 투시하기 위해서는 꼭 법인격 남용 의사가 있어야 한다는 Serick 교수의 주관적 남용설을 명시적으로 부정하였는데 이는 곧 객관적 남용설의 기초가 되었다.¹⁶⁶⁾

둘째, 客觀的 濫用說이다. 흔히 制度說이라고도 하는 이 설은 Ludwig Raiser 교수에 의해 주장된 것으로서 주관적 남용설과 규범 적용설의 중간적인 정도의 절충적 견해이다.¹⁶⁷⁾ 이는 법인을 하나의 법체도로서 독자적 가치가 있는 것으로 보며 나아가서 더 상위의 질서에 의하여 그 가치가 제한되는 것이라고 보기 때문에 법인격의 주관적 남용행위의 존재를 법인격부인의 적용요건으로 보기보다 법체도의 목적에 반하는 법인격의 이용 그 자체를 법인격부인의 요건으로 보자는 학설이다. 그러므로 이 견해는 법인과 사원의 분리원칙을 너무 고수하려는 입장이나 너무 가볍게 생각하는 입장을 모두 비판하고 있으며,¹⁶⁸⁾ 독일의 판례는 대체로 이 입장을 따르고 있다.¹⁶⁹⁾

셋째, 規範適用說이다. Müller-Freienfels 교수에 의해 주장된 학설로서 법인을 복잡한 법률관계를 위한 하나의 ‘적절한 상징(passendes Symbol)’ 혹은 ‘해석상의 약어(konstruktive Abbeviatur)’로 파악하기 때문에 법인격부인론이란 독립된 이론이라기보다 구체적인 경우에 규범의 평가를 통한 규범의 적용(Normanwendung)의 문제에 불과한 것으로 보기 때문에 어떠한 요건이 필요한가는 각개의 경우에 구체적으로 결정해야 한다고 본다.¹⁷⁰⁾

넷째, 分離說이다. Wilhelm교수에 의해 주장된 학설로서 법인격부인의 사고는 그 출발점에서부터 잘못된 것이기에 법인의 법적인 독립성, 즉 회사와 사원의 분리원칙으로 철저히 복귀해야 한다는 견해이다.¹⁷¹⁾ 그에 의하면 독일 유한회사법 제 43조의 이사의 책임에 관한 규정은 이사 아닌 사원에게도 유추 적용하여 해결할 수 있고, 따라서 법인격부인 대신 위 규정에 위반함으로 인한 책임을 긍정한다.

164) Serick, a.a.O., S. 208-212

165) BGHZ 20,4.

166) 신인봉, “법인격부인의 법리”, 「법학연구」, Vol.9, No.1, 충남대학교사회과학연구소, 1998, 311-312면.

167) 남장우, “회사법인격무시의 법리”, 고려대학교박사학위논문, 1995, 113면.

168) Eckard Rehbindler, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach Deutschen und Amerikanischem Recht, Gehlen, 1969, S. 96.

169) Echard, a.a.O., S. 97.

170) Müller-Frienfels, Zur Lehre vom sogenannten 'Durchgriff' bei juristischen Personen in Privatrecht, Acp, 156, 1957, S. 525-535.

171) Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der Juristischen Personen, 1981.

법인격부인의 근거에 관한 이러한 학설들을 법인론과 관련하여 살펴보자. Serick은 법인의 여러 형태에 내재하는 法事實이나 法社會學的 차이를 고려하지 않고 법인에도 자연인과 같은 독자적인 가치를 부여하였기에 법인의 본질에 대해 어떤 입장을 취하는가 하는 것이 법인격부인론을 적용하여 구체적인 사건을 처리하는데 별 도움이 되지 않는다는 보아 법인론과 법인격부인론의 연관성이 희박하다는 견해를 취했으며, Ludwig Raser는 법인이란 하나의 제도로서 독자적인 가치가 있는 것이기에 더 상위의 법질서에 의해 규제되어야 할 것이므로 법인격부인도 이런 상위의 법질서에의 부합 여부 측면에서 보아 법인론과 법인격부인론이 상당히 밀접한 연관이 있다고 보는 견해를 취했으며, Müller-Friefels 교수는 법인이란 자연인과 구별된 사회적 실체이지만 복잡한 법률관계를 위한 하나의 상징이나 해석상의 약어로서 법질서에 의해서 권능력이 부여된 순 법률적인 조직이므로 법인격부인론은 독립된 이론이 아니라 법인론과 밀접한 관련이 있다고 보는 견해를 취했다. 이처럼 독일에서의 법인격부인론은 그것이 법인의 본질론과의 관련성이 밀접하지 않다고 주장하는 사람들까지도 늘 그것을 법인 본질론과 연관시켜 문제삼는데 그 이유는 법인격부인론이라는 것의 출발점이 법인이기 때문이다.¹⁷²⁾

3. 적용범위

독일에서의 법인격부인론이 판례에 적용된 것은 꽤 오래전부터 있어왔지만 제2차 세계대전 후 帝國會社(Reichsgesellschaft)와 관련하여 부각되었으며 이 이론의 체계적인 정립을 위해 여러 학자들이 많이 노력했으나 특히 Serick교수의 괴팅겐 대학교 수 자격논문으로 제출되었던 Rechtsform und Realität Juristischer Personen을 통해 비교적 체계적으로 정리되었는데 거기서 그는 법인을 법 이전에 존재하는 현상이 아니라 법질서의 창조물이라는 입장에서 독일의 판례를 분류하여 법인격부인이 허용되는 한계를 정하고자 노력하였는데 특히 미국법을 중심으로 상세한 비교법적 검토를 했기에 법인격부인론에 있어서 미국법을 독일에 끌어들이었던 점에서 비판을 받고 있다.¹⁷³⁾ 이런 점이 법인격부인의 범위가 미국과 비슷한 분류에 의해서 설명되어지는 것 같다.

172) Reh binder, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Gehelen, 1969, S.3.

173) 손성, “법인격부인의 법리(그 사적발전을 중심으로)”, 「연구논집」, 15권, 동국대학교대학원, 1985, 126면.

첫째, 제 3者 詐害행위(Fraudulouse Schädigung Dritter)이다. 이 이론이 적용된 예는 보면 Tivoli 극장사건이다.¹⁷⁴⁾ 어느 유한회사가 극장을 경영하고 있었는데 극장 건물은 그 회사의 소유주인 단독주주이며 경영담당이사인 피고에 의하여 위 회사에 임대된 것이었다. 그런데 원고가 위 회사에 대한 공연채권에 대한 판결을 얻어 이를 집행하려 하자 피고가 회사와의 임대차계약을 종료하였다. 이에 법원은 독일민법 제 826조(불법행위로 인한 손해배상책임)¹⁷⁵⁾에 의하여 원고에게 피고의 개인적 재산에 대한 판결의 집행을 허용하였다.

둘째, 계약회피행위(Vertragsumgehung)이다. 계약상의 의무를 潛脫하고자 회사의 법인격을 이용하는 경우인데 競業禁止契約을 체결한 사람이 별개의 인격을 가진 회사를 설립한 경우 법원은 그 사람이 주주로 있는 회사 역시 競業禁止契約에 묶여 있다고 해석하여 주주인 그 사람과 신설회사를 분리하지 않고 동일시하였다.¹⁷⁶⁾

셋째, 脫法행위(Gesetzesumgehung)이다. 독일에서는 일찍부터 分割支給契約에 의해 구매하려는 사람을 보호하려는 법이¹⁷⁷⁾ 있었으나 이 법은 현금차용의 경우에는 적용되지 않았다. 어떤 사람이 이 법을 이용하여 母회사와 일시불로 자동차구매계약을 하면서 실제로는 子회사로부터 현금을 차용하여 분할지급 하는 경우 법원은 이를 모회사와의 분할지급계약이라고 보아 이 법을 현금차용의 탈법적인 목적에 이용한 것에 대해서 자회사의 법인격을 부인하였다.¹⁷⁸⁾

넷째, 信義誠實(Treu und Glauben)에 反하는 행위이다. 독일민법은 매도인의 담보 책임을 인정한다. 어떤 개인이 특정 회사의 소유주를 매수한 경우 그 회사가 소유하고 있는 유일한 재산인 가옥이 무용지물이었다면 소유주의 매도는 全회사재산의 양도와 같이 보아 회사재산에 대한 담보 책임을 인정하였다.¹⁷⁹⁾

다섯째, 1人회사(Einmanngesellschaft)의 경우이다. 1인회사는 보통 회사의 재산 또는 사무와 1인 주주 자신의 그것과를 명확히 구별하지 않는 경우가 많은데 이로 인하여 이익을 얻은 그 주주는 회사채무에 대하여 개인적 책임을 진다.¹⁸⁰⁾ 1인회사의 주주

174) RG 22, 10, 1934.

175) 독일민법전, 양창수 역, 2008, 박영사, 529. 제 27절 불법행위(Underlaubte Handlungen)의 826조는 良俗違反의 故意的 加害(Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung)인데 그 내용은 “선량한 풍속에 위반하여 타인에게 고의로 손해를 가한 사람은 그 타인에게 손해를 배상할 의무를 진다”라고 했다.

176) BGH 13, 2, 1952; BGHZ 5, 126, 133, 136.

177) Abzahlungsgesetz Vom 16. 5. 1894.

178) RG 30, 1, 1931.

179) RG 9, 3. 1928; RGZ 120, 283; RG 5, 7, 1928; RGZ 122, 378.

가 회사에 충분한 자본을 확충하지 않고 회사를 경영하여 생긴 회사채무에 관하여도 역시 그 주주가 개인적인 책임을 진다.¹⁸¹⁾

여섯째, 母子회사(Mutter und Tochtergesellschaften)이다. 어떤 회사가 신주를 발행하면서 주주의 신주인수권을 무시한 채 두 개의 노동조합(법인)에 액면가 이하로 이를 발행한 경우 법원은 이러한 자본증가를 무효라고 했는데 그것은 노조의 주식이 모두 주식회사의 소유이기 때문에 母子회사의 관계로 보아 주식회사와 노조를 분리해서 보지 않고 노조회사의 법인격을 부인했던 것이다.¹⁸²⁾

일곱째, 주주가 회사의 채권자로 등장한 경우이다. 이런 경우는 그 회사의 자본액이 소액일 때에는 이를 이유로 그 채권을 인정하지 않고 회사에 대한 자본의 투자로 보아 법인격부인의 법리를 적용했는데 그것은 주주 이외의 회사채권자 보호를 두텁게 하기 위함이다.¹⁸³⁾

4. 적용요건

먼저 客觀的 要件을 살펴보자. 첫째, 支配(Beherrschung order Kontrolle)이다. 단독주주가 회사의 소유주식을 소유하거나 모회사가 자회사의 소유주식을 소유하는 그 자체만으로 단독주주나 모회사에게 책임을 물을 수 없으며, 단독주주가 회사의 이사이거나 모회사와 자회사의 이사가 동일한 경우에도 그 자체만으로 법인격부인의 요건이 될 수 없고, 소유주식도 소유하고 이사도 되는 경우에도 법인격부인의 요건으로서는 부족하다. 그렇지만 예외적으로 帝國會社(Reichgesellschaft)에 대한 사건¹⁸⁴⁾에서는 지배를 요건으로 그것의 법인격이 부인되었는데 그 이유는 제국회사의 帝國(國家)과의 관계가 국가의 공적인 기능을 수행하고 국가에 의해서 강력히 지배되어 국가의 일부분과 같이 되었기 때문이다. 둘째, 회사 및 주주간의 사무와 재산의 混融(Vermischung)이다. 회사와 주주 사이의 재산과 사무의 혼용은 회사의 법인격을 무시하고 주주 개인의 책임을 묻게 되는 것이 일반적¹⁸⁵⁾이지만 예외적인 판례도 없는 것은 아니다.¹⁸⁶⁾ 대부분의

180) OLG Nürnberg, 26, 5, 1955; OLG Karlsruhe, 10, 12, 1942.

181) BGH 14, 12, 1959; NJW 1960, 286; RG 16,11, 1937; JW 1938, 862.

182) RGZ 108, 41; JW 1924, 679.

183) RG 16, 11, 1937; JW 1938, 862.

184) BGB 30, 10, 1951; 3, 7, 1953; 7,3, 195. Serick, a.a.O., S.6-10.

185) OLG Nürnberg, 26, 5, 1955; OLG Karlsruhe, 10, 12, 1942.

186) BGH 26, 11, 1957.

독일 학계는 주주의 개인재산과 회사재산과의 분리유지를 중요하게 여겨 이를 위반할 시 주주에게 회사채무에 대한 개인적 책임을 묻는다.¹⁸⁷⁾ 셋째, 자본의 불충분(Unterkapitalisierung)이다. 주식회사의 자본 불충분은 주주의 유한책임 혜택을 박탈하는 근거가 되는데 그것은 회사채권자 보호를 위함이다.¹⁸⁸⁾ 그래서 독일의 은행관련 특별법 중에는 충분한 자본을 영업허가의 조건으로 하고 있는 것도 있다.¹⁸⁹⁾ 자본불충분의 경우에 주주에 의한 대여금은 회사에 대한 자본금 납입으로 간주되며, 사업의 규모와 성질에 비추어 불충분한 자본은 주주 또는 모회사에게 회사채무에 대한 책임을 묻는 근거가 된다. 넷째, 보충성(Subsidiarität)이다. 보충성요건이 적용되기 위해서는 첫째로는 기존의 私法이론으로는 해결이 불가능한 경우에 한해서 보충적으로 적용되어야 할 것, 둘째로는 원래의 책임주체에 대한 구제수단이 소진되어야 할 것이 요구된다. 회사의 해산, 사무의 休止, 회사의 지급불능 등과 같은 상태이다. 회사가 어떠한 상태에 있을 때를 지급불능 상태로 볼 것인가에 대해서 파산절차의 개시를 중요한 기준으로 삼으나¹⁹⁰⁾ 이는 너무 가혹하고 객관적 증거에 의하여 회사의 재산에 대한 집행이 무의미하다는 것이 밝혀지기만 하면 충분할 것이다.

다음으로 主觀的 要件을 살펴보자. 회사의 법인격이 부인되려면 객관적 요건만 갖추면 되는지, 또는 주관적 남용의사까지 있어야 하는지에 대해서 견해가 대립된다. Serick 교수는 객관적 요건만으로 너무 쉽게 법인격을 부인한다면 법인제도의 희생이므로 주주에게 詐害的 意思가 있어야만 법인격을 부인하도록 엄격한 요건을 요구했다.¹⁹¹⁾ 이에 대해 Müller-Freienfels 교수는 객관적 위반행위만 있으면 족하고 탈법의 고의에 대한 어려운 증명은 불필요하다고 했다.¹⁹²⁾ 최근에는 Serick의 견해보다 객관적 요건만으로 충분하다는 견해가 우세하다.¹⁹³⁾

5. 법인론에서 본 독일의 법인격부인론

법인론의 역사를 보면 독일은 Savigny 이후 전개되어왔던 모든 형태의 법인론을 다

187) Serick, a.a.O., S. 46; Drobnig, a.a.O., S. 32.

188) RG22, 10, 1938; RGZ 152, 302.

189) 信用制度法(Gesetz über das Kreditwesen)(25.9.1939, RGBI. I. 1955) 제 4조 1항; 資本投資會社法(Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften)(16.4.1957, BGBl. I. 378) 제 2조 1항.

190) Drobnig, a.a.O., S. 56.

191) Serick, a.a.O., S. 208-212.

192) Müller-Freienfels, a.a.O., S. 523.

193) Widemann, Gesellschaftrecht, C.H.Beck, 1980, S. 218f.

체험했던 나라이다. 법인의제설, 법인부인설, 법인실제설 등을 다 접하며 그러한 학설들의 장단점을 체험했던 나라이다. 법인의 본질에 집착하던 시대, 법인을 법기술적인 관점에서만 생각하던 시대, 이에 대한 반성으로 법인의 실체에 주목하면서도 본질과 기술을 통합적으로 보려는 노력을 하고 있다. 다시 말해 독일은 법인론에 관한 어떤 절대적인 틀 속에 가둬놓고 생각하지 않고 끊임없이 법사회현상과 대면하며 그 본질에 집착하는 경향을 보이고 있다는 것이다. 20세기 중반부터 법기술적인 관점에서만 법인을 바라보는 폐해를 극복하기 위해 법인을 좀 더 다양한 틀 속에서 보고자 했던 많은 독일 학자들은 이를 말해준다.

그런데 법인격부인론과 관련하여 법인론을 볼 경우 독일에서 법인격부인론에 관한 판례는 제1차 세계대전 직후인 1920년부터였고 학설상으로는 Serick교수에 의한 주관적 남용설의 주장되었던 것이 1955년이었으니 법인격부인론과 관련된 법인론은 20세기 초·중반에 해당한다. 독일에서 법인론은 19세기부터 치열하게 있어왔으나 1900년 독일 민법이 그때까지 다루어져왔던 법인론의 중요 쟁점들을 학설과 관련 없이 입법적으로 해결하자 법인의 본질에 대한 연구가 약화되었고 그러면서 법인을 그 본질과 관련 없이 다만 실정법과 관련하여 사법체계의 범질서를 위한 기술적이며 보조적인 수단으로 여기게 되었다. 그러니까 독일에서 법인격부인론이 責任實體把握理論(透視理論)으로 본격적으로 판례에 적용되고 학설로 정립되던 20세기 초·중반의 시대는 법인론의 역사는 법인의 본질에 대한 연구 열의가 사라지고 법 기술주의가 지배하던 시대였던 것이다. 심지어 독일에서 법인격부인론의 정립자라고 할 수 있는 Serick의 논문도 당시 미국에서 발달하였던 법인격부인론을 비교법적으로 연구하며 도입한 것이기에 법인격부인론에 관한 미국법의 영향을 많이 받았다. 독일의 법인론이 오랜 역사를 가지고 있고 풍성한 토양을 가지고 있는 반면에 법인격부인론은 그 근거나 적용요건과 범위 면에서 복잡한 것은 이러한 법기술주의 시대의 탄생물이요 또한 그러한 시대의 미국의 법인격부인론의 영향을 받아서인 것 같다. 이러한 점들에 대한 반작용으로 20세기 중반을 넘어서면서부터 독일에서 법인론에 대한 새로운 연구가 이루어지고 있는데 이는 법사회현상과 실정법상의 법인의 괴리감이 커진 것 때문인 것으로 생각된다. 특히 회사법 면에서는 법 기술적으로 굉장히 발달했지만 거기에서 발생하는 여러 폐해들은 몇몇의 개인이 감당하기에 그 피해 규모가 갈수록 커지는 이러한 사회적 현상들을 실정법의 법인규정만으로는 한계가 있기 때문인 것 같다.

어쨌든 독일에서 20세기 초·중반에 판례와 학설을 통해서 정립되어 왔던 법인격부인론을 법인론과 관련하여 살펴보면 Serick은 법인을 “법 이전에 존재하는 것이 아니라 ‘법질서’의 창조물”이라고 보았으며¹⁹⁴⁾, 1956년 독일 연방통상법원의 2개의 판결에서는 “법인은 ‘법질서’의 목적에 합치하는 범위에서만 고려된다”고 판시했는데¹⁹⁵⁾ 이는 1956년 1월 30일에 있었던 독일연방대법원(BGH)의 판결¹⁹⁶⁾을 선례로 삼은 것이다. 여기서 공통된 법질서(Rechtsordnung)란 말은 법인을 창조한 것이요 그것이 가야할 목적으로 여겨지고 있다. 즉 법인이란 ‘법질서(Rechtsordnung)의 창조물이요 법인은 법질서(Rechtsordnung)의 목적에 합치해야만 존재가치가 있는 것’으로서 그렇지 않을 때에는 그것을 창조한 것에 위배되고 그것의 존재목적에 위배되기 때문에 법인격이 부인되어야 한다는 것이다. 법인격부인론과 관련된 이러한 법인론은 법규적용설에도 나타나 있으니 법인을 단순히 “적절한 상징(Passendes Symbol)” 혹은 “구조상의 약칭(Konstruktive Abbrueviature)”이라고 부르는 데도 나타나 있으니¹⁹⁷⁾, 이는 법인을 법질서의 하나의 구조 그 이상으로 생각지 않고 있음을 말해준다. 독일에서 법인론에 관한 통설은 “법질서가 권리능력을 부여한 목적결합의 조직(zweckgebundene Orgasation)”이다.¹⁹⁸⁾ 그런데 이러한 조직체설은 법인론 분류에서 보면 실제설에 해당하지만 2장 2절에서 비판되었던 것처럼 법인을 법률에 의해 조직된 법적 실재라고 함으로써 법률 이전에는 자연인의 실재만 인정하는 것이 되어 그것은 결국 의제설과 별 다를 바가 없다. 그러기에 독일에서의 법인격부인론은 법인론의 관점에서 볼 때 의제설(Fiktionstheorie)의 산물이라 할 수 있다.¹⁹⁹⁾

생각건대 독일에서 법인격부인론이 회사의 독립성을 인정하여 회사와 사원의 분리원칙의 개념을 갖고 있으면서도 그 용어가 責任實體把握理論(Durchgriffstheorie) 또는 實體透視理論(Haftungsdurchbegriff)이라는 데서 드러나 있듯이 이는 法人擬制說의 논리를 끝까지 밀고 갔을 때 결국 法人否認說에 이르게 되며 법인부인설은 권리의 주체가 누구냐에 대해서 집중하게 되는데 이를 회사채무에 대한 책임소재를 누구에게 둘 것이냐는 것에 집중하는 점에서 독일에서는 법인격부인론이 법인론과의 관련성에서 법

194) 손성, 앞의 논문, 126면.

195) 손성, 위의 논문, 126면.

196) BGHZ 20, 4.

197) Müller-Freienfels, a.a.O., S. 525-535.

198) BFHZ 25, 134, 144. 박윤직 외, 앞의 책, 457면에서 재인용.

199) Werner Flume, 앞의 책, S. 42.

인의제설보다 한 걸음 더 나아간 法人否認說에 더 기울어진 것 같다. 그것은 법질서가 권리능력을 부여한 용도가 정해진 조직으로서 철저히 법 내적인 것이며 그러면서도 실용적 목적의 합목적적 조직인 것이다. 그래서 법질서의 용도와 목적에서 벗어날 때 법질서가 부여한 권리능력이 당연히 부인되는 것이다.

제4절 일본

1. 연혁

일본에서 법인격부인론은 1950년에 처음으로 몇몇 상법학자들에 의해 英美의 법인격부인론 도입가능성 여부가 논의되었으며, 松田二郎 判事が 미국에서 발전되고 있는 이론을 ‘會社法人格의 無視’라고 번역·소개하였고, 거의 동일 시기에 大隅健一郎 教授가 ‘法人格否認의 法理’라는 논문²⁰⁰⁾을 써서 상세히 소개하여 다수의 학자들의 관심을 불러일으켰고²⁰¹⁾, 1960년대가 되자 이 법리를 직·간접으로 적용하는 하급심판결이 나타났으니 1960년 1월 13일 熊本地方裁判所八代支部 判決에서 그 적용가능성이 엿보였고²⁰²⁾, 동년 1월 30일에 千葉地方裁判所가 이를 전면적으로 적용하여 판결했다.²⁰³⁾

최초로 일본에 법인격부인론을 도입했던 大隅健一郎 教授는 미국의 Wormser 교수와 독일의 Serick 교수의 영향을 받아 법인격부인의 적용가능성으로 第三者 詐害, 契約上の 義務回避 및 法の 潛脫의 경우를 시사했다.²⁰⁴⁾ 이런 학자들의 노력의 열매로 법인격부인론에 의한 판결이 쌓여오다가 1969년 2월 27일에 日本 最高裁判所에 의해 정식적으로 적용되었다.²⁰⁵⁾

이 판결의 事案은 甲이 자신의 소유 건물을 電氣商을 경영하는 乙에게 임대했는데 乙이 나중에 그 電氣商을 株式會社 丙으로 만들었으나 甲이 이 사실을 알지 못한 채 이 건물을 자신이 사용하려고 明渡를 구하여 1968년 1월 31일까지 재판상 화해를 통해

200) 大隅健一郎, “法人格否認の法理”, 「法曹時報」, 2卷, 8號, 1950.

201) 大浜信泉, “一人會社の濫用とその法人性の否認の理論”, 「法政の諸問題」, 藤井先生還曆記念, 1953, 349面; 蓮井良憲, “會社の獨立の限界”, 「私法」, 第 19號, 1958, 109面 以下.

202) 下級裁判所民事判例集, 11卷, 1號, 4面

203) 下級裁判所民事判例集, 前掲書, 194面.

204) 大隅健一郎, 前掲書, 21-26面.

205) 日本最高裁判所民事判例集, 23卷, 2號, 511-513面; 判例時報 551號, 80面.

명도하기로 했으나 乙이 회사 丙의 점유를 이유로 약속을 안 지키자 甲이 화해의 효력을 가지고 丙에게 명도를 구한 것이다. 이에 대해 일본 최고재판소는 丙이 주식회사의 형태를 취하고 있지만 실체는 배후에 존재하는 개인 乙에 지나지 않으므로 甲과 乙의 재판상 화해 행위는 乙 개인의 명의로 한 것이라도 丙의 행위로 해석할 수 있다고 하여 법인격부인의 법리를 적용하면서 그 이유를 이렇게 상술했다.

“...무릇 법인격의 부여는 사회적으로 존재하는 단체에 대해서 그 가치를 평가하여 행해지는 입법정책에 의한 것이므로, 이것을 권리주체로 표현할 만한 가치가 있다고 인정될 때에 법적 기술에 기해서 행해지는 것이다. 따라서 법인격이 전혀 형해에 불과한 경우 또는 그것이 법률의 적용을 회피하기 위하여 남용됨과 같은 경우 법인격을 인정하는 것이 법인격이라고 하는 본래의 목적에 비추어 허용되어서는 안 된다 할 것이므로 법인격을 부인하는 것이 요청되는 경우를 낳게 한다. ... 생각건대 주식회사는 준칙주의에 의해 용이하게 설립될 수 있고 또 이른바 일인회사마저 가능하므로 주식회사의 형태가 말하자면 단순한 짚으로 만들어진 인형에 불과하여 회사 즉 개인이고 개인 즉 회사로서 그 실질이 전혀 개인기업으로 인정될 경우로 볼 수 없을 터인데 이러한 경우 회사와 거래하는 상대방로서는 그 거래가 과연 회사와 이루어지는 것인지 아니면 개인과 이루어지는 것인지 확연히 구별하기 어려운 때가 많아 보호를 필요로 하게 된다.”²⁰⁶⁾ 이 판결 이후 일본에서 법인격부인의 법리가 학자들의 관심을 불러 일으켰고 하급심에서 이를 적용한 사례들이 많이 나왔다.

2. 근거

일본 최고재판소의 1969년 2월 27일 판결에 法人論에 관한 일본의 태도가 나타나 있다. “...무릇 법인격의 부여는 사회적으로 존재하는 단체에 대해서 그 가치를 평가하여 행해지는 입법정책에 의한 것이므로, 이것을 권리주체로 표현할 만한 가치가 있다고 인정될 때에 법적 기술에 기해서 행해지는 것... 생각건대 주식회사는 준칙주의에 의해 용이하게 설립될 수 있고 또 이른바 일인회사마저 가능하므로...” 일본은 法人論에 있어서 法人實在說을 따르며, 그 중에서도 我妻榮의 社會的價值說에 기반하고 있으며, 입법정책의 측면에서는 準則主義이다. 일본에서 법인이란 사회적으로 실재하는 단체들 중에서 권리주체로 표현할만한 ‘사회적 가치가 있다고 인정되는 단체들’에 입법

206) 最高裁 昭44(1969).2.27(民集 23, 2, 511)

정책에 의해 법인격을 부여한 것이다. 그러니까 일본에서 법인격 부여는 입법정책의 소산이며 법인의 본질이란 사회적 가치이다. 그런데 법인이 이러한 사회적 가치를 해하는 경우 법인이 입법정책의 산물이었던 것과의 반대 논리로 법인격을 부인할 수 있다고 볼 수 있는데 이는 또다른 법적 기술인 것이다. 이처럼 일본에서 법인격이란 입법정책에 의한 법적 기술이기 때문에 그 이용에도 이를 인정한 법의 목적에 따른 일정한 한계가 있다는 점을 들어 법인격부인의 이론적 근거로 삼고 있는 것이다.²⁰⁷⁾

3. 적용범위

법인격부인의 적용범위에 관해서도 1969년 2월 27일의 최고재판소 판결에서 그 윤곽이 제시되었다. “법인격이 전혀 形骸에 불과한 경우 또는 그것이 법률의 적용을 회피하기 위하여 濫用됨과 같은 경우 법인격을 인정하는 것이 법인격이라고 하는 본래의 목적에 비추어 허용되어서는 안 된다 할 것”이라는 데서 알 수 있듯이 크게 두 가지이다. 첫째는 법인격의 形骸요, 둘째는 법인격의 濫用이다. 법인이란 사회적 가치가 있는 단체나 재산에 대해서 입법정책에 의해서 법인격이 부여된 존재인데 그러한 법인격이 형해되거나 남용된 경우 법인격을 부인한다는 것은 당연한데 이러한 법인격부인의 적용범위는 법인격 행해와 법인격 남용을 중심으로 얼마만큼의 범위를 잡을 것이냐에 따라 크게 4가지로 나뉜다.²⁰⁸⁾

첫째, 中義說이다. 이는 1969년 2월 27일 일본 최고재판소판결대로 법인격이 형해에 지나지 않거나 법의 적용을 회피하고자 법인격이 남용된 두 경우에 법인격부인론을 적용하자는 것이다.²⁰⁹⁾ 일본의 다수설이다. 법인격이 남용된 경우로서는 회사의 이용에 의한 채권자사해행위·계약상의 의무회피행위·탈법행위 등을 들고 있으며²¹⁰⁾, 법인격이 형해에 불과한 경우로서는 회사에 대한 실질적 지배·회사와 직원간의 업무와 재산의 혼동·회계구분의 결여·회사법상 운영에 관한 법정절차 미준수이다.²¹¹⁾

둘째, 廣義說이다. 법인격 형해와 법인격 남용의 경우뿐만 아니라, 어떤 법규 자체가

207) 강종쾌, “법인격부인”, 『회사법상의 제문제(상)』, 재판자료집, 제 37집, 법원행정처, 17-18면.

208) 田中誠二, 「會社法詳論(上)」, 東京, 勁草書房, 1986, 94-99면. 田中誠二은 적용범위를 廣範圍說, 中範圍說, 狹範圍說, 最狹範圍說로 나누었다.

209) 奥山恒郎, “法人格否認の法理の實際”, 『實務民事訴訟法講座』, 第5卷, 日本評論社, 157면 以下; 西原寬一, “會社制度の濫用”, 『商事法研究』, 3卷, 123면 以下; 西島梅治, “法人格否認の法理”, 『法學セミナー』, 165號, 1969, 31면.

210) 배성순, “회사의 법인격부인의 법리에 관한 연구”, 원광대학교대학원박사학위논문, 1985, 52면.

211) 배성순, 위의 논문, 52면.

간접적으로라도 그 목적이 침해되는 것을 불허하는데 그것이 침해되었을 경우, 당사자가 법률상으로는뿐만 아니라 사실상으로도 별개인일 것을 전제로 하는 법규 해석의 경우에도 넓게 적용하자는 것이다.²¹²⁾ 영국과 미국의 적용범위가 이에 근접한다.²¹³⁾

셋째, 狹義說이다. 일본 최고재판소 판결에서 제시된 두 가지 중에서 법인격 형해를 빼고 오직 법인격 남용의 경우에만 법인격을 부인하자는 것이다.²¹⁴⁾ 법인격 남용의 경우로는 구체적이며 개별적인 직접적 규정이 없는 경우, 그리하여 학설에 의해 복잡한 법률구성으로 되는 것을 피할 필요가 있는 경우, 입증책임을 수행하기 곤란한 경우이다.²¹⁵⁾ 독일과 프랑스의 적용범위가 이에 근접한다.

넷째, 暫定的 適用說이다. 현재는 법인격부인의 법리로 해결할 수밖에 없는 문제일 지라도 향후 새로운 입법의 진전 안으로 받아들여져야 한다는 것이다.²¹⁶⁾

이러한 4가지 학설 이외에도 소규모의 개인회사가 다수를 차지하는 현실 속에서 판결의 기판력 확장을 인정하기 위해서는 예외적으로 소규모개인회사의 법인격을 부인해야 한다는 주장도 있다.²¹⁷⁾

4. 적용요건

적용요건은 적용범위에 관한 학설들을 어떠한 것으로 취하느냐에 따라 달라진다. 법인격부인론에 관한 일본 최고재판소의 최초의 판결(1969년 2월 27)에 따르면 그 범위는 법인격 形骸와 법인격 濫用이었다. 그런데 당시의 판결에도 그렇지만 아직도 학자들 사이에는 구체적으로 어떤 요건이 충족될 때 법인격이 부인되는지 이론적 체계가 확고히 서 있지는 않다. 최고재판소가 취했던 판결에 따라 법인격의 형해와 법인격의 남용을 적용범위로 보는 中義說에 따라 적용요건을 세운 竹內昭夫 교수의 설명을 보자.²¹⁸⁾ 그는 대체로 법인격 남용의 경우와 법인격 형해의 경우를 객관적 요건과 주관적 요건에 따라 설명한다. 첫째, 法人格 濫用의 경우에는 법인격이 배후에서 지배하고 있

212) 大隅健一郎, 前掲書, 23-24面; 龍田節, “會社法人格の否認と債務の二重讓渡”, 「法學論叢」, 第 69卷, 3號, 121面.

213) 田中誠二, 前掲書, 52面.

214) 田中誠二, 前掲書, 97面; 大山俊彦, “株式會社の法人格の否認と取人上の債權の歸屬”, 「週刊金融」, 第 165號 4面.

215) 田中誠二, 前掲書, 52面

216) 江頭憲治郎, “法人格否認の形成とその法構造”, 「私法」, 第 36號, 122面.

217) 森本滋, “いわゆる法人格否認の法理の再檢討”, 「私法」, 第 36號, 124面.

218) 竹內昭夫, 「新版改正 會社法解説」, 有斐閣, 1983, 146-150面.

는 자의 단순한 도구나 분신으로서 회사와 배후자가 실질적 동일성을 가질 것(지배요건)이 요구되며, 이러한 지배자가 법인격을 위법·부당한 목적으로 이용하려는 것(목적요건)이 요구되는데 여기에는 법의 潛脫·계약상 의무의 회피(경업피지의무회피)·채권자 사해 등이 포함된다. 여기서 지배요건과 목적요건은 객관적 요건과 주관적 요건이다. 그러니까 권리남용에 있어서는 객관적 요건과 주관적 요건이 필요하다는 것이다. 둘째, 法人格 形骸化의 경우에는 법인격 남용의 경우처럼 주관적 요건은 필요 없고 회사와 사원간의 실질적 동일성이 입증되는 객관적 요건만으로 족한데 이러한 동일성에는 회사와 사원간 재산과 업무의 혼동·회계구분의 결여·회사운영에 관한 법정절차 미준수 등과 같은 것이 포함된다.

狹義說을 주장하는 사람들은 법인격 남용만을 적용범위로 보는 것이 좋다고 하는데 그 이유는 법인격이란 실정법에 근거를 두고 있는데 일본민법 제 1조 제 3항의 권리남용금지 원칙을 유추적용 할 수 있어 확실한 실정법적 근거를 마련할 수 있으며, 또한 법인론의 입장에서 볼 때 미국의 법규가 광의설과 가까운 것은 법인의제설에 기하고 있는 반면에 일본은 법인실재설에 기하고 있기에 협의설이 맞으며, 법인격 남용 이외에 법인격 형해를 끌어들이면 법적 안정성을 해친다는 이유 때문이라고 하면서, 적용범위를 권리남용에만 한정하더라도 그 적용요건에 있어서 주관적 요건을 필요로 하지 않게 되며 이로 인하여 불합리한 경우가 생기지 않기 때문이라고 한다.²¹⁹⁾

5. 법인론에서 본 일본의 법인격부인론

법인론에 관한한 지금까지 일본에서는 법인본질론의 실익에 대해서 별로 무게중심을 두지 않았기에 법인이 되려면 법률상의 조직체이어야 한다는 실재설이 정당한 이론으로 받아들여졌고 의제설 내지 부인설은 부당한 것으로 여겨졌다.²²⁰⁾ 그런데 최근에는 법인이론의 실재설과 의제설을 동일한 평면에 두고서 그 우열을 비교하는 것은 무가치하며, 각 학설의 역사적·경제적 조건이나 사회적 배경 등을 고려하여 접근 할 때만이 각 학설들의 독특한 가치가 발휘될 것이라는 것이 유력한 학설이다.²²¹⁾ 이로 인해 법 기술적인 특성을 지닌 의제설이나 부인설이 무시할 수 없는 이론으로 새롭게 조명 받

219) 손성, “법인격부인의 법리에 관한 연구”, 동국대학교 박사학위논문, 1985, 146-148면.

220) 박윤직 외, 「민법주석(Ⅰ)」, 박영사, 1996, 459면.

221) 박윤직 외, 위의 책, 460면.

으면서 실재설과 연계하여 다루어지고 있다. 현재 일본에서 법인은 재산의 독립성을 확보하는 것을 목적으로 하는 법 기술인데 이러한 재산의 독립성의 정도는 입법정책의 문제로 본다.²²²⁾

법인격부인론에 관한 역사를 보면 2차 대전 후인 1950년에 영미법상의 법인격부인론의 도입가능성이 처음으로 논의되었고 차츰 미국의 법리를 번역하고 소개하면서 하급심 판례에서부터 이 법리에 기초한 판례들이 나오다가 최고재판소에서 정면으로 법인격부인론을 인정판례를 내놓았는데 처음 도입가능성이 논의되었던 때로부터 19년이 지난 후인 1969년 2월 27일이었다.²²³⁾ 당시 최고재판소의 판결내용에 비쳐진 법인론은 “...무릇 법인격의 부여는 사회적으로 존재하는 단체에 대해서 그 가치를 평가하여 행해지는 입법정책에 의한 것이므로, 이것을 권리주체로 표현할 만한 가치가 있다고 인정될 때에 법적 기술에 기해서 행해지는 것... 생각건대 주식회사는 준칙주의에 의해 용이하게 설립될 수 있고...”라고 한 것을 볼 때 法人實在說을 따르며, 그 중에서도 我妻榮의 社會的價值說에 기반하고 있으며, 입법정책의 측면에서는 準則主義였다. 즉 일본에서 법인격부인론이 본격적으로 논의되던 시대는 사실 세계적으로 법인본질론에 대한 논의가 쇠퇴하고 법기술주의가 지배하던 시대였고 일본이 도입했던 영미의 법인격부인론은 이러한 시대의 영향을 반영하고 있었던 것이다. 그런데 일본의 법인격부인론은 법인론과 연관시켜보면 실재설에 기반하고 있는데 그 적용범위와 요건이 아직도 미비한 것은 이러한 역사적 맥락에서 그것이 검토되고 계수되었기 때문이다. 실재설이라는 법인론의 입장에서 있으면서도 법인격부인론이 서구에서 형성되고 발전될 당시의 법기술주의적인 특성들을 함유한 상태의 그것을 받아들였기에 그 적용범위와 요건 면에서 미비했던 것이다.

일본에서는 법인본질론에 대한 연구와²²⁴⁾ 함께 법인격부인론에 관한 연구가²²⁵⁾ 있어왔는데 특히 上柳克郎 教授는 재산법에 있어서 법인격부여의 목적은 법인자체의 재산과 그 구성원의 재산을 分離하고 법인이라는 독자의 재산의 주체를 창출하는 것으로

222) 野性英一, “法人論(權利能力なき社團財團論議を兼ねこ)”, 「民法論集 4」, 133-137면.

223) 千葉地方裁判所, 1960(昭35) 1월 30일 판결은 債權者詐害行爲에 관해, 熊本地方裁判所八代支部, 1960(昭35) 1월 12일 판결은 契約上の義務回避에 관해, 日本最高裁判所, 1969(昭44) 2월 27일 판결은 1人會社에 관해 법인격부인론을 적용한 것이다.

224) 上柳克郎, “法人論研究序說”, 「京都大法學論叢」, 第 90卷, 第 1,2,3號, 21-34面; 喜多川篤典, “法人論の問題性”, 「株式會社の法理」, 中央經濟社, 1966, 3-33面.

225) 上柳克郎, 前掲論文, 21面 以下.

보았다. 이러한 이해 위해서 독자성이란, 첫째로 법인의 능력으로 권리능력을 행하고 민사소송의 당사자가 되며 그 명의의 채무에 대해서만 그 재산에 대해 강제집행을 할 수 있는 재산적 통일체로 되는 속성, 둘째로 법인재산이란 오로지 법인의 채권자에 대한 재산으로서 그 외의 사람으로부터의 강제집행을 배척하는 속성, 셋째로 주주의 유한책임 속성을 들었다. 그런데 이것들 중 첫 번째를 최소한의 속성으로 보았다. 이처럼 일본에서는 처음에는 법인격부인론이 법인론(실재설)과 연계되어 논의되어 왔지만 한동안 법인론 무용론으로 인해 논의되지 못하다가²²⁶⁾요즘에는 법인 기술성의 특성을 강조하는 법인격부인론을 좀 더 통합적 관점에서 이해하고자 법인 의제설의 관점과 연계하여 논의되고 있다.

226) 江頭憲治郎, 「會社法人格否認の法理」, 東京大學出版會, 1982, 6面.

제4장 우리나라의 법인격부인론

제1절 연혁

법인격부인론이 우리나라의 회사법 분야에서 그것의 적용 가능성에 대해서 논의가 되었던 것은 1960년대부터였다. 그 후로 논의가 계속되어 오고 있지만 그것의 법적근거나 적용범위나 적용요건 등에서 아직까지 정설은 없고 다만 법인격부인론의 적용에 대해서 긍정설과 부정설이 있다. 긍정설은 법인격부인론을 인정하게 되면 법이 인정한 회사의 독립성(회사와 주주의 분리원칙)과 주주의 유한책임이라는 주식회사제도 자체를 위협하여 법적 안정성을 해칠 수 있는 우려가 없는 것은 아니지만 도리어 법인격의 남용을 방지하여 법인의 본래 목적에 접합하도록 구체적인 사안에서 정의와 형평을 이루는 矯正의 역할을 하기에 다른 私法이론에서 해결할 수 없는 경우에 한하는 보충적 차원에서 적용하면 법인격부인론을 적용하는 것이 좋다는 것이다.²²⁷⁾ 부정설은 취하는 사람들은 법인격부인론에 관한 문제란 결국 실정법에도 근거가 없는 새로운 법리를 끌어들이므로써 해결될 문제가 아니라 회사법 규정이나 기타 사법이론에 대한 해석의 문제라고 보자는 것이다.²²⁸⁾ 긍정설이 다수설이다. 1970년대 이후 우리나라의 경제가 고도성장을 하면서 회사가 그 규모면에서 엄청나게 발전하여 회사개념의 재정립 필요성이 대두되었다. 대표적으로 정립되어야 할 것들로는 대주주와 소주주, 주주와 회사채권자, 경영자와 투자자의 이해관계 대립을 어떻게 적절하게 조정할 것이냐는 것이다. 그러던 중 1974년 서울고등법원이 법인격부인의 법리를 적용한 판결을 하였지만²²⁹⁾, 대법원은 법인격부인론 수용여부에 대해서는 유보적인 자세를 취한 채 법인격부인론을 적용하지는 않았다.²³⁰⁾ 그 후 대법원은 1988년과²³¹⁾ 1989년의²³²⁾ 편의치적과 관련된 판례에서 신의성실 위반과 법인격 남용의 이유를 들어 법인격부인론을 인정

227) 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2003, 51면; 최기원, 「신 회사법론」, 박영사, 1999, 54면; 손주찬, 「상법(상)」, 박영사, 2003, 54-55면; 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2003, 28-29면.

228) 정기남, “회사법인격무시의 법리”, 「현대법학의 제문제」, 법문사, 1981, 321면; 고평석, “법인격부인론의 부인”, 「상사법의 현대적 과제」, 박영사, 1984, 73-79면.

229) 서울고법 1975.5.8선고 72나2582판결.

230) 대법원 1977.9.13선고 74다954판결.

231) 대법원 1988.11.12선고 87다카1671판결.

232) 대법원 1989.9.12선고 89다카678판결.

하는 판결을 내렸다. 그러다가 2001년의 대법원 판례는²³³⁾ 민법 제 2조와 상법 제 171조 1항을 근거로 법인격부인론을 명백히 채택하였다.

제2절 근거

법인격부인의 실정법적 근거에 대해서는 민법 제 2조 1항의 신의성실의 원칙에 두는 견해²³⁴⁾, 민법 제 2조 2항의 권리남용금지에 두는 견해²³⁵⁾, 상법 제 171조 1항의 회사의 법인성의 내재적 한계에 두는 견해²³⁶⁾가 있다. 우리의 판례를 살펴보면 1974년의 판례는 법인격부인론이 유보되었지만 거기서 다루고 있었던 것은 법인격의 形骸에 관한 것이었으며, 1988년 이후의 판례는 신의성실·권리남용금지·법인의 내재적 한계를 다 근거로 다루었는데, 신의성실은 권리남용금지의 또다른 면이라 할 수 있기에, 크게 보아 권리남용금지·법인의 내재적 한계를 다루고 있다고 볼 수 있다. 대법원 판례 2003.4.22선고 2003다카 2390에서는 신의성실을 이렇게 설명하고 있다. “신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나, 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범으로서, 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나, 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하고, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 할 것이다.” 대법원 판례 2003.2.14선고 2002다 623129에서는 권리남용금지를 이렇게 말하고 있다. “권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 볼 수 있으려면, 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이며, 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없고, 어느 권리행사가 권리남용이 되는가의 여부는 각 개별적이고 구체적인 사안에 따라 판단되어야 한다.”

233) 대법원2001.1.19선고 97다21604판결

234) 이철송, 앞의 책, 51면.

235) 정동윤, 앞의 책, 33면.

236) 정찬형, “법인격부인론”, 「고려법학」, 제 37집, 고려대학교법학연구원, 2001, 302면.

생각건대 법인격부인의 근거를 민법 2조의 신의성실과 권리남용금지의 원칙보다는 상법 171조 1항에 기초한 법인의 내재적 한계에 두는 것이 좋을 것 같다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째로는 법인격부인론은 민법의 특별법에 해당하는 회사법에 적용되는 법리인데 그것을 민법에서 그것도 민법의 포괄적인 일반원리에서 구한다는 것은 법인격부인론을 너무 확대해석하는 것이 아니냐는 점이다. 둘째로는 민법의 신의성실과 권리남용금지는 민법상 규정된 자연인과 법인에 동시에 해당하는 권리행사의 일반원칙에 대해 말한 것일 뿐 자연인과 같은 권리주체로 의제된 법인의 본질이 무엇인지에 대해서는 말하지 않은 것인데 그것을 근거로 삼아 법인의 본질에 해당하는 법인격을 부인하는 것은 논리의 모순이라는 점이다. 셋째로는 상법 171조 1항은 회사를 법인으로 하는 입법정책의 반영이며 그 속에는 이미 회사법인의 권리행사에 있어서 민법 2조의 신의성실과 권리남용금지의 원칙이 포함되어 있는 것으로 해석될 수 있다는 점이다. 그러므로 민법의 일반원칙을 규정하는 신의성실과 권리남용금지에서 근거를 찾는 것보다 상법 171조 1항의 법인의 내재적 한계에서 찾되 그 속에 법인의 권리행사에 있어서 신의성실과 권리남용금지의 원칙이 포함되어 있다고 해석하여 이것에 위배되었을 때 그 사안에 한해서 법인격부인의 법리를 적용하는 것이 좋을 것 같다. 즉 법인격부인의 근거는 상법 171조 1항에 나오는 법인의 내재적 한계에 두고 내용적으로는 민법 2조의 신의성실과 권리남용금지에 두는 것이 좋겠는데 신의성실은 권리남용금지의 또다른 표현이기에 법인격부인의 근거는 상법 171조 1항의 법인의 내재적 한계에 두고 그 내용은 민법 2조의 권리남용금지에 두는 것이 좋을 것 같다.

제3절 적용범위

우리나라의 경우 판례가 법인격부인론의 실정법적 근거로서 민법 2조의 신의성실위반과 권리남용, 그리고 상법 171조에 있는 법인의 내재적 한계 등을 내세우고 있지만 그 근거가 내용적으로 볼 때는 너무나 빈약하여 그 적용범위를 어디까지로 정해야 할지 어려움이 있다. 그렇지만 법인격부인론의 적용범위를 3장에서 살펴본 것처럼 크게 4가지, 즉 다른 사법이론에 대한 보충성 문제, 계약책임과 불법행위 책임의 문제, 회사와 주주의 유형의 문제, 법인격부인론의 역적용 문제로 나누어 검토해보자.

첫째, 법인격부인론이 다른 사법이론에 대한 보충적 차원에서 적용되어야 하느냐의 문제에 있어서는 긍정설이 일반적 견해이다. 우리나라의 경우 법인격부인의 실정법적 근거가 내용적으로 볼 때 빈약하고 이론적으로 볼 때도 탄탄하지 않아 그것의 적용범위도 다양할 수밖에 없어서 일본의 광의설·중의설·협의설 중의 어느 하나 또는 영미의 판례를 원용하는 방식이라고 하나²³⁷⁾ 기본적으로 그 적용에 있어서 종래의 사법이론으로 적절히 규율할 수 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용되어야 한다는 것이 일반적인 견해이다.²³⁸⁾ 법인격을 부인하는 것은 결국 실정법상 인정된 회사의 법인제도를 부인하는 것이기 때문에 그것은 법적 안정성을 해하지 않는 범위에서 신중하게 적용되어야 할 것이다. 그렇다고 적용범위를 지나치게 좁게 잡으면 법인격부인론의 실질적인 기능이 발휘될 수 없어 그것을 통해 얻고자 하는 실제적인 정의와 형평을 이룰 수 없게 된다. 대체로 미국에서는 법인격부인론이 광범위하게 적용되는데 그 이유는 법인론에 있어서 법인의체설에 입각하고 있기 때문이지만 일본을 비롯한 우리나라는 법인론에 있어서 법인실재설이 통설이기 때문에 법인격부인론의 적용범위가 좁게 해석되어야 한다고 한다.²³⁹⁾ 법인격부인론의 적용범위를 다른 사법이론에 명백히 상충되지만 않으면 적용할 수 있다며 약간 범위를 넓게 잡는 견해도 있고,²⁴⁰⁾ 법인격부인론의 문제는 일반 사법이론에 의해서도 얼마든지 해결할 수 있다면 법인격부인론을 부인하는 견해도 있다.²⁴¹⁾

둘째, 계약책임과 불법행위 책임의 문제에 있어서는 계약책임뿐만 아니라 불법행위 책임에도 법인격부인론이 적용되어야 하지만 그 근거를 어디에 두느냐에 따라 불법행위 책임의 경우는 적용여부가 달라진다. 계약책임에 대해서는 법인격부인론이 적용되는 것이 대부분이지만 계약관계에 있어서 주의할 점은 회사와의 계약체결자는 불법행위 상대방에 비해 회사의 자본불충분에 대해 충분히 조사할 기회가 있었으므로 이를 알았음에도 불구하고 회사와 거래한 경우에는 법인격부인론이 적용될 수 없다. 불법행위 책임에 있어서는 법인격부인론의 근거를 신의성실에 둘 경우 불법행위 상대방의 신뢰라는 것이 있을 수 없기에 적용될 수 없다는 견해가 있으나²⁴²⁾, 법인격부인론은 법인격남용의 경우 정의와 형평을 도모하고자 하는 법리이므로 적용을 긍정하는 견해가

237) 정주환, “회사법인격부인의 법리”, 「단국대학교논문집」, 제 19호, 1985, 199면.

238) 이철송, 「회사법강의」, 2003, 51면; 정동윤, 「회사법」, 법문사, 2000, 28-29면; 손주찬, 「상법(상)」, 박영사, 2003, 54-55면; 최준선, 「상법사례백선(상)」, 삼조사, 2003, 129면.

239) 정주환, 앞의 논문, 199면.

240) 정동윤, 앞의 책, 423면.

241) 고평석, 앞의 논문, 99면; 정기남, 앞의 논문, 321면.

242) 강위두, 「회사법」, 형설출판사, 1996, 37면; 채이식, 「상법강의(상)」, 박영사, 1993, 350면.

있으며,²⁴³⁾ 우리나라의 판례는 불법행위 책임을 인정한 사례가 있다.²⁴⁴⁾

셋째, 회사와 주주의 유형을 보면 공개회사보다 폐쇄회사의 경우에 법인격부인론이 적용되는 경우가 많고, 모회사와 자회사의 기업집단에 적용되는 경우가 많다. 우리나라의 경우 회사법상 법인격부인론이 적용된 판례가 상하급심 통틀어 10개 내외에 불과한데²⁴⁵⁾ 1992년부터 2008년까지의 총 9개의 판례를 분석한 것을 보면 9개 모두 폐쇄회사에 적용되었으며, 개인주주와 법인주주로 나뉘었을 때는 7개가 개인주주였으며 2개가 법인주주였고, 8개가 계약채권자요 1개가 불법행위채권자였다.²⁴⁶⁾ 이는 우리나라가 법인격부인론에 관한 판례의 집적 면에서 매우 짧은 역사를 가지고 있지만 지금까지의 판례를 분석해볼 때 폐쇄회사에 법인격부인론이 적용되는 예가 압도적임은 분명하다. 또 모회사와 자회사의 기업집단에도 적용된 경우가 있지만 아직은 개인주주가 압도적인 것을 볼 때 1인 주주에 의한 법인격형해화가 대부분임을 알 수 있다.

넷째, 법인격부인론의 역적용의 경우란 회사의 채무를 사원 개인에게 부담시키는 법인격부인론의 일반적인 상황들과 달리 사원의 채무를 회사에 부담시키는 경우를 말하는데 채무자가 채무면탈을 위해 회사를 설립하고 거기에 출자하는 경우가 대표적인데, 이러한 법인격부인론의 역적용을 인정할 것이냐에 대해서 부정하는 견해²⁴⁷⁾와 긍정하는 견해²⁴⁸⁾와 절충적인 견해²⁴⁹⁾로 나누어진다. 우리나라 판례의 경우 법인격부인론의 역적용에 대해 직접적으로 다룬 것은 없지만 대법원 1995.5.12 선고 93다 44531의 판례를 법인격부인론의 역적용을 시사하고 있다.²⁵⁰⁾

제4절 적용요건

243) 정동윤, 앞의 책, 29면; 정찬형, 앞의 책 422면; 이철송, 앞의 책, 52면; 최기원, 앞의 책, 55면.

244) 부산지법 1997.8.20선고 96가합23873에서 A회사의 불법행위 피해를 입은 자가 손해배상청구권 행사하여 A회사 재산을 강제집행 하여 배당하는데 A회사의 동일지배주주 B회사가 A회사에 대한 금전채권(강제 집행재산에 대한 담보권)을 이유로 배당신청을 한 사건에서 A회사와 B회사를 동일회사로 보아 B회사의 법인격을 부인하고 배당청구권을 거절하였는데 이는 불법행위책임을 법인격부인론에 원용한 판례로 볼 수 있는 것이다.

245) 정영철, “판례를 통하여 본 법인격 부인론”, 「상사판례연구」, 한국상사판례학회, 2009, 36-37면. 인천지법 2001.12.19선고 2000가합 10099; 서울고법 1976.5.27선고 75나 616/617; 서울고법 2001.5.11선고 99나 51601; 서울남부지법 1997.4.2선고 96가합 13522는 생략. 참고로 미국에는 1985년까지 1600여개의 판례가 집적되어 있다고 함.

246) 정영철, 위의 논문, 40면.

247) 이철송, 앞의 책, 55면.

248) 최기원, 앞의 책, 55면.

249) 최준선, 앞의 책, 132면.

250) 최준선, 위의 책, 132면.

법인격부인론의 적용요건에 대해서는 가장 까다롭고 복잡한 양상을 띠고 있다. 적용요건을 무엇으로 볼 것이냐에 따라서 법인격행해화와 법인격남용으로 보는 견해²⁵¹⁾, 지배요건과 공정요건으로 보는 견해²⁵²⁾, 객관적요건과 주관적요건으로 보는 견해²⁵³⁾, 형태요건과 불공정성요건으로 보는 견해²⁵⁴⁾등의 학설이 있지만 그 용어를 어떻게 표현하든지 중요한 것은 사원에게 회사의 법인격을 남용하려는 고의가 있어야 할 것은 아니라는 것이 다수설이다. 다시 말해 사원이 회사의 법인격을 남용하려는 의도와 같은 주관적요건은 그것을 입증하기 곤란하기 때문이다. 확실한 것은 사원이 회사를 그 업무와 재산에 있어서 완전히 지배하고 있어서 회사와 사원이 동일하게 인정될 만큼 업무와 재산이 분리되어 있지 않은 혼용 또는 형해화 또는 지배 상태라는 말로 표현되는 객관적인 요건이 요구된다고 할 수 있다. 적용요건에 관한 우리나라의 판례를 살펴보자.

첫째, 서울고법 1974.5.8선고 72나2582판결(대법원 1977.9.13선고 74다954판결)을 보자. 이는 최초로 하급심에서 법인격부인론을 적용한 것을 대법원에서 인정하지 않은 판결이다. 실질적 1인주주가 회사명의로 발행한 당좌수표가 부도나고 약속어음이 결제되지 않자 실질적 1인주주를 피고 삼아 수표대금 및 약속어음 청구의 소를 제기한 사건에서 서울고법은 피고 회사의 법인격을 부인하고 회사채무를 그 배후에 있는 1인주주의 채무로 간주하였다. 그 기준으로 회사의 설립절차의 형식, 회사자본의 출자자, 회사자본의 과소규모, 회사 사무소의 주소 및 회사의 주요절차 부인, 회사의 재산과 피고 개인재산의 혼용, 회사 운영권의 무단위임, 회사법 절차의 부인 등을 들고 있는데 이는 미국의 법인격부인론 적용요건과 거의 부합한다.²⁵⁵⁾ 그런데 대법원은 “원심이 講學上 이른바 法人形骸論을 입론한 것인바 …원심이 위 소외회사를 형해에 불과하다고 인정한 것은 잘못”이라고 판시하여 법인격부인론의 채택여부를 유보했다. 위 대법원판례는 법인형해론을 채택하지는 않았지만 법인형해론이라는 말 자체가 대법원판례에 등장하는 최초의 사례이지만 고등법원이 판결한 것처럼 법인형해론이 적용되려면 그 요건으로 법인형해화가 이루어져야 하는데 그렇지 않다고 판시한 것이다. 그렇지만 고등

251) 최기원, 위의 책, 54면.

252) 정찬형, 위의 책, 422면.

253) 이철숙, 위의 책, 43-54면.

254) 정동윤, 위의 책, 31면.

255) 이성철, “판례를 중심으로 본 법인격부인론”, 「법조」, 법조협회, 2009, 65면.

법원은 법인격부인론의 적용요건이 되는 법인형해화에 대해서 비교적 자세히 살피고 있다.

둘째, 대법원 1988.11.12선고 87다카1671판결을 보자. 이는 便宜置籍²⁵⁶⁾에 대한 판결이다. 대법원은 “...각각의 회사는 외형상 별개의 회사로 되어 있으나 ... 편의의지를 위하여 설립한 회사들로서 실제로는 사무실과 경영진 등이 동일하므로 이와 같은 지위에 있는 원고가 법률의 적용을 회피하기 위하여 별개의 법인격을 가지는 회사라는 주장을 내세우는 것은 신의성실 원칙에 위반하였거나 법인격을 남용하는 것으로서 허용되어서는 아니 된다”라고 판시하였다. 위 대법원 판례는 법인격부인의 근거로서 민법 2조의 신의성실 위반과 법인격 남용을 들고 있으며, 적용요건으로서 법인격 형해화를 들고 있는데 형해화의 구체적인 요건들에 대해서는 자세히 실시하지 않고 다만 사무실과 경영진이 동일하다는 것만을 들고 있을 뿐이다. 다시 말해 법인격부인론의 적용요건인 지배나 재산의 혼용 등에 대해서 자세히 검토하지 않았기 때문에 위 판결을 법인격부인론의 적용요건을 제대로 갖춘 판결이라고 보기는 어렵다.

셋째, 대법원 2001.1.19선고 97다21604판결을 보자. 이 사건은 신설건설회사와 그 회사를 실질적으로 지배하는 대표이사를 피고로 중도금 반환 청구소송에서 대표이사가 반환의무를 져야 하는가가 쟁점이었는데 대법원은 “회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 이는 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 그 실질에 있어서는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 타인의 개인기업에 불과하거나 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 쓰여지는 경우에는 비록 외견상으로는 회사의 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세워 회사에 게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 위반되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없다”고 법인격부인론의 적용요건을 판시하면서 “피고의 회사에 대한 지배와 형태 정도, 피고와 회사의 업무와 재산의 혼용 정도, 회사의 업무실패와 지급받은 분양대금의 용도, 회사의 오피스텔 신축 및 분양사업의 규모와 그 자신 및 지급능력의 상황 등 제반사정에 비추어 보면 회사는 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 않고, 실질에 있어서는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 타인의 기업에 불과하다”라고 했다. 이 판

256) “便宜置籍이란 선박에 국적을 보유하기 위해서는 자국 국민의 선박 소유 등의 요건을 갖추어야 하지만, 단지 서류상의 연결만 있어도 국가가 자국의 국적을 부여하는 것으로, 국제경쟁에 노출되어 있는 선주들이 짠 임금, 저렴한 세금 등을 목적으로 선박을 파나마 등 행정규제가 느슨한 국가에 선박의 국적을 옮겨 두는 것을 말한다.” 이성철, 앞의 논문, 69면에서 재인용.

례에 대한 해석은 법인격부인론의 적용요건에 관한 것이라는 점은 누구나 동의하지만 그 적용요건으로 법인격형해화와 법인격남용을 취하고 있다는 학설²⁵⁷⁾, 지배요건(형태요건)과 공정성요건(자본불충분요건)을 취하고 있다는 학설²⁵⁸⁾로 나뉜다.

이상의 판례를 살펴보면 2001년도 이전의 대법원 판례는 법인격부인론의 적용요건으로서 사무실과 경영진의 독립성 여부나 설립절차와 주주총회의 적법성 여부와 같은 외형적인 사실들이 중요하게 부각되었지만, 2001년의 대법원 판례는 사원의 회사에 대한 지배의 형태와 정도·업무와 재산의 혼용 정도·업무실태와 지급받은 분양대금 용도·회사의 규모 및 지급능력 등이 중요하게 부각되었는데 이것들은 대체적으로 지배요건과 자본불충분요건에 해당하는 것들이다. 대법원 2004.11.12선고 2002다66892판결과 대법원 2006.7.13선고 2004다36130판결에서도 법인격부인의 이유는 법인격남용인데 그 요건으로서 객관적 요건(지배) 주관적 요건(채무면탈의 목적)을 구체적으로 제시했다²⁵⁹⁾.

제5절 법인론에서 본 우리나라의 법인격부인론

우리나라의 법인론은 제 2장 3절에서 살펴본 것처럼 의제설로도 실재설로도 볼 수 있다. 의제설을 취하느냐 실재설을 취하느냐에 따라 법인의 권리능력, 행위능력, 불법 행위능력, 법인격 없는 사단이나 재단의 해석에 있어서 그 범위를 좀 더 넓게 할 것이냐 좁게 할 것이냐가 달라진다. 그러기 때문에 의제설을 고집하는 사람도 있고, 실재설을 고집하는 사람도 있으나, 우리나라의 민법이 법인론에 있어서 의제설이나 실재설을 뚜렷이 표방하지 않고 두 학설 다 허용하는 개방적인 입법의 태도라고 주장하는 사람도 있다. 요즘에는 의제설이나 실재설을 따로 나누어서 동일평면에서 비교할 것이 아니라 의제설의 법인 기술주의적 특성과 실재설의 법인 내용탐구의 특성을 둘 다 잘 통합하여 보자는 견해가 설득력을 얻어가고 있다.

우리나라의 법인격부인론과 관련하여 법인론에 대해서 어떠한 태도를 취하고 있는지 밝히지 않았다. 다만 법인격부인론의 적용근거를 민법 2조의 신의성실원칙(민법 제 2

257) 고재중, “법인격부인론의 법리에 관한 고찰”, 「외법논집」, 2001년도 11월호, 261면.

258) 정찬형, “회사의 법인격부인론”, 「고시계」, 통권 533호, 국가고시학회, 2001년 7월, 49-63면.

259) 이성철, 앞의 논문, 73면.

조 1항)과 법인격남용금지원칙(민법 제 2조 2항)과 법인의 내재적 한계(상법 제 171조 1항)에 두고 있는데 이는 실정법적 근거들이고 이론적 근거들에 있어서는 명확하지가 않다. 적용범위는 판례에 법인격남용과 법인격형해가 둘 다 언급된 것에 기초하여, 법인격남용만으로 볼 것이냐, 법인격남용과 법인격형해 둘 다로 볼 것이냐, 법인격남용과 법인격형해 뿐만 아니라 어떤 법규의 목적침해나 법률상의 당사자와 사실상의 당사자를 별개인으로 취급하는 법규의 해석에까지 확장 적용할 것이냐로 나누어지지만, 대체로 다른 사법이론에 대한 보충적 차원에서 적용되어야 하며 또한 계약책임 뿐만 아니라 불법행위 책임까지 그리고 채무면탈을 위해 회사를 설립하는 경우에도 법인격부인론의 역적용이 가능한 것으로 본다. 적용요건으로는 법인격부인의 법리를 적용한 판례의 역사가 짧기 때문에 이에 대해 아직 상세하게 세분화되어 있지 않지만 대체로 법인격형해화 요건들인데 내용적으로 분석해보면 미국에서 발전된 법인격부인론의 일반요건들 중 지배요건과 자본불충분 요건들에 다소간 일치하고 있다.

생각건대 우리나라의 판례를 살펴보면 법인격부인론의 이론적 적용근거가 명확하게 표명되지 않은 상태이며, 실정법적 근거도 왜 상법 171조 1항보다도 민법 2조에 더 무게중심을 두고 있는지에 대해서 분명히 정리되지 않았으며, 그 적용범위와 적용요건들도 아직은 허술하고 미비한 상태인 것 같다. 우리나라의 경우 법인론에 있어서 의제설을 취하든 실제설을 취하든 중요한 것은 실정법 태두리 안에서 사고하되 그 안에서만 갇혀 있지 말고 법인의 본질에 대해서 좀 더 활발한 연구가 진행되어 법인격부인의 적용근거, 적용범위, 적용요건들에 대해서 좀 더 명확하면서도 튼튼한 토대를 갖도록 해야 할 것이다. 이를 위해서 몇 가지 방향을 잡아본다.

첫째, 법인의제설이나 법인실재설에만 경도된 자세를 지양하고 둘 다를 통합적인 관점에서 바라보아야 한다. 그 이유는 법인에게 권리능력을 부여한 그 목적이 무엇인지 다시 한 번 깊이 사고하여 그 목적대로 법인이 존재할 뿐만 아니라 그 권리능력이 행사되도록 해야 하기 때문이며, 만일 그러한 목적대로 법인이 존재하지 못하거나 권리능력이 행사되지 못하였을 경우 법인격부인의 법리를 적용하여 교정기능을 발휘할 수 있는 합법성과 정당성 확보의 이유 때문이다.

둘째, 최근에 논의되고 있는 법인론에 대해서 열려있는 개방적 태도를 가지고 적극 연구하여 법리를 발전시키는데 활용해야 한다. 원래 우리나라 사법에 있어서 법인론은

법인의제설이나 법인실제설의 어느 한 학설의 손을 들어주지 않고 개방적인 태도를 취하고 있음이 분명하며, 그것은 개개의 사안에 따라 정의와 형평에 맞게 해석될 수 있음을 의미하니, 무엇이 정의와 형평에 해당하는 것인지에 대해서 숙고하기 위해서라도, 새롭게 논의되고 있는 법인론에 대해서 개방적 태도로 적극 연구하여 판례에 원용할 뿐만 아니라 그러한 판례의 집적을 통해서 입법화 과정으로 나아가도록 해야 한다. 이러한 과정이야말로 법규범과 법사회현상의 괴리를 없애고 실질적인 정의와 형평을 실현해가는 최소한의 노력인 것이다.

셋째, 법인격부인론을 법인론과 관련시켜 생각해보자면, 상법 171조 1항에 기초하여 법인격부인론의 실정법적 근거를 법인의 내재적 한계에서 찾아야 한다. 우리의 판례는 법인격부인의 근거를 민법의 일반원칙에 관한 조항인 제 2조 1항과 2항의 신의성실과 권리남용에서 갑자기 끌어왔는데 그것은 민법에 대해서 특별법적 위치에 있는 회사법의 근거로서는 너무나 빈약하고 또한 어떤 사안에 대해서는 무한히 확장되어 적용될 수 있는 근거이기 때문에 법적 안정성을 해할 수 있는 우려가 있다. 법인격부인론의 적용은 회사법에 관한 것이기에 회사법에서 그 근거를 끌어내는 것이 맞고, 그런 점에서 회사를 법인으로 인정한다는 상법 171조 1항에 법인격부인의 실정법적 적용근거를 두되 법인의 내재적 한계를 밝히기 위해서 법인의 본질이 무엇이나에 대해서 좀 더 연구하여 법리를 발전시켜 나갈 뿐만 아니라 그것들을 명확하고 튼튼하게 하여 적용범위와 적용요건을 확정하면 될 것 같다. 상법 171조 1항에 기초하여 법인의 내재적 한계에서 그 근거를 찾되 법인의 권리능력 행사에 있어서 신의성실에 부합하고 권리남용을 하지 않아야 한다는 것으로 보아야 할 것이다. 법인격부인의 실정법적 근거를 상법 171조 1항에 두되 법인의 권리능력 행사의 범위를 신의성실과 권리남용금지에 두자는 것이다.

이에 기초하여 법인격부인론을 법인론과 연결시켜보겠다. 첫째로, 법인의제설과 연관시켜보면, 법인이란 자연인에 의제된 것이니 자연인이란 독립된 권리능력을 행사할 수 있는 의사주체인데 법인도 결국 도덕적 자유의사의 주체가 되어야 한다. 그러기 때문에 법인 자체가 자연인에 의제된 것이라는 전제 속에는 도덕적 권리인으로서 살아가야 할 것이 요구되는 것이 마땅한 것이며, 따라서 법인은 법인격 독립과 주주와 회사의 분리에서 오는 유한책임의 권리만 누리는 존재가 아니라 그것에 따른 의무를 다하는 존재가 되어야 한다는 것은 법인의 존재론적 특성일 수밖에 없는 것이다. 법인의제설에 기초한 법인격부인은 법이 부여한 권리만 누리고 의무는 행사하지 않으려는 그

자유를 일시적으로 제한하여 도덕적 권리인으로서 마땅히 지녀할 의무로의 복귀를 강조하는 것이다. 둘째로, 법인실재설과 연관시켜보면, 법인이란 법률적 목적을 가진 조직체이든 사회적 가치를 가지고 사회적 작용을 하고 있는 실체이든 그 본질은 보편적 가치를 지향해야 하며 이익추구라는 목적과 그 과정에 있어서의 정당성이 요구된다고 할 수 있을 것이니 그러한 사회적 실체에 법인격을 부여하는바 이에 대해서 위배되었을 때에는 그 법인격을 부인하는 것이 마땅한데 그것은 그것의 사회적 실체를 부정하는 것이 아니라 그 실체에 법인격을 부여했던 특권을 일시적으로 정지시켜 그 실체의 권리능력 행사에 있어서 불법성에 대한 책임을 묻고 사회적으로 용인되는 보편적 가치를 향하여 나아가도록 하는 교정의 기능을 발휘하는 것이다.

제5장 결론

법인격부인론이 판례에 의해서 본격적으로 집적되던 시대는 미국은 19세기 후반부터였고, 독일은 20세기 초반부터였다. 대체로 법인 본질에 대해서 생각하던 시기를 벗어나 법인을 단순히 법 기술적으로만 생각하는 시대에 법인격부인론이 판례를 통해 집적되고 학설이 확립되었다. 그러다보니 법인격부인론이 법인 본질론과 밀접한 연관을 맺지 못한 상태에서 판례를 통해 또는 학설을 통해 확립되어 왔다. 그러기 때문에 그것이 판례를 통해서이든 입법을 통해서이든 법인 본질에 대한 깊은 연구를 통해 발전된 것이라기보다 그때그때의 사건을 처리하는 판례를 통해서 법 기술주의적인 실용 법학적인 방법으로 진행되어 왔기에 오늘날 법인을 통해서 사회적으로 행해지는 장점들도 많지만 그 폐해들을 교정하는데 한계를 노출하고 있다. 원래 법인격부인론이란 법인이 법인격을 부여한 그 본래의 목적에 반하여 남용되었을 때 이를 시정하기 위한 교정의 측면에서 도입된 것이었지 원천적인 폐쇄가 아니었다. 그러기 때문에 처음부터 법인격을 부여한 국가가 법인의 교정과 올바른 인도에 대해서 책임을 져야 하는 것은 당연한데 이는 법인 본질에 대해 다시 사고하는 것에서부터 출발한다.

첫째, 영국의 경우 법인격부여는 역사적으로 왕의 특허장 부여와 밀접한 관련이 있으며, 법인격부인론이 여러 판례를 통해 나타나고 있지만 그것은 어디까지나 법인의 독립성 원칙에 대한 극히 예외적인 사례들로 간주되고 있으며, 법인론에 기초해서 보자면 법인격부인론은 법인의제설을 극단으로 밀고 나아간 법인부인설에 가깝다. 둘째, 미국에서의 법인격부인론은 법인의 본질에 대한 사고에서 발생한 논리적 결과가 아니라 경제의 실용적 목적을 위해 인위적으로 법에 의해 만들어졌던 법인이 그 실용적 목적에 부합하지 않고 인간의 보편적인 정의와 형평에 반하는 결과를 야기했을 때 법인격을 부인하려는 실용적 측면에서 법인격부인론을 출발시켰기 때문에 나중에 법인격부인의 근거가 뭐냐는 것에 대해 도구이론, 대리이론, 동일성 이론 등을 내놓았고 그 적용요건들을 사례별로 정리했지만 그것들이 여전히 복잡한데 그 이유는 법인의 본질에 대한 사고와 법인격부인론이 연결되지 못한 상태에서 법인격부인의 법리를 적용하여 문제해결에만 골몰해왔기 때문이다. 물론 회사법인의 본질에 대해서 특권설이나 계약

설이 있지만 빈약하다. 법인격부인론과 관련하여 미국의 법인론이 무엇이나고 묻는다면 법인의제설에 가깝다. 셋째, 독일에서의 법인론 통설은 법질서가 권리능력을 부여한 목적결합의 조직이라는 조직체설로서 이는 법인실재설에 속하지만 내용적으로 엄밀히 살펴보자면 조직체설이란 법률에 의해 조직된 법적 실재라는 것으로서 법률 이전에는 자연인의 실재만 인정하는 것이 되어 결국 법인의제설과 별 다를 바가 없다. 법인격부인론과 연관시켜보면 독일에서는 이러한 법인의제설적인 법인론에 기초해 있기 때문에 언제든지 법인격을 부인하고 그 배후에 있는 실체를 파악하여 그 책임을 물으려는 실체책임파악이론으로 발전시켰는데 이를 보면 법인의제설보다 더 나아갔던 법인부인설에 가깝다고 할 수 있다. 넷째, 일본은 법인격부인론을 적용한 판례에서 분명히 명시되었듯이 사회적 가치설에 입각한 법인실재설이며 입법정책은 준칙주의다. 일본에서는 법인의제설에 입각하여 법 기술적인 특징이 좀 더 활용되는 법인격부인론을 발전시키려 하고 있다. 다섯째, 우리나라는 법인론에 있어서 한 때는 실재설이 통설이라고 했으며 특히 일본의 학자 我妻榮의 사회적 가치설을 지지하는 의견이 많았지만 지금은 법인의제설과 법인실재설을 통합적인 관점에서 보자는 의견들도 등장하고 있으며, 법인격부인론과 관련하여 보자면 우리나라 판례는 법인의제설이나 법인실재설이나 뚜렷한 견해가 나타나 있지 않은데 이는 우리의 사법이 법인론에 있어서 둘 다를 인정하는 개방적 태도이기 때문인 듯하다.

법인격부인론을 법인론과 연결시켜 살피는 것은 법인을 단순히 법 기술로만 바라보는 오늘날의 법인격부인론과는 동떨어진 것으로 보일지 모르지만 결코 그렇지 않다. 법인을 단체의 대내외적 법률관계를 간명하게 하기 위한 법 기술로만 본다고 하는 것 속에도 이미 법인이란 어떤 단체가 되어야 할지 그 개념이 先在적으로 들어 있으니 이는 결국 법인 본질론과 태생적으로 떠날 수 없는 것이다. 오늘날 회사법인의 장점도 많지만 그 단점도 많아 이를 해결하는 여러 방법 중 법인격부인론은 회사법의 존재 자체를 부정하지 않고 어떤 사안에 한해서 법인격을 부인하는 교정의 측면이 크다. 이를 실제적으로 잘 실현시켜 가는 측면에서 생각해본다면 법인격부인의 근거, 적용범위, 적용요건 등이 탄탄해야 할 것인데 여러 나라의 학설과 판례를 살펴볼 때 너무나 복잡한 양상을 띠고 있는데 이는 법인격부인을 적용하여 법인의 문제점을 일시적으로 해결하는 데만 급급했을 뿐 그것의 본질에 대해서 생각하여 근원적으로 해결해나가기 위한 방식으로 접근하지 않았기 때문이다. 법인격부인론이 적용된 판례가 등장할 때의 시대적 상황은 대체로 회사법인의 폐해가 많이 속출되던 시대였고 또한 법인을 순전히 법

기술적 차원으로만 바라보던 시대였으며 주로 대부분의 나라들에서 법인의제설에 기초하고 있었음을 알 수 있다. 일본의 판례도 법인실제설에 기초해 있는 것 같지만 엄밀히 살펴보면 어디까지나 법 기술의 차원을 벗어나지 못하고 있다. 법인격부인의 적용에 있어서 법 기술적인 측면이 대단히 필요하지만 그와 함께 왜 법에 의해 부여된 법인격이 부인되어야 하는지 좀 더 튼튼한 근거와 명확한 적용범위와 요건의 확립을 위해서는 법인의 본질에 대해 새롭게 탐구하여 연관시킴으로써 법인격부인의 법리를 좀 더 명확하면서도 풍성하게 정립해야한다. 이를 위해서는 우선적으로 법인에 관한 법 기술적인 측면이 좀 더 강한 법인의제설과 법인에 관한 본질의 측면이 좀 더 강한 법인실제설을 더 이상 동일평면에 두고서 그것들의 우위를 비교·평가하여 해석하는 자세를 지양하고 양자의 장점을 최대한 살려내는 통합적 관점에서 법인론을 새롭게 구축해야 한다.

참고문헌

- 곽윤직, 「민법총칙 신정판」, 박영사, 1997.
- 곽윤직 외, 「민법주해(Ⅰ)」, 박영사, 1996.
- 손주찬, 「상법(상)」, 박영사, 2003.
- 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2003.
- 임재연, 「미국기업법」, 박영사, 2009.
- 정동윤, 「회사법」, 법문사, 2000.
- _____, 「상법(상) 제5판」, 법문사, 2010.
- 정진일, 「철학」, 형설출판사, 1995.
- 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2003.
- _____, 「상법상의(상) 제10판」, 박영사, 2007.
- 조익제 편, 「영국 민사법 입문」, 법영사, 2008.
- 채이식, 「상법강의(상)」, 박영사, 1993.
- 최기원, 「상법학신론(상) 제8대정판」, 박영사, 1998.
- _____, 「신회사법론」, 박영사, 1999.
- _____, 「신회사법론 제12대정판」, 박영사, 2005.
- 최준선, 「상법사례백선(상)」, 삼조사, 2003.
- 강성준, “개인이 채무면탈을 위해 새로운 회사를 설립하는 경우에 법인격부인론의 적용(대상판결: 대구지방법원 2006.5.3.선고 2005가합13817판결)”, 「상사판례연구」, 제20집 제1호, 한국상사판례학회, 2007.
- 고재중, “법인격부인론의 법리에 관한 고찰”, 「외법논집」, 2001년 11월.
- 고평석, “법인격부인론의 부인”, 「상사법의 현대적 과제」, 박영사, 1984.
- 권영애, “채무면탈의 목적으로 설립된 대체회사의 법인격부인(대상판결: 대법원 2004.11.12. 선고 2002다66892판결)”, 「상사판례연구」, 제18집 제1호, 한국상사판례학회, 2005.
- 김동민, “법인격부인 이론의 적용에 있어서 법인격의 형해화 내지 남용을 인정하기 위한 요건(평석 대상판결: 대법원 2008.9.11.선고 2007다90982판결)”, 「홍익법학」, 제10집 제1호, 법학연구소, 2009.
- 김두환, “법인격부인론에 대한 고찰”, 「경영법률」, 제16집 제1호, 한국경영법률학회, 2005.

- 김병연, “법인격남용의 새로운 유형과 법인격부인이론의 적용(2005.7.7.선고 서울중앙지법 2004가단273159판결 및 2006.3.30선고 서울고등법원 2005나61821판결과 관련하여)”, 「상사판례연구」, 제21집 제1호, 한국상사판례학회, 2008.
- 김원기, “법인격부인이론의 역적용(대법원 2008.8.21.선고 2006다62829판결을 중심으로)”, 「기업법연구」, 제24집 제2호, 한국기업법학회, 2010.
- 김재범, “회사의 동일성, 채무면탈 목적과 법인격부인이론의 적용(대법원 2010.1.14. 선고 200977327 판결)”, 「경영법률」, 제 22집, 한국경영법률학회, 2011.
- 김재형, “법인격, 그 인정과 부정(법인격 부인 또는 남용에 관한 판례의 전개를 중심으로)”, 「민사법학」, 제 44집, 한국민사법학회, 2009.
- _____, “기업집단에서의 법인격부인이론과 Enterprise Liability”, 「법학연구」, 제24집, 한국법학회, 2006.
- 김정호, “법인격의 역부인”, 「경영법률」, 제16집 제2호, 한국경영법률학회, 2006.
- 남기윤, “사법상 법인개념의 새로운 구성(새로운 법인이론의 제안)”, 「저스티스」, 한국법학원, 2002.
- 남장우, “회사법인격무시의 법리”, 고려대학교대학원 박사학위논문, 1995.
- 남효순, “프랑스 법에서의 법인의 역사”, 서울대학교법학연구소, 2000.
- 박규찬, “법인격부인이론 비판”, 「기업법연구」, 제25집 제4호, 한국기업법학회, 2011.
- 박세화, “미국의 회사법인격부인이론”, 「연세법학연구」, 제5집 제1호, 연세대학교법학연구회, 1998.
- 박원형/최영봉, “해상운송인 책임제한의 배제사유로서 법인격부인에 관한 연구”, 「무역학회지」, 제33집 제4호, 2008.
- 손성, “법인격부인의 법리(그 史的發展을 중심으로)”, 「연구논집」, 동국대학교대학원, 1985.
- _____, “법인격부인의 법리에 관한 연구”, 동국대학교박사학위논문, 1985.
- 손창일, “미국회사법상의 법인격부인이론 연구”, 「경영법률」, 제22집 제1호, 한국경영법률학회, 2011.
- 송인방, “유한책임회사(LLC)에서의 법인격부인에 관한 고찰(미국판례에 나타난 적용요건을 중심으로)”, 「상사법연구」, 제26집 제4호, 한국상사법학회, 2008.
- 송호영, “독일법상 법인실체과악이론의 운용과 우리 법에의 시사점”, 「비교사법」, 제 14집 제3호, 한국비교사법학회, 2007.
- 신인봉, “법인격부인의 법리”, 「법학연구」, 제9집 제1호, 충남대학교사회과학연구소,

- 1998.
- 염미경, “채무면탈을 위한 회사의 설립과 법인격부인론의 적용요건”, 「법학논고」, 제38집, 법학연구원, 2012.
- 염정의, “법인격부인의 법리에 관한 비교법적 고찰”, 「논문집」, 제10집, 호남대학, 1989.
- 오시영, “법인격부인의 본질에 대한 검토(법인격투과론)”, 「중앙법학」, 제13집 제4호, 중앙법학회, 2011.
- 원용수, “우리나라 법인격투시론의 현황과 과제”, 「경제법연구」, 제9집 제1호, 한국경제법학회, 2010.
- _____, “법인격부인[남용]의 법리의 성립요건(대상판례: 대법원 2006.8.25선고 2004다26119판결)”, 「상사판례연구」, 제20집 제1호, 한국상사판례학회, 2007.
- 유주선, “법인격부인론(‘법인격의 부인’에서 ‘실체과약’으로)”, 「기업법연구」, 제21집 제2호, 한국기업법학회, 2007,
- 이성철, “판례를 중심으로 본 법인격부인론”, 「法曹」, 법조협회, 2009.
- 정기남, “회사법인격무시의 법리”, 「현대법학의 제문제」, 법문사, 1981.
- 정봉진, “법인격부인론의 합리적 재구성”, 「원광법학」, 제28집 제1호, 법학연구소, 2012.
- 정영철, “판례를 통하여 본 법인격부인론”, 「상사판례연구」, 한국상사판례학회, 2009.
- 정찬형, “법인격부인론”, 「고려법학」, 제37집, 고려대학교법학연구원, 2001.
- _____, “회사의 법인격부인론”, 「고시계」, 통권 533호, 국가고시학회, 2001.
- 정주환, “회사법인격부인의 법리”, 「단국대학교논문집」, 제19집, 1985.
- 최병조, “Rudolf von Jhering의 법인이론”, 서울대학교법학연구소, 1987.
- 최승조, “사법상 단체에 관한 일반론(단체법론의 역사적 발전과정을 중심으로)”, 「민사판례연구소」, 제19집, 1997.
- 한병영, “금융지주회사의 은행채무 책임에 관한 이론적 근거(법인격부인론 비판을 중심으로)”, 「상사법연구」, 제28집 제2호, 한국상사법학회, 2009.
- 황남석, “모자회사간의 법인격부인의 요건”, 「저스티스」, 제100호, 한국법학원, 2007.
- 황적인, “법인의 본질”, 한국민사법학회, 1993.
- _____, “법인의 본질”, 「誠軒황적인교수정년기념 민법·경제법 논집」, 법원사, 1995.

Frederick G, Kempin Jr., 「영미법개론」, 이상면 역, 법문사, 1995.

Northey & Leigh, 「영국회사법」, 이윤형 편역, 일조각, 1991.

Sarah, Worthington., 「형평법」, 임동진 역, 소화, 2009.

江頭憲治郎, 「法人格否認論の形成とその法構造」, 東京大學校出版會, 1982.

我妻榮, 「新訂 民法總則」, 岩坡書店, 1973.

田中誠二, 「會社法詳論(上)」, 東京, 勁草書房, 1986.

竹內昭夫, 「新版改正 會社法解説」, 有斐閣, 1983.

加美和照, 「アメリカ法」における法人格否認の法理, 「法學新報」, 77卷, 4-6號, 1970,

江頭憲治郎, 「會社の支配 從屬關係と從屬會社少數株主の保護(1)」, 「法學協會雜誌」, 96卷, 12號, 1979.

_____, 「法人格否認の形成とその法構造」, 「私法」, 第 36號.

大浜信泉, 「一人會社の濫用とその法人性の否認の理論」, 「法政の諸問題」, 藤井先生還曆記念, 1953.

大山俊彦, 「株式會社の法人格の否認と取人上の債權の歸屬」, 「週刊金融」, 第 165號.

大隅健一郎, 「法人格否認の法理」, 「法曹時報」, 2卷, 8號, 1950.

森本滋, 「いわゆる法人格否認の法理の再検討」, 「私法」, 第 36號.

上柳克郎, 「法人論研究序說」, 「京都大法學論叢」, 第 90卷, 第 1,2,3號.

西原寬一, 「會社制度の濫用」, 「商事法研究」, 3卷.

西島梅治, 「法人格否認の法理」, 「法學 세미나」, 165號, 1969.

星野英一, 「法人論(權利能力なき社團・財團を兼ねて)」, 「民法論集」, IV.

蓮井良憲, 「會社の獨立の限界」, 「私法」, 第 19號, 1958.

奥山恒郎, 「法人格否認の法理の實際」, 「實務民事訴訟法講座」, 第5卷, 日本評論社.

龍田節, 「會社法人格の否認と債務の二重讓渡」, 「法學論叢」, 第 69卷, 3號.

Drobing, Haftungsdurchbegriff bei Kapitalgesellschaften, Alfred Metzner, 1959.

John, U., Die organsierte Rechtsperson. System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht, 1977.

Luhmann, N., Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1964.

Müller-Freienfels, Zur Lehre vom sogenannten 'Durchgriff' bei Juristischen Personen in Privatrecht, ACP, 156, 1957.

- Ott, C., *Recht und Realität der Unternehmenskorporation—Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person*, 1977.
- Raiser, *Das Unternehmen als Organisation*, 1969.
- Rehbinder, Eckard., *Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht: Eine rechtsvergleichende Untersucung nach Deutschen und Amerikanisem Recht*, Gehlen, 1969.
- Rittner, Fritz., *Die werdende juristische Person*, 1973.
- Säcker, Franz Jürgen., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bdl. Allgemeiner Teil 2. Aufl. 1984.
- Savigny, *System des heutigen römischen Rechts Bd., 2*, 1840.
- Schanze, *Einmangesellschaft und Durchgriffshaftung*, Alfred Metzner, 1975.
- Schmidt, K., *Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl., 1997.
- Serick, Rolf., *Rechtsform und Realität Jurristischer Personen* Walter De Gruyer, Berlin, 1995.
- Teubner, G., *Unternehmenskorporatismus*, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1986.
- Wiedemann, H., *Gesellschaftsrecht*, C.H.Beck, 1980.
- Wilhelm, *Rechtsform und Haftung beider Juristischen Person*, 1981.
- Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I. 9. Aufl., 1906.
- Blumberg, Philip I., *The Law of Corporate Groups: Tort, Contract and Other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations*, Boston and Toronto: Little Brown and Company, 1987.
- Clark, Robert Charles., *Corporate Law*, Little Brown and Company, 1986.
- Gower, *The Principles of Modern Company Law*, Stevens and sons, London, 1969.
- _____, *Gower's Principles of Modern Company Law: Fourth edition*, Steven and sons, 1979.
- _____, *The Principle of Modern Company Law*, 3rd Ed., London: Stevens & Sons, 1981.
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, 1992.
- Berle, Adolf., *The Theory of Enterprise Entity*, *Columbia Law Review*, Vol.47,

No.342, 1947.

Cataldo, Limited Liability with One-man Companies and Subsidiary Corporations,
Law & Contemporary Problem, Vol.18, No.473, 1953.

Douglas & Shanks, Insulation from Liability the rough Subsidiary Corporations,
Yale Law Journal, Vol.39, No.193, 1929.

Note, The Alter Ego Doctrine under the Federal Common Law, *Harvard Law Review*, Vol.95, No853, 1982.

Posner, Richard A., The Right of Creditors of Affiliated Corporations, *U.Chi.L.Rev*,
Vol.43, No.499,503, 1976.

Presser, Stephen B., *Piercing the Corporate Veil*, Clark Boardman Callaghan, 1994.

Schmitthoff, Clive M., Employee Participation and the Theory of Enterprise, *JBL*,
1975.

Wormser, Piercing the Veil of Corporate Entity, *Columbia Law Review*, Vol.12,
No.496, 1912.