

# 법인격남용의 새로운 유형과 법인격부인이론의 재검토\*

김 병 연(건국대 법대)

## 1. 들어가는 말

우리나라 대법원에서 법인격부인(Disregard of Corporate Entity; Piercing the Corporate Veil)이론이 인정된 것은 1989.11.22. 선고, 87다카1671판결 이후부터라고 보는 것이 일반적이다.<sup>1)</sup> 그 이전에도 서울高法 1974년5월8일 선고, 72나2582판결과 同法院의 1976년5월27일 선고, 75나616·617판결이 있으나, 대법원에서는 이를 받아들이지 않았다(대판 1977년9월13일 선고, 74다954). 아마도 대법원이 그동안 이 이론의 채택을 미루어 온 것은 실정법에 근거하지 아니한 이론적인 내용의 실제적 적용에 있어서 신중을 기하고자 하였던 때문일 것이다.<sup>2)</sup>

법인격부인이론이 문제된 사안에서 쟁점이 되는 것은 과연 법인격부인이 인정되는 이론적 근거는 무엇이며, 또한 법인격부인이 되기 위해서는 어떠한 요건을 요구할 것인가 하는 점이다.

법인격부인이론은 일반적으로 19세기 후반부터 美國의 判例에서 성립되고 발달한 이론이라고 보는데, 이것은 회사의 법인격이 법이 의도한 원래 목적과는 달리 남용되는 경우에 회사의 특정한 법률관계에 한하여 그 법인격을 인정하지 아니하고 그 법인의 배후에 있는 실체를 기준으로 하여 책임을 부담시키려는 이론이다.

우리나라 현행 상법은 회사의 법인격이 남용되는 경우를 대비하여 회사설립에 있어서 일정한 요건을 요구하는 준칙주의의 입장을 세우고 설립무효·취소에 관한 규정을 운용하기도 하고, 법원의 판결에 의한 회사의 해산명령·해산판결의 방법을 사용하기도 한다. 그런데 이와 같은 방법은 회사의 법인격

\* 본 논문은 필자가 2007년 5월 29일 대법원 비교법실무연구회에서 발표한 원고를 수정보완한 것임.

1) 동 판결을 편의지적제도가 허용될 수 있는 법적 한계 및 외관상·실질상 채무자소유인 재산에 대한 가압류의 허부 또는 형식적 소유자가 제3자이의 소를 제기하기 위한 요건 등에 관한 법률적 판단에 문제의 본질이므로 이를 법인격부인의 법리를 채택하였다고 볼 수 없으며, 대법원이 법인격부인이론을 채택한 최초의 판결은 오히려 대판 2001. 1. 19, 97다21604판결로 보는 견해도 있다. 송호영, 법인격부인이론의 요건과 효과 - 대법원 2001. 1. 19, 97다21604판결 -, 저스티스 제35권 제2호(2002. 4), 258-259면 참조.  
2) 최준선, 법인격부인이론의 적용요건(상), 법률신문 1989년 06월 05일 제1849호 참조.

을 근본적으로 소멸시키는 효과를 가져온다. 이에 비하여 법인격부인이론은 법인격의 유지를 전제로 하면서 특정한 법률관계에 한하여 그 법인격을 인정하지 아니한다는 점에서 차이점이 있다.

獨逸에서는 英美의 법인격부인이론과 유사한 내용이 透視理論(Durchgriffslehre)으로, 프랑스에서는 外裝理論(theorie de la simulation)으로 인식되고 있다. 日本에서는 법인격이 전혀 形骸에 불과하거나 濫用되는 때에는 그 법인격은 부인되어야 한다는 最高裁判所 判例가<sup>3)</sup> 나온 것을 계기로 形骸論으로 논의되고 있다.

이와 같이 법인격부인이론은 현재 일반적으로 인정되고 있으나 그 이론적 근거와 적용요건에 관하여는 여전히 논란이 있다. 법인격부인이론의 발상지라고 할 수 있는 미국의 경우에도 법인격부인이 필요한 상황이 존재한다는 것에 대하여는 모든 법원과 이론가들이 인정하는 것이지만, 이것이 예외적으로 인정되는 것이어야 한다고 본다. 또한 어떠한 원칙과 요건 하에서 인정되어야 하는가 하는 점에 관해서는 일치된 결론이 없으며 지금까지도 이러한 혼란은 여전하다고 보기도 한다.<sup>4)</sup>

美國에서의 法人格否認理論의 根據로써 이야기되는 것은 문제된 회사가 배후자의 代理人(agency)에 불과하기 때문이라거나, 배후자의 道具(instrumentality)에 불과하다거나, 회사와 배후자가 실질적으로 同一體(alter ego)이기 때문 등으로 설명된다.<sup>5)</sup> 獨逸에서는 제도 또는 권리의 남용, 공공의 질서, 규범의 해석, 선량한 풍속의 위반, 책임배제의 묵시적 포기, 결정적 행위를 통한 책임초래, 선언책임 등으로 설명되고 있다고 한다.<sup>6)</sup> 우리나라에서는 법인제도의 內在的 限界 및 실정법의 해석에서<sup>7)</sup> 또는 權利濫用禁止와 信義誠實의 原則에서<sup>8)</sup> 그 이론적 근거를 찾는 것이 일반적인 견해이다. 前述한 1974년의 서울고등법원판결과 1989년의 대법원판결도 “신의성실의 원

3) 日最裁判 1969년2월27일, 民集23卷2號511面.

4) J. Jarrod Jordan, Piercing the Corporate Veil in West Virginia: The Extension of Laya to All Sophisticated Commercial Entities, 109 W. Va. L. Rev. 141, 151 (2006).

5) 이철송, 회사법강의, 박영사, 2007, 50면; 최준선, 법인격부인이론의 적용요건(상), 법률신문 1989년 06월 05일 제1849호 참조. 그런데 이러한 이론적 근거는 미국의 법인격부인이론의 초기 발전에 있어서 법인격부인의 요건의 하나인 완전한 지배(complete domination)에 대한 논의를 근거로 하여 이야기되는 것으로 보인다.

6) 최준선, 법인격부인이론의 적용요건(상), 법률신문 1989년 06월 05일 제1849호 참조; 차한성, 법인격부인론, 민사판례연구 제24권(2002), 573면.

7) 손주찬, 상법(상), 박영사, 2003, 436면.

8) 이철송, 전게서(2007), 50면; 정동윤, 회사법, 법문사, 2001, 33면.

칙” 또는 “권리의 남용”을 근거로 하여 법인격부인을 한 바 있다.<sup>9)</sup>

한편 법인격부인이론을 적용하기 위한 전제조건으로서 먼저 회사의 법인격을不正한 目的으로 이용하려는 主觀的 意思가 있어야 하는가가 문제될 수 있다. 그러나 이러한 內心의 意思는 立證이 곤란하고, 설사 주관적 의사의 입증이 없더라도 다른 요건이 충족되면 법인격부인의 법리를 적용하기에 충분하다고 보고 있다.<sup>10)</sup> 또한 법인격을 부인할 필요성은 去來相對方의 保護에서인데 이는 主觀的 濫用意思와는 무관하게 발생하는 것이므로 이를 묻지 않는 것이 옳다고 보기도 한다.<sup>11)</sup> 따라서 법인격부인이 인정되기 위해 필요한 것은 객관적인 요건이며, 이는 문제되는 사안에서 나타나는 사실확정 (fact finding)의 문제라고 할 수 있다. 그런데 우리 대법원은 “기존회사가 채무를 면탈할 목적으로 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립하였다면, 신설회사의 설립은 기존회사의 채무면탈이라는 위법한 목적달성을 위하여 회사제도를 남용한 것이므로, 기존회사의 채권자에 대하여 위 두 회사가 별개의 법인격을 갖고 있음을 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다 할 것이어서 기존회사의 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대하여서도 채무의 이행을 청구할 수 있다”고<sup>12)</sup> 하는 입장을 취함으로써 채무를 면탈할 목적 즉 주관적 의사를 고려하는 것으로 해석될 여지가 있으나, 대법원이 주관적 의사의 존재에 대한 입증을 요구하는 것으로 보이지는 않으며 이는 사실확정에 근거한 법원의 판단으로 되어지는 것으로 보아야 할 것이다. 본고에서는 미국에서의 법인격부인이론의 발전에 대한 연혁적 고찰을 바탕으로 하여 법인격부인의 개념과 적용범위에 관하여 살펴보고, 완전한 일치를 이루었다고 평가할 수는 없지만<sup>13)</sup> 지금까지 보편적으로 받아들여지고 있는 법인격부인의 적용요건에 대하여 살펴보고자 한다.

9) 대판 1989. 11. 22. 선고, 87다카1671에서는 “... 별개의 법인격을 가진 회사라는 주장을 내세우는 것은 신의 성실의 원칙에 위반하거나 법인격을 남용하는 것으로...”라고 하고 있다.

10) 정동윤, 법인격부인이론의 적용요건과 근거, 민사재판의 제문제 제6권, 306면; 서영화, 법인격부인에 관한 최근의 판례검토, 부산법조 제16집(1998. 12), 269면.

11) 최준신, 법인격부인이론의 적용요건(하), 법률신문 1989년 06월 12일 제1850호 참조.

12) 대판 2004. 11. 12. 2002다66892.

13) 이는 법인격부인이론의 개념이 혼란스럽다고 하는 초기의 미국에서의 비판과는 거리가 있는 이야기이며, 지금은 법인격부인이 예외적인 경우에 적용된다고 하는 점과 법인격부인이 인정되는 상황이 매우 다양하다는 점 때문에 발생하는 결과라고 할 것이다.

## II. 法人格否認理論의 概念과 適用範圍

### (1) 법인격부인의 개념

미국에서 일반적으로 확립된 법인격부인이론의 내용은 이러하다. 즉 법인격의 독립성은 존중되어야 하지만, 법인격 내지 회사의 형태가 현존하는 채무를 회피하거나 법을 일탈하거나, 사기나 범죄를 저지르거나 혹은 불평등을 조장하는 경우에는 법인격이 부인될 수 있다는 것이다.<sup>14)</sup>

회사의 채무에 대하여 주주가 책임을 부담하지 않는다는 유한책임의 현대적 의미는 절대적인 것이 아니며, 따라서 법인격이 부인되는 경우가 있다고 본다.<sup>15)</sup> 즉 원고와 피고와의 사이에 문제가 된 채무가 衡平性의<sup>16)</sup> 관점에서 볼 때 회사의 채무가 아니라 개인이나 법인주주의 채무라고 판단될 때 법원이 법인격부인을 인정한다는 것이다.<sup>17)</sup> 그러나 법인격부인은 발상지라고 할 미국에서도 그것이 경제에 매우 큰 영향을 미친다는 중요성 때문에 예외적인 경우에만 인정되고 있다.<sup>18)</sup>

미국의 법원에서 법인격의 부인에 대하여 고려하기 시작한 것은 母子會社關係에서 시작되었다.<sup>19)</sup> 이후 법원과 학자들은 법인격부인의 내용과 그 적용요건에 대하여 살펴보면서 이것이 기존의 법리와 조화되기 힘들며 완전히 이해하기 힘든 개념이라고 보기도 하였다.<sup>20)</sup> 이러한 논란이 한동안 지속된 이유는 'alter ego'나 'instrumentality'와 같은 표현들이 너무나 모호한 개념이었고, 실제 법원에서도 형평성(fairness)의 관점에서 문제가 있다고 하여서 법인격부인을 인정하였지만 그 적용요건에 관해서는 구체적으로 제시하지 못했기 때문이다.

---

14) Charles R.T. O'Kelly & Robert B. Thompson, Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials, Aspen Pub., 541-42 (2006); Harry G. Henn & John R. Alexander, Laws of Corporations, West Pub., 344-45 (1983); US v. Milwaukee Refrigerator Transit Co., 142 F. 247, 255 (C.C.E.D. Wis. 1905).

15) 18 AM.JUR.2D. Corporations § 47 (2004).

16) David C. Cummins, Disregarding the Corporate Entity: Contract Claims, 28 Ohio St. L. J. 441, 442 (1967). 이와 같이 미국에서도 법인격부인의 이론적 근거로서 형평성을 들고 있는 것을 본다면 우리나라에서 법인격부인의 이론적 근거로서 이야기되는 신의성실의 원칙 또는 권리남용과 크게 다르지 않다고 볼 수 있다.

17) Stephen B. Presser, Piercing the Corporate Veil § 1.1 (2005).

18) Robert Thompson, Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 Cornell L. Rev. 1036, 1049-51 (1991).

19) Berkey v. Third Ave. Ry., 244 N.Y. 84, 155 N.E. 58 (1926)

20) Phillip I. Blumberg, The Law of Corporate Groups: Procedural Problems in the Law of Parent and Subsidiary Corporations 8 (1983).

이러한 점은 우리나라의 경우에도 마찬가지이다. 1989년 便宜置籍과 관련된 사건에서<sup>21)</sup> 대법원이 신의성실의 원칙과 권리남용금지에 근거하여 법인격부인을 인정하였지만 구체적인 요건을 제시하지는 못했다고 지적받는 것을 보면 알 수 있다.<sup>22)</sup> 그러나 법인격부인이라고 하는 수단이 실제 문제를 해결하는데 별 도움이 되지 못하는 불확실한 개념이라는 지적에도<sup>23)</sup> 불구하고, 법인격부인이라고 하는 것이 혼란스러운 개념이기는 하지만 법원이 정확한 판단을 향하여 나가는데 있어서 도움이 되는 것이라고 그 의미를 부여하는 견해도<sup>24)</sup> 있는데, 지금은 대부분의 국가에서 법인격부인이 받아들여질 수 있는 예외적인 원칙으로 인정받고 있다는 사실을 보더라도 그 의미를 부여하지 않을 수 없다.

## (2) 법인격부인의 적용범위

법인격부인이 문제된 실제의 많은 사건들에 대하여 1991년 Robert Thompson 교수에 의해 의미있는 연혁적 조사가<sup>25)</sup> 이루어지기 전까지, 많은 학자들은 법인격부인이 인정될 가능성이 있는 상황을 3가지 측면에서 논의하였다. 첫째는 契約責任(contract claims)에서의 원고보다 不法行爲責任(tort claims)에서의 원고가 주장하는 법인격부인의 주장이 법원에서 받아들여질 가능성이 더 높다는 것이다.<sup>26)</sup> 왜냐하면 계약책임의 경우 당사자 간에 협상의 기회가 남아 있기 때문이라는 것이다. 둘째는 법인격의 배후에 있는 자의 정체성(identity)에 관한 문제인데, 배후자가 개인(real person)인 경우보다 다른 회사(corporations)인 경우에 법인격부인이 더 인정되어야 한다는 것이다. 셋째는 대부분의 公開會社(publicly held corporations)는 閉鎖會社(closely held corporations)의 경우보다 주주가 일정 지분에 의하여 당해

21) 대판 1989. 11. 22. 선고, 87다카1671.

22) 정동윤, 법인격부인이론에 관한 대법원판례의 추이, 변호사 제20집(1990. 1), 209면; 서영화, 법인격부인에 관한 최근의 판례검토, 부산법조 제16집(1998. 12), 261-262면; 장재형, 판례에 나타난 법인격부인, 판례연구 제15집-상(2001. 8), 156면.

23) See Robert W. Hamilton, The Corporate Entity, 49 Tex. L. Rev. 979, 979 (1971); Robert Thompson, Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 Cornell L. Rev. 1036, 1037-38 (1991).

24) Elvin R. Latty, The Corporate Entity as a Solvent of Legal Problems, 34 Mich. L. Rev. 597, 621-30 (1936); Adolf A. Berle, The Theory of Enterprise Entity, 47 Colum. L. Rev. 343, 345 (1947).

25) Robert Thompson, Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 Cornell L. Rev. 1036 (1991).

26) William O. Douglas & Carrol M. Shanks, Insulation from Liability Through Subsidiary Corporations, 39 Yale L.J. 193, 210-11 (1929).

회사를 효과적으로 지배하는 것이 용이하지 않으므로 법원이 공개회사의 주주에 대하여 회사채무에 대한 책임을 부담하라고 하지는 않을 것이라는 것이다.

그런데 Thompson 교수의 연구는 이러한 기존의 예상과는 다른 결과를 가져왔다는 점에서 많은 놀라움을 주었다. 물론 예상했던 대로 공개회사의 경우에 법원이 회사의 채무를 개인주주에게 부담시키기 위해서 법인격부인을 한 경우는 없었으며, 폐쇄회사나 모자회사관계가 있는 경우에 법인격이 부인되었다.<sup>27)</sup> 그러나 법원이 불법행위책임의 경우보다 계약책임의 경우에 더 많이 법인격을 부인하였고, 법인주주의 경우보다 개인주주에게 회사의 책임을 부담시키기 위해서 법인격을 부인한 경우가 많았다는 사실을 밝혀냈다.<sup>28)</sup> 이것은 기존에 널리 받아들여지던 예상과는 반대의 결과를 보여주는 것이어서 법인격부인의 적용요건과 적용범위에 대한 논의를 함에 있어서 매우 중요한 의미가 있다.

#### (가) 공개회사와 폐쇄회사 및 주주의 수에 의한 차이

이론적으로는 법인격부인이 공개회사나 폐쇄회사를 구분하지 아니하고 모든 회사에서 일어날 수 있는 것이지만,<sup>29)</sup> 법원은 공개회사의 주주나 주식소유가 넓게 분산된 私會社(private corporation)의<sup>30)</sup> 주주에 대하여 회사의 채무에 대한 책임을 부담하라고 한 경우는 없었다.<sup>31)</sup> 즉 주주의 수가 증가되면 될수록 법인격부인이 인정되는 경우는 감소한다는 것이다.

Thompson 교수의 연구결과에 의하면, 폐쇄회사에서 주주가 1인인 경우에는 거의 50%정도의 사건에서 법인격부인이 인정되었고, 2-3인의 주주인 경우에는 그 비율이 46%로 떨어졌고, 3명이상인 경우에는 35%정도 법인격부인이 인정되었다.<sup>32)</sup>

#### (나) 불법행위관계와 계약관계

---

27) Thompson, op. cit., at 1047.

28) Thompson 교수의 연구결과에서 원고에 의해 법인격부인이 주장된 경우에 약 40%정도의 사건에서 법인격부인이 인정되었다.

29) David H. Barber, Piercing the Corporate Veil, 17 Willamette L. Rev. 371, 376 (1981).

30) 즉 주식소유가 분산되지 않은 폐쇄회사(closely held corporation)와는 다른 경우이다.

31) Thompson, op. cit., at 1055.

32) Thompson, op. cit., at 1054-55.

법인격부인의 기본요소는 회사의 채권자에 대한 衡平性(fairness)에 관한 부분이기 때문에 법원은 불법행위관계와 계약책임관계 간에 법인격부인에 있어서 차이를 보인다고 보고 있다.<sup>33)</sup> Thompson 교수의 연구결과에 의하면, 계약관계에서 법인격부인이 인정된 비율은 41.98%인데 반해, 불법행위관계에서는 30.97%였다.<sup>34)</sup>

실제로 많은 법원들은 계약관계의 채권자들은 자발적인 채권자이기 때문에 이들에 대하여 불법행위책임을 묻는 채권자들보다 무거운 입증책임을 부담시키고 있다.<sup>35)</sup> 이와 관련하여 법원들은 계약관계의 채권자들은 계약하기 전에 회사의 자산에 대하여 조사할 기회를 가진다고 보고 있으며, 불법행위관련채권자들은 일반적으로 회사를 조사할 그러한 기회를 갖지 못하기 때문에 계약관계채권자들보다 불법행위의 경우에 법인격부인이 더 인정되어야 한다고 보는 견해도 있다.<sup>36)</sup> 물론 법원의 판결에 대한 이러한 실증적 통계의 결과는 계약관계의 채권자는 자발적 채권자이고 채무자에 대한 조사기회를 가진다는 점에서 법인격부인의 가능성이 낮아야 한다는 기존의 이론과는 반대의 결과이다.

#### (다) 주주의 역할에 따른 차이

Thompson 교수의 연구에서 다른 흥미로운 결과는 개인주주의 역할이 어떠한가에 따라서 법원이 법인격부인을 인정하여 책임을 부과한 점에 차이가 발견되었다는 것이다. 즉 주주의 지위만 가진 피고는 이사나 임원(directors or officers)이면서 주주의 지위를 가진 자보다 법인격부인에 의한 책임을 추궁하는 소송에서 성공적인 공격대상이 되지 못하며,<sup>37)</sup> 실제로 법원이 이사나 임원과 같이 적극적인 역할을 한 자가 아닌 소극적인 역할의 주주(passive shareholder)에게 법인격부인에 의한 책임을 인정한 경우는 없었다는<sup>38)</sup> 것은 매우 흥미로운 결과이다.

33) J-R Grain Co. v. FAC, Inc., 627 F.2d 129, 135 (8th Cir. 1980).

34) Thompson, op. cit., at 1068.

35) David H. Barber, Piercing the Corporate Veil, 17 Willamette L. Rev. 371, 384 (1981).

36) Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, Limited Liability & the Corporation, 52 U. Chi. L. Rev. 89, 112 (1985); David H. Barber, Piercing the Corporate Veil, 17 Willamette L. Rev. 371, 381 (1981).

37) 단순히 주주의 지위만 가진 경우에는 41.51%(203 of 489)정도가 법인격부인이 되었고, 이사나 임원이면서 주주인 경우에는 46.36%(140 of 302)정도의 경우에 법인격부인이 되었다.

38) Thompson, op. cit., at 1056.

(라) 피고가 개인인지 법인인지에 따른 차이

Thompson 교수의 연구에서는 법인격부인으로 책임을 추궁하는 대상의 정체성(identity)에 따라서 차이도 발생하였다.<sup>39)</sup> 즉 피고가 개인(individual)인지 아니면 법인(corporation)인가에 따라서 법인격부인이 인정된 비율에 차이가 있다는 점이다. 법원은 법인격부인을 통하여 책임을 묻는 대상 즉 피고(defendant)가 법인인 경우보다 개인인 경우에 보다 더 법인격부인을 인정하였다.<sup>40)</sup> 이러한 결과는 전술한 바와 같이 법학자들의 기존의 일반적인 예상과는<sup>41)</sup> 반대의 결과였다.

한편 반대로 원고(plaintiff)가 개인인지 법인인지에 따라서는 차이가 거의 없었다.<sup>42)</sup>

(마) 법인의 설립목적

물론 법인격부인이 받아들여지기 위해서는 당해 법인의 설립목적이 무엇인가에 대한 판단도 고려되어진다. 법률상 혹은 계약상의 채무를 면탈하기 위하여 회사형태를 이용하거나,<sup>43)</sup> 기존의 계약상의 채무를 회피하기 위한 것이거나, 탈법행위를 하기 위한 경우에도 법인격이 부인되어진다. 물론 이러한 목적의 존재는 당해 사안의 사실개요에 대한 판단으로 이루어질 수도 있고, 명백히 위법인 경우도 존재할 수 있다.<sup>44)</sup>

### III. 법인격부인의 적용요건

(1) 序說

법인격부인의 적용요건은 그 이론적 근거에 관한 논의와 적지 않은 부분을

---

39) Thompson, op. cit., at 1056-57.

40) 개인의 경우에는 43.13%(339 of 786)정도 법인격부인이 인정된 반면, 법인인 경우에는 37.21%(237 of 637) 정도에서 법인격부인이 인정되었다.

41) Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, Limited Liability & the Corporation, 52 U. Chi. L. Rev. 89, 110-11 (1985); Cathy S. Krendl & James R. Krendl, Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry, 55 Den. L.J. 1, 42 (1978).

42) 개인원고의 경우에는 37.7%(262 of 695)정도 법인격부인이 되었고 법인원고의 경우에는 36.81%(240 of 652) 정도로 큰 차이가 없었다.

43) 이는 우리나라 대법원의 견해에서 요구하는 점이기도 하다. 대판 2004. 11. 12. 2002다66892 참조.

44) 후자의 경우로서, 계약상 의무회피에 해당되는 것이 예컨대 경업피지의무를 회피하기 위하여(이는 법률상 의무의 경우일 수도 있을 것이다) 다른 회사를 설립한 경우를 들 수 있다. Beal v. Chase, 31 Mich. 490 (1975). 전자의 경우는 법인격부인의 적용요건에 관한 검토로써 해결하여야 할 것이다.

공유하고 있다.<sup>45)</sup> 전술한 바와 같이 미국에서 법인격부인이론의 이론적 근거로써 이야기되는 것들이 대부분 법인격부인의 적용요건 중 일부와 거의 동일한 내용으로 채워지기 때문이다. 즉 代理人理論(agency theory), 道具理論(instrumentality theory), 同一體論(alter ego theory)들은 법인격부인의 이론적 근거로써 이야기되는데, 이러한 내용들은 법인격부인의 적용요건으로서 법인이 책임을 실질적으로 추궁당하는 대상의 대리인인 경우나, 법인을 도구로써 사용한 경우 그리고 실질적으로 동일체나 다름없었다는 것을 실제 판결에서 요구함으로써 법인격부인을 인정하는 요건이 되고 있다.

한편 법인격부인이론이 일반적인 법률제도와는 달리 연혁적이고 선형적인 원리에 입각하여 만들어진 것이 아니라, 개개의 구체적인 사안에서 형평에 맞는 결론을 도출하는 과정에서 인정된 것이기 때문에 모든 상황에 적용될 수 있는 공통적인 요건을 갖추기는 힘들다고 보기도 한다.<sup>46)</sup> 그리고 공통의 적용요건이 제시된다고 하더라도 요건들 상호간에 보충성이 있기 때문에 설사 일부 요건이 결여되거나 다소 미흡하더라도 다른 요건에 기한 법인격부인의 필요성이 매우 강한 경우에는 당해 사안에서 법인격이 부인되기도 한다는 점을 들어서 그 요건을 명확히 한다는 것은 매우 어려운 일이라고 지적하기도 한다.<sup>47)</sup>

법인격부인의 적용요건을 논함에 있어서 전술한 바와 같이 지금도 법인격부인을 인정함에 있어서 미국법원들이 기본적으로 받아들이고 있는 1931년 Powell 교수의 논의를 바탕으로 하여, 실제 사건을 대상으로 하여 의미있는 연혁적 조사를 한 1991년의 Thompson 교수의 연구, 그리고 Clark 교수의 논의를 중심으로 하여 미국에서의 논의를 살펴보고, 이와 더불어 법인격부인이론에 대한 우리나라의 학설을 개관하면서 대상판결에 대하여도 보고자 한다.

## (2) 초기의 논의

법인격부인을 미국의 법원에서 받아들이기 시작한 이후 많은 법학자들이 법인격부인의 요건에 대하여 고민하였고, 1931년에 법인격부인의 요건에 대하여 처음으로 정리가 되기 시작했다. 이러한 결과는 법인격부인이 인정되기

45) 서영화, 전계논문, 254면.

46) 채영수, 법인격부인의 법리, 대법원판례해설(1989년 상반기), 109면.

47) 서영화, 전계논문, 254면.

위해서 지금도 많은 법원에서 유효하게 인용되는 요건인데, (1) 모회사가 자회사를 완전히 통제·지배하였다는 것(the parent completely control and dominate the subsidiary), (2) 모회사의 자회사이용행위가 원고에 대하여 불공정, 사기적 또는 악의적이고(the parent's conduct in using the subsidiary was unjust, fraudulent, or wrongful toward the plaintiff), 그리고 (3) 그 결과 원고가 실제로 손해를 보았어야 한다는(plaintiff actually suffered some harm as a result) 것이다.<sup>48)</sup> 첫째 요건에 적합하는지를 판단하기 위한 기준으로서 대리인(agency), 실질적인 동일체(alter ego), 그리고 도구(instrumentality) 여부 등이 제시되었다.<sup>49)</sup> 이후의 많은 판례들과 이론적 연구들은 모두 위의 요건을 바탕으로 하여 발전되고 변화되었다고 볼 수 있는데, 법원이 법인격부인을 인정할 것인가 하는 것이 문제된 사건에서 위의 요건과 같은 접근방식은 매우 중요하면서도 어려운 과정이었는데,<sup>50)</sup> 이러한 요건의 내용 자체가 매우 은유적이고 추상적이었기 때문일 것이다.<sup>51)</sup>

### (3) 최근의 논의<sup>52)</sup>

위에서 살펴본 법인격부인의 적용요건에 관한 초기의 논의는 모자회사관계에서 비롯된 것이다. 이후 모자회사관계에서 뿐만 아니라 개인과 법인과 관계를 비롯하여 모자관계가 아닌 회사들간과 주주와의 관계 등 여러 가지 상황에서 법인격부인이 인정될 수 있는 것으로 발전되었는데, 그 적용요건도 모자관계에서 이야기되었던 적용요건과 기본적으로 동일하다. 다만 법인격부인의 적용요건이 충족되는 여러 가지의 다양한 상황에 대한 고려가 더 풍성해졌을 따름이다. 법인격부인이론의 이론적 근거로서는 alter ego나 instrumentality와 같은 것들이 이야기되는데, 실질적으로 과연 이러한 것이

---

48) Frederick J. Powell, Parent and Subsidiary Corporations: Liability of a Parent Corporation for the Obligations of Its Subsidiary 4-6 (1931). 최초의 법인격부인에 관한 논의는 모자회사 관계에서 시작되었기 때문에 이러한 요건이 제시되었을 것이다.

49) O'Kelly & Thompson, op. cit., p.542.

50) Secon Service Systems, Inc. v. St. Joseph Bank & Trust Co., 855 F.2d 406, 414 (7th Cir. 1988).

51) Berkey v. Third Ave. Ry., 244 N.Y. 84, 94, 155 N.E. 58, 61 (1926); Phillip I. Blumberg, The Law of Corporate Groups: Procedural Problems in the Law of Parent and Subsidiary Corporations 8 (1983).

52) 여기에서 최근의 논의는 법인격부인이론의 근거와 적용요건 및 적용범위에 관하여 1980년대 혹은 1990년대 이전까지의 많은 cases들에 대한 연구를 통하여 많은 학자들에 의하여 체계적으로 정리되어 어느 정도 보편적으로 받아들여지기 시작하던 1980년대 후반 이후부터를 말한다.

무슨 의미 즉 어떠한 상황을 가리키는 것인가 하는 것으로 확대되어 고찰하게 되면 자연스럽게 적용요건의 문제로 옮겨가게 될 것이다. 즉 법원은 어떠한 법인이 주주(shareholders) 혹은 지배당사자(controlling parties)의 수단(instrumentality)이나 동일체(alter ego)로 이용되었을 때 법인격부인을 인정하게 된다.<sup>53)</sup>

법인격부인이 받아들여지기 위해서는 일반적으로 3가지의 요건을 만족시켜야 한다고 본다. 첫째는 단순한 과반수(mere majority)나 완전한 주식지배(complete stock control)와 같은 '지배(control)'가 아니라 재정(finance)에서뿐만 아니라 거래관계에 있어서도 법인의 정책과 경영에 대한 '완전한 지배(complete domination)'가 이루어져서 법인이 다른 결정을 내릴 수 없는 자신과 동일체(alter ego)의 상태가 있어야 한다. 둘째는 그러한 지배(control)가 피고에 의해 사기나 불법을 저지르거나 법적 의무의 회피, 그리고 원고의 법적 권리를 해치는 부정직 또는 형평에 어긋나게 사용되어야 한다. 마지막은 전술한 지배와 의무위반이 피해자의 손해를 야기하여야 한다는 인과관계의 문제이다.<sup>54)</sup> 이러한 요건 중에서 Clark 교수는 두 번째의 요건을 법인격부인 인정의 주된 요소로 보고 있다. 즉 지배주주나 다른 지배당사자가 회사가 사기나 잘못(fraud or wrong)을 저지르는데 영향을 끼쳤다면 회사의 채무에 대하여 책임질 수 있다는 것이다.<sup>55)</sup>

법인격부인의 적용요건에 관한 1931년 Powell 교수의 논의에서 이야기된 3가지 요건은 법원들에 의해서 동일하게 혹은 유사하게 받아들여졌는데<sup>56)</sup> 어떤 법원들은 조금 더 세밀한 요건으로 구분하기도 하였다. 즉 (1) 企業存在形態의 不在(absence of formalities of corporate existence), (2) 부적절한 資本(inadequate capitalization), (3) 회사자금의 개인적 流用(personal use of corporate funds), 그리고 (4) 회사를 이용한 詐欺의 恣行(perpetration of fraud by means of the corporate vehicles)이 그것이다.<sup>57)</sup>

---

53) Robert C. Clark, *Corporate Law*, at 37 (1986).

54) *Zaist v. Olson*, 227 A.2d 552, 558 (Conn. 1967).

55) Clark, *op. cit.*, at 37.

56) *Fisser v. International Bank*, 282 F.2d 231, 238 (2d Cir. 1960); *Zaist v. Olson*, 227 A.2d 552, 558 (Conn. 1967); *State Dept. of Environmental Protection v. Ventron*, 468 A.2d 150, 164 (N.J. 1983); *Arrow, Edelstein & Gross v. Rosco Productions Inc.*, 581 F.Supp. 520, 525 (S.D.N.Y. 1984) 참고.

57) *Walter E. Heller and Co. v. Video Innovations, Inc.*, 730 F.2d 50, 53 (2d Cir. 1983),

첫 번째 요건이 충족되기 위해서는 대상 법인이 주주인 자연인 또는 법인(모회사 포함)의 대리인에 불과하거나, 재산이 혼용(capital commingling) 또는 경제적으로 독립된 지위를 가지지 못한다거나, 이사나 임원이 공통되거나, 사업내용이 공통되는 경우 등을 고려하여 판단하게 된다.

여기서 두 번째의 요건인 부적절한 자본(inadequate capital)과 재산의 혼용(commingling of funds or assets)은 별도로 고려되는 것이다. 후자는 일반적으로 동일성 혹은 지배성을 판단하는 요소로서 기능하는 것인데 반해 전자는 배후자가 유한책임제도를 악용하는 것을 판단함에 있어서 고려되어지는 요소라고 보아야 한다. 부적절한 자본은 법인격부인의 독립적인 요건으로 기능하지는 않는다고 보는 것이 일반적이다. 일반적으로 회사경영상 발생하는 위험과 관련하여 장래의 책임발생에 대처하기에 합리적으로 적절한 정도의 자본의 출연을 요구하는 것이 법원칙이다.<sup>58)</sup> 그러나 실제 법원의 판결에서는 과소자본(undercapitalization)의 문제는 다른 요건에 부가되어 고려되는 것이지 과소자본이었다는 사실만으로 법원에서 법인격부인이 받아들여 지지는 않는다는 것이다.<sup>59)</sup>

#### (4) 우리나라에서의 논의

우리나라에서는 법인격부인이론에 대하여 긍정적으로 보는 것이 일반적이다.<sup>60)</sup> 그러나 동 이론의 법적 지위 내지 활용정도에 관해서는 의견이 나뉜다. 즉 법인격부인이론이 실정법에 규정되어 있지 않기 때문에 성문법국가인 우리나라에서는 기존의 법규정을 적용하는 것이 적절하지 않은 경우에 극히 예외적으로 혹은 보충적으로 적용되어야 한다고 보는 견해도 있고,<sup>61)</sup> 법인격부인이론을 적용함에 있어서 다른 법리에 의한 해결이 불가능한 경우에만

58) Henry W. Ballantine, Ballantine on Corporations 303 (rev. ed. 1946).

59) Thompson, op. cit., at 1067. 물론 과소자본(undercapitalization)이 존재하면 법인격부인이 되어야 한다고 주장하는 견해도 있다. Adolf A. Berle, The Theory of Enterprise Entity, 47 Colum. L. Rev. 343, 349 n.15 (1947); Rutheford B. Campbell, Limited Liability For Corporate Shareholders: Myth Or Matter-Of-Fact, 63 Ky. L.J. 23, 53 (1975).

60) 법인격부인이론의 도입을 반대하는 목소리도 있다. 즉 기존의 실정법규과 당해 계약 등의 법률관계를 철저히 해석 또는 적용함으로써 충분히 해결할 수 있다는 것이다. 정기남, 회사법인격무시의 법리(現代法學的의 諸問題: 徐燾珪博士華甲紀念), 1981, 321면. 그러나 이러한 견해에서도 실정법상 근거로 들고 있는 것이 민법 제2조의 신의성실의 원칙인데, 따라서 이것은 결국 법인격부인이론을 인정하는 입장과 다를 아니라고 판단되며, 법인격부인이라는 목적을 달성하기 위해서 실정법상의 어떤 규정을 근거로 할 것인가를 고민하여 그 근거를 민법의 규정에서 찾는 입장과 크게 다르지 않다고 본다.

61) 이철송, 회사법강의, 박영사, 2006, 51면; 정동윤, 회사법, 법문사, 2001, 28면; 송호영, 법인격부인론의 요건과 효과 - 대법원 2001. 1. 19, 97다21604판결 -, 저스티스 제35권 제2호(2002. 4), 251면.

적용하는 보충성을 요건으로 할 필요는 없으며 그와 함께 병존하는 것으로 보는 것이 채권자보호와 구체적 정의 및 형평에 맞는 결과를 가져온다고 함으로써 적극적으로 보는 견해도 있다.<sup>62)</sup>

법인격부인이론의 이론적 근거에 대해서는, 회사의 법인성을 규정한 상법 제171조 1항을 근거로 하여 법인격의 본질과 목적에 찾는 견해도<sup>63)</sup> 있지만, 민법 제2조의 신의성실의 원칙 또는 권리남용의 금지에서 찾는 견해가 다수이며<sup>64)</sup> 전술한 바와 같이 대법원판례의 입장도<sup>65)</sup> 그러한 것으로 보인다.

#### IV. 대상 사건에 대한 고찰

##### (1) 동 사건의 특징

대상 사건은 채무불이행과 관련하여 매우 복잡한 사실관계를 가지고 있음으로써 현행 실정법 규정 및 법이론으로 해결하기가 쉽지 않은 점이 있다. 대상사건의 구조는 모자회사 관계가 없는 두 회사의 사실상의 지배자가 동일하기 때문에 舊會社의 채무에 대하여 新會社가 책임을 부담하라는 주장을 하고 있다.

동 사건에서 甲은 K제약의 대주주이자 대표이사였다.<sup>66)</sup> 그런데 K제약의 생산시설 및 부동산에 대한 경매절차가 개시된 이후 甲의 아들 甲1과 甲의 부하직원이었다던 乙은 K제약을 낙찰받기 위한 목적으로 피고 D제약을 설립하여 K제약의 생산시설 및 부동산을 낙찰받았다. 원고의 주장은 甲이 피고의 설립자금 및 낙찰금을 제공한 사실상의 지배자이며, K제약의 채무를 면탈할 목적으로 K제약과 사실상 동일한 회사인 피고를 설립한 것이라는 주장을 하고 있으며, 더 나아가 피고가 K제약의 자산을 낙찰받았으므로 K제약의 채무에 대하여 책임을 져야 한다는 것이다. 원고의 대리인은 이러한 주장을 하기 위하여 영업양도와 법인격부인론의 2가지 점에서 접근하였는데, 전자는 실패하였고 후자는 2심에서 성공적이었다. 여기에서는 후자에 대하여만 보기로 한다.

62) 김교창, 법인격부인의 법리, 변호사 제9집(1978. 4), 155면; 정찬형, 법인격부인론(현대민상법의 연구: 威廷李在澈博士華甲紀念), 1984, 402면.

63) 손주찬, 상법(상), 박영사, 2003, 436면; 정찬형, 전개논문, 404면.

64) 이철송, 전개서, 50면; 정동윤, 전개서, 33면; 최기원, 신회사법론, 박영사, 2005, 57면.

65) 대판 1989. 11. 22. 선고, 87다카1671에서는 "... 별개의 법인격을 가진 회사라는 주장을 내세우는 것은 신의성실의 원칙에 위반하거나 법인격을 남용하는 것으로 ..."라고 하고 있다.

66) 이 사건 2심법원에서는 대표이사인 甲이 K제약의 사실상 社主였다고 보고 있다.

## (2) 동 사건의 쟁점

법인격부인에 관한 대법원의 입장은 “기존회사가 채무를 면탈할 목적으로 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립하였다면, 신설회사의 설립은 기존회사의 채무면탈이라는 위법한 목적달성을 위하여 회사제도를 남용한 것이므로, 기존회사의 채권자에 대하여 위 두 회사가 별개의 법인격을 갖고 있음을 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다 할 것이어서 기존회사의 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대하여서도 채무의 이행을 청구할 수 있다”고<sup>67)</sup> 하는 것이다.

이 사건에서 기본적인 쟁점사항이 되어야 한다고 생각되는 것은 첫째 K제약이 채무를 면탈할 목적으로 피고를 설립한 것인가 하는 점인데, 이와 관련하여 경매로 낙찰받은 경우도 채무면탈의 목적과 동일시할 수 있을 것인가 하는 점을 고려해 보아야 한다. 이것은 경매의 법률적 효과에 대한 검토와 아울러 진지한 고민이 있어야 할 것이라고 본다. 둘째 K제약과 피고가 실질적으로 동일한 회사인가 하는 점이다. 동일성에 대한 종국적인 판단은 법원의 판단에 달려있는 것이지만 여러 가지의 사실을 충분히 고려하여야 할 것이다. 그리고 추가적으로 한번 고려해 보아야 할 점은 법인격부인에 의해서 책임을 묻고자 하는 상대방이 누구인가에 대한 것이다. 즉 이 사건에서는 전형적인 법인격부인론의 상황과는 달리, K제약의 대주주인 甲에게 책임을 묻기 위하여 K제약의 법인격부인을 시도하는 것이 아니라, 甲이 사실상 지배하는<sup>68)</sup> 피고에 대하여 甲이 주주이자 대표이사인 K제약의 채무에 대하여, 피고가 K제약의 주주가 아님에도 불구하고, 사실상 동일하다는 이유로 책임을 부담하라고 주장하고 있다.

## (3) 첫 번째 쟁점과 관련하여

첫 번째 쟁점과 관련하여 고려되어야 하는 것은 이 사건에서 피고의 주장은 피고의 설립목적이 K제약의 재산을 낙찰받기 위한 것이라고 하였는데, 그러면 낙찰받기 위한 목적으로 새로운 회사를 설립한 것이 채무를 면탈하기 위한 목적과 동일시될 수 있는 것인가 하는 점과 경매를 통하여 낙찰받은 경우도 이에 해당될 수 있는가 하는 점이다.

67) 대판 2004. 11. 12. 2002다66892.

68) 이 사건에서 이에 관한 명백한 직접 증거가 제출된 것으로 보이지 않으며 원고가 주장하는 것이다.

일반적으로 경매는 자의적인 결과를 가져오기 힘들다. 그런데 1심법원은 경매법원에서 최고가매수인으로 낙찰받아 K제약의 부동산 및 공장시설을 그대로 취득한 것은 두 회사가 동일한 배후자에 의하여 운영되는 실질적으로 동일한 회사로 볼 상황중의 하나라고 판단하였는데,<sup>69)</sup> 이러한 판단이 채무면탈의 목적 존재를 판단하는데 영향을 미치는 것인가 하는 점도 생각해 보아야 한다고 본다. 즉 이것은 경매의 법적 의미와 효과에 대한 심각한 손상을 가져올 수 있다는 점에서 주의할 필요가 있다고 본다. 채무면탈의 목적을 이루기 위해서 국가기관에 의해서 이루어지는 경매절차를 이용하였다는 결과가 발생하는데, 반대로 이야기하자면 국가기관에 의한 경매절차가 채무면탈의 목적을 소극적으로 방조하였다는 비판이 나올 수도 있는데 이는 어떤 면으로 보더라도 적절치 못한 결론이다.

동일성이 강하게 인정될 정도라고 하더라도, 이 사건에서의 사안처럼 경매절차가 개시된 이후에 낙찰을 받을 목적으로 주주·임원구성 등에서 유사한 신회사를 설립하였다는 것을 이유로 하여 구회사의 책임을 묻기 위해서는 신의성실의 원칙 외에는 명확한 실정법상의 근거를 찾기는 어려울 것이라고 보는데, 왜냐하면 위에서 본 바와 같이 경매라는 절차의 의미 때문이다.

한편 미국의 경우 일반적인 것은 아니지만 경매로 인하여 자산이 이전된 경우에도 구회사의 채무에 대하여 신회사가 책임을 질 수도 있다고 보고 있다.<sup>70)</sup> 이것은 직접적으로 법인격부인의 요건을 다루지는 않았고 소위“승계인의 책임(successor liability)”과<sup>71)</sup> 관련된 사건이었지만, 법원은 법인격부인의 경우에도 유사한 결론이 나올 것이라고 보고 있다.<sup>72)</sup> 동 사건에서 원

69) 최고가매수인으로 낙찰된 것 즉 최고가이기 때문에 낙찰의 가능성이 높아졌고, 그래서 법원이 채무면탈의 목적이 있는 것으로 보았는지도 의문이다.

70) Dixstar v. Gentec, 2004WL3362501(W.D.Ky. 2004), at 1(“the Court has ultimately concluded that a court-ordered foreclosure did not bar successor liability as a matter of law”); 19 Am.Jur.2d § 2721(“There are circumstances in which a new reorganized corporation may be held liable for the debts of its predecessor, even though it had obtained the property of the latter through a foreclosure or judicial sale”).

71) 승계인의 책임(successor liability)이라 함은 매수인이 다른 계약상 의무가 없다면 매도인의 채무에 대하여 책임을 지지 않는다는 것인데(Am. Ry. Express Co. v. Commonwealth, 190 Ky. 636, 228 S.W. 433, 441 (Ky.1920)(“a purchaser, in the absence of a contract obligation, cannot be held for the debts and liabilities of the selling corporation”)), 다만 매수인이 명시적·묵시적으로 책임부담의 의사를 표시하였거나, 매수인이 매도인의 단순한 영속체였거나(즉 동일성을 의미하는 것으로 보인다), 당해 거래가 매도인의 채무를 회피할 목적으로 사기적인 것인 경우 등에는 예외적으로 승계인이 책임을 진다(Conn v. Fales Div. of Mathewson Corp., 835 F.2d 145, 146 (6th Cir.1987)).

72) 2004WL3362501, at 1(“One can be distracted into thinking the issue is similar to fraudulent conveyance or piercing the corporate veil. While the consequence of its application may produce some similar results, it is conceptually distinct”). 물론 동 사건은 본 대상판결에서의 피고 D제약의 경우

고는 피고의 거래가 승계인의 책임원칙 중 예외에 해당하기 때문에 피고의 책임을 주장하였는데, 바로 두 회사 간의 동일성에 관한 부분이다. 즉 신회사가 채무자인 구회사의 단순한 영속체 즉 동일체라고 한다면 신회사는 구회사의 채무에 대하여 책임이 있다고 주장한 것인데,<sup>73)</sup> 이것은 바로 법인격 부인론에서 이야기되는 요건과 거의 유사한 것이다.<sup>74)</sup> 그래서 법원도 법인격부인의 경우에도 유사한 결론이 나올 것이라고 보았던 것 같다. 그러나 동사건의 법원은 신·구회사 간에 직접거래가 없었다는 것은 중요한 것이 아니라고 보았는데, 왜냐하면 영리한 사업가는 승계로 인한 책임을 회피하려 하며 단순히 거래형태를 변경함으로써 채권자를 속이려고 할 수 있기 때문이라는 것이다.<sup>75)</sup>

#### (4) 두 번째 쟁점과 관련하여

법인격부인이 받아들여지기 위한 전제요건은 동일성 여부인데, 첫째 甲이 K제약에 대하여 자신이 경영 혹은 운영하던 회사라고 말한 것과 피고의 회사소개내용 중 甲이 대표이사로 되어 있는 사실이<sup>76)</sup> 두 회사의 동일성을 판단하거나 혹은 두 회사에 있어서 甲의 지배 여부를 판단함에 있어서 의미가 있는가 하는 것과 둘째 주주구성이 가족과 부하직원으로 된 사실과<sup>77)</sup> 주주지의 동일성 및 영업목적의 유사성 등의 사실로 두 회사의 동일성 내지 지배성을 인정할 수 있을 것인지 여부에 관해서 살펴볼 필요가 있을 것이다.

---

처럼 경매에서 직접 낙찰받은 경우는 아니다. 동 사건에서는 저당권자인 은행이 경매를 신청하였고 은행이 낙찰을 받았는데 공동피고 중 하나인 신회사들 중 하나가 은행으로부터 구회사의 자산을 정당한 대가로 매수한 경우이다.

73) 2004WL3362501, at 3("This means that, if a new corporation is in major respects merely a continuation of the debtor(i.e., same company under a "new hat"), the new corporation will be responsible for the debts of its predecessor under the theory of successor liability").

74) 동 사건에서 판단기준으로 제시한 것은 ①주주와 임원, 소제지 및 경영활동의 동일성, ②거래의 대가가 충분하였는가(특히 주식이 제공되었는지) 여부, ③신회사가 설립되자마자 구회사가 경영활동을 접고 해산되었는지, ④신회사가 사업 활동에 지장이 없도록 하기 위해서 구회사의 채무를 지급하였는지 여부, ⑤신회사가 설립된 당시 매수인의 의도 혹은 목적, 그리고 ⑥신회사가 자신을 구회사의 계승자로 공공연하게 하였는지 여부이다. 2004WL3362501, at 4; Conn v. Fales Div. of Mathewson Corp., 835 F.2d 145, 147 (6th Cir.1987). 이러한 요건들 중 ②를 제외하고는 모두 법인격부인의 논의에서 고려될 수 있는 것들이다. 물론 이러한 요건의 충족 여부를 판단할 때 법인격부인에서와 마찬가지로 모든 요건이 충족되어야 하는 것은 아니다. 2004WL3362501, at 4; Glynwed, Inc., 869 F.Supp. at 276; Luxliner P.L. Exp. Co. v. RDI/Luxliner, Inc., 13 F.3d 69, 73 (3d Cir.1993). 그러나 결국 원고는 동일성의 주장에서 성공하지 못했다.

75) 2004WL3362501, at 4; Stoumbos, 988 F.2d at 961.

76) 그리고 사실심이 아닌 법률심으로 되어 있는 대법원에서 추가적인 사실을 판단의 근거로 삼을 것인가 하는 점이다. 일반적으로는 간접증거로 취급하는 것으로 보인다.

77) 이 사건 1심법원에서는 두 회사 사이에 인적관계가 있더라도 별개의 개인으로 보았고, 2심법원에서는 동일성을 인정하는 하나의 근거로 취급하였다.

물론 이러한 사실들에 대한 판단은 원칙적으로 법원의 사실판단에 의할 것이다.

현재 우리나라 대법원의 입장과 관련하여 살펴본다면, 기존회사가 채무를 면탈할 목적으로 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립하였다면 법인격부인이 인정될 상황이 조성되지만, 법인격부인이 완전히 인정되기 위해서는 일반적으로 기존회사의 시설을 이용하거나 동일한 실체로서 활동하고 동일한 거래처와의 거래로 이익을 향유하는 등의 추가적인 요건이 갖추어져야 한다.<sup>78)</sup> 즉 단순한 인적 구성원의 동일성만으로는 법인격부인의 전제요건으로서 요구되는 동일성을 만족시키기에는 충분치 못하다고 본다.

본 사건에서 동일성에 관한 1심과 2심법원의 판단이 서로 다르다. 동일성 판단과 관련하여 1심법원은 ①경매절차가 개시된 이후 본점 소재지가 동일하고 설립목적이 대체로 유사한 회사가 설립되었다는 것, ②주주와 임원구성이 유사하다는 사실, ③경매법원에서 최고가매수인으로 낙찰하여 K제약의 부동산 및 공장시설을 그대로 취득한 것, ④K제약의 의약품 허가조건 등의 승계책임인정, 근로자 승계, 동일한 의약품의 다수 생산해오고 있다는 사실, 그리고 ⑤피고의 대표이사의 경제적 활동이 제한되고 있었다는 점 등이 두 회사가 동일한 배후자에 의하여 운영되는 실질적으로 동일한 회사로 볼 상황이라고 판단하였음에 반해, ①상호와 등록번호가 다르고, 설립목적도 완전히 동일하지 않고 경영진과 주주도 엄연히 다르다는 점, ②K제약과 피고의 주주들 간에 인적관계가 있다 하더라도 별개의 개인일 뿐이고 동일하지 않으며, 甲이 피고의 주주들에게 명의신탁을 해두었다는 증거도 찾기 어려운 점, ③피고의 생산의약품도 K제약의 그것과 완전히 일치하지는 않고, ④피고 대표이사인 甲1이 공익근무요원으로 근무하고 있었다고 하더라도 사회, 경제 활동을 전혀 할 수 없는 상태가 아니어서 乙을 통하여 자금을 조달하거나 의사결정을 하여 경매절차에 참가하는 것이 전혀 불가능하다고 보기는 어렵다는 점, ⑤원고가 제출하는 증거만으로는 낙찰대금 등 자금의 실질적인 출처가 원고가 배후자로 지목하고 있는 K제약이나 甲이라고 보기에 부족하다는 점 등으로 동일한 회사로 보기 어렵다는 결정을 하였다.<sup>79)</sup>

78) 대판 2004. 11. 12. 2002다66892.

79) 동일성을 판단함에 있어서 1심법원은 주관적 의사 내지 채무를 면탈할 목적이 있는지 여부를 판단함에 필요

이와 달리 2심법원은 ①두 회사의 주소지와 영업목적이 동일하고, ②임원진과 주주 등이 K제약의 대표이사이던 甲의 처·자녀들이거나 그의 부하직원인 관계에 있는 점, ③동일한 물적 설비 및 인적 구성원을 바탕으로 동일한 기술로 동일한 의약품을 생산한 점 등을 기본으로 하여, 간접적인 점으로서 원고가 주장한 ①A연마와의 관련성, ②자금출처의 불분명함, ③낙찰받을 목적으로 피고를 설립하였다는 것, 그리고 ④乙이 낙찰을 주도하였음에도 경영권을 甲의 자녀들로 하였다는 점 등을 참고로 하여 실질적으로 동일한 회사라고 보았다.

일반적으로 전형적인 법인격부인이 받아들여지기 위한 동일성이 인정되기 위해서는, 회사 간의 관계라고 한다면 ①주주 및 임원구성의 동일성, ②재산의 혼용 혹은 부적절한 자본, ③완전한 지배, 그리고 ④이용행위가 불공정·사기적 또는 악의적이라고 하는 것이 요구되겠고, 개인과 회사간의 경우라면 ①기업존재형태가 부재할 정도의 완전한 지배, ②부적절한 자본, ③회사자금의 개인적 유용, 그리고 ④회사를 이용한 사기의 자행이 요구될 것이다. 본 사건에서는 일단 K제약과 피고간의 관계이므로 전자의 요건에 따라서 살펴보면, 주주 및 임원구성은 많은 부분 일치한다고 인정할 수 있겠고, 재산의 혼용이나 부적절한 자본은 인정하기 어렵다. 지배의 문제에 있어서는 피고가 K제약을 지배하였다는 증거는 찾기 어렵고, 다만 甲이 두 회사의 지배자라고 하는 주장이 있을 뿐이다. 그리고 불공정하거나 사기적 또는 악의적인 이용행위의 증거도 찾기 어렵다.

#### (5) 법인격부인 주장의 상대방

전형적인 법인격부인의 내용은 다음과 같다. 즉 원고와 피고와의 사이에 문제가 된 채무가 衡平性의 관점에서 볼 때 회사의 채무가 아니라 개인주주 또는 법인주주의 채무라고 판단될 때이다. 그 전제요건은 피고가 사실상 회사를 지배하였거나 재산의 혼용 내지 유용이 있어서 회사가 독립적인 인격체라고 볼 수 없고, 피고의 그러한 행위가 불공정하거나 사기적 혹은 악의적이고, 그리고 그 결과 원고가 손해를 보아야 한다는 것이다.

법인격부인에 의해서 책임을 지게 되는 당사자의 문제에 관해서 보기로 한

---

한 사실들을 사용하고 있는 것 같다. 이 점은 2심법원도 마찬가지로 보인다.

다. 원고의 주장에 의하면 동 사건에서 지배자는 甲이다. 그리고 문제된 채무는 K제약의 채무이다. 전형적인 법인격부인구조에 의하면 K제약의 채무에 대하여 K제약의 법인격을 부인하고 甲이 피고가 되어야 한다. 그런데 이 사건에서 원고는 K제약의 시설을 낙찰받은 피고로 하여금 책임을 지라고 하고 있다. 그 이유는 K제약의 지배자인 甲이 피고의 지배자이기 때문이고 두 회사가 사실상의 동일한 회사로서 피고가 채무를 면탈할 목적으로 설립된 회사이기 때문이라는 것이다.

또한 전형적인 법인격부인구조에 의해서 K제약의 채무에 대한 책임을 피고에게 묻기 위해서는 피고가 K제약의 주주이고 완전한 지배 내지 재산의 혼용이 있어야 한다. 그러나 이 사건에서 피고는 K제약의 주주가 아니며, 피고의 지배자라고 원고가 주장하는 甲도 피고의 형식상 주주가 아니다. 물론 재산의 혼용관계에 관한 자료도 발견되지 않는다. 한편 피고에 대한 甲의 지배성 여부에 관하여 본다면, 원고나 2심법원은 피고회사가 조달한 낙찰자금을 비롯한 자금의 출처가 불분명한 것에 대하여 이러한 자금이 甲으로부터 나왔다고 보았는데, 이를 입증한 직접증거가 없는 상태에서 정황에 대한 판단으로 이러한 결정을 할 수 있는가 하는 정도 의문이다.

#### (6) 소견

이 사건의 사실에 대한 판단으로 K제약과 피고회사간에 동일성이 인정되고, 경매절차에 의한 자산의 취득도 채무면탈의 목적이 있는 것으로 인정된다면 피고회사는 K제약의 채무에 대하여 책임을 져야 할 것이다. 물론 책임을 묻는 근거가 전형적인 법인격부인인가 하는 정도 의문의 대상이다.

그런데 두 회사의 동일성이 인정된다고 하더라도 위에서 살펴본 바와 같이 경매절차에 대한 고려 때문에 피고회사의 책임을 인정하기가 쉽지 않다. 마지막으로 동일성이 인정되지 않는 경우에 K제약의 채무에 대한 책임을 물을 수 있는 방법은 없을까 생각해 본다.

동일성을 인정할 수 없는 경우에는 K제약의 채무에 대한 책임은 甲에게 물을 수밖에 없다. 즉 K제약의 법인격을 부인하고 대주주인 甲에게 책임을 청구하는 것이다. 그러나 甲의 소유재산이 없다면 甲이 두 회사의 지배자라는 것을 이유로 하여 K제약의 채무에 대하여 피고회사에게 책임을 물을 수 있

는가 하는 것도 고려해 볼 필요가 있다. 즉 甲의 책임이 확정된 경우, 즉 K 제약의 채무에 대하여 K제약의 법인격부인을 통하여 甲이 책임을 져야 한다는 것이 확정된 경우에 甲이 지배하고<sup>80)</sup> 있는 피고회사의 법인격을 부인하는 법인격의 역부인을<sup>81)</sup> 통하여 피고회사에게 책임을 묻는 방법을 생각할 수 있다. 즉 독립된 피고회사의 법인격이지만 이미 형해화된 혹은 지배자와 동일체라고 인정되기 때문에 甲의 채무를<sup>82)</sup> 이행케 하기 위하여 피고회사의 재산으로서 책임을 묻는 상황이 연출될 수도 있다.<sup>83)</sup> 이러한 가정에서도 문제는 있다. 즉 피고회사의 자금의 출처 또는 사실상의 지배자로 의심받고 있지만 甲이 피고회사의 형식적인 주주가 아니라고 하는 점에서 역시 곤란한 점이 있다.

한편 원고는 이러한 상황에서 債權者詐害를 이유로 책임을 묻는 방법을 택할 수는 없었을까 하는 점도 생각해 본다. 즉 동일성이 인정되지 않는 상황에서 법인격부인의 법리를 적용한다는 것은 쉽지 않으므로 채무면탈의 목적이 인정될 수 있다면 채권자사해행위를 주장하여 책임을 묻는 것이 더 적절하지 않은가 하는 점이다. 물론 이 경우에도 경매에 대한 점을 다시 고려해 보아야 함은 물론이다.

---

80) 물론 이 사건에서 甲이 피고의 지배자라고 볼 직접적인 증거 역시 제출되지 않았다.

81) Goya Foods Inc. v. Unanue-Casal, 982 F. Supp. 103 ; Shamrock Oil & Gas Co. v. Ethridge, 159 F. Supp. 693 ; Minich v Gem State Developers Inc. 591 p. 2d 1078; Central National Bank & Trust Co. of Des Moines v. Wagener 183 N.W. 2d 678 (Iowa 1971).

82) 즉 K제약의 법인격을 부인하여 인정된 채무의 이행을 말한다.

83) 물론 이 가정은 본 사건에서 직접적으로 이야기될 성질은 아니며, 필자가 개인적으로 여담으로 생각해본 것에 불과하다. 또 하나의 가정을 마지막으로 해본다면, 역시 동일성이 인정되지 않는 상황에서 단순히 甲이 두 회사의 지배자이므로 K제약의 채무에 대하여 피고 D제약이 책임을 지라고 하는 것은 매우 심각한 결과를 야기할 수도 있다. 즉 현행법상 대규모기업집단의 경우 이런 상황이 발생한다면 기업지배자로 인식될 수 있는 자는 책임을 질 수밖에 없다는 결과가 발생할 수 있다. 물론 이것이 법인격부인의 법리에 근거해서 이해될 수 있을런지도 의문이다.

## 참고문헌

- 손주찬, 상법(상), 박영사, 2003,  
이철송, 회사법강의, 박영사, 2007  
정동윤, 회사법, 법문사, 2001  
최기원, 신회사법론, 박영사, 2005
- 김교창, 법인격부인의 법리, 변호사 제9집(1978. 4)  
서영화, 법인격부인에 관한 최근의 판례검토, 부산법조 제16집(1998. 12)  
송호영, 법인격부인론의 요건과 효과 - 대법원 2001. 1. 19, 97다21604판결 -, 저  
스티스 제35권 제2호(2002. 4)  
장재형, 판례에 나타난 법인격부인, 판례연구 제15집-상(2001. 8)  
정동윤, 법인격부인이론의 적용요건과 근거, 민사재판의 제문제 제6권  
정동윤, 법인격부인이론에 관한 대법원판례의 추이, 변호사 제20집(1990. 1)  
정찬형, 법인격부인론(현대민상법의 연구: 威廷 李在澈博士華甲紀念), 1984  
차한성, 법인격부인론, 민사판례연구 제24권(2002)  
채영수, 법인격부인의 법리, 대법원판례해설(1989년 상반기)  
최준선, 법인격부인이론의 적용요건(상), 법률신문 1989년 06월 05일 제1849호
- Henry W. Ballantine, Ballantine on Corporations (rev. ed. 1946).  
Phillip I. Blumberg, The Law of Corporate Groups: Procedural Problems in the  
Law of Parent and Subsidiary Corporations (1983).  
Harry G. Henn & John R. Alexander, Laws of Corporations, West Pub., (1983)  
Stephen B. Presser, Piercing the Corporate Veil (2005).  
Charles R.T. O'Kelly & Robert B. Thompson, Corporations and Other Business  
Associations: Cases and Materials, Aspen Pub., (2006)  
Frederick J. Powell, Parent and Subsidiary Corporations: Liability of a Parent  
Corporation for the Obligations of Its Subsidiary (1931)
- Adolf A. Berle, The Theory of Enterprise Entity, 47 Colum. L. Rev. 343 (1947)  
David H. Barber, Piercing the Corporate Veil, 17 Willamette L. Rev. 371 (1981)  
Rutherford B. Campbell, Limited Liability For Corporate Shareholders: Myth Or  
Matter-Of-Fact, 63 Ky. L.J. 23 (1975)  
David C. Cummins, Disregarding the Corporate Entity: Contract Claims, 28 Ohio

St. L. J. 441 (1967)

William O. Douglas & Carol M. Shanks, Insulation from Liability Through  
Subsidiary Corporations, 39 Yale L.J. 193 (1929)

Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, Limited Liability & the Corporation,  
52 U. Chi. L. Rev. 89 (1985)

Robert W. Hamilton, The Corporate Entity, 49 Tex. L. Rev. 979 (1971)

J. Jarrod Jordan, Piercing the Corporate Veil in West Virginia: The Extension of  
Laya to All Sophisticated Commercial Entities, 109 W. Va. L. Rev. 141 (2006)

Cathy S. Krendl & James R. Krendl, Piercing the Corporate Veil: Focusing the  
Inquiry, 55 Den. L.J. 1 (1978)

Elvin R. Latty, The Corporate Entity as a Solvent of Legal Problems, 34 Mich.  
L. Rev. 597 (1936)

Robert Thompson, Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 Cornell  
L. Rev. 1036 (1991)