이사회 업무집행에 관한 주주간계약*

김 건 식**

≪目 次≫

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 주주간계약과 업무집행계약
Ⅲ. 미국
Ⅳ. 일본
Ⅴ. 우리나라
Ⅵ. 이론적 검토
Ⅶ. 결론

〈국문요약〉

이 글은 이사회 업무집행에 관한 주주간계약("업무집행계약")을 비교법적, 이론적 관점에서 검토하는 것을 목적으로 한다. 우리나라에서도 일반 주주간계약에 관해서는 채권적 계약으로서의 효력을 인정하는데 거의 다툼이 없다. 그러나 업무집행계약에 대해서는 후술하는 바와 같이 판례와 학설 모두 아직 부정적인 시각이 강하다. 부정적인 시각의 밑바닥에는 업무집행계약은 이사의 재량범위를 제한한다는 점에서 이사의 신인의무에 반한다는 인식이 깔려있다. 이 글의 목적은 이런 인식이 비교법적으로는 물론이고, 이론적으로도 불합리하다는 것을 논증하는 것이다. 이 글은 업무집행계약과 신인의무와의 충돌에 초점을 맞추는 대신 강제이행에 관한 검토는 후일로 미루기로 한다.

이 글의 순서는 다음과 같다. Ⅱ에서는 업무집행계약에 관한 논의에 필요한 한도에서 주주간계약과의 관계를 간단히 언급한다. Ⅲ과 Ⅳ은 비교법적 검토에 해당하는 부분으로 업무집행계약에 관한 미국과 일본의 논의를 차례로 살펴본다. 이어서 Ⅴ에서는 업무집행계약에 관한 우리 판례와 학설을 소개한다. 이상의 논의를 토대로 Ⅵ에서는 업무집행계약의 이론적 검토

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 아시아태평양법연구소의 2019년도 학술연구비 지원을 받았음.

** 서울대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

를 시도하고 Ⅶ에서 결론을 제시하기로 한다.

이론적 검토의 핵심은 업무집행계약을 유효로 보아야한다는 점이다. 그 근거는 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 업무집행계약은 반드시 신인의무와 충돌하는 것은 아니다.

둘째, 업무집행계약은 이사재량을 제한하는 기능을 하는 것이 사실이나 그렇다고 해서 반드시 그것을 무효로 볼 필요는 없다. 실무상 이사의 재량에 제약을 가하는 약정은 흔히 찾아볼 수 있다. 대표적인 예는 대출계약에서 채무자가 특정 행위를 하지 않을 것을 약정하는 소극적 확약(negative covenants)이다.

셋째, 사실 유효설을 견인하는 가장 강력한 동력은 업무집행계약을 필요로 하는 거래계의 실제 수요에서 찾을 수 있다.

넷째, 업무집행계약의 효력을 인정하는 것은 선진 각국의 추세이기도 하다.

Ⅰ. 서론

현행 상법상 주식회사 업무집행체제는 다음 두 규정이 그 뼈대를 이루고 있다. 하나는 회사의 업무집행을 이사회에 맡기는 규정이고(제393조 제1항)[1] 다른 하나는 이사에게 신인의무, 즉 선관주의의무(제382조 제2항)와 충실의무(제382조의3)를 부과하는 규정이다. 과거 이들 규정은 강행법규에 속한다고 보는 것이 학계의 상식이라고 할 수 있었다.[2] 그러나 최근에는 회사의 기본 성격을 계약으로 파악하는 계약설적 회사관[3]이 확산됨에 따라 이들 규정과 관련해서도 사적 자치의 범위를 넓히자는

1) 상법은 업무집행의 예로 "중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입" 등을 들고 있지만 업무집행은 그 밖에도 회사 운영에 관한 사무전반을 포괄한다고 볼 것이다. 김건식/노혁준/천경훈, 회사법(제3판), 박영사, 2018(이하 김/노/천) 361면. 이사회의 업무집행은 권한인 동시에 의무에 속한다.

2) 영미 및 우리나라에서의 논의에 관하여 이중기, "이사의 충실의무의 강행성 여부와 충실의무에 대한 사적 자치", [비교사법] 제22권 3호(2015) 1304-1312면.

3) 계약설적 회사관과 그에 대한 비판에 관한 최근 문헌으로 Michael Klausner, The

견해가 힘을 얻고 있다.[4]

이사회의 업무집행에 관한 사적 자치는 다양한 국면에서 시도될 수 있다. 대표적인 예로는 ①주주총회와 이사회 사이의 권한배분,[5] ②정관에 의한 신인의무의 감면, ③이사회 업무집행에 관한 주주간계약 등을 들 수 있다. 이들 문제 상황 중 ①에 대해서는 이미 우리 학계에서도 어느 정도 논의가 있고[6] ②에 대해서도 아직 이론의 영역을 벗어나지 못한 감이 있지만 일부 선행연구가 존재한다.[7] 그러나 실무상 활용도가 높은 ③에 대해서는 주주간계약에 관한 일반 연구[8]에서 부분적으로 다뤄지는 경우 외에 본격적인 논의는 별로 없는 것 같다.[9] 이 글은 ③이사회 업무집행에 관한 주주간계약("업무집행계약")을 비교법적, 이론적 관점에서 검토하는 것을 목적으로 한다.

오늘날 주주간계약은 국내외 실무에서 널리 이용되고 있지만 그에 대한 학문적 관심은 외국에서도 그다지 높지 않은 것 같다.[10] 아마도 그 주된 이유는 주주간계약의

"Corporate Contract" Today, in Jefferey N. Gordon & Wolf-Georg Ringe eds., The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance (Oxford 2018) 84-104.

4) 예컨대 이중기, 주2, 1317-1322면; Henry N. Butler & Larry E. Ribstein, Opting Out of Fiduciary Duties: A Response to the Anti-Contractarians, 65 Washington Law Review 1 (1990).

5) 이사회와 대표이사나 위원회 사이의 권한배분도 사적자치에 속하는 문제라고 할 수 있다. 김/노/천, 주1, 359면.

6) 거의 모든 교과서에서도 다 이 문제를 다루고 있다. 예컨대 김/노/천, 주1, 273-274면. 상세한 논의로는 남기윤, "상법 제361조에서의 정관자치의 범위와 한계", [상사법연구] 제16권 제2호(1997) 405면.

7) 예컨대 이중기, 주2 논문.

8) 천경훈, "주주간 계약의 실태와 법리: 투자촉진 수단으로서의 기능에 주목하여", 『상사판례연구』 제26집 제3권 (2013) 3면.

9) 예외적으로 송영복, "의결권의 행사 및 회사의 업무에 관한 주주간계약 - 폐쇄회사를 중심으로"(서울대학교 법학석사학위논문, 2010) 118면 이하는 ③에 관해서 미국법을 중심으로 비교적 상세한 검토를 하고 있다.

10) 그 예외로 Sebastian Mock et al. eds., International Handbook on Shareholders' Agreements, de Gruyter, 2018. 특히 주목할 것은 2000년대초 森田果 교수가 6차

효력을 비롯한 주요 논점이 이제 어느 정도 실무상 수요를 충족시키는 선에서 가닥이 잡혔기 때문일 것이다. 우리나라에서도 일반 주주간계약에 관해서는 채권적 계약으로서의 효력을 인정하는데 거의 다툼이 없다.[11] 그러나 업무집행계약에 대해서는 후술하는 바와 같이 판례와 학설 모두 아직 부정적인 시각이 강하다. 이런 부정론의 밑바닥에는 업무집행계약은 이사의 재량범위를 제한한다는 점에서 이사의 신인의무에 반한다는 인식이 깔려있다. 이 글의 목적은 이런 인식이 비교법적으로는 물론이고, 이론적으로도 옳지 않다는 것을 논증하는 것이다. 다만 이 글에서는 업무집행계약과 신인의무와의 충돌에 초점을 맞추고 강제이행 등 기타의 논점은 후일의 과제로 미루기로 한다.

이 글의 순서는 다음과 같다. II에서는 본격적인 논의의 토대를 제공하는 차원에서 주주간계약과 업무집행계약의 기본적인 사항을 간단히 언급한다. III과 IV은 비교법적 검토에 해당하는 부분으로 업무집행계약에 관한 미국과 일본에서의 논의를 차례로 살펴본다.[12] 이어서 V에서는 업무집행계약에 관한 우리 판례와 학설을 소개하며 그 비교법적 특수성을 부각시키기로 한다. VI에서는 이상의 논의를 종합적으로 고려하여 업무집행계약의 유효성을 뒷받침하는 근거를 제시하고 VII에서 결론을 맺기로 한다.

례에 걸쳐 발표한 논문이다. 森田果, "株主間契約(1)", [法学協会雑誌] 제118권 제3호(2001); "株主間契約(2)", [法学協会雑誌] 제119권 제6호(2002); "株主間契約(3)", [法学協会雑誌] 제119권 제9호(2002); "株主間契約(4)", [法学協会雑誌] 제119권 제10호(2002); "株主間契約(5)", [法学協会雑誌] 제120권 제12호(2003); "株主間契約(6・完)", [法学協会雑誌] 제121권 제1호(2004). 이하 森田(1) 내지 (6)으로 인용.

11) 예컨대 김/노/천, 주1, 305면; 천경훈, 주8, 4면.

12) 2원적 이사회구조를 취하는 독일 주식법의 특성상 독일에서의 업무집행계약에 관한 논의는 우리나라에서는 적실성이 떨어지는 면이 있는 것이 사실이다. 독일에서의 논의에 대해서는 독립된 장에서 다루는 대신 필요한 대목에서 간간이 언급하기로 한다. 독일법의 전반적인 상황에 대해서는 Christian Groß-Bölting, Gesellschaftervereinbarungen in der Aktiengesellschaft, Nomos, 2011; 森田(1), 주10, 439면 이하.

II. 주주간계약과 업무집행계약

1. 동업과 주주간계약

소수가 모여 동업을 하는 경우 원론적으로는 주식회사 보다 상법상 다른 회사나 민법상 조합 형태를 취하는 편이 더 편리할 것이다. 그러나 현실세계에서는 이런 저런 이유로 주식회사 형태를 택하는 경우가 많다. 상법의 주식회사 규정은 회사운영권한을 과반수 지분을 장악한 주주에 집중시키고 있다. 이처럼 자본다수결에 입각한 주식회사 지배구조는 특히 소수지분을 갖는 동업자 이익을 보호하는데 한계가 있다. 주주간계약은 바로 제정법의 그런 한계를 보완하기 위한 자구책으로 실무에서 개발한 것이다. 따라서 주주간계약의 주된 목적은 상법이 정한 회사운영의 규칙을 동업자의 수요를 반영하여 적절히 조정하는 것이다.

주주간계약을 필요로 하는 동업의 예로는 다음과 같은 것들을 들 수 있다.[13]

① 두 기업이 합작투자를 개시하는 경우

② 벤처캐피탈이 벤처기업에 투자하는 경우

③ 사모펀드가 기업의 소수지분을 취득하는 경우

④ 창업자 주식이 복수의 상속인에게 상속되는 경우

①의 경우 주주간계약은 회사설립 시에 체결되는 것이 보통이지만 나머지 경우는 개념상 회사가 성립된 후에 체결된다. 특히 ①의 경우에는 주주간계약이 회사정관보다 먼저 작성되기 때문에 동업자간의 기본적인 합의는 오히려 주주간계약에 담겨있다고 볼 것이다. 또한 주주간계약은 폐쇄회사에서 체결되는 것이 보통이지만 공개회사의 일부 주주 사이에서 체결되는 경우도 없지 않다. 다만 이 글에서는 주로 전자의 경우를 상정하고 논의를 전개하기로 한다.

---

13) 주주간계약이 체결되는 다양한 상황에 대해서는 천경훈, 주8, 6-9면.

2. 사적 자치의 구현으로서의 주주간계약

(1) 주주간계약과 정관자치

주주간계약은 동업자 사이에 회사운영에서 지분과 권한의 배분과 관련하여 사적 자치를 구현하는 하나의 예라고 할 수 있다. 동업자간 사적 자치는 당초 사업형태를 선택하는 시점에서는 물론이고 정관 내용을 합의하는 시점에서도 실현할 수 있다. 특히 후자의 정관자치는 정관이 주주간계약을 대체하거나 그 내용을 일부 반영하는 방식으로 행해질 수 있다는 점에서 주주간계약과 밀접한 관련이 있다.[14] 그러나 실제로는 주주간계약에 들어간 내용이 항상 정관에 포함되는 것은 아니다.[15]

(2) 주주간계약의 다양한 형태

주주간계약은 회사법이 기본 원칙으로 제시하는 이른바 디폴트규정(default rule)을 수정하는 것을 목적으로 한다. 디폴트규정 수정은 다양한 형태로 이루어질 수 있다. 먼저 수정 대상은 임원선임 등 인사에 관한 사항, 자금조달, 투자 및 배당 등 재무에 관한 사항, 주식양도 등 투자회수에 관한 사항 등 회사운영 전반에 걸친다. 이들은 크게 ①회사내부의 의사결정에 관한 경우와 ②주식양도에 관한 경우로 분류할 수 있다. ①은 다시 (i)주주총회에서의 의사결정과 (ii)이사회에서의 의사결정으로 나눌 수 있다. 이 글의 대상인 업무집행계약은 (ii)에 관한 것이다.

주주간계약은 당사자 측면에서도 구분해볼 수 있다. ①먼저 주주 전원의 참여여부에 따라 구분할 수 있다. 후술하는 바와 같이 일반적으로 주주 전원이 참여한 계약의 효력을 보다 긍정적으로 보는 경향이 있다. ②회사가 당사자로 참여하는지 여부에 따른 구분도 가능하다. 주주간계약에 회사가 당사자로 참여하였다고 해서 그 계약이 반

14) 다만 독일 주식법은 정관규정의 변경은 주식법이 명시적으로 허용하는 경우를 제외하고는 금지하지만 보완은 원칙적으로 허용하고 있다(제23조 제5항).

15) 주주간계약에 비하여 정관은 비밀유지가 쉽지 않다는 점도 한 가지 이유라고 할 수 있을 것이다. 김/노/천, 주1, 102면.

드시 회사를 구속한다고 볼 수 있을지는 단언할 수 없지만 실무상으로는 회사가 당사자로 서명날인하는 경우가 종종 있다. ③폐쇄회사의 경우에는 주주간계약에 참여하는 주주가 이사를 겸하는 경우가 많다. 특히 업무집행계약과 관련해서 이 경우를 달리 평가할 필요가 있는지 여부가 문제된다. 이에 관해서는 뒤에 다시 살펴보기로 한다.

(3) 주주간계약의 효력과 구속력

주주간계약의 효력에서 가장 기본적인 문제는 당해 계약이 계약당사자인 주주 사이에 채권적 효력을 갖는지 여부이다. 주주간계약에 대해서 초기에는 그 효력을 부정하는 견해가 우세했으나 실무상 필요성에 대한 인식이 확산됨에 따라 차츰 유효설이 대세로 자리 잡게 되었다.[16] 유효한 주주간계약을 일방이 위반한 경우에는 계약위반의 효과가 발생한다. 계약위반의 효과로 가장 일반적인 것은 손해배상책임이지만 위반당사자 보유주식의 강제매도와 같은 특별한 제재가 계약상 명시되는 경우도 없지 않다.

주주간계약의 효력과 밀접하게 관련되지만 개념상 구별할 필요가 있는 경우도 존재한다. 먼저 ①계약을 위반하여 감행한 행위의 법적 효력의 문제이다. 예컨대 주주가 의결권구속계약을 위반하여 의결권을 행사한 경우에도 당해 주주총회결의는 유효하다고 보는 것이 통설이다.[17] 또한 ②당사자가 주주간계약에 따른 의무를 이행하도록 강제할 수 있는지 여부도 문제이다. 예컨대 의결권구속계약의 효력을 인정하는 경우에도 당사자인 주주에게 계약에 따른 의결권행사를 강제할 수 있는지는 별개의 문제이다. 위 ①과 ②는 주주간계약의 효력과 구별되는 문제로 주주간계약의 구속력 내

16) 일본의 경우 森田(1), 주10, 408-410면.

17) 예컨대, 김/노/천, 주1, 305면; 森田(1), 주10, 410면. 일본에서는 의결권구속계약에 주주전원이 참여한 경우에는 그 계약위반을 정관위반과 같은 것으로 보아 결의취소의 대상이 된다고 보는 견해가 유력하며(江頭憲治郎, 株式會社法(제7판), 有斐閣, 2017, 340면) 국내에서도 그에 찬성하는 견해가 있다(천경훈, 주8, 40면). 독일에서도 비슷한 견해를 보여주는 학설, 판례가 존재한다. Ulrich Noack, Satzungsergänzende Verträge der Gesellschaft mit ihren Gesellschaftern, NZG 2013, 281(특히 각주 3에 인용된 판례와 학설 참조).

지 강제력의 문제로 분류할 수 있을 것이다.[18] 전술한 바와 같이 이 문제는 이 글에서는 다루지 않는다.

3. 업무집행계약의 유형

업무집행계약은 이사회 업무집행의 통제를 목적으로 체결한다. 주주간계약을 통해서 이사회 업무집행을 통제하는 방식에 관해서는 이론상으로 다음과 같은 여러 유형을 생각해볼 수 있다.

① 이사회의 업무집행 내용을 직접 구체적으로 제한하는 방식(직접규제형)

② 이사회 대신 제3자에 업무집행권한을 위양하는 방식(권한위양형)

③ 일부 주주에게 거부권(veto power)을 주는 방식(거부권형)

④ 주주에게 자신이 지명한 이사로 하여금 특정한 행동을 하도록 요구하는 방식

①직접규제형은 예컨대 대표이사를 특정인(또는 특정인이 지정하는 자)으로 선임한다는 식으로 이사회가 결정할 사항을 계약으로 미리 정해두는 방식이다. ①방식은 적어도 현재는 그렇게 많이 활용되는 것 같지 않다. 또한 ①방식은 이사회 권한사항을 직접 박탈하는 것이기 때문에 바로 효력을 인정받기는 어렵겠지만 위 ④방식의 의미로 해석될 여지는 없지 않을 것이다.

②권한위양형에서 위양을 받는 제3자로는 특정 주주나 임원,[19] 주주위원회 같은 별도 조직이 지정될 수 있다. ②방식은 이론상으로는 흥미로운 논점을 제기하고[20] 후술하는 바와 같이 미국에서도 과거 활용된 사례가 있지만 우리 실무상으로는 용례가 별로 없는 것으로 보인다.

---

18) ①과 ②와 관련해서는 주주간계약이 회사를 구속하는가하는 물음이 제기되기도 한다.

19) 후술하는 바와 같이 미국에서는 총지배인이 업무집행권한을 행사하는 사례가 종종 문제되었다.

20) 이와 관련하여 주목할 문헌으로 Holger Fleischer, Zur Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im deutschen, englischen und US-amerikanischen Aktienrecht, in: Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag (C.H. Beck, München 2009) 137.

③거부권형은 일정한 사항에 대해서 일방 주주의 사전 동의를 요구하는 방식으로 규정되는 것이 보통이다. 이사회 결의요건을 높이는 것도 비슷한 효과를 갖지만 그 경우는 정관에 규정하는 형태로 이루어질 것이다.[21]

④방식은 거래계에서 흔히 프로큐어(procure)조항으로 불리는 것으로 ③거부권형과 함께 우리나라에서 실무상 많이 활용되고 있다.[22] 이 글에서는 주로 ④방식에 초점을 맞추기로 한다.[23]

업무집행계약은 이사회의 업무집행권한이 광범할수록 활용될 여지가 크다.[24] 업무집행계약은 대표이사나 고위 집행담당임원 선임과 같은 인사사항, 신주나 사채 발행이나 대규모차입과 같은 재무사항, 대규모 자산의 매각이나 매수 같은 일반 경영사항 등 이사회 업무집행 전반을 대상으로 할 수 있다.

전술한 바와 같이 주주간계약에 대해서는 원칙적으로 법적 효력을 긍정하는 것이 통설이지만 업무집행계약의 경우 국내의 판례와 학설은 오히려 부정설에 치우치고 있다.[25] 이하에서는 국내 판례와 학설을 검토하기 앞서 미국과 일본의 사정을 간단히 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 미국

1. 서설

미국 각주의 회사법도 회사의 업무집행은 이사회 권한사항으로 명시하고 있다.[26]

---

21) 정관 기재 없이 주주간계약에만 기재된 경우에도 구속력을 인정하는 견해로 송영복, 주9, 172면.

22) 프로큐어조항에 대한 간단한 설명으로 이동건/류명현/이수균, "주주간계약의 실무상 쟁점", [BFL] 제67호(2014) 77면, 84-85면.

23) ③거부권형의 효력을 긍정하는 논거에 대해서 상세한 것은 송영복, 주9, 160-171면.

24) 일반론상 미국이 한국이나 일본에 비하여 이사회권한범위가 넓으므로 업무집행약정도 미국에서 더 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다.

25) 국내 학설의 부정적 태도에 대한 간단한 소개로는 송영복, 주9, 6-8면.

나아가 주회사법상 이사회의 권한은 한국이나 일본 등 이른바 대륙법계 회사법에 비하여 그 범위가 더 넓다. 예컨대 최고경영자 등 임원선출과 그 보수의 결정, 신주발행과 이익배당의 결정은 모두 이사회 권한에 속한다.[27] 그리하여 동업형태로 주식회사를 선택하는 경우 업무집행계약을 체결할 현실적인 필요가 상대적으로 더 크고 그런 연유에서인지 그 효력에 대한 논의가 시작된 시기도 이르다.

후술하는 바와 같이 미국 판례도 초기에는 업무집행계약에 대해서 부정적인 태도를 취하였다.[28] 그러나 실무의 수요에 대한 인식이 확산됨에 따라 판례나 주회사법은 차츰 일정한 요건을 갖추는 것을 조건으로 그 효력을 인정하는 방향으로 선회하였다.[29] 미국에서는 이사회를 선임기관인 주주총회로부터 독립된 기관으로 파악하는 견해가 일반적이고 그 결과 주주총회가 이사회 업무집행에 관여하는 것에 대해서는 부정적인 시각이 강하다.[30] 그럼에도 불구하고 오늘날 업무집행계약의 효력을 폭넓게 인정하는 판례법과 제정법의 태도를 비판하는 견해는 찾아보기 어렵다.

2. 초기의 뉴요크주 판례

미국에서도 초기에는 이사의 독립적 판단을 제약하는 주주간계약은 무효라고 선

---

26) 대표적인 예로 델라웨어주 회사법 제141조.

27) Robert C. Clark, Corporate Law, Little, Brown & Company, 1986, 105-106.

28) 미국법상의 업무집행계약에 관한 우리 문헌으로는 송영복, 주9, 119-153면. 미국 문헌으로는 조금 오래되었지만 다음 논문이 유익하다. Steven N. Bulloch, Shareholder Agreements in Closely Held Corporations: Is Sterilization an Issue?, 59 Temple Law Quearterly 61 (1986). 일본 문헌으로는 栗山德子, アメリカ会社法における株主の合意 - 理事会の権限を制限する合意, [公開会社と閉鎖会社の法理](石山卓磨＝上村達男 編), 商事法務, 1992, 299면.

29) Clark, 주27, 781-784.

30) 이런 사고는 이미 백년 전 판결에서도 자취를 찾아볼 수 있다. "회사기관 중에서 이사회의 권한은 매우 중요한 의미에서 근원적인 것이고 위임받지 않은 것이다. 주주는 그 권한을 부여한 것이 아니고 그것을 박탈할 수도 없다." Manson v Curtis 119 N.E. 559, 562 (N.Y. 1918).

언한 판결이 많았다.[31] 이와 관련해서 유명한 것은 뉴요크주 법원이 선고한 일련의 판결이다. 가장 앞선 것은 1918년 Manson v. Curtis판결[32]로 사실관계는 다음과 같다. 과반수 주식을 보유한 Manson과 Curtis라는 두 명의 주주가 각각 3인의 이사를 지명하고 나머지 1인은 두 사람의 합의로 선임하여 이사회를 구성하고 Manson을 1년간 총지배인(general manager)으로 선임하기로 주주간계약을 체결하였다. 계약상 실제 회사 경영에 대한 권한을 총지배인이 행사한다는 점에서 이 경우는 전술한 분류에 따르면 ②권한위양형에 속하는 것이었다. 법원은 총지배인에게 경영권을 부여하는 것은 이사가 업무집행기관으로 지는 경영상의 의무를 박탈하는 것으로 계약 전체가 무효라고 판시하였다.

이 같은 Manson판결의 취지는 1934년 McQuade v. Stoneham판결[33]에서도 그대로 유지되었다. 사안에서 야구단을 경영하는 회사의 대주주 Stoneham은 McQuade와 McGraw에게 일부 주식을 양도하면서 주주간계약을 체결하였다.[34] 그 계약에는 세 당사자가 서로를 이사 및 임원으로 선임하는데 최선의 노력을 다하기로 하는 규정, 임원보수금액에 관한 규정, 보수의 변경, 발행주식 수 변경, 정관변경, 소수주주 권리에 영향을 주는 사항의 변경은 당사자 전원 동의를 요한다는 규정 등이 포함되었다. 결국 사안의 업무집행계약은 전술한 ①, ③, ④방식을 모두 포함한 것이었다. 그러나 McQuade는 Stoneham과의 불화로 결국 임원직에서 물러나게 되었다. McQuade가 합의의 강제이행(specific performance)을 구하며 제소하자 피고 Stoneham은 그 계약의 무효를 주장했다. 원고 McQuade는 임원선임에 관한 이

31) Clark, 주27, 781-784; Arthur R. Pinto, Protection of Close Corporation Minority Shareholders in the United States, 62 American Journal of Comparative Law Supp. 361, 380 (2014).

32) Manson v Curtis 119 N.E. 559, 562 (N.Y. 1918).

33) McQuade v. Stoneham, 189 N.E. 234 (N.Y. 1934). 이 판결에 대한 서술은 Melvin A. Eisenberg, Corporations and Other Business Organizations(8th ed.), Foundation Press, 2000, 371-375에 의존하였다.

34) 따라서 주주간계약에 주주전원이 참여한 사안이 아니므로 다른 주주의 보호를 위해서 이사재량에 대한 제약을 부정할 필요가 있었다.

사간 합의는 그 임원이 회사이익에 충실한 한(loyal to the interests of the corporation) 위반해서는 아니 되며 자신은 회사에 대해서 충실했으므로 그 합의를 이행해야한다고 주장하였다. 대법원은 원고의 청구를 기각하였다. 대법원은 주주는 이사선임에 대한 합의는 할 수 있지만 특정한 자를 임원으로 선임하도록 합의하는 것(즉, 전술한 분류에 의하면 ①직접규제형)은 제정법이 부여한 이사 권한의 행사를 제한하는 것으로 허용되지 않는다는 이유로 원고의 임원선임을 거부함은 물론이고 일실이익에 대한 배상청구를 인정한 원심판결을 파기하였다.

그러나 업무집행계약에 대한 초기의 부정적인 태도는 폐쇄회사의 경우 점차 긍정하는 방향으로 전환하였다.[35] 그 전환의 조짐은 McQuade판결로부터 불과 2년 후인 1936년에 나온 Clark v. Dodge판결에서 찾아볼 수 있다.[36] McQuade판결에서와는 달리 Clark판결에서는 주주전원이 참여한 주주간계약이 문제되었다. 즉 25%주주인 Clark와 75%주주인 Dodge는 Clark이 "성실하고 효율적이며 유능한"(faithful, efficient, and competent) 한 총지배인으로 선임하며 순이익 25%를 보수나 배당의 형태로 지급한다는 내용의 주주간계약을 체결하였다. 전술한 분류에 의하면 이는 ①직접규제형에 해당한다. 그러나 두 사람 사이가 벌어져 약속이 지켜지지 않자 Clark은 강제이행을 구하는 소를 제기하였다. 법원은 다음 두 가지 이유를 들어 계약의 유효를 선언하고 강제이행까지 허용하였다. ①Clark이 성실하고 효율적이며 유능한 한 그를 총지배인으로 임명하는 것은 일반 공중을 비롯하여 누구에게도 손해가 없다. ②Manson판결이나 McQuade판결에서와는 달리 이 사안에서는 이사회를 무력화한(sterilize) 것과 같은 결과가 발생하는 것은 아니고 단순히 이사회 권한이 경미하게 제한될 뿐이다.[37] 법원은 이사회 권한에 중대한 침해가 있거나 채권자의 손해가 있거나 계약 당사자가 아닌 주주가 있는 경우에는 유효로 볼 수 없을 것

35) Clark, 주27, 784.

36) 199 N.E. 641 (N.Y. 1936).

37) 이에 대해서는 Clark판결의 사안에서도 이사회 권한의 제한이 마찬가지로 심각했다고 평가하는 견해도 있다. Bulloch, 주28, 65.

이라고 판시하였다.

반면에 1948년의 Long Park v. Trenton-New Brunswick Theatres Co.판결[38]에서는 Clark판결의 논리를 그대로 수용하면서도 당해 업무집행계약이 무효라고 선언하였다. 사안에서 문제된 것은 주식 전부를 소유하는 3인의 주주가 이사회 대신 지배인으로 선임한 특정 주주에게 모든 업무집행권한을 19년간 부여하기로 한 계약을 유효로 볼 수 있는지 여부였다.[39] 즉 전술한 분류에 따르면 이는 ②권한위양형에 해당한다. 법원은 주주간계약에 주주전원이 참여했음에도 불구하고 이사회 업무집행권한에 대한 침해가 Clark판결의 경우보다 훨씬 중대하다는 이유로 그 계약이 무효라고 판단하였다. 이처럼 업무집행계약에 대한 뉴욕주법원의 부정적 태도는 Clark판결 이후에도 한동안 계속되었고[40] 변화를 추진하는 역할은 다른 주법원이 맡게 되었다.

3. 판례의 변화

(1) 1964년 Galler v. Galler판결[41]

폐쇄회사에서 체결된 업무집행계약에 대한 판례의 태도변화를 보다 확실히 보여준 것은 1964년 일리노이주 대법원이 선고한 Galler v. Galler판결이다. 사안에서 회사주식을 47.5%씩 보유한 두 형제 B, I와 그 배우자 E, R은 1955년 B의 발병을 계기로 주주간계약을 체결하였다. 그 계약내용은 복잡하지만 이 글과 관련하여 중요한 부분만을 간추리면 다음과 같다. ①주주총회에서 4인의 당사자를 각각 이사로 선임

38) 다만 임원선임에 관한 합의를 전면 긍정한 것은 아니다. Long Park v. Trenton-New Brunswick Theatres Co., 77 N.E.2d 633 (N.Y. 1948)

39) 지배인은 이사회가 아니라 3인 주주만이 해임할 수 있었다.

40) Triggs v. Triggs, 46 N.Y.2d 305 (1978)(일부 주주만이 참여한 업무집행계약이 무효로 선언된 사례).

41) 203 N.E.2d 577 (Ill. 1964) 이 판결에 대한 서술은 Eisenberg, 주33, 375-381에 의존하였다.

하도록 의결권을 행사하며 B나 I가 사망한 경우 그 배우자인 E나 R이 대신 이사 지명권을 행사한다. 이사회 결의는 4인 이사 중 3인의 찬성으로 성립한다. ②배당은 이익잉여금에서 50만 달러를 공제한 잔액에서 5만 달러를 지급한다. ③형제가 한명이라도 사망하는 경우에는 그가 임원으로서 받았던 보수액의 2배를 그 미망인에게 5년간 지급하는 계약을 회사가 체결한다. 전술한 분류에 의하면 이는 ①직접규제형에 해당한다.

1957년 마침내 B가 사망하자 미망인인 E가 계약 이행을 요구하였으나 I는 보수지급은 계속하면서도 E를 이사로 선임하는 것만은 거부하였다. 그리하여 E는 계약상 의무의 강제이행을 구하는 소를 제기하였다. 원심은 E의 청구를 인용한 1심판결을 파기하고 강제이행청구를 기각하였다. 원심은 "긴 계약기간, 명시된 계약목적, 회사법규정의 중대한 위반을 고려할 때 계약의 일부만 무효로 볼 수는 없다"는 이유로 계약 전부가 무효라고 선언하였다. 대법원은 원심판결을 파기환송하며 여러 가지 이유를 들었지만 특히 폐쇄회사의 특수성을 다음과 같이 강조하였다.[42] "폐쇄회사 주주는 보유주식을 처분할 수 없으므로 그를 보호하려면 위와 같은 계약이 필요하다. 또한 사안의 경우와 마찬가지로 폐쇄회사에서는 주주가 이사를 겸하는 경우가 많으므로 공개회사에서와 같이 이사가 사적 이익을 떠나 독립적으로 판단을 내릴 것을 기대할 수 없다. 주주(이사)간 계약이 엄격히 말해서 회사법의 법문을 '위반'한 경우에도 공익침해의 부존재, 반대소수주주 부존재, 채권자 손해 부존재 등 현실적 상황을 고려하여 유효가 인정된 사례가 다수 존재한다. … 사안에서와 같이 불만을 제기하는 소수주주가 없고 사기나 공익이나 채권자이익 침해가 없고 제정법상 명백한 금지문언이 없는 경우에는 당사자가 회사경영에 관한 합의를 맺는 것을 배제할 상당한 이유가 없다. …"

이상의 판시를 토대로 대법원은 피고 I의 각 항변에 대해서 다음과 같이 판단하였다.

①계약기간이 과도하게 장기인지 여부: 당해 계약에는 기간의 정함은 없지만 미망인의 사망 시까지 효력을 갖는다고 보는 것이 타당하다. B의 사망 시 E의 기대수

42) 이하 인용부분은 판시를 간추린 것임.

명은 26.9년인데 그 정도의 기간이 당해 계약의 효력을 상실시키는 것으로 볼 수는 없다.

②판례상 특정인을 일정 기간 동안 임원으로 선임하기로 하는 규정은 무효로 보지 않는다.

③계약의 목적: 당사자 사망 후 직계 가족 부양을 위한 소득을 제공한다는 목적은 그 자체로 나쁘다고 볼 수 없다.

④배당약정은 50만 달러 공제 후에 배당을 지급하게 되어있으므로 채권자 이익의 침해는 없다.

⑤보수계속약정은 임원채용과 관련하여 흔히 발견되는 것으로 이 사안에서는 그로 인해 손해 보는 다른 주주가 없고 회사에도 계약을 무효로 할 정도로 불리한 영향은 없다.

대법원은 피고 I와 R로 하여금 회사로부터 부당하게 수령한 금액을 정산하도록 명하였다. 환송심은 B가 죽은 후 B의 유족에 아무런 대가를 지급함이 없이 I가 계속 같은 금액을 보수로 수령한 것은 기존 약정의 변경으로 허용할 수 없다고 판단하였다. 당해 계약에서 두 가족 간에 동등한 보수를 받는다는 점을 명시하지 않았지만 당해 계약의 취지는 사망한 형제의 유족을 임원으로 선임함으로써 회사이익을 동등하게 분배하는 것이라고 판단하였다.[43]

(2) Zion v. Kurtz판결[44]

업무집행계약의 효력에 대해서 소극적인 태도를 유지하던 뉴요크주법원은 1980년에 이르러 비로소 변화의 물결에 동참하는 판결을 내놓았다. 사안에서 문제된 것은 델라웨어 회사의 주식 전부를 보유한 두 주주가 체결한 주주간계약이었다. 그에 따르면 대부분의 회사업무를 수행할 때에는 상대방 주주의 동의를 얻어야 했고 회사도

43) Eisenberg, 주33, 381-382.

44) 50 N.Y.2d 92 (1980).

그 계약에 참여하였다. 이는 전술한 분류에 따르면 ③거부권형에 해당하는 것이었다. 이사회가 그 계약에 위반하여 은행과 대규모 금융거래를 체결하자 원고는 상대방 주주와 회사를 상대로 금지처분을 구하는 소를 제기하였다. 후술하는 바와 같이 델라웨어주법은 이사회 권한을 제한하는 주주간계약도 일정한 요건 하에 허용하고 있었다.[45] 당시 델라웨어주법은 정관기재를 업무집행계약의 유효요건으로 규정하고 있었고 뉴요크주법도 마찬가지였지만 당해 정관은 그 계약의 내용을 담고 있지 않았다.[46] 뉴요크주 대법원은 저촉법상 궁극적으로 델라웨어주법을 적용하였지만 당해 주주간계약은 뉴요크주법상으로 유효할 뿐 아니라[47] 뉴요크주의 공서양속(public policy)에도 반하지 않는다고 판시하였다. 즉 주주간계약의 내용이 이사회권한을 대폭 침해하는 것이었음에도 불구하고 주주전원의 참여가 있었고 제3자 권리의 침해가 없다는 이유로 과거의 판례와는 달리 유효를 선언한 것이다.

4. 주회사법의 전개

(1) 주회사법에 의한 명시적 허용

판례는 업무집행계약의 효력을 긍정하는 방향으로 선회하였지만 전술한 바와 같이 개별 판결에서 채택한 기준이 다르다보니 혼란의 여지가 있었다.[48] 그리하여 각 주는 1960년대 중반부터 예측가능성을 높인다는 차원에서 일정 요건의 충족을 조건으로 이사회 권한의 제한을 허용하는 입법을 단행하였다. 이들 주법 규정은 다양하지만[49] 이하에서는 대표적인 유형이라고 할 수 있는 일부 입법례만을 소개한다.

---

45) DEL. CODE. ANN. tit. 8, §§ 341-356 (1975).

46) Bulloch, 주28, 67.

47) 법원은 주주전원의 동의가 있으면 정관변경이 가능하고 주주간계약상 피고가 변경된 정관을 등록하게 되어있었는데 자신이 그 의무를 위반하였으므로 자신의 의무위반으로 인한 유효요건 미충족을 항변으로 주장하는 것은 금반언원칙에 반한다고 보았다. Ibid.

48) Pinto, 주31, 380.

(2) 모범회사법

모범회사법(Model Business Corporation Act)은 제7.32조에서 주주간계약에 관해서 규정하고 있다.[50] 업무집행계약을 중심으로 그 내용을 정리하면 다음과 같다. 주주간계약은 주회사법 규정과 충돌하는 경우에도 주주와 회사에 대해서 유효한 바 그 대상에는 이사회 폐지나 권한제한, 이익배당, 임원임면, 일부 주주나 제3자에 대한 업무집행권한의 위양 등 그야말로 거의 모든 업무집행사항이 포함된다(§7.32(a)). 주주간계약이 유효하기 위해서는 계약내용이 (i)정관 또는 부속정관(articles of incorporation or bylaws)에 기재되고 계약 당시 주주 전원의 승인을 받거나 (ii)계약당시 주주 전원이 서명한 계약서에 기재되고 회사에 알려야 한다(§7.32(b)(1)). 현재 존속기간에 대한 제한은 존재하지 않는다(§7.32(h)).[51]

(3) 뉴요크주법

뉴요크주는 사업회사법 제620조에서 업무집행계약에 관해서 비교적 상세하게 규정하고 있다. 동조 a항은 일반 주주간계약의 구속력을 명시하고 b항은 업무집행계약에 대해서 규정하고 있다. b항에 의하면 이사회 업무집행을 제한하는 정관규정[52]은 다음 요건을 충족하면 유효하다.

(1) 발기인 또는 주주[53] 전원의 동의로 당해 정관규정을 채택하거나 변경하였을 것

49) Clark, 주27, 782.

50) 모범회사법 제7.32조에 대한 간단한 설명으로는 Wulf A. Kaal, United States of America, in Sebastian Mock et al. eds., International Handbook on Shareholders' Agreements, de Gruyter, 2018, 645-650.

51) 과거에는 특별한 정함이 없으면 존속기간이 10년이었고 공개회사가 되면 효력을 상실하게 되어있었다.

52) b항은 "이사에 의한 회사업무집행을 부당하게 제한한다든가 본법상 이사회 권한에 속하는 업무집행을 일부 주주나 당해 주주가 지정한 자연인이나 회사에 부당하게 양도하는 정관규정"이란 표현을 사용하고 있다.

53) 명의상 주주로 의결권 유무를 불문한다.

(2) 당해 규정의 채택 후 당해 규정을 알았거나 그에 서면으로 동의한 자에게만 주식이 발행되거나 양도될 것[54]

이 규정은 당해 회사 주식이 상장되거나 장외시장에서 거래되는 경우에는 효력을 상실한다(c항).[55] 특히 주목할 것은 정관의 기재가 업무집행계약의 유효요건이라는 점이다. 다만 법원은 주주전원이 동의한 약정은 정관에 정식으로 기재되지 않은 경우에도 유효한 것으로 보고 있다.[56] 주주전원의 동의를 요구한다는 점에서 뉴요크주법은 모법사업회사법과 마찬가지로 업무집행계약에 대해서 비교적 엄격한 태도를 취하고 있다고 볼 수 있다.

(4) 델라웨어주법

한편 미국 주회사법 중 가장 영향력이 크다고 할 수 있는 델라웨어주 회사법은 업무집행계약에 대해서 뉴요크주법보다 훨씬 더 진취적인 태도를 취하고 있다. 델라웨어주법은 폐쇄회사에 적용되는 일련의 규정 중 제350조에서 특별히 업무집행계약에 관해서 규정하고 있다.[57] 제350조는 폐쇄회사의 의결권 있는 주식 과반수를 보유한 주주 사이에 체결된 업무집행계약도 유효함을 명시하고 있다. 뉴요크주법과 달리 업무집행계약은 정관기재를 요하지 않을 뿐 아니라 주주가 아닌 자가 참여한 경우에도 유효라고 하고 있다.

5. 소결

현재 업무집행계약을 둘러싼 미국법의 상황은 대체로 다음과 같이 정리할 수 있다. 먼저 업무집행계약을 비롯한 주주간계약에 대해서는 각주 회사법이 규정을 두고

54) 당해 규정의 존재는 주권에 명확하게 표시되어야 한다. 제620조 g항.
55) d항은 당해 규정의 폐지를 위한 결의요건을 상세히 규정하고 있다.
56) Adler v. Svingos, 436 N.Y.S.2d 719 (1981).
57) 제342조는 주주 수 상한을 30명으로 하는 등 폐쇄회사 요건을 정하고 있다.

있으므로 그 제정법상 요건을 충족한 경우에는 유효하다. 주법의 요건을 충족하지 못한 경우에도 법원에 의하여 업무집행계약의 유효성이 인정될 여지는 남아 있다.[58] 주회사법의 엄격성은 주별로 차이가 있어 예컨대 델라웨어주법은 극히 유연한 태도를 취하고 있는 반면 뉴욕주법의 요건은 아직도 상당히 엄격하다. 뉴요크주의 초기 판례에서는 이사회 권한 침해의 정도에 따라 효력 여부를 결정하기도 했지만 이제는 그 점은 제정법상으로는 물론이고 판례법상으로도 더 이상 큰 문제가 되고 있지 않은 것 같다.[59]

IV. 일본

1. 학설

일본에서도 일반 주주간계약에 대해서는 원칙적으로 그 효력을 인정하는 견해가 대세이다.[60] 이사회의 업무집행에 관한 사적자치에 대해서도 그것을 긍정하는 견해가 확산되고 있다. 먼저 정관으로 업무집행에 관한 사항을 이사회에서 주주총회로 이관하거나 주주대표로 구성된 경영위원회의 승인을 받도록 하는 것도 허용된다고 보는 견해가 유력하다.[61] 나아가 업무집행계약에 대해서도 그 채권계약으로서의 효력은 인정하는 것이 통설이라고 할 수 있다.[62] 대표이사 선임과 관련된 주주간계약에

58) Bulloch, 주28, 62; 송영복, 주9, 152-153면.

59) Zion v. Kurtz, 50 N.Y.2d 92 (1980).

60) 江頭, 주17, 62면.

61) 江頭, 주17, 406면 주2; 田邉眞敏, 株主間契約と定款自治の法理, 九州大学出版会, 2010, 285-286면. 사실상 이사회를 폐지하는 것과 같은 정도의 권한이전은 허용되지 않겠지만 거래계의 수요에 비추어 이사회 결의를 주주로 구성된 경영위원회가 부의한 사항에 대해서만 인정하는 합의도 유효한 것으로 보는 견해도 있다. Id. 286-287면.

62) 그러한 견해는 이미 1970년대 전반부터 등장하였다. 浜田道代, アメリカ閉鎖会社法, 商事法務, 1974, 310-311면. 다만 일본에서는 2001년 상법 개정 이후 이사회 결의사항에 대해서 동의권을 갖는 내용의 종류주식 발행도 허용되고 있으므로(회사법 제

관해서는 당사자인 주주가 이사를 겸하였는지 여부에 관계없이 항상 유효한 것으로 본다.[63] 신주발행 등 이사회 결의사항에 특정 주주의 동의를 요하는 내용의 업무집행계약(즉, 전술한 분류에 따르면 ③거부권형)도 마찬가지로 채권계약으로서 유효로 본다.[64] 따라서 업무집행계약에 위반한 경우에는 당연히 손해배상책임 등 계약위반의 효과가 발생한다.[65] 다만 그 업무집행계약에 위반한 이사회 행위라도 대외적으로는 원칙적으로 유효라고 본다.[66] 이처럼 업무집행계약의 실효성에는 한계가 있기 때문에 자신의 이익을 보다 확실히 보장하고자 하는 주주로서는 정관으로 이사회 권한을 주주총회에 이관하거나 의사회 의결정족수를 높이는 방안을 택할 수 있을 것이다.[67]

2. 판례 - 2000년 동경고등재판소 판결

일본에서도 업무집행계약에 관한 판결은 드물지만 예외적인 존재가 바로 2000년 동경고등재판소 판결[68]이다. 이하에서는 이 판결을 상세하게 소개하기로 한다.

(1) 사실관계

A회사 창업자인 B의 사망 후 A회사 및 그룹 각 회사는 B의 자식인 X와 Y가 각각 대표이사 사장과 대표이사 전무로 경영해왔다. 동생 Y가 형 X에게 사장직 양보

108조 제1항 제8호) 현재 업무집행계약의 실무상 필요성은 다소 감소한 것이 사실이다.

63) 森田(6), 주10, 27면. 다만 본문에서는 주주가 이사를 겸하는 경우를 전제하고 있어 이 글의 분류상 ④프로큐어조항에 대해서는 직접 논하고 있지 않다.

64) 森田(6), 주10, 27-29면. 그에 따르면 ②권한이양형도 유효한 것으로 본다.

65) 상대방의 매수청구권도 유효하다. 田邉, 주61, 290면.

66) 森田(6), 주10, 28면; 田邉, 주61, 293면.

67) 森田(6), 주10, 28-29면. 물론 과반수 이사를 자기편으로 지명하는 방법도 고려할 수 있을 것이다.

68) 東京高等裁判所 2000.5.30.판결, 判例時報 1750호 169면. 이하 판결의 소개는 山下友信/神田秀樹, 商法判例集(7판), 有斐閣, 2017, 222-225면에 의존하였다.

를 요구하자 두 사람은 1987년 8월 31일 다음과 같은 내용을 합의하였다.

①1987년 9월 30일까지 X는 A회사와 D회사 사장직을 Y에게 물려주고 회장직을 맡는다. 한편 Y는 C회사와 E회사 사장직을 X에게 물려주고 회장직을 맡는다. 다만 C회사의 경우 실행을 당분간 연기한다.

②1995년 9월 30일 X와 Y가 각 회사 대표이사직을 X의 아들인 X2와 Y의 아들 F에게 물려준다.

③이미 각 회사에서 근무 중인 X2와 F는 4년 이내에 각 회사 이사로 취임하고 이후 동일한 보수와 대우를 받는다.

④X와 Y는 대표이사 퇴임 후에도 2005년 말까지 그룹으로부터 동일한 일정액의 보수를 받을 수 있다

⑤X와 Y의 가족은 출자비율을 동일하게 하고 대등하게 경영에 참여하며 일방이 타방을 지배할 수 있는 지주비율, 정관, 임원회, 또는 조직, 파벌 등을 만들지 않는다.

위 합의에 따라 X는 1987년 9월 A회사 사장직을 Y에게 물려주었지만 Y는 C회사 사장직을 물려주지 않았다. X2와 F는 각각 그룹 각 회사 이사로 취임하였지만 1993년 10월부터 X와 Y 사이가 악화되자 A회사 이사회는 Y측 인물들이 다수를 점하게 되었다. 위 ②에서 합의한 기한이 지난 후에도 X와 Y는 계속 각 회사 대표이사직을 유지하였지만 X는 1995년 그룹 각 회사 대표이사직에서 해임되었다. 또한 X2는 1997년 A회사 이사직에 유임되지 않았고 X도 1998년에는 C회사, 1999년에는 A회사에서 이사로 유임되지 않았으나 Y는 그 결의에 찬성표를 던졌다.

X와 X2는 Y에 대해서 위 합의 위반을 이유로 손해배상을 청구하였다. 제소 당시 A회사주식은 X와 Y일족이 각각 29.125%, C회사가 22.5%, E회사가 19.25%를 각각 보유하였고 그 밖의 주주는 존재하지 않았다. 제1심은 위 합의가 상법에서 정한 회사법제도를 부정하는 것과 같고 법적 의미의 구속력을 인정할 수 없다고 하여 X의 청구를 기각하였고 이에 X가 항소하였다.

(2) 항소심 판단

동경고등재판소는 원고의 항소를 기각하면서도 다음과 같이 위 합의의 효력은 인정하였다.

"(1) 본건 합의 ①은 … 이사회에서 이사로서의 의결권 행사에 대하여 합의한 것으로 해석할 수 있는 바, X와 Y가 위와 같은 합의를 하는 것은 전혀 부당하다고 해석할 수 없기 때문에 X 및 Y는 A그룹 각 회사 이사회에서 위 합의에 따라 의결권을 행사할 의무를 지기에 이르렀다고 할 것이다. …

(2) 본건 합의 ②는 (i)X와 Y가 함께 1995.9.30. 까지 A그룹 각 회사 대표이사를 퇴임하는 것을 합의하고 (ii)그리고 그 대신 X2 및 F를 A그룹 각 회사 대표이사에 취임시키는 것을 합의한 것이다. 위 (i)합의는 X와 Y의 의사만으로 이행할 수 있는 것이고 이사회 결의를 요하는 것은 아니며 그리고 그것이 상법의 정신에 반한다고 해석하기 어렵기 때문에 위 합의는 유효이고 X 및 Y는 1995.9.30까지 A그룹 각사 대표이사를 사임할 의무를 지기에 이르렀다고 할 것이다. …

다음 위 (ii)합의는 X2와 F가 A그룹 각사 이사로 선임되어 있음을 전제로 각 이사회에서 X2와 F가 대표이사로 선임되도록 의결권을 행사할 것에 대하여 합의한 것이지만 이사회에서 누구를 대표이사로 선임할지에 대해서 미리 다른 이사와 협의하는 것은 전혀 부당하지 않고 그 때 이사회에서 의결권 행사에 대해서 특정인을 선임하기로 약속하였더라도 이사회가 다수결에 의하여 결의되는 기관인 점을 고려하면 전혀 상법의 정신에 반하는 것이라고는 할 수 없고 따라서 위 합의도 또 유효하다고 할 것이다(밑줄 필자). … 그러나 X와 Y사이에 행한 합의는 당사자간의 합의에 그치는 것으로 이 합의에 의하여 X2에 자기가 대표이사가 되는 것에 대한 기대권 내지 기대이익을 발생시키는 것으로 해석할 수는 없다. 또 X2가 X 및 Y에 대해서 자기를 대표이사로 선임하도록 의결권을 행사할 것을 청구하는 권리를 취득하기에 이르렀다고 해석할 수도 없다. 생각건대 X2가 대표이사에 취임하는 것은 X와 Y와 사이의 위 합의에 따른 반사적 이익에 불과한 것이라고 해석할 것이고 X도 Y도 X2에게 위와

같은 기대권 내지 기대이익을 직접 취득시킬 취지로 위 합의를 한 것은 아니라고 인정되기 때문이다.

(3) 본건 합의 ③은 (i)X2 및 F를 4년 이내에 A회사 주주총회에서 이사로 선임하는 취지로 합의하고 (ii)또 X2와 F를 A그룹 각 회사에서 보수, 대우에 관하여 동일하게 취급하기로 합의한 것이다.

위 (i)합의는 A회사 주주총회에서 X2와 F를 함께 이사로 선임하도록 의결권을 행사할 것을 약속한 것이라고 해석되지만 … 위 합의도 또 유효이다. …

다음으로 위 (ii)합의는 … 매우 추상적이고 … 위 합의에 의하여 X2와 F가 동일 보수, 동일 대우를 받는 기대권 내지 기대이익을 취득하든가 또는 X와 Y에 대해서 동일보수, 동일대우의 실현을 청구하든가 하는 권리를 직접 취득하기에 이르렀다고는 해석하기 어렵다고 할 것이다.

(4) 본건 합의 ④는 X 및 Y가 A회사그룹 각 회사 대표이사를 퇴임한 후에 여전히 이사 지위를 갖는 것을 전제로 2005년 말까지 약 18년 동안에 걸쳐 쌍방이 동액의 보수를 A그룹 각 회사로부터 수령할 수 있도록 하는 취지로 합의한 것이다. … 그러나 87년부터 2005년 말(X 83세, Y 75세)까지의 약 18년간의 장기에 걸쳐 의결권 행사에 구속을 가하는 위 약속은 의결권 행사에 과도한 제한을 가한 것으로 그 유효성에는 의문이 있다고 하지 않을 수 없고 적어도 상당 기간을 경과한 후에는 … 본건 합의 ④에는 구속되지 않는 것이라고 할 것이다. 그리고 그 상당한 기간은 위의 취지에 비추면 길어도 1987.8부터 10년을 경과한 후의 1997년 말까지라고 해석하는 것이 상당하다.

(5) 본건 합의 ⑤는 그 합의내용이 구체적 특정을 결하여 아직 법적 구속력을 갖지 않는 것으로 볼 것이다."

동경고등재판소는 이상과 같이 판시한 후 Y가 X2를 대표이사로 선임하지 않은 행위는 합의 ②에 위반한 것이지만 Y의 행위에 의하여 X2에 손해가 발생한 것은 아니며, Y가 A회사 주주총회에서 X2를 이사로 유임하도록 의결권을 행사하지 않은 행위는 합의 ③에 위반하였지만 그에 따라 X2의 권리 내지 이익이 침해된 것은 아니

라고 하여 X2의 청구를 기각하였다. 또한 Y가 합의 ②에 위반하였으므로 X에 재산적 손해가 있다면 X에게 손해배상책임을 지겠지만 Y가 대표이사직을 유지함으로 인해 X에 재산적 손해가 발생하였다고 볼 수는 없다고 판시하였다. 또 합의 ④와 관련해서 Y가 C회사 및 A회사의 주주총회에서 X를 이사로 유임하도록 의결권을 행사하지 않았지만 전술한 바와 같이 합의 ④에 법적 구속력이 있는 것은 1997년 말까지라고 해석해야하므로 Y의 행위를 채무불이행으로 볼 수는 없다고 판시하였다. 나아가 X2의 손해 중 합의 ③과 ⑤에 관한 것에 대해서는 합의의 구속력이 없기 때문에 Y의 채무불이행책임을 물을 수 없다고 하여 X2의 청구를 기각하였다.

(3) 검토

위에서 제시한 판시사항 중 업무집행계약과 관계된 것은 (1)과 (2)라고 할 수 있다. (1)과 (2)는 모두 당해 업무집행계약의 효력을 인정하였을 뿐 아니라 X와 Y의 주주로서의 의무만을 인정한 것이 아니라 이사로서도 의무를 부담한다고 명시하였다.[69] (1)과 (2)의 판시는 너무 간단해서 업무집행계약의 유효를 인정한 구체적인 근거를 알 수는 없다. 또한 이사가 직접 계약상 의무를 진다는 결론을 내리면서 그 경우 이사의 신인의무와 충돌할 가능성이 있다는 점에 대해서는 아무런 언급도 하지 않았다. 특히 X와 Y가 상대방이나 조카를 회장이나 대표이사로 선임하기로 하는 합의가 장기에 걸친 경우에도 유효한 것인지, X와 Y가 이사가 아니라 주주에 불과한 경우에도 이들 사이의 계약을 유효로 볼 것인지에 대한 답은 분명치 않다. 다만 이사간 합의를 존중하는 판결의 취지에 비추어보면 그런 합의가 이사가 아닌 주주 사이에서 체결된 경우에도 효력을 인정하는 결론이 나왔을 가능성이 높다고 할 것이다.

한편 판결문에 제시된 주주구성에 따르면 본건 업무집행계약의 당사자인 X와 Y

69) 다만 이사회에서 특정인을 선임하기로 한 약속도 "이사회가 다수결에 의하여 결의되는 기관인 점을 고려하면 전혀 상법의 정신에 반하는 것이라고는 할 수 없(다)"는 판시가 어떤 의미인지는 잘 알기 어렵다.

가 모든 주식을 가진 것은 아니지만 나머지 주주인 C와 E도 모두 계열회사이고 외부주주가 존재하지 않는다는 점에서 본건 업무집행계약은 사실상 주주전원에 의한 계약과 유사하다. 그러나 동경고등재판소는 단순히 당해 업무집행계약이 유효하다고 판시할 뿐 그것이 주주 전원의 합의에 기한 것이라는 점이 판단에 어떠한 영향을 주었는지에 대해서는 아무런 언급도 하고 있지 않다.

Ⅴ. 우리나라

1. 서설

우리나라에서 미국에 비하여 업무집행계약의 실무상 중요성은 크지 않다. 미국에서는 주요 간부(officer)의 임면 및 보수결정, 배당결정 등 소수주주의 관심이 큰 사항들이 모두 이사회권한사항으로 되어있는데 비하여 우리 상법상으로는 대표이사의 선임만이 이사회 권한사항으로 되어있을 뿐(제389조 제1항) 이사의 보수나 이익배당은 원칙적으로 주주총회에서 결정된다(제388조, 제462조 제2항). 또한 우리 상법은 이사회의 권한사항을 정관 규정으로 주주총회 권한사항으로 하는 것도 허용하고 있다(제361조). 주주총회의 권한사항으로 할 수 있는 범위에 대해서는 대표이사 선임(제389조 제1항)과 같이 상법에 명문의 규정이 있는 경우에 한한다는 설도 있지만 다수설은 총회소집과 같이 성질상 허용될 수 없는 것을 제외하고는 모두 주주총회의 권한으로 할 수 있다고 본다.[70] 따라서 정관으로 이사회권한사항을 가능한 한 주주총회로 옮긴 후에 의결권계약을 체결하는 경우에는 업무집행계약에 대한 의존도를 크게 줄일 수 있다.

---

70) 학설대립에 관한 간단한 소개는 천경훈, 주8, 19-20면.

2. 학설과 판례

(1) 학설

우리나라에서도 업무집행계약은 실무상 많이 활용되고 있다. 그 법적 효력에 관한 본격적인 논의는 별로 없지만 학설상으로는 아직 전반적으로 부정설이 우세한 것 같다. 다만 부정설의 구체적 내용은 논자에 따라 다소 차이가 있다. 업무집행계약 전반의 효력을 부정하는 견해[71]가 있는가 하면 부정설을 취하면서도 프로큐어조항의 효력은 긍정하는 견해가 있고[72] 거꾸로 프로큐어조항의 효력은 부정하면서도 거부권조항에 대해서는 긍정적 태도를 보이는 견해도 있다.[73] 부정설의 논리와 문제점에 관해서는 후술하기로 한다.

(2) 2013년 서울중앙지방법원 결정

업무집행계약의 활용빈도에 비하여 그것이 문제된 판례는 별로 없는 셈이다. 2013년 선고된 대법원판결(대법원 2013. 9. 13. 선고 2012다80996판결)을 제외하면 업무집행계약이 정면으로 문제된 판례는 2013년 서울중앙지방법원 결정(2013. 7. 8.자 2013카합1316 결정) 정도가 눈에 띌 뿐이다.[74] 이하에서는 대법원판결을 검토하기

---

71) 이철송, 회사법강의(22판), 박영사, 2014, 531-532면. 이사를 겸한 주주들 사이의 업무집행계약이 회사의 업무집행계약은 이사회가 담당한다는 상법의 규정에 반하여 무효라고 보는 견해도 있다. 정동윤, 상법(상)(6판), 법문사, 2012년, 609면.

72) 노혁준, "주주인 이사에 대한 주주간 계약의 구속력", [외법논집] 제42권 제1호(2018) 155면, 163면과 169면.

73) 천경훈, 주8, 16면, 21-24면(다만 실제 논의의 초점은 초다수결요건을 정관에 정하는 경우에 맞추고 있다).

74) 그밖에 2006년 서울고등법원결정(2006. 3. 24.자 2005라911 결정)도 참고할 필요가 있다. 사안에서 신청인은 지주회사로부터 계열회사 주식과 경영권을 양수하며 5년간 경업을 금지하는 약정을 체결하였다. 지주회사의 다른 계열회사가 동일한 사업을 영위하자 지주회사를 상대로 경업금지의 가처분을 신청하였다. 서울고등법원은 피신청인인 지주회사가 실제 동일한 사업을 영위한 계열회사의 주주로서 간접적 통제만 가

앞서 이 하급심판례를 간단히 살펴보기로 한다.[75] 사안에서 문제된 것은 "회사의 대표이사는 기존 대주주 또는 기존 대주주가 지정한 이사를 선임하기로 하고, 투자자는 자신이 지명한 기타 비상무이사로 하여금 이사회에서 기존 대주주 또는 기존 대주주가 지정한 자를 대표이사로 선임하도록 하여야 한다"는 프로큐어조항이었다. 대주주는 투자자를 피신청인으로 하여 "(i) 피신청인에게 피신청인이 지명한 기타 비상무이사로 하여금 이사회에서 신청인을 대표이사로 선임하도록 할 의무가 있음을 임시로 정한다. (ii) 피신청인은 피신청인이 지명한 기타 비상무이사로 하여금 신청인을 대표이사로 선임하기 위한 이사회를 소집하게 하고, 소집된 이사회에서 피신청인이 지명한 기타 비상무이사로 하여금 신청인을 대표이사로 선임하는 안에 동의하게 하여야 한다"는 취지의 가처분을 신청하였다. 법원은 상법과 회사 정관이 대표이사를 이사회 결의로 선임하도록 규정하고 있음을 근거로 가처분신청을 기각하며 다음과 같이 판시하였다.

"신청인과 피신청인이 이 사건 주주간 계약을 통해 신청인을 이 사건 회사의 대표이사로 정하는 데에 합의하였다고 하더라도 피신청인은 이 사건 회사의 이사가 아니어서 위 합의만으로 피신청인이 신청인을 이 사건 회사의 대표이사로 선임할 법률적 권한을 가질 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건 회사의 이사들은 이 사건 주주간 계약의 당사자가 아니고, 주식회사에 있어 이사의 직무수행은 회사의 수임인으로서 주의의무가 따르는 행위로서 이사는 그 행위에 관해 독자적인 책임을 지므로 주주 간의 합의가 이사의 직무수행에 대한 구속력을 지닐 수는 없다고 할 것인바, 결국 이 사건 회사의 이사들이 이 사건 주주간 계약에 따라 신청인에 대한 대표이사 선임의무를 부담한다고 볼 수 없는 이상, 제3자인 이 사건 회사의 이사들로 하여금 그들이 법률

능하고, 회사의 실질적 업무집행은 계열회사 이사가 하는 것이라는 점을 인정하면서도 사안에서는 당해 계열회사가 실질적으로 지주회사의 사업부와 유사하다는 이유로 경업금지의무를 부담한다고 피보전권리를 인정하였다. 그러나 이 판례는 업무집행계약의 유효성을 인정한 것이라기보다는 계열회사 법인격을 부인한 것으로 보는 편이 적절할 것이다.

75) 이 결정의 소개는 이동건/류명현/이수균, 주22, 85면에 의존하였다.

상 의무를 부담하지 않는 일을 하도록 요구할 의무가 피신청인에게 있다고 할 수 없다."

위 판시는 여러 모로 흥미롭지만 먼저 주목할 대목은 "이사의 직무수행은 회사의 수임인으로서 주의의무가 따르는 행위로서 이사는 그 행위에 관해 독자적인 책임을 지므로 주주 간의 합의가 이사의 직무수행에 대한 구속력을 지닐 수는 없다"는 부분이다. 이처럼 주주간의 업무집행계약이 바로 이사를 구속할 수 없다는 판시는 통설적 견해와 일치한다고 할 것이다. 그러나 이사가 계약에 따를 의무가 없다고 해서 계약 당사자인 주주가 이사에게 계약에 따른 행위를 "요구할" 의무가 없다는 판단이 나올 수 있는지는 의문이다.[76] 다만 법원은 피신청인이 이사가 아니고 회사 이사들이 주주간계약의 당사자가 아니라는 점을 언급함으로써 마치 주주간계약의 당사자인 주주가 이사를 겸하는 경우에는 결과가 달라질 수도 있는 듯한 뉘앙스를 풍기고 있으나 이 점은 후술하는 대법원판결에서 명시적으로 배척되었다.

3. 2013년 대법원 판결[77]

(1) 사실관계

이 판결은 골프장을 운영하는 X회사 창업자 Y의 자손들 사이에 진행된 경영권 분쟁에서 비롯된 것이다. Y는 한국과 일본에 각각 자손을 두고 있었는데 경영권 분쟁은 Y가 사망한 후 한국 쪽 자손과 일본 쪽 자손(및 투자펀드) 사이에서 벌어졌다. 이 사건 소송은 한국 쪽 자손 중에서 장녀 A와 3남 B가 사망한 장남의 처 C와 C의 아들 D를 상대로 제소함에 따라 발생하였다. X회사 주식 52.5%를 각각 17.5%, 17.5%, 10%, 7.5%씩 보유 중인 이들 4명의 한국 쪽 자손은 일본 쪽 자손과의 경영권 분쟁에서 공동보조를 취하기 위하여 2006.1.19. 주주간 "협약"을 체결하였다. 주주간 협약은 주식양도를 제한하는 규정 외에 주주권 행사에 관한 다음 두 가지 규정

76) Ibid.

77) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2012다80996판결. 이 판결에 대한 평석으로는 노혁준, 주 72 논문. 사실관계의 정리는 이 논문에 의존하였다.

을 담고 있었다.

"2. 협약참여주주들은 본 협약의 목표를 달성하기 위한 소수주주권행사 (회계장부 열람청구, 임시주총 소집요구 등)에 적극적으로 참여한다. 아울러 협약참여주주들은 향후 주주총회에서 이사와 감사의 선임 등 안건에 대하여 공동으로 의결권을 행사하기로 한다.

3. 위 2.항에서 언급한 소수주주권의 행사나 의결권의 공동행사에 있어서 그 행사 여부 및 방향은 협약참여주주들의 주식보유지분 과반수의 의사에 따라 결정한다."

위 협약을 토대로 한국 쪽 자손인 A, B, C 3명이 X회사 이사로 선임됨으로써 이사회 구성원 5명의 과반수를 차지하였다. 그러나 이들 한국 쪽 이사 사이의 불화로 인하여 C가 이사회에서 일본 쪽 이사들에 가담함에 따라 B가 대표이사직을 물러나고 그 대신 C가 그 자리를 차지하게 되었다. C는 이사 직무책정과 보수안건 등 이사회 각종 안건에 대해서 원고 측 이사들과 반대로 표결하였고 대표이사로서도 원고 측의 거듭된 임시주총소집청구를 계속 거절하였다. 원고들은 이러한 C의 행동이 위 협약에 위반한 것이므로 협약에서 정한 위약벌(1주당 천만원)을 지급할 의무가 있다고 주장하였다.

(2) 법원의 판단

원심은 원고 청구를 인용한 제1심 판결[78]을 파기하며 다음과 같이 판시하였다.[79]

"... 주주의 대부분이 이사를 겸하는 주식회사라고 하여도 주주로서의 권한과 이사로서의 권한은 명백히 구별되는데, 일부 주주들간의 협약으로 이사의 권한을 제한하게 되면 협약을 체결하지 않은 다른 주주들이나 회사의 이익을 침해할 수 있어서 이사의 충실의무나 선관주의의무에 위배될 소지가 큰 점(밑줄 필자) 등의 사정에 비추어 보면, 이 사건 협약은 원, 피고들의 주주로서의 권한을 제한하는 효력을 가진다고 볼 수 있을 뿐 이사로서의 권한을 제한하는 효력을 가진다고는 볼 수 없고, 이는 원, 피

78) 서울중앙지방법원 2011. 12. 1. 선고 2010가합127464판결.

79) 서울고등법원 2012. 8. 22. 선고 2012나4765판결.

고들이 주주의 지위를 가지면서 동시에 이사의 지위를 가진다고 하더라도 마찬가지이다.." 원심은 C가 이사회에서 원고들과 반대로 의결권을 행사한 행위는 주주로서의 권한행사와는 무관하므로 협약의 효력을 미치지 아니하며 C가 대표이사로서 임시주총소집청구를 거절한 것도 "원, 피고들이 소수주주임을 전제로 소수주주권을 행사하는 것이 아니어서 주주로서의 권한 행사와는 아무런 관련이 없[다]"는 이유로 협약의 적용을 부정하였다.

대법원은 기본적으로 원심과 같은 논리에 입각하여 원고들의 상고를 기각하였다. 대법원은 이 사건 협약이 "원, 피고들의 주주로서의 권한을 제한하는 효력을 가진다고 볼 수 있을 뿐 이사로서의 권한을 제한하는 효력을 가진다고 볼 수 없고, 이는 원, 피고들이 주주의 지위를 가지면서 동시에 이사의 지위를 가진다고 하더라도 마찬가지"라는 태도를 유지하였다.

(3) 판결의 평가

판결문에 따르면 사안에서 문제된 주주간계약은 주주의 권리행사에 관한 사항만을 포함하고 있을 뿐 대표이사 선임과 같은 이사의 업무집행과 관련된 사항은 포함하고 있지 않았다. 그러므로 엄밀한 의미에서는 이 글에서 말하는 업무집행계약에 해당한다고 보기 어렵다. 대법원이 사안의 주주간계약에 대해서 "원, 피고들의 주주로서의 권한을 제한하는 효력을 가진다고 볼 수 있을 뿐 이사로서의 권한을 제한하는 효력을 가진다고 볼 수 없[다]"고 한 것은 너무도 당연한 판시라고 할 수 있다. "일부 주주들간의 협약으로 이사의 권한을 제한하게 되면 협약을 체결하지 않은 다른 주주들이나 회사의 이익을 침해할 수 있어서 이사의 충실의무나 선관주의의무에 위배될 소지가 큰 점" 운운의 판시는 설사 업무집행계약이 체결된 경우라도 주주권한은 제한하지만 이사권한을 제한하는 효력은 없다는 취지를 방론으로 설시한 것에 불과하다고 볼 수 있다. 즉 업무집행계약도 주주에 대한 관계에서 유효이지만 이사에 대한 법적 구속력은 없다는 점에서 이 글의 주장과 별 차이가 없다.[80]

한편 업무집행계약이 주주간의 채권계약으로서 유효하다는 점을 인정했다는 점에

서는 전술한 2013년 서울중앙지방법원 결정(2013. 7. 8.자 2013카합1316 결정)과는 구별된다고 할 것이다. 흥미로운 것은 대법원이 "일부 주주들간의 협약으로 이사의 권한을 제한하게 되면 협약을 체결하지 않은 다른 주주들이나 회사의 이익을 침해할 수 있어서 이사의 충실의무나 선관주의의무에 위배될 소지가 큰 점" 운운의 판시를 통해서 주주전원이 참여한 경우에는 달리 판단할 수 있는 여지를 남기고 있는 점이다.

사안에서 한국측 주주들은 공동전선을 펴기 위해서 주주간계약을 체결하였으나 결국 원하는 바를 이루지 못했다. 그 주된 원인은 주주간계약에 업무집행에 관한 사항을 제대로 포함시키지 못한 잘못에서 찾아야할 것이다. 그러나 법원의 해석에 대해서도 의문이 전혀 없는 것은 아니다. 주주간계약에서 한국측 주주들은 임시주주총회 소집청구를 비롯한 소수주주권행사에 적극 참여하기로 합의하였다. 그럼에도 불구하고 한국측 주주인 대표이사 C는 임시주총 소집을 거절하였다. 이에 대해서 대법원은 C의 행위가 "소외 회사의 이사 또는 대표이사의 지위를 전제로 한 것이고, 원, 피고들이 소수주주임을 전제로 소수주주권을 행사하는 것이 아니어서 주주로서의 권한행사와는 아무런 관련이 없으므로" 주주간계약의 효력이 미치지 않는다고 보았다. 그러나 임시주총소집과 관련해서 C의 행위를 주주로서의 행위와 대표이사로서의 행위로 구분하는 것은 너무도 작위적이고 형식논리적인 느낌이 든다.[81]

VI. 이론적 검토

1. 서설

이하에서는 업무집행계약을 유효로 보아야할 근거에 대해서 검토해보기로 한다.

---

80) 다만 주주가 이사를 겸한 경우에도 이사에 대한 법적 구속력이 없다는 판시는 전술한 2000년 동경고등재판소판결이 이사간 합의의 효력을 선뜻 인정한 것과는 대조를 이룬다고 할 것이다.

81) 임시주총 소집과 관련해서 대표이사가 재량을 발휘할 여지는 거의 없다는 점을 고려하면 더욱 그러하다.

주의할 것은 여기서 말하는 효력이란 계약당사자인 주주들 사이의 채권계약으로서의 효력을 말하고 이사나 회사에 대한 구속력을 의미하지 않는다는 점이다. 이와 관련해서는 당자자인 주주가 이사를 겸한 경우와 그렇지 않은 경우를 나누어 생각할 필요가 있다. 이사를 겸한 경우에는 행위주체가 이사이기 때문에 전술한 일본 판례에서와 같이 이사에 대한 효력 내지 구속력을 쉽게 인정할 여지도 있다. 주주에 대한 효력에 초점을 맞추는 이 글에서는 이사에 대한 효력은 검토대상에서 제외한다. 다만 주주가 이사를 겸하는 경우에는 신인의무와의 충돌가능성이 더 높아질 우려도 있어 특별한 고려를 요한다. 이하에서는 먼저 주주가 이사를 겸하지 않는 경우를 중심으로 논의를 전개한 후에 주주가 이사를 겸하는 경우의 특수성을 간단히 언급하기로 한다.

2. 무효설과 이사의 신인의무

전술한 바와 같이 우리나라에서는 업무집행계약의 효력에 대해서 아직도 무효설이 유력하게 주장되고 있다. 무효설의 논리는 논자에 따라 반드시 일치하는 것은 아니고 또 업무집행계약의 각 유형을 모두 커버하는 것도 아니다. 먼저 거부권조항의 무효를 뒷받침하는 가장 강력한 근거로 제시되는 것은 교착상태에 대한 우려이다.[82] 그러나 폐쇄회사에서는 거부권이 소수주주에 대한 억압을 막는 가장 효과적인 수단이라는 점을 고려할 때 교착상태의 가능성만을 이유로 거부권조항 자체를 전면적으로 무효로 보는 태도에는 의문이 있다.[83]

다음으로 논의가 많은 것은 프로큐어조항이다. 프로큐어조항이 이사의 행위를 직접적으로 구속하지 않는다는 점에 대해서는 별로 다툼이 없다. 무효설은 프로큐어조항의 채권계약으로서의 효력까지도 인정할 수 없다는 것이다. 전술한 2013년 서울중앙지방법원결정은 그 근거를 이사에게 "법률상 의무를 부담하지 않는 일을 하도록

82) 이철송, 주71, 669면.

83) 송영복, 주9, 171-172면; 천경훈, 주8, 23면(거부권부여하는 효과를 갖는 초다수결조항의 유효를 인정하는 견해).

요구할 의무"를 주주에게 부담시킬 수 없다는 점에서 찾고 있다. 결국 무효설의 밑바닥에는 업무집행계약이 이사의 신인의무와 충돌한다는 인식이 깔려있다. 그러나 이하에서 보는 바와 같이 이런 인식은 지지하기 어렵다.

3. 유효설의 근거

유효설의 근거는 다음과 같이 정리해볼 수 있을 것이다.

(1) 업무집행계약이 반드시 신인의무와 충돌하는 것은 아니다

업무집행계약, 특히 프로큐어조항은 당사자인 주주가 이사에게 특정한 방향으로 업무집행을 하도록 지시하고 필요한 경우에는 영향력을 행사할 것을 전제한다. 한편 이사는 업무집행과 관련하여 신인의무를 부담하기 때문에 주주의 지시가 회사나 주주 이익에 반하는 경우에는 법적으로 그 지시를 따라서는 아니 된다.[84] 이처럼 이사가 업무집행에 관한 주주의 지시를 따를 법적 의무가 없다고 해서 주주가 자기 쪽 이사에게 지시를 하거나 이사가 그 지시를 수용하는 것을 바로 위법으로 볼 것은 아니다.[85] 실제로 지배주주가 이사에게 지시하는 일은 국내외 기업실무에서 흔히 볼 수 있는 현상이다.[86] 문제는 주주에게 이사에 대한 지시의무를 부과하는 계약 자체를 이사의 신인의무에 반하는 것으로 볼 것인지 여부이다. 결론부터 밝히자면 그런 계약이 항상 이사의 신인의무와 충돌한다고 볼 필요는 없다. 주주의 지시는 법적 구속력

84) 이 점은 미국법상으로도 마찬가지이다. Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholders Agreement Provisions, 65 Bus. Law. 1153, 1163 (2010)

85) 독일에서도 주주간계약으로 감독이사회(Aufsichtsrat) 구성원에 대한 사실상의 영향력 행사를 약속하는 것은 허용된다고 보고 있다. Christian Groß-Bölting, Gesellschaftervereinbarungen in der Aktiengesellschaft (Nomos 2011) 242.

86) 상법상 업무집행지시자에 관한 제401조의2 제1호도 바로 그런 현실을 전제한 규정이다.

이 없으므로 이사는 그 지시를 그대로 따르는 것이 신인의무 위반을 초래한다고 판단하는 경우 그것을 따르지 않으면 된다. 또한 프로큐어조항에 따른 주주의 지시가 이사에 대한 법적 구속력이 없다고 해서 그 조항이 주주간에 채권적 효력도 없다고 볼 필요는 없다. 주주의 지시가 법적 구속력이 없다고 해도 이사는 사실상의 구속력을 느낄 수 있다. 다만 신인의무의 구속을 받는 이사로서는 주주의 지시가 회사나 주주 이익에 반한다고 판단하는 경우 그 지시를 거부해야 할 것이다. 그러나 실제로 주주 지시를 거부해야할 경우는 별로 많지 않을 것이다. 따라서 상대방 주주에게 그가 지명한 이사에 대해서 지시할 의무를 부담시키는 프로큐어조항은 주주사이에서는 유효한 것으로 보아야 할 것이다.[87]

(2) 이사 재량의 제한도 반드시 그 자체로 신인의무에 반한다고 볼 것은 아니다

자기를 지명한 주주의 지시가 비록 법적 구속력이 없다고 해도 이사는 사실상 그에 따를 압력을 받는 것이 보통이다. 따라서 주주의 지시는 다소간 이사의 재량을 제약하는 효과가 있다. 이사 재량에 대한 제약은 거부권조항의 경우에는 더욱 두드러진다. 그러나 업무집행계약 외에도 실무상 이사의 재량에 제약을 가하는 약정은 흔히 찾아볼 수 있다. 대표적인 예는 대출계약에서 채무자가 특정 행위를 하지 않을 것을 약정하는 소극적 확약(negative covenants)이다.[88] 소극적 확약은 채권자 동의를

87) 이사가 주주 지시를 거부한 경우에 주주가 업무집행계약의 위반에 대한 책임을 진다고 볼 것인가? 이는 업무집행계약상 주주의 의무가 지시에 한정된다고 볼 것인지 아니면 이사가 그 지시에 따라 행동하는 것까지 포함하는 것으로 볼 것인지의 문제이다. 전자로 보는 경우에는 사실상 업무집행계약을 무효로 보는 것과 크게 다르지 않은 결과를 가져올 수 있다. 따라서 주주는 자신이 지명한 이사가 지시에 따르지 않은 경우 지시에 따른 이사의 행동이 신인의무에 반한다는 점을 증명한 경우에만 책임을 면하는 것으로 보아야할 것이다. 森田(6), 주10, 67면 각주 255는 이사를 주주의 이행보조자로 보아 주주의 계약위반을 인정한다는 이론구성을 취하고 있으나 그러한 이론구성에는 다소 의문이 있다.

얻으면 채무자가 당해 행위를 할 수 있다는 형태를 취하는 것이 보통인데 그 경우 이사 재량에 대한 제한이란 면에서는 거부권조항과 별 차이가 없을 것이다. 이사 재량을 제한하는 주체가 채권자인 경우에는 유효하다고 보면서 주주인 경우에는 굳이 그 효력을 부인해야할 이유는 찾기 어렵다. 예컨대 부실기업에 구제자금을 제공하는 채권자에게 대규모 자산양도에 대한 동의권을 부여하는 것을 허용하면서 같은 목적으로 신주를 인수하는 주주에게 주주간계약으로 그런 권한을 부여하는 것을 무효로 볼 필요는 없지 않을까?

(3) 실제의 수요

사실 유효설을 뒷받침하는 가장 강력한 논거는 업무집행계약에 대한 거래계의 실제 수요라고 할 것이다. 주주간계약은 폐쇄회사에 참여하는 동업자의 기대를 보호하기 위한 사적 조정(private ordering)에 속한다. 동업자의 기대를 보호할 필요는 그 대상이 주주권 행사에 관한 것이든 이사회 업무집행에 관한 것이든 차이는 없다. 주주권 행사에 관한 계약의 효력은 인정하면서 업무집행계약의 효력은 부정하는 것은 정당화하기 어려운 경직적인 법해석이라고 할 것이다.

(4) 외국의 동향

업무집행계약의 효력을 인정하는 것은 선진 각국의 추세이기도 하다. 이제 미국과 일본에서 요건에 다소 차이는 있지만 업무집행계약의 효력을 원칙적으로 인정하고 있다는 점은 전술한 바와 같다. 독일에서는 사적자치가 폭넓게 허용되는 유한회사는 접어두더라도 조직과 운영의 엄격성이 요구되는 주식회사의 경우에도 주주간계약은 오늘날 학설, 판례가 널리 그 유효성을 인정하고 있다.[89] 독일에서는 2원적 이사회 구조를 취하고 있는 주식법의 특성상 주주 지시는 주로 감독이사회 구성원을 대상으

88) 박준/한민, 금융거래와 법, 박영사, 2018, 106-108면.

89) Groß-Bölting, 주85, 21; 森田(2), 주10, 1096-1104면.

로 할 수밖에 없어 업무집행계약의 유용성은 상대적으로 떨어지는 것이 사실이다. 그러나 기본적으로 감독이사회 구성원을 상대로 한 주주간의 업무집행계약이 유효하다는 것에 대해서 거의 다툼이 없다.[90] 또한 영국에서도 주주간계약의 효력은 폭넓게 인정되고 있다.[91] 따로 업무집행계약에 초점을 맞춘 논의는 찾기 어렵지만 전반적인 논의상황에 비추어 그 효력을 인정하는 것으로 판단된다.[92] 이 같은 선진 외국의 추세를 감안하면 굳이 우리나라에서만 업무집행계약의 효력을 부정하는 태도를 고수할 이유는 찾기 어렵다.[93]

4. 이사를 겸하는 주주에 의한 업무집행계약

폐쇄회사에서는 주주가 이사를 겸하는 경우가 많다. 특히 가족기업에서는 그런 경향이 두드러진다. 전술한 일본 동경고등재판소판결과 우리 대법원판결은 모두 당사자인 주주가 이사를 겸한 경우이다. 신인의무와의 충돌이라는 면에서는 주주인 이사가 직접 계약상 의무를 부담하는 것이 좀 더 문제될 것처럼 보이는 것이 사실이다. 신인의무를 지는 이사가 스스로 자신의 의무이행에 방해될 수 있는 계약을 체결하는 경우이기 때문이다. 그러나 그 점도 그런 계약을 무효로 볼 이유가 될 수는 없다. 전술한 유효설의 근거 외에 다음과 같은 점을 고려하면 업무집행계약은 당사자가 이사

90) Groß-Bölting, 주85, 242 ff.

91) 최근 문헌으로 Rafal Zakrzewski, England and Wales, in Sebastian Mock et al. eds., International Handbook on Shareholders' Agreements, de Gruyter, 2018, 247.

92) 그러한 판단을 뒷받침하는 대목으로 Paul L. Davies and Sarah Worthington, Principles of Modern Company Law (10th ed.), Sweet & Maxwell, 2016, 658 n. 110.

93) 심지어 브라질에서는 적절한 절차를 거친 주주간계약은 이사의 의결권을 구속하여 그에 위반한 의결권행사는 무효로 간주한다고 한다. John Armour, Luca Enriques et al., The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach(3rd edn.), Oxford University Press, 2017, 57-58.

를 겸하는 경우에도 유효로 보아야할 것이다.

①이사의 계약상 의무가 반드시 신인의무와 충돌되는 것은 아니다. 전술한 바와 같이 주주인 이사가 업무집행계약을 이행하는 것은 대부분 회사와 주주의 이익에 부합할 것이다. 이 대목에서 특히 강조할 점은 업무집행계약 효력의 판단 시점은 그 이행 시가 아니라 그 체결 시를 기준으로 해야 한다는 점이다. 만약 업무집행계약의 체결 시에 그 계약이 회사와 주주의 이익에 부합한다고 판단한 경우라면[94] 그 계약을 이행하는 시점에 일방 주주에 불리한 것으로 판단되더라도 그 계약의 효력을 인정해야할 것이다. 물론 업무집행계약이 유효라고 해서 이사가 반드시 계약상 의무를 그대로 이행해야하는 것은 아니다. 만약 이사가 그것을 이행하지 않는 편이 회사이익에 부합한다고 판단하는 경우에는 이행하지 않는 것이 신인의무를 지키는 결과가 될 것이다. 다만 그 경우에는 유효인 계약상 의무를 위반함에 따른 책임은 면할 수 없을 것이다. 이처럼 업무집행계약상 의무와 신인의무가 충돌하는 경우에는 다소 거북한 상황이 초래되지만 실제로 그런 상황이 발생하는 경우는 그렇게 많지 않을 것으로 판단된다.

②전술한 바와 같이 주주가 이사가 아닌 경우의 업무집행계약을 유효로 본다면 이사를 겸한 경우도 유효로 보는 것이 현실적으로 필요하다. 업무집행계약을 체결한 주주가 나중에 이사로 취임하는 경우가 바로 그 점을 극명하게 보여주는 예이다. 원래 유효였던 업무집행계약이 사후적으로 주주가 이사로 취임한다고 해서 무효로 전환된다고 보는 것은 합리적이라고 할 수 없다.

5. 업무집행계약의 당사자

(1) 주주전원의 참여여부

전술한 바와 같이 미국에서는 주주간계약에 주주전원이 참여한 경우에는 그 효력

94) 주주전원이 참여한 경우에는 당연히 주주이익에 부합하는 것으로 볼 것이다.

을 보다 긍정적으로 보는 경향이 있다. 한편 일본에서도 일부 학설은 주주간계약에 주주전원이 참여한 경우에는 정관변경이 있는 것으로 보아 그에 위반한 결의는 정관 위반의 결의와 마찬가지로 취급해야한다고 주장한다.[95]

주주전원의 참여를 업무집행계약의 효력요건으로 볼 것인가? 결론적으로 그것을 부정하는 것이 타당하다고 본다. 물론 주주전원이 참여한 경우에는 업무집행계약이 주주이익과 충돌할 여지는 거의 없을 것이다. 그러나 주주의 지시를 받는 이사가 신인의무를 진다는 점을 고려하면 업무집행계약에 참여한 주주가 일부 주식만을 보유하는 경우에도 그 효력을 구태여 부정할 필요는 없을 것이다.[96]

(2) 회사가 당사자로 참여하는 경우

실무에서는 주주간계약에 회사가 당사자로 참여하는 경우를 종종 발견할 수 있다. 회사를 당사자로 참여시키는 주된 이유는 적어도 회사에 대한 사실상의 구속력을 인정받기 위해서라고 할 수 있다. 그런 필요는 특히 일부 주주만이 당사자로 참여하는 경우에 더 클 것이다. 문제는 과연 그 계약이 회사에 대해서도 법적으로 유효라고 할 수 있을 것인지 여부이다. 결론적으로는 이 경우에도 주주간계약은 회사에 대한 관계에서도 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 유효하다고 볼 것이다.[97] 그 이유는 다음과 같다.

전술한 바와 같이 실무상 회사가 대규모 차입을 하는 경우 대출계약에는 다수의 소극적 확약이 포함되는 것이 보통이며 그것이 유효하다는 점에 대해서는 다툼이 없다. 문제는 여기서 회사의 상대방이 채권자가 아니라 주주인 경우에도 동일한 결론을

95) 江頭, 주17, 340면.

96) 전술한 델라웨어주법은 바로 이런 논리에 입각한 것이라고 볼 수 있다. 실제로 지배주주일가가 지배권을 유지하기 위한 경우(이른바 컨소시엄이나 풀링계약)나 소수파 주주가 자신들의 권익을 보호하기 위한 경우(이른바 보호공동체계약)에 일부 주주만이 참여하는 주주간계약이 체결된다. 森田(1), 주10, 442면.

97) 독일에서도 회사와 사원간의 계약은 원칙적으로 유효한 것으로 보고 있다. Noack, 주25, 282.

내릴 수 있는지 여부이다. 일본 회사법상으로는 새로 주주가 되는 자에게 거부권부 주식을 부여함으로써 주주에게 사실상 일정 사항에 대한 거부권을 부여할 수 있다. 그러나 우리나라에서는 그런 주식은 종류주식으로 발행할 수 없다. 그 대신 특정 주주에게 거부권을 주는 계약을 체결할 수 있는가? 이처럼 이사의 행동을 제약하는 계약을 신인의무와 충돌된다는 이유만으로 무효로 보는 것이 부당하다는 점은 이미 전술한 바와 같다.

남은 또 하나의 장애물은 주주평등원칙이다. 회사가 일부 주주에 대해서만 업무집행에 대한 지시권이나 거부권을 부여하는 것은 주주를 차별하는 것이므로 일응 주주평등원칙 위반의 소지가 있을 것이다. 그러나 오늘날 주주평등원칙은 항상 주주를 기계적으로 평등하게 대우할 것을 요구하는 것이 아니라 회사이익을 위한 합리적인 차별은 용납하는 방향으로 해석하는 것이 선진국에서의 추세라고 할 수 있다.[98] 부실기업이 제3자에 대한 신주발행을 통해서 회생을 도모하는 과정에서 그 제3자와 업무집행계약을 체결하는 것은 회사이익을 위한 합리적인 차별의 대표적인 예로 들 수 있을 것이다.[99]

이상의 논리에 따르면 회사가 당사자로 참여한 업무집행계약은 회사에 대해서 원칙적으로 유효한 것으로 볼 것이다.[100]

Ⅶ. 결론

업무집행계약을 포함한 주주간계약의 효력과 관련하여 유념할 것은 그런 계약상 보호장치에 대한 실무상의 수요라고 할 것이다. 회사법이 정한 운영규칙을 동업자의 개별적 사정에 맞게 수정할 필요는 실무상 늘 발생한다. 그런 사적 조정은 전통적인

98) 江頭, 주17, 132-133면; Uwe Hüffer & Jens Koch, Aktiengesetz (11. Aufl.), C.H.Beck, 2014, §53a Rdn. 10.

99) 이런 차별은 특별한 경우를 제외하고는 기존 주주의 이익에도 부합할 것이다.

100) 영국법도 마찬가지의 태도를 취하고 있다. Zakrzewski, 주91, 258.

동업관계에서는 물론이고 기업 간의 합작투자나 벤처기업투자에서 흔히 찾아볼 수 있다. 이는 기본적으로 주식회사 형태를 취하면서 조합적 운영을 추구하는 모순적인 태도에서 빚어지는 현상이라고 할 수 있다. 그렇다고 해서 동업자에게 굳이 조합이나 유한회사 형태를 취하도록 강요할 이유는 없을 것이다. 조합적 성격을 유지하면서도 주식회사 형식을 취할 필요가 있는 경우도 없지 않기 때문이다.

원론적인 차원에서는 주주는 물론 이사에 의한 계약도 그것을 막을 특별한 이유가 없는 한 그 취지가 실현될 수 있도록 수용하는 것이 바람직할 것이다. 계약의 내용이 이사가 장래 취할 행동에 관한 것이라 하더라도 그것을 권한의 제약이 아닌 권한의 행사란 관점에서 파악할 필요가 있다. 즉 장차 이사의 신인의무 이행을 방해하는 것으로 이해하기 보다는 계약 체결이 바로 거시적 관점에서 신인의무를 이행하는 과정의 행위라고 이해할 필요가 있다. 그렇게 해석한다고 해서 이사가 신인의무의 굴레에서 벗어나게 되는 것은 전혀 아니다. 이사의 행동은 이미 계약체결의 단계에서 신인의무의 구속을 받기 때문이다. 만약 계약체결 단계에서의 이사 행동이 회사와 주주 이익에 부합하는 것이었다면 나중에 그 계약을 이행하는 것이 신인의무와 충돌한다는 논리는 성립할 수 없다고 보아야할 것이다.

과거 우리나라에서는 이사의 일거수일투족(一擧手一投足)이 항상 신인의무의 구속을 받는다는 점이 그다지 의식되지 못했던 것이 사실이다. 그러나 일단 이사의 신인의무에 대한 인식이 확산되자 이제는 그 제약을 너무 과도하게 해석하는 경향이 있는 것 같다. 이 글의 테마인 업무집행계약은 바로 장래 이사의 권한행사를 제약하는 효과를 갖는 행위의 한 예에 불과하다. 주주가 업무집행계약을 체결하는 것이 신인의무 관점에서 허용될 수 있는 것인지 여부는 그런 행위의 편익과 비용을 행위 시점을 기준으로 판단하여 결정할 일이다. 그런 행위가 장차 이사의 행동반경을 제약하는 측면에만 주목하여 신인의무와의 충돌을 이유로 일괄적으로 무효로 보는 태도는 기계적이고도 경직적인 법해석이라고 할 것이다.

〈참고문헌〉

김건식/노혁준/천경훈, 회사법(제3판), 박영사, 2018
남기윤, "상법 제361조에서의 정관자치의 범위와 한계", [상사법연구] 제16권 제2호 (1997) 405면
노혁준, "주주인 이사에 대한 주주간 계약의 구속력", [외법논집] 제42권 제1호 (2018) 155면
박준/한민, 금융거래와 법, 박영사, 2018
송영복, "의결권의 행사 및 회사의 업무에 관한 주주간계약 - 폐쇄회사를 중심으로", 서울대학교 법학석사학위논문, 2010
이동건/류명현/이수균, "주주간계약의 실무상 쟁점", [BFL] 제67호(2014) 77면
이중기, "이사의 충실의무의 강행성 여부와 충실의무에 대한 사적 자치", [비교사법] 제22권 3호(2015) 1295면
정동윤, 상법(상)(6판), 법문사, 2012
천경훈, "주주간 계약의 실태와 법리: 투자촉진 수단으로서의 기능에 주목하여", [상사판례연구] 제26집 제3권(2013) 3면
江頭憲治郎, 株式會社法(제7판), 有斐閣, 2017
栗山德子, "アメリカ会社法における株主の合意 - 理事会の権限を制限する合意", [公開会社と閉鎖会社の法理] (石山卓磨＝上村達男 編) 商事法務, 1992
田邉眞敏, 株主間契約と定款自治の法理, 九州大学出版会, 2010
森田果, "株主間契約(1)", [法学協会雑誌] 제118권 제3호(2001)
_____, "株主間契約(2)", [法学協会雑誌] 제119권 제6호(2002)
_____, "株主間契約(3)", [法学協会雑誌] 제119권 제9호(2002)
_____, "株主間契約(4)", [法学協会雑誌] 제119권 제10호(2002)
_____, "株主間契約(5)", [法学協会雑誌] 제120권 제12호(2003)
_____, "株主間契約(6・完)", [法学協会雑誌] 제121권 제1호(2004)
山下友信/神田秀樹, 商法判例集(제7판), 有斐閣, 2017
John Armour, Luca Enriques et al., The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach (3rd edn.), Oxford University Press, 2017
Steven N. Bulloch, Shareholder Agreements in Closely Held Corporations: Is Sterilization an Issue?, 59 Temple Law Quarterly 61 (1986)
Henry N. Butler & Larry E. Ribstein, Opting Out of Fiduciary Duties: A Response to the Anti-Contractarians, 65 Washington Law Review 1 (1990)

Robert C. Clark, Corporate Law, Little, Brown & Company, 1986

Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholders Agreement Provisions, 65 Bus. Law. 1153 (2010)

Paul L. Davies and Sarah Worthington, Principles of Modern Company Law(10th ed.), Sweet & Maxwell, 2016

Christian Groß-Bölting, Gesellschaftervereinbarungen in der Aktiengesellschaft, Nomos, 2011

Holger Fleischer, Zur Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im deutschen, englischen und US-amerikanischen Aktienrecht, in: Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 2009, 137-155

Uwe Hüffer & Jens Koch, Aktiengesetz(11. Aufl.), C.H.Beck, 2014

Michael Klausner, The "Corporate Contract" Today, in Jefferey N. Gordon & Wolf-Georg Ringe eds., The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, Oxford, 2018, 84-104

Sebastian Mock et al. eds., International Handbook on Shareholders' Agreements, de Gruyter, 2018

F. Hodge O'Neal & Robert B. Thompson, O'Neal's Close Corporations(3rd ed.), Callaghan, 1989

Ulrich Noack, Satzungsergänzende Verträge der Gesellschaft mit ihren Gesellschaftern, NZG 2013, 281

Arthur R. Pinto, Protection of Close Corporation Minority Shareholders in the United States, 62 American Journal of Comparative Law Supplement 361 (2014)

투 고 일 : 2019년 2월 10일
심 사 일 : 2019년 2월 19일
수 정 일 : 2019년 2월 22일
게재확정일 : 2019년 2월 25일

주제어 : 주주간계약, 신인의무, 폐쇄회사, 프로큐어조항

〈Abstract〉

Shareholder Agreements Restraining the Power of the Board of Directors

Kon Sik Kim, Ph.D.

The subject of this paper is shareholder agreements intended to restrain the power of the board of directors ("the BOD agreements"). This paper purports to examine the BOD agreements from a comparative and theoretical perspective. In Korea, it is not in dispute that shareholder agreements in general are valid between the parties. The BOD agreement, however, seems to be viewed in a negative light by judges as well as commentators. Underlying this negative view on the BOD agreement exists the deep-rooted perception that the BOD agreement, restricting the room for board discretion, conflicts with the director's fiduciary duties. The purpose of this paper is to demonstrate that this perception is not acceptable not only from a comparative, but also from a theoretical perspective.

This paper proceeds as follows. Part II briefly discusses general shareholder agreements to the extent that is necessary for examining the BOD agreement. Parts III and IV provide a comparative analysis. Part III deals with the historical developments in the U.S., while Part IV covers Japanese law. Part V focuses on the court decisions and views of commentators in Korea. Based on the foregoing discussion, Part IV attempts to support the validity of the BOD agreement from a theoretical perspective.

The gist of the theoretical examination may be summarized as follows.

First, the BOD agreement does not necessarily conflicts with the fiduciary duties of directors.

Second, although the BOD agreement performs the function of restraining the room for director discretion, this should not necessarily render it void contractually. In practice, agreements purporting to control director discretion are widely entered

into.

Third, from the perspective of actual need in practice, the BOD agreement's validity should be accepted.

Fourth, recognizing the validity of the BOD agreement is in line with the trends in advanced jurisdictions such as US., Japan, Germany and UK.

Key Words : shareholder agreements, fiduciary duties, closely-held corporations, procure clause