합작투자회사의 소수주주 보호: 합작투자의 해소와 주식회사 해산판결청구권에 관한 소고

김태진 | 고려대학교 법학전문대학원 교수, 한국기업지배구조원 객원연구위원

I. 검토대상 및 범위의 설정

1. 서설: 회사의 제휴

인간이 사회적 동물이듯이, 인간의 필요에 의해 고안된 회사 역시 사회 안에서 여러 관계를 맺으면서 존재한다.

기업 간의 경쟁이 국내, 국외 모두 치열한 상황에 대처하기 위해, 회사 대 회사가 상호 협력하는 제휴관계는 불가피하다. 제휴계약은 복수의 회사가 일정한 사업목적을 공동으로 실현하기 위하여 계약에 의해 쌍방의 권리의무관계를 정하는 것이고,[1] 제휴관계의 모습은 느슨한 계약적 결합[2]으로부터 강한 자본적 결합까지 단계별로 다양한 형태로 나타난다. 그 중 기업간 제휴에 대한 강한 약속 내지는 헌신(commitment)을 보이기 위해 자본적 결합을 하는 경우가 많은데, 예컨대 공동으로 합작투자회사를 설립하거나 파트너회사의 소수지분을 취득하는 경우 등이 그러하다. 그리고 자본적 제휴를 하게 되면, 공동개발이나 생산위탁의 경우와 달리,[3] 합작투자회사나 파트너회사의 경

* 이 논문은 2018년 2월 22일 연세대학교 법학연구원과 비교상사법학회가 공동주최한 「기업환경의 변화와 회사법의 대응 – 松山 홍복기 교수 정년퇴임기념 학술세미나」의 제2주제 발표문을 본 저널의 취지에 맞추어 수정, 보완한 것입니다.

1) 内田義厚, 「現代企業法研究会 : 企業間提携契約の法的諸問題⑤企業間提携契約と継続的契約ーその特徴と相互関係に関する試論」, 判例タイムズ·No. 1267 (2008. 7. 1.), 19면.

2) 계약적 결합의 예로는 공동개발, 판매협력, 생산위탁 등을 생각해 볼 수 있는바, 구체적으로는 project or teaming agreement/joint venture(공동체 계약), Consortium (컨소시엄), research and development or other collaboration(제휴계약), risk and revenue sharing(이익 분배·손실분담계약), property development joint venture (부동산공동개발계약), strategic alliance (전략적 제휴계약) 등이 있다: 井原宏『国際事業提携—アライアンスのり—ガルリスクと戦略』(商事法務, ·2001); 이상의 내용은 奈良輝久, 「現代企業法研究会 : 企業間提携契約の法的諸問題⑰企業間提携契約における段階的撤退に関するー考察(上)ー段階的撤退条項の意義と限界」, 判例タイムズ No. 1332 (2010. 12. 1.), 24면에서 재인용.

영 상태나 경영방침이 당해 회사의 업적에도 반영되므로 그 경영에 불가피하게 관여할 수 밖에 없고 경영에 따르는 책임을 지게 된다.

한편 관련된 회사들이 애초에 기대했던 사업목적을 달성하고 이익을 얻기 위해서는 단발성 거래와 달리 상당 기간 인내를 가지고 기다려야 하므로, 거의 모든 제휴 관계는 일정 부분 계속성을 가진다. 그 중에서 특히 자본적 제휴는 미리 약정한 기간이 경과되면 사업목적이 달성되어 관계가 종료되는 경우를 전제하기보다는, 장기적으로 사업이 지속됨을 전제한다. 따라서 장기적으로 합작투자회사나 파트너회사가 성공하는 것이 당사회사의 경영상 이익이 된다. 합작투자회사를 설립하게 되면 그 합작투자회사의 종업원을 고용하고 고객이나 공급처 등 다양한 관계가 구축되며 그 합작투자회사가 소재한 지역경제를 지탱하는 사회의 일원이 되기 때문에 회사의 책임은 다양한 형태로 발생한다.[4)]

2. 합작투자 관련 근원적인 법적 문제 그리고 합작투자의 해소

합작투자회사를 둘러싼 법률관계는 회사법과 계약법이 교차하는 부분으로서, 특히 합작투자 당사자들 사이에 체결되는 주주간 계약(shareholders' agreement)의 효력과 관련해서 이미 학술적으로나, 실무적으로나 괄목할 만한 선행 연구물이 많이 있다(이에 주주간 계약의 구체적인 내용이나 비교법적 고찰은 이 글에서 굳이 반복하지 않고 생략하기로 한다).[5)]

이러한 연구결과물을 보면 주주간 계약에 대해 단순히 당사자들 사이에 채권적 효력보다 강한 효력을 인정하자는 입장이 더 다수임에도 불구하고, 여전히 많은 문헌들 안에서는 '현재의 통설'의 입장은 주주간 계약은 당사자 사이의 채권적 효력만 가질 뿐(이 경우에도 손해배상만 인정된다), 회사에 대한 구속력은 인정되지 않는다고 보는 것으로

3) 이 때에는 한정된 범위에서만 상호 관계를 맺은 것이라, 그 범위 안에서 성과가 나면 족할 뿐, 파트너의 경영 전반의 상태나 경영방침이 무엇인지는 크게 중요하지 않다: 安田洋史『競争環境における戦略的提携ーその理論と実践』(NTT出版, 2006), 84頁 以下: 이상의 내용은 奈良輝久, 앞의 논문(2010), 24면에서 재인용.

4) 따라서 합작투자회사에 출자한 주주들 사이에 회사경영방침상 이견이 발생했다는 이유만으로는 그리 간단하게 합작투자회사를 해산하고 제휴관계를 해소시켜서는 안된다. 쌍방은 관계가 유지될 수 있도록 노력하여야 하며 그러한 의미에서 관계유지에 대한 약속 내지는 헌신이 요구된다(安田洋史, 앞의 책 84頁: 奈良輝久, 앞의 논문(2010), 24면에서 재인용).

5) 예컨대 2000년대 이후 문헌만 보더라도, 곽관훈, "벤처기업에 있어서의 주주간 계약 : 의결권 구속계약을 중심으로", 상사법연구 제22권 제1호 (2003); 진홍기, "주주들간 계약의 내용과 효력에 관한 연구 : 영미를 중심으로 우리나라와 비교법적 관점에서", 상사법연구 제26권 제4호 (2008); 권오성, "주주간 계약의 효력에 관한 연구", 홍익법학 제10권 제3호 (2009); 염미경, "계약에 의한 주식양도제한의 효력", 경영법률 제19권 제3호 (2009); 이해진, "회사형 조인트벤처에서 소수지분 당사자 보호 – 계약법상의 보호방안을 중심으로 – " 고려법학 제67호, 고려대학교 법학연구원 (2012) ; 문호준, "합작 계약의 주요 쟁점 : 최근의 회사법 개정 사항을 중심으로", 국제거래법연구 제21집 제1호 (2012); 천경훈, "주주간 계약의 실태와 법리 : 투자촉진 수단으로서의 기능에 주목하여", 상사판례연구 제26집 제3권 (2013); 김지환, "주주간 계약과 정관자치법리에 관한 연구", 상사판례연구 제26집 제3권 (2013); 이동건·류명현·이수균, "주주간계약의 실무상 쟁점 : 작성시 주의사항을 중심으로", BFL 제67호 (2014) 등이 있다.

소개하고 있다.[6] 한편 주주간 계약은 계약 당사자 사이의 채권적인 계약으로서는 유효하다고 해석하는 것이 오랫동안 실무의 지배적인 견해로 인식되어 왔다.[7] 이처럼 주주간합의가 당사자들 사이에 채권적인 효력이 있다는 데에는 이견이 없어 보인다.[8]

과거 대법원은 주주간의 주식양도제한약정이 주주들 사이에서도 효력이 없는 것처럼 판시한 적도 있으나[9] 대체로 판례 역시 주주간 합의는 그 합의의 내용이 다른 주주의 권리를 해하거나 기타 불공정한 내용이 아니라면 당사자 사이에는 이러한 합의가 유효하다고 보고 있다.[10]

그러나 예컨대 의결권구속계약에 따라 의결권을 행사하도록 하는 가처분을 인용할 것인지, 즉 주주간 약정의 회사에 대한 효력까지도 인정[11]할 것인지 여부에 대해서는 아직 입장이 명확하지 않다.

이에 실무에서는 주주간 합의에 위반한 경우 당사자 사이의 채권적 효력을 발생시킴과는 별도로, 이것이 회사법상 유효한 것인지 논란이 있고 회사법상으로는 강제할 수 없을 경우에 대비한 자구책으로서 손해배상액 예정을 정하고 있다. 즉 주주의 주식양도를 제한하는 내용의 약정을 한 경우 이에 위반하여 주주가 주식을 양도하더라도 회사법상 그 양도의 효력까지 직접 부정되는 것은 아니므로, 통상 합작계약에서는 주식양도에 이사회 승인을 요한다는 점을 정관에 규정하도록 하는 것 이외에 주식양도제한 규정의 위반을 중대한 계약 위반(material breach) 사유로 규정하고 이를 위반한 경우 비교적 거액의 손해배상액 예정(liquidated damages)을 규정함으로써 상대방을 심리적으로 강제하는 방법을 많이 이용하고 있다.[12]

합작투자회사를 설립하거나 일부 주주가 지분참여한 경우 치열하게 협상을 거쳐 합의한 내용들이 전혀 회사를 구속하지 않고 회사법상 아무런 효력이 없는 내용으로 취급되는 이상(당사자만을 구속하는 채권적 효력만 있다면), 설령 이러한 주주간 합의를 위반한 경우 - 심지어 일방 당사자가 합작투자회사 운영에 전횡을 휘두르는 경우 - 그

6) 이 점을 날카롭게 지적한 글로서, 송옥렬, "주주간계약의 회사에 대한 효력", 한국경영법률학회 춘계학술대회 발표논문 (未公刊), 2017., 1-2면. 이 글에서는 당해 연구가 '통설이 어디에 존재하는지에 대한 의문'으로부터 출발한 것임을 밝히고 있다.

7) 이재홍, "합작투자계약에 있어서 주주간 약정의 효력", 재판자료 제38집, 법원행정처, 1987, 464면.

8) 문호준, 앞의 논문, 31면.

9) 대법원 2000. 9. 226. 선고 99다48429 판결(이른바 신세기통신 사건).

10) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다14193 판결; 대법원 2013. 5. 9. 선고 2013다7608판결, 서울중앙지방법원 2013. 7. 8.자 2012카합1487 결정 등.

11) 부정한 입장으로 서울중앙지방법원 2008. 2. 25.자 2007카합2556 결정. 긍정한 견해로는 서울중앙지방법원 2011. 11. 24.자 2011카합2785 결정, 서울중앙지방법원 12013. 7. 8.자 2012카합1487 결정 등. 관련 판결 및 상세한 분석은 이동건 등 3인, 앞의 논문, 80-84면 참조.

12) 문호준, 논문, 31면.

위반의 경중 여부를 불문하고 위반 당사자는 상대방(비위반 당사자)에게 사후적으로 손해배상만 하면 된다는 식으로 결말짓게 된다. 현실적으로 주주간 계약이 소수주주로 하여금 간접적인 경영 참여를 보장해 줌으로써 합작투자회사의 설립이나 벤처캐피탈 투자 등 사회적으로 바람직한 투자를 유인하는 역할을 수행하는데,[13] 이러한 결론은 지분 참여를 희망하는 투자자의 의지를 반감시켜 사전적으로 이러한 투자가 이루어지기 어려워진다는 문제가 생긴다.[14]

그 뿐만 아니라 회사가 관련된 많은 사안들이 적시에 의무가 이행될 것이 매우 중요하고 사후적인 손해배상은 무의미한 경우가 많아, 계약을 위반한 자에게 나중에 돈으로 때우면 된다는 식의 여지를 열어두게 되면(일종의 면죄부를 허용하는 셈이다) 이는 당사자의 기회주의적 행동을 야기하고 애초에 계약의 효율성의 측면에서 당사자들이 애초에 설계한 계약 구조에도 반하는 문제점이 생긴다.

이 글에서는 먼저 장기에 걸쳐 관계를 지속적으로 유지할 수 밖에 없는 합작투자관계의 특성을 고려하여 주주간 합의의 의미를 파악할 때 종래의 계약 해석원리에 이러한 당사자들의 관계적 요소 등을 보태어 고려한 수정해석이 불가피하다는 데에 대해 그 필요성과 이론적 배경을 원론적 차원에서 살펴보고자 한다. 그리고 각론적 쟁점으로서, 합작해소의 국면에서 이러한 수정 해석론과 회사법의 구체적인 강행규정이 문제될 때 어떻게 해결하면 좋을지를 상법상 해산판결청구권을 중심으로 검토한다.

Ⅱ. 합작투자관계의 특수성 고려의 필요성 및 그 이론적 근거

1. 논의의 배경

교섭력을 가진 회사들이 수평적인 관계에서 대등하게 계약을 체결하였으나 그 후 당해 계약을 둘러싼 분쟁이 발생한 경우에는 당해 계약에 반영된 구체적인 개별 조항의 내용과 동 내용을 통해 달성하고자 하는 계약 목적이 일차적인 해석기준이 되어야 한다. 그러나 합작투자의 경우처럼 상호 협력관계, 공생관계가 있는 당사자들 사이의 계약이라면 쌍방의 관계적 요소까지 고려되어야 한다고 본다.

특히 M&A거래라 하더라도 장기적으로 상호 협력관계가 지속될 필요가 있는 합작투자의 경우는 더욱 그러하다. 그러한 취지에 대한 상세한 것은 아래 인용한 글로 대신하

13) 곽관훈, 앞의 논문, 333-334면; 천경훈, 앞의 논문 10-11면; 이동건 등 3인, 앞의 논문, 77면 등.
14) 송옥렬, 앞의 논문, 3면.

고자 한다.

"… (생략) M&A 계약의 경우 대개 당사자는 사전적 효율성을 추구하므로 계약의 내용이 매우 상세하므로 대개 사후적인 효율성을 달성하기 위한 재협상 내지는 재검토의 모습 역시 계약서의 문언에 따를 때에 잘 달성될 수 있다.

그러나 앞서 본 바와 같이 계약서에 명시적 문언이 없으면, 어떠한 당사자의 의사도 추단될 수 없다는 지극히 형식적인 논리로 흐르는 것은 경계할 필요가 있다.

단발성으로 종결되는 M&A 거래가 아니라, 일정 기간 동안 지속적으로 회사를 공동경영하기 위하여, 또는 전략적인 투자를 유치하기 위하여 체결되는 주식양도거래에서는 향후 주주들 사이에 장기적인 협력 관계를 설정하기 위해 회사 경영에 관한 별도의 합의(주주간계약)를 수반하는 경우도 많다. 이러한 장기적인 협력 관계 내지는 동반자적인 관계에서 M&A 계약 위반이 문제될 경우에는 당사자인 주주들 사이의 관계적 요소나 달성하고자 하는 계약상 목적 등 전반적인 사정까지도 고려될 필요가 있다.

당사자들은 당사자들의 의사를 최대한 계약서에 담으려고 노력하지만, 시간적 한계나 문언이 가진 한계 또는 당시 협상의 상황을 고려하여 구체적인 문언이 아니라 합의의 대전제인 원칙이나 목표, 추구해야 할 가치만을 규정하는 경우도 많다.

그 경우 계약서에 구체적 문언이 없다는 이유로 행간에 숨은 당사자들의 의도와 의사가 무시되어서는 아니된다. 이 경우 법원은 계약이 체결된 경위와 계약이 달성하고자 하는 목적 등을 고려하여 계약서 문언의 행간에 담겨 있는 당사자들의 의도와 계약 내용의 취지를 적극적으로 고려하여 계약서를 합리적으로 해석해야 할 것이다. 위에서 필자가 경계하는 것은 그러한 당사자의 의사를 적극적으로 탐색하지 않고 섣불리 일반 법규범을 적용하여 판단하는 경우임을 강조하고 싶다. M&A 계약서상 명시적인 속박이 없는 만큼 계약 당사자로서도 사후적인 효율성을 달성하기 위한 재협상 내지는 법원의 판단에 맡기는 재검토가 필요하다는 점은 충분히 인식하고 있겠으나 이러한 형태에서는 당사자들 내지는 M&A의 대상목적물과의 관계적인 요소와 달성하고자 하는 계약상 목적 등이 보다 진지하게 고려되어야 하고, 나아가 사후적으로 계약 이익의 공평한 분배가 무엇인지를 추구함으로써 계약의 효율성 내지는 공정성이 달성될 수 있을 것이다.(각주 생략);(이하 내용생략)[15]"

15) 김태진, "M&A 계약 위반과 손해 – 손해액 산정과 민사소송법 제202조의 2 활용 여부 –," 외법논집 제42권 제1호 [42]면 참조.

2. 이론적 배경

(1) 조직적 계약론

시장에서의 분업화, 전문화가 진전됨에 따라 발생하는, 다른 용도로 전용할 수 없는, 특수한 비대체적인 재화가 거래 대상인 경우에는 합리적인 거래당사자는 그 합리적 계산결과로서 계속적 계약을 선택하게 된다.[16] 이 때 계속적 계약을 단지 시간적 측면만으로 이해할 것이 아니라, 법기술적 의미를 부여할 수 있는 재구성 작업이 필요하다는 문제의식을 가지고, 시장과 조직의 관점에서 계속적 계약을 시장형 계약과 조직형 계약으로 구분하는 견해이다.[17]

시장형 계약의 경우 당사자의 자유로운 합의를 기준으로 권리의무관계가 판단되어야 하는 데 비해, 조직형 계약은 '조직원리'를 염두에 둔 해석을 해야 한다고 본다.[18] 예컨대 조직형 계약에서는 계약기간이 정해져 있다면 그 기간 중에는 마치 상법이 거래안전과 더불어 기업의 존속유지를 추구하듯이 그 계약의 존속이 요구되며, 기간이 정해져 있지 않는 경우에도 적어도 합리적인 기간 동안에는 유지된다는 점에 입각한 해석이 요구된다고 본다.

따라서 조직원리에 비추어 ① 계약서가 존재할 때 그 계약서 내의 개별 조항들을 각각 절연시켜 해석하는 것이 아니라 종합적으로 해석할 것, ② 계약서 이외에도 명시적, 묵시적 합의나 거래관행 등까지도 당해 합의의 내용이 되어 있다고 보아야 하는바, 해석시에도 이러한 계약서 이외의 요소까지 전부 조사하여 고려할 것, ③ 계약의 명칭이 아니라 내용을 실질적으로 해석해야 할 것 등이 요구된다.[19] 그리고 이러한 조직적 계약을 해석함에 있어 조직원리의 근본적 성질에 관련된 의무 불이행은 그것만으로 즉시 당사자 일방에게 계약 해약권을 발생시킨다고 볼 수 있다.[20] 이러한 조직원리의 근본적 성질에 관련된 의무 위반의 예로서, ㉠ 당사자 지위의 동일성 유지의무(제3자에 대한 양도금지의무) 위반, ㉡ 상품 공급의무, 독점판매권부여의무, 정보·노우하우 등 제공의무 또는 실시허락의무, 설계도·금형·기계설비의 제공의무, 종업원에 대한 훈련·조언의무, 영업전념의무, 비밀유지의무, 경업금지의무 등을 열거할 수 있다.[21]

16) 平井宜雄,「いわゆる継続的契約に関する一考察一『組織と市場』の法理論の観点から」星野古稀『日本民法学の形成と課題(下)』(有斐閣,·1996), 707頁: 内田義厚, 앞의 논문, 21면에서 재인용.

17) 平井宜雄, 앞의 논문, 705頁: 内田義厚, 앞의 논문, 21면에서 재인용.

18) 平井宜雄, 앞의 논문, 717頁: 内田義厚, 앞의 논문, 21면에서 재인용.

19) 内田義厚, 앞의 논문, 21면.

20) 内田義厚, 앞의 논문, 21-22면.

21) 平井宜雄, 앞의 논문, 718頁: 内田義厚, 앞의 논문, 22면(각주 14)에서 재인용.

(2) 관계적 계약론

독립적이고 대등한 당사자들이 협상의 결과 도달한 합의에 의해 계약 내용이 결정되는 계약관을 근대적(고전적) 계약모델이라고 한다면, 이러한 계약 모델은 사회의 커다란 구조적 변화 속에서 이미 한계에 이르렀음을 전제하면서 이러한 변화를 정당화할 수 있는 새로운 계약의 형태인 계속적 계약에서는 법적 판단 구조나 소송구조를 고려한 법사회 이론이 필요하다고 주장하는 견해이다.[22]

관련해서 장기의, 계속적 계약의 특징을 다음과 같이 분석하고 있다.[23]

① 계약체결시의 한정된 합리성: 계약 체결시에는 정보의 불완비성으로 인해 장래 예측이 불완전할 수 밖에 없고, 당사자는 항상 경제적으로 합리적인 행동을 한다는 전제는 실제 상황에 적합하지 않음.
② 장기계약이 가지는 특이성: 전형적인 시장거래와는 다른 비대체적 거래에서는 당사자가 당해 거래로부터 철수하는 것이 매우 곤란함.
③ 거래특수적 투자의 존재: 당사자 일장이 당해 거래에서만 의미가 있는 대규모 선행투자를 행하고 이를 회수하기 위해서는 거래의 어느 정도 지속될 것이 불가결함.
④ 기회주의적 행동의 억제: 달리 선택지가 없는 상대방의 약점을 악용하여 일방당사자가 자기이익을 확대하는 행위

이러한 특징을 가진 계속적 거래에서 계약은 분쟁당사자가 납득할 수 있는 해결을 도출하기 위하여 이루어지는 것이고, 여기서 납득한다는 의미는 궁극적으로 '공동체'의 도덕적 직관을 뜻한다고 본다.[24] 따라서 소비자거래부터 기업간 거래까지 아우르는 많은 계속적인 거래 형태는 언어화되지 않은 다양한 이해, 양해, 규범을 전제로 성립되고, 그러한 규범의식을 공유하는 집단을 위에서 말하는 '공동체'라고 할 수 있는바, 공동체 내에서 공유되는, 구체화되고 나아가 법원리로서 명제화된 규범(이를 '내재적 규범'이라 한다)에 터잡아 현대적 의미의 계약을 이해해야 한다.[25]

그러므로 계약상 의무의 근거를 당사자의 의사에서 찾는 것이 아니라 당사자가 형성한 관계 속에서 추구하며, 신의칙을 매개로 그러한 관계에 내재된 규범을 파악하여 그

22) 内田貴,『契約の時代ー日本社会と契約』(岩波書店,·2000), 138頁; 内田義厚, 앞의 논문, 22면에서 재인용.
23) 奈良輝久, 「現代企業法研究会：企業間提携契約の法的諸問題⑩企業間提携契約の更新条項に関する若干の考察」, 判例タイムズ No. 1293 (2009. 6. 1.), 39면.
24) 内田貴, 앞의 책, 152-154頁;·内田義厚, 앞의 논문 22면에서 재인용.
25) 内田貴, 앞의 책, 156頁;·内田義厚, 앞의 논문 22면에서 재인용.

에 근거해서 사건을 해결하는 것이 공동체가 합리적으로 공감 내지는 납득을 얻어 정당화된다고 본다.[26]

따라서 현대적 계약모델에서는 계약 체결시의 의사가 아니라 계약관계의 진전과 함께 발전하는 당사자 간의 관계 또는 내재적 규범으로부터 다양한 의무, 계약의 계속성, 유연성을 확보하기 위한 의무가 발생한다고 보는바, 바로 이러한 것을 지칭하는 것이 관계적 계약론이며,[27] 해석상 지도 원리는 우선 내재적 규범으로서의 관계를 유지, 지속시키는 계속성의 관점과 관계의 유지가 가능하도록 계약에 유연성을 부여하는 유연성의 관점을 들고 있다.[28]

즉 근대적 계약모델이 경제의 보조시스템(sub system)으로서 당사자의 계약의사를 중시했다면, 관계적 계약론에서는 근대적 계약모델과 더불어 계약체결시의 의사보다 계약체결 및 그 후의 진행과정(process)에 중점을 두어야 하는 관계적 계약이 병존하고 있음을 인정한다.[29] 관계적 계약의 경우 그 계약관계를 해석함에 있어 배후에 있는 사회관계를 중시하고 그 사회관계 속에 존재하는 규범에 법적 의미를 부여하게 되므로 당사자의 권리의무관계는 당해 계약의 존속 중 형성되는 다양한 사회적 관계를 기초로 이루어지고 유연하게 형성되는바, 법관은 이러한 관계적 계약의 분쟁사건의 경우 그 배후의 배경까지도 상세하게 분석하여 당사자가 속한 사회의 규범의식을 공감하고자 노력하는 중재자가 되어 사건해결에 임해야 하며, 이와 같은 후견적인 역할에 적극적으로 임해야 한다고 지적하고 있다.[30]

당사자 사이의 규범의식에 착목하여 그 형태를 세 유형으로 나누어 보면 (i) 장기에 걸쳐 계약이 존속하더라도 당사자 사이에 계약을 계속하여야 한다는 규범이 작동하지 않고 거래관계의 이득이 없으면 관계를 용이하게 해소할 수 있는, '시장형 계속적 거래'(단순한 물품구매의 형태); (ii) 관계를 유지하는 것 자체가 규범적인 의미가 있어 거래관계의 이득이 없다고 하여 용이하게 해소하기 어려운 형태의, 이른바 공생하는 '조직형 계속적 거래'(예컨대 자동차 제조사와 부품하청업체 또는 자동차 판매회사와 같이 수직적 거래); (iii) 컴퓨터 네트워크를 이용하는 거래형태로서, 조직적 결합이 가장 강한 '네트워크형 계속적 거래'(전략적 제휴 등 대등한 기업간 수평적 거래) 등이 있다.[31]

---

26) 奈良輝久, 「現代企業法研究会 : 企業間提携契約の法的諸問題⑩企業間提携契約の更新条項に関する若干の考察」, 判例タイムズ No. 1293 (2009. 6. 1.), 39면.

27) 内田義厚, 앞의 논문 22면.

28) 奈良輝久, 「現代企業法研究会 : 企業間提携契約の法的諸問題⑩企業間提携契約の更新条項に関する若干の考察」, 判例タイムズ No. 1293, 2009. 6. 1., 39면.

29) 内田義厚, 앞의 논문 22면.

30) 内田貴, 앞의 책, 160頁;·内田義厚, 앞의 논문 22면에서 재인용.

그러나 (iii)의 거래는 대등한 기업들 사이에 수평적으로 이루어지는 거래이므로, 만약 관계를 해소할 때에 수직적 관계인 (ii)의 경우에 비해 거래 상대방 보호의 필요성은 감소된다고 볼 수 있다.[32]

3. 소결

종래의 전통적인 계약 이론이 과도하게 형식적이고 경직된 것이라면, 조직적 계약이론이나 관계적 계약이론은 계속적인 계약에 관한 분쟁 해결을 위해 조직형 계약을 둘러싼 분쟁에서 계약 내용 및 실질을 고려하여 해석해야 한다는 방향성을 제기하였고(특히 조직적 계약이론), 나아가 계약체결 전에 당사자가 어떠한 의사로 어떠한 목적을 가지고 협상하였는지, 또 계약 체결시 쌍방의 의사는 무엇이었는지 여부가 계약 내용을 해석하고 해소사유의 존부를 판단하는 데에 있어 중요하다는 점을 환기하였다는 데에 의의가 있다.[33]

전통적 계약 모델을 판단의 1차적 기초로 삼되, 이러한 조직적 계약이론과 관계적 계약이론이 제시한 의미를 고려하여 관련 분쟁에서 당사자 의사의 가치뿐 아니라, 그 배후에 존재하는 가치들 사이에 존재하는 긴장관계를 명확히 파악하여 보다 조화로운 해석을 할 필요가 있다.

Ⅲ. 합작투자(주주간 계약) 해소의 기본 구조

1. 합작투자 해소와 계약의 사전 편입상의 어려움

합작투자관계는 합작투자 당사회사들의 입장과 합작투자회사 자체의 입장 속에서 합자투자회사와 주주인 각 합작투자 당사회사와의 관계와 이들 주주들 사이의 관계 등 다면적인 관계가 시간의 흐름 속에서 변화해 가기 때문에 기본적으로 불안정할 수 밖에 없는 숙명을 지닌다.[34] 예컨대 공동사업자의 관점에서 볼 때, 상대방이 합작투자회사와 동종 영업을 목적으로 하고 있다면 상대방의 사업과 합작투자회사의 사업이 경업관계

31) 内田義厚, 앞의 논문 22-23면.

32) 内田義厚, 앞의 논문 26면.

33) 内田義厚, 앞의 논문 23면.

34) ジョイント・ベンチャー研究会編著(代表/金丸和弘・棚橋元・奈良輝久・清水建成),『ジョイント・ベンチャー契約の実務と理論ー会社法制の改正を踏まえて』(判例タイムズ社, 2007), [V.合弁契約の終了 : 奈良輝久・집필부분] 171면.

에 있거나 일방 당사자가 물품을 공급하거나 제품의 판매자로서 합작투자회사와 거래관계에 있게 되면 합작투자회사와 이익충돌의 문제가 생길 수 있고, 그 밖에도 합작투자회사의 경영을 주로 담당한 공동사업자가 전횡을 휘두르거나 예정된 사업목적의 방향과 달리 합작투자회사를 운영하는 등 경영 방침상 주주들 사이의 이견이 발생할 수도 있다.

합작투자계약(주주간 계약 포함)은 발생가능한 이익충돌의 문제에 대비해야 하여 상호 협조라는 큰 틀 안에서 적절히 상대방을 감시, 통제하면서, 동시에 당사자들이 서로 협력하는 인센티브가 손상되지 않도록, 상호 지분(equity)의 분배 구조와 경영권을 양보한 상대방의 거부권을 적절한 수준으로, 다시 말하면 당사자들의 불안이나 리스크를 최적 수준으로 배분하는 방식으로 설계된다.[35]

이론적으로는 합작투자계약(내지는 주주간 계약)에서 합작투자관계의 해소사유를 전부 망라하여야 하겠으나, 현실적으로 당사자들이 이제 막 새로운 비즈니스관계를 형성하면서 합작투자회사를 설립하려는 시점에 향후 이 관계가 파국을 맞이하게 되어 합작투자를 해소할 것에 대비한 내용까지 상세하게 규정하는 데에 당사자들이 심적으로 주저하게 되고 또 저항감 또한 느낄 수도 있어, 다른 조항에 비해 상세하게 규정되지 않는 경향이 있다. 또 합작투자의 특성상 주주들이 합작투자 당사자 또는 소수로 한정되고, 합작투자회사의 조직이나 운영이 주주간 계약에 의하여 이루어지는 것이 일반적이므로 통상 폐쇄회사의 형태로 운영된다는 점[36]을 고려할 때 투자를 용이하게 회수할 수 있는 것도 아니다.

그러나 합작투자의 해소가 논의되는 시점까지 다다르게 되면 당사자들의 이해관계(경제적 이해관계 뿐 아니라 때로는 감정적 이해관계까지도)가 첨예하게 대립하기 때문에 계약 체결 전에 합작투자의 해소를 염두에 두고, 다양한 조치와 더불어 분쟁가능성을 최소화하기 위해서는 절차까지도 상세하게 계약의 기본구조 안에 미리 포함시켜 둘 필요성이 매우 크다.[37] 물론 재협상을 하거나 법원의 판단을 받는 방안을 고려할 수도 있겠다. 합작투자를 해소하고자 할 때 현실적으로는 당사자들은 먼저 재협상을 통해 문제가 된 사안이 원만하게 해결되기를 바란다. 그러나 거듭된 협상이 불발되면 결국 계약상 합작투자해소에 관한 규정에 의거할 수밖에 없고 사안에 따라 중재나 소송으로 진행된다.[38]

35) 조인트벤처연구회 편저, 앞의 책, 172면.

36) 김병태, 논문, 189면.

37) 같은 취지로 이동건 등 3인, 앞의 논문, 93면.

38) 중재로 진행된 구체적인 분쟁사례를 분석한 문헌으로는 정교화, “합작해소의 다양한 유형과 국제중재를 통한 분쟁해결” 국제거래법연구 제21집 제1호, 국제거래법학회, 2012.

2. 특히 교착상태로 인한 합작투자 해소

합작투자의 해소원인으로는 합작투자관계의 목적과 관련하여, ① 공동사업의 목적 달성(사업목적 종료), ② 공동사업의 목적 불달성, ③ 공동사업의 목적의 변경, ④ 공동사업자의 목적·경영전략의 변경 등의 사유가 있고, 그 밖에 ⑤ 공동사업을 통해 도달하고자 하는 목표 미달, ⑥ 공동사업자의 지배권 변동(change of control), ⑦ 공동사업경영의 교착상태(deadlock)[39]의 현출, ⑧ 중대한 계약위반, ⑨ 현저한 신용불안 등의 사유를 생각해 볼 수 있다.

특히 교착상태란 주주총회나 이사회에서 합작투자계약 당사자나 주주간 계약의 당사자들이 의견이 대립하여 회사가 의사결정을 하지 못하고 대립하는 상태를 의미하는데,[40] 당사자들의 주식비율이 동등하여(50:50) 주주총회에서 서로의 의견이 대립하게 되면 어떠한 안건도 통과하지 못하게 되는 상황이나, 합작투자관계에서 소수주주가 계약상 정해 둔 일정 사항에 대해 거부권이 있고 그 거부권을 반복하여 행사하고 있어 회사가 전혀 의사결정을 하지 못한 채 지체되는 상황 등이 그러하다.

교착상태를 해소하는 방안으로는 주주관계를 유지하면서 계약에서 정해진 절차 또는 회사법상 소수주주권의 행사를 통해 해결하는 방안도 있겠으나,[41] 그래도 해결되지 않는다면 궁극적으로 합작투자관계 자체를 해소하는 방법 밖에 없다(실제로 합작투자계약에서 이러한 교착상태의 경우 합작투자관계를 종료한다는 취지의 규정을 두는 예는 많다). 물론 해결하지 않는 한 합작투자사업 자체가 종료되어 버린다는 극단적인 결론이 주는 스트레스로 인해 당사자들은 불행한 결말을 막기 위해 최대한 교착상태를 해결하려고 노력하겠지만 말이다.

그리고 합작투자관계를 해소하는 기술적인 방법으로서 일반적인 것은 일방 당사자의 지분을 이전하거나 합작투자회사를 해산하는 방법이 있다. 합작회사가 지속적으로 영업손실을 낼 것으로 예상되는 경우처럼 회사를 계속 존속시킬 때의 기업가치가 해산 및 청산으로 분배될 회사의 가치보다 더 적다면 차라리 합작회사를 해산하여 남은 자산을 분배하는 방법이 합작투자자 상호에게 더 이익이 될 수도 있다.

지분을 매도/매수하는 방법과 관련해서는 - 합작투자계약(주주간 계약)에서 늘 등장하는 쟁점인 - 주식의 양도와 관련된 주주간 합의를 법률상 강제할 수 있는지 여부에

39) 이를 두고 병목 현상이라 하기도 한다: 권기범, 현대회사법론 (제6판) (삼영사, 2015), 267면 등.

40) 이동건 등 3인, 앞의 논문, 91면.

41) 이동건 등 3인, 앞의 논문 92-93면에서는 주주관계를 유지하는 방안으로서, 캐스팅보트를 의장에서 부여하는 방안, 추가 이사를 지명하는 방안, 스윙맨 이사(중립적인 이사)를 선임하는 방안, 고위 임원 간 협의 등의 방안을 상세히 설명하고 있다.

대해서 그 동안 많은 논의가 있어 왔다. 당사자들의 합의를 어느 정도 유효하게 인정할 것인지 회사법의 규범이 강행규정인지 등 회사법의 참 모습을 어떻게 이해해야 할지 원초적인 질문부터 고민하게 만드는 쟁점이라 할 수 있다. 주식양도를 통한 합작투자의 해소는 러시안룰렛, 텍사스 슈트아웃, 콜옵션, 풋옵션, 태그어롱, 드래그어롱 등 다양한 영문 명칭만큼이나 구조나 내용면에서 다양한 변형사례가 존재하는바 상세한 설명은 생략한다.[42]

물론 자본적 결합의 합작투자를 해소하는 것도 단계를 밟아 차근차근 진행할 수도 있다. 이를 '단계적 철수'라고도 할 수 있는데, 합작투자회사를 설립하여 공동으로 운영하는 매우 강한 자본적 결합 단계에서, 주주 간 지분의 양도 등을 통해 자본적 결합의 강도를 약화시키는 쪽으로 조정하거나, 자본적 결합 대신 계약적 결합으로 선회하는 방안 등을 고려할 수 있다.[43] 회사의 기업지배구조의 측면에서는 단계적 철수는 곧 주식(지분)의 단계적 양도라 할 수 있다. 1단계가 회사의 중요한 경영사항(특별결의사항)에 대한 거부권을 행사할 수 있는 정도의 지분 비율을 소유하는 것이라면, 2단계는 경영에 관여하는 정도를 줄여서 법률상의 거부권을 행사할 수 없을 정도로 지분비율을 감소시키는 것이고, 마지막 단계에서 소유주식 전량을 매도하는 것이다.[44] 계약적 제휴관계에서도 단계적 철수가 가능한데, 예컨대 사업제휴로 인해 상호의존상태에 있어 계약 갱신 협상이 교착상태에 빠지게 되어 결국 갱신되지 못한 채 계약이 즉시 종료되면 사업상 어려움이 발생할 수 있으므로, Fade out 조항 내지는 Phase out 조항과 같은 완충적인 조항을 두는 경우가 있다. Fade out 조항이란, 예컨대 일방 당사자 또는 합작투자회사가 소비자에게 판매하고 있는 제품이 상대방 당사자의 부품이나 기술에 의존하여 제작되고 있는 경우 계약 종료 즉시 대체부품 등을 준비할 수 없는 경우 등 갱신거절 조항과 함께 그 상대방으로 하여금 부품이나 기술을 일정 기간 계속하여 공급할 의무를 확보하는 조항이다.[45]

이제 남는 것은 합작투자회사를 해산하는 방법이다. 상법상 주식회사의 해산 국면에서도 필자는 합작투자의 특수성을 고려한 관계적 요소가 반영되어야 한다고 생각하는바, 현행 상법의 규정과 어떻게 조화로운 해석이 가능한지 아래에서 살펴본다.

42) 이동건 등 3인, 앞의 논문 등 참조.

43) 이러한 단계적 철수를 위한 구체적인 내용은, 奈良輝久,「現代企業法研究会：企業間提携契約の法的諸問題⑱企業間提携契約における段階的撤退に関する一考察(下)一段階的撤退条項の意義と限界」, 判例タイムズ No. 1334 (2011. 1. 1.), 21-27면 참조.

44) 奈良輝久, 앞의 논문(2011), 19면.

45) 상세한 내용은, 奈良輝久,「現代企業法研究会：企業間提携契約の法的諸問題⑩企業間提携契約の更新条項に関する若干の考察」, 判例タイムズ No. 1293 (2009. 6. 1.) 참조.

Ⅳ. 합작투자회사에 대한 해산판결청구권

1. 해산판결청구권의 개관

합작투자 및 관련 계약은 기본적으로 민·상법의 영역이지만 합작투자에 의하여 설립된 합작투자회사는 상법상의 법인이므로 국내 회사로서 상법의 회사 편 및 기타 관련 규정의 적용을 받는다.[46] 합작투자회사의 대부분이 주식회사 형태라는 점을 감안하여 주식회사의 해산을 먼저 살펴보면, 주식회사의 경우 존립기간의 정함이 있으면 그 기간의 만료 기타 정관으로 정한 사유가 발생하면 해산한다(상법 제517조 제1호; 제227조 제1호). 나아가 그러한 정함이 없더라도 주주총회의 특별결의가 있으면 해산이 가능하다(상법 제517조 제2호, 제518조).

그 밖에 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사의 해산을 법원에 청구할 수 있는 제도가 있는바, 이러한 해산판결제도는 공익적 견지에서 인정되는 해산명령제도(상법 제176조)와 달리, 주로 사원의 이익을 보호하기 위한 제도로서, 지분 처분의 기회가 보장되는 공개회사보다 그 기회가 거의 없는 폐쇄회사에서 그 존재가치가 더욱 인정된다.[47]

2. 소수주주의 해산판결 청구와 합작투자 해소

(1) 상법 제520조의 의의 및 요건

상법상 소수주주의 해산판결청구 요건을 보면 비교적 구체적인 요건을 정하고 있는데, ① 회사의 업무가 현저한 정돈상태를 계속하여 회복할 수 없는 손해가 생겼거나 생길 염려가 있는 때 또는 ② 회사재산의 관리 또는 처분의 실당으로 인하여 회사의 존립을 위태롭게 한 때와 같은 경우에 부득이한 사유가 있는 때에는 발행주식총수의 100분의 10 이상에 해당하는 주식을 가진 주주의 신청에 의하여 법원은 해산판결을 내릴 수 있다(상법 제520조).

이와 관련하여, 법문상 위 ① 또는 ②의 요건 중 하나가 충족되더라도 항상 하는 것은

46) 국제합작투자에 대해서는 세제혜택으르 법에서 규정한 경우도 많다. 예컨대 외국인투자촉진법상 외국인투자를 받은 합작기업에 대한 세제상 혜택이나, 각종 경제구역, 제주국제도시 등 종전에도 '자유무역지역의 지정 및 운영에 관한 법률', '경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법,' '경제자유구역 및 제주국제자유도시의외국교육기관 설립, 운영에 관한 특별법' 등 각종 특별법이나 경상남도 조례 (경상남도 기업 및 투자유치 등에 관한 조례와 시행규칙, 1999) 건과 같이 합작투자에 대한 다양한 세제혜택이 있다. 이러한 국제합작투자는 국제계약의 일종이므로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제32조 이하에서 정하는 '부당한 국제계약의 체결'과 관련한 규제가 적용된다(김병태, 앞의 논문, 186-188면)

47) 권기범, 현대회사법론 (제6판) (삼영사, 2015), 266면, 장덕조, 회사법 (법문사, 2014), 55면 등.

아니고, 다시금 '부득이한 사유가 있을 때'라는 요건이 충족되어야 한다고 설명되고 있으며, 분설하자면, '회사 내부의 의사결정과정에 교착상태가 발생하여 도저히 그 치유가 불가능하여 정상적인 경영이 어렵거나 또는 회사의 재산상태가 회복 불능의 파탄지경에 빠져 회사를 해체하는 것 말고는 달리 대책이 없는 경우'에 인정된다.[48]

①의 예로, 1대 주주(지분율 65%)와 2대 주주(35%)가 첨예하게 대립하여 수권자본의 증가를 위한 정관변경 등 무엇 하나 회사의 중요한 의사결정을 내릴 수 없어 회사에 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있는 경우를 들 수 있고, ②의 예로는 대표이사가 경영상 자의적인 의사결정을 하여 회사의 재산상태를 파탄지경에 빠뜨린 경우를 들 수 있다.[49]

다만, 이 제도에 대해 공개회사, 폐쇄회사를 불문하고 무차별적으로 소수주주에게 이처럼 회사의 소멸까지 초래하는 강력한 권리를 부여한 것이 입법론적으로 타당한지 의문이며 나아가 최근의 입법추세에서 소수파주주들의 주식매수청구권이나 회사의 투명한 경영을 통해 해결할 수 있으므로 균형에 맞지 않고 또 정관변경에 필요한 특별다수결을 요하는 경우와 균형이 맞지 않는다는 비판적인 견해도 있다.[50]

충분히 타당한 비판이고 개인적으로도 공개회사와 폐쇄회사의 경우를 동일하게 처리하는 것은 타당하지 않아 보인다. 다만 ②의 요건이 충족될 경우에는 기업회생이나 파산 등 도산절차로도 처리할 수 있는 데 비해, 회사 내부의 주주간 갈등상황이 극심한 경우 소수주주의 입장에서 회사의 해산 및 청산 이외에는 그러한 교착상황을 달리 타개할 수단이 전혀 없을 수 있으므로 이 조항을 운용함에 있어서 유연하게 공개회사와 폐쇄회사를 구별하면 위 견해에서 지적하는 바와 같은 불합리함은 해결될 수 있으리라 생각된다.[51]

(2) 합작투자 해소의 국면과 해산판결청구

회사해산판결은 회사의 내부에서 자치능력을 상실한 경우 주주의 이익을 보호하기 위한 제도이다.[52] 그러나 종래에는 회사의 존속이 오히려 주주의 공동이익을 해치는 예외적인 경우에만 해산청구를 인정하여야 한다고 보아, 법원의 해산판결을 받는 것도 그

48) 권기범, 앞의 책, 267면 등.

49) 권기범, 앞의 책, 267면.

50) 권기범, 앞의 책, 267면.

51) 대안으로서, 해산판결청구권을 폐지하고 무조건적 주식매수청구권을 인정하는 것으로 대체하자는 견해도 있으나, 회사에 대한 주식매수청구권은 회사의 자기주식취득 규제와의 균형에서 신중히 고려해야 하며 또 상대방 주주에 대한 주식매수청구권은 주주간 계약을 통해 당사자들 사이에 반영이 되어 있다.

52) 김정호, 회사법(제4판), (법문사, 2015), 782면.

요건이 까다로워 잘 활용되지 않는다는 인식이 있었다.[53]

특히 하급심 판결 중에는 주주의 이익이 심각하게 침해되고 있을지라도 소수주주권의 행사 등으로 구제가 가능한 경우에는 해산청구가 불가능하다고 판시한 것도 있다.[54] 그러나 최근의 대법원 판결에서는 다소 유연한 입장을 나타낸 것이 있다.[55]

원래 위 규정은 1950년 무렵 일본에서 미국 측 요청에 따라 이사회의 권한을 확대하는 한편 주주의 지위 강화와 소수주주의 보호에 관한 규정을 도입하면서 그 일환으로 미국법상의 해산판결청구권 제도를 수용한 데에 유래하며 이것이 우리 상법으로 수용된 것이다.[56]

그러나 회사의 업무가 특별히 곤란한 상황이 없이 진행되고 있어도 다수파 주주에 의하여 불공정하고도 이기적으로 이루어져 결과적으로 소수 주주의 입장에서 항상 불이익을 강요받을 수 밖에 없는 상황이라면 위 요건에서 말하는'부득이한 사유'는 이미 충족되었다고 보아야 한다. 합작당사자가 그 회사를 떠나는 것만이 이 문제를 종국적으로 공정하고 타당하게 해결할 수 있기 때문이다.

원래 해산판결청구권의 법적 기초는 사원상호간의 조합적 결합관계에 있고 그 행사는 실질적으로 폐쇄성을 기초로 하는 회사에서 행하여지는 것으로서 자본성·사단성이 현저한 일반 주식회사에는 어울리지 않지만, 합작투자회사의 경우는 그렇지 않다. 따라서 연혁적인 면에서 보더라도 합작투자회사의 경우에는 합작투자계약의 취지와 당사자들의 관계적 요소를 고려하여 주주공동의 이익을 해치는 경우로 국한할 필요가 없고 보다 유연하게 판단함이 타당하다.

즉 이러한 합작투자계약의 구조적 특성을 반영하여 합작투자회사의 교착상태를 전제로 한 해산판결청구권에 대해서만큼은 이를 엄격하게 제한적으로 해석할 것이 아니라, 교착상태 및 그로 인한 회복할 수 없는 손해가 합작투자회사 뿐 아니라 당해 합작투자당사자에게 발생하는 경우까지 확대하여 인정할 필요가 있다고 보여진다.

53) 정교화, 앞의 논문, 17면.

54) 서울중앙지방법원 1999. 9. 7. 선고 99가합17703 판결.

55) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다53175 판결.

56) 남기윤,"소수주주에 의한 해산판결청구제도 법리의 재검토와 인적 주식회사에서의 이용가능성", 비교사법 제3권 제1호(통권 4호) 참조.

V. 결어

앞서 본 조직적 계약이론이나 관계적 계약이론에서 보듯이 계약체결시점에만 국한할 것이 아니라 계약체결 전에 당사자가 어떠한 의사로 어떠한 목적을 가지고 협상하였는지, 또 계약 체결시 쌍방의 의사는 무엇이었는지 여부가 계약 내용을 해석하고 해소사유의 존부를 판단하는 데에 있어 중요하다. 따라서 이와 같은 관점을 도입해 보면 합작투자계약상 '교착상태'의 의미 자체를 폭넓게 인정하게 되면, 사실상 무조건의 해산판결청구권을 인정하는 것이 되어 문제가 있다는 지적도 있지만[57] 오히려 유연하게 관계적 요소를 고려하여 교착상태를 파악하고, 나아가 당사자의 권리의무관계를 파악할 필요가 있다고 보여진다.

그리고 교착상태에 빠진 합작투자관계에서 합작투자를 해소할 필요성이 있는지 여부에 대해서도 소수주주의 이익보호 차원에서 적극적으로 검토하는 방안에 대해서도 유연한 자세가 요구해도 되지 않을까.

57) ジョイント・ベンチャー研究会編著, 앞의 책, 180면.