

미국법상 폐쇄적 기업에서의 경영자의 신인의무 및 강행법규성

Compulsory act of director's fiduciary duty on closely held
corporation in USA law

송 석 언*
Song, Seok-Eon

목 차

- I. 서론
- II. 폐쇄적 기업에서의 신인의무
- III. 폐쇄적 기업에서의 신인의무 강행법규성
- IV. 결론

국문초록

폐쇄적 기업은 주주의 수가 적고, 인적 관계가 긴밀하며 상대적인 교섭을 통하여 비교적 쉽고 합리적으로 내부의 지배원칙을 결정할 수 있다. 이러한 점에서 공개회사에 적용되는 신인의무의 법리가 폐쇄적 기업에 대하여 반드시 적합한 것은 아니다. 그리하여 본 논문에서는 미국의 폐쇄적 기업에서의 신인의무의 내용 및 강행법규성에 관하여 개정통일주법(Revised Uniform Partnership Act, RUPA) 및 델라웨어주 개정통일유한책임파트너쉽(Delaware Revised Uniform Limited Partnership Act, DRULPA) 등의 내용과 학설 및 판례를 고찰하여 보았다. 고찰의 결과 다음과 같은 결론을 얻을 수 있었다.

첫째, 신인의무의 규제범위를 축소하고 있다. 개정통일주법은 판례의 입장을 수정하고, 조합형기업의 경영자에 대하여 그 밖의 종류의 수인자보다 광범위하게 개인적 이

논문접수일 : 2009. 9. 30.

심사완료일 : 2009. 10. 27.

게재확정일 : 2009. 10. 27.

* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

익을 취득할 수 있도록 하고 있다.

둘째, 신인의무의 강행법규성을 완화하고 있다. 개정통일주법(RUPA)은 신인의무, 특히 충실의무를 강행법규로 보면서 신인의무의 내용을 변경한 합의에 대하여 신인의무의 적용을 배제하는 거래 또는 행위가 특정성 및 합리성이 있는 경우에는 그 유효성을 인정하고 있다.

그러나 DRULPA는 '합의에 최대한의 효과를 부여한다.'라는 방침을 가지고 있어 제정법의 입장과 다르다. 동법은 신인의무에 대한 포괄적 배제도 인정하고 있다. 다만 델라웨어주의 판례는 제정법의 입장에 따르면서도 당사자의 정당한 기대이익을 보호하는 견지에서 신인의무의 적용을 안이하게 배제하는 합의에 대하여는 신중한 태도를 취하고 있다.

학설은 계약자유설을 취하여 신인의무의 임의법규성을 주장하는 설과 전통적인 입장 또는 약자보호 등 온정주의의 입장에서 강행법규성을 지지하는 설이 대립하고 있는데, 신인의무의 계약적 이해에 찬동하면서도 어느 정도 강행법규성을 유지할 필요가 있다고 주장하는 제한적 계약자유설이 주류를 이루고 있다.

주제어 : 유한책임회사, 유한책임파트너쉽, 개정통일주법, 통일주법위원전국회의, 회사기회유용금지의 법리, 충실의무, 신인관계, 성실한 신뢰, 안전항법칙, 인지의 한계

1. 서론

상법은 이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다고 규정하고 있다(동법 제382조의 3). 이러한 이사의 의무를 충실의무라고 한다.¹⁾ 그리고 회사의 이사에 대하여 회사와 이익이 충돌할 수 있는 행위를 하여서는 아니 되는 경업금지의무(동법 제397조 제1항) 및 직무를 수행함에 있어서는 회사의 이익을 희생하여 자기 또는 제3자의 이익을 추구하여서는 아니 되는 자기거래금지의무 등(동법 제398조)은 충실의무의 한 유형으로 볼 수도 있다.²⁾

1) 우리나라에서는 충실의무에 관한 논문이 다수 축적되어 있다. 그 중에서 송상현, "주식회사 이사의 충실의무론 : 영미법을 중심으로." 「심당법학논집」, 제1권, 박영사, 2007, 185-210면; 이홍욱, "판례를 통해 본 이사의 충실의무." 「비교사법」, 제12권 제4호, 한국비교사법학회, 2005, 12, 423-450면; 이철수, "독일법상 충실의무의 역사적 전개와 구체적 법리." 「법학논집」, 제9권 제1호, 이화여자대학교법학연구소, 2004, 9, 187-228면 등의 논문은 서로 다른 방향에서 충실의무를 분석하고 있으므로 관련연구에 도움이 될 것으로 보인다.

주식회사, 특히 소유와 경영이 분리되어 있는 공개회사의 경우에는 경영자가 회사 및 주주의 이익을 희생하여 개인적 이익을 추구하는 행동을 할 위험성이 잠재되어 있다. 그러므로 공개회사에 있어서의 충실의무는 이사 등 경영자의 부정행위를 억지하기 위한 제도로서 당사자의 합의를 통한 변경은 허용되지 않는 강행법규라고 할 수 있다.³⁾

주주의 수가 소수이고, 일반적으로 소유와 경영이 분리되어 있지 않으며 회사주식이 거래소에 상장되어 있지 아니한 폐쇄적 기업⁴⁾은 중소기업형태의 기업 및 가족기업이 다수를 차지하고 있으며, 소유자인 주주 간의 밀접한 관계를 맺고 있는 내부구조 등 여러 면에서 공개회사와 다르다. 이러한 점에서 주로 공개회사에 적용되는 충실의무가 폐쇄적 기업에 대하여는 어떻게 적용되는지 문제된다. 그러한 문제점에 대하여는 일반적으로 다음과 같이 정리할 수 있다. 먼저, 충실의무의 내용적 측면을 들 수 있다. 폐쇄적 기업은 소유와 경영이 분리되어 있지 않고 회사의 경영자, 특히 지배주주가 아닌 이사가 스스로 사업을 영위하여야만 하는 경우가 많고, 회사의 사업범위자체도 공개회사에 비하여 어느 정도 한정되기 때문에 공개회사의 경영자와 동일한 정도의 엄격한 충실의무를 그대로 적용하는 것이 항상 타당하다고 할 수는 없다.⁵⁾ 그리고 적절한 법제를 설정하는 것이 당사자의 거래비용을 절감시킬 수 있는 효율성의 관점에서⁶⁾ 기업의 실패에 입각한 후에 충실의무의 내용을 재검토할 필요성이 있다. 그 다음으로는 충실의무의 강행법규성의 측면을 들 수 있다. 충실의무를 포함하여 주식회사의 내부관계에 관한 규정을 강행규정으로 하는 이유는 전통적으로는 주주가 합리적으로 자기를 지키는 완전한 능력을 가지고 있지 않기 때문에 약자보호의 정신을 근거로 후견적 책무를 다하여야 한다는 데에 있다.

이와 같이 폐쇄적 기업은 주주의 수가 적고, 인적 관계가 긴밀하며 상대적인 교섭을 통하여 비교적 쉽고 합리적으로 내부의 지배원칙을 결정할 수 있기 때문에, 공개회사에 적용되는 충실의무의 법리가 폐쇄적 기업에 대하여 반드시 적합한 것은 아니다. 다

2) 물론 경업금지의무와 자기거래금지의무는 이사의 선관주의의무를 구체화한 것으로 볼 수도 있다. 그것은 선관주의의무와 충실의무의 관계를 동질설로 보기 때문이다. 선관주의의무와 충실의무의 관계에 관한 학설은 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2008, 604-607면; 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2007, 870-872면; 최준선, 「회사법」, 삼영사, 2007, 458면; 홍복기, 「회사법강의」, 법문사, 2006, 341-342면; 김상규·이형규, “이사의 책임강화에 따른 대응방안에 관한 연구,” 「코협연구보고서」, 02-04, 코스닥등록법인협의회, 2002, 12, 14면; 권중호, “사의이사의 역할, 직무범위 및 책임에 관한 연구보고서,” 「POSCO 용역보고서」, 2001, 3, 21면 이하 참조.

3) 江頭憲治郎, 「株式會社・有限會社法」, 有斐閣, 2005, 390面.

4) 김재형, “폐쇄회사에 있어서의 소수과주주의 보호-주주의 충실의무를 중심으로-,” 「기업법연구」, 제9집, 한국기업법학회, 2002, 214면.

5) 江頭憲治郎, 앞의 책, 45面.

6) 초기 설정으로서 법적 규칙은 표준적 양식을 제공함으로써 당사자의 교섭비용을 절감할 수 있을 것이다.

만 폐쇄적 기업의 경우에도 주주가 지배구조를 결정함에 있어서 항상 합리적인 것은 아니라는 점과 인지의 한계 등의 문제에 직면한다는 점 등은 공개회사와 같다는 점과 주식의 유통시장이 없기 때문에 경영자에 대한 시장의 감시구조가 작동하지 아니하고, 주주가 회사로부터 탈퇴하는 것도 곤란하다는 점에서 충실의무를 단순히 임의규정화 하게 되면 그 역시 문제점을 발생시킬 수 있다. 따라서 어떠한 요건에서 어떠한 범위 까지 당사자의 합의에 근거하여 공개회사에 적용되는 충실의무법리의 예외적 적용을 할 수 있는지에 대한 구체적인 검토가 필요하다.

우리나라는 폐쇄적 기업의 문제에 대한 다양한 연구논문 등이 축적되어 있지만,⁷⁾ 폐쇄적 기업에서의 충실의무의 내용 및 강행법규성에 관한 상세한 연구논문은 보기 드물다. 본고에서는 그와 같은 문제의식에 입각하여 폐쇄적 기업에 있어서의 경영자의 충실의무에 관한 미국법의 상황을 참조하여 적절한 법적 규제방법을 고찰하고자 한다.

다만 본 논문에서 기술을 함에 있어서는 상법상 이사의 충실의무가 영미회사법상의 충실의무(duty of loyalty)에서 유래하고, 미국법상 충실의무는 신인의무의 일환⁸⁾임을 고려하여 그 표현을 적절히 혼합하여 사용하고자 한다. 즉 신인의무의 범위는 충실의무보다 광범위하므로 충실의무라고 표현하는 것이 보다 바람직한 경우 이외에는 신인의무라는 표현을 사용하고자 한다. 그리고 폐쇄회사가 아닌 폐쇄적 기업이라는 용어를 사용하는 것은 조합형기업까지 포함시켜 고찰하기 위함이다.

II. 폐쇄적 기업에서의 신인의무

1. 폐쇄적 기업의 유형별 신인의무

가. 조합형기업

미국의 경우에는 폐쇄적 기업 중에서 조합형기업이 이전부터 중요한 경제적 지위를

7) 문기석, “미국법상 억압(Oppression)의 법리와 유한책임회사(Limited Liability Companies): LLC에 대한 폐쇄회사 소수파주주 보호법리의 적용가능성,” 「기업법연구」 제21권 제4호, 한국기업법학회, 2007. 12. 9-26면; 이강룡, “폐쇄회사의 분쟁과 조정에 관한 연구,” 「회사법연구 보조자료」, 사법연수원, 2004. 8. 113-162면 등.

8) 영미법상의 신인의무는 일반적으로 주의의무(duty of care)와 충실의무(duty of loyalty)로 나뉜다. 이철송, 앞의 책, 605면. 이에 따르면 이 중 주의의무는 우리나라에서 이사가 부담하는 선관의무와 유사하지만, 충실의무는 영미법에서 유래하는 독특한 것이다.

점하여 왔는데, 최근에는 유한책임회사(limited liability company, LLC)⁹⁾ 및 유한책임파트너십(limited liability partnership, LLP) 등 새로운 기업형태가 활발하게 등장하고 있다. 최근에 주목을 받고 있는 조합형기업에는 다음과 같은 종류가 있다.

첫째, 일반파트너십(general partnership)은 우리나라 민법상의 조합과 합명회사와 유사한 것으로서 가장 전형적인 조합형기업이다.¹⁰⁾ 일반파트너십에서는 구성원인 파트너 전원이 기업의 채무에 대하여 개인책임을 부담하고, 기업의 경영에 참가할 권리를 갖는다.

둘째, 유한파트너십(limited partnership)은 우리나라의 익명조합과 합자회사와 유사한 내부구조를 갖고 있다. 즉 무한책임을 부담하는 일반파트너(general partner)와 유한책임을 부담하는 유한파트너(limited partner)로 구성된다. 이 중에서 전자가 기업의 업무집행을 담당하고, 후자는 자금을 제공하고 경영에는 거의 관여하지 않는다.

셋째, 유한책임파트너십(limited liability partnership, LLP)¹¹⁾ 및 유한책임유한파트너십(limited liability limited partnership, LLLP) 등은 최근의 새로운 사업의 수요에 부응하기 위하여 등장하였다. 유한책임파트너십의 원형은 일반파트너십(general partnership)이다. 유한책임파트너십은 본래 개인책임을 부담하는 파트너에게 일정한 조건 하에서 투자액에 한정되는 유한책임을 인정한다. 1980년대 미국의 부동산가격과 에너지가격의 폭락으로 인하여 다수의 금융기관이 파산하게 됨에 따라 많은 법률사무소와 회계사무소가 업무태도 등을 근거로 불법행위책임을 추궁 당하게 됨에 따라 1991년에 미국의 텍사스주에서 최초로 유한책임파트너십법이 제정되었다. 그 이후 현재의 유한책임파트너십법은 모두 주법으로 채택되고 있다.¹²⁾ 그리고 유한책임유한파트너십의 원형은 유한파트너십이고, 일반파트너십에게도 유한책임을 인정하는 기업형태이다. 이 형태는 1993년 텍사스주에서 시작되었고, 현재 일부 주에서 인정되고 있다. 기능적으로는 유한책임파트너십과 크게 다르지 않다. 이와 같이 여러 형태의 파트너십은 전통적인 조합형기업의 변형된 형태이다. 이러한 파트너십은 내부관계에 관하여 계약자유의 원칙 및 조합과세가 적용되고, 대외관계에서는 구성원전원이 유한책임을 진다는 특색이 있다.

9) 이에 관한 상세한 내용은 문기석, 앞의 논문, 11면 이하; 이정수, "미국 LLC, LLP제도의 도입과 세법상 대응," 「조세법연구」13-2, 한국세법학회(2007), 118-121면 참조.

10) 일반파트너십의 역사는 13세기로 거슬러 올라갈 수 있다. 초창기의 입법으로는 영국의 1890년 파트너십법(Partnership Act of 1890) 및 미국의 각 주에서 채택하고 있는 1914년 통일주법(Uniform Partnership Act of 1914)을 들 수 있다.

11) 이정수, 앞의 논문, 121면 이하 참조.

12) Robert R. Hamilton, Registered Limited Liability Partnership : Present at the Birth(nearly), 66 *U. Colo. L. Rev.* 1065, 1995; Robert R. Keatinge, Limited Liability Partnership : The Next Step in the Evolution of the Unincorporated Business Organization, 51 *Bus. Law.* 147, 1995.

넷째, 유한책임회사(limited liability company, LLC)는 구성원이 회사주주와 같은 유한책임을 지며, 내부관계에 관한 계약자유 및 조합과세를 적용받는 기업형태이다.¹³⁾ 유한책임회사의 내부구조는 일반파트너십과 유한파트너십의 혼성 형태를 띤다. 당사자가 구성원에 의한 경영(member managed) 및 경영자에 의한 경영(manager managed)이라는 두 종류의 경영구조를 선택할 수 있기 때문이다. 그 결과 유한책임회사는 소유와 경영이 분리되는 형태와 분리되지 아니한 형태 등의 내부구조를 취할 수 있다.

한편 조합형기업에서는 신탁, 대리 및 회사 등과 같이 경영자와 기업 내지 구성원간에는 신인관계가 존재한다. 즉 경영자가 업무를 집행함에 있어서는 기업 및 구성원에 대하여 신인의무를 부담하게 된다. 그것은 소유와 경영이 분리되는 경우는 제외하더라도, 구성원이 직접 경영에 참여하는 경우에도 이해상충의 문제가 생길 수 있기 때문이다.¹⁴⁾ 그리고 조합형기업의 법적 규제에 관하여는 판례법 및 많은 주에서 채택하고 있는 통일주법(Uniform Partnership Act, UPA)이 중요하다.

나. 폐쇄회사

미국에서 폐쇄회사는 폐쇄적 기업 중 중요한 유형의 하나이다. 폐쇄회사는 소유와 경영이 분리되어 있지 않은 것이 일반적이기 때문에¹⁵⁾ 경영자에 의한 이해상충행위의 위험성이 존재한다. 그리하여 폐쇄회사의 경영자는 공개회사의 경영자와 마찬가지로 회사에 대하여 신인의무를 부담하게 된다. 그리고 폐쇄회사는 지배주주가 스스로 경영자를 겸하지만 경영자를 경유하여 실질적으로 기업을 지배하는 경우가 많기 때문에 소수파 주주 또는 경영자를 억압하는 지배주주¹⁶⁾에게 신인의무를 인정할지의 여부도 문제된다.

미국에서는 조합형기업과 폐쇄회사의 내부구조가 유사하다는¹⁷⁾의 관점에서 조합형기업에서의 경영자의 신인의무에 관한 판례법리를 폐쇄회사의 경영자가 아닌 지배주

13) Robert R. Keatinge. *The Limited Liability Company : A Study of the Emerging Entity*. 47 *Bus. Law*. 378. 1992; William J. Carney. *Limited Liability Companies : Origins and Antecedents*. 66 *U. Colo. L. Rev.* 855. 1995; Larry E. Ribstein. *The Emergence of the Limited Liability Company*. 51 *Bus. Law*. 1. 1995.

14) Alison G. Anderson. *Conflicts of Interests : Efficiency, Fairness and Corporate Structure*. 25 *UCLA L. Rev.* 738. 1978. p.744.

15) 문기석, 앞의 논문, 9면; 김재형, 앞의 논문, 216면.

16) 이에 관한 상세한 내용은 문기석, 앞의 논문, 14-18면; 김재형, 앞의 논문, 215면 이하; 육태우, "미국 법상 폐쇄회사에서의 주주억압의 개념," 「상사법연구」 제25권 제3호, 한국상사법학회, 2006. 11. 332면 이하 참조.

17) 구성원이 소수이어서 사원과 경영자를 겸하는 것과 지분의 유통성이 없는 것을 의미한다.

주에게도 준용하여야 하는지에 대하여는 논의가 활발하게 전개되어 왔다.¹⁸⁾ 이 논문에서는 폐쇄적 기업에 있어서 경영자의 신인의무의 내용과 강행법규성에 대하여 보다 일반적인 국면을 상정하여 고찰하기 때문에 주주의 신인의무의 문제에 관하여는 고찰의 대상에서 제외하였다.

2. 통일주법과 판례법

가. 서

현재 미국의 대부분의 주는 통일주법위원회전국회의(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 이하 'NCCUSL'이라고 한다.)가 1914년에 제정한 통일주법(UPA) 또는 1997년의 개정통일주법(Revised Uniform partnership Act, RUPA)을 채택하고 있다. 통일주법은 신인의무에 관한 약간의 규정을 두고 있다.

그러나 신인의무 중에서 충실의무의 대상이 되는 거래유형을 매우 한정적으로 열거하였다는 점에서, 오랜 기간 신인의무의 내용은 사실상 판례에 의한 확대해석과 그 밖의 법리, 예를 들면 대리법리의 준용¹⁹⁾ 등으로 형성되어 왔다. 이하에서는 신인의무, 특히 충실의무에 관한 통일주법의 규정과 지금까지의 판례법의 내용을 살펴보고자 한다.

나. 통일주법상 관련 규정

통일주법상 신인의무에 관한 직접적인 규정은 "Partner Accountable as a Fiduciary"라는 제하의 제21조 제1항이다.²⁰⁾ 동조에 따르면 모든 파트너는 그 밖의 파트너의 동의

18) 판례는 대체로 이를 긍정한다. 예를 들면 Donahue사건에서 매사추세츠주 대법원은 폐쇄회사를 이른바 "incorporated partnership"이라고 파악하여, 파트너와 마찬가지로 주주(지배주주)가 그 밖의 주주에 대하여 신인의무를 부담한다고 판시하였다. *Donahue v. Rodd Electrottype Co.*, 328 N.E. 2d 505(Mass. 1975). 그러나 최근의 Nixon사건에서 델라웨어주 대법원은 소수주주를 위하여 특별한 법적 규제를 하는 것이 부적절하다고 하여 폐쇄회사주주에게 신인의무가 존재한다는 것을 부정하였다(*Nixon v. Blackwell*, 626 A. 2d 1366, Del. 1993). 학설상으로는 긍정설과 부정설이 대립한다(John A. C. Hetherington · Michael P. Dooley, *Illiquity and Exploitation : A Proposed Statutory Solution to the Remaining Close Corporation Problem*, 63 Va. L. Rev.1, 1977; Frank H. Easterbrook · Daniel R. Fischel, *Close Corporations and Agency Costs*, 38 Stan. L. Rev. 271, 1986).

19) 통일주법 제4조 제3항은 동법에 의거하여 대리법의 규정을 준용하도록 정하고 있다.

20) 통일주법에서는 "a partner is accountable as a fiduciary"라는 표현은 장부와 기록의 작성, 정보의 제공 또는 회계감사를 받을 것 등 다양한 상황에서 사용되고 있다. 이는 특히 파트너가 신인의무의 위반에 대하여 책임을 부담한다는 것을 의미하는 것이다(Jodson A. Crane · Alan R. Bromberg, Crane

없이 파트너십의 설립, 운영 혹은 청산과 관련하는 모든 거래로부터 또는 파트너십 재산의 사용을 통하여 얻은 모든 편익(benefit)에 대하여 파트너십에 보고하고, 취득한 모든 이익(profit)을 파트너십의 수탁자로서 보유하여야 한다.²¹⁾ 동조의 취지는 파트너가 파트너십의 사업으로부터 발생한 이익을 보유한 채 지급불능상태가 된 경우, 그 이익은 파트너십이 파트너의 개인채권자보다 우선한다는 점을 명확히 하고자 하는 데에 있다.²²⁾

통일주법 제21조 제1항의 조문만을 보면 파트너가 업무를 집행함에 있어서 파트너십의 사업상의 이익을 착복 또는 파트너십의 재산을 유용하는 것을 금지하는 규정이라고 볼 수 있다. 다만 판례는 신인의무에 관한 Meinhard판결²³⁾을 인용하고, 동조를 신인의무의 포괄적 규정으로 파악하고 해석하여 왔기 때문에 그 적용범위는 실제 조문의 취지보다 확대되고 있다.²⁴⁾ 그리고 충실의무에 대한 다수의 판례는 “파트너는 그 밖의 파트너에 대하여 최고의 성실(utmost good faith), 공정(fairness) 및 충실(loyalty)하게 행동할 의무가 있다.”라고 하는 표현을 사용하고 있다.²⁵⁾ 그 이유는 파트너가 그 밖의 파트너로부터 재산을 위탁받은 수탁자 또는 대리인 등이라는 점에 있다.²⁶⁾ 또한 경영을 하는 파트너는 광범위한 재량권을 부여받고 있어 기업의 이익을 희생시키고 개인적 이익을 추구할 위험성이 보다 높기 때문에, 판례는 배타적으로 경영권을 보유하는 자에게 신인의무를 가중시키고 있는 Meinhard판결에 따라 이러한 자들에게는 신인의무를 보다 적극적으로 부담시키고 있다.²⁷⁾

다. 충실의무의 내용

and Bromberg on Partnership §68. 1968. p.389).

21) U.P.A.(1914) §21(1). 6 U.L.A. 194(Part2. 2001).

22) U.P.A.(1914) §21(1) cmt.

23) Meinhard v. Salmon. 164 N.E. 545(N.Y. App. 1928).

24) Robert W. Hamilton. *Cases and Materials on Corporations Including Partnerships and Limited Liability Companies*. St. Paul, Minn, 7th ed. 2001. p.60: Claire Moore Dickerson. Is It Appropriate Corporate Concepts: Fiduciary Duties and the Revised Uniform partnership Act. *64 U. Colo. L. Rev.* 111. 1993. p.114.

25) Jodson A. Crane · Alan R. Bromberg. op. cit., p.390 : Newburger. Loeb & Co., Inc. v. Gross. 563 F. 2d 1057. 1078-1079(U.S. App.1977) : Anthony v. Padmar. Inc., 465 S.E. 2d 745. 753-754(S.C. App. 1995).

26) Casey v. Grantham. 79 S.E. 2d 735. 738(N.C. 1954): Few v. Few. 122 S.E. 2d 829. 836(S.C. 1961): Leona Beane. The Fiduciary Relationship of Partner. *5 J. Corp. L.* 483. 1980. p.488.

27) Bakalis v. Bressler. 115 N.E. 2d 323. 326(III. 1953): Leona Beane. The Fiduciary Relationship of Partner. *5 J. Corp. L.* 483. 1980. p.490-491: Bassan v. Investment Exch. Corp., 524 P. 2d 233. 237-238(Wash. 1974).

미국의 통일주법 제21조가 추상적이고 모호하기 때문에 미국의 연방대법원은 Latta 사건²⁸⁾을 통하여 신인의무, 특히 충실의무에 의거하여 금지된 행위의 종류 또는 범위를 명확히 하고자 하였다. 이에 따라 ① 파트너는 직접 또는 간접적으로 파트너십의 자산을 개인적 이익을 위하여 사용하여서는 아니 되고, ② 파트너십의 사업을 수행함에 있어서 자기가 비밀리에 이익을 얻어서는 아니 되고, ③ 개인적 이익을 위하여 파트너십의 사업을 영위하여서는 아니 되고, ④ 파트너십으로부터 파트너의 시간, 기량 및 충실성을 박탈함으로써 자기에게 발생한 이익에 대하여 그 밖의 파트너에게 책임을 부담하지 아니하고, 파트너십과 경업할 수 있는 사업에 종사하여서는 아니 되며, ⑤ 파트너십의 사업범위에 포함되는 모든 목적을 위하여 파트너십이 이용 가능하거나 또한 파트너십에게 유용한 재산이라고 볼 수 있는 지식 혹은 정보를 스스로 이용하여서는 아니 된다는 일반원칙이 확립되어 있다.²⁹⁾

Latta판결은 충실의무에 관한 이후의 판결에 큰 영향을 미쳤다는 의미에서 신인의무의 개념을 선언한 Meinhard판결과 함께 중요한 선례가 되고 있다. 이하에서는 미국의 판례법상 신인의무, 특히 충실의무의 규제대상이라고 인정된 거래유형으로부터 중요한 사항을 살펴보고자 한다.

라. 기업거래의 이용과 기업재산의 유용 등으로 인한 부당한 이득

미국의 통일주법 제21조(1)은 파트너가 기업거래를 이용하거나 기업재산의 유용으로 인한 부당한 이득(profit secret)을 취득하는 것을 명문으로 금지하고 있다.³⁰⁾ 기업재산을 매매할 때에 거래의 상대방으로부터 수수료와 할인금액을 수취하는 등의 행위가 그 전형적인 예이다. 판례는 기업의 이익을 해하고자 하는 행위뿐만 아니라 단순히 그 밖의 파트너를 배제하여 개인적 이익을 얻고자 하는 행위도 금지하고 있다.³¹⁾ 그 이유는 파트너와 파트너십 간의 거래가 배타적인 개인적 이익에 머무르지 않고, 거래에 관여하는 파트너가 이해상충으로 인하여 기업전체를 위한 정상적인 경영판단을 할 수 없기 때문이다.³²⁾

28) Latta v. Kilbourn. 150 U.S. 524(S.Ct. 1893).

29) Latta v. Kilbourn. 150 U.S. 541(S.Ct. 1893).

30) U.P.A(1914) §21(1). 6 U.L.A. 194(Parts2. 2001).

31) Liggett v. Lester. 390 P. 2d 351. 354(Or. 1964).

32) Alan R. Bromberg · Larry E. Ribstein. Bromberg and Ribstein on Partnership 6(1988). pp.73-74. 이에 대하여 파트너 간의 거래는 지분의 양도를 제외하고, 독립당사자간의 거래(arm's length transaction)로서 시장거래의 기준에 의하는 것이 원칙이다.

기업재산의 유용이란 기업재산자체를 취득하는 행위뿐만이 아니라 기업의 재산과 설비를 사용하여 개인적 이익을 증가시키는 행위 등도 포함된다.³³⁾ 재산이란 기업의 유형·무형의 자산, 계약을 체결할 권리, 임대차계약의 기간을 갱신할 권리 등을 의미하는 것³⁴⁾으로 넓게 해석되고 있다.³⁵⁾

마. 기업기회의 탈취

거래기회의 탈취를 금지하는 법리의 규제범위는 어떠한 기회가 기업에 속하는지, 즉 '거래기회의 정의'에 의하여 결정된다. Fouchek사건³⁶⁾에서 법원은 기업에 속하는 거래기회의 판단기준을 구체적으로 제시하였다. 동 사건의 개요를 소개하면 다음과 같다.

파트너인 Janicek는 스스로 별개의 기업을 설립하고, 제3자 거래처인 은행의 직원으로부터 파트너십에 제공된 대출의 기회(Hickok offer)를 이용하였다. Janicek의 행위에 대하여 Fouchek 등 그 밖의 파트너는 당해행위가 신인의무위반에 해당한다고 하여 소송을 제기하였다. 오리건주법원은 거래기회의 탈취가 성립하기 위하여는 다음과 같은 요건을 충족시켜야 한다고 하였다. 즉 ① 취득자가 파트너일 것, ② 당해거래가 파트너십이 법적으로 행할 수 있어야 할 것, ③ 당해거래가 파트너십의 설립, 영업 또는 청산과 관련되거나 또는 파트너십의 재산을 사용하여야 할 것, ④ 당해거래가 파트너십의 사업범위에 속한다고 볼 수 있는 성질을 가져야 할 것, ⑤ 당해거래가 파트너십의 입장에서 보아 현재의 가치 또는 장래 행하고자 하는 때에 파트너십에게 이익을 발생시킬 수 있는 것이라고 신뢰할 수 있을 정도로 잠재적인 가치를 가져야 할 것, ⑥ 당해거래가 책임을 추궁할 수 있는 파트너, 그 밖의 파트너의 완전한 이해와 동의 없이 오로지 개인 이익을 위하여 행하여져야 할 것 등이 그에 해당한다.

조합형기업의 경우 거래기회의 문제에 관하여 판결은 기본적으로 회사기회유용금지의 법리(Doctrine of Corporate Opportunity)³⁷⁾와 같이 두 가지 접근방식을 취하고 있다.³⁸⁾

33) Latta v. Kilbourn. 150 U.S. 524(S.Ct. 1983).

34) 이는 다시 자금, 시설 또는 이미 체결한 회사의 계약과 같은 고정자산(Hard Assets)과 신용, 근무시간 및 회사정보와 같은 유동자산(Soft Assets)으로 나눌 수 있다(오성근, "미국법상 기회유용금지이론의 법리에 관한 연구." 한양대학교 석사학위논문, 1990. 45-46면).

35) Holmes v. Darling. 100 N.E. 611(Mass. 1913) ; Meinhard v. Salmon. 164 N.E. 545(N.Y. 1928).

36) Fouchek v. Janicek. 225 P. 2d 738(Or. 1950).

37) 회사기회유용금지의 법리란 회사가 기업운영상 이익을 얻을 수 있는 기회를 이사, 임원, 지배주주 및 중요한 피용자(key employee)가 사익을 위하여 이용하여서는 아니 된다는 이론을 말한다. 그러므로 이사 및 임원 등은 회사가 업무상의 기회를 이용하지 않는다는 것을 안 후가 아니면 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다. 이에 관한 상세한 내용은 권재열, "회사기회의 법리 : 2007

첫째, 거래기회 그 자체의 성질을 감안하여 기업의 사업과 어떠한 관계가 있는가에 따라 기회의 귀속을 결정하는 것이다. 그리하여 거래기회가 기업의 사업에 필요한 것 인지의 여부, 거래기회에는 기업이 이익 또는 기대를 갖고 있는지의 여부,³⁹⁾ 거래기회가 기업의 사업범위에 속하거나 또는 그 사업에 밀접하게 관련을 맺고 있는지의 여부 등이 판단기준이 된다.⁴⁰⁾

둘째, 거래기회의 귀속을 결정함에 있어서는 경영자가 어떠한 수단을 활용하여 당해 기회를 취득했는지의 여부가 중요하다. 일반적으로 이용되는 기준은 ① 거래기회가 제 3자로부터 기업에게 제공되었는지의 여부, ② 경영자가 그 지위에 따라 거래기회를 알고 있었는지의 여부, ③ 거래기회를 발견하는 데에 기업의 자금과 시설 등이 경영자에 의하여 이용되었는지의 여부 등이다.⁴¹⁾

위와 같은 기준에 의하여 그 거래기회가 기업의 기회로 인정되는 때에 경영자가 어떠한 항변사유를 주장하여 충실의무위반의 책임을 면할 수 있는지 문제된다. 예를 들면 거래기회에 관한 기업능력의 결여,⁴²⁾ 거래기회가 사전에 기업에 공시되고, 기업이 해당기회를 이용하기를 거절하거나 또는 어떠한 행동을 취하지 아니하였다는 점 등이 항변사유가 된다.⁴³⁾ 다만 이러한 항변의 유효성에 관하여는 판례의 입장이 나누어져있다. 특히 자금부족을 이유로 해당 기회를 활용하지 아니한 경우에는 소극적인 입장을 취하는 판례가 많다.

년 2월 조정된 상법개정안의 비교법적 검토.” 「상사법연구」 제25권 제4호. 한국상사법학회. 2007. 71-112면; 서완석, “회사기회유용 금지이론”, 「법학논총」 제21집 제1호. 전남대학교법률행정연구소. 2007. 235-266면; 김화진·문병연, “회사기회의 유용과 부당내부거래”, 「기업지배구조리뷰」 제30호. 기업지배구조센터. 2007. 15-35면; 임재연, “회사기회의 유용.” 「인권과 정의」 제363호. 대한변호사협회. 2006. 176-185면 참조.

38) 그리고 폐쇄회사에 있어서의 기회유용금지이론에 관한 포괄적인 문헌은 오성근, 앞의 논문. 38-63면 참조.

39) 이러한 논의는 폐쇄회사의 파트너가 자의적으로 회사의 자산을 사용하지 못하도록 금지시켜야 한다는 사고에서 기인한다. 특히 폐쇄회사의 고장자산의 경우 회사의 이익 또는 기대에 대한 논의가 더욱 의의를 갖게 된다. 오성근, 앞의 논문. 45-46면.

40) Alan R. Bromberg · Larry E. Ribstein. op. cit., p.78-79; Bakalis v. Bressler. 115 N.E. 2d 323(Ill. 1953). 동 사건은 파트너십이 임차하고 있는 부동산의 소유권을 파트너가 취득한 사례이다.

41) Judson A. Crane · Alan R. Bromberg. op. cit., p.391. Fouчек v. Janicek. 225 P. 2d 783(Or. 1950). 동 사건은 기회를 제공한 제3자의 의도가 고려된 사례이다: Homestate Mining Co. v. Mid-Continent Exploration Co., 282 F. 2d 787(10th Cir. 1960). 동 사례는 파트너십의 자금과 시설을 이용하여 기회를 개발한 사례이다.

42) 사업목적의 제한과 자금능력의 부족 등을 의미한다.

43) Note, Fiduciary duties of Partners. 48 Iowa L. Rev. 902(1963). p.910.

바. 경업거래

파트너는 자기가 속한 기업 이외의 사업을 자유롭게 영위할 수 있다. 다만 파트너는 기업의 경영에 시간, 충실성(loyalty) 및 충성(allegiance)⁴⁴⁾을 다하여야 할 것으로 기대되므로 그 직무수행에 지장을 초래할 수 있는 외부활동은 금지된다.⁴⁵⁾ 그리고 파트너가 행하고자 하는 사업은 기업의 사업과 성질이 동일하거나, 이해상충이 발생할 수 있는 것이어서는 아니 된다. 이른바 경업피지의무를 부담하는 것이다. 이와 관련하여 통일주법은 직접적인 근거조문을 두고 있지는 않다. 다만 통일주법의 모법인 영국의 1890년 파트너쉽법(Partnership Act of 1890)은 파트너가 그 밖의 파트너의 동의 없이 파트너쉽과 동일한 성질 및 경쟁관계에 있는 모든 사업을 영위하는 경우에 그 사업으로부터 취득한 모든 이익에 대하여 책임을 져야 하고, 해당 이익을 파트너쉽에 반환하여야 한다고 규정하고 있다(동법 제30조). 이에 따라 판례에서도 파트너가 기업에 대하여 경업피지의무를 부담하는 것을 인정하게 되었다.⁴⁶⁾

3. 개정통일주법

가. 서

조합형기업의 경제적 중요성이 증대됨에 따라 통일주법위원전국회의(NCCUSL)는 파트너쉽법을 현대화하기 위하여 1980년대 후반부터 1990년대 초반까지 통일주법의 개정작업을 진행하였다. 그리하여 1992년 개정통일주법(Revised Uniform Partnership Act, RUPA)을 공표하였다. 동법은 1997년 한차례 수정되었다. 개정통일주법은 종래의 판례법을 감안하면서 충실의무에 관한 통일주법을 개정한 법률이다.

나. 개정의 배경

앞에서 기술한 바와 같이 판례와 학설은 통일주법 제21조를 신인의무에 관한 일반규정으로 보고, 동조의 규제범위를 확대하여 왔다. 이에 대하여 통일주법 개정위원회는

44) 여기서 충실성이란 한눈팔지 않는(undivided) 것을 의미하여, 충성은 경영을 함에 있어서 기업의 이익 이외의 것에 영향을 받아서는 아니 된다는 것을 의미한다. 권재열, "회사기회의 법리 : 2007년 2월 조정된 상법개정안의 비교법적 검토," 「상사법연구」 제25권 제4호, 한국상사법학회, 2007, 75면.

45) Leona Beane, The Fiduciary Relationship of a Partners, 5 *J. Corp. L.* 483, 1980, p.507.

46) *Latta v. Kilbourn*, 150 U.S. 527(S.Ct. 1893); *Holmes v. Darling*, 100 N.E. 611(Mass. 1913).

동조가 단순히 'anti-the provision'에 지나지 않는다고 보아 동조를 개정하여 판례법상 발전하여 온 신인의무를 포함시킬 것을 권고하였다.⁴⁷⁾ 동 위원회의 권고에 따라 개정 통일주법에서는 파트너의 행위에 관한 일반 기준(General Standards of Partner's Conduct)을 신설하게 되었다(동법 제404조).

다. 주요내용

신인의무의 내용에 대하여 개정통일주법 제404조(a)는 파트너가 파트너십 및 그 밖의 파트너에 대하여 부담하는 신인의무는 동조 (b)항과 (c)항에서 정하고 있는 충실의무와 주의의무뿐이라고 하여 배타적인 규정을 두고 있다.⁴⁸⁾ 개정통일주법 제404조가 신인의무의 내용을 한정하는 과정에서는 명확한 원칙에 의한 예측성·효율성의 향상이라는 측면과 과도한 단순화로 인하여 발생할 수 있는 법적 유연성의 저하와의 비교 형량이 문제되었다. 그러나 개정통일주법은 최종적으로 전자가 더욱 바람직하다는 정책판단에 따라 현행과 같은 규정을 두게 되었다.⁴⁹⁾

충실의무의 내용에 대하여 동법 제404조(b)는 세 가지의 거래유형을 정하고 있다.

첫째, 파트너가 파트너십의 사업의 운영 및 해산의 경우 또는 파트너십의 거래기회의 유용을 포함하여 파트너십 재산의 이용으로 인하여 취득한 모든 재산, 이익 또는 편익을 파트너십에게 보고하고, 파트너십의 수탁자로서 보유하여야 한다(동조 제1항).

둘째, 파트너십 사업의 운영 또는 해산의 경우에 스스로가 파트너십과 반대이익을 갖는 자의 지위를 갖거나 또는 그러한 자들을 위하여 파트너십과 거래하여서는 아니 된다(동조 제2항).

셋째, 파트너십이 해산하기 전에 파트너십의 사업을 운영함에 있어 파트너십과 경업하여서는 아니 된다(동조 제3항).

개정통일주법 제404조(b)(1)은 앞에서 기술한 통일주법을 계수한 규정인데 ① 충실

47) The UPA Revised Subcommittee of the Committee on Partnership and Unincorporated Business Organizations. Should the Uniform Partnership Act Be Revised?. 43 *Bus. Law.* 121. 1987. pp.121-122.

48) R.U.P.A. (1997) §404. 6 U.L.A. 143(Part1. 2001).

49) Robert W. Hillman · Allan W. Vestal · Donald J. Weidner. General and Limited Liability Partnerships under the Revised Uniform Partnership Act. *St. Paul, Minn.*, 1996. p.148. 다만 이러한 정책판단에 대하여 학자들 중에는 동조가 새로운 상황, 시대의 경과에 따라 변하는 실무상의 요청 및 사회적 기대에 대응할 수 없을 뿐만 아니라 광범위한 규범을 준수하는 데에도 유해하다고 비판하는 견해도 있다. Allan W. Vestal. Fundamental Contractarian Error in the Revised Uniform Partnership Act of 1992. 73 *B. U. L. Rev.* 522. 1993. pp.537-539.

의무의 주된 규제대상이 되는 파트너십 기회의 취득에 관하여는 판례법리를 성문화하였다는 점과, ② 통일주법 제21조 제(1)항은 파트너가 파트너십을 설립하는 경우에 개인적 이익을 취하는 행위를 신인의무의 규제범위에 포함시켰지만, 개정통일주법 제404조(b)(1)은 그와 같은 문언을 두지 아니하였다. 설립단계에서의 교섭은 독립당사자간(at arm's length)에 행하여지므로 충실의무가 그러한 행위까지 규제를 하는 것이 적절하지 않다는 판단에 의한다는 점⁵⁰⁾ 등의 두 가지의 점에 중요한 수정을 가하였다. 개정통일주법 제404조(b)(2)와 동조 (b)(3)은 각각 대리법리에 따라 이해상충행위와 영업거래에 대하여 규제를 가하고 있다.⁵¹⁾ 다만 제404조(b)(3)이 적용되는 시간적 범위는 제404조(b)(1)과 동조 (b)(2)의 경우보다도 좁고, 파트너십의 사업의 운영단계로 한정된다.

개정통일주법은 충실의무와 직접적으로 관련하는 중요한 규정으로서 제404조(d)와 동조 (e)를 두고 있다. 제404조는 성실하고 공정한 취급의무(good faith and fair dealing duty)를 정하고 있는 규정이다. 종래의 판례는 이를 신인의무 내용의 일부로 파악하고 있었는데, 개정통일주법은 당해 의무가 신인관계(fiduciary relationship)로부터 생기는 것이 아니라 파트너십의 합의에 의하여 파트너에게 부과되는 계약상의 의무로 보고 있다.⁵²⁾ 개정통일주법은 충실의무의 경우와 달리 성실하고 공정한 취급의무의 구체적인 내용을 정하지 아니하고, 판례의 해석과 적용에 맡기고 있다.⁵³⁾ 그리하여 성실하고 공정한 취급의무는 제404조(b)의 정의를 초월하는 일반적인 충실의무까지 포함시킬 수 있기 때문에 실제로는 충실의무의 내용을 한정적으로 정하고 있는 현행 규정을 보완하는 기능을 하고 있다고 볼 수 있다.⁵⁴⁾

개정통일주법 제404조(e)에 따르면 파트너가 자기의 행위가 개인적 이익을 증진하게 한다는 이유만으로는 동법 또는 파트너십 합의에 의거하는 의무 또는 책무에 위반하지 않는다. 종래의 판례법은 파트너를 신탁의 수탁자 및 대리인과 동일한 지위에 있는 자로서 취급하고, 신인의무를 엄격하게 부담시켜 왔다. 그러나 파트너십의 실태⁵⁵⁾로부터 보아 판례의 입장은 당사자의 정당한 거래의 자유를 저해할 수 있다는 점이 문제된다. 이러한 점에서 동 규정은 파트너의 지위가 그 밖의 수인자, 특히 신탁의 수탁자와 다르다는 점을 명백히 한 것이라고 볼 수 있다. 동조의 직접적인 효과는 관련 의무에

50) R.U.P.A. (1997). §404 cmt.2.

51) R.U.P.A. (1997). §404 cmt.2.

52) R.U.P.A. (1997). §404 cmt.4.

53) R.U.P.A. (1997). §404 cmt.4.

54) Robert W. Hillman · Allan W. Vestal · Donald J. Weidner. op. cit., p.151.

55) 파트너가 수익자와 수인자라고 하는 이중의 지위를 겸하는 것을 말한다.

위반하여 개인적 이익을 얻는 행위 내지 공정성에 관한 입증책임이 원고에게로 전환된다는 데에 있다.

한편 NCCUSL는 유한파트너십과 유한책임회사 등에 대한 통일주법을 제정하였다. 신인의무에 관하여는 기본적으로 앞에서 기술한 개정통일주법(RUPA)과 같은 규정이 마련되어 있다. 예를 들면 2001년의 통일유한파트너십법(Uniform Limited Partnership Act, ULPA) 제408조, 1996년의 통일유한책임회사법(Uniform Limited Liability Company Act, ULLCA) 제 409조 등이 그에 해당한다.

III. 폐쇄적 기업에서의 신인의무의 강행법규성

앞에서는 미국의 조합형기업과 폐쇄회사에서 경영자의 신인의무의 내용에 대하여 살펴보았다. 이러한 형태의 기업들은 참가자가 소수라는 점에서 내부관계에 관한 교섭을 행하는 것이 일반적이다. 이 경우 신인의무에 수정을 가한 당사자간의 합의에 대하여 어디까지 그 유효성을 인정할지 문제된다. 이하에서는 신인의무의 강행법규성에 대하여 판례법, 개정통일주법, 주체정법 및 최근의 학설에 대하여 고찰한다.

1. 개정통일주법과 판례

가. 개정통일주법

신인의무의 강행법규성과 관련하여 종래의 통일주법(UPA) 제21조는 거래를 할 때마다 그 밖의 파트너의 동의를 얻으면 신인의무위반의 책임을 면할 수 있다고 정하고 있었지만,⁵⁶⁾ 신인의무에 대한 사전 수정 또는 배제를 인정할지의 여부는 명확하지 않았다.⁵⁷⁾ 그리하여 1997년 개정통일주법(RUPA)을 한차례 수정할 때에는 신인의무의 강행법규성을 명시할지의 여부가 쟁점화 되었다.

그런데 1997년 수정된 개정통일주법은 기본적으로 세 가지 정책결정 하에서 이루어졌다. 그 중에서 신인의무의 강행법규성과의 관계에서 제3자의 정책결정이 특히 중요

56) 동법 제21조는 "without the consent of the other partners"라는 문언을 사용하고 있는데, 사전에 합의에 의한 동의를 포함한다고 해석되고 있다(The UPA Revision Subcommittee of the Committee on Partnerships and Unincorporated Business Organizations, op. cit., p.152).

57) Donald J. Weidner, The Policy Decisions Animate Revision of Uniform Partnership Act, 46 *Bus. Law.* 427, 1991, pp.453-454.

하다. 즉 개정통일주법은 합의의 우위성(supremacy)을 강조하여 기업의 내부관계에 관한 규정의 강행법규성을 최소한도로 하는 취지를 반영시킨 것이다.⁵⁸⁾ 구체적으로는 다음과 같은 방침이 취하여졌다.

첫째, 기업의 내부관계는 파트너쉽 합의에 의하여 규율되는 것이 원칙이다. 개정통일주법의 규정은 부도에 관한 규정으로서 적용된다(동법 제103조(a)).⁵⁹⁾

둘째, 계약자유 원칙에 대한 제한을 가하고 있다(동법 제103조(b)). 그 중에서 충실의무에 관한 규정(동법 제404조) 등은 제한의 대상이 된다.⁶⁰⁾ 동법 제103조(b)(3)은 충실의무의 강행법규성과 관련하여 파트너쉽 합의는 이하의 경우를 제외하고 제404조(b) 또는 제603조(b)(3)에서 정하는 충실의무를 배제할 수 없다고 명시하고 있다. 그에 따르면 (i) 파트너쉽 합의는 명백히 불합리(manifestly unreasonable)하지 아니하면, 충실의무에 위반하지 아니하는 특정한 형태 혹은 범주(type or category)의 행위를 규정할 수 있다. (ii) 파트너 전원 또는 파트너쉽 합의에 따라서 정하여진 인원 수 혹은 그 비율은 중요한 사실의 완전한 공개 하에서 충실의무에 위반할 수 있는 특정한 행위 또는 거래를 수권 혹은 승인할 수 있다.⁶¹⁾ 동 규정의 핵심사항은 다음의 네 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 합의에 의한 충실의무의 포괄적 배제는 금지된다. 이는 후술하는 Labovitz판결 등 다수 판례의 입장을 따르는 것이다.

둘째, 당사자가 합의로 거래의 형태 또는 범주를 특정하고, 충실의무의 적용을 배제하는 형식의 합의의 유효성이 인정된다. 그것은 충실의무를 적용하여야 하는 구체적인 거래에 관하여 일일이 교섭을 통하여 면책적 합의를 이끌어내는 것까지 요구하는 것은 비현실적이라고 보았기 때문이다. 그리고 거래의 형태와 범주가 구체화된 경우에는 사전적 승인이 가능하고, 포괄적인 배제와 비교하여 당사자를 보호하기에 충분하다는 점도 고려되었다.⁶²⁾

셋째, 특정성이 있는 합의가 성립된 경우에도 충실의무를 변경하는 내용이 명백히 불합리하여서는 아니 된다. 즉 당사자의 교섭력의 강약 등에 의하여 불공정한 내용이 합의에 포함된 때에 법원은 합리성의 결여로서 합의를 강제하는 것을 거부할 수 있다.⁶³⁾

58) Donald J. Weidner, op. cit., p.428.

59) R.U.P.A. §103(a), 6 U.L.A. 73(Part1, 2001).

60) 그 밖의 통일주법에도 동일한 취지의 규정을 두고 있다. U.L.P.A.(2001) §110, 6A U.L.A.(2003), pp. 23-24; U.L.L.C.A. (1996) §103, 6A U.L.A.(2003), pp.567-568.

61) R.U.P.A. §103(b), 6 U.L.A. 73(Part1, 2001).

62) R.U.P.A. §103 cmt.4.

63) R.U.P.A. §103 cmt.5.

넷째, 거래의 특정성과 내용의 합리성이라고 하는 두 가지의 요건을 충족시키지 아니하였다고 할지라도 정보를 완전하게 공시하여 그 밖의 구성원의 수권 또는 승인을 얻으면 합의와 마찬가지로 동일한 효과가 생긴다.⁶⁴⁾ 그것은 충실의무에 위반하는 거래일지라도 실제로 기업에 이익을 초래할 수 있는 경우가 있기 때문이다.

한편 성실하고 공정한 취급의무와 관련하여 개정통일주법(RUPA)은 당사자가 합의로 명백히 불합리(manifestly unreasonable)하지 않다는 내용에 대한 평가기준⁶⁵⁾을 정할 수 있다고 규정하고 있다(제103조(b)(5)). 포괄적 배제에 대하여는 충실의무와 같이 법원이 불합리한 합의로 인정할 가능성이 있다.⁶⁶⁾

나. 판례

신인의무의 강행법규성에 대하여 판례의 입장은 나누어진다. 신인의무를 수정한 당사자간 합의의 유효성을 인정한 사례로서 자주 인용되는 것이 Singer사건이다.

(1) Singer v. Singer

Josaline Partnership은 Singer의 가족 등에 의하여 설립된 파트너쉽이다. 피고 파트너는 외부로부터 제공받은 토지구입의 기회를 알고, 자기가 설립한 파트너쉽으로 하여금 그 토지를 취득하게 하였다. 그리하여 Josaline Partnership의 그 밖의 파트너(원고)는 토지구입의 기회를 평등하게 할당하여야 한다는 취지의 소송을 제기하였다.

파트너쉽의 합의에 따르면 어떤 사건 또는 거래가 파트너쉽의 사업과 이해가 상충하고, 경업할 수 있는 관계를 가지는 경우일지라도 파트너가 개인의 계산에 있어서 자유롭게 행할 수 있다. 오클라호마주의 상소법원은 ① 피고가 마치 파트너쉽이 존재하지 않는 것처럼 Josaline의 파트너 및 파트너쉽 자체와 경업할 계약상의 권리를 갖는다. ② 이러한 합의는 파트너간의 자유로운 경업거래를 정당화하고, 파트너쉽에 있어서 유망한 사업과 상업기회까지 포함하는 것이라고 하여 원고의 청구를 인정한 원심의 판결을 파기하였다.⁶⁷⁾

Singer판결은 경업거래의 금지를 적용하지 않기로 한 당사자간 합의의 효력을 명백히 인정하였다. 그러나 동 판결에 대하여는 많은 비판이 가해지고 있다. 실제적으로도

64) R.U.P.A. §103 cmt.5.

65) 의무내용을 구체화하는 것을 말한다.

66) R.U.P.A. §103 cmt.7.

67) Singer v. Singer. 634 P. 2d 766(Okla. App. 1981)

종래의 통일주법(UPA) 하에서의 신인의무는 파트너의 지위에서 부수하는 의무이자 강행법규로서 단순히 계약적으로 선택할 수 있는 것이 아니라고 하는 견해가 지배적이다.⁶⁸⁾ 그리고 종래의 많은 판례도 신인의무를 강행법규로 파악한 Meinhard 판결 이래 엄격한 입장을 유지하고 있었다. 특히 신인의무의 적용을 포괄적으로 배제한 합의의 유효성에 대하여 법원은 당사자간의 교섭능력, 정보 및 경험의 불균형 등을 이유로 부정적 또는 신중한 태도를 취하고 있다.⁶⁹⁾ 다음에 소개하는 Labovitz사건은 그 대표적인 판례이다.

(2) Labovitz v. Dolan

유한파트너인 원고 Labovitz 등과 사업파트너인 피고 Dolan 및 그가 지배하는 회사는 텔레비전 프로그램의 제작과 발매에 관한 사업에 투자할 목적으로 유한파트너쉽 CPI를 설립하였다. 그 후 사업이 순조롭게 진전되어 기업이 이익을 얻고, Labovitz 등에게 소득세가 부과되었음에도 불구하고, labovitz 등은 기업으로부터 충분한 이익을 분배받지 못하였다. 그리고 그들의 지분은 Dolan에 의하여 장부가가격의 3분의 2의 가격으로 매수되었다. Labovitz 등은 Dolan의 억압적 행위가 신인의무에 위반한다고 주장하여 소송을 제기하였다.⁷⁰⁾ 당사자간의 합의에 따르면 Dolan은 파트너쉽의 사업과 업무에 대한 경영과 지배에 대하여 완전한 책임을 지며, 배타적이고 완전한 재량권을 가지고 있었다. 피고는 이익분배의 권한도 합의에 의하여 수여된 재량권에 포함되므로 신인의무에 위반하지 않는다고 반론하였다.

일리노이주 상소법원은 ① 광범위한 재량권이 있을지라도 피고는 여전히 유한파트너에 대하여 성실하고 정직하며 공정성을 가지고 다른 파트너 및 파트너쉽의 자금을 취급할 의무를 필연적으로 포함하는 신인의무를 부담한다. ② 피고의 재량권의 행사가 사업파트너가 부담하는 고도의 신인의무를 해제, 포기 또는 제한하는 것과 같이, 파트너가 스스로의 권리, 의무 및 책무를 설정할 권리를 갖는다고 하는 피고의 반론은 원고의 주장에 부합하는 것이 아니다. ③ 반대로 신인의무가 명시적으로 존재하는지의 여부와 관계없이 파트너쉽의 합의에 따라 정하여진 의무와 동시에 존재한다. ④ 파트너는 상호간 여러 측면을 자유롭게 변경할 수는 있지만, 신인관계라고 하는 성격을 임의로 파괴할 수는 없다고 하였다.⁷¹⁾

68) Robert W. Hamilton. op. cit., p.62; Allan W. Vestal. Advancing the Search for Comprise : A Response to Professor Hynes. 58 *Law & Contemp. Prob.* 55, 1995.

69) Alan R. Bromberg · Larry E. Ribstein. op. cit., p.91-92.

70) Labovitz v. Dolan. 545 N.E. 2d 304(Ill. App. Ct. 1989).

2. 델라웨어 개정통일유한책임파트너십의 입장과 판례

가. 서

미국의 NCCUSL은 주법의 통일화를 목표로 하여 통일주법(UPA), 통일유한파트너십법(ULPA), 통일유한책임회사법(ULLCA) 등의 통일주법을 제정하였다. 이를 토대로 각 주에서는 관련 법률을 다양하게 변경하여 적용하고 있다. 기업조직과 관련하여 가장 주요한 설립주법으로서 선택되고 있는 델라웨어주⁷²⁾는 최근 수차례의 법개정을 통하여 신인의무의 강행법규성의 문제와 관련하여 개정통일주법(RUPA)과 다른 입장을 취하고 있다. 최초로 조합형기업에서의 신인의무의 강행법규성의 문제를 다룬 제정법은 델라웨어 개정통일유한책임파트너십법(Delaware Revised Uniform Limited Partnership Act, 이하 'DRULPA'라고 한다)이다. 동법의 개정 시에는 당사자간의 합의를 존중하는 방향으로 입장이 전환되었다.⁷³⁾

나. DRULPA

“Construction and Application of Chapter and Partnership Agreement”를 제목으로 하는 DRULPA 제17조(1101)은 합의에 의한 신인의무의 변경에 대하여 다음과 같이 명시하고 있다.

첫째, 계약자유의 원칙 및 파트너십 합의의 강제성에 최대한의 효과(maximum effect)를 부여한다(동법 제17조(1101)(c)).

둘째, 보통법(common law) 또는 형평법(equity)상 파트너 또는 그 밖의 자가 유한파트너십, 그 밖의 파트너 또는 파트너십 합의의 당사자 혹은 합의에 구속되는 그 밖의 자에 대하여 신인의무를 포함한 여러 의무를 부담하는 경우, 그 의무는 합의에 의하여 확대(expanded), 제한(restricted) 또는 배제(eliminated)할 수 있다. 다만 파트너십의 합의는 성실하고 공정한 취급의무라고 하는 묵시적인 계약조항(implied contractual covenant)을 배제할 수 없다(제17조(1101)(d)).

71) Labovitz v. Dolan, 545 N.E. 2d 304, 310(Ill. App. Ct. 1989).

72) Larry E. Ribstein, Fiduciary Duties and Limited Partnership Agreements, 37 *Suffolk U.L. Rev.* 927, 2003, p.952.

73) J. Brooke Hern, Limited Partner, Maximum Effect : Rethinking the Risk of Investing in Delaware Limited Partnership, 51 *SMU L. Rev.* 195, 1997, pp.208-210.

셋째, 파트너십의 합의에 달리 정함이 없을지라도 파트너 또는 그 밖의 자는 파트너십 합의에 대한 성실한 신뢰(good faith reliance)가 있는 때에는 신인의무위반에 대하여 유한파트너십, 그 밖의 파트너 또는 파트너십 합의의 당사자 혹은 합의에 구속되는 그 밖의 자에 대하여 책임을 부담하지 아니한다(제17조(1101)(e)).

넷째, 파트너십의 합의에는 계약위반 및 유한파트너십, 그 밖의 파트너 또는 파트너십 합의의 당사자 혹은 합의에 구속되는 그 밖의 자에 대하여 파트너의 신인의무를 포함한 의무를 위반하는 경우에 발생하는 모든 책임을 제한하거나 또는 배제할 수 있다(제17조(1101)(f)). 다만 파트너십의 합의는 성실하고 공정한 취급의무라고 하는 묵시적인 계약조항에 대한 불성실한 위반이 될 수 있는 모든 행위 또는 부작위책임을 제한하거나 또는 배제할 수 없다.⁷⁴⁾

위와 같은 DRULPA 제17조(1101)의 핵심사항에 대하여는 다음과 같이 세 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 계약자유를 최대한 인정하는 정책판단이다. 그 제도의 취지는 법원이 계약조항대로 당사자의 기대를 강제하는 것을 보증하는데 있다.⁷⁵⁾

둘째, 당사자가 합의를 근거로 신인의무의 내용 및 신인의무위반에 대한 책임을 확장, 제한 또는 배제할 수 있다. 특히 책임의 감면에 관한 합의의 유효성을 인정하는 점에서 델라웨어주 회사법보다 규제를 완화하였다. 다만 완전한 계약자유에서 발생하는 당사자보호의 문제를 배려하고, 성실하고 공정한 취급의무에 대하여는 계약상의 묵시적 의무로 보고, 그 의무내용 및 의무위반의 책임에 대한 합의의 축소적인 수정은 허용되지 않는다.

셋째, 합의에 대한 성실한 신뢰(good faith reliance)라고 하는 안전항법칙(safe harbour rule)이 마련되어 있다. 이는 신인의무의 내용에 관하여 합의가 이루어졌지만, 사후적으로 그 내용에 대한 당사자간의 이해가 대립될 수 있는 상황에 대응하는 것이다. 이에 따라 당사자는 어떤 거래가 합의로 신인의무의 적용을 배제하는 것을 선의로 믿고 행동한 때에는 그 이후의 합의를 근거로 다른 해석에 따라 신인의무위반의 책임을 부담하지 않게 된다.

다. 계약자유와 합의의 명확성

74) Del. Code Ann. tit. 6. §17-1101. 2005.

75) R. Franklin Balotti · Jesse A. Finkelstein. Delaware Law of Corporation & Business Organizations §21.3. 2002.

(1) 개요

신인의무를 강행법규로 파악하는 판례법의 전통적인 입장에 대하여 최근의 델라웨어주 판례는 앞에서 기술한 DRULPA의 입법의도를 적용하여, 당사자간 합의로 신인의무를 수정할 수 있다는 점을 인정하고 있다. 이와 관련한 주요 판례를 살펴보면 다음과 같다.

(2) Cencom Cable Income Partners, L.P.Litigation

Cencom Cable Income Partners, L.P.는 케이블텔레비전 시스템을 매수하여 경영하는 유한파트너쉽이다. 동 파트너쉽의 일반파트너(general partner)는 유한파트너(limited partner) 과반수의 승인을 얻어 기업의 자산을 자기가 구입하고, 그 이후 청산을 하고자 하였다. 이에 반대하는 유한파트너는 일반파트너가 유리한 조건으로 불공정거래를 행하였고, 성실한 정보공시의무를 다하지 아니하였기 때문에 신인의무를 위반하였다고 주장하면서, 청산의 유지명령을 신청하였다. 파트너쉽의 합의에 따르면 일반파트너는 파트너쉽에 대한 청산권한을 보유하고 있었다.

하급법원은 ① 상거래와 관련되는 당사자가 사업을 영위하기 위하여 기업조직을 선택할 때에 다양한 경영구조에 대하여 충분한 지식을 가지고 있다고 가정할 수밖에 없다. ② 일반파트너와 유한파트너 간의 관계는 기본적으로 계약적인 성질을 가진다. ③ DRULPA 제17조(1101)(d)는 파트너가 계약에 의하여 신인의무를 수정할 수 있다는 점을 인정하고 있다. ④ 합의에 따르면 문제될 수 있거나 또는 엄격한 심사기준을 적용받게 되는 상황에 놓여지게 되는 일반파트너에 대하여 안전항을 부여하기 위하여 일정한 행위를 수권할 수 있다고 하여 원고의 유지명령청구를 기각하였다.⁷⁶⁾

그러나 동 판결은 다른 여러 판결의 입장과는 다르다. 미국의 대부분의 판례는 신인의무의 내용을 수정한 합의에 강제성을 부여하기 위하여는 당사자의 주관적 의도만으로는 부족하고, 합의의 문언상 그 취지가 판명될 정도의 명확성을 요구하고 있다. 다음의 판례는 그 대표적인 사례이다.

(3) Kahn v. Icahn

AREP은 부동산의 매매와 경영 등을 업으로 하는 유한파트너쉽이다. 원고 Kahn 등은 일반파트너인 API 및 그 소유자이자 피고인 Icahn 등의 부동산업에 대한 용자 등 기업의 기회를 이용한 행위가 신인의무위반이 된다고 주장하여 소송을 제기하였다. 파

76) In re Cencom Cable Income Partners, L.P.Litigation, C.A. No. 14634, 1996 Del. Ch. Lexis 17. (Del. Ch. Feb. 15, 1996).

트너십의 합의에는 파트너가 그 밖의 사업의 이익을 보유하거나 또는 모든 성질과 종류의 사업에 종사할 수 있고, 직접 또는 간접적으로 파트너십의 사업과 경업할 수 있다는 등의 취지를 정하고 있다.

하급법원은 DRUPA 제17조(1101)(d) 및 앞에서 기술한 Cencom Cable 판결을 인용하여, 동 사건에서의 기회의 획득은 합의를 근거로 예측할 수 있는 형태의 행위라고 인정하였다. 즉 “원고는 법적으로 강제된 합의에 따라 정하여진 바와 같이 신인의무에 대한 분명하고 애매하지 아니한 수정(clear and unambiguous modifications)과 관계없이, 독립적이고 불변의 충실의무의 존재를 인정함으로써 새로운 법적 원칙을 창조할 것을 요구하고 있다.”고 하여 원고의 주장을 인정하지 아니하였다.⁷⁷⁾

Kahn판결의 논지는 이후의 많은 판례에서 답습되고 있다.⁷⁸⁾ 다만 경영자가 합의에서 명확히 언급되지 아니한 거래기회를 취득하는 때에는 그 행위가 신인의무 하에서 허용되는지, 즉 신인의무의 포괄적인 배제를 인정할 수 있는지의 여부는 여전히 불분명하다. 동 판결에서는 신인의무가 합의에 의하여 포기되었다고 인정될지라도, 예를 들면 기업의 재산과 정보 또는 경영자의 지위 등을 이용하여 기회를 취득하고자 하는 경우에는 수인자의 지위에서 허용되는 것은 아니라는 점을 시사하고 있다.⁷⁹⁾

라. 합의에 대한 해석과 안전항 법칙

(1) 개요

위에서 본 바와 같이 미국의 판례는 신인의무의 내용을 변경하는 경우 합의의 명확성을 요구하고 있다. 그러나 현실적인 문제로서 계약의 불완비성으로 인하여 합의의 내용이 구체적으로 명시되어 있지 아니하다는 점에서, 그 의미에 대하여 복수로 해석하는 상황이 발생할 수 있다. 이러한 점에서 직접적으로 합의가 존재하지 아니하였고 하여 신인의무를 적용한다고 하면, 당사자의 입장에서 사전에 불확실성이 생기기 때문에, 법원은 당사자의 합의를 합리적으로 해석하여 관련 사건을 해결하고 있다.⁸⁰⁾

77) Kahn v. Icahn. C.A. No. 15916. 1998 Del. Ch. Lexis 223(Del. Ch. Nov. 12. 1998).

78) Sonet v. Timber Co., 722 A. 2d 319, 322(Del. Ch. 1998). 동 사례는 명확성이 있다고 한 사례이다. Miller v. American Real Estate Partners, L.P., C.A. No. 16788. 2001 Del. Ch. Lexis 116(Del. Ch. Sept. 6. 2001). 동 사례는 명확성을 결여하였다고 한 사례이다.

79) Kahn v. Icahn. C.A. No. 15916. 1998 Del. Ch. Lexis 223. pp.14-15.

80) U.S. West, Inc. v. Time Warner, Inc., C.A. No. 14555. 1996 Del. Ch. Lexis 55(Del. Ch. June 6. 1996). 동 사례에서 법원은 ① 합리적 제3자의 이해를 기준으로 하는 clear meaning rule, ② 합의에 이르게 된 배경을 기준으로 하는 parole evidence rule, ③ 당사자 쌍방의 공동인식을 기준으로 하는 forthright negotiator principle 등을 합의의 내용을 해석하는데 이용하도록 하였다. 이점 이러한 기준들

앞에서 기술한 바와 같이 DRULPA 제17조(1101)(e)에서는 신인의무위반의 책임을 면제할 수 있는 '합의에 대한 성실한 신뢰'라고 하는 안전항법칙이 인정되고 있다.⁸¹⁾ U.S. Cellular Investment Co. of Allentown v. Bell Atlantic Mobile System, Inc. 판결⁸²⁾은 그 구체적인 적용을 나타내는 사례의 하나이다.⁸³⁾

(2) U.S. Cellular Investment Co. of Allentown v. Bell Atlantic Mobile System, Inc.

원고 U.S. Cellular Investment Co. of Allentown(USCIC), 피고 Bell Atlantic Mobile System, Inc.(BAMS) 등은 공동으로 SMSA라는 지역에서 휴대전화 서비스를 제공하는 유한파트너십을 설립하였다. USCIC는 일반파트너로 근무하는 BAMS가 기업의 거래기회를 침탈하였다고 주장하였다. 합의에 따르면 일반파트너(general partner)는 당해 기업을 이용⁸⁴⁾할 수 없다. 그러나 BAMS가 동시에 유한파트너이었기 때문에 그 의무의 범위에 관한 합의의 취지에 대하여 다툼이 있었다.

하급법원은 DRULPA 제17조(1101)(d)(1)⁸⁵⁾를 인용하여 피고의 불성실(bad faith)을 추인할 수 있을 정도의 추가적인 증거가 제공되지 아니하였다는 점을 이유로 원고의 주장을 인정하지 아니하였다.⁸⁶⁾ 델라웨어주 대법원은 당해 사안에 있어서 안전항법칙이 적용됨을 확인하고, 원심의 판결을 지지하였다.

마. 델라웨어주법과 개정통일주법의 비교

앞에서 기술한 바와 같이 델라웨어주의 제정법과 판례는 사적 자치를 최대한으로 존중하고 있다. 그리하여 당사자가 신인의무의 내용을 합의에 의하여 변경하고, 그와 같은 의사가 사후적으로 검증 가능한 경우에 법원은 해당 합의에 법적 효력을 부여하고

을 충족하지 않는 한 사전에 합의가 있을지라도 신인의무가 적용될 가능성이 있다는 점을 시사한다.

81) DRULPA §17-1101 note: Joseph L. Lemon, Jr., Just How Limited Is that Liability? : The Enforceability of Indemnification, Advancement, and Fiduciary Duty Modification Provisions in LP, LLP, and LLC Agreements in Delaware Law. 8 *Stan. J.L. Bus. & Fin.* 289, 2003. p.311.

82) U.S. Cellular Investment Co. of Allentown v. Bell Atlantic Mobile System, Inc., 677 A. 2d 497(Del. 1996).

83) 그 밖에 명시적으로 적용한 사례로서는 Continental Ins. Co. v. Rutledge & Co., 750 A. 2d 1219(Del. Ch. 2000), p.1240.

84) SMSA에 인접한 지역에 있는 사업을 말한다.

85) 개정 후의 §17-1101(e)를 말한다.

86) U.S. Cellular Investment Co. of Allentown v. Bell Atlantic Mobile System, Inc., C.A. No.12984, 1994 Del. Ch. Lexis 37(Del. Ch. march 11, 1994), pp.6-7.

있다. 그리고 당사자가 사전에 장래의 사태를 예상할 수 없어 특정한 거래에 대하여 합의를 하였지만, 예매한 의미를 갖는 경우에 법원은 합의에 관한 당사자의 의사를 해석하는 단계로 이동한다.

그러나 법원은 당사자보다 많은 정보를 갖지 않고 있기 때문에 사후적인 판단에 오류가 발생할 우려가 있다. 따라서 당사자의 기대를 보호하기 위하여 '합의의 해석에 대한 성실한 신뢰'라고 하는 안전항 법칙은 합의에 관한 해석의 과정에 편입된다. 이러한 점에서 델라웨어주법의 입장은 신인의무의 강행법규성에 관하여 개정통일주법과 비교하여 몇 가지 차이점을 보이고 있다.

첫째, 개정통일주법은 신인의무의 내용을 수정하는 합의가 명백히 불합리하지 않을 것을 요구하고 있다. 이에 대하여 델라웨어주법은 당사자의 의사가 명백한 이상 신인의무의 내용을 수정하는 합의에 절차상의 문제⁸⁷⁾가 없으면, 별도로 내용의 합리성을 심사하지 아니한다. 따라서 그러한 점은 개정통일주법과 다르다. 즉 델라웨어주법의 기준이 개정통일주법보다 완화된 것이다.

둘째, 개정통일주법은 신인의무의 내용을 수정하는 합의에 대하여 거래 또는 행위의 '형태 또는 범주'라고 하는 특정성을 요건으로 삼고 있다. 이에 대하여 델라웨어주법은 합의의 내용이 당사자의 의도를 알 수 있을 정도로 명백한 것이어야 한다고 하여 '명확성'을 요구하고 있다. 즉 신인의무의 내용을 명확히 수정한 합의자체의 존부에 중점을 두고 있다. 그리하여 신인의무의 적용을 배제하는 거래 또는 행위의 유형이 비록 합의로 결정되었을지라도, 특정한 것 또는 구체화되지 아니한 때에는 개정통일주법 또는 델라웨어주법에 의하여 결론을 바꿀 수 있게 된다.

셋째, 당사자가 합의로 신인의무의 내용에 대하여 명확하고 구체적인 변경을 행한 경우에 그 합의의 유효성에 관하여는 개정통일주법과 델라웨어주법과의 사이에 차이가 없다. 다만 신인의무를 포괄적으로 배제한 경우 개정통일주법이 이를 명백히 인정하고 있는데 비하여 델라웨어주의 판례의 입장은 다소 모호하다.

개정 전의 DRULPA 제17조(1101)(d)(2)는 신인의무와 신인의무위반에 대한 책임이 합의에 의하여 확대 또는 제한될 수 있다(expanded or restricted)고 규정하고 있었다.⁸⁸⁾ 이 규정을 근거로 델라웨어주의 하급법원은 신인의무가 포괄적으로 배제될 수 있다는 입장을 나타내고 있었다. 다만 델라웨어주 대법원은 Gotham Partners판결에서 "DRULPA 제11조(1101)(d)(2) 등에는 신인의무 및 그 책임을 배제할 수 있다는 문언이 존재하지 않는다. 그리하여 법원은 이전부터 신인의무를 면할 수 있는 수인자의 의

87) 사기와 부실표시 등을 말한다.

88) Del. Code. Ann. tit. 6, §11-1101(2003).

도를 엄격히 심사하는 警戒的인 접근방식을 취하고 있다.”고 하여 반대의 입장을 표명하였다.⁸⁹⁾ 이와 같이 판례가 일관되는 입장을 유지하지 못하는 상황을 고려하여 2004년 DRULPA의 개정 시에는 제17조(1101)(d)의 규정을 수정하고, 배제하는 문언을 새롭게 추가하여 입법적으로 해결을 하였다.⁹⁰⁾

3. 학설

가. 서

신인의무의 강행법규성에 관한 미국의 학설은 본래 회사법의 분야, 특히 공개회사를 염두에 두고 제창되었다. 그리고 1990년대부터는 통일주법의 개정을 계기로 조합형기업 등 폐쇄적 기업에 대하여도 동일한 논의가 활발하게 전개되었다. 학계에서의 최근의 논의는 크게 계약자유설과 제한적 계약자유설로 나뉜다.

나. 계약자유설

계약자유설은 폐쇄적 기업의 당사자간 합의로 신인의무의 내용을 변경할 수 있다고 한다. 그러므로 신인의무에 관한 규정은 임의법규라고 한다. 계약자유설의 논지는 크게 두 가지로 나눌 수 있다.

첫째, 당사자가 대등한 입장에서 교섭을 행할 수 있기 때문에⁹¹⁾ 합의의 유효성을 인정함으로써 합의의 신뢰성을 높일 수 있다고 본다.⁹²⁾ 그리고 동 학설은 장기적인 관계를 맺고 있는 파트너들 중에는 경험이 없는 자도 당사자가 존재하는 데에 따르는 문제점에 대하여는 ① 강행법규를 근거로 약자를 보호하고자 하면 법원의 과도한 간섭을 야기할 수 있고, 법원의 판단의 그 불확실성으로 인하여 비용이 발생하고,⁹³⁾ ② 극단적으로 불공정한 결과가 발생한 때에는 계약법상 비양심성(unconscionability)의 법리와 성실의무(good faith duty)를 활용하여 구제를 할 수 있기 때문에 무경험의 당사자

89) Gotham Partners, L.P. v. Hallwood Realty Partners, L.P., 817 A. 2d 160(Del. 2002).

90) Del. Code Ann. tit. 6, §11-1101(2005).

91) Robert W. Hillman, Private Ordering Within Partnerships, 41 U. Miami L. Rev. 425, 1987.

92) J. Dennis Hynes, *Fiduciary Duties and RUPA: An Inquiry Into Freedom of Contract*, 58 Law & Contemp. Probs. 29(Spring 1995), p.39.

93) J. Dennis Hynes, op. cit., pp.45-46.

보호에 문제가 없다고 한다.⁹⁴⁾

둘째, 거래에 관한 문맥이 매우 다양하고 복잡한 경우에는 신인의무의 비용과 편익이 다르기 때문에 당사자가 사전에 신인의무의 내용에 대하여 교섭하고, 그 필요에 따라 어느 정도의 신인의무를 계약에 포함시킬지를 결정할 필요가 있다고 한다.⁹⁵⁾ 즉 수인자의 재량권의 범위, 수익자의 감시능력,⁹⁶⁾ 경업피지특약과 업적연동형보수 등의 설정가능성, 신인관계로부터의 수익자의 탈퇴능력, 수익자에 의한 해임권의 유효성, 수인자의 평판적 인센티브 등에 따라 수익자의 입장에서는 신인의무의 편익이 변한다. 반대로 신인의무의 존재에 의하여 수인자의 사외활동 및 수익자에 이익을 발생시킬 수 있는 거래가 제한되는 등의 비용이 발생한다.

다. 제한적 계약자유설

동 학설은 신인의무의 강행법규성에 관하여 제한적인 입장을 취하는 학설로서 최근의 유행설이다. 즉 신인의무를 임의법규화 하는 것은 지지하지만, 그 한도를 설정하여야 한다는 입장이다.⁹⁷⁾ 제한적 계약자유설의 주요 논지에 대하여는 크게 네 가지로 나눌 수 있다.

첫째, 당사자간 교섭능력의 차이, 과도한 낙관주의와 교섭에 대한 심리적 저항감 및 정보의 비대칭성 등의 문제가 존재한다는 점을 이유로 제한적 계약자유설을 주장한다.⁹⁸⁾ 그런데 신인의무를 완전히 임의법규화 하는 것은 세련된 당사자 간의 거래 설계를 자유롭게 할 수 있는 편익을 제공하는 반면, 그렇지 아니한 당사자를 수인자의 기회주의적 행동에 노출시키게 할 우려가 있다. 이러한 점은 ① 잠재적인 당사자로 하여금 사전에 수인자의 의무위반을 면책할 수 있는 합의가 존재하는지의 여부를 조사할 필요성이 있기 때문에 정보수집비용을 발생시키고,⁹⁹⁾ ② 사후적으로는 합의의 내용이

94) J. Dennis Hynes. op. cit., pp.45-46.

95) Larry E. Ribstein. *Fiduciary Duty Contracts in Unincorporated Firms*. 54 Wash & Lee L. Rev. 537(1997). p.541.

96) 예를 들면 폐쇄회사의 주주는 통상적으로 공개회사의 주주보다 경영자를 감시하는 능력과 의욕을 가지고 있다고 할 수 있다.

97) 다만 이러한 점을 이유로 신인의무의 강행법규성을 완전히 유지하여야 한다는 소수설도 있다(Claire Moore Dickerson. *From Behind the Looking Glass : Good Faith, Fiduciary Duty & Permitted Harm*. 22 Fla. St. U. L. Rev. 955. 1995).

98) Donald J. Weider. *RUPA and Fiduciary Duty : The Texture of Relationship*. 58 Law & Contemp. Probs. 81. Spring 1995. p.102

99) Jeffrey N. Gordon. *The Mandatory Structure of Corporate Law*. 89 Colum. L. Rev. 1549. 1989. 표준 규칙(Standards Rule)을 강행법규로 하는 것은 투자자의 불확실성을 제거하여 자금조달의 비용을

정보를 얻은 후의 교섭결과인지에 대한 법원의 판단에도 비용이 소요된다.¹⁰⁰⁾ 그리하여 신인의무의 내용을 합의에 따라 변경하는 행위에 합리적인 제한을 가하더라도, 정보를 얻은 기민하고 적극적인 교섭자라고 하면 합의에 동의하였을 것이라는 점을 신인의무의 내용으로 설정하면 완전한 임의법규화보다는 효율적이라고 한다.¹⁰¹⁾

둘째, 정보수집과 그 처리를 함에 있어서 인간은 인지의 한계(limits of cognition)를 가지고 있다는 인지심리학의 관점에서¹⁰²⁾ 신인의무에 대한 포괄적 배제를 인정하여서는 아니 된다고 설명하고 있다.¹⁰³⁾ 즉 ① 신인의무는 장기적 관계를 규율하고, 다양한 상황에서 기능하므로 포괄적으로 배제하는 것은 장래에 어떠한 효과를 발생시키는 지를 수익자가 사전에 예견할 수 없고, ② 수익자는 본래 심리적으로 신인의무가 아닌 경우에 수인자가 어느 정도 자기를 공정하게 취급하여 주는 지에 대하여 지나치게 낙관적이 될 수 있어 신인의무의 포괄적 배제로부터 발생하는 효과를 과소평가하는 경향을 보인다는 문제점이 있다는 것이다. 그러므로 신인의무의 내용을 변경하는 행위에 대하여는 일정한 한도¹⁰⁴⁾를 설정하여야 하며, 그러한 한계의 설정은 수익자의 인지적 한계의 문제가 심각하게 발생하지 않고 수인자의 기회주의적 행동도 비교적 어려울 수 있다고 한다.¹⁰⁵⁾

셋째, 특정한 거래에 대하여 신인의무의 적용을 배제하는 경우에는 당사자 자신이 그 효과를 평가할 수 있지만, 신인의무를 포괄적으로 배제하는 경우에는 평가가 곤란하므로 그 밖의 대체적인 구조가 존재하지 아니하는 한 이를 인정하여서는 아니 된다고 한다.¹⁰⁶⁾ 신인의무와 동일한 기능을 가지는 구조란 시장,¹⁰⁷⁾ 업적연동보수, 경업금지특약, 평판 또는 사외이사 등을 포함하는데, 폐쇄적 기업의 경우에는 그러한 구조를 구비하고 있는지에 대하여 보다 구체적인 검토를 요한다고 한다.

절감하는 점에서 법적 규제의 공공재적 기능을 촉진할 수 있다.

100) Donald J. Weider. op. cit., p.102

101) Donald J. Weider. op. cit., pp.100-101.

102) Amos Tversky & Daniel Kahneman. Judgement Under Uncertainty : Heuristics and Biases. in Judgement Under Uncertainty 3. Daniel Kahneman et al. eds., 1982 : Behavioral Law and Economics 1. Cass R. Sunstein ed. 2000.

103) Melvin A. Eisenberg. The Limits of Cognition and the Limits of Contracts. 47 *Stan. L. Rev.* 211. 1995, p.249.

104) 예를 들면 특정성을 말한다.

105) 폐쇄회사의 경우에 대하여도 동일한 논리를 적용할 수 있다(Melvin A. Eisenberg. *The structure of the corporation : a legal analysis*. Washington, D.C. Beard Books. 2006. pp.29-31).

106) Robert B. Thompson. The Law's Limits on Contracts in a Corporation. 15 *J. Corp. L.* 377. 1990. pp.396-403.

107) 제품시장, 자본시장, 고용시장 및 지배권시장 등을 말한다.

넷째, 피보험자가 부보재산의 관리에 통상보다 적은 주의를 기울인다는 문제와 마찬가지로 신인의무를 배제한 계약조항이 경영자의 행동을 변하게 할 수 있기 때문에 주주인 당사자가 사전에 과거의 경험만으로 그 조항을 정확히 평가하는 것은 곤란하다고¹⁰⁸⁾ 보고 있다.¹⁰⁹⁾ 그리고 경영자가 도덕, 시장구조 또는 평판 등의 비법률적인 요소에 의하여 계약을 받을 수 있기 때문에 당사자로서는 최악의 상황만을 상정하여 계약조항을 평가하는 것도 합리적이 아니라고 한다.

그 밖에 신인의무가 임의규정이라면 경영자는 그 지위를 이용, 정관변경을 통하여 자기의 신인의무를 부당하게 경감하는 기회주의적 행동을 취할 가능성이 있다는 점도 들고 있다. 다만 주주의 집단행동문제가 심각하지 아니한 폐쇄회사에서는 이는 결정적인 이유가 되지는 아니한다.¹¹⁰⁾

이와 같은 제한적 계약자유설의 입장은 앞에서 기술한 개정통일주법(RUPA)의 개정 에 큰 영향을 미쳤다. 개정통일주법의 시안에서는 신인의무에 대한 포괄적 배제를 인정하고, 신인의무를 완전히 임의법규화 하는 취지의 규정을 두고 있었는데, 미국의 NCCUSL은 공식승인 직전에 일부의 반대의견에 따라 현재와 같은 한정적인 입장을 취하게 되었다.¹¹¹⁾

N. 결론

미국에서는 유한책임회사(LLC) 및 유한책임파트너(LLP) 등 새로운 기업형태의 출현에 따라 경영구조가 다양화되고 있다. 이에 따라 기업의 내부관계가 복잡화되고 있고, 신인의무가 어떻게 적용되는지의 여부가 문제되고 있다. 이와 관련하여 미국에서의 일반적인 견해에 따르면 유한책임회사 및 유한책임파트너쉽 등은 제정법에 의거한 계약법규에 의하여 규율되고, 조직증서¹¹²⁾를 통하여 자유롭게 설계되고, 유한책임회사 등의 행위는 제정법의 규정에 의하여만 제한된다. 이 경우 관련 제정법은 신인의무의 범리가 계약에 의거하여 확대 또는 축소 등의 변경을 허용하고 있다.

그러나 경영자와 투자자 간의 역학관계가 불균형인 상태에 있는 기업의 투자자를 보

108) 구체적인 이탈에서는 평가문제가 그다지 발생하지 아니한다.

109) John C. Coffee, Jr., *The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law : An Essay on the Judicial Role*, 89 *Colum. L. Rev.* 1618, 1989, pp.1667-1671

110) Jeffrey N. Gordon, *op. cit.*, p.1593.

111) Letter from Melvin A. Eisenberg to the NCCUSL, J. Dennis Hynes, *op. cit.*, pp.36-37.

112) 합의 또는 운영계약 등을 말한다.

호할 필요성은 모든 기업형태에서 나타나고 있다. 소유와 경영이 분리되는 경우의 대리인 문제가 기업형태와 관계없이 발생하고 있는 것이다. 이것은 미국의 주의회가 특정 종류의 기업의 내부지배구조가 계약에 의하여 정하여질 수 있다고 입법하였기 때문이라고 할 수 있다. 이는 투자자의 정당한 기대권의 보호를 요청하는 정책과 많은 제정법의 근거에 있는 계약자유를 장려하는 정책과의 사이에 고유한 긴장관계가 존재함을 의미한다.¹¹³⁾

위와 같은 제정법의 취지에 따라 미국법상 폐쇄적 기업에서의 신인의무 및 강행법규성에 관하여는 다음과 같은 경향을 띠고 있다.

첫째, 신인의무의 규제범위를 축소하고 있다. 개정통일주법은 판례의 입장을 수정하고, 조합형기업의 경영자에 대하여는 그 밖의 종류의 수인자¹¹⁴⁾보다 광범위하게 개인적 이익을 취득할 수 있도록 하고 있다. 그러한 경영자들은 소유자결합의 경우가 많고, 이른바 경영전문가와는 다른 고려가 필요하다는 이유에 따른다. 그리고 학설은 공개회사와 비교하여 폐쇄회사의 사업규모가 적고, 신규사업에 진출할 능력이 한정되어 있기 때문에 경영자의 거래범위를 엄격히 제한하여 보더라도 기업에는 이익이 발생하는 것이 아니라 오히려 유능한 인재의 유치를 저해할 수 있다고 하여 신인의무의 규제범위를 좁게 해석하여야 한다는 견해가 유력하다.

둘째, 신인의무의 강행법규성을 완화하고 있다. 개정통일주법(RUPA)은 신인의무, 특히 충실의무를 강행법규로 보면서 신인의무의 내용을 변경한 합의에 대하여 신인의무의 적용을 배제하는 거래 또는 행위가 특정성 및 합리성이 있는 경우에는 그 유효성을 인정하고 있다. 그리고 개정통일주법은 신인의무의 내용을 충실의무와 주의의무로 나누고, 충실의무의 규제대상을 거래기회의 탈취, 이해상충거래 및 경업거래로 한정하고, 법적 규제의 확실성을 추구하고 있다.¹¹⁵⁾

그러나 DRULPA는 '합의에 최대한의 효과를 부여한다.'라는 방침을 가지고 있어 제정법의 입장과 다르다. 동법은 신인의무에 대한 포괄적 배제도 인정하고 있다. 다만 델라웨어주의 판례는 제정법의 입장에 따르면서도 당사자의 정당한 기대이익을 보호하는 견지에서 신인의무의 적용을 안이하게 배제하는 합의에 대하여는 신중한 태도를 취하고 있다. 그리하여 델라웨어주의 법원은 ① 합의의 명확성을 요구하고, ② 신인의무의 내용이 수정되었는지의 여부를 결정함에 있어서 신인의무의 적용이 합의로 결정

113) Jack B. Jacobs, Entity Rationalization : A Judge's Perspective, 58 *Bus. Law.* 1043, 2003, pp.1044-1045.

114) 신탁의 수탁자와 공개회사의 경영자 등을 말한다.

115) 강행법규로서의 신인의무의 내용이 확정적이라면 사후적으로 합의를 통하여 당사자의 기대를 저버릴 수 있는 법원의 확대해석을 방지하고 있다.

된 지배구조 또는 당사자의 권한에 대하여 지나치게 간섭하게 되는지의 여부를 고려하는 기능적 접근(functional approach) 방식을 채택하고 있으며, ③ 신인의무가 합의에 의하여 완전히 배제된 경우에는 투자자인 당사자의 이익을 보호하는 방향에서 계약법의 원칙을 해석·적용하고 있다.¹¹⁶⁾ 즉 개정통일주법(RUPA) 등의 예방적 규제에 대하여 델라웨어주는 사후적으로 유연한 해석을 함으로써 신인의무의 배제에 의한 경영자의 기회주의적 행동으로부터 약자인 당사자를 보호하고 있다.

학설은 계약자유설을 취하여 신인의무의 임의법규성을 주장하는 설과 전통적인 입장 또는 약자보호 등 온정주의의 입장에서 강행법규성을 지지하는 설이 대립하고 있는데, 신인의무의 계약적 이해에 찬동하면서도 어느 정도 강행법규성을 유지할 필요가 있다고 주장하는 제한적 계약자유설이 주류를 이루고 있다. 폐쇄적 기업의 경우에는 당사자가 소수이기 때문에 주주의 집단행위 등에 따르는 의사결정의 문제가 없고, 실제로 당사자간 교섭을 행할 수 있으며, 인지의 한계의 문제, 예견가능성의 문제, 법적 서비스를 이용할 경제적 능력을 구비하지 않는 문제 등에 직면하는 것이 현실이다.¹¹⁷⁾ 그리고 사후적인 구제조치로서는 지분의 유통시장이 존재하지 않기 때문에 경영자의 행동에 대한 시장감시가 없을 뿐만 아니라 투자자가 지분을 양도하여 기업으로부터 탈퇴하는 것도 어렵다. 이로 인하여 적어도 교섭력이 열위한 당사자 보호가 필요하다는 점을 고려할 때에는 자율적인 거래 설계에 따르는 효율성을 근거로 완전한 계약자유를 추구하는 계약자유설의 입장보다 신인의무의 임의법규성을 일정한 한도까지 인정하는 제한적 계약자유설이 타당하다고 본다. 또한 제한적 계약자유설의 입장은 당사자간의 합의의 효과가 이행될 수 있을 정도로 장래의 거래 또는 행위를 특정하여 신인의무의 규제를 배제할 수 있다고 보고 있으므로 강행법규라고 하더라도 실제로 세련된 당사자의 계약자유를 저해할 수 있는 상황이 발생하지 않는다고 본다.

결론적으로 신인의무에 관한 규제범위의 측면에서는 폐쇄적 기업의 특유한 문제를 배려하여 좁게 해석하여야 하고, 신인의무의 강행법규성의 측면에서는 완전한 임의법규 또는 완전한 강행법규로 보아야 하는 것이 아니라 폐쇄적 기업에서의 교섭의 편익과 피해를 고려하면서 합의의 특정성을 요구하는 절충적인 사고가 합리적인 것으로 보인다.

116) Jack B. Jacobs, op. cit., pp.1048-1049.

117) 최근에는 ① 복잡한 합의서와 운영계약을 기초로 하는 법적 서비스의 비용이 증가하고 있다는 점, ② 법률전문가조차 유한책임회사 등 기업의 지배구조의 설계에 대하여 지식을 결여하고 있다는 점 등의 문제점이 실태조사를 통하여 명백하게 드러나고 있어 당사자 간의 합리적인 교섭이 성립될 수 있는지에 대하여 비판적인 견해를 나타내는 학자도 있다(Sandra K. Miller, A New Direction for LLC Research in a Contractarian Legal Environment, 76 S. L. Rev. 351, 2003).

한편 본 논문은 폐쇄적 기업만을 대상으로 하였고, 그 중에서도 특히 중소기업의 조합형기업 및 폐쇄회사만을 염두에 두고 고찰하였기 때문에 그 이외의 폐쇄적 기업 내지 공개회사의 경우에는 충실의무를 여하히 고려하여야 하는지의 등의 문제가 남아있다. 본고의 고찰을 계기로 향후 더욱 많은 연구를 기대하여 본다.

참고문헌

- 권재열, “회사기회의 법리: 2007년 2월 조정된 상법개정안의 비교법적 검토,” 「상사법연구」 제25권 제4호, 한국상사법학회, 2007.
- 권종호, “사외이사의 역할, 직무범위 및 책임에 관한 연구보고서,” 「POSCO 용역보고서」, 2001. 3.
- 김상규·이형규, “이사의 책임강화에 따른 대응방안에 관한 연구,” 「코협연구보고서」 02-04, 코스닥등록 법인협의회, 2002. 12.
- 김화진·문병연, “회사기회의 유용과 부당내부거래,” 「기업지배구조리뷰」 제30호, 기업지배구조센터, 2007.
- 김재형, “폐쇄회사에 있어서의 소수파주주의 보호-주주의 충실의무를 중심으로-,” 「기업법연구」 제9집, 한국기업법학회, 2002.
- 문기석, “미국법상 억압(Oppression)의 법리와 유한책임회사(Limited Liability Companies): LLC에 대한 폐쇄회사 소수파주주 보호법리의 적용가능성,” 「기업법연구」 제21권 제4호, 한국기업법학회, 2007. 12.
- 서완석, “회사기회유용 금지이론,” 「법학논총」 제21집 제1호, 전남대학교법률행정연구소, 2007.
- 송상현, “주식회사 이사의 충실의무론 : 영미법을 중심으로,” 「심당법학논집」 제1권, 박영사, 2007.
- 오성근, “미국법상 기회유용금지이론의 법리에 관한 연구,” 석사학위논문, 한양대학교 대학원, 1990.
- 육태우, “미국법상 폐쇄회사에서의 주주억압의 개념,” 「상사법연구」 제25권 제3호, 한국상사법학회, 2006. 11.
- 이정수, “미국 LLC, LLP제도의 도입과 세법상 대응,” 「조세법연구」 13-2, 한국세법학회, 2007.
- 이강룡, “폐쇄회사의 분쟁과 조정에 관한 연구,” 「회사법연구 보조자료」, 사법연수원.

2004. 8.
- 이흥욱, “관례를 통해 본 이사의 충실의무,” 「비교사법」 제12권 제4호, 한국비교사법학회, 2005. 12.
- 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2008.
- 이철수, “독일법상 충실의무의 역사적 전개와 구체적 법리,” 「법학논집」 제9권 제1호, 이화여자대학교법학연구소(2004. 9).
- 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사(2007).
- 최준선, 「회사법」, 삼영사(2007).
- 홍복기, 「회사법강의」, 법문사(2006).
- 江頭憲治郎, 「株式會社・有限會社法」, 有斐閣, 2005.
- Allan W. Vestal, Fundamental Contractarian Error in the Revised Uniform Partnership Act of 1992, *73 B. U. L. Rev.* 1993.
- J. Brooke Hern, Limited Partner, Maximum Effect : Rethinking the Risk of Investing in Delaware Limited Partnership, *51 SMU L. Rev.* 1997.
- Jack B. Jacobs, Entity Rationalization : A Judge’s Perspective, *58 Bus. Law.*(2003).
- Joseph L. Lemon, Jr., Just How Limited Is that Liability? : The Enforceability of Indemnification, Advancement, and Fiduciary Duty Modification Provisions in LP, LLP, and LLC Agreements in Delaware Law, *8 Stan. J. L. Bus. & Fin.* 2003.
- Larry E. Ribstein, Fiduciary Duties and Limited Partnership Agreements, *37 Suffolk U.L. Rev.* 2003.
- Larry E. Ribstein, Fiduciary Duty Contracts in Unincorporated Firms, *54 Wash & Lee L. Rev.* 1997.
- Larry E. Ribstein, The Emergence of the Limited Liability Company, *51 Bus. Law.* 1995.
- Melvin A. Eisenberg, *The structure of the corporation : a legal analysis*, Washington, D.C. : Beard Books, 2006.
- Robert W. Hamilton, *Cases and Materials on Corporations Including Partnerships and Limited Liability Companies*, St. Paul, Minn, 7th ed. 2001.
- Robert R. Hamilton, Registered Limited Liability Partnership : Present at the Birth(nearly), *66 U. Colo. L. Rev.* 1995.
- Robert R. Keatinge, Limited Liability Partnership : The Next Step in the Evolution of the Unincorporated Business Organization, *51 Bus. Law.* 1995.

Robert R. Keatinge, *The Limited Liability Company : A Study of the Emerging Entity*, 47 *Bus. Law*. 1992.

Sandra K. Miller, *A New Direction for LLC Research in a Contractarian Legal Environment*, 76 *S. L. Rev.* 2003.

William J. Carney, *Limited Liability Companies : Origins and Antecedents*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 1995.

[Abstract]

Compulsory act of director's fiduciary duty on closely held corporation in USA law

Song, Seok-Eon

Professor, Faculty of Law, Jeju National Univ.

In a privately held firm the governing rules for internal management can be decided rather easily through reasonable negotiations among the partners (or shareholders) since they consist, in most cases, of a small number of shareholders who maintain close human relations among themselves. Therefore, the legal principles governing the fiduciary duties of the shareholders of a publicly-held corporation are deemed "not always appropriate" for those of a privately-held company. It is from this context that this study examines theories and judicial cases surrounding the provisions of the Revised Uniform Partnership Act (or RUPA) and the Delaware Revised Uniform Partnership Liability Act (or DRULPA) focusing on the concepts and details of the fiduciary obligations of shareholders that are used in publicly-held corporations operating in the United States and the extent to which they are enforced in practice.

The study finds the following conclusions:

First, the above mentioned laws treat the concept of the fiduciary duty of partners in rather limited ways. Under RUPA, for example, the manager of an association-type corporation is less limited in pursuing his or her own personal interest than other types of trustees. Second, the extent to which a specific law is actually enforced is rather subdued. For example, under RUPA fiduciary duties, especially the duty of loyalty, are considered enforceable; however, the same law regards certain acts or transactions as legally free from fiduciary duties in case their validity is granted specifically by statutory modifications agreed upon by the shareholders due to their peculiarity.

On the other hand, DRULPA takes the approach of giving maximum effect to the enforceability of partnership agreements, which is quite different from the approach

taken by other statutory laws, and the same law also acknowledges comprehensive exemption from fiduciary duties. It is noteworthy, however, that with the intent of protecting the expected benefits of the involved party, the case law of Delaware purporting to this takes a more cautious approach toward agreements exempting fiduciary duties without giving enough consideration even though they maintain the same concept as other statutory laws.

The two approaches competing in the academic field are the so-called freedom of contract approach, which argues that fiduciary duties are non-enforceable in nature, and the patronal approach, which argues that fiduciary duties ought to be enforceable in order to protect the minority. Main stream scholars, however, seem to take a dual approach of agreeing with the contractual nature of fiduciary duties on the one hand and on the other agreeing on the need to maintain their enforceability to some extent, which is called the theory of limited freedom of contract.

Key words : limited liability company, limited liability partnership, Revised Uniform Partnership Act, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Doctrine of Corporate Opportunity, duty of loyalty, fiduciary relationship, good faith reliance, safe harbour rule, limits of cognition

