

회사관련 소송의 가치분절차

Provisional Disposition in Company Litigation

장 완 규*
Jang, Wan-Kyu

목 차

- I. 들어가며
- II. 회사관계소송 가치분절차의 특성 및 문제점
- III. 주주총회개최금지 및 결의금지가처분
- IV. 의결권행사금지·행사허용의 가치분
- V. 주주총회결의효력정지 및 집행정지의 효력
- VI. 마치며

국문초록

주주총회결의하자소송에서 판결이 확정되기까지 결의는 여전히 유효하나, 결의의 효력을 부정하려는 원고가 마냥 판결이 내려지기를 기다려야 하는 것은 아니다. 즉, 결의의 효력을 부정할 수는 없어도 결의에 기하여 진행되는 행위를 저지할 수 있는 수단을 가지는데, 그것이 바로 주주총회관련 가치분제도이다. 특히 회사 가치분제도는 소규모 회사에서 내부분쟁의 원인이 되고 경영권 다툼 또는 외부로부터 회사쟁취의 도구로 이용되는 경우가 흔히 있다.

가치분제도는 크게 다툼의 대상에 관한 가치분(민사집행법 제300조 제1항)과 임시의 지위를 정하기 위한 가치분(동조 제2항)으로 나뉜다. 다툼의 대상에 관

논문접수일 : 2018.10.30.

심사완료일 : 2018.11.20.

게재확정일 : 2018.11.20.

* 법학박사·용인송담대학교 교수

한 가치분은 본안소송의 목적물 자체에 대한 장래의 강제집행을 보전하려는 것임에 반하여, 임시의 지위를 정하기 위한 가치분은 다툼 있는 권리관계의 해결을 장래의 종국판결 확정시까지 기다린다면 그 사이에 채권자에게 돌이킬 수 없는 손해가 생길 것을 우려하여 그 손해를 되도록 막아보자는 것이다. 그런데 일단 주주총회와 관련한 가치분이 발해지고 나면, 그 효력이 매우 크기 때문에 당사자의 일방에게 결정적인 타격을 가하는 결과가 된다. 따라서 사건처리를 할 때에는 이러한 사정을 고려하여 신중한 심리를 하여야 한다.

회사 가치분은 보전소송이 본안화되는 문제점이 있다. 즉, 다툼이 있는 법률관계의 보전을 위한 잠정적 특성이라는 본래의 목적을 넘어 본안소송을 대신하는 통상의 권리구제수단이 되고 있다. 따라서 채권자는 본안소송을 대신하여 가치분 자체로 만족을 얻는 만족적 가치분도 가능하다. 이 만족적 가치분은 보전처분의 본질인 권리보전의 목적과 잠정성에 반할 수 있다. 그러므로 만족적 가치분에 대한 보전의 필요성의 유무를 판단할 때에는 보다 높은 수준의 보전의 필요성을 요구하여 특별한 사정에 대한 소명이 없으면 그 신청은 보전의 필요성을 결한 것으로 보게 된다. 즉, 증명에 가까운 고도의 심증이 얻어지지 않는 한 피보전권리나 보전의 필요성 등에 관하여 소명이 행하여지지 아니하였다고 취급한다.

또 다른 문제점으로, 가치분절차는 그 요건인 i) 피보전권리와 ii) 보전의 필요성에 따라 여러 유형의 가치분이 가능하며, 민사집행법은 다툼의 대상에 관한 가치분(민사집행법 제300조 제1항)과 임시지위를 정하기 위한 가치분(제2항)으로 이 두 가지의 기본유형에 관한 조문만을 규정할 뿐 어떠한 내용의 가치분을 발령할 것인가는 법원의 재량에 위임하고 있다(제305조 제1항). 따라서 현재의 위험을 보전하기 위하여 주주총회결의에 관하여 여러 유형의 가치분이 허용될 수 있는지가 문제된다.

주제어 : 가치분제도, 보전처분, 주주총회결의, 만족적 가치분, 피보전권리, 보전의 필요성

1. 들어가며

주주총회결의의 효력을 다투는 소송에서 판결이 확정되기까지 결의는 여전히 유효하고 따라서 회사는 이 결의에 기초하여 업무를 계속해 나갈 수 있다. 그렇다고 결의의 효력을 부정하려는 원고가 마냥 판결이 내려지기를 기다려야 하는 것도 아니다. 즉, 결의의 효력을 부정할 수는 없어도 결의에 기하여 진행되는 행위를 저지할 수 있는 수단을 가지는데, 그것이 바로 주주총회관련 가치분 제도이다.¹⁾

가치분제도는 크게 다툼의 대상에 관한 가치분(민사집행법 제300조 제1항)과 임시의 지위를 정하기 위한 가치분(동조 제2항)으로 나뉜다. 다툼의 대상에 관한 가치분은 본안소송의 목적물 자체에 대한 장래의 강제집행을 보전하려는 것임에 반하여, 임시의 지위를 정하기 위한 가치분은 다툼 있는 권리관계의 해결을 장래의 종국판결 확정시까지 기다린다면 그 사이에 채권자에게 돌이킬 수 없는 손해가 생길 것을 우려하여 그 손해를 되도록 막아보자는 것이다.²⁾

그 중에서 주주총회와 관련한 가치분절차는 다툼 있는 위법결의 또는 위법결의에 기해 발생하는 권리관계에 대하여 현재 채권자에게 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여 가치분을 발령하는 것이므로 임시의 지위를 정하기 위한 가치분에 속한다.³⁾ 즉, 주주총회결의에 관한 다툼이 있음으로써 채권자에게 생길 현재의 위험 및 지위의 불안정을 잠정적으로 배제할 목적의 가치분으로, 현재의 위험에 대한 보전수단이 된다.⁴⁾

1) 김재범, "이사선임 주주총회결의 취소의 소와 판결의 소급효 제한", 「상사판례연구」 제13집, 한국상사판례학회, 2002, 208면.

2) 이동명, "임시의 지위를 정하는 가치분에 있어서의 보전의 필요성", 「재판자료 제45집 보전소송에 관한 제문제(上)」, 법원행정처, 1989, 41면.

3) 실제의 적용면에서 다툼의 대상이 되는 가치분과 임시의 지위를 정하는 가치분이 반드시 명확하게 구별되는 것은 아니지만, 주주총회의 결의와 관련한 가치분절차는 임시의 지위를 정하는 가치분인 것으로 해석하는 견해가 일반적이다. - 이시윤, 「민사집행법 [제3판]」, 박영사, 2006, 533면; 나병영, "의결권의 행사에 관한 가치분", 「재판실무」제1집, 창원지방법원, 1999, 349면; 新谷 勝, 「会社訴訟・假處分の理論と實務」, 民事法研究會, 2007, 45면.

4) 이시윤, 「민사집행법 [제3판]」, 박영사, 2006, 525면.

이러한 가치분제도는 중소기업에서 내부분쟁의 원인이 되고 경영권 다툼 또는 외부로부터 회사의 지배권 다툼의 도구로 이용되는 경우가 흔히 있다. 일단 주주총회 관련 가치분이 발해지고 나면 그 영향이 매우 커서 당사자 일방에게 결정적인 타격을 가하는 결과가 되기 때문이다. 따라서 사건처리를 할 때에는 이러한 사정을 고려하여 신중한 심리를 하여야 한다.⁵⁾

이하에서는 회사 가치분의 특성을 살펴본 후, 주주총회와 관련한 가치분의 유형을 주주총회개최 전, 총회에서의 결의, 결의 후 효력발생 전 및 집행 전 등 시간적인 흐름에 따라 구분하고 이때 각각 신청 가능한 가치분제도를 살펴보겠다. 따라서 우선 주주총회개최금지 및 결의금지의 가치분을 시작으로 의결권행사금지·행사허용의 가치분, 주주총회결의효력정지 및 집행정지의 가치분 순서로 검토하겠다.

II. 회사 가치분제도의 특성 및 문제점

1. 회사관계소송 가치분제도의 특성

가치분의 일반적 특성으로 잠정성, 긴급성,⁶⁾ 밀행성,⁷⁾ 본안부수성, 자유재량성⁸⁾ 등이 있으나, 회사 가치분에서는 특히 본안판결의 확정 전에 잠정적인 조치를 취하여 채권자의 이익을 보호하는 것이므로 본안부수성과 잠정성이 두드러진 특성이 된다.⁹⁾

여기서 본안부수성(종속성)이란 가치분절차(보전소송)가 주주총회결의의 효력을 다투는 소송(본안소송)과 별도의 독립한 절차에 의해 진행되더라도 주주총회

5) 山口和男 編, 「会社訴訟·非訟の實務 [改訂版]」, 新日本法規, 2004, 316면.

6) ‘긴급성’이란 그대로 방치하면 앞으로의 권리실현이 어려워질 긴급한 우려가 있어서 이에 대비하여 취하는 급박한 조치를 말한다.

7) ‘밀행성’이란 채무자측의 집행방해에 대비하여 채무자에게 알려지기 전에 비밀리에 진행하는 조치를 말한다.

8) ‘자유재량성’이란 임의적 변론절차에 의하여 법원이 처분내용을 재량껏 정할 수 있도록 한 것을 말한다.

9) 新谷 勝, 전게서, 45면.

결의의 효력을 다투는 소송의 진행여부 및 그 결과가 회사 가치분절차에 영향을 미치는 것을 말한다. 잠정성이란 회사 가치분이 주주총회결의의 효력과 관련하여 다툼이 있는 법률관계를 보전하고 또 법률관계를 잠정적으로 설정하였다 하더라도 다툼이 있는 법률관계의 확정이나 종국적 실현을 가져오는 것이 아니라 의미이다.¹⁰⁾ 이와 같이 회사 가치분은 본안의 집행을 보전하는 것이 아니라 다툼이 있는 권리관계에 대해서 현재 권리자의 위험을 방어하기 위한 잠정적인 조치이기 때문에 그 가치분의 대상이 되는 권리관계도 반드시 본안의 그것에 한하지 않는다.¹¹⁾

2. 회사관계소송 가치분제도의 문제점

임시의 지위를 정하기 위한 가치분은 다툼이 있는 법률관계의 보전이라는 본래의 목적을 넘어 본안소송을 대신하는 통상의 권리구제수단이 되기도 하고, 또 그러한 현상이 심화되고 있는 문제가 있다(보전소송의 본안화).¹²⁾ 이를테면 회사 가치분제도와 같이 임시의 지위를 정하기 위한 가치분은 현재의 위험을 제거하기 위하여 강제집행절차를 종국적으로 실행하여 채권자를 만족시키는 만족적 가치분¹³⁾도 할 수 있다는 점이다.¹⁴⁾ 그런데 이 만족적 가치분의 경우, 보전처분의 본질인 잠정성에 반할 수 있다. 그러므로 만족적 가치분에 대한 보전의 필요성의 유무를 판단할 때에는 보다 높은 수준의 보전의 필요성을 요구하여 특별한 사정에 대한 소명이 없으면 그 신청은 보전의 필요성을 결한 것으로 보아야 할 것이다.¹⁵⁾ 즉 증명에 가까운 고도의 심증이 얻어지지 않는 한 피보전

10) 권창영, 「민사보전법」, 유로, 2010, 69-71면.

11) 新谷 勝, 전게서, 45면.

12) 권창영, 전게서, 71면.

13) '만족적 가치분'이란 본안판결에서 승소하기도 전에 그에 기한 강제집행과 동일한 결과를 일시 실현시킬 것을 목적으로 하는 가치분을 말한다. - 이시윤, 전게서, 558면.

14) 이시윤, 전게서, 525면.

15) 임시의 지위를 정하기 위한 가치분은 다툼이 있는 권리관계에 관하여 그것이 본안소송에 의하여 확정되기까지의 사이에 가치분권리자가 현재의 현저한 손해를 피하거나 급박한 강포를 방지하기 위하여, 또는 기타의 이유가 있는 때에 한하여 허용되는 응급적, 잠정적인 처분인바, 이러한 가치분을 필요로 하는지의 여부는 당해 가치분신청의 인용 여부에 따른 당사자 쌍방의

권리나 보전의 필요성 등에 관하여 소명이 행하여지지 아니하였다고 취급하여야 한다.¹⁶⁾

또 가처분은 그 유형이 고정화되어 있지 않으므로 그 요건인 i) 피보전권리와 ii) 보전의 필요성에 따라 여러 유형의 가처분이 가능하며, 민사집행법은 다툼의 대상에 관한 가처분(민사집행법 제300조 제1항)과 임시의 지위를 정하기 위한 가처분(동조 제2항) 이 두 가지의 기본유형에 관한 조문만을 규정할 뿐 어떠한 내용의 가처분을 발령할 것인가는 법원의 재량에 위임하고 있다(제305조 제1항).¹⁷⁾ 따라서 현재의 상태를 보전하기 위하여 주주총회결의에 관하여 여러 유형의 가처분이 허용될 수 있는지가 문제된다. 즉 주주총회결의와 관련하여 다양한 유형의 가처분이 허용되는가에 대한 논란은 결국 본안부수성과 잠정성이라는 특성을 넘어서 만족적 가처분에까지 이르는 점에서 비롯된다. 이에 문제되는 유형에서 가처분절차가 허용되는지 개별적으로 검토하기로 한다.

Ⅲ. 주주총회개최금지 및 결의금지의 가처분

1. 서 언

하자있는 주주총회의 결의가 성립되려는 경우에 그 결의를 저지할 수 있는 수단으로서 주주총회개최금지 가처분 및 주주총회결의금지 가처분이 고려된다. 이 주주총회개최금지 및 결의금지의 가처분은 임시의 지위를 정하는 가처분으로서

이해득실관계, 본안소송에 있어서의 장래의 승패의 예상, 기타의 제반 사정을 고려하여 법원의 재량에 따라 합목적적으로 결정하여야 할 것이며, 더구나 가처분채무자에 대하여 본안판결에서 명하는 것과 같은 내용의 실용신안권침해의 금지라는 부작위의무를 부담시키는 이른바 만족적 가처분일 경우에 있어서는, 그에 대한 보전의 필요성 유무를 판단함에 있어서 위에서 본 바와 같은 제반 사정을 참작하여 보다 더욱 신중하게 결정하여야 할 것이므로, 장래 그 실용신안권 등의 권리가 무효로 될 개연성이 높다고 인정되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 당사자 간의 형평을 고려하여 그 가처분신청은 보전의 필요성을 결한 것으로 보는 것이 합리적이다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다30265 판결).

16) 곽종훈, “보전소송에 있어서의 소명”, 「재판자료 제45집 보전소송에 관한 제문제 (上)」, 법원행정처, 1989, 167면.

17) 이시윤, 전게서, 523면.

(민사집행법 제300조 제2항), i) 주주총회개최금지가처분은 특정일에 소집되는 주주총회의 개최 그 자체를 금지하는 것인 반면에, ii) 결의금지가처분은 주주총회에서 결의사항의 전부 또는 일부에 관해 결의하는 것을 금지하는 것이다.

이 주주총회개최금지 및 결의금지의 가치분은 중소기업의 내부분쟁의 도구로 이용되거나 경영권의 획득수단 또는 외부로부터의 회사쟁취 도구로서 이용되는 경우가 많다.

2. 주주총회개최금지 및 결의금지가처분의 허용성

이런 종류의 가치분이 발해지고 나면 그 영향이 매우 커서 일방 당사자에게 결정적인 타격을 가하는 결과가 되기 때문에,¹⁸⁾ 이와 같이 효력이 막강한 주주총회개최금지 및 결의금지가처분을 허용할 것인지에 대해서는 학설상 논란이 있다. 대체로 이와 같은 가치분이 허용된다고 하는 적극설(다수의 입장)과 허용에 신중을 기하여야 한다는 소극설이 있는데,¹⁹⁾ 소극설은 원래 주주가 주주총회의 개최·결의 그 자체를 저지하는 실체법상의 권리를 갖지 않으며, 주주총회소집절차의 하자에 대해서도 사후에 이를 소송으로 다룰 수 있는 권리를 갖는다는 점 등을 논거로 든다.²⁰⁾ 소극설에서 주장하고 있는 바와 같이 주주총회의 결의에 절차상 또는 내용상의 하자가 있는 경우, 이러한 결의의 하자를 다투기 위해 사후에 주주총회결의취소, 결의무효확인 혹은 부존재확인의 소를 제기할 수 있다는 점은 이론(異論)의 여지가 없다.

그러나 하자가 있더라도 일단 결의가 있게 되면 그 결의는 유효하게 취급되어 이를 근거로 복잡한 사단적 법률관계가 전개되므로 소극설의 입장처럼 사후적으로 결의하자에 관한 소를 제기한다 하여도 완전한 구제를 받기란 쉽지 않다.²¹⁾ 따라서 주주총회의 소집이 법령 또는 정관에 위반되거나, 법령 또는 정관에 위반하는 사항을 결의사항으로 하는 주주총회가 소집된 경우에는 주주총회

18) 김교창 감수·상사실무연구회 편, 「신체계 실무 회사소송·비송」, 육법사, 1991, 278면.

19) 新谷 勝, 전제서, 132면.

20) 김광년·최종백 편저, 「보전처분 [II] 가치분(上)」, 법률문화원, 2004, 350면.

21) 최기원, 「신회사법론 [제12대정판]」, 박영사, 2005, 459면.

가 개최되어 결의를 하더라도 그 효력을 다룰 것이 예상되므로 결의취소, 결의 무효확인 또는 결의부존재확인의 소로써 사후 구제를 받기에 앞서 주주총회의 개최 또는 특정사항의 결의를 가처분으로 금지시킬 필요가 있다.²²⁾ 이러한 점 때문에 적극설을 지지한다. 다만, 주주총회개최금지 및 결의금지가처분은 잠정적 효력을 넘어 가처분이 발해짐으로써 주주총회개최 또는 결의가 금지되어 본 안소송의 목적까지 소멸케 하는 효과를 가져올 수 있기 때문에,²³⁾ 이러한 가처분을 내림에 있어서는 ‘잠정성’이라는 가처분의 본질적 한계를 일탈하지 않도록 특히 신중을 기해야 한다.

3. 요 건

주주총회개최금지 및 결의금지의 가처분도 다른 가처분과 마찬가지로, i) 피보전권리가 존재하여야 하고(민사집행법 제300조), ii) 가처분의 필요성(동법 제301조·제277조)이 있어야 한다. 이때 피보전권리는 경우에 따라 그 대상이 상이한바, 각각의 경우를 나누어 살펴볼 필요가 있다.

가. 피보전권리

주주총회개최금지가처분의 피보전권리는 주주 또는 감사가 당해 총회의 소집에 관하여 그 총회의 개최를 중지시킬 것을 요청하는 정지 내지 부작위청구권이다. 즉, 상법 제402조의 적용 또는 유추적용에 의한 주주 또는 감사의 유지청구권이 주주총회개최금지가처분의 피보전권리가 된다. 구체적으로 피보전권리의 내용을 보게 되면, 소집절차, 결의하려는 사항 등에 하자가 존재하여 사후구제를 위한 결의취소, 결의무효확인, 또는 결의부존재확인의 소를 제기할 수 있다. 따라서 주주총회개최금지가처분의 피보전권리(본안)는 이러한 결의하자소송이라고 오해할 수 있으나, 가처분명령이 발해지면 바로 주주총회의 결의자체를 행할

22) 전휴재, “경영권 분쟁과 가처분 -적대적 M&A를 중심으로-”, 「한국민사집행법학회 2005년도 동계학술대회 발표논문집」, 한국민사집행법학회, 2005, 19면.

23) 김광년·최종백 편저, 전게서, 350면.

수가 없게 되고 결과적으로 결의하자소송의 대상이 없게 된다. 이러한 까닭에 이들 결의하자소송을 본안으로 하여 주주총회개최금지가처분을 신청한다는 것은 모순이다.²⁴⁾

따라서 총회개최에 따른 결의가 있는 후 결의의 효력이 발생하기 전에 그 결의의 효력을 저지하기 위한 주주총회결의효력정지가처분의 피보전권리는 하자 있는 결의를 다투는 소 자체 즉, 결의하자소송이 본안이 될 수 있으며, 이는 논리적으로 당연한 이치(理致)라 생각한다. 이에 관해 대법원도 2001. 2. 28. 자 2000마7839 결정에서, “주식회사의 주주가 주주총회결의에 관한 부존재확인인 소를 제기하면서 이를 피보전권리로 한 가처분이 허용되는 경우라 하더라도, 주주총회에서 이루어진 결의 자체의 집행 또는 효력정지를 구할 수 있을 뿐, 회사 또는 제3자의 별도의 거래행위에 직접 개입하여 이를 금지할 권리가 있다고 할 수는 없다.”고 판시하면서 주주총회결의부존재확인인 소 자체를 주주총회결의효력정지가처분의 피보전권리로 인정하고 있다.

(1) 소집권한이 없는 자가 총회를 소집한 경우

예를 들면 대표이사가 아닌 이사가 총회소집에 관한 이사회결정 없이 주주총회를 소집하였을 경우,²⁵⁾ 소수주주가 상법 제366조에 의하여 특정사항에 관한 주주총회의 소집을 위하여 법원으로부터 허가를 받았음에도 회사가 허가사항과 동일하거나 또는 서로 저촉되는 결의사항에 관하여 별도의 주주총회를 소집하였을 경우,²⁶⁾ 소수주주가 법원의 허가를 얻지 않고 총회를 소집하였거나 또는 법원의 허가를 받았지만 총회를 소집하는데 허가사항 이외의 내용을 결의사항으로 정한 경우,²⁷⁾ 직무집행을 정지 당한 대표이사가 총회를 소집했을 경우²⁸⁾ 등이 있다. 이때 주주총회개최금지가처분의 피보전권리는 부작위청구권 또는 상법 제402조에 의한 이사의 유지청구권이라 할 수 있다.²⁹⁾

24) 山口和男 編, 전계서, 316면.

25) 최기원, 전계서, 459면.

26) 山口和男 編, 전계서, 316면.

27) 상계서, 316면.

28) 김교창 감수·상사실무연구회 편, 「신체계 실무 회사소송·비송」, 육법사, 1991, 279면.

29) 최기원, 전계서, 460면.

(2) 총회소집의 절차 또는 결의사항이 법령·정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 경우

소집절차 또는 결의하려는 사항이 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정하여 결의가 있다 하더라도 그 효력이 부정될 것이 명백하게 예상되는 경우이다. 이 경우에도 총회를 개최하여 결의를 하는 것은 대표이사의 위법행위가 되므로 상법 제402조에 의한 유지청구의 대상이 되며, 이사의 위법행위에 대한 유지청구권이 주주총회개최금지가처분을 위한 피보전권리가 된다.³⁰⁾

(3) 총회결의의 내용이 법령·정관에 위반하는 경우

이 경우 결의무효 또는 취소의 사유가 존재하여 이를 다투는 소를 제기할 수 있지만, 이러한 결의는 사전에 효력이 발생하는 것을 저지할 필요가 있기 때문에 주주총회결의금지의 가처분이 가능하다. 또한 소수주주가 상법 제366조 제2항에 의하여 법원의 허가를 얻어 주주총회를 소집하였으나, 법원의 허가받지 않은 사항에 관하여 결의를 하는 때에는 반드시 그 결의사항이 법령 또는 정관에 위반하지 않는다고 하더라도 그 결의를 저지할 필요가 있다. 따라서 이 때에도 주주총회결의금지가처분을 구할 수 있음은 물론이다.³¹⁾

또한 총회를 개최하여 법령·정관에 위반하는 결의를 하는 때에도 대표이사의 위법행위가 되기 때문에 이사에 대한 위법행위유지청구권(상법 제402조)이 주주총회결의금지가처분을 위한 피보전권리가 된다.

나. 보전의 필요성

보전의 필요성을 검토하면, 하자있는 결의는 결의취소, 결의무효확인 및 결의부존재확인의 소를 제기하여 종국적으로는 사후구제를 받을 수 있다. 그러나 하자있는 결의의 효력을 다투는 소를 제기하여 확정판결을 얻기까지는 실제로 상당한 시일을 요하며, 또 그때까지 위법한 결의도 외형적으로는 일단 유효하게 존재한다는 점에서 발생할 법률관계의 번잡성을 피하기 위해서는 주주총회개최

30) 상계서, 460면.

31) 상계서, 460-461면.

금지가처분의 필요성이 인정된다.³²⁾

주주총회개최금지가처분은 일단 결의가 이루어진 경우에는 보전의 필요성이 결여되어 허용되지 않으며, 그 결의의 효력을 지지하기 위하여 결의취소나 결의 무효확인 및 부존재확인의 소를 본안으로 하는 주주총회결의집행정지의 가치분 혹은 이사 등의 직무집행정지나 대행자선임의 가치분에 의하여야 한다.³³⁾

특히 주주총회개최금지가처분은 회사에 중대한 영향을 미치는 것임에도 불구하고 가치분신청 당시에는 총회의 개최일이 급박한 탓으로 법원도 변론을 열고 신중한 심리를 할 여유가 없다. 더욱이 일단 가치분이 발해지면 총회개최일까지 이의 등으로 이를 실효시킨다는 것은 거의 불가능하고 회사에 중대한 손해를 입힐 가능성이 있다. 따라서 보전의 필요성을 판단하는 데 신중할 필요가 있다.³⁴⁾

4. 가치분의 당사자

가. 채권자(신청인)

앞서 살펴본 바와 같이 주주총회개최금지가처분의 피보전권리는 주주총회의 소집권자에 대한 부작위청구권 또는 상법 제402조에 의한 유지청구권이므로 일반적으로 채권자(신청인)로 될 수 있는 자는 주주이다. 또한 감사 또는 감사위원회의 위원도 이사에 대한 유지청구권이 있으므로(상법 제402조, 제415조의 2 제6항) 총회개최금지가처분을 신청할 수 있다.³⁵⁾ 또한 본래의 소집권자인 이사도 방해배제청구권으로서 개최 또는 결의를 지지할 권리와 회사운영의 적정을 확보할 책임이 있으므로 채권자로서의 당사자적격을 갖는다고 보아야 할 것이다.³⁶⁾

32) 山口和男 編, 전계서, 318면.

33) 상계서, 316면.

34) 상계서, 318면.

35) 최기원, 전계서, 461면.

36) 新谷 勝, 전계서, 136면.

나. 채무자(피신청인)

주주총회결의는 회사의 의사결정이므로 채무자(피신청인)는 회사이지만, 주주총회개최금지가처분의 경우에는 채무자가 회사인지 아니면 그 밖의 제3자인지가 명확하지 않다. 소집권자에 의한 총회개최의 경우 위법행위의 측면을 강조하게 되면, 채무자는 당연히 소집권자가 되고 회사의 총회이기 때문에 회사와 소집권자 쌍방을 채무자로 해야 할 것이다.³⁷⁾ 그렇지만 소집권이 없는 자에 의한 총회개최의 경우에도 당해 총회를 실제로 소집한 자뿐만 아니라 회사도 역시 채무자 측에 포함시켜야 할 것이다.³⁸⁾

5. 가처분절차의 심리와 가처분명령

가처분절차의 요건으로서 피보전권리와 보전의 필요성에 관한 소명이 있어야 하고,³⁹⁾ 이 두 가지 요건은 서로 별개의 독립된 요건이므로 그 심리에 있어서도 상호관련성 없이 독립적으로 심리되어야 한다.⁴⁰⁾ 특히 보전의 필요성이라는 측면에서 볼 때, 하자있는 주주총회결의는 본안소송으로 그 결의의 효력을 다투는 것이 가능하고, 또한 주주총회결의의 효력정지나 총회결의로 선임된 이사에 대한 직무집행정지 등 가처분에 의한 사후적인 권리구제방법도 마련되어 있다. 이러한 점에서 위법한 주주총회의 개최로 인하여 또다른 법률적 분쟁이 초래될 염려가 있고 그 주주총회의 개최가 위법함이 명백한 경우에 한하여 극히 예외적으로 인용되고 있다.⁴¹⁾ 따라서 개최될 예정인 총회를 구체적으로 특정하지 않고 총회의 개최를 일반적으로 금지하는 가처분은 허용되지 않는다고 할 것이다.⁴²⁾ 또한 주주총회개최금지 및 결의금지의 가처분은 회사를 비롯하여 주주

37) 상계서, 136면.

38) 山口和男 編, 전계서, 319면.

39) 피보전권리와 보전의 필요성이라는 두 가지 요건은 민사집행법 제276조(가압류의 목적)와 제277조(보전의 필요)의 가압류절차에서 규정하고 있고, 이를 가처분절차에 준용하고 있다(민사집행법 제301조).

40) 「법원실무제요」 민사집행(IV), 법원행정처, 2003, 30면.

41) 상계서, 351면.

그 밖의 이해관계인에게 중대한 영향을 미칠 뿐만 아니라 실제로 가치분에 의해 종결되는 일이 많기 때문에 신중한 심리와 엄격한 소명이 요구된다.⁴³⁾ 그렇지만, 주주총회개최금지가처분은 통상 주주총회소집통지가 행해진 후 급박하게 신청되기 때문에 법원에서 충실하고 신중한 심리를 하기란 어렵다. 따라서 특별 기일을 지정하여 심문기일을 열거나 또는 심문기일을 지정하지 않고 신청서를 특별송달하여 답변서를 제출받는 방법을 취하는 것이 일반적이다.⁴⁴⁾ 그리고 일단 가치분을 허용하면 총회기일까지 일방 당사자인 채무자가 받게 되는 가치분 효력의 부담과 압박을 최소화하는 것은 어렵기 때문에 소명의 정도에 따라 담보액도 고액으로 하는 것이 합리적이라 생각한다.⁴⁵⁾ 이때 담보액의 산정은 회사가 다시 총회를 소집한 경우에 필요한 비용, 총회의 개최가 금지됨으로써 사업의 집행에 미치는 손해 등을 고려하면 된다.⁴⁶⁾

위 가치분이 인용될 때 주문에는 「채무자 乙 회사에 있어서 채무자 甲이 2010년 〇월 〇일자로 소집한 2010년 〇월 〇일을 회일로 하는 별지목록 기재의 회의사항을 위한 정기(임시)주주총회의 개최를 금지(정지)한다」라고 표시된다.⁴⁷⁾

6. 가치분의 효력 및 그 위반의 효력

가. 가치분의 효력

가치분에 대한 심리를 거쳐 가치분명령이 내려지면, 주주총회개최금지 및 결의금지의 가치분은 상대방에 대하여 총회를 개최하지 말 것 또는 결의를 하지 말라는 부작위명령으로서 이는 상대방에게 송달됨으로써 바로 효력이 생긴다.⁴⁸⁾ 그 효력으로 가치분채무자의 총회개최권한을 일시적으로 박탈하는 형성적 효력

42) 상계서, 351면.

43) 新谷 勝, 전계서, 135면.

44) 「법원실무제요」민사집행(IV), 법원행정처, 2003, 351면.

45) 新谷 勝, 전계서, 135면.

46) 김교창 감수·상사실무연구회 편, 「신체계 실무 회사소송·비송」, 육법사, 1991, 281면.

47) 山口和男 編, 전계서, 319면.

48) 최기원, 전계서, 462면.

과 가치분채무자 이외의 자와의 관계에서도 획일적으로 발생하는 대세적 효력을 갖는다고 할 것이다.⁴⁹⁾

나. 가치분에 위반한 결의의 효력

가치분의 효력이 발생하였음에도 불구하고 이를 위반하여 주주총회를 개최하여 결의를 하였거나 금지한 결의를 한 경우에 결의의 효력이 어떻게 되는가 하는 문제가 있다.⁵⁰⁾ 일반적으로 민사집행법상 처분금지의 효력은 상대적이어서 이에 위반한 행위는 절대적으로 무효가 되는 것이 아니라 가치분이 존속하는 한 가치분채권자에게 대항할 수 없는 것에 불과하다.⁵¹⁾ 그러나 주주총회개최금지 및 결의금지^{가치분에 위반한 결의의 효력에 대해서는 학설이 대립하여 이를 유형별로 나누어 검토해야 한다.}

먼저 i) 소집권자에 대해 주주총회를 개최해서는 안 되는 부작위의무 또는 회사에 대해 당해 결의를 해서는 아니 된다는 부작위의무를 부과한 것에 지나지 않는다는 입장에 의하면,⁵²⁾ 위 가치분에 위반한 결의는 상법 제402조의 유지청구권을 근거로 하는 이사의 부작위의무를 위반한 경우로서 무효가 아니라고 파악한다. 왜냐하면 가치분에 위반한 결의가 절대적으로 무효가 된다면 가치분명령에 본안의 목적 이상의 효과를 주는 것이 되며, 또한 상법 제402조의 유지청구권은 이사에 대하여 단순한 부작위의무를 지운 것에 불과할 뿐 가치분금지의무의 위반이 직접 그 행위의 효력을 좌우한다고 할 수 없기 때문이다.⁵³⁾ 뿐만 아니라 이 입장은 공시가 없는 가치분명령의 위반행위에 대하여 효력을 부인하는 것은 다수의 이해관계를 갖는 사단적 법률관계의 안정성을 해하므로, 가치분위반의 결의는 결의의 무효원인으로 되지 않고 단지 가치분위반의 책임이 발생하는 것에 그치게 된다고 본다.⁵⁴⁾

49) 山口和男 編, 전계서, 319면.

50) 최기원, 전계서, 462면.

51) 이시윤, 전계서, 577면.

52) 新谷 勝, 전계서, 136-137면.

53) 최기원, 전계서, 462면.

54) 新谷 勝, 전계서, 137면.

반면에 ii) 가치분에 의해 회사 집행기관의 권한인 총회개최 또는 결의의 권능을 일시적으로 박탈하는 것과 같은 임시의 지위가 형성된 가치분이라는 입장에 의하면, 가치분의 실효성을 확보하기 위해 가치분위반의 행위는 무효로 보는 것이 타당하다고 한다.⁵⁵⁾ 즉 이 가치분은 회사에 대해 단순한 부작위의무를 부과하는 것이 아니라 가치분에 의해 회사의 총회개최 또는 결의의 권능을 정지하여 총회개최 또는 결의를 할 수 없는 상태가 형성되기 때문에, 가치분에 위반하여 내려진 결의는 결의의 외관을 가진다 하여도 결의로서는 존재하지 않고 법률상의 결의로 인정되지 않아 무효라고 파악한다.⁵⁶⁾

가치분에 위반한 결의가 무효가 아니라고 파악하는 전자의 입장은 가치분의 실효성 확보라는 점에 문제가 있다. 가치분이 갖는 형성적 효력으로 인하여 주주총회의 소집권과 결의권한을 박탈하거나 혹은 그것을 일시적으로 정지시키는 것이기 때문에⁵⁷⁾ 가치분위반의 결의는 무효라고 보는 후자의 입장이 타당하다.

이와 관련하여 대법원도 “대표이사의 직무집행정지 및 직무대행자선임의 가치분은 그 성질상 당사자 사이에서 뿐만 아니라 제3자에게도 효력이 미치므로, 새로이 선임된 대표이사가 위 가치분에 위반하여 회사 대표자의 자격에서 한 법률행위는 결국 제3자에 대한 관계에서도 무효이고 이때 위 가치분에 위반하여 대표권 없는 대표이사와 법률행위를 한 거래상대방은 자신이 선의였음을 들어 위 법률행위의 유효를 주장할 수 없다.”⁵⁸⁾고 하여 가치분위반의 행위에 대해 무효라는 입장이다. 또한 가치분명령이 취소되거나 또는 그 집행이 취소되기 전에 가치분에 위반하여 총회가 개최된 때에는 법률상 주주총회로 인정되지 않으므로 그 결의는 존재하지 않는 것으로 이해해야 한다.⁵⁹⁾

55) 상계서, 52면.

56) 상계서, 137면.

57) 상계서, 137면.

58) 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다5638 판결.

59) 山口和男 編, 전계서, 319면.

IV. 의결권행사금지·행사허용의 가치분

1. 서 언

주주의 의결권행사에 관한 가치분이란 서로 주주라고 칭하는 자 사이에서 혹은 주주라고 칭하는 자와 회사 사이에 주주총회에서의 의결권행사에 관한 다툼이 생긴 경우에 응급조치로서 행사하게 되는 보전처분이다.⁶⁰⁾ 주주의 의결권행사에 관한 가치분도 민사집행법 제300조 제2항의 임시의 지위를 정하는 가치분에 속한다. 이 의결권행사금지·행사허용의 가치분은 경영진의 교체를 위한 주주총회에서 의결권 확보가 문제되는 상황에서 효과적인 쟁송수단이 될 수 있다.⁶¹⁾

2. 의결권행사에 관한 가치분의 유형

주주의 의결권행사에 관한 가치분은 크게 3가지 유형으로 분류되는데, i) 주식의 귀속을 둘러싼 분쟁이 있는 경우, 예를 들면 주식의 매매, 담보권설정, 상속의 유무나 효력 등에 관한 분쟁이 있는 때,⁶²⁾ ii) 신주발행의 효력이 다투어지는 경우,⁶³⁾ iii) 의결권 구속계약이 있는 경우로서 당사자 사이에 의결권행사를 제한하는 약정이 있는 경우이다.

3. 가치분의 허용여부에 관한 문제

가령 주식의 귀속을 둘러싼 분쟁이 있는 경우에 자신이 주주라고 주장하는 자가 주주명부상의 주주로 하여금 의결권을 행사할 수 없도록 하기 위하여 가

60) 나병영, 전제논문, 349면.

61) 정충명, “적대적 기업매수의 방어행위에 대한 법적 고찰 - 제3자에 대한 신주발행의 적법성을 중심으로”, 「사법연구자료」 제25집, 법원행정처, 1999, 453면.

62) 나병영, “의결권의 행사에 관한 가치분”, 「재판실무」 제1집, 창원지방법원, 1999, 350면.

63) 新谷 勝, 전제서, 139면.

처분을 구할 수 있는지가 문제된다.⁶⁴⁾ 주주의 의결권행사에 관한 가치분은 주주명부의 기재와 다른 취급을 함으로써 채권자에게 본안판결과 동일한 만족을 주지만, 총회결의에 중대한 영향을 미치고 그에 따라 다른 주주의 이익에도 크게 영향을 미치기 때문이다. 뿐만 아니라 총회결의 후에 가치분이 취소되어도 당연히 총회결의에 그 효력이 미치는 것이 아니므로 실무상 이용할 때가 많지만, 허용여부에 대해서는 논란이 있다.⁶⁵⁾ 우리나라에서는 주주가 아닌 자의 권리행사로 인하여 손해를 입게 될 채권자를 보호할 필요가 있으므로 채무자의 의결권행사를 금지하는 가치분은 인정된다고 하는 것이 통설이다.⁶⁶⁾ 이하에서는 위의 3가지 유형을 차례대로 살펴보겠다.

가. 주식의 귀속을 둘러싼 분쟁이 있는 경우⁶⁷⁾

주식이 유효하게 존재하는 것을 전제로 주식의 귀속에 다툼이 있는 경우에는 일반적으로 자기가 주주라고 주장하는 자가 채권자로서, 주주명부상의 주주 또는 회사 등 자기의 주주권을 다투는 자를 채무자로 하여 의결권행사에 관한 가치분을 신청하는 경우를 말한다.⁶⁸⁾ 이 경우에 피보전권리가 될 수 있는 것은 채권자의 주주권(의결권) 또는 주주 지위의 방해배제청구권이고, 그 본안소송은 채무자에 대한 주권인도소송 또는 주주권확인소송이 된다.⁶⁹⁾

64) 최기원, 전제서, 490면.

65) 新谷 勝, 전제서, 139면.

66) 최기원, 전제서, 490면; 이와 반대로 의결권행사에 관한 가치분은 허용되지 않는다는 유력설도 있는데, 그 논거를 살펴보면, i) 주주의 의결권행사에 관한 가치분은 회사경영권의 득실이라는 중대사를 가치분에 의해 실현시키므로 가치분의 범위를 넘는 것이고, ii) 주권인도청구는 이러한 가치분의 본안으로 될 수 없으며, iii) 주주권확인청구는 다툼이 있는 양 당사자 간의 주주권을 확인하는 것이 확인의 이익이 있는가 하는 문제이므로 이 가치분의 본안으로 될 수 있는지에 대해 의문이 있으며, iv) 양 당사자 사이의 가치분이 회사에 대하여 효력을 갖는지도 문제가 되는 사항이어서 이와 같은 가치분은 허용되어서는 아니된다고 한다. - 나병영, 전제논문, 352-353면.

67) 예컨대 A와 B 사이에 주식의 귀속에 관하여 분쟁이 있는 경우, 실제 주주라고 주장하는 A가 주주명부상의 주주로서 등재되어 있는 B에 대하여 가치분을 신청하는 경우이다. - 상계 논문, 350면.

68) 新谷 勝, 전제서, 143면.

69) 나병영, 전제논문, 350-351면.

그런데 이 유형의 가치분에서 채무자를 누구로 하여야 하는지가 문제된다. i) 주식의 귀속을 둘러싼 분쟁이므로 형식상의 주주가 피고적격을 갖고, 회사는 분쟁의 제3자일 따름이어서 확인의 이익이 없으므로 주주명부상의 주주만을 채무자로 한다는 입장, ii) 본래 주주총회를 소집·주재하는 것은 회사이며, 주주의 의결권은 그 총회에 출석하여 결의에 참가하는 권리이므로 회사를 제외하고 의결권행사금지의 가치분을 신청하는 것은 그 자체로 불합리하다는 이유에서 회사와 주주명부상의 주주 쌍방을 채무자로 한다는 입장, iii) 회사는 주식의 귀속과 관련하여 본래 의결권행사로 인하여 회사가 면책을 얻는 상대방의 변경이 직접적인 관심사이고 그 경우 회사의 지위는 채권가압류에서의 제3채무자의 지위에 준하는 것이므로, 주주명부상의 주주를 채무자로 하고 회사를 제3채무자로 한다는 입장⁷⁰⁾이 대립한다.⁷¹⁾

첫 번째 학설은 가치분의 채무자가 아닌 회사에게도 어떻게 그 가치분의 효력이 미치는가 하는 문제점이 있고, 세 번째 학설은 왜 의결권에 관하여 회사를 제3채무자에 준하여 취급하는가에 대하여 명쾌한 답을 하지 못하는 문제점이 있다. 따라서 위의 입장 중 두 번째 견해에 찬동한다. 일반적으로 보전소송의 당사자적격과 본안소송의 당사자적격을 일치시킬 필요는 없으므로,⁷²⁾ 다툼 있는 법률관계의 관여자가 가치분의 채권자적격을 갖고 그 법률관계와 서로 저촉되는 지위에 있는 자가 채무자적격을 갖는다.⁷³⁾ 따라서 회사와 관련한 사단적 법률행위를 획일적으로 처리하기 위해서는 주주명부상의 주주와 회사 모두를 채무자로 하는 것이 옳다고 본다. 왜냐하면 가치분에 의해 잠정적으로 규율되는 권리관계의 당사자이기만 하면, 본안소송의 당사자가 아닌 자라도 보전소송의 채권자나 채무자로 될 수 있다고 해석되기 때문이다.⁷⁴⁾

70) 최기원, 전제서, 490-491면.

71) 나병영, 전제논문, 352면.

72) 일반적으로 본안소송의 원고적격을 갖는 자가 가치분의 채권자적격을 갖는 것은 다른 보전처분의 경우와 다르지 않으나, 본안소송의 피고적격을 갖는 자가 반드시 가치분의 채무자적격을 갖는 것은 아니다. 즉, 가치분채권자와 가치분채무자 아닌 제3자와의 권리관계라도 무방하다. - 오천석, “보전처분의 피보전권리”, 『재판자료 제45집 보전소송에 관한 제문제(上)』, 법원행정처, 1989, 28-29면.

73) 권창영, 전제서, 154면.

74) 나병영, 전제논문, 352면.

나. 신주발행의 효력이 다투어지는 경우⁷⁵⁾

주식의 발행자체가 원인무효인 경우에 그 무효인 주식을 취득한 주주의 의결권행사의 금지를 구하는 것이므로, 피보전권리는 신주발행무효청구권이며 본안소송은 신주발행무효의 소(상법 제429조)로서 이 소송의 원고는 주주, 이사, 감사가 되고 피고는 당해 회사가 된다.⁷⁶⁾ 이 가치분의 경우에도 채무자를 누구로 하여야 하는지 문제되는데, 이에 대하여 i) 회사만을 채무자로 한다는 입장, ii) 신주주만을 채무자로 한다는 입장, iii) 회사와 신주주 쌍방을 채무자로 한다는 입장으로 나뉜다. 본안소송인 신주발행무효의 소에 있어서 그 무효판결의 효력은 대세효를 가지므로(상법 제430조, 제190조 본문 준용), 이 소의 피고인 당해 회사와 함께 제3자인 신주주에게도 가치분의 채무자적격이 인정된다고 보는 것이 옳다. 따라서 iii) 설이 타당하다.

다. 의결권 구속계약이 있는 경우

의결권 구속계약이란 주주가 다른 주주 또는 제3자와 의결권을 일정한 방향으로 행사할 것을 약정하는 내용의 계약을 말한다.⁷⁷⁾ 주주는 자기의 이익을 위하여 의결권을 행사할 수 있으므로 의결권 구속계약의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하거나(민법 제103조) 강행법규 또는 주식회사의 본질에 반하지 않는 한 유효하다는 것이 일반적인 견해이다.⁷⁸⁾ 따라서 이러한 의결권 구속계약을 이유로 채무자의 의결권행사를 금지하는 가치분은 허용되며 그 계약의 내용을 보전하기 위하여 계약의 내용과 상이한 의결권의 행사를 금지하게 된다. 한편 주주가 의결권을 약정과 달리 행사하였더라도 당사자 간에 채권적인 효력을 갖는 것에 불과하므로 그 결의 자체는 유효하고, 다만 계약을 위반한 채무

75) 모집주식의 발행 및 자기주식의 처분에 법률적 하자가 있기 때문에 효력을 다투는 경우나 신주인수인이 발행가액의 납입을 하지 않고 있는 경우를 말한다. - 類型別会社訴訟 [第2版] II, 「東京地方裁判所商事研究会」, 判例タイムズ社, 2008, 898면.

76) 나병영, 전제논문, 353면.

77) 최기원, 전제서, 494면.

78) 상제서, 494면.

자가 계약위반을 이유로 손해배상책임을 지게 될 뿐이다.⁷⁹⁾

4. 요 건

가. 피보전권리

의결권행사금지·행사허용의 가치분은 임시의 지위를 정하는 가치분으로서 다툼이 있는 권리관계를 피보전권리로 하고,⁸⁰⁾ 그 권리관계의 종류는 묻지 아니한다. 따라서 앞서 검토한 신주발행의 효력이 다투어지는 경우와 의결권 구속계약이 있는 경우에는 그 권리관계 자체가 피보전권리가 되기 때문에 큰 문제가 없다.⁸¹⁾ 그러나 첫 번째 유형인 주식의 귀속을 둘러싼 분쟁이 있는 경우에 의결권행사금지의 가치분은 주주명부상의 주주에 대하여 그 주주자격을 부정하고 주주권의 중요한 권능 중의 하나인 의결권의 행사를 금지하도록 하는 것이므로, 회사에 대항할 수 있는 주주권을 피보전권리로 한다.⁸²⁾

나. 보전의 필요성

보전의 필요성에 관하여 민사집행법 제300조 제2항은 “현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 하여야 한다”고 규정하고 있다. 따라서 의결권행사금지가치분에서 보전의 필요성은 피보전권리의 존재로 사실상 추정될 수 없고, 또한 단순히 주주권이라는 지배적 이익이 계속 침해된다는 추상적 사유만으로도 부족하다. 따라서 신청인에게 회복하기 어려운 구체적 손해가 발생할 우려가 있다는 사정이 별도로 있어야 한다.⁸³⁾ 예컨대 본안소송인 주주권확인소송 등의 판결이 내려지기 전에 주주총회

79) 나병영, 전제논문, 354면.

80) 권창영, 전제서, 214면.

81) 나병영, 전제논문, 354-355면.

82) 상제논문, 355면.

83) 경영권 분쟁상황 하에서의 주주의결권행사금지 가치분은 일반 가치분과는 달리 단순한 집행 보전에 그치는 것이 아니라 가치분으로 경영권의 귀속을 변동시켜 버리는 거의 종국적인 만

가 개최되어 주주가 아닌 자에 의해 의결권이 행사되거나 또는 자기가 의결권을 행사하지 못하여 회복하기 어려운 손해가 생길 우려가 있는 때가 될 것이다.⁸⁴⁾ 즉, 가치분신청에 피보전권리의 소명뿐만 아니라 그 보전의 필요성에 대한 충분한 소명도 요구된다. 예를 들면 결의사항의 내용이 중요하고 당해 주주총회에서 결의사항이 회사 경영권의 소재에 변동을 발생시킬 위험이 있는 경우, 회사의 경영에 있어서 특히 중요한 경우에는 원칙적으로 보전의 필요성이 긍정된다.⁸⁵⁾

5. 가치분절차의 심리와 가치분명령

의결권행사금지가처분은 주주총회의 소집통지가 주주에게 발송된 후 당해 주주총회가 개최될 때까지 사이에 의결권행사를 할 주주와 회사를 함께 채무자로 하여 신청한다. 법령에 의하여 의결권이 제한되는 주식에 대한 의결권행사금지 가치분신청은 결의취소의 소의 원고적격이 있는 주주 등이 신청인(채권자)이 될 것이다.⁸⁶⁾ 이 가치분은 주주총회에 임박하여 신청되고 일단 허용되면 채권자에게 만족을 주는 것일 뿐 아니라 채무자는 이를 다투어 취소시킬 수 있는 시간적 여유가 없기 때문에 특별히 강한 소명에 의하여 신중하게 심사하여야 한다. 또한 주주총회에서의 의결권행사금지를 그 내용으로 하기 때문에 적어도 이사회에서 주주총회 소집을 결의하거나 소집통지가 이루어지는 등으로 주주총회가 임박하였음이 소명된 경우에 한하여 보전의 필요성이 인정된다. 따라서 이러한 점에 대한 소명 없이 향후 개최될 주주총회에서의 일반적인 의결권행사금

족을 가져오는 것으로서 그 결과가 중대하다. 뿐만 아니라, 가치분채무자에게는 원상회복이 곤란한 점으로 말미암아 보전의 필요성에 대한 더욱 강도 높은 소명을 요구하므로, 그와 같은 경우 보전의 필요성은 피보전권리의 존재로 사실상 추정될 수도 없고, 단순히 주주권 즉, 지배적 이익이 계속 침해된다는 추상적 사유만으로도 부족하며, 더 나아가 본안판결의 확정 후에 비로소 경영권이 넘어와서는 본안판결의 의미가 거의 없게 되거나 혹은 그렇게 될 경우 신청인에게 회복하기 어려운 구체적 손해가 발생할 우려가 있다는 사정이 따로 있어야 한다(서울고등법원 1997. 5. 13. 자 97라36 결정).

84) 類型別会社訴訟〔第2版〕Ⅱ, 「東京地方裁判所商事研究会」, 判例タイムズ社, 2008, 902면.

85) 상게서, 902면.

86) 「법원실무제요」 민사집행(Ⅳ), 법원행정처, 2003, 357면.

지를 구하는 신청은 그 보전의 필요성을 인정하기 어렵다.⁸⁷⁾

이 가처분을 인용할 경우, 주문은 「채무자 ○○ 주식회사는 2010. ○. △. 10:00에 개최되는 주주총회에서 채무자 홍길동에게 별지 목록 기재 주식에 대한 의결권을 행사하게 하여서는 아니 된다. 채무자 홍길동은 위 주주총회에서 위 주식에 대한 의결권을 행사하여서는 아니된다」라고 표시된다.

6. 가처분의 효력 및 그 위반의 효력

주식의 귀속에 관하여 분쟁이 발생하여 진실한 주주라고 주장하는 자가 주주명부상의 주주를 상대로 의결권행사금지가처분의 결정을 받은 경우나 주식의 발행자체에 원인무효사유가 있어 그 무효인 주식을 취득한 주주를 상대로 의결권행사금지가처분의 결정을 받은 경우, 단순히 채무자에게 부작위의무를 부과하는 것에 그치지 않고 그 주주명부상의 주주 또는 무효인 주식을 취득한 주주는 주주총회에서 의결권을 행사할 수 없다.⁸⁸⁾ 물론 이 때 회사도 의결권을 행사하게 해서는 안 된다.

그런데 의결권행사금지가처분에 위반한 의결권행사가 있는 경우나 의결권행사허용가처분에 위반하여 회사가 가처분채권자에게 의결권을 행사하지 못하게 한 경우에, 전자는 의결권을 행사할 수 없는 자가 의결권을 행사한 것이고, 후자는 의결권을 행사할 수 있는 자를 결의에 참가시키지 않은 것이기 때문에, 모두 결의방법상의 법령위반으로서 결의취소의 소의 원인이 된다.⁸⁹⁾

7. 의결권행사의 남용과 가처분에 의한 의결권의 배제⁹⁰⁾

다수의결권을 갖는 주주가 개인적 이익을 꾀할 목적으로 회사 및 다른 주주의 손해를 초래하는 결의를 성립시킬 경우 의결권의 남용이 되는데, 이는 결국

87) 전휴재, 전계논문, 14면.

88) 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다50619 판결.

89) 新谷 勝, 전계서, 143면.

90) 상계서, 149-151면.

주주총회에서 다수결 남용의 문제가 된다. 이 의결권의 남용은 대체로 결의방법상 법령 또는 정관에 위반하거나 현저히 불공정한 때에 해당하여 결의취소의 소의 원인이 된다. 이와 같이 의결권의 남용으로 인하여 회복곤란한 손해를 입을 위험이 있는 주주는 사전적인 구제조치로서 문제가 되는 의결권을 가치분에 의해 배제하는 것이 가능하다고 본다. 또한 회사는 의결권의 남용으로 회사 및 다른 주주의 이익을 해할 위험이 있는 경우 해당 주주의 의결권행사를 거부하면 족하고 관련된 가치분을 인정할 필요는 없을 것이다.

그러나 의결권의 남용인지 아닌지에 대한 판단은 쉽지 않기 때문에 의결권의 남용을 이유로 가치분을 통하여 다수주주의 의결권행사를 금지하기 위해서는 무엇보다도 의결권의 남용에 대한 판단을 엄격하게 하지 않으면 안 된다. 또한 보전의 필요성에 대해서도 강도 높은 소명을 필요로 한다. 단순히 개인적인 이익을 도모할 목적이라는 이유만으로 의결권의 남용으로 판단하고 주주의 기본적인 권리인 의결권행사를 배제할 수는 없기 때문이다. 즉 의결권의 남용이 되기 위해서는 허용한도를 넘은 의결권의 부당행사라는 점이 요구된다.

이러한 의결권의 남용에 대해 가치분으로 사전에 당해 주주의 의결권행사를 금지하면 당해 주주는 총회에서 의결권을 행사할 수 없으므로, 총회에서 의결권의 남용에 대한 유무를 문제로 하는 것이 아니라 결국 의결권을 행사할 수 있는 주주를 배제하는 것이 가능하다.

V. 주주총회결의효력정지 및 집행정지의 가치분

1. 서 언

주주총회결의효력정지 및 집행정지의 가치분은 통상의 부작위가치분의 형태를 취하는 것인 만큼 이 가치분의 허용은 당연한 것이라 생각된다. 앞서 주주총회개최금지 및 결의금지가치분이 총회개최의 사전 정지인 데 반하여, 주주총회결의효력정지 및 집행정지의 가치분은 이미 총회가 개최되어 결의가 행해진 사후의 정지인 점에서 다르다. 또한 당해 총회결의사항이 집행행위를 요하는 것

(집행정지의 가처분)과 집행행위를 기다리지 않고 당연히 결의의 효력이 생기는 것(효력정지의 가처분)으로 구분된다.⁹¹⁾

2. 피보전권리 및 보전의 필요성

주주총회의 결의에 무효, 부존재 또는 취소의 하자가 있는 경우에 그대로 주주총회결의의 효력 또는 집행을 인정하는 것은 적절하지 않다. 결국 본안소송에서 총회결의의 하자를 다투게 되므로 피보전권리는 결의의 효력을 다투는 소송 자체가 되며,⁹²⁾ 여기서 가처분에 의해 총회결의의 효력 또는 집행을 정지할 필요가 있다(보전의 필요성).⁹³⁾ 즉, 결의하자 등의 사유로 인하여 소가 제기된 때에는 이를 본안으로 하여 그 결의의 집행 또는 효력정지의 가처분을 신청할 수 있다.⁹⁴⁾

3. 가처분의 내용 및 효력

주주총회결의집행정지 가처분의 당사자는 본안소송의 원고와 피고이며, 이 가처분 역시 임시의 지위를 정하는 가처분(민사집행법 제300조 제2항)으로, 그 효력은 단순히 부작위를 내용으로 하는 것이 아니라 회사 또는 집행기관이 당해 결의에 의해 행위를 하는 것을 금지하는 것을 내용으로 하는 것이다.⁹⁵⁾ 따라서 주주총회의 결의 후 추가적으로 집행을 요하는 경우에는 주주총회결의집행정지의 가처분을 하여야 하고, 추가적인 집행행위 없이 결의로 바로 효력이 생기는 경우에는 주주총회결의효력정지의 가처분을 하여야 한다.⁹⁶⁾ 그러나 주주총회결의에 의해 효력이 발생하여 즉시 목적을 달성하든가 또는 집행의 여지가 없는 총회결의에 대해서는 가처분의 성질상 주주총회결의효력정지의 가처분을 구하

91) 김광년·최종백 편저, 전계서, 353-356면.

92) 대법원 2001. 2. 28. 자 2000마7839 결정에서 이와 같이 판시한 바 있다.

93) 新谷 勝, 전계서, 151면.

94) 최기원, 전계서, 555면.

95) 新谷 勝, 전계서, 151면.

96) 최기원, 전계서, 555면.

는 것이 불가능하다.⁹⁷⁾

Ⅵ. 마치며

회사 가치분제도는 소규모 회사에서 내부분쟁의 원인이 되고 경영권 다툼 또는 외부로부터 회사쟁취의 도구로 이용되는 경우가 흔히 있다. 그런데 일단 주주총회와 관련한 가치분이 발해지고 나면, 그 효력이 매우 크기 때문에 당사자의 일방에게 결정적인 타격을 가하는 결과가 된다. 따라서 사건처리를 할 때에는 이러한 사정을 고려하여 신중한 심리를 하여야 한다.

또한 회사 가치분은 보전소송이 본안화되는 문제점이 있다. 즉, 다툼이 있는 법률관계의 보전을 위한 잠정적 특성이라는 본래의 목적을 넘어 본안소송을 대신하는 통상의 권리구제수단이 되고 있다. 따라서 채권자는 본안소송을 대신하여 가치분 자체로 만족을 얻는 만족적 가치분도 가능하다. 이 만족적 가치분은 보전처분의 본질인 권리보전의 목적과 잠정성에 반할 수 있다. 그러므로 만족적 가치분에 대한 보전의 필요성의 유무를 판단할 때에는 보다 높은 수준의 보전의 필요성을 요구하여 특별한 사정에 대한 소명이 없으면 그 신청은 보전의 필요성을 결한 것으로 보게 된다. 즉, 증명이 가까운 고도의 심증이 얻어지지 않는 한 피보전권리나 보전의 필요성 등에 관하여 소명이 행하여지지 아니하였다고 취급한다.

또 다른 문제점으로, 가치분절차는 그 요건인 i) 피보전권리와 ii) 보전의 필요성에 따라 여러 유형의 가치분이 가능하며, 민사집행법은 다툼의 대상에 관한 가치분(민사집행법 제300조 제1항)과 임시지위를 정하기 위한 가치분(제2항)으로 이 두 가지의 기본유형에 관한 조문만을 규정할 뿐 어떠한 내용의 가치분을 발령할 것인가는 법원의 재량에 위임하고 있다(제305조 제1항). 따라서 현재의 위험을 보전하기 위하여 주주총회결의에 관하여 여러 유형의 가치분이 허용될 수 있는지가 문제된다. 즉, 주주총회결의와 관련하여 다양한 유형의 가치분

97) 新谷 勝, 전게서, 151면.

이 허용되는가에 대한 논란은 결국 본안 부수성과 잠정성이라는 특성을 넘어서 만족적 가치분배까지 이르는 점에서 비롯된다.

참고문헌

〈국내문헌〉

- 권창영, 「민사보전법」, 유로, 2010.
- 김광년·최종백 편저, 「보전처분 II - 가치분(上)」, 법률문화원, 2004.
- 김교창, 「주주총회의 운영 [제3개정판]」, 육법사, 2010.
- 김교창 감수·상사실무연구회 편, 「신체계 실무 회사소송·비송」, 육법사, 1991.
- 김 연, 「민사보전법」, 법문사, 2010.
- 김재범, 「주주총회 판례연구」, 동방문화사, 2008.
- 신병동, 「회사법 소송실무」, 동방문화사, 2009.
- 이시윤, 「민사집행법 [제3판]」, 박영사, 2006.
- 전형배, 「회사관계소송」, 한국학술정보, 2009.
- 정동윤, 「상법 (上) [제5판]」, 법문사, 2010.
- 정동윤·유병현, 「민사소송법」, 법문사, 2005.
- 정영환, 「신민사소송법」, 세창출판사, 2009.
- 최기원, 「신회사법론 [제12개정판]」, 박영사, 2005.
- 곽종훈, “보전소송에 있어서의 소명”, 「재판자료 제45집 보전소송에 관한 제문제 (上)」, 법원행정처, 1989.
- 김교창, “주주총회결의에 관한 소”, 「회사법의 제문제」, 육법사, 1982.
- 김재범, “이사선임 주주총회결의 취소의 소와 판결의 소급효 제한”, 「상사판례연구」 제13집, 한국상사판례학회, 2002.
- 나병영, “의결권의 행사에 관한 가치분”, 「재판실무」 제1집, 창원지방법원, 1999년.
- 오천석, “보전처분의 피보전권리”, 「재판자료 제45집 보전소송에 관한 제문제 (上)」, 법원행정처, 1989.
- 이동명, “임시의 지위를 정하는 가치분에 있어서의 보전의 필요성”, 「재판자료

제45집 보전소송에 관한 제문제 (上)], 법원행정처, 1989.
정충명, “적대적 기업매수의 방어행위에 대한 법적 고찰 - 제3자에 대한 신주 발행의 적법성을 중심으로”, 「사법연구자료」 제25집, 법원행정처, 1999.
전휴재, “경영권 분쟁과 가치분 -적대적 M&A를 중심으로-”, 「한국민사집행법학회 2005년도 동계학술대회 발표논문집」, 한국민사집행법학회, 2005.

〈외국문헌〉

吉垣 實, 「会社訴訟の研究」, 成文堂, 2003.
大隅健一郎, 「会社法の諸問題 [新版]」, 有信堂, 1983.
東京地方裁判所 商事研究所, 「商事關係訴訟」, 青林書院, 2007.
北澤正啓, 「会社法 [第6版]」, 青林書院, 2001.
山口和男 編, 「会社訴訟・非訟の實務 [改訂版]」, 新日本法規, 2004.
新谷 勝, 「会社訴訟・假處分の理論と實務」, 民事法研究會, 2007.
新堂幸司, 「新民事訴訟法 [第4版]」, 弘文堂, 2008.
伊藤 眞, 「民事訴訟法 [第3版再訂版]」, 有斐閣, 2006.
類型別会社訴訟 [第2版] I, 「東京地方裁判所商事研究会」, 判例タイムズ社, 2008.
類型別会社訴訟 [第2版] II, 「東京地方裁判所商事研究会」, 判例タイムズ社, 2008.

[Abstract]

Provisional Disposition in Company Litigation

Jang, Wan-Kyu

Professor, Yong-In Songdam College

Resolutions remain in effect until the ruling is finalized in a lawsuit that invalidates a shareholders' meeting resolution. However, plaintiffs who deny

the validity of a resolution do not have to wait for a ruling.

In other words, it can not deny the effect of a resolution, but it has the means to block the proceeding based on resolution. That is a Provisional Disposition related to the general shareholders' meeting. Especially, a Provisional disposition system in company is often used as a tool of struggle for management rights or acquiring company from the outside.

The disposition system is largely divided into dispositions and the dispositions to determine the provisional status of disputes. The disposition of the object of the dispute is intended to preserve future enforcement of the subject matter of the subject matter litigation itself. On the other hand, the provisional provision for the provisional status is to prevent the harm caused by the irreversible damage to the creditor in the meantime if the dispute is waited until the final determination of the ruling is reached.

However, once the disposition related to the general meeting of shareholders is established, the effect is so great that it results in a decisive blow to one party. Therefore, when handling the case, it is necessary to take careful consideration in consideration of such circumstances.

There is a problem that the corporation disposition is like the main case litigation. In other words, it becomes a normal remedy for the legal action in lieu of the original case of a provisional characteristic for the preservation of disputed legal relations. As a further problem, the disposition procedure is possible for several types of dispositions, depending on the requirements: i) the right to protection and ii) the need for preservation.

The Civil Execution Act stipulates provisional provision (Article 300) and provisional provision (Article 2) on the object of the dispute. Accordingly, the Court delegates to the discretion of the court to decide what kind of content (Article 305 (1)).

Therefore, it is a question of whether various types of dispositions can be allowed regarding shareholders' meeting resolutions to preserve the present

risk.

Key words : Disposition system, Conservation disposition, Shareholders' meeting resolution, Satisfactory dispositions, Right to Conservation, The need for conservation