[논 문] https://doi.org/10.31839/DALR.2019.05.83.217

회사소송연구*

- 회사가처분을 중심으로 -

윤 은 경**

≪차 례≫

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 회사가처분의 본안소송화 비판에 대한 검토
1. 회사가처분의 개념 및 법적성격
2. 임시의 지위를 정하는 가처분의 본안소송화
3. 검토
Ⅲ. 개선방안
1. 개관
2. 필수적 변론·심문
3. 필수적 이유기재
4. 상급법원에 의한 불복재판
Ⅳ. 결 론

Ⅰ. 서 론

기업지배구조의 개선과 관련하여 주주와 경영진 간에 법적 분쟁이 발생하거나 적대적 M&A(merger & acquisition, 이하 "M&A"라고 한다.)[1]의 과정

* 이 논문은 2018학년도 제주대학교 교원성과지원사업에 의하여 연구되었음.
** 제주대학교 법학전문대학원, 변호사, 법학박사

1) 법령상 용어는 아니지만 기업의 지배권을 취득하기 위한 일련의 회사법적 거래를 포괄적으로 M&A라고 한다. 기존 경영진 내지는 기업의 지배권을 보유하고 있는 자의 의사에 반하여 이루어지는 M&A를 '적대적(hostile) M&A'라고 통칭한다(김현태·윤용준, "신주발행금지가처분의 실무상 쟁점에 관한 고찰-KCC와 현대그룹 사이의 적대적 M&A 사건을 중심으로-, BFL, 제23호, 2007. 5., 69면.

에서 주요한 해결 방안으로 임시의 지위를 정하는 가처분이 자주 활용된다[2]. 급박한 M&A 거래과정의 특성을 고려하여 다양한 임시의 지위를 정하는 가처분을 전략적으로 얼마나 적절히 잘 활용하느냐가 기업변호사의 역량의 척도가 된다고 해도 과언은 아니다. 미국의 경우에도 기업경영권과 관련하여 발생하는 분쟁의 해결과정에서 우리의 임시의 지위를 정하는 가처분과 유사한 '예비적 유지명령(preliminary injunction)'[3]이 자주 활용된다. 이와 같이 국내외에서 기업의 경영권의 지배와 관련한 분쟁의 효율적인 해결 수단으로서의 가처분의 효용에 대해서는 이견이 없다. 가처분이 회사법상 경영권 분쟁 등의 효율적인 해결 수단으로 각광받는 이유는 본안을 제기하지 않고서도 가처분만으로 신속하게 분쟁을 종결지을 수 있기 때문이다. 이를 임시의 지위를 정하는 가처분의 본안소송화라고도 하는데, 이러한 현상에 대해서는 상당한 비판이 제기되고 있다.

임시의 지위를 정하는 가처분은 형성재판이므로 그 판결의 효력이 제3자에게도 미치는, 이른바 '대세적 효력'이 인정된다[4]. 이러한 강력한 효력은 임시의 지위를 정하는 가처분의 본안소송화에 대한 비판의 강도를 높이는데 일조한다. 특히 경영권 분쟁이 발생한 상황에서 흔히 볼 수 있는 신주발행금지가처분 사건의 경우를 예로 들면, 법원의 인용결정에 따라 상대방인 회사는 주식을 발행할 수 없으므로 가처분의 본안소송화에 대한 비판이 거세지는 것은 어쩌면 당연하다고 할 수 있다. 최근에는 주주권의 적극적 행사의 일환으로도 회사와 주주 사이에 발생한 분쟁의 해결 수단으로서 임시의 지위를 정하는 가처분의 행사빈도 수가 증가하고 있고, 앞으로 가속화될 것으로 예상된다.

이에 이 글에서는 이러한 임시의 지위를 정하는 가처분의 본안화현상 및 그에 대한 비판에 관해 살펴보고, 이를 토대로 문제점을 보완할 방안을 제언

참조).

2) 삼성물산과 제일모직의 합병과 관련하여 이에 반대하는 주주들과 회사 등과의 사이에 발생한 일련의 가처분 사건들과 SK에 대한 소버린의 적대적 M&A, 그리고 더 거슬러 올라가 현대엘리베이터와 KCC 사이의 경영권 다툼에서 활용된 각종 가처분 사건들 등.

3) 예비적 유지명령이라는 번역 대신 preliminary injunction의 특질을 정확히 반영하기 위해 "임시적 또는 예비적 인정크션"이라고 칭하기도 한다(김연, "임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 법체계적 지위", 법조, 통권 제729호, 2018. 6., 60면 각주 16) 및 61면 참조).

4) 대법원 1992.5.12., 선고 92다5683 판결.

하고자 한다.

Ⅱ. 회사가처분의 본안소송화 비판에 대한 검토

1. 회사가처분의 개념 및 법적성격

회사가처분은 상사가처분(이하 "회사가처분"이라고 한다.)이라고도 칭해지는데, 법률상 명확히 개념화된 것은 아니다. 개념에 관해 여러 견해가 있으나[5] 이에 관한 심도있는 논의는 다음 글로 미루고, 이 글에서는 편의상 회사와 관련하여 발생한 소송 중 회사법상 권리를 피보전권리로 하는, 민사집행법상 임시의 지위를 정하는 가처분의 일종(민사집행법 제300조 제2항)[6]으로 보고 논의를 전개하기로 한다[7].

2. 임시의 지위를 정하는 가처분의 본안소송화

가. 가처분의 특질

가처분의 본안소송화란 분쟁사항에 대해서는 본안소송에서 종국판결에 의

---

5) 회사가처분의 개념에 관한 상세 논의는 신필종, "회사가처분의 실무적 고찰-소송구조와 효력에 관한 최근 논의를 중심으로-", 민사재판의 제문제, 사법발전재단, 2011, 469-470면 참조; 노혁준, "회사가처분에 관한 연구-기본구조와 주요가처분의 당사자 및 효력을 중심으로-", 민사판례연구 제32권, 박영사, 2010, 975-976면 참조.

6) 학계의 개념에 관한 논란에도 불구하고 법원실무에서는 상사가처분 내지는 회사가처분의 법적 성격을 현행 민사집행법상 분류에 따라 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 일종으로 취급하고 있다(이종문, "상사가처분 사건의 현황과 실무적 쟁점-회사와 관련된 '임시의 지위를 정하기 위한 가처분'을 중심으로-, BFL, 제54호, 2012. 7., 60면); 김기정 · 문준필 · 오상용 · 박용우 · 이영창 · 박진수 · 오흥록 · 유제민 · 범선윤, "미국의 TRO(Temporary Restraining Order)에 대한 이해 및 TRO 유사 잠정명령 도입에 관한 제안", 21세기 민사집행의 현황과 과제, 민사집행법 실무연구 III, 사법발전재단, 2011, 215-216면에서 회사가처분의 일종인 주주총회개최금지가처분을 별도의 언급도 없이 임시의 지위를 정하는 가처분의 한 종류로 취급하고 있다.; 전휴재, "경영권 분쟁과 가처분 - 적대적 M&A를 중심으로", 재판실무연구(3) 보전소송, 한국사법행정학회, 2008, 298면.

7) 회사가처분의 독자적인 특징에 주목하여 별도의 개념 정립을 통한 독자적인 법리를 구성할 필요성이 있다는 유력한 견해로는 신필종, "회사가처분의 실무적 고찰-소송구조와 효력에 관한 최근 논의를 중심으로-", 518-519면 참조.

해 권리가 확정되어야 하는데, 임시의 지위를 정하는 가처분이 사실상 본안의 역할을 한다는 뜻이다.

우리법은 본안소송의 제기와 함께 또는 그 전에 당사자로 하여금 보전소송을 제기할 수 있도록 한다. 보전소송의 종류로는 가압류(민사집행법 제276조)와 가처분(민사집행법 제300조)이 있으며, 가처분은 다시 계쟁물에 관한 가처분(민사집행법 제300조 제1항)과 임시의 지위를 정하는 가처분(민사집행법 제300조 제2항)으로 나뉘어져 있다. 임시의 지위를 정하는 가처분은 현재 다툼이 있는 법률관계에 대해 현상의 진행을 본안의 확정판결 전까지 방치할 경우, 본안에서 승소한다 하더라도 그 동안 채권자가 입을 현저한 손해나 급박한 위험에 처할 가능성을 예방하거나 회피하기 위해 행한다[8]. 법체계상 가처분에 관한 규율은 원칙적으로 가압류에 관한 민사집행법의 규정을 준용하도록 되어 있다(민사집행법 제301조).

보전소송은 신속성, 잠정성, 종속성(부수성)과 독립성, 재량성, 기습성을 특징으로 한다[9]. 이 중 회사가처분을 포함한 임시의 지위를 정하는 가처분은 보전처분의 본안소송에 대한 종속성과 잠정성에 반한다는 즉, 가처분의 본안소송화를 초래한다는 비판을 받는다.

나. 회사가처분의 본안소송화 비판의 배경

회사가처분의 본안소송화를 비판하는 견해는 그로 인한 피해자 및 이해관계인의 손해가 크고, 원상회복이 어렵다는 점을 든다. 대안으로 법원이 회사가처분의 인용결정에 신중을 기하여야 할 필요성을 제기하면서 보전소송의 요건[10] 중 특히 보전의 필요성의 엄격한 심사를 강조하는 견해로 이어지기도 한다[11]. 이 견해는 가처분요건의 엄격한 심리를 통해 내려진 가처분결정과 본안소송의 결과가 일치하는 것이 바람직하다는 것이다. 그런데, 본안소송화

---

8) 『보전소송』, 사법연수원, 2018, 10면.

9) 상세 내용은 『보전소송』, 사법연수원, 2018, 4-8면 참조.

10) 보전소송의 소송물로 '피보전권리'와 '보전의 필요성'이 있으며, 각각은 별개의 소송물로서 독립적인 심리대상이다(대법원 2005.8.19.자, 2003마482 결정).

11) 서승렬, "보전처분의 피보전권리", 재판실무연구(3) 보전소송, 한국사법행정학회, 2008, 107면에 의하면, 엄격한 심사를 통해 보전처분의 남용을 막기 위해서라고 한다.

를 비판하는 입장에서 나온 보전소송 요건의 엄격한 심리요구는 일응 논리적으로 정합성이 부족하다. 가처분재판의 결과와 본안소송의 결과가 달라지는 경우가 생기는 것은 보전소송의 특성상 당연한 것이므로 오히려 보전소송 요건의 엄격한 심사를 요구하여 그 절차를 지연시키는 대신, 신속한 절차의 진행을 요구하는 것이 회사가처분의 본안소송화를 비판하는 입장에서 나올 수 있는 논리적 주장에 가까울 것이다.

회사가처분의 본안소송화에 대한 비판이 법원으로 하여금 엄격한 보전소송의 심리를 왜 요구하는 것일까? 이는 최근의 일련의 적대적 M&A 사안들에서 볼 수 있듯이 대기업의 주요/지배주주나 경영진의 경영권 참탈에 대한 우려가 경영권 방어의 필요성 요구로 현출되고, 그것이 회사가처분사건의 인용결정에 법원이 신중을 기해야 한다는 주장으로 연결된 것은 아닌가 하고 조심스럽게 추정해 본다. 회사가처분의 본안소송화경향으로 가처분인용결정이 본안에서 번복되는 경우가 거의 없다는 점이 회사가처분의 본안소송화에 대한 강력한 비판의 목소리에 더욱 더 큰 힘이 실리게 하는 것이다.

좀 더 자세히 살펴보자. 회사가처분의 본안소송화에 대한 비판은 회사가처분명령의 번복이 거의 불가능하므로 그로 인한 피해자의 손해가 막대하다는 점과 원상회복이 어렵다는 점 등을 든다. 회사가처분, 예를 들면, 신주발행금지가처분신청 등이 인용되고, 본안소송이 제기되지 않거나 위 인용가처분결정에 대한 이의신청이 받아들여지지 않은 경우를 상정해 보면, 피해자는 누구일까? 회사, 엄밀히 말하면, 지배주주와 기존 경영진이 이에 해당될 것이다. 경영권 분쟁의 상황에서 제기되는 회사가처분의 경우, 채권자[12]는 소수주주이고, 상대방인 채무자는 회사인 경우가 대부분이라는 점을 고려하면 인용된 회사가처분의 본안소송화로 인한 주된 피해자는 회사측이 될 것이다. 그러나 현실은 어떠한가? 최근 일련의 경영권 분쟁에서 제기된 각종 가처분사건에서 채권자인 소수주주가 승소한 사례는 거의 없다[13]. 우려에도 불구하고 신주발

12) 실무상 '신청인'이라고 표기하기도 하나, 법상 '채권자'로 표기하는 것이 옳으므로(민사집행법 제304조), 상대방도 '피신청인'이 아니라 '채무자'로 표기하여야 한다{『보전소송』, 사법연수원, 2018, 12면 각주 9) 참조}.

13) 삼성물산과 제일모직 합병 사건의 경우, 합병에 반대하는 주주측이 합병절차의 단계별로 제기한 각종 가처분(자기주식처분금지가처분과 합병승인주주총회개최금지가처분 등)에서 모두 회사측이 승

행금지가처분이나 의결권행사금지가처분의 경우와 같이 경영권의 변동을 초래할 수 있는 사안에서는 처음부터 채무자가 우려하는 상황, 즉, 채권자의 가처분신청이 인용되는 경우가 많지도 않다. 반면, 회계장부열람등사 가처분 사건에서의 신청 인용율은 높은 편인데, 이는 채권자의 신청을 인용하더라도 채무자인 회사의 경영권에 직접적인 영향을 주지 않는다는 점에서 시사점을 찾을 수 있다[14].

이처럼 회사법상 분쟁 발생시 관련된 회사가처분은 전체적으로 볼 때, 회사의 경영진 내지는 채무자에게 유리한 쪽으로 발령되는 경향을 취한다고 볼 수 있다.

3. 검토

가. 재판받을 권리의 침해

대법원은 임시의 지위를 정하는 가처분의 발령시 가처분신청의 재판결과에 따른 당사자들의 이해득실관계와 본안소송에서의 승패 예상, 기타 사정들을 판단의 기준으로 제시하고 있다[15]. 미국의 경우, 우리의 임시의 지위를 정하는 가처분과 유사하다는 예비적 유지명령을 법원이 발령할 때, 4가지 요소{본안승소가능성(prevail on the merits), 기각시 신청인의 회복불가능한 손해 발생 여부(irreparable harm), 가처분 발령시 채권자와 채무자가 입을 손해를 비교형량하여 가처분 미발령시 채권자가 입을 손해가 더 큰지 여부(이익형량, balance of harms), 가처분의 발령이 공익에 부합되는지 여부(public interest)}를 고려한다[16].

소하였다. 채권자가 가처분결정에 불복하여 재항고하였으나 취하하여 위 항고결정이 확정되었다. 위 사건의 개요에 대한 상세는 윤은경, "자기주식처분에 대한 규제-서울중앙지방법원 2015. 7 .7. 자 2015카합80598 결정 및 서울고등법원 2015. 7. 16. 자 2015라20503 결정을 중심으로-, 홍익법학, 제16권 제4호, 2015. 12., 311-312면 참조.

14) 신필종, "회사가처분의 실무적 고찰-소송구조와 효력에 관한 최근 논의를 중심으로-", 404면 각주 114) 참조.

15) 대법원 2007.1.25. 선고, 2005다11626 판결 등. 나아가 회사가처분의 발령시, 제3자뿐만 아니라 공익도 고려하여야 하는지 여부에 대해서는 논란이 있다.

16) *Univ. of Texas v. Camenisch,* 451 U.S. 390, 392 (1981); *Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 129 S. Ct. 365 (2008) 등.

요컨대, 우리 대법원의 취지는, 가처분사건과 본안사건의 결과가 다르더라도 임시의 지위를 정하는 가처분의 재판에서는 일단 현재의 급박한 위험을 고려한다는 것이다. 따라서 향후 가처분 결과가 본안과 상반될 수 있다는 점을 이유로 회사가처분을 독자적으로 규율하여야 할 법제를 정립하여야 하는 것은 아니다. 미국의 경우에도 급박한 위험, 회복할 수 없는 손해의 개념에 대해 논란이 있고, 또한, 미국 법원이 예비적 유지명령에 관하여 최근 본안승소가능성 및 이익형량에 중점을 두어 신중한 심리가 이루어지는 경향으로 인해 채권자의 승소율이 낮아지는 점에 대해 상당한 우려가 실무계에서 제기되고 있다는 점[17]에도 주목할 필요가 있다. 앞서 살핀 바와 같이 회사가처분과 본안결과를 동일하도록 하여, 즉, 본안재판부로 하여금 선행가처분의 결과에 귀속되도록 한다면, 주요 기업들의 본점소재지를 관할하는 서울중앙지방법원의 민사 50부뿐만 아니라 다른 지방법원의 회사가처분에 대한 경험이 부족한 1심 재판부가 내린 결정에 본안 재판부가 기속될 수밖에 없는 결과가 된다[18]. 회사가처분의 본안소송화로 인하여 가처분결정에 대한 이의나 본안제기가 거의 없는 상황을 고려할 때, 현행 실무는 헌법상 기본권으로 보장된 재판을 받을 수 있는 권리(원칙적으로 3심제)[19]에 대한 침해 우려를 거둘 수 없게 한다.

---

17) Douglas Laycock, *Modern American Remedies–Cases and Materials–*, 4th edition, 2010, 2017 Supplement, Wolters Kluwer, 2017, p. 68.

18) 실무상 지방에서 회사가처분 사건이 발생할 경우, 관련 사건 처리경험의 부족으로 인하여 대기업의 본점들이 몰려있는 서울의 민사신청사건의 관할법원인 서울중앙지방법원의 민사50부가 내린 회사가처분 결정을 지방의 회사가처분 사건의 관할법원이 참조하여 결정을 내리는 실정이라고 한다(“회사 관련 가처분의 법률문제-M&A를 중심으로-” 좌담회, BFL, 제23호, 2007. 5., 9-10면). 또한, 서울중앙지방법원 민사50부는 경영권의 분쟁으로 인한 다수의 회사가처분이 순차적으로 제기된다 하더라도 최초에 사건을 배당받은 주심 판사가 관련된 후속 회사가처분 사건의 주심을 계속해서 맡는다고 한다(위 좌담회, 12면). 서울중앙지방법원 민사50부의 결정에 대한 다른 법원 및 재판부의 신뢰는 상당하여 관련된 수 개의 회사가처분 사건이 서울중앙지방법원의 관할이 아닐 경우, 억지로라도 서울중앙지방법원 민사50부에 추가로 관련 회사가처분을 신청하여 후자인 서울중앙지방법원 민사50부의 해당 사건에 대한 결정을 다른 지방법원이 실질적으로 따르도록 하기도 한다고 한다. 이른바 현대엘리베이터와 KCC 사이의 경영권 분쟁과정에서 발생한 신주발행금지 등 가처분사건에서 이러한 조치가 취해졌다고 한다(위 좌담회, 16면 참조).

19) 제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.

나. 회사가처분의 잠정성, 부수성

이와 같이 회사가처분사건의 재판결과가 본안의 판단 내용과 다를 수 있다는 점, 이를 논의의 편의상 본안과 상이한 가처분명령을 '오판'이라 칭하기로 한다[20]. 오판의 우려가 임시의 지위를 정하는 가처분 중 특히 회사가처분의 주요한 쟁점이 되어 왔고, 오판의 가능성을 어떻게 하면 낮출 수 있는가에서부터 학계와 실무가들의 고민이 대두되어 왔다고 할 수 있다. 앞서 살핀 바와 같이 다수의 견해는 보전처분의 요건을 엄격하게 심리하고, 나아가 현행 민사집행법상 임시의 지위를 정하는 가처분과 별도로 회사가처분의 발령으로 영향을 받는 이해관계자가 많다는 점을 강조하며 회사가처분의 특질을 반영한 독립된 제도적 체계를 정립하는 것이 바람직하다고 보고 있다.

생각건대, 오판, 즉, 가처분명령과 본안소송의 결과가 다르다는 것은 결국 가처분재판부가 요건에 대해 충실하지 못한 재판을 한 것이고, 그로 인하여 발생하는 피해자의 권리구제는 현행 가처분절차 및 불복 제도를 보완함으로써 해결하는 것이 바람직하다. 회사가처분을 다른 임시의 지위를 정하는 가처분의 예외로 볼 근거로 회사가처분의 경우, "이해관계자가 많다"라는 점을 드는데, 이해관계자의 범주를 어떻게 규정할 것인지, 그리고 그것이 가능한 것인지, 이는 본안이 아닌 가처분재판 단계에서는 해결하기 쉽지 않은 문제이다.

오판은 가처분제도의 특성으로 인한 필연적인 결과라는 점을 부인하여서는 안된다. 임시의 지위를 정하는 가처분이 직접적으로 본안청구권의 실현을 가져오는 것은 아니다[21]. 가처분의 발령으로 피보전권리가 사실상 실현된 것과 같은 상태라 하더라도 이는 잠정적인 것에 불과하다[22].

임시의 지위를 정하는 가처분은 본안판결을 보충하거나 보완하는 역할을

---

20) 노혁준, "회사가처분에 관한 연구- 기본구조와 주요가처분의 당사자 및 효력을 중심으로-", 민사판례연구 제32권, 박영사, 2010, 984면, 997면 참조. 오판의 유형에 대한 상세는 위 997면 표 1 참조.

21) 대법원 2007.10.25. 선고, 2007다29515 판결.

22) 위 대법원 판결. 또한, 대법원이 가압류와 가처분의 집행행위의 효력에 관해서 상대적무효설(개별상대효설)의 입장을 취하고 있는 점을 고려한다면, 회사가처분명령에 불복한 당사자가 해당 명령을 위반하는 행위를 하더라도 본안이 확정되기 전까지 채권자는 그러한 행위의 절대적 무효를 주장할 수 없다(물론 법원의 가처분명령을 위반한 채무자에 대하여는 간접강제 등의 방법을 통하여 제재할 수 있기는 하다.)(대법원 2007.10.25. 선고, 2007다29515 판결).

한다. 제도의 취지는 본안판결의 결과만으로 채권자가 권리구제를 받는다는 것이 실질적인 효과가 없거나 미약한 경우(이를 '회복불가능한 손해의 발생이 예상되는 경우'라 할 수 있고, 달리 말하면, '급박한 손해'라고도 할 수 있다.)에 한하여 인정되므로 제도 자체에 오판의 가능성을 내재한 것이다. 회사법적 분쟁은 조직법적, 단체법적 법리가 적용되므로 개별 채권관계에서 발생한 분쟁과 달리 이해관계자가 많다. 이해관계자의 범위를 어디까지로 볼 것인지[23]에 대해 회사법적으로도 정립되었다고 단정하기 어려운데, 가처분재판 단계에서 해당 재판부로 하여금 고려하여야 할 이해관계에 이를 포섭하는 것은 법적 안정성 차원에서도 바람직하지 않다.

다. 소수주주 보호의 필요성

법원의 신중한 회사가처분 인용의 필요성을 요구하는 근거로서, 오판인 임시의 지위를 정하는 가처분인용결정은 채무자가 부담하여야 하는 고통이나 위험이 과도하다는 점을 간과한 채 신속하게 내려진다는 점을 든다. 그러나 앞에서 살핀 바와 같이 경영에 참여하지 못하는 소수주주가 경영권 감시의 차원에서 적극적인 주주권행사의 일환으로 제기한 회사가처분의 경우, 법원의 신속한 신청의 인용으로 인해 입을 채무자 보호의 필요성이 소수주주의 보호 필요성보다 더 중하게 평가되어야만 하는 것일까?

합작투자회사의 경우, 동업자 사이의 분쟁에서 경영권을 갖지 못한 주주나 소수주주는 전단적인 경영권을 행사하는 이사들의 행위를 저지하거나 그 행위의 효력을 중단시킬 가처분을 신청할 물리적 시간의 제약을 받는다[24]. 주주제안의 경우(상법 제363조의 2, 제363조)에도 이를 거부당한 소수주주가 주주총회안건상정가처분을 법이론상으로는 제기할 수 있지만, 실제로는 주주총회소집절차 및 그 기간의 제약으로 인해 패소하는 경우가 다반사이다[25]. 이처럼 실상은 소수주주가 가처분을 통해 보호받는 것이 어려운 경우가 상당한데도 대부분의 학자들이나 실무계에서는 채무자인 회사가 신속한 가처분인

23) 신필종, "회사가처분의 실무적 고찰-소송구조와 효력에 관한 최근 논의를 중심으로_", 491면 참조.
24) 신필종, "회사가처분의 실무적 고찰-소송구조와 효력에 관한 최근 논의를 중심으로_", 503면 참조.
25) 신필종, "회사가처분의 실무적 고찰-소송구조와 효력에 관한 최근 논의를 중심으로_", 504면 참조.

용결정으로 불이익을 받고 있다고 보고 있을 뿐만 아니라 그러한 우려를 중시하고 있다[26].

관점에 따라 이견이 있을 수 있지만, 회사가처분의 경우에는 경영에 직접적으로 참여하지 못하는 소수주주로서의 채권자의 적극적인 보호를 위해서라도 법원의 가처분재판에서의 엄격한 요건심사를 통한 실체적 진실발견보다 보전처분의 신속성에 우월한 가치를 둘 필요가 있다. 이는 주주민주주의나 적극적 주주권의 행사를 법적으로 뒷받침해 준다는 면에서도 타당하다.

라. 소결

이상과 같은 이유로 회사가처분의 본안소송화를 비판하면서 그 대안으로 회사가처분재판절차에서 다른 보전처분보다 특별히 피해자(채무자)의 보호를 강조하여야 한다거나 나아가 이를 위해 법원의 엄격한 보전처분요건의 심사를 요구하는 견해에 동의하기 어렵다. 그러나 회사가처분을 포함한 임시의 지위를 정하는 가처분의 본안소송화는 보전처분의 잠정성과 부수성에 정면으로 배치되므로 회사가처분의 본안소송화를 초래하고 있는 현행 실무는 시정될 필요가 있다. 다만, 오판의 결과가 치명적일 수 있다는 점은 부인할 수 없으므로 회사가처분과 본안의 결과가 일치하는 것 자체를 바람직하지 않다고 하기는 어렵다. 이러한 현상은 법리상으로 가처분의 잠정성과 본안부수성이라는 보전소송의 특질에 반한다는 문제와 실제로 가처분명령 후 본안소송의 제소 비율이 낮다는 점[27]에 비추어 본다면 부실한 가처분재판으로 인해 실체적 진실과 다른 결과가 고착화될 우려를 떨칠 수 없다. 또한, 회사가처분의 본안소송화를 주장하는 입장을 가처분명령과 본안판결의 결과의 동일성 유지가 법적으로 안정성을 가져오기 때문임을 주된 이유로 한다는 것으로 선해해 본

---

26) 신필종, “회사가처분의 실무적 고찰-소송구조와 효력에 관한 최근 논의를 중심으로_”, 502면; “회사관련 가처분의 법률문제-M&A를 중심으로-” 좌담회, BFL, 제23호, 2007. 5. 9-10면.

27) 노혁준, “회사가처분에 관한 연구- 기본구조와 주요가처분의 당사자 및 효력을 중심으로-”, 민사판례연구 제32권, 박영사, 2010, 1003면; 회사가처분 결정 이후의 본안제기의 사실상 무용론을 주장하는 견해로는 신필종, “회사가처분의 특징과 실무운용상 시사점”, 2015. 11. 05.자 법률신문. https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Legal-Info-View?serial=138899&kind=CC02&key= , 마지막 방문일자 2019. 4. 28.

다면, 그러한 견지 하에서는 당연히 본안소송의 결과가 가처분의 잠정성 내지는 본안부수성으로 인해 번복될 경우, 당사자뿐만 아니라 회사를 둘러싼 다수의 다양한 이해관계자의 법적 안정성이 저해될 우려가 있다는 것이다. 그러나 오판의 가능성에도 불구하고 회사가처분의 주된 장점으로서의 신속성이 당사자들에게 더 매력적인 제도로 다가온다는 점을 간과하여서는 안된다. 회사가처분의 경우 경영권의 분쟁이나 적대적 M&A에 대한 공격과 방어의 급박한 국면에서 단기간에 분쟁을 종결시켜 안정을 꾀하는 것이 당사자들의 이해에도 부합하기 때문이다[28]. 그럼에도 불구하고 오판의 가능성을 낮추는 것은 사건의 당사자들의 입장에서도 바람직하다.

이상의 점들을 고려해 볼 때, 오판의 가능성에 대한 우려를 해소하기 위해 회사가처분의 경우에 법원으로 하여금 보전처분의 요건에 대한 보다 신중하고 엄격한 심사를 할 것을 요구하는 것이 타당한지 여부에 주안점을 두는 것보다는 현행 가처분 제도의 문제점을 보완하는 것에 주목할 필요가 있다. 요컨대, 보전소송의 특질(신속성・잠정성)을 유지하면서도 오판으로 인한 피해를 줄이는 방안을 찾는 것이 타당하다. 이러한 견지 하에 이하에서는 오판의 가능성을 낮추는 방안을 모색하고자 한다.

Ⅲ. 개선방안

1. 개관

앞서 살핀 바와 같이 오판은 현행 법제도상 근본적으로는 가처분제도의 신속성에서 기인한 것이므로, 제도의 특성 및 취지를 몰각시키지 않는 범위 내에서 '충실한 재판'이 이루어질 수 있도록 현행 제도를 개선하는 방안에 주목하고자 한다[29].

---

28) "회사 관련 가처분의 법률문제-M&A를 중심으로-", 좌담회, BFL, 제23호, 2007. 5., 9면.
29) 채무자의 불만의 원인으로 회사가처분의 주요 근거법인 회사법에 관한 담당재판부의 인식 내지는

2. 필수적 변론·심문

가. 2005년 민사집행법의 개정취지

회사가처분이 본안에 부수하기는 하지만, 현행 민사집행법은 임시의 지위를 정하는 가처분이 본안과의 무용한 반복절차가 될 수 있다는 점을 고려하여[30] 임시의 지위를 정하는 가처분재판시 변론기일을 열거나 채무자의 참석이 가능한 심문기일을 여는 것을 원칙으로 하되, 그 기일을 열어 심리하면 가처분의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있는 때에는 예외로 하고 있다(민사집행법 제304조[31]).

실무상 변론기일을 여는 경우는 거의 없고, 심문기일을 여는 경우가 일반적이라고 한다[32]. 심문기일에서 변론기일보다 신속하고, 간략하게 법원이 재판을 진행하는 것이 가능하므로[33] 법원에게 양자 중에서 하나를 선택할 권한이 주어진 상황에서 거의 예외없이 심문기일을 여는 쪽을 택하고 있다는 것

이해가 다른 법에 비해 상대적으로 부족한 상태에서 신속하게 결정이 내려진다는 점을 들기도 한다("회사 관련 가처분의 법률문제-M&A를 중심으로-", 좌담회, BFL, 제23호, 2007. 5., 11면). 같은 면에서 또 다른 불만의 원인으로 채무자의 방어준비에 충실을 기할 시간이 부족하다는 점도 들고 있다. 방어하는 채무자의 입장에서는 제기할 만한 당연한 주장으로서 새겨들어야 할 점이기도 한다. 반면, 어느 정도까지 재판심리의 충실을 기하느냐가 문제가 되는 것인데, 이러한 점에서 과도한 절차의 지연으로 이어지는 것을 막으면서도 채무자의 이러한 불만을 반영하는 방안을 찾는 것이 관건이라 하겠다.

30) 『2005년 개정 민사집행법과 민사집행규칙의 해설』, 법원행정처, 2005, 8-9면 참조.

31) 제304조(임시의 지위를 정하기 위한 가처분) 제300조 제2항의 규정에 의한 가처분의 재판에는 변론기일 또는 채무자가 참석할 수 있는 심문기일을 열어야 한다. 다만, 그 기일을 열어 심리하면 가처분의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있는 때에는 그러하지 아니하다. 위 조항을 두고 우리법은 '임의적 변론/심문'제도를 택하고 있다고 한다.

32) 서울대학교 법학연구소 금융법센터, "회사소송제도의 개선을 위한 연구", 2012. 11., 법무부, 136면; 『보전소송』, 사법연수원, 2018, 5면. 같은 면에서 이를 재판에 소요되는 기간을 최대한 단축하기 위한 법원의 노력의 일환으로 언급하고 있다.

33) 심문기일과 변론기일의 주요한 차이점은 법원의 재판절차에서 드러난다. 심문기일에서는 서증의 제출만 허용하고, 그 외 변론기일에서의 주요한 증거조사방법인 인증(증인, 참고인)의 신문, 사실조회, 문서송부촉탁 등은 허용되지 않는다(서승렬, "보전소송에 있어서의 소명", 재판실무연구(3), 보전소송, 한국사법행정학회, 2008, 144면). 심문은 각 당사자에게 소송자료의 제출기회를 부여하는 절차일 뿐이므로 당사자 또는 제3자가 증거방법으로 될 수 없다. 따라서 상대방 당사자가 심문기일에 동석한 경우, 그를 신문하는 것은 위법이고, 설령 그가 진술을 하더라도 그 진술은 증거로 삼을 수 없다(서승렬, 앞의 논문, 143면, 146면); 신필종, "회사가처분의 실무적 고찰-소송구조와 효력에 관한 최근 논의를 중심으로-", 499면 참조; 그 외 양자의 차이점에 관한 상세는 황병하·서승렬·박영호·손흥수·오흥록·임정윤, "보전처분 불복사건의 처리에 관한 실무 개선방안", 21세기 민사집행의 현황과 과제, 민사집행법 실무연구 III, 사법발전재단, 2011, 17-18면, 각주 34) 참조.

은 당연한 결과라고 할 수 있다.

2005. 7. 28. 법률 제7358호로 일부개정 후 시행되기 전 민사집행법에 의하면, 보전소송절차에서 변론기일이 열린 경우 그 재판은 판결절차에 의하도록 하였다(구법 제281조, 제301조)[34].

그 후 보전소송의 본안소송화에 대한 우려로 보전소송재판은 변론의 개시 여부와 무관하게 모두 결정절차에 의하도록 개정되었다(민사집행법 제281조 제1항, 제286조 제3항, 제288조 제3항, 제301조)[35]. 보전소송절차를 모두 통일하여 결정절차에 의하도록 한 이유 중의 주요한 이유로 신속한 보전소송절차의 필요성을 들고 있으나[36], 그 외에도 법원의 사건심리 부담 완화, 보전소송 남용 방지, 본안소송 유도 등도 주요한 개정요인으로 추정된다. 1998년 외환위기 이후 보전처분신청사건의 수는 수년간 폭증하다가 그 뒤 잠시 감소추세였으나 2003년에 사상 최고치의 사건수를 기록하였는데, 2005년 민사집행법상 보전처분사건의 심리절차를 간소화하는 방향으로 법이 개정된 것이 이러한 상황과 무관하지는 않았으리라 생각된다. 법원의 통계에 의하면, 2000년부터 2004년까지 폭증하던 보전처분의 사건 수는 2005년 이후 2010년까지 지속적인 감소세를 보였다[37].

아래 표와 같이 그 후 2011년부터 2017년까지의 상황을 살펴보면, 회사가 처분사건의 경우, 전국적으로 사건의 접수건수가 지속적으로 감소하였고, 또한, 신청의 인용율이 기각율보다 현저히 낮다는 것을 알 수 있다.

---

34) 제281조 (재판의 형식) ① 가압류신청에 대한 재판은 변론하는 경우에는 종국판결로, 그 밖의 경우에는 결정으로 한다.
제301조 (가압류절차의 준용) 가처분절차에는 가압류절차에 관한 규정을 준용한다. 다만, 아래의 여러 조문과 같이 차이가 나는 경우에는 그러하지 아니하다.

35) 『보전소송』, 사법연수원, 2018, 7면.

36) 『보전소송』, 사법연수원, 2018, 5면 각주 2); 개정취지에 대한 상세는 2004. 12. 정부제출, 민사집행법 중 개정안 검토보고서(http://likms.assembly.go.kr/bms_svc/bill/doc_30/17/pdf/170744_300.HWP.PDF, 16-17면) 보전처분결정취소절차의 간이화(안 제281조 및 제288조) 참조. 마지막 방문일자 2019. 4. 28.

37) 황병하・서승렬・박영호・손홍수・오홍록・임정윤, "보전처분 불복사건의 처리에 관한 실무 개선방안", 21세기 민사집행의 현황과 과제, 민사집행법 실무연구 III, 사법발전재단, 2011, 51면 보전처분 관련 통계 중 연도별 현황표 참조.

[전국 회사가처분 통계[38)]]

법원별 \ 연도별		2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
전국	인용	523	490	432	356	267	213	194
	기각	674	680	627	441	419	449	376
	합계	1701	1672	1569	1154	1035	1004	888
서울 중앙 지법	인용	101	95	96	49	23	17	23
	기각	116	160	141	60	31	37	32
	합계	313	363	338	151	74	98	97

2005년 민사집행법 개정 이후, 특히 2011년도 이후 회사가처분 접수건수의 감소는 법원의 인용율이 낮은 것과 무관하다고 하기 어렵다. 1997년 외환위기 이후, 그리고 2008년도 금융위기 이후 기업의 건전한 지배구조개선 및 경영권 감시목적에 기한 소수주주들의 적극적 주주권 행사 경향이 증가하고 있는 한편, 회사의 기존 경영진과의 경영권 다툼을 비롯한 다양한 회사관련 분쟁의 해결수단으로 회사가처분을 신청하더라도 인용율이 낮으니 사건신청 건수도 감소하였다고 볼 수 있다. 그러나 개별 회사가처분사건의 내용은 복잡다기해져서 법원의 심도있는 심리의 필요성이 증대되었다고도 할 수 있다. 2005년 민사집행법 개정의 취지였던 보전처분의 심리 간소화의 목적에는 2003년을 기점으로 폭증했던 보전처분신청의 억제도 포함되어있었다는 점을 전적으로 부인하기 어렵다는 점을 고려해 본다면, 최근 10여년의 통계는 그와 같은 보전처분신청의 남용을 우려할 상황이라고 보이지 않는다. 오히려 오판의 가능성을 줄이기 위한 요구를 적극적으로 수용하는 방향으로 법제도적·실무적 개선을 하기에 적기가 아닐까?

나. 미국의 경우

예비적 유지명령의 재판과 관련하여, 미국연방 민사소송규칙(Federal

38) 2011년도부터 2017년도까지 각 연도별 법원 통계자료 참조. 출처는 대법원 홈페이지, 정보, 사법연감의 연도별 자료이며, 이를 세분화하여 표로 정리하였다. 홈페이지 주소는 http://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10. 마지막 방문일자 2019. 4. 28.

Rules of Civil Procedure)에서 규정하고 있는 내용을 살펴본다. 위 법에 의하면, 법원은 상대방에게 통지를 하고[39], 심문을 개시하도록 하고 있으며, 심문 전, 후에 본안에 관한 변론을 진행할 수도 있다{제65조 (a)(1)}. 심문 전 상대방에 대한 통지를 하는 목적에 대해 법원은 위 법이 상대방에 대한 통지를 통해 상대방에게 방어할 수 있는 공정한 기회를 부여하는 것임을 명확히 하였다[40]. 또한, 본안과 예비적 유지명령의 심문을 병합할 수 있으나{제65조 (a)(1) 및 (2)[41]}, 이는 당사자 모두 이에 대해 명확히 이해하고 있을 것[42]을 전제로 한다.

예비적 유지명령과 본안의 심리병행, 그리고 본안과 보전소송의 병합은 우리 법원의 태도와 재판체계에 부합되지 아니하므로 수용하기 어렵다. 우리 대법원은 본안소송과 보전소송을 통합한 재판, 본안소송과 보전소송 상호 간의 전환, 본소와 보전처분신청 상호 간의 변경이나 보전소송과 본안소송 사건의 병합은 보전소송의 본안소송에 대한 절차적 독립성에 반하므로 허용되지 않는다[43]는 점을 명확히 하고 있다.

그러나 상대방에 대한 심문 전 통지를 요건으로 하여 심문기일을 여는 것은 심문절차에서 채무자에게 적극적인 방어기회를 부여함으로써 오판의 가능

---

39) 상대방에 대한 통지"가 없이도 예비적 유지명령이 발령될 수 있으나, 이는 극히 예외적인 경우로 제한되는바, '상대방에 대한 통지'는 예비적 유지명령 발령의 엄격한 요건으로 이해된다(Douglas Laycock, *Modern American Remedies-Cases and Materials-*, Aspen Publishers, 2010, p. 459).

40) *Granny Goose Foods v. Bhd. of Teamsters,* 415 U.S. 423, 434, n. 7(1974).

41) Rule 65 - Injunctions and Restraining Orders
(a) Preliminary Injunction.
(1) Notice. The court may issue a preliminary injunction only on notice to the adverse party.
(2) Consolidating the Hearing with the Trial on the Merits. Before or after beginning the hearing on a motion for a preliminary injunction, the court may advance the trial on the merits and consolidate it with the hearing. Even when consolidation is not ordered, evidence that is received on the motion and that would be admissible at trial becomes part of the trial record and need not be repeated at trial. But the court must preserve any party's right to a jury trial.

42) Douglas Laycock, *Modern American Remedies-Cases and Materials-*, Aspen Publishers, 2010, p. 467.

43) 『보전소송』, 사법연수원, 2018, 7면; 대법원 2003.8.22. 선고 2001다23225, 23232 판결. 위 판결에서 대법원은 "본안사건과 가처분에 대한 이의 사건의 병합에 대하여 통상의 민사사건과 가처분에 대한 이의사건은 다른 종류의 소송절차에 따르는 것이므로 변론을 병합할 수 없는 것인데, 원심은 두 사건의 변론을 병합하여 하나의 판결을 선고한 위법이 있다."라고 판시하였다. 위 판결에 대한 간략한 평석은 이시윤・조관행・이원석, 『판례해설 민사소송법』 제2판, 박영사, 2014, 639면 참조.

성을 낮출 수 있으므로 이를 우리법제 및 실무에 참고할 필요가 있다.

다. 소결

법원이 과거와 같이 가처분신청사건의 폭증 우려를 이유로 변론 또는 심문기일을 열지 않고 사건을 신속하게 처리하는 것은 앞서 살핀 바와 같이 최근의 상황에는 적합하지 않다.

또한, 회사가처분은 임시의 지위를 정하는 가처분 중에서 법이 정하는 변론에 의한 절차진행이 필요한 대표적인 경우라고 할 수 있다. 보전소송제도의 취지는 소송의 지연을 막고자 채무자의 방어권을 일정정도 포기하도록 한 것이고, 다만, 사안의 종류에 따라 필요가 있다고 판단되면 예외적으로 채무자를 불러 심문하거나 변론을 열도록 함으로써 실체적 진실발견을 도모하고자 한 것이라 할 수 있다. 이 취지에 따라 민사집행법이 임시의 지위를 정하는 가처분의 경우를 예외적인 경우에 해당되는 것으로 상정하고 있는 것이고, 회사가처분이 그 대표적인 경우에 해당된다 할 수 있다. 법원이 실무상 변론이 필요한 사안에 대해 변론기일을 열지 않는다는 것은 이와 같은 법의 취지를 몰각시킨다는 비판을 면하기 어렵다. 오판으로 인한 피해 우려를 감소시키기 위해 현행 법원의 회사가처분재판 실무관행은 법의 취지를 적극적으로 반영하는 방향으로 변경되어야만 할 것이다. 나아가 그 실효성 확보를 위해서는 현행법상 심문 또는 변론개최 여부를 사법재량에 의하도록 함으로써 사실상 위 규정을 사문화하도록 할 것이 아니라 이를 필수적으로 하도록 개정하는 것이 바람직하다[44]. 다만, 필수적 심문 또는 변론이 회사가처분 재판의 불필요한 지연으로 이어지지 않도록 사건처리 기간의 제한을 둠으로써 보전처분의 신속성이 견지되도록 할 필요가 있다.

3. 필수적 이유기재

가처분재판은 결정절차에 따라 진행되므로 재판부는 결정문에 이유를 기

44) 입법형식으로는 법원이 필수적 변론만을 취하도록 하는 방식이나 심문 또는 변론 중에서 어느 하나를 반드시 택하도록 하는 방식을 취하는 것도 보전처분의 신속성을 고려할 때, 고려할 수 있다.

재하지 않아도 된다. 이는 재판부의 신속한 재판처리에 기여한다. 그러나 가처분의 본안소송화경향을 고려할 때, 회사가처분의 경우, 가처분발령시 필수적으로 결정문에 결정이유를 판결문에 기재하는 이유와 동일한 정도로 기재하도록 민사집행법을 개정[45]할 필요가 있다. 이로써 불충분한 심리라는 오해를 면함은 물론 당사자의 불필요한 추가 소송(이의신청 포함)을 막아 소송경제에도 기여할 수 있을 것이다.

현행법상 보전처분에 대한 이의에 관한 재판은 결정절차에 의하도록 하되, 변론기일이 열린 경우, 결정문에는 필수적으로 이유를 기재하도록 하고 있다(민사집행법 제286조 제3항, 제4항[46], 제301조). 회사가처분신청사건에 대해 앞서 살핀 바와 같이 필수적 변론에 의하도록 하되, 그 재판절차는 결정에 의하도록 하더라도 결정문에 이유를 기재할지 여부에 대해 이의사건과 달리 봐야 할 필요성을 찾기 어렵다. 실무상 회사가처분사건의 결정문에 이유를 기재한 예를 찾는 것은 과히 어렵지도 않다[47]. 따라서 회사가처분신청사건에 대한 가압류명령에 판단의 이유를 기재하도록 한다고 해서 법원의 재판실무에 큰 부담이 초래될 것도 아니라고 본다.

4. 상급법원에 의한 불복재판

가. 필요성

현행법은 보전처분에 대한 불복절차가 이원화되어있다. 채권자의 신청 이 인용된 경우, 이에 대한 채무자의 불복은 민사집행법상 보전처분의 이의절차에 의하도록 한다(민사집행법 제283조[48], 제301조). 채권자의 신청이 기각 또

---

45) 임시의 지위를 정하는 가처분에 관한 규정에 이와 같은 내용을 추가하는 형식을 취할 수 있을 것이다.

46) 제286조(이의신청에 대한 심리와 재판)
③ 이의신청에 대한 재판은 결정으로 한다.
④ 제3항의 규정에 의한 결정에는 이유를 적어야 한다. 다만, 변론을 거치지 아니한 경우에는 이유의 요지만을 적을 수 있다.

47) 이른바 삼성물산과 제일모직 합병 사건에서 관련된 다수의 가처분의 결정문은 많게는 수십 페이지가 넘는다.

48) 제283조(가압류결정에 대한 채무자의 이의신청) ① 채무자는 가압류결정에 대하여 이의를 신청할 수 있다.

는 각하된 경우에는 즉시항고로써 다툴 수 있도록 규정하고 있다(민사집행법 제281조 제2항[49], 제301조). 양자 모두 가처분결정을 내린 법원의 전속관할에 속한다. 법이론상으로는 발령된 가처분결정에 대해 불복하면, 원결정을 번복하는 결정이 내려질 수 있지만, 과연 현실도 그럴까? 더구나 변론을 거친[50] 회사가처분사건에 대해 결정을 내린 당해 법원이 불복절차에서 그 결정을 번복하기를 기대하는 것은 무리가 아닐까? 실무상 회사가처분신청사건의 채권자는 기각된 가처분결정에 대한 항고의 실익이 거의 없다고 판단하여 항고를 포기[51]하는 경우가 많은데, 이는 현행 가처분결정에 대한 불복제도가 가처분의 본안소송화 내지는 '단심화'현상과 어느 정도 관련이 있다고 볼 수 있는 증빙이라 할 수 있다.

나. 외국 입법례

미국 연방법원과 지방법원은 우리의 임시의 지위를 정하는 가처분과 유사한 예비적 유지명령에 대한 이의(appeal)를 상급법원인 항소법원의 관할로 규정하고 있고{28 U.S.C. §1292(2018)(a)(1)[52]}, 미국 대부분의 주에서도 유사한 규정을 두고 있다고 한다[53]. 항소가 인용되는 대표적인 사유로는 앞서 살핀 바와 같이 예비적 유지명령 절차에서의 채무자에 대한 통지의 부존재를 들

---

② 제1항의 이의신청에는 가압류의 취소나 변경을 신청하는 이유를 밝혀야 한다.

49) 제281조(재판의 형식) ② 채권자는 가압류신청을 기각하거나 각하하는 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있다.

50) 현행법상 임의적 변론으로 되어 있으나, 제언한 바와 같이 필수적 변론을 거치도록 한다면 더욱 더 현행 '재도(再度)의 고안(考案)' 제도는 재고되어야 할 것이다.

51) 삼성물산과 제일모직 합병에 반대하는 소수주주의 일련의 가처분 사건 중 대부분이 법원의 기각명령에 대해 항고 또는 재항고를 포기하였는데, 이는 이처럼 발령된 최초 가처분결정이 번복될 가능성이 없다고 판단하였기 때문일 것이다.

52) 28 U.S.C. §1292(2018)

(a) Except as provided in subsections (c) and (d) of this section, the courts of appeals shall have jurisdiction of appeals from:

(1) Interlocutory orders of the district courts of the United States, the United States District Court for the District of the Canal Zone, the District Court of Guam, and the District Court of the Virgin Islands, or of the judges thereof, granting, continuing, modifying, refusing or dissolving injunctions, or refusing to dissolve or modify injunctions, except where a direct review may be had in the Supreme Court;

53) Douglas Laycock, *Modern American Remedies-Cases and Materials-*, 4th edition, Aspen Publishers, 2010, p. 467.

수 있다[54].

일본의 경우도 보전처분에 불복하여 제기된 항고의 경우, 항고가 제기된 원심재판소는 해당 사건을 항고재판소로 송부하도록 함으로써 재도의 고안을 허용하지 않고 있다(민사보전법 제41조 제2항[55]).

다. 소결

앞서 살핀 바와 같이 임시의 지위를 정하는 가처분재판결정에 대한 불복시 당해 가처분을 발령한 법원이 불복재판을 담당하는 것은 오판의 가능성을 심화시키므로 이를 시정할 필요가 있다. 우리의 임시의 지위를 정하는 가처분과 유사한 미국의 예비적 유지명령에 대한 불복재판과 일본의 보전항고의 경우, 모두 재도의 고안을 부정하고 있다는 점은 우리법에 시사하는 바가 크다 할 것이므로 현행 보전처분결정에 대한 불복재판을 상급심 법원의 전속관할로 하는 방향으로 개정하는 것이 바람직하다[56].

Ⅳ. 결 론

이상에서 회사가처분의 분쟁 해결 수단으로서의 효용성과 본안소송화로 인한 오판의 가능성을 줄이기 위한 방안에 관하여 살펴보았다. 현행 민사집행법은 법원에게 변론이 필요한 회사가처분의 경우에도 변론을 열지 않고 심문기일을 열어 재판을 진행할 수 있는 선택권을 부여함으로써 사건에 대한 충실한 심리가 이루어지지 않는다는 비판을 피할 수 없다. 충실한 심리없이 내려진 보전처분결정에 대한 불복절차에서도 원보전처분결정의 발령법원이 불복사건의 전속관할법원으로 규정되어 있어 본안소송화를 심화시키고 있다.

---

54) *Harris County v. CarMax Auto Superstores Inc.*, 177 F.3d 306, 325-26 (5th Cir. 1999).
55) 『보전소송』, 사법연수원, 2018, 219면 각주 350).
56) 같은 취지로 신필종, "회사가처분의 실무적 고찰-소송구조와 효력에 관한 최근 논의를 중심으로-", 508면.

그러나 회사가처분의 본안소송화는 임시의 지위를 정하는 가처분의 특성상 어느 정도 수용될 수밖에 없다. 다만, 그로 인한 오판의 가능성을 줄여야 제도의 효용성을 유지할 수 있다.

이러한 점에서 볼 때, 현행 민사집행법에서 부여한 사법재량을 일부 통제하, 충실한 사건 심리를 도모하도록 할 필요가 있다. 이에 회사가처분신청사건의 심리에 필수적 변론을 도입하고, 불복절차는 상급법원의 전속관할로 하는 것 등을 주요한 내용으로 하는 현행 민사집행법의 개정이 바람직하다고 생각한다.

투고일 : 2019. 4. 30.	심사일 : 2019. 5. 22.	게재확정일 : 2019. 5. 22.

참고문헌

국내문헌

김기정 · 문준필 · 오상용 · 박용우 · 이영창 · 박진수 · 오흥록 · 유제민 · 범선윤, “미국의 TRO(Temporary Restraining Order)에 대한 이해 및 TRO 유사 잠정명령 도입에 관한 제안”, 21세기 민사집행의 현황과 과제, 민사집행법 실무연구 III, 사법발전재단, 2011.

김연, “임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 법체계적 지위”, 법조, 통권 제729호, 2018. 6.

김현태 · 윤용준, “신주발행금지가처분의 실무상 쟁점에 관한 고찰 -KCC와 현대그룹 사이의 적대적 M&A 사건을 중심으로-, BFL, 제23호, 2007. 5.

노혁준, “회사가처분에 관한 연구- 기본구조와 주요가처분의 당사자 및 효력을 중심으로-”, 민사판례연구 제32권, 박영사, 2010.

『보전소송』, 사법연수원, 2018.

서승렬, “보전처분의 피보전권리”, 재판실무연구(3) 보전소송, 한국사법행정학회, 2008.

서승렬, “보전소송에 있어서의 소명”, 재판실무연구(3), 보전소송, 한국사법행정학회, 2008.

서울대학교 법학연구소 금융법센터, “회사소송제도의 개선을 위한 연구”, 2012. 11., 법무부.

신필종, “회사가처분의 실무적 고찰-소송구조와 효력에 관한 최근 논의를 중심으로-”, 민사재판의 제문제, 사법발전재단, 2011.

신필종, “회사가처분의 특징과 실무운용상 시사점”, 2015. 11. 05.자 법률신문.

윤은경, “자기주식처분에 대한 규제-서울중앙지방법원 2015. 7 .7. 자 2015카합80598 결정 및 서울고등법원 2015. 7. 16. 자 2015라 20503 결정을 중심으로-, 홍익법학, 제16권 제4호, 2015. 12.

이시윤・조관행・이원석,『판례해설 민사소송법』제2판, 박영사, 2014.
이종문, “상사가처분 사건의 현황과 실무적 쟁점-회사와 관련된 ‘임시의 지위를 정하기 위한 가처분’을 중심으로-, BFL, 제54호, 2012. 7.
전휴재, “경영권 분쟁과 가처분 - 적대적 M&A를 중심으로”, 재판실무연구(3) 보전소송, 한국사법행정학회, 2008.
황병하・서승렬・박영호・손흥수・오흥록・임정윤, “보전처분 불복사건의 처리에 관한 실무 개선방안”, 21세기 민사집행의 현황과 과제, 민사집행법 실무연구 Ⅲ, 사법발전재단, 2011.
“회사 관련 가처분의 법률문제-M&A를 중심으로-” 좌담회, BFL, 제23호, 2007. 5.
『2005년 개정 민사집행법과 민사집행규칙의 해설』, 법원행정처, 2005.

서양문헌

Douglas Laycock, *Modern American Remedies-Cases and Materials-*, 4th edition, 2010, 2017 Supplement, Wolters Kluwer, 2017.
Douglas Laycock, *Modern American Remedies-Cases and Materials-,* Aspen Publishers, 2010.

기타 자료

대법원 홈페이지, 정보, 사법연감, http://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10. 마지막 방문일자 2019. 4. 28.

2004. 12. 정부제출, 민사집행법 중 개정안 검토보고서(http://likms.assembly.go.kr/bms_svc/bill/doc_30/17/pdf/170744_300.HWP.PDF, 16-17면) 보전처분결정취소절차의 간이화(안 제281조 및 제288조). 마지막 방문일자 2019. 4. 28.

<국문초록>

회사소송연구
- 회사가처분을 중심으로 -

윤 은 경

기업의 경영권에 관한 분쟁이 발생할 경우, 임시의 지위를 정하는 가처분(회사가처분)이 주요한 해결방안으로 활용된다. 주주권의 적극적인 행사방안으로서 회사가처분의 활용도는 더욱 증대될 것으로 예상된다.

가처분이 회사법상 경영권 분쟁 등의 효율적인 해결수단으로 각광받는 이유는 본안을 제기하지 않고서도 가처분만으로 신속하게 분쟁을 종결지을 수 있다는 점이 주된 이유로 꼽힌다. 그러나 본안소송에서 가처분명령과 상반되는 결과가 나올 경우(이를 편의상 "오판"이라고 한다.), 가처분명령의 효과로 인한 피해를 회복하는 것이 쉽지 아니하므로 가처분제도의 취지를 유지하면서도 오판의 가능성을 줄일 필요가 있다. 이러한 견지 하에 가처분재판의 충실화를 도모하는 방안을 모색하기 위해 오판의 가능성을 심화시키고 있는 현행 민사집행법에 따른 가처분재판절차와 불복절차를 중점적으로 살펴보고, 그 개선을 위해 우리의 임시의 지위를 정하는 가처분과 유사한 미국의 예비적 유지명령재판에 관한 규정을 검토하였다.

그 결과, 현행 가처분신청재판절차를 필수적 변론에 의하도록 하고, 가처분결정문에 필수적으로 이유를 기재하도록 하여 가처분신청재판의 충실화를 도모하고자 한다. 이와 함께 가처분결정에 대한 불복절차에 대해 당해 가처분결정을 발령한 법원을 전속관할로 하고 있는 현행 민사집행법을 상급법원을 전속관할로 하는 내용으로 개정하여 오판의 가능성을 줄일 것을 제언한다.

주제어: 회사가처분, 임시의 지위를 정하는 가처분, 소수주주, 경영권 분쟁, 예비적 유지명령

<Abstract>

The Study on Corporate litigation*
- Preliminary Injunctions regarding Corporate Law -

Yun, Eun-Kyoung**

Through a preliminary injunction regarding corporate law, the moving party might obtain the control over a corporation. Injunctive reliefs including preliminary injunction are much more useful and prevalent in resolving corporate disputes such as shareholders disputes, disputes over corporate management and issuance of new shares of a company than a trial on the merits. In certain circumstances, preliminary injunctions regarding corporate law are powerful way for minority shareholders to direct or stop the activities of a corporation. Courts have broad discretion to grant or deny the motion for a preliminary injunction. If a preliminary injunction regarding corporate law issued by the court, parties take appeals as a waste of time. However, a preliminary injunction is issued on the grounds of procedures that are less formal and complete than those in a trial on the merits. The possibility of the reverse conclusion in a trial on the merits is at the heart of concerns. To address this concern, the Korean Civil Execution Act(the "KCEA") should be amended to restrict the broad discretion of courts under the KCEA in the injunction relief procedure.

---

* This research was supported by the 2018 scientific promotion program funded by Jeju National University.

** Jeju National University Law School, attorney at law, Ph. D.

In conclusion, it seems to be appropriate that (i) the judicial procedures of motion for preliminary injunction should not be held without pleading proceedings; and (ii) the appeal court should have the exclusive jurisdiction of appeals of the preliminary injunction order from the district court.

Key Word: preliminary injunction regarding corporate law, preliminary injunction, injunctive relief, minority shareholders, shareholder disputes, disputes over corporate management