

적대적 M&A에서 가처분이 활용되는 사례

김용호*

I. 머리말

적대적 M&A란 주식회사의 이사회를 장악하기 위하여 벌이는 다툼을 의미하는 것으로, 넓게 보면 과반수의 이사를 확보하기 위한 모든 다툼이 그 범주에 포함되는 것이나 핵심은 주주총회에서의 이사 선임¹을 둘러싸고 벌이는 다툼이다. 적대적 M&A는 법률분쟁의 종합판이라고 불릴 정도로 다툼 있는 권리관계를 양산하고, 누가 경영권을 행사하는지의 여부가 승패와 직결되는 경우가 많으므로, 조기에 경영권을 장악하고자 본안판결 이전에 가처분을 활용하게 된다.

적대적 M&A에서 가장 많이 활용되는 가처분²은 “다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여” 하는 것으로, “특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우”에 하는 것이다(민사집행법 제300조 제2항). 임시의 지위를 정하는 가처분은 ‘다툼 있는 권리관계’이면 족하므로 보전하고자 하는 권리 또는 법률관계의 종류는 묻지 아니한다.³ 이러한 점이 바로 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 가장 중요한 특징으로서, 다툼 있는 권리관계에 대하여 본안판결

을 받은 것과 동일할 정도로 신속한 권리실효이 가능하므로,⁴ 조속히 경영권을 차지하고자 다툼이 양

* 법무법인 세종 변호사

- 1 정관에 달리 정함이 없는 경우 주주총회의 보통결의(상법 제368조, 출석주주의결권의 과반수+발행주식 총수의 4분의 1)로 이사를 선임한다. 일반적으로 ‘발행주식 총수의 50%+1’을 확보하는 경우 보통결의를 할 수 있는 것으로 인식되나, 사안에 따라서는 그러한 주식 수로도 보통결의를 할 수 없는 경우도 있고(일부 주식에 대하여 의결권행사금지가처분이 있거나 법률상 의결권이 제한되는 주식인 경우 등), 상장회사의 경우에서 보듯이 그보다 훨씬 적은 주식 수로도 보통결의를 할 수 있다. 따라서 보통결의를 할 수 있는지의 여부는 개별 회사마다 구체적 사정에 따라 결정되는 것이라고 하겠다. 한편 주주총회에서의 특별결의(상법 제434조, 출석주주의 3분의 2+발행주식 총수의 3분의 1)와 관련한 다툼도 있을 수 있으며, 특별결의가 가능한 지분을 확보하는 경우 이사해임 등이 가능하여 소위 시차임기제·이사정원제 등의 방어전략을 깨뜨릴 수 있는 등 손쉽게 경영권분쟁에 대처할 수 있음은 물론이다.
- 2 민사집행법상 판결의 집행보전을 위한 제도로는 금전채권 등의 집행보전을 위한 가압류(민사집행법 제276조)와 가처분이 있는 바, 가처분에는 다툼의 대상(소위 ‘계쟁물’)에 관한 가처분(동법 제300조 제1항)과 임시의 지위를 정하기 위한 가처분이 있다(동법 동조 제2항). 가압류나 계쟁물에 관한 가처분이 활용되어 효과를 발휘하기도 하지만, 적대적 M&A에서 활용되는 대부분의 가처분은 임시의 지위를 정하는 가처분이다.
- 3 법원실무제요, 민사집행 IV, 법원행정처, 2003, 8면.
- 4 가압류나 다툼의 대상에 관한 가처분과 같이 밀행성이 지배하는 보전처분의 경우, 일반적으로 1주일 내외의 시간 정도면 결정을

산되는 적대적 M&A에서 광범위하게 활용될 수밖에 없는 것이다.

이 글에서는 대상회사가 일반적인 상장회사(또는 코스닥 등록회사)임을 전제로 공격자가 처음부터 주식을 취득하여 경영권을 장악하는 경우를 가정하여 단계별(발판취득, 5% 룰에 따른 공시, 위임장쟁탈전, 주주총회 전후 등)로 실무상 가져분이 문제되는 장면들과 실무상의 쟁점들을 정리하고자 한다.

II. 발판취득단계

공격자는 대상회사나 방어자 몰래 최대한 많은 수의 주식을 취득하고 싶을 것이나 증권거래법은 본인·공동보유자 등의 주식 수가 5% 이상 되는 경우, 매수일로부터 5일 이내에 지분취득목적 등을 공시할 것을 요구하고 있다.⁵ 따라서 소위 5% 룰에 따른 공시까지⁶ 공격자는 비밀리에 최대한 많은 수의 주식을 확보하여야 하는바, 공격의 발판을 마련하는 주식취득을 가리켜 발판취득(*tow-hold acquisition*)이라고 한다. 다툼 있는 권리관계로서 가져분의 근거가 되는 주주권의 대부분은 5% 미만의 보유주식에 대하여 인정되고 있으므로 주주권에 기한 가져분은 5% 룰에 따른 공시 이전에도 활용될 수 있는 것이나, 비밀리에 주식을 취득하는 발판취득단계에서 가져분신청을 하여 공격자의 존재를 노출시킬 이유는 전혀 없다.

주주권은 경영권분쟁에서 매우 중요하고 분쟁의 전 과정에 걸쳐 언제든지 활용될 수 있는 무기의 성격을 가진다. 따라서 당사자들은 항상 단독주주권 및 소수주주권을 점검하면서 언제든지 필요한 것을 골라내어 사용할 수 있어야 한다.⁷ 소수주주권행사에 있어 증권거래법은 필요한 주식 수와 요건을 상법과 달리 정하고 있다.⁸ 즉 상장법인의 경우 소수주주권행사에 필요한 주식 수의 요건은 상법보다 완화되어 있으나 6개월간 보유를 요구하고 있다(증권거

래법 제191조의 3항 참조). 여기서 증권거래법 규정이 상법에 대한 관계에서 특별규정인지의 여부가 문제되는바, 대법원은 특별규정이 아니라고 판단하였으므로,⁹ 상법 또는 증권거래법의 요건 중 하나라도 충족하면 소수주주권을 행사할 수 있다.

5% 룰과 관련하여 실무상 가장 문제가 되는 것은 공동보유자이다. 5% 룰에 따른 신고대상인 주식은 본인과 특별관계자의 것을 합산하여야 하는바, 특

받을 수 있을 정도로 신속성은 매우 뛰어나다. 반면 임시의 지위를 정하는 가져분의 경우 권리관계에 미치는 영향이 사실상 본안 판결이 실현된 경우와 같을 정도로 중대하므로(가처분의 본안화), 반대당사자를 불러 심문을 거치고 권리관계가 확실한 경우(고도의 소명을 필요로 한다고 표현)에 임시의 지위를 정하는 가처분 결정을 하고 있다. 그러한 점에서 밀행성을 속성으로 하는 기업 류나 계쟁물에 관한 가처분보다는 신속성이 떨어지기는 하지만, 임시의 지위를 정하는 가처분 역시 보전처분으로서 조속한 권리 구제가 장점이며, 상황에 따라 다르기는 하나 실무상 일반적으로 1개월 내외의 시간 내에 결정을 받을 수 있는 것으로 인식되고 있다.

- 5 공격자가 처음으로 노출되는 소위 5% 룰이란 i) 공격자가 5% 이상의 주식을 취득한 경우, ii) 결제일로부터 5일 이내에, iii) 본인·특수관계인·공동보유자의 보유주식과 지분취득목적을 공시하여야 하며, iv) 이에 위반한 경우 위반주식에 대하여는 일정기간 의결권행사가 금지되고(고의 시 6개월, 착오 등의 경우 정정일까지), v) 금융감독위원회는 위반분에 대하여 처분명령을 내릴 수 있으며, vi) 위반행위에 대하여는 일정한 형사책임이 따르는 일련의 제도를 의미한다(증권거래법 제20조의2 내지 4, 동법 제207조의3 등 참조). 한편 5% 룰에 따른 공시 이후 1% 변동 때마다 공시하여야 하므로, 5% 이상을 취득한 단계에서는 공격자의 움직임이 공시를 통하여 방어자에게 감지된다.
- 6 공격자는 주식매수일(증권거래의 3일 결제제도상 매매주문일부터 기산하여 3일째 되는 날)로부터 5일 이내에 신고 및 공시를 하면 된다. 따라서 5%를 초과하는 매매주문일부터 공시를 하기까지의 시간을 이용하여 최대한 주식을 매집하고자 노력한다. 철저한 준비를 한 공격자는 5% 룰에 따른 공시가 이루어지기 전에 경영권장악에 필요한 주식을 확보할 수도 있다. 그러나 일정한 규모 이상의 상장회사의 경우 단기간에 경영권확보에 필요한 주식 수를 확보하는 것이 현실적으로 어렵고, 이에 공격자는 비밀리에 주식을 매집하여 우호주식으로 확보한 상황에서도 이를 신고대상에서 누락시키는 경우가 있다.
- 7 주주권을 포함하여 지분취득단계별 상법 또는 증권거래법 등 법률문제에 대하여 잘 정리된 자료로는 손재호/이태훈/나중호, 적대적 M&A, 매일경제신문사, 2006, 311면, 320면.

별관계자는 특수관계인 및 공동보유자를 의미한다(증권거래법 제10조의3 제1항). 특수관계인은 법문상 비교적 명백하나(동법 동조의3 제2항), 공동보유자는 본인과 주식을 공동으로 취득하거나 처분하는 행위 또는 의결권을 공동으로 행사하기로 합의한 행위 등을 한 자를 의미하는 것이므로(동법 동조 제4항),¹⁰ 그 자체로 신고대상인지의 여부를 사실관계상 단정하기 어려운 경우가 많다. 이처럼 사실관계상 단정하기 어렵다는 것은 실무상 언제 지되받처럼 다툼이 발생할지 모른다는 것을 의미한다. 특히 공격자로서는 경영권인수를 신속하고 용이하게 하고자 공동보유자를 공시에서 누락하는 경우도 있고, 방어자로서는 의심이 가는 주식에 대하여 일단 공동보유자임을 전제로 그 사실을 밝히고자 금융감독원진

정, 검찰고발, 가처분 등의 조치를 취하면서 시간을 끈다.

III. 5% 룰에 따른 공시 이후의 단계

1. 무상증자 관련 가처분

이제 공격자가 5% 룰에 따른 공시를 하게 되면 경영권분쟁은 본격적으로 시작되고,¹¹ 방어자의 입장에서 공동보유자 색출 등 방어에 필요한 시간을 벌어야 한다. 이때 방어전략으로 검토되는 것이 무상증자를 통한 방어전략이다.¹² 방어자로서는 무상증자를 위하여 주주명부가 폐쇄되고 기준일이 정

8 상법과 증권거래법상 주요 주주권

내용	상법	증권거래법
· 주주총회결의취소청구권	1주(제376조)	
· 주주총회결의무효확인등청구권	1주(제380조)	
· 부당결의취소변경청구권	1주(제381조)	
· 이사회이사록열람등사청구권	1주(제391조의3)	
· 주주명부등열람등사청구권	1주(제396조)	
· 신주발행유지청구권	1주(제424조)	
· 재무제표 · 감사보고서열람청구권	1주(제448조)	
· 이사에대한대표소송제기권	1%(제403조)	0.01%, 6개월(제191조의13 1항)
· 이사의위법행위유지청구권	1%(제402조)	0.05%(0.25%), 6개월(동조 2항)
· 회계장부열람청구권	3%(제466조)	0.1%(0.5%), 6개월(동조 3항)
· 이사해임청구권	3%(제385조)	0.5%(0.25%), 6개월(동조 4항)
· 감사해임청구권	3%(제415조)	0.5%(0.25%), 6개월(동조 4항)
· 주주제안권	3%(제363조의2)	1%(0.5%), 6개월(제191조의14 1항)
· 주주총회소집청구권	3%(제366조)	3%(1.5%), 6개월(제191조의13 5항)
· 회사업무 · 재산상태검사청구권	3%(제467조)	3%(1.5%), 6개월(동조 5항)
· 이사선임의집중투표청구권	3%(제382조의2)	

9 대법원 2004. 12. 10. 선고 2003다41715 판결.

10 제1항에서 '공동보유자'라고 함은 본인과 합의 또는 계약 등에 의하여 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 자를 말한다.

1. 주식 등을 공동으로 취득하거나 처분하는 행위
2. 주식 등을 공동 또는 단독으로 취득한 후 그 취득한 주식을 상호양도 또는 양수하는 행위
3. 의결권(의결권의 행사를 지시할 수 있는 권한을 포함한다)을 공동으로 행사하는 행위

11 5% 룰에 따른 신고 시 주식취득목적은 경영참여목적인지, 단순투자목적인지를 구분하여 보고하여야 한다. 따라서 경영권취득을 목적으로 하는 경우 경영참여목적임이 공시되고, 방어자나 대상회사는 5% 룰에 따른 공시 이후부터 방어체제를 가동한다.

12 (주)KCC의 현대엘리베이터에 대한 경영권공격 당시 2003년 11월 19일 대상회사에서 사용한 방어전략이다. 손재호/이태훈/나종호, 앞의 책, 56면.

하여지는 것을 이용하여 시간을 벌면서 주주명부를 검토하여 대량의 주식을 보유한 자의 실체를 파악하며, 공동보유자로 의심되는 자에 대한 자료를 확보하여 금융감독원·검찰·법원에 제출하여 공동보유자임을 입증한다. 이때 공격자의 입장에서는 대상회사의 무상증자가 법령상의 요건에 맞는 것인지를 검토하여 위법부당한 경우, 무상증자금지가처분을 신청할 수 있다. 다만 무상증자가 방어방법으로 활용되기는 하나, 모든 주주를 대상으로 무상증자를 단행할 때 공격자에게 자금부담을 가중시키지 아니하고 또한 지분비율에 미치는 영향도 그리 크지 않다. 그러므로 피보전권리나 보전의 필요성이 인정될 근거가 약하고 실무상 가치분공방이 오간 실례를 찾기도 어려운 실정이다.

2. 유상증자, 사채발행 관련 가치분

(1) 주주의 신주인수권을 인정하는 방식의 유상증자

아울러 방어자가 채택할 수 있는 방안으로는 시장에서 적대적 M&A재료가 노출되어 주가가 상승한 상황을 이용하여 유상증자를 하는 것이다.¹³ 유상증자 역시 무상증자와 동일한 효과를 가짐과 동시에 자금력이 모자라는 공격자에게 자금부담을 가중시키면서 시간적 여유를 가질 수 있으며, 유상증자과정에서 발생하는 실권주를 이사회 결의로 우호적 주주에게 배정하여 지분율제고를 기할 수 있다. 물론 유상증자를 통하여 확보한 자금으로 자사주취득 등의 방어행위에도 사용할 수 있다.

공격자로서는 유상증자가 자금조달이라는 본연의 목적과 무관하고 오로지 경영권방어만을 목적으로 한 것으로 주주권침해, 법령 또는 정관위반에 해당한다는 이유로 신주발행유지청구권을 피보전권리로 하여 신주발행금지가처분신청을 할 수 있다. 이미 유상증자가 단행된 경우라도 유상증자가 무효인 경우 등에는 신주발행무효의 소를 근거로 유상

증자를 통하여 발행된 주식의 의결권행사금지가처분 등을 신청할 수 있다. 사전적으로 신주발행유지청구권에 근거한 신주발행금지가처분은 실제적으로 중대한 하지뿐만 아니라 법령 또는 정관위반 등의 경우에도 가능하나, 사후적으로 신주발행무효의 소에 근거한 가치분은 이미 주식이 발행된 단계에서 이루어지는 것이어서 법령 또는 정관위반사유가 있다고 하여 모두 무효로 되는 것이 아니고 거래의 안전·법적 안정성 등을 고려하여 보다 엄격하게 심사된다.¹⁴ 신주인수권을 인정하는 방식의 유상증자는 공격자에게 인수자금을 가중시켜서 경영권인수를 어렵게 만드는 등 경영권방어목적이 있는 것은 사실이나, 신주인수권을 인정하는 관계상 법령 또는 정관 위반의 소지가 약하고 대부분의 회사로서는 언제든지 자금조달의 필요성이 있는 것이므로 무상증자와 마찬가지로 실제로 가치분이 이루어진 사례를 찾기는 어렵다.

(2) 주주의 신주인수권을 배제하는 방식의 신주발행 등

실무상 가장 많이 문제가 되는 것은 제3자 신주배정, 우리사주조합에 대한 신주배정 등 기존 주주의 신주인수권을 배제하는 방식으로 유상증자를 하거나 주식 관련 사채(전환사채, 신주인수권부사채)¹⁵를 발행하여 우호지분을 확보하는 경우이다. 이미 5%

13 경규철의 서울식품공업(주)에 대한 경영권공격 당시 2004년 3월 16일자로 대상회사가 사용한 방어전략이다. 손재호/이태훈/나종호, 앞의 책, 23면.

14 전휴재, "경영권분쟁과 가치분," 민사집행법연구 제2권(2006), 한국사법행정학회, 413-414면; 전환사채발행의 무효사유에 대하여는 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결 및 동 판결에 대한 연구논문인 전현정, "전환사채발행의 효력," BFL 9호(2005. 1), 서울대학교 금융법센터 참조.

15 유가증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정은 경영권분쟁기간 중 전환사채 및 신주인수권부사채의 사모발행을 금지하고 있다(동 규정 제60조 및 제63조 참조).

률에 따른 공시 또는 임시주주총회소집요구 등으로 경영권분쟁이 현실화한 상황에서 제3자 배정방식으로 주식 또는 사채가 발행되는 경우, 공격자는 심증판결·신주인수권침해·법령위반·현저히 불공정한 행위 등을 근거로 사전적으로 신주발행금지가처분을 신청할 것이고, 이미 신주발행이 이루어진 경우 신주발행무효소송을 제기하면서 발행된 주식의 유통을 막아 법률관계를 간명하게 가져가기 위한 상장금지가처분¹⁶ 또는 주식처분금지가처분,¹⁷ 무효인 신주의 의결권행사금지가처분 등을 신청할 것이다. 일반적으로 보아 이미 경영권분쟁이 발생한 상황에서 신주인수권을 배제하는 방식으로 주식 또는 사채발행이 이루어지는 경우, 자본조달의 고유한 목적보다는 경영권유지만 목적으로 한 것으로서 법령위반 또는 현저히 불공정하여 무효라는 판단을 받을 가능성이 높아 보이며, 실제로 그러한 전제하에 가처분신청을 인용한 결정이 이루어진 사례들이 많이 발견된다.¹⁸ 물론 경영권분쟁 상황이라고 하여도 긴급한 자금조달의 필요성이 인정되고, 다른 위법요소가 없는 경우 신주발행금지가처분신청이 기각된 사례도 있다.¹⁹

3. 자사주 관련 가처분

대상회사는 자사주를 취득(자사주펀드 포함)하는 방법으로 방어할 수도 있는바, 자사주는 의결권은 없으나 공격자가 취득할 수 있는 주식을 고갈시킴과 동시에 공격자의 지분을 희석시키는 효과가 있기 때문에 방어전략을 구사할 때 반드시 고려된다. 자사주취득 등의 행위가 법령상 일정한 요건에 위반되는 경우 자사주취득금지 등의 가처분을 신청할 수 있으며, 회사가 사실상의 자사주에 대하여 의결권을 행사하려는 움직임이 포착되는 경우(회사가 자신의 계산으로 차명으로 주식을 취득한 경우 등)에는 자사주에 대하여 의결권행사금지가처분을 신청할 수도 있다. 한편 대상회사가 이미 자사주를 보유한 경

우 자사주를 우호주주에게 처분하는 방어전략을 사용할 수 있다. 이러한 자사주처분과 관련하여 이사 회결의가 없거나 일정한 위법사항이 있는 경우, 자사주처분 자체를 금지하는 자사주처분금지가처분을 신청할 수도 있고,²⁰ 자사주처분이 무효인 경우 이미 처분된 주식에 대하여 의결권행사를 금지하는 가처분을 신청할 수도 있다.²¹

4. 5% 룰에 근거한 의결권행사금지가처분

이러한 공방을 거치는 동안 공동보유자 인지의 여부에 대하여 금융감독원, 검찰 등이 결론을 내리지 못하는 상황에서 주주총회를 맞게 되는 사태가 발생하는 경우, 방어자로서는 5% 룰 위반을 이유로 의결권행사금지가처분을 신청할 수 있다. 고의로 규정을 위반한 경우 6개월간 의결권을 행사할 수 없으므로, 6개월이 경과되기 전에는 의결권행사를 금지시키는 가처분신청을 할 수 있다. 위에서 보았듯

16 상세는 전휴재, 앞의 논문, 424면.

17 상세는 전휴재, 앞의 논문, 425면.

18 서울고등법원 1997. 5. 13.자 97라36 결정(한화증권사건에서 전환사채발행에 대한 가처분 인용); 서울고등법원 2005. 8. 26.자 2005라199 결정(코리아힐의 우리사주조합에 대한 신주배정에 대하여 가처분 인용); 서울고등법원 2006. 7. 19. 선고 2006나24218 판결(세이브존사건에서 전환사채발행 무효 판단); 서울남부지방법원 2004. 11. 25. 선고 2003카합16871 판결(유비케어사건에서 제3자배정증자방식 신주발행 무효판단); 수원지방법원 여주지원 2003. 12. 12.자 2003카합369 결정(현대엘리베이터사건에서 일반공모증자방식의 신주발행에 대하여 신주발행금지가처분 인용).

19 서울중앙지방법원 2006. 5. 18.자 2006카합274 결정(크린에어테크롤러지사건에서 신주발행금지가처분 기각); 서울서부지방법원 2005. 11. 17.자 2005카합1743 결정(대림통상사건에서 신주발행금지가처분 기각).

20 서울서부지방법원 2003. 12. 23.자 2003카합4154 결정(소버린의 SK에 공격 당시 자사주처분금지가처분 기각).

21 서울서부지방법원 2006. 5. 4.자 2006카합393 결정에서는 대림통상의 자사주처분행위에 대하여 의결권행사금지가처분을 인용한 사례가 있다. 대림통상사건은 항소심에서 화해가 성립되어 소를 취하하는 방식으로 정리되었다.

이 공동보유자라는 개념 자체가 사실관계에 대한 판단을 통하여 이루어지는 것이어서 실무상 사실관계에 대한 입증의 정도에 따라 가치분신청이 인용²²되기도 하고, 기각²³되기도 하기 때문에 결과를 예측하기 어려운 경우가 많다. 물론 대상회사로서는 그러한 주식에 대하여 주주총회에서 의결권행사를 거부할 수도 있으나, 공격자로부터 주주총회효력정지가처분, 주주총회에서 선임된 이사들의 직무집행정지 및 직무대행자선임가처분 등의 공격을 받을 수 있으므로 사전에 의결권행사금지가처분을 받는 것이 보다 간명하고 분쟁을 줄일 수 있다. 반대로 방어자가 경영권공격에 대한 방어책으로 지분을 늘리는 경우에도 5% 룰에 따른 지분신고를 하여야 하며, 이를 위반한 경우 의결권행사금지가처분의 대상이 된다.²⁴

5. 금융감독원의 처분명령 관련 가처분

예컨대 금융감독원이 5% 룰 위반 주식에 대하여 처분명령을 내렸다고 가정할 경우,²⁵ 공격자는 처분명령에 따라 일정한 시기에 주식을 처분하여야 한다. 이미 분쟁이 격화된 상황에서 공격자로서는 우호세력에게 주식을 처분하려 할 것이고, 따라서 시장매각을 통한 경우에도 통정매매 등을 통하여 주식을 처분할 가능성을 배제할 수 없다. 방어자로서도 처분명령에 따라 시장에서 처분되는 주식을 취득하려 할 것이나 상황상 용이하지 않을 수도 있다. 이처럼 시장상황을 주시하던 방어자가 또다시 공격자의 공동보유자에게 주식이 넘어간 것으로 판단되는 경우, 채자 공동보유자와 관련한 싸움이 재연되면서 상황에 따라 다툼 있는 권리관계에 대하여 가처분공방이 오갈 수 있는 것이다.²⁶

6. 장외매수 시 공개매수 관련 가처분

5% 룰과 관련하여 공개매수규정이 문제된다. 공

개매수는 의결권과 관련되는 상장주식을 6개월간 장외에서 10인 이상으로부터 5% 이상 취득하고자 하는 경우²⁷ 공개매수절차를 거쳐야 한다는 것으로,²⁸ 이에 위반하는 경우 5% 룰 위반과 비슷한 제재가 가하여진다(증권거래법 제21조 이하 공개매수에 관한 규정들 참조). 특수관계자 및 특별관계자 개념도 마찬가지로 존재한다. 만약 발판취득이 장외매수를 통하여 이루어진 것이라면 공개매수규정 위반의 문제가 발생하고, 방어자로서는 위에서 밝힌 바와 마찬가지로 방어전략을 구사하게 될 것이며, 역시 상황에 따라 가처분공방이 이루어질 것이다.²⁹

22 서울중앙지방법원 2004. 3. 26.자 2004카합809 결정(현대엘리베이터사건에서 신고누락된 주식에 대하여 의결권행사금지가처분 인용).

23 서울서부지방법원 2006. 3. 24.자 2006카합392 결정(대림통상사건에서 소명부족으로 의결권행사금지가처분 기각).

24 2001년 그레넛창업투자자의 삼애인더스에 대한 경영권공격 당시 방어자가 5% 룰 위반을 이유로 의결권행사금지가처분 결정을 받았으며, 그 결과 임시주주총회에서 의결권을 행사하지 못하고 경영권을 빼앗긴 적이 있다. 손재호/이태훈/나중호, 앞의 책, 108-109면.

25 2004년 2월 11일 증권선물위원회는 (주)KCC가 사모펀드를 통하여 취득한 현대엘리베이터 주식에 대하여 5% 룰 위반을 이유로 매각명령을 내린 바 있다. 손재호/이태훈/나중호, 앞의 책, 57면.

26 사보이호텔의 신성무역에 대한 경영권공격 당시 금융감독위원회 처분명령에 따라 주식처분이 이루어진 후, 시장에서 처분된 주식을 공격자가 매수하였다는 내용으로 금융감독원에 진정이 이루어졌으나 이유가 없는 것으로 판정되었다.

27 한때 5% 이상의 주식을 공개매수할 경우 50%+1주까지 강제로 주식을 취득하여야 한다는 의무공개매수규정이 있었고, 이를 이용하여 사보이호텔이 신성무역을 공격하여 지리한 공방 끝에 성공한 사례가 있었으나, 의무공개매수규정은 1998년도에 폐지되어 현재 존재하지 아니한다.

28 2004년 2월 12일 (주)KCC는 현대엘리베이터(주)에 대한 경영권 공격 당시 공개매수를 하기도 하였다. 손재호/이태훈/나중호, 앞의 책, 59면.

29 매일경제신문, 2007. 3. 20, A18면에는 샘표식품이 우리투자증권 사모펀드가 매입한 주식에 대하여 공개매수규정위반을 이유로 의결권행사금지가처분을 신청하였다는 사실이 보도되었다.

7. 상호주 관련 가처분

경영권공격을 받는 방어자로서도 공격자가 상장회사인 경우 다양한 반격방법을 검토할 수 있다. 즉 역으로 공격회사에 대한 경영권 인수를 시도하거나 대상회사의 지분취득을 위한 대항공개매수를 할 수도 있다. 이와 관련하여 실무적으로 빈번히 문제되는 것이 자회사가 모회사 주식을 10% 이상 보유하는 경우 상법상 의결권이 제한된다는 규정(상법 제369조 제2항)을 이용한 방어전략이다. 레이디가구에 대한 경영권공격 당시 방어자는 역으로 공격자의 주식을 10% 이상 취득하여 상대방의 의결권을 무력화시킨 것으로 언론에 보도된 적이 있다. 만약 공격자가 위와 같은 의결권제한을 잠탈하기 위하여 자신의 계산으로 차명으로 주식을 취득하면, 방어자는 의결권행사금지가처분을 신청할 수 있다. 만약 공격자가 이미 의결권이 무력화된 주식의 의결권을 부활시키고자 제3자에게 양도하는 방법을 동원하는 경우, 방어자로서는 여전히 공격자의 주식임에도 불구하고 명의만 변동시키는 행위에 대하여 의결권행사금지가처분으로 대응할 수 있다.³⁰

8. 주주권의 귀속 관련 가처분

원칙적으로 주주총회에서 의결권을 행사할 주주는 실질주주를 의미하는 것이고 주주명부상 명의만 가진 주주는 의결권을 행사할 수 없다. 회사로서는 주주명부에 기재된 주주에게 의결권을 부여하면 되지만, 회사가 주주명부상의 주주와 실질주주가 다름을 알고 있는 경우 실질주주에게 의결권을 행사하도록 하여야 한다는 것이 대법원의 확립된 입장이다.³¹ 따라서 공격자가 실질주주임에도 불구하고 주식의 소유권과 관련하여 분쟁이 있는 반대주주에 의하여 지배되는 회사가 주주명부상의 명의개서를 거부하는 경우, 이는 곧 회사가 의장권을 행사하는 주주총회에서 공격자의 의결권행사를 허용하지 않

겠다는 의사표시에 해당하는 것이다. 이러한 경우 공격자로서는 주주총회에서 의결권행사를 거절당한 후 사후적으로 주주총회결의취소 및 효력정지가처분 등을 신청할 수도 있으나 공격자 주식에 대한 의결권행사허용가처분이 인정되고 있으므로³² 주주총회 전에 의결권행사허용가처분을 신청하여 그 결정을 받은 다음 주주총회에서 의결권을 행사하는 것이 보다 간명한 해결방안이 된다. 물론 방어자로서도 의장권을 행사하여 주주총회에서 의결권행사를 금지시킨 다음 공격자의 다음 수순을 기다릴 수도 있으나, 보다 적극적으로 공격자의 주식에 대한 의결권행사금지가처분을 신청하는 방식으로 법률관계를 간명하게 끌고 갈 수도 있다. 요컨대 어떠한 방어방법을 선택할 것인지의 여부는 분쟁 중인 주식에 대한 권리관계의 강약에 의하여 좌우되는 경우가 많을 것이다.

IV. 위임장쟁탈 관련 가처분

1. 주주명부열람등사가처분

위에서 밝힌 바와 같은 의결권과 관련된 공방이

30 동성화학과 에스텍 간의 경영권분쟁 당시 에스텍이 그러한 가처분을 신청하여 주주총회 전날에 가처분결정을 받은 사례가 있다. 손재호/이태훈/나종호, 앞의 책, 70면.

31 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다50619 판결; 대법원 1980. 12. 9. 선고 79다1989 판결; 대법원 1989. 9. 11. 선고 89다카5345 판결; 대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카714714 판결; 대법원 2001. 5. 15. 선고 2001다12973 판결; 대법원 1989. 9. 8. 선고 96다45818 판결; 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다40952 판결; 대법원 1991. 12. 13. 선고 90다카71158 판결.

32 서울고등법원 2005. 7. 14.자 2005라263 결정(레이크사이드 사건에서 의결권행사허용가처분 인용); 서울서부지방법원 2005. 3. 9.자 2005카합280 결정(신라교역사건에서 의결권행사허용가처분 인용); 수원지방법원 여주지원 2004. 3. 23.자 2004카합50 결정(현대엘리베이터사건에서 의결권행사허용가처분 인용).

오가는 와중에도 주주총회 일자는 다가오게 마련이다. 공격자와 방어자는 주주총회에서의 승리를 위하여 모든 방법을 동원하게 되는데, 주식을 보유하지 않은 상황에서도 지분율을 제고하는 방법은 우호적인 주주를 확보하거나 의결권행사위임장을 확보하는 것이다. 대상회사로서는 무상증자 등을 통하여 주주명부를 확정하여 공동보유자 색출 등의 방어전략을 구사하는 등 주주에 대한 상세한 정보를 가지고 있고, 따라서 우호적 지분확보에도 유리하다. 반면 공격자로서는 의결권을 가진 주주현황을 파악하여 의결권위임을 권유하기 위하여 주주명부를 확보할 필요가 있다. 공격자는 주주명부를 확보하기 위하여 주주명부열람등사청구권을 행사할 수 있으며, 회사는 그 청구가 정당한 목적이 없음을 입증하여 거부할 수 있다. 회사가 정당한 이유없이 요청을 거부하면 공격자는 가처분으로 주주명부열람등사를 신청할 수 있다. 현재의 법원실무상 경영권분쟁 상황에서 주주명부열람등사가처분이 인정되고 있다.³³

2. 위임장권유 관련 가처분

증권거래법령은 의결권위임을 권유하기 위한 절차를 규정하고 있는바(증권거래법 시행령 제85조 등 참조), 이러한 규정에 위반하는 방법으로 위임장을 받은 상대방에 대하여 일정한 경우 의결권행사금지가처분을 신청할 수 있다.³⁴ 위임의 경우 언제든지 철회할 수 있을 뿐만 아니라 위임장을 교부한 이후에도 본인이 주주총회장에 출석하여 의결권을 행사하는 경우 의결권위임이 철회된다. 또한 위임장이 여러 개 있는 경우 종전의 위임장은 철회되고 시간적으로 나중에 작성된 위임장이 유효한 것이 된다. 따라서 주주총회에서 박빙의 승부가 예상되는 경우 주주총회 직전까지 위임장쟁탈전이 펼쳐진다. 위임장은 특별한 경우가 아닌 한 원본이어야 하며 회사가 제공한 양식과 다른 위임장이라도 원

본인 경우 유효하나, 다만 본인 확인을 위하여 인감증명서 정도는 첨부되는 것이 좋다.³⁵ 현실적으로 주주총회장에서 위임 여부를 확인하기 곤란한 경우가 발생할 수 있으며, 주최 측에서 위임장 확인을 잘못하여 주주총회의 결론에 결정적인 영향을 끼친 때 주주총회의 효력과 관련된 가처분으로 비화될 수 있다.³⁶

V. 주주총회 및 이사회 관련 가처분

1. 임시주주총회 소집허가신청의 중요성

적대적 경영권분쟁에서 어느 측이 주주총회를 진행할 것인지는 매우 중요하다. 이는 주주총회에서 의장권을 누가 행사하는지의 문제와 직결되는 것으로, 주최 측에서는 의안상정·실질주주인정·위임장의 진정성과 수임자의 확정·주주총회진행 등에서 결정권을 가진다. 이러한 결정권은 경영권 장악의 즉시성과 법률적 공방의 사후성이라는 측면에서 적대적 경영권분쟁의 갈림길이 되기도 한다. 물론 주주총회에서의 의결권인정이 잘못된 경우, 사후적으로 주주총회결의취소소송 등을 제기함과

33 2007년 3월 19일자 한국일보 인터넷판에는 경영권분쟁 중인 우리투자증권 사모펀드의 선포식품에 대한 주주명부열람등사가 처분 인용사실이 보도되었고, 경영권분쟁인 대림통상사건에서도 공격자의 주주명부열람가처분이 인용되었다.

34 1998년도에는 개인투자자가 대림통상을 상대로 위임장대결을 통하여 경영권인수를 시도하였는데, 당시 방어자는 의결권대리행사금지가처분을 신청하였다. 손재호/이태훈/나종호, 앞의 책, 98면.

35 SK텔레콤주식회사, 실무 주주총회, 이사회, 지산, 2001, 379면, 381면.

36 1998년 개인투자자의 대림통상에 대한 경영권인수 시도 당시 방어회사는 개인투자자가 위임받은 주식 중 상당수에 대하여 의결권행사를 거절하고 주주총회를 진행하였고, 이후 주주총회 무효소송이 제기되기도 하였다. 손재호/이태훈/나종호, 앞의 책, 99면.

동시에 주주총회결의효력정지가처분·이사직무집행정지 및 직무대행자선임 등의 가처분을 신청할 수는 있다. 그러나 시간적으로 화급을 다투는 적대적 경영권분쟁에서 경영권을 누가 행사하는지의 여부는 분쟁의 승패에 매우 중요한 영향을 미친다. 회사 밖에서 사후적으로 법률적으로 다툼을 벌이는 것과 실제로 경영권을 행사하면서 방어전략을 구사하는 것은 천양지차가 있다.

이러한 점을 염두에 둘 경우 회사의 정기주주총회 등 이사선임안건이 포함된 주주총회를 이용하여 공격자가 이사를 선임하여 적대적으로 경영권을 장악할 수도 있지만, 위에서 본 바와 같이 회사가 의장권을 행사하므로 의안상정 등에서 상대적으로 불리하다. 따라서 공격자로서는 임시주총소집청구를 하는 것이 유리하며, 법원이 임시주총소집허가를 하면 공격자가 임시주주총회 소집절차를 진행하게 되고, 의장직은 총회에서 별도로 선임된 자가 맡는다. 소집이 허가된 안건과 동일한 안건에 대하여 대상회사가 주주총회를 소집하는 경우, 소집 권한이 없는 자에 의한 소집으로서 주주총회결의의 부존재사유가 된다.³⁷

2. 주주제안권 관련 가처분

회사가 개최한 주주총회에서 이사선임에 대한 안건이 누락된 경우, 공격자는 주주제안권을 행사하여 이사선임안건을 주주총회의 의제로 제안할 수 있다. ‘이사선임의 건’ 정도의 의제제안권과 ‘이사 A를 이사로 선임할 것’ 정도로 의안의 요령을 기재하는 방식의 의안제안권도 허용된다.³⁸

(1) 의제제안 자체를 거절당한 경우

주주제안을 하였음에도 불구하고 회사가 주주제안을 받아들이지 아니하고 주주총회를 강행한 경우, 사후적인 구제수단으로는 의제제안과 무관한 주주

총회의 효력은 유지되어야 한다는 점에서 주주총회결의의 취소사유는 아니고 단지 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이라는 입장이 통설적이다.³⁹ 따라서 공격자로서는 사전적으로 주주총회개최금지가처분을 신청할 것을 고려할 수는 있으나, 특별한 사정이 없는 한 실제로 그러한 가처분을 신청할 필요는 없다고 생각된다. 주주총회개최금지를 한다고 해서 이사를 선임하여 경영권을 장악할 수는 없을 것이기 때문에, 오히려 임시주주총회 소집청구를 하여 적극적으로 이사를 선임하는 방향으로 나아가는 것이 바람직하다. 주주총회개최금지가처분을 신청하더라도 이와 같은 이유로 보전의 필요성이 없다고 하여 가처분신청이 기각될 가능성이 높아 보인다.

이 경우, 공격자가 이사선임안건을 상정하라는 내용의 주주제안상정가처분을 신청할 수도 있다. 상법상 명문의 규정이 있으므로 피보전권리는 인정될 것이나, 이미 주주총회에 대한 안건이 주주들에게 소집통보된 이후 가처분신청이 이루어지는 관계상 재차 주주제안내용을 주주들에게 통지할 시간 여유가 없어서 보전의 필요성이 인정될 가능성은 낮은 것으로 설명되고 있다.⁴⁰

(2) 의안제안을 거절당한 경우

다음으로 회사가 A이사를 선임하는 안건을 주주총회의 의안으로 상정하였는데⁴¹ 주주제안으로 B를 이사회로 내세우는 경우에 대하여 보전대, 이 경

37 전후재, 앞의 논문, 433면.

38 이철송, 회사법강의, 박영사, 2007, 410면.

39 권태형, 주주제안제도, 형평과 정의 15집, 79면.

40 전후재, 앞의 논문, 435면.

41 주권상장법인의 경우 주주총회의 목적사항이 이사선임안건인 경우 이사회보자의 성명, 약력, 추천인, 후보자와 최대주주의 관계, 후보자와 당해 법인과의 최근 3년간의 거래내역을 통지 또는 공고하도록 규정하고 있다(증권거래법 제191조의10 제2항, 동법 시행령 84조의17 제2항).

우 이사선임의 의제가 상정된 상황이므로 주주총회에서 수정동의로 B이사의 선임 여부에 대한 결의가 가능한지가 문제된다. 의제의 동일성이 유지되는 범위 내에서 수정동의가 가능하므로 B이사의 선임이 가능하다는 입장에 서는 경우, 이미 개최된 것으로 예정된 주주총회에서 수정동의안을 이용하여 의안으로 제안된 이사에 대한 선임결의가 가능할 것이므로 주주총회개최금지처분 또는 주주제안상정가처분을 신청할 필요는 없을 것이다. 만약 수정동의에 의하여 B이사선임이 불가능하다는 입장에 설 때 학술상으로는 주주제안을 무시하고 A이사를 선임한 경우 주주총회결의 취소사유가 되는 것으로 설명되고 있고,⁴² 이 경우 주주총회개최금지처분 또는 의안상정가처분을 신청할 수는 있으나 보전의 필요성과의 관계상 실제로 가처분이 인정될 가능성이나 실효성은 낮은 것으로 설명되고 있다.⁴³

3. 이사지위확인가처분, 등기에 대한 이의신청

공격자는 주주총회에서 이사의 과반수를 확보한 다음, 이사회를 통하여 기존의 대표이사를 해임하고 새로운 대표이사를 선임하여 등기함으로써 경영권을 장악한다. 공격자는 주주총회 및 이사회에서의 증거자료 확보 및 등기를 위하여 공증변호사, 법무사, 속기사 등과 함께 현장에 출석하며 주주총회 및 이사회결의 후 이사 및 대표이사의 변경등기를 신청한다. 물론 주주총회 및 이사회 결의는 즉시 효력이 발생하는 것이고, 결의내용과 다른 의장의 선언이나 등기가 효력을 좌우하는 것은 아니다. 그러나 등기가 가지는 대외적 효력과 당사자 간에 가지는 상징적 의미는 매우 크며, 그러한 관계상 등기를 둘러싼 다툼도 매우 빈번히 발생한다.

(1) 이사지위확인가처분

예컨대 주주총회에서 이사를 선임하였는데, 회사

의 대표이사가 새로이 선임된 이사와의 임용계약을 거부하는 경우 이사선임등기를 할 수 있는가? 이사 선임등기 시 선임된 이사의 취임승락서만 첨부하면 되고(비송사건절차법 204조), 대표이사와의 사이에 체결된 임용계약서는 등기 시 필요로 하는 서류가 아니다. 다만 등기신청서에는 대표자가 기명날인하여야 하므로(비송사건절차법 제159조), 방어자 측이 대표이사 업무를 수행하면서 등기를 거부하는 경우 실제로 등기를 하기는 어렵다.

이 경우 이사지위확인가처분신청이 법원에서 인용될 것인가? 대법원은 비록 감사가 주주총회에서 선임되었다고 하더라도 회사가 임용계약을 거부하는 경우, 감사의 지위를 가지는 것이 아니라는 임용계약설의 입장에서 감사지위확인가처분을 기각한 바 있다.⁴⁴ 이러한 대법원의 입장은 주주총회에서 선임된 이사에 대하여 회사의 대표이사가 임용계약을 거부하고 신임이사를 직무에서 배제시키는 경우에도 그대로 적용될 것인지에 대한 의문을 남기고 있으며,⁴⁵ 실제로 하급심에서는 신임이사에 대한 관계에서도 임용계약이 필요하다는 판단을 한 바가 있다.⁴⁶

물론 주주총회에서 선임된 이사에 대하여 대표이사는 임용계약을 체결할 의무가 있고, 그 위반행위에 대하여 대표이사 해임청구의 소를 피보전권리로 하여 대표이사의 직무를 정지시킨 후 직무대행자 또는 새로운 대표이사가 임용계약을 체결할 수는 있으나,⁴⁷ 임용계약설에 입각하여 이렇게 우회로를 가야 하는 것인지 아니면 주주총회의 이사선임을

42 권태형, 앞의 논문, 79면.

43 전후재, 앞의 논문, 435-436면.

44 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31440 판결; 대법원 2005. 11. 8.자 2005마541 결정.

45 이철송, 앞의 책, 519면에서는 이사선임에 대해서도 같은 논리를 적용할 것으로 보아야 한다고 한다.

46 수원지방법원 2005. 12. 1.자 2005카합658 결정.

47 앞의 결정.

청약으로 생각하고 선임이사의 취임승락으로 임용계약이 체결되는 것으로 보아⁴⁸ 간단명료하게 법률관계를 정리하도록 하는 것이 좋은지에 대한 진지한 검토가 있어야 할 부분으로 판단된다.

(2) 등기에 대한 이의신청

공격자가 이사회 다수를 장악하여 새로이 대표이사를 선임하는 경우에는 실무적으로 등기가 가능하므로, 이사지위확인가처분과 같은 절차는 필요하지 아니하다. 그런데 대표이사를 변경하는 이사회가 열리기 전에 종전의 대표이사가 선임이사와 임용계약을 체결하지 않겠다는 의사를 표시한 것을 근거로 새로운 대표이사 선임등기에 대하여 등기공무원에게 이의신청을 할 수 있다. 이 경우 관할지방법원의 결정에 따르게 되는데(비송사건절차법 제239조 내지 제245조), 새로이 선임된 대표이사가 등기서류를 구비하여 등기를 신청한 상황이므로 이의신청이 받아들여질 가능성은 낮아 보인다.

4. 주주총회효력정지가처분, 직무집행정지 및 직무대행자선임가처분

주주총회 및 이사회 결의에 취소 또는 무효사유가 있는 경우, 그 효력을 정지시키고자 당해 결의를 통하여 선임된 이사 및 대표이사의 직무집행을 정지하고, 직무대행자를 선임하는 내용의 가처분은 통상적으로 이루어지는 것이다(상법 제407조 제1항). 이러한 가처분과 관련하여 실무상 중요한 쟁점 중 하나는 직무대행자로 적대적인 상대방을 선임할 수 있는가의 문제이다.

직무대행자제도의 취지상 중립적인 사람을 선임하는 것이 이상적이기도 하고 일반적이지만, 구체적인 사안에 따라서는 적대적인 사람을 선임하는 것이 분쟁해결과 권리구제에 가장 유효적절한 수단일 수도 있다.⁴⁹

VI. 이사선임을 위한 결의와 무관한 가처분

1. 감사지위확인가처분

상법상 감사선임 시 3% 이상의 주식은 의결권이 제한되어 있는 관계상, 공격자는 보통결의를 요구하는 이사보다는 감사를 먼저 선임하여 교두보를 확보할 수 있다. 이처럼 주주총회에서 선임된 감사에 대하여 회사가 등기를 거부하고 업무에서 배제시키는 경우 감사지위확인가처분을 신청할 수 있다. 그러나 대법원은 비록 감사가 주주총회에서 선임되었더라도 회사가 임용계약을 거부하면 감사의 지위를 가지는 것이 아니라는 임용계약설의 입장에서 감사지위확인가처분을 기각한 바 있다⁵⁰는 점은 앞에서 밝힌 바와 같다.

2. 회계장부등열람등사가처분

상법상 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있고, 회사는 주주의 청구가 부당함을 증명하지 아니하면 이를 거부하지 못한다(상법 제466조). 회사가 주주의 정당한 열람등사청구를 거부하면 가처분을 신청할 수 있다. 여기서 열람등사청구의 이유는 구체적으로 기재하여야 하며,⁵¹ 다만 구체성의 정도는 어

48 이철승, 앞의 책, 519면.

49 서울중앙지방법원 2006. 10. 16.자 2006카합2899 결정(이사 및 대표이사 직무대행자로 상대방 사람 선임); 서울중앙지방법원 2006. 10. 10.자 2006카합2973 결정(인력송출업의 중국법인 한국지사장 대행자로 상대방 선임).

50 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31440 판결; 대법원 2005. 11. 8.자 2005마541 결정.

51 대법원 1999. 12. 21. 선고 99다137 판결. 동 판결에서는 “상법과 정관을 위반하여 7~8년간 주주총회를 개최하지 않고 있고 1990년 이래 단 한 차례도 이익배당을 실시하지 않고 있으며, 피신청인회사의 중요자산인 레미콘트럭을 임의로 처분하는”

떠한 행위가 부정하거나 부적정한 행위에 해당하는지를 파악할 수 있을 정도로서 그러한 행위가 사실 일지 모른다는 합리적인 의심이 생기는 정도이면 족하고,⁵² 기재된 청구사유가 존재함을 입증할 필요는 없다.⁵³ 그리고 열람대상인 서류는 신청인이 구체적으로 특정하여야 하고, 그 서류들이 열람·등사의 이유와 관련이 있음도 구체적으로 입증하도록 하는 것이 현재의 실무이다.⁵⁴ 다만 적대적으로 경영권 인수를 시도하는 측에서는 이사해임 또는 손해배상청구 등 경영감독을 위하여 필요한 범위 내에서 회계장부열람등사가처분을 이용하여야 할 것이고, 오로지 상대방을 압박하는 내용의 회계장부열람등사청구는 피하여야 할 것이다.⁵⁵

VII. 결어

적대적 M&A는 서로 다툼 있는 권리관계를 양산하면서 단계적으로 진행되며, 어떠한 단계이든 당해 다툼 있는 권리관계에 대하여 보전의 필요성이 있는 경우 언제든지 가처분이 활용될 수 있다. 실무가로서는 당해 다툼 있는 법률관계에 대한 정확한 사실관계 및 법률적 쟁점을 파악한 다음, 가장 유효적절한 내용으로 신청취지를 구성하는 것이 중요하다. 마지막으로 지적하고자 하는 것은 가처분결과는 무관하게 모든 주주의 이익을 위하여 화해한 사건에서는 모든 당사자가 승리하고 끝까지 다툼을 지속한 사건에서는 당사자가 모두 패배한다는 점이다. 가처분은 그저 수단으로 활용되는 것일 뿐 궁극적인 승패는 당사자들의 마음에 있는 것이다.

정도의 이유 기재에 대하여 상법상의 요건에 부합하는 것이라고 판단하였다.

52 전휴재, “회계장부 등 서류의 열람등사가처분에 관한 실무상의 논점” 저스티스 통권 제87호, 105면. 같은 논문 106면에는 ‘회사의 경영상태가 궁금하므로 이를 파악하기 위하여’, ‘주주권의 행사에 필요한 조사를 위하여’ 등은 구체성이 인정되지 않는 사례로 들고 있다.

53 전휴재, 앞의 논문(주 48), 105면.

54 전휴재, 앞의 논문(주 48), 111면.

55 주주의 열람·등사권행사가 부당한 것인지의 여부와 관련하여 대법원 2004. 12. 24. 2003마1575 결정은 “그 행사에 이르게 된 경위, 행사의 목적, 악의성의 유무 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 특히 회사업무의 운영 또는 주주 공동의 이익을 해치거나 주주가 회사의 경쟁자로서 그 취득한 정보를 경영에 이용할 우려가 있거나 또는 회사에 지나치게 불리한 시기를 택하여 행사하는 경우 등에는 정당한 목적을 결한” 것이라고 전제한 다음, 주주로서 이사해임 또는 손해배상청구 등 경영감독을 위하여 열람·등사를 구하는 것이 아니라 “주주라는 지위를 내세워 상대방을 압박함으로써 궁극적으로는 자신의 목적인 경영권 인수(적대적 M&A)를 용이하게 하기 위하여”, “나아가 두 회사가 경영관계에 있기 때문에 이 사건 열람등사청구를 통하여 얻은 상대방의 영업상 비밀이 재창고인의 구체적인 의도와는 무관하게 경영에 악용될 우려가 있다고 보지 않을 수 없으므로” 정당한 목적을 결한 것이라고 판단하였다.