

KGDI 연구보고서 06-006

게임기업 경영법률 가이드북

- Legal Guide to Game Business -

2006. 6



[재] 한국게임산업개발원

발 간 사

현재 세계 각국은 미래를 향한 핵심 성장 산업에 대한 무한경쟁을 펼치고 있습니다. 특히 게임산업은 미래와 문화생활을 선도하는 신성장 동력으로서 새로운 패러다임을 열어가고 있습니다.

그간 국내 게임산업은 짧은 기간 동안 눈부신 고도성장을 이루어왔습니다. 세계 게임시장에서 미약한 위치에 있었던 과거와는 달리 지금은 우리 게임산업의 괄목할만한 성장에 세계 각국에서 부러운 시선과 더불어 경계의 시선 또한 보낼 만큼 세계 게임산업의 중심에 점점 다가서고 있습니다. 이는 한국 게임산업이 세계 각국의 더 많은 거센 도전에 직면하게 되는 위기를 의미하기도 하지만 세계 3대 게임강국 실현을 위한 좋은 자극제가 될 것입니다.

게임산업의 세계 주도권을 잡기 위한 국가 간 경쟁이 점차 거세지는 가운데 게임관련 법률분쟁이 날로 증대되면서 중요한 문제로 떠오르고 있습니다. 국내 게임산업의 지속적인 성장을 견인하기 위해서는 게임기업의 설립과 운영에 필요한 경영 및 법률정보에 대한 올바른 이해를 바탕으로 다양한 법률분쟁에 대한 대처가 무엇보다 필요합니다.

이에 본원에서는 게임기업의 경영상 법률분쟁을 예방하기 위한 기초 법률지식 제공 및 가이드를 위해 <게임기업 경영법률 가이드북>을 마련하였습니다. 본 가이드북은 게임기업의 창업, 지적재산권 보호와 해외진출, M&A와 해산·청산절차, 분쟁해결 등에 관한 내용을 위주로 담았습니다.

아무쪼록 본 가이드북이 국내 게임기업들의 경영상 법률분쟁 예방 지침서로써 보탬이 되길 바라며, 앞으로도 한국게임산업개발원은 국내 게임기업에 유용한 정보를 제공할 수 있도록 다양한 노력을 기울일 것을 약속합니다.

2006년 6월

(재)한국게임산업개발원 원장 우 종 식



목 차

I. 서 론	3
II. 게임기업의 창업관련 법률문제	7
1. 회사 설립 절차	7
가. 주식회사의 설립	7
나. 기타 종류회사의 설립	14
2. 창업자금조달	16
가. 창업자 본인자금	16
나. 엔젤 투자	16
다. 정부재정자금	17
라. 벤처 캐피탈	17
마. 공공기관 등을 통한 창업자금조달	19
바. 은행 등을 통한 금융	22
사. 신용보증제도	23
아. 인터넷 주식공모	24
3. 사무실의 임대와 상가임대차 보호법	25
가. 사무실의 임대	25
나. 상가건물임대차보호법	27
4. 회사설립과 조세	28
가. 창업중소기업에 대한 세액감면(조세특례제한법 제6조)	28
나. 중소기업 투자준비금 손금산입 등(동법 제4조, 제7조)	29
다. 연구 및 인력개발에 대한 조세지원(동법 제9조 내지 제11조)	29
라. 기술이전소득 등에 대한 과세특례(동법 제12조)	30
5. 코스닥 등록	30
가. 코스닥 등록의 의의	30
나. 코스닥 등록 예비심사 및 주요절차	31
다. 코스닥 등록의 효과	32

III. 게임기업 내부의 법률문제	37
1. 게임회사 이사의 책임	37
가. 책임일반	37
나. 회사에 대한 책임	37
다. 제3자에 대한 책임	39
라. 사실상의 이사	39
2. 주주와의 법적 문제	40
가. 주주의 권리	40
나. 주주대표소송	40
다. 증권관련 집단소송	41
3. 임직원과의 분쟁	42
가. 성희롱	42
나. 차별대우	42
다. 해고	43
라. 퇴직금	44
4. 영업비밀침해	44
가. 영업비밀의 개념	44
나. 영업비밀보호제도의 목적과 기능	44
다. 영업비밀의 요건	45
라. 영업비밀침해행위	45
마. 구제수단	47
5. 임직원의 형사책임	48
가. 회사재산의 임의처분에 대한 책임	48
나. 투기행위	48
다. 비자금조성행위	49
라. 법령·정관등에 위배되는 행위	49
IV. 게임기업의 대외적 법률문제	53
1. 게임투자자와 게임개발자간의 계약관계	53
가. 게임개발계약의 기본형태와 특징	53
나. 게임개발계약의 내용	54
다. 게임개발계약에 관련한 특약사항	59



2. 게임개발자와 퍼블리싱사업자간의 계약	61
가. 게임퍼블리싱계약의 의의와 법적 성질	61
나. 게임퍼블리싱계약의 내용	62
3. 게임퍼블리싱사업자와 게임서비스제공자간의 계약	65
가. 권리이용계약의 의의와 법적성질	65
나. 라이선스계약의 내용	66
4. 게임서비스제공자와 이용자간의 관계	68
가. 게임IP서비스계약	68
나. 게임이용서비스계약	71
5. 게임아이템과 관련된 법률문제	80
가. 게임아이템의 개념	80
나. 프로그램이용권(계정) 및 아이템이용권 거래의 법리	81
다. 계정 및 아이템의 거래방법	82
라. 아이템거래의 유효성여부	83
마. 아이템 등의 거래에 대한 과제	85
 V. 게임기업의 지적재산권 문제	91
1. 일반	91
2. 저작권법/프로그램보호법에 의한 보호	91
가. 보호대상과 보호범위	91
나. (프로그램)저작권자: 개발게임의 권리귀속	100
다. (프로그램)저작권의 내용	101
라. (프로그램)저작권의 제한	101
마. (프로그램)저작권의 등록	102
바. 침해 및 구제방법	103
3. 상표법에 의한 보호	104
가. 일반	104
나. 상표등록요건	104
다. 상표권의 침해	105
라. 구제방법	106

4. 디자인보호법에 의한 보호	106
가. 일반	106
나. 등록요건	107
다. 부등록사유	107
라. 침해 및 구제방법	107
5. 특허법에 의한 보호	108
가. 일반	108
나. 보호요건	108
다. 특허청의 컴퓨터관련 발명의 심사기준	108
라. 판례의 동향	109
마. 침해 및 구제방법	109
6. 부정경쟁방지법에 의한 보호	110
7. 국제적 문제	111
가. 일반	111
나. 구체적 사례	111
 VI. 게임기업의 해외진출	 121
1. 국제계약 일반	121
가. 계약자유의 원칙	121
나. 신의성실의 원칙	121
다. 국제계약서	122
라. 각종 국제계약서의 주요 공통조항	123
마. 특정한 사항에 대한 합의를 조건으로 하는 계약	126
바. 약관의 경우에 적용되는 특칙	126
2. 수출통관관련 법제	128
가. 수출통관의 개념	128
나. 수출절차의 개요	128
다. 세관의 지적재산권보호제도	132
3. 수출금융지원제도의 활용	134
가. 무역금융	134
나. 수출신용보증	136



Ⅶ. 게임기업간 M&A	143
1. 게임 산업에 있어서 M&A의 중요성	143
가. M&A의 의의	143
나. M&A의 동기	143
다. 게임시장의 동향과 M&A의 필요성	143
2. M&A의 유형	144
가. 거래형태에 따른 분류	144
나. 결합 형태별 분류	145
다. 거래의사에 따른 분류	146
라. 기업의 인수·합병 목적과 동기에 따른 분류	146
마. 결제수단에 따른 분류	147
3. M&A의 단계	147
가. M&A의 준비	148
나. 협상·계약 단계	150
다. M&A 후의 대비	153
4. 합병 계약	154
가. 합병 계약의 의의	155
나. 합병의 자유와 제한	155
다. 합병의 절차	155
라. 합병의 효과	160
5. M&A에 대한 법적 규제	160
가. 증권거래법의 규제	160
나. 상법의 의한 규제	161
다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 규제	163
6. M&A와 세무관계	165
 Ⅷ. 게임기업간 분쟁의 예방과 해결	169
1. 분쟁의 예방	169
가. 협상과정에서의 유의점	169
나. 계약체결시의 유의점	170
다. 계약체결후의 유의점	172

2. 위험의 예방과 분산	172
가. 담보에 의한 위험예방	172
나. 상계제도의 활용	172
다. 보험에 의한 위험분산	173
라. 영업비밀의 누출방지와 영업비밀침해소송의 예방	175
3. 분쟁의 해결	177
가. 싸움과 화해의 선택	177
나. 준거법 지정	180
다. 전장의 선택 - 국제재판관할합의	181
라. 전문가의 조력	182
 IX. 게임기업의 해산과 청산	185
1. 회사의 해산	185
가. 해산의 의의	185
나. 해산 사유	185
다. 휴면회사의 해산의제 제도(상법 제520조의 2)	186
라. 해산의 공시	187
마. 해산의 효과	187
2. 청산	187
가. 청산의 의의	187
나. 청산회사의 권리능력	187
다. 청산인	188
라. 청산사무	188
마. 청산의 종결	189
3. 파산	190
가. 파산절차와 통합도산법의 제정	190
나. 파산선고 절차의 흐름	191
다. 파산의 신청	193
라. 파산채권	195
마. 파산선고	197
바. 파산선고의 효과	199
사. 파산재단의 관리처분	201
아. 파산절차의 종료	203

4. 회사회생절차	204
가. 통합도산법 상의 회사회생제도	204
나. 회사회생 절차의 흐름	204
다. 회사회생절차의 신청과 보전처분 · 중지명령	205
라. 회생절차 개시와 그 효과	208
마. 관리인과 관계 기구	211
바. 회생채권과 회생담보권	213
사. 회생채권 및 회생담보권의 신고	214
아. 회사회생계획의 수행	215
자. 회생절차의 종료	216
 참 고 문 헌	 221

I

서론



I. 서론

2005년 국내 게임시장은 8조6000억원으로 2004년 대비(4조3000억원) 101.1%가 증가했으며, 수출규모는 5.6억불로 2004년(3.8억불) 대비 45.6%가 증가하였다.¹⁾ 매년 꾸준한 성장을 보여온 온라인게임은 2004년에 비해 40% 성장한 1조 4000억원을 기록했으며, PC방 역시 온라인게임의 성장세에 힘입어 1조9923억원의 매출을 기록하였다. 모바일과 비디오게임은 10%대의 완만한 성장률을 나타낸 반면, PC패키지 게임은 29.4%의 하락세를 보이며 2004년의 절반 수준에 그쳤다.

또한 2005년 수출입 현황을 살펴보면, 수출은 2004년도에 비해 45.6% 성장한 5억 6466만불, 수입은 2억 3292만불로 지속적인 무역수지 흑자를 기록했다. 플랫폼별 비중을 살펴보면 온라인게임이 게임산업 전체 수출의 80%를 차지했으며, 국가별로는 일본의 비중이 크게 늘어난 것으로 나타났다. 또한 향후 국내 게임산업의 수출은 온라인게임을 중심으로 매년 20%가량의 성장을 이어갈 것으로 전망하였다.

이렇듯 게임산업이 성장함에 따라, 그간 벤처기업이 주로 뛰어들던 게임관련 사업에 대기업이 참여하여 고부가가치 산업으로 주목을 받고 있으며, 국내 게임의 해외시장에서 또한 성장잠재력이 매우 높을 것으로 평가받고 있어 게임관련 기업의 활동무대도 국내시장에 그치지 않고 해외시장으로 넓혀지고 있다.

그런데, 게임산업의 성장에 따라 게임산업 종사자가 급격히 증가하고 있는데, 과연 게임기업들이 게임을 개발하고 국내외 시장을 개척하면서 부딪히는 민형사적 법률 문제, 고용문제, 국제거래법 문제 등에는 과연 어떻게 대처하고 있는지, 또 지적재산권 관리 수준은 어떠한지가 중요한 화두가 될 수밖에 없게 되었다.

따라서, 본 가이드북에서는 고부가가치 산업으로 부상하고 있는 게임사업의 설립과 운영에 필요한 경영 및 법률정보를 게임기업에 가이드북형태로 제공하여 게임업체의 경영상의 법률분쟁을 사전에 예방하고 분쟁발생시 대응방안을 제시하여 법률지식의 부족으로 소요되는 제반 비용을 절감시켜 게임기업의 성장과 게임산업의 성장에 도움을 주고자 한다.

1) 한국게임산업개발원, “2006 대한민국 게임산업백서” 참조

본 가이드북은 게임기업이 회사를 운영하는 데 있어 현실적으로 어느 정도의 법률지식을 갖고 있는 지, 창업부터 해산까지의 과정에서 어느 단계에서 더 많은 어려움을 겪고 있는지에 대해 게임기업을 대상으로 설문조사를 실시하여 그 결과를 반영하여 작성되었다.²⁾ 대부분의 기업들이 경영, 세무, 해외진출, 지적재산권보호, 계약 체결 등의 경영관련 법률지식의 필요성을 말해주었다.

따라서, 본 가이드북에서는 주요 내용으로 게임기업의 창업관련 법률문제, 게임기업의 주주 및 그 임직원간에 발생하는 법률문제, 게임기업의 대외적 법률문제, 게임기업의 지적재산권 보호와 해외진출, 게임기업간 M&A와 해산·청산절차, 게임기업간 분쟁해결에 관한 내용을 총 8장에 걸쳐 담고자 하였다.

2) 특히 보다 정확한 데이터를 산출하기 위하여 온라인게임, 아케이드 게임, 보드 게임등 플랫폼별로 분류하고, 중규모 이상의 기업, 소규모의 벤처기업등으로 업체의 규모를 분류하고, e-mail, fax, 인터뷰 등의 조사방법을 모두 활용하여 설문조사를 실시하였다.

II

게임기업의 창업관련 법률문제



II. 게임기업의 창업관련 법률문제

1. 회사 설립 절차

회사의 설립이란 영리를 목적으로 하는 사단법인을 창설하기 위한 일련의 행위를 의미한다. 상법상 회사는 사원이 회사의 채무에 대하여 어떠한 형태의 책임을 지느냐에 따라 주식회사, 유한회사, 합명회사, 합자회사로 나뉘는데, 어느 형태의 회사건 회사가 형성되기 위해서는 첫째, 단체의 조직 활동을 정하는 기본원칙인 정관을 작성하고, 둘째, 단체의 구성원이자 출자자인 사원과 각 사원이 제공하는 출자를 확정해서 단체의 활동을 실현할 기관을 구성하고 셋째, 설립등기를 하여야 한다. 이하에서는 먼저 회사의 대표적 형태인 주식회사의 설립절차에 대해서 구체적으로 살펴보고 이어 다른 회사들을 간략히 살펴보기로 한다.

가. 주식회사의 설립

주식회사는 사원 전원이 회사에 대해 보유주식의 인수가액을 한도로 출자의무를 부담하는데 그치고(상법 제331조), 회사 채무에 대하여 직접적으로는 어떠한 책임도 부담하지 않는 회사를 의미한다.

2001년 6월 30일부터 소기업 및 소상공인지원을 위한 특별조치법이 시행됨에 따라 광업, 제조업, 운송업의 경우 상시 종업원 수가 50인 이하, 건설업의 경우 30인 이하, 전기·가스 및 수도 사업, 도·소매업, 기타 서비스업의 경우 10인 이하의 기업인 소기업의 경우에는 자본금 5천만 원 미만의 경우에도 주식회사 설립이 가능해졌다.

(1) 발기인 구성

발기인은 설립사무를 주관하고, 이해관계인을 보호하며 회사의 자본적 기초에 대해 책임을 진다. 발기인이란 정관에 발기인으로 기명날인 또는 서명한 자를 의미하는데(법 제289조), 발기인 수에는 제한이 없으므로 1인의 발기인에 의한 주식회사의 설립도 가능하다(동법 제288조).

(2) 정관작성

정관이란 회사의 조직 및 활동의 대강과 방향을 규정한 근본규범으로, 설립시 작성되는 원시정관과 그 이후의 회사의 운영과정에서 변경된 변경정관이 있다. 원시정관은 설립관계를 명확히 하는 취지에서 공증인의 인증을 받아야만 그 효력이 발생한다(동법 제292조).

정관의 절대적 기재사항은 반드시 정관에 기재되어야만 효력이 발생하는 사항을 의미하는데 기재되지 아니하면 정관은 무효이고 회사의 설립 무효사유가 된다.

※ 정관의 절대적 기재사항 : ①목적, ②상호, ③회사가 발행할 주식의 총수, ④1주의 금액, ⑤회사가 설립시에 발행하는 주식의 총수, ⑥본점의 소재지, ⑦회사가 공고를 하는 방법, ⑧발기인의 성명 주민등록번호 및 주소(동법 제298조)는 반드시 정관에 기재하여야 한다.

정관의 상대적 기재사항은 정관에 기재하지 않으면 그 사항에 관하여 효력이 발생하지 않지만 정관에 기재하면 그 효력이 발생하는 사항을 말한다.

※ 정관의 상대적 기재사항의 예 : ①예컨대, 발기인이 받을 특별이익, 현물출자의 경우에 그 출자자의 성명과 출자목적 재산의 종류, 수량, 가격 및 이에 대해 출자자에게 부여하게 될 주식의 종류와 수, 특정인으로부터 재산을 양수하는 경우에 그 재산의 종류·수량·가격과 양도인의 성명, 회사가 부담할 설립비용 등은 이른 바 변태설립사항(동법 제290조)³⁾으로서 반드시 정관에 기재하여야만 그 효력이 있고, 그 외에도 ②수종주식의 발행(동법 제344조), ③대표이사의 선임(동법 제389조 제1항), ④제3자 인수권의 부여(동법 제418조 제1항) 등이 정관의 상대적 기재사항이다.

(3) 주식발행사항의 결정(발기설립과 모집설립)

주식회사의 설립과정에서 정관작성 이후 설립등기가 이루어지기까지의 과정을 실체형성과정이라 한다. 이러한 실체형성과정에는 발기인이 전체의 주식을 인수하는 발기설립과 발기인 스스로도 주식을 인수하지만 외부로부터 모집주주를 모집하여 주식을 인수시키는 형태의 모집설립이 있다.

설립과정은 어느 경우에도 ①주식발행 사항의 결정 ②주식인수의 절차 ③금전납입 및 현물

3) 변태설립사항이란 회사설립과정에서 발기인이 권한을 남용하여 설립 후 회사의 자본충실을 저해할 수 있는 사항으로서 상법은 이를 정관에 규정하여야만 효력을 인정하여 회사설립의 남용을 막고 있다.

출자의 이행과 같은 출자의 이행 ④회사기관의 구성 ⑤설립경과조사의 절차를 거쳐 진행된다.

(가) 주식발행사항의 결정

회사의 설립시 발기인들은 주식발행사항에 관하여 규정이 없으면 발기인 전원의 동의로 결정한다(동법 제291조). 따라서 주식의 종류와 그 수량의 결정, 주식의 발행가액을 액면 이상으로 발행하기로 하는 결정에 대해서는 발기인 전원의 동의가 필요하다.

(나) 발기설립의 절차

1) 주식인수

발기설립에서 각 발기인은 서면에 의하여 주식을 인수하여야 하며(동법 제293조), 이 서면은 설립등기 신청시에 첨부되어야 한다. 이는 발기인의 주식인수내용을 대내외적으로 증명하고자 하기 위한 것뿐이므로, 발기인별로 별도의 서면을 작성할 필요는 없고 1매의 서면에 각자의 주식인수내용을 기재하여도 무방하다.

2) 출자의 이행

가) 전액납입주의

발기인은 인수 후 지체 없이 각 주식에 관하여 그 인수가액의 전액을 납입하여야 한다. 이 경우 발기인은 납입을 맡을 은행 기타 금융기관과 납입장소를 지정하여야 한다(동법 제295조 제1항).

나) 현물 출자의 이행

현물출자를 하는 발기인은 납입기일에 지체 없이 출자의 목적인 재산을 인도하고 권리가 전에 필요한 서류를 완비하여 교부하여야 한다(동법 제295조 제2항).

다) 불이행의 경우

발기인이 금전납입을 지체하고 있는 경우 강제이행을 하거나 그것이 어려우면 회사의 불성립사유가 된다. 설립등기 이후에까지 납입의 흠결이 이어지는 경우 발기인의 납입담보책임으로 이어지게 되나(동법 제321조 제2항), 그 흠결이 중대한 경우 설립무효사유가 된다.

발기인이 현물출자를 이행하지 아니하는 경우, 강제이행 또는 회사의 불성립 사유가 되

나, 현물출자 계약을 해제하여 정관을 변경한 뒤 설립절차를 속행할 수도 있다. 설립등기 이후에까지 현물출자가 이행되지 아니한 경우 강제이행 또는 설립무효사유가 되나 계약해제는 가능하지 아니하다.

3) 기관의 구성

출자의 이행이 완료되면 발기인은 지체 없이 의결권의 과반수로 이사와 감사를 선임하여야 한다. 발기인의 의결권은 그 인수주식의 수에 비례하며(동법 제296조), 이사들은 정관에 다른 정함이 없는 한 이사회를 열어 대표이사를 선임한다.

4) 설립경과조사

가) 일반적인 경우

선출된 이사와 감사는 취임 후 지체 없이 회사설립에 관한 모든 사항의 위반여부를 조사하여 발기인에게 보고하여야 한다. 이사와 감사 중에서 발기인이었던 자, 현물출자자, 재산인수의 상대방인 자는 이러한 조사에 참여하지 못한다(동법 제298조 제1항, 제2항).

나) 변태설립사항

이사는 변태설립사항의 조사를 위하여 감사인의 선임을 법원에 청구하여야 한다(동법 제298조 제4항 본문). 법원에 의하여 선임된 감사인은 변태설립사항과 현물 출자의 이행사항을 조사하여 법원에 보고하여야 한다(동법 제299조 제1항). 다만, 발기인의 특별이익 및 설립비용, 발기인의 보수에 관한 사항은 공증인의 조사로, 현물출자 및 재산인수에 관한 사항은 감정인의 감정으로 대체할 수 있다(동법 제299조의 2).

법원은 변태설립사항이 부당하다고 인정되는 때에는 이를 변경하여 각 발기인에게 통고할 수 있다(동법 제300조 제1항). 법원의 변경처분에 대하여 불복하는 발기인은 정관을 변경하여 설립절차를 속행할 수도 있고(동법 제300조 제2항) 설립을 포기할 수도 있다. 이에 승복하는 경우 통고처분에 따라 정관이 변경되고 설립절차는 속행된다(동법 제300조 제3항).

(다) 모집설립의 절차

1) 주식의 인수

발기인은 모집주주의 청약이 있기 이전에 주식을 인수하여야 하며 이러한 주식인수의 상

황은 모집주주에 대한 주식 청약서에 기재되어야 한다(동법 제302조 제2항 제4호). 나아가 받기인은 주주를 모집하여야 한다(동법 제301조).

모집주주는 1인 1주라도 무방하며 현물출자자일수도 있다. 모집주주는 회사설립에 관한 사항이 적혀 있는 주식 청약서에 의하여 청약하여야 하며, 요식행위이므로 주식 청약서에 의하지 아니하는 청약의 효력은 무효이다.

2) 출자의 이행

가) 전액납입주의

주식인수인은 인수 이후 지체 없이 전액을 납입하여야 한다(동법 제305조 제1항). 주식인수인은 납입에 관하여 상계로써 회사에 대항하지 못한다(동법 제334조). 납입의 부실을 막는 취지에서 납입보관자는 금융기관으로 한정되고(동법 제302조 제2항 제9호), 납입장소의 변경도 법원의 허가사항이 된다(동법 제306조).

나) 불이행의 경우(실권절차)

주식인수인이 납입을 하지 아니하면 받기인이 주식인수인에 대하여 강제이행의 절차를 밟을 수 있고 상법 제307조에 규정된 실권절차를 밟을 수도 있다.

주식 인수인의 실권절차는 받기인이 주식인수인에게 2주간 전에 실권예고부 최고를 한 뒤 주식인수인이 납입하지 아니하는 경우 주식인수인의 권리가 소멸되고 받기인은 새로이 재모집을 하는 방식으로 이루어진다. 실권된 주식인수인은 회사에 대하여 손해배상책임도 부담한다(동법 제307조).

3) 창립총회

가) 의의 및 결의

창립총회는 받기인을 포함한 주식인수인으로 구성된 설립중 회사의 의결기관인데 주주총회의 전신으로서 회사설립사항에 관한 모든 것을 의결한다.

창립총회는 상법 제305조에 따른 납입과 현물출자의 이행이 완료된 때 받기인에 의하여 소집된다(상법 제308조 제1항). 결의는 출석한 주식인수인의 의결권의 3분의 2 이상이며 인수된 주식의 총수의 과반수에 해당하는 다수로 하여야 한다(동법 제309조).

나) 권한

받기인은 회사의 창립에 관한 사항을 서면에 의하여 창립총회에 보고하여야 하고 보고에

부실이나 허위가 있게 되면 임무해태로 인한 손해배상의 책임을 지게 된다(동법 제322조). 창립총회에서는 이사, 감사를 선임한다(동법 제21조). 선임된 이사와 감사는 설립중 회사의 집행기관이 아니라 단지 설립경과조사를 담당하는 감사기관에 불과하다. 창립총회는 이사와 감사로부터 설립경과조사에 관한 보고를 청취한다(동법 제313조 제1항).

창립총회는 이사와 감사의 보고를 청취한 결과 변태설립사항이 부당하다고 인정한 때에는 이를 변경할 수 있다(동법 제314조 제1항). 변경에 불복하는 발기인은 주식인수를 취소할 수 있고 변경결의가 있는 날로부터 2주간 내에 주식인수를 취소한 발기인이 없는 경우에는 변경결의 내용에 따라 변경된 것으로 의제된다(동조 제2항, 제300조 제2항, 제3항). 창립총회에서는 정관변경 또는 설립폐지를 결의할 수 있다(동법 제316조 제1항).

4) 설립경과조사

이사와 감사는 취임 후 지체 없이 회사의 설립에 관한 모든 사항이 법령 또는 정관의 규정에 위배되지 아니하는지의 여부를 조사하여 창립총회에 보고하여야 한다(동법 제313조 제1항). 다만 변태설립사항의 조사는 발기인에 의하여 선임 청구되고 법원에 의하여 선임된 검사인에 의하여 이루어지는데 이때 검사인은 이에 관한 보고서를 창립총회에 제출하여야 한다(동법 제310조 제1항, 제2항). 발기인은 검사인의 조사에 대신하여 공증인의 조사·보고, 감정인의 감정으로 갈음할 수 있다

(4) 설립등기

회사의 설립절차가 마치지면 발기인은 설립등기를 신청하여야 하는 바(동법 제317조), 상법이 규정하고 있는 설립등기사항은 다음과 같다.

- 1) 목 적
- 2) 상 호
- 3) 본점소재지
- 4) 1주의 금액
- 5) 회사가 공고를 하는 방법
- 6) 자본의 총액
- 7) 발행주식의 총수, 그 종류와 각종 주식의 내용과 수
- 8) 주식의 양도에 관하여 이사회에 승인을 얻도록 정한 때에는 그 규정

- 9) 지점 소재지
- 10) 회사의 존립기간 또는 해산 사유를 정한 때는 그 기간 또는 사유
- 11) 개업 전에 이자를 배당할 것을 정한 때에는 그 규정
- 12) 주주에게 배당할 이익으로 주식을 소각할 것을 정한 때에는 그 규정
- 13) 전환 주식을 발행하는 경우에는 상법 제347조에 계기한 사항
- 14) 이사와 감사의 성명 및 주민등록 번호
- 15) 회사를 대표할 이사의 성명, 주민등록 번호 및 주소
- 16) 수인의 대표이사가 공동으로 회사를 대표할 것을 정한 때는 그 규정
- 17) 명의 개서 대리인을 둔 때는 그 상호 및 본점 소재지

회사의 설립은 설립등기로서 완료되며 설립등기가 있어야만 회사는 법인격을 취득한다.

(5) 설립에 관한 책임

(가) 회사에 대한 책임

1) 자본충실책임

발기인은 설립시에 발행한 주식의 인수 및 납입에 흠결이 생긴 경우, 이에 관하여 전보할 책임을 부담한다. 이를 자본충실책임이라 하며 인수담보책임과 납입담보책임으로 나뉘어 진다.

가) 인수담보책임

회사설립시에 발행한 주식으로서 설립등기 이후에도 아직 인수되지 아니한 주식이 있거나 주식인수의 청약의 취소가 있는 경우에는 발기인이 이를 공동으로 인수한 것으로 본다(동법 제321조 제1항). 이러한 책임은 과실여부와 무관한 무과실책임으로 이해되고 있으며, 공동으로 인수한 것으로 본다는 의미는 별개의 인수행위를 요하지 아니하고 발기인이 주식의 공유자가 되며 연대하여 납입책임을 진다는 의미로 해석된다.

나) 납입담보책임

회사성립 후 납입되지 아니하는 주식이 있는 경우에는 발기인은 연대하여 납입할 책임을 진다(동법 제321조 제2항). 이때의 책임도 무과실책임이고 발기인들이 납입담보책임을 이행하였다고 하여 주주가 되는 것은 아니고 주주는 여전히 주식인수인으로 해석된다.

2) 손해배상책임

발기인이 회사의 설립에 관하여 그 임무를 해태한 경우에는 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다(동법 제322조 제1항). 설립비용의 부당 지출, 현물출자의 과대평가, 가장납입 등이 주요 원인이다.

(나) 제3자에 대한 책임

발기인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 임무를 해태하면 발기인은 제3자에 대하여 연대하여 손해배상책임을 진다(동법 제322조 제2항). 책임을 지게 되는 예로는 주식청약을 허위로 기재하여 공시한 결과, 주식인수인이 피해를 입은 경우, 가장납입을 하여 회사를 설립하였음에도 이를 모르고 회사에 금원을 대여해준 회사채권자가 피해를 입은 경우 등이 있다.

(6) 설립무효

회사 설립의 무효는 소만으로 주장할 수 있고 제소권자도 주주, 이사, 감사로 한정되며 제소기간도 회사성립의 날로부터 2년으로 한정된다(동법 제328조 제1항). 설립무효판결이 확정된 경우 대세효가 있으며 그 효력은 장래에 향해서만 발생한다.

무효사유는 객관적 사유로 한정되므로 정관의 절대적 기재사항이 흠결된 경우, 인수 또는 납입의 흠결이 현저한 때, 설립경과조사를 전혀 이행하지 아니한 때, 설립등기가 무효인 때 등과 같은 사유로만 무효가 되며 발기인이나 주식인수인의 개인적인 사유만으로는 무효사유로 평가되지 아니한다.

나. 기타 종류회사의 설립

상법상 회사로 주식회사 외에 유한회사, 합명회사, 합자회사를 들 수 있는데, 사원이 회사의 채무에 대하여 어떠한 형태의 책임을 지느냐에 따라 구분되어 진다. 이하에서 간략히 살펴보기로 한다.

(1) 유한회사

유한회사란 그 구성면에서 폐쇄적인 유한책임사원으로만 이루어진 물적회사를 말한다. 유한 책임사원만으로 구성되어 회사채권자에 대하여 회사재산만이 책임재산이 된다는 점에서

물적회사로 평가되고, 반면, 소규모회사에 적합한 형태로서 고안되었으므로 인원총수의 제한(동법 제545조 제1항), 지분양도의 제한(동법 제556조)과 같은 폐쇄성이 유지된다.

(가) 설립

유한회사의 설립절차는 주식회사의 발기설립과 비슷하다. 그러나 회사설립시의 모든 사원이 발기인의 역할을 하는 것이어서 발기인이 따로 없으므로 주식회사의 경우와 달리 발기인의 특별이익도 없다.

(나) 설립시의 책임

현물출자와 재산인수에서의 재산의 실가가 정관에 정한 가격에 현저하게 부족되는 경우 회사 성립 당시의 사원은 회사에 대하여 그 부족액을 연대하여 지급할 책임이 있다(동법 제550조 제1항). 회사성립 후에 출자금액의 납입 또는 현물출자의 이행이 완료되지 아니하였음이 발견된 때에는 회사성립 당시의 사원, 이사와 감사는 회사에 대하여 그 납입되지 아니한 금액 또는 이행되지 아니한 현물의 가액을 연대하여 지급할 책임이 있다(동법 제551조 제1항). 이때 사원의 책임은 면제하지 못하지만 이사와 감사의 책임은 총사원의 동의로 면제할 수 있다(동조 제2항, 제3항).

(다) 설립의 하자

설립의 무효는 사원, 이사 및 감사에 한하여, 취소는 그 취소권이 있는 자에 한하여 회사성립의 날로부터 2년 내에 소(訴)로서 이를 주장할 수 있다(동법 제552조 제1항).

(2) 합명회사/합자회사

합명회사는 모든 사원이 회사 채권자에 대하여 직접, 연대, 무한의 책임을 부담하는 인적 회사를 말한다. 2인 이상의 무한 책임사원으로만 구성되며 회사이므로 법인이지만 그 실질은 조합에 가깝다(동법 제195조). 사원이 대외적으로 무한 책임을 지는 회사이므로 채권자를 보호하기 위한 자본구성 및 기타의 실체형성 절차가 요구되지 아니하여 사원들에 의한 정관작성(동법 제178조) 및 설립등기(동법 제172조)만으로 회사가 성립한다.

설립의 하자 있는 경우 설립 무효 및 취소의 소가 인정되고(동법 제184조), 판결의 효력에는 대세효 및 장래효가 있으며(동법 제190조), 그 무효나 취소의 원인이 특정한 사원에 한하

는 것인 때에는 다른 사원 전원의 동의로써 회사를 계속할 수 있다(동법 제194조 제1항).

합자회사는 대외적으로 직접, 연대, 무한의 책임을 지는 무한 책임사원과 직접, 연대, 유한 책임을 지는 유한 책임사원으로 구성된 인적회사로서(동법 제268조), 설립과 관련하여 원칙적으로 합명회사와 동일하나 각 사원의 무한책임 또는 유한 책임을 기재하여야 하는 점에서 차이가 있다(동법 제270조, 제271조).

2. 창업자금조달

가. 창업자 본인자금

창업시 창업 자금을 조달하는 가장 기본적인 형태는 본인의 자금을 투자하여 사업을 운영하는 것이다. 창업자 본인의 자금만을 사업을 영위하는 경우에는 창업에 따른 위험을 최소화할 수 있다는 장점이 있으나 개인적 능력에 따른 차이는 있지만 일반적으로는 투자 규모의 제한으로 사업 활동에 일정한 한계가 있을 수 있다는 단점이 있다.

나. 엔젤 투자

(1) 의의

엔젤이란 창업초기 벤처기업에 투자하는 개인과 개인들로 구성된 조합을 의미하는 것으로 벤처기업육성에관한특별조치법 등에서 엔젤투자자에 대한 각종 지원을 통하여 벤처기업에 대한 투자를 독려하고 있다.

(2) 지원내용

(가) 종합소득금액 공제⁴⁾

개인이 벤처기업에 직접 투자하거나 개인(엔젤)투자조합을 결성하여 벤처기업에 투자하는 경우 투자금액의 15%를 종합소득금액에서 공제하는 제도이다(다만, 타인의 출자지분을 양수하는 방법으로 투자하는 경우 제외).

4) 벤처기업육성에관한특별조치법 제14조, 조세특례제한법 제16조 제1항

동법에 따라 공제되기 위해서는 벤처기업에 직접 투자한 것(엔젤, 엔젤투자조합)이어야 하고, 그 대상기업은 벤처기업육성에 관한 특별조치법에 의한 벤처기업이어야 하며, 벤처기업에 5년 이상 투자를 유지하여야 한다.

(나) 주식양도차익 비과세⁵⁾

중소기업창업지원법에 의한 중소기업창업투자회사 또는 신용전문금융법에 의한 신기술사업금융업자가 다음의 경우에 해당하는 주식 또는 출자지분을 양도함으로써 발생하는 양도차익에 대하여는 법인세를 부과하지 않는다(단, 타인 소유의 주식 또는 출자지분을 매입에 의하여 취득하는 경우 제외).

- ① 중소기업창업투자회사가 중소기업창업지원법에 의한 창업자 또는 벤처기업육성에관한특별조치법 제25조의 규정에 의한 벤처기업에 출자함으로써 취득한 주식 또는 출자지분
- ② 신기술사업금융업자가 기술신용보증기금법에 의한 신기술사업자 또는 벤처기업에 출자함으로써 취득한 주식 또는 출자지분
- ③ 중소기업창업투자회사 또는 신기술사업금융업자가 제14조의 규정에 의한 중소기업창업투자조합, 신기술사업투자조합 또는 부품·소재전문투자조합을 통하여 창업자·신기술사업자 또는 벤처기업에 출자함으로써 취득한 주식 또는 출자지분

다. 정부재정자금

정부나 지방자치단체에서도 국가의 예산으로 창업, 기술개발, 생산성 향상, 자가 공장확보 등을 지원하기 위하여 재정자금을 대출하고 있다. 이러한 자금은 보통 융자금리가 저리(5.0%~8.0%)이고 기간이 비교적 장기이므로 업종별로 해당 요건을 잘 갖추어 활용하면 창업자금의 주요한 원천이 될 수 있다.

라. 벤처 캐피탈

벤처 캐피탈이란 고도의 기술력과 장래성은 있으나 경영기반이 약해 일반 금융기관으로부터 융자받기 어려운 벤처기업에 무담보 주식투자 형태로 투자하는 기업이나 그러한 기업의 자본을 말한다. 다른 금융기관의 소극적 태도와는 달리 벤처기업의 장래성과 수익성에 주목

5) 조세특례제한법 16조

하여 이에 투·융자하는 것으로, 장차 중소기업의 지식집약화의 첨병인 벤처기업이 주식을 상장할 경우 자본이익을 얻어내는 것이 목적이다.⁶⁾ 이하에서는 창투사와 신기술금융회사, 다산벤처 등에 대해 간략히 정리해보고자 한다.⁷⁾

(1) 창업투자회사

(가) 의의 및 설립요건

중소기업창업지원법에 의거 중소기업청에 등록된 상법상 주식회사로서 창업자 또는 벤처기업에 대한 투자 등을 주된 업무로 한다. 창업투자회사를 설립하려면 납입자본금이 100억 원 이상이어야 하며, 중소기업창업지원법에 의거해 산업자원부의 인가를 얻어야 한다. 중소기업창업법은 창업투자회사에 대한 지원을 통해 벤처기업을 활성화할 수 있는 방안을 마련하고 있다.

(나) 주요 업무

창업자에 대한 투자와 중소기업창업투자조합의 자금 관리, 창업 관련 상담·정보제공 및 사업 알선, 창업자로부터 위탁받은 사업의 경영 및 기술 향상을 위한 용역사업, 해외기술 알선·보급 및 해외투자, 창업자에 대한 보증 및 자금 알선, 창업자의 사업 타당성 검토를 위한 조사용역 사업, 창업보육센터 설립 운영 등이다.

(다) 투자 대상

장외시장에 등록되지 않은 법인 또는 사업 개시일로부터 7년 이내의 개인 사업자 등이지만, 농업·수렵·임업·어업·법무·보험업·금융·강습소·의료업·수의업 및 회계 관련 서비스업 등은 제외된다.

6) 자금을 지원한 후 투자대상기업이 성장·발전하면 보유주식을 매각하여 투자금을 회수하는데 벤처기업의 경영성과에 따라 큰 수익을 올리기도 하지만, 투자금을 회수할 수 없는 경우도 있다. 또한 벤처 캐피털은 은행과 같은 자금조달수단이 없기 때문에, 금융긴축 등이 발생할 경우 자금부족에 어려움을 겪을 수도 있다.

7) 현재 한국에는 한국기술개발·한국개발투자·한국기술진흥·한국기술금융 등 4개의 회사가 있으며, 이 밖에 산업은행·중소기업은행·장기신용은행 등 일부 특수은행에서도 부분적으로 업무를 수행하고 있다.

(라) 투자 방식 및 한도

투자는 주식 및 신주인수권부사채 인수, 자금대여 등의 방식을 통해 이루어지며, 창업자의 주식 또는 투자액이 자본금 총액의 50%를 초과할 수 없고, 다만 창업자가 그 사업을 영위하기 어렵다고 중소기업청장이 인정하여 승인하는 경우에는 예외로 한다.

(2) 신기술사업금융회사

(가) 의의

신기술을 개발하거나 이를 응용하여 사업화하는 중소기업자(신기술사업자)에게 투자 또는 융자를 해주는 금융회사를 의미하는바, 여신전문금융업법에 의거하여 금융감독위원회에 등록하여야 한다.

(나) 특징

사업개시일 7년 이내의 중소기업에 출자만하는 창업투자회사와는 달리 융자업무도 해줄 수 있다는 점에서 차이가 난다. 융자한도는 소요자금의 90~100%이며 상환기간은 8~10년(거치기간 3년 이내 포함)이며, 원리금 상환을 대신해 사업결과로 발생하는 매출액에 비례한 로열티를 일정기간 받는다. 사업 실패시에는 최소상환금만 지급하면 된다.

(3) 다산 벤처

다산벤처는 신기술, 지식을 실용화하고 벤처기업의 창업촉진과 성장, 발전을 지원하기 위해 벤처기업육성에관한특별조치법에 설립근거를 두고 정부와 민간이 공동 출자하여 2000년 3월 설립한 상법상의 주식회사로서 기술 발굴, 창업투자, 경영컨설팅 등 벤처기업의 창업에서 성장까지 전 과정을 일괄 지원하는 종합 지원기능을 수행하고 있다.

마. 공공기관 등을 통한 창업자금조달

창업을 하고자 하는 자는 공공기관인 중소기업청, 중소기업진흥공단 및 지방자치단체를 통하여 창업자금을 지원받을 수 있다.

(1) 중소기업청 및 중소기업진흥공단의 자금지원

(가) 목적

기술력과 사업성을 갖춘 예비창업자와 중소벤처기업을 적극 발굴, 자금을 융자하여 중소벤처기업의 창업을 촉진하고, 창업초기 중소기업을 육성함으로써 산업발전 및 고용창출을 도모하기 위함이다.

(나) 신청대상

중소기업기본법상 중소기업에 해당하고 융자제외 대상 업종에 해당하지 않는 기업이 신청 대상인바(단, 융자제외 대상 업종 업체 중 융자지원 대상 업종으로 사업전환하거나 업종을 추가하는 경우에는 신청 가능), 중소기업창업지원법시행령 제3조에 의한 사업개시일로부터 5년 미만(신청·접수일 기준)인 중소기업(창업투자회사가 투자한 기업은 사업개시일로부터 7년 미만 중소기업)이거나 창업을 준비 중인 자가 이에 해당한다.⁸⁾

(다) 신청제외대상

- ① 업종별 융자제한 부채비율(우측 참고자료 참조)을 초과하는 기업(단, 업력 3년 미만 기업, 특별경영안정사업 중 재해복구, 회생특례자금 신청기업, 간편장부대상사업자는 신청이 가능함)
- ② 거래소 및 코스닥 상장기업
- ③ 최근 2년 이내 공모 회사채를 발행한 기업
- ④ 공단 신용평가 A등급 또는 신용등급평가회사의 BBB이상 등급인 기업
- ⑤ 정책자금 융자잔액 20억 원 이상인 업체로서 감사보고서 미제출업체
- ⑥ 정책자금 융자잔액이 45억 원을 초과하는 기업(수도권을 제외한 지방소재기업은 50억 원)
- ⑦ 전국은행연합회의 “신용정보관리규약”에 따라 연체, 대위변제·대지급, 부도, 관련인, 금융질서문란, 화의·법정관리·청산절차 등의 정보가 등록 또는 해제된 사실이 게재되어 있는 자
- ⑧ 임직원의 자금횡령 등 사회적 물의를 일으킨 기업 또는 정책자금 유용 등의 사실이 있는 기업
- ⑨ 휴·폐업 중인 자

8) 지식기반서비스업종은 지식기반서비스업육성사업으로 융자를 지원받을 수 있다.

(라) 융자범위

1) 시설자금	① 생산 및 연구개발시설, 공공 S/W, 중고시설 ② 임차보증금 및 사업장 건축공사비(토지구입비 제외) ③ 사업장매입, 경·공매, 인수·합병 등을 통한 사업장 확보자금 ④ 사업장확보자금은 사업영위 필요에 따라 업체당 1회로 한정 지원
2) 운전자금	① 연구개발비용, 제품생산에 소요되는 비용 ② 기타 기업경영에 소요되는 일상경비

(마) 융자조건

융자금리(변동금리)	연 4.4%(기준금리), 업체의 신용등급 및 담보종류에 따라 차등금리 적용
융자한도	업체당 연간 20억 원 이내(단, 운전자금은 5억 원 이내)
대출기간	시설자금 : 8년 이내(거치기간 3년 포함) * 단, 중진공 신용대출시 5년 이내(거치기간 2년 포함)
	운전자금 : 5년 이내(거치기간 2년 포함) * 단, 중진공 신용대출시 3년 이내(거치기간 1년 포함)

(바) 대출방법

중소기업진흥공단에 직접 신청하여 대출을 받거나 또는 은행을 통해 대출을 받을 수 있다. 시설자금을 중소기업진흥공단에서 직접 대출받고자 할 경우에는 종합 진단을 통한 구조 고도화 실천계획의 수립이 필요하다.

(2) 지방자치단체의 자금지원(정책자금)

중소기업진흥공단에서 '93년까지 개별기업을 대상으로 지원하던 자금을 '94년부터 지방중소기업 육성자금으로 편성(정부재정 50%, 지방재정 50%), 지방재정과 연계하여 시, 도지사의 주관으로 자금을 지원한다.

(가) 지원내용

지원대상	창업자	
대출 금리	7%	
대출기간 및 지원한도	시설자금	3년 거치 5년 분할상환(8년) / 지원한도 5억 원
	운전자금	1년 거치 2년 분할상환(3년) / 지원한도 2억 원

(나) 지원절차

대부분의 시, 도에서는 창업일로부터 2년 이내인 창업자가 창업사업계획승인을 얻어 공장을 설립하는 경우 시설 및 운전자금을 동시에 융자지원 한다. 시, 도에서는 당해 연도의 창업자금 등 지원을 위해 연초(1~2월)에 계획을 수립하고 신문 등을 통해 공고를 한 후, 자금지원 신청을 접수한다(공업과, 중소기업 지원관리과).

자금지원을 받고자하는 창업자는 자금지원신청서를 관련서류를 구비 시, 도(공업과 등)에 신청한 후 시, 도에서 지정한 은행에 관련서류를 제출(저당권설정용 등)하여 자금을 융자지원 받으면 된다.

바. 은행 등을 통한 금융

벤처공급에 대한 원활한 자금공급을 위하여 중소기업 전담은행 등 에서도 창업자금 융자를 지원한다.

(1) 국민은행

융자대상	제조업, 광업, 건축 및 엔지니어링, 기타 기술서비스업, 정보처리, 기타 컴퓨터 운용관련업종을 창업하거나, 창업일로부터 3년 이내인 소규모 기업	
융자한도, 형식 및 기간	시설자금	5억 원 이내 (10년 이내의 증서대출 또는 5년 이내의 상호급부금)
	운전자금	5억 원 이내 (1년 이내의 어음대출 또는 5년 이내의 상호급부금)
적용금리	증서대출 및 어음대출: 연 9.0% (1년 초과 대출 : 9.5%)	

(2) 기업은행

용자대상	- 제조업 또는 공학관련 서비스업, 조사 및 정보관련 서비스업을 영위하기 위해 창업하거나, 창업한 후 3년 이내의 기업 - 우선지원대상: 조세감면규제법시행령 별표9에 의한 기술집약형 중소기업, 통상산업부장관이 고시한 첨단산업종, 창업보육센터에 입주한 기업, 수출품 및 수입대체 소재, 부품생산중소기업	
용자조건	대출금리	9.0~11.0%
용자한도 및 용자 비율	시설자금	5억 원 이내/ 소요자금의 80% 이내
	운전자금	2억 원 이내/ 연간 추정매출액의 1/4 이내

(3) 대동/동남은행

용자대상	새로이 창업한 기업(설립한 날로부터 1년 이내 포함)으로서 창업자가 해당 업종 또는 관련분야에서 2년 이상 종사한 경력이 있는 자로서 - 정부출연기관, 국공립연구기관 등에서 개발된 신기술을 사업화하는 자 - 우수기업의 생산직 또는 관리직에 종사하던 자가 그 기업의 부품 및 생산 공정의 일부를 전문화하여 가족노동을 중심으로 하는 업종을 사업화하는 자	
용자조건	용자비율	소요자금의 100% 이내
용자한도 및 용자기간	시설자금	1억 원/5년 이내
	운전자금	5천만 원/3년 이내

사. 신용보증제도

신용보증제도는 담보가 부족한 기업이 보유하고 있는 무형의 신용을 발굴하여 각종 채무 이행에 대하여 신용보증서를 발급하여 줌으로써 금융기관 등으로부터 원활하게 자금을 지원 받을 수 있도록 하는 제도이다.

(1) 지원 대상기업

본점과 주사업장이 서울특별시에 소재하고 현재 사업을 영위하고 있는 중소기업 등으로

신용보증제한을 받지 않는 기업(중소기업 등이라 함은 중소기업기본법 제2조에 의한 중소기업으로서 지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률 제40조의 규정에 의한 지방 중소기업육성계획에 해당되는 중소기업, 소기업, 소상공인을 말함)이 이에 해당한다.

※ 우선적 지원대상

1. 벤처기업 및 정부 또는 지방자치단체가 조성한 자료 중
 - ① 재해구호법 제2조의 규정에 의한 구호의 대상이 되는 재해의 복구를 지원하기 위한 자료
 - ② 중소기업청장 또는 시/도 지사가 지역경제의 활성화 또는 지역 특화산업의 육성을 위하여 필요하다고 인정하는 자료의 추천을 받은 중소기업
2. 서울형 신산업(애니메이션, 패션, 소프트웨어, 전통공예, 디자인)

(2) 지원조건

서울신용보증재단(보증기관)	보증규모	시설자금-시설소요자금 범위 내, 운전자금-연간매출액 1/4
	보증한도	4억 원
	보증료	보증금액의 1% 이내
기술신용보증기금(보증기관)	보증규모	시설자금-시설소요자금 범위 내, 운전자금-연간매출액 1/3~1/4
	보증한도	일반보증 30억 원, 특별보증 100억 원
	보증료	0.5%~2.0% 이내, 그 외-1.0~2.0 이내

(3) 절차

① 먼저, 보증기관과 신용보증상담을 한 후, ② 신용보증신청을 하면, ③ 신용조사를 통하여 ④ 보증심사를 한 후, ⑤ 보증서를 발급하게 된다.

아. 인터넷 주식공모

인터넷 주식공모란 회사가 유가증권을 모집, 매출하기 위해서는 금융감독원에 유가증권 신고서를 제출하여야 하나 모집금액이 10억 원 미만일 경우 유가증권신고서 제출이 면제됨을 이용하여 인터넷 상에서 공모를 하는 것을 의미한다. 벤처기업의 창의성을 존중하고 투

자자가 자기책임 아래 모든 위험을 감수한다는 것을 전제로 이루어진다.

(1) 특징

인터넷 공모는 홍보가 편리하고 비용이 저렴하며, 10억 미만의 금액으로 별다른 절차 없이(주관사도 없이) 공모를 시행하여 자본금을 모을 수 있다는 점에서 은행에서 자금을 차입하는 것보다 유리한 면이 있다. 또한, 실물시장에서는 엄두도 나지 않을 적자기업으로의 투자를 가능하게 한다는 점에서 그 이용이 증가추세에 있다.

(2) 절차

- (가) 등록법인 신청서 작성
- (나) 기업등록: 금융감독위원회에 자사를 등록하는 것
- (다) 발행조건 확정: 인터넷에 공고, 홈페이지에 주식공모란 삽입
- (라) 청약접수: 사업설명서 및 회사소개서를 청약자들의 투자판단을 위하여 작성하여 인터넷상에 공모내용과 함께 공시하며, 청약 일정에 따라 주식청약을 받는다.
- (마) 청약마감: 은행으로부터 입금자 명단 접수, 주주확정
- (바) 확정주주명단 작성 및 인터넷상에 청약 결과 공고
- (사) 주권인쇄: 확정주주에게 확인서 송부, 구비서류 확인
- (아) 환불, 등기, 감독원 신고
- (자) 주권교부

3. 사무실의 임대와 상가임대차 보호법

가. 사무실의 임대

소규모로 시작하는 벤처기업의 경우 최소의 비용으로 업무공간을 확보하는 것이 중요하다. 다음에서 저렴한 비용으로 입주할 수 있는 지원제도에 대해 알아본다.

(1) 벤처기업집적시설 지정제도

벤처기업집적시설 지정제도는 교통, 정보통신, 연구, 금융 등의 기능이 집중되어 있는 기

업경영여건이 우수한 도시에 벤처기업이 집단적으로 입주할 수 있는 공간을 확보하기 위해 민간빌딩을 벤처기업집적시설로 지정하여 각종 지원을 함으로써 벤처기업이 저렴한 비용으로 입주할 수 있도록 지원하는 제도이다.

(가) 지정요건

전용면적이 1,200㎡ 이상인 건축물(다만, 건물의 일부를 지정받고자 하는 경우에는 각 층 연면적의 100분의 50이상)이어야 하고, 집적시설로 지정받은 건축물은 지정받은 날(신축의 경우 건축물의 사용승인일)로부터 1년 이내에 다음의 요건을 갖추어야 한다.

- ① 4개 이상의 벤처기업(최소 총족요건), 지식기반산업을 영위하는 기업이 입주할 것
- ② 연면적의 70% 이상은 벤처기업, 지식기반산업을 영위하는 중소기업이 입주할 것

(나) 지정절차

지정권자	시·도지사
신청방법	벤처기업집적시설지정신청서 및 벤처기업집적시설 운영계획서를 시·도지사에게 제출
미술장식설치의무 면제	건축비의 1%(벤처법 제22조)

(다) 벤처기업집적시설에 대한 지원내용

벤처빌딩에 대한 지방세 감면	- 벤처빌딩에 대해선 취득세 및 등록세를 면제하고 재산세 및 종합토지세의 50%를 감면함
벤처빌딩에 대한 각종 부담금 면제	- 벤처빌딩에 대해선 개발부담금, 농지전용부담금, 대체조림비 및 산림전용부담금, 농지조성비, 대체초지조성비, 교통유발부담금, 과밀부담금을 면제함. - 벤처빌딩에 대해선 미술장식 설치의무를 면제함.

(라) 벤처빌딩 입주 벤처기업에 대한 혜택

입주기업에 대한 자금지원제도로써 ①지방중소기업육성자금을 통한 입주비용지원제도가 있고, ②협동화사업으로 추진할 경우 별도조건으로 자금지원이 가능하다. 한편, 벤처집적시설 내 창업기업에 대한 조세지원도 가능하다.

나. 상가건물임대차보호법

상가건물임대차보호법은 상가건물의 임대차에서 일반적 사회적·경제적 약자인 임차인을 보호함으로써 임차인들의 경제생활의 안정을 도모하기위하여 민법에 대한 특례를 규율하고 있다.

(1) 적용범위

보증금이 다음의 액수를 초과하지 않는 상가건물 임대차에 적용된다.

- ① 서울특별시 2억 4,000만 원
- ② 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역 1억 9,000만 원,
- ③ 광역시 1억 5,000만 원
- ④ 그 밖의 지역 1억 4,000만 원

(2) 대항력

상가건물의 임차인이 건물을 인도받고 부가가치세법 제5조, 소득세법 제168조 또는 법인세법 제111조의 규정에 의한 사업자등록을 신청하면 그 다음날부터 제3자에 대하여 대항력이 생긴다. 여기서 대항력이 생긴다는 의미는 자기보다 후순위의 권리자에 대하여 임차목적물을 계속 사용수익하며 인도를 거절할 수 있다는 의미이다.

(3) 우선변제권

자본규모가 영세한 중소벤처기업에게 있어 보증금의 회수는 그 어느 것보다 중요하다. 상가건물임대차보호법은 대항요건을 갖추고 관할 세무서장으로부터 임대차계약서상의 확정일자 받은 임차인은 경매나 공매시 임차한 대지를 포함한 상가건물의 매각대금에서 후순위권리자 그 밖의 채권자보다 우선하여 변제받을 권리를 가진다고 규정하고 있다.

(4) 소액임차인의 최우선 변제권

(가) 의의 및 요건

상가건물임대차보호법은 임대건물가액의 3분의 1의 범위 안에서 보증금 중 일정액을 임차

인의 순위에 관계없이 다른 담보물권자보다 우선해 변제받을 수 있는 최우선변제권을 임차인에게 인정하고 있다(법 제14조 제1항, 제3항). 임차인이 최우선변제권을 인정받기 위해서는 임대건물에 대한 경매신청의 등기 전에 임차인이 건물의 인도와 사업자등록을 신청해야 한다(동법 제14조 제1항, 제3조 제1항). 이 경우 확정일자도 요건이 아니다.

(나) 적용범위

보증금이 (1)서울특별시의 경우 4,500만 원, (2)서울특별시를 제외한 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역의 경우에는 3,900만 원, (3)군지역과 인천광역시지역을 제외한 광역시의 경우에는 3,000만 원, (4)그 밖의 지역의 경우에는 2,500만 원 이하인 임차인의 경우에 한해 최우선변제권이 인정된다(시행령 제6조). 보증금 이외에 차임이 있는 경우에는 이를 월단위로 환산한 금액에 100을 곱해 산출한 금액을 기존의 보증금에 포함시켜 계산한다(동법 제2조 제2항, 시행령 제2조 제2항, 제3항).

(다) 최우선변제되는 보증금의 범위

위 기준에 해당되는 임차인이라고 해도 보증금 전액에 대해 최우선변제를 받는 것은 아니다. 보증금 중 일정액의 범위에 한해 최우선변제권이 인정된다. 즉,

(1)서울특별시의 경우에는 1,350만 원, (2)서울특별시를 제외한 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역의 경우에는 1,170만 원, (3)군지역과 인천광역시지역을 제외한 광역시의 경우에는 900만 원, (4)그 밖의 지역의 경우에는 750만 원 이하의 범위에서만 최우선변제권이 인정된다(시행령 제7조 제1항).

임차인의 보증금 중 일정액이 상가건물 가액의 3분의 1을 초과하는 경우에는 위의 각 금액이 아니라 상가건물 가액의 3분의 1에 해당하는 금액에 한해 우선변제권이 인정된다(시행령 제7조 제2항).

4. 회사설립과 조세

가. 창업중소기업에 대한 세액감면(조세특례제한법 제6조)

2003년 12월 31일 이전에 수도권이외의 지역에서 창업한 중소기업과 창업 후 2년 이내에

벤처기업육성에관한특별조치법에 의해 중소기업청장으로부터 벤처기업을 확인받은 중소기업에 대하여 최초소득발생 과세연도와 다음 과세연도 개시일로부터 5년 내 종료하는 과세연도까지 법인세 또는 소득세를 50% 감면한다.

나. 중소기업 투자준비금 손금산입 등(동법 제4조, 제7조)

(1) 2003년 12월 31일 이전에 종료하는 과세연도까지 자본준비금을 당해 과세연도 종료일 현재의 사업용 자산 등의 가액의 20% 범위 안에서 당해 과세연도의 소득금액 계산에 있어 이를 손금에 산입한다(동법 제4조).

※ 대상설비

- ① 기계장치등 사업용 자산
- ② 전사적 기업자원 관리설비(ERP), 전자상거래설비, 판매시점정보관리시스템 설비(POS), 정보보호시스템설비

(2) 중소기업 중 감면업종을 영위하는 기업에 대하여는 2005년 12월 31이전에 종료하는 과세연도까지 당해 사업에서 발생한 소득에 대한 소득세 또는 법인세에 대하여 수도권에 있는 기업은 10%, 수도권이외의 지역에 있는 기업은 15% 감면한다(동법 제7조).

다. 연구 및 인력개발에 대한 조세지원(동법 제9조 내지 제11조)

(1) 2006년 12월 31일 이전에 종료하는 과세연도까지 연구 및 인력개발 준비금을 당해 과세연도에 다음의 비율을 곱한 범위 내에서 당해 과세연도의 소득금액 계산에 있어 이를 손금에 산입한다(동법 제9조).

- ① 대통령령이 정하는 부품소재산업, 자본재산업 및 기술집약적인 산업: 5%
- ② 그 외 산업: 3%

(2) 2006년 12월 31일 이전에 종료하는 과세연도까지 연구 및 인력 개발비에 대하여 소득공제를 적용받을 수 있다(동법 제10조).

(3) 2006년 12월 31일까지 연구 및 인력개발을 위한 시설 또는 신기술의 기업화를 위한 시설에 투자하는 경우 당해 투자 자금의 7% 상당 금액을 그 투자를 완료한 날이 속하는 과세연도의 소득세 또는 법인세에서 공제한다(동법 제11조).

라. 기술이전소득 등에 대한 과세특례(동법 제12조)

(1) 다음의 기술이전 소득에 대하여 당해 소득에 대한 소득세 또는 법인세의 50% 상당 금액을 감면한다(동조 제1항).

- ① 2005년 12월 31일까지 당해 특허권 또는 실용신안권을 양도 또는 대여함으로써 발생하는 소득
- ② 2005년 12월 31일까지 계약에 의하여 당해 기술비법을 제공함으로써 발생하는 소득
- ③ 2005년 12월 31일까지 대통령령이 정하는 기술을 기술이전촉진법에 의한 한국기술거래소 기타 대통령령이 정하는 기관을 통하여 양도·대여 또는 제공함으로써 발생하는 소득

(2) 특허권·실용신안권·기술비법 또는 기술을 2006년 12월 31일까지 취득한 경우에는 취득금액의 3%(중소기업의 경우에는 7%)에 상당하는 금액을 당해 과세연도의 소득세 또는 법인세의 10%의 범위 내에서 당해 과세연도의 소득세 또는 법인세에서 공제한다(동조 제2항).

5. 코스닥 등록

가. 코스닥 등록의 의의

코스닥 등록이란 증권업협회가 비상장법인 중 일정한 요건을 구비한 회사에 대하여 증권회사의 신청에 의하여 협회중개시장의 매매 대상으로 승인하는 행위를 말한다. 코스닥 등록을 하게 되면 성장성이 우수한 유망 중소 벤처기업에게 직접금융을 이용할 수 있는 기회를, 투자자들에게는 높은 수익률의 투자기회를 제공하는 계기가 된다.

나. 코스닥 등록 예비심사 및 주요절차

(1) 등록심사요건

(가) 등록심사 요건의 특징

코스닥 등록에 있어서는 중소벤처기업의 자금조달을 지원하기 위하여 거래소에 비하여 매우 완화된 등록요건을 요구하고 있고, 특히 벤처기업의 경우 일반기업보다 더욱 완화된 등록요건을 적용한다.

(나) 등록요건비교표

구 분	코 스 닥		거 래 소	
	일 반	벤처	일 반	벤처
업 력	3년이상	-	3년이상	좌동
자 본 금	5억 원이상	-	50억 원이상	20억
자본잠식	자본잠식없을것	-	자본잠식없을것	좌동
부채비율	평균부채 1.5배	-	평균부채 1.5배	좌동
경영성과	최근연도 경이익	-	영업, 경상, 당이익	좌동
유·무상증자	100%이하	좌동	50%이하	좌동

(2) 주요 등록 절차

(가) 예비심사 청구 전 준비사항

1) 유가증권 발행인의 등록	코스닥시장에 등록하고자 하는 법인은 금융감독위원회에 유가증권발행인 등록을 하여야 함
2) 주간사회사의 선정	적정 공보가 산정 및 발행위험을 고려한 주간사 선정이 매우 중요
3) 기업장기발전계획 등 '숙성전략' 수립	시장상황을 고려한 공모시기 및 규모, 기업성장과 관련한 장기운영 방향등에 관한 재무전략 등의 수립 및 점검
4) 정관정비 및 외부감사 수감	공모증자를 위해 필요한 정관을 정비하고 직전 사업연도에 관해 외부 감사인의 감사를 수감(거래소: 최근 3사업연도를 수감)
5) 주간사회사의 기업실사 및 유가증권 분석	기업의 본질가치 및 상대가치 산정을 위한 주간사의 due-diligence 기능 수행
6) 우리사주조합 결성 및 명의개서 대행계약 체결	공모증자의 경우 20%이내에서 자율적으로 우리사주조합에 배정 가능

(나) 등록예비심사 청구

주간사회사를 통하여 코스닥 위원회에 예비심사를 청구하여야 한다. 청구를 하게 되면 증권업협회는 청구일로부터 2월간 적격여부에 관한 심사를 하고 이를 통보한다.

다. 코스닥 등록의 효과

(1) 조세제한특례법등 세제상 혜택

- ① 양도소득세 비과세(소득세법 제94조, 동법시행령 제157조 제5항 및 제6항) 코스닥시장에 등록하기 위하여 매출하는 경우 및 코스닥시장을 통하여 양도하는 경우 양도소득세 비과세, 단, 발행주식 총수의 5% 이상을 소유한 주주가 3년내에 발행주식 총수의 1% 이상을 양도하는 경우 양도소득세는 과세대상임(증권거래소 상장기업과 동일)
- ② 배당소득세 분리과세(소득세법 제14조 제3항 및 제4항) 소액주주의 배당소득은 분리과세, 대주주는 종합과세
- ③ 상속 및 증여재산 평가시 코스닥시장 시세의 인정(상속세 및 증여세법 제63조 및 동법시행령 제53조)
- ④ 사업손실준비금 손금산입 혜택(조세특례제한법 제8조의 2)
- ⑤ 스톡옵션 행사이익 비과세(동법 제15조)

(2) 증권거래법상의 혜택

- ① 증권거래세 탄력세율 적용(증권거래세법 제8조 및 동법시행령 제5조)
코스닥시장을 통하여 주식을 양도하는 경우 1000분의 3의 증권거래세를 부과하게 된다(비등록기업의 경우에는 1000분의 5).
- ② 일반공모증자 가능(증권거래법 제189조의 3)
일반 공모증자(주주의 신주인수권을 배제하고 불특정 다수인을 대상으로 신주를 모집하는 것)가 가능하다.

(3) 의결권 없는 주식의 발행한도 확대(동법 제191조의 2)

상법상 의결권 없는 주식은 발행주식 총수의 1/4까지 발행할 수 있으나, 코스닥 등록법인 이 외국에서 발행하는 의결권 없는 주식 및 외국에서 발행한 전환사채·신주인수권부 사채

등의 권리행사로 인하여 발행하는 의결권 없는 주식은 발행한다.

(4) 사채발행한도 확대(동법 제191조의 5)

전환사채 또는 신주인수권부사채 중 주식으로의 전환 또는 신주인수권의 행사가 가능한 분에 해당하는 금액은 상법상 사채발행한도(순자산액의 4배)의 제한을 받지 않는다.

(5) 신종사채 발행 가능(동법 제19조의 4)

전환사채 및 신주인수권부사채 외에 이익참가부사채(사채의 이율에 따른 이자를 받는 외에 이익배당에도 참가할 수 있는 사채)와 교환사채(상장유가증권 또는 코스닥등록주식과의 교환을 청구할 수 있는 권리가 부여된 사채)를 발행할 수 있다.

(6) 자기주식 취득 방법 확대(동법 제189조의 2) 및 주식배당한도 확대(동법 제191조의3)

상법에서 정한 방법 외에 코스닥 시장을 통하거나 공개매수의 방법으로 자기주식을 취득할 수 있게 되어 경영권 방어, 주가관리 등이 용이해 진다. 또한 이익배당 시 이익배당 총액까지 주식으로 배당할 수 있다.

(7) 기타

코스닥 등록을 하게 되면 ①신규등록 시 불특정 다수인으로부터 공모를 통하여 자금을 조달할 수 있는 점, ②등록을 위한 공모결과 주식이 분산되어 있으므로 유상증자 시 다수의 투자자로부터 자금을 조달 할 수 있으며 주가를 참작한 발행가 결정이 용이한 점, ③경영실적, 주가 등의 기업정보가 TV, 신문, 증권기관 등의 홍보매체를 통하여 국내외 투자자에게 제공되므로 홍보효과가 크다는 점, ④홍보효과를 통해 대외적인 신인도 제고는 물론 기업의 대외진출이나 합작투자 시 신용도 제고에 유리한 점, ⑤기업의 재무내용 공시를 통해 동업종 타사와 비교가 용이하고 주가를 통해 경영실적이 객관적으로 평가받게 되어 경영합리화를 도모하게 된다는 점 등의 효과가 부수하게 된다.

Ⅲ

게임기업 내부의 법률문제

III. 게임기업 내부의 법률문제

1. 게임회사 이사의 책임

가. 책임일반

일반 회사의 경우와 마찬가지로 게임회사의 대표이사는 대외적으로 회사를 대표하고 대내적으로 업무를 집행하는 기관이다. 그러므로 대표이사의 행위는 대외적으로 회사의 행위로서 법률효과가 회사에 귀속되고, 표현대표이사의 행위 기타 외관법리에 의해 기업에 귀책사유가 있는 경우에도 법률효과는 회사 자체에 귀속한다. 대표기관의 직무에 관한 불법행위는 회사 자체의 불법행위(민법 제35조)가 되며, 상업사용인등 회사 직원의 불법행위에 대해서는 회사가 사용자책임을 진다(민법 제756조). 이하에서는 주식회사인 게임기업의 대표이사를 비롯한 이사의 법적책임에 관하여 살펴본다.

나. 회사에 대한 책임

이사는 회사에 대하여 위임계약상 수임인으로서 선량한 관리자의 주의의무(선관주의의무: 상법 제382조 제2항)와 충실의무(상법 제382조의3)를 부담하므로 채무불이행으로 인한 손해배상 책임을 지는 외에도 불법행위의 요건을 갖춘 경우에는 그에 따른 손해배상책임을 지게 된다.

나아가 상법은 광범한 권한을 갖고 있는 이사의 지위를 감안하여 민법상의 일반책임에 대한 특칙으로 “이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해배상책임을 진다”(상법 제399조 제1항)고 규정하고 있다.

(1) 책임의 원인

이사가 법령 또는 정관을 위반하거나 임무를 해태한 때에는 회사에 대하여 책임을 진다. 법령·정관에 위반한 행위도 넓게는 임무해태에 속하나 주의의무위반의 정도가 현저하므로 따로 구분한 것이다.

이사가 직무수행과 관련하여 위임계약에 따른 선량한 관리자로서의 주의의무(선관주의의무)를 게을리함으로써 회사에 손해를 가하거나 손해를 방지하지 못한 경우로서, 법령이나

정관의 개별규정에 반하지 않더라도 흔히 있을 수 있으며 회사의 업무를 집행하는 과정에서 생겨나는 일이므로 대표이사와 업무담당이사의 행위에 있어 빈번하게 일어날 수 있다.

이사가 임무를 해태한 경우의 예로는 거래의 목적물을 조사하지 않은 경우, 이사의 감독불충분으로 지배인이 회사재산을 낭비한 경우, 채권의 추심을 해태한 경우, 회사의 자산과 능력을 생각지 않고 사업에 거액을 투자하여 파탄을 초래한 경우, 이사가 다른 이사에 대한 감사의무를 게을리 한 경우 등이다. 그러나 이사가 단순히 경영상의 판단(business judgement)을 잘못된 것만으로는 임무해태로 볼 수 없다.

(2) 손해배상책임자

책임을 부담할 자는 법령이나 정관의 위반행위를 하거나 그 임무를 해태한 이사 자신이다. 주주총회나 이사회에 결의에 의해 행해졌다고 해서 이사의 임무해태가 정당화되거나 책임이 조각되는 것은 아니다. 법령·정관에 위반한 행위 또는 임무해태가 수인(數人)의 이사에 의하여 이루어진 경우에는 연대책임을 지며(상법 제399조 제1항), 감사도 책임질 경우에는 이사와 연대책임을 진다(상법 제414조 제3항).

또한 책임을 질 이사의 행위가 이사회에 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사로도 연대하여 책임을 진다(상법 제399조 제2항). 이때, 그 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정된다(상법 제399조 제3항).

이사가 이사회에 승인(상법 제398조)을 받아 자기거래를 하였으나 그 대가가 부당하여 회사에 손해가 발생한 경우에도, 책임요건이 구비되는 한 거래한 이사와 위 승인결의에 찬성한 이사들이 연대하여 손해배상의 책임을 진다.

손해배상에 대한 책임추궁은 회사가 하여야 한다. 그러나 발행주식총수의 1/100 이상의 주식을 가지고 있는 소액주주도 대표소송에 의하여 이를 추궁할 수 있다(상법 제403조).

(3) 책임의 면제와 소멸

이사의 손해배상책임은 주주 전체의 동의로 면제될 수 있다(상법 제400조). 이는 회사가 적극적·명시적으로 이사의 책임을 면제하는 방법이다. 주주 전체의 동의는 개별적인 동의도 무방하며, 이때의 주주에는 의결권이 없는 주주도 포함된다. 총주주의 동의로 면제되는 책임은 상법 제399조 소정의 책임에 한하고 민법상의 일반불법행위책임과 자본충실책임은 면제되지 않는다.

정기주주총회에서 재무제표를 승인한 때에는 이사·감사의 부정행위가 있는 경우를 제외

하고는 2년 내에 다른 결의가 없으면 이사와 감사의 책임을 면제한 것으로 본다(상법 제450조). 이러한 면책은 재무제표의 승인 당시에 불확정한 책임이더라도 재무제표로부터 알 수 있는 사항에 대하여는 포괄적으로 미친다. 그러나 민법상의 일반불법행위책임·자본충실책임은 역시 면제되지 않는다.

다. 제3자에 대한 책임

원칙적으로 이사는 회사에 대하여만 계약상·회사법상 의무를 지는 것이므로 그 의무위반은 회사에 대한 관계에서만 의무위반이 되며, 이사가 제3자와 직접 법률관계를 갖는 것도 아니다. 따라서 원칙적으로 이사 개인은 제3자에 대하여는 그 임무해태로 인한 손해배상 책임을 지지 않는다.

그러나 소유와 경영이 제대로 분리되어 있지 않고 명확한 회계처리 등이 이루어지지 않은 현실을 고려하여, 채권자나 제3자의 보호를 위해 상법 제401조는 이사가 고의나 중과실로 인하여 그의 임무를 해태한 때에는 제3자에 대하여도 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다.

라. 사실상의 이사

이사는 아니지만 실질적으로 볼 때 회사의 의사결정에 중대한 영향을 미치는 대주주는 배후에서 사실상 회사경영에 결정적인 권한 내지 영향력을 행사하는데도 불구하고 단지 법률상 이사가 아니라는 이유로 상법이 이사에게 부과하고 있는 각종의 책임에서 제외되어 있었다.

그러나 이제는 1998년에 개정된 상법 제401조의 2에 의해 배후의 실세로서 영향력을 행사하는 자들도 이사와 동일한 책임을 지는데 여기에는 다음과 같은 세 가지 유형이 있다.

① 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자(업무집행지시자, 제1항 제1호), ② 이사 명의로 회사업무를 집행한 자(업무집행대행자, 제1항 제2호), ③ 명예회장, 회장, 사장, 부사장, 기획조정실장, 전무, 상무 등 업무집행권한이 있는 것과 같은 명칭을 가지고 업무를 집행한 자(표현이사, 제1항 제3호). 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 이사는 위의 자와 연대하여 그 책임을 진다(제401조의 2 제2항).

2. 주주와의 법적 문제

가. 주주의 권리

주주가 사원의 지위에서 게임회사에 대하여 갖는 권리에는 주주의 경제적 이익의 확보를 위한 재산적 권리인 자익권(自益權)과 업무집행에 대한 행정적 권리인 공익권(共益權)이 있다.

자익권이란 주식회사인 게임기업의 투자자인 주주의 재산적 이익을 위하여 인정된 모든 개인적 권리를 말한다. 이익배당청구권, 잔여재산분배청구권, 신주인수권 등이 있는데 이러한 권리는 1주를 소유하는 주주라도 행사할 수 있는 단독주주권이다.

공익권이란 주주가 자기의 이익뿐만 아니라 게임기업의 이익을 위하여 행사하는 권리로서 회사(게임기업)에 있어서 그 발생이 예상되는 병폐적 현상의 예방과 사후구제를 위하여 인정된 권리를 말하는데, 여기에는 단독주주권인 공익권과 소수주주권인 공익권이 있다.

단독주주권에는 의결권, 총회결의 취소·무효판결청구권, 신주발행유지청구권 등이 있다. 소수주주권에는 (i) 발행주식 총수의 3/100 이상의 주식을 가진 주주에게 인정되는 소수주주권으로 주주총회소집청구권, 주주제안권, 집중투표청구권, 업무와 재산상태의 검사청구권, 이사·감사의 해임청구권 등이 있고, (ii) 1/100 이상의 주식을 가진 주주의 소수주주권으로 이사·감사의 위법행위에 대한 유지청구권, 대표소송제기권이 있으며, (iii) 10/100 이상의 주식을 가진 주주의 소수주주권으로 회사의 해산청구권, 회사정리개시청구권 등이 있다.

나. 주주대표소송

발행주식의 총수의 1/100 이상의 주식을 가진 주주는 그 이유를 기재한 서면으로 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁하는 소를 제기할 것을 청구할 수 있는데(상법 제403조 제1항, 제2항), 이때 회사가 그러한 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 않는다면 주주는 즉시 회사를 위하여 직접 소를 제기할 수 있다(동법 동조 제3항).⁹⁾ 이렇게 주주가 회사를 위하여 이사에 대한 책임을 추궁하는 소를 주주대표소송이라 한다.

이러한 주주대표소송제도는 회사가 입은 손해를 주주가 직접 나서서 회복시키는 기능을 하며, 나아가 이사가 그러한 소가 제기되는 것을 우려하여 위법·부당행위를 스스로 억제하도록 하는 경영감독의 기능을 하기도 한다.

게임기업에 관한 사건은 아니나, 유명한 (i) 제일은행 사건으로서 이철수 전(前)행장의 한

9) 그러나 주주는 이러한 30일의 경과로 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 즉시 소를 제기할 수 있다(상법 제403조 제4항).

보불법대출 사건을 이유로, (ii) 삼성전자 사건으로서 노태우 전(前)대통령에 대한 뇌물공여, 이천전지 인수, 삼성종합화학 주식 부당염가매각 등 경영전반에 대한 여러 문제를 이유로 각 회사의 주주들이 대표소송을 제기한 사건이 있다. 이 사건들에서 이사의 선관주의의무의 해석과 관련하여 경영판단의 원칙을 적용할 것인가가 문제되었다.

경영판단의 원칙이란 이사가 경영자로서 전문지식을 갖고 회사를 위하여 성실하게 한 판단이 경제상황의 변화 등으로 인해 결과적으로 회사에 손해를 주었다 하더라도 이사는 회사에 대하여 책임을 지지 않는다고 보는 원칙을 말하는데, 이는 결국 이사가 경영상의 판단을 함에 있어 회사의 능력범위 이내이고 또한 이사의 권한범위 내에서 주의를 다하여 독립적인 결정을 한 경우에 법원은 그러한 경영상의 판단에 개입하지 않거나 이사의 판단을 법원의 판단으로 대체시키는 원칙이다.

법원은 위 사건들에서 경영판단의 원칙을 배제한 것이 아니라 경영판단조차도 이루어지지 않았다는 측면에서 파악함으로써, 장차 경영판단의 원칙이 적용될 사례의 가능성을 보였다.

다. 증권관련 집단소송

유가증권의 거래과정에서 다수의 집단적인 피해가 발생한 경우 그 중 1인 또는 수인이 대당당사자로 나서서 피해자집단의 구성원 전원을 위해 수행하는 손해배상청구소송을 “증권관련집단소송”이라 한다.

증권시장에 상장된 기업의 분식회계·부실감사·허위공시·주가조작·내부자거래와 같은 각종 불법행위로 인하여 다수의 소액투자자들이 재산적 피해를 입은 경우, 현행의 소송구조로는 소액투자자들이 손해배상청구의 소를 제기하기 어려울 뿐만 아니라 다수의 중복소송으로 인하여 소송불경제가 야기될 우려가 있고, 이에 소액투자자들의 집단적 피해를 보다 효율적으로 구제할 수 있도록 함과 동시에 기업경영의 투명성을 높이려는 목적으로 2004년 1월 20일에 『증권관련 집단소송법』이 제정되어 2005년 1월 1일부터 시행되었다.

증권관련집단소송의 소는 다음의 어느 하나에 해당하는 손해배상청구에 한하여 제기할 수 있다(증권관련 집단소송법 제3조 제1항).

- ① 증권거래법 제14조의 규정에 의한 손해배상청구
- ② 증권거래법 제186조의 5의 규정에 의하여 사업보고서·반기보고서 및 분기보고서에 준용되는 동법 제14조의 규정에 의한 손해배상청구
- ③ 증권거래법 제188조의 3 또는 제188조의 5의 규정에 의한 손해배상청구
- ④ 증권거래법 제197조의 규정에 의한 손해배상청구

다만 그러한 손해배상청구는 주권상장법인(증권거래법 제2조 제13항 제3호 참조)이나 협회등록법인(증권거래법 제2조 제15항 참조)이 발행한 유가증권의 거래로 인한 것이어야 한다(증권관련 집단소송법 제3조 제2항). 증권관련집단소송은 피고의 보통재판적 소재지를 관할하는 지방법원의 본원 합의부가 전속관할을 갖는다(증권관련 집단소송법 제4조).

3. 임직원과의 분쟁

가. 성희롱

‘직장내 성희롱’이라 함은 사업주, 상급자 또는 근로자가 직장내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말한다(남녀고용평등법 제2조 제2항).

사업주, 상급자 또는 근로자는 직장내 성희롱을 해서는 안 되며(동법 제12조), 또한 사업주는 직장내 성희롱의 예방을 위한 교육을 실시하여야 한다(동법 제13조 제1항). 다만, 사업주는 그러한 예방교육을 노동부장관이 지정하는 기관에 위탁하여 실시할 수 있다(동법 제13조 제2항).

직장내 성희롱의 발생이 확인된 경우, 사업주는 그 행위자에 대하여 지체없이 징계 기타 이에 준하는 조치를 취하여야 한다(동법 제14조 제1항). 반면, 사업주는 해당 피해근로자에게 해고 등의 불이익한 조치를 취해서는 안 된다(동법 제14조 제2항). 이에 관한 고충의 신고를 받은 때에는 사업주는 사업장 내에 설치된 고충처리기관에서 우선적으로 자율적 해결을 하도록 할 수 있다(동법 제25조). 그리고 근로자 또는 근로자가 속한 사업장의 노동조합과 당해 사업주의 쌍방 또는 일방은 고용평등위원회에 조정을 신청할 수도 있다(동법 제25조).

나. 차별대우

사용자는 근로자에 대하여 성별, 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다(근로기준법 제5조). 여기의 근로조건이라 함은 근로계약관계에 있어서 근로자에 대한 대우 일체를 말한다.

근로자가 여성임을 이유로 차별대우하는 경우에는 남녀고용평등법이 아울러 적용되는데, 이에 의하면, 사업주는 근로자의 모집 및 채용에 있어서 남녀를 차별해서는 안 되고, 특히, 여성

근로자를 모집·채용함에 있어서 해당 직무의 수행에 필요로 하지 않는 용모·키·체중 등의 신체적 조건, 미혼조건 등의 조건을 제시하거나 요구해서는 안 된다(남녀고용평등법 제7조).

또한 사업주는 동일한 사업내의 동일가치의 노동에 대하여 남녀를 가리지 않고 동일한 임금을 지급하여야 하고(동법 제8조 제1항), 임금 외에 근로자의 생활을 보조하기 위한 금품의 지급 또는 자금의 융자 등 복리후생에 있어서 남녀차별을 해서는 안 되며(동법 제9조), 근로자의 교육·배치 및 승진에 있어서 남녀차별을 해서는 안 된다(동법 제10조).

다. 해고

해고는 사용자의 일방적인 근로계약의 종료사유이다. 근로기준법은 근로자의 보호를 위해 해고의 사유에 정당한 이유를 요구하고 있다(근로기준법 제30조 제1항).

무엇이 정당한 이유인가는 근로기준법이 구체적으로 정하고 있지 않다. 현실적으로는 취업규칙이나 단체협약 내에 해고의 정당한 이유가 규정되는 것이 보통이나, 취업규칙이나 단체협약에 규정된 이유라고 해서 모두가 정당한 것은 아니므로 정당한 이유에 대한 평가가 이루어져야 한다.

정당한 이유의 일반적인 내용은 해당 근로자와 사용자 사이의 근로관계를 계속 유지할 수 없을 정도의 이유, 다시 말해, 해당 근로자와의 근로관계의 유지를 사용자에게 더 이상 기대할 수 없을 정도의 이유를 말한다. 근로자의 질병을 예로 들면 사용자에게 근로계약상의 근로자에 대한 배려의무가 있으므로 적절한 치료로 상당한 기간 내에 정상적인 근무가 가능하다면 질병을 이유로 해고할 수는 없다.

사용자는 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합에 대하여 해고를 하고자 하는 날의 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다(동법 제31조). 사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일간 또는 산전·산후의 여성이 근로기준법에 의하여 휴업한 기간과 그 후 30일間は 해고하지 못한다(동법 제30조 제2항).

사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함한다)하고자 할 때에는 적어도 30일 전에 그 예고를 하여야 하며, 30일 전에 예고를 하지 않은 때에는 30일분 이상의 통상 임금을 지급하여야 한다(근로기준법 제32조). 사용자가 근로자를 정당한 이유없이 해고한 때에는 당해 근로자는 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다(근로기준법 제33조).

라. 퇴직금

사용자는 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로서 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다.

퇴직금제도를 설정함에 있어서 하나의 사업내에 차등제도를 두어서는 안 된다. 퇴직금 중간정산제도 시행되고 있다(근로기준법 제34조 제3항). 퇴직금을 포함하는 연봉제를 채택하여 퇴직금지급의무를 면할 수 있다.

4. 영업비밀침해

가. 영업비밀의 개념

오늘날 이른바 무한경쟁시대를 맞이하여 기업이 보유한 기술상 또는 경영상 정보는 그 기업의 경쟁력을 가늠할 수 있는 중요한 척도로 부각되고 있다. 영업비밀이 무엇인지는 국가마다 조금씩 상이하지만 대체로 기업이 시장에서 경쟁상의 우위를 확보하기 위하여 스스로 개발하고 비밀로서 보유한 기술정보(예컨대, 생산/제조공정, 제조방법, 설계도, 실험자료 등)와 경영정보(예컨대, 시장조사정보, 고객리스트, 영업매뉴얼, 마케팅전략, 자금조달계획, 설비투자계획, 조직관리기법, 영업전략, 사업계획자료 등)로서 독립된 경제적 가치를 가지며, 공연히 알려져 있지 않고 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되는 정보를 말한다.

우리 『부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률』에 의하면, “영업비밀”이라 함은 공연히 알려져 있지 않고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다(제2조 제2호).

나. 영업비밀보호제도의 목적과 기능

영업비밀보호제도는 기업이 경쟁상의 우위를 확보하기 위하여 많은 인적·물적 비용과 시간을 투입하여 개발·축적한 재산적 정보를 타인의 침해행위로부터 보호하여 건전한 거래질서를 형성·유지하는 데 기본목적이 있다. 이를 통해 영업비밀보유자에게 개발의욕을 고취시켜 연구·개발활동을 촉진하게 되며, 나아가 특허권이나 저작권으로 보호받기가 어려운 기술적·경영적 정보(예컨대, 노하우(knowhow))나 영업상의 아이디어 등도 법적으로 보호

받을 수 있게 됨으로써 간접적으로 특허법·저작권법 등 협의의 지적재산권법을 보완하는 기능을 수행한다.

다. 영업비밀의 요건

법률상 보호되는 영업비밀이 되기 위해서는 당해 정보가

- (i) 공연히 알려져 있지 않은 것이어야 하고,
- (ii) 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있는 것이어야 하며,
- (iii) 생산방법, 판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보이어야 한다.

‘공연히 알려져 있지 않은 정보’란 불특정다수인이 알고 있거나 또는 알 수 있는 상태에 있지 않은 정보를 말한다. ‘상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있는 정보’인지 여부는 구체적인 상황에 따라서 개별적으로 판단되어야 할 것이나, 일반적으로, (i) 당해 정보에 대한 접근을 인적·물리적·공간적으로 제한하고 있는 경우, (ii) 당해 정보에 비밀표시를 하여 그것이 영업비밀이라는 사실을 밝히고 있는 경우, (iii) 당해 정보에 접근하는 자에게 비밀준수의무를 부과하고 있는 경우에는 그러한 정보임이 긍정될 것이다.

‘기술상 또는 경영상으로 유용한 정보’이어야 한다는 것과 관련하여서는 비록 현실적으로 사용되고 있지 않다 하더라도 장래에 경제적 가치를 발휘할 가능성이 있는 정보(잠재적으로 유용한 정보)와 경쟁회사의 제품개발스케줄, 판매스케줄 등과 같이 그 자체는 직접 생산방법·판매방법 등의 영업활동에 이용되지는 않지만 알고 있으면 경쟁상 매우 유리한 정보(간접적으로 유리한 정보)도 유용성이 있다고 할 수 있다.

또한, 과거에 실패한 연구데이터와 같은 정보(negative information)도 실패한 내용을 반복하지 않고 그 실험을 생략해서 연구개발비를 절약하는 것 등에 의해 기업활동의 효율을 높이기 때문에 유용성이 있다고 할 수 있다.

라. 영업비밀침해행위

“영업비밀침해행위”는 (i) 절취·기망·협박 기타 부정한 수단으로 영업비밀을 취득(이를 ‘부정취득’이라 한다)한다거나, 그렇게 부정취득한 영업비밀을 사용 또는 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다. 이하 같다)한다거나, (ii) 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 영업비밀을 취득한다거나, 그렇게 취득한 영업비

밀을 사용 또는 공개한다거나, (iii) 영업비밀유지의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 영업비밀보유자에게 손해를 가할 목적으로 영업비밀을 사용 또는 공개한다거나, (iv) 이렇게 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 영업비밀을 취득한다거나 그렇게 취득한 영업비밀을 사용 또는 공개하는 등의 행위를 말한다.¹⁰⁾

금전으로 유인하여 임직원을 매수함으로써 영업비밀을 넘겨받는 행위나 고액의 급여를 주고 직위를 올려주겠다는 조건으로 임직원을 스카우트하는 행위도 영업비밀의 부정취득행위에 해당할 수 있다. 그렇게 부정취득한 영업비밀을 제조 또는 영업활동 등에 직접 사용하는 행위나 연구개발이나 영업활동을 함에 있어 참고로 하는 행위는 영업비밀의 사용행위에 해당하며, 부정취득한 영업비밀을 제3자에게 매각 또는 라이선스계약 등의 방법으로 공개하는 행위는 영업비밀의 공개행위에 해당한다. 이러한 “공개”의 개념은 불특정다수인에게 일반적으로 알리는 행위뿐만 아니라 비밀을 유지하면서 소수의 특정인에게 알리는 행위도 포함한다.

기업의 임직원과 같이 비밀유지의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 영업비밀보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위도 금지됨은 물론이다. 이때 그러한 임직원이 재직중에 있는지 아니면 퇴직후인지는 묻지 않는다. 또한 계약을 통해 영업비밀을 적법하게 취득한 자가 영업비밀보유자와의 신뢰관계를 배반하여 영업비밀을 부정사용·공개하는 행위도 금지되며, 이때 그러한 계약이 만료되기 전인지 후인지를 묻지 않는다.

이미 부정하게 공개된 영업비밀의 취득, 사용, 공개하는 행위도 금지되는데, 이때에는 당해 영업비밀이 부정하게 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위이어야 한다(동법 제2조 제3호 마목). 나아가 영업비밀을 취득한 후에 비로소 그 영업비밀이 부정하게 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위도 금지된다(법 제2조 제3호 바목). 이는 부정한 행위에 의해 공개된 영업비밀에 대해 사후적으로 관여하는 것을 금지하려는 것이다.

그러나 영업비밀을 취득할 당시에 그 영업비밀이 부정하게 공개된 사실 또는 영업비밀의 부정취득행위나 부정공개행위가 개입된 사실을 중대한 과실없이 알지 못하고 그 영업비밀을 취득한 자가 그 거래(예컨대, 매매계약, 라이선스계약 등)에 의하여 허용된 범위 내에서 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위에 대해서는 금지청구권, 예방청구권, 손해배상청구권, 신용회복청구권 등의 규정이 적용되지 않는다(동법 제13조). 이는 영업비밀에 관한 거래의 안전성을 확보하기 위하여 마련된 특칙이다.

10) 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조 제3호

마. 구제수단

(1) 민사적 구제

영업비밀보유자인 게임기업은 영업비밀침해행위를 하거나 하고자 하는 자에 대하여 그러한 행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 때에는 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있으며, 이때, 그러한 침해행위를 조성한 물건의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거 기타 침해행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 청구할 수 있다(부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제10조).¹¹⁾

또한 고의 또는 과실에 의한 침해행위로 영업비밀보유자인 게임기업의 영업상 이익을 침해하여 손해를 가한 자에 대해서는 손해배상을 청구할 수 있고(동법 제11조),¹²⁾ 침해행위로 게임기업의 영업상의 신용을 실추하게 한 자에 대하여 손해배상에 갈음하여, 혹은 손해배상과 함께, 영업상의 신용회복을 위하여 필요한 조치를 명할 것을 법원에 청구할 수도 있다(동법 제12조).

이렇게 『부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률』은 영업비밀침해행위를 민법상의 불법행위의 특수한 형태인 부정경쟁행위의 한 유형으로 다루어, 민사적 구제수단으로서 침해금지 청구권, 침해예방청구권, 침해행위결과물 등의 폐기·제거청구권, 손해배상청구권, 신용회복청구권 등을 인정하고 있다.

침해금지·예방청구의 내용은 일정한 제품의 생산을 일정기간 중지시키거나 완성제품의 배포·판매를 하지 못하게 함과 아울러 침해행위를 조성한 물건의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거 기타 침해행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다. 침해금지·예방의 기간은 당해 영업비밀침해가 없었더라면 영업비밀보유자가 침해자에 대하여 경쟁상의 우위를 지킬 수 있는 기간 또는 침해자의 독자적인 기술개발에 소요되는 기간 등이 될 수 있다.

(2) 형사적 제재

누구든지(게임기업의 내부자인 현직 또는 전직 임직원 포함) 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설한

11) 이러한 침해행위금지·예방청구권의 소멸시효는 영업비밀보유자인 게임기업이 그 침해행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 사실 및 침해행위자를 안 날부터 3년, 그 침해행위가 시작된 날부터 10년이다(동법 제14조).

12) 나아가 동법은 제14조의2에 손해액추정규정을 두고 있다.

자는 5년 이하의 징역 또는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처해지며(동법 제18조 제2항), 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알고 제3자에게 누설한 자는 7년 이하의 징역 또는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처해진다(동법 제18조 제1항). 그 미수범도 처벌되며(동법 제18조의2), 그 예비 또는 음모를 자도 같다(동법 제18조의3). 나아가 동법 제19조에서는 양벌규정을 두어, 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제18조 제1항 내지 제3항에 해당하는 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 규정에 의한 벌금형을 과한다.

5. 임직원의 형사책임

가. 회사재산의 임의처분에 대한 책임

형법 제356조는 업무상 배임죄를 규정하는 데, 그에 의하면 타인의 사무를 처리하는 자가 업무상의 임무에 위배하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에는 5년 이하의 징역이나 1,500만 원 이하의 벌금을 받을 수 있다. 나아가 상법 제622조는 회사의 이사 기타 임원 등의 특별배임죄를 규정하는데, 그에 의하면 회사의 업무집행사원이나 이사, 감사, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 10년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금을 받을 수 있다.

예컨대 대표이사가 회사의 중요재산이 아닌 일부의 재산을 처분하여 자신의 보너스로 가져가는 것은 이사의 보수가 주주총회의 결의를 거쳐 정하도록 하는 절차를 회피하는 것에 해당하는 임무배임행위라 할 수 있고, 분식회계로써 실제이익보다 과대하게 이익계상을 하여 나오는 자금을 임원들에게 보너스로 분배하는 등 회사의 재산을 방만하게 지출하는 경우에 상법상의 특별배임죄로 될 수가 있을 것이다.

나. 투기행위

시장가격의 변동으로 생기는 차액을 쟁길 목적으로 거래하는 행위를 이른바 투기행위라

하는데, 상법 제625조는 회사의 영업범위 외에서 투기행위를 하기 위하여 회사재산을 처분한 때에는 회사재산을 위태롭게 하는 죄를 몰어 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

다. 비자금조성행위

널리 임직원의 로비자금, 접대비, 판공비 등으로서 공공연하게 지출할 수 없는 금원을 기업의 비자금이라 하는데, 기업은 이러한 비자금이 비용으로 지출되었음에도 그 용처를 밝힐 수가 없어 장부를 허위로 작성하는 등의 방법으로 비자금을 은밀하게 조성, 관리, 지출한다.

그러한 회계장부 불실기재행위는 먼저 상법 제635조 제9호에 의하여 과태료에 처할 행위에 해당한다. 나아가 비자금의 액수나 어느 정도 고액이고 또한 그 용처가 구체적으로 밝혀지지 않는 경우에는 업무상 횡령죄 혹은 배임죄가 성립할 수 있을 것인데, 특히, 비자금을 영업상 전혀 도움이 되지 않는 교제비로 지출한다거나, 임직원의 사적 용도로 무익하게 사용되는 경우에는 업무상횡령죄가 성립될 수 있고, 회사의 규모와 영업실적에 비추어 일정한 정도를 넘는 과도한 임원상여금으로 지출된 경우에는 특별배임죄가 성립될 수 있다.

라. 법령·정관등에 위배되는 행위

단순히 법령·정관에 반하는 행위가 있다는 것만으로 배임죄가 성립되는 것은 아니다. 그러한 행위가 실질적으로 회사에게 불이익한 행위인지 여부를 보아할 것이기 때문이다. 예를 들어, 법령·정관에 반하여 이사회에 승인을 받지 않고서 자기거래를 했더라도 그러한 거래행위가 회사에게 실질적으로 불이익한 거래가 아닌 경우에는 배임죄가 성립되지 않는다. 그러나 회사에게 손해되는 당해 위배행위가 통상의 업무집행의 범위를 일탈하는 것인 때에는 배임죄가 성립될 수 있다.

IV

게임기업의 대외적 법률문제

IV. 게임기업의 대외적 법률문제

게임기업의 대외적 법률문제는 게임기업가 운영하는 영업의 유형에 따라 다르게 나타난다. 기본적으로는, 게임개발에 대한 투자관계, 게임개발자와 퍼블리싱사업자의 관계, 퍼블리싱사업자와 게임서비스제공자의 관계, 게임서비스제공자와 이용자간의 관계 등으로 나누어 볼 수 있다.

그러나 퍼블리싱사업자가 투자자로서 게임개발자와 함께 게임서비스제공자가 되는 복합적 형태의 법률관계를 가지는 경우도 있다.

게임기업을 운영하면서 발생하는 대외적 법률문제는 계약관계를 중심으로 이루어지는 민사법적 법률관계뿐만 아니라 다양한 특별법에 의한 법률관계, 국제관계에 의한 문제도 발생한다. 특히 지적재산권의 보호문제, 해외수출관계, M&A 등도 게임업에서 발생하는 주요한 대외적 법률문제라고 할 수 있다. 이러한 분야에 관하여는 별도로 분리하여 자세히 설명하기로 한다.

1. 게임투자자와 게임개발자간의 계약관계

가. 게임개발계약의 기본형태와 특징

게임투자자가 동업적 의미로 개발계약을 체결하는 경우에는 게임투자자와 게임개발자는 개발결과물에 대한 대가의 지급관계가 아니라 개발결과물에 의한 사업을 목적으로 한 계약관계이다. 이 경우에 계약의 핵심내용은, 동업의 목적, 대외적인 법률관계의 대표선정, 투자자와 개발자의 역할분담, 지분비율 및 수익배분의 원칙, 비용 등의 지출에 관한 내부적 의사결정구조, 추가투자 및 투자철회에 관한 방법, 손해에 대한 부담, 개발된 권리의 귀속 관계 등이 될 것이다.

그러나 게임투자자가 일정한 게임물의 개발을 위하여 발주하는 형태의 계약관계는 게임발주자와 게임개발자 간에 게임개발을 위하여 체결되는 계약의 형태로서 게임개발계약이라고 한다. 계약의 기본적인 내용은, 게임개발자는 일정한 게임관련 개발결과물을 제공하기로 약정하고 게임발주자는 보수를 지급하기로 약정하는 것을 주요한 내용으로 한다. 개발결과물에 대한 대가의 지급이라는 본질로 볼 때 게임개발계약은 도급계약과 유사한 법적 특성을 가진다고 할 것이다.

전통적으로 도급계약¹³⁾은 보수의 대가로 건물의 완성 등 유형의 결과물을 목적으로 체결되는 것이 일반적이지만 최근의 IT산업에 관련하여 체결되는 도급의 형태는 완성할 일의 목적이 무형적인 산물(개발결과물 등)로 나타나고 있다. 현대사회의 산업, 특히 게임관련 산업은 급속히 발전하는 전자정보산업과 온라인환경의 변화속에서 무한히 다양하게 분화·전문화되고 있기에 자신의 영업활동과 관련하여 필요한 물적·인적 자원을 모두 확보하는 것보다는 일정한 보수를 지급하고 필요한 전문적 결과물을 공급받는 것이 더 효율적일 것이다.

일반의 도급계약과의 차이점은 게임개발계약에서 게임개발자가 부담하는 일의 내용이 상당히 포괄적이고 지속적인 경우가 많다는 점이다. 게임개발계약이 체결된 때에 일반적으로 게임개발자는 게임발주자가 제시하는 게임프로젝트에 대하여 이에 필요한 하드웨어와 소프트웨어를 총괄적으로 개발하여 그 결과물을 제공하여야 할뿐만 아니라 추가적인 업그레이드 등의 의무를 부담하기 때문이다.

이러한 점은 게임개발과정에서의 게임개발자의 성실의무, 게임발주자의 간섭에 의한 개발 결과물에 대한 책임문제를 야기할 가능성이 매우 높다.

나. 게임개발계약의 내용

(1) 게임개발자의 의무

(가) 게임개발내용의 포괄성과 게임개발자의 성실의무

게임발주자가 게임프로젝트로 실현하려는 내용은 포괄적으로 제시된다는 점에서 게임개발자의 전문성과 결합하는 경우에 게임개발자의 노력에 따라 결과물의 형태가 변화될 가능성이 매우 높다. 이러한 점은 게임개발자에게 게임개발을 위한 고도의 전문적인 성실의무가 인정된다(민법 제2조 제1항).

(나) 일의 완성의무와 개발실패의 위험부담

도급의 법리에 의하면, 개발자는 오직 계약으로 정한 내용의 일을 완성을 의무만을 부담한다. 그러므로 일의 완성을 위한 착수시기 또는 과정은 전적으로 수급인의 문제이며 도급인의 지시를 받을 의무는 없다. 일의 완성에 필요한 노무의 활용도 일의 성질 또는 특약에 의하여 개발자 자신만이 제공하여야 하는 것으로 정한 경우가 아니면 제3자를 사용하는 것

13) 민법상의 도급계약이란 당사자 일방이 어느 일을 완성을 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립되는 계약을 말한다(민법 제664조 이하 참조).

도 무방하다.

그러나 게임개발계약의 특성상 재료나 개발자의 노력에 차이를 일으키지 않는 한 특약이 없더라도 발주자는 개발자에게 적당한 지시를 할 수 있다고 보아야 한다. 개발된 게임물은 원칙적으로 발주자에게 귀속된다는 점에서 결과물의 완성과정에 개발자의 상당한 간섭을 허용하는 것이 타당할 것이다.

다만, 그 지시가 부적당한 것이라고 판단된 때에는 개발자는 그 부적당함을 지적, 주의를 줄 의무가 있고, 이러한 고지의무를 게을리 한 때에는 그 지시에 따랐다고 하더라도 지시에 기인하여 발생된 하자에 관하여는 개발자가 책임을 부담하여야 한다. 개발자는 게임개발에 관하여 전문적 지식을 가지고 있는 자라는 점에서 고지의무를 부담하는 것이 신의성실의 원칙상 타당할 것이다.

게임개발계약에 따른 개발이 불가능하게 된 경우에는, 발주자에게 책임있는 사유가 존재하지 않는 한 쌍무계약의 법리에 따라 개발자는 보수를 청구하지 못한다(채무자위험부담주의: 민법 제537조). 이미 수령한 보수가 있는 때에는 반환하여야 할 것이다.

게임개발과정에서 기존의 저작물을 이용하여 게임을 개발하는 경우에 원저작자의 사용허락계약을 체결하여 사용허락의 범위, 기간, 조건을 명확히 하지 아니하면 저작권분쟁이 발생될 수 있다. 특히, 발주자와 분쟁이 되어 개발자가 발주자에 대한 책임이 발생될 수 있다는 점도 주의하여야 한다.

(다) 개발기간의 준수와 예외

개발자는 계약에 의하여 정한 기간을 준수하여야 한다. 기간을 정하지 아니한 때에는 사회일반의 통념상 개발에 필요한 상당기간 내에 개발을 완료하여야 한다고 할 것이다.

그러나 게임개발계약은 단순한 물적 산물의 완성이 아니라 지적 활동에 의한 결과물을 완성하는 것을 내용으로 하기에 개발과정에서 예측하지 못한 문제로 인하여 개발이 지연될 수 있는 특성을 가진다. 그러므로 개발자가 개발기간을 준수할 수 없는 부득이한 사정이 존재할 때에는 신의성실의 원칙상 상당한 기간의 연장을 허용하여야 할 것이다. 부득이한 사정은 게임프로젝트 자체와 관련된 사정이어야 하고 입증책임은 개발자에게 있다고 본다.

(라) 개발결과물의 이전

완성된 개발결과물은 발주자에게 인도하여야 한다. 그 목적물의 인도와 보수의 지급은 동시이행관계이다(민법 제665조 제1항 본문).

한편, 완성된 개발결과물에 대한 권리(지적재산권 포함)가 인도전에도 발주자에게 귀속하는가의 문제는 매우 중요하다. 도급의 법리에 의한다면, 발주자가 개발을 위한 재료 및 보수의 전부 또는 상당부분을 지급받은 경우에 완성된 목적물에 대한 권리는 특약이 없는 한 원시적으로 발주자에게 귀속한다고 보아야 할 것이다.¹⁴⁾ 개발자가 발주자로부터 재료 및 보수의 전부 또는 상당부분을 지급받으면서 목적물을 완성하였다면 발주자에게 속한 개발결과물을 완성한다는 당사자의 의사가 있었다고 해석하는 것이 타당하기 때문이다.

목적물이 발주자의 권리에 속한 경우에는 수급인은 보수의 지급을 받을 때까지 유치권을 가진다(민법 제320조 참조).¹⁵⁾

개발결과물에 대한 권리의 귀속시기는 개발의 완성도가 권리객체로서의 독립성을 가지는 때부터 발주자에게 귀속한다고 보는 것이 당사자의 의사에 합치된다고 본다.

(마) 하자(흠)의 담보책임

게임개발계약은 유상계약의 일종이라는 점에서 개발결과물에 하자(흠)가 있는 경우에는, 그 개발자는 원칙적으로 귀책사유의 존재여부를 불문하고 완전한 개발결과물의 제공 또는 손해배상 등의 일정한 담보책임을 부담하여야 한다.

담보책임은 보수에 상응하는 대가적 급부의 완성책임이기 때문에 원칙적으로 개발자의 책임여부와 무관하게 발생된다.

1) 하자보수의무

완성된 개발물 또는 완성 전이라도 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 발주자는 개발자에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. 그러나 하자가 중요하지 않고 하자의 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 하자보수에 갈음하여 손해배상만을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.¹⁶⁾

완성된 개발물의 하자로 인하여 개발계약의 목적을 달성할 수 없을 때에는 발주자는 계약을 해제할 수 있다. 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우로는 하자가 중대하여 보수가 불가능한 경우, 보수가 가능하더라도 상당기간 이상의 보수기간이 필요한 경우 등을 들 수 있

14) 대판 1962.7.5, 4292 민상 876 참조; 지급받지 않은 경우의 판례로는, 대판 1980.7.8, 80다1014 참조.

15) 유치권에서 유치물은 물건 또는 유가증권에 한한다. 그러므로 프로그램은 유치물이 될 수 없는 것이지만 프로그램 자체가 개발결과물인 하드웨어 등 동산에 포함되어 있다는 점에서 프로그램도 사실상 유치되는 결과가 될 것이다.

16) 이 경우에 통상의 손해는 특별한 사정이 없는 한 하자없이 완성하였을 경우의 목적물교환가치와 하자있는 현재의 상태로 교환가치와의 차액이 될 것이며, 그 차액의 산출이 현실적으로 불가능할 경우에는 하자없이 완성하였을 경우에 개발비용과 하자있는 상태로의 개발비용의 차액이 될 것이다.

다. 이 경우에 발주자가 손해배상을 청구할 수 있는가에 대하여는 개발자의 귀책사유가 존재한다면 원칙에 따라 허용되어야 할 것이다.

게임개발계약은 지적 산물의 개발이기 때문에 하자에 관하여 구체적으로 계약서에 명시하는 것이 바람직하다. 특히, 하자보증업무기간 및 업무수행방법, 하자수리에 따른 비용의 부담관계 등을 명시할 필요가 있을 것이다.

2) 담보책임의 감면

개발물의 하자가 발주자가 제공한 재료 또는 발주자의 지시에 기인한 때에는 개발자의 담보책임은 면책된다고 본다. 그러므로 하자의 존재에도 불구하고 발주자는 보수청구 또는 손해배상청구를 할 수 없으며 계약해제권도 발생하지 아니한다.

그러나 개발자가 그 재료 또는 지시의 부적당한 것을 알면서도 이를 발주자에게 고지하지 않은 경우에는 면책되지 아니한다. 이 경우에는 당사자가 담보책임의 감면특약을 한 때에도 면책되지 않는다고 보아야 한다.

개발자의 담보책임은 당사자의 특약에 의하여 배제할 수 있다. 그러나 개발자가 부적당한 재료 또는 발주자의 지시사실을 알면서도 고지하지 않은 경우에는 면책특약의 효력을 부인하는 것이 신의성실의 원칙칙상 타당하다고 볼 것이다.

3) 담보책임의 존속기간

개발자의 담보책임이 인정되는 기간은 유상계약관계의 일반이론에 비추어 본다면 개발결과물의 인도후 6월이다. 다만, 도급계약관계의 일반이론에 비추어 본다면 인도를 한 날로부터 1년이 될 것이다(민법 제670조 제1항).

그러나 게임개발계약이 도급계약의 일종으로 이해되지만 담보책임기간이 하자발생의 판단기간이라고 볼 때 게임개발물의 특성상 유상계약의 일반이론에 따라 6월로 이해하는 것이 타당할 것으로 본다. 특약에 의하여 기간을 달리 정할 수 있다.

(2) 게임발주자의 의무

(가) 개발비(보수)의 지급

게임발주자는 개발자에 대하여 개발대가(보수)를 지급할 의무가 있다. 보수는 개발계약을 체결할 때에 그 액을 정하는 것이 보통이지만, 기산액을 정할 뿐인 경우 또는 액을 정하지

않는 경우도 있을 것이다.

게임물의 개발비는 계약에 의하여 약정되면서도 개발과정에서 개발형태나 개발에 관련된 기기조달 등 게임물개발의 특성상 불가피한 사정의 변동으로 인하여 합리적이지 못하게 될 경우가 발생할 가능성이 높다. 이러한 점에서 개발비의 재산정에 관한 약정이 필요할 것이다.

보수의 지급시기는 후급을 원칙이며 개발결과물의 인도와 동시에 지급하여야 한다. 그러나 당사자의 약정이 있으면 그 약정시기에 의하고 약정이 없는 때에는 관습에 의한다. 특약에 의하여 선급 또는 분할급으로 할 수도 있다.

게임개발자가 개발결과물을 완성하기 전에 발주자가 개발의 완성을 필요로 하지 않는 사정이 발생한 때에는 사정변경의 원칙에 따라 개발자의 손해를 배상하면서 계약을 해제할 수 있다고 보아야 한다. 발주자가 파산선고를 받은 때에도 파산관재인 또는 게임개발자는 계약을 해제할 수 있다고 할 것이다. 개발자의 보수청구권이 정상적으로 이행될 수 없는 상태이고, 발주자도 게임개발의 완성을 필요로 하지 않기 때문이다. 다만 개발자는 완성된 부분에 대한 보수 및 보수에 포함되지 아니한 비용에 대하여 파산재단의 배당에 가입할 수 있을 것이다.

(나) 지시에 따른 책임

게임발주자가 게임개발과정에서 직접 재료를 제공하거나 구체적으로 지시한 때에는 그 내용에 대하여 개발자가 부적당한 것을 알면서도 이를 발주자에게 고지하지 않은 경우를 제외하고는 그 결과로 인하여 발생한 손해에 대하여는 개발자에게 책임을 묻지 못한다.

(다) 불가피한 사유에 의한 증가비용의 부담

게임개발계약에 따라 개발작업의 진행중에 발생하는 비용의 증감은 원칙적으로 개발자의 문제이고 발주자는 개발결과물에 대하여 약정한 보수의 지급의무를 부담할 뿐이다.

그러나 개발작업중에 개발자의 귀책사유없이 예측하지 못한 불가피한 사유의 발생으로 인하여 추가적 개발비용이 발생하는 경우까지 개발자의 완전한 부담을 요구하는 것은 게임개발의 포괄성을 고려할 때 매우 가혹한 결과를 가져온다. 그러므로 신의성실의 원칙에 따라 사정변경을 인정하여 증가비용에 상당하는 보수의 증액청구가 가능하다고 할 것이다.

(라) 개발자보호의무

계약관계는 원칙적으로 대등한 계약당사자의 지위를 가진다. 그러나 발주자가 제공하는 재료와 구체적 지시에 따라 개발자가 작업을 하는 계약내용을 가지는 경우에는 사실상 고용

계약과 유사한 상태가 된다.

이러한 경우에 발주자의 지시 등은 개발자가 제공하는 일의 성질이 허용하는 범위 내에서 개발자의 작업환경과 건강 등에 대하여 위험이 생기지 않도록 주의할 의무가 있다고 보아야 한다.

보호의무가 인정되어야 할 예를 들면, 기업의 하부구조로서 실질적으로는 고용과 크게 다르지 않는 관계이면서도 형식적으로는 일정한 개발결과물을 목적으로 별개의 주체가 계약을 체결하여 이행하는 관계처럼 형성되고 있는 형태이다.

다. 게임개발계약에 관련한 특약사항

(1) 계약의 변경 및 해지사유의 특약

계약의 변경은 특약이 없는 한 원칙적으로 허용되지 아니한다. 다만, 게임개발작업의 포괄성으로 볼 때 계약내용의 변경이 불가피한 사정이 발생할 가능성이 높고 이에 대한 거래관행상의 변경이 인정될 수 있을 것이다.

그러나 명시되지 아니한 계약의 변경은 당사자간의 이해관계에서 다툼이 발생할 소지가 매우 높다는 점에서 개발계약의 진행과정에서 발생할 수 있는 변경가능성에 대하여 자세히 특약을 할 필요가 있다.

한편, 불이행 등 법규정에 의한 해지사유 외에 게임개발과정에서 개발을 중단할 다양한 사유가 발생할 수 있다는 점에서 각각의 해지사유를 명확히 약정함으로써 해지권을 유보할 필요가 있다.

(2) 개발결과물의 양산과 이전 및 보수(납품가)의 특약

게임개발계약의 변형형태로서 개발자가 개발결과물을 양산하여 제공하고 이에 대하여 보수를 받기로 하는 경우가 있다. 이 경우에는 매매의 법리가 함께 적용된다고 보아야 한다.

양산된 개발결과물의 이전에 대한 보수는 개발결과물의 생산대금이라는 점에서 게임개발의 보수와 구분된다. 일반적으로 납품가라고 한다. 그러므로 납품가는 원칙적으로 개발결과물의 하드웨어적 제조비용이 될 것이다.

유의할 것은 개발결과물의 양산과 이전 및 납품특약이 있더라도 개발된 게임물의 지적재산권은 여전히 게임개발발주자에게 귀속된다는 점이다. 그러므로 이와 관련하여 계약서에 명확히 하여야 할 점은, 제품의 양산인정과 범위, 제품양산에 필요한 비용의 부담과 산정방법, 납품가의 재산정 방법 등이다.

(3) 개발결과물에 대한 계속적 유지 및 개발(업데이트)특약

게임개발결과물에 대하여 계속적으로 유지·관리하면서 지속적인 추가개발을 하는 특약이 포함된 게임개발계약의 경우에는 사실상 동업계약의 의미가 있다. 이러한 특약은 일반적으로 수익배분의 특약도 수반한다.

이 경우에 발주자는 개발결과물 자체에 대한 지적재산권의 취득보다 개발결과물의 공급 및 유지, 추가개발의 제공 등이 목적인다는 점에서 개발결과물에 대한 지적재산권은 개발자에게 귀속된다고 보아야 할 것이다. 특히 추가적인 제품의 기능향상 및 업그레이드의 특약은 별도의 계약으로 자세히 정하는 것이 바람직하다.

이러한 특약이 포함된 게임개발계약은 발주자가 개발결과물 자체에 대한 권리를 취득하려는 것보다는 개발자가 게임개발을 발주하면서도 개발결과물을 공급받아 퍼블리싱하는 것을 주목적으로 한 계약의 형태이다. 이 경우에 개발결과물에 대한 지적재산권은 개발자에게 귀속되도록 특약을 하는 것이 일반적이지만 업데이트된 게임물의 저작권, 소스코드의 귀속 및 사용범위 등에 관한 특약도 수반되어야 한다.

(4) 비밀유지특약

게임개발계약은 게임물이라는 지적 재산의 창출을 목적으로 한다는 점에서 게임물을 개발하기 위하여 제공된 방법에 대한 비밀유지가 필수적이다. 그러므로 개발자는 게임개발과정 및 완성 후에도 해당 게임물개발을 위한 기술적 방법에 대하여 비밀을 유지할 의무가 있다.

일반적으로 ‘서면에 의한 동의에 의하지 아니하고는 상대방의 비밀을 외부에 공개하거나 제공하지 않는다’는 특약규정을 포함한다.

(5) 손해배상액의 예정특약

손해배상액은 원칙적으로 법규정에 의하여 인정된 범위에 따라 결정되지만 당사자가 손해배상액을 미리 예정하는 특약도 가능하다. 그러나 손해배상의 예정액이 부당하게 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다(제398조 제2항).

게임물개발계약은 상당기간동안 계속적인 개발노력이 필요하고 개발자의 주관적 상황에 따라 개발결과물의 제공이 지연될 수도 있다. 이러한 점에서 계약서에 지체에 대한 손해배상을 예정하는 것은 개발자의 노력을 압박할 수 있는 수단이 된다. 한편, 불가피하게 지연되는 경우에는 신의성실의 원칙상 면책되어야 할 필요도 있다.

일반적으로 일정한 사유를 정하고 이로 인하여 개발일정이 지연될 경우에는 일정액의 지연배상을 발주자에게 지급하도록 정하면서, 개발일정의 지연에도 불구하고 불가피한 일정한 사유가 있는 경우에는 배상책임을 면하게 하는 약정을 두게 된다.

(6) 소송관할특약

게임개발계약에 관한 소송의 관할은 원칙적으로 법규정에 의하여 결정되지만 당사자가 미리 소송관할을 합의하여 정할 수 있다. 소송관할은 계약에 관한 다툼이 있을 때 소송을 진행할 법원의 결정이라는 점에서 소송진행의 장소적 불편함을 고려하여 정하여야 할 것이다.

일반적인 계약서상의 표현은 ‘본 계약에 관한 법적 분쟁이 발생한 때에 소송관할은 발주자의 주소지 관할법원으로 한다’고 한다.

2. 게임개발자와 퍼블리싱사업자간의 계약

가. 게임퍼블리싱계약의 의의와 법적 성질

게임퍼블리싱계약은 퍼블리셔가 게임물에 대한 지적재산권자(게임개발 또는 개발투자를 통하여 지적재산권을 취득한 자)와 게임퍼블리싱을 목적으로 체결하는 계약을 말한다. 퍼블리셔가 확보하는 권리는 출판권¹⁷⁾의 일종으로 이해할 수 있다. 예를 들면, 넥슨이 올렘이 개발한 온라인게임 ‘루니아전기’에 대하여 퍼블리싱판권을 확보하여 서비스 및 마케팅을 진행하는 것은 게임퍼블리싱계약에 의한 것이다.

게임퍼블리싱사업자는 패키지게임 또는 고스톱, 포카 등 온라인보드게임을 주로 서비스하는 게임포탈 등 게임의 유통과 마케팅만을 전문적으로 하는 자이다.¹⁸⁾ 최근의 모바일게임, 게임포탈사업의 확대는 앞으로 게임포탈사업자와 게임개발자간의 퍼블리싱계약이 크게 활용될 것으로 기대된다.

게임물에 대한 지적재산권은 개발자와 게임개발계약을 통하여 개발된 게임물의 지적재산권을 취득한 경우 또는 개발자 스스로 게임을 개발하여 지적재산권을 취득한 경우가 있다. 게임물의 지적재산권자는 퍼블리셔에 대하여 통상 퍼블리싱을 위하여 독점적으로 게임을 사

17) 판권 또는 출판권이라고 하며, 저작자로부터 저작물을 출판할 권리를 인수한자가 그 저작물을 출판할 수 있는 권리를 말한다.

18) Electronic Arts, Activision 등은 패키지게임의 대표적인 퍼블리셔이다. 엔씨소프트는 소니온라인엔터테인먼트의 에버퀘스트를 한국, 홍콩, 타이완에 엔씨소프트에 의하여 퍼블리싱한 바 있다. 넥슨도 온라인게임개발업체이면서 동시에 퍼블리셔이다.

용할 수 있는 권리의 허락과 그러한 게임에 대한 독점적인 마케팅, 영업권을 허락한다. 한편, 퍼블리셔는 지적재산권자에 대하여 게임물에 대한 마케팅, 판매 등의 의무를 부담한다.

한편, 퍼블리셔가 게임의 발주자로서 게임개발자와 게임개발계약을 체결함으로써 개발자는 특정게임물을 개발하여 지속적인 유지, 추가개발(업그레이드) 등을 담당하고 발주자인 퍼블리셔는 개발비용을 부담하며 게임개발결과물에 대한 영업과 마케팅을 담당하는 계약의 형태도 있다.

이러한 경우의 계약은 발주자가 게임개발계약에 따라 개발된 게임물의 지적재산권을 개발자에게 귀속시키면서 지적재산권자인 개발자와 그 게임의 퍼블싱계약내용을 포함하는 계약 내용을 가지게 된다. 즉, 앞서 설명한 게임개발계약에 의한 발주자의 지적재산권발생과 그 발주자의 권리인 게임물을 퍼블리싱하기 위한 퍼블리싱계약이라는 과정이 하나로 통합된 모습을 가지는 것이다.

통합퍼블리싱계약의 경우에 일반적 표현을 살펴보면, “을은 ‘멍텅구리 등’의 공동개발주체로서 ‘멍텅구리 등’에 대한 지적재산권자이고, 갑은 ‘멍텅구리 등’에 대한 공동기획, 제작 및 마케팅을 담당하여 을로부터 ‘멍텅구리 등’의 사용권이 포함된 영업권을 독점적으로 양수하여 온라인 및 오프라인 상으로 ‘멍텅구리 등’을 판매하고 그에 필요한 일체의 마케팅을 한다”고 한다.

이 경우에 갑과 을은 공동개발자이면서도 을이 사실상 개발자로서 지적재산권을 취득하고, 갑은 ‘멍텅구리 등’에 대한 퍼블리셔이면서 라이선스의 독점적 취득자가 되는 것이다.

이러한 경향은 게임물에 대한 지속적인 수정, 변경이 이루어져야 하는 점, 퍼블리셔는 게임에 대한 지적재산권보다는 게임의 마케팅과 서비스 제공으로 벌어들이는 수익의 확보에 더 관심이 있는 점 등이 고려되면서 개발된 게임물에 대한 지적재산권은 개발자에게 귀속시키고, 퍼블리셔는 개발자로부터 독점적인 퍼블리싱권을 확보하여 게임서비스 수익을 나누려는 당사자의 이해관계가 일치하기 때문이다.

나. 게임퍼블리싱계약의 내용

(1) 기본적 내용

(가) 게임물제공자의 의무

1) 게임물제공의무

게임물제공자는 퍼블리셔에게 퍼블리싱계약의 목적인 게임물을 제공하여야 한다. 게임퍼

블리싱계약에서 게임물제공자는 게임물의 지적재산권자로서 게임물을 제공하는 것이다.

그러나 게임물제공자가 동시에 게임개발자로서 게임물의 개발 및 제공의무를 부담하는 경우에는 퍼블리셔는 동시에 게임개발의 발주자로서 게임개발계약과 함께 퍼블리싱계약도 이루어진 것으로 이해하여야 한다. 이 경우에는 앞서 언급한 바와 같이 개발된 게임개발물의 지적재산권이 게임개발자에게 귀속되는 경우이다.

독점적 퍼블리싱을 제공하였는가의 여부는 특별히 다른 약정이 없는 한 독점적 퍼블리싱권을 부여하였다고 보는 것이 타당할 것이다. 퍼블리싱사업자는 게임의 유통 및 마케팅을 통한 수익을 목적으로 한다는 점이 고려되어야 하기 때문이다.

2) 유지 및 관리의무

퍼블리셔에 대한 게임물제공자의 유지 및 관리의무는 퍼블리셔의 퍼블리싱권을 위하여 지적재산권의 유지하고 관리하여야 한다는 점 외에 크게 문제되지 않는다.

그러나 온라인게임물의 경우에는 일반적으로 게임물제공자가 지속적으로 온라인게임의 유지 및 관리와 업데이트를 부담하고, 퍼블리셔는 단지 마케팅 및 판매를 부담하는 관계가 형성된다. 계속적 공급계약형태의 일종으로서 유지 및 관리의무를 부담하게 되는 것이다.

이처럼 변화되는 계속적 법률관계는 게임물제공자에게는 게임물제공뿐만 아니라 유지 및 관리와 업데이트에 따른 비용문제, 퍼블리셔에게는 마케팅 및 판매과정에서 게임관리방법의 변경 및 업데이트 필요성 발생 등 다양하고도 복잡한 법률관계를 야기한다.

그러므로 변형된 퍼블리싱계약의 경우에는 계약관계에서 발생될 수 있는 구체적인 사안을 예측하여 미리 약정하는 것이 매우 필요하다.

(나) 퍼블리셔의 의무

1) 마케팅 및 판매의무

퍼블리셔는 신의에 따라 성실하게 마케팅 및 판매를 하여야 한다. 마케팅 및 판매방법은 게임물이나 시장상황 등 여러 가지 사정에 의하여 달리 될 수 있지만 일반적 기준으로 볼 때 그 퍼블리셔에게 기대되는 수준이어야 할 것이다.

게임물제공자가 수종의 게임을 퍼블리셔의 포털에 제공하기로 하고 장래 개발예정된 게임까지 제공하기로 한 경우에는 퍼블리셔가 포털에 의한 이미 제공된 마케팅 및 판매를 위한 성실한 의무 이행여부에 따라 게임물제공자의 장래 개발될 게임의 제공의무의 면책도 가능한 것이다.

퍼블리셔가 마케팅 및 판매의무를 소홀히 하여 계약위반으로 인정될 때에는 불완전이행으

로서 퍼블리셔의 손해배상책임을 발생시킬 수 있다. 그러나 마케팅 및 판매의무는 매우 포괄적이라는 점에서 민감한 계약내용이 될 수 있다.

퍼블리싱계약에서 마케팅의 내용은 퍼블리셔의 수익뿐만 아니라 게임물제공자의 수익에도 직결된다는 점에서 매우 중요하다. 일반적으로 퍼블리싱계약에서 자세히 정하는 것이 바람직할 것이다. 특히, 마케팅에 필요한 비용의 부담, 마케팅의 범위, 마케팅을 위한 게임물의 이용범위 등을 명확히 할 필요가 있다.

2) 수익배분의무

수익배분의 비율은 약정에 의한다. 그러나 계속적 계약관계의 특성상 시장의 여건에 따라 퍼블리싱계약에 의한 수익배분이 매우 불합리한 결과를 가져올 수도 있다. 그러므로 사정변경에 의한 수익배분비율의 변경을 요구할 수 있다고 할 것이다.

그러나 당사자의 약정에 의한 수익배분의 비율은 사적자치의 원칙에 따라 존중되어야 한다는 점에서 사정변경에 의한 배분비율의 변경은 사정변경의 심각성을 고려하여 매우 예외적으로 인정되어야만 한다.

합리적인 수익배분의 비율을 유지하기 위하여는 일정한 사정에 따른 수익배분의 변경을 구체적으로 약정하는 것이 바람직하다고 본다.

(2) 특약사항

(가) 게임개발계약과 혼합된 형태의 경우

퍼블리싱계약은 계속적 계약의 일종이다. 그러므로 계약이 진행되는 과정에서 여러 가지 변수가 발생될 수 있다. 앞서 언급하였던 게임개발계약이 혼합되어 개발자와 퍼블리셔 간에 계약이 체결되는 경우에는 계약기간, 퍼블리싱지역, 수익의 배분방식, 매출에 대한 정의와 입증, 불법서버방지에 대한 의무부과여부, 비밀유지의무, 계약의 종료사유 등을 규정해 두어야 한다.

(나) 온라인게임의 경우

온라인게임의 경우에는 퍼블리싱계약이 종료가 된 때에도 게임서비스이용자가 계속 존재한다는 점에서 이에 대한 당사자 간의 법적 분쟁이 야기될 수 있다. 그러므로 퍼블리싱계약이 종료됨에 따른 게임서비스이용자의 권리와 관련하여 서버상의 이용자 계정, 아이템 등에

대한 보호, 보상에 관한 부분을 미리 정해두는 것도 매우 중요하다.

게임서비스이용자의 권리에 관하여는 후술하기로 한다.

(다) 기타

계약의 변경 또는 해지사유, 손해배상의 예정특약, 소송관할의 특약 등은 게임개발계약에서 설명한 바와 같다.

3. 게임퍼블리싱사업자와 게임서비스제공자간의 계약

가. 권리이용계약의 의의와 법적성질

게임퍼블리싱사업자는 보유하는 퍼블리싱권에 대하여 다양한 게임서비스제공자와 이용계약을 체결함으로써 권리사용료(로열티)의 수입을 얻을 수 있다. 이러한 목적의 계약형태를 일반적으로 라이선스계약이라고 한다.

게임물라이선스계약은 일방이 보유하고 있는 게임물에 대한 지적 재산권 등 권리의 일정한 범위를 정하여 상대방이 포괄적으로 이용할 수 있도록 승인하고 상대방은 이에 대한 대가(로열티)를 지급하기로 약정하는 계약을 말한다. 라이선스계약이라는 계약형태는 당사자가 정한 범위 내에서 지적산물을 이용하는 계약을 통칭하는 광범위한 의미로 사용되고 있다. 그러므로 후술하는 IP서비스이용계약도 넓게는 라이선스계약의 일종이라고 할 수 있다.

라이선스계약을 체결하는 경우에 목적에 관하여 구체적으로 표현하면, 갑이 보유하고 있는 캐릭터 기타 저작물을 을의 일정한 사업(일반적으로 제작, 유통 및 판매 등)에 통상적으로 사용할 수 있는 권리를 부여하고 을은 갑에게 로열티를 지급하는 관계의 약정을 하는 것이다.

게임물라이선스계약은 임대차계약관계와 유사하지만 이용의 객체가 특정한 물건이 아니라 대량의 복제가 가능한 지적산물을 대상으로 사용을 허용한다는 특징을 가진다. 이러한 특징으로 인하여 라이선스계약은 특정의 제한된 지역 또는 수량(copy)이나 이용자를 정하여 사용을 허용하는 등 당사자의 합의에 의하여 매우 다양한 내용을 가진다.

라이선스계약에 관한 법규정이 없다는 점에서 계약의 구체적인 내용은 사적자치의 원칙에 따라 당사자의 합의에 의존하게 되지만 신의성실의 원칙, 불공정한 계약의 금지 등 계약의 일반 원칙이 적용되는 것은 명백하다. 라이선스계약에서 법적분쟁이 발생할 가능성이 높은 특히 주의하여야할 사항은 비밀유지의무, 하자담보책임, 계약기간, 로열티의 조정과 기간 등이다.

나. 라이선스계약의 내용

(1) 기본적 내용

(가) 라이선스이용자의 의무

1) 게임물의 이용과 한계

라이선스계약에 의한 게임물이용자는 계약의 목적인 게임물을 계약내용에 따라 이용할 수 있다. 다른 약정이 없는 한 이용의 장소, 내용 등의 약정된 범위내에서는 독점적인 이용이 가능하다고 할 것이다.

이용자는 그 라이선스이용권을 타인에게 양도하거나 재라이선스(Sub License)계약은 원칙적으로 라이선스사업자의 승낙 또는 동의가 있어야만 한다. 라이선스계약 자체가 계속적 계약이므로 라이선스이용권의 양도 또는 재라이선스계약은 계약인수의 법리에 의하여야 하기 때문이다. 재라이선스계약이란 라이선스이용자가 그 라이선스이용권을 제3자에게 다시 라이선싱하는 계약을 말한다.

그러나 라이선스이용권의 내용이 일정한 지역 또는 대상에 대하여 독점적 이용권으로서 주어진 경우에는 특별한 약정이 없는 한 그 범위 내에서 재라이선스계약이 허용된 것으로 이해하는 것이 타당하다. 독점적 지위를 준다는 것은 라이선스사업자도 이를 존중한다는 의사가 포함된 것으로 보아야 하기 때문이다.

라이선스계약에 의한 라이선스이용자의 독점적 이용권이 원칙적으로 주어지기 때문에, 특히 라이선스사업자가 유통 등에 관하여 제한을 가하는 경우에는 라이선스사업자 자신도 영업활동이 가능하다는 점에서 계약서에 자세히 명시하여야 할 필요가 있다. 계약기간동안 제품의 제조, 판매 및 유통을 할 수 있는 지역적 범위, 판매 및 유통의 방법, 광고방법 등을 들 수 있다.

2) 로열티(대가)지급의무

라이선스이용자는 게임물의 이용대가를 지급할 의무를 부담한다. 로열티의 지급은 로열티가 사용료의 일종이라는 점에서 후급이 원칙이다. 그러나 당사자의 약정이 있으면 그에 의한다.

일반적으로 로열티는 매출을 기준으로 하여 산정된다. 이러한 경우에 매출의 기준과 매출액의 증빙에 관한 입증책임문제가 발생될 수 있다. 이에 관한 약정이 없는 경우에는 해당 금액을 주장하는 자가 입증하여야 한다. 그러므로 계약서에 의하여 명확히 하여야 할 사항

은, 로열티의 최소보장금액, 선급여부, 로열티의 산정자료와 방법, 로열티지급지연에 따른 배상여부 등이다.

(나) 라이선스사업자의 의무

1) 게임물의 제공의무와 업데이트의 문제

라이선스사업자는 이용자에게 계약의 목적을 달성하기 위한 게임물의 제공 또는 공급의무를 부담한다. 라이선스계약이 유상계약이라는 점에서 게임물제공의무에는 담보책임도 인정된다고 보아야 하므로 무과실책임으로 이해되어야 할 것이다. 이러한 의무내용은 라이선스계약의 존속기간동안 계속 유지된다. 그러므로 라이선스의 대상인 지적재산권을 유지·관리하여야 한다.

계약기간내에 게임물이 업데이트된 때에는 이를 제공하기로 한 약정한 경우에만 업데이트된 게임물을 제공하여야 할 것이다. 그러나 약정이 없는 경우에도 추가비용이 없거나 이용자가 업데이트비용을 부담하는 때에는 신의성실의 원칙상 업데이트된 게임물을 제공하여야 한다고 본다.

온라인게임물의 경우에는 통신설비 기타 서비스이용자의 수 및 다양성 등에 영향을 받아 예측하지 못한 업데이트의 필요성이 나타난다. 그러므로 라이선스사업자가 게임물을 업데이트한 때에는 그 업데이트된 게임물의 제공에 관한 약정이 없더라도 업데이트를 제공하여야 할 것이다. 이에 관한 비용은 특별한 약정이 없는한 이용자가 부담하여야 한다고 본다.

2) 라이선스계약의 종료와 배려의무

라이선스계약이 종료된 경우에는 라이선스이용자에게 우선적으로 계약을 연장할 수 있도록 배려하여야 한다. 이 배려의무는 반드시 라이선스이용자와 재계약을 하여야 한다는 의무는 아니지만, 다른 이용대상자에 상당한 계약의 조건을 갖춘 경우에는 우선하여 계약당사자로서 배려하여야 한다는 의무를 말한다.

라이선스 계약이 종료되면 라이선스이용자는 이용을 중단하여야 하지만 라이선스이용자가 사업자인 경우에 중단의 과정에서 재고의 판매 등 영업활동이 상당기간동안 지속될 수 있다. 이러한 점은 재고판매기간 또는 영업활동중단기간의 배려가 필요하다는 점에서 계약상에 명시되어야 할 것이다. 특히 라이선스계약이 만료된 후 재고판매기간 또는 영업정리기간의 인정여부와 기간, 그 기간중의 로열티지급여부, 그 기간만료후의 재고처리문제 등이 명시될 필요가 있다.

(2) 특약사항

계약의 변경 또는 해지사유, 손해배상의 예정특약, 비밀유지의무, 소송관할의 특약 등은 게임개발계약에서 설명한 바와 같다.

4. 게임서비스제공자와 이용자간의 관계

게임서비스제공자는 게임물의 성격에 따라 다양한 방법에 의하여 서비스제공을 하기 때문에 서비스제공방법에 따라 이용자간의 법률관계도 다양하게 나타난다. 포털사이트에서 캐주얼 게임을 제공하는 형태부터 MMORPG 등 다중의 접속으로 이용자의 상호간에 역할과 관계가 이루어지는 게임의 형태까지 있다.

이하에서는 게임서비스제공자가 게임IP서비스를 하는 경우와 게임이용서비스를 제공하는 경우로 나누어 설명하기로 한다.

가. 게임IP서비스계약

(1) 게임IP서비스계약의 의의와 법적성질

게임IP서비스계약이란 온라인게임의 콘텐츠설비사업자가 온라인게임물제공자간에 온라인게임의 IP서비스를 목적으로 체결하는 계약을 말한다. 온라인게임의 콘텐츠설비사업자는 일반적으로 온라인게임방을 운영하는 자이며, 온라인게임물제공자는 온라인게임퍼블리셔이다.

현재 게임IP서비스계약은 각각의 온라인게임물제공자의 게임물전용홈페이지를 통하여 약관에 의하여 체결되고 있다.

(2) 게임IP서비스계약의 내용

(가) 기본적 내용

1) IP서비스제공자의 의무

① IP서비스의 계속적 제공의무

IP서비스제공자는 특정한 IP주소를 통하여 게임이용자가 게임서비스를 받을 수 있도록 IP서비스이용자에게 제공하여야 한다. IP서비스의 제공은 계속적이고 안정적으로 제공하여야

한다. 그러므로 서비스제공자는 기본적으로 게임이용자가 게임을 이용할 수 있도록 IP서비스를 제공할 의무, 게임서비스의 안정적 이용을 위한 서버의 유지·관리의무 등을 진다.

IP서비스제공자는 전기통신사업법상의 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하는 자에 해당하므로 정통방법 상의 “정보통신서비스제공자”에 해당한다(정통방법 제2조 제1항 제3호). 따라서 정통방법 제45조에 의하여 정보통신서비스제공자는 정보통신서비스 제공에 사용되는 정보통신망의 안정성 및 정보의 신뢰성을 확보하기 위한 보호조치를 마련해야 한다.

천재지변 등 불가항력적 사유가 발생되어 IP서비스제공자의 귀책사유 없이 서비스제공이 불가능하게 된 경우에 서비스제공자의 손해배상책임은 면책될 것이다. 그러나 불가항력적인 사유로 이행을 하지 못하여 손해배상책임이 면책되더라도 위험부담은 이행의무자가 부담하는 것이므로 불가능하게 된 서비스에 상응하는 대가(요금)는 환불되어야 한다.

특약에 의하여 환불의 면책을 정할 수는 있지만 불공정여부의 상당성을 고려하여야 할 것이다. 일반적으로 약관에서 손해배상 및 환불책임을 모두 면제하는 규정을 두고 있다. 이러한 문제는 기간통신사업자의 통신서비스 장애로 인한 경우에도 같다.

② 약관의 변경과 통지의무

IP서비스이용자의 동의 없이 계약기간중에 변경된 약관은 원칙적으로 서비스이용자에게 효력이 없다.

예를 들면, 서비스이용자의 권리 또는 의무에 관한 중요한 약관의 개정을 홈페이지에 일정기간 공지하고 적용일에 당연히 효력이 발생하고 약관개정을 알지 못하여 발생하는 문제에 대하여 서비스제공자는 면책된다는 약관, 이러한 내용이 서비스제공자가 추가하는 신규 게임에 대해서도 동일한 효력을 발휘한다는 약관 등은 그 일정기간이 약관을 확인할 수 있는 상당한 기간인지의 여부를 재고하여야 할 뿐만 아니라 서비스이용자에게 일방적으로 불리한 결과를 가져올 수 있는 것이다.

한편, 계속적 계약의 특성은 계약기간동안의 계속성과 함께 재계약의 계속성도 가진다. 기간의 연장 등 계약의 계속을 원하는 이용자는 약관의 내용에 대하여 일반적으로 전과 동일하다고 판단하게 된다.

그러므로 서비스제공자는 계약의 체결내용 및 제공내용의 변경 등 계약에 관련한 절차 및 내용에 대하여 변경이 있는 때에는 통지의무가 있다고 보아야 한다. 이러한 통지는 특정 당사자간의 계약관계라는 점에서 상당기간동안 온라인을 통한 공시, 서비스이용자가 사전에 제공한 개별적 통지방법 등 최소한 서비스이용자가 통상의 이용과정에서 변경사실을 알 수 있을 것으로 기대되는 상당한 방법으로 통지하여야 할 것이다.

2) IP서비스이용자의 의무

① 이용료지급의무

서비스이용자는 IP서비스이용에 대하여 일정한 이용료를 지급할 의무가 있다. 이용료는 당사자간의 약정에 의한다. 일반적으로 월납으로 정하고 있다.

② IP서비스이용권의 양도금지

IP서비스이용권은 계속적 계약관계의 일종이기 때문에 원칙적으로 서비스제공자의 승낙이 없는 한 제3자에게 양도할 수 없다. 비양도라이선스제에 의하여 IP서비스계약을 체결한 경우에는 처음부터 양도하지 못하는 약정을 체결한 것이므로 제3자에게 양도할 수 없는 것은 당연하다.

현재 IP서비스제공자는 일반적으로 IP서비스의 양도뿐만 아니라 대여, 증여, 임대 기타 명목을 불문하고 타인의 사용을 금지하는 규정을 약관에 두고 있고 비양도라이선스제에 의한 경우에도 양도 등의 금지를 명확히 재확인하고 있다. 그러나 상속이나 합병에 의한 경우에는 가능하다고 할 것이다.

IP서비스이용자는 IP서비스제공을 허용받은 범위내에서 IP를 이용할 수 있다. 그러므로 제공된 IP를 이용하기 위하여 게임과 관련한 각종 홍보 등 IP이용 자체와 무관한 행위는 가능하다고 본다. 그러나 제공된 IP서비스를 이용하여 서비스제공자의 게임운영을 방해하거나 장애를 발생시키는 경우에는 계약위반 또는 불법행위로서 손해배상의 책임을 부담하여야 할 것이다.

(나) 특약사항

IP서비스계약은 일반적으로 서비스제공자에 의하여 마련된 약관에 대하여 서비스이용자가 동의하는 형식으로 체결된다. 여러 가지 특약사항에 대하여도 약관에 포함하여 제시하고 있다.

그러므로 서비스제공자에게 일방적으로 유리한 내용이 포함될 가능성은 매우 높다. 현재에 통용되고 있는 약관을 살펴보면, 불공정하다고 판단될 수 있는 수준의 약관내용도 포함하고 있는 형편이어서 IP서비스이용자의 보호를 위하여 표준되는 약관의 마련이 시급하다고 할 것이다.

불공정하다고 판단될 수 있는 약관의 예를 들면, 개정약관에 대한 일방적 적용, 약관의 동의가 정기적인 웹방문을 통한 약관의 변경사항확인 의무까지 포함하는 동의로 간주하는 경우, IP서비스이용자의 귀책사유의 존재여부와 무관하게 서비스이용에 의한 서비스제공자의 손해에 대한 배상책임 등을 들 수 있다.

나. 게임이용서비스계약

(1) 게임이용서비스계약의 의의와 법적성질

(가) 게임이용서비스계약의 의의

게임서비스이용계약이라 함은 유선 또는 무선으로 연결되는 온라인게임에 있어서 이용자가 게임서비스제공자가 제공하는 서버에 접속하여 게임제작물을 이용하는 것을 내용으로 한 계약을 말한다.¹⁹⁾

게임서비스제공자란 온라인게임프로그램을 온라인상에서 이용할 수 있도록 제공하는 자를 말하며 이용자는 회원가입을 통하여 게임서비스를 이용하는 자를 말한다. 게임서비스이용계약은 일반적으로 게임서비스전용홈페이지에서 약관에 의해 체결되고 있다. 이용자는 게임을 이용할 수 있는 회원에 가입하여 계정(아이디에 의해 구분됨)과 패스워드, 이용자를 대신하는 캐릭터 등을 부여받아 일정한 기간동안 게임서비스를 이용하는 것이며, 게임서비스제공자는 이용계약에서 정한 범위 내에서 이용자가 게임을 안정적이고 지속적으로 이용할 수 있도록 제공하여야 하는 계약인 것이다.

게임서비스계약은 게임기업가 이용자에게 목적물(게임프로그램)을 이용하게 할 것을 약정하고, 이용자는 이에 대하여 이용료납부 등 회원으로서의 의무를 부담하는 계속적 계약관계의 형태이다. 그러므로 유료의 게임프로그램이용계약은 유상·쌍무계약의 성질을 가진 약관계약의 일종이며, 게임기업과 이용자간의 게임이용관계는 약관에 따라 게임프로그램을 이용하는 것을 목적으로 한 임대차관계의 법리를 적용할 수 있을 것이다.

일반적으로 이용자의 회원가입과정에서 보이는 행위를 과정에 따라 살펴보면, 온라인네트워크를 통하여 온라인게임을 제공하는 게임기업의 사이트 접속, 약관의 동의, 주민등록번호에 의한 실명확인, 신상정보입력, 가입확인으로 이루어진다. 게임기업의 사이트에 접속하는 것 자체는 실명여부를 떠나 불특정다수에 대하여 사이트가 개방된 상태이므로 게임기업과 이용자의 법률관계는 발생되지 아니한다. 약관에 대한 동의행위, 주민등록번호에 의한 실명확인, 신상정보입력 등은 회원가입계약의 계약체결과정에 불과하지만 최종적인 가입승락, 즉, 가입확인행위에 의하여 회원계약이 성립된 때에는 계약의 당사자로서의 특정성, 계약관계의 내용확정으로서 의미를 가진다.

19) 아케이드게임을 이용할 경우에는 게임기기를 제공하는 업주와 게임설비임대차관계로서 이용하는 것이므로 포함되지 아니한다.

(나) 게임이용서비스계약의 특성

이러한 회원가입계약은 온라인네트워크를 이용한다는 점에서 독특한 특성을 보인다.

매체의 특성상 약관의 내용에 대하여 개별적으로 중요한 부분의 설명이 어렵고 이용자의 관행상 약관의 정확한 이해없이 약관에 대한 동의행위가 형식적으로 이루어지는 것이 일반적이라는 점에서 약관의 명시와 설명, 공정성 확보가 매우 중요한 문제로 부각된다.

약관규제에관한법률 제3조 제1항에서는 약관의 명시를 규정하고, 제2항에서는, “사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 설명이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다. 온라인 네트워크상의 특성상 이용자의 이해를 위하여 개별적이고 구체적인 설명은 현저하게 곤란할 것이다. 그러나 중요한 내용에 대하여 일반적으로 알기 쉬운 표현에 의한 설명이 필요하다. 특히 청소년 대상의 온라인게임프로그램에서의 약관의 내용은 설명의무에 더욱 충실하여야 한다. 이러한 점은 회원가입행위뿐만 아니라 회원가입 후 개별적인 게임프로그램이용계약에서 보이는 약관에서도 동일하게 문제될 수 있다. 회원이 약관을 읽지 않고 가입한 경우에 약관을 확인하지 않은 중과실이 인정된다고 할 수 있지만 약관의 명시·설명 의무 위반,²⁰⁾ 신의성실의 원칙 위반에 의하여 약관의 효력을 잃게 되는 문제는 별개인 것이다.

주민등록번호와 성명의 입력만으로 회원당사자를 특정한다는 점에서도 당사자의 특정성을 명확히 하기 어렵기에 명의도용 또는 명의대여의 문제가 다수 발생될 수 있다. 명의대여의 경우에는 명의대여자책임의 문제로 해결될 것으로 보이지만, 명의도용에 의한 회원계약은 도용된 당사자의 회원가입의사가 없다는 점에서 무효가 될 것이다.

(2) 게임이용서비스계약의 내용

(가) 게임서비스제공자

1) 서버유지 및 관리의무

게임이용서비스계약의 경우에 서버유지 및 관리의무의 내용은 IP서비스계약의 경우와 유사하다. 서버유지·관리 의무와 관련해서 서버다운, 버그발생, 해킹 등으로 인하여 이용자의 게임아이템, 경험치 등이 상실된 경우 누가 책임을 질 것인가의 문제가 있다.

20) 은행거래약관에서 예금채권에 관한 양도금지의 특약을 정하고 있는 경우, 이러한 특약은 예금주의 이해관계와 밀접하게 관련되어 있는 중요한 내용에 해당하므로, 은행으로서는 고객과 예금계약을 체결함에 있어서 이러한 약관의 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시·설명 의무를 지게 되고, 만일 은행이 그 명시·설명 의무에 위반하여 예금계약을 체결하였다면, 은행거래약관에 포함된 양도금지의 특약을 예금계약의 내용으로 주장할 수 없다고 할 것이다; 대판 1998. 11. 10. 선고 98다20059; 대판 1996. 6. 25. 선고 96다12009 참조.

기본적으로 게임서비스제공자가 안정적으로 게임서비스를 제공할 의무가 있으므로 게임서비스제공자측의 귀책사유로 인한 서버다운 등으로 서비스를 제공하지 못한 것에 대하여는 이로 인한 이용자의 재산적·정신적 손해를 배상할 의무가 있다. 게임서비스제공자의 배상 의무의 유무는 귀책사유의 입증에 관한 문제가 되지만 게임서비스제공자가 과실없음을 입증하여야 할 것이다.²¹⁾

2) 게임서비스 이용자 계정 등의 승계 또는 보상문제

게임서비스제공자가 게임서비스를 중단하는 경우, 게임서비스제공자의 변경 등으로 게임서비스제공이 중단되는 경우에 이로 인하여 이용자가 상실하게 되는 계정, 게임아이템 등에 대한 기존의 게임서비스제공자의 책임은 원칙적으로 계약책임에 한한다. 그러므로 게임서비스제공자의 귀책사유가 있는 경우에는 계약불이행에 의한 손해배상, 귀책사유가 없는 경우에는 계약의 잔여기간에 대하여 산정된 보상에 한정될 것이다.

그러나 게임이용자는 잔여이용기간에 대한 보상보다도 오랜 이용을 통해 가상사회에 구축해놓은 자신의 캐릭터와 아이템 등의 상실로 인한 경제적, 정신적 손해를 더 크게 느낀다는 점에서 단순히 시간적 계산만으로 배상의 범위를 한정할 문제는 아닌 것으로 보인다.²²⁾

캐릭터 또는 아이템이 게임서비스제공자의 지적재산권에 속한다는 문제와 이를 장기간 이용하다가 예측하지 못한 이용불가상태가 되었다는 상황은 별개의 문제이다. 그러므로 이에 관하여 합리적인 내용의 약관을 마련하는 것이 필요하다.

(나) 게임서비스이용자의 권리·의무

1) 게임서비스이용자의 권리

① 프로그램이용권(계정)

프로그램이용권은 이용자와 프로그램제공자간의 이용계약에 의하여 확보된 이용권의 일종이다. 게임프로그램이용계약은 프로그램이용을 목적으로 프로그램제공자와 이용자간에 약관으로 체결되는 임대차관계의 일종으로서, 프로그램제공자는 이용자에게 게임프로그램을 이

21) 최근 이와 관련하여 문제가 된 사안으로 리니지 2의 잦은 서버다운, 버그발생, 해킹 등으로 인하여 오랜시간을 통해 축적된 게임아이템 등을 상실하게 됨으로써 발생한 이용자들의 손해에 관하여 서비스제공자인 엔씨소프트측에서 그에 대한 보상책임을 부인함으로써 문제가 되고 있다.

22) 이와 관련하여 최근의 “스톤에이지” 사례를 보면, 스톤에이지는 온라인에서 캐릭터가 펫을 키우는 게임인데, 개발업체인 일본의 디지파크가 최근 파트너사를 ‘이니엄’에서 ‘넷마블’로 바꾸면서 서비스가 중단되어 이용자들의 계정, 캐릭터, 펫 등이 모두 무용지물이 되게 되었다. 넷마블은 초기 버전부터 서비스할 계획이고 이니엄으로부터 고객DB를 넘겨받지 않기 때문이다. 만약 이러한 서비스의 중단이 리니지나 듀와 같이 많은 회원을 보유하고 이들 게임의 아이템이 거래시장에서 수백억원대로 거래되고 있는 서비스의 경우였다면 사태는 훨씬 심각했을 것이다.

용하게 할 것을 약정하고 이용자는 이에 대하여 이용료납부 등 회원으로서의 의무를 부담하는 계속적 계약의 형태이다.

계약내용은 원칙적으로 이용자가 회원가입시에 동의한 약관에 의하여야 할 것이다. 그러므로 프로그램이용권은 자체로 가상재산권으로의 법적 성질을 가지는 것은 아니다. 다만 프로그램이용권의 행사과정에서 이용자가 아이템 등을 취득하는 경우에 가상재산권인 아이템 이용권에 대한 기반적 이용권으로서 의의를 가지게 된다.

② 아이템이용권

게임아이템은 게임속에서 외관상 독립된 단위로 표현되고 있을 뿐만 아니라 대부분은 교환창을 통하여 이용자간에 지배이동이 가능하도록 구성되어 있다. 많은 온라인게임은 프로그램속에서 이용자가 일정한 게임행위에 의하여 캐릭터의 활동을 활성화할 수 있는 기능을 가진 게임아이템을 취득할 수 있도록 하고 있다. 뿐만 아니라 프로그램제공자로부터 직접 아이템을 구입할 수 있는 경우도 확대되고 있다.²³⁾

온라인게임에 캐릭터로 표현되면서 진입한 이용자들이 프로그램속에서 아이템을 인식하는 태도는 소유권의 객체로서 물건과 같은 재화로 인식하는 경향이 강하다. 아이템이 독립적으로 취득되고 거래되는 외관을 보이기 때문이다. 실제로 MMORPG(다중접속역할수행게임)를 중심으로 이용자들의 표현들을 살펴보면, 아이템을 산다, 판다, 준다, 얻는다 등의 표현을 사용하고 있다. 아이템은 기술적으로 또는 지적 재산권의 대상으로서 프로그램의 일부이지만 활용되는 형태는 그래픽에 의하여 보여지는 외관상 명백히 독립적인 단위로 표현되어 구별되기에 일반적으로 그 취득여부를 자신의 캐릭터를 기준으로 생각하여 아이템에 대하여 ‘얻었다’, ‘구했다’, ‘잃었다’, ‘샀다’, ‘판다’라는 표현을 하는 등 마치 물건의 일종처럼 인식되고 있는 것이다.²⁴⁾ 이러한 태도는 온라인게임(가상사회)속에서 자신의 캐릭터를 자신의 분신으로서 권리주체로 이해하고 가상사회에서 어우러진 다른 캐릭터와 상호간에 이루어지는 게임행위에 현실사회의 규범가치를 대입하여 인식한 결과로 보인다.

그러나 각종의 아이템 자체는 프로그램제공자가 프로그램속에서 제공하는 프로그램의 일부로 구성된 정보로서 프로그램속에서 일정한 캐릭터에게 지배되거나 다른 캐릭터에게 이동되는 기능을 할 뿐이며 프로그램을 벗어나 별개로 독립되어 존재할 수도 없고 지배할 수도 없는 것이다. 게임제공자의 관계에서 볼 때에, 이용자의 아이템에 대한 권리는 이미 존재하

23) 게임기업들은 MMORPG 프로그램의 이용은 무료로 제공하면서도 이용자에게 직접 게임아이템을 판매하는 부분 유료화 형태의 경향을 보이고 있다. 탄트라(한빛소프트), 갯애프트(원디소프트), 비엔비·큐플레이·메이플스토리(넥슨) 네오다크세이버·드로이안 온라인·나이트 온라인(엠펜게임) 등이 있다; 2004년 매체물 위탁 모니터링 보고서 - PC 온라인 게임중 MMORPG 게임을 중심으로 -, 학부모감시단(위탁자: 영상물등급위원회), 2004.4., 종합분석 및 대책 참조.

24) 정해상, 인터넷 게임아이템 거래에 관한 법적 문제, 게임산업의 법·정책적 과제, 제11회 KITAL 정기 국제심포지움, 2004. 6., (사)기술과 법 연구소, 147면 참조.

는 프로그램이용권에 기반하여 발생된 것으로서 기존의 프로그램이용권에 속한 지분적 이용권의 성질을 가진다.

특이한 것은 아이템이용권이 지분적 이용권이면서도 프로그램이용권과 분리하여 독립적인 인식과 이용이 가능하며, 게임프로그램의 한 계정(캐릭터)에서 타 계정(캐릭터)으로 자유로운 이동을 허용하는 특징을 가진 이용권이라는 점이다. 이러한 점을 고려할 때 아이템에 대한 이용자의 권리성은 프로그램제공자와의 관계에서 프로그램이용권에 기반하여 취득한 지분적 이용권이면서도 일종의 무기명채권적 성질을 가진다. 그러므로 게임아이템에 대한 이용자의 권리는 게임프로그램의 이용권으로서 독립적인 재산상의 이익으로 평가될 수 있다.

③ 기생적 저작권

게임프로그램의 이용자는 프로그램제공자의 지적 산물에 대한 이용계약에 따라 제공된 프로그램 또는 아이템을 이용하는 것이라는 점에서 원칙적으로 이용자의 저작권문제는 성립되지 아니한다. 아이템 자체의 기능 및 이미지도 이미 프로그램제공자에 의하여 완성되어 제공되는 것이기 때문이다.

그러나 온라인게임이 이용자의 역할, 이용자간의 다양한 상호작용에 의하여 진행되는 게임이라는 속성에 비추어 볼 때 게임기업가 제공하는 프로그램의 내용과 게임기업의 의도와는 무관하게 또는 포괄적 의도에 따라 이용자에 의하여 형성되는 창조적인 아이템이 발생될 수 있는 것이다.

이용자의 독창적 저작은 캐릭터의 창작 등 프로그램제공자가 제공하는 다양한 아이템의 조합에 의한 경우일 수도 있지만 게임기업가 게임프로그램에서 이용자에게 작곡 및 연주가 가능하게 하거나 그림그리기 등 독창적인 아이템제작이 가능하게 하는 도구적 게임프로그램을 제공하는 경우도 있다. 전자의 경우에는 아이템조합의 예정가능성 등 이용자의 독창성을 판단하기 어려운 여러 가지 사정이 고려되어야 하지만, 원칙적으로 조합에 의한 캐릭터의 창작 등은 이미 게임이용권의 내용속에 있는 것이고 약관에 따른 게임이용의 과정이라고 보아야 한다. 그러나 후자의 경우에 이용자는 단순한 이용자가 아니라 그 프로그램에 기생하는 지적 산물을 성립시킨 창작자로서 충분하다고 볼 것이다.

프로그램내에서 성립한 이용자의 저작권은 프로그램제공자와의 관계에서 저작권의 중층화 현상이 발생한다. 이용자의 저작권은 프로그램저작권속에 기생하는 형태²⁵⁾로 존재하기 때문이다.

25) 게임프로그램이용자에 의하여 창작된 아이템에 대하여 2차적 저작권 또는 인접저작권으로 표현하는 경우가 있으나, 온라인게임이용자의 저작권은 창작된 지적 산물 자체가 타인의 지적 산물(프로그램)속에서 발생되고 존재한다는 점에서 구별되어야 한다.

이 경우에 이용자의 지적 산물은 프로그램내에서는 자신만의 독특한 게임아이템의 일종이 되지만 프로그램을 벗어나 현실사회에 그 창작성이 활용되는 경우에는 저작에 제공된 프로그램의 도구적 성격에 따라 이용자의 단독 또는 프로그램제공자와의 공동저작물로 인정되어야 할 것이다. 관련하여 게임물의 약관에서 이에 대한 권리관계를 명확히 하여야 할 필요가 있다.

2) 유료게임서비스의 이용관계

게임서비스제공자가 제공하는 온라인게임은 그 운영유형에 따라 회원에게 체험판, 시험판(베타서비스) 등을 허용하고 정상적인 게임은 일정한 사용료의 결제를 한 후 이용하도록 허용하는 경우와 회원에게 무료로 게임의 이용을 제공하는 경우로 분류할 수 있다. 그러나 무료 프로그램을 제공하는 경우에도 게임기업로부터 게임아이템의 구매가 가능하도록 하는 부분적으로 유료인 프로그램이 늘어나고 있다.

유료의 온라인게임을 이용하려면 이용자는 회원가입 후 별도의 이용료결제행위가 필요하다. 일반적으로 이용자는 회원가입시에 취득한 ID와 비밀번호로 로그인한 후에 전자결제방식에 따라 일정한 이용료를 지불하여야 한다.

일반적으로 게임서비스제공자는 게임서버에 접속하여 로그인을 할 수 있는 인스톨프로그램을 제공한다는 점에서 유료의 온라인게임을 이용하는 행위는 로그인부터가 아니라 인스톨프로그램의 다운과 설치를 포함한다. 인스톨프로그램의 제공관계도 게임프로그램이용계약의 이행행위인 것이다. 인스톨프로그램의 다운과 설치 자체는 이용료를 결제한 이용자가 아니라더라도 무료회원에게 게임체험의 제공을 위하여 허용되기도 하지만, 유상·쌍무계약관계의 유료이용자에 대한 게임기업의 인스톨프로그램의 제공행위는 주의의무 등 그 법리적 의미를 달리한다.

그러므로 게임이용행위는 인스톨프로그램의 다운과 설치, 인스톨 및 로그인 이후에 캐릭터 선택, 캐릭터꾸미기 및 저장행위, 게임행위, 게임종료행위 등으로 이루어진다. 게임행위 자체도 게임기업과의 관계에서는 게임이용행위의 일종이다.

이러한 게임프로그램이용행위과정에서 게임서비스제공자와 이용자간에 발생될 수 있는 계약위반형태로는, 로그인이 안 되거나 게임프로그램의 다운 등 정상적인 게임프로그램의 제공이 되지 못한 경우, 이용자의 게임아이템이 프로그램의 오류로 인하여 손실 및 손상된 경우, 이용자가 프로그램을 해킹하거나 매크로프로그램²⁶⁾ 등으로 게임기업의 정상적인 게임프

26) 게임프로그램에서 사냥, 거래 등 일정한 게임행위를 자동적으로 계속 수행하도록 프로그래밍이 되어 있다. 이용자가 게임행위를 직접하지 않아도 되기 때문에 다수·장기간의 접속이 가능하여 게임프로그램서버에 장애를 가져오기도 한다. 이러한 예로는 팝리니지, 오토리니지, 오토헌터, 오토마우스 등 프로그램이 있고, 폐쇄되었지만 린툴이나 린메이트 등 매크로기능을 제공하는 사이트도 있었다.

로그래밍의 운영을 방해하는 경우 등을 들 수 있다.

계약위반행위에 따른 책임의 내용은 원칙적으로 약관의 내용에 의하며 약관에 정함이 없으면 일반의 민사법리에 의할 것이다. 이용자에 의한 해킹 등의 경우에는 불법행위의 성립도 가능하다.

이용자가 게임프로그램에 로그인하여 자신의 캐릭터로 게임을 시작하는 때부터 이용자는 게임행위로서 이용행위를 하게 된다. 게임행위로서 이용행위는, 좁은 의미로는 이용자에게 게임프로그램이 제공하는 게임내용에 따라 캐릭터의 움직임으로 한정할 수도 있지만 넓은 의미로는 게임내용을 이용하는 모든 행위이다. 그러므로 캐릭터의 움직임을 통하여 게임아이템²⁷⁾을 취득하는 행위뿐만 아니라 게임문자창에 의한 이용자들의 의사표시와 이에 의한 아이템의 교환, 게임돈의 거래행위도 포함한다.

온라인게임에서 이용자는 게임행위를 하는 동안에 자신의 캐릭터에 의하여 상징되며 이용자 상호간에 문자창을 이용하여 자유로운 의사표현이 가능하게 제공되는 경우가 대부분이다.²⁸⁾ 이 경우에 이용자는 문자창으로 게임의 진행, 게임아이템의 교환, 매매, 증여, 대차 등의 의사표시를 주고받는 것이 일반적이지만 계속적인 게임이용의 과정에서 친하게 된 다른 이용자와 게임과 무관한 대화의 도구로 이용되기도 한다.

한편, 온라인게임은 이용자가 게임행위 중에 게임아이템을 취득할 수 있고, 취득된 아이템이 캐릭터의 활동을 활성화하는 기능을 제공하고 있다. 이 경우에 게임아이템은 게임속에서 독립된 단위로 표현되고 있으며, 교환창을 통하여 이용자간에 지배이동이 가능하도록 구성되기도 한다.

게임아이템의 취득은 게임서비스제공자에 대하여 게임내용의 일부에 대한 채권적 이용관계의 취득이면서도 게임프로그램의 한 계정에서 타 계정으로 자유로운 이동을 허용하는 이용권의 취득이다. 이용자가 취득한 게임아이템에 대한 권리는 게임이용권의 일부이면서도

27) 아이템 자체의 의미는 컴퓨터 용어로 파일을 구성하는 데이터의 구분에서 가장 작은 단위나 항목을 의미하는 것이고, 게임아이템은 온라인게임상에서 게임을 수행하기 위하여 필요한 여러 가지 유형의 물품항목을 의미한다. 정해상, “인터넷 게임아이템 거래에 관한 법리”, 중앙법학 제5집 제3호, 2003. 12., 262면 참조; 권리의 객체로서 게임아이템의 지위는 게임프로그램의 일부로 구성된 정보이다. 그러므로 게임아이템 자체는 게임프로그램을 벗어나 별개의 독립되어 존재할 수도 없고 지배할 수도 없기 때문에 지적 산물로서의 독립단위로 인정될 수 없다. 이러한 점에서 게임아이템은 물건이나 재물이 아니며, 지적 산물인 게임프로그램에 일부로 구성되어 있는 기능에 불과한 것이다. 정해상, “인터넷 게임아이템 거래에 관한 법적 문제”, 게임산업의 법·정책적 과제, 제11회 KITAL 정기 국제심포지움, 2004. 6., (사)기술과 법 연구소, 147면 참조; 여기서 캐릭터는 게임속에서 이용자를 대신하여 사이버인격으로 상징되는 아바타(Avatar: 분신)를 의미하며, ‘캐릭’이라고 표현하기도 한다. (주)엔씨소프트에서 제공하는 리니지(Lineage)게임서비스 약관에서는 게임캐릭터를 ‘이용자가 게임내에서 직접 선정하고 조종하는 게임정보’로 정의하고 있다(약관 제4조 제1항 제6호 참조).

28) 온라인게임에서 제공한 문자창에 의하여 이루어지는 이용자의 의사표시는 형식적 측면에서 볼 때 현실사회에서의 의사표시와 다름은 없다. 의사표시의 상대방이 비록 캐릭터로 표현되고 있지만 이용자들은 그 캐릭터에게, 보이지 않는 상대방에게 의사표시를 하고 있는 것이다. 그러나 게임행위중에 문자창을 통하여 행하는 의사표시를 법적 측면에서 현실의 의사표시와 동일시하기에는 어려운 점이 있다. 문자창은 게임기업가 게임의 재미를 배가시키기 위하여 또는 온라인게임의 특성상 불가피하게 이용자 상호간에 의사소통이 가능하도록 제공하는 프로그램기능의 일종인 것이다.

기본적 이용권과 분리하여 독립적인 인식과 이용이 가능한 권리인 것이다.²⁹⁾ 그러므로 게임 서비스제공자의 게임프로그램 운영에서 발생될 수 있는 게임아이템 손실에 관한 책임문제는 게임서비스제공자의 채무불이행의 범리에 의할 것이다. 게임행위에 의하여 게임아이템의 취득을 하는 것은 이미 게임서비스제공자가 제공하는 게임이용권의 내용속에서 선택의 가능성을 포함하고 있는 것이고 약관에 따른 게임이용의 과정에서 이루어지는 것이기 때문이다.

이용자가 게임행위속에서 이용자 상호간에 게임아이템을 주고받은 행위는 마치 게임아이템이용권의 양도행위로 보이지만 자체로는 게임행위라는 점에서 현실의 거래에 관한 법리를 적용하기는 어렵고 프로그램에 의하여 게임내부적 규범의 마련을 하여야 할 것이다.

3) 부분유료화게임서비스의 이용관계

최근에 게임기업들은 온라인게임의 이용은 무료로 제공하면서도 이용자에게 직접 게임아이템을 판매하는 부분유료화 형태로 수익구조를 가지는 경향을 보이고 있다.³⁰⁾ 이 경우에 게임아이템의 구매행위는 게임서비스제공자와 이용자간에 아이টে이용계약이며 아이টে이용관계는 유상·쌍무계약으로서의 법적 성질을 가진다. 그러므로 게임서비스제공자는 판매된 게임아이템이 그 용도에 따라 게임상에서 이용될 수 있도록 제공하여야 한다.

부분유료화에 따라 이용자가 게임아이템 구매행위를 한 경우에는 두가지의 문제가 발생한다. 첫째, 구매한 아이টে에 대한 유상·쌍무계약관계로서의 이용권 보장, 둘째, 구매한 게임아이টে이 활용되는 무료 게임 전체이용에 대한 게임기업의 제공의무 변화이다.

게임 자체가 무료로 제공된다는 점에서 구매한 게임아이টে 이용권관계에 있어서는 이용권의 존속기간, 이후에 온라인게임을 폐지하거나 유료화하는 경우에 구매한 게임아이টে에 대한 권리관계를 명확히 할 필요가 있다. 또한 게임서비스제공자는 게임아이টে이 단순히 캐릭터의 꾸밈에 이용되는 것이 아니라 전투력, 속도 등 게임행위 기능을 높이는 기능을 포함하는 경우 등에 있어서는 그 이용에 상당한 게임환경을 담는 내용의 게임을 제공해야 한다. 비록 무료의 게임이라고 하더라도 게임 운영상 발생될 수 있는 게임행위의 장애 및 게임아이টে 손실에 관한 책임문제는 유료의 경우와 크게 달라지지 않는 것이다.

29) 온라인게임이 이용자의 역할, 이용자간의 다양한 상호작용에 의하여 진행되는 게임이라는 속성에 비추어 볼 때, 게임기업가 제공하는 내용과 게임기업의 의도와는 무관하게 또는 포괄적 의도에 따라 이용자에 의하여 형성되는 창조적인 아이টে이 발생될 수도 있다. 특히 게임기업가 제공한 게임프로그램이 도구적인 경우에, 이용자는 단순한 이용자가 아니라 파생적으로 나타나는 창작자이며 창작된 지적 산물에 대한 지적재산권자로서의 지위는 허용되어야 할 것이다.

30) 2004년 매체물 위탁 모니터링 보고서 - PC 온라인 게임중 MMORPG 게임을 중심으로 -, 학부모감시단(위탁자: 영상물등급위원회), 2004.4., 종합분석 및 대책 참조; 이러한 '부분 유료화' 모델은 고스톱, 포커 등 웹보드 게임에서 시작되어 캐주얼 게임으로 확산되었으나 정통의 MMORPG에도 도입되고 있다. 부분유료화 모델의 온라인게임으로는 탄트라(한빛소프트), 갯애프트(원디소프트), 비엔비·큐플레이·메이플스토리(넥슨) 네오다크세이버·드로이안 온라인·나이트 온라인(엠펜) 등이 있다.

4) 게임행위 자체에 대한 법적용 가능성

게임행위는 온라인네트워크상에 구축된 가상사회속에서 행하여진 행위이고, 공허한 가상사회에서 나타나는 게임행위라는 허상은 현실사회의 법리가 적용될 대상이 될 수 없는 것이다. 가상사회는 게임프로그램에 의하여 형성된 가상사회의 규범³¹⁾을 가지며 현실의 도입은 게임프로그램의 다양성만 해치게 될 뿐이다.

유의할 것은, 온라인게임에 의하여 형성되는 가상사회도 결국은 현실사회에서 형성된 온라인네트워크를 바탕으로 존재하는 것이며 현실사회를 질적으로 확장한 영역으로서 의미있는 사회이기에 가상사회의 존재 자체는 물론이고 가상사회에서 이루어진 행위도 완전하게 현실사회로부터 분리된다고 볼 수는 없다는 점이다. 현실사회에서 보는 가상사회와 그 가상사회속에서 행하여지는 행위는 분명히 하나의 사실로 존재하기 때문이다.

이러한 점은 가상사회가 현실사회와 연계되어 도구 또는 목적으로 활용되는 경우에 현실사회의 법리적용가능성은 불가피하게 존재하게 된다. 게임행위속에서 이루어지는 의사표시, 아이템의 거래행위 등은 자체로 게임행위에 불과하지만 이러한 사실이 현실사회가 지키고자 하는 법적 가치에 연결되어 도구 내지 목적으로 활용된 경우에는 현실사회는 그에 대하여 법을 적용할 필요가 있는 것이다.

그러므로 게임행위속에서 게임문자창을 이용한 의사표시가 현실사회에서 의도하는 명예훼손의 도구로 활용되는 경우, 게임아이템의 이전이 현실사회에서 이루어진 사기, 강박³²⁾ 등 불법행위의 목적으로 활용되는 경우³³⁾, 게임아이템의 이전행위가 현실사회에서 체결된 게임아이템거래계약의 이행방법으로 이루어지는 경우에는 각각 불법행위의 성립 또는 채무이행의 법리가 적용될 수 있는 것이다.

5) 게임이용서비스약관과 표준약관의 필요성

게임서비스이용자는 게임이용약관의 조건에 따라 게임서비스를 이용할 의무를 지닌다.

게임서비스 이용은 서비스제공자가 불특정다수의 이용자를 상대로 동일한 조건으로 미리 마련해둔 약관에 대해 이용자가 동의함으로써 이루어지므로, 이용자는 이에 대한 수정의 기

31) MMORPG의 일종인 군주온라인(www.goonju.com)은 사냥터에서 악의적인 몬스터 스틸을 하는 경우에 경고를 하며 5회이상 반복되면 '경복궁'으로 강제이동되는 처벌을 받는다. '경복궁'은 게임이 시작되는 첫 지점이다. 또한 각 서버별로 이용자들이 선거로 '군주(임기 48일)'를 뽑고 '군주'는 '형조판서' 등 육조판서를 임명하여 '형조판서'가 스틸허용횟수(3회~10회)를 정하여 위반하면 강제소환권을 행사하도록 구성된 게임내용을 가지고 있다.

32) 리니지 게임아이템을 잃은 자와 외 3인이 공동으로 아이템을 얻은 자에게 손해와 협박을 가하여 아이디와 비밀번호를 알아내고 시가 20만 원 상당의 게임아이템을 이전한 행위에 대하여 재산범죄의 일종인 공갈죄를 적용하고 있다; 서울지법 서부지원 선고 2000고단1366 참조.

33) 게임아이템에 대한 이용자의 권리는 현실사회에서 게임기업의 지적재산권의 이용권이라는 점에서 재산상의 이익이므로 법익으로서 보호되어야 한다.

회를 현실적으로 갖지 못하며 서비스제공자의 일방적인 제안에 대해 게임을 이용하고자 하는 경우에는 동의할 수밖에 없다. 따라서 이러한 약관에 대하여는 적절한 규제가 요청되는데 현행법상으로 약관규제에관한법률(이하 “약관규제법”이라 함)과 전자상거래등에서의소비자보호에관한법률(이하 “전자상거래소비자보호법”이라 함)이 적용된다.

약관규제법에서는 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항을 무효로 하는 일반원칙의 규정 외에 면책조항, 손해배상의 예정, 계약의 해제·해지 등 일반원칙에 입각하여 구체적으로 약관조항으로 무효로 하는 사유들을 규정해두고 있다. 따라서 게임서비스제공자가 정한 약관이 이러한 사유들에 해당할 때는 이용자의 약관에 대한 동의에도 불구하고 일부규정은 무효가 될 수 있다.

그러나 약관규제법상 온라인게임 등과 같은 가상사회내에서 일어나는 게임아이템거래, 아이템의 재산권관계 등에 대한 법적으로 정리되지 않은 문제들에 대해서는 현행의 약관규정으로 설명하기에는 매우 어려운 실정이다. 이에 대한 법적 분석과 정책적 정리가 필요할 것이다.

전자상거래소비자보호법에서는 인터넷에 의한 상거래시 소비자를 보호하기 위하여 청약철회, 계약의 해제 등 소비자보호에 관한 중요한 내용들을 규정해두고 있으며 공정거래위원회에서 소비자보호지침을 만들어 사업자가 사용하는 약관이 소비자보호지침의 내용보다 소비자에게 불리한 경우 지침과 다르게 정한 약관의 내용은 소비자가 알기 쉽게 표시 또는 고지하도록 되어있다. 그러한 이와 같은 전자상거래소비자보호법을 비롯하여 공정거래위원회가 마련한 전자상거래소비자보호지침, 사이버몰표준이용약관은 전자상거래에 의한 상품거래에 주로 초점을 맞추고 있기 때문에 전자상거래소비자보호법의 적용대상이 재화뿐 아니라 용역거래도 포함하지만 온라인게임서비스에 바로 적용하기에는 적절하지 않다.

온라인게임의 이용관계에 특수한 사항들을 규율하고 자율적인 준수를 요구하는 표준약관의 마련이 필요하다고 할 것이다.

5. 게임아이템과 관련된 법률문제

가. 게임아이템의 개념

게임아이템(Game Items)이란 게임을 수행하기 위하여 필요한 여러 가지 유형의 물품항목을 말한다. 게임에서 아이템은 하나의 물건처럼 사용, 거래되는가 하면 수익의 대상으로도 활용되므로 아이템이 민법상 물건에 해당되는지에 대해 논의가 있다. 민법 제98조는 ‘물건’

이란 ‘유체물 및 전기 기타 관리가능한 자연력’을 말하고 형법 제346조는 재물에 관하여 ‘관리할 수 있는 동력은 재물로 간주한다’라고 규정하고 있다. 게임아이템은 0과 1의 수치로 이루어진 데이터에 불과하고 유체물도 관리가능한 자연력도 아니므로 민법상의 물건이 아니라 할 것이며, 형법상의 재물로 보기도 어렵다. 이와 관련하여 대법원은 컴퓨터 정보에 대한 형법상 재물성에 관하여 “절도죄의 객체는 관리가능한 동력을 포함한 ‘재물’에 한한다 할 것이고, …… 컴퓨터에 저장된 ‘정보’ 그 자체는 유체물이라고 볼 수 없고, 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다”고 판시하여 재물성을 부인하고 있다.³⁴⁾

게임서비스이용자가 서비스제공자에 대하여 갖는 권리는 기본적으로 그 게임을 이용할 수 있는 채권적 권리이므로 아이템 역시 이용권의 내용 중에 포함된 것으로 게임이용중에 이용자가 취득하게 된 아이템도 게임내에서의 계속적인 사용을 할 수 있는 채권적 권리이다. 다만, 게임아이템은 지적산물로서, 게임에 종속적이며 게임과 별개로 독립단위로서 존재할 수 없지만 게임서비스이용자간에 지배이전이 가능하도록 허용된 무기명채권과 같은 특징을 가진다.³⁵⁾

다른 견해로는, 게임서비스이용계약은 임대차에 유사한 이용허락계약이므로, 임차인 이 임대인에게는 그 권리를 주장할 수 없으나 다른 임차인에 대하여 주장할 수 있는 권리금과 유사한 권리를 게임이용자에 대하여도 인정할 수 있다는 견해도 있다. 그러나 게임서비스이용자가 게임아이템 자체에 대하여 보유하는 권리의 개념을 설명할 수는 없는 견해라고 본다.

나. 프로그램이용권(계정) 및 아이템이용권 거래의 법리

(1) 프로그램이용권(계정) 거래의 법리

이용권거래계약에서 계정양도행위는 계약인수의 일종으로서 원칙적으로 3면계약 형태를 필요로 하며 적어도 상대방(프로그램제공자)의 동의를 필요로 한다. 계약당사자의 관계는 상호 상대방의 신뢰를 바탕으로 하기 때문이다. 그러므로 게임프로그램제공자가 회원가입약관에서 명백히 계정양도금지규정을 두고 있는 한 그 유효성을 주장할 수 없을 것이다. 회원 지위를 대여하는 행위도 전대차의 법리를 고려할 때 역시 게임기업에 대하여 대여의 유효함을 주장할 수 없다고 보는 것이 타당할 것이다.

그러나 인터넷을 통하여 ID와 비밀번호로 접속하는 프로그램이용형태에서 프로그램제공자가 계정양도사실을 알고 약관을 적용하기는 현실적으로 매우 어렵다는 점에서 계정양도거래

34) 대법원 2002.7.12. 선고, 2002도745판결

35) 정해상, 온라인게임행위의 법리분석, 법조 581, 2005. 2. 참조.

는 늘고 있는 형편이다. 이용자의 확인작업을 할 수도 있겠지만 이 과정에서 발생할 수 있는 이용자의 반발과 감소에 따른 수익감소문제도 계정양도를 방치하는 원인의 하나일 것으로 추측된다.

(2) 아이템이용권 거래의 법리

현실사회의 영역에서 행해지고 있는 게임아이템이용권의 이전을 목적으로 한 이용권매매 등 아이템이용권거래계약이다. 앞서 언급한 바와 같이 게임아이템에 대한 이용자의 권리는 이용권의 일종이며 게임아이템거래계약은 게임프로그램이용권의 일부인 게임아이템이용권의 거래로서 무기명채권거래계약의 성질을 가진다.

그러므로 거래계약후에 당사자는 게임행위속에서 게임아이템 또는 게임머니를 교부함으로써 이행행위가 이루어져 아이템 또는 게임머니의 이용권을 확보한다. 여기서 교부는 현실사회에서 볼 때에 이행행위이며 게임프로그램이용행위이고 게임행위이다.

게임아이템사용권을 양수인에게 넘겨주는 대가로 양도인에게 지급하는 현금의 성격이 게임서비스제공자와 무관한 권리금의 의미를 가진다.

다. 계정 및 아이템의 거래방법

(1) 계정을 거래하는 경우

현실적으로 행하여지고 있는 이용자간의 계정거래는 당사자가 금전을 교부하거나 또는 장래 교부할 것을 약정한 후 ID와 비밀번호를 교부하면 양수인이 비밀번호를 교체하여 이용권을 확보하는 형태를 취하고 있다.

이 경우에 양수인이 확보한 계정의 인적사항은 계정양도를 금지한 게임기업의 약관에 따른 제재를 피하기 위하여 계정양도인의 인적사항을 그대로 유지하게 된다. 그러므로 게임프로그램제공자와의 관계에서는 여전히 계정양도인이 계정을 보유하는 법률관계를 유지하게 된다.

(2) 아이템을 거래하는 경우

이용자간에 이루어지는 아이템거래는 현실사회에서 당사자가 금전을 교부하거나 또는 장래 교부할 것을 약정한 후 온라인게임상에서, 거래창을 통하여 아이템을 상대방의 캐릭터에게 이동시키는 방법, 당사자의 캐릭터가 온라인게임상에서 만나 일방이 아이템을 버리고 상대방의 캐릭터가 이를 줌을 과정을 통하여 이동시키는 방법, 적은 게임머니와 아이템을 교

환하는 방법 등의 과정에 의한다.

이 과정에서 금전을 교부받은 상대방이 아이템을 이동시키지 않는다거나, 아이템을 이동시켰음에도 금전을 교부하지 않는 문제가 빈발하게 되었고 아이템거래중개사이트가 생기는 원인이 되었다.

(3) 게임머니를 거래하는 경우

게임머니는 게임상에서 현실사회의 금전과 같은 기능으로 유통되는 아이템의 일종이다. 아이템과 구별되는 것은 아이템은 기술적으로 고유번호가 부여되고 있지만 게임머니는 숫자로 표현된다는 특징을 가지고 있어서 이동과정의 추적이 어렵다는 것이다.

게임상에서 게임머니는 아이템을 구매할 수 있고, 아이템을 팔아 게임머니로 보유할 수도 있다. 그러나 아이템은 이용자의 레벨에 따라 사용할 수 있는 종류가 제한되고 있는 경우가 많기에 게임상에서 자신의 레벨에 따라 아이템을 자유롭게 구매할 수 있는 게임머니를 선호하는 경향을 보이게 된다. 그러므로 아이템을 매도하고자 하는 이용자는 이를 게임상에서 게임머니화함으로써 매수자의 폭을 넓히는 방법을 사용하게 되는 것이다.

게임머니의 거래방법은 아이템거래방법과 동일하다.

(4) 중개업사이트의 중개에 의한 경우

이용자간에 이루어지는 계정 또는 아이템 등의 직접거래가 거래대금의 불이행, 계정 또는 아이템이전의 불이행 등으로 문제가 발생됨에 따라 거래의 중개를 담당하는 인터넷중개사이트를 통하여 거래하는 형태가 이루어지고 있다.

중개업사이트의 일반적인 이용방법은 중개사이트에 계정이나 아이템, 게임머니를 매도 또는 매수한다는 공지를 하여 거래의사가 확인되면 매수자가 중개업체에게 그 대금을 입금하고, 그 사실을 매도자에게 통지하여 계정 또는 아이템, 게임머니가 매수자에게 이전되도록 한 후 매수자가 이전된 사실을 확인하여 중개업체에 통보하면 수수료(4~5%)를 제외한 대금을 매도자에게 지급하는 형태이다. 이러한 거래방법은 중개업체의 개입이라는 차이는 있지만 앞서 언급한 직접거래의 법리를 크게 벗어나지는 않는다고 볼 것이다.

라. 아이템거래의 유효성여부

현행법상 온라인게임의 아이템거래를 금지하는 법적 근거는 없다. 온라인게임사 웹젠이

아이템현금거래중개사이트를 상대로 제기한 ‘아이템 현금거래행위금지 가처분 신청’에 대하여 서울민사지방법원은 2002.10.17. 그 신청을 기각하였는데 그 이유는 약관이 아이템의 현금거래를 금지하고 있으나, 이는 게임이용자에 대한 채권적 권리로 제3자인 중개사이트에 대하여까지 그 권리를 주장할 수는 없다고 보았기 때문이다. 다만 대부분의 온라인게임기업가 게임프로그램을 제공하면서 약관에 의하여 계정 및 게임아이템³⁶⁾거래금지와 위반에 따른 제재를 명시하고 있을 뿐이다.³⁷⁾

계정 및 아이템의 거래금지약관은 게임기업과 이용자간의 계약상 효력을 가질 뿐이라는 점에서 약관을 위반한 이용자에 대한 제한규정의 적용도 그 이용자에 한정된다. 그러므로 중개업사이트는 게임기업의 약관에 따른 효력에 영향을 받지 않으므로 아이템의 중개를 한 경우에 게임기업에 현금거래가 발각된 이용자는 이용제한을 받을 수 있지만 중개업체의 수수료 수익은 유효하게 귀속될 것이다.

판례는 아이템의 소유권자가 게임회사라는 결론을 내렸으며, 따라서 이용자인 원고가 패소하였다.³⁸⁾ 소액사건으로서 그 이유를 명백히 밝히지 않았으나 법원은 아이템은 이용자가 아닌 게임회사의 저작물이며 이용자는 약관의 규정에 따라 이를 이용할 권리만을 갖는다고 판단한 것으로 보인다.

아이템매매 등 거래금지약관에 대하여 공정거래위원회의 견해변화를 살펴보면, 2000년 10월, 아이템의 매매를 금지하는 것은 게임사업자가 게임상품이나 서비스이용조건을 설정할 수 있듯이 선택조건의 문제로서 게임이용자의 본질적인 이용권리를 제한하는 조항으로 볼 수 없고, 게임이용계약을 해석하더라도 서비스사용권을 이용고객이 받는 형식의 프로그램사용허락에 대한 계약으로서 게임상의 모든 정보는 게임서비스전체에 대한 이용계약에 포함되는 것일 뿐이며, 사용료 역시 게임서비스 전체에 대하여 지불되는 것이지 그 일부인 아이템 획득에 지불되는 것은 아니라고 하였다.³⁹⁾ 당시의 공정거래위원회에 실시한 견해는 저작물

36) 게임기업의 약관에서 게임머니의 거래에 대한 제한을 명확히 해두지 않고 있다는 점이다. 게임머니를 아이템의 일종으로 볼 것인지의 여부는 논란이 있을 수 있지만, 아이템의 정의를 ‘게이머가 게임중에 얻어지는 것으로 게임의 능력과 수준을 높일 수 있는 기능’이라고 한다면 게임머니도 아이템의 일종으로 보아 게임머니의 양도는 아이템자체가 양도되는 경우와 동일한 법리로 이해될 수 있다.

37) Blizzard는 월드 오브 워크래프트(WOW)의 공식 FAQ를 통하여 경매사이트에서 WOW의 계정이나 아이템이 거래되는 것은 이용자의 판단에 따르는 것일 뿐이며 개발사가 여기에 개입하지 않을 것이고 거래에 따른 아이템 소실 등의 책임은 게이머의 몫이라고 밝힘으로써 방관적 태도를 보였다(<http://www.gamemeca.com/news>, 2004. 2. 26. 참조). 그러나 최근에 입장을 바꾸어 현금거래에 대한 금지를 선언하였다(If you are found to be selling in-game property (such as coins, items, or characters), for real money, you will lose your characters and accounts, and Blizzard Entertainment reserves its right to pursue legal action against you as well ; <http://www.worldofwarcraft.com/news/announcements>, 2004.12.10. 참조); 이와 달리, Sony는 소니엔터테인먼트의 온라인게임 “에버퀘스트II”의 아이템을 거래할 수 있는 경매사이트 “Station Exchange Site”를 2005년 6월 개설하기로 발표하였다(Edaily 2005.4.21. 참조).

38) 원고는 온라인 게임 피고 회사 사이트 내 자유게시판에 아이템 거래에 관한 글을 올렸다가 피고 회사로부터 캐릭터 영구압류조치를 당하자 이용자인 원고가 피고회사를 상대로 계정 사용비, PC방 이용비, 투자한 시간 등 재산상의 손해배상 및 위자료를 청구하였다(서울지방법원 2002. 10. 16. 선고 2002가소125182 판결).

39) 공정거래위원회 약관심사위원회의 온라인게임약관시정명령 발표(2000.10.19.).

의 이용과 양도에 관하여 저작권법 제42조에서 규정한 ‘저작권자는 타인에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다. 이용을 허락받은 자는 허락된 이용방법 및 조건의 범위내에서 그 저작물을 이용하여야 하며 저작권자의 동의없이 제3자에게 그 이용권을 양도하지 못한다’는 내용을 형식적으로 충실하게 해석한 결과로 판단된다. 이후 2005년 10월, 아이템거래금지약관의 유효성을 인정하면서도 금지내용의 불공정을 지적하는 견해를 보이고 있다.

계정양도금지약관은 앞에 논의한 바와 같이 계정이 법리상 당사자의 특정성을 내용으로 한다는 점에서 현실적인 금지가능성여부는 불문하고 금지약관의 법적 유효성은 인정된다.⁴⁰⁾ 그러나 아이템거래와 관련된 금지약관의 해석에 대하여는 논란의 여지가 있다.

저작권의 내용인 게임프로그램 자체에서 이미 교환창이 마련되어 이용자간에 아이템의 지배이동이 독립적으로 허용되는 기능이 제공된다는 점과 게임아이템도 이용권의 일부라는 점을 고려한다면 아이템거래금지약관이 기능과 관련하여 매매금지라는 조건을 선택한 자체가 금반언의 원칙을 위배하고 있으며, 나아가 프로그램자체의 이용방법에 반하지 않은 이용행위임에도 불구하고 프로그램이용행위 이외의 사적 영역에서 이용자가 행하는 거래까지 지나치게 간섭하여 사적자치의 영역을 침해하는 측면은 고려되지 않은 판단이다.⁴¹⁾

게임행위에서 게임아이템의 거래기능을 이용하는 것은 게임기업가 제공한 게임프로그램이용방법으로써 본질적 내용임에도 불구하고 이용자의 사적 자치영역에서 행하여지는 행위유형을 정하여 약관에서 제한하는 것에 대한 법적 설명은 매우 어렵다.⁴²⁾ 앞으로도 지속적인 법리적 고민이 계속되어야 할 것이다.

마. 아이템 등의 거래에 대한 과제

(1) 온라인게임의 가상규범마련

온라인게임에 의하여 형성되는 가상사회에는 기본적으로 프로그램에 의하여 제공되는 가상규범이 존재한다. 이용자는 가상사회에 진입함으로써 캐릭터로 전환되며 현실사회와 괴리되어 가상규범의 지배하에 놓이게 되며 가상사회에서 행하는 제반의 행위와 다른 캐릭터와의 관계는 비록 현실사회에서의 행위와 유사한 행위라고 하더라도 현실사회의 규범가치기준

40) 서울중앙지법 민사합의15부는, 타인으로부터 양도받은 게임계정에서 아이템 현금거래를 시도하다가 계정압류조치를 받은 이용자의 취소청구에 대하여 ‘약관이 이용자간의 계정양도를 금지하고 있는 이상 계정의 원소유자가 아닌 원고는 계정을 압류당했다고 부당성을 주장할 지위에 있지 않다’고 판결하였다(연합뉴스 2005.1.30 참조).

41) 정해상, 인터넷 게임아이템 거래에 관한 법리, 171~172면 참조.

42) 약관의규제에관한법률 제6조 제1항이 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항은 무효로 규정하고 있고, 제2항에서는 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 약관조항은 공정을 잃은 것으로 추정하는 규정을 두고 있다.

에 의한 평가의 대상이 될 수 없는 것이다.

그러므로 MMORPG를 중심으로 이루어지고 있는 온라인게임에 의한 가상사회에 대하여 게임프로그램 내에서 독자적인 가상규범을 마련하여 운영할 필요성이 높다. 이 점은 프로그램을 게임으로 인식하는 이용자의 태도를 확보하고 게임내 분쟁을 게임내에서 해결할 수 있는 방법이 될 것이다.

(2) 법적용가능성과 제도마련

게임서비스제공자와 이용자의 이용관계에 따른 법률관계, 가상사회의 목적성 내지 수단성에 따른 법률관계는 현실의 법이 적용될 가능성을 열고 있다. 가상사회는 가상규범에 의하여 지배되는 사회이지만 현실사회의 질적 확장으로 이루어진 가상공간에 존재하는 온라인사회의 일부이며 언제든지 현실사회에 영향을 미치거나 현실사회와 연계될 수 있는 존재이기 때문이다.

이러한 복합가능성은 무한히 다양한 형태로 나타날 수 있다는 점에 주목하여야 한다. 그러므로 가상사회에 대한 법리의 원칙을 명확히 하여야만 현실사회와 관련된 부분에 대한 법적용 및 규제의 법리를 일관되게 추론할 수 있는 법제의 마련이 시급하다고 것이다.

(3) 게임의 사회문제와 해결

인터넷게임이 일반화되고 있는 현대사회에서 인터넷게임사업은 새로운 산업으로 자리잡고 있으며, 이용자들은 MMORPG를 중심으로 온라인게임을 자체로 즐기는 수준을 넘어 앞서 언급한 바와 같이 이미 연간 수천억 원에 이르는 게임아이템거래시장이 인터넷상에 형성하는 새로운 경제현상을 창출하였다.

한편으로는, 온라인게임 아이템거래는 사행성을 심화시키고 청소년의 탈선과 사이버범죄의 원인이 되고 있다는 비난이 가해지고 있다. 심지어 부정한 재산을 돈세탁하는 방법으로 게임아이템거래를 활용하는 경우도 있다. 그러나 게임아이템거래로 인하여 발생하는 사회적 문제의 본질은 게임아이템거래 자체의 반사회성에 있는 것이 아니라 온라인게임의 특성상 청소년의 게임접근성이 용이하다는 점, 게임아이템거래에 대한 법제의 미비에 있다. 그러므로 사회적 문제를 해결하기 위한 접근방법은 게임아이템거래의 규제가 아니라 청소년의 게임접근성을 고려하면서 게임아이템거래의 양성화라는 방향의 정책적 접근이어야만 한다.

청소년의 게임아이템 현금거래에 관한 부정적인 사회현상에 대처하기 위한 방법으로 약관에 의한 현금거래규제가 필요하다는 일부의 논리는 매우 비현실적이다. 게임서비스제공자가

게임을 벗어나 현실사회에서 이루어지는 이용자의 약관위반을 파악하는 것은 현실적으로도 불가능한 것이기 때문이다. 나아가 사회의 부정적 현상을 당사자간의 계약에 불과한 약관에 의하여 해결하려는 접근방법 자체도 문제인 것이다.

청소년용 온라인게임의 경우에는 영상물등급위에 아이템현금거래의 문제와 관련하여 아이템의 비중, 아이템거래기능에 대한 제한 등 게임의 등급에 관한 구체적이고 합리적인 기준을 마련하는 정책방향을 설정하는 것이 타당하다고 본다.

(4) 가상사회의 출현과 게임서비스의 변화

MMORPG 등 가상사회를 형성하는 온라인게임의 경우에 적게는 수천 명에서 수십만 명이 동시에 접속하여 각각의 캐릭터가 독자적으로 또는 조직적으로 가상사회속에서 활동을 한다. 또한 이러한 캐릭터의 활동은 몇 개월 내지 수년에 걸쳐 지속적으로 이루어지며 아이템이나 게임머니의 축적 및 거래, 기술의 습득 등을 통하여 레벨을 높이는 과정이 계속된다.

그러므로 이용자가 프로그램의 계속적 이용, 가상환경의 지속성 등을 기대할 뿐만 아니라 캐릭터와 자신을 동일시하는 심리적 상태에까지 이르게 되는 현상을 주시하여야만 한다. 적어도 프로그램의 유지, 추가, 삭제, 변경과 관련하여 계속적 계약관계의 법리에 상당하는 주의의무와 통지의무에 관한 이용약관의 정비가 필요할 것이다.

V

게임기업의 지적재산권 문제

V. 게임기업의 지적재산권 문제

1. 일반

디지털콘텐츠부문에 있어서 세계 경쟁력을 가지고 있는 우리나라는 그 중에서도 특히 게임부문에서 두각을 나타내면서 국내외적으로 게임시장이 크게 성장하고 활성화되고 있다. 이에 따라 게임과 관련한 분쟁도 증가추세에 있는데 특히 게임의 지적재산권관련 분쟁이 증가하면서 지적재산권법의 중요성이 부각되고 있다.

이하에서는 게임 프로그램과 관련한 지적재산권법상의 주요 쟁점을 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법(이하 ‘프로그램보호법’이라 한다), 특허법, 상표법, 부정경쟁방지법 및 관련된 국제적 문제를 중심으로 검토하고자 한다.

2. 저작권법/프로그램보호법에 의한 보호

가. 보호대상과 보호범위

(1) 일반

(가) 적용법

전자게임은 게임소프트웨어와 게임의 시나리오, 영상, 음향, 캐릭터 등으로 구성되어 있다. 게임프로그램은 컴퓨터프로그램저작물(이하 ‘프로그램저작물’이라 한다)에 해당하므로 프로그램보호법에 의하여 보호된다. 전자게임의 시나리오, 영상, 음향, 캐릭터 등은 게임프로그램과 별도로 저작권법의 보호대상이 된다.

이하에서는 이러한 전자게임의 구성요소들에 대한 현행법상 보호에 관하여 살펴보기로 한다.

(나) 저작권법과 프로그램보호법의 관계

우리나라는 저작권법외에 저작권법에 대한 특별법으로서 프로그램보호법을 별도로 입법하고 있다.⁴³⁾ 저작권법은 프로그램을 저작물의 일종으로 명시하고(저작권법 §4①Ⅸ), 프로그램

저작물에 대해 필요한 사항은 따로 법률로 정하도록 하고 있다(저작권법 §4②). 이러한 모법에 의거하여 프로그램보호법 제31조는 “이 법에 규정한 이외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법에 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다”고 규정하고 있다. 그러므로 프로그램의 보호와 관련하여 프로그램보호법에 규정되고 있지 않은 사항 중 저작권법에 규정이 있는 경우에는 저작권법에 따라 규율되게 된다.

(2) 게임프로그램의 보호

(가) 프로그램보호법상의 컴퓨터프로그램

1) 컴퓨터프로그램의 개념

게임프로그램은 ‘프로그램저작물’에 해당한다. ‘프로그램저작물’이라 함은 “특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터등 정보처리능력을 가진 장치 안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물”을 말한다. 따라서 프로그램으로서 프로그램보호법에 의한 보호를 받기 위하여는 (i)특정한 결과를 얻을 것 (ii)일련의 지시·명령일 것 (iii)외부에 표현될 것 (iv)창작성을 가질 것이라는 각 요건을 갖추어야 한다.

2) 소프트웨어와의 관계

소프트웨어는 컴퓨터프로그램과 동의어로서 사용되기도 하지만, 엄격한 의미에서 두 용어는 구분되는 개념이다. 소프트웨어는 컴퓨터프로그램과 이를 작성하기 위하여 사용된 설계서, 기술서 기타 관련 자료를 말하는 것으로 이해되고 있다.

(나) 보호의 범위와 한계

1) 아이디어와 표현의 구별

프로그램보호법은 아이디어가 아니라 표현물을 보호하므로, 어떤 방법이나 형태로든 대외적으로 표현된 것이어야 한다. 이러한 아이디어와 표현의 이분법을 성문화한 것이 프로그램보호법 제3조 제1항의 규정이다. 동조에서는 프로그램을 작성하기 위하여 사용하고 있는 프로그래밍언어(programming language)·규약·해법(Algorithm)에는 동법이 적용되지 않는다고

43) 저작권법에 대한 특별법으로서 컴퓨터프로그램보호법을 1986. 12. 31. 법률 제3290호로 공포한 후 1987. 7. 1.부터 시행하였다. 동 법은 1994. 1. 5.과 1995. 12. 6.의 두 차례의 개정을 거쳐 보호수준을 국제적인 수준으로 높였으며, 나아가 디지털시대의 새로운 문제에 대한 대응을 위하여 1998년, 2000년, 2001년, 2002년 수차례에 걸쳐서 개정을 하였다.

규정하고 있다. 그러나 프로그램의 경우 표현과 아이디어의 구별이 반드시 용이하지는 아니하므로 구체적 침해사건에 있어서는 그 경계를 둘러싸고 크게 논란이 될 여지가 많다.

2) 저작물성의 인정여부

컴퓨터 프로그램⁴⁴⁾의 경우에는 프로그램보호법과 저작권법의 보호를 모두 받게 된다. 구체적으로 프로그램보호법에 의하여 보호받는 프로그램으로서 소스코드, 오브젝트 코드, 실행코드, 운영체제(Operating System), 응용프로그램, 인터페이스(Interface), 멀티미디어프로그램,⁴⁵⁾ ROM저장프로그램(Firm ware) 등이 있다. 위에서 설명한 바와 같이 프로그램을 작성하기 위하여 사용하고 있는 프로그램언어, 규약 및 표준화, 해법은 보호받지 못한다.

(3) 게임콘텐츠의 보호

(가) 일반

게임 시나리오, 영상, 음향 및 캐릭터 등의 게임콘텐츠는 게임프로그램과 별도로 저작권법의 보호대상이 된다.

저작권법은 아이디어가 아니라 표현물을 보호한다. 저작권법 하에서 보호받는 저작물이 되기 위하여는 저작물이 문학·학술 또는 예술 등에 속하는 것이어야 하며, 어떤 방법이나 형태로든 대외적으로 표현된 것이어야 한다. 또한 ‘독창성’(independent creation)과 ‘최소한의 창작성’(some minimal degree of creativity) 요건을 충족하여야 한다.⁴⁶⁾ ‘독창성’이란 원 저작자가 독창적으로 저작물을 만들었다면, 유사한 저작물이 이미 존재한다고 하여도 보호받을 수 있다는 의미이다.⁴⁷⁾ 그리고 저작권이 보호되기 위해서는 ‘독창성’과 별도로 ‘최소한의 창작성’ 요건이 필요한 데, 이는 아주 낮은 수준의 창작성이어도 무방하다.⁴⁸⁾

이하에서는 게임콘텐츠로서 시나리오, 캐릭터, 영상/음향, 아바타/아이템에 관하여 구체적으로 살펴보기로 한다.

44) 컴퓨터 프로그램은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표시된 것을 말한다(동법 제2조 제1호, 저작권법 제2조 제12호).

45) 멀티미디어프로그램이란 기존의 텍스트(text)는 물론, 정지화상, 동영상, 애니메이션, 음향 등 사람의 오감을 이용한 모든 정보를 디지털화하여 활용하게 하는 컴퓨터프로그램의 일종이다.

46) 미국저작권법 제102조는 “저작물성”과 관련하여 유형물에 고정되고 독창성을 가진 컴퓨터 프로그램은 아이디어, 절차, 시스템, 운용방법, 개념, 원칙 또는 발견이 아닌 경우 저작권법에 의하여 보호된다고 규정하는 바, 저작물성을 가지기 위한 요건으로서 고정성(Fixation)과 창작성(Creativity)을 들고 있다. Robert A. Gorman & Jane C. Ginsburg, Copyright, Fifth Edition LEXIS 1999 at 75-76; H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 51-52(1976) 참조.

47) Id.

48) Gorman&Ginsburg, supra note 4 at 75.

(나) 시나리오

게임의 시나리오는 ‘각본’(영화의 대본에 해당)에 해당되므로 저작권법상의 어문저작물로써 보호받는다(§4① I). 다만, 우리 저작권법은 저작물이 외부에 인식될 수 있으면 족하고, 미국법과 같은 고정성(fixation)을 요구하지 않으므로, 시나리오의 고정여부에 관계없이 저작물로서 보호된다.

전자게임의 내용 전개는 게임사용자의 조작에 따라 달라질 수 있으므로 시나리오의 저작권자에 게임사용자가 포함되는지의 여부가 문제된다. 그런데 게임의 시나리오와 사용자의 게임진행기록은 서로 구별되는 개념이라고 할 것이다. 즉, 전자게임의 시나리오는 게임사용자가 취할 수 있는 모든 행위 등을 고려하여 작성한 게임의 줄거리를 의미한다. 이에 반해 게임진행기록은 전자게임의 시나리오가 허용하는 범위에서 사용자 고유의 게임방식에 따라 진행된 특정게임의 진행기록이다. 전자게임의 시나리오는 게임제작을 위해 작성한 게임의 진행 줄거리를 창작한 자에게 권리가 귀속된다. 이와 같이 전자게임의 시나리오의 권리자는 게임제작자(또는 게임시나리오작성자)임이 자명하나, 게임진행기록에 있어서는 그 저작자가 누구인가 분명하지 않다.⁴⁹⁾

(다) 캐릭터

게임화면의 캐릭터가 법적 보호를 받을 수 있는지에 관하여 살펴보기로 한다. 이하에서는 캐릭터의 개념, 그 유형, 상표화권 및 저작권법에 의한 보호 순으로 검토한다.

1) 캐릭터의 개념

캐릭터는 다의적인 개념이나 ‘만화·TV·영화·신문·소설·연극 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 인물, 동물, 물건의 특징, 성격, 생김새, 명칭, 도안, 특이한 동작 그리고 더 나아가서 작가나 배우가 특수한 성격을 부여하여 묘사한 인물을 포함하는 것으로서 그것이 상품이나 서비스, 영업에 수반하여 고객흡인력 또는 광고효과라는 경제적 가치를 지는 것’⁵⁰⁾이라고 정의할 수 있다. 캐릭터는 이러한 등장인물 등이 외모나 이야기 내용에 의하여 가지고 있는 독창적인 개성·이미지와 그러한 것들이 합쳐진 ‘총체적인 아이덴티티’로 구성된다.

49) 게임의 기록과 관련해서는 뒤에 ‘게임기록파일의 보호’에서 자세히 설명한다.

50) 오승중·이혜완, 저작권법, 2005, 137면; 최연희, “캐릭터보호에 관한 연구”, 이화여대 석사학위논문, 1990, 1, 4면.

2) 캐릭터의 유형

캐릭터는 실재성여부에 따라 실재캐릭터(real character)와 창작캐릭터(invented character)로, 표현형식(시각성여부)에 따라서 시각적 캐릭터(visual character)와 어문적 캐릭터(literary character)로 분류해 볼 수 있다.⁵¹⁾

3) 캐릭터의 상품화권

상품의 판매나 서비스의 제공 등에 이용되는 캐릭터를 소유하는 권리 또는 그 캐릭터를 상품이나 서비스에 이용하려는 자에게 이용을 허락할 수 있는 권리를 상품화권(merchandising right)이라 한다. 상품화권은 실정법에서 인정하고 있는 독자적인 권리는 아니다. 이는 고객흡인력을 갖는 캐릭터가 영업적으로 이용되는 경우 당해 캐릭터에 관하여 권리를 갖는 자를 보호하기 위하여 고안된 개념인바 캐릭터가 갖는 특성에 따라 저작권법·상표법·디자인보호법 등 각종 법률에 의하여 보호될 수 있다고 해석하고 있다.⁵²⁾

4) 캐릭터의 저작권법에 의한 보호

캐릭터 자체가 저작권법에 의하여 보호될 수 있는가에 관하여는 부정설과 긍정설로 나뉜다. 우리나라는 하급심 판결에 캐릭터의 저작물성을 인정한 판결이 있으며,⁵³⁾ 학설로는 긍정설이 통설이다. 그러나 긍정설에 대하여 캐릭터는 구체적인 표현으로부터 감지되는 추상적인 개념이지 그 자체가 구체적 표현은 아니므로 저작물의 성립요건을 결하고 있으므로 저작권으로 보호하기 어렵다는 비판이 행해진다.⁵⁴⁾ 이에 부정설의 입장을 취할 때에는 게임화면의 캐릭터는 독자적 저작물로서 보호를 받기는 어렵고 영상저작물로서 공표 후 50년간 보호된다고 볼 수 있을 것이다.

게임의 스토리와 캐릭터에 기초하여 속편 게임이 제작되는 경우 독자적 저작물로 볼 수 있는지가 문제된다. 선행게임에 캐릭터의 특징이 그대로 드러나 있는 이상 그 캐릭터를 이용한 속편 게임은 가장 큰 이미지 전달성을 가지는 캐릭터의 용모·자태·성격의 특징에는 변경이 없고 다만 수족의 움직임이나 다른 등장인물과의 관계·대화 등에 있어서 다소의 변경이 가해지는 것뿐이라면 만화나 만화영화에서의 속편 해석과 마찬가지로 선행게임의 2차

51) 이러한 분류에 대하여는 오승중·이해완, 전게서, 137면.

52) 오승중·이해완, 전게서, 138면; 오세빈, “캐릭터의 부정사용과 부정경쟁방지법위반죄의 성부”, 형사재판의 제문제 제1권, 박영사, 1997, 246면.

53) 서울고법 1992. 12.23 선고, 92나15668 판결: 확정

54) 日本最高裁 1997.7.17 宣告, 平成(オ) 第1443号 判決에서도 동일한 취지로 판결하였다.

적 저작물로 보아야 할 것이다.⁵⁵⁾

(라) 영상/음향

게임은 게임프로그램과 게임의 화면 및 음향 등으로 구성된다. 위에서 살펴본 바와 같이 게임프로그램은 컴퓨터프로그램으로서 프로그램보호법에 의하여 보호될 수 있다. 또 다른 게임의 구성요소인 게임의 화면과 음향은 저작권법상의 영상저작물로서 보호될 수 있는지가 문제된다.

저작권법에서는 ‘영상저작물’을 “연속적인 영상(음의 수반여부는 가리지 아니한다)이 수록된 창작물로서 그 영상을 기계 또는 전자장치에 의하여 재생하여 볼 수 있거나 보고 들을 수 있는 것”을 말한다고 정의하고 있다(저작권법 §2X). 이러한 정의를 볼 때 우리 저작권법도 영상저작물을 정의함에 있어서 고정성을 요건으로 한다고 할 것이다. 이에 게임영상과 음향이 고정성을 갖추었는가의 해석여지를 놓고 영상저작물에 해당한다는 견해와 이를 부정하는 견해로 나뉜다.

부정설은 게임 영상과 음향은 게임 플레이어가 어떻게 게임을 조작하는가에 따라 화면의 진행이 달라지기 때문에 영상과 음향이 고정된 것이 아니고, 표현이 객관화된 것도 아니라는 점에서 게임영상과 음향이 영상저작물에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 한다.

반면 긍정설은 게임플레이어의 자유로운 게임조작에도 불구하고 게임이 반복될 때마다 동일한 부분이 존재하고, 그 전체적인 이미지가 다른 게임의 그것과는 구별될 수 있다는 점에서 창작성을 인정할 수 있으므로 게임의 영상과 음향은 독자적인 영상저작물에 해당한다고 한다. 후자의 견해가 미국⁵⁶⁾과 일본 판례⁵⁷⁾의 입장이라고 할 것이며 우리나라의 통설이다.⁵⁸⁾

55) 만화나 만화영화의 속편 문제에 대하여는 오승종·이혜완, 전게서, 161면.

56) Stern Electronics v. Kaufman 213 U.S.P.Q. 75.

57) 東京地裁 1984.9.28 선고, 1981(7)第8371号 判決. 비디오 게임기에 대하여 영화저작물로 인정한 예로서 첫 번째 사건이다. 판결문의 내용은 다음과 같다. “비디오 게임기의 구조를 살펴보면, 브라운관 위에 비추어 내는 영상은 그림무늬, 문자 등 모두 그대로 또는 분할해서 그것들을 낱게 하는 기본적으로는 2진수의 전기신호를 발생할 수 있는 형태로 ROM에 기억되고 있고, 브라운관 위에 ROM에 기억되고 있는 것 이외의 그림무늬, 문자 등이 나타나는 일은 없다. 어트랙트 영상 및 삽입영상은 ROM 중에 전기신호 형태로 기억되어 있는 게임프로그램의 다종 다양한 명령이 순차 CPU에 의해 해독되며, 이 명령에 의해서 ROM중에 전기신호형태로 기억되어 있는 게임프로그램 중에서 추출된 각 데이터가 브라운관 위에 지정된 위치에 순차표시됨으로써 전체적으로는 연속된 영상으로 표현된다. 어트랙트 영상 및 삽입영상은 이처럼 게임프로그램의 명령에 의해서 순차게임프로그램으로부터 추출된 데이터가 브라운관 위에 표시되고, 그 영상은 플레이어의 레버조작에 따라서 변화하는 일이 없이, 항상 일정한 연속된 영상으로 나타난다. 한편 플레이 영상은 게임프로그램의 다종, 다양한 명령이 순차 CPU에 의해서 해독된다는 것은 어트랙트 영상 및 삽입영상과 마찬가지로이지만, 이렇게 해독된 명령이 그대로 조작레버의 조작에 의해서 주어지는 전기신호에 의해 변화되어, 이것에 의해 게임프로그램 중에서 추출되는 영상도 플레이어의 레버조작에 의해서 변한다. 그렇지만 플레이어가 조작레버를 전혀 조작하지 않았을 경우에는, 항상 동일한 영상이 브라운관에 비추어지며, 이론상으로는 플레이어가 동일한 레버조작을 하지 않으면 항상 영상의 변화는 동일해진다. 또 어떤 영상의 변화가 생기는지도 게임프로그램에 의해서 설정되어 있으며, 따라서 플레이어는 그림무늬, 문자 등을 새로 그리거나 하는 것이 불가능해서, 단지 게임프로그램 중에 있는 데이터 추출순서에 유한한 변화를 주고 있는 것에 지나지 않는다.” 일본의 최고재판소는 가정에서 사용하는 TV 게임기용 소프트웨어의 중고판매 사건에서 전자게임이 저작물인가와 관련한 의문에 대해 “게임이 영화의 효과와

영상저작물의 성립요건은 첫째, 영상저작물은 서로 관련된 연속적인 영상으로 구성되어 있을 것, 둘째, 기계 또는 전자장치에 의하여 재생할 수 있을 것, 셋째 창작성과 같은 일반적인 요건을 만족시킬 것이라 할 수 있다.

전자게임의 일부를 이루는 영상과 음향이 창작성과 같은 일반적 요건을 만족시킨다면, 전자게임은 컴퓨터에 의해 재생될 것이므로 성립요건 중 문제되는 것은 첫 번째 요건의 충족 여부이다. 첫 번째 요건을 충족하게 되면 영상저작물로 판단될 것이다. 첫 번째 요건을 충족하는지와 관련해서는 영상저작물이 정해진 순서에 따라서 영상이 나타나야 한다는 제한이 존재하는지가 문제된다. 그 이유는 전자게임은 일반적인 영상저작물과는 달리 게임의 전개가 게임사용자의 조작에 따라 무작위로 전개된다는 특성이 있기 때문이다. 다수설에 의하면, 영상이 정해진 순서든 아니면 무작위에 의해 연속적으로 나타나는지의 여부와는 상관없이 영상저작물로서 인정할 수 있다고 한다.⁵⁹⁾ 또한 게임화면을 구성하는 개개의 화면들이 그 자체로서 창작성을 가지지 못한다고 하더라도 연속된 화면들이 전체적으로 창작성을 갖는 경우에는 영상저작물로서 보호되어야 할 것이다.⁶⁰⁾

(마) 아바타/아이템

온라인게임 상의 아바타와 아이템은 아바타와 게임 아이템의 그래픽 이미지 또는 양자를 표현하는 오브젝트 코드로 구성된다.⁶¹⁾ 이러한 그래픽 이미지와 이를 표현하는 오브젝트 코드가 저작권법이나 디자인보호법 또는 프로그램보호법에 의한 보호요건을 갖추는 경우 지적재산권으로서 준물권으로 보호된다. 따라서 이러한 아바타나 아이템에 대한 침해는 지적재산권침해를 구성하게 될 것이다.

아바타의 시각적 캐릭터에 창작성이 있다면 미술저작물성이나 영상저작물성이 인정될 것이나 창작성이 인정되지 않는 경우에는 미술저작물성이나 영상저작물성이 부인된다. 이 경우에는 아바타가 컴퓨터프로그램으로서 보호될 수 있는지를 검토해 보아야 할 것인데 이에 대한 국내 학설은 아바타는 컴퓨터프로그램의 저작권 등에 의해 보호될 수 있다는 긍정설과 이를 부인하는 부정설로 나뉘고 있다. 긍정설에서는 서체파일⁶²⁾과 마찬가지로 게임 아이템

유사한 시각적 또는 시청각적 효과를 발생시키는 방법으로 표현되고 물건으로 고정되어 있는 저작물이며, 영화저작물에 해당한다"고 판시한 바 있다. 日本 最高裁判所 平成13(2001)年(受)第898号; 最高裁判所 平成13(2001)年(受)第952号. 한국게임산업개발원, 게임분쟁사례집(2005).

58) 오승종·이해완, 전게서 659면.

59) 오승종/이해완, 전게서 87면.

60) Paul Goldstein, *Copyright*(2d ed.), Little, Brown and Company, 1996, at 2:139

61) Molly Stephens, "Sales of In-Game Assets: An Illustration of the Continuing Failure of Intellectual Property Law to Protect Digital-Content Creators", 80 Texas Law Review, 2002 at 1521 ff.

62) 글꼴 파일 자체가 프로그램에 해당하는가에 대하여 우리나라의 미국 최근판례는 긍정하는 입장에 있다. 대법원 1997. 2. 11 선고, 96도1935 판결; 서울지방법원 동부지원 1997. 11. 28선고, 95가합11403판결; 서울고등법원 1999. 4. 7

도 컴퓨터프로그램 저작권으로 보호되어야 한다고 하나 부정설에서는 게임 아이템은 컴퓨터 메모리에 저장된 데이터에 불과하여 컴퓨터프로그램저작권으로 보호할 수 없다고 한다.

게임아이템의 프로그램저작권성에 대하여 긍정설의 입장에 서있는 국내 하급심 판례가 있어 이를 소개한다. 동 사안에서 신청인은 2001. 12. 경부터 ‘캔디바’라는 명칭의 사이트를 운영하면서 신청인이 제공하는 게임이나 이벤트에 사이트 이용자들이 참여할 때 각자 자신의 아바타를 선택하여 사용하도록 하는 서비스를 제공하여 왔다. 그러던 중 피신청인이 신청인의 아바타를 무단 복제 내지 변형하게 되자 신청인이 이를 막기 위하여 소를 제기하였다. 이에 대해 위 결정은 주위적으로는 컴퓨터프로그램 저작권에 기해서 예비적으로는 온라 인디지털콘텐츠산업발전법 하에서 위법하게 신청인의 영업상의 이익을 침해한 것이라고 인정하여 가처분신청을 인용하였다.⁶³⁾

게임회사의 아이템에 대한 저작권과는 별도로 이에 대한 게이머의 권리도 문제된다. 즉 게이머의 입장에서 다른 게이머가 아바타나 아이템을 침해하는 경우 그 구제와 관련하여 게이머가 아바타나 아이템에 대하여 가지는 권리가 무엇인지 문제된다. 이에 대하여 국내 판례에서는 게이머가 아바타나 아이템에 대하여 가지는 권리를 게임기업에 대하여 주장할 수 있는 채권으로 보고 있으므로 게이머는 침해자에 대하여 물권의 침해를 주장할 수는 없다. 그러나 게임기업가 아바타나 아이템을 제작하는 소프트웨어를 제공하기는 하나 실제 이의 제작에 게이머의 창작성이 상당부분 가미되는 경우이거나 아바타를 꾸미는 데 있어서 게이머의 창작성이 인정되는 경우 또는 아이템을 게이머가 직접 디자인한 경우 등 게이머의 저작권이나 디자인권을 인정하여야 하는 상황이 발생할 수 있다. 한편 게임기업가 제공한 게임프로그램이 도구적인 경우 이용자는 단순한 이용자가 아니라 파생적으로 나타나는 창작자이며 창작된 지적 산물에 대한 지적재산권자로서의 지위가 인정될 수도 있을 것이다.

선고, 98나23616 판결; Adobe Systems Inc. v. Southern Software, Inc. et al.(N. D. Cal., 1998). 서울고등법원 1999. 4. 7 선고, 98나23616 판결은 이를 긍정하는 이유로서 “그것이 비록 다른 응용프로그램의 도움 없이는 바로 실행되지 아니한다고 하여도 컴퓨터 내에서 특정한 모양의 서체의 윤곽선을 크기·장평·굵기·기울기 등을 조절하여 반복적이고 편리하게 출력하도록 특정한 결과를 얻기 위하여 프로그래밍언어의 일종인 포스트스크립트언어로 제작된 표현물이고, 글꼴파일제작 프로그램에서 마우스의 조작으로 글꼴의 모양을 가감하거나 수정하여 좌표값을 지정하고 이를 이동하거나 연결하여 저장함으로써 제작자가 특정한 결과를 얻기 위하여 스스로의 알고리즘(algorithm)에 따라 프로그램밍언어로 직접 코드를 작성하는 보통의 프로그램제작과정과는 다르다 하여도 포스트스크립트 언어로 작성되어 사람에게 이해될 수 있고, 그 내용도 좌표값과 좌표값을 연결하는 일련의 지시·명령으로 이루어져 있으므로 법상의 프로그램이라 할 것이다”라고 판시하고 있다. 자세한 내용은 오승중·이해완, 전게서, 662-669면 참조.

63) 법원은 그 주위적 판단에서 신청인의 직원들은 아도비 포토샵(Adobe Photoshop) 프로그램을 이용하여 아이템을 작성하였는데 신청인이 제공하는 아바타에 어울리는 아이템의 밑그림을 작성한 후…… 아바타의 체형 등을 고려하여 아이템의 크기, 색상에 따른 좌표값을 설정하고 이를 gif 파일로 생성하는 방식으로 아이템을 제작하였으므로 신청인의 아이템은 …컴퓨터 내에서 선택된 아이템이 아바타에 적용되어 아바타와 일체로 구현된다는 특정한 결과를 얻기 위한 일련의 지시·명령으로 이루어진 컴퓨터프로그램으로서, …… 피신청인의 아이템은 신청인의 아이템을 제작도구를 이용하여 복제·변형하는 방식으로 작성되었다고 보이므로 피신청인은 신청인의 창작성있는 컴퓨터프로그램인 신청인의 아이템에 대한 복제권, 개작권, 동일성유지권을 침해한 것이라고 판시하였다. 동사건에 대하여는 박성호, 전게는 문 각주 58)과 62) 각 참조.

(4) 게임기록파일의 보호

게임기록파일(replay file)이란 게임플레이어가 게임을 진행한 것을 컴퓨터기록으로 남겨둔 파일을 의미한다. 통상적으로 컴퓨터는 동작과 관련한 많은 정보를 일명 ‘로그파일(log file)’ 등으로 저장해 두는 것이 일반적이며, 이러한 로그파일은 불법침입자의 역추적이나 컴퓨터 관리정보의 일환으로 사용되는 것이 보통이다.

통상적인 로그파일 등과 게임기록파일이 다른 점은 게임플레이어의 개성이 포함되어 있다는 점이다. 즉, 통상적인 로그파일은 컴퓨터의 운용기록인데 반해, 게임기록파일은 게임플레이어가 게임을 진행한 일체의 방법이나 운용전략 등이 고스란히 담겨있기 때문에 개별 게임플레이어의 개성이 포함되게 되는 것이다. 따라서 게임기록파일을 단순히 게임제공 컴퓨터의 기록으로 보아 게임플레이어의 권리주장을 무시할 수만은 없을 것이다.

게임플레이어의 게임기록에 대한 권리를 인정한다고 할때 어떠한 권리를 인정할지가 문제된다. 저작권법은 저작권접권을 실연, 방송, 음반의 경우에 한정적으로 인정하고 있고(저작권법 §61), 이 때 실연이란 저작물을 연기, 무용, 연주, 가창, 연술 그 밖의 기능적 방법으로 표현하는 것을 말하며, 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 것을 포함한다고 규정하고 있으므로(저작권법 §2IV), 게임사용자의 게임기록이 실연에 의한 저작권접권의 대상이 된다고 보기는 어렵다. 아직 이에 대한 논의는 거의 없는 실정이다. 입법론으로서 게임기록파일에 창작성이 있으므로 게임자의 개성이 포함된 게임기록파일은 실연 등과 같은 저작권접권으로 인정하는 것을 고려해 볼 수 있을 것이다.

(5) 중고게임 카트리지의 재판매

중고게임 카트리지의 재판매 가능여부는 권리소진 또는 최초판매의 원칙이 적용될 수 있는지의 문제이다. 권리소진의 원칙 또는 최초판매의 원칙(first sale doctrine)이란 저작권자가 당해 게임프로그램을 적법하게 판매한 후에도 그 게임프로그램에 대한 배포권을 계속 인정한다면, 그 게임프로그램의 거래나 이용이 있을 때마다 다시 저작권자의 허락을 받아야 하는 불편함이 있으므로 저작권자의 배포권이 1회의 판매로서 소진된다는 것이다. 이러한 원칙을 법으로 규정한 것이 저작권법 제43조 제1항과 프로그램보호법 제19조이다.

그러나 이와 같은 배포권을 무제한적으로 인정한다면, 게임프로그램이 갖는 무한복제가능성으로 인해 저작권자 등은 치명적인 손해를 입을 우려가 있다. 이에 따라 권리소진의 원칙에 대한 예외를 인정하는 것이 바로 대여권인데, 최초판매 이후에 저작권자가 게임프로그램의 적법한 양수인에게 게임프로그램을 상업적으로 대여할 수 있도록 허락하거나 이를 금지

할 수 있는 권리를 말한다. 이와 관련하여 프로그램보호법 제19조 제2항은 권리소진에도 불구하고 판매용 프로그램을 영리를 목적으로 대여하는 경우에는 프로그램 저작권자 또는 프로그램 배타적 발행권자 등의 허락을 받아야 한다고 규정하고 있다.

그러므로 중고 게임 카트리지의 판매도 권리소진의 원칙과 대여권의 견지에서 판단하여야 할 것이므로 중고 게임 카트리지의 영리 또는 비영리 목적의 재판매는 상업적 대여에 해당하지 않는 한 자유롭게 할 수 있다고 보아야 할 것이다.

나. (프로그램)저작권자: 개발게임의 권리귀속

전자게임의 저작자, 즉 프로그램과 게임 콘텐츠 저작물을 창작한 자에게 복제권등의 저작권 재산권과 공표권등의 저작인격권이 귀속한다. 다만, 예외적으로 법인·단체 그밖의 사용자의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성한 저작물의 경우는 원칙적으로 그 사용자가 저작자가 된다(저작권법 §9 및 프로그램보호법 §5 참조).⁶⁴⁾ 다만, 저작권법의 경우는 위와 같은 법인저작물에 대하여 법인등이 자기명의로 공표할 것을 추가적으로 요구하고 있다.

한편 공동저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 공동저작물의 저작권은 공동하여 창작한 자 전원에게 귀속된다. 공동저작물의 저작재산권은 그 저작재산권자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없으며, 다른 저작재산권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없다. 이 경우 각 저작재산권자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부할 수 없다(저작권법 §45①). 공동저작물의 이용에 따른 이익은 공동저작자간에 특약이 없는 때에는 그 저작물의 창작에 이바지한 정도에 따라 각자에게 배분된다. 이 경우 각자의 이바지한 정도가 명확하지 아니한 때에는 균등한 것으로 추정한다(저작권법 §45②). 공동저작물의 저작재산권자는 그 공동저작물에 대한 자신의 지분을 포기할 수 있으며, 포기하거나 상속인 없이 사망한 경우에 그 지분은 다른 저작재산권자에게 그 지분의 비율에 따라 배분된다(저작권법 §45③). 프로그램보호법에 의하면 2인 이상이 공동으로 창작하고 각자가 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 프로그램의 저작권은 공동으로 창작한 자의 공유로 하며 그들의 공유지분은 공동 창작권자간에 특약이 없는 한 균등한 것으로 간주하고 있다(프로그램보호법 §11①).

64) 미국에 있어서 직무저작을 판단하는 기준에 대하여는 Kurz, et al., Internet and the Law - Legal Fundamentals for the Internet User, Rockville: Government Institutes, Inc. 1996. pp. 8-9.

다. (프로그램)저작권의 내용

(1) 저작인격권

(프로그램)저작자는 그 프로그램(또는 저작물)을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 ‘공표권’(저작권법 §11, 프로그램보호법 §8), 프로그램(또는 저작물)이나 그 복제물 또는 프로그램(또는 저작물)의 공표를 함에 있어서 실명 또는 이명을 표시할 ‘성명표시권’(저작권법 §12, 프로그램보호법 §9), 특정한 경우를 제외하고 그의 프로그램(또는 저작물)의 제호·내용 및 형식의 동일성을 유지할 ‘동일성 유지권’(저작권법 §13, 프로그램보호법 §10)을 가진다.

(2) 저작재산권

저작권자는 저작물의 복제권·공연권·방송권·전송권·미술저작물 등의 원작품이나 그 복제물을 전시할 전시권·저작물의 원작품이나 그 복제물을 배포할 배포권·그 저작물을 원저작물로 하는 2차적 저작물 또는 그 저작물을 구성부분으로 하는 편집저작물을 작성하여 이용할 2차적 저작물 등의 작성권을 가진다(저작권법 §16 내지 §21). 프로그램보호법도 프로그램저작자에게 프로그램을 복제·개작·번역·배포·발행 및 전송할 권리를 인정하고 있다(프로그램보호법 §7).

라. (프로그램)저작권의 제한

(1) 일반적 제한

저작재산권은 재판절차등에서의 복제(저작권법 §22), 학교교육목적 등에서의 이용(저작권법 §23), 시사보도를 위한 이용(저작권법 §24), 공표된 저작물의 인용(저작권법 §25), 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송(저작권법 §26), 사적 사용을 위한 복제(저작권법 §27), 도서관 등에서의 복제(저작권법 §28), 시험문제로서의 복제(저작권법 §29), 시각장애인 등을 위한 복제등(저작권법 §30), 방송사업자의 일시적 녹음·녹화(저작권법 §31), 미술저작물 등의 전시 또는 복제(저작권법 §32), 번역 등에 의한 이용(저작권법 §33)의 경우에는 제한되는 바, 이를 사용하고자 하는 저작재산권자의 허락없이 저작물을 자유로이 사용할 수 있다.

프로그램저작권은 (i)재판 또는 수사를 위하여 복제하는 경우, (ii)초·중등교육법, 고

등교육법에 의한 학교 및 다른 법률의 규정에 의하여 설립된 교육기관(상급학교 입학에 위한 학력이 인정되거나 학위를 수여하는 교육기관에 한한다)에서 교육을 담당하는 자가 수업 과정에 제공할 목적으로 복제 또는 배포하는 경우, (iii)초·중등교육법에 의한 학교 및 이에 준하는 학교의 교육목적을 위한 교과용 도서에 게재하기 위하여 복제한 경우, (iv)가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우, (v)초·중등교육법, 고등교육법에 의한 학교 및 이에 준하는 학교의 입학시험, 그 밖의 학식 및 기능에 관한 시험 또는 검정을 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제 또는 배포하는 경우에는 저작권재산권이 제한된다(프로그램보호법 §12 I-V).

한편 저작권법은 프로그램보호법의 모법인바 프로그램보호법에서 규정하지 않은 것에 대하여는 저작권법의 규정이 적용된다(프로그램보호법 §45). 따라서 저작권법상의 시사보도를 위한 이용(§24), 공표된 저작물의 인용(§25), 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송(§26), 도서관등에서의 복제(§28), 점자에 의한 복제(§30), 방송사업자의 일시적 녹음·녹화(§31), 번역등에 의한 이용(§33) 등은 프로그램의 특성에 반하지 않는 한 프로그램에도 적용된다고 할 것이다.

(2) 프로그램저작물의 특수성에 의한 제한

프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위하여 프로그램의 기능을 조사·연구·시험 목적으로 복제하는 경우(정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자가 당해 프로그램을 사용 중인 때에 한한다)에는 그 목적상 필요한 범위 안에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램저작권자의 이익을 부당하게 해하는 경우에는 그러하지 아니하다(프로그램보호법 §12VI).

한편 프로그램저작권은 보존용 복제물을 필요로 하는 프로그램저작물의 특수성에 따른 저작권제한사유를 규정하고 있다(프로그램보호법 §14).

마. (프로그램)저작권의 등록

전자게임은 프로그램저작물로 볼 수 있기 때문에 프로그램심의조정위원회에 등록이 가능하며 영상저작물로도 볼 수 있으므로 저작권심의조정위원회에도 등록이 가능하다.

바. 침해 및 구제방법

(1) 침해

게임저작권의 침해는 저작권재산권의 침해와 저작인격권의 침해로 나뉜다. 저작권재산권 침해는 저작물의 무단이용 또는 허락범위 외의 이용을 말한다.

저작권재산권의 침해에 해당하는 경우로는 기존의 저작물을 이용하여 작품을 만드는 행위로서 기존의 저작물에 의거하여 그대로 베꼈거나 그렇지 않고 다소 수정·변경이 있지만 기존의 저작물과의 동일성을 인정할 수 있고 새로운 창작성이 부가되지는 아니한 경우, 기존의 저작물을 토대로 만들어진 작품에 새로운 창작성이 인정되지만 기존의 저작물에 대한 종속적 관계가 인정되는 경우가 있다. 또한 저작물을 이용하여 전송·배포 등을 하는 행위도 저작권재산권의 침해에 해당한다. 한편, 저작인격권침해는 저작자의 허락 없이 미공표의 저작물을 공표하거나 저작자의 성명표시를 변경·삭제하거나 또는 저작물의 내용이나 제호에 함부로 변경을 가함으로써 행해진다.

프로그램저작권의 침해도 프로그램저작권재산권의 침해와 프로그램저작인격권의 침해로 나뉜다. 이는 저작권의 침해와 마찬가지로 정당한 권원 없이 복제권·개작권·번역권·배포권·발행권·전송권 등의 프로그램저작권재산권을 침해하거나 공표권·성명표시권·동일성유지권 등의 프로그램저작인격권을 침해함으로써 행해진다.

(2) 구제방법

(가) 민사상 구제방법

게임저작물을 권한 없는 자가 복제, 배포 또는 전송함으로써 침해가 있는 경우 준물권인 저작권에 기하여 구제를 청구할 수 있다. 저작권 침해에 대하여는 침해금지청구, 예방청구, 침해정지 등의 청구와 손해배상청구를 할 수 있다. 전자는 복제물 판매금지와 같은 침해행위의 중지를 구하는 청구이며, 후자는 저작권자가 얻을 수 있었던 수익을 배상받을 필요가 있는 경우의 구제방법이다. 프로그램저작권 침해가 있는 경우에도 일반 저작권 침해의 경우와 마찬가지로 금지청구, 예방청구, 침해정지 등의 청구와 손해배상청구를 할 수 있다.

또한 저작인격권에 관해서는 명예회복 등의 적당한 조치의 청구를 인정하고 있으며, 그 밖에 민법의 일반원칙에 의해 불법행위상의 손해배상청구권 및 부당이득반환청구권이 인정된다(민법 §750, §741).

(나) 형사상 구제방법

저작권의 침해행위는 불법행위의 일종으로서 저작권법과 프로그램보호법에서는 불법복제 등의 권리침해죄에 대하여는 별도의 규정을 두고 있다. 즉, 저작물 불법복제 등의 권리침해죄에 대하여는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다(저작권법 §97의5). 저작권 침해는 원칙적으로 친고죄에 해당하며 고소기간의 제한이 있다(형사소송법 §236①). 프로그램저작권 침해행위가 있는 경우에는 권리침해죄로서 3년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다(프로그램보호법 §46①).

(다) 행정적 구제방법

프로그램보호법에서는 정보통신부 장관이 부정복제물 등의 수거조치 등을 할 수 있도록 하고 있다(프로그램보호법 §34①).

3. 상표법에 의한 보호

가. 일반

일반소비자에게 대량으로 판매되는 전자게임의 경우에는 상품의 상표 기타 식별성에 관한 보호도 중요한 역할을 하는데, 이것은 게임 자체의 보호가 아니라 상품으로서의 게임의 식별성 있는 표지에 대한 보호라 할 것이다.

나. 상표등록요건

(1) 서

상표로서 등록되어 상표권으로서 보호를 받기 위하여는 다음의 요건을 갖추어 심사관의 심사를 받아야 한다. (i) 상표법이 정하는 상표개념에 해당하여야 한다. 즉, 상품을 생산·가공·증명 또는 판매하는 것을 업으로 영위하는 자가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 기호·문자·도형·입체적 형상 또는 이들을 결합한 것(가호) 또는 각각에 색채를 결합한 것(나호)에 해당하여야 한다(상표법 §2 I). (ii) 상표로서 실제로 사용될 필요는 없다 하더라도 최소한 사용의사는 존재하여야 한다.

(iii) 상표가 상품표지로서의 일반적인 요건을 갖추어야 하고 그렇지 못한 경우에는 거래상의 식별력을 획득함으로써 상품표지로서의 구체적인 적격성을 갖추어야 한다(상표법 §6).

(iv) 상표가 상표법에 정하여진 부등록사유(상표법 §7)에 해당하지 않아야 하며, (v) 상표등록을 받고자 절차를 밟는 자는 법률상의 능력을 갖춘 자여야 한다.

이하에서는 세 번째와 네 번째 요건에 대하여 살펴보기로 한다.

(2) 등록을 받을 수 있는 상표

상표는 식별기능을 주된 목적으로 하므로 상표로 등록되기 위해서는 우선 식별력이 있어야 한다. 식별력이 없는 경우로는 그 상품의 보통명칭을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표(상표법 §6①Ⅰ), 그 상품에 대하여 관용하는 상표(상표법 §6①Ⅱ), 그 상품의 산지·품질·원재료·효능·용도·수량·형상·가격·생산방법·가공방법·사용방법 또는 시기를 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표(상표법 §6①Ⅲ) 등이다.

(3) 등록을 받을 수 없는 상표

상표법 제7조에서 규정하는 공익상의 이유로 상표등록을 받을 수 없는 경우로서 14가지를 상표 부등록사유로 열거하고 있다. 즉, 공서양속에 반하는 상표(상표법 §7①Ⅳ), 등록상표와 동일 또는 유사한 상표(상표법 §7Ⅶ), 주지상표와 동일, 유사한 상표(상표법 §7①Ⅸ), 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 할 염려가 있는 상표(상표법 §7①Ⅹ), 상품의 품질을 오인하게 하거나 수요자를 기만하게 할 염려가 있는 상표(상표법 §7①Ⅺ) 등이 여기에 해당한다.

다. 상표권의 침해

타인의 등록상표와 동일·유사한 상표를 등록상표의 지정상품과 동일·유사한 상품에 붙이거나 그 상품의 포장에 붙이는 경우 상표권의 침해가 성립한다. 따라서 타인의 등록상표와 동일·유사한 상표를 사용하더라도 그 사용상품이 등록상표의 지정상품과 동일·유사하지 아니한 경우에는 상표권 침해가 성립하지 않으며 등록된 상표라도 그 보호 범위는 그 식별력이 미치는 범위에 한하는 것이고 상표의 구성 가운데 식별력이 없는 부분을 사용한 경우에는 상표권의 침해가 성립하지 않는다.

라. 구제방법

상표권의 침해행위에 대한 형사구제로서 상표법은 상표권 또는 전용사용권의 침해행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있다. 이와 같이 상표권 침해 행위에 대하여 형사적 제재를 가함으로서 상표권의 침해로부터 상표권자를 보호하고자 하는 것이다. 상표권의 침해는 특허권이나 저작권의 침해와 달리 일반 수요자의 이익 즉, 공익을 해하는 측면이 있으므로 이를 비친고죄로 하고 있다. 그밖에 사해행위의 죄, 허위표시의 죄, 위증 등의 죄를 규정하고 있다.

상표권 침해행위에 대한 민사구제로는 침해금지청구권, 손해배상청구권 및 신용회복청구권이 인정된다. 침해금지청구권은 상표권자 또는 전용사용권자가 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있으며, 침해금지·예방청구에 부대하여 침해행위를 조성한 물건의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거 기타 침해의 예방에 필요한 행위를 청구할 수 있는 권리를 말한다. 손해배상청구권은 상표권자 등이 상표권 또는 전용사용권을 고의 또는 과실로 침해한 자에게 그에 의하여 발생한 손해를 배상하도록 요구할 권리를 말한다. 상표법은 상표권자의 입증의 편의를 위해 일정한 행위 유형을 상표권침해로 규정하는 한편 고의의 추정 및 손해액의 추정 및 나아가 인정손해에 관한 규정을 두고 있다. 그밖에 상표권자 또는 전용사용권자는 고의 또는 과실로 상표권 또는 전용사용권을 침해함으로써 상표권자 또는 전용사용권자의 업무상의 신용을 실추케 한 자에 대하여 법원에 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 자신의 업무상 신용회복을 위하여 필요한 조치를 해줄 것을 요구할 신용회복청구권을 가진다.

4. 디자인보호법에 의한 보호

가. 일반

게임콘텐츠가 디자인보호법에 의한 디자인으로 보호되는 경우가 있을 수 있다. 이하에서는 디자인보호법상의 보호를 받기 위한 등록요건, 부등록사유, 침해시 구제방법에 관하여 살펴보기로 한다.

나. 등록요건

디자인이 디자인보호법에 의하여 보호받기 위하여는 먼저 디자인에 의하여 해당하여야 한다. “디자인”이라 함은 물품(의 부분)의 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한 것으로서 시각을 통하여 미감을 일으키게 하는 것을 말한다(디자인법 §2 I). 디자인이 등록되기 위하여는 공업상 이용가능성, 신규성, 진보성을 갖추어야 한다. 디자인의 공업상 이용가능성은 공업적 생산방법에 의한 양산이 가능함을 의미한다. 어느 디자인이 신규성이 있다는 것은 그 디자인 등의 내용이 출원일 이전에 공개된 상태로 존재하지 아니하였다는 것을 의미한다(디자인법 §5①,③). 즉, 그 디자인과 동일유사한 내용이 출원일 이전에 공개되어 존재하였음을 입증하여야 그 디자인의 신규성이 상실된다. 신규성을 상실한 디자인의 결합에 의하거나 국내에서 널리 알려진 형상·모양·색채 또는 이들의 결합에 의하여 용이하게 창작할 수 있는 디자인은 진보성이 없으므로 등록받을 수 없다(디자인법 §5②). 용이하게 창작할 수 있는 디자인이란 주지의 형상·모양등을 거의 그대로 모방하거나 그 가하여진 변화가 단순한 상업적 변화에 지나지 않는 것(디심 §5③ I)을 의미한다.

다. 부등록사유

디자인이 다음에 해당하는 경우에는 디자인등록을 받을 수 없다. 즉, (i) 국기·국장·군기·훈장·포장·기장 기타 공공기관 등의 표장과 외국의 국기·국장 또는 국제기관 등의 문자나 표지와 동일 또는 유사한 디자인, (ii) 공공의 질서나 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있는 디자인, (iii) 타인의 업무에 관계되는 물품과 혼동을 가져올 염려가 있는 디자인, (iv) 물품의 기능을 확보하는데 불가결한 형상만으로 된 디자인의 경우이다(디자인법 §6 각호).

라. 침해 및 구제방법

디자인침해에 대하여도 형사구제와 민사구제 모두가 인정된다. 형사구제로는 디자인권 또는 전용실시권을 침해한 자를 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으며(§82①), 이를 친고죄로 하고 있다. 디자인 침해행위에 대한 민사구제로는 침해금지 청구권, 손해배상청구권 및 신용회복청구권을 인정하고 있다.

5. 특허법에 의한 보호

가. 일반

전자게임의 게임프로그램 등은 특허법에 의하여 보호받을 수 있다. 이하에서는 특허법에 의한 보호를 받기 위한 요건, 특허청의 컴퓨터관련 발명의 심사기준, 판례동향 그리고 침해 및 구제방법에 관하여 살펴보기로 한다.

나. 보호요건

특허법상의 보호를 받기 위해서는 특허법 제2조를 충족시키는 발명이 존재해야 한다. 발명은 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도의 것이어야 한다(특허법 §2 I). 발명이 특허받기 위하여는 산업상 이용가능성, 신규성, 진보성을 갖추어야 한다(특허법 §29). 산업상 이용가능성이란 그 발명의 성질에 따라 기술적 의미에서 생산 또는 사용할 수 있는 것을 말하며, 신규성이란 공지공용기술이 아닌 것, 즉, 발명의 내용인 기술적 사상이 종래의 기술적 지식, 선행기술에 비추어 알려져 있지 않은 새로운 것임을 의미한다. 진보성에 관하여 특허법은 신규의 발명이라 하더라도 특허출원 전에 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 제1항 각호의 1에 규정된 발명에 의하여 용이하게 발명할 수 있는 것일 때에는 특허를 받을 수 없다(특허법 §29②)고 규정하고 있다.

우리나라 특허법 하에서는 자연법칙을 이용한 기술사상이 아니면 특허대상이 되지 않는다. 컴퓨터 소프트웨어 관련 발명은 수학적 알고리즘을 내포하고 있는 경우가 많은데 이러한 수학적 알고리즘 자체를 자연법칙을 이용한 기술적 사상이라고 할 수 있는지가 문제된다.

다. 특허청의 컴퓨터관련 발명의 심사기준

이와 관련하여 우리나라 특허청의 『컴퓨터관련 발명의 심사기준』을 살펴볼 필요가 있다. 이 심사기준은 1985년 제정된 이래 1995년, 1998, 2005년⁶⁵⁾에 걸쳐 세 차례 개정되었다. 1998년 개정 이전의 심사기준에서는 컴퓨터 관련 발명의 성립성을 그 발명이 “자연법칙을 이용하였는가”의 여부에 따라 판단하도록 하였다. 그러나, 개정된 심사기준에서는 “산업상

65) 2005년 개정된 심사기준은 1998년 심사기준의 개정 이래 축적된 심사, 심판, 판결 사례들을 토대로 특허요건과 명세서 기재 요건을 보다 명확하게 설명하고 있다.

이용할 수 있는 구체적인 수단”이 존재하는지 여부를 검토하여 발명의 성립성을 판단하도록 함으로써 특허의 대상을 명확히 설정하여 심사의 일관성을 유지하도록 하였다.⁶⁶⁾ 이 개정심사기준의 해석을 둘러싸고, ‘자연법칙 이용성’은 컴퓨터 관련 발명의 성립성 판단의 기준이 될 수 없다고 하기도 하고,⁶⁷⁾ ‘자연법칙 이용성’은 컴퓨터 소프트웨어 관련 발명의 성립성 판단의 하나의 기준으로 여전히 남아 있다고 주장되기도 한다.⁶⁸⁾ 생각건대, 컴퓨터관련 발명의 심사에서는 그 발명이 ‘산업상 실제로 이용할 수 있는 구체적 수단’으로 청구되었는지 뿐만 아니라, ‘자연법칙의 이용성’도 특허법 제29조 제1항 본문 및 제2조 제1호의 규정에 의한 컴퓨터 소프트웨어 관련 발명의 성립성 판단의 기준이 된다고 할 것이다.

라. 판례의 동향

최근 우리나라에서는 컴퓨터프로그램의 특허성 인정에 관한 주요한 판례가 나왔다.⁶⁹⁾ 이 판례에서는 ‘자연법칙의 이용성’을 컴퓨터 소프트웨어 관련 발명의 성립성 판단의 기준으로 보고 있다. 본 출원발명은 공작기계·로봇·레이저가공기·용접기·목공기 등을 제어하는 수치제어장치의 입력포맷의 개량에 관한 것으로서, 종래에는 기본 워드를 갖는 수치제어장치에 의하여 개별적으로 작업을 하던 공작기계들을 서브워드를 부가함으로써 명령어를 이루는 제어입력포맷을 다양하게 구성하게 되고, 워드의 개수에 따라 조합되는 제어 명령어의 수를 증가시킴으로써 2가지 이상의 작업을 동시에 할 수 있도록 하거나 서로 상관관계를 가지면서 복합적으로 작업을 할 수 있게 하거나 또는 다공정 공작기계의 제어를 통일적으로 함으로써 작업의 능률을 올릴 수 있는 수치제어방법에 관한 것인데 특허청에서는 이에 대하여 자연법칙을 이용하고 있는 것으로 볼 수 없다고 하였으나 대법원은 자연법칙을 이용한 것으로 판단하였다.

마. 침해 및 구제방법

(1) 침해

특허침해는 직접침해와 간접침해로 나눌 수 있고, 직접침해는 다시 동일영역 침해와 균등영역 침해로 나눌 수 있다. 현실적으로는 균등영역 침해가 문제되고 있으며, 균등영역 침해

66) 개정컴퓨터 관련 발명의 심사기준에 대하여는 특허청 사이트 <http://www.kipo.go.kr> 참조.

67) 오홍수, “S/W관련 발명의 성립성 판단에 대한 소고”, 지식재산21 제60호(2000.5.) 82-84면 참조.

68) 강동세, “비즈니스 모델(Business Model)의 특허문제”, 인터넷과 법률(남효순·정상조 공편), 법문사, 2002. 438면 참조.

69) 대법원 2001. 11. 30. 선고 97후2507판결.

는 균등영역을 넓게 인정하면 특허권자를 보다 넓게 보호하게 되고, 반면에 균등영역을 좁게 인정하면 제3자를 보호하게 되는 결과가 되어 특허권자와 제3자 보호간의 조율이 쉽지 않은 문제가 된다.

(2) 구제방법

특허침해에 대한 형사구제로서 특허법은 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 특허권자 또는 전용실시권자의 고소가 있는 경우 이를 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다(특허법 §225).

또한 특허법은 특허침해에 대한 민사구제로서 특허권에 대한 침해를 이유로 하여 침해행위의 금지 또는 예방을 구할 수 있는 권리를 인정한다(§126). 금지청구권이 성립하기 위해서는 특허침해자의 고의, 과실을 요하지 아니하고 원고가 자신이 정당한 권리자인 점과 피고가 원고의 발명의 대상을 업으로서 실시하고 있는 점, 피고의 실시가 원고의 특허권 침해인 점을 입증하면 된다. 특허권자 또는 전용실시권자는 침해행위를 조성한 물건(물건을 생산하는 방법의 발명의 경우 침해행위로 생긴 물건)을 폐기하고, 침해행위에 제공된 설비의 제거 기타 침해의 예방에 필요한 행위를 할 수 있다. 이는 금지청구권이 실효성 있는 권리가 되도록 하는 부대청구적인 성질을 가진다고 한다. 즉, 침해행위에 제공되는 물건 또는 설비 자체를 폐기 또는 제거함으로써 특허침해행위를 금지시키고자 하는 것이기 때문이다. 한편, 특허법에서는 민법 제750조의 특칙으로서, 특허권자 또는 전용실시권자는 고의 또는 과실에 의하여 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 손해의 배상을 청구할 수 있다고 규정한다(§128). 손해배상의 범위는 원칙적으로 침해와 상당인과관계에 있는 모든 손해로서 특허법은 손해배상액의 입증의 곤란을 덜어주기 위한 규정을 두고 있다. 즉, 침해자가 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 손해의 액으로 추정한다는 규정을 두고 있으며, 특허발명의 실시에 대하여 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다는 규정을 두고 있다(§128②, ③). 또한 특허침해 및 손해배상 사실은 인정되나 손해액 산정이 극히 곤란한 경우 법관이 적정배상액을 명할 수 있도록 하고 있다(§128⑤).

6. 부정경쟁방지법에 의한 보호

게임저작물이 저작권법, 프로그램보호법, 특허법, 상표법, 디자인보호법에 의한 보호와

함께 부정경쟁방지법에 의하여 보호되는 경우도 있을 것이다.

부정경쟁방지법은 일반조항을 두어 부정경쟁행위를 규제하는 방식을 취하지 아니하고 8개의 행위유형을 열거하여 타인의 등록 또는 미등록 저명상표에 대해서 그 상표의 가치나 영업주체를 혼동하게 하는 특정행위를 규제하고 있다(동법 §2① 가-자목). 부정경쟁행위에는 상품주체혼동행위, 영업주체혼동행위, 저명상표희석행위, 원산지허위표시행위, 출처지오인 야기행위, 질량오인야기행위, 대리인의 상표권자의 동의없는 사용행위, 주지표지를 도메인 이름으로 사용하는 행위, 상품형태의 모방행위의 유형이 있다.

그런데 부정경쟁방지법에 의하여 상품주체혼동행위 및 영업주체혼동행위 등을 규제하는 것은 프로그램 자체의 보호가 아니라 상품으로서의 프로그램의 식별성 있는 표지에 대한 보호라는 점에서 저작권법등에 의한 보호와는 차원을 달리하는 것이라 할 것이다.

부정경쟁행위에 대하여 법은 민사적 구제와 더불어 형사적 구제를 인정하고 있다, 민사구제로서 금지청구권(§4), 손해배상청구권(§5), 신용회복청구권(§6)을 인정하고 있으며 형사구제로서(동법 제2조 제1호(아목 및 자목을 제외한다)의 규정에 의한) 부정경쟁행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(§18③ I).

7. 국제적 문제

가. 일반

저작물의 국제적 교류가 늘어나고 그 전파속도가 빨라지고 있다. 특히 1990년대 중반 이후에는 디지털네트워크 환경이 조성되고 디지털저작물의 유통이 촉진됨에 따라서 국제저작권분쟁도 크게 증가하고 있다.

이하에서는 이러한 국제저작권분쟁 사례로서 기술보호조치의 무력화와 PS2의 p2p방식에 의한 공유 및 병행수입/국제소진과 관련된 사안들을 살펴보기로 한다.

나. 구체적 사례

(1) 기술보호조치의 무력화

(가) 서

호주에서 있었던 사건으로서 소니게임기에 부착된 접근코드의 기술조치성 여부, 즉, 지역

코드를 우회하는 것이 접근통제적 기술조치의 침해(우회)가 될 수 있는지가 쟁점이 되었던 사안이다.⁷⁰⁾

(나) 사실관계

원고 소니사는 유명 비디오게임 제작업체로서 플레이스테이션(PS) 게임 콘솔과 게임 CD를 제작·판매하면서 게임CD에 접근코드(access code)를 수록하는 한편 게임기의 기판에는 부팅 칩을 내장하였다. 따라서 어떤 자가 접근코드가 없는 불법 CD를 이용하여 게임을 하려고 할 때에는 게임기의 부팅 칩이 CD 정보를 읽어 접근코드가 없는 것을 확인하면 게임기에의 접근을 막아 게임이 실행되지 않게 하였다.

한편 피고 스티븐스(Stevens)는 소니사의 Croc2 등과 같은 게임 CD의 불법복제물을 제작·판매하는 한편 게임기의 부팅 칩을 우회할 수 있는 모드 칩(mod chips)을 개발하였다. 이 모드 칩을 게임기에 설치하면 게임기의 부팅 칩을 우회하여 접근코드가 없는 불법 게임 CD들도 실행이 가능하게 되었다.

원고 소니사는 자사의 게임 CD의 접근코드와 부팅칩은 기술적 보호조치이며 피고의 모드 칩은 이러한 기술적 보호조치를 우회할 수 있는 장치 내지 기술인 바 피고의 호주 저작권법 제116A조 위반을 이유로 소송을 제기하였다.

(다) 사건의 경과

제1심 법원에서는 소니사의 접근코드나 부팅 칩은 호주 저작권법 제10조 제1항의 기술적 보호조치에 해당하지 않는다고 보았다. 이에 소니사는 항소하였고 연방법원 전원재판부는 전원일치로 소니사의 접근코드등은 기술적 보호조치에 해당하는가 하는 쟁점에 관하여 불법 게임 CD가 실행되지 않도록 하는 것도 일종의 저작권 침해를 금지하기 위한 것으로 볼 수 있으므로 피고의 행위는 기술적 보호조치의 침해가 된다고 판단하였다. 이에 피고가 대법원에 상고하였다.

(라) 판결의 주요 내용

대법원은 제1심 법원과 마찬가지로 소니사의 접근코드 등은 기술적 보호조치에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그 이유로서는 어떤 장치나 기술 등이 기술적 보호조치에 해당하려면

70) Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment [2005] HCA 58(6 October 2005). 이 판례에 대한 평석으로는 저작권심의조정위원회, 저작권문화, 2005. 12. 제136호 28-9면 참조.

그러한 장치 등이 저작물への 접근이나 복제를 통제할 수 있어야 할 뿐 아니라 그로 인하여 저작권 침해행위를 방지하거나 불가능하게 하여야 하는데 소니사의 접근 코드들은 어떤 실제적 저작권 침해행위를 방지하는 역할을 하는 것은 아님을 들었다. 따라서 피고의 행위는 기술적 보호조치의 침해가 아니라고 판단하였다.

호주 저작권법 제10조에서는 기술적 보호조치(technological protection measure)를 정의하고 있다. 기술적 보호조치라 함은 장치 등의 통상적인 작동과정으로서 저작물의 저작권 침해를 막거나 불가능하게 하고자 고안된 것이다. 이는 저작권자 또는 독점적 라이선스의 허락을 받은 접근 코드 등을 이용하여서만 저작물에 대한 접근이 가능하게 함을 통하여(저작물에 부가한 암호의 해독, 변환 포함) 또는 복제관리장치를 통하여 또는 양 수단을 통하여 달성된다고 규정한다. 동 조에 의하면 어떤 장치나 기술 등이 기술적 보호조치가 되려면 그러한 장치 등이 저작권 침해행위를 방지하거나 불가능하게 하기 위한 목적으로 만들어져야 하는데, 설사 부팅칩을 우회하여 게임이 실행되게 하여도 실제적인 저작권 침해행위가 일어나지 않는다. 이 때문에 호주대법원은 접근코드들은 기술적 보호조치가 아니라고 본 것이다. 이러한 판단의 근거에는 불법 게임 CD를 이용하여 게임을 할 때 게임기의 RAM에 게임 프로그램이나 영상 저작물이 일시적으로 저장되는 것은 복제가 아니라는 판단이 전제되어 있다고 할 것이다.

2004. 5. 미국과 호주 간에 자유무역협정(FTA)이 체결되어 일시적 복제를 복제의 개념에 포함시키기로 하였으므로 앞으로 호주법원이 기술적 보호조치관련 사건에서 Stevens 사건과 동일한 취지로 판결할 수 있을지는 좀더 두고 보아야 할 것이다.⁷¹⁾

(2) PS2의 p2p방식에 의한 공유

게임기 없이 비디오게임을 할 수 있도록 비디오게임기를 네트워크로 연결하는 기술인 동영상 공유 기술, 원격제어기술 및 멀리 떨어진 이용자들이 게임을 즐기도록 연결해주는 중계 기술이 p2p를 바탕으로 개발되면서 플레이스테이션(PS)2의 p2p방식에 의한 공유가 가능하게 되었다. 예컨대 국내업체인 게임프랜드가 'PS 파이터'와 'PC뷰어' 및 'PS온라인 서비스' 기술을 개발하여 PS2 등 비디오게임기를 사지 않고 PS2용 게임을 플레이할 수 있도록 해 주고 있다. 'PS 파이터'와 'PC뷰어'는 PC만으로 비디오 게임을 즐길 수 있도록 해 주는 장비로서 이용자들이 양 제품을 구입하여 PS2의 컨트롤러에 연결하면 PS2를 구입하지 않고서도 게임을 할 수 있게 된다. 이 중 게임기 소유자는 게임을 제공하는 서버가 되고, 비소유자는

71) 유사한 사안에 관하여 한국의 법원은 2006. 2. 호주대법원과는 반대로 기술적보호조치의 침해를 구성한다고 판시하였다(2006. 4. 1. 자 판례공보 참조).

게임을 빌려 쓰는 클라이언트가 된다.

게임프렌드는 'PC만 있으면 플레이스테이션2(PS2) 게임을 즐길 수 있는' 호환장비 개발로 PS2 제조업체인 소니컴퓨터엔터테인먼트(SCE)의 한국 법인인 소니컴퓨터엔터테인먼트코리아(SCEK)와 사이에 PS2 주변기기 적법성 논쟁을 불러일으키고 있는데, 사안의 쟁점은 PS2와 PC간 호환장비를 개발한 게임프렌드가 SCE나 SCEK의 PS2에 관한 전송권 내지 2차적 저작물 작성권을 침해한 것인지 여부이다.

(3) 병행수입/국제적 소진

(가) 게임물의 병행수입

게임의 병행수입(Parallel Import or Gray Import)문제는 외국의 진정상품을 수입하는 것이 국내에 있는 게임저작권자 또는 독점적 라이선스의 권리를 침해하는지 여부에 관한 것이다. 즉 국내 저작권자의 게임물이 외국에서 저작권자의 승인을 받아 제작, 판매되다가 저작권자의 승낙 없이 국내에 수입되는 경우 저작권을 침해한 것이 되느냐가 문제된다. 최초판매이론을 넓게 해석하여 병행수입을 인정하여 저작권 침해를 부정하여야 한다는 것이 국내 다수설⁷²⁾로서 타당하다고 할 것이다. 요컨대 외국에서 적법하게 양도된 저작물을 국내에 수입·배포하는 경우에는 배포권은 소모된다고 함이 타당할 것이다.

이에 관하여는 저작권법에 근거규정을 두고 있다. 즉, 동법 제92조는 먼저 제1항에서 저작재산권, 저작인격권, 출판권, 저작인접권의 침해로 보는 경우로서 (i)수입시에 대한민국 국내에서 만들어졌더라면 권리침해로 될 물건을 대한민국 내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위, (ii)권리침해행위에 의하여 만들어진 물건(제1호의 수입물건을 포함한다)을 그 정을 알면서 배포하는 행위를 열거하고 있다. 요컨대 외국에서 수입하는 저작물이 국내에서 생산되었더라면 국내에서 저작권 침해로 되는 경우에 해당한다면 이러한 수입은 저작권 침해를 구성한다는 것이다.

(나) 상표품의 병행수입

1) 상표권의 내용과 적용범위

상표권은 적극적인 독점권과 소극적인 금지권을 그 내용으로 한다. 적극적인 독점권이란

72) 송영식 외2인, 전제서, 600면; 계승균, 저작권법상 권리소진이론, 창작과 권리 2003년 겨울호(제33호); 배금자, 저작권에 있어서 병행수입문제, 창작과 권리 2003년 봄호(제30호).

‘지정상품’에 관하여 독점적으로 그 등록상표를 사용할 권리를 의미하고, 소극적인 금지권이란 타인이 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 동일 또는 유사한 지정상품에 사용하는 경우 그 사용을 금지할 수 있는 권리를 의미한다.

다만, 이와 같은 내용의 상표권이 보호되는 범위와 관련하여 상표권의 지역적 효력범위가 문제된다. 상표권에는 속지주의 원칙이 적용되는 바, 원칙적으로 상표권은 상표권이 등록된 국내에서만 효력을 가진다.

(나) 진정상품의 병행수입과 상표권의 효력범위

1) 문제의 제기

진정상품의 병행수입이란 외국에서 적법하게 상표가 부착되어 유통되는 진정상품을 제3자가 국내의 상표권자 또는 전용사용권자의 허락없이 수입하는 행위를 말한다. 이와 같은 병행수입이 있는 경우 국내 상표권의 효력이 병행수입행위에 미치는가 문제된다.

2) 병행수입허용여부에 관한 제학설

상표권과 관련하여 병행수입을 허용할 것인지를 둘러싼 제학설을 살펴본다.

병행수입 금지론은 상표권은 각국마다 독립적이므로 진정상품인지 여부에 관계없이 수입국의 상표권자 또는 전용사용권자의 허락없이 동일한 상표가 부착된 상품을 수입하는 것은 상표권의 침해에 해당한다고 본다. 금지론의 근거는 병행수입품의 판매업자는 정당한 권리자의 광고 및 투자, 대고객 서비스 체제에 무임승차하여 부당이득을 취할 수 없다는 점에 있다.

한편, 병행수입 허용론은 상표권은 일단 적법하게 사용하여 상품을 유통하였다면 국내외를 막론하고 상표권은 이미 소모된 것이므로 권리주장을 할 수 없고(국제적 소진론), 소비자들은 다양한 종류의 상품을 저렴한 가격으로 구입할 선택권이 있다는 점을 근거로 한다. 병행수입 허용론이 판례의 입장이다. 대법원 2002. 9. 24. 선고 99다42322 판결에서는 병행수입 그 자체는 위법성이 없는 정당한 행위로서 상표권 침해 등을 구성하지 아니하므로 병행수입업자가 상표권자의 상표가 부착된 상태에서 상품을 판매하는 행위는 당연히 허용될 것인바, 상표제도는 상표를 보호함으로써 상표 사용자의 업무상의 신용유지를 도모하여 산업발전에 이바지함과 아울러 수요자의 이익을 보호함을 목적으로 하고(상표법 §1 참조), 상표는 기본적으로 당해 상표가 부착된 상품의 출처가 특정한 영업주체임을 나타내는 상품출처표시기능과 이에 수반되는 품질보증기능이 주된 기능이라는 점 등에 비추어 볼 때, 병행

수입업자가 위와 같이 소극적으로 상표를 사용하는 것에 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 상표권자의 상표를 사용하여 광고·선전행위를 하더라도 그로 인하여 위와 같은 상표의 기능을 훼손할 우려가 없고 국내 일반 수요자들에게 상품의 출처나 품질에 관하여 오인·혼동을 불러일으킬 가능성도 없다면, 이러한 행위는 실질적으로 상표권 침해의 위법성이 있다고 볼 수 없을 것이므로, 상표권자는 상표권에 기하여 그 침해의 금지나 침해행위를 조정한 물건의 폐기 등을 청구할 수 없다고 봄이 상당하며, 이 사건에서는 병행수입업자인 피고가 문제된 선전광고물, 명함, 포장지, 쇼핑백, 내·외부 간판에 부착 또는 표시하여 사용한 이 사건 표장(구체적으로 보면, 이 사건 표장의 각 해당 표장과 전혀 동일하거나 그 해당 표장이라고 볼 수 있을 정도로 거의 동일하므로 피고가 사용한 표장이 이 사건 표장과 동일한 것으로 봄이 상당하다.)은 원고 버버리의 등록상표들(상표등록번호 제50439호, 제66446호, 제163562호 등)과 동일하거나 극히 유사하여 상품 출처에 오인·혼동이 생길 염려가 없고 또 피고가 수입한 상품이 원고 버버리에 의하여 생산된 진정상품인 이상 국내 독점적인 수입·판매대리점인 원고 유로통상이 원고 버버리로부터 수입하여 판매하는 상품과 품질에 있어 차이가 있다고 보기도 어려우므로, 결국 상표제도의 목적이나 상표의 기능 등에 비추어 피고가 위 선전광고물이나 명함 및 외부 간판 등에 그러한 표장을 사용한 행위는 실질적으로 위법하다고 할 수 없어 원고 버버리의 상표권을 침해한 것으로 보기 어렵다고 판시하였다.

3) 병행수입 허용기준

① 지적재산권보호를위한수출입통관사무처리에관한고시

지적재산권보호를위한수출입통관사무처리에관한고시 제1-3조는 다음의 각 경우에 병행수입이 허용된다고 규정하고 있다.

- 국내외 상표권자가 동일인이거나 계열회사관계, 수입대리점관계 등 동일인으로 볼 수 있는 관계가 있는 경우
- 외국의 상표권자와 동일인관계에 있는 국내상표권자로부터 전용사용권을 받은 경우
- 외국의 상표권자와 동일인관계에 있는 국내상표권자로부터 전용사용권을 설정받은 국내 전용사용권자가 당해상표가 부착된 물품을 제조 및 판매하는 경우에는 국내전용사용권자와 외국의 상표권자가 동일인 관계에 있는 경우

② 무역위원회의 병행수입 허용여부에 관한 심판기준

H사는 스타크래프트와 디아블로에 대해 미국 DAI사로부터 국내 상표전용사용권을 설정받

아 국내에서 게임을 제조 및 판매하고 있었는데 B사와 N사가 이들 게임을 외국의 유통업자로부터 직수입해 국내에 판매하자 H사는 자사의 지적재산권을 침해하는 불공정무역행위로 간주하여 이에 대한 조사 및 수입금지조치를 무역위원회에 요청하였다. 무역위원회는 이에 대하여 B사와 N사에 대해 수입행위를 중지하는 시정조치명령을 부과하였다.⁷³⁾ 무역위원회는 동 사안의 판단에 있어서 병행수입 허용여부에 관한 5가지 구체적인 심판기준에 의거하였는데 이하에서는 이에 대하여 살펴보기로 한다.

첫째, 상표권자라고 주장하는 자가 해당 상표권을 등록하였는지 우선 검토한다.

위 사례에서, H사는 스타크래프트와 디아블로에 대하여 특허청 상표등록원부에 상표전용사용권을 등록하였고, 이러한 등록된 권리는 법적으로 보호할 필요성이 있으므로 병행수입을 금지한다.

둘째, 외국상표권자와 국내상표권자등과의 동일성 여부를 검토한다. 국내 상표권자와 외국 상표권자 또는 전용사용권자가 동일인 관계인 경우에 병행수입을 금지하면 과도한 독점이익을 보장하는 결과를 낳으므로 이 경우 병행수입을 허용하는 것이 바람직하다. 위 사례의 경우에는 H사와 블리자드사는 동일인 관계가 아니므로 병행수입을 금지하더라도 위와 같은 독점이익보장의 우려는 없다.

셋째, 국내상표권자등에 의한 해당상품의 제조 및 판매여부를 검토한다. 국내 상표권자등이 해당 상품을 국내에서 제조 및 판매하는 경우에는 이로 인한 경제성장의 효과가 국내에서 발생하므로 국내 상표권자를 보호하고 병행수입을 금지할 필요성이 생긴다. 위 사례에서도, H사가 미국 블리자드사로부터 스타크래프트와 디아블로를 수입하여 판매하지 않고 국내에서 제조 및 판매하는 경우 이로 인한 고용, 생산유발, 소득창출 등의 효과가 국내에서 발생하므로 병행수입을 금지하여 H사의 투자활동을 보호할 필요가 있다.

넷째, 국내상품과 병행수입상품간 품질의 동일성 여부를 검토한다. 국내상표권자의 제품과 병행수입품간에 품질의 동일성이 있는가 여부를 판단기준의 하나로서 삼는다. 만약 양 제품간에 품질의 차이가 있는 경우에 병행수입을 허용하면 일반 소비자들이, 품질이 상대적으로 떨어지는 병행수입품을 국내상표권자의 제품으로 오인하여 구입하게 될 우려가 있고, 이와 같은 경우 소비자의 피해가 발생하므로 병행수입을 금지하는 것이 바람직하다. 위 사례에서, H사의 제품과 병행수입품 간에 품질의 차이가 있는 경우에 병행수입을 허용하면 소비자는 품질이 떨어지는 병행수입품을 H사의 제품으로 오인하여 구입할 가능성이 있고, 이는 결국 소비자의 피해로 귀결될 수 있으므로 이러한 경우에는 병행수입을 금지함으로써 소비자를 보호하도록 한다.

73) 한국게임산업개발원, 게임분쟁사례집 2005. 261면.

다섯째, 국내 상표권자들의 독자적인 신용형성 여부를 검토한다. 국내 상표권자 등이 전용 웹사이트 개설 및 운영, 전용서버 증설, 콜센터 운영 등을 통하여 이미 다양한 투자를 함으로써 독자적인 신용을 형성한 경우에는 병행수입을 금지하여 병행수입업자의 무임승차행위를 막을 필요가 있다. 따라서 국내 상표권자들의 독자적인 신용형성여부가 병행수입 허부의 판단기준이 될 수 있다. 만약 H사가 국내에서 독자적인 신용을 형성하였다면 진정상품의 병행수입업을 허용할 경우 업자의 무임승차행위가 우려되므로 이를 금지하는 것이 바람직하다.

(다) 특허물의 병행수입

외국의 진정상품을 수입하는 것이 국내에 있는 특허권자 또는 전용실시권자의 권리를 침해하는지 여부에 관한 문제이다. 상표품의 병행수입은 상표의 출처표시기능을 해하지 않으므로 일반적으로 허용되나 특허물의 병행수입은 각국특허독립의 원칙에 따라 원칙적으로 허용되지 아니한다. 다만 진정한 특허물의 병행수입이 가능하다는 하급심 판결례가 있다.

진정상품의 병행수입에 관하여 해외 판례로는 일본 최고재판소 판결이 있다.⁷⁴⁾ 사실관계를 살펴보면 독일과 일본에서 자동차 휠에 대한 특허권을 가지고 있는 독일의 BBS사가 독일에서 BBS사가 제조 및 판매한 특허제품의 자동차 휠을 일본에 병행수입한 일본회사에 대해 특허권의 침해를 이유로 당해 자동차 휠의 수입중지와 손해배상을 청구한 소송을 제기한 것이다. 최고재판소는 위 사건에서 특허권자(또는 그로부터 실시허락을 받은 자)로부터 물건을 양도받은 자가 그 물건을 업으로서 다른 사람에게 양도 또는 대출하는 행위는 형식적으로 보면 특허발명의 실시에 해당하여 특허권을 침해하는 것과 같이 보이나 특허권자 등이 해당 국내에서 특허제품을 양도하였을 경우에는 당해 특허제품에 대하여는 특허권은 그 목적을 달성하는 것으로써 소진되고 이미 특허권의 효력은 당해 제품에 대하여는 미치지 않는다고 판시하면서 진정상품의 병행수입을 인정한 바 있다.

74) 日本最高裁判所 1997. 7. 平成 7年 第1988号.

VI

게임기업의 해외진출

VI. 게임기업의 해외진출

1. 국제계약 일반

가. 계약자유 원칙

국제계약에 적용되는 제1의 기본원칙은 국내계약과 마찬가지로 계약자유 원칙(principle of freedom of contract)이고, 이에 따라 원칙적으로 당사자들은 계약을 과연 체결할 것인지, 누구와 체결할 것인지, 어떠한 내용으로 어떻게 체결할 것인지를 자유로이 결정할 수 있다.

이러한 계약자유 원칙에 따라 당사자들은 합의한 바를 계약서에 가급적이면 구체적으로 그리고 명확하게 명시하는 것이 좋다. 이러한 계약서는 계약의 각 이행단계에서 당사자로 하여금 어떠한 의무를 언제 어디서 어떻게 이행하여야 하는 지를 알도록 할 뿐만 아니라 추후 당사자간에 분쟁이 발생하는 경우에도 계약위반의 존부와 범위를 결정할 수 있게 하는 일차적 기준이 되기 때문이다.

또한 형식의 면에 있어서도 국제계약은 원칙적으로 제한이 없고, 따라서 당사자들은 그들이 처한 사정에 따라 대면하여 혹은 전화로써 구두로 계약체결을 할 수도 있고, 팩스나 전자우편을 이용하거나 문서를 주고받는 방법으로 혹은 계약서를 작성하여 서명하는 방법으로 계약체결을 할 수도 있다. 이 중 실무적으로는 계약서에 의한 방법이 가장 일반적인데 이는 분쟁의 예방과 신속한 해결을 위해서도 그렇게 하는 것이 바람직하고 또한 권장된다. 특히, 중재합의나 재판관할합의는 서면(전자문서 포함)으로 하여야 한다.

그러나 계약자유 원칙은 강행법규에 반하지 않는 한도 내에서만 긍정되므로 국제계약을 체결함에 있어 당사자들은 당해 계약에 적용될 수 있는 어떠한 강행법규들이 있으며 그 내용은 어떠한지를 사전에 충분히 조사하여 숙지하고 있어야 한다. 이러한 강행법규로는 수출입규제나 외환규제, 독점규제, 사행성·폭력성·선정성이 있는 게임물에 관한 규제, 소비자보호 등에 관한 공법적 법규와 불공정한 계약조건 등을 무효로 하는 사법적 법규가 있다.

나. 신의성실의 원칙

각 당사자는 국제거래에서의 신의에 좇아 성실하게 행위하여야 한다는 신의성실의 원칙(principle of good faith)도 국제계약을 지배하는 기본원칙이다. 이 원칙은 계약체결전의 협

상단계를 포함하여 계약이 성립·존속하는 모든 단계에 적용된다. ‘신의성실의 원칙’에 반하는 행위의 전형적인 예로 “권리남용”(abuse of right)을 들 수 있다. 권리남용은 예컨대 권리를 단지 상대방에게 손해를 줄 목적으로 혹은 그 본연의 목적 외의 목적으로 행사하는 경우나 권리의 행사가 본래 의도된 결과와 형평이 맞지 않는 결과를 낳는 경우에 긍정된다.

다만 국제계약에 있어서의 신의성실의 기준은 국내계약에 통상 적용되는 그것과 반드시 동일하지는 않은바, 국내기준은 일반적·국제적으로 승인되는 한도 내에서 적용될 수 있다. 또한 신의성실의 원칙은 당해 국제계약의 특수한 사정을 고려하여 해석·적용될 뿐만 아니라 그 실무상의 기준은 다양한 거래분야간에 상당히 다를 수 있고 나아가 하나의 거래분야 내에서도 당해 기업이 처한 경제적 환경과 당해 기업의 규모, 기술적 능력 등에 따라 다소 엄할 수 있다.

다. 국제계약서

국제계약도 일방의 청약과 그에 대한 상대방의 승낙으로 체결되고, 그러한 청약·승낙의 방법에는 원칙적으로 제한이 없다. 그러나 실무적으로 통상 국제계약은 쌍방이 서명하는 계약서로써 체결된다. 언어로는 영어가 주로 사용되나, 때로는 그러한 영문계약서 외에도 이를 각 당사자의 모국어로 번역한 계약서를 아울러 작성하기도 하는데, 이때에는 어떤 언어의 계약서에 따른 해석이 우선하는 지를 명시하는 것을 잊지 말아야 한다.

영문계약서의 일반적인 기본구조는 다음의 표와 같다. 표제와 두서 그리고 전문으로 구성되는 서두부분과 계약서의 주된 내용인 당사자의 권리·의무에 관한 사항과 계약자체의 관리에 관한 사항을 규정하는 계약서 본문, 그리고 맺음말과 당사자의 서명 및 날인(seal)을 포함하는 말미부분의 세부분으로 나누어진다. 계약서의 본문은 각 조항의 내용에 따라 유사한 내용이 모든 계약서에 거의 공통적으로 들어가는 일반공통조항과 각 계약서 특유의 특수조항으로 구분할 수도 있다.

① 표제(Title of contract)

- 여기에는 당해 계약명이 표시된다.

② 두서(Heading)

- 표제 바로 밑에 놓이는 두서에는 계약의 당사자와 계약체결일자·장소가 명시된다.

③ 전문(Premises)

- “WITNESSETH:”라는 문구 바로 아래에 놓이는 전문은 “Whereas, ……”라는 문구로 시작되는 두서너 문장과 “NOW THEREFORE, ……”라는 문구로 시작되는 한 문장으로 구성되는데, 전자의 문장들에서 당해 계약을 체결하는 연유와 취지를 명시하고, 후자의 문장에 약인문구를 둔다.

④ 본문(Operative Part)

- 당해 계약서 소정의 계약조항 전부를 통칭하여 본문이라 하는데, 계약조항은 (i) 당사자의 권리·의무(책임제한·면책 포함)에 관한 조항과 (ii) 계약의 관리에 관한 조항(housekeeping clause)으로 대별할 수 있다. 후자의 조항들에서는 계약기간과 계약의 변경, 종료, 양도, 준거법, 분쟁해결 등에 관한 사항을 규정한다. 사실 이 부분이 당해 계약서의 핵심이자 본체이다.

⑤ 결문(Closing)

- 이는 본문의 마지막 조항 아래에 놓이는 “IN WITNESS WHEREOF, ……”라는 시작되는 문장을 말한다.

⑥ 서명(Signature)

⑦ 부속서(Annex, Appendix, Addendum, Attachment 혹은 Exhibit)

국제계약서를 작성함에 있어서는, (i) 당사자간에 합의된 사항을 빠짐없이 명확하고 정확하게 표현하되, 계약서 자체는 전체적으로 그리고 체계적으로 유기적인 일체를 이루도록 하고 또한 조항 상호간에 모순이 없도록 하여야 한다. (ii) 하나의 사항은 한 조문 내에 규정한다. 예를 들면, 원칙규정과 예외규정은 같은 조문 내에 둔다. 만약 다수의 예외를 규정하여야 하는 경우에는 항을 나누든지 바로 다음 조에 둔다. 상호 밀접한 관련이 있는 조항들은 한 곳으로 모아 집중·편제시킴으로써 그 분산으로 인한 혼란을 막음과 아울러 계약의 내용을 용이하게 파악할 수 있도록 하는 것이 좋다.

라. 각종 국제계약서의 주요 공통조항

(1) 계약기간조항

계약기간의 시기(始期)와 종기(終期)를 정하는 조항을 계약기간조항이라 한다. 대개 일정한 기간을 명시하여 시기와 종기를 정하는데, 이때 당해 계약서의 서명일을 계약의 시기로 하는 것이 일반적이다. 경우에 따라서는 특정한 사실(예컨대, 정부기간의 승인 혹은 인·허가)의 발생을 계약효력발생조건으로 삼기도 한다.

계약기간조항에서는 계약기간의 연장 혹은 갱신에 관하여도 아울러 규정한다. 그 연장/갱신의 방법으로는 쌍방의 합의에 의한 방법과 일방의 통지에 의한 방법, 일방이 상대방에게 일정한 기간까지 계약종료의사를 통지하지 않는 한 자동적으로 갱신되도록 하는 방법 등이 있다. 계약기간조항이 불요한 계약도 있음은 물론이다.

<예시> This Agreement shall come into force on the effective date of this Agreement and continue for [five (5) years]. On the expiry of the period, [the Party XX] may continue this Agreement for further [five (5) years] by [six (6) months' prior written notice to [the party YY].

(2) 계약해제 · 해지조항

계약은 일방의 계약위반에 기하여 상대방이 계약해제 · 해지권을 행사한다거나, 당사자들이 계약체결시에 예상하지 못한 불가항력적인 상황이나 사정변경이 발생하는 경우에 당사자가 계약조항에 따라 계약해제 · 해지권을 행사하여 종료되기도 한다.

계약해제 · 해지권은 일반적으로 중대한 계약위반(후발적 이행불능, 이행지체, 불완전이행 포함)인 경우에 한하여 발생한다. 그러나 구체적으로 중대한 계약위반인지 여부에 대한 판단은 실무적으로 불명료한 경우가 많으므로, 사전에 계약해제 · 해지권의 발생사유를 약정하여 둘 필요가 있다. 특히 객관적 기준에 의하면 중대한 계약위반에 해당되지 않아 계약해제 · 해지권을 발생시키지 않는 사유라도 당사자 쌍방이 합의하여 계약해제 · 해지사유로 정하면 그에 따라 계약해제 · 해지권이 발생하므로 당사자들은 당해 계약에 특유한 사정과 필요에 따라 계약해제 · 해지사유를 계약서에 명시하는 것이 좋다. 이때 특히 이행지체에 대비하여 상대방이 불이행당사자에게 일정한 유예기간을 통지로써 지정하여 주고 그러한 유예기간이 지나도록 여전히 불이행하는 경우에 계약을 해제할 수 있도록 하는 조항을 아울러 두는 것도 합리적이다.

(3) 불가항력조항

위와 같이 불가항력적인 사유는 계약해제 · 해지권 발생사유의 하나로 약정되지만, 나아가 불가항력(Force Majeure)조항은 그러한 사유에 의한 이행지체에 대해 당사자의 면책을 허용한다. 대개, 전쟁이나 소요 · 폭동, 파업 등의 노동쟁의, 화재, 홍수 · 태풍 · 지진 등의 천재지변, 정부의 규제 기타 당사자들의 통제 밖에 있는 장애를 불가항력사유로 삼는다. 다만 구체적으로 어떠한 사유를 불가항력적인 면책사유로 할 것인지는 당사자들이 정할 사항이다. 흔히 볼 수 있는 불가항력조항의 예는 다음과 같다.

<예시> In the event that the performance of this Agreement is prevented or delayed, in whole or in part by war, revolution, riot, strike, shortage or other labour troubles,

fire, flood, typhoon, earthquake, embargo or prohibition of import or export by any government, governmental restrictions, or any other causes beyond the control of the parties hereto, then the parties shall not be liable for any default in the performance of all or any part of this Agreement, provided that immediate notice of said delay is given to the other party. Immediately after the cause is removed, the affected party shall perform such obligations with all due speed unless this Agreement is previously terminated in accordance with Article [XX] hereof.

(4) 하드쉽 조항

일반적으로 이행가혹(hardship)이라 함은 당사자의 이행비용이 증가하거나 당사자가 수행하는 이행의 가치가 감소함으로 인하여 당해 계약의 균형을 근본적으로 와해시키는 사정으로서 당사자가 계약체결시에 예견할 수 없었고 당사자의 통제 밖에 있는 사정(‘가혹사유’)이 발생하는 것을 말하는데, 그러한 사정에 대비하여 국제계약서에는 이행가혹조항이 흔히 삽입된다.

이러한 이행가혹조항에서는 원래의 계약조건을 변경된 사정에 맞게 변용시키는 목적의 재협상을 할 것을 상대방에게 요구할 권리인 재협상요구권을 이행가혹당사자에게 부여하고, 나아가 그에 따른 재협상이 결렬된 경우에 법원이나 중재인에게 계약의 종료 내지는 재조정을 해줄 것을 청구할 수 있는 권리를 부여한다. 이러한 점에서 이행가혹조항은 당사자의 면책을 허용하는 위의 불가항력조항과 다르다.

(5) 양도금지조항

국제계약에 있어서도 계약은 쌍방의 신뢰를 그 바탕으로 하므로, 상대방의 서면에 의한 사전동의가 없이는 당해 계약을 제3자에게 양도하지 못하도록 하는 양도금지조항을 두는 것이 보통이다. 나아가 그러한 조항에서는 채권양도와 채무인수도 아울러 금지한다.

<예시> This agreement shall be binding upon and effective to the benefit of the parties hereto and their respective successors, but neither this agreement nor any rights or obligations hereunder shall, without prior written consent of the other party, be assignable directly or indirectly, voluntarily or by operation of law by either party.

(6) 통합조항

계약을 체결하기에 앞서 다소 광범한 협상을 수행한 당사자들은 그들간의 합의를 담은 계약서를 작성하면서, 이때 계약서가 그들간의 최종합의(final agreement)가 된다고 명시하는 조항을 두는데 이를 통합조항(merger clause or integration clause)이라 한다. “This contract contains the entire agreement between the parties” 혹은 “This Contract constitutes the entire and only agreement between Parties hereto regarding the subject matter hereof and supersedes other commitments, agreements or understandings, written or verbal, the parties hereto may have had”와 같은 계약조항이 그 예이다. 이러한 통합조항을 두고 있는 계약은 당해 계약서 내에 명기되지 않는 사전의 진술이나 합의의 입증에 의해 반박되거나 보충될 수 없다. 그러나 그러한 통합조항도 그 취지가 기존의 진술이나 합의의 모든 관련성을 차단시키고자 함에 있는 것이 아니고, 따라서 기존의 진술이나 합의도 당해 계약서를 해석하는 수단으로는 여전히 사용될 수 있다.

마. 특정한 사항에 대한 합의를 조건으로 하는 계약

협상과정에서 특정한 사항을 중요하게 여기는 어느 일방이 그러한 사항이 만족할 정도로 해결되지 않는 한 계약을 체결하지 않겠다는 의사를 상대방에게 표명한 때에는, 그러한 특정한 사항에 대한 합의가 성사되지 않는 한 계약은 성립되지 않는다. 예컨대, 게임물배포계약의 체결을 위한 협상과정에서 일방이 판촉행사비용을 누가 부담하여야 하는지의 문제를 합의로써 명시적으로 해결해야 한다고 반복하여 요구한 경우에, 여타의 핵심적인 계약조건에 대한 합의가 모두 이루어졌더라도 당사자간에는 계약이 성립되지 않은 것으로 된다.

바. 약관의 경우에 적용되는 특칙

(1) 약관의 개념

일반적으로 “약관”이라 함은 계약의 일방당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결할 때 반복적으로 사용하여 그러한 각 계약의 내용에 포함시킬 목적으로 상대방과 협상함이 없이 미리 마련한 일체의 계약조항을 일컫는다.

약관으로 될 수 있기 위하여 반드시 약관이란 제명(題名)이 붙어있어야 하거나, 당해 계약서 외부의 별도의 문서로 작성되어야 하거나, 부동문자로 작성되어 있어야 하는 것은 아

니다.(다만, 흔히 부동문자로 작성되는 것이 일반적이다.) 또한 당해 약관이 명정하는 범위의 광협 면에서, 당해 계약내용의 전반(혹은 대부분)을 아우르는 포괄적인 일련의 계약조건으로 이루어져 있어야 하는 것도 아니다. 예컨대, 책임제한조항이나 중재조항 등 단지 한두 조항으로 이루어져 있더라도 무방하다.

또한 계약당사자 자신이 작성한 것인지 아니면 외부의 제3자(예컨대, 일정한 협회 또는 단체)가 작성한 것인지도 문제되지 않는다. 약관이 과연 계약의 일부로서 그 법적 효력을 갖는지에 대한 의문이 발생할 수 있는 원인은 그것이 계약의 쌍방이 협의하여 작성한 것이 아니라는 데 있다.

이러한 약관은 어떠한 방법으로든지 계약에 편입되어야 비로소 계약의 일부를 이룬다. 약관이 계약에 편입되는 방법으로는 약관을 계약서 내에 전기(轉記)하는 방법과 계약서 외부에 별도로 존재하는 약관을 계약의 일부로 끌어들이는 조항을 계약서에 두는 방법이 일반적이다. 물론 당사자들은 약관을 구두로써 계약에 편입시킬 수도 있고, 당사자간에 확립된 관례나 관습이 있는 경우와 같이 제반사정으로 보아 약관이 묵시적으로 계약에 편입되었음이 긍정될 수도 있다.

(2) 기습조항

약관에 담긴 계약조항으로서 그 성격으로 보아 합리적으로 기대할 수 없었던 조항은 상대방에 의해 명시적으로 수락되지 않는 한 효력이 없다. 약관을 수락한 당사자는 그가 실제로 그러한 약관의 내용을 구체적으로 알았는지 또는 그 의미를 충분히 이해하였는지 여부와는 상관없이 그 약관에 원칙적으로 구속되지만, 예외적으로 약관의 내용과 표현, 제시방법으로 보아 합리적으로 기대할 수 없었던 계약조항의 경우에는 그렇지 않다. 이는 약관을 제공하는 당사자가 약관제공자로서의 그의 지위를 부당하게 이용함으로써 만약 상대방이 그 존재를 알았다면 수락하지 않았을 계약조건을 감추고서 약관제공을 하는 것을 막기 위함이다.

문제의 약관조항의 내용이 약관수락당사자와 동일한 부류의 합리적인 자가 당해 유형의 약관에 포함되어 있으리라 기대하지 않았을 정도의 것인 경우나 그 표현이 불명하거나 아주 작은 서체로 인쇄된 약관조항의 경우에 기습조항이 된다. 그 여부를 결정함에 있어서는 당해 유형의 약관들에 공통적으로 사용되는 약관편성방법이나 약관표기방법 그리고 약관수락 당사자와 동일한 부류의 사람들의 전문기술과 경험이 고려된다.

(3) 작성자불리의 원칙

당사자는 약관을 사용하는 등 자신이 계약조항을 일방적으로 성안·제공하였다는 이유로 계약조항의 불명료함에 대한 책임을 지는데, 이를 ‘일방이 제공한 계약조건이 불명확한 경우에는 그에게 불리한 해석이 우선한다’는 작성자불리의 원칙이라 한다. 국제계약을 체결함에 있어 특히 자신의 의무나 책임을 제한하는 조항 등 자신에게 유리하고 상대방에게 불리한 조항을 작성하는 당사자는 이점을 유의하여야 한다.

2. 수출통관관련 법제

가. 수출통관의 개념

수출통관은 게임물 등 물품을 해외로 수출할 때 거쳐야 하는 일련의 법정 세관절차를 말한다. 광의로는 수출물품을 제조하여 수출자의 제조공장 또는 제품창고 등 세관검사를 받고 자 하는 장소에 장치한 후 세관에 수출신고를 하고 그에 대한 심사·검사를 거쳐 수출신고수리를 받아 당해 물품을 선적하는 일련의 절차를 말하고, 협의로는 수출신고에서부터 신고수리까지의 절차를 말한다. 일반적으로 수출통관절차라고 할 때에는 광의로 이해되고 있다.

이러한 수출통관절차를 통해 세관은 관세법·대외무역법·외국환거래법 기타 특별법상의 수출규제에 관한 각종 법규의 이행사항을 최종적으로 확인하게 된다. 우리 대외무역법·외국환거래법 등 수출입관련법령은 무역의 자유를 근간으로 하되 예외적으로 건전한 수출진흥을 도모하기 위하여 일정한 경우에 허가·승인을 받도록 하고 있다. 또한 국가의 무역정책수립의 기본은 정확한 수출입통계에서 비롯되므로, 수출입통관법규는 수출입신고에 관한 모든 절차를 규정하고 있고 따라서 수출입통관절차는 아울러 수출입통계 산출수단으로 기능한다.

나. 수출절차의 개요

수출절차라 함은 계약체결 후에 수출물품을 선적하고 수출대금을 회수하여 수출거래가 종료되는 때까지 거치는 일련의 절차를 말한다. 일반적으로 다음과 같다.

수출계약체결 → 신용장 내도 → 수출승인 → 수출물품확보 → 수출신고 → 수출신고수리
→ 일반운송 → 선적 → 적하목록제출 → 수출대금의 회수 → 관세환급

계약(수출계약)이 체결된 후에 수입자로부터 신용장(Letter of Credit: L/C)이 내도하면 수출자는 신용장이 계약조건과 일치하는지 여부를 검토한 다음 수출승인을 받는다. 이때, 만약 수출품목이 수출입공고 등에서 수출제한승인품목일 경우에는 동 품목을 관장하는 기관으로부터 수출추천을 받아야 하며, 또한 동 품목이 법률에 의해 수출이 제한된 품목일 경우에는 수출승인을 받기 전에 그러한 법률에 따라 사전수출허가나 신고 또는 추천을 받아야 한다.

수출승인의 주요사항은 수출자, 물품의 명세, 선적항, 대금결제방법, 유효기간 등이다. 다만 대외무역법의 개정으로 1997.1.1.부터는 수출승인제를 네거티브(negative)방식으로 전환하였고, 그에 따라 국방·환경·문화·보건위생 기타 산업정책상 필요한 경우에 한하여 예외적으로 승인하는 예외승인체제로 전환되었다. 또한 수출입승인 유효기간 및 영수·지급 의무도 폐지되어, 수출입에 대한 직접적인 사후관리를 수출승인대상품목에 대해서만 집중 실시하고 있다.

그 다음 절차는 수출물품의 확보인데, 이는 자체적으로 제조 또는 생산하거나 완제품을 내국신용장(local L/C) 또는 구매승인서에 의하여 구매하는 방법으로 할 수 있다. 수출물품이 확보되면 수출물품을 제조공장 등에 장치한 후 수출신고를 하게 된다.

(1) 수출물품의 장치

수출물품은 수출자의 제조공장 또는 제품창고 등 세관검사를 받고자 하는 장소에 장치하고서 수출신고를 할 수 있다. 신속한 통관을 요하거나 물품의 성질상 수출신고수리 전에 선선(船積) 혹은 기적(機積)이 불가피한 물품에 대하여는 선적지/기적지 세관장에게 신고수리 전 선적/기적 승인을 받아 수출신고하기 전에 선적/기적할 수 있다. 이를 흔히 수출물품 선상장치라 한다.

(2) 수출신고

물품을 수출하고자 하는 자는 물품의 장치장소를 관할하는 세관장에게 수출신고를 하고 그 신고수리를 받아야 한다. 수출신고는 화주, 수출자, 수출위탁자 및 완제품공급자 등이 할 수 있으나(관세법 제137조의3), 대부분 관세사·관세사법인 및 통관취급법인에 위탁하여 처리하고 있다. 수출신고는 물품의 장치장소를 관할하는 세관장에게 하여야 한다.

수출신고에 있어서는 수출신고자가 신고사항을 EDI로 세관에 전송하면 세관이 컴퓨터상으로 그러한 전자문서에 의한 신고를 확인하고 신고수리를 전자적으로 통보해주는 EDI 수출신고가 원칙적으로 모든 물품에 대해 허용되고 있다. 이러한 경우에 수출신고의 시점은 EDI수

출통관시스템에서 신고번호가 부여된 시점이다. 수출신고는 원칙적으로 당해 물품을 외국으로 반출하고자 하는 선박 또는 항공기의 적재단위(예컨대, 선하증권, 운송장)별로 하여야 한다.

다만, (i) 대외무역법 등에 의하여 수출허가·승인 기타 조건의 구비를 요하는 물품이나 (ii) 관세법 제145조의 규정에 의한 세관장의 확인대상 물품, (iii) 위약으로 인한 재수출물품 및 수입시 재수출조건 이행물품(법 제35조 및 법 제29조, 제29조의2), (iv) 수출자가 재수입시 관세 등의 감면, 환급 또는 사후관리 등을 위하여 세관검사를 요청하는 물품(법 제34조)에 대하여는 신고자료를 통관시스템에 전송한후 문서로 된 수출신고서 및 해당 구비서류를 세관장에게 제출하여야 한다.

(3) 수출신고의 처리 및 심사

수출신고서의 처리방법은 자동수리, 즉시수리, 검사후수리로 구분된다. 자동수리는 문서 수출신고서의 서류제출대상에 해당되지 아니하는 경우나 수출신고금액이 미화 10,000불 이내에서 세관장이 정하는 금액 이하인 경우, 통관시스템에서 검사대상물품으로 선별되지 아니하는 경우에 행하여진다. 자동수리대상물품에 대해서는 심사를 요하지 않는데, 현재에 자동신고비율이 약 40%에 달해 수출입업체의 수출통관소요 시간 단축 및 수출물품의 신속한 물류흐름에 큰 도움을 주고 있다.

즉시수리는 자동수리대상에서 제외되는 물품 중 검사가 생략되는 물품을 그 대상으로 한다. 세관장은 즉시수리대상물품에 대한 수출신고를 접수한 때에는 (i) 신고내용이 수출신고서 작성요령에 의하여 정확하게 작성되었는지 여부, (ii) 서류제출대상 물품인지의 여부, (iii) 세번의 정확 여부, (iv) 기타 수출물품 통관을 위하여 필요한 사항에 대하여 형식적인 요건을 심사하며, 심사결과 이상이 없는 때에는 즉시 수리한다.

그러나 수출에 있어서 대외무역법 등 법령이 정하는 바에 의하여 허가·승인 기타 조건의 구비를 요하는 물품의 경우나 위약으로 인한 재수출물품 또는 재수출조건부로 수입통관된 물품을 수출하는 경우, 위조상품의 수출 등 지적재산권 침해 우려가 있는 경우, 기타 불법 수출에 대한 우범성 정보가 있는 등의 경우에는 수출신고서 및 첨부서류의 제출이 요구되고 또한 실질심사를 거친 후에 수출신고가 수리된다.

(4) 물품검사

수출신고물품에 대한 검사는 이를 생략함이 원칙이되, 다만 신고의 내용을 심사한 결과 현품을 확인할 필요가 있는 경우에는 현품검사를 한다. 그리고 수출신고물품에 대한 검사는

원칙적으로 검사 희망일(검사 희망일을 변경한 경우에는 변경일)에 행한다. 다만, 보세구역에 반입하게 한 물품은 보세구역에 반입완료후에 검사를 실시한다.

또한 수출신고물품에 대한 검사는 당해 물품이 장치되어 있는 장소에서 행한다. 그러나 부정수출 또는 부정환급 등 우범성 정보가 있거나 물품의 성질, 업체의 성실도 등을 감안하여 물품의 효율적인 검사를 위하여 부득이하다고 인정하는 경우에는 물품을 보세구역에 반입하게 한 후 검사할 수 있다(관세법 제141조 제2항).

(5) 수출신고의 수리

세관장은 수출신고를 수리한 때에는 수출신고수리인과 신고서처리담당자의 인장을 날인한 수출신고필증을 신고인에게 교부한다. 관세사 등 신고인은 P/L신고를 하여 신고수리된 물품에 대하여 세관장으로부터 신고수리된 사실을 전산으로 통보받아 통보된 내용과 일치하는 수출신고필증을 발행하여 당해물품의 수출신고를 의뢰한 화주에게 교부한다.

(6) 수출신고의 각하

세관장은 (i) 세관장으로부터 수출신고서 또는 첨부서류의 보완을 요구받고 지정된 기간 내에 보완하지 아니하는 경우(예: 전락물자수출허가서 등), (ii)보세구역 반입지시를 받고 지정된 보세구역에 반입하지 아니하는 경우, (iii) 기타 관세법 위반혐의 등으로 수출신고수리를 할 수 없다고 판단되는 경우에는 관세법 제142조의2 규정에 의하여 수출신고를 각하할 수 있다.

(7) 적재

수출하고자 하는 물품은 수출신고가 수리되기 전에 선박 또는 항공기에 적재할 수 없다. 다만, 수출신고수리전 선적대상물품인 선상수출신고대상물품은 그러하지 아니한다. 그리고 선사 또는 항공사는 적재결과 물품이 적하목록과 상이할 때에는 적재결과 이상보고서를 작성하여 세관장에게 제출하여야 한다. 이 경우 검수업자가 물품검수를 한 경우에는 검수업자가 제출하는 적재결과이상보고서로서 이에 갈음할 수 있다. 다만, 세관근무시간 이외의 적제작업으로 당일보고가 곤란한 때에는 익일 근무시간의 오전중으로 이를 보고하여야 한다.

(8) 적하목록의 제출

적하목록 제출의무자는 선박 또는 항공기가 출항 후 익일까지 적하목록을 출항지 세관장에게 전자문서로 제출하여야 한다. 그리고 공동배선의 경우에는 용선선사 또는 항공사가 전자문서로 작성하여 제공한 적하목록자료를 운항선사 또는 항공사가 취합하여 세관장에게 제출하여야 한다. 혼재화물의 경우에는 화물운송주선업자가 전자문서로 작성하여 제공한 혼재화물 적하목록을 운항선사 또는 항공사가 최종적으로 이를 취합하여 세관장에게 제출하여야 한다.

다. 세관의 지적재산권보호제도

(1) 개요

지적재산권을 국제적으로 보호하기 위하여 WTO는 TRIPs협정을 체결하여 지적재산권침해 물품의 국제거래를 엄격히 금지하고 있다. 이에 따라 우리나라 세관은 불공정무역행위인 상표권침해물품과 저작권침해물품의 수출입을 금지하고 있다(관세법 제235조).

그 외에도 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률에 의하여 수출입관련 지적재산권 침해사범에 대한 수사권이 세관공무원에게 부여되어 있어, 상표권·저작권침해사건은 물론 특허권 등 수출입관련 기타 지적재산권 침해사범에 대해 세관은 상표법 등 개별법 위반으로 조사하여 처벌하고 있다.

(2) 상표권침해물품의 통관보류

상표권침해물품이란 타인의 등록상표와 동일하거나 유사한 상표를 그 지정상품과 동일하거나 유사한 상품에 사용하여 수출입되는 물품을 말한다(지적재산권보호를위한수출입통관사무처리에관한고시 제1-3조).

상표권침해가 우려되는 물품(상표권 침해혐의가 있는 물품)이 수출입신고되면 세관은 해당상표의 상표권신고인에게 당해물품의 수출입신고사실을 통보하며 수출입자에게도 동 사실을 통보하여 상표권침해여부를 판별할 준비를 한다(고시 제2-3조). 침해우려물품의 수출입사실통보를 받은 권리자는 10일(공휴일 제외) 이내에 침해우려물품 과세가격의 120/100에 해당하는 담보를 제공하고 통관보류를 요청할 수 있다(고시 제2-3조).

권리자의 통관보류요청을 접수한 세관장은 수출입물품이 신고된 상표권을 침해하였다고 인정되는 경우에는 당해 물품의 통관을 보류하고 통관보류사실을 통관보류요청인 및 수출입

자에게 통보한다(고시 제2-3조).

통관보류기간은 원칙적으로 통관보류요청인이 통관보류사실을 통보받은 날로부터 10일(공휴일 제외)까지인데(고시 제3-4조), 다만 세관장은 그러한 10일 이내에 법원에 제소한 사실을 입증하거나 통관보류를 계속하도록 하는 법원의 가처분결정 사실을 통보한 경우에는 당해물품에 대한 통관보류를 계속할 수 있다(고시 제3-5조).

수출입자는 권리자의 요청에 의하여 통관보류된 물품에 대하여 통관허용요청서 및 상표권을 침해하지 않았음을 증명하는 소명자료 등을 세관장에게 제출하고 통관보류요청인이 제공한 담보금액의 25/100을 가산한 금액을 담보로 제공하고 통관보류물품의 통관허용을 요청할 수 있다(고시 제4-1조). 수출입자의 통관허용요청을 접수한 세관장은 필요한 경우에 관세청장과 특허청장 등 관계기관과 협의하거나 관계전문가의 의견을 들어 15일 이내에 통관허용 여부를 결정한다(고시 제4-2조).

특허청에 등록된 상표의 상표권자나 전용사용권자도 세관장에게 당해 상표권침해물품의 통관보류를 요청할 수 있다. 위조상품이란 타인의 등록상표와 동일 또는 유사하게 위조·모조 또는 변조된 상표를 상표권자의 허락을 받지 않고 부착한 물품을 말하는데(고시 제1-3조), 세관장은 수출입신고된 물품이 위조상품임이 명백할 경우에는 상표권의 신고가 없거나 상표권자의 통관보류 요청이 없는 경우라도 통관보류를 할 수 있으며, 나아가 상표법위반혐의로 조사의뢰를 한다(고시 제1-6조).

(3) 저작권침해물품의 통관보류

저작권침해물품이란 저작권법에 의하여 보호되는 저작권을 침해하는 물품을 배포할 목적으로 수출입되는 물품을 말하는데(고시 제1-3조), 저작권자는 담보를 제공하고서 세관장에게 저작권침해물품의 통관보류를 요청할 수 있다. 저작권침해물품의 통관보류에 필요한 담보 및 통관보류기간에 대하여는 상표권침해물품의 통관보류 절차가 준용된다(관세법 제235조 제7항).

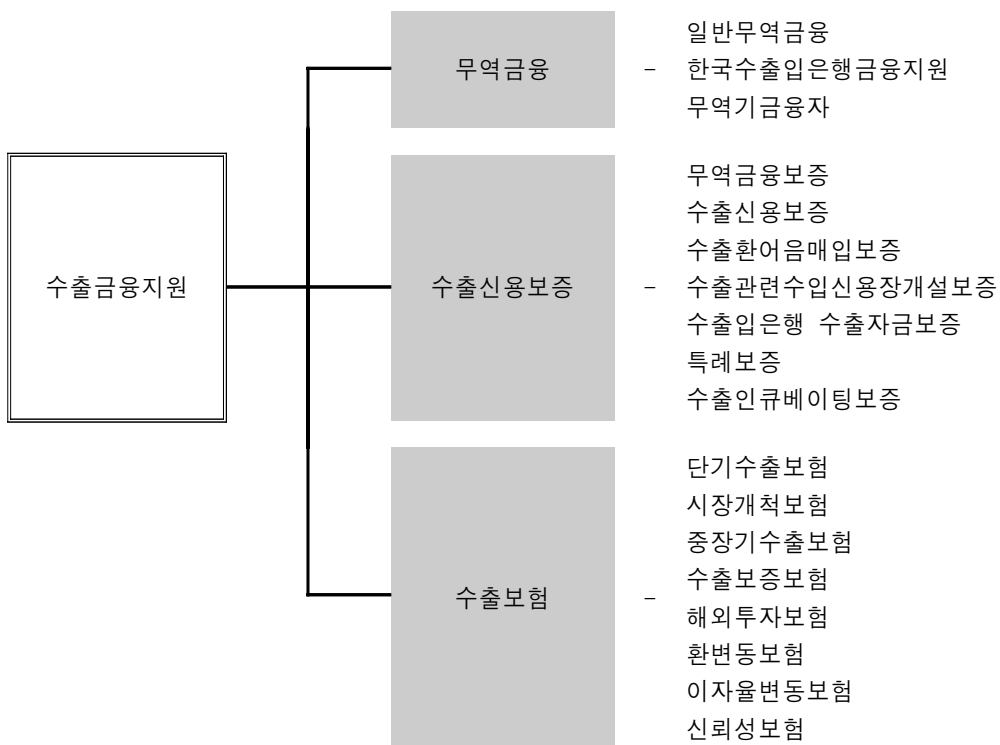
(4) 지적재산권침해물품 관련 처벌

상표권·저작권 침해물품은 관세법에 의하여 통관이 불허됨은 물론 상표법·저작권법 위반으로 처벌된다. 상표권침해물품을 수출입한 자는 상표법 제93조에 의하여 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처해지며, 저작권침해물품을 수출입한 자는 저작권법 제97조 의5에 의하여 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처해진다. 이러한 상표법·저

저작권법 외에 기타 지적재산권 침해물품을 수출입한자는 관련법위반으로 세관에 의하여 조사·처벌된다(사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 제6조 제14호).

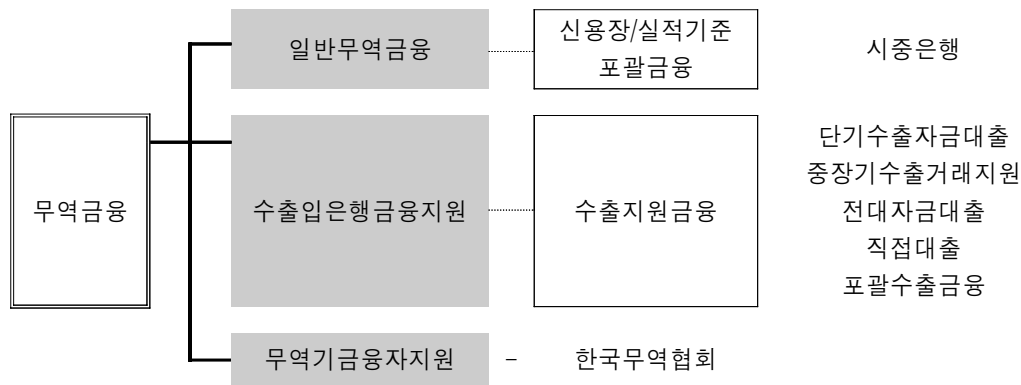
3. 수출금융지원제도의 활용

수출기업의 원활한 자금조달을 위한 수출금융지원은 크게 무역금융, 무역금융보증, 수출보험이 있다. 다음의 표와 같다.



가. 무역금융

게임수출기업은 수출게임물의 생산에 필요한 자금을 시중의 외국환은행이나 유관기관으로부터 대출받아 국제경쟁력 강화와 수출증대를 달성할 수 있다. 무역금융의 개요는 다음 표와 같다.



(1) 일반무역금융

이는 시중은행으로부터 수출게임물의 제조에 필요한 자금을 융자·지원받는 것인데, 그 융자방식에 따라 신용장(계약서)기준금융과 실적기준금융, 포괄금융이 있다. 신용장(계약서)기준금융은 수출신용장이나 수출계약서 등으로 증빙되는 수출금액을 한도로 선적기일까지 융자해 주는 방식이고, 실적기준금융은 수출증빙에 의한 과거 수출실적을 기준으로 융자해 주는 방식이며, 포괄금융은 전년도(과거 1년간) 수출실적이 5천만 달러 미만인 업체에 대하여 수출물품의 제조에 필요한 자금을 일괄하여 지원하는 방식이다.

(2) 한국수출입은행 금융지원

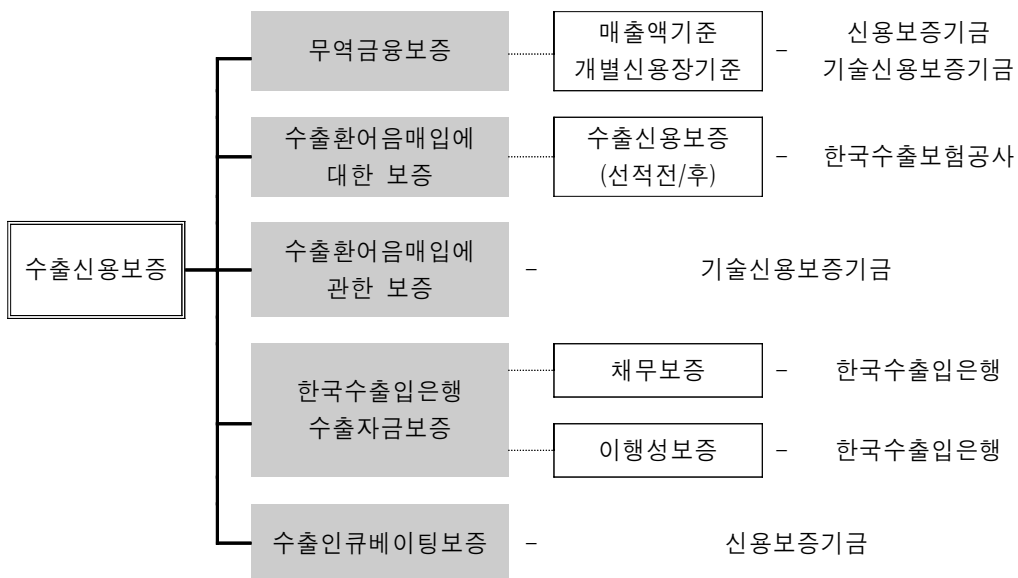
한국수출입은행(수출입은행)은 신용대출과 담보대출의 방법으로 수출품의 제작에 필요한 자금(제작금융)과 수출품을 인도완료한 후 수출대금을 회수하기까지의 유동성을 해소하기 위한 자금(연불금융)을 지원한다. 그 종류로는 (i) 제작기간과 인도후 대금결제기간을 합하여 6월 이상 소요되는 거래부터 수출대금이 인도후 2년 이내에 결제되는 거래에 필요한 자금을 지원하는 단기수출자금대출, (ii) 인도시부터 수출대금결제시까지의 기간이 2년 이상인 수출거래에 경우에 수출물품의 제작 기타 수출에 필요한 자금을 지원하는 중장기수출금융지원, (iii) 수출입은행이 외국의 금융기관(정부)에 대하여 신용한도를 설정해 주고, 연불기간 2년 이상 거래로서 우리나라 제품을 수입하는 기업이 이를 수입결제자금으로 사용토록 하는 금융지원제도인 전대자금대출, (iv) 해외 구매자가 연불기간 2년 이상의 결제조건으로 수입하는 경우, 그에 필요한 자금을 외국인 구매자에게 수출입은행이 직접대출하는 제도인 직접대출, (v) 수출에 필요한 자금을 수출실적기준 설정한도 내에서 계약건별이 아니라 포괄금융방식으로 일괄대출해주는 포괄수출금융 등이 있다.

(3) 무역기금융자⁷⁵⁾

이는 무역기금으로써 수출계약 이전의 해외시장개척자금과 수출계약 이후의 수출이행자금을 융자하여 지원하는 것이다. 과거 1년간 융자대상 수출실적이 1,000만 달러 이하인 중소기업이 한국무역협회 무역기금사무국을 통하여 융자신청을 할 수 있는데, 무역협회의 배정에 따라 외국환은행⁷⁶⁾에 위탁하여 수출보험공사(80%)의 부분보증과 은행 자체 신용(20%) (주거래은행에서 수출보험공사의 수탁보증제도 활용가능)을 기초로 융자한다.

나. 수출신용보증

이는 수출기업이 수출물품을 제조·가공하거나 조달할 금융을 제공받을 수 있도록 외국환은행 또는 수출유관기관⁷⁷⁾이 수출신용보증서(지급보증)를 제공하여 이를 담보로 수출금융을 중계지원하는 것이다.



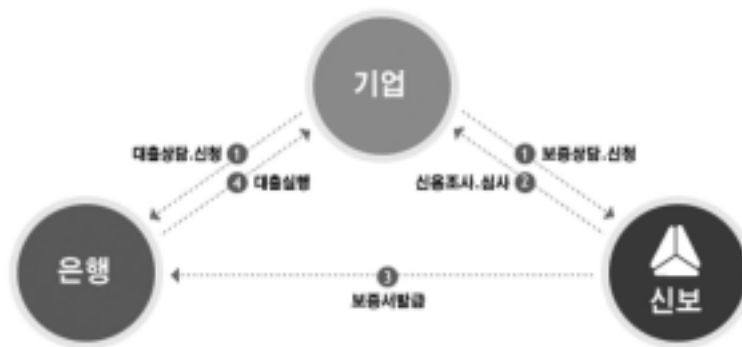
75) fund.kita.net

76) 기업은행, 국민은행, 외환은행, 우리은행, 신한은행, 씨티은행, 하나은행, 조흥은행, 제일은행.

77) 신용보증기금, 기술신용보증기금, 수출보험공사.

(1) 무역금융보증

이는 중소기업의 무역금융대출을 신용보증기금⁷⁸⁾·기술신용보증기금⁷⁹⁾이 보증하는 것이다. 매출액을 기준으로, 매출액의 1/2, 최근 6개월간 매출액 또는 추정매출액의 1/3, 그리고 종합 신용등급 BBB 이상인 기업의 경우에는 당기매출액, 최근 1년간 매출액, 추정매출액의 1/2를 보증지원하며, 이러한 실적기준에 의한 무역금융보증 취급이 불합리한 중소기업도 개별 수출 신용장금액의 80%까지 보증지원을 받을 수 있다.⁸⁰⁾ 그 절차는 대략 다음 그림과 같다.



(2) 선적전/선적후 수출신용보증

선적전 수출신용보증은 중소기업이 은행이나 중소기업진흥공단으로부터 무역금융을 대출 받을 때 수출보험공사가 연대보증을 해주는 것을 말하며, 선적후 수출신용보증은 중소기업에게 수출신용보증서를 담보로 환어음 또는 선적서류매입으로 대출한 후 수입자로부터 그 수출대금을 지급받지 못하게 됨으로써 발생하는 상환채무에 대하여 수출보험공사가 연대보증을 해주는 것을 말한다.⁸¹⁾

(3) 한국수출입은행 수출자금보증⁸²⁾

수출촉진을 위하여 한국수출입은행이 행하는 보증으로는 크게 채무보증과 이행성보증이었다. 채무보증은 수출입은행의 지원대상거래에 대해 자금을 대출해 주는 국내금융기관 앞

78) www.shinbo.co.kr

79) www.kibo.co.kr

80) 다만, 한 기업당 보증한도는 100억원(보증료 0.2% 우대)이다.

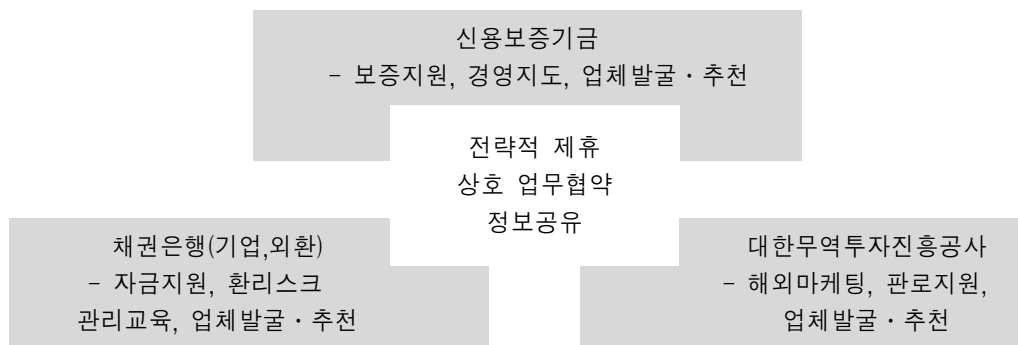
81) 한국수출보험공사 www.keic.co.kr

82) www.koreaexim.go.kr

으로 채무불이행시 해당금융기관의 대출금을 대신 상환하여 줄 것을 수출입은행이 보증하는 것을 말한다. 이행성보증은 수출입은행이 대외거래의 성사나 수주를 위해 필요한 보증을 해 주는 것을 말하는데, 여기에는 (i) 국제입찰에 참여한 수출자가 입찰서상 규정된 내용을 위반할 경우 이에 대한 발주자의 손해를 보상할 것을 보증하는 입찰보증(Bid Bond), (ii) 수입자가 수출목적물 인도전에 지급하는 선금금(수출자 입장에서는 선수금)에 대하여 수출자의 귀책사유로 인하여 계약조건대로 수출목적물을 인도하지 못하는 경우에 그 선수금을 반환할 것을 보증하는 선수금환급보증(Advance Payment Bond), (iii) 수출자가 자신의 귀책사유로 계약조건(성능, 납기 등)대로 수출을 이행하지 못할 경우, 수출금액의 일정비율을 보상할 것을 보증하는 계약이행보증(Performance Bond), (iv) 계약이행후 일정기간 동안 공사의 하자에 대하여 수출자가 책임을 지는 하자보증금조의 유보금 환급에 대한 보증인 유보금 보증(Retention Bond), (v) 수출자가 공사를 잘못 수행함으로써 수출계약 이행 후 일정기간 동안 이를 치유하기 위해 발주자가 입게되는 손실을 보상할 것을 보증하는 하자보수보증(Warranty Bond)이 있다.

(4) 수출인규베이팅 보증⁸³⁾

이는 신용보증기금, 대한무역투자진흥공사 및 채권은행간 업무협약체결을 통한 상호연계로 수출인규베이팅 대상기업에 대해 One-Stop 지원을 해주는 것이다.



지원내용과 절차는 다음 표와 같다.

83) www.shinbo.co.kr

구 분	인큐베이팅보증		수출고도화보증	
	무역금융	일반운전자금	무역금융	일반운전자금
보증한도	3억 원		100억 원	30억 원
보증금액사정	매출액범위내	매출액 ½ 범위내	매출액범위내	매출액 ½ 범위내
보증료	0.5% 고정보증료율		0.5~2.0% 범위내서 차등적용	
부분보증비율	90%		80~85%	

구분	지원절차	참여기관
수출인큐베이팅사업	① - 대상업체 추천(KOTRA 거래기업)	- KOTRA
	② - 보증서발급 - 대출취급	- 기금 - 기업은행, 외환은행
	③ - 수출초기능력 배양 사업 ○ 무역실무교육, 해외마케팅 활동 지원 ○ 해외시장 개척활동 지원 ○ 경영지도, 외환·금융서비스 제공	- 참여기관 공동
	□□ - 일정기간(1년), 목표달성(2백만 달러)시 졸업	



수출구조고도화사업	① - 대상업체 선정(인큐베이팅 사업 졸업업체)	- 기금
	② - 보증서 발급 - 대출취급	- 기금 - 기업은행, 외환은행
	③ - 수출고도화 사업 ○ 신제품개발, 브랜드마케팅 등 내실화 주력 ○ 바이어 발굴 및 마케팅 지원 ○ 시장다변화 지원	- 참여기관 공동
	□□ - 일정기간(2년), 목표달성(1천만 달러)시 졸업	

VII

게임기업간 M&A

VII. 게임기업간 M&A

1. 게임 산업에 있어서 M&A의 중요성

가. M&A의 의의

M&A(Mergers & Acquisitions)란 일반적으로 어떤 회사의 지배권 취득을 목적으로 하는 일체의 거래활동을 총칭하는 것으로, 둘 이상의 회사가 하나의 인격체로 통합되는 Merger(합병)와, 어느 개인 또는 회사가 다른 개인 또는 회사(Target)의 자산을 취득(Asset acquisitions)하거나, 그 영업을 인수하거나(Business Transfer), 주식 또는 지분을 인수하거나(Share acquisitions)하여 Target의 경영지배권을 취득하는 기업인수(Acquisitions)를 총칭함이 통상이다.

나. M&A의 동기

M&A를 하게 되는 주된 동기는 주로 ①기업 규모의 경제(Economy of Scale)를 통한 비용 절감, ②제조 및 유통의 합리화를 통한 생산성 향상, ③업종다각화(Diversification)를 통한 위험의 분산, ④구조조정(Restructuring)을 통한 부실기업의 정리에 있다고 할 수 있다. ⑤ 기타 동기로 절세수단을 위하거나 무역장벽을 극복하기 위해 이루어지기도 한다.

다. 게임시장의 동향과 M&A의 필요성

최근 게임시장을 보면 M&A의 해일이 밀려오고 있다고 할 정도로 게임 산업의 지도를 바꿀만한 M&A가 잇따르고 있다. 특히 대기업의 자본이 게임시장에 유입되면서 게임기업은 본격적인 생존경쟁에 돌입하게 되었는데 지난 2004년 플래너스와의 합병을 통해 인터넷 기업으로 거듭났던 온라인 게임기업 넷마블을 CJ인터넷이 인수하면서 시작된 대기업의 진입은 2005년 3월 SKT가 대표적 엔터테인먼트사인 IHQ를 인수하면서 가속화되었다. 이에 선발 게임기업인 웹젠·엔씨소프트·네오위즈·넥슨·엠게임 등도 가세하여 국내외를 망라한 M&A 시장에 본격적으로 뛰어들게 되면서 게임기업의 판도는 양극화될 조짐을 보이고 있다.

이러한 상황에서 신작게임의 흥행에 실패한 기업이나 심한 자본압박에 시달리고 있는

중·소형 기업들은 더 이상 연명이 어려운 처지에 있고 게임시장이 양극화되는 현실에서 기존 게임기업가 살아남기 위해서는 게임기업간의 활발한 M&A를 통해 게임기업의 성공요건인 ①핵심기술, ②자금, ③우수개발진을 확보하고 규모를 확대하여 경쟁력을 키워나갈 수밖에 없다는 것이 전문가들의 공통된 의견이다.

2. M&A의 유형

일반 기업에 있어서 M&A는 그 목적, 방식 등에 따라 수많은 유형이 있으나, 자주 이루어지는 M&A의 형태를 개괄적으로 대별하면 다음과 같다.

가. 거래형태에 따른 분류

(1) 기업합병(Merger of Consolidation)

우리나라의 M&A는 기업인수와 기업합병이 전혀 별개의 사건으로 진행되는 반면에, 미국의 M&A는 기업인수와 합병이 구분되지 않고 동시에 진행되는데 대부분 기업합병을 전제로 대상기업을 인수하는 절차를 따른다.

(가) 신설합병(consolidations)

두 개의 기업이 합병하면서 두 기업의 상호 및 법인격 자체가 완전히 소멸되고 새로운 기업으로 설립 소멸기업인 두 기업의 자산, 부채, 자본이 합쳐져서 신설기업인 기업의 자산, 부채, 자본을 구성하게 된다.

(나) 흡수합병(mergers)

합병기업의 상호와 법인격이 남고 피합병기업은 소멸되고 피합병기업의 자산, 부채, 자본은 합병기업으로 이전된다.

(2) 기업인수(Acquisition)

(가) 주식인수(Share acquisitions)

인수기업이나 그 지배주주가 대상기업의 지배주주로부터 직거래를 통해 취득하거나, 불특정 다수의 주주로부터 공개매수 방법을 통해 대상기업의 주식을 취득해 기업을 지배하는 방법으로서 피인수기업이 인수 후에도 인수기업과 독립적인 법인으로 존재하면서, 단지 모회사나 관계회사와 같은 지배 및 피지배기업의 관계를 맺게 된다.

(나) 자산인수(Asset acquisitions)

자산인수는 인수기업과 피인수기업의 경영진 간에 영업권 양도양수계약을 체결해 피인수기업의 주식이 아니라 유형자산을 포함한 영업권을 양수 양도함으로써 피인수기업의 주요한 자산 전부 또는 일부에 대해 지배권을 인수하는 방법이다.

나. 결합 형태별 분류

(1) 수평적 M&A(Horizontal M&A)

같은 산업에서 생산 활동 단계가 비슷한 기업 간에 이루어지는 경우를 말하며 시장 점유율을 높이거나 판매력 강화 또는 생산 및 판매를 일원화하기 위해 기업 인수·합병이 이루어진다. 기업의 규모가 일정규모 이상이 되면 두 회사가 인수나 합병을 계약하고 주주총회의 승인을 받더라도 공정거래위원회에서 승인하지 않으면 성사될 수 없다.

(2) 수직적 M&A(vertical M&A)

한 기업의 생산과정이나 판매 경로 상에서 이전 또는 이후의 단계에 있는 기업을 인수하는 것으로 주로 반제품 등의 재료원 확보나 일관된 생산체제 또는 종합화 등을 목적으로 할 때 나타난다.

(3) 혼합적 M&A(conglomerate M&A)

생산이나 판매 면에서 서로 관계가 없는 기업끼리의 결합으로 주로 사업 다각화나 인제 확보 또는 자금 조달의 강화나 관리 비용의 절감 등을 목적으로 할 때 나타난다.

다. 거래의사에 따른 분류

인수의사를 가진 기업이 인수 대상기업에 대한 기초 조사, 가치평가 등 사전작업을 모두 마친 후 대상기업의 이사진에게 인수의향과 인수조건 등에 관한 의사를 밝히면 대상기업은 이사회를 열어 인수조건 등을 검토한 후 인수의사에 대한 수용 여부를 결정하게 된다.

국내 기업의 경우에는 적대적이나 우호적이나의 구분은 외국의 경우처럼 독립된 이사진의 동의 여부가 아니라, 제1대주주(지배주주)의 의사에 반하는 것인지 아닌지로 구분한다.

(1) 적대적 M&A(Hostile M&A)

대상기업의 의사와는 달리 당해 기업의 경영권을 일방적으로 취득하는 M&A를 말한다. 대상기업의 이사진이 인수제의를 거부하고 방어행위에 돌입하는 경우 인수기업은 사전에 수립된 인수 전략에 따라 인수 작업에 착수하게 된다.

(2) 우호적 M&A(Friendly M&A)

대상기업과 인수기업 양자 간의 계약체결을 통해 이루어지는 M&A를 의미한다. 보통은 인수기업의 인수제의에 대해 대상기업의 이사진이 이를 수용하면서 이루어진다.

라. 기업의 인수·합병 목적과 동기에 따른 분류

(1) 전략적 M&A

기업의 영속적인 발전과 성장을 위해 기업의 영업적인 측면의 경쟁력 확보를 통해 기업 가치를 증대시키고자 하는 M&A이다.

(2) 금융적 M&A

기업의 가치를 극대화시키는 방안으로서 영업적인 측면뿐 아니라 재무적인 측면에서도 재무 시너지효과를 이용한 기업가치의 극대화를 목적으로 한다.

마. 결제수단에 따른 분류

(1) 현금인수

주식을 양도하는 대가로 대상기업의 주주에게 현금을 지급하는 방식으로 기업인수를 신속하게 종결지을 수 있고 절차 면에서 복잡하지 않으나 기업인수에 소요되는 막대한 자금의 조달이 수반되어야 하므로 실재상으로는 인수자에게 막대한 자금압박이 된다.

(2) 주식교환

대상기업 주주에게 합병기업의 주식으로 교환해 지급하는 방식으로 외국의 흡수합병에서 많이 이용되며 피인수회사의 주주는 인수회사의 주식 등을 자기의 소유주식과 교환하므로 인수회사와 피인수회사가 합병하는 효과가 있다.

(3) 회사채의 지급

대상기업의 주주에게 현금이나 주식이 아니라 합병기업의 회사채를 지급하는 경우로서 매도자로서는 주식보다 안전한 채권으로 받게 되고, 인수기업은 인수자금을 조달할 수 있으므로 특수한 경우에 사용된다.

(4) 혼합교환

여러 지급방법을 혼합해 지급하는 방식으로 M&A가 이루어지는 경우를 말한다.

3. M&A의 단계

일반기업에 대한 M&A의 흐름을 살펴보면 크게 ①전략을 수립하고 정보를 분석하여 대상기업을 선정하는 사전 M&A 단계, ②협상 전략을 수립하고 이에 따라 대상기업과의 협상을 통해 M&A 계약을 체결하는 협상·계약 단계, ③인수·합병대금을 지급한 이후의 인적·물적 통합과 사후관리절차를 수행하는 사후 M&A 단계로 3분할 수 있다.

가. M&A의 준비

(1) M&A의 전략 수립

(가) M&A목적의 명확화

기업의 M&A는 사전적인 치밀한 계획과 전략이 필요하며 기업의 성장 또는 생존을 위한 것인지 또는 업종 다각화를 위한 것인지 시장점유율을 높이기 위한 것인지 등 그 목적을 명확히 해야 한다 어떤 업종을 선택할 것인지 해당 업종이 처해있는 상황이나 중장기적인 환경변화와 전망 등에 대해서 현 실태와 문제점 파악 등 M&A 추진을 위해 처음부터 종결까지 전반적인 추진계획 및 전략계획을 수립해야 한다.

(나) 자기 기업에 대한 시장가치의 판단

자기 기업의 가치를 모르고 다른 기업과의 M&A를 통한 시너지를 계산할 수는 없기 때문에 가장 먼저 해야 할 일은 자기 기업의 시장 가치가 얼마나 되는지 정확히 파악하는 일이다. 기업의 재무상태 뿐 아니라 조직, 환경 등의 요인이 반영된 상태가 시장에서 어떻게 평가되는가와 한 기업이 갖고 있는 강점과 약점은 무엇인가, 외부에서 다가오고 있는 위협과 기회 요소는 무엇인가 하는 분석의 결과가 시장가치 판단의 올바른 기준이 된다.

(다) 시장에서 요구되는 기업 가치와의 차이 파악

시장에서 자기 기업의 상황과 위치를 파악해 보면 기업의 사업 방향을 새로 설정하거나 새롭게 할 필요성을 느낄 수 있다. 이러한 필요에 따라 설정된 목표 및 사업 방향의 추진을 위해 가장 먼저 해야 할 일은 시장에서 요구하는 기업의 수준과 기업의 현재 위치와의 차이를 파악하는 것이다. 이것이 바로 기업의 가치차이 파악인데 이를 통해서 기업은 변화와 발전의 폭이 얼마나 되는 지 그리고 기업이 얼마만큼의 노력을 기울여야 하는 지가 결정된다.

(라) 전략의 선택

가치 차이 분석을 통해 기업의 변화 폭이 결정되면 차이가 난 기업 가치를 획득할 수 있는 방법, 성장전략으로서 적합한 방법은 무엇인지를 결정해야 한다. 전략의 선택은 기업 고유의 업종상 특징, 경영상 특징, 문화적 특징 등을 종합적으로 살펴 이루어지는데 이를 통해 자신에게 가장 유리한 방법이 무엇인지 선별하게 된다. 우리 기업에는 M&A가 적합한

지, 전략적 제휴가 적합한지를 판단해야 한다.

(2) M&A 실무추진팀 구성

본격적인 M&A단계를 진행하기 전에 가장 먼저 해야 할 일은 M&A 실무추진팀을 구성하는 것이다. M&A의 실천전략 수립과 진행, 관련 자료의 취합 분석 등을 통해 M&A의 사전 단계부터 M&A의 협상단계까지 M&A를 진행시켜 나가는 전담 팀을 구성하는 것이다. 팀은 크게 사전 M&A팀, 협상팀, 사후 M&A팀으로 나누어지고 다시 세부단계와 전략에 따라 구성된다. 예컨대 실사팀에는 변호사, 회계사, 금융전문가, 컨설턴트 등의 전문가들과 함께 M&A를 시도하는 회사의 구성원들이 전략 설정 실사와 거래준비, 협상 등을 담당한다. 주로 처음 조직된 전략팀을 주축으로 단계마다 팀원이 보충되면서 계속 새로운 팀을 구성해 나간다.

(3) 대상 기업의 선정

(가) 정보 수집을 통한 대상 업계 기초조사

M&A 전략이 수립되고 실무추진팀이 구성되면 M&A 전략에 적합한 기업을 선정해야 한다. 전략 계획과 크게 관련 없는 기업이나 도움이 안 되는 기업을 인수하게 된다면 M&A의 시너지 효과를 극대화하는 데 한계가 있을 수밖에 없다. 이러한 선정에 앞서 기업의 경영전략, 소유구조, 기업인수 가능성을 분석하는데 있어서는 정보자료의 수집이 매우 중요하다.

수집해야 할 대상이 되는 주요 정보는 ①대표자에 대한 세평, ②회사의 개요 및 현황에 관한 일반적인 정보, ③재무상태, 경영성과 및 기타 재무적 상황, ④생산, 판매 및 유통 상황, ⑤인사 및 노무현황, ⑥특허, 기술수준 및 연구개발 동향, ⑦중요계약 및 기타 관리시스템의 상황, ⑧산업정보 및 경쟁업체 현황 등이라고 할 수 있다.

인수대상기업에 대한 정보자료를 수집하는 과정에서는 정보의 노출우려가 있으므로 극비리에 진행시키는 것이 중요하며 수집된 여러 자료를 근거로 과학적으로 후보기업들을 사전 조사, 분석하는 것이 중요하다.

(나) 심도 있는 심사를 통한 대상기업 선정

인수후보를 선정하기 위한 사전정보자료에 의거 기본적인 조사가 완료되어 대상기업(Target)이 정해지면 최종적인 선정을 위하여 대상기업에 대한 보다 구체적인 검토를 통해

심도 있는 심사를 진행해야 한다. 즉, ①후보대상기업의 회계·세무 등 재무적 상황, ②인수·합병에 따른 시너지효과, ③두 기업 간의 M&A에 법적인 제한이 있는지 여부, ④경영요인, 외부경쟁자 환경, 인수기업 내 장기경영전략의 부합여부, ⑤경쟁기업과의 인수경합가능성, ⑥보유기술역량과 고객유지가능성, ⑦노동, 경영, 정부 문제까지 포함한 리스크 관리 등을 종합적으로 검토해야 한다. 그리고 후보기업평가를 보다 정확하게 하기 위해서는 회사의 역사와 배경, 시장, 유통, 기술, 생산, 조직, 재무와 같은 내부평가를 한 후 현재의 경쟁자, 향후 시장진입이 가능한 경쟁자 등 경쟁자 분석이 병행해서 이루어져야 한다.

대상 기업의 세부적인 내외적 요인을 분석한 후에는 인수기업의 재무적인 내용과 비재무적인 내용을 근거로 거래 경제성을 분석해야 한다. 당기순이익과 매출액, 제조원가와 매출원가, 부채액, 자본 등의 대차대조표 항목과 재무제표 각 항목들 간의 관계를 통해서 안정성, 수익성, 유동성을 살펴보고 해당기업의 지배관계나 인적 자원 수준 그리고 경영진의 경영능력과 시장점유율, 기능수준과 의존도 등의 비재무적인 내용을 살펴서 경제성을 분석한다.

이러한 거래 경제성 분석을 근거로 해당기업을 인수한 후 발생할 수 있는 시장지배력과 영업력 증대를 통한 피인수 기업의 결합가치를 도출하고 결합 재무제표를 작성하여 가치를 평가하고 마지막으로 경영층이 의견일치를 보면 대상기업을 최종적으로 결정하게 된다.

(4) 인수방식의 결정

대상기업이 선정되면 인수방식에 관하여 주식을 인수할 것인지, 자산만을 인수할 것인지 아니면 아예 합병할 것인지 또는 적대적 방식으로 인수할 것인지를 결정하게 된다. 이러한 결정은 기본적으로 사업상의 판단에 따르는 것이지만, 대상기업의 상황, 적용법률 등 제반 요소에 대한 사전검토가 있어야만 하므로 변호사, 회계사 등의 전문가의 자문을 받아야 하는 경우가 대부분이다.

나. 협상·계약 단계

M&A에서 가장 중요한 부분의 하나가 거래협상 단계이다. 다른 모든 부분이 제대로 준비되고 분석되었다 하더라도 거래가 결렬되면 M&A는 성사될 수 없기 때문이다. 그만큼 거래협상의 중요성은 크다.

(1) 기업 매수팀 구성

일반적으로 협상팀은 핵심팀과 지원팀으로 구성된다. 핵심팀은 협상을 직접 진행하는 팀으로 최고경영자(CEO), 재무담당 임원(CFO), 협상 전문가, 각 부문에 대한 고문 등으로 구성되고 지원팀은 핵심팀의 협상에 필요한 여러 가지 실무내용을 사전에 조사해 지원하고 각종 정보를 제공하는 역할을 한다.

(2) 협상전략 개발

인수에 지불된 비용의 회수와 합병손실의 방지, 합병 후 이익과 가치의 지속, 합병을 통한 기업가치의 상승을 협상에 임하는 기본적인 전략으로 한다.

(3) 협상의 개시

협상을 하는 동안 최대한 그리고 최선의 의견을 신중히 생각해 합의하고 합병이 된 후 쌍방 모두가 만족할 수 있도록 여러 가지 요소들을 고려해야 한다. 또 순간의 선택으로 합의를 끌어낼 것이 아니라 전략적인 프로그램 아래 합의를 이끌어 낼 때 중요하게 작용하는 경우가 많으므로 정확하고 반복적으로 요약해서 정리하는 것이 필요하다

(4) 기본의향서(Letter of Intent) 작성

당사자의 교섭이 어느 정도 성공적으로 진행되면 당사자들은 잠정적 계약으로서의 의향서 또는 양해각서를 체결하게 되며, 이 문서에는 정식 M&A 계약이 체결되기 이전에 인수的基本조건에 대한 합의사항을 기재하게 된다.

양 당사자가 인수계약에 대한 교섭을 마무리하기까지에는 상당한 시간이 소요될 뿐 아니라, 인수계약은 다방면에 걸친 복잡한 사항들을 규정하여야 하기 때문에 교섭과정의 기본적인 합의사항에 대한 상호의 이해를 확인해 둘 필요가 있다. 그러한 목적으로 이용되는 것이 바로 기본의향서(LOI)이다. LOI를 작성하는 것은 변호사의 임무이며 이에 대체로 다음과 같은 사항이 포함된다.

- ① 인수에 대한 원칙적 합의
- ② 인수의 형태(주식매수, 자산매수, 합병)
- ③ 대가의 산정방식 및 지급수단

- ④ 인수일정의 확인
- ⑤ 필요한 정부 인·허가 등 충족하여야 할 조건
- ⑥ 일정기간 중 타 회사와 인수교섭을 행하지 않는다는 배타적 교섭권한의 확인
- ⑦ 의향서의 법적 구속력의 존재 여부
- ⑧ 인수조건의 원칙 및 대강
- ⑨ 의향서의 유효기간 미추 그 기간 중 정식인수계약의 체결을 위해 당사자가 노력할 의무의 확인
- ⑩ 유효기간 중 계약이 체결되지 않을 경우의 처리

(5) 기업실사(Due Diligence)

실사는 대상기업과 관련된 다양한 과거, 현재, 미래의 사실을 해당 거래 즉 M&A의 성격에 비추어 여러 측면에서 조명해 보고 각종 사실을 확인하는 과정을 의미한다. 이 실사 과정은 거래가 성립되기까지 가장 많은 시간과 노력이 들며 실사를 통해 나온 결과는 대상 기업의 인수여부와 매매 가격, 조건 등의 협상에 결정적인 역할을 하므로 중요한 비중을 차지한다. 먼저 실사팀을 구성하고 다음에 실사범위를 결정한 후 실사 전략을 수립한다.

다음에는 실사를 실시하고 정리한다. 실사팀은 사내외의 분야별 전문가로 구성된다. 실사팀에는 반드시 재무, 회계, 세무전문가와 법률전문가가 포함되어야 한다. 이외에도 필요에 따라 해당 업종의 기술자, 환경전문가, 산업분석 전문가 등 다양한 인력이 필요하게 된다. 일반적으로 대상기업과 인수기업은 실사에 대해 상반된 입장을 취하게 되는데 사전에 실사와 관련하여 인수의향서에 기본 방침을 정하는 것이 중요하다.

(6) 최종협상 및 본 계약 체결

교섭과 협상이 완전히 끝나면 인수의향서에 합의된 내용을 정밀검사결과에 따라 재조정하고 인수가격을 확정된 다음 거래의 쌍방을 계약서를 작성. 날인하게 된다. M&A의 모든 거래에 계약서 작성이 의무화되는 것은 아니지만 양측의 의사 표시를 명확히 하고 오해를 피하기 위해 관행적으로 이를 작성하는 것이 일반적이다. 합병과 상장법인의 영업양도 등의 경우에는 계약서의 작성이 법률상으로 요구되고 있다.

일반적으로 계약서에는 ①거래의 구조와 거래조건, ②대상기업의 모든 중요한 법률적·외계적 사항, ③매도자는 거래가 끝나기 전에 대상기업의 상태에 중대한 변동이 없도록 해야 한다는 의무, ④계약서에 포함되어 있어야 할 문제점이 상대방에게 고지가 안 되고 거래가

끝나기 전, 후에 이러한 문제점이 나타났을 경우의 조치사항 등이 포함되어 있어야 한다. M&A의 서명과 날인이 끝나면 실행을 위한 절차를 밟게 된다.

(7) 대금지급

M&A의 거래에 따른 모든 대내외 절차가 완료되어 계약의 효력이 발생하면 대금을 지급하게 된다. 대금지급의 방법, 형태 및 일정 등에 대해서는 계약조건에 따라 인수자는 의무를 이행하면 된다. 즉, 인수자에 의한 대금의 지급이 완료되면 M&A의 거래는 성공적으로 종결되게 된다. 거래대금의 지급은 보통 현금에 의한 지급, 채무증서에 의한 지급, 주식에 의한 지급, 연계방식에 의한 지급이 있다.

다. M&A 후의 대비

두 기업 간의 결합은 쌍방에 반드시 급격한 변화와 마찰, 동요를 가져다준다. 회사는 M&A를 통해 법적으로는 하나의 기업이 되겠지만 조직 구성원들은 서로 다른 조직의 틀에서 지내왔고 업무방식이나 변화수용능력, 기업 문화 등 모든 면에서 서로 달라 내부적으로는 아직 별개의 조직으로 갈라져 있다. 이와 같은 문제를 해결하기 위해서는 조직 구성원들을 구분하는 기준이 되는 문화, 업무 방식, 조직 구조, 변화에 대한 수용 능력 등을 하나로 묶는 조정 과정을 거쳐야 한다.

(1) 사후 전략팀 구성

사후 관리팀은 인수·합병 후 운영 방안을 계획하고 새로 탄생한 기업이 안정화될 때까지의 과정을 맡는다. 사후 전략팀은 실무 경험이 풍부하면서 전문 지식을 갖추어야 하며 피매수회사의 조직을 활성화시킬 수 있는 능력이 있는 사람들로 구성해야 한다.

(2) M&A 대상회사의 현 상태 파악

사후 전략팀이 구성되면 기본계획과 세부계획으로 나누어 M&A 대상회사의 경영이 정상화될 수 있도록 계획을 추진하게 된다. 이때 가장 먼저 추진해야 하는 할 것은 피매수 대상회사 구성원의 불만사항이나 불안요소를 제거하기 위해 매수회사와 피매수회사의 인사조직 관련 상황과 조직분위기 등의 상태가 어떠한 지를 파악하는 것이다.

(3) 수용능력과 프로세스 재구축

새로 조직을 이끌어 나가기 위해서는 핵심적인 수용능력과 업무방식(Process)을 파악하는 것이 중요한데 새로운 수용 능력 개발과 운영방식을 통해 불필요하거나 중복되는 부분을 없애 나가면서 결합된 조직을 효율적으로 운영하기 위한 방안을 제시한다.

(4) 업무통합과 안정화계획

업무 통합 계획에는 먼저 두 회사의 프로세스와 사업부 기능을 통합하기 위한 방안과 일정표가 들어가야 한다. 이를 위해서는 상세한 점검표가 필수적이며 결정적인 성공 요소와 실패 요소가 무엇인지를 정리한다. 또 최악의 상황을 고려한 비상계획도 담아야 하며 의사소통과 보고를 원활하게 하기 위한 요구 조건들도 정리하고 이런 모든 사항을 뒷받침하기 위한 재무 결과를 예측해 봐야 한다.

(5) 공유문화 창출과 인적 지원의 통합관리

공유 문화는 M&A를 통해 새롭게 재편된 조직이 전사적으로 공유할 기업 전반의 문화 즉, 판단에 대한 책임, 열린 쌍방향의 의사소통, 의심으로부터 얻을 수 있는 이익을 기꺼이 포기할 용의, 상호간의 이해, 불확실성에 대한 유연성 있는 반응 등이다.

공유문화는 인수 합병 이전 이질적인 기업 문화를 하나의 새로운 공통문화로 대체할 수 있도록 하여 결국 새로운 조직의 결속감 및 동질성 확립을 위한 필수 요소가 된다. 공유 문화를 통해 구성원들 간에 공감대가 형성되어 있지 않으면 M&A에 따른 변화가 조직에 효과적으로 흡수되지 않고 오히려 파벌 형성, 직원간 갈등 증대, 직원의 사기와 업무 능률이 떨어지기 쉽다. 공유 문화는 기존의 조직 구성원에게 새로운 협력 가능성 및 효용성을 믿게 하고 제한 사항을 제거함으로써 정착될 수 있다.

또한, 새로 만든 문화를 성공적으로 정착시키기 위해서는 조직의 인력에 대한 관리 방법 또한 적절하게 바꾸어야 한다.

4. 합병 계약

M&A의 여러 유형 중에서 대표적으로 행하여지는 것이 기업 합병의 형태이며 이러한 합병계약에는 여러 가지 법적 제한과 복잡한 절차가 수반된다. 이하에서는 M&A 중에서도 특

히 기업 합병에 대해 그 구체적인 절차와 효과를 알아본다.

가. 합병 계약의 의의

합병이란, 2개 이상의 회사가 상법의 특별규정에 의하여 청산절차를 거치지 않고 합쳐져 그 중 한 회사가 다른 회사를 흡수하거나(흡수합병) 신회사를 설립함으로써(신설합병), 1개 이상의 회사의 소멸과 권리의무 및 사원의 포괄적 이전을 생기게 하는 회사법상의 법률요건을 말한다. 한마디로 표현하면 둘 이상의 기업의 영업과 재산이 하나로 통합되어 하나의 기업으로 합쳐지는 것을 의미한다고 할 수 있다. 이하에서는 주식회사 간의 합병을 위주로 살펴보기로 한다.

나. 합병의 자유와 제한

일반적으로 합병은 경영의 합리화, 사업의 확장, 무익한 경쟁의 회피 등 합병의 시너지효과를 목적으로 자유로이 인수 합병을 할 수 있으나 일부 특정집단의 이익을 위한 변칙적인 합병을 규제하기 위해서 상법, 증권거래법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 세법 등에서 일정한 규제를 하고 있다.

상법에서는 합병의 절차와 주주 및 채권자보호에 관한 사항을 규정하고 있고, 증권거래법에서는 합병정보의 공시에 관한 사항, 합병반대 주주의 이익을 위해서 주식매수 청구권에 관한 사항을, 독점규제법에서는 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한’하는 합병은 금지하는 규정을 두고 있다. 또한 세법에서는 불공정한 합병에 대해서 증여의제, 소멸법인의 청산소득, 피 합병법인의 주주에 대한 의제배당에 관하여 규정하고 있다. 구체적인 내용에 대해서는 별개의 항에서 살펴보기로 한다.

다. 합병의 절차

(1) 사전준비

합병절차를 수행하기 전에 당사회사 간에 합병형태, 합병방식, 합병비율, 합병일정 등에 대한 협의가 있어야 하며 특히 주권상장법인과 주권비상장법인의 합병 시에는 여러 규제가 따르므로 사전준비가 요구된다.

- ① 주권상장법인이 금융감독위원회에 등록한 후 3개월이 경과하지 않은 상태에서의 합병의 주주총회 승인은 효력이 없다.
- ② 합병비율의 적정성에 대하여 외부기관의 평가를 받아야 한다.
- ③ 주권비상장 법인은 합병신고서를 제출하는 날이 속하는 사업연도의 직전사업연도의 재무제표에 대하여 감사인의 감사를 받아야 한다.
- ④ 주권상장법인의 최대주주가 합병으로 인하여 교부받을 주식을 6개월 이상 예탁원에 예탁하고 그 기간 중에는 인출하거나 매각하지 못한다.

(2) 이사회 결의 및 합병계약서 작성

주식회사간의 합병을 위해서는 이사회의 결의가 있어야 한다. 이사회의 결의는 이사 과반수의 출석과 출석이사 과반수의 찬성이 있어야 한다. 다만 정관에서 그 비율을 달리 정할 수 있다. 이사회 결의가 있는 때에는 주권상장법인과 협회등록법인은 직접 공시의 방법으로 공시해야 하고, 합병과 관련한 사항에 대해서 증권거래소, 또는 증권업협회는 조회공시를 할 수 있다. 이러한 합병조건에 관한 협의가 완료된 후에는 당사회사 간에 합병계약을 체결하고 법정사항이 기재된 합병계약서를 작성해야 한다.

(3) 합병계약서 기재사항

(가) 흡수합병의 경우

- ① 합병으로 인하여 증가하는 주식의 총수, 종류와 수
- ② 존속하는 회사의 증가할 자본과 준비금의 총액
- ③ 소멸하는 회사의 주주에 대한 신주의 배정에 관한 사항
- ④ 소멸하는 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때에는 그 규정

(나) 신설합병의 경우

- ① 신설회사의 목적, 상호, 발행할 주식의 총수와 종류, 수 및 1주의 금액, 본점소재지
- ② 설립당시 발행하는 주식의 총수와 종류, 수 및 각 회사의 주주에게 대한 주식의 배정에 관한 사항
- ③ 신설회사의 자본과 준비금의 총액
- ④ 각 회사의 주주에게 지급할 금액을 정한 때는 그 규정

(다) 공통사항

- ① 각 회사에서 합병의 승인결의를 할 사원총회 또는 주주총회의 기일
- ② 합병할 시기를 정한 때에는 그 규정

(4) 합병신고

상장법인이 다른 법인과 합병계약을 체결하거나 이사회에서 합병을 결의한 때에는 합병승인 주주총회를 위한 주주명부 폐쇄 또는 기준일을 공고하고자 하는 날의 전일까지 합병신고서를 금융감독위원회와 증권거래소에 각각 2부씩 제출하여야 한다.

(5) 기업결합신고

자산총액 또는 매출액의 규모가 1,000억 원 이상인 회사가 또는 동회사의 특수 관계인이 합병하는 경우에는 공정거래위원회에 합병등기일로부터 30일 이내에 신고해야 한다. 단, 대규모회사(자산총액 또는 매출액이 2조원 이상인 회사) 또는 시장지배적 사업자가 합병에 참여하는 경우는 합병계약체결에 대한 주주총회의 의결이 있는 날로부터 30일 이내에 사전 신고해야 하고 신고 후 30일이 경과할 때까지 합병등기를 하여서는 안 된다.

(6) 합병대차대조표 공시

합병승인 결의를 위한 주주총회 2주간 전부터 합병을 하는 각 회사의 대차대조표를 본점에 비치하여야 하며, 주주 및 채권자는 언제든지 대차대조표의 열람을 청구하거나 그 등본 또는 초본의 교부를 청구할 수 있다. 그리고 합병계약서, 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 발행하는 주식의 배정 이유를 기재한 서면, 각 회사의 최종대차대조표와 손익계산서를 주총 2주 전부터 합병 후 6월이 경과한 날까지 본점에 비치해야 한다.

(7) 합병승인 주주총회

합병승인 주주총회에 앞서 주주권을 행사할 자를 확정하기 위해 주주명부 폐쇄 및 기준일을 정한 때에는 그 기간 또는 2주 전에 공고하여야 하며 합병승인 주주총회일의 2주 전에 각 주주에게 서면으로 합병계약의 요령을 기재한 소집통지를 발송해야 한다. 그리고 상장법인에 있어서는 합병승인 주주총회 소집을 위하여 주주에게 통지하는 경우에는 합병신고서에

기재한 합병의 개요와 합병신고서를 위원회에 제출한 사실 및 시기 등을 요약하며 함께 통지 또는 공고해야 하며, 그 문안을 사전에 금융감독원장에게 제출하여야 할 뿐만 아니라 영업현황 등 사업개요와 주주총회의 목적사항별로 금감위가 정하는 방법에 따라 작성한 참고서류를 통지, 공고하거나 일정한 장소에 이를 비치하여야 한다.

(8) 주주 및 채권자보호절차

회사에 반대하는 주주는 주식매수 청구권을 행사할 수 있으며 이를 위해 합병 승인 주주총회의 소집통지나 공고를 하는 때에는 주권상장기업이나 여부를 불문하고 반드시 주식매수청구권의 내용과 그 행사방법을 포함시켜야 한다. 또한 회사는 합병결의 있는 후 2주간 내에 회사채권자에 대하여 합병에 이의가 있으면 일정한 기간 내에 이를 제출할 것을 2개월 이상 공고하고, 회사가 알고 있는 채권자에 대하여는 개별로 최고하여야 한다.

(9) 주식의 병합과 구주권의 제출

주식을 병합할 경우에는 회사는 1월 이상의 기간을 정하여 그 뜻과 그 기간 내에 주권을 회사에 제출할 것을 공고하고 주주명부에 기재된 주주와 질권자에 대하여 개별적으로 통지하여야 한다.

이 경우 제출대상은 소멸회사가 발행한 모든 종류의 주권이 되며, 공고 및 통지의 주체는 소멸회사가 된다.

합병에 적당하지 아니한 수의 주식의 있을 때에는 그 합병에 적당하지 아니한 부분에 대하여 발행한 신주를 경매(거래소의 시세 있는 주식은 거래소에서 매각)하여 각 주수에 따라 그 대금을 종전 주주에게 지급해야 한다.

소멸회사가 상장법인인 경우에는 주식의 병합을 위해 구주권제출공고가 있는 경우에는 증권거래소가 매매거래를 중지시킬 수 있으며 해산회사의 주권은 신청이 없어도 증권거래소가 직권 상장폐지 할 수 있다. 주권상장회사가 상장회사 또는 비상장회사를 흡수합병함으로써 새로 주권을 발행하여 상장하고자 하는 때는 증권거래소와 협의하여 상장하면 된다.

(10) 합병실행

합병계약서에 정해진 합병기일에 소멸회사의 재산 및 주주관계서류가 존속회사에 인도되고 소멸회사의 주주에게 신주가 배정되게 되는데 합병의 효력은 등기에 의해 발생하지만 합병기일에 주주명부의 합산이나 사채원부의 합산 등의 절차를 실행하게 된다. 합병기일을 선

정함에 있어서는 주식병합을 위한 구주권제출 종료일과 합병기일은 동일한 날이거나 합병기일이 구주권제출기간 종료일 이후의 날이어야 한다.

(11) 합병보고 주주총회

채권자보호절차 및 주식병합의 효력이 발생한 후 주주총회를 소집하여 합병에 관한 사항을 보고해야 한다. 그러나 흡수합병의 경우에는 이사회의 결의에 의한 공고로써 주주총회에 대한 보고에 갈음할 수 있다. 이때 합병시에 발행하는 신주의 인수인에게도 주주총회 소집을 통지하여야 한다.

(12) 합병등기

회사가 합병한 때에는 보고총회 또는 창립총회가 종결한 날로부터 본점소재지에서는 2주간 내, 지점소재지에서는 3주간 내에 합병 후 존속하는 회사는 변경등기(흡수합병의 경우), 합병으로 인하여 소멸하는 회사는 해산등기, 합병으로 인하여 설립되는 회사는 설립등기(신설합병)를 하여야 한다.

(13) 합병종료 보고

합병신고서를 제출한 상장법인 또는 그 업무를 승계한 법인은 합병등기를 한 때에는 지체없이 합병종료 보고서를 금융감독위원회와 증권거래소에 2부씩 제출하여야 한다. 또한 공정거래법에 의한 대규모회사 또는 시장지배적 사업자는 합병등기 후 30일 이내에 공정거래위원회에 통지하여야 한다.

(14) 신주권 발행 및 합병 교부금 교부

합병등기로 합병의 효력이 생기면 존속회사는 소멸회사의 주주에게 주식을 발행하여 교부해야 한다. 또한 상장회사가 합병 후 존속하는 회사라면 주식에 대한 상장절차도 필요하다. 합병당사회사의 재산상태 등이 일정한 비율에 의한 주식의 배정을 곤란하게 하는 경우에는 그 조정을 위하여 존속회사가 해산회사의 주주에게 주식 이외에 합병교부금을 교부하기도 하는데 이는 합병계약서에 기재되어 있어야만 지급할 수 있다. 합병교부금의 지급 시기는 합병등기를 종료한 때이다.

라. 합병의 효과

합병이 완료되면 합병의 효과로서 당사회사의 하나 이상의 소멸과 회사의 설립 또는 변경이 생기고 소멸회사의 권리의무가 신설회사 또는 존속회사에 포괄적으로 이전된다. 또한 합병의 성질상 소멸회사의 사원은 존속회사 또는 신설회사의 사원이 되는 것이 원칙이다.

5. M&A에 대한 법적 규제

앞서 살펴본 바와 같이 기업합병의 경우에는 합병에 따른 이해관계인을 보호하고 사회경제에 미치는 효과를 고려하여 여러 법적 제한이 가해질 수 있음을 살펴본 바가 있다. 이하에서는 기업합병뿐만 아니라 기업인수를 포함한 M&A 전반에 걸쳐 현행 법제도가 규율하고 있는 바를 개괄적으로 살펴보기로 한다.

가. 증권거래법의 규제

현행 증권거래법은 어느 기업의 대주주 또는 기존 경영진의 의사에 반하여 행하여지는 적대적 M&A가 법적인 문제뿐만 아니라 사회적, 경제적으로 복잡다기한 파장을 가져 올 수 있고 나아가 소수주주를 비롯한 일반 투자자들에게도 심대한 영향을 끼칠 수 있음을 고려하여 일정한 규제조항을 두고 있는바, 그 대표적인 것을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 공개매수(Tender offer, Take-over bid)

이는 적대적 M&A의 한 고전적 형태로서, 어느 기업을 적대적으로 인수하려는 세력, 즉 Raider가 Target 기업의 주주들을 상대로 그들의 주식을 일정기간 동안에 일정가격, 조건에 매수하겠다는 청약 또는 권유를 행하는 것을 말한다. 증권거래법에서는 공개매수란 불특정 다수인에 대하여 주식 매수의 청약을 하거나, 매도의 청약을 권유하고, 유가증권 및 협회중개시장 외에서 당해 주식을 매수하는 것으로 정의하고, 상장법인 또는 등록법인의 주권, 신주인수권 증서, 전환사채권 등 일정 유가증권을 6월간 10인 이상의 자로부터 매수, 교환, 입찰하여 5% 이상을 취득하는 경우에는 원칙적으로 공개매수 방법에 의하도록 하고 있다.

공개매수를 하려면 공개매수신고서를 금융감독위원회에 제출하여야 하며, 그 내용의 중요사항을 공고하여야 한다. 신고서 제출 후 7일이 경과한 후에 공개매수를 실행할 수 있되,

그 기간은 20일 이상 60일 이내로 제한되고, 이에 위반하는 경우에는 민·형사상 책임이 부과되며, 그렇게 취득한 주식은 의결권이 상실될 뿐만 아니라, 처분명령의 대상이 된다.

(2) 의결권 대리행사 권유(Proxy Contest)

증권거래법 제199조는 일반적으로 상장주식 또는 협회에 등록된 주식의 의결권의 행사를 자기 또는 타인에게 대리하도록 권유하지 못한다고 하면서 다만, 국가기간산업 등 국민경제 상 중요한 산업을 영위하는 공공적 법인의 경우에 당해 법인만이 그 주식의 의결권의 대리 행사를 권유할 수 있도록 하고 있다. 이 규정은 M&A가 활성화되면서 주식을 취득하는 방법 외에 위임장권유를 통한 M&A경쟁이 심화될 것을 염려하여 규정된 것이다.

(3) 상장회사 대량주식 취득 보고 의무

상장회사의 주식을 공동목적보유자(Acting in Concert)를 포함하여 5% 이상 취득하면 이를 증권관리위원회에 보고하여야 하며, 그 후 1% 이상 변동될 때마다 보고하도록 하여 주식의 이동상황을 공시하도록 하고 있다.

(4) 각종 공시(disclosure)의무의 부과

그 외에도 합병, 영업양도 등의 기업 상황, 주식변동 등 중요사항에 대해 금융감독위원회와 증권거래소에 신고하는 등 일정한 공시의무를 부과하고 있고 이를 위반하는 경우에는 형사책임까지 부과하고 있어 M&A관계자는 각종의 공시의무를 유의하여야 한다.

(5) 주식매수청구권(Appraisal Right)

주권상장법인 또는 협회등록법인의 이사회에서 합병, 영업양수도 등의 결의를 하는 경우에, 그 결의에 반대하는 주주는 주주총회 전에 서면으로 당해 결의에 반대하는 의사를 통지한 경우에는 자기가 소유하고 있는 주식을 당해 회사에 대하여 총회의 결의일 부터 20일 이내에 서면으로 매수를 청구할 수 있다.

나. 상법의 의한 규제

M&A의 과정에서 증권거래법이 적용되는 주권상장법인 또는 협회등록법인 외에는 상법이

적용되므로 관련된 상법의 규정을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 합병, 영업양도, 주식취득에 관한 규정

(가) 합병에 관한 규정

합병에 관한 규정은 앞서 합병절차에서 살펴본 바와 같다. 다만, 흡수합병의 경우에 소멸 회사의 합병승인결의를 생략할 수 있는 경우가 있는바, 이를 ‘간이합병’이라고 한다. 간이합병제도는 ①흡수합병의 경우 ②소멸회사의 총주주의 동의가 있거나 존속회사가 소멸회사의 발행주식총수의 100분의 90 이상을 이미 소유하고 있을 경우에 주주총회의 승인을 이사회결의로 갈음할 수 있게 하는 제도이다.

한편, 존속회사가 합병으로 인하여 발행하는 신주의 총수가 그 회사의 발행주식총수의 5%를 초과하지 아니하는 경우에도 주주총회 승인결의를 이사회승인으로 갈음할 수 있는데 이를 ‘소규모합병’이라고 한다.

(나) 영업양도에 관한 규정

영리목적으로 조직화된 기능적 일체로서의 영업재산을 영업의 동일성을 유지하면서 양도인이 양수인에게 이전할 것을 목적으로 하는 채권계약을 영업양도라고 하는데 이러한 영업양도에 의하여도 M&A의 효과를 달성할 수 있다는 점에서 M&A의 한 형태로 분류할 수 있다. 상법은 영업양도의 경우를 크게 두 가지 측면에서 규제하는바, ①영업양도인은 10년간 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접한 특별시·광역시·시·군에서 동일한 업종을 영위하지 못하며, ②양수인은 양도인의 상호를 계속 사용하거나 영업인수를 광고한 경우에는 일정한 제3자에게 변제의 책임을 지도록 하고 있다.

(다) 주식취득에 관한 규정

어떤 회사가 대상회사의 주식을 대량 취득하는 경우 그 취득이 회사 지배권의 변동을 초래할 정도 또는 그에 준하는 정도의 지분에 해당하는 경우에는 대상회사에 대해 적절한 대응기회를 주어야 하는바, 상법은 어느 회사가 다른 회사의 주식을 그 발행주식총수의 10분의1을 초과하여 취득한 때에는 지체 없이 그 다른 회사에 통지하도록 하고 있다(상법 제342조의3).

(2) 모회사 주식취득의 제한과 비모자회사 간의 상호주 규제

다른 회사의 발행주식의 총수의 100분의 40을 초과하는 주식을 가진 회사(모회사)의 주식은 회사의 합병, 또는 다른 회사의 영업 전부의 양수로 인한 때 담보권의 실행 등 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위해서 필요한 경우를 제외하고는 원칙적으로 다른 회사(자회사)가 이를 취득할 수 없다.

한편, 위와 같은 모자관계에 있지 아니한 회사가 자신 또는 자기의 자회사를 통해 다른 회사의 발행주식총수의 10분의 1을 초과하여 주식을 가지고 있는 경우에는 그 다른 회사가 가지고 있는 그 회사 또는 그 자회사의 주식은 의결권이 없다.

(3) 이사 등의 충실의무와 책임

주식회사의 이사는 정관과 법령에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실히 하여야 할 의무가 있고 이러한 의무는 감사에게도 주어지는 바, 이사와 감사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 직무를 해태하여 회사에 일정한 손해를 가한 경우에는 이에 대한 책임을 져야 한다.

(4) 주주의 권리

주주는 주주총회에서 회사의 합병 등 경영에 중대한 영향을 미치는 사안이 결의된 때에 이에 반대하는 경우 자신의 보유주식을 회사가 되사줄 것을 요구할 수 있는 주식매수청구권을 가지고 있음은 앞서 살펴 본 바와 같다. 그 외에도 주주는 ①임시주주총회소집권, ②대표소송제기권, ③이사의 위법행위유지청구권, ④이사해임청구권, ⑤회계장부열람권, ⑥회사의 업무 및 재산상태의 검사청구권을 가지고 있으므로 이들 권리들은 기업 간 M&A를 제한하는 원리로 기능할 수 있다.

다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 규제

(1) 기업결합의 제한

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 공정거래법이라 한다)은 누구든지 직접, 또는 특수관계인을 통하여 다른 회사 주식의 소유, 임원 및 종업원에 의한 다른 회사의 임원 겸임, 다른 회사의 합병, 영업의 양수, 새로운 회사의 설립에의 참여 등을 통해 일정한 거래분야

에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 금지하고 있다.(법 제7조 제1항) 적용대상은 제한이 없으므로 누구든지 '일정한 거래분야'에서 '실질적으로 경쟁을 제한'하는 기업결합을 하였다면 공정거래위원회의 심사를 통해 일정한 제재를 받을 수 있다.

또한, 공정거래법은 다음과 같은 경우에는 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 추정하여 기업결합을 금지하고 있다.

- ① 기업결합 당사회사의 계열회사의 점유율을 합한 시장점유율의 합계가 국내총공급액이 1,000억 원 이상인 거래분야에서 1사의 시장점유율이 50% 이상이거나, 시장점유율이 10% 미만인 자를 제외한 3이하 사업자의 점유율 합계가 75% 이상인 사업자에 해당하고, 시장점유율의 합계가 거래분야에서 1위이며, 제2위 회사와의 시장점유율의 차이가 시장점유율 합계의 25% 이상인 경우
- ② 자산총액 또는 매출액의 규모가 2조 원 이상인 회사가 행한 기업결합이 '중소기업기본법'에 의한 중소기업 시장점유율이 3분의2 이상인 거래분야에서의 기업결합이고, 당해 기업결합으로 5% 이상의 시장점유율을 차지하게 되는 경우

(2) 기업결합의 신고

한편, 공정거래법은 자산총액 또는 매출액의 규모가 1천억 원 이상인 회사가 자산총액 또는 매출액의 규모가 30억 원 이상인 회사에 대해 다음과 같은 기업결합을 하는 경우(그 반대의 경우도 포함)경우에는 공정거래위원회에 신고하도록 하여 실질경쟁저해성 여부를 심사받도록 하고 있는바, 그러한 경우로서 ①다른 회사의 발행주식총수 100분의 20(주권상장법인인 경우에는 100분의 15) 이상을 소유하게 되는 경우, ②회사의 임원 또는 종업원이 다른 회사의 임원을 겸임하는 경우, ③합병 또는 영업양수(전부 또는 주요부분)를 하는 경우, ④ 새로 설립되는 회사 주식의 100분의 20 이상을 인수하는 경우를 들고 있다. 그러나 기업결합을 하고자 하는 자는 기업결합 이전이라도 당해 행위가 경쟁을 실질적으로 제한하는지 여부에 대하여 공정거래위원회에 심사를 요청할 수 있다.

(3) 지주회사에 대한 규제

현행 공정거래법은 공정거래위원회에 신고함으로써 지주회사를 설립하거나 지주회사로 전환할 수 있도록 하고 있어 원칙적으로 지주회사의 설립을 허용하고 있다. 다만 동법은 지주회사의 자본구조를 공동화하여 부실기업을 양산하는 것을 막고 지주회사의 방만한 운영을

견제하기 위하여 일정한 행위를 금지하고 있는바, 그 행위를 개괄적으로 설명하면 다음과 같다.

- ① 자본총액을 초과하는 부채액을 보유하는 행위
- ② 자회사의 주식을 당해 자회사 발행주식총수의 100분의 50(자회사가 증권거래법의 규정에 의한 주권상장법인 또는 협회등록법인이거나 공동출자법인인 경우에는 100분의 30, 벤처주식회사의 자회사인 경우에는 100분의 20) 미만으로 소유하는 행위
- ③ 계열회사가 아닌 국내회사의 주식을 당해회사의 발행주식총수의 100분의 5를 초과하여 소유하는 행위 또는 자회사 외의 국내계열회사의 주식을 소유하는 행위
- ④ 금융업 또는 보험업을 영위하는 자회사의 주식을 소유하는 지주회사인 경우 금융업 또는 보험업을 영위하는 회사 외의 국내회사의 주식을 소유하는 행위
- ⑤ 금융지주회사 외의 지주회사인 경우 금융업 또는 보험업을 영위하는 국내회사의 주식을 소유하는 행위

6. M&A와 세무관계

M&A의 대표적 형태인 합병에 있어서 합병회사는 경우에 따라서 피합병회사의 세금을 떠안거나 과도한 세금으로 예상치 못한 불이익을 받을 수 있기 때문에 세무관계에 관한 신중한 검토를 하는 것이 중요하다. 합병대상기업이 선정되면 합병회사는 실사단계에서 그 기업의 매출추세, 예상손익, 자금흐름, 자산상태 등의 중요한 재무자료 뿐만 아니라 세무 상의 문제도 사전에 충분히 검토해야 한다.

기업의 합병세무와 관련된 이해관계자는 합병법인, 합병회사의 주주, 피 합병법인, 피 합병법인의 주주로 구분할 수 있다. 일반적으로 합병법인과 관련된 과세문제는 ①합병차익의 처리, ②합병차손과 영업권의 처리, ③자산과 부채의 승계 및 평가, ④자기주식의 과세문제가 있고, 합병법인의 주주에 관한 과세문제는 ①불공정합병에 대한 증여세과세문제, ②자기주식 소각이익의 자본전입문제가 있으며, 피 합병법인과 관련된 과세문제는 ①청산소득에 대한 법인세 신고, ②의제사업연도에 대한 법인세 신고, ③피 합병법인의 부가가치세 납부의 문제가 있고, 피 합병법인의 주주와 관련된 과세문제로는 합병비율에 의해 지급되는 합병대가와 관련된 ①의제배당소득, ②증여의제의 문제가 있다.

VIII

게임기업간 분쟁의 예방과 해결

VIII. 게임기업간 분쟁의 예방과 해결

1. 분쟁의 예방

가. 협상과정에서의 유의점

(1) 협상권한의 확인

계약체결을 위한 협상을 효과적으로 하기 위해서는 먼저 협상의 상대방이 협상을 수행할 자격과 권한을 갖고 있는지를 파악하여야 한다. 많은 시간과 비용, 노력을 들여 협상을 진행한 후에 상대방이 계약체결 여부를 결정할 권한이나 계약체결권한을 가지고 있지 않은 것으로 밝혀지면 곤란하다. 또한 규모가 큰 계약의 경우에는 기업 내에서 이사회 의결을 거치는 절차 등이 요구되므로, 계약체결단계에 임박하여서는 상대방이 그러한 기업 내의 사전 절차를 준비하여 밝고 있는지도 확인하여야 한다.

(2) 신용조사

아울러 협상을 개시하기에 앞서 아니면 늦어도 협상진행 중에 신용조사기관 등을 통해 반드시 상대방의 신용조사를 하여야 한다. 이때 상대방 기업의 최근 대차대조표·손익계산서 등의 회계장부 외에도 그 영업능력, 업계의 평판 등을 확인하여야 한다. 특히 상대방 기업이 자회사인 경우에는 그 모회사가 당해 자회사를 설립한 이유와 경위가 어떠한지 등 모회사와 자회사간의 관계도 같이 조사하여야 한다.

(3) 협상내용의 문서화

협상을 진행함에 있어 쌍방은 가능하다면 협상자료를 문서로 준비하여 교환하는 것이 좋다. 설령 그렇게 하지 않았더라도 협상중에 상대방이 중요한 점에 있어 구두로 약속하였거나 확인한 내용이 있다면 이를 추후 서면으로 작성하여 제출할 것을 요구하도록 하되, 그렇게까지 요구하는 것이 협상전략상 지나치다고 판단되는 경우에는 최소한 문서 내지는 기록으로 작성하여 보관하여야 한다. 이러한 문서·기록은 당사자간에 분쟁이 발생하는 경우에

결정적인 증거로 사용될 수도 있기 때문이다.

(4) 오해의 제거

협상을 진행함에 있어서는 협상내용에 대하여 쌍방이 서로 다르게 이해하고 있지는 않은지, 혹은 자신은 협상내용을 정확하게 이해하고 있는지 수시로 명확히 점검하여야 하며, 나아가 협상내용의 정확한 이해를 위해 제3자에게 문의하여 확인할 필요가 있는 경우에는 그러한 절차도 즉시 밟는 것이 좋다. 이를 간과하고서 계약이 체결된 경우에는 합의내용에 대한 쌍방의 그러한 오해 때문에 분쟁이 발생하기 마련이다. 또한 착오는 계약취소사유이기도 하다.

나. 계약체결시의 유의점

(1) 계약서에 의한 계약체결

국내계약·국제계약을 막론하고 계약서를 작성하여 서명하는 방법으로 계약을 체결하는 것이 실무적으로 매우 중요하다. 계약서의 존재는 계약체결의 사실을 부인할 수 없도록 하는 역할을 할 뿐만 아니라 계약서 자체는 당사자간에 합의점을 도출하기 위하여 장기간에 수차에 걸쳐 수행된 협상의 내용을 일목요연하게 담은 문서이므로 당사자간에 분쟁이 발생하는 경우에는 계약의 내용을 입증하는 가장 강력한 증거가 되기 때문이다.

계약서를 작성함에 있어서는 아직 논의되지도 않았거나 합의에 이르지 못한 부분이 남아 있지는 않은지, 당사자간에 합의된 사항이 빠짐없이 계약조항으로 담겼는지, 쌍방이 그 의미를 상이하게 이해하는 계약조항이 들어있지는 않은지, 계약조항간에 상호 모순이 있지는 않은지 등을 면밀히 검토하여야 한다.

특히, 계약서에는 독립된 조항으로 당해 계약서가 당사자간에 그 동안 협상된 바를 모두 담은 최종합의임을 명시하는 조항인 전술한 통합조항(merger clause or integration clause)을 두고, 나아가 계약의 서명일과 발효일, 계약의 존속기간도 분명히 명시하여야 한다.

(2) 당사자의 확인

계약상대방이 법인인 경우에는 법인등기부등본의 확인을 통해 당사자를 확인하고 또한 계약서의 서명자가 그 법인을 대표할 수 있는 권한(대표권)을 가진 자(예컨대, 등기부상 대표이사)인지를 확인하여야 한다. 혹 상대방의 대리인이 서명자인 경우에는 위임장의 확인을 통해 실제로 대리권을 부여받았는지, 대리권이 이미 소멸하지는 않았는지, 그 대리권의 범위

는 어디까지인 지 등 그가 당해 계약을 체결할 권한을 가지고 있는 지를 확인하여야 한다.

(3) 강행법규 위반여부의 확인

강행법규에 반하는 계약은 그러한 법규의 입법취지에 따라 그 전부 또는 일부가 무효로 되는 경우가 있으므로 당사자들은 계약조항(들)이 해당 국가의 강행법규를 위반하는 내용을 담고 있지는 않은지를 면밀히 살펴보아야 한다. 그러한 강행법규로는 각국의 공정거래법, 게임물규제법, 게임사업규제법, 무역규제법, 외환규제법, 통관절차법, 관세법 등이 있다.

또한 계약을 체결하기 전에 혹은 계약을 이행하는 과정에서 정부로부터 특정한 인·허가를 취득하여야 하는 경우에는 어느 당사자가 인·허가의 신청을 하여야 하는 지, 인·허가를 언제까지 취득하여야 하는지, 인·허가를 취득하지 못할 위험은 누가 부담할 것인지, 결국 인·허가를 취득하지 못한 경우에 계약의 운명은 어떻게 되는지 등에 관하여도 계약서에 명시하는 것이 현명하다.

(4) 권리의무의 명확화

계약서를 작성함에 있어서는 무엇보다도 당사자의 권리·의무의 내용을 명확히 규정하는 것이 중요하다. 특히, 가능한 한, 의무를 규정함에 있어서는 그 이행기(履行期)와 이행지(履行地), 이행방법을 명확히 함은 물론 그러한 의무를 위반한 경우에 상대방은 어떠한 구제권(약정구제권)(예컨대, 계약해제·해지권, 손해배상청구권, 유예기간지정권 등)을 행사할 수 있는 지를 명시하는 것도 좋다. 이러한 계약구제권은 법정구제권에 우선하는 효력이 있다.

그 중에서도, 손해배상청구권과 관련하여서는 계약서에 손해배상액을 예정하는 조항(liquidated damage clause; 혹은 약정손해배상액조항)을 두는 것이 실무적으로 매우 유용하다. 상대방이 계약을 위반하거나 불이행하는 경우에 손해액의 입증책임은 피해당사자가 부담하는데, 그 입증을 하는 것이 예컨대 이행지체의 경우에는 특히 어렵기 때문이다.

(5) 공적증명의 활용(공증, 확정일자)

공증을 하는 이유는, 첫째, 공증인과의 상담을 통하여 분쟁의 가능성을 사전에 예방할 수 있고, 둘째, 공증된 서류는 위조 또는 변조의 우려가 없으므로 강력한 증거력이 있으며, 셋째, 어음·수표나, 금전소비대차 등에서의 일정한 금전, 기타의 대체물 또는 유가증권의 지급을 목적으로 하는 법률행위에 관하여 공증하게 되면, 이에 따른 증서는 채무명의로 됨에 따라 집행문을 부여받을 수 있어 소송절차 없이도 바로 강제집행할 수 있기 때문이다. 특

히, 상가건물임대차보호법이 제정되어 임대차계약서에 확정일자를 받은 상가임차인은 기존의 주택임대차와 마찬가지로 임차권의 대항력이 인정되므로 확정일자가 중요하다.

다. 계약체결후의 유의점

계약이 체결된 후에는 계약내용대로 계약이 이행되고 있는지 수시로 점검·확인하여야 한다. 아울러 계약체결후에 상대방이 상호를 변경한다는지, 해산절차에 들어간다는지, 다른 기업에 흡수·합병된다는지, 다른 기업을 인수·합병한다는지, 그 대표자를 변경한다는지, 그 부채가 급격히 증가하여 신용이 악화된다는지 등의 변경이 있을 수 있으므로, 이를 지속적으로 관찰하는 일도 간과해서는 안 된다. 그러한 변경이 나타날 조짐이 보이거나 현실화되는 경우에는 이로 인해 자신의 권리가 영향을 어떠한 영향을 받는지를 파악하고 그에 대해 채권 확보를 위한 가압류 조치를 취하는 등의 법적 조치를 취함으로써 신속히 대응하여야 한다.

2. 위험의 예방과 분산

가. 담보에 의한 위험예방

상대방의 계약위반으로 인한 손해를 최소화하기 위하여 저당권·유치권 등의 물적 담보나, 보증인·연대보증인 등의 인적 담보를 확보하여 둬으로써 거래의 위험을 줄일 수 있다. 나아가 이를 통해 분쟁의 발생을 예방하는 효과도 부수적으로 거둘 수 있다. 그러므로 계약을 체결할 때에는, 상대방의 계약이행을 보장할 인적·물적 담보를 확보하였는지, 그러한 담보가 계약종료시까지 계속 유효하게 유지될 수 있을 것인지, 만약 법인의 재산이 부실하다고 판단된다면 그 대표이사 또는 기타 제3자로부터 담보제공을 받을 수 있는지, 그러한 대표이사 또는 제3자의 재산상태는 어떠한 지를 점검해 두어야 한다.

나. 상계제도의 활용

양당사자가 서로에 대하여 계약 기타의 법적 원인으로부터 발생하는 채무를 서로 부담하고 있는 경우에, 일방은 자신의 채무와 상대방의 채무를 상계할 수 있다. 이때 상계의 대상이 된 두 채무 중에서, 상계당사자의 채무를 자동채무(自動債務)라 하고, 상대방의 채무를 수동채무(受動債務)라 한다. 다만, 상계가 가능하기 위해서는 자동채무와 수동채무가 상계

적상에 놓여야 한다. 상계가 있으면 두 채무는 그 중 그 양이 보다 적은 채무의 양을 한도로 모두 소멸하고, 그리하여 쌍방의 채무가 모두 이행된 것과 같은 결과가 된다. 이렇게 상계는 각 당사자가 채무를 따로 이행할 필요가 없게 만듦으로써 담보적 기능을 한다. 더욱이 상대방에 대하여 채무를 부담하고 있다면 상대방이 파산하더라도 상계를 할 수 있고, 자동채권의 소멸시효가 완성되더라도 상계는 할 수 있다. 외화채무의 경우에도 원칙적으로 상계가 가능함은 물론이다.

상계는 그 의사(상계의사)가 상대방에게 도달한 때에 효력을 발생하므로, 당해 채무에 기하는 이자는 상계통지시까지 계속하여 발생한다. 따라서 실무적으로 상계를 원하는 당사자로서는 가능한 한 조속히 상계의 통지를 함으로써 이자의 발생을 조기에 중단시키는 것이 좋다.

다. 보험에 의한 위험분산

(1) 임원배상책임보험

임원배상책임보험이란 주식회사의 임원이 각자의 권한범위 내에서 직무수행과정에서 주의 의무나 충실의무를 위반함으로써 인하여 회사나 주주, 제3자에 대해 법률상의 손해배상책임을 지게 됨으로써 입는 경제적 손해를 전보하는 배상책임보험이다. 그 동안 상장·코스닥법인의 기업투명성 제고를 위한 제도가 꾸준히 강화되고, 부실기업의 임원에 대한 주주소송의 증가, 주주대표소송제의 도입, 사외이사 선임의 의무화, 책임경영에 대한 사회적 인식의 확대 등으로 기업경영상 임원에 대한 책임추궁 가능성이 증가함에 따라 임원배상책임보험에 가입하는 기업(상장기업, 비상장기업)이 점증하고 있다.

이러한 임원배상책임보험은 임원의 업무수행 결과로 인하여 주주 또는 제3자(예컨대, 종업원, 소비자, 경쟁업체)에 대해 손해배상책임을 지게 됨으로써 발생하는 손해와 그로 인한 회사의 손해를 보상하는 외에도, 법적 대응에 필요한 변호사비용이나 소송비용 등의 제비용도 보상한다. 예를 들어, 소송으로 확정되는 손해배상금이나 소송전화해에 의한 합의금, 임원의 손해배상청구에 대해 회사가 해당 임원에게 지급함으로써 회사에게 발생한 손해를 보상한다. 그러나 임원의 범죄행위(사기, 횡령, 배임 등)로 인한 손해배상청구에 대해서는 보화를 하지 않는다.

이 보험은 기업의 합병(M&A), 분할, 구조조정, 자산운용 등 경영상의 잘못으로 인하여 (i) 주가가격이 하락함으로써 주주에게 손실이 발생하여 주주가 소송을 제기하는 경우나 (ii) 사외이사가 경영진과 사내이사에 대해 책임을 추궁하면서 손해배상청구를 하는 경우, (iii) 종업원의 부당해고, 고용계약의 불이행, 차별대우, 성희롱 등을 이유로 종업원이 소송을 제

기하는 경우, (iv) 상품이나 서비스의 결함, 종업원의 과실로 피해자인 소비자가 소송을 제기하는 경우, (v) 특허권등의 지적재산권침해를 이유로 경쟁기업이 소송을 제기하는 경우, (vi) 증권거래법이나 공정거래법 등의 위반을 이유로 관할행정기관이 소송을 제기하는 경우에 대비할 수 있는 보험이다.

보험계약자는 당해 회사이며 임원이 개별적으로 계약할 수는 없되, 회사의 모든 임원과 보험증권에 기재된 자회사의 임원, 보험기간중에 새로 선임된 임원, 사망한 임원의 상속인 등이 피보험자가 된다.

(2) 수출보험

수출보험이란 수출이후에 수입자(수입국)로부터 수출대금을 받지 못하는 경우나 금융기관이 수출금융을 제공하고 대출금을 상환받지 못하는 경우에, 한국수출보험공사가 수출대금 또는 대출금을 대신 지급하는 정책보험을 말한다.

① 단기수출보험

이는 결제기간 2년 이내의 단기수출계약을 체결한 후 수출대금을 받을 수 없게 된 때에 입게 되는 손실을 보상하는 보험(당해 물품에 발생한 손실은 제외)이다.

② 중장기수출보험

이는 수출대금의 결제기간이 2년을 초과하는 중장기수출 계약을 체결한 후 수출이 불가능하게 되거나 수출대금을 받을 수 없게 된 때에 입게 되는 손실 또는 수출대금 금융계약을 체결한 후 금융기관이 대출원리금을 받을 수 없게 됨으로써 입게 되는 손실을 보상하는 보험이다.

③ 수출보증보험

이는 금융기관이 수출계약등과 관련하여 수출보증을 한 경우에 보증상대방(수입자)으로부터 이행청구를 받아 이를 이행함으로써 입게 되는 금융기관의 손실을 보상하는 보험이다.

④ 해외투자보험

이는 해외투자를 한 후 투자대상국에서의 수용, 전쟁, 송금위험 등으로 인하여 그 해외투자의 원리금, 배당금 등을 회수할 수 없게 되거나 보증채무이행 등으로 입게 되는 손실을 보상하는 보험이다.

⑤ 환변동보험

이는 수출거래시에 한국수출보험공사가 보장해주는 환율과 실제 결제시점의 환율을 비교하여 그 차액을 보상 또는 환수하는 보험이다.

⑥ 지식서비스수출보험

이는 국내 수출업체가 정보통신, 문화컨텐츠(게임 포함) 등의 지식서비스를 수출하고 이에 따른 지출비용 등을 회수하지 못함으로써 입게 되는 손실을 보상하는 보험이다.

라. 영업비밀의 누출방지와 영업비밀침해소송의 예방

(1) 영업비밀의 누출방지

① 영업비밀관리규정의 제정

기업의 중요한 정보인 영업비밀의 누출을 예방하기 위하여 게임기업은 비밀관리에 관한 명문화된 규정을 자체로 제정하여 시행할 필요가 있다. 이러한 영업비밀관리규정에서는 대체로 영업비밀의 분류, 등급의 결정, 영업비밀표시방법, 영업비밀보관장소, 영업비밀취급자, 영업비밀관리기록부, 출입자의 통제 등에 관한 사항을 규정하여야 할 것이다.

② 영업비밀의 분류와 등급의 결정

영업비밀의 누출방지를 위해서는 먼저 어떤 정보가 영업비밀에 해당하는지를 분류하고, 아울러 그 각각에 등급을 부여하여 당해 정보를 어느 수준에서 어느 정도로 비밀로 취급할 것인지를 결정하여야 한다.

③ 영업비밀의 표시와 보관

영업비밀이 포함된 모든 서류에 비밀을 포함하고 있다는 표시와 함께 유출금지를 알리는 경고문구를 두고, 아울러 중요한 영업비밀의 경우에는 격리된 장소에 보관하여 비밀누설의 가능성을 최소화하되, 영업비밀 취급자의 범위와 역할을 구체적으로 확정하고, 비밀관리기록부를 비치함으로써 정기적인 점검을 병행하는 것이 바람직하다.

특히 최근 정보통신기술과 해킹기술의 발달로 인하여 컴퓨터에 저장된 영업비밀은 쉽게 유출되거나 도난당할 수 있는데, 이를 방지하기 위해서는 영업비밀이 저장된 컴퓨터에의 접근을 최소화함과 아울러 반드시 패스워드를 사용해야만 접근할 수 있도록 하고, 수시로 패스워드를 변경하여 담당자 외에는 접근이 불가능하도록 해야 한다. 또한 단말기의 수리를

외부업체에 의뢰한다거나 그 폐기를 할 때에는 하드디스크에 수록된 자료의 유출방지대책 강구하고, 개인소유 컴퓨터의 회사내 반입·사용을 금지하되 부득이한 경우 보안담당자의 승인을 받아 반·출입하도록 해야 한다. 아울러 연구·개발부서 및 영업비밀이 저장되어 있는 컴퓨터들은 가능하면 외부 통신망에 연결하지 말고 사용하고 만약 통신망에 연결하여 사용시에는 비인가자 무단침입 방지를 위해 침입차단시스템(방화벽)을 설치·운영하여 영업비밀이 해킹당하지 않도록 주의를 기울여야 한다. 전화, 인터넷, 팩스 등은 항상 외부로부터 도청당할 위험에 놓여 있으므로, 영업비밀에 해당하는 내용을 암호화 한다거나 특정 신호를 첨가 또는 가공하여 송신하고 정기적으로 또는 불시에 통신시설에 대한 보안 점검을 실시하여 미흡한 부분에 대한 조치를 취해야 할 것이다.

⑤ 비밀유지의무의 부과

고용계약을 체결할 때에 혹은 기업의 사규로써, 재직중에 또는 퇴직후 일정기간 동안 비밀유지의무를 부과하는 규정을 둔다거나 경쟁기업으로의 전직을 제한하는 규정이나 퇴직후의 경업피지의무를 부과하는 규정을 두는 방안도 병행하여야 할 것이다. 다만 이때 이러한 규정은 직업선택의 자유를 침해한다는 이유로 무효가 될 수도 있으므로 주의하여야 한다.

⑥ 종업원의 교육

영업비밀의 유지관리를 위해서는 종업원들의 적극적인 협조가 필요하다. 치열한 경쟁과정에서 영업비밀이 왜 중요하며, 영업비밀의 보호를 위해 어떤 역할을 해야 하는가를 주지시키는 등 종업원에 대한 지속적인 교육이 필요하다. 이러한 교육은 신규채용시 뿐만 아니라 재직시에도 정기 또는 수시로 실시하여야 함은 물론, 특히 퇴직할 때에는 퇴직후에도 지켜야 할 책임과 의무를 강조하고 영업비밀을 누설할 경우 발생할 수도 있는 문제를 주지시킬 필요가 있다.

⑦ 외래방문객에 의한 누설방지

외래방문객의 경우는 사전에 방문목적을 파악하여 방문증을 패용하도록 하고, 가급적 영업비밀이 공개될 우려가 있는 장소의 출입을 제한하도록 하며, 특정상황에서는 방문객에게 비밀준수 각서에 서명토록 할 필요가 있다.

(2) 영업비밀침해소송의 예방

다른 기업으로부터 영업비밀침해소송을 당하지 않기 위해서는 예컨대, 신입사원이 다른

기업으로부터 전직하여 왔을 경우에는 그의 前직장에서 맺은 영업비밀 관리에 관한 계약 등을 주의깊게 검토하고, 이 과정을 통해 타회사의 종업원을 채용함으로써 부당한 스카우트나 영업비밀침해로 인한 제소를 당하는 일이 없도록 대비할 필요가 있다.

만약 신규 직원이 前직장에서 영업비밀과 관련하여 어떤 경고조치 등을 받은 사례가 있는 경우에는 이에 대한 검토를 엄격히 하여 추후 발생할 수도 있는 법적 분쟁에 대비하여야 하고, 가능하다면 前직장의 직무와 동일한 직무를 피하여 당해 직원을 근무하게 할 필요가 있다.

신규 채용한 직원이 자발적으로 前직장의 영업비밀을 누설하여 사용자는 이를 모르고 사용하였으나, 훗날 당해 영업비밀은 前직장의 영업비밀이라는 사실을 알았을 경우, 즉시 사용을 중지해야 하며 만약 계속해서 사용할 경우 영업비밀 침해행위에 해당할 수 있음을 유념해야 한다.

3. 분쟁의 해결

가. 싸움과 화해의 선택

(1) 협상을 통한 화해

당사자간의 직접적·자주적 협상을 통해 분쟁을 해결하는 것을 화해라 한다.⁸⁴⁾ 소송, 중재, 조정 등의 분쟁해결방식은 각기 상대적으로 많은 비용과 시간이 소모되고, 따라서 계속적인 거래관계를 유지할 상대방이라면 분쟁은 비용절감과 고객유지의 측면에서 가급적 협상으로 해결하는 것이 가장 현명하다.

(2) ADR - 중재

소송 이외의 분쟁해결방법(Alternative Dispute Resolution: ADR)으로, (i) 제3자(알선인)가 개입하지만 그는 단지 당사자들로 하여금 일치된 분쟁해결안에 도달하도록 도와주는 정도의 역할만을 하는 알선, (ii) 제3자(조정인)가 개입하여 직접적·자주적 교섭을 통한 양보로 화해를 도모하기도 하고 타협안(조정안)을 제시하여 당사자들이 이에 따르도록 권유하는

84) 그 종류로는 크게, (i) 재판 외에서 민법상(제731조 이하) 화해계약의 형태로 수행되는 화해와 (ii) 재판상 화해가 있다. 민사소송법상, 후자에는 제소전 화해와 소송상 화해가 있다. 제소전 화해는 당사자 일방이 법원에 화해신청을 함으로써 개시되는데, 화해가 이루어지면 소송상 화해와 효력이 동일하다. 소송상 화해는 소송계속중에 당사자 쌍방의 양보를 토대로 법원에 일치된 진술을 하면 화해조서를 작성하고 소송을 종료시키는 방식이다. 화해조서는 확정판결과 같은 효력이 있다.

조정, (iii) 분쟁당사자들로 하여금 제3자(중재인)가 내린 판정에 복종하도록 하는 중재 등이 있다. 그 중에서 가장 대표적인 것이 중재이다.

① 중재합의

중재는 당사자간의 분쟁을 당사자들이 선택하여 선임하는 사인(私人)인 중재인(arbitrator)에게 위임하여 그 판정(award: 중재판정)에 따라 최종적으로 해결하는 분쟁해결방법이다. 분쟁을 중재로써 해결하는 경우에는, 소송에 비하여 짧은 기간 내에 적은 비용으로 분쟁을 해결할 수 있는 외에도, 절차가 비공개로 진행되므로 거래상의 여러 비밀의 예기치 못한 누설도 방지할 수 있고, 또한 게임분야의 전문가를 중재인으로 선정하여 판정하도록 함으로써 합리적인 판정을 받을 수 있다는 장점이 있다.

분쟁해결을 중재에 회부할 수 있기 위해서는 당사자간에 서면⁸⁵⁾의 중재합의가 반드시 있어야 한다. 중재합의는 분쟁이 발생하기 전에 할 수도 있고 후에 할 수도 있다. 전자를 사전중재합의라 하고 후자를 사후중재합의라 한다. 중재합의는 독립된 별도의 계약으로 할 수도 있지만 대개 주된 계약서에 중재조항(arbitral clause)을 두는 방법에 의한다.

중재조항을 작성할 때에는 적용할 중재규칙, 중재인의 수, 그 선임방법, 중재지, 중재절차에 사용할 언어, 준거법 등에 주의하여야 한다. 우리 대한상사중재원이 권장하는 중재조항은 다음과 같다.

All disputes, controversies, or differences which may arise between the parties, out of or in relation to or in connection with this contract, or for the breach thereof, shall be finally settled by arbitration in Seoul, Korea in accordance with the Commercial Arbitration Rules of the Korean Commercial Arbitration Board and under the Laws of Korea. The award rendered by the arbitrator(s) shall be final and binding upon both parties concerned.

중재합의는 소송을 제기하기 않겠다는 합의(부제소합의)로서 효력을 가지므로, 중재합의에도 불구하고 일방이 소송을 제기하는 경우에, 상대방이 중재합의가 존재한다는 항변을 하는 때에는 법원은 소를 각하한다. 다만 그러한 항변은 본안에 관한 최초의 변론을 할 때까지 하여야 한다.

85) (i) 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있거나, (ii) 서신·전보·전신 및 모사전송 기타 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우, 혹은 (iii) 일방이 당사자간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방이 이를 다투지 않은 경우에는 서면에 의한 중재합의가 있는 것으로 본다.

② 중재절차

중재인의 수는 당사자간의 합의로 정하는데, 그러한 합의가 없는 때에는 대개 1인 또는 3인이다. 중재지는 당사자간의 합의로 정하되, 그러한 합의가 없는 때에는 일반적으로 중재인(혹은 중재판정부. 이하 같다)이 당사자의 편의와 당해 사건에 관한 제반사정을 고려하여 정한다. 중재절차는 당해 중재지의 중재법의 강행규정에 반하지 않는 한도 내에서 당사자들이 합의로 정할 수 있으나, 실무적으로 해당 중재기관의 상세한 중재규칙에 따르는 것이 일반적이다. 실무적으로 구술심리와 서면심리의 방식이 아울러 사용된다. 그리고 특히 국제중재의 경우에는 당사자의 준비서면과 구술심리, 중재판정 등의 중재절차에서 어떤 언어를 사용할지도 문제가 되는데, 언어는 당사자들이 합의로 정할 수 있다. 그러한 합의가 없으면 중재인이 당해 중재기관의 중재규칙에 따라 그 지정을 하는데, 대개 중재지국의 언어 또는 영어가 지정된다.

③ 중재판정

중재인이 중재판정을 함에 있어 분쟁의 대상이 된 당해 계약에 적용할 준거법의 결정과 관련하여서는 원칙적으로 당사자자치의 원칙에 따라 당사자가 지정한 법에 의하고, 당사자의 지정이 없는 경우에는 중재인이 판단하여 당해 거래와 가장 밀접한 관련이 있는 법이 적용된다.

중재판정은 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가지며, 중재판정에 대한 불복은 법원에 중재판정취소의 소를 제기하는 방법으로만 할 수 있다. 일반적으로 법원은 (i) 중재합의가 무효인 경우나, 중재절차에서 당사자가 적절한 통지를 받지 못한 등의 사유로 인하여 본안에 관한 변론을 할 수 없었던 경우, (iii) 중재판정이 중재합의의 대상이 아닌 분쟁을 다루었거나 중재합의의 범위를 벗어난 사항을 다룬 경우,⁸⁶⁾ (iv) 중재판정부의 구성 또는 중재절차가 당사자간의 합의에 위반된 경우, (v) 법원이 직권으로 판단하여, 중재가능성이 없는 분쟁인 경우, (vi) 중재판정의 승인 또는 집행이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 경우에는 중재판정을 취소할 수 있다.

중재판정의 집행은 법원의 집행판결에 의한다. 특히 외국중재판정의 경우에는 1958년에 UN이 제정한 『외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약』(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)(이른바 뉴욕협약)에 따라 외국에서도 그 집행이 매우 용이하다. 현재 무려 137 국가가 이 협약에 가입하고 있기 때문이다.

86) 다만 이러한 경우에는 중재판정이 중재합의의 대상에 관한 부분과 대상이 아닌 부분으로 분리될 수 있다면, 대상이 아닌 중재판정부분만을 취소할 수 있다.

(3) 소송

계약이나 법률에 의해 주어진 권리의 행사가 방해받은 경우에 당사자는 국가(구체적으로, 법원)에 대해 소송을 제기하여 그 구제를 구할 수 있다. 이러한 소송은 일반적·강제적·공권적 분쟁해결방법이라는 특징을 갖는다.

소송(민사소송)은 (i) 국민이 그의 법적 권리가 침해되었을 때에는 다른 특별한 사정이 없는 한 어떠한 경우에도 이에 의한 구제를 구할 수 있다는 점에서 일반적이며, (ii) 일방은 상대방의 동의가 없이도 소를 제기할 수 있고 또한 분쟁은 상대방의 의사에 불구하고 강행적으로 해결된다는 점에서 강제적이며, (iii) 국가의 재판권에 기하는 분쟁해결방법이라는 점에서 공권적이다.

나. 준거법 지정

특히 국제계약에 기하는 분쟁의 경우에는 그 준거법이 어느 법인가에 따라 그 성패가 달라지기도 한다. 국제계약의 준거법(governing law; applicable law; proper law)이란 당해 계약에 적용될 법을 말하는데, 국제계약에 기하여 분쟁이 발생하여 소송이 제기되거나 중재에 회부되는 경우에, 법원/중재인은 먼저 그 사건에 적용할 준거법을 결정하고, 그에 따라 판결/판정을 내리게 된다. 계약서를 아무리 상세히 작성한다 하더라도 해석상의 의문이 전혀 없도록 한다는 것은 사실상 불가능에 가깝고 계약의 공백은 발생하기 마련이다. 따라서 계약당사자에게 있어서 계약의 준부와 내용, 그 해석과 이행에 어느 법이 적용되는지 매우 중요한 문제이다.

그러한 준거법을 결정하는 법을 국제사법이라 하는데, 기업간의 계약에 관한 한, 국내외의 국제사법은 당사자자치의 원칙을 널리 인정한다. 이에 따라 당사자간에 합의로써 준거법을 미리 지정해두는 계약조항을 준거법조항이라 한다. 사실, 분쟁이 발생하는 경우에 자국에서, 자국의 법에 따라, 모국어로 분쟁해결절차를 진행하는 당사자가 매우 유리한 지위에 서게 되므로 준거법에 관하여 쉬이 양보하지 않으려 한다. 결국 협상력에 따라 결정될 것이기는 하나 가능하다면 우리나라 법을 준거법으로 지정하는 것이 좋다.

당사자들이 준거법을 합의로써 지정하지 않은 경우에는, 법정지국의 국제사법의 규칙에 따라 이를 결정하는데, 이를 객관적 연결에 의한 준거법의 결정이라 한다. 이에 관한 각국 국제사법의 규칙은 각기 다르지만, 당해 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용한다는 원칙이 널리 수용되고 있다. 이러한 규칙에 의하면, 일반적으로 (i) 양도계약의 경우에는 양도인의 이행, (ii) 이용계약의 경우에는 물건 또는 권리를 이용하도록 하는 당사자의

이행, (iii) 위임·도급계약 기타 이와 유사한 용역제공계약의 경우에는 용역의 이행을 하는 당사자(기업)의 주된 영업소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 된다.

다. 전장의 선택 - 국제재판관할합의

특히 국제계약에 있어서는 경우에는 분쟁이 발생하는 경우에 전장(법정지: 중재지 또는 소송지, 이하 같다)을 어디로 선택할 것인지가 중요한 문제이다. 사실 전장이 어디인지(한국인지 외국인지)에 따라 분쟁해결절차에서 주장과 입증에 함에 있어 시간과 비용, 언어의 장벽으로 인하여 인적·물적 증거를 제시하는 데 어려움을 겪을 뿐만 아니라 적절한 전문가의 도움을 충분히 받기도 어려울 수 있어 이길 수 있었던 사건에서 질 수도 있다. 따라서 국제계약을 체결함에 있어서는 당사자자치의 원칙에 따라 가급적이면 자신에게 편리하고 유리한 국가 또는 장소를 법정지로 선택하는 두는 것을 간과해서는 안 된다.

중재의 경우에는 앞서 설명한 계약서상의 중재조항에서 그러한 중재지(중재기관 포함)를 선택하면 되고, 소송의 경우에는 (국제재판)관할합의조항에서 소송이 제기되기 되어야 할 혹은 소송을 제기할 수 있는 특정한 국가 또는 법원을 지정하면 된다.

이러한 관할합의에는 전적으로 특정한 법원(들)에서만 소송을 제기하기로 하는 전속적 관할합의(exclusive jurisdiction agreement)와 합의에 의한 새로운 관할의 창설이라 할 수 있는 부가적 관할합의(non exclusive jurisdiction agreement)가 있다. 후자에 관하여는 별다른 의문이 발생하지 않으나, 전자에 관한 우리 대법원판례에 의하면,⁸⁷⁾ 대한민국 법원의 관할을 배제하고 외국의 법원을 관할법원으로 하는 전속적 관할합의가 유효하기 위해서는, 당해 사건이 대한민국 법원의 전속관할에 속하지 않고, 지정된 외국법원이 그 외국법상 당해 사건에 대하여 관할권을 가져야 하는 외에, 당해 사건이 그 외국법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것이 요구되며, 또한 현저하게 불합리하고 불공정한 전속적 관할합의는 공서양속에 반하는 법률행위에 해당하여 무효로 된다. 유효한 전속적 관할합의가 있음에도 그에 반하여 소송을 제기하는 때에는 각하된다.

국제소송에서 당사자간에 별도의 관할합의를 하지 않은 경우에는 전통적인 ‘actor sequitur forum rei’(원고는 피고의 법정지를 따른다)의 원칙에 따라 원고는 피고의 주소(예컨대, 본점, 지점 또는 영업소 소재지)가 있는 국가에서 소를 제기할 수 있다. 그 외에도 일정한 경우에 원고는 당해 계약의 의무이행지나 피고의 압류할 수 있는 재산이 있는 국가에서 소를 제기할 수 있다.

87) 대법원 2004.3.25. 선고 2001다53349 판결; 대법원 1997.9.9. 선고 96다20093 판결 등.

외국의 법원에서 내려진 판결에 대하여 우리나라에서 그 효력이 인정되는가에 대하여는 우리 민사소송법 제217조(외국판결의 효력)에서 규정하고 있는데, 그에 의하면 외국법원의 확정판결은 (i) 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것, (ii) 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것, (iii) 그 판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것, 그리고 (iv) 상호보증에 있을 것의 네 요건을 모두 갖추어야 효력이 인정된다. 나아가 우리 민사집행법 제26조(외국판결의 강제집행)에 의하여, 외국법원의 판결에 기초한 강제집행은 대한민국 법원에서 집행판결로 그 적법함을 신고하여야 할 수 있되, 다만 제27조(집행판결)에 의하여, 집행판결을 함에 있어서는 그 대상이 된 재판의 옳고 그름까지 조사하지는 않는다.

라. 전문가의 조력

사전에 분쟁의 발생을 예방하기 위하여 혹은 분쟁이 발생할 것임이 예견되는 경우에 아니면 이미 발생한 후에라도 변호사에게 조언과 도움을 구하는 것이 필요하다. 특히, 다양한 법률의 홍수 속에서 일반변호사도 간과하거나 실수하는 것이 현실이고, 따라서 문제될만한 사안에 대하여 적합한 전문변호사에게 조언을 구하는 것이 긴요하다.

어떤 변호사를 선임하고 이용할 것인가는 계약이나 분쟁해결의 성패 외에도 비용부담의 측면에서 중요하다. 일례로, 국내에서 어떤 기업이 영국법과 이란법이 동시에 적용되는 국제계약을 체결함에 있어 영국 런던에서 개업하고 있는 이란 변호사에게 법률의견을 의뢰하였는데, 겨우 3페이지 분량의 법률의견과 함께 미화 30,000불의 청구서가 날아온 사례가 있다. 그 국내기업은 변호사보수가 과다하다고 항변하였으나, 소용이 없었고 오히려 그 변호사는 소송을 제기하겠다고 위협했다. 결국 그 국내기업은 변호사비용 전액을 지급할 수밖에 없었다. 이러한 경우 국내변호사를 통하여 신뢰할 만한 외국변호사를 고용했다면 이와 같은 사태는 미연에 방지할 수 있었을 것이다.

더욱이 분쟁을 미연에 예방하지 못한 경우에도 전략적 접근을 통하여 최소한의 손실로 분쟁을 해결하는 전략이 필요하다. 법률에 의한 해결만이 최선책이 아니므로 법적·사실적인 모든 관점에서 효율적인 해결방법을 모색하여야 하고, 이와 같은 점을 고려한 종합적인 법률의견을 받아 처리함이 바람직할 것이다.

게임기업의 해산과 청산

IX. 게임기업의 해산과 청산

어떤 기업이라도 자본구조의 악화, 합병 등의 사유로 소멸되어야 하는 경우에 처해질 수 있다. 게임 기업에서도 이러한 회사의 소멸을 흔히 볼 수 있는데 특히 우후죽순처럼 설립된 소형게임기업들이 전략적으로 내놓은 신작 게임에 실패하거나 자본 조달의 압박 등으로 문을 닫게 되는 경우가 흔히 있게 된다. 이하에서는 이렇게 회사가 해산하거나 파산하는 등으로 소멸되는 경우의 일반적 모습을 주식회사를 중심으로 살펴보고 아울러 파탄에 직면해 있는 회사의 갱생절차를 살펴보기로 한다.

1. 회사의 해산

가. 해산의 의의

회사의 해산이라 함은 회사의 법인격을 소멸시키는 원인이 되는 법률요건을 말한다. 해산은 법인격 소멸의 원인이 되지만, 법인격 소멸 자체를 가져오는 것이 아니고 청산절차를 종결한 후에 비로소 소멸된다고 할 수 있다. 회사는 해산에 의해서만 소멸하며, 그 밖의 사유로는 소멸하지 아니한다.

나. 해산 사유

(1) 존립기간의 만료 기타 정관으로 정한 사유의 발생(상법 제517조)

존립기간의 만료 기타 정관으로 정한 해산 사유가 발생하는 경우 회사는 해산된다. 이러한 사유는 정관을 변경하지 않는 한 당연히 회사의 해산을 생기게 한다는 점에서 다른 사유와 구별된다.

(2) 주주총회의 해산 결의(상법 제517조)

주주총회의 해산 결의에 의해서도 회사는 해산될 수 있다. 이것은 회사의 발의에 의해 언제든지 할 수 있지만, 상법은 기업유지의 이념에서 그 절차를 신중히 하여 총주주의 동의를

받도록 하고 있다.

(3) 회사의 합병, 회사분할, 파산

합병의 경우에는 존속회사를 제외하고 언제나 당사회사의 해산사유가 된다. 회사가 분할하는 경우에도 분할 전 회사는 소멸하게 되고 설립되는 회사 또는 존속하는 회사(분할 후 회사)는 분할 전 회사의 권리와 의무를 포괄적으로 승계한다. 분할 전 회사가 소멸된다는 점에서 해산사유에 해당한다. 한편, 회사가 지급불능에 의하여 법원의 파산선고가 있는 경우에도 해산사유가 된다.

(4) 법원의 해산명령, 해산판결

회사가 해산되는 특이한 경우로서 회사의 해산명령제도와 해산판결제도가 있다. 회사의 해산명령이란 공익상 회사의 존속이 허용될 수 없는 경우에 법원이 직권 또는 신청에 의하여 회사의 해산을 명하는 재판을 말한다(상법 제176조 제1항). 회사의 해산명령 사유로는 ①회사의 설립목적이 불법인 경우, ②회사가 정당한 사유 없이 설립한 후 1년 내에 경업을 개시하지 아니하거나 1년 이상 영업을 휴지(休止)한 때, ③이사 또는 회사의 업무를 집행하는 사원이 법령 또는 정관에 위반하여 회사의 존속을 허용할 수 없는 행위를 한 때를 들 수 있다.

회사의 해산판결이란 주주의 이익을 보호하기 위하여 회사의 존속이 주주의 이익을 해하는 경우에, 주주의 청구에 의하여 법원이 판결로써 회사의 해산을 명하는 재판을 말한다(상법 제520조). 주식회사의 경우에 해산판결 사유로는 ①회사의 업무가 현저한 정돈(停頓)상태, 예컨대 이사 간의 분쟁으로 업무가 정지되고 있는 상태를 계속하여 회복할 수 없는 손해가 생기거나 생길 염려가 있을 때, ②회사재산의 관리 또는 처분의 현저한 실당(失當) 즉, 회사재산의 부당한 유용이나 처분이 있는 경우에 이로 인하여 회사의 존립이 위태롭게 된 때를 들 수 있다.

다. 휴면회사의 해산의제 제도(상법 제520조의 2)

법원행정처장이 최후의 등기 후 5년이 경과한 회사는 본점의 소재지를 관할하는 법원에 아직 영업을 폐지하지 아니하였다는 뜻의 신고를 할 것을 관보로써 공고한 경우, 공고한 날로부터 일정한 기간 내에 신고를 하지 아니하거나 등기를 하지 아니한 회사는 신고기한이

만료된 때에 해산한 것으로 보는 제도가 있다.

이러한 제도는 휴면회사를 법적으로 제거하여 거래의 안전을 보호하고, 주식회사제도에 대한 일반의 신뢰를 회복하려는 데 그 취지가 있다.

라. 해산의 공시

파산의 경우 외에는 이사는 지체 없이 주주에 대하여 해산의 통지를 하고, 무기명 주권을 발행한 경우에는 이를 공고하여야 한다. 또한 해산사유가 있는 날로부터 본점에서는 2주간 내, 지점에서는 3주간 내에 해산 등기를 하여야 한다.

마. 해산의 효과

해산에 의해 회사의 권리능력은 청산의 목적범위 내로 축소된다. 주식회사에 있어서는 회사의 재산이 회사채권자에 대한 유일한 담보이므로 합병 및 파산 이외의 사유에 의하여 해산한 때에는 해산등기와 아울러 채권자보호를 위하여 법정의 청산절차를 밟아야 하며, 그 후에는 청산인이 이사에 갈음하여 회사의 청산사무를 집행하고 회사를 대표하는 기관이 된다.

2. 청산

가. 청산의 의의

청산이라 함은 회사가 해산 후 그 재산적 권리의무를 회생한 후 회사의 법인격을 소멸시키는 절차를 말한다(상법 제531조 이하). 합병 또는 파산에 의한 해산의 경우에는 청산을 필요로 하지 않는다. 청산회사는 해산 전의 회사와 동일회사이므로 상인성·상호·주주의 출자이무·제3자에 대한 책임 등에 관해서는 영업 중의 회사(해산 전의 회사)와 동일하다.

나. 청산회사의 권리능력

청산회사의 권리능력은 청산의 목적범위로 한정된다. 따라서 청산의 목적 외의 행위를 한 경우에는 권리능력 없는 자의 행위로 당연히 무효가 된다. 청산중인 회사라도 해산 전부터 계속되어 온 민사소송 및 새로운 민사소송에서의 당사자능력도 인정된다.

다. 청산인

(1) 원칙

청산인은 제1차적으로 자치적으로 선임되는데, 이렇게 자치적으로 선임되지 않으면 제2차적으로 해산 전의 회사의 업무집행기관인 이사가 당연히 청산인이 되고 그러한 청산인도 없는 경우에는 이해관계인의 청구에 의하여 법원이 선임한 자가 청산인이 된다. 청산인이 수인 있는 경우에는 청산인회를 구성하여 청산사무의 집행에 대한 의사결정을 하며 대표청산인이 청산인회의 의사결정에 따라 청산사무에 관한 재판상, 재판외의 일체의 집행을 담당한다. 청산인은 이사와는 달리 법률상 정원에 관한 규정이 없으므로 1인이라도 무방하고, 그 경우에는 그 1인의 청산인이 당연히 대표청산인이 된다.

(2) 예외

해산을 명하는 재판(해산명령 및 해산판결)에 의하여 해산한 경우에는 위와 같은 회사의 자치는 인정되지 않고, 법원이 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 또는 직권으로 청산인을 선임한다.

라. 청산사무

(1) 현재 사무의 종결

청산인은 먼저 회사의 현재사무를 종결하고 청산에 필요한 사무원을 신규 채용할 수 있으며, 기존의 직원들에 대해 퇴직금을 지급하거나, 공로자에 대한 위로금등을 증여할 수 있다.

(2) 채권의 추심과 채무의 변제

청산인은 취임한 날로부터 2월 내에 회사채권자에 대하여 일정한 기간 내에 채권을 신고할 것과 그 기간 내에 신고하지 아니하면 청산에서 제외된다는 뜻을 2회 이상의 공고로써 최고하여야 한다. 회사가 알고 있는 채권자에 대해서는 각별로 채권신고를 최고하여야 하며 그 채권자가 회사에 신고하지 아니하더라도 이를 청산에서 제외하지 못한다. 청산인은 채권신고기간 내에는 채무를 변제하지 못하며 신고기간에 경과하면 신고한 채권자 및 알고 있는 채권자에게 변제하여야 한다. 회사 재산이 채무를 변제하기에 부족한 때에는 청산인은 지체

없이 파산선고를 신청하여야 한다.

(3) 재산의 환가 처분

청산인은 회사 재산을 적절한 방법으로 환가 처분하여야 한다. 환가방법으로는 재산의 개별적 양도뿐만 아니라 영업양도의 방법으로 처분하여도 무방하다.

(4) 잔여재산의 분배

채무를 완제하고 남은 재산은 주주에게 분배한다. 이 경우 주주평등의 원칙에 따라 주식수에 비례하여 분배한다. 그러나 잔여재산 분배에 관하여 내용이 다른 주식, 예컨대 잔여재산 분배에 관한 우선주를 발행한 경우에는 그에 따른다.

(5) 기타 사무

청산인은 부수적 의무로서 취임 후 2주간 내에 해산사유와 연월일, 청산인의 성명·주민등록번호 및 주소를 법원에 신고하여야 한다. 청산인은 취임 후 지체 없이 회사의 재산 상태를 조사하여 재산목록과 대차대조표를 작성하고, 이를 주주총회에 제출하여 승인을 얻어야 하고, 승인을 얻은 후 지체 없이 법원에 제출하여야 한다. 청산인은 정기총회일로부터 4주간 전에 대차대조표 및 그 부속명세서와 사무보고서를 작성하여 감사에게 제출하여야 하고 감사는 이 서류에 관한 감사보고서를 정기총회일 1주간 전에 청산인에게 제출하여야 한다. 청산인은 대차대조표 및 사무보고서를 정기총회에 제출하여 그 승인을 요구하여야 한다.

마. 청산의 종결

(1) 결산보고서 제출

청산사무가 종결한 때에는 청산인은 지체 없이 결산보고서를 작성하고 이를 주주총회에 제출하여 승인을 얻어야 한다. 총회의 승인을 얻은 때에는 부정행위에 관련된 부분을 제외하고는 회사가 청산인의 책임을 해제한 것으로 본다.

(2) 청산 종결 등기

청산인은 결산보고서의 승인이 난 뒤에 청산종결의 등기를 하여야 한다. 청산 종결의 등기가 된다는 것과 청산의 종결은 후술하는 바와 같이 구별되는 개념이다.

(3) 서류의 보존

회사의 장부 기타 영업과 청산에 관한 서류는 청산인 기타 이해관계인의 청구에 의하여 법원이 정하는 보존인과 보존방법에 의하여 청산종결의 등기 후 10년간 보존하여야 한다. 다만 전표 기타 이와 유사한 서류는 5년간만 보존하면 된다.

(4) 청산의 종결 시기

청산은 청산사무가 종료한 때에 종결되며, 청산사무, 즉 채권추심·채무변제·잔여재산분배 등과 같은 사무가 일부라도 남아 있으면 청산종결의 등기가 되었더라도 청산은 종결하지 아니한다. 따라서 남아 있는 사무의 범위 내에서 회사는 법인격을 가지고 소송상 당사자능력도 있으며 청산인의 의무도 존속한다.

(5) 잔여재산의 분배의 착오와 주주간의 관계

일반주주에게 잔여재산분배를 하지 않고 청산종결의 등기를 한 경우에도 청산종결의 효과가 생기지 않는다. 분배과정에서 착오를 일으켜 원래의 주주에게 분배하지 아니하고 타인에게 분배한 금전은 부당이득으로 반환 청구할 수 있다.

3. 파산

가. 파산절차와 통합도산법의 제정

(1) 파산절차의 의의

파산절차라 함은 채무자의 재산상태가 악화하여 총 채권자에 대한 채무를 완제할 수 없게 된 경우에 채무자의 총재산을 강제적으로 관리·환가하여 모든 채권자에게 공평하게 변제하

려는 것을 목적으로 하는 재판상의 절차를 말한다.

(2) 통합도산법의 제정 경위

파산절차를 규율하는 종래 법제는 파산법이었으나 도산절차의 합리화, 효율화를 위하여 도산절차를 규정하고 있는 파산법, 화의법, 회사정리법에 대한 통합법의 제정이 필요함을 인식하고 2005. 3. 2. 국회 본회의는 ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’(이하 통합도산법이라고 함)을 의결하였고, 정부는 2005. 2. 31. 위 법률을 공포하였다. 위 법률을 2006. 4. 1.부터 시행되는데 위 법률이 시행되면 파산법, 화의법, 회사정리법, 개인채무자회생법이 폐지되는 바, 이하에서는 통합도산법에 따라 파산절차의 개괄적 내용을 살펴보고자 한다.

나. 파산선고 절차의 흐름

(1) 파산 신청

파산법상 채무자가 채무를 변제할 수 없는 지급불능의 상태를 파산원인이 발생한 것으로 보고 채권자 등의 파산신청권자는 관할 지방법원에 파산을 신청할 수 있다.

(2) 파산 선고

법원은 파산선고신청이 적법하고, 또한 이유가 있을 때에는 결정으로써 파산을 선고한다. 파산을 선고하는 경우에 법원은 파산관재인인 성명·주소, 채권신고기간, 제1회 채권자집회기일, 채권조사기일 등을 지정하여 공고하여야 한다. 파산채권자는 법원이 정한 기간 내에 그 채권액 등을 신고하게 된다.

(3) 채권자 집회

법원이 파산을 선고하게 되면 파산선고일로부터 1월 이내로 하여 제1회 채권자집회기일을 지정하게 되는데 여기서의 채권자집회란, 파산채권자의 의견을 파산절차에 반영시키기 위하여 파산법원이 소집하고 법원의 지휘 하에 개최되어 법정 사항을 결의하거나 파산관재인 및 채무자 또는 이에 준하는 자로부터 보고나 설명을 듣는 등의 권한을 가진 파산채권자의 집회를 말한다. 제1회 채권자 집회기일에서는 파산채권자는 감사위원의 설치가 필요하다는 제안이 있는 경우에 그 설치여부, 채무자의 영업 계속 여부 및 고가품 보관방법 등을 결의하

게 된다. 그 이외의 채권자 집회에서는 파산관재인인 해임을 법원에 구하는 결의, 감사위원의 해임 결의 등을 결의하게 된다.

(4) 채권조사기일

채권조사기일에 신고한 각 채권을 조사하게 되는데 신고한 각 채권에 관하여 채권표에 기재된 사항을 조사하게 된다.

(5) 채권의 확정

채권조사기일에 파산관재인 및 파산채권자의 이의가 없는 때에는 채권액, 우선권 및 후순위 청구권의 구분 등이 확정된다.

(6) 배당허가 및 배당표 작성

파산채권이 확정되면 파산관재인은 파산재산을 환가할 수 있고 배당함에 적당한 금전이 있다고 인정하는 때마다 지체 없이 배당하여야 한다. 파산관재인이 배당을 할 때 감사위원이 있을 경우에는 그의 동의를 받아야 하고, 감사위원이 없을 때에는 법원의 허가를 받아야 한다. 파산관재인은 법원의 허가를 받은 후 지체 없이 배당표를 작성하여 법원에 제출한다.

(7) 배당률 결정

배당은 수회에 걸쳐 하게 되는데 환가완료 전에 수시로 하는 배당을 중간배당이라고 하고 환가가 완료된 이후의 최후의 1회 배당을 최후배당이라고 한다. 중간 배당의 경우에 파산관재인은 이의신청기간 경과 후 또는 이의신청이 있는 경우에는 그에 대한 결정이 있을 후 바로 감사위원회 동의 또는 법원의 허가를 받아 배당률을 결정하고, 배당에 참가시킬 각 채권자에게 통지하여야 한다.

(8) 배당 실시

각 파산채권자는 파산관재인으로부터 배당금을 받게 된다. 파산관재인이 배당을 할 때에는 채권표 및 채권의 증서에 배당한 금액을 기입하고 이에 기명날인하여야 한다.

(9) 최후배당

파산관재인은 파산재단의 환가가 완료된 후에는 반드시 법원의 허가를 얻어 최후배당을 하여야 한다. 이는 감사위원의 동의가 있다하더라도 마찬가지이다. 최후배당에 있어서는 파산관재인은 배당표에 대한 이의가 종결된 후 지체 없이 각 채권자에 대한 배당액을 정하여 그 통지를 하여야 한다.

(10) 채권자 집회 및 파산종결 결정

최후배당이 끝나면 파산의 목적이 달성되어 파산관재인의 임무는 종결되므로 파산관재인은 채권자집회를 소집하여 계산보고를 하여야 하고, 위 채권자집회에서 파산관재인이 가치 없다고 인정하여 환가하지 아니한 처분에 관하여 결의를 하여야 한다. 채권자집회가 종결된 때에는 법원을 파산종결의 결정을 하여야 하고 그 주문 및 이유의 요강을 공고하여야 한다.

이상이 파산절차의 개요라고 할 수 있는바, 이하에서는 특히 파산절차에서 중요하다고 인정되는 부분에 관하여 그 세부적인 절차와 내용을 살펴보기로 한다.

다. 파산의 신청

(1) 신청권자

파산을 신청할 수 있는 자는 ①채권자, ②채무자, ③준채무자 등이 있다. 채권자는 모든 파산채권자를 의미하므로 장래청구권, 우선권 있는 파산채권자, 별채권자를 포함한다. 채무자도 파산을 신청할 수 있다. 준채무자에는 법인의 이사, 무한책임사원, 주식회사의 이사, 청산인 및 이에 준하는 법인의 관리인이 포함된다. 파산신청기간은 존속하는 법인에 대하여 파산을 신청하는 경우에는 해산 전은 물론 해산 후라도 잔여재산의 인도 및 분배가 종료하지 않은 동안에는 파산선고의 신청을 할 수 있다.

(2) 관할

채무자가 영업자인 경우에는 주된 영업소 소재지(외국의 주된 영업소가 있는 경우에는 한국에 있는 주된 영업소의 소재지)를 관할하는 지방법원본원 합의부, 비영업자의 경우는 보통재판적 소재지 관할의 지방법원본원 단독판사가 관할한다. 새로 제정된 통합도산법에 따르면 채무자의 주된 사무소 또는 영업소의 소재지를 관할하는 고등법원 소재지의 지방법원

본원도 관할권을 가진다. 다만 서울 소재 각 지방법원의 관할에 속한 사건은 서울중앙지방법원에서 전속한다. 여기서 주된 영업소란登記부상에 등재되어 있는 영업소만을 말하는 것이 아니라 영업자가 직접으로 또는 독립하여 외부에 대하여 거래를 하는 장소를 말하며 본점은 주된 영업소라 볼 수 있다.

(3) 파산능력

파산선고를 받아 파산자가 될 수 있는 능력을 뜻하는 것으로 모든 자연인과 사법인은 파산능력이 있다. 다만 민법상 조합을 단체적 성격이 약하므로 파산능력이 부인된다.

(4) 비용예납

통합도산법에 따르면 채권자 파산신청이거나 자기파산신청의 구분 없이 파산절차의 비용으로서 법원이 정하는 예납금을 납부하지 않으면 신청이 기각된다.

(5) 파산원인

파산법에 의하여 파산을 신청할 수 있는 상태에 이른 것을 파산원인이 발생하였다고 한다. 통합도산법은 원칙으로 채무자가 지급할 수 없을 때에 파산원인이 발생한 것으로 보고 있으나, 예외로 법인에 대하여는 채무가 초과되어도 파산원인이 발생한 것으로 보고 있다. 그리고 채무자가 지급을 정지한 때에는 지급불능이 된 것으로 추정하게 된다.

(가) 지급불능

지급불능은 채무자가 변제능력이 부족하여 변제기에 도달한 태무를 일반적·계속적으로 변제할 수 없는 객관적 상태를 의미한다. 실제 재산이 없더라도 신용에 의한 금전차입이 가능하면 지급불능이 아니고, 재산이 있어도 환가가 불가능하면 지급불능으로 본다.

(나) 지급정지

채무자가 변제능력이 부족하여 변제기에 도달한 채무를 일반적·계속적으로 변제할 수 없는 것을 외부에 표명하는 채무자의 행위로서 이는 지급불능으로 추정된다. 어음부도, 폐점, 야반도주 등이 이에 속한다.

(다) 채무초과

채무초과는 채무자가 그 재산으로써 채무를 완제할 수 없는 상태에 있는 것을 말하며, 채무자의 부채와 자산과를 비교하여 부채가 자산을 초과하는 경우를 말한다. 이것은 인적회사인 합명·합자회사를 제외한 법인과 상속재산에 특유한 파산원인이다.

(6) 법원의 심리·재판

파산절차에 관한 재판은 구주변론 없이 직권으로서 필요한 조사를 하는 것이 일반적으로 실무에서는 통상 서증조사 및 채무자심문만으로 심리를 종결한다. 다만 소비자 파산 사건의 경우에는 채권자의, 병원·학교 등 감독관청의 인허가를 요하는 사업의 경우에는 해당 감독관청의 의견조회를 각 거쳐야 한다. 재판은 결정의 형식으로 신청요건이 흠결된 경우에는 각하, 파산신청의 이유가 없는 때에는 기각, 신청이 이유 있는 때에는 파산선고를 하게 된다.

(7) 파산신청의 취하

파산신청인은 자유로이 그 신청을 취하할 수 있다. 그러나 신청의 취하는 파산 선고 전까지만 가능하다.

라. 파산채권

(1) 파산채권의 의의

파산채권은 파산절차에 참가하여 파산재단으로부터 공평한 만족을 받을 수 있는 채권으로서 원칙적으로 채무자에 대해 파산선고 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권을 의미한다.

파산채권으로 인정되기 위해서는 ①채무자에 대한 청구권이어야 할 것, ②재산상의 청구권일 것, ③파산선고 전의 원인에 기하여 발생한 청구권일 것이라는 요건이 충족되어야 한다.

(2) 파산채권자의 순위

파산채권은 동일순위로 그 채권액에 응하여 파산절차에 의하여 배당이 주어지는 것이 원칙이지만 채권의 성질상 또는 다른 채권자와의 공평상 우선적 파산채권, 일반 파산채권, 후순위 파산채권으로 구분된다.

(가) 우선적 파산채권

우선적 파산채권은 파산재단에 속하는 재산에 대해 일반 우선권이 이는 파산채권을 말한다. 우선권이 일정한 기간 내의 채권액에 관하여 있는 경우에는 그 기간은 파산선고 시로부터 소급하여 계산한다. 예컨대, 회사와 사용인 간의 고용관계로 인한 채권이 있는 자는 회사의 총재산에 대하여 우선권이 있는데 이러한 채권이 일반우선권이 있는 채권으로 된다.

(나) 일반 파산채권

파산채권 중 우선적 파산채권과 후순위 파산채권을 제외한 나머지 파산채권을 말한다.

(다) 후순위 파산채권

일반의 파산채권까지 변제된 이후에 변제받을 수 있는 파산채권을 의미하는데 후순위 파산채권으로는 ①파산선고 후의 이자, ②파산선고 후의 불이행으로 인한 손해배상액 및 위약금, ③파산절차참가의 비용, ④벌금, 과료, 형사소송비용, 추징금 및 과태료, ⑤기한이 파산선고 후에 도래할 무이자채권이나 기한이 불확정한 무이자채권, ⑥채권액 및 존속기간이 확정된 정기금채권 등이 있다.

(3) 파산채권의 확정

(가) 파산채권의 신고

채무자의 채권자는 그 배당을 받기 위해서 법원이 정한 채권신고기간 내에 그 채권액, 원인, 일반의 우선권이 있거나 후순위 파산채권이 존재하는 때에는 그러한 취지를 서면으로 파산법원에 신고하여야 한다. 법원서기관 또는 서기는 채권표를 작성하여 법원에 비치하고 이해관계인이 열람할 수 있도록 하며, 채권표의 등본을 파산관재인에게 교부한다. 채권표에는 채권자의 성명과 주소, 채권액 및 원인, 우선권이 있는 때에는 그 권리 등을 기재한다.

(나) 파산채권의 조사

채권조사기일에 채권의 존부 및 액, 우선권의 존부, 후순위 부분의 구분 등에 대한 조사가 이루어진다. ①조사기일에서는 신고한 각 채권에 관하여 채권표에 기재된 사항을 조사하게 된다. ②채무자는 채권조사기일에 출석하여 의견을 진술하여야 하는데, 정당한 사유가

있는 때에는 대리인을 출석시킬 수 있다. ③신고한 파산채권자나 그 대리인은 위 조사기일에 출석하여 의견을 진술할 수도 있으나, 파산관재인은 반드시 출석하여야 한다. 파산관재인이 출석하지 아니하면 채권조사는 할 수 없다.

(다) 파산채권의 확정

신고채권에 대해 파산관재인 또는 파산채권자의 이의가 없는 때는 신고된 내용대로 채권표에 기재되어 파산채권이 확정되며 이는 확정판결과 동일한 효력이 있다. 법원은 채권조사결과 및 채무자가 진술한 이의를 채권표에 기재하여야 하고, 법원서기관 또는 서기는 확정된 채권의 증서에 확정된 뜻을 기재하고 법원 인을 날인하여야 한다. 이의가 진술된 파산채권의 경우에는 먼저 채권조사확정재판을 신청하고, 그 결과에 불복이 있으면 채권조사확정재판에 대한 이의의 소를 통하여 파산채권이 확정되게 된다.

마. 파산선고

(1) 파산선고 전의 보전처분

파산신청이 이유 있어 파산선고 결정을 하기 전에 법원은 파산의 목적을 달성하기 위해서 채무자의 도망, 재산은닉, 편파적 변제행위, 채권자들의 변제나 담보제공 강요행위, 개별적 강제집행행위 등을 방지할 필요가 있는바, 이에 따라 통합도산법은 법원이 직권으로 채무자 조는 이에 준하는 자의 신체에 대해(인적 보전처분) 또는 이해관계인의 신청 또는 직권으로 파산재단으로 될 재산에 대해(물적 보전처분) 적당한 보전처분을 할 수 있도록 하고 있다. 그러나 실무상으로는 특별히 사건처리가 지연될 염려가 있는 때를 제외하고는 보전처분을 발령하는 예는 거의 없고, 대신 파산신청 즉시 최대한 신속히 파산선고를 하는 방법으로 처리하고 있다고 한다.

(2) 파산선고의 결정

법원은 파산신청이 적법하고 파산원인이 존재하여 그 이유가 있을 때에는 결정으로써 파산을 선고한다.

(3) 동시처분

법원은 파산선고와 동시에 처리하여야 할 사항이 있는바, 이를 동시처분이라고 한다. 동시처분 사항은 크게 아래의 네 가지로 볼 수 있다.

(가) 파산관재인 선임

법원은 파산선고와 동시에 직권으로 파산관재인을 선임하게 되는데 파산관재인은 파산재단에 속하는 재산의 관리를 행하는 파산절차상의 공공기관이다. 법원은 원칙적으로 1인의 파산관재인을 선임한다. 그러나 법원이 필요하다고 인정할 때에는 수인의 파산관재인을 선임할 수 있다.

파산관재인은 파산절차에 있어서 부인권을 행사하여 파산재단을 증식하고 재단소속재산을 관리·처분하여 금전으로 환가하거나 채권조사에 있어서 부당한 파산채권의 주장에 대하여 이의를 진술하고, 정당히 배당에 가입할 자격이 있는 채권자에 대하여는 재단환가금을 배당하는 등 파산절차에 있어서 가장 중추적인 임무를 담당한다.

파산관재인은 법원의 감독을 받게 되고 한 번 파산관재인으로 선임된 자는 정당한 이유 없이 사임할 수 없으며, 선량한 관리자의 주의로써 그 직무를 행하여야 할뿐만 아니라, 이주의를 게을리 하여 파산재단에 손해를 입혔을 때에는 이해관계인에 대하여 연대하여 손해배상책임을 지게 된다.

(나) 채권신고기간

법원은 파산선고를 한 날로부터 2주일 이상 4월 이내의 기간을 정하여 파산채권자에게 채권신고를 할 것을 공고하여야 한다.

(다) 채권자 협의회의 구성

채권자협의회는 채권자들에게 파산절차에 대한 정보를 제공하고 채권자들의 의견을 개진할 수 있는 창구로서 활용되는 단체이다. 법원은 절차 개시 후 회사의 주요 채권자들로 이루어진 채권자협의회를 구성하여야 한다. 단 개인 및 중소기업은 예외로 할 수 있다. 채권자협의회는 채권자들 사이의 이해관계를 조정하여 법원에 파산절차에 대한 의견을 제시하고 파산관재인 및 보전관리인의 선임 또는 해임에 관한 의견을 제시할 수 있으며 법원에 파산절차개시신청에 관한 서류, 감사보고서 등 주요자료의 사본 제출을 요구할 수 있을 뿐만 아

니라 회사에 대해서는 필요한 경우 회사의 장부 등의 열람을 요청할 수 있다.

(라) 제1회 채권자집회의 기일의 지정

법원은 파산선고를 한 날로부터 1월 이내의 기일을 채권자집회 기일로 지정하여 공고하여야 한다. 그러나 제1회 채권자집회 기일 외에는 법원이 파산관재인이 신청 또는 직권으로 채권자집회를 소집할 수 있다.

(마) 채권조사기일의 지정

법원은 채권조사기일을 지정하여 파산채권을 조사할 수 있도록 하여야 하는데 법원은 그 기일을 채권조사기간의 말일 전 1주일 이상, 1월 이하의 사이에 지정하여야 한다.

(4) 불복방법

파산선고에 불복하고자 하는 경우에는 채권자 신청의 경우에는 채무자, 다른 채권자, 자기 파산의 경우에는 채권자가 파산선고 공고 효력 발생일로부터 14일 이내에 즉시항고를 제기하여야 한다.

바. 파산선고의 효과

(1) 채무자의 재산관계에 대한 효과

파산선고에 의해 채무자가 파산선고 시 가지는 모든 재산은 파산재단을 형성하고 그 관리 처분권은 파산관재인에게 이전된다. 따라서 파산선고 후 채무자가 파산재단에 속하는 재산에 관하여 한 법률행위는 파산채권자에게 대항할 수 없다. 다만 자유재산은 파산재단에 속하지 않고 채무자가 자유로이 처분할 수 있다.

(2) 채무자의 신분 등에 관한 효과

파산선고가 있게 되면 채무자(법인의 경우에는 법인의 이사 또는 이에 준하는자)는 파산관재인이나 감사위원 또는 채권자집회의 요구에 따라 필요한 설명을 하여야 한다. 채무자가 자연인인 경우에는 거주지 제한, 통신비밀의 제한, 구인(拘引), 감수(監守)의 제한, 일정한

자격의 제한 등의 신분상의 제약이 있게 된다.

(3) 파산채권자에 대한 효과

파산채권자는 채무자에 대한 개별적 추심이나 집행이 금지된다. 파산채권자는 채권을 신고한 후 일정한 절차를 거쳐 배당기일에 배당을 받게 된다.

(4) 계속 중인 소송, 강제집행·보전처분 등에 대한 효과

(가) 소송의 경우

파산선고 당시 계속 중이던 파산재단에 관한 소송은 파산선고에 의해 중단되고 파산재단에 관한 소송에 대해서는 파산관재인이 당사자적격을 가지게 된다. 그러나 파산재단과 관계 없는 소송 예컨대, 신분관계에 관한 소송, 자유재산에 관한 소송, 법인파산의 경우의 회사 설립무효, 주주총회결의의 효력에 관한 소송은 채무자가 여전히 당사자로서의 지위를 유지한다.

(나) 강제집행, 보전처분의 경우

파산선고가 있으면 파산채권자가 파산선고 전에 파산재단 소속 재산에 대하여 한 강제집행, 보전처분은 파산재단에 대하여는 효력을 잃는다. 따라서 파산관재인은 기존의 강제집행 처분을 무시하고 파산재단 소속 재산을 파산법원의 허가를 얻어 자유로이 관리처분할 수 있다. 다만 실무상 집행처분의 외관을 없애기 위하여 집행기관에 대하여 파산선고결정등본을 취소원인 서면으로 소명하여 강제집행·보전처분의 집행취소신청을 하여야 한다.

(다) 담보권 실행을 위한 경매

파산재단 소속 재산에 대한 저당권 등의 담보권을 실행하기 위한 경매는 파산선고가 있어도 실효되지 않고, 채무자의 지위만 파산관재인에게 승계되어 계속 진행된다.

(라) 체납처분 등

파산선고 전에 파산재단 소속 재산에 대하여 조세 기타 국세징수법 또는 국세징수의 예에 의하여 한 체납처분은 파산선고에 의하여 영향을 받지 않고 그대로 속행된다.

한편, 파산선고에 의하여 파산채권의 개별행사는 금지되므로, 파산선고 후 채무자 발행 수표의 지급을 위탁받은 은행은 예금이 있는지 여부에 관계없이 파산선고를 이유로 당연히 지급거절을 하여야 하고, 지급거절이 되더라도 위 수표의 발행행위는 부정수표단속법 위반의 범죄를 구성하지 아니한다.

사. 파산재단의 관리처분

파산신청이 있게 되면 채무자의 재산에 대해서는 특별한 관리가 필요하게 된다. 현행 통합도산법은 채무자의 재산을 재단으로 구성하여 파산채권자를 보호하고 있다.

(1) 파산재단의 의의와 종류

파산선고가 있으면 파산선고시를 기준으로 하여 그 이전에 취득된 채무자의 재산은 원칙적으로 파산재단을 구성하고, 파산관재인에 의하여 그 관리처분이 행하여진다. 파산재단에는 ① 채무자 소속의 재산으로서 압류할 수 있는 국내의 일체의 재산인 법정재단, ② 파산관재인 취임 후 재산목록에 기재하여 점유·관리하는 재산인 현실재단, ③ 배당의 대상으로 확정된 재산인 배당재단이 있다.

(2) 파산선고 전 법률관계의 처리

파산선고 당시 계약당사자 쌍방의 채무가 전부 또는 일부 미이행의 상태에 있을 때에는 파산관재인은 그 선택에 따라 계약을 해제하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 구할 수 있는데 후자의 경우에는 감사위원의 동의 또는 법원의 허가를 요한다. 이 경우에는 상대방의 이행청구권은 파산채권에 속할 것이고 채무자의 이행청구권은 파산재단의 재산이 될 것이다.

(3) 부인권, 환취권, 별제권의 의의

통합도산법은 파산 선고의 경우에 파산채권자를 보호하거나 파산재단에 속한 재산에 이해관계를 가지고 있는 자를 보호하기 위하여 일정한 권리를 인정하고 있는데 부인권, 환취권, 별제권이 그것이다.

(가) 부인권

부인권이란, 채무자의 재산은닉행위 등을 부인함으로써 채무자의 재산을 확보하여 파산재단에 귀속시키는 파산관재인인의 권리를 말하는 것으로 파산채권자를 보호하고 공평한 분배를 기하기 위하여 인정된 권리이다.

부인의 유형으로는 ①채무자가 파산채권자를 해함을 알고 하는 고의부인, ②파산채권자를 해함을 알지 못한다 하더라도 채무자가 지급정지 등 위기의 시기에 한 담보제공, 채무소멸에 관한 행위, 기타 채권자의 이익을 해하는 행위에 대한 부인인 위기부인, ③수익자의 이익을 고려할 필요가 없는 무상행위 또는 이와 동일시 할 수 있는 유상행위에 대한 부인으로서는 채무자의 지급정지 또는 파산신청이 있기 전 6월 이내에 한 행위를 부인하는 무상부인이 있다.

파산관재인이 위와 같은 부인권을 행사하기 위해서는 ① 파산선고 전의 채무자의 법률적 행위가 재산관계에 변동을 미칠 수 있는 것이어야 하고, ② 파산채권자를 해하는 것이어야 하며, ③ 수익자가 있어야 한다. 이러한 요건을 충족하는 경우에 파산관재인은 소 또는 항변으로 위 권리를 재판상 행사할 수 있다.

(나) 환취권

환취권이란 채무자에게 속하지 아니하면서 파산재단에 속하여 관리되고 있는 제3자의 특정재산에 대하여 반환을 요구할 수 있는 제3자의 권리를 말한다. 예컨대 파산선고 전에 채무자에게 기계를 임대하였는데 그 기계가 파산재단에 속한 경우를 들 수 있다. 환취권은 파산관재인에 대해 행사하면 되고 반드시 소송상 행사할 필요는 없으며 파산관재인은 환취권의 주장을 인정할 수 있다.

(다) 별제권

별제권이란, 파산재단에 속하는 재산 중에서 특정재산에 대하여 파산채권자보다 우선하여 채권을 변제받을 수 있는 권리로서 파산재단의 재산상에 존재하는 유치권, 저당권, 질권 또는 전세권을 가지는 자가 행사하는 권리를 말한다. 별제권은 파산절차에 의하지 아니하고, 별제권의 기초가 되는 담보권에 대하여 인정된 통상의 행사방법에 의하여 행사한다.

아. 파산절차의 종료

(1) 배당에 의한 종료

배당은 파산관재인이 파산재단에 속하는 재산을 환가하여 마련한 금전을 파산채권자에게 채권의 우열·순위 및 채권액에 따라 평등한 비율로 분배하는 절차이다. 파산관재인은 일반의 채권조사 종료 후에는 배당함에 적당한 금전이 있다고 인정하는 때마다 지체 없이 배당을 하여야 한다.

배당에는 파산재단의 재산 전부의 환가가 종료하기 전에 수시로 하는 중간배당과 환가가 종료된 이후에 하는 최후배당이 있고, 최후배당의 배당액을 통지한 후에 새로 배당에 충당할 상당한 재산이 있게 된 경우 파산관재인이 법원의 허가를 얻어 실시하는 배당인 추가배당이 있다.

파산관재인은 확정된 배당표에 따라 배당금을 송금절차 등에 의하여 지급하고, 아직 채권조사확정재판에 대한 이의의 소 계속 등으로 임치되어 있는 배당액 및 채권자가 영수하지 아니한 배당액은 공탁한다. 배당이 완료된 때에는 영수증사본, 공탁서원본을 첨부하여 법원에 배당실시 보고서를 제출하고, 채권표 및 채권증서에 배당액을 기입하여 기명날인한다.

파산관재인은 최후배당이 종료한 후 계산보고를 위해 소집된 채권자집회에서 계산보고의 승인을 받게 되면 법원은 파산종결의 결정을 하고 이로써 파산절차는 종료한다. 파산종결 결정에 대해서는 불복을 신청할 수 없다. 법원은 파산종결 결정 후에 이를 공고하고, 종결의 등기·등록을 촉탁하며 주무관청에 통지한다.

(2) 파산폐지

파산선고의 이유가 있다하더라도 파산절차를 진행시킬 수 없는 일정한 경우 법원은 파산폐지의 선고를 하게 되는데 이러한 경우로서 ①파산원인이 있어 파산선고를 하여야 하는 경우에도 파산재단으로 파산절차의 비용을 충당하기에 부족한 때에 파산선고와 동시에 파산폐지의 결정을 하는 동시(同時)폐지, ②파산선고 이후 파산재단으로 파산절차의 비용을 충당하기에 부족하다고 인정한 때에 파산폐지의 결정을 하는 이시(異時)폐지 ③파산채권자의 동의를 얻어 파산폐지 결정을 하는 동의(同意)폐지가 있다. 파산폐지결정이 확정되면 파산절차는 종료하고, 채무자는 파산재단의 관리처분권을 회복한다.

(3) 강제화의의 폐지

종전 파산법은 파산된 법인이 파산절차를 종결하고 소멸하는 것이 아니라, 정상 법인으로 갱생하는 방법으로서 회사회생절차나 화의절차를 신청하여 인가되는 것을 제외하고는 파산법 자체 내에서 동의폐지 제도와 강제화의 제도를 인정하고 있었다. 그러나 통합도산법의 제정으로 화의제도가 폐지되고 파산 편에서도 강제화의제도를 폐지하여 동의폐지 제도만 남아 있다.

4. 회사회생절차

가. 통합도산법 상의 회사회생제도

(1) 회사회생제도의 의의

회사회생절차는 재정적 궁핍으로 파탄에 직면하였으나 경제적으로 갱생의 가치가 있는 주식회사에 관하여 채권자, 주주 기타 이해관계인들의 권리의무를 조정하며 그 사업의 재건을 도모함을 목적으로 하는 기업도산처리 방법의 일종을 말한다.

(2) 통합도산법의 제정 경위

앞서 살펴본 바와 같이 종래 회사회생절차는 회사정리법에 의해 규율되고 있었으나 도산절차의 통일화의 필요성으로 인해 통합도산법이 제정되어 2006. 4. 1.부터 시행되고 있는 바, 이하에서는 통합도산법에 따른 회사회생절차의 개괄적 내용을 검토하기로 한다.

나. 회사회생 절차의 흐름

(1) 회사회생절차의 신청단계

회사회생신청 사유가 발생한 경우에 일정한 신청권자는 관할법원에 회생절차개시신청을 할 수 있다. 이 경우 법원은 회사의 재산을 보전하기 위해 이해관계인의 신청 또는 직권에 의해 회사의 업무와 재산에 가압류, 가처분 기타 필요한 보전처분을 명할 수 있다. 또한 법원은 조사위원을 선임하여 회생절차 개시 여부를 조사할 수 있다.

(2) 회사회생절차의 개시단계

법원은 ①주식회사에 대해 ②그 회사가 재정적 궁핍으로 파탄에 직면하고 있으나 ③경제적으로 갱생가치가 있다고 판단되는 경우에는 회생절차개시 결정을 하게 된다. 이 경우 그 회사에 대한 재산관계의 소송은 중단되고 회생채권, 회생담보권과 관계없는 것은 관리인 또는 상대방이 이를 수계할 수 있다.

(3) 회사회생절차의 진행단계

회생절차가 개시되면 제1회 관계인 집회 및 조사기일이 개최되고 회생채권 및 회생담보권의 신고 절차가 진행된 후 회생채권자표 및 회생담보권자표를 작성한다. 여기서 이의가 없다면 권리가 확정되고 관리인은 회생계획안을 제출하게 된다. 이어 제2회 관계인 집회에서 심리를 거쳐 제3회 관계인 집회에서 결의를 하고 법원의 인가를 얻게 되면 회생계획의 수행절차로 이행하게 된다.

(4) 회사회생계획의 수행단계

관리인은 회생계획안에 따라 업무를 수행하며 법원에 회생회사의 업무 및 재산의 관리상태 및 기타 부수상황에 관한 보고를 하고, 법원을 관리인의 회생계획수행업무를 감독한다.

(5) 회사회생계획의 종결단계

회생절차의 목적을 달성할 수 있는 경우에 법원은 관리인, 신고한 회생채권자 등의 신청 또는 직권에 의해 회생절차를 종결할 수 있다. 그러나 그 목적을 달성하지 못하는 경우에는 회생절차를 폐지하고 파산절차로 이행하게 된다.

다. 회사회생절차의 신청과 보전처분·중지명령

(1) 신청권자

회사회생절차는 일정한 자의 신청에 의하여서만 개시될 수 있고 직권으로는 절차가 개시되지 않는다. 회사회생절차를 신청할 수 있는 자는 주식회사 자신과 채권자 및 주주로 한정되어 있는데, 변제기에 있는 채무의 변제불능인 경우에는 회사만이 신청권을 가지고, 파산

원인인 사실이 생길 염려가 있는 경우에는 회사 외에 채권자나 주주도 신청권을 갖는다.

회사는 ①사업을 계속하는데 현저한 지장을 주지 않고 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없을 때와 ②회사에 파산의 원인인 사실이 생길 염려가 있는 때에 회생절차를 신청할 수 있다.

채권자가 회사회생절차를 신청하기 위해서는 회사 자본금의 10분의 1 이상에 해당하는 채권을 가지고 있고 회사에 파산의 원인인 사실이 생길 염려가 있는 때에 회생절차를 신청할 수 있다. 이때의 채권자는 반드시 1인일 필요는 없고 다수의 채권자가 모여 10분의 1 요건을 충족하는 경우에는 공동으로 신청하면 된다.

주주는 발행주식 총수의 10분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 경우 파산의 원인인 사실이 생길 염려가 있는 때에 회생절차를 신청할 수 있다. 다수의 주주가 합산하여 신청할 수 있다는 점은 채권자와 동일하며 주식의 종류가 달라도 상관없고 의결권 없는 주식이라도 무방하다.

(2) 관할

회사회생사건은 회사의 본점 소재지, 외국에 본점이 있는 경우에는 대한민국에 있는 주된 영업소의 소재지를 관할하는 지방법원 본원 합의부의 전속관할에 속한다. 또한 채무자의 주된 사무소 또는 영업소의 소재지를 관할하는 고등법원 소재지의 지방법원본원에서도 관할권을 가진다. 한편 파산절차와 마찬가지로 서울의 각 지방법원의 관할에 속하는 사건은 서울중앙지방법원의 관할에 전속한다.

(3) 회생절차 개시 전의 보전처분

(가) 의의

회사회생개시결정이 있으면 회사의 갱생을 위한 일정한 효과가 발생하나 이와 같은 효과는 신청이 있는 후 개시 결정이 나기까지 아직 발생하지 않으므로 이 단계에서 회사가 경영을 방만히 하거나 재산을 숨길 우려가 있다. 따라서 법원은 회사의 재산을 묶어 둘 필요가 있는바, 법원은 회생절차개시 결정 이전이라도 이해관계인의 신청 또는 직권에 의해 회사의 업무와 재산에 가압류, 가처분 기타 필요한 보전처분을 명할 수 있고, 그 외에 필요하다고 인정되는 경우에는 보전관리인에 의한 관리를 명할 수 있는바, 이를 보전처분이라고 한다.

(나) 종류

통합도산법상의 기업회생절차에서 규정하고 있는 보전처분의 종류에는 ①회사기업의 가치를 곤란하게 함으로써 회사의 회생에 지장을 주는 재산처분행위를 방지함을 목적으로 하는 처분금지 보전처분, ②기업의 계속성을 유지하고 회사 재산의 감소 또는 부채의 증가를 방지하기 위하여 회사에 대하여 일정한 일을 하지 못하게 하는 업무제한 보전처분, ③보전관리인에 의한 관리를 명하는 조직법상의 보전처분이 있다.

업무제한형 보전처분에는 ①회사에 대하여 보전처분 이전의 원인으로 생긴 일체의 채무를 변제하지 못하도록 하는 변제금지 보전처분이 대표적이라 할 것이고, 그 외 ②유통어음의 발행을 포함한 차재행위의 금지, ③생산직을 제외한 임직원 채용행위의 금지, ④일정 금액 이상의 금원 지출행위의 금지가 주를 이룬다. 법원이 변제금지 보전처분을 명하였다 하더라도 이는 회사에 대해 효력이 있고 채권자에 대해서까지 그 효력이 미치는 것은 아니므로 회사는 변제기가 도래하면 이행지체의 책임을 지고 채권자는 강제집행을 통해 채권을 추심할 수 있다.

(다) 보전처분의 효과

보전처분이 있는 후에 법원은 회사의 갱생을 위해 필요한 경우 보전관리인의 신청이나 직권에 의해 회생절차 개시신청 이후에 행하여진 가압류, 가처분의 취소를 명할 수 있다. 또한 보전처분 발령 후에는 법원의 허가 없이 회생절차 개시신청 및 보전처분신청의 취하를 할 수 없다.

(4) 회생절차 개시 전의 중지명령

회사회생절차개시의 신청 그 자체는 회사에 대한 채권자 또는 담보권자의 권리행사를 제약하는 것이 아니다. 그러나 신청으로부터 개시결정이 있기까지는 상당한 시간이 걸리므로 그동안 다른 절차가 진행된다면 회생절차가 개시되어도 그 때에는 이미 회사재산이 일실되어 회생의 목적을 달성할 수 없는 사태가 일어나므로 통합도산법은 개시결정 전에도 필요가 있다고 인정할 때에는 법원은 파산절차, 화의절차, 회생채권 등에 기해 이미 진행 중인 경매절차, 회사재산에 대한 소송절차 등의 중지를 명할 수 있도록 하였다.

라. 회생절차 개시와 그 효과

(1) 절차개시의 요건

회사회생절차를 개시하기 위해서는 ①주식회사에 대해 ②그 회사가 재정적 궁핍으로 파탄에 직면하고 있으나 ③경제적으로 갹생가치가 있어야 한다. ②에 대해서는 사업의 계속에 현저한 지장을 초래함이 없이는 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없거나 회사에 파산원인의 사실이 생길 염려가 있는 상태를 의미하고(회사회생절차개시의 원인), ③에 대해서는 회사를 청산할 때의 가치가 회사를 계속 존속시킬 때의 가치보다 명백히 큰 경우에는 회생절차 개시신청을 기각하여야 함을 의미한다.

(2) 회생절차 개시 결정 시한

법원은 채무자가 회생절차개시를 신청한 때에는 회생절차개시의 신청일로부터 1월 이내에 회생절차개시 여부를 결정하여야 한다.

(3) 개시의 효과

(가) 회사의 업무·재산관리권

회생절차가 개시되면 회사의 경영과 재산의 관리처분권이 대표이사로부터 벗어나 관리인에게 전속하며 회생절차에 의하지 아니하고는 자본감소, 신주발행 등을 할 수 없다. 절차개시 후 회생회사가 회사재산에 대해 한 법률행위는 회생절차에서 무효로 된다. 상대방이 회생절차가 개시된 사실을 알지 못한 경우에도 동일하다(다만, 관리인이 그 행위의 유효를 주장하는 것은 무방하다). 회생절차 개시 후 회사의 채무자는 관리인에 대해 그 채무의 변제를 하여야 하나 선의의 변제자는 회생절차의 관계에서도 그 효력을 주장할 수 있고, 설사 악의라 할지라도 그로써 회사재산의 이익을 얻은 때에는 그 이익의 한도 내에서 변제의 효력을 주장할 수 있다.

(나) 계속 중인 소송

회생절차가 개시되면 회사의 재산관계의 소송절차는 중단된다. 그러나 주주총회 결의무효·취소소송과 같은 회사의 조직관계의 소송절차는 중단되지 않고 대표이사가 그대로 수행

한다. 절차개시에 의해 중단된 재산관계의 소송절차 중 회생채권, 회생담보권에 관계없는 것은 관리인 또는 상대방이 이를 수계할 수 있다. 회생채권, 회생담보권을 소송물로 하는 소송은 절차개시 후 중단되었다가 후에 채권조사절차에서 관리인 또는 다른 채권자가 이에 관하여 이의한 경우에는 회생채권자 등이 그 이의자를 상대로 소송을 수계한다.

(다) 채권자의 권리행사 제한

회생절차의 개시결정이 있는 때에는 회생채권자 및 회생담보권자(이하 회생채권자 등이라 함)는 회생절차에 의하지 않고서는 그 권리를 행사할 수 없다. 다만 권리행사 제한은 공익 채권에는 해당하지 않고 기존의 변제기는 그대로 유효하며 이를 도과 시 지연손해금이 발생한다.

회생채권자 등은 채권조사절차를 통해 그 회생채권 등을 가지고 절차에 참여하게 되고 관재인집회에 참석하여 정해진 의결권을 행사해 인가된 회생계획에 따라 채권의 만족을 얻게 된다. 그 외의 회사재산에 대한 강제집행, 보전처분 등은 제한되며 기존에 파산절차, 강제집행 절차 등은 개시결정에 의해 그 효력이 중지된다.

관리인 역시 법원의 허가를 받은 경우를 제외하고는 회생절차에 의하지 않은 변제나 채무 소멸행위를 할 수 없으며 설사 이를 하였다 하더라도 무효이다.

회사재산에 대한 국세징수법에 의한 체납처분, 국세징수의 예에 의한 체납처분 등도 회생절차개시결정 이후 회생계획인가 또는 회생절차종료 시까지 또는 그 결정한 날로부터 1년간은 할 수 없고, 이미 행한 처분은 중지된다.

(4) 개시결정이 종래의 법률관계 등에 미치는 영향

(가) 쌍방미이행의 쌍무계약

쌍무계약에 대해 회사와 그 상대방이 회생절차 개시당시 쌍방 모두 계약을 미행한 경우 관리인은 그 계약을 해제 또는 해지하거나 회사 채무를 이행하고 상대방의 채무 이행을 청구할 수 있는 선택권을 가진다. 해제 쪽을 선택한 경우에는 상대방은 회생채권자로서 손해배상청구권을 행사할 수 있고, 채무이행 쪽을 선택한 경우에는 상대방의 권리는 공익채권으로 보호받게 된다.

(나) 상계권

회생채권자 등은 회생절차에 의하지 않고는 그 권리를 행사할 수 없는 것이 원칙이나 일정한 요건 하에 상계권을 행사할 수 있다. 즉, 채권자가 회사에 대해 가지고 있는 자동채권과 회생회사가 채권자에 대해 가지고 있는 수동채권이 회생채권의 신고기간 만료 시에 상계할 수 있는 상태에 이르렀을 때는 채권자는, 회사가 위험상태에 있음을 알고 채무를 부담하여 이를 수동채권으로 상계하는 등 상계권을 남용하는 경우가 아닌 한, 이를 상계할 수 있다. 실제로는 회생회사가 채권자에게 가지고 있는 수동채권에 대해서는 채권자가 그 기한의 이익을 포기하고 변제기 전에 변제할 수 있으므로 결국 채권자가 회사에 대해 가지고 있는 자동채권만 변제기에 도달하면 상계할 수 있는 것이 된다.

(다) 부인권

회사가 ①회생절차개시 전에 회생채권자 등을 해하는 것을 알고 한 행위, ②다른 회생채권자 등과의 평등을 해하는 변제, 담보제공 등의 행위를 한 경우 회생절차개시 후에 그 행위의 효력을 부인할 수 있는 권리를 말한다.

부인권의 유형에는 ①회사가 회생채권자 등을 해할 것을 알면서 한 행위에 대한 부인으로 ‘악의부인 또는 고의부인’이 있다. 다만 수익자가 그 행위 당시 회생채권자 등을 해하게 되는 것을 알지 못한 때는 부인할 수 없다. 수익자의 악의의 입증책임은 채권자가 부담한다. ②회사가 지급정지, 파산, 화의절차개시, 회생절차 개시 등이 있는 이후에 한 회생채권자를 해하는 행위 또는 담보제공, 채무소멸에 관한 행위는 이를 부인할 수 있는데 이를 ‘위태부인 또는 위기부인’이라고 한다. 역시 수익자의 악의가 있어야 한다. 한편 회사가 지급정지 등이 있는 이후 또는 그 전 60일 내에 한 담보의 제공이나 채무소멸 행위로서 회사의 의무에 속하지 아니하는 것도 이를 부인할 수 있는데 위태부인의 한 유형으로 포함된다. ③회사가 지급정지 등이 있는 이후 또는 이전 6개월 내에 한 무상행위 또는 이와 동일시하여야 할 유상행위에 대해 부인할 수 있는데 이를 ‘무상부인’이라고 한다. 위 ①,②와는 달리 회사의 사해의사나 수익자의 악의는 불문한다.

부인권을 행사하게 되면 회사의 재산은 원상회복된다. 그러나 상대방이 행위 당시 선의였을 때는 상대방은 이익이 현존하는 한도 내에서 반환된다. 부인된 행위에 기하여 상대방으로부터 받은 반대급부가 회사재산 중에 현존하는 경우 상대방은 그 반환을 청구할 수 있고, 반대급부로 생긴 이익이 현존하는 때에는 그 이익의 한도 내에서 공익채권자로서 권리행사가 가능하며, 그 이익이 현존하지 않는 경우에는 그 가액 상환을 파산채권자로서 청구할 수

있다. 한편, 회사의 행위가 부인된 경우에 상대방이 받은 급부를 반환하거나 그 가액을 상환할 때에는 상대방의 채권은 원상으로 회복된다.

마. 관리인과 관계 기구

(1) 관리인의 지위와 선임

관리인은 회생회사의 기관은 아니고 회생회사와 그 채권자 및 주주로 구성된 이해관계인 단체의 관리자로서 일종의 공적 수탁자의 지위를 갖는다. 회생회사는 관리인에 의하지 않고는 그 재산의 관리처분을 할 수 없고 회사재산에 관한 소송에서는 관리인이 당사자적격을 갖는다. 관리인은 원칙적으로 현재의 법인대표자를 선임하고, 예외적으로 재산 유용, 은닉 또는 중대한 책임이 있는 부실경영에 의하여 재정적 파탄에 이르게 된 경우나 채권자협의회 의 요청이 있는 경우로서 상당한 이유가 있는 경우에는 제3자를 관리인으로 임명할 수 있다. 관리인으로 선임될 수 있는 자는 주거래 은행 등 이해관계인이라도 선임가능하다.

(2) 관리인의 권한과 의무

(가) 회사재산 관리처분권 및 조사, 보고의무

회생절차가 개시되면 회사의 경영권과 회사재산의 관리처분권은 관리인에게 전속되고, 관리인은 회생절차개시 후 지체 없이 회사의 경영 및 재산 상황을 조사하고 이를 법원과 관리위원회에 보고 하여야 한다.

(나) 회사재산 확보의무

관리인은 회사 회생법상의 사정제도와 부인권 제도를 적절히 활용하여 회생계획 수행의 기초가 되는 회사재산을 확보할 의무를 진다.

(다) 회생계획의 수행의무

관리인은 회생채권 등을 조사, 확정하여 그에 터 잡아 회생계획안을 작성, 제출한 뒤 관계인집회의 결의, 법원의 인가결정을 거쳐 동 계획을 수행할 권한과 의무가 있다.

(라) 관리인의 임무종료 시 조치할 사항

관리인 또는 보전관리인은 사임, 개임, 회사회생절차의 종결 등으로 인해 그 임무가 종료한 경우 지체 없이 법원에 계산보고를 하여야 한다.

(3) 관리위원회

회생, 파산, 화의사건의 신속한 처리를 위해 대법원규칙이 정한 지방법원에 관리위원회를 둔다. 현재 서울, 인천, 수원, 대구지방법원에 설치되어 있다. 관리위원회는 위원장 1인을 포함하여 3인 이상 15인 이내의 전문적 학식과 해당 분야에서 일정 이상의 경력을 갖춘 관리위원들로 구성되어 있으며 법원의 지휘를 받아 ①보전관리인, 관리인 및 조사위원의 선임에 대한 의견의 제시, ②보전관리인, 관리인 및 조사위원의 업무수행의 적정성에 관한 감독 및 평가, ③회생계획안에 대한 심사, ④채권자협의회의 구성 및 채권자에 대한 정보전달, ⑤회생절차의 진행상황에 대한 평가, ⑥기타 법령 또는 법원이 정하는 업무 등을 수행한다.

(4) 채권자 협의회

채권자협의회는 채권자들에게 회생절차에 대한 정보를 제공하고 채권자들의 의견을 개진할 수 있는 창구로서 활용되는 단체이다. 관리위원회 또는 법원은 절차 개시 후 회사의 주요 채권자들로 이루어진 채권자협의회를 구성하여야 한다. 단, 중소기업은 예외로 할 수 있다. 채권자협의회는 채권자들 사이의 이해관계를 조정하여 법원에 회생절차에 대한 의견을 제시하고 법원에 회생절차개시신청에 관한 서류, 감사보고서 등 주요자료의 사본 제출을 요구할 수 있으며 회사에 대해서는 필요한 경우 회사의 장부 등의 열람을 요청할 수 있다. 다만 채권자협의회에 속하지 않은 채권자의 요청이 있는 경우에는 자신이 보유하고 있는 정보 등의 열람을 허용할 의무도 있다. 채권자 협의회는 법원, 관리위원회의 의견제시요청시 혹은 구성원 과반수의 요구가 있을시 회의를 개최하고 출석위원 과반수의 찬성으로 의결함으로써 운영된다.

(5) 관계인 집회

통합도산법상 관계인집회는 적어도 3회는 개최되어야 한다. 제1회 집회는 관리인이 회생채권자 등 관계인에게 보고하고 관계인들이 관리인 선임과 회생회사의 관리방침에 대해 의견을 진술하는 것을 목적으로 한다, 동 집회가 끝나면 곧바로 회생채권과 회생담보권의 일

반조사기일이 진행되는 것이 관례이다. 제2회 집회는 회생계획안의 심의를 하기 위한 집회이고, 제3회 집회는 계획안의 결의를 위한 집회이다. 이 두 집회는 통상 회생채권 등의 특별조사기일과 병합하여 같은 날 개최 되는 것이 보통이다.

바. 회생채권과 회생담보권

제1회 관계인 집회가 개최되는 날 통상 신고된 회생채권 등에 대해서는 그 존부 및 내용, 의결권 액을 조사하여 회생계획에서 변제할 액수를 확정하는 조사기일이 개최된다.

(1) 회생채권

회생채권이라 함은 회사에 대한 회생절차 개시전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권을 말한다. 반면 회생절차 개시 후의 원인으로 생긴 채권은 공익채권으로 취급된다. 회생채권에 ①보험계약자의 우선취득권(보험업법 제39조)과 같이 법률상 우선권이 인정되는 우선적 회생채권, ②회생계획상 일반의 회생채권보다는 후순위로 취급되나 주주보다는 우선적 지위가 부여되는 채권인 후순위 회생채권, ③회생채권 중 우선적 회생채권과 후순위 회생채권을 제외한 나머지 채권으로서 일반의 회생채권으로 분류할 수 있다. 한편, 조세채권 등은 원칙적으로 일반의 회생채권과 마찬가지로 그 신고를 요하고, 회생계획에 의해서만 변제받을 수 있으나 그 고유한 성질을 감안하여 법상 몇 가지 특칙을 두고 있다.

(2) 회생담보권

회생담보권이란 회생채권 또는 회생절차 개시전의 원인으로 생긴 회사 이외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 회생절차 개시 당시 회사재산상에 존재하는 저당권, 질권, 유치권, 양도담보권, 가등기담보권, 전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위 내의 것을 말한다.

(3) 다수당사자의 회생채권

회생절차가 개시되어 회사에 대한 권리행사가 금지되더라도 보증인 등 제3자에 대해 회생절차의 효력이 미치지 않는 아니하므로 보증인, 물상보증인 등에 대한 권리행사는 지장이 없다. 마찬가지로 주된 납세의무자에 대한 회생절차가 개시되어도 제2차 납세의무자에 대한 채납처분은 가능하다. 회생회사가 채무자로서 수인이 각각 전부의 이행을 할 의무를 부담한 경우에 그 전원 또는 수인에 대해 회생절차가 개시되었다면 채권자는 절차개시 당시의 채권

액 전액으로 각 회생절차에 참여할 수 있다. 회생회사가 보증인인 경우에 회생절차가 개시되었다면 채권자는 절차개시 당시 가진 채권의 전액에 관하여 회생채권자로서 그 권리를 행사할 수 있다.

(4) 구상권

회사의 보증인이 회생절차 개시 전에 자신의 보증의무를 이행한 경우에는 보증인은 그 구상권을 가지고 회생절차에 참가할 수 있다는 데는 아무런 의문이 없다. 채권의 일부만 변제한 경우라도 그 변제액에 해당하는 금액에 대해서는 회생절차에서 구상권을 행사할 수 있다고 할 것이다. 수인의 전부의무자 중 일부의 자에 대해 회생절차가 개시된 경우 채권자는 그 회생절차 외에서 전부의무자 중 다른 자에게 권리행사를 함이 보통이다. 이러한 경우 장래의 구상권자의 지위를 보호하기 위해 사전구상을 인정하지 않는 민법의 원칙을 수정하여 회생절차가 개시된 때에는 장래의 구상권도 행사 가능 하도록 하고 있다. 이러한 법리는 몰상보증인의 경우에도 준용된다.

(5) 채권자의 권리행사와의 관계

채권자가 채권 전액을 가지고 회생절차에서 회생채권자로서 그 권리를 행사하면 장래의 구상권 행사는 배제된다. 따라서 채권자와 장래의 구상권자 사이의 권리신청의 경합이 있는 경우에는 관리인 등 이해관계인은 장래 구상권자에게 이의를 제기할 수 있다. 다만 장래의 구상권자가 실제로 회생절차 개시 후에 변제를 한 경우에는 그 변제의 비율에 따라 채권자의 권리를 취득한다.

사. 회생채권 및 회생담보권의 신고

(1) 신고의 필요성

종래 회사정리법에 의하면 회생채권자 등은 회생절차에 참여하기 위해서는 신고기간 내에 법원에 대해 그 권리를 신고하여야 하고 만일 신고를 하지 않으면 확정판결이 있다 하더라도 추후 회생계획 인가 시 종국적으로 실권되며, 설사 회생절차가 폐지되더라도 실권된 권리는 부활하지 않도록 하였다. 그러나 신법은 먼저 관리인이 채권을 조사하여 채권자목록을 제출하고, 신고기간 및 조사기간을 통한 조사절차를 거치도록 하여 이해관계인 자신의 채권뿐만 아니라 다른 채권에 대해서도 충분히 검토할 기회를 부여하고 있다. 다만 공익채권은

그 신고를 요하지 않고 회생절차와 관계없이 그 권리를 행사할 수 있다.

(2) 신고기간 및 방법과 신고의 추완

법원은 개시결정과 함께 그 날로부터 2주 이상 2개월 이내의 범위에서 신고기간을 정하고 신고는 본인 또는 대리인이 서면으로 법원에 대해서 한다. 당사자의 귀책사유 없이 신고기간 내에 권리신고를 못한 경우 1개월 내에 소명자료를 첨부하여 추완신고가 가능하다.

아. 회사회생계획의 수행

(1) 회생계획안의 작성 및 제출

회생계획이라 함은 통합도산법에 따라 주식회사를 재건하기 위해 이해관계인의 권리변경 및 변제방법, 회생회사의 조직변경 현황 등에 관한 조항을 규정한 계획을 말한다. 관리인 등이 작성한 회생계획안은 관리인집회에서의 심리 및 결의를 거쳐 최종적으로 법원의 인가를 받아 회생계획으로서의 효력을 발생하게 된다.

회생계획안의 작성 및 제출권자는 관리인, 회사, 신고한 회생채권자 등이 할 수 있으나 실무상 관리인이 회생계획안을 작성, 제출하는 것이 보통이다. 회생계획안은 회생채권의 신고기간 만료 후 법원이 정하는 기간 내에 제출하여야 한다. 법상 회생절차개시 결정 이후 늦어도 8개월(중소기업은 7개월) 내에는 회생계획안이 제출되어야 한다. 제출기간 내에 회생계획안이 제출되지 않으면 법원은 회생절차를 폐지할 수 있다.

(2) 회생계획안의 수정 및 배제

일단 회생계획안이 제출되었다 하더라도 제출자 스스로 수정안을 제출할 수 있고, 법원은 이해관계인의 신청 또는 직권에 의해 회생계획안의 수정을 명할 수 있다. 또한 법원은 회생계획안의 위법성, 불공정성, 이행불가능성 등을 들어 이를 관계인집회의 결의에 부치지 않을 수도 있는바 이를 회생계획안의 배제라고 한다. 법원이 다시 회생계획안의 제출을 명하지 않는 경우에는 이 역시 회생절차 폐지사유가 된다.

(3) 회생계획의 인가 결정과 그 효력

회생계획 인가의 결정이 있는 때에는 계획의 규정 또는 통합도산법의 규정에 의하여 인정

된 권리를 제외하고 회사는 모든 회생채권과 회생담보권에 관하여 그 책임을 면하며 주주의 권리와 회사의 재산상에 있는 모든 담보권을 소멸한다. 조세채권도 회생채권, 회생담보권으로서 면책 및 소멸의 대상이 된다. 여기서 면책이란 채무는 있으나 책임이 없다는 취지로 자연채무로 남게 되는 것을 말한다. 신고되지 않은 회생채권, 회생담보권은 물론이고, 신고된 회생채권, 회생담보권이라도 회생계획의 규정에서 인정된 권리를 제외하고는 면책된다. 또한 회생계획인가의 결정이 있는 때에는 회생채권자, 회생담보권자와 주주의 권리는 계획이 규정에 따라 변경된다. 즉, 회생계획인가결정이 있으면 회생계획의 조항에 따라 채무의 전부 또는 일부의 면제의 효과가 생기고 기한의 유예의 정함이 있으면 그에 따라 채무의 기한이 연장된다. 인가에 의하여 생긴 권리변경의 효과는 그 뒤 회생절차가 폐지되더라도 존속하게 된다.

(4) 회생계획의 수행

회생계획의 인가결정이 있으면 관리인은 지체 없이 그 계획을 수행하여야 하고, 회생계획수행의 담당자는 관리인이다. 관리인은 법원이 명령에 따라 회생회사의 업무 및 재산의 관리상태 및 기타 부수상황에 관한 보고를 하여야 하고, 법원을 관리인의 회생계획수행업무를 감독한다.

자. 회생절차의 종료

(1) 회생절차의 종결

회생계획에 의한 변제가 시작된 이후 회생계획의 수행에 지장이 없다고 보여 지는 경우로서 회생절차의 목적을 달성할 수 있는 경우에 법원은 관리인, 신고한 회생채권자 등의 신청 또는 직권에 의해 회생절차를 종결할 수 있다. 절차가 종료된다는 점에서는 후술하는 절차폐지와 유사하나 절차종결은 회생절차의 목적을 달성할 수 있는 상태에서 절차가 종료된다는 점이 절차폐지와 다르다.

종결 결정이 있게 되면 관리인의 임무는 종료되고 회사의 경영권 및 재산처분권은 관리인에서 벗어나 종결당시의 대표이사에게 환원되고, 회사는 법원의 감독에서 해방된다. 단, 절차종결에 의해 종전의 회생계획이 실효되는 것은 아니므로 종결 후에도 회사는 회생계획을 수행할 의무를 진다.

(2) 회생절차의 폐지

이는 회생절차 개시 후 그 목적을 달성하지 못한 채 절차를 종료시키는 것을 말한다. 여기에는 회생계획인가 전 폐지와 인가 후 폐지의 2가지 종류가 있다.

(가) 회생계획인가 전 폐지

법원은 개시결정 후 조사절차에서 기업의 존속가치가 청산가치보다 크다고 판명되면 관리인 등에게 회생계획안의 제출명령을 하지만 그 반대인 경우로 밝혀지면 제1회 관계인집회에서 회생절차를 폐지하고, 회생계획안 제출명령 이후에도 청산가치가 존속가치보다 큰 것이 명백하게 밝혀진 경우에는 법원은 인가결정 전이라도 회생절차폐지결정을 하여야 한다. 그 외에도 ①제출기간 내에 회생계획안이 제출되지 않은 경우, ②회생계획안이 제출되었으나 법원의 배제결정이 내려진 경우, 또는 관계인집회에서 부결된 경우, ③회생계획안이 집회에서 가결되었으나 법원이 이를 인가치 않은 경우에는 회생절차를 폐지한다. 또한 시한적 요건으로서 회생계획안은 절차개시일로부터 1년(불가피한 사유 시 6개월 연장가능)내에 가결되지 않으면 법원이 직권으로 절차를 폐지한다.

(나) 회생계획인가 후 폐지

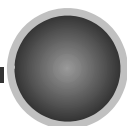
인가결정 이후 회생계획 수행의 가망이 없음이 명백하게 된 때에는 법원은 관리인, 이해관계인의 신청 또는 직권에 의해 회생절차를 폐지할 수 있다. 회생절차 폐지결정이 확정되면 관리인의 권한은 소멸하고, 파산절차로 이행하지 않는 한 회사의 경영권은 폐지당시의 대표이사에게 환원된다. 그러나 폐지에는 소급효가 없으므로 회생계획에서 면책된 의무는 부활하지 않고 기존의 권리변경도 그 효력을 유지한다. 회생채권자표 등에 의한 강제집행도 여전히 가능하다.

(다) 파산신고

종래 회사정리법은 회생절차 개시신청이 기각된 경우에는 법원의 재량에 의해 파산선고를 하도록 하고 절차개시 이후 정리계획인가전의 정리절차 폐지, 정리계획인가 후의 정리절차 폐지 또는 정리계획불인가의 결정이 확정된 경우에는 필요적으로 파산선고를 해야 한다. 그러나 통합도산법에서는 회생계획인가 후 회생절차가 폐지되는 경우에만 필요적 파산선고를 하고 나머지 경우에는 임의적 파산선고를 하도록 하였다. 회생절차에서 진행된 채권신고 등

의 절차는 파산절차에서도 그대로 효력을 유지하고, 회생절차에서 행해진 법원, 관리인, 이해관계인 등의 행위는 파산법원의 판단에 의해 그 성질에 반하지 않는 한 파산절차에서도 유효한 것으로 본다.

회생계획인가 후 파산절차로 이행된 경우 통합도산법상 회생채권은 파산절차에 있어서 파산채권으로 되는 것이 원칙이다. 여기서 말하는 회생채권은 변경 후의 회생계획에 의해서 권리변경이 되거나 면책된 후의 회생채권이며 계획의 일부수행이 있는 때는 이행되지 않은 잔액이다. 통합도산법상의 회생담보권은 그것이 후행 파산절차 개시시점에 여전히 담보물권을 수반하고 있는 한 별제권으로 취급된다. 따라서 회생절차에서는 회생담보권으로 된 것이라도 목적인 물건이 회생절차개시 후에 멸실한다거나, 회생계획에서 정한 바에 따라 담보권이 소멸하면 후행 파산에 있어서는 단순파산채권으로밖에 되지 않는다.



참 고 문 헌

참 고 문 헌

■ 국내문헌

▣ 단행본

- 강희갑, 회사법강의, 책과사람들, 2005.
- 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2000.
- 곽해선, 곽해선의 쉽게 배우는 경영학, 명솔출판, 2001.
- 김상용, 민법총칙, 법문사, 1998.
- 김철교·조준희, 벤처기업창업과 경영, 삼영사 1999.
- 김형렬·김윤명, 온라인게임콘텐츠와 디지털저작권, 진한도서, 2005.
- 김형배, 민법학강의, 신조사, 2000.
- 김형배, 채권총론, 박영사, 1998.
- 배종대, 형사정책, 홍문사, 2001.
- 사법연수원, 전자거래법, 2005.
- 손경한 외 5인, 저작권소송의 쟁점, (사)기술과법연구소, 2005
- 손경한 편저, 신특허법론, 법영사, 2005
- 손경한 편저, 사이버지적재산권법, 법영사, 2004
- 손영화·박종강, 인터넷과 법, 도서출판 이진, 2003.
- 송영식·이상정·황종환, 지적소유권법 (상),(하), 육법사, 2005
- 신각철, 최신컴퓨터프로그램보호법, 법영사, 2003
- 오승종·이해완, 저작권법, 박영사, 2004
- 이기수 외 공저, 지적재산권법, 한빛지적소유권센터, 2002
- 이영준, 한국민법론, 박영사, 2004.
- 이은영, 민법총칙, 박영사, 2000.
- 이은영, 물권법, 박영사, 2000.
- 이은영, 채권총론, 박영사, 1999.
- 이은영, 채권각론, 박영사, 1999.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2002.
- 정동윤, 상법(상), 법문사, 2001

- 정해상, 민법(조문해설), 법경사, 2001.
- 정해상, 민법의 체계, 법경사, 2002.
- 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2002
- 지원림, 민법강의, 홍문사, 2002.
- 허창문, 벤처기업의 창업과 자금조달의 모든 것, 청림출판, 2001
- 문화관광부, 2004 게임백서/ 2005 게임백서
- 문화관광부 · 한국게임산업개발원, 게임분쟁사례집, 2005
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 2003.

■ 논 문

- 권영준, “인터넷과 표현의 자유”, 사이버불법행위법연구회 발표원고.
- 김동진, “형법상 컴퓨터등사용사기죄에 관한 고찰”, 사이버불법행위연구회발표문.
- 김보수, “온라인게임의 One Source Multi Use 활용방안에 관한 연구”, 중앙대학교 석사학위 논문, 2000
- 김호영, “정보통신법의 형성과 디지털정보의 법률적 문제에 관한 연구”, 부산대학교 박사학위 위논문, 2004.
- 박성호, “아바타의 법적 문제점”, 인터넷과 법률Ⅱ, 법문사, 2005.
- 손경한 · 정진섭, “사이버지적재산권침해에대한형사책임”, 사이버지적재산권법, 2004.
- 성낙인, “개인정보보호법제의 현황과 재정립방향”, 인터넷과 법률Ⅱ, 2005.
- 성지용, 사이버불법행위의 주체, KITAL 2005-2 사불연 종합세미나 “사이버불법행위에 대한 법적 대응”, (사)기술과 법 연구소, 2005.
- 윤웅기, “MMORPG, 넌 누구냐!”, 사이버불법행위법연구회 2005. 9. 발표논문.
- 윤웅기, “MMORPG 게임 아이템 현금거래에 대한 법정책적 고찰”, 2004 미래게임포럼 공개 세미나, 한국게임산업개발원, 2004.
- 이성호, “사이버스토킹의 개념과 법적 규제”, 사이버불법행위연구회 발표문.
- 정해상, “가상사회와 재산권”, 중앙법학 제7집 2호, 중앙법학회, 2005.8.
- 정해상, “인터넷 온라인게임행위의 법리분석”, 법조 581호, 법조협회, 2005.2.
- 정해상, “인터넷 게임아이템거래에 관한 법리”, 중앙법학 제5집 제3호.2003.12.
- 정해상, “인터넷 게임 아이템 거래에 관한 법적 문제”, 게임산업의 법 · 정책적 과제 제11회 KITAL 정기국제심포지움, 2004.
- 최성준, 사이버부정경쟁행위, 사이버불법행위법연구회 2005. 1. 15 발표원고.
- 최순용, 사이버음란물에 대한 법적규제, 사이버불법행위연구회, (사)기술과법연구소, 2005.

최연희, “캐릭터보호에 관한 연구”, 이화여대 석사학위논문, 1999

한국게임산업개발원, “온라인게임아이템 현금거래 법제도 개선방안연구”, 2005.

■ 외국문헌

F. Gregory Lastowka and Dan Hunter, The Laws of the Virtual World, Public Law and Legal Research Paper Series, Research No. 26, University of Pennsylvania Law School, 2003.

Michael Rustad & Cyrus Daftary, E- Business Legal Handbook, Aspen Law & Business 2001, §5.04 [A].

Molly Stephens, “Sales of In-Game Assets: An Illustration of the Continuing Failure of Intellectual Property Law to Protect Digital-Content Creators”, 80 Texas Law Review, 2002.

伊藤 亮介, “日本におけるコンテンツに対する規制と著作権侵害の場合の救済制度”, 『게임산업의 법·정책적 과제』 제11회 KITAL 정기국제심포지움, 2004.

岡村, 『ドメイン名紛争の法的 解決(下)』, 『NBL』, No. 707(2001. 2. 15).

집필진 : 社團 技藝과法 硏究所 法務法人 아람

연구책임자 : 손경한 소장 손경한 대표 변호사
연구원 : 정해상 연구위원 황태영 변호사
 박진아 책임연구원 이주희 변호사
 허해관 책임연구원
 윤병옥 팀장

게임기업 경영법률 가이드북

발행 일 : 2006. 6. 27

발행인 : 우종식

발행처 : (재)한국계임산업개발원

전화 : 02) 3424-4114

연구수행기관 : (사)기술과법연구소

법무법인 아람

인 쇄 : (주)크리홍보

전화 : 02) 737-5377

※ 본 보고서 내용의 무단전제를 금하며, 가공·인용할 때에는 반드시 (재)한국게임산업개발원, “게임기업 경영법률 가이드북”이라고 밝혀 주시기 바랍니다.