

독일과 오스트리아의 도산법상 지식재산사용권 보호에 관한 연구

장 원 규



비교법제 연구 13-20-⑦

독일과 오스트리아의 도산법상 지식재산사용권 보호에 관한 연구

장 원 규



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

독일과 오스트리아의 도산법상 지식재산사용권 보호에 관한 연구

A Study on Protection of Intellectual
Property License in German
and Austrian Bankruptcy Law

연구자 : 장원규(초청연구원)

Jang, Won-Kyu

2013. 9. 13

요약문

I. 배경 및 목적

- 박근혜 정부의 창조경제의 핵심은 과감한 패러다임의 전환을 의미하며, 정보기술과 과학기술을 기반으로 산업과 다른 산업 그리고 문화와 융합해서 산업 사이의 벽을 허물고 지금까지 없었던 산업과 일자리를 만들어 내는데 있다. 여기에서 창조경제의 분석은 창조사회의 발전에 관한 주요 요소인 지식재산의 원칙을 참작해야 한다.
- 창조경제를 위한 정책 수립의 주된 도전은 지식재산권과 관련하고 있고, 그의 중요성은 점점 더 증가하고 있다. 오늘날 지식재산사용권에 관한 계약은 다양하게 이루어지고 있으며, 사업운영을 돕기 위해 판매회사 또는 사용자로서 많은 기업은 지식재산의 사용을 허여하고 있다. 창조경제는 거래와 지식재산권으로부터 잠재적으로 수익을 창출하는 것에 초점을 맞추어 분야에 제한 없이 일련의 지식에 바탕을 둔 활동을 이룬다. 이를 위해서는 우선적인 투입요소로서 독창력과 지식자본을 활용하는 물품, 서비스, 권리의 창조, 생산 및 분배에 관한 순환이 필요하다.
- 이 보고서의 목적은 독일과 오스트리아에서 지식재산과 도산법 사이에 상호작용에 대해 법적으로 살펴보는 것에 있

다. 특히, 지식재산사용권과 관련한 법제상 불충분한 보호 문제에 대해 역점을 두고 있다.

- 지식재산권사용에 관한 계약관계에서 일방당사자가 도산을 신청한 경우, 지식재산사용권은 일반적으로 종종 예상 밖으로 다루어지곤 한다. 지식재산사용권은 도산절차상 미이행 쌍무계약으로 다루어지기 쉽다. 이러한 처리는 도산하지 않은 계약당사자의 영업 운영에 있어 주요한 자산 또는 도구가 되는 지식재산사용권에 의존하고 있는 사업에 엄청난 파탄을 가져오게 할 수 있다.

II. 주요내용

- 연구보고서는 지식재산권과 관련한 사용권과 도산절차상의 법적 처리에 관한 특별한 관심사들을 고찰하고 있다. 일반적으로 지식재산사용권은 계약당사자들을 위한 계속적인 의무, 즉 서비스, 지원, 지식재산권자 측면에서 업그레이드 책무, 비밀요건과 지식재산권사용자 측면에서 지식재산사용권 및 사용제한 등을 포함한 전형적으로 세밀한 계약이다.
- 제2장에서는 독일과 오스트리아법상 지식재산권과 지식재산사용권의 일반적인 법적 성질과 특성에 대해 살펴본다.
- 제3장과 제4장에서는 독일과 오스트리아법상 지식재산사용권의 보호에 대해 설명한다.
- 독일 연방법무부는 도산관련 입법을 추진하고 있다. 특히, 지식재산권자의 도산 시 지식재산사용권의 보호와 관련하여 독일

도산법 제108조a의 신설을 검토하고 있다. 이에 따르면 도산관재인이 지식재산권사용계약의 이행을 거절하는 경우, 지식재산권사용자는 지식재산의 지속적인 사용이 가능한 새로운 계약체결을 청구할 수 있다.

- 오스트리아 연방법무부는 2008년에 도산법을 개정하기 위한 초안 작업을 했었다. 2010년 7월 1일에는 오스트리아 도산개혁법이 발효되었다. 이 법은 기업도산 시 기존경영자관리의 가능성을 넓히고 회생 간소화를 위한 여러 조치들을 포함하고 있다. 그 중에서도 지식재산권사용계약과 관련하여 계약관계의 종료가 도산채무자의 회생에 위해한 경우 제한되며, 도산채무자의 회생에 위험이 되는 계약당사자의 도산을 조건으로 한 계약관계의 종료는 원칙적으로 무효이다.

□ 제5장에서는 독일과 오스트리아법상 의심스러운 상황 아래에서 다양한 관점으로부터 우리나라 법제에 시사점을 주는 여러 법적 쟁점들에 대해 검토해 본다.

- 우리나라 도산법 아래에서 지식재산사용권에 대한 우선특권의 가능성; 지식재산권자의 도산 시 지식재산사용권의 보호; 지식재산권사용자의 도산 시 지식재산사용권의 보호; 도산조건부 계약해지조항의 제한

□ 이 연구보고서는 도산절차 아래에서 지식재산사용권의 법적 처리에 대한 다양한 해결을 파헤치고 있으며, 법률상 모순을 해결할 수 있는 문제에 대한 새로운 접근을 제안해 본다.

- 현행 우리나라법상 지식재산사용권은 도산관재인의 선택권에 놓이게 된다. 각 당사자들은 계약상 일방당사자의 도산 시 그들의 권리를 보호하기 위해 다양한 기술적인 방법을 추구할 수 있다. 반면에 법적 안정성과 거래의 안전을 위해 입법적인 해결을 필요로 한다.

Ⅲ. 기대효과

- 법, 사회, 경제 등 다양한 정책대상을 이유로 그리고 다양한 접근을 바탕으로 한 법적 연구와 조사에 따라 정책적 입장과 정책판단에 제공된다.
 - 창의적인 혁신자와 창업자의 지식재산권과 지식재산사용권은 주류 경제 활동가와 규모의 경제에 따른 약탈적인 행위로부터 효과적으로 보호될 것이다. 많은 기업들이 우리의 기업문화에서 실패에 직면하기 쉬움에도 불구하고, 개인 또는 소규모 기업들은 구조개혁과 함께 자연스럽게 다음의 새출발 또는 창업으로 뛰어 들 수 있다. 또한 기업가적 문화는 실패에 대한 관용으로 시작한다.
 - 지식재산사용권의 법적 보호개혁은 기업인수합병을 증진하며, 기업공개와 함께 창업을 돕고, 실패한 기업을 구제함에 있어 도움을 줄 수 있음을 예견할 수 있다.
- ▶ 주제어 : 도산절차, 지식재산권, 지식재산권사용계약, 지식재산사용권, 미이행 쌍무계약, 부인, 도산해지조항, 중소기업의 창의적 혁신을 촉진하는 입법

Abstract

I . Background and Purposes

- Creative economy of the new Park Geun-hye administration refers to the economic activities or phenomena with daring paradigm shift at the core which converge industries with other industries or culture based on information technology or scientific technology, thus breaking the walls between industries and creating brand-new businesses and job opportunities. Here any Analysis of the creative economy have to consider the role of intellectual property, which is a key ingredient for the development of the creative society.

- A major challenge for shaping policies for the creative economy is related to intellectual property rights and its license. It ist growing more and more importance of intellectual property rights among others. Today intellectual property license agreements are universal and many companies license intellectual property, either as vendor or user, to help run the business. The concept of creative economy constitute a set of knowledge- based activities, focused on but not limited to arts, potentially generating revenues from trade and intellectual property rights. Therefor are needed to the cycle of creation, production and distribution

of goods, services, and rights that use creativity and intellectual capital as primary inputs.

- The aim of this Paper is to legal explore the interplay between intellectual property and bankruptcy law in Germany and Austrian, with an emphasis on the inadequate protection the Law provides to intellectual property licenses.
- Intellectual property licenses are generally liable to sometimes surprising treatment when one party files for bankruptcy. The licenses will likely be treated as executory contracts in bankruptcy. This treatment can be devastating to a business that relies on the intellectual property licenses involved, either as a primary asset or as a tool on which their business is run.

II. Main Contents

- The Paper address the specific concerns of intellectual property licenses and its legal arrangements under insolvency procedures. In general, the license agreements are typically sophisticated contracts with ongoing obligations for both parties: service, support, and upgrade responsibilities on the part of the licensor, and confidentiality requirements and intellectual property rights and use restrictions on the part of the licensee, etc.

- Part II of this Comment explore the general legal nature and character of the intellectual property rights and intellectual property licenses in German and Austrian Law.
- Part III and Part IV explain the protection of intellectual property licenses in German and Austrian Law.
- The German Ministry of Justice currently make amendments to insolvency-related legislation. In particular, it is considered to investigate legislative bill of a new § 108a German Bankruptcy Code in terms of protections of intellectual property licenses in licensor's insolvency. According to the article, reject the trustee the fulfillment of a license agreement, the licensee may require a new license agreement, in which the licensee is allowed the continued use of the protected right.
- The Austrian Ministry of Justice was working on a draft for a 2008 amendment to the Austrian Bankruptcy Code. On July 1. 2010 the Austrian Bankruptcy Reform Act entered into force. The reform intends to expend the concept of the debtor in possession to business bankruptcies and to expedite decisions on creditor applications for the opening of insolvency procedures. If the license contract could jeopardize the continuation of the company's contract with the debtor can terminate with the debtor contracts under certain condition. The license agreement to rescind the contract or to terminate the contract in the event of insolvency procedures is not permitted under certain condition.

- Part V of this Comment examine thought-provoking legal issues in Korean Law from various perspectives under questionable situations in German and Austrian Law:
 - Availability of Privilege on intellectual property licenses under Korean Bankruptcy Law; protections of intellectual property licenses in licensor's insolvency; protections of intellectual property licenses in licensee's insolvency; restrictions on ipso facto clauses
- The Paper delve into the various solutions to legal arrangement of intellectual property licenses under insolvency procedures and proposes a novel approach to the problems which may resolve the inconsistencies in the Law.
 - Under the current Korean Law, parties may seek out various other techniques to ensure that their right are protected in the event of the bankruptcy filing by the other party to the agreement. Whereas it could be necessary to legislative resolve for legal stability and safety of transaction.

III. Expected Effects

- The paper based on a variety of approaches, motivated by equally diverse policy objectives, *e.g.* law, social or economic, provide policy options and judgment according on legal research and survey.

- Intellectual property rights and intellectual property licenses of creative innovators and start-up ventures will be effectively protected from predatory practices of mainstream economic players and powerful business. Even if many companies are susceptible to failure in our entrepreneurial culture, along with system reform, individuals and small enterprises are able to easy jump into new ventures and start up business based on new ideas. Entrepreneurial culture also begins with tolerance for failure.

- It is possible to predict that a legal protection reform of intellectual property licenses will be raised to promote M&As, help start-ups with initial public offering and aid failed business.

➤ Key Words : bankruptcy procedures, intellectual property rights, license agreements, intellectual property right licenses, executory contract, avoidance, *ipso facto* clauses, legislation to promote creative innovation in small & medium scale industry

목 차

요 약 문	3
Abstract	7
제 1 장 서 론	15
제 1 절 연구의 필요성과 목적	15
제 2 절 연구의 범위와 방법	18
제 2 장 독일과 오스트리아법상 지식재산권과 지식재산사용권 개관	23
제 1 절 소유권과 지식재산권	23
제 2 절 거래의 안전과 공시방법	25
제 3 절 지식재산권사용계약과 지식재산사용권	28
제 3 장 독일 도산법상 지식재산사용권의 보호	33
제 1 절 논의의 배경	33
제 2 절 현행 독일 도산법상 지식재산사용권의 법적 처리 ...	36
제 3 절 독일 도산법 제108조a 입법안에 따른 지식재산권사용계약의 관계	40
1. 2007년 독일 도산법 제108조a 입법안의 내용 및 특징	40
2. 2012년 독일 도산법 제108조a 입법안의 내용 및 특징	45
제 4 절 소 결	49

제 4 장 오스트리아 통합도산법상 지식재산사용권의 보호 ...	53
제 1 절 연역 및 개관	53
제 2 절 지식재산권사용계약과 도산관재인의 선택권	54
제 3 절 도산채무자의 계약상대방에 의한 지식재산권사용계약 관계의 해소	56
제 4 절 소 결	59
제 5 장 우리나라에 주는 쟁점별 시사점	61
제 1 절 도산법상 지식재산사용권에 대한 우선특권의 부여 여부	61
제 2 절 지식재산권자의 도산 시 지식재산사용권의 보호	65
제 3 절 지식재산권사용자의 도산 시 지식재산사용권의 보호 ...	66
제 4 절 도산조건부 계약해지조항의 제한 여부	68
제 6 장 결 론: 규제모델의 제언에 같음하며	73
참 고 문 헌	77

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 필요성과 목적

금융위기의 위험요인은 아직까지도 세계경제 곳곳에서 그 자취를 감추고 있지 않다. 어떤 나라들은 실물경제에 영향을 미칠 수 있는 대규모 예산(재정지출)상의 문제와 과급 효과에 대해 우려하면서도 경제위기에 적절히 대응하며 어려움을 헤쳐나가고 있다. 새로운 정부의 출범과 함께 추진되고 있는 경제민주화에 대해서도 그 개념은 여러 가지로 정의되고 있으나, 그 출발점은 자본주의가 가지고 있는 내재적인 모순에 있다. 이에 사회 각계의 전문가그룹들은 지난 몇 년의 금융위기 및 경제위기 이후 시장경제를 어떻게 잘 구현할 수 있는지, 어떤 원칙을 시장은 필요로 하는지 등 본질적인 구상을 발전시키려고 노력하고 있다.

이러한 상황에서 새로운 아이디어를 바탕으로 혁신적 과학과 정보통신기술, 창의적 문화콘텐츠의 산업화를 일구어 나아가는 많은 중소기업들은 지식재산권의 사용을 필요로 하는 경우가 많다. 이렇게 지식재산권을 활용하고자 하는 이는 권리소지자로부터 권리를 매수 또는 양도를 받아 사용하거나 사용권만을 허락받기도 한다. 일반적으로 과학기술 등의 빠른 발달로 인하여 기술 및 소프트웨어 등은 양도계약보다는 사용계약이 빈번한 편이다.¹⁾ 지식재산사용권(Lizenzrecht)은 발명, 상표, 소프트웨어, 컴퓨터게임, 음악, 영화 등의 경제적인 활용을 위한 법적 근거를 형성한다. 이러한 점에서 지식재산사용권은 그 자체가 거래의 대상이 되고 지식재산권사용자의 투자 근거가 된다.

1) 김선정, “지적재산권소유자의 과산과 실시(사용)권자의 보호 - 미국과 일본의 입법례를 중심으로”, 『비교사법』 제12권 제4호(2005), 625면 참조.

또한 담보제공 및 기업에 대한 출자의 대상으로 고려되기도 한다.²⁾ 그리하여 이러한 각 영역에서는 안정적인 특히, 도산보호(Insolvenzfestigkeit)를 받는 지식재산사용권에 대한 요청이 크다.

새 정부의 국정과제에서도 엿볼 수 있는 바와 같이,³⁾ 오늘날 고도 지식산업사회에서 창의와 혁신을 통한 과학기술 발전을 위해 지식재산을 창출, 보호, 활용하는 선순환 체계를 선진화하는 지식재산 시장 생태계를 정착시킬 필요가 크다. 또한 공정한 지식재산권의 실시 및 사용 관행의 정착으로부터 건전한 지식재산 시장 환경이 이루어질 수 있다. 이를 구현할 정책적 방안으로 중소기업의 지식재산권 관리역량을 제고시키고, 분쟁단계별로 범정부적 맞춤형지원체계를 운영하며, 정당한 지식재산에 대한 보상체계의 확립 등이 추진되고 있다. 최근 공정거래위원회는 소프트웨어산업에서 그 동안 대기업에 의한 하도급 중소기업의 기술을 탈취하는 실태를 막고자 소프트웨어산업 표준하도급계약서를 공표하고 중소기업의 지식재산권을 강화시키고 있다. 공공저작물의 경우에도 저작권이 발주공공기관에게 있어 와서 산하기관이나 지방자치단체에 무상 제공 등으로 인하여 소프트웨어기업들의 판로가 막혀 도산으로 이어지기도 하고, 소프트웨어기업들이 저작물 후속 이용 및 재활용을 하지 못하는 어려움이 있었다. 이에 대해 앞으로는 발주공공기관이 유지관리 및 성능개선을 위한 2차 저작권만 가지고, 소프트웨어기업에게 개정 및 배포권한을 포함한 1차 저작권을 인정하는 정부용역계약 일반조건이 개정된다. 이에 덧붙여 불공정 하도급거래에 대한 징벌적 손해배상제도가 확대 및 강화되고 있다.

우리나라에서 도산절차상 지식재산권사용계약(Lizenzvertrag)과 지식재산사용권(Lizenz)의 법적 처리에 대해 관심을 끌기 시작한 것은 비

2) Berger, ZInsO 2013, 569 (574) 비교.

3) 제18대 대통령인수위원회, “제18대 대통령직인수위원회 제안 박근혜정부 국정과제”, 2013, 48면.

로소 2000년대 중반에 이르러서이다. 소프트웨어가 지식 노동의 집약으로 얻어진 가치 창작물이라는 측면에서 중·소규모 컴퓨터 관련 기업들의 파산 및 매각·인수합병과 관련하여 소프트웨어 사용권의 계약당사자들이 권리관계 즉, 사용하지 않는 소프트웨어 사용권을 양도할 수 있는지에 대한 문의가 옛 프로그램심의조정위원회(지금의 한국저작권위원회)에 많았다.⁴⁾ 이에 대해 당시 지식재산권자(Lizenzgeber)와 지식재산권사용자(Lizenznehmer) 사이에 의견 차이는 매우 컸다. 지식재산권자는 지식재산권사용자가 단지 소프트웨어에 대한 사용권을 구매한 것이기 때문에 이를 타인에게 처분하는 것은 원칙적으로 불가능하다는 입장이었다. 반면에 기술 의존도가 높은 지식재산권사용자들의 입장에서는 소프트웨어도 기업의 자산이라고 보아 파산하거나 매각·인수합병 시에 소프트웨어의 처분이 가능하다는 것이다. 다른 한편 이러한 문제는 기업도산절차 이외에 소규모 소프트웨어개발자의 지식재산사용권과 자산에 대해 소비자파산절차가 개시된 경우에도 있을 수 있다. 하지만, 현재까지 이에 관한 법 규정이 마련되어 있지 않으며, 분쟁에 따른 구체적인 판례도 보이지 않고 있다.

앞으로는 본 연구의 성과를 기초로 지식산업의 지속가능한 성장을 위하여 도산법과 지식재산 관련 법 등 서로 다른 목적을 가진 법제 사이에 이익충돌이 있는 부분들의 적절한 조화를 이끌어 냄과 동시에, 도산절차에서 지식재산사용권과 지식재산권사용계약의 법적 보호는 보다 더 명확해야 한다. 이를 위해 우리나라 실정에 맞는 제도 개선을 도모하고 입법방향을 정함에 있어 고려해야 할 점들에 대해 검토가 필요하다. 이렇게 함으로써 계약 일방당사자의 지급불능, 지급정지 또는 회생 및 파산절차의 개시신청으로 인해 문제된 지식재산권사

4) 전자신문, “패키지는 되고...라이선스는 안된다?”, 2005. 12. 6, <news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=105&oid=030&aid=0000126234> (2013. 6. 12 최종 방문)

용계약 및 지식재산사용권의 법적 처리를 예견하고 적절히 대응할 수 있는 방안도 모색할 수 있을 것이다. 그리고 중소기업이 자신의 경제적 위기 속에서도 지속적인 사업 활동을 함에 있어 창출된 지식재산의 유동화와 활용을 촉진하게 하여 산업에 활력을 불어 넣을 수 있다. 무엇보다도 지식재산이 효율적으로 창출, 보호, 활용될 수 있는 지식재산 시장생태계의 선순환 구현에 조금이나마 도움이 되었으면 한다.

제 2 절 연구의 범위와 방법

우리나라 법제상 특허, 실용신안, 의장의 경우에는 실시권이라는 용어를 사용하고 있고, 상표에 대해서는 사용권, 저작물에 대해서는 이용권이라는 용어를 쓰고 있다. 이와 함께 라이선스의 법적 성질이 무엇인지에 대해서는 다툼이 있으나, 본 연구에서는 특수한 성질의 사용권으로 이해하고 있다. 이러한 사용권에는 배타적(exclusive) 지식재산사용권과 비배타적(non-exclusive) 지식재산사용권으로 구분된다. 전자의 경우는 전용사용권⁵⁾이라 하여 민법상 지상권 내지 전세권과 유사한 준물권적 권리로 볼 수 있지만, 후자의 경우는 통상지식재산사용권이라 하여 민법상 임차권과 비슷한 채권적 성질을 가질 뿐이다. 여기에서 지식재산사용권은 통상지식재산사용권과 관련한다. 배타적 지식재산사용권자는 지식재산권자의 동의 없이 2차 또는 하위지식재산사용권(Unterlizenz; Sublizenz)을 제3자에게 부여하고 자기 자신의 지

5) 미국에서는 등록을 통해 물권적 효력을 부여하는 전용실시(사용)권은 존재하지 않고, exclusive license는 계약 해석상 권리가 얼마나 이전되었는지를 기준으로 함으로 다른 사람에게 동일한 것을 허락하지 않겠다는 정도이면, 독점적 배타적 실시(사용)권에 해당하여 우리나라의 독점적 통상실시(사용)권에 비견할 수 있다고 한다. 박재현, “전용실시권과 미국법상 Exclusive License의 비교”, 『저스티스』 제120호 (2010), 49, 54, 57면 참조.

식재산사용권을 양도할 수 있다. 이러한 권한은 배타적 지식재산사용권자의 물권적 권리에서 도출된다.

전용지식재산사용권은 반드시 등록을 하여야만 효력이 발생함으로, 계약만 하고 등록을 하지 않은 경우에는 통상지식재산사용권과 같은 효력은 있어도 전용사용권의 효력을 갖지 못한다. 통상지식재산사용권은 등록을 하지 않아도 효력이 발생하지만, 제3자에게 대항하기 위해서는 등록을 하여야 한다. 하지만 이러한 통상지식재산사용권의 등록은 현재 실무상 활발히 이용되고 있지 않은 실정이다.⁶⁾ 그리하여 대외적으로 미등록 지식재산사용권의 보호가 문제되지만, 우리나라에서 실무상 표면화된 사례는 드문 편이라고 한다.⁷⁾ 더욱이 저작권의 경우에도 저작재산권, 배타적 발행권 또는 출판권의 처분행위 등에 있어서 등록이 대항요건으로 있지만, 저작권의 사용권에 있어서는 대항요건이라는 등록제도가 없어 도산절차상 적절한 보호를 받을 수 없다는 것이다.

우리나라와 국제시장에서 경쟁하고 있는 나라들 중에는 이미 오래 전부터 계약일방당사자의 도산으로 인해 지속적인 지식재산권사용계약의 법적 처리와 관련하여 분쟁이 꾸준히 있어왔고, 이를 입법적으로 해결한 나라도 있다. 그 중에서도 최근 독일에서는 그 동안 축적된 사례들과 학설의 입장을 종합하여 입법안을 마련하고 제도 개선을 꾀하고 있으며, 오스트리아에서는 법제화를 이끌어 내기도 하였다. 독일과 오스트리아의 도산절차에서는 도산채무자의 자산에 대한 청산과

6) 특허권의 경우뿐만 아니라 그 밖의 지식재산사용권의 경우에도 동일한 상황인 현실에 대한 이유로 등록비용의 부담, 지식재산권자의 등록협력의무, 사용료의 공개, 지식재산권자와 지식재산권사용자의 명칭 공개 등의 문제 등을 들고 있다, 노경섭, “지적재산 라이선스 계약에서 라이선시 보호에 관한 연구: 법정실시권 제도의 활용을 중심으로”, 『지식재산연구』 제7권 제3호(2012), 62면 이하 및 70면 참조.

7) 이에 대해 지식재산권을 양도할 때에 당사자 사이에 합의로 지식재산권사용계약도 함께 양도하는 경우가 대부분이거나 처음부터 지식재산권자가 파산하는 사례가 거의 없고, 지식재산권과 지식재산사용권에 대한 재산적 가치의 중요성에 대한 인식이 낮은 데에 그 이유를 들기도 한다, 노경섭, 앞의 논문, 69면.

함께 각각 도산계획(Insolvenzplan)과 회생절차(Sanierungsverfahren)에서 도산채무자의 경제활동의 지속가능성을 열어두고 있다. 도산절차에서 도산재단의 붕괴 또는 해체를 막기 위하여 부분적으로 계약의 해소 가능성 및 담보권 주장을 어렵게 하고 있다.

따라서 이 보고서는 지금까지 우리나라에서 비교법적인 연구대상으로 다루어지지 않고 있던 독일과 오스트리아에서의 법적 상황 및 동향을 잘 정리해서 소개하면서 우리에게 주는 시사점을 찾아보고 있다. 이러한 동향을 파악하면서 볼 수 있었던 법적 쟁점 및 논거들 중에서 가능한 한 우리나라의 정책 및 입법에서 고려될 수 있는 시사점들을 찾아 관련된 장에서 고찰해 본다. 그래서 독일 법제에 대해서는 우선 현행 도산법상 지식재산사용권 및 지식재산권사용계약의 처리와 그 문제에 대해 살펴보고, 최근의 입법 논의 및 그 동향에 대해 정리해 보는 것을 중심으로 한다. 이에 비하여 오스트리아 법제에 대해서는 2010년에 새로 제정된 통합도산법의 내용 중에서도 본 보고서의 주제와 관련된 부분을 중심으로 살펴보고자 한다.

특히, 계속적 채권관계로써 지식재산권사용계약이 도산법상 도산관재인 선택권의 대상이 되는지, 지식재산권사용계약에 근거한 지식재산사용권은 도산절차에서 보호를 받는지 문제된다. 이러한 문제는 그 권리의 종류에 따라 달라진다. 즉 일반적으로 배타적 지식재산사용권은 준물권의 성질을 갖고 있어 도산재단에 속하지 않지만, 통상지식재산사용권은 그의 채권적 성질로 인하여 도산관재인의 선택권에 달려 있다고 보고 있다. 이와 달리 최근 독일 연방대법원의 판례에서는 통상지식재산사용권과 배타적 지식재산사용권 모두 물권적 성질을 갖는다⁸⁾고 판단하고 있어 그 논거에도 주목하고 있다. 다만, 본 연구에

8) 따라서 배타적 지식재산사용권에 근거해 부여된 통상지식재산사용권은 저작권법 제41조에 따라 지식재산권자의 불행사로 인해 배타적 지식재산사용권이 소멸되더라도 이에 영향을 받지 않는다, BGH, Urteil vom 19. 7. 2012, I ZR 70/10; BGH, Urteil vom 29. 4. 2010, I ZR 69/08, Tz. 29; BGH, Urteil vom 26. 3. 2009, I ZR

서는 도산절차상 지식재산사용권의 보호 수단으로써 등록제도를 고려하고 있지 않다.⁹⁾ 우리나라에서 현재 마련되어 있는 등록제도가 활발히 활용되고 있지 못하거나 마련되어 있지 못한 부분과 관련해서는 독일과 오스트리아의 법적 상황을 종합적으로 검토하고 나면, 등록제도의 실효성 및 필요성이 미비함을 파악할 수 있을 것으로 여겨진다.

본 연구의 수행은 주로 문헌 및 자료의 분석을 통하여 이루어졌다. 연구주제와 관련하여 깊이 있게 고찰해야 할 쟁점과 그 내용들이 많이 있지만, 과제 수행기간을 고려하여 가능한 한 중심적인 내용을 간결하면서도 심도 있게 다루고자 하였다. 여기에 덧붙여 ‘라이선스와 도산’이라는 주제로 개최된 전문가포럼에서 논의된 내용들로부터 도움을 얻기도 하였다.¹⁰⁾

이 과제수행은 본격적으로 하나의 긴장되고 집중된 체계에서 이루어진 비교법적 분석 및 연구라고 하기에는 한계가 있다. 하지만 앞으로 구체적으로 표면화된 분쟁사례에서 합리적인 해결을 이끌어 내는데 본 연구에서 얻어진 결과는 참고자료로 활용될 수 있을 것으로 본다.

153/06, Tz. 17, 20 참조.

9) 일본의 옛 대항요건주의와 미국의 연방 파산법의 특징을 비교하고 미국 법제의 이점을 강조하고 있는 것으로 강 현, “라이선서 파산시의 라이선시의 보호에 관한 연구”, 『경영법률』 제12권 제1호(2010), 461면 이하 참조. 2011년에 개정된 일본 특허법 제99조에서는 이전의 등록대항제도 대신에, 미국이나 독일처럼 제3자에게 대항할 수 있는 당연대항제도를 도입하였다. 따라서 이를 통해 미등록 지식재산권사용자의 보호를 도모하고 있다, 노경섭, “지적재산 라이선스 계약에서 라이선시 보호에 관한 연구: 법정실시권 제도의 활용을 중심으로”, 『지식재산연구』 제7권 제3호(2012), 72면 주) 51, 74면.

10) 2013년 8월 12일 한국법제연구원에서는 “지적재산권의 특성에서 비추어 본 도산법상 법적 쟁점”, “독일에서 라이선스계약에 있어서 라이선시의 법적 보호”, “도산절차에서의 쌍무계약의 해제권에 관한 비판적 검토 - 라이선스계약에의 함의를 중심으로”라는 내용으로 발표와 토론을 열었다.

제 2 장 독일과 오스트리아법상 지식재산권과 지식재산사용권 개관

독일과 오스트리아의 도살절차에서 지식재산사용권의 보호에 관하여 본격적으로 비교법적인 기초연구를 하기에 앞서, 기본적으로 이해하고 넘어가야 할 점으로 독일과 오스트리아에서 지식재산권과 지식재산사용권의 특징과 함께 물권법과의 관계에서 나타나고 있는 흥미로운 차이점을 비교해 보고자 한다.

제 1 절 소유권과 지식재산권

소유권이란 법률의 범위 안에서 그 소유물을 사용·수익·처분할 수 있는 권리를 말한다. 여기에서 사용이란 물체의 용도에 따라 쓰는 것일 말하고, 수익이란 물건으로부터 과실을 수취하는 것, 처분이란 물질적 처분 및 거래상의 처분을 의미한다. 소유권은 물건이 가지는 사용가치와 교환가치의 전부에 관하여 지배를 미칠 수 있는 권리이며, 이는 사유재산제도의 법적 표현이고 물권법의 기본을 이루고 있다.

지식재산권은 무형물(intangible asset; unkörperliches Gut)에 대하여 일정한 기간 동안 절대적인 효력을 갖는 배타적 지배권(Herrschaftsrecht)에 속하며, 지식재산을 그의 창작자에게 귀속시키고 그 지식재산에서 창작자의 이익을 보호하는 기능을 한다. 이러한 점에서 지식재산권은 소유권과 유사하다. 그래서 지식재산이 물건의 개념에 포함되는 한 지식재산권을 소유권으로 이해할 수도 있을 것이다. 소유권의 침해 시와 마찬가지로 지식재산권의 권리자도 제거 및 부작위청구권 등 방어권(Abwehranspruch)을 갖는다. 이러한 점에 기인하여 소유권이나 지식재산권을 신용담보와 관련을 맺게 하는 데에 원칙적으로 가능하다.¹¹⁾

11) Koziol, Lizenzen als Kreditsicherheiten (2011), S. 15.

독일법상 지식재산권은 소유권으로 파악하지 않는 협의의 개념을 따르고 있다. 반면에 오스트리아법상에서는 물권법 시스템에서 지식재산권의 관계를 인정하고 있어 광의의 개념을 따르고 있다. 하지만, 오스트리아에서도 협의의 의미에서 소유권을 파악해서는 안 된다. 소유권이나 지식재산권이나 자산을 귀속시키는 기능과 함께 완전한 지배권에 해당함으로써 둘 다 동등하게 다루어져야 한다. 다만, 지식재산권의 인격권적 구성요소로 인하여 차이점은 나타난다.

독일 민법 제90조에서는 오로지 유형의 대상만이 물건의 개념에 포함되는 것으로 이해되어 소유는 유형의 목적물에서만 가능하다. 다만, 지식재산권은 독일 민법 제413조에서 의미하는 ‘그 밖의 권리’에 속하는 것으로 해석되고 있다. 이와 달리 오스트리아법에서는 인(人)과 구별되는 모든 것을 물건으로 간주한다. 오스트리아 민법 제353조 및 제285조에 따라 유형물(tangible asset; körperliches Gut) 또는 무형물은 채권, 지식재산, 소유권의 대상일 수 있다.

그러므로 독일법에서는 지식재산에 소유권이 존재할 수 없지만, 오스트리아법에서는 지식재산에 소유권이 존재할 수 있다.¹²⁾ 다만, 이는 지식재산이 직접적으로 오스트리아의 물권법 체계 아래에 놓이는 결과를 가져오지는 않는다. 왜냐하면 물권법 규정은 단지 유형물에 맞추어 형성된 것이기 때문이다. 이러한 지배권은 인격권적인 성질을 지닌 저작권을 제외하고는 원칙적으로 양도가 가능하고, 유형물과는 달리 지식재산의 선의취득은 인정되지 않는다. 비록 매우 협소하지만 특허권에서도 발명자의 예우측면에서 발명자의 인격권은 보호된다.

지식재산권은 일정한 기간 동안에만 존재하는 반면, 소유권은 시간적 한계가 없다. 다만, 상표권은 시간적 제한 없이 유지될 수 있지만, 정기적으로 연장되어야 한다. 지식재산은 유체물과 달리 장소적, 시간적으로 고정되어 있지 않아서 한 번 공개가 된 경우 다른 이들이 쉽

12) *Ibid.*, S. 14.

게 사용 및 접근을 할 수 있다. 그래서 권한 없는 제3자의 침해에 대한 보호를 위해 지식재산권은 엄격한 법적 보호시스템을 필요로 한다. 지식재산권의 특색으로부터 몇 가지 차이점들이 도출되었지만, 지식재산권과 소유권은 상당히 구조적인 유사성을 보이고 있다. 오늘날 지식재산권이 지적 소유(geistiges Eigentum)라는 표현으로 쓰이고 있어 또한 이를 반증해 주고 있다.

제 2 절 거래의 안전과 공시방법

우리나라와는 달리 독일과 오스트리아법에서는 채권적 의무행위와 물권적 처분행위를 구분하여 각 법률행위가 별개로 이루어진다는 독자성 원칙(Trennungsgrundsatz)이 인정되고 있다. 그리고 채권적 합의인 원인행위가 무효인 경우, 물권행위에 영향을 미치는지 여부에 따라 무인성 원칙(Abstraktionsgrundsatz) 및 유인성 원칙(Kausalitätsgrundsatz)으로 나누어진다.

독일 물권법은 거래보호를 중심적인 가치로 정하고 있어 무인성 원칙, 동산과 부동산에서 선의취득, 효력요건으로써 공시에 의해 유지되고 있다. 다만, 당사자 이익을 위한 유연화는 동산과 관련한 담보물권에서 공시요건의 광범위한 잠식에 의해 일어나고 있다. 사실 독일법은 공시되지 않은 동산의 처분 시 그 절대권 및 처분에 대한 제3자의 인식가능성보다는 다양하게 당사자의 이익에 보다 높은 의미를 부여하고 있다.¹³⁾ 또한 물권계약에 대한 정당한 포괄적인 취소 가능성은 이러한 당사자 이익에 부합한다.

이에 비하여 지식재산권에서 공시방법은 보다 강조되고 있다. 특허권과 상표권의 발생에서는 공시방법이 매우 중요하지만, 이들 권리의 처분 시에는 그러하지 않다. 따라서 충분한 신뢰의 불비로 인하여 선

13) Koziol, Lizenzen als Kreditsicherheiten (2011), S. 25.

의취득은 가능하지 않다. 독일의 지배적인 견해에 따르면 저작권에서는 이러한 무인성 원칙의 효력이 제한된다고 보고 있다. 이와 관련하여 유인적인 형태는 오직 출판법에서 명시적으로 규정하고 있다.¹⁴⁾ 독일의 지배적인 입장에 따르면, 유인성 원칙은 독일 출판법 제9조 제1항의 준용으로 독일 저작권법에도 미친다¹⁵⁾고 보고 있다.¹⁶⁾ 다만, 저작권자의 강한 인격권적인 성질에 따라 독일 특허법 및 독일 상표법에 비하여 거래보호 이념의 영향력은 감소되고 있다.¹⁷⁾ 전체적으로 독일 지식재산권에서 거래의 보호는 경미하게 나타나고 있다. 그러므로 독일 물권법과 지식재산법상 가치 사이에는 현저한 차이가 존재하는 것으로 보인다.

독일법과 비교해서 오스트리아법에서는 유인성 원칙에 근거하여 무엇보다도 존속보장 및 법적 안정성 측면에서 양도인 또는 매도인의 이익이 강하게 고려되고 있다. 하지만 이는 선의취득에 관한 규정의 의해 완화된다. 이는 담보법상 양도담보 시 엄격한 공시규정에 근거하여 독일에서보다 더 큰 의미를 갖는다. 또한 유인성 원칙에 의해

14) 출판법 제9조 제1항에 의하면 출판권은 창작물의 인도와 함께 발생하고, 계약관계의 종료로 소멸한다. 이에 따라 지식재산사용권의 존립은 기초가 되는 계약에 달려 있어, 출판권은 계약관계의 종료와 함께 소멸하기 때문에 출판권은 자동적으로 저작권자에게로 회수된다, Schricker, VerlG (2001), § 9 Rn. 6 ff. 비교. 이러한 결과는 계약의 종료와 장래효이든 소급효이든 차이가 없다, Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger, UrhG (2009), Vor § 31 ff. Rn. 49. 이와 다른 입장에는 Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht (2010), Rn. 590. 특히, 무인성 원칙의 측면에서 제3자의 2차 지식재산사용권은 도산보호(insolvenzfest)를 받는다, Nolden, Das Abstraktionsprinzip im urheberrechtlichen Lizenzverkehr (2005), S. 178.

15) Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger, UrhG (2009), Vor § 31 ff. Rn. 50 ; OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. 10. 2006, 6 U 174/05.

16) 독일 저작권법 제31조 제5항에 따라 계약목적이 사용권의 범위를 정하게 되고, 독일 저작권법 제40조 제3항 및 제41조 제5항에 따라 계약이 무효로 됨으로 인하여 사용권이 소멸되는 것으로 보고 있다; 이와 관련한 논쟁에 대하여 Nolden, Das Abstraktionsprinzip im urheberrechtlichen Lizenzverkehr (2005), S. 45 ff. 참조.

17) Picot, Abstraktion und Kausalabhängigkeit im deutschen Immaterialgüterrecht (2007), S. 173 f.

당사자 이익의 강조는 착오에 의한 취소의 제한적인 가능성에 근거한 계약의 존속보호를 통해 약화시키게 된다.¹⁸⁾

오스트리아 특허법은 당사자 이익과 거래 이익 사이에 유사한 균형 잡힌 해결을 담고 있다. 즉, 무권리자에 의한 선의취득이 가능하지 않음에도 불구하고, 등록의 본질적인 효과에 근거하여 동산에 대한 권리에서와 같은 동일한 효력이 공시원칙에서 부여된다. 다만, 등록의 선언적인 효과를 지닌 상표권은 이에 상반되지만, 최소한 권리양도의 측면에서는 거의 상충되지 않는다.

거래보호의 이념에서는 제3자의 신뢰보호에 대한 법률관계의 안정화 측면이 강조되고 있다. 물권법에서 거래보호에 중심을 두고 있는 독일법은 지식재산권에 있어서는 처분에 따른 공시방법을 갖추고 있지 않은 관계로 이러한 점을 상당히 도외시하는 면이 있다.¹⁹⁾ 그래서 지식재산권 양도에 대해 독일 민법 제398조 이하의 채권양도 또는 권리양도에 관한 규정이 우선 시스템적으로나 강행적으로 준용이 된다. 하지만 오스트리아법에서는 최소한 물권법과 특허법 사이에 어떤 조화가 존재한다. 오스트리아법상 광의의 물건 개념은 지식재산권을 포함하고 물권법에서와 같은 공시원칙의 준용을 당연한 것으로 여기게 한다.²⁰⁾ 이에 비하여 오스트리아 특허법과 상표법 사이에서는 강한 단절이 존재하고 있다. 오스트리아 특허법에서는 광의의 물건 개념 속에서 물권법상의 원칙에 입각하여 지식재산권의 처분은 공시요건과 관련되어 있다. 그러나 오스트리아 상표법에서 등기(Eintragung)는 권리의 발생을 위해서는 본질적이나, 처분에 대해서는 선언적일 뿐이다.²¹⁾ 이러한 경우에도 오스트리아 민법 제 1392조 이하에 따른 권리양도에 관한 규정을 상표권의 양도에 준용할 수 있을 것이다. 그러나

18) Koziol, Lizenzen als Kreditsicherheiten (2011), S. 30.

19) *Ibid.*, S. 35.

20) Koziol, Lizenzen als Kreditsicherheiten (2011), S. 35.

21) *Ibid.*, S. 36.

이는 상대권 양도에 관한 규정을 절대권 양도에 적용하는 것이므로 엄밀한 의미에서 옳다고 볼 수 없다. 지식재산권의 사실상 행사로 얻어진 공시는 오스트리아법상으로 효력요건이어야 하지만, 독일법상으로는 그러하지 아니하다.²²⁾ 어쨌든 특허권과 상표권의 이러한 구별된 처리는 사실상 정당하다고 볼 수 없다.

제 3 절 지식재산권사용계약과 지식재산사용권

독일이나 오스트리아 법률상 사용권에 기초한 채권관계인 지식재산권사용계약에 관해서도 특별한 규정은 존재하지 않는다. 그래서 어느 정도 전형계약에 관한 규정들이 지식재산권사용계약에 적용 가능한지 검토가 이루어지고 있다. 또한 어느 정도 절대적 효력을 갖는 지식재산사용권이 설정될 수 있는지도 살펴볼 필요가 있다.

그 중에서도 사용임대차계약 또는 용임대차계약에 관한 규정의 적용 가능성이 크게 주목 받고 있으며, 그 외에 매매계약, 조합계약에 대해서도 논의되고 있다. 여기에서 독일법상 임대차계약에 관한 규정은 유형물에 대해서만 적용이 되는 반면에, 오스트리아 민법상 물건의 개념은 광의로 파악되고 있고, 소유권자는 자신의 권리를 임대할 수 있다는 오스트리아 민법 제1093조에 따라 그 적용에 대해서는 문제가 되지 않는다. 따라서 오스트리아의 경우 지식재산권사용계약에 대해 사용임대차계약이나 용임대차계약에 관한 규정을 준용하는 것은 지지되고 있는 반면에, 독일의 경우에는 받아들여지지 않고 있다. 이러한 논의에서는 적어도 지식재산권사용계약에 의해 설정된 사용권에서 상대적 권리 또는 절대적 권리는 고려되지 않는다.²³⁾

특히, 지식재산권사용계약을 매매와 유사한 계약으로 보는 것에는 문제가 있다. 왜냐하면 지식재산권사용계약에서는 대부분 지식재산권

22) *Ibid.*, S. 41.

23) Koziol, *Lizenzen als Kreditsicherheiten* (2011), S. 124.

의 종국적인 양도를 의도하지 않고, 계속적인 사용권의 양도라는 채권관계를 설정하는 것이 일반적이기 때문이다.²⁴⁾ 종합적으로 보자면 지식재산권사용계약은 기존의 전형계약의 한 종류로 파악하기 보다는 독자적인 것으로 볼 수 있다. 그러면서 특징적으로 용익임대차계약의 요소를 포함하고 있다고 본다. 그래서 오스트리아법상 절대적 지식재산사용권은 용익권 또는 지역권의 형태로 표시될 수 있다.²⁵⁾

지식재산사용권은 지식재산권사용계약에 근거하여 지식재산의 보유자에 의해 영업상 보호되는 권리를 개별적 또는 모든 사용 가능한 방법으로 사용하거나 활용할 수 있도록 제3자에게 설정된 권한을 말한다. 이로써 지식재산권사용자는 그의 경쟁자에 비하여 시장에서의 우위를 점할 수 있다. 배타적 지식재산사용권은 지식재산권사용자에게 특정된 영역에서 지식재산의 독점적인 사용을 할 수 있는 권능을 준다. 지배적인 견해에 따르면 배타적 지식재산사용권은 물권적 효력을 갖는다. 다만, 독일 판례에서 지식재산사용권은 배타적이든 비배타적이든 관계없이 채권적인 허락이 아니라 절대적 효력을 갖는 물권적인 권리라고 판단되고 있다.²⁶⁾ 왜냐하면 특히 독일법상 기본적인 무인성 원칙을 벗어나는 근거가 없기 때문이며, 도산절차의 개시는 단 1회 설정된 사용권의 물권적 존재에 대해 어떤 영향을 미치지 못하기 때문이다.

다른 한편 독일 저작권법 제33조, 독일 특허법 제15조 제3항, 독일 상표법 제30조 제5항에서는 지식재산권자의 처분행위에 의해 새로운 권리자로부터 이전에 부여된 지식재산권사용자의 권리가 침해되지 않도록 새로운 권리자에게 자신의 권리를 주장할 수 있도록 한 승계적 보호(Sukzessionsschutz)를 인정하고 있어, 이를 근거로 비배타적 지식

24) 영화사용권계약의 경우에도 Zehnsdorf, Filmnutzungsrechte in der Insolvenz (2006), S. 81 ff. 참조.

25) Koziol, *op cit.*, S. 67 ff., 124.

26) 특히 BGH, Urteil vom 26. 3. 2009, I ZR 153/06, Tz. 20.

재산사용권의 물권적 효력이 인정되고 있다고 보고 있다.²⁷⁾ 특히, 독일의 저작권법 제33조d에서는 배타적이든 비배타적이든 구별하지 않고 지식재산사용권에 대하여 명시적으로 당해 보호를 인정하고 있다. 이러한 규정들의 의미는 지식재산사용권에 대한 지식재산권자의 처분으로 지식재산사용권의 소멸에 따른 지식재산권사용자나 2차 또는 하위지식재산권사용자를 보호하는 데 있다. 또한 승계적 보호는 당사자 사이의 합의에 의하거나 이에 근거한 처분에 따라 발생할 수 있다.²⁸⁾ 여기에서 승계적 보호는 첫째, 나중에 사용허락이 인정된 권리가 처분되더라도 배타적 또는 비배타적 지식재산사용권은 소멸하지 않거나 둘째, 1차 지식재산권사용자에 의한 배타적 지식재산사용권의 양도는 그에 의해 이미 허여된 2차 또는 하위지식재산사용권에 영향을 미치지 않거나 셋째, 지식재산권자 또는 권리소지인에 의한 배타적 지식재산사용권의 허여는 사전에 부여된 비배타적 지식재산사용권의 효력에 영향을 미치지 않는 경우로 분류할 수 있다.²⁹⁾

오스트리아의 저작권법 제24조 제2항에서도 승계적 보호를 인정하고 있다. 다만, 창작물 사용동의를 위해 비배타적 지식재산사용권에서만 승계적 보호가 인정되고 있다. 사실 배타적 지식재산사용권의 보호정도가 비배타적인 경우보다 약하다는 것에 대한 객관적인 근거는 존재하지 않는다. 따라서 비배타적 저작사용권에 대해서만 승계적 보호가 인정되는 것은 묵시적으로나마 배타적 지식재산사용권의 절대적 효력에 근거하고 있으며, 배타적 권리에 대해서는 명시적인 규정이 불필요하다는 고려에서 나온 것으로 판단되고 있다.³⁰⁾ 그리고 오스트리아 상표법 제28조에서의 등록은 제3자효를 인정하고 있지 않은

27) BGH, Urteil vom 19. 7. 2012, I ZR 24/11; BGH, Urteil vom 19. 7. 2012, I ZR 70/10. 이에 반대하는 견해로 Hauck, AcP 211 (2011), 626 (634 ff.).

28) Hauck, *op. cit.*, 638.

29) Hauck, AcP 211 (2011), 626 (633 f.).

30) Koziol, Lizenzen als Kreditsicherheiten (2011), S. 65.

데, 기업양도의 경우에 같은 법 제11조 제1항에서 개별적으로 승계적 보호를 규정하고 있다.

이와 같이 지식재산사용권이 제3자에 대하여 어떤 효력을 발휘하는지 즉, 당사자 사이에 상대적인지 모든 이에 대해 절대적 효력을 갖는지 그 법적 성질의 문제는 또한 담보로써 지식재산사용권의 활용을 위해 중요한 의미를 담고 있다.³¹⁾ 담보권설정자가 지식재산사용권을 담보를 위해 양도하거나 그 사용료를 양도한 경우, 연쇄지식재산권사용(Lizenzkette)에서 지식재산권자 또는 지식재산권사용자의 재산에 대해 도산관재인은 전형적으로 이행선택권을 갖고 연쇄지식재산권사용 및 담보권을 상쇄시킬 수 있다. 지식재산사용권의 도산보호 또는 지식재산권사용계약의 존속을 보장하려는 논의도 이와 관련한다.³²⁾

31) *Ibid.*, S. 57.

32) Schmidt, WM 2012, 721 (723) 비교.

제 3 장 독일 도산법상 지식재산사용권의 보호

제 1 절 논의의 배경

최근에 이르러서까지도 독일의 여러 소프트웨어기업과 대중전달매체기업들의 도산이 이어졌었다.³³⁾ 이러한 실무에서의 사례를 바탕으로 독일의 문헌 및 판례와 입법자들에게 도산절차에서 지식재산사용권의 운명 또는 법적 처리는 지속적인 관심의 대상이 되고 있다. 특히, 특허사용권과 컴퓨터소프트웨어 및 음악작품은 지식재산권자의 도산에 의해 지식재산권사용자에게 있어 경영상 불리한 영향을 안겨 줄 수 있다. 그래서 장기간의 개발기간과 높은 개발비용이 필요한 특허제품이나 의약품의 경우에 이러한 도산절차에서 지식재산권을 사용하는 기업의 권리가 상실될 수 있고, 음악출판사의 경우에도 실질적으로 이미 체결된 지식재산권사용계약의 존속 여부에 달려 있다.

문제의 발단이 된 구체적인 첫 사례를 살펴보면 우리나라의 경우와 같이 소프트웨어와 그의 소스코드에 관한 것이다.³⁴⁾ 도산채무자인 A 기업은 건축물의 설계와 입체적으로 묘사하는 소프트웨어를 개발했고, 그의 자회사는 조립식 주방설비를 계획하는 등 영업활동을 위해 당해 소프트웨어가 필요했다. 그리고 소프트웨어의 사용, 판매 및 계속적인 개발에 관한 계약이 이루어졌으며 오직 특별한 사유로 인한 해지만 가능하였다. 계약 연장의 불응은 해지 가능성에 있어 결정적이다. 해지의 결과는 자회사에게로 사용권 및 판매권을 포함한 최신 버전 소스코드의 이전이었다. 도산절차의 개시 후엔 도산관재인이 이

33) 대표적으로 소프트웨어산업 중에서 도산한 기업으로 Softmatic AG와 Brokat AG가 있고, 영화관련산업 중에서는 EM.TV, Kinowelt Medien AG, UFA Theater GmbH & Co. KG 등이 있다.

34) BGH, Urteil vom 17. 11. 2005, IX ZR 162/04.

행을 거절한 것에 대하여, 자회사는 해지의 의사표시를 했고 소스코드의 반환을 청구하였다. 그로 인하여 도산관재인은 소송 중에 소비대차금의 반환과 소프트웨어의 복사 및 판매의 부작위를 청구하였다.

두 번째 사례로 독일의 한 자동차 회사는 2005년 언론에 고시한 바에 따라 합병관계에 있는 중앙관리회사에게 자신의 특허권을 양도하였다. 이어서 이 자동차회사는 중앙관리회사의 지식재산권사용자로 있으면서 영업상 관련 있는 사용료를 지급하는 의무를 지고 있었다. 합병으로부터 이 자동차 회사의 분사에 관한 논의에서 협상참가자는 현재 이 자동차 회사는 생산제조기업이 아니고 단지 상표만을 가지고 판매하는 회사라고 주장했다. 이러한 기업의 지속가능한 경영을 위한 열쇠로써 지식재산사용권과 특허권, 저작권, 상표권, 노하우 등 보호권(Schutzrecht)의 범위가 고려되는데, 이 자동차 회사의 회생과정에서 이러한 보호권은 중요한 요소를 차지하고 있었다.

세 번째 사례로 A회사는 문제된 컴퓨터프로그램에 대해 개조와 계속적인 개발을 하는 권한을 포함해 배타적인 사용권을 갖고 있었다. A회사는 B(피고)의 1회 대금 지급과 함께 당해 소프트웨어의 통상지식재산사용권을 B에게 설정하여 주었고, 프로그램 점검계약을 체결하였다. 그러면서 A회사는 B에게 매년 사용료의 지급에 따라 새로운 버전을 사용할 수 있게 할 의무가 있었다. 이후 A회사는 도산신청을 하였고, 지식재산권자인 프로그래머 K(원고)는 A회사에 대해 서면으로 배타적 지식재산사용권의 반환을 요구하였다. 2001년 B회사에 컴퓨터프로그램의 판매를 위탁했다.

관련된 다른 사례로는 지식재산권사용 실무상 계약당사자들은 지식재산권사용계약을 합의할 때에 일방당사자의 의무위반이나 도산으로 인하여 계약관계를 종료하는 조항을 두는 경우가 많다. 지식재산권사용자의 도산절차에서 이러한 계약해지로 인하여 지식재산사용권이 상

실된다면, 그의 회생에 상당한 악영향을 미칠 수 있으며, 지식재산권자도 지식재산을 제대로 활용하지 못하게 되는 위험에 봉착할 수 있다. 다른 한편 지식재산권자가 도산한 경우에도 이러한 조항에 따라 계약관계가 종료되면, 지식재산권사용자는 그의 경제활동을 함에 있어 더 이상 지식재산을 사용 및 활용할 수 없게 되어 불측의 손해가 발생할 수 있다. 만약 지식재산권자에게 회생절차가 개시된 경우, 그에게는 당장 사용료 수익의 단절이 발생하고 회생재단의 충실에도 문제가 된다.

덧붙여 아직 독일 연방대법원의 판단이 남아 있지만, 최근까지도 특허권자의 도산 시 특허에 관한 통상지식재산사용권의 도산법상 처리가 문제되고 있다.³⁵⁾ 여기에서는 지식재산사용권의 설정 시 의무를 포함하고 있던 계약이 도산절차 개시 시에 이미 완전히 이행되었는지 또는 채권적 의무가 완전히 이행되지 못했는지에 대하여 중요하게 고려되었다.

이러한 상황들을 해결해 보고자 독일 입법자들에 의한 노력이 모아져 2007년도에 입법안이 제시되었으나 2008년도에 폐기되고 말았고, 2012년도에 다시금 새롭게 입법안이 마련되어 현재까지 검토와 논의가 진행되고 있다. 그러므로 독일에서 이루어지고 있는 현행 도산법상 지식재산사용권 보호와 함께 법정된 규정을 통하여 법적 상황을 보다 개선하고자 하는 여러 가지 법정책적인 노력들은 우리에게도 시사하는 바가 크다. 이하에서는 이러한 입법안에 대한 검토와 이와 관

35) 이 사례에서는 증시에 상장된 기술기업인 A와 그의 결합기업 및 지식재산권사용자는 지식재산권자인 Q주식회사의 도산절차 개시 이후에도 기술특허의 다수를 계속해서 사용하고자 하였는데 이에 대한 정당성이 문제되었다. 아울러 A는 Q주식회사의 특허 존재에 대한 정보도 청구하였다. 왜냐하면 Q주식회사의 도산관재인은 A와 Q 사이에 체결된 수권 건의 특허와 특허등록의 양도에 관한 출자 또는 조달계약(Einbringungsvertrag)에 대해 이행을 거절했기 때문이다, OLG München, Urteil vom 25. 7. 2013, 6 U 541/12 참조.

련해 논의되고 있는 쟁점에 대해 살펴보기로 하고, 이에 앞서 현행 독일 도산법상 지식재산사용권이 어떻게 처리되고 있는지 고찰해 보고자 한다.

제 2 절 현행 독일 도산법상 지식재산사용권의 법적 처리

특히 각 계약당사자들이 도산한 경우에 지식재산권사용계약의 유지 및 지식재산사용권의 보호가 문제된다.³⁶⁾ 독일의 옛 파산법(Konkursordnung) 아래에서 지식재산권사용계약은 도산보호를 받았으나,³⁷⁾ 도산법의 시행 이후에는 쌍방 미이행 쌍무계약에 대한 도산관재인 선택권의 대상이 되고 있다.³⁸⁾ 이 때 미이행 쌍무계약은 도산관재인의 선택권이 행사될 때까지 유동적인 상태로 존재해 있는 것이고, 각 당사자들의 이행청구는 실현 가능하지 않게 된다.³⁹⁾

저작권이나 영업상의 보호권에서의 배타적 지식재산사용권은 지식재산권자의 도산 시 사용권자에게 환취권(Aussonderungsrecht)을 갖게 한다. 또한 이러한 환취권은 도산관재인이 기본적인 계약의 이행거절

36) 다만, 지식재산사용권자가 도산한 경우에는 양 당사자에게 발생하는 불이익이 없다고 하고, 오히려 지식재산권자가 도산한 경우에는 양 당사자 사이에 불이익이 발생한다는 견해에 서재권, “회사 도산에 의한 지적재산권 이전에 관한 소고”, 『창작과 권리』 제43호(2006), 40면 참조.

37) 독일 옛 파산법 제21조 제1항에 따르면, 파산채무자가 그에 의해 사용임대 또는 용임대된 목적물을 파산절차의 개시 전에 사용임차인 또는 용임차인에게 양도한 경우, 사용임대차 또는 용임대차계약은 파산재단에 대하여 유효하다고 규정하고 있었다. 이 규정은 지식재산권사용계약에도 준용되어 파산관재인이 당해 계약을 일방적으로 종료할 수 없었다, Graef, ZUM 2006, 104; 이후 1994년 10월 5일에 공포(BGBl. I S. 2866)되었고, 1999년 1월 1일부터 발효된 도산법에 의해 옛 파산법 제21조는 현행 제108조로 교체되었다.

38) 다만, 부분적으로 지식재산권자는 특히 구매계약에 의한 영화사용계약 및 소프트웨어양도계약에 의한 사용권의 설정과 함께 계약을 이미 완전히 이행했다는 견해도 있다, McGuire, GRUR 2009, 13 (21); Zehnsdorf, Filmmutzungsrechte in der Insolvenz (2006), S. 109.

39) Wegener in Wimmer, FK-InsO (2013), § 103 Rn. 3.

을 선택하는 경우에도 존재한다. 이행거절의 선택은 물권적 처분에 기초한 의무계약의 존립에 영향을 미치지 않고 단지, 권리의 실현 가능성이 정지되는 것이다.

우리나라의 법적 상황과는 달리 독일 도산법상 도산관재인은 쌍방 미이행 쌍무계약을 도산채무자를 대신해 이행하거나 계약상대방의 이행을 청구할 수 있다.⁴⁰⁾ 만약 도산관재인이 그 계약의 이행을 거절한 때에는 계약상대방은 불이행에 따른 채권을 단지 도산채권자로서 주장할 수 있다. 이를 두고 도산관재인에게 미이행 쌍무계약을 소극적으로 이행을 거절할 수 있는 권능만 부여되고 있다⁴¹⁾고 보기도 한다. 하지만 도산관재인이 해지를 하는 경우라도 이는 계약이행을 거절하는 것으로 동일시된다.⁴²⁾ 해지의 의사표시에 의해 법률관계는 변경되고, 쌍방채권관계의 지위에서 도산채무자의 계약상대방은 불이행에 따른 손해에 갈음하는 일방적 청구권 갖는다. 이런 경우 당해 청구권은 일반적인 도산채권에 해당하여 도산채권자표에 신고 될 수 있고, 일반적으로 낮은 비율의 배당을 받게 된다. 마찬가지로 도산관재인이 해제권을 행사하는 경우 계약은 소급해서 종료되지 않고 다음의 이행문제만 남게 된다.⁴³⁾

40) 이러한 경우 우리나라 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제119조 및 제335조에 따르면, 관리인 및 파산관재인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다. 이와 유사하게 오스트리아 통합도산법 제21조 제1항에서도 도산관재인은 도산채무자를 대신해서 계약을 이행하고 상대방에게 이행을 청구하거나 계약을 해지할 수 있다.

41) 한 민, “미이행쌍무계약에 관한 우리 도산법제의 개선방향”. 『선진상사법률연구』 제53호(2011), 85면 참조. 자세한 것은 김성용, “도산절차에서의 쌍무계약의 처리와 관련한 두 가지 의문”, 『비교사법』 제14권 1호(2007), 51면 이하 비교.

42) Hess, Insolvenzrecht (2013), § 103 Rn. 280; Wegener in Wimmer, FK-InsO (2013), § 103 Rn. 104.

43) 다만, 독일 출판법(Verlagsgesetz) 제9조가 준용되는 경우 도산관재인이 지식재산권사용계약의 이행을 거절하는 것은 지식재산사용권이 소멸되는 결과를 가져온다, Wegener in Wimmer, FK-InsO (2013), § 103 Rn. 102.

쌍방 미이행 쌍무계약상의 채권은 담보되지 않은 채권적 청구권이 기 때문에 도산보호를 받지 못한다. 이럼에도 불구하고 도산채권자에게 경제적으로 이익이 되는 그의 미지급된 반대급부에 이르기 위해 도산관재인이 도산채권자의 청구를 도산재단으로부터 제공하는지 여부의 선택권이 설정된 것이다.⁴⁴⁾ 이로써 계약이행의 선택은 계약 상대방의 보호를 피하게 되며 그의 청구권은 재단채권이 된다.

독일 연방법무부에서 마련한 입법안에 상당한 영향을 미쳤던 2005년 독일 연방대법원의 명시적인 판단에 따르면,⁴⁵⁾ 지식재산권사용계약은 독일 도산법 제108조와 제112조의 의미상 계속적 사용계약으로써 권리임차권(Rechtspacht)에 해당한다. 그러나 이 규정들은 부동산에 대한 내용이기 때문에 이러한 종류의 사용계약은 독일 도산법 제103조에 따른 도산관재인의 선택에 달려 있다고 보고 있다. 이후 학계에서는 독일 도산법 제103조의 중대한 효과와 관련하여 지식재산권을 사용하는 기업을 위해 현행법 아래에서의 법적 구성을 강구하기도 하였다. 그 예로 지식재산권의 양도담보(Sicherungsübertragung), 지식재산권에 대한 질권(Verpfändung) 또는 용익담보(Sicherungsnießbrauch)⁴⁶⁾가 논의되었다.⁴⁷⁾ 하지만 제안된 계약형성은 항상 지식재산권자의 도산에 연결된 것이어서 그의 법적 효과가 의문시 되었다.⁴⁸⁾ 특히, 독일 도산법 제119조에 따라 다른 계약당사자의 도산보호를 의도한 계약형

44) Wegener in Wimmer, FK-InsO (2013), § 103 Rn. 1; Jungclaus, ZInsO 2012, 724 (725).

45) BGH, Urteil vom 17. 11. 2005, IX ZR 162/04.

46) 물권적 사용권에 대한 합의가 권한 있는 자 스스로 종류와 범위에 대해 영향을 미침이 없이 그에게 확약한 급부를 물권적으로 보전함을 정한 경우에 용익담보가 존재한다, Reul in Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis (2012), B Rn. 39; 오직 담보목적으로 설정된 용익권은 행사되지 않는 한 소득세법상 고려되지 않는다, Graf in Reul/Heckschen/Wienberg, *op. cit.*, Rn. 44.

47) Tabrizi, Lizenzen in der Insolvenz nach dem Scheitern des Gesetzes zur Einführung eines § 108a InsO (2011), S. 132 ff.; Spies, Zur Neuregelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen nach § 108a InsO-Entwurf (2010), S. 81 ff.

48) Heim, NZI 2008, 338 (339).

성은 도산절차상 효력이 없다. 그래서 현행법에서 차용한 해결 가능성은 적절하지 않은 것으로 판단되고 있었고, 더욱이 국제계약에 있어서도 수용이 어려운 측면이 있다.

이와 관련하여 2005년 독일 연방대법원에서는 그의 판례에서 다른 입장을 전개하였다. 매우 제한적이기는 하지만 도산보호를 위한 계약 조항을 통한 계약상 형성 가능성을 열어 두고 있다.⁴⁹⁾ 판단 대상이 된 계약조항은 지식재산권사용자에게 컴퓨터프로그램의 최신 버전에 대한 사용권과 운영권과 함께 소스코드를 양도함에 있어서, 계약종료하는 경우를 정지조건으로 그리고 도산으로부터 영향을 받지 않고 적절한 사용료로 지식재산권사용자에게 배타적 지식재산사용권의 설정 또는 양도를 의도하고 있다. 독일 연방대법원은 도산절차의 개시 전에 이러한 계약조항에 따라 지식재산권사용계약의 해지를 정지조건부로 하여 사용권이 양도되었기 때문에 도산재단에 속하지 않는다고 판단하고 있다.⁵⁰⁾ 또한 독일 도산법 제91조 제1항에 의하면, 도산재단의 목적물에 대한 권리는 채무자의 처분 및 도산채권자를 위한 강제집행에 기초하지 않는 한, 도산절차의 개시 후에 유효하게 취득될 수 없다. 이 사례에서 당해 규정의 적용 배제와 관련하여, 문제가 된 대상이 도산절차 개시 시까지 발생하면 되고, 정지조건의 성취가 도산절차 개시 이후에 이루어진 경우 그 효력은 처분시점으로 소급하게 된다.⁵¹⁾ 그 밖의 근거로 계약의 해지권한이 도산 개시나 도산관재인의 선택권 행사와 관련짓고 있지 않아, 독일 도산법 제119조에 따른 계

49) 법적 안정성을 해치는 결과를 가져오므로 합당하지 않다는 입장에 Heim, NZI 2008, 338 (339).

50) BGH, Urteil vom 17. 11. 2005, IX ZR 162/04, Tz. 13.

51) BGH, Urteil vom 17. 11. 2005, IX ZR 162/04, Tz. 16. 우리나라와 독일의 경우 정지조건이나 해제조건은 소급효(ex tunc) 없이 장래효(ex nunc)를 갖는다; 이를 근거로 적어도 독일법상 정지조건부 법률행위 아래에서 권리자는 기대권을 갖으며, 당해 권리는 조건의 성취와 함께 그에게 귀속한다, Schumann, Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht (1924), S. 107 f.

약내용의 무효는 성립되지 않으며,⁵²⁾ 고의부인의 대상도 되지 않는다고 판단하고 있다.⁵³⁾ 하지만 사실 독일의 계약실무상 이러한 계약조항의 실현은 상당히 어려움을 야기하고 있었다.

제 3 절 독일 도산법 제108조a 입법안에 따른 지식재산권사용계약의 관계

독일 입법자들은 현행 독일 도산법상 지식재산권사용계약의 법적 처리와 관련한 불확실성을 해결하고, 오래전부터 축적되어온 판례의 견해들을 종합하여 특히 도산절차에서 지식재산사용권의 존속 여부에 대한 의문을 검토하면서 그 동안 두 번에 걸쳐 입법안을 마련하는 노력을 보여 왔다. 특히, 독일 도산법 제108조a 입법안은 도산한 지식재산권자의 채권자와 지식재산권사용자 사이의 이해관계 및 이익의 조정을 의도하고 있다. 채권자의 이익은 그의 보호권을 위해 최대한 높은 가치를 달성하는 것에 국한되어 있다. 그러므로 기존의 계속적 채권관계인 지식재산권사용계약의 수정은 도산절차의 개시 전 시장에 합당한 사용료의 고려 없이 체결된 계약의 수정을 겨냥하여야 한다. 이하에서는 그 입법안들의 내용 및 특징을 살펴보고, 이에 대해 법제적으로 논쟁이 되었던 부분들은 무엇인지 고찰해 보기로 한다.

1. 2007년 독일 도산법 제108조a 입법안의 내용 및 특징

(1) 개요 및 내용

독일 연방법무부는 현행 독일 도산법에 따른 유효한 법적 상황을 근거로 2007년 6월 25일에 독일 도산법 제108조a 입법안을 위해 입

52) BGH, Urteil vom 17. 11. 2005, IX ZR 162/04, Tz. 25 f.

53) BGH, Urteil vom 17. 11. 2005, IX ZR 162/04, Tz. 28.

법절차측면에서 최선의 발전모델을 제시했었다. 이후 2007년 8월 22일 독일 연방정부내각은 독일 연방법무부에 의해 제출된 도산법 개정 에 관한 법안을 의결하였다. 여기에는 재력이 없는 자연인의 면책, 채권자의 권리 강화 그리고 지식재산사용권의 도산보호에 관한 내용을 담고 있다. 이를 통해 국제적인 경쟁 속에서 경제 및 연구 중심지로써 독일의 입지를 지속적으로 강화시키고, 기업의 해외이전을 막으며, 지식재산권자가 도산한 경우에 지식재산권사용자의 투자를 보전하고자 함에 있다.⁵⁴⁾ 또한 지식재산권을 사용하는 기업의 해외이전이나 이를 위한 자문을 통해 지식재산사용권자의 법적 지위를 확보하고자 하는 조치에 따른 비용부담을 줄일 수 있다.⁵⁵⁾ 이러한 경제적인 의미 외에도 지식재산권자와 지식재산권사용자의 개별적인 이해는 적절한 조정을 거쳐야 했다.⁵⁶⁾

구체적으로는 도산법 제108조a를 신설하여 지식재산권사용계약의 존립에 있어 지식재산권사용자의 이익이 특별히 고려되고 있다.⁵⁷⁾ 즉, 지식재산권자로서 도산채무자에 의해 체결된 지식재산권사용계약은 유효하게 도산재단을 위해 계속해서 유지될 수 있도록 하고 있다(제 108조a 1문). 그래서 당해 계약은 도산관재인의 선택권의 행사에 따른 법적 영향을 받지 않는다. 이는 지식재산권사용자에게 지식재산권의 활용을 가능하게 하기 위해 의무이행이 강행적으로 요구되는 범위에서 계약상 부수적인 의무에 대해서도 적용된다(제108조a 2문). 이어서 지식재산권사용계약에서 합의된 사용료와 시장여건에 맞는 사용료 사이에 현저한 불균형이 존재하는 경우, 도산관재인은 사용료의 조절을

54) Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, Deutscher Bundestag-Drucksache 16/7416, S. 1, 24.

55) *Ibid.*, S. 3.

56) *Ibid.*, S. 24.

57) *Ibid.*, S. 8 참조.

청구할 수 있으며, 이때 지식재산권사용자는 당해 계약을 기한을 정함이 없이 해지할 수 있다(제108조a 3문).

당시 이 입법안이 공개되었을 때 문헌과 법사위원회의 공식적인 청문회 등에서 현저한 비판을 받았고 그 내용들이 상당히 받아들여진 것으로 여겨진다. 그래서 이 입법안은 2008년 4월 23일 회기불계속의 원칙(Prinzip der Diskontinuität)에 의해 좌초되고 말았다.

(2) 평가 및 비판

독일 입법자는 이 법안을 통해 현행법상 존재하고 있는 불확실성을 제거하고 지식재산사용권을 장래에 도산보호를 받을 수 있게 시도하고 있다. 그래서 입법안 제108조a 1문은 원칙적으로 지식재산사용권의 도산보호를 규정하고 있다. 이러한 규정을 두고 당시 실무의 필요에서 기인한 적절한 규범이고 사법(私法)상의 근거에도 상반되지 않은 것으로 판단하는 견해가 있는가 하면, 다른 측면에서는 채권자평등원칙을 훼손하는 것이라고 보는 입장도 있었다. 더욱이 당해 규정이 개념적으로 명확하지 않다거나 포괄하지 못하고 있는 측면이 있다고 보기도 했다.

입법안 제108조a의 적용범위와 관련하여 지적 소유 및 지식재산에 있는 권리에 대한 지식재산권사용계약을 그 대상으로 한다. 그런데 지적 소유 및 지식재산에는 계속적인 권리가 존재하지 않고 그 사용 및 활용이 허락된 권리라는 이중적인 방법에서 차질을 빚고 있다. 그리고 지식재산에 대한 정의의 부재가 문제된다. 즉, 영업상 노하우(Know-How), 인터넷도메인, 인격권 등은 지식재산에 포함되는지 불분명하다. 그러나 사실 내용적으로 충분히 아우를 수는 없다. 따라서 여기에서 불필요한 지식재산의 개념에 대해서는 접어두고,⁵⁸⁾ 오직 지식

58) Heim, NZI 2008, 338 (341).

재산의 사용을 가능하게 하는 지식재산권사용계약에 집중하는 것이 필요하다.

도산재단을 위해 이익이 되는 지식재산권사용계약이 존속한다는 것은 그 자체로 당연할 것이다. 이는 장래에 일정한 범위에서 도산관재인의 선택권으로부터 벗어나게 될 것이므로 지식재산사용권은 도산관재인의 이행거절에 의한 침해를 받지 않을 수 있다. 그러나 당해 입법안에 의해서도 도산관재인의 선택권을 완전히 배제할 수 없다. 입법안 제108조a 2문에 따르면, 이 선택권은 단지 지식재산의 사용을 위해 강행적으로 요구된 부수적 의무의 측면에서 더 이상 고려되지 않는다. 부수적인 의무에는 노하우 또는 기술정보 등의 이전, 정보 및 교육의무, 지식재산사용권 유지의무 및 사용료 지급의무, 제3자 침해에 대한 지식재산사용권의 방어 의무, 침해자에 대한 대응 의무, 비밀유지 및 지식재산사용권의 지속개발의무 등이 있다.⁵⁹⁾ 이러한 부수적 의무 중에 어떤 것이 강행적인 것인지는 오직 개별적으로 판단될 수 있다. 다시 말하자면, 입법안 제108조a 2문은 1문에서 규정한 계약의 계속적인 효력을 지식재산권사용자에게 권리의 사용을 가능하게 하기 위한 부수적인 의무로 제한하고 있다. 이는 두 가지 점을 추론하게 한다. 그 하나로 주된 의무는 원칙적으로 도산관재인의 선택권에 영향을 받지 않는다는 것이고, 다른 하나는 부수적 의무를 위해 도산관재인의 선택권은 계속 존재한다는 것이다.⁶⁰⁾ 여기에서 어떤 부수적 의무가 지식재산의 사용을 위해 강행적으로 요구되는지에 대한 의문과 중요한 부수적 의무가 도산관재인에 의해 이행되지 않을 수 있다는 점이다.⁶¹⁾ 이처럼 지식재산권사용계약을 이행되는 주된 부분과 이행되지 않는 부수적 의무로 도산법상 필수적으로 분할하는 내용은 사실

59) *Ibid.*

60) Berger, ZInsO 2007, 1142 (1143).

61) Wegener, ZInsO 2008, 352 (353).

이전과 현재의 독일 도산법제 측면에서도 새로운 사실이며, 실무상으로도 상당한 어려움이 야기된다.

하지만, 입법안 제108조a 2문에 의해 지식재산권의 유지를 위한 사용료의 지급에 대해 지식재산권자의 어떤 의무와 관련이 있는지 의문이 제기되고 있다. 이에 대해 배타적 지식재산사용권의 경우 도산재단은 이러한 사용료 지급에 따른 어떤 의무를 부담하지는 않아야 함을 부분적으로 인정할 수 있다. 하지만, 입법안 제108조a 3문에 따라 도산재단이 적절한 비용을 청구할 수 있기 때문에, 입법안 제108조a 2문에서 의미하는 필수적인 부수의무가 아닌 것으로 간주되는 지식재산사용권의 유지를 위한 비용은 근거가 없다고 보고 있다.⁶²⁾

당해 규정에 따른 도산보호는 단지 지식재산권자가 도산한 경우만을 상정하고 있을 뿐, 지식재산권사용자의 도산 시 연쇄지식재산권사용에 대한 법적 처리의 개선을 이끌어 내는 한계가 있다.⁶³⁾ 예를 들어 지식재산권사용자의 도산 시 지식재산권자 측면에서 지식재산권사용계약의 존속에 따른 이익에 특별한 보호를 필요로 하지 않는 경우이다. 입법안에서는 도산관재인이 2차 또는 하위지식재산권사용자에 대해 선택권을 행사하지 않고 직접적으로 위협에 처하지 않게 할 수 있다. 그렇다고 하더라도 도산채무자가 지식재산권사용자인 한, 당해 입법안 규정은 도산관재인이 주된 지식재산권사용계약의 이행을 거절하는 것을 막지는 못한다. 지식재산권사용자의 도산 시 도산관재인이 도산재단을 위한 지식재산사용권을 청구할 수 있는지는 독일 도산법 제103조의 일반원칙에 의해 결정된다. 따라서 2차 또는 하위지

62) Schleich/Götz, DZWIR 2008, 58 (61); Berger, ZInsO 2007, 1142 (1143) 비교.

63) Heim, NZI 2008, 338 (340). 다수에게 비배타적 지식재산권사용을 허락한 경우, 이 중에 1인의 지식재산권사용자에게 도산절차가 개시되더라도 지식재산권자 입장에서는 재산상 손실이 크지 않을 것이다; 그러나 배타적 지식재산권사용을 허락한 경우에는 특정인과만 계약을 체결하고 사용료 수입을 얻는 상황에서 이 자가 도산하면 지식재산권자는 큰 재산상 손실을 입을 수 있다, 한지영, “독일에서 라이선스 계약에 있어서 라이선시의 법적 보호”, 한국법제연구원 워크숍 자료, 2013, 65면.

식재산사용권과 상호지식재산사용권의 도산보호 문제는 입법안 제108조a에 의해 해결되지 않는다.⁶⁴⁾

입법안 제108조a 3문에서 의도하고 있는 계약변경에 대한 청구와 관련해서도 지식재산권사용자에게 상당한 법적 불안정성을 주고 있다. 특히 이를 위해 도산관재인에 의해 징수되는 높은 사용료를 계약상 연결된 2차 또는 하위지식재산권사용자에게 전가하는 것에 대해 적절한 권리구제가 제시되지 못하고 있다.⁶⁵⁾ 지식재산사용권에 대한 시장에 적합한 사용료의 특정한 기준이나, 합의된 것과 시장에 적합한 사용료 사이의 상당한 불균형은 어느 최소한계치부터 존재하는지 조정 가능한 척도도 다루기가 쉽지 않다.⁶⁶⁾ 시장가격에서 사용료의 수정이 현저한 불균형에서 요구될 수 있음은 도산법의 기본가치에 일치하지 않으며, 도산절차 개시를 넘어 있을 수 있는 도산원인을 지속하기에 충분하다.⁶⁷⁾ 마찬가지로 지식재산권사용자에게 특별 해지권을 인정하고 있다고 하더라도, 입법안의 목적이 지식재산사용권의 지속가능성에 두고 있는 점에 비추어보면 이러한 문제를 극복할 수 없다.

2. 2012년 독일 도산법 제108조a 입법안의 내용 및 특징

(1) 개요 및 내용

독일 연방법무부는 2012년 1월 23일에 전문분야 담당자(Referenten)에 의해 마련된 잔여채무면제절차의 간소화(Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens), 채권자의 권리 강화, 지식재산사용권의 도산보호에

64) Berger, ZInsO 2007, 1142 (1144).

65) *Ibid.*

66) *Ibid.*

67) Mitlehner, ZIP 2008, 450.

관한 법률안⁶⁸⁾을 제출하였고, 이에 대한 의견수렴을 위해 각 주와 단체에 이 법률안을 송부하였다. 여기에 지식재산권사용계약에 관한 새로운 규정이 포함되어 있으며, 특히 이번 개혁을 통해서 지식재산권자의 도산에 따른 지식재산사용권의 처리를 개선시키고자 하고 있다. 즉, 지식재산권자가 도산한 경우라도 도산채권자 이익의 보존 하에서 지식재산사용권에 대한 지식재산권사용자의 계속적인 활용이 확보될 수 있다. 그래서 지식재산권자, 그의 채권자 및 지식재산권사용자의 이익을 적절히 조정하고 독일을 경제와 연구 중심지로 견고하게 다지고자 한다.

지식재산권자가 도산채무자인 경우와 관련하여 2012년 독일 도산법 제108조a 입법안은 총 3개 조항으로 이루어져 있으며 구체적인 내용은 다음과 같다. 지식재산권자로서 도산채무자가 체결한 지식재산권사용계약을 도산관재인이 독일 도산법 제103조에 따라 이행거절을 한 경우, 지식재산사용권자는 이행이 거절된 이후 한 달 안에 적절한 조건으로 지식재산권의 계속적인 사용을 가능하게 하는 새로운 사용계약의 체결을 도산관재인 또는 권리승계자(Rechtsnachfolger)에게 청구할 수 있다(제108조a 제1항 1문). 사용료의 확정 시 지식재산권의 사용에 따른 지식재산사용권자의 이익과 수익에 도산재단의 적절한 관여가 보장되어야 한다(제108조a 제1항 2문). 지식재산권의 사용준비를 위한 지식재산사용권자의 비용은 이것이 지식재산사용권의 가치상승에 영향을 미친 경우에 한하여 고려되어야 한다(제108조a 제1항 2문 후단).

지식재산권자로서 도산채무자가 체결한 계약에서 2차 또는 하위 지식재산권사용계약이 문제되거나 도산관재인이 주된 지식재산권자(Hauptlizenzgeber)에게 지식재산권사용계약의 이행을 거절하는 경우, 도산채무자의 2차 또는 하위 지식재산사용권자는 주된 지식재산권자에게 제108

68) 독일 연방법무부 누리집 www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_Insoff.pdf?_blod=publicationFile에서 내려 받을 수 있으며, 또한 상세한 설명은 Wimmer, ZIP 2012, 545 ff. 참조.

조a 제1항에서 정한 조건에 따른 지식재산권사용계약의 체결을 청구할 수 있다(제108조a 제2항 1문). 이러한 사실로부터 2차 지식재산사용권자가 당해 계약으로부터 그의 의무를 이행할 수 있게 되는지 상당한 의문이 드는 경우, 주된 지식재산권자는 담보제공의 여부에 따라 계약체결을 할 수 있다(제108조a 제2항 2문).

지식재산사용권자는 새로운 지식재산권사용계약이 체결될 때까지 허여된 권리를 지금까지의 지식재산권사용계약에 따라 사용할 수 있는 권한이 있다(제108조a 제3항 1문). 지식재산권사용계약의 새로운 체결을 위하여 지식재산사용권자 요청의 접수 후 3개월 안에 새로운 지식재산권사용계약이 체결되지 않는다면, 다음의 경우에 한하여 계속적인 사용이 허용된다(제108조a 제3항 2문). 즉, 사용료의 정도가 제108조a 제1항의 요구에 따라 책정되고 그 사용료가 지급된 경우(제108조a 제3항 2문 1호)와 지식재산사용권자가 늦어도 2주간의 기간종료 안에 증명한다면(제108조a 제3항 2문 2호) 지식재산권의 계속적인 사용이 허용된다. 당사자 사이에 다른 합의가 없는 한, 새로운 지식재산권사용계약은 도산절차의 개시 시점으로 소급하여 효력을 갖는다.

(2) 평가 및 비판

2012년 입법안은 한편으로 도산관재인의 선택권을 유지하고 있으면서도, 다른 한편으로 그 목적에 비추어보면 도산재단에 대해 불이익한 계약관계를 해소하기 위해 새로운 협상에 의한 해결을 도입하고 있다. 이는 2007년 입법안에 비해서 도산재단의 이익을 보다 더 고려하고 있는 것이다. 그래서 도산관재인의 현행 선택권은 제한되어서는 안 되고, 오히려 도산관재인이 이행을 거절했을 때에 지식재산권사용자에게 적절한 조건으로 새로운 지식재산권사용계약의 체결에 관한 청구권을 인정하고 있다. 여기에는 적절한 사용료의 지급을 규정의 중심적인 요소로 제기하고 있다. 따라서 지식재산권사용계약은 2007

년 입법안과 같이 계속해서 진행되어야 하는 것은 아니고, 독일 도산법 제103조에 따른 도산관재인의 선택권에 놓이게 된다.

그리고 2012년 입법안 제108조a 제3항 2문은 도산재단을 위해 높은 사용료를 받기 위한 중요한 도구를 도산관재인에게 주고 있다. 하지만, 이는 이와 결부된 법적 불안정성과 함께 비싼 대가를 치르고 얻어진 것이다. 그 결과 2007년 입법안 제108조a 1문의 전환은 더 나은 선택일 수 있다. 또한 2007년 입법안과 달리 2012년 입법안 제108조a 제2항은 주된 지식재산권사용자와 당해 계약을 계속함을 도산관재인이 거절하는 경우, 2차 내지 하위지식재산권사용자에게 도산관재인과 자신의 계약을 적합한 조건으로 합의할 권리를 부여하고 있다. 이는 도산절차에서 연쇄지식재산사용권의 법적 처리 문제를 완화시키고 있다.⁶⁹⁾

이에 대해 비판적인 견지에 있는 쪽에서는 다음과 같은 이유로 만족스럽지 못하다는 입장이다. 즉, 당사자들의 경제적인 관념에 따라 지식재산사용권의 설정과 함께 거기에 내포된 경제적 가치를 종국적으로 지식재산권사용자에게로 넘기는 격이 되고, 계속적인 쌍무계약관계의 관념은 적합하지 않다는 이유이다. 따라서 도산법상 이른바 우선특권에 의한 지식재산권사용자의 보호는 이루질 수 없다. 다른 한편 이러한 사정은 적절하지 못한 계약관계의 수정보다는, 부적절한 조건으로 한 자산염가매각을 극복하는 것이 더 중요함을 내포하고 있다.

독일 입법자들의 가치판단을 고려하면, 법기술적 변경은 정당화될 수 없다. 이러한 변화는 법의 목적달성을 위해 필요한 적용범위에 대한 일관성을 제한하는지도 모른다. 특히 비교 가능한 지식재산사용권이 부여되기 위한 어떤 보장이 없다는 점이 지적되고 있다.⁷⁰⁾ 또한

69) Spies, Zur Neuregelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen nach § 108a InsO-Entwurf (2010), S. 122~128; BGH, Urteil vom 26. 3. 2009, I ZR 153/06 참조.

70) McGuire, GRUR 2012, 657 (664).

도산관재인의 이행선택권과 특히 계속적인 계약이행 거절에 관한 그의 권한이 지식재산사용권의 도산절차상 비보호의 원인으로써 동일시된다는 점에 문제가 제기되고 있다.⁷¹⁾ 즉, 이 법안에 따라 오로지 도산관재인 이행선택권의 적용범위에 있는 지식재산사용권의 도산보호가 창설되는 것이고 배타적 지식재산사용권을 제외한 다른 지식재산사용권은, 예를 들어 지식재산권사용자가 사전에 급부를 이행하였거나 사전에 체결된 지식재산권사용계약에서 인수인의 승계 없이 지식재산사용권에 기초한 보호권의 양도 또는 매매가 있는 경우 보호될 수 없다는 것이다.⁷²⁾

제 4 절 소 결

독일 도산법 제108조는 계약관계의 존속보호를 원칙적으로 부동산에 대한 임대차계약으로 제한하고 있다. 여기에는 사실 동산 및 그 밖의 목적물에 대한 계약이 도산보호를 받는 경우에 당해 목적물의 양도 또는 매매는 도산관재인에 의해 좌절될 수 있다는 점이 고려되고 있다.⁷³⁾ 따라서 독일입법자들에 의해 제출된 입법안인 도산법 제108조a는 지식재산사용권에 대하여 임대차에 관한 규정을 준용할 수 없다는 지배적인 견해에 기초하고 있다고 볼 수 있다.

2007년 입법안은 지식재산권자로서 도산채무자에 의해 체결된 지식재산권사용계약을 유효하게 도산재단을 위하여 존속하게 하여 현재의 이익을 조정하고자 하였다. 다만, 도산관재인은 이미 합의된 사용료와 시장에 적합한 사용료 사이의 결정적인 불균형 시 계약의 수정을 지식재산권사용자에게 청구할 수 있는 권리를 갖게 해야 한다. 영업방법 및 영업비밀 등 노하우에 대한 지식재산사용권 등은 고려하지 않

71) Jungclaus, ZInsO 2012, 724.

72) *Ibid.*, 725.

73) Fischer, WM 2013, 821.

고, 2007년 입법안이 권리에 대한 지식재산사용권에 한정된 것이 의미 있는 일인지 고민할 필요가 있다. 이와 달리 2012년 입법안에서는 이러한 제한을 포함하고 있지 않다. 2007년 입법안의 효력을 사용권의 설정과 함께 계약목적물의 양도에 의해 비로소 시작되게 하는 것에 대해 문제가 없는지 2012년 입법안에서는 침묵하고 있다. 만약, 지식재산사용권의 대상이 채권자에게 도산절차개시 전 양도되었다면, 지식재산권사용계약은 유효하게 존속할 수 있을 것이다.⁷⁴⁾ 2007년 입법안 2문에 의하면 지식재산권사용계약상 부수적인 의무는 지식재산권사용자에게 권리의 사용을 가능하게 하여야 하는 정도로 계속 유효해야 한다. 이러한 내용도 2012년 입법안에서는 포함되어 있지 않다. 사실 주된 의무와 부수적 의무의 모호한 경계와 언제 지식재산권의 사용을 위해 부수적인 의무의 이행이 강행적으로 이루어지는지 해석상 문제가 되어 상당한 법적 불확실성을 키우는 측면이 있다.⁷⁵⁾

아직까지 지식재산사용권과 도산절차의 관계에서 어떤 결정적인 변화는 일어나지 않고 있으나, 최근 독일 판례에서는 도산절차상 연쇄 지식재산사용권, 상호지식재산사용권(Kreuzlizenz; cross license), 사용료의 사전양도(Vorauszahlung) 등의 새로운 법적 문제와 마주하고 있다. 독일에서도 지식재산권자와 지식재산권사용자의 도산 시 지식재산사용권의 법적 처리에 대해 계속해서 고심하고 있는 바탕에는 지금까지 지식재산권사용계약의 불명확한 법적 성질에 있다고 볼 수 있다. 왜냐하면 지식재산권사용계약에 대해 상용임대차계약 및 용익임대차계약에 관한 규정의 준용은 더 이상 가능하지 않기 때문이다. 이와 함께 그 동안 제안된 입법안에 의해서도 어느 정도 만족할 만한 문제해결을 찾지 못하고 있는데 있다.

74) Spies, Zur Neuregelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen nach § 108a InsO-Entwurf (2010), S. 133.

75) *Ibid.*, S. 150.

이러한 가운데 2012년 7월 18일 독일 연방정부내각(Bundeskabinett)은 2012년 1월 23일 독일 연방법무부에 의해 제출된 법률안과는 달리 지식재산권자의 도산 시 지식재산사용권과 관련한 내용을 포함하지 않은 채 소비자도산절차에 관한 새로운 규정들에 대해 결정하였다. 이후 2012년 10월 31일 독일 연방정부는 잔여채무면책절차의 간소화와 채권자 권리의 강화에 관한 정부법률안(Regierungsgesetzentwurf)을 제출하였고, 여러 위원회의 회람과 공청회 등을 거쳐 연방상원(Bundesrat)의 승인이 있는 후 2013년 7월 18일 당해 법률은 독일 연방법률공보(Bundesgesetzblatt)에서 공포되었다.⁷⁶⁾ 이러한 상황에 비추어 독일 입법자들은 도산법 제108조a 입법안에 대해 새롭게 단념한 것으로 판단되고 있어,⁷⁷⁾ 도산절차에서 지식재산권사용계약 및 지식재산사용권의 운명은 여전히 긴장관계에 놓여 있다. 따라서 도산절차에서 지식재산권사용계약의 보호를 위해 입안된 독일 도산법 제108조a 입법안은 아직 완전한 법률로 성립되지 못했기 때문에 여전히 당해 계약관계는 독일 도산법 제103조에 근거해 도산관재인의 선택에 달려있다.

어떻게 보면 지식재산사용권과 도산절차의 관계가 입법자에 의해 결정적인 변화를 겪고 있다고 보기보다는, 최근의 여러 판례에 새로운 자극이 미치고 있다. 즉, 독일 연방대법원의 판례에서는 계속해서 도산절차상 비배타적 지식재산사용권 및 지식재산권사용계약의 보호를 인정하고 있다. 하지만 그 근거로 제시되고 있는 비배타적 지식재산사용권에서 물권적 효력의 인정과 함께 2차 또는 하위지식재산사용권이 주된 지식재산사용권의 존립과는 독립적으로 보호권의 물권적 부담과 같이 기능한다는 것은 매우 설득력을 잃고 있다.⁷⁸⁾

76) Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte, BGBl. 2013, Teil I Nr. 38, S. 2379.

77) Dahl/Schmitz, BB 2013, 1032.

78) Heidenhain/Reus, CR 2013, 273 (274 f.); Hauck, AcP 211 (2011), 626 (638);

포괄적으로 지식재산사용권의 도산보호를 이루기 위해서는 지식재산사용권에 기초한 계약의 도산법상 법적 처리에 관한 규정 대신에 도산법 외에서 지식재산사용권의 물건화(Verdinglichung) 형식에 따르는 해결을 모색해 볼 수도 있을 것이다. 하지만 채권적 권리의 물건화가 가능하다고 하여 고려해 볼 수 있다고 하더라도, 채권적 권리의 특성과 관련해 물건화의 확정으로부터 다른 특성과 관련해 자동적으로 권리의 물건화가 추론되어서는 안 된다.⁷⁹⁾

최근 독일 연방대법원 판례의 경향에서 볼 수 있듯이 통상지식재산사용권에 대하여 도산법상 물건적 효력과 함께 환취권을 인정하여 도산보호를 받을 수 있게 한 판단은 우리법상으로도 비판적으로 바라볼 필요가 있다. 특히, 채권적 권리가 물건적 권리의 효력에 일치하는 효력을 보인 경우에만 비로소 물건화를 언급할 수 있을 것이다. 여기에 덧붙여 채권자평등이라는 도산법상 기본적인 가치판단을 고려함이 없이는 지식재산사용권의 운명을 합리적으로 판단할 수 없다고 본다.

Dieselhorst, CR 2010, 69 (72 f.).

79) Hauck, AcP 211 (2011), 626 (640).

제 4 장 오스트리아 통합도산법상 지식재산사용권의 보호

제 1 절 연역 및 개관

최근 오스트리아 입법자는 도산법과 관련하여 매우 포괄적인 개혁을 이루어냈다.⁸⁰⁾ 2010년 7월 1일부터 시행되고 있는 통합도산법(Insolvenzordnung: IO)은 입법기술적으로 과거의 파산법(Alte Konkursordnung)과 화의법(Alte Ausgleichsordnung)이 통합된 형태로 보일 수 있지만, 파산절차와 회생절차는 여전히 구별되고 있으면서 본질적으로 새로운 내용과 구성들을 갖추고 있다. 이러한 변화는 무엇보다도 도산채무자에 의한 자기관리 아래에서 진행되는 회생절차가 중심에 있다. 그리고 도산채무자의 채무상환과 경제활동의 지속을 보다 쉽게 이루어 나갈 수 있도록 하자는 방향으로 폭넓게 이루어진 것이다. 또한 도산 등 위기상황의 징후를 감소시키면서 도산채무자 스스로가 도산절차를 신청할 수 있는 기회를 늘려서 보다 이른 시기에 도산절차가 개시될 수 있게 하고 있다. 특히 최소회생비율(Mindestquote; Ausgleichquote)을 30%로 낮추어 도산관재인의 관여 없이 절차의 실행을 촉진하게 함으로써 도산채무자의 회생을 간편하게 이룰 수 있도록 도모하고 있다. 그리고 강제조정 강화, 회생을 원활하게 하기 위한 추가적인 보완조치, 파산개시절차의 엄격화 등을 내용으로 하고 있다.

도산실체법상의 규정과 관련하여 특징적인 점은 도산절차에서 쌍방미이행 쌍무계약이 도산채무자의 회생을 위해 필수적인 계약에 속하

80) 정확히는 도산법 개정법률(Insolvenzrechts-Änderungsgesetz 2010: IRÄG 2010, BGBl. I Nr. 29/2010/29)과 도산법 개정 부속법률(Insolvenzrechtsänderungs-Begleitgesetz: IRÄ-BG, BGBl. I Nr. 58/2010)에 의해 이루어졌다. 이 논문에서 이에 따른 도산절차는 회생절차(Sanierungsverfahren) 또는 파산절차(Konkursverfahren)의 선택을 위한 상위 개념으로 사용한다.

는 등의 경우, 계약관계의 종료에 대해 그 요건을 엄격하게 규정하고 있다는 점이다. 무엇보다도 오스트리아 통합도산법에서는 지식재산사용권의 법적 처리와 관련하여 특별한 조항을 두기보다는, 지식재산권 사용계약을 포함한 도산채무자의 회생 등을 위해 중요한 필수적인 계약관계를 일정한 요건 아래에서 유지될 수 있게 하고 있다.

제 2 절 지식재산권사용계약과 도산관재인의 선택권

오스트리아 통합도산법 제21조에 따르면, 도산 개시시점에 쌍방 미이행 쌍무계약⁸¹⁾에 대하여 도산관재인은 도산채무자를 대신해 계약을 이행하거나, 상대방에게 계약의 이행을 청구하거나 당해 계약을 해제할 수 있다. 더욱이 당해 해제의 의사표시는 묵시적으로도 가능하다.⁸²⁾ 이 규정은 모든 계속적 채권관계에도 적용된다.⁸³⁾ 도산채무자가 먼저 이행을 한 경우에 도산관재인은 해제할 수 없으며, 이러한 해제권은 상대방의 완전한 이행에 의해 배제된다.

오스트리아법상 계약일방당사자의 도산 개시(*Insolvenzeröffnung*)는 쌍방 미이행 쌍무계약 그 자체에 바로 영향을 미치는 것은 아니며, 도산관재인에 의해 선택권이 행사될 때까지 유동적인 상태로 존재한다.⁸⁴⁾ 즉, 도산관재인이 이행을 선택을 한 경우 계약은 이행되어야 하기 때

81) 여기에 신용계약, 무상임치, 무상대여는 속하지 않는다, Feuchtinger/Lesigang, *Praxisleitfaden Insolvenzrecht* (2010), S. 60.

82) Mohr, IO (2012), § 21 E 77.

83) *Ibid.*, E 5, E 10.

84) 2000년대부터 독일의 지배적인 입장과 비교해 보면, 이러한 계약은 마찬가지로 존재해 있지만, 양 당사자들은 각각 독일 민법 제320조에 근거한 미이행 계약의 항변권을 갖고 있어서 쌍방 이행청구권은 도산 개시와 함께 실현 가능하지 않는 상태에 놓이게 된다, BGH, Urteil vom 17. 11. 2005, IX ZR 162/04, Tz. 22; BGH, Urteil vom 25. 4. 2002, 313/99, Tz. 24; Huber in Gottwald, *Insolvenzrechtshandbuch* (2010), § 34 Rn. 42 ff.

문에, 당해 계약은 도산 개시가 있기 전과 같이 존재해 있다. 이와 달리 도산관재인에 의한 해제의 의사표시가 있는 경우, 계약의 해지로 이어지지 않고 계속적인 이행이 유보된다.⁸⁵⁾

독일의 경우와 달리 오스트리아법에서는 지식재산권사용계약에 대해 사용임대차계약이나 용임대차계약에 관한 규정을 준용하는 것을 긍정하고 있다. 배타적 지식재산사용권을 창설하는 계약에 비하여, 단지 채권적 사용권에 관한 지식재산권사용계약은 원칙적으로 도산관재인의 선택권에 달려 있다. 오스트리아 통합도산법 제24조에서는 임대차계약관계에 관해 특별한 내용을 규정하고 있다. 여기에서는 임대인의 도산 시 도산관재인에게 사전에 도산법상 특별한 계약해지권을 인정하고 있지 않다. 오스트리아의 지배적인 견해에서도 역시 지식재산권자의 도산 시 지식재산권사용계약에 대하여 이러한 내용을 준용하고 있다. 만약 지식재산권자의 도산 시 지식재산권이 양도 또는 매매에 의해 환가된 경우, 오스트리아 통합도산법 제24조 제2항에 따라 취득자의 계약해지권의 효력이 문제된다.⁸⁶⁾ 이와 관련하여 오스트리아 민법 제1121조에 따르면, 공적으로 등기된 임대차계약관계는 취득자에 의해 해지 가능성 없이 인수되어야 한다. 등기되지 않은 경우에 취득자는 우선 법률상 실현하지만, 그 밖의 합의된 바와는 별도로 법정 기한 안에 해지할 수 있다.

또한 공시된 지식재산권에 대하여 오스트리아 민법 제1121조의 의미상 준용은 인정되고 있다. 따라서 공시된 비배타적 지식재산사용권은 지식재산권자의 승계인에 대하여 효력을 갖는다. 이러한 점에서 채권적 권리는 물권적 권리와 동등해진다. 하지만 상표사용권의 등록에는 이러한 권리가 인정되지 않고 있다. 다만, 지식재산사용권의 존재에 대해 적극적으로 알고 있었던 경우에 상표사용권은 취득자에 대

85) Koziol, *Lizenzen als Kreditsicherheiten* (2011), S. 118.

86) *Ibid.*, S. 128.

하여 효력이 있다. 이는 원칙적으로 도산 외에서 취득한 경우와 같이 도산 시 취득한 자에게도 동일한 보호 필요성이 인정되고 있는 것이다.⁸⁷⁾ 따라서 새로운 지식재산권자가 지식재산사용권의 존재에 대해 적극적으로 알고 있었다라는 점은 지식재산권자의 도산 시 지식재산권사용계약에 대한 취득자의 계약해지가 제한된다.

제 3 절 도산채무자의 계약상대방에 의한 지식재산권사용계약관계의 해소

2009년 오스트리아 연방대법원의 판례에서는 지식재산권사용자의 도산 시 지식재산권자에 의한 계약관계 종료가 문제된 사례가 다루어졌다.⁸⁸⁾ 원고는 건설계획 및 건설감독을 위해 통계프로그램을 개발하였다. 1차 지식재산권사용자와 단 1회 금전 지급과 함께 정보저장매체와 보호플리그에 대한 컴퓨터프로그램의 공급에 대하여 지식재산권사용계약이라는 명목으로 합의를 하였다. 지식재산권자는 지식재산권사용자에게 금전지급에 의한 정지조건으로 양도가 가능하지 않고, 비배타적이며 시간적 제약이 없는 지식재산사용권을 설정하였다. 그리고 지식재산권자에게는 중요한 원인으로 계약을 종료할 수 있는 권한이 있었다. 그 원인으로는 지식재산권사용자의 재산에 대해 도산절차가 개시된 경우였다. 계약이 종료된 때 지식재산권사용자는 3일 이내에 사용이 허락된 프로그램을 지워야 했다. 실제로 도산에 처한 지식재산권사용자는 당해 계약을 부인할 수 없는 매매계약이라고 하고, 도산에 따른 계약 종료에 관한 조항은 공서양속에 반한 것이라고 주장하였다. 이에 대해 오스트리아 연방대법원은 지식재산권사용자의 주장을 받아들여 계속해서 지식재산권사용계약의 존속을 긍정하고 있다.

87) Koziol, Lizenzen als Kreditsicherheiten (2011), S. 128.

88) OGH, Entscheidung vom 28. 1. 2009, 10b145/08t.

오스트리아 옛 화의법 제20조e 제2항에 따르면, 화의절차가 개시된 경우를 조건으로 한 해제권 또는 계약관계의 해소(Auflösung der Vertragsverhältnissen)에 관한 합의는 허용되지 않는다고 명시적으로 규정하고 있었다. 다만, 단서에서는 오스트리아 옛 화의법 제20조 제3항에서 열거하고 있는 장외파생상품거래, 옵션·스왑거래, (역)환매 조건부 채권거래 등에 대해서는 화의절차 개시를 이유로 한 계약해지를 인정했었다.

오스트리아 통합도산법 제25조b 제2항에서도 이와 부합하는 내용을 규정하고 있다. 즉, 도산절차 개시 전 계약당사자들 사이에 사전에 합의된 계약관계해지에 관한 합의의 효력에 대해 도산절차상 제한을 하면서도, 특수한 금융거래에 대해서는 예외를 인정하고 있다. 여기에서는 어떤 시간적인 제한이 없고, 기업경영의 지속을 전제로 하지는 않는다.⁸⁹⁾ 이러한 계약해지조항에 대한 오스트리아 통합도산법상 금지는 일반적으로 무효로 이해해야 하나, 이로 인한 계약 전체의 무효를 의미하는 것은 아니다.⁹⁰⁾

다른 한편 같은 법 제25조b 제1항에 의하면, 계약당사자들은 쌍방 법률행위의 이행에 관한 규정들의 적용을 사전에 제한하거나 배제하는 합의를 근거로 이를 도산절차상 주장할 수 없다.⁹¹⁾ 다시 말하자면 계약당사자들 사이에 사전에 도산관재인의 선택권을 제한하거나 배제하는 어떠한 합의도 도산절차상 효력이 없다는 것이다. 그래서 도산이 개시된 경우를 대비해 계약을 해지하거나 계약관계를 종료시키기로 하는 합의는 무효가 된다. 이러한 내용은 회생절차에서든 파산절차에서든 모두 적용된다.

89) Spiegel/Benes, RdW 2010, 751 (757).

90) Mohr, Sanierungsplan und Sanierungsverfahren (2010), Rn. 705.

91) 이는 독일 도산법 제119조가 독일 도산법 제103조 이하에서 정하고 있는 법률행위의 이행과 관련한 도산관재인의 선택권 또는 형성권을 침해하거나, 거기에서 정하고 있는 강행적인 법적 효과와 충돌하는 계약상의 합의를 저지하고 있는 점과도 유사하다.

오스트리아 통합도산법 제25조a에서는 계약관계의 해소 가능성을 엄격하게 규정하고 있다. 이는 도산채무자를 위한 무조건 필수적인 계약관계를 위해 특별한 규정이 마련된 것이다. 또한 계약당사자들은 통합도산법상 엄격한 계약해지의 가능성을 제한하거나 배제하기로 하는 어떠한 합의를 보호 근거로 주장할 수 없다.⁹²⁾ 원칙적으로 일방당사자의 도산을 조건으로 한 계약해지조항은 도산절차에서 유효하지만, 여러 가지 무효사유에 해당하지 않아야 한다. 같은 법 제25조a 제1항에서는 특히 도산채무자의 지급지체로 인한 계약해지의 가능성을 시간적으로 제한하고 있다. 이에 따르면, 계약해지가 도산채무자의 사업지속을 위태롭게 할 수 있는 경우에, 도산채무자의 계약당사자는 그와 체결한 계약을 오로지 중대한 사유를 근거로 해서 도산절차의 개시 이후 6개월이 경과할 때까지 종료할 수 있다. 이어서 같은 법 제25조a 제1항 2문에서는 이러한 중대한 사유에 해당하지 않는 예를 언급하고 있다. 즉, 도산채무자의 경제적 상황의 악화와 도산절차 개시 이전에 기한이 도래한 채권의 이행과 함께 도산채무자의 지체가 여기에 해당한다. 이러한 점에서 도산절차 개시 이전에 당연 계약해지의 경우에는 제한이 없으며, 이에 관한 법률행위상의 의사표시는 도산절차의 개시 이전에 행해져야 한다.⁹³⁾

그러나 같은 법 제25조a 제2항에서는 제1항에서 정한 계약해지의 엄격한 제한사유에 대한 일정한 예외를 규정하고 있다. 즉, 계약당사자의 상당한 인적 또는 경제적 손실을 회피하기 위하여 계약해지가 필수불가결한 경우이거나 신용지급에 대한 청구⁹⁴⁾ 그리고 근로계약의 경우에 일정한 시간적 제한과 함께 중대한 사유가 아니더라도 계약해지가 가능하다. 또한 일정한 사유를 근거로 일방당사자의 계약상 권

92) Feuchtinger/Lesigang, Praxisleitfaden Insolvenzrecht (2010), S. 62.

93) Mohr, Sanierungsplan und Sanierungsverfahren (2010), Rn. 712.

94) 이는 폭넓게 해석될 수 있어 신용자의 설정 또는 현금집합(cash pooling)의 범위에서 보다 확대된 금융제공에 포함될 수 있다, Spiegel/Benes, RdW 2010, 751 (756).

리를 변경한다는 합의가 넓은 의미에서 도산조건부 계약해지조항에 포함될 수 있음을 고려해 볼 때, 같은 법 제25조a의 회피를 목적으로 하지 않는 한 계약상 일방당사자의 도산 시 지급조건의 변경은 허용된다. 같은 법 제25조는 법정 계약해지에 관한 규정과 대립하고 있지 않으며 파산절차의 개시를 염두에 두고 있으나, 회생절차의 개시를 고려하고 있지는 않다.⁹⁵⁾

덧붙여 같은 법 제20조 제4항은 도산절차의 개시로 인하여 계약이 종료된 신용위험의 이전에 관한 파생금융을 포함한 부외(off balance sheet)상의 금융거래, 옵션거래, 유가증권대차거래 등의 계약으로부터 발생하는 채권의 상계 가능성에 대해 규정하고 있다. 그래서 증시에 상장된 상품 또는 원자재와 관련한 금융거래 및 상사거래 등에서는 일방당사자의 도산을 조건으로 한 계약해지조항의 효력을 명시적으로 긍정하고 있다.

제 4 절 소 결

오스트리아 법제에서도 독일의 경우와 마찬가지로 지식재산사용권의 설정과 효력에 관하여 지식재산권법제에서는 명시적으로 규정하고 있지 않다. 그래서 이로 인하여 지식재산사용권의 배타적 또는 비배타적 효력을 추론할 수는 없다. 그렇다고 하더라도 우리나라, 독일, 오스트리아에서든 지식재산권의 양도나 침해 대응 시 제3자에 대한 지식재산사용권의 특정한 효력에 관하여 지식재산권법제에 산발적으로 존재하고 있는 규정들은 입법자들에 의해 배타적 효력이 있는 지

95) Mohr, Sanierungsplan und Sanierungsverfahren (2010), Rn. 716. 하지만 다른 문헌에 따르면, 근로관계의 유지가 회생계획의 성립과 이행 가능성 또는 기업의 영속을 위협할 경우, 기존 경영자관리와 함께 회생절차에서 도산채무자는 회생관리인의 동의와 함께 개시결정의 공고 후 1개월 안에 근로자를 해고할 수 있다고 한다, Kodek, ÖBA 2010, 498 (505).

식재산사용권이 허용되고 있는 것으로 간주하고 있는지 적어도 그 근거를 제공해 줄 수 있다.

오스트리아 통합도산법상 계약당사자들이 합의한 일방당사자의 도산을 조건으로 한 계약해지조항은 도산절차에서 기본적으로 유효한 것으로 다루어지고 있다. 하지만, 도산기업의 경영지속을 위해 일정한 계약의 유지가 필수불가결한 것이고 계약해지의 제한요건에 해당하지 않는 일정한 예외적인 계약관계가 아닌 경우에 한하여 당해 계약해지는 도산절차상 효력이 없다. 오스트리아 통합도산법 제25조a 제1항에서 규정하고 있는 중대한 사유에 대해서는 구체적으로 해석에 맡기고 있으며, 이를 우리 민법상 부득이한 사유에 기인한 계속적 계약관계의 해지 또는 특별해지(민법 제661조, 제689조 제2항, 제720조)와 비교해 볼 때, 도산절차의 개시는 계약관계의 즉시해지를 위한 중대한 사유에 해당한다고 볼 수 없으므로⁹⁶⁾ 계약일방당사자의 도산을 조건으로 한 계약해지의 합의 및 그 조항의 효력은 긍정된다.

종합해서 보자면, 지식재산권자가 도산한 경우 그와 지식재산권사용계약을 체결한 지식재산사용권자는 일정한 요건에 따라 계속해서 지식재산을 사용할 수 있게 되었다. 즉, 도산절차상 도산채무자의 필수적인 경제활동을 위한 계약관계의 엄격한 해소 가능성은 도산채무자의 부양 기회를 증가시키고 있다. 통합도산법상 강행규정의 성질에 따라 계약당사자들은 계약해지를 위한 엄격한 요건들을 제한하거나 배제하고자 하는 어떠한 합의가 있음을 주장할 수가 없다.

96) 또한 Adam, DZWIR 2005, 1 (3) 비교.

제 5 장 우리나라에 주는 쟁점별 시사점

지식재산이 기업 및 그의 가치에 미치는 영향은 점점 커져가고 있다. 원권리(모권)에 근거하여 지식재산권사용자에게 당해 지식재산권을 활용할 권한이 있는 한 지식재산사용권도 이러한 지식재산에 포함된다. 이러한 중요한 자산가치가 도산절차와 직면하게 될 때에 도산과 지식재산권의 보호 문제는 한계기업의 지속가능한 경제활동을 위하여 지식재산의 활용이 전제가 될 수 있다. 그래서 구조조정이나 도산채무자의 회생계획안을 판단할 때에도 이에 대해 중요하게 검토하지 않으면 안 된다. 앞에서 살펴본 독일과 오스트리아에서의 법적 상황을 바탕으로 아래에서는 우리나라 실정에 맞는 법제 개선을 도모하기 위한 입법방향을 정함에 있어 우리에게 주는 시사점들을 쟁점별 나누어서 살펴보고자 한다.

제 1 절 도산법상 지식재산사용권에 대한 우선특권의 부여 여부

비배타적 지식재산사용권은 민법상 임차권과 유사한 성질을 갖고 있으나 점유를 수반하지 않는다는 점에서 구별된다. 도산법은 임대차계약과 관련하여 임대인의 도산 시 차임의 선급 또는 차임채권의 처분은 절차가 개시된 때의 당기와 차기에 관한 것만 그 효력을 주장할 수 있도록 하고 있으며, 임차인이 대항요건을 갖춘 때에는 도산관재인인의 선택권이 미치지 아니한다. 우리나라와 달리 독일 도산법 제108조에서는 도산채무자의 사용임대차관계와 용익임대차관계를 도산재단에 대하여 효력을 유지하며 존속하는 것으로 규정하고 있다. 그래서 독일의 학설에서는 이 조항을 지식재산권사용계약에도 유추적용이 된다는 입장이 있으나, 지배적인 견해는 일반적으로 이를 받아들이지

않고 있다.⁹⁷⁾ 실정법상 명시적인 규정도 없는 관계로 지식재산사용권과 지식재산권사용계약을 합리적으로 보호하자는 취지에서 독일 도산법 제108조a의 입법안들이 마련되었던 것이다.

다른 한편 지식재산권사용자의 권리보장을 위해 권리질권, 채권양도 담보, 신탁, 조건부 양도, 용익권 등의 계약형성에 의한 해결 방안이 제시 되었었다. 이러한 다양한 계약형성을 통하여 법률리스크를 줄이고 법적 안정성을 이룰 수 있기 때문이다.⁹⁸⁾ 하지만 역시 지식재산사용권이 처음부터 바로 도산재단에 속하지 않는다면, 지식재산권사용자의 어떤 특별한 보호는 필요하지 않다. 배타적 지식재산사용권의 경우 물권적인 성질과 함께 주관적 권리와 관련하기 때문에 원칙적으로 도산법상 환취의 대상이 될 수 있다. 지식재산권법상 사용권한에서 물권성의 주요한 특징으로 제3자에게 당해 사용은 포괄적으로 금지될 수 있다.⁹⁹⁾ 문제는 배타적 지식재산사용권이 도산관재인의 선택권에 의해 일방적으로 종료될 수 있다는 점이다. 따라서 채권적으로 설정된 절대적인 법적 지위는 존재하지 않음에도 불구하고, 도산관재인에 의한 해제 또는 해지와 지식재산사용권의 종료로 인하여 도산법상 환취권이 계속해서 존재하는지 의문의 여지는 있다.¹⁰⁰⁾

독일과 오스트리아에서 인정되고 있는 지식재산사용권에 대한 승계적 보호와 관련한 규정들은 권리소지인의 권리존속에 대한 신뢰를 보호하고 권리소지인에게 투자상환을 가능하게 하는 것을 목적으로 한

97) BGH, Urteil vom 17. 11. 2005, IX ZR 162/04, Tz. 21 참조. 이에 반대하는 견해로 Koehler/Ludwig, NZI 2007, 79 (84); 독일 도산법 제108조 제1항 1문의 경우와 달리 독일 도산법 제108조 제1항 2문은 주문이나 제작에 자금을 조달한 제3자에게 담보로 양도된 그 밖의 목적물도 적용범위를 확대하고 있다는 점에 근거한 견해도 있다, Hess, Insolvenzrecht (2013), § 108 Rn. 6.

98) Weber/Hötzel, NZI 2011, 432 (437) 비교.

99) Hauck, AcP 211 (2011), 626 (639).

100) Commandeur in Nerlich/Kreplin, Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz (2012), § 36 Rn. 395 비교.

다.¹⁰¹⁾ 이는 사실 단지 통상 또는 비배타적 지식재산사용권자를 위해 의미가 있다고 볼 수 있다.¹⁰²⁾ 왜냐하면 배타적 지식재산사용권을 위한 승계적 보호는 거의 다툼 없이 인정되고 있는 배타적 지식재산사용권의 물권적 성질로 인하여 의문의 여지가 없기 때문이다. 이에 최근의 판례에서 독일 연방대법원은 법정 승계적 보호에 근거하여 통상 또는 비배타적 저작사용권의 물권적 성질을 긍정하여 그의 도산보호와 환취권의 대상으로 인정하고 있다.¹⁰³⁾ 하지만, 이러한 견해는 채권적 지식재산사용권에서 물권화를 언급할 수 있기에는 적절하다고 여겨지지 않는다. 물권적 성질 자체는 승계적 보호로부터 도출되어야 하기 때문에 독일과 오스트리아와 같이 법적으로 규정된 승계적 보호는 오히려 통상 또는 비배타적 지식재산사용권의 물권적 성질에 대하여 상반된 측면을 나타낸다. 승계적 보호 자체는 물권적 또는 최소한 물권화된 법적 지위의 특징에 속 한다.¹⁰⁴⁾ 따라서 승계적 보호의 특별한 법정 규정은 충분하지 않거나 법적 지위를 전체적으로 물권화된 것으로 보아야 하는지에 대해 언급할 수 없다.¹⁰⁵⁾ 전체적으로 물권화된 채권적인 법적 지위의 인정에는 제한된 의미가 부여된다.

도산법제의 중심적인 이념은 채권자평등원칙(*par condicio creditorum*)이다. 이 원칙은 기본적으로 파산절차상 도산채권자들의 공평한 만족을 지향하고 있지만, 도산채무자의 회생을 위해서도 결정적인 방법이 되고 있다. 왜냐하면 이 원칙에서 도산채권자들은 현재 기본적인 구조에서 도산채무자가 경제활동을 유지할 수 있게 하고, 비용을 절감하게 하며, 모두가 한 배에 타는 공통된 의사를 도출해 내게 된다. 그

101) Heidenhain/Reus, CR 2013, 273 (274).

102) Hauck, AcP 211 (2011), 626 (634).

103) BGH, Urteil vom 29. 4. 2010, I ZR 69/08; BGH, Urteil vom 26. 3. 2009, I ZR 153/06.

104) Hauck, *op. cit.*, 635.

105) *Ibid.*, 639 f.

럼에도 불구하고 독일과 오스트리아 및 우리나라의 현행 도산법제는 특정한 채권자들의 우선특권을 인정하고 있다. 이는 사실 법기술적으로 특정한 목적물들을 도산관재인이 침해로부터 벗어나게 함으로써 이루어질 수 있다. 입법자는 선택적으로 특정한 계약관계를 도산관재인 선택권의 대상에서 제외할 수 있고, 도산채권자를 위해서 도산관재인에 의한 이행청구 또는 해제 및 해지의 법적 효과를 수정할 수도 있다.¹⁰⁶⁾

도산관재인이 계약이행을 선택할지 여부에 따라 지식재산권사용계약상 지식재산권사용자의 의무도 남아 있게 된다. 대표적으로 지식재산권사용료의 지급이라는 지식재산권사용자의 의무는 계속적인 현금흐름의 측면에서 지식재산권자에게 유익함으로, 지식재산권자의 도산 시 도산관재인은 존속하고 있는 사용권에 대한 적절한 보상을 얻어내기 위해서 일반적으로 이행을 선택할 것이다. 지식재산권사용자의 도산 시에도 도산관재인은 지식재산권사용계약의 존속이 필요한 경우라면 지식재산권사용계약의 이행을 선택할 것이고 이에 따른 의무도 부담하게 된다.

종합적으로 보았을 때, 다른 도산채권자에 비하여 결과적으로 지식재산권사용자의 우선특권을 인정하는 경우라 하더라도, 도산절차에서 지식재산권사용권의 법적 처리를 위한 특별한 규정은 필수적이라고 판단된다. 다만, 다른 경우에 지식재산권사용자 측면에서 바라는 투자안전까지는 보장할 수 없다. 이는 도산 시 회생 등을 위해 이해당사자의 그밖에 중요한 계약관계의 유지가 필요한 경우에도 마찬가지일 것이다.

106) McGuire, GRUR 2012, 657 (659) 비교.

제 2 절 지식재산권자의 도산 시 지식재산 사용권의 보호

지식재산권자가 도산하여 도산관재인이 미이행 계약을 해지하는 경우, 지식재산권사용자가 지식재산권사용계약을 종료하거나 도산 개시 전까지 보유하고 있는 권리를 계약기간 또는 그 계약을 연장할 수 있는 기간 동안 계속 유지할 수 있도록 고려할 필요가 있다. 즉, 당해 계약관계의 종료 또는 유지에 대한 선택권을 우선 도산관재인에게 주고, 2차적으로는 지식재산권사용자에게 부여하는 것이다.¹⁰⁷⁾ 지식재산권사용자가 당해 계약을 유지하기로 선택한 경우, 그는 계약기간 또는 연장된 기간 동안에 계약에서 정한 사용료를 지급해야 할 것이다. 그리고 도산관재인은 지식재산권사용자가 갖는 권리에 간섭하지 말아야 한다. 여기에 해당하는 지식재산권으로 영업비밀, 특허권, 저작권, 반도체칩집적회로배치설계 뿐만 아니라 상표, 상호, 서비스표도 고려할 필요가 있다.

사실 상표권사용자는 상표권사용계약과 함께 다른 상표로 자신의 제품을 갖출 수 있는 권리를 갖는다. 이로써 상표와 연결된 질적 기대와 이미지를 소비자에게 짧은 시간에 자신의 제품으로 옮겨올 수 있게 된다. 그런데 상표권자가 도산하여 도산관재인이 상표권을 다른 방식으로 활용한다거나, 상표권사용계약을 곧 해지할 것이라고 알려 온다면, 상표권사용자는 문제에 봉착하게 될 것이다.¹⁰⁸⁾

다른 한편 우리나라의 소프트웨어 임치와 관련하여 지식재산권자가 도산한 경우에 소프트웨어의 소스코드, 기술정보 등 임치된 사항들은 원칙적으로 도산재단에 속하게 되는데, 지식재산권사용계약의 범위

107) 강 헌, “라이선서 파산시의 라이선시의 보호에 관한 연구”, 『경영법률』 제12권 제1호(2010), 460면 비교.

108) 이와 관련하여 Hombrecher, WRP 2006, 219 참조.

안에서 계속 활용할 수 있는지 명확하지 않다. 임치계약은 일반적으로 지식재산권자로서 소프트웨어개발자, 지식재산권사용자로서 소프트웨어사용자 그리고 임치제공자 사이의 체결된다. 이러한 3당사자 계약의 경우에도 쌍무계약으로써 도산관재인 선택권의 대상이 되어 계약관계가 종료될 수 있다.¹⁰⁹⁾ 더욱이 만약 임치제도의 활용으로도 계약상 지식재산권자에 의한 지식재산의 유지나 보수가 이루어지지 않는다면, 지식재산권사용자에 의한 지식재산의 활용에 제약이 있을 수 있다. 따라서 도산관재인의 권리를 침해하지 않는 범위 안에서 도산채무자와 지식재산권사용자와의 이익형량을 고려하여 보호될 수 있는 지식재산사용권의 대상을 넓히고, 현행 임치제도를 통하여 도산보호를 받을 수 있는 것인지 명확하게 할 필요가 있다.

제 3 절 지식재산권사용자의 도산 시 지식재산사용권의 보호

지금까지 우리나라에서는 지식재산권자의 도산 시 지식재산권사용자의 보호에 대해 여러 차례 연구가 있어온 반면에, 지식재산권사용자의 자산에 대한 도산개시의 효력 문제는 거의 논의되고 있지 못하다. 도산채무자가 지식재산권자이든 지식재산권사용자이든 도산에 따른 효과는 지식재산권사용계약과 지식재산사용권에 영향을 미치지 마련이다.¹¹⁰⁾ 그래서 마찬가지로 우선 지식재산권사용계약에 대하여 도산관재인에게는 선택권이 있다. 이때 어느 요건 아래에서 지식재산권

109) Wegener in Wimmer, FK-InsO (2013), § 103 Rn. 7; Rath, CR 2013, 78 (79); BGH, Urteil vom 22. 1. 2009, IX ZR 66/07, Tz. 15 f.

110) 이러한 측면에서 2010년 UNCITRAL 담보권에 관한 실무그룹(Working Group VI)에서 마련한 담보거래에 관한 입법지침 중 지식재산의 담보권에 관한 부속서에서는 지식재산권자뿐만 아니라 지식재산권사용자의 도산 시 문제에 대해서도 언급하고 있다, UNCITRAL, Legislative Guide on Secured Transactions: Supplement on Security Rights in Intellectual Property, 2011, at 157 *et seq.*

사용계약이 도산관재인 선택권의 대상이 되는지, 도산 개시에 근거하여 지식재산권사용계약과 관련한 해지권이 지식재산권자에게 속하는지에 대한 의문이 든다. 또한 주된 지식재산권사용계약의 한 당사자가 도산한 경우, 연쇄지식재산사용에서 2차 또는 하위지식재산사용권의 법적 처리의 문제도 도출된다. 여기에서 도산한 지식재산권사용자는 지식재산권자로부터 지식재산의 사용허락을 받고 2차 지식재산의 사용허락을 준 자이다. 만약 도산채무자인 지식재산권사용자의 회생과 계속적인 영업을 위해 지식재산사용권이 필요한 경우, 도산관재인은 지식재산사용권을 이용 또는 활용하기 위해 이행을 선택하게 될 것이다. 그러나 지식재산권자가 다른 방법으로 지식재산사용권을 회수할 가능성은 존재한다. 또한 지식재산권사용자가 도산 상태에 있고 도산관재인이 지식재산권사용계약의 해제 또는 해지를 선택한 경우 지식재산사용권의 운명과 관련하여 불확실성이 지배하고 있다. 특히, 연쇄지식재산사용권의 경우에도 이러한 상황이 문제된다.

우리나라의 경우 회생절차에서는 도산법 제124조, 파산절차에서는 도산법 제340조의 규정에 따르면, 기본적으로 임대인의 도산만을 상정하고 있으며 차임의 선급 또는 차임채권의 처분은 절차가 개시된 때의 당기와 차기에 관한 것을 제외하고는 절차상 그 효력을 주장할 수 없다. 그리고 특별법에 따른 대항요건을 갖춘 때에는 도산관재인에 의한 선택권에 관한 규정이 적용되지 않는다. 따라서 만약 임대차에 관한 규정을 지식재산사용권에도 준용한다면, 당해 규정들은 지식재산권자가 도산한 경우에 적용될 수 있을 것이다. 그러나 위 규정들은 임차인이 도산한 경우를 고려하고 있지 않아, 지식재산권사용자가 도산한 경우에 지식재산권사용계약은 원칙적으로 바로 도산관재인의 선택권에 놓이게 된다. 이러한 점에서 지식재산권사용자의 도산 시 지식재산권사용계약을 도산관재인의 선택권으로부터 자유롭게 하되,

도산관재인에게 법정 또는 당사자 사이에 합의된 해지 기간 안에 계약관계를 해소할 수 있는 권한을 부여할 수 있을 것이다.

또한 우리나라 도산법상 파산절차에 관한 규정 중 제339조에서만 계약 상대방이든 파산관재인이든 민법상 해제권 또는 해지권이 있는 경우, 상당한 기간을 정하여 그 기간 안에 권리자에게 계약의 해제 또는 해지 여부를 응답할 것을 최고할 수 있고, 그 기간 안에 응답이 없는 때에는 계약을 해제 또는 해지한 것으로 보고 있다. 이와 달리 독일에서 지식재산권사용계약은 도산절차에서 용익임대차계약과 같이 다루어지고 있어 도산절차개시의 신청이 있는 후 지식재산사용권의 해지는 독일 도산법 제112조에 따라 불가능하다. 이 규정에 의하면 채무자가 사용임차인 또는 용익임차인으로써 도산절차 개시 신청 전에 발생한 사용임대료 또는 용익임대료의 지급을 지체하거나 채무자의 재산상태가 악화되었다고 하여 계약상대방은 사용임대차관계 또는 용익임대차관계를 도산절차 개시 후에 해지할 수 없다. 이러한 점들을 고려할 때에 지식재산권사용자가 도산한 경우에도 도산재단의 보호와 지식재산권자의 이익을 고려하여 일정한 요건에 따라 지식재산권사용자가 계속적으로 지식재산사용권을 활용할 수 있는 기회를 제공할 필요가 있다.

제 4 절 도산조건부 계약해지조항의 제한 여부

여기에서도 특히, 지식재산권사용자가 도산한 경우가 문제된다. 지식재산권사용자의 도산 시에 계약상 해지에 관한 권한이 지식재산권자에 있으며, 이는 계약상 형성될 수 있다. 또한 도산관재인에게도 법정 기한 안에 해지에 관한 권한이 있다. 다만, 지식재산사용권에 담보

권이 존재하고 있는 때에는 지식재산권사용자의 도산관재인에 의한 해지권 행사가 계약상 제한될 수 있다.¹¹¹⁾

지식재산권자가 지식재산권사용계약을 체결할 때에 지식재산권사용자의 기한이익 상실 및 지급정지 등 경제위기 시 또는 도산 시를 대비하여 계약당사자의 불측의 손해를 방지하고자 특별한 계약내용을 형성하는 경우이다. 이때 지식재산권자가 지식재산사용권을 회수할 수 있는 방법으로 지식재산권사용자가 도산한 경우나 도산관재인에 의해 계약해지가 된 경우 등, 자동적으로 지식재산사용권이 지식재산권자에게로 회수된다는 내용의 규정을 정하곤 한다(Rückfallklausel). 다른 한편 계약당사자 사이에 지식재산권사용계약을 체결할 때에 일정한 조건을 전제로 하여 계약관계를 해소하는 형태가 이루어지기도 한다(Lösungsklausel; *ipso facto* clause). 이러한 계약형성은 계약당사자의 도산 발생 등을 해제조건으로 하는 당사자 사이의 합의에 근거하고 있다. 이와 관련하여 넓은 의미에서 변환조항(flip-in clause)에 의해 일정한 사유의 발생을 원인으로 한 일방당사자의 계약상 권리를 변경하기도 하고,¹¹²⁾ 지배변경조항(change-of-control clause)에 의해 지식재산권 사용자 측면에서 출자관계 등의 변경 시 계약관계가 해소되기도 한다.¹¹³⁾ 하지만 도산채무자인 지식재산권사용자가 계속적인 경제활동을 하거나 회생절차에 임함에 있어서 지식재산사용권의 계속적인 사용 및 활용이 필수적인 경우, 이러한 합의내용들의 법적 타당성 및 회생절차상 유효성 등의 문제가 제기된다.

사실 당해 계약해지조항은 실무에서 여러 계약관계, 예를 들어 금융거래계약, 건설계약, 도급계약, 공급계약, 서비스계약 등에서 계약내용

111) Koziol, Lizenzen als Kreditsicherheiten (2011), S. 149.

112) 임지웅, “도산해지조항의 효력 및 범위 - Flip-In 조항의 효력에 관한 영국과 미국의 판례분석을 중심으로 -”, 『도산법연구』 제1권 제2호(2010), 39면 참조.

113) Berger, ZInsO 2013, 569 (573); 소비대차계약에 있어서는 Cramer, WM 2011, 825 ff. 참조

또는 약관의 형태로 포함된 경우가 많다. 도산법상 효력의 판단을 위해서는 도산법상 연결시점이 중요하다. 그래서 계약일방당사자의 도산조건부와 그의 도산과는 독립된 계약해지조항을 구분하기도 한다. 특히, 독일에서는 계약자유의 원칙을 근거로 재산관계의 본질적인 악화를 이유로 하지만 도산을 직접적인 조건으로 하지 않은 계약해지조항은 유효하다고 보고 있다. 이와 달리 지급능력 있는 당사자의 해지권이나 계약당사자의 재산에 대해 도산신청이나 도산절차가 개시된 경우 계약의 자동적인 종료와 같이 도산조건부 계약해지조항은 무효로 보고 있다. 다만, 이러한 계약해지조항이 도산절차의 개시를 앞당기는 경우에는 유효하게 다루어질 수 있다. 그렇다고 하더라도 도산법상 부인될 수 있는 기간에 행하여진 경우이거나 채권자를 해하는 행위 등의 부인요건을 충족하게 되는 경우에는 도산관재인에 의한 부인을 피할 수 없을 것이다.

계약일방당사자의 도산으로 인한 지식재산권사용계약의 해지에 대한 합리적인 제한 가능성은 지식재산권자와 지식재산권사용자의 의무이행 등을 비교형량하여 구체적인 해결방법을 모색해 보아야 한다. 지식재산권사용자가 도산한 경우에 계약상대방인 지식재산권자는 지식재산권사용자로부터 지속적인 사용료의 지급을 기대할 수 없다면, 신속히 기존의 계약관계를 해소하고 다른 이에게 지식재산권의 사용을 허용할 것이다. 다른 한편 지식재산권자의 도산 시 지식재산권사용자는 지식재산권사용권의 도산보호를 통하여 큰 이익을 얻을 수 있을 것이다.

2000년 독일 도산법이 시행되기 이전에 지식재산권사용계약은 독일 옛 파산법 제19조에 따라 계속적 채권관계에 해당하였고, 지식재산권자나 지식재산권사용자나 합의에 따라 지식재산권사용계약에 대한 특별해지권을 행사할 수 있었다. 현행 독일 도산법 아래에서는 계속적 채권관계에 대한 해지규정이 적용되지 않고, 도산관재인의 선택권에 달려 있다. 그리고 독일 도산법 제112조에 의한 해지금지규정과 독일

도산법 제119조에 의해 도산관재인의 선택권을 침해하는 어떠한 합의는 도산절차상 효력이 없는 규정에 의해도 당사자 사이의 계약상 규정은 상당히 제한을 받고 있다. 오스트리아법상 지식재산사용권은 도산법상 임대차계약에 관한 규정을 문제없이 적용하고 있는 것에 반하여, 독일에서는 준용할 수 있다는 학설상의 주장만 있지 실정법에서는 인정되고 있지 않다. 그럼에도 불구하고, 독일에서 지식재산사용권에 관한 계약해지조항은 특히, 독일 도산법 제112조 제2항에 따라 무효가 되고 임대차 계약관계의 존속과 같이 다루어지게 된다.

특히, 도산조건부 계약해지조항은 도산관재인의 선택권 등을 직접적으로 계약함으로 강행법규인 도산법과 충돌하는 결과를 가져온다고 볼 수 있기 때문에 무효로 다루어질 수 있다. 또한, 지식재산권사용계약이 지식재산권사용자의 도산 전에 계약법 및 도산법상 부인요건 등을 벗어나 유효하게 해지된 경우라 하더라도, 한정된 범위에서 도산법원에 의한 보전처분에 따른 지식재산권사용명령은 원칙적으로 당해 지식재산권사용계약의 새로운 체결을 고려하지는 않는다. 따라서 이러한 점으로 인해 지식재산권자에게 불합리할 수 있다.

계약일방당사자의 경제적 상황의 위기 또는 도산 시를 대비하여 계속적인 계약관계의 하나인 지식재산권사용계약은 종료될 수 있다. 이는 사적자치원칙에 따라 형성권의 부여 또는 해제조건에 의하여 유효하게 형성될 수 있다. 하지만, 강행규정을 담고 있는 도산법제와 충돌할 수 있다. 이와 관련해 독일의 관례에서는 다른 여러 계약관계에 대하여 도산절차 상 계약관계의 종료를 인정하고 있는 반면, 학계에서는 다툼이 많다. 오스트리아에서는 통합도산법을 통하여 입법적으로 관련 당사자들의 이익형량을 고려하여 어느 정도 해결을 하고 있다. 즉, 앞서 살펴본 계속적 계약관계의 존속과 관련하여 이루어진 오스트리아 통합도산법 제21조a와 b의 내용은 우리에게 참조가 된다.

제 6 장 결 론: 규제모델의 제언에 갈음하며

사회적으로 문제가 되는 부분을 개선하기 위해 관련 사회구성원들은 정책을 제시하고 구체적으로 제도를 설계 및 시행하여 보다 나은 사회를 구현하고자 한다. 하지만 그 실현에 있어 정책과 제도가 추구하고자 하는 의도와는 달리 여러 가지 현실의 벽에 부딪치는 경우가 많다.¹¹⁴⁾ 입법은 두 가지 특성을 지니고 있다. 하나는 규범형성의 입법절차상 성과이고, 다른 하나는 절충적 이익고려의 정치적인 절차라는 점이다.¹¹⁵⁾ 입법을 위한 노력과 그의 결과는 사회의 공식적인 전체 상황을 반영하고 있는 것이므로, 입법과 법률은 사회와 같이 나아질 수 있다.

보호권으로서 지식재산사용권은 지식재산권사용계약에 기초하여 창설된다. 실무상 주된의무와 부수적 의무들은 각 당사자들 사이의 합의에 따른다. 계약에 의해 설정된 지식재산사용권의 법적 성질과 범위는 상당히 다툼이 있으며 특히, 이미 체결된 합의에 따라 판가름해야 한다. 쌍무계약으로써 지식재산권사용계약은 도산관재인의 선택권에 놓이게 된다. 이에 따라 도산관재인이 당해 계약의 해지를 선택한 경우, 배타적 사용권이든 비배타적 사용권이든 현저한 경제적 위험에 이르게 된다. 현재까지의 상황으로는 지식재산권법상 측면에서 이러한 곤경을 적절히 시정할 수 없다.

독일에서 이루어지고 있는 법적 논의와 오스트리아에서 완성한 도산법제는 우리에게 시사점을 주는 바가 많으며, 부분적으로 설득력도 있다. 우리나라에서는 주로 지식재산권자의 도산 시만을 문제 삼아

114) 댄세노르/사울싱어(윤종록 옮김), 창업국가, 다홀미디어, 2010, 5면에서 이스라엘 전 총리 올메르트에의 추천 글을 보면, 이스라엘의 성공이 정부의 잘된 정책에 의존했기 때문이라고 오해하지 않기를 바라고 있으며, 간섭 없이 항상 이야기를 귀담아 듣고 격려했다고 기술하고 있다.

115) Schulze-Fielitz, JZ 2004, 862 f.

논의의 이루어지기도 했었는데, 이와 함께 지식재산권사용자의 도산 시 연쇄지식재산권사용에서 지식재산사용권의 도산보호도 검토가 필요하다. 지식재산권사용계약에서 주된 의무와 부수적 의무 사이의 경계 문제도 도산법상 법적 안정성을 해칠 수 있다. 또한 회생절차에서 지식재산권사용계약의 눈에 띄는 불균형에 의한 계약수정은 보다 나은 조건으로 나아가는 것이 쉽지 않을 수 있다. 만약 이러한 점을 도외시한다면, 지식재산권사용에 따른 사용료 통제의 방법은 도산법상 부인에 관한 규정을 회피하게 된다.

도산보호는 넓은 의미에서 풀어 쓰자면, 강행법상 도산절차에 의한 제한에도 불구하고 권리자의 청구권을 처음 합의된 대로 주장할 수 있음을 뜻한다.¹¹⁶⁾ 그러나 지식재산사용권이 현행 도산절차에서 보호를 받을 수 있는지 예견할 수 없는 상황에서 관련 근거를 통하여 이러한 결점을 보완할 필요가 있음은 자명하다. 그리고 당해 문제점이 판례와 학설에 의해 다른 방식으로든 해결되지 못했다면, 특별한 규정은 당연히 필수적이다.

입법적으로나 판례에 의해 명확히 형성되지 않는 한 도산절차상 지식재산권사용계약과 지식재산사용권의 법적 이익을 보호하기 위한 여러 조치들은 우리 도산법상 부인의 대상이 될 수 있다.¹¹⁷⁾ 기본적으로 도산법상 부인의 구성요건은 도산채권자의 이익침해를 전제로 하고 있으며, 채권자평등원칙에 근거를 두고 있다. 도산관재인은 부인권 행사를 통해 도산재단의 감소행위 및 도산채권자의 이익을 해하는 행위의 효력을 도산재단과의 관계에서 상실시키고, 일탈한 재산을 원상으로 회복시킨다. 다만, 부인의 법적 효과는 이러한 행위로 야기된 효과와 관련한다.

116) Tabrizi, Lizenzen in der Insolvenz nach dem Scheitern des Gesetzes zur Einführung eines § 108a InsO (2011), S. 4.

117) 다른 한편으로는 도산채무자의 회생에 있어서 존립기반을 무효화시키는 조치에 따른 책임(Existenzvernichtungshaftung)도 생각해 볼 수 있다.

현재 지식재산사용권을 공시하는 경우가 드물다는 점을 고려해 볼 때, 굳이 공시를 통해 그 이후의 권리자에 대하여 지식재산사용권을 주장할 수 있도록 하기 보다는, 공시되지 않았더라도 계약에 기초한 우선순위원칙에 따라 권리이전 시 공시방법이나 새로운 권리자의 인식 등의 특별한 요건을 요구하지 않고 제3자에 대하여 효력이 있는 것으로 입법상 검토할 필요가 있다.¹¹⁸⁾ 또한 도산 시 이해당사자 사이의 이익형량을 고려하여 합당한 조건 아래에서 지식재산권사용계약의 존속여부를 가늠할 수 있어야 할 것이다.¹¹⁹⁾ 하지만 지급여력이 없는 경우나 지속적인 수익의 발생을 예견할 수 없는 경우에는 지식재산권 사용계약의 유지 가능성은 희박하다. 여기에 덧붙여 굳이 지식재산권 사용계약 및 지식재산사용권에 한정하지 않고 특히, 사용 및 수익을 목적으로 하는 계속적 권리관계에 대해 포괄적으로 보호하는 방안도 제안하고자 한다. 다른 한편, 법정된 규정이나 판례의 부재에 따른 불확실성으로 인하여 계약당사자 사이에 도산이 일어나는 경우를 대비해 법적 안정성을 얻고자 하는 구체적인 계약상 규정은 불가피한 것일 수 있다.

앞으로 본 연구의 내용을 바탕으로 법적 안정성을 해치지 않는 범위에서 지식산업의 지속가능한 성장을 위해 도산절차에서 지식재산권을 기반으로 한 지식재산권사용계약과 지식재산사용권의 법적 보호를 위한 논의는 더욱 활발하게 이루어질 필요가 있다. 이를 통해 보다 더 명확하고 합의된 규제모델이 제시되어야 한다.

118) 2011년 일본 특허법 개정에서는 미국이나 독일의 예와 차이가 있기는 하지만 기본적으로 이러한 기초를 따르고 있다. 즉, 일본 특허법 제99조에 의하면, 통상실시권은 그 발생 후 그 특허권 혹은 전용실시권 또는 그 특허권에 대한 전용실시권을 취득한 자에 대해서도 효력을 가진다. 이를 두고 당연대항제도라고 한다. 노경섭, “지적재산 라이선스 계약에서 라이선시 보호에 관한 연구: 법정실시권 제도의 활용을 중심으로”, 『지식재산연구』 제7권 제3호(2012), 72면 참조.

119) 지식재산권사용계약의 보호, 도산절차 목적과의 조화, 당사자의 의사에 따른 계약의 존속여부 등 미국의 입법례를 따르는 것이 타당하다는 입장에 강 현, “라이선서 파산시의 라이선시의 보호에 관한 연구”, 『경영법률』 제12권 제1호(2010), 467면.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

- 강 헌, “라이센서 파산시의 라이선시의 보호에 관한 연구”, 『경영법률』 제12권 제1호, 한국경영법률학회, 2010.
- 김선정, “지적재산권소유자의 파산과 실시(사용)권자의 보호 - 미국과 일본의 입법례를 중심으로”, 『비교사법』 제12권 제4호, 한국비교사법학회, 2005.
- 김성용, “도산절차에서의 쌍무계약의 해제권에 관한 비판적 검토 - 라이선스계약에의 함의를 중심으로”, 전문가 워크숍 ‘라이선스와 도산’, 한국법제연구원, 2013.
- _____, “도산절차에서의 쌍무계약의 처리와 관련한 두 가지 의문”, 『비교사법』 제14권 1호, 한국비교사법학회, 2007.
- 노경섭, “지적재산 라이선스 계약에서 라이선시 보호에 관한 연구: 법정실시권 제도의 활용을 중심으로”, 『지식재산연구』 제7권 제3호, 한국지식재산연구원/한국지식재산학회, 2012.
- 덴세노르/사울싱어(윤종록 옮김), 창업국가, 다홀미디어, 2010.
- 박재현, “전용실시권과 미국법상 Exclusive License의 비교”, 『저스티스』 제120호, 한국법학원, 2010.
- 서재권, “지적재산권의 특성에 비추어 본 도산법상 법적 쟁점”, 전문가 워크숍 ‘라이선스와 도산’, 한국법제연구원, 2013.
- _____, “회사 도산에 의한 지적재산권 이전에 관한 소고”, 『창작과 권리』 제43호, 세창출판사, 2006.

- 임지웅, “도산해지조항의 효력 및 범위 - Flip-In 조항의 효력에 관한 영국과 미국의 판례분석을 중심으로 -”, 『도산법연구』 제1권 제2호, 도산법연구회, 2010.
- 제18대 대통령인수위원회, “제18대 대통령직인수위원회 제안 박근혜 정부 국정과제”, 2013.
- 한 민, “미이행쌍무계약에 관한 우리 도산법제의 개선방향”. 『선진 상사법률연구』 제53호, 법무부, 2011.
- 한지영, “독일에서 라이선스계약에 있어서 라이선시의 법적 보호”, 전문가 워크숍 ‘라이선스와 도산’, 한국법제연구원, 2013.

2. 국외 문헌

- Adam, Roman F.: § 119 InsO und die Lösungsklauseln für den Fall der Insolvenz, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR), 2005, 1 ff.
- Berger, Christian: Immaterielle Wirtschaftsgüter in der Insolvenz, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO), 2013, 569 ff.
- _____ : Auf dem Weg zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO), 2007, 1142 ff.
- Cramer, Carsten: Die Auswirkung des Kontrollwechsels auf den Darlehensvertrag - Lösungsrechte des Vertragspartners ohne vertragliche Grundlage -, Wertpapiermitteilungen: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM), 2011, 825 ff.
- Dahl, Michael/Schmitz, Daniel: Das Schicksal der Lizenz in der Insolvenz des Lizenzgebers - der erneut gescheiterte Versuch einer

- gesetzlichen Regelung und deren Notwendigkeit, Betriebs-Berater (BB), 2013, 1032 ff.
- Dieselhorst, Jochen: Zur Dinglichkeit und Insolvenzfestigkeit einfacher Lizenzen, Computer und Recht (CR), 2010, 69 ff.
- Feuchtinger, Günther/Lesigang, Michael: Praxisleitfaden Insolvenzrecht, 3. Aufl., Linde, 2010.
- Fischer, Gero: Nicht ausschließliche Lizenzen an Immaterialgüterrechten in der Insolvenz des Lizenzgebers, Wertpapiermitteilungen: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM), 2013, 821 ff.
- Gottwald, Peter (Hrsg.): Insolvenzrechtshandbuch, 4. Aufl., C.H. Beck, 2010.
- Graef, Ralph Oliver: Insolvenz des Lizenzgebers und Wahlrecht des Insolvenzverwalters - Lösungsansätze aus der Praxis, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM), 2006, 104 ff.
- Hauck, Ronny: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte am Beispiel einfacher immaterialgüterrechtlicher Lizenzen, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), Bd. 211, 2011, 626 ff.
- Heidenhain, Annemarie/Reus, Katharina: Möglichkeiten der vertraglichen Bindung von Unterlizenzen an den Bestand der Hauptlizenz, Computer und Recht (CR), 2013, 273 ff.
- Heim, Sebastian: Lizenzverträge in der Insolvenz - Anmerkungen zu § 108 a InsO-E, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI), 2008, 338 ff.
- Hess, Harald: Insolvenzrecht: Großkommentar in zwei Bänden, 2. Aufl., C.F. Müller, 2013.

- Hombrecher, Lars: Die vertragliche Absicherung des Markenlizenznehmers gegen eine Insolvenz des Lizenzgebers, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), 2006, 219.
- Jungclaus, Martin: Zu einem dogmatischen Grundfehler des § 108a InsO-E in der Fassung des Referentenentwurfs des BMJ v. 18. 1. 2012, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO), 2012, 724 ff.
- Kodek, Georg E.: Von der KO zur IO: Das IRÄG 2010 im Überblick, BankArchiv - Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen (ÖBA), 2010, 498 ff.
- Koehler/Ludwig: Die Behandlung von Lizenzen in der Insolvenz, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI), 2007, 79 ff.
- Koziol, Gabriele: Lizenzen als Kreditsicherheiten: Zivilrechtliche Grundlagen in Deutschland, Österreich und Japan, Mohr Siebeck, 2011.
- McGuire, Mary-Rose: Lizenzen in der Insolvenz: Ein neuer Anlauf zu einer überfälligen Reform, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), 2012, 657 ff.
- _____ : Nutzungsrechte an Computerprogrammen in der Insolvenz, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), 2009, 13 ff.
- Mitlehner, Stephan: § 108a InsO RegE - Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen kraft Gesetzes?, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 2008, 450.

- Mohr, Franz: Die Insolvenzordnung (IO), 11. Aufl., MANZ, 2012.
- _____ : Sanierungsplan und Sanierungsverfahren nach dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, MANZ, 2010.
- Nerlich, Jörg/Kreplin, Georg (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, 2. Aufl., C.H. Beck, 2012.
- Nolden, Christoph: Das Abstraktionsprinzip im urheberrechtlichen Lizenzverkehr, V&R Unipress, 2005.
- Picot, Henriette: Abstraktion und Kausalabhängigkeit im deutschen Immaterialgüterrecht, Nomos, 2007.
- Rath, Michael: Risiken und Nebenwirkungen beim Software Escrow, Computer und Recht (CR), 2013, 78 ff.
- Reul, Adolf/Heckschen, Heribert/Wienberg, Rüdiger, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis: Immobilien-, Gesellschafts-, Erb- und Familienrecht, C.H. Beck, 2012.
- Schack, Haimo: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl., Mohr Siebeck, 2010.
- Schleich, Thorsten/Götz, Florian: Gesetzentwurf zur Änderung der Insolvenzordnung - Zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR), 2008, 58 ff.
- Schmidt, Holger: Auf dem Weg zur vollen Anerkennung immaterieller Vermögenswerte als Kreditsicherheit?, Wertpapiermitteilungen: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM), 2012, 721 ff.

- Schricker, Gerhard (Hrsg.): Verlagsrecht : Kommentar zum Gesetz über das Verlagsrecht, 3. Aufl., C.H. Beck, 2001.
- Schulze-Fielitz, Hemluth: Wege, Umwege oder Holzwege zu besserer Gesetzgebung: durch sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle?, Juristenzeitung (JZ), 2004, 862 ff.
- Schumann, Hans: Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht, N.G. Elwert'sche Verlh., 1924.
- Spiegel, Eva/Benes, Marcus: Insolvenzordnung: Kreditvergabe und Insolvenzrisiken, Recht der Wirtschaft (RdW), 2010, 751 ff.
- Spies, Stefan: Zur Neuregelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen nach § 108a InsO-Entwurf, Dr. Kovač, 2010.
- Tabrizi, Mahdi Daneshzadeh: Lizenzen in der Insolvenz nach dem Scheitern des Gesetzes zur Einführung eines § 108a InsO, Mohr Siebeck, 2011.
- UNCITRAL, Legislative Guide on Secured Transactions: Supplement on Security Rights in Intellectual Property, 2011.
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried (Hrsg.): UrhG: Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., C.H. Beck, 2009.
- Weber, Christian/Hötzel, Gerrit: Das Schicksal der Softwarelizenz in der Lizenzkette bei Insolvenz des Lizenznehmers, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI), 2011, 432 ff.
- Wegener, Burghard: § 108a InsO zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen - Zuviel des Guten?, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO), 2008, 352 ff.

Wimmer, Klaus (Hrsg.): FK-InsO: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Aufl., Luchterhand, 2013.

Wimmer, Klaus: Neue Reformüberlegungen zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 2012, 545 ff.

Zehnsdorf, Jana: Filmmnutzungsrechte in der Insolvenz, Nomos, 2006.