

國際去來法研究

心堂 宋相現 教授 停年紀念

第 15 輯 第 2 號

2006

國際去來法學會

컨설팅계약을 둘러싼 법률문제

박환일*

목 차

I. 머리말	6. 당사자의 의무사항
II. 컨설팅계약의 법적 성격	7. 용역수행 결과물 및 그의 귀속
1. 계약서의 형식	8. 계약의 해지 또는 해제 사유
2. 컨설팅계약의 법적 성격	9. 비밀유지 의무
III. 컨설팅계약의 주요 내용	10. 계약의 변경
1. 前文	11. 손해배상책임과 면책조항
2. 계약의 목적	12. 용역결과물의 검수
3. 용역수수료의 지급	13. 준거법 및 분쟁해결방법
4. 용역기간	IV. 맺음말
5. 용역업무 담당자에 대한 보장	

I. 머리말

오늘날 기업의 의사결정에 고도의 전문성과 신속성을 요하면서 외부 전문가들에 대한 컨설팅 수요도 크게 증가하고 있다. 1997년 말 우리 경제가 외환위기에 봉착했을 때 많은 기업들이 국내의 컨설팅사의 도움을 받아 난국을 타개한 경험이 있기에¹⁾ 크고 작은 기업을 막론하고 어려움에 부딪히면 컨설팅을 해줄 전문기관부터 찾는 실정이다. 그밖에도 회사가 무보증 사채를 공모발행(public offering)하거나 대형사업을 추진하고자 할 때 투자자보호 또는 환경보호를 위하여 전문기관의 신용평가(credit rating) 또는 환경영향

* 경희대학교 법과대학 부교수, 법학박사.

- 1) 컨설팅이란 어느 기업이 안고 있는 문제점을 분석하고, 대책을 마련하여 경영기법·사업운영에 관한 전문적인 자문을 제공하는 것을 말한다. 컨설팅을 필요로 하는 것은 외부 전문가의 시각에서 문제점을 파악하고 해당 분야의 전문적 지식과 경험을 보충하는 동시에 최고경영진의 의사결정에 대하여 총괄적이고 객관적인 조언을 할 수 있는 제3자의 시각이 유익하기 때문이다. 현재 국내 컨설팅 시장 규모는 약 1조 7천억 원에 달하고 있는데 IMF 사태 이후 외국계 컨설팅사가 50% 이상을 점유하고 있는 실정이다. 유재권, “[DT 광장] 국내 컨설팅 산업 활성화를 위해”, 디지털타임스, 2006.11.2자.

평가(environmental impact assessment)를 받도록 외부 전문기관의 컨설팅이 의무화되어 있는 경우도 있다.²⁾

이러한 컨설팅 제공에 있어서 당해 컨설팅 기관(consultant)과 의뢰인(employer)은 컨설팅(용역)계약을 체결한다. 예컨대 고객이 사업성검토나 기업진단, 금융자문 및 주선 등에 대한 컨설팅을 의뢰하는 경우 당해 컨설팅사는 그 목적을 고려하여 의뢰인이 원하는 바에 따라 구체적인 내용을 정하게 된다. 이러한 특성에 비추어 컨설팅사가 자신의 標準 계약서를 제시하기보다는 컨설팅사와 의뢰인이 구체적으로 합의하는 기준을 따르는 경우가 많다. 그럼에도 컨설팅계약³⁾이라면 일반적으로 갖춰야 할 사항이 있으므로 계약서를 작성하거나 이를 검토할 때 주의하여야 한다.

본고에서는 가장 일반적인 사항을 중심으로 컨설팅계약서의 내용을 살펴보고자 한다. 목적이 채권의 공모발행이든, 기업인수(M&A)이든 아니면 대형 프로젝트의 추진이든 구체적인 사안에 따라 계약체결의 목적과 경위, 컨설팅의 범위, 의뢰인과의 권리의무관계 그밖에 의뢰인이 특별히 원하는 바를 규정하게 된다. 아래 소개하는 컨설팅계약서의 조문은 하나의 例示에 불과하며, 컨설팅 담당자가 변호사, 회계사, 경영분석가 중에서 어느 입장을 취하느냐에 따라 가장 익숙한 방식으로 협상을 하게 되므로 여러 주관적인 변수(subjective variables)와 협상능력(bargaining power)에 따라 선택을 하게 될 것이다.⁴⁾

일반적인 컨설팅계약의 당사자간에 자주 문제가 되는 조항은 다음과 같다. ▷컨설팅 수수료의 계산 및 지급방법, ▷컨설팅 담당자에 대한 진술·보장 및 비밀유지 의무, ▷지적재산권(저작권 등)의 공유 및 그의 침해에 따른 책임의 소재, ▷손해배상책임의 한도와 전문가책임의 성격, ▷분쟁해결방법 등에 관하여 차례로 알아보기로 한다.

II. 컨설팅계약의 법적 성격

1. 계약서의 형식

의뢰인이 국가기관이거나 유력한 외국 기업인 경우 그가 제시한 용역계약서(안)은 표

- 2) 증권거래법 제162조의 2 제1호에 의거한 한국증권업협회의 「유가증권 인수업무에 관한 규칙」 제12조 제1항, 환경영향평가법 제4조 및 제10조.
- 3) 컨설팅계약서는 과업 자체에 주목하여 흔히 “용역계약서”라고도 하며, 의뢰인과의 관계에 따라서는 “업무협약서”의 형태로 체결하기도 한다. 본고에서는 ‘컨설팅’과 ‘용역’을 구분 없이 混用하여 쓰기로 한다.
- 4) Elliot V. Stein, “Negotiating the Purchase Agreement for a Closely Held Business”, ALI-ABA Course of Study, Sep. 14-15, 2006, p.448.

준계약서인 경우가 많고, 상당한 이유가 없는 한 컨설팅사의 수정 요구를 받아들여야 하지 않을 것이다. 그러나 문제점을 내포한 조항에 대해서는 국내 법규 및 컨설팅 업무관행에 배치됨을 들어 협상(negotiation)을 요구하여야 한다.

그리고 컨설팅계약의 일방 당사자가 복수인 경우도 많이 있다. 특히 의뢰인이 복수인 경우에는 각종 의무사항의 이행, 특히 의뢰인이 외국 기업인 경우에는 외국환거래법규 등을 고려하여 어느 한 당사자를 특정할 것 없이 각기 連帶債務(joint and several liabilities)를 지도록 한다.

구체적인 용역업무의 성격에 따라서는 컨설팅사가 선정하는 전문자격을 갖춘 외주업체에 의하여 컨설팅을 수행(outsourcing)해야 하는 경우도 있다. 이 때 外注業體는 컨설팅사의 이행보조자가 되어 컨설팅사는 그가 한 행위에 대하여 책임을 지게 됨을 주의하여야 한다.

컨설팅계약은 의뢰인의 영업비밀에 속하는 자료를 접하게 되므로 통상 비밀유지약정(confidentiality agreement)을 별도로 체결한다. 비밀유지약정은 컨설팅계약과 하나의 계약서(single agreement)를 구성하게 되므로 내용상의 충돌이 있을 수 있다. 특히 비밀유지의 필요성이 있는 기간 동안에는 효력을 유지해야 하므로 용역기간이 끝나고 계약이 종료되더라도 비밀유지약정은 상당 기간 효력을 유지하도록(survival) 할 필요가 있다. 이와 같이 컨설팅계약과 관련하여 여러 건의 약정이 이루어지는 경우 그 효력의 우선순위는 ‘新法우선, 特別法우선의 원칙’을 따르게 됨을 유의하여야 한다.

만일 컨설팅사가 외국 기업으로부터 컨설팅을 의뢰받는 경우에는 계약서의 언어가 문제가 된다. 이때 언어를 英語로 할지라도 준거법(governing law)을 영국법(잉글랜드법)이나 미국 뉴욕주법으로 해야 하는 것은 아니며, 준거법을 한국법으로 하고 관할법원을 한국 법원(예: 서울중앙지방법원)으로 하여도 무방하다. 계약서의 번역본을 만드는 경우에는 그 효력의 우선순위를 정해 두어야 한다.

의뢰인이 외국 기업인 경우에는 컨설팅계약서를 수신인(addressee)에 대한 서한(letter) 형식으로 작성하고 受信人이 이에 동의(accepted and agreed by)하는 답신을 요구하는 예도 있다. 이와 같은 “Letter Agreement”도 물론 법적으로 유효하다.

이러한 경우에도 당사자 쌍방이 쉽게 이해할 수 있는 내용으로 작성하여야 한다. 만일 한국식 계약서를 영문 계약서의 형태로 표현하더라도⁵⁾ 그 효력에는 차이가 없으므로 영문 계약서 스타일로 만들어⁶⁾ 상대방과 협의하는 것이 좋을 것이다. 예컨대 “컨설팅사에

5) 외국의 의뢰인이 의뢰하는 용역의 범위는 “Scope of Works”로 정해놓거나 별도로 “Letter of Engagement”를 작성할 수도 있다. 주요 계약조건은 “Terms and Conditions”로 규정한다.

6) 영문계약서에는 통상 “Whereas”로 시작되는 Recital 조항을 두게 되는데, 본건 계약을 체결하게 된 경위와 목적을 기술한다. 그리고 컨설팅 용역과제는 “project”보다 “services”로 표현하는 것이 구체적이다. 자금유치 등 모호한 개념은 성과를 측정할 수 있는 단위를 포함하여 그 개념을 명확하게 규정하도록 한다.

고의·중과실이 없는 한 손해배상의 범위는 의뢰인로부터 받은 금액을 한도로 한다”는 표현은 특히 주의하여야 한다.⁷⁾ “이 계약서에 규정되지 아니한 사항은 업계의 표준 및 거래관행을 따르기로 한다”는 규정 또한 영미법계 법률가들은 이해할 수 없으므로 피해야 한다. 왜냐하면 영미법에서는 완전한 계약(entire agreement)⁸⁾이라 하여 계약서에 규정되지 아니한 사항은 법정에서 구두증거로 제출하는 것이 허용되지 않기 때문이다 (Parol Evidence Rule).

영문계약서의 서명권자는 계약금액의 한도에 따라 본사가 아닌 서울에 주재하는 간부에게 서명을 위임하는 경우가 많으므로 컨설팅사도 서명자도 굳이 CEO로 할 필요가 없을 것이다. 그리고 의뢰인이 외국 기업인 경우에는 국제규범의 적용을 받는 경우가 많음을 주의하도록 한다. 예컨대 미국의 경제제재 대상국인 북한, 쿠바,⁹⁾ 이란과 관련이 있는 경우에는 특별히 주의를 기울일 필요가 있다.

2. 컨설팅계약의 법적 성격

컨설팅계약은 그것이 ‘都給’이나, ‘委任’이나를 둘러싸고 그 법적 성격에 대한 논란이 생길 수 있다. 이 문제는 컨설팅계약서에 印紙를 첨부할 것인가와 관련이 있다. 만일 그 성격을 도급이라 한다면 인지세법상의 과세문서(동법 제3조 1항 3호)로서 인지를 첨부하여야 한다. 아직까지 법령은 물론 행정해석에서도 이를 非課稅하기로 하는 예는 없었지만, 컨설팅계약을 都給이라고 보는 것은 다소 무리가 있는 해석이다.

예컨대 현재 국내 신용평가회사들이 사용하고 있는 『무보증채(기업어음 포함) 신용등급평정약정서』는 의뢰인이 발행하는 무보증채에 대하여 신용평가회사가 일정 조건 하에 정기상환 가능성의 정도를 평가하고 신용등급의 유효기간 동안 사후관리를 하는 내용으

7) 英語로 된 용어를 사용할 때에는 특별히 주의를 기울여야 한다. 예컨대, “fault”라고 하였을 때에는 결함, 실수, 책임을 연상케 하므로 이를 고의·과실 등의 귀책사유로 보기는 어렵다. 그러므로 “willful misconduct or (gross) negligence” 등으로 정확하게 표현하도록 한다.

8) 일반적으로 영미법을 준거법으로 “계약서는 계약체결 전에 한 제안, 서신교환, 양해사항, 기타 서면 또는 구두의 의사교환을 대체하고 그것을 갈음한다”고 보는 것이 원칙이다. 우리나라에서는 ‘변론의 전취지’라 하여 법관이 심증을 형성함에 있어 ‘업계의 관행’이라고 하는 막연한 구두증거조차 인정하는 것과 사뭇 다르다.

9) 쿠바는 서반구의 유일한 공산국가로서 미국은 1962년부터 경제봉쇄(embargo)를 실시하고 쿠바에 자금을 지출하는 미국인과 미국 기업을 처벌하고 있다(Trading With the Enemy Act). 2000년 유엔이 對쿠바 경제봉쇄의 해제를 촉구하는 결의안을 채택한 바 있으나, 쿠바의 인권 사정이 획기적으로 개선되지 않는 한 우리나라를 포함한 서방국가와의 외교관계의 개선은 어려울 것으로 전망된다. 이에 따라 예상치 못한 국제정세의 악화(political risk)로 본건 사업이 중단되거나 좌절될 가능성에 대비할 필요가 있다.

로 되어 있다. 이는 신용평가에 관한 고도의 전문지식과 경험을 바탕으로 無保證債의 정기상환가능성의 정도를 평가하는 '일의 完成'(민법 제664조)을 목적으로 하는 도급계약으로 볼 수 있다. 왜냐하면 신용평가회사는 등급평정을 완료한 후 의뢰인에게 신용평가서를 교부하여야 하며, 신용평가회사는 의뢰인에게 종속되지 않고 독립하여 일을 수행하기 때문이다.

그러나 신용등급의 평정은 전문적인 서비스의 제공을 목적으로 하는 것이고 의뢰인이 제출한 자료가 부실할 경우에는 등급평정을 거절할 수 있으므로, 원칙적으로 도급인이 제공한 재료를 가지고 도급인의 지시에 따라 일을 완성하여야 하는 도급과 다르다. 도급계약에서 수급인은 도급인이 원하는 바대로 일을 완성해야 하지만, 신용평가는 당해 유가증권의 신용등급을 객관적으로 평정할 뿐이므로 委任에 가깝다고 할 수 있다. 이와 같이 위임으로 본다면 租稅法定主義 원칙상 신용등급평정약정서는 과세문서가 아니다. 또한 신용평가회사가 의무적으로 수행하는 사후관리는 수급인이 부담하는 瑕疵擔保責任(민법 제667조) 성격의 하자보수와는 다르다. 수급인이 일을 완성하기 전에 도급인이 도급계약을 해제(민법 제673조)하는 경우 수급인은 목적물을 반환하고 보수청구권과 손해배상청구권을 갖게 되지만, 신용평가에 있어서는 의뢰인의 사정으로 약정이 해지되는 경우 이미 수령한 평정수수료를 반환하지 아니한다.

이러한 신용등급의 평정이 재산에 관한 권리 등의 설정·이전·변경, 다시 말해서 자산의 양도 또는 채무의 보증(인지세법 제1조 1항)이 아님은 그것이 의뢰인의 有價證券에 대한 정기상환 가능성 내지 신용상태가 어느 정도인지 사실관계를 평가하고 그 결과를 알아보기 쉽게 일정한 記號로 표시하는 것에 불과하다는 점에서 알 수 있다. 이것은 또한 특정 유가증권에 대하여 투자를 권유하거나 원리금 상환을 보증하는 것이 아니므로 어느 누구에 대하여 그 상환청구권(즉 상환의 확실성)을 증명하는 것도 아니다.

신용등급의 평정 내지 그 사후관리는 당해 유가증권 발행회사와 신용평가회사 간의 계속적·반복적 거래관계(인지세법 제3조 1항 10호)라고 보기 어렵고, 무엇보다도 租稅法定主義 원칙상 하위법령에서 명시적으로 규정(인지세법시행령 제5조)하지 않는 한 補完文書(인지세법 제5조)에도 해당하지 않는다.

課稅文書인지 여부를 판단할 때에는 인지세의 부과가 금융비용의 증가로 직결되므로 금융거래를 위축시킬 수 있음을 감안하여 가급적 消極的으로 해석하는 것이 바람직하다. 인지세법에서도 국제거래에 널리 이용되는 신용장에 금융비용이 추가되는 것을 피하기 위해 과세문서에서 제외하고 있는 점도 고려해야 한다.¹⁰⁾

생각건대 발행회사의 의뢰를 받아 유가증권의 신용등급을 평가하는 것을 내용으로 하는 용역계약은 都給에 해당하는 측면과 委任이라고 볼 수 있는 측면이 있다. 그러나 인

10) 자산의 양도(assignment) 문서에 인지세를 부과하는 英國에서도 대출채권의 양도의 법적 성격을 양도가 아닌 更改(novation)로 해석함으로써 금융거래를 촉진하고 있다.

지세의 부담액이 계약금액에 비해 크지 않고 100% 완전한 비과세문서임을 주장하는 데는 한계가 있으므로 실무상으로는 印紙를 첨부하는 것으로 처리하고 있다.

Ⅲ. 컨설팅계약의 주요 내용

1. 前 文

우리나라의 계약서에는 통상 전문(preamble)을 두지 아니하나 경우에 따라서는 계약을 체결하게 된 경위와 동기, 계약의 목적을 규정하기도 한다. 컨설팅이란 기본이 되는 사업과 관련하여 의뢰인에게 필요한 사항을 서비스하는 것이므로 경우에 따라서는 그러한 背景(background)을 설명할 필요가 있는 것이다.

영미법을 준거법으로 하는 영문계약서에서는 흔히 “Whereas”로 시작하는 문단을 두고 있으며 국문계약서에서는 관련이 있는 계약서를 지칭(with reference to)하도록 한다.

2. 계약의 목적

이 조항에는 컨설팅계약서를 체결하는 목적을 기술한다. 목적 조항에서는 당사자 상호간에 합의를 한 사실(mutuality of the agreement)을 분명히 밝히도록 하며, 경우에 따라서는 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 등의 관련 법규를 명시하기도 한다.

의뢰인이 의뢰하는 용역업무의 범위는 기술적인 사항이 많으므로 別表(schedule)로 명확하게 규정한다. 반대로 과업의 범위를 폭넓게 정해야 하는 경우도 있다. 예컨대 컨설팅의 목적이 금융주선인 경우 그 방법은 금융권 대출뿐만 아니라 자금시장 동향에 따른 대체적인 자금조달(alternative financing)도 있으므로 융통성을 두도록 한다.

용역의 범위는 특히 공동으로 용역을 수행하는 경우에 용역수수료를 배분하고 費用을 나누어 부담하기로 하였을 때 중요한 기준이 된다. 공동으로 용역을 수행하는 경우 업무의 범위와 난이도, 인력 및 시간의 투입정도에 따라 용역수수료를 배분하고 그에 상응하여 용역업무의 수행에 투입한 비용을 부담하는 것이 합리적이다.

용역수행 중에 과업의 범위를 넓힐 필요가 있는 경우에는 당사자 어느 일방이 이를 결정하게 해서는 안 되고, 쌍방이 서면으로 합의하여 범위의 확대와 함께 용역수수료 및 비용부담에 관하여도 합리적으로 정하여야 할 것이다. 업무(서비스)의 범위가 늘어나는 것에 비례하여 더 많은 용역수수료를 받도록 하든가, 한정된 용역수수료의 범위 내에서

비용 또는 위험부담을 줄여야 하기 때문이다.

그러므로 컨설팅사로서는 의뢰인과의 협의를 정례화하고 그의 모든 요구사항을 문서화(documentation)하여 이를 객관적으로 확인해 둘 필요가 있으며, ‘최상의 시스템’과 같은 막연한 기준은 피하고 이를 가급적 計量化하도록 한다.

용역의 범위와 관련하여 종종 문제가 생기는 경우는 다음과 같다.

① 성공적인 목표의 달성을 위하여 컨설팅사가 서비스를 추가하는 경우가 있다. 이때에는 당연히 컨설팅사의 보수를 늘려주어야 할 것이다.

② 컨설팅사의 용역수행 중에 제3자가 밀고 들어오는 경우도 있다. 이러한 경우에는 사전협의를 요건으로 하여(subject to mutual consultation prior to ……) 컨설팅사가 기존 지위를 지킬 수 있게 하거나, 아니면 상대방의 비용부담 조건으로 별도의 전문기관에 용역을 의뢰하게 하는 등 실리를 챙기고 후퇴할 수 있는 길을 열어두도록 한다.

③ 컨설팅사가 소정 계약기간 내에 용역을 수행하였으나, 그에 힘입어 의뢰인이 계획한 사업을 최종적으로 성사시킨 경우에는 소정의 용역수수료를 전액 청구할 수 있음은 물론이다. 그러나 컨설팅사의 금융자문과 무관하게 의뢰인이 스스로 노력하여 자금조달에 성공한 경우에도 컨설팅사의 용역수행에 대하여는 적어도 실비 이상을 변상 받을 수 있어야 할 것이다.

④ 용역범위와 관련하여 컨설팅사의 책임 있는 사유로 용역을 완수하지 못한 결과 의뢰인에게 손해를 배상해야 하는 문제가 생길 수 있다. 이러한 경우에는 다음과 같은 해결방안을 강구하도록 한다.

【용역범위 문제의 해결】

“을”의 책임있는 사유로 용역범위에 관하여 문제가 생길 경우 “을”은 “갑”과 협의하여 손해배상을 하는 대신 그의 비용부담 하에 상기 문제를 해결하기로 한다.

3. 용역수수료의 지급

일반적으로 용역에 대한 보수는 적은 금액일지라도 기본보수를 정하고, 성공보수를 정하는 것이 관례로 되어 있다. 보수를 전부 성공보수로 정하면 전문지식과 노하우를 발휘하여야 할 용역과제의 수행이 투기적으로(speculative) 흐를 수 있기 때문이다. 용역수행과 관련된 해외출장비 기타 경비(out-of-pocket expenses)는 실비보상, 변호사·감정평가사 비용은 의뢰인이 부담하는 것이 원칙이다.

용역업무의 관례에 따라 용역수수료는 전도금, 중도금, 잔금 등 3차례로 나누어 지급한다. 前渡金은 컨설팅계약 체결시점에 지급하며, 中途金은 용역수행 상황을 중간 점검하고 지급하게 되는데 용역기간이 단기인 경우에는 이를 생략할 수도 있다. 殘金은 용역

결과물을 검수하고 용역의 목적을 완수한 것으로 판단한 후에 전액 지급한다.

용역수수료의 지급기준은 다툼의 여지가 없도록 객관적이고 구체적으로 명시하여야 한다. 그리고 부가가치세(VAT)는 별도로 하여 용역의 소비자인 의뢰인이 부담하게 하는 것이 타당하다. 외국 법인이 국내에 사무소·지점과 같은 고정사업장(permanent establishment)이 없는 경우에는 부가세가 부과되지 않는다. 그리고 국제적인 용역을 수행하는 경우 한국 밖에서 본 계약과 관련된 어떠한 명목의 세금이 부과되더라도 이를 의뢰인이 전액 부담하도록 해야 할 것이다.

4. 용역기간

의뢰인의恣意에 휘둘리지 않고, 또 의뢰인의 인정을 받을 필요도 없이 개발기간이 연장될 수 있는 사유를 미리 규정할 필요가 있다. 용역업무의 일정이 당초 의뢰인이 승인한 프로젝트 수행계획서와 달리 의뢰인의 요청에 따라 또는 컨설팅사에 책임 없는 사유로 인하여 지연되는 경우에는 상호 협의하여 컨설팅사의 추가비용부담 없이 개발기간을 연장할 수 있어야 한다.

그리고 컨설팅 내용에 따라서는 당초 약정한 기간을 연장해야 하는 경우도 생긴다. 이러한 기간의 연장이 컨설팅사의 歸責事由로 인한 것이 아니라면 당사자간의 合意로 기간을 연장하도록 한다. 이 경우에는 의뢰인이 변심할 가능성에 대비하여 기간을 여유 있게 설정하는 것이 바람직하다.

문제가 되는 것은 컨설팅사가 용역을 수행하였는데 계약종료 후에 의뢰인이 독자적으로 사업을 추진하여 컨설팅사 용역수행 결과의 도움을 받는 일이 간혹 있을 수 있다. 이 경우 의뢰인이 성공을 거둔 것이 컨설팅사 용역수행과 상당한 因果關係가 있다고 여겨지고 용역의 성과가 실질적으로 동일한(substantially identical) 경우에는 이를 인정한 컨설팅사가 그에 상응하는 용역수수료를 청구할 수 있어야 할 것이다.

5. 용역업무 담당자에 대한 보장

의뢰인이 요구하는 경우 컨설팅사는 용역업무를 수행하는 직원 또는 외부로부터 파견을 받은 자의 신원 및 자격능력을 보장(undertaking)하고 그에 대한 책임을 져야 한다. 이러한 경우에는 의뢰인이 담당자의 교체를 요구하면 컨설팅사가 지체없이 그에 응하도록 계약서에 조항을 두기도 한다.

이와 같은 직원의 교체는 컨설팅사의 人事權을 침해할 우려가 있으므로 컨설팅사로서는 전체적인 업무의 質(quality)은 보장하되 구체적인 사안에 있어서 담당자의 교체는 복무규

정 위반 등 객관적으로 명백한 기준을 저촉한 경우에 한하여 이를 받아들일도록 한다.

아울러 컨설팅사는 관계직원 등이 용역업무와 관련하여 지득한 일체의 사실이나 업무 자료, 개발한 프로그램을 상대방의 사전승인 없이 계약기간 중이나 만료 후에도 다른 목적에 사용하거나 제3자에게 제공하는 것을 단속하여야 할 책임이 있다.

6. 당사자의 의무사항

(1) 의뢰인의 의무

컨설팅사의 입장에서는 용역수행과 관련하여 그가 필요하다고 인정하는 현지방문조사, 관련인사와의 인터뷰, 자료수집 등을 요청할 때 의뢰인이 이에 신속히 응하고 이에 성실하게 협력하도록 의무화할 필요가 있다.

본건 사업에 수반되는 각종 리스크를 방지하고 리스크가 현재화되더라도 컨설팅사가 충분한 보상을 받을 수 있도록 의뢰인에 대하여 다음과 같은 여러 가지 작위·부작위 의무(covenants)를 부과하는 것이 효과적이다.

【의뢰인의 협조의무】

- ① “갑”은 본건 사업이 성공적으로 추진될 수 있도록 사업승인, 외환사용, 지급보증, …… 등에 대하여 그의 책임 하에 관계당국의 인·허가, 승인을 획득하기로 한다.
- ② 외부의 정치적 사태, 내부의 사고 발생 등 본 계약체결 당시 예상할 수 없었던 사태로 인하여 본건 사업이 중단될 경우에도 “갑”은 본 계약의 해석상 “을”에 대하여 책임 없음을 주장하지 아니하기로 한다.

(2) 컨설팅사의 의무

양 당사자의 책무상의 균형을 맞추기 위하여 다음과 같이 컨설팅사의 의무를 규정할 수 있다.

【컨설팅사의 의무】

- ① “을”은 본건 사업이 성공적으로 수행될 수 있도록 전문적인 지식과 경험을 최대한 활용하여 용역업무를 수행하여야 한다.
- ② “을”은 컨설팅 용역과 관련하여 “갑”이 서면으로 요구하는 사항을 신의와 성실을 다하여 수행하여야 한다. 다만, 본 계약의 취지에 비추어 합리적인 범위와 정도를 넘거나 상당한 시일 및/또는 추가비용을 요하는 경우에는 그러하지 아니하다.

7. 용역수행 결과물 및 그의 귀속

용역수행의 최종보고서를 의뢰인에게 제출하기로 하였을 때 계약서 상으로 그 시기와 부수를 명확히 정하도록 한다. 예컨대 “최종보고서 10부” 하는 식으로 명시할 필요가 있다.

이와 아울러 유의해야 할 사항은 컨설팅계약서에서 결과물의 소유권 내지 지적재산권(저작권 등)의 귀속에 대하여 명시하여야 한다는 점이다. 일반적으로 저작권(版權)은 그 대가를 지급한 의뢰인에게 속한다고 하는 경우가 많다.¹¹⁾ 그러나 컨설팅사가 의뢰인로부터 용역을 의뢰 받아 수행하는 것이지 단지 그의 道具(instrumentality)로서¹²⁾ 지시를 받은 업무를 수행하는 것은 아니므로 컨설팅사 고유의 노하우와 기술에 대한 지적재산권을 계속 향유할 수 있어야 할 것이다. 이러한 경우에는 컨설팅사가 지재권을 주장할 수 있도록 다음과 같이 지재권의 귀속관계를 명시할 필요가 있다.

【지적재산권의 귀속】

최종용역보고서의 저작권(판권)은 “갑”에게 귀속된다. 다만, “갑”과 “을”이 공동으로 저작한 산출물은 공유로 하되, “을”이 용역수행 중에 투입한 각종 저작물(컴퓨터 프로그램 포함)에 대한 지적재산권은 “을”에게 있다.

위와 같이 但書を 명시하지 않을 경우 지적재산권의 귀속은 저작권법(용역보고서) 및 컴퓨터프로그램보호법(전산파일)에 따르는 바, 컨설팅사의 원천기술과 노하우는 여전히 컨설팅사에 있다고 보아야 할 것이다.

용역수행의 결과물을 무조건 의뢰인의 소유로 하는 것은 의뢰인의 우월한 지위를 이용한 不公正한 거래가 될 수 있다. 그러므로 컨설팅사가 의뢰인로부터 의뢰받은 목적 범위 내에서 용역을 수행하는 것이지, 단순히 그의 도구로서 지시를 받아 업무를 수행하는

11) 소프트웨어개발을 위한 용역계약에 의하여 산출된 소스코드 등에 관한 저작권은 컴퓨터프로그램보호법상 프로그램을 실제로 창작한 자에게 귀속되며 이는 당사자의 약정에 의하여도 변경될 수 없다. 그러므로 소프트웨어개발계약의 수탁자인 개발자가 소스코드 등에 관한 저작권을 원시취득하게 되는데, 당사자간의 합의로 소스코드 등에 관한 저작권이 발주자에게 있다 할지라도 이는 개발자가 원시취득한 저작권을 위 약정에 의하여 발주자에게 양도된 것으로 보아야 한다. 전용준, “SW용역계약일반조건 중 저작권귀속 규정에 대한 일 고찰”, <로앤비> 사이트 법률파크 칼럼, 2006.11.17.

12) 대법원은 컴퓨터프로그램보호법 제5조의 “업무상 창작한 프로그램의 저작자”에 관한 규정은 프로그램 제작에 관한 도급계약에는 적용되지 않는 것이 원칙이나, 주문자가 전적으로 프로그램에 대한 기획을 하고 자금을 투자하면서 개발업자의 인력만을 빌어 그에게 개발을 위탁하고 이를 위탁받은 개발업자는 당해 프로그램을 오로지 주문자만을 위하여 개발, 납품하여 결국 주문자의 명의로 공표하는 것과 같은 예외적인 경우에는 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램에 준하는 것으로 보아 주문자를 프로그램저작자로 볼 수 있다”고 판시하였다. 대판 2000.11.10. 98다60590.

것이 아님을 분명히 한다. 더욱이 컨설팅사의 원천기술 및 파생기술에 대한 지재권은 계약상으로도 양도할 수 없는 것일 뿐만 아니라 이 경우 컨설팅사로서 추가적인 유사한 용역사업의 수행에 지장을 초래할 우려가 있다.¹³⁾

【사 례】

2005년 컨설팅사는 T사가 금융감독원으로부터 의뢰받은 신용리스크 측정시스템 구축을 위한 개발용역을 10개월에 걸쳐 수행하기로 하고 계약을 체결하였다. 당시 T사는 그 결과물인 신용리스크 관리시스템(CRMS)을 보유하게 되었는데, 컨설팅사가 다른 고객에 대하여 T사가 패키지화한 CRMS를 서비스하기로 하였을 때 다음과 같은 문제가 대두되었다.

- ① T사와 체결한 개발계약을 위배하는 것이 아닌가? 당시 T사와 맺은 개발계약서 조항에 의하면 컨설팅사와 T사는 “계약목적물의 저작권 및 지적재산권을 공동으로 보유한다”고 되어 있다.
- ② T사와의 계약에 저촉되는 것을 무릅쓰고 CRMS를 서비스할 수 있는 방법은 없는가?
- ③ 반대로 T사가 CRMS를 다른 업체에 서비스할 경우 컨설팅사가 취할 수 있는 조치에는 무엇이 있는가?

일반적으로 소프트웨어를 공동으로 개발할 때 그 결과물 및 그의 지적재산권(저작권 포함)을 共有하기로 하는 것은 소프트웨어가 분할하여도 기능을 유지할 수 있는 물건이 아니고 소프트웨어 개발에 있어 각자의 기여분(contribution)을 정확히 측정할 수도 없으므로 당해 결과물에 대한 권리(소유권·지적재산권 등)를 공동으로 행사할 수 있게 하기 위한 것이다. 따라서 공동개발자의 지분을 명시하지 않는 한 각각 50 대 50의 권리를 행사할 수 있다.

공유관계에 있는 목적물은 이를 분할하거나 어느 일방이 타방의 권리를 매입하기 전에는 단독으로 권리를 행사할 수 없다. 그럼에도 단독으로 권리를 행사한다면(예컨대 컨설팅사 단독으로 타사에 소프트웨어를 제공하는 것) 그에 따른 로열티 수입을 50 대 50으로 나누어야 하고, 이로 인하여 상대방이 영업기회를 상실하는 등 손해를 입었을 경우에는 그가 입은 實損害額(actual damages)까지 배상할 책임이 있다.

소프트웨어의 경우 분할할 수 있는 물건이 아니므로 컨설팅사가 이를 타사에 제공하

13) 2006년 9월 29일 개정된 재정경제부 회계예규는 소프트웨어업계의 이해를 반영하여 공공기관 발주 프로그램저작권의 귀속에 관하여 당사자가 협의할 수 있도록 하였다. 종전에는 공공기관이 발주하여 개발된 소프트웨어에 관한 지적재산권은 공공기관에게 귀속시키는 것을 원칙으로 하였다. 다만, 발주자에게 지적재산권이 귀속되었다 하더라도 개작권은 국가안보, 국가의 방위계획 및 정보활동, 외교관계 기타 이에 준하는 경우로서 국가기관의 행위를 비밀리에 할 필요가 있는 경우 등의 특별한 사유가 없으면 개발자에게 부여하여야 한다고 규정하고 있다 (회계예규 제56조 제2항).

는 등 단독으로 처분할 수 있으려면 새로 협상을 하여 일정한 대가를 지불하고 컨설팅사가 T사의 지분을 인수하는 방법이 있다. 일반적으로 팀워크를 이루어 소프트웨어를 개발해야 하는 터에 각자 따로따로 지재권을 행사하기로 사전에 부대계약을 체결하는 일은 생각하기 힘들다. 그러나 최근 들어 각자의 영업상의 자유를 존중하고 독자적으로 개발결과물인 소프트웨어를 처분할 수 있도록 하는 사례가 늘고 있다.

만일 양측이 향후 공동개발에 관한 계획 또는 기대가 있다면 공유관계를 해소하기보다는 고객유치(marketing & licensing)의 사실을 상대방에게 미리 통지하고 로열티 수입을 반분하되 고객유치, 마케팅에 따른 비용은 상대방에게 실비변상을 하는 것이 좋을 것이다.

그러므로 컨설팅사는 T사와 솔직한 자세로 협상을 벌이고 장래 협력관계를 유지하든가, 아니면 공유관계를 해소하고 독자적으로 행동하든가 결론을 도출하는 것이 좋을 것이다. 후자의 경우 컨설팅사로서는 T사의 지분을 적절한 가격으로 매입 인수하거나, 반대로 T사에 컨설팅사의 지분을 매각하는 방법이 있다.

【컨설팅사 용역수행의 성격】

컨설팅사는 의뢰인의 의뢰를 받아 본 용역을 수행하는 것이며, 본 용역수행의 결과물에 대한 지적재산권은 컨설팅사에 속한다. 컨설팅사는 본 용역의 목적 범위 내에서 의뢰인에 대하여 컨설팅사가 저작한 산출물을 정당하게 사용(『컴퓨터프로그램보호법』이 허용하는 범위 내에서의 프로그램코드의 역분석(reverse engineering)을 포함한다)하는 것을 허락하며, 컨설팅사와 의뢰인이 공동으로 저작한 산출물은 특약이 없는 한 지분이 균등한 공유로 한다.

【지적재산권의 존중】

컨설팅사가 의뢰인의 지원을 받아 본건 용역을 수행함에 있어서 공동으로 개발한 지적재산권이 있는 경우 양사의 기여도를 확인할 수 있을 때에는 그 비율에 따라, 그 밖의 경우에는 50 대 50으로 이를 공유하는 것으로 한다.

8. 계약의 해지 또는 해제 사유

의뢰인이 의뢰한 사업이 여러 가지 사유로 인하여 중단될 수 있으므로 계약의 解止(termination) 사유로 태풍, 지진, 홍수와 같은 천재지변 외에 전쟁, 폭동, 총파업, 대규모 정전, 인터넷 마비 등을 포함시키는 것이 좋을 것이다. 不可抗力(force majeure) 사유로 천재지변, 전쟁, 폭동, 총파업 등을 예시하고 있으나, 정부시책 기타 금융계의 사정변경으로 인하여 더 이상의 컨설팅 수행이 불필요하게 될 경우도 있으므로 가급적 포괄적으

로 규정하는 것이 바람직하다.

이러한 경우에도 반드시 위약금 및 遲滯償金(liquidated damages) 조항을 두어 다툼에 대비하도록 한다. 그러므로 컨설팅계약의 해제·해지¹⁴⁾사유를 다음과 같이 열거하고 사후정산·처리할 사항에 관하여 규정한다.

【계약의 해제·해지사유】

- ① 당사자 일방이 다음 각호의 1에 해당하는 경우 그 상대방은 서면통지에 의하여 본 계약을 해제 또는 해지할 수 있다.
 1. “갑” 또는 “을”이 본 계약상의 의무를 위반하고 그 위반사항을 단기에 치유할 가망이 없는 경우
 2. “갑” 또는 “을”이 부도, 파산, 해산 등으로 인하여 사업을 계속 수행할 수 없게 된 경우
 3. “갑”이 “을”의 요구에도 불구하고 본 계약의 이행에 필요한 협력을 하지 아니하거나 비합리적으로 과도한 요구를 함으로써 “을”이 더 이상 본 계약을 이행할 수 없게 된 경우
- ② “갑”과 “을”은 불가항력적인 사유로 인하여 본건 사업의 수행이 더 이상 불가능하다고 인정될 경우 상호 협의하여 본 계약을 해지할 수 있다. 다만, “갑”에게 책임 있는 사유가 있는 경우에는 “갑”의 손해배상책임에 영향을 미치지 아니한다.
- ③ “갑”의 책임있는 사유로 본 계약이 해제 또는 해지되는 경우 “갑”은 “을”에 대하여 이미 지급한 착수금의 전부 또는 일부의 반환을 청구할 수 없으며, 이로 인하여 “을”에게 손해를 끼친 경우에는 이를 배상하여야 한다.
- ④ 본 계약 체결 후 “을”이 본격적인 자료수집, 해외현지조사 등에 착수한 경우에는 본 계약이 해제·해지되더라도 “갑”은 용역수수료의 잔금을 지체없이 “을”에게 지급하고 “을”이 지출한 실비를 변상하여야 한다. 그러나 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 계약이 해지되는 경우에는 상호 협의하여 정산하기로 한다.

제1항에 의하여 의뢰인 또는 컨설팅사가 계약을 해지한 경우 상대방의 귀책사유의 정도에 따라 계약이행보증금의 전부 또는 일부를 沒取하거나 이를 반환하여야 한다. 이 경우 손해액의 계산에 있어서 본 계약의 성공적 이행에 따른 각 당사자의 期待利益은 계상하지 아니한다.

14) 解除와 解止는 컨설팅 계약관계를 소급하여 소멸시킬 것인가, 장래에 향하여 소멸시킬 것인가의 차이가 있다. 컨설팅계약은 다른 계약과는 달리 일반적인 채무이행능력이 아니라 컨설팅사가 예정된 컨설팅업무를 정상적으로 수행할 수 있는가가 관건이 된다. 컨설팅사에게 귀책사유가 없고 현재까지의 용역수행을 인정하고 실비를 변상해야 하는 경우에는 解止를 하게 될 것이다.

【위약금】

- ① “갑”의 부득이한 사정으로 인하여 본 계약을 해지하는 경우 “을”은 “을”에게 기지급한 착수금 및 중도금의 반환을 청구하지 못한다.
- ② “갑”과 “을”의 책임 없는 사유로 인하여 계약의 이행이 불가능하게 된 때에는 계약을 종료한 것으로 하고, 계약금액은 “갑”이 기지급한 착수금과 중도금, “을”이 투입한 인력 및 시간 등을 고려하여 상호합의에 따라 정산한다.

【지체상금(또는 손해배상액의 예정)】

“을”은 “갑”이 용인할 수 있는 상당한 사유없이 결과물의 제출을 지체한 경우에는 지체일수 1일에 대하여 금 ○○만원을 납부하여야 한다. 다만, 결과물에 대한 검수의 결과 수정·보완하여 제출하는 것은 이에 해당하지 아니한다.

여기서 ‘부득이한 사정’, ‘상당한 사유’의 해석을 둘러싸고 논란이 생길 수 있으므로 의뢰인이 받아들일 수 있는 사유, 예컨대 납기내에 제출하였으나 의뢰인의 검수 결과 수정·보완을 요구한 것과 같은 상당한 이유가 있는 때에는 이를 완화할 필요가 있다.

9. 비밀유지 의무

컨설팅계약의 당사자는 용역업무와 관련하여 지득한 일체의 사실이나 자료, 개발한 프로그램을 상대방의 사전승인 없이 계약기간 중이나 만료 후에도 다른 목적에 사용하거나 제3자에게 공개 또는 제공하는 것이 금지된다. 그러나 소기의 성과를 거두었다면 이를 기업 PR 자료로 활용할 수 있을 것이다. 그러므로 본건 사업과 관련하여 언론에 공표하는 것은 상호 협의하여 할 수 있도록 정하면 된다.

비밀유지의 의무를 위반한 당사자는 손해배상책임을 지게 된다. 그러나 그 전제로서 반드시 서면으로 “비밀”(Confidential) 표시를 하여야 비밀로 취급되는 점을 유의하도록 한다.

10. 계약의 변경

계약조건 등 그 내용을 변경할 필요가 있는 경우에는 상호 합의에 따라 서면으로 계약을 변경할 수 있게 한다. 당사자를 변경할 필요가 있는 경우에도 마찬가지로 채무의 인수, 담보의 이전 여부에 대하여 명확히 정하도록 한다.

【계약의 변경】

- ① “갑”과 “을”이 필요하다고 인정하는 경우에는 상호 합의에 따라 서면으로 본 계약을 변경할 수 있다.
- ② 본 계약기간 중 “갑”이 대한민국에 합작법인(Joint Venture)을 설립하는 경우 “갑”은 본 계약상의 권리와 의무를 동 합작법인으로 하여금 대리하여 행사 또는 이행하게 할 수 있다. 이 경우 “갑”은 포괄적으로 또는 해당 사항에 관하여 권한을 수여하였다는 위임장(POA)을 “을”에게 제시하여야 한다. 다만, 용역수수료의 지급에 관하여는 “갑”의 채무를 합작법인이 보증하는 것으로 본다.

추가로 용역비용을 부담하는 것과 관련하여 계약서를 변경하는 경우에는 그 원인이 되는 사유와 금액의 上限(cap)을 명시하도록 한다.

【용역비의 추가 지급】

본건 용역을 수행하는 중에 해외 출장조사, 변호사·감정인 등 외부전문가의 자문을 필요로 하는 경우에는 “을”의 판단에 의하여 금이천만원(₩20,000,000)의 한도 내에서 이를 처리할 수 있다. 동 한도를 초과하는 경우에는 “갑”의 사전승인을 얻어야 한다.

11. 손해배상책임과 면책조항

가. 컨설팅계약과 손해배상책임

컨설팅계약에 있어서도 당사자 일방이 계약상의 의무를 이행하지 않았을 때의 상대방에 대한 구제수단으로 손해배상책임을 인정하고 있다. 경우에 따라서는 컨설팅 계약의 목적인 특정급부의 이행(specific performance)을 요구할 수도 있으나 계약관계의 파탄이 생긴 경우에는 만족스러운 급부를 기대할 수 없을 것이다.

컨설팅계약에 있어서 손해배상책임이 특수한 것은 계약의 성공적인 이행을 위하여는 의뢰인의 협조가 필수적이고, 용역수행자가 전문성을 갖추어야 한다는 점이다. 이에 따라 전문가책임(professional liability)과 유한책임 내지 면책조항의 유효성이 항상 문제가 된다.

그리고 용역수행 과정에서 또는 그 결과를 놓고 제3자의 권리를 침해하는 경우가 빈번히 발생한다. 특히 용역업무의 성격상 제3자의 지재권을 침해하는 경우가 종종 일어나고 있음을 주의해야 할 것이다.

나. 의뢰인의 손해배상책임

의뢰인의 비협조로 컨설팅계약의 목적을 달성할 수 없는 경우가 많으므로 이에 대비하여 의뢰인이 손해배상책임을 지는 경우를 자료제공의 지연 외에 고의 또는 중대한 과실로 허위·부실자료를 제공한 경우까지 확대하고, 제3자가 손해를 입은 경우에도 의뢰인으로 하여금 직접 배상하게 할 필요가 있다.

의뢰인이 책임의 제한 내지 면책을 주장하더라도 의뢰인에게 고의 또는 중과실이 있는 것으로 판명되면 면책이 인정되지 않도록 한다.

다. 컨설팅사 손해배상책임을 制限

개정 증권거래법에 의하면 공인회계사·감정인 또는 신용평가회사도 유가증권신고서 등의 不實記載로 인하여 투자자에게 손해를 끼친 경우에는 그에 대한 배상책임을 져야 한다(증권거래법 제14조). 오늘날 주요국에서는 투자자보호의 관점에서 변호사, 회계사, 감정평가인 등에 대하여 전문가책임을 무겁게 지우는 경향도 없지 아니하나, 투자자보호를 위해서는 이러한 전문가들의 자문과 조언이 절대적으로 필요한 만큼 전문가들의 활동이 위축되지 않도록 제한된 범위에서 免責(indemnification)을 허용하고 있다. 우리나라에서도 관행적으로 이러한 면책조항의 유효성을 인정하고 있다.¹⁵⁾

컨설팅사로서도 신용평가 결과를 보고 고객들이 투자결정을 할 뿐만 아니라 각종 컨설팅 보고서는 의뢰인 또는 투자자들이 의사결정 과정에서 참고하게 마련이므로 손해배상청구 대상이 될 수 있음을 항상 유의하여야 한다. 따라서 손해배상책임을 요건을 살펴 보고 그로부터 면책될 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다.

위의 증권거래법상 신용평가회사가 손해배상책임을 지게 되는 요건은 다음과 같다.

① 신용평가회사의 보고서에 부실기재(허위사실의 기재, 중요사실의 누락), 오류가 있을 것

② 신용평가회사 측에 故意 또는 (중대한) 過失이 있을 것

③ 신용평가회사 보고서를 보고 그 이용자가 損害를 입었을 것

④ 신용평가회사의 부실 보고서와 이용자의 손해발생에 상당한 因果關係가 있을 것

⑤ 違法性이 있을 것. 이상 요건의 입증책임은 원고(손해를 입은 이용자)에게 있다.

위의 손해배상책임 요건이 하나라도 빠지면 책임을 지지 않게 되므로 전략적으로 다음과 같이 그 요건을 흠결시키는 것이 컨설팅사로서 중요한 免責의 포인트가 될 수 있다.

① 보고서에 부실기재가 있을 수 있음을 전제로 자료의 출처를 밝히고, 책임의 한계 즉 본 보고서가 이용자의 의사결정에 있어 하나의 요소에 불과함을 명시할 것

보고서의 내용이 복잡한 경우 그 작성자는 신의칙상의 설명의무(accountability)를 부담하는 것이 보통이다. 이 경우에도 당해 보고서의 이용자가 의사결정을 할 때 동 보고

15) 박훤일, “신용평가에 따른 손해배상청구의 법적 문제”, 『경영법률』 제14집 2호(2004.3), 136~138면.

서에 별로 의존하지 않았음을 인정('No Reliance' clause)할 경우 보고서의 작성자는 면책된다고 본다.

② 신용평가회사가 이용자의 각별한 주의를 촉구한 만큼 원칙적으로 하자담보책임이 없음(disclaimer)을 밝히고, 책임을 지더라도 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에 한함을 명시할 것

일반적으로 유상계약에 있어서는 공급자가 하자담보책임을 지게 되어 있으나, 이를 명시적으로 배제하는 것도 公序良俗에 반하지 않는 한 유효한 것으로 본다.

③ 일단 손해배상책임을 지더라도 그가 받은 수수료의 범위 내로 제한할 것

전문가(professional)는 보통 資力이 크지 않고 전문성을 보호·육성해야 한다는 견지에서 주요국의 입법례나 판례를 보면 이미 받은 용역수수료의 한도 내에서 책임을 지게 하는 경향이 있다. 그러나 구체적인 사안에 따라 이러한 사정이 복잡하게 마련이므로 관할법원이 이러한 책임한도를 인정할 것인지는 단언할 수 없다.

④ 신용평가회사가 責任을 지게 되는 보고서 이용자의 범위를 명시할 것

원칙적으로 비밀을 요하는(confidential) 보고서는 그 작성자가 受信者에 대해서만 책임을 지는 것이 원칙이다.

⑤ 신용평가회사의 正常的인 업무범위에 속함을 명시할 것

신용평가회사가 그의 업무범위에 속한 업무를 정상적인 방법으로 수행하였다면 설사 결과적으로 그 의뢰인이나 이용자가 손해를 입었다 하더라도 위법성이 조각된다고 본다.

변호사의 경우 英國에서는 유가증권신고서·사업설명서에 허위의 사실을 기재한 변호사가 최종 응모자에 대하여 책임을 지고, 美國에서는 변호사가 유가증권신고서 등에 책임을 지는 전문가에서는 빠져 있으나 세무 문제 등에 대하여 그릇된 자문을 한 경우에는 책임을 지게 된다. 그러나 변호사윤리강령에 의하여 변호사가 과오가 있는 법률서비스(malpractice)를 한 이유로 징계를 받거나 불법행위에 기한 손해배상책임을 지는 것은 피할 수 없다.

⑥ 신용평가회사가 使用者責任을 지는 인적 범위를 명시할 것

일반적으로 회사 임직원의 불법행위에 대하여는 본인 내지 사용자로서 책임을 지게 되나, 업무와 관련하여 채용하는 외부의 전문가, 대리인 등에 대하여는 책임을 지는 범위를 명시할 필요가 있다.

라. 구체적인 면책방안

위의 기준에 따라 컨설팅사가 용역수행과 관련하여 면책을 주장할 수 있는 방안을 당사자간에 그리고 제3자에 대하여 주도면밀하게 취할 필요가 있다.

(1) 컨설팅계약서

우선 컨설팅계약서를 작성할 때 ‘면책 및 손해배상’ 조항에 컨설팅사의 면책요건과 범위, 손해배상의 한계를 명시하도록 한다. 경우에 따라서는 당사자가 책임질 수 없는 ‘不可抗力’ 조항을 둘 수도 있다.

【면책 및 손해배상】

- ① 의뢰인은 컨설팅사의 용역보고서를 의사결정에 참고할 뿐이며, 컨설팅사의 용역업무에 고의 또는 중대한 과실이 없는 한 그의 용역보고서에 이의를 제기하거나 내용상의 수정을 요구하지 않기로 한다.
- ② 컨설팅사가 용역업무를 완료한 이상 의뢰인은 어떠한 경우에도 용역수수료의 잔금지급을 지연하여서는 아니된다.
- ③ 의뢰인이 컨설팅사의 용역과 관련하여 손해를 입었을지라도 컨설팅사는 그의 용역업무에 고의 또는 중대한 과실이 없는 한 책임을 지지 아니한다. 컨설팅사가 책임을 지는 경우에는 그가 받은 용역수수료의 범위에서 배상책임을 진다.

(2) 용역보고서

용역보고서의 대상을 의뢰인으로 한정하는 한편, 보고서의 이용한계를 눈에 잘 띄는 자리에 다음과 같이 진한 고딕체로 명시한다.

【보고서의 이용한계】

본 보고서는 회사가 제시한 자료 및 당사가 신뢰할 수 있는 객관적인 출처로부터 수집한 자료를 바탕으로 ○○○에 관한 의사결정에 도움을 주기 위하여 제3자적 입장에서 작성한 것입니다. 그러므로 본 보고서에 수록된 내용은 하나의 의견일 뿐이며, 당사가 정보의 정확성, 진실성, 완전성을 보장하는 것은 아닙니다. 투자에 관한 최종적인 판단은 당사와는 무관하며, 당사는 어떠한 경우에도 투자자의 의사결정에 따른 위험을 보장하지 아니 합니다.

(3) 신용평가서

개정 증권거래법의 시행 이후 대법원의 판례가 나오지는 않았으나 신용평가가 잘못되었을 때 투자자들의 손해배상청구가 잇따를 것으로 예상된다. 사법판단 여부와 관계없이 신용평가보고서, 신용평가약정서 등에 免責文句(disclaimer)를 눈에 띄게 삽입할 필요가 있다.

투자자들이 신용평가 과정의 잘잘못을 가릴 수 있는 신용평가보고서는, 재판과정에서 법원이 제출을 명할 때까지는, 유가증권신고서에 첨부되지 않도록 하여야 할 것이다. 경우에 따라서는 충분한 신용평가 내지 분석이 이루어지지 않은 상태에서 보고서를 공표

할 때에는 다음과 같은 경고문을 붙이도록 한다.

【이용상의 주의 1】

본 평가등급은 투자에 관한 당사의 의견일 뿐이며, 최종적인 의사결정은 투자자에게 달려 있습니다. 본 평가등급은 당사가 특정 유가증권에 대한 투자를 권유하거나 발행회사의 재정상태 및 유가증권의 가치, 원리금 상황을 보장하는 것은 아닙니다.

【이용상의 주의 2】

본 평가등급은 회사가 제출한 자료만을 토대로 철저한 평가·분석을 거치지 아니하고 잠정적으로 내린 결론이므로 목적 이외의 사용을 금합니다.

어떠한 경우에도 컨설팅사가 용역비를 지급받지 못하고 그 이상으로 손해배상을 해야 하는 일은 피해야 할 것이다. 그러므로 컨설팅사가 책임을 지는 것은 고의 또는 중대한 과실로 인하여 이용자에게 직접적인 피해를 입힌 경우로 한정하고 손해배상액도 이미 수령한 보수액을 초과할 수 없도록 한다.

마. 제3자의 지재권침해 가능성

컨설팅사가 용역을 수행하는 과정에서 제3자의 지재권을 침해한 것으로 드러나 용역 결과물을 사용할 수 없게 되거나 제3자에게 손해를 배상해야 하는 경우가 생길 수 있다. 이러한 경우에는 컨설팅사가 구체방법을 선택할 수 있게 하고, 궁극적으로는 의뢰인으로 하여금 컨설팅사에 대한 免責을 약속하게 할 필요가 있다. 이러한 면책특약은 널리 그 유효성이 인정되고 있다.

【컨설팅사의 지적재산권 침해에 대한 면책】

본건 용역업무의 수행과 관련하여 제3자로부터 지적재산권 침해를 둘러싼 소송 기타 분쟁이 제기된 경우에는 의뢰인이 그에 대한 책임을 지고 이로 인하여 컨설팅사는 어떠한 책임도 지지 않도록 하여야 한다.

의뢰인의 제3자에 대한 손해배상은 損害擔保契約의 형태로 규정하는 것이 좋다.

【손해배상책임】

- ① 의뢰인이 본 계약을 위반함으로써 컨설팅사가 제3자에 대하여 손해배상 기타 금전적인 지출을 하여야 할 경우 의뢰인은 컨설팅사의 청구에 따라 이를 제3자에 직접 지급하기로 한다.

- ② 컨설팅사가 본 계약을 위반함으로써 의뢰인이 손해를 입은 경우에는 그에 대한 손해배상책임이 있다.

12. 용역결과물의 검수

컨설팅계약은 계약기간 시중에 걸쳐 의뢰인과 컨설팅사간의 협의가 필요하다. 용역이 완료된 때에도 일정한 절차와 방법에 따른 檢受(inspection and acceptance)를 거쳐야 한다. 결과물을 의뢰인이 직접 테스트해 보는 검증(walk-through)은 컨설팅사가 동의하는 객관적인 기준에 의하도록 한다. 이를 위해 의뢰인이 원하는 바를 사전에 문서로 명확히 할 필요가 있다.

사후적으로 瑕疵補修가 필요한 경우 컨설팅사에 귀책사유가 있다 하더라도 손해배상과는 별도로 무기한으로 그가 비용을 부담해가며 문제를 해결해야 하는 것은 아니다. 왜냐하면 하자를 보수하지 않아 손해가 발생하였을 때 손해배상책임은 손해를 안 날로부터 3년 또는 손해가 발생한 날로부터 10년의 소멸시효에 걸리기 때문이다.

13. 준거법 및 분쟁해결방법

준거법은 원칙적으로 용역이 수행되는 한국의 법률로 하는 것이 타당하다. 다만, 국제적인 컨설팅계약에 있어서는 法源(source of law)을 관련국가의 실정법 외에 국제거래관행까지 폭넓게 인정할 필요가 있다.

이와 관련하여 상대방이 영미법계(common law) 국가에 속한 경우에는 계약외 문서(extrinsic documents)를 둘러싸고 다툼이 생길 수 있음을 유의하여야 한다. 왜냐하면 영미법을 준거법으로 하는 경우에는 대륙법계(civil law) 국가에서와는 달리 완전한 계약¹⁶⁾(entire agreement) 조항에 따라 당사자간의 예비적 협상이나 각서의 교환을 본계약의 일부로 인정하지 않기 때문이다. 이러한 경우에는 당해 문서를 계약서의 부표 또는 별표(exhibit, schedule)로 첨부하게 하여 다툼의 소지를 미연에 방지하는 것이 중요하다.

【분쟁해결방법】

본 계약에 규정되지 아니한 사항에 대하여는 당사자가 상호 합의하여 해결하되 일반적인 국제거래관행 및 관례를 따르기로 한다.

당사자간에 다툼이 생겼을 때 컨설팅업무가 주로 국내에서 수행되는 경우에는 국내

16) 각주 8) 참조.

법원을 통하여 해결하기로 하고 재판관할(jurisdiction)은 서울중앙지방법원으로 하는 것이 좋다.¹⁷⁾ 그러나 사안에 따라서는 소송(litigation)으로 해결하는 것만이 능사는 아니며 仲裁(arbitration)에 의하여 해결하는 것도 대안이 될 수 있다. 이 경우에는 반드시 중재지와 관정기관, 그 절차를 정하는 중재 조항을 포함시켜야 한다. 상대방에 대한 중재판정의 집행을 위하여는 외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Eforcement of Foreign Arbitral Awards, 일명 “뉴욕협약”)의 체결국이 어야 한다.¹⁸⁾

【준거법 및 관할법원】

- ① 본 계약의 준거법은 한국법으로 한다.
- ② 본 계약과 관련하여 당사자간에 다툼이 생긴 경우에는 상호 협의하여 원만히 해결 하도록 노력하되, 만일 소송을 하여야 할 경우에는 서울중앙지방법원을 관할법원으로 한다.

또는

- ② 본 계약과 관련하여 당사자간에 다툼이 생긴 경우에는 대한상사중재원의 중재에 의하여 해결하기로 한다.

분쟁해결방법을 중재로 하는 경우 당사자간의 합의에 따라 준거법은 영국법, 절차규정은 국제상업회의소(ICC)의 중재규칙, 절차진행은 영어로 할 수 있지만, 중재지는 본건 용역이 이루어지고 당사자 신문, 증거조사 등이 편리한 한국에서 하는 것이 타당하다. 중재는 양 당사자가 1인씩 선임하고 양측의 두 중재인이 합의하여 제3의 중재인을 선임 하는 ‘3인 중재판정부’에 의하는 것이 합리적이다.

【Dispute Settlement】

Any dispute, controversy or claim arising out of this Agreement shall be settled in Seoul, Korea in accordance with the Commercial Arbitration Rules of the Korean Commercial Arbitration Board and under the Korean laws by the three-man arbi-

17) 건설업의 범위가 국제성을 띠는 경우에는 준거법을 미국 뉴욕주법이나 잉글랜드법으로 하더라도 재판관할만큼은 국제거래사건의 전담재판부가 있는 서울중앙지방법원의 非專屬 合意管轄(non-exclusive jurisdiction)로 정하는 것이 좋다.

18) Joseph P. Griffin and Michael R. Calabrese, "Negotiating and Drafting International Agreements for the Provision of Services", *Negotiating and Structuring Intrnational Commercial Transactions: Legal Analysis with Sample Agreements*, Ed. Shelly P. Battram and David N. Goldsweig, American Bar Association, 1991, p.494.

tration panel which consists of two arbitrators appointed by each Party and the third arbitrator agreed upon by the two arbitrators.

【Arbitration】

All disputes arising in connection with this Agreement shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce in Seoul, Korea by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.

IV. 맺음말

컨설팅계약은 정하여진 형식(form)이 있는 것은 아니다. 위에서 소개한 조문도 여러 가지 가능성 중의 例示일 뿐이지 정답(the right answer)은 될 수 없다.¹⁹⁾ 컨설팅사의 입장에서도 그의 권익을 주장하는 것도 중요하지만 보다 신축성 있게 마케팅 차원에서 양보할 것은 양보하는 등 능동적으로 協商에 임하는 자세가 요청된다. 이때 컨설팅사로서 고려할 사항은 다른 고객으로부터의 受注가능성, 용역비 총액, 비용 및 危險부담조건 등이다.

만일 의뢰인이 그의 우월한 지위를 이용하여 결과물이나 원천기술에 대한 지재권을 양도하도록 요구하는 것은 현행법령 및 관례, 계약조건을 들어 거부하여야 할 것이다.

컨설팅사가 컨설팅을 완료하고 용역수수료를 받는 것은 당연하다. 그러나 지불능력이 없는 의뢰인으로부터 용역수수료를 받지 못하는 경우가 종종 생길 수 있다. 이 때 컨설팅사는 전문가 집단으로서 의뢰인의 재무상황을 미리 알아볼 수 있었고, 일정 기간 이상 착수금도 받지 않고 용역을 수행했던 점을 들어 法院이 의뢰인에 대하여 사실상 破産을 초래하게 될 지연손해금의 배상을 명하지 않을 가능성이 있다. 왜냐하면 이러한 사실관계는 ‘危險의 인수’(assumption of risk)로 인정될 수 있기 때문이다.

최근 회사법 이론이나 법원의 판례는 이와 같은 사업동반자(partnership) 관계에 있어서 善意(good faith)에 입각한 상호신뢰(mutual trust)와 협조의무를 중시하는 경향이 있다. 다시 말해서 의뢰인의 계약위반이라고 해서 법원이 곧바로 컨설팅사를 위하여 계약 해지와 손해배상을 명하지는 않는다는 것이다.

그렇다면 컨설팅사로서는 컨설팅업무의 특수성을 고려하여 의뢰인들에게 좀더 관대하게 동반자관계를 조성하는 것도 필요하다고 생각된다. 일례로 최근의 부동산개발 사업동

19) Stein, *op.cit.*, p.448.

향을 보면 부동산경기, 지역주민의 민원제기, 사업자 컨소시엄의 구성난, 자금조달의 어려움 등으로 工期에 맞추기보다는 사업 자체의 성사 여부가 중요시되는 경향이 많다. 컨설팅사의 '관대한 영업전략'은 무리해서 지연손해배상을 받는 것보다 그 이상으로 '믿고 맡길 수 있는 파트너'라는 인상을 업계에 심어주어 善循環의 결과를 가져올 수 있을 것이다.

※ 주제어: 컨설팅, 신용평가, 사업성검토, 비밀유지의무, 위임, 도급, 인지세, 지적재산권

◆ 참고 문헌 ◆

박환일, “신용평가에 따른 손해배상청구의 법적 문제”, 『경영법률』 제14집 2호, 2004.3.

_____, 『국제거래법-케이스와 서식』, 한국경영법무연구소, 1996.

한국산업은행 조사부, 『국제계약사례집』, 2000.11.

한국수출입은행 법규실, 『영문국제계약 해설』, 2004.7.

Joseph P. Griffin and Michael R. Calabrese, "Negotiating and Drafting International Agreements for the Provision of Services", *Negotiating and Structuring International Commercial Transactions: Legal Analysis with Sample Agreements*, Ed. Shelly P. Battram and David N. Goldsweig, American Bar Association, 1991.

Elliot V. Stein, "Negotiating the Purchase Agreement for a Closely Held Business", ALI-ABA Course of Study, Sep. 14-15, 2006.

디지털 타임스 2006.11.2자 인터넷 기사 “국내 컨설팅산업 활성화를 위해”

<http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2006110202012769634002>

로앤비 사이트 칼럼 <<http://www.lawnb.com/>>

한국수출입은행 영문계약서 문례 <<http://www.koreaexim.go.kr/kr/oeis/m04/m04s01.jsp#lnk>>

이상의 웹사이트 2006.11.30 접속

<Abstract>

Legal Issues of a Consulting Agreement

Park, Whon-II

Since the foreign exchange crisis in 1997, more and more Korean companies have been asking consultants with professional knowledge and experiences on business operation. In particular, with respect to the public offering of corporate bonds without bank guarantee, the credit rating and other advisory services by a credit rating agency are required by a regulation for the protection of investors.

In order to provide consulting services, the consultant has to make and enter into a consulting agreement with the client or employer. Take an example of feasibility study, management diagnosis or financial advisory services. What the client wants to know about such an assignment is to be specified in the scope of works and other terms and conditions of a consulting agreement. Though a consultant's standard agreement is hardly accepted by the clients, there must be a general list of provisions to be included in the agreement.

This article shows draft provisions of a typical consulting agreement that should not be regarded as the "right answer." They are a choice from a spectrum of possibilities in a situation where the consulting firm and its client pursue the most reasonable solution for the matter of public offering of corporate bonds, conducting M&A or implementation of a big project.

The agreement might be drafted in such a manner as the consultant feels comfortable. Sometimes it depends on the negotiating styles and tactics of the consultant, and whether he or she is a lawyer, public accountant or business analyst. As a whole, the consulting agreement should stipulate the purpose and background of the agreement, scope of works, rights and duties of the parties, the calculation of consulting fees, confidentiality agreement, the representations and warranties of the client, treatment of the intellectual property rights, limited liabilities or indemnification

of the consulting firm, dispute resolution process, and the special provisions as requested by the client.

It should be noted with respect to the "cross-border consulting agreement" that civil law countries are more liberal than common law countries in allowing reference to preliminary negotiations and memoranda under the "entire agreement" clauses. The extrinsic documents may be attached as exhibit or schedule to constitute a single agreement. In selecting the forum, parties should ensure that any judgments or arbitral awards will be recognized and enforced.

※ Key Words: consulting, credit rating, feasibility study, confidentiality agreement, delegation, contract, stamp tax, intellectual property right