

營業秘密保護制度

宋 錫 彦*

< 目 次 >

- I. 序
 - II. 營業秘密의 意義
 - 1. 營業秘密保護의 起源과 發展
 - 2. 營業秘密의 定義
 - 3. 營業秘密의 要件
 - III. 主要國의 營業秘密保護制度
 - 1. 美 國
 - 2. 日 本
 - 3. 獨 逸
 - IV. 우리나라의 營業秘密保護
 - 1. 營業秘密侵害行爲의 類型
 - 2. 營業秘密侵害에 대한 救濟
 - V. 結 論
-

I. 序

1960년대의 單純 物量輸出産業構造를 거쳐 70년대 중반 이후 우리나라는 초보적 公
업화수준을 벗어나, 80년대 후반 新興公업國 또는 中進國수준으로 進입하게 되었다.
이에 따라 國內외의 經濟환경은 크게 變化하게 되었으며 企業활동에서도 技術발전과
관련된 정보와 營業상의 비밀의 重要性이 크게 높아지고 경우에 따라서는 企業의 성
패를 좌우하는 요인으로 등장하게 되었다. 막대한 研究開發費와 시간을 투자한 新技
術의 정보가 競爭企業에 누설되거나 침해받게 되는 부당한 행위로부터 企業을 보호해
주어야 하는 必要性이 증대된 것이다. 특히, 치열한 技術競爭時代를 맞으며 新技術 및
企業秘密과 관련된 부정스카웃, 산업스파이 사건 등이 속출하고, 급속한 技術혁신과

* 濟州大學校 法政大學 法學科 專任講師.

경제사회의 소프트(soft)화의 추진등으로 인한 營業秘密의 대량생산, 고용인구의 活動性 增加등으로 營業秘密이 유출될 위험이 증대됨에 따라 영업비밀의 보호문제가 대두되고 있다¹⁾. 나아가 源泉技術의 부족으로 최첨단 기술을 외국으로부터 도입하여야 하는 우리 산업분야에서도 營業秘密의 보호를 위한 입법조치가 시급하게 되었다. 즉, 선진국들은 尖端技術移轉의 전제조건으로 特許權 등 知的財産權의 보호제도는 물론, 이들 제도로부터 충분히 보호받지 못하는 부분도 營業秘密로 보호할 것을 요구하고 있다. “공정한 관습에 위배되는 不正去來行爲로부터 유효하게 보호되어야 한다”는 산업재산권의 보호에 관한 「파리조약」(Paris Convention for Protection of Industrial Property of March 20, 1883)의 근본정신에 충실하다는 이유에서 뿐만 아니라, 이미 1986. 7. 21. 韓 美間 知的財産權에 관한 合意事項의 이행을 위해서도 우리나라에서는 營業秘密의 보호에 관한 입법조치를 서두르지 않을 수 없었다²⁾.

또한, 1986년부터 추진된 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade: GATT³⁾)의 「우루과이 라운드 협상(UR)」에서도 營業秘密의 보호는 貿易關聯 知的財産權(Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs)의 주요문제로서 선진국들은 강력한 보호제도를 요구하고 있다. 이와같은 국내외의 여건변화와 관계체제에의 대응 및 국제화, 산업의 정보화등에 부응하여 1988년부터 우리나라는 1990년 11월에 「不正競爭防止法の 改正」을 통해 그 동안 여러 관련법에서 부분적으로만 보호되어 실효가 없었던 營業秘密의 보호를 법적으로 명문화하기에 이르렀다. 그러나, 營業秘密에 관한 일반의 인식이 아직 부족하고 명문화된 보호법규를 운용해 오지 않았기 때문에 법제도의 도입초기에 상당한 분쟁을 유발할 소지를 안고 있고, 충분한 법운용과 축적된 개별사안들에 관한 판례의 축적도 거의 없는 형편이어서⁴⁾ 영업비밀의 보호제도가 정착되는 데에는 상당한 시일이 소요될 것으로 예상된다.

1) 영업비밀을 둘러싼 세계 각국의 대응책 및 영업비밀을 국가산업의 사회적 차원으로 하여 산업척보전의 양상으로까지 전개되고 있음을 보여주고 있는 자료로서는 黃義昌, 주요국가의 영업비밀보호제도(1), 發明特許, 1993.7. (Vol.209)42-44면.

2) 영업비밀에 대한 보호의 필요성과 우리나라에 있어서의 입법배경에 대하여는 鄭浩烈, 不正競爭防止法, 三知院, 1993.232-233면.

3) GATT의 성립배경에 관한 상세한 내용은, 金燦奎, 國際機構論, 博英社, 1984, 204-207면.

4) 국내에서 근래에 영업비밀을 둘러싼 분쟁들로서 General Electric Co.와 일진과의 인조 다이아몬드 제조 기술비밀의 침해여부를 다툰 사건, 태평양시스템과 서강전자간에 광전송장비 설계도면과 회로도 필름의 부정입수를 다툰 사건, 삼성전자와 금성사간에 김장독 냉장고 생산기술의 부정염탈을 다툰 사건, 동양나일론과 제일모직간에 인조대리석 생산기술의 불법취득을 둘러싼 사건 그리고 강원산업과 동양산업간에 광석 파쇄기 설계도면을 둘러싼 산업스파이 사건을 다룬 것들이 보인다. 이 사건들의 내용과 판결례에 대해선 양영준, 기업비밀 보호를 위한 효과적 방어 대책, 한국 지적소유권 학회, 93산업보안 학술세미나 자료, 163-173면 참조; 崔完鎭, 企業秘密의 保護에 관한 小考, 國際航空宇宙法 및 商事法の 諸問題(眩谷 金斗煥 教授 華甲記念論文集)法文社, 1994.490-493면 참조.

II. 營業秘密의 意義

1. 營業秘密保護의 起源과 發展

營業秘密을 보호하여야 한다는 발상은 멀리 로마시대로 소급한다. 통상 노예가 피용인이었던 로마에서는 노예의 營業秘密違反을 유혹한 제3의 교사범을 제소하는 訴因(Cause of action)을 개발하였다. 이를 Actio servi corrupti라고 하였다⁵⁾. 또한 동시에 산업상, 영업상의 비밀도 奴隸腐敗訴訟과 다른 차원에서 보호하였다⁶⁾. 그 후,營業秘密이 근대적 의미에서 보호되기 시작한 것은 산업혁명에 따른 기술의 발달과 노동자의 이동이 급증하면서 부터였다. 19세기 중엽부터 프랑스와 벨기에에서는 형벌규정을 두기 시작하였으며, 독일에서는 1909년부터 民事救濟策을 규정하였고 英美法도 판례의 발전으로 營業秘密을 보호하기 시작했다⁷⁾. 현재는 전세계에서 16개국 이 營業秘密을 보호하며 29개국은 단기의 보호기간을 두고 있고, 31개국은 제3자의 不當使用에 대한 營業秘密保護를 인정하지 않고 있다⁸⁾.

2. 營業秘密의 定義

營業秘密(Trade Secret)이란 일반적인 협의의 개념으로서 “비밀로 관리되고 있는 기술상 또는 영업상의 유용한 정보로서 널리 알려져 있지 않은 것”으로 정의된다. 광의로는 ‘노우 하우(Know-how)’와 기업비밀, 재산적 정보(Proprietary Information) 또는 미공개정보(Undisclosed Information)들을 모두 포함하는 산업정보를 총칭하는 의미로 쓰이기도 한다. 그러나, 「노우 하우」는 경험축적의 실체를 의미하기도 하지만 주로 기술상의 정보만을 지칭하는 것으로 반드시 秘密性을 구비하지 않는 것에도 사용하고⁹⁾, 기업비밀은 영업활동과 무관한 모든 기업의 비밀정보까지를 포함하는 개념이고¹⁰⁾, 재산적 정보(Proprietary Information) 또는 미공개정보(Undisclosed Information)¹¹⁾는 GATT의 UR\TRIPs교섭에서 본격적으로 사용되고 있는 용어인데 營業秘密과 거의 동의어라고 볼 수도 있으나, 營業秘密에 덧붙여 製品登錄의 조건으로 정부 또는 제3자에게 開示된 재산적 가치가 있는 정보를 포함하는 개념으로 쓰여

5) Schiller, Trade Secrets and the Roman Law; The Actio Servi Corrupti, 30 Colum. L.rev.873(1930).
 6) Wise, Trade Secrets and Know-How Throught the World, Par.5.01(1974).
 7) Melvin. F Jager. Trade Secrets Law, Clark Boardman Co. Ltd., 1985.1-6.
 8) U.S International Trade Commission, Foreign Protection of Intellectual Property Rights and the Effect on U.S. Industry and Trade Report to the United States Trade Rep., Investigation No.332-245 Under Section 332(G) of the Tariff Act of 1930(1988).
 9) 鄭浩烈, 앞의 책, 254면; 黃義昌, 營業秘密, 育法社, 1992.28면; 황종환, 이상정, 송영식, 知的所有權法, 育法社, 1994. 946-947면.
 10) 鄭浩烈, 앞의 책, 245면; 黃義昌, 앞의 책, 28면에서는 이에 관한 것으로는 2중장부, 세금포탈, 외화유출, 공해물질 배출, 경쟁사에서의 인력스카웃 그리고 영업주의 인적기밀등을 예시하고 있다.
 11) U.R. The Final Act. Article 39. 에서는 미공개정보를 사용하였음.

질 때가 있다는 점에서 일반적 의미의 營業秘密의 개념과 구별되기도 한다. 일반적 의미의 營業秘密이란 「秘密管理」되는 「營業上 技術上 有用」한 정보로서 「널리 알려지지 않은 것」을 의미한다. 우리법 改正「不正競爭防止法」 제2조 제2호에서도 “營業秘密이라 함은 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보”라고 규정하고 있다. 미국의 統一營業秘密法(Uniform Trade Secrets Act : 이하 UTSA로 칭함)에서는 “알려져 있지 않고 따라서 공개 또는 사용에 의해 경제적 가치를 얻을 수 있는 사람을 통하지 않고서는 정당한 수단으로 접근할 수 없는 것으로서 이로부터 현실적 또는 잠재적인 독자적인 경제적 가치를 얻을 수 있고, 비밀을 유지하기 위한 합리적노력을 기울이는 정보로서 公式, 定型, 데이터의 수집내지 集成, 프로그램, 道具내지 考案, 方法, 技術 또는 製造工法을 포함하는 것”¹²⁾ 이라고 정의하고 있다. 日本의 不正競爭防止法에서는 營業秘密의 침해에 대한 留止請求權을 규정하면서 “비밀로서 관리되는 생산방법, 판매방법 기타 사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보로서 널리 알려져 있지 않은 것”¹³⁾이라고 정의하고 있다. 또한 獨逸에서는 不正競爭防止法上에 營業秘密의 정의 및 요건이 규정되어 있지 않지만¹⁴⁾ 판례로서 이를 정립하고 있다. 이에 따르면 i)사업활동에 관한 정보로서 ii)제한된 자에게만 알려져 있고 iii)企業主의 보호의사가 명확하며, iv)그 정보를 비밀로 함으로써 기업주에게 정당한 이익이 존재할 정보를 營業秘密로 하고 있다. 이러한 營業秘密로서 보호대상이 될 수 있는 것으로는 「기술상의 정보」로서 設計方法, 設計圖面, 工程圖, 實驗데이터, 成分原料의 配合比, 強度計算의 運用方法, 햄버거의 조리方法, 코카콜라의 향내는 방법, 고려청자의 상감비법등을 들 수 있고, 「영업정보」로서 고객의 리스트, 거래선의 루트, 신제품의 生産計劃이나 販賣計劃, 販賣매뉴얼, 製品의 할인시스템등을 들 수 있고, 기타 경영활동정보로서는 人事·財務·組織·事務管理法 및 資料등을 들 수 있다¹⁵⁾. 이와같이 營業秘密의 정의는 우리나라, 미국, 독일, 일본등이 거의 비슷한 정의를 내리고 있는데 공통되는 요건으로서 「秘密管理」, 「有用性」, 「非公知性」을 규정하고 있다.

3. 營業秘密의 要件

12) Uniform Trade Secrets Act, § 1, (4.) “Trade secret” means informations, including a formula, pattern, complication, program, device, method, technique, or process, that ; (i) derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and (ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.

13) 日本 不正競爭防止法 제1조 제3항.

14) 독일 부정경쟁방지법 제17조와 18조에서는 종업원의 영업비밀누설행위등에 대한 형사처벌을 규정하여 영업비밀의 보호를 강화하고 있다.

15) 영업비밀로서 보호대상이 되는것으로서 자세한 유형은 黃義昌, 앞의 논문, 42면 참조.

營業秘密의 요건은 우리나라에서 뿐 아니라, 主要國이 일반적으로 「秘密管理」, 「有用性」, 「非公知性」의 3가지 요건을 들고 있다¹⁶⁾. 그러나 營業秘密의 침해에 대한 禁止請求權의 행사와 관련한 실무상의 요청에 의하여 「固定性」의 요건을 추가하는 견해도 있고, 법률상 당연한 것으로 “營業秘密이라고 보호받음으로 해서 정당한 이익이 있을 것”이라는 요건을 추가하기도 한다. 또한 이외에 「經濟性」¹⁷⁾ 또는 「情報性」¹⁸⁾을 추가요건으로 제시하는 견해도 있다. 그러나 경제성은 유용성의 개념에 포섭되며 정보성은 비공지성의 개념에 포섭되는 것으로 본다.

가. 秘密管理

우리 부정경쟁방지법 제2조 2항에서 “상당한 노력에 의해 비밀로 유지되고”라고 하는 부분의 법문에 해당하는 것으로서, 어떤 정보가 營業秘密과 관련된 자료가 되기 위해서는 먼저 그 정보의 保有者가 스스로 비밀이라고 생각하는 주관적 인식만으로는 불충분하고 그것이 종업원 및 외부인으로부터 營業秘密이라고 객관적으로 인식될 수 있는 상태로 관리되고 있어야 한다. 즉, 해당 정보에 접근할 수 있는 자에게 그 정보가 營業秘密이란 사실이 주지되고 (秘密의 表示)¹⁹⁾ 해당 정보에 접근할 수 있는 인적 범위가 제한되거나 접근한 자에 대한 秘密保護義務가 부과되어야 하고 (人的管理)²⁰⁾, 해당 정보에 대한 접근의 공간적·물리적 제한 (物的管理)²¹⁾이 이루어져야 한다. 그러나 營業秘密에 해당하는 정보는 물적인 매체에 體化된 것뿐만 아니라, 개인의 기억에 보존되어 있는 것도 있으므로 위 세가지가 반드시 전부 충족되어야 하는 것은 아니다. 營業秘密의 관리정도는 그때 그때의 상황에서 객관적으로 비밀이란 사실이 인식될 수 있는 정도로 합리적인 관리가 이루어 지면 충분하다 할 것이다. 그리고 秘密管理의 정도에 대해 절대적인 기준이 있는 것은 아니므로 비밀로서 관리되고 있는가 아닌가는 구체적인 부정행위의 태양과 관련하여 상대적으로 결정되어야 할 것이다²²⁾.

秘密管理의 조건에 관하여 UTSA는 “비밀을 유지하기 위하여 해당 상황에 대해 합리적인 노력의 대상이 되고 있을 것”을 규정하고 있다²³⁾. 이와 관련한 미국의 판례를 보면, 1987년, Surgidev Co.v.Bye Technology, Inc. 사건²⁴⁾에서 법원은 원고가 피고의

16) 예컨대 일본, 通産産業省, 逐條解説, 54面 참조.

17) 金永喆, 營業秘密의 要件, 法曹, 1992.7.72면 이하.

18) 鄭浩烈, 앞의 책, 246면.

19) 鄭浩烈, 앞의 책, 251면에서는 정보를 담은 서류를 봉한 후 “對外秘”란 표시를 하거나 잠금장치를 하거나 특수한 장소에 보관하는 조치등을 예로 제시하고 있다. 또한 이에 관한 자세한 내용 및 유형의 소개는 金永喆, 앞의 논문, 77면 이하 참조.

20) 예컨대, 비밀취급자 및 비밀관리자로 지정된자 이외의 접근금지조치.

21) 예컨대 연구소, 생산시설에의 접근이 용이하여(통상적으로 비밀보유자의 제지가 없는 경우와 같이) 비밀 지득이 일반적으로 예상될 수 있을 정도.

22) 鄭浩烈, 앞의 책, 252면. 예컨대 대기업의 경우에 취업규칙, 문서관리규정 등의 제도를 통한 엄격한 유지, 관리가 필요한 반면, 소기업의 경우에는 영업주의 종업원에 대한 일상적인 주의등 사실상의 유지, 관리로도 충분할 수 있다.

23) § 1(4)(ii) 앞 注 12) 참조.

퇴직시에 퇴직자에게 경고를 게을리 하였으므로 그 秘密性を 상실하였다는 피고의 주장을 배척하고 “종업원에게 營業秘密이란 사실을 통지하고, 秘密保護契約을 체결, 工場이나 製造工程을 분리하고, 비밀서류의 보관시설, 비밀서류의 배부처 제한등의 조치를 강구한 원고에게 秘密管理의 요건을 충족시켰다”고 판시하고 있다. 또한, 1974년 k-2 Company v. Head Ski Company²⁵⁾ 사건에서는 營業秘密인 스키제품의 공정을 고객이 모인 곳에 전시하고, 공장을 견학시켰으므로, 營業秘密管理가 소홀하였다는 피고의 주장을 배척하고 秘密性は 완전한 비밀이 아니라 상대적인 비밀이면 충분하다는 견지에서 “工場の 秘密管理 자체가 견고하지 않았다 하더라도 견학중에 발견하는 것은 불가능하고, 또한 工場이 원격지에 위치하고 있으므로 秘密性は 상실하지 않는다”고 판시하였다²⁶⁾.

나. 有用性

우리 부정경쟁방지법 제2조 2호에서는 “...독립된 경제적 가치를 지니며(경제성)...생산방법 또는 판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 혹은 경영상의 정보(유용성)...”이라하여 경제성과 유용성을 별개의 요건으로 볼 수도 있는 법문의 형식이나 “독립된 경제적 가치를 지니는 것”이 법의 보호대상이 되기위해선 종국적으로 “생산방법, 판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 혹은 경영상의 정보로서, 독립된 경제적 가치를 가지는 것”이라야 한다. 그러므로 양자는 연결적 또는 동질적 구성요건으로 볼 수 있는 것이므로 양자를 한데 묶어 유용성으로 파악한다²⁷⁾.

企業活動에 관한 정보는 人事·財務·總務·企業·生産 등 다방면에 걸쳐 다양하다. 그러나 이 자료가 공개되어 있지 않다고해서 모두 營業秘密에 해당하는 것은 아니다. 營業秘密이 되기 위해서는 생산활동, 판매활동, 연구개발활동 등 사업활동에 구체적으로 유용한 정보이어야 한다. 이때의 有用性이란 단순히 事業者 본인이 주관적으로 유용하다고 생각해서만 되는 것이 아니고 객관적으로 有用性이 인정되어야 한다²⁸⁾. 이러한 有用性이란 “당해 정보를 보호하는 것에 일정한 사회적 의의와 필요성이 있고 경제발전에 유용한 것”²⁹⁾이라고 할 수도 있을 것이다. 有用性이 인정되는 구체적인 예로서는 먼저 기술에 관련된 제조성분 노우 하우, 성분의 조직, 실험데이터 등이 있고 영업상의 정보로서는 研究報告書, 顧客名簿, 販賣매뉴얼, 구입처명부, 재무 데

24) Syrgudev Co.v.Eye Technology, Inc.(18th Circuit 1987)828F.2D 452.

25) k-2 Ski Company v. Head Ski Company (9th Circuit 1974)506F.2D 471.

26) 이에 관한 사례는 發明特許, 營業秘密 保護制度의 運用事例(1)1992.9.(Vol.199)22-25면 참조; 金永喆, 앞의 논문, 77면, 영국에서는 영업비밀보유자에게는 비밀유지를 위한 관리는 요구되지 않는다. 그러나 적절한 관리가 행하여 지지않은 결과 비밀의 누설 또는 공개될 경우에 신뢰관계의 유무에 따라 보유자에게 불리하게 판단될 위험이 있다고 한다.

27) 鄭浩烈, 앞의 책, 252면.

28) 이에 관한 일본의 사례를 소개하고 있는 金永喆, 美國과 日本에 있어서의 營業秘密, 法曹, 1991.11.174면 참조.

29) 日本通産省 營業秘密 一遂條解説 改正 不正競争防止法(有斐閣).

이타 등을 들 수 있다. 각종 정보의 有用性을 판단함에 있어서는 그 정보의 i)현실적·잠재적 有用性, ii)실현가능성, iii)구체성 등이 검토되어야 한다. 즉, 현실적으로 사용하고 있지 않은 정보라 하더라도 장래 경제적 가치를 발휘할 잠재적 有用性이 있으면 족하다³⁰⁾. 그러나 실현가능성이 없는 정보는 일반적으로 有用性이 없으며, 나아가 구체적으로 완성되지 아니한 추상적 정보는 적어도 잠재적으로 유용할 정도의 구체성을 가지지 않는 한 有用性이 없다. 개별적인 有用性을 보면, 비록 과거에 실패한 연구 데이터 등과 같이 소극적 정보(Negative information)라 하더라도 직접 그 정보를 사용할 수는 없겠지만 그 정보를 이용하여 研究開發費를 절감할 수 있기 때문에 有用性이 인정될 수 있게된다³¹⁾.

그러나 탈세,유해물질의 방류 등 반사회적인 정보는 유용한 정보라 할 수 없다. 독일에서는 有用性의 요건에 대해 “사실에 관련된 보호를 받을 만한 정당한 이익이 필요하다”고 판시하고 있어 營業秘密의 有用性으로서 그것을 보유함으로써 競爭者와 경쟁조건에서 유리하다고 판단되고 객관적으로 유리한 이점을 보유하고 있어야 됨을 요구하고 있다.

다. 非公知性

企業이 아무리 유용한 정보를 비밀로서 엄격히 관리하고 있다고 하더라도 이미 널리 알려진 것에 대해서는 營業秘密에 해당되지 않는다. 즉, 營業秘密이 되기 위해서는 “널리 알려져 있지 아니한 상태”여야 한다. 우리법은 이를 “公然히 알려져 있지 아니할 것”이라고 규정하고 있다. 여기서의 “널리 알려져 있지 않은 상태”란 그 정보가 刊行物에 게재되어 있지 않은 등 保有者의 관리 밖에서는 일반적으로 入手할 수 없는 상태를 의미한다. 어떤 기업이 비밀로 관리하고 있는 製造法이라 하더라도, 50년전에 이미 동일한 제조법이 발견되었다든가, 우연히 다른 제3자가 이를 발견하여 學會에 보고한 경우 등에는 營業秘密이라고 할 수 없다. 또한 제3자가 영업비밀의 보유자와 무관하게 동일한 영업비밀을 독자적으로 개발하였으나 이를 공개하지 않는 경우는 일반적으로 용이하게 입수할 수 없으므로, 그 정보는 여전히 “널리 알려져 있지 않은 상태”에 있다. 또한 영업비밀이 우연한 사고 또는 과오(by accident or mistake)에 의하여 제3자에게 개시된 경우이더라도 그 후에 일반적으로 비밀관리가 합리적으로 이루어지고 있다면 보호받을 수 있다³²⁾.

非公知성에 관한 UTSA의 기초위원의 立法趣旨를 보면 첫째, 일반대중에게 알려지지 않을 것까지 요구하는 것은 아니고 그 정보로부터 경제적 이익을 얻을 수 있는 자

30) Uniform Trade Secret Acts §1, (4) (i).

31) 독일과 영국에서는 그 보호가 일반적으로 인정되고 있는데, 미국의 경우 UTSA 제1조 Comment에서는 소극적 정보를 영업비밀에 해당한다고 하여 보호하고 있지만, UTSA를 채택하지 않은 州에서는 보호하지 않는 관례들도 나타나고 있다. 예컨대 *Materials Development Corp.v.Atlantic Advanced Metals Inc.*, 172 U.S.P.Q. 595, 606 (Mass.Super.ct.1971). 鄭浩烈, 앞의 책, 257면.

32) Uniform Trade Secrete Acts, §.2 참조.

가 알고 있으면 그 정보는 營業秘密이 아니고, 둘째, 영업잡지, 참고도서 기타 발표된 것으로부터 얻어 지는 정보는 용이하게 알 수 있는 것이므로 營業秘密에 해당하지 않고, 셋째 시판되는 제품을 분석하여 쉽게 알 수 있는 정보³³⁾는 營業秘密에 해당되지 않는다고 하고 있다. 그러나 제조기술을 역으로 推進하여 복제(Reverse Engineering) 함에 있어서 장기간과 많은 비용을 소요하는 등 용이하게 정보를 취득할 수 없는 경우에는 非公知性を 지닌다고 할 수 있으며 독일·영국에서도 같은 입장을 취하고 있다. 非公知性에 관한 미국의 판례는 그 요건을 한층 명확하게 하고 있다. 1986년, American Paper and Packaging products, Inc. v. Kigan et al.³⁴⁾의 사건에서는 퇴직한 사람이 雇客名簿를 부정사용하였다고 고발당한 사건에서 “그 고객명부는 제3자가 쉽게 알 수 있는 것이고 그 편집방법은 작성이 어렵지 않고 세련되지도 않으며, 많은 시간이 소요되는 것도 아니므로” 법적 구제를 거부하였다. 한편 1977년, Cybertek Computer Products, Inc. v. Whitfield et al.³⁵⁾의 사건은 公知된 정보로 이루어진 Computer Software가 營業秘密에 해당하는가의 여부에 대하여 “일반적인 개념 자체는 보호되지 않지만, 일반적으로 概念組合하여 작성된 특정수단에 대해서는 많은 연구실험을 필요로 하므로 營業秘密로 볼 수 있다”고 판시되어 있다³⁶⁾.

라. 固定性 및 正當한 利益

일반적으로 營業秘密의 요건은 위 3가지로 인정되지만, 이러한 요건외에 「固定性」이라는 요건을 추가할 필요가 있다고 주장하는 견해도 있다³⁷⁾. 「固定性」의 요건이란 설계도나 고객명부이건 간에 비밀정보가 항상 특정의 媒體에 고정됨으로써만 비로서 보호의 객체가 될 수 있는 營業秘密이 된다는 것이다. 이는 특히 營業秘密의 침해에 대한 禁止請求權의 행사와 관련한 실무상의 요청에서 볼 때 필요한 요건으로 즉, 보호를 구하는 당해 정보가 기술적 정보이건 영업상의 정보이건 간에 특정된 媒體에 고정되어 있는 형식을 구비하여야 한다는 것이다. 사람의 두뇌속에 있는 記憶, 發想, 思想이라는 것은 그 단계에서는 아직 보호대상이 될 수 있을 만큼 객관화되었다고 할 수 없으며 매체에의 고정에 의해서 비밀정보가 객관화함과 동시에 그 신규성, 재산성의 요건에 대한 판단도 가능하게 된다는 것이다³⁸⁾.

33) 예컨대 reverse engineering에 의한 역추적 기술탐지 등.

34) American Paper and Packaging Products, Inc. v. Kirgan et al. (1986) 183 Cal. App.3d 1318.

35) Cybertek Computer Products, Inc. v. Whitfield et al. (Supr. Court Cal. 1977) 203 USPQ 1020.

36) 이에 대한 자세한 내용은 黃義昌, 앞의 책, 227면 참조.

37) 松本重民, 企業秘密の法的保護(3,完) NBL-NO.439 22面 (1989.12.15).

38) 鄭浩烈, 앞의 책, 256면에서는 이와는 다르게 파악하고 있다. 즉 일정한 매체를 통해 유형화(고정화)되지 아니한 아이디어 그 자체도 영업비밀로서의 요건을 구비하면 보호대상이 된다고 한다. 그 근거로서는 우리법이 영업비밀을 보호하는 취지가 비밀로 유지되는 정보에 대한 부정한 염탐이나 누출을 금지하는 것을 주안점으로 하는 것이지, 정보를 담은 수단이나 매체 그 자체를 보호하기 위한 것이 아니기 때문이라고 한다. 그리하여 보호를 강구한다고 하더라도 문제될 것은 없으며 단지 입증의 문제만이 있을 뿐이라고 한다. 한편 미국법에서는 구체성(고정성)을 논의하고 있으며(Restatement 제757조) UTSA에서는 언급하지 않고 있으며 각주법원은 구체성요건의 채택여부를 자유롭게 결정한다고 한다.

명문의 규정은 없지만 법률상 당연한 요건으로서 營業秘密이 되기 위해서는 “그것이 비밀이라고 보호받음으로써 정당한 이익이 있을 것”³⁹⁾을 들 수 있다. 이는 일본의 현행 不正競爭防止法の 개정기초가 된 産業構造審議會의 財産的 情報部會가 「재산적 정보에 관한 不正競爭行爲에 관한 救濟制度方法에 관해서」란 보고서에서 營業秘密의 4번째 요건으로 제시한 것으로서 당연요건이 된다고 하여 명문화하지 않고 해석상 당연히 적용하여야 할 요건으로 들고 있다.

Ⅲ. 主要國의 營業秘密保護制度

1. 美國

가. 法的保護의 根據

미국에서 營業秘密(Trade Secret)의 보호를 인정한 최초의 판결은 1837년의 *Vickey v. Welch* 판결이고 1868년의 *Peabody v. Norfolk* 판결로 이론이 거의 확립되었다⁴⁰⁾. 미국의 판례들은 營業秘密의 보호목적을 信賴違反을 罰하자는데 두고 있으며,⁴¹⁾ 그 근거에 대해서는 財産理論(Property Theory)과 契約理論(Contract Theory) 및 不法行爲理論(Tort Theory)등이 있다⁴²⁾. 미국의 營業秘密保護는 各州法院의 판례가 各州法으로

39) 小野昌延編著, 注解 不正競爭防止法, 靑林書院(1990) 287面.

40) *Peabody case*는 영업비밀에 대하여 보호받고자 미국법원에 의해 제기되었던 모든 이론적 배경을 나타내고 있다. 즉 ① 특허성 여부에 관계없이, 제조과정을 발명 또는 개발하여 비밀을 유지하고 있는 자는 그것에 대해 양도할 수 있는 재산적 권리를 가지며, 법원은 계약이나 신뢰를 위반하여 이를 자신의 개인적 목적이나 제3자에게 공개하는 것으로부터 보호하며 <A person who invents or discovers and keeps secret a process of manufacture, whether patentable or not, has an assignable(i.e. transferable) property interest in it, which a court will protect against one who in violation of contract and breach of confidence applies it to his own use or discloses it to third persons.> ② 고용인은 고용기간중에 자기에게 공개된 비밀을 퇴직후에도 약속에 따라 공개금지 의무를 지고 <an employee may be obligated even beyond the term of employment by a promise not to disclose a secret disclosed to him during the term of his employment.> ③ 영업비밀은 불가피하게 공개해야 할 사람들에게 알려졌다는 이유로 그 비밀성을 상실하지 않으며 <a trade secret does not cease to be a secret by being disclosed to persons without whose assistance the secret could not be made of any value> ④ 비밀관계를 알면서도 비밀을 전수받은 제3자는 법원에 의해 금지조치를 당할 수 있다고 판시하였다.<a third party who has notice of the confidential relationship but nevertheless makes arrangements to have the secret communicated to him may be enjoined by a court from carrying out the arrangement.>

41) Melvin F. Jager, *Supra* 1-6.

42) 이에 관하여 1994.6.20 대한상공회의소 주최 「UR 지적재산권 중 영업비밀보호와 권리전략」 세미나에서 Washington 대학의 C.R McManis 교수가 발표한 견해를 보면 “..... 특히나 저작권에 영향을 받은 법원은 영업비밀이 보호받을 수 있는 지적재산권의 한 분야라고 주장한다. 그러나 이들 법원은 단지 몇가지 특수하고 한정적인 의미에서만 재산에 해당한다고 하는 것 같은데, 즉 ① 영업비밀은 단지 제

성문화되는 과정을 거쳐 다시 聯邦法人 統一營業秘密法(UTSA)로 통일되었다는 점이 知的的所有權에 관한 재산법적 성격의 特許法등이 聯邦法으로 시작되었다는 점과 다른 점이다. UTSA는 10년 넘게 「州法統一을 위한 全國委員會(NCCUSL)」가 검토하여 1979년 제정·공표되었으며, 다음해인 1980년에는 9個州가 다소의 변경을 거쳐 가입하였고⁴³⁾, 현재는 최소한 35個 州가 채택하고 있다.

나. 統一營業秘密法上的 救濟制度

본래 12개조로 제정(1985년 개정으로 11개조로 축약됨)된 UTSA의 주안은 營業秘密의 不當使用(misappropriation)에 대한 법적 구제로서 제2조와 3조에서 민사상의 禁止請求(Injunctive relief)와 損害賠償請求(Damages)를 규정하고 종래의 판결을 근거로 보호 요건을 구체적으로 규정하고 있다. 그 정의 및 요건에 대하여는 앞서 간략히 살펴본 바와 같고 不當使用의 定義와 그 法的 救濟의 특징에 관하여 살펴보면 다음과 같다.

1) 不當使用(misappropriation)

營業秘密의 不當使用은 다음의 두가지 요건을 갖는다.

(가)營業秘密이 부정한 수단으로 취득된 것을 인식하고 있던지 혹은 인식할만한 이유를 가지는 자가 취득할 것.

(나)명시적 혹은 묵시적 동의없이 타인의 營業秘密을 공개 또는 사용하는 다음의 자일 것.

①부정한 수단을 사용하여 영업비밀을 입수한 자.

약만으로도만 이전되지 않고 유언이나 상속으로도 이전되며 <that trade secrets are assignable not merely by contract but by will or inheritance> ② 영업비밀은 손해배상(전통적으로 순수한 개인재산의 침해에 대한 유일한 구제수단) 뿐만 아니라 재산에 회복 불가능한 손해를 방지하는데 필요한 금지 청구권에 의한 보호를 받을 자격이 있으며 <that trade secrets are entitled to be protected, not merely by an award of money damages(traditionally the only relief available for the violation of purely personal rights), but by injunction, which traditionally was only available to prevent irreparable harm to property rights> ③ 영업체는 법적으로 보호 가능한 영업비밀을 정부가 사용하거나 공개할 경우에는, 사적재산을 공공목적으로 수용시에 정당보상을 보장하는 제5차 수정헌법에 의한 보상을 받을 수 있다<that a business is entitled to compensation under the Fifth Amendment to the U.S. Constitution (which guarantees just compensation when private property is taken for a public purpose), whenever the government uses or discloses a company's legally protectible trade secret>고 하여 특허권자와는 달리 영업비밀 소유자는 타인들이 영업비밀 정보를 사용하거나 달리 이용하는 것을 배제하는 절대적 권리를 가지지 않은 것이며, 미국의 대부분의 법원에서는 영업비밀보호법의 출발점을 비밀관계의 위반 즉 명시적 또는 묵시적 영업비밀 유지계약의 위반에 두고 있다고 한다. 또한 영업비밀을 보호하는 것은 영업비밀 자체의 재산적 가치는 인정않고 영업비밀의 물리적인 보안에 대한 권리와 보다 넓게는 불법적 수단에 대한 침해에 대한 보호인 산업적 및 상업상의 비밀권을 인정하고 있다. 영업비밀 보호법은 보다 광범위한 Common Law의 torts(불법행위)의 한 분야 "라고 주장한다.

영업비밀에 대한 법적보호의 근거론의 논의는 다음 기회에 다루기로 한다.

43) Klitzke, The Uniform Trade Secrets Acts 64 Mrq. L. Rev. 277 (1980).

② 영업비밀을 공개 또는 사용할 때에 다음의 상태를 알고 있었던지 혹은 알 수 있었던 자.

- i) 당해 영업비밀을 부정한 수단으로 취득한 자로부터 또는 그를 통하여 유래되었다는 것.
- ii) 秘密維持義務를 부담하게 된 상태하에서의 취득.
- iii) 秘密維持義務를 부담하고 있는 자로부터 취득되었다는 것.
- iv) 營業秘密이 우연히 또는 잘못 취득된 것임을 알거나 알았어야 할 것.

(다) (가)의 不當使用의 요건으로서 "어떤 부정수단"이란 竊盜, 敗物收受, 不實表示, 秘密維持義務違反이나 同義務違反의 教唆, 또는 정치적 수단이나 기타 수단에 의한 스파이 행위를 포함한다⁴⁴⁾. 이와 같이 不當使用의 요건으로서 營業秘密이라는 것에 대한 인식을 규정하고 보유자로부터의 직접 입수(직접침해유형)와 부당하게 입수한 자를 중개한 재입수(간접침해유형)에 대한 보호를 함께 규정하고 있다⁴⁵⁾.

2) 法的救濟의 特徵

미국의 UTSA상의 판례법의 집적이지만 그 핵심은 경쟁에서의 당사자간의 이익형량이다. 결국 營業秘密에 대한 법적 보호의 근거는 비밀 자체를 재산적으로 보는 것이 아니고, 타인의 노력의 성과를 부당한 수단으로 입수하여 이익을 얻는 것은 허용되지 않는다는 不正競爭行爲禁止의 법리에 의한다. 특이할 점은 營業秘密의 보호에 관하여 刑事罰의 적용은 일반적이 아니고 대부분의 케이스에서 衡平法上의 민사상의 보호가 보다 효과적인 것으로 보고있다는 것이다⁴⁶⁾. 이점은 UTSA가 訴訟節次에 대하여 당사자의 비밀유지에 착안한 규정을 두어 裁判節次를 營業秘密의 성질에 순응시

44) Uniform Trade Secret Acts, § 1.

As used in this Act, unless the context requires otherwise :

(1) "Improper means" includes theft, bribery, misrepresentation, breach or inducement of a breach of a duty to maintain secrecy, espionage through electronic or other means ;

(2) "Misappropriation" means ;

<1> acquisition of a trade secret of another by a person who knows or has reason to know that the trade secret was acquired by improper means ; or

<2> disclosure or use of a trade secret of another without express or implied consent by a person who

(A) used improper means to acquire knowledge of the trade secret ; or

(B) at the time of disclosure or use, knew or had reason to know that his knowledge of the trade secret was

[1] derived from or through a person who had utilized improper means to acquire it ;

[2] acquired under circumstances giving rise to a duty to maintain its secrecy or limit its use ; or

[3] derived from or through a person who owed a duty to the person seeking relief to maintain its secrecy or limit its use ; or

(C) before a material change of his position, knew or had reason to know that it was a trade secret and that knowledge of it had been acquired by accident or mistake.

45) 黃義昌, 앞의 논문, 47-48면.

46) Callmann, Unfair Competition 14.46. 175.

키려는데 특히 배려되고 있는 것과 관련하는 것이다. 즉, 營業秘密의 비밀유지를 소송 절차에서 법원이 합리적 수단에 의하여 보전해야 할 뜻을 규정하고 개시청구에 대한 보호명령, 심문의 非公開, 訴訟記錄의 閱覽制限, 出訴期間을 不當使用의 시점으로부터 3년내로 제한함을 예시하고 있다. 營業秘密에 관한 형사책임은 各州法의 형사규정에 맡기고 있다⁴⁷⁾. 사후적 민사구제책인 損害賠償請求와 관련하여 특이한 점은 특히 고의 또는 악의에 의한 부정행위에 대해서는 損害賠償의 2배를 넘지 않는 금액의 징벌적 損害賠償額을 청구할 수 있게 되어 있다는 점이다⁴⁸⁾.

2. 日本

가. 法的保護의 根據

일본에서는 1990년 「不正競爭防止法」의 개정시행을 통해 營業秘密의 보호를 명문화하기 전까지는 주로 민법, 상법, 형법등의 일반법에 의해 營業秘密의 보호가 이루어져 왔다. 즉, 민·상법상의 契約違反行爲의 禁止 및 損害賠償, 不法行爲에 대한 損害賠償을 청구할 수 있었고 형법상의 업무상 橫領, 背任, 竊盜 등으로 고소하여 처벌을 요구할 수 있었다. 그러나 停止 및 豫防請求에 대해서는 이를 인정하지 않고 있었다. 개정된 不正競爭防止法은 지금까지 인정하지 않았던 營業秘密의 침해에 대해서 새로이 禁止 및 廢業·除去請求權을 인정한 점에 그 의의가 있다.

나. 營業秘密保護의 特徵

① 民法上 保護

營業秘密의 침해에 대한 구제는 고용계약 혹은 위임계약상의 秘密保護義務의 위반을 근거로 채무불이행에 대한 손해배상의 청구, 제3자의 침해에 대해서는 불법행위로 인한 손해배상의 청구, 상법상의 誠實義務違反에 의한 손해배상 및 해임을 통해 이루어지고 있었다. 개정 不正競爭防止法은 부정한 수단으로 영업비밀을 침해한 경우에 대해서 禁止請求權⁴⁹⁾, 廢棄 및 除去請求權⁵⁰⁾, 損害賠償請求權⁵¹⁾, 信用回復請求權⁵²⁾을

47) 黃義昌, 앞의 논문, 49-50면. 1979년 민사적 구제에 중점을 둔 UTSA의 제정, 시행과 때를 맞춰 영업비밀 침해자를 형사처벌하기 위한 州法이 정비되기 시작하였다. 이렇게 하여 정비된 각주의 형법은 3가지 유형으로 구분되고 있다. 즉, 첫째, 영업비밀 절도죄를 따로 규정하고 있는 주(콜로라도, 플로리다, 메사추세츠, 미시간, 뉴멕시코, 노스 캐롤리나, 오클라호마, 펜실바니아, 테네시, 텍사스, 버지니아, 위스콘신, 캘리포니아, 조지아, 네브라스카, 뉴욕, 오하이오 등), 둘째, 이와는 달리 일반 절도죄에 포함시키고 있는 주(메릴랜드, 코네티컷, 뉴저지, 일리노이, 인디애나 등).

48) UTSA, §3, (b).

49) 日本 「不正競爭防止法」 제1조 제3항.

50) 日本 「不正競爭防止法」 제1조 제4항.

51) 日本 「不正競爭防止法」 제1조2, 제3항.

52) 日本 「不正競爭防止法」 제1조2, 제4항.

인정하고 있고 피해자는 이 4가지 청구권을 모두 또는 일부만 선택적으로 행사할 수 있다. 특히 禁止請求權의 신설은 그간 법개정의 핵심사항으로 營業秘密에 관한 부정행위의 정지 또는 예방을 청구할 수 있도록 하고 그 부정행위의 태양을 6가지로 분류하여 규정하고 있어 우리나라의 개정 不正競爭防止法과 매우 흡사하게 되어 있다. 그 금지의 대상에는 가령 그 제품의 製造 및 販賣禁止(技術, 노우 하우의 경우) 또는 고객명부의 발송금지 등이 있다. 禁止請求權者는 營業秘密을 보유하는 사업자나 영업상의 이익을 損傷받을 우려가 있는 자 등 두가지로 규정하고 있다. 일반적으로 비밀을 처분할 권한을 가진 자를 비밀소유자라고 함에 반해, 秘密保有者는 비밀소유자와 마찬가지로 비밀을 알고 보유하는 자를 말한다⁵³⁾. 이 때 "保有"의 의미는 i)營業秘密을 직접 만든 경우와 ii)賣買契約이나 라이선스契約등 법적으로 유효한 거래수단을 통해 획득한 경우, iii)종업원이나 간부처럼 僱傭契約이나 委任契約을 기초로 기업에서 공개한 경우 등 정확한 권원에 의하여 취득, 보유하고 있는 경우 등을 의미한다. 한편, '事業者'란 영리를 목적으로 하는 영리사업에 국한되지 않으며, 비영리사업의 사업자도 포함한다. 提訴의 요건으로서는 현실적으로 반드시 영업상의 손실이 발생될 필요는 없으며 현상태가 지속되면 영업비밀의 침해로 손실이 발생할 가능성이 높으면 충분하다는 점이, 損害賠償請求權이나 信用回復請求權은 반드시 현실적 이익이 침해되어야 청구가 가능하다는 점과 다른 점이다.

②刑事上の救濟

개정된 不正競爭防止法에는 영업비밀의 침해에 대해 형사벌을 과하지 않고 있어 벌금형조차 부과할 수 없게 되어있어 우리나라의 不正競爭防止法보다 형사책임을 훨씬 완화하고 있다. 그러나, 이에 대해서는 형사상의 橫領罪, 背任罪, 竊盜罪, 贓物取得罪 등으로 고소하여 처벌을 요구할 수 있다.

3. 獨逸

독일에서의 영업비밀보호는 不正競爭防止法(UWG)과 민법 제823조, 제826조의 불법행위규정에 의하고 있다. 독일의 不正競爭防止法은 "사업상 거래에서 경쟁의 목적으로 선량한 풍속을 위반하는 행위를 한 자에 대해서는 禁止(Unterlassung) 및 損害賠償을 청구할 수 있다"⁵⁴⁾고 하여 민사상의 禁止 및 損害賠償請求權을 매우 포괄적으로 규정하고 있다. 그러나 不正競爭行爲에 관한 형사상의 처벌은 비교적 상세하고 폭 넓게 규정하고 있다⁵⁵⁾. 그 내용을 개략적으로 보면, 1)종업원 등 고용관계에 의해서만 알 수 있는 營業秘密을 자신 또는 제3자의 이익을 위해 또는 사업주에 손해를 끼칠 목적으로 공개하는 행위, 2)기술적 수단의 사용, 비밀이 體化된 복제물의 작성 및 탈취 등에 의해 권한없이 營業秘密을 입수하는 행위, 3)자신 또는 다른 사람의 上記의 행위에

53) 小野昌延, 前掲書, 295面.

54) 獨逸 不正競爭防止法 제1조 참조.

55) 獨逸 不正競爭防止法 제1, 17, 18, 20조 참조.

의해 입수한 營業秘密을 권한없이 사용, 공개하는 행위 그리고 4)경쟁의 목적으로 선량한 풍속을 해치는 행위등에 대한 처벌규정을 두고 있으며 미수도 처벌하고 있다.(17조3항) 또한 “일반적으로 행위자가 공개함에 있어 그 비밀이 외국에서 사용되고 있음을 알고 있는 경우 또는 행위자가 이를 외국에서 이를 사용할 때”를 “重大한 事案”으로 규정하여 加重處罰하고 있는 점이 특이하다(17조4항).

VI. 우리나라에서의 營業秘密保護

우리나라는 營業秘密의 보호를 위해 單獨立法의 형태를 취하지 않고 있다가, 1991년 11월 不正競爭防止法의 개정을 통하여 그간 민·상법 및 형법의 일반법에 의해 미흡하게 보호되던 營業秘密의 보호에 관한 명문규정을 마련하였다. 이는 營業秘密을 工業所有權과 같이 소위 財產權에 대한 침해문제로 보호하는 것이 아니라 타인의 노력의 성과를 부당한 수단으로 침해하여 이익을 얻는 것은 허용되지 않는다는 不正行爲禁止의 法理에 따른 것이라 할 수 있다. 불법행위의 특별법으로 불법행위에 대한 禁止請求權을 인정하고 있는 不正競爭防止法의 개정을 통하여 不正競爭行爲의 하나로 營業秘密을 보호하고 있는 현행 不正競爭防止法의 의의 및 요건에 관하여는 앞서 간략히 살펴 본 바와 같고, 침해행위의 유형과 구제를 살펴본다.

1. 營業秘密侵害行爲의 類型

不正競爭防止法 제2조 제3호에서는 營業秘密의 침해행위를 6가지로 규정하고 있다. 가, 라. 目的 규정은 營業秘密의 소유자로부터 직접 營業秘密을 입수한 경우의 침해행위의 태양을 규정하고, 나.다.마.바. 目的 규정은 營業秘密을 소유자로부터 직접 입수한 중개자를 매개로 하여 營業秘密을 재입수한 경우의 침해행위의 태양을 그 입수시를 전후해서 惡意(또는 重過失)를 기준으로 규정하고 있다. 그 중 나.다. 目的은 중개자가 소유자로부터 부정한 수단에 의해 營業秘密을 취득한 경우를, 마.바. 目的은 중개자가 보유자에게 秘密維持義務를 위반한 경우를 규정하고 있다. 즉,

i)가 目的은, 타인의 營業秘密을 훔치거나 속이거나, 위협하거나, 도청하는 등의 부정한 수단으로 취득하는 행위와 그 후 이를 사용하거나, 타인에게 賣却, license 契約, 무단히 경쟁자에게 제공하거나, 일반대중에게 전파하는 등의 행위를 규정하고,

ii)나 目的은, 가 目的과 같이 누군가 盜用한 營業秘密이라는 사정을 알고 있거나, 거래에 있어서 평균적으로 요구되는 통상의 의무를 다하면 쉽게 판단되는 데도 그 의무를 다하지 않아서 이를 알지 못하고 취득하는 행위나 사용, 공개하는 행위를 규정하고 있다.

iii)다 目的은, 營業秘密을 취득하였을 때는 그것이 盜用한 것이라는 것을 몰랐으나 그 후에 피해자로부터 경고를 받는 등으로해서 그 사정을 알았는 데도 이를 사

용, 공개하는 행위를 규정하고 있고

iv)라目は, 종업원과 license를 받은 자와 같이 契約關係에 의하여 營業秘密을 유지하여야 할 의무가 있는 자가 재직중이나, 퇴직후, 계약기간중이거나 계약종료후 무단으로 信賴關係를 배반하여 營業秘密을 사용하여 보유자와 競業을 하거나 營業秘密을 팔거나 또한 계약사항을 위반하여 무단으로 그 營業秘密을 계속 사용하여 부정한 이익을 얻거나 다른 경쟁업체에 공개하는 등의 경우를 규정하고

v)마目は, 라目과 같이 부정공개된 營業秘密을 부정한 공개행위가 개입된 사실을 알고 있으면서도 혹은 重大한 過失로 알지 못하고 그 營業秘密을 취득하거나 그후 사용하거나 공개하는 행위를 규정하고 있고

vi)마目は, 營業秘密을 취득할 때에는 그것이 부정하게 공개된 것으로는 알지 못하였던 자가 그후 피해자로부터 警告를 받는 등으로 해서 그 사정을 알았거나 重大한 과실로 알지 못하고 그대로 사용하거나 공개하는 행위를 규정하고 있다.

그러나 개정 不正競爭防止法은 제13조에서 「善意者에 관한 特例」를 규정하여 營業秘密의 취득자가 그 營業秘密을 중개자의 부정한 행위로 인하여 취득한 경우에도 善意나 重大한 過失없이 그런 사정을 모르고 賣買契約이나 license契約등의 정상적인 거래에 의하여 취득한 때에는 그 거래에서 이미 허용된 범위내에서 그 營業秘密을 사용 또는 공개하더라도 禁止請求, 損害賠償請求, 信用回復請求로부터 그 책임을 면하도록 규정하고 있다. 이는 善意者의 이익을 보호함과 동시에 그 결과 거래의 안전도 충분히 확보되도록 배려한 규정으로 해석된다.

2. 營業秘密侵害에 대한 救濟

가. 民事的 救濟

營業秘密의 보유자는 침해행위에 대하여 禁止 또는 豫防請求, 侵害物件의 廢棄·除去請求⁵⁶⁾, 損害賠償請求⁵⁷⁾, 信用回復請求⁵⁸⁾등의 민사적 보호조치를 강구할 수 있다. 禁止 및 豫防請求는 구체적으로 그 부정행위태양에 따라 다르겠지만 예컨대, 生産活動의 停止, 送電의 斷電등의 처분을 요구할 수 있을 것이다. 물건등의 廢棄·除去請求는 침해자가 소지하는 營業秘密을 化體한 物件(자기 테이프, 名簿등)이나 부정행위에 의해 생긴 것(生産物등)이나 不正行爲用으로 제공된 生産費用의 廢棄·除去를 청구할 수 있을 것이다. 損害賠償의 청구는 그 算定이 매우 어려우나 대개 라이선스료 상당액과 부정행위자가 얻은 이익 그리고 현실적 손해액등이 算定基準으로 고려될 수 있

56) 不正競爭防止法 제10조.

57) 不正競爭防止法 제11조.

58) 不正競爭防止法 제12조.

으나, 손해의 추정규정(부정행위자가 얻은 이익을 손해로 하는 경우)이 없어 쉬운 문제가 아니며, 특히 손해를 야기한 자에 대한 特許法과 같은 故意,過失의 추정규정이 없어 그 소송절차상의 입증문제가 야기될 수 있을 것이다.

나. 刑事處罰

營業秘密의 침해행위에 대하여 3년 이하의 懲役 또는 3千萬원 이하의 罰金에 처하도록 규정하고 있다. 그러나, 그 처벌의 대상을 기업체의 현직임원이나 직원으로 한정하여 身分犯만을 처벌하도록 하고 있어 퇴직자의 누설이나 外部探知行爲는 형사처벌에서 제외되고 있다. 외부인의 營業秘密侵害行爲에 대해서는 그것이 내부자와 공모한 경우이면 형법 제33조에 의하여 身分犯의 共犯으로 처벌할 수 있고, 순수한 外部探知는 그 유형에 따라 竊盜罪, 居住侵入罪, 恐嚇·脅迫罪 등으로 처벌할 수 있을 것이다. 보호의 객체로서는 생산방법 등 기술상의 營業秘密에 한정하되 그 기술은 당해 기업 특유의 생산기술에 관한 營業秘密로 다시 국한시키고 있다. 나아가, 부정한 이익을 얻거나 보유자에게 손해를 가할 목적을 가진 경우에만 처벌을 가하도록 目的犯化하고 있고, 親告罪로 하여 민사적 해결로 형사적 처벌을 바라지 않는 경우는 刑事訴追를 할 수 없도록 하고 있다. 여타의 不正競爭行爲와 달리 親告罪로 규정하고 있는 현행 법은 여타의 不正競爭行爲가 一般消費者와 市場秩序에 대한 혼란을 야기하는 것임에 반해, 營業秘密은 이러한 혼란을 야기할 우려가 적고 비밀보유자와 침해자간의 이해의 비교형량과 그 조정이 핵심이라는 면에서 타당하다고 생각된다. 결국 營業秘密의 형사적 구제는 매우 제한적이고 그 요건도 엄격한데, 이는 營業秘密侵害에 대한 분쟁을 형사적 구제보다는 민사적 구제에 의해 해결하려는 법취지라고 판단되며, 이러한 입법은 비교법적으로나, 營業秘密의 성질상 타당한 것이라 생각된다.

V. 結 論

營業秘密保護는 지적재산권과 같이 재산권의 침해 및 보호문제는 아니다. 秘密維持者와 침해자 상호간의 보호이익을 비교형량하여 비밀유지로 인한 경제적 가치의 보호와 침해자의 이익을 조정하여야 할 것이다. 예컨대, 禁止請求에 있어 법조문 자체는 상당히 넓게 이를 인정하고 있으나, 침해자의 施設全體에 비해 營業秘密의 침해로 인한 부분이 아주 적은 부분이라면 그와 관련된 일체를 폐기하는 것 보다는 일체를 폐기하였을 때와 그렇지 않았을 때를 비교형량하여 판단하는 것이 민사상의 법리나 사회상규상 더 합리적일 것이다. 또한 營業秘密의 요건인 秘密管理, 有用性, 非公知性 등도 個個로 분리되어 판단되기 보다는 서로 밀접불가분으로 판단되어야 할 것이다. 개정 不正競爭防止法은 禁止 및 豫防請求權을 損害賠償請求權과 함께 규정하고 있는데, 營業秘密의 대상이 되는 정보는 그 범위가 상당히 넓고, 체계적 정보가 있는 반면

斷片的·一過性 정보가 있는 경우도 있다. 따라서 營業秘密의 보호도 사안에 따라 禁止를 청구할 때와 損害賠償만으로 족할 때와 구별이 존재한다고 생각된다. 營業秘密의 보호로서 禁止請求가 인정되어서 다행이라는 것은 동시에 禁止請求權의 남용도 경계되어야 할 것이다. 營業秘密의 보호는 그 상황에 따라 민사적 구제와 형사책임의 양면으로부터 구제가 이루어 져야 함은 당연하다. 그러나 營業秘密의 보호는 그 성질상 민사적 구제에 중점을 두어야 하며, 그 태양에 있어 違法性이 강한 경우에 한하여 형사책임을 물어야 할 것이다. 개정 不正競爭防止法은 이와같은 면에서 형사책임을 극히 제한하고 있으나, 刑事訴追의 선호경향으로 인한 민사적 구제수단의 형식화를 방지하기 위해서라도 刑事罰의 적용시에는 민사책임의 경우보다 그 구성요건을 엄격히 해석할 필요가 있겠다. 헌법상 재판공개주의를 채택하고 있는 우리나라에서는 특별규정이 없는 한, 미국에서의 營業秘密의 침해에 대한 구제가 민사적 절차에 의해 유효하게 이루어지고 있는 배경에는 재판절차상에 비밀유지를 위한 제도적 배려가 보장되어 있다는 점을 고려할 때, 민사재판절차상에서의 비밀유지를 위한 방안의 모색도 營業秘密保護에 있어 민사적 구제수단의 유효성을 한층 높이는 것이 될 것이다. 끝으로 營業秘密의 보호와 관련하여 職業選擇의 자유가 제한을 받게 되는 결과를 가져올 수 있으나, 營業秘密維持義務者가 부정한 이익을 얻거나 보유자에게 손해를 끼칠 목적으로 경쟁업체에 취업하거나 동업 또는 창업하는 경우만이 제한을 받고, 일반적·정상적 취업이나 사업에는 문제되지 않을 것이다.