
부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 형사법적 보호*

박 상 열**

목 차

- I. 서론
- II. 영업비밀의 정의
 - 1. 비밀관리성
 - 2. 경제적 유용성
 - 3. 비공지성
- III. 각국의 영업비밀의 보호
 - 1. 미국
 - 2. 독일
 - 3. 일본
- IV. 우리나라의 부정경쟁방지법 및 영업비밀보호에 관한 법률상의 영업비밀보호
 - 1. 영업비밀보호의 연혁
 - 2. 부정경쟁방지법 및 영업비밀보호 등에 관한 법률상의 영업비밀의 보호
- V. 부정경쟁방지법상 영업비밀의 보호의 문제점과 개선방안
- VI. 결론

* 이 연구는 2011년도 광운대학교 학술연구비 지원으로 연구되었음.

** 광운대학교 법과대학 교수, 법학박사

초록

최근 기술혁신의 진전에 따라 기술정보로서의 영업비밀은 특허권과 실용신안권을 부여받은 공개기술정보인 발명·신용신안과 함께 기업의 경쟁력의 귀중한 원천이 되고 있다. 한편, 이와 달리 노동시장의 유동화 등의 사회정세의 변화에 따라 기술정보로서의 영업비밀이 무단으로 유출되는 문제가 다발함에 따라 영업비밀에 대한 적극적인 보호의 필요성이 요청되고 있다. 우리나라는 1991년 12월에 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀 보호를 규정하는 조항을 신설하였고, 1998년 12월에는 명칭을 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」로 변경한 이후 여러 차례의 개정이 이루어졌다. 하지만 우리나라의 경우 재판절차상 재판공개여부, 소송기록물의 열람범위, 증언 거부 등이 불명확하고, 외국기관 등이 첨단기술 유출 등 중요 영업비밀을 유출하였을 경우 역외지역에 대한 근거가 존재하지 않는 등 여러 가지의 문제점을 나타내고 있다. 특히, 영업비밀침해죄를 포함한 형사사건에 있어서 피고인은 “공개재판을 받을 권리”를 갖는 것이 헌법상 보장되어 있으나, 공판심리과정에서 영업비밀을 침해받은 보유자는 다시 법익침해를 받을 가능성이 높다. 즉, 소송을 제기함으로써 오히려 영업비밀이 다시 침해받는다면 소송을 통한 구제를 포기하는 경우가 발생할 것이며, 이는 또 하나의 기본권 보장의 흠결이라고도 할 수 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 재판공개에 대한 규정의 신설이 필요하며, 또한 소송기록의 열람의 제한이 필요하다. 즉, 영업비밀의 경우 유출에 따른 피해의 정도를 감안하여 심리를 비공개로 하고 증언의 거부권 등의 보호조치가 신설되어야 한다. 또한 2002년 개정 민사소송법에서 비밀보호를 위한 열람제한 규정을 신설한 것처럼 영업비밀의 경우에도 소송당사자에게 한정하여 소송기록의 열람을 제한하는 입법적인 개선이 필요하다. 이와 함께 열람제한규정을 위반한 행위와 복제 등의 행위에 대한 처벌규정을 마련하여 실효성을 높일 필요가 있다. 이 논문은 이러한 인식하에서 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 형사법적 보호를 중심으로 영업비밀의 정의와 각국의 영업비밀의 보호법제 및 우리나라의 부정경쟁방지법상의 영업비밀의 보호규정 등을 살펴보고 우리나라의 영업비밀보호의 문제점과 개선방안 등을 검토하였다.

주제어

부정경쟁방지법, 부정경쟁, 영업비밀, 지적재산권, 산업스파이

I. 서론

최근 기술혁신의 진전에 따라 기술정보로서의 영업비밀은 특허권과 실용신안권을 부여받은 공개기술정보인 발명·실용신안과 함께 기업의 경쟁력의 귀중한 원천이 되고 있다. 한편, 이와 달리 노동시장의 유동화 등의 사회정세의 변화에 따라 기술정보로서의 영업비밀이 무단으로 유출되는 문제가 다발함에 따라 영업비밀에 대한 적극적인 보호의 필요성이 요청되었다.

이러한 영업비밀의 보호의 중요성은 국제사회에서도 논의되어 기술선진국들은 강력한 법적·제도적 장치를 요구하였고, 그 결과 WTO 무역관련 지적재산권협정(TRIPs) 제39조에서 미공개정보보호(protection undisclosed information) 조항이 규정되었다. 이에 따라 WTO 회원국들은 자국의 영업비밀보호 관련 법령이 TRIPs 협정상의 보호규정에 부합하도록 정비할 의무를 갖게 되어 이에 각 국가들은 영업비밀보호 관련법령을 정비하고 자국의 영업비밀보호를 위한 규정들을 마련하였다. 예를 들어 미국은 TRIPs협정의 시행을 기점으로 강력한 영업비밀보호 규정을 확립하였는데, 1996년 경제스파이법의 제정을 통해 국내만이 아니라 국외에서 발생한 영업비밀 침해행위를 처벌할 수 있는 역외관할권 조항을 신설함과 동시에 영업비밀 유출에 따른 이득을 환수하는 몰수제도와 징역형 및 벌금형을 규정하는 등 처벌을 더욱 강화하였다. 또한, 독일의 경우에도 국외범에 대한 역외관할권 신설과 영업비밀의 미수범을 처벌하는 등 강력한 형사재 조항을 확립하였다. 마찬가지로 일본에서도 영업비밀의 보호를 위하여 1990년에 영업비밀침해행위에 대한 정지청구권, 손해배상청구권 등의 민사적 보호 규정을 도입하였고, 2003년에는 영업비밀침해죄의 규정의 신설, 2005년과 2006년에는 처벌범위의 확대와 형사벌의 강화 등이 이루어졌다. 또한, 2009년에는 영업비밀침해죄의 구성요건의 변경과, 영업비밀의 부정취득행위의 가벌범위의 확대, 보유자로부터 제시받은 영업비밀의 영득행위에서의 형사벌의 신설 등의 개정이 이루어졌다. 이러한 개정의 배경에는 지적재산법 영역에서의 글로벌화의 흐름에서 기술 및 영업정보의 중요성이 지속적으로 강조됨에 따라 일본정부가 그 보호를 국가적 경제전략으로써 강조하였다는 사실이 있다.¹⁾

1) 2002년 7월에 지적재산전략회의에 의해 책정된 “지적재산전략대강” 가운데 지적재산의 창조·보호·활

우리나라에서는 1991년의 부정경쟁방지법의 개정에 따라 영업비밀의 보호제도를 도입하였으며, 또한 1998년에는 반도체 기술의 대만에서의 유출사건²⁾을 계기로 법률명을 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이후, 「부정경쟁방지법」)으로 변경하고, 특허법 등과 같은 손해액추정규정을 두었으며, 영업비밀 해의 유출자에 대해서는 가중 처벌하는 등의 개정을 통하여 영업비밀의 보호를 강화하는 방향으로 나아갔다. 그러나 이후에도 반도체 등의 첨단기술이 국외로 유출되는 사례가 증가함에 따라 2004년에 영업비밀보호의 실효성 확보를 위하여 경영상의 정보까지 형사처벌을 할 수 있도록 하는 등 그 보호대상을 확대하고 친고죄를 폐지하는 등 영업비밀침해행위에 대한 형사벌칙의 강화를 목적으로 하는 법률개정이 이루어졌다.³⁾

하지만 이러한 개정에도 불구하고 우리나라의 부정경쟁방지법은 국제스파이의 역외적용에 대한 규정이 마련되어 있지 않고 있으며, 또한 재판과정에서의 영업비밀 노출방지를 위한 대책 등의 미비함이 지적되고 있다.

이에 본고에서는 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 형사법적 보호를 중심으로 영업비밀의 정의와 각국의 영업비밀의 보호법제 및 우리나라의 부정경쟁방지법상의 영업비밀의 보호규정 등을 살펴보고 우리나라의 영업비밀보호의 문제점과 개선방안 등을 검토한다.

용만이 일본의 경제부흥의 요점이라는 관점에 서서, 종래까지의 노동집약적인 산업구조에서 지적자산을 전략적으로 활용한 산업구조로 국가정책을 변경하는 것을 명시하였다. 그 일환으로써 영업비밀의 민사·형사의 양면에서의 보호강화가 포함되었다. 矢野剛史, “知的財産基本法の制定”, *ジュリスト*, 第1242号(2003), 40頁.

2) 대판 1999. 3. 12, 98도4704 참조. 이 사건은 삼성전자의 반도체 회사의 연구원으로 근무하던 자들이 1998년 2월 KSTC라는 유령업체를 통해 삼성전자의 첨단반도체 기술관련 비밀자료를 대만소재 NTC업체에 유출한 사건이다. 이 사건을 계기로 1998년 국회사무처 법제예산처에서 작성한 「(가칭)산업스파이방지법의 제정에 관한 연구」에서 부정경쟁방지법하에서의 영업비밀 보호의 문제점을 지적하고, 산업스파이방지법의 구체적인 내용을 제시하기도 하였다. 한편, 이 사건에서는 영업비밀침해혐의자들 중 2명에게만 실형이 내려지고, 1명은 무죄, 나머지 16명은 집행유예가 선고되었는데, 우리나라 첨단기술의 유출과 그 예상되는 피해 추정액에 비하여 가벼운 처벌이라는 논란이 일었다. 차상욱, “영업비밀의 보호 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제3호 라.목을 중심으로-”, *산업재산권*, 제23호(2007), 92면.

3) 최근에는 국가 간의 산업스파이관련 사건이 빈발함에 따라 2004년에 국내의 보안의식의 확산 및 제도적 기반구축 등의 내용을 중심으로 하는 산업기술유출방지 및 보호지원에 관한 법률안이 발의되었고, 이 법률안은 보호지원에 관한 부분이 수정된 후, 2006년 9월 29일 국회 본회의를 통과한 후, 2006년 10월 27일 산업기술유출방지 및 보호에 관한 법률(법률 제8062호)로 제정되어 2007년 4월 28일에 시행되었다. 차상욱, 전제논문, 93면.

II. 영업비밀의 정의

영업비밀의 정의와 관련해서는 국가마다 다소 상이한 차이를 나타내고 있다. 예를 들어 미국의 1993년의 제3차 부정경쟁수정보고⁴⁾ 제39조에서는 영업비밀을 다음과 같이 정의하고 있다. 즉, “영업비밀이란, 사업 또는 그 외의 기업의 운영에 있어서 이용가능하며 또한 타인에 대한 현실적 또는 잠재적인 경제적 우위를 가져오기에 충분한 가치를 가지며, 은닉되고 있는 모든 정보”라고 정의하고 있다.⁵⁾ 또한 통일영업비밀법(Uniform Trade Secrets Act) 제1조 제4항에서는 영업비밀을 “제법(formula), 패턴(pattern), 편집물(compilation), 프로그램(program), 장치(device) 방법(method), 기술(technique) 또는 과정(process)을 포함한 다음의 정보를 의미한다. 즉, (1) 개시 또는 사용에 의해 경제적 가치를 얻을 수 있는 타인에게 일반적으로 알려져 있지 않고, 또한 정당한 수단에 의해서는 용이하게 획득되기 어렵기 때문에 현실 또는 잠재적인 독립의 경제적 가치가 있는 것, (2) 비밀성의 유지를 위하여 합리적인 조치를 취하였을 것”이라고 정의하고 있다.⁶⁾ 한편, 독일의 경우에는 입법적인 영업비밀의 정의는 규정되어 있지 않으나 일반적으로는 다음과 같이 정의되고 있다. 즉, “영업비밀이란 일반적으로 기업의 영업활동에 관련하는 사실로 명백히 공지되어 있지 않고 제한된 사람에게만 알려져 있으며, 정당한 경제적 이익에 근거하여 당해 기업의 의사에 따라 비밀로써 보호되고 있는 사실”을 의미하는 것이라고 정의되고 있다.⁷⁾

또한 일본의 부정경쟁방지법 제2조 제6항에서는 영업비밀을 다음과 같이 정의하고 있다. “영업비밀이란, 비밀로써 관리되고 있는 생산방법, 판매방법, 그 외의 사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보로 공연하게 알려지지 않은

4) Restatement of the Law Third, Unfair Competition(1993)

5) 茶園成樹・小泉直樹, “アメリカ不正競争法リステイトメント試譯(五)”, 民商法雑誌, (1994), 313頁.

6) 미국의 통일영업비밀법과 관련해서는 Melvin F. Jager, Trade Secrets Laws, part 2 Trade Secrets Laws of Selected States, 2007; 육소영, “산업스파이에 대한 법적 고찰-미국의 산업스파이에 관한 입법을 중심으로-”, 법학연구, 제19권 제2호(2008), 374면.

7) 영업비밀의 요건에 관해서는 판례에 따라 (1) 사업관련성, (2) 비공지성, (3) 비밀유지의 의사, (4) 비밀유지의 이익의 4가지의 요건이 필요하며, 통설도 이에 따르고 있다.

BGH GRUR 1955, 424, 425, RGJW 1936, 2081; 1938, 3050, OLG Stuttgart wistra 1990, 277; 布井要太郎, “ドイツにおける企業秘密の刑法的保護について(上)”, 判例時報, 제1835호(2003), 12頁.

것”이라고 정의하고 있으며, 우리나라의 경우에는 부정경쟁방지 및 영업비밀침해에 관한 법률 제2조 제2호에서 “영업비밀이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법·판매방법·기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보”라고 정의하고 있다.

이러한 각국의 정의를 정리하면 영업비밀이란 (1) 비밀로써 관리되고 있는(비밀관리성), (2) 기타 사업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보로 독립된 가치를 지니며(경제적 유용성), (3) 공연히 알려지지 않은(비공지성)을 말한다고 할 수 있다.⁸⁾

이러한 영업비밀의 각 요소를 살펴보면 다음과 같다.

1. 비밀관리성

영업비밀은 그 보유자가 당해 정보를 상당한 노력에 의하여 비밀로써 관리되고 있는 것이어야 한다. 비밀로써 관리되고 있다는 것은 “당해영업비밀에 관하여 그 보유자가 주관적으로 비밀로 할 의사를 갖고 있을 뿐만 아니라, 종업원·외부자로부터 객관적으로 비밀로써 관리되고 있다고 인정되는 상태에 있을 것”이 필요하다.⁹⁾

영업비밀은 비밀로 관리되어 있지 않으면 법적보호를 받을 수 없다. 즉, “영업비밀은 궁극적으로는 자기관리가 대원칙으로, 적절한 자기관리를 하고 있음에도 불구하고 부정한 침해를 받은 경우에 비로소 구제”받게 된다.¹⁰⁾ 이것은 부정경쟁방지법이 단순한 재산보호법이 아니라 경쟁질서유지법이라는 것으로부터 도출된 것이다.¹¹⁾ 다시 말해서 영업비밀을 보호하려는 것은 그 영업비밀 자

8) 박광민·윤해성, “부정경쟁방지법상 영업비밀 개념의 검토”, 성균관법학, 제18권 제1호(2006), 415면; 윤해성, “영업비밀의 개념과 보호범위에 관한 형사법적 고찰”, (2006), 29면; 苗村博士·重富貴博, “營業秘密について(特集・不正競争防止法)”, パテント, 第55巻第1号(2002), 13頁.

9) 經濟産業省知的財産政策室・編集, 逐條解説不正競争防止法, 平成15年改正版, 2003, 29頁.

10) 中山信弘, “情報不正入手と刑事罰”, 自由と正義, 第35巻第10号(1984), 15면; 田村善之, 不正競争法解説, 第2版, 2003, 328頁.

11) 中山信弘, 前掲論文, 17頁.

체의 보호에 목적이 있는 것이 아니라 비밀로 관리되고 있는 타인의 정보를 부정한 수단으로 취득하여 경쟁상 유리한 지위를 차지하려는 행위를 막아 건전한 경쟁질서를 유지하고 함에 있다고 할 수 있다.¹²⁾ 만약 비밀로 관리되고 있지 않은 정보까지를 법적보호의 대상으로 하게 되면, 예를 들어 정보를 알고 있는 종업원이 전직 후에 당해정보를 이용하려고 할 때에 그것이 법적으로 금지되고 있는가의 여부가 불분명한 상황이 발생할 수 있으므로 타당하지 않으며, 또한, 본래 관리되어 있지 않은 정보를 다른 사람이 이용하는 것이 “부정” 이용에 해당하는가라는 문제도 발생하게 된다.

정보의 보유자에게 요구되는 관리의 정도에 대해서는 “그 정보가 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하거나 고지를 하고, 그 정보에 접근할 수 있는 대상자나 접근 방법을 제한하거나 그 정보에 접근한 자에게 비밀준수의무를 부과하는 등 객관적으로 그 정보가 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태인 것”¹³⁾으로, 구체적으로는 시정된 보관고에 넣어 있을 것, 암호 또는 비밀번호에 의한 접근권(right of access)의 관리를 하고 있을 것, “기밀정보”, “취급주의”, “복제불가” 등의 표시가 있을 것이 필요하다.¹⁴⁾

한편, 비밀관리성의 요건에 대해서는 그 ‘상대성’이 지적될 수 있다. 즉, 정

12) 전지연, “영업비밀의 형사법적 보호”, 형사법연구, 제20권 제4호(2008), 253면.

13) 대판 2008.7.10, 2008도3435. 이와 관련하여 일본에서는 정보의 보유자에게 요구되는 관리의 정도에 대해서 “당해 상황에서 객관적으로 비밀이라는 것을 인식할 수 있는 정도라면 충분하다”고 보고 있다. 經濟産業省知的財産政策室・編集, 前掲論文, 17頁.

14) 일본의 민사재판의 예에서는 회계사무소가 보유하는 정보에 대해서 시정되어 있지 않은 책장에 보관되어 있어 언제라도 필요하다면 종업원 누구라도 열람이 가능하였던 “고문명부”, 보관을 위임받은 사무원이 일반의 경리관계서류와 마찬가지로 경리과의 서고에 넣어 시정하였던 “고문요금표” 및 고객담당종업원의 책상 위에 시정되어 있지 않은 보관함에 넣어 보관되어 있던 “거래처의 회계, 경영의 정보가 기재된 전자 플로피 디스크”는 각각 종업원과의 관계에서 객관적으로 인식할 수 있을 정도로 대외적으로 누출되지 않도록 관리하고 있었다고 인정할 수 없다고 하였다. 즉, 본 판결에서는 법률상 수비의무가 과해진 정보라고 하여도 보유자가 현실적으로 비밀로써 관리하고 있지 않으면 당해정보는 비밀관리성이 없고 부정경쟁방지법상의 영업비밀로 인정할 수 없다고 하고 있다. 이에 반하여 식료품 등의 수출입 및 매매업자가 보유하고, “비밀”이라고 압인되어 있고, 대표자만이 열쇠를 보유하는 시정 가능한 서고에 보관되어 있는 서면 및 대표자용의 컴퓨터에 대표자가 관리하는 비밀번호를 입력하지 않으면 접근할 수 없는 데이터에 대해서는 종업원에게 영업비밀을 목적 외로 사용하지 않는 것을 기재한 서약서를 제출하게 하거나, 회사외부로 반출, 목적 외 사용 혹은 누설을 금지하는 것 등을 내용으로 하는 취급규칙을 작성하였던 것 등을 감안하여 비밀관리성이 인정되었다.

大阪地判平成11年9月14日判例不正競争法1250-186-22頁。東京地判平成17年6月27日。

보를 반출하는 자가 종업원인지 혹은 외부의 제3자인지, 정보보유자의 대소(기업의 규모), 정보의 종류 및 성질 등에 따라 요구되는 관리의 정도가 상이하다고 볼 수 있다.¹⁵⁾ 일본에서는 기업에 요구되는 관리의 기준으로서 일본경제산업성이 공표하고 있는 “영업비밀관리지침”이 그 근거가 되고 있다. 여기에서는 기업이 영업비밀을 관리강화를 하는 과정에서 참고가 될 수 있도록 “최저수준”¹⁶⁾과 “요망수준”¹⁷⁾을 제시하고 있으며, 또한 스스로의 영업비밀의 관리강화만이 아니라 타자로부터 제시된 영업비밀의 취급과 관련된 유의점 등을 제시하고 있다. 이에 따르면 “최저수준”은 영업비밀의 비밀관리성이 문제가 된 판례의 분석을 기초로 하여 “영업비밀의 관리에 관하여 법률상의 보호를 받기 위하여 필요”한 최저의 관리수준을 제시하고 있으며, 이에 반하여 “요망수준”은, 분쟁을 미연에 방지하기 위하여 국제적인 비밀관리의 동향 등을 그 기준으로 하고 있다. 실제의 절차에서는 구체적인 사안의 비밀의 성질에 따라 개별적으로 판단하여야 하는 것이지만 일반적으로는 “최저수준”을 충족하고 있으면 비밀관리성이 인정된다고 해석되고 있다.¹⁸⁾

2. 경제적 유용성

부정경쟁방지법에 따르면 영업비밀이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 “유용한” 기술상 또는 경영상의 정보라고 하고 있다.¹⁹⁾ 이러한 경제적 유용성은 어느 정보의 현재적 또는 잠재적인 독립

15) 苗村博子・重富貴博, 前掲論文, 14頁.

16) 최저수준의 기준으로는 다음과 같다. 즉, 접근제한의 존재와 객관적 인식가능성의 존재로, 여기에서 말하는 객관적 인식가능성의 요소로는 접근권자의 한정 및 무권한자의 접근방지, 비밀이라는 것의 표시, 비밀유지 의무와 조직적 관리 등을 그 요소로 하고 있다. 經濟産業省經濟産業政策局知的財産政策室, 營業秘密管理指針, 2010, 27頁以下.

17) 요망수준의 기준으로는 다음과 같다. 즉, 비밀지정 및 접근권자의 지정, 물리적·기술적 관리, 인적관리, 영업비밀침해에 대비한 증거확보 등에 관한 관리, 영업비밀의 관리가 적절히 기능하도록 하기 위하여 실시하는 것이 요망되는 조직적 관리 등을 그 기준으로 하고 있다. 經濟産業省經濟産業政策局知的財産政策室, 前掲論文, 30頁以下.

18) 經濟産業省經濟産業政策局知的財産政策室, 前掲論文, 25-26頁.

19) 부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률 제2조 제2항.

한 영업적 가치를 의미한다. 영업비밀의 보유자가 그 정보를 사용함으로써 생산 비용을 절감하거나 판매를 보다 효과적으로 수행하는 등의 경제적인 이익을 얻거나 혹은 상대방 경쟁자에 대하여 자신의 경쟁상의 지위를 제고함에 도움이 될 때, 또는 그 정보의 취득과 사용에 있어 대가나 사용료를 지불하거나 혹은 그 정보의 독자적인 개발을 위해서 상당한 노력과 비용이 필요할 때 그 정보는 경제성이 있다고 할 수 있다.²⁰⁾ 즉, 여기에서 말하는 경제적 가치란 정보자체가 경제거래의 대상이 되는 독자적인 재산적(금전적) 가치를 가져야 하는 것이 아니라 비밀로 소유 관리할 정당한 이익이 있어야 하는 것으로 이해되고 있다.²¹⁾

이러한 경제적 가치에 대해서는 그 요건을 엄격하게 해석할 필요는 없다. 본래 정보의 경제적 가치란 개인에 따라 그 판단이 상이하기 때문에 정보를 경제적 가치에 따라 보호하려는 것은 사유경제에 반하고, 또한 실체의 운용에 있어서도 곤란이 발생한다. 반면, 통상적으로 기업은 정보에 경제적 가치를 인정하기 때문에 비밀관리를 하고 있는 것이며, 또한 이것을 얻고자 하는 자는 그 비밀에 경제적 가치가 있다고 믿기 때문에 비밀관리체제를 침범하고자 하는 것이다. 중요한 것은 법률이 건전한 거래질서의 유지를 일차적인 목적으로 하고 있으므로 비밀로 관리되고 있는 정보를 부정이용하려는 행위자체에 부정적인 평가가 이루어져야 하기 때문에 경제적 유용성이 낮다는 이유로 법적인 보호를 부정할 필요는 없다고 할 수 있다. 그러므로 정보의 경제적 가치에 대해서는 보다 포괄적으로 해석하고 정보를 비밀로 관리하는 보유자를 보호하는 것이 요구된다. 예를 들어 이러한 맥락에서 일본의 부정경쟁방지법에서는 영업비밀을 “비밀로 관리되고 있는 생산방법, 판매방법 등의 사업 활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보로써 공연하게 알려져 있지 않는 것”이라고 규정할 뿐 독립된 경제적 가치를 가질 것을 요건으로 하고 있지 않다.

유용성이란 당해 정보자체가 영업활동에 사용·이용되고 있거나 또는 사용·이용되는 것에 의해 비용의 절감, 경영효율의 개선 등에 도움이 되는 것을 의미하며, 현실적으로 이용되고 있지 않아도 된다.²²⁾ 전술과 같이 이러한 유용

20) 윤선희, “영업비밀에 있어서의 경영상 정보”, 창작과 권리, 제39호(2005), 94-95면.

21) 전지연, 전계논문, 251면; 김호신, “부정경쟁방지법상 영업비밀의 개념”, IT와 법연구, 제2권(2007), 124면.

22) 經濟産業省知の財産政策室・編集, 前掲論文, 30頁.

성은 건전한 거래질서의 유지를 위한 법의 목적에 따라 사회 일반의 입장에서 포괄적으로 판단하여야 한다. 정보의 취득이나 개발을 위하여 상당한 비용이나 노력이 필요한 경우, 그 정보의 보유로 경쟁업체와의 경쟁관계에 있어서 유용하게 활용할 수 있는 정보 등이면 유용성이 인정된다.²³⁾ 그러므로 실패한 실험데이터 등 소극적 정보도 직접적으로는 유용한 자료가 아니지만 그 실패한 자료를 비밀로 관리하지 않을 경우 경쟁사가 이를 입수하여 사용한 때에는 동일한 실패를 하지 않아도 되고, 그 자료를 기초로 하여 빠른 시일 내에 개발을 할 수 있어 경쟁력을 높여 줄 수 있을 뿐만 아니라 연구개발과정의 시간 등을 절약할 수 있으므로 결과적으로 경제적 유용성을 인정할 수 있게 된다.²⁴⁾ 영업비밀이 될 수 있는 정보로는 예를 들어 기술상의 정보인 기계의 설계도, 프로그램, 제법 및 제조의 노하우 등의 상품의 제조방법에 관한 정보 등이 있으며, 고객명부, 거래처 명부 및 판매 매뉴얼 등의 영업상의 정보 등이 해당한다.²⁵⁾ 이에 반하여 탈세 및 뇌물을 주거나 혹은 유해물질을 방류하는 등의 정보는 그 유용성이 부정되는데, 이러한 정보는 법률이 보호해야 할 정당한 영업활동이라고 볼 수 없기 때문이다.²⁶⁾

3. 비공지성

영업비밀이 되기 위해서는 당해 정보가 공공연히 알려지지 아니하였다는 비공지성이 필요하다. 비공지성이란 “그 정보가 간행물 등의 매체에 실리는 등 불특정 다수인에게 알려져 있지 않기 때문에 보유자를 통하지 아니하고는 그 정보를 통상 입수할 수 없는 것”을 말한다.²⁷⁾ 즉, “보유자의 관리 아래 이외에는 일반적으로 입수할 수 없는 상태에 있는 것”을 말한다. 또한, 보유자 이외의 자가 당해정보를 알았다고 하여도 이러한 자에게 수비의무가 부과되어 있으면 보유

23) 동일한 취지로 대판 2008.7.10, 2006도8278; 대판 2008.2.15, 2005도6223.

24) 박광민·윤해성, 전계논문, 417면.

25) 대판 2006.10.27, 2004도6876; 대판 2008.9.11, 2008도5364, 윤해성, 전게서, 48면 이하.

26) 藤木英雄, “産業スパイと刑事責任”, *ジュリスト*, 第428号(1969), 36頁. 전지연, 전계논문, 252면.

27) 대판 2008.7.10, 2006도8278; 대판 2008.2.15, 2005도6223; 대판 2008.4.10, 2008도679.

자의 관리하에 있는 것이기 때문에 “공공연히 알려지지 않은” 상태에 있다고 보아야 한다.²⁸⁾ 하지만 기업이 정보를 비밀관리하고 있었다고 하여도 이것이 공공연히 알려진 경우에는 당해 정보를 비밀로 독점적으로 관리·이용하는 것에 의해 얻어지는 이익은 인정되지 않는다. 또한 일반적으로 알려져 있는 정보를 비밀로 보호를 하는 것은 정보의 자유로운 이용을 방해하는 것이므로 타당하지 않다.²⁹⁾

공보 등에 의해 공개되어 있는 정보 혹은 사업자라면 용이하게 입수할 수 있는 잡지기사에 게재된 정보 등도 비공지성이 있다고 할 수 없다. 하지만 이미 공지되어 있는 정보들이 결합되어 있는 경우에는 판매비용을 절약하거나 영업의 효율화를 도모하기 위하여 정보가 집약된 것이므로 그 결합이 알려져 있지 않으면 비공지성의 요건을 충족하는 것이 된다.³⁰⁾

Ⅲ. 각국의 영업비밀의 보호

1. 미국

미국에서의 영업비밀은 기본적으로 제정법에 의해서가 아니라 관습법(common law)에 의해 보호되며, 각 주법의 판례법(case law)을 중심으로 영업비밀이 보호되어 왔다. 부정경쟁분야에서 과거의 판례법을 집약한 것으로 1993년에 제3차 부정경쟁수정보고³¹⁾가 발표되어 있으며, 동 제39조부터 제45조에서는 영업비밀의 보호를 위한 규정을 두고 있다.³²⁾

형사범죄에 대해서는 원칙적으로는 주법의 대상영역이며, 영업비밀의 침해행위에 대해서도 기본적으로 각 주의 형법 등에 의해 처벌되지만 연방법에 의해

28) 田村善之, 前掲書, 336頁; 전지연, 전계논문, 250면.

29) 田村善之, 前掲書, 332頁.

30) 田村善之, 前掲書, 333頁.

31) Restatement of the Law Third, Unfair Competition(1993)

32) 고용관계와 관련해서는 2006년에 미국법률협회가 발표한 Restatement of the Law Third, Agency가 참고가 되고 있다.

처벌되는 경우도 있다.

1) 영업비밀의 정의

1993년에 발표된 제3차 부정경쟁수정보고 제39조에 따르면 영업비밀이란 “사업 또는 그 외의 기업의 운영에 있어서 이용가능하며, 또한 타인에 대한 현실적 또는 잠재적인 경제적 우위를 가져오기에 충분한 가치를 가지며, 은닉되어 있는 모든 정보”를 말한다(제39조).³³⁾

(1) 보호대상

보호의 대상이 되는 영업비밀은 제법(Formula), 양식(Pattern), 데이터의 편집물, 컴퓨터 프로그램, 장치(Device), 방법, 처리방식(Technique), 공정(Process), 그 외의 형식 또는 구체화된 가치가 있는 정보 등이다.³⁴⁾ 민사상으로는 기술정보만이 아니라 경제정보도 보호대상이 되지만 형사상은 주에 따라 보호대상을 과학기술비밀로 제한하는 주도 있다.

(2) 비밀관리성(Reasonable Effort to Maintain Secrecy)³⁵⁾

즉, 당해 정보의 비밀성을 유지하기 위하여 이루어지는 예방조치의 유무 및 정도는 당해 정보가 영업비밀로서 보호받을 자격이 있는가의 여부를 판단하는 것과 관련된다. 이러한 예방조치에는 무허가의 접근을 방지할 수 있도록 설계된 물리적 방위수단, 필요성(Need-to-Know) 등에 따라 개시제한의 절차 및 비밀 유지특약의 체결, 비밀이라는 것의 표시 및 무허가개시를 제한하는 문언(Legend)과 같이 수령자에게 당해 정보의 비밀성을 강조하는 것과 같은 수단을 포함한다.³⁶⁾

33) 茶園成樹·小泉直樹, 前掲論文, 313頁.

34) 茶園成樹·小泉直樹, 前掲論文, 316頁.

35) Rockwell Graphics Systems Inc. v. DEV Industries, Inc., 925 F.2d 174(1990); E. I. DuPont de Nemours & Co. v. Rolfe Christopher et al., 431 F. 2d 1012(1970), cert. denied, 400 U.S. 1024(1971)

36) 茶園成樹·小泉直樹, 前掲論文, 320頁.

(3) 가치성(유용성)

영업비밀은 사업 또는 다른 기업의 운영에 있어서 타인에 대한 현실적 또는 잠재적인 경제적 우위를 가져오기에 충분한 가치를 지녀야 한다.³⁷⁾

(4) 비밀성(비공지성)

영업비밀로 보호받기 위해서는 당해 정보가 비밀이어야 하지만 비밀성이 절대적일 필요는 없다. 당해 정보를 이용하고자 하는 타인이 제3차 부정경쟁수정 보고 제40조에 열거하는 위법행위를 하지 않으면 입수곤란하거나 또는 비용이 들 때에는 그 비밀성의 요건은 충족된다.³⁸⁾

2) Restatement of the Law Third, Unfair Competition

1993년에 발표된 Restatement of the Law Third, Unfair Competition에서는 영업비밀보호를 위하여 다음과 같은 규정을 두고 있다.

(1) 영업비밀의 이용(제40조)

타인의 영업비밀의 이용에 대한 책임은 다음의 경우에 인정된다.

(1) 행위자가 타인의 영업비밀인 것을 알거나 혹은 알 수 있는 정보를 제43조에서 규정하는 준칙에 따라 부정한 수단에 의해 취득하는 경우,

(2) 행위자가 타인의 영업비밀을 동의 없이 사용 또는 개시하거나, 사용 또는 개시할 때에, ① 행위자가 해당정보가 제41조에서 규정하는 준칙에 따라 타인에 대한 비밀유지의무가 발생하는 상황에서 취득한 영업비밀이라는 것을 알거나 알 수 있는 경우, ② 행위자가 해당정보가 제43조에서 규정하는 준칙에 따라 부정한 수단에 의해 취득한 영업비밀이라는 것을 알거나 알 수 있는 경우, ③ 행위자가 해당정보가 제43조에서 규정하는 준칙에 따라 부정한 수단에 의해 그것을

37) 茶園成樹・小泉直樹, 前掲論文, 318頁.

38) 茶園成樹・小泉直樹, 前掲論文, 318頁.

획득한 자 혹은 영업비밀을 개시하는 것이 제41조에서 규정하는 준칙에 따라 타인에 대해서 비밀준수의무의 위반이 되는 자로부터, 또는 그 자를 통하여 취득한 영업비밀이라는 것을 알거나 또는 알 수 있는 경우, ④ 행위자가 해당정보가 우연하게 혹은 실수로 취득한 영업비밀이라는 것을 알거나 혹은 알 수 있는 경우이다. 다만, 그 취득행위가 해당정보의 비밀성을 유지하기 위한 상당한 예방 조치를 취하지 않았기 때문에 발생한 경우는 제외한다.

(2) 영업비밀의무(제41조)

영업비밀의 개시를 받은 자는 제40조에서 규정하는 준칙에 있어서 다음의 경우에 당해 영업비밀의 보유자에 대해서 비밀유지의무를 갖는다.

- (1) 당해 영업비밀의 개시 전에 비밀유지의 명시적 약속을 한 때,
- (2) 양당사자의 관계 혹은 개시에 동반되는 다른 사실이 개시의 시점에 있어서 ① 개시를 받은 자가 당해개시가 비밀리를 의도한 것이라는 것을 알거나 혹은 알 수 있거나, ② 개시를 한 자가 개시를 받는 자가 비밀유지에 동의하고 있다고 추인하는 것이 합리적일 때이다.

(3) 종업자에 의한 비밀유지의무위반(제42조)

고용자 또는 전 고용자가 보유하는 영업비밀을 비밀유지의무에 위반하여 사용하거나 혹은 개시하는 종업원 또는 전 종업원은 제40조에서 규정하는 준칙에 따라 영업비밀의 이용에 대해서 책임을 진다.

(4) 영업비밀의 부정취득(제43조)

제40조의 준칙에서 타인의 영업비밀의 부정한 취득수단에는 절도, 사취, 무허가에 의한 통신도청, 비밀유지의무위반의 교사 또는 고의에 의한 비밀유지의무위반에의 참가, 그 외의 수단으로 그 자체가 위법인 것 혹은 사건의 상황에 따라 위법인 것 등이 포함된다. 독자의 발견 및 공공연히 입수가 가능한 제품 및 정보의 해석은 부정한 취득수단에 해당되지 않는다.

3) 형사상의 구제수단

미국에서는 주법하의 판례법을 중심으로 영업비밀의 보호에 관한 법률은 상당히 발달되어 있다. 형사범죄에 대해서는 원칙적으로 주법의 대상영역이며, 영업비밀의 침해행위에 대해서도 기본적으로는 각주의 형법 등에 의해 처벌되지만 연방법에 의해 처벌되는 경우도 있다.

(1) 연방우편/통신사기법(Mail and Wire Fraud Statute)

영업비밀을 절취하기 위하여 우편 또는 유선, 무선 혹은 전기통신을 사용하거나 또는 사용하게 한 자는 1,000달러 이하의 벌금 혹은 5년 이하의 징역에 처한다. 범죄행위와 우편서비스 사이에 밀접한 관계는 요구되지 않고, 범죄행위의 일부에 우편서비스가 이용되면 범죄는 성립한다.

한편, 동일한 주내에서 우편서비스를 이용하는 경우에는 우편사기죄가 성립하지만 동일 주내의 통신에 연방의 전화시스템을 이용하면 통신사기죄는 성립하지 않는다.³⁹⁾

(2) 연방장물죄법(National Stolen Property Act)

5,000달러 이상의 가치가 있는 유체물이 절취 또는 편취된 것이라는 것을 알면서 주간의 통상 혹은 외국과의 통상에 있어서 운반하거나 또는 수령한 자는 10,000달러 이하의 벌금 또는 10년 이하의 징역에 처한다.⁴⁰⁾

(3) RICO법(Federal Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act, RICO)

RICO법은 조직범죄와 관계되는 기업에 대처하기 위한 법률로써 강력한 수사방법과 중한 형벌이 적용되기 때문에 조직적인 영업비밀의 절취 및 부당이용

39) 金理其, “營業秘密の刑事法的保護”, 嵯峨野書院, 2004, 66頁.

40) 金理其, 前掲論文, 69頁以下.

행위에 대한 유효한 구제조치가 이루어질 수 있다. 또한, 피해자는 본 법률에 따라 유죄판결을 받은 자에 대해서 민사소송을 제기함으로써 피해액의 3배 이하의 징벌적 손해배상⁴¹⁾ 및 변호사비용을 청구할 수 있다.⁴²⁾

(4) 컴퓨터범죄법(Computer Crimes Statute)

이 법률은 직접적으로 영업비밀의 부정사용을 규제하는 법률은 아니지만 다른 범죄활동의 과정에서 컴퓨터를 사용하는 행위를 규제하는 것으로 영업비밀의 침해에 대한 규제수단이 되고 있다. 특히, 제1030조(a)(2), (3)에서는 승낙 없이 또는 승낙의 범위를 넘어서 컴퓨터에 접속하거나 보호되고 있는 컴퓨터로부터 정보를 취득하는 행위를 금지하고 있다.

(5) 경제스파이법(Economic Espionage Act⁴³⁾)

디지털화의 진전과 함께 물리적인 침해행위를 동반하지 않는 형태에서의 영업비밀의 절취가 용이하게 된 것을 배경으로 1996년에 발효된 연방단위의 형사법규가 경제스파이법(Economic Espionage Act)이다.⁴⁴⁾

경제스파이법에서는 영업비밀의 부정취득행위만이 아니라 합법적으로 소유하고 있는 영업비밀의 부정누설, 전달행위 및 부정취득된 영업비밀의 수령, 구입, 점유와 같은 장물죄적 측면을 갖는 행위도 처벌대상으로 하고 있다.

외국정부, 외국의 관련단체 또는 외국의 대리인의 이익을 도모할 목적으로 이루어진 경우에는 50만달러 이하의 벌금 또는 15년 이하의 징역(법인의 경우에는 1,000만달러 이하의 벌금), 이와 같은 목적 없이 주간의 통상 또는 외국무역

41) 관습법상, 영업비밀의 부당이용소송에 승소한 자는 해당 주에서 일반적으로 적용되는 준칙에 근거하여 징벌적손해배상을 받을 수 있다. 통일영업비밀법 제3조(b)항에서도 고의 및 악의적(willful and malicious)으로 부당이용한 경우에는 전보적 배상 및 원상회복적배상의 액의 2배를 넘지 않는 징벌적 배상의 부여를 규정하고 있다. 茶園茂樹・小泉直樹, 前掲論文, 350頁.

42) 金理其, 前掲論文, 74頁以下.

43) 미국의 경제스파이법의 상세내용과 관련해서는 육소영, 전게논문; 전지연, 전게논문, 254면 이하.

44) 小島立, “アメリカにおける營業秘密について”, 研究報告, 日本弁理士會中央知的財産研究所, 第20号(2006), 48頁.

에 관하여 영업비밀의 소유자 이외의 자의 경제적 이익을 위하여 혹은 소유자에게 손해를 가할 목적 또는 그것을 알면서 이루어진 경우에는 25만 달러 이하 또는 총 수익의 2배 이하의 벌금 또는 10년 이하의 징역에 처해진다(법인의 경우에는 50만달러 이하 또는 총 수익의 2배 이하의 벌금).⁴⁵⁾

또한, 본 범죄에 대한 기소 및 그 외의 절차에 있어서 법원은 연방형사소송법, 연방증거법, 그 외의 적용법령에 모순되지 않는 범위에서 영업비밀의 비밀성을 유지하기 위하여 필요한 적절한 명령을 하거나 그 외의 처분을 할 수 있다.⁴⁶⁾

(6) 각 주의 형법에 의한 보호

각주의 판례법에 따라 형법상 보호되는 영업비밀의 범위를 과학기술비밀에 한정하는 주로는 뉴욕, 캘리포니아 등 17개 주가 있으며, 영업정보 등 비과학기술적인 정보까지 포함하는 주는 10개 주이다. 또한 보호되는 객체를 유체물로 한정하는 주는 뉴욕, 캘리포니아 등 30개 주이며, 무체의 영업비밀을 직접 보호하는 주는 20개 주이다.⁴⁷⁾

2. 독일

자본주의의 발전에 따른 부정경쟁행위에 대한 대응을 위하여 독일에서는 1909년에 영업비밀보호제도에 관한 법률을 제정하였으며(부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG))⁴⁸⁾ 1932년에 개정이 되면

45) Scott Mosko著, ワシントン大學ロースクール先端知的財産研究センター・高橋美奔譯, 國際知的財産紛争處理の法律相談, 青林書院, 2006, 159頁以下.

46) 特許廳, 先進國における模倣品流通對策法制の實態調査報告書, 國際知的財産保護フォーラム支援事業, 2004.

47) 金理其, 前掲論文, 78頁以下.

48) 독일에서는 1909년에 소비자의 이익보호 차원에서 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)이 제정되었으나 이에 대한 논의는 1880년대 초부터 시작되었었다. 제정에 이어서 "원형무단사용죄"가 추가되었다. 그러나 이와 같은 영업비밀 보호조항은 근로계약을 체결하고 있는 자의 누설행위만을 처벌하도록 하였고, 제3자나 산업스파이의 영업비밀 탐지행위는 처벌되지 아니하였다.

서 민법과 함께 영업비밀(geschäft- und betriebsgeheimnis)이 보호되어 왔다. 그러나 이때의 규정들은 누설행위만으로도 처벌을 받게 되어 있으며 산업스파이에 대한 처벌 규정은 존재하지 않았다.⁴⁹⁾ 시대가 변하면서 영업의 비밀에 대한 가치가 높아지고 이에 따라 더 철저하게 비밀을 보호할 필요성이 요구되었다. 이에 따라 법률의 개정이 필요하게 되었고 1986년도에 한차례 개정작업이 이루어졌다. 이 때는 컴퓨터범죄, 경제범죄가 추가되었다. 간간히 작은 개정은 계속되었으나 2004년 대대적인 개정작업이 다시 시작되었다. 가격할인법(Rabattgesetz)과 경품령(Zugabeverordnung)이 폐지되면서 새로운 개정의 필요성이 대두되었고 유럽위원회에서 독일 부정경쟁법제의 자유화 요청이 계속되면서 현대화 작업은 불가피한 실정이 된 것이다. 여기에서 보는 것은 2004년에 개정된 신 부정경쟁방지법이라 할 수 있다. 최종 개정은 2010년에 이루어졌으나 이는 작은 체계와 자구 혹은 숫자적 개정이므로 큰 틀은 2004년을 최종개정으로 보면 될 것이다.

1) 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 보호

2004년에 개정된 독일의 부정경쟁방지법은 그 목적이 근본적인 현대화와 유럽화에 초점을 두고 있다. 그 구조는 제1조 제7조 일반 규정, 제8조~제11조 법률효과, 제12조~제15조 절차 규정, 제16조~제19조 형벌 규정, 제20조~22조 최종 규정이다. 그 중에서 독일의 부정경쟁방지법상의 영업비밀의 보호는 동법의 제17조 내지 20a조에서 규정하고 있다.⁵⁰⁾

이러한 문제점을 해결하기 위하여 1986년에 “제2차 경제범죄대책법(2. WiKG)”의 일환으로 형법상의 데이터 탐지죄 등의 도입과 동시에 “부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)”에 이에 상응하는 영업비밀탐지죄와 일반적인 미수범 처벌규정의 도입 등으로 영업비밀의 보호를 강화하였다.

49) Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, Rn.423.

50) 부정경쟁방지법에서는 본죄의 행위주체를 “피용자(Angestellten), 근로자(Arbeiter) 또는 견습생(Lehrlinge)”이라고 표현하여, 이를 제한적으로 해석할 것인가 예시적인 것으로 해석할 것인가에 대하여 논란이 되고, 다수의 견해는 이를 예시적인 것으로 이해하였다. 그러나 개정법률은 이와 같은 다수설의 입장을 “기업체의 직원”으로 행위주체를 확대하여 명문화하였다.; nnette Marberth-Kubicki, Computer- und Internetstrafrecht, 2009, S.248.; Koehler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, 3. Aufl., C.H.Beck 2007, 39; <http://www.gesetze-im-internet.de/>

‘영업비밀’의 정의규정은 없으나,⁵¹⁾ 일반적으로 영업비밀이란 기업의 영업활동에 관련하는 사실로 명백히 공지되지 않고 한정된 수의 사람에게만 알려져 있으며, 정당한 경제적 이익에 근거하여 당해 기업의 의사에 따라 비밀로써 보호되고 있는 사실을 의미하는 것이라고 정의하고 있다.⁵²⁾ 부정경쟁방지법상의 영업비밀이란, 기업의 영업상에 관계하는 정보(예를 들어 고객정보, 업자데이터, 계산서류, 계약서류 등)와 기업비밀(betriebsgeheimnis)인 기술적 영역에 관계하는 정보(예를 들어 설계계획, 제조방법 등)로 기술에 관한 사실 및 영업거래·경제에 관한 사실 모두 포함된다. 즉, 영업비밀이란 (1) 사업(기업체)관련성(Beziehung zum Geschäftsbetrieb),⁵³⁾ (2) 비공지성(Fehlende Offenkundigkeit),⁵⁴⁾ (3) 비밀유지의 의사(Geheimhaltungswille),⁵⁵⁾ (4) 비밀유지에 대한 이익(Geheimaltungsinteresse)⁵⁶⁾ 등의 4가지의 요건이 필요하며, 통설도 이와 같은 견해이다.⁵⁷⁾

영업비밀의 비밀유지는 주로 비밀유지계약을 체결하는 것에 의해 이루어지며, 계약관계종료 후에 종업원이 고용되고 있던 과정에서 획득한 영업비밀 누설 또는 이용금지의무의 유효성은 각 개인의 개별적 상황에 따른다.⁵⁸⁾

bundesrecht/uwg_2004/gesamt.pdf.

51) Erbs/Kohlhass-Diemer, UWG, § 17 Rn.30; Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, Rn.626. 독일법 제17조제2항의 내용을 번역해 보면 사업상 또는 영업상 비밀이라고 할 수 있으나 이 두 가지를 구분할 실익이 없다고 보므로 간단히 그냥 영업의 비밀이라고 한다.

52) Eberhard Schmidt, Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verstärkten Schutzes?, Gutachten zum 36. D T, 1931, 119ff.; 千野直邦, “ドイツにおける營業秘密保護立法の動向”, 創價法學, 第21号(2/3)(1992), 172頁.

53) 이 요건은 영업비밀의 개념에서 가장 핵심적인 요건이다.

54) 영업의 비밀로 인정되기 위해서는 공연히 알려져 있지 않아야 한다. 비밀유지를 담당하는 담당자 외의 제3자도 이 범위에 속한다.

55) 영업비밀로 인정되기 위하여서는 영업비밀의 소유자가 이를 영업비밀로 유지하려는 의사가 있어야 한다.

56) 영업비밀은 이를 비밀로 유지하는 데에 정당한 이익이 존재하여야 한다.

57) 영업비밀의 비밀요건에 대해서는 Eberhard Schmidt, Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verstärkten Schutzes?, Gutachten zum 36. DJT, 1931, 152ff.; Adolf Lobe, Industriespionage, GS Bd. 102, 1933, S. 213ff.; 千野直邦, 前掲論文, 172頁.

58) 독일의 부정경쟁방지법의 목적 및 연혁에 대해서는 박영규, “독일 부정경쟁방지법(UWG)상 일반조항의 의미와 역할”, 지적재산권 연구논단(2009) 참조.

(1) 영업비밀의 누설

기업의 종업자로서 고용관계에 따라 개시된 또는 알게 된 영업비밀을 고용관계의 존속 중에 권한 없이⁵⁹⁾ 경쟁의 목적으로, 자기의 이익을 도모하거나 제3자의 이익을 위해 또는 당해 기업의 소유자에게 손해를 가할 목적으로 타인에게 개시하는 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처하도록 하고 있다(제17조 제1항).⁶⁰⁾

또한 경쟁의 목적으로 자기 또는 제3자를 위해 또는 사업주에게 손해를 가할 목적으로 기술적 수단의 이용 등⁶¹⁾에 의해 영업비밀을 권한 없이 입수한 자, 또는 권한 없이 입수한 영업비밀을 권한 없이 사용 또는 타인에게 개시한 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다(제17조 제2항).⁶²⁾

한편, 이러한 행위를 (1) 업으로써 하는 경우, (2) 개시의 경우에는 그 비밀이 외국에서 이용된다는 것을 알고 있는 경우 및 (3) 행위자가 부정이용을 직접 외국에서 하는 경우 등의 중대한 사례에 대해서는 5년 이하의 징역 또는 벌금에 처하도록 하고 있다(제17조 제4항).

(2) 모형 및 도면 등의 부정이용

59) "권한 없이"란 영업비밀의 소유자에 대해서 직원이 부담하는 신뢰의무에 반하는 것을 말하며, 누설이란 제3자가 영업비밀을 알 수 있는 상황을 만드는 것을 말한다. 그러므로 명시적으로 영업비밀을 전달하는 것만이 아니라 묵시적인 것도 포함한다. 한상훈, "영업비밀의 형사법적 보호와 문제점", 형사정책, 제12권 제2호(2000), 44면.

60) 직역을 하면 "사업체의 피용자 근로자 또는 견습생으로서, 고용관계에 기하여 위탁받거나 접근하게 된 영업상 또는 경영상의 비밀을 고용관계의 계속 중에 권한 없이 경쟁의 목적으로 자신의 이익을 위해 또는 제3자를 위하여 또는 사업주에게 손해를 가할 목적으로 타인에게 누설한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다." 여기에서는 해석상으로 항상 문제가 되는 것이 바로 범행주체, 범행객체, 범행태양이다.

61) 기술적수단의 이용과 비밀을 매체에 화체시킨 복제의 작성 또는 비밀이 화체된 매체의 취득행위 등이다.

62) 여기서 말하는 것은 산업스파이행위에 대한 것으로서 영업의 비밀을 취득한다고 함은 행위자가 영업비밀에 대한 처분가능성이 있다는 것을 말한다. Annette Marberth-Kubicki, Computer- und Internetstrafrecht, 2009,S.235.; Koehler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, 3. Aufl., C.H.Beck 2007, S.49; http://de.wikipedia.org/wiki/Gesetz_gegen_den_unlauteren_Wettbewerb,2011,06,08,10:25,na1234

업무상의 거래관계에서 개시된 견본 또는 기술상의 지도서, 특히, 도면, 원형, 금형, 형지 또는 조리법 등을 경쟁의 목적 또는 자기이용을 위하여 권한 없이 이용하거나 또는 제3자에게 개시한 자는 2년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다(제18조).

(3) 정보누설의 교사·방조 등

경쟁의 목적 또는 자기의 이익을 도모할 목적으로 제17조 또는 제18조에서 규정하는 범죄행위를 하거나 또는 이러한 범죄행위를 교사하도록 타인을 설득하려고 한 자는 2년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다(제19조 제1항).

또한, 경쟁의 목적으로 또는 자기의 이익을 도모할 목적으로 제17조 또는 제18조에 규정된 범죄행위를 하거나 또는 그와 같은 범죄행위를 교사함에 있어서 의사가 있다는 것을 제의한 자, 이러한 행위를 하려는 타인의 제의를 수락한 자 또는 타인과 공모한 자는 2년 이하의 징역 또는 벌금에 처하도록 하고 있다(제19조 제2항).⁶³⁾

2) 그 외의 규정

영업비밀의 누설 등은 형법상의 규정에 따른 책임이 있으며(제201조~제204조), 민법(Bürgerliches Gesetzbuch, BGB)의 제823조 제2항 “불법행위책임”에 근거하여 민사상의 손해배상책임을 진다.⁶⁴⁾ 손해를 입은 기업은 불법행위, 부당이득 등을 이유로 손해배상을 청구할 수 있으며, 정보의 개시를 저지하기 위하여 가처분을 청구할 수 있다. 또한 영업비밀은 저작권법(Gesetz ueber

63) 여기에서는 경쟁의 목적이나 자신의 이익을 위하여 제17조나 제18조에 해당하는 범죄를 스스로 이행하거나 여기에 해당하는 범죄를 제3자에게 시도(versuch)하도록 하는 행위(제19조 제1항), 바로 자신의 이익을 위하여 표시하거나, 다른 사람의 제의(erbieten)를 받아들이거나, 타인과 약속(verabreden)하는 행위(제19조 제2항)를 말한다. 개정되기 전의 구 부정경쟁방지법 제20조의 규정이 제19조로 변경되었으며, 그 일부 내용에 있어서도 차별화되었다. “표시”하는 것은 해당 범죄를 범할 의사 등이 있음을 명시적·묵시적으로 나타내는 것을 말하며, “제의를 받아들이는” 것은 다른 사람이 요청한 제안(Angebot)을 받아들이는 것을 의미한다. 2010년 개정 작업에서는 문구의 수정만 있었고 2004년에는 판례를 법문화하는 대대적인 작업을 하였음을 알 수 있다.

64) 일반적으로는 비밀유지의무위반 또는 경쟁금지의무위반에 의해 어느 정도 손해가 발생하였는가를 산정

Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 공업디자인법(Gesetz ueber den Schutz von Mustern und Modellen) 등에서도 영업비밀이 보호되어야 할 저작물 또는 공업의장 등에 해당하는 경우에는 해당 영업비밀은 보호된다. 이러한 저작권법, 공업적 의장법 등의 위반에 대해서는 민사·형사 모두 책임을 지게 된다.

3) 시사점

앞서 살펴본 제17조, 제18조, 제20조 등의 범죄는 바로 고소가 있어야만 소추할 수 있으나 여기에는 예외적으로 공익이 존재하는 경우에는 직권으로 소추하도록 규정하고 있다. 공소시효는 5년이며 영업의 비밀이 중대할 경우에는 심리의 비공개로 진행이 가능하다. 비밀유지가 결정된 경우에는 비밀유지의무를 부과하며 여기에 반하여 비밀을 누설한 경우에는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형이 부과된다. 또한 형사적인 문제 이외에도 민사적으로 구제가 인정되며 손해배상청구도 가능하다.⁶⁵⁾

3. 일본

일본의 영업비밀의 형사적보호의 근간은 1974년에 일본법무성이 발표한 개정형법초안 제318조(기업비밀누설죄)⁶⁶⁾였다. 하지만 이와 관련해서는 다음과 같은 비판이 제기되었다. 먼저, 본죄가 “생산방법 그 외의 기술에 관한 비밀의 누설”만을 처벌대상으로 하고 있어 영업비밀의 보호로는 매우 협소하다는 비판

하는 것은 용이하지 않다. 따라서 현실적으로 입은 손해를 입증하는 것이 아니라 계약상 위약금 및 손해배상액의 예정을 규정하는 것이 통상적이다. LAG Berlin, 22-5-1997-1 Sa 4/97, NZA-RR 1997, 53, LAG Baden-Wuerttemberg, 5-1-2005-2 Sa 86/04, ZIP 2005, 1292.

65) Koehler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, 3. Aufl., C.H.Beck 2007, S.49.

66) 개정형법초안 제318조(기업비밀의 누설). 기업의 임원 또는 종업자가 정당한 이유가 없음에도 그 기업의 생산방법 그 외의 기술에 관한 비밀을 제3자에게 누설한 때에는 3년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다. 이러한 지위에 있었던 자가 그 기업의 생산방법 그 외의 기술에 관한 비밀을 지켜야 할 법률상의 의무에 위반하여 이것을 제3자에게 누설한 때에도 같다.

이었다. 즉, 행위에 대해서는 내부자에 의한 누설만이 아니라 외부자에 의한 영업비밀의 탐지행위까지를 처벌하여야 하며, 또한 객체에 대해서는 기술상의 비밀에 한하지 않고 영업상의 비밀까지 포함하는 넓은 의미에서의 영업비밀까지 보호의 범위를 확장하여야 한다는 비판이었다.⁶⁷⁾ 다음으로 본조가 “기업의 임원 또는 종업자의 지위에 있던 자”, 다시 말해서 퇴직자에게도 일정한 경우에 처벌의 대상으로 하는 것은 직업선택의 자유라고 하는 헌법상의 권리를 침해하는 것이라는 비판이 제기되었다.⁶⁸⁾ 그 외로는 전쟁 전의 국가주의로 회기한다는 비판, 처벌범위의 확장 및 중벌화의 경향이 강하다는 등의 비판이 제기되어 결국 실현되지 못하였다.⁶⁹⁾

1) 부정경쟁방지법의 개정에 의한 형사벌 규정의 창설과 확장

2003년 부정경쟁방지법의 개정에 의해 처음으로 형사벌 규정이 도입된 후 2005년에 그 처벌범위가 확대되었고, 동시에 법인처벌(제22조),⁷⁰⁾ 퇴직자처벌(제21조 제1항 제6호), 국외범처벌(제21조 제4항·제5항)⁷¹⁾의 규정이 도입된 것 외에, 법정형의 가중(3년 이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금에서 5년 이하의 징역 또는 500만엔 이하의 벌금 또는 그 병과) 등이 이루어졌다. 또한, 2006년 개정에서는 법정형을 더욱 가중하여 개인의 범죄에 있어서는 모두 10년 이하

67) 經國連刑法改正小委員會, “改正刑法草案に對する意見書”, (1972)

68) 그 외로 노동자의 퇴직·전직의 자유를 속박하는 ‘비밀’의 개념이 불명확하다는 등의 비판과 또한, 당시 최고조에 달하였던 공해문제와의 관계에서 이루어진 내부고발 및 위법행위에 관한 보도기관에 의한 취재활동을 곤란하게 하여 결과적으로 표현의 자유를 침해할 것이라는 비판이 제기되었다.

加藤左千夫, “企業秘密の刑法的保護-日本・西ドイツの狀況とその立法論的展開-(二)完”, 法政論集, 第117号(1987), 290頁; 吉岡一男, “企業秘密と情報-刑事學各論の試みのために-(二) 完-”, 法學論叢, 第117卷第4号(1985), 15頁以下.

69) 平場安治, “はしがき-刑法改正の研究(1)”, (1972)

70) 제22조, 법인의 대표자 또는 범의 혹은 개인의 대리인, 사용인 등의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 전조 제1항 제1호, 제2호 혹은 제7호 또는 제2항에서 열거하는 규정의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인에 대해서 3억엔 이하의 벌금형을 개인에 대하여 각 조의 벌금형을 부과한다.

71) 제21조 제4항 제1항 제2호 또는 제4호 내지 제7호의 죄는 사기 등 행위 혹은 관리침해행위가 있었던 때 또는 보유자로부터 제시된 때에 일본국내에서 관리되고 있던 영업비밀에 대하여 일본국외에서 이러한 죄를 범한 자에게도 적용한다.

제21조 제5항 제2항 제5호의 죄는 일본국외에서 동호의 죄를 범한 자에게도 적용한다.

의 징역 혹은 1,000만엔 이하의 벌금 또는 병과, 법인처벌에 있어서는 3억엔 이하의 벌금으로 하였다.

한편, 2009년에는 종래까지의 영업비밀침해죄의 입건이 장해가 되었던 “부정경쟁의 목적”이라는 목적요건을 “부정한 이익을 얻을 목적으로 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적”으로 변경하였으며, 보유자로부터 제시받은 영업비밀의 영득행위에 대한 형사벌을 신설하였다.

2) 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 보호

일본의 부정경쟁방지법상 처벌의 대상이 되는 영업비밀침해행위는 다음의 7 유형이다. 한편, 주관적 요건으로서의 “부정한 이익을 얻을 목적과 그 보유자에게 손해를 가할 목적”의 존재(제21조 제1항 제1호에서 제6호)와 친고적인 것은 모든 유형의 전제로 되어 있다.⁷²⁾

(1) 제1호·제2호(외부로부터의 침해행위에 의해 취득한 영업비밀의 사용·개시)⁷³⁾

본 호는 부정의 이익을 얻을 목적 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적으로 사기 등 행위(기망, 폭행, 협박), 관리침해행위(기록매체의 절취, 관리시설에의 침입, 부정 액세스 그 외의 관리침해행위)에 의해 취득한 영업비밀을 사용·개

72) 제21조 제3항.

73) 제21조. 다음의 각호에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 혹은 1,000만엔 이하의 벌금에 처하고 또는 이를 병과한다.

제1항 제1호. 부정의 이익을 얻을 목적으로 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적으로 사기 등 행위(사람을 기망, 사람에게 폭력을 가하거나 또는 사람을 협박하는 행위를 말한다.) 또는 관리침해행위(재물의 절취, 시설에의 침입, 부정 액세스행위(부정 액세스행위의 금지 등에 관한 법률 제3조에 규정하는 부정 액세스행위를 말한다. 그 외의 보유자의 관리를 해하는 행위를 말한다. 이하, 본 조에서 같음)에 의해 영업비밀을 취득한 자.

제2호. 사기 등 행위 또는 관리침해행위에 의해 취득한 영업비밀을 부정의 이익을 얻을 목적으로 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적으로 사용 또는 개시한 자.

제22조. 제1항 법인의 대표자 또는 법인 혹은 대리인, 사용인, 그 외의 종업자가 그 법인 또는 업무에 관하여 전조 제1항 제1호, 제2호 혹은 제7호 또는 제2항에서 열거하는 규정의 위반행위를 한 때는 행위자를 벌하는 것 외에 그 법인에 대하여 3억엔 이하의 벌금형을, 그 사람에게 대해서 본조의 벌금형을 과한다.

시하는 행위, 즉, 영업비밀을 부정하게 취득한 후에 사용·개시하는 행위로 가장 위법성이 높은 기본적인 범죄행위유형이다. 구체적으로는 A가 B사의 직원X에게 폭행·협박을 하여(또는 X를 기망하여 B사의 영업비밀을 부정하게 취득하는 행위, B사에 침입하여 관리되고 있는 기밀자료를 절취하는 행위, 부정 액세스에 의해 B사의 컴퓨터에 침입하여 영업비밀을 훔쳐보거나 혹은 다운로드하는 행위 등에 의해) 부정하게 취득한 영업비밀을 A가 사용·개시하는 행위이다.

이러한 행위유형이 제1·2호로 규정된 것은 영업비밀의 절취하는 행위가 가장 핵심적인 법익침해행위이기 때문이라고 할 수 있다.⁷⁴⁾

여기에서 말하는 부정한 이익을 얻을 목적이란 공서양속 또는 신의칙에 반하는 이익을 얻을 목적을 말하며, 행위자 자신과 관계되는 이익을 얻으려고 하는 경우이거나 제3자에게 이익을 얻도록 하는 경우 등을 묻지 않는다. 또한, 보유자에게 손해를 가할 목적⁷⁵⁾에는 재산상의 손해만이 아니라 신용 그 외의 비재산적인 손해를 가할 목적으로 현실적으로 손해가 발생하는 것까지 요구하지는 않는다.⁷⁶⁾

74) 山口厚, “財産的情報の刑法的保護—立法論の見地から—”, 刑法雑誌, 第30巻第1号(1989), 30頁.

75) 한편, 사업자의 부정정보를 내부 고발하는 행위에서의 고발자의 정의감은 “보유자에게 손해를 가할 목적”에는 해당하지 않는다. 내부고발의 원인에는 다양한 근무환경 또는 인간관계 등에 따라 복합적인 감정에 따라 내부고발에 이르는 경우가 적지 않으나 이러한 행위에 이르게 된 동기와 “보유자에게 손해를 가할 목적”은 다르다고 할 수 있다. 당해행위가 기업 또는 상사에 대한 개인적 감정에 따른 경우라고 할 지라도 내부고발로써 정당하다면 “보유자에게 손해를 가할 목적”에는 해당하지 않는다. 또한 기업은 부정한 행위에 의해 수익을 얻는 것은 허용되지 않기 때문에 그 행위를 고발함으로써 발생하는 손해는 “보유자에게 손해를 가할 목적”에서 말하는 손해로는 인정되지 않는다. 보도에 대해서도 마찬가지로 법률개정에 의한 목적요건의 변경에 따라 보도기관의 취재행위 및 노동조합의 정당한 활동에 영향을 미치는 것이 아니라고 보고 있다.

中原裕彦, “不正競争防止法の一部を改正する法律の概要”, NBL, 第906号(2009), 46頁; 土肥一史, “營業秘密侵害罪に關する不正競争防止法の改正について”, ジュリスト, 第1385号(2009), 81頁.

76) 종래의 목적규정에서는 단순히 “부정한 경쟁의 목적으로”로 되어있어, 자기를 포함한 특정한 경쟁자를 경쟁상 우위에 점하게 할 목적으로 타자의 영업비밀을 침해자가 스스로의 사업에 사용하는 것으로써 스스로를 경쟁상 우위에 있게 할 목적 및 특정의 사업자에게 개시하는 것에 의해 특정의 사업자를 경쟁상 우위에 할 목적만이 아니라 특정의 경쟁자와 공모한 다음에 불특정 다수인에게 공개하는 것으로 특정의 경쟁자를 경쟁상 우위에 할 목적 등이 포함되었다. 그 결과, 보도의 자유 및 내부고발의 자유와의 관계는 희박하게 되었으나 영리목적으로 외국정부 등의 단체에게 영업비밀을 개시하는 행위 및 특정의 경쟁자를 불리하게 할 목적을 동반하지 않고 영업비밀을 사이버 공간에 유출하는 행위와 같이 부정한 이익을 얻을 목적 및 부정한 손해를 가할 목적에서의 영업비밀침해행위는 처벌되지 않는 것으로 되어 있었다. 실제로 2009년 6월 25일 상장증권회사 사원에 의한 고객정보의 부정반출이 있어 일본경시청은 이

(2) 제3호·제4호(영업비밀을 보유자로부터 제시받은 자에 의한 영업 비밀의 영득·사용·개시)⁷⁷⁾

본 호는 보유자로부터 영업비밀을 제시받은 자가 부정한 이익을 얻을 목적으로 또는 보유자에게 손해를 가할 목적으로 영업비밀의 관리에 관계되는 임무에 위배하여 영업비밀을 영득·사용·개시하는 행위를 처벌의 대상으로 한다. 본 호의 주체는 재직자에 한정되지 않는다. 그러므로 퇴직자에 의한 사용·개시가 예외적으로 처벌대상이 된다.

다만, 여기에서는 침해방법을 3종류로 제한하고 있다. 즉, ① 영업비밀기록 매체 등 또는 영업비밀이 화체된 물건을 영득하는 것, ② 영업비밀기록매체 등의 기재 혹은 기록에 대해서 또는 영업비밀이 화체된 물건에 대해서 그 복제를 작성하는 것, ③ 영업비밀기록매체 등의 기재 또는 기록으로 삭제하여야 할 것을 삭제하지 않고, 또한 당해기재 또는 기록을 삭제한 것과 같이 가장하는 것 등이다.⁷⁸⁾

사원을 체포하였다. 보도에 따르면 사원은 부정엑세스금지법 위반용의와 65엔 상당의 CD 1매의 재물의 절도용의로, 당시 일본에서는 정보절도 및 이익절도, 교부(처분)행위가 없는 사기는 불가벌이었기 때문에 영업비밀침해죄가 성립하지 않았다. 이에 2009년의 개정으로 부정한 이익을 얻을 목적으로 비경업자에게 영업비밀을 개시하는 행위 및 단순히 영업비밀의 보유자에게 손해를 가할 목적으로 영업비밀을 전자 게시판에 게재하는 행위가 처벌의 대상에 포함되었다.

朝日新聞, 2009년6월25일, 夕刊4版15面.

77) 제21조 제1항 제3호, 영업비밀을 보유자로부터 제시받은 자로서 부정한 이익을 얻을 목적으로 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀의 관리에 관계되는 임무에 위배하여 다음에서 열거하는 방법으로 그 영업비밀을 영득한 자.

- 1) 영업비밀기록매체 등(영업비밀이 기재되어 또는 기록된 문서, 도화 또는 기록매체를 말한다.) 또는 영업비밀이 화체된 물건을 횡령하는 것.
- 2) 영업비밀기록매체 등의 기재 혹은 기록에 대해서 또는 영업비밀이 화체된 물건에 대해서 그 복제를 작성하는 것.
- 3) 영업비밀기록매체 등의 기재 또는 기록으로 삭제해야 할 것을 삭제하지 않고 또한 당해기록 또는 기록을 삭제한 것처럼 가장하는 것.

제21조 제4호, 영업비밀을 보유자로부터 제시받은 자로서 그 영업비밀의 관리에 관계되는 임무에 위배하여 전호에서 열거하는 방법에 의해 영득한 영업비밀을 부정한 이익을 얻을 목적으로 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀의 관리에 관계되는 임무에 위배하여 사용 또는 개시한 자.

78) 이것은 영업비밀의 사용·개시에 이르지 않은 전단계의 부정취득행위를 처벌하는 것이다. 영업비밀의 부정취득이 일반적으로는 처벌대상이 되지 않으며, 그 취득수단에 기록매체의 취득 또는 기록매체내용의 복제작성이라고 하는 한정이 가해진 것은 이러한 수단이 사용되면 영업비밀취득의 확실성이라는 점에서 또한 취득된 정보량의 면에서도 정형적으로 위법성이 높다고 할 수 있기 때문이다.

개정 전의 제21조 제1항 제3호는 전술의 개정의 ①과 ②의 2종류에 한정된 방법에 의해 취득된 영업비밀의 사용·개시를 처벌하는 것에 한정되어 있었다. 하지만 개정 후의 제3호는 사용·개시의 전제행위로서의 영업비밀영득행위 자체를 새로운 처벌행위유형으로 하였다. 개정법률의 제3호는 소위 “자기가 점유하는 타인의” 영업비밀의 횡령, 즉 수단적인 제한을 하여 정보횡령을 보충한 것이라고 평가할 수 있다. 그 처벌근거는 ① 사용·개시는 기업 외에서 비밀리에 이루어지는 경우가 많아 입증이 곤란하기 때문에 사실상 그 처벌이 어려워 기업에 막대한 손해를 발생시킬 우려가 있다는 점, ② 부정한 사용·개시의 전단계라고 하여도 일정한 경우에는 부정취득의 경우와 마찬가지로 형사벌에 의해 처벌할 위법성이 긍정된다는 점에 있다.⁷⁹⁾ 또한, ③ 영업비밀의 불삭제·삭제의 가장이라는 수단을 새롭게 규정한 것은 개시된 영업비밀이 사용되지 못하게 된 경우에 피개시자에게 영업비밀의 기록삭제의무를 과하여 비밀을 지킨다는 관리체제의 실패가 고려되었기 때문이다. 즉, 삭제의무에 반하여 자신의 수중에 영업비밀을 두는 행위에는 전술한 ①과 ②의 방법에 의한 경우와 같은 정도의 위법성평가가 가능하다고 보았기 때문이다.⁸⁰⁾

(3) 제5호(임원·종업자에 의한 영업비밀의 사용·개시)⁸¹⁾

본 호는 보유자로부터 비밀을 제시받은 임원 또는 종업자가 영업비밀을 관리하는 의무에 위배하여 그 영업비밀을 사용·개시하는 행위를 처벌의 대상으로 한다. 행위주체가 임원 또는 종업자, 즉, 내부의 자로 제한되고 있기 때문에 퇴직자 및 거래처 등의 외부자는 제외되고 있다. 이와 같이 행위주체를 내부자로 한정한 이유에 대해서는 “영업비밀유지의무”의 내용이 명확하지 않기 때문에 거래관계에의 위축효과를 가져올 우려가 있으며, 전직의 자유에의 배려로부터

79) 中原裕彦, 前掲論文, 69頁.

80) 土肥一史, 前掲論文, 78頁.

81) 제21조 제1항 제5호, 영업비밀을 보유자로부터 제시받은 그 역원(이사, 대표, 집행역, 업무를 집행하는 사원, 감사 혹은 감사역 또는 이러한 것에 준하는 자를 말한다.) 또는 종업자로서 부정의 이익을 얻을 목적으로 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀의 관리에 관계되는 임무에 위배하여 그 영업비밀을 사용하거나 또는 개시한 자.

퇴직자를 제외한 것이다.

(4) 제6호(재직 중의 신청·청탁을 요건으로 한 퇴직 후의 임원·종업자에 의한 영업비밀의 사용·개시)⁸²⁾

본 호는 보유자로부터 비밀을 제시받은 임원·종업자가 그 재직 중에 당해 영업비밀을 관리하는 임무에 위배하여 퇴직 전에 제3자에게 스스로 그 개시를 신청 또는 청탁을 받아 퇴직 후에 당해 영업비밀을 사용·개시하는 행위를 처벌한다. 이것은 제3호의 행위와 더불어 새롭게 퇴직자를 일정한 요건 하에서 처벌하는 것이다.⁸³⁾

5) 제7호(제2호 또는 제3호의 개시에 의해 취득한 영업비밀의 사용·개시)⁸⁴⁾

2003년에 형사별 규정에 신설될 때에는 부정으로 취득한 영업비밀이 개시되는 것에 의해 영업비밀을 취득하는 행위(2차적 취득)와 2차적으로 취득된 영업비밀을 사용·개시하는 행위는 처벌대상이 되지 않았다. 2차적 취득은 개시에 따른 정형적인 관여행위로 필요적 공범으로서 불가벌이라고 해석되었기 때문이다. 이에 따라 예를 들어 스스로 종업원을 매수하여 영업비밀을 개시하도록 하

82) 제21조 제1항 제6호. 영업비밀을 보유자로부터 제시받은 그 임원 또는 종업자였던 자로 부정의 이익을 얻은 목적으로 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 재직 중에 그 영업비밀의 관리에 관계되는 임무에 위배하여 그 영업비밀의 개시의 신청을 하거나 또는 그 영업비밀의 사용 혹은 개시에 대해서 청탁을 받아 그 영업비밀을 그 직을 사퇴한 후에 사용하거나 또는 개시한 자.

83) 하지만 전·퇴직자가 기업 내에서 엄중히 관리되어 있는 영업비밀을 사기 등에 의한 부정취득 혹은 관리침해 등에 의해 취득하여 그것을 반출하는 형태로 전·퇴직하는 경우에는 이와 같은 당벌성 평가가 가능하다고 하여도 전·퇴직자가 당해 기업 내에서 경력을 쌓은 과정에서 자연스럽게 습득한 지식 및 경험에 대해서까지도 그 전·퇴직 후의 사용·개시가 재직 중에 신청 및 청탁이 있다는 것만으로 배임 행위와 동등하게 평가되는 것은 부당하다는 지적도 있다. 이와 같이 생각하면 전·퇴직 후의 사용·개시를 사기 등의 부정취득 및 관리침해행위 등을 동반하지 않는 경우까지 처벌하는 것은 부당하며, 이러한 점에서는 헌법 제22조 제1항의 위반의 문제를 피할 수 없다는 지적도 있다. 一原亞貴子, “不正競争防止法による營業秘密の刑事法的保護”, 商學研究, 第56卷第2・3号(2005), 279頁.

84) 제21조 제1항 제7호. 부정의 이익을 얻은 목적으로 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적으로 전 2호 또는 전 3호의 죄에 해당하는 개시에 의해 영업비밀을 취득하여 그 영업비밀을 사용 또는 개시한 자.

면 개시죄의 교사범이 되지만, 브로커 등에게 자금을 제공하여 종업원을 매수하도록 하여 종업원으로부터 브로커에 영업비밀을 개시하도록 하여 다시 브로커로부터 그 영업비밀을 취득하는 행위는 2차적 취득이 되어 그 가벌성에 문제가 발생하였다. 이에 따라 이러한 처벌의 간격을 메우기 위하여 영업비밀침해죄에 해당하는 개시에 의해 영업비밀을 취득하여 그것을 사용·개시하는 행위를 독립의 범죄유형으로 한 것이다.⁸⁵⁾

IV. 우리나라의 부정경쟁방지법 및 영업비밀보호에 관한 법률상의 영업비밀보호

1. 영업비밀보호의 연혁

우리나라에서는 1991년 제2차 개정 부정경쟁방지법에서 영업비밀에 대한 보호를 규정하기 이전에는 영업비밀을 직접적으로 보호하는 법률은 존재하지 않았다. 하지만 1980년대에 들어서 국내외적인 요인에 따라 영업비밀의 법적보호에 대한 필요성이 대두되었다. 즉, 당시 WTO/TRIPs에 영업비밀이 보호대상으로 확정됨으로써 정부는 과학기술의 발전을 위한 외국의 선진기술의 도입을 유도하고 다른 한편으로는 국제통상의 마찰을 줄이기 위하여 개정되었다.⁸⁶⁾

1991년 개정 부정경쟁방지법에서는 영업비밀의 부정취득행위 등 영업비밀 침해행위의 유형을 정하였고, 영업비밀 침해행위에 대한 민사적 구제수단으로 침해행위금지·예방청구권, 손해배상청구권 및 신용회복금지조치청구권을 규정하였다. 또한 영업비밀의 선의취득자를 구제하기 위한 특별규정을 두어 선의의 취득자에 대한 침해행위금지·예방청구권 등의 행사를 제한하도록 하였다. 이와 함께 임직원이 속한 기업 특유의 생산기술에 관한 영업비밀을 제3자에게 누설하는 행위에 대해서는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금을 과할 수 있도록 형사처벌규정을 마련하였다. 하지만 개정 부정경쟁방지법에 의한 영업

85) 權原哲也·波田也清郎, “不正競争防止法等の一部を改正する法律”, *ジュリスト*, 第1298号(2005), 93頁.

86) 특허청, *영업비밀보호 가이드북*, 특허청 산업재산보호과, 2004, 5면.

비밀의 보호는 상당히 제한적이었기 때문에 이후 영업비밀보호의 확대 내지 강화를 주장하는 견해가 대두되었다.⁸⁷⁾ 특히 1998년 전술의 “반도체기밀 유출사건”은 영업비밀의 중요성과 함께 형사법적 보호방안에 관심이 집중되어, 1998년 12월에 법명도 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」로 개정하여 처벌규정이 보완되었다. 즉, 형사처벌과 관련하여 외국관련 영업비밀침해의 가중처벌(제18조 제1항), 징역형과 벌금형의 병과(제18조 제4항)규정을 신설하고, 영업비밀 침해죄의 처벌범위를 확대하여 행위주체에 전직임직원도 포함시켰으며, 보호객체를 기업의 특유한 생산기술에서 기업에 유용한 기술상 비밀로 하고, 국가안보나 중대한 공익을 위해 필요한 경우 친고죄에 대한 예외를 인정하였으며, 법정형을 상향조정하였다(제18조 제1항, 제2항).⁸⁸⁾

한편, 2001년에는 유명상표와의 혼동 외에 비상업적 사용 등 정당한 사유 없이 유명상표 표시의 식별력이나 명성을 손상시키는 행위를 부정경쟁행위의 유형으로 추가하고(제2조 제1항), 이러한 손상행위에 대해서는 다른 부정경쟁행위와 달리 고의가 있는 경우에만 손해배상 및 신용회복의 책임을 묻도록 하였다(제5조, 제6조).

또한, 2004년에는 부정한 목적으로 타인의 성명·상호·상표 등과 동일하거나 유사한 도메인 이름을 등록·사용하는 행위를 부정경쟁에 추가했으며, 2007년에는 영업비밀을 외국으로 유출하려는 자에 대한 징역형의 법정형을 최고 7년 이하에서 10년 이하의 징역으로 상향 조정함과 동시에, 2009년에는 행위유형에 누설만이 아니라 취득·사용까지 처벌의 대상으로 포함시켰다(제18조).

이러한 개정에는 2000년대 이후 우리나라의 첨단산업의 기술유출의 피해가 급증한 데 그 이유를 찾을 수 있다.

87) 한국상공회의소, 국제 산업스파이사례와 산업스파이방지법을 제정방향, 1998, 55면 등.

88) 한편, 1985년부터 시작된 형법개정작업과정에서도 기업비밀침해죄의 신설이 논의되었다. 즉, 형사법개정 제2분과위원회에서 기업의 임직원에 의한 기술상·경영상 비밀누설과 기술상·경영상 비밀의 탐지죄를 신설하기로 하였으나, 이후 조정단계에서 기술과 경영에 관한 비밀을 포함한 기업비밀의 철저한 보호는 외국의 기술과 경영기법을 적극 도입해야 하는 우리나라의 현실에 적합하지 않고 취업의 자유를 제한할 우려가 있다는 문제점이 제기되었고, 1991년 개정된 부정경쟁방지법에서 비밀누설에 대한 처벌규정이 마련된 점을 고려하여 형법에서는 이에 대한 규정을 두지 않기로 하였다. 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1989, 165면.

2. 부정경쟁방지법 및 영업비밀보호 등에 관한 법률상의 영업비밀의 보호

부정경쟁방지법상 영업비밀침해의 행위주체는 제한이 없다. 따라서 기업의 내부인뿐만 아니라 외부인이나 일반인 모두 영업비밀침해의 주체가 될 수 있다.

영업비밀의 침해로 처벌되는 행위는 영업비밀을 “취득·사용하거나 제3자에게 누설”하는 행위이다(제18조 제1항). 여기에서 말하는 영업비밀의 취득이란 사회통념상 영업비밀을 자신의 것으로 만들어 이를 사용할 수 있는 상태에 이른 경우를 말한다.⁸⁹⁾ 따라서 기업의 직원으로서 영업비밀을 인지하여 이를 사용할 수 있는 자는 이미 당해 영업비밀을 취득한 것으로 보아야 하기 때문에 그러한 자가 당해 영업비밀을 단순히 기업의 외부로 무단 반출한 행위는 경우에 따라 업무상 배임죄에 해당할 수도 있겠으나 여기서의 영업비밀의 취득에는 해당하지 않는다.⁹⁰⁾

또한 영업비밀의 취득은 문서, 도면, 사진, 녹음테이프, 필름, 전산정보처리 조직 등에 의하여 처리할 수 있는 형태로 작성된 파일 등 유체물의 점유를 취득하는 형태로 이루어질 수 있고,⁹¹⁾ 유체물의 점유를 취득함이 없이 영업비밀 자체를 직접인식하고 기억하는 형태로 이루어질 수도 있으며, 영업비밀을 지득하고 있는 사람을 고용하는 형태로 이루어질 수도 있다. 다만 어느 경우이나 사회통념상 영업비밀을 자신의 것으로 만들어 이를 사용할 수 있는 상태가 되었다면 영업비밀을 취득하였다고 보아야 하므로 회사가 다른 업체의 영업비밀에 해당하는 기술정보를 습득한 자를 스카우트하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 회사는 그 영업비밀을 취득하였다고 보아야 한다.

영업비밀의 사용은 영업비밀 본래의 사용 목적에 따라 이를 상품의 생산 또는 판매 등의 영업활동에 이용하거나 연구, 개발사업 등에 활용하는 등으로 기업활동에 직접 또는 간접적으로 사용하는 행위로서 구체적으로 특징이 가능한 행위를 가르킨다.⁹²⁾

89) 대판 2008.4.10, 2008도679; 대판 1998.6.9, 98다1928

90) 대판 2008.4.10, 2008도679; 전지연, 전계논문, 267면.

91) 대판 2008.9.11, 2008도5364.

92) 대판 1998.6.9, 98다1928.

영업비밀의 누설이란, 영업비밀을 아직 알지 못하는 타인에게 이를 알려주는 행위를 말하며, 구두의 고지, 서면에 의한 통지 등 모든 방법이 가능하다. 부정경쟁방지법 제2조 제3항 가목에서는 영업비밀의 침해행위 중 공개행위에 대해서 규정하고 있으며, 여기에서 공개행위는 “비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다.”고 정의하고 있으므로 공개의 개념에 누설의 개념도 포함되는 것으로 해석된다.

한편, 부정경쟁법상 영업비밀의 침해가 성립하기 위해서는 주관적 요건으로 행위에 대한 고의가 존재하여야 하며, 또한 “부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로”라는 주관적 요소가 필요하다. 따라서 부정경쟁법상의 영업비밀에 대한 형사법적 보호는 목적범의 경우에 한하여 보호를 받고 있다. 여기에서 말하는 “부정한 이익을 얻을 목적”은 경제적인 대가를 받거나 고용을 보장받는 등 다양한 혜택이나 이익을 받을 것을 조건으로 하여 기업의 영업비밀을 누설하거나 사용하는 등의 행위를 말한다. 또한 “기업에 손해를 입힐 목적”은 기업의 영업비밀을 누설하는 행위 등을 통하여 기업의 매출을 감소시키거나 경쟁기업과의 경쟁으로 인하여 이익을 감소시키려는 목적 등을 의미한다.

하지만 협상을 성공시키기 위하여 영업비밀인 설계도면을 상대방에게 설명하거나, 기술이전계약을 성사시키기 위하여 영업비밀인 제품의 제조공정과정 일부를 설명하는 과정에서 이를 누설하거나, 공중의 이익을 위하여 업체의 영업비밀의 일부인 폐수처리과정을 누설하는 등의 경우에는 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적이 아니라 다른 목적을 위한 부수사정에서 영업비밀이 누설된 경우이므로 여기의 기업에 손해를 입힐 목적에는 해당한다고 볼 수 없다. 이것은 사업자의 부정정보를 내부고발하는 행위에서의 고발자의 정의감으로 기업에 손해를 입힐 목적에는 해당되지 않는다. 내부고발의 원인은 다양하지만 이러한 행위에 이르게 된 동기와 “기업에 손해를 입힐 목적”은 상이하다고 할 수 있다. 또한 이러한 행위가 기업 또는 상사에 대한 개인적 감정에 따른 경우라 할지라도 내부고발로써 정당하다면 “기업에 손해를 입힐 목적”에는 해당하지 않는다. 즉, 기업은 부정한 행위에 의해 수익을 얻는 것이 허용되지 않기 때문에 그 행위를 고발함으로써 발생하는 손해는 “기업에 손해를 입힐 목적”에서 말하는 손해에는 해당되지 않는다.⁹³⁾

영업비밀을 누설한 경우에는 해당영업비밀을 “국내에서” 사용하거나 사용될 것임을 알면서 취득·사용하거나 제3자에게 누설한 자에게는 5년 이하의 징역 또는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 상당하는 벌금에 처한다. 또한 영업비밀을 “외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서” 제3자에게 누설한 자는 10년 이하의 징역 또는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 상당하는 벌금에 처하도록 하여 영업비밀을 국내 또는 국외로 구분하여 처벌을 달리하고 있다.

한편, 영업비밀침해행위의 미수와 예비음모도 처벌하고 있다(제18조의 2, 제18조의 3). 이것은 종래의 부정경쟁방지법의 규정이 기수범만을 처벌의 대상으로 함으로써 미수범과 예비·음모자를 적발하고도 처벌근거가 없어서 처벌하지 못하였던 점을 감안하여 형사정책적으로 영업비밀 누출직전단계에서의 영업비밀보호의 강화를 위해 신설된 것이다. 즉, 영업비밀침해는 그 속성상 일단 영업비밀에 대한 침해가 발생하면 회복이 용이하지 않다는 점에서 비밀이 침해되기 이전에 이를 예방하고 적발하는 것이 중요하였기 때문이다.⁹⁴⁾

V. 부정경쟁방지법상 영업비밀의 보호의 문제점과 개선방안

먼저, 행위주체와 관련된 문제이다. 종래의 부정경쟁방지법에 따르면 전·현직 임직원만이 영업비밀침해의 주체였으나, 현재는 외부자의 경우도 행위주체로 인정되고 있는데, 영업비밀의 침해행위는 전직이나 현직의 임직원에 의해 발생하는 것이 통상적으로 모든 사람을 행위주체로 포함하는 것이 과연 영업비밀 보호에 실효성이 있는가에 대한 지적이 있을 수 있다.⁹⁵⁾

하지만 영업비밀의 침해는 누설만이 아니라 취득 또는 사용 등에 의해서도 발생할 수 있다. 즉, 외부인이 기업의 정보망에 침입하여 기업의 비밀을 알아내거나, 전자적으로 저장된 기업의 비밀을 CD나 저장장치에 복사 또는 출력하는

93) 中原裕彦, 前掲論文, 46頁.

94) 전지연, 전계논문, 270면.

95) 윤해성, 전계논문, 73면.

등의 방법을 통하여 영업비밀을 취득하는 경우도 상정할 수 있으므로 기업의 영업비밀침해를 반드시 전·현직 임직원에 의한 침해로 제한할 필요는 없다.⁹⁶⁾

또한, 영업비밀의 침해에 대한 처벌과 관련하여 현행의 부정경쟁방지법에서는 전·현직 임직원과 그 외 일반인과의 사이에 처벌의 차이를 두고 있지 않다. 하지만, 전·현직 임직원의 영업비밀 누설행위와 일반인의 침해행위는 불법성에 있어서 전자의 불법이 더 크다고 보아야 하므로 입법적으로 양자를 구별하여 규정하고 그에 대한 처벌의 법정형도 따로 정할 필요가 있다.⁹⁷⁾ 또한, 침해의 주체가 자연인으로서 전직, 현직, 외부인만의 구분이 아니라 자연인인가 법인인가에 따라 그 처벌을 달리할 필요도 있다. 특히 법인의 경우 재산상의 이익이 일반인 보다 더 크기 때문에 일본의 부정경쟁방지법 제22조의 규정과 같이 법인에 대해서는 보다 중한 형벌로 대처할 필요가 있다.⁹⁸⁾

둘째, 영업비밀의 침해행위와 관련된 문제이다. 즉, 부정경쟁방지법에서는 “취득·사용·누설”하는 행위만을 규정하고 있는데, 영업비밀의 사용 및 누설행위의 전제행위로서 “탐지·수집” 행위를 포함하는 것이 필요하다는 것이다. 영업비밀의 탐지 내지 수집하는 행위를 직접 처벌하는 규정은 없으나 해당 행위는 부정경쟁방지법 제18조의 2(미수)나 제18조의 3(예비·음모)으로도 처벌이 가능하다. 하지만 영업비밀침해의 예비와 음모의 처벌규정은 영업비밀의 침해행위로서의 불명확성 때문에 그 규정자체에 의문이 있을 수 있다.⁹⁹⁾ 그러므로

96) 전지연, 전계논문, 271면.

97) 전지연, 전계논문, 272면.

98) 일본부정경쟁방지법 제21조 제1항 다음 각 호에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 혹은 1,000만엔 이하의 벌금에 처하고 또는 이것을 병과한다.

제22조 법인의 대표자 또는 법인 혹은 사람의 대리인, 사용인 그 외의 종업자가 그 법인 또는 사람의 업무에 관하여 전조 제1항 제1호, 제2호 혹은 제7호 또는 제2항에서 열거하는 규정의 위반행위를 한 때는 행위자를 벌하는 것 외에 그 법인에 대해서 3억엔 이하의 벌금형을 그 사람에 대해서 본조의 벌금형을 과한다.

99) 즉, 예비행위가 가지는 정형성의 결여로 인하여 구체적인 행위유형이 존재하지 아니하기 때문에 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반할 가능성이 있다. 즉, 일반적인 범죄의 경우 예비행위는 해당 범죄행위의 정형성으로부터 해당 범죄행위의 예비행위를 어느 정도 유형화할 수 있으나, 여기에서의 범죄행위는 영업비밀의 취득, 사용, 누설하는 행위이기 때문에 이러한 행위의 정형적인 준비행위를 확정하기 어렵다. 또한, 어떠한 경우를 예비행위로 보아야 하며, 또한 그러한 해당 행위를 처벌할 필요성이 있는가가 의문시된다.

전지연, 전계논문, 274면.

영업비밀의 탐지나 수집행위를 독자적인 행위태양으로 규정하여 이를 명문화하는 것이 필요하다. 특히, 이러한 영업비밀의 탐지 및 수집행위는 영업비밀을 보유자로부터 개시받은 자에 의해서 이루어지는 것이 외부자에 의한 것보다 용이하므로 이러한 자에 의한 예비 및 음모행위를 유형화하여 처벌하는 것이 필요하다. 예를 들어 일본의 부정경쟁방지법 제21조 제1항 제3호에서는 영업비밀을 보유자로부터 개시받은 자로서 부정의 이익을 얻을 목적으로 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적으로 영업비밀의 관리에 관계되는 임무에 위배하여, ① 영업비밀기록매체 등 또는 영업비밀이 화체된 물건을 영득하는 것, ② 영업비밀기록매체 등의 기재 혹은 기록에 대해서 또는 영업비밀이 화체된 물건에 대해서 그 복제를 작성하는 것, ③ 영업비밀기록매체 등의 기재 또는 기록으로 삭제하여야 할 것을 삭제하지 않고, 또한 당해기재 또는 기록을 삭제한 것과 같이 가장하는 것 등의 부정한 사용의 전단계의 행위를 처벌하고 있다.¹⁰⁰⁾ 따라서 우리의 경우에도 일반적 예비행위에 대한 처벌규정을 삭제하고, 필요한 경우에는 정형화된 예비행위를 별도로 규정하여 처벌하여야 한다.¹⁰¹⁾

셋째, 소송상의 문제이다. 영업비밀의 보유자에게는 소송과정에 있어서 영업비밀을 어떻게 효과적으로 유지할 것인가는 매우 중요한 문제이다. 영업비밀이 재판에 의해 공개되거나 추가적으로 유출되는 경우는 영업비밀의 보호를 위해서 바람직하지 않을 뿐 아니라 오히려 영업비밀 보유자가 이중의 피해를 입을 수 있다. 그러므로 영업비밀침해와 관련된 소송과정에서 일정 부분 소송참가자들의 범위나 심리를 제한하는 것이 필요하다. 우리나라 현행 헌법은 제27조 제3항에서 형사피고인에 대하여 신속한 공개재판을 받을 권리를 보장하고 있으며, 제109조 본문에서는 “재판의 심리와 판결은 공개한다.”고 규정하고, “다만, 심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.”고 하고 있다. 또한 법원조직법 제57조에서도 동일한 규정을 두고 있다. 이러한 재판공개에 위배하는 것은 형사소송에서 항소이유에 해당한다(형사소송법 제361조의 5 제9

100) 加藤左千夫, 前掲論文, 280-281頁.

101) 전지연, 전제논문, 275면.

호). 이러한 재판공개규정으로 인하여 소송절차에서 영업비밀이 제3자 또는 공중에 공개될 우려가 존재한다. 영업비밀의 속성상 일단 공개되면 영업비밀로서의 가치를 상실하게 되고 그로 인하여 당해 영업비밀은 보호대상에서 제외될 위험에 빠지게 된다.

영업비밀의 보호가 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해칠 염려가 있을 때에만 심리를 비공개로 할 수 있는 예외사유에 해당된다고 보기에는 어렵다. 그러므로 영업비밀과 관련된 재판을 진행함에 있어서 재판을 비공개로 할 수 있는 절차와 요건을 법률로 규정하여 영업비밀의 누출의 확대를 막는 방안을 강구할 필요가 있다. 예를 들어 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제27조 제1항이 피해자의 사생활을 보호하기 위하여 결정으로 이를 공개하지 아니할 수 있게 한 것과 유사한 규정이 요구된다.

재판의 공개원칙을 정하는 헌법의 명문규정이 존재하지 않는 독일의 경우, 재판의 공개는 헌법상의 원칙이 아니라고 해석한다.¹⁰²⁾ 독일의 법원조직법 역시 제169조에서 수소법원에 있어서 변론은 판결 및 결정의 선고를 포함해 공개한다고 하여 민사소송절차상의 공개원칙을 확인하고는 있으나 이에 대해서도 넓게 그 제한이 허용되고 있다. 특히 영업비밀과 관련하여 동법 제172조 제2호에서는 “영업상, 사업상, 발명상 및 세무상의 비밀이 언급되는 경우에, 이에 대한 공개적인 진술을 통해서 보호할 가치가 있는 중요한 법익이 침해될 우려가 있을 때”에는 법원은 심리의 전부 또는 일부에 대한 공개를 배제할 수 있다고 규정하고 있으며, 또한 이후에도 법원은 재정하는 자에 대해서 심리를 통하여 또는 사건에 관한 관공서의 문서로부터 알게 된 사실에 관한 비밀유지의무를 부과할 수 있도록 하고 있다(제174조 제3항). 또한, 미국의 경우에도 마찬가지로 통일영업비밀법(UTSA) 제5조에서는 “이 법률에 의한 소송에 있어서 법원은 문제된 영업비밀의 비밀을 합리적인 방법으로 보존하여야 하며, 그 방법은 증거공개절차(discovery)에 관련된 보전명령(protective order)을 내리는 것, 비밀심리를 갖는 것(in-camera hearings), 소송기록을 봉인하는 것, 그리고 법원의 사전승인 없이는 문제된 영업비밀을 공개하지 말 것을 소송관계인에게 명령하는 것이

102) 윤선희·김지영, “재판공개로 인한 영업비밀누설의 방지에 관한 소고(1)”, 발명특허, 제245호(1996), 23면.

포함된다.”는 규정을 두고 있다.¹⁰³⁾

한편, 일본의 경우에도 부정경쟁방지법의 개정과정에서 ① 영업비밀은닉조치, ② 기밀외증인심문의 확대가능성, ③ 영업비밀침해죄의 공판절차에 있어서 적정한 재판의 실현을 저해할 우려가 있는 방청인에 대한 방청의 금지 또는 개괄적인 퇴정을 명하거나 방청인의 방청에 대해서 비밀유지를 조건으로 하는 등의 방청인의 제한조치와 그 비밀유지의 도입가능성, ④ 헌법 제82조 제2항의 “공공의 질서를 해할 우려”가 인정되는 경우를 명확히 하여 공개정지조치가 어떠한 조건하에서 가능한가에 대하여 논의가 이루어졌다. 이러한 것 모두 헌법에서 요구하는 형사재판의 공개원칙의 범위를 유지하는 것을 그 전제로 논의되었으나 형사소송법에 영향을 미치는 논의였기 때문에 일본법무성과 경제산업성이 공동으로 “영업비밀보호를 위한 특별한 형사소송절차의 방책 등에 대해서 조속히 검토를 진행하여 적절한 법적조치를 강구할 것”¹⁰⁴⁾을 결의하여 영업비밀보호의 실효성 확보에 노력하고 있다. 따라서 우리나라에서도 재판을 비공개로 할 수 있는 절차와 그 요건을 명확히 규정하기 위한 노력이 요구된다.

VI. 결론

본고에서는 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 형사법적 보호를 중심으로 영업비밀의 정의와 각국의 영업비밀관련 보호법제, 우리나라의 부정경쟁방지법상의 영업비밀의 보호규정과 우리나라의 영업비밀보호의 문제점 및 개선방안에 대해서 서술하였다.

전술과 같이 우리나라는 1991년 12월에 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀보호를 규정하는 조항을 신설하였고, 1998년 12월에는 명칭을 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」로 변경한 이후 여러 차례의 개정이 이루어졌다. 한편, 우리나라 기업들의 국·내외의 최첨단산업기술의 유출방지를 위하여 2006년에는 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 등이 제정되었다. 하지만 우

103) 한상훈, 전계논문, 54면.

104) 不正競争防止法の一部を改正する法律案に対する衆議院附帯決議四, 参議院附帯決議三.

리나라의 영업비밀 관련법의 경우 재판 절차상 재판공개여부, 소송기록물의 열람범위, 증언 거부 등이 불명확하고, 외국기관 등이 첨단기술유출 등 중요 영업비밀을 유출하였을 경우 역외지역에 대한 근거가 존재하지 않는 등 여러 가지의 문제점을 나타내고 있다. 특히, 영업비밀침해죄를 포함한 형사사건에 있어서 피고인은 “공개재판을 받을 권리”를 갖는 것이 헌법상 보장되어 있으나, 공판심리과정에서 영업비밀을 침해받은 보유자는 다시 법익침해를 받을 가능성이 높다. 즉, 소송을 제기함으로써 오히려 영업비밀이 다시 침해받는다면 소송을 통한 구제를 포기하는 경우가 발생할 것이며, 이는 또 하나의 기본권 보장의 흠결이라고도 할 수 있다.

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 전술과 마찬가지로 재판공개에 대한 규정의 신설이 필요하며, 또한 소송기록의 열람의 제한이 필요하다. 즉, 영업비밀의 경우 유출에 따른 피해의 정도를 감안하여 심리를 비공개로 하고 증언의 거부권 등의 보호조치가 신설되어야 한다. 또한 2002년 개정 민사소송법에서 비밀보호를 위한 열람제한 규정을 신설한 것처럼 영업비밀의 경우에도 소송당사자에게 한정하여 소송기록의 열람을 제한하는 입법적인 개선이 필요하다. 이와 함께 열람제한규정을 위반한 행위와 복제 등의 행위에 대한 처벌규정을 마련하여 실효성을 높일 필요가 있다.

오늘날 기술혁신의 진전에 따라 영업비밀은 기업과 국가경쟁력의 귀중한 원천이 되고 있다. 특히 우리나라는 세계 최고의 수준이라고 평가되고 있는 IT분야를 중심으로 기술유출사건 등이 지속적으로 발생되어 왔다. 이러한 첨단기술의 외국에의 유출은 그 피해액이 수백억 또는 수천억에 이른다는 점에서 기술을 보유한 기업의 생존과 직결되는 것이며, 또한 무한경쟁시대에서 지식정보의 우위를 빼앗길 수 있다는 점에서 국가차원에서의 적극적이고 실효적인 대처가 필요하다.

무엇보다 지식과학의 발전과 이에 따라 새롭게 나타나는 문제점에 보조를 맞추는 법적 정비는 필수불가결하다.

참고문헌

〈국내 문헌〉

- 한국상공회의소, 국제 산업스파이사례와 산업스파이방지법을 제정방향, 1998.
- 특허청, 영업비밀보호 가이드북, 특허청 산업재산보호과, 2004.
- 김정덕, “영업비밀의 보호법제에 관한 연구: WTO/TRIPs 협정의 국내이행을 중심으로”, 경기대학교 대학원 박사학위논문, 2009.
- 김효신, “부정경쟁방지법상 영업비밀의 개념”, IT와 법연구, 제2권(2007).
- 박광민·윤해성, “부정경쟁방지법상 영업비밀 개념의 검토”, 성균관법학, 제18권 제1호(2006).
- 육소영, “산업스파이에 대한 법적 고찰 - 미국의 산업스파이에 관한 입법을 중심으로-”, 법학연구, 제19권 제2호(2008).
- 윤선희·김지영, “재판공개로 인한 영업비밀누설의 방지에 관한 소고(I)”, 발명특허, 제245호(1996).
- 윤선희, “영업비밀에 있어서의 경영상 정보”, 창작과 권리, 제39호(2005).
- 전지연, “영업비밀의 형사법적 보호”, 형사법연구, 제20권 제4호(2008).
- 차상욱, “영업비밀의 보호-부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제3호 라.목을 중심으로-”, 산업재산권, 제23호(2007).
- 한상훈, “영업비밀의 형사법적 보호와 문제점”, 형사정책, 제12권 제2호(2000).

〈해외 문헌〉

- 經濟産業省經濟産業政策局知的財産政策室, 營業秘密管理指針, 2010.
- 田村善之, 不正競争法解説, 第2版, 2003.
- 加藤左千夫, “企業秘密の刑法的保護-日本・西ドイツの状況とその立法論的展開-(二)完”, 法政論集, 第117号(1987).
- 樫原哲也・波田也清郎, “不正競争防止法等の一部を改正する法律”, ジュリスト, 第1298号(2005).
- 經団連刑法改正小委員會, 改正刑法草案に對する意見書, 1972.
- 經濟産業省知的財産政策室・編集, 逐條解説不正競争防止法(平成15年改正版), 2003.
- 吉岡一男, “企業秘密と情報財-刑事學各論の試みのために(二)・完-”, 法學論叢, 第117卷第4号(1985).

- 藤木英雄, “産業スパイと刑事責任”, *ジュリスト*, 第428号(1969).
- 苗村博子・重富貴博, “營業秘密について(特集・不正競争防止法)”, *パテント*, 第55卷第1号(2002).
- 山口厚, “財産的情報の刑法的保護—立法論の見地から—”, *刑法雑誌*, 第30卷第1号(1989).
- 小島立, “アメリカにおける營業秘密について”, 研究報告, 日本弁理士會中央知的財産研究所, 第20号(2006).
- 松原芳博, “情報の保護”, *法學教室*, 第298号(2005).
- 矢野剛史, “知的財産基本法の制定”, *ジュリスト*, 第1242号(2003).
- 一原亞貴子, “不正競争防止法による營業秘密の刑事法的保護”, *商學研究*, 第56卷第2・3号(2005).
- 中山信弘, “情報の不正入手と刑事罰”, *自由と正義*, 第35卷第10号(1984).
- 中原裕彦, “不正競争防止法の一部を改正する法律の概要”, *NBL*, 第906号(2009).
- 茶園茂樹・小泉直樹, “アメリカ不正競争法リストイメント試譯(五)”, *民商法雑誌*, (1994).
- 千野直邦, “ドイツにおける營業秘密保護立法の動向”, *創價法學*, 第21卷(2/3)(1992).
- 土肥一史, “營業秘密侵害罪に關する不正競争防止法の改正について”, *ジュリスト*, 第1385号(2009).
- 特許廳, 先進國における模倣品流通對策法制的實態調査報告書, 國際知的財産保護フォーラム支援事業, 2004.
- 平場安治, “はしがき”, *刑法改正の研究*(1), 1972.
- 布井要太郎, “ドイツにおける企業秘密の刑法的保護について(上)”, *判例時報*, 第1835号(2003).
- Scott Mosko著, ワシントン大學ロースクール先端知的財産研究センター・高橋美奔譯, 國際知的財産紛争處理の法律相談, 青林書院, 2006.
- Adolf Lobe, *Industriespionage*, GS Bd. 102. 1933, S. 213ff.
- BGH GRUR 1955, 424, 425, RGJW 1936, 2081; 1938, 3050, OLG Stuttgart wistra 1990.
- Eberhard Schmidt, *Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verstärkten Schutzes?*, Gutachten zum 36. DJT, 1931, 119ff.

Melvin F. Jager, Trade Secrets Laws, part 2 Trade Secrets Laws of Selected States (2007).

Restatement of the Law Third, Unfair Competition(1993)

Erbs/Kohlhass-Diemer, UWG, 2004

Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, 2003.

Erbs/Kohlhass-Diemer, UWG, 2010.

Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, 2005.

Annette Marberth-Kubicki, Computer- und Internetstrafrecht, 2009

Koehler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit
Preisangabenverordnung.3. Aufl.,C.H.Beck 2007.

http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/uwg_2004/gesamt.pdf.
2011.06.07.11:45.

http://de.wikipedia.org/wiki/Gesetz_gegen_den_unlauteren_Wettbewerb,2
011.06.08.10:25.

<http://dejure.org/gesetze/UWG/17.html>,

Criminal Protection of Trade Secret by Unfair Competition Prevention Law

Park, Sang Yull

Abstract

The Unfair Competition Prevention Law forms a part of the system of competition laws, and together with the anti-monopoly law plays a part of the role of standards and rules on the conduct of business activities. At the same time, it forms a part of the intellectual property law system, and aims to control conducts running counter to the spirit of industrially and commercially fair practices, and through its control intellectual properties are reflectively protected from unfair infringements. It also aims to control by means of civil actions and to prevent by criminal punishment illegal acquisition of trade secrets having property values such as design drawings, experimental data, customer lists, etc. The law, having been amended several times from the overall amendment of 1993 to the amended law of 2003, has come to occupy an increasingly important position in the intellectual property law system, and the number of law suits relating to the law is increasing. The research on the overview of the latest Unfair Competition Prevention Law and the trade secrets of infringements of intellectual property right based on the same law.

Keywords

Unfair Competition Prevention Law, Unfair Competition, trade secrets, Intellectual property right, Industrial Spy