
영업비밀 침해로 인한 국제소송에 관한 검토 — 준거법 문제를 중심으로 —

조 영 선*

- I. 논의의 필요성과 문제 제기
- II. 영업비밀을 지적재산으로 파악할 것
인가
 - 1. 관 점
 - 2. 국제사법상 영업비밀 침해의 성질
결정

- III.涉外적 영업비밀 침해의 국제재판관
할과 준거법
 - 1. 국제재판관할
 - 2. 준거법
 - 3. 공서규정
- IV. 정리와 결론

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

초 록

이 글은 섭외적 영업비밀 침해사건의 준거법 결정문제를 포함한 국제사법적 쟁점에 대해 다룬다. 국제사법상 영업비밀을 지적재산권으로 보면 국제사법 제24조가 적용되어 침해지가 준거법이 된다. 그렇게 보지 않으면 일반 불법행위로 취급되어 국제사법 제32조가 적용된다. 실질법이 영업비밀을 지적재산으로 파악하여 보호하는 것과는 별개로, 적어도 국제사법적 측면에서는 영업비밀은 지적재산권으로 다루지 않는 것이 합당하다. 영업비밀은 보호의 방식에서 특허, 저작권 등 전통적 지적재산권과 다르고, 국제사법 제24조에 따라 침해지라는 단일의 연결점을 택해서는 섭외적 침해 문제를 합리적으로 해결하기 곤란하기 때문이다. 섭외적 영업비밀 침해는 동일한 영업비밀에 대한 침해행위지가 일련하여 복수로 존재하는 경우, 편재적(遍在的) 침해가 발생하는 경우, 영업비밀 침해에 공동불법행위가 개재되는 경우처럼 특수한 유형이 많으므로 최밀접 관련지를 연결점으로 삼아 적절한 준거법을 발견하는 노력이 필요하다. 아울러 그 과정에서 영업비밀 보유자의 주된 영업소 소재지가 결과발생지로서 중요한 역할을 할 수 있다. 이런 작업의 과정에서 국제사법 제32조, 제33조, 제8조 등 불법행위의 준거법 규정이 유용하고 보다 적절한 역할을 담당한다. 미국법의 3배 배상이 공서규정(제32조 제4항)에 저촉되는지를 판단함에 있어서는, 우리 부정경쟁방지법도 악의의 영업비밀 침해행위에 대해 3배 배상제도의 도입을 시도하고 있다는 점을 유념하여 과거와는 다른 접근을 할 필요가 있다.

주제어

영업비밀, 침해, 지적재산권, 준거법, 국제재판관할, 행위지, 침해지

I. 논의의 필요성과 문제 제기

영업비밀은 정보로서의 속성을 가지며, 상황에 따라 어느 국가에서든 누설·공개·사용될 수 있기 때문에 섭외적 침해분쟁의 대상이 될 가능성 역시 매우 높다. 이는 다국적 기업이 흔하고, 기업 간·국가 간 경쟁에서 영업비밀이 차지하는 비중이 매우 높아져 가는 현실과도 밀접하게 관계된다. 우리나라에는, 그동안 저작·특허·상표·디자인 등 ‘지적재산권’ 분쟁에 대한 국제재판관할이나 준거법 등에 관한 연구와 검토가 풍부히 이루어져 비교적 많은 문헌들이 집적되어 있는 데 비하면 영업비밀 침해에 관한 국제사법적 쟁점을 검토한 선행연구는 드문 편이다.¹⁾ 섭외적 요소를 가진 영업비밀 침해 사건들이 제소되었던 예들이 보이지만, 준거법 문제는 별도로 언급되지 않거나 사건 자체가 화해로 종결되는 등의 이유로 법리상 참고할 점을 찾기는 어렵고, 그 밖에 국제적 영업비밀 침해사건에서 준거법 등 문제가 정면으로 다루어진 판례나 하급심 판결은 발견되지 않는다. 이 글은 영업비밀 침해에 섭외적 요소가 존재하는 경우 준거법 결정이나 국제재판 관할 등 문제가 될 수 있는 논점들을 검토하고 나름의 근거와 방향성을 제시해 보는 데 목적이 있다. 특히 국제사법상, 영업비밀을 지적재산권의 일종으로 파악할지 여부에 따라 규정의 적용체계가 달라지는 등 중대한 차이가 생겨나기 때문에 이에 대한 자세한 검토가 선행되어야 한다. 논의의 전개를 위해, 섭외적 요소를 가지는 영업비밀 침해의 대표적 예들을 실제사건을 기초로 아래와 같이 상정한 뒤, 관련 쟁점의 검토를 거쳐 본문의 상응하는 부분에서 해법을 언급해 보기로 한다.

[설례 1] A국에서 乙이 甲의 영업비밀(X)이 담긴 자료들을 무단 반출한 뒤 B국에 건너가 丙 회사로부터 대가를 받고 X를 누설하였고, 丙은 이를

1) 이에 대한 자료로는 각주 34, 35의 문헌 등이 있다. 이에 대한 논평은 뒤에서 다룬다.

이용해 제품을 생산, 판매하였다.²⁾

[설례 1-1] A국 회사 甲이 乙 회사가 A국에서 甲의 영업비밀을 침해하였다고 주장하면서 A국에서 침해소송을 제기하자 乙회사는 자국인 B국에서 甲을 피고로 ‘채무부존재 확인’의 소송을 제기하였다.³⁾

[설례 2] A국 회사 甲은 乙과 적법한 기술계약에 기해 영업비밀(X)을 제공하였다. 乙은 계약을 어기고 B국 회사 丙에게 X를 누설하였고 丙은 X를 이용한 제품을 B국에서 생산하여 B국에서는 물론 C국에도 수출하여 판매하였다.⁴⁾

2) 대고등법원 2010.4.9. 선고 2008나8141 판결의 사안이 이런 예이다. 포항제철의 일부 직원들이 퇴사하면서 ‘방향성 전기강판 제조기술’에 대한 영업비밀이 담긴 자료를 가지고 나온 뒤, 중국 상하이에서 중국회사에 고액을 받고 건네준 사례이다. 이 사건에서 법원은 준거법 결정에 대한 별도의 검토는 없이 우리나라 부정경쟁방지법을 적용하고 있다.

3) 일본의 신일본제철 주식회사는 우리나라의 포스코가 전기강판 제조기술에 대한 영업비밀을 침해하였음을 이유로 2012.4. 동경지방법원에 1,000억 엔 가량의 손해배상 및 금지청구 소를 제기하였다. 포스코는 그에 대응하여 같은 해 7. 대구지방법원에 신일본제철을 상대로 채무부존재확인 소를 제기하였으며, 양 회사는 위 채무부존재확인 소에서 포스코가 신일본제철에 약 3,000억 원을 지급하는 내용으로 화해하였다(송진현, 「포스코 신일철주금에 합의금 3000억 지급」, 한스경제, 2015.9.30자). 한편, 이처럼 외국에서 영업비밀 침해로 제소된 기업이 자국에서 대상 회사를 피고로 ‘채무부존재확인 소’를 제기한 예는 일본에서도 발견된다. 東京地裁 平成3年 9月 24日 判決(判例時報 1429号 80頁) 사건이 대표적 예인데, 이 사건에서 미국회사 A는 일본회사 B를 상대로 영업비밀 침해를 이유로 한 금지 및 손해배상 청구소송을 미국에서 제기하였다. 내용인 즉, B가 A의 전 종업원 A'와 계약에 근거하여 A의 영업비밀을 넘겨받은 바 있는데, A'의 위와 같은 행위는 A와의 관계에서 비밀유지약정을 어긴 것이고 B 또한 그 사정을 잘 알고 있었으므로 B가 A의 영업비밀 침해자라는 것이었다. 이에 대응하여 B는 동경지방법원에 A를 상대로 채무부존재확인 소를 제기하면서 B가 A'와의 계약을 통해 영업비밀을 넘겨받은 곳이 일본이므로 일본 국제사법의 불법행위 준거법 규정에 따라 원인사실이 발생한 일본법이 준거법이라고 주장하였다.

4) 2014년 일본 반도체 회사 도시바(東芝)의 기술파트너 회사가 도시바와의 기술계약을 통해 제공받은 플래시 낸드 메모리 기술(영업비밀)을 무단으로 한국의 SK 하이닉스에 누설하고, SK 하이닉스가 이를 이용해 반도체 제품을 제조, 판매하였다는 이유로 일본에서 위 기술파트너 회사와 함께 영업비밀 침해로 제소되었던 사건이 그 예이다. 이 사건에서 SK 하이닉스는 약 3300억 원을 도시바에 지불하기로 하고 화해한 바 있다(Nikkei, “SK Hynix to pay Toshiba \$278M in flash memory suit”, Nikkei Asian Review, <<http://asia.nikkei.com/Business/Deals/SK-Hynix-to-pay-Toshiba-278M-in-flash-memory-suit>>, 검색일: 2017.4.20).

[사례 3] A국 회사 甲의 발명에 관한 영업비밀을 乙이 입수한 뒤 B국에서 국 제특허출원하고 그 내용이 공보를 통해 공개되었다.⁵⁾

II. 영업비밀을 지적재산으로 파악할 것인가

1. 관 점

생각건대 이 문제는 실질법의 관점과 국제사법적 관점을 구분해야 한다.

(1) 실질법의 관점

우리 법은 영업비밀을 “공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보”라고 정의한다(부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률⁶⁾ 제2조 제2호). 한편, 지식재산기본법 제3조 제1호는 “지식재산이란 인간의 창조적 활동 또는 경험 등에 의하여 창출되거나 발견된 지식·정보·기술, 사상이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시, 생물의 품종이나 유전자원, 그 밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것을 말한다”고 한다.⁷⁾ 지식재산기본법이 영업비밀

5) 영업비밀의 입수경위는 해킹을 포함한 산업스파이 행위나 비밀취급 종업원을 통하는 것 외에도, 합작투자나 공동개발을 전제 또는 미끼로 한 접촉과 유출 등 다양하며, 입수한 타인의 영업비밀을 그대로 혹은 변형·개량하여 제3국에서 특허출원하는 일은 어렵지 않게 상정할 수 있다.

6) 이하 ‘부정경쟁방지법’이라고 약칭한다.

7) 입법 이력에 의하면 2009.11.4. 최초 발의되었던 지식재산기본법 안에는 지식재산의 정의규정에 발명, 디자인, 저작물, 식물신품종, 반도체집적회로, 상표·상호 등과 아울러 “영업비밀”이 열거되어 있었다. 그러나 그 뒤 2010.8.4. 발의된 정부안은 “영업비밀”을 삭제하는 대신 지식재산의 포괄적 정의 문구를 손질하였다. 그 내용은 그대로 제정법으로 이어져 현재에 이르고 있다(지식재산기본법의 발의와 제정경위에 관한 국회의안정보, 〈http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_U0G9C1D1C0J4G1J7W1D4V0F4P4V4W8〉 및 〈http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=ARC_P1R0M0X8C0H4C1E7Z0Q7B4D0P2E9D1〉 각 검색일: 2017.4.30).

을 명시적으로 지식재산으로 열거하고 있지는 않지만, 영업비밀을 “인간의 창조적 활동 또는 경험 등에 의하여 창출되거나 발견된 무형의 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것”으로 보아도 무방할 것이다. WIPO 설립조약(1967) Article 2(viii)는 지적재산을 “인간의 지적활동을 통해 얻어진 산업, 과학, 문학, 예술 분야에서의 결과물 일체”라고 정의하는 한편 그 보호의 대상으로 발명, 저작물, 디자인 등을 예시하면서 그 밖에 “부정경쟁으로부터 보호할 필요가 있는 인간의 정신활동의 결과물”을 아울러 들고 있다. 일본의 지적재산기본법 제2조 제1항은 지적재산의 정의에 “발명, 고안, 식물의 신품종, 디자인, 저작물 … 상표, 상호 … 영업비밀 그 밖에 사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상 정보”라고 하여 아예 영업비밀을 명문으로 포함시키고 있다. 이처럼 적어도 실질법의 관점에서는 인간의 창조적 활동이나 경험을 통해 획득한 무형의 결과물인 영업비밀을 지적재산의 하나로 파악할 수도 있을 것이며, 이는 실질법의 정책적 판단문제에 가깝다.

(2) 국제사법의 관점

그러나 이처럼 실질법이 인간의 다양한 정신적 창조활동을 장려하거나 지식·정보 등 무형의 재산적 가치를 보호한다는 정책적 목적에 따라, 또는 입법기술상 필요에 따라 영업비밀을 지적재산으로 포섭한다고 해서, 국제사법의 관점에도 필연적으로 영업비밀을 나머지 지적재산들과 동일하게 취급해야 것은 아니다. 영업비밀의 섭외적 침해에 대해서는 어디까지나 국제사법 고유의 시각에서 그 특성에 가장 부합하고 권리자 보호에 효과적인 규범을 찾아내는 해석론이 필요하며, 영업비밀은 그 성질이나 침해와 관련하여 나머지 지적재산권들과 구별되는 다양한 특징을 가진다는 점 역시 고려되어야 한다. 결국 이는 아래와 같이 영업비밀 침해행위에 대한 성질결정 문제와 연관된다.

2. 국제사법상 영업비밀 침해의 성질결정

우리 국제사법은 지적재산권 보호에 관하여 침해지법을 준거법으로 한다

는 별도의 규정을 두고 있다(제24조). 지적재산권 침해는 본디 불법행위로서의 성질을 가지지만 제24조는 지적재산권에 적용되는 속지주의 및 보호국법주의를 감안한 특별규정으로서 일반적인 불법행위 준거법에 관한 국제사법 제32조에 우선하여 적용되어야 한다고 보는 것이 일반적이다.⁸⁾ 국내의 학설들은 이처럼 국제사법 제24조는 제32조에 대한 특칙이어서 제32조의 적용은 배제되며 지적재산권 침해에는 통상의 불법행위와 달리 행위지법이 아닌 침해지법이 적용된다고 하면서도, 준거법의 사후합의와 종속적 연결 규정은 제24조 아래서도 적용이 가능하리라고 하거나,⁹⁾ 준거법의 사후합의를 침해의 인정여부에는 인정하지 않고 그 구제방법에 대해서는 인정할 수도 있다고 하거나,¹⁰⁾ 지적재산권 침해로 인한 손해배상에 공서에 관한 국제사법 제32조 제4항은 적용될 수 있다고 한다.¹¹⁾ 이런 상황에 비추어, 국제사법 적용의 맥락에서 영업비밀을 지적재산권의 일종으로 파악할 것인지 여부는 법률관계의 성질결정에 중요한 의미를 가진다. 이를 지적재산권으로 파악하면 국제사법 제24조가 적용되어 침해지법이 준거법이 되고,¹²⁾ 지적재산권으로 파악하지 않으면 불법행위에 대한 국제사법 제32조가 적용되어 원칙상 행위지법이 준거법이 될 것이며(제32조 제1항), 자연스럽게 준거법의 사후 합의(제33조)나 종속적 연결(제32조 제3항) 등 불법행위 준거법 결정의 특칙도 적용이 보장되기 때문이다.¹³⁾

8) 석광현, 『국제사법해설』, 박영사, 2013, 280, 282면; 강영수, “상표권 속지주의 원칙과 국제적 상표권 침해에 있어서의 준거법”, 한국정보법학회(편), 정보법관례백선(1), 박영사, 2006, 340면; 김인호, “국제지식재산권 침해에 대한 보호국법의 적용과 그 한계”, 『인권과 정의』, 통권 제429호(2012), 96면(위 논문 각주13에는 그와 같이 보는 국내외의 여러 견해들이 열거되어 있다); 안춘수, “국제지식재산권법의 몇 가지 기초적 관점에 관하여”, 『법학연구』, 제26권 제1호(2016), 165면 등.

9) 안춘수, 앞의 논문 165-166면.

10) 김인호, 앞의 논문, 111면.

11) 석광현, 앞의 책, 286면.

12) 그러나 이 경우에도, 등록이나 권리부여의 절차나 개념이 따로 없는 영업비밀 침해의 경우 과연 어디를 ‘침해지’라고 볼 것인가의 문제는 여전히 남는다. 상세는 뒤에서 다룬다.

13) 드문 일이겠지만 영업비밀이 저작물이나 데이터베이스의 형태를 띠는 등 전통적인 지적재산권과 중복되는 일도 일어날 수 있다. 이런 형태의 영업비밀이 침해되는 경우, 국제

영업비밀의 침해의 국제사법상 성질결정과 관련하여, 이를 지적재산권 침해로 보는 대표적 시각과 일반 불법행위로 보는 대표적인 시각은 다음과 같다.

(1) 영업비밀을 지적재산으로 파악하는 시각

예컨대, 미국 법률협회(American Law Institute: ALI)가 성안하여 2007년 발표한 국제사법규범안인 “Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes”(이하 ‘ALI 모델’이라고 한다) §102 (1)¹⁴⁾은 위 모델의 적용대상을 “저작권, 저작인접권, 특허, 영업비밀, 상표, 지리적 표시 기타 지적재산권 및 이런 권리들과 관련되는 계약”으로 정의하여 영업비밀을 지적재산권의 한 유형으로 포섭하고 있다. 또한 ALI 모델 §301 (2)는 부정경쟁행위로 인한 계약 외 채무의 준거법은 “직접적이며 실질적인 손해가 발생하거나 발생할 위험이 있는 국가의 법”이라고 하는 한편, 그 해설은 그러한 예로 “영업비밀이 침해된 경우”를 들고 있다.¹⁵⁾

또 한국과 일본의 국제사법 전문가들이 2011년 성안·발표한 “지적재산권의 국제사법 원칙”¹⁶⁾ 제102조 제1항은 “지식재산이란, 발명, 실용신안, 식물의 신품종, 디자인, 저작물 그 밖에 인간의 창조적 활동에 의해 만들어지는 것, 상표·상호 그 외 사업활동에 이용되는 상품 또는 역무를 표시하는 것 및 이들과 유사한 무체재산을 말한다”고 하는 한편, 여기서 열거된 산업재산권의 유형들은 예시일 뿐이고 지적재산이란 이런 배타적 권리에 한하지 않으며, 널리 인간의 지적활동에 의해 발생하는 무체재산을 가리키는 것이므로 영업비밀도 여기에 포함된다고 한다.¹⁷⁾

사법 제24조가 제32조의 특칙이라는 이유로 제24조만이 적용된다고 하는 것은 오히려 구체적 분쟁해결에 부적합하거나 당사자의 이익에 반할 수도 있다. 따라서 이때는 규정의 경합을 인정하여 이를 ‘선택적으로’ 원용하거나 적용할 수 있다고 봄이 상당하다.

14) American Law Institute, “Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes”, WIPO lex, <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198077>, 검색일: 2017.4.20.

15) American Law Institute, “Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes”, WIPO lex, <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198092>, 검색일: 2017.4.20.

16) 이하 ‘한일 공동제안’이라고 약칭한다.

(2) 영업비밀을 지적재산으로 파악하지 않는 시각

예컨대, 지적재산의 국제사법에 관한 유럽 막스플랑크 그룹이 2011년 발표한 “지적재산권의 국제사법 원칙(European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property)”¹⁸⁾ Article 1: 101 (2)는 “이 원칙이 적용되는 지적재산권이라 함은, 저작권, 저작인접권, 특허, 상표, 디자인 기타 배타적 권리를 말한다”고 하여 그 적용대상을 배타성을 가지는 저작권과 산업재산권에 한정하고 있다. 또 유럽연합은 2007. 계약 외 채무의 준거법에 관한 EC 규칙(EC No 864/2007: Rome II)으로 불법행위에 관한 준거법을 통일하였는데, Rome II는 영업비밀 침해에는 불법행위에 관한 규정을 적용하는 반면, 지적재산권에 대해서는 별도의 규정을 두어 보호국법 주의를 취하고 있다(제8조 제1항). 아울러 여기서의 ‘지적재산권’은 저작권, 저작인접권, 데이터 베이스의 보호를 위한 독자적 권리와 산업재산권을 뜻하는 것으로 규정되어 있다(전문 제26조).

(3) 비교법적 검토

이 문제에 대한 각국의 논의를 일별하면 다음과 같다.

1) 일 본

영업비밀 침해의 성질결정과 관련하여 과거에는 부정경쟁행위로서의 성질을 중시하여 시장지법을 연결점으로 하는 입장도 있었으나,¹⁹⁾ 근래에 들어서서는 불법행위로 성질결정 하는 것이 다수설이자²⁰⁾ 재판실무이다.²¹⁾ 일

17) “知的財産權에 관한 國際私法原則(韓日共同提案)”, 『국제사법연구』, 제17호(2011), 536-539면; 이규호, “국제지적재산소송원칙의 개요와 활용방안에 대한 연구”, 『지식재산연구』, 제9권 제1호(2014), 129면.

18) 이하 ‘CLIP 모델’이라고 약칭한다.

19) 三井哲夫, “日本法人が米国法人の営業秘密を侵害したとの事案で, 違法(侵害)行為の重要部分が本邦でされた事を理由に不法行為乃至不当利得の準拠法を日本法とした事例”, 『判例時報』, 第1445号(1993), 206면; 岡本善八, “ノウ・ハウ侵害の準拠法”, 『特許管理』, 第44卷 第2号(1994), 159면 등.

20) 이를 다수 견해라고 소개하는 문헌으로, 横溝 大, “抵触法における不正競争行為の取扱い—サンゴ砂事件判決を契機として”, 『知的財産法政策学研究』, 第12号(2006), 200면.

21) 東京地裁 平3年 9.24. 昭和60年(ワ)第15593号; 最高裁 平26年 4.24. 平成23年(受)第

본의 국제사법인 “通則法”은 지적재산권 침해의 준거법을 침해지법으로 정하고 있는 우리나라와 달리, 그에 관한 규정을 별도로 두지 않고 있다. 일본 최고재판소는 특허권 침해와 관련하여, 손해배상청구에는 불법행위의 준거법을 적용하면서도 금지청구는 조리를 근거로 속지주의를 반영한 등록지법이 준거법이라고 한다.²²⁾ 그러나 영업비밀 침해에 대해서는 이와 달리 손해배상과 금지청구 모두 불법행위의 준거법에 따르는 것이다.²³⁾ 통설 역시 부정경쟁행위의 유형 가운데 산업스파이나 노하우 침해 등과 같이 개인적 법익침해 형태를 띠는 경우에는 일반불법행위의 준거법 결정 기준에 따름이 상당하다고 한다.²⁴⁾

2) 미 국

미국은 보통법(Common Law) 아래에서 전통적으로 영업비밀 침해를 불법행위의 한 유형으로 다루어 오고 있다.²⁵⁾ 미국에서 불법행위에 대한 저축 규범은 사안별로 법관에 의한 재량을 강하게 인정하는 방향으로 발전되어 왔고, 1971년 Restatement II는 결과발생지, 행위지, 당사자의 주소·국적·영업소 소재지 등을 고려요소로 하여 법관이 각기 사안에서 가장 합당한 준거법을 정할 수 있는 것으로 하고 있다.²⁶⁾ 이런 유연한 태도는 영업비밀 침해로 인한 섭외적 준거법 결정에 있어서도 그대로 적용되고 있다.²⁷⁾²⁸⁾

1781号.

22) 最高裁 平14年 9.26. 平成12年(受) 第580号.

23) 最高裁 平26年 4.24. 平成23年(受) 第1781号.

24) 櫻田嘉章=道垣内正人, 『注釋國際私法』, 第1卷, 有斐閣, 2011, 450면.

25) Restatement of Torts, §757, §758; Yeh, Brian T., “Protection of Trade Secrets: Overview of Current Law and Legislation”, *Congressional Research Service*, R43714 (2016), p.5.

26) Restatement II Conflict of Law §145.

27) 미국의 이런 태도는 준거법 결정에 관해 예측가능성과 가치중립성을 중시하는 대륙법계 국가들과 마찰을 빚기도 하였는데, 그것이 Rome II가 불법행위 준거법 결정과 관련하여 각 행위 유형별로 개별 준거법을 정하거나, 최밀접 관련을 가지는 국가의 법을 준거법으로 하는 규정들을 명문화한 이유가 되었다고 한다(櫻田嘉章=道垣内正人, 앞의 책, 438면).

28) 한편, 미국의 대다수 주(州)가 영업비밀보호법(Uniform Trade Secret Act) 모델을 채택하게 됨에 따라(2013년 현재 47개 주), 과거에 비해 적어도 미국 내 소송에서 준거법 다툼의 동기는 크게 줄어들게 되었다아울러, 이것이 종래 연방 영업비밀보호법의 제정을

3) 유 럽

유럽연합은 2016.5. 영업비밀보호에 관한 입법지침(Directive on the Protection of Trade Secrets)을 채택하였다. 이는 회원국 간 영업비밀보호의 규율에 대한 통일 기준을 제시한 것이지만, 위 지침은 영업비밀 침해소송에서 준거법에 관해서는 규정하지 않고 종전의 규범이 그대로 적용됨을 천명하고 있다[전문 (37)]. 따라서 영업비밀 침해는 불법행위의 일종으로서 Rome II의 준거법 결정기준에 따르게 된다. 불법행위 준거법에 관한 Rome II의 주요 내용은, ① 불법행위지(결과발생지) 원칙(제4조 제1항)²⁹⁾ ② 당사자의 공통 상거소지법 우선(제4조 제2항),³⁰⁾ ③ 제4조 제1, 2항에도 불구하고 그 밖에 당해 불법행위와 명백히 밀접한 관련이 있는 나라가 있는 경우에는 그 나라의 법을 준거법으로 하는 것,³¹⁾ ④ 계약상 의무위반이 불법행위를 구성하는 경우에는 계약관계의 준거법을 따르는 것(제4조 제3항)³²⁾ ⑤ 당사자가 합의로 준거법 결정이 가능하며, 그것이 준거법 결정에서 최우선 효를 가지는 것(제4조 제1항)³³⁾ 등이 있다. 아울러, Rome II는 개별적 불법행위 유형에 대한 준거법 원칙에 대해서도 규정하고 있는데, 그 가운데 부정경쟁행위에 관한 내용을 살펴보면, ① 시장의 거래질서에 관한 부정경쟁행위의 준거법은 경쟁에 관한 소비자의 집단적 이익이 영향을 받는 나라의 법을 준거법으로 하고(제6조 제1항), ② 특정 경쟁자의 이익에 관한 부정경쟁행위에 대해서는 통상 불법행위에 관한 규정을 적용하며(제6조 제2항: 그 결과 제4조 제1 내지 3항이 적용됨), ③ 경쟁제한행위로 인한 손해에 대하여는 시장지법을 준거법으로 하는 것(제6조 제3항 a호) 등이다. 영업비밀 침해는 특정 경쟁자의 이익에 관한 부정경쟁행위에 해당하므로 ② 기준에 따라 준거법이 결정되는 일이 많을 것이다.

요구하는 한 이유였다는 설명으로는, Almeling, David S., “Four Reasons to Enact a Federal Trade Secrets Act”, *FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J.*, Vol.19 (2009), p.781.

29) 행위지법을 원칙으로 하는 우리 국제사법 제32조 제1항과 대조된다.

30) 우리 국제사법 제32조 제2항과 유사하다.

31) 우리 국제사법 제8조의 적용을 통해 유사한 결과를 얻을 수 있다.

32) 우리 국제사법 제32조 제3항과 유사하다.

33) 우리 국제사법 제33조와 유사하다.

4) 우리나라

앞서 언급한 대로 영업비밀 침해에 대한 국제사법적 쟁점을 다룬 국내 문헌은 많지 않으며, ① 영업비밀이 다른 지식재산권과 밀접한 관련이 있는 경우가 많아 단일의 준거법을 택해 처리하는 것이 합리적이므로 영업비밀 침해행위는 불법행위보다 지식재산권 침해로 성질결정 하여 국제사법 제24조를 적용함이 타당하다는 견해,³⁴⁾ ② 물건의 제조방법 등 영업비밀이 적힌 연구노트, 장부, 설계도, 고객명부 등 저작물이기도 한 영업비밀은 저작권과의 중복보호가 부여되므로 국제사법 제24조와 제32조 중 당사자가 선택하는 조항이, 나머지 유형의 영업비밀에 대하여는 제32조가 각 준거법 결정 기준이 되어야 한다고 하면서 그 근거를 지식재산기본법이 영업비밀을 지식재산권에는 포함시키지 않음에서 찾는 견해³⁵⁾ 등이 발견된다.

5) 검토

생각건대, 영업비밀은 적어도 국제사법상으로는 지식재산권으로 취급하지 않아야 하고 그 침해는 일반 불법행위로 성질결정 하여 국제사법 제24조가 아닌, 제32조를 적용하는 것이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 특허, 상표, 저작권 등 지식재산권과 영업비밀은 보호와 관련하여 성질이 서로 다르다. 전자의 지식재산권들은 물권적 권리로서 그 구체적 내용이 부여국의 법에 의해 정해진다. 예컨대 우리나라에서, 특허권자는 물건 발명의 경우, 생산·사용·양도·대여·수입·양도나 대여의 청약의 권능을, 저작권자는 재산권으로서 복제·공연·공중송신·전시·배포·대여·2차적 저작물 작성의 권리를 각 부여받는다. 이것들은 제3자가 임의로 할 수 없는 금지의 목록이기도 하지만, 동시에 특허권자나 저작권자는 위 각 행위들을 수행하거나 제3자에게 허락할 수 있는 능동적 권리를 갖게 되는 것이다. 반면에 영업비밀의 보호는 이와 달리, 일정한 요건을 갖춘 정보를 타인이 허락 없이 취득하거나 공개하거나 사용하지 못하도록 금지하는 ‘행위통

34) 최정열·이규호, 『부정경쟁방지법』, 제2판, 진원사, 2017, 509면.

35) 최종모, “영업비밀의 지식재산권 해당 여부에 따른 국제사법적 쟁점에 대한 고찰”, IP 소액연구사업 보고서, 한국지식재산연구원, 2016, 15, 33-35면.

제’를 통해 반사적·수동적으로만 달성될 뿐, 법이 영업비밀의 이용권, 양도권, 복제권 등을 별도로 보장하고 있는 것이 아니다.³⁶⁾

둘째, 속지주의 원칙과 관련해서도 차이점이 있다. 국제사법 제24조는 지적재산권 보호는 그 권리를 부여한 나라의 법을 준거법으로 한다는 ‘보호국법 주의’ 내지 ‘속지주의’를 천명하고 있다.³⁸⁾ 이는 특허, 디자인, 상표 등과 같이 각국이 영토주권 내에서 심사와 등록을 거쳐 권리를 부여하는 산업재산권이나, 베른협약의 무방식주의에 따라 속지적 권리를 부여받는 저작권³⁹⁾에는 잘 들어맞지만, 적극적으로 권리를 부여하는 대신 금지규범으로 이루어진 영업비밀 보호의 패러다임은 보호국법 주의와 어울리지 않는다. 특허, 상표, 디자인이나 저작권은 당해 권리를 부여한 나라에만 그 권리가 존재하는 속성으로 인해 금지되는 행위가 벌어진 나라가 곧 침해지(결과발생지)인 반면,⁴⁰⁾ 영업비밀 침해는 예컨대 우리나라에서 유지 중인 영업비밀이 국내에서 부당 취득되어 중국에서 공개되고 일본에서 사용되는 등, 침해행위나 결과발생이 여러 나라에서 벌어질 수도 있다.

셋째, 영업비밀 침해는 본래 부정경쟁행위의 성질을 가지는 불법행위로서, i) 행위지나 결과발생지 등이 복수의 연결점으로 존재하거나 경우에 따라 시장에 영향을 미친 나라의 법이 중요한 연결점이 되는 일도 생길 수 있

36) 발명, 상품의 표지, 저작물 자체가 권리가 아니듯이 영업비밀 그 자체는 권리가 아니다. 그런 대상들에 법이 어떠한 내용과 방법으로 보호를 부여하는지에 따라 비로소 권리로 완성된다고 볼 것이다.

37) 일본에도 영업비밀 침해를 불법행위로 파악하는 근거로서, 특허권과 달리 영업비밀은 정보자체가 권리로 파악되는 것이 아니라 정보를 보유하고 있는 자의 비밀관리를 깨고 부정하게 정보를 취득·개시·사용하는 행위에 주목하는 것이기 때문이라고 설명하는 예가 있다(渡辺惺之, “斷想 營業秘密技術の國際的侵害と裁判管轄”, 『日本知財學會誌』, 第9卷 第1号(2012) 51면).

38) 석광현, 앞의 책, 277-278면. 한편, 지적재산권의 속지성으로부터 보호국법주의가 바로 도출될 수 있는지에 대하여 견해 대립이 있으나, 긍정하는 것이 다수이다(안춘수, 앞의 논문, 150면).

39) 보호국법주의를 천명하고 있는 베른협약이 독자적으로 저촉규범의 성질을 가지는지에 대해서도 견해의 대립이 있다. 그러나 결과적으로 우리나라에서 저작권이 국제사법 제24조에 따라 보호국법주의가 적용되는 지적재산권이라는 데는 대체로 이견이 없다(이논의에 대한 상세는, 안춘수, 앞의 논문, 159-163면).

40) 석광현, 앞의 책, 280면 각주10; 같은 취지의 설명으로, 강영수, 앞의 논문, 339면.

고, ii) 영업비밀 침해는 그 누설이나 공개가 종업원 또는 상대방의 계약 위반을 수반하는 경우가 많아 종속적 연결점이 대두되는 일이 흔하며, iii) 단일한 행위를 계기로 영업비밀의 후속 침해가 복수 국가에서 동시다발적으로 이어지는 이른바 편재적(遍在的) 침해 상황이 빚어지는 일이 있는데 이에 대응하기 위해 준거법을 통일해야 하는 수도 있고, iv) 영업비밀 침해의 속성상 누설자, 공개자, 사용자 등 복수 주체가 침해에 관여함으로써涉外적 공동불법행위가 성립하는 일이 많다. 그런데 이상의 점들은 국제사법 제24조과 같이 침해지라는 단일의 연결점을 택하거나 속지주의라는 경직된 원칙 아래서는 해결하기가 곤란하거나 불합리하다. 이는 영업비밀 침해행위를 일관 불법행위로 성질결정 하여 다양한 연결점 선택의 가능성을 열어 둘 때 보다 합리적으로 해결이 가능하다.

넷째, 앞서 언급한 대로 영업비밀이 특허 등 다른 지식재산권과 관련 있는 경우가 허다하여 양자를 단일의 준거법으로 처리해야 하기 때문에 영업비밀 침해에 국제사법 제24조가 적용되어야 한다는 주장은⁴¹⁾ 우선 그 전제에 의문이 있다. 국제사법상 영업비밀을 지적재산권과 동일하게 다루어야 할 만큼 양자 사이의 밀접성이 강한 것은 아니며, 전통적 지적재산권 가운데 경우에 따라 영업비밀의 요건을 만족할 수 있는 것은 컴퓨터 프로그램, 출시 전의 상품 디자인, 데이터베이스 등 주로 저작권 분야에 제한적일 뿐이다. 무엇보다 특허권, 상표권, 디자인권 등 대다수 산업재산권들은 공개를 전제로 주어지는 권리이므로 이 분야에서 영업비밀이면서 지적재산권이기도 한 경우란 생각하기 어렵다. 그 밖에 제조법 등 영업비밀이 적힌 연구노트, 장부, 설계도, 고객명부 등을 예로 저작권과의 중복보호 가능성을 언급하는 예도 있지만 이런 유형의 작업들은 저작물로서의 ‘창작성’이 문제될 소지가 많고, 법이 열거하는 저작권침해 행위의 태양과 영업비밀의 침해행위 태양이 반드

41) 최정열·이규호, 앞의 책, 509면(“영업비밀 침해행위 등 부정경쟁행위를 불법행위로 성질결정 하여 국제사법 제32조를 적용하기보다는 보호국법을 준거법으로 하는 국제사법 제24조의 지식재산권의 보호규정을 적용하는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면 영업비밀의 예에서 보듯이 특허 등 다른 지식재산권과 관련이 있는 경우가 허다하고 그렇기에 이를 일률적으로 단일의 준거법으로 처리하는 것이 용이할 것이기 때문이다”).

시 일치하지 않는다는 점을 감안하면 그 가능성 역시 크지 않다 할 것이다. 따라서 이런 근거들을 들어 영업비밀 침해에 국제사법 제24조를 적용해야 한다는 주장에는 찬동하기 어렵다.

III. 섭외적 영업비밀 침해의 국제재판관할과 준거법

1. 국제재판관할

섭외적 요소가 포함된 영업비밀 침해사건에 관하여 우리나라 법원이 국제재판관할을 가지는지에 대해서는, 국제사법 제2조 소정의 국제재판관할권 판단의 일반원칙⁴²⁾에 입각하여 불법행위 소송의 재판관할 기준을 적용하면 충분하다. 국내법의 관할규정을 참작하도록 되어 있으므로, ① 보통재판적 으로서, 자연인인 피고의 주소지나 법인인 피고의 주된 사무소 또는 영업소 소재지가 한국인 경우(민사소송법 제3조, 제5조),⁴³⁾ ② 특별재판적 으로서 불법행위지인 영업비밀 침해 행위지가 한국인 경우(민사소송법 제18조 제1항)에 국제재판관할권이 성립할 수 있다. 한편 판례⁴⁴⁾는 국제재판관할의 근거가 되는 실질적 관련성이 인정되기 위해서는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하도록 요구한다.⁴⁵⁾ 이를 감안하면, 보통재판적에 실질적 관련성이 인정되기 위해서는

42) 제2조(국제재판관할) ① 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다. ② 법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.

43) 외국법인의 경우에는 한국에 있는 사무소, 영업소의 주소에 의한다(민사소송법 제5조 제2항).

44) 대법원 2005.1.27. 선고 2002다59788 판결; 대법원 2010.7.15. 선고 2010다18355 판결; 대법원 2014.5.16. 선고 2013므1196 판결; 대법원 2015.1.15. 선고 2012다4763 판결 등.

45) 이를 피고의 예측가능성, 원고의 권리구제의 현실적 필요성 및 효율성, 재판절차 진행

피고의 영업소 소재지가 한국인 것만으로는 부족하고 영업비밀의 침해가 실제로 그 영업소의 업무와 관련해 일어났어야 할 것이다.⁴⁶⁾ 관할기준으로서의 불법행위지는 행동지 또는 결과발생지 모두를 포함한다.⁴⁷⁾ 결과발생지의 경우 피고가 우리나라에서 빈번하거나 중대한 영업활동을 하거나 우리나라를 겨냥하여 의도적으로 행동하는 등 우리나라에서의 결과 발생을 합리적으로 예견할 수 있을 정도여야만 실질적 관련성이 인정된다는 입장도 있지만,⁴⁸⁾ 영업비밀 침해 사건에서는 아래 2. (4) 2) (가)에서 보는 대로 국내에 영업비밀 보유자의 주된 영업소가 있다면 우리나라를 결과발생지로 보아야 할 것이다.

소의 주관적 병합에 관한 민사소송법 제25조 제2항⁴⁹⁾ 및 그에 기초한 관련재판적이 국제재판관할에서도 인정될지에 대하여 지배적 견해는 없는 것으로 보이며, 이를 정면으로 취급한 판례 역시 발견되지 않는다. 결국 이 또한 “국제재판관할권을 판단할 때는 국내법의 관할 규정을 참작하되 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려해야 한다”는 국제사법 제2조 제2항의 적용 문제로 돌아간다 할 것이다.⁵⁰⁾ 다만, 이와 관련하여 일본 민사소송법이 소의 주관적 병합에 관한 관련재판적 인정요건으로 “소송의 목적인 권리나 의무가 수인에게 공통되거나 동일한 사실상·법률상 원인에 기한 경우”라고 하

의 효율성, 준거법, 사법자원의 적절한 배분, 판결의 집행가능성 등으로 구체화하여 검토하고 있는 문헌으로는, 이정원, “국제재판관할결정의 지도원리”, 『통상법률』, 통권 제112호(2013), 28면 이하.

46) 일본 민사소송법 제3조의3 제4호 참조; 古田啓昌, “日本の国際裁判管轄法について”, 『민사소송』, 제20권 2호(2016), 408면.

47) 김능환·민일영 공편, 『주석 민사소송법(1)』, 제7판, 한국사법행정학회, 2012, 196면 (김상준 집필부분).

48) 이성호, “사이버 知的財産權 紛爭에 관한 國際裁判管轄과 準據法”, 『저스티스』, 통권 제72호(2003), 182면; 이규호, “불법행위관련 청구에 있어 국제재판관할”, 『법조』, 통권 제621호(2008), 168면.

49) 민사소송법 제25조 제2항: 소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통되거나 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 그 여러 사람이 공동소송인(共同訴訟人)으로서 당사자가 되는 경우에는 제1항의 규정을 준용한다.

50) 국제재판관할과 관련하여 소의 주관적 병합을 인정하는 것은 피고에게 지나친 부담을 주므로 원칙적으로 인정되지 않되, 피고 중 1인의 상거소지 국가로서 다른 피고들도 그곳과 실질적 관련을 가지며, 판결의 모순을 피하기 위하여 불가피한 경우에 한해 이를 인정해야 한다는 견해로는, 이성호, 앞의 논문, 181면.

면서 국내소송과 국제소송을 구분하지 않고 있는 점(일본 민사소송법 제3조의 6, 제38조 전단)은 시사를 준다. 생각건대, 동일한 영업비밀에 대한 침해가 복수의 주체에 의해 행해지고 그중 일부 당사자에게 ① 또는 ② 요건 및 실질적 관련성이 인정되어 국제재판관할권이 성립한다면 ‘소송의 목적인 의무가 수인에게 공동된 경우’로 보아 원칙상 관련재판적을 인정해도 좋을 것이다. 섭외적 영업비밀 침해가 공모나 교사(敎唆)에 기해 이루어지는 수가 많다는 점도 이를 뒷받침하는 요소이다. 아울러 동일한 영업비밀 침해에 대하여 결과발생지가 우리나라로 동일하다면 소의 주관적 병합의 가능성은 한층 높아질 것인바, 영업비밀 침해의 결과발생지의 개념에 대해서는 아래 2. (4). 2) (가)에서 상세히 살핀다.

2. 준거법

섭외적 영업비밀 침해행위에 대한 준거법을 정함에 있어서는, 당사자 간 준거법의 사후적 합의(제33조)가 가장 우선하고, 그 다음에 종속적 연결(제32조 제3항), 공통의 속인법(제32조 제2항) 규정이 순차적으로 적용되며, 이런 특칙이 적용되지 않는 경우에 비로소 행위지 원칙(제32조 제1항)이 적용된다. 아래에서는 영업비밀 침해를 불법행위로 성질결정 하여 국제사법 제32조를 적용하는 것을 전제로, 관련 문제들을 차례로 검토한다.

(1) 준거법의 사후적 합의(제33조)

섭외적 영업비밀 침해로 인한 소송에서 준거법의 사후적 합의를 허용할지를 두고는, 영업비밀 침해처럼 부정경쟁행위를 구성하는 특수 불법행위는 공정한 경쟁질서의 유지라는 공익적 목적이 관련되므로 당사자 합의에 의한 준거법 결정을 허용하지 말아야 한다고 볼 여지도 있다. 그러나 영업비밀 침해는 그런 공익적 성격보다는 개인적 법익 침해의 성격이 훨씬 강하므로 일반 불법행위에서와 마찬가지로 준거법의 사후적 합의를 허용함이 상당할 것이다.⁵¹⁾

(2) 종속적 연결

가해자와 피해자 간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에는 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 그 법률관계의 준거법에 의한다(제32조 제3항). 이는 “준거법 결정 시 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 국가의 법에 의한다”는 국제사법 제8조의 취지를 구체화한 것으로서, 불법행위가 동시에 계약침해를 구성하는 때에는 청구권 정합이 일어나고, 이 경우 행위지법 대신 계약 준거법 소속국의 불법행위법이 준거법이 되는 것이다. 영업비밀 침해에서 계약관계의 종속적 연결이 일어나는 유형은 부정경쟁방지법 제2조 제3호 라.목에서 찾아볼 수 있다. 해당규정에 의하면, i) 종업원이나 기술의 실시권자처럼, 영업비밀을 유지해야 할 근로계약이나 거래계약 혹은 신의칙상 의무를 부담하는 자가 의무에 반하여 ii) 부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 iii) 영업비밀을 스스로 사용하거나 타인에게 공개하는 행위는 영업비밀 침해를 구성한다. 이는 계약을 통해 취득한 영업비밀을 신뢰관계에 반하여 부정 이용하는 행위이기 때문에 영업비밀 침해라는 불법행위인 동시에 계약위반 행위이기도 하다.

계약위반에 의한 영업비밀 침해의 경우, 영업비밀을 누설하거나 부당이용한 당사자에게 계약의 준거법이 적용될 때 그 누설의 상대방인 제3자에 대해서는 여전히 행위지법이 적용되어야 하는지가 문제될 수 있다. I.의 [설례 2]처럼 A국 회사 甲이 乙과 적법한 기술계약에 기해 영업비밀(X)을 제공하고 그 계약의 준거법이 A국법일 때, 乙이 계약에 따른 비밀준수 의무를 어기고 B국에서 丙에게 X를 누설한 경우가 그 예이다. 이때 甲이 乙을 상대로 한 영업비밀 침해로 인한 손해배상청구나 금지청구에 대해서는 A국법이 준거법인바, 甲이 丙을 상대로 같은 소를 제기하였다면 그 준거법이 행위지법인 B국법이 되어야 하는가? 생각건대, 丙이 乙의 계약위반을 알고도 B국에서 영업비밀을 누설시킨 것이라면 丙의 행위는 乙의 계약위반에 대한 적극적

51) 飯塚卓也, “營業秘密の國際的侵害行為に關する適用準據法”, 高林龍 外 編, 現代知的財産法講座Ⅱ, 日本評論社, 2012, 407-408면.

가담으로서 甲에 대하여 불법행위가 성립할 여지가 있다. 이는 결국 가해자(乙)와 피해자(甲) 간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의해 침해되는 경우여서 양자 간 계약의 준거법인 A국법이 丙의 행위에도 적용될 수 있다고 본다. 그 밖에 丙이 과실로 영업비밀 침해에 관여하게 된 경우에는 일반적 공동불법행위에 대한 준거법 문제가 되는데, 이는 뒤에서 따로 살펴본다.

(3) 행위지

1) 영업비밀 침해여부 판단의 준거법

영업비밀 침해는 행위지법이 준거법이 되며(제32조 제1항), 구성요건을 충족하는 행위가 일어난 곳이 행위지이다. 이를 판단하기 위해서는 어떤 행위가 영업비밀 침해에 해당하는지를 어느 나라의 법에 따라 판단할지가 먼저 정해져야 한다. ‘성질결정의 준거법’ 문제인 이에 대해서는 종래 법정지법설, 준거법설, 단계적 성질결정설, 비교법적 성질결정설, 이익분석설, 기능적 해석론 등 다양한 입장이 존재한다.⁵²⁾ 결론만 피력하자면 우리 국제사법에 사용된 체계개념이 우리나라의 실질법과 일치하는 것은 불가피하므로 기본적으로는 법정지법을 성질결정의 준거법으로 삼아야 한다고 생각된다.⁵³⁾ 다만, 그러한 체계개념은 법정지의 실질법에 엄격하게 얽매이기보다는 비교법적 상황이나 국제사법적 필요를 두루 고려하여 유연하게 운영될 필요가 있을 것이다. 결국 섭외적 영업비밀 침해 사건에서 우리나라가 법정지가 된 경우, 어떤 행위가 영업비밀 침해를 구성하여 국제사법 제32조의 적용으로 연결되는지는 일단 우리나라의 부정경쟁방지법에 규정된 영업비밀의 정의와 침해의 구성요건을 근거로 판단하되, 개별 사건에서 비교법적 상황이나 당사자의 이익교량, 기타 국제사법 자체의 목적 등을 감안하여 그 외연을 신축적으로 정함이 상당하다.

52) 이에 대한 구체적 설명과 비판으로는, 안춘수, “국제사법에 있어서의 성질결정 문제”, 『비교사법』, 통권 제25호(2004), 338-345면. 그 밖에 이른바 신법정지법설(신소송지법설)을 언급하는 문헌으로는 신창섭, 『국제사법』, 제3판, 세창출판사, 2015, 89-90면.

53) 독일의 다수설과 판례도 이런 입장을 취한다고 한다(안춘수, 각주 49 논문, 338면).

2) 행위지의 구체적 내용

이런 입장에 따르면, 섭외적 사건에서 영업비밀 침해의 행위지는 기본적으로, ① 산업스파이 등을 통해 영업비밀을 부정하게 취득하거나 그렇게 취득된 영업비밀을 사용·공개하는 행위가 일어난 곳,⁵⁴⁾ ② 부정취득이 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못한 채 그 영업비밀을 취득하거나 사용하거나 공개하는 행위가 일어난 곳,⁵⁵⁾ ③ 타인의 영업비밀을 선의로 취득한 후에 그 영업비밀에 부정취득이 개입된 사실을 알게 되거나 중대한 과실로 알지 못한 채 사용하거나 공개하는 행위가 일어난 곳,⁵⁶⁾ ④ 영업비밀을 유지해야 할 의무를 부담하는 자가 부정한 이익을 얻거나 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 영업비밀을 스스로 사용하거나 타인에게 공개한 곳,⁵⁷⁾ ⑤ 영업비밀이 부정공개된 사실 또는 영업비밀에 부정공개가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못한 채 이를 취득하거나, 사용하거나, 공개하는 행위가 일어난 곳,⁵⁸⁾ ⑥ 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀이 부정공개된 사실 또는 부정공개가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못한 채 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위가 일어난 곳⁵⁹⁾을 말한다.

(4) 최밀접 관련지 준거법

국제사법에 의해 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 나라의 법이 있는 경우 그를 준거법으로 삼게 된다(국제사법 제8조 제1항). 구체적으로 어떤 것이 ‘근소한 관련’ 내지 ‘최밀접 관련’인지는 재판실무에 맡겨져 있거니와, 최밀접 관련지

54) 부정경쟁방지법 제2조 제3호 가.목 참조.

55) 부정경쟁방지법 제2조 제3호 나.목 참조.

56) 부정경쟁방지법 제2조 제3호 다.목 참조.

57) 부정경쟁방지법 제2조 제3호 라.목 참조.

58) 부정경쟁방지법 제2조 제3호 마.목 참조. 여기서 ‘영업비밀이 부정공개된 사실을 아는 자’는 부정공개의 직접 상대방을, ‘영업비밀에 부정공개가 개입된 사실을 아는 자’는 영업비밀의 전득자(轉得者)를 의미한다[竹田 稔, 『知的財産權侵害要論 不正競業編』, 第3版(2009), 185면].

59) 부정경쟁방지법 제2조 제3호 바.목 참조.

규정이 적용될 수 있는 가장 대표적인 분야가 바로 불법행위이며 다양한 현대의 불법행위의 유형에 대응하여 섭외사건을 합리적으로 해결하기 위해 위 규정의 적절한 활용이 중요한 것으로 인식되고 있다.⁶⁰⁾

1) 섭외적 요소가 있는 영업비밀 침해의 특수성

섭외적 영업비밀 침해와 관련해서 다음과 같은 상황이 존재할 수 있다.

(가) 동일 영업비밀에 대해 침해행위자가 일련(一連)되는 등 복수로 존재하는 경우

I.의 [설례 1]처럼 A국에서 乙이 甲의 영업비밀(X)이 담긴 자료들을 무단 반출한 뒤 B국에 건너가 丙 회사로부터 대가를 받고 누설한 경우가 여기에 해당한다. 甲의 영업비밀에 대한 침해행위가 A국(취득)·B국(누설 및 사용)으로 2개국에 걸쳐 존재한다.

(나) 편재적(遍在的) 침해가 발생하는 경우

I.의 [설례 3]처럼 A국 회사 甲의 발명에 관한 영업비밀을 B국 회사 乙이 부정하게 입수한 뒤 B국에서 국제특허출원 한다면 세계 각국에 그 발명의 내용이 공개되고, 도처에서 누구라도 이를 사용할 가능성이 생기므로 단일한 침해행위로 인해 편재적 후속침해가 발생한다.

(다) 영업비밀 침해에 공동불법행위가 개재되는 경우

실제로 상당수의 영업비밀 침해행위가 이런 유형에 속한다. 영업비밀 침해는 스스로 타인의 영업비밀을 빼내어 사용하는 형태로도 발생하지만, 영업비밀을 알고 있는 종업원을 스카웃 하면서 부정한 누설을 유도하는 형태로도 많이 일어난다. 아울러 부정취득되거나 부정공개된 영업비밀임을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 영업비밀을 취득하거나 공개하거나 사용하는 행위도 침해를 구성하기 때문에, 그런 행위주체들은 상호간 공동불법행위자(고의에 의한 공모·교사·방조 혹은 적어도 중과실 공범)인 경우가 많다. 예컨대, 甲의 영업비밀 A를 乙이 일본에서 취득하고, 한국에서 丙에게 공개한 뒤, 중국에서 丁으로 하여금 사용케 한다면, 영업비밀 A에 대한 일련의 침해

60) 석광현, 앞의 책, 155면.

과정에서 乙, 丙, 丁은 甲에 대한 공동불법행위자로서 저마다의 행위를 일본·한국·중국에서 수행한 것이 된다.

2) 가능한 해결책

만약 위 설례에서 甲이 우리나라 법원에 영업비밀 침해의 소를 제기한다면 법원은 어떤 기준으로 준거법을 결정하는 것이 합당한가? 각각의 침해자에 대하여 행위지법을 별도로 적용하는 것은 동일한 영업비밀 침해에 대한 결론의 저축을 일으킬 수 있고 심리 부담이 가중되는 등 합리적 해결에 부적절하므로 ‘최밀접 준거법’을 택해 하나의 법으로 처리함이 상당하다. 그런데 경우에 따라서는 영업비밀 침해행위지 대신 영업비밀 침해로 인한 결과발생지가 최밀접 관련을 가지거나 이를 통일적 준거법으로 삼는 것이 분쟁의 일회적·합리적 해결을 위해 더 적절할 수도 있다. 따라서 영업비밀 침해의 결과발생지란 무엇을 의미하는지에 대한 논의를 살펴볼 필요가 있다. 아울러, 결과발생지는 국제재판관할의 성립과 관련하여 행동지와 함께 불법행위의 국제 재판관할권을 인정하는 기준이 되기 때문에, 그를 위해서도 개념을 분명히 해 둘 필요가 있다.

(가) 결과발생지의 점검

우리나라에는 영업비밀 침해의 결과발생지를 어떻게 파악할 것인지에 대한 논의는 발견되지 않는다. 한편, 국제사법상 불법행위 준거법이 결과발생지로 되어 있는⁶¹⁾ 일본에서는 영업비밀 침해사건의 연결점인 결과발생지에 대해 다양한 논의가 있다.

첫째, 영업비밀 침해라는 결과는 결국 비밀관리체제를 깨뜨리는 순간 발생하는 것이므로 비밀관리체제의 소재지가 곧 결과발생지라는 입장이 있다.⁶²⁾ 이에 의하면 결과발생지 판단의 가장 중요한 기준은 해당 정보의 비밀관리성 유무와 그 형태 등이 될 것이다. 그로 인해 영업비밀의 소재지가 곧

61) 通則法 17조: 불법행위로 인해 생긴 채권의 성립과 효력은 가해행위의 결과가 발생한 곳의 법으로 한다. 다만, 그 곳에서의 결과발생이 통상 예견하기 어려운 경우에는 가해행위가 이루어진 곳의 법에 의한다.

62) 飯塚卓也, 앞의 논문, 403-404면. 다만, 飯塚卓也는 이런 입론의 가능성을 제시하고 ‘ 매력적’이라고 평가하면서도 이를 따르지는 않고 있다.

결과발생지로 파악되기 쉽지만 여기서 말하는 “비밀관리체제”라든지 그를 “깨뜨린다”는 개념이 반드시 명확한 것으로는 보이지 않는다.

둘째, 영업비밀 침해행위의 유형은 취득, 공개, 사용이므로 영업비밀이 허락 없이 취득되거나 사용되거나 누설되어 영업비밀로서의 가치 상실이 발생한 장소가 곧 결과발생지라는 입장이 있다.⁶³⁾ 그러나 이에 따르면 행위지가 사실상 결과발생지에 수렴하게 되어 양자의 구별이 불가능해지는 난점이 있다.

셋째, 영업비밀의 공개나 사용에 의해 피해기업이 사업이익을 상실한 시장지(市場地)가 곧 결과발생지라는 입장⁶⁴⁾이 있다. 그러나 결과발생지는 보호되는 법익이 직접 침해된 장소(법익 침해 당시의 법익의 소재지)를 말하며, 궁극적으로 손해가 발생한 손해발생지를 의미하는 것은 아니다. 또한 이처럼 불법행위에 있어 시장지를 결과발생지로 파악하는 것은 주로 독점규제법 위반이나 시장에서의 수요자의 오인·혼동과 관련된 부정경쟁행위처럼 불법행위의 결과가 시장(市場)과 직접 연관되어 있는 경우에 문제되므로 이를 영업비밀 침해에 대한 결과발생지로 삼기에는 부적절하다.

넷째, 영업비밀은 보유기업의 영업력 내지 경쟁력을 구성하는 것이므로 그 침해의 결과는 해당 영업비밀의 부당한 개시 등으로 인해 피해를 입은 기업 자체의 소재지(주된 영업소 소재지)에서 발생하는 것이라는 입장이 있다.⁶⁵⁾ 이 견해는 또, 영업소가 복수의 국가에 존재하는 다국적 기업의 경우에는 당해 영업비밀의 내용이나 관리상황, 비밀의 구체적 유출경로 등을 고려하여 가장 밀접한 관계가 있는 예외적 연결점의 영업소의 소재지법을 준거법으로 해야 한다고도 주장한다.

생각건대, 영업비밀의 부당한 누설, 공개, 사용 등으로 인해 야기되는 직접적 손해란 정보의 보유자가 그것을 비밀로 유지함으로써 누릴 수 있었던 경쟁적 우위를 상실한 것이며 그것이 직접 침해된 법익의 실체라 할 것이다.

63) 出口耕自, “國際不正競爭の準據法”, 『日本國際經濟法學會年報』, 第23号(2014), 118면.

64) 각주 19에 거시한, 영업비밀침해 행위의 속성을 부정경쟁행위로 파악하여 시장지법이 준거법이 되어야 한다고 본 과거 일본의 견해들이 여기 속한다.

65) 飯塚卓也, 앞의 논문, 405면; 櫻田嘉章=道垣内正人, 앞의 책, 445면.

그렇다면 영업비밀 침해의 결과발생지는 그 보유자의 주된 영업소의 소재지로 파악함이 상당하다. 참고로, 계약 외 채무의 준거법에 관한 유럽협약(Rome II) 역시 영업비밀 침해처럼 전적으로 특정한 경쟁자의 이익에 영향을 미치는 유형의 부정경쟁행위는 결과발생지가 연결점이 된다고 하면서, 그의 영업소 소재지를 들고 있다.⁶⁶⁾ 아울러 판례⁶⁷⁾는, “영업비밀을 부정취득한 자는 그 취득한 영업비밀을 실제 사용하였는지 여부에 관계없이 부정취득행위 그 자체만으로 영업비밀의 경제적 가치를 손상시킴으로써 영업비밀 보유자의 영업상 이익을 침해하여 손해를 입힌 것이다”라고 하는바, 이 또한 영업비밀 침해로 인해 발생하는 손해의 개념과 그 결과발생지를 위와 같이 이해하는 하나의 근거가 될 수 있다.

(나) 설례에의 적용

우선, 1)(가)처럼 동일인이 동일한 영업비밀에 대한 침해행위를 복수의 나라에서 행한 경우에는, 행위지 가운데 결과발생지(영업비밀 보유자의 주된 영업소 소재지)이기도 한 곳을 최밀접지로 취급함이 상당할 것이다. 만약 행위지들 가운데 영업비밀 보유자의 주된 영업소 소재지가 없다면 행위지 중 영업비밀이 누설됨으로써 그 보유자의 경쟁적 이익이 손실된 정도가 큰 곳을 최밀접 관련지로 취급하면 된다.

다음, 1)(나)처럼 편재적(遍在的) 침해가 발생한 경우라면, 전체적 영업비밀 침해와 가장 밀접한 행위가 벌어진 나라(설례에서는, 甲의 영업비밀이 특허출원에 의해 국제적으로 공개된 나라인 B)를 최밀접지로 취급함이 상당할 것이다. 부당취득한 영업비밀에 기해 특허출원을 하면 출원국에서 그런 하자를 이유로 출원이나 특허등록의 유효성이 다투어지는 수가 많으며 그때 특허요건 문제는 출원국(보호국) 법이 준거법이 된다. 그런데 영업비밀 침해는 무자격자에 의한 출원이라는 특허요건 하자에 대하여 불가분의 선결문제가 되므로 이 또한 같은 곳의 법에 의해 통일적으로 판단되는 것이 합리적이기 때문이다.

66) 석광현, “계약외 채무의 준거법에 관한 유럽협약 규정(로마II)”, 『서울대학교 법학』, 제52권 제3호(2011), 269면.

67) 대법원 2011.7.14. 선고 2009다12528 판결.

아울러 CLIP원칙 3:604(2)는 기여침해를 독립의 불법행위로 성질결정 하는 한편, 기여침해자의 서비스에 관련된 영업활동의 중심지(center of gravity)법을 준거법으로 하고 있다. 또 근래 편재적 침해가 문제되는 지적재산권 침해의 준거법 결정에 대해서도 다양한 방법으로 보호국법주의를 수정하는 접근 방법이 제시되고 있다.⁶⁸⁾ 이들은 보호국법주의 아래 있는 전통적 지적재산권의 편재적 침해에 관한 해결책이어서 영업비밀 침해와 같은 일반 불법행위로서의 편재적 침해에 곧바로 적용될 바는 아니지만 그 문제해결의 맥락은 서로 같다.

다음, 1)ㄷ처럼 섭외적 요소가 있는 영업비밀 침해에 공동불법행위가 개재된 경우에 관하여 본다. 주된 침해와 종된 침해(교사, 방조)의 경우에는 원칙상 주된 침해가 이루어진 나라의 법을 적용함이 상당하다. 상표 침해사건이지만 우리 판례⁶⁹⁾ 역시 일본의 등록상표를 국내에서 위조하여 제품에 부착한 뒤 일본에서 판매하도록 한 보따리상들은 일본에서의 상표권 침해행위를 교사·방조한 공동불법행위자라고 평가하면서, 직접 침해행위가 일어난 일본법을 준거법으로 삼고 있다.⁷⁰⁾ CLIP 원칙 Art. 3:604(1)과 ALI Section 301의 해설 역시 직접침해에 대한 교사·방조책임은 직접침해 행위의 준거법에 따를 것을 제안한다. 그러나 주종관계가 따로 없는 협의의 공동침해이

68) 이 점에 대한 국제적 논의동향과 판례 등을 소개하고 있는 문헌으로는 예컨대, 이성우, “지식재산권 분쟁의 준거법에 관한 소고”, 『경성법학』, 제21집 제2호(2012), 146면 이하; 안춘수, 각주 8의 논문, 168-176면. 특히 인터넷을 이용한 편재적 침해사건에서 침해국에 대한 대안적 준거법 결정기준으로 업로드지, 서버소재지, 기원국, 권리자의 속인국, 창작자의 속인국 등이 제시되기도 하고 보호국법주의를 원칙으로 하면서 일정한 경우 수정을 가하자는 주장도 제기된다.

69) 대법원 2004.7.22. 선고 2003다62910 판결.

70) 다만, 위 판례는 준거법인 일본법이 속지주의에 입각해 있고 일본 외에서 이루어진 상표권 침해 방조행위를 일본 상표법에 의해 침해로 다루는 역외적용 규정이 없기 때문에 한국에서 이루어진 피고들의 일본 상표권 침해의 방조행위 역시 일본법으로 책임을 물을 수 없다고 하였다. 한편, 위와 같은 이유로 피고들의 방조책임을 부정한 결론의 부적절함을 지적하면서, 직접침해행위가 외국(일본)에서 이루어지더라도 그 간접침해행위가 우리나라에서 이루어진다면 국내법의 ‘역외적용’을 통해 간접침해책임을 인정해야 한다는 주장으로는, 문선영, “국제적 상표권 간접침해의 준거법과 간접침해 성립여부”, 『정보법학』, 제19권 제3호(2015), 120, 126-128면.

거나 실질적으로 주종관계를 결정하는 것이 곤란하다면, 영업비밀 보유자에게 직접적이거나 더 큰 손실을 끼친 행위지를 최밀접 관련지로 취급함이 상당하다. 또한 이런 경우 보충적으로 결과발생지(영업비밀 보유자의 주된 영업소 소재지)를 최밀접 관련지로 삼는 것도 고려될 수 있을 것이다.

마지막으로, 영업비밀 침해 행위가 복수의 국가에서 이루어지고 그중 특정 국가에서 대부분의 영업비밀 침해행위가 일어났다면 그 국가의 법을 최밀접 관련지로 삼는 것을 생각해 볼 수 있다.⁷¹⁾ 또 행위지가 복수국가에 소재하는 경우 피해자가 자신에게 유리한 법을 불법행위의 준거법으로 선택할 수 있다고 하는 판례의 태도⁷²⁾ 역시 최밀접 관련지 판단에 참고할 수 있을 것이다.

3. 공서규정

외국법이 적용되는 경우에 불법행위로 인한 손해배상청구권은 그 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나 또는 그 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정도를 넘는 때에는 이를 인정하지 아니한다(국제사법 제32조 제4항). ‘공서규정’이라고 일컬어지는 이 조항이 적용될 수 있는 예로, 준거법에 따르면 영업비밀침해가 인정되지만 우리 법상으로는 비밀관리성이 인정되지 않거나 영업비밀 누설에 합법적 근거가 있는 경우를 생각할 수 있다.⁷³⁾

한편, 이 규정이 적용될 수 있는 대표적 예로서 미국법의 3배 배상 또는 징벌적 배상이 거론되고 있지만⁷⁴⁾ 영업비밀 침해로 인한 손해배상과 관련해서

71) 飯塚卓也, 앞의 논문, 405면, 407면.

72) 대법원 2012.5.24. 선고 2009다22549 판결(일제 강점기 징용피해자들이 당사자인 일본회사를 상대로 제기한 소송에서, “일본의 법례(국제사법)에 의하면 불법행위로 인한 손해배상청구권의 성립과 효력은 불법행위 발생지의 법률에 의하는데(제11조), 이 사건 불법행위지는 대한민국과 일본에 걸쳐 있으므로 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관하여 판단할 준거법은 대한민국법 또는 일본법이 된다. 그러나 이미 원고들은 일본법이 적용된 일본소송에서 패소한 점에 비추어 자신들에게 보다 유리한 준거법으로 대한민국법을 선택하려는 의사를 가지고 있다고 추인된다”고 함).

73) 飯塚卓也, 앞의 논문, 408-409면 참조.

74) 석광현, 앞의 책, 403면.

는 주의가 필요하다. 미국은 2016년 연방법인 Defend Trade Secrets Act of 2016을 제정하였다. 이 법에 의하면 영업비밀의 보유자는 주 간(州間) 또는 국가 간 거래에 이용되거나 이용되려 하는 영업비밀의 침해에 대해 연방법원에 제소할 수 있다. DTSA는 종래 각 주(州)에 영업비밀보호법의 입법권과 모델 역할을 해 온 UTSA(Uniform Trade Secret Act)를 입법화한 것이자, 1996년 제정·시행중이던 연방법인 경제스파이법(The Economic Espionage Act, EEA of 1996)의 내용을 확장한 것이다. 특히, DTSA §1836(b)는 영업비밀의 절취행위(theft)에 대하여 3배 배상을 포함한 징벌적 배상을 규정하고 있기 때문에 이 법이 준거법이 되는 경우 3배 배상을 명해야 하는 일이 생길 수 있다. 그런데 한편, 2017.1.18. 정부안으로 제출되어 2017년 4월 현재 국회에 계류 중인 부정경쟁방지법 개정안(의안번호 제2005155호) 제14조의2 제6, 7항은 영업비밀의 침해행위가 악의적인 것으로 인정되는 경우에는 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 인정할 수 있도록 하되, 영업비밀의 침해행위가 악의적인지 여부를 판단할 때에는 침해자의 우월적 지위 여부, 고의의 정도, 침해행위의 기간 및 횟수, 침해행위로 인하여 침해자가 얻은 경제적 이득의 정도 등을 고려하도록 하여, 3배 배상제도를 도입하고 있다.⁷⁵⁾ 만약 위 부정경쟁방지법 개정안이 그대로 통과된다면 미국에서 영업비밀 침해로 인한 3배 배상은 우리 법과 비교해서도 공서에 반하는 것이 아니므로 국제사법 제32조 제4항의 적용 여지는 없게 된다.

또한 우리 법상 일반 불법행위에 대한 구제로는 손해배상만이 인정되고 있을 뿐, 금지명령은 법문상 구제수단으로는 인정되지 않고 있지만, 영업비밀 침해행위에 대한 구제수단으로는 손해배상 외에 금지명령도 보장되고 있으므로(부정경쟁방지법 제4조), 외국법의 적용 결과 금지명령이 이루어지더라

75) 그 밖에 우리나라에도 하도급 거래 공정화에 관한 법률(2011), 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2014), 파견근로자보호 등에 관한 법률(2014), 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률(2015), 개인정보 보호법(2015), 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2016), 대리점거래의 공정화에 관한 법률(2016)에 각 3배 배상을 포함한 징벌적 손해배상제도가 도입·시행되고 있다. 아울러 2018.4.19.부터 시행예정인 개정 제조물 책임법(법률 제14764호)에도 3배 배상제도가 도입되어 있다.

도 국제사법 제32조 제4항이 적용될 여지는 없다.

IV. 정리와 결론

실질법이 정책적 목적에서 영업비밀을 지적재산으로 파악하여 보호하는 것과는 별개로, 적어도 국제사법적 측면에서는 영업비밀은 지적재산권으로 다루지 않는 것이 합당하다. 영업비밀은 행위금지를 통해 간접적으로 보호가 달성되는 점에서, 보호국법에 의해 물권적 권능이 부여되는 특허·저작권 등 지적재산권과 다르고, 국제사법 제24조 소정의 침해지라는 단일 연결점으로는 섭외적 영업비밀 침해 문제를 합리적으로 해결하기 곤란한 경우가 많기 때문이다. 따라서 이는 속지주의 내지 보호국법주의에 입각한 일반 지적재산권 침해와 달리 일반 불법행위로 성질결정 하여 국제사법 제32조를 적용해야 한다. 그 결과 준거법의 사후적 합의(제33조), 종속적 연결(제32조 제3항), 공동의 속인법(제32조 제2항) 규정이 적용되고, 행위지법이 원칙적 준거법이 된다. 섭외적 영업비밀 침해는 동일한 영업비밀에 대한 침해행위지가 일련(一連) 되는 등 복수로 존재하는 경우, 편재적(遍在的) 침해가 발생하는 경우, 영업비밀 침해에 공동불법행위가 개재되는 경우처럼 특수한 유형이 많으므로 그에 상응하여 합리적 연결점을 찾는 노력이 필요하다. 필요에 따라 최밀접 관련지 준거법 규정을 적절히 활용해야 하며, 그 과정에서 영업비밀 보유자의 주된 영업소 소재지가 결과발생지로서 중요한 역할을 할 여지가 있다. 미국법의 3배 배상이 공서규정(제32조 제4항)에 저촉되는지를 판단함에 있어서는, 우리 부정경쟁방지법도 악의의 영업비밀 침해행위에 대해 3배 배상제도를 도입을 시도하고 있다는 점을 유념하여 과거와는 다른 접근을 할 필요가 있다.

참고문헌

〈단행본(국내 및 동양)〉

- 강영수, “상표권 속지주의 원칙과 국제적 상표권 침해에 있어서의 준거법”, 한국정보법학회(편), 정보법판례백선(Ⅰ), 박영사, 2006.
- 김능환·민일영 공편, 『주석 민사소송법(1)』, 제7판, 한국사법행정학회, 2012.
- 석광현, 『국제사법해설』, 박영사, 2013.
- 신창섭, 『국제사법』, 제3판, 세창출판사, 2015.
- 최정열·이규호, 『부정경쟁방지법』, 제2판, 진원사, 2017.
- 飯塚卓也, “營業秘密の國際的侵害行為に關する適用準據法”, 高林龍 外 編, 現代知的財産法講座Ⅱ, 日本評論社, 2012.
- 櫻田嘉章=道垣内正人, 『注釋國際私法』, 第1卷, 有斐閣, 2011.
- 竹田 稔, 『知的財産權侵害要論 不正競業編』, 第3版, 發明協會, 2009.

〈학술지(국내 및 동양)〉

- 김인호, “국제지식재산권 침해에 대한 보호국법의 적용과 그 한계”, 『인권과 정의』, 통권 제429호(2012).
- 문선영, “국제적 상표권 간접침해의 준거법과 간접침해 성립여부”, 『정보법학』, 제19권 제3호(2015).
- 석광현, “계약의 채무의 준거법에 관한 유럽협약 규정(로마Ⅱ)”, 『서울대학교 법학』, 제52권 제3호(2011).
- 안춘수, “국제사법에 있어서의 성질결정 문제”, 『비교사법』, 통권 제25호(2004).
- 안춘수, “국제지식재산권법의 몇 가지 기초적 관점에 관하여”, 『법학연구』, 제26권 제1호(2016).
- 이규호, “불법행위관련 청구에 있어 국제재판관할”, 『법조』, 통권 제621호(2008).
- 이규호, “국제지적재산소송원칙의 개요와 활용방안에 대한 연구”, 『지식재산연구』, 제9권 제1호(2014).
- 이성우, “지식재산권 분쟁의 준거법에 관한 소고”, 『경성법학』, 제21집 제2호(2012).
- 이성호, “사이버 知的財産權 紛爭에 관한 國際裁判管轄과 準據法”, 『저스티스』, 통권 제72호(2003).
- 이정원, “국제재판관할결정의 지도원리”, 『통상법률』, 통권 제112호(2013).
- 知的財産權에 관한 國際私法原則(韓日共同提案), 『국제사법연구』, 제17호(2011).
- 岡本善八, “ノウ・ハウ侵害の準拠法”, 『特許管理』, 第44卷 第2号(1994).

古田啓昌, “日本の国際裁判管轄法制について”, 『민사소송』, 제20권 2호(2016).

渡辺惺之, “斷想 營業祕密技術の國際的侵害と裁判管轄”, 『日本知財學會誌』, 第9卷 第1号(2012).

三井哲夫, “日本法人が米国法人の營業祕密を侵害したとの事案で, 違法(侵害)行為の重要部分が本邦でされた事を理由に不法行為乃至不当利得の準拠法を日本法とした事例”, 『判例時報』, 第1445号(1993).

出口耕自, “國際不正競争の準據法”, 『日本國際經濟法學會年報』, 第23号(2014)

横溝 大, “抵触法における不正競争行為の取扱い—サンゴ砂事件判決を契機として”, 『知的財産法政策学研究』, 第12号(2006).

〈학술지(서양)〉

Almeling, David S., “Four Reasons to Enact a Federal Trade Secrets Act”, *FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J.*, Vol.19(2009).

Yeh, Brian T., “Protection of Trade Secrets: Overview of Current Law and Legislation”, *Congressional Research Service*, R43714(2016)

〈연구 보고서〉

최종모, “영업비밀의 지식재산권 해당 여부에 따른 국제사법적 쟁점에 대한 고찰”, IP 소액연구사업 보고서, 한국지식재산연구원, 2016.

A Review of International Trade Secret Infringement Suit Issues —Focusing on Applicable Law—

Cho Youngsun*

This article addresses legal discussion for private international law(hereinafter, PIL)'s issues on trade secret infringement. This article reviews if the trade secret shall be deemed an intellectual property in PIL. According to alternativity of aspect, either Art. 24 or Art. 32 and its relevant provisions shall be applied. Apart from substantial laws, PIL ought to leave trade secret outside the category of intellectual property. This is because the single connecting factor of Art. 24 hardly provides reasonable resolution for complicated issues of foreign trade secret infringement. Foreign trade secret infringement has many facets of singularity. Multiple place of infringement for single trade secret; Ubiquitous succeeding infringements from single prior infringement; Multiple parties involved in single trade secret infringement etc. To deal with these singularities and provide well-rounded resolution, Art 8 of PIL shall come into play with the leverage of closest connection factor. Secret holder's main place of business and Art. 32, 33 of tort take key roles in deciding applicable law. Applying Art. 32(4) to determine whether the treble damage rule of the United States conflict against social order of *lex*

* Professor, Korea University School of Law.

fori, recent movement of Trade Secret Act renovation in Korea which adopts punitive damages shall be noted.

Keyword

Trade Secret, Infringement, Intellectual Property, Applicable Law, International Jurisdiction, Place of Tort Conduct, Place of Infringement