

RESEARCH ARTICLE

The Necessity of an Establishment on the Presumption of Use of Trade Secrets and Its Provision

Myungsoo Kang

Professor, Law School, Pusan National University, Republic of Korea; Attorney, Republic of Korea

Corresponding Author: Myungsoo Kang (msk0906@pusan.ac.kr)

ABSTRACT

Regarding trade secret infringement, the difficulty of proving the “use” of trade secrets exists. In practice, this issue is currently through a legal doctrine that presumes the use of trade secrets, taking all circumstances into account. However, explicit legislative supplementation is needed. In 2015, Japan established a presumed provision of use trade secrets, which was expanded in a 2023 revision. While Japanese legal provisions can serve as a reference for Korea, for consistency with patent law and to ensure general application of the presumed use of trade secrets, to define presumed use of trade secrets as a significant act, not just an act of infringement is more appropriate. In other words, if a person who possesses or acquires a technical secret produces a product resulting from the use of that technical secret or engages in any other act clearly defined by Presidential Decree as evidence of the use of that technical secret, they are presumed to have used such secret for production, and so on. The detailed criteria for applicable information and acts are delegated to the Enforcement Decree, which allows for a more flexible response to changing circumstances.

KEYWORDS

Trade secrets, Types of infringement, Presumption of use, Unfair Competition Prevention Act, Presumption of production method

Open Access

Received: October 22, 2025
Revised: November 21, 2025
Accepted: March 06, 2026
Published: March 30, 2026

Funding: The author received manuscript fees for this article from Korea Institute of Intellectual Property.

Conflict of interest: No potential conflict of interest relevant to this article was reported.

© 2026 Korea Institute of Intellectual Property



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>) which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided that the article is properly cited, the use is non-commercial and no modifications or adaptations are made.

원저

영업비밀 사용추정 규정의 필요성과 신설안*

강명수

부산대학교 법학전문대학원 교수, 변호사.

교신저자: 강명수 (msk0906@pusan.ac.kr)

차례

1. 서론

2. 영업비밀 사용에 대한 법 규정 및 해석론
 - 2.1. 영업비밀의 침해유형
 - 2.2. 영업비밀 침해의 특징 및 영업비밀 사용 입증의 곤란성
 - 2.3. 영업비밀 사용에 대한 판례의 태도

3. 영업비밀 사용추정 규정의 신설 필요성에 대한 검토
 - 3.1. 영업비밀 사용추정 규정 신설의 필요성
 - 3.2. 외국의 입법례
 - 3.3. 일본 부정경쟁방지법상 영업비밀 사용추정

4. 영업비밀 사용추정 규정의 신설(안)
 - 4.1. 일본 부정경쟁방지법 규정의 시사점 및 도입 방향
 - 4.2. 영업비밀 사용추정 입법(안)

5. 결론

국문초록

영업비밀 침해와 관련하여 영업비밀의 '사용'에 대한 입증곤란의 문제가 있다. 현재 실무적으로는 제반 사정을 고려하여 사실상 영업비밀의 사용을 추정하는 법리에 의해 해결하고 있는데, 명시적인 입법적 보완이 필요하다. 이와 관련하여 일본은 2015년 영업비밀 사용추정 규정을 신설하였고 2023년 개정법에서 이를 확대하였다. 일본의 법 규정은 우리에게도 참고가 될 수 있는데, 다만 우리 특허법과의 정합성 및 영업비밀 사용추정 규정의 일반적 활용을 위해서는 침해행위로 한정함이 없이 영업비밀의 사용을 추정함이 상당한 행위로 규정함이 타당하고, 이러한 방향에서 개정안을 제시한다. 즉, 기술상의 비밀(영업비밀 중 기술상의 정보로서, 생산방법 및 대통령령으로 정하는 정보를 말한다. 이하 이 조에서 같다.)을 보유·취득한 자가 해당 기술상의 비밀을 사용하는 행위로 인해 발생하는 물건의 생산, 기타 기술상의 비밀을 사용한 사실이 분명한 행위로써 대통령령으로 정하는 행위(이하 이 조에서 '생산등'이라 한다.)를 한 경우, 그 기술상의 비밀을 사용하여 생산등을 한 것으로 추정하는 규정을 신설하고, 대상 정보 및 행위의 세부적인 기준은 시행령으로 위임하여 변화하는 상황에 탄력성 있게 대응할 수 있도록 하는 것이다. 다만, 일본 이외에 관련 입법례나 판례를 찾아보기 어렵고, 우리나라에서도 이 부분에 대한 연구가 많지 않아 보다 세부적인 기준을 제시하기에는 한계가 있다. 따라서 향후 보다 많은 연구와 검토를 통해 입법 방향과 내용을 구체화해 나가야 할 것이다.

주제어

영업비밀, 침해유형, 사용추정, 부정경쟁방지법, 생산방법의 추정

1. 서론

영업비밀의 보호 및 침해를 규제하는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 함)에서는 영업비밀의 의의(제2조 제2호)와 침해 유형(제2조 제3호)을 규정하고 있다. 종래 부정경쟁행위만을 규제하는 부정경쟁방지법으로 1961년 출발했던 현행법은 1991년 영업비밀에 대한 보호 체계를 추가하고, 1998년에 법명을 현재와 같이 변경하였다. 영업비밀보호의 필요성을 부정할 이유는 없으며, 다만 그 보호방법과 관련하여 (1) 특허법 등 개별지식재산권법에 포함시키는 방안, (2) 별도의 입법을 하는 방안 등도 있지만, 우리 법은 부정경쟁방지법에 이를 추가하는 방법을 채택하였다. 주지하는 바와 같이 부정경쟁방지법의 가장 큰 특징 중 하나는 권리부여형이 아닌 행위규제형이라는 것이다.¹⁾ 그러한 관점에서 볼 때, 영업비밀보호를 다른 형태가 아닌 부정경쟁방지법에 포함시켰다는 것은 영업비밀 자체에 대한 보호의 관점(권리부여형)보다는 영업비밀의 부정사용행위에 대한 규제(행위규제형)에 초점을 맞췄다는 것이다. 비록 그 동안 영업비밀보호의 핵심은 행위태양보다 영업비밀의 특정²⁾이나 영업비밀에의 해당성(영업비밀의 정의 충족)에 있었고,³⁾ 그로 인해 판례들도 대부분 영업비밀 해당성에 관한 것이 많으며 1991년 이후 영업비밀 행위태양에 대해서는 개정이 없었지만 영업비밀 정의규정은 2번이나 개정이 있었다. 즉, 영업비밀을 부정경쟁방지법에 입법한 이유와는 다른 방향으로 영업비밀보호의 실무가 다뤄지고 있는 것인데, 그럼에도 불구하고 영업비밀 침해태양의 중요성을 부정하기는 어려울 것이다. 2024년 개정법에서 신설된 영업비밀의 훼손·멸실·변경 금지에 대한 규정(제9조의8)을 논외로 하면, 1991년 개정 당시 마련된 영업비밀 침해유형은 한정적 열거의 형태를 취하고 있으며, 구체적인 행위 태양은 영업비밀의 ‘취득’, ‘사용’, ‘공개’로 한정되어 있다.

그런데 이러한 침해태양 중 영업비밀의 취득 및 공개는 객관적으로 판단하기 용이한 반면, 영업비밀의 ‘사용’에 대해서는 입증이 곤란하다는 것을 알 수 있다. 즉, 영업비밀의 사용이라는 것은 그 사용 결과를 토대로 역으로 판단하는 경우가 많은데, 특정 결과가 영업비밀의 사용에 기초한 것인지 아닌지, 영업비밀을 사용한 것이라 하더라도 취득자가 부당하게 취득한 그 영업비밀을 사용한 것인지 여부를 판단하기란 쉽지 않다. 그래서 법원도 제반 사정들을 고려하여 사실상 영업비밀의 사용을 추정하는 방식으로 사건을 처리하고 있다. 이러한 판례의 태도가 부득이한 측면이 있긴 하지만, 보다 근본적으로는 영업비밀의 사용추정 규정 신설을 통해 해결하는 것이 법적 모호성을 최소화하고 또한 당사자들의 예측가능성을 담보하는 것이라 생각된다. 이하에서는 영업비밀 사용에 대한 현행법 규정과 실무 사례, 영업비밀 사용에 대한 법원의 판례 태도 등을 살펴보면서 영업비밀 ‘사용’ 추정 규정의 신설 필요성과 그 신설(안)을 특히 일본 입법례를 참고하여 제시해 보기로 한다.

* 이 글은 저자가 수행한 연구용역 「영업비밀 행위태양 제시 의무 및 영업비밀 사용추정 도입을 위한 실태조사 및 제도 개선방안 요구」(한국지식재산보호원, 2024; 미간행)을 기초로 하였으며, 다만 논문의 방향과 취지에 맞도록 서술의 대부분을 새롭게 구성·작성한 것임.

1) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 99헌바77 전원재판부.

2) 김시열, “영업비밀 침해금지청구에서 영업비밀 특성의 정도 및 판단기준”, 「IP Insight」, 제3권 제1호(2013), 36면(최근 실무상 영업비밀의 특정 문제가 중요하게 해결되어야 할 과제로 자주 거론되고 있다).

3) 예를 들어, 조용식, 「영업비밀보호요건의 입증과 제도적 대안에 관해」, 법률신문, 2010. 9. 13자.에서도 영업비밀보호 제도의 문제점을 영업비밀의 특정 및 영업비밀 보호 요건의 입증 중심으로 다루고 있다.

2. 영업비밀 사용에 대한 법 규정 및 해석론

2.1. 영업비밀의 침해유형

부정경쟁방지법 제2조 제3호에서는 영업비밀의 침해유형을 6가지로 한정하고 있다. 이와 같이 영업비밀 침해유형을 한정적 열거 형태로 입법한 것과 관련하여, 일본은 1990년 부정경쟁방지법 개정에서 영업비밀 보호를 도입하면서 일반규정의 형태 도입도 검토하였으나 영업비밀의 침해행위에 관련된 판례가 많지 않고 금지대상에 해당하는 행위가 명확하지 않아 경제활동을 위축시킬 우려가 있다는 점 등을 이유로 개별적인 규제 형식으로 입법하였고⁴⁾ 우리도 1991년 부정경쟁방지법 개정에 의해 영업비밀 보호를 도입하면서 일본의 입법과 마찬가지로 제한적 열거규정의 형태를 채택하였다. 이러한 우리의 입법형태는 비록 일반규정에 의한 보호에 비해 보호상의 공백이 있을 수 있지만 어떠한 행위가 영업비밀 침해행위에 해당하는지 보다 명확히 알 수 있도록 하여 법적 안정성에 도움을 주는 입법으로 평가된다.⁵⁾

제2조 제3호에서 규정하고 있는 6가지의 영업비밀 침해유형은 영업비밀의 ‘취득’, ‘사용’, ‘공개’라는 행위를 통해 완성되는데, 이중 ‘취득’과 ‘사용’은 민사적 책임과 형사적 책임에서 공통되는데 반해, 세 번째 행위태양과 관련하여 민사책임에서는 ‘공개’라고 하는데(제2조 제3호) 형사책임에서는 ‘누설’이라고 규정하고 있다(제18조 제1항 제1호 가목). 따라서 문언상으로는 민사책임의 요건과 형사책임의 요건이 구분되는 것으로 볼 여지도 있으나,⁶⁾ 후술하는 ‘공개’의 의미를 고려해 볼 때 ‘누설’은 ‘공개’의 전형적인 유형으로 볼 수 있을 것이다.⁷⁾

먼저 영업비밀의 ‘취득’은 문서, 도면, 사진, 녹음테이프, 필름, 전자정보처리조직에 의하여 처리할 수 있는 형태로 작성된 파일 등 유체물의 점유를 취득하는 형태로 이루어질 수도 있고, 유체물의 점유를 취득함이 없이 영업비밀 자체를 직접 인식하고 기억하는 형태로 이루어질 수도 있으며, 또한 영업비밀을 알고 있는 사람을 고용하는 형태로 이루어질 수도 있는바, 어느 경우에도 사회통념상 영업비밀을 자신의 것으로 만들어 이를 사용할 수 있는 상태가 되었다면 영업비밀을 취득하였다고 본다.⁸⁾ 그리고 영업비밀의 ‘공개’는 부정한 수단으로 취득한 자의 행위로서 영업비밀을 불특정인에게 게시하는 행위 및 비밀로 유지하면서 특정인에게 알리는 행위를 포함한다. 또한 영업비밀을 부정공개행위로부터 보호하는 바는 통상 입수할 수 없는 비밀, 지식 등을 제3자가 입수하는 것을 금지하는데 있으므로 영업비밀의 전부뿐만 아니라 그 일부만을 알 수 있게 한 경우도 부정공개행위에 해당한다. 이러한 부정공개행위는 구두 또는 서면뿐만 아니라 도면·모형의 전시에 의해서도 가능하며 제3자가 영업비밀을 알려고 하는 것을 방해하지 않는 부작위 형식에 의한 공개행위도 인정된다. 또한 공개행위의 유상성을 요건으로 하지 않으며, 선의 여부 역시 문제되지 않는다.⁹⁾ 상대방이 이미 영업비밀을 알고 있는 경우에도 부정공개에 해당할 수 있는지 문제될 수 있는데, 이에 대한 배제나 한정 등이 규정되어 있지 않고 제재적 성격이 있다는 점에서 이 경우에도 부정공개에 해당한다고 볼 것이다.¹⁰⁾

한편, 영업비밀 침해행위 중 하나인 영업비밀의 ‘사용’은 영업비밀 본래의 사용 목적에 따라 상품의 생산·판매 등의 영업활동에 이용하거나 연구·개발사업 등에 활용하는 등으로 기업활동

4) 千野直邦, 「營業秘密の法的保護」, 中央經濟社, 2002, 161-162頁.

5) 송영식 외 6인, 「지적소유권법(하)」, 제2판, 육법사, 2013, 447면.

6) 문언만으로 보면, ‘공개’가 ‘누설’보다 넓은 개념으로 이해된다.

7) 영업비밀침해죄에서의 ‘누설’은 ‘공개’의 한 내용이라는 취지의 견해로는 박상열, “부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 형사법적 보호”, 「지식재산연구」, 제6권 제3호(2011), 134면.

8) 대법원 1998. 6. 9. 선고 98다1928 판결.

9) 윤선희, 「지적재산권법」, 제20정판, 세창출판사, 2023, 590-591면.

10) 윤태식, 「부정경쟁방지법」, 박영사, 2021, 343면; 정상조 외 3인 편, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020, 346면; 小野昌延·松村信夫, 「新·不正競争防止法概説」, 第3版(上), 青林書院, 2020, 356頁.

에 직접 또는 간접적으로 사용하는 행위로서 구체적으로 특정이 가능한 행위를 가리킨다.¹¹⁾ 그리고 영업비밀인 기술을 단순 모방하여 제품을 생산하는 경우뿐 아니라, 타인의 영업비밀을 참조하여 시행착오를 줄이거나 필요한 실험을 생략하는 경우 등과 같이 제품 개발에 소요되는 시간과 비용을 절약하는 경우 또한 영업비밀의 사용에 해당한다.¹²⁾

2.2. 영업비밀 침해의 특징 및 영업비밀 사용 입증의 곤란성

2.2.1. 영업비밀 침해의 특징

영업비밀 침해는 제3자에 의해 발생하는 경우보다 기업에서 근무하고 있는 사람이 다른 회사로 전직하면서 해당 영업비밀을 무단사용함으로써 인해 발생하는 경우가 많다. 예를 들어 미국의 경우 1995년부터 2009년까지 조사한 영업비밀 침해에 관한 미국의 주 법원 사건 358건 중 93%가 기업의 종업원이나 거래처와 관련된 내부자에 의하여 범해진 것이었고, 1950년부터 2008년까지 발생한 영업비밀 침해사례로서 조사된 연방사건 394건 중에서 85%가 내부자에 의한 것이었다고 한다.¹³⁾ 그리고 일본도 영업비밀 침해에 대한 집계 이래 2022년에 가장 많은 영업비밀 침해사례 29건이 발생했는데 대부분 전·현직 직원 이동에 따른 침해로 결국 2023년 영업비밀 보호 강화를 위한 부정경쟁방지법 개정으로 이어졌다.¹⁴⁾ 우리나라에서의 영업비밀 침해유형도 마찬가지로 대부분 내부자에 의한 유출이 많고 특히 기존의 회사에서 근무하던 핵심인력이 퇴사 후 이직 등을 통하여 경쟁업체로 가게 되면서 일어나는 영업비밀 침해의 경우가 다수이다.¹⁵⁾ 이러한 침해유형의 특징은 영업비밀 침해에 대한 입증의 문제로 연결된다.

2.2.2. 영업비밀 사용 입증의 문제

영업비밀 침해태양 중 ‘취득’이나 ‘공개’는 행위의 특성상 객관적으로 파악하기가 용이한 반면, 영업비밀의 ‘사용’은 그 입증이 쉽지 않다. 즉, 영업비밀의 사용이라는 것은 결국 그 사용 결과를 통해 판단하게 되는데, 특정 결과물이 영업비밀의 사용에 기초한 것인지 아닌지, 특히 영업비밀을 사용한 것이라 하더라도 취득자가 부당하게 취득한 그 영업비밀을 사용한 것인지 여부를 판단하기란 매우 곤란한 것이다.¹⁶⁾ 그런데 정작 실무에서는 앞서 본 바와 같이 영업비밀의 침해가 주로 적법하게 영업비밀을 보유했던 내부자들에 의해 발생한다는 점에서 취득이나 공개보다는 영업비밀의 사용 측면이 중요한 문제가 된다. 영업비밀이 유출된 피해기업 입장에서 피해를 보상받고 가해자들을 처벌하기 위해 꼭 필요한 증거로 ① 유출된 영업비밀의 내용과 경위에 대한 증거와 ② 유출된 영업비밀의 부정 사용 증거를 드는 견해¹⁷⁾도 이러한 취지로 이해된다. 또한 영업비밀 침해행위의 증거는 가해자 측이 보유하고 있는 경우가 많은데, 가해자 측

11) 대법원 1998. 6. 9. 선고 98다1928 판결, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도9433 판결.

12) 대법원 2019. 9. 10. 선고 2016도1241 판결.

13) 윤종행, “산업스파이에 관한 미국의 최근판례와 입법의 동향”, 『강원법학』, 제44권(2015), 481면.

14) 손수정 외 4인, “지능형 디지털 전환 시대의 지식재산권(Intellectual Property Rights) 제도 변화의 동인과 영향”, 『STEPI Insight』, 제349호(2025), 19면.

15) 양혜윤, 「부정경쟁방지법 상 영업비밀보호 관련사례 및 관리방안」, 법률신문, 2024. 3. 10자.

16) 한국특허법학회, 「영업비밀보호법」, 박영사, 2017, 158면; 김경환, 「[김경환 변호사의 디지털법] <38> 영업비밀 사용추정규정 신설해서 영업비밀 침해 억제해야」, 전자신문, 2024. 9. 3자. (취득 행위나 누설 행위와 달리 사용 행위는 상대적으로 피해자의 입증 부담이 크고, 법적 대응이 상대적으로 쉽지 않다. 영업비밀의 사용 행위를 입증하는 과정에서 피해자가 직면하는 가장 큰 어려움은 가해자 사용 행위의 비가시성이다. 취득이나 누설 행위는 물리적 증거 등을 통해 비교적 쉽게 입증될 수 있지만, 사용 행위는 특정 제품이나 서비스에 영업비밀이 사용되었음을 직접적으로 증명하는 것이 매우 어렵다. 사용 행위가 가해 기업 내부에서 은밀하게 이루어지는 경우가 많기 때문이다) 참고.

17) 박종률, “법제도와 영업비밀이 유출된 피해기업의 현실”, 서울공대 웹진 제133호(2024. 12). <<https://webzine-eng.snu.ac.kr/web/vol120/sub0602.html>>, 검색일: 2025. 10. 22.

이 침해행위의 결과로 획득한 영업비밀을 사용한다는 사실을 확인하려면 일단 그것이 피해자 측으로부터 누설된 영업비밀과 동일한 것인지와 그 획득 경로를 입증하여야 구제를 받을 수 있을 것인데 현실적으로 이는 가해자 측의 내부 자료를 확보하지 않고서는 입증이 불가능하다.¹⁸⁾ 또한 영업비밀을 변형 또는 개량하여 사용하더라도 침해가 될 수 있다는 점¹⁹⁾에서 영업비밀 사용 입증의 어려움이 가중된다. 이러한 사정들을 고려해 볼 때 영업비밀 침해자가 해당 영업비밀을 ‘사용’하였는지를 권리자가 직접 입증하기는 쉽지 않고,²⁰⁾ 오히려 제반사정들을 고려하여 영업비밀의 사용을 추정하는 방식으로 판단할 가능성이 높다고 할 것이고, 이하에서 보는 바와 같이 실제 법원도 그와 같은 방향에서 사건을 판단하고 있다.²¹⁾

2.3. 영업비밀 사용에 대한 판례의 태도

제반사정들을 고려하여 영업비밀 ‘사용’을 사실상 추정하고 있는 판례의 태도를 살펴보면 다음과 같다.

먼저, 제품 개발 등에 영업비밀을 참고하거나 영업비밀에 접근한 경우 영업비밀의 사용을 인정한다. 대법원 2012. 4. 12. 선고 2010도391 판결은 피고인이 퇴사하면서 무단으로 유출한 프로그램 파일을 새로 입사한 회사 사무실에 있는 자신의 컴퓨터에 저장한 후 그 파일을 실행하여 회사의 게임개발에 참고하기 위하여 여러 번에 걸쳐 파일에 접근하였다는 점을 이유로 영업비밀부정사용미수를 인정하였고,²²⁾ 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도9433 판결은 영업활동에 근접한 시기에 영업비밀을 열람하는 행위(영업비밀이 전자파일의 형태인 경우에는 저장의 단계를 넘어서 해당 전자파일을 실행하는 행위)를 하였다면 영업비밀부정사용죄에 대한 실행의 착수가 있고, 원심 판시 별지9 범죄일람표 순번 12의 ‘scope of supply’의 자료는 공소외 1 주식회사에서 추진하였던 소하르 프로젝트 입찰제안서의 Technical 부분 중 일부인 ‘SCOPE OF SUPPLY’ 부분을 참고하여 작성된 것으로서 영업비밀부정사용죄의 기수에 이르렀다고 판단한 원심을 수긍하였다.

다음으로 가장 일반적인 경우로서 제반 사정을 통해 영업비밀의 사용 또는 실행의 착수를 추인하고 있는데, 전직을 통하여 영업비밀을 간접적으로 사용하고자 하는 구체적인 노력을 경주한 점, 각자 맡게 될 역할을 충분히 숙지하였고 각자 그에 따른 준비에 착수한 점, 그 준비의 일

18) 고희승, “영업비밀 침해 사례분석을 통한 제도적 보호체계 연구”, 인제개발정보센터, 2018, 20-21면. 한편, 가해자 측이 영업비밀을 적법하게 획득한 것인지에 대한 문제도 제기될 수 있는데, 가해자 측이 이에 대한 합리적인 입증을 하지 못하면 부정한 획득으로 볼 수 있을 것이다(서울중앙지방법원 2021. 6. 17. 선고 2018가합556315 판결 참고; 이 판결은 서울고등법원 2022. 5. 12. 선고 2021나2026169 판결의 항소기각, 대법원 2022. 11. 17. 선고 2022다242786 판결의 상고기각으로 확정). 이하에서는 이러한 영업비밀 획득의 정당성 문제가 아닌 대상 영업비밀의 사용을 중심으로 살펴본다.

19) 정상조 외 3인 편, 앞의 책(주 10), 344-345면; Stephen M. McJohn, *Intellectual Property*, 4th ed, Wolters Kluwer, 2012, p. 526.

20) 田村善之, “営業秘密の不正利用行為をめぐる裁判例の動向と法的な課題”, 「パテント」, 第66卷 第6号(2013), 86頁.

21) 일본의 실무에서도 부정이용 행위는 직접입증되는 경우보다 제반 사정들을 토대로 추정되는 경우가 많은데, 이에 대해서는 전용태·김형석, “영업비밀의 부정이용행위 규율에 관한 정책과제와 전망 - 미국과 일본의 사례를 중심으로 -”, 「법학연구」, 제19권 제2호(2019), 459-460면 참고.

22) 원심은, 피고인이 퇴사하면서 무단으로 유출한 이 사건 프로그램 파일을 새로 입사한 그 판시 회사 사무실에 있는 자신의 컴퓨터에 저장한 후 그 파일을 실행하여 판시 회사의 게임개발에 참고하기 위하여 여러 번에 걸쳐 파일에 접근하였다는 사실인정을 전제로, 보안프로그램의 작동으로 파일이 실행되지 아니하였다고 하더라도 피고인의 위와 같은 행위는 파일 저장의 단계를 넘어 파일을 실행하는 행위에 해당한다는 이유로 영업비밀부정사용미수의 공소사실을 유죄로 인정하였다. 원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 이 부분에 관한 이유설시에 다소 적절치 아니하거나 미흡한 점이 있기는 하나 피고인이 영업비밀부정사용죄의 실행에 착수하였다는 결론에 있어서는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 영업비밀부정사용죄의 실행의 착수시기 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

환으로 피고인들은 순차 피해회사를 퇴직하였고, 영어회화 강좌를 수강하면서 피고인의 처를 통하여 대만 현지의 주변 여건을 파악하기도 한 점 등을 고려하면, 피고인 등의 이 사건 범죄사실 기재 행위는 외국에서의 영업비밀 사용의 실행 착수에 해당한다고 본 사례,²³⁾ 피고 회사는 ST-501 제품의 카탈로그에 “MGI-201 제품의 혈통을 받아 더욱 진화했다.”는 문구를 기재한 점 등 기록과 변론에 나타난 여러 사정을 보태어 보면, 피고들은 MGI-202 제품의 제조에 관한 중요한 기술정보를 기망에 의하여 취득하여 ST-501 제품의 제조에 사용하였다고 판단한 사례,²⁴⁾ 피고는 소외인의 입사 전부터 수년간 쿠키 과자 안에 떡을 넣은 제품을 개발하기 위해 연구를 거듭하였으나 쿠키를 굽는 과정에서 쿠키 안의 떡이 고열에 끓어 쿠키가 터지는 문제를 해결하지 못해 떡 생지의 원재료와 배합비를 바꾸는 등의 실험을 계속해 오던 중, 동종·경쟁 업체인 원고 업체에서 퇴사한 소외인을 피고에 입사시킨 직후 소외인으로부터 이 사건 영업비밀과 동일한 내용의 떡 생지의 원재료 및 배합비에 관한 보고서를 제출받고, 그로부터 얼마 지나지 않아 위와 같은 문제를 해결하여 찰떡쿠키의 개발에 성공하고 특허발명까지 출원·등록한 점 등을 종합하여 영업비밀의 사용을 인정한 사례,²⁵⁾ 제반사정들을 토대로 적어도 연구·개발 과정에서 설계도면을 활용함으로써 개발 초기의 제품에 대한 개념 구성이나 기초설계 과정에서 상당한 시간을 절약하고 개발 과정에 통상 수반되는 시행착오를 상당 부분 줄이거나 필요한 실험 일부를 생략할 수 있었을 것으로 보인다고 판단한 사례²⁶⁾ 등이 있다.

그 이외에 앞서 본 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도9433 판결에서는 퇴사시에 반환할 의무가 있는 파일들을 외부로 반출한 경우에는 반출할 당시에 파일들을 사용할 의사가 있었다고 추단할 수 있으므로 적어도 미필적으로라도 배임의 고의가 있었다고 보았다.

이와 같이 판례는 영업비밀에 대한 접근이나 파일의 실행, 단기간의 결과물 도출, 시행착오 단축이나 필요한 실험 생략 등의 사정을 토대로 영업비밀의 사용을 사실상 추정하고 있음을 알 수 있다. 영업비밀의 특성상 그 사용을 직접 입증하는데 한계가 있다는 점에서 이러한 판례의 태도를 수긍해 볼 수 있겠다.²⁷⁾

3. 영업비밀 사용추정 규정의 신설 필요성에 대한 검토

3.1. 영업비밀 사용추정 규정 신설의 필요성

앞서 살펴본 현행 법 규정이나 판례의 태도를 고려해 볼 때, 굳이 영업비밀의 사용 추정 규정을 신설하지 않더라도 현행법 하에서 해결이 가능하다고 볼 수도 있다. 아직까지 영업비밀 사용

23) 서울중앙지방법원 2007. 2. 8. 선고 2004고단7664 판결.

24) 서울고등법원 2008. 5. 14. 선고 2006나21479 판결.

25) 의정부지방법원 2011. 9. 8. 선고 2009가합7325 판결.

26) 수원지방법원 2019. 10. 30.자 2019카합10295 결정(영업비밀인 기술이나 도면을 그대로 베껴 상품을 생산하는 경우뿐만 아니라, 타인의 영업비밀을 참조하여 시행착오를 줄이거나 필요한 실험을 생략하는 경우 또한 위 영업비밀의 사용에 해당한다). 특허청, “2017-2019 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 판결문 분석 연구”, 특허청, 2020, 253-255면.

27) 판례 태도와 유사한 취지에서 회사의 종업원이 종전 회사에서 종사하던 업무와 동일한 업무에 종사한다거나 경쟁회사가 별다른 연구 실적없이 회사의 종업원을 스카우트 한 이후 단기간 내에 동일한 기술을 개발하였다는 등의 사정은 영업비밀을 침해하였다는 추정을 뒷받침하는 간접사실이 될 수 있다는 것으로 법원행정처, 「지적재산권재판실무편람」, 2005년 개정판, 법원행정처, 2005, 144면(특허청, “영업비밀침해 입증부담 완화방안에 관한 연구”, 특허청, 2011, 177면에서 재인용). 한편, 일본 판례에서는 고객이 부자연스럽게 중복되는 경우 고객 명부의 사용을 인정하였고(東京地判平 11·7·23 判時 1694号 138 頁 [美術工芸品]), 고객 579명 중 10명 정도가 중복된 경우(大阪地判平 11·9·14 判不競 1250 / 186 / 22 頁 [顧問先名簿]), 파일에 기재된 정보가 상이한 경우(東京高判平 17·3·22 平 16(ネ)4185 [給湯設備機器の点検保守作業]), 기계 구조에 차이가 있는 경우(東京地判平 8·1·31 判不競 1250 / 204 / 3 頁 [90 度フレアー鋼管接続工法]), 두 제품의 정제 방법이 다른 경우(東京地判平 22·4·28 平 18(ワ)29160 [コエンザイム Q10]) 영업비밀 사용을 부정하였다. 田村善之, 前掲論文(주 20), 86-87頁 참고.

추정 규정의 신설 필요성이나 그 방향에 대한 논의가 많지 않은 것도 그러한 취지로 추측된다. 하지만 부정경쟁방지법에서는 영업비밀의 ‘사용’을 침해의 요건으로 명시하고 있고, 증명책임의 원칙상 침해요건으로서의 사용 사실은 권리자가 입증해야 한다.²⁸⁾ 그러한 입증이 명확하지 않은 경우 1차적으로는 판례 법리를 통해 증명책임의 완화 등을 통해 해결할 수 있겠지만, 이에 대해서는 다음의 세 가지 관점에서 신설의 타당성을 생각해 볼 수 있다.²⁹⁾

첫째, 영업비밀 보호 강화라는 시대적 추세에 부합한다. 영업비밀에 대한 입법이 이뤄진 1991년 이후 우리 부정경쟁방지법은 영업비밀 보호 강화라는 세계적 추세에 부합하는 방향으로 그 보호가 계속 강화(영업비밀의 보호 범위 확대, 처벌수위 강화, 처벌대상 확대 등)되어 왔다. 그리고 최근에는 일반적인 영업비밀 훼손 금지 등을 신설하기도 했다. 지식재산권 전체적인 보호체계에 비추어 생각하면, 국가의 공적 장부에 등록된 지식재산권에 비해 영업비밀 내지 각종 비밀의 형태로 보호하고 있는 재산권의 보호방법과 보호수준이 오히려 역전되고 있는 현상이 벌어지고 있다고 말할 수도 있다.³⁰⁾ 그런데 실무적으로 가장 중요한 영업비밀의 ‘사용’과 관련하여 침해의 특수성을 반영한 입법적 보완이 이뤄지지 않고 있는데, 이를 반영할 필요가 있다.

둘째, 법적 불확실성의 해소이다. 즉, 법에 명문 규정이 없더라도 사실상 판례에 의해 영업비밀 사용이 추정된다 하더라도 증명책임의 원칙을 부정할 수는 없다는 점에서 해석상 혼란은 여전히 남게 된다. 앞서 판례에서 본 바와 같이 법원은 사실상 사용추정을 인정하면서도 명확하게 추정 법리를 실시하지 않고 있는 것도 그 불확실성을 더해 주고 있는 것이다.

셋째, 판례에 의해 추정 법리가 인정된다 하더라도 이는 어디까지나 사실상의 추정에 해당하는 것으로서 법률상 추정과는 법적 성격이 다르고, 후자가 권리자 보호에 더욱 부합한다는 점이다. 즉, 전제사실로부터 후행사실을 추인하는 추정법리에는 경험칙에 의한 사실상의 추정과 법규화된 경험법칙에 의한 법률상의 추정이 있는데, 추정사실이 진실인가에 의심을 품게 할 반증에 의해 반복되는 전자³¹⁾와 달리 후자의 경우 추정사실이 진실이 아니라는 적극적인 반대사실의 증거가 있어야 반복된다.³²⁾³³⁾ 따라서 입법에 의한 사용추정 규정 마련이 권리자 보호에 더 부합한다.³⁴⁾

28) 특허청, “영업비밀침해 입증부담 완화방안에 관한 연구”, 특허청, 2011, 177면.

29) 영업비밀 침해소송에서의 증거의 구조적 편재, 법리적인 관점, 글로벌 기술경쟁 심화에 대한 대처 등을 이유로 영업비밀 침해소송에서 추정규정을 도입할 필요가 있다는 견해로는 정대순, “영업비밀 침해소송에서 입증책임 완화를 위한 추정규정의 도입검토: 최근의 중국과 일본 사례를 중심으로”, 「지식재산연구」, 제19권 제4호(2024), 113면; 영업비밀 사용추정제도는 영업비밀 침해소송에 있어 입증에서 필요한 제도로 우리나라는 일본과 같이 영업비밀 사용추정 규정이 없기 때문에 도입을 검토할 필요가 있다는 견해로는 조용순, “영업비밀 보호를 위한 「부정경쟁방지법」 정비 방향: 최근 국제동향과의 비교를 중심으로”, 「시큐리티연구」, 제80호(2024), 324면.

30) 계승균, “미래기술발전과 지식재산권의 법적 성격의 변화”, 「산업재산권」, 제56호(2018), 10면. 참고로 상표법과 부정경쟁방지법의 관계에 대해 특별법인 상표법이 우선 적용되고 부정경쟁방지법은 보충적인 지위에 있다는 견해가 있는 반면(정상조, 「지적재산권법」, 법문사, 2004, 472면), 부정경쟁방지법이 우선한다는 취지의 견해도 있다(豊崎光衛, 「不正競争防止法」, 第一法規出版株式会社, 1983, 361頁; 도두형, “부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위”, 「인권과정의」, 제206호(1993), 89면 각 참고).

31) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96재다462 판결(인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것이라는 추정은 사실상의 추정이므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 반증을 들어 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게할 수 있는 사정을 입증하면 그 진정성립의 추정은 깨어진다) 참고.

32) 대법원 1998. 8. 21. 선고 98다8974 판결(민법 제30조에 의하면, 2인 이상이 동일한 위난으로 사망한 경우에는 동시에 사망한 것으로 추정하도록 규정하고 있는바, 이 추정은 법률상 추정으로서 이를 반복하기 위하여는 동일한 위난으로 사망하였다는 전제사실에 대하여 법원의 확신을 흔들리게 하는 반증을 제출하거나 또는 각자 다른 시기에 사망하였다는 점에 대하여 법원에 확신을 줄 수 있는 본증을 제출하여야 하는데, 이 경우 사망의 선후에 의하여 관계인들의 법적 지위에 중대한 영향을 미치는 점을 감안할 때 충분하고도 명백한 입증이 없는 한 위 추정은 깨어지지 아니한다) 참고.

33) 이시윤, 「신민사소송법」, 제11판, 박영사, 2017, 549면.

이상의 점들을 고려해 볼 때, 지금이라도 영업비밀 사용에 대한 추정 규정을 입법적으로 신설하는 것이 바람직하다고 생각되며, 같은 이유에서 ‘일본의 영업비밀 사용추정 규정에 대해 영업비밀 침해 사건에서 피해자가 사용 행위를 입증하지 못해 법적 보호를 받지 못하는 문제를 해결하는 데 크게 기여할 수 있어 영업비밀 보호나 피해 구제에 실질적으로 기여할 것으로 보이고, 같은 이유에서 우리도 사용추정 규정의 도입 필요성이 크다’는 견해³⁵⁾를 수긍해 볼 수 있겠다.

3.2. 외국의 입법례³⁶⁾

3.2.1. 미국

미국에서 영업비밀 보호는 주법과 연방법으로 구분되어 있는데, 영업비밀에 적용되는 연방법으로는 1984년에 제정된 컴퓨터사기 및 남용법(Computer Fraud and Abuse Act, 18 U.S.C. §1030), 1996년에 제정된 경제간첩법(Economic Espionage Act, 18 U.S.C. §1831), 2016년에 제정된 영업비밀보호법(Defend Trade Secrets Act, 18 U.S.C. §1836)이 있다.³⁷⁾ 그리고 대부분의 주에서 채택하고 있는 법으로 1979년 American Law Institute(ALI)가 제정한 통일영업비밀보호법(Uniform Trade Secrets Act: UTSA)³⁸⁾이 있다. 영업비밀의 사용을 추정하는 명문 규정은 없으며 판례를 통해 판단을 하는데, 제반사정을 고려하여 영업비밀의 사용을 일응 추정하는 법리를 적용하고 있다. 예를 들어, “PepsiCo v. Redmond” 사건³⁹⁾에서 항소법원은 재직 중 회사의 민감한 전략 계획과 기밀 사업 정보에 접근할 수 있었던 직원이 경쟁사로 이직한 사안에서, 영업비밀의 사용이 입증되지 않았지만 영업비밀을 사용(공개)할 가능성이 높다고 보아 가처분을 인정한 1심 결정을 수긍하였고,⁴⁰⁾ “Sargent Fletcher v. Able” 사건⁴¹⁾에서 법원은 상대방이 대상 영업비밀에 접근하였고 동일하거나 유사한 제품이 동일한 디자인을 포함하고 있다는 것을 입증하면, 당사자가 제품을 독립적으로 도출하거나 역설계하지 않았음을 입증하는 것이라고 하였다.

34) 법률상 추정의 예로 특허법상 생산방법의 추정(제129조)이 있는데(윤선희, 「특허법」, 제7판, 법문사, 2023, 778면), 영업비밀 사용추정 신설에 참고가 될 수 있고 이에 대해서는 후술하기로 한다. 한편, 특허법(제130조), 실용신안법(제30조), 디자인보호법(제116조), 저작권법(제125조 제4항)과 달리 상표법에는 상표권 침해에 대한 침해자의 과실추정 규정이 없고, 판례에 의해 인정된다(대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다21666 판결). 판례의 취지는 수긍이 되나, 법 규정에서 명시적으로 과실을 추정하는 경우와 해석에 의해 과실을 추정하는 경우의 법적 효과(추정 반복의 요건 등)를 동일하게 볼 것인지에 대해서는 검토가 필요해 보인다. 또한 형사소송에서는 법률상 추정이 허용될 수 없다는 것이 통설적 견해인바(김정환, 「형사소송에서의 추정 이론」, 「인권과정의」, 제343권(2005), 65면), 따라서 상표법상 고의 추정 규정을 형사책임 판단에 있어 침해자의 귀책사유 추정으로 해석해서는 안될 것이다(특허법상 생산방법의 추정 규정을 형사소송에서는 적용할 수 없다는 견해로 정상조·박성수, 「특허법 주해 II」, 박영사, 2010, 300면).

35) 김경환, 앞의 신문기사(주 16) 참고.

36) 영업비밀 사용에 대한 직접적인 추정 규정은 일본 입법례에서만 확인된다. 따라서 다른 국가들에 대해서는 입법 현황만 간략히 살펴보고, 일본 입법례에 대해서는 별도의 목차에서 좀더 상세히 다루기로 한다.

37) 기술 발전에 따른 영업비밀 보호의 중요성 증대와 그에 반해 정교화된 침해 행위로 인한 권리 보호의 공백 등 동법 제정의 주요 이유에 대해서는 U.S. Senate Committee on the Judiciary, “Defend Trade Secrets Act of 2016”, U.S. Government Publishing Office, 2016, p. 2.

38) 18 U.S.C. §1905 (2006 & Supp. 2008).

39) PepsiCo, Inc. v. Redmond, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995).

40) 사실관계, 주요쟁점 및 판결요지에 대해서는 Studicata, “PepsiCo, Inc. v. Redmond”, Studicata, <<https://www.studicata.com/case-briefs/case/pepsico-inc-v-redmond>>, 검색일 : 2025. 10. 20.

41) Sargent Fletcher, Inc. v. Able Corp., 110 Cal.App.4th 1658 (2003). 이 부분 판시에 대해서는 Greines, Martin, Stein & Richland, “Sargent Fletcher, Inc. v. Able Corp. (2003) 110 Cal.App.4th 1658, 3 Cal.Rptr.3d 279”, GMSR, <<https://www.gmsr.com/wp-content/uploads/2016/06/Sargent-Fletcher-Inc-v-Able-Corp-Opinion.pdf>>, p. 5 참고, 검색일: 2025. 10. 22.

3.2.2. EU

2016년 6월 유럽 의회와 이사회에서 채택된 영업비밀지침⁴²⁾은 EU 회원국 전체의 영업비밀 및 노하우 보호를 표준화하고 강화하였다. 동 지침은 영업비밀을 정의하고 불법적인 취득, 공개 및 사용을 규정하며, 가처분 및 손해배상과 같은 피해자를 위한 통일된 민사 구제 및 절차를 제공하는 동시에 역분석(reverse engineering)과 같은 적법한 행위와 위법한 행위의 기준을 제시하고 있다. 동 규정에서 영업비밀 사용추정에 대한 직접적인 규정은 없고, 다만 제4조 제3항⁴³⁾에서 영업비밀을 불법적으로 취득한 경우, 영업비밀 공개 의무를 위반한 경우 및 영업비밀 사용제한 의무를 위반한 경우, 영업비밀을 공개하지 말라는 비밀 유지 계약이나 기타 의무를 위반한 경우의 영업비밀 사용 또는 공개는 위법한 것으로 규정하고 있다.⁴⁴⁾

3.2.3. 영국

영국의 “무역 비밀(영업비밀)(집행 등) 규정 2018”⁴⁵⁾은 EU 무역 비밀 지침 2016/943을 이행하여 2018년 6월 9일에 발효되었으며, 기존의 영국 보통법(Common Law)을 보완하고 통합하여 기업의 비밀 정보에 대한 법적 보호를 강화한 것이다. 제2조에서 법원, 침해자, 침해 물품, 영업비밀, 영업비밀 보유자를 정의하고, 제3조에서 영업비밀의 불법취득, 사용 또는 공개를 금지하는 규정을 두고 있는데,⁴⁶⁾ 그 이외에 영업비밀 사용추정에 대한 규정은 없다.

3.2.4. 중국

중국은 2019년 이전에는 추정 규정이 없이 법원의 판례를 통해 인정되어 왔으며,⁴⁷⁾ 2019년 반부정당경쟁법을 개정하여 영업비밀 침해에 대한 추정 규정을 신설하였다.⁴⁸⁾ 이에 의하면 영업비밀 권리자가 (1) 침해자가 영업비밀을 획득할 수 있는 기회가 있었고 침해자가 사용하는 정보와 영업비밀이 실질적으로 동일하다는 증거, (2) 영업비밀이 침해자에 의해 공개 또는 사용되었거나 그 위험성이 있다는 증거, (3) 영업비밀이 침해되었다는 다른 증거 중 어느 하나를 제시한 경우, 침해자는 침해사실이 없음을 입증해야 한다.⁴⁹⁾ 다만, 위 규정에서 알 수 있듯이 영업비밀 침해 일반에 대한 추정 규정이고, 영업비밀 사용에 한정된 추정 규정은 아니다.

42) Trade Secrets Directive (Directive (EU) 2016/943).

43) 3. The use or disclosure of a trade secret shall be considered unlawful whenever carried out, without the consent of the trade secret holder, by a person who is found to meet any of the following conditions:

(a) having acquired the trade secret unlawfully;

(b) being in breach of a confidentiality agreement or any other duty not to disclose the trade secret;

(c) being in breach of a contractual or any other duty to limit the use of the trade secret.

44) European Union, “Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (Text with EEA relevance)”, EUR-Lex, <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2016/943/oj/eng>>, 검색일: 2025. 10. 22.

45) The Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018.

46) UK Government, “The Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018”, Legislation.gov.uk, <<https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2018/597/made>>, 검색일: 2025. 10. 22.

47) 중국 법원의 영업비밀 침해 사건에 대한 침해 또는 사용추정 사례에 대해서는 정대순, 앞의 논문(주 29), 105면 도표 참고.

48) 經濟産業省知的財産政策室, “不正競争の立証負担の軽減, 2021年12月”, 26-27頁, 經濟産業省, <http://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/fusei_kyoso/pdf/012_06_00.pdf>, 검색일: 2025. 10. 22.

49) 国家市场监督管理总局, “中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)”, NPC Observer, <<http://npcobserver.com/wp-content/uploads/2022/11/Anti%E2%80%93Unfair-Competition-Law-2022-Draft-Revision.pdf>>, 검색일: 2025. 10. 20.

3.3. 일본 부정경쟁방지법상 영업비밀 사용추정

3.3.1. 2015년 개정법 제5조의2

2015년 개정법에서는 입증 책임의 공평한 분배하에서 적절한 진실의 발견이 이뤄지도록 영업비밀의 부정사용행위에 관한 추정 규정을 도입하였다. 즉, 피해자인 민사 재판의 원고는 대부분의 경우 가해자의 사용 행위에 대해서 입증할 만한 증거를 가지고 있지 않은 실정이어서, 만일 원고가 피고에 의한 영업비밀의 절취 행위를 입증할 수 있고, 부정 취득 행위에 대한 손해 배상을 얻었다고 하여도 해당 영업비밀을 피고가 사용하고 있는지에 대해서는 아무런 정보도 얻을 수 없는 것이 보통이다. 그리고 부정하게 기술상의 영업비밀을 취득한 사람에 대해서는 해당 영업비밀을 사용하는 것이 일반적이라는 경험칙이 존재하는 한편,⁵⁰⁾ 추정 규정의 범위를 너무 광범위한 것으로서 규정해버리면 그만큼 피고 측에서 추정을 번복하기 위한 부담이 증가한다. 따라서 합리적 경험 법칙의 범위 및 원고와 피고가 입증해야 하는 부담의 공평성 등의 관점에서 일정한 조건(영업비밀의 범위, 피고의 주관, 추정이 미치는 대상 행위)하에 추정 규정이 적용되도록 입법하였다.⁵¹⁾

3.3.2. 2023년 개정법 제5조의2

2023년 개정법⁵²⁾은 대상 정보를 기술상의 비밀 전반으로 확대하고, 대상 유형을 정당취득자를 포함하는 것으로 하는 등 2가지 방향에서 확대·신설한 것이다.⁵³⁾ 후자와 관련하여서는 제5조의2(기술상의 비밀을 취득한 자의 해당 기술상의 비밀을 사용하는 행위 등의 추정)의 적용대상을 (1) 원래 영업비밀에 접근한 권한이 있는 전(前) 종업원(개정법 제5조의2 제3항)이나 (2) 부정한 경위를 알지 못하고 전득하였으나 그 경위를 사후적으로 알게 된 사람(개정법 제5조의2 제2항, 제4항)으로 악질적인 경우(경고장을 받은 후에도 영업비밀이 기록되어 있는 매체 등을 삭제하지 않는 경우 등)까지로 대상의 범위를 확대하였다.⁵⁴⁾ 그리고 제2항 및 제4항에서 그 적용대상을 기술비밀기록매체 등으로 한정하는 것은 피고의 입증 부담 완화를 위한 취지인데, 동 추정 규정의 적용을 받는 피고는 문제된 기술상 비밀과 관련된 기록 매체 등을 소거·파기하는 방법으로 사용추정을 벗어날 수 있다. 만약 동 규정의 적용 대상을 지득에 의한 기술상 비밀의 취득까지 포함하게 되면 그 기억을 소거하는 것이 불가능하여 피고로서는 사용추정을 번복하기 어렵다는 문제가 있어, 소거·파기가 가능한 기록매체 등으로 한정하는 것이다.⁵⁵⁾

50) 津田麻紀子 외 2인, “平成27年改正不正競争防止法の概要”, CISTEC Journal, No.159(2015), 46頁.

51) 이유리나·곽충목, “일본 영업비밀보호법의 주요 개정내용 및 시사점”, ISSUE & FOCUS on IP, 한국지식재산연구원, 2015, 7-8면.

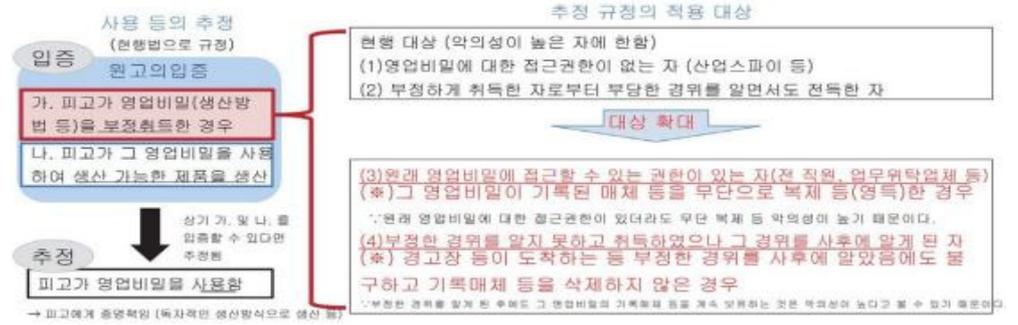
52) 2023. 6. 7. ‘부정경쟁방지법 등의 일부를 개정하는 법률’이 통과되어, 2024. 4. 1. 시행되었다.

53) 産業構造審議会 知的財産分科会 不正競争防止小委員会, “デジタル社会における不正競争防止法の将来課題に関する中間整理報告, 令和4年5月”, 経済産業省, 2022, 13頁.

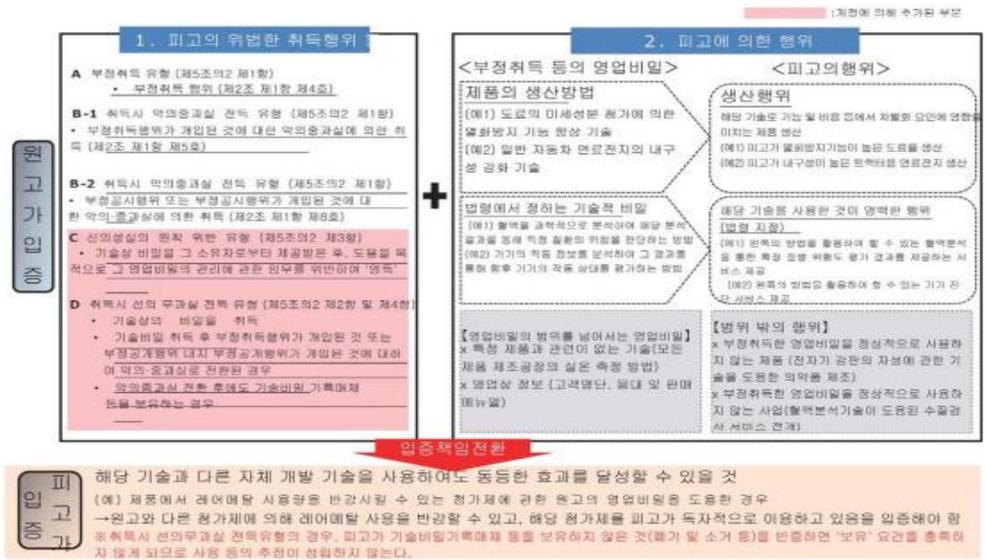
54) 홍남희, 「[자유기고] 2024년 4월 1일 시행 일본의 개정 부정경쟁방지법의 주요 내용」, 법조신문, 2024. 5. 27자.

55) 経済産業省 知的財産政策室編, “逐条解説 不正競争防止法, 令和 6年4月1日施行版”, 経済産業省, 2024, 192頁.

<그림1 사용추정 규정의 적용 대상>⁵⁶⁾



<그림2 사용 등의 추정 규정 개정>⁵⁷⁾



3.3.3. 영업비밀 사용추정의 적용 요건⁵⁸⁾

영업비밀 사용추정이 적용되기 위해서는 ① 대상이 되는 정보가 피침해자(원고)의 영업비밀로서 생산방법 등 기술적 정보이고, ② 침해자(피고)가 피침해자(원고)의 영업비밀을 이용하여 생산할 수 있는 물건을 생산하는 등 이외에, ③ (i) 부정취득유형 및 취득시 악의전득유형의 경우(제5조의2 제1항) 침해자(피고)에 의한 제2조 제1항 제4호, 제5호 또는 제8호에 해당하는 영업비밀부정취득행위가 있었던 것, (ii) 신의칙 위반 유형의 경우(제5조의2 제3항) 영업비밀을 그 영업비밀 보유자로부터 제시된 후에 의도적인 가해 목적으로 그 영업비밀과 관련된 임무에 위배하여 “영득”한 것, (iii) 취득시 선의·무중과실 전득유형의 경우(제5조의2 제2항·제4항) 영업비밀을 취득한 후 영업비밀에 대해 영업비밀부정공개행위가 개입했음을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고, 그 영업비밀에 관한 기술비밀기록매체 등을 보유하고 있었던 것을 피침해자(원고)가 입증할 필요가 있다. 피침해자(원고)가 상기 전제사실(①에서 ③)의 입증에 성공한 경우 침해자(피고)에 의한 영업비밀의 부정사용행위가 추정된다.

56) 한국지식재산연구원, “IP Report [일본] 2023년 부정경쟁방지법 등 일부개정법률 법 개정 설명회(2024. 3)”, 한국지식재산연구원, 2024, 21면.
 57) 한국지식재산연구원(주 56), 22면.
 58) 逐条解説 不正競争防止法(주 55), 186-187頁.

이에 대해 영업비밀의 부정사용등 대상자가 그 영업비밀을 사용하지 않은 경우, 자신의 불사용 사실을 적극적으로 입증하여 추정을 복멸할 수 있다. 예를 들어 침해자(피고)는 피침해자(원고)의 제조에 관련된 자사 제품의 구체적 제조 공정을 밝혀, 피침해자(원고)로부터 영업비밀을 취득한 후에는 해당 제품을 제조하지 않은 것을 입증하는 등으로 방어하는 것을 상정할 수 있다. 또한, 취득시 선의전득유형의 경우(제5조의2제2항·제4항)는 침해자(피고)가 기술비밀기록매체 등을 보유하고 있지 않은 것(예를 들면, 폐기·소거 등)을 반증하면 ‘보유’ 요건을 충족하지 못하기 때문에 본조의 추정규정은 적용되지 않는다.⁵⁹⁾

3.3.4. 영업비밀 사용추정 적용 예시

일본의 영업비밀 사용추정 규정 설명 자료에 의하면, (1) 원고가 보유한 「생산 방법」인 기술상의 비밀을 부정 취득등 한 피고가 해당 정보를 사용하는 행위로 인해 발생하는 물건을 생산하는 경우,⁶⁰⁾ (2) 원고가 보유한 “정보 평가 또는 분석 방법(생산 방법에 해당하는 것을 제외한다.)”인 기술상의 비밀을 부정 취득등 한 피고가 해당 정보를 사용하여 평가하거나 분석하는 서비스를 제공하는 경우,⁶¹⁾ (3) 원고가 보유한 “생산 방법 중 정보 평가 또는 분석 방법에 해당하는 것”에 관한 기술상의 비밀을 부정 취득등을 한 피고가 해당 정보를 사용하여 평가하거나 분석하는 서비스를 제공하는 경우,⁶²⁾ (4) 원고가 보유한 “정보 평가 또는 분석 방법(생산 방법에 해당하는 것을 제외한다.)”인 기술상의 비밀을 부정 취득등 한 피고가 해당 정보를 사용하는 행위로 인해 생기는 물건을 생산하는 경우⁶³⁾ 등 4가지 유형에 대한 사용추정의 적용 예시를 제시하고 있고,⁶⁴⁾ 한편 (1) 원고의 제조 라인 외의 기술(공장 내의 조명, 위생을 유지하는 방법 등)이 도난당한 경우의 피고 공장내에서의 상품 전반, (2) 원고가 보유하고 있지만 타사와의 차별화 요인이 아닌 범용적인 검사 기술, 측정 기술이 도난당한 경우의 피고의 상품 전반, (3) 임베디드 부품의 제조 기술이 도난당한 경우의 부품이 포함된 제품 전체(해당 부품만이 추정의 대상)에 대해서는 추정이 적용되지 않는다고 하는데,⁶⁵⁾ 향후 우리 입법 및 해석에 참고될 수 있을 것이다.

4. 영업비밀 사용추정 규정의 신설(안)

4.1. 일본 부정경쟁방지법 규정의 시사점 및 도입 방향

4.1.1. 신설 입법의 단계적 논의

우리 부정경쟁방지법에 영업비밀 사용추정 규정을 도입한다면, 우리와 법제가 가장 유사하면서도 선제적으로 관련 규정을 도입 및 개정해 온 일본법이 유력한 참고가 될 수 있을 것이다.

59) 逐条解説 不正競争防止法(주 55), 186-187頁; 中間とりまとめ, 平成27年2月 産業構造審議会 知的財産分科会 営業秘密の保護・活用に關する小委員会, 25頁. 中間とりまとめ 원문 자료는 아래에서 확인 가능. 産業構造審議会 知的財産分科会 営業秘密の保護・活用に關する小委員会, “中間とりまとめ(デジタル社会における不正競争防止法の将来課題に關する中間整理報告) 平成27年2月, 經濟産業省, <https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/eigyo_himitsu/pdf/report02_01.pdf>, 검색일: 2025. 10. 20.

60) (예) ○ 해당 조립 기술을 이용하여 생산할 수 있는 자동차의 생산, ○ 해당 원재료 정보를 이용하여 생산할 수 있는 화학품의 생산

61) (예) ○ 해당 분석·평가 방법을 사용하여 할 수 있는 혈액 분석에 의해 특정 질병 위험의 평가 결과를 제공하는 서비스의 제공, ○ 해당 분석 및 평가 방법을 사용하여 할 수 있는 장비 진단 서비스의 제공

62) (예) ○ 해당 강도 분석 방법을 이용하여 할 수 있는 철제품의 검사 서비스의 제공

63) (예) ○ 해당 분석 절차를 설계 정보로 사용할 수 있는 혈액분석기의 생산

64) 逐条解説 不正競争防止法(주 55), 192-193頁.

65) 中間とりまとめ(주 59), 25頁.

다만 2가지 관점에서의 검토가 필요한데, 첫째는 일본법 규정의 방향성을 어느 범위에서 수용(또는 수정 반영)할 것인지이고, 둘째 세부적인 규정 내용을 어떻게 마련할 것인지의 문제이다. 후자에 대해서는 뒤에서 다루기로 하고 여기서는 전자의 측면에서 살펴본다.

우선, 신설 입법의 범위 문제로서 일본과 같이 기본적인 추정 규정을 도입한 다음 이를 시행해 보면서 동 규정의 확대를 검토할 것인지, 아니면 처음부터 일본의 2023년 개정법과 같이 확장된 형태로 입법할 것인지를 문제이다. 일본이 2015년 추정 규정 신설 이후 그 확대 적용의 필요성이 인정되어 2023년 개정하였다는 점에서 후자와 같이 확대된 형태의 추정 규정을 바로 도입하는 것이 타당하다는 주장도 충분히 설득력이 있을 수 있다. 하지만 우리나라는 아직까지 영업비밀 사용추정 법리를 명시적으로 인정한 바 없고, 또한 그 도입 필요성이나 방향에 대해 충분한 연구가 이뤄지지 않은 상황에서 지금의 일본법과 같이 확대된 형태로 추정 규정을 도입하는 것은 신중을 기할 필요가 있을 것이다. 그런 점에서 일본과 같이 우선은 기본적인 추정 규정만 도입하여 제도 운영을 해 본 후, 나중에 개정 필요성이 인정되면 그때 동 규정의 확대 등을 검토해 보는 방향이 더 타당해 보인다. 우리 부정경쟁방지법상 영업비밀의 정의규정을 도입 당시에는 엄격한 요건으로 한정하였다가 이후 확대 보호의 필요성이 인정되어 2015년과 2019년의 각 개정에 의해 그 적용범위가 확대되어 온 점, 영업비밀 침해 유형을 일반적인 규정으로 도입하지 않고 6가지의 한정적 유형으로 도입하였다가 최근에 일반적인 훼손금지 등을 신설한 점 등도 이러한 단계적 도입 방향에 부합하는 것이라 생각된다.

다만, 이러한 입법 방향은 어디까지나 일본법과 같이 영업비밀의 사용추정을 침해행위와 연계하는 경우를 전제로 한 것인데, 이하에서 보는 바와 같이 영업비밀의 사용추정을 침해행위에 한정하지 않는 형태의 입법을 한다면 단계적 도입은 불필요한 논의라 할 수 있다.

4.1.2. 영업비밀 사용추정의 적용 대상 – 침해행위로의 한정 여부

영업비밀의 사용추정은 주로 내부자들에 의해 발생하는 침해유형으로서 영업비밀 사용에 대한 입증곤란을 구제하는 측면이 강하고 그러한 점에서 영업비밀의 침해유형을 전제로 한 일본법의 타당성이 인정된다. 다만, 영업비밀의 사용에 대한 입증 문제가 반드시 침해행위와 연계하여서만 발생한다고 단정할 수는 없고(예를 들어, 영업비밀의 정당한 보유자 값이 비밀유지의무를 전제로 을에게 해당 영업비밀의 사용을 허락하였는데 이후 을이 해당 영업비밀을 사용하였는지가 문제되는 경우),⁶⁶⁾ 그러한 상황에서 굳이 복잡한 입법 형태를 취하면서 적용대상을 한정할 필요는 없다고 생각된다.⁶⁷⁾

먼저, 영업비밀의 구체적인 침해유형에 따라 사용추정을 인정하게 되면 그 적용범위가 명확해진다는 장점은 있으나, 일본의 입법과 같이 매우 복잡한 입법이 될 가능성이 높다. 그렇다면 각 입법형태의 장단점을 비교하여 합리적인 방향을 결정해야 하는데, 영업비밀의 침해행위가 아닌 상황에서의 사용추정도 충분히 문제될 수 있고 이 부분을 적용대상에서 배제해야 할 이유나 실익도 크지 않다는 점에서 일본과 다른 입법 방향이 타당하다고 생각된다. 즉, 영업비밀 침해행위와의 연계성을 배제한 채, 영업비밀의 사용이 문제되는 경우 전반에 대해 사용추정을 인정하는 것이다. 그리고 이러한 입법 방향에 참고가 될 수 있는 것으로 특허법상 ‘생산방법의 추정 규정’이 있다.

66) 라이선스 계약 등에 의해 영업비밀을 취득한 경우에는 추정규정의 대상에서 제외한다(中間とりまとめ<주 59>, 23頁). 부정취득 등으로 한정된 이유는 라이선스 계약 등 합법적인 취득인 경우에는 영업비밀 침해에 대한 인식이 없고 부정취득에 비해 상대적으로 부정사용에 대한 개연성이 낮으며 추정의 기초가 되는 경험 측이 충분하지 않기 때문이다(津田麻紀子 외 2인<주 50>, 47頁).

67) 일본과 유사한 방향에서의 사용추정 신설(안)을 제시하는 견해로 정대순, 앞의 논문(주 29), 116면 이하 참고.

4.1.3. 특허법상 생산방법의 추정

현행 특허법상 법률에서 ‘추정’을 규정하고 있는 것은 손해배상청구에서의 손해액 추정(제128조 제4항), 생산방법의 추정(제129조), 과실의 추정(제130조)이 있다. 이러한 추정 규정 중 물건을 생산하는 방법발명의 사용을 추정하는 제129조가 대상 권리의 사용을 추정한다는 점에서 영업비밀 사용추정 신설에 참고될 수 있을 것으로 보인다.

특허법 제129조는 1961년 특허법 제정 당시부터 존재했던 규정인데,⁶⁸⁾ 동 규정의 입법 취지는 2가지 정도로 설명되고 있다.⁶⁹⁾ 첫째, 특허권 침해에 있어 침해사실의 입증은 특허권자가 하여야 하나 방법발명에 관한 특허의 경우 침해자가 특허된 방법을 실시하였다는 사실의 입증은 물건발명에 관한 특허의 경우에 비해 훨씬 어렵다. 즉, 물건발명과 달리 방법발명은 피고의 관리 아래 실시되고 있으므로 그 특징은 매우 곤란하고, 따라서 원고는 어느 정도 추측에 기하여 특정하여 주장할 수밖에 없고 피고가 부인하면 입증이 곤란하다는 것이다. 둘째, 신규물건의 생산에 관한 방법특허의 경우 통상적으로 그 특허된 방법만이 일반에 알려져 있다고 볼 수 있으므로, 그 신규물건을 생산한 자는 특허된 방법과 동일한 생산방법을 사용하였을 개연성이 매우 높다고 보는 것이 경험칙에 맞다는 점에 기반을 둔 것이다.⁷⁰⁾ 그리고 일본 특허법 제104조에도 같은 규정이 있으며, 우리와 유사하게 입증곤란 구제, 생산방법 사용에 대한 높은 개연성, 생산방법 발명에 대한 권리자 보호 등을 동 규정의 취지로 본다.⁷¹⁾

이러한 특허법상 생산방법 추정 규정의 취지를 보면 영업비밀 사용추정 신설의 취지와 상당히 유사함을 알 수 있다. 즉, 대상권리를 사용한 결과물 자체만으로는 침해에 해당하지 않고(물건발명인 경우에만 침해에 해당), 다만 결과물 생산에 있어 문제되는 권리를 사용했을 개연성이 상당히 높지만 그 입증이 용이하지 않은 경우 권리자 보호를 위해 추정을 인정하는 것이다.⁷²⁾ 그런데 특허법 제129조는 특허권 침해를 전제로 한 추정규정이 아님을 알 수 있다. 즉, ‘물건을 생산하는 방법’에 관한 특허권자 갑이 을에게 실시권을 허락해 준 상황에서 을이 물건을 생산하여 대상 특허발명을 사용한 것인지가 문제되는 경우에도 제129조는 적용될 수 있고, 유용한 해석 기준이 되는 것이다. 같은 취지에서 영업비밀 사용추정 규정 또한 반드시 침해를 전제로 할

68) 동 규정의 입법연혁에 대한 보다 상세한 설명으로는 정차호, “생산방법 추정 관련 ‘동일한 물건’ 및 ‘공지’의 딜레마”, 특허판례연구, 개정판, 박영사, 2012, 665면. 한편, 우리법에 참고가 된 일본 입법의 배경(독일 법원의 판결 및 입법과 그에 따른 일본의 입법)에 대해서는 박정희, “특허법 제129조의 생산방법의 추정”, 한국특허법학회(편), 특허판례연구, 제3판, 박영사, 2017, 558면 참고.

69) 권태복, “생산방법의 추정과 확인대상발명의 특정”, 「산업재산권」, 제27호(2008), 74-75면; 정상조·박성수, 앞의 책(주 34), 296-297면 참고.

70) 동 규정의 적용 사례는 많지 않은데(이 규정은 물건의 발명으로서 특허를 받을 수 없고, 방법의 발명으로서만 특허를 받을 수 있는 발명에 대해서 실익이 있는데, 1987년 특허법 개정 이래 제법발명과 물질발명 모두가 특허의 대상으로 되어 있는 현행법 아래에서는 현저하게 그 중요성을 잃게 되었다는 견해로 정상조·박성수, 앞의 책(주 34), 297면), 서울고등법원 1992. 7. 29. 선고 91나53298 판결(피고가 수입 사용한 케토코나졸 원료는 특허법 제129조에 의하여 원고의 특허된 방법에 의하여 생산된 것으로 추정; 윤선희, 앞의 책<주 34>, 778면에서 재인용), 대법원 2005. 10. 27. 선고 2003다37792 판결(이 사건 부직포와 같이 비통기성 수지 필름이 한쪽 면에 열융착되어 코팅된 코팅층을 갖고 통기구멍이 연속적으로 형성된 것을 주된 기술사상으로 하는 직포 또는 부직포는 이미 이 사건 특허출원 전에 공지되었거나 공언히 실시되었던 것이므로, 이 사건 특허발명에는 특허법 제129조의 추정 규정을 적용할 수 없다고 하면서 이와 달리 생산방법 추정 규정이 적용된다고 판단한 원심을 파기한 사례) 참고.

71) 中山信弘·小泉直樹 編, 「新・註解特許法(中卷)」, 第2版, 青林書院, 2017, 2121頁. 2123頁에서는 위 각 근거들 어느 하나만으로 제도 취지를 설명하는 것은 적절하지 않고 입증곤란 구제, 권리자 보호, 그리고 신속하고 적절한 재판을 위한 것으로 봄이 타당하다고 한다.

72) 다만, 이러한 취지를 고려해 볼 때 현행 특허법이 일반적인 방법발명은 제외하고 ‘물건을 생산하는 방법의 발명’에 대해서만 추정을 인정하는 것이 적절한지, 즉 일반적인 방법발명에 대해서도 추정규정을 둘 필요는 없는지에 대해서도 검토해 볼 수 있을 것이다(예를 들어 갑이 ‘공기 중의 오염물질을 제거하는 방법발명’에 대한 특허권을 가지고 있는 상황에서, 을이 갑의 특허발명을 알게 된 이후 ‘공기 중의 오염물질을 제거’하는 행위를 하였다면, 갑의 특허발명을 사용한 것으로 추정하되 을로 하여금 다른 방법을 사용하여 오염물질을 제거하였다는 점을 입증하도록 하는 것).

필요는 없을 것이고, 영업비밀의 사용이 문제되는 상황 일반에 모두 적용되는 것으로 하는 것이 입법적 정합성에도 부합한다고 판단된다. 이하에서는 이러한 방향에서 구체적인 입법안을 도출해 보기로 한다.

4.2. 영업비밀 사용추정 입법(안)

4.2.1. 신설 규정의 내용

4.2.1.1. 적용대상이 되는 비밀의 범위

일본 부정경쟁방지법에서는 영업비밀⁷³⁾ 사용추정의 대상을 기술상의 비밀로서, ‘생산 방법 및 그 외 정령으로 규정하는 정보’로 한정하고 있다. 즉, 영업상 정보가 제외되고 기술상의 정보 중 일부로 한정하고 있는데, 이는 기술상의 정보 중 추정규정의 대상을 특히 입증이 곤란하다고 생각되는 정보에 한정함으로써 침해자 측의 응소 부담을 배려한 것으로 설명된다.⁷⁴⁾ 비록 경영상의 정보에 대한 보호 필요성도 부인할 수 없지만,⁷⁵⁾ 영업비밀 사용의 결과를 통해 사용을 추정하는 것으로서 증거의 구조적 편재 관점에서 기술상의 정보에 보다 적합한 측면이 있고,⁷⁶⁾ 처음 관련 규정을 도입하는 것으로서 확대 적용은 향후 제도 운영상황을 고려하여 검토하는 것이 바람직하며, 상대방의 응소 부담도 감안해야 한다는 점⁷⁷⁾에서 일본의 입법과 같이 기술상의 정보로 한정하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 또한 세부적인 기준으로서 기술상의 정보 중 특정 대상으로 한정할 것인지의 문제가 있는데, 일본법에서 (1) ‘생산 방법’을 특정하고 있는 것은 특허법상 생산방법 추정 규정(제129조)에서 본 바에 의할 때 그 타당성을 수긍할 수 있고, (2) ‘그 외 정령으로 규정하는 정보’는 향후 기술 진보에 따라 새로운 기술 정보를 추정의 대상으로 할 것이 요구될 수 있고 이를 반영하여 생산방법 이외의 기술정보에 대해서는 정령으로 정할 수 있도록 한 것으로서⁷⁸⁾ 우리의 입법에도 동일한 방식이 적합할 것으로 생각된다.

4.2.1.2. 시행령에서 규정하는 정보의 범위

‘생산 방법’ 이외에 ‘시행령으로 규정하는 정보’의 범위를 구체적으로 어떻게 마련할 것인지는 입법이 된 이후 상세히 검토되어야 할 문제이다. 다만, 일본의 입법을 참고해 보면 시행령 제 1조⁷⁹⁾에서는 “부정경쟁방지법(이하 “법”이라 한다.) 제5조의2제1항의 정령으로 정하는 정보는, 정보의 평가 또는 분석의 방법(생산 방법에 해당하는 것을 제외한다.)을 말한다.”고 규정하고 있다. 여기서 말하는 「정보의 평가 또는 분석의 방법」의 구체 예로서는, (i) 혈액을 화학적으로 분석하는 기술, (ii) 기기의 가동 정보(센서 데이터 등)로부터 기기의 상황을 평가하는 기술, (iii) 카메라 화상이나 센서, GPS 데이터 등을 분석하고, 교통의 혼잡 상황을 평가(예측)하는 기술 등을 생각할 수 있다. 또한, 정령에서는 “생산방법에 해당하는 것을 제외한다.”라고 규

73) 일본 부정경쟁방지법상 영업비밀은 ‘기술상 정보 또는 영업상 정보’로 되어 있는데 반해(제2조 제6항), 우리법에서는 ‘기술상 정보 또는 경영상 정보’로 되어 있다(제2조 제3호). 일본법의 ‘영업상 정보’와 우리법의 ‘경영상 정보’에 실질적인 차이는 없는 것으로 보이고 따라서 이하에서는 이를 구분하지 않고 ‘경영상 정보’라고 한다.

74) 逐条解説 不正競争防止(주55), 188頁.

75) 경영정보 등 보호확대의 필요성에 대해서는 관계부처 합동, “제1차 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호 기본계획[안](2022~2026)(2021. 12)”, 특허청, 2021. 26-27면 참고.

76) 영업비밀, 특히 기술 정보의 침해 소송에 있어서는 피고측에 증거가 편재하는 것이 일반적이기 때문에, 원고가 피고의 사용의 사실을 입증하는 것이 매우 곤란하다. 中間とりまとめ(주 59), 23頁.

77) 영업비밀 중 기술상의 비밀에 대해서만 추정 규정이 적용되는 것은 영업상의 비밀에 대해 추정규정을 적용하게 되면 피고에게 과중한 입증책임을 부담시키는 것이기 때문이다. 그리고 같은 취지에서 기술상의 비밀 중 ‘생산방법’에 한정하여 추정대상으로 한다. 津田麻紀子 외 2인(주 50), 46頁.

78) 津田麻紀子 외 2인(주 50), 47頁; 주 19 참고.

79) 不正競争防止法施行令(平成30年政令第252号)(技術上の秘密の内容).

정되어 있는데, 생산 프로세스에 있어 사용되는 제품의 품질검사 등의 분석·평가기술에 대해서는 법률로 명시되어 있는 「생산 방법」(상기① 참조)의 대상이 되고 있다고 해석되기 때문에, 중복을 피하기 위한 취지에서 제외시키고 있는 것이다.⁸⁰⁾ 그리고 빅 데이터, AI 구현 등 데이터 활용의 발전을 배경으로 정보 분석 및 평가와 관련된 기술 정보를 정령에서 규정한 것이다.⁸¹⁾ 우리법에 사용추정 규정이 신설되고 세부기준을 시행령으로 위임하는 형태를 취한다면 이러한 일본의 시행령(정령) 규정을 토대로 관련 당사자들의 의견을 수렴하여 세부기준을 마련해 나가야 할 것이다.

4.2.1.3. 영업비밀의 사용을 추정하는 구체적인 행위 태양

영업비밀 사용추정은 해당 영업비밀을 사용한 것으로 합리적인 추정이 되는 상황에 한정하여 적용되어야 한다.⁸²⁾ 이와 관련하여 일본은 “해당 기술상의 비밀을 사용하는 행위로 인해 발생하는 물건의 생산, 기타 기술상의 비밀을 사용한 사실이 분명한 행위로써 정령으로 규정한 행위”로 규정하고 있다. 사용추정의 전제로 부정하게 취득한 기술과 전혀 관계가 없는 제품의 생산 등에 대해서까지 영업비밀사용을 추정하는 것은 부당하고, 반면 피침해자가 생산하는 것과 완전히 동일한 제품을 생산하는 행위에만 추정의 효과를 미친다면 추정규정이 적용될 수 있는 사유가 너무 한정적이 된다는 점을 감안하여 피침해자의 영업비밀과 침해자의 행위 사이에 일정한 관련성이 있는 경우로 한정한 것이다.⁸³⁾ 또한 세부적인 기준을 정령으로 위임하고 있는데, 정령 제2조⁸⁴⁾에서는 “기술상 비밀(정보평가 또는 분석방법(생산방법에 해당하는 것을 포함한다.)에 관련된 것에 한정한다.)를 사용하여 평가하거나 분석하는 업무의 제공”으로 규정하고 있다. 정령 제2조의 「정보의 평가 또는 분석의 방법」에 「생산방법에 해당하는 것을 포함한다」고 규정한 것은, “생산방법” 중 “정보평가 또는 분석방법에 해당하는 것”을 이용하여 정령 제2조의 서비스 제공을 한 경우를 추정규정의 대상으로 하는 것을 명확히 한 것이다.

앞서 본 영업비밀 사용추정의 입법 형태(대상 영업비밀의 구체적인 범위를 시행령에 위임)를 전제로 할 경우 구체적인 행위 태양에 대해서도 법에 규정하기보다는 시행령으로 위임하여 기술발전 상황에 적절히 대응하도록 하되, 세부적인 기준은 일본의 정령 규정을 토대로 관련 당사자들의 의견 수렴을 통해 구체화해 나가는 것이 타당할 것이다.

4.2.2. 신설 규정의 위치

앞서 본 바와 같은 영업비밀 사용추정 규정을 신설할 경우, 신설 규정의 위치에 대해서도 간략히 살펴볼 필요가 있겠다. 일본 부정경쟁방지법⁸⁵⁾에서는 영업비밀 사용추정 규정(제5조의2)

80) 逐条解説 不正競争防止法(주 55), 189頁.

81) 逐条解説 不正競争防止法(주 55), 188頁.

82) 원고가 영업비밀을 이용하여 생기는 것 뿐만 아니라, 그 영업비밀을 전용하여 생기는 물건에 대해서도 해당 영업비밀의 사용을 추정한다. 中間とりまとめ(주 59), 25頁 注2.

83) 逐条解説 不正競争防止法(주 55), 189-190頁.

84) 正競争防止法施行令(平成30年政令第252号)(技術上の秘密を使用したことが明らかな行為)

85) 第一章 総則 [第一条(目的), 第二条(定義)]

第二章 差止請求、損害賠償等 [第三条(差止請求権)~第十五条(消滅時効)]

第三章 國際約束に基づく禁止行為 [第十六条(外国の国旗等の商業上の使用禁止)~

第十八条(外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止)]

第四章 雜則 [第十九条(適用除外等) ~ 第二十条(経過措置)]

第五章 罰則 [第二十一条(罰則) ~ 第二十二条]

第六章 刑事訴訟手続の特例 第二十三条(営業秘密の秘匿決定等) ~

第三十一条(最高裁判所規則への委任)

第七章 没収に関する手続等の特例 [第三十二条(第三者の財産の没収手続等) ~

第三十四条(刑事補償の特例)]

을 부정경쟁행위에 대한 공통된 구제수단인 손해배상(제4조) 및 손해액의 추정(제5조) 뒤에 입법하고 있고, 우리 특허법에서도 생산방법 추정 규정(제129조)이나 과실의 추정(제130조)을 침해행위에 대한 구제수단인 침해금지등청구(제126조)나 손해액추정(제128조) 뒤, 그리고 신용회복조치청구(제131조) 앞에 입법하고 있다. 그렇다면 결국 입법적 정합성을 최대한 유지한다는 측면에서 부정경쟁방지법에 영업비밀 사용추정 규정을 신설한다면 영업비밀 침해에 대한 구제수단으로서 손해배상책임 규정(제11조) 뒤에 입법하는 것이 적절할 수 있을 것이다.⁸⁶⁾

한편, 시행령의 경우 법 규정에 따른 시행령 내용을 고려해 볼 때 원본증명기관에 관한 마지막 규정(제3조의7)과 부정경쟁방지법 제16조에 따른 신고포상금 관련 규정(제3조의8) 사이에 입법하는 것이 가장 적절할 것이다.

4.2.3. 소결 – 개정(안)

이상에서 살펴본 바를 토대로 현행 부정경쟁방지법상 영업비밀 사용추정 규정(안) 및 관련 시행령(안)을 제시해 보면 다음과 같다.

부정경쟁방지법 제11조의2(영업비밀 사용의 추정) 기술상의 비밀(영업비밀 중 기술상의 정보로서, 생산방법 및 대통령령으로 정하는 정보를 말한다. 이하 이 조에서 같다.)을 보유·취득한 자가 해당 기술상의 비밀을 사용하는 행위로 인해 발생하는 물건의 생산, 기타 기술상의 비밀을 사용한 사실이 분명한 행위로써 대통령령으로 정하는 행위(이하 이 조에서 ‘생산등’이라 한다.)를 한 경우, 그 기술상의 비밀을 사용하여 생산등을 한 것으로 추정한다.

부정경쟁방지법 시행령 제3조의8(기술상의 비밀 내용 등) ① 법 제11조의2에서 “대통령령으로 정하는 정보”란, 정보의 평가 또는 분석의 방법(생산 방법에 해당하는 것을 제외한다.)을 말한다.

② 법 제11조의2에서 “대통령령으로 정하는 행위”란, 기술상 비밀(정보평가 또는 분석방법(생산 방법에 해당하는 것을 포함한다.)에 관련된 것에 한정한다.)을 사용하여 평가하거나 분석하는 업무의 제공으로 한다.

5. 결론

영업비밀 침해가 성립하기 위한 행위 태양 중 영업비밀의 ‘사용’은 직접 입증에 한계가 있다. 이로 인해 현재 실무적으로는 제반 사정을 고려하여 사실상 영업비밀의 사용을 추정하는 법리에 의해 해결하고 있는데, 현행법 하에서는 부득이한 측면이 있지만 법적 안정성과 예측가능성 확보를 위해 입법적 보완이 필요하다. 일본은 이미 부정경쟁방지법에 영업비밀 사용추정에 대한 세부적인 기준을 마련하였고, 우리 특허법에는 영업비밀 사용추정과 유사하다고 볼 수 있는 생산방법의 추정규정을 두고 있다. 일본의 법 규정은 영업비밀 사용추정의 필요성과 그 방향에 대한 유력한 참고가 될 수 있는데, 다만 영업비밀 침해를 중심으로 사용추정을 규정한다는 점에

第八章 保全手続 [第三十五条(没収保全命令), 第三十六条(追徴保全命令)]

第九章 没収及び追徴の裁判の執行及び保全についての国際共助手続等 [第三十七条(共助の実施) ~

第四十条(組織的犯罪処罰法による共助等の例)]

86) 신용회복조치청구권(제12조)도 영업비밀 침해에 대한 구제수단이라는 점에서 제12조 뒤에 입법하는 것이 타당하다고 볼 수도 있을 것이다. 실제 2024년 연구용역에서는 그와 같은 의견을 제시하고 있다. 그런데 현행 특허법과의 정합성(물론 오히려 특허법상 생산방법 추정이나 과실의 추정을 신용회복조치청구권 뒤에 입법하는 것이 더 타당하지 않을까 생각되기도 하지만)을 고려하여 손해배상책임과 신용회복조치청구 사이에 입법하는 의견을 제시한 것이다.

서 한계가 있다. 즉, 영업비밀의 사용추정은 영업비밀을 사용한 것인지의 관점에서만 보면 되는 것이고 그에 나아가 영업비밀의 사용이 영업비밀의 침해에 해당하는지는 현행 부정경쟁방지법의 행위 태양을 토대로 판단하면 족한 것이다. 라이선스 등을 통해 적법하게 영업비밀을 보유하고 사용할 권한이 있는 자에 대해서도 영업비밀 사용에 대한 입증 곤란의 문제는 동일하게 발생할 수 있고, 이런 경우를 굳이 사용추정에서 제외할 이유는 없는 것이다. 우리 특허법에서 생산방법의 추정 규정 또한 이러한 중립적 방향으로 입법이 되어 있다. 따라서 일본의 입법을 참고 하되, 우리 특허법과의 정합성 및 영업비밀 사용추정 규정의 일반적 활용을 위해서는 침해행위로 한정함이 없이 영업비밀의 사용을 추정함이 상당한 행위로 규정하는 방향에서 개정안을 제시해 보았다. 즉, 기술상의 비밀(영업비밀 중 기술상의 정보로서, 생산방법 및 대통령령으로 정하는 정보를 말한다. 이하 이 조에서 같다.)을 보유·취득한 자가 해당 기술상의 비밀을 사용하는 행위로 인해 발생하는 물건의 생산, 기타 기술상의 비밀을 사용한 사실이 분명한 행위로서 대통령령으로 정하는 행위(이하 이 조에서 '생산등'이라 한다.)를 한 경우, 그 기술상의 비밀을 사용하여 생산등을 한 것으로 추정하는 규정을 신설하고, 대상 정보 및 행위의 세부적인 기준은 시행령으로 위임하여 변화하는 상황에 탄력성 있게 대응할 수 있도록 하는 것이다. 이번 연구에서 보다 구체적인 기준을 제시하지 못한 한계는 있으나, 향후 이 부분에 대한 후속 연구와 검토의 필요성을 제시한 점과 그러한 연구 등에서 참고가 될 수는 있을 것으로 생각한다.

참고문헌

단행본(국내 및 동양)

- 박정희, “특허법 제129조의 생산방법의 추정”, 한국특허법학회(편), 특허판례연구, 제3판, 박영사, 2017.
- 법원행정처, 「지적재산권재판실무편람」, 2005년 개정판, 법원행정처, 2005.
- 송영식 외 6인, 「지적소유권법(하)」, 제2판, 육법사, 2013.
- 윤선희, 「지적재산권법」, 제20정판, 세창출판사, 2023.
- 윤선희, 「특허법」, 제7판, 법문사, 2023.
- 윤태식, 「부정경쟁방지법」, 박영사, 2021.
- 이시윤, 「신민사소송법」, 제11판, 박영사, 2017.
- 정상조, 「지적재산권법」, 법문사, 2004.
- 정상조·박성수, 「특허법 주해 II」, 박영사, 2010.
- 정상조 외 3인 편, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020.
- 정차호, “생산방법 추정 관련 ‘동일한 물건’ 및 ‘공지’의 딜레마”, 특허판례연구, 개정판, 박영사, 2012.
- 한국특허법학회, 「영업비밀보호법」, 박영사, 2017.
- 千野直邦, 「營業秘密の法的保護」, 中央經濟社, 2002.
- 小野昌延·松村信夫, 「新·不正競争防止法概説」, 第3版(上), 青林書院, 2020.
- 豊崎光衛, 「不正競争防止法」, 第一法規出版株式会社, 1983.
- 中山信弘·小泉直樹 編, 「新·註解特許法(中卷)」, 第2版, 青林書院, 2017.

단행본(서양)

- Stephen M. McJohn, *Intellectual Property*, 4th ed, Wolters Kluwer, 2012.

학술지(국내 및 동양)

- 계승균, “미래기술발전과 지식재산권의 법적 성격의 변화”, 「산업재산권」, 제56호(2018).
- 권태복, “생산방법의 추정과 확인대상발명의 특징”, 「산업재산권」, 제27호(2008).
- 김시열, “영업비밀 침해금지청구에서 영업비밀 특성의 정도 및 판단기준”, 「IP Insight」, 제3권 제1호(2013).
- 김정한, “형사소송에서의 추정 이론”, 「인권과정의」, 제343권(2005).
- 도두형, “부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위”, 「인권과정의」, 제206호(1993).
- 박상열, “부정경쟁방지법에 의한 영업비밀의 형사법적 보호”, 「지식재산연구」, 제6권 제3호(2011).
- 손수정 외 4인, “지능형 디지털 전환 시대의 지식재산권(Intellectual Property Rights) 제도 변화의 동인과 영향”, 「STEPI Insight」, 제349호(2025).
- 윤종행, “산업스파이에 관한 미국의 최근판례와 입법의 동향”, 「강원법학」, 제44권(2015).
- 전용태·김형석, “영업비밀의 부정이용행위 규율에 관한 정책과제와 전망 - 미국과 일본의 사례를 중심으로 -”, 「법학연구」, 제19권 제2호(2019).
- 정대순, “영업비밀 침해소송에서 입증책임 완화를 위한 추정규정의 도입검토: 최근의 중국과 일본 사례를 중심으로”, 「지식재산연구」, 제19권 제4호(2024).
- 조용순, “영업비밀 보호를 위한 「부정경쟁방지법」 정비 방향: 최근 국제동향과의 비교를 중심으로”, 「시큐리티 연구」, 제80호(2024).
- 田村善之, “營業秘密の不正利用行為をめぐる裁判例の動向と法的な課題”, 「パテント」, 第66卷 第6号(2013).
- 津田麻紀子 외 2인, “平成27年改正不正競争防止法の概要”, CISTEC Journal, No.159(2015).

판례

- 대법원 1997. 6. 13. 선고 96재다462 판결.
 대법원 1998. 6. 9. 선고 98다1928 판결.
 대법원 1998. 8. 21. 선고 98다8974 판결.
 대법원 2005. 10. 27. 선고 2003다37792 판결.
 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도9433 판결.
 대법원 2012. 4. 12 선고 2010도391 판결.
 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다21666 판결.
 대법원 2019. 9. 10. 선고 2016도1241 판결.
 대법원 2022. 11. 17. 선고 2022다242786 판결.
 서울고등법원 1992. 7. 29. 선고 91나53298 판결.
 서울고등법원 2008. 5. 14. 선고 2006나21479 판결.
 서울고등법원 2022. 5. 12. 선고 2021나2026169 판결.
 서울중앙지방법원 2007. 2. 8. 선고 2004고단7664 판결.
 서울중앙지방법원 2021. 6. 17. 선고 2018가합556315 판결.
 수원지방법원 2019. 10. 30.자 2019카합10295 결정.
 의정부지방법원 2011. 9. 8. 선고 2009가합7325 판결.
 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 99헌바77 전원재판부.
 大阪地判平 11・9・14 判不競 1250 ノ 186 ノ 22 頁 [顧問先名簿].
 東京高判平 17・3・22 平 16(ネ)4185 [給湯設備機器の点検保守作業].
 東京地判平 8・1・31 判不競 1250 ノ 204 ノ 3 頁 [90 度フレアー鋼管接続工法].
 東京地判平 11・7・23 判時 1694号 138 頁 [美術工艺品].
 東京地判平 22・4・28 平 18(ワ)29160 [コエンザイム Q10].
 PepsiCo, Inc. v. Redmond, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995).
 Sargent Fletcher, Inc. v. Able Corp., 110 Cal.App.4th 1658 (2003).

신문기사

- 김경환, 「김경환 변호사의 디지털법」〈38〉영업비밀 사용추정규정 신설해서 영업비밀 침해 억제해야, 전자신문, 2024. 9. 3자.
 양혜윤, 「부정경쟁방지법 상 영업비밀보호 관련사례 및 관리방안」, 법률신문, 2024. 3. 10자.
 조용식, 「영업비밀보호요건의 입증과 제도적 대안에 관해」, 법률신문, 2010. 9. 13자.
 홍남희, 「[자유기고] 2024년 4월 1일 시행 일본의 개정 부정경쟁방지법의 주요 내용」, 법조신문, 2024. 5. 27자.

인터넷 자료

- 박종률, “법제도와 영업비밀이 유출된 피해기업의 현실”, 서울공대 웹진 제133호(2024. 12). <<https://webzine-eng.snu.ac.kr/web/vol120/sub0602.html>>, 검색일: 2025. 10. 22.
 經濟産業省知的財産政策室, “不正競争の立証負担の軽減, 2021年12月”, 26-27頁, 經濟産業省, <https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/fusei_kyoso/pdf/012_06_00.pdf>, 검색일: 2025. 10. 22.
 産業構造審議会 知的財産分科会 営業秘密の保護・活用に関する小委員会, “中間とりまとめ(デジタル社会における不正競争防止法の将来課題に関する中間整理報告)”, 經濟産業省, <https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/eigyoo_himitsu/pdf/report02_01.pdf>, 검색일: 2025. 10. 20.
 国家市场监督管理总局, “中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)”, NPC Observer, <h

<https://npcobserver.com/wp-content/uploads/2022/11/Anti%E2%80%93Unfair-Competition-Law-2022-Draft-Revision.pdf>, 검색일: 2025. 10. 20.

European Union, “Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (Text with EEA relevance)”, EUR-Lex, <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2016/943/oj/eng>>, 검색일: 2025. 10. 22.

Greines, Martin, Stein & Richland, “Sargent Fletcher, Inc. v. Able Corp. (2003) 110 Cal.App.4th 1658, 3 Cal.Rptr.3d 279”, GMSR, <<https://www.gmsr.com/wp-content/uploads/2016/06/Sargent-Fletcher-Inc-v-Able-Corp-Opinion.pdf>>, 검색일: 2025. 10. 22.

Studicata, “PepsiCo, Inc. v. Redmond”, Studicata, <<https://www.studicata.com/case-briefs/case/pepsico-inc-v-redmond>>, 검색일 : 2025. 10. 20.

UK Government, “The Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018”, Legislation.gov.uk, <<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2018/597/made>>, 검색일: 2025. 10. 22.

연구보고서

고효승, “영업비밀 침해 사례분석을 통한 제도적 보호체계 연구”, 인재개발정보센터, 2018.

특허청, “영업비밀침해 입증부담 완화방안에 관한 연구”, 특허청, 2011.

특허청, “2017-2019 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 판결문 분석 연구”, 특허청, 2020.

기타자료

관계부처 합동, “제1차 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호 기본계획[안](2022~2026)(2021. 12)”, 특허청, 2021.

이유리나·곽충목, “일본 영업비밀보호법의 주요 개정내용 및 시사점”, ISSUE & FOCUS on IP, 한국지식재산연구원, 2015.

한국지식재산연구원, “IP Report [일본] 2023년 부정경쟁방지법 등 일부개정법률 법 개정 설명회(2024. 3)”, 한국지식재산연구원, 2024.

産業構造審議会 知的財産分科会 不正競争防止小委員会, “デジタル社会における不正競争防止法の将来課題に関する中間整理報告, 令和4年5月”, 経済産業省, 2022.

経済産業省 知的財産政策室編, “逐条解説 不正競争防止法, 令和6年4月1日施行版”, 経済産業省, 2024.

U.S. Senate Committee on the Judiciary, “Defend Trade Secrets Act of 2016”, U.S. Government Publishing Office, 2016.