

영업비밀 침해금지청구에 대한 우리 법원의 태도* -기술정보 유출을 중심으로-

서울대학교 법과대학 · 법학대학원 조교수 박 준 석

논문요지

‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’에서 영업비밀보유자에게 물권적 지위를 부여하고 있지만, 그 침해금지청구권의 법적 성격은 사실 민법상 물권적 방해배제청구권과 비슷하다. 침해금지청구권을 행사하려면 우선 법적 쟁송 대상인 영업비밀의 구체적 내용을 특정할 필요가 있기 때문에, 상대방이나 제3자에게 당해 영업비밀의 구체적 내용이 필요이상으로 누설되어 영업비밀의 비공지성을 상실할 위험이 항상 존재한다. 기판력이나 집행력 범위를 명확히 함에 있어, 우리 판례는 영업비밀보유자로 하여금 지나치게 영업비밀의 구체적 내용을 특정할 것을 요구하지는 않음으로써 잘 대처하여 오고 있다. 그러나 미국의 보호명령 제도와 같은 것을 도입하는 입법적 보완이 필요하다고 보인다.

한편 우리 판례가 침해금지기간을 결정함에 있어 침해자가 당해 영업비밀을 사용하지 않고 리버스 엔지니어링이나 독립적인 개발에 의해서 함법적으로 알아내는데 걸리는 시간에 국한시키고 있는 것은 타당하다고 본다. 그렇지만, 우리 판례가 위와 같이 제한된 침해금지기간이 경과된 이후에는 당해 영업비밀이 더 이상 법적으로 보호되지 않는 것으로 취급하고 있는 것은 부당하다. 이른바 금지기간의 기산점에 관하여 특히 전직금지청구 사안에 있어 치열한 논란이 있어 왔으며 우리 판례는 심지어 기산점을 정하지 않은 상태에서 먼저 금지기간을 결정하고 있지만, 금지기간의 기산점이 먼저 정해지고 난 뒤 그로부터 적절한 금지기간이 정해져야 더 설득력 있을 것이다. 아울러 그렇게 정할 기산점은 다름 아니라 민법상 금지청구권의 경우와 마찬가지로 재판시점이 되어야 할 것이다. 덧붙여 우리 판례는 형평법상 금지청구에 관한 미국 법원의 동향에 초점을 두기 보다는, 한국 부정경쟁방지법상 금지청구권의 법적 성격, 그리고 그런 금지청구권과 민법상 물권적 방해배제청구권과의 조화 등에 관심을 집중함이 타당하다고 사료된다.

검색용주제어: 영업비밀, 침해금지청구권, 전직금지청구, 부정경쟁방지법, 기술유출

* 논문접수: 2009. 9. 14. * 심사완료: 2009. 11. 3. * 게재확정: 2009. 11. 20.

* 이 논문은 정상조·박준석, 營業秘密의 司法的 保護에 관한 比較法的 研究, 법원행정처 정책연구용역 보고서 (2009. 7.) 중 필자의 집필부분 일부를 심화한 것이다.

I. 서

글로벌 경쟁시대에 있어 한국의 국가적 경쟁력은 기업이 가진 첨단기술정보의 총체적 가치에 의하여 좌우되는 경향이 점차로 짙어지고 있다. 이런 정보들에 대하여 해당 보유자는 특허법 소정의 절차에 따라 특허출원하여, 그 기술정보를 일반공중에 공개한 대가로 일정기간 독점권을 확보하기도 한다. 그러나 경영판단(經營判斷)의 차원에서 볼 때 그와 같은 공개가 부적절하다고 판단되면 당사자는 이를 영업비밀(營業秘密, trade secret)로 분류하여 비공개상태 하에서 영구히 관리하는 경우도 많다. 이렇게 특허출원되지 않고 영업비밀로 간직된 정보라도 그에 대한 다른 경제주체의 부당한 침해를 방지할 경우에는 공정한 경쟁질서가 무너질 것임은 자명하다. 바꾸어 말하자면 당사자가 특허법에 잘 정비된 보호를 거부한 것일지라도 국가로서는 여전히 전체 자본주의 시장의 건전한 경쟁질서를 유지하기 위해서 영업비밀 상태의 기술정보에 대하여도 '일정한' 보호를 부여할 필요가 존재한다. 이런 필요에 따라 특허법보다 뒤늦게 수립된 한국의 법률로는 1991년경 도입된 '부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률'¹⁾ 중 관련 조항 및 2007년 제정된 '산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률' 등이 있다. 그 중에서도 전자는 영업비밀의 법적보호에서 가장 핵심적인 위치를 차지한다. 이런 법률들에 근거하여 영업비밀의 침해에 발동되는 구제수단으로는 여러 가지가 있으나 지적재산권의 다른 영역에서와 마찬가지로, 심리적 압박을 위한 형사고소와 더불어 민사절차에서는 침해금지청구권이 주로 행사되고 있다.²⁾

그런데, 해당 기술정보를 특허로 관리할 경우의 법적 취급에 대하여는 현재 232개 조문에 달하는 방대한 특허법의 규정이 존재함에 비하여, 영업비밀로 관리할 경우에는 '부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하, '부정경쟁방지법'이라고만 함)' 중 10개미만의 소략한 규정 등이 있을 뿐이다. 그 때문에 영업비밀보호를 둘러싼 실제 분쟁의 많은 사례에서 우리 법원은 법해석의 형태를 빌어 구체적인 규범들을 수립해 나가고 있다. 가령, 부정경쟁방지법상 직접적인 명문규정은 존재하지 않지만 영업비밀 침해금지청구를 인용함에 있어서는 다른 금지청구의

1) 다만, 영업비밀의 보호 조항은 1991. 12. 31. 법률 제4478호로 일부개정된 '부정경쟁방지법'에 처음 도입되었지만, 법률명칭 자체가 '부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률'로 변경된 것은 1998. 12. 31. 법률 제 5621호로 일부 개정되면서부터이다.

2) 손해배상청구는 그 종국결과를 기다리는데 상당한 기간이 필요하다는 점 등 여러 가지 난점이 있기 때문이다. 침해금지청구권의 행사는 많은 경우 본안소송이 아니라 비교적 신속한 가처분신청의 형태로 발동되지만 이들 차이가 이 글의 쟁점을 분석함에 있어서는 큰 영향이 없다. 나아가 엄밀히는 침해가 현재 존재할 때 발동되는 침해금지청구와 단지 침해의 우려가 있을 때 발동되는 침해예방청구를 구별해야 할 것이나, 침해예방청구는 침해가 현재 존재한다는 점이 아니라 그 우려가 있다는 요건만을 달리할 뿐이므로 이하에서는 편의상 침해금지청구권을 중심으로 설명한다.

경우와 다르게 일정한 침해금지기간을 거의 언제나 설정하고 있다든지, 한번 설정한 침해금지기간이 경과한 뒤에는 이를 연장하는 것을 부정한다든지, 종업원에 대한 전직금지청구(轉職禁止請求)를 극히 제한적으로만 인용하면서 통상 종업원의 퇴직시점을 그 침해금지기간의 기산점으로 삼고 있다든지 하는 것들이 좋은 예이다.

이 글은, 영업비밀에 대한 침해금지청구권의 행사를 둘러싸고 앞서와 같이 아직 확실한 기준이 정립되지 않은 여러 쟁점에 대하여 법원 등 실무에서 통용되어 온 기준을 검토한 뒤 향후 참고할 만한 새로운 기준을 제시함을 목표로 한다. 이 글에서는 주로 ‘기술정보’ 형태의 영업비밀을 염두에 두고 논의를 전개할 것이다. 물론 현재 한국의 부정경쟁방지법이 보호하는 영업비밀 중에는 기술정보뿐만 아니라 경영정보도 포함되어 있다.³⁾ 하지만 미국의 선례를 따라 최근 한국에서 ‘산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률’이 수립된 것도 기술정보를 국가적 차원에서 특별히 보호하겠다는 현실적 필요성을 나타내는 등 한국에서 가장 문제되는 침해사례가 기술정보에 관한 것이다.

이 글의 II 장에서는 부정경쟁방지법이 영업비밀의 법적 보호수단으로 부여하고 있는 침해금지청구권의 성격에 관하여 비교적 간단하게 고찰한다. III 장에서는 침해금지청구권이 일반적으로 행사되기 위한 요건을 부정경쟁방지법의 제10조의 명문에 따라 분석함과 아울러 특히 실무상 문제되고 있는 ‘영업비밀의 특정’ 문제에 관하여 고찰한다. 영업비밀의 특정이 문제되는 것은, 침해금지를 구하는 영업비밀보유자가 법관의 심증형성을 위하여 부득이 자신의 영업비밀을 공개하도록 할 소송상 필요가 있는 반면, 그렇게 공개된 영업비밀은 더 이상 비밀이 아니어서 영업비밀로 보호되기 어렵게 될 수 있으므로 가급적 공개를 자제할 필요가 있다는 서로 반대방향의 필요성이 충돌하기 때문이다. 더불어 같은 III 장 안에서, 침해금지청구를 법원이 받아들이는 경우 예외 없이 부가하고 있는 침해금지기간의 설정이 타당한지, 그렇게 설정된 기간이 경과된 이후에 영업비밀의 법적보호에는 어떤 영향을 미치는지 등을 검토해본다. IV 장에서는 침해금지청구권의 특수한 형태로 행사되고 있는 이른바 전직금지청구에 관하여 집중적으로 살펴본다. 여기서는 전직금지청구권의 행사를 법원이 지극히 제한적으로만 받아들이고 있는 실태를 분석하면서 특히 그간 논란이 되어온 전직금지기간의 기산점(起算點) 문제에 관하여 필자의 입장을 밝힌다. 끝으로 이 글의 말미인 V 장에서는 이상의 논의를 마무리하면서, 영업비밀 침해사건에 있어서는 유독 예외 없이 금지기간을 설정하고 있는 우리 법원의 입장이 현실적인 면에서 수긍할만하다는 점, 그러나 일단 설정된 침해금지기간의 변동을 불가능하게 하고 아울러 침해금지기간이 경과된 이후 영업비밀의 법적보호가 사실상 곤란하게 취급하는 것은 지극히 부당

3) 2004년 개정법부터 다음과 같이 ‘기술상의 정보’뿐 아니라 ‘경영상의 정보’도 보호대상으로 추가되었다(부정경쟁방지법 제2조 제2호 참조). 경영정보를 소재로 한 국내문헌으로는 윤선희, “영업비밀에 있어서의 경영상 정보”, 창작과 권리39호(2005년 여름호)(2005), 76면 이하 등이 있음.

하다는 점, 전직금지청구사건에서 이른바 기산점 문제는 법원이 부정경쟁방지법 자체에 기한 전직금지청구권의 성질에 주의하지 않으면 논의가 잘못된 방향으로 진행될 수 있다는 점을 지적하고자 한다.

II. 영업비밀 침해금지청구권의 법적 성격

1. 부정경쟁방지법상 영업비밀 보호규정의 전체적 성격

한국 부정경쟁방지법이 영업비밀에 대하여 제10조에서 금지청구권을 부여하고 있으므로 이 점만 보아서는 흔히 미국에서 거론되는 ‘property rule v. liability rule’⁴⁾, 환언하여 물권적 지위부여에 의한 보호방식⁵⁾과 불법행위규제에 의한 보호방식이라는 대립되는 규율방향 중 영업비밀에 관하여 한국 법이 전자의 입장을 취한 것이라는 오해가 있을 수 있다. 그러나 부정경쟁방지법의 영업비밀 관련 규정들의 나머지 성격을 살펴보면 영업비밀의 보호는 전체적으로, 특허법상 보호와 달리 물권적 지위를 부여하는 방식의 보호가 아니며, 다음 세 가지 점에서 앞서 ‘property rule v. liability rule’ 중 후자에 가까운 것이라고 총평할 수 있다.

첫째, 만일 영업비밀보유자에게 물권 또는 그에 유사한 권리를 부여한다면 그 보유자는 영업비밀을 (특정기간 동안 혹은 영구히) 배타적으로 사용·수익·처분할 수 있는 지위를 가져야 하지만, 한국 부정경쟁방지법은 보유자에게 법 제2조에서 나열한 일정 유형의 행위에 대항한 침해금지청구권과 손해배상청구권만을 부여하고 있다.⁶⁾ 만일 전자의 입장에 의거하여 영업비밀을 규율하였다면 재산권의 대상에 임의로 접근한 행위 자체만으로도 위법한 것으로 취급될 것이지만 한국 부정경쟁방지법은 명문으로 ‘부정한 수단’ 혹은 ‘부정한 이익’ 등을 추가로 요구하고 있다. 둘째 ‘리버스 엔지니어링(reverse engineering)’에 관하여도, 물권부여에 의한 보호방식을 취한 특허법에서는 타인이 연구 또는 시험을 하기 위한 목적범위 내에서만 특별규정(특허법

4) 이에 관한 논의로는 출발점이 된 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972) 혹은 근래의 Lucian Arye Bebchuk, “Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of The Cathedral”, 100 Michigan Law Review 601 (2001) 등을 참조할 것.

5) 혼동하지 말아야 할 것은 민법상 물권의 대상인 ‘물(物)’의 개념은 ‘유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력’에 국한되어 있고(민법 제98조), 특허권이나 영업비밀에 관한 권리는 모두 그에 해당하지 않는 것들이라는 점이다. 결국 이 글에서 지칭하는 ‘물권 또는 그에 준하는 권리’ 혹은 ‘물권적 지위’라는 표현은 민법상 물권은 아니지만 그에 유사한 권리 내지 지위를 가리킨다.

6) 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004, 617면.

제96조7))을 두어 특허권자의 물권적 권리의 효력범위를 제약하고 있음에 비하여, 영업비밀에 관한 부정경쟁방지법에서는 타인이 연구 또는 시험을 통해 취득한 결과물을 계속 활용하더라도 영업비밀보유자의 권리를 침해하지 않는다는 차이가 있다. 이 역시 권리자가 당해 대상에 대한 적극적 지배권을 가지고 있는 것이 아니라 타인의 부정한 행위에 대한 소극적 배제 권한만을 가지고 있음을 드러내는 것이다. 셋째, 부정경쟁방지법 제13조8)는 통상적인 거래과정에서 정당하게 영업비밀을 취득하게 된 경우에는 영업비밀의 침해에 해당되지 않는다는 점을 분명히 하고 있다. 즉 만일 영업비밀에 대한 보호가 물권적인 것이라면 비록 거래에 의하였더라도 부정취득되거나 부정공개된 정보를 취득하는 것은 특별한 사정이 없는 한 물권적 권리에 대한 침해가 되어 반환 혹은 회복청구의 대상이 될 것이지만, 위 제13조는 이런 침해책임을 부정하고 있다.⁹⁾

2. 영업비밀 침해금지청구권의 성격

이상에서 살펴본 대로 부정경쟁방지법상 영업비밀 보호규정들의 전체적 성격은 민법상 물권과 같이 완전하고 무조건적인 독점권을 부여한 것이 아니라 일정한 조건하에 타인의 침해행위를 배제할 수 있는 지위이다. 그렇지만 영업비밀 보호규정들 중 침해금지청구권은 민법상 물권적 청구권의 경우와 거의 흡사한 문구적 표현을 동원하고 있으며,¹⁰⁾ 손해배상청구권 등 조항과는 분명히 구별하고 있는 체계적 위치에 비추어¹¹⁾ 민법상 채권보다는 물권의 성격에 보다 가깝다. 물론 특이하게도 부정경쟁방지법에서 보호되는 다른 권리에 기초한 일반적 금지청구권의 경우와 달리¹²⁾ 영업비밀에 관하여는 부정경쟁방지법이 제14조에서 침해금지청구권의 시효

7) 제96조 (특허권의 효력이 미치지 아니하는 범위) ① 특허권의 효력은 다음 각호의 1에 해당하는 사항에는 미치지 아니한다.

1. 연구 또는 시험을 하기 위한 특허발명의 실시
2. 국내를 통과하는데 불과한 선박·항공기·차량 또는 이에 사용되는 기계·기구·장치 기타의 물건
3. 특허출원시부터 국내에 있는 물건 <이하 생략>

8) 제13조 (선의자에 관한 특례) ① 거래에 의하여 영업비밀을 정당하게 취득한 자가 그 거래에 의하여 허용된 범위에서 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위에 대하여는 제10조부터 제12조까지의 규정을 적용하지 아니한다. <이하 생략>

9) 물권을 대상으로 민법에서 선의취득을 인정하는 것과 유사하게 부정경쟁방지법상 제13조는 '거래에 의하여 허용된 범위'안에서는 거래의 효력을 인정하는 것이므로 오히려 물권적 보호설을 뒷받침하는 근거라고 주장할 여지가 있으나 이는 옳지 않다. 제13조는 단순히 거래의 효력을 일정범위에서 추인하는데서 나아가 명문으로 그런 행위가 '정당'하다고 선언하고 있다.

10) 무엇보다도 법 제10조 제1항에서 "영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 경우에는....금지 또는 예방을 청구할 수 있다."라고 규정함과 아울러 제2항에서 금지청구와 아울러 침해행위를 조성한 물건의 폐기 등 침해행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 청구할 수 있도록 하였는데 이 모두가 민법상 물권에 기한 금지청구권과 거의 동일하다.

11) 법 제11조 손해배상청구권이나 제12조 신용회복청구권이 별도로 언급되고 있다.

기간을 규정하고 있는데, 이 때문에 그 금지청구권의 성격이 물권보다 채권에 가깝다고 규정할 정도는 아니다. 가령 채권적 성질에 가깝다면 상대방(종업원)과의 약정 유무에 따라 금지청구권 발동 가능성이 좌우될 것이지만, 우리 판례¹³⁾가 인정하듯이 위 조항의 금지청구권은 약정이 없더라도 법률 조항에 근거하여 직접 발동될 수 있다.

요컨대 영업비밀의 구제수단으로서 부여되는 제10조의 금지청구권은, 부정경쟁방지법상의 다른 영업비밀 보호규정들과는 달리 가장 물권적 성질에 근접한 것이지만 시효제도라는 특수한 제약도 담고 있는 등 다분히 정책적 고려의 결과물이라고 할 수 있다.

III. 일반적인 침해금지청구의 요건과 효과

1. 침해금지청구권의 법정요건과 절차 등

부정경쟁방지법 제10조¹⁴⁾의 침해금지청구권을 행사하려면 '영업비밀 침해행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려'가 있어야 한다. 즉 첫째, 침해대상인 '영업비밀'이 존재하여야 하고, 둘째 '영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려'가 있어야 한다.

1) 침해금지청구 당시 영업비밀성을 유지할 것

금지청구권 행사에 있어서 영업비밀에 해당하는지 여부는 손해배상청구의 경우(이때는 부정행위가 있었던 날이 기준임)와 달리 사실심 변론종결일을 기준으로 하게 된다. 즉 손해배상청구의 경우에는 영업비밀의 침해로 인한 손해가 일단 발생한 경우라면 언제든지 영업비밀의 보유자는 그러한 손해의 배상을 청구할 수 있을 것이어서, 타인이 영업비밀을 침해한 이후 영업비밀보유자의 자발적인 의사에 의하여 일반 공중에 공개됨으로써 비밀성을 상실하게 되었다고 여전히 손해배상청구권의 행사는 가능하다. 하지만 반면 침해금지청구의 경우에는 그 성질

12) 일본의 경우 부정경쟁방지법상 제3조의 일반적인 금지청구권 조항에 의하여 영업비밀보유자의 금지청구가 인정됨에 비하여 한국은 영업비밀에 관하여 특별히 제10조에서 별도의 금지청구권을 부여하고 있다.

13) 대결 2003. 7. 16, 2002마4380, 서울고결 2007. 12. 20, 2007라509 등.

14) 부정경쟁방지법 제10조(영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권 등) ① 영업비밀의 보유자는 영업비밀 침해행위를 하거나 하려는 자에 대하여 그 행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 경우에는 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

상 금지청구권 행사당시 영업비밀의 존재가 인정되지 아니하면 안 된다.

미국의 판례 역시, 금지청구의 경우 일단 가해자가 영업비밀을 무단으로 이용한 이후에 영업비밀의 보유자가 스스로 그 영업비밀에 해당되는 기술을 대상으로 한 특허출원 등을 함으로써 일반 공중에 공개된 때에는, 이런 공개로써 더 이상 영업비밀로 보호해 주어야 할 비밀의 기술이나 정보가 없게 되었기 때문에 영업비밀보유자는 자신의 영업비밀이 일반 공중에 공개된 이후에 침해금지청구권을 행사할 수 없다고 보고 있다.¹⁵⁾

다만 우리 학설상으로, 침해자가 비밀유지의무를 가지고 있음에도 불구하고 그 영업비밀을 무단으로 이용할 뿐만 아니라 그 영업비밀의 일반 공중에의 공개에 적극적으로 기여하거나 주도한 경우에는, 영업비밀 침해금지의 청구에 대해서 침해자가 영업비밀이 소멸했다는 항변을 하는 것은 금반언(禁反言)의 원칙에 반하는 것이라는 입장도 있다.¹⁶⁾

2) 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려

‘영업상의 이익’이란 영업비밀 침해행위로부터 보호받을 가치가 있는 모든 이익을 말하고 ‘침해될 우려’란 단순히 침해될 가능성만으로는 부족하고 침해될 것이 확실히 예상되는 개연성을 의미한다. 이때 침해자의 고의 및 과실은 금지청구권의 요건이 아님은 물론이다.

3) 입증책임

이상과 같은 각 요건사실의 입증책임은 청구권자가 부담한다. 직접적 증거를 제출하기가 곤란한 때가 대부분일 것이므로 가령 종업원의 비밀유지의무가 위반된 경우, 청구인이 침해사실(혹은 종업원의 의무위반사실)을 어떻게 입증할 것인가에 관하여는 대개 직접증거가 존재하지 않는다. 따라서 종업원의 근무기간, 전직한 업체의 주력사업내용과 그 경쟁제품이 가진 영업비밀보유자의 그것과 비교하여 가진 유사성, 전직한 업체의 경쟁제품 출시까지의 실제 소요시간이 통상 예상되는 시간에 비하여 단축된 정도 등 여러 가지 정황증거(간접증거)만에 의하여 법원이 판단하게 된다. 다만, 법원은 ‘원래 영업비밀은 그것이 공개되는 순간 비공지성을 상실하게 되어 보호적격마저 부인되는 특성을 가지고 있고, 한편 그 어느 때보다도 기업경쟁이 치열한 오늘날 개발하거나 획득한 영업비밀의 유지는 그 개인이나 기업의 사활이 걸린 중대한 문제이므로, 일단 상대방이 부정한 수단으로 영업비밀을 취득한 것이 입증되면 특별한 사정이 없는

15) Conmar Products Corp. v. Universal Slide Fastener Co., 172 F.2d 150(2nd Cir. 1989).

16) 이러한 입장은 정상조, 앞의 책, 615면.

한 그 부정취득자에 의하여 영업비밀이 사용되거나 공개되어 영업비밀 보유자의 영업상의 이익이 침해될 우려가 있다고 보아야 할 것이다'라고 판시하고 있다.¹⁷⁾

4) 금지청구권 시효 규정의 성격

부정경쟁방지법 제14조는 “제10조 제1항에 따라 영업비밀 침해행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는 권리는 영업비밀 침해행위가 계속되는 경우에 영업비밀 보유자가 그 침해행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다는 사실 및 침해행위자를 안 날부터 3년간 행사하지 아니하면 시효(時效)로 소멸한다. 그 침해행위가 시작된 날부터 10년이 지난 때에도 또한 같다”라고 규정하고 있다. 이는 구법에서 각각 1년, 3년의 기간을 정하고 있던 것을 크게 연장한 것으로,¹⁸⁾ 이는 일본의 현행 ‘不正競爭防止法’¹⁹⁾ 제15조²⁰⁾가 정하고 있는 내용과 동일하다. 우리 대법원 판례²¹⁾는 민법 제166조 제2항의 규정에 의하여 부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 위반행위를 한 때로부터 진행한다는 점 및 위 부정경쟁방지법 제14조의 규정 내용 등에 비추어 보면, 부정경쟁방지법 제10조 제1항이 정한 영업비밀 침해행위의 금지를 청구할 수 있는 권리의 경우 그 소멸시효가 진행하기 위해서는 일단 침해행위가 개시되어야 하고, 나아가 영업비밀 보유자가 그 침해행위에 의하여 자기의 영업상의 이익이 침해되거나 또는 침해될 우려가 있는 사실, 나아가 그 침해행위자를 현실적이고도 구체적으로 인식하여야 한다는 것이 법 제14조의 규정 취지라고 판시하고 있다.

부정경쟁방지법 제14조가 정하고 있는 ‘3년’과 ‘10년’의 두 가지 기간 중 후자의 기간이 소멸시효기간인지 제척기간인지에 관하여는 다툼이 있을 수 있다. 위 조문의 규정방식은 마치 민법 제766조²²⁾의 그것과 동일하며, 민법 동 조문이 정한 기간의 성격에 대하여는 ‘3년’뿐 아니

17) 서울고판 1996. 2. 29. 95나14420.

18) 1998. 12. 31. 법률 제5621호로 일부 개정되기 이전의 법률.

19) 平成18年 6月 7日 法律 第55号.

20) “제2조 제1항 제4호부터 제9호까지 열거된 부정경쟁 중, 영업비밀을 사용한 행위에 대하여 제3조 제1항의 규정에 의한 침해의 정지 또는 예방을 청구할 권리는 그 행위를 행한 자가 그 행위를 계속한 경우에 있어 그 행위에 의하여 영업상의 이익을 침해되거나 침해될 우려가 있는 보유자가 그 사실 및 그 행위를 행한 자를 안 때부터 3년간 행사하지 않을 때는 시효에 의하여 소멸한다. 그 행위가 시작된 때부터 10년을 경과할 때에도 동일하다.”

21) 대결 1996. 2. 13. 95마594. 아울러 채무자가 채권자의 영업비밀을 이용하여 제품을 생산·판매하려고 회사를 설립하였고 채권자가 그 사실을 알고 있었다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로는 채무자 회사를 설립한 시점에 바로 침해행위가 개시되었다고 단정할 수 없으므로 피신청인 회사가 설립된 때부터 바로 소멸시효가 진행된 것으로 볼 수는 없다는 판시로는 대결 1996. 2. 13. 95마594 참조.

22) 민법 제766조 (손해배상청구권의 소멸시효)

① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

② 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

라 '10년'의 기간도 소멸시효기간이라는 것이 지배적 입장²³⁾이므로 이를 관철하자면 부정경쟁방지법 제14조의 '10년' 역시 마찬가지로 소멸시효기간이라고 해석하여야 할 것이다. 그러나 앞서 본 일본 부정경쟁방지법 제15조의 해석에 관하여는 1990년 일본에서 영업비밀에 대한 침해금지청구권의 기간을 정함을 있어 장기(長期)인 '10년'은 제척기간으로 의도하였다는 설명²⁴⁾이 있고, 더구나 이런 입장은 일본의 민법 제724조에서도 한국 민법 제766조에서와 마찬가지로 장기인 기간의 법적성격(다만, 한국과 달리 '20년'임)의 해석에 관하여 논쟁이 있지만 소멸시효기간이라는 해석이 더 유력하다는 사정조차 충분히 감안한 것이다.²⁵⁾ 일본의 부정경쟁방지법의 위 규정을 포함하여 거의 모든 규정이 한국의 부정경쟁방지법에 아주 강한 영향을 주었다는 사정을 고려하면 한국 민법학계의 다수설과 동일선상에서 한국 부정경쟁방지법 제14조의 '10년'이 소멸시효기간이라고 손쉽게 단정하는 것은 곤란하다.

결국 '10년'의 법적성격 문제는 한국 부정경쟁방지법 관련규정이 민법의 그것과 비교하여 성격상 차이가 있는지, 그리고 그것이 의미 있는 차이인지 여부에 집중하여 해결하여야 타당하다. 우선 소멸시효기간으로 볼 때와 제척기간으로 볼 때의 차이점은 (민법에서의 논의를 빌리자면), 중단(中斷) 유무, 포기(拋棄) 가능성, 당사자의 법률행위로 인한 신축가능성, 기간완성의 소급효 유무 등에서 차이가 있다. 그런데 영업비밀 침해사안은 대체로 그 보호객체인 기술정보(혹은 경영정보)가 성질상 비교적 단기간 동안만 경제적 가치를 가지므로 그 기간 동안 침해금지청구권이 행사되지 않는다면 금지청구의 실질적 목적을 달성할 수 없다. 따라서 설령 소멸시효기간으로 풀이하여 중단, 법률행위로 인한 신축 등을 영업비밀보유자에게 인정하더라도 별다른 실익이 없다. 한편 부정경쟁방지법은 민법과 달리 당사자 간의 사적 이익을 조정하는 사법(私法)적 성격뿐만 아니라 건전한 거래질서에 반하는 부정경쟁행위를 저지한다는 공법적 성격도 내포하고 있어²⁶⁾ 이른바 '광의의 경제법(經濟法)'에 속한다고 볼 수 있는 것으로,²⁷⁾ 조항의 운영에 있어 이런 공적 성격을 고려하여야 하는데, 당사자의 인식이나 의사를 불문하고 미리 확정된 기간에 권리관계를 종결시킨다는 측면을 강조하고 있는 제척기간이 이런 성격에 더 부합한다. 이상의 검토에 따라 입법의 외형으로는 한국 부정경쟁방지법 제14조가 '시효'라

23) 박윤직 대표편저, 民法註解 XIX, 박영사, 1992 (윤진수 집필부분), 395-397면.

24) 日本 經濟産業省 知的財産政策室 編著, 逐條解説 不正競争防止法(平成18年 改正版), 有斐閣, 133면.

25) 小野昌延, 新 註解 不正競争防止法 新版(下), 青林書院, 2007(愛知靖之 집필부분), 1104-1106면 참조. 여기서의 집필자 역시 다소 수정된 입장이지는 않지만 최종적으로는 제척기간설의 입장에 서 있다.

26) 부정경쟁방지법 제1조(목적) 이 법은 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호(상호) 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 한다.

27) 부정경쟁방지법은 위 제1조 이외에도, 국가기관(특허청장)으로 하여금 부정경쟁행위를 스스로 조사할 수 있도록 하고(법 제7조 참조) 그에 따라 발견한 부정경쟁행위에 관하여는 시정권고를 발할 수 있도록 하여(법 제8조 참조) 마치 공정거래법의 모습과 흡사한 구조도 갖추고 있다.

고 하여 비록 소멸시효 쪽에 가깝더라도 '10년'의 기간은 '3년'의 경우와 달리 제척기간으로 운영하는 것이 더 바람직하다고 본다.

2. 금지청구권 행사에 있어 영업비밀의 특정문제

1) 영업비밀 특정의 필요성과 지나친 특정시의 문제점

영업비밀의 특정(特定) 문제는 비단 침해금지소송에 국한된 문제는 아니다.²⁸⁾ 영업비밀 관련 소송에서 보유자에 의하여 영업비밀이 특정되어야 할 필요성은, 법원에 의한 필요성과 상대방 당사자에 의한 필요성으로 각기 나누어 살펴볼 수 있다.

먼저 영업비밀은 외부에 공시되는 것이 아니므로 정확한 내용이 특정되지 않는 경우가 많다. 이처럼 영업비밀은 근본적으로 그 내용이 광범위하고 모호하다는 특징을 가지며, 실제 분쟁에 있어서도 이러한 모호함이 금지청구권을 행사함에 있어 법원의 판단을 지연시키는 사유로 작용할 수 있다. 그에 따라 영업비밀의 침해행위금지 청구소송에서는 피고가 침해하는 영업비밀을 청구취지에서 명확히 기재할 필요가 생긴다. 나아가 일반적으로 법원 재판의 주문은 기판력의 물적 범위와 집행력의 범위를 정하는 근거가 되기 때문에 주문 그 자체로서 내용이 특정되도록 기재하여야 하므로, 이에 의하더라도 침해금지청구의 청구취지나 판결주문에서 영업비밀이 구체적으로 특정될 필요가 있다.²⁹⁾

다음으로 영업비밀보유자에 의하여 법적구제가 주장되는 영업비밀의 대상이 제대로 특정되어야 소송의 상대방 역시 자신의 법적 책임에 관하여 공격방어를 실질적으로 수행할 수 있다.³⁰⁾ 물론 상대방이 원고의 전직종업원이거나 원고가 스스로 영업비밀을 제공한 적이 있는 거래상대방인 경우와 같은 때에는 해당 영업비밀이 담고 있는 기술정보를 상대방이 이미 숙지하고 있는 상태이므로 원고가 재판과정에서 영업비밀을 상세하게 특정하지 않더라도 상대방의 공격방어방법을 침해한다고 할 수 없다.³¹⁾ 마찬가지로 당해 영업비밀을 사용한 제품이 이미

28) 앞서 설명한 대로, 영업비밀 침해에 대응한 법적구제수단으로 손해배상소송은 잘 활용되지 아니하며 금지(가처분)청구와 형사소송이 주로 활용되고 있다. 그런데 영업비밀의 특정 문제는 비단 본안(本案)의 금지청구나 가처분 청구의 경우뿐 아니라 손해배상소송, 형사소송에서 모두 발생할 수 있다. 따라서 이하에서 설명하는 내용은 형사소송 등 다른 경우에도 그대로 해당한다.

29) 특허출원으로 공개된 제조기술 이외의 영업비밀로 주장하는 기술상 정보가 구체적으로 무엇인지 주장·증명되지 않았음에도 당연히 생산방법에 대한 정보를 영업비밀이라고 인정한 원심을 파기한 사례로는 대결 2004. 9. 23. 2002다60610 참조.

30) 적어도 상대방이 쟁점인 비밀성 유무에 관해 충분히 방어를 할 수 있을 정도까지는 영업비밀을 특정하여야 함에도 이런 주장입증책임을 게을리하였다고 보아 영업비밀보유자의 주장을 배척한 사례로는 宮越グループ事件(東京地判 平3. 9. 24. 判時 1429号 80頁) 참조. 이는 小野昌延, 앞의 책(苗村博子 집필부분), 787면에서 재인용.

시장에 있거나 제품의 외형적 구조를 영업비밀로 하고 있어 소송에서 영업비밀 특정을 완화하는 것이 상대방 당사자의 공격방어를 방해하지 않는다고 법원이 인정할 수 있는 경우에는 상대방 침해행위를 특정하는 과정을 통하여 간접적으로 영업비밀이 특정되는 것으로 충분하다고 볼 수도 있다.³²⁾ 그렇지만 영업비밀 관련 쟁송의 상대방은 비단 위와 같은 경우에 국한되는 것이 아닌 것이다.

이상과 같은 법원이나 상대방으로부터의 필요성에만 충실하자면 영업비밀보유자로 하여금 가급적 최대한 영업비밀을 드러내고 특정할 것을 요구하여야 하지만, 반대의 위험도 도사리고 있음을 유의할 필요가 있다. 즉 영업비밀의 특정에 관하여 지나치게 높은 기준을 요구하여 소장 등을 통하여 원고에게 영업비밀 내용의 상세한 제시를 요구하거나 판결문상 내용을 그대로 적시하게 되면 그 과정에서 원고의 영업비밀이 공개되어 가치를 상실하게 될 위험이 농후한 것이다. 영업비밀은 ‘비밀’이어야 가치가 있고 법적으로도 보호될 적격을 갖추는 것인데 영업비밀을 보호받기 위하여 제기한 소송에서 부지불식간에 영업비밀이 법적인 보호자격을 박탈당하게 된다는 심각한 모순에 빠질 수 있다. 영업비밀 침해소송을 담당하고 있는 일본이나 미국 등 선진각국의 법원이나 우리 법원은 이를 직시하고 다음과 같이 대처하고 있다.

2) 영업비밀 특정의 수준에 관한 외국의 동향

일본에서 영업비밀 특정의 수준에 관하여 명확하게 밝히고 있는 것으로는, 이른바 ‘반도체 전자동 봉지 기계장치(半導體全自動封止機械裝置) 판결’이라고 불리는 한 하급심 판결³³⁾이 대표적이다. 이는 원고의 사업부 책임자가 세운 경쟁회사가 원고의 종업원을 채용함과 동시에 그 종업원이 부정취득한 9만장의 설계도를 사용한 행위에 대하여 침해금지 및 손해배상을 구한 사건이었다. 여기서 법원은 소송에서 영업비밀을 특정할 필요성과 그 정도를 사안에 따라 명확히 하면서 그 특정 정도의 상당함을 판단하고 있다. 법원은 “손해배상 및 금지 청구 등의 영업비밀에 관계된 청구를 하기 위해서는 심리의 대상을 특정하고 당사자 쌍방의 공격·방어 대상을 명확히 하며, 집행의 시점에 불필요한 혼란을 일으키지 않도록 청구자가 영업 비밀을 특정할 필요가 있다. 그리고 어떤 정도로 영업비밀을 특정할 필요가 있는 것인가는 개별적인 영업비밀의 특성 및 부정경쟁 행위의 상태 등에 따라 당사자 쌍방의 이익 등을 감안하면서 결정해야 한다.”

31) 이런 취지로는 設樂隆一, 裁判實務大系(幻), 581-582면. 이는 小野昌延, 앞의 책(苗村博子 집필부분), 789면에서 재인용.

32) 松村信夫, 不正競争法の法理と實務-最新の判例・學說に基づく 實踐の手引-(第4版), 民事法研究會(2004), 1357면 및 358면. 이는 小野昌延, 앞의 책(苗村博子 집필부분), 789면에서 재인용.

33) 福岡地裁 平成14. 12. 24. 平11(ワ)1102号·平11(ワ)3694号·平11(ワ)3678号 判決(判タ1156号 225頁).

고 일반적인 판단기준을 먼저 실시하였다. 이어서 법원은 “본건 영업비밀과 같이 기술정보에 관계된 영업비밀은 원고에 있어서도 그 내용을 구체적으로 특정하는 것이 그 성질상 반드시 용이한 것은 아니며 부주의하게 공개함으로써 비밀성을 상실할 우려가 없다고는 할 수 없고, (원고는 본건 소송기록에 대하여 비밀 보호를 위해 열람 등의 제한을 신청하고 있는데) 역으로 피고가 그 기술정보를 공개하지 않도록 하기 위해 원고가 피고 사용 중인 기술정보와 대비하여 특정하는 것은 불가능을 강요하는 것이 되며, ... 피고의 대표자 및 많은 종업원이 원고의 전직 종업원이고 이들은 재직 중 본건 영업비밀의 개발에 관계된 등 본건 영업비밀을 직접 취급한 입장이므로 본건 영업비밀의 내용 및 가치 등을 충분히 이해할 수 있는 입장이라고 추인함이 타당하므로 당사자 쌍방에 본건 영업비밀에 관하여 공통 인식이 있는 것이 인정된다.”고 한 다음, 결과적으로 “원고가 보유한 방대한 설계도를 전부 제출시켜 본건 영업비밀의 특정 작업을 행하지 않더라도 청구원인으로서의 특징은 별지 영업비밀 목록의 기재로 충분하다.”고 판단한 바 있다.

한편 미국의 경우를 보더라도 수많은 영업비밀 관련 판결문들은 거의 예외 없이 당해 분쟁대상인 영업비밀에 관하여 몇 줄 안 되는 개략적인 설명만으로 특정하고 있을 뿐, 해당 기술정보의 실질적인 내용을 상세하게 판결문에서 특정하고 있는 예는 찾기 어렵다.³⁴⁾

3) 영업비밀 특징의 수준에 관한 우리 판례의 동향

이 문제에 관하여 우리 하급심 판결³⁵⁾은, 집행상 의문이 없는 한 영업비밀이 이유와 주문에서 개괄적으로 특정되도록 기재하는 것을 허용하여야 할 것이라는 입장이다.³⁶⁾ 가령, 영업비밀의 특정정도에 관하여 법원은 ‘영업비밀의 보유자가 보호받고자 하는 영업비밀의 내용을 모두 구체적으로 상세히 기재할 것을 요구하는 것은 영업비밀의 보호를 위하여 부득이한 점이 있는데다가 위 영업비밀을 채무자가 1998. 1. 1.부터 2000. 3. 29.까지 채권자의 무선사업부 개발팀장으로 이동통신단말기의 개발업무에 종사하면서 지득한 것으로 제한하고 있는 이상 이

34) 미국의 영업비밀소송에서 원고는, 진실을 확인하는데 불가결한 범위 이내가 아니라면, 자신의 영업비밀의 상세한 내용을 공개할 의무가 없다. 이는 *Drake v. Herrman*, 261 N.Y. 414, 185 N.E. 685 (1933) 판결. 아울러 “원고는 침해된 영업비밀을 보호받기 위한 소송에서의 소장을 통하여 자신의 비밀을 상세하게 퍼트릴 것을 강요받지 않는다. 성질상 비밀인 과정의 존재에 관하여 결정적인 사실들만 주장하는 것으로 충분하다.”고 판시한 *Eastman Kodak Co. v. Powers Film Products*, 189 A.D. 556, 561, 179 N.Y.S. 325 (4th Dep’t 1919) 판결 참조. 이상은 *Louis Altman & Malla Pollack, Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies* (4th Edition) (Westlaw DB updated July 2009) 중 §14:30 p.7(Westlaw출력페이지 기준, 이하 같음)에서 재인용.

35) 서울고판 1996. 2. 29, 95나14420.

36) 이 부분은 법원행정처, 지적재산권 재판실무편람, 2001, 7-8면을 인용함.

사건 영업비밀은 특정되었다고 할 것'이라고 판시하여 영업비밀의 특성에 관하여 비교적 관대한 입장을 취하고 있다.³⁷⁾ 아울러 다른 판결 중에는, 주로 원료가 10여 가지 안팎의 화공약품의 종류, 제품 및 색깔에 따른 약품들의 조성 비율과 방법이 숫자와 알파벳 등의 문자로 정밀하게 표현되어 구성되어 있는 잉크 등 제조방법을 판결에서 특정함에 있어, 부정경쟁방지법이 추구하는 영업비밀 보호의 취지를 살리기 위해 '언제부터 언제까지 회사 재직 중 지득하면서 어떤 공책 1권에 기재해 두었던 어떤 제품의 제조 방법에 관한 기술정보' 정도로만 기재하고 더 나아가 그 공책의 실제 기재 내용과 똑같이 구체적으로 적시하는 것을 피한 사례³⁸⁾가 있다.

나아가 대법원 판결 중에는 "영업비밀침해금지를 명하기 위해서는 그 영업비밀이 특정되어야 할 것이지만, 상당한 정도의 기술력과 노하우를 가지고 경쟁사로 전직하여 종전의 업무와 동일·유사한 업무에 종사하는 근로자를 상대로 영업비밀 침해금지를 구하는 경우 사용자가 주장하는 영업비밀이 영업비밀로서의 요건을 갖추었는지의 여부 및 영업비밀로서 특정이 되었는지 등을 판단함에 있어서는, 사용자가 주장하는 영업비밀 자체의 내용뿐만 아니라 근로자의 근무기간, 담당업무, 직책, 영업비밀에의 접근 가능성, 전직한 회사에서 담당하는 업무의 내용과 성격, 사용자와 근로자가 전직한 회사와의 관계 등 여러 사정을 고려하여야 한다."고 하여 판결 취지상 영업비밀 특정의 정도를 완화하여 해석하는 것으로 여겨지는 사례가 있으며, 아울러 형사사건에 관한 것이기는 하지만 최근 내려진 대법원 판결³⁹⁾은, "부정한 이익을 얻을 목적으로 영업비밀을 사용하였는지 여부가 문제되는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 위반 사건의 공소사실에 영업비밀이라고 주장된 정보가 상세하게 기재되어 있지 않다고 하더라도, 다른 정보와 구별될 수 있고 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 어떤 내용에 관한 정보인지 알 수 있으며, 또한 피고인의 방어권 행사에도 지장이 없다면 그 공소제기의 효력에는 영향이 없다"고 판시하고 있다.

다만, 대법원 판결 중에는 하급심법원의 영업비밀 특정이 부족하다는 점을 파기사유로 삼고 있는 예외적 재판 사례도 보이나,⁴⁰⁾ 이것은 당해 사건에서 주장된 영업비밀의 대상이 이미 당

37) 서울고결 2002. 11. 12, 2002라313(이는 대결 2003. 7. 16, 2002마4380으로 지지되었음).

38) 서울지법 남부지판 1995. 2. 22, 94가합3033.

39) 대판 2008. 7. 10, 2006도8278. 이는 피고인이 공소의 회사에 근무하면서 취득하게 된 영업비밀에 관하여 "미국 배셋사의 바이어 명단, 납품가격, 아웃소싱 구매가격, 물류비, 가격산정에 관한 제반자료, 벨금속의 중국 하청업자인 존 울리(John woolley), 미스터 종(본명 공소외인)에 대한 자료"라고만 특정한 뒤, 공소사실은 "피고인이 벨금속 무역부장으로 근무하면서 취득한 위 영업비밀을 이용하여 중국인 하청업자인 '미스터 종' 등으로부터 손톱깎이 세트 등을 생산하게 한 후 이를 배셋사 등에 납품하였다"라는 요지로 기소된 사안이었다.

40) 위 2002다60610 판결. 위 사건에서 원심은 원고가 이 사건 특허출원으로 공개된 제조기술 이외의 영업비밀로 주장하는 기술상 정보가 구체적으로 무엇인지 특정·밝히지 아니한 채 단순히 이동식교각에 대한 생산방법에 대한 정보를 영업비밀이라고 인정·판단하였다. 그러나 대법원은 원심을 파기하면서 원고는 제3자가 특허등록한 "이동식교각"에 관한 특허권의 전용실시권자로서 위 특허출원과 동일한 이 사건 이동식교각을 제작·생산하고 있으므로, 원고의 이동식교각에 관한 제조기술 자체는 특허출원으로 인하여 이미 공개되었다고 할 것이어서 그 비공개성을 상실하였다는 점을 그 파기이유의 하나로 지적하였다.

사자가 특허출원을 통해 일반에게 공개된 기술정보임에도 하급심에서 그렇게 공개된 부분과 명확하게 구분하지 않았음을 지적한 것일 뿐이므로, 우리 판례들의 앞서와 같은 일반적인 기초와 다른 취지로 해석하기는 곤란한 것이다.

4) 판례의 입장보다 강화된 영업비밀 특정을 요구하는 의견

앞서와 같은 우리 판례의 현재 동향을 비판하면서, 영업비밀의 특징은 침해금지의 범위를 정하고 집행이 가능하도록 하는데 직접적으로 관련이 있으며 영업비밀을 제대로 특정하지 않은 상태에서 재판이 진행될 경우 실질적으로는 영업비밀의 보호요건보다는 당해 피고나 피고인의 행위가 비난 받을 만한 행위를 하였는가에 잘못된 초점이 맞추어질 위험이 있으므로 영업비밀 관련 쟁송에서 종전보다 엄격하게 영업비밀의 특정을 요구하는 의견이 있다.⁴¹⁾ 이 의견에 따르면, 현재 우리 법원은 일응의 재판기준⁴²⁾으로 “통상 근로자가 채권자 회사의 특정 업무에 종사하면서 지득한 것으로 제한하여 ‘...를 만드는 기술, ...의 배합비율, ...를 조절하는 기술’ 정도면 특정되었다고 보고, 예컨대, ○○성분 00%, □□성분 00% 등의 구체적인 배합비율, 조절 방법 등의 특정까지는 요구되지 않는다”라고 보고 있으나, 이와 같이 특정하는 경우 영업비밀의 세 요건을 갖추었는지 여부를 판단하는 기준은 ‘...를 만드는 기술, ...의 배합비율, ...를 조절하는 기술’ 일수밖에 없는데, 이러한 추상적인 기술은 대부분 공지된 것이거나, 경제적 가치가 없는 것이어서, 영업비밀성을 인정하기 어렵고, 영업비밀 보유자가 주장하는 영업비밀이 이와 같은 공지된 기술을 가리키는 것이 아님 또한 분명하므로, 이와 같은 방식으로는 당해 재판에서 문제로 되는 영업비밀이 특정되었다고 볼 수 없으며, 특정되었다고 보더라도 영업비밀의 세 요건을 갖추었는지 여부는 추상적으로 특정된 기술을 기준으로 판단하여야 한다는 것이다.

5) 분석

(1) 사 건

사실 이 문제는 단순히 ‘소장 기재에서의 청구취지 특정’ 혹은 ‘기관력의 범위와 관련한 판결 주문 상의 특정’ 문제뿐만 아니라, 법관으로 하여금 당해 재판의 대상이 무엇인지 정확하게 파악할 수 있도록 해야 한다는 보다 근본적인 문제까지 포함하고 있다. 사실, 상대방이나 제3자에게 불필요하게 당해 영업비밀의 내용이 공개된 결과 영업비밀의 보호요건이 상실되지 않도록

41) 이는 2009. 7. 20. 法院 지적재산권법 커뮤니티·서울대학교 技術과法센터 공동워크숍에서의 박정희 부장판사의 토론문 내용이다.

42) 법원행정처, 지적재산권 재판실무편람 (개정판), 2005, 141-142면의 기재를 가리킨다.

조치하면서도, 반대로 ① 법관에게는 당해 영업비밀의 상세한 내용을 알 수 있도록 공개하고 아울러 ② 기관력·집행력 범위(혹은 형사재판의 일사부재리의 효력)가 명확해지도록 당해 영업비밀을 특정하여야 한다는 너무나 모순된 요구가 영업비밀 소송에 존재한다. 이를 조화롭게 해결하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 미국에서도 이런 어려움은 마찬가지로여서 비록 구체적 내용은 상이하지만, “아이러니컬하게도, 영업비밀 보유자는 부정한 이용행위에 대항하여 법적 구제를 얻으려면 자신의 비밀이 공개될 수도 있다는 큰 위험을 감수하여야만 한다. 그는 반드시 입증책임의 부담에 상응하며⁴³⁾ 아울러 상대방에게 방어를 위한 공정한 기회를 주기에 충분한⁴⁴⁾ 공개를 하여야 하는 것이다. 덧붙여 법원이, 원고의 영업비밀이 실제로 부정하게 피고에 의해 이용되었고 판결로 강제하기에 이른 것인지를 판단하려면, 모든 사실을 파악하여야만 하는 것이다.”라고 하는 취지로 설명되곤 한다.⁴⁵⁾

우선 법관으로 하여금 당해 재판의 대상이 무엇인지, 즉 영업비밀의 상세한 내용이 무엇인지 정확하게 지득(知得)하게 하여야 법원이 올바른 재판을 할 수 있을 것이므로, 이런 목적을 위하여 당사자가 상세하게⁴⁶⁾ 법원에 그 내용을 밝혀야 할 필요성이 있음을 지적하는 측면에서는 앞서와 같이 판례보다 강화된 특정을 요구하는 의견이 일응 타당하다. 그러나 법관에게 그 내용을 알릴 필요성을 충실하게 만족시킬수록 그 변론(辯論)이나 공판(公判)에 참가하는 상대방이나 방청하는 제3자에게도 마찬가지로 영업비밀의 상세한 내용이 알려질 위험이 반드시 수반된다.

이에 관한 우리 판례의 입장을 살피건대, 영업비밀의 내용을 모두 구체적으로 상세히 기재할 것은 필요하지 않으며⁴⁷⁾ 영업비밀이라고 주장된 정보가 상세하게 기재되어 있지 않다고 하더라도 다른 정보와 구별될 수 있고 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 어떤 내용에 관한 정보인지 알 수 있으면⁴⁸⁾ 족하다는 입장을 취하고 있으므로, 적어도 앞서 본 ②의 요구, 즉 기관력·집행력 범위 등의 명확화를 위한 영업비밀 특정의 요구에 대응하여서는 그와 반대로 상대

43) 이런 취지로는 Baglin v. Cusenier Co., 164 F. 25 (C.C.A. 2d Cir. 1908), rev'd on other grounds, 221 U.S. 580, 31 S. Ct. 669, 55 L. Ed. 863 (1911) 외 수많은 판례가 존재한다. 그 외에도 *Trandes Corp. v. Guy F. Atkinson Co.*, 996 F.2d 655 (4th Cir. 1993). ‘당해 영업비밀을 상세히 제공하기를 거부한 행위는 원고청구의 입증부족을 가져온다.’; *Trandes Corp. v. Guy F. Atkinson Co.*, 996 F.2d 655, 661, 27 U.S.P.Q.2d (BNA) 1014 (4th Cir. 1993) ‘원고는 단지 자신이 영업비밀을 가지고 있다는 점을 주장하는 것 이상을 해내야 한다.’

44) 이를 지적한 판례로는 *Kaumagraph Co. v. Stampagraph Co.*, 235 N.Y. 1, 138 N.E. 485 (1923). 반면 “원고는 부정유용되었다는 영업비밀을 ‘합리적인 수준의 특징(reasonable particularity)’으로 공개하여야 한다....소송에 필요한 이상으로 공개되지 않도록 하여야...”한다고 판시한 사례로는 *SmithKline Beecham Pharmaceuticals Co. v. Merck & Co., Inc.*, 766 A.2d 442 (Del. 2000).

45) 미국에서의 이런 설명과 관련 판례는 *Louis Altman & Malla Pollack, Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies* 중 §14:30 p.5에서 재인용함.

46) 가령 당해 영업비밀 침해로 인한 형사처벌의 적절한 양형을 위하여서나, 정당한 범위의 손해배상액을 산정하기 위하여서는 사실 당해 영업비밀의 실체가 최대한 자세하게 공개될 필요가 있다고도 볼 수 있다.

47) 앞서 2002라313 결정.

48) 앞서 2006도8278 판결.

방이나 제3자에게 영업비밀이 불필요하게 공개되지 않도록 조치할 필요성도 함께 고려하고 있다고 볼 수 있다. ①의 요구에 비하여 기관력·집행력 범위 명확화를 위한 특정의 수준은 비교적 높지 않고 영업비밀이 상대방이나 제3자에게 부당하게 공개됨을 막을 수준에서도 충분히 조화시킬 여지가 있으므로 이런 판례의 입장은 타당하다.

더 구체적으로 말하자면, 영업비밀의 종류 중 비교적 간단한 수준의 경영정보(가령 영업노하우)와는 달리 기술정보는 비록 소장이나 판결문상에서 설명되더라도 아주 상세하게 설명되지 않는 한 비공지성을 지킬 수 있을 것이다. 반면 전문분야 기술정보라도 지나치게 상세한 소장이나 판결문상에서의 설시는 당해 기술이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 자로 하여금 해당 기술정보의 내용을 용이하게 파악할 수 있게 하여 비공지성을 상실케 할 위험이 있다.⁴⁹⁾ 참고로 미국의 경우를 보더라도 앞서 본대로, 거의 예외 없이 당해 분쟁대상인 영업비밀에 관하여 몇 줄 안 되는 개략적인 설명만으로 특정하고 있는 결과 다른 경쟁자가 그 판결문에 근거하여 당해 영업비밀의 실체에 접근하기는 거의 불가능한 것으로 보인다. 이에 관하여 미국의 그것과 달리 한국의 집행절차는 판결불복에 대하여 법정모독죄(contempt of court)가 존재하지 아니하고 법원판결에 기한 집행관(執行官)의 기계적 집행을 축으로 하고 있으므로 미국에서보다는 판결 특정의 필요성이 더 강할 수도 있다는 지적이 있으나, 반대로 영업비밀 침해금지 재판의 집행은 궁극적으로 집행관이 아니라 법원에 의한 간접강제에 의존하는 것이므로 현재의 우리 법원이 취하고 있는 수준의 특정만으로도 법원 스스로의 간접강제 판단에 어려움이 없는 이상 충분하다는 반대의견도 존재한다.⁵⁰⁾ 영업비밀 관련 재판집행은 당해 영업비밀 자체에 이루어진다고보다 실제로는 판결주문 상으로 그 영업비밀이 담긴 특정상품의 판매금지, 제조도구의 사용금지 혹은 특정인의 전직금지 등으로 나타난다는 사정을 고려하더라도 이 차원에서 영업비밀 내용 자체의 지나친 특정을 요구할 필요는 없다는 입장이 타당하다고 본다.

하지만 앞서 본 ①의 필요성, 즉 법관에게 당해 영업비밀의 상세한 내용을 알 수 있도록 공개할 필요성과 그와 반대로 상대방이나 제3자에게 영업비밀이 공개되지 않도록 조치해야 한다는 측면을 어떻게 조화시키고 있는 지에 관하여는 정확한 판례의 입장을 알기 힘들다.⁵¹⁾ 뿐만 아니라 현행법상으로는 법원이 아무리 조화로운 해결책을 찾고자 하더라도 찾기가 아주 곤란한

49) 이를 피하기 위해 앞서 94가합3033 판결에서와 같이 비록 법원이 재판과정을 통하여 이미 아는 내용이라도 판결문에 그대로 기재하지 않고 개괄적으로 적시하여야 하는 경우가 있을 것이다.

50) 이 부분은 2009. 7. 20. 法院 지적재산권법 커뮤니티 · 서울대학교 技術과法센터 공동워크숍에서의 박성수 부장판사의 지적과 이에 대한 최성준 고등부장판사의 반대의견이다.

51) 앞서 2002라313 결정은 신청인이 전직근로자였던 피신청인의 전업금지 등 가치분을 법원에 청구한 사안에서 영업비밀의 특징이 이루어지지 않았다는 피신청인의 주장을 영업비밀의 내용을 모두 구체적으로 상세히 기재할 것은 필요하지 않다는 이유를 들어 배척하고 있다. 그런데 이렇게 구체적 기재가 필요하지 않은 것은 당해 소송물의 특정 문제에 국한하여서이지, 만일 법원이 당해 재판의 대상을 제대로 파악하기 위해 요청됨에도 여전히 신청인에 의한 구체적 기재가 필요하지 않다는 의미로는 보기 어렵다.

상태라고 볼 수 있다.⁵²⁾ 결국 이를 해결하기 위하여서는 가령 상대방 당사자가 아니라 상대방 변호인과 법원에게만 영업비밀의 접근을 가능하게 하게 할 필요가 있는 데 이것은 결국 향후 새로운 입법과 같은 특단의 조치가 필요한 영역이다.

(2) 향후의 입법방향 제안

2002년 개정된 한국 민사소송법 제163조⁵³⁾는 소송기록 중에 당사자가 가지는 영업비밀이 적혀 있는 때에 해당한다는 소명이 있는 경우 법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로 열람등사를 신청할 수 있는 자를 당사자로 한정할 수 있도록 하였고, 이에 따라 대법원도 재판예규⁵⁴⁾로 같은 내용을 정하고 있다. 이런 변화는, 적어도 제3자에게 불필요한 공개를 막는 데 어느 정도 효과가 있을 것임은 사실이지만, 상대방 당사자가 영업비밀을 소송과정 중에 지득하는 데 대하여는 아무런 대책이 될 수 없고 심지어 제3자에 대하여도 소송기록 열람의 방법이 아니라 재판방청의 방법으로 인한 지득행위에 관하여는 별다른 효용을 가질 수 없다.⁵⁵⁾ 결국 이 문제를 효과적으로 해결하려면 아래에서 보는 미국이나 일본의 시스템과 같은 유사한 제도를 향후

52) 이 글의 아래에서 지적하는 바와 같이 보호명령제도나 비밀유지명령제도가 없고 재판의 공개 원칙이 비교적 철저한 한국의 현행 법령상으로는, 법관의 심증형성을 위해 제시되는 영업비밀의 내용이 변론이나 공판 과정에 참가하는 상대방이나 방청하는 제3자에게도 아울러 제시될 수밖에 없다. 즉, 이와 관련하여 헌법과 법원조직법이 정한 재판의 예외적 비공개 규정은 내용상 적용되기 어렵고, 비공개가 가능한 민사소송법상 변론준비절차는 증인신문 등에는 적용되지 않아 결국 영업비밀의 비공지성 유지에 큰 도움이 되지 않는다(자세히는 정상조·박준석, 營業秘密의 司法的 保護에 관한 比較法的研究, 법원행정처 정책연구용역 보고서, 2009, 121-122면 참조). 현재로서는 법원에 대한 내용제시와 상대방·제3자에 대한 내용제시 사이에 차이를 둘 수 없는 것이다. 그런데 통상 기술정보가 주류인 영업비밀 관련 쟁송에서 쟁송절차를 통하여 영업비밀을 탐지하고자 하는 상대방이나 제3자는 당해 기술분야의 종사자이고 반면 법관은 비전문가일 것이 보통이므로, 위와 같이 동일한 수준으로 제시된 내용을 토대로 상대방이나 제3자에게 당해 영업비밀의 비공지성이 상실되지 아니한 상태로 법원이 당해 영업비밀의 실체(즉 침해유무의 판단과 같은 다소 기계적 판단 뿐 아니라 적절한 量刑이나 손해배상액 결정을 위하여 침해대상인 영업비밀의 진정한 가치를 평가할 필요가 있을 경우 등)를 파악하기란 곤란한 경우가 대부분일 것이다.

53) 제163조 (비밀보호를 위한 열람 등의 제한)

① 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당한다는 소명이 있는 경우에는 법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로 소송기록중 비밀이 적혀 있는 부분의 열람·복사, 재판서·조서중 비밀이 적혀 있는 부분의 정본·등본·초본의 교부(이하 "비밀 기재부분의 열람 등"이라 한다)를 신청할 수 있는 자를 당사자로 한정할 수 있다.

1. 소송기록중에 당사자의 사생활에 관한 중대한 비밀이 적혀 있고, 제3자에게 비밀 기재부분의 열람 등을 허용하면 당사자의 사생활에 지장이 클 우려가 있는 때
2. 소송기록중에 당사자가 가지는 영업비밀(부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조제2호에 규정된 영업비밀을 말한다)이 적혀 있는 때

② 제1항의 신청이 있는 경우에는 그 신청에 관한 재판이 확정될 때까지 제3자는 비밀 기재부분의 열람 등을 신청할 수 없다. <이하 생략>

54) 재판예규 제966호 “비밀보호를 위한 열람등의 제한” 예규.

55) 왜냐하면 재판에 대한 헌법상의 공개주의(公開主義) 원칙상 침해금지소송에서도 변론은 일반에게 공개됨이 원칙이고, 변론준비절차(辯論準備節次)에서는 비공개로 진행할 수 있기는 하지만 민사소송법 제281조에 따라 변론준비절차에서 시행할 수 있는 소송행위의 범위에는 제약이 있으며 특히 증인신문이나 당사자신문 등은 진행할 수 없다는 본질적 한계가 있다.

새로운 입법으로 도입하는 것이 검토될 필요가 있다.⁵⁶⁾

먼저 미국에서는 소송절차 중 영업비밀이 공개되지 않도록 보호명령(protective order) 제도, 소환명령(subpoena)에 대한 취소변경 제도,⁵⁷⁾ 비공개 심리(In Camera)절차⁵⁸⁾ 등을 운용하고 있다. 그중 대표적으로 연방민사소송규칙 제26조 (c)에서 정하고 있는 이른바 보호명령(保護命令, protective order) 제도는 소송당사자 혹은 증거개시(證據開示, discovery) 대상이 된 주체의 신청이 있고, 아울러 정당한 이유(good cause)의 입증에 있는 경우, 당해 사건이 계류 중인 법원에 의하여 혹은 증인진술서(deposition)의 대상이 되는 사안에 대하여서는 해당 증인진술서가 채록된 장소를 관할하는 법원에 의하여, 위 소송당사자나 주체를 방해하거나 당혹케 하거나 압박하거나 혹은 부당한 부담이나 비용을 당하지 않도록 일체의 명령을 내릴 수 있도록 한 제도이다. 그런데 연방민사소송규칙은 명시적으로 이런 보호명령의 내용에 영업비밀 혹은 다른 비밀의 연구, 개발, 혹은 상업 정보를 공개하지 않거나 특정한 방법으로만 공개할 것을 포함할 수 있다고 예시하고 있으므로 미국에서는 가령 상대방 당사자가 아니라 변호인에 국한하여⁵⁹⁾ 해당 영업비밀에의 접근을 허용하는 명령을 내리는 방법으로, 법관으로 하여금 영업비밀의 실체를 충분히 파악할 수 있게 하면서도 불필요하게 경쟁업체인 상대방 당사자가 함께 그 실체를 알게 되는 결과를 피하도록 강구하고 있다.

한편 일본의 경우 한국 민사소송법 제163조보다 앞서 일본 민사소송법 제92조⁶⁰⁾ 제1항을

56) 이하의 미국·일본의 제도 설명은 정상조·박준석, 앞의 보고서 중 각각 17면 이하 및 30면 이하를 간추린 내용들이다.

57) 소환명령(subpoena)이란 연방민사소송규칙 제45조에 의하여 소송계속 중에 법원이 당사자나 제3자에게 증언을 하거나, 특정 문서, 정보, 유체물의 제출을 하거나 조사를 인용하는 등의 행위를 할 것을 명령하는 제도인데, 여기서 영업비밀인 대상에 관하여는 소환명령을 받은 자가 소환명령의 취소·변경을 구할 수 있도록 정하고 있다.

58) 'In Camera(이는 'in a chamber'의 의미) 절차란 가령 영업비밀의 보호를 위해서 필요한 경우와 같이 법원이 필요하다고 판단한 경우 비공개로 절차를 진행하는 것을 말한다. 물론 법원의 재판을 일반공중에게 공개하여야 한다는 당위성은 미국에서도 인정되는 것이지만 일정한 예외가 있다. 즉 법정책상, 소송에 대한 법원의 본안(trial) 절차는 특수한 예외를 빼고는 일반공중에게 공개되어야 하며...형평법상의 사건들은 공개 법정에서 변론이 행하여지지만, 법원은 공개변론을 요구하는 성문규정이 없는 경우 공개되지 아니한 상태에서 당해 사건을 심리할 것을 명할 수 있는 것이다(뒷 문장은 53 Am Jur, Trial § 36 참조).

59) 이는 변호인이 상대방의 이익을 대리하는 지위뿐만 아니라 넓게는 사법제도에서 당사자와 달리 공익적 기능을 수행하는 지위도 가짐에 착안한 것으로 보인다. 정확히 일치하지는 않지만, 한국 법제에서도 가령 공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사에 있어 변호인에게는 열람·등사를 모두 가능하게 하면서도 피고인에게는 열람만을 허용하고 있는 조항(형사소송법 제266조의3 단서) 등은 당사자의 지위를 넘어서는 변호인의 지위를 일부 인정하고 있는 근거로 볼 수도 있다.

60) 현행 일본 민사소송법(平成17. 11. 2. 法律 第106号) 제92조는 다음과 같다.
「① 다음에 언급한 사유에 대한 소명이 있는 경우, 법원은 해당 당사자의 신청에 의하여, 결정으로, 당해 소송 기록 중 해당 비밀이 기재되었거나 기록된 부분의 열람 또는 등사, 그 정본, 등본 또는 초본의 교부 또는 그 복제(이하 '비밀 기재 부분의 열람 등'이라고 한다)의 청구를 할 수 있는 자를 당사자에 한정할 수 있다(본문 및 각주의 각 따옴표는 筆者註).

1. 소송기록 중 당사자의 사생활에 관한 중대한 비밀이 기재되었거나 기록되어 있고, 아울러 제3자가 비밀 기재 부분의 열람 등을 행함에 의하여, 그 당사자가 사회생활을 영위하는데 현저한 지장이 생길 우려가 있는 경우.

통하여 이른바 비밀보호를 위한 열람 등의 제한 제도를 운영함으로써 소송당사자가 아닌 제3자가 소송기록열람 등을 통하여 영업비밀에 접근할 여지를 차단할 수 있도록 하는 외에도, 아직 한국에 아직 존재하지 않는 ‘비밀유지명령’ 제도를 수립하여 소송과정에서 주장이나 증거의 대상이 된 영업비밀이 제3자에게 공개되는 것을 피하기 위한 자세한 규율을 두고 있다. 일본에서 비밀유지명령(원문은 ‘秘密保持命令’) 제도는 비단 부정경쟁방지법 뿐만 아니라 일본 특허법⁶¹⁾ 제105조의4 내지 제105조의6 등 일본의 다른 지적재산권 법률에도 빠짐없이 도입되어 있는 제도로, 영업비밀이 변론에서의 주장이나 혹은 증거조사절차의 대상이 될 때 법원으로 하여금 당사자나 소송대리인 등에게 당해 영업비밀을 해당 소송수행목적 이외의 목적으로 사용하거나 비밀유지명령을 받은 자 이외의 사람에게 공개해서는 아니된다는 취지의 명령을 발할 수 있도록 한 것이다.⁶²⁾ 다만 이런 비밀유지명령의 대상은 영업비밀 관련소송의 절차상 비로소 상대방에 공개되어야 할 영업비밀에 국한되므로, 가령 영업비밀의 부정취득 혹은 부정사용을 이유로 한 소송에서 이미 상대방이 소송제기 전에 원고의 영업비밀을 취득하거나 공개하였음을 전제하고 있는 경우 이런 범위의 영업비밀은 비밀유지명령의 대상이 되지 않는다고 한다.⁶³⁾

3. 금지청구권 행사의 효과

1) 금지명령의 기간

(가) 미국의 경우

미국의 경우 영업비밀침해에 대응하여 법원이 발하는 금지명령의 기간에 관하여 종전 보통법 하에서는 의견의 대립이 있었다. 일부 판결⁶⁴⁾에서는 피고가 영구적으로 유용(misappropriation)된 영업비밀을 사용할 수 없고, 나중에 일반적 지식이 된 후에도 마찬가지로 하였다(영업비

2. 소송기록 중 당사자가 보유한 영업비밀(부정경쟁방지법 제2조 제6항에 규정한 영업비밀을 말한다. 제132조의2 제1항 제3호 및 제2항에 있어도 동일하다)이 기재되었거나 기록되어 있는 경우(여기서 제132조의2는 소제기전 장차의 피고를 상대로 한 사실조회에 있어 영업비밀 사항의 조회는 대상이 아님을 정한 조항임. 이는 筆者註).

② 전항의 신청이 있을 때, 그 신청에 관한 재판이 확정될 때까지, 제3자는 비밀 기재 부분의 열람 등 청구를 할 수 없다. <이하 생략>

61) 平成20. 4. 18. 法律 第16号.

62) 일본 부정경쟁방지법 제10조 본문.

63) 이런 설명은 三村量一, 山田知司, “知的財産權訴訟における秘密保持命令の運用について”, 判例タイムズ 1170号4頁(2005. 4. 1.), 12면. 아울러 당사자나 소송대리인 등이 준비 서면의 열람 또는 증거조사 또는 공개 이외의 방법으로 해당 영업비밀을 취득하였거나 보유하고 있던 경우는, 비밀유지명령 발령대상에 해당하지 않는다는 취지로 정한 일본 부정경쟁방지법 제10조 단서 참조.

64) Allen-Quailia Co. v. Shellmar Products Co., 87 F.2d 104 (7th Cir. 1936).

밀보유자에게 가장 유리한 이른바 ‘Shellmar rule’). 이런 입장은 피고가 그 자신의 불공정한 행위에 의해 영구적으로 영업비밀을 사용할 권리를 잃어버린다는 이론에 바탕하고 있다. 또 다른 판결⁶⁵⁾에 의하면 금지명령은 정보가 어떻게든 일단 일반공중에게 공개되면 자동적으로 종료한다고 보았다(침해자에게 가장 유리한 이른바 ‘Conmar rule’).

그러나 1974년 연방 제9회소법원의 K-2판결⁶⁶⁾에서는, 앞서 극단적인 두 입장 대신 이를 절충한 이른바 ‘Winston Research rule’⁶⁷⁾을 따랐으며(이는 ‘head start rule’이라고도 불리며 이것이 우리 대법원⁶⁸⁾이 아래 해당부분에서 보듯이 직접 ‘유리한 출발(headstart)’이라고 그 표현을 원용하면서 찬성하고 있는 입장이기도 하다), 금지명령의 기간은 침해자가 당해 영업비밀을 사용하지 않고 리버스 엔지니어링이나 독립적인 개발에 의해서 제품이나 공정을 알아내는데 걸리는 시간에 국한된다고 보았다.

이런 입장들과 관련하여 UTSA⁶⁹⁾는 K-2 판결이 취한 원칙을 주로 채택하였다.⁷⁰⁾ 즉 UTSA는 영업비밀이 유용되었다는 것이 입증되면 법원에 의해서 영업비밀의 사용을 금지하는 명령이 내려질 수 있다고 명시적으로 구체책을 부여함에 있어, 그 금지기간에 관하여는 피고가 독립적인 개발이나 리버스 엔지니어링을 통해 적법하게 영업비밀을 발견하기까지 걸렸을 시간을 최대한으로 하며, 일단 정보가 영업비밀로서 존재하지 않게 되면 종료되도록 하면서도⁷¹⁾

65) Conmar Products Corp. v. Univeral Slide Fastner Co., 172 F.2d 150 (2d. Cir. 1949).
 66) K-2 Ski Company v. Head Ski Co., Inc., 506 F.2d 471 (9th Cir. 1974).
 67) Winston Research Corp. v. Minnesota Min. & Mfg. Co., 350 F.2d 134 (9th Cir. 1965).
 68) 침해행위로 얻은 ‘유리한 출발(headstart)’을 제거하는 데 소요될 침해금지기간을 설정할 필요가 있다고 판시한 대판 1996. 12. 23. 96다16605을 말한다.
 69) UTSA, 즉 통일영업비밀법(Uniform Trade Secrets Act)은 1979년 통일주법 전국위원회(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)가 영업비밀 분야에서 서로 다른 주법들의 통일을 지향하기 위해 수립한 권고적 법안이다. 2009. 7. 현재 46개 주 및 워싱턴 특별구가 채택하고 있다. 미국의 경우 연방제라는 특수한 구조 하에서 지적재산권의 다른 영역, 가령 특허나 저작물에 관하여는 연방이 관할하고 있는 것과 달리 영업비밀에 관하여는 일부 연방법률(1996년 경제스파이법(The Economic Espionage Act, EEA)이 규율하는 부분을 제외하고는 대부분 각 주에서 관할하고 있으므로 UTSA가 영업비밀 법제에서 차지하고 있는 위상은 상당한 것이라고 할 수 있다.
 70) 다만, 통상의 독자적인 개발에 필요한 기간을 경과하였지만, 실제로는 피고가 합법적으로 역설계 대상 제품을 구할 수 없는 등으로 독자적인 개발을 할 수 없었다거나, 피고가 실제로 독자적인 개발에 착수하지 아니하여 그 기간을 그대로 경과한 경우에는 그 기간 경과 이후에도 영업비밀성을 유지하고 있는 것이므로, 이와 같은 예외적인 사안에서는 미국 판례상 통상의 독자적인 개발에 필요한 기간을 넘어서도 금지명령을 발령한 사례가 다수 존재한다는 설명으로는 Roger M. Milgram, Milgram on Trade Secrets, Vol. 4, 15-216 (이성호, “영업비밀침해 금지기간과 관련하여”, 2008. 3. 28. 법원코트넷 게시글에서 재인용).
 71) 아울러 다른 예를 들어 설명하면, A가 영업비밀을 가지고 있고 다른 사업자인 B와 C는 이를 모른다고 할 때, 만약 B가 A의 영업비밀을 유용하고 그 사용이 금지된 경우, C가 나중에 적법하게 A의 영업비밀을 리버스 엔지니어링하였다면, B가 유용행위로 취한 유리한 출발에 상응한 시간이 경과되는 즉시 B의 앞선 금지기간이 소멸되어 B를 제약하는 금지명령은 종료되게 된다. 그 정보의 사용으로 경제적 가치를 얻는 모든 사람은 그 사실을 알고 있고, 더 이상 영업비밀은 존재하지 않게 되는 것이다. 이 부분 본문과 각주의 내용은 UTSA 제2조에 대한 주석(comment) 참조. <<http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/utsa85.htm>>(2009. 8. 13. 방문).

영업비밀이 더 이상 존속하지 아니한 때라도, 영업비밀의 유용으로 인한 피고의 상업적 이익이 모두 제거될 때까지 추가적으로 금지명령이 계속될 수 있음을 명문으로 허용하고 있다.⁷²⁾ 즉 UTSA는 당해 영업비밀이 침해자의 행위에 의한 경우는 물론이고, 제3자의 리버스 엔지니어링 등 적법한 행위에 의하여 공지상태가 된 경우라도 침해자는 그 공지시점부터 기산하여 침해행위로 얻은 '유리한 출발 내지 시간절약'에 상응한 기간 동안 침해금지를 받도록 하여 Head start rule을 취한 선례⁷³⁾를 지지하고 있다. 한편 '부정경쟁법 註解(Restatement 3rd. Unfair Competition)'⁷⁴⁾ 역시 리버스 엔지니어링이나 독립적인 개발에 의해서 당해 영업비밀을 획득하여 적용하는데 걸렸을 시간을 초과해서 금지명령을 부과해서는 안된다고 하여 마찬가지로 입장을 지지하고 있다.

미국 연방과 주의 실제 재판 예를 살펴보면 금지처분의 효력범위를 경쟁자 등이 침해행위를 개시하는 대신 독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 영업비밀을 취득하는데 소요될 시간으로 제한하고 있음은 한국과 같으나, '본안재판에서의 침해금지명령(permanent injunction)'⁷⁵⁾을 발령함에 있어 기간을 한정하지 않은 명령('perpetual injunction') 형태⁷⁶⁾와 기간을 한정된 명령('limited injunction') 형태⁷⁷⁾를 모두 찾아볼

72) UTSA §2 금지청구: (a) 실제 혹은 발생할 우려 있는 부정유용행위를 금지할 수 있다. 법원에 신청이 있는 경우, 유지명령(留止命令, injunction)은 당해 영업비밀이 더 이상 존속하지 아니한 때 취소된다. 그러나 당해 유지명령은 그것이 없을 경우 부정유용으로부터 발생할 상업적 이익을 제거하기 위하여 합리적인 기간 동안 지속될 수 있다.

(b) 예외적 상황에서는 유지명령안에, 원래 이용이 금지되었을 기간 동안에 국한하여 합리적인 실시료의 지급을 조건으로 장래의 이용을 정할 수 있다. 위 예외적 상황에는, 부정유용을 알았거나 알았으리라고 볼 사정을 구비하기 전 지위에 중대하고 소송물관련 유해한 변화가 있어 금지적 유지명령이 부적당하게 된 경우가 포함되나 이에 국한되지는 않는다.

(c) 적당하다고 인정된 상황에서는, 영업비밀을 보호하기 위한 적극적 조치를 법원명령으로 강제할 수 있다.

73) *Winston Research Corp. v. Minnesota Mining & Mfg. Co.*, 350 F.2d 134, 142 (9th Cir. 1965) 등.

74) 이는 미국 법학원(American Law Institute)에서 보통법의 쟁점별로 학술적 주해를 정리한 것으로, 1923년 처음 발간(1st Restatement of the Law)하였다. 모범법전의 형식을 띠고 있으며 비록 구속력은 없으나 보통법의 내용에 관한 권위 있는 지침으로 미국의 많은 법원에서 원용하여 왔다. 각 주에서 UTSA를 채용한 성문법률을 수립하였음에도 여전히 그 해석과 관련하여서는 많은 부분 보통법 법리를 참조하므로 위 주해서는 일정한 영향을 끼치고 있는데, 대표적으로 주 법원들이 원용하고 참조하는 근거가 위 주해서 중 ss. 39-45 부분이다.

75) 이와 달리 한국의 가처분에 해당하는 잠정적 금지명령(preliminary injunction)은 본안 이전이나 본안계속 중에 발령되며, 'interlocutory injunction' 혹은 'temporary injunction'이라고도 불린다. 잠정적 금지명령이 발령됨에 있어서는 상대방에게 통지하고 심문의 기회를 부여하여야 한다. 반면, 이런 절차를 생략하고 신청인에 의한 일방적 절차에 의해 발령되지만 극히 단기간(가령 20일 내외) 동안의 금지에 그치는 이른바 임시적 유지 명령(Temporary Restraining Order, TRO)도 자주 활용된다. 이상은 *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), injunction 참조.

76) 가령 *Franke v. Wiltschek*, 209 F.2d 493 (2d Cir. 1953); *Harris Mfg. Co. v. Williams*, 157 F. Supp. 779(W.D. Ark. 1957). 주 법원 판결로는 *Boeing Co. v. Sierracin Corp.*, 108 Wash. 2d 38, 1987-1 Trade Cas. (CCH) P 67572 (1987).

77) 앞에서 등장한 1965년 *Winston Research Corp. v. Minnesota Min. & Mfg. Co.* 판결 및 1974년

수 있다.⁷⁸⁾ 전자의 경우에는 명령을 내린 뒤 금지처분의 취소를 구하는 피고가 위 시간이 경과하였다는 점에 관하여 입증하도록 하고 있다.⁷⁹⁾ 다만 전반적인 경향은 과거 전자의 명령 형태가 주류이다가 점점 후자의 명령 형태가 더 자주 활용되는 방향으로 나아가고 있다고 한다.⁸⁰⁾ 실제로 미국 (연방)법원들이 설정한 금지기간의 예를 보자면 6개월,⁸¹⁾ 16개월,⁸²⁾ 2년,⁸³⁾ 7년⁸⁴⁾ 등으로 그 폭이 다양하다.⁸⁵⁾

(나) 한국의 판례

한편, 이에 관하여 우리 법원은 영구적인 금지는 제재적인 성격을 가지게 될 뿐만 아니라 자유로운 경쟁을 조장하고 종업원들이 그들의 지식과 능력을 발휘할 수 있게 하려는 공공의 이익과 상치되어 허용될 수 없다고 판단하고 있다.⁸⁶⁾ 금지명령의 기간에 관하여 우리 대법원의 대표적 사례는 다음과 같이 2건이다.⁸⁷⁾

먼저 96다16605 판결에서 대법원은 “영업비밀 침해행위를 금지시키는 것은 침해행위자가 그러한 침해행위에 의하여 공정한 경쟁자보다 ‘유리한 출발(headstart)’ 내지 ‘시간절약(lead time)’이라는 우월한 위치에서 부당하게 이익을 취하지 못하도록 하고, 영업비밀 보유자로 하여금 그러한 침해가 없었더라면 원래 있었을 위치로 되돌아갈 수 있게 하는 데에 그 목적이 있다 할 것이므로, 영업비밀 침해행위의 금지는 이러한 목적을 달성함에 필요한 시간적 범위 내

K-2 Ski Co. v. Head Ski Co. 판결이 대표적이다.

78) 이 부분은 Melvin F. Jager, Trade Secrets Law (Database updated March 2009) § 7:14 (Permanent injunctions—Limited injunctions) 참조. ‘perpetual injunction’과 ‘limited injunction’이라는 호칭은 위 저자의 표현으로 미국에서 완전히 통일된 호명방법은 아니다.

79) 가령 Wyeth v. Natural Biologics, Inc. 395 F.3d 897 C.A.8 (Minn.), 2005; Greenberg v. Croydon Plastics Co., Inc., 378 F. Supp. 806, 182 U.S.P.Q. (BNA) 673 (E.D.Pa. 1974).

80) Melvin F. Jager, op. cit. 아울러 ‘부정경쟁법 註解(Restatement 3rd. Unfair Competition)’에서도 위 두 가지 명령 형태가 병존하고 있음을 설명하면서 덧붙여 “가장 효율적 절차가 될지는, 적절한 금지명령의 기간을 미리 결정할 수 있도록 간명하고 확실성이 있느냐에 좌우된다”고 하여 그 취지상 후자의 명령 형태에 대한 호감을 드러내고 있다. 이는 Restatement (Third) of Unfair Competition § 44.

81) Seventh Circuit: Chemetall GmbH v. ZR Energy, Inc., 138 F. Supp.2d 1079, 1086 (N.D. Ill. 2001).

82) First Circuit: Anaconda Co. v. Metric Tool & Die Co., 485 F. Supp. 410, 431 (E.D. Pa. 1980).

83) Synergetics, Inc. v. Hurst, 477 F.3d 949, 961 (8th Cir. 2007).

84) Third Circuit: General Electric Co. v. Sung, 843 F. Supp. 776, 780-781 (D. Mass. 1994). 교외적 침해를 고려한 사안이라고 한다.

85) James Pooley, Trade Secrets (Westlaw Database), 2009, § 7.03 REMEDIES AT TRIAL [1]- Injunction (b)- Duration of Restraint 중 각주16번에서 재인용.

86) 대판 1996. 12. 23, 96다16605. 다만 여기서 ‘영구적인 금지’란 금지기간이 실질적으로 영구적으로 존속하는 경우를 지칭할 뿐 금지기간을 특정하지 않은 주문 자체, 즉 우리 법원이 통상 금지청구권행사를 인용할 때의 재판형식을 취할 수 없다는 의미는 아닐 것이다.

87) 대판 1996. 12. 23, 96다16605 및 1998. 2. 13, 97다24528.

에서 기술의 급속한 발달상황 및 변론에 나타난 침해행위자의 인적·물적 시설 등을 고려하여 침해행위자나 다른 공정한 경쟁자가 독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 영업비밀을 취득하는 데 필요한 시간에 상당한 기간 동안으로 제한하여야”한다는 입장을 피력하였다.

그 뒤 97다24528 판결에서 대법원은, “영업비밀 침해행위를 금지시키는 것은 침해행위자가 침해행위에 의하여 공정한 경쟁자보다 유리한 출발 내지 시간절약이라는 우월한 위치에서 부당하게 이익을 취하지 못하도록 하고, 영업비밀 보유자로 하여금 그러한 침해가 없었더라면 원래 있었을 위치로 되돌아갈 수 있게 하는 데에 그 목적이 있다”고 우선 실시하였다. 이어서 “영업비밀 침해행위의 금지는 공정하고 자유로운 경쟁의 보장 및 인적 신뢰관계의 보호 등의 목적을 달성함에 필요한 시간적 범위 내로 제한되어야 하고, 그 범위를 정함에 있어서는 영업비밀인 기술정보의 내용과 난이도, 영업비밀 보유자의 기술정보 취득에 소요된 기간과 비용, 영업비밀의 유지에 기울인 노력과 방법, 침해자들이나 다른 공정한 경쟁자가 독자적인 개발이나 리버스 엔지니어링과 같은 합법적인 방법에 의하여 그 기술정보를 취득하는 데 필요한 시간, 침해자가 종업원(퇴직한 경우 포함)인 경우에는 사용자와의 관계에서 그에 종속하여 근무 하였던 기간, 담당 업무나 직책, 영업비밀에의 접근 정도, 영업비밀보호에 관한 내규나 약정, 종업원이었던 자의 생계 활동 및 직업선택의 자유와 영업활동의 자유, 지적재산권의 일종으로서 존속기간이 정해져 있는 특허권 등의 보호기간과의 비교, 기타 변론에 나타난 당사자의 인적·물적 시설 등을 고려하여 합리적으로 결정하여야 한다”고 대법원은 판단하였다.

나중의 97다24528 판결만을 보아서는 다소 복잡하게 다양한 요소를 고려할 것을 실시하고 있어 과연 기준이 무엇인지가 오히려 불분명해진 측면이 있는데, 그 판결의 취지 중에서도 앞서 96다16605 판결에서 금지기간에 관하여 “경쟁자가 독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 영업비밀을 취득하는 데 필요한 시간에 상당한 기간”라고 실시한 내용을 거의 그대로 이어받고 있으므로 이 부분이 가장 핵심적 기준이라고 해석할 수 있다.

반면 종전 입장과는 상이하게,⁸⁸⁾ 최근 대법원의 결정에서는 영업비밀침해금지 가처분신청사건에 대하여 “가처분에 의한 채권자의 권리는 본안과는 달리 중국적인 것이 아니라 잠정적·임시적인 것에 불과하고 가처분은 그 성질상 신속히 이뤄져야 할 뿐만 아니라 피보전권리가 소멸하는 등의 사정변경이 있는 때에는 언제든지 취소를 구할 수 있다.... 특별한 사정이 없는 한 영업비밀의 침해행위를 금지하는 가처분의 금지기간을 정하지 않았더라도 위법하다고 할 수 없

88) 아래 설명하는 대로 우리 대법원 판례는 일단 기간을 정하지 않은 금지를 영업비밀 침해자에게 명한 다음 나중에 당해 정보가 영업비밀성을 상실한 경우 침해자의 신청에 의하여 후발적으로 금지효를 없애는 수순을 택하기 보다 아예 금지명령 자체에서 금지기간을 설정하는 경향을 보이고 있다. 이런 경향에 비한다면 아래 대결 2008마1087은 다소 상이한 입장을 취한 것이다.

다”고 판단한 예도 있다.⁸⁹⁾

(다) 한국 판례에 대한 평가

① 침해금지기간을 설정하는 것이 타당한지 여부

우리 대법원은 어찌되었든 미국의 K-2판결이나 UTSA가 취한 입장과 마찬가지로 영업비밀의 침해금지기간을 산정함에 있어 침해행위자가 영업비밀 없이 독자적으로 혹은 적법한 리버스 엔지니어링에 의하여 당해 정보를 개발하는데 소요되는 기간까지로 한정하고 있다고 보인다. 원래 영업비밀에 관한 법적 보호의 성격이 적극적으로 물권적 독점권을 부여한 것인지, 아니면 소극적인 침해배제의 권리를 부여한 것인지에 관하여는 아직 학설의 일치가 있지 아니하지만,⁹⁰⁾ 어느 입장에 따르더라도 침해금지기간을 제한하는 근거를 바로 도출하기는 어렵다. 즉, 물권적 독점권을 부여한 경우 물권적 특성에 기하여, 그렇지 않고 부정경쟁행위로부터 소극적 침해배제의 권리만을 부여한 경우라도 다른 부정경쟁영역에서와 마찬가지로 부정경쟁행위가 존재하는 한 영구히 침해금지를 구할 수 있다고 보는 것이 합리적일 수 있기 때문이다. 보기에 따라서는 기술정보에 관한 영업비밀보유자의 권리는 원래 특허권과 성질상 같은 객체를 보호하는 것으로 특허출원을 거부한 자의 영업비밀을 특허권보다 두텁게 보호하기는 곤란하므로 법원이 영업비밀에 관하여 비교적 짧은 존속기간을 설정하고 있는 것이라고 그럴듯하게 설명할 수도 있다. 그러나 영업비밀의 보호가 규정된 부정경쟁방지법상 권리는 상표표지나 영업표지에 대한 권리에서 알 수 있듯이 원래 존속기간의 제한을 받지 아니하고 경우에 따라서는 영구히 존속할 수 있는 것임에도 우리 판례가 같은 부정경쟁방지법 영역의 다른 권리들에서와 달리 영업비밀에 관하여 침해금지기간을 ‘원칙적으로’ 설정하는 것은 아래 설명하는 대로 전직 종업원의 열악한 지위를 고려하는 등 다른 고려가 가미된 결과로 판단된다.

물론 영업비밀 침해자에게 과도한 부담을 주지 않기 위하여 영업비밀 권리자의 권리보호기간을 사실상 제약하는 것이 형평상 과연 타당한 지 의문이 생길 수 있다. 아울러 혹자⁹¹⁾의 말대로 기술문외한이라 할 법관이 당해 영업비밀이 언제쯤 타인에 의해 독자 개발 등으로 공지되어 영업비밀성을 상실한 것인지를 정확히 판단하여 기간을 적절히 설정하는 것이 곤란할 것이라는 우려가 존재한다.

그렇지만, 한국의 법원이 처리하고 있는 영업비밀 침해금지청구의 많은 사례가 경제적 약자

89) 대결 2009. 3. 16, 2008마1087. 이 결정에서 대법원은 다시 한 번 영업비밀 침해금지청구권의 행사에 있어 영구적 금지는 허용되지 않음을 분명히 하고 있다.

90) 이에 관하여는 앞서 ‘II. 영업비밀 침해금지청구권의 법적성격’ 부분 참조.

91) 이런 우려의 입장으로는 최정환, “근로자의 전직금지약정과 영업비밀 보호의무”, 정보법 판례백선 I, 박영사(2006), 812면.

인 근로자의 전직을 둘러싸고 발생하는 경우가 많아 부정경쟁방지법상 침해금지청구 혹은 전직 금지청구 사안은 지적재산권법적 고려뿐 아니라 일종의 노동법적 고려(勞働法的 配慮)⁹²⁾가 일정한 범위에서 교차할 수밖에 없는 영역인 사실,⁹³⁾ 영업비밀의 보호란 원래 특허법이라는 거의 완벽한 보호제도가 있음에도 출원공개와 일정기간 뒤의 공유자산귀속이라는 불이익을 피하기 위하여 기술개발자가 특허출원하지 않고 보유하고 있는 정보를 국가가 뒤늦게 보호하기 시작한 것이므로 보호내용상으로 특허법보다 두터운 보호를 부여하기 곤란하다는 사실⁹⁴⁾ 등을 고려해볼 때, 우리 대법원이 영업비밀 분쟁에 있어 금지명령의 기간에 관하여 일단 금지기간을 정하지 아니하였다가 나중에 금지처분을 취소하는 방식을 취하지 아니하고 금지명령 발령과 동시에 처음부터 적당한 금지기간을 설정하는 방식을 취한 것 자체를 아예 부당하다고 비판하기는 어렵다고 본다.⁹⁵⁾ 다만 위와 같은 사실들은 대개의 경우 ‘종국적으로’ 금지명령이 무한하여서는 안 되며 침해자의 유리한 출발을 제거하는 수준에 그쳐야 한다는 필요성을 드러낼 뿐 금지명령 자체에 반드시 기간을 설정하여야 할 필요성까지 제공하는 것은 아니다. 앞서 보았듯이

92) 가령 최근의 글로 정영훈, “근로관계종료후의 경업금지의무에 관한 고찰 —독일과 일본의 논의를 중심으로—”, 노동법학 제29호(2009.3.), 75면 이하를 살피면 노동법학의 논문임에도 부정경쟁방지법상 경업금지의무를 집중분석하고 있다.

93) 사실 전직금지청구를 포함한 부정경쟁방지법상 침해금지청구는 우리 법원에서 받아들여지기보다 배척된 경우가 압도적으로 많다. 그 원인으로는 여러 가지가 있겠으나 무엇보다 영업비밀 쟁송에서 기술정보 등의 보호적격을 법관 앞에서 제대로 입증하기 곤란하다는 특성과 더불어 위 본문에서 언급한 노동법적 고려가 상당한 영향을 미쳤다고 사료된다. 특히 97다24528 판결이 침해금지기간을 정하는데 고려할 요소를 실시함에 있어 96다16605 판결과 달리 나중의 97다24528 판결은 “중업원이었던 자의 생계 활동 및 직업선택의 자유와 영업활동의 자유”를 그 하나로 언급하고 있다. 이와 관련하여, 금지기간을 제한하지 아니하였다가, 나중에 실제로 타인의 독자 개발 등으로 당해 정보가 영업비밀성을 상실한 경우 사정변경에 의한 가처분취소(본안판결에 대하여는 청구이의)에 의하여 금지효를 없애는 것은 영업비밀소송의 상대방에게 과도한 부담이 되기 때문에 위 본문과 같이 법원이 아예 기간을 제한하고 있는 것이라는 유력한 설명(이성호, “영업비밀침해 금지기간과 관련하여”, 2008. 3. 28. 법원내부통신망(CourtNet) 게시물 (비공개), 2면)도 같은 맥락이라 하겠다.

94) 위 97다24528 판결이 실시한 제반사정 중 “지적재산권의 일종으로서 존속기간이 정해져 있는 특허권 등의 보호기간과의 비교”가 이런 고려를 일부 암시한다고 볼 수 있다. 다만 혼동하지 말아야 할 것은, 특허권 보호보다 가벼운 보호를 부여한다고 하여 구체적인 사례를 불문하고 ‘항상’ 보호기간에 있어 영업비밀의 경우가 더 짧아야 할 필요는 없다는 점이다. 넓게는 상표법과 같은 성격을 가진 부정경쟁방지법 안에 영업비밀의 보호조항을 뒤늦게나마 삽입하였다는 것은 상표·영업표지에 대한 권리(부정경쟁방지법 제2조 제1호 참조)와 마찬가지로 영업비밀에 관하여서도 그것이 부정경쟁방지법 제2조 제2호에서 정한 법정요건을 구비하는 한, 구체적인 사례에 따라서는 심지어 영구(永久)히 보호될 수도 있음을 선언한 입법자의 결단이다. 가령 미국의 예이기는 하지만 가장 대표적인 영업비밀로 손꼽히는 ‘코카콜라 제법’은 벌써 1885년 최초 출시 이래 수많은 침해시도에 불구하고 벌써 120년 이상 견고하게 영업비밀로 보호되고 있으며 과연 언제 비공개성을 상실할 지 예측하기조차 곤란한 상황이다(<http://en.wikipedia.org/wiki/Coca-Cola> 참조). 그럼에도 아래 설명하는 대로 한국의 경우 최고법원과 하급법원을 통틀어 거의 예외 없이 침해금지기간을 설정하면서, 그 과반수 사례에서 1-2년을 초과하지 않는 상당히 단기기간을 침해금지기간으로 설정하고 있는 관행은 다소 의문의 여지가 있다. 일단 그렇게 설정된 금지기간을 추후에 변화된 사정을 보아가며 변동할 여지가 있으면 모르겠으나, 우리 법원은 이를 경과하면 당사자 사이에 영업비밀성이 소멸하는 것으로 취급하고 있기 때문이다.

95) 아울러 ‘II. 영업비밀 침해금지청구권의 법적성격’부분에서 설명한대로, 부정경쟁방지법에서 보호되는 다른 권리에서와 달리 영업비밀에 관하여는 부정경쟁방지법이 제14조에서 침해금지청구권의 행사에 관하여 기간을 규정하고 있다는 사정도 우리 법원의 입장을 지탱할 긍정적 고려요소가 될 수 있다.

미국에서는 금지명령 자체에 기간을 설정하는 태도가 점점 선호되는 가운데에서도 여전히 무시하지 못할 비중으로 일부 법원은 기간제한 없는 금지명령을 발령하고 나중에 침해자로 하여금 취소신청하도록 하는 태도를 취하고 있음은 이미 보았으므로 우리 법원도 사안에 따라서는 기간제한 없는 금지명령을 발령하는 것을 고려해볼 수도 있겠다.⁹⁶⁾

② 해당 침해금지기간이 경과된 뒤의 효력

다만, 대법원의 입장 중 비판의 여지가 있는 부분은 금지명령이 경과된 경우의 효과에 관해서이다. 이 점에 관하여 위 97다24528 판결은 “영업비밀이 보호되는 시간적 범위는 당사자 사이에 영업비밀이 비밀로서 존속하는 기간이므로 그 기간의 경과로 영업비밀은 당연히 소멸하여 더 이상 비밀이 아닌 것으로 된다고 보아야 하는바, 그 기간은 퇴직 후 부정한 목적의 영업비밀 침해행위가 없는 평온·공연합 기간만을 가리킨다거나, 그 기산점은 퇴직 후의 새로운 약정이 있는 때 또는 영업비밀 침해행위가 마지막으로 이루어진 때라거나, 나아가 영업비밀 침해금지 기간 중에 영업비밀을 침해하는 행위를 한 경우에는 침해기간만큼 금지기간이 연장되어야 한다고는 볼 수 없다”라고 판시하고 있다. 그 문언표현을 그대로 따르면, 일단 법원이 설정한 침해금지기간이 도과한 시점에서는, 가령 아직 경쟁자가 독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하였지만 당해 영업비밀에 담겨 있는 정보를 취득하지 못한 상황에서도, 영업비밀로서의 보호가 부정되게 된다. 미국에서도 일부 판례는 이렇게 다소 극단적인 입장을 취하고 있는 것으로 풀이된다고 한다.⁹⁷⁾

그러나 법원이 설정한 침해금지기간은 앞서 설명한 대로 재판시점을 기준으로 그 당시의 사정만을 기초로 하여 영업비밀이 언제쯤 공개되어 소멸할 것인지를 법원이 일응 예측한 결과에 불과하므로 그 기간이 도과하였다고 하여 발령 이후의 후발적 사정을 고려하지 않은 채 자동적으로 영업비밀에 관한 권리가 소멸하는 것으로 취급하여서는 곤란하다고 생각된다.⁹⁸⁾

96) 희소한 예이지만 앞서 대결 2008마1087; 수원지판 1998. 10. 22, 98가합 2115은 기간제한 없이 영업비밀의 침해금지를 명하고 있다.

97) Louis Altman & Malla Pollack, Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies 중 § 14:40. Remedies --Duration of injunctive relief 참조. 여기서 Atlantic Wool Combing Co. v. Norfolk Mills, Inc., 357 F.2d 866 (1st Cir. 1966) 판결을 예로 거론하고 있다.

98) 같은 취지의 비판으로는 이성호, 앞의 글 및 정상조, “영업비밀 침해금지청구권의 시간적 범위 -대법원 1998. 2. 13. 선고, 97다24528 판결-”, 상사판례연구V, 박영사, 2000, 399면. 이에 반하여 장홍선, “판례상 나타난 영업비밀침해금지기간과 전직금지기간 및 그 기간 산정의 기산점에 관하여”, 부산판례연구회 판례연구 제16집(2005), 835면에서는 위 판례의 취지가 당사자간 영업비밀성이 소멸하는 것일 뿐 제3자에 대하여는 영업비밀성을 주장할 수 있다는 것이므로 부당하지 않다고 옹호한다. 그러나 이런 견해는 영업비밀의 특성을 제대로 이해하지 못한 것이다. 영업비밀은 그것이 특허권으로 보호될 때와 달리 극소수이더라도 비밀을 지킬 의무가 없는 타인에게 누설되었을 경우에는 바로 영업비밀의 보호요건을 비공지성을 상실하거나 적어도 그 타인에 의하여 제3자에게 쉽게 전파되는 방법으로 비공지성을 상실할 가능성이 크므로 설령 위 대법원 판지가 당사자 간에만 영업비밀로서의 보호를 상실한다는 취지였다 하더라도 영업비밀에 대하여 잘못판단하고 있음에

이 글의 이런 입장과는 반대로, 장래 일정 시점에서 다시 심리하여 추가적인 침해금지명령을 내리는 것이 가능하게 되면 이미 소송 과정에서의 공방을 거쳐 당해 사안에 있어서 법원이 인정하는 영업비밀의 침해 금지기간에 대한 법적 평가가 이미 내려졌음에도 불구하고 다시 장래의 어느 시점에서 소송을 제기하여 다시 평가하는 것도 가능하게 될 것이고, 그와 같은 상황이 벌어진다면 소송의 일방 당사자는 분쟁기간은 물론 해당 판결이 확정된 이후에도 수년간 예측하기 어려운 불안정한 지위에 놓이게 되는 것이며, 나아가 영업비밀 관련 분쟁이 실질적으로는 경쟁관계에 있는 사업자들 사이의 분쟁의 대리전이라는 측면에서 볼 때 이러한 법리해석은 일방의 사업 진행에 부당하게 불리하게 영향을 미칠 수 있을 것이라는 점에서 문제가 있다는 비판⁹⁹⁾이 있다. 아울러 같은 의견은 우리 법원이 침해금지 기간을 제한하는 것은 판결 시점(변론종결)에서 영업비밀 해당 분야 기술의 발전 경향, 기술 개발에 소요된 기간, 퇴직 시점, 정당한 방법으로 해당 기술을 개발하는데 소요되는 예상 기간 등을 합리적으로 고려하여 영업비밀 유지의무(보호의무)의 기간을 제한하는 것이므로 그 기간이 지나면 당사자 사이에서는 영업비밀로서 그 효력이 상실된다고 보는 것이 타당하다고 비판한다.

그러나 위 비판의견은 경청할만한 가치는 있으나 다음과 같은 이유로 채택하기는 어렵다고 본다. 앞부분 비판에 관하여 보건대, 침해금지기간이 가령 '0년'과 같이 특정되는 이상 침해자 측에게 수년 동안 지속적인 법적불안이 발생한다고 보기 어렵고 그 기간이 경과된 이후 다시 침해금지소송이 제기될 수 있다는 점에서는 법적 불안이 설령 존재한다고 하더라도 침해자의 그러한 법적불안을 해소시키기 위하여 영업비밀보유자의 제소를 막는 것은 한쪽으로 지나치게 치우친 이익형량으로 보인다.¹⁰⁰⁾ 뒷부분 비판을 살피건대, 법원이 판결 시점에서 제반사정을 최대한 합리적으로 고려하여 다른 경쟁자(혹은 침해자)가 정당한 방법으로 해당 기술을 개발하는데 소요되는 예상 기간 등을 산출한다고는 하지만 이런 산출치는 근본적으로 일정한 한계가 있을 수밖에 없으므로 후발적인 사정을 감안하여 다시 침해금지기간을 설정할 수 있게 하는 것이 그렇지 아니한 경우보다 법관의 영업비밀소송에서의 심리부담(審理負擔)을 경감시킬 수 있는 길이다. 즉 기술정보의 분쟁이 특허소송(特許訴訟)으로 비화되었을 때라도 당해 기술 분야에 관하여 비전문가인 법관이 적절하게 특허기술의 내용을 판단하는 것¹⁰¹⁾은 사실 쉽게 달성하기 어려운 과제는 주지의 사실이다. 출원에 쓰인 특허명세서를 비롯하여 비교적 상세한 자

는 변함이 없다.

99) 이는 2009. 7. 20. 法院 지적재산권법 커뮤니티·서울대학교 技術과法센터 공동워크숍에서의 김지현 변호사의 토론문 내용이다.

100) 앞서 언급한 대로 원래 부정경쟁방지법의 침해금지청구권 행사는 그 성질상 원래는 기간의 제한이 있을 수 없는 것인데 영업비밀 침해금지에 있어서는 판례가 주로 침해자의 열등한 입장을 고려한 결과로 침해금지기간을 설정하고 있는 것이다.

101) 가령 '균등론'을 동원한 당해 특허권의 청구범위와 침해자의 실시행태와의 비교 등을 가리킨다.

료가 제공되는 특허권 분쟁의 상황이 그러한데, 만일 동일한 기술정보가 영업비밀로 보호되다가 쟁송에 이르게 된 때에는 영업비밀의 속성상 외부로 뚜렷하게 공시되는 자료 등이 없는 경우가 많다. 그런 영업비밀의 기술정보에 관하여 경쟁자 혹은 침해자가 시시각각으로 급변하는 산업기술계에서 과연 몇 년 안에 독자적으로 개발을 달성할 수 있을 지 산출한다는 것은 법관이 아니라 심지어 당해 기술 분야의 전문가에게도 어려운 문제일 수 있다. 이런 상황에서 일단 침해금지기간을 한번 설정하면 다시 영업비밀의 보호기간에 관해 법원이 되돌릴 여지가 없게 하는 것은 당해 침해소송을 심리하는 법관으로 하여금 지나치게 과중한 심리부담을 떠안게 하는 것이라 본다.¹⁰²⁾

2) 금지명령의 기산점 문제

현재 영업비밀에 관한 여러 논의 중, 학설과 판례상으로 다양한 주장이 있어 일치하기 어려웠던 부분이 이른바 ‘금지명령의 기산점’ 문제이다. 통상 우리의 판례는 침해금지기간과 전직금지기간을 서로 구별할 뿐만 아니라 심지어는 서로 상이한 기간을 설정하는 경우도 많다. 어쨌든 기산점 문제에 관하여는 이하 ‘전직금지청구’ 부분에서 함께 설명하기로 한다.

102) 금지기간을 추정함에 있어 과연 당해 침해자의 역량만을 기준으로 할지 아니면 제3자 모두를 포함하여 사회 전반의 상황을 고려할 지 불명확한 점이 있지만(다만 대결 2002마4380호는 “침해자되거나 다른 공정한 경쟁자가 독자적인 개발이나 역설계(逆設計)와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 기술정보를 취득하는 데 필요한 시간”이라고 하여 후자의 입장을 취한 것으로 보인다), 법원의 의도가 전자의 입장이라면 침해자의 역량(力量)에 따라 금지기간이 결정되고 그에 따라 사실상 영업비밀의 존속기간이 신축되는 결과가 되어 불합리하고, 후자의 입장이라면 과연 법관이 특정기술 업계에 속한 제3자를 망라하여 적절한 기간을 산정하는 것이 가능한지 강한 의문을 피할 수 없다. 이렇게 지극히 개략적인 기간이라면 추후 수정할 기회를 부여하는 것이 더 타당하다고 본다.

IV. 특수한 침해금지청구-이른바 전직금지청구의 문제

1. 서 설

한국 헌법에서는 근로자의 자유를 중시하여 제15조에서 직업선택의 자유를 보장하는 한편, 제32조에서는 근로의 권리를 인정하고 있는데, 이런 헌법조항이 전직금지청구 사건을 담당하는 우리 법원의 실무에 사실 많은 영향을 미치고 있다. 사실 부정경쟁방지법상의 금지청구권의 일환으로 행사되는 전직금지청구(轉職禁止請求)는 널리 종전부터 다른 법학분야에서 논의되어 온 근로자의 경업금지의무 관련논의와 밀접한 관련이 있다.¹⁰³⁾ 이런 상황에서 근로자의 전직으로 종전 사용자와 새로운 경쟁주체 사이에 당해 근로자의 전직의 적법성을 둘러싸고 법적 다툼이 발생한 경우, 근로자의 전직의 유동성을 제한하기를 가급적 자제하여야 한다는 점, 한편으로는 영업비밀인 종전 사용자의 재산을 적절히 보호해야 한다는 점 사이의 적절한 균형을 맞추는 것이 전직금지청구 분쟁을 처리하는 사법기관의 핵심적 과제라 할 수 있다.¹⁰⁴⁾

2. 미국에서의 이른바 불가피한 누설(Inevitable Disclosure) 이론

1) 이론의 배경과 일부 주법원들에 의한 이론수용

미국에서는 종래 이른바 ‘불가피한 누설’ 이론에 근거하여 사용자의 근로자에 대한 전직금지청구가 폭넓게 인정되어 왔다. 이 이론은 특정 근로자에게 전직을 그대로 허용할 경우 그가 새로운 직장에서 수행할 업무의 성격상 종전 사용자로부터 취득한 영업비밀을 부정하게 사용할 것으로 예측되는 경우, 즉 영업비밀의 불가피한 누설이 예상되는 경우에는 비록 종전 사용자가 쟁송에서 당해 영업비밀이 현실로 부정하게 유용되었다거나 그런 유용이 임박하였음을 입증하지 못한 경우라도 장래의 불가피한 영업비밀 누설을 막기 위한 전직금지를 인정할 수 있다는 이론이다. 한때 이 이론은 여러 주 법원에서 충실하게 받아들여졌다.¹⁰⁵⁾

103) 이런 차원의 논의로는 이성호, “勤勞者에 대한 競業禁止約定의 效力과 轉職禁止假處分の 許容 與否”, 저스티스 제34권 제4호(2001)을 참조할 것.

104) 이 부분은 Kurt M. Saunders, “The Law and Ethics of Trade Secrets: A Case Study”, 42 *California Western Law Review* 209 (spring 2006), p. 212 참조.

105) 아울러 연방법원에서 이를 채택한 재판 사례로는 1995년 연방제7항소법원의 *Pepsico Inc v. E Redmond*. 판결(54 f.3d 1262) 등이 있다.

2) 이론의 위험성과 비판

그러나 이 이론은 종전 사용자가 근로자와의 명시적인 약정이 없이도 근로자가 경쟁자를 위해 일하는 것을 금지시킬 수 있게 함으로써 근로자의 전직의 자유에 대한 심각한 제한으로 작용할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 경쟁하지 않을 암묵적인 약정을 새롭게 발생시킴에 더하여, 이 이론은 사용자가 근로자들을 부당하게 위협하여 회사에 남아있도록 하는 강력한 수단이 된다는 부작용이 있다.¹⁰⁷⁾ 불가피한 누설 이론이 통용되는 한 근로자는 양보하거나 협상할 필요 없이, 경쟁금지규정의 모든 이점을 얻을 수 있다.¹⁰⁸⁾

3) 미국에서의 현황

그러나 불가피한 누설 이론에 반대하면서 이것이 오히려 경제성장을 저해한다는 유력한 취지의 주장이 미국에서 개진되어 왔다. 피용자의 전직을 구속하고 속박하기보다는 전직의 자유를 보장하는 것이 특히 기술 분야에서 국가경제 혹은 지역경제를 증진하는데 도움이 된다는 것이다. 가령, 미국 동부 매사추세츠 128루트의 기술인력은 1968년에 서부 실리콘밸리의 세배였지만, 그 후 수십 년 동안 실리콘 벨리가 128루트를 앞질렀던 이유는 캘리포니아 법원이 근로자가 사용자와 체결한 경쟁금지약정(covenants not to compete)을 집행하길 거부해서 인력의 유동성이 더 많이 허용되고, 결과적으로 지식의 공유가 더 많이 촉진되었다는 데 있다는 것이다.¹⁰⁹⁾ 이런 비판론을 수용하여서인지, 현재 미국의 법원들은 대체로 더 이상 '불가피한 누설' 이론을 따르지 않고 있다.¹¹⁰⁾

106) *PSC Inc. v. Reiss*, 111 F.Supp.2d 252, 256 (W.D.N.Y. 2000). 여기서는 근로자가 영업비밀을 절취하였다는 실제 증거가 존재하지 않았지만, 당해 근로자에게 불가피한 누설 이론에 근거하여 사실상 묵시적인 약정의 존재를 긍정하여 그 준수를 요구하였다.

107) *Earthweb, Inc. v. Schlack*, 71 F. Supp. 2d 299, 310-11 (S.D.N.Y. 1999). 여기서는 어떻게 불가피한 누설 이론이 사용자에게 "강력한 무기"가 될 수 있는지, 어떻게 제소당할 수 있다는 위협이 직장을 바꿀 적법한 권리가 있는 근로자에게 "위협적 효과"가 있게 되는지를 설명하고 있다.

108) *EarthWeb*, 71.F. Supp.2d 310-11 ("소송의 위협"에 의해 발생하는 "위협적 효과"가 불가피한 누설 이론에 의해 만들어지며, "근로계약상 제한은 모두 공개된 협상의 결과물이어야만 한다"고 판시).

109) Ronald J Gilson, *The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts*, 74 N.Y.U.L. Rev. 575 (1999). 실리콘 벨리가 128루트를 앞지른 더 자세한 스토리를 담은 국내문헌으로는 나종갑, "영업비밀보호가 과학기술발전에 미치는 영향에 관한 법제도 연구", 법조 통권 제633호(2009. 6.), 185면 이하를 참조할 것.

110) 연방법원의 거부사례로는 *Bayer Corp. v. Roche Molecular Sys., Inc.*, 72 F. Supp.2d 1120 (N.D. Cal. 1999); *EarthWeb, Inc. v. Schlack*, 71 F.Supp.2d 299, 311 (S.D.N.Y. 1999). 주 법원의 거부사례는 *Whyte v. Schlage Lock Co.*, 101 Cal. App.4th 1443 (Cal App. 2002); *Marietta v. Fabhurst*, 2002, WL 31898398 (N.Y.A.D. Dept. 3 2002).

3. 한국의 판례상 전직금지청구의 허용기준

1) 총 설

전직금지청구(혹은 競業禁止請求)는 근로자가 단순히 영업비밀 준수 의무를 부담하는 것을 넘어서 사용자와 경쟁관계에 있는 업체에 취업하거나 스스로 경쟁업체를 설립, 운영하는 등의 경쟁행위를 하지 아니할 것을 내용으로 한다. 그 결과 직업선택의 자유를 직접적으로 제한할 뿐만 아니라, 자유로운 경쟁을 저해하여 일반 소비자의 이익을 해칠 우려도 적지 아니하고, 특히 퇴직 후의 경쟁업체로의 전직금지약정은 근로자의 생계와도 직접적인 연관이 있으므로 우리 법원은 기본적으로는 허용될 수 없다고 보고 있다.

그러나 다음과 같은 2가지 상황에서는 예외적으로 전직금지청구가 인정될 수 있다. 첫째, 당사자 간의 전직 또는 경업금지의 약정이 있고, 그 약정 내용 및 기간에 합리성이 인정되어 유효한 경우이다. 둘째, 당사자 간의 위와 같은 약정이 없다 하더라도 근로자가 전직한 회사에서 영업비밀과 관련된 업무에 종사하는 것을 금지하지 않고서는 회사의 영업비밀을 보호할 수 없다고 인정되는 경우이다.

2) 당사자 간의 전직금지약정이 있는 경우

우리 판례¹¹¹⁾에 따르면, 영업비밀보유자에 의한 근로자를 상대로 한 전직금지청구사건에서 당사자의 전직금지약정은 다음 요소들을 고려하여 그 효력의 유무효가 결정된다. 영업비밀을 보호하기 위한 목적의 범위 내로 한정되며, 경업금지약정의 당사자인 피용자가 사용자 회사에서 어느 정도의 지위를 가졌었는지, 그가 행한 직무는 어떠한 내용의 것이었는지, 경업금지기간은 얼마나 장기간의 것인지, 경업금지지역은 얼마나 넓은지, 경업금지 대상직종은 어떠한지 및 경업금지의무에 대한 대상조치(代償措置)가 있는지 등이다. 나아가 법원은 약정한 경업금지기간이 과도하게 장기간이라고 인정될 때에는 적당한 범위로 경업금지기간을 제한할 수 있음을 분명히 한 것이 있다.¹¹²⁾

111) 서울중앙지결 2008. 3. 19, 2007카합3903. 이는 이른바 담수로 기술을 둘러싼 “두산 대 STX” 사건이다.

112) 대결 2007.3.29, 2006마1303.

3) 당사자 간의 전직금지약정이 없는 경우

대결 2002마4380¹¹³⁾은 근로자가 전직한 회사에서 “영업비밀과 관련된 업무에 종사하는 것을 금지하지 않고서는 회사의 영업비밀을 보호할 수 없다고 인정되는 경우”¹¹⁴⁾에는 구체적인 전직금지약정이 없다고 하더라도 부정경쟁방지법 제10조 제1항에 의한 침해행위의 금지 또는 예방 및 이를 위하여 필요한 조치 중의 한 가지로서 그 근로자로 하여금 전직한 회사에서 영업비밀과 관련된 업무에 종사하는 것을 금지하도록 하는 조치를 취할 수 있다는 취지로 판시한 바 있고,¹¹⁵⁾ 그 취지를 여러 하급심 판결이 확인하고 있다.¹¹⁶⁾ 학설¹¹⁷⁾ 역시 종업원이 퇴직하여 더 이상 약정에 기한 영업비밀유지의무가 없더라도 영업비밀이라는 지적재산을 침해하는 일종의 불법행위가 되는 이상, 퇴직전후에 관계없이 합리적인 범위의 시간과 장소에서는 영업비밀을 침해하지 아니할 의무가 있다고 하여, 취지상 이와 같이 해석하고 있다.

이렇게 당사자 간 약정이 없음에 불구하고 전직금지청구를 인정하는 것은 이때의 전직금지청구권이 부정경쟁방지법 제10조에서 영업비밀보유자에게 부여한 침해금지청구권에 직접 근거하여 인정되기 때문이다.

4. 전직금지청구가 인용될 경우의 효과 - 금지기간 및 그 기산점의 문제

1) 금지기간

논리적으로 볼 때 침해금지청구권 행사의 구체적인 한 형태로 전직금지청구권(혹은 경업금

113) 대결 2003. 7.16. 2002마4380.

114) 이런 경우가 구체적으로 어떤 경우인지 대법원 판례나 이를 따른 하급심 판례는 자세히 실시하고 있지 아니하다. 보건대, 가령 당해 전직금지대상인 근로자가 영업비밀대상인 정보의 개발이나 관리에 핵심적인 역할을 수행하였거나 하고 있는 경우 등이 이에 해당할 수 있다. 반면 당해 근로자가 개발팀이나 관리팀의 일원에 불과한 때는 직업선택의 자유를 고려할 때 위의 경우에 해당하지 않는다는 판단이 내려질 개연성이 있다.

115) 이는 판결공보의 ‘판결요지’ 부분을 옮긴 것일 뿐, 실제 판결내용을 보면 그 진의가 그러한지는 다소간의 논란이 있을 수 있다. 어찌되었든 위 판결요지의 취지를 현재 하급법원들은 충실히 따르고 있다.

116) 이를 따른 판례로는 서울고결 2007. 12. 20. 2007라509; 서울동부지판 2006. 5. 18. 2005가합 13637 등이 있다. 이들 2건의 판결은 공히 먼저 당사자간 체결되었던 전직금지약정의 효력을 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 침해하거나 민법 제103조에서 정하는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것으로 보아 무효로 판단하고, 다음으로 부정경쟁방지법 제10조에 직접 근거한 전직금지청구에 대하여는 위 대법원 판결의 판지를 그대로 인용하여 근로자가 전직한 회사에서 영업비밀과 관련된 업무에 종사하는 것을 금지하지 않고서는 회사의 영업비밀을 보호할 수 없다고 인정되는 (예외적인) 경우에 가능한데 당해 사건은 이에 해당하지 않는다고 보아 결국 전직금지청구를 모두 배척하고 있다.

117) 이는 정상조, “영업비밀 침해금지청구권의 시간적 범위 -대법원 1998. 2. 13. 선고, 97다24528 판결-”, 392면 등.

지청구권)이 이용되는 것이다. 그런데 우리 판례는 영업비밀에 대한 일반적인 침해금지기간과 종업원의 전직금지기간의 개념을 별개로 취급하여 서로 상이한 기간을 설정하기도 한다. 이때 전직을 금지하더라도 특별한 사정이 없는 한 영업비밀의 존속기간을 넘는 기간까지 전직을 금지할 수는 없다는 것이 대법원의 입장이다.¹¹⁸⁾ 이처럼 종업원의 전직금지기간이 영업비밀에 대한 일반적인 침해금지기간에 비하여 적어도 같거나 대체로 더 짧은 것은, 침해금지청구에 대하여 법원이 굳이 기간을 설정하는 이유와 마찬가지로 종업원의 직업선택의 자유 등을 중시한 결과라고도 볼 수 있다. 전업금지청구에 있어 위와 같은 점을 추가로 고려하여 가급적 짧게, 혹은 발령을 제한하여야 한다는 점을 제외하면 일반적인 침해금지청구와 함께 설명하여도 크게 무리는 없다고 보이므로 이하에서는 편의상 함께 묶어 설명한다.

2) 기산점

(가) 판례와 학설의 경향

사실 금지기간과 분리하여 생각하기 곤란한 것이 그 기산점이다. 금지기간의 기산점에 관하여 우리 판례의 입장은, 종업원인 상대방의 퇴직시(退職時)를 기준으로 삼고 있는 대법원 판례에 따라 최근 하급심 판결에 이르기까지 이를 그대로 따르는 것이 현재 가장 주류로 보인다. 한편 학설로는 이렇게 ‘퇴직시점’을 기준으로 삼고 있는 판례의 입장에 적극 찬동하는 입장¹¹⁹⁾도 있으나, 판례의 입장에 반대하면서 침해금지 기간 동안의 ‘유리한 출발 내지 시간절약’을 확보해 주는 것이므로 영업비밀 보유자의 권리에 대한 완전한 구제가 이루어지려면 침해금지나 전직금지 가처분결정이나 판결이 집행되는 시점, 즉 재판집행시(裁判執行時)를 기준으로 산정하여야 한다는, 상당히 유력한 비판론¹²⁰⁾도 존재한다.

가령 최근에 있었던 ‘두산 대 STX’사건¹²¹⁾의 하급심에서 피신청인측(신청인측의 전 종업원들)은 피신청인들이 신청인 회사 내에서 문제가 된 직위로부터 ‘고문’직으로 자리를 옮긴 시점으로부터 약정기간을 기산할 경우 그 기간이 이미 도과하였으므로 전직금지청구가 부당하다고

118) 위 2002마4380 결정. 법원은 이 결정에서 영업비밀 침해금지기간과 전직금지기간의 기산점에 대하여 실시하고 있는데, 영업비밀 침해금지 기간은 채무자(종업원)가 영업비밀을 취급하던 연구개발업무에서 실질적으로 이탈한 2000. 3. 29.부터 1년간(사용자가 정한 영업비밀보호기간)인 2001. 3. 28.로 봄이 상당하고, 전직금지기간은 퇴직한 시점부터 기산해야 하지만, 이 사건은 종업원이 퇴직할 당시 이미 사용자가 정한 영업비밀 보호기간을 경과했으므로 채권자(사용자)가 주장하는 영업비밀은 더 이상 보호받을 수 없다고 판시하고 있다.

119) 가령 장홍선, 앞의 논문, 833면 이하.

120) 정상조, 앞의 책, 635면. 아울러 같은 저자의 “영업비밀 침해금지청구권의 시간적 범위-대판 1998. 2. 13. 97다24528-”, 398-400면도 같은 취지이다.

121) 서울중앙지결 2008. 3. 19. 2007카합3903.

다툼바 있다. 이런 다툼에 대하여 해당 법원은 “경업금지는 근로자가 사용자와 경쟁관계에 있는 업체에 취업하는 것을 제한하는 것이므로 근로자가 영업비밀을 취급하지 않는 부서로 옮긴 이후 퇴직할 당시까지의 제반 상황에서 사용자가 미리 경업금지를 신청할 수 있었다고 볼 사정이 없는 한 근로자가 퇴직한 시점을 기준으로 이를 산정하여야 할 것”이라고 판단하고 있다.¹²²⁾ 나아가 일부 하급심 판례들¹²³⁾은 퇴직시점이 아니라 일부 학설과 같이 판결확정시(判決確定時)를 기준으로 삼는 입장이 왜 부당한지에 관하여 ‘퇴직 시점을 기산점으로 삼는 경우에는 이 사건과 같이 소송 진행 과정에서 영업비밀 침해금지기간이 경과하여 영업비밀 침해사실이 인정되더라도 그 금지를 구할 수 없게 되는 결과가 발생하기도 하지만, 그렇다고 해서 기산점을 판결 확정일로 하는 경우에는 당해 영업비밀 자체의 성질, 거래사정 등과 무관한 판결 확정이라는 우연적이고 외부적인 요소에 의하여 영업비밀 보호기간이 달라지게 되고, 사실심법원으로서의 향후 판결 확정시점을 추정하여 금지기간을 설정하여야 하여, 경우에 따라서는 판결 확정이 지체되는 경우에는 판결 확정시에 이미 영업비밀성을 상실하여 보호되지 말아야 할 정보에 대해서도 금지를 하게 되는 불합리가 발생할 여지가 있는 점, 영업비밀 보호의 취지에 비추어 볼 때 그 침해금지기간은 공정하고 자유로운 경쟁을 보장하기 위해 필요한 시간적 범위 내로 제한할 필요가 있는 점 등을 고려하면 판결 확정일을 기산점으로 삼는 것은 부당하다고 할 것이고, 퇴직시점을 기산점으로 삼는 것이 상당하다’는 취지로 상세히 반박하고 있다.

(나) 사 건

① 판례의 현황 분석

실제로 지금까지 영업비밀 침해를 긍정하면서 침해금지청구권의 행사에 응하여 내려진 판결들을 살펴보면¹²⁴⁾ 금지기간의 기산점에 관하여 퇴직일을 기준으로 그 금지기간에 관하여는 수개월을 설정한 판례¹²⁵⁾부터 역시 퇴직일을 기준으로 수년을 설정한 것이 있는가 하면,¹²⁶⁾

122) 2007카합3903 결정의 이 부분은 대결 2003. 7. 16, 2002마4380을 따른 것이다.

123) 서울고판 2003. 10. 8, 2002나68777 등.

124) 이런 자세한 판결 예에 관하여는 주로 장홍선, 앞의 논문, 805-824면까지를 참조함.

125) 즉 이때는 판결이나 결정 주문의 형식이 대개 ‘0000년.00월.00일(퇴직시점)로부터 △월간 침해행위를 하여서는 아니된다(혹은 전직하여서는 아니된다)’와 같이 될 것이다. 때에 따라서는 ‘0000년.00월.00일(퇴직시점)’, 즉 기산점에 대한 판단은 재판이유 중에 실시하고 주문에는 특정 시점을 정하여 ‘XXXX년 XX월 XX일까지 침해행위를 하여서는 아니된다(혹은 전직하여서는 아니된다)’로 표현하는 경우도 있다.

126) 현재까지 가장 압도적인 예는 퇴직시점을 기산점으로 삼고, 그로부터 1년을 침해금지기간으로 설정한 재판 예들이다. 대표적으로 위에서 등장한 대판 2003. 7.16. 선고 2002마4380가 그러하다. 반면, ‘퇴직일’을 기산점으로 3년 이상의 금지기간을 설정하고 있는 재판에는 찾기 어렵다. 가령 대판 1998. 2. 13, 97다24528 등이 3년의 금지기간을 설정하고 있는데 이는 다른 판결예에 비하여 상당히 長期에 속하는 것으로 소수의 입장이다. 다만 판결확정일 등을 기준으로 한 재판예에서는 3년보다 장기인 사례도 보인다. 가령 서울고판 2003. 10. 8, 2002나68777은 판결확정일로부터 5년을 금지기간으로 정하고 있다.

한편으로는 판결 확정일 또는 재판의 효력발생일(판결선고일¹²⁷⁾ 혹은 금지가처분의 고지일¹²⁸⁾이 여기에 해당함)을 기산점으로 하면서 그 금지기간에 관하여는 역시 수개월 내지 수년까지의 기간을 설정한 사례들이 존재한다. 아주 극소수이기는 하지만, 아예 금지기간 자체를 설정하지 아니한 예¹²⁹⁾도 보인다. 이처럼 영업비밀 침해금지에 있어 이른바 그 기산점과 금지기간에 관하여 실로 다양한 판결례가 있다.

살피건대, 퇴직시보다는 재판집행시가, 아울러 (본집행이 아닌 가집행을 전제한다면) 재판 집행시보다는 판결확정시가 피침해자에게 물론 더 유리하다.¹³⁰⁾ 그 때문에 위 2002나68777 사건의 원고도 그러하였듯이 영업비밀 침해소송에서 통상 적극적 당사자인 피침해자는 판결확정시, 적어도 재판집행시를 기준으로 주장하고 침해자는 아예 직장 내부에서의 업무이탈시 혹은 적어도 퇴직시를 기준으로 주장한다. 특히 영업비밀 관련 쟁송은 그것이 본안이 아니라 비록 가처분이라 하더라도 이미 언급하였듯이 기술정보의 실체를 법관이 파악하는 데 어려움이 있다는 등의 사정으로 신속한 심리가 어려워 상당히 지연될 개연성이 있다. 이런 사정을 고려하면 퇴직시를 기준으로 하여 가장 많이 인정되는 ‘1년’과 같이 비교적 단기간인 금지기간을 부여하게 되면 소송에서 침해가 긍정되고도 금지청구는 기각될 수 있고, 실제로 이런 사례가 상당히 많다.

한편 외국의 상황을 간단히 보자면, 미국의 한 사례는 피고가 당해 영업비밀을 획득하기 위한 행위 시작을 재판시점까지 미룰 이유가 없는 이상 51개월의 금지명령기간을 재판시점으로부터 산정하여야 한다는 원고의 주장을 부당하다고 배척하고 실제 영업비밀 부정유통행위시점으로부터 계산한 재판예가 존재한다.¹³¹⁾ Head start rule의 취지를 가장 충실히 관철하자면 위 재판예와 같이 영업비밀 부정유통행위시점을 기준으로 침해자가 그런 침해행위 대신 적법한 획득을 꾀하였다면 소요되었을 시간을 추산하는 방법을 사용하여야 할 것이므로 이 점에서 위 판례의 입장이 부당하다고 할 수 없다. 그러나 다시 언급하건대 영업비밀 침해금지명령의 효력범위에 관하여 가장 주류적인 입장은 이른바 Head start rule이지만, 다른 입장들도

127) 민사소송법 제205조 참조.

128) 법원실무는 가처분 결정의 효력에 관하여도 민사소송법 제221조 제1항(“결정과 명령은 상당한 방법으로 고지하면 효력을 가진다.”)에 따라 원칙적으로 고지된 때에 효력이 생기지만, 다만 민사집행법 제292조 제3항(가압류에 대한 재판의 집행개시에 관하여 채무자에게 재판을 송달하기 전에도 할 수 있다고 규정하고 있음)에 따라 집행이 이루어지는 경우에는 채무자가 가처분의 효력을 알게 되므로 집행할 때 효력이 생긴다고 보고 있다. 이는 법원행정처, 법원실무재요 민사집행 IV-보전처분-(2003), 108-109면 참조.

129) 가령 수원지판 1998. 10. 22. 98가합 2115은 그 이유에서 기산점에 관한 언급이 없고 주문에서 “피고들은 별지 제1목록 기재 영업비밀을 사용하거나 제3자에게 제공하거나 공개하여서는 아니된다.”는 식으로 기간제한 없는 금지를 명하고 있다. 영업비밀이 아닌 일반적인 금지청구권의 행사에 있어서는 오히려 이런 판결의 주문방식이 원칙적인 것임은 앞서 ‘침해금지기간을 설정하는 것이 타당한지 여부’부분에서 설명한 바와 같다.

130) 특히, 아래에서 보듯이 현재 우리 판례가 기산점보다 금지기간을 ‘0년’식으로 먼저 확정하는 잘못된 경향을 보이고 있는 상황에서는 기산점이 언제인지가 보호가능성에 결정적 영향을 미치게 된다.

131) A.L. Laboratories, Inc. v. Philips Roxane, Inc., 803 F.2d 378 (8th Cir. 1986).

여전히 나름의 지위를 가지고 있다. 따라서 영업비밀 부정유통행위시점이 아닌 다른 시점을 금지명령의 기산점으로 삼고 있는 사례도 쉽게 찾아볼 수 있다. 가령 ITC(United States International Trade Commission, 미국 무역위원회)¹³²⁾의 결정 중에는 당해 영업비밀이 절취된 시점을 기준으로 한 주장을 배척하고 결정일로부터 10년간의 수입금지명령을 산정한 예가 있다.¹³³⁾

아울러 미국법원의 판례 중에 침해행위를 기준으로 일응 추정된 금지기간이 재판시점에 이르러 이미 경과한 경우 본안의 금지청구를 기각하여야 한다는 입장들도 찾아 볼 수 있으나,¹³⁴⁾ 유의할 점은 이때의 사안들에서는 이미 침해자를 상대로 예비적 금지명령이 발령되어 있었고 그로부터 경과된 기간이 재판시점에 이르러 본안의 금지명령을 위해 추정된 금지기간을 초과한 상황이라는 점이다.¹³⁵⁾ 즉 예비적 금지명령이 집행되고 있는 상황에서는 침해자가 리버스 엔지니어링 등 적법한 수단에 의하여 영업비밀을 실제로 취득하기 위해 행동할 여지가 없었을 것이므로, 재판시점에 법원은 여전히 그 소요기간을 '추정'할 필요가 있는 것이다. 반면, 추정된 금지기간이 재판시점에 이미 경과하였다고 금지청구를 기각한 우리 법원의 사례가 위와 마찬가지로 이미 금지가처분이 발령되어 침해자에게 적법한 취득행위를 실제 할 여지가 없었던 결과 부득이 법원이 그 기간을 추정한 다음 그 추정시간과 재판시점까지의 경과시간을 비교하여 본안의 금지청구를 기각하였다고는 일응 보이지 않아 문제이다.

한편, 일본의 관련 판결례는 아직 많지 않으나 재판확정시를 기준으로 금지기간을 설정하고 있는 것이 보인다.¹³⁶⁾

② 표면상의 의문 첫 번째: 침해금지기간과 기산점 중 어느 것이 먼저 정해져야 타당할지?

판례의 현황에 관하여 논평하기에 따라서는 문제된 구체적인 영업비밀의 내용이 각기 다르므로 판결에서 금지를 명한 내용 역시 다를 수밖에 없다고 긍정적으로 볼 여지도 있겠으나 그 실질을 살펴보면 무엇보다 그 기산점을 제각각으로 삼고 있는 것, 아울러 기산점의 근거, 가령 판례의 주류인 퇴직시설에 있어 왜 퇴직시가 기산점이 되는지 별다른 합리적 설명이 결여된 것은

132) ITC(미국무역위원회)는 미국으로의 수입물품 중 특허, 상표권의 침해가 있는 경우 당사자의 제소에 의한 준사법절차에 의하여 수입을 금지하는 등 권한을 부여받고 있으며, 위 사건에서는 영업비밀 침해물품이 무역법(Trade Act) 337조를 위반한 행위라고 하여 제소된 것이었다.

133) 이는 Melvin F. Jager, Trade Secrets Law (Database updated March 2009) § 7:14 (Permanent injunctions—Limited injunctions) 참조.

134) Seventh Circuit: Minnesota Mining & Manufacturing Co. v. Pribyl, 259 F.3d 587, 609 (7th Cir. 2001); K-2 Ski Co. v. Head Ski Co., Inc., 506 F.2d 471, 475 (9th Cir. 1974).

135) 이상은 James Pooley, Trade Secrets (DB), § 7.03 REMEDIES AT TRIAL (b)- Duration of Restraint 참조.

136) 東京地裁 平成20年11月18日 平18(ワ)22955号(判例タイムズ1299号 216頁). 여기서는 당해 기술의 성질에 비추어 재판확정후 2년간을 금지기간으로 설정하고 있다.

의문이다.

우선 금지기간이 개별사안에 따라 다를 수 있더라도 금지기간을 부여하는 취지상 그 기간이 '경쟁자가 독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 영업비밀을 취득하는데 필요한 시간에 상당한 기간'일 것을 우리 법원이 목표로 하고 있음은 앞서 본 바이다. 그런데 기술의 제반현황이란 정적(靜的)인 것이 아니라 동적인 것이어서 특정 기술개발이나 역설계에 소요되는 예상기간은 퇴직시, 재판집행시, 재판확정시가 각각 다를 수 있다. 즉 시점을 불문하고 특정 기술을 타인이 개발하거나 역설계하는데 0년이 소요된다는 불변의 법칙은 존재할 수 없는 것이다. 사정이 그러하다면 우리 판례가 위 목표에 부합하는 적절한 금지기간을 산출하려면 그 기산점에 관한 입장을 어느 것으로 취하든 먼저 기산점을 확정된 뒤 그 기산점 당시의 사정 등을 고려하는 등의 방법으로 적절한 금지기간을 산정하여야 판례 스스로의 논리에 부합할 것이다. 그럼에도 일부 판례(가령 대결 2003. 7.16, 2002마4380¹³⁷⁾ 혹은 서울고판 2003. 10. 8, 2002나68777¹³⁸⁾ 등)는 먼저 영업비밀의 보호기간을 0년으로 정한 다음 그 기간이 언제부터 시작하느냐하는 식으로 앞뒤가 바뀐 논리를 전개하고 있다. 해당 판례들이, 이 글의 뒷부분에서 필자가 취하는 입장대로 영업비밀이 아닌 다른 금지청구권의 당부를 판단할 때와 마찬가지로, 재판시점을 기준으로 하여 금지기간을 먼저 정한 것이라는 옹호론도 제기될 수 있겠으나, 위 판례들은 위 금지기간이 기산점으로부터 산정할 때 이미 경과하였음을

137) 대결 2002마4380만 보아서는 판결문에서 '2000. 3. 29.부터 1년'이라고 실시함에 있어 '2000. 3. 29.'이 퇴직시점을 판결문의 다른 곳에서 설명하였으므로 보기에 따라 기산점을 먼저 정하고 있다는 옹호론도 제기될 수 있다. 그러나 엄밀히 살펴보면, 이 사건 원심(서울고결 2002. 11. 12, 2002라313)은 그 실시이유로 당사자의 약정에 의한 전업금지청구권의 존재나 나아가 부정경쟁방지법 규정에 의한 전업금지청구권 발생을 부정한 다음 나아가 "설령 위 법 규정에 따라 전직금지를 구할 수 있다고 하더라도" 이하의 가정적 판단 부분에서 다음과 같이 논리적 선후가 뒤바뀐 오류를 범하고 있다. 즉 여러 제반사정(이때 고려한 사정 중 당사자 간의 약정서상 퇴직일로부터 1년 동안의 전직금지가 부동문자로 포함된 사정이 포함되어 있으나 이는 퇴직일을 기산점으로 먼저 삼는다는 취지가 아니며, 앞에서 약정에 의한 전업금지청구권을 판단할 때 무효로 판단되었다가 여기서는 참작요소로 포함되었을 뿐이다)에 비추어 '1년의 전직금지기간이면 충분히 채권자의 영업비밀보호라는 목적을 달성할 수 있다고 봄이 상당하다고 할 것'이라고 금지기간을 결정한 다음 그 다음에야 "영업비밀보호를 위한 위 1년간의 전직금지기간을 산정함에 있어서는 채무자가 팬택으로 2차 전직한 2001. 9. 1.경이 아니라 채무자가 실제로 채권자에서의 연구개발업무에서 이탈한 2000. 3. 29.경부터 기산점이 상당하다"고 판시함으로써 기산점을 나중에 고려하고 있음을 분명히 하고 있다. 그럼에도, 대법원은 이런 선후 구조에 대한 잘못을 지적하기 보다는 "원심이 채무자가 퇴직한 날이 아닌 채무자가 영업비밀을 취급하던 업무에서 이탈한 시점인 2000. 3. 29.을 그 전직금지기간의 기산점으로 인정한 것은 잘못"이라고 하였을 뿐 나머지 부분에 관하여는 원심을 증명하고 있다.

138) 이 판결 역시 당해 영업비밀 기술이 동종 업계에 상당히 널리 알려져 있는 점, 관련 분야의 기술이 급속하게 발달하고 있는 점, 피고 회사가 이미 관련기술개발을 하여 온 점 등을 고려하여 "이 사건 각 기술정보가 영업비밀로서 보호될 수 있는 기간은 길어야 2년으로 봄이 상당하다"고 먼저 정한 다음(즉 2년의 기간이 도출되는 여러 사정을 고려함에 있어 그것이 퇴직시점 등 특정시점을 전제로 한 것이라는 어떠한 단서도 보이지 않으며 원, 피고를 둘러싼 그동안의 제반사정을 시간에 구애받지 않은 채 다소 막연하게 나열하고 있을 뿐이다), 바로 이어서 "한편, 영업비밀침해 금지기간의 기산점은 피고 김OO, 이OO가 영업비밀 취급업무에서 이탈한 때인 퇴직시점을 기준으로 산정하는 것이 합리적이라 할 것"이라고 판시하고 있다.

들어 금지청구권 행사를 부정하고 있음을 볼 때¹³⁹⁾ 그렇게 해석하기도 곤란하다.

③ 표면상의 의문 두 번째: 기산점을 굳이 정하자면 어떻게 정해야 할지?

아울러 우리 판례의 주류는 '퇴직시'를 기산점으로 삼고 있으나, 그 근거가 박약하다. 민법상 일반원칙은 물론 부정경쟁방지법 제10조도 "그 행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 경우에는...금지 또는 예방을 청구할 수 있다."라고 분명히 규정하고 있으므로 '침해행위시'(혹은 예방청구권의 경우에는 침해우려시점)가 기산점이 되어야 함에는 사실 크게 다툼이 있을 수 없다. 굳이 판례의 취지를 선해하자면, 종업원의 퇴직시점과 전직시점이 같은 때라면 전직으로 침해가 개시되거나 혹은 퇴직만으로 침해의 우려가 있을 수 있음을 염두에 둔 것으로 풀이하거나,¹⁴⁰⁾ 종업원이 지득한 영업비밀의 범위는 수시로 변하므로 영업비밀을 최후로 접하여 확정된 시점이자 종업원이 최후로 영업비밀을 취급한 시점인 퇴직일을 기준으로 삼고 있다고 풀이해 볼 수도 있다.¹⁴¹⁾ 그러나 그 어느 풀이도 쉽게 수긍하기 어렵다.

전자의 해석은 실제 많은 사례에서 퇴직시가 침해행위가 개시된 시점과 일치한다는 통계적 설명으로는 몰라도 그렇지 않은 경우¹⁴²⁾까지 왜 확일적으로 퇴직시가 기준이 되어야 하는지에 관한 법적 논리로 받아들이기 어렵고, '퇴직시'를 언급하는 것이 내심으로는 침해(우려)가 있는 시점을 항상 염두에 두고 있는 것이라면 차라리 '침해(우려)시점'이라고 진정한 기준을 명시하는 것이 타당하다.

후자의 해석은 근본적으로 침해쟁송에서 침해대상인 영업비밀을 확정하는 문제와 침해청구권의 발생문제를 뒤섞어 혼란만 주고 있다. 종업원이 지득한 영업비밀의 폭이 시시각각 변화한다는 설명부분은 타당하지만 비록 그 범위를 확정하기 어려울 정도로 아주 유동적인 상황에서도 외형상 침해가 발생하였거나 그 우려가 있다면 일단 침해청구권은 발생한 것이며 이때 침해대상인 영업비밀을 확정하기 어렵다는 것은 별개의 문제일 뿐이다. 아울러 이 해석은 가령 근로자가 영업비밀을 취급하지 않는 부서로 옮겨 근무하다가 이후에 퇴직한 상황에서도 왜 당해

139) 즉 재판시점을 철저히 관철하려면 '경쟁자가 독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 영업비밀을 취득하는 데 필요한 시간에 상당한 기간'을 산정함에 있어 퇴직시(혹은 침해행위시)를 기준으로 예상되는 기간이 아니라 재판시까지 드러난 사정이 기간산정의 기준이 될 것이다. 이때는 설령 퇴직시 기준으로 예상되는 기간이 재판시에 이미 경과하였더라도 이미 가처분이 내려져 침해자에게 행위의 여지가 없었다는 사정이 없는 한 당해 침해자가 재판시까지 '독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 영업비밀을 취득하지 못하였다면 금지청구권 행사가 거절되어서는 곤란할 것이다.

140) 송영식, 지적재산권법(하), 육법사, 2008, 477면에서 이런 풀이도 가능성을 설명하면서 동시에 이런 풀이가 잘못되었다고 비판하고 있다.

141) 이런 취지의 해석으로는 장홍신, 앞의 논문, 836-837면 참조.

142) 종업원이 종전 직장에 경쟁업체로의 이직을 숨기기 위하여 퇴직시점과 전직시점을 달리 하거나 다른 사정으로 휴직 중 경쟁업체로 이직했을 때까지 왜 퇴직시점이 기산점이 되는지 설명하기 어렵다. 아울러 나머지 모든 경우에 퇴직만으로는 직접 침해가 개시되지 않았더라도 항상 침해의 우려가 있다는 주장은 (가령 퇴직 후에야 경쟁업체의 제의를 받고 전직한 경우 등을 고려할 때) 지나친 논리비약이다.

종업원이 영업비밀을 최후로 취급한 직장내부 이동시점이 아니라 퇴직시점을 대법원이 기준으로 삼을 수 있다고 하고 있는지 합리적으로 설명하지 못한다.¹⁴³⁾ 결국 대법원이나 하급법원이 기산점을 정함에 있어 굳이 '퇴직시'를 택하고 있는 합리적 이유를 발견하기 어렵다.

④ 근본적인 의문: 영업비밀 금지청구권이 채권적 청구권과 같은 성질인지?

우리 판례의 경향을 보면, 영업비밀 금지청구권의 성질에 관하여 충분한 배려를 하지 못하고 있지 않느냐는 의문이 든다. 우선 근로자의 경업금지 내지 전직금지의무가 논의된 것은 1991 경애야 부정경쟁방지법상 영업비밀의 보호가 규정된 지적재산권 영역에서가 아니라 그 이전에 민법이나 다른 특수법 분야(가령 상법¹⁴⁴⁾이나 노동법 등)에서였다. 그중 가장 오랜 민법의 논의내용의 핵심은 근로자의 경업피지의무는 고용계약이 종료함으로써 소멸하는 것으로, 필요한 예외적 경우에 한하여 신의칙상의 의무로서 존재할 수 있을 뿐이라는 요지이다.¹⁴⁵⁾ 여기에 노동법적 논의를 가미하여 더 설명하자면,¹⁴⁶⁾ 근로자 보호를 위하여 사용자와 근로자가 특약(特約)을 체결하거나 적어도 묵시적으로 약정을 인정할 여지가 없는 한 경업금지는 원칙적으로 인정되지 않는다는 것이어서, 당사자간 약정의 내용과 그 효력 판단이 법원이 당해 사건을 심리하는 초점이었다고 할 수 있다. 그러나 비교적 늦게 도입된 부정경쟁방지법상의 전직금지청구는 당사자간 약정이 아니라도 판례 스스로 인정하듯이 부정경쟁방지법상 조항 자체에 기하여 금지청구권이 발생한다는 결정적인 차이가 있고, 이 글의 앞에서 설명한 대로 영업비밀 관련 조항의 전체적 성격에 불구하고 위 금지청구권의 성격은 채권적인 것이 아니라 물권적인 성질의 것이다.

그런데 현실에서 많은 기업이 위 근로자와 분쟁의 소지가 있을 경우 입사계약이나 그 갱신계약 등을 통하여 근로자와 특약(特約)을 체결함으로써 종전의 민법이나 노동법상 논의에 따르더라도 일응 경업금지청구권을 기업 측이 유보할 수 있도록 하고 있다. 이때 유의할 점은 실무상 사용하는 특약의 구체적 문구가 거의 예외 없이 '퇴직시'부터 일정기간의 금지기간을 설정하는 방식을 취하고 있다는 점이다.¹⁴⁷⁾ 이후 실제로 근로자와 분쟁이 발생할 경우 기업 측이 제기

143) 위 2002마4380 결정. “전직금지는 기본적으로 근로자가 사용자와 경쟁관계에 있는 업체에 취업하는 것을 제한하는 것이므로, 근로자가 영업비밀을 취급하지 않는 부서로 옮긴 이후 퇴직할 당시까지의 제반 상황에서 사용자가 근로자가 퇴직하기 전에 미리 전직금지를 신청할 수 있었다고 볼 사정이 인정되지 아니하는 이상 근로자가 퇴직한 시점을 기준으로 전직금지기간을 산정 하는 것이 타당하다.”

144) 상법 제41조에 따른 영업양도인의 경업금지의무 혹은 제397조에 따른 주식회사 이사의 경업금지의무 등이나 이 글의 논의와 직접 관련이 없다.

145) 박윤직 대표편저, 民法註解 XV, 박영사, 1997 (남효순 집필부분), 347면.

146) 가령 김유성, 노동법 I, 법문사, 2005, 343면에서는 근로자는 근로관계 종료 후 특약이 없는 한 경업금지의무를 부담하지 않는다고 풀이한다. 이는 신권철, “근로자의 경업금지의무”, 노동법연구(2005 상반기 제18호), 서울대 노동법연구회, 235면에서 재인용.

147) 당해 종업원이 언제까지 근무할 것인지를 전혀 예측하기 곤란한 현실에서 기업이 당해 종업원에게 사용자로

하는 경업금지(혹은 전직금지)소송의 청구원인에 있어 적극적 당사자가 가장 먼저 내세우는 주장이 위 특약에 기한 전직금지청구이며, 그 다음에야 부정경쟁방지법 자체에 기한 전직금지청구권을 주장하게 된다.¹⁴⁸⁾ 이런 형태의 소송에서 법원은 '퇴직시로부터 0년'이라는 특약의 유효성을 먼저 판단하게 되는데 이때의 판단논리는 위에서 살핀 민법이나 노동법에서의 그것과 같다. 즉 근로자의 직업 선택의 자유를 중시하여 특약이 없는 한 경업금지는 원칙적으로 인정되지 않으며 심지어 특약이 있더라도 민법상 일반논리(통상 '공서양속 위반' 혹은 '부동문자'에서 무효라는 요지로 근로자 측이 제기한 항변을 판단하는 과정에 의함)에 의해 무효로 판단될 수 있다. 일부 법원은 소극적 당사자의 위 항변을 배척하고 위 약정내용에 따라 '퇴직시점'을 기준으로 전직금지명령을 내리기도 하지만,¹⁴⁹⁾ 사실 압도적으로 더 많은 사안에서 법원은 위 특약의 효력을 부정하고 있다. 이때 다음 단계로 부정경쟁방지법 자체에 기한 전직금지청구권을 판단하게 되는데, 여기서 문제가 발생한다. 특약에 기한 전직금지청구권을 판단할 때와 달리 부정경쟁방지법 자체에 기한 전직금지청구권을 판단함에 있어서는 그것이 물권적 청구권의 성질에 가깝다는 것을 염두에 두어야 타당할 것이나, 법원은 대개 이런 차이를 명확히 구분하지 아니하고 종전까지의 논리, 즉 당사자 간 약정에 기한 청구의 당부를 논하던 기존논리를 단순히 연장하는 선상에서 부정경쟁방지법 자체에 기한 전직금지청구를 심리하는 모습을 자주 보이고 있다. 사소하게는, 가령 이미 특약에 기한 금지청구권을 판단함에 있어 무효라고 이미 선언한 약정문 속에 담긴 '퇴직시'라는 기준을 부정경쟁방지법 자체에 기한 전직금지청구의 기산점을 결정함에 있어 고려요소중 하나로 삼는 경우¹⁵⁰⁾가 그런 예라 할 수 있지만, 크게는 물권적 청구권 행사에 가까운 부정경쟁방지법 자체에 기한 전직금지청구권의 판단을 당사자 간 약정에 기한 청구권의 판단, 환언하여 채권적 청구권을 판단하는 것과 같은 논리로 일관하고 있다는 점이다.

민법상 물권적 청구권과 채권적 청구권은 다음과 같은 큰 차이가 있다. 민법상 물권에 기한 금지청구권은 침해행위가 존재하는 즉시 금지청구권이 발생하며 i) 그 행사에 있어 존속기간이 별도로 존재하지 않고¹⁵¹⁾ ii) 시효의 제한도 받지 않는다. 이와 비교하여 채권적 청구권은 침해행위가 존재하는 즉시 청구권이 발생하는 점은 공통되지만 존속기간의 정함과 시효의 제약이 있다는 차이가 있다. 민법상 방해배제청구권의 행사에 있어 방해행위가 과거에 종결되어 버린 것이어서는 안 되며 현재도 지속하느냐가 문제되는 것처럼,¹⁵²⁾ 부정경쟁방지법상 영업비밀 침

서의 영향력을 미치는, 바꾸어 말하면 전직금지의 특약이 없더라도 기존 근로계약에 기한 법적 구제가 분명히 가능한 가장 최후의 시점이 다를 아니라 근로계약이 종료하는 퇴직시점까지이다.

148) 약정에 기한 청구보다 법률 자체에 기한 청구가 통상 받아들여지기 어렵다는 사정이 고려된 것으로 보인다.

149) 가령 서울고판 1998. 10. 29. 98나35947 혹은 앞서 본 서울중앙지결 2007카합3903 등.

150) 가령 앞서 본 서울고결 2002. 11. 12. 2002라313 등.

151) 물론 그 본체인 물권의 존속을 전제로 한다.

해금지청구의 행사에 있어서도 쟁점은 재판시점 당시 법정 보호요건을 구비한 영업비밀에 대한 침해행위가 존재하느냐 여부이지 침해행위시점으로부터 일정기간이 경과하였느냐가 되어서는 곤란하다. 그런데 영업비밀 침해금지청구에 대한 법원의 심리는 마치 채권적 청구권의 인용 여부를 심리하는 것처럼, 과거 특정시점(퇴직시)의 침해행위의 유무(비유하자면, 채무불이행이나 과거 시점의 불법행위 발생), 나아가 그로부터 법원 나름의 기준에 의해 추정된 영업비밀 보호기간이 경과하였는지(역시 비유하자면, 채권적 청구권에서의 소멸시효)¹⁵³⁾에 집중함으로써 해당 청구사건의 심리를 물건적 성격의 금지청구권이 아니라 아주 단기간의 소멸시효를 가진 채권적 청구권을 다루는 것처럼 변모시키고 있다. 물론 이런 결과가 나타나는 것은 앞서 우리 법원이 미국 법원과 마찬가지로 영업비밀침해금지권을 인용함에 있어 정책적 고려의 결과 금지기간을 제한하고 있다는 점에 크게 기인한 것이라고 볼 수도 있고 이렇게 우리 법원이 금지청구권에 있어 친숙하지 않은 금지기간을 설정하는 것은 앞서 본대로 나름의 정당한 이유가 있으므로 그것 자체까지 반박하기 곤란하지만, 만일 금지명령을 내림에 있어 이를 제약할 기간을 결정하고자 하였다면 거기에 참작할 사정들은 마치 채권적 청구권의 심리에서처럼 침해행위 당시가 되는 것이 아니라 민법상 금지청구권에서와 같이 재판시점을 기준으로 하여야 할 것이다. 미국에서 UTSA나 이를 수용한 주법을 통하여 영업비밀침해에 부여되는 금지명령(injunction)의 성격이 한국 부정경쟁방지법상 금지청구권의 성격과 완전히 일치하는 것은 아님을 고려할 때¹⁵⁴⁾ 한국에서의 운용에서는 위 정책적 고려를 살리면서도 민법과 같은 다른 법률에서 물건적 청구권과 채권적 청구권을 취급하는 논리와 크게 어긋나서는 곤란하다.

요컨대, 침해행위가 존재하는 즉시 금지청구권이 발생할 것이고 그런 금지청구권의 발생 여부 문제와는 별도로 법원이 당해 금지청구를 인용할 지 여부는 재판시점(판결이라면 변론종결시)을 기준으로 하면 족할 것이다. 여기서 우리 법원이 굳이 종업원의 이익보호를 위하여 침해금지기간을 설정하고자 한다면 법원이 가장 당해 기술정보를 둘러싸고 변화하는 제반사정을 고려할 수 있는 가장 나중 시점, 즉 재판시점(판결시는 변론종결시)을 기준으로 경쟁자 등이 침해행위를 개시하는 대신 독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 영업비밀을 취득하는데 소요될 시간을 보호기간으로 산정함이 타당할 것이다.¹⁵⁵⁾ 물론 당사자간 특

152) 광윤직 대표판저, 民法註解 V, 박영사, 1992 (양창수 집필부분), 246면.

153) 부정경쟁방지법은 제14조는 시효제도를 규정하면서 '3년' 및 '10년'의 기간을 규정하고 있는데, 특히 '10년'의 기간에 있어서는 그것이 소멸시효기간이든, 제척기간이든지 간에 우리 법원은 그보다 훨씬 단기간의 침해금지기간을 설정함으로써 규정의 존재의의가 별로 없게 되었다.

154) 가령, 앞서 보았듯이 미국에서는 영업비밀성이 소멸한 경우라도 여전히 침해금지명령이 침해자에게 발하여질 수 있다.

155) 즉 이 글의 입장에 따른다면 당사자간 특약이 아니라 부정경쟁방지법 자체에 기한 침해금지청구의 판단순서는 다음과 같게 된다. 우선 영업비밀 금지청구를 기각하는 경우는 재판시점에서 이미 공개되어 버리는 등으로 영업비밀성이 부정된 사례에 국한된다. 공개가 제3자의 적법한 행위에 기한 때는 물론 침해자의 행위에 기한

약에 기한 청구라면 별개의 문제이다.¹⁵⁶⁾

V. 결 론

기업이 기술정보를 특허출원하지 아니하고 영업비밀로 간직할 경우는 특허법보다 소략한 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률이 적용되므로 그 공백을 메우는 법원의 역할이 중요하다. 부정경쟁방지법이 영업비밀을 보호하는 방식은 물권적 지위를 부여하는 것이 아니지만, 영업비밀 침해금지청구권의 법적성격은 민법상 물권적 방해배제청구권과 크게 다르지 않다. 침해금지청구권을 행사하려면 우선 소송에서 영업비밀을 특정할 필요가 있는데, 특정의 과정에서 상대방이나 제3자에게 영업비밀이 필요이상으로 누설되어 비공지성을 상실할 위험이 존재한다. 기판력이나 집행력 범위를 명확히 하기 위한 영업비밀 특정의 필요에 대하여 우리 판례는 완화된 요구를 함으로써 비교적 잘 대처하고 있지만, 상대방 당사자를 제외하고 법원에만 영업비밀의 실체를 제대로 알려 올바른 판단을 받도록 하기 위해서는 궁극적으로 입법적 보완이 필요하다.

한편 우리 판례는 영업비밀 보유자의 침해금지청구를 인용함에 있어서는 다른 권리에서의 침해금지청구를 인용할 때와 다르게 침해자가 취한 이른바 유리한 출발 내지 시간절약에 상응하는 기간만큼만 금지명령을 발령하고 있는데, 이것은 대체로 미국 법원의 태도와 일치하는 것으로 타당한 근거가 있는 것이다. 그러나 우리 판례가 위와 같이 일단 설정된 침해금지기간의 사

때라도 한국 법제는 미국의 UTSA와 달리 영업비밀성이 상실된 상태에서도 여전히 금지명령이 발령될 수 있다는 특칙을 두고 있지 아니하므로, 손해배상청구의 문제만이 남게된다. 반대로 재판시점에서 영업비밀이 비공지성 등 법정요건을 유지하고 있는 한 우리 일부 판례와 같이 '퇴직시로부터 기산할 때 이미 적절한 보호기간이 경과하였다'는 이유로 기각되지는 않는다. 다만 여기서 유일한 예외가 가치분이 내려져 있는 경우가 될 것이다. 우리 대법원이 종업원 보호를 위해 침해금지명령의 기간을 제한하는 입장을 수용한다면, 가치분이 내려져 있는 경우 침해자가 재판시점까지 리버스 엔지니어링 등 적법한 행위로 영업비밀을 취득할 여지가 없었으므로 부득이 법원은 가정적 판단에 의하여 만일 위 적법한 행위가 있었다면 소요되었을 기간을 산출하여 재판시점까지의 경과기간과 비교하여 가치분기간이 더 장기이면 보호를 부정할 것이다. 한편 재판시점에서 비공지성 등 법정요건을 유지하여 보호됨을 긍정한 경우에는, 이를 전제로 재판시점을 기준으로 장차 독자적인 개발이나 역설계에 소요되는 시간(즉 재판시점 현재까지는 피고가 가치분 등의 제약이 없었음에도 실제 영업비밀을 취득하지 못하였지만, 재판직후부터 적법행위를 개시한다면 소요될 추정시간)을 추산하여야 할 것이다.

156) 그러나 앞서 본대로 당사자간 특약에 기한 전직금지청구가 받아들여질 경우라면 이는 그 약정에 정한 대로 기산점이 정해진다. 이것은 법률에 직접 근거한 금지청구권과 달리 채권적 효력에 기한 것이다. 이때, 가령 당사자 간 약정을 근거로 한 전직금지청구에 있어 약정기간은 비교적 분명하지만 그 시점에 관한 약정이 불분명하거나 다툼의 여지가 있을 때라면 '기산점'을 둘러싼 기존논쟁이 일부라도 의미가 있을 것이다.

후적 변동을 불가능하게 하고 침해금지기간이 경과된 이후에는 더 이상 영업비밀의 법적보호가 사실상 곤란하게 취급하는 것은 부당하므로 일단 설정된 침해금지기간이라도 사후에 수정할 수 있도록 허용함이 바람직하다.

나아가 침해금지청구권의 특수한 변형인 전직금지청구에 있어 이른바 금지기간의 기산점에 관하여 논란이 있는데, 우리 판례가 먼저 금지기간을 정한 뒤 나중에 그 기산점을 찾고자 하는 것은 논리상 문제가 있으므로 기산점을 먼저 정한다는 취지를 분명히 할 필요가 있다. 아울러 그렇게 정할 기산점은 민법상 금지청구권의 경우와 마찬가지로 재판시점이 되어야 할 것이다. 덧붙여 금지청구권의 운용에 있어 우리 판례가 많은 부분에서 미국의 영향을 받고 있으나 한국 부정경쟁방지법상 금지청구권은 미국의 형평법상 금지청구권과는 유사한 듯 하면서도 법적성격이 다르므로 한국 민법상 물권적 방해배제청구권과의 조화에 오히려 더 신경을 써야 할 필요가 있다고 보인다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

- 곽윤직 대표편저, 民法註解 V, 박영사, 1992 (양창수 집필부분); 民法註解 XV, 박영사, 1997 (남효순 집필부분); 民法註解 XIX, 박영사, 1992 (윤진수 집필부분).
- 법원행정처, 법원실무제요 민사집행 IV -보전처분-, 2003.
- 송영식, 지적재산권법(하), 육법사, 2008.
- 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004.
- 김재형, “言論에 의한 人格權 侵害에 대한 救濟手段”, 「언론자유나 사전예방이나」 제4회 철우언론법상 기념세미나 발표문, 한국언론법학회(2006).
- 나중갑, “영업비밀보호가 과학기술발전에 미치는 영향에 관한 법제도 연구”, 법조 통권 제 633호(2009. 6).
- 신권철, “근로자의 경업금지의무”, 노동법연구(2005 상반기 제18호), 서울대 노동법연구회.
- 윤선희, “영업비밀에 있어서의 경영상 정보”, 창작과 권리39호(2005년 여름호), 2005.
- 이성호, “勤勞者에 대한 競業禁止約定의 效力과 轉職禁止假處分の 許容 與否”, 저스티스 제34권 제4호(2001).
- 이성호, “영업비밀침해 금지기간과 관련하여”, 2008. 3. 28. 법원내부통신망(CourtNet) 게시물 [비공간].
- 장홍선, “판례상 나타난 영업비밀침해금지기간과 전직금지기간 및 그 기간 산정의 기산점에 관하여”, 부산판례연구회 판례연구 제16집(2005).
- 정상조, “영업비밀 침해금지청구권의 시간적 범위 -대법원 1998. 2. 13. 선고, 97다 24528 판결-”, 상사판례연구V, 박영사(2000).
- 정영훈, “근로관계종료후의 경업금지의무에 관한 고찰 —독일과 일본의 논의를 중심으로—”, 노동법학 제29호(2009. 3).
- 최정환, “근로자의 전직금지약정과 영업비밀 보호의무”, 정보법 판례백선 I, 박영사(2006).

II. 외국문헌

일본문헌

小野昌延, 新 註解 不正競争防止法 新版(下), 青林書院, 2007.

日本 經濟産業省 知的財産政策室 編著, 逐條解説 不正競争防止法(改正版), 有斐閣, 2006.

三村量一, 山田知司, “知的財産権訴訟における秘密保持命令の運用について”, 判例タイムズ 1170号4頁(2005. 4. 1).

미국문헌

James Pooley, *Trade Secrets* (Westlaw Database), 2009.

Louis Altman & Malla Pollack, *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies (4th Edition)* (Westlaw Database updated July 2009).

Melvin F. Jager, *Trade Secrets Law* (Westlaw Database updated March 2009).

Kurt M. Saunders, “The Law and Ethics of Trade Secrets: A Case Study”, 42 *California Western Law Review* 209 (spring 2006).

The Attitude of Korean Court toward the Injunction Claim against Trade Secret Infringement

- especially in the misappropriation of technological information -

Park, Jun-Seok*

<Abstract>

The legal aspect of an injunction claim based on Korea Unfair Competition Prevention And Trade Secret Protection Act (hereinafter, Korea Unfair Competition Prevention Act) is actually similar to the original injunction claim based on property right of Korea Civil Act, while the Unfair Competition Prevention Act doesn't grant the status of exclusive possession to a trade secret owner. Because the identification of trade secret's details as the subject matter of legal proceedings is prerequisite to exercise the injunction claim, there is always danger of losing trade secret's secrecy through excessively revealing the details of the trade secret to the opponent party or 3rd parties. In clarifying of the scope of the res judicata and judicial enforcement, Korean courts have done well at this point by not excessively requiring trade secret owner to identify trade secret's details. But the legislative supplement such as the adoption of US-style protective order system is needed.

On the other hand, it seems reasonable for Korean courts to determine the length of the injunction according to the period needed by the infringer either by reverse engineering or by independent development to develop the product legitimately without the use of the secrets. However, it is wrong for Korean courts to treat the trade secret as no more eligible for legal protection if the above injunction period is over. Though there has been severe debate over so-called the starting point of injunction period especially in non-competition cases and Korean courts seem to determine the injunction period even without finding the starting point, it would be more plausible that the finding of the starting point for injunction period should be prior to the determination of proper injunction period. Also, such a starting point is none other than the time of infringement as is in the original injunction claim based on property right of Korea Civil Act. In addition, Korean courts had better focus on the legal aspect of injunction claim based on Korea Unfair Competition Prevention Act and the harmonization of the above injunction claim and the original injunction claim based on property right of Korea Civil Act, rather than the trend of US courts' decision about equitable injunction.

Key word : trade secret, injunction claim, unfair competition, misappropriation, technological information

* Assistant professor, Seoul National University School of Law