

【논문】

영업비밀 보호를 위한 신뢰의무와 손해배상* **

이용인

고려대학교, 민법

leoheart@korea.ac.kr

<국문초록>

“부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률”은 고의나 악의·중과실 등에 의한 영업비밀 침해행위를 6가지 유형으로 나누어 규정하고 영업비밀이 침해되는 경우 이에 대한 구제방법으로 금지청구권과 손해배상청구권을 인정하고 있다. 그런데 손해배상 규정은 고의·과실을 요건으로 하고 있어 경과실에 의한 영업비밀 침해행위도 손해배상의 대상이 될 수 있는지 문제된다. 이는 영업비밀 침해행위의 개별적 구성요건과 일반조항으로 규정된 손해배상청구권의 성립요건 사이에서 발생하는 불일치라고 할 수 있다. 이와 같은 불일치를 해결하기 위하여 과실로 인한 침해행위에는 금지청구권이나 손해배상청구권에 관한 규정이 적용되지 않는다고 제한적으로 해석할 필요가 있다. 그렇지만 정당하게 영업비밀을 취득하고 영업비밀 보유자에 대하여 비밀유지의무 또는 신뢰의무를 부담하는 자가 과실에 의하여 영업비밀을 침해하는 경우에는 손해배상이 문제될 여지가 매우 크다. 또한 당사자에게 신뢰의무를 부담시키는 다양한 유형의 계약관계 중에서도 특히 노동관계에 있어서 과실에 의한 손해배상책임을 물을 수 있는 가능성이 높다. 이는 영업비밀의 보유자와 취득자라는 일반적 계약관계 이외에도 사용자와 피용자라는 종속적 노동관계가 겹쳐지기 때문이다. 더군다나 노동자는 노동계약상의 성실의무와 일반적인 비밀유지의무를 부담하고 있기 때문에 노동자가 비록 고의나 중과실에 의하여 영업비밀을 침해하는 행위를 하지 않았다고 하더라도 노동자는 노동계약상의 일반적 주의의무를 위반한 것으로 평가받을 수 있고, 이를 기초로 하여 손해배상책임이 인정될 수 있다. 다른 한편으로 사용자는 영업비

* 심사위원: 조승현, 김재완, 이충은

투고일자: 2023. 2. 10. 심사개시: 2023. 2. 11. 게재확정: 2023. 2. 26.

** 이 논문은 2010년도 정부재원(교육부 인문사회연구구역량강화사업비)으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음(NRF-2010-354-B00085).

밀을 이용하여 노동자를 자신의 보조자로 활용하여 영업활동을 하고 있으며, 이로 인한 이익을 취하고 있다. 영업비밀에 관한 노동자의 활동이 사용자의 영리추구를 위하여 그의 지휘·명령에 따라 그의 감독을 받으면서 이루어지고 있다는 점을 감안한다면 노동자의 가벼운 과실로 인하여 사용자에게 발생한 손해를 모두 노동자에게 전가시키는 것은 부당하다. 노동자를 보호하려는 노동법의 입법정신에 비추어 본다면 노동자들에게 더 무거운 책임을 지울 수 있는 법률규정은 당연히 제한적으로 해석되어야 한다. 따라서 영업비밀을 정당하게 취득하여 사용자의 영업활동에 이를 이용한 노동자에게 비록 과실이 있더라도 이로 인하여 발생한 사용자의 손해는 경영위험을 평가하여 책임귀속을 결정하여야 하며 고의, 중과실이 없는 노동자의 행위는 마땅히 면책되어야 할 것이다.

주제어: 영업비밀, 금지청구, 손해배상, 노동관계, 신뢰의무, 과실불법행위

< 차 례 >

- I. 문제의 소재
- II. 영업비밀에 대한 검토
- III. 법률모방으로 인한 혼란
- IV. 노동관계와 손해배상
- V. 맺음말

I. 문제의 소재

“부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률”¹⁾은 제2조 제2호에서 영업비밀에 대하여 정의하고, 같은 조 제3호에서 영업비밀 침해행위에 대하여 가목에서 바목까지 여섯 가지로 유형화한 후 이러한 영업비밀 침해행위에 대한 민사적 구제방법으로 금지청구권(제10조)과 손해배상청구권(제11조) 및 신용회복청구권(제12조)을 규정하고 있다. 영업비밀 보유자가 금지청구권을 행사하여 자신의 영업비밀을 보호하기 위해서는 침해자의

1) 부정경쟁방지법으로 약칭하는 것이 일반적이나 이 논문은 영업비밀에 관한 내용이므로 이하에서는 영업비밀법으로 약칭하기로 한다.

행위가 영업비밀법 제2조 제3호 가목에서 바목에서 정하고 있는 영업비밀 침해행위의 유형에 해당하여야 하는데, 이러한 영업비밀 침해행위는 행위자에게 악의·중과실 또는 고의나 목적과 같은 주관적 요건을 요구하고 있다. 가목에서는 “절취, 기망, 협박, 그 밖의 부정한 수단”이라고 하여 주관적 구성요건요소로서 고의가 요구되며, 라목에서는 “부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적”이라고 하여 고의 이외의 추가적인 요소로서 목적이 요구된다. 또한 나·다·마·바목에서는 악의 또는 중과실을 요건으로 하고 있다. 그런데 이러한 영업비밀 침해행위로 인한 손해배상청구권에 관하여 영업비밀법 제11조는 “고의 또는 과실에 의한 영업비밀 침해행위”라고 규정하여 고의·과실을 요건으로 하고 있다. 이 제11조의 규정을 단순히 바라보면 경과실에 의한 경우에도 손해배상책임이 인정될 수 있는 것처럼 보인다. 그렇지만 영업비밀 침해행위는 그 구성요건에 있어 경과실을 포함하고 있지 않으므로 경과실에 의한 영업비밀 침해행위는 성립할 수 없게 된다. 따라서 제11조 손해배상청구권에서의 고의·과실 요건과 제2조 제3호 영업비밀 침해행위의 주관적 요건 사이에 불일치가 발생하게 된다. 이와 같은 불일치를 해결하기 위해서는 손해배상청구권의 고의·과실 요건에서 경과실을 배제하고 실질적으로 고의·중과실에 의한 행위만을 대상으로 하는 것으로 해석하거나 영업비밀 침해행위를 제2조 제3호의 제한된 요건이 아니라 “객관적으로 타인의 영업비밀을 침해하는 일체의 행위”로 해석하여야 할 것이다. 후자와 같이 해석한다면 영업비밀 침해행위에 관한 영업비밀법 제2조 제3호는 제한되고 개별적인 구성요건이 아니라 침해행위를 나열하는 일종의 예시규정으로 이해할 수밖에 없다.

손해배상청구권의 성립요건과 영업비밀 침해행위의 구성요건 사이에서 발생하는 불일치를 해결하기 위하여 이처럼 두 방향으로의 해석이 가능하겠지만 어느 방법이나 합리적인 이유 없이 명시적인 법률규정을 제한하는 것이므로 해석의 타당성도 미흡하고 설득력을 얻기도 어려울 것으로 보인다. 이러한 불일치가 왜 발생하고 있는지 또 그러한 불일치를 어떻게 해결할 것인지도 물론 중요한 문제이겠지만 한편으로 영업비밀관계에 있어서 우리가 쉽게 간과하고 있는 점도 살펴볼 필요가 있다. 그것은 영업비밀의 문제가 가끔씩 뉴스를 통하여 접하게 되는 산업스파이의 문

제가 아니라 상당히 많은 경우에 영업비밀을 보유한 기업의 내부적 또는 외부적 관계에서 사용자와 노동자 사이의 노동관계를 바탕으로 하고 있다는 사실이다. 그럼에도 영업비밀에 관한 법률가들의 시각은 대체로 지식재산권법의 일부로서 영업비밀을 이해하려는 경향이 강한 것으로 보인다. 영업비밀에 대하여 법적으로 접근하는 전통적인 방법은 지식재산 또는 지식재산권의 일부로 다루려는 경향과 부정경쟁법으로 포괄하려는 경향, 그리고 불법행위법을 통하여 접근하려는 경향으로 나누어져 있었고,²⁾ 우리나라에서는 입법에서 부정경쟁법의 일부로서 받아들였으나 강화상으로는 지식재산권의 일부로 다루는 경향이 우세하다. 비록 법적인 접근방법이 다르게 보인다 하더라도 사실상 재산권의 법리를 통하여 영업비밀을 이해하고 있다고 할 수 있다. 이와 같은 재산법적 접근은 영업비밀 보유자의 이익보호에는 충실할 수 있겠지만 사회생활관계의 현실에서 영업비밀을 둘러싼 인적 관계의 역동성이나 권리·의무관계의 다양한 측면을 몰각하고 단지 재산적 법익의 보호의 시각으로 문제를 협소하게 이해하게 될 위험이 내포되어 있다. 특히 영업비밀 보유자와 그 영업비밀에 대하여 비밀유지의무를 부담하면서 비밀 보유자의 경제적 이익을 도모하기 위한 영리활동에 적극적으로 종사해야 하는 노동자 사이의 관계에서 노동법적 원칙보다는 재산적 법익보호에 관한 법리가 우선할 수도 있기 때문이다. 물론 노동법의 규정들은 강행규정이 많으므로 이러한 강행규정에 반하는 약정이나 사용자의 행위는 그 효력을 인정할 수 없는 것이 당연하다. 그렇지만 현실에 있어서 다양한 방법으로 이루어지는 탈법적이고 우회적인 행위들로 노동법적 원칙과 규정들을 회피하는 경우가 아주 많다. 따라서 영업비밀법이 보여주는 손해배상청구권의 성립요건과 영업비밀 침해행위의 구성요건 사이의 불일치는 단순히 영업비밀에 대한 법리상의 해결방안이 아니라 현실에서 나타나는 다양하고 실질적인 인적 관계를 고려하여 보다 실천적인 해결방안을 모색할 필요가 있을 것이다.

2) American Law Institute, *Restatement of the Law Third, Unfair Competition*, (American Law Institute Publisher, 1995), §39 Comment b & Reporters' Note.

II. 영업비밀에 대한 검토

1. 영업비밀의 기원과 개념

영업비밀에 대한 법적 규율의 기원은 로마시대 주인의 상업적 비밀을 누설하도록 종을 유혹한 사람에 대하여 법적 구제 방법으로 제공되었던 로마법상의 노예소권(*actio servi corrupti*)에서부터 찾아진다고도 하지만, 현대적 영업비밀법은 산업혁명 이후에 기술적 노하우의 축적이 확대되고 노동자의 유동성이 증가하면서 이에 대응하기 위하여 19세기 초반 영국 판례법에 의해 발전한 것으로서 19세기 말에 이르러 주요한 법적 특징들이 확립되었다고 한다.³⁾ 영업비밀에 관하여 보고된 최초의 판례는 1817년 영국의 뉴베리 사건⁴⁾인데 법원에 공개되지 않은 비밀을 보호하는 명령을 집행할 수 없다는 이유로 법원은 금지명령(*injunction*)을 기각하였다. 그러나 3년이 경과한 후 요바트 사건⁵⁾에서 영국법원은 은밀하게 복제된 의약품 제조법의 사용이나 공개를 전 피용자에게 금지시켰으며, 모리스 사건⁶⁾에서는 다른 사람의 신뢰위반(*breach of confidence*)을 통하여 영업비밀을 획득한 제3자에게도 금지명령이 내려졌다. 미국에서 최초의 영업비밀 사례는 비밀공정에서의 권리매매계약이 영업을 제약하더라도 무효는 아니라고 판결한 1837년 비커리 사건⁷⁾이다. 가장 잘 알려진 영업비밀에 관한 초기의 미국판례는 전 피용자에게 사용자의 영업비밀을 공개하지 않겠다는 약속을 강요하였고 피용자에게 영업비밀에 대한 비밀을 유지하면서 공개한 것이 영업비밀 보호를 위한 비밀성의 요건을 파괴하지 않는다고 강조한 1868년의 피바디 사건⁸⁾이다. 또 다른 초기의 판례로 태버 사건⁹⁾은 원고의 영업비밀이 시장에서 판매된 제품을 통하여 공개되지

³⁾ *Restatement of Unfair Competition* §39. Comment a; 김상덕/김삼화, 영업비밀법의 이해(한국학술정보(주), 2012), 35쪽.

⁴⁾ *Newbery v. James*, 35 Eng.Rep. 1011 (Ch.1817).

⁵⁾ *Yovatt v. Winyard*, 37 Eng.Rep. 425 (Ch.1820).

⁶⁾ *Morison v. Moat*, 68 Eng.Rep. 492 (Ch.1851).

⁷⁾ *Vickery v. Welch*, 36 Mass. 523 (1837).

⁸⁾ *Peabody v. Norfork*, 98 Mass. 452 (1868).

⁹⁾ *Tabor v. Hoffman*, 118 N.Y. 30, 23 N.E. 12 (1889).

않았음이 밝혀졌더라도 리버스 엔지니어링(reverse engineering)¹⁰⁾을 통하여 정보를 취득한 타인의 권리를 인정하였다. 또한 다른 사례¹¹⁾에서 명시적 약정이 없는 경우에도 비밀유지의무가 부과될 수 있으며 타인의 신뢰위반으로 영업비밀을 취득한 자에까지 책임이 확대될 수 있음이 인정되었다. 영업비밀에 대한 초기의 판례¹²⁾들은 비밀의 유출과 같은 신뢰위반에 대한 금지적 구제를 청구하는 사례에서 사업주의 이익을 재산권으로 묘사하며 형평법의 적용을 지지하였는데 이는 사업주의 이익을 보장하기 위하여 노동자들의 직장이동을 통제하려는 법기술로 영업비밀에 대한 법적 규율이 발전하였다는 점을 보여주는 것이라 할 수 있다. 또한 영업비밀 문제에 있어서 영업비밀의 성격을 어떻게 파악할 것인지는 매우 중요한데 영업비밀을 어떻게 볼 것인가에 따라 그에 대한 법적 규율 방법이 달라지기 때문이다.

영업비밀에 대한 개념정의는 국가마다 다소 차이가 있는데 우리 영업비밀법은 미국법과 이에 영향을 받은 일본법과 상당히 유사한 특징을 보이고 있다. 미국의 경우 1993년 채택된 제3차 부정경쟁법 리스테이트먼트 제39조에서 “영업비밀이란 사업이나 그 밖의 기업운영에 있어서 이용될 수 있으며 타인에 대하여 현실적이거나 잠재적인 경제적 우위를 제공하기에 충분한 가치가 있고 비밀스런 정보”라고 정의하고 있다.¹³⁾ 또한

10) 리버스 엔지니어링이란 구조분석을 통하여 장치나 시스템의 기술적인 원리를 발견하는 과정으로서 분석의 대상이 되는 제품을 분해하여 재조립하면서 역으로 추적하여 원리나 기법을 찾아내는 것이라 할 수 있다. 역공학, 역설계 등으로 불리기도 한다. 리버스 엔지니어링은 타인의 영업비밀을 탐색하여 알아내는 행위이지만 적법한 것으로 법의 보호를 받고 있다. 이윤원, *영업비밀보호법* (박영사, 2012), 28쪽; 대법원 2019. 3. 14. 2018마7100; 대법원 1998. 2. 13. 97다24528.

11) *Pressed Steel Car Co. v. Standard Steel Car Co.*, 210 Pa. 464, 60 A. 4 (1904); *Stone v. Goss*, 65 N.J.Eq. 756, 55 A. 736 (1903).

12) *Peabody v. Norfork*, 98 Mass. 452 (1868); *Cincinnati Bell Foundry Co. v. Dobbs*, 10 Ohio Dec. Reprint 154(Super.Ct. 1887); *Elaterite Paint & Mfg. Co. v. S. E. Frost Co.*, 105 Minn. 239, 117 N. W. 388 (1908); *Restatement of Unfair Competition* §39. Reporters' Note.

13) “A trade secret is any information that can be used in the operation of a business or other enterprise and that is sufficiently valuable and secret to afford an actual or potential economic advantage over others.”

통일영업비밀법(Uniform Trade Secrets Act)¹⁴⁾¹⁵⁾ 제1조 제4항에서는 “영업비밀이란 공식, 패턴, 컴파일, 프로그램, 장치, 방법, 기법 또는 프로세스를 포함하여 (i) 일반적으로 알려져 있지 않고, 비밀의 공개나 사용으로부터 경제적 이익을 얻을 수 있는 다른 사람이 적법한 수단으로는 쉽게 취득하기 어렵기 때문에 실질적이거나 또는 잠재적이며 독립한 경제적 가치를 지니고 있으며, (ii) 비밀성을 유지하기 위하여 합리적인 노력을 필요로 하는 정보를 의미한다”라고 규정하고 있다.¹⁶⁾

14) 통일영업비밀법(Uniform Trade Secrets Act, UTSA)은 미국의 통일법위원회(Uniform Law Commission)에서 역사적으로 각 주마다 다르게 발전해온 영업비밀 침해행위에 대한 법체계를 통일적으로 규율하려는 목적으로 1979년 제정하고 1985년 개정한 통일법률(Uniform Act)이다. 2023년 2월 현재 노스캐롤라이나(North Carolina) 주와 뉴욕(New York) 주를 제외한 48개 주와 컬럼비아 특구(District of Colombia), 자치령인 푸에르토리코(Puerto Rico), 미국령 버진 아일랜드(Virgin Island)에서 채택되었다. 뉴욕 주의 경우 현재 법률안이 제출되어(introduced) 있다. 미국 통일법위원회(Uniform Law Commission) 홈페이지, <<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=3a2538fb-e030-4e2d-a9e2-90373dc05792>>, 검색일: 2023. 2. 10.

15) 미국의 통일법률(Uniform Act)은 “통일주법에 관한 위원들의 전국회의(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)”라고도 불리는 통일법위원회(Uniform Law Commission)에서 초안을 작성하고 승인하여 주법(states law)으로 제정한 법률이다. 미국의 연방주의(Federalism)는 전통적으로 주에게 유리하도록 제한하고 있어서 주정부는 어떠한 영역에서도 고유한 법률을 자유롭게 제정할 수 있다. 그렇지만 법률분쟁은 주의 경계를 초월하여 발생하는 경우가 많고 이로 인하여 어느 특정한 주가 아니라 미국의 모든 주에 걸쳐 예측가능하고 통일적인 법률의 제정이 요구되어 1892년 통일법위원회가 설립되었다. 통일법위원회는 주지사에 의해 임명되는 주정부 및 민간 변호사, 주와 연방 판사 및 법학교수들로 구성된 단체로서 다양한 분야에서 법률초안을 작성하고 50개 주와 컬럼비아 특구(District of Colombia), 푸에르토리코(Puerto Rico) 및 미국령 버진 아일랜드(Virgin Island)에 법률로 제정할 것을 제안한다. 제안된 통일법은 주 등의 개별 사법관할권에서 동일하거나 또는 유사한 법률의 제정을 촉진하기 위하여 공동으로 작성한 것이다. 법통일위원회가 비록 영향력이 있는 단체이지만 직접적인 자체 입법권을 가지고 있지 아니하므로 통일법 역시 법률로서의 효력이 없는 모범법(model law)으로서의 성격만을 갖고 있다. 위키백과, <https://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_act>, 검색일: 2023. 2. 10.

16) ““Trade Secret” means information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process that:

(i) derives independent economic value, actual or potential, from not being

일본의 부정경쟁방지법(不正競争防止法)은 제2조 제6항에서 “영업비밀이란 비밀로서 관리되고 있는 생산방법, 판매방법, 그 외의 사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보로 공공연하게 알려지지 않은 것”이라고 규정하고 있다.¹⁷⁾

우리 영업비밀법도 제2조 제2호에서 “영업비밀이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 비밀로 관리된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보”라고 정의하고 있으며, 판례도 같은 태도를 취하고 있다. 특히 대법원은 영업비밀에 해당하는지 여부를 판단하기 위하여 “사용자가 주장하는 영업비밀이 영업비밀로서의 요건을 갖추었는지와 영업비밀로서 특징이 되었는지 등을 판단함에 있어서는, 사용자가 주장하는 영업비밀 자체의 내용뿐만 아니라 근로자의 근무기간, 담당업무, 직책, 영업비밀에의 접근가능성, 전직한 회사에서 담당하는 업무의 내용과 성격, 사용자와 근로자가 전직한 회사와의 관계 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 할 것”¹⁸⁾이라고 한다.

한편으로 최근 영업비밀에 관한 정의규정이 두 차례에 걸쳐 개정되었다. 1991년 12월 31일 신설 당시에 영업비밀은 “상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된”이라는 표현을 사용하였으나 2015년 1월 28일 “합리적 노력에 의하여 비밀로 유지된”으로 개정하였고, 이후 2019년 1월 8일 노력에 관한 문구를 삭제한 후 단순히 “비밀로 유지된”이라고만 규정하였다. 2015년 개정 당시에는 “영업비밀로 보호받기 위해서는 ‘상당한 노력’으로 비밀을 유지하여야 하는데, 자금사정이 좋지 않은 중소기업은 영업비밀 보호를 위한 충분한 시스템을 구비하지 못하여 영업비밀로 보호받지 못하는 사례가 발생”하고 있다며, “비밀유지에 필요한 ‘상당한 노력’을

generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use; and

(ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.”

17) “この法律において「営業秘密」とは、秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないものをいう。”

18) 대법원 2003. 7. 16. 2002마4380.

‘합리적인 노력’으로 완화”한다고 제안이유를 설명하고 있고,¹⁹⁾ 2019년 개정에서는 “일정한 요건을 갖춘 생산방법, 판매방법 및 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보가 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지되어야만 영업비밀로 인정받던 것을, 합리적인 노력이 없더라도 비밀로 유지되었다면 영업비밀로 인정받을 수 있도록 영업비밀의 인정요건을 완화”하기 위함이라고 법개정 이유를 설명하고 있다.²⁰⁾

2. 비밀관리성 요건

영업비밀은 그 개념정의로부터 비공지성과 경제적 유용성 및 비밀관리성이라는 보호를 위한 요건이 도출되는데 비밀이란 비밀로서 지켜질 때에만 비밀일 수 있듯이 현실적으로 많이 다투어지고 있는 것은 비밀관리성 요건이라고 할 수 있다.²¹⁾ 영업비밀이 되기 위하여 비밀이 절대적일 필요는 없고²²⁾ 정보의 보유자에게 실질적이거나 잠재적인 경제적 이점을 부여하기에 충분할 정도의 비밀성만이 요구되며 그러한 비밀을 취득하기 위하여 법이 금지하고 있는 위법한 행위에 기대지 않고는 비밀을 취득하

19) 국회 의안정보시스템, [1913226] 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일 부개정법률안(대안)(산업통상자원위원회), <http://likms.assembly.go.kr/bill/bill_Detail.do?billId=PRC_V1Y4L1N1Z2S4H1U8F0I9K3Q0E4H7M5>, 검색일: 2023. 2. 10.

20) 국회 의안정보시스템, [2017079] 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일 부개정법률안(대안)(산업통상자원중소벤처기업위원회), <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_D1H8E1F1C2V8A1F3O4A9T4T0E8K4R4>, 검색일: 2023. 2. 10.

21) 비밀관리성에 대하여 법원은 “정보가 비밀이라고 인식될 수 있는 표지를 하거나 고지를 하고, 정보에 접근할 수 있는 대상자나 접근 방법을 제한하거나 정보에 접근한 사람에게 비밀준수의무를 부과하는 등 객관적으로 그 정보가 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태”라고 파악하면서 “이러한 유지·관리를 위한 노력이 상당했는지는 영업비밀 보유자의 예방조치의 구체적 내용, 해당 정보에 접근을 허용할 영업상의 필요성, 영업비밀 보유자와 침해자 사이의 신뢰관계와 그 정도, 영업비밀의 경제적 가치, 영업비밀 보유자의 사업 규모와 경제적 능력 등을 종합적으로 고려해야” 한다고 하고 있다. 대법원 2019. 10. 31. 2017도13791; 같은 취지로 대법원 2008. 7. 10. 2008도3435; 대법원 2020. 2. 27. 2016도14642.

22) 윤선희/김지영, 부정경쟁방지법(법문사, 2012), 240쪽.

기 어렵고 비용이 많이 드는 경우에는 비밀성 요건이 충족되는 것으로 이해된다.²³⁾ 그런데 비밀성 요건이라는 것이 비밀의 보유자가 어떤 정보를 비밀이라고 생각하는 주관적 인식만으로는 부족하고 객관적으로 비밀로서 유지되고 있어야 한다는 것은 비밀(秘密, secret)의 말뜻에 비추어 볼 때 당연한 귀결이라 할 수 있다. 그렇기 때문에 어떠한 정보가 영업비밀로서 보호받기 위해서는 그 기업의 종업원이나 외부의 제3자가 인식할 수 있을 정도로 비밀로 관리되고 있어야 한다.

최근 영업비밀에 관한 정의규정이 “상당한 노력”에서 “합리적 노력”으로, 그리고 다시 이러한 노력 여부와 상관없이 “비밀로 관리된”으로 개정되면서 “영업비밀로서 관리된다는 것은 영업비밀 보유자의 주관적인 인식이나 의사와 무관하게, 객관적으로 그 정보가 비밀로 관리되고 있으며, 또 제3자가 그 비밀성을 객관적으로 인식할 수 있어야 한다”며 “더욱이 2019년 개정된 부정경쟁방지법상 해당 정보의 비밀유지를 위해 합리적 노력을 기울일 것을 요구하지 않고 해당 정보가 비밀로 관리되면 비밀관리성 요건이 충족되는 바, 영업비밀 보유자의 비밀관리의 주관적인 인식이나 의사는 명백히 무관하게 되었다”고 보는 견해도 있다.²⁴⁾ 그렇지만 비밀을 관리하는 것은 사람의 의식적인 행위이므로 자신이 관리하려고 하는 영업비밀이 비밀이라는 것을 인식하여야 하고, 그러한 비밀을 비밀로서 관리하고자 하는 의사가 있어야 한다. 이는 법률이 정하는 요건이나 아니냐를 떠나서 “관리”라는 인간의 행위를 구성하기 위해 당연히 요구되는 것이다. 따라서 비밀관리성을 인정하기 위해서는 법률개정과 무관하게 영업비밀 보유자에게 비밀에 대한 인식과 비밀관리에 대한 의사는 필수적이라고 할 수 있다. 다만, 법률개정이 “상당한 노력”에서 “합리적 노력”으로, 그리고 노력에 대한 언급없이 단지 “비밀로 관리”되어야 한다는 것으로 변화하면서 비밀관리성의 요건이 대폭 완화된 것처럼 보이는 것은 사실이며, 입법자가 이러한 점을 의도했다는 것도 확실하다.

상당성이나 합리성은 아주 모호한 개념으로 그 자체로는 비밀관리의 구체적인 기준을 제공하지 않는다.²⁵⁾ 결국 비밀관리의 정도에 대하여 법

²³⁾ *Restatement of Unfair Competition* §39. Comment f.

²⁴⁾ 이규호/백승범, “영업비밀의 대상과 비밀관리성 요건에 관한 연구”, 중앙법학 제 22집 제1호(중앙법학회, 2020. 3.), 11-12쪽.

관에게 재량을 부여한 것에 불과하고 상당성이나 합리성의 구체적인 기준은 그 문제를 둘러싸고 있는 여러 객관적인 사정과 시대적 상황에 의존할 수밖에 없다. 또한 다른 측면에서 보면 상당성이든 아니면 합리성이든 관리의 정도를 표현하는 요소는 이미 “비밀관리”라는 요건 속에 내재된 속성이라고 할 수 있다. 다시 말해서 비밀을 관리한다는 것은 그 비밀이 비밀성을 유지할 수 있는 정도 그 이상으로 관리되어야 한다는 의미이고 이러한 정도에 대한 표현이 단지 상당성과 합리성이란 것이다. 따라서 “영업비밀 침해행위를 금지시키는 목적은 침해행위자가 그러한 침해행위에 의하여 공정한 경쟁자보다 우월한 위치에서 부당하게 이익을 취하지 못하도록 하고 영업비밀 보유자로 하여금 그러한 침해가 없었더라면 원래 있었을 위치로 되돌아갈 수 있게 하는 데에 있다”는 판례²⁶⁾의 취지는 영업비밀이 공정한 경쟁자가 정당한 방법으로는 쉽게 취득하기 어렵다²⁷⁾는 의미이며 영업비밀 보유자에게 요구되는 비밀관리성의 정도도 최소한 이 수준은 되어야 한다는 것이다. 더군다나 상당성이나 합리성, 또는 그러한 규정을 두지 않은 경우에도 비밀관리성의 정도는 영업비밀 보유자만을 기준으로 하여 판단하는 것이 아니라 비밀 보유자와 경쟁자 또는 침해행위자 사이의 여러 사정과 이해관계를 고려하여 판단한다는 점에서 보면 단순한 법률개정만으로 비밀 보유자에게 요구되는 비밀관리성의 요건이 완화되었다고 보기는 어렵다.

법이 영업비밀을 보호하려는 것은 그 영업비밀 자체를 보호하려는 목적이 아니라 비밀로 관리되고 있는 다른 사람의 정보를 불법적인 수단을 써서 취득하여 시장경쟁에서 유리한 위치를 차지하려는 행위를 제한함으로써 진정한 경쟁질서를 유지하기 위함이다.²⁸⁾ 따라서 영업비밀법은 단순

25) 영업비밀 관리에 대한 판례들에서도 상당성과 합리성을 “명확히 구분할 수 있는 차별적 판단기준이 있는 것 같지는 않아 보인다”고 한다. 백승만, “영업비밀 요건의 변천에 따른 대응방안에 대한 소고—비밀관리성을 중심으로—”, 법학연구 제63집(전북대학교 법학연구소, 2020. 9.), 338쪽; 상당성과 합리성을 동일한 의미로 이해하는 견해는 정차호, “영업비밀 관리성 요건”, 성균관법학 제26권 제1호(성균관대학교 법학연구원, 2014. 3.), 290쪽.

26) 대법원 2019. 9. 10. 2017다34981; 대법원 2019. 3. 14. 2018마7100.

27) *Restatement of Unfair Competition* §39. Comment f..

28) 윤선희/김지영, 앞의 책, 195쪽.

한 재산보호법이 아니라 경쟁질서를 유지하기 위한 법이라 할 수 있다.²⁹⁾

영업비밀이 비밀로서 관리되고 있다고 인정되기 위해서는 무엇보다 영업비밀에 해당하는 정보에 접근할 수 있는 인적 범위가 제한되어 있어야 한다.³⁰⁾ 예를 들면 그 기업에서 일정한 직급 이상이거나 또는 일정한 부서 내의 직원들만 접근할 수 있도록 되어 있는 경우, 또는 컴퓨터 내의 전산정보나 데이터베이스에 접근할 때 패스워드가 설정되어 있는 경우 등이 이에 해당한다. 또한 영업비밀로 취급되는 정보가 특정되어 있고, 비밀정보 보관장소의 출입금지, 비밀자료의 보관방법, 파괴방법, 비밀취급자 등이 지정되어 있으며 비밀유지의무가 부과되는 등 적절한 방법에 의하여 그 정보가 비밀로서 관리되고 있어야 한다.³¹⁾ 침해행위자와의 관계에서 관리방법이 적절하지 않은 경우라면 그 정보를 취득하는 행위가 부정한 수단에 의하여 이루어졌다 하더라도 그 부정한 수단 자체에 대한 형사법적 규율이 가능할 수는 있겠지만 영업비밀법상 금지청구 및 손해배상청구의 대상이 되는 영업비밀의 부정취득으로 보기는 어렵다. 마지막으로 영업비밀이 비밀로서 관리되고 있다는 사실을 영업비밀에 접근하는 자가 인식할 수 있어야 한다.³²⁾ 인식가능성이란 예를 들면 서류에 대의

29) 우리 실정법 체계에서 영업비밀법이 부정경쟁방지법의 일부로 포함되어 있는 것도 이와 같은 취지라고 할 수 있으며, 일본의 부정경쟁방지법이나 미국의 부정경쟁법 리스테이트먼트 역시 이와 마찬가지로의 태도를 취하고 있는 것으로 이해된다.

30) 윤선희/김지영, 앞의 책, 254쪽.

31) 판례는 회사에 입사할 때 일반적인 영업비밀준수서약서를 작성하기는 하였으나 “회사에서 업무와 관련하여 작성한 파일에 관하여 보관책임자가 지정되어 있거나 별다른 보안장치 또는 보안관리규정이 없었고, 업무파일에 관하여 중요도에 따라 분류를 하거나 대외비 또는 기밀자료라는 특별한 표시를 하지도 않았으며, 연구원뿐만 아니라 생산직 사원들도 자유롭게 접근할 수 있어 파일서버 내에 저장된 정보를 열람복사할 수 있었고, 방화벽이 설치되지 않아 개개인의 컴퓨터에서도 내부 네트워크망을 통한 접근할 수” 있었다면 비밀로 관리된 것이 아니라고 한다. 대법원 2008. 7. 10. 2008도3435.

32) 판례는 “객관적으로 그 정보가 비밀로 유자관리되고 있다는 사실이 인식가능한 상태”에 있을 것을 요구한다. 대법원 2022. 6. 16. 2018도51; 대법원 2020. 2. 27. 2016도14642; 대법원 2020. 1. 9. 2019마6016; 대법원 2019. 10. 31. 2017도13791; 대법원 2019. 10. 31. 2017도13792; 대법원 2017. 1. 25. 2016도10389; 대법원 2012. 6. 28. 2011도3657; 대법원 2011. 8. 25. 2011도139; 대법원 2011.

비 도장을 찍는다거나 특정한 장소에 보관하는 것과 같이 영업비밀에 접근하는 자에게 그 정보가 영업비밀임을 알 수 있도록 하는 것을 말한다.

영업비밀의 관리에 관한 이러한 기준들은 영업비밀과 관련된 개별적 분쟁사례에서 컴퓨터 내 영업비밀 정보파일을 어디에 보관하고 있는지, 서류에 대외비 도장이 찍혀 있는지와 같은 관리행위가 형식적으로 실행되었다는 사정만으로는 인정되기 어렵고 영업비밀에 해당하는 정보가 본래 가지는 비밀성이나 기업의 규모, 종업원의 수 등 여러 가지 개별적이고 구체적인 조건들을 고려하여 기준의 충족 여부가 가려져야 할 것이다.³³⁾ 영업비밀의 요건들은 그 자체만으로 독립하여 평가되는 것이 아니라 금지되는 영업비밀 침해행위와의 관련성 속에서 평가될 수밖에 없다. 또한 침해행위자가 영업비밀 보유자와의 관계에서 기업의 외부적 관계에 있는지, 아니면 기업 내부인인지도 비밀관리성의 정도에 영향을 미칠 수 있다.³⁴⁾ 통상적으로 기업 내부인은 외부인보다 영업비밀 및 그 비밀정보의 가치에 대한 인식가능성이 높고 비밀에 대한 접근성도 훨씬 용이하며 침해의 위험성도 높다. 이에 비례하여 기업 내부인과 비밀 보유자와의 관계는 좀더 무겁고 정도가 높은 주의의무(비밀유지의무)가 부과될 수 있으며, 그에 대한 책임 역시 가중될 수 있다. 이는 비밀 보유자에게 요구되는 비밀관리의 엄격성이 때로는 높게 설정될 수도 있고, 또 때로는 보다 완화될 수 있음을 의미한다.

7. 14. 2009다12528; 대법원 2010. 12. 23. 2008다44542; 대법원 2010. 7. 15. 2008도9066; 대법원 2009. 10. 29. 선고 2007도6772; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도3436; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3435 등.

33) 법원은 “이러한 유지·관리를 위한 노력이 상당했는지는 영업비밀 보유자의 예방 조치의 구체적 내용, 해당 정보에 접근을 허용할 영업상의 필요성, 영업비밀 보유자와 침해자 사이의 신뢰관계와 그 정도, 영업비밀의 경제적 가치, 영업비밀 보유자의 사업 규모와 경제적 능력 등을 종합적으로 고려해야 한다” 고 하여 영업비밀 보유자의 기업규모나 경제력도 비밀관리성을 판단하는 요소로 활용하고 있다(대법원 2019. 10. 31. 2017도13791). 이러한 법원의 태도에 의하면 대기업보다 중소기업에 요구되는 비밀관리성의 정도를 완화할 수 있는 것으로 이해될 수 있다. 같은 취지로 윤선희/김지영, 앞의 책, 251쪽.

34) 내부인에 의한 침해행위는 재직 중의 침해와 퇴직 후의 침해로, 외부인에 의한 침해행위는 내부인과의 공모에 의한 침해와 외부인의 단독적 침해로 나누어 고찰하기도 한다. 윤선희/김지영, 앞의 책, 258-263쪽.

3. 과실이 문제되는 유형

영업비밀법이 정하고 있는 영업비밀 침해행위의 여섯 가지 유형 중에 첫 번째 유형인 부정취득행위³⁵⁾는 과실이 문제될 여지가 전혀 없다. “절취, 기망, 협박, 그 밖의 부정한 수단”이란 형법상의 절도죄(제329조), 사기죄(제347조), 공갈죄(제350조) 등이 문제되는 경우로서 행위자에게 고의가 요구된다.³⁶⁾ 이 유형의 영업비밀 침해행위는 고의를 요건으로 하고 있으므로 과실이 문제되지는 않는다. 그리고 영업비밀을 고의에 의한 위법행위로 취득한 이상 그 이후의 영업비밀의 사용이나 공개는 부정취득에 따른 사후적인 행위로서 그 자체에 대한 고의·과실 여부는 별도로 문제삼을 필요가 없다고 할 수 있다.

타인의 영업비밀을 부정취득한 자가 영업비밀을 공개함으로써 그로부터 영업비밀을 취득한 경우가 문제될 수 있다. 이러한 취득행위에는 취득자가 그 정보가 누군가의 영업비밀이라는 사실과 부정취득행위가 개입되어 있다는 사실을 알고 있는 경우와 모르고 있는 경우로 나누어 볼 수 있다. 또한 모르고 취득하는 경우에도 새롭게 영업비밀을 취득한 자가 거래관계에서 요구되는 주의의 정도에 비추어 볼 때 주의를 게을리하여 알 수 있었음에도 알지 못하는 경우가 있고 반대로 그와 같은 부주의가 인정되지 않는 경우도 있다. 부주의가 인정되는 경우에도 부주의가 정도가 통상의 거래관념에 비추어서 일반적인 부주의일 수도 있고 그보다 정도가 지나친 현저한 부주의일 수도 있다. 따라서 새로운 취득자가 악의인 경우, 중대한 과실로 알지 못한 경우, 일반적인 과실에 해당하는 경우, 과실 없이 선의인 경우로 나누어 볼 수 있다.³⁷⁾ 일반적으로 중대한 과실

35) 제2조 제3호 가목. “절취(竊取), 기망(欺罔), 협박, 그 밖의 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위(이하 “부정취득행위”라 한다) 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다. 이하 같다)하는 행위”

36) 절취, 기망, 협박은 형법상의 구성요건에 해당하는 행위들을 말하나 “그 밖의 부정한 수단”은 형법에 규정된 범죄 구성요건보다는 더 넓은 의미로서 신의성실의 원칙에 위배되는 행위까지 폭넓게 인정되는 것으로 해석된다. 윤선희/김지영, 앞의 책, 266쪽, 이윤원, 앞의 책, 72쪽.

37) 일상언어로 과실(negligence)은 부주의(carelessness)를 의미하는 것으로 이해되고

은 악의나 고의와 같은 급으로 취급하는 경우가 많은데³⁸⁾ 영업비밀의 취득에 있어서도 악의나 중대한 과실로 취득한 경우³⁹⁾와 그렇지 않은 경우⁴⁰⁾로 나누어 볼 수 있다.⁴¹⁾ 영업비밀을 비밀 보유자가 아닌 다른 사람으로부터 취득하면서 그 정보가 영업비밀에 해당하며 영업비밀의 취득·사용·공개에 과정에 위법행위가 개입되어 있다는 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에도 이미 악의·중과실이라는 주관적 요건이 충족되었기 때문에 과실이 문제되지 않는다. 그렇다면 다른 사람의 영업비밀을 취득할 때 그와 같은 사정을 몰랐거나 단순한 과실이 있었던 경우에는 어떻게 취급할지 문제가 될 수 있다. 이러한 경우 영업비밀을 취득하는 행위는 문제삼을 수 없지만 이후에 위법행위가 개입되어 있다는 사실을 알게 되거나 중대한 과실로 알지 못하는 경우에는 영업비밀 침해행위가 될 수 있다. 그렇지만 이렇게 취득 당시에 정당한 거래를 통하여 취득한 경우에는 이후 위법행위가 개입된 사실을 알게 되더라도 취득을 매개하는 거래에 의해 허용되는 범위에서 자유롭게 그 비밀을 사용하고 공개할 수 있다.⁴²⁾ 거래에 의하여 허용된 범위는 거래의 형식을 이루는

있지만 법률적 개념으로는 거래관계에서 평균인에게 요구되는 주의, 또는 선량한 관리자의 주의에 위반한 것과 같이 일종의 의무개념으로 이해되는데(duty of care) 이를 추상적 과실이라 한다. 과실판단에 있어서 이러한 추상적 과실이 원칙이며 개인적 부주의를 의미하는 구체적 과실은 예외적이다.

38) 예컨대 채권관계의 당사자 사이에 채권양도에 대한 반대의 의사표시가 있는 경우 이러한 의사표시는 “선의의 제3자”에게 대항할 수 없다(민법 제449조 제2항). 이와 같은 양도금지특약이 있는 채권을 양수한 양수인이 악의, 중과실일 경우 채권양도는 무효가 되지만 선의, 경과실인 경우에는 채권양도로서 유효하다(대법원 2019. 12. 19. 2016다24284 전원합의체 판결의 다수의견).

39) 제2조 제3호 나목. “영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위”

40) 제2조 제3호 다목. “영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위”

41) 제2조 제3호 마목과 바목에서 정한 영업비밀 침해행위도 라목의 영업비밀 침해행위로부터 영업비밀을 취득하는 것으로 부정취득행위로부터 영업비밀을 취득하는 두 번째, 세 번째 유형의 영업비밀 침해행위와 취득의 원천을 달리할 뿐 같은 구조로 되어 있고 과실에 관한 문제에 있어서도 동일하다고 할 수 있다.

42) 제13조 제1항 “거래에 의하여 영업비밀을 정당하게 취득한 자가 그 거래에 의

법률행위의 목적에 따라 정해지며 통상 그 법률행위가 포괄할 수 있는 범위라고 이해된다. 따라서 영업비밀을 선의로 취득한 자에게 허용되는 범위는 그가 취득하게 된 법률행위를 기초로 판단하겠지만 너무 제한적으로 해석할 필요는 없을 것이다. 예를 들어 영업비밀에 해당하는 제조법이 적힌 문서를 폐지의 재활용을 위하여 구입한 재활용업자가 이를 폐지로 재활용하지 않고 자신이 취득한 비밀스런 제조법을 이용하여 상품을 생산하고 판매하더라도 그가 폐지구입 당시에 폐지에 기재된 영업비밀에 대하여 무단사용과 공개를 포함하는 비밀유지특약을 하지 않은 이상, 그의 상품제조 및 판매행위는 영업비밀을 침해하는 행위라고 보기 어렵다. 그에게는 폐지구매계약을 통하여 영업비밀이 기재된 문서의 처분권한이 이미 부여되었기 때문이다.

영업비밀 침해행위에서 과실이 문제될 수 있는 유형은 네 번째 신뢰의무(duty of confidence) 위반행위⁴³⁾의 경우라 할 수 있다. 이 유형은 영업비밀 보유자로부터 정당하게 비밀을 취득한 자가 비밀 보유자와의 계약에 의하여 또는 그에 준하는 관계로 인하여 비밀유지의무⁴⁴⁾를 부담하면서도 이러한 비밀유지의무에 위반하여 자신이 부정한 이익을 획득하거나 비밀 보유자에게 손해를 가할 목적으로 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위이다. 법률의 규정상 이 유형의 영업비밀 침해행위가 성립하기 위하여는 영업비밀의 침해에 대한 고의 이외에도 부정한 이익의 취득이나 손해를 가할 목적이라는 특정한 주관적 요건이 요구되고 있다. 그렇지만 현실적인 문제에 있어서는 법률이 요구하는 목적이라는 엄격한 요건이 아니라 비밀유지의무가 부과되는 당사자 사이의 관계에 좀 더 집중할 필요

하여 허용된 범위에서 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위에 대하여는 제 10조부터 제12조까지의 규정을 적용하지 아니한다.”

43) 제2조 제3호 라목. “계약관계 등에 따라 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위”. 이를 신의칙 위반행위나 부정공개행위(영업비밀법 제13조 제2항)라고도 부른다.

44) 미국법의 용어로 하면 신뢰의무와 비밀유지의무는 둘 다 “듀티 오브 컨피던스(duty of confidence)”로서 서로 동일한 개념이다. 컨피던스는 신뢰라는 뜻도 있지만 비밀 또는 비밀을 지킨다는 뜻도 있다. 이 둘은 우리 법률용어에서도 의미의 차이가 있는 것은 아니고 어감(nuance)에서의 차이가 있을 뿐이다.

가 있다. 당연히 부정한 이익을 취하거나 손해를 가할 목적이 인정된다면 영업비밀 침해행위의 고의도 쉽게 인정될 수 있고 그러한 침해행위에 대한 금지청구권이나 손해배상청구권 역시 쉽게 허용될 수가 있다. 그런데 영업비밀을 취득한 자가 단순히 그 취득의 원인이 허용하는 정당한 범위를 벗어나서 영업비밀을 사용하거나 공개하는 모든 경우에 있어서 영업비밀 침해행위로 판단할 수 있을지는 의문이다.

영업비밀법은 명시적으로 목적의 필요성을 분명하게 규정하고 있으므로 목적의 존재가 부정되는 경우에는 영업비밀 침해행위가 성립되지 않고 또 금지청구나 손해배상청구의 대상이 되지 않는다고 할 것이다. 그렇지만 영업비밀법이 언제나 비밀 보유자와의 관계에서 영업비밀을 취득한 자에게 비밀유지의무를 부과하는 규범이나 현실적 질서에 우선한다거나 또는 그러한 규범과 질서를 배척할 수 있는 것은 아니다. 오히려 법률관계의 실제 현실에 있어서는 비밀유지의무를 부과하는 규범이나 질서가 영업비밀법에 우선하거나 영업비밀법의 적용을 배척하거나 또는 회피하는 경우가 더 많을 것이다. 따라서 이 네 번째 유형의 영업비밀 침해행위에 있어서는 영업비밀법이 요구하는 목적이라는 요건이 없더라도, 또 고의나 중대한 과실이 인정되지 않고 단순한 경과실만이 인정되는 경우라도 비밀 보유자와 취득자 사이의 관계를 규율하는 일반적 계약규범이나 불법행위법에 의한 금지청구나 손해배상청구가 충분히 허용될 가능성이 있다.⁴⁵⁾

Ⅲ. 법률모방으로 인한 혼란

1. 영업비밀의 권리성에 대한 논란

영업비밀의 정의규정에서도 알 수 있듯이 영업비밀의 본질은 정보(情

45) 이처럼 단순한 경과실에 의한 침해행위의 경우 금지청구권은 이를 인정할 실제 법적 근거가 분명하지 않으므로 보전처분의 요건을 갖추었을 때가 아니면 행사하기 어렵겠지만 손해배상청구는 현실적으로 크게 문제될 수가 있다.

報, information)라고 할 수 있고, 또 그러한 정보는 법적으로 보호받기에 충분한 재산적 가치를 지닐 수도 있다. 이와 같은 정보가 권리로서 보호 받을 수 있는지의 문제가 영업비밀의 성격에 관한 논쟁이다. 이는 영업비밀의 침해행위에 대한 금지청구권이나 손해배상청구권의 인정 여부와 그에 대한 법리를 어떻게 구성할 것인지와도 깊은 관련이 있다.

영업비밀 보호와 관련하여 영업비밀을 권리로 규정하고 있는 성문법률은 존재하지 않는다. 물론 영업비밀을 권리로 규정하여 보호하자는 주장⁴⁶⁾이 전혀 없는 것도 아니며⁴⁷⁾ 또 영업비밀을 재산권으로 인정한 미국의 판례도 있다.⁴⁸⁾ 이 판례는 다국적 농약제조업체인 몬산토(Monsanto)와 미국 환경보호청(Environmental Protection Agency, EPA) 간의 소송사건을 대상으로 한다.⁴⁹⁾ 당시 미국의 연방살충제·살균제·살서제법(이하 연방살충제법; Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act, FIFR)은 농약 등록의 신청자가 제출한 자료를 후속신청자의 신청을 평가할 때 사용할 수 있고, 제출된 자료의 일부를 공개할 수 있는 권한을 연방환경청에 부여하고 있었다. 1978년 개정된 연방살충제법 제10조는 신청자의

46) 나종갑, “영업비밀은 상업적 모델의 정립인가?—로크적 영업비밀론의 이해”, 저스티스 통권 제71호(한국법학원, 2003. 2.), 182-183쪽; 나종갑, “영업비밀법의 규범적 본질”, 산업재산권 제73호(한국지식재산학회, 2022. 12.), 188-189쪽.

47) 영업비밀의 권리성을 주장하는 견해들은 영업비밀을 재산권으로 파악하는 미국의 초기 판례들을 근거로 삼기도 한다. 그렇지만 영미의 커먼로 전통이 불법행위법에 있어서 개별적 구성요건주의를 취하고 있었다는 점과 일반적 주의의무 기준에 의한 과실불법행위(negligence)의 정립이 대륙법에 비하여 매우 늦은 시기에 이루어졌다는 점을 고려한다면 영업비밀을 재산권으로서 보호하려는 판례들은 책임법적 법리구성의 곤란함에서 유래된 부득이한 측면이 있었던 것으로 이해할 수도 있다.

48) 대표적 판례로 *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986, 104 S.Ct. 2862, 81 L.Ed.2d 815 (1984).

49) 몬산토와 환경보호청 사이의 회전문(revolving door) 인사는 공공연한 비밀이다. 특히 1984년 몬산토 판결의 상대방인 환경보호청장 윌리엄 러켈샤우스(William Doyle Ruckelshaus, 1932~2019)는 1970년 닉슨(Richard Milhous Nixon, 1913~1994) 행정부에서 초대 환경보호청장으로 임명되었고 이후 1983년에는 레이건(Ronald Wilson Reagan, 1911~2004) 행정부에서 다시 환경보호청장을 지냈다. 이후에는 몬산토의 이사로도 재직하였다. 환경보호청과 몬산토 사이의 유착관계는 한 프랑스 언론인의 집중적인 탐사를 통하여 세상에 널리 알려졌다. 마리-모니크 르뱅, 이선혜 옮김, 몬산토—죽음을 생산하는 기업(이레, 2009), 92-111쪽.

영업비밀이 공개될 수 있음에도 모든 건강, 안전 및 환경에 관한 데이터를 공개할 수 있도록 허용하였다. 몬산토는 연방살충제법의 자료 고려(data-consideration) 및 자료 공개(data-disclosure) 규정이 정당한 보상 없이 재산을 “수용(taking)”하는 것으로서 “누구든지 적법한 절차에 의하지 아니하고 생명이나 자유 또는 재산이 박탈당해서는 아니되며 사유재산권은 정당한 보상 없이는 공익 목적을 위하여 수용되어서는 아니된다”⁵⁰⁾는 수정헌법 제5조에 위반함을 들어 연방지방법원에 금지명령을 구하는 소송을 제기하였고, 지방법원은 연방살충제법을 위헌으로 판결하고 연방환경청이 해당 규정을 시행하는 것을 영구히 금지시켰다. 연방환경청이 항소하였고 연방대법원은 피항소인인 몬산토가 그들의 건강과 안전 및 환경 자료에서 주법에 의하여 영업비밀 재산권으로서 인정받을 수 있는 이익을 지니는 한도에서 그러한 재산권(property right)은 수정헌법 제5조의 수용규정에 의해 보호받을 수 있다고 판결하였다.⁵¹⁾ 연방대법원은 영업비밀이 비록 형체가 없는 특성(intangible nature)을 지니고 있음에도 전통적인 형태의 재산으로서의 속성을 많이 가지고 있으며, 연방환경청도 “몬산토는 제출한 정보 및 연구와 실험 데이터에 대하여 수정헌법 제5조에 의해 보호받는 어떤 재산적 권리를 갖고 있다”라고 명시하였음을 들었다. 또한 “재산적 이익은 헌법에 의하여 만들어지는 것이 아니고, 오히려 주법과 같은 독립된 법원으로부터 기인하는 기존의 규범이나 인식에 의하여 만들어지고 범위가 확정된다”⁵²⁾는 기본적 공리에 유념하고 있다고 하면서 당시의 불법행위법 리스테이트먼트가 영업비밀을 재산으로 인정하고 있고⁵³⁾ 몬산토의 본사가 있는 미주리(Missouri) 주의 주법도 몬산토가 제출한 데이터를 재산으로 인정하고 있다고 판단하였다. 또한 영업비밀은 양도할 수 있으며⁵⁴⁾ 신탁할 수도 있고 파산시에는 수탁자에게 전달되는

50) “No person shall be ... deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

51) 연방살충제법(FIFR)의 시행을 금지한 지방법원 판결은 파기되었다.

52) *Webb's Fabulous Pharmacies, Inc. v. Beckwith*, 449 U.S. 155, 449 U.S. 161 (1980); *Board of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564, 408 U.S. 577 (1972).

53) *Restatement of Tort* §757. Comment b.

54) *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 220 U.S.

등 유형재산이 갖는 여러 특성을 지니고 있으며, 영업비밀을 재산으로 보는 일반적인 인식은 토지와 유형재산뿐만 아니라 개인의 노동과 발명의 산물(the products of an individual's labour and invention)을 포함하는 재산의 관념에 일치한다고 언급하였다. 비록 연방대법원이 무형의 영업비밀에서 재산적 이익을 가질 수 있는지에 대하여 직접적으로 판단한 적은 없었지만 다른 종류의 무형적 이익에 대하여 수정헌법 제5조의 수용규정의 대상이 되는 재산으로 판단하였음⁵⁵⁾을 지적하면서 선례를 인용하여 “수용규정에서의 재산이라는 용어는 법이 인정하는 시민의 실질적 권리라는 측면에서 물질적인 것에 대한 천박하고 전문적이지 않은 의미로 사용된 것으로 생각될 수도 있겠지만, 다른 한편으로 물질을 소유하고 사용하며 처분하는 권리로서 시민의 물질에 대한 관계를 포함하는 권리들을 좀 더 정확한 의미로 나타내기 위하여 사용된 것일 수도 있는데 문장구조로 볼 때는 후자의 의미”⁵⁶⁾라며 피항소인은 수정헌법 제5조의 수용규정에 의하여 보호받는다 고 판결하였다.

몬산토 판결은 영업비밀을 재산권(property right)으로 다룬 것이긴 하지만 이러한 판례가 영업비밀에 관한 일반적 원칙으로 확립된 것은 아니다. 영업비밀을 재산권으로 다루던 미국의 초기 판례들은 침해된 정보의 속성, 특히 가치와 비밀성을 강조하였지만 배타적이고 독점적인 권리는 정당한 방법에 의하여 비밀을 취득한 사람들에게는 인정되지 않았고 오직 비밀정보를 불법적으로 사용하거나 취득한 사람에 대하여만 재산권의 효력을 인정하였다.⁵⁷⁾ 그렇지만 다른 판례들은 피고 행위의 정당성 여부를 조사하고 재산권 개념이 “자주 제기되고 또 거부되어 왔다(has been frequently advanced and rejected)”면서 때때로 영업비밀의 재산적 측면을 부인하였으며 1939년 채택된 불법행위법 리스테이트먼트는 영업비밀

401-402 (1911); *Painton & Co. v. Bourns, Inc.*, 442 F.2d 216, 225 (CA2 1971).

⁵⁵⁾ *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40, 364 U.S. 44, 46 (1960); *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*, 295 U.S. 555, 295 U.S. 596-602 (1935); *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571, 292 U.S. 579 (1934).

⁵⁶⁾ *United States v. General Motors Corp.*, 323 U.S. 373, 323 U.S. 377-378 (1945).

⁵⁷⁾ *Restatement of Unfair Competition* §39. Comment b.

소송의 본질은 “신뢰위반이나 다른 불법적인 행위(a breach of confidence or other improper conduct)”이며 책임의 지배적인 이론은 “선의의 일반적인 의무(a general duty of good faith)”에 기초하는 것으로 결론지었다.⁵⁸⁾

영업비밀의 권리성에 관한 논쟁은 영업비밀 침해행위를 규율하는 민사 책임의 원칙에는 거의 현실적인 영향을 끼치지 못했다.⁵⁹⁾ 현실에서 중요한 이슈는 언제나 경쟁의 수단으로서 피고의 행위가 정당한지에 있었으며 영업비밀법에 의해 인정되는 권리의 실질적 범위는 피고의 불법적 의사나 행위에 대한 비밀 보유자의 청구와 공적 영역에서의 정보와 기술을 이용할 수 있는 이익을 포함하여 여러 이해관계들이 반영되었다.⁶⁰⁾ 이러한 경향은 우리 법원의 판례에서도 똑같이 나타나고 있다.⁶¹⁾

현대법에 있어서 영업비밀은 특허권과 같은 독점적이고 배타적인 권리라고 할 수는 없다. 다만 비밀 보유자가 상당한 노력을 기울여 영업비밀

⁵⁸⁾ *Restatement of Tort* §757. Comment a.

⁵⁹⁾ *Restatement of Unfair Competition* §39. Comment b.

⁶⁰⁾ 1979년 미국 통일법위원회(Uniform Law Commission)에서 제정한 통일영업비밀법(UTSA)은 그 서문에서 “통일법률은 영업비밀 보호에 관한 커먼로의 기본원칙을 성문화하였다(Uniform Act codifies the basic principles of common law trade secret protection)”라고 서술하고 있다.

⁶¹⁾ 대법원 2017. 4. 13. 2016마1630. “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 있으므로 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 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 기술정보를 취득하는 데 필요한 시간, 침해자가 종업원(퇴직한 경우 포함)인 경우에는 사용자와의 관계에서 그에 종속하여 근무하였던 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, 그 밖에 심문에 나타난 당사자의 인적·물적 시설 등을 고려하여 합리적으로 결정하여야 한다.” 같은 취지로 대법원 1998. 2. 13. 97다24528.

을 비밀로 유지하는 사실적 상태를 전제로 하여 법이 부정한 수단 등을 이용한 위법한 침해행위를 규율함으로써 비밀 보유자가 얻게 되는 법률상의 이익으로 볼 수 있고 이러한 태도는 영업비밀에 대한 경쟁법적 접근에 기초한 것이라고 할 수 있다. 이와 같은 해석론적 접근방법은 무엇보다도 영업비밀의 보유자와 침해행위자 사이의 법익균형을 중시하고 있는 것으로 여겨진다. 이는 영업비밀이 배타적이고 독점적인 지배권으로서의 성격이 인정되지 않음을 의미하는 것이다.⁶²⁾ 영업비밀은 유형물이든 아니면 무형물이든 그 존재형식에 상관없이 보호될 수 있으며 일정한 매체를 통하여 유형화되지 않은 아이디어라도 독창적이고 구체적이며 유용한 아이디어로 영업비밀의 요건을 갖추었다면 보호대상이 될 수 있다.⁶³⁾ 이처럼 어떠한 정보가 널리 알려지지 않았고 경제적으로 유용하며 보유자에 의해 비밀로서 관리되고 있다면 모두 영업비밀로서 법적인 보호를 받을 수 있기 때문에 그 범위는 대단히 광범위하고 그 내용도 모호하다는 특징을 지닌다. 정보는 다른 권리의 객체가 되는 대상, 예를 들어 물권의 객체가 되는 물건처럼 범위와 내용이 구체적으로 정해져 있는 것이 아니라 언제든지 가공을 통하여 증감할 수 있고, 시·공간적 변화에 따른 가치의 변동이 큰 폭으로 일어날 수도 있으며 다른 무형의 권리들처럼 공시(公示)할 수도 없다.⁶⁴⁾

미국의 몬산토 판결이 영업비밀을 재산권의 일종으로 파악한 것은 영업비밀에 관한 미국법의 주류적 태도를 반영한 것은 아니며, 단지 영업비

62) 영업비밀의 권리성을 인정하려는 견해는 다른 지식재산권의 “등록제도에 의한 공시에 필적할 정도”로 비밀관리상태가 “객관적으로 명확한 경우”에는 배타적 권리가 부여된 것으로 이해한다(이운원, 앞의 책, 34쪽). 그렇지만 권리성을 부여하는 견해는 “영업비밀제도는 영업비밀보유자에게 특정 형태의 권리를 부여하여 보호하는 것이 아니라 영업비밀보유자로 하여금 경영상 혹은 기술상 유용한 정보를 비밀로서 유지·관리토록 하여 재산적 가치를 보호하고자 하는 제도”라고 설명하고 있다(김상덕/김삼화, 앞의 책, 55쪽).

63) *Restatement of Unfair Competition* §39. Comment h.

64) 영업비밀을 특허권과 같은 배타적 권리처럼 공시하게 되면 비밀성이 소멸해버려서 더 이상 영업비밀이 아니게 된다. 이런 측면에서 영업비밀의 권리성 문제는 딜레마(dilemma)에 빠질 수 있다. 권리로서의 성격을 부각시키다 보면 비밀로서의 성질이 사라질 우려가 있고 비밀성을 엄격하게 지키려고 하면 권리로서의 속성을 갖추기 어렵게 된다.

밀이 행정절차에 있어 부득이하게 공개됨으로 인하여 영업비밀 보유자에게 손해를 발생시키는 경우에 수정헌법 제5조의 수용규정을 적용하여 비밀 보유자의 손해를 보상하기 위한 법리구성이라고 할 수 있다. 게다가 미국의 초기 판례들도 “재산권(property right)”을 “재산(property)”이라는 용어와 구분하지 않고 서로 혼용하고 있어 영업비밀을 권리(right)로서 인정한 것인지 아니면 재산적 이익(interest)으로 보는 것인지도 분명하지 않다. 권리라는 표현을 쓰고 있지만 영업비밀 그 자체가 권리라는 의미보다는 타인으로부터의 위법한 침해에 대항할 수 있다는 의미에서 권리라는 표현을 쓰고 있는 것으로 이해할 수도 있다.

2. 금지청구권의 성격

영업비밀의 본질이 정보이고 재산적 가치를 지니는 법익이기는 하지만 배타적이고 독점적 성격을 지니는 권리로 보기는 어렵다는 특징은 영업비밀이 침해된 경우 비밀 보유자에게 인정되는 금지청구권이나 손해배상 청구권의 문제에도 영향을 미치고 있다. 특히 논란은 영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권의 성격문제에서 두드러지게 나타나고 있다. 이는 금지청구권을 물권적 청구권으로 이해할 것인지 아니면 채권적 청구권으로 이해할 것인지에 관한 문제이다. 예컨대 물건의 소유자는 자신의 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있으며,⁶⁵⁾ 특허권자는 자신의 특허권을 침해하는 자에 대하여 침해의 금지를 청구할 수 있는데,⁶⁶⁾ 이와 같은 청구권은 소유권이나 특허권이라는 권리가 지닌 배타적이고 독점적인 성격으로부터 기인하는 것이라 할 수 있다. 다시 말하여 배타적이고 독점적인 권리⁶⁷⁾의 속성으로부터 자연스럽게 금지청구권이라

65) 민법 제214조 “소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있고 소유권을 방해할 염려있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.”

66) 특허법 제126조 제1항. “특허권자 또는 전용실시권자는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.”

67) 권리의 배타성과 독점성은 지배권과 절대권의 전형적인 특징으로 물권이나 지식재산권, 인격권 등의 권리영역에서 두드러지게 나타나고 있다.

는 권리가 발생하는 것인데 이러한 경우 물건적 청구권이라고 할 수 있다. 그렇지만 영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권은 어떠한 배타적이고 독점적인 권리가 존재하는 것이 아니라 법률이 일정한 요건하에서 비밀 보유자에게 다른 사람의 침해행위를 방어할 수 있는 권리를 부여한 것에 불과하다.⁶⁸⁾

민법 제214조나 특허법 제126조 같이 물건이나 특허권 등의 배타적 권리로부터 발생하는 금지청구권에 관한 규정은 법률에 의하여 권리가 새롭게 창설(創設)되는 것이 아니라 법률이 권리의 존재를 확인해주는 것이라 할 수 있다. 그렇지만 영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권의 경우에는 영업비밀법 제10조의 규정에 의해 비로소 창설되는 것이라 할 수 있다. “영업비밀 보호규정들 중 침해금지청구권은 민법상 물건적 청구권의 경우와 거의 흡사한 문구적 표현을 동원하고 있으며, 손해배상청구권 등 조항과는 분명히 구별하고 있는 체계적 위치에 비추어 민법상 채권보다는 물권의 성격에 보다 가깝다”고 이해하는 견해도 있지만⁶⁹⁾ 영업비밀이 권리로 인정되지 않는다는 점과 영업비밀법 제14조⁷⁰⁾가 권리에 기초한 다른 일반적 금지청구권에서는 찾아볼 수 없는 소멸시효에 관한 규정을 두고 있는 점에 비추어 보면 영업비밀 침해의 금지청구권의 성격을 물건적이라고 볼 수는 없다.⁷¹⁾ 물건이나 지식재산권은 대부분 소멸시효가

68) 종래의 전통적 견해에 의하면 법률의 특별한 규정이 있거나 배타적 지배권이 침해되는 경우를 제외하고 불법행위로 인한 침해의 금지나 예방을 청구할 수 있는 일반적 권리는 인정되지 않았지만 최근에는 “침해행위의 평가에 따라 금지청구권의 적용범위 자체를 확장하려는 견해”가 부각되고 있다. 김상중, “불법행위의 사전적 구제수단으로서 금지청구권의 소고—대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정에 관한 평석—”, 비교사법 제17권 4호(비교사법학회, 2010. 12.), 150-151쪽.

69) 박준석, “영업비밀 침해금지청구에 대한 우리 법원의 태도—기술정보 유출을 중심으로—”, 저스티스 통권 제114호(한국법학원, 2009. 12.), 164쪽.

70) “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 시효로 소멸한다. 그 침해행위가 시작된 날부터 10년이 지난 때에도 또한 같다.”

71) 영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권으로 물건적 청구권으로 보는 견해는 소멸시효에 관한 규정을 다분히 정책적 고려의 결과물로 이해한다. 박준석, 위의 논

문제가 되지 않기에⁷²⁾ 그러한 물권과 지식재산권을 바탕으로 발생하는 금지청구권 역시 소멸시효가 문제되지 않고 오직 침해행위나 상태가 계속되고 있는지 여부만이 중요할 뿐이다. 또한 금지청구권이 물권적 청구권이라면 영업비밀 보유자에게 물권이나 그에 유사한 성격의 권리를 부여하는 법률규정을 찾을 수 있어야 하고, 또 비밀 보유자는 영업비밀을 특정기간이나 또는 영구히 배타적으로 사용·수익·처분할 수 있는 지위에 있어야 하는데 우리 영업비밀법은 비밀 보유자에게 일정한 유형의 침해행위에만 대항할 수 있는 금지청구권과 손해배상청구권 등을 부여하고 있을 뿐이라는 점에서 물권적 청구권이라고 하기 어렵다.

리버스 엔지니어링(reverse engineering)에 대하여도 특허법은 연구나 시험을 하기 위한 목적으로 타인의 특허발명을 실시하는 경우 특허권의 효력이 미치지 않도록 규정하여⁷³⁾ 특허권자의 배타적 권리의 효력범위를 제한하고 있으나 영업비밀에 있어서는 다른 사람이 연구나 시험을 통해 취득한 결과를 계속 활용하더라도 비밀 보유자의 권리를 침해하는 것은 아니다.⁷⁴⁾ 이 또한 비밀 보유자가 영업비밀에 대한 적극적 지배권을 갖고 있는 것이 아니라 다른 사람의 위법행위에 대하여 소극적으로 배제할 수 있는 권한만 갖고 있음을 의미한다. 또한 영업비밀법은 제13조에서 통상적인 거래에 의하여 정당하게 영업비밀을 취득한 경우 영업비밀 침해행위에 해당하지 않음을 분명히 하고 있다. 만일 영업비밀이 그 자체로 권리이거나 또는 영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권이 물권적 성질을 띤다면 영업비밀을 취득한 자가 비록 선의의 거래행위를 통해 취득하였더라도 특별한 사정이 없는 한 물권적 권리침해가 되어 반환청구 또는 원상회복청구의 대상이 될 것이다. 물론 취득자가 영업비밀을 공개한 자를 적법한 권리자로 믿고 평온·공연·선의·무과실로 거래하는 경우 권리의 취득을 인정하는 민법 제249조의 선의취득에 관한 규정을 유추적용하

문, 165쪽.

72) 물권의 경우 소유권은 절대성과 항구성으로 말미암아 소멸시효가 적용되지 않으며, 담보물권은 피담보채권과 운명을 같이 하기 때문에 피담보채권에 독립하여 소멸시효가 문제되지 않는다. 지식재산권의 경우에는 대부분 권리의 존속기간이 법정되어 있으므로 소멸시효를 문제삼지 않는다.

73) 특허법 제96조.

74) *Restatement of Unfair Competition* §43. Comment b.

는 것도 고려해 볼 수 있겠지만 영업비밀이 갖는 무형성을 생각해볼 때 유체동산이나 증권적 채권에 인정되는 선의취득으로 이론구성한다는 것은 적절하지 않다. 더군다나 영업비밀법 제13조의 선의로 영업비밀을 취득한 자에 대한 특례규정은 이러한 물권적 질서에 의한 책임이나 권리취득을 인정하지 않기 때문에 만들어진 규정이라고 할 수 있다.

절대적 권리에 기초한 금지청구권의 경우 그 절대적 권리가 침해되는 객관적인 상황이 발생하는 것만으로 금지청구권을 행사할 수 있고 침해 행위자의 고의·과실 여부는 문제삼지 않는 것이 일반적이다. 그렇지만 영업비밀 침해에 있어서는 침해행위자의 주관적 심리상태가 금지청구권의 행사를 위해 매우 중요한 요건이 되고 있으며⁷⁵⁾ 금지청구권에서 요구되는 이러한 주관적 요건은 손해배상청구에 있어서도 동일한 성질로 적용되고 있다. 이는 특허법과 같은 지식재산권의 다른 법률분야에서 규정하고 있는 것과 성질을 달리하는 것이라 할 수 있다.

3. 손해배상청구권 규정의 문제

지식재산권법 영역에서 금지청구권에 대하여는 특허법 제126조, 실용신안법 제30조, 상표법 제107조, 디자인보호법 제113조, 저작권법 제123조 등에 규정하고 있으며, 손해배상청구권에 대하여는 특허법 제128조, 실용신안법 제30조,⁷⁶⁾ 상표법 제109조, 디자인보호법 제115조 등에 규정하고 있다.⁷⁷⁾ 그리고 영업비밀법은 영업비밀 침해행위에 대하여 제10조에서 금지청구권, 제11조에서 손해배상청구권을 규정하고 있다. 특허권 등이 배타적 권리라는 점과 영업비밀이 권리가 아니라는 점은 두 영역에

75) 영업비밀법이 영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권에서 고의나 악의·중과실 등의 주관적 요건을 요구하는 것은 영업비밀이 독립된 거래의 객체가 될 수 있으나, 특허권과 같은 다른 지식재산권과는 달리 공시방법이 갖추어져 있지 않기 때문에 영업비밀을 거래하는 당사자들의 이해관계와 비밀 보유자의 이익을 함께 고려한 것이라고 이해된다.

76) 실용신안권을 보호하기 위한 금지청구권이나 손해배상청구권 등에 대하여 실용신안법 제30조는 특허법을 준용한다고 규정하고 있다.

77) 저작권법은 손해배상청구권의 성립에 관한 규정을 두지 않고 배상액의 산정에 관한 특례규정만 두고 있다.

서 금지청구권과 손해배상청구권의 문제가 성질을 달리할 수 있음을 의미하기도 한다.

특허법 등에서의 금지청구권과 손해배상청구권은 새롭게 권리를 창설하는 규정이 아니라 권리의 존재를 다시 확인하여 분명하게 하는 규정에 불과하다. 이 영역에서의 금지청구권은 배타적이고 독점적이며 절대적인 권리의 성질로부터 도출되는 것이다. 한편으로 특허권 등의 권리를 침해하는 행위는 민법 제750조의 불법행위를 구성한다.⁷⁸⁾ 따라서 특허권 등이 침해된 권리자는 민법 제750조에 기초하여 손해배상을 청구할 수 있다. 특허법 제128조 등에서 규정한 손해배상청구권은 민법 제750조의 손해배상청구권과 동일한 청구권이다. 특허법 등은 해당 분야에서 불법적 권리침해에 대한 손해배상청구권의 내용을 분명하게 하기 위하여 민법 제750조의 규정을 특허법 등의 법률분야에 맞게 옮겨 규정한 것에 불과하다. 이처럼 권리의 존재를 명확하게 하기 위한 규정이므로 특허법 등에 금지청구권과 손해배상청구권에 관한 규정을 두고 있지 않았더라도 금지청구권과 손해배상청구권을 행사함에 장애가 발생하는 것은 아니다.

영업비밀이 침해되는 경우는 이와 다르다. 앞서 살펴본 바와 같이 영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권은 영업비밀법 제10조에 의하여 새롭게 권리가 창설되는 것으로서 이 법률규정이 없다면 금지청구권이 존재할 수 없고 비밀 보유자는 영업비밀 침해를 수인(受忍)하거나 이후 발생하는 손해에 대한 배상만을 청구할 수 있을 뿐이다. 이 문제는 불법행위로 인하여 손해를 입은 피해자에게 일반적인 금지적 구제방법이 허용되는가의 문제이기도 하지만 배타적 권리가 침해되는 경우가 아닌 한, 단순한 법익침해만으로 일반적 금지청구권이 허용되지는 않는다는 것이 현재까지의 지배적 견해이다.⁷⁹⁾ 그러므로 영업비밀법 제10조는 금지청구권이라는 권리를 창설하는 규정이며 이는 특허법 등의 금지청구권 규정과 성격을 달리하는 것이라 할 수 있다. 그렇지만 손해배상청구권에 있어서는 특허법 등의 규정과 영업비밀법의 규정은 서로 같은 성격이다. 영업비밀 역시 법이 보호하는 재산적 이익이며 이와 같은 재산적 이익을 고의·과

78) 윤선희, 특허법(법문사, 2007), 800쪽; 오승중, 저작권법(박영사, 2009), 1272쪽.

79) 박철, 광운직 편집대표, 민법주해 제XVIII권—채권(11)(박영사, 2005), 257쪽.

실에 의하여 침해하는 것은 민법 제750조의 불법행위에 해당하므로 그로 인하여 발생한 손해에 대하여는 배상을 받을 수 있다. 따라서 영업비밀법 제11조의 손해배상청구권에 관한 규정은 특허법 등의 규정과 마찬가지로 민법 제750조의 내용을 영업비밀 분야에 맞게 옮겨온 것에 불과하며, 제 11조의 규정이 없더라도 비밀 보유자에게 발생한 손해의 배상에는 아무런 장애가 되지 않는다.⁸⁰⁾

여기에서 특허법 제128조 등과 영업비밀법 제11조의 손해배상청구권을 왜 법률에 규정하게 되었는가 하는 문제를 제기해볼 수 있다. 이는 영업비밀법이 제정될 때⁸¹⁾ 처음부터 손해배상청구권에 관한 규정을 두고 있었지만 특허법은 2016년 3월 29일 개정될 때까지 손해배상청구권에 관한 규정을 두고 있지 않았다.⁸²⁾ 이는 손해배상청구권에 관한 규정이 없더라도 법률적으로 아무런 문제도 되지 않았음을 뜻한다. 손해배상의 문제에 있어서는 특허법이든 영업비밀법이든 청구권의 성격이나 요건 등에 있어서 아무런 차이도 없는데 왜 1991년 영업비밀법의 입법에는 손해배상청구권에 관한 규정을 두고, 1990년 전부개정된 특허법에는 그런 규정을 두지 않았을까? 입법의 시간적 격차가 그리 크지 않은데도 두 법체계의 입법태도가 확연히 달랐던 이유는 무엇일까?

4. 일본법과의 비교 검토

영업비밀법과 특허법 사이에 나타나는 입법의 문제를 비교법적으로 고찰한다면 우선적으로 살펴보아야 할 것이 일본법이다. 우리가 20세기 전반에 일본의 강제적 지배를 받았고 이로 말미암아 일본법의 적용을 받을

80) 같은 취지로 김상덕/김삼화, 앞의 책, 127쪽; 이윤원, 앞의 책, 115쪽.

81) 정확하게 말하자면 “부정경쟁방지법의 개정”이다. 1991년 12월 31일 부정경쟁방지법을 개정하여 영업비밀에 관한 내용을 신설하였고, 1998년 12월 31일 “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률”로 법률의 명칭을 변경하였다.

82) 특허법은 1946년 미군정법령 제91호로 제정되었는데 1961년 12월 21일 전부개정에서 제148조에 손해배상청구권에 관한 규정을 두고 있었지만, 1990년 1월 13일 전부개정에서는 이와 같은 규정을 두지 않았다. 상표법은 2016년 2월 29일 전부개정이 있기 전까지, 디자인보호법은 2020년 12월 22일 개정 전까지 손해배상청구권의 성립에 관한 규정을 두고 있지 않았다.

수밖에 없었으며 그 이후로도 오랫동안 일본법의 영향하에 있었음은 부인하기 어려운 사실이다. 게다가 입법에 있어서는 거의 “베꼈다”라고 불러도 전혀 손색이 없을 정도로 일본법률을 모방하던 때도 상당히 오랜 기간 지속되었다. 그러므로 우리 법률에서 이상하게 서로 안 맞는 부분들은 대체로 일본의 법률을 잘못 옮겨왔거나 일본과 우리의 제도나 사회, 문화적 차이들을 간과했거나 또는 애초에 일본법률이 잘못 규정하고 있는 경우라고 해도 크게 틀리지 않는다.

일본의 특허법은 제100조에서 금지청구권, 제101조 침해로 보는 행위, 제102조 손해액의 추정 등, 제103조 과실의 추정, 제104조 생산방법의 추정 등의 순서로 구성되어 있고, 2016년 개정되기 이전의 우리 특허법은 제126조 권리침해에 대한 금지청구권 등, 제127조 침해로 보는 행위, 제128조 손해액의 추정 등, 제129조 생산방법의 추정, 제103조 과실의 추정 등의 순서로 구성되어 있었다. 얼핏 보더라도 거의 동일한 구조로 되어 있음을 알 수 있는데 각각의 법률규정의 내용도 큰 차이는 없었다. 이후 2016년 3월 29일 법률개정으로 우리 특허법은 “손해액의 추정 등”으로 되어 있던 제128조의 표제어를 “손해배상청구권 등”으로 바꾸고 제1항에 손해배상청구권에 관한 규정을 신설하였다. 당시에 제출된 법률안의 제안이유에 의하면 “특허권 침해에 대한 손해배상청구권의 근거 규정이 현행법에 없어 민법상 불법행위에 근거하여 손해배상을 청구하고 있는 실정으로 손해배상 근거규정을 신설함”⁸³⁾이라고 설명하고 있다. 이를 통하여 특별한 법률적 필요나 법리적 근거가 있어서 손해배상청구권 규정이 신설된 것은 아니라는 사실을 알 수 있다.

영업비밀에 있어서는 우리 법과 일본의 부정경쟁방지법이 약간 다른 구조를 취하고 있는데, 우리 법은 부정경쟁행위와 영업비밀에 관한 내용을 서로 독립한 것으로 이해하여 규정을 분리하고⁸⁴⁾ 있는 반면에 일본 부정경쟁방지법은 영업비밀 침해행위를 부정경쟁행위의 특별한 형태로

83) 국회 의안정보시스템, [1913980] 특허법 일부개정법률안(원혜영의원 등 13인), <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_O1J5E0C2M1Q3X1Y6K3L8D0U8T0C8V2> 검색일: 2023. 2. 10.

84) 부정경쟁행위의 금지에 대한 제3조에서 제9조까지를 제2장, 영업비밀보호에 관한 제9조의2에서 제14조까지 제3장으로 구성하고 있다.

이해하여 부정경쟁행위에 포함시키고 있다.⁸⁵⁾ 일본의 부정경쟁방지법은 제2조 제1항 제4호에서 제9호까지 영업비밀 침해행위에 대하여 규정하고 같은 조 제6항에서 영업비밀에 대하여 정의한 후 제3조에서 부정경쟁행위에 대한 금지청구권(差止請求權), 제4조에서 손해배상청구권을 규정하고 있다. 손해배상청구권에 대하여 제4조 본문은 “고의 또는 과실로 부정경쟁을 행하여 타인의 영업상의 이익을 침해한 자는 그로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다”⁸⁶⁾라고 규정하고 있다. 그렇다면 일본의 특허법이 손해배상청구권에 관한 규정을 두고 있지 않았음에도 부정경쟁방지법은 별도의 손해배상청구권 규정을 둔 이유는 무엇인지 살펴보아야 할 것이다. 이는 일본민법의 불법행위에 관한 규정과 관련이 있다.

불법행위에 관한 현행 일본민법 제709조는 “고의 또는 과실에 의하여 타인의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해한 자는 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임을 진다”⁸⁷⁾라고 규정하고 있다. 1896년 4월 27일 제정되어 1898년 7월 16일부터 시행된 일본민법의 불법행위 조항은 원래 “타인의 권리를 침해한 자(他人の權利を侵害した者)”라고 규정되어 있었는데 2004년(平成 16年) 민법을 개정하면서 “또는 법률상 보호되는 이익(又は法律上保護される利益)”이라는 구절을 새롭게 추가하였다. 원래 일본민법 제709조는 프랑스민법 제1382조·제1383조⁸⁸⁾의 일반조항과 독일민법 제823조·제826조의 카주이스틱(Kasuistik) 사이의 애매한 형태로 규정되었다. 법제사적으로 일본민법은 프랑스의 법학자 봐소나드(Gustave Émile Boissonade, 1825~1910)에게 의뢰하여 작성한 민법안이 법전논쟁으로 시행이 연기되면서 토미이 마사아키라(富井政章, 1858~1935), 호즈미 노부시게(穂積陳重, 1855~1926), 우메 겐지로오(梅謙次郎, 1860~1910)

85) 미국의 부정경쟁법 리스테이트먼트가 부정경쟁행위와 영업비밀을 서로 별개의 챕터로 다루고 있고 독립한 영업비밀법을 두고 있는 것을 보면 우리의 영업비밀법 체계는 일본보다 미국법에 더 큰 영향을 받은 것으로 이해할 수도 있다.

86) “故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる。”

87) “故意又は過失によって他人の權利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。”

88) 프랑스민법의 불법행위에 관한 이 두 규정은 2016년 민법개정으로 조문내용의 변화없이 제1240조와 제1241조로 옮겨졌다.

3인이 프랑스, 영국, 독일의 법체계를 두루두루 참조하고 취사선택하여 기초하였는데 불법행위 부분은 당시 입법과정에 있던 독일민법초안을 많이 참고한 것이다.⁸⁹⁾ 일본보다 늦게 제정된 독일민법 제823조 제1항이 불법행위법에 의해 보호되는 권리의 목록을 나열하는 형태를 취하고 있는데 비하여 일본법은 이를 “권리”라는 하나의 개념표지로 묶어서 규정하였다. 불법행위에 관한 일반조항을 둔 나라들은 손해의 개념을 폭넓게 이익⁹⁰⁾으로 한정하면서 불법행위법의 보호범위를 권리침해로 제한하지 않는 대신에 제한배상을 통하여 책임의 범위를 제한하려고 하였다. 그렇지만 불법행위의 보호범위를 절대권 침해로 제한하면서 피해자에게 완전 배상과 원상회복을 실현하는 것을 이상으로 설계된 독일과 일본의 책임 체계는 현실에서 큰 난관에 부딪히게 된다. 그것은 바로 불법행위법의 보호범위가 너무 협소하다는 것이다. 이에 대하여 법원은 권리의 범위를 확대함으로써 문제를 해결하려고 하였다. 1914년 일본 최고법원(大審院)은 토오츄우켄쿠오에몬(桃中軒雲右衛門) 사건⁹¹⁾에서 일본 전통음악인 나니와 부시(浪花節)가 저작권법상 보호되는 저작물이 아니라고 하여 음반이 무단으로 복제되었어도 저작권이 침해되는 것은 아니라고 판단함으로써 민법 제709조의 권리를 법률상 확립되어 있는 것으로 한정하였다. 이 판결로 권리개념의 협소함이 더욱 논란이 되었고 일본법원은 1925년 다이가 쿠유(大学湯) 사건⁹²⁾에서 불법행위법의 보호범위를 “법률상 보호되는 이익”으로 확대하여 오래된 목욕탕(老舗銭湯)의 “노랜(暖簾, 오랜 역사를 가진 점포가 지닌 신용이나 격식 같은 무형의 이익)”도 법률상 보호되는 이익에 해당한다고 판결하였다. 이 판결 이후 일본의 민법학계에서는 제 709조의 권리침해를 침해행위의 위법성을 의미하는 것으로 해석하였고,

89) 일본민법 제709조의 제정과 변화과정에 대하여는 이용인, 불법행위에서의 손해 배상 범위에 관한 연구(고려대학교 박사학위논문, 2006), 32-35쪽.

90) 손해개념에 있어서의 이익과 관련하여 우리는 법률상 보호되는 이익으로 한정함으로써 규범적 평가를 통하여 제한을 가하고 있지만 프랑스민법은 그러한 법적 보호라는 규범성을 요구하지 않고 있다. 박수곤, “프랑스 민법상 손해의 개념: 손해의 확실성과 기회의 상실에 대한 논의를 중심으로”, 재산법연구 제29권 제1호(한국재산법학회, 2012. 5.), 3-4쪽.

91) 大審院 大正 3.7.4. 刑錄 20輯 1360頁.

92) 大審院 大正 14.11.28. 民集 4卷 12号 670頁.

위법한 침해인지 여부는 피침해이익의 중대성과 침해행위의 태양(態樣)과의 상관관계에 따라 판단해야 한다는 상관관계설이 지배적인 견해로 자리잡게 되었다.⁹³⁾

1925년 다이가쿠유 사건 판결이 있는 후로 일본민법 제709조에 대한 해석과 적용이 달라지기는 하였지만 2004년이 될 때까지 제709조는 개정되지 않고 법조문상으로는 여전히 권리침해(權利侵害)라고 규정되어 있었다. 따라서 특허권은 일본민법 제709조에 규정된 권리개념이 포괄하는 범위에 당연히 포함되는 것이므로 일본 특허법에서 별도로 손해배상청구권을 규정하지 않았지만, 영업비밀은 권리에 해당하지 않으므로 영업비밀이 침해되는 경우의 손해배상은 명목상 제709조에 포함시킬 수 없게 되어 민법 제709조와 별도의 손해배상청구권을 규정할 필요가 생긴 것이다. 다시 말해서 손해배상청구권을 규정한 일본 부정경쟁방지법 제4조는 손해배상청구권이라는 권리를 새롭게 창설하는 규정이라고 할 수 있다. 이것이 우리 영업비밀법 제11조와의 결정적인 차이라고 할 수 있다.

불법행위에 관한 우리 민법 제750조가 일본민법 제709조의 영향하에 성립된 것은 분명하지만 제750조의 입법에는 구민법 시대의 학설과 판례 이론의 발전이 반영된 것이다. 또한 1930년대 형성된 일본민법학의 지배적 견해와 법적 이상이 집대성된 만주국민법 제732조⁹⁴⁾를 모델로 제정된 것이라고도 할 수 있다. 우리 민법 제750조는 일본민법처럼 보호범위가 협소하지 않고 오히려 위법하고 유책한 법익침해의 모든 유형을 포괄할 수 있을 정도로 적용범위가 넓다. 따라서 우리 민법 제750조를 기준으로 보았을 때 특허법에 손해배상청구권에 관한 규정을 두지 않으면서 영업비밀법에 규정을 두었다는 것은 모순적인 입법태도라고 할 수밖에 없다. 이는 우리 영업비밀법의 입법에 있어서 입법자가 우리 민법 제750조가 아니라 일본민법 제709조를 기준으로 삼았음을 추정케 해주는 것인데 그것이 입법자의 본래적 의도가 아니었다고 하더라도 입법적 오류임에는 분명하다. 또한 입법에 있어서 일본의 부정경쟁방지법에 대하여 좀더 면밀하게 검토하고 참조하였다면 영업비밀 침해행위의 구성요건과 손해배

93) 이용인, 불법행위에서의 손해배상 범위에 관한 연구, 33쪽.

94) “故意又は過失に因りて違法に他人に損害を加へたる者は其の損害を賠償する責に任ず。”

상청구권의 성립요건 사이의 불일치도 발생하지 않았을 것으로 여겨진다.

미국의 통일영업비밀법(UTSA)이나 부정경쟁법 리스테이트먼트상 금지청구권이나 손해배상청구권 모두 중대한 과실로 제한하지 않고 일반적 과실⁹⁵⁾을 요건으로 하고 있어 우리 영업비밀법과 차이를 보이고 있다. 부정경쟁법 리스테이트먼트는 금지청구권(injunction)에 대하여 제44조에서 “보호되는 이익의 본질, 부정사용의 성질과 범위, 금지명령과 다른 구제수단 사이의 원고에 대한 상호적 적정성, 금지명령이 허용되는 경우 피고의 정당한 이익과 금지명령이 기각되었을 경우 원고의 정당한 이익의 결과로서 있음직한 관련된 불이익, 제3자의 이익과 공익, 소송을 제기한 원고에 의한 비합리적인 지체 또는 그에 대한 다른 권리주장, 원고측에 관련된 부정행위 및 금지명령의 구성과 실시의 실효성 등”⁹⁶⁾을 참작하여 결정하도록 하고 있다. 손해배상청구(monetary relief)의 경우에도 제45조에서 “원고가 사실을 증명한 확실성의 정도와 금전적 손실의 범위 또는 부정사용의 결과로서 행위자가 얻은 금전적 이익의 범위, 부정사용의 성질과 범위, 다른 구제수단과의 상호적 적정성, 행위자의 고의와 악의 및 행위자에 의한 신의칙에 의한 신뢰의 본질과 범위, 소송을 제기한 원고에 의한 비합리적 지체 또는 다른 방법에 의한 권리주장 및 원고측에 관련된 부정행위 등”⁹⁷⁾을 참작하여 결정하도록 하고 있다.

통일영업비밀법은 영업비밀 침해행위(misappropriation)에 대한 금지청구(injunctive relief)에 대하여 현실적인 침해가 있거나 또는 침해의 우려가 있을 때 영업비밀이 비밀로 존속하는 기간 동안 금지청구를 할 수 있고 금지청구권을 허용하는 것이 적절하지 않은 경우에는 합리적인 금액의 로열티를 지급하는 것을 조건으로 사용을 허가할 수 있도록 규정하고 있으며(제2조), 영업비밀 보유자는 침해행위로 인한 손해를 배상받을 수

⁹⁵⁾ UTSA §1.(2).; *Restatement of Unfair Competition* §40. “알았거나 알아야 할 이유가 있는(knows or has reason to know)”이라는 표현을 사용하고 있다. 우리 법률이 과실에 대하여 “알 수 있었음”이라고 하여 주관적 심리상태를 나타내는 것처럼 표현하면서도 이를 객관적 과실로 파악하고 있는데, 이에 비하여 미국법은 과실에 객관적 기준(objective standard)이 적용되고 있음을 명확하게 표시하고 있다.

⁹⁶⁾ *Restatement of Unfair Competition* §44. (2).

⁹⁷⁾ *Restatement of Unfair Competition* §45. (2).

있는데 손해배상액의 산정은 자신에게 발생한 실손해(actual loss)뿐만 아니라 실손해에 계산되지 않은 침해행위자의 부당이득(unjust enrichment)까지 포함하며, 침해행위자가 고의적이고 사악한(willful and malicious) 의도에서 침해행위를 한 것으로 인정되는 경우 법원은 위에서 계산한 손해배상액의 2배를 초과하지 않는 범위 내에서 “본보기 배상(exemplary damages)”⁹⁸⁾을 명령할 수 있다(제3조).

이처럼 미국법의 경우 영업비밀 침해행위를 고의나 중대한 과실로 제한하지 않고 폭넓게 과실로 규정하는 대신 그에 대한 법률적 구제로서 금지청구권이나 손해배상청구권을 허용하는 경우 영업비밀을 둘러싼 여러 사정을 고려하여 결정하는 태도를 보이고 있다. 이러한 미국법의 태도나 또는 일본의 부정경쟁방지법이 보이는 태도 중에 어느 것이 옳고 또 어느 것이 더 낫다라고 평가하기는 어렵다. 그렇지만 법체계가 자체적으로 완결된 형태를 취하게 되므로 내적인 모순이나 불일치는 발생하지 않고 있다는 사실이 중요하다.

IV. 노동관계와 손해배상

1. 신뢰관계

영업비밀의 비밀성이 절대적이어야 하는 것은 아니다. 일부나 또는 전부가 잘 알려져 있다고 하더라도 그러한 개별적 요소들을 비밀스럽게 조합하거나 편집, 통합한 경우에도 충분히 비밀로서 보호받을 수 있다. 역으로 비밀 보유자에 의하여 생산된 제품을 검사·시험하거나, 분해하고 재조립하여 비밀을 알아내거나 비밀에 대하여 드문드문 언급한 출판물로부터

98) 본보기 손해배상(exemplary damages)은 가중적 손해배상(aggravated damages)과 함께 징벌적 손해배상(punitive damages)의 동의어로 취급되고 있지만 역사적인 발전과정에서 보면 서로 다른 제도로 이해된다. 본보기 손해배상은 피고를 처벌하기 위하여 부과되는 것이 아니라 피고의 고압적 행동으로 인한 부가적인 피해(additional injury)를 전보하기 위한 것이다. 이용인, “징벌적 손해배상보다 배심제가 먼저다”, 민주법학 제68호(민주주의법학연구회, 2018. 11.), 167쪽.

터 재구성하거나, 사람들이 전혀 주의를 기울이지 않을 것 같은 공개자료로부터 이론적 추론을 통하여 비밀을 밝혀내는 것은 법이 금지하고 있는 위법행위에 해당하지 않는다. 어떠한 정보가 영업비밀로서 법적인 보호를 받기 위하여 비밀 보유자에게 비밀로서 엄격한 관리를 요구하는 것은 다른 한편으로는 그와 같은 영업비밀을 밝혀내기 위하여 경쟁자들이 별이는 정당한 노력에 대하여도 비밀 보유자의 이익과 동등한 가치로서 보장하고 있는 것이다. 이는 영업비밀법이 과실에 의한 침해행위에 대하여 금지청구권이나 손해배상청구권을 부인한다는 의미가 단지 비밀 보유자의 재산적 이익을 제한적으로 보호하려는 의도보다는 시장에서의 경쟁질서를 유지하면서 자유로운 거래활동을 보장하기 위한 측면이 강하기 때문이라고 할 수 있다. 이와 같은 규율취지는 시장에서의 경쟁자뿐 아니라 비밀 보유자의 대리인이나 종업원, 피용자, 보조자 등에게도 동일하게 적용되는 것이 마땅하다. 이는 영업비밀법이 제2조 제3호 라목에서 비밀 보유자로부터 영업비밀을 정당하게 취득한 자에게 영업비밀 침해행위를 인정하기 위해 고의 이외에도 손해를 가하거나 부정한 이익을 취하려는 목적을 필요로 하고 있는 점에서도 잘 나타나고 있다.

신뢰위반(breach of confidence) 또는 신의취위반이나 부정공개행위로도 불리는 영업비밀 침해행위의 네 번째 유형은 “계약관계 등에 따라 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자”를 대상으로 한다. 여기서 “계약관계 등”은 비밀유지의무 또는 신뢰의무(duty of confidence)를 발생시키는 법률관계 또는 사실관계를 가리키는 것으로 이해할 수 있다. 그렇다면 신뢰의무는 당사자의 의사를 기초로 하는 약정(約定) 법률관계가 아니라 법률의 규정에 의하여 당연히 형성하는 법정(法定) 법률관계에서도 발생할 수 있을까? 영업비밀법에 따라 비밀유지의무가 부과되거나⁹⁹⁾ 법원에서 비밀유지명령을 내린 경우¹⁰⁰⁾ 또는 다른 공법상의 직무와

99) 제9조의7 제2항. “원본증명기관의 임직원이거나 임직원이었던 사람은 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다.”

100) 제14조의4 제1항 본문. “법원은 부정경쟁행위, 제3조의2 제1항이나 제2항을 위반한 행위 또는 영업비밀 침해행위로 인한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에서 그 당사자가 보유한 영업비밀에 대하여 다음 각 호의 사유를 모두 소명할 경우에는 그 당사자의 신청에 따라 결정으로 다른 당사자(법인인 경우에는 그 대표

관련되어 비밀유지의무를 부담하게 되는 경우¹⁰¹⁾ 등이 있을 수 있다. 그렇지만 이들이 영업비밀을 사용하거나 공개함으로써 영업비밀을 침해하는 경우에는 신뢰의무 위반이 아니라 첫 번째 유형의 부정취득행위에 해당하는 것으로 해석된다.¹⁰²⁾

영업비밀을 보호하기 위한 신뢰의무는 법률의 규정이 아니라 사적 당사자 사이의 합의된 관계에 의해서만 발생하는데 이는 비밀 보유자와 취득자 사이에 직접적인 계약을 통하여 형성되는 관계일 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 법조문에서 “계약관계 등”의 “등”이라는 표현은 비밀 보유자와 직접적인 계약이 없음에도 비밀 취득자에게 비밀유지의무를 부과할 수 있는 관계를 말하는데 이러한 관계는 매우 제한적으로 인정할 수밖에 없다. 예를 들어 영업비밀을 보유하고 있는 기업의 대표가 회사에 초청된 방문객들에게 자신의 기업을 자랑하기 위하여 의도적으로나 또는 실수로 영업비밀에 대해 언급하거나 비밀이 포함된 매체를 열람하게 하는 경우에도 영업비밀을 취득하게 된 방문객들에게 비밀을 유지하여야 하는 의무를 부과할 수 있을까? 이처럼 계약 이외에 비밀유지의무가 부과되는 관계의 범위를 포괄적으로 허용하게 된다면 비밀 보유자에게 요구되는 비밀관리성의 요건이 상당히 축소되거나 또는 지나치게 완화될 수 있는데, 이는 비밀 보유자의 이익만을 과도하게 보호하는 것이 된다. 영업비밀법이 기대하고 있는 영업비밀 보유자의 재산적 이익을 보호하려는 취지뿐 아니라 행동의 자유와 경쟁의 자유를 보장하려는 취지까지 고려한다면 영업비밀 보유자에게 요구되는 비밀관리성의 요건은 엄격하게 판단할 필요가 있다. 물론 위에서 든 사례와 같은 경우 비밀 보유자가 비밀을 언급하거나 공개하였다고 곧바로 비밀성이 소멸해버리는 것은 아니라고 하겠지만¹⁰³⁾ 그 기업의 영업비밀을 알게 된 방문객이 그 비밀을

자), 당사자를 위하여 소송을 대리하는 자, 그 밖에 해당 소송으로 인하여 영업비밀을 알게 된 자에게 그 영업비밀을 해당 소송의 계속적인 수행 외의 목적으로 사용하거나 그 영업비밀에 관계된 이 항에 따른 명령을 받은 자 외의 자에게 공개하지 아니할 것을 명할 수 있다.”

101) 예컨대 형법 제317조 업무상 비밀누설에 해당하는 경우.

102) 비밀 보유자의 피용자로서 영업비밀을 정당하게 취득하였더라도 퇴직 후에 영업비밀을 반환하거나 폐가삭제하지 않고 보관하는 행위도 첫 번째 유형의 영업비밀 침해행위에서 정하고 있는 “부정한 수단”에 해당한다.

사용하거나 공개하는 것을 저지하거나 제한할 수는 없다. 따라서 법조문의 계약관계 “등”이 말하는 계약 이외의 관계는 당사자 사이에 계약이 존재하지는 않지만 비밀유지의무를 부과할 수 있는 밀접한 관계이며 또 의무를 부담시킬 수 있는 규범적 근거를 바탕으로 형성되는 관계라고 할 수 있다. 이러한 관계의 예를 들자면 영업비밀을 보유한 기업으로부터 연구용역계약을 체결한 연구소가 자신이 고용한 연구원들에게 연구업무를 수행하게 하였을 때 이 연구원들과 연구를 위탁한 기업과의 관계라거나 또는 상품의 제조비법을 제공하는 프랜차이즈 본사(가맹본부)와 가맹점에서 고용한 직원과의 관계가 여기에 해당한다고 할 수 있다.¹⁰⁴⁾

2. 신뢰의무

영업비밀 보유자로부터 정당하게 영업비밀을 취득한 자는 보유자와의 명시적 약정에 의하여 또는 당사자 사이의 관계와 취득을 둘러싼 상황에서 비밀로 유지하여야 할 의무의 인정이 합리적으로 추론되는 경우이거나 특정 기업이나 산업에서의 관행이 특정인에 대한 영업비밀의 공개에 비밀유지의 의도를 표시하기에 충분한 경우에 신뢰의무를 부담하게 된다.¹⁰⁵⁾ 이처럼 신뢰의무는 명시적으로나 또는 묵시적으로 인정될 수 있는데 영업비밀 보유자는 적어도 취득자에게 비밀성을 통지하여야 한다.¹⁰⁶⁾ 비밀성에 대한 통지의 방식에는 제한이 없지만 취득자에게 영업비밀의

¹⁰³⁾ 이윤원, 앞의 책, 31쪽.

¹⁰⁴⁾ 이와 같은 관계에서 비밀 보유자가 비밀 취득자를 직접적으로 통제할 수 있는 지 문제될 수 있다. 현실에서는 비밀 보유자인 기업이 비밀을 취득한 연구원들에게 비밀유지서약서를 강요하거나 나아가 비밀이 유출될 경우 이에 대한 위약금 약정을 요구하는 경우가 매우 많다. 비밀유지약정의 존재로 두 당사자 사이의 계약적 관계를 긍정하여야 하며 비밀 보유자의 통제나 관리에 대하여도 노동관계에서의 사용자성을 인정하여야 할 필요가 있다. 따라서 위약금을 예정하거나 연구비 등을 삭감하는 약정은 근로기준법 제20조(위약예정의 금지)에 따라 모두 무효로 판단하여야 한다.

¹⁰⁵⁾ *Restatement of Unfair Competition* §41. Comment b.

¹⁰⁶⁾ 이는 영업비밀은 비밀로 관리되어야 한다는 요건에 비추어볼 때 당연한 귀결이라고 할 수 있다. 법원도 “그 정보가 비밀이라고 인식될 수 있는 표지를 하거나 고지를 하”도록 하고 있다. 대법원 2019. 10. 31. 2017도13792.

비밀성에 대하여 알려지지 않아서 취득자가 비밀성에 대하여 전혀 모르는 경우라면 신뢰의무가 인정되기 어렵다. 묵시적인 경우라면 취득자가 자신이 취득한 정보가 영업비밀이며 자신에게 비밀유지가 요구되고 있음을 알았거나 알 수 있는 상황이 있어야 한다. 또한 취득자가 신뢰의무의 부담에 동의하였다는 비밀 보유자의 믿음을 정당화시킬 수 있어야 한다.¹⁰⁷⁾ 따라서 비밀유지에 자발적으로 동의할 의지가 엿보이지 않는 사람이나 비밀유지에 대하여 어떠한 의견표명의 기회가 없었던 사람에 대하여 영업비밀을 공개하는 것은 신뢰의무를 발생시키지 않는 것으로 이해된다.

영업비밀의 취득자로 하여금 비밀 보유자에 대하여 신뢰의무를 부담하게 하는 관계(신뢰관계)를 형성하는 계약의 유형은 매우 다양하다. 계약의 유형에 따라 그 계약이 본질적으로 비밀유지의무를 부과하는 내용으로 이루어진 경우도 있을 수 있고, 계약에 의해 형성되는 인적 관계의 특성에 의하여 그러한 의무가 요구되는 경우가 있을 수도 있다. 그러나 신뢰관계에 있어서 현실적인 문제는 영업비밀의 취득자에게 비밀유지의무를 부과하는 방식이 아니라 그가 신뢰를 위반하여 영업비밀을 침해하는 행위를 하였을 때 그에게 금지청구권이나 손해배상청구권이라는 법률적 규제를 실행하기 위하여 필요한 조건이 무엇인가에 맞춰져 있다. 영업비밀법은 취득자에게 부정한 이익의 취득이나 손해를 입힐 의도가 없는 경우를 법적 제재로부터 배제하고 있다. 그러나 실제 현실은 이처럼 정형화되고 경직된 법률규정의 예상을 벗어나는 경우가 많다. 특히 비밀 보유자와 취득자가 서로 대등한 지위를 바탕으로 형성된 관계에 있지 않다면 더욱 그러하다.

라이선스 계약이나 연구용역계약, 제품의 비밀유지를 특약조건으로 하는 매매, 대차, 리스계약과 같은 경우에는 당사자의 지위가 어느 정도 대등하다고 할 수 있겠지만 고용이나 도급, 프랜차이즈 계약 등에 있어서는 사회적으로나 경제적으로 당사자 사이에 우열의 관계에 있는 것이 일반적이다. 따라서 전자의 유형에서 비밀 보유자와 취득자 사이에 발생하는 법률문제는 영업비밀법이 추구하는 법적 취지에 따라 해결될 수 있다. 취

¹⁰⁷⁾ *Restatement of Unfair Competition* §41. Comment b.

득자가 부정한 이익을 취하거나 손해를 가할 목적으로 영업비밀을 사용하거나 공개하지 않는 이상 영업비밀의 사용, 공개에 대하여 별도로 제한을 받지 않을 것이며 비밀 보유자에게 비록 손해가 발생하더라도 이에 대한 배상책임도 인정되지 않을 것이다. 물론 비밀 보유자가 계약을 해지하거나 계약의 갱신이나 재계약을 거절할 수도 있겠지만 이는 일반적인 민사법리에 따라 해결될 수 있다. 그렇지만 노동관계와 같이 비밀 보유자와 취득자가 서로 우열적 지위에 있는 관계의 경우에는 영업비밀법의 두드러진 경직성은 오히려 현실문제의 해결을 어렵게 할 수도 있다. 예컨대 영업비밀을 취득한 노동자에게 영업비밀법이 정한 목적이나 침해행위에 대한 고의가 인정되지 않더라도 사용자는 자신에게 발생한 손실을 자신이 지휘·명령에 따라야 하는 노동자에게 충분히 전가할 수 있는 다양한 법적 도구를 동원하고 활용할 수 있다. 비밀 보유자는 사용자로서의 권한으로 손해를 유발한 노동자를 징계할 수 있고, 또는 인사와 급여 등에서 불이익을 줄 수 있으며, 해고하거나 노동계약의 갱신을 거절할 수도 있고 손해전보를 위한 약정을 강요할 수도 있다.¹⁰⁸⁾ 나아가 노동계약상의 성실 의무위반 등을 이유로 손해배상을 청구할 수도 있고 이 손해배상청구권을 기초로 노동자의 재산을 가압류하거나 책임재산을 처분하지 못하도록 가처분을 신청할 수도 있다. 이처럼 영업비밀법은 노동관계의 현실을 영업비밀 제도의 취지에 맞게 규율하기보다는 사용자에게 의한 노동통제를 강화시키는 또 하나의 법기술로 활용될 여지가 크다.

3. 노동관계에서의 신뢰의무

노동자는 노동계약에 의하여 사용자에게 노무를 제공해야 할 의무를

108) 손해배상을 청구하거나 또는 배상에 대한 약정을 하지 않더라도 사용자는 노동자의 급여를 삭감하거나 임금협상에서 임금을 낮게 평가하는 등 다양한 방법으로 자신의 손실을 회복할 수 있다. 또한 시장에서 독점적 지위에 있는 경우라면 상품가격에 반영할 수도 있고 공동불법행위자가 있는 경우에는 공동불법행위자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. 현실에서 문제는 사용자는 다양한 방법으로 손해를 회복하는 동시에 노동자를 징계하거나 임금을 삭감하는 조치까지 병행하고 있다는 것이다. 이를 통하여 사용자는 실제손해보다 훨씬 큰 규모의 이익을 회수할 수 있게 된다.

부담한다. 노무제공의무는 노동계약에서 직접적으로 발생하는 노동자의 기본적 의무로서 노동자 자신의 노동력 제공을 목적으로 한다. 이와 같은 주된 의무로서 노무제공의무 이외에도 노동자는 노동관계라는 계속적 채권관계에서 발생하는 부수적 의무를 부담하는데, 이 부수적 의무는 당사자 사이의 특별한 약정이 없더라도 노동관계의 주된 의무에 수반하여 신의성실의 원칙에 의하여 인정된다.¹⁰⁹⁾ 이는 성실의무 또는 충실의무로서 부작위의무와 작위의무로 구분되는데 비밀유지의무는 신의성실의 원칙에 기초한 대표적인 부작위의무로 이해된다.¹¹⁰⁾ 노동자는 영업비밀뿐만 아니라 노동력의 제공과정에서 알게 된 사업이나 경영상의 비밀을 다른 제3자에게 누설하지 말아야 한다. 이와 같은 비밀유지의무에 대하여 사용자가 비밀유지에 대한 정당한 경제적 이익을 가지고 있어야 하므로, 부정경쟁행위나 범죄행위 그 밖에 법률에 위반하는 행위 및 명백한 계약위반행위 등은 사용자의 정당한 이익으로 보호받을 수 없다.¹¹¹⁾ 또한 회사의 신용이나 명예 등과 관련된 비밀을 제3자나 일반인에게 공표하여야 할 정당한 이익이 있고, 그 이익이 사용자가 침해받을 이익과 비교하여 더 클 경우에도 비밀유지의무는 성립하지 않는다. 한편으로 비밀유지의무는 재직 중인 노동자뿐 아니라 퇴직한 노동자에게도 인정될 수 있다.¹¹²⁾ 그렇지만 퇴직노동자에게 비밀유지의무의 준수를 요구하는 것은 그의 직업활동에 대하여 기대불가능한 경우가 아닌 한도 내에서만 인정되는 것으로, 비밀유지의무로 인하여 노동자의 직업활동을 부당하게 제약하는 경우에는 비밀유지의무가 소멸하는 것으로 이해된다.¹¹³⁾

사용자로부터 정당하게 영업비밀을 취득한 노동자에게 영업비밀 침해행위가 문제가 되는 것은 대부분의 경우 사용자와 노동자가 노동계약관계에 있을 때이지만 둘 사이에 반드시 노동계약이나 고용계약이 있어야

109) 김형배, 노동법(제27판)(박영사, 2021), 366쪽; 임종률, 노동법(제19판)(박영사, 2021), 364쪽.

110) 노동관계에서의 비밀유지의무에 대하여는 김형배, 위의 책, 367-369쪽; 임종률, 위의 책, 364-365쪽.

111) 위법행위에 대한 기업비밀은 보호받을 수 없다. 김국현, 영업비밀법 실무(세창출판사, 2010), 5쪽; 윤선희/김지영, 앞의 책, 256쪽; 이윤원, 앞의 책, 60쪽.

112) 대법원 1997. 6. 13. 97다8229.

113) 김형배, 위의 책, 368쪽.

하는 것은 아니다. 노동자가 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하거나 또는 정당하게 취득한 영업비밀이더라도 부정한 이익을 얻거나 손해를 입힐 목적으로 사용·공개하는 경우 이외에도 객관적으로 사용자의 영업비밀이 침해되는 상황이 발생할 수 있다. 예를 들면, 협상을 성공적으로 이 끝기 위하여 회사의 영업비밀인 설계도면을 상대방에게 설명한다거나, 기술이전계약을 성사시키기 위하여 영업비밀인 제품의 제조공정 일부를 설명하는 과정에서 비밀을 언급하거나, 공중의 이익을 위하여 업체의 영업비밀의 일부인 폐수처리과정을 공개하는 경우에는 사용자의 영업비밀이 침해되기는 하였지만 노동자에게 부정한 이익을 얻거나 손해를 입힐 목적이 있다고 보기는 어렵다. 사용자의 영업비밀을 정당하게 취득한 노동자가 사용자의 지휘·명령의 범위를 이탈하거나 취득의 원인이 허용할 수 있는 한계를 벗어나서 사용하거나 공개함으로써 영업비밀법이 정한 영업비밀 침해행위에 해당하거나 또는 일반적인 채무불이행이나 불법행위법상의 위법행위를 구성하는 경우에 노동자는 그로 인한 책임을 부담하게 된다. 그렇다면 노동자가 부담하는 비밀유지의무는 노동계약으로부터 발생한 것인지 아니면 영업비밀법에 의하여 발생한 것인지 또는 노동관계에서 요구되는 비밀유지의무와 영업비밀에서 요구하는 비밀유지의무는 서로 같은 것인지 아니면 다른 것인지에 대해 초점을 맞출 필요가 있다. 이 문제를 명시적으로 언급하지 않고 신의성실의 원칙을 들어 두리몽실하게 설명하는 것이 학설이나 판례의 일반적인 경향이지만 책임의 소재나 한계, 범위 등을 명확하게 확정하기 위하여 분명하게 짚고 넘어가야 하는 문제이기도 하다.

미리 단언하자면 영업비밀의 영역에서 노동자에게 요구하는 비밀유지의무는 노동관계에서 일반적으로 인정되는 비밀유지의무와는 유래나 성격을 달리하는 것이다.¹¹⁴⁾ 물론 노동계약에서 영업비밀에 대한 비밀유지의무를 약정할 수도 있겠지만 동일한 듯 보이는 이 두 의무는 전혀 다른 의무라고 할 수 있다. 노동관계에서 부수적 주의의무로 인정되는 비밀유지의무는 노동계약관계에 있는 모든 노동자들에게 일반적으로 부과되는

114) 노동계약에 명시적 약정이 없더라도 노동계약상의 보호의무로서 노동자에게 묵시적인 영업비밀 유지의무가 발생하는 것으로 이해하는 견해가 지배적이다. 김형배, 앞의 책, 367쪽; 윤선화/김지영, 앞의 책, 277쪽.

의무이다. 물론 이 의무의 내용으로 영업비밀을 보호하기 위한 일반적 주 의무로서 비밀유지를 포함할 수 있다. 그렇지만 영업비밀법상의 비밀유지의무는 신의성실의 원칙에 의해 자연스럽게 형성되는 의무가 아니라 영업비밀 보호에 대한 명시적인 약정이 있거나 또는 그러한 약정을 추론할 수 있는 구체적이고 개별적인 사정이 존재하여야 한다.¹¹⁵⁾ 영업비밀법상의 비밀유지의무는 영업비밀 침해행위로 인한 책임의 소재를 밝히고 그 한계를 정하기 위한 것이므로 당사자들의 의무설정을 위한 의사가 명확하게 드러날 수 있어야 한다. 만일 이러한 비밀유지의무와 노동관계에서의 비밀유지의무가 동일하다고 하면 영업비밀에 대하여 알지도 못하고 접근할 권한도 없는 노동자에게도 영업비밀 침해행위에 대한 무거운 책임이 지워질 수 있게 된다.¹¹⁶⁾ 더군다나 이와 같은 상황들은 비밀 보유자인 사용자가 비밀관리에 실패한 경우라고 할 수 있다. 다시 말하여 비밀관리성 요건을 제대로 지키지 못하여 영업비밀로서 보호받을 수 없는 상황인데도 그로 인한 손실의 책임을 노동자들에게 모두 전가시킬 수 있게 된다는 것이다. 그러므로 영업비밀에서의 비밀유지의무는 영업비밀이 법적인 보호를 받기 위한 요건의 범위 내에서만 인정되어야 한다. 영업비밀은 비밀에 대한 접근이 제한되어 있어야 하는데 그 기업의 노동자들이 모두 알고 있는 정보라면 그 기업이 아주 소규모의 기업이 아닌 이상 그러한 정보는 비밀로 관리되고 있다고 볼 수가 없고 이와 같은 비밀이 침

115) “‘계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지할 의무’라 함은 계약관계 존속 중은 물론 종료 후라도 또한 반드시 명시적으로 계약에 의하여 비밀유지의무를 부담하기로 약정한 경우뿐만 아니라 인적 신뢰관계의 특성 등에 비추어 신의칙상 또는 묵시적으로 그러한 의무를 부담하기로 약정하였다고 보아야 할 경우를 포함한다”고 한다. 대법원 1996. 12. 23. 96다16605; 윤선희/김지영, 앞의 책, 279쪽.

116) 일반적인 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상은 피해자에게 실제로 발생한 실손해(actual loss)를 대상으로 하지만 영업비밀법은 지식재산권법에서 널리 인정되고 있는 손해액을 추정하는 규정을 두고 있다(제14조의2). 이는 손해액을 산정하기 곤란한 경우가 많은 지식재산권법 영역에서 손해배상의 편의를 도모하기 위하여 마련한 특례규정이라 할 수 있다. 영업비밀이 침해된 경우에도 이와 같은 손해액 추정규정에 따라 배상액이 결정될 수 있으므로 손해배상 책임자는 일반적인 채무불이행이나 불법행위보다 영업비밀 침해에서 더 무거운 책임을 부담할 가능성이 높다.

해되었다고 하여 영업비밀법상의 책임을 묻는다는 것은 매우 부당하다.¹¹⁷⁾ 따라서 노동관계에서 신의성실의 원칙에 의하여 일반적으로 인정되는 비밀유지의무와 영업비밀 보호를 위한 비밀유지의무는 서로 별개의 의무로 이해하여야 한다. 이 두 의무를 서로 동일한 의무로 이해한다면 그 의무를 부담하는 노동자들의 책임범위를 타당하고 합리적인 이유 없이 확장시키는 결과를 초래하는 것으로 이는 과도한 노동통제라고 할 수 밖에 없다. 그런데 지금 우리가 처한 법현실이 이렇지 않다고 자신할 수 없는 상황이라는 것이 큰 문제다.

4. 노동자에 대한 손해배상청구의 현실

영업비밀 침해행위의 여러 유형 중에서 비밀 보유자와 노동관계에 있는 노동자에게 특히 무거운 책임이 부과되는 것은 영업비밀법이 예상하지 않았던 경과실에 의한 손해배상이 허용되는 현실적 구조에 있다. 또한 노동자의 과실로 인하여 공개된 영업비밀을 취득한 자도 손해배상책임을 부담하는가의 문제도 제기될 수 있는데 악의·중과실의 경우에는 보호받지 못한다고 해석할 수 있겠지만 이들에게까지 경과실에 대한 손해배상책임을 물을 수 있을지도 미지수다. 손해배상책임이 지나치게 확대되는 것은 당연히 경계하여야 한다. 그렇지만 영업비밀 침해에 대하여 과실이 있는 노동자의 책임이 인정된다면 그로부터 이를 다시 취득함으로써 영업비밀을 침해하게 된 자의 책임을 면제할 만한 특별한 사정이나 법리를 찾아내는 것도 궁색한 변명일 뿐이다. 다른 한편으로는 영업비밀 침해행위에 다수인이 연결되어 있는 경우 고의적인 가해자와 과실의 가해자를 균질적으로 평가하는 것도 역시 문제로 지적되어야 한다.¹¹⁸⁾ 고의와 중과

117) 사용자와 노동관계에 있는 모든 노동자에게 명시적 약정도 없이 신의성실의 원칙에 의해 비밀유지의무를 부담시키는 것은 비밀유지에 동의할 자발적인 의지가 없는 노동자나 또는 의무부담에 앞서 어떠한 의견표명의 기회를 얻지 못한 노동자들에게 의무를 부담시키는 것과 같다. 이런 경우 미국의 부정경쟁 리스테이트먼트는 노동자가 영업비밀을 취득하게 되더라도 비밀유지의무를 부담하지 않는다고 한다. *Restatement of Unfair Competition* §41. Comment b.

118) 우리 민사책임법에서의 전통적인 견해는 “고의나 과실 등의 요건은 그 존재여부가 가해자가 비난받아야 할 근거를 제시할 뿐, 그 비난의 내용과 정도(손해배

실, 그리고 일반적 과실이 책임비난의 정도에 있어서 분명히 차이가 날 수 밖에 없다. 그런데 우리 민사책임의 원칙이 아무리 고의와 과실을 구별하지 않는다고 하여도 책임을 동등하게 평가하는 것은 합리적이지 않은 것으로 여겨질 수 있다. 게다가 공동불법행위자 사이에 공모나 공동의사와 같은 주관적 공동의 요건을 요구하지 않기 때문에¹¹⁹⁾ 가벼운 과실의 가해자에게 비록 다른 불법행위자에 대한 구상권이 인정될 수 있다고는 하더라도 그는 피해자에 대하여 고의적인 가해자와 동일하게 모든 손해를 배상할 연대책임을 부담하게 된다. 이러한 경우 사용자는 책임추급에 많은 비용과 시간이 소요되는 고의적인 외부 가해자보다 좀 더 손쉽게 자신에게 종속되어 있는 내부의 과실있는 노동자를 상대로 손해를 회복하는 방법을 선택할 가능성이 높다.

손해배상액의 산정에 있어서 영업비밀법은 특허법이나 다른 지식재산권법과 마찬가지로 손해액을 추정하는 규정을 두고 있다(제14조의2). 물론 실손해액을 산정하기 곤란한 경우를 대비하여 마련한 규정이지는 하지만 이 규정이 과실로 영업비밀을 침해한 배상책임자에게도 적용될 수 있는지 또는 적용되어야 하는지도 문제가 된다. 손해배상의 이상을 손해의 공평타당한 부담분배라고 이해하는 것이 민사책임법의 지배적 견해인데,¹²⁰⁾ 과실이 가벼운 노동자에게 특별히 과중한 책임이 지워지는 현실이 공평하고 타당한 결과라고 할 수는 없다. 손해사고에 대한 위협이나 손해결과는 각 당사자 사이에서 균형 있게 분배되어야 한다. 여기서 “균형 있게”라는 표현은 모든 배상책임자에게 “동등하게” 분배되어야 한다는 의미는 아니다. 비록 영업비밀 침해행위에서 폭넓게 손해배상책임을 긍정할 수 있는 경우라도 손해배상의 범위나 배상액의 산정 등에 있어서까지 고의와 중대한 과실, 그리고 경과실을 동일하게 취급할 수는 없고, 배상책임자가 손해발생에 기여한 정도와 그의 유책성의 정도에 비례하여 책임의 몫이 달라져야 한다는 의미이다. 과실책임의 원칙과 제한배상주의를

상의 범위와 정도)에는 영향을 미치지 않는 것이 원칙으로 이해되고 있다.” 김성태, 민법주해[XVIII], 17쪽.

119) 이를 객관적 공동설이라 하는데 다수설과 판례의 태도이다. 김상용, 채권각론(하)(법문사, 1998), 283쪽.

120) 박철, 민법주해[XVIII], 271쪽.

민사책임법의 근본원리라고 하지만 단순히 고의나 과실이 있는 경우에만 책임을 부담한다는 것만으로 과실책임의 원칙이 실현되었다고 말하는 것은 법의 형식에만 집착하는 태도이다. 과실에 의해서 책임을 부담하게 된다면 그가 부담하는 책임의 정도도 역시 과실에 비례할 수 있어야 한다.¹²¹⁾

영업비밀의 침해에 대하여 책임이 있는 노동자는 영업비밀법상의 요건에 의하여 책임이 인정될 수도 있고 노동계약에 기초한 채무불이행이나 일반 불법행위법에 의하여 책임을 부담할 수도 있다. 침해행위나 침해상태가 계속되고 있거나 침해의 우려가 있을 때에는 금지청구의 상대방이 될 수도 있겠지만 중국적인 문제는 사용자에게 발생한 손해에 대하여 배상하여야 하는지 또 손해배상이 인정된다면 어느 범위까지 배상하여야 하는지에 있다. 현실적으로 사용자가 노동자를 상대로 영업비밀 침해로 인한 손해배상을 청구한 사례는 많지 않다. 특히 노동자의 경과실을 문제 삼아 소송을 제기한 손해배상 사례는 거의 찾아보기 어렵다. 사례가 없다고 하여 손해배상 청구의 가능성이 완전히 배제되어 있는 것도 아니다. 사용자가 노동자를 상대로 손해배상을 청구하는 대다수의 사례는 파업과 관련이 있다. 사용자들은 파업을 주도한 노동조합뿐 아니라 파업에 참여한 노동자들에게도 막대한 액수의 손해배상을 청구하여 왔다. 이 경우에

¹²¹⁾ 유책성의 정도에 따라 손해배상의 범위를 달리하는 대표적 입법례는 오스트리아 민법(Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch)이다. 오스트리아 민법은 발생한 손해에 대하여 “원래의 손해배상(eigentlich eine Schadloshaltung)”과 얻지 못한 이익이나 야기된 모욕의 해소를 포함하는 “완전한 손해배상(volle Genugtuung)”으로 손해배상을 나누고(제1323조), 가해자의 악의 또는 중대한 부주의에 의하여 손해를 야기한 경우에는 “완전한 손해배상”을 청구할 수 있으나 기타의 경우에는 “원래의 손해배상”으로 한정하고 있다(제1324조). 그리고 재산손해에 있어서 고의 또는 중대한 부주의의 경우 얻지 못한 이익의 배상을 청구할 수 있고, 손해가 형법에 의해 금지된 행위 또는 해의(害意)나 손해를 입혀 즐거워하는 의사에 의한 경우에는 특별한 애착의 가치도 배상을 청구할 수 있도록 하고 있지만(제1331조), 과실이나 태만으로 인한 손해는 통상가치에 따라 배상하도록 하고 있다(제1332조). 이용인, 불법행위에서의 손해배상 범위에 관한 연구, 238-239쪽; 오스트리아 민법은 세계법제정보센터, <https://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsllInfoReadPage.do?CTS_SEQ=49254&AST_SEQ=3931>; 유스라인 홈페이지, <<https://www.jusline.at/gesetz/abgb>>, 검색일: 2023. 2. 10.

사용자는 현실에서 발생한 재산적 손실을 회복하기 위한 목적보다는 노동시장에서의 우월적 지위를 확인하고 유지하는 한편, 노동자와 노동조합 운동을 길들이고 통제하기 위하여 손해배상을 청구한다. 다른 나라에서는 찾아볼 수 없는 이러한 노동통제는 노동시장에서의 집단적 힘의 우열관계를 반영하는 것인데, 특히 노사간의 불균등성과 격차가 심할수록 폭력적이고 억압적인 형태로 나타난다. 따라서 우리 사회에서 파업에 대한 형사처벌이나 손해배상 청구가 만연하고 있는 것은¹²²⁾ 그만큼 노동자와 노동조합운동이 열등하고 열악한 지위에 머물고 있음을 나타내는 지표라고 할 수 있다.

파업이나 노동조합 활동에 대해 손해배상 청구로 대응한 것은 1989년 9월 통일중공업이 최초이며, 다음해 10월 노동부 장관인 최병렬이 노동자들의 파업에 대하여 노동관계법에 의한 형사처벌 이외에도 노동조합에 대한 손해배상 청구를 적극적으로 활용하도록 기업들에게 지침을 내린 것으로 알려졌다.¹²³⁾ 그렇지만 신문검색 결과, 파업을 이유로 노동자들에게 손해배상을 청구한 것은 1989년 3월 22일 현대중공업이 최초이다.¹²⁴⁾ 1988년 12월 현대중공업 노사의 단체교섭이 결렬되자 노동조합은 파업에 돌입하였고 회사는 파업노동자를 고소·고발·해고조치하고 공권력개입을 요청하는 등 초강경하게 대응하며 1989년 1월 노동조합 수련회 장소를

¹²²⁾ 2022년 10월 20일 고용노동부의 “손해배상 소송가압류 실태조사 결과 발표”에 의하면 2002년부터 2022년 8월까지 제기된 손해배상 소송은 151건으로 청구액은 모두 2752.7억원에 이른다. 고용노동부 보도자료, <https://www.moel.go.kr/news/enews/report/enewsView.do?news_seq=14116>, 검색일: 2023. 2. 10.

¹²³⁾ 경향신문, “노사 양측의 협상력을 되살리는 노란봉투법”, 2022. 10. 14., <<https://www.khan.co.kr/national/labor/article/202210041113011>>, 검색일: 2023. 2. 10.; 시사인, “‘손배 폭탄 1691억’ 배후에 정부가 있다”, 2014. 3. 6., <<https://www.sisain.co.kr/news/articleView.html?idxno=19584>>, 검색일: 2023. 2. 10.; 매일노동뉴스, “파업했다는 이유로 비정규직에게 20억원 손해배상 하라는 법원”, 2017. 9. 18., <<http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=146941>>, 검색일: 2023. 2. 10.

¹²⁴⁾ 조선일보, “‘노조단일화’ 총회소집 의견접근”, 1989. 3. 17., 15면; 동아일보, “노조총회 소집요구 농성” 1989. 3. 20., 14면; 한겨레, “공권력 개입설 속 혼미 거둬들 1백7일째 맞는 현대중공업 파업”, 1989. 3. 29., 10면; 경향신문, “파업일지”, 1989. 3. 30., 10면; 한겨레, “현대중공업 파업일지”, 1989. 3. 31., 9면.

급습하여 노동자들을 폭행하고 2월에는 파업에 참여한 노동자들을 식칼로 찌르고 쇠파이프와 자전거 체인, 곡괭이 등으로 폭행하는 이른바 “식칼테러” 사건이 발생하였다. 파업지도부에 대한 구속영장이 신속하게 발부되었고, 회사는 3월 22일 파업에 참여한 노동자들을 상대로 2억원의 손해배상을 청구하였으며, 다음날에는 노동조합 위원장을 중심으로 투쟁을 기피하려는 노동조합 지도부가 파업을 강행하는 부위원장측의 파업지도부 98명을 징계하고 회사는 55명을 해고하였으며, 3월 30일에 경찰력을 투입하여 파업을 진압하였다. 당시 손해배상 사건이 어떻게 종결되었는지 검색되지 않지만, 그 이후 “골리앗 투쟁”으로도 일컬어지는 노사분쟁이 거듭되다가 노사합의가 성립하고 교섭이 타결되었던 것을 보면 손해배상 소송은 취하되었을 것으로 여겨진다.

1980년대 말에서 1990년대 초반의 극심한 노사분규에 대하여 당시 노태우 정부는 공권력을 동원하여 강경하게 진압하였다. 집권 5년 동안 1,973명의 노동자를 구속했던 노태우 정권은 1990년 10월 13일 범죄와의 전쟁을 선포한 후 22일에는 노동자들의 파업에 대하여 노동관계법에 의한 형사처벌 이외에도 노동조합에 대한 손해배상 청구를 적극적으로 활용하도록 기업들에게 지침을 내렸다.¹²⁵⁾ 다음해인 1991년 10월 노동부가 국회에 제출한 자료에 따르면 노동부의 지침이 있는 후 1년만에 기업이 노동조합이나 노동자에 대하여 손해배상을 청구하는 사례가 16건, 배상청구액의 총액이 21억 1,344만원에 달하는 것으로 알려졌다.¹²⁶⁾ 노동부의 자료만으로도 1989년 1건, 1990년 5건, 1991년 10건으로 소송건수가 증가하고 있으며, 청구금액도 4~5억에 이르는 등 고액화되고 있음을 알 수 있다. 그렇지만 노동부의 자료는 정확하지 않다. 당시의 신문기사를 검색해보더라도 기업의 손해배상 청구건수는 16건이 넘는 것으로 파악된다.¹²⁷⁾ 또한 최초의 손해배상청구 사례로 통일중공업¹²⁸⁾ 사건이 알려지게

125) 조선일보, “불법쟁의 사법조치—민소 병행”, 1990. 10. 23., 22면; 한겨레, “쟁의 손실 노조에 청구하라”, 1990. 10. 23., 14면; 한겨레, “노동쟁의를 ‘범죄’로 보는 억지 시책”, 1990. 10. 25., 2면.

126) 동아일보, “‘불법쟁의’ 회사손실 배상하라”, 1991. 10. 22., 23면; 조선일보, “노조상대 기업주 손해소 증가”, 1991. 10. 23., 22면.

127) 1989년부터 1991년까지 신문기사를 검색한 결과, 건화상사, 경인여객, 기아자동차

된 것이나 지침을 내린 노동부 장관이 최병렬¹²⁹⁾로 알려지게 된 것도 이 노동부 자료에서 기인한 것으로 보인다. 한편으로 손해배상 청구 이외에 가압류신청까지 활용하게 된 것은 1990년 12월 대우전자가 노동조합 간부 등을 상대로 임금가압류신청을 한 사건이 최초의 사례인 것으로 나타난다. 이 사건에서 대우전자 인천공장 노동조합은 광주공장에서 발생한 화재로 노사합의에 따라 실시하기로 한 체육대회를 휴무로 대체하고 체육대회 회비를 광주공장 복구비로 지원하였다. 그런데 회사에서는 체육대회 휴무가 노동조합에 의해 일방적으로 이루어진 것이라며 노동조합 간부 5명을 업무방해죄로 고소하여 2명을 구속시키는 한편, 3억 5천만원의 손해를 입었다고 주장하면서 7,042만원의 손해배상을 청구하고 이를 이유로 임금가압류신청까지 하였는데 서울민사지방법원에서 이를 받아들여 가압류결정을 내렸다.¹³⁰⁾

차 시흥공장, 대우자동차 판매지부, 대우전자 인천공장, 동산의료원, 명신기계, 보루네오가구, 보성전자, 봉신중기, 삼미금속, 삼미창원공장, 진성전자, 태평양화학, (주)통일, 한진중공업, 현대정공, 현대중공업, 현대해상화재 등 19개 사업장에서 손해배상이 청구된 것으로 나타난다. 현실 사례는 이보다 많겠지만 노동부가 16건으로 보고한 것은 노동부에서 인지하고 있거나 또는 손해배상을 청구하도록 직접 행정지도를 한 사례들이 16건인 것으로 추정된다. 신문검색은 네이버 뉴스 라이브러리, <<https://newslibrary.naver.com/>>, 검색일: 2023. 2. 10.

¹²⁸⁾ 흔히 통일중공업으로 불리는 이 기업의 당시 상호는 “(주)통일”로 통일교에서 운영하는 회사로 알려졌으며 노동탄압이 극심하기로 유명했다. 1991년 (주)세일중공업, 1995년 (주)통일중공업으로 회사명을 변경하였고, 2005년에 에스엔티(S&T)중공업주식회사로 바꾸었다가 2021년 2월부터 에스엔티(SNT)중공업(주)를 사용하고 있다.

¹²⁹⁾ 1990년 10월 22일 노동쟁의에 대하여 손해배상 청구로 대응하라는 지침을 내린 노동부 장관은 최병렬이 아니라 최영철이다. 최병렬은 그 이후인 12월 27일부터 1992년 6월 26일까지 노동부 장관을 지냈다. 그럼에도 지침을 내린 것이 최병렬로 알려지게 된 것은 기업의 손해배상 청구가 폭증하던 때에 노동부 장관으로서 노사분규를 적극적이고 폭력적인 방식으로 진압했기 때문일 것이다.

¹³⁰⁾ 한겨레, “노사합의따라 휴무 약속깨고 간부 고소”, 1990. 12. 9., 12면; 경향신문, “노조 일방 휴업으로 회사 피해 간부월급 가압류결정”, 1990. 12. 21., 14면; 동아일보, “일방휴무결정으로 회사손해 노조간부 임금 가압류”, 1990. 12. 21., 15면; 매일경제, “불법휴업 회사측 손실 노조간부 임금 가압류”, 1990. 12. 21., 19면; 조선일보, “노조 ‘일방적 휴업’ 손해 간부급료 가압류 결정”, 1990. 12. 21., 22면; 한겨레, “‘휴무주동’ 노조간부 봉급 가압류”, 1990. 12. 21., 1면; 한겨

노동부가 쟁의행위로 인한 손실에 대해서 민사상 손해배상 청구소송을 적극 활용하라는 지침을 내린 후 기업들의 손해배상 청구가 잇따라 제기 되었는데, 당시에 이와 같은 청구가 노동조합의 간부나 특정 조합원을 상대로 한 것이어서 노동조합 활동을 위축시키고 노동조합의 내부적 분열을 노리고 있다는 점과 그러한 청구가 형사고소나 징계처분과 함께 행하여지면서 “홍정과 협박의 수단으로 악용”되고 있다는 점이 지적되었고, “노동탄압의 비열성을 드러낸 것”이라는 비판이 제기되었다.¹³¹⁾

5. 손해배상청구의 제한

1990년대 이후 기업이 노동자를 상대로 손해배상을 청구하는 것이 허용된 이래로 사회적으로 큰 문제가 되어왔다. 가압류·가처분신청 등과 결합시켜 진행하는 이러한 손해배상 청구는 주로 쟁의행위나 노동조합 활동을 이유로 제기되어 왔다는 점에서 기업에 발생한 손해를 전보하기 위한 목적보다는 노동조합운동에 대한 적극적이고 직접적인 공격의 수단으로 활용되었다고 할 수 있다. 이와 같은 목적으로 행해지는 손해배상 청구를 제외하고 노동자의 다른 행위를 근거로 하여 사용자가 손해배상을 청구하는 사례는 매우 드물다. 그렇지만 기업이 파업이나 기타 쟁의행위와 관련이 없는 노동자들의 행위를 문제삼아 손해배상 청구를 하지 않을 것이라고 말할 수는 없다. 1990년대에 기업의 손해배상 청구가 폭증한 것이 물론 당시 억압적이고 권위적인 정권의 반노동적 성격에 힘입은 바가 크지만 다른 한편으로 노동자나 노동조합에 대하여 충분히 손해배상을 청구할 수 있다는 사회적 관념이 형성되어 있었기 때문이라고 할 수 있다.¹³²⁾ 또한 노동조합의 파업이나 쟁의행위 또는 노동조합 활동이 법의

례, “노동통제 부채질하는 법원 결정”, 1990. 12. 22., 2면.

131) 한겨레, “‘손해배상청구’라는 신종 탄압무기”, 1991. 4. 11., 2면.

132) 1900년 영국의 태프 베일(Taff-Vale) 철도회사는 노동자들의 파업으로 손해를 입었다고 주장하며 손해배상을 하였고 영국법원이 이를 받아들였다. 이것이 사회적으로 논란이 되자 1906년 노동당 정부는 회사의 손해배상 청구를 제한하는 노동쟁의법을 제정하게 되었다. 이러한 배경에 대해서는 관심이 없었던 국내 언론은 1984년 영국 광산에서의 파업을 보도하면서 노동자들의 위법행위에 왜 적극적으로 대처하지 않는지, 왜 가처분을 구하거나 손해배상을 청구하지 않는지,

허용범위를 벗어난 경우라면 언제든지 손해배상을 청구할 수 있다는 것에 대하여 누구도 문제제기를 하지 않았으며, 나아가 노동조합이 아직 파업에 돌입하지도 않았는데 조합간부들에게 체포영장이나 구속영장이 발부되고 단체교섭이 원활하게 타결되더라도 노동조합의 간부들은 형사처벌을 받게 될 것이며, 파업이나 노동조합 운동은 항상 검찰과 경찰, 정보기관의 감시와 사찰을 받는 현실에 대하여 누구도 이상하게 생각하지 않았다. 이와 같은 분위기에서 노동조합이나 노동자에 대한 손해배상 청구가 노동통제를 위한 효율적인 도구가 될 수 있었던 것이다. 파업이나 쟁의행위 이외의 다른 행위를 원인으로 하는 사용자의 손해배상 청구사례가 거의 없는 것은 사용자들이 굳이 손해배상 청구소송을 활용하지 않더라도 자신의 의지대로 노동자를 통제할 수 있는 조건이 이미 충족되었기 때문이라고 할 수 있다. 사용자에게 허용되는 지휘·명령의 권한이나 인사권, 노동계약관계를 통제할 수 있는 당사자로서의 우월한 지위만으로도 아직은 충분하기 때문에 별도의 비용과 시간·노력이 요구되는 손해배상소송을 회피하고 있는 것뿐이다. 그렇다고 언제까지 이 문제가 노동분쟁의 수면 아래에 고요히 잠겨있을 것이라고 장담할 수는 없다. 파업과 관련된 문제도 있긴 하지만 다른 원인에서의 손해배상 문제까지 포함하여 노동자에게 청구되는 사용자의 손해배상에 대한 문제를 검토하여야 할 필요성이 여기에 있다.

노동자는 노동계약상 사용자의 지휘·명령에 좇아 노동력을 제공하여야 하는데 이처럼 노동력을 제공하는 과정에서 자신의 고의 또는 과실로 인하여 사용자에게 손해를 입힌 경우 그에 대한 책임을 부담하여야 한다. 민사책임법의 일반원칙에 따르면 노동자에게 주의의무를 게을리한 과실¹³³⁾이 인정된다면 그로 인하여 발생한 실손해를 배상하여야 한다. 그렇지만 이러한 민법상의 책임원리를 노동관계에 그대로 적용하여 노동자가 노동력을 제공하는 과정에서 발생하는 손해를 모두 배상하도록 하는 것은 적절하지 않다. 따라서 노동자에게 부과되는 손해배상의 책임은 제한

영국의 대처 행정부는 왜 불개입원칙을 고수하고 있는지를 물었다. 동아일보, “영국노조 체질개선 진동”, 1984. 7. 26., 4면.

133) 김형배, 앞의 책, 374쪽. 노동자의 책임을 인정하기 위한 과실의 정도는 경과실이면 충분하다고 한다.

되어야 마땅하다. 노동자의 책임제한 문제는 전통적으로 민법 제756조의 사용자책임에서 사용자의 구상권을 어떻게 제한할 것인가와 관련하여 논의가 진행되어 왔다. 노동자의 책임제한의 근거로 경영위험설, 과실상계설, 공동불법행위설 등이 제시되었다.¹³⁴⁾ 또 다른 설명에 의하면 고의나 중과실이 아닌 경과실의 경우에는 책임을 면제할 수 있다는 견해, 과실상계의 법리를 유추적용하여 책임을 제한하자는 견해, 권리남용이나 신의성실의 원칙을 적용하자는 견해 등이 제시되었다고도 한다.¹³⁵⁾

노동자의 책임제한에 대하여 판례는 “일반적으로 사용자가 피용자의 업무수행과 관련하여 행하여진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나 그 피해자인 제3자에게 사용자로서의 손해배상책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 시설의 현황, 피용자의 업무내용과 근로조건 및 근무태도, 가해행위의 발생원인과 성격, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려의 정도, 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 손해배상을 청구하거나 구상권을 행사”할 수 있다고 하여 신의성실의 원칙을 적용하여 책임을 제한하려고 하며,¹³⁶⁾ 이러한 “책임제한 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하지 않는 한 사실심의 전권사항”이라고 한다.¹³⁷⁾ 이러한 판례의 태도에 대하여 “사용자가 피용자의 근무로 인하여 다대한 수익을 얻고 있음에 반하여 피용자는 작업과정에서의 사소한 실수로도 엄청난 손실을 초래할 수 있고, 한편 현실적으로 사용자에 비하여 열악한 경제적 지위에 있다는 점 등 근대 산업사회에서 더 이상 피용자의 보수로 기업위험을 감당할 수 없게 된 사회경제적 여건을 살펴볼 때 정의와 형평의 원리에 기하여 피용자의 책임

134) 하경효, “사용자책임에서의 구상권제한에 관한 규율동향과 입법방향”, 안암법학 제40권(안암법학회, 2013. 1.), 561쪽.

135) 이주홍, 민법주해[XVIII], 604쪽.

136) 대법원 2022. 12. 29. 2019다210697; 대법원 2017. 4. 27. 2016다271226; 대법원 2014. 5. 29. 2014다202691; 대법원 2009. 11. 26. 2009다59350; 대법원 1996. 4. 9. 95다52611; 대법원 1994. 12. 13. 94다17246; 대법원 1992. 9. 25. 92다25595; 대법원 1991. 5. 10. 91다7255; 대법원 1987. 9. 8. 86다카1045. 등

137) 대법원 2017. 6. 8. 2016다249557.

을 경감하는 것이 구체적 사정에 부응하는 공평타당한 해결이라고 하는 고려에서 출발한 것으로 볼 수 있다¹³⁸⁾ 그런데 판례가 책임제한을 위하여 고려하는 여러 사정들은 지나치게 포괄적이며, “손해의 공평한 분담”이라는 책임법의 이상도 그 실체성이 모호하기만 하고, 무엇보다 “신의칙상 상당하다고 인정되는 한도”가 구체적으로 무엇을 가리키는 것인지 특정하기가 어렵다. 더군다나 이러한 “손해의 공평분담”이나 “신의칙상 상당하다고 인정되는 한도”는 왜 파업노동자에 대한 손해배상 청구에서는 전혀 고려되지 않았을까? 민사책임법에서의 지배적 견해와 궤를 같이하는 판례의 취지는 책임이 누구에게 귀속되어야 하는가, 그리고 그러한 귀속은 정당한 것인가라는 질문보다 발생한 손해를 어떻게 분배할 것인가, 그래서 어떻게 하면 더 빨리 분쟁을 마무리 지을 것인가에 더 가깝다. 질문의 중심이 이렇게 “귀속”에서 “분배”로 옮겨지게 된다면 문제를 해결하는 열쇠는 치밀한 법리구성에 있는 것이 아니라 누가 현실적으로 더 우월한 지위에 있는가에 의존할 수밖에 없다. 이 경우 공평(公平)은 우열관계에 의한 굴복이나 또는 가끔씩의 자선이나 시혜의 다른 표현에 불과하다. 따라서 손해는 누구에게 귀속되는 것이 정의로운가라는 질문의 중심에서 벗어나지 말아야 한다. 그런 후에 그 귀속의 결과가 공평하고 정당한지를 물어야 한다. 처음부터 우리는 “노동자에 의해 야기된 사용자의 손해는 노동자에게 귀속되어야 한다”라는 단순한 결론을 마치 항상 참이 되는 항진명제(tautology)로 받아들이는지도 모른다.

사용자와의 종속적인 관계에서 사용자의 지휘·명령에 따라 노동력을 제공하는 노동자는 노동조건이나 시설·작업도구 또는 노동환경에 대한 권한이 없이 사용자에 의해 주도되고 설정되는 노동조건과 환경 속에서 사용자의 사업목적 달성을 위한 기업조직에 편입되어 종속적인 노무에 종사하게 된다.¹³⁹⁾ 따라서 노동자에 의해 야기한 손해사고가 비록 그의 고의나 과실에 의하여 발생하더라도 그러한 손해위험을 창출하고 증폭시키거나 또는 적절하게 제어하고 통제하며 관리할 수 있는 것은 전적으로 사용자의 몫이다.¹⁴⁰⁾ 다시 말하여 노동자에 의해 야기된 손해의 본질적

138) 이주홍, 민법주해[XVIII], 606쪽.

139) 김형배, 앞의 책, 374쪽.

140) 불법행위에 대하여는 민법 제750조의 규정에 따라 “고의·과실로 인한 위법행위

원인은 사용자의 경영위험영역에 항존하는 것이었고, 노동자의 과실은 단지 발생한 손해의 즉발적 계기만을 유발하였을 뿐이다. 노동자는 사용자에 의하여 조직·계획되고 정형화된 작업조건 아래에서 오로지 사용자의 이익을 위하여 그 기업의 사업목적에 맞는 활동을 수행한다. 이 과정에서 노동자에게 요구되는 주의의무는 본질적으로 이러한 사용자의 이익추구를 위한 목적활동을 수행하기 위한 범위 내에서 인정된다. 따라서 사용자에게 손해가 발생하였다면 그 손해를 야기한 직접적인 원인이 노동자에게 있는지를 따지기에 앞서 그와 같은 손해가 발생한 영역이 누구에게 속하며, 그 영역에서의 위험은 누구에 의해 창출되었고 통제되고 있었는지를 먼저 살펴야 한다.

“우연은 주인의 몫(*casum sentit dominus*)”이라는 말은 민사책임법의 대원칙을 설명하는 말이다. 사회생활에서 발생하는 손실이나 위험은 스스로 감수해야 한다는 의미이다.¹⁴¹⁾ 이를 달리 표현하자면 자신에게 발생한 손해를 타인으로부터 전보받기 위해서는 특별한 책임귀속의 법률적 근거가 필요한데 근대시민법은 이것을 행위자에게 행위 당시의 손해위험에 대한 예견가능성과 회피가능성을 물어 사회평균인의 기준에서 요구되는 주의력의 정도에 미쳤는가에 대한 판단에 의해 결정한다. 이처럼 행위 당시에 요구되는 주의기준에 미치지 못하는 것이 과실이고 이러한 과실이 있을 때에만 손해배상의 책임을 부담하게 된다는 것이 과실책임주의 또는 유책성 원칙이다.¹⁴²⁾ 그렇다면 노동력을 제공하는 동안에는 주체적이고 자주적인 지위가 아니라 사용자의 의지에 따라 그 기업조직에 편입되어 마치 사용자의 수족과 마찬가지로 기업의 일부로서 활동하는 노동자가 기업활동을 전개하는 과정에서 손해를 발생시켰다면 그 손해는 궁극

로 타인에게 손해를 가하는 행위”라고 정의할 수도 있지만, 범죄와 동일하게 “구성요건에 해당하는 위법하고 유책한 행위”라고 할 수도 있고, 위험(risk)의 측면에서 “손해발생의 위험을 창출하거나 증가시키는 행위”라고도 정의할 수 있다. 이러한 관점에서 불법행위법은 현대사회의 수많은 사고위험을 누구에게 부담시키는 것이 합리적이고 효율적인가에 관한 기술이라고 할 수 있다.

¹⁴¹⁾ 김성태, 민법주해[XVIII], 2쪽.

¹⁴²⁾ 이용인, 불법행위에서의 손해배상 범위에 관한 연구, 117쪽; 서광민, 민법주해[XVIII], 126-127쪽. 과실책임주의 또는 유책성 원칙은 책임귀속의 근거가 개인적 비난가능성에 있음을 의미한다.

적으로 누구의 과실로 평가되어야 하는가? 이러한 질문에 대한 확정적인 대답은 존재하지 않을 것이다. 그렇지만 “신의성실의 원칙”이나 “손해의 공평한 분담”이 문제해결에 있어서는 사실 아무런 역할을 하지 못하는 추상적 문구에 불과할 뿐이며, 노동관계에서 발생하는 분쟁에 대해 법원은 노동시장에서의 거시적 힘의 우열관계에 따라, 그리고 가끔씩은 시혜적인 배려를 통해 해결하고 있음을 인정할 수밖에 없다.¹⁴³⁾ 적어도 노동관계에서 발생하는 책임문제의 특수한 성격을 인정하고, 노동자에 의해 야기된 손해가 우선적으로는 사용자가 부담하여야 하는 경영위험의 영역에 있음을 분명히 할 필요가 있다. 그런 후에 노동자의 과실여부와 사용자와의 이익형량에 대하여 검토하여야 한다. 이러한 측면에서 2002년 1월 1일부터 시행된 독일의 개정민법 제276조가 노동자의 책임을 제한하는 판례이론을 수용하여 신설되었다¹⁴⁴⁾는 점은 사용자의 손해배상 청구를 제한하는 방안을 모색하고 있는 우리 현실에서 특기할 만하다. 물론 독일의 판례이론이 고의·과실의 정도에 따라 노동자에게 귀속되는 책임의 정도를 달리하면서 손해를 분배하고 있다는 점에서 한계가 있기는 하다. 그렇지만 우리의 책임법현실이 적어도 이 독일판례이론 정도의 수준에 이른다면 더 이상 손해를 전보하기 위함이 아니라 순전히 노동을 통제하려는 도구로서 손해배상을 청구하는 일은 거의 사라질 것으로 생각된다.

V. 맺음말

지난 20여 년 가까이 노동조합의 쟁의행위에 참여한 개별 노동자에게까지 막대한 금액의 손해배상을 청구하는 것이 우리 사회의 큰 이슈가 되었고, 사용자의 이러한 부당한 처사를 막기 위하여 “노란봉투법”으로

143) 손해배상 제도의 주된 목적이 피해자에게 발생한 손해의 전보에 있지만 노동자나 노동조합을 상대로 한 기업의 손해배상 청구는 손해의 전보보다는 노동자와 노동조합운동을 통제하려는 목적이다. 기업은 손해배상 청구보다 더 확실하고 효율적인 손해회복의 여러 방안을 강구할 수 있다.

144) 김형배, 앞의 책, 375쪽.

불리는 노동조합법 개정운동이 활발하게 전개되어 약간의 성과를 눈앞에 두고 있다. 그렇지만 노동조합법 개정안이 국회 본회의를 통과하더라도 노동조합과 노동운동에 적대적이고 강경한 태도를 취하고 있는 대통령의 거부권 행사에 의해 헛된 수고가 될 것이라는 예측도 나오고 있다. 그래도 발걸음을 내딛은 만큼은 나아간 것이니 아무런 성과가 없다고 자책할 것은 아니다. 혹자는 기업의 영업비밀이 침해되는 문제와 파업에 대한 손해배상이 서로 어떤 관련성이 있는지, 그리고 그러한 논의가 지나친 논리적 비약이 아닌지 의문을 제기할 수도 있다. 사용자가 노동자를 상대로 손해배상을 청구하는 것이 반드시 현재 이슈가 되고 있는 것처럼 파업 등의 쟁의행위만을 대상으로 이루어질 것이라고 장담할 수는 없다. 또 누군가는 노동자의 과책이 분명하게 드러나는 상황에서도 사용자는 그러한 손해를 야기한 노동자로부터 자신의 손해를 전보받을 수 없는 것이 과연 타당한지 물을 수 있겠지만 노동자의 손해배상책임을 전면적으로 부인하자고 주장하는 것이 아니라 손해전보의 목적을 넘어 노동통제를 위한 도구로 손해배상제도를 악용하는 것을 제한하여야 한다는 뜻이다. 이를 위해서는 개별적 법률개정도 필요하겠지만 궁극적으로는 책임법의 이론과 원칙에 대한 전반적인 검토와 성찰이 필요하다고도 할 수 있다. 그러한 성찰에 있어서 우리가 진지하게 다시 생각해볼 문제가 있다.

범죄를 저지른 누군가가 있다고 가정해보자. 우리가 이 사람에게 불법을 추궁하고 그에 대한 책임을 묻는 것은 그가 저지른 범죄행위만을 대상으로 한다. 그의 불법이 그의 범죄행위로 국한되고 있다는 점에 대해서 두 번 말할 필요가 없다. 그의 범죄행위가 그의 생명이나 생존 전부를 불법으로 만들지는 않는다는 것이다. 그가 비록 추악하고 파렴치한 범죄행위를 저질렀더라도 그에 대한 불법비난은 그의 행위에 머물러야 한다. 그의 범죄행위에도 불구하고 그의 생명이나 생존에 대한 권리는 박탈하거나 제한할 수 없다. 그렇다면 동일한 시각에서 파업과 노동자의 문제를 바라보자. 노동자에게 단결과 단체행동은 노동자의 존재가 사용자에 대응하여 자유로운 인격체로서 존립하고 활동할 수 있는 일종의 생명과 생존에 관한 권리라 할 수 있다. 노동자가 이러한 권리를 갖고 있다는 것 자체를 합법과 불법으로 구획하여 평가하고 판단할 수는 없다. 아니, 그래서 아니된다. 다시 말해서 파업을 합법과 불법으로 나누는 논리 자체가

용인될 수 없는 것이다. 노동자의 권리와 그 권리의 행사를 합법과 불법으로 구분하는 것 자체가 그 권리를 보장하려는 헌법정신과 규정을 아무런 의미가 없는 무용지물로 만들어버리는 것이다. 우리 사회에서, 특히 법률가들은 왜 그토록 쉽게 노동자의 권리를 불법으로 평가할 수 있다고 생각했을까? 지금이라도 이렇게 합법과 불법을 가르는 논의구조를 모두 걷어내야 한다. 쟁의행위나 노동조합 활동에서 어떠한 특정한 행위가 법질서에 위반할 수도 있다. 그런 경우에 위법이나 불법의 평가는 오로지 그 행위만으로 제한되어야 한다. 손해배상의 문제도 마찬가지다. 지금까지 손해배상이 크게 문제되는 것은 쟁의행위 자체를 위법하다고 평가하고 이에 대한 형사처벌과 함께 민사제재로서 손해배상 책임을 부과하기 때문이다. 민사책임에서의 위법성은 형사책임으로부터 샘솟듯이 솟아나고 있고, 또 그러한 형사책임은 합법과 불법을 구획하는 구조로부터 쉼없이 재생산되고 있다. 그렇기에 단지 손해배상 책임을 부인하는 특별법 규정만으로 문제가 모두 해결될 수는 없다.

파업의 본질은 사용자에게 손실을 야기하는 것에 있다. 파업으로 사용자에게 손해가 발생하는 것은 파업의 자연적 속성이다. 만일 파업이 사용자의 이익활동에 어떠한 영향도 미치지 않는다면 파업을 노동자의 권리로 인정하는 것은 아무런 의미가 없는 것이다. 파업으로 인한 사용자의 1차 손해는 노동자로부터 노무제공을 받지 못한 것이다. 이 손해는 사용자가 파업기간의 임금지급을 거절함으로써 이미 회복되었다. 그 이후의 손해는 후속손해이다. 이에 대하여는 손해배상의 범위에 관하여 민법 제393조가 요구하는 통상성과 특별한 사정에 대한 예견가능성을 물어 결정할 수 있다. 그런데 사용자가 청구하는 막대한 손해배상액의 대부분은 이른바 “순수경제손해(pure economic loss)”, 다시 말하여 “물리적 손실의 직접적 결과로 발생하지 않은 재정적 손실(financial loss which is not the direct result of physical loss)”에 해당하는 경우가 많다. 순수경제손해는 특별한 경우가 아니면 손해배상에서 제외되는 것은 불법행위 책임에서의 일반화된 원칙이다. 지금까지 사용자가 청구한 범위와 액수의 손해배상에서 손해의 본질과 배상범위에 대하여 세밀한 검토가 이루어졌는지는 의문이다. 여전히 일제시대 군국주의의 유산으로 형성된 민사책임법 이론들이 지배하는 구조에서 파업노동자에게 막대한 손해배상을 떠넘기는 것은

어찌보면 필연적인 결론일 수밖에 없다.

영업비밀법 분야에서 시작된 논의가 노동관계에서의 손해배상 문제로 확대되면서 장황하게 문제제기를 하였지만 문제점들만 확인하고 구체적이고 확실한 해결방안을 제시하지 못하는 것도 이러한 문제들이 우리 현실에서 뿌리 깊고 광범위하기 때문일 것이다. 노동관계와 연관된 책임법의 문제는 궁극적으로 노동조합운동의 발전과 발걸음을 함께 할 수밖에 없을 것이다. 어쨌든 영업비밀법의 문제가 충분히 노동관계로 확대될 수 있고 또 그것이 사용자의 노동통제를 위한 도구로 활용될 수 있다는 점을 지적한 것만으로도 어느 정도 성과가 있다고 생각한다. 내용을 정리해보자면 영업비밀법이 영업비밀 침해행위의 요건을 고의나 악의, 중대한 과실로 제한하고 있지만 제2조 제3호 라목에 규정된 관계에서는 중과실이 아닌 경과실도 문제가 될 수 있는 상황을 초래할 수 있다는 것이다. 주로 비밀 보유자와 취득자가 노동관계에 있을 때 경과실의 경우까지 문제될 수 있는데, 이러한 경과실만 인정되는 경우 영업비밀법이 정하는 영업비밀 침해행위에 대한 손해배상청구권이 부인되더라도 노동관계에서의 주의의무 위반으로 인한 손해배상이 허용될 수 있다. 그동안 우리는 영업비밀을 보유한 기업주의 처지에서 설명을 듣고 문제를 이해하려고 하였다. 그래서인지 영업비밀 제도가 노동자를 통제하기 위한 제도에서 비롯된 것이며, 현재에도 그러한 역할을 충실히 하고 있다는 점에 대하여는 생소하기만 하다. 동전에 양면이 있다면 양면을 모두 보여주어야 그 동전의 가치를 평가할 수 있고 빛과 어둠이 있는 곳에서는 밝은 곳과 어두운 곳을 모두 보아야 그곳의 실상을 비로소 파악할 수 있게 된다. 물론 영업비밀 보유자의 노력을 과소평가해서는 아니된다. 그렇지만 비밀 보유자의 영업비밀을 유지하고 발전시키기 위한 노동자들의 노고도 부당한 대우를 받아서는 아니된다. 그렇기 때문에 영업비밀 침해를 이유로 사용자가 노동자에게 손해배상을 청구하는 것은 제한되어야 한다. 현재로서 책임제한을 위하여 가장 설득력 있는 견해는 노동자가 노동력을 제공하는 동안 발생하는 사용자의 손해는 사용자의 경영위험영역 내에서 발생하는 것으로서 노동자와 사용자 사이의 적절한 이익형량을 통하여 해결하여야 한다는 것이다. 이와 같은 관점에서 고의·중과실이 인정되지 않는 노동자의 영업비밀 침해행위는 마땅히 면책되어야 한다.

<참고문헌>

- 곽윤직 편집대표, 민법주해 제XVIII권—채권(11), 박영사, 2005.
- 김국현, 영업비밀법 실무, 세창출판사, 2010.
- 김상덕/김삼화, 영업비밀법의 이해, 한국학술정보(주), 2012.
- 김상용, 채권각론(하), 법문사, 1998.
- 김형배, 노동법(제27판), 박영사, 2021.
- 오승중, 저작권법, 박영사, 2009.
- 윤선희, 특허법, 법문사, 2007.
- 윤선희/김지영, 부정경쟁방지법, 법문사, 2012.
- 이운원, 영업비밀보호법, 박영사, 2012.
- 임종률, 노동법(제19판), 박영사, 2021.
- 이용인, 불법행위에서의 손해배상 범위에 관한 연구, 고려대학교 대학원, 2006.
- 마리-모니크 르뱅, 이선희 옮김, 몬산토-죽음을 생산하는 기업, 이레, 2009.
- American Law Institute, *Restatement of the Law Third, Unfair Competition*, American Law Institute Publisher, 1995.
- 김상중, “불법행위의 사전적 구제수단으로서 금지청구권의 소고—대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정에 관한 평석—”, 비교사법 제17권 4호, 비교사법학회, 2010. 12., 141-172쪽.
- 나종갑, “영업비밀은 상업적 모럴의 정립인가? — 로크적 영업비밀론의 이해”, 저스티스 통권 제71호, 한국법학원, 2003. 2., 176-205쪽.
- , “영업비밀법의 규범적 본질”, 산업재산권 제73호, 한국지식재산학회, 2022. 12., 159-197쪽.
- 박수곤, “프랑스 민법상 손해의 개념: 손해의 확실성과 기회의 상실에 대한 논의를 중심으로”, 재산법연구 제29권 제1호, 한국재산법학회, 2012. 5., 1-23쪽.
- 박준석, “영업비밀 침해금지청구에 대한 우리 법원의 태도—기술정보 유출을 중심으로—”, 저스티스 통권 제114호, 한국법학원, 2009. 12., 160-205쪽.
- 백승만, “영업비밀 요건의 변천에 따른 대응방안에 대한 소고—비밀관리성을 중심으로—”, 법학연구 제63집, 전북대학교 법학연구소, 2020. 9., 321-342쪽.
- 이규호/백승범, “영업비밀의 대상과 비밀관리성 요건에 관한 연구”, 중앙법학 제22집 제1호, 중앙법학회, 2020. 3., 7-47쪽.
- 이용인, “징벌적 손해배상보다 배심제가 먼저다”, 민주법학 제68호, 민주주의법학연구회, 2018. 11., 153-202쪽.
- 정차호, “영업비밀 관리성 요건”, 성균관법학 제26권 제1호, 성균관대학교 법학연구회, 2014. 3., 279-318쪽.
- 하경효, “사용자책임에서의 구상권제한에 관한 규율동향과 입법방향”, 안암법학 제40권, 안암법학회, 2013. 1., 559-596쪽.

<Abstract>

Duty of Confidence & Damages for Protection of Trade Secret

Lee, Yong-in
Ph.D., Korea University

“The Act on the Prevention of Unfair Competition and Protection of Trade Secrets” stipulates the appropriation of trade secrets by intention or gross negligence into six types, and when trade secrets are infringed, injunction and damages are recognized as remedies for them. However, since damages require intention or negligence, it is questionable whether appropriation of trade secrets by negligence can be subject to damages. This is a discrepancy between the provisions of trade secret appropriation and the requirement for damages. In order to resolve this discrepancy, it is necessary to interpret that the provisions on the injunction or damages do not apply to appropriation due to negligence. However, if a person who legitimately acquires a trade secret and has a duty of confidence for the owner of a trade secret violates the trade secret due to negligence, there is a high possibility of liability for damages. In addition, among various types of contracts that burden the parties with the duty of confidence, there is a high possibility that they may be held liable for damages, especially in labor contracts. This is because in addition to the general contractual relationship between the owner and the acquirer of the trade secret, the dependent labor relationship between the employer and the employee overlaps. Furthermore, since the worker bears the duty of loyalty and general confidentiality in the labor contract, even if the worker did not infringe the trade secret intentionally or grossly, the worker may be evaluated as violating the general duty of care in the labor contract, and based on this, liability for damages may be

recognized. On the other hand, trade secret owners benefit from using secrets to use workers for business. Therefore, it is unfair for a worker to be liable completely for damages caused by the worker's negligence, considering that the worker's activities related to trade secrets are under the command and supervision by the owner's order. In light of the purpose of the labor law to protect workers, legal regulations that can hold workers heavier responsibility should naturally be interpreted narrowly and strictly. Therefore, even if a worker who has properly acquired trade secrets causes losses to the owner due to negligence while engaged in the owner's business activities, the owner's losses should be assessed according to management risk, and the conducts of workers without intention or gross negligence should be exempted from liability for damages.

Key phrases: trade secret, injunction, damages, labor relation, duty of confidence, negligence