

# 營業秘密의 保護에 관한 法制研究

- 現行 ‘不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 法律’의 改善을 中心으로-

## Legislative Study on the Protection of Trade Secret

연구책임자 : 현 대 호 (한국법제연구원 부연구위원)

2004.11.30.

## 국 문 요 약

각국에 있어서 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위는 불법행위에서 발달되어 분화된 것으로 손해배상청구라는 구제수단만으로는 부정경쟁의 방지에 실효성을 거두기가 어렵다는 점, 그리고 금지청구는 원칙적으로 배타적 법익의 침해를 전제로 한 것이어서 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위에 적용할 수 없다는 점, 또한 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위의 방지를 위하여 형사벌에 관한 조항의 신설이 필요하다는 점등을 고려하여 소위 ‘부정경쟁방지법’이 제정되었다. 그렇지만 현행 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위를 비록 하나의 입법으로 규율하고 있지만 법체계상 양자를 나누어 규율하고 있어서 입법기술상 불합리한 것으로 판단되고, 또한 동법에서 규율하고 있는 실제법적인 조항과 절차법적인 조항에서도 개선하여야 할 사항등이 발견된다는 점등에 비추어 개선안을 고찰하여 보았다.

구체적으로 이 보고서에서는 첫째, 새로운 개정안에서 영업비밀의 보호를 중심으로 한 영업비밀 침해행위와 부정경쟁행위에 관련된 부정경쟁방지법의 실질적인 통합안을 제안하였고 둘째, 영업비밀에 관한 용어정의의 개선하는등 관련된 사항의 개념정의를 정비하였다. 셋째, 영업비밀의 강력한 보호에 비례하여 법원이 강제적 라이선스를 할 수 있는 조항을 신설하였고 넷째, 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위에 관한 중복적인 조항을 정비하여 하나의 통일된 법안으로 정비하는 차원에서 금지청구, 손해배상청구 및 기타 사항을 개선하였다. 다섯째, 부정경쟁에 관한 소송에서 자료의 제출, 명시 의무 및 설명의무등에 관한 조항을 개정하거나 신설하여 실질적인 구제를 받을 수 있도록 하였다.

※ 키 워 드 : 영업비밀, 부정경쟁방지법, 부당이용, 부정경쟁행위, 손해배상, 설명의무, 명시 의무, 리스테리어먼트, 강제적 라이선스

## Abstract

Each country has its own provisions governing the unfair competitive acts and the acts of infringing on trade secret derived from the concept of illegal act. The Unfair Competition Prevention Act in our country was established in consideration of the facts that it is difficult for the general claim for damage to give satisfactory results in the prevention of the unfair competitive acts, the request for prohibition is not applicable to the unfair competitive acts and the acts of infringing on trade secret because it is in principle premised on the infringement of exclusive legal interest, and it is necessary to establish penal provisions to prevent the unfair competitive acts and the acts of infringing on trade secret.

But, the current Unfair Competition Prevention Act has unreasonable sides in a legal system for governing the unfair competitive acts and the acts of infringing on trade secret in that it divides the unfair competitive acts and the acts of infringing on trade secret in legal regulation though it governs such acts in the same law, and, moreover, the said Act includes the matters to be improved in the light of substantive provisions and procedural provisions.

To solve the aforesaid problems, this report aims 1)to present a proposal for the substantial unification of the Unfair Competition Prevention Act in relation to the acts of infringing on trade secret and the unfair competitive acts, which is focused on the protection of trade secret, 2)to adjust the definitions of trade secret and other related terms, 3)to

establish the provisions of a compulsory license issued by court in parallel with the strong protection of trade secret, 4)to reform a request for prohibition, a claim for damage, and other related matters by adjusting the overlapping regulation of the unfair competitive acts and the acts of infringing on trade secret, and 5)to make it possible to secure material remedy by amending or establishing the provisions concerning the submission of materials, the obligation of clear statement, the obligation of explanation, etc. in a lawsuit on the unfair competition.

※ Key world : Trade Secret, Unfair Competition Prevention Act, Misappropriation, Unfair Competition Act, Claim for Damage, Obligation of Explanation, Obligation of Clear Statement, Restatement, Compulsory License

# 목 차

제 1 장 서 설 .....	11
제 1 절 연구의 목적 .....	11
제 2 절 연구의 범위 .....	12
제 2 장 기초적 분석 .....	15
제 1 절 개 설 .....	15
I. 부정경쟁의 개념 .....	15
1. 부정경쟁행위 .....	16
2. 영업비밀 침해행위 .....	17
II. 민법 제750조 불법행위와의 관계 .....	18
1. 민법 제750조의 보호법익 .....	18
2. 민법 제750조에 기초한 거래적 불법행위 .....	21
3. 소 결 .....	28
제 2 절 각국의 입법례 .....	29
I. 미 국 .....	29
1. 개 관 .....	29
2. 불법행위에 관한 첫번째의 리스테이트먼트 .....	30
3. 통일영업비밀보호법 .....	31
4. 부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테이트먼트 .....	32
5. 산업스파이법 .....	34
II. 독 일 .....	35
III. 일 본 .....	37
IV. 한 국 .....	38
1. 부정경쟁방지법 .....	38

2. 독점규제및공정거래에관한법률 .....	42
3. 표시·광고의공정화에관한법률 .....	43
4. 인터넷주소자원관리법 .....	44

### 제 3 장 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위의 유형과 그 내용 ..... 45

#### 제 1 절 개 관 .....

#### 제 2 절 부정경쟁행위의 유형과 구제수단 등 .....

##### I. 부정경쟁행위의 유형 .....

1. 상품주체의 혼동행위 .....	45
2. 영업주체의 혼동행위 .....	46
3. 식별력과 명성의 침해행위 .....	47
4. 상품원산지허위표시행위 .....	47
5. 상품출소지오인야기행위 .....	48
6. 상품질량오인야기행위 .....	48
7. 도메인 네임의 침해행위 .....	49
8. 국제협약 등으로 보호되는 외국상표 등의 침해행위 .....	49
9. 타인상품의 모방행위 .....	49

##### II. 부정경쟁행위에 대한 구제수단과 행정조치 .....

1. 금지청구 등 .....	50
2. 손해배상청구 등 .....	50
3. 행정조치 등 .....	51

### 제 4 장 부정경쟁방지법상 영업비밀의 보호와 그 내용 ..... 53

#### 제 1 절 개 관 .....

I. 영업비밀의 개념 .....	53
II. 영업비밀의 보호목적 .....	54
III. 영업비밀의 보호방법 .....	55

#### 제 2 절 영업비밀의 판단기준 및 보호요건 .....

I. 판단기준 .....	57
II. 보호요건 .....	59
1. 비밀성 .....	59
2. 경제적 가치성 .....	60
3. 비밀관리 .....	61
4. 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보 .....	63
제 3 절 영업비밀의 보호기간 .....	65
제 4 절 영업비밀의 취득과 양도 등 .....	66
I. 취 득 .....	66
II. 양 도 .....	67
III. 라이선스 .....	67
1. 라이선스계약 .....	67
2. 라이선스의 기간 .....	68
제 5 절 영업비밀의 침해와 구제수단 .....	68
I. 침해행위 .....	68
1. 계약위반행위 .....	69
2. 부정한 수단에 의한 침해행위 .....	70
II. 구제수단 .....	73
1. 손해배상청구 등 .....	73
2. 금지청구 등 .....	86
3. 기타 관련된 구제조치 .....	88
III. 선의자에 관한 특례 .....	89
IV. 시 효 .....	89
V. 형사벌 .....	90
제 5 장 현행 부정경쟁방지법의 문제점과 개선방안 .....	93
제 1 절 개 관 .....	93

제 2 절 체계상 문제점과 개선방안 .....	94
I. 문제점 .....	94
II. 개선방안 .....	94
제 3 절 내용상 문제점과 개선방안 .....	95
I. 문제점 .....	95
II. 개선방안 .....	97
1. 영업비밀을 제외한 부정경쟁행위에 관련된 사항 .....	97
2. 영업비밀을 포함하는 부정경쟁행위에 관련된 사항 .....	98
제 6 장 결 론 .....	111
◆ 부 록 1	
부정경쟁방지법의 개정시안(신구조문대비표) .....	117
◆ 부 록 2	
미국의 통일영업비밀법 .....	133
◆ 부 록 3	
미국의 부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테인먼트 .....	139
◆ 부 록 4	
미국의 산업스파이법 .....	161
◆ 부 록 5	
독일의 부정경쟁방지법 .....	167
◆ 부 록 6	
일본의 부정경쟁방지법 .....	185
참 고 문 헌 .....	201

## 제 1 장 서 설

### 제 1 절 연구의 목적

자본주의 사회에 있어서 그 경제적 발달의 기초는 영업의 자유와 재산권의 보장에 의하여 이루어졌다고 평가되는데, 영업의 자유는 헌법 제15조 직업선택의 자유에 포함되어 있는 것으로 해석되고 헌법 제23조제1항의 재산권의 보장과 함께 경제활동의 기본원리에 해당된다. 우리나라에서도 경제활동의 자유를 그 지도원리로 하여 개인의 경제활동을 보장함으로 인하여 비약적인 경제발전을 도모하였으며 이와 같은 발전에는 영업의 자유가 중대한 역할을 하였다. 즉, 영업의 자유하에 시장에서는 개개의 사업자가 그 창의적 사고에 기초한 자유롭고 활발한 경쟁을 통하여 사회 전체적으로 적정한 자원배분과 합리적 가격형성이라는 결과를 가져왔다. 그래서 영업의 자유에 의한 결과를 도출하는 전제로서 사업자사이에 공정한 경쟁이 이루어지는 것을 기본원리로 한다. 그렇지만 이와 같은 영업의 자유에 기초한 경쟁에 수반하여 불공정한 경쟁행위도 급증하였다. 예컨대, 상표나 상호 등을 다른 사업자가 무단으로 사용 또는 모방 등을 통하여 당해 상표나 상호 등의 신용 내지는 명성을 부당히 이용하거나, 상품의 원산지나 품질을 허위로 표시하여 상품을 판매하는 행위가 나타났다. 이와 같은 부정경쟁행위는 타인의 정당한 노력을 일방적으로 이용하는 불공정한 경쟁행위이고, 사회적으로 공정한 경쟁질서를 저해하며, 더 나아가서는 영업의 자유로 인한 결과를 극대화하지 못하게 한다.

특히, 부정경쟁 중에서 영업비밀(trade secret, undisclosed information)의 침해행위가 사회적 이슈로 제기되고 있는데, 영업비밀은 최근 몇 년사이에 그 경제적 가치의 급상승으로 인하여 독자적인 보호가 문제될 정도로 보호의 필요성이 근래에 인식되기 시작하였으며 영업비밀의 경제적 가치는 우리나라뿐만 아니라 선진각국에서도 해당 기업의 경쟁력은 물론 국가경제에 중대한 영향을 미칠 수 있는 상황에 이르렀다.

그렇지만 영업비밀은 무형적인 정보에 해당되어 문서·도면·필름·테이프나 디스켓 등에 담겨 있다고 하더라도 유체물에 비하여 관리가 어려움을 뿐만 아니라 각종 복사기와 통신기기의 발달로 인하여 그 유출이 더욱 용이하게 되었으며, 최근에는 고용의 유동성 증가와 기업간의 활발한 라이선스가 이루어짐에 따라 그 침해의 위험성은 더욱더 높아졌다. 따라서 우리나라에서는 전통적인 구제수단인 손해배상청구만으로는 영업비밀의 보호에 한계가 있음을 인식하면서부터 금지청구권, 형사벌 및 손해배상액의 산정등 각종의 입법적 조치를 신설하여 그 보호를 강화하여 왔다. 그렇다면 과연 현행 ‘부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(이하 “부정경쟁방지법”이라 한다)’상의 구제수단만으로 충분한 것인지 아니면 보다 개선하여야 할 것이 있는지, 그리고 현행 부정경쟁방지법이 영업비밀의 침해소송에 있어서 무체재산에 속한다고 볼 수 있는 영업비밀을 효과적으로 보호할 수 있을 만큼 절차적 구제수단을 구비하고 있는지 등에 대하여 최근 몇몇 사례에 비추어 그 실효성에 의문이 문제되고 있다.

따라서 본 연구에서는 경제활동의 자유를 저해하는 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위를 효과적으로 억제하고, 그 침해시에 원상회복에 필요한 각종의 제도를 개선하여 공정한 환경에서 자유경쟁을 할 수 있도록 법제도적 조치를 보완하고자 한다. 이를 위하여 현행 부정경쟁방지법의 영업비밀 보호에 관련된 조항을 분석하고, 외국의 입법과도 비교 분석하여 실체법적 조항의 개선과 아울러 절차법적 조항에 대한 개선을 강구하고자 한다.

## 제 2 절 연구의 범위

본 연구에서는 현행 부정경쟁방지법의 개정방안 중에서 영업비밀의 보호에 관련된 문제점과 개선안의 마련을 중심으로 살펴보려 한다. 그렇지만 영업비밀의 보호에 관한 개선안을 마련함에 있어서 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위가 그 특성상 유사하고 또한 이들은 하나의 입법으로 통합해서 규율함이 입법방식상 타당하다라는 것을 전제하고서(적어도 현 시점까지는) 소위 ‘부정경쟁방지법’이라는 새로운 개정안을 마련하는 방

안을 구상하였다. 즉, 새로운 개정안에서는 부정경쟁에 영업비밀 침해행위를 포함시켜서 개선안을 마련하는 관계로 양자를 분리해서 다루기가 곤란하다는 점 등을 고려하여 영업비밀에 관련된 조항을 개선함에 있어서 불가피한 경우에 영업비밀 침해행위외의 부정경쟁행위에 대한 검토를 하고 그 개선안도 제안하고자 한다. 또한 영업비밀의 보호가 민법 제750조에 기초한 거래적 불법행위에서 출발하고 있는 점을 고려하여 민법 제750조의 거래적 불법행위에 대한 유형과 그 법리구성을 고찰하여 영업비밀 침해행위에 어떠한 상관관계를 가지고 있는가를 고찰하고자 한다. 아울러 미국·독일 및 일본의 관련입법도 비교 분석하여 현행 부정경쟁방지법의 개선방안에 대한 기초적인 자료로 활용하고, 이를 바탕으로 국제적으로 조화된 새로운 개정안(즉, 가칭 ‘부정경쟁방지법’의 제정안은 입법형식상으로 제정안이지만, 개정되는 내용상으로는 개정안에 가깝다. 따라서 이하에서는 개정안이라고 한다)을 제안하고자 한다.

구체적으로 제2장에서 ‘기초적 분석’이라는 제목하에 제1절에서 부정경쟁의 개념과 민법 제750조와의 관계를 분석하였고 제2절에서는 각국의 입법례로 미국·독일 및 일본의 부정경쟁관련 입법을 분석하였으며 우리나라의 관련입법의 내용과 그 연혁을 간략히 살펴보았다. 제3장에서는 ‘부정경쟁방지법상 부정경쟁행위의 유형과 그 내용’이라는 제목하에 현행 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위의 유형과 구제수단 및 행정조치 등에 관하여 살펴보았다. 제4장에서는 ‘부정경쟁방지법상 영업비밀의 보호와 그 내용’이라는 제목하에 제1절에서 영업비밀의 개념·보호목적 및 보호방법을, 제2절에서 영업비밀의 판단기준 및 보호요건을, 제3절에서 영업비밀의 보호기간을, 제4절에서 영업비밀의 취득과 양도 등을, 제5절에서 영업비밀의 침해와 구제수단에 대하여 살펴보았다. 제5장에서는 ‘현행 부정경쟁방지법의 문제점과 개선방안’이라는 제목하에 제2절에서 현행법의 체계상 문제점을 지적하고 그 개선방안을 제안하였으며 제3절에서 현행법의 내용상 문제점과 개선방안에 관련해서 영업비밀의 침해행위를 제외한 부정경쟁행위에 대하여 개선방안을 제안하는 차원에서, 그리고 영업비밀의 침해행위를 포함하는 관련된 부정경쟁에 대하여 개선안을 제안하는 차원에서 통합개정안을 마련하였다.

## 제 2 장 기초적 분석

## 제 1 절 개 설

## I. 부정경쟁의 개념

우리나라의 민법은 제750조에서 일반적 불법행위 책임체계를 도입하고 있는데, 부정경쟁에 관련된 각종의 행위도 이 조항에 기초하여 판례의 구체적인 판단을 통하여 손해배상의 여부와 그 손해배상액이 결정된다. 따라서 민법 제750조의 차원에서 부정경쟁의 구제는 예측가능성이 낮아지고 그 방지에 대한 예방적 효과도 기대가능성이 낮아진다. 특히 공정한 경쟁을 해치는 부정경쟁에 해당하는 행위의 유형이 다양하므로 부정경쟁 방지법에서 부정경쟁에 관련된 모든 행위 유형과 그 내용을 모두 열거한다는 것은 사실상 불가능하다. 그렇지만 민법 제750조는 나름대로 오늘날 경제관계 즉, 거래관계의 복잡화·다양화에 따라서 발생하는 모든 유형의 불법행위와 그 요건을 정함에 있어서 여전히 타당한 입법방식에 해당된다. 현행 부정경쟁방지법에서는 부정경쟁에 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위로 나누어서 해당하는 행위의 유형과 그 내용 및 구제수단 등을 규율하고 있다.

부정경쟁방지법상에서 경쟁행위라는 개념과 관련해서 그 개념을 정의하고 있는 국가는 독일의 부정경쟁방지법인데, 동법 제2조제1항제1호에서 '경쟁행위'라 함은 자신 또는 다른 사업체를 위하여 상품의 판매나 구입 또는 부동산 및 권리와 의무를 포함한 용역(서비스)제공 또는 구입을 목적으로 하는 자의 모든 행위를 의미한다』라고 하여 개념을 정의하였다. 비록 우리나라와 일본에서는 경쟁행위에 대한 명시적인 조항을 마련하고 있지 아니하지만 독일법의 조항과 유사하게 이해하여도 상관없을 것으로 사료된다. 한편 독일의 부정경쟁방지법 제3조에서는 '부정경쟁금지'라는 명칭하에 『경쟁자, 소비자 또는 기타 시장참가자의 경쟁에 대하여 단지 사소한 정도를 넘는 불이익을 끼치는 부정경쟁행위는 허용되지 아니한다』라고 하는 일반원칙을 선언하고 동법 제4조에서 구체적인 부정

경쟁에 해당하는 사례를 열거하고 있다. 일본의 부정경쟁방지법은 제2조 제1항에서 부정경쟁에 해당하는 구체적인 사례를 열거하는 방식으로 개념정의를 하고 우리나라의 부정경쟁방지법도 일본법과 유사하다.

결국 부정경쟁에 관한 입법방식은 크게 3가지의 경우로 나누어서 설명할 수 있다. 첫째는 우리 나라의 부정경쟁방지법처럼 영업비밀 침해행위를 제외하고서 동법에서 열거된 사항만을 부정경쟁행위로 파악하는 입법이 있고, 둘째는 일본의 부정경쟁방지법처럼 특별법의 형태로 구체적인 부정경쟁에 해당하는 행위를 열거하고 여기에 영업비밀 침해행위를 포함시키는 입법이 있으며, 셋째는 독일의 부정경쟁방지법처럼 특별법으로 부정경쟁에 해당하는 모든 행위에 대한 일반조항을 마련하고서 해당하는 개개의 행위를 예시하는 입법이 있다. 여기서는 현행 부정경쟁방지법의 설명과 관련해서는 어쩔 수 없이 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위로 나누어서 설명하나, 새로운 개정시안에서는 양자를 통합한 부정경쟁이라는 개념을 사용한다.

### 1. 부정경쟁행위

부정경쟁의 개념은 위에서 지적한 것처럼 국가의 사정에 따라서 입법화 등에서 차이가 있음을 발견할 수 있다. 즉, 부정경쟁행위의 개념은 첫째의 경우로 부정경쟁에 관련된 모든 불공정한 행위를 지칭하는 것으로 독일의 부정경쟁방지법과 미국의 ‘부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테이터먼트’에서 최광의의 의미로 사용하고 있다. 두번째의 경우로 특별법에서 열거된 행위만을 부정경쟁행위로 보고 영업비밀의 침해행위도 그 유형의 하나로 다루는 경우로 일본의 부정경쟁방지법이 여기에 해당된다. 세번째의 경우는 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위를 하나의 입법으로 동시에 규율하고 있지만 양자를 구분하여 법체계를 달리하는 경우로 우리나라의 부정경쟁방지법이 여기에 해당된다. 이상에서 알 수 있듯이 우리나라의 부정경쟁방지법을 제외하고는 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위를 구별해서 입법화 하고 있는 경우는 찾아보기가 어렵다. 물론 미국의 통일영업비밀보호법과 연방산업스파이법처럼 영업비밀

만을 규율하는 입법고 있지만(미국의 연방제도 등이 강하게 작용한 것으로 판단됨), 아직까지는 양자를 실질적으로 통합하여 입법화하는 경우가 우세하다고 볼 수 있다. 그렇다고 해서 부정경쟁행위와 영업비밀의 침해행위가 동일한 차원에서 입법화해야 한다는 것은 아니며, 영업비밀의 경우 대부분의 국가에서 형사처벌에 관한 조항 등에서 보다 강력한 보호를 하고 있다는 점에서 일반적인 부정경쟁행위와 차이가 있는 점도 간과할 수 없다.

어쨌든 현행 우리나라의 부정경쟁방지법에서는 부정경쟁행위로 상품의 표식과 동일·유사한 것을 사용하여 혼동을 야기하는 행위, 식별력과 명성을 손상하게 하는 행위, 상품원산지허위표시행위, 상품출소지오인야기행위, 상품질량오인야기행위, 도메인 이름의 부당한 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위, 국제협약 등으로 보호되는 외국상표 등의 침해행위, 타인상품의 모방행위 등을 열거하고 있으며, 이들 행위의 태양에 기초하여(보호법익과는 관련성이 없음) 손해배상이나 금지청구 등을 허용하고 있다.

## 2. 영업비밀 침해행위

서론에서도 지적했듯이 영업비밀은 최근까지만 해도 다른 법익의 보호에 부수하여 간접적으로 보호되고 그 자체만을 독자적으로 보호할 만한 것으로 인식하지 않았으며 사회적 필요성도 낮았다. 따라서 주거침입죄나 재물손괴죄 등의 형사벌이나 신용훼손 등과 같은 불법행위에 부수한 것으로 인식되었으며 당사자간의 계약(비밀유지의무)에 기초하여 계약위반으로 인한 민사책임을 부담하는 것에 머물렀다. 즉, 영업비밀은 그 보유자가 적절히 관리하여 그 비밀성을 유지할 수밖에 없었으며, 영업비밀은 부정경쟁행위의 금지라는 차원에서 간접적으로 보호되어 왔다. 영업비밀은 재산적 가치가 있는 정보에 해당되지만, 통상의 재산적 가치있는 정보와 마찬가지로 부정경쟁행위의 방지라는 차원에서 보호되고, 이 점이 특허권이나 저작권 등과 다른 특성이다.

영업비밀의 보호는 그 침해방법 내지 침해행위에 대한 사회적 비난가

능성에 중심을 두고서 법리구성이 이루어졌다. 즉, 부당한 취득행위, 부당한 이용행위 및 부당한 공개행위에 해당하는 경우에 위법성이 인정된다면, 구제수단으로 손해배상청구를 허용할 것인가를 검토하여 왔다. 부정경쟁방지법에 영업비밀을 보호하는 조항이 삽입되는 초기의 단계에서도 이들 행위에 해당하는 경우 손해배상청구를 명시적으로 허용하였고 이들 행위의 구체적인 유형을 열거하는 수준에서 점차적으로 금지청구권을 수용하였으며 더 나아가서는 형사벌까지 인정하는 입법으로 발전되어 온 것이 각국에 있어서 공통된 부정경쟁방지법의 연혁이라 할 수 있다.

## II. 민법 제750조 불법행위와의 관계

### 1. 민법 제750조의 보호법의

현행 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위는 모두 민법 제750조에 기초를 두고 있고, 부정경쟁방지법에서 규율하고 있지 아니하는 각종의 부정경쟁행위는 여전히 민법 제750조에 의하여 보호여부가 결정된다. 민법 제750조를 살펴보면, 3가지의 보호대상으로 유형화할 수 있고 이들 3가지의 유형은 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위에 대한 법리구성의 기초가 된다. 즉, 민법은 제750조에서 『고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다』라고 하여 일반적 불법행위의 책임체계를 가지고 있다. 이와 같은 일반적 불법행위의 도입은 고의에 의한 불법행위와 과실에 의한 불법행위로 나누고 있을 뿐 불법행위의 성립과 보호범위를 판례에 맡겨놓고 있다. 이에 비하여 독일은 고의 또는 과실의 위법행위에 의한 손해배상 의무를 부과하는 일반적 불법행위의 구조를 버리고, 민법 제823조제1항과 제2항 및 제826조라는 3개의 포괄적인 불법행위의 성립요건을 채택했다.<sup>1)</sup> 즉, 배타적 권리 내지 법익에 해당하는 경우에는 고의 또는 과실에 의한 위법행위의 경우에만 손해배상을 허용하고, 순수한 경제적 손해는 고의에 의한 선량한 풍속위반의 경우에만 손해배상청구를 허용하는 기본적인 결단을 하였다.

1) Kötz, Deliktsrecht, 5Auffl. Alfred Metzner Verlag, 1991. S.20.

이와 같은 법리구성은 독일민법에서 명문화하고 있어서 다툼의 여지가 없다. 우리나라 민법 제750조가 독일민법 제1조안에 따라 일반적 불법행위구조를 도입하고 있다고 하여도 민법 제750조의 법리구성에 있어서는 현행 독일민법처럼 유형화하는 데에 있어서 무리가 없을 것으로 사료된다. 즉, 민법 제750조에 해당하는 불법행위의 사례를 분석하고 체계화하면 중국적으로는 독일민법의 3가지 유형으로 귀결된다고 사료된다(아래에서는 독일민법의 불법행위 유형화에 대하여 살펴보는 것으로 민법 제750조의 유형화를 대신하고자 한다).

### (1) 배타적 법익

독일민법은 제823조제1항에서 「고의 또는 과실로 타인의 생명·신체·건강·자유·소유권 기타의 권리를 침해한 자는 그 타인에게 가한 손해를 배상할 의무를 진다」고 하여 열거된 구체적인 법익을 보호하고 있다. 여기서 ‘기타의 권리’에는 법규범이 보호하는 법익 즉, 생명권 등과 특별법에 의해 규율되고 있는 특허권·상표권·저작권 및 기타의 지적재산권도 포함한다.<sup>2)</sup> 이외에도 독일민법 제823조제1항의 ‘기타의 권리’와 관련하여 영업권과 일반적 인격권이 중요한 법익으로 다루어진다. 독일민법 제823조제1항에서 열거한 법익에 대한 위법하고 유책한 침해의 경우에만 책임이 성립하고 열거된 법익을 침해하는 경우에만 위법성이 징표된다. 따라서 순수한 경제적 손해(pure economic loss, bloßer Vermögensschaden)는 독일민법 제823조제1항에 의하여 청구할 수 없다.<sup>3)</sup> 또한 독일민법 제823조제1항에서 열거된 법익은 고의 또는 과실에 의한 침해의 경우에만 책임이 있다. 이러한 차원에서 부정경쟁행위나 영업비밀 침해행위는 불법행위에 기초한 배타적 법익으로 보호받을 수 없다. 그렇지만 부정경쟁방지법에 의하여 고의 또는 과실에 의한 손해배상책임을 인정하고 있어서 적어도 부정경쟁방지법의 적용을 받는 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위는 배타적 권리의 침해행위와 유사하게 취급된다.

2) Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3Auff, J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), 1996. S.602.

3) Zweigert/Kötz, a.a.O., S.602.

## (2) 보호법규

독일민법은 제823조제2항에서 「타인의 보호를 목적으로 하는 법률에 위반한 자도 전항과 같다. 이 법률의 위반이 과실이 없이도 가능한 경우에는 과실이 있는 때에만 배상의무를 진다」라고 하여 타인의 보호를 목적으로 하는 법률에 위반한 자도 그 타인에 가한 손해를 배상해야 하지만, 과실이 있는 경우에 한정해서 손해배상의무를 지우고 있다. 민법 제823조제2항의 ‘보호법률(Schutzgesetze)’은 개인 또는 일정한 인적단체의 보호를 내용으로 하거나 목적으로 하는 모든 사법과 공법(특히 형법)이고 단순한 공익보호를 목적으로 하는 것은 해당되지 아니한다.<sup>4)</sup> 이 조항은 피해자의 건강, 소유권 또는 순수한 경제적 손해 중 어떠한 법익에 손해를 발생시켰는지의 여부는 중요하지 않다. 왜냐하면 보호법규의 의미와 목적을 감소 또는 제거하는 직접적인 위협의 실현이 있어야만 하기 때문이다.<sup>5)</sup> 예컨대, 형법이나 기타 법률에서 부정경쟁에 관련된 조항이나 보호법규의 의미가 있는 조항에 기초하여 민법 제750조의 불법행위책임을 부과할 수 있는 여지가 있다.

## (3) 선량한 풍속

독일민법은 제826조에서 「선량한 풍속에 반하는 방법에 의하여 고의로 타인에게 손해를 가한 자는 그 타인에 대하여 손해를 배상할 의무를 진다」라고 하여 독일민법 제823조제1항과 제2항에 더불어 불법행위에 있어서 제3의 작은 포괄적 조항이다. 독일민법 제826조는 독일민법 제823조의 열거된 권리 또는 법익침해가 아니라 순수한 경제적 손해를 배상하기 위한 포괄적 조항이라고 할 수 있다.<sup>6)</sup> 독일민법 제826조는 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위에 관련하여 주된 근거 조항으로 다루어지고 있으며 원칙적으로 고의를 요건으로 한다. 부정경쟁방지법상의 부정경쟁

---

4) Kötz, a.a.O., S.67.

5) Kötz, a.a.O., S.270.

6) Fuchs, Deliktsrecht, 2.Aufl., Springer, 1996. S.114; Zweigert/Kötz, a.a.O., S. 602.

행위나 영업비밀 침해행위가 비록 동법에 의하여 배타적 권리와 유사하게 다루어진다고 하여도 그 본질적인 특성은 선량한 풍속위반에 기초를 두고 있다.

## 2. 민법 제750조에 기초한 거래적 불법행위

### (1) 개 요

위에서 살펴본 것을 요약하면, 민법 제750조의 불법행위책임에 기초한 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위에 대한 보호는 원칙적으로 ‘선량한 풍속위반’과 같은 법리를 통하여 보호되고, 그 구제는 고의에 한정해서 손해배상청구만을 예정하고 있음을 알 수 있다. 우리나라의 경우에 민법 제750조는 일반적 불법행위구조를 도입하고 있어서 불법행위의 성립에 대한 구체적인 판단은 법원에 맡겨두고 있다. 따라서 민법에 의하면 배타적 권리에 해당되지 아니하는 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위는 그 보호여부와 보호범위까지도 상당부분에서 예견가능성이 낮다. 이와 같은 민법전의 태도는 입법의 유연성을 높이고 구체적 사안의 공정성 내지 형평성 등을 제고하는 차원에서 타당한 것이었으며 판례도 나름대로의 법리를 개발하여 왔다.

한편, 미국, 독일, 일본 및 우리나라에서는 부정경쟁과 관련된 위법행위의 유형과 그 보호범위 및 구제수단 등이 모두 판례에 의존하고 있어서 다양한 사건들을 통하여 나름대로 새로운 불법행위의 유형이 정착되고 있는데, 이들 중의 하나가 바로 거래적 불법행위라는 것이다. 판례를 통하여 개발된 거래적 불법행위 중에서 부정경쟁방지법과 같은 특별법으로 입법화 된 것도 있고 여전히 판례를 통하여 구체화되고 있는 것도 있다. 여기서 거래적 불법행위는 경제적 관계에 대한 부당한 간섭으로 야기되는 순수한 경제적 손해를 보상하는 각종의 불법행위를 총칭하는 용어이고, 이 불법행위의 주된 특징은 일반적으로 고의와 위법성을 요건으로 한다는 것이다. 거래적 불법행위는 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위를 포섭하는 보다 넓은 개념이다. 거래적 불법행위의 유형은 다양한데, 과거부터 일반적으로 알려진 ‘사기’, ‘협박’ 등의 불

법행위도 있고, ‘계약위반의 유인’이나 ‘영업에 대한 부당한 간섭’ 등 최근 에 이르러서야 불법행위로 체계화되고 있는 것도 있으며, 각국마다 발달 정도와 체계화에 차이가 나타나고 있다. 거래적 불법행위는 이와 같은 유형에서 알 수 있듯이 배타적 권리에 의한 보호가 아니라 선량한 풍속에 반하는 행위라는 차원에서 보호되고 있다는 점에서 특색이 있다. 거래적 불법행위의 유형이나 내용 등은 판례에 의하여 명확히 확정되어 있는 경우가 있는가 하면 여전히 개발단계에 있어서 불명확한 경우도 있다. 이러한 현상은 가장 선두적이라고 할 수 있는 미국도 그러하고, 독일<sup>7)</sup>·일본<sup>8)</sup> 및 우리나라<sup>9)</sup>도 마찬가지이다. 즉, 미국의 커먼로는 경제적

- 7) 독일은 순수한 경제적 손해에 관하여는 민법 제826조의 고의에 의한 선량한 풍속위반에 해당하는 경우에만 손해배상을 의도했으나, 민법시행 후에 이러한 입법자의 의도는 실무에서 계속 유지할 수 없게 되었다. 즉, 민법 제823조제2항, 민법 제826조 또는 기타 불법행위의 규정에 의한 보상청구권만으로 피해자를 보호할 수 없는 사례들이 나타났다. 이들 사례는 주로 경쟁자 또는 그밖의 자에 의하여 타인의 영업행위를 방해한 경우에 손해배상을 허용하는 것에 관련되어 있다. 결국 판례는 민법 제823조의 기타 권리로 영업권(Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)이라는 배타적 권리를 인정하였다. 제국최고법원은 처음으로 영업활동에 대한 직접적 침해의 경우에 민법 제823조제1항의 영업권을 인정하였고(RGZ 58, 24), 영업권의 보호범위를 영업의 존립에 대한 중대한 침해로 제한하였다. 연방대법원은 Constanze판결을 계기로 영업에 관련된 모든 영역으로 확대되는 기초를 마련하였지만(BGHZ 3, 270), 영업권의 단순한 침해가 아니라 직접적으로 또는 영업관련성이 있는 침해의 경우에만 성립하는 것으로 보았다(Karsten Schmidt, “Integritätschutz von Unternehmen nach §823 BGB”, JuS 1993, S.985). 영업권에 대한 전형적인 침해의 사례는 부당한 권리의 보존(BGHZ 38, 200. 예컨대, 특허권 또는 실용신안권이 성립하지 않았음에도 불구하고 이들 권리에 기초하여 방해제거 및 예방을 청구하므로 원고의 영업행위에 대한 침해를 들 수 있다), 영업에 유해한 사실의 유포(예컨대, 장기연체자라는 사실을 통지하는 경우이다), 부당한 가해적 영업비판(OLG Celle NJW 64, 1804), 부당한 불매운동의 유발(BGHZ 24, 200) 또는 저명상표의 희석(BGHZ 28, 320) 등을 들 수 있다.
- 8) 일본의 경우는 민법이 경제적 관계에 대한 부당한 간섭에 기초한 거래적 불법행위에 대하여는 아무런 규정이 없으므로 일본민법 제709조의 포괄규정에 의하여 규율될 수 밖에 없다. 일본의 판례는 계약책임이 아니라 민법 제709조와 제715조에 의한 손해배상청구를 인정하고 있고, 사기 또는 강박의 경우에는 거래적 불법행위로 취급하는 것에 다툼이 없다(前田達明, “權利侵害と違法性”, 新・現代損害賠償法 講座 2(山田豊生執筆代表), 日本評論社, 1998. 8면 참조).
- 9) 우리나라에 있어서도 경제적 이익에 대한 침해는 원칙적으로 고의의 위법행위의 경우에만 민법 제750조를 고려할 수 있다. 위법성의 요건과 관련하여 경제적 이익의 침해에 대한 위법성을 증명해야 한다. 최근 우리나라에서도 거래적 불법행위에 관련하여 계약위반의 유인(대판 1994. 03. 11, [93다55289] 등)과 사기(대판 1998. 3. 10, [97

관계에 대한 부당한 간섭에 기초한 불법행위를 다양한 영역에서 인정하고 있다. 즉, 사람의 명예와 신용에 대한 명예훼손과 대비되는 재산권의 비방에 대한 침해적 허위표시를, 타인의 상품이나 상표 등을 모방하는 사칭의 불법행위를 인정하고 있다. 또한 전통적인 사기·협박 및 공모의 불법행위 외에도 계약위반의 유인·부당한 수단에 의한 영업간섭을 인정되고 있으며, 이들은 여전히 관례에 의하여 구체화되고 있다. 여기서는 비교적 구체적인 법리를 구성하고 있는 미국의 커먼로상 거래적 불법행위의 유형과 그 내용을 살펴보는 것으로 대신하고자 하는데, 거래적 불법행위의 유형과 그 법리는 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위와의 비교 분석에 유용하다.

## (2) 부실표시와 관련된 거래적 불법행위

### (가) 사 기

피고가 의도적 또는 무분별한 허위정보로 원고에게 경제적 손해를 입히는 불법행위를 사기(deceit)라고 한다. 사기는 계약당사자뿐만 아니라 제3자에게도 불법행위가 된다. 일반적으로 원고가 상품을 구매하도록 유인하기 위하여 상품에 대한 허위의 주장을 하는 경우에 사기의 불법행위가 성립한다. 이러한 면에서 단순한 침묵이 아니라 구두 또는 서면의 형식에 의한 적극적인 표현을 필요로 한다.

미국의 ‘불법행위에 관한 두번째의 리스테인먼트’ 제525조에서는 ‘타인의 작위·부작위를 유인할 목적으로 사실, 주장, 의도 또는 법률에 대한 기망적인 부실표시를 한 자는 이를 정당하게 신뢰한 것으로 야기된 금전적 손해에 책임이 있다.’고 하고 있다. 이를 통하여 다음과 같은 5개의 요건을 끌어올 수 있다. 즉, 첫째, 피고에 의한 부실표시가 있어야 한다. 둘째, 부실표시에 대한 피고의 인식 또는 신뢰가 있어야 한다(또는 정보에 대한 충분한 근거가 없는 경우에도 동일하게 취급된다). 셋째, 부실표시의 신뢰로 원고의 작위 또는 부작위를 유인할 의도가 있어야 한

---

다55829] 등)에 관한 사례들이 증가하고 있다. 거래적 불법행위와 관련하여 국내에서 널리 알려진 상표·상호 등에 대한 불법행위는 부정경쟁방지법 제5조에서, 부당한 단합이나 불공정행위는 독점규제및공정거래에관한법률 제56조에서 그 보호를 구체화하고 있다.

다. 넷째, 표시에 대한 정당한 신뢰로 인한 원고의 작위 또는 부작위가 있어야 한다. 다섯째, 원고는 이러한 신뢰로 금전적 손해를 입어야 한다.

(나) 침해적 허위표시

부동산·동산·지적재산권 또는 이들의 품질에 대해 허위의 비방을 하는 경우에 침해적 허위표시(injurious falsehood)의 불법행위가 성립한다.<sup>10)</sup> 침해적 허위표시를 종종 ‘표제에 대한 명예훼손(slander of title)’과 ‘상품에 대한 명예훼손(slander of goods)’으로 나누기도 한다. 물론 서비스에 대한 명예훼손도 가능하다.<sup>11)</sup> 예컨대, *Cubby, Inc., v. CompuServe* 사건에서, 법원은 침해적 허위표시에 의한 불법행위가 성립하기 위해서는 원고의 영업을 방해하거나 또는 타인과의 관계를 차단할 수 있는 허위사실을 알고서 공개한 경우에 성립하고, 원고의 부정경쟁행위에 의한 청구도 침해적 허위표시에 기초하고 있으므로 고의를 증명해야 한다.<sup>12)</sup>

미연방대법원이 명예훼손과 프라이버시 침해에 대한 ‘수정헌법 제1조의 언론자유’에 의한 중대한 제한을 가한 것(과실의 도입)과 관련하여, 명예훼손에 관한 소송과 여러 면에서 유사한 침해적 허위표시에도 적용될 것인지는 명확하지 않다. 미국의 ‘불법행위에 관한 두번째의 리스트이트먼트’ 제623조 A는 ‘타인의 이익에 유해한 허위주장을 한 자가 금전적 이익을 해할 의도가 있었거나 가능성을 인식했어야만 하는 경우 또는 주장의 허위성을 알았거나 진위에 대한 무분별한 행위를 한 경우에 금전적 손해를 배상할 책임이 있다.’라고 하여 과실의 요소를 받아들였다. 여기에서 다음과 같은 요건을 끌어올 수 있다. 즉, 첫째, 재산의 명칭 또는 질, 일반적인 영업행위, 거래의 차단 또는 기타 불이익을 주기 위한 비방적인 사실의

10) 종종 disparagement of property, commercial disparagement 또는 trade libel이라고도 한다.

11) *Cubby, Inc., v. CompuServe, Inc.*, 776 F. Supp. 135(S.D.N.Y. 1991).

12) 이 사건에서 CompuServe사는 전자게시판의 운영자에 불과하므로 영업비방에 대한 책임을 부담하기 위해서는 Rumorville에 대한 허위주장을 알았거나 또는 알 수 있었다는 것을 증명해야 한다. 이들에 대한 증거가 없으므로 법원은 CompuServe사의 책임을 부인했다.

공개가 있어야 한다. 둘째, 원고는 이러한 비방이 허위임을 증명해야 한다. 셋째, 커먼로에서는 피고의 고의를 입증해야 한다. 즉, 피고의 책임은 고의 또는 무분별한 허위표시에 의한 경우에 책임이 성립한다. 그렇지만 연방대법원의 법리를 적용하면, 과실의 경우에도 책임이 성립할 수 있다.<sup>13)</sup> 넷째, 원고는 금전적인 손해에 대한 특별손해를 증명해야 한다.

#### (다) 사 칭

원고의 상품을 피고의 상품인 것처럼 소비자의 혼동을 야기하는 불법행위를 사칭(passing off, palming off)이라고 한다. 예컨대 원고의 상품, 명칭, 포장지, 라벨, 용기, 운송수단, 피용자의 복장 또는 영업소의 외관을 모방하는 경우가 여기에 해당된다.<sup>14)</sup> 사칭은 상인의 영업적인 명성과 신용이라는 자산적 가치를 보호한다. 사칭은 상품에 대한 명예훼손이 아니라 상인을 대표하는 명성에 관련되어 있다. 또한 원고를 기만하는 것이 아니라 제3자라는 점에서 침해적 허위표시와 비슷하지만, 원고의 상품에 관한 명성이나 신용을 이용하려는 피고의 간섭에 기초한 독립된 불법행위이다. 사칭은 원고의 상품이나 서비스와 관련하여 피고의 부당한 표시가 장래의 고객 또는 최종소비자에게 영업이나 신용을 훼손한 것으로 기대할 수 있어야 한다.

이 불법행위의 핵심은 소비자의 혼동에 책임의 기초를 두고 있으므로 상품과 그 출처 사이에 오인을 초래하지 아니하는 경우에는 원고의 상품에 대한 명칭 또는 특징을 복제했다고 하여도 책임이 성립하지 아니한다. 즉, 원고 상품의 명칭 또는 특징을 단순히 모방하는 것이 아니라 상품과 출처 사이의 관련성에 대한 혼동에 있다. 사칭은 미국에 있어서 커먼로상의 상표보호에 적합하고, 특히 상표침해에 이르지 아니한 행위에 대단히 중요한 역할을 한다. 사칭의 불법행위는 원고의 행위가 혼동 또는 기망을 야기할 부실표시로 족하고 고의는 요구되지 않는다.<sup>15)</sup>

13) see, Restatement of Torts(second), § 523 A, Comment d.

14) Keeton, Prosser and Keeton on Torts, 5th, Westpublishing Co. 1984, p.1015~1016.

15) Keeton, op. cit., p.1016.

(3) 위법한 수단에 관련된 거래적 불법행위

미국에 있어서도 위법한 수단의 사용에 의한 거래적 불법행위의 유형은 아직 정착되어 있지 아니하고, 위법한 수단에 대한 기준도 명확하지 아니한 측면이 있다. 여기서는 일반적으로 받아들여지고 있는 위법한 수단에 의한 불법행위 즉, ‘공모’·‘협박’·‘계약위반의 유인’ 및 ‘위법한 수단에 의한 영업의 간섭’에 대해서만 살펴본다.

(가) 공모

전통적으로 공모의 불법행위는 공모자에 의하여 사용된 수단이 적법한가 또는 위법한가에 따라서 둘로 나누어진다. 즉, 독립된 위법성을 요건으로 하지 않는 ‘해하기 위한 공모(conspiracy to injure)’와 ‘위법한 수단을 사용하기 위한 공모(conspiracy to use unlawful means)’가 있다. ‘해하기 위한 공모’는 둘 또는 그 이상의 자가 원고에게 손해를 가할 목적으로 합의하는 것에 기초를 둔 불법행위이다. 이 불법행위에는 피고들이 자신의 이익을 위한 정당한 담합이라는 것을 증명할 수 있는 경우에 넓은 정당화 사유가 허용된다. 공모에 의한 행위의 부당성은 원고가 증명해야 하고, 부당성의 기준은 아래의 계약위반의 유인에서 기술하는 것과 같다. ‘위법한 수단을 사용하기 위한 공모’는 피고가 자신들의 이익을 보호하기 위한 우월적 목적을 증명한다고 하여도 정당화되지 않는다. 즉, 위법한 수단의 사용만으로 불법행위를 구성한다.

(나) 계약위반의 유인

계약에 의한 의무는 원칙적으로 당사자에게만 미치므로 계약상의 권리와 의무를 상대적 권리라고 한다. 계약상 의무를 부담하는 자가 의무를 이행하지 아니한 경우에 계약법적인 원칙에 의하여 손해배상의무가 발생하고, 제3자가 계약상 의무를 이행할 수 없게 된 경우에 의무의 상대성으로 말미암아 원칙적으로 제3자에게는 어떠한 권리도 주장할 수 없다. 그렇지만 타인과 제3자 사이의 계약관계를 고의로 부당하게 간섭한 자에 대하여 ‘계약위반의 유인(inducing a breach of contract)’ 또는 ‘계

약의 간섭(interference with contractual relations)'이라는 불법행위가 인정된다.<sup>16)</sup> 이 불법행위는 원래 신분 또는 법적으로 승인된 관계에 대한 간섭에 기초를 두고 있었으나, 오늘날에는 계약에 대한 부당한 간섭으로 발달하였다. 일반적으로 계약의 간섭에 대한 책임의 기초는 고의이고 과실에 의한 간섭은 불법행위가 성립하지 아니한다.<sup>17)</sup> 다만, 순수한 경제적 손해보다는 오히려 신체적 손해와 관련하여 예외가 발생할 수 있다.<sup>18)</sup> 이 불법행위는 고의뿐만 아니라 위법성을 함께 요건으로 하고 있고, 불법행위에 있어서 타인의 계약관계를 고의적으로 간섭한 것이 위법한지의 판단기준은 다음과 같다.<sup>19)</sup> 즉, (i)행위자의 행동특성, (ii)행위자의 동기, (iii)행위자의 간섭에 대한 상대방의 이익, (iv)행위자가 추구한 이익, (v)행위자의 행동자유와 타인의 계약상 이익 보호에 있어서 사회적 이익, (vi)행위자의 간섭행위와의 인과관계, (vii)당사자 사이의 관계를 고려한다. 독일에 있어서도 제3자가 고의로 타인의 계약위반을 유인한 경우에 민법 제826조의 손해배상을 허용하고 있다.<sup>20)</sup>

미국에 있어서도 계약위반의 유인이라는 불법행위는 아직 개발단계에 있고 광범위한 면책사유가 허용된다. 즉, 원고 자신이 '우월적인 목적(이익)'을 가지고 있는 경우에는 비록 고의로 계약을 간섭했다고 하여도 면책된다. 또한 고의에 의한 경제적 손실을 끼친 것에 기초를 두고 있으며, 위법한 수단에 의한 영업간섭과는 별개의 불법행위로 다루어지고 있다. 이 불법행위의 요건은 영업의 위법한 간섭과 유사하지만, 위법한 수단의 요건이 결하고 있다는 점과 실질적으로 계약위반에 대한 유인을 증명해야 한다는 점에서 차이가 있다. 계약을 위반한 자에 대한 계약책임과 아울러 계약위반을 유인한 자에 대해 불법행위의 책임을 인정한다는 점에서 유용하다.<sup>21)</sup>

16) Restatement of Torts(second), §766 C.

17) Restatement of Torts(second), §766 C.

18) Keeton, op. cit., p.982.

19) Restatement of torts(second) §766 C.

20) 예컨대, 이중매매의 경우에 제3자가 계약위반을 유인하거나 또는 당사자와 담합하여 계약을 위반하는 것과 같이 풍속위반으로 비난할 만한 특별한 상황에서만 불법행위가 성립한다(BGHZ 12, 308; BGH NJW 1981, 2184; BGH NJW 1996, 128, 129).

21) K. M. Stanton, The Modern Law of Tort, Sweet&Maxwell, 1996. p.326.

(다) 협박

피고가 제3자에게 어떠한 행위를 행하거나 중단하지 아니하면 위법한 수단을 사용할 것이라는 위협으로 협박의 불법행위(intimidation)가 성립한다. 즉, 협박은 타인의 생명, 신체 또는 재산 등에 위협을 가하여 경제적 손해를 야기하므로 성립한다. 예컨대, 노동쟁의·경제적 압력을 행사할 것으로 위협하는 경우도 협박에 해당할 수 있다.<sup>22)</sup>

(라) 위법한 수단에 의한 영업의 간섭

피고가 원고의 영업에 의도적으로 위법한 수단을 사용하여 간섭한 경우에 성립하는 불법행위를 ‘위법한 수단에 의한 영업의 간섭(interference with trade or business by unlawful means)’이라 한다. 즉, 피고가 제3자사이의 계약을 차단할 목적으로 다수인을 상대로 위법한 수단을 사용한 경우에 이 불법행위가 성립한다. 이 경우에 계약관계가 존재하지 않으므로 계약의 간섭도 아니고, 피고의 단독행위이므로 공모도 아니다. 또한 위협이 없기 때문에 협박도 적용할 수 없다. 따라서 위법한 수단에 의한 영업의 간섭은 나름대로의 영역을 구축하고 있고, 일종의 불법행위(a prima facie tort)로 다루어진다. ‘위법한 수단’은 영업간섭의 불법행위에 핵심적인 요건이지만, 어떠한 유형의 행위가 해당되는지의 기준을 설정하기는 대단히 어렵다. 일반적으로 불법행위, 범죄 또는 계약위반의 유인 등을 들고 있으나, 개별적인 사건에 따라서 법원이 판단해야 할 문제로 남겨져 있다.<sup>23)</sup>

3. 소 결

이상에서 살펴본 것처럼 거래적 불법행위의 유형은 미국의 판례에서 다른 외국보다도 구체적이고 명확한 법리를 개발하여 왔다. 이들 불법행위의 유형은 독일, 일본 및 우리나라와 같은 대륙법계의 판례에 있어서

22) 미연방대법원은 일정한 상황에서 전통적인 커먼로의 불법행위 뿐만 아니라 연방법에 의하여 보이콧(boycotts) 자체가 위법할 수 있다고 한다(Klor's, Inc., v. Broadway-Hale Stores, Inc., 1959, 359 U.S. 207, 79 S.Ct. 705, 3 L. Ed. 2d 741).

23) K. M. Stanton, op. cit., p.323.

도 상당히 유사한 논리 구성하고 있는 것은 사실이지만 그 나라의 경제 여건 등에 따라서 발달의 정도에 차이가 있다. 현행 우리나라의 부정경쟁이 부정경쟁방지법으로 보호받을 수 없는 경우에 보충적으로 민법 제 750조에 의한 불법행위로 보호받을 수 있느냐가 문제된다.

거래적 불법행위는 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위의 법리구성에 대한 출발점이고 이들 거래적 불법행위로부터 선별하여 입법화 한 것이 바로 부정경쟁방지법이다. 미국의 '부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테이터먼트'에서 다루고 있는 부정경쟁에 해당하는 행위의 유형에서 볼 수 있듯이 위에서 살펴본 거래적 불법행위와 상당부분에서 중복되는 것을 발견할 수 있다. 결국 위에서 살펴본 거래적 불법행위와 부정경쟁방지법의 부정경쟁에 해당하는 행위는 상당부분에서 중복될 수 있고 그 법리구성도 유사하다. 물론 우리나라의 부정경쟁방지법상의 부정경쟁에 해당하는 유형과 위에서 살펴본 거래적 불법행위의 유형에서 중복되는 것도 있으나 그러하지 아니한 것도 있다. 구체적으로 위에서 살펴본 거래적 불법행위 중에서 사기, 침해적 허위표시, 사칭, 공모, 계약위반의 유인, 협박, 위법한 수단에 의한 영업의 간섭 등은 여전히 민법 제750조에 기초를 두고 있으며 여기에서 분리되어 독립된 입법의 형태로 발달한 것이 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위이다. 따라서 거래적 불법행위에는 민법 제750조의 손해배상청구권에 의하여 보호되지만, 부정경쟁방지법에 의한 부정경쟁에 해당되는 경우에는 손해배상청구는 물론 금지청구가 가능하고 특히 영업비밀 침해행위에 해당하는 때에는 보다 강력한 형사처벌도 가능하다.

## 제 2 절 각국의 입법례

### I. 미 국

#### 1. 개 관

앞에서 간략히 살펴본 것처럼 미국에서 부정경쟁행위는 커먼로에 기초하여 다양하게 발달되어 왔으며, 거래적 불법행위의 유형으로 다루어졌

다. 부정경쟁행위를 조문형태로 표현한 것이 1995년에 ‘부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테이트먼트(Restatement of the Law Third unfair Competition)’이고, 여기에서는 영업비밀 침해행위를 포함한 부정경쟁행위에 대한 일반원칙을 범조항 방식으로 체계화하였다.

미국에서 영업비밀은 저작권과 상표권의 보호와 달리 연방법이 아니라 주법에 의해 보호되어 왔고, 영업비밀의 보호는 19세기초부터 커먼로에 기초하여 영업비밀의 침해행위를 불법행위로 다루었다. 즉, 각주의 커먼로는 각각의 주가 독자성을 유지하지만 영업비밀의 보호에 대해서는 거의 공통한 법원칙을 발전시켜 왔는데, 영업비밀 보호에 관한 여러 주의 판례법 원칙은 불공정행위의 하나로 다루어졌다. 영업비밀과 관련해서 미국법률가협회(American Law Institute)가 1939년 ‘불법행위에 관한 첫번째의 리스테이트먼트(Restatement(first)of torts(1939))’에서 영업비밀에 관한 일반원칙을 규정하였다. 이를 기초로 통일주법위원회(National of Commissioners on Uniform State Laws, NCC)는 1979년 영업비밀에 관한 모델법으로 ‘통일영업비밀법(Uniform Trade Secret Act, UTSA)’을 마련하였고, 최근에는 영업비밀의 형사적 보호를 위하여 연방법의 형태로 산업스파이법(Economic Espionage Act of 1996)이 제정되었다.

## 2. 불법행위에 관한 첫번째의 리스테이트먼트

‘불법행위에 관한 첫번째의 리스테이트먼트’<sup>24)</sup>는 제정법이 아니어서 각 주의 법원을 구속하지 못하나, 커먼로의 공통원칙을 표현한 것으로서 높이 평가되고 있다. 동 리스테이트먼트 제757조 주석(b)에 기재되어 있는 영업비밀의 정의는 연방대법원의 판례나 주법원의 판례에서 종종 사용된다. 즉, 동 리스테이트먼트 제757조 주석(b)에서는 사업에서 이용되는 제법, 양식, 장치, 정보의 조합으로 구성되며, 이는 보유자에게 그것을 가지고 있지 않은 사람이나 사용하지 않은 사람에 비해 경제적 이익

---

24) The American Law Institute, First Restatement of Torts, American Law Institute Publishers, 1934.

을 얻을 기회를 주는 것으로 화학성분을 위한 제법, 제조공정, 재료의 처리 또는 보존, 기계나 다른 장치를 위한 양식, 고객명부 등이라고 규정하고 있다.

동 리스테이먼트 제757조의 평석(b)에서는 보호를 구하는 정보가 영업비밀이기 위하여 부정한 수단을 사용하지 않으면 정보의 취득이 곤란한 실질적인 비밀의 요소가 존재해야 하며, 비밀성에 대하여 고려해야 할 6가지 요소는 다음과 같다.

- (i) 정보가 기업외부에 알려져 있는 정도
- (ii) 정보가 기업내의 종업원이나 관련자에게 알려져 있는 정도
- (iii) 기업이 당해 정보의 비밀을 지키기 위하여 취하고 있는 조치의 정도
- (iv) 보유자와 경쟁자에 대한 정보의 가치
- (v) 정보의 개발을 위해 소모한 노력과 비용
- (vi) 제3자가 그 정보를 적법하게 취득하거나 복제하는 난이도 정도

### 3. 통일영업비밀보호법

‘불법행위에 관한 첫번째의 리스테이먼트’를 이어받아 주법의 통일을 위한 통일주법위원회가 10년 이상의 연구 검토를 한 결과 1979년 미국의 여러 주에서 제정되어 있는 영업비밀보호법을 통일하는 작업을 수행하여 통일영업비밀보호법을 제정 공포하였다(동법의 번역은 [부록 2]에 첨부되어 있음). 동 위원회는 각 주에 대하여 통일영업비밀보호법을 주법으로 채택하도록 권고하였다. 통일영업비밀보호법은 각 주 영업비밀보호법의 불명확성을 제거하기 위한 목적으로 제정된 통일법이지만 각 주에서 개개의 수정을 하고 있으며 또한 1985년 일부조항의 개정에 따라서 주법에서 부분적인 개정을 실시하고 있는 주가 있는 등 상세한 내용은 주마다 차이가 있다.

동법 제4조에서는 영업비밀에 대하여 제법, 양식, 데이터의 편집, 프로그램, 고안, 방법, 기술 또는 공정을 포함하는 다음과 같은 정보라고 정의하고 있다. 첫째, 공개 또는 사용에 의해 경제적 가치를 얻을 수 있는

자에게 일반적으로 알려져 있지 않고 또 그들이 정당한 수단에 의하여서는 쉽게 알아낼 수 없기 때문에 현실적으로나 잠재적으로 독립한 경제가치를 얻을 수 있고, 둘째, 비밀성을 유지하기 위하여 합리적 노력을 다한 정보라고 규정하고 있다. 따라서 ‘불법행위에 관한 첫번째의 리스테인터먼트’와 유사하게 영업비밀 보유자가 비밀성 유지를 위하여 합리적 조치를 취할 의무가 있다고 규정하지만, 통일영업비밀보호법의 영업비밀의 정의는 ‘불법행위에 관한 첫번째의 리스테인터먼트’의 정의와 달리 “사업에 계속적으로 사용되고 있는” 요건을 삭제하고 잠재적인 경제적 가치의 존재를 인정함으로써 영업비밀의 보호를 위해 ‘불법행위에 관한 첫번째의 리스테인터먼트’의 정의보다 그 범위를 확장하였다.

#### 4. 부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테인터먼트

1993년에 마련된 ‘부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테인터먼트’<sup>25)</sup>는 미국법률가협회가 부정경쟁행위의 광범위한 영역을 커버하는 포괄적인 법칙을 기술한 것으로 영업비밀 보호이론의 틀을 마련한 최근의 노력이다(동 리스테인터먼트의 범조항에 대한 번역문은 [부록 3]을 참조). 동 리스테인터먼트는 부정경쟁행위와 관련된 커먼로의 법리를 조문화시키는 작업을 완성하여 체계화하였는데, 간략히 내용을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 동 리스테인터먼트는 제2장에서 사기적 거래라는 명칭하에 상품이나 서비스의 거래에 있어서 구매자를 기망 또는 오인하게 할 수 있는 표시를 한 자에 대하여 그 피해를 회복하는 구제를 허용하고 있다. 즉, 타인의 상품이나 관련성을 기망이나 오인하게 하는 표시의 경우, 타인의 영업에 손실을 끼치는 표시의 경우, 타인에 의해 생산·공급되는 상품이나 서비스가 행위자 또는 제3자가 생산이나 공급하는 것으로 기망 내지는 오인하게 하는 표시, 타인상품이나 서비스의 생산자·공급자를 기망 또는 오인할 수 있는 허위표시, 사기적 거래에 실질적인 기여를 하는 자에 대한 책임을 마련하고 있다. 둘째, 상표법에 관련된 커먼로상의 원칙

25) The American Law Institute, Restatement(third) of the Law Unfair Competition, American Law Institute Publishers, 1993.

을 법조항의 방식으로 표현하고 있다.<sup>26)</sup> 이러한 차원에서 상표는 부정경쟁행위의 차원에서 독자적인 재산권으로까지 발달했다. 셋째, 거래가치의 부당이용이라는 장을 통하여 영업비밀의 부당이용, 타인의 인격적 가치에 대한 부당이용 및 기타 법령의 위반이나 계약 또는 저작권법상의 저작인격권의 침해행위에 대하여 규정하고 있다. 즉, 영업비밀과 관련해서는 영업비밀의 개념정의, 영업비밀의 부당이용, 비밀유지의무, 영업비밀의 부정취득, 영업비밀의 부당이용에 대한 금지명령과 손해배상청구에 대하여 상세한 조항을 마련하고 있으며 인격권의 재산적 가치에 대한 보호와 관련해서도 퍼블리시티권에 대한 정의와 그 사용을 비롯하여 금지명령 및 손해배상에 대한 규정을 하고 있다.

한편, 동 리스테인먼트 제39조에서는 영업비밀에 대하여 「영업비밀이라 함은 영업 또는 기타 운영에 있어서 이용 가능하고 또한 타인에 대해 현실적으로나 잠재적으로 경제적 우위를 주는데 충분한 가치를 가진 비밀정보를 말한다」로 정의하였다. 동 리스테인먼트는 「불법행위에 관한 첫번째의 리스테인먼트」 및 「통일영업비밀보호법」과는 달리 영업비밀의 요건으로 신규성을 들지 않고 경제적 가치와 비밀성에 초점을 두었다. 즉, 동 리스테인먼트 제39조 주식(f)에서 영업비밀에는 특허법상의 신규성은 필요하지 않고 영업비밀에서 신규성의 요건은 비밀성이라는 용어와 동의어라고 규정하였으며 동 리스테인먼트 제39조 주식(g)는 「정보에 경제성, 비밀성이 명백하면 영업비밀보유자가 특별한 조치를 취했다는 증거는 반드시 필요하지 아니한다」고 규정하고 있다. 동 리스테인먼트는 비밀성에 대하여도 제39조 주식(f)에서 「정보가 영업비밀로서 자격을 가지려면 비밀성을 가지고 있어야 하지만 비밀성은 절대적일 필요는 없으며 정보를 가진 사람에게 현실적이거나 잠재적인 경제적 이익을 줄 정도면 비밀성이 충분하다」고 보는 상대적 비밀성 원리를 천명하고 있다.

26) 상표는 다른 지적재산권과 달리 정신적 창조물을 보호하는 것이 아니라 상품 또는 서비스의 출처에 대한 사기와 혼동을 방지하여 상품 또는 서비스에 대한 상표권자의 신용과 명성을 보호한다. 즉, 상표권을 인정하는 주된 이유는 상품의 출처 또는 질의 혼동을 방지하여 소비자를 보호하려는 공공정책에 있다. 다른 한편, 상표는 상표소유자의 신용을 표상하는 무형적 자산(goodwill)으로 기능을 하므로 배타적 권리를 상표소유자에게 부여하고 있다.

## 5. 산업스파이법

미국에서는 영업비밀의 형사적 보호를 연방차원에서 실현하고자 연방 법으로 산업스파이법을 제정하였는데(동법의 범문은 [부록 4]에서 번역되어 있음), 이 법의 제정이유는 산업스파이의 증가에 따른 막대한 재산적 손실에서 찾을 수 있다. 당시에 손실의 정도는 연간 최소 18억 달러에서 최대 250억 달러까지 추산되며 산업스파이의 숫자도 1992년에서 1996년 사이에 323% 증가한 것으로 나타나고 있다.<sup>27)</sup> 이처럼 산업스파이가 증가하게 된 원인으로는 냉전의 종식에 따라 종래 군사적 경쟁에서 경제적 경쟁으로 관심이 이동되었고 컴퓨터 및 인터넷의 보급에 따라 타인의 정보에 접근할 수 있는 기회가 증가하였으며 피해기업이 시간이나 비용 등의 이유로 손해배상소송을 기피하고, 영업비밀침해가 대외적으로 알려질 경우 주식가격이나 고객의 신뢰에 영향을 미칠 것을 우려하여 고소를 자제한 점 등을 들고 있다. 또한 주법도 영업비밀을 효과적으로 보호해 주지 못하였다. 많은 주에서 영업비밀침해죄를 규정하고 있었지만 주의 경우 사건의 충분한 조사를 위한 인적·물적 자원이 부족하고 주영역을 넘어서는 사건의 경우 관할문제로 수사할 수 없으며 많은 주에서 영업비밀침해를 경죄로 규정하고 있었기 때문에 억제효과를 기대하기 어려웠다. 이와 같은 상황에서 미의회는 새로운 입법안을 마련하였고 1996년 10월 11일 빌 클린턴 대통령이 서명함으로써 산업스파이법이 성립하게 되었다.<sup>28)</sup>

동법은 영업비밀에 관한 형법이라고도 한다. 즉, 동법은 제1839조에서 영업비밀에 대하여 모든 종류나 형태의 금융, 상업, 과학, 기술, 경제, 엔지니어링 등에 대한 정보로서 그것이 유체물이든 무체물이든 문지 않고 또 물리적 방식이든 전자방식이든 도형방식이든 사진방식이든 혹은 문서에 의한 저장·편집 또는 기억되어 있는가 아닌가 또는 그 방법에 관계없이 보유자가 당해 정보를 비밀로 유지하기 위하여 합리적인 수단

27) 김재봉, 영업비밀의 형사법적 보호방안, 형사정책(제14권제1호), 2002. 174-175면 참조.

28) 김재봉, 위의 논문, 175면 참조.

을 사용하여 왔고 정보가 공중에 일반적으로 알려져 있지 않음으로써 또 적절한 수단으로는 쉽게 확인할 수 없다는 점에서 현실적으로나 잠재적으로 독립한 경제적 가치가 있는 양식, 계획, 데이터의 집적, 프로그램 고안, 공식, 설계, 원형, 방법, 기술, 공정, 과정, 프로그램 또는 코드를 포함한다고 규정하고 있다. 동법은 제1831조 (a)에서 「누구든지 범죄행위를 통하여 외국의 정부, 정부기관 또는 정부관리를 이롭게 하기 위하여 또는 이롭게 함을 알면서도 고의로 다음의 행위를 하는 경우에는 (b)항에서 규정하고 있는 경우를 제외하고 \$500,000이하의 벌금 또는 15년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과할 수 있다」라고 하고 있으며, 동법 제1831조(b)에서는 단체가 이와 같은 범죄를 행한 경우 \$10,000,000 이하의 벌금에 처해하도록 하여 매우 강력한 형벌을 마련하고 있다. 또한 동법은 제1832조(a)에서 고의로 영업비밀을 침해하는 자에 대하여 본법에 따른 벌금 또는 10년 이하의 벌금에 처하거나 양자를 병과할 수 있으며, 단체의 경우에는 \$5,000,000 이하의 벌금에 처하도록 하였다.

## II. 독일

독일에서 부정경쟁행위의 방지는 민법 제823조제1항의 영업권, 민법 제823조제2항의 보호법규 또는 민법 제826조의 고의에 의한 풍속위반을 통하여 이루어지고 있으며, 특히 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)이 중요한 역할을 한다. 즉, 독일의 경우에는 선량한 풍속위반행위에 대해서는 행위자가 경업의 목적으로 행위를 한 경우에는 부정경쟁방지법이 적용되고 경업목적이 없는 경우에는 민법 제826조가 적용된다. 즉, 민법 제826조는 선량한 풍속위반의 요건하에 손해배상만을 규정하고 있지만, 경업의 목적이 있을 경우 손해배상뿐만 아니라 금지청구를 인정한 점에서 부정경쟁방지법의 의미가 있다. 따라서 독일의 경우 부정경쟁방지법은 민사적 구제와 관련해서는 한층 의미가 있다. 독일에서 영업비밀의 보호는 초기에 노하우(know-how)의 보호에서 출발하였으며 영업상의 정보는 포함하지 않았다.<sup>29)</sup> 그렇지만 부

29) 노하우는 영업비밀보다는 좁은 개념으로 고객명단과 같은 영업상의 정보를 포함하지

정경쟁방지법이 1896년에 제정된 이후 2004년 전면개정을 포함하여 6차에 걸친 개정이 이루어지면서 그 보호범위를 넓혀왔다(동법의 번역문은 [부록 5]에 수록되어 있음).

올해 개정된 부정경쟁방지법의 구성과 내용을 살펴보면, 다음과 같다. 첫째, 동법은 사업자간의 공정경쟁과 소비자보호에 대하여 강조하고 있는 점이 입법목적과 법전반에 있어서 특색이 있다. 즉, 동법 제1조에서는 경쟁자, 소비자 및 거래참여자를 부정경쟁으로부터 보호하고 공정경쟁이라는 공공복리의 실현을 선언하고 있으며, 동법 제2조제2항에서는 민법 제13조와 제14조의 소비자와 사업자라는 개념을 준용하고 있다. 둘째, 동법은 부정경쟁금지에 대하여 제3조에서 포괄적으로 금지함을 선언하고 있으며 동법 제4조에서 부정경쟁에 해당하는 개별적인 사례를 예시하고 있다. 예컨대, (i)부당한 압력이나 영향력 행사로 구매를 강요하는 경쟁행위 (ii)미성년자 또는 소비자의 경솔·궁박·강박상태를 이용하는 경쟁행위 (iii)사행성의 광고를 통한 경쟁행위 (iv)가격인하, 끼워팔기 또는 사은품증정시에 그 조건을 명시하지 아니하는 경쟁행위 (v)광고성의 퀴즈나 추첨의 경우 상품이나 용역의 구입을 조건으로 하는 경쟁행위 (vi)다른 사업자의 상품이나 용역에 대한 비방 등을 하는 경쟁행위 (vii)부정확한 사실의 유포에 의한 경쟁행위 (viii)다른 경쟁자의 상품이나 용역의 모방을 통한 경쟁행위 (ix)다른 경쟁자를 의도적으로 방해하는 경쟁행위 (x)상품이나 용역의 거래행위를 규율하는 법규에 반하는 경쟁행위를 들고 있다. 셋째, 동법은 제5조에서 오인을 유발하는 광고를 금지하고 부정경쟁행위의 한 유형으로 다루고 있으며 동법 제6조에서 비교광고의 경우에 다음에 해당하면 부정경쟁행위로 보았다. 즉, (i)상품이나 용역의 수요 등과 관련이 없는 비교광고 (ii)상품이나 용역의 특성과 관련이 없거나 가격과 관련이 없는 비교광고 (iii)영업주체나 상품주체 및 상표에 혼동으로 초래하는 비교광고 (iv)경쟁자의 상표가치를 부당이용 또는 침해하는 비교광고 (v)경쟁자의 상품이나 용역과 영업관계를 해하는 비교광고 (vi)보호되는 상표의 상품이나 용역을 모방하는 비교광고가 여기에 해당된다.

---

아니하는 기술적 지식을 중심으로 한 개념이다.

### Ⅲ. 일 본

일본은 부정경쟁에 관련해서 민법과 부정경쟁방지법이 주로 관련되어 있지만 사적독점의금지및공정거래의확보에관한법률, 부당경품류및부당표시방지법 등을 마련하고 있는 점 등에서 관련된 사항들이 있다. 일본민법은 제709조에 기초하여 부정경쟁행위를 규율하고 있고 부정경쟁행위 중에서 몇 개의 사례를 선별하여 소위 부정경쟁방지법으로 규율하고 있으며 영업비밀 침해행위도 여기에 포함되어 보호된다. 구체적으로 일본의 부정경쟁방지법에서 규율하는 사항(상품이나 영업의 혼동행위, 저명상표의 표시와 혼동행위, 타인상품의 모방, 영업비밀의 침해, 도메인 네임 등)은 우리나라의 부정경쟁방지법에서 규율하는 사항과 유사하고, 법조항에 있어서 제3조에서 금지청구, 제4조에서 손해배상, 제5조에서 손해액의 추정 등, 제6조에서 서류의 제출 등, 제6조의3에서 상당한 손해액의 인정, 제7조에서 신용회복의 조치, 제8조에서 소멸시효 등 유사한 형태에 해당되고 그 내용도 유사하다. 그렇지만 일본의 부정경쟁방지법에서는 법체계상으로도 법문의 내용상으로도 부정경쟁행위와 영업비밀침해행위를 동시에 규율하고 있다는 점에서 차이가 있다.

한편, 일본의 부정경쟁방지법은 제2조에서 부정경쟁의 개념정의에서 해당하는 사례를 열거하고 있는데 영업주체의 혼동, 상품의 혼동, 타인상품의 모방, 영업비밀의 부정취득이나 사용 또는 공개, 기술적 제한조치의 해제 등, 도메인 이름의 부정등록이나 사용 등, 상품의 원산지 등의 오인 표시, 영업관련 허위사실의 고지나 유포, 파리조약에 위반하는 상표의 사용 등을 부정경쟁에 해당하는 행위로 다루고 있으며 일본의 부정경쟁방지법 제2조제4항에서도 『영업비밀이란 비밀로 관리되고 있는 생산방법, 판매방법 기타 사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보로 공연히 알려지지 아니한 것을 말한다』고 정의하고 있다.

#### IV. 한 국

우리나라에서는 부정경쟁에 관련해서 민법 제750조, 부정경쟁방지법, 독점규제및공정거래에관한법률, 표시·광고의공정화에관한법률, 상표법 등 여러 법령이 있는데,<sup>30)</sup> 여기서는 부정경쟁 중에서 부정경쟁방지법에서 규율하고 있는 영업비밀과 관련된 사항을 중심으로 살펴보는 관계로 관련 법률의 내용과 입법연역을 간략히 살펴본다.<sup>31)</sup>

##### 1. 부정경쟁방지법

###### (1) 1961년 제정이유

우리나라의 부정경쟁방지법은 1961년에 개정되었는데, 당시에 그 제정이유로 『부정한 수단에 의한 상업상의 경쟁을 방지하여 건전한 상거래의 질서를 유지하려는 것임』이라고 밝히고 있다. 당시 주요내용은 첫째 부정경쟁행위의 범위를 정하고, 둘째 고의 또는 과실로 부정경쟁행위를

30) 헌법재판소는 부정경쟁방지법과 상표법의 적용에 있어서 양법이 저촉·충돌되지 아니함을 인정하고 있다. 즉, 『부정경쟁방지법과 상표법과의 관계, 이 사건 법률조항의 입법배경 및 판례의 해석에 의해 구체화된 내용 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항은 서로 밀접한 관계에 있으면서도 구체적 입법목적과 규율방법을 달리함으로써 상호간에 저촉, 충돌의 가능성을 가지고 있는 위 양법의 관계를 분명히 함으로써 이러한 저촉, 충돌에 대비하기 위한 것임을 알 수 있다. 당해사건과 같이 상표법위반이 성립되지 않는 경우는 양법이 경합 또는 저촉되는 경우를 대비한 이 사건 법률조항의 규율대상에 포함되지 않으며, 이 사건 법률조항이 청구인의 주장과 같이 상표법상 상표나 서비스표로 등록될 수 없는 표지는 부정경쟁방지법의 보호대상도 될 수 없다거나, 상표법상 상표나 서비스표로 일단 등록이 된 표지에 관한 권리 침해 여부에 대해서는 상표법만 적용되고 부정경쟁방지법은 적용될 수 없다는 의미로 해석될 여지는 없다. 결국, 상표법위반이 성립되지 않고 부정경쟁방지법위반 여부만 문제되는 당해사건에 대해서는 이 사건 법률조항이 적용되지 아니하며, 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 수 없으므로 이 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다』고 보았다(헌재 2001.9.27, [99헌바77]).

31) 독점규제법과 부정경쟁방지법을 두 축으로 하는 경쟁법 체계를 확립하여 수 많은 법규에 산재해 있는 경쟁관련조항을 수습하여 집대성하고, 불필요하게 분화되어 있으며 경우에 따라서는 옥상옥의 규제를 가하고 있는 감독체계 내지 규제체계를 일원화하여 행정의 비능률과 불통일을 시급하게 바로 잡아야 한다는 견해도 있다(정호렬, 부정경쟁방지법론, 삼지원, 1993. 287-288면 참조).

한 자는 손해배상책임을 지도록 하는 것이었다. 동법에서는 영업비밀을 포함하고 있지 않았다.

## (2) 1998년 개정이유

부정경쟁방지법은 1998년에 개정되었는데, 그 이유로 『최근 우리 기업의 기술수준이 향상되고 국제교류가 증대됨에 따라 핵심기술의 유출 등 영업비밀 침해행위의 증가가 우려되므로 이에 효율적으로 대처할 수 있도록 관련 규정을 보완하고, 위조상품의 제조·판매 등 부정경쟁행위를 조사할 수 있도록 함으로써 건전한 거래질서를 확립하려는 것임』이라고 밝히고 있다.

1998년 개정의 주요사항은 첫째, 이 법이 규율하고 있는 사항중 영업비밀의 보호에 관한 내용의 비중이 커지고 있으므로 이를 반영하여 제명을 ‘부정경쟁방지법’에서 ‘부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률’로 변경하고, 둘째, 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인한 손해배상을 청구하는 경우 당해 행위를 한 자가 그로 인하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 청구인의 손해의 액으로 추정하도록 하는 등 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자가 손해배상청구소송을 용이하게 수행할 수 있도록 하며, 셋째, 기업에 유용한 기술상의 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알고 제3자에게 누설한 자를 더 무겁게 처벌할 수 있게 하여 영업비밀의 해외 유출을 방지하도록 하였다. 넷째, 종전에는 기업의 현직 임직원의 부정한 이익을 얻거나 그 기업에 손해를 가할 목적으로 그 기업에 특유한 생산 기술에 관한 영업비밀을 제3자에게 누설할 경우에 한하여 처벌하였으나, 앞으로는 전직 임직원이 제3자에게 누설한 경우에도 이를 처벌하도록 하고, 그 형량도 상향조정함으로써 영업비밀 침해행위를 방지할 수 있는 제도적 기반을 확충하고 다섯째, 위조상품의 제조·판매 등 부정경쟁행위를 조사할 수 있는 근거를 마련하고, 그 실효성 확보를 위하여 조사를 거부·방해 또는 기피한 경우에는 과태료를 부과할 수 있도록 하는 것을 내용으로 하였다.

(3) 1999년 개정이유

1999년의 부정경쟁방지법 개정에서는 「시장구조가 공급자중심에서 수요자중심으로 전환되고 소비자의 올바른 상품선택이 시장경쟁을 촉진하는 관건이 되어 감에 따라 허위, 기망등의 부당한 표시·광고를 보다 효과적으로 시정하고 소비자에게 바르고 유용한 시장정보를 제공하도록 하기 위하여 현행 독점규제및공정거래에관한법률에 규정된 표시·광고관련 제도의 미비점을 보완하여 새로이 이 법을 제정하려는 것임」이라고 그 이유를 밝히고 있다.

개정의 주요골자는 첫째, 소비자를 보호하고 공정한 거래질서를 확립하기 위하여 허위·과장, 기만, 비방등의 부당한 표시·광고행위를 금지하였다. 둘째, 사업자등이 소비자에게 제공하여야 할 필요가 있는 중요한 상품정보 등은 공정거래위원회가 관계부처, 사업자·소비자단체등과 협의하여 의무적 표시·광고사항으로 고시하고 사업자등은 이를 반영하도록 함으로써 소비자의 합리적 선택에 도움이 되도록 하며, 셋째, 공정거래위원회는 부당한 표시·광고행위에 대하여 그 사실과 관련하여 실증이 필요한 경우에는 관련자료의 제출을 요청할 수 있도록 함으로써 부당한 표시·광고를 억제하도록 하였다. 다섯째, 사업자의 자유로운 영업활동을 보장하고 경쟁을 촉진하기 위하여 사업자단체가 법률의 근거없이 사업자의 표시·광고행위를 제한할 수 없도록 하고, 여섯째, 부당한 표시·광고의 시정을 위하여 당해 행위의 중지·법위반사실의 공표등 시정조치를 명하고 과징금을 부과할 수 있도록 하며, 일곱째, 시정조치의 필요성이 시급한 부당표시·광고행위를 일시 중지시켜 소비자 및 경쟁사업자를 보호하는 임시중지명령제도를 도입하였다.

(4) 2001년 개정이유

2001년의 부정경쟁방지법 개정에서는 상표법조약(Trademark Law Treaty) 가입 추진을 위한 준비단계로서 부정경쟁행위 유형의 추가 등 동조약 가입을 위하여 이행하여야 할 사항을 정하는 한편, 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위와 관련된 소송을 보다 용이하게 진행하여 부정

경쟁행위 등으로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자의 손해를 효과적으로 보전할 수 있도록 하기 위하여 손해액 산정방식을 개선하는 등 현행 규정의 시행상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것이었다.

주된 개정사항은 첫째, 유명상표와의 혼동외에 비상업적 사용등 정당한 사유없이 유명상표의 표지의 식별력이나 명성을 손상시키는 행위를 부정경쟁행위의 유형으로 추가하고 이러한 손상행위에 대하여는 다른 부정경쟁행위와 달리 고의가 있는 경우에만 손해배상 및 신용회복의 책임을 묻도록 하고, 둘째, 상표권자의 대리인이나 대표자, 또는 대리인이나 대표자이었던 자가 정당한 사유 없이 상표권자의 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 상표의 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용한 경우를 부정경쟁행위의 유형에 추가하여 파리협약 제6조의7 제2항의 내용을 이 법에 수용하였다. 셋째, 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인한 손해액을 침해자가 양도한 수량에 침해당한 자가 그 물건의 판매로 얻을 수 있는 단위수량당 이익액을 곱한 금액으로 보다 구체화하고, 손해액의 입증이 성질상 극히 곤란한 경우에는 법원이 구술변론 전체의 취지 등에 기초하여 손해액을 인정할 수 있도록 하였다.

#### (5) 2004년 개정이유

부정경쟁방지법은 올해에도 개정되었는데, 그 개정에서는 부정한 목적으로 타인의 성명·상호·상표 등과 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·사용하는 등의 행위를 부정경쟁행위에 추가하고, 기업의 영업비밀 보호를 강화하기 위하여 기업의 영업비밀 침해행위의 처벌대상과 보호되는 기업의 영업비밀을 확대하며, 기업의 영업비밀을 침해한 자에 대한 형사처벌을 강화하는 한편, 현행제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 보완하였다.

주요개정 사항은 첫째, 상표등 표지에 대하여 정당한 권한이 있는 자들에게 판매·대여할 목적으로 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위와 타인의 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여하는 등의 행위를 부정경쟁행위에 추가하고 둘째, 종전에는 영업비밀 침해행위

의 처벌대상을 해당 기업의 전·현직 임직원으로 하고 보호대상 영업비밀을 기술상의 영업비밀로 한정하였으나 처벌대상을 모든 위반자로 확대하고 보호대상 영업비밀에 경영상 영업비밀을 추가하도록 하며, 영업비밀 침해행위에 대하여 1억원 이하 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하던 것을 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금으로 상향 조정하였다. 셋째, 기업의 영업비밀 침해죄와 관련된 친고죄 규정을 삭제하고 미수범과 예비·음모자를 처벌하도록 하였으며 넷째, 종전에는 부정경쟁행위 및 국기(國旗)·국장(國章) 등의 사용금지의무위반에 대하여만 양벌규정의 적용을 받도록 하였으나, 기업의 영업비밀 침해행위에 대하여도 양벌규정의 적용을 받도록 하여 기업의 영업비밀을 침해한 행위자외에 법인 등도 처벌할 수 있도록 하였다.

## 2. 독점규제및공정거래에관한법률

이 법은 사업자의 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호하는 것을 목적으로 한다(동법 제1조 참조). 이 법에서 부당한 공동행위, 불공정거래행위 및 재판매가격유지행위는 민법 제750조의 불법행위에 기초한 것으로 부정경쟁방지법의 부정경쟁행위와 밀접한 관련성을 지니고 있고 이 법에서는 이들 행위에 대하여 그 시정조치와 과징금을 부과할 수 있도록 하였다.

구체적으로 첫째, 부당한 공동행위는 제한된다. 즉, 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 (i)가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위 (ii)상품 또는 용역의 거래조건이나, 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위 (iii)상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위 (iv)거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위 (v)생산 또는 용역의 거래를 위한 설비의 신설 또는 증설이나 장비의 도입을 방해하거나 제한하는 행위 (vi)상품의 생산 또는 거래시에 그 상품의 종류 또는 규격을 제한하는 행위 (vii)영업의 주요부문을 공동으로 수행하거나

관리하기 위한 회사등을 설립하는 행위 (viii) 기타 다른 사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 함의해서는 안된다(동법 제19조제1항). 둘째, 불공정거래행위가 금지된다. 즉, 사업자는 (i) 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위 (ii) 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위 (iii) 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위 (iv) 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위 (v) 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위 (vi) 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위 (vii) 이들 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하여서는 아니된다(동법 제23조제1항). 셋째, 재판매가격유지행위가 제한된다. 여기서 “재판매가격유지행위”라 함은 사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 거래상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위를 말한다(동법 제2조 6).

### 3. 표시·광고의공정화에관한법률

이 법은 상품 또는 용역에 관한 표시·광고에 있어서 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 한다(동법 제1조). 이 법에서는 부당한 표시·광고행위를 금지하고 있다. 즉, 사업자등은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 (i) 허위·과장의 표시·광고 (ii) 기만적인 표시·광고 (iii) 부당하게 비교하는 표시·광고 (iv) 비방적인

표시·광고의 행위를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 이를 행하게 하여서는 아니된다(동법 제3조제1항).

#### 4. 인터넷주소자원관리법

이 법은 부정한 목적의 도메인이름등의 등록을 금지한다. 즉, 누구든지 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이득을 얻을 목적으로 도메인이름등을 등록하여서는 아니된다(동법 제12조제1항). 정당한 권원이 있는 자는 이를 위반하여 도메인이름등을 등록한 자에 대하여 법원에 그 도메인이름등의 등록말소를 청구할 수 있다(동법 제12조제2항).

### 제3장 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위의 유형과 그 내용

#### 제1절 개 관

앞에서도 살펴본 것처럼 넓은 의미에서 부정경쟁이라 함은 부정경쟁방지법에서 규정하고 있는 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위외에도 민법 제750조에 기초하여 판례가 구체화·유형화하고 있는 각종의 거래적 불법행위와 독점규제및공정거래에관한법률, 표시·광고의공정화에관한법률 및 상표법 등의 개별적인 법령에서 정하고 있는 각종의 불공정행위 중에서 경쟁행위에 해당하는 경우에 이에 포함될 수 있다. 여기서는 현행 부정경쟁방지법상의 부정경쟁 중에서 동법에서 규정하고 있는 것을 중심으로 간략히 살펴본다(영업비밀의 침해행위에 대해서는 다음 장에서 고찰하고자 한다).

#### 제2절 부정경쟁행위의 유형과 구제수단 등

##### I. 부정경쟁행위의 유형

##### 1. 상품주체의 혼동행위

상품주체의 혼동과 관련해서는 부정경쟁방지법 제2조제1호 가목 『국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표·상품의 용기·포장 기타 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동을 하게 하는 행위』에서 규정하고 있는데, 이 조항은 국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표·상품의 용기·포장 기타 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동을 하게 하는 행위를 그 대상으로 한다. 즉, 상품출소의 혼동을 통하여 이익을 도모하려는 부정경쟁행위자로부터 주지상표표지의 주체를 보호함

과 아울러 일반수요자 내지 거래자를 보호하고 나아가 공정한 경쟁질서를 유지하고자 함을 목적으로 한다. 이 조항에 의하여 저명상표의 경우에 동일 또는 유사한 상표의 사용으로 혼동을 일으키는 일체의 행위가 금지된다(부정경쟁방지법 제1조 및 제2조제1호 가목 참조).<sup>32)</sup>

한편, 국내에 널리 알려진 상표(著名商標)의 판단에 대하여 우리나라의 판례는 『국내 전역 또는 일정한 지역적 범위안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 널리 알려진 정도로써 족하고 그 상표 등의 등록 여부와는 관계 없으며 널리 알려진 상표등인지 여부는 그 사용기간·방법·태양·사용량·거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부가 일응의 기준이 된다』<sup>33)</sup>고 보았고, 주지성과 관련해서는 국내전역에 걸쳐 모든 사람들에게 주지되어 있음을 요하는 것이 아니라 국내에 일정한 지역적 범위안에서 거래자 또는 수요자들 사이에서 알려진 정도로 족하다고 보았다.<sup>34)</sup>

## 2. 영업주체의 혼동행위

영업주체의 혼동과 관련해서 부정경쟁방지법 제2조제1호 나목에서는 『국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·표장 기타 타인의 영업임을 표시하는 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 하게 하는 행위』를 부정경쟁행위로 다루었다. 즉, 본호의 취지는 상품주체의 혼동과 동일한 것으로 영업표지를 매체로 하여 타기업의 노력에 의하여 결창된 신용명성을 타인의 희생하에 몰래

32) 미국의 경우 연방상표희석법(Federal Trademark Dilution Act, Lanham Act)은 저명상표에 대한 식별가능성을 희석하는 것으로부터 보호하고 있다. ‘희석’은 소유자와 침해자 사이에 경쟁관계의 존부·혼동·오인 및 기만의 가능성에 관계없이 상품 또는 서비스를 표시하는 상표의 동일성 내지 식별가능성을 감소시키는 것을 말한다. 희석방지는 동일성의 감소 또는 분산에 대해 보호하기 위하여 고안되었고, 상표가 비경쟁적인 상품의 사용에 의하여 대중에게 각인되거나 또는 소비자에게 동일한 출처로부터 나온 것으로 오인하는 것으로부터 보호한다. 독일의 경우도 저명상표는 그 상표를 희석하는 것까지 보호하고 있다(\$1 UWG; Rohnke, “Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutsche Markengesetz”, NJW 1994. S. 1251.).

33) 대판 1997. 2. 25, [96다364].

34) 대판 1976. 2. 10, [74다1989].

사용함으로써 주지의 영업표지에 의하여 얻어진 거래상의 우월적 지위를 부당히 빼앗아 경쟁질서를 파괴하는 행위를 금지하는데 그 목적이 있다.

### 3. 식별력과 명성의 침해행위

부정경쟁방지법은 제2조제1호 다목에서 「가목 또는 나목의 규정에 의한 혼동을 하게 하는 행위외에 비상업적 사용 등 대통령령이 정하는 정당한 사유없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표·상품의 용기·포장 그밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하게 하는 행위」라고 규정하여 상품주체의 혼동이나 영업주체의 혼동을 야기하는 행위외에 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하게 하는 행위도 부정경쟁행위로 다루었다.

### 4. 상품원산지허위표시행위

부정경쟁방지법은 제2조제1호 라목에서 「상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 허위의 원산지의 표지를 하거나 또는 이러한 표지를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 원산지의 오인을 일으키게 하는 행위」를 부정경쟁행위로 다루고 있는데, 원산지는 원래 포도주, 치즈 등과 같이 특정토지의 자연적 조건과 생산물의 특성, 품질과의 사이에 밀접한 관련이 있는 경우 주로 농업생산물의 원래 산지명칭을 보호하기 위하여 프랑스 등에서 발전된 개념이다.<sup>35)</sup> 원산지는 특정생산품과 관련하여 널리 알려지고 특별한 저성을 취득한 일정한 장소를 모두 포함하며 행정구획명이라도 지장이 없으나 가공의 지명은 포함되지 아니한다. 원산지는 천연의 산출물을 생산하는 지명만이 아니고 가공·제조된 상품을 산출하는 지명도 포함하는 것으로 해석되고 있다.

35) 송영식·이상정·황중환, 지적소유권법(하), 육법사, 2003. 421면 참조.

## 5. 상품출소지오인야기행위

부정경쟁방지법은 제2조제1호 마목에서 「상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품이 생산·제조 또는 가공된 지역 이외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인을 일으키게 하는 표지를 하거나 또는 이러한 표지를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위」를 부정경쟁행위로 보았다. 여기서 출처지는 생산지, 제조지, 가공지를 의미하며 원산지 보다 넓은 개념이다. 유명한 생산지는 원산지 명칭에 해당하는 경우이다. 이러한 출처표시는 허위일 필요는 없고 오인을 일으키게 하면 충분하므로 예컨대 국산품을 단순히 “외제”라고 표시한 것 또는 made in U.S.A라고 표시한 것은 물론 일본의 유명한 후지산을 배경으로 넣어 마치 일본제품인 것처럼 가공·암시적인 표시를 하는 것 등에까지 널리 적용되고 “…式, …스타일, …風(type, kind, nature)등 용어를 사용하는 경우에도 소비자에게 오인가능성이 있는 한 여기에 해당한다.<sup>36)</sup>

## 6. 상품질량오인야기행위

부정경쟁방지법은 제2조제1호 바목에서 「타인의 상품을 사칭하거나 상품 또는 그 광고에 상품의 품질·내용·제조방법·용도 또는 수량의 오인을 일으키게 하는 선전 또는 표지를 하거나 이러한 방법이나 표지로서 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위」를 부정경쟁행위로 보았다. 질량오인야기행위는 수요자에 대한 부정수요조정행위의 하나로서 허위사기광고가 전형적인 것이다. 질량오인야기행위는 정당한 노력에 의하지 않고서 자기의 불리한 조건의 감소시키고 유리한 조건을 증대시킴으로써 부당히 영업상의 유리한 지위를 획득하고자 하는 행위이며 부정경쟁업의 유형으로서 원산지허위표시, 생산지 등 오인야기행위 등과 같이 고객의 부정획득행위의 유형에 속한다.<sup>37)</sup>

36) 송영식·이상정·황중환, 위의 책, 422면 참조.

37) 송영식·이상정·황중환, 위의 책, 423면 참조.

## 7. 도메인 네임의 침해행위

부정경쟁방지법은 제2조제1호 아목에서 도메인 네임(이름)과 관련된 부정경쟁행위를 규정하고 있다. 즉, 정당한 권원이 없는 자가 (i)상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대역할 목적 (ii)정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적 (iii)그 밖의 상업적 이익을 얻을 목적으로 국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위를 부정경쟁행위로 보았다. 여기서 “도메인이름”이라 함은 인터넷상의 숫자로 된 주소에 해당하는 숫자·문자·기호 또는 이들의 결합을 말한다(부정경쟁방지법 제2조제4호).

## 8. 국제협약 등으로 보호되는 외국상표 등의 침해행위

부정경쟁방지법은 제2조제1호 사목에서 「공업소유권의보호를위한파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 상표법조약의 체약국에 등록된 상표 또는 이와 유사한 상표에 관한 권리를 가진 자의 대리인이나 대표자 또는 그 행위를 한 날부터 1년 이전에 대리인이나 대표자이었던 자가 정당한 사유 없이 당해 상표를 그 상표의 지정상품과 동일하거나 이와 유사한 상품에 사용하거나 그 상표를 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위」라고 하여 파리협약의 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 상표법 조약의 체약국에 등록된 상표나 이와 유사한 상표에 대하여 보호하고 있다.

## 9. 타인상품의 모방행위

부정경쟁방지법 제2조제1호 자목에서는 타인상품의 모방행위를 금지하고 있다. 즉, 타인이 제작한 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위를 부정경쟁행위로 보았다. 다만, (i)상품의 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날부터

3년이 경과된 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위 (ii)타인이 제작한 상품과 동종의 상품이 통상적으로 갖는 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위를 제외한다.

## II. 부정경쟁행위에 대한 구제수단과 행정조치

### 1. 금지청구 등

부정경쟁방지법은 부정경쟁행위에 금지청구권을 명시적으로 허용하고 있다. 즉, 동법 제4조제1항에서 「부정경쟁행위로 인하여 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위를 하거나 하고자 하는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다」고 규정하고, 동조제2항에서 「제1항의 규정에 의한 청구를 할 때에는 그 부정경쟁행위를 조성한 물건의 폐기, 부정경쟁행위에 제공된 설비의 제거, 부정경쟁행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소 그 밖에 부정경쟁행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 청구할 수 있다」고 하고 있다.

### 2. 손해배상청구 등

또한 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위와 관련해서 개정전부터 두고 있던 손해배상책임에 관한 조항을 제5조에서 「고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위로 타인의 영업상 이익을 침해하여 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 제2조제1호 다목의 경우에는 고의에 의한 부정경쟁행위에 한한다」라고 규정하고 있다. 더 나아가서 다음 장에서 자세히 살펴보는 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위에 공통적으로 적용되는 손해배상의 추정 등에 관한 조항을 동법 제14조의2에서 마련하고 있다(부정경쟁방지법 제14조의2는 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위에 동시에 적용되므로 다음 장에서 다룬다. 마찬가지로 부정경쟁방지법 제6조의 부정경쟁행위로 실추된 신용의 회복, 부정경쟁방지법 제

14조의3 자료의 제출과 관련해서는 영업비밀에 관련된 조항과 별반 다른 것이 없다고 판단하여 다음 장에서 영업비밀에 관련된 설명으로 대체하고자 한다).

### 3. 행정조치 등

#### (1) 조 사

부정경쟁방지법은 특허청장에게 부정경쟁행위 중에서 다음에 해당하는 부정경쟁행위에 대하여 조사권을 부여하고 있다. 즉, 동법 제7조제1항에서 「특허청장은 제2조제1호 가목 내지 사목의 규정에 따른 부정경쟁행위 또는 제3조의 규정에 위반된 행위의 확인을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 관계 공무원으로 하여금 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 관계서류나 장부·제품 등을 조사하게 하거나 조사에 필요한 최소분량의 제품을 수거하여 검사하게 할 수 있다」라고 하고, 동조제2항에서 「제1항의 규정에 의하여 조사 등을 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 관계인에게 이를 내보여야 한다」고 규정하고 있다.

#### (2) 시정권고

부정경쟁방지법은 제7조에 의한 조사에 기초하여 위반행위의 시정권고를 할 수 있도록 하고 있다. 즉, 동법 제8조에서 「특허청장은 제2조제1호 가목 내지 사목의 규정에 따른 부정경쟁행위 또는 제3조의 규정에 위반된 행위가 있다고 인정될 때에는 그 위반행위를 한 자에 대하여 30일내의 기간을 정하여 그 행위를 중지하거나 표지를 제거 또는 폐기할 것등 그 시정에 필요한 권고를 할 수 있다」라고 규정하고 있다. 이 경우에 동법은 제9조에서 「특허청장은 제8조의 규정에 의한 시정권고를 하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당사자·이해관계인 또는 참고인의 의견을 들어야 한다」라고 하였지만, 이에 따르지 아니하였다고 하여도 아무런 법적 제재조치를 고려하지 않고 있다.

(3) 과태료

부정경쟁방지법은 동법 제7조에 의한 조사 등을 방해하는 경우에만 과태료를 부과하고 조사를 기초로 한 시정권고에 대하여는 침묵하였다. 즉, 동법 제20조제1항에서 「제7조제1항의 규정에 의한 관계 공무원의 조사 또는 수거를 거부·방해 또는 기피한 자에 대하여는 2천만원이하의 과태료에 처한다」고 규정하고 있다.

## 제 4 장 부정경쟁방지법상 영업비밀의 보호와 그 내용

## 제 1 절 개 관

## I. 영업비밀의 개념

부정경쟁방지법은 제2조제2호에서 「“영업비밀”이라 함은 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다」라고 영업비밀을 정의하고 있다. 이와 같은 개념정의는 외국의 경우와 유사하게 포괄적인 개념이지만, “독립된 경제적 가치를 가지는 것”이라는 문구와 “상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된”이라는 문구가 있어서 영업비밀의 보호에 대하여 이들 문장이 없는 경우에 비하여 보호를 제한하고자 하는 입법자의 의도가 있다고 해석할 여지도 있다. 한편, 영업비밀의 개념과 관련해서 다른 외국의 경우를 살펴보면, 미국의 통일영업비밀법 제1조제4항에서는 「일반적으로 알려져 있지 아니하고, 공개 또는 이용으로 경제적 이익을 얻을 수 있는 자에 의하여 적당한 수단으로 쉽게 알 수 없으며 실질적으로 또는 잠재적으로 독립된 경제적 가치를 지닌 방식, 편집, 프로그램, 장치, 방법, 기술 또는 제법을 포함하는 정보로 기밀성의 유지에 상당한 노력을 해야 한다」라고 정의하여 경영정보는 포함하지 않았다. 그러나 1995년 ‘부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테인트먼트’ 제39조에서는 「영업비밀이란 타인에게 넘겨지는 경우 실질적으로나 잠재적으로 경제적 가치가 있는 비밀로 영업이나 기업의 운영에 사용할 수 있는 정보를 말한다」라고 하여 영업비밀의 보호범위를 넓혀왔다.

영업비밀은 시장의 자유경쟁과 부정경쟁의 방지라는 차원에서 공익과 사익사이의 균형을 추구하고 있다라는 점에서, 아래에서 살펴보겠지만 저작권이나 특허권이 일반에 이용을 제공하는 대신 소유자에게 발명 또는 저작의 인센티브를 보장하는 측면에서 보호된다는 점에서 차이가 있다. 영업비밀은 부정경쟁행위의 한 유형에 해당된다고 하여도 일반적인 부정경

쟁행위와 달리 형사벌(보다 강한 형사벌), 시효 및 선의자 보호 등에 관한 조항을 마련하고 있다는 점에서도 나름대로의 특성을 지니고 있다.

## II. 영업비밀의 보호목적

영업비밀의 보호목적은 다른 지적재산권의 보호목적과 차이가 있다.<sup>38)</sup> 예컨대, 저작권의 경우 기본적인 목적은 저작자의 노동에 대해 보상하려는 것이 아니라 과학과 실용예술의 발달을 촉진시키려는 것이고, 따라서 저작권은 저작자에게 독창적인 표현에 대한 권리를 보장하는 대신 타인이 저작물에 담긴 아이디어와 정보를 자유롭게 이용할 수 있도록 하고 있다.<sup>39)</sup> 특허권의 경우에도 특허법에 의하여 발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다(특허법 제1조)<sup>40)</sup>. 우리나라의 판례는 영업비밀의 보호목적

38) 미국에서는 영업비밀을 보호하는 법리와 관련해서 재산이론(property theory)과 계약이론(contract theory) 및 불법행위론(tort theory) 등에 기초한 사례를 발견할 수 있다고 한다. 즉, 계약이론을 취한 판례로는 American Eutectic Welding Alloys Sales Co. v. Dytron Alloys Corp. 439 F. 2d 428(2nd Cir. 1971)가 돌보이고, 불법행위론은 Restatement(First)of torts(1939)의 제757조가 채택하였으며 연방대법원의 E.I. DuPont de Nemours Powder Co. v. Masland, 244 U.S. 100(1917) 판결이 이 견해를 취하였고 재산권이론은 연방대법원의 Ruckelshaus v. Monsanto 104 S. Ct. 2862, 52 U.S. L.W. 4886(1984) 판결이 취하였다고 한다. 그러나 이러한 이론의 대립은 학구적인 것으로서 실용적인 가치는 없다고 한다(김문환, 영업비밀의 법적 보호, 법학논총(국민대), 국민대학교출판부, 1991. 105~106면 참조).

39) Feist Publication, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 346 (1991).

40) 특허권을 인정하는 이유에 대하여 인센티브이론(incentive or reward theory)과 기대이론(prospect theory)이 주장되고 있다. 인센티브이론은 특허제도가 없는 경우 사회는 발명가가 혁신에 대한 투자(발명자의 투자로 인한 경쟁이익에 대하여 경쟁자의 무임편승)와 혁신의 공개(발명자의 발명에 대한 모방)할 인센티브가 없기 때문에 최적의 상태를 달성할 수 없다는 것이다. 따라서 발명자의 발명에 대한 사회적 가치에 대한 일정한 몫을 발명자에게 귀속시키는 동시에 그 혁신에 관련된 중요정보를 공개할 유인을 형성시켜서 잠재적 시장실패를 극복하자는 이론이다. 기대이론은 발명자가 그의 발명을 공개할 수 있도록 상업적으로 충분한 기간 경제적 효율성을 증진시킬 수 있게 넓은 소유권을 부여하고, 이를 통하여 최초발명을 넘어서 제3자의 제2차적 발명에 대한 투자를 이끌어낸다는 주장이다. 이 견해에 의하면 특허는 기존의 기술을 이용하는데 불필요한 중복투자를 방지하여 사회전체의 기회를 증대하는 것에 기여한다는 것이다.

과 관련하여 『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』라고 하고 있다.<sup>41)</sup>

한편, 미국의 판례에서는 영업비밀법의 배경에 있는 정책으로서 상업윤리기준의 유지와 발명의 장려라는 2가지를 들고 있는 경우도 있다.<sup>42)</sup> 즉, 영업비밀의 목적은 첫째, 영업비밀의 개발·축적에는 상당한 기간과 비용이 소요되고 많은 지적창작 노력이 수반된다. 그런데 영업비밀이 다른 지적재산처럼 적절한 보호를 받지 못하게 된다면, 기업들은 스스로의 연구·개발에 의하여 영업비밀을 개발 축적하기 보다는 정당한 대가의 지불없이 다른 기업의 영업비밀을 부당이용하는 손쉬운 방법을 선택하게 될 것이다. 이처럼 다른 기업의 지적 창작노력에 무임승차하는 기업은 연구·개발비용의 부담이 없기 때문에 다른 기업에 비하여 오히려 생산제품의 원가가 더 싸게 되고 기업간의 경쟁에 있어서 보다 유리한 입장에 서게 되어 건전한 기업의 몰락을 초래한다. 이와 같은 상업윤리의 타락을 방지하고 건전한 경쟁질서를 확립하기 위하여는 적절한 법적 방법으로 영업비밀을 보호할 필요가 있다. 둘째, 영업비밀에 대한 적절한 보호가 이루어지지 않게 되면, 이를 부당이용당한 기업이 그 개발·축적에 투입한 시간, 노력 및 비용은 수포로 돌아가게 되어 기업의 지적 창작의욕은 감퇴되고 기업은 연구·개발투자를 기피하게 될 것이다. 이는 결국 피해기업의 발전은 물론 거시적으로 보아 국가 전체의 산업발전을 저해하는 결과를 초래하게 되므로 연구·개발활동을 장려하고 거기에 대한 투자를 유인하기 위하여도 영업비밀은 적절하게 보호되어야 한다.

### Ⅲ. 영업비밀의 보호방법

우리나라에서는 1991년 부정경쟁방지법의 개정에서 그 동안 국내외적으로 관심을 모아온 영업비밀의 법적인 보호의 틀을 마련하였다. 물론

41) 대판 1998. 2. 13, [97다24528].

42) Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp. 416 U.S.470(1973).

우리나라에서 영업비밀에 관한 보호가 법적으로 완전히 무방비상태에 있었던 것은 아니다. 영업비밀 침해의 태양에 따라서는 불법행위로도 될 수 있으며, 형법상의 범죄행위로도 될 수 있어 민, 형사상의 보호를 받은 것은 사실이다. 뿐만 아니라 계약에 의한 영업비밀의 보호도 유력한 방법이였다. 그러나 종래 전통적인 영업비밀 보호방법의 하나인 민사적 구제수단은 영업비밀의 보호에 충분한 보호방법으로 역할을 하지 못했고, 무엇보다도 금지청구를 할 수 없다는 취약점을 안고 있었다. 한편 현행 형사법도 영업비밀의 누설 등 침해행위 그 자체를 범죄행위로 보아 처벌하는 규정이 없으므로 영업비밀을 침해하는 과정에서 발생하는 부수적인 범죄행위가 이루어진 경우에만 그 구체적인 행위를 처벌함으로써 간접적으로 보호할 수 있을 뿐이었다. 이러한 보호방법도 영업비밀의 경제적 가치의 중요성이 인식되기 전까지는 용인될 수 있었으며, 심지어 영업비밀의 강력한 보호는 기술공개를 유도하는 특허정책과는 배치되는 측면도 있었다.<sup>43)</sup>

영업비밀의 보호는 부당이용(misappropriation)<sup>44)</sup>이라는 불법행위에 그 기초를 두고 있는데, 부당이용이라는 불법행위는 통상 타인의 성명 또는 물건 등의 배타적 권리 내지 인격적 이익을 부당하게 이용하는 경우를 말한다. 이 불법행위는 종래의 이와 같은 배타적 또는 인격적 법익 외에도 재산적 가치있는 정보(예컨대, 영업비밀, 데이터 베이스, 핫뉴스)을 보호하는 법리로 이용되고 있다. 이 불법행위의 유형은 미국의 커

43) 이상정, 영업비밀의 보호, 인권과 정의, 1992. 94면 참조.

44) 미국에서 정보의 부당이용에 대한 법적 분석은 적어도 1차세계대전 당시 서부전선의 전투에 관한 뉴스와 관련되어 다루어졌다. 즉, 1913년 International News Service, v. Associated Press사건(248U.S.215)에서 『당시에 INS구독자가 뉴스를 얻기 위해서는 게시판이나 신문이 필요했고, INS는 AP사의 피용자와 구성원을 매수하여 AP사의 뉴스를 자사의 게시판과 신문에 게재했다. 원고 AP는 뉴스의 수집이나 배포에 독점권을 가지고 있지도 뉴스기사의 복제를 막을 저작권도 가지고 있지 아니하지만, 원고의 경쟁자 INS가 수집하지 아니한 뉴스의 배포와 복제의 과정에 참여하는 것을 지연시키고 원고 AP의 노력과 비용으로 산출된 산물로부터 경쟁자 INS를 배제하는 한도에서 원고 AP의 부분적인 배제권이 있다』라고 하여 부당이용이라는 커먼로상의 불법행위에 의하여 재산적 가치있는 정보를 보호하였다. 초기에 부당이용은 '소비자의 혼동'의 경우에만 적용하는 제한적인 원리로 특징지워졌으나, 점차 소비자의 혼동가능성에 관계없이 타인의 표어나 상징에 무임 편승하는 경우에 표어나 상징의 재산적 이익에까지 미치는 것으로 넓혀왔다.

먼로에서 가장 구체적인 형태로 발달하여 왔는데, 미국에서는 부당이용이라는 불법행위가 일찍부터 커먼로에 의하여 개발되어 왔으며, 이 불법행위는 초기의 사례에서 타인에 의하여 생산된 상품의 사칭(palming off)으로부터 경쟁자를 배제하는 데에서 출발하였다. 이러한 경향에 대하여 최근에 미국의 연방항소법원은 National Basketball Association, v. Motorola, Inc.,<sup>45)</sup>에서 다음의 요건을 갖추어야 한다고 보았다. 즉,

- (i) 원고가 정보의 수집에 비용을 지출하고
- (ii) 정보가 시간적으로 민감하고
- (iii) 피고의 정보이용이 원고의 노력에 무임 편승하고
- (iv) 피고는 원고에 의하여 제공된 상품 또는 서비스와 직접적인 경쟁 관계에 있어야 하고
- (v) 원고와 기타 자의 노력에 무임편승으로 정보의 존재 또는 질을 위협하여 생산에 대한 인센티브를 감소시킬 수 있어야 한다.

위에서 살펴본 것처럼 영업비밀은 부정경쟁방지법의 제정으로 일차적으로 이 법에 의하여 손해배상청구, 금지청구 및 형사구제 등을 받을 수 있고 이차적으로 민법 제750조의 불법행위(부당이용)에 기초한 손해배상청구가 허용된다.

## 제 2 절 영업비밀의 판단기준 및 보호요건

### I. 판단기준

어떠한 정보가 영업비밀로 보호를 받을 수 있는지 여부에 대하여 미국의 ‘불법행위에 관한 첫번째의 리스태이터먼트’에서는 다음과 같은 기준을 제시하였다.<sup>46)</sup> 즉,

- (i) 정보가 영업 이외에 알려진 정도
- (ii) 피용자 및 기타 영업관계자에게 알려진 정도

45) 96-7975(2th Cir. 1997).

46) Restatement of Torts(first), § 575.

- (iii) 정보의 비밀성을 유지하기 위한 조치의 정도
- (iv) 정보의 가치(고유한 또는 절대적인 가치가 아니라 적어도 경쟁자에 어느 정도 가치가 있으면 된다)
- (v) 정보의 개발에 소모된 노력과 비용의 정도
- (vi) 정보의 취득 또는 복제의 용이성

이들 중에서도 영업비밀의 보유자가 정보의 비밀성을 유지하기 위해 어느 정도의 조치를 취했는가 하는 점과 타인이 그 정보를 취득 또는 복제하는 것이 쉬운가 어려운가 하는 점이 중요한 기준이 된다. 우리나라의 판례는 『필기구 제조업체에 있어서 잉크제조 원료가 되는 10여 가지의 화학약품의 종류, 제품 및 색깔에 따른 약품들의 조성비율과 조성 방법에 관한 기술정보는 가장 중요한 경영요소 중의 하나로서, 그 기술정보가 짧게는 2년, 길게는 32년의 시간과 많은 인적, 물적 시설을 투입하여 연구·개발한 것이고, 생산 제품 중의 90% 이상의 제품에 사용하는 것으로서 실질적으로 그 기술정보 보유업체의 영업의 핵심적 요소로서 독립한 경제적 가치가 있으며, 그 내용이 일반적으로 알려져 있지 아니함은 물론 당해 업체의 직원들조차 자신이 연구하거나 관리한 것이 아니면 그 내용을 알기 곤란한 상태에 있어 비밀성이 있고, 당해 업체는 공장 내에 별도의 연구소를 설치하여 관계자 이외에는 그 곳에 출입할 수 없도록 하는 한편 모든 직원들에게는 그 비밀을 유지할 의무를 부과하고, 연구소장을 총책임자로 정하여 그 기술정보를 엄격하게 관리하는 등으로 비밀관리를 하여 왔다면, 그 기술정보는 부정경쟁방지법 소정의 영업비밀에 해당하고, 당해 업체가 외국의 잉크제품을 분석하여 이를 토대로 이 사건 기술정보를 보유하게 되었다거나, 역설계가 허용되고 역설계에 의하여 이 사건 기술정보의 획득이 가능하다고 하더라도 그러한 사정만으로는 그 기술정보가 영업비밀이 되는 데 지장이 없다』<sup>47)</sup>라고 하여 구체적인 개별사건에서 영업비밀에 해당된다고 본 사례도 있다.

---

47) 대판 1996.12.23, [96다16605].

## II. 보호요건

영업비밀로 보호받기 위해서는 (i)공연히 알려져 있지 않을 것 (ii) 독립된 경제적 가치를 가질 것 (iii)비밀로서 관리되고 있을 것 (iv)생산 방법, 판매방법 기타 영업상 유용한 기술상 또는 경영상의 정보일 것을 요건으로 한다.

### 1. 비밀성

영업비밀이라고 하기 위해서는 누구나 알고 있는 일반적인 정보가 아니라 하는 비공지성을 필요로 한다. 불특정 다수인이 당해 정보를 공유하고 있다면 이미 영업비밀로서 보호를 받을 가치가 없다. 그러므로 영업비밀의 가장 중요한 요건은 비밀성이다. 그렇기는 하나 이 세상에서 자기만이 알고 있고 자기 이외의 어느 누구도 모른다고 할 수 있을 만큼 절대적 비밀성은 요구되지 않는다. 보유자 이외의 자가 당해 정보를 가지고 있다고 하더라도 그들에게 비밀유지의무가 있는 경우라면 비밀성은 그대로 지켜지고 있으며, 또 제3자가 우연히 동일한 정보를 개발하였다 고 하더라도 당해 제3자가 그 정보를 비밀로서 관리하고 있는 경우에는 일반적으로 입수가 불가능하므로 여전히 비밀성을 가지고 있다. 비밀보유자가 그 정보를 모르고 있는 경쟁상대방보다도 우월한 입장에 설 수 있고 타인은 합법적으로 그 정보를 입수하기 곤란한 정도만으로 수비요건을 충족시킬 수 있다. 결국 비밀이란 절대적 비밀이 아니라 상대적 비밀을 의미한다.

한편, 영업비밀은 ‘비밀로서 관리되는 것’이 필요하다. 이것은 영업비밀을 보호하는 것이 특히 타방에 있어서 경제적 활용의 안정성을 고려할 필요가 있기 때문이다. 여기서 ‘비밀관리’란 비밀정보를 보유자가 비밀로 할 필요가 있다고 판단하고, 객관적으로도 비밀로 취급되는 것으로 인식되는 상태에서 그 관리하에 두는 것을 의미한다. 일반적으로 비밀을 처분한 권한을 가진 자를 ‘비밀소유자’라 칭하지만 부정경쟁방지법에서는 영업비밀을 보유하는 사업자를 보유자라 칭한다. 부정경쟁방지법에서 ‘소

유'라는 용어를 피하고 '보유'라는 용어를 사용하는 것은 영업비밀이 유체물이 아니고, 특히 절대적·배타적인 권리의 대상이 되는 것이 아니라는 것, 영업비밀의 개발자나 그 승계자·전득자만이 아니고 라이선스 등의 부정행위에 의하지 아니하고 비밀을 보유하는 자를 포함할 필요가 있다는 것으로 해석된다. 그렇지만 여기서 말하는 '보유자'란 '정당한 권한에 기초하여 영업비밀을 취득하고 보유하는 사업자'를 말한다. '비밀로서 관리되는' 상황에 대하여는 구체적인 상황에 따라 판단하는 것이지만 통상 다음과 같은 점이 판단기준이 된다.

- (i) 당해 정보에 접근할 수 있는 자를 제한하고 있다는 것
- (ii) 당해 정보에 접근하는 자에 권한없이 사용, 개시하지 못한다는 취지의 의무를 부과하는 것
- (iii) 당해 정보에 접근하는 자에 대하여 당해 정보가 재산적 정보이고 이것을 인식할 수 있도록 하는 것

그러나 '비밀관리'에 대하여는 관리의 개념을 음미해야 하는데, 이것을 요건으로 하는 것에 대하여 이견이 있을 수 있다. 어떠한 상태에 있는 경우에 '관리'되고 있다고 말하는 것은 부정한 행위의 태양에 의하여서도 차이가 있기에 일률적으로 관리의 내용을 정하는 것은 적절하지 아니하다. 예컨대, 사원이 아닌 자가 회사의 건물에 침입하여 재산적 정보를 절취한 경우에는 사원 이외의 자에 대하여 당해 정보에 접근할 수 없다라는 관리가 행하여지면 충분하고, 종업원이 재산적 정보를 가지고 나간 경우에는 사원 이외의 자에 대하여 당해 정보에 접근하는 것이 재산적 정보를 침해하는 것이라는 것을 인식할 수 있는 관리가 필요하다.

## 2. 경제적 가치성

한편, 영업비밀은 비밀보유자의 의사만으로는 부족하고 비밀로 소유관리할 정당한 이익 즉, 경제적 가치를 가지고 있는 것이어야 한다는 견해가 있다.<sup>48)</sup> 여기서 경제적 가치는 원칙적으로 비밀성으로부터 유래하는 것으로 그 공개 또는 사용에 의해 경제적 가치를 얻을 수 있는 자에게

48) 송영식·이상정·황중환, 위의 책, 93면.

일반적으로 알려져 있지 않고 또 정당한 수단에 의해서는 쉽게 알 수 없기 때문에 현실적이건 잠재적이건 경제적 가치를 가지게 되며 법률상 정당한 이익을 가져야 한다는 의미이며, 정보 그 자체가 경제거래의 대상이 되는 독자적·금전적 가치를 가져야 한다는 의미는 아니라고 한다.

이와 같은 해석은 현행 부정경쟁방지법은 제2조의2에서 “독립된 경제적 가치를 가지는 것”이라는 문구에서 도출되는 것인데 법문의 해석상 어쩔 수 없는 한계가 인정된다. 그렇지만 이 문구는 동조에서 규정한 “생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보”라는 문구와 실질적으로 중복적인 것이 아닌가하는 의문이 제기된다. 즉, “독립된 경제적 가치를 가질 것”이라는 문구를 엄격하게 해석한다면 영업비밀이 그 자체로서 독립된 경제적 가치를 가져야만 한다고 해석할 수도 있다. 물론 위에서 살펴본 견해에서는 현실적이건 잠재적이건 간에 경제적 가치를 가지는 것으로 충분하고 독립된 가치를 가질 것을 요구하지 않았다. 원래 이 문구는 다른 외국의 입법례를 모방한 것이라고 생각되는데, 일본의 부정경쟁방지법처럼 이 문구를 삭제하는 것이 타당하고 이 문구가 없다고 하여도 유용성이라는 요건을 통하여 충분히 한정될 것으로 사료된다.

### 3. 비밀관리

비공지인 특정정보가 영업비밀로서 보호받기 위해서는 단순히 당해 정보가 공연히 알려져 있지 않다는 것 이외에 보유자가 당해 정보를 비밀로서 관리하고 있음을 요한다. 즉, 관리의사와 관리노력을 필요로 한다. 이러한 관리요건을 필요로 하는 이유는 영업비밀에 관한 부정한 행위는 비밀로서 관리되고 있는 타인의 정보를 부정한 수단으로 취득하여 경쟁상 유리한 지위를 차지하려는 행위이고, 이러한 부정한 수단이 필요한 것은 당해 정보가 비밀로서 관리되고 있기 때문이므로 객관적으로 비밀로서 관리되고 있지 않은 정보는 그 정보에 접근하는 사람에게 당해 정보가 누구에게나 공개되어 자유로이 사용할 수 있는 정보라는 개연성이 높아 그러한 정보까지 보호하면 정보거래의 안정성을 해치기 때문이다.

또 제3자 보호를 위하여 정보에 접근하는 자가 무엇이 영업비밀인가를 명확히 인식할 수 있도록 할 필요가 있기 때문이다. 우리나라의 판례에서는 「영업비밀의 보유자인 회사가 직원들에게 비밀유지의 의무를 부과하는 등 기술정보를 엄격하게 관리하는 이상, 역설계가 가능하고 그에 의하여 기술정보의 획득이 가능하더라도, 그러한 사정만으로 그 기술정보를 영업비밀로 보는 데에 지장이 있다고 볼 수 없다」고 본 사례도 있다.<sup>49)</sup> 어느 경우에 비밀로서 관리되고 있다고 인정될 수 있는가는 구체적인 상황에 따라서 개별적으로 판단되어야 할 문제이나 대략 다음과 같은 경우에는 비밀로서 관리된다고 볼 수 있다. 예컨대, (i)당해 정보에 접근할 수 있는 자를 제한하고 있는 경우 (ii)당해 정보에 접근한 자에게 당해 정보를 권한없이 사용하거나 공개해서는 안된다는 의무가 과하여져 있는 경우 (iii)당해 정보에 접근한 자에게 당해 정보가 영업비밀인 것을 알 수 있도록 하고 있는 경우를 들 수 있다.

한편, 영업비밀이 되기 위해서는 공연성을 가져서는 안된다. 여기서 ‘비공연성’이란 당해 정보가 일반에 알려지지 아니한 상태를 말한다. 즉, 불특정 다수인에게 공연하게 알려지지 아니한 것이고 경제적 가치가 있으며 비밀로써 관리되는 정보를 말한다. 따라서 공연하게 알려진 영업비밀은 특허법 등의 무체재산권법으로 보호되지 아니하고 부정경쟁방지법의 보호대상으로 할 수 없다. 이에 반하여 정보가 특정의 자에 유래하고 그 자에 한정하여 공지되는 경우 정보에 대하여 일정의 권리행사를 인정하는 것은 정보의 유통, 정보거래의 안정성을 현저히 침해하는 것이 아니다. 즉, 이 경우 재산적 정보로서 보호할 수 있는 이익이 인정되고 일반에 알려지지 아니한 정보이고 거듭 당해 보유자 외의 다른 자가 동일한 것을 알고 있다고 하여도 즉, 당해 재산적 정보와 동일한 정보를 보유하는 자가 복수 존재하는 경우에도 그것이 당해 업계 등에서 일반적으로 알려지지 아니한 경우에도 보호된다. 당해 정보가 일반에 알려진 경우에는 보유자가 속하는 사업분야의 사업종사자 일반을 기준으로 판단하고, 보유자의 사업관계자나 보유자이외의 소수사업자에 알려져도 공연히

---

49) 대판 1999.3.12, [98도4704].

알려진 것으로 말하기 어렵다. 즉, 내용적으로는 공지의 정보이지만 정보를 사용하는 사업이 비공지라면 충분하며, 문제된 비공지요건은 보호객체의 요건이고 정보 자체가 비공지정보라는 것을 의미하는 것은 아니다. 비공지요건의 유무는 손해배상청구에 대하여는 부정행위가 행하는 날이고, 금지청구에 대하여는 사실심의 구두변론 종결일을 기준으로 한다.

#### 4. 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보

영업비밀은 ‘생산방법, 판매방법 기타의 사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보’이어야 한다. 여기서 ‘생산방법, 판매방법’이란 ‘사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보’로 예시할 수 있고 구체적으로는 생산방법에 대하여는 제조상의 노하우, 판매방법에 대하여는 고객명단이나 판매목록 등을 열거할 수 있다. 어떠한 정보가 영업비밀로 보호받기 위해서는 경제적으로 ‘유용한 기술상의 정보 또는 영업상의 정보’이어야 한다. 따라서 비공지로서 비밀관리라고 하는 정보에 대하여도 상품·서비스의 생산·판매, 연구개발 등의 사업활동을 행함에 있어서 유용성이 없는 정보는 영업비밀에 해당하지 아니한다. 여기서 ‘유용성’이란 당해 정보 자체가 사업활동에 사용·이용되는 것에 의한 비용의 절약, 경영효율의 개선 등에 유용한 것이다. 그렇지만 이와 같은 정보에 해당한다면 당해 정보가 현실적으로 사업활동에 기여하는 것이고 이것을 장래 또는 잠재적으로 유용성의 가능성이 객관적으로 인식된다면 영업비밀을 획득한다. 유용성은 당해 정보의 객관적 유용성을 의미하는 것이기에 보유자가 주관적으로 유용성을 판단하는 것도 객관적으로 당해 사업에 유용한 정보가 아닌 것으로 제한되고 그 침해로부터 보유자를 보호할 필요는 없다.

유용성의 유무가 문제되는 경우에는 소위 부정적 정보와 반사회적인 정보에 관련되어 있다. 부정적 정보(negative information)의 사례로서는 신약개발 과정에서 실패하여 시험데이터 등의 정보를 들 수 있다. 이와 같은 실험데이터 등의 실패 정보 자체로부터 적극적인 경제적 이익을 얻을 수 없기 때문에 유용성이 없는 것이 아닌가 하는 것이 문제된다. 부정적 정보도 약효가 있는 화합물을 발견하는 것이기 때문에 불가

결의 과정을 형성하는 데이터이고, 취득자가 실패가능성을 회피할 수 있는 것이기에 경비의 절약으로 경제상 중요한 가치를 지닌 정보라고 말할 수 있으며 영업비밀로서 부정경쟁방지법에 의한 보호를 받을 수 있는 것으로 생각된다. 그렇지만 부정적 정보가 영업비밀이라고 해석되는 경우에도 유용성의 의미나 피해자의 '영업상의 이익을 해하는 가능성'의 개념을 음미해야 한다. 또한 당해 정보의 이용금지에 관련해서도 금지의 내용을 특정하기가 곤란하여 손해배상청구의 경우에 손해액의 입증상 곤란한 문제가 있을 수 있다. 반사회적 정보에 대하여는 부정경쟁방지법상 명문의 규정이 없는데, 법문상 '사업활동에 유용성'이라는 것은 정당한 사업활동에 의하여 객관적인 '경제적 가치'가 인정되는 것을 의미한다. 독일의 부정경쟁방지법에서도 이 점에 대하여 명문의 규정을 결여하고 있다. 그렇지만 독일의 학설·판례는 보다 명확히 권리자가 비밀유지에 대하여 정당한 이익을 가지는 것을 보호의 요건으로 인정하고 있다.

한편, 영업비밀이 비공지성, 비밀관리, 경제성의 3개 요건을 만족하는 재산적 정보에 해당하여도 공해의 유발이나 탈세에 관한 정보 등 사회정의에 반하는 내용의 정보인 경우에는 이것을 내부고발할 수 있고 또한 취재하여 보도하는 행위는 금지의 대상에서 제외하는 것이 적당하다고 사료되고, 이 경우 '정당한 이익'의 요건도 더하여 진다. 그렇지만 입법화에 관하여는 '정당한 이익'의 요건을 필요로 한다. 일본에서도 이 요건과 관련해서 국회심의의 과정에서 (i)공해, 탈세 등의 공서양속에 반하는 내용의 정보가 '사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보'에 해당하지 아니할 것 (ii)보호되는 보유자의 영업상 이익은 법률상 보호할 가치있는 정당한 이익으로 해석될 것 (iii)민사법상의 대원칙에 해당하는 권리남용, 공서양속의 법리가 부정경쟁방지법에서도 당연 적용이 될 것 (iv)민사법규에 있어서 '정당한 이익'을 규정한 입법례가 없었다고 하여도 어떤 명문 규정을 둘 필요는 없지만 이것은 요건의 하나에 해당되고 실제의 재판에서 사실상 제4의 요건으로서 당연히 고려에 포함된다고 한다.

이와 같은 관점에서 반사회성과 유용성을 모두 포함하는 정보가 영업비밀에 해당되는가가 문제된다. 예컨대, 개인의 비리에 관한 정보와 의약품의 부작용에 관한 정보의 2개 사례를 들 수 있다. 비리정보에 관하여

는 그것을 취제한 주간지업자 등에 있어서 사업활동상의 경제적 가치가 있는 것으로 경업자가 이것을 부정하게 취득하고 전제하는 행위에 대하여 부정경쟁방지법에 의한 금지청구를 인정하는 견해가 있다. 그러나 이와 같은 사람의 개인정보는 표현의 자유와 국민의 알 권리 등과 관련되어 있어서 일정의 한도에서 그 공개가 법적으로 허용되고, 당해 정보가 공개를 법적으로 허용하는 범위 내의 것에 한정되면 사업활동에 유용한 정보로 볼 수 없다. 다음으로, 약의 부작용정보에 대하여는 인체에 주는 영향을 비밀에 해당하는 경우는 반사회성이 있지만 동시에 타제품의 부작용방지 등에도 응용될 수 있는 때에는 그에 한정하여 유용성이 있다. 그러나 본래 반사회적 정보는 법적 보호에 가치가 없기 때문에 유용성이 없다. 예컨대, 경제적 가치를 가지고 있다고 하여도 법적 보호에 가치가 없는 경쟁상의 이익이라고 말하여지기 때문에 기본적으로는 유용성이 없다. 다만, 실질적으로 당해 정보의 반사회성 및 경제적 가치의 정도에 의해서는 판단에 차이가 발생할 여지가 있고, 이 경우에는 양자를 비교형량하여 판단한다. 또한 영업비밀의 객체의 요건과 행위태양은 관련되어 있기에 부정경쟁방지법의 적용이 있는 경우에는 행위태양이나 행위목적도 고려할 필요가 있다.

### 제 3 절 영업비밀의 보호기간

영업비밀은 저작권이나 특허권과 달리 그 보호기간이 특정되어 있지 아니하다. 다시 말해서 영업비밀은 유용성, 비밀성 및 비공개성이 유지되는 한 무제한적으로 보호된다. 이와 관련해서 우리나라의 대법원은 「영업비밀이 보호되는 시간적 범위는 당사자사이에 영업비밀이 비밀로서 존속하는 기간이므로 그 기간의 경과로 영업비밀은 당연히 소멸하여 더 이상 비밀이 아닌 것으로 된다고 보아야 하는바, 그 기간은 퇴직 후 부정 목적의 영업비밀 침해행위가 없는 평온·공연한 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』고 보았다.<sup>50)</sup> 유사하게 우리나라의 다른 판례에서도 『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, 기타 변론에 나타난 당사자의 인적·물적 시설 등을 고려하여 합리적으로 결정하여야 한다』고 보았다.<sup>51)</sup>

## 제 4 절 영업비밀의 취득과 양도 등

### I. 취 득

영업비밀의 취득은 사실, 물건, 방법 등의 발견이나 발명에 의하여 생성되고, 특허권이나 상표권 등과 달리 등록을 요건으로 하지 아니한다. 이 점에서는 저작권과 유사하다. 그렇지만 영업비밀의 경우에는 그 비밀성이 보호의 기초적인 요건이므로 그 비밀성이 존속하는 한 영구적으로 보호된다는 점에서 저작권과 차이가 있다. 영업비밀의 취득과 관련해서 문제가 되는 것은 당해 영업비밀이 사내발생된 경우이다. 이 경우에는 특허권과 유사하게 다루어져야 할 것으로 생각된다.<sup>52)</sup>

50) 대판 1998. 2. 13, [97다24528].

51) 대판 1998. 2. 13, [97다24528].

52) 영업비밀의 사내발명과 관련하여 발명에 준해서 생각하되, 영업비밀의 특수성도 감안해야 한다는 견해가 있다(송영식·이상정·황중환, 위의 책, 446-447면 참조). 이 견해에 의하면 다음과 같이 해결된다. 즉, 첫째, 피용자가 개발을 위하여 고용되었고

## II. 양 도

영업비밀은 특허권, 저작권, 상표권 등과 마찬가지로 양도할 수 있음은 물론이다. 문제는 영업비밀의 양도계약에서 특별한 약정이 없는 경우에 발생한다. 이 경우에 특허권이나 저작권 등의 양도와 유사하게 양도인이 더 이상 당해 영업비밀을 사용하지 아니하며, 제3자에게도 공개하지 않는다는 약속이 묵시적으로 동의한 것으로 해석할 수 있다.<sup>53)</sup>

## III. 라이선스

### 1. 라이선스계약

부정경쟁방지법에서는 영업비밀의 라이선스에 관하여는 아무런 조항을 마련하지 않았다. 그렇다고 하여도 영업비밀의 실시계약은 라이선스계약에 해당함은 명백하고, 다른 지적재산권법의 라이선스계약에 관한 조항을 유추 적용하여 영업비밀의 라이선스를 해석할 수 있다. 따라서 영업비밀의 라이선스는 비배타적 라이선스와 배타적 라이선스로 나누어지고, 비배타적 라이선스는 설정행위에서 정한 범위에서 이용할 수 있으며, 영업비밀보유자의 허락없이 제3자에게 재라이선스를 할 수 없다.

영업비밀의 라이선스계약은 통상 영업비밀보유자와 사업자사이에 체결되어 왔고, 일반인보다는 양당사자가 합리적이고 이성적인 지위에 있는 자들이므로 현행 부정경쟁방지법에서는 당사자의 자치에 따라 자유롭게

---

발견물이 업무영역에 속하는 경우는 당해 아이디어는 사용자에게 속한다. 둘째, 피용자가 개발을 위하여 고용되지도 않았고 발견물도 직무범위 밖이나 개발을 위하여 사용자가 제종의 설비, 재료를 사용토록 하였고 피용자가 근무시간을 이용하여 개발한 경우에 미국에서는 사용자에게 커먼로상 인정되고 있는 Shop right원칙에 의해 사용자는 당해 영업비밀을 무상으로 사용할 수 있는 권리가 인정된다. 셋째, 피용자가 사용자의 시간이나 자료 등을 전혀 사용하지 않았고 발견물이 고용계약의 범위 밖인 경우는 당해 영업비밀은 피용자에게 배타적으로 귀속된다. 그러나 이것은 피용자가 사용자에게 속하는 어떠한 영업비밀이나 그 밖의 사용자가 가지고 있는 정보를 전혀 이용하지 않고서 개발하였다는 것을 전제로 한 것이다. 즉, 사용자의 무체재산이나 유체 재산을 전혀 이용하지 않고서 독자적으로 개발하였어야 한다.

53) 송영식·이상정·황중환, 위의 책, 447-448면 참조.

계약을 설정할 수 있게 하였다. 즉, 영업비밀의 라이선스 당사자는 라이선스의 유형과 그 이용범위를 사항적, 장소적 및 시간적으로 정할 수 있다. 예컨대, 배타적 라이선스를 할 것인가, 비배타적 라이선스를 할 것인가를 선택할 수 있고, 더 나아가서 라이선스에서는 영업비밀을 이용하여 제작한 상품의 이용장소와 시간 등을 제한할 것인가를 정할 수 있다.

## 2. 라이선스의 기간

당사자가 영업비밀의 라이선스 기간을 약정한 경우 그 기간 동안에 라이선스는 존속한다. 당사자가 라이선스의 기간을 정하지 아니한 경우 라이선스된 객체와 상거래의 상황을 고려하여 합리적인 기간 동안에 존속한다고 해석할 수 밖에 없다.<sup>54)</sup> 여기서 합리적인 기간을 판단함에는 관련된 권리를 반영하여야 한다. 예컨대, 특허권의 라이선스는 특허권의 존속기간을 넘지 아니하는 범위에서 합리적으로 추정하고, 저작권의 라이선스 경우에도 저작권의 존속기간을 넘어서 약정을 했다고 하여도 저작권의 존속기간 내에서 합리적인 기간으로 한정된다.<sup>55)</sup> 영업비밀의 경우에는 이와 같은 권리의 존속기간이 없으므로 영구적으로 가능하다고 할 수 있지만 해당 영업비밀의 특성에 따라서 판단해야 할 것으로 사료된다.

## 제 5 절 영업비밀의 침해와 구제수단

### I. 침해행위

부정경쟁방지법에 있어서 영업비밀은 계약위반이나 절취·기망·협박 기타의 부정한 수단을 이용한 침해행위(부정취득행위, 부정이용행위, 부정공개행위)로부터의 보호를 목적으로 한다. 즉, 부정경쟁방지법은 경제

---

54) Uniform Computer Information Transactions Act; UCITA §308(1) 참조. 미국의 통일컴퓨터정보거래법은 컴퓨터정보의 라이선스계약에 관한 입법이라고 할 정도로 라이선스계약에 대하여 상세히 체계화하고 있는데, 이 법에 대해서는 현대호, 인터넷상의 라이선스계약에 관한 법제연구(연구보고서), 한국법제연구원, 2001. 41-127면 참조.

55) UCITA §308 official comment 2.

적으로 유용한 타인의 비밀정보를 계약위반이나 절취·기망 등의 부정행위 수단으로 인한 취득행위·이용행위 또는 공개행위를 금지하는 공정한 경쟁을 도모하는 데 있다. 따라서 합법적인 수단으로 영업비밀을 취득한 자는 비밀준수의무가 있는 경우를 제외하고는 아무런 책임없이 정보를 자유롭게 이용 또는 공개할 수 있다. 즉, 특허권과는 달리 영업비밀은 독자적으로 알아낸 자에 대하여 원칙적으로 소송을 제기할 수 없다. 마찬가지로 영업비밀이 상품에 이용된 경우 그 상품을 누구나 분석할 자유가 있고, 소위 ‘reverse engineering’과 같은 방법으로 취득한 정보는 정당하게 이용할 수 있다. 한편, 영업비밀의 법적 보호기초와 관련해서는 우선적으로 당사자사이의 명시적인 계약을 통한 채무불이행책임으로 보호받을 여지가 있다. 다음으로 영업비밀의 침해행위가 선량한 사회질서에 반하여 민법 제750조의 불법행위를 구성하느냐의 여부를 통하여 보호받을 수 있었다.

### 1. 계약위반행위

영업비밀은 부정경쟁방지법이 제정되기 전까지는 당사자사이에 계약을 통한 보호와 민법 제750조에 의한 보호가 문제되었다. 여기서 계약에 기초한 영업비밀의 유지의무와 관련해서 우리나라의 판례는 『‘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.』<sup>56)</sup>고 판단하여 비밀유지의무를 명시적 계약 외에 신뢰관계 등에 의해서도 발생할 수 있다고 넓게 해석하여 왔다. 통상은 영업비밀보유자와 이를 이용하는 자 사이에 고용계약이나 라이선스 계약에서 비밀준수의무를 명시하는 것으로 보호를 받을 수 있는데, 우리나라의 판례에 의하면 『필기구 제조업체의 연구실장으로서 영업비밀에 해당하는 기술정보를 습득한 자가 계약관계 및 신의성실의 원칙상 퇴사

56) 대판 1996. 12. 23, [96다16605].

후에도 상당 기간 동안 비밀유지의무를 부담함에도 불구하고 타 회사로부터 고액의 급여와 상위의 직위를 받는 등의 이익을 취하는 한편 타 회사로 하여금 잉크를 제조함에 있어서 그 기술정보를 이용하여 시간적·경제적인 면에서 이익을 얻게 하기 위하여 타 회사로 전직하여 타 회사에서 그 기술정보를 공개하고 이를 사용하여 잉크를 생산하거나 생산하려고 한 경우, 그러한 행위는 공정한 경쟁의 이념에 비추어 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 부정한 이익을 얻을 목적에서 행하여진 것으로서 부정경쟁방지법 제2조제3호 (라)목 소정의 영업비밀 유지의무 위반행위에 해당한다<sup>57)</sup>』라고 하여 계약에 의한 보호를 인정하고 있다. 영업비밀의 보호는 부정경쟁방지법이 마련되기 전까지 주로 당사자사이의 계약에 기초하여 보호받을 수 있었고 명시적인 계약이 없는 경우에는 민법 제750조에 기초한 선량한 풍속위반에 기초한 불법행위로 다루어져 보호를 받을 여지가 있었다. 즉, 당사자사이의 영업비밀 준수 의무에 대한 명시적인 약정이 없는 경우 당사자사이의 신뢰보호에 기초해서도 보호를 받을 수 있는 여지를 판례가 개발하여 왔다. 그래서 대법원의 다른 판례에서도 『근로자가 전직한 회사에서 영업비밀과 관련된 업무에 종사하는 것을 금지하지 않고서는 회사의 영업비밀을 보호할 수 없다고 인정되는 경우에는 구체적인 전직금지약정이 없다고 하더라도 부정경쟁방지법 제10조제1항에 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 있다』<sup>58)</sup>고 보았다.

## 2. 부정한 수단에 의한 침해행위

영업비밀에 대한 침해행위는 부당이용이라는 불법행위에 그 기초를 두고 있는데, 영업비밀의 경우에는 ‘부정한 수단’의 사용에 의한 부당이용에 기초를 두고 있다. 여기서 ‘부정한 수단(improper means)’은 절취·기망·협박 등 형법상의 범죄를 구성하는 행위뿐만 아니라 비밀유지의무의 위반 또는 그 위반의 유인 등 건전한 거래질서의 유지 내지 공정한 경쟁의

57) 대판 1996.12.23, [96다16605].

58) 대판 2003.7.16, [2002마4380].

이념에 비추어 열거된 행위에 준하는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 일체의 행위나 수단을 말한다.<sup>59)</sup>

#### (1) 부정취득행위

부정취득행위는 3가지의 경우로 나눌 수 있는데, 첫째 절취·기망·협박 기타 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위, 둘째 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위, 셋째 영업비밀이 계약관계 등에 위반하여 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위이다. 우리나라의 대법원은 『영업비밀의 ‘취득’은 문서, 도면, 사진, 녹음테이프, 필름, 전산정보처리조직에 의하여 처리할 수 있는 형태로 작성된 파일 등 유체물의 점유를 취득하는 형태로 이루어질 수도 있고, 유체물의 점유를 취득함이 없이 영업비밀 자체를 직접 인식하고 기억하는 형태로 이루어질 수도 있으며 또한 영업비밀을 알고 있는 사람을 고용하는 형태로 이루어질 수도 있는바, 어느 경우에도 사회통념상 영업비밀을 자신의 것으로 만들어 이를 사용할 수 있는 상태가 되었다면 영업비밀을 취득하였다고 보아야 하므로 회사가 다른 업체의 영업비밀에 해당하는 기술정보를 습득한 자를 스카우트하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 회사는 그 영업비밀을 취득하였다고 보아야 한다.』<sup>60)</sup>고 보았다.

#### (2) 부정공개행위

부정공개행위는 4가지의 경우로 나눌 수 있는데, 첫째 절취·기망·협박 기타 부정한 수단으로 영업비밀을 공개하는 행위, 둘째 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 공개하는 행위, 셋째 영업비밀이 계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀을

59) 대판 1996.12.23, [96다16605].

60) 대판 1998.6.9, [98다1928].

사용하거나 공개하는 행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 공개하는 행위, 넷째 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀이 계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 공개하는 행위이다. 미국의 통일영업비밀보호법에 있어서 부당한 공개 또는 이용은 명시적 또는 묵시적인 동의가 없이 타인의 영업비밀의 공개 또는 이용하는 것으로 정의하고 있다. 예컨대, 공개 또는 이용 당시에 영업비밀이 부정한 수단에 의하여 얻은 자료부터 획득된 것을 알았거나 알 만한 이유가 있는 자 또는 비밀유지의무 내지는 사용제한의무가 있는 상황에서 이를 위반하여 취득된 것을 알았거나 알 만한 이유가 있는 자가 정보를 공개 또는 이용하는 경우가 여기에 해당된다(미국의 통일영업비밀법 제1조제2항 참조).

### (3) 부정이용행위

부정이용행위의 유형은 다음과 같다. 첫째 절취·기망·협박 기타 부정한 수단으로 취득한 영업비밀을 사용하는 행위, 둘째 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하는 행위, 셋째 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하는 행위, 넷째 계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀을 사용하는 행위, 다섯째 영업비밀이 계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위를 의미한다. 우리나라의 판례는 영업비밀의 사용이라는 개념과 관련하여 「영업비밀의 ‘사용’은 영업비밀 본래의 사용 목적에 따라 이를 상품

의 생산·판매 등의 영업활동에 이용하거나 연구·개발사업 등에 활용하는 등으로 기업활동에 직접 또는 간접적으로 사용하는 행위로서 구체적으로 특정이 가능한 행위를 가리킨다고 할 수 있다.<sup>61)</sup>고 보았다.

## II. 구제수단

영업비밀을 비롯하여 개인의 정신적 창조물은 그 특성상 배타성이 없어 누구나 이용할 수 있다. 따라서 개인의 정신적 창조물을 법제도를 통하여 보호할 필요성이 있는데, 영업비밀은 무형물이므로 그 침해가 용이하다는 점·침해로 받은 손해의 입증과 산정에 있어서 물건의 침해보다도 훨씬 어려움이 있다는 점 그리고 침해된 영업비밀과 관련된 정보나 증거가 물건의 침해와 달리 침해자에게 편중되어 있다는 점 등에서 민법전의 물건침해에서와 구별된다. 즉, 영업비밀의 무형적인 특성이나 시장에서의 독점적 지위에 대한 경제적 가치의 보호라는 측면에서 영업비밀의 침해는 일반민사사건과 동일하게 취급해서는 효과적으로 보호할 수 없고, 침해행위를 예방하는 기능도 발휘하기가 어렵다는 점이 문제된다. 이와 관련하여 영업비밀은 부정경쟁방지법에서 강력한 구제수단을 통하여 보호되고 있다. 즉, 손해배상, 금지청구는 물론 벌칙을 마련하고 있어서 배타적 권리와 유사한 보호를 하고 있다.

### 1. 손해배상청구 등

#### (1) 손해의 개념 및 책임기초

##### (가) 손해의 개념

통상 손해란 재산, 권리 또는 사람에 대하여 야기한 손실로 정의되고<sup>62)</sup> 유럽법에서는 과도한 책임을 제한하는 원칙으로 손실과 손해를 구별하고 있는데, 손해는 법적으로 다룰 수 있는 것으로 다루고 있다. 미국의 경우에도 ‘불법행위에 관한 두번째의 리스트이트먼트’에서 손해란 법

61) 대판 1998.6.9, [98다1928].

62) Christian Von Bar, The Common European Law of Torts(Volume Two), Oxford University Press, 2000. P. 6-8.).

적으로 보호되는 법익의 침해라고 정의하고 있다. 여기서 재산권의 침해에 대한 손해라 함은 만약 가해원인이 없었다고 한다면 있었어야 할 이익상태와 가해가 이미 발생하고 있는 현재의 이익상태사이의 차이를 손해로 파악할 수 있다.<sup>63)</sup>

영업비밀 침해행위로 인한 손해도 동일하게 파악할 수 있는데, 이와 관련해서 일찍부터 선구적인 사례가 존재하는 영역이 특허법이고 영업비밀 침해행위로 인한 손해도 동일한 원리에 의하여 해결될 수 있다. 예컨대, 특허권 등과 같은 재산권의 침해로 인한 일실효이익이란 장래에 얻을 수 있는 것으로 기대되었던 이익이 방해에 의하여 얻지 못하게 됨으로써 발생된 손해를 의미하고 이는 장래 이익획득의 가능성에 기초하여 침해의 원인이 없었다면 장래 얻을 수 있었을 이익의 상실로 파악할 수 있는데, 부정경쟁행위도 동일하다. 한편, 미국의 특허침해소송에서 ‘권리침해가 없었더라면 얻을 수 있었던 권리자의 이득’이라는 사고방식과 공통된다. 또한 미국의 *Panduit Corp. v. Stahl Bros. Fibre Works*, 사건<sup>64)</sup> 이전부터 특허침해로 인한 손해배상의 산정에서 특허권자에 대한 적절한 보상이라는 법령상의 요건을 충족하게 하기 위하여 경제성 원칙의 도입을 시도하였는데, *Aro Manufacturing Co. v. Convertible Top Replacement Co.*, 사건에서 미연방대법원은 침해자가 침해로부터 유형적인 이익을 실현하는데 실패했다고 하여도 특허권자는 적절한 배상을 청구할 권한이 있고, 사실상황과 관계없이 특허권자의 손해배상은 침해자가 실질적으로 얻은 이익 이상으로 “침해자의 침해가 없었더라면” 특허권자가 얻을 수 있었던 이익으로 산정해야 한다<sup>65)</sup>는 원칙을 밝혔는데,<sup>66)</sup> 이 또한

63) 이 주장은 차액설에 따른 결과이고 우리나라에서는 법익침해로 인하여 입은 구체적 인 불이익을 손해라고 하는 구체적 손해설이 대립하여 왔다. 독일에서는 차액설이외의 규범적 손해개념을 제창하는 학설이 주장되고 있고, 종래 우리나라에서 판례와 통설은 차액설을 따르고 있다.

64) *Panduit Corp. v. Stahl Bros. Fibre Works*, 575 F.2d 1152, 1156 (6th Cir. 1978).

65) *Aro Manufacturing Co. v. Convertible Top Replacement Co.*, 377 U.S. 476 (1964).

66) 독일의 경우에는 민법 제247조『손해배상의무를 부담하는 것은 배상의무를 발생시킨 사정이 없었다면 존재하였을 상태로 회복하는 것을 요한다』고 하고 있는데, 이와

영업비밀 침해행위에 유추 적용할 수 있다.

#### (나) 책임의 기초

영업비밀은 지적재산권의 하나로 파악할 수 있고 그 침해에 대해서는 부당이용이라는 불법행위에 기초를 두고 있어서 다음과 같은 요건이 요구된다. 즉, 손해배상청구는 법익침해의 사실, 침해자의 고의 또는 과실이 있다는 것, 침해행위에 의하여 발생했다는 것(손해의 발생 및 인과관계) 그리고 손해의 액을 원고가 입증하는 것이 필요하고 손해의 대상은 침해와 상당인과관계에 있는 전손해이다. 따라서 부정경쟁방지법은 그 자체에서 고유한 손해배상제도를 가지고 있는 것이 아니다.<sup>67)</sup>

##### (a) 민법 제750조에 의한 일실이익의 배상

민법 제750조의 불법행위에 의한 손해배상책임은 유책성·위법성·인과관계 및 손해의 발생이라는 4개의 성립요건을 갖추어야 하고, 지적재

---

같은 입법과는 대비적으로 독일의 연방대법원은 특허권침해의 경우에 있어서 일실이익 배상액의 결정에 대하여 피해자의 선택에 따라 다음의 3가지 산정방법을 인정하고 있다. 즉, (i) 일실이익을 포함한 구체적 손해의 배상, (ii) 적정한 실시료의 지불 및 (iii) 특허침해로 침해자가 받은 이익의 양도이다. 이들 중 실무에서 압도적으로 우세한 것이 두번째의 방법인데, 적정한 실시료에 의한 산정방법의 경우에 있어서는 “침해자는 원칙적으로 계약에 의한 실시권자 보다 불리하지도 유리하지도 아니한 지위에 있다”라는 제국법원의 판례에 기초를 둔 원칙이다(GRUR, 1962, 509, 513.). 이 원칙은 그 이후 비판의 대상이 되었고, 1972년 3월 10일의 소위 ‘배요금사건’에 대한 연방대법원 판결에서 재검토되었다. 이 판결에서는 감리에 관련하여 음악이 무단으로 연주된 것으로 서독의 음악저작권관리단체인 GEMA가 이것에 대하여 보상 및 손해배상을 청구한 사건이고, 다음과 같은 관점에서 포괄적으로 소정의 보상요율의 2배를 인정하였다. “만약 권리침해시에 요율의 할증을 인정하지 아니한다면 막대한 감시비용은 모두 제작자가 부담하여야 하고, 그렇지 않다면 통상요율이 높아져야 한다. 이 때문에 법규에 충실한 이용권자는 만약 다른 이용자의 위법행위가 없었더라면 발생하지 않았을 비용을 부담해야 한다. 당연히 이것은 공정한 것이 아니다. 따라서 판례에 의하여 발전된 적정한 실시료에 의한 손해액의 산정에서 결정적으로 고려되는 것은 공정성의 배려이다”고 판시했다(GRUR, 1973, 381). 이 입장은 Tolbutamid 사건의 판결에서 다시 확인되었다(이 사건에 대하여는 桑田三郎, 特許侵害事件における損害賠償額の算定に關する西ドイツ聯邦裁判決(研究者の發明保護の諸問題(日本工業所有權學會), 有斐閣, 1981. 211頁 이하 참조).

67) 저작권의 손해배상에서 동일한 주장하는 견해로 濱野英夫, 著作權(人格權, 隣接權も含む)侵害による損害賠償請求の特殊性と問題點(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996. 69頁 참조.

산권의 침해행위를 민법 제750조에 기초하여 일실회익의 배상을 청구하는 경우 이들 요건을 갖추어야 한다.

첫째, 유책성과 관련해서는 고의 또는 과실에 대한 입증이 문제된다. 민법 제750조 불법행위의 손해배상청구에 대한 성립요건은 부정경쟁방지법에서도 적용된다. 따라서 영업비밀의 침해에 대한 책임도 과실책임에 기초를 두고 있다. 예컨대, 부정경쟁방지법 제11조 및 제14조의2가 여기에 해당된다.

둘째, 위법성은 배타적 권리를 침해한 경우 바로 위법성이 징표된다. 따라서 부정경쟁방지법에 의하여 보호되는 부정경쟁행위나 영업비밀의 침해행위에 해당하는 경우 그 보호대상이 되는 부정경쟁에 해당된다면 위법성은 인정된다.<sup>68)</sup>

셋째, 침해행위와 손해사이의 인과관계가 요구된다. 영업비밀의 침해행위와 손해사이의 인과관계는 민법의 불법행위와 비교하여 별다른 차이가 없이 법적인 인과관계가 요구된다. 즉, 영업비밀의 침해로 인한 손해배상으로 청구된 상실회익은 민법 제750조에 기초한 것으로 침해행위와 권리자의 손해와의 상당인과관계의 입증을 요한다.<sup>69)</sup>

넷째, 침해행위로 인하여 실질적으로 손해가 발생해야 한다. 따라서 비록 영업비밀의 침해를 했다고 하여도 실질적으로 손해가 발생하지 않았거나 침해로 인하여 생산한 침해품을 판매하지 않았다면 아무런 손해가 발생하지 아니한 것이다. 더 나아가서 영업비밀의 침해로 발생한 손해에 대하여 비록 손해가 발생했다고 하여도 그 배상액을 산정하는 것이 곤란한 경우가 있다. 따라서 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항에서 손해상당액에 대한 배상을 허용하여 민법 제750조 손해의 발생이라는 요건을 완화하고 있다.

68) 여기서 '위법성'이라는 요건은 지적재산권법에 있어서 '권리침해'라는 것으로 구체화되는데, 지적재산권에 대한 침해행위는 직접적인 침해행위 외에도 간접적인 침해행위도 가능하다. 예컨대, 특허법 제27조 수입등의 행위, 실용신안법 제43조 수입등의 행위, 의장법 제63조 수입 등의 행위, 상표법 제66조 유사상표의 사용등의 행위, 저작권법 제92조제1항의 수입행위 등을 들 수 있다. 지적재산권법은 침해행위에 대한 입증책임을 완화하고 있는 경우도 있는데, 예컨대 특허법 제129조 생산방법의 추정을 들 수 있다.

69) 松本重敏, 工業所有權侵害訴訟における損害賠償請求の現状と問題點(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996. 3頁.

## (b) 부정경쟁방지법에 의한 일실희익의 배상

부정경쟁방지법의 손해배상책임 조항을 분석해보면, 그 내용은 주로 일실희익에 대한 배상책임의 성립기초와 일실희익액의 산정방법을 규정하고 있다. 즉, 부정경쟁방지법의 손해배상은 민법 제750조의 일실희익에 대한 손해배상제도와 전혀 다른 것은 아니고 지적재산권의 무형적인 특성으로 민법 제750조의 손해배상책임을 보완 내지는 보충하는 차원에서 일실희익 손해배상의 근거와 그 산정방법을 나름대로 개발하여 왔다.

## (2) 배상범위와 산정기준

## (가) 배상범위

민법 제763조는 불법행위로 인한 손해배상의 범위확정에 민법 제390조의 계약위반으로 인한 손해배상의 범위확정을 준용하고 있는데, 민법 제393조는 계약법에 한정되어 개발된 법리이고 불법행위에는 적용할 수 없다.<sup>70)</sup> 따라서 부정경쟁방지법의 일실희익에 대한 배상범위도 마찬가지이다. 결국 영업비밀의 침해로 인한 일실희익의 산정기준은 민법 제750조의 불법행위로 인한 손해배상의 산정기준과 마찬가지로 인과관계, 합리적 확실성 및 예견가능성을 필요로 한다. 첫째, 인과관계와 관련하여 영업비밀 침해에 있어서 손해는 영업비밀 침해의 결과이고 손해액은 침해가 없었다면 유지될 상태와 침해 후 상태의 차액 즉, 영업비밀로 인한 전보금액을 말한다. 이 경우 영업비밀보유자는 침해행위와 손해사이에 상당한 인과관계를 입증함으로써 손해를 전보받을 수 있고, 법원은 영업비밀보유자와 침해자 이외의 다른 경쟁자가 없다는 점·당해 물품에 대하여 경쟁·대체하는 물품이 없다는 점·수요자가 공통이라는 점·영업비밀보유자와 침해자 사이의 판매지역이 같다는 점·영업비밀 물품에 대한 사회적 수요가 높았다는 점 등을 상당인과관계를 인정하는 기준으로 활용할 수 있다. 따라서 영업비밀 침해에 대한 손해배상의 범위를 정함에 있어서는 상당인과관계에 의한 규범적 판단과 영업비밀의 시장독점

70) 자세한 것은 현대호, 지적재산권법의 손해배상제도에 관한 개선방안연구(연구보고서), 한국법제연구원, 2002. 26-35면 참조.

적 특성이 있는 경우 그 특수한 사정이 반영된다. 미국의 판례는 인과관계의 입증에 대하여 영업비밀보유자에게 요구되는 것은 침해가 없었더라면 영업비밀보유자가 일실이익을 얻었을 것이라는 합리적 개연성으로 충분하다는 입장이다.<sup>71)</sup> 둘째, 합리적 확실성의 요건은 영업비밀의 일실이익 손해배상에도 요구된다. 셋째, 예견가능성은 불법행위의 경우처럼 영업비밀의 침해에도 적용되지 아니한다.

앞에서 간략히 지적한 것처럼 부정경쟁행위나 영업비밀의 침해로 인하여 발생하는 손해는 재산손해이고 통상 그 배상범위는 침해행위가 없었다고 한다면 있었을 상태로 회복하는 데 필요한 금액으로 이해할 수 있다. 즉, 영업비밀의 침해로 인한 일실이익은 사물의 통상의 경과에 따라 또는 특별한 사정에 따라 이미 행하여진 설비나 준비에 따라 개연성을 가지고 기대할 수 있었던 이익이고, 침해행위가 없었더라면 권리자가 얻을 수 있었던 일종의 소극적 손해에 해당된다. 이 경우 상실이익의 산정에 있어서 중심적인 쟁점은 “침해자의 침해가 없었더라면 영업비밀보유자가 얻을 수 있었던 것이 얼마인가?”라는 문구로 간명하게 드러난다. 문제는 침해로 인하여 상실한 판매액과 영업비밀보유자가 판매상실로 얻을 수 있었던 이윤액을 특정하는 것이고, 통상 상실이익의 산정은 판매량, 판매가격 및 판매비용의 함수이다. 상실액·판매상실로 얻었을 수 없었던 금액 및 상실된 판매의 필요적 비용에 대한 특정은 상실이익의 산정에 중심적인 문제이다. 우리나라의 판례에서도 『영업비밀을 취득함으로써 얻는 이익은 그 영업비밀이 가지는 재산가치 상당이고, 그 재산가치는 그 영업비밀을 가지고 경쟁사 등 다른 업체에서 제품을 만들 경우, 그 영업비밀로 인하여 기술개발에 소요되는 비용이 감소되는 경우의 그 감소분 상당과 나아가 그 영업비밀을 이용하여 제품생산에까지 발전시킬 경우 제품판매이익 중 그 영업비밀이 제공되지 않았을 경우의 차액 상당으로서 그러한 가치를 감안하여 시장경제원리에 의하여 형성될 시장교환가격이다』<sup>72)</sup>라고 보았다. 영업비밀은 무형적 법익의 일종으로 그 침해사실을 포착하기가 어렵고 침해에 대한 손해의 입증도 곤란하다. 따라서

71) Kaufmann. Co. v. Lantech, Inc., 17 USPQ 2d 1828(Fed. Cir. 1991).

72) 대판 1999.3.12, [98도4704].

부정경쟁방지법은 일실희익의 손해배상에 관련해서는 그 손해배상의 책임성립과 구체적인 손해산정의 방법을 입법화하였다. 그 이유는 영업비밀이 무형재산으로 그 침해에 대하여 손해배상을 산정함에 있어서 그 재산의 가치평가와 시장의 특성 등을 고려하지 않을 수 없고, 특히 단순히 판매량·판매가격 및 판매비용이라는 순수한 일실희익액의 산정방법만으로는 영업비밀의 침해로 인한 손해배상의 산정이 불가능하거나 곤란한 경우가 발생한다.

#### (나) 손해배상의 산정과 그 기준

부정경쟁방지법의 손해배상책임조항은 주로 손해배상액의 산정방법에 그 중심을 두고서 입법화되어 왔다. 즉, 부정경쟁방지법의 일실희익에 대한 산정방법은 대체로 4개의 방법 즉, ‘순수한 일실희익액에 의한 산정방법’·‘통상의 일실희익액에 의한 산정방법’·‘일실희익 상당액에 의한 산정방법’·‘일실희익액 추정에 의한 산정방법’을 도입하였다.

##### (a) 순수한 일실희익액

부정경쟁방지법은 제11조에서 『고의 또는 과실에 의한 영업비밀 침해행위로 영업비밀보유자의 영업상 이익을 침해하여 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다』라고 하고 있는데, 민법 제750조의 불법행위보다도 광범위하고 명시적으로 과실에 의한 침해의 경우에도 법적 보호를 허용하고 있다. 부정경쟁방지법은 제11조에서 『고의 또는 과실에 의한 영업비밀 침해행위로 영업비밀보유자의 영업상 이익을 침해하여 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다』라고 하고, 제14조의2 제1항에서 『부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자가 제5조 또는 제11조의 규정에 의한 손해배상을 청구하는 경우 영업상의 이익을 침해한 자가 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위를 하게 한 물건을 양도한 때에는 그 물건의 양도수량에 영업상의 이익을 침해당한 자가 당해 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 영업상의 이익을 침해당한 자의 손해액으로 할 수 있다. 이 경우 손해액은

영업상의 이익을 침해당한 자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량에 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 한도로 한다. 다만, 영업상의 이익을 침해당한 자가 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 사정이 있는 때에는 당해 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량에 따른 금액을 빼야 한다.』고 규정하고 있다.<sup>73)</sup> 이 조항은 예컨대, 甲의 영업비밀을 무단으로 이용하여 제조한 실시품을 일반인에게 판매한 경우 甲의 잠재적 생산능력은 100개(1개당 100만원)를 생산할 수 있는데, 乙의 침해기간 중에 실제로 제조하여 판매한 것은 50개에 불과하고 이 기간 동안에 乙은 40개의 실시품을 제조 판매하였다면 甲은 50개(잠재적 생산능력) × 30만원(1개당 이익액) = 1,500만원을 넘지 아니하는 한도에서 40개(침해품) × 30만원 = 1,200만원을 청구할 수 있다는 것을 의미한다.

(b) 통상실시료

부정경쟁방지법은 제14조의2 제3항에서 『부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자는 제5조 또는 제11조의 규정에 의한 손해배상을 청구하는 경우 부정경쟁행위의 대상이 된 상품 등에 사용된 상표 등 표지의 사용 또는 영업비밀 침해행위의 대상이 된 영업비밀의 사용에 대하여 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 자기가 받은 손해의 액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다.』고 하고 있다. 다만, 제14조의2 제4항에서 『부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인하여 받은 손해의 액이 제3항의 규정에 의한 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 영업상의 이익을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 없는 때에는 법원은 손해배상의 액을 산정함에 있어서 이를 참작할 수 있다.』고 규정하고 있다. 영업비밀보유자가 당해 영업비밀에 대하여 과거에 실제 동일한

73) 계산방법은 다음과 같다.

- 매상감소액 × 원고의 이익률(감소한 판매수량 × 원고제품의 가격 × 원고의 이익률)
- 감소한 판매수량 × 원고제품의 1개당 이익액

실시료율로 다수자에 대하여 라이선스를 행한 경우 그 실시료율에 기초하여 손해배상의 산정을 하는 것이 가능하고, 이와 같은 실시료를 ‘확립된 실시료(established license)’라고 한다. 확립된 실시료가 존재한다는 것 즉, 영업비밀보유자가 당해 영업비밀을 확립된 실시료율로 라이선스한 사실이 있는 때에는 일실�이익의 배상은 청구할 수 없다. 그렇지만 영업비밀 보유자는 확립된 실시료가 합리적인 실시료 보다 낮은 것을 주장하여 보다 높은 합리적인 실시료율을 청구하는 것은 가능하다. 예컨대, 영업비밀의 가치가 제대로 반영되지 아니한 상태에서 실시가 이루어진 경우 합리적인 실시료율을 청구할 수 있다.

이 조항에 의하여 통상실시료액의 손해배상을 청구하기 위하여 영업비밀보유자는 유책성, 권리침해 및 실시료상당액(손해액)의 주장·입증을 해야 한다. 여기서 실시료상당액이라 함은 실시계약체결을 가상적으로 전제하여 양당사자가 합의하였을 것으로 판단된 손해배상액을 의미한다. 일반적으로 실시료상당액에 의해 전보되는 손해배상액은 앞에서 살펴본 부정경쟁방지법 제14조의2 제1항의 일실�이익에 의한 배상액보다 높지 않다. 이는 가상적 실시계약을 유추하여 얻어진 실시료의 적정액이므로 통상적인 실시계약에 따른 실시료와 크게 다르지 않다. 실시료상당액을 손해배상으로 청구하는 것은 다음의 셋 가지 경우에 행하여진다. 첫째, 일실�이익에 대한 입증에 있어서 침해로부터 발생한 구체적인 경제적 손실이 얼마인지를 밝혀내지 못하는 경우에 영업비밀의 불법사용에 의한 경제적 수익 등을 입증할 수 없거나 입증이 곤란한 경우 등이다. 둘째, 영업비밀보유자가 영업비밀을 실시하지 않았거나 영업비밀 상품을 생산하지 않은 경우에 청구할 수 있다. 일실�이익에 관하여 충분한 입증이 이루어졌다면 실시료상당액 보다 많은 손해배상액을 청구할 수 있었음에 반하여, 영업비밀을 실시하지 않은 원고의 손해배상청구는 이 실시료상당액에 한정된다. 그러나 실시료상당액이 일실�이익을 초과하는 경우에도 이를 주장할 수 있다. 이는 이용권의 객관적 가치로 산정되기 때문에 특정한 경우 개별적으로 고려되어야 할 사항에 영향을 받을 수 있다. 셋째, 위의 두 가지 경우 이외에도 영업비밀보유권자의 생산능력이 수요에 미치지 못하는 경우에도 영업비밀보유자는 실시료상당액의 산정방법에 따

라 손해배상을 청구할 수 있다.<sup>74)</sup> 이를 위하여 영업비밀보유자의 마케팅 활동과 실제 거래량 및 영업비밀 물품의 배포과정이 수요를 충족시켰는지의 여부와 영업비밀보유자의 생산시설·기술 등이 함께 고려된다. 또한 침해의 일부에 대해서 일실이익의 손해가 입증된 경우 잔여부분의 실시료에 기초하여 손해배상액을 확정하게 된다. 그 밖에도 실제 일실이익이 실시료상당액 보다 적은 경우 실시료에 기초하여 손해배상을 청구할 수 있다.

한편, 부정경쟁방지법은 제14조의2 제4항에서 「부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인하여 받은 손해의 액이 제3항의 규정에 의한 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 영업상의 이익을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 없는 때에는 법원은 손해배상의 액을 산정함에 있어서 이를 참작할 수 있다.」고 규정하고 있다. 이 규정의 전단은 부정경쟁방지법 제14조의2 제3항에서 규정한 실시료상당액 이상의 손해배상청구를 방해하지 않음을 밝히고 있는 것이고, 후단은 침해자의 경과실로 인하여 손해가 발생한 경우에는 손해배상액의 산정에 있어서 법원의 재량권을 인정한 것이다.

#### (c) 손해상당액

부정경쟁방지법은 제14조의2 제5항에서 「법원은 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위에 관한 소송에 있어서 손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제1항 내지 제4항의 규정에 불구하고 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.」고 규정하고 있다. 일실이익액의 증명이나 확립된 실시료가 없는 경우 합리적 실시료에 도달하게 된다. 즉, 손해의 입증을 할 수 없는 경우에도 침해자가 발명을 사용하는 것에 대하여 합리적 실시료(reasonable royalty)는 최저한의 보상으로 영업비밀 보유자에게 인정된다. 합리적 실시료와 관련해서는 미국의 특허침해 손해배상소송에서 자세히 다루고 있는데 영업비밀에도 적용된다. 즉, 영업비밀보유자와 침해자가 침해행위

74) 현대호, 위의 보고서, 72-77면 참조.

개시 당시에 실시권 허락교섭을 한 것이라는 가상적 전제하에 당해 사안의 사실관계에서 합리적으로 인정되는 실시료이고(미국의 특허법은 제 284조에서 특허권자에게 최저한의 손해배상액으로서 침해자에 의한 발명의 사용에 대하여 합리적 실시료의 회복을 담보하고 있다), 영업비밀보유자가 실제의 손해액(일실이익 또는 확립된 실시료율)을 입증하는 것이 가능하여도 법원은 합리적 실시료를 산출하지 않으면 안된다. 합리적 실시료는 판례법상 형성된 개념으로 영업비밀보유자와 침해자가 침해행위개시 당시에 영업비밀 실시허락의 교섭을 하였을 것이라는 전제에 기초하여 그 결과로 산정된 실시료이다. 실제로 침해자는 실시허락을 받지 않았고 영업비밀보유자도 허락을 하지 않았지만, 양당사자가 적극적으로 허락교섭을 하였다고 전제하고서 당해 사안의 여러 사정을 고려하여 일정한 실시료를 합의한 것으로 고안하는 것이다. 이 경우 영업비밀은 유효하다는 것을 전제하고, 또한 현실적으로 침해행위개시 후에 일어나는 당해 사안의 제사실도 가상적 교섭의 결과를 추측하는 자료로 고려된다.

위와 같은 전제에서 합리적 실시료는 형성된 것이지만, 그 판단에 있어서 실제로는 침해자가 침해행위소송에서 다툼에 패한 자라는 사실이 고려되고, 임의로 실시허락계약을 체결한 자와 동일하게 취급할 수는 없다는 것이 고려된다. 여기서 합리적 실시료의 개념은 정의와 형평을 실현하는 수단이고, 결국 당해 사안에 따라 당사자의 형평을 고려하여 합리적 실시료가 산출된다.<sup>75)</sup> 따라서 합리적 실시료를 산정함에는 여러 요소가 고려될 수 있고, 그 대표적인 것으로 다음이 고려된다. 첫째, 침해자의 예상이익이 고려된다.<sup>76)</sup> 그러나 합리적 실시료를 산정하는 경우 침해자가 침해행위개시 당시 침해행위로부터 얻은 것을 예상한 예상이익이나 비용삭감에 중요한 요소로 고려되는 경우가 많이 있다. 이 경우 예상이익을 인정하기 위해서 간접적 사실로서 실제 침해행위에 의하여 침해자가 얻은 이익이 고려되는 경우가 많이 있다. 합리적 실시료의 산정

75) 尾崎英男, 米國特許訴訟における損害賠償, 知的所有權おめぐる損害賠償の實務(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996. 134頁.

76) 미국의 특허법에서는 1946년 이전에 특허권자는 침해자가 침해행위에 의해서 얻은 이익을 손해로 청구하는 것이 형평법상의 구제로 인정되었다. 이 제도는 동년 입법에 의하여 폐지되어 현행법에서는 존재하지 아니한다.

을 위해서 침해자의 예상이익을 고려하는 것은 가상적 교섭에 있어서 침해자가 합리적 실시료를 영업비밀보유자에게 지불하여도 그 위에 합리적인 이익을 올리고 게다가 영업비밀보유자가 받을 실시료에 합의했을 것이라는 사고에 기초를 두고 있다. 즉, 침해자의 예상이익을 영업비밀보유자와 침해자로 나누어서 합치는 것과 같은 실시료에 합의된 것으로 본다. 그렇지만 침해자의 예상이익을 모두 영업비밀보유자에 지불하는 것과 같은 합리적 실시료의 산정은 원칙적으로 잘못된 것이다.<sup>77)</sup> 둘째, 동일 영업비밀의 기존 라이선스가 고려된다. 이것은 위에서 살펴본 확립된 실시료에 대한 것이다. 동일 영업비밀에 관해서 기존의 라이선스가 존재하는 경우 법원은 합리적 실시료를 산정함에 있어서 기존의 라이선스의 실시료를 고려한다. 이것은 기존의 라이선스의 실시료가 당해 영업비밀의 가치를 반영한 것이기 때문이다. 그러나 기존의 라이선스가 반드시 영업비밀의 유효성이나 저촉성을 인정한 위에 성립된 것은 아니고, 또한 다른 침해자가 존재하는 경우 등 반드시 영업비밀보유자를 충분히 만족시키는 조건으로 성립한 것에 한정되지 아니한다. 여하튼 합리적 실시료는 영업비밀이 유효하게 존중되는 것을 전제로 교섭된 것이고, 실제의 사례에서는 합리적 실시료가 기존의 라이선스의 실시료 보다 낮은 경우는 없으며 통상 보다 높게 인정된다. 기존의 라이선스 이외의 요소가 중시되는 사례는 기존의 라이선스의 실시료와 분리하여 합리적 실시료가 인정된 경우가 있다.<sup>78)</sup> 셋째, 영업비밀보유자와 침해자의 관계(영업비밀보유자의 라이선스정책)가 고려된다. 영업비밀보유자와 침해자는 경쟁자이고, 영업비밀보유자가 경쟁자에게 라이선스를 공여하지 아니한다는 정책을 가지고 있는 사례에서는 가상적 교섭에 의해서 영업비밀보유자의 입장은 보다 강력하며, 합리적 실시료가 경쟁관계에 없는 사례에 비하여

---

77) Hughes Tool Co. v. Dresser Industries Inc. 2 USPQ 2d 1396(Fed. Cir. 1987).

78) 예컨대, 업계의 표준적 실시료율이 3-10%인 때에 합리적 실시료율로 33%를 인정한 사례(Bio-Rad Laboratories, Inc. v. Nicolet Instrument Corp., 222USPQ 654 (Fed. Cir. 1984))나 특허권자가 소송전에 피고에 대하여 실시료율 1%의 신청을 한 것에 관계없이 15%의 합리적 실시료율을 인정한 사례(Deere & Co. v. International Harvester Co. 218 USPQ 481(Fed. Cir. 1983))이다.

높을 수 있다. 넷째, 영업비밀 실시품의 판매에 수반하여 판매된 비영업비밀 실시품이 고려된다. 영업비밀을 실시한 제품이 판매되고 그에 수반하여 영업비밀과 직접적 관계가 없는 부품이나 소모품이 판매된 경우 침해자는 침해품의 판매에 의해서만 아니라 이들 소모품 등의 판매에 의하여 이익을 받는 것이 가능하다. 합리적 실시료의 산정에 있어서는 이와 같은 소모품 등의 판매에 의한 이익도 고려된다. 다섯째, 영업비밀의 제품전체에 대한 기여도가 고려된다. 제품전체에 대하여 영업비밀의 특징이 경제적으로 기여하는 정도가 적지 아니한 경우 영업비밀의 제품전체에 대한 기여도도 합리적 실시료의 산정에 있어서 고려된다. 여섯째, 영업비밀의 상업적 완성도가 고려된다. 합리적 실시료를 산출함에 있어서 발명이 상업적으로 완성된 수준에 달하는 것인가, 영업비밀이 상업화하는 투자를 필요로 하는 것인가가 고려된다.

#### (d) 일실이익의 추정

부정경쟁방지법은 제14조의2 제2항에서 『부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자가 제5조 또는 제11조의 규정에 의한 손해배상을 청구하는 경우 영업상의 이익을 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 것이 있는 때에는 그 이익의 액을 영업상의 이익을 침해당한 자가 받은 손해의 액으로 추정한다』고 규정하고 있다. 이 조항은 일본법을 모방한 것인데, 일본의 부정경쟁방지법은 개정작업시 종래의 손해배상방법 이외에 침해자의 수익을 영업비밀보유자에게 반환시킴으로써 영업비밀 보호를 강화할 수 있다고 판단하여 독일민법의 규정인 준사무관리에 기한 이익반환법리의 도입을 시도하였다고 한다.<sup>79)</sup>

현행 부정경쟁방지법 제14조의2 제2항의 입법취지는 민법 제750조 이하의 불법행위에 기초한 손해배상청구권에 대한 손해액에 관한 특칙으로서 의미를 가지는 규정이고, 피고의 얻은 이익을 모두 반환하게 하려는

79) 준사무관리를 적용하는 경우에 특허권자는 사무관리규정의 일부를 적용하고 있는 독일민법 제687조제2항에 의하여 침해자 수익을 반환받을 수 있다(일본 특허법의 개정과 관련한 자세한 것은 배대현, 특허권침해와 손해배상, 세창출판사, 1997, 83-86면 참조).

제재적인 성질을 가진 규정은 아니다.<sup>80)</sup> 또한 이 조항은 침해자의 이익액을 ‘영업비밀보유자의 상실한 손해액’으로 추정하는 것인데, 이 추정규정은 손해가 발생한 경우에 ‘침해자의 얻은 이익’을 ‘침해행위와 인과관계가 있는 영업비밀보유자의 손해액’으로 추정하는 것이고 손해의 발생까지 추정하는 것은 아니다.<sup>81)</sup> 부정경쟁방지법 제14조의2 제2항은 그 법문의 내용상 새로운 손해배상의 산정방법을 도입한 것으로 판단된다.

## 2. 금지청구 등

금지청구의 대상으로 되는 영업비밀의 침해행위는 부정취득행위, 부정사용행위, 부정공개행위이다. 침해행위의 금지청구는 이들 행위의 금지를 구하는 것이며 법률적으로는 부작위채무의 이행을 청구하는 것이다. 부정사용행위는 일반적으로 영업비밀의 사용이 계속되고 있는 경우가 많을 것이므로 그 금지청구는 유효한 구제수단이다. 다만, 부정취득행위 및 부정공개행위는 일반적으로 계속적 행위가 아니고 1회로 끝나버리는 경우가 많을 것이므로 금지청구가 유효한 경우는 많지 않을 수도 있다.

### (1) 예방청구

침해행위의 예방청구는 현실적으로 침해행위가 행하여지고 있는 것은 아니나 장래 발생할 가능성이 상당히 있는 경우 즉, 실행행위의 착수가 가능한 객관적 상황하에서 실행에 관한 주관적 결의가 되어 있는 경우에 인정된다. 예방청구의 경우는 현실적으로 침해행위가 발생하고 있는 것은 아니므로 이를 안이하게 인정하면 경제계에 혼란을 가져올 우려가 있다. 따라서 주관적으로도 객관적으로도 개연성이 높은 경우에만 이를 인정하여야 하며 예방청구를 하는 자가 이를 입증하여야 한다. 다만 부정공개행위의 경우에는 금지됨으로 인한 불이익에 비해서 공개로 인한 피해가 극히 크다는 점에 비추어 그 입증의 정도를 완화하여야 할 것이다.

80) 青柳吟子, 特許法一〇二條一項(損害額の推定)について(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996. 10頁.

81) 野上邦五郎, 特許法一〇二條一項における被告の主張(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996. 18頁 참조.

예방청구는 장래 발생할 우려가 있는 행위의 금지를 청구하는 것이며, 통상의 경우에는 이미 부정 취득당한 영업비밀의 사용이나 공개 전에 영업비밀을 사용하거나 공개하지 못하도록 청구하는 경우가 많을 것이다. 우리나라의 판례에서는 「영업비밀침해금지를 명하기 위해서는 그 영업비밀이 특정되어야 할 것이지만, 상당한 정도의 기술력과 영업비밀을 가지고 경쟁사로 전직하여 종전의 업무와 동일·유사한 업무에 종사하는 근로자를 상대로 영업비밀침해금지를 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 접근가능성, 전직한 회사에서 담당하는 업무의 내용과 성격, 사용자와 근로자가 전직한 회사와의 관계 등 여러 사정을 고려하여야 한다」고 하였다.<sup>82)</sup> 또한 다른 대법원의 판례에서도 「근로자가 회사에서 퇴직하지는 않았지만 전직을 준비하고 있는 등으로 영업비밀을 침해할 우려가 있어서 이를 방지하기 위한 예방적 조치로서 미리 영업비밀 침해금지 및 전직금지를 구하는 경우에는 근로자가 회사에서 퇴직하지 않았다고 하더라도 실제로 그 영업비밀을 취급하던 업무에서 이탈한 시점을 기준으로 영업비밀 침해금지기간 및 전직금지기간을 산정할 수 있을 것이지만, 근로자가 회사에서 퇴직한 이후 전직금지를 신청하는 경우에는, 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 특별한 사정이 인정되지 아니하는 이상 근로자가 퇴직한 시점을 기준으로 산정하여야 한다」고 보았다.<sup>83)</sup>

## (2) 폐기, 제거청구

영업비밀을 침해한 자 등의 수중에 침해행위를 조성한 물건이나 침해행위에 제공된 설비를 그대로 두면 재차 침해행위를 할 우려가 있으므로

82) 대판 2003.7.16, [2002마4380].

83) 대판 2003.7.16, [2002마4380].

장래의 침해행위 금지를 명하는 것만으로는 영업비밀보유자의 이익보호에 불충분하다고 보고, 금지 및 예방청구와 더불어 폐기·제거청구를 인정한 것이다. 이러한 폐기 및 제거청구의 대상으로 되는 침해행위를 조성한 물건으로는 예컨대, 부정취득한 영업비밀이 화체된 시방서, 실험데이터, 고객명단이나 부정취득한 영업비밀을 이용하여 만들어진 제품 등을 들 수 있으며, 침해행위에 제공된 설비로는 부정취득행위에 제공된 도청기, 부정사용행위에만 제공된 제조기계, 종업원 교육용 매뉴얼 등을 들 수 있다. 일반적으로 다른 용도에도 사용가능한 설비의 폐기, 제거청구는 과잉청구로 지적되고 있다. 그밖에 기타 필요한 조치로는 장래에 영업비밀에 대한 침해를 하지 않는다는 것을 보장하기 위하여 담보의 제공을 시킨다든지 공탁을 시키는 것 등을 생각할 수 있다.

### 3. 기타 관련된 구제조치

#### (1) 신용회복

영업비밀의 침해는 단순한 재산적 손해배상만으로는 원상회복이 어려운 경우가 종종 발생하는데, 이를 대비하여 부정경쟁방지법은 제12조에서 『법원은 고의 또는 과실에 의한 영업비밀 침해행위로 영업비밀 보유자의 영업상의 신용을 실추하게 한 자에 대하여는 영업비밀 보유자의 청구에 의하여 제11조의 규정에 의한 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 영업상의 신용회복을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다』고 규정하여 손해배상과 별도로 신용회복을 위하여 법원이 일정한 조치를 명할 수 있도록 하였다.

#### (2) 자료의 제출

소송에 있어서 권리를 주장하는 자는 그 성립의 사실을, 권리의 소멸을 주장하는 자는 그 소멸의 사실을 주장 및 입증할 책임이 있다. 따라서 영업비밀의 침해소송에 있어서 그 권리의 침해를 주장하는 자는 그 권리의 유효성과 침해사실 및 손해액에 대하여 주장 및 입증할 책임을 부담한다. 이러한 민사소송의 원칙은 오늘날 모든 소송에서 엄격하게 고

수하기가 곤란한 영역이 나타나고 있는데, 영업비밀의 침해소송과 관련해서도 침해자에게 증거의 편중현상과 입증의 곤란성으로 침해에 대한 모든 주장 및 입증책임을 영업비밀보유권자에게 부담시키는 것은 구제를 사실상 포기하는 것과 차이가 없다. 따라서 부정경쟁방지법은 제14조의3에서 「법원은 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에 있어서 당사자의 신청에 의하여 상대방 당사자에 대하여 당해 침해행위로 인한 손해의 액을 산정하는 데에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다. 다만, 그 자료의 소지자가 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.」고 규정하였다.

### Ⅲ. 선의자에 관한 특례

영업비밀은 부정경쟁방지라는 차원에서 보호되므로 영업비밀을 그 보유자와 계약을 통하여 취득하거나 보유할 권한이 있는 자가 스스로 공개한 경우 이를 취득한 자는 영업비밀을 사용할 수 있다. 즉, 영업비밀을 선의로 취득한 자는 보호된다. 이와 관련하여 부정경쟁방지법은 제13조 제1항에서 「거래에 의하여 영업비밀을 정당하게 취득한 자가 그 거래에 의하여 허용된 범위 안에서 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위에 대하여는 제10조 내지 제12조의 규정을 적용하지 아니한다.」고 규정하고 있다. 여기서 “영업비밀을 정당하게 취득한 자”라 함은 영업비밀을 취득할 당시에 그 영업비밀이 부정하게 공개된 사실 또는 영업비밀의 부정취득행위나 부정공개행위가 개입된 사실을 중대한 과실없이 알지 못하고 그 영업비밀을 취득한 자를 말한다(부정경쟁방지법 제13조제2항 참조).

### Ⅳ. 시 효

영업비밀 침해행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는 권리는 영업비밀 침해행위가 계속되는 경우에 영업비밀보유자가 그 침해행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 사실 및 침해행위자를 안 날부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다. 그 침해행위가 시작된 날부터 10년을 경과한 때에도 또한 같다(부정경쟁방

지법 제14조). 우리나라의 판례는 부정경쟁방지법 제14조의 해석과 관련하여 『민법 제166조제2항의 규정에 의하면 부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 위반행위를 한 때로부터 진행한다는 점 및 부정경쟁방지법 제14조의 규정 내용 등에 비추어 보면, 부정경쟁방지법 제10조제1항이 정한 영업비밀 침해행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는 권리의 경우, 그 소멸시효가 진행하기 위하여는 일단 침해행위가 개시되어야 하고, 나아가 영업비밀 보유자가 그 침해행위에 의하여 자기의 영업상의 이익이 침해되거나 또는 침해될 우려가 있는 사실 및 침해행위자를 알아야 한다』고 보았다.<sup>84)</sup>

## V. 형사벌

위에서 살펴본 민사적 구제수단만으로는 오늘날 그 가치가 증대하고 있는 영업비밀을 보호하기에 충분하지 않다. 이러한 현상은 최근 각국의 입법례에서도 발견할 수 있는데, 형사벌과 관련하여 독특한 점은 외국에서 사용하거나 사용될 것임을 알고서 침해하는 경우에 특히 가중하여 처벌하고 있다는 점이 각국의 입법에서 두드러진다. 미국의 경우 연방산업스파이법에서 볼 수 있듯이 형사적 처벌을 통한 영업비밀의 효과적인 보호가 중요한 사회적 문제로 제기되었고, 우리나라에서도 부정경쟁방지법 제18조에서 영업비밀에 대한 형사벌 조항을 마련하였다. 즉, 부정경쟁방지법은 제18조제1항에서 『누구든지 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알고 제3자에게 누설한 자는 7년 이하의 징역 또는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다』고 규정하고 있으며, 동법 제18조제2항에서 『누구든지 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다』고 규정하고 있다.

---

84) 대판 1996.2.13, [95마594].

위의 벌칙에 해당하는 경우에 그 미수범도 처벌하고 예비 또는 음모한 자도 처벌한다(부정경쟁방지법 제18조의 2). 또한 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 벌금형을 과한다(부정경쟁방지법 제19조).

## 제 5 장 현행 부정경쟁방지법의 문제점과 개선방안

## 제 1 절 개 관

위에서 살펴본 것처럼 부정경쟁에 대한 외국의 입법례는 그 포섭하는 대상과 보호방법 내지 보호범위에 있어서 차이가 있고, 관련된 사항의 입법화에도 차이가 있다. 예컨대, 미국의 경우에는 종래 부정경쟁행위에 대하여는 커먼로과 주법이 적용되었고, ‘부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테이트먼트’가 부정경쟁행위를 유형화하여 체계화하였다. 최근에는 영업비밀에 관련된 연방형사법(산업스파이법)과 연방상표희석법 등의 제정으로 연방차원의 입법이 나타나고 있다. 독일의 경우에는 부정경쟁행위와 관련해서 민법 제826조가 중요한 역할을 하고 있으며, 무엇보다도 부정경쟁방지법의 제정으로 부정경쟁행위에 대한 방지를 명확히 하고 영업비밀을 부정경쟁에 포섭하여 보호하고 있다. 일본의 경우에는 우리나라와 유사하지만 부정경쟁방지법에서 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위를 통합해서 규율하고 있다는 점 그리고 규율하고 있는 내용에서 다소간의 차이가 발견된다는 점 등에서 상이하다.

한편, 각국의 부정경쟁방지법은 그 나라의 사정에 따라서 규율하는 내용이나 방식에 차이가 있다. 독일과 일본 및 우리나라의 부정경쟁방지법은 공통적으로 민법을 보완하는 역할(예컨대, 부정경쟁행위에 대한 금지청구를 명시적으로 허용함)과 형사법적인 제재수단을 신설한 점에서 두드러진다. 미국의 경우에도 영미법계의 특수성(판례법)에도 불구하고 연방법 차원에서 산업스파이법이라는 영업비밀에 관한 형사법을 마련하고 있다는 점에서 유사한 현상을 볼 수 있다. 아래에서는 현행 부정경쟁방지법의 문제점과 개선방안을 살펴보는데, 외국의 입법례와 대비하는 경우도 있고 때에 따라서는 법문의 내용이나 체계상의 문제점을 개선하고자 하는 경우도 있다.

## 제 2 절 체계상 문제점과 개선방안

### I. 문제점

현행 부정경쟁방지법의 체계를 분석함에 있어서 외국입법을 분석하면, 미국의 경우는 ‘부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테이트먼트’는 비록 법전의 형식으로 구성되어 있다고 하여도 하나의 법률이 아니라 커먼로상의 부정경쟁행위와 관련된 법리를 법전의 형식을 빌려서 체계화 한 것이므로 입법의 체계개선에는 적합하지 아니할 수 있다. 독일의 경우에는 부정경쟁방지법이라는 단일법을 통하여 영업비밀은 물론 다른 부정경쟁행위도 함께 규율하고 있고, 이 법에서는 부정경쟁행위를 예시적으로 규율하여 포괄적인 입법방식으로 되어 있다. 일본은 우리나라와 유사하게 제한적(내지는 열거적)인 방식으로 부정경쟁을 규율하고 있지만, 입법체계상으로는 영업비밀 침해행위와 부정경쟁행위를 통합하여 다루고 있다. 우리나라의 부정경쟁방지법은 그 명칭(“부정경쟁방지및영업비밀보호에 관한법률”)에서 알 수 있듯이 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위를 구별하고 있으면서도 형식적으로는 하나의 입법방식을 취하고 있다. 이 법은 양자를 체계상 달리 다루고 있는데, 과연 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위를 달리 다루어야 할 이유 즉, 구별해서 입법화해야 할 합리적인 이유가 있는가는 의문이다. 왜냐하면 미국의 통일영업비밀법의 경우에는 미국이 연방국가이고 판례법 국가이어서 나름대로(역사적으로) 고유한 입법의 발달사를 보인 것이지 양자를 달리 다루고자 하는 것으로 보기 어렵고 미국의 ‘부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테이트먼트’에서도 양자를 함께 다루고 있다. 독일이나 일본의 경우에는 ‘부정경쟁방지법’이라는 명칭하에 양자를 통합하여 규율하고 있다.

### II. 개선방안

외국의 입법례를 통해서도 알 수 있듯이 부정경쟁이라는 개념에서 영업비밀을 분리하여 독립된 입법을 하는 것은 적어도 현시점에서는 시기

상조라고 할 수 있고, 법리의 구성에 있어서도 달리 다루어야 할 정도로 특수한 이유를 찾기는 어렵다.

구체적으로 독일이나 일본의 부정경쟁방지법처럼 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위를 하나의 입법으로 하는 것이 타당하나(현행 부정경쟁방지법의 입법방식을 변경하지 아니함), 현행 부정경쟁방지법처럼 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위를 구분하는 법체계(예컨대, 장으로 구분하는 체계)를 버리고 양자를 부정경쟁이라는 개념으로 통합하는 것이 바람직하여 이를 통합하였다(일본법과 유사하게). 또한 현행 ‘부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률’은 그 명칭을 ‘부정경쟁방지법’으로 변경하고 양자를 구분하고 있는 구성방식도 수정함이 바람직할 것으로 사료된다. 따라서 현행 부정경쟁방지법에서 유형화하고 있는 각장을 삭제하여 그 구분을 제거했다. 그리고 부정경쟁방지법 제4조의 ‘부정경쟁행위의 금지청구등’과 동법 제10조를 통합하고, 부정경쟁방지법 제5조와 동법 제14조의 2도 통합하였으며, 마찬가지로 부정경쟁방지법 제6조와 동법 제12조도 통합하는 차원에서 개선안을 마련하였다. 한편, 새로운 개정안에서는 독일처럼 부정경쟁을 포괄적·일반적으로 규율하는 것에 대하여는 본 연구가 영업비밀에 한정하는 관계로 향후의 연구과제로 남겨 두었으며 새로운 개정안에서는 이를 반영하지 않았다.<sup>85)</sup>

### 제 3 절 내용상 문제점과 개선방안

#### I. 문제점

위에서 살펴본 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위를 통하여 현행 부정경쟁방지법의 체계와 그 내용을 간략히 살펴보았는데, 명시적으로 각각의 문제점을 지적하지는 않았지만 대략 다음과 같이 요약 정리할 수 있다. 즉,

첫째, 용어의 정의와 관련해서 일부문구를 수정하거나 그 포섭하는 내용을 체계에 맞게 해야 할 사항들이 있다. 예컨대, 부정경쟁의 개념정의,

85) 일반조항 도입에 대한 자세한 것은 정호렬, 위의 책, 291-321면 참조.

영업비밀의 개념정의, 상표와 표장의 개념정의, 도메인 네임의 침해행위에 대한 손해배상 등의 변경이나 신설 등에 대한 문제점이 발견된다.

둘째, 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위의 손해배상청구에 대한 근거조항의 통합과 그 내용에서 문제점이 발견된다.

셋째, 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위의 소송에 대하여 실질적인 구제를 받도록 하기 위하여 구체적인 명시적 의무에 대한 신설, 자료의 제출의무의 보완 등에 관련된 문제점이 발견된다.

넷째, 소송상에서 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위로 인하여 발생한 손해액을 감정하는 데에 필요한 감정인에 대한 설명의무의 신설이 문제된다.

다섯째, 영업비밀 등과 같은 지적재산권의 침해소송에 있어서 경제성의 원칙이 강조된다. 즉, 법익의 보호와 효율적인 구제를 위하여 징벌적 손해배상의 도입이 문제된다. 미국의 부정경쟁방지관련법(판례법과 통일영업비밀보호법 등)과 우리나라의 부정경쟁방지법사이에 커다란 차이는 바로 징벌적 손해배상제도에서 나타난다. 미국의 민사소송은 당사자간 분쟁의 해결이라는 민사법으로서의 역할이외에 사회질서의 유지에 대한 역할도 부담한다는 것이다. 이것은 입법정책의 문제이고 우리 민사소송에 기대되는 역할의 차이이고 입법정책의 차이이기도 하다.<sup>86)</sup> 미국법에서 징벌적 손해배상제도는 일반민사소송 뿐만 아니라 지적재산권의 침해소송에까지 널리 도입되고 있다. 미국의 커먼로에서 징벌적 배상의 유무 및 액은 배심의 평결의 대상이 되고, 그 금액에 특별한 제한이 존재하지 아니하기에 일반민사소송에 거액의 징벌적 배상이 명하여지고 있다. 미국의 통일영업비밀보호법에 의하여 징벌적 손해배상은 실질적 손해배상액의 2배로 배상범위를 제한하고 있다는 것이 독특하다. 아래에서는 현행 부정경쟁방지법상의 손해배상제도에 대한 검토를 함에 있어서 미국의 통일영업비밀보호법처럼 징벌적 손해배상제도를 도입할 것인가에 대하여, 일단은 독일이나 일본처럼(현행 우리나라의 부정경쟁방지법처럼) 이

86) 松本重敏, 工業所有權侵害訴訟における損害賠償請求の現状と問題點(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996. 5頁.

를 부정경쟁에 한정하여 도입해야 할 것으로 다루지는 않았다. 즉, 민사법의 손해배상제도에 대한 개선과 함께 다루어져야 할 것으로 판단된다. 따라서 새로운 부정경쟁방지법의 개정안에서 이를 도입하는 조항을 마련하지 않았다.

## II. 개선방안

### 1. 영업비밀을 제외한 부정경쟁행위에 관련된 사항

본 연구에서는 부정경쟁 중에서 영업비밀을 제외한 일반적인 부정경쟁행위에 대하여 직접적으로 다루지 않았지만 현행 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위와 관련된 사항 중에서 개선할 필요성이 있다고 사료되는 것을 간략히 살펴보면 다음과 같다([부록 1]의 새로운 개정안에서는 이를 반영하지 않았음).<sup>87)</sup> 즉,

첫째, 현행 부정경쟁방지법은 제3조에서 국기·국장 등의 사용금지에 대하여 관련조항을 마련하고 있는데, 이 조항에서는 지방자치단체의 표장에 대하여 전혀 배려하고 있지 아니하므로 차후 개선에서 이를 반영하는 것이 타당할 것으로 판단된다.

둘째, 현행 부정경쟁방지법은 외국공무원 등에 대한 부정이익의 공여 등을 금지하는 내용의 조항이 없다. 이와 관련해서 일본의 부정경쟁방지법은 제11조제1항에서는 『누구도 외국공무원 등에 대하여 국제적 상거래에 관한 영업상 부정이익을 얻기 위하여 그 외국공무원 등에게 그 직무에 관한 행위를 하거나 하지 않을 것 또는 그 지위를 이용하여 다른 외국 공무원 등에게 그 직무에 관한 행위를 하거나 하지 않도록 알선해 줄 것을 목적으로 금전 기타 이익을 공여 또는 그 신청이나 약속을 하여서는 안 된다』라는 조항을 마련하고 있는데, 우리나라의 부정경쟁방지법에서 이에 대한 고려가 있어야 할 것으로 사료된다.

87) 현행 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위에 대한 입법기술적인 사항에 관한 된 것은 정호렬, 위의 책, 288-290면 참조.

## 2. 영업비밀을 포함하는 부정경쟁행위에 관련된 사항

### (1) 입법목적

현행 부정경쟁방지법은 제1조에서 『이 법은 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 한다』라고 밝히고 있는데, 새로운 입법에서는 규율하는 대상을 일부 확대하였다고는 하지만, 입법목적을 바꾸어야 할 정도는 아니다. 다만, 향후 부정경쟁방지법의 개선에서 독일의 부정경쟁방지법처럼 부정경쟁에 대한 일반적 규율을 이 법에 담고자 한다면 최근 새로운 법률행위의 주체로 인정되는 소비자와 사업자라는 새로운 개념을 적극적으로 도입하고 공정한 거래질서와 소비자의 보호를 명시하는 것도 생각할 수 있다.

### (2) 적용범위 및 용어의 정의

#### (가) 적용범위

우리나라의 부정경쟁방지법은 독일이나 일본의 부정경쟁방지법에 비하여 적용범위(적용대상)가 협소하다. 독일의 부정경쟁방지법이 일반법적인 특성을 지니고 있어서 이를 전면적으로 수용하는 데에 있어서는 문제가 있다고 하여도 우리나라와 유사한 법체계(예컨대, 부정경쟁방지법, 표시및광고등의공정화에관한법률, 독점규제및불공정거래에관한법률 등)를 가지고 있는 일본의 경우에는 상품이나 용역 등에 대한 부정확한 표시행위와 허위사실의 고지나 유포를 통한 신용훼손 등을 비롯하여 우리나라보다도 많은 부정경쟁행위를 열거하고 있다. 따라서 향후에 타법과 충돌되지 아니하는 한도에서 부정경쟁행위의 새로운 유형도 이 법에서 규정하여 공정한 경쟁환경을 조성하도록 하는 것이 타당할 것으로 사료된다.

#### (나) 용어의 정의

용어의 정의와 관련해서는 현행 부정경쟁방지법의 용어를 대부분 수용할 수 있지만, 새로운 개념정의가 필요한 경우도 있다. 구체적으로,

첫째, 새로운 개정안 제2조제1항에서는 부정경쟁이라는 용어를 현행 부정경쟁방지법 제2조제1호의 부정경쟁행위를 포함하는 동시에 영업비밀 침해행위도 포함하는 개념으로 개정하였다. 즉, 새로운 개정안 제2조제1항에서 부정경쟁이라는 개념에 영업비밀 침해행위를 포섭하는 체계로 개정하였다.

둘째, 새로운 개정안에서는 영업비밀에 대한 개념정의를 변경하였다. 즉, 현행 부정경쟁방지법은 제2조제2호에서 「“영업비밀”이라 함은 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다」라고 정의하고 있는데, 이 법문에서 “독립된 경제적 가치를 가지는 것”과 “상당한 노력에 의하여”라는 문장은 오늘날 영업비밀의 보호추세에 적합한 것으로 보기가 어렵고 또한 다른 외국법(일본과 독일)과 비교하여 보아도 이러한 문구를 계속 유지하여야 할 이유가 없어서 보다 포괄적인 문장으로 개정하였다. 즉, 새로운 개정안에서는 「“영업비밀”이라 함은 비밀로 관리되는 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보로서 공연히 알려져 있지 아니한 것을 말한다」고 변경하였다.

셋째, 현행 부정경쟁방지법에서는 상표와 표장이라는 용어를 사용하고 있는데, 이들 용어는 통상적인 의미와 달리 그 대상이 상표법에 한정되어 있어서 이를 명확히 하여 줄 필요가 있음에도 불구하고 이를 간과하고 있다. 따라서 새로운 개정안에서는 이들 용어에 대한 개념정의를 새롭게 규정하였다.

넷째, 부정경쟁의 대상에 허위사실에 관한 유포나 고지를 포함하고 있지 아니하다. 따라서 민법 제750조에 기초한 신용훼손으로 해결될 수밖에 없는데, 다른 부정경쟁행위처럼 이 법에서 금지청구 등을 명시적으로 허용할 수 있도록 포함시키는 것이 타당하다. 예컨대, 독일의 부정경쟁방지법 제4조제8호에서는 「경쟁자의 상품·용역·사업체에 대하여 또는 사업자 자신이나 간부의 일원에 대하여 진실임을 증명할 수 없고 그 사업체의 운영이나 신용을 손상시키기에 적합한 사실을 주장 또는 유포하는 자; 통지와 관련해서는 통지자 또는 수령자가 그 사항의 통지에 정당한

이해관계를 갖는 경우 그 사실이 진실에 반하게 주장되거나 유포된 경우에만 불공정한 행위에 해당한다』고 하고, 일본의 부정경쟁방지법 제2조 제1항제14호에서도 「경쟁관계에 있는 타인의 영업상 신용을 해하는 허위의 사실을 고지하거나 유포하는 행위」라고 규정하고 있다. 이들 법률처럼 새로운 법안에서는 제2조제1항제10호에서 「경쟁관계에 있는 타인의 영업상 신용을 해하는 허위의 사실을 고지하거나 유포하는 행위」라는 조항을 마련하였다.

### (3) 금지청구

현행 부정경쟁방지법은 제4조의 금지청구에 대하여 규정하고 있어서 특별히 보완해야 할 사항을 발견하기가 어렵다. 다만, 법원이 금지명령과 관련해서 구체적인 허용여부를 판단함에 있어서는 미국의 부정경쟁방지법에 관한 리스테이터먼트를 참고할 수 있을 것으로 사료된다. 즉, 미국의 ‘부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테이터먼트’ 제44조제2항에서는 금지명령과 관련하여 그 적절성과 범위에 대한 다음과 같은 요소들을 비교 형량하여 판단하도록 하고 있으며, 동조 제3항에서 금지구제의 존속기간은 원고의 이용으로 야기된 손해로부터 보호하고 피고로부터 이용으로 야기된 경제적 이익을 제거하는 것에 필요한 시간으로 한정하도록 하고 있다. 즉,

- (i) 보호받는 이익의 특성
- (ii) 이용의 특성과 정도
- (iii) 원고에 의한 금지명령과 기타 권리구제의 충분성 비교
- (iv) 금지명령이 부여된 경우에 초래되는 피고의 정당한 이익과 금지명령이 거절되었을 경우에 초래되는 원고의 정당한 이익 간의 손해 비교
- (v) 제3자와 공중의 이익
- (vi) 원고가 소송제기 또는 기타의 방법으로 자기의 권리를 주장하는 것에 있어서 부당한 지체
- (vii) 원고 측과 관련된 부정행위 그리고

## (viii) 금지명령의 확정과 집행의 현실성

한편, 부정경쟁방지법에서 부정경쟁을 독립적으로 규율함에 있어서 가장 커다란 의미는 금지청구권을 명시한 것임을 앞에서도 밝힌 바와 같다. 그런데 부정경쟁행위 중에서 영업비밀의 침해행위와 관련해서는 부정경쟁방지법에서도 형사벌을 두고 있는 점 등에 비추어 유난히 강한 보호를 하고 있다. 이는 특허권이나 저작권 등과 비교하여 법적인 보호수준에 있어서는 거의 차이가 없다고 할 정도로 강력한 보호에 해당된다. 과연 이와 같이 특별한 보호를 하는 것과 사회적 혜택(공익)과의 비교형량에 적합한가는 의문이다. 즉, 특허법과 저작권법은 산업발전과 문화창달이라는 목적에 기초하여 이들 재산권을 공개하여 누구나 이용할 수 있도록 하는 대가로 특허권과 저작권이라는 배타적 권리가 부여된다. 이들 재산권의 사회적 제약 중에서 영업비밀과 관련하여 문제되는 것은 강제적 라이선스인데, 특허권과 저작권의 배타적 특성에 의하여 지적재산권자의 라이선스 여부에서도 독점적 지위의 특성이 나타나고 그 결과 이들 재산권을 이용하지 못하게 하는 상황이 나타날 수 있어서 특허법과 저작권법은 강제적 라이선스를 도입하고 있다. 영업비밀의 경우에는 특허권이나 저작권과 유사한 정도로 보호됨에도 불구하고 강제적 라이선스를 할 수 있는 조항을 마련하지 않았다. 이와 관련해서 영업비밀의 경우에는 해당 영업비밀이 사회에 공개되지 아니하여서 특허권이나 저작권 등에 비하여 사회적 혜택은 적다고 할 수 있음에도 불구하고 이들 권리와 유사한 정도의 강력한 보호를 하고 있고 영업비밀의 존속시간이나 사회적 제약도 거의 받지 아니한다는 점에서 독특하다. 이러한 이유로 미국의 통일영업비밀보호법은 제2조(b)에서 「법원은 장래의 이용을 금지하는 것이 불합리적인 경우에 금지되었던 사용기간을 넘지 아니하는 동안 합리적인 로열티를 지불하는 장래 이용의 조건으로 금지명령을 할 수 있다」라는 조항을 마련하였다. 우리나라의 부정경쟁방지법에서도 영업비밀이 사회에 미치는 영향을 고려한다면, 강제적 라이선스도 고려할 수 있을 것으로 사료된다. 즉, 새로운 개정안 제3조제3항에서는 「법원은 제1항의 규정에 의하여 부정경쟁 중에서 영업비밀의 이용을 금지하는 것이

현저히 부당한 경우에 상당한 금액을 지급할 것을 조건으로 이를 허락할 수 있다』라는 조항을 마련하였다.

#### (4) 손해배상청구

현행 부정경쟁방지법은 ‘국내에 널리 알려진 상표·상호 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위’와 ‘영업비밀 침해행위’를 그 규율의 대상으로 하고 있는데, 손해배상책임과 관련하여 제5조, 제11조 및 제14조의 2를 두고 있다. 이들 조항에서는 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위에 대하여 양자를 구별하여 제5조, 제11조에서 손해배상책임을 두고 있지만, 다른 한편으로는 양자를 통합하여 제14조의 2에서도 손해배상의 산정방법을 규정하고 있다. 앞서서도 지적했듯이 이들 조항의 개선은 제5조와 제11조를 통합하여 제14조의2 제1항에 편입하고 기존의 제14조의 2 제1항은 삭제하는 것이 바람직한데, 관련된 손해배상의 구체적인 개정 내용은 다음과 같다.

첫째, 순수한 일실이익액의 산정에 관하여서 부정경쟁방지법 제11조와 제14조의 2는 최근 개정의 전과 후에 나타나는 손해배상조항에 해당되고, 부정경쟁방지법은 다른 지적재산권법과 달리 제11조를 삭제하지 아니하고 제14조의 2를 추가한 것이다. 따라서 이들 조항은 법체계상 중복적인 조항으로 볼 수 있는데(부정경쟁방지법 제5조의 부정경쟁행위에 관한 조항도 동법 제11조와 유사하므로 양자를 통합하는 것을 전제함), 실질적으로도 제11조에 기초한 손해배상의 산정방법으로 제14조의2 제1항이 대표적인 경우에 해당된다. 한편, 제14조의2 제1항에서 판매수량을 기준으로 한 일실이익의 산정방법이 영업비밀의 침해로 인한 일실이익의 산정방법이 통상적인 경우이나 일실판매이익 외에도 판매가격의 인하로 인한 손해, 부수적 상품의 판매상실로 인한 손해 및 가속화 된 시장진입으로 인한 손해가 발생할 수 있다는 점에서 제14조의2 제4항에서 일실판매이익만을 전제하는 것은 타당한 것으로 볼 수 없다.<sup>88)</sup> 따라서 이 조항은 성격상 일실이익의 배상에 대한 책임근거와 그 산정에 대한 일반원칙만을 선언하고 구체적인 산정방법은 법원의 판례에 맡겨두는 것이 입

88) 이와 관련된 자세한 것은 현대호, 앞의 책, 68-85면 참조.

법기술상으로도 타당하다고 사료된다. 구체적으로 새로운 개정안 제4조 제1항에서는 「고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위로 타인의 영업상 이익을 침해하여 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 제2조제1항제3호의 경우에는 고의에 의한 부정경쟁행위에 한한다」고 규정하였다.

둘째, 통상실시료와 관련해서 부정경쟁방지법은 부정경쟁에 해당하는 행위로 인하여 손해를 받은 경우에 통상실시료가 있는 경우에 그에 따른 손해산정을 허용하고 있다. 새로운 개정안 제4조제3항에서도 이를 그대로 수용하였지만 도메인 네임의 경우에는 의미가 없는 조항이므로 이를 삭제하였다. 즉, 새로운 개정안 제4조제3항에서는 「제2조제1항제1호 내지 제7호 및 제9호 내지 제11호의 부정경쟁행위로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자는 제1항의 규정에 의한 손해배상을 청구하는 경우에 그 영업상 이익의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 자기 가 받은 손해의 액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다」고 규정하였다.

셋째, 일실이익의 추정에 관련해서 부정경쟁방지법은 제14조의2 제2항에서 「부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자가 제5조 또는 제11조의 규정에 의한 손해배상을 청구하는 경우 영업상의 이익을 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 것이 있는 때에는 그 이익의 액을 영업상의 이익을 침해당한 자가 받은 손해의 액으로 추정한다」라고 하고 있는데, 이 조항은 영업비밀의 침해로 인한 일실이익의 손해배상을 도입한 것이지만 민법 제750조의 손해배상에 관한 법리를 일탈한 것으로 당사자의 형평에도 부합하지 아니한다. 원래 이 조항의 유래는 미국의 특허법이었고, 이를 일본의 특허법을 비롯한 각종의 지적재산권법에서 도입하였다. 우리나라 법에서는 일본법을 거의 그대로 수용하였다. 여하튼 미국의 특허법은 1946년 이전에 침해자가 침해행위에 의해서 얻은 이익을 특허권자의 손해로 청구하는 것이 형평법상의 구제로 인정되고 있었는데, 이 제도는 동년 입법에 의하여 폐지되어 현행법하에서는 존재하지 아니한다. 특히 특허물품이 침해상품의 일부에 불과한 경우 침해상품의 판매로 인한 침해자의 모든 판매이익을 특허권자의 일실이익으로 보는 것과 같은 손해배상제도는 부

당하다라는 것이고, 물론 침해자의 침해품의 판매이익은 특허권자의 특허권에 대한 일실이익을 산정함에 있어서 실무상으로 중요한 역할을 할 수 있음은 사실이다. 결국 우리나라의 특허법 제128조제2항을 비롯하여 이러한 산정방법을 두고 있는 조항들은 독일의 실무(부당이득을 반환하게 하는 판례의 태도)나 미국의 지적재산권법(특허법은 제외)에서처럼 부당이득을 반환하는 것으로 개정함이 타당할 것으로 사료된다. 참고로 미국의 ‘부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테이트먼트’ 제45조제1항에서는 타인의 영업비밀 부당이용의 책임을 지는 자는 부당이용에 의해서 발생한 금전적 손실과 부당이용으로부터 얻은 금전적 이득 중 큰 것에 대해 책임을 지도록 하고 있다. 구체적으로 새로운 개정안 제4조제2항에서는 『제2조제1항제1호 내지 제7호 및 제9호 내지 제11호의 부정경쟁으로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자는 제1항의 규정에 의한 손해배상을 청구하는 경우에 영업상 이익을 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익액을 청구할 수 있다』고 규정하였다. 새로운 개정안에서는 현행 부정경쟁방지법이 2004년 개정에서 도메인 네임의 손해배상에 대하여도 본 조항이 적용되도록 하였는데, 도메인 네임의 특성상 이와 같은 방식에 의한 손해산정은 타당하지 아니하여 이 조항에서도 이를 삭제하는 내용을 포함시켰다.

넷째, 손해상당액에 관련하여 부정경쟁방지법은 제14조의2 제5항을 2001년 개정에서 새로 편입하였는데, 이와 같은 방식의 일실이익의 산정에 대하여 이를 어떻게 이해할 것인가가 문제된다. 왜냐하면 민법 제750조의 손해배상책임에 있어서 이러한 법리는 발견할 수 없기 때문이다.<sup>89)</sup> 즉, 우리나라의 판례는 민법 제750조에 기초한 손해배상청구에서 명목적 손해배상을 부인하고 실질적 손해배상만을 원칙으로 하고 있기 때문이다. 따라서 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항은 지적재산권에 한정하여 입법적으로 명목적 손해배상(또는 법정손해배상액)<sup>90)</sup>을 도입한

89) 대판 1985.10.22, [85다카689].

90) 미국법의 손해배상은 통상적으로 명목적 손해배상(nominal damages)·징벌적 손해배상(punitive damages) 및 보상적 손해배상(compensatory damages)으로 나눌 수 있는데, 여기서 명목적 손해배상은 예컨대, 토지의 불법점거와 같이 실질적인 손해를 측정하기 어려운 경우 법원이 일정한 액의 배상을 명하는 것에서 유래되

것으로 볼 수 있는가 라는 의문이 제기되는데, 비록 부정경쟁방지법 제 14조의2 제5항이 명목적 손해배상과 유사하다고 할 수는 있다고 하여도 그 법문의 내용에 비추어 부정경쟁행위에 대한 일실�이익의 산정에 있어서 ‘손해발생의 사실’과 ‘손해액의 입증’이 그 성질상 극히 곤란하다라는 사실<sup>1)</sup>이 인정되는 경우에만 법관의 재량적인 일실�이익의 배상액을 허용하는 것으로 하고 있고, 이 경우에도 법관의 일실�이익의 산정은 변론전취지와 증거조사결과에 그 재량범위를 제한하고 있다. 따라서 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항은 순수한 명목적 손해배상을 도입한 것으로 보기는 어려우나, 유사한 법리를 도입하여 공정한 경쟁질서의 보호를 강화하려고 한 것으로 사료된다. 참고로 미국의 ‘부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스태터먼트’ 제45조제2항에서 손해배상의 적절성과 배상액 산정의 적절성에 대하여 다음과 같은 요소를 포함하여 비교·형량하여 결정하도록 하고 있다. 즉,

- (i) 원고가 부당이용으로부터 발생한 자기의 금전적 손실 또는 행위자의 금전적 이익의 사실 및 범위를 어느 정도 확실성을 가진 증명을 하였는지의 여부
- (ii) 부당이용의 특성과 정도
- (iii) 기타 구제의 충분성 비교
- (iv) 행위자의 의도 및 인식 그리고 행위자에 의한 성실한 신뢰의 특성과 정도
- (v) 원고가 소제기 또는 권리주장을 부적절하게 지체한 것 그리고
- (vi) 원고 측과 관련된 부정행위

#### (5) 자료의 제출

부정경쟁방지법 제14조의3은 서류제출의 책임만을 두고 있는데, 이를 보다 확대하여 미국의 증거개시절차와 유사하게 운용될 수 있도록 하여

---

었다. 징벌적 손해배상은 미국법의 독특한 특색으로 고의나 무분별한 행위에 의한 불법행위의 경우 그 침해자에 대한 징벌적 차원에서 실질적인 손해와 관계없이 법원이 일정한 액의 배상을 명하는 것에서 유래하였다. 보상적 손해는 실질적인 손해에 대한 원상회복 차원에서 허용되는 손해배상이다(Restatements of Torts(second), §7 (1)).

소송당사자의 실질적 형평을 달성하는 방안도 고려할 수 있다.<sup>91)</sup> 예컨대, 미국의 영업비밀 침해소송에 있어서 고액의 손해배상이 인정되는 배경으로 영업비밀의 유효성·침해성이 인정되는 이상, 침해자의 위법행위에 의해서 침해를 받은 영업비밀보유자의 지위를 적절하게 입증하는 한도에서 침해행위가 없었더라면 얻을 수 있었던 상태를 금전으로 회복하게 하는 것이 법원의 역할이라고 인정되는데,<sup>92)</sup> 증거개시절차에서는 상대방당사자에 대하여 질문 및 문서 등의 제출을 요구하거나, 상대방이나 제3자에 대하여 증언녹취를 할 수 있고 제3자에 대한 증언녹취에 관계된 문서 등 증거를 지참하는 것을 요구하는 것도 가능하다는 것이다. 제3자가 임의로 응하지 아니하는 경우 법원이 필요하다고 판단되면 명령에 의하여 소환장이 발하여지고, 이것에 응하지 아니하면 법정모욕죄의 제재를 받는다. 영업비밀보유자는 침해문제에 관한 증거개시절차에서 침해자에 대하여 피고의 과거 모든 제품에 관한 정보의 개시를 요구할 수 있다. 따라서 영업비밀보유자는 피고제품에 대하여 영업비밀 침해의 입증이 가능하면 피고가 과거에 제조, 판매한 모든 침해품의 종류를 파악하는 것이 가능하다. 미국의 소송절차제도에 있어서 소장은 침해된 것을 주장하는 영업비밀을 특정하기 보다 침해품의 구성이나 손해액을 증거개시절차에 의하여 얻은 정보, 증거에 기초하여 심리시까지 특정하면 된다. 즉, 손해문제에 관한 증거개시절차에서 영업비밀보유자는 피고로부터 대상이 되는 피고제품에 관한 모든 판매, 경리기록을 입수하는 것이 가능하다. 또한 피고로부터 제품을 구입한 제3자로부터도 필요한 증거서류를 입수할 수 있다. 거듭 피고의 판매담당자, 경리담당자의 증언녹취에 의하

91) 미국의 지적재산권 침해소송에 있어서 고액의 손해배상이 인정되는 것이 주된 특징인데, 그 제도적 기반은 증거개시절차에 의하여 상대방 또는 제3자가 소지하는 증거를 강제적으로 입수하는 것이 가능하다는 데에 있다. 또한 미국은 1982년에 특허침해사건의 항소심에 대하여 전속관할을 가진 연방순회항소법원(Court of Appeals for the Federal Circuit)이 창설된 이래 특허권의 보호에 중요한 판례가 집적되고 있는데, 손해배상의 문제에 대하여서는 일실이익의 입증에 요구되는 수준을 완화하고 합리적 실시료(reasonable royalty)의 산정에 대하여 제1심 법원의 재량을 광범위하게 인정하여 이전에 비하여 고액의 손해배상이 인정되는 법률적 근거를 마련하였다.

92) 尾崎英男, 前掲論文, 128-129頁.

여 입수된 서류에 대하여 세부적인 설명을 요구할 수 있다. 이와 같이 이들 서류 등으로부터 과거의 판매수량, 가격 등에 대하여 정보를 파악하는 것이 가능하고, 법원은 침해자가 판매기록 등의 서류를 파악할 수 없는 경우 그 불이익은 침해자에 귀속시킬 수 있다라는 태도이다. 또한 일실이익의 인과관계를 입증하기 위한 증거 또는 합리적 실시료의 주장을 근거하기 위한 증거도 이들의 서류 이외에 피고의 경영자, 담당직원의 증언녹취 등에 의하여 입수할 수 있다.

위와 같은 미국의 영업비밀 침해소송과 동일한 수준에서 우리나라에서 입법을 하기에 아직까지는 시기상조라고 하여도 일본의 부정경쟁방지법을 참고할 수 있다고 판단된다. 즉, 일본의 부정경쟁방지법은 제6조제1항에서 「법원은 부정경쟁에 의한 영업상 이익 침해에 관한 소송에서 당사자의 신청으로 당사자에 대하여 당해 침해행위에 대하여 입증하기 위하여 또는 당해 침해행위에 의한 손해 계산을 하기 위하여 필요한 서류 제출을 명할 수 있다. 다만, 그 서류 소지자에게 그 제출을 거절하는 정당한 이유가 있을 때는 그러하지 아니하다」고 하고, 동조 제2항에서 「법원은 전항 단서에 규정한 정당한 이유가 있는지 여부의 판단을 하기 위하여 필요가 있다고 인정할 때는 서류 소지자에게 그 제시를 하게 할 수 있다. 이 경우에는 누구도 그 제시된 서류의 공개를 청구할 수 없다」고 규정하고 있으며, 동조제3항에서 「전2항의 규정은 부정경쟁에 의한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에서 당해 침해행위에 대하여 입증하기 위하여 필요한 검증 목적의 제시에 대하여 준용한다」고 규정하였다. 구체적으로 새로운 법안은 제1항에서 「법원은 부정경쟁으로 인한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에 있어서 당사자에 대하여 당해 침해행위에 대한 입증 또는 당해 침해행위로 인한 손해의 액을 산정하는 데에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다. 다만, 그 자료의 소지자가 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있는 때에는 그러하지 아니하다」고 개정하고 제2항과 제3항을 신설하였는데, 제2항에서는 「법원은 제1항의 단서에서 규정한 정당한 이유가 있는지 여부의 판단을 위하여 필요가 있다고 인정되는 경우에 자료의 소지자에 대하여 그 제출을 명할 수 있다. 다만, 이 경우에는 어느 누구도 제출된 서류의 공개를 청구할 수 없다」고 하고 제3항

에서는 「제1항 및 제2항의 규정은 부정경쟁에 의한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에 있어서 당해 침해행위에 대한 입증을 위하여 필요한 검증 목적의 제출에 준용한다」고 규정하였다.

#### (6) 명시의무의 신설

부정경쟁방지법의 영업비밀은 무형적인 비밀정보이므로 침해결과가 발생했다고 하여도 침해와 관련된 증거 등이 모두 침해자에게 편중되어 있어서 영업비밀보유자가 소송을 통하여 구제 받기가 대단히 어렵다. 따라서 이와 같은 증거편중현상을 조정하기 위하여 자료의 제출의무보다 강한 제도가 요구된다. 이와 관련하여 일본의 부정경쟁방지법은 제5조의2에서 「부정경쟁에 의한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에서 부정경쟁으로 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다고 주장하는 자가 침해행위를 조성한 것으로 주장하는 물건 또는 방법의 구체적 태양을 부인할 때에는 상대방은 자기 행위의 구체적 태양을 분명히 하여야 한다. 다만, 상대방에게 분명히 할 수 없는 상당한 이유가 있을 때에는 그러하지 아니하다」라는 조항을 마련하고 있다. 우리나라의 부정경쟁방지법은 이와 관련해서는 아무런 조항을 마련하고 있지 아니하여 소송에서 일반적인 민사사건과 유사하게 취급될 수밖에 없는데, 영업비밀의 실질적인 구제를 고려한다면 이와 유사한 조항을 마련하는 것이 요구된다. 즉, 새로운 법안 제5조에서는 ‘구체적 태양의 명시 의무’라는 명칭하에 「부정경쟁행위로 인한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에 있어서 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다고 주장하는 자가 침해행위를 조성한 것으로 주장하는 물건 또는 방법의 구체적 태양을 부인할 때에는 상대방당사자는 자기 행위의 구체적인 태양을 분명히 하여야 한다. 다만, 상대방에게 분명히 할 수 없는 상당한 이유가 있을 때에는 그러하지 아니하다」고 규정하였다.

#### (7) 설명의무의 신설

영업비밀의 침해소송에서 실질적으로 손해배상액을 산정하기는 용이하지 아니하다. 따라서 일반민사사건과 달리 전문가의 감정 등을 통하여

손해액을 평가받는 경우가 종종 발생한다. 이 경우 손해배상액의 확정은 당사자의 청구에 기초하여 법원이 정하는데, 손해배상액의 청구에 기초가 되는 사실에 대하여 당사자가 선정된 감정인에게 설명의무를 부여하는 것은 바람직하다고 사료된다. 일본의 부정경쟁방지법에서는 『부정경쟁에 의한 영업상 이익 침해에 관한 소송에서 당사자의 신청으로 법원이 당해 침해행위에 의한 손해 계산을 하기 위하여 필요한 사항에 대한 감정을 명할 때에는 당사자는 감정인에게 당해 감정을 하는 데 필요한 사항에 대하여 설명하여야 한다』고 규정하고 있다. 우리나라의 부정경쟁법에 이 조항을 편입하는 데에 커다란 문제점이 없는 것으로 판단되고 오히려 손해배상액의 산정에 정확성을 높일 수 있다고 사료된다. 따라서 새로운 법안에서는 ‘손해산정을 위한 감정’이라는 명칭하에 『법원은 부정경쟁에 의한 영업상 이익침해에 관한 소송에 있어서 당사자의 신청으로 당해 침해행위에 대한 손해산정을 위하여 필요한 사항에 대한 감정을 명하는 경우에 당사자는 감정인에게 당해 감정을 하는데 필요한 사항에 대하여 설명하여야 한다』고 규정하였다.

## 제6장 결론

이상에서 살펴본 내용을 요약하면, 다음과 같다.

- I. 오늘날 각국에서 부정경쟁에 관련된 행위는 불법행위에 기초를 두고 있으면서도 민법의 손해배상청구권만으로는 부정경쟁의 방지에 실효성을 거두기가 어렵다라는 경험을 통하여 독자적인 입법을 마련하였다. 즉, 민법 제750조가 일반적 불법행위를 도입하고 있어서 판례에 의하여 그 보호여부, 보호범위 및 구제수단 등까지 특정되어야 하는 불완전한 형태로 부정경쟁을 규제하고 있다는 점과 민법 제750조의 손해배상청구라는 구제수단만으로는 그 보호에 한계가 있으며 또한 침해제거 및 예방청구권은 원칙적으로 배타적 법익의 침해를 전제로 한 것이어서 부정경쟁에는 적용할 수 없다는 점을 고려하여 소위 ‘부정경쟁방지법’이 제정되었다. 이 법에서는 최근 사회적 이슈가 되고 있는 영업비밀의 침해행위에 대해서도 규율하고 있는데, 영업비밀의 침해행위는 부정경쟁행위와 병렬적으로 규율되어 있고 손해배상청구 외의 구제수단으로 금지청구 등이 명시적으로 수용되었다. 이 법에서 영업비밀의 보호는 일반적인 부정경쟁행위보다도 강한 구제수단(예컨대, 형사처벌 등)을 마련하고 있는 것이 특이하다.
  
- II. 현행 부정경쟁방지법의 개선방안을 마련함에 있어서 현행 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위는 상호 긴밀한 관련성을 지니고 있어서 개선방안에서 양자를 통합하는 것을 전제하였다. 따라서 새로운 제정법안의 명칭을 부정경쟁방지법으로 하였고, 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위에 관한 공통된 조항을 하나로 통합하였으며 각각 고유한 것은 별개의 조항으로 처리하였다. 한편 본 연구에서는 현행 부정경쟁방지법상 영업비밀의 개선방안을 중심으로 살펴본 관계로 영업비밀의 보호에 관한 개정안을 마련하였고, 새로운 개정안을 마련함에 있어서 불가피한 경우에 한하여 영업비밀 침

해행위 외의 부정경쟁행위에 관한 사항의 개선안도 마련하였다.

1. 적용범위 및 용어정의와 관련해서, 개정안에서는 신용훼손 행위를 포함하도록 하였고 부정경쟁이라는 개념에 현행 부정경쟁방지법상에서 구별하고 있는 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위를 포섭시켜서 다루었다. 또 영업비밀이라는 용어의 개념을 현실에 맞게 불필요한 문구를 삭제하는 개선을 하였고 상표나 표장이라는 용어에 대하여도 새로운 개념정의를 하였다.
2. 금지청구와 관련해서, 새로운 개정안에서는 금지청구에 대하여 특별한 개선방안이 없는 것으로 판단했지만 영업비밀과 관련해서는 그 보호의 수준과 형평을 맞추기 위해서 법원에 의한 강제적 라이선스를 할 수 있도록 하는 조항을 신설하였다.
3. 부정경쟁방지법의 개정은 첫째, 현행 부정경쟁방지법 제14조의2 제1항에서 일실이익의 배상책임에 대한 근거조항인 동시에 순수한 일실이익에 기초한 손해배상을 산정할 수 있는 내용을 마련하고, 둘째 제14조의2 제2항에서 부당이득반환청구를 법정화하는 방식으로 개정하며, 셋째 제14조의2 제3항과 제4항에서 동일한 내용으로 문구 수정을 하였다.
4. 손해배상청구와 관련해서, 새로운 법안에서는 현행 부정경쟁방지법의 부정경쟁행위에 관련된 조항과 영업비밀 침해행위에 관련된 조항을 통합하였는데, 첫째 현행 부정경쟁방지법 제5조와 제11조를 통합하고 제14조의2 제1항을 삭제하여 부정경쟁으로 인한 일실이익의 배상책임에 대한 근거조항인 동시에 순수한 일실이익에 기초한 손해배상을 산정할 수 있는 내용을 마련하였다. 둘째 현행 부정경쟁방지법 제14조의2 제3항의 통상실시료에 관한 조항을 새로운 개정안에서는 수용하였지만, 올해 편입된 도메인 네임의 침해행위와 관련해서 이와 같은 산정방법이 적합하지 아니하여 이를 삭제하였다. 셋째 현행 부정경쟁방지법 제14조의2 제2항에 대한 불합리성을 개선하기 위하여 부당이득반환청구를 법정화하는 방식으로 개선하였으며 도메

인 네임의 경우는 제외하였다. 넷째, 현행 부정경쟁방지법 제14조의 2 제5항의 손해상당액에 대하여는 새로운 개정안에서도 그대로 수용하였다.

5. 자료의 제출과 관련하여, 법안에서는 현행 부정경쟁방지법 제14조의3만으로는 부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위에 대하여 소송상 적절한 구제가 미흡하여 개정안에서는 법원의 자료 제출에 대한 간섭을 강화하는 조항을 신설하였다.
6. 명시 의무와 관련하여, 현행 부정경쟁방지법에서는 관련조항이 없는데 새로운 개정안에서는 금지청구와 관련하여 침해행위의 태양에 대한 구체적인 명시를 가능하도록 신설하였다. 마찬가지로 설명의무에 관련해서도 새로운 개정안에서는 전문가의 손해액 감정에 대하여 관련된 당사자의 설명의무를 부과하는 내용의 조항을 신설하였다.

Ⅲ. 이상과 같이 새로운 개선안에서는 영업비밀을 중심으로 하는 개정안(입법방식상으로는 새로운 제정안)을 마련함에 있어서 불가피한 경우에 일반적 부정경쟁행위에 대한 개선안도 마련하였으며 양자를 실질적으로 통합하는 체계개선을 하였다. 또한 영업비밀 침해행위와 부정경쟁행위에 관련된 실체법적 내용과 절차법적 내용 중에서 문제가 있는 조항을 개선하여 영업비밀의 보호에 대한 적절한 법제도적 기반을 구축하는 방안도 제안했다.

# 부 록 1

## 부정경쟁방지법의 개정시안(신구조문대비표)

현 행 (부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률)	개 정 시 안 (부정경쟁방지법)
<b>제 1 장 총 칙</b>	<u>&lt;삭 제&gt;</u>
<p>제 1 조 (목적) <u>이 법은 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 한다.</u></p>	<p>제 1 조 (목적) <u>이 법은 당사자간의 공정한 경쟁과 이에 관련된 국제협약 등의 적절한 시행을 확보하기 위하여 부정경쟁의 방지 및 부정경쟁에 관한 손해배상청구 등의 조치를 강구하고 이를 통하여 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다.</u></p>
<p>제 2 조 (정의) “부정경쟁행위”라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.</p> <p>1. “부정경쟁행위”라 함은 그 목적의 여하를 불문하고 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.</p> <p style="padding-left: 20px;">가.~ 사. (생략)</p> <p><u>&lt;신 설&gt;</u></p> <p>3. “영업비밀 침해행위”라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.</p> <p style="padding-left: 20px;">가.~바.(생략)</p> <p>2. “영업비밀”이라 함은 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로</p>	<p>제 2 조 (정의)</p> <p>①“부정경쟁”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 말한다.</p> <p>1. ~ 9.(현행과 동일함)</p> <p>10. 경쟁관계에 있는 타인의 영업상 신용을 해하는 허위의 사실을 고지하거나 유포하는 행위</p> <p>11. <u>다음 각목의 1에 해당하는 영업비밀 침해행위는 부정경쟁으로 본다.</u></p> <p style="padding-left: 20px;">가.~바.(현행과 동일함)</p> <p>②“영업비밀”이라 함은 비밀로 관리되는 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는</p>

<p style="text-align: center;">현 행 (부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률)</p>	<p style="text-align: center;">개 정 시 안 (부정경쟁방지법)</p>
<p style="text-align: center;"><u>서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.</u></p> <p style="text-align: center;">&lt;신 설&gt;</p> <p style="text-align: center;">&lt;신 설&gt;</p> <p>4. (생 략)</p> <p>제 4 조 (부정경쟁행위의 금지청구 권등) ① ~②(생략)</p> <p>③ &lt;신 설&gt;</p> <p>제 5 조 (부정경쟁행위에 대한 손해배상책임) 고의 또는 과실에 의한 <u>부정경쟁행위</u>로 타인의 영업상 이익을 침해하여 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 제2조제1호 다목의 경우에는 고의에 의한 <u>부정경쟁행위</u>에 한한다.</p>	<p style="text-align: center;"><u>경영상의 정보로서 공연히 알려져 있지 아니한 것을 말한다.</u></p> <p>③“상표”라 함은 상표법 제2조제1항제1호에서 규정하는 상표를 말한다.</p> <p>④“표장”이라 함은 상표법 제2조제1항제1호에서 규정하는 표장을 말한다.</p> <p>⑤(현행과 같음)</p> <p>제 3 조 (금지청구권등) ①~②(현행과 같음)</p> <p>③법원은 제1항의 규정에 의하여 부정경쟁 중에서 영업비밀의 이용을 금지하는 것이 현저히 부당한 경우에 상당한 금액을 지급할 것을 조건으로 이를 허락할 수 있다.</p> <p>제 4 조 (손해배상책임 등) ①고의 또는 과실에 의한 <u>부정경쟁</u>으로 타인의 영업상 이익을 침해하여 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 제2조제1항제3호의 경우에는 고의에 의한 <u>부정경쟁</u>에 한한다.</p>

<p>현 행 (부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률)</p>	<p>개 정 시 안 (부정경쟁방지법)</p>
<p style="text-align: center;"><b>제 4 장 보 칙</b></p> <p>제14조의2 (손해액의 추정 등)                      ①부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자가 제5조 또는 제11조의 규정에 의한 손해배상을 청구하는 경우 영업상의 이익을 침해한 자가 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위를 하계한 물건을 양도한 때에는 그 물건의 양도수량에 영업상의 이익을 침해당한 자가 당해 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 영업상의 이익을 침해당한 자의 손해액으로 할 수 있다. 이 경우 손해액은 영업상의 이익을 침해당한 자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량에 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 한도로 한다. 다만, 영업상의 이익을 침해당한 자가 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위의 사유로 판매할 수 없었던 사정이 있는 때에는 당해 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위의 사유로</p>	<p style="text-align: center;"><u>&lt;삭 제&gt;</u></p> <p>① <u>&lt;삭 제&gt;</u></p>

<p>현 행 (부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률)</p>	<p>개 정 시 안 (부정경쟁방지법)</p>
<p>판매할 수 없었던 수량에 따른 금액을 빼야 한다.</p> <p>②부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자가 제5조 또는 제11조의 규정에 의한 손해배상을 청구하는 경우 영업상의 이익을 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 것이 있는 때에는 그 이익의 액을 영업상의 이익을 침해당한 자가 받은 손해의 액으로 추정한다.</p> <p>③부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자는 제5조 또는 제11조의 규정에 의한 손해배상을 청구하는 경우 부정경쟁행위의 대상이 된 상품 등에 사용된 상표 등 표지의 사용 또는 영업비밀 침해행위의 대상이 된 영업비밀의 사용에 대하여 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 자기가 받은 손해의 액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다.</p> <p>④부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인하여 받은 손해의 액이 제3항의 규정에 의한 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구</p>	<p>②제2조제1항제1호 내지 제7호 및 제9호 내지 제11호의 부정경쟁행위로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자는 제1항의 규정에 의한 손해배상을 청구하는 경우에 영업상 이익을 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익액을 청구할 수 있다.</p> <p>③제2조제1항제1호 내지 제7호 및 제9호 내지 제11호의 부정경쟁으로 인하여 영업상의 이익을 침해당한 자는 제1항의 규정에 의한 손해배상을 청구하는 경우에 그 영업상 이익의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 자기가 받은 손해의 액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다.</p> <p>④제2조제1항제1호 내지 제7호 및 제9호 내지 제11호의 부정경쟁으로 인하여 받은 손해의 액이 제3항의 규정에 의한 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에</p>

<p>현 행 (부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률)</p>	<p>개 정 시 안 (부정경쟁방지법)</p>
<p>할 수 있다. 이 경우 그 영업상의 이익을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 없는 때에는 법원은 손해배상의 액을 산정함에 있어서 이를 참작할 수 있다.</p> <p>⑤법원은 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위에 관한 소송에 있어서 손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제1항 내지 제4항의 규정에 불구하고 변론전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.</p> <p>&lt;신 설&gt;</p>	<p>대하여도 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 영업상의 이익을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 없는 때에는 법원은 손해배상의 액을 산정함에 있어서 이를 참작할 수 있다.</p> <p>⑤법원은 부정경쟁에 관한 소송에 있어서 손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제1항 내지 제4항의 규정에 불구하고 변론전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.</p> <p>제 5 조 (구체적 태양의 명시 의무) 부정경쟁으로 인한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에 있어서 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다고 주장하는 자가 침해행위를 조성한 것으로 주장하는 물건 또는 방법의 구체적 태양을 부인할 때에는 상대방당사자는 자기 행위의 구체적인 태양을 분명히 하여야 한다. 다만, 상대방에게 분명히 할</p>

<p>현 행 (부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률)</p>	<p>개정 시 안 (부정경쟁방지법)</p>
<p>제14조의3 (자료의 제출) 법원은 <u>부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에 있어서 당사자의 신청에 의하여 상대방 당사자에 대하여 당해 침해행위로 인한 손해의 액을 산정하는 데에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다.</u> 다만, 그 자료의 소지자가 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>&lt;신 설&gt;</p> <p>&lt;신 설&gt;</p>	<p>수 없는 상당한 이유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>제 6 조 (자료의 제출) ①법원은 <u>부정경쟁으로 인한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에 있어서 당사자에 대하여 당해 침해행위에 대한 입증 또는 당해 침해행위로 인한 손해의 액을 산정하는 데에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다.</u> 다만, 그 자료의 소지자가 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>②법원은 제1항의 단서에서 규정한 정당한 이유가 있는지 여부의 판단을 위하여 필요가 있다고 인정되는 경우에 자료의 소지자에 대하여 그 제출을 명할 수 있다. 다만, 이 경우에는 어느 누구도 제출된 서류의 공개를 청구할 수 없다.</p> <p>③제1항 및 제2항의 규정은 부정경쟁에 의한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에 있어서 당해 침해행위에 대한 입증을 위하여 필요한 검증 목적의 제출에 대하여 준용한다.</p>

<p style="text-align: center;">현 행 (부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률)</p>	<p style="text-align: center;">개 정 시 안 (부정경쟁방지법)</p>
<p>제 6 조 (부정경쟁행위로 실추된 신용의 회복) 법원은 고의 또는 과실에 의한 <u>부정경쟁행위로</u> 타인의 영업상의 신용을 실추하게 한 자에 대하여는 <u>부정경쟁행위로</u> 인하여 자신의 영업상의 이익이 침해된 자의 청구에 의하여 <u>제5조의 규정에</u> 의한 손해배상에 같음하거나 손해배상과 함께 영업상의 신용을 회복하는데 필요한 조치를 명할 수 있다. 다만, <u>제2조제1호</u> 다목의 경우에는 고의에 의한 <u>부정경쟁행위에</u> 한한다.</p> <p>&lt;신 설&gt;</p> <p>제 7 조 (부정경쟁행위의 조사등) ①특허청장은 <u>제2조제1호</u> 가목 내지 사목의 규정에 따른 부정경쟁행위 또는 <u>제3조의 규정에</u> 위반된 행위의 확인을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 관계</p>	<p>제 7 조 (신용의 회복) 법원은 고의 또는 과실에 의한 <u>부정경쟁으로</u> 타인의 영업상의 신용을 실추하게 한 자에 대하여는 <u>부정경쟁으로</u> 인하여 자신의 영업상의 이익이 침해된 자의 청구에 의하여 <u>제4조의 규정에</u> 의한 손해배상에 같음하거나 손해배상과 함께 영업상의 신용을 회복하는데 필요한 조치를 명할 수 있다. 다만, <u>제2조제1항제3호의 경우에는</u> 고의에 의한 <u>부정경쟁에</u> 한한다.</p> <p>제 8 조 (손해산정을 위한 감정) 법원은 부정경쟁에 의한 영업상 이익침해에 관한 소송에 있어서 당사자의 신청으로 당해 침해행위에 대한 손해산정을 위하여 필요한 사항에 대한 감정을 명하는 경우에 당사자는 감정인에게 당해 감정을 하는데 필요한 사항에 대하여 설명하여야 한다.</p> <p>제 9 조 (조사등) ①특허청장은 <u>제2조제1항제1호</u> 내지 <u>제7호의 규정에</u> 따른 부정경쟁 또는 <u>제14조의 규정에</u> 위반된 행위의 확인을 위하여 필요하다고 인정하하는 때에는 관계 공무원으로</p>

<p style="text-align: center;">현 행 (부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률)</p>	<p style="text-align: center;">개 정 시 안 (부정경쟁방지법)</p>
<p>무원으로 하여금 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 관계서류나 장부·<u>제품</u> 등을 조사하게 하거나 조사에 필요한 최소분량의 <u>제품</u>을 수거하여 검사하게 할 수 있다.</p> <p>②(생략)</p> <p>제 8 조 (위반행위의 시정권고) 특허청장은 제2조제1호 가목 내지 사목의 규정에 따른 부정경쟁행위 또는 제3조의 규정에 위반된 행위가 있다고 인정될 때에는 그 위반행위를 한 자에 대하여 30일내의 기간을 정하여 그 행위를 중지하거나 표지를 제거 또는 폐기할 것등 그 시정에 필요한 권고를 할 수 있다.</p> <p>제 9 조 (의견청취) 특허청장은 제 8조의 규정에 의한 시정권고를 하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당사자·이해관계인 또는 참고인의 의견을 들어야 한다.</p> <p style="text-align: center;"><b>제 3 장 영업비밀의 보호</b></p> <p>제10조 (영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권등) ①영업비밀의</p>	<p>하여금 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 관계서류나 장부·<u>상품</u> 등을 조사하게 하거나 조사에 필요한 최소분량의 <u>상품</u>을 수거하여 검사하게 할 수 있다.</p> <p>②(현행과 같음)</p> <p>제10조 (시정권고) 특허청장은 제 2조제1항제1호 내지 제7호의 규정에 따른 부정경쟁 또는 제14조의 규정에 위반된 행위가 있다고 인정될 때에는 그 위반행위를 한 자에 대하여 30일내의 기간을 정하여 그 행위를 중지하거나 표지를 제거 또는 폐기할 것등 그 시정에 필요한 권고를 할 수 있다.</p> <p>제11조 (의견청취) 특허청장은 제10조의 규정에 의한 시정권고를 하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당사자·이해관계인 또는 참고인의 의견을 들어야 한다.</p> <p>&lt;삭 제&gt;</p> <p>&lt;삭 제&gt;</p>



<p style="text-align: center;">현 행 (부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률)</p>	<p style="text-align: center;">개정 시 안 (부정경쟁방지법)</p>
<p>함께 영업상의 신용회복을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다.</p> <p>제13조 (선의자에 관한 특례) ① 거래에 의하여 영업비밀을 정당하게 취득한 자가 그 거래에 의하여 허용된 범위안에서 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위에 대하여는 <u>제10조 내지 제12조의 규정을 적용하지 아니한다.</u></p> <p>②제1항의 규정에서 “영업비밀을 정당하게 취득한 자”라 함은 <u>제2조제3호 다목 또는 바목의 규정에서 영업비밀을 취득할 당시에 그 영업비밀이 부정하게 공개된 사실 또는 영업비밀의 부정취득행위나 부정공개행위가 개입된 사실을 중대한 과실없이 알지 못하고 그 영업비밀을 취득한 자를 말한다.</u></p> <p>제14조 (시효) <u>제10조제1항의 규정</u>에 의하여 영업비밀 침해행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는 권리는 영업비밀 침해행위가 계속되는 경우에 영업비밀 보유자가 그 침해행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 사실 및 침해</p>	<p>제12조 (선의자에 관한 특례) ① 거래에 의하여 영업비밀을 정당하게 취득한 자가 그 거래에 의하여 허용된 범위안에서 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위에 대하여는 <u>제3조, 제4조 및 제7조의 규정을 적용하지 아니한다.</u></p> <p>②제1항의 규정에서 “영업비밀을 정당하게 취득한 자”라 함은 <u>제2조제1항제11호 다목 또는 바목의 규정에서 영업비밀을 취득할 당시에 그 영업비밀이 부정하게 공개된 사실 또는 영업비밀의 부정취득행위나 부정공개행위가 개입된 사실을 중대한 과실없이 알지 못하고 그 영업비밀을 취득한 자를 말한다.</u></p> <p>제13조 (시효) <u>제3조제1항의 규정</u>에 의하여 영업비밀 침해행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는 권리는 영업비밀 침해행위가 계속되는 경우에 영업비밀 보유자가 그 침해행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 사실 및 침해</p>

<p>현 행 (부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률)</p>	<p>개 정 시 안 (부정경쟁방지법)</p>
<p>행위자를 안 날부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다. 그 침해행위가 시작된 날부터 10년을 경과한 때에도 또한 같다.</p> <p><b>제 2 장 부정경쟁행위의 금지등</b></p> <p>제 3 조 (국가·국장등의 사용금지) ①~② (생략)</p> <p>제15조 (다른 법률과의 관계) ①특허법·실용신안법·의장법 또는 상표법에 제2조 내지 제6조 및 제18조제3항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다. ②독점규제및공정거래에관한법률, 표시·광고의공정화에관한법률 또는 형법중 국가·국장에 관한 규정에 제2조제1호 라목 내지 바목, 제3조 내지 제6조 및 제18조제3항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다.</p> <p>제17조 (권한의 위임) (생략)</p> <p>제18조 (벌칙) ①~②(생략)</p>	<p>행위자를 안 날부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다. 그 침해행위가 시작된 날부터 10년을 경과한 때에도 또한 같다.</p> <p><u>&lt;삭 제&gt;</u></p> <p>제14조 (국가·국장등의 사용금지) ①~② (현행과 같음)</p> <p>제15조 (다른 법률과의 관계) ① 특허법·실용신안법·의장법 또는 상표법에 제2조, 제3조, 제4조, 제7조, 제14조 및 제17조제3항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다. ②독점규제및공정거래에관한법률, 표시·광고의공정화에관한법률 또는 형법중 국가·국장에 관한 규정에 제2조제1항제4호 내지 제6호, 제3조, 제4조, 제7조, 제14조 및 제17조제3항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다.</p> <p>제16조 (권한의 위임) (현행과 같음)</p> <p>제17조 (벌칙) ①~② (현행과 같음)</p>

<p style="text-align: center;">현 행 (부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률)</p>	<p style="text-align: center;">개 정 시 안 (부정경쟁방지법)</p>
<p>③다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. <u>제2조제1호(아목 및 자목을 제외한다)의 규정에 의한 부정경쟁행위를 한 자</u></p> <p>2. <u>제3조의 규정에 위반하여 다음 각목의 1에 해당하는 휘장 또는 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 상표로 사용한 자</u>.~다.(생략)</p> <p>④ (생략)</p> <p>제18조의2 (미수) <u>제18조제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.</u></p> <p>제18조의3 (예비·음모) ①<u>제18조제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</u></p> <p>②<u>제18조제2항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</u></p> <p>제19조 (양벌규정) 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관</p>	<p>③(현행과 같음)</p> <p>1. <u>제2조제1항(제8호 및 제9호를 제외한다)의 규정에 의한 부정경쟁을 한 자</u></p> <p>2. <u>제14조의 규정에 위반하여 다음 각목의 1에 해당하는 휘장 또는 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 상표로 사용한 자</u>.~다.(현행과 같음)</p> <p>④(현행과 같음)</p> <p>제18조 (미수) <u>제17조제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.</u></p> <p>제19조 (예비·음모) ①<u>제17조제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</u></p> <p>②<u>제17조제2항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</u></p> <p>제20조 (양벌규정) 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관</p>

<p>현 행 (부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률)</p>	<p>개 정 시 안 (부정경쟁방지법)</p>
<p>하여 제18조제1항 내지 제3항에 해당하는 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 같은 조 각 해당 항의 규정에 의한 벌금형을 과한다.</p> <p>제20조 (과태료) ①제7조제1항의 규정에 의한 관계 공무원의 조사 또는 수거를 거부·방해 또는 기피한 자에 대하여는 2천만원이하의 과태료에 처한다. ②~⑤(생략)</p>	<p>하여 제17조제1항 내지 제3항에 해당하는 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 같은 조 각 해당 항의 규정에 의한 벌금형을 과한다.</p> <p>제21조 (과태료) ①제9조제1항의 규정에 의한 관계 공무원의 조사 또는 수거를 거부·방해 또는 기피한 자에 대하여는 2천만원이하의 과태료에 처한다. ②~⑤(현행과 같음)</p>

## 부 록 2

## 미국의 통일영업비밀법

제 1 조 (정의) 아래에서 달리 규정하지 아니하는 한 본법에서는 다음과 같은 의미로 사용한다.

- (1) “부정한 수단(improper means)”이란 절도, 뇌물, 허위표시, 비밀유지의무의 위반이나 그 유인, 또는 전자적·기타의 수단에 의한 스파이행위를 포함한다.

- (2) “부당이용(misappropriation)”이란 다음을 의미한다.

<1> 부정한 수단에 의하여 취득한 영업비밀이라는 것을 알거나 또는 알았어야 할 이유가 있는 자에 의한 타인의 영업비밀 취득

<2> 다음의 자가 타인의 영업비밀을 명시적 또는 묵시적 동의없이 공개 또는 사용

(A) 당해 영업비밀을 지득하기 위해 부정한 수단을 사용한 자

(B) 영업비밀의 공개 또는 사용시에 그 영업비밀의 지득이 다음에 의한 것을 알거나 알았어야 할 이유가 있는 자

[1] 부정한 수단을 이용한 자로부터 획득하거나 그 자를 통하여 획득한 것

[2] 영업비밀의 준수 의무가 있거나 그 사용을 제한하는 의무를 부담하는 상황에서 획득한 것

[3] 지위의 실질적인 변동 이전에 우연히 또는 실수로 영업비밀을 지득하고 영업비밀에 해당하는 것을 알거나 또는 알았어야 할 이유가 있는 자

(C) 지위의 실질적인 변동 전에 영업비밀에 해당된다는 것을 알거나 알았어야 하는 이유가 있고 영업비밀을 우연히 또는 착오에 의하여 지득한 자

- (3) “사람”이란 자연인·법인(corporation)·영업신탁자(business trust), 재단(estate), 트러스트(trust), 조합(partner), 단체(association), 합작업체(joint venture), 정부나 정부기관(governmental subdivision or agency), 기타의 법률상 또는 영업상의 실체를 의미한다.

- (4) “영업비밀”이란 공식(formula), 패턴(pattern), 편집물(compilation), 프로그램(program), 도안(device), 방법(method), 기술(technique) 또는 공정(process)을 포함하는 다음의 정보를 의미한다.

<1> 그 개시 또는 사용에 의해 경제적 가치를 얻을 수 있는 자에게 일반적으로 알려져 있지 아니하고 예상할 수 있거나 적절한 수단에 의해서는 용이하게 알 수 없는 실질적 또는 잠재적으로 독립된 경제적 가치를 가진 것

<2> 영업비밀의 유지의무가 있다고 판단할 합리적인 노력의 대상에 해당하는 것

### 제 2 조 (금지구제)

- (a) 실질적 또는 위협적인 부당이용은 법원의 금지청구의 대상이 된다. 즉, 금지명령은 영업비밀의 비밀성이 사라지는 경우에 종료되거나 부당이용에 의하여 상업적 이익을 얻을 수 있는 합리적인 부수기간 동안에 계속된다.
- (b) 법원은 장래의 이용을 금지하는 것이 불합리적인 경우에 금지되었던 사용기간을 넘지 아니하는 동안 합리적인 로열티를 지불하는 장래 이용의 조건으로 금지명령을 할 수 있다.
- (c) 영업비밀을 보호하는 적극적인 행위는 적절한 상황에서 법원의 명령으로 강제될 수 있다.

### 제 3 조 (손해배상)

- (a) 원고는 금지구제에 부수하여 또는 대신하여 부당이용에 의하여 야기된 실질적인 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다. 또한 원고는 부당이용에 의하여 실질적인 손해에 대한 배상청구에 산정되지 아니한 부당이득을 청구할 수 있다.
- (b) 고의적이고 악의적인 부당이용이 있는 경우 법원은 (a)에서 규정한 배상액의 2배를 초과하지 아니하는 범위에서 징벌적 손해배상을 허용할 수 있다.

#### 제 4 조 (변호사 보수)

<1> 부당이용소송이 악의로 이루어진 경우, <2> 금지명령의 종결신청이 악의에 의해 제기되거나 또는 형성된 경우, <3> 고의적이고 악의적인 부당이용이 있는 경우에 법원은 승소당사자에게 적절한 변호사보수를 부담하도록 할 수 있다.

#### 제 5 조 (비밀유지)

본법에 의한 소송에 있어서 법원은 개시절차와 관련하여 보호명령의 부과, 비공개청문의 실시, 소송기록의 봉인 및 소송에 관련된 자에게 사전승인 없이는 영업비밀을 공개하지 못하도록 명령에 관련된 합리적인 수단에 의한 영업비밀의 비밀성을 유지하여야 한다.

#### 제 6 조 (제한규정)

부당이용에 관한 소송은 부당이용이 발견된 때 또는 합리적인 주의에 의하여 발견할 수 있었던 때로부터 3년 이내에 제기하여야 한다. 본조의 목적에 비추어 계속적인 부당이용은 하나의 청구를 구성한다.

#### 제 7 조 (다른 법에 대한 효력)

- (a) 본법은 불법행위, 원상회복 및 기타 영업비밀의 부당이용에 대한 민사책임을 부과하는 주법과 충돌하는 경우 대체된다.
- (b) 본법은 다음의 경우에 영향을 미치지 아니한다.
  - (1) 영업비밀의 부당이용에 의한 것이 아닌 계약이나 기타의 민사책임 또는 구제
  - (2) 영업비밀의 부당이용에 관한 형사책임

#### 제 8 조 (적용 및 해석의 통일성)

본법은 이 법을 입법화하는 주들사이에서 본법의 적용에 관련하여 통일법을 만들려는 일반적인 목적을 달성할 수 있도록 적용하고 해석되어야 한다.

제 9 조 (약칭)

본법은 통일영업비밀법이라 한다.

제10조 (분리가능성)

본법의 일부조항 또는 사람이나 상황에 대한 그 적용이 무효인 경우 그 무효는 그 무효조항이나 적용이 없어도 유효하고 본법의 조항에 비추어 분리할 수 있다면 본법의 기타 조항이나 그 적용에 영향을 미치지 아니한다.

제11조 (효력발생시기)

본법은 ○○○○년 ○○월 ○○일부터 시행한다. 다만, 이 법시행 이전에 발생한 부당이용에는 적용되지 아니한다.

제12조 (폐지)

다음의 법률과 해당 조항은 폐지한다.

- (1)
- (2)
- (3)

## 부 록 3

## 미국의 부정경쟁방지법에 관한 세번째의 리스테이트먼트

### 제 1 장 경쟁의 자유

#### § 1. 일반원칙

사업 또는 거래에 관여함으로써 타인의 영업상의 관계에 손해를 가한 자는 다음에 해당하는 경우를 제외하고 그 손해에 대하여 타인에게 책임을 지지 아니한다.

(a) 당해 손해가 다음의 침해와 관련된 리스테이트먼트(Restatement)상의 규정 즉,

(1) 제2장에 규정된 기망적 거래

(2) 제3장에 규정된 상표 및 기타 식별을 위한 표식의 침해

(3) 제4장에 규정된 영업비밀, 퍼블리시티권을 포함한 영업상 무형적 가치의 이용에서 정한 규정에 기초하여 타인에 의한 소송의 기초가 된 행위자의 행위 내지 관행, 당해 행위의 성질 또는 구제를 받고자 하는 당사자 및 일반공중에게 미치는 영향을 고려할 때 당해 손해가 불공정한 경쟁방법으로 제소될 수 있는 타인의 행위 내지 거래관행의 결과로 발생한 경우 또는

(b) 행위자의 행위가 연방법, 주법, 국제조약 또는 본 리스테이트먼트의 대상과는 별개로 커먼로의 일반원칙하에서 타인에 의한 소송의 기초가 되는 경우

### 제 2 장 기망적 거래

#### § 2. 기망적 거래: 일반원칙

상품·역무의 거래에 관련하여 자신의 상품·역무·영업활동과 관련된 수요자를 기망 또는 오도시켜 제3조의 규정에 따른 타인의 영업상의 이

익을 침해할 수 있는 표시를 한 자는 제35조 내지 제37조의 규정에 의한 적절한 구제에 대한 책임을 진다.

§ 3. 타인의 영업상 이익의 침해(detriment)

표시가 다음에 해당하는 경우 타인의 영업상 이익을 침해할 수 있다.

- (a) 당해 표시가 수요자의 행동에 영향을 미칠 수 있을 정도로 중대한 경우 그리고
- (b) 당해 표시가 타인과의 거래를 변경시키거나, 타인의 명성 또는 신용을 저해할 수 있거나, 또는 그러한 원인이 될 수 있다고 믿을 만한 합리적 이유가 있는 경우

§ 4. 출처와 관련된 부실표시: 사칭(passing off)

상품·역무의 거래와 관련하여 자기의 사업이 타인의 사업 내지는 자기가 타인과의 사이에 대리관계·계열관계·제휴관계로 또는 자기가 거래하는 상품·역무가 타인에 의해 생산·후원·추천된 것으로 오해하게 함으로써 수요자를 기망 또는 오도하게 할 표시를 한 자는 제2조의 규정에 따라 타인에 대하여 책임을 진다.

§ 5. 출처와 관련된 부실표시: 역사칭(reverse passing off)

타인에 의해 제조·생산 기타 수단에 의하여 공급되는 상품·역무의 거래에 있어서 자기 또는 제3자가 당해 상품·역무의 제조자, 생산자 또는 공급자일 것이라는 오신을 초래하게 함으로써 수요자를 기망하거나 오도하게 할 수 있는 표시를 한 자는 당해 표시가 제3조의 규정에 의하여 타인의 영업상 이익에 손해를 주는 경우 당해 타인에 대하여 제2조의 규정에 의하여 책임을 진다.

§ 6. 타인의 상품·역무의 거래에 있어서 부실표시

진정으로 타인이 제조자, 생산자 또는 공급자로서 표시한 상품·역무의 거래에 있어서 그 상품 또는 역무에 관련하여 수요자를 기망이나 오

도할 수 있는 표시가 있다면 제3조의 규정에 의하여 당해 타인의 영업상 이익에 손해를 준 자는 제2조의 규정에 의하여 책임을 진다.

§ 7. 인쇄업자, 출판업자 기타 공급자의 기여책임

- (1) 재료 또는 역무를 제3자에게 제공함으로써 당해 제3자가 제2조 내지 제6조의 규정하에서 타인에 대하여 책임을 부담하는 표시를 하는 것을 직접적이고 실질적으로 방조한 자는 기여책임을 진다.
- (2) 제1항의 기여책임을 부담하는 자가 당해 제3자의 수요자를 기망 또는 오도하는 표시를 하는 것에 대한 방조를 인식하지 못한 경우 적절한 금지명령만을 받는다.

§ 8. 생산자와 유통업자의 기여책임

제3자에 대하여 상품·역무를 거래한 자는 당해 제3자가 그 상품·역무를 제2조 내지 제6조의 규정하에서 기망적 거래의 책임을 지는 형태로 거래를 한 경우에

- (a) 당해 제3자에 의한 행위를 하도록 의도적으로 유인한 때 또는
- (b) 당해 제3자의 행위를 합리적으로 예상할 수 있는 상황에서 그 발생의 방지를 할 상당한 조치를 하지 아니한 때에는 해당 타인에 대하여 기망적 거래의 기여책임을 진다

### 제 3 장 상표법

#### 제 1 절 상표법의 보호대상

§ 9. 상표 및 서비스표의 정의

상표란 문자, 명칭, 기호, 도안 기타 표시 또는 이들의 결합으로써 어떤 자의 상품 또는 역무에 대하여 식별력을 부여하여 타인의 상품·역무로부터 구별하는 방법으로 사용되는 것을 말한다. 서비스표는 역무와 관련하여 사용되는 상표를 말한다.

§ 10. 단체표장의 정의

단체표장이란 문자, 명칭, 기호, 도안 기타 표시 또는 이들의 결합으로써 협동조합, 사업자단체, 공동조직 기타 집합체에 대하여 스스로 식별력을 부여하여 다음의 태양으로 집합체의 구성원에 의하여 사용되는 것을 말한다.

- (a) 구성원의 상품·역무를 식별하여 비구성원의 상품·역무와 구별하는 것 또는
- (b) 집합체의 구성원임을 표시하는 것

§ 11. 증명표장의 정의

증명표장이란 문자, 명칭, 기호, 도안 기타 표시 또는 이들의 결합으로서 어떤 자에 의해 증명되지만 제3자에 의해 제작·판매되는 상품·역무에 대하여 스스로 식별력을 부여하여 당해 상품·역무의 원산지, 원재료, 품질, 제조방법 또는 기타 특성을 증명하는 방법으로써 사용되는 것을 말한다.

§ 12. 상호의 정의

상호는 문자, 명칭, 기호, 도안 기타의 표시 또는 이들의 결합으로써 어떤 자의 사업 또는 다른 기업에 대하여 스스로 식별력을 부여하여 그 사업 또는 기업을 구별하여 타인의 사업이나 기업과 구별하는 태양으로 사용되는 것을 말한다.

§ 13. 자타식별력(自他識別力); 제2차적 의미

문자, 명칭, 기호, 도안 기타의 표시 또는 이들의 결합이 다음에 해당하는 경우에 제9조 내지 제12조의 규정에 의하여 자타 “식별력”이 있다.

- (a) 당해 표시의 본질 및 그것이 사용되는 상황 때문에 수요자가 당해 표장이나 상표에 대하여는 구체적 명칭으로 인지되었는지에 관계없이 특정인에 의해서 생산 또는 후원되는 상품·역무를 식별하고, 상호의 경우에 대하여는 구체적 명칭으로 인지되었는지에 관계없이 특정인의 영업이나 기업을 식별하고, 단체표장에 대하여는 단체의

구성원 또는 구성원에 의해 생산되거나 후원되어진 상품·역무를 식별하고, 증명표장에 대하여는 증명된 상품·역무를 식별할 수 있으며, 인식가능성이 있다라는 의미에서 당해 표장이 “본질적으로 식별력”이 있다. 또는

- (b) “본질적으로 식별력” 없다고 하더라도 사용의 결과 수요자가 실질적으로 당해 표시를 제(a)항에서 기술된 식별력이 있는 표시로 인식하는 경우이다. 이와 같이 획득한 식별력은 통상 “제2차적 의미”라고 한다.

§ 14. 기술적(記述的) 명칭, 지리적 표시 및 개인성명표시

표시에 있어서 수요자에 의하여 그 표시가 상품·역무·사업의 성질, 품질 기타의 특성을 기술하는 것으로서 단순히 그 출처나 장소를 지리적으로 기술하는 것으로서, 또는 역무나 사업에 관련된 개인의 성명으로서 식별하는 표시는 제13조(a)항의 규정에 의한 본래적으로 식별력이 있는 것은 아니다. 이와 같은 표시는 제13조(b)항의 규정에 의한 제2차적 의미를 획득했을 때에만 식별력을 가진다.

§ 15. 보통표장

- (1) 수요자에 의해 표시로 사용되는 상품·역무·사업의 일반적 범위, 유형 또는 등급을 지칭하는 것으로서 이해되는 표장은 보통표장이다. 어떤 자도 보통표장에 대하여 상표·상호·단체표장·증명표장으로서의 권리를 취득할 수 없다.
- (2) 수요자가 상표·상호·단체표장·증명표장을 사용한 상품·역무·사업에 대하여 주로 보통표장으로서 인식되는 경우에 그 표시는 상표·상호·단체표장·증명표장으로서 더 이상 보호받지 못한다.

§ 16. 포장 및 상품의 형태: 트레이드 드레스(Trade Dress) 및 상품 디자인

포장, 라벨, 용기, 전시, 장식의 디자인 또는 상품의 특징이나 상품의 제특징의 결합·디자인 등을, 수요자에게 제시한 상품이나 역무의 외관

또는 이미지를 구성하는 요소의 디자인은 다음의 경우에 본장에서 규정하는 표장으로 보호를 받을 수 있다.

- (a) 당해 디자인이 제13조의 규정에 있어서 식별력이 있는 경우 그리고
- (b) 당해 디자인이 제17조의 규정에 있어서 기능성이 없는 경우

### § 17. 기능적 디자인

디자인이 그 출처표시로서 의미에 의한 편익과는 별개로, 타인에 의한 효율적 경쟁에 있어서 중요하고 또한 대체적 디자인의 사용에 의하여서는 실제적으로 얻을 수 없는 편익을 당해 상품·역무를 거래하는 자에게 주는 경우에는 제16조의 규정하에서 ‘기능적’이라고 할 수 있다.

## 제 2 절 권리의 취득 및 우선

### § 18. 권리의 취득

표시가 제9조 내지 12조에서 정의하고 있는 상표·상호·단체표장·증명표장으로서 실제로 사용되거나 또는 적용되는 법률의 규정이 실제사용에 앞서 표시로서 보호할 이익을 승인한 경우에만 표시로서 권리를 획득할 수 있다. 표시는 통상의 사업과정에 있어서 당해 표시와 사용자의 상품·역무 또는 사업과를, 증명표장에 대하여는 증명된 상품 또는 사업과를 연관지우는 태양으로 전시되거나 또는 기타의 방법으로 수요자에게 인식된 경우에 상표·상호·단체상표·증명표장으로서 ‘사용되는’ 것에 해당된다. 표시는 집합체의 구성원인 것을 나타내는 태양으로 전시하거나 또는 기타 방법으로 인식된 경우에 단체구성원 표장으로서 ‘사용된’ 것에 해당된다.

### § 19. 권리의 우선

제18조의 규정에 의하여 상표·상호·단체표장·증명표장으로서 사용한 자는 다음 경우에 있어서 당해 표시의 사용에 대하여 다른 사용자에 우선한다.

- (a) 당해 표시가 타인에 의하여 선의로 사용되거나 또는 당해 타인의 표시로서 인식되기에 앞서서 선행자의 표시로 인식되는 지리적 범위 및

- (b) 선행자가 적용되는 법령에 의하여 다른 사용자에게 대하여 우선하는 추가적 지역범위

### 제 3 절 권리침해

#### § 20. 침해기준

- (1) 타인의 사용이 제19조의 규정에 의하여 우선하는 경우에 자기 사업의 식별 또는 자기 상품이나 역무의 거래에 있어서 다음의 경우와 같이 혼동가능성을 발생시키는 표시를 사용한 자는 당해 타인의 상표·상호·단체표장·증명표장에 대하여 침해책임을 진다.
  - (a) 행위자의 사업이 당해 타인의 사업이거나 또는 당해 타인과 제휴 기타의 관계를 가진 경우
  - (b) 행위자에 의해 거래되는 상품·역무가 당해 타인에 의해 생산, 후원, 증명 또는 추천된 경우 또는
  - (c) 타인에 의해 거래되는 상품·역무가 당해 행위자에 의해 생산, 후원, 증명 또는 추천된 경우
- (2) 타인의 사용이 제19조의 규정에 의하여 우선하고 자기가 집합체의 구성원이거나 또는 기타 측면에서 집합체와 연관되어 있다는 혼동가능성을 일으킬 표시를 사용한 자는 당해 타인의 단체구성원 표장의 침해책임을 진다.

#### § 21. 혼동가능성의 증명: 시장요소

제20조의 규정에 의하여 어떤 행위자에 의한 표시의 명칭사용이 타인에 의한 상표·상호·단체표장·증명표장의 사용과 혼동가능성을 일으키는지는 각각의 상품·역무의 거래 또는 각각의 사업의 활동의 전반적인 상황을 고려하여 결정한다. 이러한 결정을 함에 있어서 특히 다음의 시장요소들이 중요하다.

- (a) 아래에 열거된 요소들의 비교를 포함하여 상호간 표시의 유사성 정도
  - (i) 각각의 상품·역무의 거래 또는 각각의 사업의 식별에 있어서 사용되어진 당해 표시로부터 나타나는 전체적인 인상

- (ii) 당해 표시의 칭호
  - (iii) 당해 표시에 포함되어 있는 외국어의 번역;
  - (iv) 당해 표시에 포함되어 있는 그림, 삽화, 디자인을 언어화 한 것
  - (v) 당해 표시로부터 제안, 함의(含意) 또는 의미
- (b) 각각의 상품·역무에 사용된 유통방법과 거래방법의 유사정도
  - (c) 상품·역무에 대한 수요자의 특징과 구매결정에 있어서 요구되는 주의의 정도
  - (d) 타인의 표시의 식별력 정도
  - (e) 행위자의 상품·역무 또는 사업이 타인의 것과 다른 경우에 타인의 입장에서 행위자의 장래 수요자가 거래 또는 후원관계를 행위자의 상품·역무·사업으로 확대할 것으로 예상되는 개연성
  - (f) 행위자와 타인이 서로 다른 지리적 시장에서 상품·역무를 판매나 사업을 하는 경우에는 타인의 표시가 행위자의 지리적 시장에서 타인을 식별할 수 있는 정도

§ 22. 혼동가능성의 증명: 행위자의 의도

- (1) 혼동가능성은 행위자가 혼동이나 기망하는 의도를 가지고서 타인의 상표·상호·단체표장·증명표장에 유사한 표시를 사용한 증거에 의하여 추정된다.
- (2) 행위자가 혼동유발이나 기망에 대한 고의가 없는 상황에서 신의에 따라 행동한 경우 타인의 표시를 고의로 복제한 증거만으로 혼동가능성을 추정해서는 안된다.

§ 23. 혼동가능성의 증명: 사실상 혼동의 증명

- (1) 혼동가능성은 사실상 혼동의 증명으로부터 추정할 수 있다.
- (2) 행위자와 타인이 각각 표시를 동일한 지리적 시장에서 상당기간에 걸쳐 충분히 사용하여 통상적으로 증명가능한 사실에 의하여 혼동이 증명되는 경우에는 사실상 혼동이 발생하지 않았더라는 증명에 의하여 혼동가능성이 없음을 추정할 수 있다.

§ 24. 타인상표의 진정상품에 사용

타인의 상표·상호·단체표장·증명표장을 출처·후원관계·증명을 표장에 의하여 정확하게 식별되는 진정한 상품·역무의 거래에 있어서 사용한 자는 제20조의 규정에 의하여 책임을 지지 않는다. 다만, 다음의 경우에는 그러하지 아니하다.

- (a) 당해 타인이 다른 종류나 등급의 상품·역무에 대하여 상이한 표장을 사용하고 행위자가 어떤 종류나 등급의 것을 다른 등급 종류나 등급의 것에 사용한 표장의 것으로서 거래한 경우 또는
- (b) 행위자가 표장을 이용하여 수리하거나, 재생하거나, 개조하거나 또는 사용한 당해 타인의 진정상품 내지는 당해 타인이 설정한 기준에 합치하지 아니하는 진정한 역무를 거래하고, 행위자에 의한 표장의 사용이 그 상품을 신품이나 개조된 것이 아니라거나 수리·재생·개조가 당해 타인에 의하여 이루어지거나, 승인되거나, 증명되어진 경우 또는 그 역무가 당해 타인의 기준에 합치하는 것과 혼동가능성을 야기한 경우

§ 25. 혼동의 증명을 필요하지 아니하는 책임: 희석과 훼손

- (1) 타인의 상표·상호·단체표장·증명표장과 유사한 것을 사용한 자는 적용되는 희석금지법상에서만 혼동의 증명을 필요하지 아니하는 책임을 진다. 다음에 해당하는 경우 행위자가 희석금지법에 의한 책임을 진다. 즉, 행위자가 당해 표시를 타인의 표장과 행위자의 태양으로 사용하고 또한
  - (a) 타인의 표장이 고도로 식별력을 가지고 있고 당해 표장과 행위자의 상품·역무·사업과의 연관성은 그 식별력을 감소시킬 가능성이 있는 경우 또는
  - (b) 타인의 표장과 행위자의 상품·역무·사업과의 연관성이 타인의 상품·역무·사업을 비방하거나 타인의 상표와 관련된 이미지를 훼손시킬 우려가 있는 경우

- (2) 타인의 상표·상호·단체표장·증명표장과 유사한 표시를 행위자의 상품·역무·영업과 관련될 가능성이 있는 태양이 아닌 타인 또는 타인 상품·역무·영업·사업표장을 논평, 비평, 조롱, 패러디, 비방의 목적으로 사용한 자는 그 자의 행위가 명예훼손, 프라이버시침해 또는 침해적 허위표시의 소송원인의 요건을 충족하는 경우에 한하여 혼동에 대한 증명없이 책임을 진다.

§ 26. 인쇄업자, 출판업자 및 기타 공급자의 기여침해

- (1) 제3자 대신에 타인의 상표·상호·단체표장·증명표장을 당해 제3자가 제20조의 규정에 의하여 침해책임을 타인에 대하여 부담하는 태양으로 사용된 상품·라벨·포장·광고 기타의 물건에 재현 또는 모방한 자는 그 타인에 대하여 기여침해의 책임을 진다.
- (2) 제1항의 규정에 의하여 기여책임을 부담하는 행위자는 재현 또는 모방이 제3자에 의해서 혼동을 야기하거나 기망하는 것을 의도한 것을 알지 못하고서 행동한 경우에 적절한 금지명령만을 부담한다.

§ 27. 제조자 및 유통업자의 기여책임

상품·역무의 거래에 있어서 제20조의 규정에 의하여 타인에 대한 책임을 지는 제3자와 상품 또는 역무를 거래한 자도 다음의 경우에는 기여책임을 진다.

- (a) 행위자가 의도적으로 제3자를 침해행위에 유인한 경우 또는
- (b) 행위자가 침해행위의 발생을 충분히 예견할 수 있었던 상황에서 제3자의 침해행위에 대하여 상당한 예방조치를 하지 아니한 경우

제 4 절 항변 및 구제의 제한

§ 28. 기술적 사용 (공정이용)

상표·상호·단체표장·증명표장의 침해소송에 있어서 행위자에 의해 사용된 용어가 행위자의 상품·역무·사업에 관한 기술적 또는 지리적으로 기술하는 경우 또는 행위자 내지는 행위자와 관련있는 인물의 개인이

름이고 행위자가 당해 용어를 오직 자기의 상품·용역·사업을 기술하거나 이름이 결부된 자와의 관계를 나타내기 위하여 공정하고 선의로 사용하고 있는 경우에는 항변할 수 있다.

§ 29. 동 의

상표·상호·단체표장·증명표장의 침해소송에 있어서 당사자 간의 명시적 계약에 의하여 표시 또는 권리자의 동의가 충분히 추정될 수 있는 다른 행위에 의해 행위자의 사용이 동의 범위내에 해당하는 경우에는 항변할 수 있다.

§ 30. 포 기

- (1) 상표·상호·단체표장·증명표장의 침해소송에 있어서 그 표시가 행위자에 의하여 사용이 개시되기 전에 그 표시에 대한 권리를 주장하는 당사자에 의해 포기된 경우에는 항변할 수 있다.
- (2) 상표·상호·단체표장·증명표장은 다음의 경우에 포기된다.
  - (a) 표시에 대하여 권리를 주장하는 당사자가 표시의 사용을 재개하지 아니할 의도를 가지고서 중지한 경우 또는
  - (b) 표시에 대한 권리를 주장하는 당사자에 의해 사용의 정지 또는 기타의 행위나 부작위의 결과로서 상표·상호·단체표장·증명표장으로서 의미를 상실한 경우

§ 31. 부당한 지연 (해태)

상표·상호·단체표장·증명표장의 보유자는 그 침해의 주장 또는 침해소송의 제기를 부당하게 지연하고 이것에 의하여 본장의 규정에 의하여 당해 보유자에 대한 책임을 지게 되는 타인에게 손해를 준 경우에는 제35조 내지 제37조에 의한 구제의 전부 또는 일부에 제한을 받을 수 있다.

§ 32. 원고의 부정행위

상표·상호·단체표장·증명표장으로서 사용된 표시가 기망적으로 사용된 경우, 그 사용이 기타의 측면에서 공공정책을 위반한 경우, 또는 표

시의 보유자가 상표·상호·단체표장·증명표장에 관한 권리의 주장에 직접적으로 관련된 기타 중대한 부정행위를 한 경우 그 보유자는 제35조 내지 제37조에 의한 구제의 전부 또는 일부를 제한받을 수 있다.

§ 33. 상표의 사용허락

상표·상호·단체표장·증명표장의 보유자는 타인에게 당해 표시의 사용을 허락할 수 있다. 라이선스이용자에 의해서 당해 표시가 사용된 상품·역무·사업의 특성과 품질에 관하여 라이선스허락자가 상당한 관리를 한 경우에 라이선스이용자의 사용으로부터 당해 표시에 관하여 발생할 수 있는 권리는 라이선스허락자에게 귀속된다. 라이선스이용자에 의한 표시의 사용에 대하여 적절한 관리를 태만히 한 경우에는 제30조 (2)(b)항의 규정에 의하여 표시의 포기를 가져올 수 있다.

§ 34. 상표의 양도

상표·상호·단체표장·증명표장의 보유자는 양도에 의하여 당해 표시의 보유자 지위를 타인에게 이전할 수 있다. 보유자 지위의 양도는 양수인이 다시 당해 표시에 관련된 사업부문을 취득하거나 기타의 방법으로 사업부문을 실질적인 변경없이 계속하여 당해 표시의 사용에 의한 계속성을 유지하는 경우에만 이전한다. 표시의 사용에 있어서 계속성을 유지하지 못한 보유자 지위의 양도는 제30조의 규정에 의한 표시의 포기를 가져올 수 있다.

§ 35. 금지명령: 상표권 침해와 기망적 거래

(1) 제2항의 규정에 의하여 적절하지 아니하는 경우를 제외하고 통상 다음의 행위에 의해 타인에게 책임이 있는 자에 대해 금지명령이 부과된다.

- (a) 제2조 내지 제8조의 규정에 의한 기망적 거래
- (b) 제20조의 규정에 의한 타인의 상표·상호·단체표장·증명표장의 침해 또는
- (c) 제25조의 규정에 의한 타인의 상표·상호·단체표장·증명표장의 희석

- (2) 금지명령의 적절한 범위는 다음의 주요 요소들을 포함하여 당해 사건의 모든 요소들을 비교 형량하여 결정한다.
  - (a) 보호되는 이익의 특성
  - (b) 위법행위의 특성과 정도
  - (c) 원고에 의한 금지명령과 다른 구제 간의 충분한 비교
  - (d) 금지명령이 인용된 경우에 피고의 정당한 이익과 금지명령이 거절된 경우에 원고의 침해사이의 비교
  - (e) 제3자와 공중의 이익
  - (f) 원고의 출소 또는 권리주장에 대한 부적절한 지체
  - (g) 원고 측의 관련된 부정행위 그리고
  - (h) 금지명령의 확정 및 집행의 현실성

§ 36. 손해배상: 상표권 침해 및 기망적 거래

- (1) 제2조 내지 제8조의 규정에 의한 기망적 거래에 대하여 또는 제 20조의 규정에 의한 타인의 상표·상호·단체표장·증명표장에 대한 침해에 대하여 타인에게 책임을 지는 자는 기망적 거래나 침해에 의하여 당해 개인에게 야기한 금전상의 손실에 대해 책임을 진다. 다만 금전적 손실에 대한 손해배상을 허용하는 것이 법률에 의하여 금지하지 아니하거나 또는 제3항의 규정에 의하여 부적절하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.
- (2) 본조에 의하여 손해배상을 받을 수 있는 금전적 손실은 다음의 것이 포함된다.
  - (a) 행위자의 행위로 인하여 상실한 판매 또는 기타 수입으로부터 원고에게 발생한 손실
  - (b) 행위자의 행위로 인하여 합리적으로 감소된 가격에서 원고가 판매함으로써 발생한 손실
  - (c) 원고의 상품·역무·사업·상표의 시장저명성에 대한 훼손 그리고
  - (d) 행위자의 행위로 인하여 수요자의 혼동 또는 오인을 방지, 정정 또는 경감시키기 위하여 원고가 지불한 합리적인 비용

- (3) 금전적 손실에 대한 손해배상이 적절한지의 여부는 다음의 주요 요소들을 포함하여 사건의 모든 요소들을 비교 형량하여 결정한다.
  - (a) 원고가 행위자의 행위에 의해 발생한 금전적 손실의 사실과 범위를 입증하는 확실성의 정도
  - (b) 행위자의 수익의 계산·부여 등 기타 구제가 원고에게 충분한 것인지 여부
  - (c) 행위자의 의도와 침해자가 그 행위의 위법성을 알고 있었는지 또는 알았어야만 하는지에 대한 정도
  - (d) 침해 또는 기망적 거래를 수행한 행위자의 역할
  - (e) 원고에 의한 소송의 제기 또는 기타 방법에 의한 자기 권리의 주장에 대한 부당한 지체 그리고
  - (f) 원고 측과 관련된 부정행위

§ 37. 피고의 이익의 계산·부여; 상표권 침해 및 기망적 거래

- (1) 제2조 내지 제8조의 규정에 의한 기망적 거래 또는 제20조의 규정에 의한 타인의 상표·상호·단체표장·증명표장에 대한 침해에 대하여 타인에게 책임을 지는 자는 다음의 경우에 한하여 수익이 있는 거래에 의한 순이익으로 당해 위법행위에 의해 생긴 것을 반환할 책임이 있다.
  - (a) 행위자가 당해 행위를 하여 혼동 또는 기망을 야기할 의도를 가진 경우 또한
  - (b) 이득을 원고에게 부여하는 것이 법규에 의하여 금지되지 아니하고 제2항의 규정에 의하여 기타 측면에서도 적절한 경우
- (2) 이득의 부여가 적절한 것인지 여부는 다음의 주요 요소들을 포함하여 당해 사건의 모든 요소들을 비교 형량하여 결정한다.
  - (a) 행위자가 위법행위로부터 수익을 얻었다는 것에 대한 확실성
  - (b) 원고에게 부여된 손해배상의 부여를 포함한 기타 구제의 상대적 충분성 비교
  - (c) 행위자로부터 부당이득을 박탈하여 불법행위를 방지하는 것에 대한 공중의 이익

- (d) 침해 또는 기망적 거래를 야기한 행위자의 역할
- (e) 원고가 출소 또는 권리주장을 부적절하게 지연한 것
- (f) 원고 측과 관련된 부정행위

## 제 4 장 영업상 가치의 이용

### 제 1 절 부당이득

#### § 38. 영업상 가치의 이용

타인의 무형적 영업상 가치를 이용함으로써 당해 타인의 영업상 관계를 침해한 자는 다음의 경우에 한하여 당해 타인에 대하여 책임을 진다.

- (a) 행위자가 제39조 내지 제45조의 규정에 의한 타인의 영업비밀의 이용에 대하여 책임을 지는 경우 또는
- (b) 행위자가 제46조 내지 제49조의 규정에 의한 타인의 동일성의 영업상 가치이용에 대하여 책임을 지는 경우 또는
- (c) 이용이 연방법·주법·국제협정에 의하여 타인에 의해 제소할 수 있는 경우 또는 계약위반이나 연방저작권법에 의하여 보존되는 커먼로상 저작권의 침해에 의한 소송을 제기할 수 있는 경우

### 제 2 절 영업비밀

#### 39. 영업비밀의 정의

영업비밀이라 함은 영업 또는 기타 운영에 있어서 이용 가능하고 또한 타인에 대해 현실적으로나 잠재적으로 경제적 우위를 주는데 충분한 가치를 가진 비밀정보를 말한다.

#### § 40. 영업비밀의 부정이용

타인의 영업비밀의 부정이용에 대해 책임은 다음에 경우에 인정된다.

- (a) 행위자가 타인의 영업비밀이라는 것을 알고 있거나 알 이유가 있는 정보를 제43조의 규정에 의한 부정한 수단으로 취득하는 경우 또는

- (b) 행위자가 타인의 영업비밀을 당해 타인의 동의없이 사용하거나 공개하여 사용 또는 공개시에
  - (1) 행위자가 제41조의 규정에 의한 당해 타인에 대하여 행위자의 비밀유지의무를 발생시키는 상황에서 행위자가 취득한 영업비밀이라는 것을 알거나 알았어야 하는 경우
  - (2) 행위자가 제43조의 규정에 의한 부정한 수단으로 취득한 영업비밀이라는 것을 알거나 알았어야 하는 경우
  - (3) 행위자가 제43조의 규정에 의한 부정한 수단으로 그 정보를 취득한 자로부터, 영업비밀을 공개한 것이 제41조의 규정에 의한 비밀유지의무를 위반한 자로부터, 또는 기타 자를 통하여 영업비밀이라는 것을 알거나 알았어야 할 이유가 있는 경우 또는
  - (4) 행위자가 우연히 또는 실수로 취득한 그 정보가 영업비밀이고 이것을 알거나 또는 알 수 있었을 경우. 다만, 당해 타인이 그 정보의 비밀성을 유지하기 위하여 상당한 예방조치를 하지 아니한 것으로 그 취득이 야기된 경우에는 그러하지 아니하다.

§ 41. 비밀유지의무

영업비밀의 공개를 받은 자는 제40조의 규정에 의하여 다음의 경우에 당해 영업비밀의 보유자에게 비밀유지의무가 있다.

- (a) 당해 영업비밀을 공개하기 이전에 비밀유지의 명시약정을 한 경우 또는
- (b) 양당사자의 관계 또는 공개에 따른 기타의 사실이 개시시점에 있어서
  - (1) 공개를 받은 자가 당해 개시를 비밀로 할 의도를 가진 것을 알고 있거나 또는 알았어야 할 이유가 있는 경우 또한
  - (2) 공개한 자가 공개를 받은 자에 대하여 비밀유지에 동의한 것으로 추정하는 것이 합리적인 경우

§ 42. 종업원에 의한 영업비밀유지의무의 위반

사용자나 전직사용자가 보유한 영업비밀을 비밀유지의무를 위반하여 사용 또는 공개한 종업원이나 전피용자는 제40조의 규정에 의하여 영업비밀의 부정한 이용에 대한 책임을 진다.

§ 43. 영업비밀의 부정취득

제40조의 규정에 의하여 타인의 영업비밀에 대한 ‘부정한’ 수단이란 절도, 사기, 도청, 비밀유지의무 위반의 교사나 고의에 의한 비밀유지의무 위반에의 참여 또는 기타 수단으로 그 자체가 위법하거나 사건의 정황상 위법한 방법들을 포함한다.

§ 44. 금지명령: 영업비밀의 부정이용

- (1) 제2항의 규정에 의하여 적절한 경우에는 제40조의 규정에 의하여 책임을 지는 자는 타인의 영업비밀을 이용 또는 이용할 가능성이 있는 것을 방지하기 위하여 금지구제가 인정된다.
- (2) 금지구제의 적절성과 범위는 다음의 주요 요소들을 포함하여 사건의 모든 요소들을 비교 형량하여 판단한다.
  - (a) 보호받는 이익의 특성
  - (b) 이용의 특성과 정도
  - (c) 원고에 의한 금지명령과 기타 권리구제의 충분성 비교
  - (d) 금지명령이 부여된 경우에 초래되는 피고의 정당한 이익과 금지명령이 거절되었을 경우에 초래되는 원고의 정당한 이익 간의 손해 비교
  - (e) 제3자와 공중의 이익
  - (f) 원고가 소송제기 또는 기타의 방법으로 자기의 권리를 주장하는 것에 있어서 부당한 지체
  - (g) 원고 측과 관련된 부정행위 그리고
  - (h) 금지명령의 확정과 집행의 현실성
- (3) 영업비밀소송에 있어서 금지구제의 존속기간은 원고의 이용으로 야기된 손해로부터 보호하고 피고로부터 이용으로 야기된 경제적 이익을 제거하는 것에 필요한 시간으로 한정되어야 한다.

§ 45. 금전적 구제: 영업비밀의 부당이용

- (1) 제40조의 규정에 의하여 타인의 영업비밀 부당이용의 책임을 지는 자는 부당이용에 의해서 발생한 금전적 손실과 부당이용으로부터 얻

은 금전적 이득 중 큰 것에 대해 책임을 진다. 다만, 제2항의 규정에 따른 권리구제가 부적절하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 금전적 구제의 적절성 및 (1)의 구제산정의 적절한 방법은 다음의 주요 요소들을 포함하여 당해 사건의 모든 요소들을 비교衡量하여 결정한다.

- (a) 원고가 부당이용으로부터 발생한 자기의 금전적 손실 또는 행위자의 금전적 이익의 사실 및 범위를 어느 정도 확실성을 가진 증명을 하였는지의 여부
- (b) 부당이용의 특성과 정도
- (c) 기타 구제의 충분성 비교
- (d) 행위자의 의도 및 인식 그리고 행위자에 의한 성실한 신뢰의 특성과 정도
- (e) 원고가 소제기 또는 권리주장을 부적절하게 지체한 것 그리고
- (f) 원고 측과 관련된 부정행위

### 제 3 절 퍼블리시티권

§ 46. 개인의 동일성에 대한 상업적 가치의 이용: 퍼블리시티권(the right of publicity)

개인의 성명, 초상 또는 기타 동일성을 표시하는 것을 동의없이 사용하는 것으로 그 자의 동일성의 영업적 가치를 이용한 자는 제48 내지 제 49조의 규정에 의하여 적절한 구제에 책임을 진다.

§ 47. 거래를 위한 사용

성명, 초상 기타 개인의 동일성에 대한 표시가 사용자의 상품·역무의 광고에 사용되는 경우, 사용자가 거래하는 상품에 부착되는 경우, 또는 사용자에게 의해 제공되는 역무와 연결하여 사용되는 경우에 그 표시는 제 46조의 규정에서 말하는 ‘거래를 위하여’ 사용된 것이다. 다만, ‘거래를 위한’ 사용은 시사보도, 비평, 오락, 소설작품 또는 이들 사용에 수반되는 광고에 있어서 개인의 동일성의 사용은 통상 제외된다.

§ 48. 금지명령: 개인의 동일성에 대한 경제적 가치의 이용

- (1) 제2항의 규정에 의한 적절한 경우에는 제46조의 규정에 의하여 책임을 지는 자가 타인의 동일성의 영업상 가치를 이용 또는 이용할 가능성이 있는 것을 방지하기 위한 금지구제가 인정된다.
- (2) 금지구제의 적절성과 범위는 다음의 주요 요소들을 포함하여 당해 사건의 모든 요소들을 비교 형량하여 결정한다.
  - (a) 보호받는 이익의 특성
  - (b) 이용의 특성과 정도
  - (c) 원고를 위한 금지명령 및 기타 구제의 충분성 비교
  - (d) 금지명령이 부여된 경우에 피고의 정당한 이익과 금지명령이 거절되었을 경우에 원고의 정당한 이익 간의 손해 비교
  - (e) 제3자와 공중의 이익
  - (f) 원고가 소제기 또는 권리주장에 있어서 부당한 지체
  - (g) 원고 측과 관련된 부정행위 그리고
  - (h) 금지명령의 확정과 집행의 현실성

§ 49. 금전적 구제: 개인의 동일성에 대한 경제적 가치의 부당이용

- (1) 제46조의 규정에 의하여 타인의 동일성에 대한 경제적 가치의 부당이용에 대해 책임이 있는 자는 부당이용에 의하여 발생한 금전적 손실 또는 부당이용으로부터 얻은 금전적 이득 중 큰 것에 대해 책임을 진다. 다만, 제2항의 규정에 의한 구제가 적절하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- (2) 금전적 구제의 적절성과 (1)의 구제산정의 적절한 방법은 다음의 주요 요소들을 포함하여 당해 사건의 모든 요소들을 비교 형량하여 결정한다.
  - (a) 원고가 부당이용으로부터 발생한 자기의 금전적 손실 또는 행위자의 금전적 이익에 대한 사실과 범위를 어느 정도의 확실성을 가지고 증명하였는지의 여부

부 록 3

- (b) 부당이용의 특성과 정도
- (c) 기타 구제의 충분성 비교
- (d) 행위자의 의도와 당해 행위가 위법하다는 것을 행위자가 알고 있었는지 또는 알았어야만 하는지에 대한 여부
- (e) 원고의 소제기 또는 권리주장에 있어서 부당한 지체 그리고
- (f) 원고 측과 관련된 부정행위

## 부 록 4

## 미국의 산업스파이법

### 제1831조 (산업스파이)

#### (a) 일반론

누구든지 범죄행위를 통하여 외국의 정부, 정부기관 또는 정부관리를 이롭게 하기 위하여 또는 이롭게 함을 알면서도 고의로 다음의 행위를 하는 경우에는 (b)항에서 규정하고 있는 경우를 제외하고 \$500,000이하의 벌금 또는 15년 이하의 징역에 처하거나 양자를 병과할 수 있다.

- (1) 영업비밀을 절도, 무단이용, 획득, 제거, 은닉이나 사기, 계약 또는 기만행위를 통하여 취득하는 경우
- (2) 영업비밀을 무단으로 복사, 복제, 스케치, 도안, 사진, 다운로드, 업로드, 변경, 파괴, 사진촬영, 모사, 발송, 전달, 전송, 우편발송, 의사교환을 하거나 전하는 경우
- (3) 영업비밀을 무단으로 절도, 이용, 취득 또는 횡령된 것임을 알면서도 수취, 구매 또는 소유하는 경우
- (4) (1)(2)(3)항에서 규정하고 있는 범죄를 하고자 시도하는 경우
- (5) (1)(2)(3)항에서 규정하고 있는 범죄행위를 하기 위하여 한 명 또는 그 이상의 자와 공모하고, 공모한 자 중 한명 이상의 자가 실제로 공모의 목적을 실행하기 위한 행위를 하는 경우

(b) (a)항에서 규정하고 있는 범죄를 행한 단체는 \$10,000,000 이하의 벌금에 처해진다.

### 제1832조 (영업비밀의 절도)

(a) 주 또는 국제간의 상거래를 위하여 생산되었거나 또는 제공되는 상품과 관련된 내지 포함된 영업비밀을 그 소유자 이외의 자의 경제적 이익을 위하여 횡령할 목적으로, 동법의 범죄행위를 통하여 그 영업비밀권자에게 손해를 야기하기 위하여, 또는 손해를 야기함을 알면서도 고의로 다음의 행위를 하는 경우에는 (b)항에

서 규정하고 있는 경우를 제외하고 본조에 따라 벌금 또는 10년 이하의 벌금에 처하거나 양자를 병과할 수 있다.

- (1) 이들 정보를 절도, 무단이용, 획득, 제거, 은닉이나 사기, 계약 또는 기만행위를 통하여 취득하는 경우
  - (2) 이들 정보를 무단으로 복사, 복제, 스케치, 도안, 사진, 다운로드, 업로드, 변경, 파괴, 사진촬영, 모사, 발송, 전달, 전송, 우편발송, 의사교환을 하거나 전하는 경우
  - (3) 이들 정보를 무단으로 절취, 이용이나 취득 또는 횡령된 것임을 알면서 수취, 구매 또는 소유하는 경우
  - (4) (1) 내지 (3)항에서 규정하고 있는 범죄를 저지르고자 시도하는 경우
  - (5) (1) 내지 (3)항에서 규정하고 있는 범죄를 저지르기 위하여 한명 또는 그 이상의 자와 공모하고 공모한 자 중 한명 이상의 자가 실제로 공모의 목적을 실행하기 위한 행위를 하는 경우
- (b) (a)항에서 규정하고 있는 범죄를 저지른 단체는 \$5,000,000 이하의 벌금에 처해진다.

제1833조 (금지에 대한 예외) 본장에서는 다음과 같은 행위를 금지하지 아니한다.

- (1) 연방정부, 주 또는 주의 하위 정치기구에 의해 행해진 모든 합법행위 또는
- (2) 연방, 주 또는 주의 하위 정치기구에 의하여 법 위반으로 의심되는 행위의 보고. 다만, 이들 기관은 위반행위에 대한 합법적 권한을 갖고 있어야 한다.

제1834조 (형사적 몰수)

- (a) 본장의 위반에 대하여 형을 선고하는 법원은 부과되는 다른 형벌 이외에 연방정부에게 다음을 몰수하도록 명하여야 한다.
  - (1) 위반의 직접적·간접적 결과로 취득된 수익이나 그로부터 파생된 재산

(2) 법원이 위반행위와 연계된 재산의 특징, 범위, 사용비율을 고려할 때 재량으로 허용되는 경우에 모든 측면에서 또는 부분적으로 위반행위를 범하거나 촉진하기 위하여 사용되거나 사용되고자 하는 위반자의 재산

(b) 본조에 따른 몰수가 적용되지 않는 21 U.S.C. 853조 (d)항과 (j)항을 제외하고, 본조에 따른 몰수, 압류와 처분 및 행정 또는 사법절차의 대상이 되는 재산은 21 U.S.C. 853(1970년 종합적 약물남용방지 및 규제법 제413조)의 적용을 받는다.

제1835조 (비밀유지를 위한 명령) 법원은 본장에 따른 모든 기소 또는 기타 절차에서 연방형사및민사소송법, 연방증거법 및 기타 적용법의 요건과 일치하는 범위에서 영업비밀의 비밀성을 유지하기 위하여 필요하고 적절한 명령을 발하거나 기타 조치를 취해야 한다. 연방정부의 중간적 항소(an interlocutory appeal by the United States)는 영업비밀의 공개를 허가하거나 지시하는 지방법원의 결정이나 명령을 그 대상으로 해야 한다.

제1836조 (침해금지를 위한 민사절차)

(a) 민사절차에서 법무부장관은 본장의 위반에 대한 적절한 강제이행을 청구할 수 있다.

(b) 연방지방법원은 본조에 따라 민사소송에 있어 전속관할권(exclusive original jurisdiction)을 갖는다.

제1837조 (미국영토 밖에서 행해진 행위예의 적용가능성)

본장은 다음의 경우에는 미국영토 밖에서 일어난 행위에도 적용된다.

(1) 위반자가 미국 시민이거나 영주권을 가진 외국인, 연방이나 주의 하위 정치기구로 법률에 의하여 조직된 단체인 경우 또는

(2) 범죄행위가 계속적으로 미국영토 내에서 이루어지고 있는 경우

제1838조 (다른 법률과의 관계) 본장은 민사 또는 형사를 불문하고 영업비밀의 부당이용에 관한 연방법, 주법, 자치지역의 법 또는 기타

적용되는 법(United States Federal, State, commonwealth, or territory law)에 의해 규정된 다른 구제방법에 우선하거나 이를 대체하는 것으로 해석되거나, 일반적으로 정보공개법(the Freedom of Information Act)으로 알려진 제5편 제552조에 따른 공무원에 의한 정보의 합법적 공개에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 안된다.

제1839조 (정의) 본장에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

- (1) “외국정부기관(foreign instrumentality)”이란 외국정부가 실질적으로 소유, 통제, 후원, 명령, 경영 또는 지배하는 모든 청, 국, 내각, 구성부서, 기관, 협회, 법률상·영업상·사업상의 기관·법인·회사 또는 기타 법인격이 있는 단체를 의미한다.
- (2) “외국정부관리(foreign agent)”란 외국정부의 모든 공무원, 고용인, 대리인, 대표 또는 외교사절을 말한다.
- (3) “영업비밀”이란 다음과 같은 요건을 갖춘 재정상·영업상·과학상·기술상·경제상 또는 공학상의 정보로서 모형·기획·편집물·프로그램 장치·제조법·디자인·원형·방법·기술·공정·절차·프로그램 또는 코드로서 유체물인지 무체물인지, 물리적·전자적·그래픽적·사진적으로 저장이나 편집 또는 기억되었는지 여부 및 그 방법 또는 서면으로의 기록여부를 묻지 아니하는 모든 것을 의미한다.
  - (A) 영업비밀의 소유자가 정보의 비밀성을 유지하기 위하여 합리적 수단을 취하였고,
  - (B) 정보가 공중에게 일반적으로 알려져 있지 않으며 적절한 수단을 통하여 쉽게 얻어질 수 없다는 사실에서 실제적 또는 잠재적으로 독립된 경제적 가치를 가지는 경우
- (4) 영업비밀과 관련하여 “소유자”란 영업비밀에 관하여 법률상으로나 형평법상으로 정당한 권한 또는 라이선스를 가진 자연인 또는 법인을 말한다.

## 부 록 5

## 독일의 부정경쟁방지법

### 제 1 장 총 칙

**제 1 조 (법의 목적)** 이 법은 경쟁자, 소비자 및 기타 거래참가자를 부정한 경쟁으로부터 보호하는 목적을 갖는다. 또한 이 법은 공정경쟁이라는 공공이익을 보호한다.

#### 제 2 조 (개념정의)

(1) 이 법률에서 아래 용어를 다음과 같은 의미로 사용한다.

1. “경쟁행위” 라 함은 자신 또는 다른 사업체를 위하여 상품의 판매나 구입 또는 부동산 및 권리와 의무를 포함한 용역(서비스)제공 또는 구입을 목적으로 하는 자의 모든 행위를 의미한다.
2. “거래참가자” 라 함은 어떠한 상품 또는 용역의 공급자 또는 수요자로서 활동하는 경쟁자와 소비자를 포함한 모든 자를 의미한다.
3. “경쟁자” 라 함은 상품 또는 용역의 공급자 또는 수요자로서 한 사업자 또는 수인의 사업자와 구체적인 경쟁관계에 서 있는 모든 사업자를 의미한다.
4. “통지(소식, Nachricht)” 라 함은 공개적으로 접근 가능한 전자적 통신서비스로 참여자들 사이에 교환되거나 전달되는 모든 정보를 의미한다; 정보가 특정 가능한 참여자 또는 이용자와 관련지을 수 없는 한, 전기통신망상 방송서비스의 일부로서 일반대중에게 제공되어지는 정보는 제외된다.

(2) 소비자와 사업자개념에 대해서는 민법 제13조와 제14조를 준용한다.

#### 제 3 조 (부정경쟁금지)

경쟁자, 소비자 또는 기타 시장참가자의 경쟁에 대하여 단지 사소한 정도를 넘는 불이익을 끼치는 부정경쟁행위는 허용되지 아니한다.

#### 제 4 조 (부정경쟁의 예)

특히 다음에 해당하는 자는 제3조에서 말하는 부정경쟁행위에 해당한다.

1. 비인간적인 방법에 의한 압력의 행사 또는 기타 적절하지 않고 사안에 적합성이 없는 영향력행사에 의해 소비자 또는 기타 시장참가자의 결정의 자유를 침해할 수 있는 경쟁행위를 한 자.
2. 소비자의, 특히 아동 또는 청소년에서의 무경험자 또는 경솔·불안·강박상태를 이용하려는 경쟁행위를 한 자.
3. 경쟁행위의 광고성을 숨긴 자.
4. 가격인하, 끼워팔기 또는 사은품증정과 같은 판촉행사시에 취득요건을 명확하게 표시하지 아니 한 자.
5. 광고성의 현상광고 또는 추천행사에서 참가조건을 명확히 표시하지 않은 자.
6. 현상광고 또는 추천행사에 대한 소비자의 참가를 상품구입 또는 용역이용 등을 조건으로 하는 자. 단 그러한 현상광고 또는 추천행사가 그 상품 또는 용역과 본질적으로 연결된 경우에는 제외한다.
7. 경쟁자의 상표, 상품, 용역, 활동 또는 개인적·영업적 관계를 훼손하거나 비방하는 자.
8. 경쟁자의 상품, 용역(서비스) 또는 사업체에 대하여, 또는 사업자 자신이나 간부의 일원에 대하여 진실임을 증명할 수 없고 그 사업체의 운영이나 신용을 손상시키기에 적합한 사실을 주장 또는 유포하는 자; 은밀한 통지와 관련하여 그 사항의 통지자 또는 그 수령자가 그 통지에 대하여 정당한 이해관계를 갖는 경우에, 그 사실이 진실에 반하게 주장되거나 유포된 경우에만 불공정한 행위에 해당한다.
9. 다음의 경우에 경쟁자의 상품이나 용역을 모방하여 제공한 것에 해당된다.
  - a) 생산지에 관하여 구매자들에게 회피가능한 착오를 유발한 경우,
  - b) 모방한 상품이나 용역의 가치평가를 부당하게 이용 또는 침해한 경우,
  - c) 모방에 필요한 지식이나 자료들을 부정하게 취득한 경우.

10. 경쟁자를 고의로 방해하는 자;
11. 시장참가자들의 이익을 위하여 거래행위를 규율하는 법률규정에 반하는 행위를 한 자.

### 제 5 조 (오인을 유발하는 광고, 허위광고)

- (1) 오인을 유발하는 광고를 한 자는 제3조상의 불공정한 행위를 한 것에 해당한다.
- (2) 광고가 오인을 유발하게 했는가의 여부에 대한 판단은, 특히 다음에 열거된 사항을 포함하여 모든 구성요소를 고려해야 한다.
  1. 처분가능성, 종류, 실행방식(완성), 성분, 생산·제공의 절차 또는 시점, 목적적합성, 수량, 성질, 지역적 또는 영업적 생산지와 같은 상품 또는 용역의 특성, 사용상 기대되는 결과 또는 상품이나 용역에 대한 시험으로부터 얻어진 결과와 본질적인 구성요소.
  2. 판매의 동기 그리고 가격 또는 가격산정의 방식, 그리고 상품의 배달 또는 용역의 제공조건.
  3. 영업 형태, 특히 영업종류, 특성 그리고 광고자의 동일성과 재산, 지적재산권, 자격 또는 표창 또는 명예와 같은 광고자의 권리.어떠한 사실에 대한 침묵이 오인을 유발하는가의 여부에 관한 판단에서, 특히 거래관념에 따른 계약체결의 결정에서의 중요성 및 그 결정에 영향을 미칠 수 있는 성격을 갖고 있는지를 고려해야 한다.
- (3) 제2항상의 사항에서는 비교광고에서 행한 사항 및 영상물 그리고 기타 사항을 대체하려는 목적을 갖고 대체할 수 있는 성질을 갖는 행사가 포함된다.
- (4) 부당하게 짧은 기간동안에 설정된 가격인 경우에 한하여 가격인하를 통해 광고하려는 경우에 오인을 유발하는 것으로 추정한다. 가격설정의 존재 및 그 시점에 대하여 다툼이 있는 경우 가격인하로 인하를 광고한 자가 입증책임을 부담한다.
- (5) 상품의 종류 및 광고의 내용과 유포 등을 고려하여 기대되는 수요의 충족을 위한 적당한 수량의 상품을 준비하지 아니하는 경우에는 오인을 유발하는 광고이다. 원칙적으로 2일분으로 재고가 적당하

며, 사업자가 적은 량의 재고를 정당화시킬 수 있는 사유를 제공하는 경우 예외가 인정된다. 용역광고에도 제1문이 준용된다.

### 제 6 조 (비교광고)

- (1) 비교광고란 직접 또는 간접적으로 경쟁자를 또는 경쟁자에 의하여 제공된 상품이나 용역을 인식시키는 모든 광고를 말한다.
- (2) 다음과 같이 비교광고를 한 자는 제3조의 불공정행위를 한 것이다.
  1. 비교광고가 상품 또는 용역에 대한 동일한 수요 또는 같은 목적과 관련이 없는 경우,
  2. 비교광고가 상품 또는 용역의 하나 또는 수개의 본질적, 상대적, 검증가능하고 전형적인 특성 또는 가격과 객관적 관련이 없는 경우,
  3. 비교광고로 인하여 광고주와 경쟁자, 이들에 의하여 제공된 상품이나 용역, 또는 이들이 사용한 상표들 사이에서 혼동을 거래상 초래하게 하는 경우,
  4. 비교광고가 경쟁자의 상표에 대한 가치평가를 부당하게 이용하거나 침해하는 경우,
  5. 비교광고가 경쟁자의 상품 또는 용역, 활동, 개인적 또는 영업적 관계를 훼손하거나 비방하는 경우,
  6. 비교광고가 법적으로 보호되는 상표로 판매되는 상품 또는 용역을 모조품 또는 모방인 것으로 보이게 하는 경우.
- (3) 비교광고가 특별한 가격 또는 기타 조건으로 인한 행사와 관련하여 행해질 때 행사기간의 종료시점을, 행사기간이 아직 도래하지 않았다면, 시작시점을 명백히 표시해야 한다. 상품 또는 용역이 준비되어 있는 한도에서만 행사가 진행되는 경우에는 그에 대한 고지가 있어야 한다.

### 제 7 조 (수인한도를 넘는 간접)

- (1) 거래참자가를 수인한도를 넘어서 간접한 자는 제3조의 불공정행위를 행한 것에 해당한다.
- (2) 다음의 경우에는 수인한도를 넘어서는 간접이 존재한다고 본다.

1. 광고 수령자가 원하지 아니한다는 사실을 인식가능함에도 불구하고 광고를 하는 경우,
  2. 소비자 동의없이 또는 기타 거래참가자의 최소한 추단되는 동의없이 전화로 광고를 하는 경우,
  3. 수신자 동의없이 자동전화, 팩스 또는 전자우편의 사용을 통해서 광고를 하는 경우,
  4. 내용이 담긴 광고의 경우, 광고전송을 위임한 발송인의 동일성이 은폐되거나 또는 기본요금에 의한 전달비용 이외에 다른 비용 발생 없이 수신자가 그러한 내용의 전달을 정지해 달라고 요구할 수 있는 유효한 발송주소가 존재하지 아니하는 경우.
- (3) 다음의 경우 전자우편을 통한 광고는 위 제2항제3호 규정과 달리 수신한도를 넘는 간섭으로 보지 아니한다.
1. 사업자가 어떤 상품 또는 용역의 판매와 관련하여 고객으로부터 그의 전자우편주소를 취득한 경우,
  2. 사업자가 자신의 비슷한 상품 또는 용역의 직접 광고를 위하여 그 주소를 사용한 경우,
  3. 고객이 그 사용에 대하여 이의제기를 하지 않은 경우,
  4. 주소를 제공한 때 그리고 주소를 사용할 때마다 그 사용에 대하여, 기본요금에 따른 전달비용 이외에 다른 비용의 발생없이 고객이 이의를 제기할 수 있음을 명백하게 명시한 경우.

## 제 2 장 법률효과

### 제 8 조 (제거와 부작위)

- (1) 제3조에 위반하여 행위한 자에 대해서는 그 제거와 함께 다시 그러한 행위를 행할 우려가 있는 경우에는 부작위를 요구할 수 있다. 부작위청구권은 위반행위를 할 염려가 있는 경우에도 발생한다.
- (2) 위반행위가 업체의 직원 또는 수임인에 의하여 행해진 경우에 부작위청구권과 제거청구권은 업주에 대해서도 또한 발생한다.

(3) 제1항에 따른 청구권들은 다음의 자들에게 있다.

1. 모든 경쟁자
  2. 동일하거나 유사한 상품 또는 용역을 같은 시장에서 판매하는 상당수의 업체가 그에 속하며, 특히 인적, 물적 그리고 재정적 상황이 영업상 또는 독자적인 직업상의 이익추구라는 정관에 따른 과제를 실제로 이행하는 것을 허용하고, 위반행위가 그들 구성원의 이해관계와 직접 관련 있는 영업상 또는 독자적인 업무상의 이익을 증진하기 위한 권리능력 있는 단체.
  3. 부작위소송법(Unterlassungsklagengesetzes) 제4조에 의한 특수 단체의 목록 또는 소비자이익보호를 위한 부작위소송에 관한 1998년 5월 19일자 유럽평의회와 유럽의회의 98/27/EG 지침 제4절에 따라 유럽공동체 위원회 명부에 등록되어 있다고 증명할 수 있는 특수 단체.
  4. 상공회의소 또는 수공회의소
- (4) 제1항상의 청구권행사가 전체적인 상황에서 살펴볼 때 남용인 경우에는 허용되지 않는다. 특히 위반자에게 비용배상 또는 권리실행 비용을 전가할 목적만을 갖는 경우에 그러하다.
- (5) 부작위소송법 제13조와 거기에 규정된 명령권한은 다음 사항을 전제로 하여 준용된다. 즉, 이 법 제8조제3항제3호와 제4호에 의한 부작위소송청구권자가 동법 제3조의 제1호와 제3호에 의한 소송권자를 대신하고, 이 법 제8조제3항제2호에 의한 부작위소송청구권자가 부작위소송법 제3조제1항제2호에 의하여 소송권자를 대신하고, 이 법 제8조에 부작위청구들이 동법 제1조 및 제2조에 규율될 부작위청구를 대신하는 경우 기타 사항에 대해서는 부작위소송법이 적용되지 않는다.

## 제 9 조 (손해배상)

고의 또는 과실로 이 법 제3조를 위반한 자는 경쟁자에게 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 정기간행물을 통하여 책임이 발생한 자에 대하여는 고의로 인한 위반행위를 한 때 손해배상청구를 행사할 수 있다.

### 제10조 (이익환수)

- (1) 제8조제3항제2호 내지 제4호상의 부작위소송권자가 권리를 행사하기 전에 고의에 의한 제3조 위반행위로 인하여 다수 수요자부담으로 이익을 본 자에 대하여는 그 이익을 연방정부재정으로 환원할 것을 요구할 수 있다.
- (2) 채무자가 그 위반행위를 근거로 제3자 또는 국가에 제공한 급부는 이익산정에서 같이 계산되어야 한다. 채무자가 제1항에 의한 청구이후에 비로소 급부를 이행한 경우 연방관할기관은 지불된 이익에서 증명된 금액만큼을 채무자에게 반환한다.
- (3) 다수의 채권자가 이익의 상환을 요구하는 경우에는 민법 제428조 내지 제430조가 준용된다.
- (4) 채권자들은 제1항에 따른 청구권행사를 해당 연방관할기관에 통지하여야 한다. 그들은 채무자들로부터 배상을 받지 못하는 한도에서, 청구권 관철을 위한 필요비의 지급을 연방관할기관에 요구할 수 있다. 비용배상청구는 연방정부재정에 지불된 이익총액을 넘지 못한다.
- (5) 연방법무부의 전문감독(Fachaufsicht) 하에 있는 한도에서 연방행정청(Bundesverwaltungsamt)이 제2항과 제4항에서 말하는 관할기관이다. 연방정부는 연방참의원(Bundesrat)의 동의없이 법령으로 제2항과 제4항의 임무를 다른 연방관청 또는 기타 연방의 공공기관에 이전할 수 있다.

### 제11조 (소멸시효)

- (1) 제8조, 제9조 그리고 제12조제1항제2문의 청구권들은 6개월간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
- (2) 다음의 경우에 시효가 시작된다.
  1. 청구권이 발생하였고,
  2. 채권자가 청구권 발생 사실과 채무자를 알고 있거나 중대한 과실 없이 알 수 있었던 경우.

- (3) 손해배상청구권은 알았거나 중대한 과실로 몰랐던 것에 상관없이 그 발생으로부터 10년 후, 최대한으로 손해발생 행위로부터 30년 후에 소멸한다.
- (4) 다른 청구권들은 알았거나 중대한 과실로 몰랐던 것에 상관없이 그 발생으로부터 3년 후에 소멸한다.

### 제 3 장 절차규정

#### 제12조 (청구권실행, 공표권한, 訴額減액)

- (1) 부작위소송권자는 소송절차 개시 전에 채무자에게 경고를 해야 하며, 그리고 채무자에게 적당한 계약별로 갚음할 수 있는 부작위의 무 제시를 통하여 다툼을 해결할 수 있는 기회를 주어야 한다. 경고가 정당한 경우, 필요비의 상환을 청구할 수 있다.
- (2) 이 법률에 규율된 부작위청구권의 담보를 위하여 민사소송령 제 935조와 제940조에 규율된 전제조건외의 진술이나 소명없이 가처분을 내릴 수 있다.
- (3) 이 법률에 의하여 부작위소송이 제기되고, 그에 대한 정당한 이익이 있는 경우에는, 법원은 패소자의 비용부담으로 판결을 공표할 수 있는 권한을 승소자에게 줄 수 있다. 공고의 종류와 범위는 판결로 정한다. 확정판결의 효력발생 이후 3개월 이내에 행사되지 않으면 그 권한은 소멸한다. 제1문상의 판단은 가집행할 수 없다.
- (4) 제8조제1항에 의한 청구권들에 대한 訴額算定시에 그 사건이 종류나 범위에서 볼 때 간단하거나 또는 당사자 일방의 소송비용부담이 그들의 재산이나 수입상태에 비추어볼 때 감당할 수 없는 것으로 보이는 경우에는, 訴額減액을 고려할 수 있다.

#### 제13조 (사물관할)

- (1) 이 법률에 근거하여 청구권을 행사하는 모든 민사사건들은 전적으로 地方法院(Landgericht)管轄이다. 여기는 법원조직법(Gerichtsver-

fassungsgesetz) 제95조 제1항 제5호가 준용된다.

- (2) 州 정부는 경쟁사건(Wettbewerbsstreitsachen)재판을 위해서, 특히 판례의 통일성보장에 기여하는 경우에는 법령에 의하여 수 개의 지방법원의 관할구역에 대하여 그 중 한 법원을 경쟁사건의 관할법원으로 정할 수 있다. 주정부는 권한을 주법무부에 이전할 수 있다.

#### 제14조 (토지관할)

- (1) 이 법률에 근거한 소송에 관해서는 피고의 영업소 내지 독자적인 직업상의 소재지, 주소 또는 그 주소가 없는 경우에는 피고의 주소지 법원이 관할권을 가진다. 피고가 주소가 없는 경우에는 그의 국내거소를 기초로 한다.
- (2) 그 밖에 이 법률에 근거하는 소송에 대해서는 위반행위가 행하여진 지역의 법원만 관할권을 가진다. 제1문은 제8조제3항제2호 내지 제4호에 의거하여 부작위소송권자에 의해 제기된 소송에 대하여는 피고가 국내에 영업소 내지 독자적 직업상의 소재지 또는 주소도 없는 경우에만 적용된다.

#### 제15조 (조정기구)

- (1) 州 政府는 상공회의소에 이 법률에 의해 행사되는 민사사건의 해결을 위한 조정기구를 둔다 (조정기구).
- (2) 조정기구는 독일 법관법에 의한 법관자격이 있는 1인의 의장과 배석인들(beisitzende Personen)로 구성된다. 제8조제3항제3호에 근거하여 부작위소송에 권한있는 특수단체를 통한 조정신청이 있는 경우, 배석인으로서 사업자와 소비자가 동일한 숫자로 임하며, 그 밖의 경우에는 최소한 그 분야에 전문지식있는 2인의 사업자가 배석인이 된다. 의장은 경쟁법 분야에 경험이 있는 자이어야 한다. 의장은 각각의 분쟁사건을 위하여 매년 작성되는 명단을 보고 그 중에서 배석인들을 임명한다. 임명은 당사자 동의를 받아서 이루어진다. 조정기구 구성원의 제척과 기피에 관해서는 민사소송법 제41

조 내지 제43조 및 제44조제2항 내지 제4항이 준용된다. 기피신청에 관해서는 조정기구의 주소지를 관할하는 지방법원(상사부 또는 상사부가 없을 경우에는 민사부)이 결정한다.

- (3) 이 법률을 근거로 청구가 이루어지는 민사사건의 경우에 상대방이 동의하면 조정기구를 이용할 수 있다. 경쟁행위가 소비자와 관련되는 경우에 쌍방 당사자는 그 사건의 상대방에 대한 일방적 통지로 조정기구에 조정을 신청할 수 있다; 이 때 상대방의 동의는 불필요하다.
- (4) 조정기구의 관할에 대해서는 제14조가 준용된다.
- (5) 조정기구의 의장은 양당사자의 출석을 명할 수 있다. 사전의 양해 없이 출석하지 않은 당사자에 대해서 조정기구는 과태료를 부과할 수 있다. 출석명령과 과태료부과에 대하여 이의가 있으면 민사소송령의 규정에 따라서 조정기구의 주소지를 관할하는 지방법원(상사부 또는 상사부가 없는 경우에는 민사부)에 즉,시항고가 행해진다.
- (6) 조정기구는 유효한 화해를 하도록 노력하여야 한다. 조정기구는 당사자에게 그 이유를 기재한 서면으로 조정을 제의할 수 있다. 조정에 대한 제안과 그 이유는 당사자의 동의가 있는 경우에만 공표될 수 있다.
- (7) 화해의 성립은 특별한 서면에 기재되어야 하며, 그리고 그 서면에는 成事日字가記入되고 조정에 참여한 조정위원과 당사자가 그 서류에 서명해야 한다. 조정기구를 통한 화해는 강제집행될 수 있다; 민사소송령 제797a조가 준용된다.
- (8) 행사할 청구권이 처음부터 발생하지 않았거나 관할권이 없다고 판단한 경우에, 조정기구는 조정절차개시를 거부할 수 있다.
- (9) 소송제기의 경우와 같이 조정신청으로 소멸시효가 정지된다. 화해가 이루어지지 아니한 경우 절차가 끝나는 시점을 조정기구가 확정해야 한다. 조정기구의 의장은 이를 당사자들에게 통지해야 한다.
- (10) 제3항제2문에 규정된 종류의 소송이 사전의 조정신청없이 제소된 경우 신청에 의하여 법원은 당사자에게 새로운 기일을 지정하고, 이 기일 이전에 원만한 해결을 구하기 위하여 조정신청을 명할 수 있다. 가처분결정신청에 관한 절차에서는 상대방이 동의하는 경

우에만 이러한 명령을 내릴 수 있다. 제8항은 적용되지 아니한다. 소송이 조정기구에 계류 중인 때는 조정기구에의 조정신청 이후의 피신청인에 의한 청구권부존재확인의 소는 허용되지 않는다.

- (11) 주 정부는 법령에 의하여 위 규정들 시행과 조정기구에서의 절차 규율에 필요한 규정들을 공포할 수 있는 권한을 갖는다. 이러한 절차규율과 관련해서 주정부는 특히 조정기구 감독에 관하여, 상공회의소에 소속되지 아니한 사업자를 적절하게 참가시키는 조정기구의 구성에 관하여(연방법률공보 제3부, 분류번호 701-1에 출간된 새로운 개정안에 의한 상공회의소 권리의 임시적 규율을 위한 법률 제2조 제2항 내지 제6항), 그리고 과태료집행 및 조정기구에 의한 비용징수에 관한 규정들을 제정한다. 조정기구 구성시에 제2항제1문에 언급된 소비자결정을 위하여 각 州에 설치되어 공적 자금으로 지원되는 소비자센터의 제안을 고려해야 한다.

## 제 4 장 (처벌조항)

### 제16조 (처벌되는 광고)

- (1) 특별하게 유리하다는 외관을 유발할 의도로 광범위한 사람을 위한 광고 또는 통지에서 거짓진술로 오인을 유발하는 광고를 한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
- (2) 영업상의 거래에서 다른 사람을 동일한 종류의 거래를 체결하도록 유인하는 경우에 소비자에게 주최자 자신 또는 제3자로부터 특별한 이익이 제공되고, 또 그 다른 사람에게도 이러한 권유방식으로 또 다른 구매자를 모집한 데 대하여 그와 같은 이익을 제공할 것을 약속함으로써 상품, 용역 또는 권리를 구매하도록 야기한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

### 제17조 (영업상 또는 경영상의 비밀누설)

- (1) 어떤 기업에 근무하는 자가 업무상 얻게되거나 접근할 수 있었던 영업상 또는 경영상의 비밀을 경쟁의 목적으로, 자신의 이익을 위

하여, 제3자를 위하여 또는 기업주에게 손해를 가할 의도로, 고용 관계의 유효기간 내에 권한없이 다른 사람에게 전달한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

(2) 경쟁의 목적으로, 자신의 이익을 위하여, 제3자를 위하여 또는 기업주에게 손해를 가할 의도로 다음 행위를 한 자도 전항과 같이 처벌된다.

1. 영업상 또는 경영상의 비밀을 다음 경우에 의하여 권한없이 취득하거나 확보하는 행위.

- a) 기술적 수단의 이용에 의하여,
- b) 비밀을 담고 있는 복제품의 생성에 의하여,
- c) 비밀을 담은 물건의 절취에 의하여

2. 제1항에 규정된 전달 또는 제1호에 의한 자신 또는 타인의 행위에 의하여 취득 또는 기타 권한없이 취득 또는 확보된 영업상 또는 경영상의 비밀을 권한없이 이용하거나 다른 사람에게 전달하는 행위

(3) 미수는 처벌된다.

(4) 특별히 중한 사안들에서는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 특별히 중한 사안이란 원칙적으로 범인이 다음과 같은 행위를 한 경우에 존재한다.

- 1. 영업적으로 행위하거나,
- 2. 전달시에 그 비밀이 외국에서 이용됨을 알고 있거나,
- 3. 제2항제2호에 따라 외국에서 직접 이용되는 경우.

(5) 형사소추 관여기관(Strafverfolgungsbehörde)이 형사소추에 대한 특별한 공공의 이익을 위하여 직권으로 조사할 필요가 있다고 판단하지 않는다면, 그 범죄행위는 신청에 의해서만 소추된다.

(6) 형법 제5조제7호는 준용된다.

### 제18조 (표본의 이용)

(1) 영업적 거래에서 자기에게 맡겨진 기술적 성질의 표본이나 규정, 특히 도안, 모형, 틀, 본, 처방과 같은 것을 경쟁의 목적으로 또는 자신의 이익을 위하여 권한없이 이용하거나 다른 사람에게 전달하

는 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

- (2) 미수는 처벌된다.
- (3) 형사소추 관여기관(Strafverfolgungsbehörde)이 형사소추에 대한 특별한 공공의 이익을 위하여 직권으로 조사할 필요가 있다고 판단하지 않는다면, 그 범죄행위는 신청에 의해서만 소추된다.
- (4) 형법 제5조제7호는 준용된다.

### 제19조 (배신행위의 교사 및 제의)

- (1) 경쟁을 목적으로 또는 자신의 이익을 위하여, 다른 사람에게 제17조 또는 제18조에 의한 범죄실행의 결정을 하도록 하거나 또는 그러한 범죄행위의 教唆를 한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
- (2) 경쟁목적으로 또는 자신의 이익을 위하여 제17조 또는 제18조에 의한 범죄행위를 행할 것을 표시하거나 타인의 제의를 받아들이거나 타인과 그러한 행위를 할 것을 약속한 자도 똑같다.
- (3) 형법 제31조는 준용된다.
- (4) 형사소추 관여기관(Strafverfolgungsbehörde)이 형사소추에 대한 특별한 공공의 이익을 위하여 직권으로 조사할 필요가 있다고 판단하지 않는다면, 그 범죄행위는 신청에 의해서만 소추된다.
- (5) 형법 제5조제7호는 준용된다.

## 제 5 장 (최종규정)

### 제20조 (기타 법률규정의 개정)

- (1) 2003년 11월 25일자 규칙 제36절에 의해 최종적으로 개정되었던 1993년 10월 29일자 생필품특화법 제3조(BGBI. I S.1814)는 다음과 같이 개정된다;
  - 1. 제1항에서 “제13조제2항”은 “제8조제3항”으로 대체된다.
  - 2. 제4항제2문에서 “제852조제2항”은 “제203조”로 대체된다.

- (2) 2004년 6월24일자 법률 제2절(BGBI.I S.1354)에 의해 최종적으로 개정되었던 1975년 5월 9일에 공포된 법원조직법(BGBI.I S.1077) 제95조제1항제5호에서 언급된 “제1항제1호에 따른 쌍방간의 상업거래가 아닌 한, 부정경쟁방지법 제13조a에서의 최종소비자의 청구권의 예외로”라는 문구를 삭제한다.
- (3) 2004년 6월 24일자 법률 제1절(BGBI.I S.1354)에 의하여 최종 개정되었던 1987년 4월 7일에 공포된 형사소송령(BGBI I S.1074, 1319) 제375조제1항제7호에 표시된 “제4조, 제6c조, 제15조, 제17조, 제18조 그리고 제20조”는 “제16조 내지 제19조”로 대체된다.
- (4) 2003년 12월 15일자 법률 제8절(BGBI.I S.2676)에 의해 최종적으로 개정되었던 2002년 8월 27일에 공포된 부작위소송법(BGBI.I S.3422, 4346)은 다음과 같이 개정된다:
  1. 제3조제1항에서 제2호는 다음과 같이 개정된다:

“2. 영업상 또는 독자적인 직업상의 이익을 증진하기 위한 권리능력있는 단체들은 특히 인적, 물적 그리고 재정적 상황이 영업상 또는 독자적인 직업상의 이윤추구라는 그들의 정관에 따른 과제를 실제로 이행할 것을 허용하고, 제2조에 의한 소송에서 상당수의 업체가 동종 또는 유사한 상품·용역들을 같은 시장에서 판매하고 있으며 어떠한 행위 즉, 그들 구성원의 이익에 직결되고 경쟁을 적지 않게 왜곡할 수 있는 행위와 관련된 청구권인 경우.”
  2. 제5조에서 “제23a조, 제23b조 그리고 제25조”는 “제12조제1항, 제2항 그리고 제4항”으로 대체된다.
  3. 제9조에서 제2호의 “이용된다”란 단어는 “또는 추천된다”로 그리고 제3호의 “이용” 뒤에는 “또는 추천”으로 삽입된다.
  4. 제12조에서 “제27a조”는 “제15조”로 대체된다.
  5. 제13a조제2문에서 “제13조제7항”은 “제8조제5항제1문”으로 대체된다.
- (5) 2004년 5월 5일자 법률 제4절 제44조(BGBI.I S.718)에 의해 최종적으로 개정되었던 1994년 10월 25일의 상표법(BGBI.I S.3082; 1995 I S.156, 1996 I S.682)은 다음과 같이 개정된다:

1. 제55조제2항제3호, 제128조제1항 그리고 제135조 제1항에서 “제13조제2항”은 “제8조 3항”으로 대체된다.
2. 제141조에서 “제24조”는 “제14조”로 대체된다.
- (6) 2003년 12월 27일자 법률 제1절(BGB.I S.3007)에 의하여 최종적으로 개정된 1998년 11월 13일에 공포된 형법 (BGB.I S.3322) 제301조제2항에서 “제13조제2항제1호, 제2호 그리고 제4호”는 “제8조제3항제1호, 제2호 그리고 제4호”로 대체된다.
- (7) 2003년 11월 25일자 시행령의 제162절(BGB.I S.380)에 의해 최종적으로 개정된 1998년 2월 26일자 쇠고기가격표시법(BGB.I S.380) 제9조는 다음과 같이 개정된다:
  1. 제1항에서 “제13조제2항”은 “제8조제3항”으로 대체된다.
  2. 제4항제2문에서 “제852조제2항”은 “제203조”로 대체된다.
- (8) 2002년 7월 3일자 부작위소송시행령 제1조에서 “제13조제7항”은 “제8조 제5항 제1문”으로 대체된다.
- (9) 2002년 10월 18일 공포된 가격표시시행령(BGB.I S.4197)은 다음과 같이 개정된다:
  1. 제1조는 다음과 같이 개정된다:
    - a) 제1항의 제1문에서 “할인허가(Rabattgewahrung)와는 별도로” 라는 문구는 삭제된다.
    - b) 제2항제2문, 제3문은 다음과 같이 개정된다.

“부가적인 배달과 우송비용이 발생한 경우에는, 그 총액이 기재되어야 한다. 구체적인 사안에서 이들 비용의 사전표시가 불가능한 경우 최종소비자가 그 금액을 쉽게 계산할 수 있도록 계산근거를 구체적으로 제시해야 한다” .
  2. 제2조제1항제1문에서 “할인허가(Rabattgewahrung)와는 별도로” 라는 문구는 삭제된다.
  3. 제5조제1항제1문에서 “제1조제2항”은 “제1조제3항”으로 대체된다.
  4. 제6조제1항제1문에서 “(제1조제4항)”은 “(제1조제5항)”으로 대체된다.
  5. 제7조제4항은 다음과 같이 새로이 규정된다:

“(4) 음식업이나 숙박업에서 원거리통신수단을 이용할 수 있는 경우에, 그 이용시 요구되는 매 분당 또는 매 사용시 가격은 원거리통신장치 가까운 곳에 표시되어 있어야 한다.”

6. 제9조는 다음과 같이 개정된다.

a) 제2항은 다음과 같이 새로이 규정된다:

“제1조제1항과 제2조제1항은 개별 가격할인 및 시간적 제한되고 광고에 의하여 알려진 일반적인 가격할인에는 적용되지 않는다.”

b) 제5항제1호는 삭제되고 지금까지의 제2호, 제3호 그리고 제4호는 새롭게 제1호, 제2호 그리고 제3호로 된다.

7. 제11조는 삭제된다.

#### **제21조 (통일적 법령순위로의 복귀)**

제20조제8항과 제9항에서 언급된 시행령들에서 근거하는 부분들은 당해 수권을 근거로 하여 법령에 의하여 변경될 수 있다.

#### **제22조 (시행, 효력상실)**

본 법은 공포한 날에 시행된다. 이와 동시에 2002년 7월23일자 법률 제6절(BGBLI S.2850)에 의해 최종적으로 개정되어졌고, 연방법률공보 제3편 분류번호 43-1에 공고되어 정비되었던 부정경쟁방지법은 효력을 상실한다.

연방평의회는 합헌적 권리는 유지된다.

위의 법률은 여기서 서명되고 연방법률공보에 공포된다

2004년 7월 3일에 베를린에서

## 부 록 6

## 일본의 부정경쟁방지법

최종개정 : 2004년 6월 18일 법률 제120호

### 제 1 조 (목적)

이 법률은 당사자간 공정경쟁 및 이에 관한 국제협약의 적절한 실시를 확보하기 위하여 부정경쟁 방지 및 부정경쟁에 관한 손해배상에 관한 조치 등을 강구하고 이를 통하여 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다.

### 제 2 조 (정의)

- ①이 법률에서 “부정경쟁”이라 함은 다음에 열거한 것을 말한다.
1. 타인의 상품등 표시(사람의 업무에 관한 성명, 상호, 상표, 표장, 상품의 용기 혹은 포장 기타 상품 또는 영업을 표시하는 것을 말한다. 이하 동일)로서 수요자간에 널리 인식되어 있는 것과 동일 혹은 유사 상품표시를 사용하거나 그 상품등 표시를 사용한 상품을 양도, 인도, 양도나 인도하기 위하여 전시, 수출, 수입 또는 전기통신선을 통하여 제공하여 타인의 상품 또는 영업과 혼동을 생기게 하는 행위
  2. 자기의 상품등 표시로서 타인의 저명한 상품등 표시와 동일 혹은 유사한 것을 사용 내지는 그 상품등 표시를 사용한 상품을 양도, 인도, 양도나 인도하기 위하여 전시, 수출, 수입 혹은 전기통신선을 통하여 제공하는 행위
  3. 타인의 상품(최초로 판매된 날로부터 기산하여 3년을 경과한 것 제외)의 형태(당해 타인의 상품과 동종의 상품(동종 상품이 없는 경우에는 당해 타인의 상품과 그 기능 및 효용이 동일 또는 유사한 상품)이 통상 갖는 형태 제외)를 모방한 상품을 양도, 대여, 양도나 대여하기 위하여 전시, 수출 또는 수입하는 행위
  4. 절취, 사기, 강박 기타 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위(이하 ‘부정취득행위’라고 한다) 또는 부정취득행위로 취득한 영

- 업비밀을 사용이나 공개하는 행위(비밀을 유지하면서 특정한 자에게 보이는 것을 포함. 이하 동일)
5. 그 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개재한 것을 알고 또는 중대한 과실로 알지 못하고서 영업비밀을 취득 내지는 그 취득한 영업비밀을 사용 또는 공개하는 행위
  6. 그 취득한 후에 그 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개재한 것을 알았거나 또는 중대한 과실로 알지 못하여 그 취득한 영업비밀을 사용 또는 공개하는 행위
  7. 영업비밀을 보유한 사업자(이하 ‘보유자’라고 한다)로부터 그 영업비밀이 제시된 경우에 부정영업 기타 부정한 이익을 얻을 목적으로 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀을 사용 또는 공개하는 행위
  8. 그 영업비밀에 대하여 부정공개행위(전호에서 규정한 경우에 동호에서 규정한 목적으로 그 영업비밀을 공개하는 행위 또는 비밀을 지킬 법률상 의무에 위반하여 그 영업비밀을 공개하는 행위를 말한다. 이하 동일) 또는 그 영업비밀에 대하여 부정공개행위가 개재한 것을 알고 또는 중대한 과실로 알지 못하고 영업비밀을 취득이나 그 취득한 영업비밀을 사용 또는 공개하는 행위
  9. 그 취득한 후에 그 영업비밀에 대하여 부정공개행위가 있었을 것 또는 그 영업비밀에 대하여 부정공개행위가 개재하였음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 취득한 영업비밀을 사용 또는 공개하는 행위
  10. 영업상 이용되고 있는 기술적 제한수단(타인이 특정한 이외의 자에게 영상이나 소리의 시청 내지는 프로그램의 실행 또는 영상·소리 내지는 프로그램의 기록이 되지 않도록 하기 위하여 사용되는 것을 제외)으로 제한되는 영상 혹은 소리의 시청이나 프로그램의 실행 또는 영상·소리 혹은 프로그램의 기록을 당해 기술적 제한수단의 효과를 방해하는 것으로 가능하게 하는 기능만을 갖는 장치(당해 장치를 조립한 기기 포함) 또는 당해 기능만을 갖는 프로그램(당해 프로그램이 다른 프로그램과 조합된 것 포함)을

기록한 기록매체나 기억한 기기를 양도·인도·양도나 인도를 위하여 전시·수출·수입 또는 당해 기능만을 갖는 프로그램을 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위

11. 타인이 특정인 이외의 자에게 영상이나 소리의 시청 내지는 프로그램의 실행 또는 영상·소리·프로그램이 기록되지 않도록 하기 위하여 영업상 사용하고 있는 기술적 제한수단으로 제한되어 있는 영상이나 소리의 시청 내지는 프로그램의 실행 또는 영상·소리·프로그램의 기록을 당해 기술적 제한수단의 효과를 방해하는 것으로 가능하게 하는 기능만을 갖는 장치(당해 장치를 조립한 기기 포함) 혹은 당해 기능만을 가지는 프로그램(당해 프로그램이 다른 프로그램과 조합되는 것 포함)을 기록한 기록매체 혹은 기억한 기기를 당해 특정인 이외의 자에게 양도, 인도, 양도나 인도하기 위하여 전시, 수출 또는 수입하거나 당해 기능만을 가진 프로그램을 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위
12. 부정한 이익을 얻을 목적으로 또는 타인에게 손해를 가할 목적으로 타인의 특정 상품등 표시(사람의 업무에 관한 성명, 상호, 상표, 포장 기타 상품이나 역무를 표시하는 것 포함)와 동일 또는 유사한 도메인명을 사용할 권리를 취득 또는 보유하거나 그 도메인명을 사용하는 행위
13. 상품, 역무, 그 광고 또는 거래에 사용하는 서류 또는 통신에 그 상품의 원산지, 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량이나 그 역무의 질, 내용, 용도 또는 수량에 대하여 오인시키는 표시를 하거나 그 표시를 하여 상품을 양도, 인도, 양도나 인도를 위하여 전시, 수출, 수입 또는 전기통신회선설비를 통하여 제공 또는 그 표시를 하여 역무를 제공하는 행위
14. 경쟁관계에 있는 타인의 영업상 신용을 해하는 허위의 사실을 고지하거나 유포하는 행위
15. 파리조약(상표법(소화34년, 법률 제127호) 제4조제1항제2호에서 규정한 파리조약을 말한다)의 동맹국, 세계무역기구의 가맹국 또는 상표법조약 체결국에서 상표에 관한 권리(상표권에 상당하는

권리로 제한한다. 이하 본 호에서 단지 ‘권리’라고 한다)를 가지는 자의 대리인 또는 대표자나 그 행위일 전 1년 이내에 대리인 또는 대표자이었던 자가 정당한 이유가 없이 그 권리를 가지는 자의 승낙을 얻지 않고 그 권리에 관한 상표와 동일 내지는 유사한 상표를 그 권리에 관한 상품 또는 역무와 동일 또는 유사한 상품·역무에 사용하거나 당해 상표를 사용한 그 권리에 관한 상표와 동일 내지는 유사한 상품을 양도, 인도, 양도나 인도를 위하여 전시, 수출, 수입 혹은 전기통신회선을 통하여 제공 또는 당해 상표를 사용하여 그 권리에 관한 역무와 동일 내지는 유사한 역무를 제공하는 행위

②이 법률에서 “상표”라 함은 상표법 제2조제1항에 규정한 상표를 말한다.

③이 법률에서 “표장”이라 함은 상표법 제2조제1항에서 규정한 표장을 말한다.

④이 법률에서 “영업비밀”이라 함은 비밀로 관리되고 있는 생산방법, 판매방법 기타 사업활동에 사용하는 기술상 또는 영업상 정보로 공연히 알려져 있지 않은 것을 말한다.

⑤이 법률에서 “기술적 제한수단”이라 함은 전자적 방법(전자적 방법, 자기적 방법 기타 사람의 지각으로 인식할 수 없는 방법을 말한다)으로 영상이나 음의 시청 내지는 프로그램 실행 또는 영상·음·프로그램의 기록을 제한하는 수단으로 시청등 기기(영상이나 음의 시청 내지는 프로그램의 실행 또는 영상·음 또는 프로그램의 기록을 위하여 사용되는 기기를 말한다. 이하 동일)가 특정 반응을 하는 신호를 영상, 음 또는 프로그램과 함께 기록매체에 기록하거나 송신하는 방식이나 시청등 기기가 특정 변환을 필요로 하는 영상, 음 또는 프로그램을 변환하여 기록매체에 기록하거나 송신하는 방식에 의한 것을 말한다.

⑥이 법률에서 “프로그램”이라 함은 전자계산기에 대한 지령이 있고 하나의 결과를 얻을 수 있도록 조합된 것을 말한다.

⑦이 법률에서 “도메인 명”이라 함은 인터넷에서 개개 전자계산기를 식별하기 위하여 할당된 번호, 기호나 문자 조합에 대응하는 문자·

번호·기호 기타 부호나 이들의 조합을 말한다.

⑧이 법률에서 “물건”이라 함은 프로그램을 포함하는 것으로 한다.

### 제 3 조 (중지청구권)

①부정경쟁으로 영업상 이익을 침해당했거나 침해당할 우려가 있는 자는 그 영업상 이익을 침해한 자나 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 정지 또는 예방을 청구할 수 있다.

②부정경쟁으로 영업상 이익을 침해당했거나 침해당할 우려가 있는 자는 전항의 규정에 의한 청구를 함에 있어서 침해행위를 이루는 물건(침해 행위로 생기는 물건 포함. 제5조제1항에서도 동일)의 폐기, 침해행위에 제공한 설비 제거 기타 침해 정지 또는 예방에 필요한 행위를 청구할 수 있다.

### 제 4 조 (손해배상)

고의 또는 과실로 부정경쟁을 하여 타인의 영업상 이익을 침해한 자는 이에 의하여 생긴 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 제8조의 규정에 의하여 동조에 규정한 권리가 소멸한 후에 그 영업비밀을 사용한 행위로 생긴 손해에 대해서는 그러하지 아니하다.

### 제 5 조 (손해액의 추정등)

①제2조제1항제1호에서 제9호까지 또는 제15호에 열거한 부정경쟁(동항 제4호에서 제9호까지 열거한 것 중 기술상 비밀(비밀로 관리되고 있는 생산방법 기타 사업활동에 사용하는 기술상 정보로서 공연히 알려져 있지 않은 것을 말한다)에 관한 것에 한한다)이 고의 또는 과실로 자기의 영업상 이익을 침해한 자에 대하여 그 침해로 자기가 받은 손해배상을 청구하는 경우에 그 자가 그 침해행위를 조성한 물건을 양도한 때에는 그 양도한 물건의 수량(이하 본항에서 ‘양도수량’이라고 한다)에 피침해자가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량마다의 이익액을 곱하여 나온 금액을, 피침해자의 당해 물건에 관한 판매 기타 행위를 하는 능력에 따른 금

액을 초과하지 않는 한도에서 피침해자가 받은 손해액으로 할 수 있다. 다만, 양도수량의 전부 또는 일부에 상당하는 수량을 피침해자가 판매할 수 없도록 하는 사정이 있을 때는 당해 사정에 상당하는 수량에 따른 금액을 공제하는 것으로 한다.

②부정경쟁으로 영업상 이익을 침해당한 자가 고의 또는 과실로 자기의 영업상 이익을 침해한 자에 대하여 그 침해로 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 자가 그 침해행위로 이익을 얻고 있는 때에는 그 이익액을 그 영업상 이익을 침해한 자가 받은 손해액으로 추정한다.

③제2조제1항제1호 내지 제9호, 제12호 또는 제15호에 열거한 부정경쟁으로 영업상 이익을 침해당한 자는 고의 또는 과실로 자기의 영업상 이익을 침해한 자에 대하여 다음 각호에 열거한 부정경쟁 구분에 따라 당해 각호에 정한 행위에 대하여 받을 수 있는 금액에 상당하는 금전을 자기가 받은 손해액으로 그 배상을 청구할 수 있다.

1. 제2조제1항제1호 또는 제2호에 열거한 부정경쟁: 당해 침해에 관한 상품등표시 사용
2. 제2조제1항제3호에 열거한 부정경쟁: 당해 침해에 관한 상품 형태의 사용
3. 제2조제1항제4호 내지 제9호에 열거한 부정경쟁: 당해 침해에 관한 영업비밀의 사용
4. 제2조제1항제12호에 열거한 부정경쟁: 당해 침해에 관한 도메인 명의 사용
5. 제2조제1항제15호에 열거한 부정경쟁: 당해 침해에 관한 상표의 사용

④전항의 규정은 동항에 규정한 금액을 초과한 손해배상청구를 방해하지 않는다. 이 경우 그 영업상 이익을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 없었을 때에는 법원은 손해배상액을 정함에 있어서 이를 참작할 수 있다.

#### 제 5 조의2 (구체적 태양 명시 의무)

부정경쟁에 의한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에서 부정경쟁으

로 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다고 주장하는 자가 침해행위를 조성한 것으로 주장하는 물건 또는 방법의 구체적 태양을 부인할 때에는 상대방은 자기 행위의 구체적 태양을 분명히 하여야 한다. 다만, 상대방에게 분명히 할 수 없는 상당한 이유가 있을 때에는 그러하지 아니하다.

#### 제 6 조 (서류의 제출 등)

① 법원은 부정경쟁에 의한 영업상 이익 침해에 관한 소송에서 당사자의 신청으로 당사자에 대하여 당해 침해행위에 대하여 입증하기 위하여 또는 당해 침해행위에 의한 손해 계산을 하기 위하여 필요한 서류 제출을 명할 수 있다. 다만, 그 서류 소지자에게 그 제출을 거절하는 정당한 이유가 있을 때는 그러하지 아니하다.

② 법원은 전항 단서에 규정한 정당한 이유가 있는지 여부의 판단을 하기 위하여 필요가 있다고 인정할 때는 서류 소지자에게 그 제시를 하게 할 수 있다. 이 경우에는 누구도 그 제시된 서류의 공개를 청구할 수 없다.

③ 전 2항의 규정은 부정경쟁에 의한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에서 당해 침해행위에 대하여 입증하기 위하여 필요한 검증 목적의 제시에 대하여 준용한다.

#### 제 6 조의2 (손해계산을 위한 감정)

부정경쟁에 의한 영업상 이익 침해에 관한 소송에서 당사자의 신청으로 법원이 당해 침해행위에 의한 손해 계산을 하기 위하여 필요한 사항에 대한 감정을 명할 때에는 당사자는 감정인에게 당해 감정을 하는 데 필요한 사항에 대하여 설명하여야 한다.

#### 제 6 조의3 (상당한 손해액 인정)

부정경쟁에 의한 영업상 이익 침해에 관한 소송에서 손해가 발생하였음이 인정되는 경우에 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 당해 사실의 성질상 매우 곤란한 때에는 법원은 구두

변론의 전 취지 및 증거조사 결과에 기해 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

제 7 조 (신용회복 조치)

고의 또는 과실로 부정경쟁을 하여 타인의 영업상 신용을 해한 자에 대해서는 법원은 그 영업상 신용을 훼손당한 자의 청구로 손해배상에 대신하여 또는 손해배상과 함께 그 자의 영업상 신용 회복에 필요한 조치를 명할 수 있다.

제 8 조 (소멸시효)

제2조제1항제4호 내지 제9호에 열거한 부정경쟁 중 영업비밀을 사용한 행위에 대한 제3조제1항의 규정에 의한 침해 정지 또는 예방을 청구할 권리는 그 행위를 한 자가 그 행위를 계속하는 경우에 그 행위로 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 보유자가 그 사실 및 그 행위를 한 자를 안 때로부터 3년간 행사하지 아니한 때에는 시효로 소멸한다. 그 행위 개시일로부터 10년을 경과한 때에도 같다.

제 9 조 (외국 국기등의 상업상 사용금지)

①누구라도 외국 국기 또는 국가의 문장 기타 기장으로 경제산업성령으로 정한 것(이하 '외국국기등'이라 한다)과 동일 또는 유사한 것(이하 '외국국기등유사기장'이라 한다)을 상표로 사용하거나 외국국기등유사기장을 상표로 사용한 상품을 양도, 인도, 양도나 인도를 위하여 전시, 수출, 수입 또는 전기통신회선을 통하여 제공하거나 외국국기등유사기장을 상표로 사용하여 역무를 제공하여서는 안 된다. 다만, 그 외국국기등의 사용 허가(허가에 준하는 행정처분을 포함한다. 이하 동일) 권한을 가지는 외국 관청의 허가를 받은 때에는 그러하지 아니하다.

②전항에 규정한 것 이외에 누구라도 상품 원산지를 오인시키는 방법으로 동항의 경제산업성령으로 정한 외국의 국가 문장(이하 '외국 문장'이라 한다)을 사용하거나 외국문장을 사용한 상품을 양도, 인

도, 양도나 인도를 위하여 전시, 수출, 수입 또는 전기통신회선설비를 통하여 제공 내지는 외국문장을 사용하여 역무를 제공하여서는 안 된다. 다만, 그 외국문장의 사용허가 권한을 가지는 외국 관청의 허가를 받은 때에는 그러하지 않다.

③누구라도 외국 정부 또는 타 지방공공단체의 감독용 또는 증명용 인장 또는 기호로 경제산업성령으로 정한 것(이하 '외국정부용 기호'라 한다)과 동일 또는 유사한 것(이하 '외국정부등 유사기호'라고 한다)을 그 외국정부용 기호가 사용되고 있는 상품 또는 역무와 동일 또는 유사한 상품 또는 역무의 상표로 사용하거나 외국정부등 유사기호를 당해 상표로 사용한 상품을 양도, 인도, 양도나 인도하기 위하여 전시, 수출, 수입 또는 전기통신회선을 통하여 제공 또는 외국정부등 유사기호를 당해 상표로 사용하여 역무를 제공하여서는 안 된다. 다만, 그 외국정부등 기호의 사용 허가 권한을 가진 외국 관청의 허가를 얻은 때에는 그러하지 아니하다.

#### 제10조 (국제기관 표장의 상업상 사용금지)

누구라도 그 국제기관(정부간 국제기관 및 이에 준하는 것으로 경제산업성령으로 정한 국제기관을 말한다. 이하 2개 조에서 동일)과 관계가 있다고 오인시키는 방법으로 국제기관을 표시하는 표장으로 경제산업성령으로 정한 것과 동일 또는 유사한 것(이하 '국제기관 유사표장'이라고 한다)을 상표로 사용하거나 국제기관 유사표장을 상표로 사용한 상품을 양도, 인도, 양도나 인도하기 위하여 전시, 수출, 수입 또는 전기통신회선을 통하여 제공 내지는 국제기관 유사표장을 상표로 사용하여 역무를 제공하여서는 안 된다. 다만, 이 국제기관의 허가를 얻은 때에는 그러하지 아니하다.

#### 제11조 (외국공무원등에 대한 부정 이익 공여등 금지)

①누구도 외국공무원등에 대하여 국제적 상거래에 관한 영업상 부정 이익을 얻기 위하여 그 외국공무원등에게 그 직무에 관한 행위를 하거나 하지 않을 것 또는 그 지위를 이용하여 다른 외국 공무원등에게

그 직무에 관한 행위를 하거나 하지 않도록 알선해 줄 것을 목적으로 금전 기타 이익을 공여 또는 그 신청이나 약속을 하여서는 안 된다.

②전항에서 '외국공무원등'이라 함은 다음에 열거한 자를 말한다.

1. 외국 정부 또는 지방공공단체의 공무에 종사하는 자
2. 공공이익에 관한 특정 사무를 하기 위하여 외국의 특별법령으로 설립된 곳의 사무에 종사하는 자
3. 1 또는 2 이상의 외국 정부 또는 지방공공단체에서 발행체주식 중 의결권이 있는 주식 총수 또는 출자 금액의 총액 중 50%를 초과하는 당해 주식수 또는 출자금액을 직접 소유하거나 임원(감독역, 감사역, 이사, 감사 및 청산인이나 이들 이외의 자로 사업 경영에 종사하고 있는 자를 말한다) 과반수를 임명하거나 지명하고 있는 사업자로서 그 사업 수행에 있어서 외국 정부 또는 지방공공단체로부터 특히 권익을 부여받고 있는 곳의 사무에 종사하는 자 기타 이에 준하는 자로서 정령으로 정하는 자
4. 국제기관(정부 또는 정부간 국제기관으로 구성되어 있는 국제기관을 말한다. 다음 호에서 동일)의 공무에 종사하는 자
5. 외국 정부 또는 지방공공단체나 국제기관의 권한에 속하는 사무로서 이들 기관으로부터 위임된 것에 종사하는 자

#### 제12조 (적용제외등)

①제3조 내지 제8조, 제14조(제1항제7호에 관한 부분 제외) 및 제15조의 규정은 다음 각호에 열거한 부정경쟁의 구분에 따르고, 당해 각 호에 정한 행위에 대해서는 적용하지 않는다.

1. 제2조제1항제1호, 제2호, 제13호 및 제15호에 열거한 부정경쟁: 상품 또는 영업의 보통명칭(포도를 원료 또는 재료로 하는 것의 원산지 명칭으로 보통명사로 된 것 제외) 또는 동일이나 유사 상품 내지는 영역에 대하여 관용되고 있는 상품등표시(이하 '보통명칭등'이라 한다)를 보통 사용되는 방법으로 사용 또는 표시하거나 보통명칭등을 보통으로 사용되는 방법으로 사용 또는 표시를 한 상품을 양도, 인도, 양도나 인도를 위하여 전시, 수출, 수입 또는

- 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위(동항 제13호 및 제15호에 열거한 부정경쟁의 경우에는 보통명칭등을 보통으로 사용되는 방법으로 표시하거나 사용하여 역무를 제공하는 행위를 포함한다)
2. 제2조제1항제1호, 제2호 및 제5호에 열거한 부정경쟁: 자기의 성명을 부정한 목적(부정이익을 얻을 목적, 타인에게 손해를 가할 목적 기타 부정한 목적을 말한다. 이하 동일) 없이 사용하거나 자기의 성명을 부정한 목적 없이 사용한 상품을 양도, 인도, 양도나 인도하기 위하여 전시, 수출, 수입 또는 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위(동호에 열거하는 부정경쟁의 경우에는 자기의 성명을 부정한 목적 없이 사용하여 역무를 제공하는 행위를 포함한다)
  3. 제2조제1항제1호에 열거한 부정경쟁: 타인의 상품등 표시가 주요 자간에 널리 인식되기 전부터 그 상품등 표시와 동일 내지는 유사 상품등 표시를 사용하는 자 또는 그 상품등 표시에 관한 업무를 승계한 자가 그 상품등 표시를 부정한 목적 없이 사용하거나 그 상품등 표시를 부정한 목적 없이 사용한 상품을 양도, 인도, 양도나 인도를 위하여 전시, 수출 또는 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위
  4. 제2조제1항제2호에 열거한 부정경쟁: 타인의 상품등 표시가 저명하게 되기 전부터 그 상품등 표시와 동일이나 유사한 상품등 표시를 사용하는 자 또는 그 상품등 표시에 관한 업무를 승계한 자가 그 상품등 표시를 부정한 목적 없이 사용하거나 그 상품등 표시를 부정한 목적 없이 사용한 상품을 양도, 인도, 양도나 인도를 위하여 전시, 수출, 수입 또는 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위
  5. 제2조제1항제3호에 열거한 부정경쟁: 동호에 규정한 타인의 상품 형태를 모방한 상품을 양수한 자(그 양수한 때에 그 상품이 타인의 상품 형태를 모방한 상품임을 알지 못하고 또한 알지 못한 데에 중대한 과실이 없는 자에 한한다)가 그 상품을 양도, 대여, 양도나 대여하기 위하여 전시, 수출 또는 수입하는 행위
  6. 제2조제1항제4호 내지 제9호에 열거한 부정경쟁: 거래로 영업비밀을 취득한 자(그 취득시에 그 영업비밀에 대하여 부정공개행위인 사실 또는 그 영업비밀에 대하여 부정취득행위 또는 부정공개

행위가 개재해 있음을 알지 못하고 또한 알지 못한 데에 중대한 과실이 없는 자에 한한다)가 그 거래로 취득한 권원의 범위내에서 그 영업비밀을 사용 또는 공개하는 행위

7. 제2조제1항제10호 및 제11호에 열거한 부정경쟁: 기술적 제한수단의 시험 또는 연구를 위하여 사용되는 제2조제1항제10호 및 제11호에 규정한 장치 또는 이들 호에 규정한 프로그램을 기록한 기록매체나 기억한 기기를 양도, 인도, 양도나 인도하기 위하여 전시, 수출 또는 수입하거나 당해 프로그램을 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위

②전항 제2호 또는 제3호에 열거한 행위로 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 다음 각호에 열거한 행위의 구분에 따라 당해 각호에 정한 자에게 자기의 상품 또는 영업과의 혼동을 방지하기 위하여 적당한 표시를 할 것을 청구할 수 있다.

1. 전항제2호에 열거한 행위: 자기의 성명을 사용하는 자(자기의 성명을 사용한 상품을 직접 양도, 인도, 양도나 인도하기 위하여 전시, 수출, 수입하거나 전기통신회선을 통하여 제공하는 자를 포함한다)

2. 전항제3호에 열거하는 행위: 타인의 상품등 표시와 동일 또는 유사한 상품등 표시를 사용하는 자 및 그 상품등 표시에 관한 업무를 승계한 자(그 상품등 표시를 사용한 상품을 직접 양도, 인도, 양도나 인도를 위하여 전시, 수출, 수입하거나 전기통신회선을 통하여 제공하는 자를 포함한다)

### 제13조 (경과조치)

이 법률의 규정에 의하여 정령 또는 경제산업성령을 제정 또는 개폐하는 경우에는 그 정령 또는 경제산업성령으로 그 제정 또는 개폐에 따라 합리적으로 필요하다고 판단되는 범위내에서 소요 경과조치(별칙에 관한 경과조치를 포함한다)를 정할 수 있다.

### 제14조 (별 칙)

①다음 각호 중 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3

백만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 부정할 목적으로 제2조제1항제1호 또는 제13호에 열거하는 부정경쟁을 한 자
2. 상품·역무나 그 광고 또는 인도에 사용하는 서류 또는 통신에 그 상품의 원산지, 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량이나 그 역무의 질, 내용, 용도 또는 수량에 대하여 오인되도록 하는 허위의 표시를 한 자(전호에 열거한 자를 제외한다)
3. 사기등 행위(사람을 기망, 사람에게 폭행을 가하거나 사람을 협박하는 행위를 말한다. 이하 동일)로 또는 관리침해행위(영업비밀이 기재되거나 기록된 서면 또는 기록매체(이하 ‘영업비밀기록매체등’이라 한다)의 절취, 영업비밀이 관리되고 있는 시설에의 침입, 부정액세스행위(부정액세스행위의 금지 등에 관한 법률(1999년 법률 제128호) 제3조에 규정하는 부정액세스행위를 말한다) 기타 보유자의 관리를 침해하는 행위를 말한다. 이하 동일)로 취득한 영업비밀을 부정경쟁 목적으로 사용 또는 공개한 자
4. 전호의 사용이나 공개에 사용할 목적으로 사기등 행위 또는 관리침해행위로 영업비밀을 다음 중 하나에 열거하는 방법으로 취득한 자
  - 가. 보유자의 관리에 관한 영업비밀 기록매체등을 취득하는 것
  - 나. 보유자의 관리에 관한 영업비밀 기록매체등의 기재 또는 기록에 대하여 그 복제를 작성하는 것
5. 영업비밀을 보유자로부터 제시받은 자로서 부정경쟁의 목적으로 사기등 행위나 관리침해행위로 또는 횡령 기타 영업비밀 기록매체등의 관리에 관한 임무에 반하는 행위로 다음 중 하나에 열거하는 방법으로 영업비밀이 기재나 기록된 서면 내지는 기록매체를 영득이나 작성하여 그 영업비밀을 사용 또는 공개한 자
  - 가. 보유자의 관리에 관한 영업비밀 기록매체등을 영득하는 것
  - 나. 보유자의 관리에 관한 영업비밀 기록매체등의 기재 또는 기록에 대하여 그 복제를 작성하는 것
6. 영업비밀을 보유자로부터 제시받은 당해 임원(이사, 감사역, 집행역, 업무를 집행하는 무한책임사원, 감사 또는 감사역이나 이에 준

하는 자를 말한다) 또는 종사자로서 부정경쟁의 목적으로 그 영업 비밀의 관리에 관한 임무에 반하여 그 영업비밀을 사용 또는 공개한 자(전호에 열거한 자는 제외)

7. 제9조, 제10조 또는 제11조제1항의 규정에 위반한 자

②전항 제3호 내지 제6호의 죄는 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다.

③제1항의 규정은 형법(명치40년 법률 제45호) 기타 벌칙의 적용을 방해하지 않는다.

### 제15조

법인의 대표자, 법인이나 사람의 대리인, 사용인 기타 종사자가 그 법인이나 사람의 업무에 관하여 전조 제1항의 위반행위(제3호 내지 제6호의 위반행위는 제외)를 한 때에는 행위자를 벌하는 이외에 그 법인에 대하여 3억이하의 벌금형을, 그 사람에게 대하여 동조 벌금형을 과한다.

## 부 칙 (2004년 6월 18일 법률 제120호)

### 제 1 조 (시행일)

이 법률은 2005년 4월 1일부터 시행한다.

### 제 2 조 (경과조치의 원칙)

이 법률에 의한 개정후 재판소법, 민사소송법, 민사소송비용등에관한법률, 특허법, 실용신안법, 의장법, 상표법, 부정경쟁방지법 및 저작권법의 규정(벌칙 제외)은 이 부칙에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고, 이 법률의 시행 전에 생긴 사항에도 적용한다. 다만, 이 법률에 의한 개정 전 이들 법률의 규정으로 생기는 효력을 방해하지 않는다.

제 3 조 (특허법등 일부개정에 따른 경과조치)

다음에 열거하는 규정은 이 법률의 시행 전에 소송이 완결한 사건, 제2심인 고등법원 또는 지방법원의 구두변론이 종결한 사건 및 간이 재판소의 판결 또는 지방법원이 제1심으로 한 판결에 대하여 상고할 권리를 유보하여 공소하지 않을 뜻의 합의를 한 사건에 대해서는 적용하지 않는다.

1. 제4조의 규정에 의한 개정 후 특허법(이하 본조 및 부칙 제5조제2항에서 ‘신평특허법’이라 한다) 제104조의3 및 제105조의4 내지 제105조의6의 규정(신평특허법, 제5조의 규정에 의한 개정 후 실용신안법(제3호에서 ‘실용신안법’이라 한다), 제6조의 규정에 의한 개정 후 의장법(다음 호에서 ‘신의장법’이라 한다) 및 제7조의 규정에 의한 개정 후 상표법(동호에서 ‘신상표법’이라 한다)에서 준용하는 경우를 포함한다)
2. 신평특허법 제168조제5항 및 제6항의 규정(신평특허법, 신의장법 및 신상표법에서 준용하는 경우를 포함한다)
3. 신실용신안법 제40조제5항 및 제6항의 규정(신실용신안법 제45조제1항에서 용어를 바꾸어 준용하는 신평특허법 제174조제2항에서 준용하는 경우를 포함한다)
4. 제8조의 규정에 의한 개정 후 부정경쟁방지법 제6조의 4 내지 제6조의6의 규정
5. 제9조의 규정에 의한 개정 후 저작권법 제114조의6 내지 제114조의8의 규정

## 참 고 문 헌

### 【국내문헌】

- 김문환, 영업비밀의 법적 보호, 법학논총(국민대), 국민대학교출판부, 1991.
- 김의성, 영업비밀 침해행위에 대한 보호법제에 관한 고찰, 법제개선연구(제4집), 법제처, 1998.
- 김영철 역, 미국과 일본에 있어서의 영업비밀(상), 법조40권 10호 (통권 421호), 1991.10.
- 김재봉, 영업비밀의 형사법적 보호방안, 형사정책(제14권제1호), 2002.
- 권오승역(Fritz Rittner), 부정경쟁법, 삼지원, 1996.
- 배대헌, 특허권침해와 손해배상, 세창출판사, 1997.
- 사법연수원, 부정경쟁방지법(해설 및 판례), 2003.
- 송영식 · 이상정 · 황종환, 지적소유권법(상), 육법사, 1998.
- \_\_\_\_\_, 지적소유권법(하), 육법사, 2003.
- 윤병각, 부정경쟁행위의 유형과 구제방법, 재판자료(제57집), 법원행정처, 지적소유권에 관한 제문제(하), 1992.
- 이상정, 영업비밀의 보호, 인권과 정의, 1992.
- 정갑주, 노하우(know-how)의 보호, 재판자료(제56집), 법원행정처, 지적소유권에 관한 제문제(상), 1992.
- 정호열, 부정경쟁방지법론, 삼지원, 1993.
- \_\_\_\_\_(Volker Emmerich)역, 부정경쟁방지법, 삼지원, 1996.
- 현대호, 지적재산권법의 손해배상제도에 관한 개선방안연구(연구보고서), 한국법제연구원, 2002.

참 고 문 헌

\_\_\_\_\_, 인터넷상의 라이선스계약에 관한 법제연구(연구보고서), 한국  
법제연구원, 2001.

윤선희, 영업비밀 개설, 법경출판사, 1991.

\_\_\_\_\_ · 김지영, 영업비밀의 보호와 재판의 공개, 특허정보, 1996.

황의창, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호법, 세창출판사, 2001.

**【 외국문헌 】**

**[ 미국 · 영국 · 독일 ]**

Bone, Robert G., A New Look at Trade Secret Law: Doctrine  
in Search of Justification, California law review  
v.86-2.

Budden, Michael Craig, Protecting Trade Secrets Under the  
Uniform Trade Secrets Act, Quorum Books, 1996.

Christian Von Bar, The Common European Law of Torts  
(Volume Two), Oxford University Press, 2000.

Francis, William H., (cases and materials on)Patent law  
Including trade secrets-copyrights-trademarks, Fifth  
edition, United States West group, 2002.

Fuchs, Deliktsrecht, 2.Aufl., Spinger, 1996.

Keeton, Prosser and Keeton on Torts, 5th, Westpublishing  
Co. 1984.

K. M. Stanton, The Modern Law of Tort, Sweet&Maxwell,  
1996.

Köhler/piper, UWG Kommentar, Verlag C.H.Beck München,  
2002.

- Kötz, Deliktsrecht, 5Aufl. Alfred Metzner Verlag, 1991.
- Mantle, Ray A., Trade Secret and Copyright Protection of Computer Software, Computer / law journal, Spring (84.04).
- Rohnke, “Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutsche Markengesetz”, NJW 1994.
- The American Law Institute, First Restatement of Torts, American Law Institute Publishers, 1934.
- \_\_\_\_\_, Restatement(second) of Contracts, American Law Institute Publishers, 1979.
- \_\_\_\_\_, Restatement(second) of Torts, American Law Institute Publishers, 1965-1977.
- \_\_\_\_\_, Restatement(third) on Products Liability, American Law Institute Publishers, 1997.
- \_\_\_\_\_, Restatement(third) on Unfair Competition, American Law Institute Publishers, 1993.
- Wolfgang Berlit, Wettbewerbsrecht, Verlag C.H.Beck München, 2002.
- Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3Aufl, J.C.B.Mohr(Paul Siebeck), 1996.

[ 일 본 ]

- 澁谷達紀, 營業秘密の保護 : 不正競争防止法の解釋を中心として, 法曹時報(45卷 2號), 1993.
- 鎌田薫, 不正競争防止法の實務と展望, 判例タイムズ 臨時増刊 43卷 25號, 1992.10.

참고 문헌

- \_\_\_\_\_, 營業秘密の保護, 判例タイムズ (臨時増刊 43卷 25號 (793)), 1992.
- 茶園成樹・小泉直樹, アメリカ不正競争リステイトメント試譯, 民商法雜誌 95年 第111卷 第45號, 有斐閣, 平成7年(1995).
- 大矢息生, 知的所有權と營業秘密の保護 : 企業防衛のノウハウ, 稅務經理協會, 1994.
- 大阪辯護士會友新會, 不正競争關係判例と實務[第2版], 民事法研究會, 2003.
- 尾崎英男, 米國特許訴訟における損害賠償, 知的所有權おめぐる損害賠償の實務(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996.
- 飯塚卓也, 不正競争防止法(知的財産法實務シリーズ5), 中央經濟社, 2002.
- 濱野英夫, 著作權(人格權, 隣接權も含む)侵害による損害賠償請求の特殊性と問題點(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996.
- 山口厚, 不正競争防止法と刑事罰, ジュリスト(1005號), 1992.
- 山本庸辛, 不正競争防止法, 發明協會, 2002.
- 澁谷達紀, 不正競争の概念, 民商法雜誌 123卷 2號, 2000.11.
- 桑田三郎, 特許侵害事件にわける損害賠償額の算定に關する西ドイツ聯邦裁判決(研究者の發明保護の諸問題(日本工業所有權學會), 有斐閣, 1981.
- 涉谷達紀, 營業秘密の保護 : 不正競争防止法の解釋を中心として, 法曹時報 45卷 2號 (93.02).
- 盛岡一夫, 營業秘密と不正行爲, 東洋大學比較法研究所(比較法 제29권), 1992.
- 小橋馨, 不正競争防止訴訟における原告適格, ジュリスト(1005號), 1992.
- 小野昌廷, 營業秘密の保護 : 不正競争としてのノウハウの侵害を中心として, 有信堂, 1971.

- 小泉直樹, 模倣の自由と不正競争, 有斐閣, 1994.
- 松本重敏, 工業所有權侵害訴訟における損害賠償請求の現状と問題點(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996.
- 松尾和子, 不正競争防止法における一般條項, ジュリスト(1005號), 1992.
- 松村信夫, 不正競争訴訟の法理と實務, 民事法研究會, 2003.
- 澁谷達紀, 不正競争の概念(一)(二), 民商法雜誌(123號), 2000.
- 深道辰雄, 營業秘密の保護とその要件, ジュリスト(990號), 1991.11.
- 野上邦五郎, 特許法一〇二條一項における被告の主張(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996.
- 全理其, 營業秘密の刑事法的保護, 嵯峨野書院, 2004.
- 前田達明, “權利侵害と違法性”, 新・現代損害賠償法 講座 2(山田卑生 執筆代表), 日本評論社, 1998.
- 田村善之, 不正競争行爲類型と不正競争防止法, ジュリスト(1005號), 1992.
- 中山信弘, 營業秘密の保護に關する不正競争防止法改正の経緯と將來の課題(上)(下)NBL 通卷470, 471號, 商事法務研究會, 1991.
- \_\_\_\_\_, 營業秘密の保護の必要性和問題點, ジュリスト(962號), 1990.
- \_\_\_\_\_, 不正競争防止法の改正に向けて, ジュリスト(1005號), 1992.
- 千野直邦, 營業秘密の法的保護, 中央經濟社, 2002.
- 青柳吟子, 特許法一〇二條一項(損害額の推定)について(知的所有權おめぐる損害賠償の實務(NBL no.33)), 商事法務研究會, 1996.
- 青山紘一, 不正競争防止法, 法學書院, 2004.
- 土肥一史, 不正競争防止法における周知性, ジュリスト(1005號), 1992.
- 판례타임즈사, 不正競争防止法の實務と展望, 1992.
- 戸山三郎, 不正競争と著作権, 法學教室 82年 12月號(第27號), 有斐閣, 1982.